

1. עיר עמים – ע.ר. 580361202
2. כ"ג – ת.ז.
3. א"ב -
4. ו"ב -
5. ד"י -
6. מ"ס -
7. ס"ו -
8. נ"מ -
9. ד"י -
10. ה"ס -
11. ס"ק -
12. ד"צ' -
13. י.פ"א -
14. ר"א -
15. ש"ב -
16. מ"ש -
17. י"ש -
18. ע"ג -
19. ש"ג -
20. א"ק.ס -
21. ר"ב -

ע"י ב"כ עו"ד ישי שנידור ואח'
מרח' פלי"ם 7 חיפה; דוד חכמי 12 תל-אביב
טל': 077-5472001; פקס: 077-5472003

העותרים

- נגד -

1. שר האוצר, מר משה כחלון

2. המועצה הארצית לתכנון ובניה

3. משרד החוץ

המשיבים 1-3 ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29 ירושלים

4. עיריית ירושלים

ע"י עיריית ירושלים – השירות המשפטי
כיכר ספרא 1 ירושלים

5. מחלקת המדינה האמריקאית

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

ולצו ביניים עד למתן פסק דין בעתירה

עניינה של עתירה זו בהחלטת שר האוצר (להלן גם: "השר") מיום 28.3.18 ליתן צו לפטור מהיתר ומתכנית (להלן גם: "צו הפטור") לפי סעיף 266ה(ב) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן גם: "חוק התו"ב") עבור עבודות הנדרשות לצורך העברת שגרירות ארה"ב לירושלים. החלטה זו ניתנה לאחר שקיבל השר פנייה ממשרד החוץ ונועץ במועצה הארצית לתכנון ובניה.

-- החלטת / הצו שהוצא על ידי שר האוצר מיום 28.3.18 מצורפת כנספח 1/ע.

-- החלטת המועצה הארצית לתכנון ובניה מיום 27.3.18 להמליץ בפני השר על הוצאת הצו מצורפת כנספח 2/ע.

-- פניית משרד החוץ אל שר האוצר מיום 18.3.18 מצורפת כנספח 3/ע.

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפוך את הצו למוחלט, המופנה אל המשיב 1 והמורה לו להתייצב וליתן טעם: מדוע לא ימנע מלהפעיל את סמכותו לפי סעיף 266ה(ב) למתן צו לפטור מהיתר ותכנית עבור העבודות הנדרשות לצורך העברת שגרירות ארה"ב לירושלים.

בקשה למתן צו ביניים, ולצו ארעי עד להכרעה

בית המשפט הנכבד יתבקש להוציא צו ביניים כי עד להכרעה בעתירה לא יבוצעו עבודות מכוח צו הפטור. בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן צו ארעי, האוסר על ביצוע העבודות עד להכרעה בבקשה לצו ביניים לאחר קבלת תגובת המשיבים.

ואלה נימוקי הבקשה לצו ביניים

- א. לפי הצהרות המשיב 1, לאור תכלית הצו, כפי שעולה מהמסמכים ומנוסח הצו, לאור לוח הזמנים המהיר מאד בו בוצע ההליך עד עתה, לאור המטרה המוצהרת של סיום העבודות שמכוח הצו תוך שבועות מספר (עד אמצע מאי 2018 – ר' פניית משרד החוץ עת/3), לאור העובדה שבשטח כבר בוצעו הכנות ראשונות לביצוע העבודות (תוואי דרך המילוט סומן ביתדות ובסרטי סימון), ברור שהמשיבים נערכים להתחיל בביצוע העבודות באופן מיידי.
- ב. צו הפטור פורסם כאמור ביום 28.3.2018. לפי סעיף 266ה(ד) לחוק, ניתן להתחיל בביצוע העבודות תוך 15 ימים מיום פרסום הצו, אך במקרים חריגים רשאי שר האוצר גם לקצר את פרק הזמן הנ"ל.
- ג. מכל מקום, ברור שבלוח הזמנים בו פועלים המשיבים יבוצעו העבודות מכוח צו הפטור עוד בטרם יעלה לקיים דיון בעתירה.
- ד. לאור זאת, על-מנת לאפשר לבית המשפט הנכבד להידרש לעתירה, ולמנוע מהמשיבים ליצור עובדות מוגמרות בשטח ולהפוך את העתירה לתיאורטית, מתבקש בית משפט נכבד זה ליתן צו ביניים ולהורות למשיבה 5 להימנע מביצוע העבודות מכוח הצו, וזאת עד להכרעה בעתירה זו או עד למתן החלטה אחרת.
- ה. יחד עם זאת ניתן, ככל שהדבר אפשרי, כי חלף הקפאת העבודות לפרק זמן משמעותי, ייקבע הדיון בעתירה בלוח זמנים מהיר, שיאפשר הכרעה מהירה לגופם של דברים.
- ו. מובן מאליו, שבהיבט מאזן הנוחות, ביצוע העבודות ייצור עובדות מוגמרות, שלא ניתן יהיה להשיב לאחור, שהרי אם יבוצעו העבודות, והשגרירות האמריקאית תעבור למקום על בסיס ביצוען, יהיה בכך עובדה מוגמרת וסוף פסוק. מובן מאליו שלא יוצא צו פינוי לשגריר האמריקאי לאחר שזה כבר יעתיק את מושבו למקום (ועוד לעניין זה ר' גם בטיעון בגוף העתירה להלן).
- ז. מאידך: הנמקת המשיבים ל"דחיפות" שבעבודות, שצו הביניים יעכב את ביצוען, קשורה בעניין "סימבולי", וברור שלא משום קושי מעשי. אין טענה שארצות הברית התנתה את העברת השגרירות בכך שהדבר יעשה עד ל-14.5.18, ושמעבר למועד זה תפקע החלטתה. אין משמעות מעשית לכך, שהשגרירות תועתק בדצמבר 2018 נניח ולא במאי

2018 (עוד לעניין ה"דחיפות" ר' בטיעון בסעיפים 78-82 להלן, לגבי אי התקיימות תנאי הדחיפות להפעלת הסעיף).

ח. בהיבט סיכויי העתירה: העותרים יטענו כי סיכויי העתירה טובים, וזאת לאור הנימוקים המובאים להלן. ואולם, לכל הפחות, עתירה זו מעלה סוגיה נכבדה, מוקשית, בקשר לסעיף חוק חשוב שטרם נדון בפסיקה, שיש לאפשר לבית המשפט הנכבד להידרש אליה, לדון בה, ולקבוע את הדין לגביה באופן שינחה את רשויות המדינה גם לעתיד. **אין לאפשר שהמהלך שמבוצע כאן יאפשר גם עקיפה של הציבור הרחב וגם עקיפה של כל ביקורת שיפוטית.**

ט. כלומר, בהיבט שיקולי מדיניות, הנוגעים למהותו המיוחדת של המנגנון הקבוע בסעיף 266 לחוק: **מהותו של המהלך הבריורקטי שבוצע כאן – של עקיפת חובת ההליכים הנדרשים בחוק התו"ב, וביצוע עבודות ללא שיתוף הציבור, מחייבים שלכל הפחות לא תסוכל ביקורת שיפוטית על המהלך. די ב"עקיפת" הציבור. אין לאפשר את עקיפת בית המשפט.**

י. במילים אחרות: אין המדובר במקרה רגיל בו מוסדות התכנון דחו התנגדויות לתוכנית או בקשה, מוגשת עתירה לבית המשפט נגד ההחלטה, ובמסגרתה מבקשים מבית המשפט צו ביניים. כאן לא התקיים דיון כלשהו בטענות הציבור.

יא. ור' את פרשת הקמת מתקן חולות תוך שימוש בהסדר חקיקתי דומה, שנדונה בבג"צ 973/12 עמותת "במקום" מתכננים למען זכויות תכנון נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 30.5.2015) (להלן גם: 'עניין במקום'). שם התקיפה העותרת שימוש בסעיף 266 של פטור מהיתר לטובת ביצוע עבודות "דחופות", וגם שם לוח הזמנים הביא לכך שעד לביור העתירה העבודות כבר בוצעו והעתירה הפכה "תיאורטית" (ולמרות זאת מצא בית המשפט הנכבד להעיר הערות חשובות לגופם של דברים, ולכך נתייחס בהמשך).

יב. בעניין במקום עמד בית המשפט על כך, שעתירות שעסקו במנגנונים בחוק התו"ב המסדירים עבודות "דחופות", נדחו על הסף מחמת הפיכתן לתיאורטית ולמרות שבית המשפט ציין כי מדובר ב-"שאלה שאינה קלה, הנוגעת לפירוש של סעיף 266 לחוק התכנון והבניה", וזאת מהטעם הפשוט שלוח הזמנים הקצר בו מבוצעות עבודות "דחופות" לעולם יקדים את לוח הזמנים הרגיל לביור עתירות.

יג. מטעם עקרוני זה, יש להבטיח כי השימוש במנגנון החריג של סעיף 266 לא יבוצע גם תוך סיכול של פיקוח שיפוטי כלשהו.

יד. מכל הטעמים שלעיל יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים עד לקבלת תגובת המשיבים והכרעה בבקשה לצו ביניים, ובמקביל לקבוע במידת האפשר את הדין למועד מוקדם, על-מנת לאפשר הכרעה מהירה בטענות לגופן.

טו. הצו הארעי מתבקש לאור העובדה שלפי התנהלות המשיבים וביצוע הכנות בשטח לביצוע העבודות (סעיף א לעיל), נראה כי המשיבים נערכים לתחילת ביצוע העבודות באופן מידי.

להלן נימוקי העתירה:

הצדדים:

1. העותרת 1, עמותת "עיר עמים", הינה עמותה ישראלית בלתי-מפלגתית שנוסדה בשנת 2000 העוסקת במורכבות החיים בירושלים בהקשר של הסכוך הישראלי-פלסטיני, ובעתידה הפוליטי של העיר.
2. העותרים 2-21 הינם תושבי שכונת ארנונה, אשר יושפעו מהעבודות נשוא צו הפטור. המדובר בתושבים אשר רחוב כפר עציון, במקטע הפתוח שלו לכיוון מדבר יהודה אשר נחסם בחומה שתיבנה מכוח צו הפטור, מהווה מוקד חשוב של חיי היום יום – להליכות, טיולים, ומרחב פתוח בשגרה השוטפת. תושבים אלה מתקוממים במיוחד על הפגיעה הקשה במקום חשוב זה עבורם ללא שמיעתם, תוך דריסת הוראה שנקבעה בתוכנית החלה במקום בעקבות הליך תכנוני קודם בו כן נשמעו (חובת גדר בטון נמוכה ושמירת מבטים מזרחה – ר' עוד לעניין זה בסעיף 23-25 להלן). העותר מס' 5 מבהיר את עמדת התושבים יפה בדברים שהעביר במסגרת בקשתו להצטרף למהלך העתירה, ונביאם כלשונם:

"כאשר נבנתה הקונסוליה, הקפידו להקשיב לתושבי השכונה והיא נבנתה במינימום פגיעה בנוף ובסביבה ואנחנו מקווים שהליך זה יתקיים גם הפעם. אנו מטיילים מספר פעמים בשבוע ליד הקונסוליה ונהנים מהנוף הפתוח לכיוון המדבר וים המלח. חומה או כל בנייה שתפגע בנוף תפגע באיכות החיים שלנו. בנוסף, אני לא מבין מדוע שינויים שמתבצעים לגבי תכנון השכונה לא מכבדים את ההליך של דיון עם התושבים ומתן אפשרות לבטא סייגים לשינויים שמשפיעים עלינו התושבים של השכונה. הבנייה המכוערת של גדרות ומבצרים ברחוב גלעדי 4 בבניין שבשימוש הקונסוליה יוצרת תחושה של מחנה צבאי במרכז השכונה ופוגעת באווירת השכונה הפסטוראלית והשקטה".

יודגש כי המדובר בקבוצת תושבים אשר התגבשה תוך פרק זמן קצר, במהלך תקופת החג, ואין ספק שהתארגנות מהירה זו מלמדת על הלך רוח ציבורי רחב עוד יותר.

3. המשיב 1, הוא שר האוצר, מר משה כחלון, אשר הוציא את צו הפטור מכוח סמכותו לפי סעיף 266ה לחוק.
4. המשיבה 2, היא המועצה הארצית לתכנון ולבניה, אשר המליצה לשר להוציא את הצו.
5. המשיב 3, הוא משרד החוץ, אשר ביקש משר האוצר לפעול להוצאת הצו.
6. המשיבה 4, היא עיריית ירושלים אשר עתידה לבצע את העבודות מכוח הצו.
7. המשיבה 5, היא מחלקת המדינה האמריקאית, אשר אחראית על ביצוע העברת מקום מושבו של שגריר ארה"ב בישראל לירושלים ועל ביצוע הסדרי האבטחה שנדרשו על-ידי הגורמים האמריקאים הרלוונטיים.

רקע עובדתי:

ההליכים שהובילו להוצאת צו הפטור

8. ביום 23.2.18 הכריז נשיא ארה"ב על כוונתו להעביר את שגרירות ארה"ב בישראל מתל אביב לירושלים כבר ביום 14.5.18. הממשל האמריקני החליט כי במועד זה תעבור גם לשכת שגריר ארה"ב בישראל למתחם המשמש כיום כקונסוליה הכללית של ארה"ב, בשכונת ארנונה בירושלים.
 9. ביום 18.3.18 פנה משרד החוץ לשר האוצר וביקש ממנו להפעיל את סמכותו לפי סעיף 266ה(ב) להוצאת צו שיעניק פטור מהיתר ומתכנית עבור עבודות הנדרשות כדי להתאים את המתחם לדרישות האבטחה של מתחם המשמש כמקום מושבו של שגריר ארה"ב, אותן יש להשלים עד למועד המעבר (נספח עת/3 לעיל) – הוא צו הפטור נשוא העתירה.
 10. עוד צוין בפניה כי צו הפטור נדרש לתקופה של 3 שנים, וכי "הובהר למחלקת המדינה כי בפרק הזמן האמור עליה לפעול לקבלת היתר בניה עבור עבודות אלו". כלומר, מבחינת משרד החוץ, יוזם העניין, ברור שלא מדובר בעבודות בנייה זמניות, אלא בעבודות שבשלב הראשון יבוצעו ללא היתר ותכנית, ולאחר מכן יינקטו הפעולות הסטטוטוריות הנדרשות כדי להסדיר אותן.
 11. בעקבות הפנייה נועץ שר האוצר, כמתחייב מהוראות החוק, במועצה הארצית לתכנון ובניה. המועצה התכנסה לדון בעניין זה בישיבה שהתקיימה בהתראה קצרה ביום 27.3.18 והחליטה להמליץ לשר להפעיל את סמכותו לפי סעיף 266ה(ב).
- יצוין כי עתירה זו מוגשת בטרם פורסם או הגיע לידי העותרים פרוטוקול או תמליל הדין שהתקיים במועצה הארצית. העותרים שומרים על זכותם לבקש לתקן את העתירה או להגיש הודעה משלימה ככל שיהיה צורך לאחר שיפורסמו מסמכים אלה.

12. בהודעת דוברות שפרסם שר האוצר לאחר שניתנה המלצתה החיובית של המועצה הארצית (ושפורסמה במקביל באמצעי התקשורת) הוא הסביר, כי הליך הפטור נדרש כדי לחסוך "בירוקרטיה מיותרת" כלשונו, שאינה אלא הליכי התכנון והבניה הרגילים של הכנת תכנית, פרסומה ושיתוף הציבור, ושל הרישוי הנדרש:

"כפי שהתחייבנו, לא ניתן לבירוקרטיה מיותרת לעכב את העברת השגרירות האמריקנית לירושלים, בירת ישראל הנצחית. מדובר במהלך מדיני אסטרטגי עבור מדינת ישראל. גופי התכנון בראשותי יעשו את כל הנדרש כדי להתכנס ללוח הזמנים הנדרש. כשר האוצר של מדינת ישראל אני שוב מודה על הזכות שנפלה בחלקי לקחת חלק במהלך ההיסטורי הזה"

-- [ציטוט הפרסום מצורף ומסומן עת/4].

13. כבר למחרת הדיון, ביום 28.3.18, הוציא שר האוצר את צו הפטור, שפורסם ברשומות בקובץ התקנות מס' 7977, ושתוקפו נקבע לשלוש שנים (נספח עת/1 לעיל). הצו קובע את עבודות הבנייה המותרת על פיו ללא תכנית וללא היתר בניה, כפי שיפורט בהמשך. בין היתר קובע הצו כדלקמן:

"עם פקיעת תוקפו של צו זה, עיריית ירושלים תפרק את החומה, את הבולרדים ואת דרך המילוט, תשקם את השטח ותחזיר את המצב לקדמותו, זאת אלא אם כן הוסדרו לפי כל דין".

14. כלומר, כמו בפניית משרד החוץ, גם מהצו אנו למדים על כוונה להסדיר את אותן העבודות שיבוצעו לטובת העברת השגרירות. מאידך, אין התייחסות למצב בו לא יעלה להסדיר את העבודות עד לתום שלוש השנים ויידרש פירוק העבודות, שהרי ברור שהאפשרות שהשגרירות תפונה אם לא יושלמו ההליכים הסטטוטוריים הנדרשים היא תיאורטית.

15. כפי שצוין לעיל, בשטח כבר בוצעו עבודות מקדימות ראשוניות לקראת ביצוע העבודות של סימון תוואי הדרך ביתדות וסרטי סימון.

פנייה מקדימה ומיצוי הליכים

16. עם היוודע דבר פנייתו של המשיב 1 למועצה הארצית פנתה העותרת מס' 1 ביום 26.3.2018 לשר האוצר, למועצה הארצית, ולמנהלת מינהל תכנון, בבקשה כי לא יופעל הסעיף לטובת ביצוע העבודות. לאור לוח הזמנים אליו כיוונו המשיבים, הם התבקשו לראות בפנייה זו גם משום מיצוי הליכים, ולפיכך הועברה הפנייה גם למשנה ליועמ"ש, וגם לר' מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.

17. עוד באותו היום השיבה מזכירות המועצה הארצית כי הפנייה הועברה לגורמים הרלוונטיים, ולבקשת העותרים בהמשך גם העבירה לח"מ את נוסח החלטת המועצה הארצית.

-- **העתק פניית העותרים מיום 26.3.2018 מצרפת ומסומנת עת/5.**
-- **מענה מזכירות המועצה הארצית מיום 26.3.2018 מצורף ומסומן עת/6.**

העבודות שביצוען מוסדר בצו הפטור:

18. הצו כולל שתי עבודות:

(א) הקמת חומת מגן בגובה של 3.2 עד 4.7 מ' והצבת בולדרים מסביב למיתחם השגרירות, ובפרט לאורך צדה המערבי - לאורך צדו המזרחי של רחוב כפר עציון;
(ב) סלילת כביש כדרך מילוט בתוואי שסומן בתשריט.

[תשריט תוואי החומה ודרך החירום נכלל בצו הפטור נספח עת/1 לעיל].

החומה

19. החומה עתידה להיבנות מעל גדר בטון קיימת בגובה 1 מטר שנמצאת לאורך רח' כפר עציון.

20. **במצב הקיים**, מעל גדר הבטון בגובה מטר קיים גדר ברזל, **המאפשרת מבט מזרחה**. ההולך ברחוב נהנה לכל מאות המטרים של הרחוב ממבט פתוח מזרחה, לכיוון מיתחם הקונסוליה, מדבר יהודה, ים המלח והרי מואב (כאשר מיפסל הרחוב גבוה מגג הקונסוליה).

גדר הבטון הנמוכה וגדר הברזל מעליה לאורך רחוב כפר עציון, תוך שמירת מבטים מזרחה (משמאל מתחם הקונסוליה ומלון דיפלומט):



ובמבט של ההולך והנוסע ברחוב:



21. במצב המוצע, גדר הבטון תוגבה לגובה כולל של 3.2 מ', וכאשר קיים בינוי קרוב היא תוכל להגיע לגובה של 4.7 מ'. לאורך החומה יוצבו בולדרים בגובה מטר אחד ובמרחק של 1.5 מטר מאחד למשנהו, שנועדו להוות קו הגנה נוסף מעבר לחומה.

22. כלומר, במקום מבט פתוח מזרחה, נוצרת חומת הפרדה גבוהה ואטומה, הסוגרת את הרחוב וחוסמת כל מבט פתוח.

23. מדובר בשינוי דרמטי של תכנון פיזי ספציפי, תוך התייחסות קונקרטית לנושא שמירת המבטים לכיוון הקונסוליה. במסגרת תוכנית 9068 (פורסמה למתן תוקף בשנת 2005), שעניינה הסדרת הקמת הקונסוליה האמריקאית, עוגן מפורשות הנושא של תיחום שטח הקונסוליה בגדר בטון נמוכה וגדר ברזל עם סורגים מעליה, על מנת להבטיח מבטים לכיוון מתחם הקונסוליה והסביבה באופן כללי. כך קובע סעיף 11.8 לתוכנית:

11.8 גובה הגדר המקיפה את מגרש הקונסוליה לא יעלה על 3.0 מטר מעל למפלס פני הקרקע הסופיים והוא ייבנה מאבן טבעית מרובעת ומסותתת במשולב עם סורגי פלדה שאינם מאפשרים טיפוק ומשולבים בה שערים לצורכי בטחון, 30% ממנה תהיה גדר בנויה ו- 70% ממנה תהיה סורגי פלדה שיאפשרו מבטים לתוך המתחם.

24. כלומר, מכוח צו הפטור יבוצעו עבודות המנוגדות במפורש להוראה קונקרטית שנקבעה בתוכנית 9068, שביקשה להבטיח שמירת מבטים מרח' כפר עציון מזרחה, ושלשם כך קבעה הוראות מפורשות (שאינן שגרתיות) לגבי גובה הגדר, החומרים מהם תהיה בנויה, ושמירת מבטים. כלומר, בענייננו, לא מדובר ב"סתם" בנייה שאינה מוסדרת בתוכנית, אלא בבנייה שסותרת הוראה מפורשת שנקבעה בתוכנית.

25. יצוין, כי למיטב ידיעת העותרים, סעיף 11.8 הנ"ל נקבע בתוכנית 9068 בעקבות דאגות וטענות תושבים לגבי ההשלכות עליהם ועל איכות חייהם של פעילות הקונסוליה האמריקאית במקום. המשמעות היא, שעתה, בהליך עוקף תכנון ושיתוף ציבור, מתאינת אותה הוראה מכוונת שהינה פרי של ההליך התכנוני שקיים, ומתאפשר מכוח צו הפטור ביצוע עבודות הדורסות את אותו הסדר תכנוני מכון.

דרך המילוט

26. בהתאם לצו הפטור ולתשריט שצורף לו (עת/1 לעיל), תיסלל דרך אספלט ברוחב 7 מ' מהחניון הדרומי של מלון דיפלומט, שיעבור בשטח פתוח ממערב לשכונת ארנונה, ועד למפגש הרחובות לייב יפה ואשר וינר.

27. במצב הפיזי מדובר בשטח פתוח (קיימת בשטח דרך עפר חקלאית צרה יותר). מבחינה סטטוטורית, דרך המילוט עוברת על שטחים שמיועדים למגורים, למוסדות ציבור ולשטחים פתוחים (ובאופן מצומצם גם לדרך), כפי שעוגן בשנת 2016 בתוכנית לשכונת מגורים 'מורדות ארנונה' - תכנית 151-0053751 (פורסמה לתוקף ביום 2.5.2016).

-- תשריט תכנית מורדות ארנונה 151-0053751 מצורף כעת/8.

העותרים יטענו, כי לא ניתן לעשות שימוש בסעיף 266ה(ב) לחוק התו"ב כדי לבצע את העבודות נשוא צו הפטור בענייננו. העותרים יטענו, כי בעניינו לא מתקיימים התנאים הנדרשים בסעיף לשם הפעלתו, ומשום כך אין סמכות להפעילו. העותרים יטענו, כי מסקנה זו מתחייבת לאור תכלית החקיקה ופסיקת בית המשפט העליון בהקשר ההגנה על עקרונות התשתית של הדין והפרשנות המצמצמת ביותר שיש ליתן לסעיפי חוק שמאפשרים פגיעה בעקרונות תשתית אלה.

לחילופין יטענו, כי הפעלת הסעיף לוקה בחוסר סבירות קיצונית לאור הפגיעה הבלתי מחוייבת בעקרונות התשתית של דיני התכנון והבניה.

תכלית החקיקה של סעיף 266ה(ב) לחוק והפרשנות המצמצמת שיש ליתן לו:

"מיזמים [חשובים] כל כך [ק]צרים בזמן, שעד שמאשרים תכנית הם כבר לא רלוונטיים" (הייעוץ המשפטי של המועצה הארצית, בדיון מאוגוסט 2014 – ס' 49 ו- עת/13 להלן).

31. סעיף 266ה נוסא את הכותרת "פטור לעבודות זמניות לשם ביצוע מיזם בעל חשיבות לאומית או מיזם בעל חשיבות לכלל המחוז".

32. סעיף 266ה(ב) מסמיך את שר האוצר ליתן בצו פטור מהיתר ומתכנית לטובת עבודות או שימושים זמניים, הנדרשים לשם ביצוע מיזם בעל חשיבות ודחיפות לאומית. להלן נוסח סעיף 266ה(ב) במלואו:

"(ב) נוכח שר האוצר, במקרים חריגים, כי קיים מיזם בעל חשיבות ודחיפות לאומית שלשם הקמתו נדרשים עבודות או שימושים זמניים שאם ביצועם יותנה באישורה של תכנית או קיומו של היתר, לפי העניין, לא יהיה ניתן לממש את המיזם במועד הדרוש, רשאי הוא, לאחר התייעצות עם המועצה הארצית, לקבוע בצו פטור מהיתר לפי פרק ה' או מתכנית לעבודות או לשימושים הנדרשים לביצוע אותו מיזם אף שאין תכנית מאושרת או שלא הופקדה תכנית לעניין אותו מיזם, ובלבד שיתקיימו התנאים המפורטים בסעיף קטן (א), בשינויים המחוייבים."

התנאים המפורטים בס' 266ה(א), הנדרשים לפי סעיף 266ה(ב) לשם הפעלתו:

- "(1) **העבודות והשימושים יהיו זמניים ולתקופה שלא תעלה על התקופה הנדרשת להקמת המיזם;**
- (2) **העבודות והשימושים יעשו בידי המדינה, בידי גוף הפועל מטעמה לאחר שהוסמך לכך לפי החלטת הממשלה או בידי רשות מקומית בלבד;**
- (3) **השר קבע תנאים לביצוע העבודות והשימושים, ובכלל זה לעניין מקום ביצועם ולעניין הבטחת זמניותם ולעניין החזרת המצב לקדמותו ככל הניתן;**
- (4) **ביצוע העבודות והשימושים לא יסכל לאחר תום התקופה כאמור בפסקה (1) את ביצועה של תכנית שאושרה או תכנית שהוחלט להפקידה."**

33. כלומר סמכות השר להוציא צו מכוח סעיף 266ה(ב) מותנית במספר תנאים מהותיים **מצטברים**, ונציין את אלה הרלוונטיים לעתירה זו: (1) מיזם בעל חשיבות לאומית; (2) מיזם בעל דחיפות לאומית; (3) לולא הצו לא ניתן יהיה לממש את המיזם במועד הדרוש; (4) העבודות והשימושים יהיו זמניים; (5) העבודות לא יסכלו ביצועה של תכנית מאושרת או מופקדת; (6) ייקבעו תנאים להבטחת זמניות העבודות.
34. סעיף 266ה התוסף לחוק במסגרת תיקוני חקיקה שהעבירה הכנסת בשנת 2014. בדברי ההסבר לתיקון החקיקה נאמר כדלקמן:

"הסעיף המוצע נדרש במקרים שבהם בעת ביצוע פרויקט לאומי או פרויקט בעל חשיבות כלל מחוזית, נדרש ביצוע מהיר של עבודות זמניות או שנדרשים שימושים זמניים, אשר הבקשה המקורית להיתר לא כללה אותם או כאשר התכנית התקפה החלה על הקרקע אינה מאפשרת אותם. במקרים אלה מעוכב הפרויקט עד להסדרה סטטוטורית המאפשרת את ביצוע העבודות הזמניות או השימושים הזמניים. לפיכך מוצע לקבוע הוראה זו שתאפשר את ביצוע העבודות או את השימושים כאמור, בכפוף לתנאים שייקבעו בתקנות."

-- דברי ההסבר לחוק מצורפים לעתירה זו כנספח עת/9.

35. במהלך הדיונים בחוק, שהתקיימו בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, הבהירה ר' מינהל תכנון בשעתו, גב' בינת שוורץ, את תכלית החוק, על דרך של הבאת דוגמא למקרה מהסוג לו הוא מיועד (עמ' 102 לתמליל הדיון):

"הרציונל של הסעיף השני הוא פרויקט שהוא לא פרויקט תכנוני, לא קשור לתכנית. אני אשתמש בדוגמה שנתן היועץ המשפטי לוועדה, דהיינו, הגעתו של האפיפיור. מודיעים שבתוך חודש האפיפיור מגיע לביקור בעיקר הקודש והדרישות שלו הן כך וכך. הפרויקט הוא לא מחויב בתכנית אבל יש כל מיני עבודות שצריך לבצע כתוצאה מאותו פרויקט לאומי.

....

הסעיף שמתחיל בסעיף ב', מדבר על פרויקט שאין קשר בינו לבין עולם התכנון והבנייה. יש פה איזה אירוע לאומי. כדי להתכונן לאירוע הלאומי הזה, לממש את דרישות האפיפיור, שהוסכמו בין ראש הממשלה, בין משרד החוץ והצוות של האפיפיור, צריך לגעת בקרקע. כל נגיעה בקרקע מחויבת בהיתר, שצריך להיות תואם תכנית.

...

אמרנו ששני דברים צריכים להתקיים: לפרויקט שלא קשור לתכנית יש חשיבות לאומית והוא גם דחוף. אם מודיעים לנו מראש שבעוד 3 שנים האפיפיור מגיע, אנחנו יודעים להתארגן. אם מודיעים לנו שיעוד חודשיים הוא מגיע, זה סיפור אחר.

כדי לא להפוך את עצמנו לעבריינים – הרי אנחנו נעשה. אנחנו ניגע בקרקע, בין אם תהיה תכנית או לא, לצורך אותו פרויקט לאומי, או שאנחנו נמצא כל מיני פטורים מוזרים. המטרה של הסעיף הזה היא לאפשר לריבון, למדינת ישראל, להתארגן לפרויקטים לאומיים שהם לא תכנוניים ולבצע כל מיני עבודות זמניות בקרקע כדי להיות מוכנים בכבוד לאותו אירוע." (ההדגשות נוספו).

-- פרוטוקול וועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 19.11.2013 מצורף כנספח עת/10.

36. יודגש, שהצורך בהסדר חקיקתי מיוחד זה שיעמוד לרשות המדינה נובע מכך, שלפי הדין, ביצוע עבודות בנייה (וגם שימוש) אינו פטור מהיתר רק משום שהם נועדו לעמוד על מכונם פרק זמן קצוב בלבד. שיקול הדעת העומד לרשות האכיפה יכול להביא להימנעות מנקיטה בפעולות אכיפה כנגד עבירה בנייה המבוצעת באופן זמני – אך גם זאת בעיקר לגבי שימוש, או לגבי עבודות שאינן כרוכות בהתערבות של ממש בשטח (ע"פ 697/85, יוסף גולדשטיין נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה לוד, פ"ד (4) 57; רע"פ 5086/97 בן חור ואח' נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד נא(4)625; ליישום

הפסיקה בערכאות הנמוכות: תיק (חי) 9427-08-08 מ"י נ' מפעלי תרנ"א מלונאות ונופש בע"מ ואח' (4.9.2008); לסקירת הפסיקה: ניר מועלם, "מלחמת המפרץ ב"מפרץ האהבה": "בניין" מהו? ושיקולים בפרשנות "בניין" החייב היתר", **מקרקעין**, 8(1): 22-3, 2009). **המחוקק ביקש להוסיף ל"ארגז הכלים" של המדינה גם את הכלי שיאפשר ביצוע עבודות ללא מסגרת תכנונית מאושרת עבור מיזמים לאומיים חשובים ודחופים שאינם אמורים להיות קבועים.**

37. סעיף 266 מהווה מנגנון עוקף תכנון (ורישוי), הפוגע בעקרונות התשתית של הדין, ובמיוחד: שקיפות, מעורבות ושיתוף הציבור, ובכלל זה מתן האפשרות להתנגד לתכנית ולהשפיע על הבינוי והשימוש שיבוצעו בשטח בסופו של דבר. בבג"ץ 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, נה(5) 673 (2001):

"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 תכניות. ... הפרסום על דבר ההפקדה מביא לידיעת הציבור את דבר התכנית המיועדת; המעוניינים רשאים לעיין בתכנית (סעיף 96 לחוק), ואם רואים הם את עצמם נפגעים, קונים הם זכות להגיש התנגדותם לתכנית ולטעון טענותיהם (סעיפים 100 ואילך לחוק). זכות זו להתנגדות שואבת כוחה מחובת ההגינות המוטלת על הרשות ומבטאת היא עקרון-יסוד ולפיו אין פוגעים בזכות או באינטרס לגיטימי של אדם בלא לשמוע אותו תחילה; ממקדת היא את תשומת-הלב בנושאים אלה ואחרים שהמתנגדים מעוניינים בהם, ולמותר לומר ששקיפות ההליך מבטיחה באורח מרבי את תקינות פעולתה של הרשות. ... נוסף עוד זאת, כי שיתוף הציבור בקבלתן של החלטות מהווה שלוחה לעיקרון הדמוקרטי המקובל, בייחוד כך בנושאי תכנון, בנייה ואיכות הסביבה המשפיעים במישרין על היחיד ועל הכלל."

38. עקרונות התשתית של הדין בדבר שקיפות שיתוף הציבור והזכות להתנגד, זכו להגנה עקבית של בתי המשפט, ובפרט של בית משפט נכבד זה, וזאת בהקשרים שונים (היקף חובת הפרסום של הפקדת תוכנית; אמות המידה מתי ניתן להוציא היתר מכוח תוכנית מתארית; בחינת התאמת תוכנית לתוכנית המצויה מעליה במידרג ההיררכי, ועוד: עע"ם 9264/10 חברת נ.י.ל.י נדל"ן נ' עיריית גבעת שמואל (2012); בבג"ץ 11745/04 רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתו"ב – ס' 9-12 (פס"ד מספטמבר 2008); בבג"ץ 288/00 שלעיל; בבג"ץ 10/00 עיריית רעננה נ' המפקחת על התעבורה, פ"ד נו(1) 739, בסעיף 22 לפסה"ד). בעוד שהפסיקה גיבשה מתחם התערבות צר בתוכן ההחלטה

התכנונית, ודווקא משום כך, הקפידו בתי המשפט הקפדה מיוחדת על קיומו של הליך תכנוני תקין, וזאת על-מנת להבטיח את כיבודם של אותם עקרונות תשתית של שקיפות ודמוקרטיזציה (ע"מ 3189/09 החברה להגנת הטבע נ' המועצה הארצית לתו"ב (ס' 26)).

39. יחד עם זאת, העובדה שעניינו של סעיף 266 בהסדרת עבודות ושימושים זמניים מקהה את מידת הפגיעה באותם עקרונות תשתית של הדין, שהרי לאחר תקופת הזמן שתקבע בצו יוחזרו הדברים לקדמותם. מכיוון שמהותו של סעיף 266 – והסדרים חריגים דומים הקיימים בחוק – היא פגיעה עמוקה בעקרונות התשתית של הדין, מתחייבת פרשנות מצמצמת, זהירה ומרוסנת שלו.

40. ויודגש, כי ריסון השימוש הסעיף נדרש גם באמירה המפורשת הכלולה בו כי הצו יופעל **"במקרים חריגים" בלבד**. לא בכדי ביטוי זה מופיע בסעיף קטן (ב) שם הסמכות ניתנת גם לפטור מתכנית (והיתר), לעומת סעיף קטן (א) שם הסמכות לפטור ניתנת עבור היתר בנייה בלבד והביטוי "מקרים חריגים" לא נזכר בו.

41. החובה לפרש הוראת חוק הפוטרת מהליכי תכנון ורישוי בצמצום, ולעשות בה שימוש זהיר ומרוסן, נדונה בעניין **"במקום"**, ביחס להסדר דומה הקבוע בסעיף 266 לחוק, המאפשר לשר לאשר תקנות שיפטרו מהצורך בהיתר בנייה לצורך ביצוע עבודות שאינן בהכרח זמניות.

בית משפט זה פסק, שיש לעשות שימוש זהיר ביותר בהפעלת מנגנון זה, ורק מקום שהמציאות לא מותירה ברירה. בית המשפט עמד על החשיבות בקיומו של הליך תכנוני סדור (ושלב ההתנגדויות בפרט) מבחינת עקרונות השקיפות, שיתוף הציבור והדמוקרטיזציה של הליכי התכנון, ועל כך שיש לפרש וליישם בצמצום את ההסדרים הנותנים פטור מהיתר, קל וחומר מתכנית, הפוגעים חזיתית בעקרונות אלה (סעיף מה לפסהד):

"אכן יתכנו מקרים, כפי שהיו גם בעבר, בהם יש הצדקה לקיים הליך תכנוני שונה, המאזן בין אינטרס בהול של הציבור בכללותו לבין זכויות ואינטרסים אחרים הנוגדים לו, והמחוקק נאלץ לבנות לשם כך כלי שהוא הרע במיעוטו.. אך הפרשנות ... צריכה להביא בחשבון את המקום והזמן בהם אנו מצויים כיום. ... אם מבקשים להשיג צמצום של ההליכים הבירוקרטיים ולקצר משכי הזמן, הרי יש לעשות כן על-ידי ייעול דרכי הטיפול בהכנת תכנית, פעולה מהירה והחלטית יותר בעת הדיון בתכניות וצעדים כיוצא באלה... אך לא ניתן לבטל שלב בהליכים התכנוניים על-ידי קביעת תחליפים מעשיים שאינם מקיימים את הנדרש בחוק".

"ויוטעם, שוב, דרך המלך להוצאת התכנון מן הכוח אל הפועל עוברת בשעריו של היתר הבניה, ואת הסמכות החריגה הגלומה בסעיף 266, קרי, בניה ללא היתר, יש להפעיל בשיקול דעת ומתוך צורך ממשי. ... 'לעשות עבירה לשם שמים, אין זה דרך הישר שיבור לו האדם'. .. ורוצה לומר, סמכויות חריגות – חריגות הן כשמן, והפעלתן כפופה לכך"

42. גם בעמ"מ 2408/05 הושעיה ישוב קהילתי כפרי של אגוד המושבים נ' מדינת ישראל **משרד הבטחון** (פורסם בנבו, 04.02.2007), פרשה שאוזכרה בפסה"ד בעניין **במקום** ושעסקה בהסדר חקיקתי המאפשר פטור להקמת מתקן בטחוני, נקבע כי דרך המלך היא תכנון ורישוי כדיון, והפטור הוא 'הכרח בל יגונה'. בית המשפט קבע, שגם כאשר העבודות שמבקשים לבצע עונות על התנאים הפורמליים הקבועים בהסדר הפטור שבחוק, יש לעשות שימוש בהסדר פטור רק במקרים בהם קיימת הצדקה מהותית לאי שקיפות.
43. על השימוש בסעיף 266(ב) במקרים חריגים בלבד עמד גם היועץ המשפטי של וועדת הפנים בכנסת, עו"ד תומר רוזנר, בדיוניה על הצעת החוק (נספח עמ' 10 לעיל, בעמ' 103), תוך התייחסות לאותו פסק דין בפרשת 'במקום':

"גם בית המשפט העליון, כשהוא עסק בהקמת מתקן המסתננים ובתקנות הפטור שניתנו לצורך הקמתו, הדגיש את הדבר הזה, שהמקרים שהם צריך לעשות שימוש באפשרות הזאת הם מקרים חריגים. הם קיימים, יש בהם צורך ובהחלט אנחנו מכירים בכך שיש מקרים שיש בהם צורך, אבל אלה צריכים להיות מקרים חריגים. ... חשוב לומר שזה יהיה במקרים חריגים, שהפרויקט הוא בעל חשיבות לאומית, שהוא לא יסכן את התכנון שקיים במקום לאחר שכבר נגמרו העבודות הזמניות."

44. במסגרת הליך חקיקת התיקון לחוק, לאור בקשת חברי הכנסת, ערכה וועדת הפנים ביום 19.1.14 דיון נוסף על סעיף 266. חברי הכנסת, כולל יו"ר הוועדה הזמנו, ח"כ מירי רגב, הביעו את חוסר הנחת מהסעיף המוצע, שיכול להיות כלי "עוקף תכנון".

דברי ח"כ מירי רגב (עמ' 10 לתמליל):

"אני חייבת להגיד לך שגם אני לא מתה על הסעיף הזה. אני חושבת שהסעיף הזה הוא סעיף עוקף תכנון מאוד מאוד בעייתי. אני רוצה להבין מה הם הנושאים הדחופים, מה כל כך דחוף שצריכים לעשות את זה במין סעיף כזה עוקף תכנון. דבר שני, למה אי אפשר להגיד מהם אותם נושאים. אם

אפשר להגיד באילו תחומים, שזה יבוא לאישור ועדת הפנים. מישהו צריך לאזן, לפקח על ההחלטה של השר. כמו כן, נושא היידוע ושלא תהיה הפתעה, לא רק לאזרח אלא גם לגורמים הרלוונטיים, שאחר כך צריכים לתת הסבר כשזה קורה".

דברי ח"כ דב חנין (לדבריו המלאים עמ' 4-7 לתמליל):

"הסעיף הכביכול קטן הזה הוא לא פחות ממהפכה דרמטית בדיני התכנון והבנייה. הדבר הזה הופך את החוק התכנון והבנייה למשהו שנמצא בסוגריים. הסעיף מאפשר תחת הכותרת "עבודות זמניות" לבצע מיזמים עצומים, דרמטיים, הרסניים, מרחיקי לכת בלי תכנון, בלי תוכנית, וזה דבר שברמה המהותית סותר את העיקרון הבסיסי ביותר שעומד מאחורי חוק התכנון והבנייה, שאומר: קודם מתכננים ואחר כך בונים. זה העיקרון הבסיסי של חוק התכנון והבנייה."

-- תמליל הדיון בוועדת הפנים של הכנסת מיום 19.1.14 מצורף כנספח עת/11.

היבט הזמניות ברציונל ההסדר ובתכליתו

45. כאמור לעיל, לאור הפגיעה בעקרונות התשתית של הדין יש לפרש וליישם את סעיף 266ה באופן מצמצם ומרוסן. בקשר לכך יש לתת דגש מיוחד לרכיב הזמניות, שמהווה תנאי בלעדיו אין להפעלת הסעיף.

46. כאמור, לפי הוראות הסעיף, נדרש כי העבודות והשימושים יהיו זמניים, וכי לאחר תום הצורך הלאומי הדחוף יושב המצב לקדמותו. מטעם זה גם נקבע בסעיף 266ה(א) תנאי מפורש, כי הצו צריך לכלול הוראות לגבי "הבטחת הזמניות" והשבת המצב לקדמותו. המחוקק ביקש להבטיח, כי מיזמים זמניים בעלי חשיבות לאומית (דוגמת ביקור האפיפיור שהובא כדוגמא בעת הדיונים בחוק) לא יסוכלו בגלל הצורך להסדירם תכנונית ולהשלים הליכי רישוי, אך אין עיגון בחוק לתזה לפיה ניתן להשתמש בחוק כ"גשר סטטוטורי" שנועד לאפשר הקמתם של מיזמים קבועים. אם זה היה המצב, הרי שכל עבודה תוכל להיחשב "זמנית".

47. העותרים יטענו, כי מובן מאליו שיש לפרש את הסעיף כך שלא נועד לאפשר הקמתם של מיזמים קבועים, ואילו פרשנות לפיה המיזם יכול להיות קבוע אך העבודות יכולות להיות "זמניות" הינה בלתי אפשרית או בלתי מתקבלת על הדעת, הן לשונית, והן לאור תכלית החקיקה וחובת הפרשנות המצמצמת:

- א. עבודות – במובן של ביצוע פעולות בנייה מסויימת, להבדיל משימוש, הן לעולם לא "זמניות". הזמניות מבחינה לוגית ולשונית אינה יכולה להתייחס לאקט של ביצוע פעולות הבנייה, וכל ניסיון כזה הוא מלאכותי ומאולץ.
- ב. לפיכך, לשונית, ה"זמניות" יכולה להתייחס רק לפרק הזמן בו יעמוד על מקומו התוצר הסופי של העבודות. "התוצר הסופי של העבודות" הוא המיזם עצמו.
- ג. עבודות ההקמה של המיזם (בשלב הראשון), וגם עבודות השבת הדברים לקדמותם (בשלב השני) אינן "זמניות" משום שעבודות אינן "זמניות" או "לא זמניות". **המיזם עצמו, שהוא תוצרן של העבודות, יכול להיות זמני או לא זמני.** לכן, "העבודות הזמניות" שמוסדרות בחוק הן במובן של תוצר העבודות, ולא ביצוע העבודות.
- ד. אם מייחסים את הזמניות לעבודות עצמן, ולא למיזם, הרי שכל עבודה היא "זמנית", שהרי כל עבודה מבוצעת ומסתיימת תוך פרק זמן מוגדר ומתוחם בזמן. תוצאה זו עומדת בסתירה מוחלטת לתכלית החקיקה, שביקשה לייחד את השימוש בסעיף למקרים חריגים בהם קיים רכיב מיוחד של זמניות. לא יכול להיות שכל עבודה באשר היא תקיים את תנאי הזמניות הקבוע בסעיף.
- ה. לפיכך, הפרשנות הנכונה של סעיף 266ה ושל תנאי הזמניות הנדרש בו היא, **שהמיזם בעל החשיבות הלאומית, שלטובתו יבוצעו העבודות במסגרת הפטור, צריך להיות זמני.** עבודות ההקמה צריכות לשרת מיזם זמני, ולאחר תום תקופת המיזם יש להשיב את המצב לקדמותו בסבב עבודות שני.
- ו. פרשנות זו נתמכת גם בדוגמא שהובאה במהלך הדיונים בחוק: דוגמת ביקור האפיפיור בישראל, והעבודות שיש לבצע לטובת הסדרתו. מאידך, לא מצאנו בדיונים בתיקון החוק דוגמאות למיזמים קבועים.
- ז. פרשנות זו נתמכת בהוראה המפורשת הקבועה כאמור בסעיף 266ה(א), כי צו הפטור צריך לכלול הוראות לגבי "הבטחת הזמניות" והשבת הדברים לקדמותם. מנסח זה ברור שכוונת המחוקק היא שנדרשת זמניות של תוצאת העבודות, קרי המיזם, ולא זמניות של העבודות עצמן. כאמור, לא עבודות יכולות להיות זמניות אלא תוצרן הסופי.
- ח. ככל שהמחוקק התכוון לאפשר ביצוע עבודות לשם הקמת מיזמים קבועים, ולאור משמעות הדברים מבחינת הפגיעה בעקרונות התשתית של הדין, צריך היה לקבוע את הדברים במפורש, במיוחד לאור אמירת הזמניות שכן קבועה במפורש בסעיף. מכיוון שסעיף 266ה אינו מאפשר במפורש ביצוע עבודות לטובת מיזם קבוע, יש לקבוע שהוא אינו מתיר.
48. לפיכך ברור, שהזמניות בה עוסק סעיף 266ה היא **זמניות המיזם.** כאמור לעיל, העבודות שהצו פוטר מתכנון ורישוי נדרשות על-מנת לאפשר את הקמת המיזם

הזמני, החשוב והדחוף. עבודות "הפירוק" נועדו להשיב את המצב לקדמותו עם תום פרק הזמן בו יעמוד המיזם על מכונו.

49. מסקנה זה עולה במפורש מדברי היועצת המשפטית של המועצה הארצית לתו"ב, במהלך דיון בשנת 2014 על שימוש בסעיף 266ה לטובת הקמת מיגוניות. שם נאמר במפורש, כי "רציונל הסעיף דיבר על מיזמים כל כך [קצרים בזמן]¹, שעד שמאשרים תכנית הם כבר לא רלוונטיים". ודוק: מיזמים, ולא "עבודות".

50. בקשר להיבט הזמניות ראוי לעמוד על ההבדל בין סעיף 266ה(א), לבין סעיף 266ה(ב) בו נעשה שימוש בענייננו.

בסעיף 266ה(א), שהוא הסדר פוגעני פחות מבחינת עומק הפגיעה בעקרונות התשתית של הדין, העבודות עצמן מבוצעות ללא עיגון סטטוטורי אבל הן משרתות מיזם לאומי שהוא עצמו אושר בתכנית. במצב כזה מאפשר החוק לבצע עבודות זמניות שנדרשות לסייע בהקמת המיזם, שיפורקו עם השלמת הקמתו. למשל, דוגמא שניתנה בדיונים בחוק: תוכנית מסדירה הקמת כביש ראשי, שהוא המיזם, אך לאחר שכבר אושרה ראו שאפשר לסלול דרך שירות יעילה יותר למשאיות שמבצעות את המיזם. הפטור ניתן לדרך השירות, ולאחר הקמת המיזם (הכביש הראשי), היא תבוטל.

בסעיף 266ה(ב), לעומת זאת, שפגיעתו בעקרונות התשתית של הדין חמורה יותר, ניתן הפטור גם במקרים שבהם המיזם עצמו לא הוסדר בתוכנית. הפטור ניתן לעבודות ההקמה של המיזם (לא למיזם עצמו), ואילו המיזם עצמו אמור להיות "חוץ תכנוני", ובהכרח זמני: לא בכדי אמרה בדיונים מנהלת מנהל תכנון, שמדובר בפרויקטים ש"אין קשר בינם לבין עולם התכנון" - דוגמת ביקור ממלכתי, טקס, מצב חירום.

51. בדיון בוועדת הפנים בחוק העלו חברי הכנסת, לצד חששותיהם האחרים מהחוק, גם את החשש הספציפי לגבי שימוש לרעה במושג הזמניות. דברים אלה יפים לענייננו עתה (ח"כ זנדברג, בתמליל עת/10 לעיל):

"החשש שלנו הוא שבמסגרת הסעיף הזה ניתן יהיה להכניס דברים שיענו על ההגדרה הפורמלית של עבודה זמנית, אבל הם יהיו מבנה קבע או מבנה זמני עם השלכות של קבע או כל צדבר שבכל סיטואציה אחרת היה עובר דרך המסלול הרגיל של תכנון ובנייה – קבלת היתר, הגשת התנגדויות וכו'. ואז נעמוד בפני מצב שבהליך חקיקה אנחנו מייצרים מסלול עוקף תכנון, שאחר כך ישמש כמסלול תכנוני לכל דבר, שיוכלו לעבור דרכו דברים, במיוחד דברים שקשורים לעבודות תשתית ומבנים. הרבה פעמים, דרך המנגנון של מבנה זמני, יכולים לייצר מציאות שההשלכות שלה, גם אם המבנה עצמו לא קבוע - השאלה מה זה נקרא לא קבוע: עשר שנים זה לא קבוע? משהו שעומד שנה אבל גם אחרי

¹ . בתמליל: "צרים בזמן". יש להניח שצריך להיות "קצרים בזמן".

שמפרקים אותו יוצר סביבו נזק שנמשך לעשר שנים או ל-50 שנה, זה קבוע? זה לא קבוע?"

שימוש במקרים קודמים במנגנון הקבוע בסעיף 266ה(ב)

52. על אף הפרשנות המצמצמת המתחייבת, דומה שקיים מדרון חלקלק בשימוש בסעיף 266ה הנ"ל – באופן שמגביר את החשיבות בהתערבותו של בית משפט נכבד זה. מעבר לכך, העיון במקרים אלה מלמד שבעניינו דוחקים את הפרשנות והיישום של הסעיף רחוק עוד יותר מאותם מקרים גבוליים ביותר שעבורם כבר נעשה שימוש (דחוק) בסעיף.

מיגוניות באזורים בהם מוכרז מצב מיוחד בעורף:

53. ביום 14.8.2014 הוציא השר צו לפטור מתכנית ומהיתר להצבת מיגונית ולשימוש בה. 'מיגונית' הם אמצעי מיגון קטנים וזולים יחסית, יבילים, שניתן למקם בעת חירום במרחבים ציבוריים ולצד מרחבים פרטיים שלא ניתן להקים בהם ממ"דים. מדובר על בינוי לצורך התגוננות אוכלוסייה באזורים בהם מוכרז מצב מיוחד בעורף.

-- הצו להצבת מיגונית ושימוש בה מצורף כנספח עת/12.

54. בדיון שנערך במועצה הארצית ביום 12.8.2014 במסגרת הליך ההיוועצות המליצה המועצה בפני שר האוצר לעשות שימוש בסעיף לטובת הקמת מיגוניות. יחד עם זאת, היועצת המשפטית של המועצה הארצית העירה כי השימוש בסעיף לטובת המיגוניות אינה עונה על דרישת הזמניות, אך סברה כי ניתן להתגבר על כך באמצעות הקניית פרשנות רחבה לסעיף 266ה **בשל כך שמדובר במיזם מציל חיים**. מתוך תמליל הדיון:

"אני רוצה להסביר למה יכולנו להתכנס היום מה שלא יכולנו לעשות לפני שנים, למרות שהמצב הזה הוא לא חדש לנו. בראשון לאוגוסט נכנס לתוקפו סעיף 266 (צריך להיות: 266ה(ב)) לחוק תכנון ובניה והוא אפשר באופן שונה מהמצב שהיה עד היום, הוא (מ)אפשר במקרים מיוחדים בסף לאפשר פטור מתכנית ופטור מהיתר, ואני אקריא לכם את הוראות הסעיף **העבודות האלה אמורות להיות זמניות, ולא בכדי אמרו פה שכנראה המצב הזה הוא לא זמני. וזה לא ... זה לא מסתדר לחלוטין עם הוראות הסעיף, אנחנו סברנו שכשאנחנו בוחנים את האירוע המאוד יוצא דופן, אנחנו מדברים על מבנה של מצילי חיים ממש, ולא כמו שאפשר להגיד על מבנים אחרים. אז אנחנו עדיין נוכל להתייחס אליהם כאל מבנים זמניים, שהזמניות שלהם היא כבר יודעת שבמקביל אנחנו נקדם תכניות שיאפשרו את הקמתם**

ללא הצורך בצו. זאת אומרת שהמשך קיומם של ה... לא יהיה מכח הצו. לכן אנחנו סברנו ששלוש שנים, או עד לאישורה של תכנית זה זמן ארוך מדי שחוטא לרציונל הסעיף שדיבר על מיזמים כל כך צרים בזמן, שעד שמאשרים תכנית הם כבר לא רלוונטיים. שזה לא בדיוק תואם כאן. אבל שוב, על רקע הצורך בצורך הצלת החיים ממש, סברנו שתקופה של שנה אולי אפשר לדבר על תקופה יותר ארוכה, כמובן שלשר הפנים יש את הסמכות להאריך את הצו מעת לעת בהתייעצות עם המועצה הארצית, אז נכון לקבוע מראש, תקופה שהיא יותר קצרה משלוש שנים או עד לאישור התכנית... של שנה."

(ההדגשות הוספו).

-- תמליל דיון המועצה הארצית מיום 12.8.14 מצורף כעת/13.

55. על דברים אלה יש להעיר כדלקמן:

- כאמור לעיל, הייעוץ המשפטי של המועצה הארצית עומד על כך, שיש ספק גדול אם השימוש בסעיף מתאים, שכן הרציונל של הסעיף הוא מיזמים זמניים, ולא מיזמים קבועים.

- הסתייגות מפורשת זו של הייעוץ המשפטי ניתנה לגבי בינוי של 'מיגוניות', שהוא זמני יותר באופיו.

- הצורך בעניין המיגוניות אינו "סימבולי" אלא אמיתי וברור, ונגע לדיני נפשות. בסופו של דבר ברור, שעניין זה הוא שהכריע את הכף – לכל הפחות מנקודת המבט של הייעוץ המשפטי – לטובת המלצה חיובית על שימוש בסעיף.

56. יצוין, כי למיטב ידיעתנו טרם אושרה תוכנית שיכולה להסדיר את המיגוניות, ולכן ביולי 2017 הוארך צו הפטור לשנתיים נוספות, כך שיהיה בתוקף – לכל הפחות – חמש שנים.

מתקני מערכת התרעה ארצית מפני רעידות אדמה:

57. ביום 28.1.2016 הוציא שר האוצר צו לפטור מתכנית ומהיתר להקמת מיתקני מערכת ההתרעה הארצית מפני רעידות אדמה.

58. מדובר במתקנים תת קרקעיים בעומק של עד 6 מטרים, ברוחב ובאורך של 4 מטרים, כאשר מעל המתקן תותר הקמת אנטנת תקשורת וסביבו תותר הקמת גדר ברוחב ואורך של 10 מטרים.

-- הצו להקמת מערכת התרעה מצורף לעתירה זו כנספח עת/14.

59. גם בצו זה מופיע סעיף לפיו: "המדינה או גוף הפועל מטעמה תשקם ותחזיר את המצב לקדמותו, עם סיום תוקפו של צו זה, זולת אם אושרה במהלך תוקפת תוקפו של צו זה תכנית המתירה את הצבת המיתקן והשימוש בו".

60. ללא ספק מדובר במיזם בעל חשיבות לאומית וגם דחיפות קיימת שכן לא ניתן לדעת מתי תבוא עלינו הרעה. יחד עם זאת, ברור לכל כי אין מדובר במתקנים זמניים, אלא במתקנים שיישארו בשטח לכל הפחות לתקופה ארוכה וקבועה, כל עוד לא יפותחו אמצעים חדשים להתרעה מפני רעידות אדמה.

61. בדיון שקיימה המועצה הארצית לתכנון ובניה ביום 7.7.2015 שוב התייחסה היועצת המשפטית של המועצה לכך שהצו המבוקש לא עונה על תנאי הזמניות הנדרש בסעיף 266ה. וכך נרשם בפרוטוקול:

"היועצת המשפטית למועצה הארצית ציינה כי הצו המבוקש מתייחס לנושא דומה לנושא המיגוניות שהוסדר אף הוא בצו כאמור לפני שנה. כפי שאמרתי גם אז, בכל הקשור לדרישת הזמניות הקבועה בסעיף 266 ה (ב), **הבקשה הנדונה לא לחלוטין תואמת את הזמניות הנדרשת לפי הוראות הסעיף.** מציינת היום, כפי שציינה אז, שלאור העובדה שמדובר במתקנים שנועדו להצלת חיים באירוע חירום, יש אפשרות לקרוא את ההוראות באופן מרחיב יותר, וזאת בכפוף לכך שהמתקנים יעוגנו במסגרת תכנית. בהזדמנות זו יש להבטיח שמתקנים אלו וכן המיגוניות יעוגנו במסגרת שינוי 38 לתמ"א 4 ותהיה הוראה בצו שמבטיחה פינוי מתקנים שהוקמו מכוח הצו בתום התקופה, אלא אם כן יעוגנו במסגרת תכנית".

-- פרוטוקול דיון המועצה הארצית לתכנון ובניה מיום 7.7.15 מצורף כנספח עת/15.

62. גם במקרה זה נראה כי אופי המיזם, כמיזם מציל חיים, הביא להתעלמות מדרישת הזמניות הקבועה בחוק. בהתאם לדברי הייעוץ המשפטי, הצורך החיוני מציל החיים בבינוי מצדיק "פרשנות מרחיבה" של הסעיף.

השימוש בסעיף 266ה(ב) בענייננו אינו מקיים את תנאי החוק

המיזם אינו מקיים את דרישת הזמניות

63. העבודות נשוא צו הפטור בענייננו אינן עבודות זמניות, משום שמדובר במיזם קבוע. כאמור לעיל, תנאי הזמניות נדרש לגבי המיזם, ולא לגבי ביצוע פעולות הבנייה, שאין בהן כל רכיב של זמניות / קביעות.

64. העברת השגרירות האמריקאית לירושלים אינה מיזם זמני, אלא קבוע. המקום ישמש כמשכן הקבע של השגרירות האמריקאית ומקום מושבו של השגריר, ואין כאן כל רכיב של זמניות.

65. דרישות האבטחה הכרוכות בפעילות השגרירות הן חלק בלתי נפרד מהמיזם עצמו, שכן השגרירות אינה יכולה להתקיים ללא אותם הסדרי אבטחה, וההנחה המוסכמת היא שהצורך בהסדרי האבטחה לא יפחת. לכן, הסדרי האבטחה הנדרשים הם קבועים כפי שהשגרירות היא קבועה.

66. יוער, כי בענייננו – לפחות בתחילתה של דרך – גם לא היתה העמדת פנים או היתממות כי מדובר בפרויקט זמני: בבקשת משרד החוץ לשר האוצר להפעיל את סמכותו ולהוציא את צו הפטור נאמר במפורש (סעיף 9 לעת/3), כי הובהר למחלקת המדינה האמריקאית כי עליהם לפעול לקבלת היתר בניה כדין בתקופה בו יעמוד הצו בתוקף.

67. כלומר, צו הפטור מוצא בענייננו על-מנת לשמש גשר סטטוטורי עד להסדרת תכנונית של העבודות שיש צורך לבצע. המדובר בשימוש לתכלית שסעיף 266ה לא מתיימר לאפשר, המנוגד לתכלית החקיקה ולרציונל הזמניות שלו.

68. כאמור לעיל, סעיף 266ה נועד לאפשר ביצוע עבודות לטובת פרויקטים לאומיים חשובים ודחופים שאינם קבועים, תוך השבת המצב בשטח לקדמותו עם תום הצורך. אין לאפשר פרשנות מרחיבה זו של הסעיף, לפיה ניתן לעשות בו שימוש כגשר חקיקתי עד לאישור תוכנית לטובת ביצוע מיזם קבוע.

69. יצוין, כי מכיוון שבענייננו הדחיפות נובעת מעניין סימבולי לכאורה שנקשר לעניין על ידי המשיבים (ר' בפסקה הבאה), גם אין כל הצדקה להפעלת פרשנות מרחיבה כפי שנעשה לגבי המיגוניות ומתקני ההתרעה מפני רעידות אדמה, כאשר שם היתה ההצדקה לכך העובדה שמדובר בפרויקטים מצילי חיים שעוסקים בדיני נפשות.

יש לדחות את הניסיון המלאכותי לבסס "זמניות" בהוספת ההוראות לצו הפטור להשבת המצב לקדמותו'

70. כאמור, מנוסח פניית משרד החוץ לשר האוצר (עת/3 לעיל) ברור שאין כוונה שהעבודות יהיו זמניות. עולה הבנה ברורה שמדובר בעבודות קבועות, ושעל מחלקת המדינה לדאוג להשלמת ההליכים הסטטוטוריים הנדרשים במהלך תקופת הצו.

71. בצו הפטור עצמו נקבעו הוראות בדבר השבת המצב לקדמותו. נקבע, כי במידה ולא תאושר תוכנית מסדירה עד לתום תקופת שלוש השנים, תפורק חומת הביטחון (והבולדרים לאורכה). **המדובר באמירה ריקה מתוכן, שנועדה אך ורק לתת כסות של זמניות למה שברור שהינו קבוע:** ברור לכל, כי חומה זו לא תפורק, משום שזו דרישת האבטחה של השגרירות. ברור גם, לאור ההיבטים הדיפלומטיים של העניין, שהשגרירות

- לא תפונה בשל "היבט בירוקרטי" זה, ושאיש לא יעלה בדעתו להסיר את הסדרי האבטחה החיוניים לשגריר ולשגרירות כאשר הם יושבים במקום.
72. לפיכך, האמירה שללא תוכנית מסדירה תפורק החומה הינה אמירה ריקה. ברור, שככל שלא תאושר תוכנית מסדירה, יוארך צו הפטור "מעת לעת", כפי שהובהר בדיוני המועצה הארצית שניתן לעשות, עד להסדרה תכנונית.
73. לפיכך, בכל הנוגע לחומה, צו הפטור נועד לאפשר ביצוע של עבודה קבועה, שאין שום סיכוי שתוסר, ולכן הוא נועד (במקרה הטוב, שגם הוא סותר את תכלית החקיקה) להוות גשר סטטוטורי עד להסדרה תכנונית, ובמקרה הרע להוות תשתית משפטית קבועה (על דרך הארכת הצו מעת לעת) לביצוען של עבודות משמעותיות. כך או כך, המדובר בעבודות שאינן מקיימות את תנאי הזמניות הנדרש בסעיף 266ה(ב).
74. בכל הנוגע לדרך המילוט, ההוראה הרלוונטית קובעת כי הדרך תבוטל והשטח יוחזר לקדמותו עם ביצועה של דרך מס' 1 הקבועה בתוכנית מורדות ארנונה בתא שטח 600, או תוך שלוש שנים, לפי המוקדם.
75. הדברים שנאמרו לגבי החומה יפים גם כאן, בשינויים המחויבים. ברור שדרך מילוט הינה קבועה בהיותה חלק מהסדרי האבטחה של מיזם השגרירות הקבוע. השגרירות לא תפונה אם יחול עיכוב בביצועה של דרך מס' 1 בתא שטח 600 – לעותרים אין ידיעה לגבי לוח הזמנים הצפוי לביצוע עבודות התשתית בשטח תוכנית מורדות ארנונה, וברור שלעיתים חולפות שנים עד למימוש תוכנית, וברור שלא ניתן לוותר על דרך מילוט.
76. לפיכך, בנוגע לדרך המילוט, ובדומה לחומה, המדובר בעבודה קבועה, משום שיש וודאות בצורך שלה, ואין וודאות לגבי מועד ביצוע חלופה שייתר אותה. ביחס לדרך המילוט, וכל עוד היא קיימת, הרי שהיא מסכלת את ביצועה של תוכנית מאושרת – היא תוכנית מורדות ארנונה, המייעדת את שטח דרך המילוט לשימושי קרקע אחרים, לרבות מגורים.
77. עוד יצוין, כי לא ברור מדוע לא ניתן, לשם צמצום הפגיעה בעקרונות התשתית של הדין, לבצע את דרך המילוט על תוואי דרך מס' 1, תוך מתן פטור מהיתר בלבד ולא מתכנון.

לא מתקיים תנאי הדחיפות

78. סעיף 266ה דורש כאמור גם תנאי של דחיפות. בהתאם לשיקולים שפורטו לעיל – פגיעת ההסדר החקיקתי בעקרונות תשתית של הדין - יש לפרש גם את תנאי זה באופן מחמיר ומצמצם.
79. בענייננו, הדחיפות הנטענת על ידי המשיבים היא לכל היותר סימבולית. מעבר לכך, אין משמעות מעשית לשאלה אם השגרירות, ששבעים שנה יושבת בתל-אביב, תעבור

לירושלים בחודש מאי או בחודש דצמבר. כאמור לעיל, אין כל חשש שההחלטה האמריקאית האסטרטגית "תפקע" אם השגרירות תועבר רק כעבור כמה חודשים.

80. סעיף 266ה לא נועד לעניינים "סימבוליים". סעיף 266ה פוגע בעקרונות התשתית של הדין על-מנת לתת פיתרונות למצבים של חוסר בררה. כפי שמנהלת מינהל תכנון הסבירה בדיונים: מצבים בהם העבודות יבוצעו בכל מקרה שכן אין מנוס מכך, והמדינה מעוניינת בתשתית חוקית שתאפשר לה לבצען כחוק ולא להיקלע לסיטואציה בה היא נאלצת לפעול כעבריינית. הסעיף לא נועד לביצוע עבודות שהדחיפות להן היא "סימבולית". הסימבוליות לכאורה אינה יכולה להוות משקל נגד לשלטון החוק, ולכיבוד עקרונות התשתית של הדין. לא לתכלית "סימבולית" תוקן סעיף חוק זה תוך מודעות חברי הכנסת – מימין ומשמאל – לבעייתיות הגדולה שבו.

81. בניגוד לדברי שר האוצר (עת/4 לעיל), הליכי התכנון והרישוי אינם "בירוקרטיה מיותרת", אלא מסגרת חוקית שנועדה להבטיח את כיבודם של עקרונות יסוד. עקרונות יסוד אלה אינם יכולים להידחק ולהירמס על-ידי "דחיפות סימבולית", שאין בצדה משמעות מעשית כלשהי. וראינו לעיל בדוגמאות המיגוניות ומתקני ההתרעה לרעידות אדמה כיצד "נמתחה" פרשנות הסעיף על-מנת לאפשר ביצוען של עבודות מצילות חיים דחופות. זה לא המקרה בענייננו. דומה שדווקא דבריו המזלזלים של שר האוצר לגבי הליכי תכנון ורישוי, הרואה בהם "בירוקרטיה מיותרת", ממחישים בצורה הטובה ביותר את הצורך בהתערבותו של בית משפט נכבד זה.

82. במאמר מוסגר ייאמר כי חלק מהעותרים חולקים אף על הגדרת העבודות כבעלות "חשיבות לאומית". אך לדידם גם מי שרואים חשיבות הלאומית בעבודות, אינם יכולים להסכים לפזיזות ולמעקף החוקי שנעשים בחסותה לכאורה. עם זאת, עתירה זו מתמקדת בתנאי הזמניות, וכן בתנאי הדחיפות.

ועל פגיעתו של צו הפטור בעקרונות התשתית של הדין: עקיפת הציבור וביצוע עבודות קבועות ללא הליך תכנוני וללא שמיעת הציבור

83. מחד, לא מתקיימים כאמור התנאים שבחוק להפעלת סעיף 266ה.

84. מאידך, הפעלת הסעיף פוגעת באופן מהותי וברור בעקרונות התשתית של הדין, ובפרט בדמוקרטיזציה של הליכי התכנון. עמדנו על כך כבר לעיל במהלך הטיעון, ונבקש לעניין זה לשם סיכומם להביא את דבריה של העותרת מס' 2, **כלשונם**, כפי שהעבירה אותם לח"מ:

"כתושבת השכונה, שגם נולדה וגדלה בה, אחד הדברים היפים והנעימים בשכונה הוא הנוף הנפרש אל עבר מדבר יהודה, ים המלח והרי מואב. נחמות מעטות מספקת לנו העיר הקשה הזו - והנוף הוא אחת מהנחמות הללו - חומה אטומה ללא ספק תביא למועקה ולדכדוך כמו גם לתחושת סגר ומחנק. העברת השגרירות האמריקאית לשכונה, אם כך יקרה, תשנה את אופי השכונה באופן ברור. אולם בניית חומת בטון אשר תחסום את הנוף ואולי אף תשנה את משטר הרוחות היא עוול וטפשות שמגיעים מבהילות של קבלת החלטות בלתי מרוסנת. גם אם לרגע נשים בצד את הצער על כיעור ואטימות שיתווספו לשכונה, אי אפשר להתעלם מהעובדה שקביעת עובדות כאלו בשטח, ללא הליך תכנוני מסודר, כזה שלוקח בחשבון עקרונות תכנוניים והשלכות סביבתיות, כמוה ככל בניה בלתי חוקית הפוגעת בחזות פני העיר ולכן פוגעת בעיקר בנו, התושבים אך גם במבקרים המזדמנים לעיר.

85. כאמור לעיל, בענייננו קיימת חומרה מיוחדת לדברים, שכן בכל הנוגע לחומה, הרי שהיא מתאשרת בהליך עוקף ציבור, עוקף תכנון ועוקף הליכי התנגדות – לאחר שבהליך תכנוני סדור (לגבי תוכנית 9068), נקבע במפורש הסדר תכנוני (חומה נמוכה וגדר ברזל, באופן השומר על המבטים מזרחה), שצו הפטור דורס ומאיין. כלומר: **בזכות שיתוף הציבור בהליכי תכנון (בכל הנוגע לתוכנית 9068) נקבעה גדר נמוכה ושמירת מבטים למזרח, ובגלל עקיפת הציבור (בצו הפטור) נקבעת חומת בטון גבוהה וחוסמת מבטים.**

אשר על כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה, להפוך את צו על תנאי המבוקש למוחלט, ו/או ליתן כל סעד שייראה בעיניו צודק ונכון בנסיבות העניין.

ישי שנידור, עו"ד

ב"כ העותרים