

בעניין שבין:

מקלדה סאפי ואח'

ע"י עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או סאוסן זהר

ו/או עאדל בדיר ו/או עביר בכר ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או עלאא מחאגינה

ו/או חנין נעאמנה

מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

רח' יפו 94, ת.ד. 8921 חיפה 31090

טלפון 04-9501610, פקס: 04-9503140

העותרים

נ ג ד

- 1. הועדה המחוזית לתכנון ולבניה – מחוז צפון**
- 2. ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה**

ע"י פרקליטות מחוז חיפה

עו"ד פיילס - שרון

- 3. הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים**

ע"י עו"ד נירית אהרון

רח' אוסישקין 26 ירושלים

- 4. קרן קיימת לישראל**

ע"י עו"ד י. פסטרנק

רח' קק"ל 1 ירושלים

המשיבים

סיכומים בכתב מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 26.10.2020, מתכבדים בזאת העותרים להגיש את סיכומיהם בתיק דן כלהלן:

רקע כללי וסיכום השאלות שבמחלוקת:

1. כבר בפתח הדברים יסכמו העותרים, כי התוכנית הנדונה פוגעת בזכות הקניין, פוגעת בעקרונות השוויון, איננה מתבססת על תשתית עובדתית נכונה ולתכלית בלתי ראויה.

2. התוכנית נשוא התיק דנן, תוכנית מתאר מקומית - מחוזית ג/1209, גן לאומי הר שוקף (להלן: "התוכנית" או "תוכנית המתאר") החלה בייעוד שטחים נרחבים (3.4123 דונם) הסמוכים לשטח שיפוט כפר דאליית אלכרמל, לגן לאומי ויער קיים. בדברי ההסבר לתוכנית צויין, כי מבין עיקרי הנימוקים לצירוף השטח לפארק הכרמל "התגברות האינדיבידואליזם לפיתוח השטח [...]" (ההדגשה לא במקור) (דברי ההסבר לתוכנית. נספח ע/7 לעתירה עמוד אחרון)

3. מטרת התוכנית נקבעו בהוראותיה כלהלן:

א. ייעוד שטחים להנאת הציבור בדורנו ובדורות הבאים על-ידי שמירת נוף הכרמל על כל מרכיביו ואופיו, ושמירת הערכים הטבעיים, הארכיאולוגיים, ההיסטוריים והתרבותיים הכלולים בו;

ב. ייעוד שטחים לגן לאומי על-פי חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח – 1998;

ג. קביעת התכליות המותרות בגן לאומי;

ד. ייעוד שטחי יער נטע-אדם קיים על-פי תכנית מתאר ארצית ליער וליעור (להלן: "תמ"א 22");

ה. קביעת התכליות המותרות ביער נטע-אדם קיים. (ראה נספח ע/7 לעתירה)

4. לאחר הליכי התנגדויות ועררים, ולאחר הגשת העתירה דנן, הובהר על ידי המשיבים, כי שטח של 881 דונם, אשר הנו חלק מאזור הנקרא נחל בוסתן, הוצא משטח התוכנית ונשאר בייעודו החקלאי. השטחים הנ"ל אשר הוצאו מגבולות התוכנית הנם בבעלות פרטית ומשמשים את בעליהם לחקלאות. כתוצאה מהקטנת שטחה של התוכנית הוצאו חלק מחלקות העותרים אל מחוץ לגבולותיה. ומה שנשאר בתוך גבולות התוכנית הן החלקות להלן (להלן: "החלקות"):

העותרים	החלקות
1-6	חלקות 56, 67, 69 בגוש 11515
10	חלקה 55 בגוש 11515 חלקה 58 בגוש 11515 התבקש בית המשפט הנכבד להכלילה בעתירה מאחר והיא לא נכללה כנראה מחמת טעות, אך טרם התקבלה החלטת בית המשפט הנכבד לגביה.

11	חלקה 6 בגוש 11525
15	חלקה 39 בגוש 11517
17-19	חלקה 66 בגוש 11515
21-22	חלקה 3 בגוש 11525
24	חלקה 5 בגוש 11525

5. החלקות הנ"ל אשר נשארו במחלוקת בין הצדדים כולן בבעלות פרטית, משמשות את בעליהן לחקלאות, כתוצאה מהיותן שטח פרטי לא יהיו נגישות למטיילים באזור והלכה למעשה הן לא ישמשו לקיום מטרות התוכנית (פארק לאומי ויער) בכל צורה שתהא. יתירה מכך, החלקות הנ"ל נמצאות בצמידות דופן לגבולות התוכנית ולאזור אשר הוצא ממנה וחלק מהן אף צמודות דופן לשטח שיפוט דאליית אלכרמל כמובהר במפה הנ"ל. כך שהוצאתן משטח התוכנית, כפי שיובהר להלן, לא יגרום כל נזק למשיבות ולא יעכב או יגרע מקיום מטרות התוכנית כפי שאלה נקבעו בהוראותיה. נהפוך הוא, הכללתן בשטח התוכנית מהווה פגיעה בזכויות יסוד ולא עומדת בפסקת ההגבלה כפי שיוסבר בהמשך. (ראה מפת התוכנית לאחר התיקונים ואשר צורפה לתגובה מטעם המשיבה מס' 2 רשות שמורות הטבע והגנים הלאומיים לעתירה)

(רשות שמורות הטבע והגנים הלאומיים הפכה להיות המשיבה מס' 3 לאחר צירוף הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – חיפה לכן תיקרא להלן: "המשיבה מס' 3")

תשתית תכנונית:

6. אזור התוכנית בכלל וחלקות העותרים הנ"ל בפרט אינן מיועדות על פי תוכניות מתאר ארציות או מחוזיות (תמ"א 35, תמ"א 8, ג/400, ג/566 ותמ"מ 6 המופקדת) לפארק לאומי או שמורת טבע. נהפוך הוא, החלקות הנ"ל מיועדות על פי תכניות מתאר מחוזיות דווקא לחקלאות וקיים בהן פוטנציאל פיתוח לפי תמ"א 35 – תכנית מתאר ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור.

7. תוכנית ג/400 - תוכנית מתאר לשטח הגלילי לתכנון עיר, הנה תוכנית הקובעת ייעודי קרקע בשטים גליליים במחוז חיפה. התוכנית פורסמה למתן תוקף בשנת 1963 ולפיה, השטח נשוא העתירה מיועד ברובו המכריע לחקלאות, כולל החלקות בגדר המחלוקת הנ"ל. (ראה נספח 1/ע לעתירה). על כך אין מחלוקת בין הצדדים. בסעיף 18 לתגובת המשיבה מס' 3, פסקה אחרונה, מבהירה רשות שמורות הטבע והגנים, כי:

"השטח מוכרז כקרקע חקלאית. ההכרזה פורסמה בילקוט פרסומים 3504 מיום 30.11.1987. התכנית המפורטת החלה על השטח היא ג/400, המייעדת אותו ברובו כקרקע חקלאית, פרט לשטחים מועטים המיועדים בתכנית האמורה ליער" (ההדגשה במקור)

8. תוכנית ג/566 – ייעוד שטח לגן לאומי ושמורות טבע על הר הכרמל, אשר אושרה בשנת 1969 ייעדה שטחים נרחבים ביותר על הר הכרמל לשמורת טבע וגן לאומי. תוכנית זו השאירה, את שטח התוכנית דנו, כולל החלקות הנ"ל מחוץ לגבולותיה, תוך הבנה, כי זהו אפיק התפתחות העתידית העיקרי של דליית אלכרמל. (ראה נספח ע/2 לעתירה).

9. תמ"א 35 – תוכנית מתאר ארצית משולבת לבניה, לפיתוח ולשימור, על פי תוכנית זו אין האזור נשוא עתירה זו, דהיינו שטח תוכנית ג/1209 כלול ב"שמורות וגנים". עיון בתשריט המרקמים של תמ"א 35 מסיר כל ספק מכך, כי אף לפי ראייה תכנונית ארצית, אין האזור אמור להתפתח כגן לאומי כאמור וכי הוא נשאר כאפיק התפתחות לדליית אלכרמל (ראה נספח ע/4 לעתירה).

10. לעניין זה מבהירה המשיבה 3 כי "שטח התוכנית מוגדר בתמ"א 35 כחלק ממרקם "שמור משולב". ואכן על פי תמ"א 35 אזור זה יכול להיות אזור לפיתוח מבוקר בתנאים אשר נקבעו בהוראות סעיף 7.4 לתוכנית אשר קובעות בין היתר:

"תוכנית מתאר מחוזית לתוספת שטח לפיתוח במרקם שמור משולב תופקד רק אם התקיימו התנאים הבאים: [...]"

1. שקל מוסד תכנון את הפיתוח המוצע בהתחשב בצורך בשימור ערכי טבע, חקלאות, נוף, מורשת ורציפות השטחים הפתוחים, ובמגמה להבטיח פיתוח מוגבל במרכז הארץ ופיתוח נרחב יותר באזורי פריפריה.

2. אין בפיתוח שינוי מהותי של אופי האזור.

3. הוצגה בפני מוסד תכנון סקירה של שטחים הכלולים בתחום אזור התכנון (או באזור אחר על פי גבולות שיקבע) ומיועדים לפיתוח בתכנית תקפה ואינם מיועדים לבינוי בתכנית מקומית, והשתכנע מוסד תכנון על סמך סקירה זו כי יש הצדקה לתוספת שטח לפיתוח.

4. בתכנית שעיקרה תוספת שטח למגורים, השתכנע מוסד תכנון בצורך בהרחבה לאחר שהוצג בפניו תזכיר מיצוי עתודות קרקע.

"[...]"

11. היות והוראות תוכנית מתאר ארצית הן כדבר חקיקה לא היה צורך לצרפן לעתירה יחד עם הקטע הרלוונטי מתשריט תמ"א 35 אשר צורף כנספח ע/4 לעתירה. הוראות תמ"א 35 מצורפות לסיכומים אלה מטעמי נוחות **כנספח א'.**

12. העובדה כי האזור שבמחלוקת איננו מיועד על פי תמ"א 35 ל"שמורות וגנים" והעובדה כי הוראות התמ"א הנ"ל מאפשרות פיתוח באזור מדברות בעד עצמן בעניין הזה. המסכנה המתבקשת היא, כי התוכנית נשוא העתירה מנוגדת לתמ"א 35 אשר כן משאירה אופציה של פיתוח האזור למטרות מגורים או תעסוקה או אחר.

13. יתירה מכך, אף תמ"א 8 - תוכנית מתאר ארצית לגנים לאומיים, שמורות טבע ושמורות נוף, איננה מייעדת את שטח התוכנית דנו, כולל החלקות הנ"ל לגן לאומי או שמורת טבע. בתמ"א 8 נקבע גודלו של אזור שמורת טבע, גן לאומי ושמורת נוף הכרמל, שעל הרי הכרמל בשטח גדול ביותר של 84,000 דונם. רוב שטח התוכנית דנו מהווה חריגה מתמ"א 8 הנ"ל וחולש ברובו המכריע על שטחים אשר היו מיועדים ערב התוכנית דנו כשטחים חקלאיים. (ראה נספח 6/ע לעתירה והמפה אחרי עמ' 7 לעתירה) עובדה זו אף היא איננה שנויה במחלוקת בין הצדדים (ראה סעיף 23 לתשובה לעתירה מטעם המשיבה 3 רשות שמורות הטבע והגנים הלאומיים).

14. אף תמ"מ 6 – תוכנית מתאר מחוזית מחוז חיפה, המופקדת, איננה מייעדת את השטח שבמחלוקת ל"שמורת טבע" או "גן-לאומי" או "יער ויעור" או אפילו "שמורות נוף" והיא מייעדת אותו כשטח "פתוח/חקלאי מוגן" ראה גם סעיף 18 לתגובת המשיבה מס' 3. (ראה נספח 5/ע לעתירה). יחד עם זאת נציין כי תוכנית זו טרם קיבלה אישור סטטוטורי והיא כפופה לשינויים כתוצאה מהדיונים בהתנגדויות הרבות אשר הוגשו כנגדה.

הטענה בדבר שינוי חזית:

15. בתגובתה לטיעונים המשלימים, טוענות המשיבות 1-2 לשינוי חזית על ידי העותרים בכל שהם העלו בטיעונים המשלימים טענות חדשות אשר לא בא זכרן בכתה העתירה. אולם, וכזכור, בדיון המקדמי אשר התנהל בתיק דנו הבהירה ב"כ העותרים, בין היתר, כי:

"קיבלנו את המפות והתכניות החדשות לפני מספר ימים,
הדבר מצריך בדיקות, בירורים והתייעצות, לכן נבקש להגיש
השלמת טיעונים לאחר בדיקת כל החומר."

16. החלטת בית המשפט הנכבד בדבר השלמת טיעונים התקבלה ברוח דברים אלה. יצוין כי מהחלטת ועדת הערר לא היה ברור אם חלקות העותרים יישארו בגבולות התוכנית אך ייועדו לחקלאות או יוצאו כלל מגבולותיה. הסברה היתה כי משמעות החלטת ועדת הערר הינה כי שטחים אלה יישארו בגבולות התוכנית וייועדו לחקלאות (ראה סעיף 29 לעתירה). עניין זה הוברר כאמור אך ורק מתגובת המשיבות לעתירה ומתשריט התוכנית המתוקן אשר נמסר לעותרים יחד עם התגובה ואשר עד ליום הגשת העתירה לא היו נגישים לעותרים בטענה כי טרם הושלמו (ראה סעיף 34 לעתירה).

17. אי לכך, ברור הוא כי נושא השלמת הטיעונים עלה כתוצאה מחומרים חדשים שהתקבלו במסגרת תגובות המשיבות לעתירה, וכך אכן נעשה. השלמת הטיעונים התבססה, בין היתר, על העובדה כי חלק מהחלקות הוצא מגבולות התוכנית ועל המשמעויות המשפטיות לכך לגבי שאר חלקות העותרים אשר הוחלט להשאירן בגבולות התוכנית.

18. הטיעונים המשלימים והטיעונים בגוף עתירה, נשאו, לאחר תיקון התוכנית, תקפים לגבי העותרים והחלקות בטבלה הנ"ל. אי לכך לא היה צורך בתיקון העתירה כפי שנטען על ידי ב"כ המשיבות 1-2 וברור הוא כי הטיעונים המשלימים והמשך ההליך הוא לליבון הסוגיות העולות לגבי החלקות אשר הושארו בשטח התוכנית. מחיקת או אי מחיקת שמותיהם של העותרים אשר חלקותיהם הוצאו מגבולות התוכנית הנו עניין טכני בלבד אשר לא אמור להשפיע על המשך הדיון וההחלטה בעתירה דנן.

החלטה שרירותית – איננה נסמכת על תשתית עובדתית נכונה:

19. מהחלטת המשיבה מס' 1 בעררים ונימוקיה, ניתן להסיק, כי דו"ח "הצעה להסדרת מעמד השטחים שבין הגן הלאומי והכפרים הדרוזים בכרמל" שחובר על ידי שאול עמיר ואמיתי הרלב (להלן: "דו"ח שאול עמיר") היווה את הבסיס לתוכנית המתאר נושא העתירה דנן ולהחלטות במהלך הדיונים בהתנגדויות ובעררים. יחד עם זאת, הדו"ח הנ"ל לא היווה כלל חלק ממסמכי התוכנית כפי שעולה מהוראותיה (נספח ע/7 לעתירה). דהיינו, המערערים לא יכלו לדעת על קיומו ברגע שצילמו את התוכנית והגישו את התנגדויותיהם.

20. העותרים יטענו, כי היות ודו"ח שאול עמיר לא היווה חלק ממסמכי התוכנית, אין המשיבה מס' 1 יכולה לסמוך עליו בהחלטתה ואין הוא יכול להוות את הבסיס להחלטה זו. יתירה מכך, לדו"ח שאול עמיר אין כל מעמד סטטוטורי, איננו בבחינת תוכנית סטטוטורית מחייבת, איננו דו"ח אשר נעשה על פי דין ועל כן איננו בגדר דו"ח מחייב.

21. יתירה מכך, דו"ח שאול עמיר חובר בשנת 1999, וכפי שהבהירה ב"כ המשיבה מס' 2, דו"ח זה בא כ"הצעה להסדרת מעמד השטחים שבין הגן הלאומי והכפרים הדרוזים בכרמל" אשר הוגש לוועדת ההיגוי הבינמשרדית לתכנית האב ותכנית המתאר לדלית אלכרמל.

22. כפי שהובהר בטיעונים המשלימים, דו"ח זה יצר מחלוקת חריפה ביותר בין מועצה מקומית דליית אלכרמל (דאז) והועדה הבינמשרדית ולבסוף הוא נדחה על ידי המועצה המקומית הנ"ל וההצעה לא יצאה אל הפועל.

23. על אף זאת, מנסים המשיבים במסגרת התוכנית, להשתמש בדו"ח שאול עמיר, על מנת להטיל מגבלות על האזור, ובין היתר להרחיב את שטח הפארק הלאומי על חשבון חלקות העותרים הנ"ל.

24. העותרים יוסיפו לעניין זה כי היות ומימצאי דו"ח עמיר ישנים הם ולרוב אינם רלוונטיים למצב הקיים כיום בשטח, מן הראוי היה כי המשיבים יבדקו את מצב הנתונים העדכני ויבדוק את המצב נכון להיום על מנת שמידע זה יהווה בסיס נתונים עובדתיים עדכני.

25. העותרים יטענו, כי החלטת המשיבה מס' 1 הנ"ל וכן החלטת הועדה המחוזית לתכנון ולבניה התקבלה ללא שהתבססה על תשתית עובדתית ראויה עובר לקבלת ההחלטה. על כן, ההחלטות בעניין זה מנוגדות באופן מוחלט לכללי המינהל התקין ולעקרונות הבסיסיים של המשפט המינהלי.

26. אי הסתמכות על מימצאים עובדתיים נכונים ועדכניים הנו חמור במיוחד היות ועניין לנו בהעברת קניין פרטי לשטחי פארק לאומי, תוך כדי פגיעה בזכות הקניין כאמרו.

27. הלכה פסוקה היא שהחלטתה של רשות מנהלית שהתקבלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין וללא תשתית עובדתית ראויה, הינה החלטה שרירותית שדינה פסלות. בפרשת **ברגר** נקבע כי:

"ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית...תהליך קבלת ההחלטה על ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה) בבדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף סיכום ההחלטה המנומקת."

בג"צ 297/82 **ברגר נ' שר המשפטים**, פ"ד לז(3) 29, 48-49 (1983).

28. ראה גם עניין **יורנט קווי זהב** שבה חידד ופירט בית משפט נכבד זה את המרכיבים החיוניים והמחייבים של התשתית העובדתית עובר לקבלתה של החלטה מינהלית (בג"צ 987/94 **יורנט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, 423 (1994))

ראה לעניין זה גם:

בג"ץ 5277/96 **חוד, חברה לתעשיות מוצרי מתכת בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד נ(5) 854, 863 (1997)

בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 602 (1998)
בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 230-229 (2000)
בג"ץ 1149/95 ארקו תעשיית חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נד(5) 547 (2000)
בג"ץ 1438/98 התנועה המסותרת נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 368-369 (1999)
בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 775 (1999)

29. יתירה מכך, מעיון בדו"ח שאול עמיר הנ"ל, ומבלי להסכים לאמור בו ולמימצאיו כמובן, עולה כי מחברי הדו"ח אף הם לא הציעו לצרף חלק ניכר מהאזור שבמחלוקת לשטח הפארק הלאומי. כך למשל, כלל השטח הצמוד לצד המערבי של שטח שיפוט דאליית אלכרמל, ואף שטחים אשר הוגדרו על פי דו"ח שאול עמיר כבעלי רגישות סביבתית 2 או אפילו 1, הוצע כי אלה יהפכו לשטחי תיירות אקסטנסיבית ולא הוצע כי אלה יועברו לשטח הפארק. שטחים אחרים הוצעו על ידי שאול עמיר כי יעברו לשטחי הפארק. יתירה מכך, גם העובדה כי דו"ח שאול עמיר אף הציע כי כיון צפון מערב משטח שיפוט דאליית אלכרמל "הוא המועדף לפיתוח בטווח הארוך" סעיף ב בעמ' 19 לדו"ח שאול עמיר) לא נלקחה בחשבון על ידי המשיבות.

מצ"ב העתק דו"ח שאול עמיר אשר העתק מחלק ממפותיו צורף לטיעונים המשלימים מטעם העותרים כנספח ב'.

30. יוצא, כי המשיבות בחרו ללקט מדו"ח עמיר את מה שנוח להן על מנת להגיע לתוצאה בה חפצו ואת מה שהם חושבים שישרת את האינטרס של אי פיתוח היישוב דאליית אלכרמל לכוון מערב והרחבת הפארק הלאומי על חשבון הקרקעות הפרטיות של העותרים. המשיבות התעלמו מכך כי אמנם הדו"ח הציע להרחיב את שטח הפארק, אך רוב השטח המוצע כיום בתוכנית לא הוצע על ידי דו"ח עמיר להרחבת הפארק אלא כאזור לפיתוח תיירותי וחלקו אף הוצע כאפשרות פיתוח דאליית אלכרמל לטווח הארוך.

31. דהיינו, ומבלי להסכים למימצאיו, אפילו "המומחה" לטעמן של המשיבות הציע שלא לצרף לשטח הפארק, חלקים ניכרים משטח התוכנית דנן כולל החלקות הנ"ל.

הפגיעה בזכויות יסוד

פגיעה בעיקרון השוויון:

32. החלטת המשיבה מס' 2, ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, נשוא העתירה הנה החלטה פסולה בהיותה מפלה כנגד העותרים בעלי החלקות הנ"ל שלא כדין. החלטת המשיבה מס' 2 הותירה מחוץ לגבולות הפארק חלקות רבות אשר מצויות במצב דומה ואף זהה לחלקות הנ"ל.

33. ובכן, החלטת המשיבה מס' 2, החריגה שני אזורים אשר השאירה אותם, על פי החלטתה, בייעוד חקלאי וקבעה כי לא ייועדו לפארק לאומי ויוצאו מחוץ לגבולות התוכנית. אלה הם שטחים בבעלות פרטית, משמשים את בעליהם לחקלאות, צמודי דופן לגבולות התכנית ונמצאים ברמת רגישות 2 על פי דו"ח עמיר אליו נתייחס להלן. שטח אחד נמצא באזור נחל בוסתן והשטח השני נמצא בצד הדרום מזרחי לאזור נחל בוסתן. (ראה סעיפים 53 – 54 להחלטת המשיבה מס' 1 נספח ע/ 10 וכן סעיף 11 לתגובת המשיבה 3 לטיעונים המשלימים).

34. העותרים יטענו, כי מצב חלקותיהם זהה למצב החלקות בשני האזורים המוחרגים הנ"ל. חלקות העותרים נמצאות בבעלות פרטית ומשמשים לחקלאות, החלקות נמצאות בצמידות דופן לגבול תוכנית המתאר נשוא העתירה דנו ולנחל בוסתן, וחלקן אף צמוד דופן לגבולות שיפוט דאליית אלכרמל (ראה תשריט התוכנית המתוקנת אשר צורפה לתגובת המשיבות). יחד עם זאת, המשיבות אינן מבהירות מדוע דינן של חלקות העותרים שונה הוא מדין חלקות הנמצאות בנסיבות זהות אשר הוצאו משטח התוכנית בשני האזורים הנ"ל.

35. בתגובתה לטיעונים המשלימים טענה המשיבה מס' 3 כי: "קיימת הבחנה מהותית בין חלקות אלה [שהוצאו מגבולות התוכנית] לבין חלקותיהם של העותרים" (סעיף 10 לתגובת המשיבה 3 לטיעונים המשלימים). המשיבה 3 ממשיכה ומבהירה כי: "הוצאת שטחים פרטיים מתחום גן לאומי גורמת לקיטוע השטח ופוגעת באופן מהותי ביכולת להגן עליו בצורה אופטימלית." (ראה סעיף 14 לתגובת המשיבה 3 לטיעונים המשלימים וכן סעיף 31 לכתב התשובה מטעם המשיבה מס' 3 רשות שמורות הטבע והגנים הלאומיים). ובכן, דבריה אלה של המשיבה אינם תקפים בענייננו. שכן, מרבית החלקות הנ"ל צמודות דופן לגבולות התכנית ולשטח אשר הוצא ממנה. כך שהוצאתן משטח התכנית איננה פוגעת ברצף הגן הלאומי ואיננה גורמת לקיטוע השטח. (ראה מפת התכנית המתוקנת בה סומנו חלקות כלל העותרים)

36. יתירה מכך, המשיבה מס' 3 סומכת בתגובתה לטיעונים המשלימים, על החלטת ועדת המשנה לעררים שבמועצה הארצית לתכנון ולבנייה, לגבי שמורת טבע "מצד אבירים". העותרים יטענו, כי נסיבות המקרה ב"מצד אבירים" שונים הם במהותם מבענייננו. ב"מצד אבירים" החלקות הפרטיות עליהן דובר ואשר הוחלט בסופו של דבר כי לא יוצאו משטח שמורת הטבע, היו מיועדות, הן לפי תוכניות המתאר הארציות והן המחוזיות, לשמורת טבע. ואכן עובדה זו הוותה בסיס עיקרי לנימוקי ועדת המשנה לעררים בהחלטתה לאמור:

"אין חולק כי על קרקעות המתנגדים חלות הוראות תמ"א 35 ותמ"מ 9/2 המייעדות את המקרקעין לשמורת טבע. מכאן, שבין אם תיכללנה קרקעות אלה בשטח התכנית ובין אם לאו ייעודן יהיה שמורת טבע."

[...]

"הנה כי כן, כך או כך יוותרו מקרקעי המתנגדים בייעוד לשמורת טבע [...]"

(ראה סעיף 28 ו- 31 לנספח ב לתגובת המשיבה 3 לטיעונים המשלימים)

37. כפי שהובהר לעיל, אין תוכניות המתאר הארציות ו/או המקומיות ו/או המחוזיות המופקדות מייעדות את שטח התוכנית בענייננו בכלל וחלקות העותרים הנ"ל בפרט לשמורות טבע או גן לאומי. דהיינו, התוכנית הנדונה כן משנה את ייעוד השטח מחקלאי לפארק לאומי.

38. כמו כן, בדוגמא הנ"ל ברור היה כי המדובר הוא במובלעות של שטחים פרטיים בתוך שטח השמורה המוצע ואשר הוצאתם היתה מביאה לקיטועים בשטח השמורה. כאמור, לא כך הם פני הדברים בענייננו. מדובר בענייננו בחלקות הצמודות דופן לגבולות התוכנית ובחלקן לשטח שיפוט דאליית אלכרמל והוצאתן משטח התוכנית לא יפגע בשום רצף בתוכנית ולא ייצור קיטוע או מובלעות בתוך שטח הפארק.

39. יתרה מכך, וכפי שהובהר בהחלטה בעניין "מצד אבירים", "הוצאו משטח התוכנית חלקות פרטיות המצויות בשולי השמורה." ומה שנשאר כאמור אלה מובלעות אשר הוצאתן היתה גורמת לקיטוע בשטח השמורה. דהיינו, אף מהדוגמא הנ"ל אשר הובאה על ידי המשיבה מס' 3 ניתן ללמוד כי המדיניות היא הוצאת חלקות פרטיות מאזורי שמורות ופארקים כשאלה נמצאות בשולי השמורות. דבר זה אך ורק מחזק את הטעון בדבר יחס מפלה ובלתי שוויוני כלפי בעלי החלקות הנ"ל גם בהשוואה למקרים אחרים כדוגמת "מצד אבירים". שכן, וכאמור, החלקות הנ"ל נמצאות אף הן בשולי התוכנית דן.

40. ובכן, וכפי שהובהר לעיל, אין תוכניות המתאר הארציות ו/או המקומיות ו/או המחוזיות המופקדות מייעדות את שטח התוכנית בכלל וחלקות העותרים הנ"ל בפרט לשמורות טבע או גן לאומי. דהיינו, התוכנית הנדונה כן משנה את ייעוד השטח. כמו כן, בדוגמא הנ"ל ברור היה כי המדובר הוא במובלעות של שטחים פרטיים בתוך שטח השמורה המוצע ולא כך הם פני הדברים בענייננו. כאמור, מדובר בחלקות הצמודות דופן לגבולות התוכנית ובחלקן לשטח שיפוט דאליית אלכרמל והוצאתן משטח התוכנית לא יפגע בשום רצף בתוכנית ולא ייצור קיטוע או מובלעות בתוך שטח הפארק.

41. **התוצאה הינה, כי ההחלטה נשוא העתירה דן, מאבחנת בין שתי קבוצות בעלי קרקעות, באותו אזור גיאוגרפי, בכל הקשור לשמירה על זכותם לקניין. האבחנה אותה עושה החלטת המשיבה מס' 1 איננה מבוססת על שונות רלוונטית בין שתי קבוצות הבעלים או החלקות. שכן שתיהן משמשות לחקלאות, מהוות קניין פרטי מוגן ושתיהן נמצאות ברמת רגישות 2 לפי דו"ח עמיר. יוצא אם כן, כי ההחלטה נשוא העתירה דן מפלה בין בני אדם המצויים בתוך אותה**

קבוצת שוויון ובאותו אזור גאוגרפי, כאשר אין ביניהם שוני רלוונטי לצורך השמירה על זכותם לקניין. על כן, האבחנה הנ"ל בין שתי קבוצות הבעלים או החלקות אינה מהווה אבחנה מותרת אם כי הפליה פסולה.

42. פסיקה רבה של בית המשפט העליון עמדה על חשיבות עקרונות השוויון, גם בהקשר של אותו אזור גאוגרפי. כך למשל, בעניין **ועדת המעקב העליונה** קבע בית המשפט העליון, כי פסיחה על היישובים הערבים המצויים באותו אזור גיאוגרפי מהווה הפלייתם לרעה של אותם יישובים. באשר לחלוקה המפלה, קבע הנשיא ברק, כי:

"בענייננו, הדרך בה תחמה הממשלה את אזורי העדיפות הלאומית בחינוך השיג תוצאה מפלה, בין אם היתה זו תוצאה מכוונת ובין אם לאו... גם בהנחה כי למשיב היו טעמים מבוררים בבואו לקבוע את הקווים הגיאוגראפיים המבחינים בין אזורי עדיפות לאומית ואזורים שונים כאלה, לא ניתן להתעלם מן התוצאה הנובעת מקווי תיחום אלה. לו היה נבחר קן גיאוגרפי שונה במקצת, שהיה מקיים עדיין את התכלית של "פיצוי" הפריפריה על הריחוק מן המרכז, יכול להיכלל בקו זה יותר יישובים ערביים תוך השגת תוצאה שוויונית יותר. כזאת לא נעשה. הקו הגיאוגרפי שנבחר מביא לתוצאה מפלה.

[...]

ודוק: הקביעה כי המדובר בנסיבות המקרה באפקט מפלה ופסול אינה עניין אריתמטי אלא מהותי. החלטת הממשלה עוסקת באחת מזכויות היסוד הבסיסיות ביותר, היא הזכות לחינוך. תוצאתה נגועה באחת מן ההבחנות ה"חשודות" ביותר, היא ההבחנה על בסיס לאום והגזע. יש לצפות כי מדיניות הממשלה בתחום זה תקיים שוויון בין יהודים וערבים."

בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נגד ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, פסק דין מיום 27.2.06).

43. יתר על כן, קבע הנשיא (דאז) ברק בפרשה זו, כי אין צורך באלמנט של כוונה או מניע בכדי להוכיח את ההפליה וכי המבחן הינו תוצאתי, כדבריו:

"אכן, הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה."

44. יתר על כן, לא אחת, פסלה הפסיקה העליונה החלטות של שרים בממשלה הואיל ולא יישמו את עקרון השוויון על אותו מתחם או אזור גיאוגרפי שהחלטות אותם שרים התייחסו אליהם. כך למשל, קיבל בית משפט נכבד זה את עתירת **כפר ורדים** בגליל שלא נכלל ברשימת מקבלי ההטבות במס- הכנסה וקבע, בין היתר, כי:

"...על פי אותם נתונים עובדתיים שהיו ביסוד ההחלטה על כך ועל פי אותם קריטריונים, גם כפר ורדים זכאי להכרה. אם לא ייעשה כן, יימצאו תושבי כפר ורדים מופלים לרעה ביחס לתושבי מעונה, וזאת ללא כל הצדקה או הסבר ענייניים סבירים. באמצע את הקריטריונים של צה"ל לקביעת יישובי 'קו קדמי' שייכללו בתוספת לתקנות מס- הכנסה, הפך המשיב את אלה לקריטריונים הנראים לו סבירים וראויים, משמצא, שקריטריונים אלה, כפי שהופעלו לגבי מעונה, ראוי להפעילם גם לגבי כפר ורדים – אין מקום שלא להפעילם כך."

בג"צ 678/88 **כפר ורדים נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד מג (2) 501, 510.

45. במקום אחר עמדה כב' השופטת ביניש על החובה לנהוג בשוויון בין השכנים הנמצאים באותו אזור גיאוגרפי:

"ניתן, אפוא, לקבוע, כי גם בקשר להיקף הבניה בשיטת "מחיר למשתכן", ניתנה העדפה לעידוד הבניה ורכישת הדירות באלעד, אשר לא ניתנה בישובים אחרים המצויים באותו אזור, מבלי שניתנה הנמקה משכנעת למתן העדפה זו. לסיכום, הוברר כי זכאי משרד הבינוי והשיכון הרוכשים דירות באלעד, נהנים "מהלוואת מקום" בשיעור ובתנאים שאינם ניתנים לרוכשי דירות אחרים באזור גיאוגרפי בו מצויה אלעד – מרכז הארץ. הטבות אלה, הניתנות רק לזכאים הרוכשים דירות באלעד ואינן ניתנות לזכאים אחרים הרוכשים דירות על-פי פרוגרמות הבנייה של משרד הבינוי והשיכון במרכז הארץ, הן הטבות המבוססות על העדפה פסולה הפוגעת בשוויון."

בג"צ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד (2) 518, 503 (2000)

פגיעה בזכות הקניין:

46. העותרים, בעלי החלקות בטבלה הנ"ל, יטענו כי התוכנית והחלטת ועדת המשנה לעררים במועצה הארצית לתכנון ולבנייה (המשיבה מס' 2), כפי שפורט לעיל, פוגעות קשות בזכות הקניין שלהם ובזכותם ליהנות ולהמשיך להשתמש בקרקעותיהם לצורכי חקלאות. ובכן, הזכות לקניין, על שני היבטיה הכלכלי והרגשי, הנה זכות יסוד אשר עוגנה בחוק יסוד: **כבוד האדם וחירותו**. זכות זו באה להגן על זכויות הפרט על קניינו וכחלק מזה, זכות הפרט לשימוש בקניינו. התוכנית תביא להגבלה בלתי סבירה וחריגה בזכויות העותרים לשימוש במקרקעין שבבעלותם אותם הם מחזיקים ומעבדים מזה שנים רבות, מלפני קום המדינה, כל זאת ללא שתהיה לכך כל הצדקה או בסיס ענייניים.

47. בעניין "מצד אבירים" הנ"ל נקבע:

"הפגיעה שתיווצר למתנגדים [בעלי החלקות ששטחיהם הושארו בשטח השמורה] ברורה. ראשית, אין להקל ראש בכך שמטרת התכנית היא, בין היתר, להעביר את ניהול קרקעות המתנגדים לידי הרשות באמצעות הפיכת השמורה לשמורה מוכרזת. בנוסף, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי התכנית מחמירה מתכנית ג/6540 התקפה כיום בכל הנוגע להקמת מבנים חקלאיים בעתיד."

(סעיף 43 לנספח ב' לתגובת המשיבה 3 לטיעונים המשלימים)

48. ואכן, עיון בהוראות תוכנית ג/400 המייעדת את החלקות הנ"ל לחקלאות לעומת הוראות התוכנית דן, מעלה בבירור כי נפגעה יכולתם של העותרים בעלי החלקות להשתמש בחלקותיהם לצורכי חקלאות. על ידי מניעת כל בנייה חקלאית בחלקותיהם. חלק ו (ב) להוראות תוכנית ג/400 מאפשר בנייה חקלאית בשטחי התוכנית המיועדים לחקלאות, כולל מתקנים להספקת מים וחשמל, מתקני ביוב, מתקנים הקשורים בהכשרת הקרקע לחקלאות, משקים לגידול בעלי חיים ובניינים אחרים באישור הועדה המחוזית. (עמ' 4 לנספח ע/1 לעתירה).

49. בנוסף, עצם הכללת החלקות הנ"ל בגבולות התוכנית וייעודן לפארק לאומי תביא לירידת ערך משמעותית בערכן. בית המשפט והספרות המשפטית עמדו לא אחת על מרכיביה של הזכות לקניין, ובין היתר, מרכיב ערכה הכלכלי. על כך עמד בית משפט המחוזי בתל-אביב בעניין **זכה** כלהלן:

"הדיון בזכות הקניין בהקשר של דיני התכנון והבנייה מתעורר בדרך כלל בהקשר של הפקעת קרקעות ותוכניות פוגעות. אולם, דיני התכנון והבנייה מהווים מגבלה על חופש הקניין גם בשלב ובהיבט התכנוני. זכות קניין מוחלטת הייתה מאפשרת לכל אדם לבנות על מגרש שבבעלותו ככל שיחפוץ. אולם זכויותיהם של כלל התושבים מחייבות פיקוח על הבניה כדי להבטיח את בטיחות המבנים, עומס סביר על התשתיות, ואיכות חיים סבירה, בהתחשב, כמובן בתנאי המקום וייעודו.

עמד על כך **אדרעי, זכויות אדם, ספר ברנזון מתאר** את זכות הקניין מבחינה כלכלית, הגדרה החשובה לענייננו (בעמ' 92):

"זכות קניין שיש לו לאדם בנכס מתאפיינת בשלושה: זכות או כוח לצרוך את הנכס, להפיק ממנו הכנסה ולהיפרד ממנו...מאפין חיוני נוסף לזכות הקניין הוא כימות ערכה הכלכלי... מכאן, שכל פגיעה בפוטנציאל ההכנסות מהווה פגיעה בערכו של הנכס.... מכאן, שהטלת הגבלות כל שהן על עצם השימוש בנכס, כגון מגבלות מכוח חוקי תכנון ובנייה..כל אלו נראות פגיעה בקניינו של אדם"

ויסמן, הגנה חוקתית לקניין, מציין גם הוא כי הגדרת זכות הקנין הורחבה או שונתה עם חקיקת חוק היסוד. לדבריו (שם, בעמ' 267):

"כאשר השאלה של משמעות המונח קניין התעוררה בעבר, בסכסוך שבין אדם לחברו, הדגישו בתי המשפט את תכונת ה- in rem כמאפיינת את הקניין, וטבעי שכך עשו.... לעומת זאת, כאשר שאלת הקנייניות של זכות עלתה בתחום היחסים שבין הפרט לבין הרשויות, כפי שהיה הדבר כאשר התעוררה השאלה של חובת תשלום פיצויים על-ידי רשות שפגעה בזכותו של אדם, היה מוקד ההתעניינות בפסק-הדין השאלה אם לזכות שנפגעה היה ערך כלכלי. הנטייה היתה לומר שזכות שיש לה ערך כלכלי היא זכות קניין... לפי זה, כולל המונח קניין שבחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, זכויות בעלות ערך כלכלי... פירוש זה ישיג את המטרה של הגנה על רכושו של אדם מפני פגיעות בלתי מוצדקות על-ידי רשויות השלטון, וסביר להניח כי זו היתה המטרה שביסוד ההוראה שבסעיף 3 לחוק היסוד"

והוסיף (בעמ' 271) כי: "יש להניח כי לפנינו פגיעה בקניין לצורך סעיף 3, כאשר מבחינה כלכלית יש לאדם, לאחר המעשה שקובלים עליו, פחות משהיה לו לפני המעשה הזה." (ההדגשה במקור)

עפ"א (ת"א) 80137/07 דכה נ' עיריית תל-אביב יפו, 7-8 (טרם פורסם, ניתן ביום 4.2.08).

פסקת ההגבלה:

פיסקת ההגבלה שבחוקי היסוד קובעת כי פגיעה בזכויות יסוד חייבת להיות על פי חוק, לתכלית

ראויה ומידתית.

התוכנית מנוגדת לחוק:

50. העותרים יטענו, כי ההחלטה הנ"ל איננה רק חסרת סימוכין בחוק, אלא היא דווקא מנוגדת לחוק ופוגעת בעיקרון שלטון החוק המהווה תנאי ראשוני לקיום פסקת ההגבלה.

51. כפי שהובהר לעיל, העותרים יטענו, כי התוכנית נשוא העתירה דן מנוגדת לתוכניות מתאר ארציות תמ"א 8 ותמ"א 35, הכל כמובהר בחלק העובדתי לעתירה ובמפות אשר צורפו לה. כפי שפורט לעיל, שתי התוכניות הארציות הנ"ל מייעדות שטחים סביב עיר הכרמל לגן לאומי אך שטח התוכנית דן הסמוך לשטח שיפוט העיר לא יועד למטרה זו.

52. דבר זה מנוגד לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה") אשר קובע היררכיה של תוכניות מתאר. בראש ההיררכיה עומדות תוכניות המתאר הארציות, מתחתיהן וכפופות להן באות תוכניות המתאר המחוזיות, ומתחת לאלה האחרונות וכפופות להן באות

תוכניות המתאר המקומיות, כאשר לתוכניות המתאר, ובייחוד הארציות שביניהן, מעמד של חקיקת משנה.

53. בפרשת **אדם טבע ודין** עמד בית המשפט העליון על היררכיה זו ומשמעותה התכנונית כלהלן:

"ארבע תכניות הן על-פי החוק, בהן שלוש תכניות מיתאר ועמהן תכנית מפורטת. ארבע תכניות אלו מצויות במידרג הירארכי ביניהן לבין עצמן: ראשונה ועליונה תכנית מיתאר ארצית, וכוחה יפה מכל תכנית אחרת. אחריה – ותחתיה תכנית מיתאר מחוזית; אחריה ותחתיה תכנית מיתאר מקומית; ומתחת לכל אלו – תכנית מפורטת. ראו סעיפים 129 עד 131 לחוק התכנון והבניה. מידרג הירארכי זה – אך לא רק הוא – מלמד כמו מעצמו על מידת הפירוט שבכל תכנית ותכנית. טבע הדברים הוא, שמידת פירוטן של תכניות ילך ויגבר ככל שנרד במידרג ההירארכי, **והרי אחד מייעודיהן של תכניות הוא לבצע תכניות שמעליהן**. הנה כי כן, אחת ממטרותיה של תכנית מיתאר מחוזית היא "לקבוע את הפרטים הדרושים לביצוע תכנית המיתאר הארצית במחוז" (סעיף 55 לחוק התכנון והבניה), וכן הן, בהתאמה, מטרותיהן של תכניות מיתאר מקומיות ותכניות מפורטות. דומים הם הדברים לצפייה מבעד לעיניית הטלסקופ (או מבעד לעיניית המיקרוסקופ – איש איש לפי טעמו): תכנית מיתאר ארצית היא בבחינת צפייה ראשונה וכללית; הגברת את עוצמת הטלסקופ (המיקרוסקופ) והגעת לתכנית מיתאר מחוזית; הוספת והגברת – הגעת לתכנית מיתאר מקומית; הגברת עוד, והגעת לתכנית מפורטת."

בג"צ 94 / 2920 **אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותה רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה פ"ד נ(3) 441, עמ' 461-460.**

54. עוד נקבע בעניין זה בפרשת **אדם בגליל** כלהלן:

"הלכה פסוקה היא כי מעמדן הנורמטיבי של תכניות של רשויות תכנון ובנייה, בכלל, ותכניות מיתאר ארציות, בפרט, הינו של חקיקת משנה (ראה לעניין זה: ע"א 2962/97 ועד אמנים – חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב [1], בעמ' 376 וכן ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין [2], בעמ' 851).

נקודת המוצא הפרשנית כאשר עומדים בפנינו שני חיקוקים העוסקים באותה מאטריה או במאטריה קרובה היא קיומה של "הרמוניה נורמטיבית" ביניהם. לשון אחרת, על הפרשן לנסות, ככל שהדבר עולה עם התכלית החקיקתית ועם אמות-מידה של סבירות, ליישב את הוראותיהם באופן שלא ייווצר מצב של ניגוד או סתירה [...]

בסיכום נראה, כי ככל שהדבר נוגע להוראות הנוגעות לקביעת אזורי פארקים, שמורות טבע, גנים לאומיים ושמורות נוף, הרי שהמסגרת הקובעת הינה תמ"א 8 [...]"

עת"מ (חי"י) 104/00 אדם בגליל- פיתוח אישי נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה- מחוז צפון , פ"מ 2000 748, עמ' 762-763, 767-768

55. העותרים יטענו, כי בנסיבות אלה היה על המשיבים לבטל את התוכנית כלל ולא לאשרה. משלא עשו כן, פעלו הם בניגוד לחוק התכנון והבניה ובניגוד לסמכויותיהם על פי חוק. שכן, אין הם יכולים להפר את ההיררכיה התכנונים מכוח תפקידם.

תכלית בלתי ראויה:

56. כפי שנטען לעיל, התוכנית פוגעת בזכויות יסוד של בעלי החלקות הנ"ל לקניין ולשוויון. הלכה פסוקה היא כי כל מעשה מינהלי חייב לשרת תכלית ראויה. תכלית אשר לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם אינה תכלית ראויה. תכלית אשר לא מוצאת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים אינה תכלית ראויה. על מהותה של תכלית ראויה נקבע בפס"ד חוף עזה כדלקמן:

"כן ראינו כי תכלית היא "ראויה" אם היא "משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם לקדמן... (השופטת ביניש בפרשת מנחם [39], בעמ' 264). תכלית אינה "ראויה" אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה (ראו פרשת אורון [38], בעמ' 662). לעניין חשיבותה של התכלית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית".

בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005).

ראה לעניין זה גם:

רע"פ 5086/97 בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו, פ"ד נא(4) 625 (1997)

ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה(4) 529 (1991)

אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003).

החלטה בלתי מידתית:

57. העותרים יטענו, כי התוכנית נשוא העתירה דנן הנה בלתי מידתית וגורפת, משום שאיננה עושה הבחנה כלשהי על בסיס המצב הקיים בשטח, זכויות היסוד החוקתיות של בעלי הקרקעות באזור, הצורך העתידי של דליית אלכרמל בשטחים לפיתוח ואף לא עושה כל הבחנה לאור גודלו העצום של גן לאומי הכרמל המוכרז כאמור בשטח של כ- 84,000 דונם.

58. על שלושת מרכיבי מבחן המידתיות נקבע כי :

"מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שבו נקט המינהל צריך להוביל באופן ראציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא".

בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 839-840 (2004).

59. כבוד הנשיא (דאז) ברק מוסיף ומציין לעניין זה, כי :

"רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שננקט על ידי הרשות השלטונית בהגשמת מטרותיו הוא מידתי. לא די בקיומו של אחד או שניים ממבחני משנה אלה. נדרש קיום בו-זמני של שלושתם. לא פעם מצויות מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. במצבים אלה יש להכיר במיתחם מידתיות (הדומה למיתחם הסבירות). כל אמצעי שהרשות בוחרת בו בגדרי המיתחם הוא מידתי (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 13; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258)".

בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 839-840 (2004).

60. התוכנית נשוא עתירה זו אינה עומדת בשלושת המבחנים הנ"ל. כך, לא קיים כל קשר ולא קיימת כל זיקה, כאמור, בין מטרות התוכנית המוצהרות לבין הקרקעות החקלאיות שבתחום התוכנית. האמצעי אשר בחרו המשיבים בו, התרת שימוש חקלאי בחלקות, אף הוא איננו קשור כלל ליעדי ומטרות התוכנית המוצהרות.

מבחן הקשר הרציונאלי:

61. העותרים יטענו, כי התוכנית נשוא העתירה דנן הנה בלתי מידתית וגורפת, משום שאיננה עושה הבחנה כלשהי על בסיס המצב הקיים בשטח, זכויות היסוד החוקתיות של בעלי הקרקעות באזור, הצורך העתידי של דליית אלכרמל בשטחים לפיתוח ואף לא עושה כל הבחנה לאור גודלו העצום של גן לאומי הכרמל המוכרז כאמור בשטח של כ- 84,000 דונם.

62. העותרים יטענו, כי עיון בתכלית המוצהרת של התוכנית הנדונה ובדיקתה מול נתוני חלקות העותרים מגלות כי אין קשר רציונלי, בין התכלית המוצהרת לבין חלקות אלה, ובוודאי גם אין הצדקה עניינית להכלילם בגבולות התוכנית ולייעדם לפארק לאומי ללא שמירה על עקרונות בסיסיים של הגינות ושוויון ותוך כדי פגיעה חמורה בזכות הקניין.

63. חלקות העותרים שהושארו בגבולות התוכנית משמשות לחקלאות ואלה לא יכול וישמשו את מטרות התוכנית. מאחר ומדובר בשטחים חקלאיים פרטיים, תיאסר כניסת מבקרים אליהם וחלקות אלה אינן נחוצות לביצוע כל פעולות לצורכי התוכנית.

64. במילים אחרות, השטחים הפרטיים ישמשו לחקלאות, תיאסר כניסת מטיילים אליהם, אינם נחוצים לביצוע כל עבודות באזור למימוש מטרות התוכנית, צמודות דופן לגבול התוכנית, אזי מתבקשת השאלה מדוע לא הוצאו מגבולותיה.

65. אף אם התכלית המוצהרת הנה התכלית האמיתית של ההחלטה, הרי לא ברור איך תכלית זו מתיישבת עם העובדה כי חלקות העותרים הנמצאות בשולי התכנית נשוא העתירה דן יהיו סגורות בפני המבקרים באזור הפארק ולא ישמשו בכל דרך למימוש מטרות אלה ולביצוע כל עבודות באזור.

66. הדברים נראים עוד יותר אבסורדיים ובלתי הגיוניים נוכח העובדה כי שטחים במצב נתונים זהה לאלה של החלקות הנ"ל הוצאו משטח התוכנית.

67. הנה כי כן, הכללת חלקות העותרים הנ"ל בגבולות התוכנית וייעודם לפארק לאומי נעדר כל זיקה לנושא התוכנית ומטרותיה ואף אינו רלוונטי כלל. ולכן הכללת החלקות הנ"ל בגבולות התוכנית הנה פסולה ומעידה על התכלית הלא ראויה העומדת מאחורי התוכנית.

מבחן הצורך (האמצעי שפגיעתו פחותה):

68. יתירה מזו, לא נבדקו כלל, על ידי המשיבים, חלופות שאינן פוגעות או הפוגעות פחות בזכויות יסוד של העותרים בעלי החלקות הנ"ל. העותרים יטענו בהקשר זה, כי שומה היה על יזמי התוכנית והמשיבים לבדוק ולהעדיף חלופות שלא פוגעות כלל בקניין הפרטי או ממזערות את הפגיעה בו. כך למשל, הוצאת החלקות הנ"ל מגבולות התוכנית היתה חלופה שפוגעת פחות בזכויותיהם של בעלי החלקות, ועל כן היה צריך לשקול אופציה אחרונה זו. בהקשר זה יצויין, כי הכללת הקרקע החקלאית בגבולות התוכנית, דהיינו בגבולות הגן הלאומי, פוגעת בערך אותן

קרקעות, מטילה על בעליהן מגבלות למיניהן ובייחוד מגבלות בדבר אפשרויות ניצולם בעתיד לצורכי פיתוח, בייחוד אלה הצמודות דופן לשטח שיפוט דלית אלכרמל.

69. המשיבים יכלו לבחור, כאמור, באופציה של שינוי גבולות התוכנית ובכך לא רק למנוע פגיעה בזכויותיהם החוקתיות של בעלי העותרים בעלי החלקות אלא להמשיך ולקיים את מטרות התוכנית ללא כל פגיעה באינטרס ציבורי כלשהו.

70. בית המשפט העליון פסל לא אחת את מסלולו של גדר ההפרדה, למשל, והורה על שינויו בשל מבחן זה. דהיינו הרשויות יכלו לבחון תוואים שונים של הגדר אשר מקיימים את מטרות אף פוגעים פחות בזכויות הקנייניות של בעלי האדמות באזור. כך נקבע למשל בפסק דין **בית סוריק** כלהלן:

"אין מתקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שקבע המפקד הצבאי. גדר ההפרדה מערערת את האיזון העדין בין חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון לבין חובתו להבטיח את צורכי התושבים המקומיים. גישתנו זו מבוססת על כך כי התוואי שקבע המפקד הצבאי לגדר הביטחון - היוצר חיץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם החקלאיות - פוגע בתושבים המקומיים באופן קשה וחריף תוך הפרת זכויותיהם על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. הנה העובדות: למעלה משלושה-עשר אלף חקלאים (פלחים) מתנתקים מאלפי דונמים של אדמותיהם ומעשרות אלפי עצים שעליהם פרנסתם, המצויים מהצד האחר של גדר ההפרדה. לא נעשה כל ניסיון לחפש ולהעמיד לרשותם קרקע חלופית חרף הצעותינו החוזרות בעניין זה. אמת, הניתוק אינו מלא, שכן המפקד הצבאי הודיע כי ייקבעו שני שערים למעבר מכל אחד משני הכפרים אל האדמות תוך קביעת משטר של רישוי. מצב דברים זה פוגע קשות בחקלאים, אשר כל מעבר לאדמותיהם (בבוקר מוקדם, בצהריים ובערב) כפוף למגבלות שהן טבעיות למשטר של רישוי. [...] חייו של החקלאי משתנים ללא הכר כתוצאה מכך. אכן, תוואי גדר ההפרדה פוגע קשות בזכות הקניין שלהם ובחופש התנועה שלהם. פרנסתם נפגעת קשות. מציאות החיים הקשה שהם סובלים ממנה עד כה (בין השאר לנוכח האבטלה הרבה השוהה במקום) תלך ותחריף.

פגיעות אלה אינן מידתיות. ניתן להפחיתן באופן משמעותי על-ידי תוואי חלופי, בין זה שהציגו בפנינו המומחים של המועצה לשלום ולביטחון ובין תוואי אחר שיקבע המפקד הצבאי. תוואי חלופי כזה קיים. אין הוא פרי הדמיון. הוא הוצג לפנינו".

בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807, 850-851 (2004).

ראה לעניין זה גם:

בג"צ 2577/04 אל חוואגנה נ' ראש הממשלה, (טרם פורסם, ניתן ביום 19.7.07)

בג"צ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, (טרם פורסם, ניתן ביום 26.6.06)

71. עוד בהקשר הזה נקבע על ידי בית המשפט העליון, כי פגיעתה של פעולה שלטונית צריכה להיבחן לפי נסיבות העניין ולפי נסיבותיה של הקבוצה הנפגעת.

"המידתיות מתרכזת, אפוא, בפגיעתה של הפעולה השלטונית בקבוצה מסוימת. היא תלויה נסיבות. פגיעתה של פעולה שלטונית שונה מאדם לאדם, והיא שונה מקבוצת אוכלוסיה אחת לאחרת. לא הרי פגיעתו של מעקה הנבנה לאורך כביש באוכלוסיה עירונית, אשר משתמשת באמצעי תחבורה ממוכנים על גבי דרכים סלולות ומפותחות, כהרי פגיעתו של מעקה כזה באוכלוסיה כפרית. טיב הפגיעה של המעקה הוא חמור לגבי העותרים נוכח תנאי חייהם ואופיים. רבים מתושבי המקום הפלסטינים עושים שימוש בחמורים ובעלי חיים אחרים ככלי תחבורה, ורבים מהם הולכים ברגל. רבים מקרב תושבי האזור מתפרנסים מרעיית צאן. המעקה מונע מעברם של בעלי חיים המשמשים למשא ושל עדרי כבשים ועיזים. המעקה מונע מעבר של הולכי רגל. לא כל אדם מסוגל לטפס מעל מעקה בטון בגובה 82 סנטימטרים. המעקה שולל אפשרות מעבר מנכים. המעקה שולל אפשרות מעבר מקשישים ואנשים אחרים המוגבלים בתנועתם. המעקה מקשה על מעברן של נשים עם ילדים קטנים.

[...]

משכך מצאנו, המסקנה היא שמעקה הבטון אינו עומד בדרישת מבחן המשנה השני של המידתיות. כאשר ניצבו לפני המשיבים מספר חלופות רציונליות להשגת אותה התכלית הביטחונית, מוטלת היתה עליהם החובה לבחור בזו שפגיעתה בזכויות אדם היא הפחותה. בחובה זו לא עמדו המשיבים. לאור הכרעתנו באשר לתנאי המידתיות השני, אין לנו צורך להמשיך ולבחון את התקיימות מבחן המשנה השלישי"

בג"צ 1478/06 ראש עיריית דאהרייה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, 12,15 (טרם פורסם, ניתן ביום 14.12.06).

72. המשיבים עצמם הודו כי הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה סירבה לשקול אופציות תכנוניות אחרות (ראה הודעה מטעם המשיבות 1-2 מיום 1.9.2009). כך, בהודעה הנ"ל מסבירות המשיבות 1-2, בין היתר, כי:

"1. בפני המשיבות מס' 1-2 הוצגו הצעות לשינויים של התכנית המאושרת ג/1209 [...]

2. לאור העובדה שמדובר בתוכנית שפורסמה למתן תוקף, עמדת המשיבות היא כי עריכת שינויים או תיקונים בתכנית המאושרת מחייבת הכנת תוכנית חדשה, בהתאם להוראות הקבועות בחוק בעניין זה. [...]

3. [...] לצד זה אם רשות הטבע והגנים הלאומיים תמצא לנכון להגיש תוכנית חדשה אשר תציע שינויים מסוימים בגבולות הגן הלאומי כפי שנקבעו בתוכנית ג/1209, תכנית זו תיבחן בכובד ראש על ידי הוועדה המחוזית [...].

73. מבלי להביע עמדה לגבי תכלית השינויים אשר הוצעו בתוכנית ואשר לא הובאו לידיעת העותרים, המסקנה המתבקשת מהאמור לעיל היא, כי שיקולים בירוקרטיים הם אלה אשר מנעו שקילה עניינית של שינויים בגבולות התוכנית אשר כנראה היו אפשריים לפי המשיבה מס' 3, רשות שמורות הטבע והגנים הלאומיים היוזמת של שתכנית. בפרשת **בית סוריק** הנ"ל בית המשפט העליון קיבל את העתירה בעניין תוואי גדר ההפרדה בגלל שהוכח בפניו כי מתכנני התוואי לא בחנו חלופות כלשהן עובר לקבלת החלטתם המעידות כי החלופה שנבחרה אשר פוגעת באינטרסים של החקלאים הפלסטינים היא החלופה האחרונה והרלוונטית. בפרשת **מרעבה**, בג"צ קיבל עתירתם של העותרים נגד תוואי הגדר משום שלא נבחנו חלופות כלשהן עובר לקבלת החלופה אשר שמה את העותרים הפלסטינים בתוך מובלעת. במקרה דנן, מקל וחומר כאשר מדובר על פגיעה קשה בזכות הקניין ובשוויון.

74. השארת הקרקעות החקלאיות בגבולות התוכנית הנו האמצעי אשר פוגע בזכויות חוקתיות של העותרים באופן גורף. על אף קיומן של חלופות המשיגות את יעדי התוכנית עם פגיעה מינימלית בעקרונות התכנון ובזכויות חוקתיות של העותרים, חלופות אלה לא נבחנו כלל.

המבחן הצר:

75. מבחן זה קובעי כי "הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא". היינו, המבחן הזה יוצא מתוך הנחות שלפיהן, כל טיעוני הרשויות הינן מבוססות, לתכלית ראויה, ולאחר שנשקלו כל החלופות. עם זאת, המבחן הזה בודק, האם בכל זאת, ראוי שמדינה דמוקרטית תנקוט בצעד המבוקש? האם הנזק לערכים הדמוקרטיים עולה על האינטרסים שהמדינה מבקשת לקדם? המבחן הזה בודק למעשה את התוצאה של ההחלטה המינהלית.

76. בעניין זה ראו עמדתו של הנשיא דאז ברק בפרשת **תיקון חוק האזרחות** כדלקמן:

"משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, אינו מסתפק בכל אלה. הוא קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים הרציונליים העושים שימוש

בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם [...]

מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה (ראו Alexy, 66). הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט".

בג"צ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, 69 (טרם פורסם, ניתן ביום 14.5.06).

77. ולכן תישאל השאלה האם מבחינת ערכי היסוד וערכיה של שיטת המשפט, האם כדאי לפגוע בזכויות יסוד של אזרחים לשם הרחבת פארק לאומי כאשר חלקות העותרים כלל לא ישרתו את האינטרס הציבורי לשמו הוכנה התוכנית? האם עוזרת הפגיעה בזכויות העותרים הינה כדאית במקרה דנן?

78. השארת החלקות החקלאיות הנ"ל בגבולות התוכנית, לא יביא כל תועלת להגשמת מטרות התוכנית, כאמור. שכן החלקות הנ"ל נמצאות בשולי תוכנית המתאר דנן, משמשות לחקלאות, לא ישמשו את מטרות התוכנית ולא ישמשו את המטיילים באזור. כך שאין כל תועלת ציבורית בהכללתן בגבולות התוכנית.

לסיכום, ענייננו בתוכנית להרחבת פארק הכרמל פוגעת בזכות הקניין, פוגעת בעקרונות השוויון, איננה מתבססת על תשתית עובדתית נכונה ולתכלית בלתי ראויה. בשל כל אלה, על בית המשפט הנכבד להורות על ביטול התוכנית או לחילופין שינוי גבולותיה והוצאת החלקות הנ"ל אל מחוצה לה.

סוהאד בשארה, עו"ד

ב"כ העותרים