



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5137/08

בג"ץ 8146/08

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט י' עמית

העותר בבג"ץ 5137/08 : בני אלבו  
העותר בבג"ץ 8146/08 : עמיר לב

נגד

המשיב : הועדה לנושאים תכנוניים עקרוניים של המועצה הארצית לתכנון ובנייה

המבקשים להצטרף כעותרים בבג"ץ 8146/08 : 1. צורי מכלוף  
2. רותי (גלעד) מכלוף

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : כ"ח בתשרי התשע"א (06.10.10)

בשם העותר בבג"ץ 5137/08 : עו"ד עמנואל סולומונוב,  
בשם העותר בבג"ץ 8146/08 : עו"ד גלית סולומונוב-פוגל  
בשם המשיבה : עו"ד אביגדור פלדמן  
בשם המבקשים להצטרף : עו"ד תדמור עציון  
עו"ד צביקה אייזנברג

### פסק-דין

השופט י' עמית:

1. לפנינו שתי עתירות שעניינן בשלוש משפחות שמצאו עצמן מחוץ לתחומי היישוב כליל, בעקבות תוכנית מתאר מחוזית שקבעה את גבולות היישוב. העותרים מבקשים להורות למשיבות לתקן את תוכנית המתאר כך שביתם של שלוש המשפחות ייכלל בתחומי תוכנית המתאר.

2. היישוב כליל הוקם בשנת 1979 כיישוב אקולוגי, במסגרת תוכנית המצפים בגליל, בסיוע הסוכנות היהודית ובתמיכת משרדי הממשלה. משך שנים רבות לא הוסדרה תוכנית מתאר ליישוב, שבשטחו מקרקעין בבעלות פרטית לצד מקרקעין בבעלות המדינה. במהלך השנים גדל היישוב בעשרות בתי אב, התושבים בנו את בתיהם "במפוזר" על פני שטח נרחב וברווחים גדולים מאוד בין הבתים, ודומה כי

הקפידו יתר על המידה שלא לחטוא באזהרת הנביא "הוי מגיעי בית בבית שדה בשדה יקריבו עד אפס מקום..." (ישעיהו ה', ח'),

3. ניתן להצביע על מספר אבני דרך בתכנון היישוב כליל. היישוב סומן לראשונה בתמ"מ 4/2 כהתיישבות כפרית חדשה (המצפים) שפורסמה למתן תוקף ביום 2.10.89. במקביל, הוכנה בשנות השמונים תוכנית מתאר מקומית (ג/5677) שאף אושרה על ידי הועדה המחוזית ביום 27.2.91 אך משום מה לא פורסמה למתן תוקף. תכנית זו, שכוונתה על ידי הצדדים כ"תכנית סוזנה המנחם" על שם עורכת התכנית, התוותה את גבולות היישוב ומשך מספר שנים אף ניתנו על פיה היתרי בניה ביישוב בשטחים שיועדו למגורים או לתכנון מגורים. זאת, מכוח הוראת סעיף 97 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק), המתירה הוצאת היתר בנייה מכוח תכנית מופקדת בתנאים המפורטים בסעיף. ראוי לציין כי גם בתכנית זו, שהתוותה כאמור את גבולות היישוב כליל, יש הבחנה בין שטחים המיועדים לבניה ולפיתוח לבין שטחים המיועדים לחקלאות.

בשנת 1996 הוכנה תוכנית מתאר מקומית נוספת (ג/11789) שהתוותה את גבולות היישוב כליל בשטח מצומצם בהרבה מזה שנקבע בתוכנית "סוזנה המנחם". התכנית אושרה להפקדה בתנאים ביום 8.5.02, וביום 16.7.03 החליטה ועדה מקצועית שהתמנתה על ידי הועדה המחוזית שלא לכלול את הבית של העותר בבג"ץ 8146/08 (להלן: לב) ואת דרך הגישה אליו בתחום התכנית. זאת, מטעמים תכנוניים שבבסיסם הצורך לרכז ככל שניתן את מבני המגורים ביישוב. מאחר שבתכנית זו הומלץ על הגדלת מספר יחידות דיור ביישוב מ-75 ל-172, החליטה הועדה המחוזית להמליץ בפני המשיבה, היא הולנת"ע (הועדה לנושאים תכנוניים עקרוניים של המועצה הארצית לתכנון ובנייה) להפקיד תוכנית לשינוי תמ"מ 4/2 שהיא תמ"מ 53/2 מושא העתירה.

במסגרת תמ"מ 53/2 הותוו גבולות היישוב כליל בשטח "הכתם" של היישוב כפי שסומן בתמ"מ 4/2 והשטחים שנכללו בתוכנית המתאר המקומית ג/11789 הנ"ל, כך שהוגדל השטח שהוצע בתכנית ג/11789. כן הוגדלה קיבולת היישוב מ-75 ל-120 יחידות דיור, וזאת בעקבות תמ"מ 9/2 שהיא תוכנית המתאר המחוזית של מחוז צפון שפורסמה למתן תוקף ביום 30.7.07.

ביני לביני, ביום 23.9.05 פורסם בעיתונות דבר הפקדתה של תמ"מ 53/2 ובעקבות כך הוגשו מספר התנגדויות, שרובן התייחסו למספר יחידות הדיור ביישוב

כליל ולגבולות התכנית, כאשר ועד היישוב והעותרים תומכים בהרחבת גבולות היישוב.

ביום 12.12.06 מינתה המשיבה את עו"ד ענת בירן-רקם כחוקרת לשמיעת ההתנגדויות שהוגשו לתכנית, בהתאם להוראות סעיף 107א לחוק (להלן: החוקרת). לאחר שמיעת ההתנגדויות, המליצה החוקרת להגדיל את מספר יחידות הדיור ביישוב ל-175. החוקרת דחתה את בקשת ועד היישוב להרחבת גבולות התכנית, כך שנדחתה בקשתם של העותרים בבג"ץ 5137/08 (להלן: אלבז) ושל משפחות נוספות להיכלל בתוך גבולות היישוב. עם זאת, המליצה החוקרת לשנות את גבולות היישוב כך שיכללו גם בית העלמין של המושב ואת הדרך המובילה אליו, וגם את ביתם של לב הבנוי בסמוך לבית העלמין.

4. ביום 26.2.2008 דנה המשיבה בתוכנית, בהתנגדויות ובהמלצות החוקרת. בסופו של יום החליטה המשיבה להגדיל את מספר יחידות הדיור ביישוב ל-180 יחידות דיור ולקבל את רוב המלצות החוקרת, למעט ההמלצה לכלול את ביתו של לב בשטח התכנית. זאת, מאחר שהיישוב כליל הוא חריג כשלעצמו בנוף ההתיישבות הכפרית, הן בשטחו והן בפריסת המגורים בתחומו, בניגוד לעקרונות התכנון הקבועים כיום בתכנון הארצי והמחוזי. בתיהם של העותרים לא נכללו בתחום התכנית כשהופקדה והם מרוחקים ממרבית בתי היישוב. לכן, נדחתה המלצת החוקרת להגדיל את שטח היישוב כך שביטו של לב ייכלל בתחומי התכנית (כאמור, החוקרת דחתה בהמלצותיה את בקשת אלבז להיכלל בתחומי היישוב).

5. על החלטה זו של המשיבה נסבות העתירות שבפנינו. לעתירתו של לב הצטרפה גם משפחת מכלוף (להלן: מכלוף) שבנתה את ביתה עשרות מטרים דרומית לביתם של לב, קרוב מעט יותר לגבולות היישוב כליל, והמלצת החוקרת תקפה גם לגביהם. נציין כי ביני לביני אושרה תמ"מ 53/2 ופורסמה למתן תוקף ביום 6.4.2009 ובמקביל הופקדה ואושרה התכנית המפורטת של היישוב (ג/11789).

העותרים טענו כי החלטתה של המשיבה אינה מידתית, והיא לוקה בחוסר סבירות ובשרירות בכך שהיא מותירה את בתיהם מחוץ לגבולות היישוב. זאת, תוך התעלמות מכך שהעותרים ומשפחותיהם משולבים בחיי הקהילה והחברה ביישוב כבני היישוב לכל דבר ועניין, ועניינם נתמך על ידי ועד היישוב. בכך נפגעת, לטענת העותרים, זכותם לממש את השתייכותם לקהילה האקולוגית בכליל. כן טענו העותרים כי הם מופלים לרעה לעומת אחרים שבתיהם נכללו בתחומי התכנית. עוד נטען כי

הועדה טעתה בכך שסברה כי היענות לבקשתם לשנות את גבול היישוב הייתה מצריכה הפקדה מחדש של התכנית, באשר מדובר בשינוי מינורי בלבד. בנסיבות אלה, נטען על ידי לב ומכלוף כי היה על המשיבה לאמץ את המלצת החוקרת לגביהן. אלבו, שהחוקרת דחתה כאמור את התנגדותם לתכנית, הצטרפו לטענות לב ומכלוף והוסיפו וטענו כי נשללה מהם זכות הטיעון בפני החוקרת.

6. אומר בקצרה כי איני רואה מקום להתערב בהחלטת המשיבה.

בפני המשיבה עמדו מספר אפשרויות וייתכן כי יכולה הייתה לקבל החלטה אחרת לגבי גבולות היישוב, והדברים אמורים במיוחד לגבי משפחות לב ומכלוף, שבתיהן נכללים בגבול שהומלץ על ידי החוקרת. ברם, כאשר עומדות בפני הרשות מספר אפשרויות שכל אחת מהן נמצאת במתחם הסבירות, בית המשפט לא ימיר את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו ואף לא יבחן אם ניתן היה לקבל החלטה נבונה או יעילה יותר (ראו, לדוגמה, בג"ץ 4140/95 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 69 (1999); בג"ץ 764/88 דשנים וחומרים כימיים בע"מ נ' עיריית קרית אתא, פ"ד מו(1) 793, 802-803 (1992); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב' 763 (2010). כך באופן כללי וכך במיוחד לגבי החלטות תכנוניות-מקצועיות, שאין בית המשפט משים עצמו מומחה מקצועי לבחינתם של שיקולים תכנוניים ואין בית המשפט יושב כערכאת ערעור על שיקוליה התכנוניים של רשות התכנון. לכן, גדר התערבותו של בית-המשפט בהחלטות של רשויות התכנון הינו מצומצם וההתערבות נעשית במשורה, מקום בו החלטת רשות התכנון לקחה באחד מ"המרעין בישין" של המשפט המינהלי כמו חריגה מסמכות, חוסר תום לב, ניגוד עניינים או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות (ראו עע"ם 2418/05 מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ירושלים (לא פורסם, 24.11.05) בפסקה 9; עע"ם 3189/09 החברה להגנת הטבע נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (לא פורסם, 2.7.09) בפסקה 26 (להלן: עניין החברה להגנת הטבע)); עע"ם 9385/05 וינברג נ' ועדת הערר המחוזית מחוז תל אביב (לא פורסם, 18.10.07) בפסקה 3; בג"ץ 11745/04 רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה (לא פורסם, 4.9.08) בפסקה 8; בג"ץ 3095/05 אביחיל מושב עובדים נ' הועדה לתשתיות לאומיות-משרד הפנים (לא פורסם, 6.3.08) בפסקה 26; בג"ץ 9688/07 איגוד ערים לאיכות הסביבה נפת אשקלון נ' שר האוצר (לא פורסם, 13.9.10) בפסקה 13).

7. החלטתה של המשיבה מאזנת בין הצורך להתחשב במצב הבעייתי שנוצר במהלך השנים, תוך שהיישוב הולך ומתפרס ללא גבול ובמרווחים גדולים בין בית

לבית, לבין הצורך לשמור על שטחים ירוקים ומסגרת יישובית מקובלת, בהתחשב בעקרונות תכנון מקובלים לגבי צפיפות וחסכון במשאבי קרקע ובהתחשב בגבולות יישובים סמוכים ובשטחיהם. הפתרון שננקט על ידי המשיבה עולה בקנה אחד עם התפיסה של דיני התכנון והבניה כדינים מאזנים (ע"מ 5239/09 אדמ טבע ודין נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז מרכז (לא פורסם, 16.9.09) בפסקה 9 והאסמכתאות שם).

אכן, להמלצות החוקרת יש משקל, אך המשיבה, ששמעה באריכות את החוקרת ודנה בהמלצותיה, לא הייתה מחוייבת לאמץ את כל המלצותיה. מה עוד שהמלצת החוקרת לגבי ביתם של לב ומכלוף הייתה מסוייגת, בכפוף לבדיקה אם ניתן לאשר בניה בחלקה ואם אין מניעה חוקית לאשר את בית המגורים הקיים. המלצת החוקרת בנקודה זו אף עמדה בניגוד להמלצת הועדה המקצועית של הועדה המחוזית משנת 2003, שלא לכלול את ביתו של לב במסגרת התכנית. לצד השיקול התכנוני, אם כי לא כשיקול מכריע ויחיד כטענת העותרים, המשיבה סברה כי קבלת התנגדות העותרים לתכנית, הייתה מחייבת הפקדתה מחדש. הדבר היה גורר עיכוב באישור התכנית בניגוד לאינטרס של התושבים ביישוב, שכנגד רבים מהם ננקטו הליכים פליליים בגין בניה בלתי חוקית עקב היעדר תוכנית מוסדרת ליישוב כליל.

