

26 במרץ 2018

- דחוף – למסירה  
בדוא"ל ועל-ידי שליח -

יו"ר המועצה הארצית לתכנון ובניה  
מינהל התכנון – רח' קפלן 2 ירושלים  
באמצעות מזכירות המועצה הארצית

לכבוד  
מר משה כחלון  
כב' שר האוצר  
קרית הממשלה – ירושלים

גב' דלית זילבר  
מנהלת מינהל תכנון

**הנדון: הפעלת סעיף 266 לחוק התכנון והבנייה לביצוע עבודות עבור שגרירות ארה"ב**  
**בירושלים**

בשם מרשתנו, עמותת 'עיר עמים', הנני פונה לכבודכם בקשר לנושא שבנדון כדלקמן:

**מהמועצה הארצית לתו"ב:**

א. נבקש כי המועצה הארצית, שאמורה לדון בנושא בישיבתה הקרובה הקבועה ליום 27.3.2018, תמליץ בפני שר האוצר שלא לעשות שימוש בסעיף 266 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, לצורך ביצוע עבודות להקמת השגרירות האמריקאית בירושלים.

ב. נבקש כי מכתבנו זה יועבר לעיון חברי המועצה הארצית לקראת הדיון או במסגרת הדיון האמור, וכי הדברים יוצגו בפני חברי המועצה.

**מכב' שר האוצר:**

שלא לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 266 לחוק התכנון לצורך ביצוע עבודות להקמת השגרירות האמריקאית בירושלים.

## ולהלן טעמי הפנייה.

1. פורסם כי המועצה הארצית לתכנון ובניה תדון ביום שלישי הקרוב, 27.3.18, בבקשת שר האוצר לקבל את עמדתה ביחס לאפשרות לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 266ה, וליתן צו הפוטר מהצורך בהיתר בניה או מתוכנית, לשם ביצוע עבודות להקמת השגרירות האמריקאית בירושלים.
2. סעיף 266ה קובע כדלקמן (ההדגשות הוספו):

266ה. (א) נוכח שר האוצר כי קיים מיזם בעל חשיבות לאומית או מיזם בעל חשיבות לכלל מחוז מסוים, ויש לגביו תכנית מאושרת, רשאי הוא, לאחר התייעצות עם המועצה הארצית, לקבוע בצו פטור מהיתר לפי פרק ה' או מתכנית לעבודות או לשימושים הנדרשים לביצוע אותו מיזם, ובלבד שהתקיימו כל אלה:

(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.

(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 המחויבים.

(ג) לדיון במועצה הארצית לפי סעיפים קטנים (א) או (ב) יוזמן ראש הרשות המקומית שבתחומה אמורות להתבצע העבודות כאמור באותם סעיפים קטנים, ותינתן לו הזדמנות להשמיע את עמדתו בעניין.

(ד) צו כאמור בסעיפים קטנים (א) או (ב) יפורסם באתר האינטרנט של מינהל התכנון לפחות 15 ימים לפני תחילת ביצוע העבודות או השימושים; שר האוצר רשאי להורות, במקרים חריגים על קיצור המועד האמור לפרסום לפני תחילת העבודות או השימושים; הודעה על מתן צו כאמור תישלח למי שנדרש לפי חוק אישורו לביצוע העבודות או השימושים האמורים, לגורמים המנויים בסעיף 119ב(9)(א), ולרשות המקומית הנוגעת בדבר, 15 ימים לפני תחילת ביצוע העבודות או השימושים.

(ה) ביצוע העבודות או השימושים לפי סעיף זה יהיה כפוף להוראות לפי חוק שעניינן תכן הבנייה.

3. על פי בקשת משרד החוץ לשר האוצר מיום 18.3.2018, מתבקש הפטור בשל דחיפות וחשיבות המיזם, ומתוך חשש כי לו יתקיים הליך תכנוני ("פרט ככל שתוגשנה התנגדויות", לשון סעיף 5 למכתב) יעכב הדבר את העברת השגרירות. עוד עולה מהבקשה כי לאחר שיינתן צו הפטור, תיבנה החומה ותיסלל דרך המילוט, יפעלו במסגרת 3 שנים אלו לאישור תכנית שתסדיר את הבנייה והסלילה מבחינה סטוטורית. כלומר, **מבוקש להפעיל את סעיף 266ה על-מנת לאפשר ביצוע של עבודה קבועה אשר יש כוונה להסדירה בתוכנית שתקודם ותאושר בשנים הקרובות.**

4. המשמעות של הפעלת הסעיף היא ביצוע עבודות משמעותיות ובלתי טריוויאליות שיש בהן פגיעה משמעותית בציבור הרחב ובתושבי השכונה:

4.1. החומה: המדובר בהגבהת חומה קיימת. ואולם, חומת האבן הקיימת נמוכה (כמטר גובה), ומעליה קיימת גדר המאפשרת מבט מהרחוב מזרחה. מי שהולך היום ברחוב יכול לראות את הנוף לכיוון ים המלח ומדבר יהודה (ואת גגות הקונסוליה). המבוקש כעת הוא ליצור למעשה דופן אטומה ממערב ומדרום – חומת בטון ש"תסגור" את הרחוב ותחסום את המבטים הפתוחים מזרחה. המדובר בתוצאה קשה ובלתי נסבלת עבור ציבור ההולכים ברחוב, ותושבי השכונה בפרט. במקום נוף מרהיב הם יראו קיר אבן אטום, גבוה ומשעמם. אישור של מפגע כאמור בחוסר שקיפות, ללא שיתוף הציבור וללא הליך התנגדות, הינו בלתי נסבל ופוגעני.

4.2. דרך חרום – הדרך המוצעת אינה חופפת דרך סטוטורית כלשהי ולכן מדובר בעבודה סותרת תכנון, הפוצעת את השטח וגם מתעלמת מתוכנית מאושרת להקמת שכונת מגורים חדשה (מורדות ארנונה).

5. סעיף 266ה לחוק נושא את הכותרת "פטור לעבודות **זמניות** לשם ביצוע מיזם בעל חשיבות לאומית או מיזם בעל חשיבות לכלל המחוז". דומה שסעיף קטן ב' הוא הרלוונטי בעניינו שכן מדובר בהיתר לעבודות "שאם ביצועם יותנה באישורה של תכנית או קיומו של היתר, לפי העניין, לא יהיה ניתן לממש את המיזם במועד הדרוש".

6. לפי הוראות סעיף 266ה, ניתן להפעילו רק בהתקיים שלושה תנאים מצטברים: (1) חשיבות לאומית, (2) דחיפות, (3) זמניות. **המקרה שבעניינו במובהק אינו עומד בדרישת תנאי הזמניות** [וגם לעניין הדחיפות נעיר: אם המתינה מדינת ישראל שבעים שנה להקמת השגרירות בירושלים, ניתן להמתין את פרק הזמן הנדרש לשם אישור תוכנית מתאר, שמן הסתם תקבל קדימות פרוצדורלית, ולא לרמוס עקרונות תשתית של הדין. במאמר מוסגר יצוין כי עיר עמים גם חולקת על החשיבות הלאומית שבהקמת שגרירות אמריקאית בישראל בלבד, אך עניין זה אינו רלוונטי לכאן].

7. **מימד הזמניות עומד בבסיס ההסדר החקיקתי הנ"ל.** כך נרשם בדברי ההסבר להצעת החוק שהובאה לאישור הכנסת:

"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."

