

1. עטאללה אברההים עטיה בשאראת
2. פד"ל מוחמד עבד חמאיל
3. עמאד תופיק גבריל עבד אלחלים
4. בכר אחמד עלי בשאראת
5. מחמד אלאמין יעקוב עבד אלגאבר תואם
6. מוחמד דרויש עלי סלים
7. עמותת "במקום" – מתכננים למען זכויות תכנון
8. "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
9. מועצת הכפר ג'בע

באמצעות עו"ד ישי שנידור מרח' יהודה הלוי 45, תל אביב 65157, טל'
077-5472001, פקס 077-5472003

העותרים

-- נ ג ד --

1. ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה
2. ועדת המשנה להתנגדויות של מועצת התכנון העליונה
3. מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי איו"ש
4. הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי איו"ש
באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, רח'
סלאח א-דין 29, ירושלים
5. המועצה האזורית מטה בנימין
6. הוועדה המיוחדת לתכנון ובנייה מטה בנימין
פסגות, ד.נ. מזרח בנימין 90624, טל' 02-9977105, פקס 02-9973113
7. ועד היישוב גבע בנימין
- ד.נ. מזרח בנימין 90632, טל' 02-6566036, פקס 02-5851980
8. האגודה השיתופית מגרון
טלפון 02-5322646 : פקס 02-5324430

המשיבים

עתירה לצו על תנאי ולצו ביניים

בית המשפט הנכבד יתבקש להורות למשיבים ליתן טעם, אם יחפצו, מדוע לא יוצא צו על תנאי, ובהמשך צו מוחלט בתנאים שימצא לנכון בית המשפט הנכבד, המורה כדלקמן:

א. מדוע לא תבוטל החלטתה של המשיבה 1 מה-10.11.10 לקבל את המלצת המשיבה 2, לדחות את ההתנגדויות שהוגשו לתוכנית מפורטת 240/2/14/1 לשכונה חדשה ביישוב גבע בנימין (להלן: "התוכנית") ולאשר את התוכנית למתן תוקף. זאת בשל פגמים חמורים שנפלו בהליך אישורה של התוכנית, אי חוקיות הכרוכה באישורה והיותה בלתי מידתית.

ב. לחלופין, מדוע לא יאשרו המשיבות 1-2 תוכנית מפורטת חלופית, שאיתורה יהיה צמוד דופן לשטח הבנוי הקיים ביישוב גבע בנימין, ואשר הקו הכחול שלה לא יקיף מובלעות קרקע פרטית פלסטינית.

ג. בתוך כך, מדוע לא ייקבע (בתקיפה עקיפה) כי סעיף 5(ב) לכתב המינוי שהוציאה המשיבה 3, שמשמעותו האצלה לעומד בראשה של סמכותה לאפשר למשיבה 1 לאשר תכנון ליישוב ישראלי של שטח המצוי מחוץ לתחום שיפוטו של היישוב, אינו חוקי.

צו ביניים: בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן צו ביניים להקפאת המצב הקיים עד לבירור העתירה – עד לפסק-דין או להחלטה אחרת, אשר יורה כדלקמן:

א. למשיבה 1: להימנע מפרסום התוכנית למתן תוקף, וככל שהתפרסמה למתן תוקף, לקבוע כי יוקפא מירוף הזמן למתן תוקף לתוכנית, המתחיל במועד פרסומה (בהתאם לדין החל באזור, התוכנית תיכנס לתוקף תוך 15 יום ממועד פרסומה), וכן להימנע מכל צעד נוסף למימושה;

ב. למשיבים 5 ו-7: להימנע מהתקשרות עם גורמים שלישיים לצורך ביצוע עבודות בנייה בתחום התוכנית ומשיווק ו/או הקצאת מקרקעין בתחומה;

ג. למשיבה 6: להימנע ממתן היתרי בנייה בתחום התוכנית.

הנימוקים לבקשה לצו ביניים מובאים בסוף כתב העתירה.

בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן צו ארעי שיאסור על המשך הליכי מתן התוקף לתוכנית ועל שינוי מצב הדברים הקיים, וזאת עד להכרעה בבקשה לצו הביניים.

א. פתח דבר – הילוך הטיעון

1. עניינה של עתירה זו בהחלטת המשיבה 1 לאמץ את המלצת המשיבה 2 לדחות את ההתנגדות שהגישו העותרים 1-7 לתוכנית ולאשר את התוכנית, הכוללת 335 דונם מאדמות הכפר הפלסטיני ג'בע אשר מצפון לירושלים. מטרת התוכנית היא לאפשר בשלב הראשון הקמת 50 יחידות דיור עבור מפוני המאחז הבלתי מורשה מגרון, ובשלבים עתידיים בלתי מוגדרים, הקמת שכונת מגורים חדשה ביישוב גבע בנימין (אדם), בהיקף כולל של 184 יחידות דיור. בתוך הקו הכחול של התוכנית כלואות שתי מובלעות קרקע ששייכות לתושבי הכפר ג'בע, ובהם גם העותרים 1-6. שטחן של שתי המובלעות הללו הוא 26.14 דונם.

2. התוכנית אושרה בהליך פגום ובלתי חוקי, תוך בחירה בפתרונות בלתי מידתיים, הפוגעים שלא לצורך בעותרים 1-6 וביתר בעלי האדמות הפלסטינים שבמובלעות, וכן בשטחים הפתוחים באזור.

תקנון התוכנית (בגרסת ההפקדה) מצורף כנספח עת/1.

תשריט התוכנית (בגרסת ההפקדה) מצורף כנספח עת/2.

החלטת המשיבה 2 להמליץ על דחיית ההתנגדות מצורפת ומסומנת כנספח עת/3.

החלטת המשיבה 1 לקבל את המלצתה של המשיבה 2 ולאשר את התוכנית מצורפת כנספח עת/4.

הילוך טיעון העותרים יהיה כדלקמן:

3.1. יש לקבוע לבית המשפט מתחם התערבות רחב בהחלטות של מוסדות התכנון באיו"ש שיש בהן כדי להשליך על האוכלוסייה הפלסטינית. מתחם ההתערבות בנושאים אלה באיו"ש ראוי שיהיה רחב יותר מאשר כפי שנקבע בהלכה הפסוקה בדבר מתחם ההתערבות בהחלטות תכנוניות, שהתקבלו בהליכים מכוח חוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965, קל וחומר בכל הקשור לפגמים בהליך קבלת ההחלטות.

3.2. פגמים בהליך:

- הרכב המשיבה 2, ששמע את ההתנגדות, היה שונה מהותית מההרכב שהחליט לדחות אותה (שלושה מחמשת החברים ששמעו את ההתנגדויות לא היו נוכחים בדיון על דחייתן; שניים מארבעת החברים שהחליטו לדחות את ההתנגדות לא היו נוכחים בשמיעת ההתנגדויות).

- המשיבה 1 אישרה את הפקדת התוכנית בהרכב לא-חוקי, שכלל חברים שלא מונו לוועדה.

- השתתפות חבר הנגוע בניגוד עניינים מוסדי בדיוני המשיבה 1 בעניינה של התוכנית – הן בדיון שבו הוחלט להפקידה והן בדיון שבו הוחלט לדחות את ההתנגדויות ולאשר את התוכנית.

3.3. אי חוקיות:

- ההחלטה על הפקדת התוכנית התקבלה בחוסר סמכות. המשיבה 1 לא היתה רשאית לאשר תכנון ליישוב גבע בנימין בשטחים שמחוץ לתחום השיפוט שלו, ואין תוקף חוקי לאישור בדיעבד שנתן יו"ר מועצת התכנון העליונה לתכנון זה.

- גבולות התוכנית נקבעו בחוסר סמכות ומהווים הכרזה דה פקטו על אדמות מדינה, בלי שהתקיים ההליך הנדרש לפי תחיקת הביטחון באזור, ללא מתן זכות שימוע וזכות ערר לתושבים הפלסטינים.

3.4. תכנון בלתי מידתי:

- ניתן היה להשיג את תכלית התוכנית ללא פגיעה בנגישות העותרים 1-6 אל חלקותיהם שבמובלעות ובזכויותיהם הקשורות בכך. זאת על ידי מימוש התוכניות המפורטות המאושרות בגבע בנימין, שטרם מוצו, ולחלופין על ידי אישור תכנון מפורט צמוד דופן לשטח הבנוי הקיים ביישוב.

- מאותם טעמים פוגעת התוכנית באופן לא מידתי באינטרס הסביבתי של שימור השטחים הפתוחים.

ב. רקע עובדתי

הצדדים לעתירה

4. העותרים:

- 4.1. העותר 1, תושב הכפר ג'בע, הוא מבעליה של חלקה הרשומה בספרי מס רכוש כחלקה 706 בגוש 3 באדמות הכפר ג'בע. רוב שטח החלקה נמצא בתחום המובלעת הצפונית שמסומנת בתשריט התוכנית.
- 4.2. העותר 2, תושב הכפר ג'בע, הוא מבעליה של חלקה הרשומה במסמכי מס רכוש כחלקה 690 בגוש 3 באדמות הכפר ג'בע. כמחצית משטח החלקה נופל בתחום המובלעת הצפונית שמסומנת בתוכנית.
- העותר 2 הוא גם מבעליה של חלקה הרשומה במסמכי מס רכוש כחלקה 725 בגוש 3 באדמות הכפר ג'בע. חלק משטח נמצא בתחום המובלעת הדרומית המסומנת בתשריט התוכנית.
- 4.3. העותר 3, תושב הכפר ג'בע, הוא מבעליה של חלקה הרשומה במסמכי מס רכוש כחלקה 709 בגוש 3 באדמות הכפר ג'בע. חלק משטח החלקה נמצא בתחום המובלעת הצפונית המסומנת בתוכנית.
- 4.4. העותר 4, תושב הכפר ג'בע, הוא מבעליה של חלקה הרשומה במסמכי מס רכוש כחלקה 491 בגוש 3 באדמות הכפר ג'בע. רוב שטח החלקה נמצא בתחום המובלעת הצפונית המסומנת בתשריט התוכנית.
- 4.5. העותר 5, תושב ג'בע, הוא מבעליה של חלקה הרשומה במסמכי מס רכוש כחלקה 721 בגוש 3 באדמות הכפר ג'בע. חלק משטח החלקה נמצא בתחום המובלעת הדרומית המסומנת בתשריט התוכנית.
- 4.6. העותר 6, תושב ג'בע, הוא מבעליה של חלקה הרשומה במסמכי מס רכוש כחלקה 715 בגוש 3 באדמות הכפר ג'בע. חלק משטח נופל בתחום המובלעת הדרומית המסומנת בתשריט התוכנית.
- 4.7. כל החלקות הללו משמשות לגידול חיטה ולגידולים עונתיים אחרים.
- 4.8. ב-2003 הושלמה בנייתה של הגדר המקיפה את השטח הבנוי הקיים בגבע בנימין ושטחים נרחבים מצפון לו, תוך חריגה ניכרת מתחום היישוב. קטע הגדר הצפוני חסם את דרך הגישה ההיסטורית בה השתמשו העותרים 1-6 ויתר בעלי המקרקעין במובלעות, כדי להגיע מהשטח הבנוי של הכפר ג'בע במערב ועד אזור המובלעות במזרח. מאז השלמתה של הגדר ההיקפית ב-2003, דרך הגישה היחידה שבאמצעותה יכולים העותרים להגיע לאזור המובלעות היא דרך חקלאית, העוברת באדמות הכפר חיזמה. מדובר בדרך עפר צרה, ארוכה ומשובשת, העוברת בטופוגרפיה תלולה ונמצאת במרחק ניכר מהשטח הבנוי של הכפר ג'בע.
- יצוין כי נגד הקמת הגדר ההיקפית הנ"ל הוגשה עתירה נפרדת לבית משפט נכבד זה על ידי העותרת 8 (בג"צ 9061/09 ראש מועצת הכפר ג'בע נ' אלוף פיקוד המרכז ; הדיון שנקבע ל-10.11.22 בוטל).
- עם מימושה של התוכנית נשוא העתירה, הכולאת בתחומה את המובלעות, ובהתאם למציאות הביטחונית והמרחבית השוררת באזור, לא תתאפשר עוד נגישות העותרים לחלקותיהם, אפילו לא באמצעות הדרך החקלאית המשובשת העוברת באדמות הכפר חיזמה (ר' בהמשך).
- מסמכי הבעלות (נסחי מס רכוש וצווי ירושה) של העותרים 1-6 מצורפים בנספח א/5-א.**

מפת מיקום חלקותיהם של העותרים 1-6 על רקע תשריט התוכנית מצורפת בנספח עת/6.

4.9. העותרת 7 היא עמותה רשומה של אנשי מקצוע בשדה התכנון והבנייה, שמטרתה קידום זכויות האדם בתחום התכנון המרחבי בישראל ובשטחים הנתונים תחת שליטתה. העותרת 7 ייצגה את העותרים 1-6 בהליכי ההתנגדות לתוכנית.

4.10. העותרת 8 היא עמותת מתנדבים א-פוליטית לזכויות אדם, הפועלת לשיפור מצב זכויות האדם באזור.

4.11. העותרת 9 היא מועצת הכפר ג'בע, אשר לפי נתוני הלמ"ס הפלסטינית מתגוררים בו כיום למעלה מ-3,300 תושבים.

5. המשיבים

5.1. המשיבה 1 היא מוסד התכנון שהחליט על הפקדת התוכנית, על אימוץ המלצתה של המשיבה 2 בדבר דחיית ההתנגדות שהוגשה לה ועל אישור התוכנית למתן תוקף.

5.2. המשיבה 2 היא מוסד התכנון ששמע את ההתנגדות שהגישו העותרים 1-7 לתוכנית, החליט לדחות את עיקריה והמליץ למשיבה 1 לאשרה למתן תוקף.

5.3. המשיבה 3 היא מוסד התכנון העליון באזור, המחזיק במלוא סמכויות התכנון באזור, ואשר האציל למשיבות 1 ו-2 את סמכויותיהן. המשיבה 3 האצילה ליושב הראש שלה את הסמכות לאפשר למשיבה 1 לכלול בתכנון ליישוב ישראלי שטחים שהם מחוץ לתחום השיפוט של אותו יישוב.

5.4. המשיב 4 הוא בעל הסמכות להכריז על אדמות מדינה באזור. במסגרת הליכי אישורה של התוכנית, בוצעה הכרזה דה-פקטו על למעלה מ-24 דונם כאדמות מדינה, וזאת בלי לנקוט את ההליך הקבוע לכך בתחיקת הביטחון ותוך שלילת זכות השימוע מהעותרים 1-6 ומשאר תושבי ג'בע.

5.5. המשיבה 5 היא הרשות המוניציפלית אשר רוב שטח התוכנית נמצא בתחום שיפוטה ובתוך מרחב התכנון המקומי שלה.

5.6. המשיבה 6 היא ועדת התכנון המקומית של המשיבה 5.

5.7. המשיב 7 הוא הוועד המקומי ביישוב גבע בנימין, אשר רוב שטח התוכנית נמצא בתחומו. לפי נתוני הלמ"ס, ביישוב גבע בנימין מתגוררים כיום למעלה מ-4,150 תושבים.

5.8. המשיבה 8 היא המסגרת המשפטית, אשר למיטב ידיעת העותרים מאגדת את התושבים המתגוררים במאחז הבלתי מורשה מגרון, שבו מתגוררות כיום כמה עשרות משפחות, ואשר התוכנית נשוא העתירה נועדה, בשלב ראשון ובין היתר, לאפשר את העברתן אל תחום היישוב גבע-בנימין. צירופם של תושבי מגרון לעתירה היא לשם הזהירות בלבד, ומבלי להכיר בכל זכות השמורה להם מכוח התנחלותם באופן בלתי חוקי במגרון.

6. שטח התוכנית

- 6.1. הגבול המערבי של התוכנית (למעט דרך שמחברת בינה לבין השטח הבנוי הקיים של גבע בנימין) נמצא במרחק של כ-500 מ' בקו אווירי מזרחית מגבול השטח הבנוי הקיים של גבע בנימין. מדובר אפוא בתכנון שאינו צמוד דופן, אלא בתכנון "מדלג".
- 6.2. התוכנית כוללת 335 דונם. לפי החלוקה המינהלית של הגדה המערבית, שנעשתה בתקופת המנדט הבריטי, כל שטח התוכנית נמצא באדמות הכפר ג'בע. למיטב ידיעתם של העותרים, רוב שטח התוכנית הוכרז כרכוש ממשלתי בשנות ה-80 של המאה ה-20. עם זאת, בתוך הקו הכחול של התוכנית יש גם שטחים מסוימים שלא נכללו בהכרזות הללו ואשר נחשבים לרכוש פלסטיני פרטי.
- 6.3. בהתאם לתחיקת הביטחון, אדמות המדינה המוכרזות שבתוך התוכנית נכללו בתחום היישוב גבע בנימין, כפי שנחתם על ידי המפקד הצבאי ב-1999, בתחום השיפוט של המשיבה 3 ובמרחב התכנון המקומי מטה בנימין.

מפת תחום היישוב גבע בנימין מצורפת בנספח עת/7.

- 6.4. התוכנית נועדה בשלב ראשון לצורך הקמת 50 יחידות דיור עבור מפוני המאחז הבלתי מורשה מגרון, וזאת במסגרת התחייבות המדינה לפנות את המאחז שנמסרה לבית המשפט הנכבד בבג"צ 8887/06 יוסף מוסא עבד א-ראזק אל נבות ואח' נ' שר הביטחון ואח'. התוכנית אינה קובעת היכן במדויק ייבנו בתחומה 50 יחידות דיור ראשונות אלה.
- 6.5. התוכנית מאפשרת, במימוש מלא, בניית 184 יחידות דיור, מהן 78 יחידות דיור ביעוד מגורים א'1 (בצפיפות ממוצעת של 1.9 יחידות דיור לדונם נטו) ו-106 יחידות דיור ביעוד מגורים א'2 (בצפיפות ממוצעת של 3.7 יחידות דיור לדונם נטו). בסך הכל מייעדת התוכנית למגורים כ-70 דונם, המהווים כ-21 אחוזים משטחה הכולל, ובצפיפות ממוצעת של כ-2.6 יחידות דיור לדונם נטו.
- 6.6. שאר שטח התוכנית מיועד לדרכים, למבני ציבור, לשטח ציבורי פתוח, ליעור ועוד.
- 6.7. שכונת המגורים שבתוכנית מקיפה שתי מובלעות בבעלות פלסטינית פרטית, ששייכות לתושבים מהכפר ג'בע, ובהם גם העותרים 1-6. שטחן הכולל של המובלעות הוא 26.14 דונם. המשיבות 1-2 החליטו להותירן כ"אי" ביעוד חקלאי, לפי תוכנית מנדטורית שפורסמה למתן תוקף ב-1942, ובלי זכויות בנייה כלל.
- 6.8. יצוין שהתוכנית מהווה שינוי לתוכנית המתאר 240/1, שאינה כוללת הוראות מפורטות ועל כן לא ניתן להוציא מכוחה היתרי בנייה. בחלקה המערבי מהווה התוכנית גם שינוי לתוכנית מפורטת 240/2, אולם שינוי זה מתבטא רק בהתוויה מחודשת של דרכים. בהשוואה לתוכנית המתאר התקפה 240/1, התוכנית נשוא העתירה מציעה שינויים רבים, ובהם שינוי ביעודי הקרקע ובמערכת הדרכים והפחתה ניכרת בצפיפות (מ-10 יחידות דיור לצפיפות ממוצעת של 2.6 יחידות דיור לדונם נטו בלבד).

7. הליכי אישורה של התוכנית

7.1.7.1 ב-2.2.10 פרסמה המשיבה 1 בעיתון "מעריב" הודעה בדבר הפקדתה של תוכנית 240/2/14/1, שמטרתה "קביעת ייעודי קרקע והוראות בנייה לשכונת מגורים" בגבע בנימין.

7.2.7.1 ב-15.4.10 הגישו העותרים 6-1, באמצעות העותרת 7, התנגדות מנומקת לתוכנית.

כתב ההתנגדות מצורף כנספח עת/8.

7.3.7.1 ב-17.5.10 דנה המשיבה 6 בהתנגדות והמליצה למשיבה 1 לדחות אותן.

פרוטוקול הדיון אצל המשיבה 6 מצורף כנספח עת/9.

7.4.7.1 ב-20.5.10 קיימה המשיבה 2 דיון בהתנגדות בנוכחות המתנגדים. בדיון טענו המתנגדים כי התוכנית לוקה באי חוקיות, שכן היא כוללת שטחים שלא הוכרזו כאדמות מדינה ואשר נמצאים מחוץ לתחום היישוב גבע בנימין, מחוץ לתחום השיפוט של המשיבה 5 ומחוץ למרחב התכנון מטה בנימין. המתנגדים הוכיחו את טענותיהם באמצעות מפות ותצלומי אוויר. לאור זאת קיבלה המשיבה 2 החלטת ביניים, כי טרם הכרעה בהתנגדויות גופן, תועבר התוכנית ל"בדיקה קרקעית מקיפה על ידי הגורמים המקצועיים" לשם בחינת טענות המתנגדים.

פרוטוקול הדיון בהתנגדויות והחלטת הביניים מה-20.5.10 מצורפים כנספח עת/10.

7.5.7.1 ב-17.10.10 התכנסה המשיבה 2 לדיון פנימי לשם הכרעה בהתנגדויות, הפעם בהרכב שונה מזה ששמע את ההתנגדויות: שלושה מחמשת החברים ששמעו את ההתנגדות לא השתתפו בדיון זה, ואילו שניים מהארבעה, שנטלו חלק בדיון זה, לא נכחו בשמיעת ההתנגדויות. בסוף הדיון החליטה המשיבה 2 לדחות את עיקרי ההתנגדויות שהוגשו לתוכנית. בעניין גבולות התוכנית קבעה המשיבה 2, כי אלו תוקנו לאור ממצאיה של הבדיקה הקרקעית החוזרת שבוצעה (ר' נספח עת/3).

7.6.7.1 ב-31.10.10 פנה נציג העותרת 7 בפקס אל יו"ר המשיבה 2 וביקש כי תבהיר את זהותו של הגורם, שביצע את הבדיקה הקרקעית. כן ביקש נציג העותרת 7 כי המשיבה 2 תשלח לו מפה המראה את הגבולות המתוקנים של התוכנית. עד מועד הגשתה של עתירה זאת, המשיבה 2 לא נתנה מענה על השאלה מי הגורם שביצע את הבדיקה הקרקעית שבעקבותיה תוקנו גבולות התוכנית, אך ב-21.11.10 התקבלה במשרדי העותרת 7 מפה שנשלחה על ידי המשיבה 2, אשר מראה את הגבולות המתוקנים של אדמות המדינה באזור גבע בנימין. ככל הידוע לעותרים, מפה זאת נעשתה בעקבות הבדיקה הקרקעית החוזרת והיא משקפת את הגבולות הסופיים של התוכנית, כפי שאושרה.

העתק מכתבו של נציג העותרת 7 ליו"ר המשיבה 2 ב-31.10.10 מצורף כנספח עת/11.

המפה המתוקנת של אדמות המדינה באזור גבע בנימין מצורפת כנספח עת/12.

7.7.7.1 ב-3.11.10 פנה נציג העותרת 7, בפקס ובדואר, למשיבה 1 וביקש כי מיד לאחר קבלת ההחלטה הסופית בעניינה של התוכנית תימסר לעותרת 7 הודעה על כך. ב-14.11.10 שוחח נציג העותרת 7 עם מזכירת המשיבה 1 וזו אמרה לו כי פרוטוקול הדיון וההחלטה נמצאים בהכנה, וכי לכשיושלמו יישלחו אליו בפקס. ב-17.11.10 התקשר נציג העותרת 7 שוב אל מזכירת המשיבה 1, שמסרה לו כי הפרוטוקול וההחלטה מוכנים, אולם בלי אישור היועץ המשפטי איו"ש, היא מנועה מלשלוח אותם

לעותרת 7. לאור תשובה זאת פנה הח"מ למשיבה 2 ב-18.11.10 ודרש ממנה להעביר לעותרת 7 את הפרוטוקול והחלטה.

העתק מכתבו של נציג העותרת 7 למשיבה 2 מה-3.11.10 מצורף כנספח עת/13.

העתק מכתבו של ב"כ העותרים מה-18.11.10 מצורף כנספח עת/14.

7.8 ב-21.11.10 קיבלה העותרת 7 בפקס את פרוטוקול הדיון שקיימה המשיבה 1 ב-10.11.10 ואשר בו החליטה לקבל את המלצתה של המשיבה 2, לדחות את ההתנגדויות שהוגשו לתוכנית ולאשרה למתן תוקף (ר' נספח עת/4). לפי הדין שחל באזור, התוכנית תיכנס לתוקף תוך 15 ימים ממועד פרסומה למתן תוקף. בעקבות החלטה זו, ובהעדר מנגנון ערר פנימי במערכת התכנון הפועלת במינהל האזרחי, לא נותר לעותרים אלא לבקש סעד מבית משפט נכבד זה.

ג. הטיעון המשפטי

ג.1. מתחם התערבות שיפוטית רחב במיוחד בעניינים הנוגעים להליך התכנוני

8. ההלכה הפסוקה היא, שבית המשפט יגלה זהירות בהתערבות בהחלטות תכנוניות של מוסדות התכנון, וזאת לאור ההיבט המקצועי המובהק שבהחלטות אלה. בית המשפט לא ישים עצמו כמתכנן על ולא ימיר את שיקול דעתו המקצועי של מוסד התכנון בשיקול דעתו הוא. הדברים ידועים ואינם טעונים פירוט (ר' למשל בג"צ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' המועצה הארצית לתו"ב, פ"ד מה(3), 678 (1991); ע"א 1805/00 מחצבות כנרת נ' משרד התשתיות פ"ד נו(2), 63 (2001)); בג"צ 4776/03 מלון רגינסי נ' שר הפנים ואח', תק-על(2) 1158).

9. אולם אין פירוש הדבר כי מוסדות התכנון חסינים מפני ביקורת שיפוטית. ככל רשות מינהלית, גם מוסדות התכנון נדרשים לפעול במסגרת הסמכויות שהוקנו להם בחוק ולקיים הליך מינהלי תקין. פגמים בהליך המינהלי, חריגה מסמכות או חוסר סבירות קיצוני, כל אלה מהווים עילות שעשויות להביא להתערבות שיפוטית בהחלטות תכנוניות שקיבלו מוסדות התכנון המוסמכים (עע"מ 402/03 עמותת העצמאים באילת (לשכת המסחר) נ' ועדת ערר לתכנון ולבנייה, מחוז דרום, פ"ד נח(3) 199).

10. ואמנם, בפועל מתערבים בתי המשפט בהחלטות תכנוניות, לרבות בעילות הנוגעות לסבירות ההחלטה מבחינה מהותית. ר', לשם הדוגמה, פסיקה עדכנית של בית משפט נכבד זה, שפסל החלטה בדבר אישור תוכנית לכביש 9 בשרון, לאחר שמצא כי ההנחיות שניתנו להכנת התסקיר הסביבתי, שנדרש בעניינה של תוכנית זאת, לקו בחוסר סבירות (בג"צ 9409/05 אדם טבע ודין נ' הוועדה הארצית לתו"ב של תשתיות לאומיות, טרם פורסם, פסק דין מה-24.10.10). דומה שהחלטה אחרונה זו של בית המשפט הנכבד משקפת נכונות לבחינה מעמיקה יותר של ההליך התכנוני ושל תוצאותיו, תוך הכרה במגבלות הטמונות בו, אשר עלולות להביא לעתים לאיזון אינטרסים בלתי סביר.

11. בית משפט נכבד זה קיבל את התזה, כי דווקא בשל הריסון שבית המשפט נוהג בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על תוכן החלטותיהם של מוסדות התכנון, יש מקום לביקורת קפדנית במיוחד בכל הנוגע להליך המינהלי, שבו מתקבלות ההחלטות (עע"מ 3189/09 החברה להגנת הטבע נ' המועצה הארצית

"בית המשפט אינו מומחה מקצועי לבחינתם של שיקולים תכנוניים צרופים, ולפיכך אין מקום כי הוא יתערב בהחלטות תכנוניות מובהקות, אלא במקרים חריגים... בהבחנה מכך, יש להתייחס באופן שונה לבחינת ההליך שהוביל לקבלת ההחלטה התכנונית. בבחינת ההליך עצמו יש מקום להתערבות רחבה יותר של בית המשפט, אשר אינו נדרש בבחינה זו לשקול שיקולים מקצועיים גרידא או לשים שיקול דעתו במקומה של הרשות המינהלית. מסכימה אני עם המערערת כי מאחר שאין בית המשפט נוהג להתערב בעצם ההחלטה התכנונית, יש מקום לבחינה קפדנית יותר באשר לתקינות ההליך הקודם להחלטה"¹.

2.ג. היקף ההתערבות של בית המשפט בהחלטותיהם של מוסדות התכנון במינהל האזרחי, שיש בהן כדי להשפיע על האוכלוסייה הפלסטינית, צריך להיות רחב במיוחד

12. בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע, כי באופן עקרוני, הביקורת השיפוטית על החלטות תכנוניות, המתקבלות על ידי מוסדות התכנון באיו"ש מכוח הדין ותחיקת הביטחון החלים שם, צריכה להיות קפדנית יותר בהשוואה להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות תכנוניות המתקבלות על ידי מוסדות התכנון בישראל, הפועלים לפי חוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון הישראלי"). בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע, כי מתחם ההתערבות הנתון לו בהחלטות תכנוניות המתקבלות על ידי רשויות התכנון של המינהל האזרחי, בודאי החלטות שיש להן השלכות על האוכלוסייה הפלסטינית – הן ביחס לסבירות ההחלטה והן ביחס לתקינות ההליך – הוא רחב במיוחד.

13. דיני התכנון המודרניים מכירים בהשפעתו העמוקה של התכנון על כל תחומי החיים: "איננו מדברים עוד – כבעבר – אך בשימושי קרקע למיניהם, אלא בתפיסה סביבתית כוללת של חברה, של כלכלה ושל איכות חיים בעיר ובכפר" (בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נ(3) 441, 454 (1996)). אין לך תחום חיים, שהתכנון אינו משפיע עליו. באחת הפרשות סיכם בית משפט נכבד זה את הדברים במלים הבאות:

"תכנון סביבתי נמנה עם הנושאים המורכבים והחשובים ביותר בהשפעתו על חיי האדם. הוא משפיע על הפרט ועל הציבור כאחד. הוא כורך עמו כמעט כל זווית של חיי אדם בסביבתו. במסגרתו מתגבשים דפוסי חיים בענייני מגורים, כלכלה ועסקים, תחבורה, בריאות, חינוך ותרבות, איכות סביבה, ערכי טבע ונוף, תיירות, בטיחות וביטחון ועוד כהנה וכהנה" (דג"צ 5361/00 חיים פלק נ' היועמ"ש פ"ד נט (4) 145, סעיף 3 לפסק הדין של כב' השופטת פרוקצ'יה ((2005)).

¹ דוגמה ליישום העיקרון בבתי המשפט לעניינים מינהליים ר' בפסק דינו של בית המשפט המינהלי בחיפה, אשר עמד על הקשר שבין היקף התערבות צר בהחלטה תכנונית לבין היקף התערבות רחב בהליך שהוביל לקבלתה: "לא למותר להזכיר גם בהקשר זה את נטיית בתי המשפט שלא להתערב בשיקולים מקצועיים של גופים תכנוניים. כמעט בכל עתירה בענייני תכנון ובניה המוגשת לבית המשפט, מדגישים המשיבים את הכלל האמור... הצד השני של כלל זה משמעותו הקפדה שאמנם הגופים התכנוניים ובכלל זאת גופים מעין שיפוטיים כוועדת הערר בעניינינו יפעלו בהרכב ובדרך שנקבעה בחוק התכנון והבניה" (עת"מ מחוזי חי') 3058/06 ברנשטיין אמירה נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ולבניה מחוז צפון, תקדין-מחוזי, ס' 13 (2006)).

14. לתכנון המרחבי יש השפעה עמוקה גם על חלוקת משאבים בין פרטים ובין קהילות. בכוחו של תכנון להתיר בנייה, ובכך להעלות את ערך המקרקעין, לאפשר פיתוח לקהילה ולשפר את איכות החיים שלה. בה בעת, בכוחו של תכנון, לרבות הימנעות מתכנון, להגביל פיתוח, למנוע בנייה ולצמצם את אפשרויותיה של הקהילה. מוסדות התכנון נדרשים אפוא להכריע על בסיס יומיומי בסוגיות, אשר בהגדרה ומעצם טיבן הן שנויות במחלוקת בין הגורמים הרלוונטיים, תוך יצירת האיזון הראוי בין האינטרסים השונים, לעתים המתחרים.

15. משום כך, יש חשיבות רבה לאופן הייצוג של האינטרסים השונים במוסדות התכנון ולמידת יכולתו של הציבור הרחב, ושל קבוצות אינטרסים בתוכו, להשפיע על הליכי התכנון – הן בדרכים פורמליות והן בדרכים בלתי פורמליות. ייצוג האינטרסים המגוון במוסדות התכנון ובהליך התכנוני הוא אחת הסיבות לכך שבתי המשפט נוטים שלא להתערב בהחלטות התכנוניות: חזקה על מוסד תכנון, המייצג בהרכבו אינטרסים שונים ומגוונים, שהחלטה שקיבל משקפת איזון ראוי בין אינטרסים אלה.

16. ואולם, הציבור הפלסטיני החי בגדה המערבית, תחת שליטתה של מדינת ישראל, אינו מיוצג כלל בהליכי התכנון: אין לו ייצוג במוסדות התכנון, אין לו כוח פוליטי מקומי או מרכזי, והשפעתו על הליכי תכנון בדרכים אחרות מוגבלת מאד – ספק אם היא בכלל קיימת. לפיכך, בנסיבות מיוחדות אלה, ההחלטות התכנוניות המתקבלות על ידי מוסדות התכנון במינהל האזרחי מחייבות ביקורת שיפוטית רחבה במיוחד, ומתחם התערבות שיפוטית גדול יותר מאשר בתוך ישראל.

17. אי ייצוג פלסטינים ולאנטרסים הפלסטיניים במוסדות התכנון באיו"ש

17.1. הייצוג המגוון, לרבות ייצוג ישיר ועקיף של הציבור הרחב במוסדות התכנון, מבטיח איזון אינטרסים מיטבי.² מטבע הדברים, כל חבר במוסד תכנון מביא עמו את מטען השקפותיו, ניסיונו והאינטרסים של המגזר החברתי שהוא מהווה חלק ממנו, ואלה משפיעים על החלטותיו. לפיכך, השקפותיהם של החברים במוסדות התכנון, האינטרסים שהם מייצגים וניסיון החיים שלהם – כל אלה באים לידי ביטוי בהחלטותיהם וקובעים בסופו של יום את שימושי הקרקע המותרים והאסורים. לייצוג של הציבור הרחב בהליכי התכנון נודעת אפוא חשיבות עליונה. מתוך הכרה בכך קבע המחוקק הישראלי כי הרכב מוסדות התכנון יהיה מגוון, ויכלול נציגות לשלטון המרכזי, לשלטון המקומי ולגורמים ציבוריים אחרים.

17.2. בהליכי תכנון שנעשים בישראל, לפי חוק התכנון הישראלי, האינטרסים של הציבור הרחב מיוצגים על ידי נבחר הציבור בשלטון המקומי, שיושבים בהרכב מוסדות התכנון הקבוע בחוק. במקרה הרגיל, הרכב הוועדה המקומית זהה כידוע להרכב מועצת הרשות שנבחרה על ידי הציבור.³ העובדה

² ר' לדוגמה, בהקשר של דיון בהחלטה שהתקבלה על ידי מוסד תכנון בהרכב חסר: "אין לשלול, כי הרכב שונה של הוועדה המייצג אינטרסים מגוונים יותר, כדרישת המחוקק, היה מביא לתוצאה שונה. די באפשרות סבירה שכך היה קורה, כדי לבסס חשש לקיומו של עיוות דין כלפי העותרים ולהביא לבטלות ההחלטה" (עת"מ 657/02 סברנסקי צבי ו-21 אח' נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים (מחוזי – data חוק ומשפט, 2003)).

³ במרחב תכנון מקומי הכולל תחום רשות מקומית אחת, הוועדה המקומית מורכבת מנבחר הציבור המקומיים (לפי סעיף 18 לחוק התכנון הישראלי) – כלומר, כל חברי מוסד התכנון הם נבחר הציבור. בוועדות המרחביות (לפי סעיף 19 לחוק) רוב

שהוועדה המקומית מורכבת מנבחר הציבור בשלטון המקומי תורמת רבות לכך, שהתכנון שהיא מאשרת, מקדמת או ממליצה לאשר, בהתאם לעניין, ישרת את האינטרסים של ציבור הבוחרים (לביקורת על כך, שהרכבה זה של הוועדה המקומית עלול לגרום להתחשבות יתר בשיקולים המקומיים על פני שיקולים רחבים יותר, ר' ע"מ 2528/02 ועדת ערר מחוזית – מחוז המרכז נ' פז חברת נפט בע"מ, סעיפים 24-28, 34-39 לפסק הדין, פורסם במאגרים (2008); ולפסיקה עדכנית בעניין זה: ע"א 4079/05 הוועדה המקומית לתנו"ב שומרון נ' מעונה חברה לבניין, סעיפים 55-58 לפסק הדין (טרם פורסם, 11.11.10)).

17.3. לוועדה המקומית, המורכבת מנבחר הציבור, יש השפעה עמוקה גם על ההחלטות המתקבלות ברמה המחוזית. זאת הן משום שקיימת נציגות לשלטון המקומי בוועדה המחוזית; הן משום שתוכניות משמעותיות רבות שבסמכות הוועדה המחוזית, כולל תוכנית המתאר המקומית, מכינה הוועדה המקומית; והן משום שגם יתר התוכניות שבסמכות הוועדה המחוזית טעונות המלצה/חוות-דעת של הוועדה המקומית הנוגעת לעניין (סעיף 62 לחוק התכנון הישראלי). התכלית המוצהרת של הסדר זה היא לתת ביטוי לראייה המקומית ול"צורכי התושבים", וההלכה היא, כי על הוועדה המחוזית לתת משקל משמעותי לחוות הדעת של הוועדות המקומיות (ע"א 2902/97 אחים עופר הנדסה ופיתוח בע"מ נ' גליקמן, פ"ד נג(1) 369, 381-382).

17.4. בוועדות המחוזיות קיים רוב לנציגי הממשלה, המתמנים על ידי השרים, שאף הם רובם ככולם נבחר הציבור, ואלה אמורים לקדם את מדיניותם. לפיכך, באמצעות נציגי נבחריו מהשלטון המרכזי, יש לציבור הרחב ייצוג גם בוועדת התכנון המחוזית. בוועדות המחוזיות יושבים גם נציגי ציבור נבחרים מהשלטון המקומי, ובנוסף להם נציגי ציבור – למשל נציגים של ארגונים אזרחיים כמו ארגונים להגנת הסביבה. נציגים אלה אף הם מייצגים אינטרסים של הציבור הרחב, שהמחוקק סבר כי החברים האחרים במוסדות התכנון עלולים שלא ליתן להם את המשקל הראוי.

17.5. חוק התכנון שחל בגדה המערבית הוא כידוע חוק התכנון הירדני (חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (חוק מס' 79) לשנת 1966). גם בחוק זה נמצא ביטוי להשקפת העולם הרואה חשיבות בהרכב מגוון במוסדות התכנון, תוך ייצוג ישיר ועקיף של הציבור הרחב באמצעות נבחריו. בדומה לחוק התכנון הישראלי, גם חוק התכנון הירדני יוצר מערכת תכנון תלת שכבתית, הכוללת ועדות מקומיות, ועדות מחוזיות ומועצת תכנון עליונה ברמה הארצית. חוק התכנון הירדני מעגן את ייצוגו של הציבור הרחב בהליכי התכנון בהרכבם של מוסדות התכנון, הכוללים נבחר הציבור מהשלטון המקומי, בצד נציגים של החברה האזרחית ונציגי השלטון המרכזי. אופן הייצוג ברמות השונות של מערכת התכנון דומה לעקרונות הייצוג המעוגנים בחוק התכנון הישראלי.⁴

החברים הם מומלצי הרשויות המקומיות שבמרחב התכנון. לשלטון המקומי יש נציגות ישירה גם בוועדה המחוזית, וכן נציגות במועצה הארצית לתכנון ובנייה.

⁴ לפי חוק התכנון הירדני, הוועדה המקומית היא מועצת הרשות המקומית, שמורכבת מנציגיו הישירים של הציבור בשלטון המקומי, הנבחרים על-ידו (סעיפים 9(א), (ב) ו-1(ג) לחוק); בוועדה המחוזית, אחד מששת החברים הוא נציג ועדת התכנון המקומית, דהיינו: נבחר ציבור בשלטון המקומי (סעיף 18) לחוק התכנון הירדני; במועצת התכנון העליונה, המונה תשעה חברים, יושבים בין היתר ראש עיריית הבירה ויו"ר ארגון המהנדסים כנציג של החברה האזרחית, בצד נציגי השלטון המרכזי, המתמנים על ידי נבחר הציבור מהשלטון המרכזי (סעיף 15) לחוק התכנון הירדני.

17.6. ואולם, לאחר כיבוש הגדה המערבית על ידי ישראל בוצעו, בתחיקת הביטחון, שינויים מפליגים בהרכבם של מוסדות התכנון הקבוע בדין, ואלה הביאו להדרת האוכלוסייה המקומית מייצוג במוסדות התכנון. ב-1971 פרסם המפקד הצבאי את צו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה והשומרון) (מס' 418), תשל"א-1971 (להלן: "צו מס' 418"). צו מס' 418 ביטל את ועדות התכנון המקומיות בכפרים הפלסטיניים ואת הוועדות המחוזיות, וכל סמכויותיהן הועברו למועצת התכנון העליונה, שהרכבה נקבע על ידי מפקד האזור. הצו הסמיך את מועצת התכנון העליונה (היא המשיבה 3) למנות ועדות משנה לעניינים מסוימים ולהאציל להן מסמכויותיה. בהתאם לכך מינתה מועצת התכנון העליונה את המשיבות 1-2 וקבעה את סמכויותיהן.

17.7. מועצת התכנון העליונה, בהרכבה האחרון שנקבע על ידי המפקד הצבאי ב-31.5.06, כוללת תשעה חברים – כולם נציגים של השלטון הצבאי המרכזי. בהרכבה זה מהווה מועצת התכנון העליונה, הלכה למעשה, זרוע של השלטון הצבאי העוסקת בתחום התכנון והבנייה. בהרכבה של מועצת התכנון העליונה אין אפוא נציגות כלשהי, ישירה או עקיפה, של הציבור המקומי שמתגורר באזור. גם הרכבן של ועדות המשנה שמינתה מועצת התכנון העליונה כולל רק נציגים של השלטון הצבאי הישראלי, ואין בו ולו נציג אחד של האוכלוסייה האזרחית המתגוררת באזור.

כתב המינוי של מועצת התכנון העליונה מ-2006 מצורף כנספח עת/15.

כתב המינוי של ועדות המשנה של מועצת התכנון העליונה מ-2009 מצורף כנספח עת/16.

17.8. בשני מקרים שהובאו לפתחו, בית משפט נכבד זה דחה עתירות שתקפו את הרכבם של מוסדות התכנון במינהל האזרחי ואת העובדה שהרכב זה אינו עולה בקנה אחד עם הקבוע בחוק התכנון הירדני. בית המשפט מצא כי מאחר שהאזור נתון תחת תפיסה לוחמתית ישראלית, לא היה מנוס משינוי הרכבם של מוסדות התכנון הקבוע בדין, שכן בלי שינוי זה לא ניתן היה כלל להפעיל את מערכת התכנון, לאשר תוכניות ולהנפיק היתרי בנייה. על כן, פסק בית המשפט, לא נפל פגם בצו מס' 418, ואף לא בהרכבה העכשווי של מועצת התכנון העליונה (בג"ץ 4154/91 עזמי דודין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד מו(1), 89 (1991); בג"ץ 1526/07 ראש מועצת הכפר בילעין ואח' נ' שר הביטחון ואח', תקדין-עליון (2007)).

17.9. עתירה זו לא מבקשת לבצע תקיפה עקיפה של הרכבי המשיבות 1-3 או להעלות לעיון מחודש את פסיקותיו הקודמות בנושא של בית משפט נכבד זה. עתירה זו מבקשת את בית המשפט הנכבד לקבוע, כי למצב הדברים המינהלי-המשפטי הנ"ל, כפי שאושר על ידי בג"ץ, חייבות להיות השלכות מבחינת היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיהן של רשויות התכנון באיו"ש.

18. האוכלוסייה הפלסטינית כמקרה מיוחד של קבוצה מוחלשת, הזקוקה להגנת בית המשפט

18.1. יש לראות בציבור הפלסטיני בגדה המערבית מקרה קשה וחרף במיוחד של קבוצה מוחלשת. קבוצות מוחלשות מתקשות להיות מעורבות בתהליכים הפוליטיים והמינהליים בכלל, ובהגשת התנגדויות לתוכניות בפרט. אין המדובר רק במחסור בכסף, המהווה חסם משמעותי בפני עצמו. הכוונה גם למחסור בידע, במודעות, בפנאי, בנגישות ובמשאבים אחרים. לפיכך, קבוצות אלה זקוקות להגנה מיוחדת של בית המשפט.

18.2. לעיון תיאורטי נרחב בחסמים המקשים על מעורבות של קבוצות מוחלשות בתהליכים תכנוניים, ועל הצורך שקם להגן עליהן עקב כך, ראו בפסק דינה של השופטת ד"ר אגמון-גונן בעניין פרדס דכה, עפ"א (ת"א) 080137/07 מוסא דכה נ' עיריית ת"א (תקדן-מחוזי 2008), בסעיף 8, והאסמכתאות שם, ובעיקר: ד"ר נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום? הצעה לאג'נדה משפטית לעוסקים בייצוג אוכלוסיות החיות בעוני", עלי משפט ד' (תשס"ה-2005) 17, 24; י' אלבשן, "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט, עלי משפט ג' (2003) 497. בית המשפט העליון ביטל אמנם את פסק הדין בעניין פרדס דכה, אך לא מטעמים הנוגעים לעניין זה, שלגביו אף ציין בית שמפט נכבד זה כי "אנו קוראים מתוך אהדה את אשר נכתב על ידיהם על אוכלוסיות מוחלשות ובעיותיהן" (רע"פ 2885/08 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב-יפו נ' מוסא דכה, סעיף י"ז לפסק הדין (תקדן-עליון 2009)).

18.3. האוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת בשטח C – אותו אזור בגדה המערבית, המקיף כ-60 אחוזים משטחה הכולל והנמצא תחת שליטה ישראלית מלאה, לרבות בתחומי התכנון והבנייה – היא מקרה קשה במיוחד של קבוצה מוחלשת. מדובר באוכלוסייה כפרית, ענייה יחסית. אין לה בדרך כלל הכלים, המשאבים, הנגישות והמודעות להגיש התנגדויות לתוכניות שעלולות לפגוע בה או לנהל מאבקים ציבוריים. בוודאי שאין לכפריים המתגוררים בשטח C מערך היכריות, קשרים אישיים ופוליטיים וכדומה, שיכול לאפשר להם להשפיע באופן בלתי פורמלי על הליכי תכנון. בענייננו, אין מדובר רק בקבוצה מוחלשת, אלא בקבוצה מוחלשת שאינה מיוצגת כלל במוסדות התכנון, שאין לחברה האזרחית שלה נציגות במוסדות התכנון, ואשר אין לה כוח פוליטי שמאפשר לה יכולת השפעה עקיפה. מדובר, מעבר לכך, בקבוצה מוחלשת הזכאית להגנה מיוחדת של המשפט הבינלאומי, בשל העובדה שהיא חיה בשטח שמוחזק במצב של תפיסה לוחמתית זמנית.

19. במצב דברים זה, יש להעניק לתושבים הפלסטינים בגדה המערבית הגנה שיפוטית רחבה יותר מזו שניתנת לציבור הישראלי שעותר נגד החלטות תכנוניות. אין זה מתקבל על הדעת, שהיקף, עומק ודקדקנות הבחינה השיפוטית של ההחלטות התכנוניות המתקבלות על ידי מוסדות התכנון באיו"ש – אשר כאמור לעיל, אין בהם נציגים כלשהם של האוכלוסייה המקומית – תהיה דומה לזו שמפעיל בית המשפט על החלטות תכנוניות בישראל, המתקבלות על ידי מוסדות תכנון בעלי הרכב מגוון, הנותן ביטוי למגוון האינטרסים הקיימים בחברה האזרחית. כאשר מדובר בביקורת שיפוטית על החלטות תכנוניות המתקבלות על ידי מוסדות התכנון במינהל האזרחי, ואשר יש בהן כדי להשפיע על האוכלוסייה הפלסטינית, על בית המשפט הנכבד להפעיל ביקורת שיפוטית רחבה, הן לגבי הליך קבלת ההחלטות והן לגבי איזון האינטרסים. ביקורת זאת צריכה להיות רחבה בהרבה מזו שמקיים בית המשפט על החלטות תכנוניות שהתקבלו בתוך ישראל, לפי חוק התכנון הישראלי.

20. בענייננו: על בית המשפט הנכבד לוודא, כי המשיבות 1-3 עמדו באתגר להוציא תחת ידן החלטה סבירה, מידתית וצודקת, על אף הרכבן המונוליטי, ולמרות שאין בהן ייצוג לציבור הפלסטיני. לצורך כך נדרשת בחינה עמוקה, הן של הליך קבלת ההחלטות אצל המשיבות 1-3 והן של תוכן, תוך קביעת מתחם התערבות רחב יחסית.

21. הדברים נכונים במיוחד לאור העובדה, שלעומת העדר הייצוג והעדר ההשפעה של הפלסטינים, קיים

ייצוג וקיימת השפעה ניכרת במוסדות התכנון באיו"ש לאינטרסים המתנגשים של ההתיישבות הישראלית. לכל היישובים הישראליים המוכרים באזור מונו ועדות תכנון מקומיות, היושבות בהרכב הזהה להרכב המועצה המקומית, המורכבת כולה מנציגי הציבור הנבחרים. הציבור הישראלי שמתגורר באזור נהנה אפוא מייצוג ישיר בוועדות התכנון המקומיות, אך מעבר לכך: יש לו כוח פוליטי והוא יכול לקדם את האינטרסים שלו גם דרך השלטון המרכזי; ויש לו נגישות למקבלי ההחלטות.

22. התערבות רחבה יותר בהליך התכנוני נדרשת גם בשל העדרו של מנגנון ערר פנימי במינהל האזרחי

22.1. חוק התכנון הישראלי מעגן מנגנון של עררים פנימיים, חלקם בזכות וחלקם ברשות, המאפשר לציבור הרחב גישה לערכאה תכנונית נוספת, מעבר לוועדת המשנה להתנגדויות שדנה בהתנגדויות המוגשות לתוכנית – אף היא בעלת הרכב מגוון, שכולל ייצוג ישיר או עקיף של הציבור – בה ייבחנו שוב טעמי ההתנגדות שלו. כאשר בית המשפט המינהלי או בג"ץ, לפי העניין, נדרש להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטה תכנונית, הוא עושה כן לאחר שהחלטה כבר נבחנה על ידי שני מוסדות תכנון בעלי הרכב הטרוגני, לרבות מוסד תכנון בעל ראייה "עררית" ו"ריחוק" מבני ומשפטי מהגוף שקיבל את ההחלטה התכנונית. לעתים הביקורת השיפוטית מופעלת לאחר שהמקרה נדון על ידי שלוש ערכאות תכנוניות.⁵

22.2. במצב זה של קיום מנגנון עררים פנימי, שמאפשר לבחון את ההחלטה התכנונית גם על ידי ערכאת ביקורת פנימית, מתחזקת "חזקת התקינות" של ההחלטה, ובהתאם מצטמצמת נכונותו של בית המשפט להתערב בה. לעניין תרומתו של מנגנון הערר לחזקת התקינות של ההחלטה התכנונית ר' בפסק הדין בעניין צומת האלופים (עת"מ (מחוזי חי') 136/00 צומת האלופים בע"מ נ' ועדת הערר המחוזית - מחוז חיפה, תקדין-מחוזי, ס' 8 לפסה"ד, (2000)): "מינהל תקין הבוחן את עצמו על ידי ביקורת פנימית מחזק את האמון בנכונות החלטות המינהל וקיומה של ביקורת כזו דווקא מחזק את ההצדקה לקיומה של יחזקת התקינות." גם בית משפט נכבד זה עמד על חשיבותו של מנגנון עררים פנימי, המאפשר, בין היתר "קיומה של בדיקה שנייה, רחבה, יסודית, ומקצועית, של החלטות הרשות" בטרם מופעלת עליהן ביקורת שיפוטית (ע"א 6365/00 אברהם בר אור נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז צפון, פ"ד נו(4), 38, 46-47 (2002)).

22.3. בניגוד למצב עניינים זה, השורר בתחומי ישראל, במערכת התכנון של המינהל האזרחי אין כל מנגנון עררים פנימי, שמאפשר למי שוועדת המשנה להתנגדויות דחתה התנגדות שהגיש לתוכנית לערוך נגד ההחלטה בפני מוסד תכנון אחר. לא ניתן אפוא להשוות את ההליך התכנוני, שנעשה לפי חוק התכנון הישראלי, להליך התכנוני שמתקיים מכוח תחיקת הביטחון באיו"ש. באותה מידה, גם היקף הביקורת השיפוטית הראויה צריך להשתנות: בתחומי ישראל, ביקורת שיפוטית

⁵ ר' לדוגמה, עע"מ 9057/09 דן אינגר ואח' נ' השמורה בע"מ, תקדין-עליון (2010), שם הגיעה ההחלטה של מוסדות התכנון לבחינתו של בית המשפט המינהלי לאחר שעברה שלושה טריבונלים עצמאיים, שכל אחד מהם קיים דיון נפרד בתוכנית: הוועדה המחוזית, ועדת הערר שליד המועצה הארצית והמועצה הארצית במליאתה. ואמנם, בערעור לעליון, בית המשפט הנכבד הפך את החלטתו של בית המשפט המינהלי והורה שאין להתערב בהחלטתה של המועצה הארצית. לפי חוק התכנון הישראלי, גם תוכנית בסמכות ועדה מקומית יכולה כידוע לעבור שלוש ערכאות תכנוניות שונות בטרם תגיע לבחינה שיפוטית: הוועדה המקומית עצמה, ועדת הערר המחוזית (ערר בזכות) והוועדה המחוזית (ערר ברשות).

מצומצמת וזהירה על החלטות המתקבלות על ידי שתי ערכאות תכנוניות לפחות, אחת מהן בעלת ראייה עררית; בגדה המערבית, ביקורת שיפוטית רחבה יותר על החלטות תכנוניות המתקבלות על ידי מוסד תכנון אחד, ללא אפשרות דיון בערכאה תכנונית נוספת, שתבצע בחינה עררית ו"מרוחקת" של ההחלטה שקיבל מוסד התכנון האמור. גם מטעם זה יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, שהיקף התערבותו בהחלטותיהם של מוסדות התכנון במינהל האזרחי יהיה רחב יותר מאשר בהחלטותיהם של מוסדות התכנון בתחומי ישראל, לרבות נכונות רבה יותר לבחון טענות שבמהות.

ג.3. פגם בהליך אישורה של התוכנית: הרכב ועדת המשנה להתנגדויות

ששמע את ההתנגדות שונה מהרכב הוועדה שהחליט לדחות אותה

23. העותרים יטענו, כי החלטת המשיבה 1 לאשר את התוכנית פסולה, משום שהתבססה על החלטתה של המשיבה 2 לדחות את ההתנגדות, שהתקבלה בהליך פגום ותוך הפרת חובותיה כגוף מעין שיפוטי.

24. הרכב ועדת המשנה להתנגדויות, היא המשיבה 2, כמו הרכבן של שאר ועדות המשנה של מועצת התכנון העליונה, נקבע, בהתאם לצו מס' 418, על ידי מועצת התכנון העליונה.

25. הרכבה הנוכחי של המשיבה 2 נקבע בכתב המינוי מינואר 2009, שצורף כנספח 18 לעיל, והוא כולל את חמשת החברים הבאים: מנהל לשכת התכנון המרכזית במינהל האזרחי; היועץ המשפטי איו"ש; הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי (קמ"ט אפוטרופוס); קמ"ט לענייני מדידות במינהל האזרחי; הממונה על היישובים הישראליים במשרד הפנים או נציגיהם.

26. סעיף 3(א) לצו מס' 418 מורה כי "הוועדות המנויות בצו זה יקבלו את החלטותיהן ברוב דעות של הנוכחים, ובלבד שמספר הנוכחים יהיה למעלה ממחצית הנמנים על הוועדה". לפיכך, הקוורום הנדרש בהחלטות המשיבה 2 הוא שלושה מחבריה.

27. המשיבה 2 שמעה כאמור את ההתנגדויות ב-20.5.10, קיימה דיון פנימי לגביהן וקיבלה את ההחלטה בעניינן ב-17.10.10. ואולם, בין שני המועדים הנ"ל השתנה הרכב החברים בוועדה ללא היכר, כמפורט בטבלה שלהלן:

הרכב המשיבה 2 ששמע את ההתנגדויות, 20.5.10 (נספח עת/10)	הרכב המשיבה 2 שהחליט לדחות את ההתנגדויות, 17.10.10 (נספח עת/3)
נטליה אברבוך, נציגת מנהל לשכת התכנון המרכזית	נטליה אברבוך, נציגת מנהל לשכת התכנון המרכזית
איריס ברוך, נציגת יועמ"ש איו"ש	איריס ברוך, נציגת יועמ"ש איו"ש
מלכה בלומברג, נציגת קמ"ט אפוטרופוס	ענת דהאן, נציגת קמ"ט אפוטרופוס
לבנה זילבר, נציגת קמ"ט מדידות	דוד רמות, נציג קמ"ט מדידות
אבנר כהן, הממונה על היישובים הישראליים	

28. כלומר: שלושה מחמשת חברי הוועדה, אשר שמעו את ההתנגדויות, לא השתתפו בדיון הפנימי

ובקבלת החלטה. בה בעת, שניים מארבעת חברי הוועדה, אשר השתתפו בדיון הפנימי וקיבלו את ההחלטה, לא שמעו את ההתנגדויות. מדובר בפגם היורד לשורשו של ההליך, והמחייב את פסילתו.

29. הלכה פסוקה היא, שוועדה לשמיעת התנגדויות לתוכנית היא גוף מעין שיפוטי: "תם שלב ההפקדה והחל שלב ההתנגדויות... לובשת הוועדה את האדרת 'השיפוטית' שלה" (בג"ץ 701/81 מלאך נ' יו"ר הוועדה המחוזית ירושלים, פד"י לו(1), 1, 13); "בשבתן כגורם מינהלי הדין בהתנגדויות לתוכניות מתאר שהופקדו. גופים אלה מתאפיינים בתפקידם זה כמוסדות מכריעים, בעלי סממנים מעין-שיפוטיים" (עע"מ (מינהליים) 2418/05 צ'רלס מילגרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז ירושלים, תקדין-עליון (2005). ור' גם: בג"ץ 5848/99 ח"כ יוסף י' פריצקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, פ"ד נד(3), 5, 32-31 (2000); שמואל רויטל, "דיני התכנון והבנייה" (חלק א'), עמ' 34).

30. בהיותה גוף מעין שיפוטי, על ועדת המשנה להתנגדויות חלות כל החובות הנובעות ממעמד זה, ובכלל זה החובה להקפיד על קיום ההליך התקין. אכן, לגבי ועדה המפעילה סמכויות מעין שיפוטיות, "החלטתה ודרכי פעולתה של הוועדה צריכות לא רק להיות הוגנות אלא גם להיראות הוגנות" (בג"ץ 701/81 שלעיל, שם).

31. הכלל לגבי גוף שיפוטי או מעין שיפוטי הוא, שהחלטתו צריכה להתקבל על ידי אותו הרכב חברים שנכח בשימוע, ששמע את טענותיהם של בעלי העניין, התרשם מהם באופן בלתי אמצעי, שאל אותם את השאלות שהטרידו אותו ואגב כך גיבש לעצמו את התובנות בנוגע לנושא שעמד לדיון. עיקרון יסודי זה נגזר ממקומה המיוחד של זכות השימוע בהליך המעין שיפוטי, זכות המהווה חלק מכללי הצדק הטבעי, וכתנאי לקבלת החלטה המושתתת על תשתית עובדתית מלאה (י' זמיר, הסמכות המינהלית, עמ' 793-794).

32. בהקשר של ההליך התכנוני, ההתנגדות מהווה קונקרטיזציה של זכות השימוע. זהו השלב הסטטוטורי המובהק ביותר של שיתוף הציבור, ועל כן ייחסה לו הפסיקה חשיבות רבה. לגבי התושבים הפלסטיניים בגדה המערבית, שלא עומדות לרשותן דרכי השפעה לא סטטוטוריות על החלטות התכנוניות, וגם לא האפשרות לפנות לערכאת ערר, מדובר בהזדמנות היחידה להשפיע על ההליך התכנוני. רק שמיעת המתנגדים באופן בלתי אמצעי מאפשר לחברים בוועדת המשנה להתנגדויות להתרשם ישירות מהמתנגדים ומהפגיעה שהתוכנית שבנדון עלולה לפגוע בהם. זאת ועוד: בשימוע מתאפשר רב-שיח בין החברים במוסד התכנון לבין המתנגדים. במסגרת זאת יכולים החברים במוסד התכנון לשאול את המתנגדים שאלות ולקבל הבהרות על האמור בכתב ההתנגדות, וכך להגיע לתובנות מדויקות יותר על מהות הפגיעה שלה טוענים המתנגדים ועל הפתרונות התכנוניים שניתן לגבש כדי לצמצמה או למנוע אותה כליל.

33. מתוך הכרה בטעמים אלה נקבע הכלל, כי החלטה של גוף מעין שיפוטי צריכה להתקבל על ידי אותו הרכב החברים ששמע את בעל העניין. בהקשר של גוף שיפוטי אמר בית משפט נכבד זה: "החלטה על ידי הרכב אחר, שונה מזה ששמע ונכח במהלך הדיונים, הינה החלטה שיש בה פגם... הצדק ואף מראית פני הצדק עלולים להיפגע מקום בו פסק הדין ניתן על ידי הרכב שונה מזה שהתרשם מחומר הראיות שבתיקן" (בג"ץ 3520/95 צוברא נ' בית הדין הרבני הגדול (פ"ד נ(5) 50)). כך נפסק גם לגבי ועדת משמעת, כשההרכב שנתן את החלטה היה שונה מההרכב שנכח בשימוע. בית המשפט ביטל

מטעם זה את החלטת הוועדה (עש"מ 1168/02 פלאח נ' שירות המדינה, פ"ד נו (6) 197).

34. וכך נפסק גם לגבי גופים מינהליים מעין שיפוטיים בכלל, ולגבי ועדות לשמיעת התנגדויות לפי חוק התכנון והבנייה בפרט. עמד על כך, בסוגיה זהה לענייננו נדרש בית המשפט המינהלי בירושלים (עת"מ 657/02 סברנסקי צבי ו-21 אח' נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, שהוזכר לעיל). באותו מקרה חברה אחת בלבד במוסד התכנון, שלא נכחה בשמיעת ההתנגדויות, היתה שותפה לדיון הפנימי שבו התקבלה ההחלטה הסופית. לאחר שבית המשפט הזכיר את מעמדה של ועדת המשנה להתנגדויות כגוף מעין שיפוטי, הוא קבע את הדברים הבאים (סעיף 26 לפסק הדין): "החילופין שהתבצעו בהרכב הוועדה עובר לקבלת ההחלטה אינם נקיים מפגם. העובדה כי גב' ענתבי אשר לא נכחה בעת שמיעת ההתנגדויות היתה שותפה לקבלת ההחלטה, עלולה לכאורה לעורר חשש שמא נגרם לעותרים עיוות דין. מצב בו אחד שומע ואחר מחליט, אינו ראוי".

35. באותו פסק דין אמר בית המשפט כי "ועדת חקירה הממלאה תפקיד שיפוטי, רשאית לפעול רק בהרכב מלא, אלא אם קיימת הוראת חוק מיוחדת הקובעת לה מניין חוקי אחר. אז רשאית היא לפעול גם באין הרכב מלא, ובלבד שהמשתתפים בעבודתה יתמידו בה מהתחלה ועד הסוף. במקרה שוועדה אינה ממלאה תפקיד שיפוטי, אין לחייב את חבריה להשתתף במהלך עבודתה מראשיתה ועד סופה" (בג"ץ 94/74 עיריית ראשון לציון נ' שר הפנים, פ"ד כח(2) 711). בענייננו, תחיקת הביטחון הסמיכה את ועדת המשנה להתנגדויות, היא המשיבה 2, לשבת בהרכב חסר, אך מכיוון שהיא ממלאת תפקיד מעין שיפוטי, חייבים חבריה היושבים בהרכב להשתתף במהלך העבודה מראשיתה ועד סופה.

36. לפיכך, העובדה כי מתוך חמשת החברים של המשיבה 2 ששמעו את ההתנגדויות רק שניים השתתפו בדיון הפנימי וקיבלו את ההחלטה, ומהצד השני, כי רק שנים מבין ארבעת החברים שקיבלו את ההחלטה שמעו את ההתנגדויות, היא פגם חמור, המצדיק את פסילת ההחלטה ואת כל אשר התקבל בעקבותיה.

37. אמנם הפסיקה לא גורסת כי כל מקרה של פגם כאמור מצדיק את פסילת ההחלטה. לפי הפסיקה, יש לבחון את נסיבות העניין ולקבוע את תוצאות הפגם. אולם בענייננו יש לראות בהחלפת ההרכב של המשיבה 2 פגם חמור, שאינו מאפשר להותיר את ההחלטה על כנה, וזאת מהטעמים שלהלן.

37.1. ראשית, מתוך נקודת המוצא העקרונית, כי יש לקיים מתחם התערבות רחב יותר בהחלטותיהם של מוסדות התכנון באיו"ש, ולדקדק עמן במיוחד בכל הקשור לקיום הפרוצדורות שבחוק (ר' לעיל). נסיבות העניין היו מצדיקות התערבות שיפוטית גם אם ועדת משנה להתנגדויות, שכוננה לפי חוק התכנון הישראלי, היתה מקבלת החלטה בהרכב שונה מההרכב ששמע את ההתנגדות – קל וחומר כאשר מדובר במוסד תכנון במינהל האזרחי.

37.2. שנית, בענייניו אין המדובר בהחלפת חבר אחד או שניים בוועדה בעלת הרכב רחב, אלא בהחלפה מאסיבית של רוב חברי הוועדה: כאמור, שלושה מתוך חמשת החברים ששמעו את ההתנגדות לא השתתפו בדיון הפנימי ובקבלת ההחלטה. שלושת החברים הללו יכלו להשפיע על תוצאות ההחלטה ואפילו להפוך אותה, אם היו משתתפים בדיון הפנימי. אם החלפת חבר אחד מני רבים היא פגם, החלפת רוב החברים היא פגם חמור במיוחד.

37.3. שלישית, המקרה הנוכחי יוצר גם בעיה של העדר קוורום לקבלת ההחלטה. הקוורום הנדרש לקבל החלטה בוועדת המשנה להתנגדויות הוא כאמור שלושה חברים. בדיון שבו נפלה ההחלטה הסופית בעניינה של התוכנית שבנדון השתתפו רק שני חברים ששמעו את ההתנגדות. כלומר, מבין אלה ששמעו את ההתנגדות, לא היה קוורום לקבלת ההחלטה. במלים אחרות, לא ניתן להכשיר את ההחלטה על ידי פסילת החברים שלא שמעו את ההתנגדויות, שכן בלעדיהם אין קוורום.

37.4. רביעית, בהקשר של ההליך התכנוני באיו"ש, יש לראות בוועדת המשנה להתנגדויות גוף מעין שיפוטי מובהק, ולהטיל עליו חובות חמורות יותר מאשר אלה המוטלות על ועדת המשנה להתנגדויות הפועלת בישראל לפי חוק התכנון הישראלי. הטעם לכך הוא שמעל ועדות המשנה להתנגדויות שהוקמו לפי חוק התכנון הישראלי יושבות ועדות ערר, שהן גופים מעין שיפוטיים מובהקים עוד יותר. ה"מעין שיפוטיות" המובהקת של ועדת הערר מקהה במשהו את ה"מעין שיפוטיות" של ועדות המשנה להתנגדויות, משום שההליך מתחלק באופן הגיוני לשני שלבים: אחד בפני הגוף המינהלי שמקבל את ההחלטה, שני בפני גוף עררי שמקיים עליה ביקורת. מכיוון שמוסדות התכנון במינהל האזרחי אינם כוללים ועדות ערר, ועדת המשנה להתנגדויות היא הגוף היחיד ששומע את ההתנגדויות ונותן לגביהן המלצה. במקרה דנן, ועדת המשנה להתיישבות, היא המשיבה 1, הסתמכה על החלטתה של ועדת המשנה להתנגדויות (המשיבה 2) ולא שמעה את הצדדים. לפיכך אין לראות בוועדת המשנה להתיישבות גוף "עררי" (המצב דומה לוועדה מקומית, המקבלת החלטה בבקשה להיתר על סמך החלטה של ועדת משנה ששמעה התנגדויות שכנים). התוצאה היא שיש לראות בוועדת המשנה להתנגדויות במינהל האזרחי גוף מעין שיפוטי מובהק, שחלות עליו החובות הדקדקניות ביותר.

38. לאור כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את החלטת המשיבה 1 לאשר את התוכנית, שהתבססה על המלצה של המשיבה 2 לדחות את ההתנגדויות, שהתקבלה בהליך פגום מיסודו, תוך פגיעה בעקרונות יסוד ובכללי הצדק הטבעי.

4.ג. פגם בהליך: המשיבה 1 אישרה את הפקדת התוכנית בהרכב לא חוקי

39. ההחלטה בדבר הפקדת התוכנית התקבלה על ידי ועדת המשנה להתיישבות, היא המשיבה 1, בישיבתה מה-3.6.09 (יצוין כי פרוטוקול הדיון הגיע לידי העותרים רק ב-11.11.10).

פרוטוקול הדיון בהפקדה מצורף כנספח עת/17.

40. לפי כתב המינוי שלה (ר' נספח עת/16), ועדת המשנה להתיישבות כוללת עשרה חברים: מנהל לשכת התכנון המרכזית במינהל האזרחי; היועץ המשפטי איו"ש; ראש תחום תשתית במינהל האזרחי; נציג משרד הביטחון; ראש ענף תשתית ופריסה באגף התכנון של צה"ל; הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש במינהל האזרחי; קמ"ט לענייני איכות הסביבה במינהל האזרחי; המפקח על התעבורה במינהל האזרחי; הממונה על היישובים הישראליים במשרד הפנים; נציג משרד הבינוי והשיכון.

41. ואולם, מפרוטוקול הדיון בהפקדת התוכנית (נספח עת/17 לעיל) עולה, שהרכב המשיבה 1 כלל, בנוסף לתשעה מחברי הוועדה הקבועים בכתב המינוי (ובהעדרו של ראש ענף תשתית ופריסה באגף התכנון של צה"ל), שלושה "חברים" נוספים – נציגים של יישובים ישראלים באזור: נציגת עיריית מעלה אדומים, מהנדס המועצה המקומית קרני שומרון ומהנדס המועצה האזורית מטה בנימין, שבתחומה נמצא רוב שטח התוכנית. פרוטוקול הוועדה עושה הבחנה ברורה בין "חברים" לבין "מוזמנים", ושלושת אלה מוצגים בו במפורש כחברים.

42. הרכב המשיבה 1 שהחליט על הפקדת התוכנית כלל אפוא 12 חברים, במקום עשרה כקבוע בכתב המינוי של הוועדה, כאשר שלושה מחברי ההרכב ישבו בו בלי כל מקור חוקי ובניגוד לכתב המינוי של ועדת המשנה להתיישבות. מעבר לעובדה ששלושת הנציגים הנ"ל מוגדרים בכתב המינוי כחברים, הרי שמפרוטוקול הדיון עולה, שלא נעשתה כל הפרדה בין הדיון הפומבי, בו רשאים להשתתף גם מוזמנים, לבין הדיון הפנימי וההצבעה, בו חייבים להשתתף החברים בלבד. פגם זה מחייב את פסילת החלטת הוועדה, ועמה את ההליך כולו.

43. גוף מינהלי אינו יכול לדון ולהפעיל סמכות שלטונית בהרכב, הכולל חברים שלא מונו לו כדין. "צירוף" חברים להרכב ללא הסמכה בחוק מהווה הפרה ברורה של מושכלות יסוד. בהקשר של דיני התכנון והבנייה ר' בבג"ץ 374/81 חנה ווטינסקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, תל אביב-יפו פ"ד לז(2) 649 (1982), שם נפסלה החלטה שקיבלה ועדת המשנה של הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז תל אביב משום שבהרכבה ישבו שבעה, במקום חמישה חברים, כפי שקובע חוק התכנון הישראלי.⁶

5.ג. פגם בהליך: השתתפות חבר הנגוע בניגוד עניינים מוסדי בדיון המשיבה 1 בעניין הפקדת התוכנית ועל אישורה למתן תוקף

44. בית המשפט הנכבד יתבקש לפסול את החלטת המשיבה 1 לקבל את המלצת המשיבה 2, לדחות את ההתנגדויות ולאשר את התוכנית, גם בשל ניגוד עניינים מוסדי שהתקיים לגבי חבר ועדת המשנה להתיישבות, מר בנימין וייל.

45. וייל מכהן במשיבה 1 כנציג משרד הבינוי והשיכון. הוא נכח הן בדיון שבו הוחלט על הפקדת התוכנית והן בדיון שבו הוחלט על אישורה למתן תוקף (נספחים עת/17, עת/4). משרד הבינוי והשיכון הוא גם יזם התוכנית. לפיכך, על פי כללים ידועים ונטועים היטב בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, אסור היה לו להשתתף בדיונים על התוכנית. אלא שמר וייל השתתף בדיונים, נטל בהם חלק פעיל, עשה לשכנע את חבריו לוועדה לדחות את ההתנגדויות ולהצביע בעד התוכנית ("המצב פה הוא אופטימלי... המשרד שלי מתייחס מקצועית לתוכנית זו. איננו מגישים תוכנית ללא בדיקה מקצועית ויסודית",

⁶ בפסק הדין נכתב כך: "כאשר קובעים דיני התכנון והבנייה הסדרים באשר להרכב הוועדות ובאשר לזכויותיהם של האזרחים, הרוצים להשיג על החלטה זו או אחרת, יש לקיים כללים אלה באופן קפדני, וזאת לאו דווקא כדי לקדש את הפורמליות בתור שכזאת, אלא בשל כך שהליכים אלה נועדו להגן על האינטרסים של הפרט המעוניין ולהבטיח, כי פנייתו יזכו לעיון ולדיון הוגנים... אם נפל פגם בקביעת מספר חברי הוועדה, הרי דבק פגם זה בכל אחד מחבריה, המבקשים להפעיל את סמכויותיה של הוועדה, והתכנסותו של מספר קטן יותר של חברים מבין השבעה אינה מרפאת את הפגם שבמינוי החורג מתחומי המוכתב בחוק".

עת/4), וכפי שעולה מהפרוטוקולים (שאינם מציינים אחרת), גם השתתף בהצבעה שבה הוחלט להפקיד את התוכנית ובהצבעה המאוחרת, שבה הוחלט לאשרה למתן תוקף.

46. בהתאם להלכה הפסוקה מדובר בפגם היורד לשורשו של עניין, המחייב את פסילת ההחלטה, על אחת כמה וכמה לאור הפגמים האחרים שנפלו בהליך אישורה של התוכנית שבנדון. לעניין זה אין לנו אלא להפנות לניתוח שערך בית המשפט הנכבד בפרשת רמות למען הסביבה (בג"ץ 11745/04 רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, סעיף 15 לפסק הדין, פורסם במאגרים (2008)). בפרשה זו קבע בית המשפט הנכבד כי השתתפותה של נציגה מטעם יזם התוכנית בדיון פנימי שקיימה בה הוועדה המחוזית, שבו הוחלט לדחות את ההתנגדויות שהוגשו לתוכנית ולאשרה, ולמרות שנציגה זאת של היזם לא ישבה כחברת הוועדה המחוזית, פוסלת את ההחלטה הן מחמת ניגוד עניינים מוסדי והן משום הפגיעה בכללי הצדק הטבעי, בכך שלמתנגדים לא ניתנה הזדמנות דומה לשכנע את בעל הסמכות. בעניינו מדובר במקרה חמור ומובהק יותר, שכן מדובר בנציג היזם שהוא חבר הוועדה ממש. לגבי מצב דברים כזה נקבע איסור מפורש על השתתפות בדיונים עוד שנים רבות לפני פסק הדין בפרשת רמות למען הסביבה.

47. איסור על הימצאות במצב כזה של ניגוד עניינים מוסדי מעוגן במפורש בסעיף 47א(א) לחוק התכנון הישראלי.⁷ בנסיבות כאלה, אמר בית משפט זה (בפרשת רמות למען הסביבה, בסעיף 16 לפסק הדין), "ברי כי קיים חשש אינהרנטי להימצאותו של אותו נציג במצב של ניגוד עניינים מוסדי, שכן מחד יש לו אינטרס לקדם את אישור התוכנית שיזם הגוף בו הוא חבר, ומנגד הוא נדרש לדון בצורה עניינית וללא משוא פנים בהתנגדויות לאותה תוכנית עצמה".

48. העובדה כי עסקינן בהליכי אישורה של תוכנית לפי הדין שחל בגדה המערבית, שאין בו הוראה סטטוטורית נוסח סעיף 47א(א) לחוק התכנון הישראלי, אינה מעלה או מורידה. מושכלות יסוד הן, שבכל הקשור להפעלת סמכויות השלטון באזור, מחויבות הרשויות הציבוריות הישראליות בכל עקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי, לרבות החובה להימנע ממצב של אפשרות ממשית לניגוד עניינים. חובה זו חלה תמיד, והיא אינה תלויה בעיגונה המפורש בהוראה סטטוטורית (פרשת רמות למען הסביבה, בסעיף 15, וכן האסמכתאות שם): "כלל זה [בדבר איסור על ניגוד עניינים] שנמנה עם כללי הצדק הטבעי, הפך לעיקרון יסוד במשפטנו ותחולתו אינה מותנית בקיום הוראה סטטוטורית מפורשת". ובהמשך: "בפסיקתנו נקבע כי אין לפרש דבר חקיקה הקובע איסורים ספציפיים על ניגוד עניינים בפעולותיה של רשות ציבורית מסוימת כ'הסדר שלילי', המונע את תחולתו של הכלל בדבר איסור הימצאות במצב של ניגוד עניינים במקרים נוספים. מדובר בעיקרון יסוד אוניברסלי 'המרחף' מעל כל דברי החקיקה הרלבנטיים" (בג"ץ 2419/94 פריד נ' ראש העיר טירת הכרמל, תקדין-עליון (1994)). ואכן, האיסור על חבר בוועדת תכנון להשתתף בדיונים על תוכנית, שאותה יזם גורם המיוצג באותה ועדה על ידי אותו חבר, היה קיים בדין הישראלי עוד לפני עיגונו בחוק (פרשת רמות למען הסביבה, שם).

⁷ וזו לשון הסעיף האמור בחוק התכנון הישראלי: "חבר מוסד תכנון לא ישתתף בדיון ובהצבעה בקשר להתנגדות או לערר... אם נתקיים בו אחד מאלה: (1) הוא נציג של גוף אשר יזם את התוכנית המובאת לדיון...".

49. ואמנם, בית משפט נכבד זה רואה כדבר שבמובן מאליו את כפיפותן של רשויות השלטון הישראליות באזור בכלל, ושל רשויות התכנון בפרט, לחובה להימנע ממצב של ניגוד עניינים, גם כשאין הוראה סטטוטורית מפורשת בעניין בדין החל באזור (בג"ץ 10408/06 מוסטפא קבהה נ' מועצת התכנון העליונה, תקדין-עליון, סי' 8 לפסה"ד (2007)).

50. לפיכך, המשיבות 1-2 כפופות לכלל הרגיל בדבר איסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים, גם כשזה אינו מעוגן במפורש בחקיקה שמכוחה הן פועלות. מכיוון שנסיונות עניינים כבר הוכרעו בפסיקה כמצב המקיים חשש ממשי לניגוד עניינים, הרי שיש לקבוע שהחלטת המשיבה 1, שלה הסמכות הסופית להכריע בהתנגדויות ולאשר את התוכנית, פסולה. ויוער מעבר לצורך, שלעניין ניגוד העניינים, אין מקום להבחין בין ההפקדה לבין האישור. מר וייל ישב כאמור גם בדיון הפנימי בהפקדה, נטל בו חלק פעיל ושכנע את חבריו לתמוך בתוכנית. השתתפותו בדיונים ובהצבעה פוסלת את ההליך לא רק משום ניגוד העניינים, אלא גם משום שהביאה להפרה של כללי הצדק הטבעי, בכך שנתנה יתרון בלתי הוגן למחייבי התוכנית על פני מתנגדיה, שלא זכו להופיע בפני המשיבה 1.

6.ג. אי חוקיות: ההחלטה על הפקדת התוכנית התקבלה בחוסר סמכות

51. בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע, כי החלטת המשיבה 1 להפקיד את התוכנית ולאשרה לקתה באי חוקיות (ללא קשר לטענות בקשר להרכבה הפסול, שנדונו לעיל). זאת משום שהמשיבה 1 אינה מוסמכת להורות על הפקדת תוכנית שחלה על שטחים, אשר נמצאים מחוץ לתחום השיפוט של היישובים הישראליים באזור.

52. סמכויותיה של המשיבה 1 מוגבלות לתחומי השיפוט של הרשויות המקומיות הישראליות. בכתב המינוי של המשיבה 1 הוקנו לה סמכויות "לגבי כל מקום הכלול בתחום מועצה אזורית, כהגדרתה בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979, או בתחום מועצה מקומית, כהגדרתה בצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), התשמ"א-1981 (שניהם להלן: 'תחום מועצה')", ולגבי כל עניין הקשור באופן ישיר במקום כאמור". כידוע, המועצות האזוריות והמועצות המקומיות בגדה המערבית הן רשויות מוניציפליות שהוקמו במיוחד עבור היישובים הישראליים באזור.

53. היישוב גבע בנימין שייך למועצה האזורית מטה בנימין, היא המשיבה 5. בצו בדבר הכרזת מרחבי תכנון (מועצות מקומיות ומועצות אזוריות) (יהודה והשומרון), התשס"ח-2008 נקבע, כי מרחב התכנון של מועצה אזורית יכלול רק שטחים שלגביהם אושרה תוכנית מפורטת על ידי מועצת התכנון העליונה, מקרקעין שהם אדמות מדינה ומקרקעין שנרכשו על ידי ישראלים – **ובלבד שכל אלה נמצאים בתחום השיפוט של אותה מועצה אזורית**.

54. במקרה דנן אין מחלוקת בין הצדדים, כי הקו הכחול של התוכנית חורג מתחום היישוב גבע בנימין, מתחום השיפוט של המשיבה 5 וממרחב התכנון מטה בנימין.

מפה המראה את הקו הכחול של התוכנית, על רקע מפת היישוב גבע בנימין, מצורפת כנספח
ע/ת.18.

55. בבדיקה גראפית ממוחשבת שערכו העותרים עלו הנתונים הבאים :

55.1. בשטח התוכנית (בגרסת ההפקדה) נכללו (באזור המובלעות בלבד) 24.1 דונם של מקרקעין, שנמצאים מחוץ לתחום היישוב גבע בנימין ומחוץ לתחום השיפוט של המשיבה 5. בנוסף לכך נכללה בשטח התוכנית מובלעת שלמה, שלא סומנה בתשריט התוכנית למרות שהיא מופיעה במפת תחום היישוב גבע בנימין (נספח עת/7). על כך נרחיב להלן. מדובר בקרקעות שלא נכללו בהכרזה על אדמות מדינה שנעשתה במקום, מאחר שנחשבו על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, הוא המשיב 4, לקרקע פלסטינית פרטית.

55.2. אין המדובר בשטחים זניחים: מתוך 70 הדונם שהתוכנית מייעדת למגורים, כ-15.4 דונם (22 אחוזים) נמצאים מחוץ לתחום השיפוט של המשיבה 5. במגרשי בנייה שנמצאים במלואם בתחום התוכנית, אך מחוץ לתחום השיפוט של המשיבה 5, מתוכננות 26 יחידות דיור. 28 יחידות דיור נוספות מתוכננות במגרשים, אשר חלק מהם נמצא בתוך תחום השיפוט של המשיבה 5 ואילו חלקם האחר נמצא מחוץ לו.

55.3. בסך הכל התוכנית מייעדת אפוא מגרשים, שנמצאים במלואם או בחלקם מחוץ לתחום היישוב גבע בנימין, להקמת 54 יחידות דיור – כ-30 אחוזים מ-184 יחידות הדיור שהתוכנית מאפשרת. יצוין עוד כי התיקון שנעשה בגבולות אדמות המדינה בגבע בנימין בעקבות הבדיקה הקרקעית החוזרת (נספח עת/12), שנעשתה לאחר שמיעת ההתנגדויות, לא שינה בעניין זה דבר. זאת מאחר שככל שהדבר נוגע לאזור המובלעות המוקפות בשטחים שהתוכנית מייעדת למגורים, התיקון שבוצע הוא זניח.

56. תכנון בשטחים המצויים מחוץ לתחום השיפוט של המשיבה 5, והחלטה על הפקדת תוכנית ששטחים משמעותיים ממנה מצויים מחוץ לתחום השיפוט האמור, היא פגם חמור בהליך התכנוני.

57. לפיכך יטענו העותרים כי מלכתחילה, למשיבה 1 לא היתה סמכות להורות על הפקדתה של התוכנית, הכוללת שטחים אשר מחוץ לתחום השיפוט של המשיבה 5, לא כל שכן לאשרה למתן תוקף. פירושה המעשי של החלטת המשיבה 1 הוא הרחבת תחום השיפוט של המשיבה 5 ומרחב התכנון שלה על ידי מוסד תכנון, שלא הוסמך לכך בדין או בתחיקת הביטחון, ואגב הליך אישורה של תוכנית, שאינו הפורום המתאים לקביעת תחומי שיפוט ומרחבי תכנון. אף מטעם זה יש לפסול את החלטת המשיבות 1-2 בדבר אישור התוכנית ודחיית ההתנגדות שהוגשה לה.

58. מתן אישור רטרואקטיבי של יו"ר מועצת התכנון לתכנון מחוץ לתחום השיפוט

58.1. בהחלטתה מה-17.10.10 (נספח עת/3, סעיף 41) שבה דחתה את ההתנגדות שהגישו העותרים לתוכנית, התייחסה המשיבה 2 לטענה האמורה בדבר חריגה מסמכות. לטענת המשיבה 2, המשיבה 1 הוסמכה בדיעבד להפקיד את התוכנית הכוללת שטחים אשר מחוץ לתחום היישוב גבע בנימין, וזאת על ידי יו"ר מועצת התכנון העליונה, היא המשיבה 3, מכוח סמכותו לפי סעיף 5(ב) לכתב המינוי של המשיבה 1 (נספח עת/16) המורה כדלקמן: "יו"ר מועצת התכנון העליונה, לאחר התייעצות עם נציג היועץ המשפטי וראש תחום תשתית במינהל האזרחי, רשאי לקבוע לעניין סעיף זה, בין באופן כללי ובין לעניין מסוים, כי מקום פלוני

ייראה כאילו היה כלול בתחום מועצה, אם מצא כי אותו מקום הינו בעל זיקה מכרעת לתחום מועצה".

כלומר, יו"ר מועצת התכנון פעל רטרואקטיבית, כדי להכשיר החלטה שהתקבלה בחוסר סמכות.

59. ראשית יטענו העותרים בעניין זה, כי פגם מהסוג האמור לא ניתן להכשיר על ידי מתן אישור בדיעבד. אישור מבעוד מועד של יו"ר מועצת התכנון הוא לא רק ההליך שנדרש לפי כתב המינוי, אלא גם היה מסב את תשומת לבה של המשיבה 1 לכך שמובא לפניו דיון בעניין מיוחד, הכרוך בתכנון מחוץ לתחום השיפוט של המשיבה 5. כלומר, חשיבות העניין אינה רק במתן אור ירוק לתכנון על ידי הגורם המוסמך, אלא גם בהסבת תשומת לבה של המשיבה 1 לכך שמדובר במקרה יוצא דופן, המחייב שיקול דעת מיוחד. ייתכן שלו היה מובא מידע זה בפני חברי המשיבה 1, היתה זו מגיעה להחלטה אחרת בדיון בהפקדת התוכנית. מתן האישור בדיעבד לא יכול לפתור את הפגם הזה.

60. שנית, לטענת העותרים, סעיף 5(ב) הנ"ל לכתב המינוי של המשיבה 1, המהווה כאמור את מקור הסמכות לפעולת יו"ר מועצת התכנון העליונה, הוא בלתי חוקי, ויש לפסול אותו (מהלך של תקיפה עקיפה), ויחד עמו את ההחלטה ואת ההליך כולו.

60.1. אין חולק כי קביעת תחומי השיפוט של היישובים הישראליים ומרחבי התכנון שלהם היא סמכות רגישה, הכרוכה בהפעלת שיקול דעת רחב. לא בכדי העניק הדין הירדני (סעיף 4(ה) לחוק התכנון הירדני) את הסמכות לקבוע מרחבי תכנון לשר הממונה, שרק הוא מוסמך להכריז על מרחבי תכנון או לשנות את גבולותיהם, לאור המלצתה של מועצת התכנון העליונה (הסדר דומה קיים גם בחוק הישראלי, ומאותם טעמים – ר' סעיפים 18 ו-32 לחוק התכנון הישראלי). סמכות זו של השר הממונה עברה למפקד הצבאי של האזור, שהיה לריבון בשטח. המפקד הצבאי הוא גם הגורם היחיד שמוסמך לקבוע את תחומי השיפוט של היישובים הישראליים.

60.2. יחד עם זאת, למועצת התכנון העליונה נתונה הסמכות לתכנן בכל מקום ומקום, לרבות לתכנן עבור יישובים ישראליים שטחים אשר מחוץ לתחום השיפוט שלהם. סמכות זו היא רגישה ביותר. קיימת אפוא חשיבות מיוחדת, שהסמכות נתונה באופן בלעדי למועצת התכנון העליונה – גוף שאמורה להיות לו ראיית עולם רחבה, ואשר נדרש לשקול שיקולים רחבים. כך, במקרה אחד, במסגרת דיון בבג"ץ, הודתה המדינה, כי המשיבה 1 פעלה בחוסר סמכות כאשר אישרה תוכנית מפורטת שמספרה 210/8/1 לשכונת "מתתיהו מזרח" ביישוב מודיעין עילית, למרות שבקו הכחול של התוכנית נכללו שטחים קטנים אשר מחוץ לתחום השיפוט של היישוב. בתגובתה לבג"ץ הודיעה המדינה כי רק מועצת התכנון העליונה, ולא ועדת המשנה להתיישבות, היא המוסמכת לאשר תוכנית הכוללת שטחים אשר מחוץ לתחום השיפוט המוכרז של היישובים הישראליים באזור.

תגובת המדינה בבג"ץ 143/06 מה-29.1.06 מצורפת כנספח עת/19.

60.3. ככל הנראה, בעקבות פרשת "מתתיהו מזרח", ועל מנת להקל על מלאכתה בעתיד, החליטה המשיבה 3, במסגרת סעיף 5(ב) לכתב המינוי של ועדות המשנה שלה, לאפשר למשיבה 1 לדון בתוכנית שכוללת שטחים שמחוץ לתחום השיפוט של היישובים הישראליים, ובתנאי שניתן

לכך אישור של יו"ר מועצת התכנון העליונה. בכך האצילה למעשה מועצת התכנון העליונה את סמכותה הבלעדית לאפשר תכנון מחוץ לתחומי השיפוט של היישובים הישראליים ליושב הראש שלה (לאחר התייעצות בגורמים נוספים). האצלת סמכות מסוג זה, בעניין כה מהותי ורגיש, אינה חוקית, וגם אין לה מקור חוקי בדין ובתחיקת הביטחון.

60.4. סעיף 7א לצו מס' 418 מסמיך את מועצת התכנון העליונה להאציל מסמכיותה לוועדות משנה שתמנה. אין בצו מס' 418 מקור סמכות, המאפשר למועצת התכנון העליונה להאציל סמכות לאדם אחד, גם לא לעומד בראשה. יש היגיון בכך, שהאצלת הסמכות היא לוועדה ולא לאדם בודד. האצלה לאורגן רבים מבטיחה ייצוג למגוון אינטרסים רחב יותר, ומאפשרת גם העלאה של הנושא לדיון במליאה של מועצת התכנון העליונה, שכן צו מס' 418 מאפשר לכל אחד מחבריהן של ועדות המשנה להביא נושא לדיון במועצה, במקום שהוא סבור כי ההחלטה שהתקבלה בוועדת המשנה שגויה (סעיף 7א.ב) לצו מס' 418. צו מס' 418 לא מעניק ליו"ר מועצת התכנון העליונה מעמד מיוחד, מעבר לסמכויות פרוצדורליות והסמכות להכריע במצב של שוויון קולות. אין חולק כי הסמכות לאשר בנייה עבור יישוב ישראלי מחוץ לתחום השיפוט שלו היא סמכות מרכזית ורגישה, ולא עניין טכני-פרוצדורלי, אשר ניתן לומר כי למועצת התכנון העליונה סמכות טבועה להאציל לעומד בראשה. לפיכך, בהעדר מקור הסמכה, לא היתה מועצת התכנון העליונה רשאית להאציל ליושב הראש שלה את סמכותה לאשר תכנון עבור יישובים ישראליים מחוץ לתחומי השיפוט ומחוץ למרחבי התכנון המוכרזים שלהם, ועל כן יש לפסול את סעיף 5(ב) לכתב המינוי של המשיבה 1.

61. לפיכך יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, שלא היתה למשיבה 1 סמכות להפקיד ולאשר את התוכנית, הכוללת שטחים שמצויים מחוץ לתחום השיפוט של היישוב גבע בנימין, וכי אין תוקף להחלטתה של המשיבה 3 להאציל מסמכותה לאפשר תכנון עבור יישוב ישראלי מחוץ לתחום השיפוט שלו ליו"ר מועצת התכנון העליונה.

7.ג. אי חוקיות: גבולות התוכנית נקבעו בחוסר סמכות ומהווים הכרזה חדשה על אדמות מדינה

62. בתוך גבולות התוכנית הסופיים נכללו כאמור – בשטח הסמוך למובלעות המסומנות בה בלבד – כ-24 דונם של שטחים בבעלות פלסטינית פרטית, שלא הוכרזו כרכוש ממשלתי, ושלא כוללים בתחום השיפוט של היישוב גבע בנימין. הכללת השטחים האלה בתחום התוכנית בוצעה, ככל שידוע לעותרים, בעקבות בדיקה של "צוות קו כחול" במינהל האזרחי, והיא מהווה תיקון, כביכול, לטעויות שנפלו במפות ההכרזה על אדמות המדינה. אכן, בהמלצתה למשיבה 2 לדחות את ההתנגדויות שהוגשו לתוכנית, המשיבה 6 ציינה כי גבולות התוכנית נקבעו על ידי צוות קו כחול בבדיקה שנעשתה בשנת 2000 (ר' סעיף 9 בנספח עת/9). העותרים יטענו, כי תיקון גבולות התוכנית בהתאם להחלטות צוות קו כחול, ולא בהליך הקבוע לפי הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), תשכ"ז-1967 (להלן: "צו בדבר רכוש ממשלתי") הוא בלתי חוקי.

63. לידיעת העותרים, צוות קו כחול הוקם ב-1999. אישורו של צוות קו כחול נדרש, לפי הנהלים

הפנימיים הנוהגים במינהל האזרחי, כאשר מבקשים לקדם תכנון חדש כלשהו ליישוב ישראלי באזור (ר' טליה ששון, חוות דעת (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים, 2005, עמ' 179). המטרה המוצהרת שלשמה הוקם הצוות היתה לתקן אי דיוקים שהתגלעו במפות ההכרזה שעליהן סומנו בעבר אדמות המדינה, וכך להבטיח שבתוכניות בנייה ליישובים הישראליים באזור לא ייכללו אדמות שהן רכוש פלסטיני פרטי.

64. הדרך החוקית היחידה להכריז על אדמות מדינה בגדה המערבית היא בהליך לפי צו בדבר רכוש ממשלתי. סעיף 2(ג) לצו מסמך את המשיב 4, הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש, לבצע הכרזות על אדמות מדינה בצורת תעודה "בכתב חתומה בידו" הקובעת כי "רכוש כלשהו הוא רכוש ממשלתי". סעיף 3(5) לצו **אוסר** על הממונה להאציל את הסמכות הזו לכל גורם אחר.

למרות שהדבר אינו מעוגן במפורש בצו בדבר רכוש ממשלתי, בעת ביצוע הכרזה על אדמות מדינה, הממונה מפרסם הודעה, כדי לאפשר לתושבי הכפר, שבאדמותיו מדובר, להגיש נגד ההכרזה ערר לוועדת העררים הצבאית. הרציונל המובן מאליו להסדר זה הוא מניעת פגיעה בקניין הפרטי שעלולה להיגרם בשל טעות בהכרזה, שבגינה ייחשבו אדמות פרטיות לרכוש ממשלתי.⁸ גם בית משפט נכבד זה עמד על חשיבותו של העיקרון, כי טרם נטילת החזקה במקרקעין שהוא סבור כי הם רכוש ממשלתי, מחובתו של הממונה לנקוט צעד אפקטיבי ליידוע כל תושבי הכפר הנוגע בדבר ולהודיע להם על זכותם להגיש נגדה ערר (בג"ץ 285/81 פדיל מוחמד אל נאזר נ' מפקד יו"ש, פ"ד לו(1), 701 (1982)).

כלומר, לו היה המשיב 4 מבקש להכריז על המקרקעין שנכללו בתוכנית – ושטרם הוגדרו בסטטוס כזה – כאדמות מדינה, מחובתו היה לקיים הליך פומבי, שבמסגרתו יתאפשר לכל מי שטוען לבעלות בשטח להגיש ערר נגד הכרזת הממונה כי מדובר ברכוש ממשלתי.

65. בענייננו, גבולות התוכנית שונים מהגבולות של השטח שסומן כאדמות מדינה בתעודה שעליה חתם הממונה, ואשר לפיה נקבע תחום היישוב גבע בנימין (ר' נספח עת/18). דה פקטו הוכרזו כאמור למעלה מ-24 דונם כאדמות מדינה, בעקבות בדיקה לא סטטוטורית, שנעשתה בחוסר שקיפות, ללא מתן זכות התנגדות וזכות ערר, על-ידי גוף מקצועי פנימי ולא סטטוטורי (צוות קו כחול), שעצם קיומו אינו ידוע לרבים.

66. ויודגש: כאשר צוות קו כחול קובע ששטחים שנחשבו קודם לכן לאדמות מדינה הם למעשה שטח פלסטיני פרטי, אי אפשר להצביע על פגיעה כלשהי בזכויות אדם (אולי להיפך). אף במקרה זה ראוי שהרשויות יידעו את תושבי הכפר הנוגע בדבר, כדי שאלה יוכלו להשתמש במקרקעין הללו לצרכיהם. ואולם, כאשר, כפי שבענייננו, קובע צוות קו כחול כי בניגוד למצב הקיים לפי התעודה המקורית שעליה חתם הממונה, יש לראות בשטחים נוספים, שלא נכללו בהכרזה, משום אדמות מדינה, קיימת

⁸ על הרציונל שמאחורי ההסדר האמור עמד אייל זמיר, לשעבר העוזר ליועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון, בספרו "אדמות המדינה ביהודה והשומרון – סקירה משפטית" (מכון ירושלים לחקר ישראל, ירושלים, תשמ"ה, 33-31: "הואיל וכשני שלישים משטח יהודה והשומרון טרם עברו תהליכי הסדר, יש ספקות אילו אדמות הן אדמות מדינה ואילו שייכות לפרטים. הואיל וניהול הרכוש הממשלתי באופן ממשתי מותנה בנטילת החזקה בו, ועל מנת להימנע ככל האפשר מפגיעה ברכוש הפרטי, מקדים הממונה לכל ניצול של אדמות מדינה, באזורים שלא עברו הסדר, תהליך מורכב של 'הכרזה'... נציג הממונה בנפה מזמין את מוכתרי הכפרים שבסביבת הקרקע לסיור שבו הוא מראה להם את גבולות הקרקע שלדעת הממונה היא רכוש ממשלתי. כן הוא מודיע להם על כוונת הממונה ליטול חזקה בקרקע וכן על הזכות להגיש ערר על החלטת הממונה בפני ועדת העררים הפועלת מכוח צו מס' 172... המוכתרים מתבקשים להודיע לאנשי הכפרים שלהם על ההכרזה, גבולותיה והזכות להגיש עליה ערר".

פגיעה בזכויות אדם. קביעה שכזאת, שיש בה משום פגיעה בזכויות אדם, חייבת להתברר בהליך פתוח ושקוף, המאפשר שימוע וערר, ולא במחשכים.

67. בהקשר זה נציין, כי מפרוטוקול אישור התוכנית על ידי המשיבה 1 מה-10.11.10 (נספח עת/4, עמ' 2 למעלה) עולה, שבעקבות הבדיקה הקרקעית הנוספת התגלתה למשיבים "מובלעת חדשה שלא היתה ידועה", ואשר מחייבת שינוי בתוואי דרך הגישה לשכונה, מאחר שבתוכנית שהופקדה דרך הגישה עוברת בתוך המובלעת. ואולם, המובלעת שבה מדובר מסומנת בצורה ברורה במפת תחום היישוב גבע בנימין (נספח עת/7 לעיל). משמעות הדברים היא, שצוות קו כחול, שאמור היה לבדוק את התוכנית לפי הנהלים הרגילים ובאופן מקצועי לפני מתן אישורו להפקדתה, כלל לא בדק את מפת היישוב, או שלחלופין ביצע שגיאה קשה כאשר מובלעת המסומנת בצורה ברורה במפת תחום היישוב גבע בנימין חמקה מעיניו. עובדה זאת מדגישה את חשיבות קיומו של הליך פומבי לבדיקת ההכרזה על אדמות מדינה. עוד יצוין כי למרות שהמשיבה 2 לא ענתה לשאלה מיהו אותו גורם שביצע את הבדיקה הקרקעית הנוספת, שבעקבותיה תוקנו גבולות התוכנית טרם אישורה למתן תוקף, למיטב ידיעת העותרים מדובר באותו צוות קו כחול, אשר העותרים ערערו בפני המשיבה 2 על עצם סמכותו לקבוע את גבולות התוכנית ובכך להרחיב את השטחים שהוכרזו כרכוש ממשלתי.

68. יצוין, שהמפה המתוקנת שהעבירה המשיבה 1 לעותרים לאחר קבלת ההחלטה (נספח עת/12 לעיל) חתומה על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש. אין בכך כדי לרפא את הפגם, אולי אפילו להדגישו: לשם הכרזה על אדמות חדשות כעל אדמות מדינה, אין די בהכרזה על ידי המשיב 4. יש צורך כאמור בפרסום דבר ההכרזה בפומבי ובמתן זכות ערר למי שטוען כי נפגע ממנה. הדבר לא נעשה במקרה הנוכחי.

69. משמעות הדברים היא, שבקו הכחול הסופי של התוכנית נכללו שטחים אשר הממונה על הרכוש הממשלתי סבר בעבר שהם בבעלות פלסטינית פרטית, ולכן לא הכריז עליהם כעל אדמות מדינה. המקרקעין האמורים נכללו בתחום התוכנית בעקבות החלטה של צוות קו כחול, מבלי שניתנה לתושבים הפלסטינים ההזדמנות להתמודד עם הקביעה הנ"ל, ללא זכות שימוע וללא זכות ערר.

8. תכנון בלתי מידתי: ניתן היה להשיג את תכלית התוכנית ללא פגיעה בנגישות העותרים אל חלקותיהם שבמובלעות

נקודת המוצא: תכנון מפלה – הקצאת זכויות בנייה בהתאם לזהותם של בעלי המקרקעין

70. המצב הסטטוטורי הנתון (שנגזר מקביעת תחום השיפוט של היישוב ומתוכנית המתאר המאושרת) מקומם: התכנון הכולל של תא שטח מסוים מאפשר פיתוח שלו ומעניק בו זכויות בנייה, אך הוא כולא בתוך אותו תא שטח מובלעות, שאותו תכנון עצמו מקפיא בייעודן החקלאי הישן, כפי שנקבע בתוכנית המתאר הגלילית המנדטורית RJ/5, שפורסמה למתן תוקף ב-1942. וכך, כל אדמות המדינה שבתוך תא השטח האמור נכללו בתחום התוכנית ויועדו לפיתוח שכונת מגורים לישראלים; כל האדמות הפלסטיניות הפרטיות הנמצאות באותו תא שטח נותרו בייעוד חקלאי ובלי זכויות בנייה.

71. עמדת המשיבות 1-3 (ורשויות השלטון הישראלי באופן כללי) היא שניתן לקיים באזור שימושי קרקע צמודי דופן של ישראלים ופלסטינים. ראייה זו היא שהביאה מלכתחילה לקביעת תחום השיפוט של היישובים הישראליים המקיף שטחים פלסטיניים פרטיים בצורת מובלעות, ולייעוד שטחים לבנייה ישראלית בצמידות דופן לשטחים פלסטיניים המיועדים לחקלאות. ואולם, כאשר זו השקפת העולם של רשויות התכנון הישראליות באזור, הרי שהיה צריך לתכנן את תא השטח בראייה תכנונית טהורה וכוללת, ובמסגרת בחינה שכזאת אין למערך הבעלויות על הקרקע שום משמעות.

72. מבחינה תכנונית, אין הבדל בין שטחי המובלעות הכלואות בתוך הקו הכחול של התוכנית נשוא העתירה הנוכחית לבין אדמות המדינה הסובבות אותן. אם נמצא כי מבחינה תכנונית ראוי לפתח את תא השטח לשכונת מגורים, הרי שלא קיימת כל סיבה תכנונית מדוע לא יתאפשר גם לבעלי המובלעות הפלסטיניות לבנות בהן על פי אותם עקרונות שנקבעו בתוכנית (כאשר השאלה האם במצב הדברים הנוכחי באזור יבנו או יימנעו מלבנות היא שאלה אחרת, שאינה קשורה לתכנון, ואשר לרשויות התכנון אסור לשקול). גבולותיה של תוכנית, ייעודי הקרקע המסומנים בה והוראות הבינוי שהיא קובעת – כל אלה צריכים להיקבע לפי שיקולים תכנוניים, ולא לפי שיקולים קנייניים, שאינם אמורים להדריך את רשויות התכנון (בש"א 7698/01 עמותת בעלי ודיירי קריית וולפסון בירושלים ואח' נ' עו"ד מתתיהו חותה, יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז ירושלים ואח', תקדין-מחוזי).

73. לעניין זה ר' גם את החלטת בית המשפט הנכבד בע"מ 3478/07 גדעון ביקל נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז מרכז, פורסם במאגרים. בפרשת ביקל ערער בעל הזכויות בחלקה בת 9.5 דונם בהוד השרון, המשמשת לגידולים חקלאיים, נגד החלטת מוסדות התכנון לכלול את חלקתו בתוכנית של 70 דונם לשכונת מגורים בת 162 יחידות דיור. המערער טען כי יש להותיר את החלקה בייעוד חקלאי, על פי תוכנית המתאר הגלילית המנדטורית שחלה עליה, וכי אין לפגוע בפרנסתו מחקלאות על ידי הכללת החלקה השייכת לו בשטח המיועד לשכונה. בית המשפט הנכבד דחה טענה זאת בקובעו כי מבחינה תכנונית, "אין להותיר את החלקה בייעוד חקלאי כ'אי בודד' באזור המיועד לפיתוח עירוני". דין "איים" של חקלאי פלסטיני המוקפים על ידי שטח המיועד לבנייה כדין "איים" של חקלאי ישראלי הכלואים בתוך שטח שיועד לבנייה, ואלה גם אלה צריכים להיות חלק מהתכנון הכולל של תא השטח, ולא להישאר כמובלעות מבודדות בתוכו – פיזית ותכנונית.

74. יצוין, כי הפרקטיקה של תוכניות ליישובים ישראליים, הכולאות בתוכן מובלעות פלסטיניות פרטיות שנותרות בייעוד חקלאי ובלי זכויות בנייה, אינה ייחודית לגבע בנימין. דוגמה נוספת לכך היא תוכניות מפורטות שאושרו ליישוב אפרת. ב-1992 אושרה תוכנית מפורטת 410/5 לשכונת מגורים, המקיפה כמה מובלעות פלסטיניות שנותרו בייעוד חקלאי ובלי זכויות בנייה, לפי תוכנית המתאר הגלילית המנדטורית RJ/5. בחלוף השנים הוכרזו גם המובלעות הללו ושטחים הסמוכים לקו הכחול של תוכנית 410/5 כאדמות מדינה. לאחר שינוי המצב הקנייני, ב-1999 אישרה המשיבה 1 תוכנית מפורטת נוספת, שמשפרה 410/5/1. תוכנית 410/5/1 כוללת את המובלעות המסומנות בתוכנית 410/5 ואת המקרקעין הנוספים שהוכרזו בינתיים כאדמות מדינה, ומייעדת שטחים אלה לבנייה באפרת. הגורם היחיד שהוביל להחלטה להפשיר שטחים אלה לבנייה היה השינוי במעמד הקנייני: כל עוד היו רכוש פלסטיני פרטי, רשויות התכנון במינהל האזרחי הותירו אותן בייעוד חקלאי ובלי זכויות בנייה. מיד עם הכרזתן כאדמות מדינה, הוחלט להפשיר אותן לבנייה. אכן, בהוראותיה של תוכנית

410/5/1 נכתב במפורש, כי מטרתה הראשית היא "השלמת תכנון אפרת שלב ב' על פי בעלות הקרקע המעודכנת". לפיכך ברור שהשיקול הרלוונטי היחיד שהביא לאישורה של תוכנית 410/5/1, כמו גם לאישורה של התוכנית נשוא העתירה, היה השיקול הקנייני.

מפה המראה את גבולותיהן של תוכניות 410/5 ו-410/5/1 מצורפת כנספח עת/20.

התוכנית תמנע נגישות של העותרים אל אדמותיהם שבמובלעות

75. עם מימוש התוכנית והקמת שכונת המגורים מסביב למובלעות, לא תתאפשר עוד הנגישות של העותרים 1-6 ושל שאר בעלי האדמות במובלעות אל רכושם הפרטי. זאת למרות הוראות בדבר נגישות בלתי מופרעת כביכול אל הנגישות מתוך מערכת הדרכים הפנימית בתחום התוכנית. כפי שנראה כאן, עמדתן המוצהרת של המשיבות 1-2, כפי שהיא עולה ממסמכי התוכנית ומהחלטותיהן בעניינה, כי שימושי קרקע צמודי דופן של ישראלים ופלסטינים הם אפשריים, אינה עומדת במבחן המציאות, והיא בחזקת מס שפתיים ותו לא.

76. כבר ב-1996 הוציא המפקד הצבאי הכרזה שלפיה כל תחומי היישובים הישראליים באזור הם שטח צבאי סגור לפלסטינים. על פי ההכרזה, כניסת פלסטינים לתחומי היישובים הישראליים דורשת היתר פרטני מהמפקד הצבאי. סגירת תחומי היישובים הישראליים חודשה ב-2002 במסגרת הכרזה בדבר סגירת שטח (יישובים ישראלים) (יהודה והשומרון), התשס"ב-2002, שעדיין עומדת בתוקף. סגירת שטח היישובים הישראליים יוצרת מניעה משפטית לנגישות בעלי הקרקע במובלעות אל רכושם הפרטי, משום שכל דרכי הגישה המובילות אליהן עוברות בהגדרה דרך תחומי היישובים הישראליים, שכאמור סגורים בפניהם. ודוק: הבעיה אינה הנגישות ממערכת הדרכים הפנימית בתוך היישוב אל המובלעות, אלא עצם הכניסה לתחום היישוב הישראלי, שנאסרה על ידי המפקד הצבאי.

77. ההוראה בעניין סגירת שטח היישובים הישראליים בפני הפלסטינים נאכפת ככלל רק על השטח הבנוי ביישובים הישראליים, ולא על תחומי היישובים, הגדולים בהרבה. כך בענייננו: למרות ששתי המובלעות המסומנות בתוכנית מוקפות מכל עבר בשטחים שנמצאים בתחום היישוב גבע בנימין, כיום העותרים 1-6 עדיין מסוגלים להגיע אליהן, בלי צורך בהיתר מהמפקד הצבאי, גם אם רק בדרך הגישה המשובשת העוברת באדמות הכפר חיזמה. כל עוד לא יפותחו השטחים שמסביב למובלעות לשכונת מגורים ישראלית, הם לא יגודרו, והודות לכך תישמר נגישות העותרים אל חלקותיהם. אם, לעומת זאת, תמומש התוכנית, כל הדרכים המובילות מחוץ לתחום התוכנית אל המובלעות ייחסמו בפני העותרים ובפני יתר תושבי גיבע. הדרך היחידה שתאפשר להם להגיע למובלעות תהיה דרך היישוב גבע בנימין עצמו, אלא שהכניסה אליו סגורה בפניהם כאמור עקב הצו שהוציא מפקד האזור.

78. למרות זאת, בהחלטתה לדחות את ההתנגדויות בחרה המשיבה 2 להיתמם, כאילו די בדרכים הפנימיות אשר בתחום התוכנית כדי לאפשר לעותרים להגיע אל המובלעות ולעבדן. התוכנית קובעת כי "תתאפשר נגישות בלתי מופרעת אל המובלעות מדרך או משטח ציבורי פתוח" המסומנים בתשריט, ומורה על גידור המובלעות "על פי הנחיות של לשכת התכנון" (סעיף 11 בפרק ד' להוראות התוכנית, נספח עת/1).

79. העותרים הביאו בפני המשיבה 2 עובדות ידועות, כי בפועל, במצב הדברים הנוכחי השורר באזור, בעליהן של מובלעות פלסטינית פרטיות, המצויות בלב שטח בנוי של יישובים ישראלים, אינם מסוגלים כלל להגיע אליהן, ועד מהרה הם מאבדים עליהן כל שליטה או סממן של בעלות:

79.1. הניסיון שנצבר במקומות אחרים מראה, כי הוראות תוכנית בעניין נגישות בלתי מופרעת כביכול מן הדרכים הפנימיות אל המובלעות הכלואות בתחומה אינן יותר מאשר מס שפתיים, וכלל אינן ניתנות ליישום. הוראות התוכנית נשוא העתירה בעניין זה הועתקו כמעט כלשונן מתוכנית מפורטת 210/8/1 לשכונת "מתתיהו מזרח" במודיעין עילית, שהוזכרה לעיל. תוכנית 210/8/1, אשר במועד אישורה כבר מומשה באופן חלקי בבנייה בלתי חוקית, מקיפה חמש מובלעות פרטיות השייכות לתושבי הכפר בלעין. שתיים מהן נמצאות בתוך השטח הבנוי הקיים בשכונה. במסגרת הליכי אישור התוכנית גודרו המובלעות, והמפתחות לשערים שנקבעו בהן נמסרו לרכז הביטחון במודיעין עילית, ולא לפלסטינים בעלי הקרקע. מאז אישור התוכנית בינואר 2007 לא עלה בידי הפלסטינים בעלי האדמות להגיע אליהן. בשני מקרים שניסו לעשות כן, סולקו על ידי הצבא. במקרה השני הגדיל המינהל האזרחי לעשות והחרים טרקטור שהביאו איתם בעלי הקרקע, כדי לחרוש במובלעת. בנוסף, באחת המובלעות הוסר קטע מהגידור ההיקפי ונפרץ שביל המשמש את הולכי הרגל תושבי השכונה.

79.2. תופעות זהות התגלו גם ביישוב גבע בנימין עצמו. תוכנית מפורטת 240/2 לגבע בנימין, שאושרה ב-15.6.1994, מקיפה שתי מובלעות פרטיות גדולות ששטחן הכולל 82 דונם. מאז הקמת שכונות המגורים המקיפות את המובלעות, וביתר שאת אחרי השלמת הגידור ההיקפי של גבע בנימין ב-2003, נמנעת מבעלי הקרקע הפלסטינים הגישה אל המובלעות הללו והופסק עיבודן החקלאי.

79.3. במשך השנים הפכו שתי המובלעות הפלסטיניות הללו לאתר לקבורת פסולת בניין, עד כדי כך שאדמתן כמעט ואינה ראויה כיום לעיבוד חקלאי. יתר על כן: באחת משתי המובלעות עוברות לא פחות משש דרכים מחופות באספלט, המתחברות למערכת הדרכים הפנימית בשכונות המגורים המקיפות אותה. בפועל סופחו אפוא שתי המובלעות הפלסטיניות הללו לשטח היישוב הישראלי גבע בנימין. אם לא די בכך, בתוך אחת המובלעות הפרטיות הללו הנמצאות – יוזכר שוב, ביישוב גבע בנימין עצמו – הוקמו כמה מבנים של ישראלים, לרבות שני בתי כנסת. כך מובטחות זכויותיהם של הפלסטינים באדמותיהם הפרטיות הכלואות במובלעות שבתוך היישוב גבע בנימין.

79.4. אכן, ככלל, המובלעות הופכות במשך הזמן לחלק מהיישוב הישראלי המקיף אותן. הבנייה הישראלית מסביב למובלעות הופכת אותן לחלק מהרצף המרחבי של היישוב; במקביל, מניעת הנגישות הפיזית של בעלי הקרקע הפלסטינים אל המובלעות ששייכות להן, בין אם משיקולי ביטחון ובין אם מסיבות אחרות, מונעת מהם לממש את בעלותם בקרקע ולמנוע פגיעה בה על ידי אחרים. שילוב שני הגורמים הנ"ל "מזמין" את הישראלים המתגוררים בצמוד למובלעות לפלוש לשטחן ולעשות בו שימושים שונים.

80. לאור מצב עניינים ידוע זה, היה על המשיבות 1-2 למצוא פתרון תכנוני שלא יביא לחסימת גישתם של

בעלי הקרקע הפלסטינים אל המובלעות שבבעלותם. תחת זאת בחרה המשיבה 2 לפטור את עצמה מהסוגיה בטענה הבאה :

"הסדרת נושא הנגישות הפיזית לחלקות חקלאיות אין מקומה בהוראותיה של תוכנית תכנון... יש לתחום קו גבול ברור המבחין בין סמכותה של ועדת התכנון לבין סמכותם של גופים אחרים. התייחסות ועדה זו לנושא זה מוגבלת, מטבע הדברים, לבחינה שמא בהוראות התוכנית יש כדי להגביל את אפשרות הגישה לחלקות חקלאיות המצויות בסמוך לה, ולהבטיח כי אין בהוראות תוכנית התכנון עצמן כדי לפגוע בנגישות בעלי הקרקעות הנטענים לחלקות החקלאיות הסמוכות... ביחס לעצם אפשרות הכניסה ליישוב והצורך בקבלת היתר לכך מהגורמים המוסמכים, הרי שמגבלות אלה אינן נתונות בסמכותה של ועדה זו" (סעיפים 19, 21, 25 לנספח עת/3).

81. נימוק זה של המשיבה 2 לא יכול לעמוד, וזאת מהטעמים שיפורטו להלן :

81.1. ראשית, המשיבות 1-2 היו חייבות לשקול את ההשלכות שייוודעו לאישורה של התוכנית על בעיית הנגישות של הפלסטינים אל המובלעות. זוהי סוגיה בעלת רלוונטיות ישירה, המהווה שיקול תכנוני שהמשיבות 1-2 היו חייבות לבחון, וליתן לו את המשקל הראוי.

81.2. שנית, המשיבות 1-2 היו חייבות להתחשב במציאות הביטחונית והמשפטית הקיימת באזור, והן אינן יכולות לפטור את עצמן מהסוגיה בטענה כי נושא הנגישות הפיזית אינו בסמכותן. המשיבות 1-2 הן ועדות משנה של מוסד התכנון הבכיר באזור. אין מדובר בוועדת תכנון מקומית, ששיקוליה צרים יותר. לפיכך, מחובתן של המשיבות 1-2 היה לשקול את כל ההשלכות הצפויות של תכנון מוצע, לרבות השפעותיה של התוכנית המוצעת על סביבתה. התעלמות מהמציאות הביטחונית והמשפטית היא התנהלות בלתי סבירה בעליל. אם בפועל, בשל מדיניות של גורמים אחרים, לא מסוגלים הפלסטינים להגיע בחופשיות – או לא מסוגלים להגיע בכלל – אל אדמותיהם, חייב מוסד התכנון להביא זאת בחשבון במסגרת שיקוליו, ולהגיע לפתרון תכנוני שיתגבר על הבעיה.

81.3. שלישית, הטענה כי "אין בהוראות תוכנית התכנון עצמן כדי לפגוע בנגישות בעלי הקרקעות הנטענים לחלקות החקלאיות" אבסורדית ממש. ברור מאליו, שבניית שכונה ישראלית מגודרת סביב המובלעות פוגעת – במידה כזו או אחרת – בנגישות אליהן.

81.4. רביעית, ההוראות התכנוניות והביטחוניות משולבות זו בזו, וההפרדה שעשתה המשיבה 2 בין השתיים אינה קיימת במציאות. כך, בפרק ח' בהוראות התוכנית (נספח עת/1) נקבעה חובה בדבר הקמת מרכיבי ביטחון שונים, ובהם גידור היקפי של שטחה. בלי הגידור ההיקפי – שנקבע כאמור בהוראות התוכנית עצמה, ולא במסגרת הנחיות חיצוניות של גורמי הביטחון – אין אפשרות מעשית לאכוף את ההכרזה שהוציא המפקד הצבאי בדבר סגירת תחום היישוב לכניסת פלסטינים. רק הגידור ההיקפי שנקבע בהוראות התוכנית, במשולב עם הכרזת הסגירה שנחתמה על ידי המפקד הצבאי, יוצרים את המציאות הפיזית והמשפטית שתחסום בפני בעלי הקרקע הפלסטינים כל דרך גישה אפשרית אל המובלעות.

81.5. חמישית, ובמישור המשפטי, עמדת המשיבה 2 כי סוגיית הנגישות הפיזית למובלעות אינה נושא תכנוני והדבר אינו נתון בסמכותה סותרת את הדין שחל עליה. סעיף 19(2) לחוק

התכנון הירדני מחייב את מוסד התכנון שדן בתוכנית מתאר להידרש לנושא הדרכים, זכויות המעבר בהן, הכניסה אליהן והגבלת השימוש בהן.⁹ באופן דומה, סעיף 59(2)(ב) לחוק התכנון הירדני מסמך את ועדות התכנון להסיט דרך קיימת או לבטל את זכויות המעבר בה, "ובלבד שוועדות התכנון הנוגעות בדבר ימצאו לפני כן דרכים או מעברים לשימוש, במקום אלה שהוסטו או בוטלו". כלומר, הדין החל מחייב את המשיבות 1-2 לקבוע בתוכנית הוראות בדבר הנגישות הפיזית, ולא רק את מערכת הדרכים.

81.6. שישית, גם לפי העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי הישראלי, מוסד תכנון רשאי, ובמקרים מסוימים אף חייב, להידרש במסגרת תוכנית לשאלת זכויות המעבר בדרכים, ולא להסתפק בהתוויית הדרכים עצמן. הוא רשאי לעשות כן גם אם קיימת רשות מוסמכת אחרת, שיכולה לקבוע הוראות לעניין זכויות השימוש בדרך. לעניין זה ר' בג"ץ 237/88 מועצה מקומית גבעת שמואל נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד פ"ד מב(4), 841 (1989), שם קבע בית המשפט כי החלטת הוועדה המחוזית לאסור בשבתות ובמועדי ישראל על השימוש בדרך שסומנה בתוכנית שאישרה, על אף שגם המפקח על התעבורה מוסמך להוציא הוראה זהה, היא החלטה חוקית. בית המשפט קבע, כי סמכות מוסד התכנון אינה מסתכמת בתכנון דרכים, אלא גם בהתבוננות רחבה על עניינים הקשורים בכך, לרבות קביעה, במסגרת הוראות תוכנית, בעניין זכות השימוש בדרך.¹⁰

82. במצב הדברים הקיים באזור נכון לעכשיו, הדרך היחידה להבטיח נגישות של העותרים אל אדמותיהם שבמובלעות היא על ידי הימנעות מבנייה מסביב להן. תכלית זאת ניתן להשיג על ידי ביטול התוכנית, בין אם בלא תכנון חלופי, ובין אם על ידי מימוש מטרותיה של התוכנית בתחום היישוב גבע בנימין, אבל באיתור אחר, שאינו מקיף מובלעות פלסטיניות פרטיות. לעניין זה נידרש מיד.

הפתרון התכנוני שנבחר פסול בשל פגיעה בלתי מידתית בעותרים 6-1 וביתר בעלי האדמות במובלעות

83. מכיוון שאין בהוראות התוכנית כדי לאפשר נגישות פיזית של בעלי הקרקע הפלסטיניים למובלעות, היה על המשיבות 1-2 לבחור בפתרון תכנוני אחר, פוגעני פחות. המידתיות "מהווה אמת מידה מרכזית במשפט המינהלי הישראלי החלה באזור הנתון לתפיסה לוחמתית... עקרון המידתיות חל לעניין כל פעולה של רשות מינהלית ישראלית" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ'

⁹ נוסח הסעיף בחוק התכנון הירדני, המגדיר את אחד מנושאי החובה שכל תוכנית מתאר חייבת להתייחס אליהם: "קביעת תוואי הדרכים והקמת דרכים חדשות וסלילת דרכים קיימות באותה שכונה, שינוי כיוון, הרחבתן, סגירתן וקביעת רוחבן וקביעת הקרקעות השמורות להן וזכויות המעבר הציבוריות, הקמת הדרכים, שיפורן והרחבתן, הכניסה אליהן והיציאה מהן והגבלתן, קביעת מהות הדרכים ומידותיהן הכלליות".

¹⁰ בפרשה זו קבעה הוועדה המחוזית, כי בשל התחשבות בצרכי האוכלוסייה הדתית המתגוררת בסביבת התוכנית, כי במקטע הדרך לא ייעשה שימוש בשבתות ובחגים. בית משפט נכבד זה אישר את החלטת הוועדה המחוזית וקבע כי "עצם העובדה, כי המפקח על התעבורה מוסמך להסדיר את התנועה בדרכים על ידי קביעת תמרורים וכדומה, אין בה, לדעתנו, כדי להפחית מסמכויותיה של הוועדה המחוזית לקבוע בתוכנית מתאר תנאים לגבי הסדרת התנועה, כאשר מן ההיבטים היותר רחבים של הוועדה נראה לה, שראוי לקבוע תנאים כאלה... בעניין שלפנינו שקלה הוועדה בכובד ראש את האינטרסים של חלקי הציבור השונים הנוגעים לעניין, כדי להגיע לפתרון הולם... הם ניסו לאזן בין הפגיעה ברגשות הדתיים של תושבי בני ברק לבין אי הנוחות שתיגרם כאמור לבאים ברכב בשבת לגבעת שמואל מצפון. לנו נראה, כי לא רק רשאית אלא חייבת היתה הוועדה להביא בחשבון שיקוליה את שני האינטרסים הנ"ל".

ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, ס' 38 לפסה"ד (2004)). החובה לפעול במידתיות חלה, כמובן, גם על רשויות התכנון: "עקרון המידתיות, המוצא לעתים את ביטויו במסגרת דיני התכנון והבנייה ... מחייב אמנם את הרשות המינהלית בבחירת האמצעי שפגיעתו פחותה, אך זאת רק מבין החלופות המסוגלות להביא לתוצאה הרצויה" (עת"מ (י-ם) 1094/07 מלי רייף ואח' נ' הוועדה המחוזית לתו"ב ירושלים, פורסם במאגרים, (2009), והאסמכתאות שם, וכן ר' שם את יישום עיקרון המידתיות על בחינת חלופות תכנוניות שונות). אין חולק, שגם המשיבות 1-2, ככל רשות שלטונית ותכנונית, מחויבות להפעיל שיקולי מידתיות בעת שהן דנות בתכנון מוצע.

84. לא יכול להיות חולק, שכליאת המובלעות בתוך שכונות מגורים של היישוב הישראלי המגודר, פוגעת בבעלי האדמות הפלסטינים (המחלוקת, אם יש כזו, היא רק לגבי עוצמת הפגיעה). כליאת המובלעות בתוך היישוב הישראלי משליכה על זכותם של בעליה לקניין, על חופש העיסוק שלהם ועל חופש התנועה שלהם. לפיכך, ככל שהמשיבות 1-2 החליטו כי תכלית התוכנית ראויה, מחובתן לקדם תכנון שישגי את מטרותיה תוך פגיעה מינימלית בבעלי האדמות הפלסטיניות.

85. בעניין זה יש להדגיש, כי העובדה שכבר בתכנון המתארי ליישוב (תוכנית 240/1) נכלאו המובלעות בתוך שטח היישוב הישראלי אינה מעלה או מורידה מחובתן של הרשויות לבחור בתכנון מפורט, שייצור את הפגיעה המינימלית האפשרית בבעלי האדמות הפלסטינים. התכנון המתארי משרטט את גבולות התכנון האפשריים. בתוך גבולות אלה נדרשות המשיבות 1-2 לבחור בתכנון מפורט מידתי.

86. יתר על כן: תוכנית המתאר 240/1 אושרה למתן תוקף בשנת 1994, לפני ההכרזה הראשונה (משנת 1996) בדבר סגירת תחומי היישובים הישראליים באזור לכניסת פלסטינים. לפיכך, בעת אישורה של תוכנית 240/1, שאלת הנגישות של בעלי הקרקע הפלסטינים אל המובלעות לא עמדה לנגד עיניהם של מוסדות התכנון, ואף בעלי הקרקע עצמם לא יכלו להעלות על דעתם, כי בתוך שנים ספורות יוטל עליהם איסור משפטי להגיע אל אדמותיהם שבמובלעות, ולא יכלו להתנגד לעניין.

87. במסגרת בחינת המידתיות, יש לבדוק את התכלית ביסוד המהלך התכנוני. לתוכנית נשוא העתירה שתי תכליות, האחת מיידידת השנייה ארוכת טווח:

87.1. המטרה המיידידת של התוכנית היא הקמת דבוקה של 50 יחידות דיור עבור תושבי המאחז הבלתי מורשה מגרון, המונה כיום 46 משפחות. הדברים מוצהרים מפורשות בפרוטוקולים של הדיונים בפני המשיבה 1 (ר' נספח עת/17). לאור זאת נקבע בהוראות התוכנית (סעיף 1 לפרק י', נספח עת/1) כי "בשלב ראשון יינתנו היתרי בנייה ל-50 יחידות דיור בדבוקה אחת ומתן היתרי בנייה מעבר לכך טעון אישור חדש של ראש המינהל האזרחי". התוכנית אינה קובעת היכן תמוקם הדבוקה הנ"ל.

87.2. המטרה ארוכת הטווח של התוכנית היא הקמת 134 יחידות דיור נוספות, ובסך הכל 184 יחידות דיור.

88. החלטת המשיבות 1-2 פסולה, משום שבחרו בפתרון תכנוני בלתי מידתי. העותרים מתנגדים עקרונית לכל בנייה ישראלית באזור, אך גם לשיטת המשיבות ולאור התכליות שהתוכנית מבקשת להשיג, אפשר להשיג את מטרותיה בדרכים אחרות, שלא יובילו למצב שבמסגרתו המובלעות יהיו כלואות

החלופות הקיימות, הפוגעניות פחות בעותרים, אשר משיגות את מטרות התוכנית

89. חלופה א': אין כל צורך בתוכנית – מיצוי התוכניות המפורטות המאושרות ביישוב

89.1. ליישוב גבע בנימין אושרו כמה תוכניות מפורטות, שמומשו רק בחלקן. ב-17.11.04 אושרה תוכנית מפורטת 240/2/11, הכוללת 328 דונם ומהווה שינוי לתוכנית ישנה יותר, שמספרה 240/2. תוכנית 240/2/11 מאפשרת להכפיל את מספר יחידות הדירור במגרשים המסומנים בתוכנית 240/2 וכך לבנות ביישוב 224 יחידות דירור נוספות.

89.2. מבדיקת העותרים שנעשתה באפריל 2010, טרם הגשת ההתנגדות לתוכנית, עלה כי 34 מגרשים בייעוד מגורים א', המסומנים בתוכנית 240/2/11, לא מומשו כלל. לפי הוראותיה, ניתן להקים במגרשים אלה 68 יחידות דירור. בבדיקה מחודשת שעשו נציגי העותרת 7 ב-18.11.10 התברר, כי בינתיים הוקמו יסודות במגרש אחד מבין 34 המגרשים שהיו פנויים באפריל 2010. לפיכך בתחום תוכנית 240/2/11 יש כיום 33 מגרשים ריקים, שבהם ניתן להקים 66 יחידות דירור. בתוכנית 240/2/11 קיימים מגרשים נוספים בייעוד מגורים א', אשר בכל אחד מהם הוקמה רק יחידת דירור אחת. התוכנית האמורה כוללת זכויות בנייה שטרם מומשו לתוספת קומה ויחידת דירור בכל אחד מהמגרשים הללו.

89.3. ב-2.2.05 אושרה למתן תוקף תוכנית מפורטת 240/2/12, הכוללת 50.995 דונם. התוכנית מייעדת 33.154 דונם משטחה להקמת 134 יחידות דירור. תוכנית זאת, שנמצאת בצפון-מערב גבע בנימין ובצמוד לשטח הבנוי הקיים ביישוב, לא מומשה כלל, והיא מאפשרת את הקמת הדבוקה הנפרדת, אם רוצים ביצירת "מתחם" נפרד למפוני מגרון, ובצפיפות נמוכה של 4 יחידות דירור לדונם נטו.

מפה המראה את קונטור תוכניות 240/2/11 ו-240/2/12 וכן את קונטור התוכנית נשוא העתירה מצורפת כנספח עת/21.

89.4. בתוכניות המפורטות המאושרות לגבע בנימין קיימים אפוא מגרשים ומתחמים ריקים אשר לפי התוכניות התקפות, ניתן להקים בהם באופן מיידי, ובלי צורך בתוכניות נוספות, לפחות 200 יחידות דירור. לפיכך, אין כל הצדקה תכנונית לתוכנית נשוא העתירה, הפוגעת קשות בבעלי האדמות במובלעות, ולכן היא בלתי מידתית.

89.5. יצוין, שבהחלטתה לדחות את ההתנגדות, המשיבה 2 לא חלקה על נתוני העותרים בדבר עתודות הקרקע הבלתי ממומשות בתוכניות המפורטות המאושרות לגבע בנימין, אלא הסתפקה באמירה הלאקונית שלפיה "רשויות התכנון בחרו לפעול לפיתוחו של היישוב אדם [גבע בנימין], הדבר נעשה על דעתן של הרשויות המוסמכות ועל דעתם של גורמי התכנון". המשיבה 2 אינה יכולה לצאת ידי חובה בדברים אלה. החלטה בדבר פיתוח יישוב כפופה לחובות הכלליות שחלות עליה, לרבות החובה לתכנון מידתי, להגנה על זכויות ואינטרסים רלוונטיים ולשקול חלופות פוגעניות פחות. קיומן של עתודות קרקע שטרם מומשו בתוכניות

המפורטות המאושרות של גבע בנימין הוא שיקול תכנוני רלוונטי ומרכזי, שאי בחינתו על ידי המשיבות 1-2 כשלעצמו פוסל את החלטת המשיבות.

90. חלופה ב' – תכנון צמוד דופן לתוכניות המפורטות ולמרקם הבנוי של היישוב

90.1. אם מטעם כלשהו ייקבע, שאת דבוקת 50 יחידות הדיור המיועדות לתושבי מגרון (ואף את מלוא 184 יחידות הדיור שהתוכנית מאפשרת) חייבים משום מה להקים דווקא מחוץ לתוכניות המפורטות המאושרות של היישוב – וכאמור, העותרים חולקים על כך מכל וכל וסבורים שתכנון שכזה יהיה פסול מעיקרו – הרי שניתן להשיג את תכלית התוכנית על ידי תכנון הדבוקה בצמידות דופן לשטח הבנוי הקיים ביישוב.

90.2. לפי חלופה זו, שכונת המגורים תתוכנן ממזרח לשטח הבנוי של גבע בנימין, אך בצמוד לו (את גבול השטח הבנוי הקיים ניתן לראות בנספח עת/21). אזור זה, שאין בו מובלעות ייועד לשכונת המגורים, יגודר בגידור היקפי ויוקמו בו מרכיבי הביטחון שהתוכנית קובעת. המובלעות, לעומת זאת, ייוותרו מחוץ לתחום התוכנית. בדרך זו ייהנו העותרים 1-6 ושאר תושבי כפרם מנגישות פיזית אל המקרקעין שבבעלותם.

90.3. ככל שיימצא כי החלופה הראשונה – מיצוי עתודות הקרקע בתכנון המפורט המאושר לגבע בנימין – אינה עונה על מטרות התוכנית, חלופה זו של תכנון מפורט צמוד דופן לשטח הבנוי הקיים ביישוב יש בה כדי לקיים את חובת המשיבות 1-2 לבחור, מבין האופציות הקיימות שהתכנון המתארי מעמיד לרשותה, בחלופה שפוגעת פחות בבעלי האדמות הפלסטינים. תחת זאת בחרו המשיבות 1-2 לאשר דווקא את התוכנית המפורטת נשוא העתירה, שאינה צמודת דופן, שנמצאת במרחק של כ-500 מ' בקו אווירי מגבול השטח הבנוי הקיים בגבע בנימין ואשר פוגעת באופן הקשה ביותר בבעלי הקרקעות הפלסטינים, שאדמותיהם כלואות במובלעות. החלטתן זאת של המשיבות 1-2 היא בלתי מידתית ולכן פסולה.

9.ג. התכנון בלתי מידתי גם מבחינה סביבתית

91. עיקרון יסוד בתכנון המודרני הוא השמירה ככל האפשר על השטחים הפתוחים, וכנגזרת – מתן עדיפות לפיתוח צמוד דופן על פני פיתוח "מדלג", המכרסם ברצף השטחים הפתוחים. עיקרון זה אומץ על ידי רשויות התכנון הישראליות באשר הן, וגם משפט נכבד זה קיבל תפיסה זו, וראה חשיבות רבה בהגנה על השטחים הפתוחים: "הכל מסכימים, כי בהעדר תכנון מתאים, יילך השטח הבנוי ויכסה את שטחי הנוף הפתוח, ויכלה את ערכי הטבע והמורשת" (ע"א 8116/99 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שומרון, תקדין-עליון, ס' 2 לפסה"ד (2001); לעיון בטעמים השונים להגנה על השטחים הפתוחים, ר' שם, בסעיפים 16-17 לפסק הדין, וכן: בג"ץ 9409/05 שלעיל, בעניין כביש 9, ועע"מ 3189/99 שלעיל בעניין החברה להגנת הטבע).

92. מעקרונות כלליים אלה עולה, שעל רשויות התכנון להפעיל את סמכויות התכנון הנתונות להן תוך פגיעה קטנה ככל האפשר בשטחים הפתוחים. לעתים איזון האינטרסים מוביל למסקנה, שאין מנוס מפגיעה בשטחים הפתוחים (ר', למשל, התוצאה ב-עע"מ 3189/99). ואולם, אם הפגיעה בשטחים הפתוחים אינה הכרחית, הרי שהחלטה תכנונית לאשר פגיעה שכזאת תהיה החלטה בלתי מידתית.

93. בענייננו, התוכנית פוגעת פגיעה קשה בשטח הפתוח. התוכנית "מדלגת" כ-500 מ' מזרחה מהשטח הבנוי הקיים של גבע בנימין. התוכנית מבקשת לפתח תחילה את הקצה המזרחי של תחום היישוב גבע בנימין, ורק בהמשך את השטחים שבינה לבין השטח הבנוי הקיים של היישוב במערב.

94. כפי שהראינו לעיל, אין שום צורך – בוודאי שלא הכרח – בתוכנית. ניתן להשיג את מטרותיה בתחום התוכניות המפורטות המאושרות של היישוב, אשר נמצאות בתוך השטח הבנוי שלו או בצמידות דופן אליו. אף אם יימצא כי תוכניות מפורטות מאושרות אלו אינן עונות על הצרכים, הרי שניתן לאשר תוכנית מפורטת חדשה שתהיה צמודת דופן לשטח הבנוי הקיים בגבע בנימין. אין שום צורך ב"דילוג" ובכרסום בשטח הפתוח. פיתוח "מדלג" שכזה קוטע את רצף השטחים הלא מבונים הקיימים, עומד בסתירה למדיניות התכנון הרשמית ולעקרונות התכנון המקובלים בישראל וגם במינהל האזרחי, ויוצר פגיעה סביבתית מיותרת. לפיכך, גם מבחינה סביבתית – ולא רק מבחינת זכויותיהם של בעלי האדמות הפלסטיניות – התוכנית שאושרה על-ידי המשיבות 1 ו-2 היא בלתי מידתית.

95. ושוב נדגיש, שקיומו של תכנון מתארי, המאפשר תכנון במרחב תכנוני מסוים, אינו מפקיע את חובתן של רשויות התכנון לבחור בתכנון מפורט מידתי מבין האופציות שהתכנון המתארי מעמיד לרשותן: להשיג את מטרת התכנון המפורט תוך פגיעה מינימלית ככל שניתן בזכויות ובאינטרסים אחרים. בחובה זו לא עמדו המשיבות 1-2. התכנון המתארי מגדיר את גבולותיו מתוך ראייה ארוכת טווח. אולם בקביעת השלבויות של התכנון המפורט – הפיתוח ההדרגתי והמפורט של השטח הכלול בתוכנית המתאר – יש כמובן לפעול בהתאם לעקרונות הכללים של מתן עדיפות לפיתוח צמוד דופן.

ד. הנימוקים לצו ביניים

בפתח העתירה עתרו העותרים לצווי ביניים, שמטרתם הקפאת מצב הדברים בשטח עד להכרעה בעתירה או עד למתן החלטה אחרת על ידי בית המשפט הנכבד. הצווים שהתבקשו היו כדלקמן:

א. למשיבה 1: להימנע מפרסום התוכנית למתן תוקף, וככל שהתפרסמה למתן תוקף, לקבוע כי יוקפא מירוף הזמן למתן תוקף לתוכנית, המתחיל במועד פרסומה (בהתאם לדין החל באזור, התוכנית תיכנס לתוקף תוך 15 יום ממועד פרסומה), וכן להימנע מכל צעד נוסף למימושה;

ב. למשיבים 5 ו-7: להימנע מהתקשרות עם גורמים שלישיים לצורך ביצוע עבודות בנייה בתחום התוכנית ומשיווק ו/או הקצאת מקרקעין בתחומה;

ג. למשיבה 6: להימנע ממתן היתרי בנייה בתחום התוכנית.

96. ואלה נימוקי הבקשה לצווי הביניים:

96.1. בעתירה לצו על תנאי מבקשים העותרים כי תבוטל החלטת המשיבות 1-2 לאשר את התוכנית להקמת שכונה חדשה ביישוב גבע בנימין, וזאת בשל פגמים מהותיים שנפלו בהליך אישורה, חוסר חוקיות, והעדר מידתיות – תוך פגיעה קשה ושלא לצורך בעותרים 1-6 ובשיקולים סביבתיים.

96.2. על פי הדין הנוהג באזור (סעיף 24(6) לחוק התכנון הירדני), תחילת תוקפה של תוכנית הוא בתוך 15 יום ממועד פרסומה למתן תוקף. על כן, פרסומה של התוכנית למתן תוקף, או אי הקפאת אישורה,

יוביל בהעדר התערבות מצד בית המשפט הנכבד, לכניסתה לתוקף באופן שיאפשר את מימושה על-ידי הוצאת היתרי בנייה. מובן מאליו, שלו תבוצע בנייה בשטח, ישתנה המצב הפיזי הקיים, באופן בלתי הפיך (השוו: בג"צ 9409/05, ס' 9, בפרשת כביש 9; בג"ץ 11745/04 בפרשת רמות למען הסביבה, בסעיף 11. הוצאת היתרי בנייה ומימוש הבנייה ייצרו איפוא מצב בלתי הפיך, באופן שתימנע מבית המשפט הנכבד האפשרות להפעיל ביקורת שיפוטית וליתן את הסעד שהתבקש בעתירה לצו על תנאי, אף אם בסופו של יום ימצא כי צדקו העותרים בטענותיהם.

96.3. ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליכי התכנון באזור היא נחוצה ביותר. החלטות תכנוניות המתקבלות על ידי מוסדות התכנון באיו"ש, ואשר יש בהן כדי להשליך על האוכלוסייה הפלסטינית, שאין לה זכויות פוליטיות, שאינה מיוצגת במוסדות התכנון ואשר יכולתה להשפיע על ההחלטות התכנוניות מוגבלת ביותר, חייבות לעמוד לבחינה שיפוטית, באופן שיובטח שלו יימצאו הטענות נכונות, לא ימצא עצמו בית המשפט עומד בפני עובדה מוגמרת.

96.4. קל וחומר, שעה שהעתירה מגלה על פניה פגמים משמעותיים בהליך אישורה של התוכנית, שכבר נקבע בפסיקה כיורדים לשורשו של הליך. פגמים אלה עולים מתוך הפרוטוקולים של המשיבות 1-2, ואינם טעונים בירור עובדתי.

96.5. מבחינת התנהלות העותרים: העותרים מיצו את כל האפשרויות שעמדו בפניהם במסגרת הליכי התכנון, ומרגע שנפלה החלטתם של מוסדות התכנון הם פעלו ביעילות ובמרץ – תחילה להשיג את ההחלטות שהתקבלו, ולאחר מכן להכין את העתירה. עתירה זו מוגשת תוך עשרה ימים ממועד המצאת ההחלטה לידי העותרים.

96.6. בכל הקשור לפגיעה שתיגרם למשיבים עקב דחייה בכניסתה לתוקף של התוכנית: ראשית, מכיוון שההליכים לפתרון בעייתם של תושבי מגרון מתמשכים שנים, לא ניתן לתלות בעניין זה סירוב לדחייה של חודשים בשל הצורך לקיומה של ביקורת שיפוטית; שנית, אין פותרים רעה חולה ברעה חולה אחרת (רע"פ 2885/08 שלעיל) – הצורך למצוא פתרון תכנוני להתיישבות בלתי חוקית אינו יכול להצדיק מניעתה של ביקורת שיפוטית על החלטה תכנונית, קל וחומר כזו המעלה שאלות מהסוג שמתעוררות כאן, ובודאי כשחלק מהפגמים גלויים על פני הדברים; שלישית, כבר אמרנו לעיל, כי ניתן להקים הרבה יותר מ-50 יחידות דיור לטובת מפוני מגרון בתוך התוכניות המפורטות המאושרות ליישוב (וגם כדבוקה אחת). לפיכך, ככל שהמטרה היא לאתר פתרון תכנוני מהיר למפוני מגרון, מטרה זאת אינה תלויה בהכרח בתוכנית זו.

96.7. לפיכך, לאור הצורך לשמור על המצב הקיים, על-מנת להבטיח אפשרות לבחינה שיפוטית אפקטיבית של החלטות המשיבות 1-2, ולאור איזון האינטרסים של השיקולים הנוגעים לעניין, יש להקפיד את התוכנית ולא לאפשר את מימושה, וזאת עד להכרעה בעתירה. צווי הביניים השונים שהתבקשו באים לשרת תכלית זו, להבטיח את הקפאת המצב, למנוע יצירת עובדות מוגמרות או פגיעה בצדדים שלישיים.

הפרטים העובדתיים לגבי זיקתם של העותרים 1-6 לאדמותיהם שבמובלעות נתמכת בתצהיריהם.

כל יתר הפרטים העובדתיים שבעתירה נתמכים בתצהירו של מר ניר שלו, עובד העותרת 7.

לאור כל האמור לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בפתח כתב עתירה זה, ולאחר קבלת תגובתיהם של המשיבים ושמיעת טיעון בעל פה, להופכו למוחלט.

כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים, לרבות בשכר טרחת עו"ד, בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

תל-אביב, 29 בנובמבר 2010

ישי שנידור, עו"ד
ב"כ העותרים