



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בענינים מנהליים

ע"ס 9057/09

ע"ס 9150/09

ע"ס 9158/09

בפני :
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערערים ב-ע"ס 9057/09 : דן איגנר ועוד 32 אח'

המערערת ב-ע"ס 9150/09 :
והמשיבה ביתר הערעורים : אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה

המערערות ב-ע"ס 9158/09 :
והמשיבות ביתר הערעורים :
1. המועצה הארצית לתכנון ולבניה
2. הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה

נ ג ד

המשיבים :
1. השמורה בע"מ
2. יוסף אברהם
3. הועדה המקומית לתכנון ולבניה-חיפה

המשיבים ב-ע"ס 9057/09 :
4. אבנר ומלכה בן נון
5. אברהם גולובניץ
6. שולמית גינזבורג
7. ד"ר צילה ויס
8. יוסף ונורית דופלט
9. אילנה הויברגר
10. בנימין הסה
11. מיכאל וציפורה וולצקי
12. אברהם וטובה ונציה
13. יליזבטה זינגרמן
14. דוד טובול
15. דוד כהנא
16. דוד ושושנה כץ
17. גדי ואילנה מצגר
18. חוה נדיר
19. שמואל ואביבה ניין-נון
20. שמעון ודורית סטופ
21. אילנה סלס
22. נירה עדן
23. שרה פז
24. נפתלי ודינה פנצק

25. יהודה קופרשטוק
 26. עתידה קרחי
 27. יהודית ומיכאל ריבר
 28. עליזה שטרק
 29. אהוד ומלכה שמיר
 30. נועה שפילברג
 31. עמרם ובלוריה תורג'מן

המשיבים ב-עע"ם 9150/09 :
 32. אורן שוש ואח'
 33. צפורה בונה ואח'

המשיבים ב-עע"ם 9158/09 :
 34. משה למדן ואח'

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
 בחיפה ב-עת"מ 2629-05-09 מיום 21.10.2009 שניתן על ידי
 כבוד השופטת ב' בר זיו

תאריך הישיבה : ה' בתשרי התשע"א (13.09.10)

בשם המערערים ב-עע"ם
 : 9057/09

עו"ד יגאל גולן

בשם המערערת ב-עע"ם
 : 9150/09

עו"ד קרן הלפרין

בשם המערערות ב-עע"ם
 : 9158/09

עו"ד תדמור עציון

בשם המשיבים 1 ו-2 :
 עו"ד משה פרזנצ'בסקי

בשם המשיבה 3 :
 עו"ד רשף חן, עו"ד קרן גולדשמידט

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

1. לאחר גלגולים שונים, עליהם נעמוד בהמשך הדברים החליטה המועצה הארצית לתכנון ולבניה שלא לאשר את תוכנית חפ/794/א (להלן: התוכנית). בכך אימצה המועצה הארצית החלטה שניתנה ברוב (תוך שימוש בקול מכריע של יו"ר הוועדה) על ידי ועדת המשנה שלה לעררים. בית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה (השופטת בר-זיו) החליט להתערב בהחלטתה זו של המועצה הארצית. בפסק דינו קבע בית המשפט כי החלטת הרוב של ועדת המשנה לעררים כפי שאומצה על ידי המועצה

הארצית "אינה יכולה לעמוד וכי יש להעדיף את החלטת הוועדה המחוזית ודעת המיעוט בוועדת המשנה לעררים כמשקפות את המצב התכנוני הראוי".

2. על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים מונחים לפנינו שלושה ערעורים. ערעורה של המועצה הארצית לתכנון ולבניה (ע"מ 9158/09), ערעורם של שכנים שהגישו התנגדות לתוכנית (ע"מ 9057/01) וערעורה של אדם טבע ודין (ע"מ 9150/09). המערערים כולם טוענים כי לא היה מקום לכך שבית המשפט המחוזי יתערב בשיקול דעתה של המועצה הארצית ויעדיף תחתיה את החלטת הוועדה המחוזית ואת דעת המיעוט בוועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית.

3. חברי השופט ע' פוגלמן החליט ביום 18.2.2010 במסגרת ע"מ 9158/09 לעכב את ביצועו של פסק הדין עד למתן החלטה בערעור. מסקנתי היא כי – דין הערעורים להתקבל. לא היה מקום לכך שבית המשפט יחליף את שיקול דעתה של המועצה הארצית בשיקול דעתו, ויש להחזיר על כנה את החלטתה של מליאת המועצה הארצית.

גלגוליה של תוכנית

4. עד כה דיברנו על "התוכנית", ולא הבהרנו במה המדובר. עתה נבאר. מדובר בשטח מקרקעין שהמשיבה מס' 1 היא בעלת הזכויות בו המצוי בשכונת "אחוזת שמואל" על הר הכרמל. המשיב 2 הוא הבעלים של מבנה ששימש כמסעדה – בית קפה הקרוי "השמורה", שהוקם על שטח המקרקעין. על פי תוכנית מנדטורית השטח (המצוי כיום בין אזורי מגורים) הוא שטח פתוח המוגדר כשטח שייעודו שימור במצב טבעי. על השטח חלה גם תוכנית בנין עיר מפורטת לחיפה חפ/794 שאושרה בשנת 1953. תוכנית זו גרעה חלק מהוואדי המצוי במקום וייעדה אותו כשטח לבתי מלאכה תוך שהותר בנייה בהיקף של 7.5% מהשטח. יחד עם זאת נקבע בתוכנית כי השימוש לצרכי תעשייה ומלאכה יותר רק למי שהיו בעלי הקרקע ביום אישורה, וכל עוד הם בעלי הקרקע. מאז אישורה של התוכנית התחלפו הבעלים כמה פעמים ועל כן חזרה הקרקע לייעודה המקורי. במועד כלשהו ניתן היתר לבנות מכבסה במקום. בשנת 1983 הגיש בעליה הקודמים של הקרקע מר אליעזר גל בקשה לשימוש חורג כך שיותר לו להשתמש במבנה שהוקם כמכבסה למועדון ובית קפה. בקשה זו נדחתה. הוועדה המקומית קבעה כי אין המדובר בשימוש מותר, וכי שימוש כזה יגרום למטרד. ערר שהוגש על החלטה זו – נדחה. למרות זאת ובהמשך, במבנה שנועד למכבסה, הפעיל מר אברהם יוסף, שהוא בעל הזכויות במבנה, מסעדה ללא היתר. בהמשך, בשנת 1991, החליטה הוועדה

המחוזית, בהמלצת הוועדה המקומית, להתיר במבנה שימוש חורג למסעדה ובית קפה לתקופה של שלוש שנים. הוועדה המחוזית המליצה להציג תוכנית למקום שתסדיר את יעוד השטח ותפעול הפאב במקום. בפועל נמשך השימוש במקום כפאב (המכונה "השמורה") ואף הורחב שטח המבנה מעל ומעבר לשטח המצומצם שנועד כאמור למכבסה. השכנים התלוננו על מטרדים שנוצרו, וננקטו הליכים פליליים שונים.

5. בשנת 2000 הוצא צו הפסקה שיפוטי והפעילות במקום הופסקה, אך הבניה הבלתי חוקית - נמשכה. הוקם במקום מבנה בן שתי קומות בהיקף של 120 מ"ר. ננקטו הליכים פליליים והוצא צו הריסה שביצעו עוכב עד סוף שנת 2010 כדי לאפשר מיצוי ההליך התכנוני והכשרת הבינוי.

6. נחזור אל התוכנית: בחודש מרץ 1994 יזם מר אברהם יוסף את התוכנית נשוא ענייננו לפיה ישונה יעוד המקרקעין מאזור בתי מלאכה לאזור מסחרי. הוועדה המקומית לתכנון ובניה התנתה את קידום התוכנית בכך שהיזמים ירכשו את כל הקרקעות הסמוכות, ואכן היזמים רכשו 5 חלקות נוספות, לרבות בעסקת חליפין עם עיריית חיפה שחלק מהקרקעות היו בבעלותה. היזמים הציעו בתוכנית כי בשטח המסחרי יותר שימוש למטרת בית קפה ומסעדה, חניה ועוד. השטח הבנוי בתוכנית המוצעת עמד על 540 מ"ר; ושטחי החניה על 2000 מ"ר.

7. ביום 7.1.2003 המליצה הוועדה המקומית להפקיד את התוכנית המוצעת. ביום 12.5.2004 דנה ועדת משנה של הוועדה המחוזית בתכנית והחליטה לקיים סיור בשטח במעמד היזמים, העירייה והשכנים המתנגדים.

8. ביום 14.7.2004 לאחר הסיור בשטח החליטה ועדת המשנה להפקיד את התוכנית בתנאים שונים. שניים מחברי הוועדה המחוזית בקשו לקיים דיון חוזר בפני מליאת הוועדה המחוזית בהתאם לסעיף 11ד לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. דיון כאמור קיים ומליאת הוועדה המחוזית החליטה, ביום 19.10.2004, ברוב של 7 מול 6 לדחות את הבקשה לדיון חוזר ולאשר את ההפקדה.

9. ב-8.6.2005 פורסמה התוכנית להפקדה ברשומות. הוגשו לה התנגדויות רבות ועל כן מונתה האדריכלית אירית גיל כחוקרת לשמיעת ההתנגדויות. החוקרת הגישה דו"ח מפורט. עמדתה הייתה כי יש, אומנם, חשיבות לשמירת השטח הירוק בין השכונות, אך מסעדה יכולה להשתלב בשטח הירוק. החוקרת הציעה לאפשר פעילות רק במתחם הסגור שנועד מלכתחילה לבית מלאכה, ולאסור כל פעילות של אירוח והסעדה

בשטחים הפתוחים. עוד הציעה להגביל את הפעילות באתר עד חצות. החוקרת המליצה גם כי החלק הדרומי של החלקה הגובל באפיק נחל יושאר כשטח ציבורי פתוח בו תאסר כל בניה. היזמים נדרשו להרוס את כל המבנים הבלתי מאושרים כתנאי לאישור התוכנית.

10. ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית החליטה ביום 4.7.2006 ברוב של 3 נגד 2 לדחות את התוכנית, ולהשאיר את השטח כשטח פתוח. ביום 22.8.2006 הוגשה בקשה לדיון חוזר במליאת הוועדה המחוזית. ביום 26.9.2006 דנה מליאת הוועדה המחוזית בעניין והחליטה כי אין מקום לדיון חוזר וכי לא נפל פגם בהחלטת ועדת המשנה.

11. בשלב זה, ונוכח דחיית התוכנית הגישו היזמים עתירה מנהלית (עת"מ 3346/06). בית המשפט לעניינים מינהליים (השופטת בר-זיו) קיבל את העתירה וקבע כי החלטת ועדת המשנה להתנגדויות והחלטתה של מליאת הוועדה המחוזית היו בלתי מנומקות. הדיון הוחזר לוועדה המחוזית. הפעם התהפכה הקערה וביום 25.9.2007 החליטה מליאת הוועדה המחוזית ברוב של 11 חברים מול 4 לאשר את התוכנית במתכונת עליה המליצה החוקרת.

12. על החלטה זו הוגשו, לאחר קבלת רשות, שני עררים לוועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית. ערר אחד הוגש על יד עמותת אדם טבע ודין אשר טענה נגד אישור התוכנית. הערר השני הוגש על ידי היזמים שעררו על התנאי של הריסת הבניה החורגת.

13. חברי ועדת המשנה לעררים נחלקו הן בשאלה האם התוכנית ראויה היא במישור התכנוני והן בשאלה האם העקרון של שמירה על שלטון החוק מאפשר את אישור התוכנית במתכונת המצומצמת עליה המליצה החוקרת. דעות חברי ועדת המשנה היו שקולות. ליו"ר הוועדה, עו"ד מיכל ברדנשטיין היה קול כפול בהתאם לסעיף 43 לחוק התכנון והבניה. על כן, ברוב דעות, כשלדעת היו"ר שני קולות, הוחלט לדחות את התוכנית. הנושאים שעמדו ביסוד ההחלטה – ענייני תכנון ועניין השמירה על עקרון שלטון החוק הם שני נושאים מרכזיים שיעמדו לימים גם במרכז של העתירה שהגישו היזמים ובמרכזו של ערעור זה. על פרטי ההנמקה של דעת הרוב בוועדת המשנה אעמוד בהמשך הדברים.

14. על פי בקשת חבר המועצה הארצית ובהתאם לסעיף 6(ב) לחוק קיימה ביום 3.2.2009 מליאת המועצה הארצית דיון בתוכנית. ברוב של 16 מתוך 20 החליטה המועצה, ועוד נעמוד על פרטי הדברים, לדחות את התוכנית. בהחלטה זו של מליאת המועצה הארצית התערב, כאמור, בית המשפט המחוזי שאימץ בפסק דינו את עמדת הוועדה המחוזית בגלגולה האחרון.

15. הנה כי כן, התוכנית עברה גלגולים רבים. נתגלעו לגביה חלוקי דעות בגופי התכנון. גם לפנינו נחלקו העמדות: המועצה הארצית, אדם טבע ודין והמתנגדים לתוכנית צדדו בהחלטת המועצה הארצית. גם הוועדה המחוזית המיוצגת על ידי פרקליטות המדינה כפפה ראשה בפני ההיררכיה של מוסדות התכנון והצטרפה אל המועצה הארצית כמערערת. מנגד צידדו היזמים והוועדה המקומית לתכנון ולבניה, שתמכה ביזמים, בפסק דינו של בית המשפט המחוזי וביקשו לדחות את הערעורים.

16. עמדתי היא כאמור שדין הערעורים להתקבל, ויש להחזיר על כנה את החלטת המועצה הארצית. בעמדות המצדדים בפסק הדין והמתנגדים לו כאחת נימוקים הן מתחום התכנון והן נימוקים הנוגעים לשאלת הכשרתה בדיעבד של בניה בלתי חוקית בדרך של תוכנית בנין עיר. שני נושאים אלו עברו כחוט השני לאורך כל הדיונים, כשחברים שונים במוסדות התכנון נתנו משקל שונה לשיקולים שונים. מטעמי נוחות נדון בנפרד בשאלה התכנונית ובשאלת הכשרתה של בניה בלתי חוקית באמצעות תוכנית. הדיון יהיה נפרד, ואולם, כפי שאבאר, הסוגיות אינן מנותקות זו מזו.

השאלה התכנונית: בית המשפט איננו מוסד תכנון-על

17. בית המשפט איננו מוסד תכנון נוסף או מוסד תכנון-על. בפסק הדין נשוא ענייננו מצטט בית המשפט בהרחבה מ-ע"מ 3478/07 ביקל נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה/מחוז מרכז (טרם פורסם, 29.6.2009) שם נקבע, בעקבות האסמכתאות הרבות המוזכרות בו, כי בית המשפט לא יתערב בפעילותם של גופי התכנון אלא במקרה של פעולה שלא כחוק, בחוסר סמכות, שלא בתום לב או שלא בסבירות ראויה. ואולם, לאחר שקילת הנימוקים השונים קובע בית המשפט:

"... גם אני סבורה כי הוועדה המחוזית עשתה איזון נכון בין הערכים והעקרונות המתנגשים, כאשר היא לקחה בחשבון באופן מפורש ומודגש את עקרון שלטון החוק ולא הכשירה את הבניה הבלתי חוקית כחותמת גומי אלא בדקה כל פרט במבנה הקיים לגופו, תוך מתן הכשר לחלק מהבניה בלבד וחיוב העותרים בהריסת חלק

מהמבנים כתנאי לאישור התכנית. חיוב זה הינו בבחינת תנאי שהוא ראוי ונכון בנסיבות המקרה ויש בו כדי לדחות טענת המשיבים כי 'חוטא יוצא נשכר'. גם כאשר לשיקולים התכנוניים אני סבורה כי יש לאמץ את נימוקי הועדה המחוזית, באשרה את התכנית במגבלות, שינויים ותנאים, ואת עמדת נציג הועדה המחוזית בפני ועדת המשנה לעררים שטען כי:

'בכפוף למגבלות ולתנאים שנקבעו על ידי הועדה המחוזית, התוכנית במתכונת המצומצמת שאושרה על ידי הועדה המחוזית, ראוייה מבחינה תכנונית, ובענין זה הוא מפנה לנימוקי החלטת הועדה המחוזית, כפי שהובאו לעיל'."

בית המשפט מוסיף וקובע כי בוועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית "החלטת הרוב" אינה דעת רוב מבחינה עניינית אלא החלטה שנתקבלה ברוב דעות עקב קול מכריע שניתן ליו"ר הועדה "שאינו איש תכנון אלא עורך דין במקצועו וכאשר אני מקבלת את טענת העותרים כי גם בענין זה הכריע השיקול של השמירה על שלטון החוק ולא השיקול התכנוני". אשר להחלטת המועצה הארצית קובע בית המשפט כי נימוקי הרוב הם בגדר אימוץ דעת הרוב של ועדת המשנה.

הנה כי כן, אף שבית המשפט היה ער לכך שאין בית המשפט מתערב בענייני תכנון הוא החליט להתערב במקרה זה, מתוך שסבר כי מה שהכריע את הכף הוא השיקול של שמירה על שלטון החוק, לו נתנה המועצה הארצית לדעת בית המשפט משקל מופרז בנסיבות הענין ומאחר שלדעתו יש להעדיף את עמדת הוועדה המחוזית כמשקפת את המצב התכנוני הראוי. פסק דינו של בית המשפט ניתן על סמך המסמכים שהיו בפניו כך שככל שמדובר בממצאים עובדתיים שנגזרו מאותם מסמכים אין לערכאה הדיונית יתרון על פנינו וכך גם לא לגבי הסקת מסקנות מהאמור באותם מסמכים (ראו והשוו: ע"א 1769/04 אורן נ' כהן, פסקה 7 (טרם פורסם, 13.7.2006); ע"א 496/89 אל-קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343, 348 א (1991)). לדעתי השיקול התכנוני היווה הן בהחלטת המועצה והן בדעת הרוב של ועדת המשנה שיקול העומד לעצמו, ולא היתה הצדקה להתערב בו נוכח הכללים הנקוטים בכגון דא.

18. כאשר לשיקולי המועצה הארצית: לדעתי עיון בהחלטת המועצה מעלה כי שיקולי תכנון היו שיקולים שהיה די בהם, לדעת המועצה, כדי להביא למסקנה שאין לאשר את התוכנית. בפרוטוקול הדיון של המועצה הארצית מיום 3.2.2009 (מוצג ע/10

ב- עע"ם 9158/09) שלושה חלקים. בחלק הראשון הציגו הצדדים השונים את נימוקיהם; החלק השני הוא דיון פנימי, בחלק זה נרשם כך:

"בתום שמיעת עמדות העוררים, המשיבים, הוועדה המקומית והוועדה המחוזית קיימו חברי המועצה הארצית דיון פנימי בו הועלו הסוגיות הבאות:

הועלו טענות המצדדות בהחלטת ועדת המשנה לעררים:

- ועדת המשנה לעררים בחנה את התכנית בכמה רבדים, הן ברובד התכנוני והן ברובד המשפטי וקבעה לאחר שבחנה שני היבטים אלו שיש לדחות את התוכנית.

מבחינה תכנונית – אין זה נכון לאשר במקום זה אתר תיירות ובילוי אלא שטח פתוח.

- מדובר כאן בבניה בשכונת מגורים שתושביה פרטו את מצוקתם הנובעת מפעילות המקום.
- קיימת בעיר חיפה הקפדה על נושא שמירת האדיות כשטחים פתוחים לרווחת התושבים. אין להפר נורמה זו על מנת להכשיר את הבניה במקום.

מבחינת ההגנה על שלטון החוק – במתחם נעשו עבירות בניה מתמשכות שמלוות בהליכים פליליים. מדובר בהפרה בוטה של בניה בשטח פתוח.

- הנחיות היועץ המשפטי לממשלה קובעות כי גם ההיבט של הגנה על שלטון החוק ואי עידוד עבריינות בניה מהווה שיקול במסגרת השיקולים שיש לבחון בעת אישור תכניות במוסדות התכנון.
- היכולת של מוסדות התכנון להשפיע בנושא אכיפת שלטון החוק היא באמצעות התנהלות מוסדות התכנון.

הגמגום של מוסדות התכנון ביחס לעבירות בניה פוגע בניסיון לאכוף את נושא הבניה הבלתי חוקית במדינה. על כן, גם אם התכנית היתה ראויה מבחינה תכנונית היה על המועצה הארצית לסרב לה.

- מדובר כאן בעבירת בניה אחת גדולה שעניינה קידום מטרה מסחרית של היזם ולא בחריגות בניה מזעריות או צורך ציבורי.
- על שטח הפרויקט חלה תכנית מנדטורית, כאשר ב-1953 ניתן היתר למכבסה, בפועל פועל פאב במבנה מאסיבי, כולל עשרות מקומות חניה ועוד.
- גם בדיונים שהתקיימו בוועדה המחוזית חלקו הדעות ביחס לתכנית.
- תכנית זו לא תענה על בעיות התיירות של העיר חיפה, אלא מדובר בתכנית נקודתית שנובעת מהמצב הקיים בשטח, כשהתכנית לא נבחנה בראיה תכנונית כוללת.
- עריית חיפה משקיעה כספים ומאמצים גדולים לפיתוח תיירות באזורים אחרים בעיר המתאימים ליעוד זה ואין לאשר את בית הקפה באתר נקודתי זה.

- במקרים מסוימים מתאים לעשות פשרה בהיבט כזה או אחר ולאשר תכניות כשמקודם היבט אחר במקביל, אך אין זהו המקרה. התנהלות בעלי הקרקע הייתה התנהלות עבריינית גרידא, שנבעה מהאינטרסים המצומצמים שלהם.
- על המועצה הארצית לקבוע פה אחד כי היא מאמצת את דעת הרוב בועדת המשנה לעררים.

בהמשך הדיון הפנימי הועלו דברי המצדדים בשינוי החלטת ועדת המשנה

לעררים, וכך נרשם בהקשר זה:

- “הועלו טענות לשינוי החלטת ועדת המשנה לעררים:
- האזור מיועד לטיולים רבים, אין מדובר כאן בשטח ירוק פתוח ואין המדובר כאן בפגיעה בואדיות העיר חיפה, שכן מדובר בשולי השטח ולצד כביש.
 - עיריית חיפה מקדמת תכנית מתאר חדשה לעיר במסגרתה יבחנו הסוגיות הרבות המעסיקות את העיר, ובכל מקרה אין בתכנית התייחסות לשטח הנדון כשטח שמורת טבע ונחל.
 - יש להגן על שלטון החוק, אולם השינוי במדיניות שהמועצה הארצית מנסה לחולל צריך להתרחש באופן הדרגתי.
 - מוסדות התכנון מכשירים תכניות רבות, ואין להתייחס למסעדה זו כפרויקט אשר ישים קץ לתופעת הבניה הבלתי חוקית במדינה. הצגת הדברים, על ידי התומכים בדעת הרוב, אינה נכונה ואף מעוותת מן המציאות.
 - הועדה המחוזית עיגנה במסגרת התכנית מגבלות שמהוות פיתרון לטענת התושבים.”

לאחר מכן מופיע החלק השלישי של הפרוטוקול, הוא חלק ההחלטה וכך נאמר

בו:

“הוחלט:
 המועצה הארצית, לאחר שדנה ובחנה את התכנית ובהמשך להצגת טענות העוררים, המשיבים, עמדת הוועדה המחוזית ועיריית חיפה קיימה דיון בסוגיות השונות שהועלו על ידי חברי המועצה הארצית.

חברי המועצה הארצית קיימו ההצבעה כלהלן:
 בעד לדעת הרוב בועדת המשנה לעררים בנימוקיה ובנימוקים שהועלו בדיון, הצביעו: 16 חברים.
 בעד לדעת המיעוט בועדת המשנה לעררים בנימוקיה ובנימוקים שהועלו בדיון הצביע: חבר 1.
 נמנעו: 3 חברים.
 בהתאם לתוצאות ההצבעה, המועצה הארצית מאמצת את החלטת ועדת המשנה לעררים.”

19. הנה כי כן ההחלטה מתבססת, כך עולה מעיון בה מקרוב, הן על דעת הרוב בוועדת המשנה לערעורים והן על הנימוקים שהועלו בדיון (כפי שצוטט). נראה כי בית המשפט התמקד אך ורק בנימוקי ועדת המשנה, תוך התעלמות מדברי המצדדים בהחלטה. גם לעובדה שיו"ר ועדת המשנה היא משפטנית, אין ליתן משקל. אחרי ככלות הכל 16 מתוך 20 חברי המועצה הארצית במליאתה, הצביעו בעד דחיית התוכנית. לדידי די בכך שהמועצה הארצית במליאתה, סבורה כי מבחינה תכנונית אין זה נכון לאשר במקום אתר תיירות ובילוי אלא יש להשאירו כשטח פתוח – כדי להביא למסקנה שעל פי העקרון שבית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתן המקצועי של רשויות התכנון בשיקול דעתו – יש לקבל את הערעורים.

20 על עקרון זה עמדה בעבר חברתי השופטת חיות אשר קבעה כי "כלל נקוט הוא בדינו כי בית-המשפט אינו שם עצמו בנעליהן של רשויות התכנון ואין הוא מעמיד את שיקול דעתו שלו תחת שיקול דעתן המקצועי של אותן רשויות. התערבותו של בית-המשפט בהחלטות של רשויות התכנון נעשית במשורה, בעילות מובהקות המצדיקות התערבות במעשה המינהלי, כגון: חריגה מסמכות, חוסר תום-לב או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות" (ע"מ 2418/05 מילגרומ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז ירושלים, פסקה 9 (טרם פורסם, 24.11.2005)). כלל זה מקבל משנה תוקף בענייננו כאשר מדובר בגוף התכנון העליון – המועצה הארצית לתכנון ולבניה במליאתה. אכן, הכלל לפיו אין בית המשפט מחליף את שיקול דעתן המקצועי של רשויות התכנון בשיקול דעתו חל על כל מוסדות התכנון, אך הוא חל ביתר שאת על החלטת גוף התכנון העליון – המועצה הארצית – שניתנה ברוב משמעותי. שהרי, במסגרת הביקורת השיפוטית בית המשפט נותן "משקל וחשיבות למאפייניה המוסדיים של הרשות העומדת לביקורת. הוא מביא בחשבון את טיבה ומהותה של אותה רשות. הוא מביא בחשבון את תפקידה של רשות זו ואת מעמדה במערך המשטר הדמוקרטי" (בג"ץ 2534/97 ח"כ יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 29 ב-ג (1997)).

בענייננו מדובר בהחלטה של מוסד התכנון העליון במדינה שביסס את החלטתו גם על שיקולים תכנוניים מקצועיים ולא היה מקום להתערב בכך. ודוק: יתכנו דעות שונות בעניין תוכנית מוצעת וגלגוליה של התוכנית הנוכחית – יוכיחו. מוכנה אני להניח כי גם האפשרות אותה ביכרה הוועדה המחוזית אך שנדחתה במועצה הארצית היא אפשרות תכנונית סבירה. לא אחת בפני הרשות המחליטה יהיו מספר אפשרויות סבירות. ואולם, משנפלה ההכרעה כפי שנפלה לא היה מקום להתערב בה ולהעדיף עמדה תכנונית אחרת מזו שנבחרה על ידי הרשות המוסמכת. וכפי שקבע השופט ברק:

"הבחירה בין אפשרויות אלה תעשה על-ידי הרשות המוסמכת, ולא על-ידי בית המשפט. זהו הביטוי לעקרון הפרדת הרשויות ולסובייקטיביות של שיקול הדעת המינהלי. [...] בעריכתה של בחירה זו בא לידי ביטוי שיקול הדעת הסובייקטיבי של הרשות המוסמכת. הבחירה היא שלה, ולא של זולתה. זה כוחה, וזו אחריותה." (בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 694 (1991)).

21. גם עיון בהחלטה הארוכה והמנומקת של ועדת המשנה לעררים יש בו, לדעתי, כדי ללמד שגם הרוב בוועדת המשנה סבר שדי בנימוק התכנוני כדי להביא לדחיית התוכנית. בחלק הראשון של ההחלטה (עד עמ' 19) סוקרת ועדת המשנה את ההליכים התכנוניים עד שהעניין הגיע אל שולחנה של המועצה הארצית (על הליכים אלה עמדנו לעיל). לאחר מכן דנה הוועדה בטענה כי הוועדה המחוזית לא הייתה רשאית לשנות את החלטתה הקודמת (בה כזכור נדחתה התכנית) ודוחה טענה זו. ועדת המשנה לעררים קובעת לעניין זה כי הוועדה המחוזית זכאית הייתה לקיים דיון חוזר בתוכנית, בפרט לאחר פסק הדין הקודם שניתן באותה פרשה (עמ' 12-15). בהמשך נדחתה הטענה לפיה החלטת הוועדה המחוזית אינה מנומקת די הצורך (עמ' 15-16).

הפרק הבא בהחלטת הוועדה נושא את הכותרת "אינטרס ההגנה על שלטון החוק ומניעת עידוד עבריינות", לפרק זה אחזור בהמשך הדברים. כאן אוסיף רק כי לענין זה מצוין בדעת הרוב כך:

"דעת שלושת חברי ועדת המשנה לעררים שהם מר שחר סולר, מר דורון דרוקמן והח"מ – יושבת הראש, עו"ד מיכל ברדנשטיין, היא כי בנסיבות המקרה דנן, שבהן אין עסקינן בתכנית שהיא מתחייבת מבחינת שיקולי תכנון – אלא לכל היותר מדובר בתכנית אפשרית, ומה גם ששאלת הראויות התכנונית שלה שנויה במחלוקת קוטבית בתוך מוסדות התכנון – לאינטרס ההגנה על שלטון החוק יש להעניק משקל מכריע, באופן שדי בו עצמו כדי להצדיק את דחיית התכנית.

זאת, גם ללא הנימוקים הנוספים כבדי המשקל, במישור התכנוני, המצדיקים במובהק כשלעצמם, לדעת שלושה חברים אלה, את דחיית התכנית (כמפורט בעמדה שתוצג מטעם שלושה חברים אלה בהמשך ההחלטה, במסגרת הדיון בנושאים התכנוניים).

הנה כי כן, כבר כאן נלמד כי רוב חברי הוועדה מציינים מפורשות כי ישנם נימוקים כבדי משקל במישור התכנוני המצדיקים "כשלעצמם" (ההדגשה הוספה – מ.נ.). את דחיית התוכנית. בסיום פרק זה (פסקה 94) נאמר באותה הרוח:

“אף שלדעת הרוב ניתן בנסיבות העניין לדחות את התכנית המוצעת כבר על יסוד הפגיעה החמורה בשלטון החוק, הרי שלנימוק זה מצטרפים גם נימוקים כבדי משקל במישור התכנוני, שלפיהם, התכנית אינה ראויה כלל ועיקר מבחינת שיקולי תכנון, ואשר עליהם תעמוד דעת הרוב במסגרת הדיון בנושאים התכנוניים.”

22. בהמשך הדברים (פסקה 102) מציינים חברי הרוב כי די בשיקול הגנה על שלטון החוק כדי להצדיק את דחיית התוכנית מכל וכל. עם זאת, כך מציינים הם “בכך לא הסתיימה בחינת העררים שבפנינו וחברי ועדת המשנה לעררים נדרשו כולם בעיון גם למכלול ההיבטים התכנוניים הקשורים בתוכנית, כמפורט להלן”. הפירוט מופיע בפרק הבא, פרק 4 (עמ' 28 ואילך). תחילה דחו חברי הוועדה את טענות העוררת (אדם טבע ודין) והמתנגדים בנושא המטרדים וקבעו כי “נותרה לדיון השאלה האם התוכנית ראויה מבחינה תכנונית לנוכח מיקומה בשטח הפתוח בוואדי”. הם מציינים כי בסוגיה מרכזית זו נחלקו הדעות. דעת הרוב מקבלת אמנם את עמדת הוועדה המקומית לפיה קיים צורך להוסיף וליצור מוקדי בילוי ותיירות בעיר חיפה. עם זאת סבורה דעת הרוב שאף שהתוכנית עונה לכאורה לצרכים האלה, היא אינה ראויה מבחינה תכנונית בשל מיקומה. דעת הרוב מסבירה את שיקולי התכנון: לשטח עליו חלה התכנית יש ערך רב ביותר כשטח ירוק פתוח, כחלק ממערך השטחים הפתוחים באיזור ובחיפה בפרט; שטח התוכנית מצוי בוואדי נחל אחוזה המהווה חלק ממערכת הוואדיות בחיפה המקנה לה את אופייה הירוק והמיוחד. לשטחים הפתוחים יש תפקודים רבים, וביניהם אקולוגיים נופים ופסיכולוגיים. דעת הרוב מפרטת גם תוכניות שונות בחיפה בהן בא לידי ביטוי הצורך בשמירת הוואדיות. עוד עומדת דעת הרוב על כך שלאצבעות הירוקות יש חשיבות גם כשמדובר בבעלות פרטית, הן מבחינת החיץ שהן יוצרות בין אזורי הבינוי, הן מבחינת תרומת הצמחים לסביבה, הן מבחינה נופית והן מבחינת אחרות. דעת הרוב עומדת גם על כך ששטחי החניה המתוכננים (כ-2000 מ"ר) גורמים אף הם לפגיעה בשטח הפתוח. על פי דעת הרוב התוכנית, במתכונת שאושרה בוועדה המחוזית, ממילא אינה עונה באופן מיטבי על הצורך באספקת מקומות בילוי ותיירות לעיר ואינה מתיישבת עם המגמה לרכז שימושים אלו במקומות אחרים בעיר; מדובר גם בתכנון נקודתי שאינו בוחן את הצורך לבילוי ותיירות בראייה רחבה יותר על רקע חלופות אפשריות, אלא ממקם עצמו מראש כנקודת מוצא יחידה במיקום הנוכחי בשים לב לפרוייקט הקיים בפועל. לדעת הרוב יש לבחון את התוכנית כאילו לא קיימת בניה בפועל במתחם, ועל פי בחינה שכזו אין כל הצדקה למקם את השימושים המוצעים דווקא בשטח הוואדי על אף הפגיעה בשטח הפתוח וללא בדיקת חלופות אחרות ובחינה תכנונית נרחבת. בסיכום דעת הרוב נאמר:

”סיכומו של דבר, לדעת הרוב מיקום התכנית אינו ראוי מבחינה תכנונית ולפיכך אין לאפשר את התכנית, גם לא במתכונת המצומצמת שאושרה על ידי הוועדה המחוזית, שלמעשה אף פוגמת ביכולתו של הפרוייקט לממש בהצלחה את הצורך של אספקת מקומות בילוי ותיירות לעיר. מעבר לדרוש נוסף ונציין כי גם אילו היינו סבורים כי התכנית ’נסבלת’ מבחינה תכנונית – ולא כך היא עמדתנו כמפורט בהרחבה לעיל – נראה לנו כי לנוכח העובדה כי מדובר במתחם שנבנה ברובו ובעיקרו אגב עבירות בניה קשות וחמורות, עמדתנו הייתה כי יש לדחותה. כאמור לעיל, לנוכח היבט ההגנה על שלטון החוק, הנחת המוצא היא שלא די בכך שהתכנית לא תהא פסולה מבחינה תכנונית כדי שניתן יהיה לאשרה אלא יש להצביע על אינטרס כבד משקל, ציבורי או פרטי ואשר יש בו כדי להתגבר על שיקול מניעת הפגיעה בשלטון החוק. לא השתכנענו כלל ועיקר כי קיים אינטרס שכזה בנסיבות העניין.”

23. עד כאן דעת הרוב. בהחלטת ועדת המשנה כלולה גם דעת מייעוט מפורטת שלפיה יש לדחות את הערר על החלטת הוועדה המחוזית. איני מקלה ראש בחברים שציידו בדעה זו וגם לא בנימוקיהם. בקיצור יאמר כי דעת המיעוט גרסה כי התוכנית, במתכונת שאושרה על ידי הוועדה המחוזית, ראויה מבחינה תכנונית והיה מקום לאשרה גם אלמלא קיומן של העובדות המוגמרות בשטח. לא ראיתי צורך לפרט את הדברים וגם לא לעמוד על טענות תכנוניות שהועלו בכתבי הטענות ובדיון לפנינו מטעם פשוט: בית המשפט כאמור לעיל איננו מוסד תכנון על. הוא איננו ”מעדיף” עמדה תכנונית אחת על חברתה, ועל כך עמד, כפי שהוזכר, בית המשפט המחוזי עצמו. גם אם ניצמד, כפי שעשה בית המשפט המחוזי, לדעת הרוב בוועדת המשנה, ונתעלם מנימוקי מליאת המועצה הארצית, עולה בעליל כי הנימוק התכנוני הוא נימוק נפרד. נימוק העומד על רגליו הוא.

24. על אי התערבות בתי המשפט בשיקול התכנוני של שמירה על ”ריאות ירוקות” עמדתי בהרחבה ב- בג”ץ 9402/03 בוכניק נ’ המועצה הארצית לתכנון ולבניה (טרם פורסם, 18.3.2007) ואפנה, בשינויים המחייבים, לאמור שם. לא למותר להדגיש גם זאת: יזמים נוהגים לרכוש שטחים שלא נועדו בתוכנית לבניה, מתוך תקווה שעם הזמן השטח ”יופשר” ותתאפשר בניה. לא תמיד צפייה זו מתגשמת. כך היה גם בעניין בוכניק שהוזכר לעיל. לטעמי, ובכך מצטרפת אני לדעה שהובעה על ידי הרוב בוועדת המשנה של המועצה הארצית, אין ליתן לצפיות אלה של בעלי הקרקע הפרטית משקל של ממש. אכן, כפי שצינתי בעניין בוכניק, בפסקה 18 ”נקודת המוצא לדיון היא כי אין לאדם

זכות קנויה שמקרקעיו יושבחו עקב תוכנית". מי שקונה קרקע שאינה לבניה אינו זכאי להסתמך על כך שהבניה תותר. זאת כמובן בפן התכנוני. יודגש כי איננו מביעים כל עמדה בשאלת ההסתמכות, ככל שהייתה, מול העירייה והוועדה המקומית שהיתנו את קידום התוכנית ברכישת קרקע, לרבות קרקע של העירייה עצמה.

25. הראתי איפוא כי די בשיקולי תכנון בהם לא היה מקום שבית המשפט יתערב כדי להביא לקבלת הערעורים. אין גם לקבל, לאור המתואר, את מסקנת בית המשפט לפיה ניתן משקל מופרז לשיקול של שמירה על שלטון החוק שהרי השיקול התכנוני עומד בפני עצמו. בהקשר זה אין לקבל גם את עמדת עו"ד חן בשם הוועדה המקומית שטען לפנינו כי השיקול התכנוני לא היה אלא תירוץ של המועצה הארצית שלא לקבל את התוכנית בשל הבניה הבלתי חוקית. הנימוק התכנוני עומד על רגליו הוא כסיבה המספיקה לדחות את התוכנית.

26. בקביעה כי לא היה מקום לכך שבית המשפט יתערב בשיקולי התכנון של המועצה הארצית יכולתי לסיים את הדיון. ואולם, מבחינת למעלה מן הצורך לשיטתי, אתייחס בקצרה לנושא הנוסף העובר כחוט השני לאורך כל הדיונים בעניין התוכנית - שאלת הכשרת הבניה הבלתי חוקית והשימוש הבלתי חוקי על ידי אישור תוכנית או אי אישורה. לכך אפנה עתה בקצרה.

"הכשרת" בניה בלתי חוקית באמצעות תוכנית

27. בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 8.1150 מיום 24.1.2001 נקבע:

"אין זה מופרך, כי במסגרת מכלול השיקולים שרשאית ועדת התכנון לשקול לעניין הטיפול והאישור של תכנית המוגשת לה על-ידי מי שתלויים ועומדים נגדו הליכים פליליים, כאמור, רשאית היא להביא בגדר שיקוליה גם את העובדה שמדובר בבקשה המיועדת להכשיר בדיעבד עבירות בניה, וכן את השיקול של מניעת עידוד עבריינות בניה".

28. על עקרון זה לא הייתה למעשה מחלוקת. ציטטתי לעיל דברים שנאמרו בעניין הכשרת הבניה הבלתי חוקית בדיון הפנימי במועצה הארצית ולא אחזור. בועדת המשנה נחלקו כאמור הדעות גם בנושא זה. עמדת הרוב הייתה כי ככלל אין מניעה מלדון בבקשה לאישור תכנית אך בשל כך שמטרתה להכשיר בניה בלתי חוקית. דעת הרוב הפנתה להנחיית היועץ המשפטי לממשלה שצוטטה לעיל, ולדברי השופט רובינשטיין

ב-ע"מ 3319/05 פונטנה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה באר שבע (טרם פורסם, 1.8.2005). דעת הרוב עומדת על השיקולים שיש, ככלל, לשקול: חומרת הפגיעה בשלטון החוק, האינטרסים העומדים ביסוד התוכנית - אם התוכנית נועדה לתועלת הציבור הרחב או לאינטרסים כלכליים צרים של היזמים, כמה זמן קיים המבנה, האם הרשויות נקטו בפעולה ומה תוצאתן, האם קיימת הסתמכות בעניין. משקלו ועוצמתו של כל שיקול משתנה מעניין לעניין. בענייננו, כך נקבע בדעת הרוב, חומרת הפגיעה בשלטון החוק זועקת לשמים. היקף הבניה הלא חוקית רחב, מאות מ"ר של מבנים מקורים ואלפי מ"ר של שטחי חניה. מדובר בבניה שהתמשכה והתעבתה שנעשתה בעיקרה מאינטרסים צרים של היזמים. היזמים פעלו תחת הנחה כי עבירות בניה עשויות להיות כדאיות יותר מאשר פעולה בדרך החוקית "שכן ברי לכל כי הנחת העבודה היא שלא בנקל תאושר תכנית לשימוש של הסעדה בשטח פתוח בתחום ואדי בניגוד לנורמה תכנונית שנקבעה זה מכבר שלפיה מדובר בשטח ירוק שיש לשמרו בצורתו הטבעית, ומבחינה זו עדיף לו ליזם לקבוע ולבסס עובדות בשטח". אישור התוכנית אותה קיבלה הועדה המחוזית יעקר כמעט לחלוטין את תוצאות ההליך הפלילי. הכשרת הבניה תהווה מתן פרס לעבריינים ותעודד יזמים להפר חוק מתוך הנחה להכשרה בדיעבד. דעת הרוב הוסיפה כי "אין צריך לומר עד כמה גדולה תחושת אי-השוויון והתסכול שתוצאה כזו יוצרת אצל יזמים שומרי החוק והציבור הרחב, ומה משמעותה לענין הלגיטימציה של המעשה התכנוני בכלל, אם בסופו של דבר כל פעילותו מצטמצמת ל'מזעור נזקים' במסגרת המציאות הקיימת שנקבעה בכוח הזרוע". לדעת הרוב בנסיבות הקיצוניות והמובהקות של המקום - אין די במשקל שנתנה הוועדה המחוזית להפרת החוק, ועל כן אפילו החלטת הוועדה המחוזית לאשר את התוכנית במתכונת מצומצמת - אינה יכולה לעמוד.

29. בדעת המיעוט צוין כי אין מחלוקת לעניין חשיבותו הרבה של אינטרס ההגנה על שלטון החוק גם במסגרת ההליך התכנוני. עם זאת, לגבי היישום עמדת המיעוט שונה. מבחינה תכנונית - ועל כך כבר עמדתי - סברו החברים שנמנו עם המיעוט כי התוכנית ראויה. הם ציינו כי העבריינין בא על עונשו בהרשעות ובקנסות. התוכנית במתכונת שאושרה על ידי הוועדה המחוזית אינה, לדעת המיעוט, בגדר פרס לעבריינין. היזם השקיע משאבים רבים ברכישת הקרקעות ובצפייה כי התוכנית תאושר, והוא ייאלץ להשקיע גם משאבים בהריסת חלקים נרחבים מן האתר. בכך יש ענישה לא מבוטלת. ועוד: לו היה היזם מגיש בקשה לשינוי תוכנית מתאר ומבקש היתר בניה כדין לפני שנים רבות - היה סיכוי לא מבוטל שמוסדות התכנון היו מאשרים אותה. כך הליך אכיפת החוק כבר הניב תועלות רבות לציבור. על כן, לדעת המיעוט, החלטת הוועדה המחוזית לאשר את התוכנית במתכונת מצומצמת יותר מהתוכנית שהופקדה, תוך

התניית תנאי בדבר הריסת הבניה הבלתי חוקית שלא אושרה – היא, החלטה מאוזנת, שהיה בה כדי ליתן מענה ראוי לאינטרס של שלטון החוק ומניעת עבריינות בניה.

30. כזכור הנימוקים בענייני השמירה על שלטון החוק קדמו בהחלטת ועדת המשנה לדיון בענייני התכנון. כפי שרמזתי בתחילת הדברים – שני הנושאים אינם מנותקים זה מזה, ולמעשה גם לא נותקו זה מזה בהחלטה המפורטת של ועדת המשנה. אכן הפונקציה המוטלת על מוסדות התכנון היא "תכנונית בלבד" (בג"ץ 1578/90 אייזון נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ת"א (לא פורסם, 24.10.1990)) אך יש לזכור כי תכנון אינו עניין צר וחד מימדי. מדובר ב"מכשיר רב-עוצמה לקידום מטרות חברתיות, כלכליות, אקולוגיות ואסטיות" (עע"ם 8193/02 ראובן נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נח(2) 153, 162 (2003)) וכפי שקבעתי לאחרונה בהקשר אחר "דיני התכנון המודרניים מחייבים לשקול גם שיקולים חברתיים וסביבתיים וכן שיקולים ארוכי טווח מתוך אחריות ציבורית, לאומית, וחברתית, במבט להווה ולעתיד גם יחד [...]" (עע"ם 1446/06 הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מרכז נ' השתתפויות בנכסים בישראל בע"מ, פסקה 17 (טרם פורסם, 21.9.2010)). כמו כן נקבע בפרשה אחרת כי שיקול הדעת הנתון לוועדת תכנון הוא "רחב ביותר, [ו] במסגרתו רשאית היא להביא בחשבון שיקולים מסוגים שונים" (ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן ובנין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה כ"ח (טרם פורסם, 10.11.2009)). למעשה גם בעניין שלפנינו עולה מהסקירה שלעיל כי הכל מסכימים שככלל מוסד התכנון רשאי לשקול את ההגנה על שלטון החוק ואי עידודה של עבריינות. ואכן, דברים ברוח זו נקבעו בעבר בבית משפט זה (ראו עניין פונטנה הנזכר לעיל וכן עע"ם 6807/07 אוהרנטיאן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (טרם פורסם, 28.5.2008); כן ראו והשוו: בג"ץ 609/75 ישראלי נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד ל(2) 304 (1976); בג"ץ 8379/06 ח"כ רוברט אילטוב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה (מרכז) (טרם פורסם, 15.11.2006)). ניתן לבסס זאת גם על כך שעקרון שלטון החוק והרתעה מעבריינות מהווים עקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית (ראו ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין (טרם פורסם, 9.12.2008) (להלן: עניין פינקלשטיין)).

למעשה המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט בועדת המשנה הייתה בשאלה כיצד יש ליישם את העקרונות בדבר הצורך בשמירת שלטון החוק. לטעמי, כדאי במקרים רבים כשנשקלת השאלה האם "להכשיר" בניה בלתי חוקית שחברי מוסד התכנון יציגו לעצמם תחילה את השאלה – בהנחה שאין בניה בלתי חוקית שהכשרתה מתבקשת, האם, מבחינה תכנונית היה מקום לאשר את התוכנית אם לאו. בחינה זו רואה כביכול את השטח "כאילו" לא קיימת בו כל בניה בלתי חוקית. על בחינה זו אמונים

חברי מוסדות התכנון. אם התשובה היא בשלילה, דהיינו שאין התוכנית ראויה, תהא הנטייה שלא להכשיר את הבניה הבלתי חוקית ולא לאשר את התוכנית. יחד עם זאת, כיון שהמדובר בהפעלת שיקול דעת בוודאי שאין לומר כי לעולם לא תוכשר בניה בלתי חוקית. לא אנסה כוחי בקביעות מוחלטות בהקשר זה. העניין ייגזר בהתאם לנסיבותיו של כל עניין ויש להתוות את הדרך ממקרה למקרה (ראו והשוו דעת השופט ארבל בעניין פינקלשטיין, פסקה 24 וכן דעת חברתי השופטת חיות באותו עניין). ב-בג"ץ 143/06 תנועת "שלום עכשיו"-ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 5.9.2007) דחינו עתירה נגד תוכנית שהכשירה בניה בלתי חוקית במודיעין עלית כאשר אי אישורה של התוכנית היה גורם לפגיעה ברוכשים תמימים ששילמו מחיר כבד, וחלקם כבר התגוררו בדירות שנרכשו שלא כחוק. לחלקם של הרוכשים לא היה ממי להיפרע, כי חברת הבניה לה שילמו במיטב כספם הייתה בפירוק.

31. ודוק: בענייננו דעת הרוב בוועדת המשנה נקטה בדרך המוצעת על ידי: היא בחנה, בפרק התכנון, האם הייתה נעתרת לתוכנית ומאפשרת מקום בילוי ותיירות דווקא במקום זה, נוכח המגמה לרכז שימושים אלו במקומות אחרים בחיפה. על כך השיבה דעת הרוב בשלילה. בהחלטת הרוב הודגשה חשיבותם של השטחים הירוקים והוואדיות בחיפה וצויין כי מקומות בילוי ותרבות לא צריכים להימצא דווקא במקום זה, אלא איתור של מקומות ציבור ותיירות צריך להיעשות בראיה כוללת. דרך חשיבה זו ראויה היא בעיני שהרי עניינו של תכנון כשמו כן הוא: במחשבה מראש ובקביעה והסדרת אמות מידה ושימושים מלכתחילה. אכן, לעתים כאמור אין למנוע הסדרה בדיעבד אלא שבענייננו, על פי דעת הרוב בוועדת המשנה ובמליאת המועצה הארצית, לא הייתה הצדקה תכנונית לכך ולא הייתי מתערבת בשיקול דעת מקצועי זה.

32. סוף דבר: הייתי מקבלת את הערעורים ומורה על השבת החלטתה של מליאת המועצה הארצית על כנה. היזמים "השמורה בע"מ" ויוסף אברהם ישלמו לכל אחת מקבוצות המערערים שכר טרחת עורך דין בסך 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתה של חברתי, השופטת מ' נאור.

גם בנפרד מהשיקול של שמירה על שלטון החוק, לא היתה עילה – לפי כללי הביקורת השיפוטית – להתערב בשיקולים התכנוניים האחרים ששקלה המועצה הארצית, ובתוצאת האיזון שאותו ערכה.

אני מצטרף לקביעות חברתי גם בהתייחס לחובת רשויות התכנון לשקול את אינטרס ההגנה על שלטון החוק. להשקפתי, קשה להפריז בחשיבותה של חובה זו. בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 8.1150 מיום 24.1.01 הובהר כי במקרה שבו מתבקשת הכשרה בדיעבד של עבירות בנייה, רשאות רשויות התכנון להביא בגדר שיקוליהן את השיקול של מניעת עידוד עבירות בנייה. ההנחיה עודכנה בחודש נובמבר 2003, והיא פורסמה בגדרו של חוזר מנכ"ל משרד הפנים ללשכות התכנון, תוך הבהרה כי מוסדות התכנון חייבים לשקול שיקול זה וליתן לו משקל מתאים במסגרת מכלול שיקוליהם. להשקפתי, דברים אלה נכוחים וראויים לגופם (ודוקו: נוכח עמדתי לגופם של דברים בשאלה הפרשנית עצמה אינני נדרש לנקוט עמדה בשאלת כפיפותם של גופים קולגיאליים להנחיות היועץ המשפטי לממשלה - והשוו: ע"מ 1446/06 הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז המרכז נ' השתתפויות בנכסים (לא פורסם), 21.9.10 - פסקה 8 לחוות דעתה של חברתי השופטת מ' נאור; ע"מ 3286/02 ועדת ערר לעניין קרקע חקלאי ושטחים פתוחים נ' חברת דור אנרגיה (1988) בע"מ (לא פורסם), 26.10.03 - פסקה 14 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק). במישור הכללי, יש בחובה האמורה משום ביטוי לתמורה שחלה בתפיסות היסוד של דיני התכנון, שלפיה שיקול הדעת של רשויות התכנון אינו מוגבל להסדרת "תכנון פיזי" בלבד, כי אם הן מופקדות על הסתכלות כוללת המשלבת גם שיקולים כלכליים חברתיים וסביבתיים (השוו: בג"צ 2920/94 אדם, טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פ"ד נ(3) 441, 454-455 (1996), כמו גם האסמכתאות המובאות על-ידי חברתי). במישור הקונקרטי, מתחייבת שקילת שיקולים אלה נוכח הצורך התכנוני והחברתי להילחם בעבריינות הבנייה. הגם שלהשקפתי השיקול הנדון הינו אכן שיקול תכנוני במובן הרחב, לא הייתי משנה את מסקנתי גם אם היינו רואים לסווגו אחרת, שכן - כפי שנפסק - אין פסול בכך שזרועותיה השונות של הרשות פועלות תוך התחשבות בשיקולים ציבוריים כלליים (ראו בג"צ 612/81 שבו נ' שר האוצר, פ"ד לו(4) 296, 301 (1982)). בענייננו, השיקול של הגנה על שלטון החוק והרתעה מעבריינות הינו, כפי שמציינת חברתי, עקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית, וככזה יש ליתן לו משקל מתאים בשיקוליה של הרשות.

כפועל יוצא של השיקול האמור, ברי כי אין לאשר תכנית שאינה ראויה תכנונית רק משום קיומה בשטח של בנייה בלתי חוקית שהינה פועל יוצא של הפרת

דיני התכנון והבנייה. שאם לא תאמר כן, תמצא כי עברייני הבנייה הם שמתווים את דפוסי התכנון במדינת ישראל. בצד האמור, מקובלת עלי מסקנת חברתי כי ראוי להימנע מקביעות מוחלטות. על מוסד התכנון יהא להפעיל את שיקול דעתו על יסוד הנסיבות הפרטיקולריות שיובאו לפניו, ובלבד שהשיקול של שמירה על שלטון החוק, יקבל משקל ראוי בהחלטתו. זו האחרונה, נתונה – כידוע – לביקורת שיפוטית.

גם לדעתי, אפוא, דין הערעורים להתקבל, כמוצע על-ידי חברתי.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה לחוות-דעתה של חברתי השופטת נאור ולהערותיו של חברי השופט פוגלמן.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, י"ב חשון, תשע"א (20.10.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת