



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 973/12

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט י' עמית

העותרת: עמותת "במקום" מתכננים למען זכויות תכנון

נגד

המשיבים: 1. שר הפנים  
2. ממשלת ישראל  
3. המועצה הארצית לתכנון ובנייה  
4. הועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת נגב  
5. כמהין מושב עובדים להתיישבות חקלאית  
שיתופית בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"א באב התשע"ב (30.7.12)  
בשם העותרת: עו"ד ישי שנידור  
בשם המשיב 1-3: עו"ד אורי קידר  
בשם המשיב 4: עו"ד אבי להם

### פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. עניינה של עתירה זו בתקנות התכנון והבניה (פטור מהיתר לעבודה לצורך הקמת מתקן שהיה למסתננים ותנאים) (הוראת שעה), התשע"ב-2012 (ק"ת 7080 18.1.12) (להלן התקנות או תקנות הפטור), ובתיקונן (י"פ 7130 19.6.12) (להלן התיקון לתקנות), שנועדו להקמת מתקן שהיה (להלן מתקן) השהיה וגם המתקן) רב ממדים בנגב, ללא צורך באישור תכנית וברישוי. העתירה מעוררת סוגיה רגישה הנוגעת לאיזון שבין זכויותיהם של פרטים אשר משתייכים לאחת מן החלשות שבאוכלוסיות – פליטים ומהגרי עבודה הנכנסים לתחומי מדינת ישראל ללא היתרים; ובין אינטרסים רבי משקל של המדינה, בטחוניים ואחרים.

ב. לפני תקופה לא ארוכה התגברה בישראל התופעה של הסתננות לגבולותיה, במיוחד מדרום, והגיעה לממדים של אלפי מהגרים בלתי-חוקיים בשנה (להלן גם מהגרים או מסתננים), אשר במרבית המקרים עשו דרכם ממדינות אריתריאה וסודן, ונכנסו לישראל תוך חציית הגבול עם מצרים, אשר היה עד לאחרונה פרוץ ברובו. במסגרת התמודדותה עם התופעה נקטה הממשלה שורת צעדים, שנועדו בראש וראשונה למנוע את המשך ההגירה הבלתי חוקית, ובהם היערכות מידית לבניית מכשול פיזי לאורך הגבול; אישורו של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת השעה), התשע"ב-2012 בקריאה שניה ושלישית בכנסת ביום 10.1.12, שאיפשר החזקה של מהגרים בלתי חוקיים במשמורת למשך עד שלוש שנים כדי למנוע מהם לעבוד בתחומי המדינה; ותחילת הקמתו של מרכז שהיה – המצויה במוקד העתירה.

ג. ראשיתם של דברים בהחלטה 2507 שקיבלה המשיבה 2 (הממשלה) ביום 28.11.10, על הקמת מרכז שהיה למהגרי עבודה ללא היתר שהסתננו דרך הגבול עם מצרים ולמבקשי מקלט אחרים, עד שלהי מאי 2011. בעקבות החלטה זו הורתה המשיבה 3 (להלן המועצה הארצית) בישיבתה מיום 4.1.11 על הכנת תכנית מתאר ארצית מפורטת: תמ"א 46 – "מרכז שהיה למסתננים מגבול מצרים" (להלן תמ"א 46 וכן התכנית או התכנית המקורית). לאחר שנבחנו הערות הועדות המחוזיות והשגות הציבור על ידי המועצה הארצית, אושרה ביום 11.03.12 התכנית להקמת מתקן שהיה "חולות" על ידי ועדת השרים לענייני פנים. בין היתר הובילו השגותיהם של מוסדות וגופים שונים, בכללם העותרת, להגדלת שטח המגורים לאדם במתקן משטח של עד 3 מ"ר לשטח מינימלי של 4.5 מ"ר (לשם השוואה, בתמ"א 24 – תכנית המתאר הארצית לבתי-הסוהר, נקבעו 6.5 מ"ר כשטח המינימלי למגורי כל אסיר); לחיוב השלמת הקמתם של כלל השטחים והמבנים הציבוריים בכל אגף שוהים – לרבות כיתות לימוד, מכבסות, מתקני ספורט ואחרים – בטרם תחילת אכלוסו של האגף; ולהתניית היכולת להרחיב את המתקן למעל 6,000 שוהים, בהקמה של מתקן קבע לטיהור השפכים. מתקן שהיה תוכנן להשתרע על למעלה מ-1,000 דונם ולאכלס כ-10,000 שוהים, וצפוי היה להיות הגדול מסוגו בעולם.

ד. בד בבד קבעה הממשלה בהחלטתה מיום 11.12.11, כי יש "להורות לשר הפנים, בהתייעצות עם משרד המשפטים, לפעול במסגרת סמכותו להתקנת תקנות לפטור מהיתר בניה לצורך הקמת המתקן, וזאת עוד טרם אישור תמ"א 46 ועד למועד שיקבע. התקנות יותקנו כך שיאפשרו תחילת ביצוע עבודות ההקמה בתוך 21 ימים" (סעיף ד' להחלטה 3936 של הממשלה ה-32 "הקמת מתקן משמורת לשהייתם של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל"; ההדגשות הוספו – א"ר). ביום 3.1.12, וחרף השגות העותרת, המליצה המועצה הארצית לאשר את התקנות שהוצעו; ביום 11.1.12 אישר אותן המשיב 1 (להלן שר הפנים וגם השר); וביום 18.1.12 פורסמו ברשומות ונכנסו לתוקף (קובץ התקנות התשס"ב 7080). את התקנות התקין שר הפנים מכוח סעיף 266 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן החוק), אשר מורנו כהאי לישראל:

"266. פטור באזורים כפריים

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."

ה. ההסדר הקבוע בתקנות פוטר עבודות שהן לצורך הקמת מתקן השהיה מן הצורך בקבלת היתר בטרם יוחל בביצוען. תקנה 2(2) מחייבת, כי העבודה תתאם את הוראותיה של תמ"א 46, וטרם אישורה, את החלטות המועצה הארצית בעניינה. קודם שאושרה, חלו על חלקים נרחבים מן השטח המיועד לבניית המתקן תכנית מתאר מחוזית למחוז דרום תמ"מ 14/4 (ילקוט הפרסומים התש"ס 4845) ותכנית מתאר מקומית מס' 101/02/10/5א' (ילקוט הפרסומים התש"ן 3715), אשר מורות כי יעוד הקרקע באותו שטח הוא חקלאי. משכך, פוטר ההסדר למעשה אף מן הצורך להתאים את הבניה לתכנית תקפה. עוד מותנה הפטור לפי תקנות 2(3) ו-3 בהגשת מפה בקנה-מידה של 1:250, המפרטת את פרטי העבודות הנדרשות וחתומה בידי מתכנן המחוז, ובאישורה של רשות הרישוי בהתאם לתקנה 4. לבסוף מחייבת תקנה 7, כי "בתום חמש שנים מיום מתן הפטור לפי תקנות אלה יפורק, ייהרס ויפונה מבנה זמני שהוקם או הוצב לפי תקנות אלה בידי מי שהתחייב לכך, זולת אם הוא קיבל לידי היתר לפי פרק ה' לחוק" (ההדגשה הוספה – א"ר). כנגד התקנות מופנית העתירה דנא. שהוגשה מתחילה ביום 1.2.12.

ו. העותרת, עמותה ששמה לה למטרה – ראויה, יש לומר – לחזק את הקשר בין זכויות אדם למערכות התכנון של המדינה, עתרה לביטול התקנות. נטען בין היתר, כי סעיף 266 עוסק בפטור מהיתר, ולא בכדי אינו מזכיר בלשונו פטור מתכנית מאושרת, ואין לקראו לתוכו מכללא בלא שהרימה המדינה את נטל ההוכחה לכך, שזהו הפירוש המתבקש לסעיף; וכזאת לא הוכח איפוא. הדברים אמורים ביתר שאת, כך נטען, בשים לב למבנה החוק, בו מעוגנים התכנון והרישוי כשני שלבים סטטוטוריים נפרדים תחת שני פרקים שונים, לפי מקומם הכרונולוגי בהליך הבניה, והענקת פטור מן השלב האחרון בהליך אין בה – על כן – כדי לפטור אף מן השלב הראשון בו. כן נטען, כי פטור מתכנון באזורים כפריים אינו עולה בקנה אחד עם השאיפה להגן על קרקע חקלאית, שהיתה מתחילה אחד ממאפייניו הבולטים של חוק התכנון והבניה. עוד טענה העותרת, כי פטור מתכנון פוגע בעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, הואיל ואין מתאפשר פרסום פרטי התכנית; וממילא נמנעת בכך זכותו היסודית של מי שהאינטרס שלו נפגע כתוצאה הימנה, להביע את התנגדותו לתכנית, ולהעשיר את מערך השיקולים של הרשות עוד בשלב שבו היא שוקלת ומאזנת ביניהם. אין להלום פגיעה כזו, כך נטען, מבלי שניתנה לכך הסמכה ברורה ומפורשת בדין, כמצוי בהסדרים דומים בחוק, אך לא בסעיף 266. יתרה מכך נטען, אישור התקנות סולל דרך לעקיפתו הבוטה של הליך דמוקרטי כנדרש – בין היתר סטיה מן השינויים המהותיים בתנאי השוהים, שהוחדרו לתמ"א 46 עקב הצגתה להתנגדויות הציבור – וגורם לפגיעה באמון הציבור, ולא לשם עקיפה מסוג זה נועד סעיף 266.

