

הדואליות ביחס לתכנון המנדטורי¹

קובי ביר (L.L.M) עורך דין ושמאי מקרקעין

1. הקדמה

חשיבות מכרעת נודעת להם, לדיני התכנון והבנייה. דינים אלו מסדירים את ייעוד הקרקע והשימושים אשר יותר לעשות בה. חוק התכנון והבניה התשכ"ה – 1965, הנו חוק המסדיר את רשויות התכנון וסמכויותיהן, ורשויות אלו יוצרות יש מאין תוכניות הקובעות מה מותר ומה אסור לאדם לעשות בתוך חצרו שלו.

חוק המקרקעין התשכ"ט – 1969 קובע בסעיף 2 כי זכות הבעלות, מקנה לאדם את האפשרות לעשות במקרקעיו כרצונו- אך בסייג של "בכפוף לכל דין".² אין כחוק התכנון והבנייה האמור, כדי להגביל את חופש הפעולה של בעלי המקרקעין במקרקעין אשר בבעלותו.

ראשיתו של תכנון המקרקעין בארץ ישראל, הנו בפקודת בניין ערים 1921 שחוקק המנדט הבריטי,³ שכן תחת שלטון האימפריה העות'מנית (1917-1517) לא היו בנמצא חוקי תכנון ובנייה, ובודאי לא משמעותיים.⁴

ממשלת המנדט הבריטי יצרה מארג שלם של היררכיה תכנונית. היא קבעה את סמכויותיה של הרשות המקומית וסמכויותיה של הוועדה המחוזית אשר מעליה. כן היא יצרה היררכיה תכנונית אשר כללה תוכניות בניין עיר לערים, תוכניות גליליות לאזורים אשר מחוץ לתחומי הערים וכד'.

למעשה, היה זה השלטון המנדטורי, אשר הניח את אדני החקיקה התכנונית של מדינת ישראל הצעירה.⁵

מדינת ישראל קמה ביום ה' באייר התש"ח, עת עזב אחרון חיילי המנדט הבריטי את ארץ ישראל – פלשתינה. החקיקה המנדטורית נשאבה לתך החקיקה הישראלית, וממילא גם התכניות אשר קיבלו תוקף מחקיקה זו.⁶

מדינת ישראל הצעירה, לא השכילה כקודמתה לכסות את שטחה הטריטוריאלי במלואו, בתכניות מתאר מחוזיות,⁷ וכך מוצאים אנו היום, כשישים שנה לאחר קום המדינה, עם שטחי מקרקעין עליהם חל תכנון מנדטורי מיושן ואנכרוניסטי, אשר יד התכנון המודרני טרם נגעה בו.

מחד, יטען הטוען כי מצב זה אכן מונע וואקום חקיקתי/תכנוני, ואכן נשמר רצף תכנוני על שטח המקרקעין. מאידך ישיב המשיב, כי מצב זה אינו נסבל, שכן לא ניתן להותיר שטחי מקרקעין תחת כנפי תכנון מיושן של עשרות בשנים.

¹ מאמר זה נכתב ע"י ה"מ במסגרת סמינריון לקראת תואר שני במשפטים (LLM) באוניברסיטת בר אילן, ובהנחיית עו"ד אתי רוזנבלום.

² לשון הסעיף: "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

³ ראה הרחבה בהמשך.

⁴ ראה: מ. דוכן "דיני קרקעות במדינת ישראל" ירושלים 1952 עמ' 358

⁵ ראה גם: ד. קרויאנקר "אדריכלות בירושלים – הבנייה בתקופת המנדט הבריטי", מהדורה שנייה כתר ירושלים 1991

⁶ פקודת סדרי שלטון ומשפט תש"ח-1948

⁷ יוטעם, כי בהתאם לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965, ניתן את תכנית המתאר הארצית להכין בשלבים לפי עניינים נושאים או מקומיים וכך אכן נעשה. קרי: אין תכנית מתאר ארצית כוללת, אלא תוכניות נושאות (כגון: תמ"א 3 לדרכים, תמ"א 19 לבתי עלמין, תמ"א 21 למסילות ברזל, תמ"א 22 ליער וייעור וכד'). גם תכניות המתאר המחוזיות, אשר היו אמורות להתאם לחוק להתאשר בתוך 5 שנים, אושרו בחלקן לאחר עשרות בשנים, וחלקן טרם אושרו עד היום.

הרשויות המוניציפאליות כמו גם רשויות שלטוניות אחרות (לרבות המערכת המשפטית), אינן עקביות ביחסן לתוכניות אלו. כך למשל עיריית ירושלים נוהגת מזה שנים שלא להכיר בתוכניות אלו כבסיס למתן היתרי בנייה.⁸ גם לעניין היטל השבחה במקרקעין אלו, רואה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים את שווי המקרקעין ערב אישור התכנית המשבחה כמקרקעין שאינם זמינים לבנייה. מאידך, רשויות שונות כן נותנות נפקות לתכניות אלו במקרים אחרים.⁹

דומני כי המערכת המשפטית חסרה עקביות ביחסה לתכניות המנדטוריות, חוסר עקביות הנובע מהסתירה ההכרחית בין הרצון וצורך לשמר רצף תכנוני- וממילא לתת לתכניות נפקות מלאה, אל מול הרצון להימנע מהתבוססות ודשדוש בסבך תכניות אנכרוניסטיות, רצון הקורא לראותן כתכניות לא ישימות וממילא לפגוע בתוקפן.

במאמר זה, אנסה לפרוש את התייחסות הרשויות השונות (ממשלתיות, מוניציפאליות, ותכנוניות) למעמדן ותוקפן של תכניות מנדטוריות אלו.

כן ברצוני לבחון, האם התייחסות זו הנה עקבית וקונסיסטנטית, או שמא מתאימה הרשות את התייחסותה בהתאם לצרכיה בכל מקרה ומקרה.

כן אנסה להצביע על פסקי דין אשר ניסו להציע איזונים בסתירה האינהרנטית בין שני היבטי התכנון המתנגשים האמורים.

בנוסף יוטעם, כי בחלק מפסקי הדין אשר יפורטו להלן, מעמד התכנית המנדטורית עלה כדרך אגב, ולא תמיד היווה את ליבת הסוגיה המשפטית. לעתים היה כל-כך ברור לבית המשפט, כי התכנית המנדטורית הנה תקפה, כך שראה בה את הדין החל, וכלל לא מצא עצמו נצרך להסביר מדוע.

2. מבוא

אין כדיני התכנון והבנייה, להשפיע על שוויה של קרקע. ייעודה של קרקע כ"חקלאית" יאיין את שוויה כמעט לחלוטין, מאידך, תכנון עתיר זכויות בנייה, יעלה את שווי המקרקעין לאין ערוך. בע"א 219,151/87 אורי רחמני ואח' נ' שמש הדר ואח' (פ"ד מ"ג(3) 489) אומר בית המשפט:

"אחוזי בניה הם מגבלות היורדות על הקרקע"

אם לא די בכך, למעמדן הסטטוטורי של התכניות השונות הנובעות מחוקי התכנון השפעה רבה גם על גובה התשלומים, ההיטלים והפיצויים החלים על בעלי הקרקע.¹⁰

המנדט הבריטי, אשר למעשה היה הראשון שחוקק חוקי תכנון וערך תכניות בארץ ישראל, הקים למעשה מערך תכנוני אשר כיסה את רובו ככולו של שטחי המדינה (לרבות שטחי ממלכת ירדן – אשר היתה חלק ממנדט זה). בתחומי הערים חלו תכניות בניין עיר (תב"ע)¹¹, ואילו ביתר השטחים חלו תכניות גליליות.¹²

התכנון המנדטורי, הוא זה אשר הביא להאצת פיתוחה של ארץ ישראל בכלל וירושלים בפרט. הבריטים הם אלו אשר הניחו את היסודות של התכנון המודרני בארץ ישראל והביאו לפריחתה.¹³

⁸ ראה ע"א 1043/99 דוד קוקיא נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (בסעיף ג' לפס"ד).

⁹ ראה לקמן: בג"ץ 145/80 ג'מעית אסכאן אלמועלמון אלמעאונה אלמעאודת אלמסאוליה ואח' נ' שר הביטחון ואח' וכן החלטה מס' 007/2005 של וועדות הזכאות לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות התשס"ה – 2005. שניהם ראה לקמן.

¹⁰ פיצויי הפקעה, פיצויי ירידת ערך לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה התשכה-1965 והיטל השבחה בהתאם לתוספת השלישית לחוק זה.

¹¹ כיום עדין עומדות בתוקפן בירושלים (לפחות ברמה העירונית) תכנית הולידי משנת 1932 ותכנית קנדל משנת 1944. כן עומדות בתוקפן תכניות שונות בערים הגדולות כחיפה ותל-אביב יפו.

¹² סביב ירושלים תכנית 5 – RJ, סביבות תל-אביב יפו תכנית 6 – RJ ועוד. מתוכניות אלו נגזרו אף תכניות נקודתיות לשטחי קרקע קטנים יותר, כגון תכנית 19 – RJ לחלק מהאזור המוכר כיום כשכונת "הר חומה" בדרום ירושלים.

¹³ ד. קרויאנקר "אדריכלות בירושלים – הבנייה בתקופת המנדט הבריטי" ירושלים 1989 עמ' 465.

"בפעם הראשונה הותוו בארץ מערכות כבישים מסודרות, נקבעו שימושי קרקע, והוגדרו זכויות בנייה במונחים ברורים של אחוזי בנייה, קווי בניין וגובה הבנייה המותר. הבריטים הקימו ועדות סטטוטוריות (וועדה מקומית וועדה מחוזית) ומינו בערי הארץ השונות מהנדסי עיר שינחו את תהליך התכנון ויפקחו על ביצוע התכניות".¹⁴

ראשיתו של התכנון המנדטורי בירושלים הנו בשנת 1918,¹⁵ עת הזמין מושל העיר הראשון, רונאלד סטורס, את האדריכל ויליאם מקלין אשר היה מהנדס העיר אלכסנדריה, לבוא ולהכין תכנית אב ראשונה לעיר.¹⁶

ביום ה' באייר התש"ח הוכרזה מדינת ישראל. המדינה הוקמה עם עזיבת החייל האחרון של המנדט הבריטי את תחומי פלשתינה.

על-מנת למנוע "וואקום" שלטוני, קיבלה מועצת העם את פקודת סדרי שלטון ומשפט התש"ח-1948, ובה החילה את דברי החקיקה המנדטוריים במדינת ישראל החדשה.

ביום כ"ז אייר התשכ"ז 6.7.1967 פרצה מלחמת ששת הימים. בעקבותיה, הוחל שלטון צבאי על שטחים נרחבים בגדה המערבית ובכללם מזרח ירושלים. שטחה של מזרח ירושלים נכלל בצו הרחבה אשר החיל עליו את דיני התכנון והבנייה של מדינת ישראל, ובשנת 1980 אף הוחל עליו החוק הישראלי.¹⁷

במצב שנוצר, בשטחים רבים בשטחה הטריטוריאלי של מדינת ישראל חלות עדין תכניות מנדטוריות אשר טרם שוננו. ובשטחים רבים במזרחה של ירושלים (אשר בהתאם לחוק יסוד ירושלים בירת ישראל, אף הם חלק משטחה של המדינה), חלות ותקפות תכניות מנדטוריות אשר נשאבו / נותרו מהשלטון הירדני שלא השכיל אף הוא לשנותן.

כיום, חוסים שטחי מקרקעין רבים תחת כנפיהן של תכניות מנדטוריות מיושנות, אשר אינן עונות על הצרכים האופרטיביים של קהילה מודרנית.

מחד, ישנה חשיבות עליונה לשמירה על רצף תכנוני. התעלמות מתקפותן של התכניות המנדטוריות, תותיר שטחי קרקע רבים ללא תכנון תקף ובמצב של "וואקום תכנוני".

לצורך המחשה, ניתן להביא את השכונות הערביות במזרח ירושלים, בהם נהגה בעבר עיריית ירושלים להוציא היתרי בנייה מכוח סעיפים 77-78 לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965 (תנאים להוצאת היתר בנייה), וזאת בהסתמך על תכנית "קנדל" המנדטורית.¹⁸ זאת על-ידי תכנית מס' 2189 אשר פרסמה הוראות וקבעה תנאים בהתאם לסעיפים 77-78 לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965, תנאים אשר כללו בין היתר גם זכויות בנייה.¹⁹

מאידך, התכנון המנדטורי הנו מיושן, אנכרוניסטי ואינו עונה על צרכי תכנון מודרני מתקדם.²⁰

¹⁴ ד. קרויאנקר "אדריכלות המדינה שבדרך" ירושלים 2006 עמ' 19

¹⁵ ירושלים נכנעה לגנרל אלנבי ביום 11.12.1917. וכבר אחר חודשים מספר, החלו הבריטים בתכנון העיר.

¹⁶ א. רמון "עיר בסבך", ירושלים 2003 עמ' 53. וכן "תכנית אב לירושלים" ירושלים 1974 עמ' 2.

¹⁷ חוק יסוד ירושלים בירת ישראל.

¹⁸ ראה לדוגמא עתמ' 01/98 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' עזבון המנוח אברהם בלומנטל ואח'. (לא פורסם)

¹⁹ יוער, כי בע"א (ת"א) 3126/98 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה קריית אונו נ' קרן חיים ואח', פס"מ לב(4) 330, נפסק כי סעיפים 77-78 אינם "בוראים זכויות" ואינם יכולים להוסיף על זכויות המוקנות מתכנית תקפה, אלא רק גורעים זכויות ע"י הקפאת המצב עד לאישורה של תכנית חדשה.

²⁰ ראה לדוגמא בדבריו של שופט בית המשפט העליון, אליקים רובנשטיין, בעע"ם אוריה השקעות חדרה בע"מ ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ואח' (לא פורסם): "... הפרשה דנא חשפה – כפי שכתב חברי- מצב לא תקין בתחום התכנון במרחב של חדרה.... התכנית המאושרת – היא מאושרת לשון אישור, אך אין האינטרס הציבורי מאושר, לשון אושר – היא בת 65, מעולם אחר מכל בחינה".

לדוגמא, תכנון מודרני, אינו יכול שלא להביא בחשבון התייחסות לצורכי הכלל. כבר בפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) 1943 ניתנה לריבון האפשרות להפקיע עד 25% משטח חלקתו של אדם לצורכי ציבור מסוימים, וזאת אף ללא כל תמורה, אלא כמעין "השתתפות" של בעל הקרקע בצורכי הקהילה.^{21 22} חוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965, לא די שהגדיל את הרשימה הסגורה של המטרות לשמן ניתן להפקיע ללא כל תמורה, אלא אף הגדיל את שיעור הקרקע אותו ניתן להפקיע ללא תמורה לכדי 40%.²³

כיום, רשויות תכנון מפרישות לצורכי ציבור לא פחות מ- 50% משטחי המקרקעין העוברים תכנון.^{24 25}

בע"מ אוריה השקעות חדרה בע"מ ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ואח', מכנה השופט אליקים רובנשטיין, את התוכניות המנדטוריות (אשר חלפו להן למעלה מ- 65 מעת אישורן) כתוכניות "מעולם אחר מכל בחינה".

אם כן, בבואנו לבחון את מעמדן של התוכניות המנדטוריות, מצאנו עצמנו בין שני קטבים מנוגדים. המשכיות ורצף תחולת חוקי התכנון על המקרקעין מחד, אל מול שחרור המקרקעין מכבליהן של תכניות אנכרוניסטיות נושנות, אשר אין בהן כדי להביא לתכליות הנדרשות בפתחה של המאה ה-21.

כבר בשלב זה נעיר, כי המחוקק היה ער לבעיה זו, ובסעיף 97א' לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965 אפשר בתנאים מסוימים להנפיק היתר בנייה שאינו תואם תכנית תקפה, על בסיסה של תכנית מופקדת, אם התכנית התקפה אושרה לפני 1.1.1950 ולא התקבלו התנגדויות לתכנית המופקדת.

קרי: המחוקק ניסה למצוא פיתרון מאזן אשר יותיר את המקרקעין כפופים למעמדה הסטטוטורי של התכנית הנושנה מחד, אך ישחרר אותם מכבליה ככל שיש תכנית מופקדת עדכנית מאידך.

במאמר זה, אנסה אם כן לסקור את הדואליות בה מתייחסים החוק ובתי המשפט לתוכניות אלו, על יתרונותיהן וחסרונותיהן.

3. המסגרת הנורמטיבית

ראשיתם של דיני התכנון והבנייה בארץ ישראל, הינם הלכה למעשה בפקודת בניין ערים 1921 המנדטורית.

תחת שלטון האימפריה העות'מנית (1917-1517), אסר אמנם סעיף 32 לחוק הקרקעות העות'מיני על בניית עיר, שכונה או כפר ללא רישיון.²⁶ יחד עם זאת, לא היו בנמצא חוקים הקובעים את דיני התכנון והבנייה.

ב- 11.12.1917 נכנס הגנרל אלנבי בשערי ירושלים. כבר בחודש אפריל 1918, הוצא צו כי באזור ירושלים לא יהא ניתן להקים בניין ללא קבלת רישיון מהשלטונות.²⁷ היה זה אך סימן לאשר עתיד לקרות.

²¹ סעיף 20א' לפקודה.

²² יוטעם, כי ההצדק שניתן לצורך ההפקעה ללא תמורה, הנו כי הקמת מוסדות ציבור ותשתיות ציבוריות על שטחי הקרקעות המופקעים, יביאו בהכרח לעליית שווי יתרת הקרקע אשר נותרה בידי הבעלים. משכך, הרי שאין לכאורה הצדק לפצות את הבעלים על ההפקעה. ראה ע"א 97 / 5546 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אטא נ' חנה הולצמן.
²³ סעיף 190א' לחוק.

²⁴ לעניין זה, ראה גם "תדריך תכנון להקצאת קרקע לצורכי ציבור", המכון למחקר ופיתוח מוסדות חינוך ורווחה, תל-אביב 2005 (בהשתתפות: משרד החינוך התרבות והספורט המינהל לפיתוח, משרד הפנים מנהל התכנון, משרד הבינוי והשיכון אגף הפרוגרמות, משרד האוצר אגף תקציבים).

²⁵ את העובדה, כי בהתאם לחוק התכנון והבנייה ניתן להפריש לצורכי ציבור ללא תמורה רק 40% משטח הקרקע, פותרות הרשויות אם בדרך של הפרשה על-דרך איחוד וחלוקה (רה-פרסלציה), ואם בדרך של מתן זכויות בנייה עודפות, המפצות בעקיפין את בעלי המקרקעין על השטח שהופרש מהמקרקעין.

²⁶ מ. דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל" מהדורה שנייה, ירושלים 1953

²⁷ דוכן שם.

תחת שלטון המנדט הבריטי, "הוקפצו" דיני המקרקעין בכללותן למעמד מודרני. המנדט החליף את שיטת רישום המקרקעין בפנקס השטרות לרישום המבוסס על ספרי זכויות.^{29 28}

אם כן, די לנו כי נחל את מסענו בעקבות המסגרת הנורמטיבית בפקודות בניין ערים 1921 ו-1936.

בשנת 1921 פורסמה פקודת בניין ערים הראשונה, אשר עברה מספר תיקונים, עד שהוחלפה בשנת 1936 ע"י פקודת בניין ערים – 1936.³⁰

פקודה אחרונה זו, הסדירה את מעמדן של הוועדות המחוזיות והוועדות המקומיות לתכנון ובנייה.³¹ בהתאם לני"ל, נוסדו לכל מחוז ומחוז בתחומי המנדט וועדות מחוזיות.

בסעיף 6 לפקודה נקבע, כי בערים, תהווה מועצת העיר את הוועדה המקומית לתכנון ובנייה.

סמכויות הוועדה המחוזית כוללות את הסמכות להכין תכנית בנין עיר³² ואילו סמכויות הוועדה המקומית כוללות את קביעת ההוראות בדבר בניית בתים, סלילת דרכים וכד'.

בהתאם לסעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט התש"ח – 1948 שחוקקה מועצת הזמן הזמנית נקבע:

"המשפט שהיה קיים בארץ - ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה."

נמצאנו למדים, כי המנדט הבריטי הניח את התשתית של וועדות מחוזיות ומקומיות המהווה (בכפוף לשינויים מסוימים) את המסגרת ההיררכית הקיימת כיום במדינת ישראל, בהתאם לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965.

בהתאם לאמור, תוקפן של התכניות המנדטוריות, אשר חוקקו מכוח פקודות בניין ערים המנדטוריות, נשאב אל תוך המשפט הישראלי דרך פקודת סדרי שלטון ומשפט האמורה.

סעיף 270 לחוק התכנון והבנייה, ביטל את פקודת בניין ערים 1936. שטחי ערים ושטחי תכנון גליליים שהוכרו ע"פ פקודת בניין ערים – הומרו בחוק התכנון והבנייה למרחבי תכנון מקומיים.

סעיף 273 לחוק, מקנה תוקף של תכניות מתאר מקומיות ותוכניות מפורטות (לפי העניין), לתכניות אשר היו תקפות ערב חוק התכנון והבנייה, מכוחה של הפקודה האמורה.

כאמור בפרק הקודם, סעיף 97א' לחוק זה, אף התייחס לתכניות אשר פורסמו לפני 1.1.1950, ומאשר בתנאים מסוימים הוצאת היתר בנייה ע"פ תכנית מופקדת בלבד,³³ עת התכנית התקפה החלה על המקרקעין הנה תכנית שאושרה קודם מועד זה.

²⁸ ז. שטרוב "מדידה ומיפוי" מהדורה שנייה, תל-אביב 1998. ח. זנדברג, "הסדר זכויות במקרקעין" ירושלים 2000. פ. אלבק ור. פליישר "דיני מקרקעין בישראל" ירושלים 2005.

²⁹ תחת רישום שטר בגין כל עסקה ועסקה ב"קוואן" נפרד, קבעו הבריטים את השיטה הנהוגה כיום על-פיה מושא הרישום הוא הקרקע עצמה (ע"י זיהויה כגוש וחלקה).

³⁰ ע"ר 589 מיום 4.5.36.

³¹ לפי הפקודה משנת 1921 היתה וועדה מרכזית אחת, ואילו בפקודה משנת 1936 הוקמו וועדות מחוזיות.

³² אם תחום התכנית כולל אזור בו קיימת וועדה מקומית, תעשה עריכת התכנית בהתייעצות עם הוועדה המקומית.

³³ כגון, העדר התנגדויות לתכנית המופקדת.

תופעה דומה קיימת גם ביחס לשטחי יהודה ושומרון, הנמצאים תחת שלטון צבאי של כוחות צה"ל.³⁴ מנשר מס' 2 של מפקד הכוחות הצבאיים ביו"ש החיל את המשפט אשר היה קיים ביום 7.6.1967 על שטחי איו"ש המוחזקים ע"י צה"ל. קרי: התכנון הירדני אשר היה תקף ביום 7.6.1967, ואשר הוא אימץ את התכנון המנדטורי שקדם לו.³⁵

בג"ץ נדרש לא אחת, למערכת ההיררכיה התכנונית נורמטיבית החלה על המקרקעין באזורים אלו.

היטיב לתאר זאת בית המשפט העליון בבג"ץ 145/80. ג'מעית אסכאן אלמועלמון אלתעאוניה אלמחדודת אלמסאוליה נ' שר הביטחון (לא פורסם).

היות, ולא מצאתי מקור נוסף, בו תואר בפרוטרוט הרצף הנורמטיבי של דיני התכנון והבנייה, כמו בפס"ד זה, מצאתי לנכון להאריך בציטטה המובאת להלן מתוך פסק הדין:

"לשם הבנת הרקע לפעולותיהם של העותרים ושל המשיבים מן הנכון להביא בהמשך הדברים תיאור תמציתי של הוראות החוק הרלבנטיות.

החוק: (א) בהתאם למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, שפורסם ביום 7 ביוני 1967.

'המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור.'

החוק בענייני תכנון ובנייה, שהיה קיים באזור ביום 7.6.67 הוא חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (חוק זמני מס' 79) משנת 1966, אשר נכנס לתוקפו עם פרסומו בעתון הרשמי הירדני מס' 1952 מיום 25.9.66, עמ' 1921. חוק זה ביטל את חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (מס' 31) לשנת 1955, וזה האחרון ביטל תחולתה באזור יהודה ושומרון של פקודת בנין ערים, 1936, שהוחקה בזמן המנדט הבריטי ונשארה בתוקף באזור יהודה ושומרון אחרי סיפוחו על-ידי ממלכת ירדן מכוח החוק בעניין החוקים והתקנות שהם בתוקף בשתי גדותיה של הממלכה הירדנית ההאשמית מיום 16 בספטמבר 1950. החוקים אמנם נתחלפו כמתואר לעיל, אולם החוק הנ"ל משנת 1955 קבע בסעיף 38 שבו, כי כל התקנות שפורסמו וכל התכניות שנכנסו לתוקף לפי הפקודה משנת 1936 יראו אותן כאילו הותקנו על-פי החוק האמור מ-1955. יתרה מזאת, לפי סעיף 8 מן החוק משנת 1955 גם נכללה בנספח הראשון שבו טבלה, אשר התייחסה במפורש לאזורי התכנון, שנקבעו לפי הפקודה משנת 1936, ונקבע כי יראו אותם כאילו פורסמו לפי החוק האמור. בהמשך הדברים עוד נתייחס לאמור בטבלה, ככל שהדבר נוגע לאזור, עליו סבה המחלוקת שבפנינו. מכל מקום, ניתן כבר לקבוע בשלב זה, כי פעולות התכנון מן הסוג המוזכר לעיל, שננקטו מכוח הוראותיה של פקודת בנין ערים, בין בזמן המנדט הבריטי ובין אחרי סיומו, וכן בזמן הממשל הצבאי הירדני ביהודה ושומרון (1948-1950) או אחרי הסיפוח על-ידי ירדן משנת 1950 ועד לחקיקתו של החוק משנת 1955, נשארו בתוקף גם אחרי שהוחק החוק משנת 1955, במידה ולא על-ידי חקיקת משנה מפורשת.

³⁴ יוטעם, כי את הפסיקה ביחס לשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, ניתן לבחון בשתי פנים. מחד- ניתן לראות בפסיקת בג"ץ ביחס לאזורים אלו משום "משפט משווה", שכן הפסיקה בוחנת ומנתחת בפרוטרוט את השתלשלות התכנון הסטטוטורי החל מתקופת המנדט הבריטי עבור דרך השלטון הירדני וחוקיו וכלה בהחלת המשטר הצבאי. מאידך- יש לזכור כי בית המשפט אשר הוציא פסיקה זו הנו בית המשפט העליון של מדינת ישראל, בשבתו כבית דין גבוה לצדק.
³⁵ ראה גם ע"א 1432/03 ינון יצור ושיזוק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345, 354-355; בג"ץ 392/82 אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(4) 785, 792.

הרציפות המתוארת לא תמה בשנת 1966: לפי סעיף 68 לחוק תכנון ערים, כפרים ובניינים משנת 1966, כל התקנות שהוצאו על-פי חוקי תכנון הערים, שהיו בתוקף לפני חקיקת החוק משנת 1966, וכן כל התכניות, שהוכנו על-פי תקנות אלה, ייחשבו לבעלי תוקף עם היכנס החוק משנת 1966 לתוקף, כאילו הוצאו בצורה חוקית ועל-פי הוראות החוק האמור.

(ב) לפי סעיף 10 לפקודת בנין ערים ניתן היה לכונן אזורי תכנון עיר (town planning areas). סעיף 11 לפקודה קבע, בין היתר, כי מן העת בה כונן אזור תכנון עיר, לא יוקם בניין ולא ייהרס או ישוקם ולא יבוצעו בו שינוי, תוספת או תיקון במבנה (למעט תיקונים פנימיים), אלא אם כן הושג תחילה היתר מידי הוועדה המקומית לתכנון ובנייה.

כל ועדה מקומית חוייבה בהגשתה לוועדה המחוזית של תכנית בניין עיר שלדית (outline town planning scheme) בקשר לכל המקרקעין שבאזור, ומשהוגשה תכנית כאמור לא ניתן היתר בנייה אלא בהתאם לתכנית האמורה, והוא כל עוד לא אישרה הוועדה המחוזית אחרת (סעיף 13(2) לפקודה). התכנית הופקדה לעיון ולהתנגדויות, ובתום תקופה שהוגדרה בפקודה, רשאית הייתה הוועדה המחוזית לפנות לנציב העליון ולבקש הרשאתו לכניסתה של התכנית לתוקף (סעיף 18 לפקודה).

(ג) החוק משנת 1966, על-פיו פועלות רשויות התכנון ביהודה ושומרון, מעניק סמכויות שונות לשר הפנים הירדני, למועצת התכנון העליונה, בה מכהן השר כיושב-ראש, ללשכה המרכזית לתכנון הערים והכפרים, לוועדות מחוזיות לתכנון ערים, כפרים ובניינים ולוועדה המקומית לתכנון ערים. אין מקום לפרט כאן את מכלול הסמכויות, אך לצורך ענייננו יש לאזכר, כי מועצת התכנון העליונה הוסמכה לפי סעיפי משנה 6(ג) ו-7(ד) לחוק -

"(ג) להוציא צו המבטל או המתקן רשיון כלשהו שהוצא על פי חוק זה, אם יתברר למועצה כי רשיון זה הוצא באופן בלתי חוקי וכי הוא עומד בניגוד לתכנית הפתוח והתקנות והצווים וההוראות.

(ד) להוציא צו המבטל או המתקן רשיון כלשהו לפתוח קרקע, באופן שיראה למועצה כמתאים במקרים הבאים:

1- הרשיון נוגע להקמת בנינים או פעולות אחרות כלשהן, בתנאי שיבוא (הבטול או התקון) לפני תום פעולות אלה.

2- הרשיון נוגע לשנוי השמוש בקרקע, בתנאי שלא ישפיע הבטול או התקון השפעה מכרעת על פעולות הקמת הבנין או על פעולה אחרת כלשהי. בתנאי שאם בוטל או תוקן רשיון כלשהו לפתוח קרקע ע"י צו שהוצא לפי סעיף זה, על השר להורות לוועדת תכנון ערים שהוציאה את הרשיון - עם הגשת בקשה לשר, תוך שלושה חודשים מתאריך מסירת הצו ע"י כל בעל זכויות בקרקע זו המפרטת את ההוצאות שהוציא עקב התחלת פתוח הקרקע או את הנזקים שנגרמו לו עקב הבטול או התקון - לשלם לאדם או לאנשים הנ"ל פצויים הוגנים עבור ההוצאות והנזקים הנ"ל. אולם לא ישולמו פצויים בגין כל נזק שנוצר ע"י ירידת שווי השמוש בקרקע עקב הבטול או התקון הנ"ל."

הלשכה המרכזית לתכנון ערים וכפרים מופקדת לפי סעיף 7, בין היתר, על הכנת תכניות התכנון האזוריות לכל המחוזות ועל הגשת העזרה וההדרכה לרשויות המקומיות לתכנון ערים. הוועדה המחוזית הוסמכה לפי סעיף 8 ללאשר תכניות תכנון מפורטות ולהוציא צווים והתראות ביצוע, כשהוועדה המחוזית מפעילה את סמכויות הוועדה המקומית. הוועדה המקומית חייבת, בין היתר, לפי סעיף 9 לנקוט את כל האמצעים הדרושים כדי להבטיח ביצוע וקיום הוראות של החוק הנ"ל או של כל תכנית מאושרת או הוראות תקנות, שהוצאו או שנחשבות כאילו הוצאו על-פי החוק הנ"ל (ראה בהקשר זה את סעיף 68 לחוק זה, שהוזכר בסעיף-קטן (א) לעיל). סעיף 13 מסמיך את השר לפי המלצת מועצת התכנון העליונה להכריז על האזור כאזור תכנון. סעיף-קטן 13(3) לחוק קובע לעניין אזורים שהוכרו לפני תחילתו של החוק:

על אף האמור בחוק זה, יש לראות בכל אזור תכנון מבין האזורים הנזכרים בלוח, הנספח לחוק זה, וכן אזורי תכנון אחרים, שהוכרז עליהם לפני כן בעתון הרשמי אך לא הופיעו בלוח הנ"ל, אזורי תכנון שהוכרזו עפ"י צו של השר בהתאם לסעיף זה; וזאת החל מתחילת ביצועו של חוק זה.

החוק דן בפרוטרוט בדרך הכנתן של תכניות אזוריות, כלליות ומפורטות. הוגשה תכנית מפורטת, בעקבות הכנתה ותחילתה של תכנית אזורית או כללית, רשאים בעלי הזכויות בקרקעות או בבניינים או בנכסים האחרים הכלולים בתכנית כלשהי, בתור בעלי נכסים או בדרך אחרת, להגיש התנגדויותיהם לתכנית ואלו יידונו בוועדה המחוזית. על ועדת תכנון מחוזית לבקש מן המנהל של הלשכה המרכזית, כי יבדוק מחדש תכנית פיתוח כללית מאושרת כדי להכניס בה התיקונים או התוספות הדרושים, אחת לעשר שנים לפחות (סעיף 25).

אין לחלק קרקע או לרשום חלוקתה של קרקע, הכלולה באזור תכנית, לחלקות ששטח כל אחת מהן הוא פחות מעשרה דונמים, אלא על-פי תכנית חלוקה מאושרת על-ידי הוועדה המקומית, וכל חלוקת קרקע, הנמצאת באזור תכנון, וכל רישום, שיבוצע לגביה בניגוד להוראות אלו, ייחשב לפי האמור בסעיף 28(1) לחוק כבטל, בין אם קיימת תכנית תכנון מאושרת ובין אם לאו. כל תכנית חלוקה של קרקע צריכה להיות מתאימה לתכנית התכנון המפורטת והמאושרת. לעניין הענקת רשיונות בנייה קובע סעיף 34 באופן חד-משמעי:

"(1) אין להתחיל בעבודה - תוך אזורי התכנון המוכרזים - הדורשת קבלת רשיון ואין לתכנן או לפתח קרקע או להשתמש בה שמוש הדורש קבלת רשיון, אלא לאחר שיתקבל רשיון עבור העבודה או התכנון או הפתוח או השמוש. ואין להוציא רשיון כזה אלא כשהוא כפוף להוראות חוק זה ולתקנות שהותקנו על פי חוק זה וכן תכנית התכנון הכללית והמפורטת או לתכנית חלוקה וכל הצווים וההוראות המהוות חלק בלתי נפרד מהן.

