

2.1.2012  
דחוף

לכבוד  
חברי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה  
באמצעות מזכירות המועצה הארצית  
**פקס 02-5670325**

שלום רב,

**הנדון: תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה לצורך הקמת מתקן שהייה למסתננים, ותנאים הוראת שעה), התשע"א-2011**

**א. הרקע לפנייה**

1. ב-2.11.2011 הגשנו השגה מנומקת לתמ"א 46, תוכנית מתאר ארצית ברמה מפורטת ל"מרכז שהייה למסתננים מגבול מצרים". ב-27.12.2011 דנה הולנת"ע בהערות ובהשגות שהוגשו לתמ"א 46 על ידי "במקום", הוועדה המחוזית מחוז דרום, משרדי הרווחה והבריאות, המועצה האזורית רמת נגב, האגודה לזכויות האזרח בישראל, אמנסטי ישראל, מוקד סיוע לעובדים זרים, רופאים לזכויות אדם ועמותת א.ס.פ.
2. עד כה טרם התפרסמה המלצתה של הולנת"ע בנוגע להערות ולהשגות שהוגשו לתמ"א 46; טרם התקיים דיון בנושא במליאת המועצה הארצית; וממילא המועצה הארצית טרם החליטה אם להמליץ לממשלה לאשר את תמ"א 46, בגרסתה המופקדת, להכניס בה שינויים או לדחות אותה. לפיכך, תמ"א 46 היא תוכנית לא-מאושרת ולא ניתן להוציא מכוחה היתרי בנייה.
3. נודע לנו כי בישיבתה ב-3.1.2012 צפויה המועצה הארצית לדון בתקנות שבנדון, שהוכנו לפי סעיף 266 לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965 (פטור מהיתר באזורים כפריים). תקנות אלו, אם יאושרו, יחולו על השטחים הכלולים בתמ"א 46 ויסכלו מראש את האפשרות לקבלת ההשגות וההערות שהוגשו לתוכנית, כולן או מקצתן. לפיכך ולאור הנימוקים שלהלן נבקשכם לדחות את התקנות המוצעות, המהוות התערבות בלתי ראויה בהליך התכנוני התקין.

**ב. התקנות המוצעות נועדו להכשיר בדיעבד עבירות בנייה**

4. בדיון בולנת"ע ב-27.12.2011 הראינו שבשטחה של תמ"א 46 מתבצעות עבודות בנייה בלתי חוקיות נרחבות על ידי רשויות המדינה. נציג הוועדה המחוזית מחוז דרום, שנכח בדיון, אישר כי בתחום התוכנית מתבצעות על ידי השב"ס עבודות בנייה בלי היתרים ובניגוד לחוק.
5. לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה<sup>1</sup> ומנכ"ל משרד הפנים,<sup>2</sup> "מוסדות התכנון כולם... חייבים לתת דעתם, בעת שהם דנים בתוכנית המיועדת להכשיר בדיעבד עבירות בנייה, את השיקול של אי עידוד עבריינות ולתת לו את המשקל הראוי במסגרת מכלול שיקוליהם.... אישור תיקון או שינוי

<sup>1</sup> הנחיה מס' 8.11.50 מה-24.1.2001.

<sup>2</sup> חוזר מנכ"ל משרד הפנים מס' 1/04 מה-8.1.2004.

- לתוכנית, בדיעבד, לשם הכשרת עבירות בנייה בוטות, משדר מסר שלילי לציבור ופוגע ביסוד ההרתעה שבאכיפה"<sup>3</sup>.
6. להנחיות אלו משנה חשיבות כשעבירות הבנייה מבוצעות על ידי רשויות המדינה. כדברי בית המשפט המחוזי בחיפה, "כאשר הרשות השלטונית היא המפרה את הוראות החוק, קיים אינטרס ציבורי עליון באכיפת החוק. אינטרס זה עולה על האינטרס הציבורי כאשר מדובר בגורם פרטי העובר על הוראות חוק התכנון והבנייה" (עפ"א (חי) 192/08).
7. התקנות המוצעות מבקשות לאפשר עבודות בנייה בפטור מהיתר בתחום "תוכנית למרכז שהייה", "לרבות תוכנית שטרם אושרה". תקנה 8 לתקנות המוצעות קובעת כי "תקנות אלה יחולו לגבי בקשות שהוגשו ביום תחילתן של תקנות אלה ועד שישה חודשים מיום אישור תוכנית מתאר ארצית למרכז שהייה" או עד ה-28.2.2014, המוקדם מהשניים. לפיכך, התקנות המוצעות באות להכשיר את עבירות הבנייה שכבר בוצעו ולאפשר עבודות בנייה עתידיות שיתבצעו לפני אישורה של תמ"א 46, ככל שתאושר, ולפני כניסתה לתוקף.
8. כאמור בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ומנכ"ל משרד הפנים, האינטרס הציבורי שבהרתעה נגד עבריינות בנייה חייב לתפוס מקום מרכזי בהחלטת מוסדות התכנון בכל תוכנית שבאה להכשיר בדיעבד עבירות בנייה. דברים אלה נכונים שבעתיים במקרה הנוכחי, כאשר המועצה הארצית מתבקשת לקדם תקנות שמטרתן הראשית הכשרה בדיעבד של עבירות בנייה. מטעם זה לבדו יש לדחות את התקנות המוצעות.

#### ג. התקנות המוצעות סותרות את החוק

9. כאמור, התקנות שבנדון נועדו לאפשר עבודות בנייה בתחום תמ"א 46, שהודעה בדבר העברתה להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור התפרסמה בעיתונות ב-20.9.2011, ואשר טרם אושרה ואינה תוכנית תקפה.
10. סעיף 97(א) לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק") קובע את התנאים למתן היתרי בנייה מכוח תוכנית מופקדת שטרם קיבלה תוקף. לפי הסעיף, מוסד תכנון שהפקיד תוכנית רשאי ליתן היתרים מכוחה אף אם התוכנית טרם אושרה ואף אם ההיתר אינו בהתאם לתוכנית התקפה רק אם התקיימו במצטבר שני התנאים הבאים: האחד, התוכנית שבתוקף אושרה לפני ה-1.1.1950; השני, "לא הוגשה התנגדות לתוכנית שהופקדה... או שבמתן ההיתר אין כדי להשפיע על החלטה בדבר קבלת התנגדות שהוגשה".
11. אף לא אחד מהתנאים הללו מתקיים במקרה הנוכחי. על המקרקעין הכלולים בתחום תמ"א 46 המוצעת חלה תוכנית המתאר המקומית 5/101/02/20 שפורסמה למתן תוקף ב-12.11.1989. לפיכך לא מתקיים התנאי הראשון הקבוע בסעיף 97(א) לחוק, מאחר שהתוכנית התקפה אושרה שנים רבות אחרי 1.1.1950.
12. גם התנאי השני הקבוע בסעיף 97(א) לחוק לא מתקיים במקרה שבנדון. לתמ"א 46 הוגשו כאמור הערות והשגות מטעם שני משרדי ממשלה, הוועדה המחוזית, המועצה האזורית רמת נגב ושישה ארגונים לא-ממשלתיים. מדובר בהערות ובהשגות שאם יתקבלו יחייבו שינויים משמעותיים בתוכנית (ר' סעיף ד' להלן). לפיכך, בנייה לפי תמ"א 46 המופקדת, כמוצע בתקנות, תסכל מראש את האפשרות לקבלת ההתנגדויות שהוגשו לתוכנית, ובניגוד לסעיף 97(א) לחוק.
13. התקנות המוצעות באות אפוא לעקוף את הוראות הדין: לאחר שהובהר כי אין אפשרות חוקית למתן היתרי בנייה לעבודות שהמדינה מבצעת ומתעתדת לבצע בשטחה של תמ"א 46 לפני אישורה הסופי וכניסתה למתן תוקף, התקנות המוצעות באו לפתור את הקושי על ידי מתן פטור מוחלט

<sup>3</sup> שם. ההדגשה במקור.

מהצורך בהיתרים לעבודות אלו. כידוע, החוק גובר על תקנות בכל תחום ועניין. מאחר שהתקנות המוצעות סותרות את סעיף 97(א) לחוק בכך שהן באות לאפשר עבודות בנייה האסורות לפי לשון החוק, תקנות אלו לוקות באי-חוקיות, ואף מטעם זה יש לדחות אותן על הסף.

**ד. התקנות המוצעות יאפשרו לקבוע עובדות בשטח וימנעו מהמועצה הארצית לקבל החלטה עניינית בהערות ובהשגות שהוגשו לתמ"א 46**

14. ההערות וההשגות שהוגשו לתמ"א 46 אינן טכניות, אלא נוגעות לנושאים מהותיים. בהערותיו דרש משרד הרווחה לקבוע כי מימוש השטחים הציבוריים הפתוחים והמבונים ייעשה לפני הקמת מבני המגורים לשוהים. משרד הרווחה, וגם הוועדה המחוזית מחוז דרום, ביקשו למחוק מהוראות התוכנית את הסעיף המאפשר להקטין בתא שטח מס' 1 (מתקן סהרונים הקיים והרחבתו המתוכננת) את שטחי הציבור ושטחי המגורים ב-30%. משרד הבריאות ציין בהערותיו לתוכנית כי פתרון השפכים הזמני (מט"ש קציעות) המתוכנן למתקן השהייה לא עומד בתקנים המחייבים. המשרד דרש להכניס בהוראות תמ"א 46 תנאי ולפיו רק אחרי מתן היתר בנייה למט"ש קדש ברנע, הוא פתרון הקבע לביוב, ורק אחרי תחילת העבודות להקמתו יתאפשר מתן היתרי בנייה למתקן השהייה. לדרישה זאת הצטרפו המועצה האזורית רמת נגב והוועדה המחוזית מחוז דרום. הוועדה המחוזית ביקשה גם לסמן בתשריט התוכנית שטח להכשרה מקצועית ולקבוע בעניינו הוראות בינוי.

15. בהשגה של עמותת "במקום" טענו בין היתר כי שטחי המגורים המוצעים בתמ"א 46 המופקדת אינם סבירים וקטנים משמעותית מהסטנדרטים שחלים בארץ ובעולם על מתקני כליאה לאסירים מורשעים. תמ"א 46 מציעה תאי מגורים בגודל 3 מ"ר לשוהה (כולל שירותים), עם אפשרות להקטנתם ל-2.1 מ"ר בתא שטח מס' 1, לעומת תל לאסיר בודד בשטח של 6.5 מ"ר בתמ"א 24 לבתי סוהר. לפיכך דרשנו כי ככל שיוחלט לאשר את תמ"א 46, ישונו הוראותיה וייקבע ששטחו המינימלי של תא לשוהה בודד יהיה לפחות 6.5 מ"ר.

16. ההערות וההשגות שהוגשו לתמ"א 46, ככל שיתקבלו במלואן או בחלקן, יחייבו אפוא שינויים מהותיים בתשריט התוכנית ובהוראותיה.

17. ביצוע עבודות בנייה בתחום התוכנית ובפטור מהיתר, כמוצע בתקנות שבנדון, יסכל מלכתחילה את האפשרות לקבלת ההערות וההשגות האמורות. התקנות יאפשרו גם למדינה להקים את מתקן השהייה בלא פתרון נאות לביוב, תוך גרימת נזק סביבתי שיפגע הן בכלואים במתקן והן בישראלים תושבי המועצה האזורית רמת נגב.

18. תקנה 2(2) לתקנות המוצעות קובעת כי תנאי לפטור מהיתר בתחום תמ"א 46 יהיה שהעבודות המוצעות "יתאמו את הוראותיה" של התוכנית. מאחר שהמועצה הארצית טרם דנה בהמלצות הולנת"ע בעניין ההערות וההשגות שהוגשו לתמ"א 46, הוראות התוכנית היחידות הקיימות הן של הגרסה המופקדת. התקנות המוצעות מבקשות אפוא לאפשר פטור מהיתר לעבודות בנייה מכוח תוכנית מופקדת, שהוגשו לה הערות והשגות שונות. על ידי בנייה בשטח לפי הוראות הגרסה המופקדת, ימנעו התקנות מהמועצה הארצית לבצע שינויים ממשיים בהוראותיה של תמ"א 46, לאור ההערות וההשגות שהוגשו לתוכנית ולפי שיקול דעתה הענייני של המועצה הארצית. לפיכך, התקנות המוצעות יעקרו מתוכנו את הליך ההשגות וההערות שהתקיים בעניינה של תמ"א 46 ויפגעו קשות בסמכותה של המועצה הארצית לקבל החלטה מושכלת בנוגע להן. מדובר בתוצאה חמורה, שיש בה הן כדי לשלול מהציבור את זכות ההתנגדות לתוכנית הכוללת הוראות מפורטות והן כדי לפגוע קשות בשיקול הדעת של המועצה הארצית, שהחלטותיה צריכות להתבסס על שיקולים תכנוניים ענייניים בלבד.

בשולי הדברים נזכיר כי סוגיית התקנתן של תקנות לפטור מהיתר באזורים כפריים, מכוח סעיף 266 לחוק, טרם הוכרעה בפסיקה. העתירה שהוגשה בנושא בבג"צ 4827/05 נדחתה בשל שיהוי, בלי שבית המשפט התייחס גופא לטענות העותרים ובלי שקבע מהי הפרשנות הנכונה של סעיף 266 לחוק. נציין בהקשר זה כי ספק גדול בעינינו אם כוונת המחוקק בסעיף זה, הדן בפטור מהיתר לעבודה או לשימוש באזורים כפריים, היתה לאפשר את אישורן של התקנות המוצעות. ברי כי הפרשנות הסבירה למונח "עבודה או שימוש באזורים כפריים" היא לעבודות הקשורות לייעוד החקלאי של הקרקע, למשל: לצורך מרעה<sup>4</sup> או הקמת חממות. מאחר שתמ"א 46 עצמה מבקשת לשנות את ייעוד הקרקע מאזור חקלאי לפי תוכנית 5/101/02/20 התקפה למתקן שהייה למסתננים, ומאחר שאופי הבינוי המוצע בתמ"א 46 לא עולה בקנה אחד עם הגדרת השטח כ"אזור כפרי", דומה שהתקנות המוצעות מבקשות להסתמך פורמלית על ייעוד הקרקע החקלאי בתוכנית התקפה לצורך אישור עבודות בנייה רחבות היקף שסותרות ייעוד זה.

לאור כל האמור לעיל, נבקשכם לדחות את התקנות המוצעות. לחלופין ובמידה והמועצה הארצית תמצא לנכון לקדמן, נבקשכם לכל הפחות לקבוע כי התקנות המוצעות יוחלו רק אחרי כניסתה לתוקף של תמ"א 46, ככל שתאושר ותפורסם למתן תוקף ורק לפי הוראותיה של התוכנית התקפה, וכי עד מועד זה לא תתאפשרנה עבודות בנייה מכוח התקנות המוצעות.

בברכה,

אדר' אלון כהן-ליפשיץ

ניר שלו  
עמותת "במקום"

העתקים: הוועדה המחוזית מחוז דרום

המועצה האזורית רמת נגב

<sup>4</sup> כך אושרו תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה לצורכי מרעה בקרקע חקלאית באזורים כפריים ותנאים), התשס"א-2001.