8. תמ"מ 53/2 נועדה אפוא "לכנס" את היישוב כליל לתוך גבולות ברורים על בסיס האזורים שנקבעו לבנייה בתכניות קודמות, במגמה לרכז ככל שניתן את מגרשי המגורים במקבצים בסמוך לתשתיות קיימות. הכשרת בנייה בדיעבד יכולה להיות שיקול לגיטימי בעריכת תכנית, כפי שאי הכשרת בנייה בדיעבד יכולה להיות שיקול לגיטימי כדי שלא לעודד עבריינות בנייה. מכל מקום, השיקולים התכנוניים אינם יכולים ואינם צריכים "לרוץ" אחר כל בנייה בלתי חוקית בשטח, בבחינת תכתיב ואילוץ שעל הרשות להתחשב בו בכל מקרה. "מי שבנה ללא היתר כחוק אינו יכול להסתייע בעבירה שביצע כנימוק לאישור תוכנית, אשר בנסיבות אחרות לא הייתה מאושרת" (בג"ץ 1306/93 ברוכין נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים (לא פורסם, 13.6.1993)).

די להביט בתסריט התכנית כדי להיווכח שהכללת בתיהם של העותרים - שנבנו ללא היתר בניה והם מרוחקים יחסית מגבולות התכנית וממקבצי המגורים - יוצרת מעין שתי "זרועות" היוצאות מהשטח שהוקצה ליישוב כליל על פי תמ"מ 53/2 וחודרות לשטחים פתוחים המיועדים לחקלאות, ובמקרה של לב ומכלוף, גם לשטח המהווה דרך המובילה לבית העלמין. לא נעלם מעיני כי שטח בית העלמין והדרך המובילה אליו

נכללה בתוכנית המפורטת המאושרת של היישוב, אך זאת נוכח ההוראות המיוחדות הקבועות בתוכנית לעניין בית העלמין, להבדיל משטח המיועד למגורים. בסופו של יום, לא היה מנוס מלהציב במקום כלשהו את גבולות היישוב כליל, הנרחבים כשלעצמם באופן חריג לעומת יישובים אחרים. מטבע הדברים, בהחלטה מעין זו תמיד יימצא מישהו שיישאר "מעבר לגדר".

ובכלל, כל החלטה על גבולות, מידות, משקלות, מרחקים או מועדים היא שרירותית במידת מה מעצם טיבה וטבעה, ותמיד יימצאו מקרים "מעבר לגבול מזה או מזה הנראים קשים, כך שמידת הצדק המוחלט נמצאת לוקה... אין מקרי גבול כאלה מצדיקים את התערבותו של בית משפט זה" (בג"ץ 134/76 שרעבי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד ל(3) 596 (1976); והשוו: בג"ץ 702/81 מינצד נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד לו(2) 1 (1982)). לכן, גם אם נטיית הלב של בית המשפט היא לכיוון שונה מהדרך שנבחרה על ידי רשות התכנון, לא ניתן לומר כי החלטתה של המשיבה חרגה ממתחם הסבירות באופן המצדיק התערבות (השוו לעניין החברה להגנת הטבע בפסקה 37).

9. איני רואה לקבל את טענת ההסתמכות של משפחת לב שבנתה את ביתה בשנת 1999 ושל משפחת מכלוף שבנתה את ביתה בשנת 2002. זאת, באשר גם על פי תכנית "סוזנה המנחם" ובכל התכניות שהוכנו לאחריה, החלקות של לב ומכלוף היו מיועדות לחקלאות עוד לפני שהקימו את בתיהם, והן לא נכללו בשטחים המיועדים לבנייה בתחומי היישוב כליל.

10. גם טענת אלבו כי נשללה זכות הטיעון שלו בפני החוקרת דינה להידחות. מינוי החוקרת והמועדים להגשת התנגדויות לחוקרת התפרסמו והיו בידיעתם של אלבו, שהודיעו יחד עם אחרים, כי הם מייפים כוחו של אחד בשם אביטל לייצגם בפני החוקרת.

מכל מקום, החוקרת התייחסה להתנגדות פרטנית נוספת שנשלחה על ידי אלבו בכתב לאחר חלוף המועד להגשת התנגדויות ולאחר סיום שמיעת ההתנגדויות, והמליצה לדחותה לאחר שמצאה כי חלקתם של אלבו מרוחקת באופן ניכר מגבולות היישוב על פי התכנית.

11. לפני נעילה, עיינתי בתצ"א שהוגשה לנו על ידי לב לאחר הדיון, ואין בכך כדי לשנות מהמסקנה אליה הגעתי. סופו של דבר, שדין העתירות להידחות, ובנסיבות העניין ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ו' בחשון התשע"א (14.10.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה