

בעניין שבין:

1. עאדל סואעד
2. עיטאף סואעד
3. מוחמד סואעד
4. סוכיינה סואעד

ע"י ב"כ עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן
גיבארין ו/או עאדל בדיר ו/או עביר בכר
ו/או ארנה כהן ו/או סאוסן זהר ו/או רנא
עסלי ו/או פאטמה אלעג'ו
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות
המיעוט הערבי בישראל. ת"ד 8921 חיפה
31090 טל: 04-9501610; פקס: 04-
9503140

העוררים

נ ג ד

הועדה המקומית לתכנון ובניה "משגב"
אזור תעשייה תרדיון, ד.נ. משגב 20179

המשיבה

ע ר ר

מוגש בזאת ערר על החלטתה של הועדה המקומית לתכנון ובניה – משגב, מיום 2.12.2008, בתיק בניין 200680 בקשה 20070351 וכן תיק בניין 200691 בקשה 20070754, ובו היא דוחה את בקשתם של העוררים לאפשר פתרונות ביוב זמניים של בורות ספיגה ורקב על פי תוכנית מתאר ג/4389 החלה על חלקתם, במסגרת בקשותיהם למתן היתרי בנייה במגרשים 68 ו-69 שבחלקה 1 בגוש 18850 בכמון.

החלק העובדתי

השתלשלות העניינים

1. העוררים 1-2 הנם בני זוג ולהם 4 ילדים, המתגוררים בישוב כמון, כאשר מר סואעד הנו אחד הבעלים של חלקה 1 בגוש 18850 (להלן: "החלקה").

2. העוררים 3-4 הנם בני זוג ולהם 3 ילדים, המתגוררים בישוב כמון, כאשר מר סואעד הנו אחד הבעלים של חלקה 1 בגוש 18850.

3. החלקה הנ"ל כלולה בשטח תוכנית מתאר הישוב כמון, והיא מיועדת על פי תוכנית המתאר מס' ג/4389, למגורים. החלקה חולקה למגרשים לבניה עצמית, במסגרת תוכנית איחוד וחלוקה מחדש. החלקה נמצאת כיום כאי כמעט ריק בתוך הישוב כמון, כאשר הועדה המקומית לתכנון ובניה-משגב (להלן: "המשיבה או הועדה") מיאנה עד כה מלהוציא כל היתרי בניה בו. בעוד שבמגרשים מסביב לחלקה, הבניה קיימת ומוסדרת על פי היתרים אשר ניתנים, על ידי המשיבה, ללא כל קושי וללא כל עיכוב.

רצ"ב העתק אישור יעוד הקרקע כנספח ע/1.

רצ"ב העתק קטע התוכנית המתייחס לחלקה הנ"ל וכן הוראות התוכנית כנספח ע/2.

4. בשנת 1994, הופקדה תוכנית מפורטת ג/במ/217 לישוב כמון, ומשטח התוכנית הוצאה חלקת העוררים הנ"ל. בעקבות הפקדת התוכנית, הגישו חלק מבעלי החלקה התנגדות אשר בעקבותיה החליטה הועדה המחוזית כלהלן:

"משמעות ההתנגדות היא הוצאת חלקה מספר 1 בגוש 18550 משטח התוכנית לאחר שמיעת ההתנגדויות ודיון התברר שהחלקה הנ"ל היתה מאושרת כאזור מגורים בתוכנית ג/7689. התוכנית החדשה אינה משנה יעוד השטח ולא תפגע בזכויות של בעלי חלקה מס' 1. לאור זאת, הועדה מחליטה לדחות את ההתנגדות ולתת תוקף לתוכנית לאחר שתספק דרך גישה לחלקה. כלומר, להאריך את דרך מספר 7 עד גבולות של חלקה מספר 1."

רצ"ב העתק החלטת הועדה המחוזית כנספח ע/3.

רצ"ב העתק קטע התשריט המתייחס לחלקה הנ"ל כנספח ע/4.

5. הועדה המקומית לתכנון ולבניה משגב לא פעלה בהתאם להחלטת הועדה המחוזית הנ"ל ולא סיפקה דרך גישה לחלקה כמבוקש. דבר אשר משמש עד עצם היום הזה כתירוץ לאי חיבור החלקה לתשתיות, כפי שיפורט להלן.

6. במהלך שנת 1997, הגישו העוררים 1-2, בקשה להיתר בניה, על מגרש 68 שבחלקה הנ"ל. הבקשה להיתר הינה בגין בית מגורים שייבנה בסמוך ל"קרוואן", בו מתגוררים בני הזוג וילדיהם כעת. בקשת ההיתר הוגשה מכוח תוכנית המתאר ג/4389 הנ"ל החלה על החלקה.

7. משך שנים רבות נלחמו העוררים 1-2 לקבל היתר בנייה כמבוקש ועברו לשם כך דרך אינספור דרישות ותיקונים ואף הליכים משפטיים בבתי משפט לעניינים מינהליים, עד אשר התקבלה החלטה סופית של הועדה המקומית לתכנון ולבנייה במשגב ביום 4.8.04 הדוחה את הבקשה להיתר. דהיינו לאחר סחבת וטרטורים של כ- 7 שנים החליטה הועדה שלא ליתן את ההיתר המבוקש.

8. החלטת הועדה, וכמצופה, היתה מבוססת על שיקולים פסולים ובלתי ענייניים. החלטת הועדה בבקשה להיתר סמכה, בין היתר, על הנימוקים להלן: יעוד החלקה הנדונה שונה מחקלאי למגורים עקב טעות, שכן יוזמי התוכנית לא ידעו כי הנה קרקע פרטית; הוצאת היתר הבניה תסכל כל אפשרות לנצל את עודפי המגרשים בבעלות משותפת; תוכנית ג/במ 217 משנת 1995, אשר אינה חלה על הקרקע הפרטית, שינתה את מערכת הדרכים בישוב ביטלה חלק כביש העובר בחלקה הפרטית וכך נוצר המצב כי אין למגרשים בחלקה הפרטית פתרון נגישות; בשטח נשוא בקשת ההיתר אין תשתיות ציבוריות; לעוררים אין מה להלין על רשויות החוק כי הם הורשעו בעבירת בניה ללא היתר.

מצ"ב העתק החלטת הועדה כנספח ע/5.

9. לבסוף, מבהירה הועדה את הסיבות האמיתיות לדחיית בקשתם של העוררים להיתר בניה בהסבירה:

"הועדה סבורה כי אם הכוונה של המבקש לבנות את ביתו בהר היא כוונה כנה אזי בהתחשב בבעיות התכנוניות, הקנייניות וההנדסיות של השטח יהיה זה נכון לבקש מגרש בתחום התוכנית ג/9372 [בישוב כמאנה] או באמצעות עסקת חליפין עם מ.מ.י. או באמצעות חכירה ישירה [...]."

הועדה לא יכולה להתעלם גם מבעיות חברתיות אשר יוצרים מגורים של אוכלוסיות שונות במסגרת ישוב קהילתי קטן כמו כמון וגם מהבחינה הזו עדיפה האופציה של מגורים בכמאנה [...]."

(ראה נספח ע/26)

10. דהיינו, העוררים אינם יכולים להתגורר בישוב כמון, על אדמתם הפרטית והמיועדת לבניה, מחמת היותם אזרחי מדינה ערבים. במילים אחרות, אזרחי המדינה הערביים אינם יכולים להתגורר בכמון שמיועד למגורי אזרחים יהודיים בלבד. שכן, קיימים אזורים למגורי יהודים בלבד ואזורים למגורי ערבים. הועדה ביוזמתה העלתה שיקול זה, הרחק מתכליתו של חוק התכנון והבניה, והחליטה להפלות את העוררים על רקע לאום ו/או דת, בצורה בוטה ביותר.

11. ביום 5.9.04, הגישו העוררים 1-2 את עררם הראשון (ערר 192/04) כנגד החלטת הועדה המקומית לתכנון ולבנייה במשגב הנ"ל, בפני ועדת הערר המחוזית. לאחר דיונים

ממושכים, החליטה ועדת הערר לקבל את עררם של העוררים הנ"ל, תוך כדי דחיית כלל טיעוני המשיבים. ועדת הערר מתחה ביקורת חריפה ביותר על התנהלות הוועדה המקומית בעניינם של העוררים 1-2.

12. בפי הוועדה המקומית בערר הנ"ל עלתה, בין היתר, טענה בדבר תשתיות וכביש גישה לחלקת העוררים, אך גם טענה זו דחתה על ידי ועדת הערר כלהלן:

"לא ברור לנו מדוע טוענים המשיבים כי אספקת תשתיות לעוררים, בשלב זה עשויה להוות בעיה בעתיד. אנו למדים כי המדובר במרחקים קטנים יחסית (100 מ' מהחלקה לתשתיות הקיימות, אינו מצב אשר אין לו פתרון הנדסי, למיטב הבנתנו), וכי המדובר בתוספת של שני מבנים, למערכת הכוללת עשרות מבנים. אנו סבורים כי אכן מן הראוי היה לבצע את חיבור התשתיות באופן אשר יתחשב גם בפיתוח העתידי, אולם הוועדה המקומית אינה יכולה לומר מחד – אין בכוונתנו לבצע פיצוח תשתיות כעת, ואין אנו מתחייבים לביצוע פיתוח עתידי כאמור, ומנגד, לדרוש מהעוררים להמתין עד אשר הם יעשו כן. אם היא אינה מוכנה לעשות זאת, יש לאפשר לעוררים לעשות זאת, גם אם הדבר יהיה על חשבונם, ולא למנוע מהם זכויות בשרירות לב שכזו [...]. אולם כל עוד היא אינה עושה זאת, היא אינה זכאית למנוע מהעוררים מלממש את זכויות הבנייה שלהם, הקיימות כדון, בשל מחדליה."

(סעיף 78 להחלטת ועדת הערר)

מצ"ב העתק החלטת ועדת הערר מיום 30.6.2005 כנספח ע/6.

13. עוד נקבע בהחלטת ועדת הערר הנכבדה לעניין זה, כי:

"התכנית קובעת כי כל מבנה מגורים יחובר למערכת ביוב, המבוצע על ידי בורות סופגים ובור רקב [...] על העוררים יהיה לפנות למועצה האזורית, ולדרוש ממנה לקבל פתרון למערכת הביוב. כן עומדת להם האפשרות לבצע את הביוב בהתאם להוראות התכנית, במידה והדבר ישם [...]."

(סעיף 80 להחלטת ועדת הערר)

14. ועדת הערר מסכמת את נושא העדרו של כביש הגישה כלהלן:

"אנו סבורים כי לאור ההיסטוריה העגומה של התכנון במקום, אין סיבה לעכב את הוצאת ההיתר בשל סיבה זו. התכנון חייב להיות קוהרנטי, אולם דומה כי הדקדקנות והעמידה על הפרטים, המאפיינת את הוועדה המקומית בהתייחסותה אל העוררים, אינה מנת חלקה כאשר המדובר בתכניות אחרות. אילו היה הדבר כך, היה עליה להתריע בפני הוועדה המחוזית על אי ההתאמה

התכנונית בכבישים, וחוסר הסבירות שנוצר במקום, ולטעמנו, אילו הייתה היא פועלת כנדרש, היה עליה לדרוש כי תכנון הכביש בתכנית המופקדת כיום, יתוקן כך שייצור התחברות אפשרית. היא בחרה שלא לעשות כן, ועל כן אנו נאלצים למצוא פתרון אחר, אשר יפתור את המצב התכנוני הבלתי סביר אשר קיים היום." (סעיף 72 להחלטת ועדת הערר)

15. ועל מנת למנוע בעיית תכנון כביש גישה עתידי לחלקה, קבעה ועדת הערר הנכבדה, כי: "אנו קובעים כי על העוררים לתקן את ההיתר, באופן יסיט את הבנייה המבוקשת כ- 12 מ' מזרחה, באופן בו במידה והכביש (מחוץ לחלקה) יישאר במקומו, ויהיה צורך בהסטת הכביש בתוך החלקה להמשכן הטבעי, הבנייה לא תהייה בתחום הכביש [...]" (סעיף 73 להחלטת ועדת הערר)

16. יצויין, כי אף בתוכנית מתאר מאוחרת, ג/9702 נשאר מצב החלקה הנדונה כפי שהיה מבחינת העדר כבישי גישה לחלקה, על אף המלצת ועדת הערר הנכבדה כי התוכנית הנ"ל כן תמצא פתרון לכביש הגישה לחלקה. (סעיף 70 להחלטת ועדת הערר).
מצ"ב העתק הקטע הרלוונטי של התוכנית כנספח ע/7.

17. לתוכנית הנ"ל הגישו העוררים התנגדות אשר נדחתה שוב, מהטעם כי התוכנית הנ"ל איננה פוגעת בזכויות המתנגדים (העוררים) כפי שאושרו בתכנית הקודמת ואינה משנה דבר בחלקות שבבעלות המתנגדים.
מצ"ב העתק ההתנגדות לתוכנית ג/9702 והחלטת הועדה המחוזית לתכנון ולבניה כנספח ע/8.

18. ואכן, העוררים 1-2, ובהתאם להחלטת ועדת הערר הנ"ל, הכינו תוכנית חדשה המסיטה את הבניין בגינו מבוקש ההיתר 12 מ' מזרחה ואשר הוגשה בהתאם לוועדה המקומית לתכנון ולבניה – משגב.

19. באוגוסט 2007 הוצאה החלטת ועדת המשנה אצל הועדה המקומית לאשר את הבקשה בתנאים, וביניהם אישור קולחי משגב על אפשרות חיבור הבניין המוצע לרשת הביוב.
מצ"ב העתק החלטת הועדה מיום 27.8.07 כנספח ע/9.

20. במקביל, הגישו העוררים 2-3 אף הם בקשה להיתר על מגרש מס' 69 שבחלקה הנ"ל ובהתאם לתוכנית מתאר ג/4389 וביום 2.9.2008 קיבלו דרישות שונות לאישורים ותיקונים ומביניהם כמובן אישור קולחי משגב בע"מ בנושא הביוב.
מצ"ב העתק דרישות הועדה המקומית כנספח ע/10.

21. אחרי התכתבויות עם קולחי משגב בע"מ, כמבוקש, התקבלה תשובתה של הנ"ל, ביום 19.6.08 לפיה :

"לאחר עיון בבקשה שבנדון וברור מול מחלקת ההנדסה במועצה האזורית משגב, נמצא כי כביש הגישה למגרש, אשר מהווה חלק מהבסיס לביצוע תשתיות ביוב עבור המתחם שהמבנה הנדון נכלל בתחומו טרם תוכנן.

לפי כך, בשלב זה אין אפשרות לאשר את בקשתכם מאחר ועם השלמת המבנה המבוקש לא ניתן יהיה לחברו לתשתית ביוב ציבורית.

לאחר קבלת תכנון הכביש, נכנס לתכנון תשתית הביוב עבור כל המתחם ונחדש הטיפול בבקשתכם."

מצ"ב העתק מכתב מטעם קולחי משגב בע"מ מיום 19.6.08 כנספח ע/11.

22. לאור תגובת קולחי משגב בע"מ, וביום 25.9.08, פנו העוררים אל הועדה המקומית וביקשו כי זו תאשר פתרון ביוב על פי תוכנית מתאר ג/4389, מכוחה מבוקשים היתרי הבנייה הנ"ל. דהיינו בורות סופגים ורקב במקום.

מצ"ב העתק מכתב העוררים מיום 25.9.08 כנספח ע/12.

23. ביום 2.12.08, ניתנה החלטת הועדה המקומית הדוחה את בקשת העוררים, בין היתר, מהנימוקים כלהלן :

"הוראות התכנית ג/4389 בעניין האפשרות להקים בורות סופגים ובורות רקב כפתרון ביוב לבתי מגורים נמצאות זה מכבר בסתירה להוראות של התכנית ברמה הארצית והמחוזית, אשר הינן בעלות מעמד עדיף על התכנית ג/4389.

בנוסף, פתרונות ישנים אלה אסורים היום גם לפי ההוראות, החוקים והתקנות העוסקות בבריאות הציבור ומניעת זיהום מי התהום.

[...]

באשר לטענתך בדבר בניית בורות ספיגה בישוב הסמוך כמאנה, ברצוני להידיעך, כי בכפר קיימת זה מכבר רשת ביוב אשר מחוברת למאסף הראשי."

מצ"ב העתק מכתב הועדה המקומית כנספח ע/13.

24. לא רק שהועדה לא הפנתה בתשובתה לתוכניות מתאר ארציות ומחוזיות והוראות ספציפיות לעניין קביעתה הנ"ל, אלא הדבר איננו נכון, בלשון המעטה. יתירה מכך, הועדה אף איננה דוברת אמת באשר לפתרונות של בורות ספיגה ורקב אשר כן מאושרים בכלל הבתים בישוב הסמוך כמאנה, ללא יוצא מן הכלל, מאחר והישוב טרם חובר למערכת האיסוף האזורית.

מצ"ב העתק מכתבו של יו"ר הוועד המקומי בישוב כמאנה הסמוך באשר למצב תשתיות הביוב והפתרונות הזמינים לתושבים בישוב וכן מספר דוגמאות להיתרי בנייה בישוב כנספח ע/14.

25. הועדה, ובעזות מצח, חוזרת וקובעת, כי:

"מעיון במכתביך עולה, כי קיימת בעייתיות, בשלב זה, בתכנון מערכת איסוף והולכת שפכים באזור חלקה 1 גוש 18850 בכמון. הבעיה נובעת הן מהריחוק של החלקה מהתשתית הקיימת בישוב והן עקב אי הודאות, בשלב זה, לגבי תוואי הדרך אשר אמורה לעבור בחלקה. כזכור לך, נושא הדרך והיעדר חיבורה התקני לדרך בתכנית ג/במ/217 ובתכנית ג/9702 היווה גם הוא מכשול לאישור הבקשות."

26. הנ"ל כמובן מנוגד להחלטת ועדת הערר מאוגוסט 2005 לפיה הועדה היא זו אשר הובילה למצב האבסורדי של העדר כביש גישה אשר לטענתה איננו מאפשר פיתוח תשתיות באזור וכי הדבר לא יהווה מכשול בפני הוצאת היתרי בנייה לעוררים.

27. לסיכום, נראה כי הועדה המקומית עודנה ממשיכה במדיניותה לסחוב ולייאש את העוררים על מנת למנוע מהם לממש את זכויותיהם התכנוניות והקנייניות ולבנות את ביתם על אדמתם הפרטית בהתאם לתוכנית המתאר החלה עליה. לשם כך, הועדה המקומית מציגה עובדות לא נכונות, מציגה מידע תכנוני לא נכון ומחליטה בניגוד לתוכניות המתאר החלות. הכל למען מטרה אחת ויחידה, להמשיך בסחבת ולהימנע מהענקת היתרי בנייה לעוררים.

החלק המשפטי

כללי

28. העוררים יטענו, כי החלטת הועדה, לדחות את בקשתם להתיר פתרון ביוב זמני של בור סופג ובור רקב, ובכך למנוע הוצאת היתר בנייה כמבוקש על ידם הינה שרירותית, לא לתכלית ראויה, לא נשענת על שיקולים ענייניים, לא נסמכת על תשתית עובדתית ראויה, בלתי מידתית, בלתי סבירה, ניתנה בניגוד לחוק התכנון והבניה ותוך כדי חריגה בוטה מסמכות, מפלה וניתנה תוך כדי פגיעה בזכויות יסוד של העוררים.

29. העוררים, מזה שנים רבות, עושים את כל אשר עולה בידם, על מנת לקבל היתר בניה לבניית בית מגורים להם ולילדיהם. משך כל השנים שחלפו נקטה הועדה המקומית בסחבת בלתי עניינית במטרה למנוע מהעוררים לבנות את בית מגוריהם בתוך הישוב

כמון, בשל היותם ערבים ונראה כי הוועדה המקומית ממשיכה במדיניותה זו ללא כל לאות, על אף החלטה ביקורתית ביותר של ועדת הערר הנכבדה לעניין זה. הוועדה המקומית יוצרת קשיים תכנוניים מכוונים למניעת חיבור חלקת העוררים לתשתיות ולאחר מכן קובעת כי בשל אותם קשיים תכנוניים לצערנו לא נוכל להוציא היתרי בנייה במצב הקיים. האבסורד בעניין זה גדל נוכח העובדה כי העוררים ובני משפחתם התגוררו באזור, שכיום בשטח הישוב כמון, עוד בטרם החלה בניית הישוב כמון, ועד ליומנו זה ובקשתם תואמת את תוכנית המתאר החלה על חלקתם אך טרם הצליחו לממש את זכותם לבנות את ביתם.

חוסר סמכות

30. העוררים יטענו כי הוועדה פעלה תוך כדי חריגה מסמכות ושלא לפי אמות המידה אשר נקבעו להפעלת סמכויותיה על פי חוק התכנון והבניה, ובייחוד במסגרת בקשות כגון בקשת העוררים נשוא ערר זה. כך חרגה הוועדה ממסגרת שיקוליה על פי חוק בהחלטתה לסרב לאשר לעוררים פתרון ביוב התואם את תוכנית המתאר החלה על חלקתם ג/4389.

31. סעיף 2.1 להוראות תוכנית מתאר ג/4389 קובע:

"כל מבנה מגורים ומבנה ציבורי יחובר למערכת ביוב, הביוב יבוצע על פי בורות סופגים ובור רקב [...]"
(ראה נספח ע/2)

32. ובכן, שיקוליה של ועדת תכנון מקומית, בבואה להחליט אודות בקשה להיתר, אמורים להיות שיקולים תכנוניים בלבד. הוועדה אמורה לבדוק את מידת התאמתה של הבקשה לתוכנית המתאר החלה, ובמקרים חריגים ביותר, לשקול שיקולים תכנוניים נוספים.

33. מהחלטת הוועדה עולה בבירור כי בקשת העוררים תואמת את הוראות תוכנית המתאר החלה על המגרש, הוועדה לא טענה כלל ליקוי ו/או חסר בעניין זה. בנסיבות אלה, ובאין נסיבות תכנוניות חריגות, מן הדין היה כי בקשתם של העוררים להיתר תתקבל. על עקרונות אלה עמד בית המשפט העליון בעניין **העמותה לשמירת איכות החיים והסביבה** כלהלן:

"[...] גם לוועדה מקומית, המתבקשת להעניק היתר בנייה, נתון שיקול דעת לשקול שיקולים תכנוניים, שהם מעבר לעצם התאמתה של הבקשה לדרישותיה של התכנית המאושרת (ראה לעניין זה את דברי השופט נתניהו בבג"צ 663/85, בשג"צ 119/87, 1/88 [6] הנ"ל, בעמ' 138), אך השימוש בשיקול דעת זה, היכול להתבטא בהתניית מתן ההיתר בקיום תנאים הכרחיים וחיוניים שבשלב התכנון קשה היה לעמוד על חיוניותם, ראוי שיעשה בצמצום ובזהירות, ואין הוא יכול להוות תחליף נאות לפעולה נחוצה בתחום התכנון." (ההדגשה לא במקור)

בג"צ 1636/92 העמותה לשמירת איכות החיים והסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל-אביב, פ"ד מז(5) 573, 583-584 (1993)

34. בית המשפט העליון חזר על קביעה זו בעניין אלברט בנין באומרו:

"מקובל עליי, כנקודת מוצא, כי עירוב תחומים בין הליכי התכנון לבין הליכי הרישוי איננו רצוי. זהו אפוא הכלל, ואילו את שיקול-דעתה של הוועדה המקומית למאן לתת היתר, חרף התאמתו לתנאיה של תכנית קיימת, יש להגביל למקרים היוצאים מן הכלל, שבהם גלוי וברור כי התכנית שעל פיה מבוקש ההיתר שוב אינה הולמת את הצרכים החדשים שנתהוו מאז אישורה, ושהתרת הבנייה על פיה תפגע בציבור."

בג"צ 3212/93 אלברט בנין נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ירושלים, פ"ד מח(5) 309, 317 (1994)

35. העוררים יטענו, כי משמילאה בקשתם את תנאי תוכנית המתאר החלה על חלקתם, ביחס לפתרון הביוב, חובה היה, בנסיבות העניין, על הועדה לאשר להם פתרון זה. העוררים יטענו כי השיקולים הבלעדיים אשר אמורים להנחות את הועדה בבקשות להיתר או אחרות על פי תוכנית מפורטת, חייבים להיות מכוונים להשגת מטרותיה כפי שאלה באו לידי ביטוי בהוראותיה. על כך עמד השופט (דאז) ברנזון בפרשת הלפרין כלהלן:

"השיקולים הבלעדיים שצריכים להנחות את רשויות התכנון בפעולתן חייבים להיות מכוונים להשגת מטרה כללית זו [של תוכנית מתאר], וכל שיקול אחר הוא פסול ופוסל החלטה הנשענת עליו."

ע"א 120/60 ש. הלפרין נ' קוצ'ינסקי, פ"ד טו(2) 705, 713 (1961)

36. יתירה מכך, העוררים יטענו, כי לא רק שלא התקיימו בעניינם נסיבות חריגות המצדיקות חריגה מהוראות התוכנית החלה בעניינם, אלא העובדה כי המצב התכנוני הקיים בשטח חלקתם הנו תוצר של מניפולציות תכנוניות של המשיבה, כפי שעולה גם מהחלטת ועדת הערר הנכבדה מיוני 2005, במטרה למנוע מהם היתרי בנייה, מונע מהוועדה המקומית מלהשתמש במצב זה לשלילת זכויות העוררים על פי תוכנית המתאר החלה עליהם.

הפגיעה בזכות היסוד החוקתית לקניין

37. העוררים יטענו, כי משמעותה של החלטת הועדה הנה טרפוד כל אפשרות לניצול זכויותיהם של העוררים בקניינם, כולל זכויותיהם התכנוניות בו, על פי תוכנית המתאר החלה עליו. משמעותה של החלטת הועדה בעניינם של העוררים, הנה כי העוררים אינם בעצם יכולים להשתמש בקניינם, אינם יכולים לבנות בו, אינם יכולים לקבל היתר בניה

על פי תוכנית המתאר. למעשה, החלטת הועדה מבהירה, כי לזכויותיהם של העוררים בקרקע ועל פי תוכנית המתאר אין כל משמעות, וכאילו זכויות אלה לא היו קיימות.

38. יתירה מזו, בנסיבות העניין, פוגעת המשיבה פגיעה קשה ומהותית בזכות העוררים ובני משפחתם לדיור, וזאת על ידי נקיטת סחבת מתמשכת והערמת קשיים בפני הוצאת ההיתר, כל זאת, כנראה, במטרה למנוע מהעוררים המשך מגורים בישוב כמון.

39. הזכות לקניין, על שני היבטיה הרגשי והכלכלי, הנה זכות יסוד חוקתית אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו באה להגן על זכויות הפרט על קניינו, וכחלק מזה על זכותו למימוש זכות השימוש בקניינו.

40. אין צורך להכביר מילים אודות הזכות לקניין שעל שני היבטיה הכלכלי והרגשי, הנה זכות יסוד חוקתית אשר עוגנה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. כך למשל נקבע בעניין **מחיל** על היבטיה של הזכות לקניין כדלקמן:

"הזכות לקניין, המוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר טבועים בה שני היבטים. היבט אחד הוא ההיבט הכלכלי, והאחר הוא ההיבט הרגשי. על ההיבט הרגשי כמאפיין את הזכות במקרקעין עמד פרופ' ויסמן באומרו: "בעלות במקרקעין מפתחת לעתים קרובות זיקה רגשית של בעל הקרקע כלפי הקרקע, נשוא הבעלות. דבר זה נובע, בין השאר, מכך שאין לך תחלף מלא לחלקת אדמה כלשהי... המשפט מתחשב בהיבט זה של המקרקעין ומשתדל שלא לנשל אדם ממקרקעיו, ושלא ליצור מצב שבו יאלץ בעל קרקע לקבל פיצוי כספי כתחליף למקרקעין" (ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 115).

בג"צ 95/2739 **מחול נ' שר האוצר**, פ"ד נ(1) 309, 317 (1996)

41. ולעניין זה נקבע בפרשת **חוף עזה** כלהלן:

"הקניין' בהוראה זו משתרע על כל זכות רכושית. חוק היסוד מגן על פגיעה ברכושו של אדם. נמצא כי ההגנה על הקניין משתרעת לא רק על זכויות 'קנייניות' כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה, אלא גם על זכויות 'אובליגטוריות' בעלות ערך רכוש"

בג"צ 05/1661 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 583 (2005).

לזכות הקניין ראו עוד :

ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995)

בג"צ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, נט(5) 368 (2005)

בג"צ 2390/96 **קרסיק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 625 (2001)

יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" **הפרקליט** מב 258 (1995)

יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" **משפטים** כח 535 (1997)

42. יתירה מזו, גם הזכות לדיור הנה זכות חוקתית הנחשבת כחלק מזכות היסוד של האדם לכבוד. על חשיבותה של הזכות לדיור כחלק מכבוד האדם וחירותו נקבע בפרשת **גמזו** :

"כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"ץ 94/161 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע."

רע"א 4905/98 **פרופ' יוסף גמזו נ' נעמה ישעיהו** (טרם פורסם), תק-על 2001 (1) 1440, 1446.

ראה לעניין זה גם: אהרן ברק, "**פרשנות במשפט**", נבו הוצאה לאור, חלק שלישי עמ' 422-423.

43. העוררים יוסיפו ויטענו, כי בהחלטתה, פוגעת הועדה בזכויותיהם התכנוניות על פי תוכנית המתאר החלה על קניינם. שלילת זכותם של העוררים לבנות על קניינם בהתאם לתוכנית המתאר החלה, מובילה למצב אבסודרי ולפיו, הועדה בעצם מחליטה כי אין בעל קניין יכול לבנות על קניינו אף בהתאם לתוכנית מתאר.

44. תוצאה אבסורדית זו פוגעת קשות אף בשקיפותו של המעשה המינהלי ובשקיפותם של הליכי התכנון. שכן, הועדה יוצקת לתוך תוכנית המתאר, החלה על קניינם של העוררים, תכנים שאינם חלק מהתוכנית ושאינם חלק מהליכי התכנון. דבר זה יש בו אף בכדי לרוקן מכל תוכן את הליכי התכנון ואת משמעותן של תוכניות המתאר, שאין בכוחן יותר, על פי פרשנות הועדה, לשקף את מצב הזכויות התכנוניות בחלקה נתונה.

45. מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה כי העוררים התנגדו לתוכנית המתאר ג/מב/217 וכן לתוכנית מתאר ג/9702, כפי שפורט לעיל, ובהחלטה לדחות התנגדויותיהם, הובהר על ידי הועדה המחוזית כי התוכניות הנ"ל אינן משנות את יעוד השטח ולא תפגענה בזכויות של בעלי חלקה מס' 1 שבגוש 18850.

46. העוררים יטענו, כי תכליתו של חוק התכנון והבניה ותכליתם של עקרונות היסוד, אינם יכולים לסבול תוצאה אבסורדית זו, שיש בה בכדי לעוות כליל את כל מושגי היסוד של השיטה המשפטית ושל דיני התכנון והבניה.

