



## רגבים - המחלקה המשפטית

י"ב אדר ב תשפ"ב

15 מרץ 2022

לכבוד

הועדה למתחמים מועדפים לדיור

במקוון באתר ובמייל [hit-vatmail@iplan.gov.il](mailto:hit-vatmail@iplan.gov.il)

שלום רב,

### הנדון: התנגדות לתכנית תמל/1077 - אום אל פחם

בשם מרשתי, תנועת רגבים ע.ר. 580460319 (להלן: "המתנגדת") להלן התנגדות רגבים לתכנית שבנדון (להלן: "התכנית").

#### מבוא

ייעודה של התכנית הוא הכשרה למפרע של כ- 3,000 יחידות דיור שנבנו בשני מתחמים על גבי קרקע בייעוד לחקלאות (המתקראים עין ג'ראר ואל עראיש, להלן: "מתחמי ההלבנה"), לתגבר את היחידות הקיימות ב-2,300 יח"ד נוספות – באותום מרחבים, ולהוסיף כ-1100 יח"ד במסגרת שטח פנוי המצוי בין שני המתחמים הנ"ל.

התנגדות זו נשענת על ארבעה אדנים אשר כל אחד מהם, בפני עצמו, די בו בכדי להצדיק פסילת התכנית כפי שפורסמה:

- \* **קידום תכנון הסותר את מטרות הותמ"ל – באופן חריג וקיצוני.**
- \* **קידום התכנון בותמ"ל נעשה שלא באופן התואם את ההליך.**
- \* **קידום התכנית נעשה תוך התעלמות מהצורך באיזון ראוי בין אינטרסים ציבוריים שונים ובדגש על הסדרה למפרע של בניה בלתי חוקית (להלן: "הלבנה") ללא תשתית עובדתית מספקת בדבר היקף ההסדרה וסתירה של תוכנית המתאר הכוללנית המקודמת ליישוב.**
- \* **קידום התכנית נעשה מבלי לבחון חלופות הפוגעות פחות באינטרס הציבורי של שלטון החוק.**



## רגבים - המחלקה המשפטית

### תנועת רגבים

1. רגבים הינה תנועה ציבורית ישראלית וציונית הפועלת בתחומי השמירה על הסביבה, מעקב ובקרה אחר פעולות הרשויות המנהליות בכל הקשור לטיפול בנושאי מדיניות קרקעית וסביבתית כך שיפעלו בהתאם לחוק ולכללי המנהל התקין ועל פי מדיניות קרקע ציונית.

### טיעוני ההתנגדות

#### עקרונות היסוד לבחינת ההליך התכנוני בותמ"ל

2. התכנית, מושא התנגדות זו, מקודמת מכוח החוק לקידום הבנייה במתחמים מועדפים (הוראת שעה), תשע"ד-2014 (להלן: "החוק").
3. בעע"מ 1846/18, קבע בית המשפט העליון את המבחנים הנדרשים לשם בחינת הליכי אישור התכנית כדלקמן:

"הבטחת קידומה של כל תכנית במסלול המתאים לה מוטלת לא רק על המחוקק, אלא גם על הגורם המוסמך ליזום את התכנון ועל המוסד המתכנן. כאשר נתונה לרשות מינהלית סמכות לקדם תכנית מסוימת הן במסלול הרגיל הן במסלול המזורז, עליה להחליט איזו סמכות להפעיל. כידוע, הבחירה בין מקורות סמכות מקבילים כפופה, ככל החלטה מינהלית, לכללי המשפט המינהלי (בג"ץ 1605/94 טלסינימה בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד נב(3) 803, 813 (1998)). העילות לביקורת השיפוטית על ההחלטה לקדם תכנית במסלול מזורז נחלקות אפוא לשלושה מישורי הביקורת: מישור הסמכות, שבמסגרתו נבדק עצם קיומה של סמכות לתכנן במסלול המיוחד; מישור ההליך, שבגדרו יש לבחון את האופן שבו התקבלה ההחלטה שלא לתכנן במסלול הרגיל, ובין היתר את התשתית העובדתית שעמדה ביסודה; ומישור שיקול הדעת, שבבסיסו נבחן האיזון שערכה הרשות המינהלית בין השיקולים השונים שביסוד ההחלטה, ובפרט החשש מפגיעה מיותרת באיכות התכנון ובאינטרסים ציבוריים שונים כתוצאה מהדיון במסלול המזורז"

4. כלומר: קיימים שלושה מישורי ביקורת על ההחלטה לקידום תכנית בותמ"ל - מישור הסמכות, מישור ההליך ומישור שיקול הדעת.



## רגבים - המחלקה המשפטית

5. יצויין כי אמנם בג"ץ 1846/18 הנ"ל עסק בביקורת שיפוטית על הליך אישור מתחם כמועדף לדיור עפ"י החוק אולם ברור כי מבחנים אלו יחולו גם על הליכי התכנון הספציפיים.
6. כפי שיובהר להלן – התכנית, מושא התנגדות זו, איננה צולחת את כל מהמבחנים הנ"ל בהצלחה ועל כן דינה דחייה.

### מבחן הסמכות - התכנית עומדת בסתירה למטרות הותמ"ל

7. כאמור לעיל, המבחן הראשון הוא "מבחן הסמכות" – האם התכנית מצויה בסמכות הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור והאם היא אכן משרתת את מטרות החוק, ובלשון ביהמ"ש העליון: "מישור הסמכות, שבמסגרתו נבדק עצם קיומה של סמכות לתכנון במסלול המיוחד":

8. מטרות החוק, כפי שמובאות בסעיף 1 לחוק הינן כדלקמן:

"חוק זה בא לקבוע, כהוראת שעה, הסדרים מיוחדים לתכנון מתחמים מועדפים לדיור ולפיתוח מוטה תחבורה עתירת נוסעים, לרבות לשם השגת מטרות אלה:

(1) הגדלה מהירה של היצע יחידות הדיור;

(2) יצירת היצע של יחידות דיור להשכרה לטווח ארוך;

(3) יצירת היצע של יחידות דיור להשכרה לטווח ארוך במחיר מופחת;

(4) קידום הפיתוח בקרקע סובבת תחנות מערכת תחבורה עתירת נוסעים במטרה להביא, בין השאר, לייעול השימוש בקרקע ולהגברת השימוש בתחבורה הציבורית".

9. עפ"י מסמכי התכנית:

"התוכנית מתחלקת לשני חלקים:

החלק הראשון כולל את שכונות עין ג'ראר ואל עראייש - שכונות קיימות ובנויות היושבות על קרקע חקלאית ובהן כ- 3000 יח"ד. תוכנית המתאר הכוללנית של אום אל פאחם הגדירה אזור זה בייעוד מגורים ותוכנית זו באה להסדיר שכונות אלו- ע"י הגדרה והפקעה של דרכים לשימוש כלל הציבור, הגדרת שטחים למבני ציבור ושטחי ציבור פתוחים אשר יענו על הצרכים של תושבי השכונות הקיימות, וכן הגדרת סל זכויות מתחמי שיאפשר הגדלת שטחי בניה, ציפוף המרקם הקיים והוספת כ- 2,300 יחידות דיור.



## רגבים - המחלקה המשפטית

החלק השני הוא השטח שבין שתי השכונות כאמור, אזור בעל רגישות נופית גבוהה המכיל ואדי ויער. בשטח זה מוצעות כ-1,160 יח"ד, שטחי ציבור ושטח לתעסוקה (כ-116 אלף מ"ר עיקרי).

10. כלומר, מתוך 6,460 יח"ד הכלולות בתכנית – 3,000 הינן יח"ד קיימות (46%).
11. לנתונים הנ"ל יש להוסיף כי הכנת התכנית התבססה על הנחות של 40% מימוש בתחום הבניה הקיימת, 65% מימוש במתחם הפנוי מבניה ו-100% מימוש במתחם החדש – שרובו בבעלות המדינה, כך שלמעשה – התכנית צופה שמספר היחידות החדשות לבניה יהיה נמוך יותר מהאמור לעיל באופן שהתכנית תוסיף כ-2,600 יח"ד ותלבין כ-3,000 יחידות דיור.
12. מהאמור לעיל ברור כי מטרתה העיקרית של התכנית אינה "הגדלה של היצע יחידות הדיור" – אלא הלבנה בדיעבד של אלפי יחידות דיור בלתי חוקיות.
13. לסוגיה זו התייחס גם עוה"ד ארז קמיניץ, בהיותו המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני המשפט האזרחי, בחוות דעת שניתנה טרם אישור הבקשה להכרזת המתחמים, מושא התכנית, כמתחמים מועדפים לדיור:

"יחד עם זאת, יש להדגיש, כי מטרת החוק העיקרית ותכליתו היא הוספת יחידות דיור לשוק המקרקעין בזמן קצר, וזאת באמצעות הקלות משמעותיות בהליך התכנוני ובמדרג התוכניות. אמנם, לאור ההכרה בייחודיות של יישובי מיעוטים, נקבעו בחוק כללים מיטיבים נוספים ביחס לתכנון ביישובי מיעוטים, אולם הדבר לא נעשה מתוך שינוי התכלית. גם ביישובי מיעוטים יש מצוקת דיור, וגם לגביה מבקש המחוקק באמצעות הותמ"ל לפעול במרץ לתכנון יחידות דיור חדשות שיצטרפו לשוק, ולא להכשיר בניה קיימת ובלתי חוקית. מדובר בהבדל משמעותי - יחידות הדיור שיוכשרו במסגרת תכנית שתתאשר בותמ"ל, יימנו למעשה מהמכסה המזערית שקבע המחוקק, וספק אם דבר החקיקה ותנאי הסף יתקיים לגביהם; כך, אינו דומה תכנון שכונה חדשה בקרקע "בתולה" שעליה עתידות לקום 500 יחידות דיור, לתכנון שכונה שכבר קיימת באופן בלתי חוקי ושכבר קיימות בה 500 יחידות דיור. במה יועיל התכנון בשכונה השנייה להוספה מהירה של היצע הדיור?"

זאת ועוד, כפי שציינו, החוק מהווה מסלול עוקף להליכי התכנון הרגילים והמקובלים, ויש בו כדי להתגבר על סולם העדיפות של תכניות שנקבע בדין. בדרך זו, מתן אפשרות ללגליזציה של מבנים בלתי חוקיים במסגרת הותמ"ל מעבירה מסר בעייתי, שלפיו "יוצא חוטא נשכר", וזאת באופן כפול- הן בשל העובדה



## רגבים - המחלקה המשפטית

שהבניה "מולבנת", לעתים על אף ייעודי קרקע סותרים, והן בשל שימוש בהליך המהיר והמקוצר שקבע המחוקק. יוצא מן האמור, וככלל, עמדתנו היא, כי אין מקום להכריז על מתחם מועדף לדיור שעיקר מטרתו הכשרת עבירות בניה ובינוי קיים, דבר שכאמור אינו מגשים את מטרת החוק ותכליתו."

14. למרות האמור לעיל, חוות הדעת של עוה"ד קמיניץ הותירה פתח להלבנה מסויימת ובתנאים:

יחד עם זאת, נוכח מהלך ממשלתי מקביל שנושאו מיקוד מאמצי האכיפה נגד בניה בלתי חוקית, נוכח פניות חוזרות ונשנות של ראשי המגזר הערבי, ולאחר קיום מספר ישיבות בענין עם ראשי ערים ועם גורמי האכיפה המדינתיים השונים, הכרענו, כי משפטית ניתן לפרש את החוק, בחלק מהמקרים, לקולא.

כך- מקום בו ישתכנעו גופי האכיפה השונים, כי גורמי הרשות המקומית, על נבחרי הציבור שלה, מגויסים כולם למיקוד מאמצי האכיפה, ובפרט בקרקעות המיועדות לתכנון במסגרת הותמ"ל, וכי מיקוד זה יוכל לשמר מתחם ותמ"לי חופשי מעבירות נוספות, ניתן יהיה להכליל, במשורה, גם מתחמים עם בניה בלתי חוקית בהיקפים מסוימים. התרשמנו, כי במקרים אלה, ואם יתקיימו התנאים לעיל, ניתן לשקול הכללה של מתחם בותמ"ל כאחד מהמענים לסוגיה המורכבת, ולאור האינטרסים הציבוריים שבקידום תכנון מחד ושמירה על שלטון החוק מאידך. מובן, כי אין באמור כדי לגרוע משקה"ד התכנוני שבסיס ההכלה של מתחמים בותמ"ל, והדבר נתון לשקול דעת מנהל התכנון

15. המתנגדת סבורה שחוות הדעת של עוה"ד קמיניץ – שגויה, מטעמים שונים ובעיקר מהטעם שמדובר ביציקת תוכן זר לחוק ובניגוד לפסיקת בית המשפט העליון כמובא לעיל. אולם ממילא ברור כי במקרה דנן ניתן לקבוע בוודאות כי התכנית איננה עונה אפילו על התנאים האמורים בחוות הדעת של עוה"ד קמיניץ שכן אין מדובר בבניה בלתי חוקית "במשורה" ומצב אכיפת דיני התכנון והבניה במרחב העיר אום אל פאחם – עגום ביותר.

16. מהאמור לעיל ברור כי התכנית איננה צולחת את מבחן הסמכות ועל כן דינה ביטול.

### מבחן "מישור ההליך"

17. המבחן השני שנקבע בפסיקת ביהמ"ש העליון הוא מבחן "מישור ההליך", ובלשון ביהמ"ש: "שבגדרו יש לבחון את האופן שבו התקבלה ההחלטה שלא לתכנן במסלול הרגיל, ובין היתר את התשתית העובדתית שעמדה ביסודה".



## רגבים - המחלקה המשפטית

18. ראשית יודגש - אין חולק כי יש מקום לקדם תכנית להגדלת היצע המגורים באום אל פאחם. אולם - הכללת מתחמי הבניה הבלתי חוקית בתכנית תוך הכשרה בדיעבד של בניה לא חוקית בהיקפים אדירים - פוגמת באופן יסודי בתכנית ושוללת את אישורה בהליך המזורז של הותמ"ל.
19. כאמור, במישור ההליך יש לבדוק את האופן שבו מתקבלות ההחלטות בהליך ואת התשתית העובדתית העומדת ביסודה.
20. עפ"י האמור בחוות הדעת של עוה"ד ארז קמיניץ, חלק מהשיקולים לקדם את התכנית באופן הכולל את מתחמי הבניה הבלתי חוקית נובע מתוך לחץ של ראשי הציבור הערבי (ראו לעיל בסעיף 14).
21. בכל הכבוד הראוי - זהו שיקול זר שאין מקומו בהליך של ותמ"ל.
22. יתרה מכך - חוות דעתו של עוה"ד קמיניץ נסמכת גם על טענה בדבר "מהלך ממשלתי מקביל שנושאו מיקוד מאמצי האכיפה נגד בניה בלתי חוקית" - אשר, לטענתו, מצדיק את הכללת מתחמי הלבנת הבניה בתכנית הותמ"ל.
23. מעבר לכך שהמתנגדת חולקת מכל וכל על פרשנותו האמורה של עוה"ד קמיניץ - לפיה ניתן להלבין בניה בלתי חוקית באמצעות הותמ"ל, הרי שבמקרה דן ברור שמדובר במס שפתיים בלבד.
24. במרחב העיר אום אל פאחם קיימת אנרכיה של תכנון ובניה מזה שנים רבות - ומצב האכיפה בעיר, עגום ביותר, וגם זאת בלשון המעטה!
25. אכן, בעקבות התיקון **המבורך** לחוק התכנון והבניה (הקרוי "חוק קמיניץ", ע"ש עוה"ד קמיניץ עצמו) - ניכרת האטה מסויימת בבניה בלתי חוקית של מבנים חדשים - אולם בכל הקשור לבניה בלתי חוקית קיימת - רמת האכיפה נותרה כשהיתה.
26. באופן אומלל ביותר - דווקא הותמ"ל הוא זה שנותן מענה לסוגיה - מענה פסול מכל וכל, וזאת באמצעות הלבנה של הבניה הבלתי חוקית, תוך פגיעה באינטרסים ציבוריים של שלטון החוק ותוך יצירת תכנות מעוות ופגום - המוכתב על ידי הנחות יסוד לפיהן אין מסוגלות לבצע הריסה של בניה בלתי חוקית כדי להתאים את "הקיים" לר"צויי".
27. ויוזכר - התכנית שלפנינו איננה התכנית החידה במרחב אום אל פאחם שכן גם תכנית תמל 1030 הלבנה מאות מבנים בלתי חוקיים - שלא כדין ותוך שימוש פסול בהליך הותמ"ל.



## רגבים - המחלקה המשפטית

28. ולעניין ההליך של תכנית זו – למיטב הידוע למתנגדת, לא הוצגו בפני הוועדה שום נתונים אמיתיים בדבר מצב האכיפה של דיני התכנון והבניה במרחב, וכפי שנטען לעיל – מדובר במס שפתיים אשר נתן "אור ירוק" משפטי לקידום התכנית אולם הותיר את הסוגיה פרוצה לחלוטין.

29. המתנגדת סבורה כי לו היתה הוועדה מקבלת מידע אמיתי בדבר מצב האכיפה במרחב – לא היתה מאשרת את התכנית, ולכל הפחות היתה מוציאה מתחום התכנית את מתחמי ההלבנה ועוסקת רק במתחמים בהם תקודם בניה חדשה התואמת את מטרות הותמ"ל.

### סוגיית התשתית העובדתית שעמדה בפני הוועדה

30. עוד יצויין כי ממסמכי הוועדה עולה תמונה בעייתית ביותר באשר לתשתית העובדתית שעמדה בפני הוועדה – ביחס לסוגיית היקף הבניה הבלתי חוקית במרחב.

31. בעת הדיון בתוכנית בשולחן העגול ובדיון להפקדה, הוערך על ידי צוות הותמ"ל (הנא חמדאן סליבא) כי בשטח התכנית קיימים "מעל 1,000 מבנים קיימים".

32. למתנגדת נודע כי רק לאחרונה (10.1.2022) העריכה הוועדה המקומית "עירון", במסגרת בקשה לחיבור מבנים לחשמל, כי בשטח הנתון קיימים "בערך 1,500 בתים".

33. כאמור, לפי חו"ד עוה"ד קמיניץ, על מנת לכלול הלבנה של בניה בלתי חוקית בתכנית ותמ"ל – נדרשת תשתית עובדתית מוצקה של הנתונים בשטח וזאת על מנת לוודא שבמרחב לא ממשיכה להתקדם בנייה בלתי חוקית.

34. למרות האמור, בעת הדיון על הפקדת התוכנית לא עמד בפני הותמ"ל מספר מדויק של מבנים אלא הערכה כללית של 1,000 מבנים ו-3,000 יח"ד קיימות.

35. יתר על כן, חלפו שנתיים ממועד הדיון על הפקדת התוכנית (15.1.20) וכעת מוערך מספר המבנים בכ-1,500.

36. נוכח האמור, לא ברור על סמך איזו תשתית עובדתית נשענה הותמ"ל עת החליטה להכשיר את הבנייה הקיימת במתחם ובמיוחד מאחר שחלפו שנתיים ממועד הדיון על הפקדת התוכנית ועד למועד פרסומה להפקדה.

37. הפועל היוצא הוא כי לא זו בלבד שלנגד הותמ"ל לא הועמדה תשתית עובדתית מדויקת בעת הדיון על הפקדת התוכנית לגבי מספר המבנים הקיימים, אלא שנתונים אלו השתנו לרעה בתקופת השנתיים שמיום מועד הדיון ועד הפרסום להפקדה, כאשר הוועדה איננה



## רגבים - המחלקה המשפטית

רואה לנכון להתכנס פעם נוספת, או, למצער, לקבלה דיווח מפורט על מצב הבנייה הקיימת בשטח התוכנית.

38. סוגיית התשתית העובדתית הקשורה בהליכי הותמ"ל – איננה שונה מסוגיה זו ביחס לכל החלטה מנהלית והותמ"ל מחוייב לכך כי החלטתו תהיה מבוססת על תשתית עובדתית מלאה ומספקת. בית המשפט העליון עמד על כך בעע"מ 9403/17 כדלקמן:

**אכן, הלכה מושרשת היא כי "כל החלטה של רשות מינהלית חייבת להתבסס על הליך יסודי ומקיף הכולל איסוף התשתית הראייתית הרלוונטית להחלטה; בחינתם ועיבודם של הנתונים שנאספו; וסיכום ההחלטה המנומקת" (דברי השופט פוגלמן בבג"ץ 8467/10 זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 12 (29.11.2011)). חובה זו של הרשות מגלמת בתוכה שתי חובות משנה: החובה לאסוף ראיות שתשמשנה כתשתית להחלטה, והחובה לבסס את ההחלטה על ראיות מספיקות (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 440-439 (2010)).**

39. במקרה דנן נראה כי ההחלטה על הפקדת התכנית נעשתה מבלי שתהיינה הראיות המספקות – הן לשם הבנה של היקף הבניה הבלתי חוקית במרחב והן לגבי השלכה של תופעת הבניה הבלתי חוקית לסוגיית הכללת המתחמים של הבני הקיימת בתוך תכנית הותמ"ל.

40. זאת ועוד: ממסמכי התכנית עולה כי הועדה, ביודעין, הותירה בידי גורמי משנה חלק מאיסוף הראיות לתשתית העובדתית וכפי שעולה מהציטוט להלן (עמוד 129 לתמליל הדיון על הפקדת התוכנית):

**גב' דקלה פרסיקו - (מ.מ.) יושבת ראשון הוועדה :**

אמרתי אם התכנית - , תקשיבו התכנית הזאת בעיקרון מסדירה כמעט הכול. אבל יכול להיות שיש מקום שבו הכביש עולה על מבנה ולא ראיתי את זה עכשיו, צריך לסמן אותו להריסה. אולי זה גדר אולי זה מחסן אולי זה, אני לא יודעת מה. אבל כל עוד זה לא תואם לתכנית צריך להיות מסומן להריסה. התכנית בגדול, לא ראיתי פה מבנים שאי - אפשר להכשיר אותם. אבל יכול להיות שהיו כאלה. זה התכנית שמוצגת. מה שלא תואם לתכנית צריך להיות מסומן להריסה.

גב' מלכה שניאור :

זה יכול להיות גם סככות או כל דבר אחר. כלומר, זאת אומרת במבני מגורים אנחנו כמובן הצוות לוקח אחריות.

41. והלכה למעשה – החלטת הותמ"ל מיום 15.1.2020 בדבר הפקדת התכנית (סעיף א.2.) – קובעת במפורש אפשרות של תיקון התכנית בהתאם לבירור עתידי של תשתית עובדתית – שיעשה על ידי גורמי משנה (צוותי התכנון):





## רגבים - המחלקה המשפטית

### א. תיקונים במסמכי התוכנית

#### תשריט ונספח בינוי

1. יערכו תיקונים בתשריט התוכנית בהתאם לתשריט שהוצג בוועדה לעניין: שינוי ייעוד של מגרש מס' 759 ממסחר ותעסוקה למבני ציבור עם הגבלת השימושים בו בשל הקרבה לתחנת המעבר; הוספת כיכרות; שינוי בהתווית דרכים באזור התעסוקה, הוספת שימוש של מסוף תחבורה למגרש המיועד למסחר ותעסוקה; הרחבת גבול התוכנית בחלק הצפוני-מערבי עבור דרכי הביוב ותחנת המעבר.
  2. בתשריט התוכנית, יתווסף סימון של חזית מסחרית לרחוב הראשי מס' 4, סימון של תחום איחוד וחלוקה וסימון להריסה של המבנים שאינם תואמים לתכנון, תוך קביעת הוראות מתאימות לעניין.
42. בכל הכבוד, האצלת הבירור העובדתי לגורמי משנה הינה האצלת סמכות פסולה, ובוודאי כאשר התשתית העובדתית נדרשת לשם קבלת ההחלטה באם לכלול את מתחמי הלבנת הבניה הבלתי חוקית בתכנית ותמ"ל.
43. גם לסוגיה זו נתן ביהמ"ש את דעתו במסגרת עע"מ 9403/17 הנ"ל, תוך שבית המשפט קובע כי:

"החלטתה של הוועדה להפקיז את התכנית ולאשרה, ולהותיר בידי הצוות המלווה את המלאכה להתמודד בהמשך הדרך עם תוצאות סקר הסיכונים לכשיושלם, פירושה, הלכה למעשה, אי מילוי החובה לאסוף את מלוא המידע הרלוונטי בטרם קבלת ההחלטה; ודחיית מילוי חובה זו לשלב הביצועי, שאז ניתן יהיה לכאורה למלא אותה בדיעבד, לאחר קבלת ההחלטה על אישור התכנית. התנהלות שכזו היא בבחינת רתימת העגלה לפני הסוסים, ואינה עולה בקנה אחד עם דרישות המשפט המינהלי לאסוף את מלוא הנתונים הנדרשים ולקבל החלטה על בסיסם (על כך שרשות מינהלית הנחושה להגיע לתוצאות מסוימות ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק אלא פועלת בשרירות, ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1119 (מהדורה שניה, 2011) (להלן: זמיר))."

וכן:

"לסיכום נקודה זו: החלטת הוועדה התקבלה ללא תשתית עובדתית מלאה, והאצלת הסמכות לצוות המלווה לדון בתוצאות סקר הסיכונים ויתר הסקרים ולהחליט כיצד לנהוג לאחר מכן, אינה מרפאת פגם זה, אלא אך דוחה חלק משלב הבירור העובדתי לשלב שלאחר אישור התכנית. בנוסף, ובית משפט קמא עמד על



## רגבים - המחלקה המשפטית

כך, התשתית העובדתית החסרה שעמדה לנגד עיני הוועדה פגעה לא רק ביכולתה של הוועדה לקבל החלטה מושכלת, אלא גם ביכולתם של הגורמים השונים להגיש חוות דעת או התנגדות ממצה ועניינית".

44. מהמקובץ לעיל עולה כי קידום התכנית לוקה בכשל חמור של אי בירור תשתית עובדתית כנדרש ובאופן השולל את כשרותה של התכנית.
45. כפי שיובהר להלן – כשל זה מתעצם שבעתיים נוכח צירופו עם סוגיית ההיעדר ההסמכה ונוכח האינטרסים הציבוריים הנפגעים כתוצאה מהכללת מתחמי ההלבנה בתכנית הותמ"ל.

### מבחן "מישור שיקול הדעת"

46. כאמור, המבחן השלישי אשר נקבע על ידי בית המשפט העליון בעע"מ 1846/18 הוא מבחן "מישור שיקול הדעת", ובלשונו של בית המשפט: "שבבסיסו נבחן האיזון שערכה הרשות המינהלית בין השיקולים השונים שביסוד ההחלטה, ובפרט החשש מפגיעה מיותרת באיכות התכנון ובאינטרסים ציבוריים שונים כתוצאה מהדיון במסלול המזורז".
47. המתנגדת תטען להלן כי הוועדה לא ערכה איזון ראוי בין שיקולים שונים שביסוד ההחלטה ובמיוחד: האינטרס הציבורי של השמירה על שלטון החוק והעיקרון של "לא יצא חוטא נשכר", איכות התכנון – ביחס להקלות המפליגות ואופן התכנון במתחמי ההלבנה וכן ביחס לסוגיית השטחים הפתוחים במרחב העיר אום אל פאחם.
48. לעניין האינטרס הציבורי של שלטון החוק – נראה כי הוועדה טעתה באופן חמור בכך שלא העניקה משקל כלל לסוגיית שלטון החוק במרחב התכנית.
49. חשיבותו של עקרון "שלטון החוק" והאינטרס הציבורי של עיקרון זה – ברורים. פרופ' צחק זמיר הגדיר זאת כך:

**"רק שמירה על שלטון החוק, והכרה בעליונותו, מאפשרות את המשך קיומה של המסגרת החברתית"**

50. סוגיית אינטרס שלטון החוק אל מול הליכים תכנוניים זכתה להתייחסות רבה בפסיקה, במיוחד במקרים בהם מבוצעת הלבנה בדיעבד של בניה בלתי חוקית. ראו למשל דברי שופט בית המשפט העליון אליקים רובינשטיין בעע"מ 65/13:



## רגבים - המחלקה המשפטית

בגדר אותם שיקולים רחבים על מוסדות התכנון להביא בחשבון גם שיקולים שעניינם ההגנה על שלטון החוק ואי עידודה של עבריינות בניה (ראו עע"מ 6807/07 אוהרנסיאן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (2008); עע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ (2010)). בעניין פונטה הנזכר הזדמן לי לציין, כי "על אחת כמה וכמה בעידננו עתה, וכשהמדובר במעין מכת מדינה של בניה בלתי חוקית ולא אחת ולא שתיים איש הישר בעיניו יעשה, שיש מקום להביא שיקולים אלה בחשבון". נוכח חשיבותו של אינטרס השמירה וההגנה על שלטון החוק, אין ניתן להלום גישה לפיה בניה בלתי חוקית והתעלמות ממצב תכנוני קיים הם נחלתם של בתי המשפט בלבד ואינם מעניינם של מוסדות התכנון. קבלתה של גישה זו אף עלולה לגרום למצב, בו עברייני בניה ישקלו את צעדיהם לפי כדאיותן הכלכלית של חריגות הבניה, בחינת "אחרוג, אקנס (בבית המשפט בהליך הפלילי), אכשיר (במוסדות התכנון) ואפיק רווחים", או שמא "טוב קנס ועמו שתי קומות נוספות ללא היתר".

51. הלבנתם של 3,000 יחידות דיור, בהינף קולמוס ותוך "הבלעת" הסוגייה באמצעות מניפולציות מספריות של היקף יחידות הדיור במרחב התכנון – שם לחוכא ואיטלולה את שלטון החוק.
52. על אחת כמה וכמה במרחב בו ברור ששלטון החוק הוא המלצה בלבד – שאם לא כן, לא היה במרחב זה מספר עצום של מבנים בלתי חוקיים. עצם העובדה כי במקום קיימים שני מתחמי ענק של בניה בלתי חוקית – יש בכדי להעיד על כך שתושבי המקום אינם מתייחסים כלל לחוק וכן על כך שרשויות האכיפה המקומית – אינם מעוניינות, או אינן מסוגלות, לטפל בתופעה החמורה.
53. ברור אם כן מדוע קיים לחץ של "מנהיגי הציבור הערבי" לקידום התכנית שכן לחץ זה יוביל לתועלת רבה לעברייני הבניה כך שבמקום להיענש על עבריינותם – הם ירוויחו, על חשבון האינטרסים הציבוריים (לרבות אינטרסים כלכליים וסביבתיים) את הלבנת הבניה הבלתי חוקית – בבחינת "יוצא חוטא נשכר".
54. על המשקל שיש ליתן לחומרת התופעה של הבניה הבלתי חוקית – בעת דיון מוסדות התכנון בתכנית הלבנה, עמד כב' השופט נועם סולברג בעע"מ 65/13 הנ"ל:

בעת דיון בתכנית שמטרתה להכשיר בנייה קיימת, כבעניין דנן, על מוסד התכנון לשקול את נסיבות העבירה, היקפה, חומרתה, מידת תום הלב, עוצמת הנזק התכנוני, הפגיעה בזולת – ביחידים ובציבור – הרווח הכלכלי, וכיוצא בשיקולים הללו. ככל שהעבירה חמורה יותר מן ההיבט התכנוני, וככל שהמבקש להכשיר



## רגבים - המחלקה המשפטית

את הבנייה הבלתי-חוקית מעורב בה יותר במחשבה ובמעשה, כך גובר משקלו של האינטרס הציבורי והחברתי, על מנת שלא יצא חוטא נשכר. מנגד, ככל שהעבירה פעוטה באופן יחסי, נזקה התכנוני מועט, אם לא נעשתה בכוונה תחילה או שנעשתה על-ידי אחר, כי אז הולך ופוחת משקלו של האינטרס הציבורי, ומרכז הכובד עובר לשאלת ההיתכנות התכנונית לאשר את הבנייה.

55. התעלמותה של הוועדה מסוגיה זו משדרת לציבור המתגורר במרחב זה כי האינטרס הציבורי של השמירה על שלטון החוק איננו כלל לנגד עיניה, והמתנגדת סבורה כי יש בכך כשל חמור המצדיק פסילת התכנית.
56. חומרה זו מתחדדת נוכח הטענה לפיה לפני הוועדה היתה קיימת חלופה פשוטה להוצאת מתחמי ההלבנה מתחום התכנית, וכפי שiorחב להלן בהמשך התנגדות זו.

### הפגיעה באיכות התכנון

57. לא יכול להיות חולק כי התכנית המוצעת נעשית תוך פגיעה באיכות התכנון ביחס למרחב של השכונות המולבנות.
58. במרחבים אלו צפיפות יח"ד לדונם נמוכה יותר – כך שיש גם פגיעה במטרות הותמ"ל להגדלת מצאי יחידות הדיר הזמינות, רוחב הדרכים צומצם באופן חריג – המווה תכנון בלתי מודרני בעליל! ועוד הקלות ושינויים אשר נועדו לשרת מטרת על של התכנית – המטרה שלא להרוס אף מבנה בתחום התכנית.
59. אמנם מטרת על זו איננה מצויינת במפורש בתכנית (ואפילו בכך יש פגם!) אולם ברור לכל שזהו ההיגיון המרכזי העומד ביסוד התכנון במרחבי ההלבנה.
60. בבג"ץ 9057/09 (עניין איגנר) הנ"ל התייחס בית המשפט לסוגיה זו כדלקמן:

"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."

61. כלומר: כאשר נבחנת החלטתם של מוסדות התכנון יש לוודא כי התכנון נעשה כביכול לא קיימת בניה במרחב – "מבחן הידוע כמבחן המגרש הריק".



## רגבים - המחלקה המשפטית

62. לסוגיה זו התייחס גם עוה"ד קמיניץ בחוות דעתו הספציפית לתכנית מושא עתירה זו, כדלקמן:

תשומת לב מיוחדת יש לתת לעובדה, כי הכללת מתחם לתכנון בותמ"ל, כאשר יש בו בניה בלתי חוקית, או שצפויה להיות בו בניה בלתי חוקית, לבד מפגיעה בשלטון החוק, מסכלת בראש ובראשונה את קידום התכנון עצמו. זאת, מכיוון שהתכנון יהפוך מאולץ, לא יוכל להיות מיטבי, ויצטרך להתפשר מול בניה קיימת, שיכול ותתרחש על קרקע שכלל לא מתאימה לבינוי; כך למשל, מוכרים מקרים של בניה בלתי חוקית על רצועת קרקע שבמהלך הדיונים התכנוניים מיועדת לדרך, או על השטחים הפתוחים המיועדים לשכונה החדשה. יוצא כי בניה בלתי חוקית במתחם המיועד לותמ"ל פוגעת בראש ובראשונה בעצם האפשרות ליישם ולבצע את התכנון שאליו מופנים תשומות משמעותיות של מינהל התכנון ומשרד האוצר, ואשר מהווה הטבה משמעותית לרשות ולתושביה. נוכח האמור, ראוי להבהיר ולהזהיר כי ככל שתתחדש בניה בלתי חוקית בתחומי מתחם שהוכרז ע"י ועדת השרים

63. ברור כי במקרה דנן התכנית הוכנה בניגוד לכללי התכנון ומתוך רצון בלתי מתפשר להימנע מהריסה של בניה בלתי חוקית.

64. על התכנון הלקוי (בכוונה תחילה!) ניתן ללמוד מהשוואה פשוטה בין התכנון המוצע במתחם החדש של התכנית לבין התכנון המוצע במתחמי ההלבנה – והפער מנקר עיניים – החל מצפיפות יח"ד לדונם, עובד בהערכות הניצול של התכנית, דרך קווי הבניין, מספר הקומות, רוחב הדרכים וזמינות המגרשים לצרכי ציבור כדלקמן:

א. צפיפות יחידות הדיור לדונם:

**במתחם המיועד לבינוי חדש** הצפיפות המוצעת הינה 10 יח"ד לדונם.

מנגד, צפיפות המגורים המוצעת **במתחמי ההלבנה** הינה 6 יח"ד לדונם באופן שאיננו הולם עיר מתפתחת כגון אום אל פאחס ובניגוד למגמות התכנון הארציות המסתמנות בתמ"א 35/4 ובכלל.

ב. דרכים-התוויה ואופי:

**במתחם המיועד לבינוי חדש** מותוות דרכים מוצעות ברוחב של 16-20 מ' הכוללות מדרכות רחבות של 3 מ', נתיבי חנייה ואף שבילי אופניים. דרכים אלה מותוות באופן רגולרי ובהתחשב בטופוגרפיה הקיימת.



## רגבים - המחלקה המשפטית

מנגד, **במתחמי ההלבנה** שולטים שבילים להולכי רגל שבהם "מותרת תנועת מכוניות" ... שבילים אלה נפרצו במהלך הזמן והם מוסדרים בתוכנית המוצעת בתוואים לא רגולריים ובין מבנים קיימים. רוחב שבילים אלה נע בין 4-8 מ' בלבד. בסטנדרטים מודרניים - מדובר בתכנון שאינו עומד בסטנדרטים מינימליים.

### ג. שטחים לצורכי ציבור:

**במתחם המיועד לבינוי חדש** הוקצו שטחים ציבוריים פתוחים ושטחים למבני ציבור בצורה רגולרית תוך יצירת קשר בינם לבין שטחי המגורים באמצעות אותן שדרות ירוקות. עם זאת, **במתחמי ההלבנה** השטחים לצורכי ציבור הוקצו בצורה מאולצת, לא רגולרית, מקרית לחלוטין וללא קשר ברור עם שטחי המגורים הסובבים.

### ד. זמינות למימוש של השטחים המיועדים לבינוי:

המתחם המיועד לבינוי חדש כולל איחוד וחלוקה למגרשים ונדרש רק תצ"ר לשם הוצאת היתרי בנייה בתחומו.

מנגד, מתחמי ההלבנה מתוכננים ברמה מתארית בלבד מאחר ונדרשות הפעולות המנויות בסעיף 4.1.2 א' לשם הוצאת היתרי בנייה:

אישור תשריטי חלוקה למגרשים הכוללים גם דרכי גישה נוספות כמופיע בטבלה (מתוך התכנית) להלן:



## רגבים - המחלקה המשפטית

מגורים	4.1
שימושים	4.1.1
א. שטח למגורים הכולל בתוכו: 1. מגורים. 2. משרד לבעלי מקצוע חופשי לדייר המבנה, ובתנאי ששטח המשרד אינו עולה על 30 מ"ר והוא מהווה חלק מיחידת דיור אחת. 3. מעונות יום וגני ילדים. 4. מסחר בקומת הקרקע בתאי השטח בהם מסומנת חזית מסחרית. ב. דרכים ושבילים הנדרשים עבור המגורים.	
הוראות	4.1.2
הוראות בנייה	א
לשטח זה יש להכין תשריט חלוקה לתאי השטח המסומנים בתשריט, בסמכות הוועדה המקומית ובאישור בעלי החלקות. תשריטי חלוקה יכללו: 1. חלוקת השטח למגרשים פרטיים 2. הצגת מערך דרכים המראה גישה אל כל מגרש 3. הצגת פתרון חניה. תותר חניה תת קרקעית, כחלק מפתרון החניה במגרש. - הוועדה המקומית תהא רשאית לשנות את גבולות תאי השטח- המתחמים וקביעת מתחמי החלוקה בהסכמת הבעלים.	

ה. כלומר, במתחמי ההלבנה די בבעל קרקע יחיד שיתנגד לתשריט חלוקה כלשהו כדי לכפות מצב בו נדרשת תוכנית איחוד וחלוקה ללא הסכמה לשם הוצאת היתרי בנייה, ומכאן שמדובר בהליך תכנוני נוסף לתמ"ל.

מאחר ומדובר במתחמי הלבנה בסדר גודל של של כאלף דונם, ועליהם אלפי מבני מגורים, ולאור ניסיון הותמ"ל עם התנגדויות לתכנון בשטחים פרטיים (בעראבה (מעל 700), טורעאן (מעל 200), ערערה (מעל 100) ואום אל פאחם עצמה - בתמ"ל (1030), הרי שסביר להניח שחטיבות שטח משמעותיות ורבות מתוך כלל השטח המיועד להלבנה יצטרכו לעבור תכנון מפורט חדש, על מנת לערוך איחוד וחלוקה ללא הסכמה למגרשים וכדי להתוות דרכי גישה אשר אינן מתוכננות כרגע במסגרת תמ"ל 1077.

יצויין כי מורכבות זו כשלעצמה סותרת את עקרונות היסוד של הותמ"ל ומצדיקות את גריעת המרחבים להלבנה מתחום התכנית.

65. בכל הכבוד הראוי – מדובר בכשל תכנוני ממדרגה ראשונה, המצדיק את פסילת התכנית.



## רגבים - המחלקה המשפטית

### סוגיית השטחים הפתוחים

66. ביום 7.1.2021 התקיים בוועדה המחוזית דיון ביחס לתכנית המתאר הכוללנית של אום אל פאחם (354-0247221). במסגרת הדיון התייחסה הוועדה המחוזית גם לתכנית מושא התנגדות זו – ובמיוחד לסוגיית השטחים הפתוחים בעיר אום אל פאחם, כדלקמן:

הוועדה מציינת כי תכניות התמ"ל, במיוחד תמל/ 1077 לא נתנה את דעתה לתפישה התכנונית הכוללת של תכנית המתאר. כמו כן, התמ"ל מציעה שטחים לפיתוח מגורים על חשבון שטח הפארק העירוני והספורט המוצעים בתכנית המתאר, וזאת מבלי שתציע חלופה תכנונית ראויה לשטחים אלו הנדרשים לעיר ולרווחת התושבים. הוועדה איננה מקבלת את הטענה כי יש להציע שטחים חדשים עבור יעודים אלה במסגרת תכנית המתאר הכוללנית שכן זוהי אחריותו של הגורם המבטל שטחים אלה.

67. למרות האמור, הותמ"ל פעל באופן בלתי סביר בכך שקידם את התכנית כפי שהיא ושלל באופן מוחלט את עמדת הוועדה המחוזית ביחס לשטחים הפתוחים.

68. ויודגש – הטיעון דכאן הינו טיעון של שיקול דעת ולא שיקול של חוקיות. המתנגדת איננה חולקת על סמכותה של הוועדה לפעול שלא בהתאם לתכנית המוצעת מטעם הוועדה המחוזית – אם כי המתנגדת סבורה שיש לעיין בסוגייה זו לעומק, בוודאי כאשר מודבר בתכנית מתאר כוללנית ליישוב) אולם מנגד – נראה כי דחיקת האינטרס הציבורי של יצירת שטחים פתוחים בהיקפים ראויים לתכנון מודרני, בכלל מרחב היישוב – נעשתה תוך חוסר איזון.

69. יתר על כן, המתנגדת תטען כי לא מן הנמנע שצירוף מתחמי ההלבנה לתחום התכנית – הוא זה שיצר את המחסור בשטחים הפתוחים ובכך בעצם נגרם נזק לתכנית הכוללנית של היישוב – בשל שילוב מתחמי ההלבנה לתוך תוכנית הותמ"ל והאילוץ שנקבע בעבודת היסוד של הוועדה לפיו לא יהרסו בתים בלתי חוקיים.

70. המתנגדת סבורה כי התעלמות מהוועדה המחוזית ומצרכי כלל תושבי אום אל פאחם והסביבה ביחס לסוגיית השטחים הפתוחים, נעשתה תוך טעות חמורה בשיקול הדעת של הוועדה המצדיק את פסילת התכנית, כפי שהיא כיום.

71. ושוב עינינו רואות כיצד הבניה הבלתי חוקית מכווינה את רשויות התכנון לתכנון לקוי ובניגוד לעקרונות יסוד תכנוניים – הכל על מנת לרצות את העבריינים ולשלוחיהם – ראשי המגזר, כפי שהתייחס לכך עוה"ד קמיניץ.

72. המתנגדת אף שומרת לעצמה את הזכות לטעון טענות נוספות בסוגיית שיקול הדעת שכן ככל שמעיינים בתכנית כך מגלים שהתכנית איננה מאזנת כראוי בין האינטרסים





## רגבים - המחלקה המשפטית

הציבוריים הבסיסיים ביותר – לבין האינטרסים ה"כמעט בלתי לגיטימיים" של עברייני הבניה במתחמי ההלבנה.

### קיומה של חלופה

73. כפי שנכתב לעיל, התכנית איננה עומדת במבחני היסוד אשר נקבעו על ידי בית המשפט העליון. העותרת תטען כי טענה זו מתחזקת מאד לאור האפשרות הפשוטה לנתק את סוגיית מתחמי ההלבנה מהתכנית ולאפשר את קידומה של תכנית שתתרכז במטרות הוותמ"ל – להוספת יחידות דיור, ולא למטרות אחרות – דוגמת הלבנת כלל הבניה הבלתי חוקית במרחב.
74. למעשה, הצמדת מתחמי ההלבנה לתכנית – מטילה צל כבד על התכנית, הן ברמה העקרונית, הן ברמה המשפטית והן ברמה התכנונית. המתנגדת תמחה ביותר כיצד לא עלה על דעת אף אחד מחברי הוועדה כי יש לנתק את התכנית ממתחמי ההלבנה – אלא אם כן נקבל את הטענה כי זוהי למעשה המטרה האמיתית של התכנית.
75. הנחה זו מתחזקת נוכח העובדה כי בכמה מקומות מדגישה מתכנתת הוועדה כי התכנית "מסדירה כמעט את הכל".
76. המתנגדת תטען כי היעדר התייחסות לחלופה של קידום התכנית ללא מתחמי ההסדרה – מצביעה גם על פגיעה ב"מישור הסמכות", גם ב"מישור התהליך" וגם ב"מישור שיקול הדעת" של התכנית.

### הפגמים בתכנית – מצטרפים זה לזה

77. עיון בהתנגדות לעיל מעלה כי הכשלים הבסיסיים בתכנית, הנוגעים, קודם לכל, לכשרותה המינהלית – מצטברים ומעצימים זה את זה.
78. במובן זה – לא רק שהתכנית איננה עומדת במבחן "מישור הסמכות" (ודי היה בכך בכדי לבטלה!) אלא שהיא איננה עומדת במבחן "מישור ההליך" (שגם עובדה זו יש בכדי לבטל את התכנית) וגם לא במבחן "מישור שיקול הדעת".
79. ברור אם כן שמדובר בתכנית שהיוצרות בה התהפכו והכנסתה להליך ותמ"ל נעשה שלא כדין תוך פגיעה קשה באינטרסים ציבוריים, ובראשם אינטרס "שלטון החוק" והאינטרס הציבורי לפיו על הרשות להימנע מפגיעה בשומרי חוק – בכדי להיטיב עם העבריינים.



## רגבים - המחלקה המשפטית

### סיכום

לאור כל האמור לעיל מתבקשת הועדה לבטל את התכנית.

לחלופין, הועדה מתבקשת להסיר מן התכנית את מתחמי ההלבנה של הבניה הבלתי חוקית – ובכך תימצא רפואה לרוב הפגמים היסודיים האמורים לעיל.

בכבוד רב,

בועז ארזי, עו"ד

