



גמישות תכנונית - האמנם?

הטור הנוכחי מוקדש לאחר הנושאים המרכזיים המעסיקים הן את מערכת התכנון והן את מערכת המשפט - בנייה שלא בהתאם לתוכנית - בין אם מכוח פטור מהיתר, ובין אם בדרך של בנייה בלתי חוקית. הטור יסקור שלושה פסקי דין שהתקבלו לאחרונה, ועוסקים בהיבטים שונים של בנייה שלא בהתאם לתוכנית:

- פס"ד בעניין מתקן שהייה למסתננים, שנבנה בדרך של פטור מהיתר. פסק הדין עוסק בשאלה האם פטור מהיתר מקנה גם פטור מתכנית.
 - פרשת נאות מזרחי: חריגת בנייה (תוספת חמש קומות על תשע מאושרות), שנעשתה במקביל להגשת תכנית. ביהמ"ש העליון קובע כי החלטת הוועדה המחוזית שלא לאשר את הבנייה בדיעבד הינה סבירה, ומחזק את חשיבות העמידה בהוראות החוק.
 - פרשת גן אירועים גבעת האירוסים: שם תמך ביהמ"ש העליון בגמישות התכנונית, ובשימוש החורג כ"גשר תכנוני", תוך שהוא קובע כי החלטת הוועדה המחוזית במקרה זה שלא לאשר שימוש חורג של גן אירועים בשטח החקלאי, בשל היותו סטייה ניכרת, הינה בלתי סבירה.
- קשה למצוא קו ברור המקשר בין שלושת המקרים. אמנם הנסיבות שונות מאוד זו מזו, אך עדיין נראה כי קו הגבול בין גמישות תכנונית לבין היצמדות להליכי התכנון המקובלים - הינו דינמי ולעיתים לא צפוי.

מתקן שהייה למסתננים

ביום 30.5.2013 התקבל פסק דין בעתירה של עמותת "במקום" - מתכננים למען זכויות תכנון נגד שר הפנים ואחרים (בג"צ 973/12) העוסק בשני נושאים רגישים ושנויים במחלוקת: מבחינה מהותית - העתירה עוסקת בהקמת מתקן שהייה למסתננים מגבול מצרים, ומבחינה תכנונית פרוצדוראלית, בה נתמקד - בשאלת פרשנותו של סעיף 266 לחוק התכנון והבנייה, וביתר דיוק - האם הפטור מהיתר שמאפשר הסעיף, מאפשר גם פטור מתכנית.

פסק הדין אמנם קובע מתווה ברור לפרשנות הסעיף, כפי שנראה להלן, אך הצעת חוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 102) שעברה בקריאה ראשונה בכנסת בסוף יולי 2013, טורפת שוב את הקלפים בסוגיה חשובה זו.

תודה לעו"ד ישי שנידור, על הערותיו והארותיו לסקירת פסק הדין הראשון.

רקע קצר

ביום 11.3.2012 אושרה בממשלה תכנית מתאר ארצית מפורטת למתקן
השהיה (הגדול מסוגו בעולם), תמ"א 46, לאחר שנדונה ואושרה במועצה
הארצית לתכנון ובנייה.

עם זאת, במקביל להליכי הכנת התמ"א, הורתה הממשלה לשר הפנים
(בהחלטה מס' 3936 מיום 11.12.2011) להתקין תקנות אשר יאפשרו את
הקמת המתקן בדרך של פטור מהיתר, כך שניתן יהיה להתחיל את העבודות
תוך 21 ימים, גם קודם לאישור התמ"א. התקנות אושרו על ידי השר, וקיבלו
תוקף ביום 18.1.2012 (חודשיים לפני אישור התמ"א). התקנות קובעות כי
על העבודות להיות תואמות את תמ"א 46, וקודם אישורה - את ההחלטות
בעניינה.

על החלטה זו הוגשה העתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"צ, ע"י
עמותת "במקום" באמצעות עו"ד ישי שנידור. פסק הדין נכתב על ידי כב'
הש' רובינשטיין, כב' הש' עמית צרף אליו הערה, ולשניהם הצטרף כב' הש'
דנציגר.

החלטת בית המשפט העליון

מבחינה משפטית העתירה מתמקדת בפרשנות לסעיף 266 לחוק התכנון
והבנייה, שכותרתו "פטור באזורים כפריים" קובע כך:

" שר הפנים, בהתייעצות עם המועצה הארצית, רשאי לקבוע בתקנות, עבודה
או שימוש שיהיו באזורים כפריים כפי שיוגדרו באותן התקנות, פטורים
מהיתר לפי פרק ה'; הפטור יכול להיות ללא תנאי או בכפוף לתנאים שייקבעו
בתקנות כאמור".

השאלה המשפטית שנדונה בעתירה היא האם פטור מהיתר שמאפשר
החוק, מאפשר גם פטור מתכנית. הקרקע בה מדובר מוגדרת בתכנית
כקרקע חקלאית, שאינה מאפשרת כמובן הקמת מבנים כגון מתקן השהיה
למסתננים, ולשם הקמת מבנה זה, נדרש שינוי ייעוד.

העותרת טענה כי סעיף 266 עוסק בפטור מהיתר, אך אינו מאפשר לתת פטור
מתכנית מאושרת. במקרה זה - גם אם ניתן פטור מהיתר, התכנית, המגדירה
את השטח כחקלאי, אינה מאפשרת את ביצוע העבודות. לטענתה, הליכי
הרישוי והתכנון הינם שני שלבים נפרדים, והענקת פטור מהיתר - אין בה כדי
לפטור משלב התכנון. פטור מתכנון פוגע בעקרונות היסוד של המשפט, ובין
היתר - בזכות היסודית להתנגד לתכנית. לחילופין טענה העותרת, כי קביעה
לפיה ס' 266 מאפשר ביצוע עבודות בלא תכנית מאושרת - מחייבת פרשנות
מצמצמת לפיה נדרש שיתוף ציבור בהליך התכנון.

יש להבין כי סעיף זה אמנם הינו בין ה"נידחים" שבחוק, מהפחות מוכר שבין
מאות סעיפיו, אך הוא בעל משמעות מרחיקת לכת, ובייחוד פרשנות המדינה
אליו מרחיקת לכת במיוחד. פרשנות המדינה מאפשרת למעשה לעקוף את כל
הליכי התכנון והרישוי במחיר יד, בדרך של תקנות. פסק הדין בעניין זה, שהפך
לכאורה תיאורטי, משקף את חשיבות הסוגיה שהוא מעורר.

עוד יובהר, כי תוך כדי הדיון ערכה המדינה שינוי לתקנות, שכלל שינויים
מהותיים בהשוואה לנוסח המקורי. השינוי נערך במהירות שיא - תוך יממה
אחת הועברו התקנות מהשר להתייעצות עם המועצה הארצית וחזרו לאישור

השר, והעבודות בשטח החלו תוך יומיים. מהלך זה ממחיש את המשמעות והנפקות הדרסטית של הסעיף, המאפשר ביצוע עבודות בפועל בשטח, ללא כל דיון תכנוני. פסק הדין מנתח גם שלב זה.

ראשית, קובע ביהמ"ש כי מדובר ב"... סמכות שאינה שגרתית, בחינת חריג, בוודאי על פי פרשנות עידננו..." (סעיף לה' בפסק הדין), וכי "שימוש בסמכויות חריגות מעין אלה צריך שיעשה במשורה. יש במובהק מיתאם הפוך בין שימוש בסמכויות חריגות לבין שיתוף הציבור, וזאת על הרשות להביא בחשבון..." (ס' לז' בפסק הדין).

ביהמ"ש מתייחס אף לנסיבות חקיקתו של ס' 266: "הוראה זו של החוק לא נשתנתה מיום שנחקק, ומשקפת היא את הלך הרוח של אותה תקופה, העשור השני למדינה, בה היו למדינה סמכויות למכביר, ואף לראשונה החולו עליה... חובות לפי חוק זה... ביניהן פעולה בשקיפות ונתן אפשרות לציבור להשיג על תוכניותיה... ואולם, מה שהיה חידוש מתקדם בשנת 1965 לא בהכרח תואם את עידננו..."

ביהמ"ש מפרט את ההיסטוריה החקיקתית בתחום התכנון בכלל, ואת ההכרה בחיוניות התכנון השיטתי ותרומתו לשמירה על בריאות הציבור לקידום השגשוג - החל מפקודת בניין ערים משנת 1921, אשר קבעה כי מיום שנכנסה תכנית לתוקף לא יינתן היתר, אלא בהתאם להוראות התכנית. מעניין לראות כי הנציב העליון לא מצא לנכון בזמנו לקבוע חריג לכלל זה.

ביהמ"ש מתחקה אחר מקורו של סעיף 266 לחוק, ומוצא כי זה נוסף לראשונה במסגרת הדיונים לקריאה השניה והשלישית, ואף בדיונים אלה לא הוזכר עניינו ולא נומקה הופעתו (ס' מב' בפסק הדין). סקירת ההתייחסות לסעיף זה בדיונים שנערכו בזמנו, מלמדת כי "המחוקק ביקש לצמצם את האפשרות לחריגה מן ההליכים הקבועים בחוק, ובפרט מבניה בהתאם לתכנית תקפה, כדי חריג בטחוני נקודתי ביותר, וזאת - חרף, בין היתר, גלי העלייה הגדולים עמם נאלצה המדינה להתמודד באופן מידי באותן שנים..." (ס' מג לפסק הדין). החריג הבטחוני קיבל ביטוי בהסדרים המיוחדים שנקבעו להקמת מתקנים בטחוניים (פרק ו' בחוק), הסדרים שצומצמו אף הם מאוד לאחרונה בעקבות הפסיקה, בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין היתר להקמת מתקן בטחוני.

ביהמ"ש מכיר בצורך לקיים הליך תכנוני שונה, המאזן בין אינטרס בהול של הציבור בכללותו לבין זכויות ואינטרסים אחרים הנוגדים לו. ס' 266 מצוי בספר החוקים ואין להקל ראש בכך - אך לטענתו הפרשנות צריכה להביא בחשבון את המקום והזמן בהם אנו מצויים. בהתאם, הוא קובע כי "אין הפטור שמאפשר סעיף 266 להעניק לעבודות ושימושים מהיתר, פטור אגב אורחא אף מן החובה להלום את תוכניותיה של תכנית תקפה" (סעיף מו).

דוגמא לשימוש מתאים בהוראת הסעיף נעשה למשל במקרה של בניית מבנים שנשרפו בשריפה הגדולה בכרמל. שם נקבע כי המבנים יוקמו על פי תכנית מאושרת, כלומר הפטור מההיתר במקרה זה לא היה בסתירה לתוכניות.

לסיכום דבריו, מפנה בימה"ש לדבריו של כב' השי' שמגר בבג"ץ 511/80 גליא נ' הועדה המחוזית לתו"ב מחוז חיפה, פ"ד לח(4) 477 - "אין לפתח את מכשיר העזר התכנוני האמור, באופן שישמש לקיצורי דר, מקום בו מתחייבת הכנתה, עריכתה, הפקדתה ואישורה של תכנית מפורטת... אם מבקשים להשיג צמצום

של ההליכים הבירוקרטיים ולקצר משכי הזמן, הרי יש לעשות כן על-ידי ייעול דרכי הטיפול בהכנת תכנית, פעולה מהירה והחלטית יותר בעת הדין בתכניות וצעדים כיוצא באלה... אך לא ניתן לבטל שלב בהליכים התכנוניים על ידי קביעת תחליפים מעשיים שאינם מקיימים את הנדרש בחוק". מכאן, קובע ביהמ"ש, קשה לתת פרשנות מרחיבה יתר על המידה לסעיף 266.

ניתן היה לצפות כי מתן פסק הדין ינחה את המדינה לפעול בהתאם לעקרונות שהתוו בדבר צמצום מהלכים עוקפי תכנון, אלא שלמרבח הצער, קרה דווקא ההיפך - בהצעת חוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 102) התשע"ג-2013, נכללת הוראת חוק חדשה, סעיף 266ה, שנוסחה הוא כדלקמן -

"נוכח שר הפנים כי קיים פרויקט שהוא פרויקט לאומי או פרויקט במחוז מסוים שהוא בעל חשיבות לכלל המחוז, רשאי הוא, לאחר התייעצות עם המועצה הארצית, לקבוע פטור מהיתר לפי פרק ה' או מתכנית, לעבודות או לשימושים הנדרשים לצורך ביצוע אותו פרויקט, ובלבד שהתקיימו כל אלה:

1. העבודות והשימושים יהיו זמניים;
2. העבודות והשימושים ייעשו בידי המדינה, בידי גוף הפועל מטעמה לאחר שהוסמך לכך לפי החלטת הממשלה או בידי רשות מקומית בלבד;
3. השר קבע תנאים לביצוע העבודות והשימושים, ובכלל זה לענין מקום ביצועם ולענין הבטחת זמניותם."

