



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8171/09

בג"ץ 10462/09

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותר בבג"ץ 8171/09 :

עבאס חסן יוסף יוסף, ראש מועצת הכפר אל
ג'אניה

העותרים בבג"ץ 10462/09 :

1. עבאס חסן יוסף יוסף, ראש מועצת הכפר אל
ג'אניה
2. עבדאלעזיז עבד בדואן יוסף
3. חוסיין רובין אסעד סמחאן
4. עיסא יוסף שבאייח
5. עמותת "במקום" – מתכננים למען זכויות תכנון
6. "יש דין" – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 8171/09 :

1. מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי
2. ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון
העליונה
3. המועצה האזורית מטה בנימין
4. הוועדה המיוחדת לתכנון ובניה מטה בנימין
5. ועד הישוב טלמון

המשיבים בבג"ץ 10462/09 :

1. שר הבטחון
2. ועדת המשנה להתנגדויות של מועצת התכנון
העליונה במינהל האזרחי
3. ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון
העליונה במינהל האזרחי
4. מועצה איזורית מטה בנימין
5. הוועדה המיוחדת לתכנון ולבניה מטה בנימין
6. ועד היישוב טלמון
7. החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית
העולמית

התנגדות לצו על-תנאי

תאריך הישיבה : ד' בתמוז התשע"א (6.7.2011)

בשם העותרים : עו"ד מיכאל ספרד ; עו"ד שלומי זכריה ;
עו"ד אבישר לב

בשם המשיבים 1-2 בבג"ץ 8171/09 והמשיבים 3-1 בבג"ץ 10462/09 :
עו"ד אורי קידר ; עו"ד ליאורה וייס-בנסקי ;
עו"ד נטע אורן

בשם המשיבים 3-5 בבג"ץ 8171/09 והמשיבים 4-6 בבג"ץ 10462/09 :
עו"ד עקיבא סילבצקי

בשם המשיבה 7 בבג"ץ אין התייצבות : 10462/09

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

לפנינו שתי עתירות שהדיון בהן אוחד. עניינה של העתירה בבג"ץ 8171/09, בבקשת העותר כי תבוטל תוכנית מפורטת מס' 235/3/2 בתחום היישוב טלמון בגין פגמים נטענים שנפלו בהליכי פרסומה. עניינה של העתירה בבג"ץ 10462/09, בבקשת העותרים כי תבוטל החלטת המשיבות 2-3 לדחות את התנגדויותיהם לתוכנית מפורטת מס' 235/3; כי תבוטל החלטתן לאשר את התוכנית למתן תוקף; וכי תבוטל התוכנית עצמה. עוד מלינים העותרים על קיומו של שער חשמלי שהוצב בדרך מס' 454 ומגביל את גישתם לאדמותיהם החקלאיות שממזרח.

הרקע התכנוני להגשת העתירות

1. היישוב טלמון (להלן: היישוב) – שנמצא בתחום שיפוטה של המועצה האזורית מטה בנימין (להלן: המועצה האזורית) שבאזור יהודה ושומרון (להלן: האזור) – שוכן מזרחית לכפר הפלסטיני אל-ג'אניה (להלן: הכפר). דרך מס' 454 (להלן: דרך 454) מחברת בין הכפר במערב, דרך מרכז היישוב (בין שכונת טלמון א' מצפון ל"שכונת הבריכה" מדרום), לבין אדמות חקלאיות שבבעלותם של חקלאי הכפר ממזרח. דרך 454 חסומה לתושבי הכפר עוד משנת 1999; בשנה זו הוקם שער חשמלי בכניסה המערבית ליישוב, על תוואי הדרך. בנוסף, תושבי הכפר מוגבלים מלנוע בדרך 454

(בחלק העובר דרך היישוב) מכוח תחיקת הביטחון האוסרת תנועת פלסטינים בתחום היישוב ללא אישור.

2. ביום 26.12.2007 אישרה ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה במינהל האזרחי (להלן: ועדת המשנה להתיישבות) את הפקדתה של תוכנית מפורטת מס' 235/3/2. תוכנית זו חלה על שטח של כ-32 דונם בתחומי היישוב (שטח המנוהל על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש), ומיעדת אותו להקמת בית ספר ומבני חינוך נוספים (להלן: תוכנית בית הספר). התוכנית פורסמה להתנגדויות בין הימים 18-20.7.2008 בעיתונים "מעריב", "הצופה" ו"כל-אל ערב" ובחודש אוגוסט 2008 גם בעיתון "הארץ". לאחר שלא הוגשו התנגדויות, נדונה התוכנית ביום 10.12.2008 בוועדת המשנה להתיישבות, אשר החליטה לאשרה למתן תוקף. דבר אישור התוכנית פורסם בין הימים 10.2.2009 ו-9.3.2009 בעיתונים "מעריב", "ארץ בנימין", "כל אל-ערב" ו"אל-פג'ר".

3. לאחר שאושרה תוכנית בית הספר, החלו המועצה האזורית והוועדה המיוחדת לתכנון ובניה מטה בנימין (להלן: הוועדה המיוחדת) לקדם תוכנית מפורטת נוספת בתחומי היישוב – תוכנית מס' 235/3. זוהי תוכנית רחבה יותר. היא חלה על שטח של כ-860 דונם וייעודה, בין היתר להקים כ-300 יחידות דיור ב"שכונת הבריכה" שבתחומי היישוב (להלן: תוכנית השכונה). התוכנית מצויה בתחום רכוש ממשלתי המנוהל על-ידי הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור. תוכנית השכונה כוללת את השטח שנכלל בתוכנית בית הספר, אולם משנה מהוראות הבינוי שנקבעו בה. תוכנית השכונה אושרה להפקדה ביום 10.12.2008 ופורסמה להתנגדויות בין הימים 20.4.2009 ו-10.5.2009 בעיתונים "הארץ", "ארץ בנימין", "כל אל-ערב" ו"אל-מנאר".

4. לתוכנית השכונה הוגשו מספר התנגדויות. אחת מהן הגיש מר עבאס חסן יוסף יוסף, יו"ר מועצת הכפר, יחד עם שלושה אחרים (להלן ביחד: המתנגדים), באמצעות עמותת "במקום" – מתכננים למען זכויות תכנון (להלן: עמותת במקום). המתנגדים ביקשו לבטל את התוכנית כליל והעלו מספר התנגדויות שמתוכן שתיים רלוונטיות לענייננו: האחת, הכללת דרך 454 בתחום היישוב ובכך – לפי הטענה – עיגון מגבלת התנועה של חקלאי הכפר – מגבלה המונעת מהם גישה לאדמותיהם החקלאיות שממזרח ליישוב – באמצעי תכנוני-סטטוטורי בעל אופי של קבע. אומנם מאז שנת 1999 מנועים תושבי הכפר מלעבור בדרך 454, הן מפאת הקמתו של שער חשמלי

בכניסה המערבית ליישוב הן בשל תחיקת הביטחון המגבילה תנועה של פלסטינים בשטחו. אולם לשיטת המתנגדים, ההגבלה הקיימת היא בעלת אופי זמני, ועיגון תכנוני-סטטוטורי כאמור הוא בעל אופי קבוע ומנציח את המצב הקיים. שנית נטען בהתנגדות שתוכנית השכונה אינה כוללת התייחסות לתוכנית בית הספר, ובכלל זה נעדרת הוראה שתיישב בין הסתירות שבהוראות הבינוי המתייחסות לאותו שטח.

5. ביום 1.9.2009 דנה הוועדה המיוחדת בהתנגדויות לתוכנית השכונה במטרה לגבש המלצות עבור ועדת המשנה להתנגדויות שליד מועצת התכנון העליונה (להלן: ועדת המשנה להתנגדויות). הוועדה המיוחדת המליצה בין היתר לדחות את טענות המתנגדים ככל שהתייחסו להכללת דרך 454 בתוכנית השכונה מן הטעם שתוכנית בית הספר (שפורסמה למתן תוקף חודשים מספר קודם לכן) כבר כללה את דרך 454 בתחומי היישוב, כך שתוכנית השכונה לא תשנה את המצב התכנוני הקיים בהיבט זה. לשיטת הוועדה המיוחדת, היה על המתנגדים להעלות את טענתם במסגרת התנגדות לתוכנית בית הספר, ומשלא עשו כן לא היה מקום לדון בה במועד שהועלתה. ביום 13.9.2009 קיימה ועדת המשנה להתנגדויות דיון בתוכנית השכונה, כשהמלצות הוועדה המיוחדת היו לנגד עיניה. בדיון ביקשו נציגי עמותת במקום לברר את מועדי ואופן פרסומה של תוכנית בית הספר. בקשתם סורבה בדיון עצמו, אולם הפרטים נמסרו להם ביום 21.9.2009. ביום 22.9.2009 פנו המתנגדים, באמצעות בא-כוחם, ליועץ המשפטי לאזור בדרישה לבטל את תוכנית בית הספר מחמת פגמים שנפלו לטענתם בהליך פרסומה. ביום 6.10.2009 השיב היועץ המשפטי כי לא נפלו פגמים בפרסום וכי לא ניתן להתנגד לתוכנית לאחר שנכנסה לתוקף.

העתירה בבג"ץ 8171/09

6. נוכח תשובת היועץ המשפטי, הוגשה ביום 14.10.2009 העתירה בבג"ץ 8171/09. בעתירה נטען, בתמצית, שפרסום תוכנית בית הספר אינו עומד בדרישות התחיקה החלה באזור, המעוגנות בסעיף 20 לחוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס' 79) משנת 1966; בצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 2) (אזור הגדה המערבית) (מס' 161), התשכ"ח-1968 ובהוראות שהוצאו מכוחו (השוו: בג"ץ 128/83 הרפז נ' ראש המינהל האזרחי, פ"ד לז(4) 159, 164 (1983)).

7. בד בבד עם העתירה, הגיש העותר בקשה למתן צו ביניים שיורה למשיבות 1-2 לנקוט בכל הפעולות הדרושות למניעת בנייה או פיתוח בתחומי תוכנית בית הספר; וכן יורה למשיבים 3-5 להימנע מביצוע עבודות בניה בתחומי התוכנית. בנוסף לתשתית

העובדתית שפורטה לעיל, נטען בבקשה שהמשיבים 3-5 החלו בכיצוע עבודות חציבה והכשרת שטח באופן שמנוגד להוראה בתוכנית המחייבת שהיתרי בנייה בתחומה יכללו פתרון חיבור למכון טיהור שפכים, ובפועל תוכנית בית הספר אינה כוללת פתרון כזה. בו ביום הוציא השופט דנציגר צו ארעי נגד המשיבים 3-5 כמבוקש, והורה על הגשת תגובות לבקשה לצו ביניים.

התפתחויות לאחר הגשת העתירה בבג"ץ 8171/09

8. כמפורט לעיל, העתירה הוגשה לאחר שביום 13.9.2009 שמעה ועדת המשנה להתנגדויות את טענות המתנגדים לתכנית השכונה, אך טרם שהחליטה בהן. ביום 28.10.2009 החליטה הוועדה לדחות את ההתנגדויות ביחס לדרישת המתנגדים לבטל את התוכנית כליל. עם זאת החליטה הוועדה לערוך שינויים נקודתיים בתוכנית, בין היתר כדי ליישב את השוני בהוראות הבינוי בין תוכנית בית הספר לתוכנית השכונה. הוועדה אימצה הוראה בתוכנית השכונה המבטלת את תוכנית בית הספר עם כניסת תוכנית השכונה לתוקף. עוד באותו יום (28.10.2009) נדונה תוכנית השכונה, לרבות השינויים שנעשו בה, בוועדת המשנה להתיישבות, אשר החליטה לאשרה למתן תוקף. ביום 9.11.2009 שלחה עמותת במקום בקשה לתיקון פרוטוקול הדיון בוועדת המשנה להתנגדויות בטענה שנפלו בו טעויות ושנשמטו ממנו פרטים. בקשה זו לא זכתה למענה.

9. נוכח ההתפתחות האמורה, הורה השופט דנציגר לעותר להודיע אם יש מקום שבית המשפט יידרש לעתירתו. ביום 20.12.2009 הודיע העותר כי לשיטתו העתירה עודנה אקטואלית משום שביטול תוכנית בית הספר מותנה בפרסום תוכנית השכונה למתן תוקף, וזה מותנה בקיומם של מספר תנאים שטרם התקיימו. ביום 23.12.2009 הודיעו המשיבים 3-5 כי בניגוד להודעת העותר, תוכנית השכונה פורסמה למתן תוקף ביום 27.11.2009. כתוצאה מכך תוכנית בית הספר בוטלה ולכן, לשיטתם, התייתר הדיון בעתירה. כמו כן ביקשו משיבים 3-5 להורות על ביטול הצו הארעי. ביום 31.12.2009 דחה השופט דנציגר את בקשתם.

העתירה בבג"ץ 10462/09

10. ביום 29.12.2009 הוגשה העתירה בבג"ץ 10462/09. עתירה זו מכוונת לתוכנית השכונה ומועלות במסגרתה ארבע טענות עיקריות: הראשונה, שסירובן של המשיבות 2-3 לשקול את מגבלות הגישה לאדמות החקלאיות שהתוכנית יוצרת לחקלאי הכפר

עולה כדי חוסר סבירות קיצוני; השנייה, שאישור התוכנית נגוע בחוסר סמכות מאחר שהתוכנית מפרה את התנאים שנקבעו בהחלטת הממשלה שאישרה את הקמת היישוב; השלישית, שהחלטת המשיבות 2-3 לאשר את התוכנית – לאחר ש-56 מבנים נבנו בשטחה טרם הפקדתה ובלא שניתן היתר לבנייתם – לא העניקה משקל הולם לאינטרס ההרתעה נגד עבריינות בנייה ושמירה על שלטון החוק; והרביעית, שאישור התוכנית מנוגד להוראות המשפט הבינלאומי המנהגי.

