

**עמותת "במקום" – מתכננים למען זכויות תכנון**

ע.ר. 580342087

באמצעות ב"כ עו"ד ישי שנידור

מרח' יהודה הלוי 45, תל אביב 65157

טל' 077-5472001 ; פקס 077-5472003

[law@shneydor.com](mailto:law@shneydor.com)

העותרת

- נ ג ד -

1. שר הפנים

2. ממשלת ישראל

3. המועצה הארצית לתכנון ולבנייה

כולם ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין 29 ירושלים

4. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת הנגב

ע"י ב"כ עו"ד אבי להם

מרח' המייסדים 63 זכרון-יעקב

טל' : 04-6293440 ; פקס : 04-6293441

5. כמהין מושב עובדים להתיישבות שיתופית

ע"י ב"כ עו"ד יחזקאל ריינהרץ ואח'

מרח' מוטה גור 9 פתח-תקוה

טל' : 03-9239010 ; פקס : 03-9239015

המשיבים

**עתירה לצו על תנאי ולצו ביניים**

**(מתוקנת)**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 02.07.2012, תתכבד העותרת להגיש כתב עתירה מתוקן, הכולל התייחסות לתיקון תקנות הפטור ב-19.6.2012 על-ידי המשיב 1 ובהמלצת המשיבה 2, ולהתפתחויות מעת הגשת העתירה.

כתב עתירה מתוקן זה מוגש על בסיס כתב העתירה המקורי, אך כולל שינויים שנועדו להתאים את העתירה למצב הנורמטיבי החדש ולתרום לדיון יעיל ולאפשרות להכרעה מהירה בסוגיות שבמחלוקת.

מטעמי יעילות ועל מנת לחסוך בניירת, מוגשים הנספחים הנוספים כהמשך לנספחים שהוגשו לכתב העתירה המקורי. הנספחים אשר הוגשו במקור (עת/1-15/ע), אשר מאוגדים בכרך הנספחים שהוגש לבית המשפט הנכבד עם הגשת העתירה) הם גם הנספחים לעתירה המתוקנת, והנספחים החדשים (עת/16-24/ע) יצורפו בכרך נספחים משלים.

עניינה של עתירה זאת בתקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה לצורך הקמת מתקן שהייה למסתננים ותנאים) (הוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: "התקנות"), שהתקין שר הפנים מכוח סעיף 266 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק" או "חוק התו"ב"), שתכליתן לאפשר הקמת מתקן כליאה רב מימדים בנגב, המיועד לאכלס 20,000 בני אדם, בפטור מתוכנית מאושרת ובפטור מרישוי, בסתירה לתוכניות המאושרות ולייעוד הקרקע החקלאי הקבוע בחלק מהן, ותוך פגיעה קשה בעקרונות התשתית של הדין.

התקנות פורסמו ברשומות ונכנסו לתוקף ב-18.1.2012 (ק"ת 7080). העתק התקנות מצורף ומסומן עת/1.

תיקון לתקנות הפטור (להלן "התיקון" או "התיקון לתקנות הפטור") הומלץ על-ידי המשיבה 2, אושר על-ידי המשיב 1, ופורסם ברשומות ב-19.6.2012 – הכל באותו היום (!).

העתק התיקון לתקנות הפטור מצורף ומסומן עת/16.

בית המשפט יתבקש להורות למשיבים 1-3 ליתן טעם מדוע לא יוצא צו על תנאי, ובהמשך צו מוחלט בתנאים שימצא לנכון, המורה כדלקמן:

א. על בטלותן של תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה לצורך הקמת מתקן שהייה למסתננים ותנאים) (הוראת שעה), התשע"ב-2012, שהתקין שר הפנים ב-18.1.2012, ובהמשך תיקן ב-19.6.2012, מכוח סעיף 266 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, בשל חריגה מסמכות הנובעת ממתן האפשרות לביצוע עבודות מכוח תוכנית לא מאושרת, אשר סותרות את התוכנית התקפה שחלה על הקרקע.

ב. על בטלותן של התקנות הנ"ל בשל חריגה מגבולות ההסמכה שבסעיף 266, אשר אין בה כדי לאפשר הקמת מתקן שהייה/כליאה כמתוכנן כאן.

ג. על בטלותן של תקנות הפטור, ולחילופין של התיקון לתקנות הפטור בלבד, מחמת היותן בלתי סבירות באופן קיצוני, בשל פגיעתן הקשה, הבלתי מידתית והלא הכרחית בעקרונות התשתית של הדין. פגיעה זו נובעת הן מההסדר המהותי הקבוע בתקנות, והן מלוח הזמנים הקצר בו קודם התיקון לתקנות, שסיכל כל אפשרות לדיון תכנוני או ציבורי בנושא.

העתירה אינה עוסקת בפרטים הנוגעים לתכנון של המתקן ואינה תוקפת את סבירות הוראותיה של תמ"א 46 ושל שינויים 1 ו-2 של התמ"א, האמורים להסדיר תכנונית את הקמת המתקן. יצוין עם זאת, עיקרי ההסדרים התכנוניים הקבועים והמוצעים בתמ"א נסקרים בעתירה בקצרה, על-מנת להבין את מורכבות הסוגיה התכנונית ורגישותה ואת חוסר החוקיות והתקינות של הקמת המתקן מכוח תקנות פטור, ולא בהליך רישוי רגיל לפי פרק ה'.  
 המדובר בתוכנית בעייתית, שכבר בגרסתה התקפה קובעת סטנדרט נחות של מגורים ושטחים ציבוריים. שינויים 1 ו-2 נמצאים כרגע בראשית ההליך התכנוני ומתכונתם הסופית אינה ידועה, אבל כבר ברור שירעו עוד יותר את תנאי הכליאה של אלפי המסתננים במתקן. למרות זאת, ועל אף שטרם התקיים הליך של שימוע לגבי השינויים המוצעים לתמ"א, על דרך של שמיעת הערות הוועדות המחוזיות והשגות הציבור, שינוי 2 כבר מומש כמעט במלואו בשטח, מכוח תקנות הפטור, וככל שידוע לעותרת בכוונת המשיבים 1-3 לממש בקרוב גם את שינוי 1.

### בקשה לצו ביניים

כן יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים האוסר על ביצוע עבודות כלשהן מכוח תקנות הפטור, ולחילופין האוסר על ביצוע עבודות מכוח תקנות הפטור שאינן תואמות את התוכניות התקפות שחלות על הקרקע ועל אכלוס מתקנים שהוקמו, ככל שהוקמו, שלא לפי התוכניות התקפות החלות על הקרקע.

כל ההדגשות בציטוטים בגוף העתירה אינם במקור, אלא אם צוין אחרת. כל הנספחים הם העתקי המסמכים המקוריים.

## ואלה נימוקי העתירה

תוכן עניינים של העתירה (המפרט גם את הילוך טיעונה):

עמ'	
6	<b>חלק ראשון: ההליכים לאישור תמ"א 46, לקידום שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46, לאישור תקנות הפטור המקוריות ולאישור התיקון לתקנות הפטור</b>
6	א. החלטת הממשלה על הקמת מתקן השהייה וקידומה של תמ"א 46 בהתאם
8	ב. הליך אישורן של תקנות הפטור בגרסתן המקורית
8	ג. ההליכים לאישורם של שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46
9	ד. ההליכים לאישורן של התיקון לתקנות הפטור
10	ה. עיקרי ההסדר המהותי הקבוע בתקנות הפטור
11	ו. מתקן הכליאה ("שהייה")
15	ז. ההתדיינות במסגרת עתירה זו
15	<b>חלק שני: המסגרת הנורמטיבית – סעיף 266 לחוק התכנון והבנייה</b>

16	א. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 266 לחוק – כיצד בא לעולם ומה היתה תכליתו
17	ב. הפרקטיקה של השימוש בסעיף 266 והתקנת תקנות מכוחו עד היום
18	ג. העמדת גבולותיו של סעיף 266 לבחינה שיפוטית (בג"ץ 4827/05 ; בג"ץ 4986/05)
19	<b>חלק שלישי: הטיעון המשפטי</b>
19	<b>I. חריגה מסמכות: ס' 266 מסמיך תקנות לפטור מרישוי ולא לפטור מתכנון מאושר</b>
20	א. לשון החוק: פטור מרישוי בלבד
20	ב. מבנה החוק: חובת תכנון כשלעצמה וחובת רישוי כשלעצמה
21	ג. לאור תכלית החקיקה של סעיף 266 - לא היתה כוונה לפטור מתכנון
22	ד. פרשנות המקיימת את הרמוניית החקיקה: הסדרי ההגנה על קרקע חקלאית שנחקקו במקביל
23	ה. פרשנות המתיישבת עם עקרונות תשתית של הדין: שקיפות, דמוקרטיזציה ושיתוף הציבור
25	ו. "רגולציה חלופית", שמשמעותה סטייה ממשטר התכנון והרישוי הרגיל של החוק ועקרונותיו הבסיסיים, מחייבת הסמכה מפורשת, שאינה קיימת בסעיף 266
27	ז. התייחסות לתגובת המדינה לטיעון הפטור מתכנון מאושר
30	<b>II. חריגה מגבולות ההסמכה: גם אם סעיף 266 מאפשר להתקין תקנות לפטור מתכנון, עבודות דוגמת מתקן הכליאה חורגות מגבולות ההסמכה</b>
30	א. נקודת המוצא של הדיון: פרשנות מצמצמת לאור הקביעה של פטור מתכנון
31	ב. פרשנות מילולית - לשון החוק: עבודות להקמת מתקן כליאה חורגות מגבולות ההסמכה
31	ג. פרשנות תכליתית: חריגה מגבולות ההסמכה לאור תכלית החקיקה
32	ד. חריגה מגבולות ההסמכה גם לאור הפרקטיקה של השימוש בסעיף 266 עד היום
33	ה. תכליתו הנורמטיבית של סעיף ההסמכה בהווה
35	ו. התייחסות לטענת המדינה בתגובתה, כי לאור חלופ הזמן, יש להעדיף את "התכלית האובייקטיבית" של סעיף 266 על-פני "התכלית הסובייקטיבית" שלו
36	<b>III. חוסר סבירות בהקמת המתקן מכוח תקנות הפטור כשתמ"א 46 מאושרת; בהוראות התיקון לתקנות הפטור; בהליך אישורו של התיקון לתקנות הפטור</b>
36	א. הפגיעות הנובעות מביצוע העבודות מכוח תקנות הפטור (בגרסתן המקורית) ולא בהליך רישוי רגיל לפי פרק ה' לחוק
39	ב. הפגיעות הנוספות הנובעות מהתיקון לתקנות הפטור
43	ג. הפגיעות המיוחדות הנובעות מההליך שבו אושר התיקון לתקנות הפטור
43	ד. חוסר סבירות בביצוע עבודות מכוח תקנות הפטור, כאשר תמ"א 46 כבר מאושרת
45	ה. חוסר סבירות של התיקון לפטור
47	<b>הבקשה לצו ביניים</b>

## הצדדים לעתירה

### 1. העותרת

עמותת "במקום" – מתכננים למען זכויות תכנון הוקמה ב-1999 על ידי מתכננים/ות ואדריכלים/ות במטרה לקדם את זכויות האדם בשדה התכנון והבנייה בישראל ובשטחים הנתונים תחת שליטתה. העמותה פועלת בשיתוף פעולה עם אוכלוסיות וקהילות הנתונות בעמדת נחיתות מקצועית, כלכלית או אזרחית לקידום זכויותיהן בתכנון המרחבי ובהקצאת משאבי קרקע.

בעתירה זו מבקשת העותרת למנוע שימוש בלתי ראוי בתקנות לשם עקיפת הליכי התכנון הקבועים בחוק, באופן שיפגע באוכלוסייה מוחלשת מאוד, שקולה כמעט ואינו נשמע: פליטים ומהגרי עבודה הנכנסים לתחומי מדינת ישראל ללא היתרים מסיבות ידועות, החורגות מעניינה של עתירה זו.

העותרת הגישה השגה נגד תוכנית המתאר הארצית המפורטת שהמשיבה 3 קידמה לצורך הקמת מתקן הכליאה למסתננים, היא תמ"א 46, הציגה את טענותיה בנדון לפני ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים (ולנת"ע) של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, וכמפורט בהמשך, הולנת"ע קיבלה חלק מטענותיה ואלה הוטמעו בהוראות התוכנית שפורסמה למתן תוקף. ויודגש, כי לעמדת העותרת, גם בגרסתה התקפה יוצרת תמ"א 46 פגיעה משמעותית בזכויות האדם של אלפי בני האדם שייכלאו במתקן שיוקם מכוחה, בשל תנאי המחיה הנחותים שהיא קובעת, ואילו השינויים לתמ"א והתיקון לתקנות הפטור, אשר המתקן מוקם מכוחם כבר בימים אלה, מהווים הרעה משמעותית נוספת בתנאי חייהם של המסתננים שייכלאו בהם, ופגיעה קשה עוד יותר בזכויות האדם שלהם.

### 2. המשיבים

2.1 המשיב 1, שר הפנים, הוא בעל הסמכות להתקין את התקנות לפי סעיף 266 לחוק, והוא זה שחתם על התקנות נשוא העתירה ומהווה את המשיב הראשי לה.

2.2 המשיבה 2, ממשלת ישראל, היא זאת שאישרה, לפי המלצתה של המועצה הארצית, את תמ"א 46, היא המוסמכת על פי דין לאשר את שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46, אם וכאשר תמליץ בפניה המועצה הארצית לאשרם, והיא זו שהורתה על התקנת התקנות.

2.3 המשיבה 3, המועצה הארצית לתכנון ולבנייה (להלן: "המועצה הארצית"), המליצה לשר הפנים על אישור תקנות הפטור ועל אישור התיקון להן. בנוסף היא זו שהמליצה לממשלה לאשר את תמ"א 46 התקפה, והיא זו שהורתה על הכנת שינויים מס' 1 ו-2 לתמ"א 46 ובהמשך על העברתם להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור.

2.4 המשיבה 4, הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת הנגב, היא מוסד התכנון המקומי, שבמרחב התכנון שבאחריותו מתוכננת הקמת מתקן הכליאה. המשיבה 4 כוללת את רשות הרישוי המקומית, אשר לפי התקנות בגרסתן המקורית, העבודות בפטור מהיתר דרשו את אישורה. התיקון לתקנות הפטור קובע כי ביחס לחלק הארי של העבודות, אשר יבוצעו על-ידי משרד הביטחון/צה"ל, לא יידרש כלל אישור של המשיבה 4.

בתגובתה הראשונה לעתירה מה-28.3.2012 הודיעה המשיבה 4 כי היא סבורה שבאופן עקרוני יש טעם בטענות העותרת נגד השימוש בסעיף 266 לחוק לצורך הקמת מתקן הכליאה, אך בנסיבות העניין אין הצדקה להתערבות בהחלטה. בעקבות אישור

התיקון לתקנות הפטור הודיעה המשיבה 4, בתגובתה מה-28.6.2012, כי היא מצטרפת למעשה לטענות העותרת.  
2.5 המשיב 5 הינו מושב עובדים הממוקם בקרבת מתקן הכליאה נשוא העבודות, והוא צורף לבקשתו כמשיב לעתירה בהחלטת בית המשפט הנכבד מה-11.7.2012.

## **חלק ראשון: ההליכים לאישור תמ"א 46, לקידום שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46, לאישור תקנות**

### **הפטור המקוריות ולאישור התיקון לתקנות הפטור**

#### **א. הליך אישורה של תמ"א 46**

3. ב-28.11.2010 קיבלה הממשלה את החלטה מס' 2507, שקבעה בין היתר שיוקם מרכז שהייה למסתננים מגבול מצרים. בהחלטה נקבע כי המרכז יחל לפעול 'לא יאוחר מ-6 חודשים מיום קבלת החלטה זו', דהיינו: בסוף מאי 2011.

החלטת הממשלה מס' 2507 מצורפת ומסומנת עת/2.

4. ב-4.1.2011 ובעקבות החלטתה זו של הממשלה הורתה המועצה הארצית (בישיבה מס' 529) על הכנת תוכנית למרכז שהייה במתכונת של תמ"א מפורטת שמכוחה ניתן יהיה להוציא היתרי בנייה – היא תמ"א 46. המועצה הארצית קבעה, כי הולנת"ע תהווה ועדת היגוי לתמ"א.

5. הולנת"ע קיימה דיונים תכופים בתוכנית – הראשון בהם ב-11.1.2011 (ישיבה מס' 447), דהיינו: שבוע בלבד לאחר החלטת המועצה הארצית בדבר הכנת התוכנית; דיון נוסף כעבור שבועיים, ב-25.1.2011 (ישיבה מס' 449); ועוד דיון ב-17.5.2011 (ישיבה מס' 458). לאחר השלמת הדיונים בולנת"ע, החליטה המועצה הארצית ב-14.6.2011 (ישיבה מס' 534) להעביר את התוכנית, אחרי שיבוצעו בה תיקונים מסוימים, להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור לתקופה של 45 ימים.

6. ב-20.9.2011 פרסמה המועצה הארצית בעיתונים הודעה בדבר העברתה של תמ"א 46 להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור. למען הנוחות תכונה בעתירה זו גרסתה של התוכנית "הגרסה המופקדת", למרות שכמובן תוכנית מתאר ארצית אינה עוברת הפקדה פורמלית להתנגדויות, כפי שנהוג לגבי תוכניות אחרות. הוראות תמ"א 46 בגרסה המופקדת מצורפות ומסומנות עת/3.

7. ב-2.11.2011 הגישה העותרת השגה על תמ"א 46. בכתב השגה פרשה העותרת את טענותיה העקרוניות נגד הקמתו של המרכז, שתוכנן, לפי הגרסה המופקדת, להיות מתקן הכליאה הגדול בעולם למסתננים (10,000 כלואים). לפי התוכנית, מתקן הכליאה יתחלק לשלושה תאי שטח עיקריים: תא שטח 1, הכולל את מתקן סהרונים הקיים (בו כלואים כיום כ-2,000 בני אדם) ואת הרחבתו המתוכננת (ל-1,000 כלואים נוספים); תא שטח 2, שבו יוקם מכלול קליטה; ותא שטח 3, בו יוקם מתקן הכליאה העיקרי החדש ל-7,000 בני אדם. בצד ההתנגדות לעצם הקמת המתקן, העותרת פירטה בכתב השגה טענות תכנוניות, ובראשן התנגדות לשטחי המגורים המצומצמים והבלתי סבירים (1.8 עד 3 מ"ר בלבד לנפש) שנקבעו בגרסת המופקדת.

השגת העותרת על תמ"א 46 מצורפת ומסומנת עת/4.

8. בנוסף לעותרת הגישו גורמים שונים, לרבות גופים ממשלתיים ומוסדות התכנון שבמרחב התכנון שלהם עתיד המתקן לקום, הערות והשגות לתמ"א 46 :

8.1 משרד הבריאות הביע את התנגדותו לאישור התוכנית בגרסה המופקדת, בהינתן שפתרון הביוב הזמני שהיא מציעה (מכון טיהור שפכים [להלן: "מט"ש"] קציעות) אינו עומד בתקנים המחייבים ואילו פתרון הקבע לשפכים (מט"ש קדש ברנע) טרם תוקצב וטרם החלה בנייתו.

8.2 הוועדה המחוזית מחוז דרום ומועצה אזורית רמת נגב (שהיא גם המשיבה 4), שבתחומה אמור לקום מתקן הכליאה, הצטרפו לעמדה זו ודרשו לקבוע בתוכנית שלביות ביצוע, שלא תאפשר לבנות את מתחם הכליאה המרכזי (7,000 שוהים) לפני חיבורו בפועל למט"ש קדש ברנע שיוקם.

8.3 משרד הרווחה והוועדה המחוזית מחוז דרום התנגדו לסעיף בגרסה המופקדת של התוכנית שאפשר להקטין ב-30% את שטחי המגורים לנפש במתקן סהרונים הקיים ובהרחבתו המתוכננת, בהשוואה לסטנדרט שתמ"א 46 קבעה ביחס למתחם הכליאה המרכזי החדש.

8.4 בנוסף, משרד הרווחה דרש לקבוע שלביות ביצוע שתבטיח את מימוש כל השטחים הציבוריים לפני אכלוס שטחי המגורים בכלואים.

8.5 כן הוגשה השגה משותפת על ידי חמישה ארגונים לזכויות אדם: האגודה לזכויות האזרח, אמנסטי ישראל, רופאים למען זכויות אדם, מוקד סיוע לעובדים זרים וארגון א.ס.ף.

ההערות וההשגות של משרדי הבריאות והרווחה, הוועדה המחוזית מחוז דרום והמועצה האזורית רמת נגב לתמ"א 46 מצורפות ומסומנות ע/5.

9. במקביל להתקדמות ההליכים התכנוניים והדיון בהשגות שהוגשו לתמ"א 46 התקבלה ב-11.12.2011 החלטת ממשלה מס' 3936, המנחה את המועצה הארצית "ליתן קדימות מירבית לדיונים בתמ"א 46 מתוך מטרה להשלים מהר ככל הניתן". החלטת הממשלה קבעה גם כי מתקן סהרונים הקיים יורחב עד ל-5,400 כלואים, בעוד שלפי הגרסה המופקדת של תמ"א 46 ניתן היה להרחיב כאמור את המתקן להיקף של 3,000 כלואים לכל היותר. החלטת הממשלה כללה גם הנחיה בדבר התקנת התקנות נשוא העתירה – ר' להלן.

החלטת הממשלה מ-11.12.2011 מצורפת ומסומנת ע/6.

10. ב-27.12.2011 שמעה הולנת"ע את נציגי העותרת ואת נציגי הגופים האחרים שהגישו הערות והשגות לתמ"א 46. בתום הדיון הפתוח קיימה הולנת"ע דיון פנימי ובסופו החליטה להמליץ למועצה הארצית להכניס בתוכנית שינויים משמעותיים, בהשוואה לגרסה המופקדת. שינויים אלה הם תוצאה של השגות הציבור והערות הגופים הממשלתיים שהועברו לתמ"א המופקדת ונועדו לשפר את תנאי המחיה של הכלואים. עיקרי התיקונים לתוכנית שהתקבלו הם:

10.1 להגדיל את שטחי המגורים ל-4.5 מ"ר לאדם;

10.2 לבטל את הסעיף שאפשר להקטין את שטחי המגורים ב-30% במתקן סהרונים הקיים ובהרחבתו המתוכננת;

10.3 לקבוע שלביות ביצוע שתחייב לממש את כל השטחים הציבוריים לפני אכלוס כל אגף ומתחם;

10.4 לקבוע כי בעת הגשת בקשה להיתר בנייה להרחבת המתקן מעבר ל-6,000 שוהים, יופסק השימוש במט"ש קציעות ולא יינתן אישור לאכלוס המתקן מעבר ל-6,000 שוהים אלא עם השלמת חיבורו למט"ש קדש ברנע.

פרוטוקול החלטת ולנת"ע מ-27.12.2011 (שהועבר לעותרת ב-19.1.2012) מצורף ומסומן ע/7.

קטע מתמליל הדיון (התמליל במלואו מופיע באתר האינטרנט של משרד הפנים) מצורף ומסומן ע/7א.

11. ב-1.2.2012 הוגשה עתירה זו נגד אישורן של תקנות הפטור.
12. ב-7.2.2012 אישרה המועצה הארצית את המלצות הולנת"ע ותמ"א 46 הועברה לאישור הממשלה. ואולם, במסגרת החלטתה זו הוכנס, ברגע האחרון, שינוי מהותי לתמ"א 46 (סעיף 6.21.2), אשר לא היה בגרסה המופקדת של התוכנית וממילא לא התאפשר לוועדות המחוזיות ולציבור להתייחס אליו. לפי השינוי, "תותר הגדלה של עד 40% במספר השוהים במשמורת (תת אגף/אגף/מתחם)". התוצאה המעשית של הוראה זאת היא אפשרות להגדלת מספר הכלואים במתקן מ-10,000 ל-14,000.
- פרוטוקול ההחלטות של המועצה הארצית מה-7.2.2012 מצורף ומסומן עת/17.
13. ב-11.3.2012, יום לפני הדיון הראשון בעתירה, אישרה ועדת השרים לענייני פנים ושירותים את התמ"א. כלומר, בעת הדיון הראשון בעתירה לפני בית משפט נכבד זה, אשר נערך ב-12.3.2012, היתה הסכמה בין הצדדים שיש לראות בתמ"א 46 תוכנית מאושרת. מאחר שלא הוגש על ידי מי משרי הממשלה ערר בעניין זה, החלטתה של ועדת השרים קיבלה תוקף של החלטת ממשלה ב-29.3.2012.
14. ב-14.5.2012 פורסמה תמ"א 46 למתן תוקף ברשומות.

### **ב. הליך אישורן של תקנות הפטור בגרסתן המקורית**

15. ב-11.12.2011 החליטה כאמור הממשלה על התקנת התקנות נשוא העתירה, ובלשון ההחלטה: "להורות לשר הפנים, בהתייעצות עם משרד המשפטים, לפעול במסגרת סמכותו להתקנת תקנות לפטור מהיתר בנייה לצורך הקמת המתקן, וזאת עוד טרם אישור תמ"א 46 ועד למועד שייקבע". עוד נקבע בהחלטת הממשלה כי "התקנות יותקנו כך שיאפשרו להתחיל בביצוע עבודות ההקמה בתוך 21 ימים" (נספח עת/6 לעיל).
16. ב-1.1.2012 נודע לעותרת שהמועצה הארצית אמורה לדון בתקנות הפטור בישיבתה שנקבעה ל-3.1.2012. ב-2.1.2012 שיגרה העותרת מכתב לכל חברי המועצה הארצית, ובו ביקשה מהם לדחות את התקנות המוצעות. העתק מכתבה של העותרת לחברי המועצה הארצית מצורף ומסומן עת/8.
17. ב-3.1.2012, בישיבתה מס' 541, דנה המועצה הארצית בתקנות והמליצה לשר לאשרן.
18. ב-11.1.2012 אישר שר הפנים את תקנות הפטור, הן פורסמו ברשומות ב-18.1.2012 (ק"ת 7080) ונכנסו באופן מיידי לתוקף.
19. כלומר, כאשר נדונו ואושרו תקנות הפטור המקוריות על-ידי המועצה הארצית ועל-ידי שר הפנים בינואר 2012, כבר היתה תמ"א 46 בשלב מתקדם מאוד של ההליך התכנוני, שהחל למעלה משנה קודם לכן. באותו מועד כבר הושלמה שמיעת ההשגות וההערות שהוגשו לתוכנית והולנת"ע כבר החליטה לקבל חלקן מהן. תמ"א 46 היתה איפוא בסוף ההליך התכנוני ועל סף אישורה.
20. ב-18.1.2012, עובר לידיעה על פרסום התקנות, פנתה העותרת באמצעות בא כוחה הח"מ למשיב מס' 1 בבקשה כי יימנע מלחתום על התקנות. פניית העותרת מצורפת ומסומנת עת/א8.