דברי ההסבר לסעיף מבארים כי הסעיף נדרש במקרים שבהם במסגרת פרויקט לאומי נדרש ביצוע מהיר של עבודות זמניות או שימושים זמניים שההיתר לא כלל אותם או שהתכנית אינה מאפשרת אותם. במקרים כאלה מעוכב הפרויקט עד להסדרה סטטוטורית המאפשרת את ביצוע העבודות כאמור.

בדומה לגלגוליו של ס' 266 לחוק התקף, גם סעיף זה לא נכלל בטיוטת תזכיר החוק שהופצה להערות משרדי הממשלה והערות הציבור, אלא שולב בו רק לקראת הקריאה הראשונה (שהונחה על שולחן הכנסת כיממה בלבד לפני ההצבעה). למעשה, מדובר במה שמכונה סעיף "עוקף בג"צ" שיש יסוד סביר להניח כי הוא שולב בהצעת החוק בעקבות הפסיקה שהתקבלה. ראוי היה שדברי ההסבר יתייחסו לדברים באופן כזה שחברי הכנסת, שההכרעה בנושא עוברת אליהם, יוכלו לתת משקל לפסיקת בית המשפט ולרציונל שמאחריה, שאחרת - נוסח הסעיף מרוקן אותה לגמרי מתוכן.

פרשת נאות מזרחי

עע"מ 65/13 הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ והוועדה המקומית לתכנון ובניה בחיפה.

- רקע

מדובר בהיתר שקיבלה חברת נאות מזרחי להקמת מבנה בן 9 קומות, ובו 52 דירות, בעיר חיפה. לאחר קבלת ההיתר הגישה החברה תכנית המאפשרת להגדיל את שטחי הבנייה ולהגדיל את מספר הקומות בחמש קומות נוספות (להלן - תכנית ההרחבה). במקביל להליכי האישור של תכנית ההרחבה, החלה

החברה בביצוע עבודות בנייה בניגוד להיתר שניתן לה, והמשיכה בכך למרות צו הפסקה שיפוטי שניתן לה. בעקבות זאת הוגשו נגד החברה ומנהליה כתב אישום - כנגד אי קיום צו שיפוטי וביצוע עבודות בסטייה מן ההיתר. בסך הכל נבנו 5 קומות מעבר למאושר, וסך השטח שנבנה ללא היתר עמד על 5,090 מ"ר. במקביל, כאמור, ניסתה החברה לאשר תכנית המכשירה את הבנייה הבלתי חוקית.

לכשהגיעה תכנית ההרחבה לוועדה המחוזית, זו סירבה לאשרה, בין היתר משיקולים של מניעת עידוד עבריינות בנייה, שכן לעת הדיון כבר היו בנויות בפועל חמש הקומות המבוקשות. כנגד סירובה של הוועדה המחוזית הוגשה עתירה מיינהלית. במקביל הורשעו החברה ומנהליה בעבירות שיוחסו להם והושת עליהם קנס בגובה 1,700,000 ש"ח, בנוסף חובת תשלום אגרות, ומאסר על תנאי. עוד נקבע כי יש להרוס את הבניה שנבנתה ללא היתר.

בית המשפט לעניינים מינהליים הורה על השבת הדיון לוועדה המחוזית, מאחר וזו, לדעתו, לא שקלה שיקולים נוספים מלבד היבט עבריינות הבנייה. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

- החלטת בית המשפט העליון

ביום 7.7.2013 ביהמ"ש העליון קיבל את הערעור, והורה כי החלטתה של הוועדה המחוזית בדבר דחיית התכנית תעמוד על כנה. פסק הדין נכתב ע"י כב' הש' רובינשטיין.

ראשית, דן בימה"ש בשיקולי מוסדות התכנון וקובע, תוך הסתמכות על פסיקה קודמת בנושא, כי התכנון אינו מתמקד עוד רק בהיבטים הפיזיים של הקרקע, אלא כולל מגוון רחב של שיקולים, בהם אינטרסים כלכליים, חברתיים וסביבתיים. בגדר אותם שיקולים על וועדות התכנון להביא בחשבון גם שיקולים שעניינם הגנה על שלטון החוק ומניעת עידוד של עבריינות בנייה. בהקשר זה קובע בימה"ש כך:

"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".

במקרה הקונקרטי התרשם בימה"ש כי הוועדה המחוזית שקלה את מכלול השיקולים טרם קיבלה החלטתה, וכי היא עומדת במבחן הסבירות.

כב' הש' סולברג הוסיף והדגיש בעניין זה -

"אין להפוך את היוצרות: תכנון תחילה, ובנייה אחר כך. אסור שבנייה בלתי-חוקית תהא מקדמה על מנת לאלץ בדיעבד את הכשרתה. המסר שצריך להנחיל הוא כי בנייה בלתי-חוקית הריהי כעושר השמור לבעליו לרעתו; עליה להיות לו לרועץ, לא ליתרון."

במקרה זה, אם כך, הדגיש בית המשפט העליון את השמירה על הוראות חוק התכנון והבניה, ולא נתן יד לתכנית המכשירה בדיעבד חריגות בנייה, על אף

שזו כידוע הינה פרקטיקה מקובלת. המשמעות היא כי יהיה להרוס חמש קומות שנבנו בחריגה, בהתאם לצווים שניתנו בהליך הפלילי.

פרשת גן אירועים גבעת האירוסים

עע"מ 109/12 הועדה מחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז נ' גבעת האירוסים גן אירועים בע"מ ואח'.

רקע

מדובר בגן אירועים, הפועל במבנה שנבנה בהיתר כמבנה חקלאי בשטח של 500 מ"ר, על קרקע חקלאית, ואשר שימש בשנות השבעים כמסעדה. בשנת 1995 ניתן למבנה היתר לשימוש חורג לגן אירועים. השטח נמצא בתחום "אזור נופש מטרופוליני" לפי תכנית המתאר המחוזית, המאפשרת בין היתר הקמת גן אירועים, אך בכפוף להכנת תכנית כוללת לכל שטח אזור הנופש. בשנת 2003 קבעה הוועדה המחוזית כי היתר לשימוש חורג (שנתבקשה לגביו הארכה) הינו בגדר "סטייה ניכרת" ולכן לא ניתן לאשרו. הבקשה להיתר לשימוש חורג עברה לגלגולים נוספים, עד שבשנת 2007 נדחתה שוב על ידי הוועדה המחוזית בין היתר מאחר ומדובר בשטח ערכי, בעל רגישות נופית סביבתית גבוהה, ומן הטעם כי הבקשה מהווה סטייה ניכרת, וכי נדרשת הכנת תכנית כוללת. תוספת הבניה שהתבקשה היא 1000 מ"ר, בגובה 6 מ', בנוסף לשטחי חניה נרחבים.

על החלטת הוועדה המחוזית הוגשה עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, אשר קבע כי הדיון יוחזר לוועדה המחוזית. על החלטה זו הוגש ערעור.

החלטת בית המשפט העליון

ההחלטה שניתנה ביום 23.12.2012 נכתבה מפי הש' דנציגר, והתייחסה למספר נושאים הנוגעים לשימוש חורג. ביהמ"ש העליון קובע כי ככלל, שימוש חורג במקרקעין הינו מותר כאשר הוא עולה בקנה אחד עם התוכנית החלה בקרקע. ואולם, קובע ביהמ"ש כך -

"ואולם, כידוע, פעמים רבות אין מענה במסגרת התכנית שחלה על הקרקע לצרכים תכנוניים לגיטימיים, הואיל והתכנית מיושנת ובלתי מעודכנת. עקרונית, תכנית אינה צריכה לשקף "תמונה קבועה של העתיד" [ראו: רחל אלתרמן "חוק התכנון והבנייה ותכנית המתאר: הנחיות קשיחות או מסגרת גמישה?"] משפטים יא 197, 198 (1981)]. עליה להתעדכן באופן שוטף ותדיר, במקביל לשינויי העיתים והצרכים התכנוניים. ואולם, המציאות אינה הולמת תמיד את המבוקש. לא אחת קופאת המערכת התכנונית על שמריה במשך שנים ארוכות, והדבר מוביל לסטגנציה תכנונית. משכך, נדרשים מנגנונים שיאפשרו את הגמשתה של התכנית. על רקע זה, מעניק החוק למוסדות התכנון שיקול דעת להעניק היתר לשימוש חורג בקרקע, הגם שהשימוש המבוקש בה סוטה מהוראות התכנית החלה במקום (סעיף 146 לחוק).

בהמשך מתייחס בימה"ש לרוחב שיקול הדעת של וועדות התכנון, בדונן בבקשות לשימוש חורג. בעניין זה קובע בימה"ש כי היחס אל השימוש החורג הינו אמביוולנטי - מצד אחד הוא אמצעי גמישות חשוב והכרחי, ומצד שני

הוא זוכה לא אחת לביקורת. כתוצאה מכך, יש לעשות בכלי זה שימוש זהיר ומדוד, בבחינת "כבדהו וחשדהו".

במקרה מסויים זה, את הוועדה המחוזית הנחה מסמך מדיניות ולפיו גן אירועים הינו בגדר סטיה ניכרת מתכנית, בוודאי כאשר מדובר בשטחים פתוחים/חקלאיים. ביהמ"ש קובע כי החלטת הוועדה המחוזית שלא לאשר שימוש חורג במקרה זה הינה בלתי סבירה, שכן הוועדה לא התייחסה למכלול השיקולים הרלוונטיים ולא ערכה כראוי איזון ביניהם. לעמדת ביהמ"ש, הוועדה נתנה משקל גדול להשפעת גן האירועים ופעילותו על התכנית המתגבשת, באופן שאישורו יקבע "עובדות בשטח" ויסכל תכנון כולל מיטבי. בצד שיקול זה, לא התייחסה הוועדה כראוי ל"יתרונות שניתן לייחס ל"תיקון נקודתי" של תכנית באמצעות מתן היתר לשימוש חורג, כאשר המגמה התכנונית המסתמנת עולה בקנה אחד עם השימוש המבוקש בשטח". לטענת ביהמ"ש, הוועדה לא העניקה משקל חיובי (לכיוון מתן ההיתר) לעובדה כי התוכנית המחוזית מאפשרת שימוש של גן אירועים בשטח.

עוד מתייחס ביהמ"ש לשאלת היחס בין השימוש החורג והתכנית העתידית וקובע -

"התכנית המחוזית מכירה בצורך להתיר שימושים נוספים לאזור הנדון (מלבד שימוש חקלאי), אלא שהיא מתלה זאת, ובצדק, בהכנת תכנית כוללת לאזור. אלא שהכנת תכנית כוללת כאמור צפויה לארוך זמן ניכר. השאלה המתעוררת במקרים מסוג זה היא מהי המדיניות התכנונית הרצויה בכל הקשור למתן היתרים לשימוש חורג במהלך "תקופת הביניים", קרי: בין התחלת גיבושו של ההליך התכנוני החדש ועד למועד כניסתו לתוקף. הצדדים דנא חלוקים בדעתם בשאלה זו, כאשר המשיבים טוענים כי מוטב לאמץ את מה שהם מכנים "תזת הגשר התכנוני", לפיה הליך השימוש החורג ישמש "גשר" בין התכנון הקיים לבין מגמת התכנון העתידי ככל שהבקשה הולמת את התכנון העתידי. הוועדה המחוזית מתנגדת כאמור ל"תזה" המוצעת בטענה כי אין להקדים את המציאות לתכנון.

לצורך הכרעה בערעור דנן אין אני מחוייב להידרש לשאלה זו. די לי בקביעה לפיה בנסיבות שבהן המדיניות התכנונית הצפויה עולה בקנה אחד עם השימוש המבוקש בשטח - אף אם מותנית היא בהכנת תכנית כוללת - ראוי לבחון את הבקשה למתן היתר לשימוש חורג לגופה, בשים לב למגמה המסתמנת ולהשפעתה האפשרית על מכלול השיקולים שבנדון."

לסיכום, קובע בית המשפט, כך :

"... מטבעו, משמש היתר לשימוש חורג פתרון נקודתי וזמני. שלילה עקרונית של היכולת לתתו (כעניין של מדיניות) בנסיבות הקונקרטיות של התיק דנא, שעה שהמגמה התכנונית דווקא נוטה לכיוון השימוש המבוקש ושעה שעסקינן במבנה הניצב ממילא במקום מזה שנים רבות, הינה בלתי סבירה באופן היורד לשורש העניין. יתר על כן, מעיון בהחלטת הוועדה המחוזית ניכר כי זו לא שקלה כלל אפשרות למתן היתר זמני לתקופה קצרה יותר, ובתנאים שיבטחוהו שהמשיבים 1-3 לא ינסו להיתלות בהיתר הזמני לשם יצירת עובדות בשטח. אשר על כן, מציע אני לאשר את קביעתו של בית המשפט לעניינים מינהליים ולהורות על החזרת הדיון בבקשה לפני הוועדה המחוזית. כן אציע להחזיר את

השאלה בדבר היות השימוש המבוקש "סטיה ניכרת" מתכנית בנסיבות העניין לעיונה ולהכרעתה של הוועדה המחוזית."

לאור עמדת המיעוט של הש' רובינשטיין (שעיקריה יובאו להלן), מדגיש ביהמ"ש מספר נקודות בכדי ללמד כי המשיבים (בעלי גן האירועים) אינם בגדר "חוטא נשכר" - המבנה שימש מראשית שנות השבעים של המאה הקודמת כמסעדה; הוועדה המקומית והמחוזית אישרו בעבר היתר לשימוש חורג במקום; הוועדה המקומית אישרה גם את המשך השימוש החורג; הוועדה המקומית נתנה היתר לתוספת בנייה.

כב' הש' רובינשטיין נותר בדעת מיעוט, להלן מספר דגשים מתוך דבריו -
 "המצב הנוכחי יוצר "כאילו" ישראלי, משל היתה התכנית "תכנית כבקשתך"... וזכור, כי עסקינן בלא פחות מאשר אלפי מטרים של בניה, שגם אם לגבי חלקה היו בשלב מסוים בראשונה החלטות שהשמיעו היתר כזה או אחר, השורה התחתונה היא בניה רחבה ללא היתר והפעלת גן אירועים ללא היתר במשך שנים רבות, ולמצער מאז 2001 אין היתר, גם לשיטת חברי בהערת הסיפה, ולדידי כל מלים אך למותר.

השימוש החריג הוא כשמו, חריג - לא גשר ולא "כאילו", וגן אירועים באדמה חקלאית הוא מכל מקום סטיה ניכרת.

ואולם משנותרתי במיעוט, אוכל רק להביע את התקוה כי דיוני הוועדה המחוזית יתנו דעתם לכל הנחוץ. כאמור, לדידי גן אירועים שכזה ללא היתר בקרקע חקלאית אינו רק שימוש חורג אלא גם סטיה ניכרת. הליכי תכנון איטיים במדינה הם רעה חולה; אך הבניה הבלתי חוקית, ההפקרות, רעה מזה - ועל כן יש צורך שלא לשבור את הכלים מזה, אך להחיש את הליכי התכנון מזה."

החלטת בית המשפט (דעת הרוב כמובן) נותנת פתח, רחב מדי לעניות דעתי, לקביעת עובדות בשטח, כל עת שבעל עניין בקרקע יסבור כי התכנית אינה עדכנית מספקת ואינה נותנת מענה לצרכיו. שימוש חורג בקרקע חקלאית הינו תחום רחב מאוד ואפור כבר כיום, ופרשנותו המקלה והמאפשרת של בית המשפט רק תדרדר אותנו, להבנתי, עוד לעבר המדרון החלקלק. מדיניות של "יד קלה" בהיתרים לשימושים חורגים חותרת תחת התכנון הכולל וארוך הטווח, ובמיוחד בקרקע חקלאית. בשנים האחרונות רבות התכניות הכוללניות המאפשרות מגוון רחב של שימושים, ובכלל זה "זכויות צפות" בקרקע החקלאית. הפרשנות שנקט במקרה זה בית המשפט הינה פירצה גדולה מאוד, ובמיוחד בהתחשב בקלות הרבה שניתן לאשר בה היתרים בכלל והיתרים לשימוש חורג בפרט בוועדה המקומית. כפי שציינה הוועדה המחוזית בהחלטתה, אכן מדובר בשטח ערכי ובעל חשיבות ציבורית גבוהה, הסמוך מאוד ל"גבעת האירוסים", שהיא אתר טבע ייחודי ואטרקטיבי לציבור נרחב. לא בכדי כל האזור מוגדר כאזור נופש מטרופוליני. לאור היכרות עם היקף הפעילות הנעשית ברחבי הארץ תחת הכותרת של "שימוש חורג" בשטחים הפתוחים, אין לי אלא להצטרף בכל ליבי לעמדת המיעוט, ולתקווה המובעת בסופה.

איריס האן