ז. לחלופין טענה העותרת, כי קביעה לפיה סעיף 266 מאפשר ביצוע עבודות בלא תכנית מאושרת, מחייבת פרשנות מצמצמת באשר לסוג העבודות שניתן לפטור מכוחו, נוכח הפגיעה בעקרונות התשתית של החוק לפיהם נדרש שיתוף הציבור בהליך התכנון, באמצעות שקיפות ומתן זכות טיעון כאמור. נטען, כי מלשון הסעיף עולה קשר אינהרנטי בין ההסדר המעוגן בו לבין חקלאות, הנדרשת לאפיין הן את האזור הגיאוגרפי וסוג ההתישבויות בהן יכולות התקנות לחול, הן את העבודות והשימושים שבכוחן לפטור, וכי בנייתו של המתקן רחב ההיקף, הפוגעת באופי המקרקעין, אינה באה בגדרים אלה. משכך נטען, כי בניה זו חורגת מגבולות ההסמכה הקבועים בסעיף, וטעונה קיום הליכי התכנון הקבועים בחוק במלואם. על פי הטענה מתבקשת מסקנה זו מתכלית החקיקה כפי שבאה לידי ביטוי בהיסטוריה החקיקתית שהוצגה, כמו גם בפרקטיקת השימוש בסעיף עד היום, שנסקרה גם היא.

ח. לבסוף טענה העותרת, כי אישור התקנות והקמת המתקן מכוחן לוקים בחוסר סבירות קיצוני, הואיל וחרף האינטרס הציבורי שבהקמתו, אף אם בדחיפות, פניה לתקנות העוקפות את הליכי התכנון הסטטוטוריים הרגילים אינה מידתית, כאשר בפתח ניצבת חלופה, אשר באמצעותה מתאפשר מענה הולם לתכליות שביסוד התקנות, תוך פגיעה פחותה בעקרונות התשתית של החוק; זאת, ביתר שאת, נוכח תנאי המחיה הירודים המתאפשרים מכוחן לשוהים. החלופה היא תמ"א 46, שנמצאה לעת הגשת העתירה בשלב תכנוני מתקדם, בהיותה תכנית מתאר ארצית מפורטת, החובקת כשלעצמה הקלות בהליך התכנוני, בין היתר בשל היותו מואץ ונתון להשפעה משמעותית של הממשלה. עוד נטען, כי את נימוק הבהילות יש לדחות אף נוכח השתנות המדינה בחלוף הזמן מני החלטתה על הקמת המתקן ועד תחילת יישומה הלכה למעשה שנה לאחר מכן. כן צוין, כי תקנה 2(2), המתנה את מתן הפטור בכך שהעבודות שיבוצעו מכוחו יתאמו לתמ"א 46, מעורפלת ומקימה חוסר ודאות, ככל שטרם אושרה גרסת התכנית הסופית.

ט. נתבקש צו ביניים.

השתלשלות ההליכים והטיפול בעתירה

י. המשיבה 4 (להלן הועדה המקומית) הטעימה בתגובתה בעיקר, כי "מתן פטור מהיתר למבנים זמניים בשטח מתקן הכליאה, מכוח תקנות הפטור, ובהעדר פתרון תכנוני מאושר, בדגש על תשתיות ביוב וסילוק אטבסט, עלול להביא לנזק תברואתי לכל תושבי האזור ובפרט לשוהים במתקן" (פסקה 2 לתגובתה מיום 12.2.12; ההדגשה במקור – א"ר), וכי פתרון הביוב הקיים אינו תקני ואינו מסוגל לתת מענה לכל אכלוס נוסף, זמני ככל שיהא.

יא. מטעם המשיבים 1-3 (להלן כולם יחד המדינה) הוטעם, כי תופעת ההסתננות, היא "תופעה חמורה וחסרת תקדים בהיקפה ובמימדיה, אשר יש בה כדי להוות איום ממשי על ריבונותה של מדינת ישראל וחוסנה" (פסקה 9 לתגובה מיום 16.2.12), בין היתר נוכח קיומו של הגבול היבשתי עם אפריקה. הוסבר, כי מרכז השהיה נועד לספק את צרכיהם הפיסיים של מי שלא ניתן להרחיקו למדינת מוצאו או למדינה אחרת לעת זו, וכי בין היתר, מותנית בהקמתו אכיפת איסור ההעסקה של מסתננים. נטען, כי כתוצאה מקצב ההסתננות הגבוה, אשר מנה לפי הודעתם (לעת הינתנה) עשרות מסתננים ביום, התמלא מתקן סהרונים הקיים במהירות, ועקב כך שוחררו המסתננים תוך זמן קצר, וכי במצב עניינים זה, גבוהים סיכוייהם להשתלב בשוק העבודה

בישראל, ונוצר תמריץ כלכלי משמעותי לבוא בשערי המדינה, הגם שמן הדלת האחורית. עוד נטען, כי תמריץ זה גובר נוכח ההבנה שעם השלמת הקמת המכשול הפיסי בגבול, יקשה הדבר באופן ניכר. על מנת להפיג את התמריץ נדרשו, לטענת המדינה, הרחבתו והשלמתו המהירה של המתקן, ולשם כך הותקנו התקנות, היוצרות למעשה הליך רישוי הדומה במאפייניו לזה הקבוע בחוק, בלוח זמנים קצר יותר, ותוך שימור מנגנוני הבקרה ככל הניתן.

יב. לגופו של עניין נטען, כי סעיף 266 אינו מגביל את סמכותו של שר הפנים להתקין תקנות פטור רק ביחס לעבודות ושימושים המותרים לפי תכנית תקפה, ומשכך לא חרג השר מסמכותו. כן נטען, כי התכלית האובייקטיבית ביסוד הסעיף, היא לאפשר הקלה בעת הצורך בבינוי של שטחים שאינם במרכזים עירוניים, בהם הסיכון שבאי דקדוק בתכנון נמוך יותר, הואיל ואינם צפופים. בצדם של דברים אלה הוטעם, כי השימוש בתקנות מסוג זה צריך שיהיה במשורה, אולם נטען כי נוכח הצורך הבהול בהקמת המתקן מחד גיסא, והשמירה בהתאם לתקנות על הנורמות התכנוניות הצפויות להיקבע בתמ"א 46 מאידך גיסא, סבירה ההחלטה לעשות בתקנות שימוש במקרה דנא, תוך איזון הולם בין האינטרסים הרלבנטיים.

יג. לא נמצא ליתן צו ביניים, והעתירה נקבעה לדיון בפני הרכב בהקדם האפשרי.

דיון ראשון בעתירה וההודעות שבאו בעקבותיו

יד. בדיון שנערך ביום 12.3.12 (בהרכב השופטים רובינשטיין, חיות ודנציגר), ציין בא כוח המדינה, כי ככל שלא יוגש ערר על ידי מי משרי הממשלה, תיכנס תמ"א 46 לתוקף תוך שבועיים. בהתאם, מיקד בא כוחה של העותרת את טענותיו בכך שלא ניתן יהיה להבטיח את הלימת המתקן להוראות התכנית כל עוד יבוצעו הליכי הבניה מכוח התקנות. מנגד טען בא כוח המדינה, כי הואיל וכל בקשה המוגשת לפי התקנות מחויבת להלום את הוראות התכנית אין ממש בטענות העותרת. מכל מקום הוסכם, כי עבודות העפר ופינוי הפסולת ייעשו מכוח התקנות, בעוד יתר העבודות להקמת מתקן השהיה יבוצעו בהיתר רגיל לפי תמ"א 46.

עוד נחלקו הצדדים באשר לאפשרות להשיג על אישור בקשות לפטור מכוח התקנות בגין חריגה מהוראותיה המהותיות של תמ"א 46. בהמשך הטעימה העותרת, כי נוכח היעדר השקיפות וסד הזמנים הקצר הקבועים בתקנות, ממילא אין מתאפשר מימוש זכות הערר הלכה למעשה, שכן בלא חובה ליידע את הציבור לא יוכלו מתנגדים

פוטנציאליים לדעת על בקשות שהוגשו כמו גם על הכרעות בהן. יתר על כן, אפילו ידעו עליהן, נטען, ספק אם יהא סיפק "לעיין בבקשות, ללמוד אותן, להתייעץ עם בעלי המקצוע הרלוונטיים לגביהן ולהגיש את עמדתם" במסגרת חמישה-עשר הימים הנתונים לרשות להחליט בבקשה (פסקה 13 לתגובה מיום 5.4.12).

#### התפתחויות בשטח

טו. ביום 19.6.12 דנה המועצה הארצית בהצעות לשינוי הוראותיהן של תמ"א 46 ושל תקנות הפטור. ביסוד שינוי מס' 1 (להלן תמ"א 1/46) ניצב הצורך בקליטה מידית של אלפי שוהים במתקן, ולשם כך הוצע לסטות מהוראותיה המהותיות של תמ"א 46 באשר לתנאי המחיה להם יזכו; בשינוי מס' 2 (להלן תמ"א 2/46) גלומה תכלית מרכזית של ייעוד שטחים נוספים למרכז השהיה, על מנת להגדיל את קיבולת השוהים שניתן יהיה לקלוט (כמעט פי שניים); ותיקון תקנות הפטור נועד לאפשר את מימוש השינויים בתכנית הלכה למעשה. בהחלטתה מאותו יום הורתה המועצה על ביצוע השינויים המוצעים, באופן שיתיר בין היתר פריסה מידית על בסיס אוהלים אף בטרם הושלמו המבנים הציבוריים, כמו גם את הרחבת המתקן לשטחיו הסמוכים של המחנה הצבאי קציעות על בסיס התשתיות הקיימות בו (להלן מתקן נחל רביב); כך – שכן עבודות המתבצעות על ידי צה"ל או משרד הביטחון – אינן מחויבות באישור רשות הרישוי ובחתימת מהנדס הועדה המקומית. עוד באותו יום אישר שר הפנים את התיקון לתקנות והוא פורסם ברשומות.

טז. מיד לאחר דברים אלה, שבה העותרת וביקשה צו ביניים. נטען, כי המדינה כבר החלה בעבודות להגשמת תכליותיהם של השינויים האמורים, אף שאין הדבר אפשרי לא מכוח התכנית ולא מכוחן של התקנות, ובכך נטען, מפרה היא את החוק הפרה בוטה. עוד נמסר, כי הועדה המקומית הוציאה צווי הריסה מנהליים כנגד בנייה בלתי חוקית זו, ואף אותם הפרה המדינה, תוך הרחבת היקף העבודות עוד יותר.

יז. אשר לתמ"א 1/46, צוינו ארבעה קשיים מרכזיים: מתן האפשרות לשכן אלפי כלואים באוהלים לתקופה של שנים בתנאי האקלים הקשים והקיצוניים המאפיינים את האזור המדברי; הפחתת השטחים המיועדים לצרכי ציבור וביטול התניית אכלוסם של שטחי המגורים בהשלמת הקמתם; הדחיה לעת זו של הקמת מכלול הקליטה, שנועד לשמש לבדיקה רפואית ראשונית ולבירור מעמד הכלואים; והאפשרות להרחיב את המתקן חרף היעדרו של מתקן קבוע לטיהור שפכים העומד בתנאי התקן של משרד הבריאות. צוין, כי מבלי שנדרשה המועצה להוראותיו המפורטות של

השינוי שהורתה לערוך, העבירה את נוסחו להערות הועדות המחוזיות עוד באותה ישיבה מיום 19.6.12.

יח. בכל הנוגע לתמ"א 2/46 הפנתה העותרת בעיקר ללשון הגמישה של סעיף 3.ג. ל"הוראה לעריכת שינוי מס' 2 לתמ"א 46" – לפיה יובטחו לשוהים תנאי מחיה הולמים "בהתבסס ככל האפשר, על העקרונות שנקבעו בתמ"א 46, ובשינויים המתבקשים" – שנתקבלה אף היא באותה ישיבה של המועצה הארצית מיום 19.6.12. נטען, כי משמעות הדברים היא שיתרו סטיות משמעותיות מכלל ההוראות והאיזונים שנקבעו בתמ"א 46 מתחילה, כלפי אוכלוסייה של אלפי בני אדם ולתקופה ממושכת של מספר שנים.

יט. לעניין שינוי תקנות הפטור ציינה העותרת בין היתר, כי מאפשר הוא לפטור מהיתר עבודות מכוחה של תכנית רעיונית אשר אין ידועים תכניה והוראותיה הסופיים. נטען, כי במתן פטור מן הצורך באישורה של רשות הרישוי המקומית למשרד הביטחון ולצה"ל, נמנעת כל בקרה של מוסד תכנוני, ולוא מזערית ביותר כפי שקיימת בתקנות התקפות, וכי עקב כך מחריפה הפגיעה הקיימת בעקרונות התשתית של דיני התכנון. העותרת הביעה חשש בנוגע לאיכות התכנון שהתאפשרה בהליך אישור התיקון לתקנות, שארך יום אחד.

כ. התבקשה תגובת המדינה. צוין בה, כי על-פי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה חל גידול ניכר בקצב ההגירה הבלתי חוקית, ומשכך היצמדות לסד הזמנים ולקיבולת המתקן שנקבעו למימושה של תמ"א 46 מתחילה, תסכל את תכליתה. הוסבר בין היתר, כי שטחי "הפריסה המידית" שהוגדרו במתקן לפי תמ"א 1/46 הוגבלו לתקופה של 30 חודשים, ונקבעו באופן שיסב פגיעה פחותה ככל הניתן בהמשך ההקמה, בד בבד, של מתקן השהיה בהתאם לתכנית המקורית. עוד הוטעם כי לא ישהו בהם ילדים, נשים או משפחות.

כא. בתגובה טענה העותרת, כי ההצדקה להתערבות בית המשפט, כבר בשלב הביניים, נובעת משימוש הולך ומרחיק לכת של המדינה בקביעת הסדרים תכנוניים פטורים מהיתר מכוח סעיף 266 לחוק, תוך שלוחות הזמנים הקצרים אינם מאפשרים דיון תכנוני או ציבורי. עוד הציגה העותרת את נתוני המדינה, אשר עומדים בסתירה לטענתה, שכן מספרי המהגרים הבלתי חוקיים בישראל בחמשת החודשים הראשונים של שנת 2012 היו נמוכים, כנטען, מאלה שבחמשת החודשים האחרונים של שנת



2011. מעבר לכך צוין, כי עיון בפרוטוקול הדיון של המועצה הארצית מיום 4.1.11 מעלה, שגם עת אושרה תמ"א 46 מתחילה ברי היה, כי "המענה למספר המסתננים אינו בהגדלת המתקן עוד ועוד, אלא בטיפול נכון במסתננים, על ידי הקמת מערך תשאול, הבחנה בין פליטים לבין מהגרי עבודה והרחקה מהמדינה של מי שאינם זכאים להגנה" (דברי הגב' שוורץ, מנהלת מינהל התכנון במשרד הפנים). לפיכך נטען, לא התרחשו כל התפתחויות חדשות מבחינה עובדתית, שבגינן היתה הצדקה לצעדים שננקטו.

כב. בעקבות הדברים האמורים צירפה הועדה המקומית עמדתה לזו של העותרת, ופירטה את המגעים המרובים שניהלה עם המדינה בשנים האחרונות סביב הקמת המתקן, על מנת להתריע בין היתר בנוגע למפגעים תברואתיים שנדרש להתמודד עמם מבחינה תכנונית. כן נטען, כי במהות אין הצדקה תכנונית להקמת "עיר האוהלים" במתחם נחל רביב, המרוחק כ-5 ק"מ ממתקני סהרונים וסמוך לישובי המשיבה, כי מהלך זה יסגור את הגולל על פיתוח ההתישבות באזור פתחת ניצנה, וברי כי השלכותיו כמו גם חלופות תכנון אחרות לא נלקחו בחשבון בקפידה.

כג. נקבע, כי העתירה תידון שוב בפני הרכב, לאחר שתתקן בהתחשב בתיקון התקנות.

#### העתירה המתוקנת

כד. בעתירה המתוקנת מיום 15.7.12 נתבקשנו להורות על בטלות התקנות, על בסיס הנימוקים המפורטים מעלה. נטען, כי משקיימת תכנית מאושרת תמ"א 46, שמכוחה ניתן להוציא היתרים בלוחות זמנים קצרים, לא נועדו התקנות ותיקונן אלא כדי לעקוף את הוראותיה, ומדובר בפגיעה בלתי סבירה ומעבר לנדרש בזכויותיה של קבוצה מוחלשת, שלא לתכלית ראויה.

כה. הוטעם, כי "מתחם נחל רביב כבר הוקם בפועל מכוח בקשת פטור מהיתר שהוגשה לפי התיקון לתקנות הפטור, כאשר התכנית שאמורה להסדיר את הקמת המתקן בתא שטח זה טרם הופקדה, טרם נשמעו הערות הועדות המחוזיות והשגות הציבור שיוגשו לה וטרם התקבלה החלטה תכנונית בעניינן" (פסקה 45 לעתירה המתוקנת), וכי בכך סוכלה כל אפשרות אפקטיבית לדיון תכנוני, ציבורי או פוליטי בתכנית הרעיונית הנזכרת, ובאפשרות כי המועצה הארצית תדון בהשגות העתידיות

בפתיחות וללא דעה מוקדמת. לטענת העותרת, בתיקון התקנות הוכיחה המדינה שהשימוש בסעיף לא היה חריג ונדיר, וכי בכוונתה לעשות בו לאו דווקא שימוש במשורה, ובעיה זו מחריפה נוכח ריבוי השטחים ה"כפריים" במדינה בהם ניתן לכאורה לפנות לתקנות מכוח סעיף 266, על דרך פרשנותה של המדינה. כחיזוק לטענותיה באשר להיעדר מנגנוני בקרה מספקים, הביאה העותרת דוגמאות לבקשות המדינה לפטור מהיתר, שבהן מצאה ועדת הערר המחוזית פגמים רבים וחריגות מרובות מתמ"א 46, בעוד אלה אושרו על ידי מתכנן המחוז.

כו. בתגובתה ציינה המדינה בין השאר, כי נוכח תנודתיות מספרי המסתננים בעבר, מוקדם לקבוע האם ניתן לזהות מגמה חדשה לטווח הארוך בהפחתה הנטענת במספרים, הואיל ויש גורמים שונים שיכולים להסבירו: מזג האוויר, המצב במצרים ויישום החוק למניעת הסתננות.

הדיון השני בעתירה וההודעות שבעקבותיו

כו. בדיון שנערך בפנינו ביום 30.7.12 הטעימה המדינה, כי אף אם הייתה השתהות בלתי מוצדקת של מי ממשרדי הממשלה, אין הצדקה, כי הציבור ישלם על כך בעיכוב הליך הקמתו של מתקן השהיה. העותרת גרסה לעומת זאת, כי בעוד הנימוק לצורך בתקנות הפטור סומך על טענה עובדתית לפיה חלה עליה בקצב ההגירה הבלתי-חוקית דרך גבול מצרים, הנה לא זו בלבד שאין אלה פני הדברים כאמור, אלא שיש עוד מקומות פנויים במתקן סהרונים הקיים, ומשכך אין דחיפות אשר מצריכה המשך הרחבה של המתקן דנא ושימוש בלתי סביר בתקנות. בעקבות הדיון ניתנה ההחלטה הבאה:

"שמענו את טיעוני הצדדים. מדובר בסוגיה רגישה - רגישה מבחינות אחדות, הן מבחינת צרכיה של המדינה למצוא פתרונות לסוגיית אוכלוסיות השהים הבלתי חוקיים שגדלו והלכו, הן מבחינת צרכיהם האנושיים של השהים הבלתי חוקיים עד לבירור מעמדם ועניינם, והן מבחינת פרשנות דיני התכנון והבניה וחשש המדרון החלקלק משימוש עודף בסמכויות גורפות, כמו תקנות פטור, לפי סעיף 266 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. זאת - מה גם שהמדינה לא מיהרה להעביר את הכסף הדרוש לפעולות שנדרשו. שבנו ושקלנו ולא ראינו בשלב זה מקום לצו ביניים, בין השאר נוכח מעורבותה של המועצה הארצית והאחריות שנטלה עליה באשר לתקנות. אך איננו שקטים, ואנו סבורים כי על הרשויות לבחון עצמן באשר לצורך ולשימוש המעשי בתקנות הפטור והבניה מכוון בהתחשב

בעובדות בשטח, לרבות כמות המסתננים (האם אכן פחתה); זאת, בשעה שתכניות תמ"א 1/46 ו-2/46 נמצאות על האבניים, ובגדרי מידתיות, שכל ישר ולימוד מן הניסיון הישראלי. בנתון לכך ובנסיבות נבקש הודעת עדכון בתוך שלושה חודשים, ימי פגרה במניין. העותרת וכן משיבה 4 יוכלו להגיב תוך עשרה ימים לאחר מכן. בעקבות זאת יוחלט באשר להמשך הטיפול".

כח. בהודעתה המעדכנת האחרונה של המדינה מיום 19.11.12 צוין בין השאר, כי מספר המהגרים הבלתי-חוקיים שנתפסו בין החודשים יוני ואוקטובר אשתקד ירד ביחס למספרם באותה תקופה שנה קודם לכן. מבחינת התפוסה במתקני המשמורת השונים נמסר, כי מתוך 10,000 השוהים שנועד מרכז השהיה "חולות" לאכלס בהתאם להוראותיה של תמ"א 46, ניתן לקלוט בו לעת זו מעט מעל 4,000 איש, ובפועל מוחזקים בו כ-2,470 שוהים. כן מוכנות תשתיות להעמדת מבנים יבילים נוספים. עוד עלה, כי הוקם בחלקו מרכז השהיה נחל רביב, שהמשך בנייתו הוקפא בשלב זה, והמאפשר לאכלס כ-2,000 שוהים נוספים. ביני לביני הועברה תמ"א 2/46 להערות הועדות המחוזיות ולהשגות הציבור. כן נמסר, כי משרד הבטחון העמיד תקציב של 2 מליון ₪ להקמת מתקן טיהור השפכים הקבוע, וכי הרשויות הרלבנטיות מקדמות את הקמתו. לבסוף נמסר, כי לעת זו אין עוד צורך בבניה דחופה נוספת, וככל שלא יחול שינוי בנסיבות בהיבט זה, אין מתוכננות בקשות נוספות לפטור מהיתר בהתאם לתקנות, מלבד אלה שהוגשו כבר ומלבד מה שנמצא בהליכי הקמה. משאלה פני הדברים, כך נטען, דומה כי אין העתירה מגלה עוד עילה מבחינה מעשית ודינה להידחות.

כט. בתגובה (6.12.12) טענה העותרת, כי אין העתירה תיאורטית, שכן יש לקבלתה נפקות מעשית, הן באשר להליכי התכנון והרישוי שיחייבו את העבודות שטרם אושרה הבקשה לפטרן, הן בדמות הפעולות המשלימות שתחויב המדינה לבצע על מנת להכשיר עבודות שכבר בוצעו מכוח התקנות ותיקונן, תוך הגשמת תכליות החוק. צוין, כי המדינה אמנם התחייבה להתאים את הבניה למצב התכנוני המתגבש של התכנית, שטרם אושרה באופן סופי, אולם לא הגבילה התחייבות זו בזמן, ומשכך מתבקש בית משפט זה לתחמה. עוד התבקשנו לקבוע כי כל בקשות הפטור שאושרו על ידי מתכנת המחוז לאחר תיקון התקנות יפורסמו ברבים, כי על החלטותיה תהיה זכות ערר, וכי במקרה הצורך יועמדו גם לביקורת שיפוטית.

ל. לחלופין נטען, כי הסוגיה שהועלתה באה בגדר המקרים שלגביהם נקבע, כי יש להידרש לעתירה שאין עניינה אקטואלי עוד, שכן מעלה היא שאלות עקרוניות בנוגע לפרשנות הדין, החורגות מנסיבות המקרה הקונקרטי. הוטעם, כי השתלשלות העניינים מעוררת חשש, שבכל פעם שבה תנחה את מערכת התכנון תחושת דחיפות, יוביל שימוש דומה בסעיף 266 לחוק למעשה עשוי, בטרם יתאפשר להעבירו תחת שבטה של ביקורת שיפוטית, כפי שקרה בנדון דידן. משכך נטען, חיונית ההכרעה בשאלות שהועלו, לצורך הנחיית שיקול דעתו של שר הפנים בעתיד.

לא. לחילופי חלופין התבקש בית המשפט לחייב את המדינה בפרסום הודעה על כונתה לשוב ולהגיש בקשות בהתאם לתקנות, אם תהיה כזו, ולאפשר עיון בהן מבעוד מועד. כן התבקש בית המשפט לאפשר לעותרת לחדש את עתירתה בנסיבות אלה.

לב. בתגובת הועדה המקומית צוין, כי המדינה הותירה את התקנות על כנן ליתר ביטחון, בעוד שאת הליכי התכנון של תמ"א 1/46 ותמ"א 2/46 שנועדו להגשים את אותן תכליות – הקפידה. נטען, כי האחרונה מבטאת את היעדר הנחיצות בקיומו של מסלול מהיר להרחבת מתקן השהיה, וממילא, את היעדר ההצדקה לקיום התקנות.

#### הכרעה

לג. לפתחנו הונחה מחלוקת באשר לפרשנות הראויה של סעיף 266 לחוק, שמכוחו התקין שר הפנים את התקנות נשוא העתירה. הפעם האחרונה שבה נעשה שימוש דומה בסעיף זה – קרי, שניתן לעבודות פטור מהיתר בלא שהן תואמות את הוראותיה של תכנית מאושרת – היתה בשנת 2005, במהלך הקמת ההתישבות בעבור מפוני חבל עזה וצפון השומרון באזור מרחב ניצנים. ארגוני סביבה עתרו כנגד השימוש האמור בסעיף, והעתירות נדונו בבית משפט זה בפני הרכב מורחב ((בג"ץ 4827/05 אדא טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים (2005)). אף שבפסק דינה ציינה השופטת (כתארה אז) נאור, כי "הצדדים הציבו לפתחנו שאלה שאינה קלה, הנוגעת לפירושו של סעיף 266 לחוק התכנון והבניה" (שם, בפסקה 9), נדחו העתירות מחמת הפיכתן לתיאורטיות.

לד. מאותו טעם, משהתחייבה המדינה בענייננו, כי לעת זו לא תוסיף עוד לעשות שימוש בתקנות, ובכפוף לאשר ייאמר להלן, לא מצאנו אף אנו להידרש לעתירה לביטולן כמות שהיא. הכלל הוא שאין בית המשפט דן בעניינים שניתן להביאם

להכרעה בעת נחיצות אופרטיבית וקונקרטיה ושלעת זו אינם אקטואליים (בג"ץ 73/85 "כך" נ' הלל – יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 146 (1985); ע"א 7175/98 המוסד לביטוח לאומי נ' בר מימון בע"מ (2001); בג"ץ 10026/04 פועלים אי.בי.אי חיתום והנפקות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (2005)), (עע"מ 5933/05 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, אגף רכש והתקשרויות (2006); ואולם, בכך לא סגי. סבורים אנו כי יש לומר דברים אחדים שינחו את הרשויות בהמשך, מתוך מבט רחב המתחייב בדיעבד אל כגון דא.

לה. סעיף 266 לחוק התכנון והבניה מצוי בפרק י"א לחוק, שעניינו שונות. נוסחו הובא מעלה בפסקה ד'. המדובר בסמכות שאינה שגרתית, בחינת חריג, בודאי על פי פרשנות עידננו, כפי שיפורט להלן. דבר זה צריך שיהא לנגד עינינו בבואנו לדון בתקנות.

לו. אכן, אין דעתנו נוחה די הצורך מהתנהלות הדברים. בתוך עמנו אנו יושבים, ולא נעלמו מעינינו השלכותיהם של הגלים ההמוניים של הגירה בלתי-חוקית והסתננות עמם נדרשה המדינה להתמודד לאורך תקופה. ואולם, מן הנתונים שהוצגו על-ידי הצדדים עולה לכאורה, כי כבר בעת שהוחלט על תיקון התקנות ספק אם היתה הבהילות שהוצגה בפני המועצה הארצית ובפני שר הפנים כצעקתה, לא כל שכן בהמשך. טחנות החקיקה טוחנות לאט, ועל כן, עמד על כך הנשיא ברק בפרשת ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות - רכבת ישראל נ' אביגדורוב (2005), כי "סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד... שיקול הדעת צריך להיות מופעל על פי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי... הפעלת שיקול הדעת המינהלי בהקשר הזה מחייבת עריכתו של איזון ראוי בין ערכים ואינטרסים מתנגשים" (שם, בפסקה 5), ובענייננו זכויות האדם של השוהים במתקן מזה, שמירה על טובתם של תושבי האזור מזה, ושמירה על מרקם החיים של כלל תושבי המדינה מזה.

לז. פשיטא, כי סד הזמנים שבו נתקבלו ההחלטות בענייננו לא איפשר לשר הפנים לשקול את הפעלת הסמכות הנטענת על בסיס תשתית עובדתית מלאה ומפורטת, כנדרש בהתאם לכללי המינהל (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' פרק 14 (2010) (להלן ברק-ארז); יצחק זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו) כרך ב' 733-739). כך, אף שהמדינה טענה היא עצמה, כי השימוש בסמכויות חריגות מעין אלה צריך שיעשה במשורה. בהיעדר הקפדה על הליך מינהלי תקין, דומה שהתקנות מגלות – מכל מקום, באופן מסוים – שימוש גורף יתר על המידה בסמכות החריגה. בעע"מ

8489/07 ריכטר נ' ועדת המשנה הנקודתית של הועדה המחוזית (2008) מנה השופט (כתארו אז) גרוניס את תכליותיו היסודיות של חוק התכנון והבניה ואת צרכי השקיפות ושיתוף הציבור (פסקאות 14-16). בין היתר נמנית חשיבותם של מוסדות התכנון וההיררכיה שלהם; או גם שיתוף הציבור בהליך התכנון: "הזכות להתנגדות... חשובה הן מנקודת מבטו של הפרט, המבקש להיאבק נגד תכנית הפוגעת בו במידה שאינה מוצדקת לדעתו. והן מנקודת מבט כלל חברתית. זאת, שכן על-ידי העלאת התנגדויות ודיון בהן נחשפים היתרונות והחסרונות של התכנית. כך שבפני מוסד התכנון ייפרשו מלוא הנתונים והשיקולים החשובים להכרעה". בהיקש לענייננו, יש במובהק מיתאם הפוך בין שימוש בסמכויות חריגות לבין שיתוף הציבור, וזאת על הרשות להביא בחשבון כדבעי.

לח. נושא דומה – שם בהקשר הבטחוני – עלה בעצ"מ 2408/05 הושעיה ישוב קהילתי כפרי של אגוד המושבים נ' מדינת ישראל משרד הבטחון (2007) (להלן עניין הושעיה). באותה פרשה, הוקם בסיס צבאי גדול בצמוד לישוב הושעיה שבגליל, תוך שימוש בסמכויות החריגות המוקנות לוועדה למתקנים בטחוניים לפי פרק ו' לחוק, לפיהן יכולה היא להתיר בניה שאינה כפופה כל עיקר לתכנית החלה על מקום הבניה; ובהיעדר כפיפות לתכנית, כמובן גם אין שיתוף של הציבור. הובעה שם דעתנו, כי בהיות מאפייני המחנה לוגיסטיים ברורים ובהיותו גלוי לציבור, הגם שהיתה הועדה מוסמכת לכך, לא היתה בנסיבות הצדקה לשימוש בסמכות זו. בחוות דעתי נכתב:

"על הולמ"ב ליתן היתר התואם את התכנית אשר חלה על מקום המיתקן הביטחוני, אך בהתקיים נסיבות המצדיקות סטייה מההיתר, אף שיש בהן משום סטייה ניכרת, רשאית הולמ"ב ליתן את ההיתר בניגוד לכל תכנית תקפה; בזאת ייחודו של ההקשר הביטחוני בפרק ו'... להודיענו כי אין היתר זה שקול לתכנית, וכי השימוש בו בניגוד לתכנית הוא הכרח בלבד, גם אם לא אחת הכרח בל יגונה.

...

סמכות זו יסודה בדין אולם על הולמ"ב להשתמש בה לא כשיגרה, אלא אך כאשר צרכי הביטחון של המדינה והגנת הכלל מחייבים זאת. פעמים שיש דחיפות יתרה בהקמת מתקן ביטחוני; פעמים שהאינטרס הביטחוני מחייב הקמת מתקן ביטחוני אף ללא שיוודע לרבים כי המבנה המוקם הוא מתקן ביטחוני, אם כי דבר זה בנסיבות הישראליות מן הסתם לא יהא שכיח; בכגון אלה יש הצדקה להפעיל את סמכות הולמ"ב ליתן היתר בניה בניגוד לכל תכנית, שוב כהכרח בל יגונה.

...

דרך המלך היא כי הולמ"ב תיתן היתר בניה התואם את התכניות החלות על מיקומו של המתקן הבטחוני".

(עניין הושעיה, בפסקאות ה. (25)-ה. (27) (ההדגשות הוספו – א"ר).

לט. מששב ועולה עניין זה, נאמר מה לעניין סעיף 266 גופו. הוראה זו של החוק לא נשתנתה מיום שנחקק, ומשקפת היא את הלך הרוח של אותה תקופה, העשור השני למדינה, בה היו למדינה סמכויות למכביר, ואך לראשונה הוחלו עליה בסעיף 259 חובות לפי חוק זה (דברי הכנסת, 43 2337 (התשכ"ה)), ביניהן פעולה בשקיפות ומתן אפשרות לציבור להשיג על תכניותיה. ואולם, "מה שהיה חידוש מתקדם בשנת 1965 לא בהכרח תואם את עידננו" (עניין הושעיה, בפסקה ה(1)), שכן רוח הזמן שורה על לשון החוק ומחדשת את משמעותה עם חלוף העיתים (השוו: ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית פ"ד מז(5) 189, 199 (1993); בג"ץ 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (14.5.12), בפסקה 35; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 57-60 (2004)). כיום, לא זו בלבד שחובות אלה חלות על המדינה במישור העקרוני-ערכי, כי אם נתפשות הן כדרושות ביחסים שבין הרשות הציבורית לפרט, בהיגזרן "מאופיה הדמוקרטי של המדינה, מחובת הנאמנות של נבחרי הציבור ומזכות הציבור לדעת" (בג"ץ 527/74 ח'לף נגד הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז הצפון, פ"ד כט(2) 319, 328; בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 230 (2000); ברק-ארוז, בעמ' 295-296; דפנה כרמון ורחל אלטרמן התשמע קולי?! הזכות להתנגד בפני מוסדות התיכנון בחוק ובפועל 71-72 (2011)). בהקשר זה הטעים השופט (כתארו אז) מ' חשין:

"דין התכנון והבניה בונה עצמו (בין השאר) על שני עקרונות תשתית האחוזים וקשורים זה בזה לבלי הפרד: עיקרון השקיפות ועיקרון שיתופו של הציבור בהליכי אישורן של תכניות. עקרון השקיפות נקבע (בין השאר) בהוראת סעיף 89(א) לחוק, ולפיה הודעה על הפקדת כל תכנית תפורסם ברשומות, בעיתון, במשרדי רשויות מקומיות ועוד. ראו עוד הוראות הסעיפים 1א (פרסום בעיתון – מהו) ו-90 ואילך לחוק. הפרסום על דבר ההפקדה מביא לידיעת הציבור את דבר התכנית המיועדת; המעוניינים רשאים לעיין בתכנית (סעיף 96 לחוק), ואם רואים הם את עצמם נפגעים, קונים הם זכות להגיש התנגדותם לתכנית ולטעון טענותיהם (סעיפים 100 ואילך לחוק). זכות זו שואבת כוחה מחובת ההגינות המוטלת על הרשות ומבטאת היא עקרון יסוד ולפיו אין פוגעים בזכות או באינטרס לגיטימי של אדם בלא לשמוע אותו תחילה; ממקדת היא את תשומת הלב בנושאים אלה ואחרים שהמתנגדים מעוניינים בהם,

ולמותר לומר ששקיפות ההליך מבטיחה באורח מירבי את תקינות פעולתה של הרשות. ראו: ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות' – חברה קבלנית בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד לו(1) 337, 364 (מפי השופט ברק); ע"א 2962/97 ועד אמנים – חוכרים ביפו העתיקה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב, פ"ד נב(2) 362, 378-379; יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (נבו תשנ"ו-1996, כרך ב) 800, 834 (זמיר). נוסף עוד זאת, כי שיתוף הציבור בקבלתן של החלטות מהווה שלוחה לעיקרון הדמוקרטי המקובל, בייחוד כך בנושאי תכנון, בניה ואיכות הסביבה המשפיעים במישרין על היחיד ועל הכלל" (עע"ם 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 673, 691 (2001) (להלן עניין אדם טבע ודין)).

על רקע זה נידרש לשתי השאלות שעליהן נסבה המחלוקת הפרשנית שבפנינו: האם כפוף הפטור בסעיף 266 מהיתר לעבודה או שימוש כלשהם, כך שעל האחרונים להתאים לתכנית שבתוקף; ומהו אופיים של העבודה או השימושים שנועד הסעיף לפטור.

מ. ההכרה בחיוניותו של תכנון שיטתי של פיתוח הערים והתרחבות להתפתחות המדינה, ותרומתו לשמירה על בריאות תושביה וקידום גשוגם, מצאה את ביטויה לראשונה במחוזותינו בדמות פקודת בנין ערים (Town Planning Ordinance, 1921) (P.G. No.3), שנחקקה על ידי הנציב העליון בשנת 1921. אף טרם שקעה האימפריה העות'מאנית, החזיקו הרשויות המקומיות בסמכויות תכנוניות מסוימות, שנגעו להקמת בניינים ולסידור הרחובות, וכן נאסרה בניה של כפר חדש או אף שכונה חדשה אלא ברשיון הממשלה (חוק העברת נכסי דלא נידי (1331)), משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 493 (מהדורה שניה, 1953) (להלן: דוכן)). בשנת 1918 אף נאסרה כל בניה בשכונות ירושלים ללא קבלת היתר, אולם לא היה אז בנמצא חוק תכנון כללי (CH M. GOADBAY & MOSES J. DOUKHAN, THE LAND LAW OF PLESTINE) (1935) 332-333 (להלן: גודבי ודוכן), דוכן בעמ' 358). בהקדמה לפקודת בנין ערים נכתב, כי היא נחקקה במטרה:

"to secure the orderly planning of towns and to control the erection of buildings and the laying out of streets within certain areas with a view to securing the proper development of such areas in the interests of public health, the amenity of the neighborhood and the general welfare of the community".



סעיף 34 לפקודה הורה, כי מעת שמוקם 'מרחב תכנון' בצו, אין לבצע עבודות בנין או סלילה כלשהן ללא קבלת היתר מן הועדה המקומית; וסעיף 35(a), שכותרתו היתה "Powers of Local Commission after scheme is in force" הורה, כי מיום שנכנסה תכנית לתוקפה, לא יינתן היתר, אלא בהתאם להוראות התכנית. יתרה מכך, במטרה לודא כי התכלית שלשמה נועדה התכנית תוגשם, נקבע בפסקה (b) של אותו סעיף, כי לועדה המקומית יש סמכות להוציא לפועל כל עבודה, שמחובתה של כל ישות לבצע על פי התכנית, אם עיכוב ביצועה עשוי לפגוע בתכלית האמורה; ובפסקה (c) נקבע, כי ניתן יהא לגבות את ההוצאות בגין עבודה זו מן הישויות שלחובתן השיהוי בביצועה. סעיף 14 לפקודה, כפי שתוקנה בשנת 1929, הוסיף על האמור, כי משהחליטה הועדה המקומית על הכנת תכנית, מחובתה לפרסם על כך הודעה, אשר כבר בעקבותיה רשאית הועדה המרכזית להתנות את היתרי הבניה באותו איזור (Town Planning (Amendment) Ordinance, 1929, P.G. No.36), באופן שלא יהיה בבניה כדי לסתור את התכנית שבדרך או לפגוע בה (יאיר הורביץ "תכנון ובניה – היתר בניה ללא תכנית? תכנית ללא פירוט?" משפטים טז 234, 240-241 (1986) (להלן: הורביץ)). ולפי סעיף 15 לאותה פקודה כתיקונה, שכותרתו היתה "Building permits to be granted in accordance with scheme after deposit", כבר מאז הופקדה התכנית, לא יינתן היתר בניה אלא בהתאם להוראותיה, זולת אם ניתנה לכך הסכמה של הועדה המרכזית (דאז) במיוחד. אף הפקודה כתיקונה בשנת 1936, בגלגולה האחרון לפני שלימים בא לעולם החוק תחתיה, שמרה על אותם עקרונות, בשינויים המתחייבים מהקמת הועדות המחוזיות (Town Planning (Amendment) Ordinance, 1936, Secs. 13(1) – 13(2), 21, P.G. (No.28)). עיון בפקודה על גלגוליה מעלה איפוא, כי התכלית ביסוד הדרישה לקבלת היתר בטרם יוחל בביצוע עבודות בנין או סלילה כלשהן, היתה וידוא מימושו של מוסד התכנון בשני מישורי זמן שונים: למנוע סיכול של תכנית עתידית באמצעות עבודות אלה, ופיקוח על התאמתן לתכנית קיימת. יצוין, כי הנציב העליון לא מצא להחריג את הכלל המחייב את כל עבודות הבניה במרחב תכנון בקבלת היתר.

סעיף 16 לפקודה משנת 1936 חייב את הועדה המקומית לפרסם את דבר הפקדתה של תכנית חדשה, וסעיף 17 לפקודה איפשר לבעלי עניין להביע את התנגדותיהם להוראותיה, וחייב את הועדה המחוזית לשקול כל התנגדות, ולערוך בה שינויים בהתאם לצורך. דומה איפוא, כי כבר לנגד עיניו של הנציב העליון עמדו עקרונות השקיפות ושיתוף הציבור הנזכרים. ברם, נראה שככל שעמדה התכנית החדשה בסתירה לתכנית תקפה יכלו עקרונות אלה לבוא לידי ביטוי, רק במידה שבה היתה הקפדה על כך שההיתרים יהלמו את הוראות התכנית הקיימת עד גמר הדיונים בהתנגדויות, שאם לא כן עלולים היו המתנגדים לעמוד בפני מעשה עשוי.

מא. בשנת 1965 החליף את פקודת בנין ערים, כאמור, חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. שעה שנדון ביום 14.5.63 בקריאה ראשונה בכנסת, אמר עליו שר הפנים משה חיים שפירא ע"ה, כי:

"התכנון במדינה מודרנית חייב למלא שתי משימות יסוד, האחת – לקבוע את המדיניות הרצויה להתפתחות הפיזית של המדינה בהווה ובעתיד, וזאת לאור תצפיות גידול האוכלוסייה, מקורות פרנסה קיימים ועתידים, שטחי קרקע הראויים לשימושים שונים ויתר המשאבים הקיימים והצפויים במדינה. והמשימה השניה – לכוון את פעולות הבניה והפיתוח לפי מדיניות זו ולפקח עליהן בהתאם לכך" (דברי הכנסת 37 1828 (התשכ"ג); ההדגשות הוספו – א"ר).

קרי, השר הבחין אף הוא בין מלאכת התכנון שנועדה להתוות את מדיניות הבניה והשימושים לבין מלאכת הרישוי, אותה חילק ליעד של הכוונה ויעד של פיקוח. בהתאם, בין הוראותיו של פרק ה' לחוק, שכותרתו "רישוי", מצאו את מקומם כלל העקרונות שראינו בפקודת בנין ערים, אשר מכפיפים את מתן היתרי הבניה לשלבים השונים של הליכי התכנון. כן נשתרשה זה מכבר בפסיקה העמדה, כי משעה שיש תכנית אין ליתן היתר בניגוד לה כל עוד לא אושרה תכנית חדשה במקרקעין שבנדון, אלא על-פי הוראה מפורשת בחוק (פסק דינו של הנשיא לנדוי בעניין לוי, בעמ' 105; בג"ץ 18/82 חברה קדישא גשח"א ת"א נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה תל-אביב-יפו, פ"ד לח(1) 715, 701 (1984); ע"א 7654/00 ועדת ערר מחוזית חיפה נ' חברה לבנין הירדן בע"מ, פ"ד נז(2) 904, 895 (2003); הורביץ, בעמ' 241, 243). גישה זו מתישבת עם השכל הישר, שכן מונעת היא ריק בתחום התכנון "בין גברא לגברא", בין תכנית לתכנית.

מב. סעיף 145(א) לחוק, יחד עם תקנות התכנון והבניה (עבודות ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967, ק"ת תשכ"ז, עמ' 2291, על תיקוניהן, מחייבים בהיתר כמעט את כל פעולות הבניה והשימוש במקרקעין, וסעיף 266 דנן מהווה חריג מובהק וייחודי להוראה זו. הסעיף לא נכלל בהצעת הממשלה לחוק התכנון והבניה, התשי"ט-1959, הצעות חוק 389, ואף לא בגרסת הצעת חוק התכנון והבניה, תשכ"ג-1962, הצעות חוק 532, אשר נידונה בקריאה ראשונה בכנסת. יתרה מכך, אף שלא היתה באותה קריאה התייחסות לצורך בקיומו (דברי הכנסת 37 1827-1845, 1891-1879, 1969-1955 (התשכ"ג)), הוא הופיע לראשונה בתור סעיף 263 בהצעת החוק שהונחה לפני הכנסת בקריאה השניה והשלישית (דברי הכנסת 43 2399 (התשכ"ה))

ואף בדיונים אלה לא הוזכר עניינו ולא נומקה הופעתו (דברי הכנסת 43 2336-2349, 2408-2375, 2426-2414, 2577 (התשכ"ה)).

מג. ברם, "את המשמעות המשפטית של היחידה החקיקתית יש ליתן, בראש ובראשונה, במסגרת תכלית החקיקה כפי שהיא עולה מהחוק כולו" (ברק, בעמ' 306; ראו גם ע"א 406/46 פרל נ' זלצמן, פ"ד ב(1) 114, 118, 120 (1949), מפי השופט (כתארו אז) אגרנט; בג"ץ 92/52 ד"ר דיב נ' המפקח על המזונות 1079, 1983 (1952), מפי השופט זוסמן). אשר לתכלית החקיקה של חוק התכנון והבניה כתב השופט (כתארו אז) שמגר, כי:

"[החוק] ביקש להתוות דרכים לפריסתה של רשת תכניות על פני המדינה כולה ולגבי מרחב תכנון מקומי קבע הוראות מפורטות לענין הכנתה, עריכתה, הפקדתה ואישורה של תכנית מיתאר מקומית ושל תכנית מפורטת, הוראות אלה לא נועדו כמובן למען תפארתו של התכנון כמטרה בפני עצמה אלא נתלוותה להן מגמה מרכזית והיא הבטחת זכויותיו של האזרח וקיום רמה נאותה של איכות החיים, וזאת על-ידי קביעת דרכים לבדיקתה של תכנית, בחינתה על-ידי מבינים בדבר, קביעת סייגים ותנאים וכיוצא באלה אמצעים שנועדו לקבוע דפוסים בהירים וחד-משמעתיים לגבי העשייה המותרת על קרקע פלונית, בכל הנוגע לתכנון ולבניה. אם נפנים אנו למשל להוראות בדבר הפקדת תכנית והשמעת התנגדויות, ברור בעליל שהמחוקק ביקש למנוע תכנון בסתר והפתעות לאזרח..." (בג"ץ 157/77 לוי נ' שר הפנים, פ"ד לב(2) 100, 106-107 (1978) (להלן: עניין לוי)).

כידוע, הימים היו ימי פיתוח מואץ בארץ, ותהליך גיבושה של הצעת החוק נעשה בתקופה שבה פעלה המדינה במרץ לקיבוץ הגלויות ולקליטת גלי העלייה ההמונית שהגיעו במהלך שנות החמישים, תוך מגמה ליישב את אזורי הספר ולפזר את האוכלוסיה על מנת שלא יִנְצְרו ריכוזים גדולים מדי בערים המרכזיות. בהתאם נודעה חשיבות גבוהה, בין היתר, לתכנון פיסי וכלכלי כולל ברמה האזורית והארצית (דבורה הכהן "התכנית ל'קליטה ישירה' של העלייה ההמונית בשנות החמישים ותוצאותיה" עיונים בתקומת ישראל 1 359, 360, 362-364, 373 (1991)), ופיזור האוכלוסיה ניצב כתכלית מיוחדת בבסיס החוק (ראו דבריו של השר משה חיים שפירא, דברי הכנסת, 37 1828 (התשכ"ג); דבריו של חבר-כנסת דוד הכהן: דברי הכנסת, 37 1957 (התשכ"ג); וכן דבריה של ח"כ בבה אידלסון: דברי הכנסת, 37 1964 (התשכ"ג)).

מן ההקשר ההיסטורי ניתן ללמוד, כי היה בסעיף 266 כדי לקדם את תכלית פיזור האוכלוסין, באמצעות מתן אפשרות לזירוז הליכי הבניה באזורים הכפריים. ואולם, השר ח"מ שפירא הזהיר בדיון הנזכר בכנסת מיום 14.5.63, כי:

"מבחינה טכנית מתבצעת מדיניות התכנון בהכנת תכניות ארציות, אזוריות ומקומיות, הנותנות ביטוי לכללי התכנון על מפת הארץ. לאחר שהתכניות מוכנות יש 'רק' לדאוג לכך שהבניה והפיתוח יבוצעו למעשה בהתאם לתכניות ולא יחרגו מהן. כמובן, אין הדברים פשוטים כל כך; קודם לביצוע הטכני חייבים אנשי התכנון... להתגבר במקרים רבים על הנטייה להעדיף שיקולים של נוחיות הביצוע המיידית על פני השמירה הקפדנית על העיקרון התכנוני ארוך-הטווח" (דברי הכנסת 37 1829 (התשכ"ג); ההדגשות הוספו – א"ר).

דומני איפוא, כי לא ניתן ללמוד מן הסקירה, שהסעיף נועד להעניק פטור גם מקום, שבו בהיעדר פיקוח באמצעותה של דרישת ההיתר יכול שתסוכל תכליתה של תכנית קיימת או של זו שבדרך. הנה, באשר לתחולת החוק על המדינה, הביע עמדתו חבר הכנסת דוד הכהן בישיבה מיום 3.6.63, כי "לפי דעתי כל בניה ממשלתית חייבת בתכנית מתאר... ייתכן ואפשר לפטור מחובה זו רק בניה לצרכי בטחון מובהקים, אבל אין זה חל, למשל, על בנין למשרד הבטחון..." (דברי הכנסת 37 1959 (התשכ"ג); ההדגשות הוספו – א"ר); ראו גם דבריו של חבר הכנסת חיים לנדאו: דברי הכנסת, 37 1834 (התשכ"ג); וכן דבריו של חבר הכנסת מרדכי ביבי: דברי הכנסת, 37 1887 (התשכ"ג)). בדומה ציין יו"ר ועדת הפנים יעקב ריפתין בפתח הדיון מיום 30.6.65 לקראת הקריאה השניה והשלישית, כי "נקבע גם יוצא מן הכלל אחד לגבי הפרוצדורה, והוא נוגע לאובייקטים בטחוניים... אובייקטים בטחוניים במלוא מובן המילה, כלומר, אובייקטים שבעת הטיפול בהם יש צורך בסודיות..." (ד"כ, 43 2337 (התשכ"ה); ההדגשות הוספו – א"ר). מן הדברים האמורים עולה, 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. חריג בטחוני זה בא לידי ביטוי בסעיף 160 לחוק, הקבוע בפרק ו'.

מד. כך היה עת נחקק החוק, כך בודאי כיום, שכן "נושאים כמו שקיפות, איכות סביבה, מעורבות הציבור, בודאי בכל הנוגע לענייני ביטחון לא נודעו, או כמעט לא נודעו, בימי חקיקתו של החוק ובעשורים משכבר, והם לחם חוק בעידננו, כערכים מרכזיים במינהל הציבורי ובאיכות חיינו. פעפועם של ערכים אלה לתוך המשוואה

הבטחונות הוא מחויב המציאות" (פסק דיני בעע"מ 3151/06 חברה פלונית נ' הועדה למתקנים בטחוניים מחוז חיפה (2007), בפסקה י"ג (ההדגשה הוספה – א"ר); אורן פרו ואסתר רוזנבלום "המאבק הסביבתי להצלת חוף עתלית" מחקר משפט כג-404 398 (2007)). בהתאם, אף החריג הבודד בפרק ו' צומצם מאוד לאחרונה, בעקבות הפסיקה, עם הפצתו של "נוהל לטיפול בבקשה להיתר להקמתו של מתקן בטחוני" על-ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לעניינים אזרחיים במארכ 2009. נוהל זה מסייג את האפשרות להתיר בניה בטחונות בסתירה למצב תכנוני תקף לנסיבות חריגות ומוגדרות, ואף בהתקיים אלה, מחייב לערב את הציבור ככל הניתן בהליכי התכנון (משרד הפנים השירות התכנוני 6 (2009) [http://www.moin.gov.il/OfficeUnits/PlanningAdministration/Documents/Tichnun\\_Maidaon06.pdf](http://www.moin.gov.il/OfficeUnits/PlanningAdministration/Documents/Tichnun_Maidaon06.pdf)). ואכן, כמו כדי להבטיח שלחריג שקבע המחוקק לא יוספו אחרים, מורנו סעיף 132 לחוק בכל הנוגע לתקנות לפי פרק י"א, שבין הוראותיו נכלל סעיף 266, כי: "אין בכוחן כדי לפגוע בתכנית שאושרה כדין לפני התקנתן".

מה. אכן יתכנו מקרים, כפי שהיו גם בעבר, בהם יש הצדקה לקיים הליך תכנוני שונה, המאזן בין אינטרס בהול של הציבור בכללותו לבין זכויות ואינטרסים אחרים הנוגדים לו, והמחוקק נאלץ לבנות לשם כך כלי שהוא הרע במיעוטו (עע"מ 963/11 הועדה המחוזית לתכנון ובניה נ' אבי יצחק (2011), בפסקה מ"ד). סעיף 266 מצוי על ספר החוקים, ואיננו מקלים ראש בכך כל עיקר, אך הפרשנות – כאמור בענין הושעיה בהקשר הבטחוני (ראו פסקאות ה(5)-ה(6)) – צריכה להביא בחשבון את המקום והזמן בהם אנו מצויים כיום (ראו גם אהרון ברוכין, עמירם אורן ורפי רגב "האם מתערער מעמדה התכנוני (החוקי) המיוחד של מערכת הביטחון?" מקרקעין 5/19-18 (2008); עמירם אורן ורפי רגב ארץ בחאקי: קרקע וביטחון בישראל (2008); עמירם אורן, אבגד מאירי, אהרון ברוכין ורפי רגב "תחילת השינוי בתהליך מתן היתר לבנייה בטחונות תכנון 2-6 57 (2009)). משנאלצה המדינה להתמודד למשל עם ממדיה הבלתי צפויים של העליה ההמונית שהחלה בשלהי שנות ה-80, הוחק בכנסת ביוזמת משרד הפנים חוק הליכי תכנון ובניה (הוראת שעה), התש"ן – 1990 (להלן – חוק הליכי תכנון ובניה), שמטרתו היתה "לקבוע, כהוראת שעה, הסדרים מיוחדים לאישור תכניות בניה, לשם היערכות דחופה למתן פתרון לצרכי הדיוור והתעסוקה במדינה – לקליטת עליה, זוגות צעירים ומחוסרי דיור ותעסוקה" (סעיף 1). על מנת להגשים תכלית זו, הקל חוק הליכי תכנון ובניה בסעיף 5 מן החוק העיקרי, בין היתר במתן עדיפות לתכניות המוגשות לפיו על פני כל תכנית אחרת וקיצור שלבי אישורן, בהם המועדים למתן החלטות, הגשת התנגדויות ועררים. כן הוקמו לצורך הטיפול בתכניות לפי חוק זה ועדות שיוחדו לכך (סעיף 3). מנגד, על-מנת לאזן במידת

האפשר את הפגיעה בזכות להתנגד הנובעת מקיצור המועדים, חייב אותו סעיף 5 את הפקדתה של תכנית לפי חוק הליכי התכנון והבניה בפרסום נרחב יותר (אינג' שמואל סגל רישוי בנייה – ההיבטים המשפטיים של הליכי הרישוי 210 (1992)). איזונים דומים ניתן למצוא בחוק הליכי תכנון ובניה להאצת הבניה למגורים (הוראת השעה), תשע"א-2011, שנועד להתמודד עם מצוקת הדיור העולה בכותרות חדשות לבקרים. עינינו הרואות, כי אף בהינתן צורך בהול בבניה מיידית, אין המחוקק מוותר על דרישת קיומה של תכנית מאושרת לשלביה בטרם יוחל בבניה, כי אם מוצא דרכים מידתיות יותר לזרז בהן את הליכי התכנון. אמנם, תיתכן שאלה – החורגת מעניינה של עתירה זו – כיצד מזורזים ההליכים, והאם אילו היו הליכי האישור ה"רגילים" במערך התכנון והבניה זריזים יותר כראוי להם, בחינת "אין מזרזין אלא למזרז" (בבלי מכות כ"ג, א'), היה קיים הצורך ב"זירוז חקיקתי" חריג, כל עיקר.

מו. כעולה מן האמור וכיוצא בו, אין הפטור שמאפשר סעיף 266 להעניק לעבודות ושימושים מהיתר, פוטר אגב אורחא אף מן החובה להלום את הוראותיה של תכנית תקפה (השוו לדבריו של השופט (כתארו אז) חשין בעניין אדם טבע ודין, בעמ' 713-712; וכן בעע"מ 10112/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז ירושלים, פ"ד נח(2) 817, 833-834 (2003)). מכאן למדים אנו, כי העבודות והשימושים שיכול השר להחיל עליהם את הפטור מתאפיינים בכך, שאין חשש כי בעשותו כן יסוכלו התכליות שלשמן מוגבלים הליכי הבניה במתן היתר מתחילה – קרי, אין חשש – במצטבר – שיסתרו את הוראותיה של תכנית תקפה או כזו שבדרך. שימוש כגון דא נעשה למשל בתקנות התכנון והבניה (פטור מהיתר לעבודה לצורכי מרעה בקרקע חקלאית באזורים כפריים ותנאים), תשס"א – 2001, אשר הגדירו באופן מפורט ומדויק מהי עבודה לצורכי מרעה, והתירו שתהא פטורה מהיתר מקום ש"בנכס מותר לעשות שימוש חקלאי על פי הוראות תכנית תקפה" (תקנה 2(2); ההדגשה הוספה – א"ר). אף במסגרת צרכי שעה נעשה שימוש הולם בסעיף 266, תוך הקפדה מרבית שלא לפגוע בייעוד המאושר של הקרקע ולא לחרוג מן השימושים המותרים לפיו, בתקנות התכנון והבניה (פטור מהיתר לעבודה להצבת מבנים באזורים כפריים לתושבים שבינם נשרף בשריפה באזור הכרמל, ותנאים) (הוראת שעה), התע"א – 2010, אשר נועדו לספק בדחיפות מבני מגורים ומבני ציבור זמניים במקום אלה שנשרפו בשרפה הגדולה בכרמל, ובהן מורה תקנה 2(2), כי המבנים הזמניים ימוקמו בהתאם לשימושים המותרים "על פי תכנית מאושרת" (ההדגשה הוספה – א"ר), ולפי תקנה 2(3) "המבנה הזמני יוצב בסמוך ככל האפשר לשטח הבינוי העתידי של בתי הקבע של התושבים שבינם נשרף, או מבני הציבור שנשרפו בהתאם לתכנית המאושרת כאמור בפסקה 2(2) (ההדגשה

הוספה – א"ר). אף שנדרשה בניה מסיבית יותר במקרה זה, לא היה חשש, כי העבודות יחגגו מן הבניה שכבר ניתן לה היתר בעבר, ולפיכך הלמו את תכלית הסעיף.