11. בד בבד עם הגשת העתירה בבג"ץ 10462/09, הגישו העותרים בקשה למתן צו ביניים שעיקרו מניעת ביצוען של פעולות בנייה מכוח תוכנית השכונה. כמו כן נתבקש לאפשר לתושבי הכפר לעבור דרך השער החשמלי אל עבר אדמותיהם החקלאיות. ביום 13.1.2010, לאחר עיון בתגובות המשיבים, דחה השופט נ' הנדל את הבקשה לצו ביניים. העותרים הגישו במועדים שונים שלוש בקשות לעיון חוזר בהחלטה זו. כולן נדחו (החלטות מהימים 11.2.2010, 11.3.2010, ו-10.10.2010).

התפתחויות נוספות

12. ביום 26.11.2009 חתם המפקד הצבאי באזור על צו בדבר התליית הליכי בנייה (הוראת שעה) (יהודה ושומרון) (מס' 1653), התש"ע-2009 (להלן: הצו המתלה). הצו אסר על הוצאת היתרי בניה חדשים במרחב התכנון שבאזור והתלה את היתרי הבנייה שהוצאו קודם לכניסתו לתוקף, זולת לגבי בנינים שהסתיים בהם שלב יציקת היסודות (סעיף 2 לצו). סעיף 4 לצו הסמיך את ראש המינהל האזרחי להתיר למוסד תכנון להוציא היתר בנייה או להורות על ביטול התליה של היתר קיים על אף האמור בצו כאשר מדובר בבניה למטרות ציבוריות. הצו המתלה, כפי שתוקן ביום 7.1.2010 (צו בדבר התליית הליכי בנייה (הוראת שעה) (יהודה ושומרון) (תיקון) (מס' 1655), התש"ע-2010), עמד בתוקף עד ליום 26.9.2010 (לעניין הצו המתלה ראו: בג"ץ 9594/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (לא פורסם, 21.4.2010) (להלן: עניין פורום משפטי)).

13. בהודעת עדכון שהגישו המשיבות 1-2 בבג"ץ 8171/09 (ביום 4.3.2010), צוין כי בחודש ינואר 2010 הן גילו שביום 30.7.2009 ניתן על ידי המשיבה 4 היתר בנייה מכוח תוכנית בית הספר. לפי הטענה, ההיתר ניתן מבלי ליידע את גורמי התכנון במינהל האזרחי קודם לכן, לפני שניתנה החלטה בהתנגדויות לתוכנית השכונה וממילא לפני שהתוכנית נכנסה לתוקף. לטענת המשיבות 1-2, הדבר נודע להן באקראי אגב

טיפול של גורמי המינהל האזרחי בבקשה לביטול התליית ההיתר מכוח סעיף 4 לצו המתלה.

14. נוכח הודעה זו, הגיש העותר בבג"ץ 8171/09 שתי בקשות: האחת, בקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט, שבמסגרתה ביקש לכופף את המשיבים 3-5 לקיים את צו הביניים שניתן נגדם. לטענת העותר, המשיבים 3-5 החלו בביצוע עבודות להכשרת שטח לבניה מכוח ההיתר הנ"ל ובכך הפרו את צו הביניים. לפי הנטען, הפרת הצו אף הייתה ידועה למשיבות 1-2, אשר נקטו מצידן בהליכים להפסקת העבודות (נפתחו הליכי פיקוח והוצא צו הריסה שטרם בוצע), אולם בכל זאת נמנעו מלעדכן את העותר ואת בית המשפט בזמן אמת על אודות ההפרות. בבקשה השנייה ביקש העותר שיורחב צו הביניים באופן שיחול גם על המשיבות 1-2.

15. בתגובת המשיבים 3-5 לשתי הבקשות האמורות, נטען כי משתוכנית השכונה נכנסה לתוקף, להיתר הבנייה שהוצא בהתאם לתוכנית בית הספר אין עוד נפקות, ולכן משיבה 4 ביטלה אותו בישיבתה מיום 3.3.2010. עוד נמסר כי המשיבה 4 הגישה לראש המינהל האזרחי בקשה לאשר הוצאת היתר בניה מכוח תוכנית השכונה לפי סעיף 4 לצו המתלה, בקשה שטרם הוחלט בה. במצב דברים זה, טענו המשיבים 3-5, דין הבקשה לפי ביזיון בית משפט להידחות ודין העתירה בבג"ץ 8171/09 להימחק משום שהיא אינה רלוונטית עוד. השופט דנציגר דחה את הבקשה להרחבת צו הביניים, והורה כי העתירה והבקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט, יידונו לפני הרכב במאוחד עם בג"ץ 10462/09.

16. בהודעה עדכון נוספת מטעם המשיבות 1-2 בבג"ץ 8171/09 נמסר כי ביום 2.5.2010 ניתן אישור של ראש המינהל האזרחי המתיר לוועדה המיוחדת לתת היתר לבניית בית הספר מכוח סעיף 4 לצו המתלה. בהתאם להיתר זה, הוצא ביום 3.5.2010 היתר לבניית בית הספר. נוכח מתן ההיתר, החליטה ועדת המשנה לפיקוח במועצת התכנון העליונה לסגור את תיק הפיקוח שנפתח בעניין בית הספר. בהמשך, הגישו המשיבים 3-5 הודעת עדכון מטעמם שבמסגרתה ביקשו לבטל את צו הביניים שניתן בבג"ץ 8171/09 ולדחות את העתירה על הסף. העותר, מצידו, התנגד לביטול צו הביניים ולדחיית העתירה. לדבריו, העובדה שתוכנית השכונה נכנסה לתוקף וביטלה את תוכנית בית הספר אינה גורעת מטענתו שהלכה למעשה נשללה ממנו זכות השימוע בכל הנוגע לתוכנית בית הספר, הואיל וועדת המשנה להתנגדויות סירבה לשמוע את

טענותיו, בקובעה שהיה עליו להשמיען במועד להעלאת התנגדות לתוכנית בית הספר והוא לא עשה כן.

17. ביום 27.7.2010 החליט השופט דנציגר לבטל את צו הביניים, אולם בד בבד קבע כי החלטתו בדבר איחוד הדיון בעתירות ושמיעתן יחד עם הבקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט תיוותר בעינה.

18. לאחר דיון שהתקיים במעמד הצדדים, ניתן צו על תנאי בבג"ץ 10462/09. בהחלטה בעקבות הדיון הורינו כי המשיבים יתייחסו בתשובתם גם לפגמים הנטענים בהליכי התכנון של תוכנית בית הספר (כמפורט בבג"ץ 8171/08), שכן לטענת העותרים, במסגרת הליכי התכנון של תכנית השכונה נמנעה מהם אפשרות להשמיע התנגדות להקמת בית הספר (נושא התוכנית). לבסוף קבענו כי המשיבים יתייחסו גם לצעדים שנקטו ועתידים להינקט כפועל יוצא מהטענות להפרת הצו השיפוטי בבקשה לביזיון בית המשפט.

התשובות לעתירה בבג"ץ 10462/09

19. המשיבים 1-3 בבג"ץ 10462/09 מתנגדים לצו על תנאי. לשיטתם, העתירה אינה מגלה עילה להתערב בהחלטות של מוסדות התכנון על פי אמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה. באשר לסוגיית הגישה לאדמות החקלאיות נטען, כי תושבי הכפר ממילא מנועים לפי תחיקת הבטחון מלנוע בתחומי היישוב ללא היתר, לרבות בקטע של דרך 454 שעובר לרוחבו. לכן גם אם יוסר השער החשמלי, לא יהא בכך כדי לאפשר לתושבי הכפר מעבר חופשי דרך היישוב. יתרה מזו, מאז שהוקם השער נוהגים במקום הסדרי תנועה המאפשרים מעבר של תושבי הכפר בליווי ותיאום מראש, ולאחרונה אף הוחלו הסדרי מעבר וגישה רחבי היקף מבעבר. באשר להחלטת ועדת המשנה להתנגדויות נטען, כי הוועדה שקלה לעומקן את טענות המתנגדים שלפיהן אישור התוכנית יעצים את הפגיעה ביכולת התנועה שלהם, ודחתה אותה בהחלטה מנומקת וסבירה. המשיבים 1-3 מדגישים כי הוראות התוכנית אינן קובעות הנחיות כלשהן בדבר אפשרויות התנועה בדרך 454. המניעה הקיימת נובעת משיקולי ביטחון ואינה בתחום סמכותן של רשויות התכנון. משיבים 1-3 מוסיפים כי אין למצוא פגם בהחלטת ועדת המשנה להתנגדויות לאשר את התוכנית חרף הבנייה הבלתי חוקית שנעשתה בתחומה. שיקוליה של הוועדה בעניין זה היו תכנוניים וענייניים באופיים והחלטתה בנושא סבירה. המשיבים דוחים גם את טענת העותרים שלפיה הרחבת היישוב נעשתה בחוסר סמכות ומפנים בהקשר זה להחלטות ממשלה המסמיכות להרחיב יישובים

קיימים באישורם של גורמים מוסמכים; אישור שניתן בענייננו. המשיבים 4-6 מצטרפים לעמדת המשיבים 1-3 ומוסיפים כי הבנייה בשכונת הבריכה בוצעה בידיעת משרד הבינוי והשיכון, אשר מימן את הקמת התשתיות בשכונה, וכן בעידוד המדינה.

דיון

המתווה הנורמטיבי

20. השטחים ורשויות התכנון מושא העתירות דנן נמצאים תחת משטר של "תפיסה לוחמתית" (ראו למשל: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 514-516 (2005) (להלן: עניין חוף עזה); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005) (להלן: עניין אלפי מנשה); בג"ץ 2150/07 אבו צפיייה נ' שר הביטחון, פסקה 14 (לא פורסם, 29.12.2009) (להלן: עניין כביש 443); בג"ץ 281/11 ראש מועצת בית איכסא נ' שר הבטחון, פסקה 25 (לא פורסם, 6.9.2011) (להלן: עניין בית איכסא)). בשטח הנתון ב"תפיסה לוחמתית" משמש המפקד הצבאי כ"זרועה הארוכה של המדינה", אולם אין הוא ריבון בו (עניין אלפי מנשה, שם). המפקד הצבאי שואב את גדר סמכותו משלושה מקורות עיקריים: מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי הנוגעים לתפיסה לוחמתית; מהדין המקומי השורר באזור, המורכב מהדין שהיה קיים בו עובר לתפיסה הצבאית ומחקיקה מקומית חדשה שחוקקה על-ידי הממשל הצבאי; ומעקרונות המשפט הישראלי, לרבות כללי המשפט המינהלי החלים על הפעלת סמכות על-ידי הרשויות (עניין בית איכסא, פסקה 25). אופן הפעלת שיקול דעתן של רשויות התכנון באזור כפוף לביקורת שיפוטית לפי אמות המידה שהותוו בפסיקתו של בית משפט זה, ובהן עקרונות הסבירות והמידתיות (השוו: בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 747 (2005); עניין אלפי מנשה, שם; עניין כביש 443, בפסקה 27).

21. בגדר עילת הסבירות נבחן אופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי. החלטה של רשות מינהלית היא סבירה אם היא מאזנת כראוי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים לקבלתה, דהיינו אם היא מייחסת לכל אחד מהשיקולים משקל ראוי בנסיבות העניין. החלטתה של הרשות עלולה להיות פגומה אף אם שקלה שיקולים ענייניים בלבד, אם נמצא שהאיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980) (להלן: עניין דפי זהב); בג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים, פסקה 22 (לא פורסם, 7.7.2010); עע"ם 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 30 (לא פורסם, 13.9.2010) (להלן: עניין אבן וסיד)).

הביקורת השיפוטית בגדרה של עילה זו אינה מבקשת לקבוע איזו החלטה קונקרטיית היה על הרשות לקבל בנסיבות העניין, אלא אך להגדיר מתחם של החלטות אפשריות שכל אחת מהן סבירה כשהיא לעצמה. היקף התערבותו של בית המשפט בעילה של אי-סבירות מוגבל להחלטות החורגות ממתחם זה. שיקול הדעת המינהלי מקנה לרשות, הנהנית בדרך כלל ממומחיות או מניסיון רלוונטי בתחום שעליו היא מופקדת, יכולת לבחור בין חלופות שונות שנכנסות כולן בגדר מתחם הסבירות. בית המשפט לא ישים את עצמו בנעליה של הרשות המינהלית, לא יבחן אם אפשר היה לקבל החלטה נכונה או יעילה יותר, ולא ימיר את שיקול דעתה בשיקול דעתו, ובלבד שההחלטה מצויה בגדר המתחם האמור (עניין דפי זהב, בעמ' 440; בג"ץ 4140/95 סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 49, 75 (1999)). כללים אלה נכונים גם כשמדובר בהחלטותיהן של רשויות התכנון (ראו: בג"ץ 465/93 טריידט ס.א. נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה, פ"ד מח(2) 622, 634 (1994); ע"מ 2418/05 מילגרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים, פסקה 9 (לא פורסם, 24.11.2005); ע"מ 9057/09 איגנר נ' בן נון, פסקה 20 (לא פורסם, 20.10.2010) (להלן: עניין איגנר)), ובכללן רשויות התכנון באזור.

22. לטענת העותרים, ההחלטה לדחות את התנגדויותיהם לתוכנית השכונה לוקה בחוסר סבירות משום שהיא אינה מייחסת משקל הולם לשני שיקולים: הראשון, ההכבדה שהתוכנית יוצרת, לטענתם, על גישתם לאדמותיהם; והשני, אינטרס ההרתעה נגד בנייה בלתי מורשית ושמירה על שלטון החוק מקום שהתוכנית מכשירה בדיעבד בנייה שבוצעה ללא היתר. אבחן טענות אלו לפי סדרן.

סבירות ההחלטה ביחס להשלכת תוכנית בית הספר על גישת העותרים לאדמותיהם

23. טרם שנדרש לסבירותה של החלטת ועדת המשנה להתנגדויות, יש לעמוד על מקורן של מגבלות התנועה המוטלות על תושבי הכפר. אלה מנועים מלנוע בחופשיות בתחומי היישוב, לרבות בחלק של דרך 454 העובר דרכו, מכוח ההכרזה בדבר סגירת שטח (ישובים ישראלים) (יהודה ושומרון), התשס"ב-2002 שהוצאה מכוח צו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התשל"ל-1970. בשל הכרזה זו, שטח היישוב, כפי שתוחם בצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה ושומרון) (מס' 783), התשל"ט-1979, לרבות דרך 454 העוברת דרכו, הוא שטח צבאי סגור, וכניסתם של תושבי הכפר אליו מותנית בקבלת היתר מגורמי הביטחון. יתרה מזו, השער החשמלי – החוסם את הכניסה ליישוב ממערב וניצב במקומו עוד משנת 1999 – נכלל (החל משנת 2006) בתחומו של שטח ביטחוני מיוחד (שב"מ) שהוקם מסביב ליישוב, ושכניסת

פלסטינים אליו אסורה (השוו: בג"ץ 5624/06 עיריית בית אומר נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקה 2 (31.7.2006) (להלן: עניין בית אומר)). מגבלת התנועה דרך שטח היישוב, לרבות דרך שער הברזל האמור, אינה נובעת אפוא מתחולתן של איזו מתכונות המתאר נושא העתירות דנן, כי אם מתחיקת הבטחון שמטרתה לשמור ולהגן על תושביו. כל עוד התחיקה האמורה בתוקף, תושבי הכפר מנועים מלעבור דרך היישוב. נוכח מגבלה חוקית-ביטחונית זו, העובדה שמזה שנים רבות מוצב שער ברזל בכניסה המערבית ליישוב, המונע הלכה למעשה את המעבר ממי שאינו מחזיק בהיתר מתאים, אינה מעלה ואינה מורידה. אפילו לא היה מוצב שער כזה, תושבי הכפר עדיין היו מנועים – מבחינה חוקית – לנוע בחופשיות דרך היישוב מכוח תחיקת הביטחון. יש לציין כי תחיקת הביטחון האמורה אינה עומדת לביקורת בגדרי העתירה שלפנינו, ודי בכך כדי לדחות את טענת העותרים בעניינו של השער.

24. ועדת המשנה להתנגדויות התייחסה בפירוט לטענת העותרים בדבר מגבלת הגישה לאדמותיהם. הוועדה קבעה שיש להבחין בין נושאים המצויים בתחום סמכותה, לבין אלה המצויים בתחום סמכותם של גופים אחרים, והמפקד הצבאי בכללם. לשיטת הוועדה, סמכותה מוגבלת "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" (סעיף 16 להחלטה). אכן, לאחרונה פסק בית משפט זה כי "קיומן של 'מובלעות' שטח שאינו רכוש ממשלתי והבטחת אפשרותם של בעלי הזכויות במקרקעין אלה לממש את זכותם בו הינו שיקול רלוונטי שעל גורמי התכנון לשקול בכובד ראש" (בג"ץ 8815/10 בשאראת נ' ועדת המשנה להתיישבות של מועצת התכנון העליונה, פסקה 4 (לא פורסם, 5.5.2011) (להלן: עניין בשאראת)). באותו מקרה הוגשה עתירה נגד רשויות התכנון (המשיבות 2-5 בבג"ץ 10462/09) אשר אישרו תוכנית מתאר מפורטת שייעודה הקמת שכונה חדשה ביישוב גבע בנימין שבאזור. אחת הטענות נגד התוכנית הייתה שהיא "כולאת" שתי מובלעות קרקע המצויות בבעלות פלשתינית פרטית ולא מאפשרת לבעליהן – המתנגדים לתוכנית – גישה אליהן. בית משפט זה דחה את הטענה בנימוק שוועדת המשנה להתנגדויות תיקנה את התוכנית באופן שתכלול הוראות הקובעות שלא תחסם גישה ל"מובלעות" הפרטיות לצורכי עיבודן, וש"ככל שהדבר יחייב הצבת שערים חקלאיים, הדבר יבוצע בתיאום עם גורמי הפיקוד המוסמכים וככל הניתן עם בעלי הקרקע" (פסקה 4 לפסק הדין). כמו כן התחייבה המדינה שתינתן לעותרים גישה לאותן "מובלעות" באופן שיאפשר עיבוד ראוי של האדמות החקלאיות. במצב דברים זה, לא ראה בית המשפט מקום להתערבותו בהוראות התוכנית.

25. טענת העותרים בענייננו זהה לזו שהועלתה בעניין בשאראת ומסקנתנו זהה אף היא. גם במקרה דנן הוסיפה ועדת המשנה להתנגדויות הוראה בתוכנית השכונה שלפיה "לא ייחסמו מעברים קיימים המובילים לחלקות קרקע פרטיות לצורכי עיבוד. ככל שהדבר יחייב הצבת שערים חקלאיים, הדבר יבוצע בתיאום עם גורמי הפיקוד המוסמכים" (סעיף 12 בפרק ד' לתקנון התוכנית). הוראה זו מבטיחה שלא תהיה מניעה תכנונית לעבור בתחומי היישוב.

26. מן המקובץ עולה, שתוכנית השכונה אינה אוסרת את שימושם של חקלאי הכפר בדרך 454. תחיקת ביטחון היא שאוסרת זאת. העותרים לא תקפו את הוראות תחיקת הביטחון האמורה, ודי בכך כדי לדחות את טענתם בעניין זה. כאמור, מגבלות התנועה המוטלות על העותרים מכוח תחיקת הביטחון לא הועמדו לביקורת בגדרי העתירות שלפנינו. ממילא אף לא נטען כי נפל פגם באופן הפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי. נעיר, מכל מקום ולשם השלמת התמונה, כי לעותרים ניתנת אפשרות גישה לאדמותיהם לצורך עיבודן. מזה שנים (מאז שהוקם שער הברזל) מתאפשר מעבר דרך היישוב במהלך תקופות החריש והמסיק, בכפוף לתיאום מראש עם מינהלת התיאום והקישור ובכפוף לאילוצים הביטחוניים. יתר על כן, לאחרונה – לאחר שהעניין הובא לבחינת גורמי הביטחון בעקבות הגשת העתירה (הגם שהעותרים לא פנו לגורמי הביטחון בעניין זה עובר להגשת העתירה) – מתאפשר מעבר מתואם דרך היישוב גם שלא בתקופת החריש והמסיק. ככל שהעותרים מבקשים להעמיד החלטה זו לביקורת שיפוטית, הם רשאים – כמובן – לעשות כן, ככל שתהיה עילה לכך.

סבירות ההחלטה להכשיר בנייה בלתי חוקית באמצעות תוכנית

27. "הכל מסכימים שככלל מוסד התכנון רשאי לשקול את ההגנה על שלטון החוק ואי עידודה של עבריינות" במניין שיקוליו (השופט מ' נאור בעניין איגור, פסקה 30; ראו גם: ע"ם 3319/05 פונטנה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה באר שבע, פסקה ד(8)(ב) (לא פורסם, 1.8.2005); בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקאות 51-52 (לא פורסם, 9.6.2011) (להלן: עניין פורום הערים); "בקשות לדחית דיון בהליכים פליליים בשל הגשת בקשה להיתר או לתוכנית" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 8.1150 (התשס"א)). בעניין איגור ציינתי אף אני כי ראוי לחייב את מוסדות התכנון לשקול במניין שיקוליהם את אינטרס ההגנה על שלטון החוק וליתן לו משקל הולם (ראו גם: "שינוי תוכניות של גורמים שעברו עבירות בניה" חוזר מנכ"ל משרד הפנים מס' 1/04, עמ' 11 (8.1.2004) (החוזר מנחה את רשויות התכנון

לשקול שיקול זה כעניין שבחובה)). עמדה זו עולה בקנה אחד עם התפיסה הרווחת בפסיקתנו שלפיה שיקול דעתן של רשויות התכנון אינו מוגבל להסדרת תכנון "פיזי" גרידא, ועליהן להביא בחשבון גם שיקולים בעלי אופי רחב וצופה פני עתיד, ובהם שיקולים כלכליים, חברתיים וסביבתיים (ראו: בג"ץ 2920/94 אדס, טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פ"ד נ(3) 441, 454-455 (1996); ע"מ 1446/06 הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מרכז נ' השתתפויות בנכסים בישראל בע"מ, פסקה 17 (לא פורסם, 21.9.2010); ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן ובנין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה כ"ח (לא פורסם, 10.11.2009); עניין איגנר, שם). כפי שצינתי בעניין איגנר, אינטרס ההגנה על שלטון החוק והרתעת עבריינות הוא בבחינת עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית (ראו גם: ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, פסקה 22 (לא פורסם, 9.12.2008); עניין פורום הערים, בפסקה 51). נדבך מרכזי של שלטון החוק טמון בידיעתו של כל מפר חוק כי בעשותו כן הוא צפוי לסנקציה עונשית מאורגנת מטעם החברה. הגנה על שלטון החוק מחייבת אכיפה שוויונית ובלתי שרירותית, שאחרת ייעשה החוק פלסטר, ייפגע אמון הציבור ברשויות השלטון ויישחק גורם ההרתעה מפני הפרת החוק (ראו: ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441, 456 (1993); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פסקה 27 (לא פורסם, 20.12.2010); עניין פורום הערים, שם; ראו גם: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 116-122 (2004)). עמד על כך הנשיא מ' שמגר בהתייחס לדיני התכנון והבנייה, בקובעו: "בניה שלא כדין היא לא רק תופעה, החותרת תחת התכנון הנאות של הבניה, אלא השלכותיה מרחיקות לכת יותר: היא בין התופעות הבולטות, הפוגעות בהשלטת החוק. מי שעושה דין לעצמו פוגע באופן הגלוי והברור בהשלטת החוק" (ר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד לח(1) 494, 500 (1984); ראו גם דברי השופט א' רובינשטיין לאחרונה בבג"ץ 5377/09 רגבים נ' שר הביטחון, פסקה (ז) (לא פורסם, 10.8.2011) (להלן: עניין רגבים)). מטעמים אלה, שומה על מוסדות התכנון להקנות לעקרון השמירה על שלטון החוק משקל ראוי והולם בין יתר השיקולים הנשקלים על ידם.

28. בצד זאת, שיקול זה לעולם אינו השיקול היחיד. פגיעה בשלטון החוק, אפילו היא פגיעה חמורה, לא תגרור אחריה מניה וביה פסילה של המעשה המינהלי. על מוסד התכנון להפעיל את שיקול דעתו על יסוד מכלול השיקולים הפרטיקולאריים שלפניו, כשאינטרס ההגנה על שלטון החוק – מבלי לגרוע מעוצמתו – הוא אך אחד משיקולים אלה. אופן הפעלת שיקול הדעת, כמכלול, הוא שנתון לביקורת שיפוטית בהתאם לאמות המידה המקובלות (עניין איגנר, שם; עניין פורום הערים, בפסקה 52 סיפה). כיצד תיערך מלאכת האיזון בין אינטרס השמירה על שלטון החוק לבין השיקולים

האחרים? מתווה עקרוני להפעלת שיקול הדעת בהקשר זה מצוי בדברי השופטת מ'

נאור:

"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" (עניין איגנר, בפסקה 30; ראו גם עניין פודוס עדים, בפסקה 111).

29. בענייננו שקלה ועדת המשנה להתנגדויות שיקולים מזה ומזה. תחילה התייחסה הוועדה לבנייה בלתי חוקית מחוץ לגבולות התוכנית. המתנגדים טענו כי התוכנית לא סימנה מבנים שנבנו ללא היתר להריסה ובכך תרמה לפגיעה בבעלי הקרקעות שעליהן נבנו הבניינים הללו. הוועדה קיבלה טענה זו באופן חלקי, ואימצה הוראה בתוכנית המתנה הוצאת היתרי בנייה בהריסת כמה מבנים שנבנו מחוץ לתחום התוכנית (סעיפים 30-32 להחלטה). לאחר מכן התייחסה הוועדה לטענה בדבר בנייה בלתי חוקית בתוך גבולות התוכנית. בהקשר זה ציינה הוועדה כי היא מייחסת משקל רב לאינטרס השמירה על שלטון החוק והרתעה מפני עבריינות בנייה, אולם באיזון הכולל בין שיקול זה לשיקולים הרלוונטיים האחרים, הכף נוטה לקיום דיון ענייני בתוכנית לגופה חלק פסילתה באופן גורף. הוועדה נימקה כדלקמן:

"40. אכן, במתחם הנדון בוצעו עבודות בנייה בלתי חוקיות, עובדה שהצריכה ועדה זו לבחון את הבינוי האמור בחינת עומק. אולם, לנוכח היקף הבינוי המוצע בתוכנית שבפנינו, ניכר כי רק חלק מתוכנית זו מומש בפועל, ולפיכך, אין בפנינו מצב שבו קידום התוכנית מתבקש כמעין 'חותמת גומי' לפעולות הבינוי הבלתי חוקיות. כמו כן, מעיון בתשריט התוכנית ובתצלומי אוויר, עולה כי חלק מעבודות הבינוי והפיתוח המוצעות בתוכנית דנן שונה מעבודות הבינוי והפיתוח שבוצעו בפועל. על כן, אין התוכנית שבפנינו "מעתיקה" את דפוסי הבנייה

הבלתי חוקית שכבר בוצעה. יתר על כן, מרבית מהמבנים שנבנו בתחום התוכנית ואינם תואמים להוראותיה, סומנו כמבנים להריסה. אין חולק, כי יש להשלים סימון זה, ולסמן את כלל המבנים במגרש מס' 403, אשר אינם תואמים את הייעוד הקיים, כמבנים להריסה.

נזכיר, כי בדברינו בפרק ה.2 לעיל, התייחסנו גם לקיומה של בנייה בלתי חוקית מחוץ לגבולות התוכנית, תוך שאנו קובעים הוראות תכנוניות שמטרתן ליתן ביטוי להסתייגותנו מבינוי זה, ולא נחזור על הדברים.

41. בטיעונים אלה יש כדי להצדיק, לדידנו, קיום דיון ענייני בתוכנית הנדונה, על אף הבניה הבלתי חוקית בתחומה. בבחינת כלל השיקולים הצריכים לעניין, ותוך שאנו נותנים דעתנו לעבודות הבינוי הבלתי חוקיות במקום ולשיקולים הנוגעים לשמירה על שלטון החוק, על רקע הצדקותיה התכנוניות של התוכנית, לא מצאנו כי יש לדחות את התוכנית אך בשל טענות המתנגדים בנושא זה. כל זאת, תוך שאנו עומדים על הוראות התוכנית, ותוך סימון המבנים אשר הוקמו בתחום התוכנית ובאופן שאינו תואם את ייעודה כמבנים להריסה.

30. נוסף לשיקולים אלה, הוסיפו המשיבים 1-3 כי תנאי הטופוגרפיה הבעייתיים ביישוב טלמון, כוללים שיפועים תלולים שבעטיים אזורים נרחבים ביישוב אינם ניתנים לפיתוח בעלות סבירה (סעיפים 67-68 להחלטה); וכי נוכח מיקומו של הכביש וערכי טבע ונוף, לא ניתן היה להקים את השכונה בצמוד לשכונה הצפון מערבית ביישוב (נושא תוכנית 235/1). עוד הוסבר כי תוכנית השכונה מייעדת שטחים רבים לייעור ולשמורת טבע – שיקול תכנוני נוסף שהובא בחשבון (סעיפים 48-56 להחלטת הוועדה). יש גם לציין כי בעוד שבמועד אישור התוכנית היו בנמצא 56 בתים שנבנו ללא היתר, הרי שהתוכנית שאושרה בפועל אינה נועדה אך להכשרת המצב הקיים. היא כוללת תכנון רחב במידה משמעותית מכך בהתירה לבנות כ-300 בתים באזור השכונה ולהרחיב את היישוב במידה ניכרת.

31. נוכח מכלול השיקולים הללו, המשיבות 2-3 סבורות כי ההחלטות לדחות את ההתנגדות התקבלו משיקולים תכנוניים ענייניים, וכי גם אלמלא קיומה של בנייה בלתי חוקית, יש להניח בסבירות גבוהה ביותר כי שכונה חדשה הייתה מוקמת במיקום שנקבע בתוכנית. לתמיכה בטענה אחרונה זו, הגישו המשיבים 4-6 לעיוננו תוכנית אב מתארית (שאינה סטטוטורית) ליישוב שהוכנה עוד בשנת 1992, עובר לתחילת הבנייה הבלתי חוקית בשכונת הבריכה. תוכנית האב ייעדה חלקים נרחבים משטחי שכונת גבעת הבריכה (נושא התוכנית דנן) לבנייה למגורים – חלק לבנייה צמודת קרקע וחלק

לבנייה רוויה. הגם שאין חולק כי תוכנית אב אינה מחייבת את המשיבות 2-3 והיא נעדרת מעמד משפטי מחייב (כפי שציננה הוועדה בסעיף 66 להחלטתה), עדיין יש בה כדי להעיד ששנים מספר לפני שהחלה בנייה כלשהי בשכונת הבריכה, הוועדה המיוחדת ייעדה את אותו השטח לבנייה למגורים. תוכנית האב מצטרפת אפוא למכלול השיקולים שמנתה הוועדה ותומכת בטענת המדינה שלפיה תוכנית הבריכה לא נועדה אך להכשיר בנייה בדיעבד, וכי שיקולים תכנוניים ענייניים עמדו בבסיס קבלתה.

32. לית מאן דפליג כי נבנו בשכונת הבריכה לפחות 56 יחידות דיור בלא שאושרה קודם לכן תוכנית מפורטת וממילא בלא שניתנו היתרים לבנייתם. בנייה בנסיבות אלו פוגעת פגיעה קשה בשלטון החוק. אישורה בדיעבד מכרסם בכושר ההרתעה של רשויות האכיפה ובאמון הציבור במוסדות השלטון. הוא עלול לעודד עבריינות בנייה ועלול להשתמע ממנו מסר של "יצא החוטא נשכר". קשה להפריז במשקלו של אינטרס השמירה על שלטון החוק בנסיבות מעין אלו. להשקפתי, במצב דברים זה, החלטה לדחות את התכנית מטעם זה בלבד, אם הייתה מתקבלת, הייתה מצויה בגדרי מתחם הסבירות. אולם, כאמור, הסמכות לקבל הכרעה מסורה לרשות התכנונית. ראינו כי זו שקלה – בצד השיקול של שלטון החוק – את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, באופן שעולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה. היא עמדה על הטעמים המבטחים כי יסודה של התכנית בשיקולים תכנוניים ענייניים וכי התכנית אינה אך בגדר "חותמת גומי" לבנייה החלקית שבוצעה שלא כדין. היא הוסיפה וציננה כי מבנים שנבנו בתחום התוכנית ואינם תואמים להוראותיה, יסומנו כמבנים להריסה; ואף התנתה הוצאת היתרי בנייה בהריסת מבנים שנבנו מחוץ לתחום התוכנית. בהתחשב במכלול השיקולים אלה, הרי שעל אף הקושי הנעוץ באישור התכנית נוכח הטעם שעליו עמדנו, אין בידי לקבוע – על רקע פסיקתו של בית משפט זה בענין איגור ודפוס הביקורת השיפוטית שנקבע – כי החלטת האישור חורגת ממתחם הסבירות.

סוגיות נוספות

33. העותרים טענו בתגובתם מיום 15.9.2011, כי לא ניתן אישור שר הביטחון לתוכנית השכונה כנדרש, ולפיכך מדובר בפעולה בחריגה מסמכות. לא מצאנו בטענה ממש. במכתבו של עוזר שר הביטחון מיום 16.3.2009 (נספח מס' 2 להודעת המשיבים 1-3 מיום 15.8.2011) צוין במפורש, ביחס לתוכנית השכונה, כי "התכנית מאושרת כמכלול", והמינהל האזרחי הונחה להוסיף הערה בעניין זה לתקנון התוכנית.

34. העותרים אף מעלים טענות נגד חוקיות החלטותיהן של רשויות התכנון באזור בדבר הרחבת היישוב – החלטות המנוגדת, לפי הטענה, לכללי המשפט הבינלאומי המנהגי. טענה זו של העותרים נגזרת ישירות מסוגיית עצם חוקיות הבניה בהתנחלויות בראי המשפט הבינלאומי המנהגי. לא אחת נפסק כי בית משפט זה לא יידון בעתירה אשר "מתייחסת לנושאי מדיניות השמורים לזרועות אחרות של הממשל הדמוקרטי, והיא מעלה נושא שהסממנים המדיניים שבו הם דומינאנטיים וגוברים בעליל על כל קטעי-הקטעים המשפטיים שבו" (הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210, 215 (1993); ראו גם: בג"ץ 3125/98 עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נה(1) 913, 916 (1999); בג"ץ 10042/04 נירית – יישוב כפרי קהילתי נ' שר הבטחון, פסקה 6 (לא פורסם, 21.2.2005) (עניין חוף עזה, בעמ' 556 והאסמכתאות המובאות שם)). גם בענייננו, לא ראיתי לסטות מהכרעות קודמות של בית משפט זה שלפיהן לא יידרש לשאלות הנוגעות לעצם חוקיות ההתנחלויות בראי המשפט הבינלאומי המנהגי, מטעמי אי שפיטות מוסדית.

35. בהחלטה מיום 7.9.2010 ביקשנו התייחסות לשני עניינים נוספים: האחד, טענת העותרים לפגמים שנפלו בהליכי התכנון של תוכנית בית הספר, ושלטענתם נמנעה מהם האפשרות להתנגד להם; והשני, הצעדים שננקטו ביחס לטענות להפרת צו הביניים על ידי המשיבים 3-5.

36. באשר לעניין הראשון, עיון בפרוטוקול ועדת המשנה להתנגדויות מיום 13.9.2009 אכן מלמד שהוועדה סירבה לשמוע טענות על פה "שעניינן תכניות קודמות", ובענייננו תוכנית בית הספר (עמ' 2 לפרוטוקול). תוכנית זו בוטלה, כאמור, עם כניסתה של תוכנית השכונה לתוקף. בפועל, ועל כך אין חולק, כל הטענות שהעלו המתנגדים בכתב בהתייחס לתוכנית השכונה נדונו באריכות, וכפי שקבענו לעיל, לא מצאנו יסוד להתערב בהחלטת הוועדה. העותרים אינה מפרטים אלו טענות קונקרטיות ביקשו להעלות בעל פה נגד תוכנית בית הספר שלא נדונו לגופן (בנפרד מההשלכה שיש להקמת בית הספר, כמו גם לאישור תכנית השכונה על גישת העותרים לאדמותיהם החקלאיות שאכן נדונה לגופה). במצב דברים זה, דין טענתם להידחות. כידוע, דוקטרינת הבטלות היחסית מבחינה בין עצם הכלל המשפטי המחייב את הרשות לבין הסעד שיינתן על ידי בית המשפט בגין הפרתו (ראו: בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 304 (1994); ע"מ 3493/08 שחמון נ' רשות הרישוי המקומית לתכנון ולבניה תל אביב יפו, פסקה 17 (לא פורסם, 13.12.2010); דפנה ברק-

ארז משפט מינהלי כרך ב 814-815 (2010)). בענייננו, משלא הציגו העותרים טענות נגד תוכנית בית הספר שלא נדונו לגופן, דין עתירתם לביטול התכנית מטעם זה להידחות.

37. באשר לעניין השני, כפי שנפסק לא אחת, הליך לפי פקודת בזיון בית משפט "אין הוא עונשי במהותו, ומטרתו העיקרית להביא לאכיפת ההחלטה השיפוטית במבט צופה עתיד" (רע"א 3888/04 שרבט נ' שרבט, פ"ד נט(4) 49, 57 (2004); ראו גם: רע"פ 7148/98 עדרא נ' זלזניאק, פ"ד נג(3) 337 (1999); (בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פסקה 14 (לא פורסם, 17.5.2010)). העבודות נושא בקשת הביזיון בוצעו לפי היתר שהוצא מכוח תוכנית בית הספר. הואיל ואין חולק שתוכנית זו בוטלה עם כניסת תוכנית השכונה לתוקף, ובהמשך הוצא היתר בניה מכוח תוכנית השכונה; ובהתחשב בכך שבתשובת המשיבים 3-5 לבקשת הביזיון נטען כי עבודות הבניה באתר הופסקו באותה עת ועוד לפני שהוגשה בקשת הביזיון (סעיף 23 לתגובה מיום 23.3.2010); והואיל ומצאנו כי אין מקום להתערב בהחלטת רשויות התכנון, אנו סבורים כי הדיון בבקשה התייתר. אין באמור כדי למנוע נקיטת צעדים על ידי הרשויות המוסמכות נגד מי שיימצא שהפר את הצו; אולם נושא זה חורג מגדרה של העתירה הנוכחית.

סוף דבר

38. לו תישמע דעתי, הצו על תנאי שניתן יבוטל, והעתירות יידחו. בנסיבות העניין לא ייעשה צו להוצאות.

שופט

הנשיאה ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק-דינו של חברי השופט ע' פוגלמן. כמפורט בהרחבה בפסק-דינו אכן נפלו פגמים בהליכי התכנון, וההכשרה בדיעבד של שכונה בנויה מעוררת קשיים שאינם מבוטלים. עם זאת אין הפגמים המנויים שנפלו בהליכים יורדים לשורש סמכותם של מוסדות התכנון באופן המצדיק ביטול החלטותיהם; לכך יש להוסיף כי גם בשל הנתונים הקונקרטיים, בעיקר הטופוגרפיה, הנוגעים לשכונה המתוכננת, עליהם עמד חברי, אין בהחלטה המאשרת את התכנית פגם מהותי מן הסוג המצדיק את ביטולה. לפיכך, לא ראינו להתערב בהחלטה הנדונה. אשר לגישת בעלי הקרקעות

לאדמותיהם החקלאיות שנכלאו בין השטחים התפוסים שהם אדמות מדינה, הרי על המפקד הצבאי להבטיח כי תתאפשר הגישה הנדרשת בעונות החקלאיות המתאימות, באופן שיגן הן על ביטחונם של מעבדי החלקות והן על התושבים בשוב ללא חיכוך ובלא פגיעה בתושבים משני עברי החלקות.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה-לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, כ"ג בחשוון התשע"ב (20.11.2011).

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה

ה נ ש י א ה