

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10408/06

בפני :
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופטת ד' ברלינר

העותרים :
1. מוסטפא קבהה
2. מגידי קבהה
3. מחמד קבהה
4. נביל קבהה
5. יאסר קבהה
6. איברהים כבהה
7. חייריא ביקאווי
8. הנד קבהה
9. ואליד חבאיב
10. פאדל קבהה
11. נאיל קבהה

נגד

המשיבות :
1. מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון
2. ועדת המשנה לפיקוח באזור יהודה ושומרון –
בית אל

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : י' בניסן תשס"ז (29.3.07)

בשם העותרים : עו"ד ז' כמאל

בשם המשיבות : עו"ד נ' אורן

פסק-דין

השופטת ד' ברלינר:

העתירה שבפנינו מופנית כנגד סירובן של המשיבות להכשיר מבנים אשר נבנו על ידי העותרים בניגוד לדין והחלטתן להוציא צו הריסה למבנים אלו.

1. הכפר ברטעה השוכן באזור ואדי ערה הוא אחת הדוגמאות לאנומליות שמקורן ביחסיה הבעייתיים של ישראל עם שכנותיה. סמוך לאחר קום המדינה (בהסכמי רודוס) נחצה הכפר לשניים כאשר חלקו המערבי תחת שלטון ישראל וחלקו המזרחי תחת שלטון ירדן. לאחר מלחמת ששת הימים אוחד הכפר תחת שלטון ישראל, אולם בעוד שעל החלק המערבי חל הדין הישראלי, על חלקו המזרחי, המוגדר היום כמצוי בשטחי יהודה והשומרון, חל החוק והשלטון הצבאי. בתאריך 15.3.95 נכנסה לתוקפה תוכנית מתאר מס' 1108 המיועדת לחלקו המזרחי של הכפר. המדינה טוענת כי התוכנית הנ"ל נותנת מענה לצורכי הכפר עד שנת 2015 תוך לקיחת "שולי ביטחון" רחבים במיוחד לעניין הגידול הצפוי במספר התושבים. העותרים הינם תושבי החלק המזרחי של הכפר. על מקרקעין שבחזקתם בנו העותרים בזמנים שונים מבנים, מחוץ לתוכנית 1108 הנ"ל. סך הכל – מדובר ב-14 מבנים. במועד מסוים הוציאה המשיבה 2, ועדת המשנה לפיקוח באזור יהודה והשומרון - בית אל (להלן: ועדת המשנה לפיקוח) צווי הריסה למבנים אלו. ועדת המשנה לפיקוח הינה אחת ממספר ועדות שסמכויותיהן הואצלו להן על ידי מועצת התכנון העליונה של אזור יהודה והשומרון (להלן: מועצת התכנון העליונה). בהמשך – נרחיב לעניין המבנה והפונקציות של הוועדות הרלוונטיות. בעקבות הוצאת צווי ההריסה הגישו העותרים בקשות למתן היתר בנייה. ביום 2.2.03 דחתה ועדת המשנה לפיקוח את הבקשות, תוך שהעניקה לעותרים ארכה בת 30 יום שלאחריה יהיו צווי ההריסה בתוקף. ביום 18.2.03 הגישו העותרים ערר על החלטה. יחד עם הערר הגישו חלק מהעותרים תוכנית מפורטת אותה ביקשו לאשר, אשר כללה את הכשרתם של המבנים נשוא צו ההריסה. משלא נמסר לעותרים, לטענתם, כי נקבע מועד לשמיעת הערר ובהתקרב תום 30 הימים שנקבעו לכניסתם לתוקף של צווי ההריסה – הגישו העותרים, ביום 4.3.03, עתירה לבג"ץ (בג"ץ 2187/03) (להלן: העתירה הראשונה). בעתירה זו ביקשו העותרים כי צווי ההריסה יבוטלו וכי תוכנית המתאר החלה בחלקו המערבי של הכפר – תכלול גם את המבנים הנדונים. בעתירה הוצא, בהסכמה, צו ביניים אשר אסר על שינוי המצב הקיים ביחס למבנים נשוא העתירה. לאחר הגשת העתירה הראשונה נודע לבא כוחם של העותרים באותה עת, כי דיון בערר קבוע ליום 16.3.03 בפני ועדת המשנה לתכנון מקומי, שהיא ועדה נוספת שינקה את סמכויותיה ממועצת התכנון העליונה (להלן: ועדת המשנה לתכנון מקומי). בא כוחם של העותרים פנה לוועדת המשנה לפיקוח וביקש, כי מועד הדיון בעררים יידחה על מנת שיתאפשר לו להופיע בפני ועדת המשנה לתכנון מקומי. בתגובה נענה במכתב, כי "עפ"י הנוהל אין מוזמנים לוועדת המשנה לתכנון מקומי של מת"ע. בהתקבל החלטה תועבר אליך בהתאם". ביום 16.3.03 ניתנה החלטתה של ועדת

המשנה לתכנון מקומי לדחות את העררים ואת התוכניות המפורטות אשר הוגשו על ידי העותרים (להלן: ההחלטה). ביום 19.10.06 ניתן פסק דינו של בית משפט זה בעתירה הראשונה, כדלהלן:

“עתירה זו, כפי שהיא, מיצתה את עצמה ולאור תשובת המדינה אין הצדקה להתערבותנו. עם זאת, בהסכמת בא כוח המדינה, יעמוד צו הביניים בתוקפו לתקופה של שישים ימים נוספים כדי לאפשר לבא-כוח העותרים, כבקשתו, לשקול אם יש מקום להגשתה של עתירה חדשה על הסירוב לשנות את התוכנית ועל הדיון בוועדת הערר. אין צורך לומר שאין אנו מחווים דעה על קיומה של עילה אחרת בידי העותרים.”

2. ביום 17.12.06 הגישו העותרים את העתירה הנוכחית, בה הם מעלים טענות שונות כנגד המשיבות. במישור הפרוצדורלי נטען, כי היה על המשיבות להעניק להם זכות שימוע בעל פה בשלב הערר, והן לא יצאו ידי חובתן במתן זכות טיעון בכתב. העותרים מוסיפים וטוענים, כי הערר שהגישו נדחה ללא דיון אמיתי בטענותיהם. לגופה של ההחלטה טוענים העותרים, כי היא לוקה בחוסר סבירות קיצונית ובהפליה. ההפליה מתבטאת בכך שבעוד שחלקו המערבי של הכפר זכה לתוכנית מתאר המייעדת את השטח לצרכים הנדרשים של תושבי הכפר – תעשייה, חקלאות, צורכי ציבור וכו' – חלקו המזרחי כפוף עדיין לתוכנית מנדטורית S-15 (להלן: התוכנית המנדטורית), אשר אינה עונה על צרכיו של הכפר בימינו אנו. בעת הדיון בעתירה העלו העותרים טענה נוספת הנוגעת לתשתית החוקית של הליך הערר ומתמקדת במבנה הוועדות. באישורנו, הגישו העותרים השלמת טיעון בנושא זה, שכללה התייחסות לתשתית הנורמטיבית של מוסדות התכנון והבנייה בשטחי יהודה ושומרון. המשיבות הגישו תגובה להשלמת הטיעון שהגישו העותרים. הטענה העיקרית המועלית על ידי העותרים בהשלמת הטיעון הינה, כי הליך הערר שקוים בעניינם לוקה בניגוד עניינים מובנה, שכן הן חברי הגוף השומע את הערר והן חברי הגוף המקבל את ההחלטה המקורית – נמנים על מועצת התכנון העליונה. כמו כן נטען, כי הליך הדיון בתוכנית המפורטת שהגישו לא היה תקין.

המשיבות סבורות, כי יש לדחות את העתירה. ראשית, טוענות המשיבות כי דין העתירה להידחות על הסף בכל הנוגע לטענות שהועלו בעתירה הראשונה. זאת, מכיוון שטענות אלו נדחו על ידי בית המשפט, אשר התיר לעותרים להגיש עתירה חדשה רק בנוגע לשתי סוגיות – הסירוב לשנות את התוכנית והדיון בוועדת הערר, או בנוגע ל"עילה אחרת" שלא נכללה בעתירה הראשונה. לטענת המשיבות, טענת ההפליה הועלתה בעתירה הראשונה, נדחתה על ידי בית המשפט ולא חל כל שינוי נסיבות

המצדיק דיון מחדש בה. לא ראיתי לקבל טענה זו. מפסק הדין בעתירה הראשונה אין זה ברור מהן העילות שהיו לנגד עיני בית המשפט והאם הוא דחה אותן לחלוטין. נאמר בפסק הדין, כי "עתירה זו, כפי שהיא, מיצתה את עצמה ולאור תשובת המדינה אין הצדקה להתערבותנו". העתירה הראשונה אינה מונחת לפנינו, ועל תוכנה למדנו מתגובת המשיבות. מנוסח פסק הדין אין זה ברור האם התכוון בית המשפט לדחות באופן סופי את הטענות שהובאו בעתירה זו. על כן, יידונו טענות העותרים לגופן. גם לגופו של עניין טוענות המשיבות, כי יש לדחות את טענות העותרים ועמדתן תובא בעת הדיון בכל אחת מהטענות. יוער, כי ביום 7.1.07 חודש, בהסכמת המשיבות, צו הביניים שהוצא בעתירה הראשונה ואשר אסר על שינוי המצב הקיים בכל הנוגע למבנים נשוא העתירה.

דיון

דיני התכנון והבנייה באזור יהודה והשומרון

3. על השטחים המוחזקים ביהודה ושומרון חלות הוראות החוק הירדני כפי שהיו בתוקף ביום 7.6.67, אלא אם שונו על ידי המפקד הצבאי בתחיקת הביטחון (ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט (1) 345, 354-355; בג"ץ 393/82 אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז (4) 785, 792). החקיקה הירדנית הרלוונטית לענייננו הינה חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (חוק זמני) מס' (79) לשנת 1966 (להלן: חוק התכנון הירדני) (נוסח מתורגם של החוק מופיע בקובץ דיני התכנון, הבניה והמקרקעין באזור יהודה והשומרון – הדין, תחיקת הבטחון והפסיקה) (הוצאת המנהל האזרחי לאזור יהודה והשומרון, בעריכת רס"ן אהרון משניות) (להלן: דיני התכנון והבנייה באזור). חוק התכנון הירדני כונן את מוסדות התכנון והבנייה באזור במערכת היררכית המורכבת בעיקרה ממועצת תכנון עליונה, ועדה מחוזית לתכנון הערים, הכפרים והמבנים (להלן: הוועדה המחוזית) וועדה מקומית. מבחינת תוכניות התכנון יוצר החוק הירדני מדרג של 3 רמות עיקריות: תוכנית אזורית, תוכנית מתאר ותוכנית מפורטת. החוק קובע את חלוקת העבודה והסמכויות בין מוסדות התכנון בכל הנוגע להליכי האישור של תוכניות התכנון השונות. כמו כן מסדיר החוק נושאים נוספים הנוגעים לתכנון ובנייה, כגון הליכי רישוי ופיקוח. ענייננו אינו מצריך סקירה מקפת של ההסדר שבחוק התכנון הירדני, ונסתפק בהזכרת נקודות מספר שתהיה להן חשיבות לדיון בהמשך.

על פי חוק התכנון הירדני, עיקר תפקידה של הוועדה המקומית הוא במישור הרישוי, הפיקוח והביצוע. מעורבותה במישור התכנוני הינה מוגבלת ביותר ואין היא מוסמכת לאשר תוכניות (דיני התכנון והבנייה באזור, עמ' 20). סמכויותיה של הוועדה המחוזית משמעותיות יותר. סעיף 8 לחוק התכנון הירדני מעניק לוועדה המחוזית סמכויות שונות, ביניהן הסמכות לאשר תוכנית מפורטת. בדרך כלל ניתן לקבל היתר בנייה רק בהתאם לתוכנית מפורטת בת תוקף, ומכאן חשיבותה הרבה של סמכות אישור זו (ראו דיני התכנון והבנייה באזור, עמ' 22). עוד קובע סעיף 8 לחוק התכנון הירדני, כי לוועדה המחוזית נתונים גם כל הסמכויות והתפקידים של הוועדה המקומית לגבי "מרחב התכנון האזורי והכפרים הנמצאים במחוז בו הוקמה". סעיף 36 לחוק התכנון הירדני מסדיר את הזכות להגיש ערר על החלטות מוסדות התכנון. מבלי להיכנס לפרטי ההסדר נציין, כי על החלטות הוועדה המקומית ניתן לערור בפני הוועדה המחוזית ועל החלטות הוועדה המחוזית ניתן, במקרים מסוימים, לערור בפני מועצת התכנון העליונה.

4. בהסדר שבחוק התכנון הירדני הוכנסו שינויים מספר על ידי תחיקת הביטחון. דבר החקיקה המרכזי בעניין זה הינו הצו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובנינים (יהודה והשומרון) (מס' 418) התשל"א-1971 (להלן: צו 418), אשר במהלך השנים הוכנסו בו תיקונים שונים. טענות נגד תוקפו של צו 418 נדחו על ידי בית משפט זה, אשר קבע כי "פירסומו של הצו התחייב מן הצורך לקיים פעולות תכנון ובנייה בשטח המוחזק, ולולא הוקמו הרשויות התכנוניות, לא ניתן היה להקים אף לא מבנה אחד בתוך השטח" (בג"ץ 4154/91 דודין נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית, פ"ד מו (1) 89, 92 (להלן: פרשת דודין)). בין היתר, חולל צו 418 שינוי במבנה מוסדות התכנון באזור. סעיף 2(2) לצו קובע, כי הסמכויות שניתנו בחוק התכנון הירדני לוועדה המחוזית יהיו נתונות למועצת התכנון העליונה. היינו, צו 418 ביטל, למעשה, את הוועדה המחוזית והעביר את סמכויותיה למועצת התכנון העליונה. בהמשך, הוסף לצו 418 סעיף 7א הקובע, כי מועצת התכנון העליונה מוסמכת להקים ועדות משנה ולאצול להן מסמכויותיה. בוועדות אלה יוכל להיות חבר גם מי שאינו חבר במועצת התכנון העליונה, כל עוד רוב חברי הוועדה הינם חברים במועצת התכנון העליונה.

בהתאם לסמכותה לפי סעיף 7א, הקימה מועצת התכנון העליונה מספר ועדות משנה. הרלוונטיות לענייננו הן שתי אלה שהוזכרו לעיל: ועדת המשנה לפיקוח – לה נמסרו סמכויות שונות של ועדה מקומית וועדה מחוזית (החלטת מועצת התכנון העליונה מיום 5.9.91). סמכויות הוועדה כוללות בעיקר הפעלת סמכויות בדרג נמוך, כגון: סמכויות פיקוח והנפקת היתרי בנייה. בין השאר, הוסמכה הוועדה להפעיל את

סמכויותיה של ועדה מקומית לפי סעיף 38 לחוק התכנון הירדני, אליו נידרש בהמשך; ועדת המשנה לתכנון מקומי – לה נמסרו סמכויות רחבות, הכוללות, בין השאר: ייזום ואישור תוכניות מפורטות ודיון בעררים על החלטות מסוימות של ועדה מקומית או ועדת המשנה לפיקוח (החלטת מועצת התכנון העליונה מיום 6.9.97). בין ההחלטות של ועדת המשנה לפיקוח עליהן ניתן לערור בפני ועדת המשנה לתכנון מקומי, נמצאת גם החלטה לפי סעיף 38 לחוק התכנון הירדני.

משנפרש הרקע הנורמטיבי, נפנה לבחון ביתר פירוט את עניינם הקונקרטי של העותרים ואת טענותיהם.

טענת ניגוד עניינים

5. כאמור, העותרים בנו מבנים שלא על פי התוכנית החלה על השטח וללא היתר. בשל כך הוצאו נגדם צווים להפסקת עבודה ובהמשך גם צווי הריסה. בעקבות צעדים אלו הגישו העותרים בקשות להיתרי בנייה. בקשות אלו נדונו על ידי ועדת המשנה לפיקוח, אשר הפעילה בעניין זה את סמכותה של הוועדה המקומית לפי סעיף 38 לחוק התכנון הירדני. ועדת המשנה לפיקוח החליטה לדחות את הבקשות. על החלטה זו הוגש ערר. יחד עם הערר הגישו חלק מהעותרים גם תוכנית מפורטת בה ביקשו להכשיר את הבנייה הלא חוקית שביצעו. לפי חוק התכנון הירדני, הן הערר והן הבקשה לאישור התוכנית המפורטת הינן בסמכות הוועדה המחוזית, ועל כן – לפי צו 418 – הינן בסמכות מועצת התכנון העליונה. סמכויות אלו הואצלו לוועדת המשנה לתכנון מקומי (החלטת מועצת התכנון העליונה מיום 6.9.97, שהוזכרה לעיל) ועל כן דנה ועדה זו הן בערר והן בבקשה לאישור התוכנית המפורטת (שהוגשו יחד כפי שצוין לעיל). הוועדה החליטה לדחות את הערר ואת התוכנית המפורטת ועל כך מלינה העתירה.

6. לטענת העותרים, הדיון בערר שהגישו נגוע בניגוד עניינים חמור המובנה אל תוך ההליך. זאת, מכיוון שהגוף שקיבל את ההחלטה המקורית הוא גם זה שדן בערר עליה. הטענה מכוונת כנגד העובדה ששתי ועדות המשנה הרלוונטיות הוקמו על ידי מועצת התכנון העליונה ופועלות מכוחה, כאשר התנאי הוא כזכור שרוב חברי הוועדה שמדובר בה יהיו חברים גם במועצת התכנון העליונה. התוצאה היא שוועדת משנה של מועצת התכנון העליונה (ועדת המשנה לפיקוח) החליטה בבקשת העותרים להיתר בנייה וועדת משנה אחרת של מועצת התכנון העליונה (ועדת המשנה לתכנון מקומי) דנה בערר שהוגש על החלטה זו, כאשר שתי הוועדות הינן זרועות של אותו הגוף. מצב עניינים זה בו מקבלי ההחלטה והדנים בערר עליה משתייכים לאותו הגוף אינו הולם,

לדעת העותרים, מינהל תקין. העותרים מוסיפים וטוענים, כי לא ברור האם קיים מנגנון המיועד למנוע מצב בו אותם אנשים עצמם ישתתפו גם בוועדת המשנה שקיבלה את ההחלטה המקורית וגם בוועדת המשנה שדנה בערר עליה. המשיבות סבורות, כי יש לדחות את טענת ניגוד העניינים. לטענתן, ועדות המשנה של מועצת התכנון העליונה פועלות באופן עצמאי ובלתי תלוי, ועל כן כשירה ועדת משנה אחת לשמש כערכאת ערר על ועדת משנה אחרת. ככלל – חברי מועצת התכנון העליונה (וממילא חברי הוועדות) הם נציגים של גופים שונים במינהל האזרחי ויש הגיון מערכתי בכך שאותם גופים יהיו מיוצגים ויוכלו ליטול חלק בדיוני מוסדות התכנון. טענתן המרכזית של המשיבות היא, כי לא הייתה זהות - מבחינה פרסונלית – בין חברי ועדת המשנה לפיקוח לחברי ועדת המשנה לתכנון מקומי. לעניין זה מפנה המשיבה לקיומו של רישום מפורט של שמות המשתתפים בדיונים הרלוונטיים בכל אחת משתי הוועדות.

7. העיקרון האוסר על עובד ציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים ידוע ומוכר בפסיקתנו זה מכבר (ראו למשל: בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד (2) 566 (להלן: פרשת סיעת הליכוד); בג"ץ 4360/94 טאטור נ' שר המשטרה, פ"ד נ (2) 560; בג"ץ 6499/99 המפד"ל – המפלגה הדתית לאומית נ' הרב בן-עזרא, פ"ד נג (5) 606; בג"ץ 11269/03 כמאל נ' שר המשפטים, פ"ד נט (3) 205). הכלל האוסר על ניגוד עניינים אינו מותנה בקיומו של איסור כזה בדבר חקיקה, "שכן מדובר בעקרון יסוד אוניברסלי 'המרחף' מעל כל דברי החקיקה הרלבנטיים" (בג"ץ 2419/94 פריד נ' ראש העיר טירת הכרמל (לא פורסם, פסקה 3)). האיסור אינו מצומצם למצב בו הושפעה בפועל התנהגותו של עובד הציבור מהיותו בניגוד עניינים, אלא מטיל חובה להימנע מכניסה למצב בו מתקיים חשש לניגוד עניינים. השאלה מתי מקים מצב עניינים מסוים חשש לניגוד עניינים נחתכת על פי מבחן אובייקטיבי (בג"ץ 5575/94 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל, משרד הבינוי והשיכון, פ"ד מט (3) 133, 141-142 (להלן: פרשת מהדרין); בג"ץ 589/86 שמעון נ' ראש המועצה המקומית קרית מלאכי, פ"ד מא (2) 617, 625).

האיסור על ניגוד עניינים משתרע – ובכך אין כל רבותא – על חשש לניגוד עניינים בין תפקיד ציבורי לאינטרס אישי. אולם אין הוא מתמצה בו. גם חשש לניגוד עניינים בין שני תפקידים ציבוריים של אותו עובד ציבור עשוי להעמיד בפניו מכשול בדמות האיסור על כניסה למצב של ניגוד עניינים. עמד על כך בית המשפט בפרשת סיעת הליכוד:

”היקפו של הכלל בדבר ניגוד ענינים משתרע, בראש ובראשונה, על ניגוד בין האינטרס השלטוני לבין האינטרס הפרטי – הן אינטרס אישי והן אינטרס רכוש... אך אין הכלל בדבר ניגוד ענינים מוגבל לניגוד זה בלבד. על עובד הציבור נאסר אף להימצא במצב של ניגוד ענינים בין שני אינטרסים שלטוניים, אשר על שניהם הוא מופקד... אומר השופט ברנזון: ”אולם אדם קרוב לעצמו, למשרדו, למחלקתו ולעניניהם, והוא עלול על נקלה להזדהות שלא בכוונה עמהם מבלי שיחוש כלל שהוא נוקט עמדה לא בלתי משוחדת כלפי הגוף שבראשו הוא עומד ולעניניו הוא דואג” (עמ’ 571-572).

עם זאת, נראה כי אין דומה מידת ההקפדה הננקטת על ידי הפסיקה במקרה של חשש לניגוד ענינים בין אינטרס אישי לאינטרס ציבורי למידת ההקפדה שיש לנקוט במקרה של חשש לניגוד ענינים בין שני אינטרסים ציבוריים. בעוד שבמקרה הראשון מסתמנת הנטייה להחמיר כל אימת שיש ”חשש סביר” לניגוד ענינים, במקרה השני מסתמן כי הרף יוצב בנקודה גבוהה יותר של ”אפשרות ממשית” לניגוד ענינים (ראו והשוו: בג”ץ 244/86 רביבו נ’ ראש המועצה המקומית אופקים, פ”ד מב (3) 183; בג”ץ 3132/92 מושלב נ’ הועדה המחוזית לתכנון ובניה – מחוז צפון, פ”ד מז (3) 741, 853; עש”מ 6529/03 קליגר נ’ נציבות שרות המדינה, פ”ד נח (1) 734, 743).

8. ומן הכלל אל הפרט: האם מתקיים חשש לניגוד ענינים בענייננו? אין חולק, כי מצב בו אותו אדם משתתף הן בדיון על ההחלטה המקורית והן בערר עליה הינו פסול מעיקרו. אולם מעיון בפרוטוקולים עולה שבהרכב ועדת המשנה לתכנון מקומי, אשר דנה בערר, לא נכלל אף אחד מאלו שישבו בהרכב של ועדת המשנה לפיקוח, אשר קיבלה את ההחלטה המקורית. איני מקבלת את הטענה, כי העובדה שבשתי הוועדות מכהנים חברים מאותו הגוף - מועצת התכנון העליונה - יוצרת ניגוד ענינים, ודאי לא במידה שיש בה כדי לפסול הסדר זה (ראו פרשת זודין, עמ’ 93). יהא זה מרחיק לכת לקבוע, כי עצם העובדה שרוב חברי ועדת הערר ורוב חברי הוועדה המקורית משתייכים לאותו ”גוף-על” מבטאת ניגוד אינטרסים אמיתי. העותרים טענו בהקשר זה, כי ”...סביר להניח כי קיימת רוטציה בין חברי הוועדות במת”ע כך שחברים במת”ע עוברים בין הוועדות השונות ולא נשארים כל הזמן באותה ועדה דבר אשר מגביר את החשש כי אותם אנשים דנים בערר על החלטותיהם” (סע’ 29 לכתב הטענות מיום 22.4.07). נראה לי כי טענה זו יותר משהיא משרתת את עמדת העותרים – מסייעת דווקא בידי המשיבות. רוטציה פירושה כי כל אחד מהחברים בכל ועדה יכיר את כל השיקולים וההיבטים הרלוונטיים, והאפשרות כי החלטותיו יִהָפְכוּ – תהיה חלק משגרה שבה הוא לעיתים בצד ההופך ולעיתים בצד הנהפך, הכל כחלק שווה ערך מעבודתו.

באשר לחשש לזהות האנשים – אין בו ממש. אין כל קושי להבטיח כי פלוני לא יישב כערכאת ערר על עצמו, ובפועל, כפי שהוסבר לעיל – הדבר נעשה ובשתי הוועדות לא ישבו אותם אנשים.

זאת ועוד, גם אם נניח שיש מידת מה של ניגוד עניינים בעובדה שחברים בשתי הוועדות משתייכים למועצת התכנון העליונה אין די בכך. על השאלה מהי רמת ניגוד העניינים המצדיקה התערבות שיפוטית אמר בית משפט זה:

”מידת החשש מפני ניגוד עניינים אינה עניין סטטי. מדובר ברצף הנע לאורך סקאלה של דרגות חומרה שונות. לשאלה היכן יש למקם מקרה ספציפי זה או אחר לאורך סקאלה זו, לא תמיד ניתן למצוא תשובה פשוטה. המיקום ייקבע לאחר בחינת העובדות וכלל הנסיבות במשקפיים מציאותיים, בתהליך של איזון בין מכלול של שיקולים ושקילתם. ברי, כי אין זה מן הראוי להתגדר בגבולות שהם בבחינת ”גזרה שאין הציבור יכול לעמוד בה” (בג”ץ 7279/98 שריד נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נה (1) 740,760).

גם כאשר מתקבלת המסקנה, כי מצב עניינים מסוים יוצר חשש לניגוד עניינים שאין להשלים עימו, יש לבחון האם ניתן להפיג חשש זה בדרכים מתונות יותר מאשר פסילה גורפת של מינוי או הסדר מסוים (שס, עמ’ 758-759; פרשת מהדדין, עמ’ 143-142). ולענייננו: המצב לפיו מורכבים שתי ועדות המשנה בעיקר מחברים במועצת התכנון העליונה הינו חלק אינהרנטי ממכלול ההסדר התכנוני המוחל בצו 418. היינו, קבלת הטענה בדבר ניגוד עניינים מובנה עלולה להוביל לפסילה גורפת של מבנה מוסדות התכנון שכוונן צו 418. כמו כן, יש לזכור כי אין טענה לניגוד עניינים בין אינטרס אישי לבין אינטרס ציבורי, אלא מדובר לכל היותר בניגוד עניינים הנטוע כל כולו במישור הציבורי. ניגוד העניינים שמדובר בו, גם אם נקבל כי הוא קיים, הינו בדרגה נמוכה ביותר. צירוף נתונים אלו מוביל למסקנה, כי אין מקום לפסול את מכלול ההסדר שנקבע על פי צו 418 בשל הטענה לניגוד עניינים, ויש להסתפק בקביעה כי בהרכב ועדת משנה הדנה בערר לא ישתתף אדם אשר היה חלק מהרכב ועדת המשנה אשר קיבלה את ההחלטה המקורית.

הדיון בתוכנית המפורטת

9. העותרים טוענים, כי בדיון בתוכנית המפורטת שהגישו נעשה ”קיצור דרך” שהביא לפגיעה בזכויותיהם הדיוניות. לטענת העותרים, על פי חוק התכנון הירדני

צריכה תוכנית מפורטת המוגשת על ידי אנשים פרטיים לקבל ראשית את אישורה של הוועדה המקומית, ורק אם זו אושרה על ידה עוברת התוכנית לוועדה המחוזית אשר מחליטה האם להפקיד אותה. העותרים מלינים אפוא, על כך שהתוכנית המפורטת לא הובאה תחילה לדיון בפני הוועדה המקומית אלא הגיעה ישירות לוועדת המשנה לתכנון מקומי, המתפקדת כוועדה מחוזית. דין הטענה להידחות. קשה להבין מה להם לעותרים כי ילינו, שכן אם צודקים הם בטענתם הרי הדילוג על שלב הוועדה המקומית פעל לטובתם, שכן הוא חסך מהם את הצורך לצלוח את ביקורתו של דרג מינהלי נוסף. לגופו של עניין, איני צריכה להכריע בשאלה האם אכן לפי חוק התכנון הירדני נדרש כי התוכנית המפורטת תידון תחילה בפני ועדה מקומית. זאת מן הטעם שלפי סעיף 4 לחוק התכנון הירדני מוסמכת הוועדה המחוזית – שסמכויותיה נתונות כיום למועצת התכנון העליונה – למלא תפקיד הנתון לוועדה מקומית בכל הנוגע לכפרים הנמצאים במחוז בו הוקמה. על כן, יש בדיון בפני ועדת המשנה לתכנון מקומי כדי למלא כל דרישה למעורבות של הוועדה המקומית, אם זו קיימת.

שלילת זכות הטיעון בעת הדיון בערר

10. נפח רב בטיעוני העותרים תפסה הטענה, כי הופרו בעניינם כללי הצדק הטבעי בשל כך שלא נתאפשר להם לטעון בעל פה בפני ועדת המשנה לתכנון מקומי. לטענתם, הערר שהוגש על ידם אינו ממצה את זכות הטיעון, וממילא אין די בקריאתו על מנת שהוועדה תקיים את חובת השימוע המוטלת עליה. ההסתפקות בטיעונים שבכתב פגעה גם בזכות השימוע המשנית שלהם, שכן נבצר מהם להגיב לטענות שהועלו נגדם. על הוועדה הייתה מוטלת החובה לזמן את העותרים לדיון, לתת להם זמן להתכונן ולאחר מכן לקיים דיון בנוכחות שני הצדדים. חרף החשיבות הרבה שייחסו העותרים לטענה – לא נראה לי כי יש בה ממש. בבג"ץ 3578/95 יורשי המנוח סלאמה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון (לא פורסם), נדרש בית המשפט, בנסיבות דומות לשלנו, לשאלה מתי יוצאת הרשות ידי חובתה במתן זכות שימוע בכתב, וכך אמר:

"לא מצאתי ממש בטענת העותרים כי זכות הטיעון שעמדה להם בהליכי הערר נפגעה בשל סרוב הוועדה לשימוע טיעוניהם בעל פה. נראית לי עמדת המשיבים, כי בכך שניתנה לעותרים האפשרות להגיש טיעוניהם בכתב, קיימה הוועדה את חובתה ליתן לעותרים הזדמנות הוגנת ונאותה להציג טענותיהם, וכי ועדה זו לא היתה חייבת לאפשר טיעונים בעל פה בפניה. אכן על הרשות מוטלת חובה לאפשר למי שעלול להפגע מהחלטותיה להציג את טענותיו. אולם מתכונת השימוע תלויה במכלול רחב של שיקולים ונסיבות, ובהם אופיו של

ההליך שבפני הרשות, מיהות הרשות, ומהות הענין. ראו לענין זה ספרו של י' זמיר - "הסמכות המנהלית" (תשנ"ו, כרך ב', עמ' 812 ועמ' 819-820); בענייננו מדובר בדיון בערר לאחר שלעותרים ניתנה הזדמנות להשמיע טענות בעל פה בהליך שהתקיים בפני המשיבה 4, טיעוניהם של העותרים בערר כפי שנוסחו בידי בא כוחם היו מפורטים בכתב בפני המשיבה 5, ואף המסמכים הרלבנטים לענין צורפו על ידם. בשל אפיו של ההליך, ובהתחשב במהות הענין ובמכלול החומר שהוגש למשיבה 5, ניתן לקבוע כי היא יצאה ידי חובת השימוע המוטלת עליה" (פיסקה 5 לפסק הדין).

הוא הדין לענייננו – בהתחשב בכך שבפני ועדת המשנה לפיקוח ניתנה זכות שימוע בעל פה, אין למצוא פסול עקרוני בנוהג של ועדת המשנה לתכנון מקומי, ביושבה כוועדת ערר, להסתפק בשמיעת טענות בכתב. בנסיבות ענייננו, לא הובאו בפני ועדת המשנה לתכנון מקומי טענות חדשות, כך שאין בסיס לטענה שהופרה חובת השימוע המשנית (השוו בג"ץ 5194/03 גרוסמן נ' שר הביטחון, פ"ד נז (א) 426, פסק דינו של הנשיא ברק). בדיעבד, גם בעתירה הנוכחית, לא חשפו העותרים נתונים חדשים שלא היו ידועים לוועדה ולא נלקחו בחשבון. חזקה עליהם, כי היו מביאים נתונים שכאלה לו היו בידיהם. לפיכך נראה שגם לגופו של עניין אין בפי העותרים טענה ממשית באשר לעוול שנגרם להם כתוצאה מהטיעון שבכתב.

חוסר סבירות והפליה

11. לגופו של עניין, טוענים העותרים כי מדיניות התכנון בשטחם נגועה בהפליה וחוסר סבירות קיצוני ואינה רגישה לצורכי האוכלוסיה. להוכחת טענתם, מצביעים העותרים על כך שעל השטח עליו בנו חלה התוכנית המנדטורית S-15, שאינה מותאמת לצרכים העכשוויים של בני הכפר, בעוד הצד המערבי של הכפר זכה לתוכניות מתאר המתאימות לצרכיהם העכשוויים של תושביו. טענה זו, נאמר מייד, ספק אם יש לה מקום בהליך כדוגמת זה הנוכחי, התוקף החלטה להוציא צו הריסה למבנה שנבנה בניגוד לדין. נראה שמקומה של טענת ההפליה וחוסר הסבירות בתקיפה ישירה של מדיניות התכנון של המשיבות. עם זאת, גם לגופה לא מצאנו בה ממש. ציינו לעיל, כי בשנת 1995 נכנסה לתוקף תוכנית מתאר 1108 שאינה מוזכרת בטיעוני העותרים. התוכנית נותנת מענה לצורכי האוכלוסיה ולהתרכותה המשוערת לפחות עד שנת 2015. תוכנית זו אינה משתרעת אומנם על החלקות עליהם בנו העותרים, אולם היא מעידה כי לא הייתה התעלמות מצד הרשויות בכל הנוגע לצורכי הכפר. המשיבות טוענות כי העובדה שהתוכנית אינה משתרעת על החלקות עליהן בנויים המבנים מכוונת והיא חלק מהתכנון. דהיינו: מוסדות התכנון המוסמכים נדרשו לנושא והכריעו כי אין מקום

לשינוי יעדן (סע' 36 לתגובה המקדמית). לטענה אחרונה זו - אין ביסוס קונקרטי שעל כן ניתן לראות בה השערה בהבדל מנתון מוכח. אולם גם תוך התעלמות ממנה, קיומה של תוכנית 1108 משמיט את הקרקע תחת טענת הפליה. נראה לי כי יש ממש גם בטענתה השנייה של המדינה לפיה אין לדבר על הפליה מקום שמסד הנתונים שונה. בגדר מסד נתונים מצויה העובדה שעל חציו המערבי של הכפר חל הדין הישראלי ואילו על חלקו המזרחי הדין הירדני. נתון זה – אינו עומד לבחינה, וקיומו שולל אפירורית את האפשרות להתייחס לשני חלקי הכפר באותו אופן.

ועל כל אלה – העתירה תוקפת למעשה החלטה של תכנון. בית משפט זה חזר ושנה מספר פעמים, כי אין הוא משים עצמו תחת רשויות התכנון ולא יתערב בשיקוליהן, אלא אם מוצדק הדבר בשל קיומה של עילה מן העילות המוכרות במשפט המינהלי (בג"ץ 1459/97 אבו טיר יאסין נ' שר העבודה והרווחה (לא פורסם), פסקה 7 לפסק הדין); עע"מ 2418/05 מילגרם נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ירושלים (לא פורסם, פסקה 9 לפסק הדין)). משקבענו, כי אין בסיס לטענה שרשויות התכנון היו אדישות לצרכים התכנוניים של הכפר - בחירתן של הרשויות לתת את המענה באופן שאינו כולל את שינוי התוכנית החלה על החלקות עליהן נבנו המבנים נשוא העתירה, אינה מקימה עילת התערבות.

בשולי הדברים נוסף, כי לא מצאנו ממש גם בטענת העותרים כי העררים שהגישו נדחו ללא דיון אמיתי בטענותיהם. את טענתם זו ביססו העותרים על דמיון בפרוטוקולי הדיון בוועדה באשר לכל אחד מהמבנים שמדובר בו. מעיון בפרוטוקולים של ועדת המשנה לתכנון מקומי עולה כי הנימוק המרכזי לדחיית העררים והתוכניות המפורטות שהגישו העותרים היה משותף לכולם – הסתירה בין התוכנית המפורטת לתוכנית המנדטורית החלה על השטח, לפיה המקרקעין הם שמורת טבע. העובדה שמדובר בנימוק עיקרי דומה בכל המקרים הינה פועל יוצא של הדמיון בעובדות ובמציאות הנורמטיבית, ואינה מלמדת על דחייה שרירותית וחסרת הבחנה.

מהטעמים האמורים, אציע לחבריי לדחות את העתירה, ובנסיבות העניין ללא צו להוצאות. עם דחיית העתירה בטל, כמובן, צו הביניים אשר אסר על שינוי המצב הקיים ביחס למבנים נשוא העתירה.

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

שופטת

השופט א' רובינשטיין:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברלינר.

ניתן היום, י"ג בתשרי התשס"ח (25.9.07).

שופטת

שופט

שופטת