פגיעה בעיקרון השוויון

47. העוררים יטענו, כי החלטת הועדה המקומית הנה החלטה פסולה בהיותה מפלה כנגדם שלא כדין. החלטת הועדה המקומית, הלכה למעשה, איננה מאפשרת לעוררים פתרון ביוב הקבוע על פי תוכנית המתאר החלה בעניינם, כאשר פתרון זה היה נהוג בכלל שכונותיו של הישוב כמון בטרם חוברו אלה למערכת הביוב המרכזית.

48. יתירה מכך, פתרון זה עדיין נהוג הוא, והועדה המקומית עודנה מנפיקה היתרי בנייה לבתים בישוב הסמוך כמון, מאחר וזה טרם חובר ומערכת הביוב המרכזית, כאמור. (ראה **נספח ע/13**)

49. ובכן, החלטת הועדה המקומית החריגה את בקשותיהם של העוררים ולא אישרה פתרון ביוב של בורות ספיגה ורקב על פי תוכנית המתאר, כאשר נהגה היא לעשות כן בישוב כמון ועודנה עושה כן בישוב כמאנה הסמוך.

50. העוררים יטענו, כי מצב בקשותיהם, מבחינה זו, זהה לבקשות להיתר בישוב כמאנה וכן בבקשות להיתר בשכונות כמון בטרם חיבורן למערכת הביוב המרכזית, כאמור. יחד עם זאת, הועדה המקומית איננה מבהירה מדוע דינן של בקשות העוררים שונה הוא מדין בקשות אשר נמצאו או עדיין נמצאות באותו מצב ומקבלות טיפול שונה. דהיינו מאושרות עם פתרונות ביוב של בורות ספיגה ורקב. הועדה המקומית נסמכת בעניין, וכפי שפורט לעיל, זה על מידע שאיננו נכון ורחוק מהמציאות הקיימת בישוב כמאנה למשל, כאשר לכלל הבתים בישוב פתרונות ביוב של בורות סופגים ורקב והיתרי בנייה מונפקים בהתאם.

51. התוצאה הינה, כי ההחלטה נשוא הערר דנן, מאבחנת בין העוררים לבין קבוצת אזרחים או בעלי קרקעות אחרת באותו אזור גיאוגרפי, בכל הקשור לשמירה על זכויותיהם התכנוניות וכן על זכותם לקניין. האבחנה אותה עושה החלטת הועדה המקומית איננה מבוססת על שונות רלוונטית בין שתי הקבוצות הנ"ל. יוצא אם כן, כי ההחלטה נשוא הערר דנן מפלה בין בני אדם המצויים בתוך אותה קבוצת שוויון ובאותו אזור גאוגרפי,

כאשר אין ביניהם שוני רלוונטי לצורך העניין. על כן, האבחנה הנ"ל אינה מהווה אבחנה מותרת אם כי הפליה פסולה.

52. כמובן שאי אפשר להתעלם בהקשר הזה, ולאור ההיסטוריה העגומה בנושא והחלטות קודמות של הוועדה המקומית, מזהותם הלאומית של העוררים, כאשר לכלל תושבי כמון היהודיים אושרו פתרונות ביוב זהים, כאמור, קודם לחיבור שכונותיהם למערכת האיסוף האזורית. במילים אחרות, הוועדה המקומית מפלה את העוררים על רקע לאום.

53. 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 (דאז) 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 הגיאוגרפיים 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 נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, פסק דין מיום 27.2.06).

54. 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 המשפט המשפט העליון 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 יקו 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**, פ"ד מג(2) 510, 501 (1989)

55. במקום אחר עמדה כבי 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 הבניה של משרד הבינוי והשיכון במרכז הארץ, הן הטבות המבוססות על העדפה פסולה הפוגעת בשוויון."

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

העדר תשתית עובדתית – חוסר הגינות

56. העוררים יטענו כי החלטת הועדה המקומית הנ"ל התקבלה ללא שהתבססה על תשתית עובדתית ראויה ונכונה עובר לקבלת ההחלטה, ואולי אף תוך כדי הטעיית חברי הועדה. על כן, ההחלטת הנ"ל מנוגדת היא, באופן מוחלט, לכללי המינהל התקין ולעקרונות הבסיסיים של המשפט המינהלי.

57. כך למשל לא נלקחו בחשבון זכויותיהם של העוררים על פי תוכנית המתאר החלה על חלקתם (ג/4389); לא נלקחו בחשבון זכויותיהם הקנייניות של העוררים; לא הובאה בפני חברי הועדה העובדה הנכונה כי היתרי בנייה ניתנים, גם כיום, בישוב הסמוך כמאנה עם פתרונות ביוב זמניים של בורות ספיגה ורקב, אלא הוצגה בפני חברי הועדה העובדה הלא נכונה כלל הבתים בישוב כמאנה מחוברים למערכת הביוב האזורית; לא הובאה בפני חברי הועדה כי הפתרון המבוקש אושר לכלל הבתים בישוב כמון לפני חיבור השכונות בישוב למערכת הביוב האזורית, עד לפני שנים לא רבות וכן לא הוצגו בפניהם נתונים נכונים לגבי הוראות החוקים השונים ותוכניות המתאר המחוזיות והארציות.

58. מחדלים אלה של הועדה המקומית מקבלים חומרה יתירה היות ועניין לנו בשלילת זכויות יסוד, כאמור, של העוררים או במילים אחרות, העדפת שיקולים זרים ומפלים על פני קיום זכויות יסוד של העוררים.

59. הלכה פסוקה היא שהחלטתה של רשות מנהלית שהתקבלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין, אלא בגלל שדעת הרשות נחושה להשיג תוצאה מסוימת ללא 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) בדיקת 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 לו (3) 29, 48, 49 (1983)

ראו גם עניין **יורונט 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 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח (5) 412, 423 (1994)).

60. העוררים יטענו, כי התנהלות העניינים בפני הועדה המקומית, כפי שאלה הובאו לעיל, מלמדים על חוסר הגינותה של הנ"ל בכל הקשור להחלטותיה בעניינים. פסיקה רבה קבעה את חשיבות סוגיית עקרונות ההגינות בפעולות המינהל הציבורי ורשויות השלטון לאור הכוח הנמצא בידי שלטונות אלה אשר מעמיד אותן בעמדת עליונות על פני האזרח או הפרט. על כך עמד בית המשפט העליון בעניין **קונטרס** כלהלן:

”על-כן: היחיד והשלטון אין הם שווי-זכויות, אין הם שווי-כוחות ואין הם שווי-מעמד. הם גם אינם ידידים זה לזה. השלטון מחזיק בידו רוב כוח, רוב עוצמה ורוב עושר, עד שהיחיד - יהיו כוחו, עוצמתו ועושרו רבים ככל שיהיו - לא ישווה לו ולא ידמה לו. אכן, לשלטון אין לו משלו ולא כלום; כל אשר מחזיק הוא בו, בנאמנות הוא מחזיק - לטובתו של היחיד ולרווחתו. ואולם, האמירה הנורמטיבית-המשפטית כי זה מעמדו של השלטון כלפי היחיד, אין בה כדי לחסר כהוא-זה מן התופעה שאנו עדים לה יום-יום, שעה-שעה, שהיחיד עומד בתור לפני דלפק-השלטון, והתור משתרך ומתפתל עוד ועוד. יש המכנים תופעה זו ”ביורוקרטיה” ויש המכנים אותה אחרת. היא כינויה של התופעה אשר היא, התופעה ידועה ומוכרת לכולנו, ולא לטוב. מטעם זה אף נחלצו בתי-המשפט בעבר לעזרו של היחיד בעומדו מול אותה מכונת-ענק - נחלצו בעבר, ממשיכים הם להיחלץ כיום וימשיכו להיחלץ בעתיד. מטעם זה אף קבעו בתי-המשפט את עקרון הנאמנות שהשלטון חב ליחיד. מאותו טעם קבעה ההלכה את חובת ההגינות שהשלטון חב ליחיד. עיקרון וחובה אלה מקורם בסמכותה היתרה של הרשות, בכוחה-היתר, ביכולתה למנוע מן היחיד טובה שלולא נאסרה עליו יכול היה ליהנות ממנה. חובת ההגינות שהשלטון חב בה כלפי יחידי החברה נגזרת מהכוח היתר שהשלטון מחזיק בו, מעוצמתו של השלטון כ-רבה. חובת ההגינות נועדה לשמש - בצדם של אמצעים אחרים - בלם לכוח ורסן לעוצמה. הניתן לומר דברים אלה על היחיד כלפי השלטון? הנה הוא גוליבר בארץ הענקים: הענקים מסבים לסעודה וגוליבר עומד על שולחן-האוכל מלוא-קומתו הזעירה וכל עצמותיו רוחפות מיראה. כמלחיה היה בעיניהם, כזנב-גזר. נשיפת פה מצויה וגוליבר היה-כלא-היה. יכולני להבין ”חובת הגינות” כי נטיל על הענקים כלפי גוליבר. אתקשה להבין חובת הגינות - חובה-שכנגד - כי נאמר להטיל על גוליבר. חובות - בהן חובת ההגינות - נועדו לרסן כוח, עוצמה, עושר. ומה כוחו של היחיד ביחס לשלטון? ”

בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 366-367 (1998)

61. הנה כי כן, החלטת הוועדה המקומית הינה שרירותית ביותר, מאחר ואינה נשענה על תשתית עובדתית ראויה ונתונים נכונים רלוונטיים המצדיקים את החלטה לדחות את בקשת העוריים ולאשר פתרון ביוב של בורות ספיגה ורקב בהתאם לתוכנית המתאר החלה. בנסיבות העניין, הוועדה פעלה בחוסר תום לב ובחוסר הגינות מוחלטים.

62. העוררים שומרים על זכותם לפנות לערכאות המשפטיות כנגד כל החלטה אשר התקבלה על ידי המשיבה, במהלך הדיונים והטיפול בבקשתם להיתר, אם יראו לנכון לעשות כן בעתיד. העוררים ידגישו כי אין בהגשת ערר זה כל ויתור על זכותם לטעון כנגד כל החלטה בנושא זה על ידי מי מהגורמים המעורבים ואין ערר זה בא במקום זכות זו.

63. העוררים שומרים על זכותם לצרף לעררם זה חוות דעת של מומחים אם יראו צורך לעשות כן במהלך הדיונים בערר.

אשר על כן, ולאור כל האמור לעיל, מתבקשת ועדה הערר הנכבדה לקבל את הערר, לבטל את החלטת הוועדה הנ"ל ולהורות על הסרת התנאי באשר לחיבור מגרשי העוררים למערכת הביוב האזורית לשם הענקת היתר בנייה.

סוהאד בשארה , עו"ד
ב"כ העוררים