(2) פתוח קרקע או הקמת בנין בתוך איזור שהוכרז כאיזור תכנון אך עדיין לא אושרה תכנית הפתוח, צריכים להיות כפופים לפקוח זמני בענין התכנון והבניה ויש להבטיח ע"י פקוח זה כי הפתוח או הקמת הבנין לא יסתרו לדעת ועדת התכנון המחוזית, את הוראות ומטרות תכנית התכנון שעובדים על הכנתה או תכנית תכנון שתוכן בעתיד.

(3) פתוח קרקע או הקמת בנין בתוך איזור שהוכרז כאיזור תכנון אך לא הוכנה עבורו תכנית פתוח, צריכים להיות כפופים לפקוח זמני בכל הנוגע לתכנון ולבניה והוועדה המקומית רשאית להחליט, בהסכמת הוועדה המחוזית, לסרב להוציא רשיון כלשהו לעבודות פתוח באיזור לתקופה שלא תעלה על שנה בה יכינו שלטונות התכנון את תכנית התכנון לאיזור".

סעיף 38 לחוק דן בפעולות הפיקוח על הפיתוח (מונח הכולל לפי החוק הנ"ל גם את הבנייה) וקובע הוראות מפורטות ביותר בעניין הפסקת העבודה, המבוצעת בניגוד לרישיון או בניגוד לתקנות או לצווים ולהוראות שהם בעלי תוקף או בניגוד לתכנית מאושרת. סעיף 38(2) קובע בהקשר זה:

'אם הוצא רשיון לפתוח קרקע ובניה עפ"י נתונים לא מספיקים ומטעים, רשאית ועדת התכנון שהוציאה את הרשיון להחליט על בטולו ואז תחשב כל עבודת פתוח או בניה שנעשו עפ"י הרשיון שבטל כעבודה שנעשתה ללא רשיון. לצורך סעיף זה, יש לשלוח הודעה על החלטת הוועדה אל האדם שעל שמו הוצא הרשיון ויחולו הוראות סעיף זה בכל הנוגע לפעולות הדרושות לפקוח על הפתוח והבנינים'

(ד) הצו בדבר תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה והשומרון) (מס' 418) קבע הוראות התאמה, הנובעות מכינון שלטון צה"ל באזור. לפי האמור בסעיף 2 לצו, סמכות, שניתנה בחוק לשר, תהיה נתונה לממונה, שנתמנה על-ידי מפקד האזור; סמכויותיה של הוועדה המחוזית נתונות למועצת התכנון העליונה, וסמכותה של מועצה כפרית נתונה לוועדות לתכנון הכפרים. לפי סעיף 7 לצו הוקנתה למועצת התכנון העליונה הסמכות לתקן, לבטל או להתלות תוקפם של כל תכנית או רישיון. סעיף 7 לצו מרחיב, אפוא, את הסמכות, המוקנית בסעיפים-קטנים 6(ג) ו-6(ד) לחוק ומוסיף עליהן. עם זאת מובן הוא, כי אין

בנוסחו הכללי של סעיף 7 לצו כדי להקנות את הכוח לבטל תכנית או רישיון בצורה שרירותית או שלא מטעמים ענייניים, היינו שלא למטרות התכנון והבנייה." (ההדגשות אינן במקור – י.ב.)³⁶

נמצאו למדים, כי הן בשטחי מדינת ישראל, והן בשטחי יו"ש, קיימת נפקות מכוח דיני המעבר בתכנון והבנייה, לתכניות מנדטוריות, כל עוד לא בוטלו אלו או הוחלפו בחרות.

לסיכום המסגרת הנורמטיבית ייאמר, כי כל עוד לא אושרה תכנית אחרת, קיימת נפקות מלאה (לכאורה) לתכנון המנדטורי.

כפי שהובא בבג"ץ האמור בפרוטרוט, מטרת שמירת הרצף התכנוני הנה מניעת וואקום תכנוני. ישנה חשיבות על שמירת חוקי התכנון, ומניעת מצב בו "איש הישר בעניו יעשה"³⁷.

יחד עם זאת, לפחות לגבי השטח עליו חלים חוקי מדינת ישראל, סעיף 97' לחוק התכנון והבנייה מאפשר מתן היתר בנייה בהתאם לתכנית מופקדת שטרם פורסמה למתן תוקף, אף אם ההיתר נוגד תכנית תקפה, אם התכנית התקפה אושרה לפני יום 1.1.1950. קרי: המחוקק עצמו מצא מוצא ביניים, של עקיפת תכניות נושנות במיוחד.

4. היבטי התכנון המתנגשים

4.1. שמירת רצף התכנון

תכליתם של דיני התכנון הנה לאזן בין קניינו של הפרט ורצונו לעשות במקרקעיו כרצונו מחד, ובין האינטרס הציבורי מאידך. ניתן להאריך בתיאוריות המצדיקות את התערבותם של דיני התכנון והבנייה בקניינו הפרטי של האדם, אולם לצורך דיוננו אנו, די אם נצביע על הצדקות כגון: הספקה של שירותים ציבוריים לאוכלוסייה,³⁸ מניעת השפעות שליליות של שימושי קרקע על מקרקעין בסביבתם,³⁹ הקצאה צודקת יותר של שימושי הקרקע.^{40 41}

על הצדקות אלו עמדו כבר חז"ל במקורות ההלכה, ויסודות לתכנון ערים מתקדם נמצאים כבר במקורות המשנה והתלמוד,⁴² ובמבחר תשובות של חכמי ישראל לדורותיהם, עוד מתקופת "הראשונים".⁴³

נמצאו אם כן מדוע ישנה חשיבות לעצם התכנון, אולם שומה עלינו גם להסביר מדוע ישנה חשיבות שלא להותיר את המקרקעין ללא תכנון.

הותרת מקרקעין ללא תכנון כלל, מהווה בזבוז של משאב קרקע הנמצא תדיר במחסור. כבר בשנת 1776, פרסם אדם סמית את ספרו "עושרן של אומות" בה קבע כי מקור העושר הנו שילוב נכון בין קרקע, הון ועבודה.⁴⁴ ממילא, הותרת קרקע ללא כל תכנון, מונעת את האפשרות למקסם את המשאב האמור, שכן בהתאם לחוקי התכנון והבנייה, לא ניתן לבנות, לחפור ולשנות את פני המקרקעין על המקרקעין ללא היתר בנייה תואם תכנית.⁴⁵

³⁶ מצאתי לנכון להאריך בציטטה דלעיל, על אף גלישתה במעט מעיקר הנושא הנדון. זאת, מכיוון שדומני כי זהו מקור נורמטיבי היורד לעומקם של פרטים ודקדוקים באשר לחקיקה התכנונית באזורי יו"ש בפרט, ולרצף התכנוני מתקופת המנדט ועד ימינו בכלל.

³⁷ שופטים י"ז, ו' וכן כ"א, כ"ה.

³⁸ כגון פארקים ציבוריים, מוסדות ציבור, דרכים וכד'.

³⁹ כגון בניית מפעל מזהם בסמוך לשכונת מגורים, תביא להשפעה שלילית על המגורים.

⁴⁰ כגון הבטחת רמת חיים מנמלית גם בשכונות בעלות מעמד סוציו אקונומי נמוך

⁴¹ הרחבה בנושא הצדקות אלו ראה בספרה של ד. זמיר-לויסון, "פגיעות במקרקעין ע"י רשויות התכנון", ירושלים 1994 עמ' 33-39.

⁴² ראה הרחבה ב"איכות הסביבה [אקולוגיה] במקורות היהדות" אוניברסיטת בר אילן, רמת גן 1990 (פרק חמישי).

⁴³ ראה הרחבה י. בזק "משפט והלכה מבחר תשובות" תל-אביב 1971.

⁴⁴ מ. מלוכנא "מבוא לתורת השמאות" מהדורה ראשונה רעננה 1994.

⁴⁵ סעיף 145 לחוק התכנון והבנייה.

מקסום האפשרויות בניצול יעיל וטוב של המקרקעין, אם ע"י הפרט ואם לטובת הכלל, יתאפשר אם כן רק ע"י מערך של חוקי תכנון, אשר יסדירו את התכנון על כל חלקה וחלקה מחד, וכתפיסה כוללת של כלל החלקות מאידך. תכנון אשר יסדיר מערך כבישים, מוסדות ציבור לטובת הכלל, תכנון כוללני המביא בחשבון את הייעוד והשימוש בחלקות השונות לרבות יחסי הגומלין ביניהם, ואשר יביא לצדק חלוקתי ראוי.

רשויות התכנון בישראל סובלות מסבך בירוקראטי המאט את קצב ההתפתחות של הסביבה. חרף חקיקת חוק התכנון והבנייה בשנת 1965, לא השלימה המועצה הארצית לתכנון ובניה מערך תכניות מתאר ארציות שלם לשטח המדינה, לא השכילו חלק מהוועדות המחוזיות להשלים תכנית מתאר מחוזית למחוזותיהם, וכן קיימות ערים אשר טרם פרסמו תכנית מתאר עירונית מלאה.

בהינתן אלה, נקל להבין מדוע חשוב לעשות שימוש בתשתית התכנון אותו הותיר המנדט הבריטי מאחוריו. זאת גם בהינתן העובדה, כי חרף היות התכנון המנדטורי בן למעלה מ-60 שנה, עדין ניתן לראות בו תכנון מתקדם ומחושב.⁴⁶

אמנם נכון הוא, כי תכנון מיושן זה לא חזה את הצרכים התכנוניים של מדינה, מחוז ועיר על סיפה של המאה ה-21, אולם וודאי עדיף הוא על היעדר תכנון כלל.

4.2. בעיתיות התכנון המיושן והאנכרוניסטי

תכנון קובע עובדות בשטח. כאשר וועדת תכנון ובנייה מאשרת את הקמתו של מבנה, נוצרת עובדה בשטח, אשר לעתים קשה אח"כ להתמודד עם תוצאתה. בדיוק מסיבה זו נחקקו סעיפים 77-78 לחוק התכנון והבנייה, המאפשרים לוועדה המקומית למנוע את קביעת העובדות בשטח, בבואה לתכנן סביבה מחדש, וסעיף 97א' המאפשר הוצאת היתר בנייה בהתבסס על תכנית מופקדת-עת התכנית התקפה הנה נושנה.

תכניות מנדטוריות מעצם הגדרתן, הן תכניות אשר פורסמו למתן תוקף טרם קום המדינה, קרי לפני חודש מאי 1948.

מצב בו רשות תאלץ להכיר בתוקפן של תכניות אלו, ולתת להן נפקות מלאה, תאלץ את הוועדה לאשר ולהנפיק היתרי בנייה, אשר עלולים לחסום תכנון מתקדם ומודרני.

לצורך הדוגמא, נשווה לנגד ענינו סביבה אשר טרם פותחה, ואשר חלה עליה תכנית מנדטורית נושנה המייעדת אותה לאזור תעשייה. כיום, רוצה הוועדה המקומית לייעד הסביבה לצורך הרחבת שטחי המגורים בעיר. עתה נניח, כי אחד או יותר מבעלי הזכויות בחלקות הכלולות בסביבה זו מעוניין להקים מפעל תעשייתי גדול בלבן של השטח בהתאם לתכנון המנדטורי המאושר. ברור הוא, כי אישור היוזמה ומתן היתר בנייה לבניית מפעל כאמור (בהסתמך על התכנון המנדטורי המיושן), יסכל את התכנית העתידית להפוך האזור למגורים.

זאת ועוד, יש לזכור כי התכנון המנדטורי הוכן ע"י ממשלת מנדט, אשר התייחסה לאוכלוסייה המקומית בתורת "NATIVES"⁴⁷ ולא בתורת אזרחים במדינה בעלת שלטון דמוקרטי.

התכנון המנדטורי כלל מאפיינים, אשר אינם ראויים כיום בפתחה של המאה ה-21.

ראשית, התכנון המנדטורי הנו מוכוון רשויות השלטון ואינו מוכוון אוכלוסייה.⁴⁸ התכנון הנו מיושן ואינו תואם את הצרכים של המאה ה-21,⁴⁹ התכנון צריך להיות בהתאם לערכים של קבוצות האוכלוסייה אליה הוא מתייחס (וממילא- קבוצות האוכלוסייה במדינת ישראל בשנת 2008 שונות מהותית מקבוצות האוכלוסייה ערב קום המדינה),⁵⁰ ועד כהנה וכהנה.

⁴⁶ בהתאם לראיון שקיימתי ביום 13.3.08 עם אדריכל דן יזרעלי, אדריכל העיר ירושלים בעבר.

⁴⁷ תושבים מקומיים.

⁴⁸ אנתוני טרוויס, "קרקע - סוגיות במדיניות קרקעית" בעריכת עמינדב ניב ובני מושקין, ירושלים 2002

⁴⁹ דברי השופט א. רובנשטיין בע"מ אוריה השקעות חדרה בע"מ ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ואח'.

⁵⁰ אנתוני טרוויס שם.

זאת ועוד, בספרה "פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון"⁵¹, כותבת ד"ר דפנה לוניסון זמיר:⁵²

"צידוק נוסף לדיני התכנון הוא הרצון לצמצם השפעות הייצוגיות שליליות של שימושי קרקע על סביבתם. קיימת תלות הדדית בין השווי של חלקות שונות."

לאור האמור יובן, כי גם תכנון מיושן, אשר אינו תואם את צרכיה המודרניים של החברה, ימנע את צמצום ההשפעות הייצוגיות השליליות באינטראקציה בין חלקות הקרקע השונות. כך לדוגמה: אם נאפשר, בהסתמך על תכנית נושנה, הקמת אזור תעשייה בשולי המרחב התכנוני הישן של העיר, אנו עשויים למצוא עצמנו מונעים את התרחבות העיר בהתאם לצרכיה כיום. זאת, מכיוון שהאופק התכנוני (כמו גם הגיאוגרפי) של העיר כיום, שונה עד ללא הכר מהאופק אשר עמד לעיני המתכננים לפני למעלה מ-שישים שנה.

ברור אם כן, מדוע מבכרות פעמים רבות רשויות מוניציפאליות שלא להנפיק היתרי בנייה בהסתמך על תכניות מנדטוריות, הגם שתקפות הנה.⁵³

5. הדין בישראל כמצריך רצף תכנוני

5.1. חוות דעת היועמ"ש

ביום כ"ח באייר התשכ"ז 7.6.1967, אוחדה העיר ירושלים. לאחר 19 שנים, בהן היתה חצויה העיר בין חלקה המערבי המצוי בתחומי מדינת ישראל, ובין חלקה המזרחי אשר היה כלול בתחומי הממלכה האשמית, חזרה העיר להיות כ"עיר שחוברה לה יחדיו".⁵⁴

מיד עם איחוד העיר, החלו הרשויות בהפקעות שטחים ובפעולות מעשיות לצורך איחודה הפיסי והתכנוני.⁵⁵

במסגרת זו, נדרשה התייחסות היועץ המשפטי לממשלה, האם וכיצד להביא בחשבון בעת קביעת שווי הקרקע לצורך הפקעתה, את שוויה בהתאם לתכניות מנדטוריות אשר חלו עליה.

ביום כ"ה בניסן תש"ל – 1.5.1970, פרסם היועמ"ש לממשלה את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה "תכנית אב לירושלים".⁵⁶ מטרת הנחיה זו הנה מתן הוראות כיצד להתייחס לזכויות בעלי קרקעות במזרח ירושלים, עקב הצורך בהפקעתן. ההנחיה מייחדת משקל רב לתכנון אשר היה תקף ערב החלת תכניות ישראליות על השטח.

נאמר בהנחיה בסוף סעיף 7:

"מתוך שביום החלת המשפט הישראלי על מזרח ירושלים לא הוגבלה הבנייה באותו אזור מכוח החלת המשפט כשלעצמה (והגבלה כזאת אפשר היה להחיל מכוח סעיפים 77 או 98 לחוק התכנון – דבר שלא נעשה מטעמים מובנים), הרי שלכאורה לא היה יכול להיות יסוד לסרב לבקשה למתן היתר לבנות, אילו הוגשה בקשה כזאת. אך טבעי הוא ולגיטימי שבעל קרקע באותו אזור יגיש בקשה להיתר בניה התואמת את החוק הירדני, שהיה חל באותו אזור. זוהי נקודת המוצא לכל פעולה שלפי חוק התכנון ממש כשם שקרקע חקלאית שאין עליה תכנית בניין כלשהי והופכת להיות קרקע עירונית לפי

⁵¹ ירושלים תשנ"ה – 1994.

⁵² ראה עמ' 36 והלאה.

⁵³ ראה למשל עדותו של הממונה על המידע התכנוני בעיריית ירושלים, מר מנחם גרשוני, כמופיע בסעיף ג' לפסק דינו של שופט בית המשפט המחוזי בירושלים ד. חשין בת.א. 1043/02 דוד קוקיא ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים. בה מצטט בית המשפט את מר גרשוני באומרו: "...הנחיות העירייה הן שלא להוציא היתרי בנייה על סמך תכניות מנדטוריות".

⁵⁴ תהילים קמ"ב

⁵⁵ תכנית אב לירושלים 1968, תכנית עמ' 9 של הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים.

⁵⁶ הנחיה מס' 21.904.

תכנית מתאר, נקודת המוצא היא שוויה כקרקע חקלאית, אך בוודאי שאין היא נטולת שווי בכלל".

היועץ המשפטי לממשלה, נדרש לתקפותן של התכניות המנדטוריות והירדניות, לאחר מלחמת ששת הימים, עת סופחו לירושלים שטחים נרחבים במזרחה של העיר.

תכנון חלקה המזרחי של העיר, כמו גם תכנון קו התפר בין שני חלקיה שאוחדו, העלה שאלות רבות בדבר קביעת שוויין של המקרקעין הכלולים בתוכניות אלו. התכנון המחודש גרר בעקבותיו הפקעות, שינויי ייעוד ועוד.⁵⁷

היועמ"ש גורס בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, כי אין וואקום תכנוני. כשם שקרקע חקלאית ההופכת לחלק מהמתחם האורבני, יש לבחון כנקודת מוצא את שוויה החקלאי, כך יש לתת נפקות מלאה לתכניות הירדניות והמנדטוריות כאשר באים לבחון את שווי המקרקעין במזרח ירושלים, אם לצורך הפקעה, ואם לצורך היטלים ופיצויים.

מצאנו אם כן, כי גם היועמ"ש הבין את חשיבות הרצף התכנוני, ומניעת וואקום במישור זה.

5.2. בנייה בשטחי יו"ש או בחינת מעמדה של תכנית R.J.-5 המנדטורית ודומותיה

בבג"ץ 145/80 ג'מעית אסכאן אלמו עלמון אלתאווניה אלמחודדת אלמסאוליה ואחי' נ' שר הביטחון ואחי' (לא פורסם) נדונה נפקותה של תכנית 5 – RJ שהנה תכנית גלילית מנדטורית למחוז ירושלים.⁵⁸

בבג"ץ זה עתרו תושבים ערבים באזור יהודה, כנגד מועצת התכנון העליונה במנהל האזרחי יו"ש.

יוטעם, כי בהתאם להוראות התכנית האמורה, יועדו המקרקעין במרחב הגלילי בייעוד "חקלאי". עוד נקבע, כי על כל חלקה ניתן להקים בית מגורים אחד, לשימוש של החקלאי. כן קובעת התכנית, כי לא ניתן לפצל חלקה לשטח הקטן מעשרה דונם, אלא ע"י תכנית חדשה.⁵⁹

המנהל האזרחי קיבל בקשות בניה רבות, כל פעם אך להקמת בית אחד. לאחר זמן הובהר, כי למעשה כל הבקשות נוגעות לחלקת קרקע אחת הגם ששטחה עשרות או מאות דונמים. משכך, חדל המנהל האזרחי להנפיק היתרי בנייה, בטוענו כי לא ניתן להקים יותר מבית מגורים אחד לחלקה. מכאן הגיע בבג"ץ זה.

בית המשפט העליון בשבתו כבית גבוה לצדק, נדרש לשאלת תוקפה של התכנית.

לאחר שהוא מנתח את ההשתלשלות התכנונית מאז ניתן תוקף לתכנית המנדטורית, קובע בית המשפט, כי כל עוד לא בוטלה התכנית ע"י תכנית אחרת, התכנית בתוקפה עומדת. כיוון שכך, כך בבג"ץ, צודק מנהל התכנון העליון במנהל האזרחי, בסרבו להנפיק היתרי בנייה נוספים בטוענה כי אלו נוגדים את התכנית המנדטורית.

לאחר שהוא מסיים לסקור את הוראות המעבר החל בפקודת תכנון ערים 1936 וכלה בחוקי התכנון הירדניים,⁶⁰ אומר השופט מ. שמגר:⁶¹

"... לאור האמור לעיל, התכנית המאושרת הנ"ל R.J.-5 היא בתוקף עד היום, מכוח הוראות המעבר שבחוקים הירדניים משנת 1955 ומשנת 1966".

⁵⁷ ממילא עלתה השאלה של שווי המקרקעין, אם לצורכי הפקעה ואם לצורכי היטל השבחה או לחילופין פיצויי ירידת ערך לפי סעיף 197 לחוק התו"ב.

⁵⁸ כפי שהוסבר לעיל, למרחבים שמחוץ לתחומי הערים הוכנו בתקופת המנדט תכניות גליליות.

⁵⁹ הנ"ל הן ע"פ תקנון התכנית המצוי ברשותי והן על פי פרשנות בג"ץ זה את תקנון התכנית (ראה עמ' 94-95 שם).

⁶⁰ פירוט סקירתו של השופט שמגר מובאת בפרק 3 "המסגרת הנורמטיבית" לעיל.

⁶¹ ראה עמ' 298 לפס"ד.

בהמשך דבריו מוסיף השופט שמגר:⁶²

"... מאחר שהאזור בו מדובר הוא אזור, לגביו קיימת תכנית תקפה החל משנת 1942, אשר לא בוטלה עד עתה, ואשר תוקפה המתמשך נובע מן ההוראות בדבר רציפות חיקוקים, שנכללו בחוקים הירדניים משנת 1955 ומשנת 1966, הכל כמפורט לעיל..." (ההדגשות אינן במקור – י.ב.)

הנה מצאנו, כי בית המשפט שם את יתרונו על חשיבות הרצף התכנוני, והעדר "וואקום" תכנוני על גבי קרקעות מתוכננות, יהא התכנון ישן ומיושן ככל שיהא.

בג"ץ חזר על עמדתו זו בבג"ץ 4151/91 עזמי דודין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"מ מו(1) 89. גם כאן, נשוא הדיון היא תכנית R.J.-5 המנדטורית. מדובר בשטח כפרי באזור יו"ש.

במקרה זה, טרם הוחלה על שטח העותרים תכנית חדשה, אולם הם ניסו לטעון כי תכנית R.J.-5 אינה חלה על כפרם, שכן כפרם עדין לא היה קיים בשנת 1942, עת אושרה התכנית. גם תחת תקופת השלטון הירדני (1948-1967) לא הוכנה כל תכנית, ומבני הכפר נבנו ללא היתרי בנייה.

במקרה זה השופט שמגר אינו מאריך בדבריו, ומתייחס לחריגות מהוראות תכנית R.J.-5 כבנייה שלא כדין. גם כאן, מיוחסת להוראות התכנית נפקות מלאה, ונקבע כי אין "וואקום" תכנוני על המקרקעין.

זאת כאמור, במקרה בו הוקם כפר שלם (בניגוד לדין) על קרקע חקלאית.

בבג"ץ 10408/06 מוסטפא קבהה ואח' נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון ואח', טענו העוררים כי התכנית המנדטורית S-15 איננה עונה עוד על צורכי כפרם, ועל-כן אין להרוס את הבניינים אשר נבנו בניגוד אליה. אומרת השופטת ד. ברלינר:

"טענה זו, נאמר מיד, ספק אם יש לה מקום בהליך כדוגמת זה הנוכחי, התוקף החלטה להוציא צו הריסה למבנה שנבנה בניגוד לדין".

צא ולמד: לדעת בית המשפט העליון, ההיבט של חשיבות הרצף התכנוני גובר על ההיבט של האנכרוניזם של התכנון המיושן.

5.3. בחינתה של תכנית RP/50/42

בע"א 9355/02 מדינת ישראל נ' גיורג' יוסף ראשד ואח' פד"י נח (4) 406, בחן בית המשפט העליון מקרה דומה, הפעם בתחומי מדינת ישראל. בפסק דין זה נדונו פיצויי הפקעה לקרקע בכפר ריינה, שלימים הפכה לשכונה בעיר נצרת עלית. המקרקעין היו כלולים בתחומי התכנית המנדטורית RP/50/42 משנת 1942, אשר ייעדה אותם לחקלאות.

לא היה כל וויכוח בין הצדדים, כי אכן התכנית המנדטורית היא היא התכנית התקפה, ועל-פיה יש לשום את שווי המקרקעין. הוויכוח אשר ניטש היה, האם יש להביא בחשבון פוטנציאל לביצוע פרצלציה במקרקעין אשר יעלה את גובה הפיצוי או לא.

בעוד שהמדינה טענה כי יש לשום את המקרקעין ע"פ שווי החקלאי, טענו הבעלים כי יש לבחון גם את שווי הפוטנציאל לביצוע פרצלציה – דבר אשר יביא לאפשרות לקבל היתרי בנייה למספר בניינים נוספים על החלקה. זאת, שכן בדומה לתכנית R.J./5 אשר נסקרה לעיל, על כל חלקה ניתן לבנות בית לשימוש חקלאי.⁶³

⁶² ראה עמ' 299 לפס"ד.

⁶³ אומר בית המשפט בסעיף 7 לפס"ד: "עיקר המחלוקת בין הצדדים מתמקדת בסוגיית פרשנותה של התכנית המנדטורית RP/50/42 ... ובעיקר מהו פוטנציאל הבנייה, אם בכלל, של המקרקעין נושא ההפקעה בהתאם לתכנית האמורה."

ראשית, מפנה בית המשפט לבג"צ 38/76 המועצה המקומית תמרה נ' ועדת המשנה לערעורים שליד המועצה הארצית לתכנון ובנייה פד"י (2)631, אשר דן באותה התכנית עצמה, וקבע כי מעמד תכנית זו, לאחר חקיקת חוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965, כמעמד של תכנית מתאר מקומית.⁶⁴

לאחר שפסק הדין עורך ניתוח של הוראות התכנית, ממשיך בית המשפט ואומר:⁶⁵ "כידוע תכנית בניין עיר היא בגדר 'חיקוק' ועל-כן, דן בית המשפט בדרך הפרשנית הראויה לבחון, האם בהתאם לתכנית היה פוטנציאל לפיצול החלקות – בסבירות גבוהה עד כדי כך, שיש להביאו בחשבון בעת תחשיב הפיצויים.

צא ולמד, פסק דין זה, כמו גם בג"ץ 38/76 המאוזכר בו, נתנו תוקף ונפקות מלאים לתכנית מנדטורית משנת 1942.⁶⁶

5.4. התוכנית המנדטורית מוכרת כתקפה לצורך מתן בסיס לפעילותה של הרשות

בעתמ' (חי) 398/01 החברה להגנת הטבע ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה ואח', פס"מ לג (1) 624, נטען כנגד הוועדה המקומית, כי חרזה מסמכותה בהוציאה היתר בנייה למחלף כבישים, ללא תכנית תקפה.

הוועדה המקומית טענה לעומת העותרות, כי היתר הוצא מכוחה של תכנית מס' חפי 654 המנדטורית, אשר אושרה בשנת 1945.

בסעיפים 23-26 לפסק בדין, דנה כב' השופטת ר. חופרי-וינוגרדוב בשאלת תקפותה של התכנית המנדטורית והיתר הבנייה שהוצא מכוחה.

מסקנתה היא כי התכנית כשלעצמה תקפה (חרף טענת העותרים כי חלפו להם למעלה מ-40 שנה מעת אישורה),⁶⁷ אלא שההיתר הספציפי שהוצא על סמך תכנית זו, אינו תואם את התכנית.

בית המשפט בהחלטתו, נותן אם כן תוקף מלא לתכנית, ולא זו אף זו, הוא פוסל את פעולת הרשות, מכיוון שסטתה מאותה תכנית תקפה, תחת האופציה לפסול את פעולת הרשות בהעדר תכנית תקפה – כפי שטענו העותרים.

פסק דין זה הגיע לערעור בבית המשפט העליון בעע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה ואח' נ' החברה להגנת הטבע ואח', פס"ד נו (3) 673.

בפסק דינה, מבטלת השופטת ד. ביניש⁶⁸ את צו הפסקת העבודה שניתן לעריית חיפה, וזאת עקב קבלתה את טענת השיהוי שטענה הוועדה המקומית כנגד המשיבות בערעור הנ"ל. אמנם, בית

⁶⁴ אומר בית המשפט: "כאן המקום להסביר, כי השטח הנדון נמצא בתחום תכנית מיתאר מנדטורית מספר R.P. 50/42 משנת 1946, הנקראת PLANNING SCHEME, THE GALILEE DISTRICT REGIONAL OUTLINE (עיתון רשמי מספר 1533 מיום 14.11.1946, תוספת 2, ע' 1350). תכנית זו עודנה בתוקף, אבל אין בה הוראה המתירה הציבה. בשנת 1961 פורסמה הודעה בדבר הפקדת תכנית מיתאר גלילית חדשה מס' ג' 194/1, שנועדה לבטל את תכנית המיתאר המנדטורית הנ"ל ולבוא במקומה, ובה ישנן הוראות בדבר קיום מיתקני מחצבות באזור הקלאי כמו האזור שבו מבקשת המשיבה השלישית להקים את מחצבתה החדשה. אלא שתכנית מיתאר זו נותרה עד היום בשלב של הפקדה וטרם קיבלה תוקף.

משום כך עומדת כיום בתקפה תכנית המיתאר המנדטורית משנת 1946, ובה כאמור אין הוראה המתירה הקמת מחצבות. זו הסיבה שהמשיבה השלישית נטלה את היזמה להציע לוועדה המקומית את תכניתה להקמת המחצבה החדשה שלה." (ההדגשות אינן במקור - י.ב.)

⁶⁵ סעיף 13 לפס"ד.

⁶⁶ זאת הגם, שפס"ד בע"א 11583/04 אליהו ברגר ואח' נ' מדינת ישראל ניסה ללמוד מפס"ד זה את ההיפך הגמור, ראה להלן, ולהימנע מייחוס נפקות אופרטיבית לתכנית המנדטורית RJ/19.

⁶⁷ קרי: בית המשפט מבכר את ההיבט של הרצף התכנוני על-פני הטענה כי מדובר בתכניות ישנות ולא רלוונטיות.

⁶⁸ בהסכמת הנשיא א. ברק וסגן הנשיא מ. חשין.

המשפט גורס כי הוועדה המקומית טעתה בכך, שפירשה את המונח "דרך" בתכנית המנדטורית הנדונה, ככוללת גם מבני דרך – ובמקרה הנתון- מחלף דרכים,⁶⁹ אולם היא גורסת, כי במקרה הנדון "ההלכה בסוגיה הנוגעת להגדרת 'דרך' לא היתה ברורה די צורכה, וכי לא היתה כאן התעלמות מהוראות התכנית או הפרה מכוונת של הוראות אלה. אולם חשוב מכך: במקרה דנן, כפי שצינתי לעיל, גם בתשריט של התכנית המנדטורית נכלל גשר שתוכנן בסמוך למקום המיועד לבניית הגשר נשוא הערעור...".

קרי, בית המשפט נותן במקרה זה נפקות מלאה לתכנית האמורה.

5.5. הסתמכות על תכנית מנדטורית אינה רשלנות מצד רשות מקומית

בע"א 2906/01 עיריית חיפה ואח' נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ ואח', נדונה תקפות התכניות המנדטוריות אגב דיני הנזיקין.

במקרה זה, חברות הביטוח אשר נתבעו לכסות נזקי הצפות גשמים, תבעו את הרשויות המקומיות בגין עוולת רשלנות. לטענת חברות הביטוח, התרשלו הרשויות בכך שלא הכינו מערכת ניקוז מתאימה, אשר היתה יכולה למנוע את ההצפות האמורות.

השופטת א. חיות דוחה את טענות המערערות (חברות הביטוח) בטענה כי הרשויות המקומיות לא התרשלו, שכן על המקרקעין חלו תכניות מנדטוריות אשר כללו התייחסות לאפשרויות של הצפה.

אומרת השופטת חיות:

"... אם לא די בכך, ציינה העדה הרשקוביץ בתצהירה כי התוכניות הרלוונטיות שהיו בתוקף בעת ההצפות כללו ברובן התייחסות לסכנת השטפונות וכך אכן עולה מן התכניות המנדטוריות החלות באזור ההצפה, אשר צורפו כמוצג ז' מטעם המדינה. חברות הביטוח לא הוכיחו אפוא, את ההתרשלות שביקשו לייחס לוועדות התכנון בכל הנוגע להפעלת הסמכויות המסורות להן על פי חוק התכנון והבנייה... עניין לנו במסמכים ציבוריים אשר אין כל קושי להתחקות אחריהם ולהוכיח את תוכנם". (ההדגשות אינן במקור – י.ב.)

יוטעם, כי פסק דין זה מתייחס להצפות שנגרמו בשנים 1991-1992. חרף זאת, בית המשפט גורס כי הרשויות המוניציפאליות לא התרשלו בתכנון הצופה שיטפונות כאלו, שכן היו בתוקף תכניות מנדטוריות (תכניות בנות למעלה מ- 50 שנה).

שוב מצאנו, כי הרצף התכנוני גובר על נושנות התכניות. ונושנות התכניות אף לא תביא לעוולת התרשלות של הרשויות (לפחות במקרה זה).

5.6. תכנית מנדטורית כבסיס לחישוב היטל השבחה

בהתאם לסעיף 196א' לחוק התכנון והבנייה, ובהתאם לתוספת השלישית לחוק, הרשות המקומית גובה היטל השבחה כל אימת שמתאשרת תכנית חדשה המשביחה את המקרקעין גובה היטל השבחה הנו בשיעור 50% מהפרש שווי המקרקעין בהתאם לתכנון הקודם, ובין שוויה בהתאם למצב החדש.

בע"א (עליון) 2599/93 יוסף שטבהולץ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה המקומית לתכנון ובנייה מרכז, פד"י נב 652, נידון היטל השבחה אגב תכנית R/6 המנדטורית משנת 1942.

בפסק דין זה, נבחנה שומתו המכרעת של שמאי מקרקעין, אשר נערכה בהתאם להוראות התוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965.

⁶⁹ כטענת הוועדה המקומית בערעור, על-פיה בהתאם להגדרת "דרך" בסעיף 1 לחוק התכנון והבנייה נכללים גם מבני דרך.

ייעוד הקרקע בהתאם לתכנית מנדטורית זו היה חקלאי, ו בית המשפט, סבר כי אכן המצב התכנוני בעטיו יש לשום את המקרקעין הנו התכנית המנדטורית.

אומר בית המשפט :

"אם נתעלם מתוכנית זו,⁷⁰ כמוסכם, הרי בשנת 86 היתה בתוקף תוכנית ז/6 עם כל ההגבלות שהוטלו על ידי ההכרזה משנת 1968."

דא-עקא, בהתאם לתכנית המנדטורית היה ייעוד הקרקע חקלאי, וממילא היה לרשות אינטרס מובהק לייחס לתכנית זו נפקות, שכן ערך הקרקע כנתונה לייעוד חקלאי הנו נמוך ביותר. דבר זה מגדיל את השבחה, וממילא את היטל השבחה אותו מקבלת הוועדה המקומית.

כן ניתן לבחון את דני"א 3768/98 קריית בית הכרם בע"מ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים, פד"י נו (5) 49. במקרה זה נדונה דרך חישוב היטל השבחה ברצף של תכניות, כאשר ביני וביני אושרה תוכנית פוגעת. בית המשפט העליון בחן את רצף התכניות החל בתכנית "קנדל" המנדטורית, אשר פורסמה למתן תוקף בשנת 1944, והיוותה תכנית בניין עיר לירושלים, עובר דרך תכנית המתאר לירושלים (62) משנת 1959, וממשיך לתכניות חדשות.

טענת העותרים היתה, כי יש להביא בחישוב שווי המקרקעין את תכנית קנדל, אשר היטיבה עם שווי המקרקעין, ביחס לתכנית המתאר משנת 1959.

לאחר חיבוטים רבים, בית המשפט דוחה לבסוף את טענת העותרים, אולם לא מהטעם כי התכנית איננה תקיפה, אלא עקב קביעתו, כי משנפגע שווי המקרקעין עקב אישורה של תכנית המתאר בשנת 1959, הרי שיש לראות בתכנית הפוגעת כתכנית ממנה ייבחן השווי הקודם של המקרקעין. ובמילים אחרות, בנסיבות אחרות, כגון אילו היתה תכנית המתאר בשנת 1959 משביחה את הקרקע, היה מקום לחשב את היטל השבחה ביחס לתכנית קנדל האמורה.⁷¹ קרי: לתכנית נפקות מלאה.

5.7. תכנית מנדטורית כבסיס להוצאת היתר בניה

בג"צ 529/80, ברוריה גרצברג נ' הוועדה המקומית ואח', ל"ה (2) 491 העוסק אף הוא בתכנית R/6 הנ"ל, מצטט אף הוא :

"ביום 8.7.79 ניתן צו על-ידי כבוד הנשיא זוסמן בהמ' 271/79 [1], שבו הוא דחה בקשה לרשות ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי בערעור פלילי. באותו צו (להלן - הצו בעניין מנוחין) קבע הנשיא, שאם על-פי תכנית, שהייתה קיימת בעת חקיקת חוק התכנון והבניה, מותר היה לבנות על קרקע מסוימת, הרי העובדה, שאותה קרקע הוכרזה כקרקע חקלאית, מבלי שתוקנה התכנית שחלה עליה, אינה פוגעת בהוראות התכנית, החלה על הקרקע." (ההדגשות אינן במקור – י.ב.)

בעמ 3683/05 אוריה השקעות חדרה בע"מ ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה ואח', דן כב' השופט גרוניס בערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מנהלים אשר אישר את החלטת הוועדה המחוזית לבטל היתר בנייה שניתן לתחנת תדלוק.

⁷⁰ הכוונה לתכנית ביניים, לגביה היתה הסכמה בין הבעלים ובין הוועדה המקומית, כי יתעלמו ממנה, וכי שווי מצב קודם יהא בהתאם לשווי קרקע חקלאית.

⁷¹ במאמר מוסגר אתמהה, שהרי בהתאם לחוק התכנון והבניה, את בסיס החישוב להיטל השבחה יש לחשב בהתאם למצבם התכנוני של המקרקעין בתאריך 1.7.1975. בתאריך זה חלה כבר תכנית המתאר לירושלים (62) שנת 1959. אם כן, ולו על בסיס זה בלבד, ניתן היה לדחות את טענת העותרים, וכל השקלא וטרייא של בית המשפט מיותר הוא. בנוסף, באמירת אגב מעיר בית המשפט, כי העותרים כלל לא היו בעלי הקרקע בעת תחולת התכנית המנדטורית, וכי הם רכשו זכויותיהם במקרקעין בהתאם לתכנית המתאר (62). אם כך הדבר, מדוע היה על בית המשפט לבחון את המצב שקדם לרכישת הקרקע, הרי הבעלים רכשו את הקרקע במצב ידוע, ומה להם להלין כי מצבה טרם הרכישה היה טוב יותר?

המדובר היה בהיתר בנייה לתחנת דלק אשר תאמה את התכנון המנדטורי אשר היה תקף על המקרקעין, אך סתר את התכנית החדשה המופקדת שטרם קיבלה תוקף. הוועדה המחוזית ביטלה את היתר הבנייה בהיותו סותר תכנית מופקדת.

השופט גרוניס, בתארו את הרקע לפסק הדין כותב, כי: "על המקרקעין חלה תכנית חד/35 שהינה תכנית מנדטורית אשר אושרה בשנת 1941... התכנית המאושרת עומדת בתוקף עד היום מכוח הוראות סעיף 273 לחוק התכנון והבניה התשכ"ה – 1965". (ההדגשות אינן במקור – י.ב.)

פסק הדין עצמו דן בשאלה, האם ניתן להוציא היתר בנייה הסותר את התכנית המנדטורית התקפה מחד, אך תואם תכנית מופקדת שטרם פורסמה למתן תוקף מאידך.

היות ובפסק דין זה, מהווה השאלה נשוא מאמר זה את ליבת פסק הדין, מצאתי לנכון להאריך במעט בציטוטים ממנו כדלקמן.

בסעיף 6 לפס"ד, מגדיר השופט גרוניס את הדילמה המצוייה בפני בית המשפט – כתוצאה מהתנגשות שני ההיבטים נשוא מאמר זה:

"השאלה המרכזית בה עלינו לדון היא מהי נפקותה דהיום של התכנית המופקדת, כאשר עומדת היא לצידה של התכנית המאושרת וכאשר מוסד התכנון מתבקש ליתן היתר בניה. במילים אחרות, עלינו להתייחס למצב בו נכס מקרקעין נמצא בתחום פרישתן של שתי תכניות, האחת תכנית שאושרה והשניה תכנית שהופקדה."

השופט גרוניס אף מטיב להסביר את הדילמה שבהתנגשות ערכים אלו, וזאת בסעיף 7 לפס"ד:

"התכנית המאושרת החלה על המקרקעין אושרה בשנת 1941. האיסור שבסעיף 97⁷² מציב קשיים מיוחדים בכל הנוגע לתכניות ישנות. הדברים ברורים הם: ככל שתכנית ישנה יותר צפוי שתגרמנה בעיות עקב הדרישה שההיתר המבוקש יהא בהתאם לתכנית המאושרת, בנוסף לדרישת התאמה לתכנית המופקדת. יש להניח שהתכנית המופקדת באה לקדם ולשפר את התכנון הקיים, שהינו נושן וארכאי בהיותו נסמך על תכנית ישנה. עם חלוף השנים משתנים הצרכים הציבוריים והמציאות התכנונית".

ממשיך השופט בסעיף 11 ואומר:

"התכנית המאושרת נתקבלה לפני כ- 65 שנים. אין ספק כי מאז קבלתה חלו שינויים רבים וגדולים בסביבת המקרקעין. בית המשפט קמא ציין כי התכנית המאושרת איבדה קשר למציאות התכנונית בשטח... חוק התכנון עצמו מתייחס בצורה מיוחדת לתכניות שאושרו לפני 1950... והנה מבקשות המערערות לקבל היתר בנייה דווקא על פי תכנית נושנה."⁷³

לאחר שבית המשפט מצא, כי התכנית המופקדת עומדת בהפקדתה זה שנים רבות, ואיננה באה לכלל אישור, קובע בית המשפט כי הוועדה המקומית תנפיק את היתר הבנייה, זולת אם התכנית המופקדת תאושר תוך 18 חודש.

קרי: בית המשפט קובע, כי יש בתכנית המאושרת משנת 1941, כדי להוות בסיס להוצאת היתר בנייה מכוחה, זולת אם התכנית המופקדת תאושר תוך זמן קצוב.

השופט רובינשטיין, המצטרף לפסק הדין, מצא לנכון להעיר את הדברים הבאים:

"אבקש להוסיף, כי הפרשה דנא חשפה – כפי שכתב חברי – מצב לא תקין בתחום התכנון במרחב חדרה, קרי, קיומה של תכנית מופקדת לאורך כמעט מחצית יובל, שמזה עת רבה אין כוונה כי תכנס לתוקף. לעומת זאת התכנית המאושרת – היא המאושרת, לשון אישור, אך אין האינטרס הציבורי מאושר, לשון אושר – היא בת 65, מעולם אחר מכל בחינה."

⁷² סעיף 97 לחוק דן באיסור על הוצאת היתר בנייה העומד בסתירה לתכנית מופקדת.

⁷³ במקרה זה ביקשו המערערות היתר בנייה לתחנת דלק, אשר סתר את התכנית המופקדת, אך תאם את התכנית המנדטורית.

בשורה התחתונה, בית המשפט העליון קובע בפסק דין זה, כי תכנית מנדטורית הנה תקפה, בכפוף לסייג של סעיף 97א' לחוק, ודי בה כדי להנפיק היתר בנייה, אף אם אין זה המצב הראוי והרצוי מבחינה תכנונית.

בעמ' 2834/05 חנה לדרר נ' שיכון עובדים בע"מ קבע בית המשפט העליון, כי לא ניתן להנפיק היתר בניה עקב אי התאמתו לתכנית חפ/229 המנדטורית בחיפה, ועקב העדר רמת פירוט מספקת בתכנית המתארית.

אומר בית המשפט:

"כידוע תכנית בניין עיר היא חיקוק ובתי המשפט הם הפוסקים בעניין פרשנותה (ראו ע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, חיפה, פ"ד נו(2) 466 (2001))."

לאחר מותן הנפקות המשפטית לתכנית המתאר המנדטורית, מסביר בית המשפט מדוע הפרשנות שניסתה חברת שיכון עובדים להקנות לתכנית זו, בניסיונה לקבלת היתר בניה, אינה נכונה.

בית המשפט מצא כי ההיתר המבוקש אינו תואם תכנית, וכן כי התכנית אינה מפורטת דיה,⁷⁴ בכדי שניתן יהא לגזור ממנה היתרי בניה, אלא שיש צורך בתכנון מפורט תחתיה.⁷⁵

ובסכמו את פסיקתו מוסיף בית המשפט:

"היתר הבניה הוא האקט האחרון למימוש התכנון, ועל כן, כך הוסבר שם, 'עליו להיגזר מתכנית שיש בה פירוט מספיק על מנת שתשמש תשתית נורמטיבית נאותה'. בטרם יוצא היתר בניה יש צורך בדרגת פירוט סבירה, שתיקבע את הפרטים הנוגעים לבניה ולשימוש בשטח. פירוט כזה אינו חייב להימצא דווקא בתכנית מפורטת, ואין זה מן הנמנע כי תכנית מיתאר מקומית תמלא את מקומה של תכנית מפורטת כשהיא עונה על רמת פירוט מספקת. חוששתני כי התכנית החלה בענייננו אינה קובעת דרגת פירוט כזו, ואין מנוס, כפי שהבינה שיכון עובדים מתחילת הדרך, מהגשת בקשה לשינוי תכנית המתאר."

צא ולמד: בית המשפט גורס כי אכן ניתן להוציא היתרי בניה על בסיס תכנון מנדטורי, אלא שבמקרה זה היתר הבניה לא תאם את התכנית.

5.8. חוק יישום תכנית ההתנתקות התשס"ה – 2005

במסגרת תכנית ההתנתקות מרצועת עזה וחלקים מצפון השומרון, נקבעו בחוק יישום תכנית ההתנתקות התשס"ה – 2005, כללים לפיצוי המפונים בין היתר בגין בית המגורים אשר היה ברשותם בשטח המפונה.

אין כאן המקום להאריך בעניין דרך קביעת הפיצוי, אך די אם נציין כי המחוקק קבע, כי הפיצוי יהא בהתאם לשטח הבית אשר היה בנוי בפועל, כל עוד זה לא עלה על השטח אשר היה מותר לבנייה בהתאם לתכנית תקיפה.⁷⁶

השאלה אשר עמדה בפני וועדות הזכאות היתה, מה הדין כאשר הבית נבנה טרם אישורה של תכנית תקיפה. בהחלטה מס' 007/2005 של וועדות הזכאות נדון מקרה של מפונה, אשר בנה את ביתו בשטח של כ- 290 מ"ר. דא-עקא, השטח המותר לבנייה על-פי התכנית התקיפה עמד על 220 מ"ר בלבד.

⁷⁴ העדר פיתרון תחבורתי למבני המגורים.

⁷⁵ ראה סעיפים 16-17 לפס"ד.

⁷⁶ המחוקק התעלם במכוון מבחינת הימצאו של היתר בנייה תקף והסתפק בבחינת היות הבית בנוי בהתאם לתכנית התקיפה.

התובע טען, כי בנה את ביתו טרם אישורה של התכנית התקיפה ועל-כן, מגיע לו פיצוי בהתאם לשטח הבנייה אשר היה בנוי בפועל, שכן שטח ביתו לא חרג מהשטח המותר בהתאם לתכנית התקפה.

בתחילה, קיבלה וועדת הזכאות טיעון זה, ובהחלטה מיום 8.5.2005 אכן נפסקו לו פיצויים בהתאם לשטח הבית אשר היה בנוי בפועל. לאחר שהתובע ערער על החלטת הוועדה בעניין דרך חישוב שטח הבית,⁷⁷ הושב התיק מבית המשפט השלום בירושלים לוועדה, לצורך דיון מחודש.⁷⁸ בהחלטה זו מיום 31.12.2006 קבעה הוועדה, כי החלטתה הראשונה היתה שגויה, שכן טרם החלת התכנית התקיפה, חלה באזור תכנית מנדטורית⁷⁹ וממילא, כל עוד לא אושרה התכנית התקיפה, יש לראות את התכנית המנדטורית כתקיפה, ולבחון את היקף זכויות הבנייה בהתאם אליה. למותר לציין, כי בהתאם לתכנית המנדטורית, היו זכויות הבנייה נמוכות בהרבה אף מ-290 מ"ר שאושרו בהחלטה הראשונה של וועדת הזכאות.⁸⁰

אם כן מצאנו, כי בהחלטות מנהליות, לפחות לעניין פיצויי המפונים במסגרת ההתנתקות, ביכרו וועדות הזכאות לתת נפקות מלאה לתכניות מנדטוריות. זאת, חרף העובדה כי ברור הוא שהתכניות המנדטוריות באזורים אלו, היו בחינת תכניות "גליליות" אשר התייחסו לאזורים כאזורים חקלאיים, ולא כאל אזורים המיועדים להתיישבות.

וועדות הזכאות, רואות עצמן כוועדות מנהליות אשר תפקידן הנו להוציא לפועל את האמור בחוק יישום תכנית ההתנתקות התשס"ה – 2005.⁸¹ ככאלו, ביכרו הוועדות לייחס נפקות מלאה לתכנית המנדטורית, ובכך לפסוק לתובע קבלת פיצויים מופחתים לאלו אשר יכול היה לקבל, לולא ניתנה נפקות לתכנית זו.

6. התעלמות מתכנון מנדטורי בטענה שהוא מיושן או שאינו ישים

6.1 "התעלמות" מהתכנון המנדטורי

שני פסקי הדין המובאים בראשיתו של תת פרק זה, אולי אינם מהווים ראיה חותכת ל"התעלמות" הפסיקה מתכניות מנדטוריות, שכן הם דוחים את טענות הנאשמים שנשמכו על תכניות אלו, בטיעונים משפטיים שונים, אשר אינם יונקים את כוחם מעצם נפקות התכניות האמורות. יחד עם זאת, בחרתי להביאם, שכן ברוח הדברים ניתן לראות, כי בית המשפט לא התייחס ברצינות לטענה, כי ניתן היה לעשות שימוש רלוונטי בתכניות אלו.

במ"ח 3653/07 גן הזית אירועים וכנסים בע"מ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה זמורה, דן בית המשפט במעמדה של התכנית הגלילית המנדטורית 6-R.J. במקרה זה מדובר בגן אירועים על קרקע בייעוד חקלאי, אשר חרג מהיתר לשימוש חורג.

אמנם, בהליכים שקדמו הליך זה, כך לפחות עולה מקריאת פס"ד, לא הועלתה טענה בדבר קיומה של תכנית מנדטורית כל-שהיא. אולם במסגרת ההליך הנוכחי נטען, כי בהתאם לתכנית המנדטורית- היה ניתן לקבל היתר גם לשימושים שאינם חקלאיים.

אמנם בית המשפט אינו פוסק כי התכנית המנדטורית חסרת תוקף, אולם הוא מעדיף לפטור עצמו מלדון בעומקו של עניין באומרו:

"... גם אם תכנית R6 היתה מאפשרת שימוש במבנה כגן אירועים, לא היה בכך כדי להכשיר את מעשי המבקשים, אשר בהפעילם את הגן חרגו מההיתר שניתן להם,⁸² מבלי שטרחו להקדים ולבקש את אישורם של מוסדות התכנון לשינוי היעוד".

⁷⁷ המערער ביקש כי בית המשפט יורה על חישוב שטח הבית בדרך אשר תגדיל את שטחו וממילא גם את הפיצוי.

⁷⁸ ראה החלטה מס' 007 מיום 31.12.06.

⁷⁹ מסוג התכניות המנדטוריות הגליליות.

⁸⁰ פירוט נרחב בעניין זה ראה י. ביר "כללים בכתום" עבודה סמינריונית לתואר ראשון במשפטים, בהנחיית ד"ר י. הרצוג, הקריה האקדמית אונו 2007.

⁸¹ ראה בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' מדינת ישראל וכן "כללים בכתום" עבודה סמינריונית בעניין חוק יישום

תכנית ההתנתקות התשס"ה – 2005, הוגשה לקריה האקדמית אונו, ע"י הח"מ אוקטובר 2007.

⁸² הכוונה הנה להיתר הבנייה אותו ביקשו העוררים.

צא למד, בית המשפט "התחמק" מלדון בגופו של עניין ע"י אמתלה כי בלאו הכי הנתבעים חרגו מהיתר הבנייה.⁸³ זאת בניגוד לפרקטיקה הידועה, כי פעמים רבות עת ניתן להכשיר את עבירת הבנייה בהתאם לאישורה של תכנית חדשה, מגיעים הצדדים להסכמה על מחיקת התביעה והכשרת העבירה ע"י הוצאת היתר בנייה מתאים.

מקרה דומה נוסף הועלה במסגרת מ"ח 7045/06 ש.י.צ. אירועים בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה).

במקרה זה הוקם גן אירועים ללא היתר בנייה כדין. נגד המבנה הוצא צו הריסה.

גם במקרה דנן נטען, כי יש בידי התכנית המנדטורית, אשר דבר קיומה הועלה רק במסגרת הערעור, להביא להכשרת עבירת הבנייה שעברו הנתבעים. ועל-כן ביקשו הנ"ל משפט חוזר, אשר ימנע את הריסת המבנה.

גם כאן נפסק, כי מטרתו של משפט חוזר הנה לאפשר לנקי כפיים שהורשע על לא עוול בכפו, להוכיח חפותו בבית המשפט. אולם במקרה דנן, בכל מקרה הוקם גן האירועים ללא היתר, וממילא קיומה של התכנית המנדטורית (ככל שהיה בה כדי לאפשר לוועדה המקומית להוציא היתר בנייה לגן האירועים) אינו משנה את עצם העבירה שנעשתה.^{84 85}

אכן נכון הוא הדבר. מבחינה משפטית ייתכן ולא היה בידי בית המשפט להכריע אחרת במקרקעים אלו,⁸⁶ יחד עם זאת, מבין השורות עולה בירור כי בית המשפט לא ייחס משקל בעל חשיבות לקיומן של התכניות המנדטוריות, או להוצאת היתר בניה מכוחן, אלא ביכר להתנער בטענה משפטית כי אינן רלוונטיות מבלי להתעמק במשמעותן.

6.2. הר חומה

אחד מפסקי הדין המייחסים לתכניות המנדטוריות צביון של תכנית מיושנת ולא ישימה, הנו ע"א 11583/04 מדינת ישראל נ' שאול ואליהו ברגר ואח'.

בהתאם לפק' הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943, בעת הפקעת קרקע, זכאים הבעלים של הקרקע טרם ההפקעה, לפיצוי בגין הקרקע בהתאם לשווייה ערב ההפקעה.

בשנת 1981 הפקיעה מדינת ישראל שטחי קרקע נרחבים בדרום ירושלים, באזור הנקרא "הר חומה". שטח של כ- 130 דונם, הופקע מחברה אשר נקראה "שיכון ומלאכה". במסגרת ההתדיינות על גובה הפיצויים, טענו התובעים כי על שטחם חלה תכנית מנדטורית הידועה בשם 19 – RJ.⁸⁷ תכנית זו, ייעדה את השטח ל- 90 מגרשי בנייה בשטח של דונם אחד המגרש, ואת יתרת 40 הדונמים לשטחי ציבור. התובעים הביאו כראיות לתכנית זו את העתק ההודעות על הפקדת התכנית ואישור התכנית בעיתון הרשמי בזמן המנדט,⁸⁸ וכן העתקים של מסמכים שונים של התכנית.

לא היה ספק כי תכנית כזו אכן אושרה.⁸⁹

⁸³ תשומת לב לביטוי בו משתמש בית המשפט: "גם אם תכנית RJ6 היתה מאפשרת...".

⁸⁴ זאת, בניגוד לנוהג, בו מאפשרת הרשות המוניציפאלית את דחיית ביצוע ההריסה עד להכשרת המבנה, במקרה בו כאן קיימת סבירות גבוהה להכשרתו בתכנית או בהיתר מתקן.

⁸⁵ לתוצאה דומה הגיע גם השופט אדמונד לוי במח 1708/07 רשת פוטון העיר נ' מדינת ישראל (לא פורסם). בו דחה בהחלטתו את הבקשה למשפט חוזר, בגין טענת הנאשמת כי יכלה בדיעבד לעשות שימוש לאחסנה בקרקע חקלאית בהתאם להוראות תכנית R/6 המנדטורית.

⁸⁶ אם כי כפי שקורה לא פעם, מתלה בית המשפט את מניעת ביצוע ההריסה בניסיון מצד העברייין להוציא היתר בנייה (ולעתים אף היתר הכרוך בשינוי תכנית) – עת מביעה הרשות המוניציפאלית נכונות לדון בכך.

⁸⁷ תכנית זו אפשרה לבצע חלוקה לחלקות הקטנות משטח של 10,000 מ"ר. זוהי תכנית פרסלציה למקטע מתוך תכנית 5 –

R.J.

⁸⁸ "גאזט"

⁸⁹ בעת הדין בבית המשפט המחוזי, הוצגו פרסומי העיתון הרשמי- פלשתין גאזט, בדבר הפקדת התכנית ובדבר מתן תוקף.

השאלה אשר עמדה לפני בית המשפט היתה, האם יש לייחס לקרקע שווי כקרקע לבנייה בהתאם לתכנית המנדטורית 19 – RJ כטענת התובעים, או שמא יש להתייחס לשווי הקרקע כאדמת טרשים ללא תכנון, כטענת המדינה.⁹⁰

כותבת בפסק הדין השופטת ע. ארבל:

"בית המשפט המחוזי⁹¹ המשיך ודן בתוקפה של התכנית המנדטורית 19-R.J. שלטענת המשיבים חלה על השטח, וקבע כי אף בהנחה שתכנית זו אושרה כדין... ישנה תמימות דעים בין ביר, בנדל ומגידו⁹² ביחס לחוסר ישימותה של התכנית המנדטורית, ולא הובאה ראיה לפיה ניתן על-ידי רשויות התכנון בישראל היתר בניה על-פי תוכנית מנדטורית מאושרת כל שהיא⁹³."

ובעת הדיון בטענת בעלי הקרקע, כי היה על בית המשפט המחוזי לתת נפקות לתכנית המנדטורית, כותבת השופטת ארבל:⁹⁴

"מחלוקת מרכזית בין הצדדים שאף בית המשפט המחוזי נתן לה משקל רב, היא שאלת תוקפה של תכנית 19-R.J. אין אני רואה צורך לדון בטענותיהם של הצדדים לעיין תוקף התוכנית, שכן ממילא, אף לו היינו מניחים כי התוכנית המנדטורית הינה בת תוקף, אני סבורה כי יש להתחשב לצורך קביעת שווי המקרקעין באפשרות ישימותה של התכנית (על כך ראו ע"א 9355/05 מדינת ישראל נ' ראשד,⁹⁵ פ"ד נח(4) 406; ע"א 133/83 מרכז מסחרי בני פ.י. נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מ(4) 154)." (ההדגשה אינה במקור – י.ב.)

קרי: פסק דין זה חורג מכל פסקי הדין שנסקרו עד כה. בהתאם לפסק דין זה, אכן ייתכן מצב שתכנית מנדטורית תאושר כדין ותהא תקפה, אולם לא יוצאו היתרי בנייה על-פיה, ומכאן שאי אפשר לייחס לתכנית זו חשיבות בעת הערכת המקרקעין.

צא ולמד, תכניות מנדטוריות ישנות, אולי תקפות במישור התיאורטי, אולם לדעת בית המשפט עדין צריך להוכיח כי מכוחה של תכנית תקפה ניתן להוציא היתר בנייה.

המעניין הוא, שפסק דין זה נחתם בהסכמתה של השופטת א. חיות, אותה שופטת אשר בע"א 2906/01 עיריית חיפה ואח' נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ ואח', קבעה כי די בתכנון המנדטורי כדי להדוף טענת רשלנות כלפי הרשויות.⁹⁶

6.3. התעלמות רשויות מנפקות התכנית המנדטוריות

בעא (י-ם) 1043/02 דוד קוקיא ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים (בסעיף ג') לפס"ד), מצוטט הממונה על המידע התכנוני בעיריית ירושלים, מר מנחם גרשוני, כמי שטוען:

⁹⁰ המדינה, כגורם המפקיע.

⁹¹ בית המשפט קמא: פסק דינה של השופטת י. הכט בת.א. 433/95 שאול ואליהו ברגר ואח' נ' מדינת ישראל.

⁹² ביר (י. ביר) העיד כשמאי מטעם בעלי הקרקע, בנדל (ד. בנדל) העיד כשמאי מטעם המדינה, מגידו (מהנדס מטעם בעלי הקרקע).

⁹³ בית המשפט המחוזי גורס, כי הוצאת היתר בנייה מכוח תכנית תקפה (אם כי מנדטורית) הוא דבר הצריך הוכחה.

⁹⁴ סעיף 21 לפס"ד.

⁹⁵ במאמר מוסגר יוטעם, כי הבאת פס"ד זה כאסמכתא לכך שיש לבחון את ישימות התכנית תמוהה היא. פס"ד זה עוסק בתכנית המנדטורית RP/50/42. פסק הדין האמור, ייחס נפקות מלאה לתכנית המנדטורית הנדונה בו, ואף קבע כי ניתן להוציא היתרי בנייה מכוחה (ראה סעיפים 7-8 לפס"ד) – ואין הדבר טעון הוכחה. כל אשר נדון בפס"ד זה היה, ישימות האפשרות לבנות על החלקה יותר מאשר בניין מגורים אחד – דבר המצריך פרצלציה של החלקה. בית המשפט פסק, כי ככל הנראה לא ניתן היה לערוך פרצלציה של החלקה, שכן הוועדה המחוזית הייתה דורשת עריכת תכנית מפורטת לצורך הנ"ל (ראה סעיף 12 לפס"ד). יתירה מכך, בסעיף 13, קובע בית המשפט כי "תכנית בניין עיר היא בגדר 'תיקוף'", וזאת כאמור הוא אומר ביחס לתכנית מנדטורית. קרי: בית המשפט ייחס נפקות מלאה (שלא כפי שמצטטת השופטת ארבל מפסק הדין) לתכנית המנדטורית, אלא רק דחה את האפשרות לקדם תכנית פרצלציה על סמך תכנית מנדטורית זו, בגורסו כי פרצלציה תהא חבה תכנון כוללני מודרני יותר.

⁹⁶ ראה התייחסות לפס"ד זה לעייל.

"... הנחיות העירייה הן שלא להוציא היתרי בנייה על סמך תכניות מנדטוריות".

שאלת האפשרות להנפיק היתר בנייה על סמך תכנית מנדטורית⁹⁷ נדונה אגב ערעור על שומת שמאי מכריע בהיטל השבחה.⁹⁸ טענת בעלי הקרקע הייתה, כי היה על השמאי המכריע לייחס שווי גבוה יותר למקרקעין נשוא ההיטל, במצבם ערב אישור התכנית המשביחה, וזאת עקב קיומה של תכנית 'קנדל' המנדטורית, אשר הקנתה זכויות בנייה לחלקה. לעומת הבעלים, טענה הוועדה המקומית, כי קיימות הנחיות פנימיות בעירייה שלא להנפיק היתרי בנייה מכוחן של תכניות מנדטוריות, וממילא שאין לייחס שווי של זכויות בנייה לחלקה ערב אישור התכנית המשביחה.

השופט חשין מסתמך על ספרו של שופט בית המשפט העליון (בדימוס) פרופ' י. זמיר "הסמכות המנהלית"⁹⁹:

"מבחינה משפטית אין בכך נפקא מינה: גם הנחיות שאינן כתובות, ואפילו אין הן קיימות אלא כנוהג או מדיניות שלא זכו לגושפנקא רשמית כהנחיות, הן הנחיות לכל דבר"

ומפרש השופט חשין:

"כלומר, גם אם ההנחיות שלא להוציא היתרי בנייה עפ"י תכניות מנדטוריות (דוגמת תכנית קנדל), קיימות רק כנוהג או כמדיניות, הן מחייבות. הטיעון כי בכל אופן נבנו בניינים קודם לתכנית המתאר¹⁰⁰ אין בו כדי להועיל, מאחר שאין מובאות ראיות לנטען ולא מוסבר באלו נסיבות ומתי נבנו הבניינים."

מסיים השופט חשין וקובע: **"לפיכך צדק השמאי המכריע..."**

קרי: בית המשפט התייחס לעצם קיומן של הנחיות מנהליות ובדק את היותן "הנחיות", אולם הוא כלל לא בחן את תוקף ההנחיות בהיותן סותרות תכנית תקפה.¹⁰¹

בית המשפט בחר (ביודעין או בשוגג) להתעלם מהיות ההנחיות של הוועדה המקומית נוגדות את הדין. ושב ופסק, כפי שנפסק ב ע"א 11583/04 מדינת ישראל נ' שאול ואליהו ברגר ואח', כי אין די בדבר קיומה של תכנית מנדטורית, אלא אף יש להוכיח כי העירייה אכן נוהגת להנפיק היתרי בנייה מכוחה.

7. איזון בעליון בין היבטי התכנון השונים

בפרק זה, אנסה להצביע על פסקי דין, אשר ניסו ליישב בדרכים שונות את המתח האינהרנטי הטבוע בין שני היבטי התכנון האמורים, דרישת הרצף התכנוני המחייבת מתן נפקות מלאה לתכנון מיושן, ודרישת האפשרות למניעת מצב בו ימנע תכנון מיושן את התפתחות הקרקע.

7.1. דרך הפרשנות של תכנית ישנה

בע"א 1968/00 חברת גוש 2842 חלקה 10 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה נתניה, פס"ד נח (1) 550, נידונו פיצויים בגין ירידת ערך עקב אישור תכנית, בהתאם להוראות סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה. בהתאם להוראות סעיף זה, משפורסמה למתן תוקף תכנית, הפוגעת בשווי המקרקעין ביחס לתכנית קודמת אשר חלה עליהם, זכאים בעלי המקרקעין (בתנאים מסוימים) לפיצוי.

⁹⁷ במקרה זה נדונה האפשרות להנפיק היתר בנייה על סמך תכנית המתאר המנדטורית לירושלים 688, הידועה בז'רגון המקצועי כ"תכנית קנדל" ע"ש עורכה.

⁹⁸ בהתאם להוראות סעיף 196 ולתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965.

⁹⁹ "נבו", תשנ"ו – 1996 כרך ב' עמ' 777.

¹⁰⁰ הכוונה הנה לתכנית המתאר לירושלים (62) אשר פורסמה למתן תוקף ב- 16.7.1959.

¹⁰¹ שהרי בבג"ץ 145/80 לעיל נקבע, כי כל עוד לא בוטלה תכנית מנדטורית היא תקפה, ואילו בע"א 9355/02 מדינת ישראל ואח' נ' ג'ורג' יוסף ראשד ואח' נקבע כי תכנית היא בגדר חיקוק (ראה שם סעיף 13).

אין כאן המקום להאריך בשאלות השונות אשר עלו במסגרת פס"ד זה.¹⁰² אולם חשוב לציין, כי שווי המקרקעין הנטען, ערב התכנית הפוגעת, נבע מקיומה של תכנית מנדטורית נת/229 שפורסמה למתן תוקף בשנת 1943.

בית המשפט דן והתחבט ארוכות בשאלות שונות (כגון: משמעות ההכרזה על הקרקע כחקלאית, הגבלת קווי הבניין בהתאם לתכניות אחרות ועוד), אולם לא העלה את ההשערה, שמא התכנית המנדטורית כלל לא משקפת שווי ממשי למקרקעין, עקב היותה תכנית מנדטורית נושנה ולא ישימה. קרי: בית המשפט אכן ראה בתכנית משנת 1943 כתכנית תקפה, העשויה להוות בסיס לתביעת ירידת ערך ומכאן ראה לנגד עיניו את חשיבות שמירת הרצף התכנוני.

בית המשפט אף נדרש לשאלה כיצד יש לפרש את הוראות תמ"א 3 בדבר הכפפת קווי הגבלת הבנייה מציר דרך ראשית להוראות תכניות מתאר מקומיות מאושרות.

אסביר ואפרט: אחת מטענות המשיבה (הוועדה המקומית) היתה, כי המקרקעין כלל לא נפגעו ע"י התכנית החדשה. זאת, שכן בלאו הכי לא ניתן היה לבנות על החלקה, שכן היא היתה בגבולות קווי הגבלת בנייה ע"פ תמ"א 3 – תכנית המתאר הארצית לדרכים, אשר פורסמה למתן תוקף טרם אישורה של התכנית הפוגעת החדשה. ממילא הבנייה בשטח החלקה היתה אסורה והתכנית החדשה לא פגעה בה.

מנגד טענה העוררת, כי הוראות תמ"א 3 מכפיפות הגבלת קווי בניין זו ביחס להוראות אחרות האמורות בתכניות מתאר מקומיות, ומכיוון שהתכנית המנדטורית האמורה קבעה קווי בניין קצרים יותר, הרי שהחלקה כן היתה ראויה לבנייה, מכיוון שבהינתן קווי בניין ע"י התכנית המנדטורית, נדחים קווי הבניין של תמ"א 3.

בית המשפט מתפתל בפרשנות הוראות תמ"א 3. בית המשפט קובע, כי כוונת הוראות סעיף 5(א), המכפיף את קווי הבניין בדרכים מהירות לתכניות המתאר המקומיות, הנה לאבחן בין תכנית קיימת, אשר היתה קיימת טרם תמ"א 3, ובין תכנית המאוחרת לתמ"א 3. באשר לראשונה (הרלוונטית לעניינינו), קובע בית המשפט כי כפיפות זו יש ותתקיים אולם לא בכל מצב:

"הדעת נותנת כי סעיף 5(א)¹⁰³, מתכוון ליתן עדיפות לתכנית מקומית קיימת מקום שהיא קובעת מרחק אחר בין קו בניין לבין ציר דרך לגבי אותו סוג שאליו מתייחס סעיף 5(א) על-פי חלופותיו השונות, קרי דרך מהירה, דרך פרברית מהירה, דרך ראשית או דרך אזונית". (ההדגשה אינה במקור – י.ב.)

צא ולמד, בית המשפט ניסה למצוא איזון בין ההיבט של הרצף התכנוני (מתן גושפנקא לקווי בניין שנקבעו בתכניות ישנות) ובין ההיבט הבוחן את רלוונטיות התכנית הנושנה אל מול המצב התכנוני המתחדש (האם התכנית הישנה צפתה סוג כביש דומה או לא). בית המשפט בחר לפרש את הוראותיו של סעיף 5(א), המכפיף את קווי הבניין בתמ"א 3 להוראות קווי בניין בתכניות מתאר מקומיות קודמות, פירוש מצמצם ולהחילו רק היכן שקווי הבניין בתכניות הישנות צפו את סוג הכביש האמור. מקום בו לא נצפה סוג כביש כפי שתוכנן ואושר לבסוף, גורס בית המשפט כי קווי הבניין האמורים בתמ"א 3 יגברו על תכנית המתאר המקומית.

ולבסוף מתייחס בית המשפט לתכניות המנדטוריות נת/100 משנת 1936 ולתכנית נת/229 משנת 1943 באומרו:

"התכניות המנדטוריות מ-1936 ומ-1943 הנוגעות לחלקה אינן דנות בקביעת מרחק בין קווי בניין לבין דרך עירונית מהירה, וברי כי בעת שתכניות אלו הוחלו לא היה ניתן לצפות הקמת כביש בין-עירוני מהיר כדוגמת כביש החוף בסמוך לחלקה. ממילא, אין לראות בתכניות אלו כגוברות על המרחק הקבוע בסעיף 5(א) לתמ"א 3 ביחס לדרך מהירה..."

¹⁰² העיקרית שבהן, כיצד יש להתייחס לפגיעה בשווי המקרקעין ע"י הכרזת הקרקע כחקלאית בהתאם לתוספת הראשונה לחוק התכנון והבנייה. השאלה: האם משנפגע שווי המקרקעין עקב ההכרזה, שוב אין זכאים הבעלים לפיצוי, שכן ירידת הערך נובעת מההכרזה ולא מדבר אישורה של התכנית החדשה הפוגעת, או שמא, יש לראות בהליך ההכרזה כחלק מהליך מוקדם של אישור התכנית החדשה, וממילא הפגיעה בשווי נובעת מהתכנית. כאמור אין הנ"ל מעניינו של מאמר זה.

¹⁰³ הסעיף המכפיף את קווי הבניין לתכנית המתאר הקיימת.

קרי, בית המשפט מצא לנכון לקבוע, כי אכן המקרקעין נשוא התביעה לא נפגעו. זאת, מכיוון שעל-פי פרשנותו את סעיף 5(א) לתמ"א 3, מוכפפים קווי הבניין בתמ"א לקווי בניין קיימים בתכניות מתאר מקומיות רק כל אימת שסוג הדרך נצפה גם בתכנית המתאר המקומית. במקרה הנדון, תכניות המתאר המקומיות (בדגש על התכנית המנדטורית) לא צפו דרך מהירה כביש החוף, וממילא גוברות הוראות תמ"א 3 ביחס לקווי הבניין, ולמקרקעין הנדונים היה שווי נמוך מלכתחילה.

כך מצליח בית המשפט לאזן בין הצורך לשמור על תוקפן של התכניות המנדטוריות (ולהותיר את מעמדה הסטטוטורי של התכנית על כנה) מחד, ומאפשר תכנון חדשני, שלא יסוכל ע"י תכנון מיושן (לעניין קווי בניין במקרה זה) מאידך.

יוער ויואר, כי לכל אורך פסק הדין המלומד, לא ניטען ולו פעם אחת, כי התכניות המנדטוריות חסרות תוקף או כי אינן ישימות. בית המשפט ראה בתכנית המנדטורית כתכנית בסיס תקפה לכל דבר ועניין, אשר אכן ניתן לבסס עליה עילה לירידת ערך. תביעת ירידת הערך נדחתה, עקב הפרשנות כי הוראות תמ"א 3, המאוחרת לתכניות המנדטוריות, אינן את השווי, וממילא התכנית החדשה אשר הוחלה על המקרקעין עתה, לא שינתה דבר.

הנה מצאנו, כי בית המשפט אכן מאזן בין 2 היבטים אלו של תכנון. מחד,

7.2. תכנית מנדטורית כבסיס להיטל השבחה

ברע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רחובות נ' לוסטרניק ובנו חברה לבנייה בע"מ, פד"י נז(5) 529, דן בית המשפט העליון בשווי חלקת קרקע ערב אישורה של תכנית חדשה. זאת, על מנת לבחון את שווי הקרקע ערב אישור התכנית החדשה לצורך חישוב היטל השבחה, בהתאם להוראות סעיף 196א' לחוק התכנון והבנייה.

במקרה דנן, היה ייעודה הקודם של החלקה "חקלאי", וזאת בהתאם לתכנית R/6 המנדטורית. יוטעם, כי במקרה זה היתה החלקה מצויה בעיבורה של עיר, על גדתו של כביש עירוני סואן.

השמאי המכריע אשר דן במחלוקת בדבר גובה ההיטל גרס, כי ייעודה האנכרוניסטי של החלקה אינו טבעי לסביבה האורבאנית כיום, ועל כן, חרף ייעודה החקלאי של החלקה, יש לשום את שוויה כחלקה בעלת ציפיות גבוהות לשינוי ייעוד.

הוועדה המקומית לתכנון ובנייה גרסה, כי היה על השמאי המכריע לדבוק בייעוד החקלאי אשר חל על החלקה בהתאם לתכנון המנדטורי האמור.

בסעיף 7 לפס"ד,¹⁰⁴ כותב כב' השופט אמנון לוי:

"הנוסחה שאימץ המחוקק להערכת שוויים של מקרקעין לצורך שומת היטל השבחה היא 'שווי שוק', לאמור המחיר שהיה מתקבל כתוצאה מעסקה המתבצעת בשוק החופשי בין מוכר מרצון לקונה מרצון. מבחן זה, המבוסס על יסודות אובייקטיביים וערכי שוק חופשי, גלום בו איזון ראוי של אינטרסים הן של הפרט והן של הרשות הציבורית, ונעשה בו שימוש בתחומי חקיקה שונים....

...שווי השוק של מקרקעין יכול להיות מושפע ממספר רב של גורמים, כמו מיקומם, טיבם ושטחם, אך לעתים נודעת גם השפעה לגורמים נוספים, כמו גורמים חברתיים, כלכליים, מדיניים, דתיים ורבים אחרים. עם זאת נדמה כי לגורמי התכנון השפעה מכרעת, באשר אלה קובעים את פוטנציאל המקרקעין ואת אפשרויות הניצול הגלומות בהם. שווי ה של קרקע המיועדת לבנייה אינו כשוויה של קרקע חקלאית, ושוויה של זו אינו כשוויה של קרקע המיועדת לצורכי ציבור. עם זאת עשוי שוויים של מקרקעין להשתנות בתגובה לציפיות לשינוי תכנוני, ולאזן דווקא לשינוי התכנוני-סטטוטורי עצמו."

¹⁰⁴ עמ' 536 לפס"ד.

לצורך הנוסחה אותה מציע בית המשפט, אסביר בקליפת אגוז את הדילמה אשר ניצבה בפני בית המשפט.

טבעו של היטל השבחה, שהוא בוחן את השבחה בין תכנית קודמת ובית תכנית חדישה יותר אשר העלתה את שווי המקרקעין. יחד עם זאת, אם נייחס לשווי הקודם את אותן הציפיות לשינוי ייעוד, הרי שהשבחה האמורה (קרי: פער השווי של המקרקעין בין שתי התכניות) יאויין ויעלם. זאת, שכן הציפיות לשינוי ייעוד ייוחסו לשווי המקרקעין במצבן הקודם, וימלאו את החלל שבין שווי הקרקע בהתאם לתכנון הקודם, ובין שוויה בהתאם לייעודה החדש.

מצד שני, פעמים רבות ניכר על קרקע כי תכנונה הנוכחי אינו טבעי ואינו נכון. במקרים אלו, יכול כל בר בי רב להבין, כי התכנון על חלקת קרקע זו ישנה את פניו. שואל בית המשפט, האם במקרה מעין זה, נכון יהא להביא בחשבון בעת חישוב שווי המקרקעין על-פי המצב הקודם גם ציפיות אלו?

תשובתו של בית המשפט הנה כדלקמן: כל אימת שהציפיות נובעות מעצם הכנתה של התכנית אשר אושרה בסופו של דבר על המקרקעין, הרי ברי הוא כי ציפיות אלו הן חלק טבעי של הליך התכנוני של התכנית החדשה. ממילא, אין להביא בחשבון שווי ציפיות אלו בעת חישוב שווי המקרקעין במצבם הקודם, שכן זוהי בדיוק ההשבחה עליה התכוון המחוקק להטיל את היטל ההשבחה. בית המשפט נוקט בדוגמא של הכרזת ראש הרשות המקומית על רצונו להכין תכנית. הכרזה אשר בוודאי משפיעה על שווי המקרקעין (גם אם היא נעדרת תוקף סטטוטורי) אולם יש לקזז השבחה זו על מנת שלא יאויין היטל ההשבחה.

שונה המצב במקרה בו התכנון והייעוד אינם טבעיים לקרקע (כגון: תכנון מיושן ואנכרוניסטי בסביבה אורבאנית מודרנית), וברור הוא כי יחול שינוי תכנוני, שכן שינוי זה הנו מתבקש וכורח המציאות.

במקרה זה, יש לייחס ציפיות לשינוי כל-שהוא בתכנון המקרקעין, שכן אין הוא מיוחס לתכנית החדשה הכנתה ואישורה, אלא למצבם של המקרקעין ערב הכנת התכנית החדשה.¹⁰⁵

אומר השופט לוי:¹⁰⁶

"כאמור, הציפייה הכללית לפיתוח מקרקעין היא חלק אינטגרלי מהפוטנציאל הכלכלי שלה. שווים של מקרקעין שיייעודם חקלאי הנמצאים בלב אזור חקלאי, אינו כשווים של מקרקעין חקלאיים הצמודים לאזור בנוי, לא כל שכן אם אותם מקרקעין נמצאים, כמו במקרה הנוכחי, בטבורה של עיר ובלב שכונת מגורים, שהרי עם ההתרחבות הטבעית של העיר סיכוייה של קרקע חקלאית הגובלת בה, ולא כל שכן קרקע המצויה במרחב התכנון שלה, לשינוי ייעוד, גדלים יותר, וסיכויים וציפיות מסוג זה מביאים בהכרח לעליית ערך השוק של הקרקע. משקלן של ציפיות אלה גדול במיוחד כאשר הייעוד הסטטוטורי הקיים של הקרקע הנו ארכאי, וככזה אינו משקף עוד את המציאות. השוק נוטה להתעלם מייעוד נושן זה, ומחירי הקרקע עולה בהתאם לפוטנציאל הטמון בה."

צא ולמד, השופט אמנון לוי מציע דרך איזון מעניינת בין 2 היבטי התכנון "המתנגשים" בהם דנים אנו, לפחות כל שהדבר נוגע לעניין היטל ההשבחה.

מחד, מקנה השופט לוי נפקות מלאה לתכנון המנדטורי המיושן, המייעד את החלקה לשימוש חקלאי.

מאידך, לעניין קביעת שווי החלקה בייעוד זה, וחישוב גובה ההשבחה, קורא השופט לוי אל תוך השווי האמור גם את עובדת נושנותה וארכאיותה של התכנית. זאת, על-ידי כך שהוא מצרף לשווי הייעוד הסטטוטורי את הציפיות הגלומות בשינוי ייעוד לתכנון מודרני.

¹⁰⁵ ובמילים אחרות: הכרה במצב כי ייעוד הקרקע הנו אנכרוניסטי ומיושן.

¹⁰⁶ בסעיף 8 לפס"ד.

הנה מצאנו דרך נוספת ראויה, לאיזון בין היבט המצריך רצף סטטוטורי של תכניות ובין היבט התכנון הדורש גמישות לתכנון מודרני ומתקדם, והתרת חסמים תכנוניים בפיתוח הקרקע.

8. הצעות ליישוב פסקי הדין והמדיניות

סקרנו עד כה שלל פסקי דין, הפרושים לכל רוחב ה"סקאלה", החל מפסקי דין המאמצים את ההיבט של שמירת הרצף התכנוני, והקביעה כי כל עוד תכנית מנדטורית לא שונתה או בוטלה – הרי שהיא תקפה ויש לה נפקות מלאה,¹⁰⁷ לעומת פסקי דין הרואים בתכנון המנדטורי תכנון אנכרוניסטי מיושן, אשר לא ניתן להסתמך עליו במאות ה-20-21.¹⁰⁸

כן מצאנו פסקי דין אחד, המנסים לאזן בין הללו.¹⁰⁹

אמנם, חלק מפסקי הדין ניתן לישוב בצורות משפטיות שונות,¹¹⁰ אולם לא ניתן להתעלם מהדואליות ביחס הפסיקה לתכניות לו.

בהתאם לגישות ב"תורת המשפט", הדוגלות בגישה כי הדין בסופו של יום הנו ריאליסטי,¹¹¹ וכי השופט כופה את פסק דינו על הסיטואציה המשפטית, ניתן לנסות וליישב הנ"ל במספר דרכים:

התכנית תקפה, ככל שהכוונה הנה לדברים שנעשו בעבר (כגון תכנון צופה שיטפונות¹¹²) אך לא כלפי דברים הצופים קדימה (ישימות הוצאתו אל הפועל של התכנון המנדטורי – כגון הר חומה¹¹³)

הכשרת מעשי הרשות המקומית (כמו בניית המחלף בחיפה¹¹⁴ או תכנון צופה שיטפונות) אך לא מעשי היחיד – גני האירועים חסרי היתרי הבנייה¹¹⁵ ובנייה פרטית למגורים בהר חומה או עדותו של מר גרשוני בבית המשפט,¹¹⁶ בדבר הנחיות בעיריית ירושלים שלא להוציא היתרים על בסיס תכניות מנדטוריות גם אם תקפות הן (גישת המשפט הריאליסטי).

בנוסף, ניתן לראות כי בתי המשפט נתנו משנה תוקף לתכנון המנדטורי כל אימת שבחנו את תוקפו באזורי יהודה ושומרון.¹¹⁷ זאת פחות מאשר בשטחי מדינת ישראל עצמה, בה לעתים ביכרו שלא לתת תוקף מחייב לתכנון זה.¹¹⁸

¹⁰⁷ כגון בג"ץ 145/80 שקבע כי לא ניתן להוציא היתרי בנייה בשטחי יו"ש בניגוד לתכנית 5 – R.J. או בע"א 2906/01 בו נקבע כי משהוכח שהתכנון המנדטורי צפה אפשרויות של הצפה ושיטפונות, הרי שהרשות המוניציפאלית יצאה ידי חובתה להכנת תכנון נאות.

¹⁰⁸ דוגמת ע"א 11583/04, בו נקבע כי אין להביא בחשבון את תכנית 19 – R.J. בעת חישוב פיצויי ההפקעה בהר חומה, או 1043/02 בבית המשפט המחוזי בירושלים, בו פסק השופט חשין כי הנחיות עיריית ירושלים שלא להוציא היתרי בנייה מכוח תכניות מנדטוריות הנן הנחיות תקפות.

¹⁰⁹ ע"א 1968/00 ורע"א 4487/01 האמורים.

¹¹⁰ כמו ביחס לגן האירועים נשוא מ"ח 3653/07 בו נפסק, כי גם לו נפסק כי התכנית המנדטורית תקפה, עדין חרג הנאשם מהוראות היתר הבנייה, או מ"ח 7045/06 בו נטען כי גם אם התכנית המנדטורית תקפה, עדין לא קמה עילה משפטית למשפט חוזר.

¹¹¹ אין כאן המקום להאריך בנ"ל, שכן הדבר יהווה בבחינת "סטייה ניכרת" מנושא המאמר. להרחבה בעניין זה ראה י. ביר "כללים בכתום" – סמינריון לתואר ראשון, הוגש לד"ר יצחק הרצוג בקריה האקדמית קריית אוננו.

¹¹² כגון ע"א 2906/01 עיריית חיפה ואח' נ' מנורה חברה לביטוח ואח'.

¹¹³ כגון ע"א 11583/04 שאול ואליהו ברגר ואח' נ' מדינת ישראל.

¹¹⁴ ראה עתמי (חי) 398/01 החברה להגנת הטבע ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה ואח'.

¹¹⁵ כגון מ"ח 3653/07 גן הזית אירועים וכנסים בע"מ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה זמורה וכן מ"ח 7045/06 ש.י.צ אירועים בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה).

¹¹⁶ ת.א. (י-ם) 1043/02 דוד קוקיא ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים.

¹¹⁷ הדוגמה הבולטת אולי יותר מכל הנה בג"צ 145/80 האמור. כך גם בהחלטת וועדות הזכאות לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות התשס"ה – 2005.

¹¹⁸ דוגמת ע"א 1043/02 או ע"א 11583/04.

9. סיכום

הדין בישראל, למוד לערוך התאמה ועדכון (שלא לומר "שדרוג") לתוכניות ישנות, ולהתאימן לעידן המודרני.

הפן התכנוני, הרואה במערכת התכנון כמערכת שראויה להתחדשות כל העת ואשר יש לעדכנה בהתאם לנסיבות הזמן המשתנות, טבועה בדין. כך לדוגמה, למרות שחוק התכנון והבנייה מעמיד את התכנית המפורטת במעמד היררכי נמוך מתכנית מתאר מקומית,¹¹⁹ הוא מאפשר לתכנית המפורטת להוות "שינוי לתכנית מתאר מקומית",¹²⁰ ובכך לעדכן אגב אישור התכנית המפורטת, את תכנית המתאר המקומית באותה חלקת קרקע. בנוסף, נעשה ניסיון במשרד הפנים, לערוך לרשויות מקומיות "תכנית מתאר דינאמית"¹²¹ אשר מטרתה להותיר גמישות תכנונית בידי הרשות המקומית, ללא צורך להכין תכנית חדשה או לאשר תיקונים לתכנית הקיימת כל אימת שחלים שינויים בצרכי הרשות.

כל זאת מעבר לאמור בסעיף 97א' לחוק התכנון והבנייה המאפשר להוציא היתרי בנייה בתנאים מסוימים, כאשר התכנית התקפה אושרה לפני יום 1.1.1950 והופקדה תכנית חדשה.¹²²

דרך נוספת בה מתמודד הדין עם שינויים הנה באמצעות התקנת תקנות. כך לדוגמה, תקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים בתכניות ובהיתרים, התשנ"ב – 1992). תקנות אלו הגדירו מחדש את הדרך בה יש לחשב שטחים וזכויות בנייה. בין היתר באו תקנות אלו להגדיר שטחים עיקריים ושטחי שירות. יוטעם, כי משך השנים עלתה צריכת שטחי השירות הנלווים לשטחים העיקריים.¹²³ המחוקק היה ער לעובדה, כי בתוכניות ישנות אין לעתים הגדרה ברורה של שטחי שירות, ועל-כן הורה כיצד יש לחשב, להגדיר (ואף להוסיף) שטחי שירות בתכניות ישנות הנעדרות הוראות כנ"ל.¹²⁴

לו רצה המחוקק, יכול היה לקבוע הנחיות כנ"ל לגבי תכניות מנדטוריות, ולהורות כיצד ניתן לפרשן בהתאם לרוח הזמן. אמנם, מהלך כזה היה מותיר על כנה את הבעייתיות הכרוכה בכך, שבנייה על-פי תכניות ישנות עשויה למנוע בעתיד בנייה מודרנית חדשה ולסכל תכנון חדשני.¹²⁵ בעיה זו, יכולה למצוא את פתרונה בהתאם להוראות סעיפים 77-78 לחוק התכנון והבנייה, המאפשרים לרשות למנוע בנייה העשויה לסכל תוכניות בהכנה ובהתהוות. אלא אליה וקוץ בה. מצב מעין זה, בו תינתן נפקות מלאה לתכניות המנדטוריות, תצריך את הוועדות המקומיות להכין תכניות חדשות – וזאת על-מנת שיהא באפשרותן לחסום את הבנייה בהתאם לתכניות הישנות, ע"י פרסום בהתאם לסעיפים 77-78. קל יותר לרשות לטעון כי התכנית הנה אנכרוניסטית ואינה תקפה, מאשר להפשיל שרוולים וליזום תכנון חדשני.

עינינו הרואות, כי מערכות התכנון והמשפט העדיפו (במודע או שלא במודע) להותיר המצב המעורפל על כנו. מצב משפטי, היוצר בוקה ומבולקה בחוסר קביעה משפטית אחידה, עקבית וקונסיסטנטית, אשר חרף ניסיונותינו ליישב בין פסקי הדין הסותרים (ראה בפרק הקודם), נותרת ללא תשובה ברורה באשר למעמדן של התכניות המנדטוריות בארץ ישראל, על סיפה של המאה העשרים ואחת.

¹¹⁹ ראה סעיפים 129 לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה – 1965.

¹²⁰ הפרקטיקה הנה, שבכותרת התכנית המפורטת נכתב: "שינוי לתכנית המתאר".

¹²¹ ניסיון כנ"ל נערך בשנים האחרונות בעיר אשקלון. הח"מ זומן ליום עיון מטעם משרד הפנים, להצגת תכנית המתאר

הדינאמית על יתרונויה (כך עורכי התכנית) כתכנית הצופה פני עתיד.

¹²² ראה במבוא למאמר לעיל.

¹²³ העלאת רמת החיים גררה בעקבותיה צורך הולך וגובר של שטחי שירות: הניונים לכלי רכב, שטחים למערכות טכניות

כמעליות וחדרי חשמל ואלקטרוניקה, בניית חדרי ממ"ד ועוד.

¹²⁴ ראה לדוגמה תקנתה 13(ב) שם. כן ראה הרחבה בנושא זה בחוברת הנחיות: "יישום חוק התכנון והבנייה לאור

החידושים בתקנות ובהנחיות התכנון", משרד הפנים – "מפעם", 1994.

¹²⁵ כך לדוגמה: בניית בית מגורים בצפיפות בנייה בינונית ע"פ תכנון מנדטורי מיושן, תסכל את תכנית הוועדה המקומית לתכנון

במקום בנייה בצפיוף גבוה. בנייה על-פי קווי בנייה מנדטוריים אנכרוניסטיים תסכל את מטרת הוועדה המקומית לייצור במקום

מערכת דרכים רחבה יותר – המצריכה קווי בנייה משמעותיים יותר, ועוד כהנה כהנה.

ובמילים אחרות: המערכת המשפטית אינה מצליחה להכריע בין הצורך המשפטי ברצף תכנוני אשר ימנע וואקום מחד, ובין הפן התכנוני הדורש התחדשות כל העת ובוהל בשימוש בתכנון מיושן. את האיזון ביניהם, מבכרת המערכת לעשות ע"י רצף פסקי דין והחלטות מנהליות, חסרות קונסיסטנטיות היוצרות חוסר ודאות תמשך.

ביבליוגרפיה

ספרות:

- "איכות הסביבה [אקולוגיה] במקורות היהדות" אוניברסיטת בר אילן, רמת גן 1990 (פרק חמישי).
פ. אלבק ור. פליישר "דיני מקרקעין בישראל" ירושלים 2005
ע. אשבל "הכשרת היישוב – פרשיות ומפעלים בערי הארץ" ירושלים 1976
ע. אשבל "שישים שנות הכשרת היישוב" ירושלים 1970
י. בזק "משפט והלכה מבחר תשובות" תל-אביב 1971
י. ביר "כללים בכתום" עבודה סמינריונית לתואר ראשון במשפטים, בהנחיית ד"ר י. הרצוג, הקריה האקדמית אונו 2007
מ. דוכן, "דיני קרקעות במדינת ישראל" מהדורה שניה, ירושלים 1952
אנתוני טרוויס, "קרקע - סוגיות במדיניות קרקעית" בעריכת עמינדב ניב ובני מושקין, ירושלים 2002
י. זמיר "הסמכות המנהלית" ירושלים – 1996
ח. זנדברג, "הסדר זכויות במקרקעין" ירושלים 2000
ד. לוינסון-זמיר "פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון", ירושלים תשנ"ה – 1994
ח. מילקוב "עושי כל מלאכה" ירושלים 1989, 143-148
מ. מלונא "מבוא לתורת השמאות" מהדורה ראשונה רעננה 1994
ד. קרויאנקר, "אדריכלות בירושלים – הבנייה בתקופת המנדט הבריטי בירושלים" מהדורה שניה ירושלים 1991
ד. קרויאנקר "אדריכלות המדינה שבדרך" ירושלים 2006 עמ' 19
א. רמון "עיר בסבך", ירושלים 2003
צ. שטרוג "מדידה ומיפוי" מהדורה שנייה, תל-אביב 1998
"יישום חוק התכנון והבנייה לאור החידושים בתקנות ובהנחיות התכנון", משרד הפנים – "מפעם", 1994.
"תדריך תכנון להקצאת קרקע לצורכי ציבור", המכון למחקר ופיתוח מוסדות חינוך ורווחה, תל-אביב 2005 (בהשתתפות: משרד החינוך התרבות והספורט המינהל לפיתוח, משרד הפנים מנהל התכנון, משרד הבינוי והשיכון אגף הפרוגרמות, משרד האוצר אגף תקציבים)

חוקים, פקודות ותקנות:

חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל

פקודת בניין ערים 1921

Town planning ordinance 1936¹²⁶

פקודת בניין ערים 1936

פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח) - 1943

חוק המקרקעין התשכ"ט – 1969

פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943

פקודת סדרי שלטון ומשפט התש"ח - 1948

חוק התכנון והבנייה התשכ"ה - 1965

חוק יישום תכנית ההתנתקות התשס"ה – 2005

תקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים בתכניות ובהיתרים, התשנ"ב – 1992)

מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, פורסם ביום 1.7.1967.

צו בדבר חוק תכנון ערים, כפרים ובניינים (יהודה ושומרון) (מס' 418)

¹²⁶ לרבות תיקוני הפקודה עד ליום כ"ח טבת תשכ"ד – 1.1.1962. נוסח זה נמצא בספריית הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל – חיפה, בפקולטה לארכיטקטורה ובינוי ערים. (צילום נמצא בידי)

פסיקה החלטות מנהליות והנחיות יועמ"ש:

עליון:

בג"צ 38/76 המועצה המקומית תמרה נ' ועדת המשנה לערעורים שליד המועצה הארצית לתכנון ובנייה (ל)2/631
בג"ץ 145/80 ג'מעית אסכאן אלמועלמון אלמעאוניה אלמחזודת אלמסאוליה ואח' נ' שר הביטחון ואח' (לא פורסם)

בג"צ 529/80, ברוריה גרצברג נ' הוועדה המקומית ואח', ל"ה (2) 491
לבחון ע"א 50/81 מדינת ישראל נ' יוכבד ליטר פד לז(1) 214
בג"ץ 392/82 אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז (4) 785, 792
ע"א 219,151/87 אורי רחמני ואח' נ' שמש הדר ואח' (פ"ד מ"ג(3) 489)
בג"ץ 4154/91 עזמי דודין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פד"י מו(1) 89
ע"א 2599/93 עו"ד יוסף שטבהולץ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה מרכז, פד"י נב 652
ע"א 97 / 5546 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' חנה הולצמן
דנ"א 3768/98 קריית בית הכרם בע"מ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים, פד"י נו (5) 49
ע"א 1968/00 חברת גוש 2842 חלקה 10 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה נתניה ואח', פד"י נח(1) 550
ע"א 2906/01 עיריית חיפה ואח' נגד מנורה חברה לביטוח בע"מ ואח' (לא פורסם)
רע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רחובות נ' מ. לוסטרניק ובנו חברה להנדסה ובניין בע"מ ואח', פד"י נז(5) 529
ע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חיפה ואח' נ' החברה להגנת הטבע ואח', פד"י נו(3) 673
דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה נ' יהודית הורוויץ (לא פורסם)
ע"א 9355/02 מדינת ישראל ואח' נ' ג'ורג' ראשד ואח' (לא פורסם) פד"י נח(4) 406
ע"א 1432/03 ינון יצור ושיוק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345, 354-355
ע"א 11583/04 מדינת ישראל נ' שאול ואליהו ברגר ואח' (לא פורסם)
בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' מדינת ישראל
ע"מ 2834/05 חנה לדרר נ' שיכון עובדים בע"מ
ע"מ 3683/05 אוריה השקעות חדרה בע"מ ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה חדרה ואח' (לא פורסם)
מ"ח 7045/06 ש.י.צ. אירועים בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (הוועדה המחוזית לתכנון ובניה) (לא פורסם)
בג"ץ 10408/06 מוסטפא קבהה ואח' נ' מועצת התכנון העליונה באזור יו"ש ואח' (לא פורסם)
מח 1708/07 רשת פוטון העיר נ' מדינת ישראל (לא פורסם)
מ"ח 3653/07 גן הזית אירועים וכנסים בע"מ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה זמורה (לא פורסם)

מחוזי:

עתמ' (י-ם) 01/98 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' עזבון המנוח אברהם בלומנטל ואח'. (לא פורסם)
עא (ת"א) 3126/98 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה קריית אונו נ' קרן חיים ואח', פס"מ לב(4) 330
עא (י-ם) 1043/99 דוד קוקיה ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים
עתמ' (חי) 398/01 החברה להגנת הטבע ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה ואח' פס"מ לג(1) 624
תא (י-ם) 433/95 שאול ואליהו ברגר ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם)

החלטות מנהליות:

החלטת וועדת זכאות ע"פ חוק יישום תכנית ההתנתקות התשס"ה – 2005 מס' 007

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה:

הנחיות היועמ"ש לממשלה "משפט מנהלי וקונסטיטוציוני תכנית אב לירושלים", 21.904 מיום 1.5.1970
הנחיות היועמ"ש לממשלה "סדרי הטיפול בהפקעות – נוהל", 60.116 מיום 1.9.1970

הנחיות פנימיות עיריית ירושלים:

עיריית ירושלים "הנחיות פנימיות – תכנון בניין עיר" (אוגוסט 2004)¹²⁷

¹²⁷ הנחיות אלו מתייחסות לשומות השבחה בהתאם לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, ביחס לקרקעות אשר כלולות בתחומי התכניות המנדטוריות "קנדל" ו-"R.J. 5".

תכניות ותכנון מקרקעין:

תכנית "הוןלידיי" – תכנית מתארית לירושלים - 1932
תכנית "קנדל" – תכנית מתארית לירושלים - 1944
תכנית 5 – RJ – תכנית גלילית למחוז ירושלים
תכנית 19 – RJ
תכנית המתאר לירושלים (62) י.פ. 687 מיום 16.7.1959
תכנית עמ' 9 של הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים (תכנית מתארית למזרח העיר)
"תכנית אב לירושלים" ירושלים 1974 עמ' 2. (תכנית אב לא סטטוטורית)

ראיונות:

ראיון עם אדר' דן יזרעלי (אדריכל העיר ירושלים בעבר) מיום 13.3.08
ראיון עם עו"ד שרי לרנר הורוביץ (משנה ליועמ"ש עיריית ירושלים, אחראית על תחום תו"ב לשעבר)
7.4.08.