8. כך גם ניתן ללמוד מהפרוטוקולים של הדיונים שנערכו בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביחס לסעיף חוק זה, ומהדוגמאות שניתנו במהלך הדיונים למקרים המתאימים להפעלת הסעיף. מאלה היה ברור כי הסעיף נועד לענות על הצורך לבצע עבודות זמניות לפרויקטים בעלי חשיבות ודחיפות לאומית או מחוזית, כאשר ברור כי בסיום אותו הפרויקט יוחזר המצב לקדמותו. ור' את דברי גב' בינת שוורץ, ראש מנהל התכנון בעת הדיונים, במהלך הדיון בדיון וועדה מיום 19.11.13:

"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 בעיר הקודש והדרישות שלו הן כך וכך. הפרויקט הוא לא מחויב בתכנית אבל יש כל מיני עבודות שצריך לבצע כתוצאה מאותו פרויקט לאומי."

....

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.

....

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."

9. אין שום ספק כי העבודות שמבוקשת הקמתן מכוח הצו הן עבודות קבועות, והדברים מוצהרים במפורש, שכן מוסבר כי מחלקת המדינה תתחייב להסדיר היתר בנייה לעבודות (והשימושים) שיבוצעו (ס' 9 בבקשת משרד החוץ שהועברה לשר האוצר).

10. התכלית של סעיף 266 היא לאפשר ביצוע עבודות זמניות, לטובת פרויקט זמני, ולא להוות "גשר חוקי" (עד לאישור תוכנית מתאר מסודרת) לטובת ביצוע עבודות קבועות. למעשה, הפעלה של סעיף 266 ביחד עם אמירה כי במקביל תקודם תוכנית מתאר לשם הכשרת העבודות באופן קבוע, מהווה תרתי דסתרי.

11. המשמעות של הוצאת צו לפי סעיף 266 בענייננו היא, שניתן יהיה לעשות שימוש בסעיף זה בכל מקרה (בו תיקבע "דחיפות" ו"חשיבות לאומית"), תוך איון מוחלט של דרישת הזמניות, וזאת בניגוד גמור ללשון החוק, לתכליתו, לכוונת המחוקק ולהסברי מינהל התכנון בעת אישורו.

12. השימוש בסעיף 266 בענייננו הוא אפוא בלתי מוצדק, מהווה מנגנון עוקף תכנון (ורישוי), תוך פגיעה בעקרונות התשתית של הדין. נושא עקרוני זה נדון בבג"ץ 973/12 עמותת "במקום" מתכננים למען זכויות תכנון נ' שר הפנים (30.05.2013), ביחס להסדר דומה הקבוע בסעיף 266 לחוק: ס' 266 המאפשר לשר לאשר תקנות שיפטרו מהצורך בהיתר בנייה לצורך ביצוע עבודות שאינן בהכרח זמניות.

13. בית המשפט העליון קבע שיש לעשות שימוש זהיר ביותר בהפעלת מנגנון מסוג כזה, ורק מקום שהמציאות לא מותרת ברירה. "המדובר בסמכות שאינה שגרתית, בחינת חריג, בודאי על פי פרשנות עידננו, כפי שיפורט להלן. דבר זה צריך שיהא לנגד עינינו". בית המשפט עמד על החשיבות בקיומו של הליך תכנוני סדור (ושלב ההתנגדויות בפרט) מבחינת עקרונות השקיפות ושיתוף הציבור בהליכי תכנון (הדמוקרטיזציה של הליכי התכנון), ועל כך שיש לפרש וליישם בצמצום את ההסדרים הנותנים פטור מתכנון (קל וחומר היתר) הפוגעים חזיתית בעקרונות אלה (סעיף מה): "אכן יתכנו מקרים, כפי שהיו גם בעבר, בהם יש הצדקה לקיים הליך תכנוני שונה, המאזן בין אינטרס בהול של הציבור בכללותו לבין זכויות ואינטרסים אחרים הנוגדים לו, והמחוקק נאלץ לבנות לשם כך כלי שהוא הרע במיעוטו... אך הפרשנות... צריכה להביא בחשבון את המקום והזמן בהם אנו מצויים כיום" (ובחירתו של בית המשפט להשתמש במילה "בהול" מדברת בעד עצמה).

"... אם מבקשים להשיג צמצום של ההליכים הבריורקטיים 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" ... על פני הדברים איפוא, קשה להלום פרשנות מרחיבה יתר על המידה לסעיף 266 (סעיף מח) לפסה"ד. ובסיכום פסק הדין: "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".

14. בפסק דין זה בפרשת 'במקום' הפנה בית המשפט העליון גם לפסק דינו בפרשת הושעיה (עע"מ 2408/05 הושעיה ישוב קהילתי כפרי של אגוד המושבים נ' מדינת ישראל משרד הבטחון (2007)), שעסק בהסדר החקיקתי המאפשר פטור מתוכנית להקמת מתקן בטחוני – פסק דין בעל רציונל דומה: דרך המלך היא תכנון כדיון, והפטור הוא 'הכרח בל יגונה' (מצוטט בסעיף לח לפסה"ד בעניין 'במקום').

15. יצוין, שבית המשפט העליון מצא לקבוע את הדברים האמורים בפסק-דינו בעניין 'במקום' למרות שהעתירה הפכה לתיאורטית במהלך הדיונים, וזאת משום הצורך להבהיר לרשויות דברי אזהרה

כלליים ("סבורים אנו כי יש לומר דברים אחדים שינחו את הרשויות בהמשך, מתוך מבט רחב המתחייב בדיעבד אל כגון דא" – סעיף לד לפסה"ד).

16. לפסק דין זה התייחס גם היועץ המשפטי של וועדת הפנים והגנת הסביבה בכנסת, עו"ד תומר רוזנר, בעת הדיונים על תיקון החקיקה:

"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".

17. מסקירת המלצות קודמות של המועצה הארצית ביחס להפעלת סעיף 266ה עולה חשש מקיומו של מדרון חלקלק בשימוש בסעיף זה, כאשר אושרו מיזמים שבאופן ברור למדי אינם עונים על תנאי הזמניות (למשל, מתקני מערכת ההתרעה הארצית מפני רעידות אדמה). ראשית, מובן שאין לראות בהחלטות אלה שלא עברו ביקורת שיפוטית משום 'תקדים'. שנית, חיוני שהמועצה הארצית תגן על האינטרס הציבורי ועל עקרונות התשתית של הדין, תעצור את המגמה הנ"ל ותפעל על-מנת למנוע שימוש לא ראוי בסעיף 266ה, החוטא למטרות החקיקה.

18. בפרשת 'במקום', בהקשר הסמכות שהוענקה שם למועצה הארצית, אמר בית המשפט העליון: "בדרך זו הופכת המועצה הארצית ל"שומר החותם" .. אחריות זו כבדה היא ועל המועצה, כדי למלא את ייעודה בכלל ותפקידה הספציפי כאן בפרט, להשגיח בשבע עיניים, כשידה על הדופק...". אכן, גם כאן נושאת המועצה הארצית באחריות כבדה להגן על עקרונות התשתית של הדין ועל האינטרסים של הציבור הישראלי הרחב.

19. לאור כל האמור לעיל, נבקש את המועצה הארצית להמליץ בפני שר האוצר שלא להפעיל את סמכותו לפי סעיף 266ה לחוק.

\*\*\*\*

20. מכב' שר האוצר נבקש, כי לאחר שתונח בפניו עמדת המועצה הארצית, ימנע מהוצאת צו לפי סעיף 266ה לחוק. נבקש לקבל עדכון מיידי על החלטת כב' השר, וכן – לאור לוח הזמנים הקצר כפי שעולה מהמסמכים שהונחו בפני המועצה הארצית - נבקש לראות בפנייה זו גם משום מיצוי הליכים.

בכבוד רב,

ישי שנידור, עו"ד

העתקים

מר ענר הלמן, עו"ד - ר' מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה  
מר ארז קמיניץ, המשנה ליועמ"ש ייעוץ וחקיקה (אזרחי)