### **ג. ההליכים לאישורם של שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46**

21. ב-19.6.2012 קיימה המועצה הארצית ישיבה דחופה שלא מן המניין לדיון בשינויים מוצעים בתמ"א 46 ובתיקון לתקנות



- הפטור, במטרה לאפשר את הקמתו המיידית של מתקן הכליאה ואת הרחבתו.
22. למיטב ידיעת העותרת, לא התקבלה כל החלטת ממשלה שהורתה למועצה הארצית לערוך את השינויים הנ"ל. לפי סעיף 20 לתגובת המשיבה 4 מה-28.6.2012, מקור החלטה הוא במשרד ראש הממשלה.
23. בסמוך למועד הדיון במועצה הארצית הופצו לחבריה דברי הסבר כלליים בלבד על אודות השינויים בתמ"א 46: לא הועברה להם טיוטה של הוראות השינויים המוצעים לתוכנית.
- מסמכי הרקע על השינויים המוצעים בתמ"א 46 ובתקנות הפטור, שהופצו לחברי המועצה הארצית לפני הישיבה, מצורפים ומסומנים עת/18.
24. בדיון ב-19.6.2012 החליטה המועצה הארצית להורות על הכנת שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46.
25. כבר באותו הדיון קיבלה המועצה הארצית החלטה על העברת שינוי 1 המוצע להערות הוועדות המחוזיות. כלומר, באותה ישיבה שבה התקבלה החלטה על הכנת התוכנית, ולמרות שהוראות שינוי 1 הוקראו במהלך הדיון והוקרנו על מסך מבלי שהתאפשר לחברי המועצה הארצית לעיין בהן, לגבש עמדה מושכלת לגביהן ולקיים בהן דיון של ממש, הוחלט להעביר את שינוי 1 להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור. כל זאת עולה בבירור מפרוטוקול ההחלטות של הדיון האמור.
- העתק פרוטוקול ההחלטות של המועצה הארצית מה-19.6.2012 מצורף ומסומן עת/19.
26. לפני הדיון במועצה הארצית העבירה העותרת לחבריה מכתב דחוף בניסיון למנוע את קבלת השינויים המוצעים – מצורף ומסומן עת/20.
27. למיטב ידיעת העותרת, ב-3.7.2012 החליטה המועצה הארצית להעביר את שינוי 2 להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור. מכיוון שפרוטוקול הדיון טרם פורסם, לא תוכל העותרת לצרפו.
28. ב-10.7.2012 מצאה העותרת באתר האינטרנט של משרד הפנים הודעה (הנושאת את התאריך 5.7.2012) בדבר העברת שינוי 1 להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור. ההודעה מקציבה 30 ימים ממועד הפרסום האחרון בעיתונים להעברת ההערות. למיטב ידיעת העותרת, נכון למועד השגת העתירה המתוקנת טרם היה פרסום בעיתונים בעניין הפקדתו של שינוי 1 לתמ"א 46.

#### ד. ההליכים לאישורו של התיקון לתקנות הפטור

29. ב-19.6.2012, באותה ישיבה של המועצה הארצית שבה הוחלט על הכנת שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46 ועל העברת שינוי 1 להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור, המליצה המועצה הארצית לשר הפנים על עריכת תיקון לתקנות הפטור, כדי לאפשר יישום מיידי של השינויים שהוחלט לקדם בתמ"א 46 (פרוטוקול צורף עת/19 לעיל).
30. כבר באותו היום (!) אישר שר הפנים את תקנות הפטור.
31. כבר באותו היום (!) פורסמו תקנות הפטור ברשומות (ק"ת.7130).
32. **ההליך המשולב שבמסגרתו אושר התיקון בתקנות הפטור וקודמו השינויים לתמ"א 46, אשר כפי שנראה עם השלמתו ניתן לבצע את כל עבודות הבנייה בשטח הן לפי שינוי 1 והן לפי שינוי 2 לתוכנית, נמשך אפוא יום אחד בלבד.**
33. כלומר, ובשונה מהמצב לגבי תקנות הפטור המקוריות, כאשר אושר התיקון לתקנות הפטור על-ידי המועצה הארצית ושר הפנים ב-19.6.2012, היו שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46 בראשית ראשיתו של ההליך התכנוני: כל שהוחלט בעניין שינוי 2 הוא הוראה להכינו; כל שהוחלט בעניין שינוי 1 הוא החלטה להכינו והחלטה להעבירו (לכשתושלם הכנתו על-ידי מינהל

התכנון) להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור. והשוו למצב ששרר לגבי תקנות הפטור המקוריות: אלה נדונו ואושרו אחרי שמיעת הערות הוועדות המחוזיות והשגות הציבור לתמ"א 46 ואחרי קבלת החלטות בעניינן על ידי הולנת"ע. בניגוד לכך, הפעם בוצעו באבחה אחת מהלכים מרחיקי לכת, שבמסגרתם קודמו שינויים מהותיים בהוראותיה של תמ"א 46 התקפה, ועל אף ששינויים אלה טרם הופקדו וכמובן טרם אושרו, הוכנסו בתקנות הפטור תיקונים שמאפשרים את מימושם המידי.

34. כפי שעולה מתגובת המדינה מה-27.6.2012 להודעת העדכון של העותרת, כבר ב-21.6.2012, כלומר יומיים בלבד אחרי ההחלטה לקדם את שינויים 1 ו-2 לתוכנית ואחרי שהתיקון לתקנות הפטור נכנס לתוקף, אושרה בקשת פטור מהיתר להקמת מתקן כליאה באוהלים ל-4,000 בני אדם במתחם המכונה "נחל רביב". זאת לפי שינוי 2 לתמ"א 46, תוכנית רעיונית אשר באותו מועד אפילו לא התקבלה החלטה על העברתו להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור. מיד עם קבלת האישור הוחל בביצוע העבודות בשטח. לאמיתו של דבר, העבודות החלו כבר קודם לכן, באופן בלתי חוקי ולפני אישורו של התיקון בתקנות הפטור, נמשכו אף לאחד שהמשיבה 4 הוציאה נגדן צווי הפסקת עבודה מינהליים, והופסקו ככל הידוע לעותרת רק למשך יממה אחת, ב-19.6.2012 עצמו.

### ה. עיקרי ההסדר המהותי הקבוע בתקנות הפטור

35. לב לבו של ההסדר המעוגן בתקנות הוא מתן פטור מהיתר ופטור מתוכנית מאושרת לביצוע עבודות להקמת מתקן הכליאה על כל חלקיו ופרטיו. להלן נעמוד רק על עיקרי ההסדר הקבוע בתקנות הפטור, ומבלי להתעכב על המשמעויות המשפטיות של הדברים, שיידונו בהמשך העתירה.

35.1 לב לבו של ההסדר הקבוע בתקנות הפטור הוא שהעבודות להקמת מתקן הכליאה יהיו פטורות מהיתר בנייה. לפי עמדת המדינה, המשמעות היא מכללא גם פטור מתוכנית מאושרת. לפי פסיקת ועדת הערר המחוזית דרום בערר רנ-6052/12, שהוגש על-ידי העותרת נגד בקשה לביצוע עבודות מכוח התקנות בתא שטח 1 (הרחבת מתקן סהרונים) ואשר תידון בהמשך, המשמעות היא גם אי תחולה של כל תקנות התכנון והבנייה האחרות.

35.2 תקנות הפטור מגדירות "אזור כפרי" בו ניתן יהיה להקים את מתקן הכליאה כ"אזור הכלול בתחום המועצה האזורית רמת נגב".

35.3 סעיף 2 לתקנות הפטור המקוריות קובע שהבקשות לפטור טעונות אישור של רשות הרישוי, היא המשיבה 4.

35.4 סעיף 4(א) לתקנות הפטור המקוריות קובע כי במידה ורשות הרישוי תסרב לאשר את הבקשה לפטור או לא תכריע בה תוך 15 ימים, תעבור סמכות ההכרעה לוועדת הערר המחוזית, וזו "תאשר את הבקשה".

35.5 לפי התיקון לתקנות הפטור, במקרה של עבודות אשר יבוצעו על-ידי משרד הביטחון/צה"ל, לא יהיה צורך באישור רשות הרישוי או באישור ועדת הערר המחוזית. במקרה זה הגורם המבצע יהיה גם הגורם המאשר, ולא יידרש אישור של מוסד תכנון כלשהו. עם זאת, כמו בתקנות הפטור המקוריות, נדרשת חתימתו של מתכנן המחוז במשרד הפנים על כל בקשת פטור מהיתר.

35.6 התקנות קושרות בין הבקשה לפטור לבין תמ"א 46 (אף שהן לא מזכירות אותה בשמה), ומחייבות כי העבודות מכוח תקנות הפטור יתאמו את התמ"א בגרסתה נכון למועד הגשת הבקשה לפטור. בהיבט זה קיים הבדל משמעותי בין תקנות הפטור בגרסתן המקורית (עת/1) לבין גרסתן הנוכחית בעקבות התיקון שאושר ב-19.6.2012 (עת/16):

- בסעיף 1 לתקנות בגרסתן המקורית נקבע כי ניתן יהיה לבצע עבודות מכוח תקנות הפטור רק לפי תוכנית

תקפה או תוכנית שהוחלט להעבירה להערות הוועדות המחוזיות, דהיינו: להפקידה. כזכור, במועד שבו אושרו תקנות הפטור, תמ"א 46 כבר היתה בשלב מתקדם מאוד של ההליך התכנוני ולאחר שמיעת הערות הוועדות המחוזיות והשגות הציבור.

- בתיקון לתקנות הפטור שונה התנאי, ונקבע כי ניתן לבצע עבודות כבר **מכוח תוכנית שהמועצה הארצית הורתה על הכנתה, שטרם הועברה להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור, כבר לפני שמיעת ההערות וההשגות ולפני הכרעה בהן. כלומר, ניתן יהיה לבצע את העבודות גם מכוח תוכנית רעיונית, שהוראותיה ותכניה הסופיים עדיין אינם ידועים.** וזאת תוך קביעת העובדות בשטח באופן מיידי ותוך סיכול כל אפשרות מעשית לקבלת הערות והשגות שיועברו לתוכנית בהמשך.

35.7 תקנות הפטור בגרסתן המקורית קבעו כי המבנים שיוקמו בפטור מהיתר יהיו **מבנים יבילים ומכולות**. השינוי לתקנות מאפשר **הצבת אוהלים**. בתנאי האקלים הקשים השוררים באזור (חום כבד בקיץ וקור מקפיא בלילות החורף), האפשרות להחזיק אלפי בני אדם במשמורת באוהלי מגורים מהווה שינוי מהותי וקיצוני במצב.

35.8 במסגרת התיקון לתקנות הפטור גם נקבע שהבקשות לפטור מהיתר יכללו תוכנית הגשה בקני"מ של 1:500 (בתקנות הפטור המקוריות נקבע 1:250), ובמתחם נחל רביב שעליו חל שינוי 2 – בקני"מ 1:2,500 (!). יוזכר בהקשר זה כי בכל הנוגע לבקשות רגילות להיתרי בנייה, שמוגשות שלא מכוח תקנות הפטור, תקנה 7 לתקנות התכנון והבנייה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות) תש"ל-1970 דורשת תוכנית הגשה בקני"מ של 1:100. קנה המידה שנקבע בתיקון לתקנות הפטור בכל הנוגע לתא השטח שנכלל בשינוי 2 הרעיוני לתמ"א 46 – לכאורה הוראה טכנית בלבד – לא מאפשר למעשה בקרה אמיתית על בקשות הפטור, מאחר שבקני"מ של 1:2,500, שמשמעותו כי כל ס"מ בתוכנית ההגשה מסמן 25 מטרים במציאות, אין אפשרות לראות פרטים מהותיים כמו שטחי המגורים ושטחי מבני הציבור לסוגיהם. לעניין זה נשוב במסגרת הטיעון המשפטי.

## ו. מתקן הכליאה ("שהייה")

36. למען הבנת הרגישות והמורכבות התכנונית, יתואר בקצרה מתקן הכליאה אשר מוקם בימים אלה.

### **מתקן הכליאה לפי תמ"א 46 בגרסתה התקפה**

37. בגרסתה המופקדת, תמ"א 46 אפשרה להקים את מתקן הכליאה הגדול בעולם – כ-10,000 בני אדם, על שטח של כ-1,000 דונם. לפי התוכנית השטח יחולק למתחמים, שבכל אחד מהם ייכלאו 1,000 בני אדם; כל מתחם יחולק לארבעה אגפים, שבכל אחד מהם 250 כלואים; וכל אגף יחולק לשני תת אגפים, אשר בכל אחד מהם 125 כלואים. כל תת אגף יהיה מגודר, והמעבר ממנו לתת האגף האחר יתאפשר, אם בכלל, רק בכפוף להחלטת ש"ס ובאופן מבוקר. בתוך כל תת אגף יתאפשר חופש תנועה בין תאי המגורים לבין השטחים הציבוריים המקיפים אותם. לפי תמ"א 46 בגרסתה התקפה, המבנים אמורים להיות מבני קבע, מבנים יבילים ומכולות בלבד. ויודגש: הסטנדרטים שנקבעו בתמ"א 46 התקפה הם סטנדרטים בעייתיים ונחותים בהשוואה לאמות מידה מקצועיות מקובלות. כך, תמ"א 24 לבתי סוהר קובעת שטח מחיה של 6.5 מ"ר לאדם – לעומת 4.5 מ"ר בלבד בתמ"א 46. תמ"א 24 קובעת שטחים ציבוריים ומבונים בהיקף של למעלה מ-30 מ"ר לאדם, ובנוסף להם מבני ציבור ששטחם לא פורט בתמ"א 24. לעומת זאת, תמ"א 46 קובעת שטחים ציבוריים ומבונים בהיקף של כ-15 מ"ר לאדם, כולל מבני ציבור, ואף זאת רק בתא שטח 3. בתא שטח 1 (מתקן

- סהרונים והרחבתו המתוכננת), היקף השטחים הציבוריים המבונים והפתוחים הוא כ-6.5 מ"ר בלבד לאדם.
38. בהחלטת המועצה הארצית מה-7.2.2012 (עת/17 לעיל) בדבר אישור תמ"א 46 הוכנסו בה כאמור, ברגע האחרון, שינויים מהותיים שכלל לא התאפשר לוועדות המחוזיות ולציבור להתייחס אליהם, מאחר שלא היו בגרסה המופקדת של התוכנית וגם לא עלו במהלך הדיון בהשגות ובהערות שהוגשו לה. במסגרת שינויים אלה הוכנס להוראות התוכנית סעיף חדש, הוא סעיף 6.21.2, הקובע כי "תותר הגדלה של עד 40% במספר השהים במשמורת (תת אגף/אגף/מתחם)". התוצאה המעשית של הוראה זאת היא אפשרות להגדלת מספר הכלואים במתקן מ-10,000, כפי שהוצג בגרסה המופקדת של תמ"א 46, ואשר היתה הגרסה המועדכנת שהוצגה לבית המשפט בעת הגשת העתירה המקורית, ל-14,000 – וזאת מבלי שהתאפשר לעותרת ולצדדים אחרים להשמיע את עמדתם בנוגע לשינוי משמעותי זה.
39. עד לאחרונה ניתן היה להחזיק מסתננים במשמורת למשך פרק זמן מירבי של 60 יום, מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. ב-10.1.2012 אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, המאפשר החזקת מסתננים במשמורת למשך שלוש שנים ויותר.
40. כלומר, מתקן הכליאה המתוכנן נועד להחזיק אלפי בני אדם למשך שלוש שנים ויותר, עד גירושם לארצות מוצאם או מציאת פתרון חלופי. מהדיונים שקיימו המועצה הארצית והולנת"ע עולה שמטרתה הראשית של תמ"א 46 היא הרתעה: בניית מתקן כליאה גדול, שתנאי המחיה בו יהיו מינימליים (ר' תמליל ישיבה מס' 449 של הולנת"ע, 25.1.2011, עמ' 258; התמליל פורסם באתר האינטרנט של משרד הפנים), כדי שמסתננים פוטנציאליים יימנעו מלעבור את הגבול לתחומי ישראל. מטרה מרכזית נוספת היא למנוע מהמסתננים אפשרויות עבודה ותעסוקה בישראל.

#### מתקן הכליאה לפי שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46

41. כאמור לעיל, ב-19.6.2012 הורתה המועצה הארצית על הכנת שינוי 1 ושינוי 2 לתמ"א 46; באותו מועד החליטה המועצה הארצית להעביר את שינוי 1 להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור; ב-3.7.2012 החליטה המועצה הארצית גם על העברתו של שינוי 2 להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור.
42. נכון למועד הגשת העתירה המתוקנת ולמיטב ידיעת העותרת, טרם הופיעו בעיתונים הודעות בדבר העברתם של שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46 להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור, על אף שלפי אתר האינטרנט של משרד הפנים, שינוי 1 כבר הופקד. אולם בפועל, מכוח התיקון לתקנות הפטור המאפשר כאמור בנייה בפטור מהיתר גם לפי תוכנית רעיונית שטרם הוכנה, מבוצעות בשטח עבודות רחבות היקף בסתירה לתוכניות התקפות. לאמיתו של דבר, ככל שידוע לעותרת, העבודות למימוש שינוי 2 לתמ"א 46 כבר הושלמו, ואכלוס המתחם הראשון ב-1,000 כלואים באוהלים במתחם נחל רביב צפוי בימים הקרובים.
43. להלן השינויים העיקריים לתמ"א 46, במסגרת שינוי 1, אשר חל על תא השטח שעליו חלה התמ"א בגרסתה התקפה. תכליתו הכללית של השינוי היא החשת הקמתו של המתקן:
- 43.1 **אוהלים במקום מבנים**: שינוי 1 לתמ"א 46, שהוראותיו צורפו כנספח מש/5 לתגובת המשיבים מה-27.6.2012, מאפשר כליאה למשך 30 חודשים **באוהלים, במקום במבנים יבילים ובמכולות** כפי שקובעת הגרסה התקפה של התוכנית. זאת בשטחים "לפריסה מיידית" אשר היקפם המדויק אינו ידוע לעותרת בשלב זה. לפי השינוי ניתן יהיה להאריך את תקופת האכלוס באוהלים אף מעבר ל-30 חודשים, בתנאי שיינתן לכך אישור המועצה הארצית. **מדובר בשינוי משמעותי לאור תנאי האקלים הקיצוניים השוררים במקום**: חום כבד בקיץ וקור מקפיא בלילות החורף, ובהרעה ניכרת בתנאי המחיה של הכלואים ופגיעה בזכויות האדם שלהם.

43.2 **ביטול מכלול הקליטה**: שינוי 1 מאפשר להסב את תא שטח 2, הוא השטח שיועד בתמ"א 46 התקפה למכלול קליטה – שם אמור להתבצע תשאול של הכלואים כדי לברר את מעמדם (מי פליט ומי לא) ושם אמורה לפעול מרפאה מרכזית שתאבחן מחלות מידבקות ותאפשר להחזיק בבידוד חולים שעלולים לסכן את סביבתם – למתחמי כליאה באוהלים. השינוי קובע כי אכלוס השטח בכלואים יתאפשר גם אם לא יוקם כלל מכלול הקליטה, ובלבד "שהמרכיבים החיוניים" שלו "יוקמו במקום חליפיים" – זאת בלי להגדיר מהם בדיוק אותם "מרכיבים חיוניים" ובלי לקבוע לכך מסגרת מחייבת של זמן. ביטולו של מכלול הקליטה עלול לאפשר למדינה להמשיך בנוהג הפסול, שלפיו אינה טורחת לברר לאשורו את מעמדו הפרטני של כל מסתנן ומסתנן כדי להבחין בין פליטים הזכאים להגנה על פי אמנת הפליטים לבין מהגרי עבודה שניתן להחזירם לארצות מוצאם באופן מיידי.

43.3 **הקטנת השטחים המינימליים לצורכי ציבור**: שינוי 1 קובע כי בשטחים לפריסה מיידית, ניתן לסטות מהוראות התוכנית התקפה בכל הנוגע לשטחם של מבני הציבור הנדרשים – למשל: לבנות כיתות וחדרי אוכל קטנים מהנדרש לפי הפרוגרמה הכלולה בתמ"א 46 – כל עוד השטח הציבורי הבנוי הכולל לנפש יהיה 4 מ"ר. **דהיינו: השינוי מבטל למעשה את האיזונים הפרוגרמטיים הפנימיים שנקבעו בתמ"א 46 התקפה**, ואשר הביאו בחשבון את השטחים המינימליים הנדרשים לפונקציות ציבוריות חיוניות.

43.4 **ביטול התנאי המתנה אכלוס בהשלמת השטחים הציבוריים באגף**: שינוי 1 קובע כי על אף ההוראה בתוכנית התקפה שלפיה אכלוס יתאפשר רק אחרי השלמת מלוא השטחים הציבוריים הנדרשים ברמת האגף, בשטחים לפריסה מיידית ניתן יהיה לאכלס את מתחמי האוהלים לפני הקמתו של מבנה ציבור כלשהו, ובלבד שמבני הציבור יוקמו בתוך שלושה חודשים ממועד האכלוס. לפיכך, שינוי 1 מאפשר אכלוס מתחמי אוהלים שבכל אחד מהם 1,000 כלואים ויותר מבלי שיש במתחם חדרי אוכל, כיתות ומבני ציבור אחרים. בנוסף קובע שינוי 1 כי האכלוס יתאפשר גם אם לא הוקמו השטחים הציבוריים הפתוחים המינימליים הנדרשים לפי הוראות התוכנית התקפה, ובלבד שאלה יוקמו בתוך שלושה חודשים ממועד האכלוס. התוצאה הברורה היא הרעה משמעותית באיכות חייהם של הכלואים, בהשוואה לסטנדרטים הפגומים מלכתחילה שנקבעו בתמ"א 46 התקפה.

43.5 **ביטול התניית אכלוס המתקן ביותר מ-6,000 איש בחיבור המתקן למט"ש חדש שיוקם**: שינוי 1 גם מבטל את התנאי הקבוע בתמ"א 46 התקפה, שלפיו אכלוס המתקן ביותר מ-6,000 כלואים יתאפשר רק אחרי חיבור פיזי של מכלול הכליאה כולו למתקן טיהור שפכים (מט"ש) מודרני שאמור לקום בקדש ברנע. במקום זאת הוחלט לבטל את התוכנית להקמת המט"ש בקדש ברנע ולהקימו באיתור בריכות החמצון בקציעות, במרחק 500 מ' בלבד ממתקן הכליאה. כן הוחלט שתנאי לאכלוס יותר מ-6,000 כלואים יהיה התחייבות הגורם המוסמך שמט"ש הקבע בקציעות יוקם בתוך שלוש שנים ממועד אישורו של שינוי 1. פירוש הדבר הוא שעד מועד זה יאוכלסו במתקן אלפים רבים של כלואים תוך הסתמכות על בריכות חמצון שמייצרות קולחין, שאינם עומדים בדרישות הקבועות בתקנות בריאות העם (תקני איכות מי קולחין וכללים לטיהור שפכים), התשי"ע-2010, ושעלולים לגרום מטרדים סביבתיים ואחרים, הן לתושבי הסביבה הישראלים, כמו אנשי המשיב 5, והן לאלפי כלואים שיוחזקו במרחק של כ-500 מ' משם.

44. להלן עיקרי ההסדרים המוצעים במסגרת שינוי 2 לתמ"א 46, אשר חל על תא שטח חדש, המכונה כאמור נחל רביב. מדובר במתחם המקיף כ-600 דונם (כולל בריכות חמצון זמניות לשפכים), אשר נמצא במרחק של כמה ק"מ צפונה לתמ"א 46 התקפה ומיועד לפריסה ולהפעלה בטווח הזמן המיידי:

44.1 המתחם מיועד ל-4,000 כלואים, בארבעה מתחמים, כל אחד מהם מורכב מארבעה אגפים מגודרים, **כולם באוהלים**.

44.2 מנספח מש/7 שצורף לתגובת המשיבים מה-2012.6.27 עולה כי בכל אוהל ייכלאו 23 בני אדם, בלי פרטיות מינימלית.

44.3 כמו שינוי 1, גם שינוי 2 מאפשר לסטות מהשטחים המזעריים שהתוכנית התקפה קובעת למבני הציבור השונים, ובלבד שהשטח הציבורי הבנוי הכולל לנפש יהיה 4 מ"ר. כלומר, ניתן להקים כיתות, חדרי אוכל וכו' בשטח קטן מהמינימום הנדרש לפי התוכנית התקפה.

44.4 לפי שינוי 2, אכלוס מתחם נחל רביב ב-4,000 כלואים באוהלים יתאפשר באופן מיידי, כאשר את מבני הציבור ואת השטחים הציבוריים הפתוחים הדרושים לפי תמ"א 46 התקפה ניתן יהיה להשלים בתוך שישה חודשים ממועד האכלוס. כלומר, שינוי 2 מאפשר כליאת אלפי בני אדם במתחם שאין בו כלל מבני ציבור חיוניים, כמו חדרי אוכל, כיתות ומבני דת ובלי שטחים ציבוריים פתוחים, כמו פינות מוצלות, מגרשי ספורט וכו'. הכל תוך פגיעה קשה באיכות חייהם של הכלואים ובזכויות האדם הבסיסיות שלהם.

44.5 שינוי 2 מתיר להגדיל את מספר הכלואים במתחם נחל רביב ב-40% מעבר לכפי שנקבע בו, דהיינו: לקיבולת מירבית של 5,600 כלואים. ביחד עם מספר הכלואים המירבי האפשרי בתחום תמ"א 46 התקפה (14,000), מדובר במכלול כליאה של 19,600 בני אדם – אלפים רבים מהם באוהלים, בתנאי שטח קשים ובלי מבני ציבור חיוניים.

#### 45. העבודות בשטח מכוח תקנות הפטור

45.1 מיד לאחר אישורן של תקנות הפטור המקוריות החלה המדינה בביצוע העבודות להקמת מתקן הכליאה, לאחר שבקשות לפטור הוגשו למשיבה 4 – רובן לעבודות תשתית ועפר, ורק אחת להקמת מתחמי כליאה, ואושרו על-ידה. בסעיף 10 לתגובת המדינה מה-27.6.2012 נמסרו פרטים על בקשות הפטור שאושרו עד אותו מועד.

45.2 ב-16.5.2012 הגישה העותרת לוועדת הערר המחוזית של מחוז דרום ערר על החלטת המשיבה 4 לאשר פטור מהיתר להקמת שלושה אגפי כליאה חדשים בתא שטח 1, לצורך הרחבתו של מתקן סהרונים, לבקשת שב"ס (ערר רנ 6052/12). ועדת הערר לא נענתה לבקשת העותרת להוציא צו ביניים לעצירת העבודות עד להכרעה בערר. ב-8.7.2012 התקיים הדיון בערר ובסופו החליטה ועדת הערר לקבל חלק ניכר מטענות העותרת. במסגרת החלטתה הורתה ועדת הערר על ביצוע עשרה תיקונים בבקשת הפטור, חלקם בגין סטיות מהוראות מחייבות של תמ"א 46 וחלקם בשל סטיות מנספחים מנחים של התוכנית, שלא נמצאה הצדקה תכנונית לאישורן. קביעות אחרות של ועדת הערר, שעליהן נעמוד בהמשך – ובראשן אי התחולה של תקנות התכנון והבנייה לסוגיהן על בקשות לפטור מהיתר מכוח תקנות הפטור – מחדדות את הבעייתיות הקשה הכרוכה בשימוש במנגנון הפטור לפי סעיף 266 לחוק.

העתק החלטת ועדת הערר בערר 6052/12 מצורף ומסומן עת/21.

45.3 העבודות להקמת המתקן במתחם נחל רביב לפי שינוי 2 לתמ"א 46 החלו להתבצע על ידי משרד הביטחון כבר לפני אישור התיקון בתקנות הפטור ואף לפני שהמועצה הארצית הורתה על הכנת שינוי 2, הכל תוך הפרת החוק ואף הפרת צווי הפסקת עבודה מינהליים שהוציאה המשיבה 4. תגובת המדינה מה-27.6.2012 מאשרת את הפרטים עובדתית, ומסבירה כי הגורמים האחראים במשרד הביטחון, שביצעו את העבודות, "לא ידעו" שהעבודות היו טעונית היתר.

45.4 יומיים בלבד אחרי אישור התיקון לתקנות הפטור וההחלטה על קידום שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46, שהתקבלה כאמור ב-19.6.2012, חתמה מתכנת המחוז במשרד הפנים על בקשה לפטור מהיתר שהגיש משרד הביטחון ביחס למתחם נחל רביב הכלול בשינוי 2 לתמ"א 46. העבודות חודשו והתקדמו במהירות. לפי פרסומים בתקשורת ולפי מידע שנמסר לעותרת על ידי המשיבה 4, העבודות כמעט הושלמו, והאכלוס בפועל של המתחם הראשון (1,000 כלואים) בנחל רביב צפוי כבר בימים אלה ממש. כלומר, מתחם נחל רביב כבר הוקם בפועל מכוח בקשת פטור מהיתר שהוגשה

לפי התיקון לתקנות הפטור, כאשר התוכנית שאמורה להסדיר את הקמת המתקן בתא שטח זה טרם הופקדה, טרם נשמעו הערות הוועדות המחוזיות והשגות הציבור שיוגשו לה וטרם התקבלה החלטה תכנונית בעניין.

## ז. ההתדיינות במסגרת עתירה זו

46. עתירה זו הוגשה ב-1.2.2012. ב-16.2.2012 הגישה המדינה את תגובתה לעתירה. בקשתה של העותרת לצו ביניים לא התקבלה, אך נקבע דיון דחוף בעתירה ליום 12.3.2012.
47. בפתח הדיון הודיעה המדינה כי תמ"א 46 אושרה על-ידי ועדת השרים לענייני פנים ושירותים ב-11.3.2012. לאור זאת, ולאור העובדה כי תקנות הפטור מחייבות התאמה של הבקשות לפטור לתמ"א, הוקחה לטענת המדינה העוקף מטיעוני העותרת בדבר חריגה מסמכות, מאחר שמדובר במצב שבו קיימת תוכנית מאושרת שעתידה להתפרסם בקרוב למתן תוקף. לאור זאת ביקש ההרכב הנכבד לבחון "פתרונות מעשיים" שיהיה בהם כדי לייתר הכרעה עקרונית בעתירה.
48. העותרת הציעה כי הפתרון המעשי יהיה שעבודות העפר ופינוי הפסולת ייצאו אל דרכן בהליכים מכוח תקנות הפטור, ואילו יתר העבודות יבוצעו בהיתר רגיל לפי תמ"א 46, אשר ממילא התאשרה בינתיים. מעבר לכך, לא התקיים דיון בטענות העקרוניות, ולעותרת גם לא התאפשר להתייחס לתגובת המדינה לעתירה מה-16.2.2012, שבה נפרסה לראשונה עמדתה בנוגע לטענות העקרוניות שבעתירה (ר' החלטת כב' השופט דנציגר מ-21.2.2012).
49. בית המשפט הנכבד הורה למדינה להתייחס לשאלות הנוגעות ליכות הערר. ב-28.3.2012 הגישה המדינה את עמדתה, המכירה עקרונית בזכות ערר על החלטות רשות הרישוי של המשיבה 4 לאשר בקשות לפטור מהיתר. ב-5.4.2012 הגישה העותרת את תגובתה להודעת המדינה, ובהמשך הוגשה הודעת המשיבה 4. בית המשפט הנכבד לא נתן החלטה בעניין.
50. ב-20.6.2012 הגישה העותרת הודעה מעדכנת על החלטות המועצה הארצית מה-19.6.2012 בדבר התיקון לתקנות הפטור ושינויים 1 ו-2 לתמ"א 46. במסגרת הודעה זאת עדכנה העותרת את בית המשפט כי תמ"א 46 פורסמה למתן תוקף ברשומות ב-14.5.2012. כן ביקשה כי יינתן צו ביניים וצו ארעי שיאסרו על ביצוע עבודות בפטור מהיתר או לחלופין יאסרו על ביצוע עבודות בפטור מהיתר שלא לפי תמ"א 46 התקפה.
51. ב-24.6.2012 הורה כב' השופט רובינשטיין למדינה להגיב על הודעת העותרת עד ה-27.6.2012. במועד זה הגישה המדינה את תגובתה. ב-1.7.2012 הגישה גם המשיבה 4 את תגובתה, שבה הצטרפה לעמדת העותרת וקראה לבית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים וצו ארעי כפי שהתבקש על ידי העותרת.
52. ב-2.7.2012 נתן כב' השופט רובינשטיין החלטה שלעת הזו לא יינתן צו ביניים, אך קבע כי יתקיים דיון דחוף בעתירה, וכי העותרת תגיש עתירה מתוקנת.

## חלק שני: המסגרת הנורמטיבית – סעיף 266 לחוק התכנון והבנייה

53. סעיף 266 לחוק מורה כדלקמן:

"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."

### א. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 266 לחוק – כיצד בא לעולם ומה היתה תכליתו

54. סעיף 266 לא מופיע בהצעת החוק הממשלתית מ-1962 (הצעת חוק התכנון והבנייה, תשכ"ג-1962, הצעות חוק 532, 24.10.1962, עמ' 57-14), אשר הפכה לימים לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965.
55. **הסעיף הוכנס לחוק חודשים ספורים לפני אישורו, בעקבות הערותיה של הסוכנות היהודית. כגורם המיישב, הסוכנות היהודית ביקשה לשמר את חופש הפעולה היחסי שממנו נהנתה בכל הנוגע להסדרה התכנונית של ההתיישבות החקלאית, במצב החוקי-מינהלי שהיה קיים באותה עת. המסמכים שאותו על ידי העותרת בגנזך המדינה מלמדים על הדברים בצורה ברורה:**
- 55.1 ב-1.1963.1 שלח ב"כ הסוכנות היהודית, עו"ד אליהו לחובסקי, ליועץ המשפטי של משרד הפנים את הערות הסוכנות היהודית להצעת החוק הממשלתית.
- 55.2 בין היתר ביקשה הסוכנות היהודית להחיל עליה את הסדרי הרישוי, שהצעת החוק הציעה להחיל על המדינה. סעיף 261(א) להצעת החוק קבע כי בניגוד למצב ששרר באותה עת לפי פקודת בניין ערים המנדטורית, "חוק זה יחול גם על המדינה" (הסעיף המקביל בחוק כפי שאושר הוא סעיף 259(א) המורה כי "חוק זה מחייב גם את המדינה"), כך שגם המדינה תזדקק להיתרי בנייה לצורך עבודות בנייה ופיתוח. עם זאת סעיף 261(ג) להצעת החוק הורה כי בכל הנוגע למבני ציבור, המדינה תקבל היתרי בנייה מהוועדה המחוזית, ולא מהוועדה המקומית. בסופו של יום דחתה הכנסת את סעיף 261(ג) להצעת החוק הממשלתית וקבעה כי גם מבני ציבור של המדינה חייבים בהיתר מהוועדה המקומית.
- 55.3 בהערותיה להצעת החוק הממשלתית דרשה הסוכנות היהודית להחיל את סעיף 261(ג) שהוצע "גם על הסוכנות כשהיא פועלת לצורכי קליטת עולים חדשים וביצוע ההתיישבות החקלאית החדשה במדינה". במלים אחרות, הסוכנות היהודית ביקשה שמבנים בהתיישבות החקלאית יוכלו לקבל היתרי בנייה מהוועדות המחוזיות, ולא מהוועדות המקומיות, בהליך מקל ומהיר יחסית.
- הערות הסוכנות היהודית להצעת חוק התכנון והבנייה, התשכ"ג-1962, מ-1.1963.1 [מתוך תיק גנזך המדינה: חוק התכנון והבנייה, ג"מ/50/גל/1/9477] מצורפות ומסומנות עמ' 9.
- 55.4 ב-8.3.1965, בתום דיון שערכה ועדת הפנים של הכנסת בהערותיה של הסוכנות היהודית, החליטה הוועדה ש"נציגי הממשלה ייפגשו עם נציגי הסוכנות היהודית ויגישו לנו הצעה בנדון".
- 55.5 ב-30.3.1965 הופיע בפני ועדת הפנים היועץ המשפטי של משרד הפנים, עו"ד פלק, ופירט את עמדת הממשלה באשר להצעות הסוכנות היהודית:

"אנו מוכנים לקבל שני דברים בהצעת הסוכנות: במסגרת סעיף התקנות תהיה אפשרות להתקין תקנות בדבר היתרים כלליים למבנים שיוקמו בהתאם למתאר או מפרט מאושר. כלומר: לא צריך יהיה בהתיישבות לקבל אישור לכל בית נפרד, אלא התקנות יאשרו בנייה סטנדרטית והאישור יצטרך להתקבל רק עבור האיתור. ההיתרים בתקנות יהיו אפוא כלליים, לפי תקן מסוים.

שנית, אפשר יהיה בתקנות לתת הוראות מיוחדות בדבר מתן היתרים בשטחים כפריים. שר הפנים יוכל להתקין תקנות שלא יחמירו כל כך בשטחים הכפריים. הסוכנות טוענת שבשטחים הכפריים



אין צורך שהוועדה תדון בכל פרט ופרט, אלא שוב לפי הסדר כללי. כל התקנות הללו הן באישור המועצה הארצית. התקנות גם יגדירו מה הוא בשטח הכפרי".

55.6 בסוף הדיון החליטה ועדת הפנים "לקבל את הצעותיו של מר פלק בנוגע לסוכנות היהודית" ולהטמיען בחוק לקראת קריאה שנייה ושלישית. החלטותיה של ועדת הפנים בנדון מצאו את ביטוין בסעיף 266 לחוק.

הקטע הרלוונטי מפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים של הכנסת ב-30.3.1965 מצורף ומסומן עת/10.

55.7 מסיבות שלא פורטו במסמכים ההיסטוריים ושהעותרת לא הצליחה לברר, סעיף 266 קבע אפשרות למתן פטור מוחלט מהיתר באזורים הכפריים, ולא להליכים מקלים לקבלת היתר, כפי שביקשה הסוכנות היהודית וכפי שהחליטה ועדת הפנים.

56. **תכליתו של סעיף 266 לחוק היתה אפוא לאפשר הליך מקל לרישוי מבנים בהתיישבות הכפרית-חקלאית, כמענה ספציפי לבקשתה של הסוכנות היהודית כגורם המיישב.**

57. ראייה מובהקת לדברים ניתן למצוא גם בפרוטוקולים מאוחרים יותר הנוגעים להתקנת תקנות מכוח החוק. בפרוטוקול ישיבה שערך אגף התכנון במשרד הפנים עם לשכת היועץ המשפטי במשרד בנובמבר 1965, שבה נדונה סוגיית התקנתן של תקנות מכוח החוק החדש שאושר זה כבר, הוזכר גם סעיף 266. בהתייחס אליו נכתבו הדברים הבאים: "פטור באזורים כפריים. בעניין זה יתקשר אגף התכנון עם מחלקת ההתיישבות של הסוכנות היהודית". במלים אחרות, גם אחרי אישור החוק בכנסת, משרד הפנים סבר שמטרתו היחידה של סעיף 266 לחוק היא ליתן מענה לצרכים של הסוכנות היהודית בכל הנוגע להתיישבות החקלאית.

סיכום הישיבה במשרד הפנים מה-28.11.1965 [מתוך תיק גנוך המדינה: המינהל לשלטון מקומי - חוק התכנון והבנייה - תקנות, ג"מ/50/גל/2/9480] מצורף ומסומן עת/11.

58. מעיון בהערות הסוכנות היהודית לחוק ובפרוטוקולים עולה בבירור כי לא היתה כל כוונה לאפשר פטור מתוכנית מפורטת תקפה כתנאי לאישור הקמתם של מבנים בפטור מהיתר. כל מה שהתבקש הוא הליך מקל לקבלת היתרי הבנייה, ולא לפטור מתוכנית מפורטת תקפה. לעניין זה נחזור בפרק הטיעון המשפטי להלן.

### **ב. הפרקטיקה של השימוש בסעיף 266 והתקנת תקנות מכוחו עד היום**

59. לפי מיטב בדיקתנו וכפי שפורט בתגובת המדינה מה-16.2.2012, מאז 1965, אז נחקק החוק, הותקנו תקנות מכוח סעיף 266 במקרים ספורים בלבד. יוער כבר עתה, כי סקירת מקרים אלה תשרת אותנו בטיעון המשפטי להצגת חריגתן של התקנות נשוא העתירה מגבולות ההסמכה גם לאור הפרקטיקה של השימוש שעשו שרי הפנים עד היום בסעיף 266 לחוק. ויובהר: אין מפירוט הדברים כדי ללמוד שהעותרת סבורה שכל התקנות שתוקנו עד כה מכוח סעיף 266 הותקנו בסמכות:

59.1 **תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה או שימוש במבני מגורים זמניים באזורים כפריים), התשנ"א-1991.** תקנות שהותקנו בשיא העלייה מחבר העמים על מנת לסייע במתן פתרונות דיור תכופים. התקנות אפשרו הקמת מבני קבע למגורים בפטור מהיתר, אך בהתאם לתוכנית מאושרת. התקנות אפשרו גם הקמת מבנים זמניים בשטחים שיועדו בתוכנית מאושרת למגורים, וכן בשטחים שלא יועדו בתוכנית התקפה למגורים, אך נמצאים בתחום השיפוט שנקבע ליישוב ובצמידות דופן לשטחים שאותם ייעדה התוכנית התקפה למגורים.

- 59.2 **תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה או שימוש במתקני בזק באזורים כפריים), תשנ"ה-1995.** תקנות שהותקנו לשם פריסה מהירה של רשת טלפוניה ארצית, מורכבת מאלמנטים דומים, שהשפעת כל אחד מהם על הסביבה מצומצמת יחסית. התקנות דורשות את אישורה של רשות הרישוי המקומית כתנאי לפטור מהיתר.
- 59.3 **תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה לצורכי מרעה בקרקע חקלאית באזורים כפריים ותנאים), תשס"א-2001.** תקנות אלה אפשרו ביצוע עבודות לצורכי מרעה, לרבות גידור, בשטחים בייעוד חקלאי בכל רחבי הארץ. גם תקנות אלו מתנות את מתן הפטור באישורה של רשות הרישוי המקומית.
- 59.4 **תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה לצורכי חקלאות ולהקמת מבנים באזורים כפריים בעבור מפוני חבל עזה וצפון השומרון, ותנאים) (הוראת שעה), תשס"ה-2005.** תקנות אלה נקבעו במסגרת תוכנית ההתנתקות, על מנת לאפשר להקים תוך פרק זמן קצר מאות מבנים למגורים ולחקלאות עבור המפונים ביישוב ניצן. התקנות אפשרו הקמת מבני מגורים לפי תוכנית מאושרת או מופקדת. מתן הפטור הותנה באישורה של רשות הרישוי המקומית.
- 59.5 **תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר לעבודה להצבת מבנים באזורים כפריים לתושבים שבתם נשרף בשריפה באזור הכרמל, ותנאים) (הוראת שעה), התשע"א-2010.** תקנות אלה אושרו בעקבות השריפה הגדולה בכרמל, ותכליתן יצירת מסלול מהיר לרישוי מבני מגורים ומבני צבור חלופיים וזמנים במקום אלה שנשרפו. התקנות אפשרו הקמת מבנים זמניים רק בשטחים המיועדים לכך בתוכנית תקפה. לפי התקנות, אישורה של רשות הרישוי המקומית הוא תנאי למתן הפטור.

### **ג. העמדת גבולותיו של סעיף 266 לבחינה שיפוטית (בג"ץ 4827/05 ; בג"ץ 4986/05)**

60. למיטב ידיעת העותרת, הפעם היחידה שבה נעשה ניסיון של ממש להעמיד את פרשנותו של סעיף 266 לבחינה שיפוטית היה ב-2005, בעתירות שתקפו את אישורן של תקנות התכנון והבנייה (פטור מהיתר מעבודה לצורכי חקלאות ולהקמת מבנים באזורים כפריים עבור מפוני חבל עזה וצפון השומרון ותנאים) (הוראת שעה), תשס"ה-2005, שהוזכרו לעיל.
61. אמנם כבר ב-1996 הוגשה עתירה שתקפה את תקנות הפטור לעניין מתקני הבזק, אלא שזו נמחקה על הסף מחמת שיהוי. בית המשפט אף העיר כי לא מצא פגם משפטי בטענות שהועלו בעתירה, אלא שלא ידוע לעותרת באילו טענות מדובר (בג"ץ 5991/96 שלומי אנג'ל ואח' נ' שר הפנים ואח', פס"ד מה-1.12.1996 (לא פורסם)).
62. בעקבות אישור התקנות ב-2005 הוגשו לבג"ץ שלוש עתירות: הראשונה על ידי עמותת אדם טבע ודין (בג"ץ 4827/05 אדם טבע ודין ואח' נ' שר הפנים ואח'), השנייה על ידי החברה להגנת הטבע (בג"ץ 4986/05 החברה להגנת הטבע נ' שר הפנים ואח'), והשלישית על ידי הוועד המקומי ניצן (בג"ץ 4987/05 ועד מקומי ניצן ואח' נ' שר הפנים ואח'). החפיפה בין הטיעונים שהוצגו בעתירות אלה לבין הטיעון המשפטי בעתירה זו חלקית בלבד.
63. בעתירות מ-2005 סבר בית המשפט כי מדובר בטענות כבדות משקל של העותרים, ולאור זאת הרחיב את ההרכב למותב תשעה. אולם בסופו של יום החליט בית המשפט הנכבד שלא יכריע בעתירות שתקפו את תקנות הפטור להקמת מבנים עבור מפוני חבל עזה וצפון השומרון, משום שהפכו לעתירות תיאורטיות עקב העובדה שהעותרים השתהו בהגשתן ולאחר שהמדינה הסתמכה על תקנות הפטור וכבר ביצעה עבודות מכוחן. בנוסף, העותרים והמדינה הגיעו להסכמות מסוימות שהיה בהן כדי לייתר את הדיון בעתירה. עם זאת, בית המשפט הדגיש את חשיבות הנושא, על אף שלא נדרש לטענות המהותיות שהעלו העותרים, ובסעיף 9 לפסק הדין ציין כי "הצדדים הציבו לפתחנו שאלה שאינה קלה, הנוגעת לפירושו של סעיף 266 לחוק התכנון והבנייה".

תגובת המדינה לעתירות מ-2005 מצורפת ומסומנת עת/12.  
פסק הדין של בית המשפט הנכבד בעתירות מ-2005 מצורף לשם הנוחות ומסומן עת/13.

## חלק שלישי: הטיעון המשפטי

64. הילוך טיעונה של העותרת יהיה כדלקמן:

- 64.1 בראש הראשון של הטיעון תטען העותרת לחוסר סמכות בהתקנת התקנות, בנימוק שסעיף 266 אינו מאפשר התקנת תקנות לביצוע עבודות בפטור מתוכנית מאושרת, אלא מסמיך את השר לקבוע תקנות לפטור מהיתר בלבד.
- 64.2 בראש השני של הטיעון תטען העותרת כי גם אם ייקבע שסעיף 266 מאפשר התקנת תקנות לביצוע עבודות בפטור מתוכנית מאושרת, חורגות התקנות מגבולות ההסמכה של הסעיף, שכן עבודות לצורך הקמת מתקן כליאה מהסוג המתוכנן כאן אינן סוג העבודות שניתן לבצע מכוח הסעיף.
- יצוין, כי קיים קשר ברור בין הטיעון הראשון לשני: דחיית הטיעון הראשון וקבלת התזה כי הסעיף מאפשר פטור מתוכנית מאושרת מחייבות פרשנות מצמצמת לגבי סוג העבודות שניתן לבצע מכוח הסעיף, על מנת שלא לפגוע יתר על המידה בעקרונות התשתית של הדין.
- 64.3 בראש השלישי של הטיעון תטען העותרת לחוסר סבירות במספר מישורים: בהוראות תקנות הפטור, ובפרט בהוראות התיקון לתקנות הפטור, בהקמת המתקן מכוח תקנות הפטור כאשר תמ"א 46 מאושרת, ובהליך אישורו של התיקון לתקנות הפטור המשולב בהחלטה על הכנת שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46.

## I. חריגה מסמכות: סעיף 266 מסמיך התקנת תקנות לפטור מהיתר ולא לפטור מתכנון מאושר

“החובה המוטלת על עריכתה של תוכנית מפורטת חובה היא לעצמה והחובה לקבל היתר בנייה חובה היא לעצמה; זו חובה לעצמה וזו חובה לעצמה וכל אחת מחובות אלו היתה כְּחִי הנושא את עצמו ...

אין להקיש – ואין זה ראוי להקיש – מקיומו של היעדר חובה לקבלת היתר לפטור מהכנתה של תוכנית מפורטת, שלא הרי זה כהרי זה. הנהגה כִּי-כן, גוף ציבורי כמדינה ניתן אולי לפוטרו מקבלת היתר, ואולם רחוקה הדרך מכאן עד למסקנה כי יינתן לו לאותו גוף פטור מהכנתה של תוכנית מפורטת” (עע”מ 10112/02 אדם טבע ודין נ’ הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז ירושלים פ”ד נח(2) 817, 833 ו-834. להלן: “עניין כביש מס’ 1”).

65. סעיף 266 דן בפטור מהיתר ואינו מזכיר פטור מתכנון. ואולם, עמדת המדינה, כפי שהובאה בפני בית המשפט הנכבד בתגובתה לעתירות מ-2005 (ר’ עת/12 לעיל), וכפי שהובאה בתגובתה הראשונה לעתירה הנוכחית, גורסת שמכיוון שסעיף 266 מסמיך התקנת תקנות לפטור מהיתר, **מכללא** הוא כולל הסמכה להתקין תקנות לפטור מתוכנית. עמדת העותרת היא כי אין לראות בפטור מהיתר פטור מכללא מתכנון, וזאת לאור בחינת העניין מזוויות שונות ועל-פי כללי

הפרשנות של כל דבר חקיקה: לשון החוק, מבנה החוק, עקרונות יסוד של החוק ותכלית החקיקה. נדון בהם אחד אחד.

#### **א. לשון החוק: פטור מרישוי בלבד**

66. נקודת המוצא לפרשנותו של כל דבר חקיקה היא כמובן לשון החוק. בענייננו לשון החוק היא מפורשת ומתייחסת לפטור מרישוי בלבד.

67. מוסכם על העותרת, כי לאור הקשר שבין רישוי לבין תכנון, לא ניתן לחתום את הדיון בפשט של לשון סעיף 266. לפיכך לא ניתן, על סמך לשון החוק לבדה, לסתום את הגולל על טיעון המדינה, כי הפטור מסעיף 266 כולל בתוכו מכללא גם פטור מתכנון. ואולם, לשון החוק מעמיסה על המדינה את נטל ההוכחה, כי כוונת המחוקק אכן היתה לפטור מתכנון, ולא כפשוטו של הסעיף. כלומר: לשון הסעיף מכתיבה עדיפות לעמדת העותרת כנקודת המוצא של הדיון ומעמיסה נטל שכנוע כבד על המדינה, להראות כי על אף לשון החוק כוונת המחוקק היתה רחבה יותר, ועוד במובן הסוטה בצורה משמעותית מעקרונות התשתית של החוק.

#### **ב. מבנה החוק: חובת תכנון כשלעצמה וחובת רישוי כשלעצמה, תכנון תחילה ורישוי אחרון**

68. חוק התכנון והבנייה קובע שני שלבים סטטוטוריים שונים ונפרדים הנדרשים טרם ביצוע עבודות בנייה: תחילה שלב התכנון, שתכליתו אישור תוכנית מפורטת על ידי מוסד התכנון. שלב זה כולל דיון פומבי, איזון בין האינטרסים השונים וקביעת ההוראות המהותיות שיחולו על המקרקעין. לאחר מכן בא שלב הרישוי, שהוא שלב טכני יותר (אף שגם הוא כולל שיקולים תכנוניים מהותיים), ועניינו מתן היתר בנייה מכוח התוכניות החלות על המקרקעין. הרישוי הוא מימוש של התכנון: "למעשה, כל הוראות חוק התכנון והבנייה מתנקזות וזורמות לסעיף זה... ונוצרת זיקה בין כל הוראות החוק להיתר הבנייה" (עת"מ (ת"א) 64/97 מריו קמחי נ' רשות הרישוי המחוזית תל-אביב-יפו, פד"ם ב(1), 265, 279). הדברים ידועים ודומה שאינם טעונים פירוט (ר' למשל בג"ץ 1636/92 העמותה לשמירת איכות החיים והסביבה ברמת אביב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל-אביב, פ"ד מז(5) 573, 583 (1993), ע"מ 8489/07 יעקב (קובץ) ריכטר נ' ועדת המשנה הנקודתית של הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, פורסם במאגרים, סעיף 8 לפסק דינו של השופט גרוניס)).

69. הפסיקה הבהירה בצורה ברורה, שהתכנון והרישוי הם שני שלבים נפרדים, העומד כל אחד בפני עצמו. תזה זו נסקרה בהרחבה בפסק דינו של כב' השופט חשין בעניין כביש מס' 1, שממנו ציטטנו לעיל.

70. באותו מקרה הסתמך בית המשפט גם על פסק דינו בבג"ץ 288/00 אדם טבע ודין נ' שר הפנים פ"ד נה(5) 673, 712 (להלן: "עניין תמ"א 22"). דבר החקיקה שנדון בפסק דין זה ושמוכחו נקבע הפטור מהיתר היה חקיקת משנה: תוכנית מתאר ארצית ליערות – היא תמ"א 22. בפסק דין זה עלתה השאלה האם תמ"א 22 קבעה הסדר של פטור מתכנון מפורט כשלב מקדים לביצוע נטיעות והעבודות הכרוכות בכך, כאשר בין הצדדים לא היתה מחלוקת כי הנטיעות עצמן פטורות מהיתר. קק"ל טענה בין היתר – בדומה לטיעון המדינה בתגובתה לעתירות מ-2005 – כי לאור הפטור מהיתר שקובעת התמ"א לנטיעות, יש ללמוד על כוונתה ליתן גם פטור מתכנון מפורט. בית המשפט דחה גישה זו של הקק"ל: "חובה ראשונה עניינה היתר, חובה שנייה עניינה עריכתה של תוכנית מפורטת. שתי חובות אלו מצויות על מישורי חשיבה שונים, ובמובן מסוים היו הן כקווים מקבילים".

71. לפיכך, החובה לתכנן והחובה ברישוי הן שתי חובות העומדות בפני עצמן. אם מדובר בחובות עצמאיות, ממילא וככלל, אין הפטור מחובה א' פוטר אוטומטית מחובה ב'. ניתן אף לומר כי הוויתור על שלב ההיתר רק מעצים את חשיבותו של שלב התכנון, שכן מתן פטור מהיתר מסיר שכבה נוספת וחשובה של בקרה, שמתבצעת באופן רגיל בהליכים הכרוכים בהוצאת היתרי בנייה.

72. הדברים קיבלו ביטוי מפורש בפסק דינו של בית משפט נכבד זה (ע"ם 2408/05 הושעיה, יישוב קהילתי כפרי של איגוד המושבים נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון (2007), להלן: "עניין הושעיה"), שבו נדון ההסדר המעוגן בפרק ו' לחוק להקמת מתקנים ביטחוניים. כידוע, פרק ו' לחוק קובע הסדר מיוחד, שבמסגרתו מתקנים ביטחוניים מקבלים היתרים על ידי ועדה מיוחדת, היא הוועדה למתקנים ביטחוניים (הולמ"ב). לפי הוראות הפרק, הולמ"ב רשאית ליתן היתרים בסטייה ניכרת מהוראות התוכנית שחלה על הקרקע. הפרק אינו מתייחס ישירות לעניין התכנון, אך המדינה ביקשה להסיק מסמכותה של הולמ"ב ליתן היתרים בסטייה ניכרת מתוכנית כי קיים פטור מוחלט מחובות תכנון, כאילו "הולמ"ב רשאית ומוסמכת ליתן למתקן ביטחוני היתר בהתעלם משאלת קיומה או היעדרה של תוכנית" (סעיף ד(2) לפסה"ד). בית המשפט דחה את עמדת המדינה וקבע כי ההסדר המיוחד שהחוק קבע לגבי רישוי מתקנים ביטחוניים אינו פוטר מחובות התכנון, אלא מאפשר לסטות מהוראותיה של התוכנית התקפה במקרים מיוחדים (ס' 23 לפסה"ד).

73. עמדת המדינה כי הפטור מרישוי כולל מכללא פטור מתכנון אינה מתיישבת גם עם מבנה החוק, הקובע את סדר הדברים הנכון: תכנון תחילה (פרק ג') ורישוי לאחר מכן (פרק ה'). בחוק קיים סדר דברים כרונולוגי וקוהרנטי: מוסדות התכנון, תכנון, רישוי, אכיפה. אין מדובר בסדר מקרי. החוק מסדיר את הקמתם של מוסדות תכנון. לאחר מכן הוא מסדיר עריכת תוכניות על ידם. בשלב הבא מסדיר החוק הוצאת היתרים מכוח התוכניות שאושרו, ובהמשך קובע הוראות לעניין אכיפה ועונשין נגד מי שבנה ללא היתרים או בסטייה מהם. לפיכך, החובה לבנות מכוח היתר מאוחרת לחובה לבנות מכוח תוכנית. עמדת המדינה הופכת את החוק על ראשו, עומדת בסתירה ללשונו וקובעת כי מהפטור שסעיף 266 לחוק מאפשר מהשלב האחרון של התהליך (הוצאת היתר בנייה) יש להסיק פטור גם מהשלב הראשון של התהליך (תכנון).

74. ויודגש: על אף האמור לעיל, אין העותרת טוענת שלא ניתן לסטות מעיקרון יסוד זה של דיני התכנון והבנייה שלפיו עבודות צריכות להתבצע מכוח תוכנית מפורטת תקפה, אך לשם כך נדרשת הסמכה מפורשת, שמידת בהירותה ומפורשותה יתאמו את עוצמת הסטייה מעיקרון יסוד זה של הדין. הסמכה שכזאת לא קיימת בענייננו – ועל כך נרחיב בהמשך.

### ג. לאור תכלית החקיקה של סעיף 266, לא היתה כוונה לפטור מתכנון

75. המסקנה הנובעת מלשון הסעיף, שלפיה הסמכות שהקנה לשר מוגבלת למתן פטור מהיתר ולא לפטור מתכנון, מתחזקת לנוכח ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף, כפי שמשקף בביור מהערוותיה של הסוכנות היהודית שהביאו להכנסת הסעיף לחוק ומהפרוטוקולים של דיוני ועדת הפנים בנדון.

76. ב-30.8.1964 הופיע בפני ועדת הפנים רענן וייץ מהמחלקה להתיישבות בסוכנות היהודית, בניסיון לקדם את בקשתה להליכים מקלים לרישוי מבנים בהתיישבות החקלאית. כרקע לדברים תיאר מר וייץ בהרחבה את הליכי התכנון שנקטה הסוכנות היהודית לגבי יישובים חקלאיים וכפריים:

"יש לנו ועדת שיפוט ארצית, לפניה מופיעות כל התוכניות. בוועדת שיפוט זו משתתפים כל המוסדות

הנוגעים בדבר: משרד הפנים, משרד העבודה, משרד החקלאות, משרד הביטחון ומשרד החינוך. מכיוון שתכנון התיישבות פירושו של דבר הבאה לכלל מכנה משותף של כל הפונקציות בתחום יישוב אחד ובין יישובים כפריים. הנוהג היה עוד בתקופת המנדט, ומאז קום המדינה, שלאחר שוועדת השיפוט עברה על התוכניות ואישרה אותן, הן עברו לאישור נוסף של הוועדות המחוזיות, אבל היה בזה יותר משום אקט פורמלי מאשר אקט מעשי. הוועדות המחוזיות לא נכנסו לפרטי התכנון הפנימי".

77. וייץ ביקש מוועדת הפנים לקבוע לוועדת השיפוט של הסוכנות היהודית מעמד סטטוטורי, בדומה לזה של ועדות התכנון המקומיות והמחוזיות – אבל הצעה זאת נדחתה.

פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים של הכנסת מה-1964. 30.8 מצורף ומסומן עת/14.

78. מדברי וייץ ומהערותיה של הסוכנות היהודית להצעת החוק נובע שהתוכניות להתיישבות הכפרית נדונו תחילה בוועדת שיפוט לא סטטוטורית, אבל אישורן הסופי נעשה על ידי הוועדה המחוזית. **כלומר, לפי המצב המשפטי עובר לחוק התכנון והבנייה, פעולות הפיתוח והבנייה בהתיישבות הכפרית נעשו מכוח תוכניות שאושרו כדין על ידי מוסדות התכנון הסטטוטוריים. הסוכנות היהודית ביקשה לשמר את חופש הפעולה היחסי שניתן לה, אך בשום אופן לא ביקשה לפטור אותה מחובת תכנון תקף. אין לכך כל עיגון או רמז במסמכים שהגישה לוועדת הפנים או בפרוטוקולים של הדיונים בנושא.**

79. כאמור, בקשתה של הסוכנות היהודית להקנות לוועדת השיפוט מעמד סטטוטורי נדחתה על ידי ועדת הפנים, ואילו דרישתה לאפשר לה הליכי רישוי מקלים בשטחים הכפריים התקבלה חלקית ומצאה את ביטוייה בסעיף 266 לחוק.

80. **ועדת הפנים, שהכינה את החוק לקריאה שנייה ושלישית, מעולם לא התבקשה ולא זנה באפשרות לפטור את הסוכנות היהודית מהחובה החוקית לבנות רק לפי תוכנית מפורטת מאושרת, וממילא לא אישרה אפשרות לפטור שכזה. כל שהוועדה החליטה עליו הוא להסמיך את השר לתקן תקנות שיאפשרו הליכי רישוי מקוצרים לטובת ההתיישבות החקלאית – רישוי ולא תכנון, ולצורך זה בלבד. פטור מתכנון לא התבקש, לא נדון וממילא לא אושר.**

#### ד. פרשנות המקיימת את הרמוניית החקיקה: הסדרי ההגנה על קרקע חקלאית שנחקקו במקביל

81. הפרשנות שלפיה סעיף 266 הסמיך את שר הפנים לקבוע פטור גורף מתכנון באזורים הכפריים, כלומר: בכל המרחב הלא עירוני, עומדת בסתירה לא רק לתפיסות ההווה בקשר לתכנון ראוי, אלא גם בניגוד לרציונל של החוק בעת חקיקתו. פרשנות המדינה יוצרת אפוא דיס-הרמוניה בתוך החוק עצמו וסותרת את תפיסתו ביחס לשטחים חקלאיים, כפי שבאה לידי ביטוי בהוראותיו המקוריות.

82. ההגנה על השטחים החקלאיים היתה חלק מהחוק כבר בעת שאושר ב-1965. התוספת הראשונה, שעניינה הגנה על שטחים חקלאיים/פתוחים, נכללה בחוק בגרסתו המקורית. החוק קבע מנגנון בקרה מיוחד שיגן על השטחים החקלאיים וכוון ועדה מיוחדת, בעלת סמכות וטו על תוכניות המקודמות על ידי מוסדות התכנון האחרים בשטחים חקלאיים, היא הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית ושטחים פתוחים (ולקחש"פ).

83. יצוין, כי גם החוק והתוספת הראשונה הכלולה בו לא היוו חידוש ביחס המדינה לשטחים החקלאיים, אלא היו חותמת סטטוטורית להכרה מתפתחת בחשיבות ההגנה על השטחים הפתוחים ובריסון הפיתוח בהם. לפי שלאין ופייטלסון (מדיניות השמירה על קרקע חקלאית: התהוותה, מיסודה וערעורה, מחקרי פלסוהיימר (1996) – fips.org.il), כבר ב-

1953 קיבלה הממשלה החלטה שקראה לאישור חוק שיקבע שכל פיתוח לא חקלאי בקרקע חקלאית יהיה טעון אישור של מועצת תכנון עליונה או של גוף אחר שליד משרד הפנים. ב-1963 קיבלה הממשלה החלטה שענינה באופן ברור יותר את השמירה על קרקע חקלאית ומניעת הפיכתה לשטח בנייה. על פי החלטתה זו של הממשלה הוקמה ועדה לשמירה על קרקע חקלאית במעמד של ועדה מייעצת למועצת התכנון. חוק התכנון והבנייה השלים את המערך המוסדי שהוקם לצורך השמירה על הקרקע החקלאית והפך את מעמד הולקחש"פ ממייעצת לגוף סטטוטורי, מה שלדעת שלאין ופיטלסון היווה "ציון דרך בהגנה על קרקע חקלאית בישראל".

84. לעניין זה ר' גם בפסיקת בית משפט נכבד זה: "ההגנה על קרקע חקלאית הינה אחד ממאפייניו החשובים של דין התכנון והבנייה במשפט ישראל מאז ראשיתו. הסדריו של חוק התכנון והבנייה מבנים את שיקול השמירה על קרקע חקלאית אל-תוכו של כל הליך-תכנון, והדבר מבטא הכרה בחיוניותו של משאב זה – משאב מוגבל המתכלה והולך" (בג"ץ 183/95 גלים כפר נוער חיפה נ' ראש עיריית טירת הכרמל, תקדין-עליון, סעיף 15).

85. פרשנות המדינה שלפיה סעיף 266 הסמיך את שר הפנים לקבוע תקנות שיאפשרו ביצוע עבודות בפטור מתכנון בשטחים החקלאיים (ויודגש כי לפני אישורה של תמ"א 46, השטח שעליו הוחלו תקנות הפטור נשוא העתירה יועד לפי התוכניות התקפות לשימושים חקלאיים, וגם כיום השטח במתחם נחל רביב, שאותו מייעד שינוי 2 הרעיוני לתמ"א 46 להקמת מתקן כליאה באוהלים, מסומן בתוכנית התקפה כקרקע חקלאית), וזאת ללא כל הגבלה על שיקול דעתו ובמקביל להכרה בעת אישור החוק על הצורך להגן על אותם שטחים חקלאיים וקביעת הסדר סטטוטורי מיוחד למטרה זו, יוצרת דיס-הרמוניה בחוק, והדבר תומך בעמדה שלא לתוצאה כזו כיוון המחוקק בסעיף 266.

### ה. פרשנות המתיישבת עם עקרונות תשתית של הדין: שקיפות, דמוקרטיזציה ושיתוף הציבור

86. "דין התכנון והבנייה בונה עצמו (בין השאר) על שני עקרונות-תשתית האחוזים-וקשורים זה-בזה לבלי-הפרד: עקרון השקיפות ועקרון שיתופו של הציבור בהליכי אישורן של תוכניות" (סעיף 19 לפסה"ד בעניין כביש מס' 1). סעיף 100 לחוק מעניק זכות למי שרואה עצמו נפגע מתוכנית מתאר מחוזית, מקומית או מפורטת להגיש לה התנגדות, וזאת לאחר פרסום כדן של דבר הפקדת התוכנית. חובה כאמור אינה קיימת בחוק לגבי תוכנית מתאר ארצית, אולם בפועל, לאור עקרונות היסוד של השיטה, נוהגת המועצה הארצית לאפשר לציבור להגיש השגות לתוכניות מתאר ארציות הכוללות הוראות מפורטות (ס' 19 לפסה"ד בעניין כביש מס' 1, וההפניה שם לפרשת קול אמריקה בערבה, בג"ץ 594/89 מועצה אזורית ערבה תיכונה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד מד(1) 558, בעמ' 565).

87. חובת הפרסום משרתת את החשיבות העקרונית בשקיפות פעולתן של רשויות הציבור (למשל: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817), והיא חיונית להבטחת מימושה של זכות ההתנגדות. לשם כך נקבעו הוראות מפורטות לעניין דרכי הפרסום המחייבות בנוגע לדבר הפקדתן של תוכניות. לאור החשיבות העקרונית והמעשית של הפרסום מקפידים בו בתי המשפט מאוד, עד כדי ביטול תוכניות שאושרו מטעם זה של אי פרסום כדן לבדו (בג"ץ 701/81 מלאך נ' יושב ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, בעמ' 10; עת"מ 1206/01 מן נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, פ"ד מינהליים (תשס"ב) 385, ס' (ח)).

88. החשיבות של פרסום דבר הפקדתן של תוכניות ושל שלב ההתנגדות מצאו ביטוי בפסיקתו העקבית של בית משפט נכבד זה. על עקרון השקיפות כעקרון יסודי בדיני התכנון והבנייה עמד בית המשפט בפסק דינו בעניין כביש מס' 1 (סעיף 26 לפסה"ד): "חובה היא המוטלת על [רשויות התכנון] להעמיד את מעשיהן לביקורת הציבור ערב ובוקר בכל יום תמיד.

הציבור זכאי שידע על הדרך שבה מתנהלים נכסיו, ולענייננו, מה נעשה בנכסי הטבע והנוף השייכים לקהילה כולה. וכשם שנאמן חייב בחובת דיווח לנהנים... כן הן רשויות התכנון שחייבות הן לדווח לציבור על מהלכי תכנון – בוודאי כך מהלכי תכנון רחבי-היקף – שהן הוגות, מתכננות ומבצעות מעת-לעת. חובה היא המוטלת על הרשויות לפעול בשקיפות, שרק כך יוכלו הנהנים לדעת מה מתכוונות הן לעשות ומה הן תוכניותיהן. לא לאחר מעשה אלא לפני מעשה, שרק כך יוכל הציבור לבקר את פעולותיהן ולהשיא עצות טובות".

89. העיקרון הגלום בזכות ההתנגדות נגזר ישירות מזכות יסודית ועל-חוקית בשיטת המשפט הישראלית – זכות הטיעון. זכות הטיעון או חובת השימוע מהווה חלק מכללי הצדק הטבעי, מ"מצוות ההגינות המינהלית" (בג"ץ ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, בעמ' 1501), והיא פורשת חסותה על הסדרים שונים בדין הישראלי. זכות ההתנגדות מכוח חוק התכנון והבנייה נובעת ישירות מזכותו של אדם במדינה דמוקרטית להישמע במקום שאינטרס שלו עלול להיפגע. היא מגלמת נדבך מהותי בדמוקרטיה הישראלית ומאפשרת לבעלי העניין להשתתף בהליכים התכנוניים שהשפעתם חובקת כל ולנסות להשפיע על תוצאותיהם.

90. שלב ההתנגדות מגשים את עיקרון הדמוקרטיזציה של הליכי התכנון. ההתנגדות מאפשרת לאזרח להשפיע על הליכי התכנון ועל תוצאותיהם, להגן על אינטרסים אישיים וקבוצתיים ולתרום לעשיית צדק ולאיכות ההליכים (ע"א 2962/97 ועד אמנים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב, פ"ד נ"ב (2) 362, בעמ' 379). בעניין כביש מס' 1 נקבע: "זכות זו המוקנית ליחיד להתנגד לתוכנית, זכות בת-חשיבות היא. כך נערכים שיג-ושיח בין היחיד לביין המינהל וכך אף ניתנת ליחיד הזדמנות להעשיר את מאגר המידע ודרכי החשיבה של המינהל".

91. לפיכך, פרשנותה של המדינה לסעיף 266, כפי שהשתקפה בתגובתה לעתירות מ-2005 ובתגובתה לעתירה הנוכחית, פוגעת בעקרונות יסוד של השיטה המשפטית בישראל ובעקרונות התשתית של דיני התכנון והבנייה. זאת מאחר שהיא מאפשרת עבודות בנייה בפטור מתכנון, וממילא במצב שבו עמדת הציבור ביחס לבנייה זאת לא נשמעה על ידי מוסדות התכנון ולא נשקלה על ידם. פרשנותה של העותרת עולה לעומת זאת בקנה אחד עם אותם עקרונות יסוד. גם הבחנה זאת מכתובה נקודת מוצא של נחיתות לעמדתה של המדינה, שכן ככלל יש להעדיף את הפרשנות המקיימת את עקרונות היסוד של השיטה, ולא פרשנות העומדת בסתירה להם.

92. על כך אמר בית המשפט בעניין כביש מס' 1 (ס' 31): "שתי דוקטרינות אלו שעמדנו עליהן זה-עתה – דוקטרינת השקיפות ודוקטרינת הדמוקרטיזציה של פעולות השלטון והמינהל – מדברות, ובקול רם מדברות הן, לזכות פירושה של תכנית מי/200 [תוכנית המתאר שמכוחה ביקשה המדינה לסלול בפטור מהיתר את הכביש] כמחייבת הכנתה של תוכנית מפורטת להרחבת הכביש. אכן, פירוש תוכנית מי/200 כמטילה חובה על הרשויות להכין תוכנית מפורטת מקיים, ובמלואה, את דוקטרינת השקיפות, שהרי תוכנית מפורטת יש לפרסם ברבים. וביודענו כי לעותרת – ולציבור כולו – שמורה זכותם להתנגד לתוכנית, תוסיף ותתקיים במלואה גם הדוקטרינה של הדמוקרטיזציה. שני שיקולי-על אלה אינם בנמצא כלל בדרך הפירוש החלופית, דהיינו בפרשנו את תוכנית מי/200 כמתירה הרחבת הכביש על-פי תוכנית שתוכן במשרד ובלא שהציבור ידע עליה דבר. יש בה בדוקטרינה אפוא כדי לחזק את הפירוש לתוכנית מי/200 שהמעצרות מחזיקות בו".

93. בתגובתה לבג"ץ בעניין תקנות הפטור מ-2005, וכן בתגובתה הראשונה לעתירה, טענה המדינה כי הדיון בתקנות הפטור



במועצה הארצית הבטיח את שקילתם של אינטרסים מגוונים, כפי שמבטיח הרכבה המגוון של המועצה הארצית (סעיף 24 לתגובת המדינה, עת/12 לעיל; סעיף 76 לתגובת המדינה מה-16.2.2012 בעתירה הנוכחית).

94. בכל הכבוד, גישה זו היא אנכרוניסטית ופטרנליסטית, ואין בה הפנמה של תפיסות מודרניות בדבר שיתוף ציבור ודמוקרטיזציה, כפי שבאו לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון שזעיר ממנה צוטט לעיל.

95. התיקון לתקנות הפטור ממחיש את הפגיעה הקשה בעקרונות התשתית של הדין הטמונה בפרשנות המדינה כי סעיף 266 פוטר מתכנון מאושר. התיקון לתקנות הפטור אושר תוך יממה אחת על-ידי המועצה הארצית ועל-ידי שר הפנים ופורסם ברשומות כבר באותו היום בדבר הכנת תוכניות רעיוניות, שטרם גובשו וטרם נשמעו בעניין הערות הועדות המחוזיות והשגות הציבור. העבודות מכוח אחת התוכניות הרעיוניות הללו (שינוי 2 לתמ"א 46), שמשרד הביטחון החל בביצוען כבר טרם אישור התיקון בתקנות, הואצו וכמעט הושלמו בתוך שבועות ספורים אחרי כניסתן של התקנות המתוקנות לתוקף. התיקון בתקנות הפטור אפשר אפוא ביצוע עבודות בפטור מהיתר כאשר התוכנית, שאמורה להסדיר אותן, נמצאת רק בראשית ההליך התכנוני, ובכך סיכל כל אפשרות אפקטיבית לדיון תכנוני, ציבורי או פוליטי בתוכנית רעיונית זאת.

96. ומעבר לכך: העובדה שתקנות הפטור מאפשרות את ביצוע העבודות לפני שמיעת ההערות וההשגות לתוכנית, כפי שנעשה בפועל בענייננו לגבי העבודות בנחל רביב לפי שינוי 2 לתמ"א, חותרת תחת עקרון היסוד, כי מוסד תכנון נדרש לבוא לדיונים בהתנגדויות בפתיחות ובלי דעה מוקדמת: אין שום משמעות לפתיחות של מוסד התכנון, כאשר זה אפשר את מימוש התוכנית הרעיונית באמצעות תקנות פטור לפני שזאת הועברה בכלל להשגות הציבור. שהרי במועד הדיון בהשגות, התוכנית כבר מומשה בשטח. אכן, העובדה שבעת הדיון בהשגות העבודות כבר יושלמו זה כבר – ומתקן הכליאה אף יהיה מאוכלס – יוצרת משקולת על שיקול הדעת של המועצה הארצית. כיצד תוכל לקבל את ההשגות שיוגשו לה ולהורות על דחיית התוכנית, כאשר המתקן שנבנה לפיה מכוח תקנות הפטור כבר קיים בשטח ואלפי כלואים כבר מאכלסים אותו?

97. **העותרת תטען כי במקרה של ספק לגבי הפרשנות הנכונה של סעיף 266, יש לבחור בפרשנות המקיימת את עקרונות התשתית של הדין ולא כזו הסותרת אותה.**

98. התוצאה היא שההסדר של פטור מתכנון בנוסף לפטור מרישוי עומד בסתירה לעקרונות התשתית של החוק בדבר שקיפות ודמוקרטיזציה. משמעות הדברים היא כפולה:

ראשית, שבמקרה של ספק לגבי פרשנותו הנכונה של החוק (ואנו סבורים שאין ספק), יש לבחור בפרשנות העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד הנ"ל.

שנית, כי כאשר מבקש המחוקק לפגוע בעקרונות יסוד אלה, עליו לעשות זאת בצורה ברורה ומפורשת. על כך מיד.

## ו. "רגולציה חלופית", שמשמעותה סטייה ממשטר התכנון והרישוי הרגיל של החוק ועקרונותיו

### הבסיסיים, מחייבת הסמכה מפורשת, שאינה קיימת בסעיף 266

99. המדינה טענה בתגובתה לעתירה כי סעיף 266 לחוק מסדיר "רגולציה חלופית", הסוטה מהמשטר הרגיל המחייב תכנון מאושר ורישוי מכוחו. המדינה הביאה דוגמאות להסדרים אחרים בחוק (שכבר הוזכרו על-ידי העותרת בכתב העתירה המקורי), הקובעים רגולציה חלופית דומה מבחינה מהותית.

100. העותרת לא טוענת כי אסור בשום מצב לאשר פטור מתכנון, וכי מסלול של "רגולציה חלופית", הסוטה מהמשטר הרגיל של תכנון ורישוי מכוחו, הוא בהכרח פסול מהותית וחוקית. עמדת העותרת היא שהסדר כזה יכול להיות ראוי לגבי סוג מסוים של עבודות. אולם לאור הפגיעה שהסדר הפוטר מחובת תכנון מאושר פוגע במשטר הרגיל של החוק, בעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית ושל דיני התכנון והבנייה, ההסמכה לקבוע "רגולציה חלופית" הפוטרת מתכנון מאושר ומרישוי חייבת להיות ברורה ומפורשת.

101. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור המשמעות הכרוכה בפרשנות המדינה. מכיוון שהמדינה רואה ב"אזור הכפרי" את כל השטחים הפתוחים הלא עירוניים שבמדינה, משמעות פרשנותה את הסעיף היא שברוב שטח המדינה מוסמך שר הפנים לאפשר ביצועה של כל בנייה ללא תכנון מאושר. המדובר בתוצאה בעייתית ומוקשית מאוד, **וחזקה על המחוקק שלו היה מעוניין בה, היה קובע את הדברים בהסמכה מפורשת.**

102. אמירה ברורה כזו ניתנה בפסק הדין בעניין הושעיה (סעיף 23 לפסה"ד): **"אין ליתן היתר ללא תוכנית בתוקף אלא על פי הוראה מפורשת בחוק"**. במלים אחרות, כדי לסטות מעקרון יסוד שבחוק – הוצאת היתר רק בהתאם לתוכנית מאושרת – נדרשת הסמכה מפורשת בחוק.

103. עמדה זו מצאה את ביטויה גם בפסיקה אחרת הנוגעת לדיני התכנון והבנייה. בעע"מ 8489/07 ריכטר נ' ועדת המשנה לעניינים נקודתיים של הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה (פורסם במאגרים), נדונה השאלה האם בניית מתקן ביוב מכוח תוכנית ביוב שאושרה לפי חוק הרשויות המקומיות (ביוב), התשכ"ב-1962, טעונה היתר גם על פי חוק התכנון והבנייה. הרציונל של פסק הדין של בית המשפט הנכבד תואם במלואו את טיעון העותרת כאן, במספר היבטים חשובים:

103.2 לעניין עצם הדרישה להסמכה מפורשת: בית המשפט קבע כי לאור חשיבותה העקרונית של בנייה בהתאם להליכים הקבועים בחוק התכנון והבנייה (תוכנית+היתר) נדרשת הסמכה מפורשת בחוק האחר כדי לפטור מההליכים לפי חוק התכנון והבנייה. כדוגמאות להסמכה מפורשת שגוברת על חוק התכנון והבנייה הובאו הקמת מפעל מים לפי חוק המים, התשי"ט-1959 והקמת מפעל ניקוז לפי חוק הניקוז וההגנה מפני שיטפונות, התשי"ח-1957.

103.2 לעניין היחס שבין ההסמכה הנדרשת לבין עוצמת הפגיעה: בית המשפט קבע כי לא בכל מקרה, שבו חוק אחר אינו כולל הסמכה מפורשת לגבור על הוראות חוק התכנון והבנייה, מתחייבת המסקנה כי יש לבצע גם הליכים מכוח האחרון. שאלת ההסמכה לפגיעה בעקרונות השיטה תלויה בעוצמת הפגיעה. דברים אלה יפים, בשינויים המחויבים, גם לענייננו: אין לך עיקרון בסיסי יותר בדיני התכנון והבנייה מהעיקרון הקובע כי בנייה תיעשה רק לפי תכנון מפורט מאושר. הסמכה להתגבר על עיקרון בסיסי זה חייבת להיות מפורשת, ובהעדר הסמכה מפורשת יש להסיק כי זו אינה קיימת.

104. התפיסה, שלפיה ככל שהפגיעה בעקרונות היסוד של הדין הספציפי או של השיטה באופן כללי היא קשה יותר, כך ההסמכה לבצע אותה פגיעה צריכה להיות ברורה ומפורשת, אינה מיוחדת לדיני התכנון והבנייה. המדובר בעיקרון יסוד בשיטתנו המשפטית. הכלל הוא כי לא ניתן ללמוד על הסמכה הפוגעת בעקרונות יסוד על ידי פרשנות מרחיבה של לשון החוק. לסיכום ההלכה ר' דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי (2010), עמ' 122: **"מידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת משתנה בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת ולמידת הפגיעה בה. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר כן תתחזק הדרישה להסמכה מפורשת"**.

105. ראיה לצורך בהסמכה מפורשת לשם סטייה ממשטרו הבסיסי של החוק, המחייב תכנון מאושר, נמצאת בהסדרים האחרים הקיימים בחוק, המאפשרים אף הם פטור מתכנון, אך קובעים זאת במפורש:

- סעיף 277 לחוק נותן פטור מהיתר ומתכנון לסלילת דרכים שפקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 הוחלה עליהם לפי תחילתו של החוק. ואולם, בניגוד לסעיף 266 לחוק, שמסמיך את השר לקבוע פטור מהיתר בלבד, סעיף 277 לחוק מדבר במפורש על פטור מתוכנית וקובע כי הוראותיו של צו לפי סעיף 3 לפקודה **"יראו אותן כתוכנית מתאר מחוזית שאושרה על פי פרק ג'."**
- סעיף 145(ו) לחוק מסמיך את השר להתקין תקנות שיאפשרו ביצוע עבודות הקשורות להולכת חשמל, לחלוקתו ולהספקתו ללא היתר וללא תכנון. ואולם, גם כאן נותן המחוקק ביטוי מפורש וברור לכך שהחליט לפטור מתכנון: סעיף 145(ו)(3) קובע כי "עבודות שבוצעו או מתקנים שהוקמו על פי הרשאה כאמור בפסקה (1), **יראו אותם כאילו בוצעו או הוקמו בהתאם לתוכנית**". שוב, אמירה מפורשת של המחוקק המגלה בצורה ברורה את כוונתו לפטור מתכנון.
- בתגובתה לעתירות מ-2005 הביאה המדינה דוגמה נוספת להוראות בחוק שמאפשרות לגישה פטור הן מהיתר והן מתכנון: פרק ו' לחוק שעניינו מתקנים ביטחוניים. לפי המדינה, האישור שהולמ"ב מוסמכת ליתן למתקנים ביטחוניים מכוח פרק ו' לחוק מהווה "תחליף להיתר ולתוכנית גם יחד" (סעיף 18 לתגובתה לבג"ץ מ-2005). ואולם, כבר לעת כתיבת הדברים אלה לא ניתן היה להביא את הסדר המתקנים הביטחוניים כתימוכין לעמדת המדינה, שכן אין מדובר בפטור מהיתר וגם לא בפטור מתכנון. פרק ו' לחוק מעניק לולמ"ב סמכות לאשר הקלות וסטייה ניכרת מתוכנית תקפה ללא מגבלה. פסק הדין שניתן בעניין הושעיה, שהיה תלוי ועומד לעת ההיא, מחזק ללא ספק את עמדת העותרת כאן. בית המשפט פסק כאמור כי אין בהסדר המיוחד משום פטור מתכנון, אלא אך ורק מתן הסמכה ליתן במקרים חריגים היתרים בסטייה ניכרת מהתוכניות המאושרות שחלות על הקרקע.
- 106. לפיכך, טיעון המדינה בתגובתה לעתירה (סעיפים 73 ו-78 לתגובתה לעתירה הנוכחית מה-16.2.2012, בדומה לתגובתה לעתירה מ-2005), כי יש ללמוד מההסדרים האחרים הקיימים בחוק שמדובר ב"רגולציה חלופית" שאינה זרה לחוק התכנון והבנייה, מחזק דווקא את עמדת העותרת: **כשרצה המחוקק לקבוע הסדר של פטור מתוכנית מאושרת, כפי שעשה באותם מקרים ספורים בחוק שאליהם הפנו הן העותרת והן המדינה, הוא עשה כן במפורש ובבהירות.** המחוקק לא עשה כן בסעיף 266, ואין להסיק הסמכה כאמור על-סמך פרשנות מרחיבה של הסעיף, שאינה נובעת מלשונו.

## ז. התייחסות לתגובת המדינה לטיעון הפטור מתכנון מאושר

לשם יעילות הדין, ומכיוון שממילא נתונה למדינה זכות תגובה על עתירה מתוקנת זו, תתייחס העותרת בקצרה למספר נקודות מרכזיות בתגובתה של המדינה לטיעון העותרת, כי סעיף 266 אינו מסמיך פטור מתכנון.

### 107. לטענת המדינה בדבר "היקפה המוגבל של הסוגיה"

- את תגובתה לטיעון הפטור מתכנון פתחה המדינה בטענה כי אין הצדקה להתערבות שיפוטית "לאור היקפה המוגבל של הסוגיה" (תגובת המדינה לעתירה מה-16.2.2012). "מוגבלות הסוגיה" הוסברה בכך כי באותה עת כבר הושלמו כל השלבים המהותיים בהליכי אישורה של תמ"א 46, לרבות שמיעת הציבור, הכנסת שינויים בתוכנית לאור ההערות וההשגות שהוגשו לה ואף אישור המועצה הארצית שניתן ב-7.2.2012. כל מה שנדרש באותו שלב הוא החלטת ממשלה לקבל את המלצותיה של המועצה הארצית בדבר אישורה הסופי של תמ"א 46. לכן טענה המדינה כי מכיוון

שהבקשות לפטור לפי תקנות הפטור צריכות להיות תואמות את הוראותיה של תמ"א 46, הרי שקיים "רובד תכנוני" שלם שהליכי אישורו כמעט והושלמו, שהעבודות יבוצעו בהתאמה לו. לפיכך, הוסיפה המדינה בתגובתה, אין כאן הלכה למעשה "פטור מתכנון", והוקחה העוקף מטיעון הפטור מתכנון שבראש העתירה. עד למועד הדיון בעתירה חוזק טיעון זה בכך שהתמ"א כבר אושרה על ידי ועדת השרים לענייני פנים ושירותים.

- **התיקון לתקנות הפטור הוא הראיה הטובה ביותר לכך שהסוגיה היא רבת חשיבות ודורשת הכרעה שיפוטית. בעוד שתקנות הפטור המקוריות אפשרו ביצוע עבודות מכוח תמ"א שעמדה על סף אישור סופי, הרי שהתיקון לתקנות הפטור מאפשר ביצוע עבודות, שחלק ניכר מהן כבר יצא אל הפועל (אולי כבר הושלמו), ללא כל "רובד תכנוני", מכוח החלטה של המועצה הארצית על הכנת תוכנית רעיונית, וממילא לפני שיתוף הציבור, שמיעת השגותיו, הערות הוועדות המחוזיות והערות משרדי הממשלה, שכאמור לעיל השפיעו על נוסחה הסופי של תמ"א 46 התקפה.**

- אם המדינה יכולה היתה לטעון בזמנה ל"מוגבלות הסוגיה" משום שרוב העבודות בפטור מהיתר לפי תמ"א 46 בוצעו כשזו כבר היתה מאושרת, וגם אלה שבוצעו לפני אישורה הסופי בוצעו כאשר היתה על סף השלמה של הליך תכנוני מלא, היא אינה יכולה לטעון זאת היום. העבודות מכוח התיקון לתקנות הפטור, לפחות בכל הנוגע לשינוי 2 לתמ"א 46 (מתחם נחל רביב לכליאת 4,000 בני אדם באוהלים) כבר בוצעו ברובן, וזאת בשעה שההליכים התכנוניים בעניינם של שינויים 1 ו-2 לתמ"א רק החלו וכאשר איש אינו יכול לדעת מה תהיה מתכונתם הסופית. הפגיעה בעקרון היסוד של החוק בדבר תכנון מפורט מאושר כתנאי לבנייה מתעוררת אפוא במלוא חריפותה.

- התיקון לתקנות הפטור גם מבהיר שהסוגיה דורשת הכרעה. אם ניתן היה לקוות שהשימוש במנגנון תקנות הפטור לצורך הקמת מתקן הכליאה היה חד-פעמי, ועם אישורה של תמ"א 46 ייפתרו הבעייתיות והצורך בבחינה שיפוטית עקרונית של פרשנות המדינה את סעיף 266 לחוק, בא התיקון האחרון לתקנות ומוכיח כי מבחינת המדינה לא היה כאן סוף פסוק. וכמובן, אין לדעת מה יהיה טיבם של שינויים עתידיים שהמדינה תבקש להכניס, הן בתמ"א 46 עצמה והן בתקנות הפטור.

- עמדת המדינה, אם תתקבל, תוביל אפוא למצב שבו בעתיד תוכל, לפי שיקול דעתה הבלעדי ובלי שמיעת עמדת הציבור, לאפשר פטור מתכנון ומהיתר לצורך הקמת מבנים ומתקנים מסוגים שונים באזורים הכפריים, ללא מגבלה. לפיכך, מעל ומעבר לסוגיות הפרטניות הנוגעות למתקן הכליאה למסתננים, עולה כאן לדיון סוגיה עקרונית שיש לה השלכות רחבות על התכנון והבנייה ברוב שטח המדינה.

108. לטענת המדינה, כי יש ללמוד על הכוונה לאפשר פטור מתכנון גם מכך שפקודת בניין ערים המנדטורית קבעה משטר של היתרים ותוכניות רק על מרחבי תכנון מוכרזים, ואילו באזורים האחרים ניתן היה לבנות בפטור מתכנון ורישוי (סעיפים 73 ו-82 לתגובת המדינה מה-16.2.2012):

- המדינה טענה, כי סעיף 266 לחוק המשיך את המצב המשפטי שהיה קיים לפניו, לפי פקודת בניין ערים (1936), אשר קבעה כי רק במרחבי תכנון מוכרזים נדרשים תכנון ורישוי, ואילו בשאר האזורים, שרובם היו אזורים כפריים, ניתן לבנות בפטור מתכנון ורישוי.

- **בכל הכבוד, טיעון זה שגוי מיסודו.** סעיף 21 לפקודת בניין ערים (1936) אכן קובע כי החובה לקבל היתר לעבודות בנייה חלה רק במרחבי התכנון המוכרזים. ואולם, **כבר ב-1938 הכריזו שלטונות המנדט על מרחבי תכנון שכיסו את כל שטח המנדט** (הכולל כידוע את תחומה הריבוני של מדינת ישראל, את הגדה המערבית ואת רצועת עזה), לאחר שהגדירו מרחבי תכנון גליליים (Regional Planning Areas), שחפפו בגבולותיהם את ששת המחוזות המינהליים

שהרכיבו את פלשתינה-א"י, ובכך החילו חובת תכנון ורישוי על כל שטח המנדט (ר' אברהם לפידות, תוכניות המתאר הגליליות בתקופת המנדט: אשנב לפעולות התכנון הפיזי הסטוטורי בארץ ישראל, 1977, עמ' 2, 5, 10, 48).

- כלומר, כבר ב-1938 ועד אישורו של חוק התכנון והבנייה ב-1965, כל פעולת בנייה בארץ ישראל חייבה תוכנית מאושרת והיתר. סעיף 266 לחוק לא בא אפוא לגשר על פני הפער כביכול שנוצר בין חופש הפעולה שפקודת בניין ערים אפשרה מחוץ למרחבי התכנון העירוניים לבין ההוראות המחמירות של החוק הישראלי, מאחר שפער כזה כלל לא התקיים. ממילא טענת המדינה, כי פער זה תומך בפרשנותה המרחיבה לסעיף 266 לחוק (ר' סעיף 82 לתגובה) אין לה על מה לסמוך.

109. לטענת המדינה כי יש לתת משקל לאופן שבו פירשה את סעיף 266 ועשתה בו שימוש במהלך השנים:

- המדינה מבקשת ליתן משקל לאופן בו פורש סעיף 266 במספר המקרים המצומצם שבהם הופעל (ס' 79 לתגובה). המדינה לא התמודדה עם טיעון העותרת בעניין זה, שמפורט להלן, ואשר הופיע כבר בעתירה המקורית.

- המקרים שבהם נתנו בתי המשפט משקל משמעותי לפרשנותה של הרשות את הדין היו במצבים גבוליים, כאשר הדברים יכולים היו להיות מפורשים לכאן או לכאן. לא זה המצב בענייננו.

- לעומת זאת, באופן עקרוני, מנחה אותנו בית משפט נכבד זה כי יש לעשות מאמץ להתעלם מההשפעה הפסיכולוגית שיש לדרך שבה נהגה הרשות לפרש את הדין עד הגיע העניין לפתחו (בג"ץ 2355/98 ישראל סטמקה נ' שר הפנים, נג (2) 728): "כשאני לעצמי, דומני כי המשקל הנודע לפירושה של הרשות – באשר הוא – הינו משקל קל כנוצה... תהא הרטוריקה אשר תהא, דומה עלי כי ככל שינסה להתנער מפירושה של הרשות לחוק, למצער בתת-מודע יושפע בית-המשפט מאותו פירוש שיחלחל בתודעתו. ואולם, בכפוף להערת-הקדמה זו, דעתי היא כי פירושה של הרשות לחוק – באשר הוא – ראוי שייודע לו משקל מועט ביותר" (עמ' 743). "בית-המשפט הוא-הוא ה"מומחה" לפירוש חוק – לכך הוכשר וזו משימתו – וממילא אין הוא רשאי לתלות עצמו באחרים זולתו" (עמ' 744). "ככל שנטפס במעלה הפירמידה הנורמטיבית, כן תגבר ותלך אחריותו של בית-המשפט לפירושו של החוק ובה-במידה ישאף לאפס המשקל שיינתן לפירושה של הרשות המוסמכת לחוק" (עמ' 746).

- בתגובתה לעתירות מ-2005 המדינה גם הזהירה מהשלכותיה של פסיקה, שתקבע כי סעיף 266 אינו מסמיך ליתן פטור מתכנון, על מתקנים ומבנים שהוקמו מכוח תקנות קודמות שאושרו לפי סעיף 266, שיהפכו עקב פסיקה שכזאת לבלתי חוקיים. טענה זו אין בה, בכל הכבוד, ממש. בהקשר של דיני התכנון והבנייה, ועדות הערר ובתי המשפט פוסקים מעת לעת, ולא באופן בלתי שכית, כי פרשנות של תוכנית מסוימת, שהיתה נהוגה עד אותו מועד, אינה נכונה. התוצאה של פסיקה כאמור היא פרוספקטיבית בלבד, ואינה משפיעה במאום על מעמדם של היתרים שהוצאו כדין מכוח הפרשנות הקודמת, מעבר להכרה בכך שהדין פורש בעבר בצורה שגויה. כך, לשם הדוגמה בלבד, גם לאחר פסיקתו של בית משפט נכבד זה בעע"מ 8489/07 ריכטר נ' ועדת המשנה לעניינים נקודתיים של הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה שהוזכר לעיל, שלפיה אישורה של תוכנית ביוב אינו פוטר מהוצאת היתר בנייה לפי חוק התכנון והבנייה, לא חל כל שינוי במעמדם החוקי של מתקני ביוב שהוקמו לפי הפרשנות הקודמת. באופן דומה, בעת"מ 3116/06 גילעם חברה לבניין ופיתוח נ' ועדת הערר המחוזית, תקדין-עליון, אישר בית המשפט המחוזי פסיקה של ועדת הערר המחוזית, כי פרשנותה של הוועדה המקומית את הדין, שהיתה נהוגה במשך שנים ואשר לפיה יש להוסיף במקרים מסוימים אחוזי בנייה, אינה נכונה. קביעה זו חלה מעתה ואילך, אך לא היה בכך כדי להשפיע על בניינים רבים שהוקמו קודם לכן בחיפה מכוח היתרים שכללו אחוזי בנייה גבוהים, החורגים מהמותר לפי הפרשנות הנכונה

של הדין, כפי שנקבעה על-ידי ועדת הערר.

- בהשוואה למקרים האחרים שבהם הותקנו תקנות פטור מהיתר מכוח סעיף 266 לחוק, השימוש שנעשה בענייננו בסעיף מרחיק לכת הן בהיבט של ההתרחקות מהאופי החקלאי/כפרי של העבודות והן בהיבט של עוצמת הפטור מתכנון. תקנות הפטור בגרסתן הנוכחית אינן דורשות אפילו תוכנית מופקדת כתנאי לאישור בקשת לפטור מהיתר, אלא קובעות כי די לצורך זה בתוכנית רעיונית שהמועצה הארצית הורתה על הכנתה. ולשם ההשוואה: בתקנות הפטור שאושרו לצורך יישובם של מפוני ההתנתקות נדרשה תוכנית מאושרת או מופקדת; בתקנות הפטור שאושרו לצורך הקמה מחדש של בתים שנשרפו בשריפה הגדולה של הכרמל נדרשה תוכנית מאושרת.
- 110. לטיעון המדינה בדבר פרשנות מרחיבה של סעיף 266 לאור החלתו רק על אזורים כפריים שם "אינטנסיביות השימושים נמוכה" ושבהם ניתן להסתפק לעתים בהסדרת שימושי הקרקע בתקנות, במקום בתוכניות ובהיתרים (ס' 75 לתגובה):
  - ראשית, קשה להבין כיצד ב-2012, לאחר שההכרה בדבר חשיבות השטחים הפתוחים היתה לקונצנזוס, עוגנה בתמ"א 35 ובפסיקתו של בית משפט זה (ר' הסקירה בסעיף 130 להלן), תעלה טענה כי בשטחים אלה ניתן להקל בדרישות התכנון והרישוי. במידה רבה נהפוך הוא: דווקא במרחב העירוני המופר, המשמעות של פרויקט בנייה פחותה מאשר בשטח פתוח, בוודאי של מתקן ענק שאמור לאכלס אוכלוסיה בגודל של עיירה גדולה (כ-20,000 בני אדם).
  - שנית, הראינו שכבר בגרסתו המקורית של חוק התכנון והבנייה נכללה התוספת הראשונה, שכל עניינה הגנה על השטחים החקלאיים, ואשר קבעה חסם נוסף לבנייה במרחב הפתוח בדמותו של הליך לפני הולקחש"פ. לפיכך, הטענה כי ניתן להקל על בנייה במרחבים הפתוחים על ידי מתן פטור מתכנון סותרת לא רק את תפיסות ההווה, אלא גם את תפיסתו העקרונית של המחוקק בעת אישור החוק.
  - שלישית, הראינו כי הדיונים בכנסת באשר לסעיף 266 לחוק נגעו לאופי הבנייה (התיישבות חקלאית) ולא לאינטנסיביות השימושים.
  - רביעית, לא ניתן לומר כי מתקן כליאה ל-20,000 איש – פי ארבעה בקירוב מכל אוכלוסיית המועצה האזורית שבתחומה הוא נמצא – הכולל שימושי קרקע שונים (מגורים, מבני ציבור לסוגיהם, מתקני סגל, מרפאות ועוד) משקף "אינטנסיביות שימושים נמוכה, האופיינית למרחב הכפרי". המדובר באינטנסיביות שימושים גדולה ביותר, העולה על זאת שקיימת באזורים עירוניים רבים בישראל.

## **II. חריגה מגבולות ההסמכה: גם אם סעיף 266 מאפשר להתקין תקנות פטור מתכנון, עבודות**

### **דוגמת המתקן נשוא העתירה חורגות מגבולות ההסמכה**

אף אם לא תתקבל טענת העותרת בחלק הראשון של הטיעון המשפטי, שלפיה התקנות מהווה חריגה מסמכות משום שהן כוללות פטור מתוכנית ולא רק פטור מהיתר, הרי שהן חורגות מגבולות ההסמכה לאור סוג העבודות שהתקנות הללו נועדו לאפשר: סעיף 266 לחוק לא מסמיך את השר להתקין תקנות לביצוע עבודות כגון הקמת מרכז הכליאה נשוא עתירה זו.

### **א. נקודת המוצא של הדיון: פרשנות מצמצמת לאור הקביעה של פטור מתכנון**

111. קביעה כי סעיף 266 לחוק מסמיך התקנת תקנות לביצוע עבודות בפטור מתוכנית, כלומר דחיית טענת העותרת בראש

## **הראשון של העתירה, מחייב נקודת מוצא של פרשנות מצמצמת לעבודות שניתן לבצע מכוח הסעיף.**

112. הפרשנות שלפיה סעיף 266 לחוק מאפשר ביצוע עבודות בפטור מתכנון, ולא רק בפטור מהיתר, משמעותה כי המחוקק התיר פגיעה קשה בעקרונות התשתית של חוק התכנון והבנייה: שקיפות, דמוקרטיזציה ושיתוף הציבור. הכרה זו מחייבת פרשנות מחמירה ומצמצמת של גבולות ההסמכה שבסעיף, ובמלים אחרות: פטור מתכנון מחייב להגביל את השימוש בסעיף 266 לחוק למקרים מיוחדים ונדירים בלבד. בנסיבות של פגיעה בעקרונות יסוד של הדין, יש לנקוט בפרשנות מצרה של ההסמכה שבסעיף.

## **ב. העבודות להקמת מתקן הכליאה חורגות מגבולות ההסמכה של הסעיף לאור לשונו – פרשנות מילולית**

113. לפי לשון הסעיף רשאי השר לקבוע סוגי עבודות ושימושים שיהיו פטורים מהיתר "באזורים כפריים" ואף להגדיר בתקנות מהם אותם אזורים כפריים שבהם יחול הפטור – לכאורה, ללא הגבלה על סוגי העבודות והשימושים. דווקא בשל ניסוחו המרחיב של הסעיף יש לבחון את לשונו בחינה מדוקדקת, בפרט בנוגע למונח המפתח "אזורים כפריים", שאינו מופיע בפרק ההגדרות של החוק וגם לא בפקודת בנין ערים 1936 שקדמה לו.

114. מילון אבן שושן מגדיר את המונח "כפריים" כך: **"שיש בו מחיי הכפר, שהוא אופייני ליישוב איכרים"** (אברהם אבן שושן, מילון אבן שושן מחודש ומעודכן לשנת האלפיים, 2007). מהגדרה זאת נובע הקשר חקלאי מובהק: אזורים כפריים הם אותם מרחבים שמאופיינים בשימושים חקלאיים, במובן הרחב של המלה, הכולל לא רק את עיבוד הקרקע, אלא גם התיישבות חקלאית ("יישוב איכרים").

115. לשונו של סעיף 266 לחוק יוצרת קשר פנימי-אינהרנטי בין העבודות והשימושים שניתן לפטור מחובת היתר לבין האזורים הכפריים: בלשון הסעיף, העבודות והשימושים הללו הם חלק ממשפט לוואי אחד ("עבודה או שימוש שיהיו באזורים כפריים"), כאילו העבודות והשימושים והאזורים הכפריים מהווים מהות יחידה. כמו האזורים הכפריים, שם יותרו בפטור מהיתר, גם העבודות והשימושים עצמם צריכים לשאת את האופי של אזורים אלה. לפיכך, **עבודות או שימושים, שיש בהם כדי לשנות מן היסוד את האופי החקלאי של "האזורים הכפריים", אינם מסוג העבודות והשימושים שהשר מוסמך לפטור אותם מחובת היתר.**

116. על בסיס ניתוח לשונו של סעיף 266 לחוק, התקנות שיותקנו מכוחו נדרשות אפוא לעמוד לא רק בהיבט הגיאוגרפי (לחול על אזור של התיישבות כפרית-חקלאית), אלא שהפטור מחובת היתר יינתן רק לסוגי עבודות ושימושים שהולמים את האופי הכפרי-חקלאי של האזור – בין אם מדובר בשימושים חקלאיים טהורים ובין אם מדובר בשימושים הקשורים קשר ישיר לעיבוד הקרקע, כמו בתי המגורים של החקלאים.

117. ברור שייתכנו תחומים אפורים לגבי סוגי העבודות והשימושים ההולמים את האזור הכפרי-חקלאי, בוודאי לאור התמורות שחלו באופייה של ההתיישבות החקלאית. אבל מכל בחינה שהיא, מתקן כליאה רב מימדים, כדוגמת המתקן שלשם הקמתו תוקנו התקנות נשוא העתירה הנוכחית, אינו קשור להתיישבות הכפרית-חקלאית בשום דרך, ועל כן חורג מגבולות ההסמכה של הסעיף.

## **ג. פרשנות תכליתית - חריגה מגבולות ההסמכה לאור תכלית החקיקה**

118. לפי תכלית החקיקה, ברור מעל לכל ספק, כי המחוקק לא כיוון לכך שייעשה בסעיף 266, שעניינו בנייה במרחב הכפרי,

שימוש לצורך הקמת מתקן כליאה/שהייה רב מימדים. המדובר בחריגה בוטה מגבולות ההסמכה, כפי שזו נלמדת מתכלית החקיקה.

119. הראינו לעיל את תכלית חקיקתו של הסעיף, כפי שעולה בצורה ברורה מההיסטוריה החקיקתית שלו. הסעיף הוכנס לחוק בעקבות לחץ של הסוכנות היהודית כגורם המיישב, על מנת ליתן לה חופש פעולה מסוים בהתיישבות החקלאית. הכוונה הברורה היתה לאפשרות מתן פטור מהיתר למבנים בהתיישבות החקלאית ובביסוסה – לא רק המבנים הנחוצים ישירות לעיבוד החקלאי, אלא גם בתי המגורים של החקלאים ואולי אף מעבר לכך (למשל: מבני ציבור ותשתיות המשרתים אותם). אך מכל מקום הכוונה היתה רק לעבודות הקשורות במפעל ההתיישבות הכפרית.

120. המחוקק סירב ליתן לסוכנות היהודית פטור סטטוטורי מוחלט בתוך ההתיישבות החקלאית, אך קבע את סעיף 266 לחוק על מנת לאפשר להתקין תקנות שיענו חלקית על בקשתה של הסוכנות היהודית להליכי רישוי מהירים של עבודות הבנייה במסגרת ההתיישבות החקלאית.

121. לאור תכליתו הנ"ל של סעיף 266 לחוק וההיסטוריה החקיקתית שלו, בניית מתקן כליאה, קל וחומר מתקן רב מימדים מהסוג המתוכנן, חורגת בצורה ברורה וחד משמעית מגבולות ההסמכה.

122. אכן, אין שום קשר בין מתקן כליאה לבין מפעל ההתיישבות החקלאית. אין המדובר בעבודות שהסוכנות היהודית היתה מופקדת עליהן וביקשה הליכי רישוי מקלים לגביהן, אין המדובר בסוג העבודות שנדונו בוועדת הפנים של הכנסת טרם אישור החוק, ואין המדובר בעבודות שהממשלה ראתה לנגד עיניה כאשר נענתה חלקית לבקשת הסוכנות היהודית והוסיפה לחוק את סעיף 266. המדובר בחריגה מובהקת מגבולות ההסמכה.

#### **ד. חריגה מגבולות ההסמכה גם לאור הפרקטיקה של השימוש בסעיף 266 עד היום**

123. אף המקרים שבהם נעשה שימוש בעבר בסעיף 266, ואף הסבריה של המדינה עצמה בתגובתה לבג"ץ מ-2005 לגבי המקרים המתאימים לשימוש בו, מעידים כי מתקן מהסוג נשוא עתירה זו חורג מגבולות ההסמכה ואינו אחד מסוגי העבודות שניתן לבצע לפי תקנות מכוח הסעיף.

124. עמדת העותרת היא שבהתאם לתכלית החקיקה, לפחות חלק מהתקנות שהותקנו בעבר מכוח סעיף 266 לחוק אושרו בלי סמכות או בחוסר סבירות. אבל אף נתעלם מסוגיה זאת, המשותף לכל התקנות שתוקנו עד כה מכוח סעיף 266 לחוק, למעט התקנות נשוא העתירה הנוכחית, הוא בשני היבטים:

- ככולן מדובר בהסדרת הקמת מספר רב מאוד של מבנים דומים, על מנת לחסוך הליכי רישוי נפרדים לכל אחד מהם.  
- למעט תקנות הבזק, כל התקנות הללו עוסקות בהתיישבות חקלאית: עבודות למרעה, הקמת מבני מגורים וציבור באזור הכפרי ב-1991, הקמת ניצן ב-2005, הקמת מבנים שנשרפו בכרמל ב-2010. לאמיתו של דבר, גם בתקנות הבזק ניתן לראות תקנות המאפשרות עבודות הקשורות להתיישבות החקלאית, משום שרשת הטלפוניה נועדה בין היתר לשרת את היישובים הכפריים ולחבר אותם לרשת הארצית. בנוסף, מדובר במתקנים שהשפעתם על הסביבה מעטה.

125. כלומר: עד כה, המדינה מעולם לא השתמשה בסעיף 266 לחוק לצורך התקנת תקנות שיאפשרו להקים ולו מתקן אחד, אשר אין לו כל קשר להתיישבות החקלאית. ומעבר לכך, בעניינינו מדובר במתקן אחד (גם אם מורכב ממבנים שונים), אשר מוקם ברובו על ידי גורם אחד (גם אם יוקם על ידו בכמה שלבים). אין כאן ההיבט המשותף לכל התקנות של חיסכון בביצוע הליכי רישוי מלאים נפרדים על ידי גורמים שונים, רובם פרטיים.

126. השימוש בסעיף 266 לצורך הקמת מתקן כליאה לאלפי אנשים חורג מכל שימוש שנעשה בו בעבר – בין אם במבט



לאחור נראה במקרי העבר שימוש חוקי, לא חוקי או גבולי. מעבר לכך: הוא חורג מהסבריה של המדינה עצמה לגבי הרציונל של השימוש בסעיף. אנו למדים אפוא על כך שסעיף 266 לא ביקש לאפשר הקמת מתקן כליאה בפטור מהיתר ובפטור מתכנון גם לאור הפרקטיקה של השימוש בסעיף על ידי המדינה עד היום.

### ה. תכליתו הנורמטיבית של סעיף ההסמכה בהווה

127. פרשנותו בהווה של סעיף 266 וההיקף ההסמכה הקבוע בו צריכים לתאום את תפיסת העולם של היום ולא של שנת 1965. החוק הוא יציר דינמי שפרשנותו משתנה תדירות, במקביל לשינויי נורמות ותפיסות בחברה: "גיבושה של תכלית החקיקה נעשה תמיד בהווה... הפרשן התכליתי אינו מחויב ליתן לדבר החקיקה את הפירוש שהיה נותן לו למחרת חקיקתו. הפרשן התכליתי חייב ליתן לדבר החקיקה את הפירוש שראוי ליתן לו בהווה" (אהרון ברק, פרשנות החקיקה, עמ' 150).

128. בהקשר של דיני התכנון והבנייה אמר בית משפט נכבד זה בעניין הושעיה את הדברים הבאים (סעיף 5 לפסה"ד): "כל חוק טעון פרשנות לזמנו ולמקומו. כאן המקום להזכיר, כי השוני באקלים החוקתי, המתבטא בין היתר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משמעו כי פרשנות דין ישן לאחר שנחקק חוק היסוד זוכה להשראה מחוק היסוד: 'הדין הישן מתקיים ב"סביבה חדשה", המעוצבת על-ידי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם... יש לפרש את הדין הישן ברוח הוראותיו של חוק היסוד" ... זאת אף בהינתן סעיף שמירת הדינים". ובהתייחס לסוגיה הספציפית שהובאה לפתחו, רישוי מתקני ביטחון, סיכם פסק הדין כדלקמן (סעיף 52): "החוק, כל עוד לא תוקן, מקנה סמכויות שונות בהקשר הביטחוני לפי פרק ו' לחוק; סמכויות אלה בעינן, אך יש לפרשן תוך התחשבות בהתפתחויות המשפטיות והציבוריות".

129. בהקשר של סעיף 266 לחוק יש להביא בחשבון שני היבטים הנובעים ממנו ישירות, אשר חלו בהם תמורות מפליגות מאז אישורו של חוק התו"ב לפני כיוכל שנים. האחד, תפיסת העולם לגבי מקומם של השטחים הפתוחים וחשיבות השמירה עליהם. השני, חשיבותם של תהליכי הדמוקרטיזציה ושיתוף הציבור. בעניינים אלה חלו מאז 1965 תמורות, והם נתפסים כיום כערכים מרכזיים, שהמשקל שיש ליתן להם בפרשנות הדין ובפעולות הנעשות מכוחו הוא רב יותר מאשר המשקל שניתן להם בעת אישור החוק. בהקשר של נורמות מקלות להקמת מתקנים ביטחוניים אמר בית משפט נכבד זה: "נושאים כמו שקיפות, איכות סביבה, מעורבות הציבור, בוודאי 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" (ע"מ 3151/06 חברה פלונית נ' הוועדה למתקנים ביטחוניים - מחוז חיפה, תקדין-עליון, סעיף י"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

130. בנושא חשיבות השמירה על השטחים הפתוחים:

- אמרנו לעיל, כי כבר לעת אישור החוק ב-1965 היתה הכרה בחשיבות השמירה על השטחים החקלאיים. ואולם, מאז אישורו של חוק התכנון והבנייה התחזקה מאוד התפיסה כי יש לשמור על השטחים הפתוחים, על "אזורים הכפריים" בישראל, וזאת משום ש"אזורים חקלאיים או אזורים שניתן לייעד לשטחים פתוחים הולכים ומתמעטים במקומותינו" (כב' הנשיאה בייניש [כתוארה אז] בע"מ 2528/02 ועדת ערר לתו"ב מחוז מרכז נ' פז, תקדין עליון). על שינויים

נורמטיביים אלה עמד גם בית המשפט הנכבד :

"תמ"א 31 היוותה סמך דרך בהגברת המודעות לצורך בשימור מרחבים פתוחים במדינת ישראל, מודעות שהלכה והתחזקה בעשור האחרון. תמ"א 31 באה לעולם על רקע גלי העלייה הגדולים מברית המועצות בתחילת שנות ה-90, אשר חייבו בנייה ופיתוח מהירים של אזורים מגורים ומערכות תשתית עבור כמיליון עולים. לצד הצורך בבנייה ופיתוח, עמדו מתכנני התמ"א, לראשונה, גם על הצורך בשמירת שטחים פתוחים, משאבי טבע וערכי נוף, ושטחים שישארו בטבעם, וזאת על מנת למנוע פגיעה בערכים אלה תוך כדי פיתוח מואץ" (ע"א 8116/99 אדם טבע ודין נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה שומרון פ"ד נה (5) 196).

- בית המשפט חזר ועמד על חשיבות ההגנה על השטחים הפתוחים ועל התחזקות תפיסה זו במערכת התכנון בישראל. אין משמעות הדברים, כמובן, כי לעולם לא יתאפשר פיתוח במרחבים הכפריים, אלא שפיתוח כזה ייעשה רק בכפוף לתוכנית מפורטת תקפה שבהליכי אישורה ייעשה איזון בין האינטרסים הנוגעים לעניין.
  - כך או כך, התפיסות הנורמטיביות העכשוויות באשר לחשיבותם של השטחים הפתוחים/החקלאיים מחייבות פרשנות מצמצמת לסמכות שניתנה לשר בסעיף 266 לחוק. כפי שהראינו לעיל, במקורו נועד הסעיף לאפשר הליכי רישוי מקלים לצורכי ההתיישבות החקלאית, בעידן שבו התפיסה השלטת ראתה בהקמת יישובים חדשים פעולה מבורכת. בעת הנוכחית, כאשר העמדה השלטת בחברה בכלל ובמוסדות התכנון בפרט הפוכה, הפרשנות הנורמטיבית הראויה לסעיף 266 לחוק תקבע שמטרתו לאפשר פטור מהיתר רק לעבודות ולשימושים חקלאיים מובהקים.
  - לפיכך, בסביבה הנורמטיבית של המאה ה-21, הדוגלת בשמירה על המרחב הכפרי, יש להחיל על סעיף 266 לחוק פרשנות מצמצמת. **עמדת המדינה, כי יש לפרש את סעיף 266 לחוק כאילו הוא מסמיך את השר לאפשר בינוי לצרכים שאינם חקלאיים באזורים הכפריים, תוך שינוי מהותי באופיים, וזאת מכוח תקנות שאינן עוברות הליכי הפקדה והציבור לא מורשה להתנגד להן – עמדה זאת אינה סבירה, והיא עומדת בסתירה גמורה לתפיסות יסוד תכנוניות עכשוויות, שעוגנו היטב בפסיקת בית משפט נכבד זה. ונוסיף ונאמר: אין זה מתקבל על הדעת לטעון כי במרחב העירוני, שבו אין אינטרס ציבורי בשימור שטחים פתוחים, נדרש היתר בנייה כמעט לכל עבודה בקרקע, בעוד שבאזורים הכפריים השר מוסמך ליתן פטור מהיתר לעבודות משמעותיות, שיש בהן לשנות את אופיים ולפגוע קשות בשטחים הפתוחים.**
131. בנושא מרכזיותם של עקרונות הדמוקרטיזציה והשיתוף בדיני התכנון והבנייה :
- הדמוקרטיזציה והשיתוף בהליכי התכנון מעוגנים כמובן בחוק כבר מעת אישורו, אבל עקרונות אלה זכו לחיזוק ניכר עם השנים, לנוכח עליית כוחן של זכויות הפרט אל מול רשויות השלטון, פיתוח דוקטרינות של שקיפות וההכרה בחשיבותה, ובמיוחד לאחר המהפכה החוקתית באמצע שנות ה-90 של המאה ה-20.
  - על התמורות בתפיסת השקיפות ושיתוף הציבור ועל התמורות שחלו בהתאם בפרשנות חוק התכנון והבנייה לאור ההכרה בחשיבותם של עקרונות תשתית אלה עמדנו לעיל.
  - לפיכך, התפיסה העכשווית של הדין, הדוגלת בנקודות איזון המחזקות את הדמוקרטיה והשיתוף שבהליכי התכנון והבנייה, מחייבת אף היא פרשנות מצמצמת באשר לסוגי העבודות שניתן לפטור אותן מהיתר מכוח סעיף 266 לחוק.
  - גם בהקשר זה, פרשנותה של המדינה, כי בעידן הנוכחי של שקיפות, דמוקרטיזציה ושיתוף; לאחר שניתנו פסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין כביש מס' 1 ותמ"א 22, כמו גם פסיקות אחרות המשקפות הכרה בחשיבותה של זכות ההתנגדות (למשל הדרישה לפירוט כתנאי להוצאת היתר בנייה) – גם בנסיבות אלו יש לקבוע שאין שום מגבלה על סוגי העבודות שניתן לבצע באזור הכפרי בפטור מהיתר, ולרבות עבודות שבינן לבין כפר, התיישבות חקלאית או עבודה

חקלאית אין ולא כלום – היא בכל הכבוד פרשנות בלתי סבירה בעליל.

- לפיכך, בהתאם לפרשנות העכשווית הנכונה של הדין, לאור עליית ערכם של השטחים הפתוחים וההכרה בחשיבות השקיפות, הדמוקרטיזציה ושיתוף הציבור בהליכי התכנון, יש לאמץ פרשנות מצמצמת של סעיף 266 לחוק, ולקבוע כי רק עבודות הקשורות ישירות להתיישבות החקלאית ניתן לבצע בפטור מהיתר (וככל שבית המשפט הנכבד יפסוק כך, גם בפטור מתכנון) לפי תקנות שיותקנו מכוחו. הקמת מתקן כליאה רב מימדים מכוח סעיף בחוק, המאפשר מתן פטור מהיתר לעבודות באזור הכפרי ואשר נועד להקל על ההתיישבות החקלאית, ודאי וודאי שאינה אפשרית לאור העקרונות המקובלים בפרשנות עכשווית של הדין.
- וראו, על דרך ההשוואה, את פסק דינה של כב' השופטת נאור בעניין הושעיה, שקבע כי הנורמה החוקית המקלה מתייחסת לכל מתקן ביטחוני, אך ראוי לנצל אותה רק כאשר העבודות הן ביטחוניות במובהק: "ישנם מתקנים ביטחוניים שהם אכן בעלי אופי ביטחוני מובהק, וישנם מתקנים ביטחוניים הקרובים במהותם לסתם מחנות אזרחיים ובהם משרדים ומגורי אנשי צבא. בין לבין ישנם סוגי ביניים, ולא הרי מתקן ביטחוני מובהק כהרי מתקן ביטחוני שאופיו אזרחי. ככל שהאופי של המתקן הוא 'אזרחי' יותר, כך על הולמ"ב להפעיל את שיקול דעתה באופן 'אזרחי' יותר, תוך שמירה מידתית על עקרונות היסוד של חוק התכנון והבנייה".
- ולענייננו: רק כאשר העבודות קשורות במובהק להתיישבות החקלאית ניתן לעשות שימוש בנורמה המקלה המעוגנת בסעיף 266 לחוק. ככל שהעבודה רחוקה יותר מהשימוש של ההתיישבות החקלאית ולא מהווה חלק בלתי נפרד מהמרחב הכפרי, יש לפנות להליכי התכנון והבנייה הרגילים. מתקן כליאה, כדוגמת המתקן שכדי לאפשר את הקמתו תוקנו התקנות נשוא העתירה, הוא דוגמה מובהקת לעבודות ולשימושים שאינם קשורים ל"אזורים כפריים", ועל כן עליהם לעבור את הליכי התכנון והרישוי הרגילים הקבועים בדין.

## 1. התייחסות לטענת המדינה בתגובתה, כי לאור חלופ הזמן, יש להעדיף את "התכלית האובייקטיבית"

### של סעיף 266 על-פני "התכלית הסובייקטיבית" שלו

132. קשה מאוד לכפור בטיעון העותרת בדבר התכלית של סעיף 266 לחוק כפי שנסקרה לעיל (הקלה בהליכי הרישוי לטובת ההתיישבות החקלאית) – שכן הדברים עולים בצורה ברורה מהפרוטוקולים של דיוני ועדת הפנים של הכנסת לפני אישורו של החוק ב-1965.
133. בתגובתה לעתירה הנוכחית, ההתייחסות היחידה של המדינה לטיעון זה היתה כי לאור חלופ הזמן מהמועד שבו חוקק חוק התנו"ב, על בית המשפט להתעלם מהתכלית הסובייקטיבית של סעיף 266 ולהעדיף את "תכליתו האובייקטיבית". טענה זו יש לדחות.
134. לעניין התכלית האובייקטיבית אמר כב' הנשיא לשעבר פרופ' ברק: "אלה הם האינטרסים, המטרות, הערכים, המדיניות והפונקציה אשר דין מסוג נועד להגשים. מושג זה אובייקטיבי ומשקף את רצונה של השיטה בהווה. התכלית של הדין נקבעת באיזון הראוי בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית" (א. ברק "על פרשנות של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז תשס"ב 387, בעמ' 349). התכלית האובייקטיבית נלמדת על רקע עקרונות שיטת המשפט, ערכי היסוד ועקרונות התשתית של הדין שאותו מפרשים, למשל הרמוניה חקיקתית, מטרות חברתיות, דרכי התנהגות ראויה וזכויות אדם (ע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות, פ"ד נג(5) 769, 792 (1999), א. ברק, פרשנות תכליתית במשפט 421 (2003), עמ' 421, אהרון ברק, פרשנות במשפט כרך שני - פרשנות החקיקה, שער שישי

((1993)).

135. כפי שעולה מדברים אלה, פרשנות אובייקטיבית של תכלית החקיקה אין משמעה מתן משקל אפס לכוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, כפי שמבקשת המדינה לעשות כאן, בוודאי כשזו ברורה ומפורשת.

136. ומעבר לכך: בענייננו, גם התכלית האובייקטיבית של הדין מכוונת לקבלת פרשנות העותרת, שכן עקרונות היסוד של הדין כפי שהם נתפסים בהווה, כמו גם הרמוניה חקיקתית ושיקולי מדיניות, לרבות בהקשר הקונקרטי של השמירה על השטחים הפתוחים ובמימוש ערכי שיתוף ודמוקרטיזציה – כל אלה תומכים דווקא בפרשנות העותרת. לפיכך, ניסיון המדינה לחמוק מכוונתו המפורשת של המחוקק ("התכלית הסובייקטיבית") על-ידי פנייה ל"תכלית האובייקטיבית" אינו יכול לסייע לה. שניהם פועלים באותה מגמה.

### **III. חוסר סבירות בהקמת המתקן מכוח תקנות הפטור כאשר תמ"א 46 מאושרת; בהוראות**

#### **התיקון לתקנות הפטור; בהליך אישורו של התיקון לתקנות הפטור**

מעבר לטענת אי החוקיות והחריגה מסמכות תטען העותרת להיבטים שונים של חוסר סבירות במהלך הקמת המתקן מכוח תקנות הפטור, בהסדרים שנקבעו בתקנות הפטור ובהליך שנוהל לאישורו של התיקון לפטור, בד בבד עם ההחלטה על הכנת שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46.

#### **א. הפגיעות הנובעות מביצוע העבודות מכוח תקנות הפטור (בגרסתן המקורית) ולא בהליך רישוי רגיל לפי**

##### **פרק ה' לחוק**

137. לצורך הבנת העדר המידתיות במהלכים השונים וחוסר סבירותם, תציג העותרת בפתח פרק זה את הפגיעות בעקרונות הדין ובהיבטים שונים, הנובעות מהשימוש בתקנות הפטור ולא בהליך רישוי רגיל. כל זאת מעבר לפגיעות הנובעות מעצם ההסדר של פטור מתכנון מאושר, שעליהן עמדנו בחלק הראשון של הטיעון המשפטי.

138. יצוין כי חלק מהפגיעות שחוללו תקנות הפטור התבררו רק במהלך הזמן. מכיוון שמדובר במסלול מיוחד, ללא חקיקת משנה הקובעת הסדרים מפורטים, אין הוא נותן מענה למצבים השונים המתעוררים אגב הוצאתו של התכנון אל הפועל. רק תוך כדי ביצוע העבודות מכוח התקנות מתבהרות לאקוונות ואי בהירויות ומתחדדות המשמעויות של ביצוע עבודות מכוח תקנות הפטור ולא מכוח הליכי רישוי רגילים לפי פרק ה' לחוק.

139. פגיעה בבקרה של רשות הרישוי, חוסר שקיפות וסיכול אפשרות להתנגדות דה-פאקטו מצד הציבור

- בעוד שחוק התו"ב קובע פרק זמן של 60 ימים לאישור בקשה רגילה להיתר בנייה, שאינה כרוכה בהקלה או בשימוש חורג (ובפועל, פרק הזמן הממוצע לטיפול בבקשות להיתר ארוך בהרבה), תקנות הפטור קובעות שרשות הרישוי תיתן את החלטתה בבקשות לפטור תוך 15 ימים, ולא – תועבר הבקשה להחלטה מיידית של ועדת הערר.

- 15 ימים, שהם כעשרה ימי עבודה, אינם פרק זמן סביר לבדיקת בקשה להיתר – בוודאי לא לבדיקת בקשות להקמת מתקן כליאה מהסוג שבענייננו. הבקשות שמוגשות מכוח תקנות הפטור אינן למבנה פשוט או בודד, אלא למבנים מורכבים שמקבילים, מבחינת היקפם ומורכבותם, לשכונה שלמה. לדוגמה, בקשת פטור מהיתר שהגיש משרד הביטחון

להקמת שלושה מתחמים בתא שטח 3 לכליאת 3,360 בני אדם ולמבנים נוספים לפני התיקון לתקנות הפטור, ואשר לא ידוע לעותרת אם אושרה, התייחסה לשטח של למעלה מ-330 דונם. אין אפשרות מעשית לבדיקה מהותית של הבקשה על ידי רשות הרישוי בתוך 15 יום בלבד, מאחר שמדובר בבקשה הדומה לרישוי מבנים בשכונת מגורים גדולה. זאת מעבר לעובדה שרשות הרישוי נדרשת לטפל גם בבקשות להיתרי בנייה המוגשות על ידי גורמים פרטיים ואחרים, ולא רק לאשר את בקשות הפטור המוגשות לה מכוח תקנות הפטור.

- פרק זמן מצומצם זה גם אינו מאפשר לבעלי עניין להעיר לעניין הבקשות. בקשות רגילות להיתר מטופלות בשקיפות במשרדי הוועדות המקומיות, ושכיח מאוד כי בעלי עניין מגישים לגביהן הערות, גם במקרים שהוועדה המקומית סבורה שהבקשות לא כוללות הקלות או סטיות מתוכנית. כרשויות ציבוריות, הוועדות המקומיות אינן יכולות להתעלם מהערות המובאות לפניהן, וכך נוצרת דה-פאקטו אפשרות לגורמים מעוניינים להגיש מעין התנגדויות לבקשות להיתר. סד הזמן הקצר שנקבע בתקנות הפטור לטיפול בבקשות אינו מאפשר לבעלי עניין מקרב הציבור ללמוד את הבקשות ולהתייחס אליהן, וכך מונע מנגנון בקרה שקיים דה-פאקטו על הליכי רישוי רגילים.
- בהקשר זה תבקש העותרת לציין לטובה את המשיבה 4, שנענתה לכל בקשותיה לעיין בבקשות פטור שהוגשו לה. ואולם התנהלות ראויה זו של המשיבה 4 נעשתה לפני משורת הדין, במסגרת ההליכים בעתירה הנוכחית. תקנות הפטור אינן מחייבות את המשיבה 4 להמשיך לנהוג בדרך זאת, לא בבקשות עיון של העותרת ועל אחת כמה וכמה לא בבקשות עיון של גורמים אחרים.

#### 140. העדר מנגנון ערר מסודר ואפקטיבי

- תקנות הפטור אינן מתייחסות לזכות הערר על החלטות רשות הרישוי – נושא שאין חולק על חשיבותו. ואולם, במהלך ההתדיינות בעתירה זו הכירה המדינה בזכות הערר על החלטות המשיבה 4 לאשר פטור מהיתר, וערר אחד גם הוגש על-ידי העותרת. כאמור לעיל, ועדת הערר המחוזית קיבלה את רוב טענות העותרת, לאחר שמצאה כי בקשת הפטור של שב"ס שאושרה להקמת שלושה אגפי כליאה בשטח המיועד להרחבת מתקן סהרונים כוללת סטיות שונות מתמ"א 46 התקפה (עת/21 לעיל).
- ואולם, מאחר שבתקנות הפטור לא נקבע מנגנון ערר מסודר, זכות הערר שהוכרה על ידי המדינה קשה מאוד ליישום, והאפקטיביות שלה מוטלת בספק.
- מימוש זכות הערר תלוי בשקיפות הליכי האישור של בקשות הפטור. לאור הליכי הבזק הקבועים בתקנות הפטור, הקצרים משמעותית מלוחות הזמנים במסלול הרישוי הרגיל, ומאחר שאין בתקנות מנגנון של יידוע או של פרסום ההחלטות, רוב הסיכויים שמתגדים פוטנציאליים כלל לא יידעו על הגשת בקשות לפטור או על הכרעה בהן, וממילא לא יוכלו להגיש ערר, גם אם בדיעבד יתברר שהבקשות חרגו מהתמ"א.
- מימוש זכות הערר תלוי גם בכך שתהיה שהות בין החלטת רשות הרישוי לאשר את הבקשה להיתר לבין מועד מתן ההיתר בפועל. בהליכים רגילים שהות זו מושגת על-ידי השהייה פורמלית של ההחלטה ל-30 ימים, על-מנת לאפשר פנייה לוועדת הערר, וכן בשל העובדה שסיבות בירוקרטיות מעכבות ממילא את תחילת עבודות הבנייה מכוח ההיתר. בהליכים הבהולים לפי תקנות הפטור אין שהות בין החלטת רשות הרישוי לבין ביצוע הבנייה, ובהעדר שהות שכזאת לא ניתן לערור לוועדת הערר המחוזית במועד אפקטיבי. אכן, הערר שהגישה העותרת נגד החלטתה של המשיבה 4 לאשר בפטור מהיתר הקמת שלושה אגפי כליאה חדשים בהרחבת סהרונים נדון בוועדת הערר המחוזית רק אחרי שבנייתם בשטח של שלושה אגפי הכליאה כבר הושלמה למעשה.

- האפקטיביות של הליך הערר תלויה בהקפאת המצב התכנוני עד להכרעתה של ועדת הערר בערר. לכן קובע סעיף 152(ב) לחוק כי "משהוגש ערר כאמור, לא יינתן היתר עד למתן החלטה בוועדת הערר". בהעדר הוראה דומה בתקנות הפטור, ערר על החלטה לאשר בשה לפטור מהיתר אינה עוצרת את ההליך, ויוצרת מצב בו ועדת הערר דנה בערר כאשר העבודות כבר בוצעו באופן חלקי או מלא. הערר שהוגש על-ידי העותרת (עת/21 לעיל) מהווה כאמור דוגמה טובה לכך.
- מימוש זכות הערר מותנה כמובן בקיומה של ערכאת ערר. ההסדר הקבוע בתקנות, שלפיו אם לא השלימה רשות הרישוי טיפול בבקשה לפטור תוך 15 ימים עוברת הבקשה אוטומטית להכרעת ועדת הערר המחוזית, יוצר אפשרות ממשית כי ועדת הערר תדון בבקשות הפטור כערכאה ראשונה. במקרה כזה לא תהיה ערכאת ערר לפנות אליה.

#### 141. העדר תחולה לתקנות התכנון והבנייה האחרות

- **המדובר בסוגיה מרכזית ורבת חשיבות, בעלת השלכות משמעותיות.**
- בהחלטתה של ועדת הערר המחוזית בערר רנ-6052/12, שהוגש על-ידי העותרת נגד אישור בקשת פטור שהגיש שב"ס לבניית שלושה אגפי כליאה חדשים בהרחבת סהרונים (עת/21 לעיל), נפסק, כי המשמעות של בנייה מכוח תקנות הפטור היא שאין תחולה לשאר תקנות התכנון והבנייה.
- הסוגיה עלתה לאור טענת העותרת בערר שהגישה, אשר לפיה הבקשה לפטור שאושרה לא מקיימת את דרישות ההנגשה לנכים שמתחייבות מכוח תקנות התכנון והבנייה (בקשה להיתר תנאים ואגרות), התש"ל-1970 (להלן: "**תקנות הבקשה להיתר**"). ברמה העובדתית לא היתה מחלוקת בין הצדדים לערר כי הבקשה לא ממלאת אחר הדרישות הקבועות בתקנות הבקשה להיתר, אך ועדת הערר קבעה כי אלו לא חלות על בקשות המוגשות מכוח תקנות הפטור (עמ' 6):  
**"תקנות אלו [תקנות הבקשה להיתר] אינן חלות על המקרה המיוחד שבפנינו. במקרה שבפנינו קיימות תקנות הקובעות מתן פטור מהיתר, כאשר המשמעות הינה גם פטור מתקנות הבקשה להיתר. נציין כי הוראות תמ"א 46 על פי תכליתן באות להחליף את תקנות הבקשה להיתר וליצור הליך מיוחד ומקוצר לאפשר בנייה"**
- בהמשך נתנה ועדת הערר החלטה דומה לגבי טענת העותרת, כי הבקשה לפטור אינה מקיימת את הוראות תקנות ההתגוננות האזרחית (מפרטים לבניית מקלטים), תש"ן-1990 (להלן: "**תקנות ההתגוננות האזרחית**"), שמחייבות הקמת מרחבים מוגנים תקינים או מקלטים באישור פיקוד העורף בכל מתקן המשמש לאכלוס בני אדם. ועדת הערר קבעה בעמ' 18 לפרוטוקול כי התקנות שחלות על הוצאות היתרים רגילים, ובהן גם תקנות ההתגוננות האזרחית, לא חלות על בקשות במסלול המיוחד של תקנות הפטור. לפיכך, ולמרות שוועדת הערר מצאה כי ראוי להקים באגפי הכליאה החדשים מרחבים מוגנים, היא קבעה כי אלה אינם חייבים באישור פיקוד העורף ואינם נדרשים לעמוד במפרטים הטכניים שקבועים בתקנות ההתגוננות האזרחית. במלים אחרות, לפי עמדתה של ועדת הערר המחוזית, בבקשות לפטור מהיתר אין חובה חוקית להקים מרחבים מוגנים, וככל שיוקמו מרחבים כאלה, הם עשויים להיבנות בסטנדרט נחות ושלא לפי התקנות המחייבות לגבי מרחבים מוגנים המוקמים במסגרת בקשות רגילות להיתרי בנייה.
- יודגש כי בדיון בפני ועדת הערר, נציגי המשיבה 4 ושב"ס (כלומר המדינה) הסכימו לעמדה זו וציינו כי גם לגישתם, על בקשות המוגשות לפי תקנות הפטור לא חלות שאר תקנות התכנון והבנייה החלות על היתרים רגילים.
- **התוצאה של פסיקתה זאת של ועדת הערר המחוזית היא פגיעה קשה מאוד הטמונה בתקנות הפטור, ואשר לא היתה מובנת מאליה עד היום. המשמעות היא שתקנות הפטור שתוקנו מכוח סעיף 266 לחוק לא נותנות פטור רק מהיתר ומתכנון, אלא גם פטור מכל קודקס חקיקת המשנה של דיני התכנון והבנייה, הקובע מערך שלם של איזונים, כללי בקרה והוראות מהותיות אחרות.**

- בכל הנוגע לתקנות הבקשה להיתר, הרי שאלו מהוות קודקס רחב יריעה הכולל הוראות ומפרטים שעמידה בהם היא חובה במסגרת כל בקשה להיתר בנייה. בתקנות הבקשה להיתר יש דרישות מחייבות בהיבטים בסיסיים של בטיחות אש (חלק ג' לתוספת השנייה לתקנות הבקשה להיתר), סניטציה (חלק א' לתוספת השנייה לתקנות), הנגשה לנכים (חלק ח' לתוספת השנייה לתקנות) ועוד באין ספור היבטים אחרים של הבנייה. התוצאה הנובעת מפסיקתה של ועדת הערר המחוזית היא שרישוי מתקן הכליאה למסתננים בפטור מהיתר יש בו כדי להוביל למצב שבו אלפי בני אדם יוחזקו במשך שנים במבנים שאינם עומדים בדרישות בסיסיות המחייבות כל בנייה, לרבות דרישות בטיחות.
- זאת ועוד: תקנות הבקשה להיתר הן גם החיקוק העיקרי שבמסגרתו הוחלו תקנים מחייבים על עבודות בנייה. כך, חלק ה' לתוספת השנייה לתקנות האמורות קובע חובה חוקית לבנות מבנים יציבים מבחינה קונסטרוקטיבית ועמידים בפני רעידות אדמה, בהתאם לתקן ישראלי 413. אי-תחולתן של תקנות הבקשה להיתר על בקשות לפטור המוגשות מכוח התקנות נשוא עתירה זאת פירושו גם שהבנייה המתבצעת לפי בקשות פטור שאושרו לא נדרשת לעמוד בתקינה הישראלית לסוגיה, לרבות בנושאים הנוגעים לחיים ומוות, פשוטו כמשמעו, כמו עמידות המבנה והקונסטרוקציה שלו.
- ויושם אל לב כי חוק התו"ב מסמיך את הוועדה המקומית לאשר בתנאים מסוימים הקלות מתוכניות, אך אין לה – וגם לא לאף מוסד תכנון אחר – סמכות לאשר הקלות או סטיות מתקנות התכנון והבנייה, שכן תקנות כוחן גובר על כל תוכנית (ס' 132 לחוק). לפיכך, על ידי קביעת מסלול של פטור מהיתר מכוח התקנות נשוא עתירה זאת יצרה לעצמה המדינה לא רק פטור מתוכנית ומהיתר, אלא גם פטור מכל התקנות הרלוונטיות, שאין אפשרות אפילו להקל מהוראותיהן, לא כל שכן לפטור מהן, בהליכי הרישוי לפי פרק ה' לחוק.
- משמעות הדברים היא כי בניגוד להצגת המדינה בהתדיינות עד כה, הליך הפטור מהיתר אינו הליך הדומה במהותו להליך רישוי רגיל, שתוצאת השימוש בו היא רק קיצור לוחות הזמנים. המדובר בהליך שמהווה שינוי מהותי לדרישות שחלות על בקשות רגילות להיתר בנייה לפי פרק ה' לחוק, ואשר יוצר מעין טריטוריה אקס-תכנונית, שבה אין תחולה לכל הקודקס הסטטוטורי שמסדיר סוגיות בסיסיות כמו בטיחות אש, מיגון וכדומה. למעשה, המדינה רשאית לבנות את כל המתקן בהתעלמות מתקנות הבקשה להיתר, כשהמגבלה היחידה היא הוראותיה של תמ"א 46, אשר מטבע הדברים לא כוללת מפרטים טכניים והנחיות בנושאים אלה.
- 142. לפיכך, יש לדחות את טענת המדינה כי תקנות הפטור יצרו מסלול רישוי הדומה מאוד להליך הרישוי הרגיל. המדובר בהליך היוצר פגיעה קשה בעקרונות תשתית של הדין, כמתואר לעיל, ושבמסגרתו מאושרות עבודות בנייה שמבוצעות בסתירה לתקנות התכנון והבנייה האחרות.

## **ב. הפגיעות הנוספות הנובעות מהתיקון לתקנות הפטור**

- 143. התיקון לתקנות הפטור החמיר מאוד את הפגיעות שיצרו תקנות הפטור בגרסתן המקורית. עם אישורו, טענת המדינה, שלפיה בנייה בפטור מהיתר דומה מהותית להליך הרישוי הרגיל לפי פרק ה' לחוק, נראית מופרכת, כפי שיפורט להלן.
- 144. ביטול בקרה של מוסד תכנון על הבקשות לפטור
- לפי התיקון לתקנות הפטור, כל העבודות המבוצעות על ידי משרד הביטחון וצה"ל אינן טעונות עוד אישור של רשות הרישוי. פירוש הדבר הוא שחלק הארי של מתקן הכליאה – הן מתחם נחל רביב נשוא שינוי 2 לתמ"א 46 והן הבנייה בתאי שטח 2 ו-3 בתחום התוכנית התקפה, כל העבודות ולא רק הצבת אוהלים – יאושרו על-ידי מהנדס צה"ל/משרד

הביטחון, ללא צורך באישור של רשות הרישוי. **במלים אחרות, ההוראה בתקנות הפטור המקוריות, המחייבת אישור של רשות הרישוי, בוטלה.**

- משמעות הדברים היא ביטול מנגנון הבקרה של רשות הרישוי ופגיעה בעקרון היסוד של החוק, שלפיו הגוף שאחראי לרישוי בנייה הוא הוועדה המקומית או רשות הרישוי, שזאת מומחיותם. מעבר לכך, המדובר בפגיעה בעקרון היסוד של הפרדה בין הגורם המבצע לבין הגורם המאשר: משרד הביטחון יאשר לעצמו את ביצוע העבודות, ולאחר מתן האישור יבצע בפועל. יוזכר כי אפילו בכל הנוגע להקמת מתקנים ביטחוניים, המוסדרת בפרק ו' לחוק, סמכות הרישוי ניתנה לולמ"ב, שהינה מוסד תכנון מיוחד, חיצונית לגורם המבצע, ולא למשרד הביטחון עצמו.

- לא בכדי, בכל התקנות הקודמות שתוקנו מכוח סעיף 266 לחוק, תמיד היתה חובת אישור על ידי רשות הרישוי. זאת הפעם הראשונה שתקנות פטור לפי סעיף 266 שוללות מהוועדה המקומית את כל סמכויות הרישוי שלה.

- מדובר בהחמרה משמעותית של הפגיעה במנגנוני האיזון והבקרה כתוצאה מההסדר הקבוע בתקנות הפטור. אכן, בתגובתה לעתירה הדגישה המדינה את חובת האישור של רשות הרישוי כמנגנון בקרה חשוב הקיים בתקנות הפטור, וכהוראה המקרבת מאדוד את הליך הפטור להליך רישוי רגיל (ר' למשל סעיף 61 בתגובת המדינה מה-16.2.2012). עתה בוטל מנגנון בקרה זה שעליו שמה המדינה עצמה דגש. ביטול חובת האישור של המשיבה 4, ומתן סמכות האישור לגורם היוזם והמבצע, מהווה את אחד הביטויים המובהקים לדורסנותו של התיקון לתקנות הפטור ולחוסר סבירותו, כמו גם לשימוש מרחיק הלכת שמוכנה המדינה לעשות בסעיף 266 לחוק ואשר דורש התערבות שיפוטית.

- דוגמה קונקרטית תמחיש את האמור כאן: העותרת בחנה בבדיקה ראשונית את בקשת משרד הביטחון לפטור מהיתר לשלושה מתחמים בתא שטח 3 (ר' לעיל), שהוגשה לרשות הרישוי לפני שהוחלט על התיקון בתקנות הפטור. הבדיקה העלתה סטיות רבות ומשמעותיות מתמ"א 46 התקפה, לרבות לעניין מחסור במבני ציבור מסוימים, מבני ציבור אחרים שהוקמו בשטח קטן מהמינימום הנדרש לפי הוראות התוכנית ועוד – בדומה לסטיות שהתגלעו בבקשת שב"ס אשר סטייתה מתמ"א 46 אוששה גם בהחלטת ועדת הערר. ב-28.6.12 העותרת העבירה למשיבה 4 את ממצאיה בנוגע לבקשת משרד הביטחון, בהניחה כי מאחר שהבקשה הועברה לרשות הרישוי לפני התיקון לתקנות, היא זאת שתבדוק אותה. אולם המשיבה 4 הבהירה לנציגי העותרת כי לאחר התיקון בתקנות, אין לה סמכות עוד לאשר את בקשת הפטור של משרד הביטחון או לדחות אותה, ולפיכך גם אם תמצא שיש ממש בממצאי העותרת, לא תוכל לעשות בעניין דבר.

- התייחסות לטענת המדינה בס' 51 לתגובתה מה-27.6.2012 בדבר "מקצועיות" מערכת הביטחון ושקילותו של הליך אישור על-ידי מהנדס צבאי לאישור רשות הרישוי: אין עסקינן בכשירות מקצועית תיאורטית, והחוק אינו מכיר במקצועיות כעילה לפטור מבקרה על ידי מוסד תכנון, אלא במומחיות ובהפרדת רשויות בין הגורם היוזם והמבצע לבין הגורם המאשר. מהנדסי צה"ל בונים ולא עוסקים באישור בקשות להיתר, שהוא בסמכותה של רשות הרישוי. ועוד נעיר, שלא ניתן לסמוך על מקצועיותה של מערכת הביטחון, אשר ביצעה כאמור עבירות בנייה נרחבות במתחם נחל רביב, לדברי המדינה בשל "הבנה מוטעית" שלא נדרש להן היתר בנייה.

- התייחסות לטענת המדינה בס' 48 לתגובתה מה-27.6.2012 כי הדרישה הקבועה בתיקון לתקנות לאישור מתכנתת המחוז מהווה מנגנון בקרה מספק: ראשית, מתכנתת המחוז אינה מוסד תכנון ואין לה שום סמכות סטטוטורית בחוק לאשר בקשות להיתרי בנייה. שנית, בדיקת בקשות להיתרי בנייה אינה פעולה רגילה שמתכנתת המחוז עושה והיא אינה בקיאה בכך, בניגוד לרשות הרישוי שזאת עבודתה היומיומית. שלישית, הדרישה לאישור מתכנתת המחוז היתה קיימת כבר בגרסה המקורית של תקנות הפטור, אבל למרות זאת, בגרסתן המקורית דרשו התקנות גם את אישורה של רשות הרישוי. כלומר, מלכתחילה מתכנתת המחוז אמורה היתה לבחון את הדברים ברזולוציה שונה מזאת שעליה אמונה



רשות הרישוי, והרציונל שהביא לקביעת מנגנון הבקרה בתקנות הפטור בגרסתן המקורית לא השתנה. עוד תוסיף העותרת כי בקשת שב"ס לפטור מהיתר לבניית שלושה אגפי כליאה חדשים בהרחבת סהרונים, שוועדת הערר המחוזית מצאה בה פגמים רבים וקבעה שיש להכניס לה תיקונים שונים, אושרה על ידי מתכנן המחוז (מבירור שערכה העותרת עם המשיבה 4, עלה שזו הסתמכה על אישור מתכנת המחוז, בשל דחיפות שנבעה מהגשת הבקשה אל הראשונה ערב הפסח).

#### 145. ביטול למעשה של סמכויות האכיפה של הוועדה המקומית

- ככלל, הסמכות לאכוף את דיני התכנון והבנייה הוקנתה בחוק לוועדות המקומיות. ואולם, התיקון לתקנות שולל לא רק את סמכותה של המשיבה 4 לאשר את בקשות הפטור, אלא גם קובע כי לא יועבר אליה אפילו עותק מבקשות הפטור שאושרו, קל וחומר החלטות שניתנו לגביהן.
- בהעדר מידע על העבודות שאושרו בפטור מהיתר, מובן שהוועדה המקומית לא תוכל למלא את סמכויותיה וחובותיה שבדין בדבר ביצוע בקרה ואכיפה על הבנייה בשטח, ולמעשה גם במקרה של חריגה מאישורי הפטור שניתנו – לא תוכל אפילו לזהות את החריגה, לא כל שכן לנקוט בהליכים לגביה.

#### 146. ביטול זכות הערר

- כאמור לעיל, בדיון בפני בית משפט נכבד זה ב-12.3.2012 עלתה השאלה האם לעותרת תהיה זכות ערר על החלטתה של רשות הרישוי לאשר בקשה לפטור מהיתר, במקום שיימצא כי הבקשה כוללת סטיות מתמ"א 46. בתגובתה מה-28.3.2012 הכירה המדינה בזכות הערר במקרים אלה. אולם עתה, עם התיקון לתקנות הפטור, נשללה לחלוטין זכות הערר מהעותרת ומכל גורם אחר. סעיף 12 לחוק התו"ב מסמיך את ועדת הערר המחוזית לדון בעררים המוגשים נגד החלטות של הוועדה המקומית או רשות הרישוי. לוועדת הערר אין סמכות לדון בעררים נגד החלטות של מהנדסי משרד הביטחון או צה"ל, וגם אין לה סמכות לדון בעררים נגד החלטות של מתכנת המחוז, שאינה מוסד תכנון. זאת מעבר לעובדה שהחלטות אלו לאשר בקשות לפטור מהיתר יתקבלו לפי התיקון לתקנות במחשכים, מבלי שלעותרת או לכל גורם אחר – וכאמור, אפילו לא לרשות הרישוי המקומית – יש זכות לעיין בהן ולבחון אותן, אשר בלעדיה כמובן אין גם אפשרות להגיש ערר.
- **לפיכך, בכל הנוגע לרוב העבודות, שיתבצעו על ידי משרד הביטחון, מנגנון הערר החלקי והפגום, שהיה קיים לפי תקנות הפטור המקוריות, בוטל בתיקון לתקנות.**

#### 147. חוסר שקיפות וסיכול אפשרות להתנגדות דה-פאקטו

חוסר השקיפות, שהיה קיים כבר בתקנות הפטור המקוריות, הוחמר מאוד עם אישור התיקון להן. מובן מאליו, שבכל הקשור לבקשות שיאושרו על-ידי הצבא, לא תהיה שום שקיפות. המדובר בהעברת הטיפול באישור העבודות מגוף אזרחי, הפועל באקלים משפטי וחברתי של שקיפות, לגוף צבאי המתנהל מעצם טבעו בחוסר שקיפות. האפשרות לבקרה דה-פאקטו על הבקשות לפטור, שהיתה קיימת במידה מסוימת בתקנות הפטור המקוריות, בוטלה אפוא בכל הקשור לחלק הארי של העבודות, שיבוצעו על-ידי הצבא ומשרד הביטחון.

#### 148. סיכול אפשרות לבקרה אמיתית של הבקשות לפטור בשל קנה המידה שנקבע להגשתן

- כאמור, שינוי משמעותי נוסף שנקבע בתיקון לתקנות הפטור, אשר משליך על יכולת הבחינה והבקרה של הבקשות לפטור, הוא הקטנה קיצונית של קנה המידה הנדרש בתוכניות ההגשה, המציגות את העבודות המוצעות. תקנות הבקשה להיתר דורשות קנ"מ של 1:100; בתקנות הפטור המקוריות נדרש קנ"מ של 1:250; התיקון מקטין את הקנ"מ ל-1:500 בתחום תמ"א 46 המאושרת, ול-1:2,500 במתחם נחל רביב. פירוש הדבר הוא כי במתחם נחל רביב, רצועה באורך 100 מטרים בשטח תוצג בתוכנית ההגשה כקו שאורכו 4 ס"מ.
  - קנ"מ 1:100 הנדרש בבקשות רגילות להיתר אינו מקרי. הוא נקבע משום שהוא מאפשר לבחון את פרטי הבקשה ולוודא שהיא עומדת בהוראותיה של התוכנית שחלה על הקרקע. כבר בגרסתן המקורית תקנות הפטור גילמו פגיעה בדרישה זאת, באפשרון הגשת בקשות לפטור מהיתר בקנ"מ 1:250. התיקון בתקנות הפטור מחמיר עוד יותר את הפגיעה, מאחר שקנ"מ של 1:2,500 הוא מופרך ואינו מאפשר בחינה של פרטי הבקשות ובקרה אמיתית עליהן.
  - לשם המחשת הדברים יצורף (ויסומן עמ' 22) תצלום הבקשה לפטור למתחם נחל רביב, שנחתמה ואושרה על ידי מתכנת המחוז ב-21.6.2012. ניתן לראות בבירור שבקנה מידה של 1:2,500 שבו הוגשה הבקשה אין שום אפשרות לראות מבני ציבור, לוודא ששטחם של מבני הציבור עונה על הנדרש לפי התמ"א או לראות פיתוח של שטחים ציבוריים פתוחים. בעצם אין אפשרות לוודא שכל הפונקציות הנדרשות קיימות. קנ"מ של 1:2,500 מתאים לתוכנית, לא לבקשה להיתר או לפטור מהיתר.
  - אין לקבל את עמדת המדינה (סעיף 52 לתגובה מה-27.6.2012) כי בשל "קשיים טכניים" יהיה קנה המידה כזה שאינו מאפשר בקרה אמיתית. קושי טכני אינו סיבה לשלילה מעשית של האפשרות לבקרה. מה גם שהמדינה כלל לא הסבירה מדוע הקשיים הטכניים הללו קיימים רק במתחם נחל רביב, ואילו בשאר תאי השטח שבהם מדובר יהיה צורך להגיש בקשות לפטור מהיתר בקנ"מ 1:500 (שגם הוא כאמור אינו סביר בעליל, אולם עדיף בלא ספק על קנ"מ 1:2,500). ועוד יצוין, כי הבקשה שמשדר הביטחון עצמו הגיש להקמת שלושה מתחמי כליאה בתא שטח 3, ואשר הוזכרה לעיל, היא בקנ"מ 1:250. אם כן, המדינה עצמה עמדה, ולא נראה שבקושי רב, בהוראותיהן של התקנות המקוריות בעניין זה.
149. סיכול למעשה של זכות הגישה לערכאות
- המדינה והמשיבה 4 הדגישו בתגובותיהן את האפשרות לעתור לבית המשפט המינהלי נגד החלטה לאשר בקשות לפטור.
  - המשמעות של ההסדר שנקבע בתיקון לתקנות הפטור – שלפיו עבודות יאושרו על-ידי מהנדס צבאי, ללא בקרת רשות הרישוי, ללא זכות ערר, ובהליך חסר שקיפות לחלוטין, בצד העובדה שמדובר בעבודות להקמת כלא שאין אליו גישה לציבור הרחב – היא שהאפשרות לעתור לבית המשפט נגד החלטה לאשר בקשה לפטור היא כמעט תיאורטית.
  - יתר על כן: לבית המשפט המינהלי אין סמכות עניינית לדון בעתירות נגד החלטותיו של מהנדס צבאי. גם אם לבית המשפט העליון ביושבו כבג"ץ נתונה תיאורטית הסמכות העניינית, ספק אם מדובר בערכאה מתאימה לבקרה שיפוטית על החלטות שנושאן רישוי בנייה.
150. המשמעות היא שההליך לאישור עבודות לפי התיקון לתקנות הפטור מתרחק מאוד מהליכי אישורה של בקשה רגילה להיתר בנייה, הן מבחינה פרוצדורלית, הן מבחינה מהותית והן מבחינת האפשרות לערור נגד החלטות לאשר בקשות לפטור מהיתר או לעתור נגדן לבית המשפט המינהלי.

### ג. הפגיעות המיוחדות הנובעות מההליך שבו אושר התיקון לתקנות הפטור

151. יש לראות בהליך של התיקון לתקנות הפטור ובהחלטות על הכנת שינויים 1 ו-2 לתמ"א מהלך אחד, שכן מטרתם המשולבת היתה לאפשר ביצוע של העבודות באופן מיידי ובסתירה לתוכניות התקפות שחלות על הקרקע. לפי עמדת המשיבה 4, כפי שהובאה בתגובתה מה-28.6.2012, מטרת המהלך היתה גם להכשיר בדיעבד את הבנייה הבלתי חוקית שבוצעה במתחם נחל רביב ולסכל הליכים לאכיפת הדין שאותם נקטה נגד המדינה.

152. חוסר סבירותו של מהלך זה לא נעוץ רק במהות ההסדרים שנקבעו בו, שבהם עסקנו לעיל, אלא גם בלוח הזמנים שבו אושר: בתוך יום אחד בלבד דנה המועצה הארצית בתיקון לתקנות הפטור, המליצה עליו, קיבלה החלטה על הכנת שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46; הורתה על העברת שינוי 1 להערות הוועדות המחוזיות ולהשגות הציבור; באותו יום אישר שר הפנים את התקנות; באותו היום הן כבר פורסמו ברשומות. כך, בתוך יום אחד בלבד, הוגש, אושר והושלם מהלך תכנוני אשר היה פטור מ-א' עד ת' מחובת שקיפות כלשהי, ואשר אפשר את ביצוע העבודות באופן מיידי.

153. לוח הזמנים המדהים שתואר לעיל מקים חשש כבד לגבי איכות התכנון, שכן הליך תכנוני ראוי, שבמסגרתו נשמעות הערות והשגות הציבור, יש בו כדי להביא לתוצאה תכנונית טובה יותר – בדיוק כפי שקרה בתמ"א ה-46 התקפה, למרות הפגמים הרבים שנפלו בה. זאת ועוד: לוח זמנים קצר כזה פוגע כשלעצמו פגיעה קשה בדמוקרטיה של ההליך התכנוני. לא רק שיתוף ציבור אין כאן, אישור המהלך כולו מ-א' עד ת' ביום אחד לא מאפשר לנהל דיון ציבורי כלשהו בקשר לשינויים, ליזום ביקורת פרלמנטרית, להעמיד את הדברים לבחינה שיפוטית וכיו"ב. המדובר בקידום דורסני ופוגעני של מהלך תכנוני שיש לו השלכות מהותיות, ואשר יש בו עניין ציבורי רב, כפי שניתן ללמוד מהמעורבות הציבורית בעת אישור תמ"א 46 ומהדיון הציבורי הער על סוגיית המסתננים והטיפול הראוי בהם. מדובר בפגיעה הקשה ביותר שניתן להעלות על הדעת בדמוקרטיזציה של ההליך התכנוני. לפיכך תטען העותרת לחוסר סבירות של התיקון לתקנות הפטור בשל ההליך החפז שנוהל לאישורו.

154. ודוק: התיקון לתקנות אינו עומד כאמור לעצמו. הוא משולב בשינויים 1 ו-2 לתמ"א 46, שהם מהלכים תכנוניים מובהקים. מטרת התיקון לתקנות ועצם מהותו היא מתן אפשרות למימוש שינויים 1 ו-2, שהם תוכניות רעיוניות, לפני שמיעת השגות הציבור והערות הוועדות המחוזיות. לכן אין מדובר רק בקביעת תקנות, אשר החוק לא מאפשר לציבור להתנגד להן, אלא דה-פאקטו בשלילת זכותו האפקטיבית של הציבור להתנגד לתוכנית בזמן אמת, לפני מימושה בשטח.

### ד. חוסר סבירות בביצוע עבודות מכוח תקנות הפטור, כאשר תמ"א 46 כבר מאושרת

155. כאמור, העותרת סבורה כי תמ"א 46 התקפה היא תוכנית פגומה, שקובעת לאלפי בני אדם, שמיועדים לכליאה למשך שלוש שנים ויותר על אף שלא הורשעו בדין, תנאי מחיה נחותים, הנופלים אף מאלה שתמ"א 24 קובעת לאסירים מורשעים. עם זאת וכפי שצוין לעיל, העתירה הנוכחית לא תוקפת את תמ"א 46 התקפה.

156. זמן קצר אחרי הגשת העתירה אושרה תמ"א 46 והמתנינה לפרסום למתן תוקף ברשומות. בעקבות זאת טענה העותרת בדיון בבית המשפט ובהודעות ובתגובות הנוספות מטעמה כי במצב עניינים זה ודאי וודאי שאין לאפשר את המשך השימוש בתקנות הפטור.

157. הראינו בפסקאות א' ו-ב' לעיל את הפגיעות הנוצרות עקב ביצוע העבודות בבקשות לפטור לפי תקנות הפטור, ולא בבקשות להיתר לפי פרק ה' לחוק. המדובר בפגיעות קשות מאוד בשקיפות, בבקרה, ביכולת לערור ולעתור ובאפשרות לאכוף את הדין. הראינו פגיעה בעקרונות יסוד של משטר הרישוי. הראינו כי המשמעות היא גם פטור מכל קודקס

תקנות התכנון והבנייה, שנועדו להבטיח בטיחות אש, יציבות מבנים, הנגשה לנכים, תנאי מחיה נאותים ועוד אין ספור אינטרסים ציבוריים חיוניים.

158. העותרת תחזור ותטען שלנוכח פגיעות אלה, אין זה סביר להמשיך ולעשות שימוש בתקנות הפטור, כאשר קיימת תמ"א מאושרת ותקפה, אשר ניתן להוציא מכוחה היתרי בנייה בהליכים רגילים לפי פרק ה' לחוק. יתר על כן: הוצאת היתרי בנייה במסלול הרגיל תצמצם משמעותית את הפגיעה בזכויות האדם של אלפי בני האדם שמיועדים לכליאה במתקן, שכן היא תחייב את המדינה להקים את המבנים במתקן לפי המפרטים והתנאים הקבועים בתקנות הבקשה להיתר, תבטיח את יציבותם ועמידותם אש, את הנגשתם לנכים ועוד. בנוסף, בנייה בהיתר לפי פרק ה' לחוק תחייב עמידה בכל התנאים הקבועים בתמ"א 46 התקפה, ולא תאפשר למדינה לממש בשטח תוכניות רעיוניות (שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46 או תוכניות רעיוניות עתידיות), אשר טרם הופקדו וטרם התאפשר לציבור ולגופים אחרים להגיש להן הערות והשגות.

159. בעייתיות נוספת הנובעת מהאפשרות הפתוחה בפני המדינה לעשות שימוש במסלול הפטור במקום במסלול רישוי לפי פרק ה', היא מתן אפשרות לבחור שרירותית בין סטנדרטים של בנייה, בטיחות וכו'. כך, בסוף הדיון בוועדת הערר ציין נציג שבי"ס אגבית (שלא לפרוטוקול) כי בכוונת שבי"ס להגיש את הבקשה למכלול מבני הסגל בהרחבה של מתקן סהרונים כבקשה רגילה להיתר, לפי פרק ה' לחוק, ולא כבקשת פטור מכוח התקנות נשוא העתירה הנוכחית. התוצאה היא שבעוד שאגפי הכליאה בהרחבת סהרונים הוקמו בסטנדרט נמוך ותוך הפרת תקנות הבקשה להיתר, מכלול מבני הסגל באותו תא שטח יוקם בסטנדרט גבוה, כשהוא עומד בכל דרישות הבטיחות, הנגישות וכו' הקבועות בתקנות התכנון והבנייה. המדובר בתוצאה שקשה מאד לקבל.

160. אל מול פגיעות קשות אלה באינטרסים ברורים מעמידה המדינה אינטרס אחד בלבד: את הדחיפות בהקמת המתקן.

#### לפיכך נתייחס בקצרה לטענת הדחיפות.

- כיום, לאחר שתמ"א 46 כבר נמצאת בתוקף, ניתן להוציא מכוחה היתרי בנייה בלוחות זמנים קצרים יחסית. מעבר לכך שקביעת קצב הטיפול בבקשות להיתר היא בידי הגורמים המוסמכים, הרי שסעיף 260 לחוק מורה שכל מוסדות התכנון, לרבות הוועדות המקומיות ורשויות הרישוי, חייבים ליתן עדיפות לבקשות של המדינה, ובכלל זה לבקשות להיתרי בנייה. גם אם יש חיסכון מסוים בזמן על ידי השימוש במנגנון הפטור, הוא אינו שקול לפגיעות הכרוכות בכך. גם אם יש חיסכון של ממש בזמן, המשמעות היא עקיפת מנגנוני איזון ובקרה חיוניים, שאותה אין להתיר.

- את הנמקת הדחיפות יש לדחות גם לאור הזמן הרב שחלף מנובמבר 2010, אז קיבלה הממשלה את ההחלטה על הקמת המתקן (ע"ת/2 לעיל) ועד היום. השימוש בתקנות פטור בשל טענה לחיסכון מסוים בזמן, כאשר המדינה עצמה השתתה בקידום הפרויקט במשך כמעט שנתיים, אינו סביר.

- ויודגש, כי תמ"א מפורטת מהווה כשלעצמה ומלכתחילה הליך בעייתי, שבמסגרתו נשללות סמכויות התכנון והאישור מהוועדה המקומית ומהוועדה המחוזית, והן מועברות ישירות למועצה הארצית, שעל החלטותיה אין זכות ערר. הליך בעייתי זה מקל עם הממשלה ומאפשר לה לקדם במהירות תוכניות שהיא מעוניינת באישורן, תוך סטייה מהליכי התכנון הרגילים שמתווה החוק ותוך ערעור האיזונים הקבועים בהם. ההסדרים הרגילים שקובע החוק והאינטרסים המוגנים בהם כבר נפגעו בשל ההליך התכנוני שנבחר כדי לאפשר את הקמתו של מתקן הכליאה, במנגנון המיוחד של תמ"א מפורטת. שיקולי הדחיפות כבר הובאו אפוא בחשבון וגבו את המחיר בבחירה בהליך הלא טרוויאלי של תמ"א מפורטת.

161. לפיכך, אין, בכל הכבוד, הצדקה, ואין גם אינטרס ציבורי, למהלך משפטי שיתיר למדינה להמשיך לבצע עבודות בפטור מהיתר מכוח תקנות אשר לכל הפחות סימן שאלה גדול מרחף מעל חוקיותן, ואשר עצם השימוש בהן פוגע בפגיעה קשה באינטרסים ציבוריים, וזאת כאשר תמ"א מפורטת נמצאת בתוקף ומאפשרת הוצאת היתרים מכוחה.

## ה. חוסר סבירות של התיקון לפטור – איזון אינטרסים פגום, פגיעה מעבר לנדרש ולתכלית שאינה ראויה

162. התיקון לתקנות מהווה הסדר המשקף איזון אינטרסים בלתי סביר באופן קיצוני ומחייב התערבות שיפוטית.
163. חוסר סבירותו של התיקון נובעת כבר מהעובדה שהוא מתיר ביצוע עבודות ללא רובד תכנוני כלשהו, מכוח החלטה על הכנת תוכנית רעיונית (ר' החלק הראשון של הטיעון המשפטי). גם אם תידחה טענת העותרת וייקבע שלשר הפנים נתונה הסמכות לקבוע תקנות הפוטרות מתכנון מאושר והמאפשרות הקמת מתקן כליאה ל-20,000 איש, הרי שסמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. התרת ביצוע עבודות מכוח החלטה על הכנת תוכנית רעיונית מהווה החמרה בלתי סבירה של ההסדר הבעייתי מלכתחילה שנקבע בתקנות הפטור, ומשקף איזון אינטרסים לקוי.
164. חוסר סבירותו של התיקון לתקנות טמון גם בהסדרים המהותיים האחרים שנקבעו במסגרתו, ואשר מבטלים את מנגנוני הבקרה והאיזון הפגומים שנכללו בתקנות הפטור המקוריות, בכל הקשור לרוב העבודות המבוצעות על-ידי משרד הביטחון/צה"ל, כפי שסקרנו בפסקה ב' לעיל.
165. התיקון מתרחק באופן בלתי סביר מהליכי רישוי רגילים, פוגע בעקרונות יסוד של משטר הרישוי ומשקף איזון אינטרסים בלתי ראוי, תוך מתן משקל מעוות לשיקול ה"דחיפות". גם אם יש שיקול דעת רחב בקביעת חקיקת משנה, הוא אינו בלתי מוגבל, בוודאי כשחקיקת המשנה נוגעת לזכויות האדם הבסיסיות ביותר של קבוצה מוחלטת מאוד. מכוח חקיקת משנה זו ייכלאו אלפים רבים של בני אדם, שנכנסו למדינה ללא היתר אך אינם עבריינים, באוהלים, בחום הכבד השורר בנגב בימי הקיץ ובקור המקפיא המאפיין אותו בלילות החורף. הליך תכנוני תקין, המלווה בדיון ציבורי, אינו עניין טכני, אלא נועד לשרת את המהלך המהותי ולהבטיח כי במסגרת איזון האינטרסים, תתקבל החלטה תכנונית שמכבדת את זכויות האדם ומבטיחה תנאי מחיה נאותים, במבנים בטוחים, לאותה אוכלוסיה מוחלטת.

## ומעבר לכך, התיקון לפטור מבוסס על תשתית עובדתית שגויה מעיקרה, כך שלפי ההנמקה שניתנה על-ידי המדינה עצמה למהלך, אין לו כל הצדקה

166. בתגובתה מ-27.6.2012 המדינה מסבירה כי התיקון לתקנות הפטור והשינויים בתמ"א נועדו לאפשר הגדלה משמעותית ומיידי של מתקן השהייה. לפי המדינה, מאז החלטתה של המועצה הארצית בדבר אישור תמ"א 46 (שהתקבלה ב-7.2.2012) גבר מאוד קצב ההסתננות לתחומי ישראל, וכתוצאה מכך קם צורך לבצע שינויים בתמ"א, שכן המתקן שהתוכנית התקפה מאפשרת להקים לא יוכל להכיל את המסתננים הרבים הנוספים. לטענת המדינה, אם לא ימומשו שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46 באופן מיידי, באמצעות התיקון לתקנות הפטור ועל אף שמדובר בתוכניות רעיוניות שטרם הופקדו, יתמלא המתקן הכליאה שיועד בתוכנית התקפה ל-10,000 בני אדם בתוך חודשים ספורים (ר' למשל סעיפים 4, 17, 58 ו-68 לתגובת המשיבים). יוזכר כי התוכנית התקפה מאפשרת בפועל כליאת 14,000 בני אדם, ולא רק 10,000 כפי שהיה בגרסתה המופקדת.
167. זה גם השיקול העיקרי שהכתיב את החלטתה של המועצה הארצית בדבר אישור התיקון לתקנות וקידומם של שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46. בפרוטוקול הדיון, כמענה לטענה שהועלתה כי "אין שינוי בנסיבות ובמידע שהיה בפני המועצה עת שאישרה את תמ"א 46, ואין מקום לשנות את ההסדרים וההבניות שנקבעו בתמ"א 46", נאמר כי השינויים נובעים מהעובדה שקיימת תוספת משמעותית של מסתננים מעת קבלת החלטה הקודמת על תמ"א 46, לכ-2,000 מסתננים ויותר בחודש (ר' עמ' 3 לפרוטוקול שצורף לתגובת המדינה מה-27.6.2012).

**מספר המסתננים לישראל, יולי 2011-יוני 2012**

יולי 2011	אוגוסט 2011	ספטמבר 2011	אוקטובר 2011	נובמבר 2011	דצמבר 2011	סך הכל יולי-דצמ' 2011	ממוצע חודשי 2011
1,659	1,922	1,304	1,998	2,698	2,869	12,450	2,075
ינואר 2012	פברואר 2012	מארס 2012	אפריל 2012	מאי 2012	יוני 2012	סך הכל ינואר-יוני 2012	ממוצע חודשי 2012
2,295	1,503	1,732	1,083	2,031	928	9,572	1,595

168. ואולם, לפי הנתונים הרשמיים של רשות האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים [מצ"ב נספח עת/23], הנתונים שהוצגו למועצה הארצית בעניין הגידול כביכול בקצב ההסתננות פשוט שגויים. בטבלה שלעיל מוצג מספר המסתננים בששת החודשים האחרונים של שנת 2011 ומספרם בששת החודשים הראשונים של שנת 2012.

169. מנתוני הטבלה עולה בבירור כי למרות שמספר המסתננים משתנה מחודש לחודש, יש מגמה ברורה של ירידה בחודשים האחרונים. לאמיתו של דבר, דווקא בחודשים נובמבר ודצמבר 2011, לפני החלטתה של המועצה הארצית מ-7.2.2012. לאשר את תמ"א 46 המקורית, הגיע קצב ההסתננות לשיא והתקרר ל-3,000 בני אדם בחודש.

170. יתר על כן: **בששת החודשים הראשונים של 2012 נכנסו לישראל פחות מסתננים מאשר בששת החודשים האחרונים של 2011, ובממוצע חודשי מדובר בירידה של יותר מ-23 אחוזים.** בחודש יוני 2012 נרשם מספר המסתננים הנמוך ביותר זה שנה.

171. יש לשער שהירידה במספר המסתננים נובעת בין היתר, אם לא בעיקר, מההתקדמות בהקמת הגדר בגבול עם מצרים, אשר ככל שבנייתה מתקדמת, ועם השלמתה הצפויה בחודשים הקרובים, תצטמצם עוד יותר, ודרסטית, תופעת ההסתננות.

172. **לפיכך, ובניגוד מוחלט לטענת המשיבים, לא זו בלבד שלא הסתמנה מגמה ברורה של גידול במספר המסתננים, אלא שהנתונים הרשמיים מראים דווקא על האטה בקצב ההסתננות.**

173. מעבר לכך, למועצה הארצית היה ברור כבר בעת אישורה של תמ"א 46, לפי המידע שהיה קיים אז והובא לפניו ובלי כל אותן "התפתחויות" שלהן מנסה המדינה לטעון היום, כי המתקן יתמלא תוך חודשים ספורים, והדבר קיבל ביטוי מפורש בפרוטוקולים של דיוני המועצה הארצית בנדון. כך, כבר ב-4.1.2011, בדיון שבו הורתה המועצה הארצית על הכנתה של תמ"א 46 המקורית, ציין אחד מחבריה כי "גודל המרכז המבוקש אינו מספיק והוא ייסתם תוך 3-4 חודשים בלבד שכן מימדי ההגירה מגיעים לכ-13,000 מסתננים" בחודש (עמ' 13 לפרוטוקול הדיון במועצה הארצית מיום 4.1.2011). מסקנה דומה עולה מדברים שאמר נציג משרד ראש הממשלה בדיון בולנת"ע ב-27.2.2012, אחרי שמיעת

ההערות וההשגות שהוגשו לתמ"א 46: "אם אנחנו לוקחים בחשבון שיש כארבעים, חמישים אלף מסתננים שאינם פליטים, התוכנית של עשרת אלפים ברור שהיא לא תופסת את כולם". במענה לטענות אלו השיבה הגב' בינת שוורץ, מנהלת מינהל התכנון במשרד הפנים ויו"ר הולנת"ע, כי ההתמודדות עם מספרם הגדול של המסתננים תיעשה לא על ידי הגדלת 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 (העתקי העמודים הרלוונטיים מהפרוטוקולים מצורפים ומסומנים עת/24).

174. לפיכך, **התשתית העובדתית המהווה את ההנמקה להחלטת המועצה הארצית ושר הפנים לקבוע את ההסדרים הפוגעניים ומרחיקי הלכת בתיקון לתקנות הפטור ובשינויים לתמ"א שגויה מעיקרה ואין לה בסיס.**

## **הבקשה לצו ביניים**

175. העותרת תחזור ותעתור לצו ביניים שימנע את המשך ביצוע העבודות מכוח תקנות פטור, אשר עננה כבדה של חוסר חוקיות מרחף מעליהן, בטרם ניתנת לבית המשפט הנכבד הזדמנות להעמיד את הדברים במבחן הביקורת. כבר לאור הערת כב' ביהמ"ש בבג"ץ 4827/05 (עת/13), כי סוגיית פרשנותו של סעיף 266 לחוק "אינה קלה", ולאור הטיעונים המפורטים בכתב העתירה, לרבות העובדה שהתכלית המוצהרת על-ידי המחוקקים של סעיף 266 היתה להקלה בהליכי רישוי בהתיישבות החקלאית, ובהתחשב בפגיעתן הברורה של תקנות הפטור בעקרונות הדמוקרטיזציה והשיתוף של דיני התכנון והבנייה, סיכויי העתירה הם ממשיים.

176. **יש לעצור את המשך השימוש הבעייתי בתקנות פטור מכוח סעיף בחוק שפרשנותו מעולם לא נבחנה על-ידי בית המשפט, לצורך הקמת מתקן הכליאה הגדול מסוגו בעולם, לאוכלוסייה בסדר גודל של עיירה גדולה, בהסדרים פוגעניים יותר ויותר מבחינת פגיעתם במשטר הקבוע בחוק התו"ב ובעקרונות התשתית שלו, בטרם מתאפשרת בחינה שיפוטית של הדברים.**

177. לעניין הנזק שייגרם מהעיכוב בהקמת המתקן: צו הביניים המבוקש אינו נוגע למימושה של תמ"א 46 בגרסתה התקפה, אשר כאמור מאפשרת בניית מתקן כליאה ל-14,000 איש. ככל שהמדינה מעוניינת להקים את המתקן האמור, היא יכולה לעשות זאת מכוח היתרי בנייה שיוצאו לפי פרק ה' לחוק. מכל מקום, ההחלטה על הגדלת המתקן היא תוצאה של שינוי מדיניות ולא שינוי בנסיבות (והראינו שקצב כניסת המסתננים דווקא קטן ולא גדל) המצדיק פעולה בהולה שתיצור עובדות בשטח לפני מתן הזדמנות לביקורת שיפוטית.

178. המדינה טענה בתגובתה מ-2012.6.27 כי גם אם יבוטלו התקנות, ממילא ניתן יהיה להכשיר את העבודות לפי תמ"א 46 (סעיף 69 לתגובה). ואולם, שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46 נמצאים כאמור רק בראשית ההליך התכנוני, ואין לדעת האם ומתי יאושרו ובאילו שינויים. לפיכך, אין כל ודאות בטענה.

179. המדינה טוענת עוד כי גם אם תתקבל העתירה, לא יהיה לה קושי להחזיר את הגלגל לאחור ולהרוס את הבנייה שתבוצע בפטור מהיתר עד למתן פסק דין בעתירה. בכל הכבוד, טענה זאת אינה מבוססת. ראשית, הטענה אינה מתיישבת עם טענה אחרת שהעלתה המדינה בדבר המשאבים הניכרים המושקעים בביצוע העבודות בפטור מהיתר, לרבות העבודות לפי התוכניות הרעיוניות (שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46). שנית, יש לשאוף לכך שהדיון התכנוני שתערוך המועצה הארצית בשינויים 1 ו-2 לתמ"א ייעשה מבלי שעובדות מוגמרות בדמות מתקן קיים ופעיל ישפיעו על שיקול דעתה. יש לזכור שבאותה עת המתקן יהיה כבר בנוי ומאוכלס, כך שהמועצה הארצית, ככל מוסד תכנון אחר, תירתע מקבלת החלטה

בדבר דחיית שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46 אף אם תסבור כי הדבר ראוי מבחינה תכנונית.

180. הבקשה למתן צו ביניים למניעת אכלוסם של המבנים המוקמים בפטור מהיתר שלא לפי התוכניות התקפות שחלות על הקרקע חיונית, משום שמעבר לפריסת המבנים בשטח, עצם אכלוסם ייצור מצב שימנע החלטה תכנונית מושכלת בהשגות ובהערות שיוגשו לשינויים 1 ו-2 לתמ"א 46. כליאת אלפים רבים של בני אדם בשטח, בלא שבישראל קיימים מקומות כליאה חלופיים עבורם, תיצור מצב שבו המועצה הארצית לא תוכל להפעיל שיקול דעת תכנוני חופשי ולהחליט לדחות את שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46, אף אם תסבור שמן הדין לעשות זאת, שכן הדבר יחייב מתן פתרונות אכלוס מיידיים לאלפי מסתננים.

### **בטרם חתימה**

181. מדינה דמוקרטית ומתוקנת נמדדת, בין היתר, בכך, שגם בצוק העתים היא אינה דורסת את עקרונות היסוד של השיטה. התנהלות שר הפנים והמועצה הארצית בכל הקשור להקמת מתקן הכליאה אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון יסוד זה. תקנות הפטור בגרסתן המאושרת כבר היוו חריגה מסמכות ופגעו קשות בעקרונות התשתית של הדין. התיקון לתקנות הפטור הוא פוגעני ודורסני עוד יותר – הן במהות ההסדר והן בלוח הזמנים שבו בוצע. **קשה להשתחרר מהרושם, שמסקנת המדינה ממהלך ההתדיינות בפני בית המשפט הנכבד עד עתה היתה, שהיא מחזיקה ב- carte blanche לקבוע כל הסדר שהוא במסגרת תקנות הפטור, ולפיכך היא רשאית לקבוע הסדרים מרחיקי לכת יותר ויותר. את המדרון החלקלק הזה יתבקש בית המשפט הנכבד לעצור.**

182. אכן, מהתנהלות המדינה עד כה עולה כי אין לדעת מה יילד יום. אם ניתן היה לקוות שהשימוש במנגנון תקנות הפטור לצורך הקמת מתקן הכליאה היה חד-פעמי, ועם אישורה הסופי של תמ"א 46 ייפתרו הבעייתיות והצורך בבחינה שיפוטית עקרונית של תקנות הפטור, בא התיקון האחרון לתקנות הפטור וטפח על פנינו. אין לדעת מה יהיו טיבם של שינויים עתידיים שתבקש המדינה לבצע כדי לאפשר הרחבה נוספת של מתקן הכליאה ו/או הרעה משמעותית נוספת בתנאי הכליאה בו.

183. העותרת הגישה את הודעתה המעדכנת ואת הבקשה לצו ביניים וצו ארעי כבר ב-20.6.2012, יום אחד בלבד לאחר קבלת ההחלטות על-ידי המועצה הארצית ושר הפנים. בית המשפט הנכבד קבע דיון דחוף בעתירה. למרות זאת, עד למועד הדיון בעתירה, וככל הנראה כבר הרבה קודם לכן, העבודות למימוש שינויים 1 ו-2 לתמ"א 46, אשר כאמור בעת הנוכחית הם בגדר תוכניות רעיוניות, צפויות להתקדם במלוא המרץ, ואולי אף להיות מושלמות. שינוי 2 לתמ"א 46 נמצא ככל הידוע לעותרת על סף מימוש שלם כבר בעת הנוכחית, ואכלוס המתחם הראשון בו ב-1,000 כלואים צפוי בימים הקרובים. לוחות זמנים אלה שבהם מאשרת המדינה תקנות פטור ומוציאה מכוחן אל הפועל תוכניות רעיוניות עלולים ליצור מצב שבמסגרתו לעולם לא ניתן יהיה להעמיד לביקורת שיפוטית את השימוש שעושה המדינה בסעיף 266 לחוק. זהו המקרה המובהק שבו על בית המשפט ליתן הכרעה עקרונית בכל מקרה, ללא קשר למצב העבודות בשטח במועד שבו יתקיים הדיון בעתירה.



לאור על כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים כמבוקש ברישא של העתירה ולפסוק לטובת העותרת את הוצאותיה, לרבות שכ"ט עו"ד, תוך מתן משקל להיקפה של העתירה, ולעבודה שנדרשה להכנתה וניהולה.  
הפרטים העובדתיים הכלולים בעתירה מתוקנת זו נתמכים בתצהירו של אדר' אלון כהן-ליפשיץ, עובד העותרת.

תל-אביב, 12 ביולי 2012

---

**ישי שנידור, עו"ד**

ב"כ העותרת