אכן, עוד נעשה שימוש בסעיף לתקנות התכנון והבניה (פטור מהיתר לעבודה או שימוש במתקני בזק באזורים כפריים), התשנ"ה-1995, שנועדו לחבר אזורים כפריים ביעילות לרשת הטלפון הארצית, ועוסקות בבניה שמטבעה אינה משפיעה על הסביבה באופן ניכר. שימוש מקל למדי בסעיף 266, היה השימוש הראשון שנעשה בו, שעה שהותקנו תקנות התכנון והבניה (פטור מהיתר לעבודה או שימוש במבני מגורים זמניים באזורים כפריים), התשנ"א-1991, כדי ליצור פתרונות דיור מידיים לרגל גל העליה ההמוני מחבר העמים. אמנם נדרש בהן, כי שיפוץ של בתים ומבני קבע למגורים יהא באזור שמיועד בהתאם לתכנית מיתאר מקומית או תכנית מפורטת – למגורים (תקנות 1)3 ו-4(3)), אולם לפי תקנה 5(4) "מבנים לדיור זמני יוצבו על פי מפת התכנון, ככל האפשר בשטחים שנועדו למגורים בתכניות, ואם לא ניתן לעשות כן – הם יוצבו בשטחים שנועדו על פי התכנית להיות שטחים ציבוריים, ובאם לא ניתן להשתמש בשטחים כאמור לאותה מטרה הם יוצבו, על פי מפת התכנון באזור שבתחום הישוב או הישוב השיתופי גם אם אינו מיועד בתכנית למגורים או לשטחים ציבוריים ובלבד שהוא בסמוך אליו וגובל בו" (ההדגשות הוספו – א"ר). יתכן ספק אם תקנות אלה עלו בקנה אחד עם תכליתו של הסעיף, ברם לא ידוע לנו כי חוקיותן נתקפה בבית המשפט. שימוש אחד נוסף נעשה בסעיף 266 בפרשת ההתנתקות מחבל עזה וצפון השומרון, עת שהותקנו מכוחו התקנות המקלות ביותר מלבד התקנות דנא – תקנות התכנון והבניה (פטור מהיתר לעבודה לצורכי חקלאות, ולהקמת מבנים באזורים כפריים בעבור מפוני חבל עזה וצפון השומרון, ותנאיו) (הוראת השעה) התשס"ה-2005. עמותות שונות עתרו כנגד חוקיותן לבית משפט זה, ועתירותיהן נדחו כאמור בבג"ץ 4827/05 הנזכר בפסקה ל"ד לעיל, מחמת הפיכתן לתיאורטיות, שכן הוגשו בשיהוי ניכר, ולאחר שהתבססה הסתמכות רבתי על התקנות.

מז. איננו סבורים כי ניתן ללמוד מניה וביה מן המקרים האחרונים הללו, ותרופת הרשויות היא בייעול ההליך התכנוני הרגיל כנזכר בסיפת פסקה מ"ו מעלה.

מח. מכל מקום, די אם נפנה לשכל הישר כדי לדעת, כי ספק רב מאוד אם את הקמתו של מתקן שהיה חריג ממדים וייחודי התכוון המחוקק לפטור מתכנון כל עיקר בטרם תוחל בנייתו, והדברים נאמרים מבלי שנתעלם מן הצורך שנתעורר. לשון אחר,

כדבריו של השופט (כתארו אז) שמגר בהקשר אחר, "אין לפתח את מכשיר העזר התכנוני האמור, באופן שימש לקיצורי דרך, 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 הדיון בתכניות וצעדים כיוצא באלה... אך לא ניתן לבטל שלב בהליכים התכנוניים על-ידי קביעת תחליפים מעשיים שאינם מקיימים את הנדרש בחוק" (בג"ץ 511/80 גליא נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז חיפה, פ"ד לח(4) 477, 486). על פני הדברים איפוא, קשה להלום פרשנות מרחיבה יתר על המידה לסעיף 266.

מט. אכן, תקנה 2(2) לתקנות הנתקפות דורשת כי "העבודה תבוצע בתחום התכנית למרכז שהיה ותתאם את הוראותיה; טרם אישורה, תבוצע העבודה לפי החלטות המועצה הארצית בעניינה". בדרך זו הופכת המועצה הארצית ל"שומר החותם" של התאמת העבודה לתכנית. אחריות זו כבדה היא ועל המועצה, כדי למלא את ייעודה בכלל ותפקידה הספציפי כאן בפרט, להשגיח בשבע עיניים, כשידה על הדופק, כי אכן מדובר בעבודה התואמת את הוראות תכנית שאושרה. פשיטא, שהחלופה המועדפת היא היתר, והחלופה הגרועה ממנה היא בניה לפי תכנית מאושרת. מסופקני מאוד אם יש מקום לבניה לפי תכנית שטרם אושרה (שהרי יכולה היא להשתנות), אך לא נחרוץ משפט כיון שהעניין אינו עוד על הפרק.

נ. ויוטעם, שוב, דרך המלך להוצאת התכנון מן הכוח אל הפועל עוברת בשעריו של היתר הבניה, ואת הסמכות החריגה הגלומה בסעיף 266, קרי, בניה ללא היתר, יש להפעיל בשיקול דעת ומתוך צורך ממשי. במובנים שונים – השוו להבחנה שערך הנצי"ב מוולוז'ין (רוסיה, המאה הי"ט, העמק דבר, במדבר ט"ו, מ"א) – וכמובן הדברים מובאים בהשאלה שכן לא בעבירות עסקינן אלא בחריגה – בין "עברה לשמה" מתוך הכרח לבין בחירה בדרך זו מרצון, באמרו: 'מכל מקום זה אינו אלא שבאה שעה לידו שמוכרח לעשות עבירה לשם שמים, כהא [כמו במקרה – א"ר] דתמר ויהודה, שלא היה לה עצה אחרת, או מעשה דיעל. אבל להמציא נפשו לכך, לעשות עבירה לשם שמים, אין זה דרך הישר שיבור לו האדם. ועל זה נאמר [במדבר טו, לט]: "ולא תתורו אחרי לבבכם" (מובא אצל נחום רקובר מטרה המקדשת את האמצעים 96 (2000)). ורוצה לומר, סמכויות חריגות – חריגות הן כשמן, והפעלתן כפופה לכך.



נא. נוכח הודעתה של המדינה ונוכח הצורך שבכל זאת על יסודו הוחל במהלך, איננו רואים להוסיף מעבר לכך באשר לתקפות התקנות. ועם זאת, ובודאי נוכח השינוי המהותי בקשר לצורך שביסוד התקנות, רואים אנו להלום את בקשת העותרת כי ככל שהמדינה תגיש בקשת פטור נוספת, תודיע על כך ברבים במקביל להגשה למתכנת המחוז, והוא הדין באשר לכוונה להתחיל בביצוע עבודות מכוח בקשה שאושרה. בכגון דא שמורה זכות העותרת לשוב ולעתור.

נב. העתירה נמחקה בכפוף לאמור. משיבי המדינה ישלמו לעותרת את הוצאותיה ושכר טרחה בסך 15,000 ש"ח.

## ש ו פ ט

### השופט י' עמית:

1. מסכים אני לפסק דינו של חברי, השופט רובינשטיין, ואוסיף את הדברים הבאים.

2. סעיף 266 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק), שימש בעבר כדי לאפשר הקמה מהירה של מבנים למפוני חבל עזה וצפון השומרון, לתושבים שבינם נשרף בשריפה הגדולה בכרמל, ולשם מתן פתרונות דיור מידיים בגל העלייה ההמוני מחבר העמים. בכל אותם מקרים, לא אושרו התקנות שהותקנו מכוח סעיף 266 בבית המשפט לגופן, הן מאחר שלא נתקפו והן מאחר שהפכו לתיאורטיות, כמו במקרה דנן.

3. ניתן להעלות על הדעת מצבים אשר יצדיקו שימוש בסעיף 266 לחוק לשם מתן פתרון מידי לצרכים דחופים, תוך חריגה מהעקרונות של שקיפות ושיתוף הציבור. זאת, בדומה להסדר המיוחד הקבוע בפרק ו' לחוק, אשר לפיו רשאית הועדה למתקנים בטחוניים להתיר הקמת מתקן ביטחוני בניגוד לכל תכנית תקפה, בהתאם לצרכי מערכת הביטחון ותוך התחשבות בצרכי סודיות ודחיפות.

עם זאת, ברי כי השימוש בתקנות לפי סעיף 266 לחוק, צריך להיעשות מקום בו לא קיימת אפשרות להסדרה מהירה של הנושא בדרך המלך. חברי הזכיר את תקנות התכנון והבניה (פטור מהיתר לעבודה או שימוש במבני מגורים זמניים באזורים כפריים), התשנ"א-1991, אשר הותקנו נוכח גלי העלייה מחבר העמים. לא למותר

לציין, כי בית משפט זה פסל תקנות שעת חירום (תכניות חירום לבניית יחידות דיור) התש"ן-1990, שהותקנו על רקע זה, מן הטעם שניתן היה להסתפק בחקיקה רגילה, גם אם מהירה:

"מקום שבו קיימת אפשרות של חקיקה סדירה ומהירה על-ידי הכנסת, חייבת סמכות החקיקה של הרשות המבצעת לסגת מפניה, שהרי באורח עקרוני יש להיזקק לסמכות של חקיקה לשעת חירום רק כאשר אין אפשרות להמתין עד לקיומם של תהליכי החקיקה של הכנסת" (בג"ץ 2944/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317, 321-322 (1990)).

והדברים יפים על דרך ההיקש גם לצורך השימוש בסעיף 266 לחוק.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט רובינשטיין, ולהערותיו של חברי השופט עמית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"א בסיון תשע"ג (30.5.13).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט