

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3511/02

בפני : כבוד השופט א' מצא  
כבוד השופטת ד' דורנר  
כבוד השופט א' א' לוי

העותרות : 1. עמותת "הפורום לדו קיום בנגב"  
2. עמותת "אגודת הארבעים"  
3. המועצה הקהילתית ליישוב אום בטין

נגד

המשיבים : 1. משרד התשתיות  
2. המנהל לפיתוח תשתיות ביוב  
3. נציב המים  
4. המשרד לאיכות הסביבה  
5. משרד הבריאות  
6. משרד הפנים  
7. משרד האוצר  
8. רשות הניקוז שקמה בשור  
9. המועצה המקומית "עומר"  
10. המועצה המקומית "מיתר"  
11. המועצה המקומית "תל שבע"  
12. המועצה האזורית "בני שמעון"  
13. ממשלת ישראל  
14. מינהל מקרקעי ישראל

בקשה דחופה למתן צו-ביניים

בשם העותרות : עו"ד ד' פיש ועו"ד ל' גולן

בשם המשיבים 1-7, 13-14 : עו"ד א' קורן

### החלטה

השופט א' מצא:

עניינה של העתירה, שהוגשה ביום 25.4.02, בפתרון בעיית השפכים הזורמים  
בנחל חברון, ואשר ממררים את חייהם של תושבי הפזורה הבדואית "אום בטין". בגדר

העתירה התבקש, בין היתר, צו ביניים שיורה לרשויות המדינה להתקין לאלתר גשרונים לחציית הנחל ברגל ו/או ברכב, "על מנת לתת מענה מידי להגבלת חופש התנועה של התושבים אל הישוב ומחוצה לו, ולמניעת סכנות בריאותיות וסכנת טביעה". בתגובה שהגישה המדינה לבקשה למתן צו ביניים נאמר, בין היתר, כי אף שהממשלה החליטה להקים ישוב קבע לפזורת אום בטין, הרי ש"כל עוד לא תוכנן ומוקם ישוב הקבע, קיים קושי מעשי ונורמטיבי בהסדרת דרכי הגישה לפזורה הבלתי חוקית". הבעיה בהיבט התכנוני הוסברה על-ידי המדינה כך:

תכנית המיתאר המחוזית קובעת כי לא יינתנו היתרי בנייה מכוחה ולא יותרו שימושים בקרקע אלא על פי תכנית מקומית, אשר ניתן ליתן לפיה היתרי בנייה. אין תכנית מיתאר מקומית החלה על האיזור בו ממוקמת פזורת אום בטין ואפיק הנחל העובר לצידה. עד אשר לא תאושר תכנית מיתאר מקומית מפורטת שתאפשר הוצאת היתרי בנייה או תאושר תכנית מיתאר מחוזית אשר משנה את ההוראה האמורה לעיל בהקשר דנן, לא ניתן להתיר בנייה כלשהי בשטח זה, ובכלל זאת הקמתם של גשרונים.

ביום 20.5.02 הורה השופט לוי כי הבקשה למתן צו ביניים תוכרע על-ידי ההרכב הדין בעתירה. ביום 11.9.02 קיימנו דיון בעתירה, שבעקבותיו החלטנו כלהלן:

העתירה מעוררת בעיה קשה - המצריכה ומחייבת פיתרון מעשי בתוך פרק זמן קצר. התשובה שניתנה על-ידי משרדי הממשלה הנוגעים בדבר רחוקה מלהניח את הדעת. הבינונו כי ביום 30.9.02 עומד להתקיים דיון שמטרתו לגבש תכנית לפיתרון - למצער פיתרון-ביניים - לעניינה של העתירה. בטרם נחליט בדבר אופן הטיפול בעתירה נבקש לקבל, לפני סוף חודש אוקטובר, הודעה משלימה מטעם פרקליטות המדינה, בה יפורטו מרכיבי התכנית המוצעת ולוח זמנים משוער לביצועה. אנו מצפים לקבל דרך פעולה מוצעת שניתן ליישמה, הלכה למעשה, תוך פרק זמן קצר.

לאחר מספר הודעות עדכון שהגישה המדינה הגישו העותרות, ביום 1.1.03, בקשה דחופה למתן צו ביניים. בבקשה נאמר כי "בעקבות השיטפונות בנחל חברון בשבוע החולף, קרס אחד משני המעברים הרעועים והמאולתרים שהוקמו, כיוזמה וולונטרית, על ידי תושבי הכפר אום בטין. אין עוררין כי מעברים אלו אינם מהווים פתרון או תחליף למעברים מוסדרים ובטיחותיים וכי רק באורח נס לא הביאה קריסתו של המעבר לקיפוח חיי אדם. יצוין כי המעבר היחיד שנותר על תילו הינו צר ורעוע ומאפשר מעבר של יחידים בלבד". כן הוסבר, כי "היות והמעבר שקרס ממוקם בקרבת

בית הספר והיות ומעבר ילדים בתוך הזרם החזק מהווה סכנה ממשית לחייהם, הושבתו הלימודים בבית הספר היסודי ביישוב" בימים הגשומים. בתגובתה לבקשה חזרה המדינה על טענתה, ולפיה הקמתם של גשרונים - ולוא ארעיים - אינה אפשרית כיום מן ההיבט התכנוני. עם זאת ציינה, כי בתוך מספר חודשים צפויים שינויים במצב התכנוני, שיאפשרו מתן היתר להקמת גשרונים יבילים לצורך מעבר למוסדות החינוך.

בעקבות דיון דחוף שקיימתי ביום 9.1.03, קיבלה על עצמה המדינה "לבדוק דרכים חוקיות אפשריות להצבת גשרון חדש במקום המועד לשטפונות, או שיקום וחיזוק הגשרון הקיים למניעת סכנה". ואולם, בהודעה שהוגשה מטעמה ביום 14.1.03 נאמר כי לא עלה בידה למצוא דרך כזו. עם זאת ציינה המדינה, כי משרד הפנים מתחייב להקים גשרון במתכונת יבילה בעוד מספר חודשים, לכשיאושרו התכניות אשר יאפשרו זאת.

נקדים ונציין, כי טענתה של המדינה, שלפיה אין דיני התכנון והבנייה מאפשרים הקמת גשר ארעי ללא היתר בנייה, אינה נקייה מספקות. כך, למשל, בפרשת אסון גשר המכביה, זוכו הנאשמים מהעבירה של בניית הגשר ללא היתר, תוך שבית המשפט קובע, בהתבסס על מספר פסקי-דין של בית המשפט העליון, כי חוק התכנון והבנייה אינו חל על מבנים זמניים (ת"פ (ת"א) 15237/97 מדינת ישראל נ' בר אילן, דינים שלום טז 478, 518-520; ע"פ 71198/00 בר-אילן נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לב(10) 470, 518). ואולם, בשאלה זו אין לנו צורך להכריע, ונוכל להשאיר בצריך עיון. הטעם לכך הוא, כי לדעתנו, יש בסמכותנו להורות על מתן צו הביניים הדחוף המבוקש, אף בהנחה שדיני התכנון והבנייה אינם מאפשרים זאת.

סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה קובע:

בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק;  
בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת  
בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית  
משפט או של בית דין אחר.

מעמדה הנורמטיבי של הוראה זו הוא מעמד חוקתי על-חוקי (ראו בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, דינים עליון סב 497, בפסקה 2). עניינה איננו רק בדיני הסמכות הדיונית - כפי שניתן אולי להבין מחלק מפסקי הדין שעסקו בה - אלא גם בדיני הסעד המהותי. עמד על כך השופט ברנזון בפסק-דינו התקדימי בבג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 449, 455:

יושם אל לב, שכשם שהענינים אשר אנו בדרך כלל רשאים לדון בהם אינם מוגבלים (פרט לכך שלא נסיג את תחום סמכותם של בתי-משפט ובתי-דין אחרים), כך ועוד יותר מכך, אין כל הגבלה על הסעדים שבית-משפט זה יכול להושיט לאזרח הנפגע על-ידי מעשה או מחדל של רשות ממלכתית או ציבורית. כל תרופה וכל סעד אשר יישרו בעיני בית-משפט זה והנראים לו כדרושים לעשיית צדק הם בהישג ידו.

אמנם, ככלל, יירתע בית המשפט הגבוה לצדק מלהעניק, מכוחו של סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, סעד אשר אינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר, אף אם מעמדו הנורמטיבי נמוך יותר. ואולם, בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, כאשר המקרה "זועק לשמיים" ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו "סעד למען הצדק", לא מן הנמנע כי בית המשפט יזקק לסמכות "בלתי קונוונציונאלית" זו.

במקרה שלפנינו, מדובר במצב "קפקאי" ממש, אשר אמנם זועק לשמיים. ילדים רכים בשנים נדרשים לסכן את חייהם על מנת להגיע לבית הספר הממלכתי, שהוקם בקרבת בתייהם על-ידי מדינת ישראל, או לחילופין להימנע מלהגיע לבית הספר בימי הגשמים. המדינה אינה מתכחשת לחובתה להקים במקום גשרון לחציית הנחל, אשר ימנע את הסכנה; ואולם, לטענתה, ידיה כבולות על-ידי הדין, אשר יאפשר לה לעשות כן רק בעוד מספר חודשים. אין זה מתקבל על הדעת, כי דיני התכנון והבנייה התכוונו למנוע הצלת חיים בדרך של הקמת מבנה זמני לשעת חירום. ואולם, אף אם נניח כי זו אכן הייתה כוונתם, אין בכוחם לגבור על הוראתו החוקתית העל-חוקית של סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. לא כל שכן בענייננו, כאשר המניעה החוקית הנטענת ליתן היתר בנייה לגשרון קבועה בהוראות דין מדרגה נורמטיבית נמוכה של חקיקת-משנה בלבד - תקנה 2(17) לתקנות התכנון והבניה (סטיה ניכרת מתכנית), התשס"ב-2002, וסעיף 8.1 לתכנית המיתאר המחוזית תמ"מ 14/4 - ולא בדבר החקיקה הראשית הרלוונטי, הוא סעיף 151 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.

אשר על כן, ובנסיבותיו החריגות של המקרה, החלטנו להורות למדינה בצו ביניים, להקים בזמן הקצר ביותר האפשרי גשרון במתכונת יבילה מעל נחל חברון, אשר יאפשר לילדי פזורת אום בטין חציה בטוחה של הנחל בדרכם לבית הספר. העותרות

ביקשו, בהודעה האחרונה מטעמן, כי יוקמו גשרונים נוספים, בדרך למרפאה האזורית ובכניסה לכפר. אולם בקשתם זו לא עלתה בבקשה הדחופה שהגישו ביום 1.1.03 ובדיון שהתקיים ביום 9.1.03. משום כך לא מצאנו להתייחס אליה.

ניתנה היום, י"ג בשבט תשס"ג (16.1.03).

ש פ ו ט

ש פ ו ט ת

ש פ ו ט