

## בית המשפט המחוזי בחיפה

03 פברואר 2009

ה"פ 172-06 גרף אביהו ואח' נ' מ"י-משרד הבטחון

בפני כב' השופט יצחק עמית

- מבקשים
1. גרף אביהו
  2. שמואל ברונשטיין
  3. הדרי אפריים בע"מ
  4. אפרתי יואב
  5. גרף אשר
  6. קרניאל ישראל
  7. קרניאל איתי יהודה
  8. קרניאל שחר
  9. קרופיק טוביה
  10. דבורה גולדשטיין
  11. מעון יששכר בע"מ
  12. לב פורטונה
  13. פומרנץ מאיר
  14. יחזקאל בונשטיין
  15. מרדכי בונשטיין
- נגד

1. מ"י-משרד הבטחון

משיבים

### החלטה

מתקן ביטחוני - מה בין "הוראת שינוי" לפי סעיף 175 לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965 (להלן: "החוק" או "חוק התכנון והבניה") שעשויה לזכות את בעל המקרקעין בפיצוי, לבין "מגבלות שהוטלו" לפי סעיף 160 לחוק, שאינן מזכות בפיצוי? זו השאלה העקרונית והתקדימית המונחת לפתחו של בית המשפט, נוכח מגבלות שהוטלו על מקרקעי המבקשים בשל מתקן ביטחוני.

### פתח דבר

1. ארצנו הקטנטונת והצפופה אינה "מולדת בלי כותונת" כדבר המשורר, אלא "ארץ בחאקי" הזרועה לאורכה ולרוחבה מתקנים ושטחים ביטחוניים – עמירם אורן ורפי רגב "ארץ בחאקי - על קרקע וביטחון בישראל" (הוצאת כרמל, תשס"ח) (להלן: "ארץ בחאקי"). התמורות שחלו בחברה הישראלית לא פסחו על השיח הציבורי בענייני בטחון. עם עליית זכות הקניין למעלת זכות חוקתית ועל רקע התפיסה שהקרקע היא משאב יקר, החלו לעלות שאלות שלא נשאלו בעבר. לקונפליקט בין צרכי הביטחון לבין השימוש האזרחי במקרקעין, יש השלכות במישורים רבים וענייננו מתמקד בפגיעה בזכות הקניין הפרטית. מערכת הביטחון אינה מכירה בזכות לפיצוי עקב הטלת מגבלות תכנוניות על מקרקעין הסמוכים למתקן ביטחוני. בתביעה דכאן, המבקשים קוראים תיגר על הפרקטיקה ועל הפרשנות שהייתה מקובלת עד היום בנושא זה, וטוענים כי מגבלות אלו פוגעות ביכולת הניצול והשימוש של המקרקעין שבבעלותם, ולכן הם זכאים לפיצויים בגין הפגיעה.

### כללי

2. המבקשים הם הבעלים הרשומים של קרקעות חקלאיות המצויות ברובן מזרחית ודרום מזרחית ליישוב ..... (להלן: "המקרקעין"). באזור המקרקעין מצוי מתקן ביטחוני ל....., בשימוש המשיבה מאז שנת 1967 (להלן: "המתקן").
3. בשנת 1998 ניתן על ידי נציגי הועדה למתקנים בטחוניים (היא ועדת משנה של הועדה המחוזית לתכנון ולבניה) (להלן: "הולמ"ב") היתר להקמת מתקן ביטחוני לפי סעיף 160 לחוק התכנון והבניה בקשר למתקן (להלן: "ההיתר").

במסגרת ההיתר ומכוח סעיף 160 לחוק הטילה הולמ"ב מגבלות תכנוניות על המקרקעין, לפיהן נאסרה בניית קבע לכל יעוד שאינו חקלאי ברדיוס מסויים סביב למתקן, שהמקרקעין כלולים בו. נדגיש כי ייעוד המקרקעין לחקלאות נותר בעינו.

4. להשלמת התמונה נבהיר כי בפרק ו' לחוק התכנון והבנייה, שכותרתו "מיתקנים בטחוניים ומכשולי טיסה" קיימות שתי הוראות רלוונטיות לענייננו:

( - ) סעיף 160 לחוק שעניינו בקשה להיתר במתקן בטחוני, ולפיו בעל המקרקעין אינו זכאי לפיצויים בשל מגבלות שהוטלו על פי ההיתר.

( - ) סעיף 175 לחוק שעניינו בהכנסת הוראת שינוי לתכנית, ולפיו בעל המקרקעין שנפגע מהוראת השינוי זכאי לפיצוי לפי פרק ט' לחוק (לפי סעיף 197).

המבקשים טענו כי למרות שהמגבלות הוטלו על המקרקעין מכוח סעיף 160 לחוק, בפועל ומבחינה מהותית המדובר בהוראת שינוי בתוכנית לפי סעיפים 175-176 לחוק, המזכה אותם בפיצויים בהתאם לסעיף 197 לחוק התכנון והבנייה. על כך המחלוקת בין הצדדים.

### העובדות הצריכות לעניין

5. ביום 9.4.1964 פורסמה למתן תוקף ב.פ. 1082 תכנית מתאר ש/11 שייעדה את המקרקעין לחקלאות, ולפיה הותרה בניה של מתקנים ומבנים המשמשים ישירות את השטח החקלאי וכן בניה של מבני מגורים באישור הועדה המחוזית.

מאז שנת 1967 מחזיקה המשיבה ומשתמשת במתקן לצרכים ביטחוניים, ככל הנראה מבלי שנעשו פעולות להסדרת השימוש במתקן לפי הדין (לא הובאה ראיה כי ניתן היתר בניה ואין תכנית למתקן ולייעודו).

ביום 30.11.1987 הוכרזו המקרקעין כקרקע חקלאית.

ביום 11.2.1993 פורסמה למתן תוקף ב.פ. 4084 תכנית מתאר ארצית תמ"א/31 לבניה, פתוח וקליטת עליה, שייעדה את המקרקעין לשטח נוף כפרי/פתוח, שמשמעותו ייעוד הקרקע לשימוש חקלאי, נוף כפרי, ישובים כפריים, מתקני תיירות ונופש, מתקנים ומוסדות הקשורים להתיישבות הכפרית, מתקנים אחרים המשתלבים בשטח הכפרי/פתוח וכן שטח המיועד לשימור הנוף הפתוח (סעיף 8.3 להשלמת הטיעון מטעם המבקשים). בנוסף, על חלק מהמקרקעין חלה תכנית מתאר ארצית ת/מ/א/10 לתחנות כוח ורשת החשמל הראשית שפורסמה למתן תוקף ב.פ. 4186 ביום 27.1.1994.

6. ביום 22.10.1998 פנה נציג המשיבה לולמ"ב וביקש היתר להטלת מגבלות בניה במקרקעין סביב המתקן, בהתאם לתשריט שצורף לאותה פניה. וזה נוסח הפניה (הדגשה שלי - י.ע.):

**"פירוט המגבלות שעומדים להטיל: מגבלות הבניה יהיו ברדיוס של 800 מטר כלפי מערב 1,000 מטר לכיוון דרום מערב ו-1,300 מטר מזרחה, בהתאם לקונטור המסומן בגוון כחול.**

**פרטים נוספים: לאסור בנייה כלשהי בשטח מגבלות הבניה".**

ביום 22.2.99 התקיים דיון בולמ"ב בקשר לפניה (פרוטוקול דיון 1/99). בהחלטה נקבע כי הבקשה נדחתה, כי יש לתקן את קו המגבלות ולתאם את התוכנית מול משרד הבטחון.

ביום 21.12.1999 התקיים בולמ"ב דיון נוסף בבקשה (פרוטוקול ישיבה מס' 4/99, נכתב, ככל הנראה בטעות, תאריך 22.12.1999). הגב' לאה שטיינמן, נציגת שר התשתיות בולמ"ב ועובדת מינהל מקרקעי ישראל חיפה, ציינה כי קו מגבלות הבניה פוגע בתוכניות עתידיות להקמת שכונה בקרבת המתקן. כן צוין בדיון, כי קו מגבלות הבניה המבוקש שורטט לאחר עבודה מקצועית ובניסיון לצמצמו ככל האפשר. בסיכום הישיבה החליטה הולמ"ב "לאשר את הבקשה ובתנאי שמערכת הביטחון תעביר לידי יו"ר הועדה מסמך המציג את נושא הביטחון ומנמק את מכלול השיקולים שאינם מאפשרים את צמצום רדיוס מגבלות הבניה".

עוד נכתב בפרוטוקול, כי בפני הוועדה למתקנים בטחונים עמדה מפה/תכנית מיום 25.8.1998, שנערכה על ידי ראש אגף אמרכלות משק ונכסים במשרד הביטחון, בה סומנו בקו כחול גבולות השטח עליו חלות המגבלות שאושרו (להלן: "המפה" ו"הקו הכחול" בהתאמה).

חברי הולמ"ב (נציגי שר הפנים-יו"ר הוועדה, שר הביטחון ושר התשתיות) חתמו על מסמך מובנה, הכולל את פרוטוקול הוועדה ובתחתיתו נוסח ההיתר, בהתאם לטופס הקבוע בתקנה 3 לתקנון התכנון והבניה (הוראות מיוחדות בדבר היתר במיתקן בטחוני) התשכ"ז-1966, כדלקמן:

**" היתר להקמת מתקן בטחוני**

בתוקף הסמכות לפי סעיף 160 לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965 בהתאם

לבקשה מס' ..... מיום .....

עפ"י החלטת הוועדה למתקנים בטחוניים מס' 4/99 מיום 21/12/99

ניתן בזה היתר להקמת מתקן בטחוני ב - .....

היתר זה בתוקף עד יום .....

חתימה

יושב-ראש הוועדה

תאריך: 21/12/99

מחוז 21.12.99

7. בהמשך להחלטת הולמ"ב, שלח ביום 11.1.2000 אגף התכנון במשרד הביטחון מסמך ובו תיאור המתקן והמגבלות במקרקעין (להלן: "מסמך המגבלות"), וביקש להעבירו לוועדה המחוזית לתכנון ולבניה חיפה. ביום 31.1.2000 שלח נציג משרד הביטחון בולמ"ב מכתב לוועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה, ובו הודעה על החלטת הולמ"ב בעקבות הדיון. למכתב צורף מסמך המגבלות ולמען הסדר הטוב נביאו במלואו (הדגשות שלי - י.ע.):

"לכבוד

ד"ר חיים קופלמן

הוועדה המחוזית לתכנון ובניה

משרד הפנים חיפה

רח' חסן שוקרי 11 ת"ד 4891

חיפה 31048

הנדון: .....-מגבלות בניה

1. מפעל ..... (.....) משמש כמתקן בטחוני משנת 1967.
2. לאחרונה הוחלט להשית סטטוטורית מגבלות הבניה סביב המתקן. נציין, כי מגבלות אלו היו קיימות, מוכרות וידועות ברמת המחוז משנת 1967, ואולם לא הוסדרו סטטוטורית.
3. מדובר בהגבלת בניית קבע לכל יעוד שאינו חקלאי לטווחים הבאים:
  - א. 800 מ' ממערב למתקן.
  - ב. 1200 מ' מצפון, ממזרח ומדרום המתקן.
  4. מכאן, שאין איסור לעשות שימוש בתחום המגבלות למטרות חקלאיות ואחרות כגידולים, מרעה וכדומה.
  5. הגדרת המגבלות נקבעה עפ"י אופי המתקן (.....) ע"י מומחי צה"ל ומשהב"ט.
  6. מסמך זה מהווה חלק בלתי נפרד ממפות הולמ"ב שאושרו בתאריך 21 דצמ' 99.

8. ביום 6.3.2000 נשלח לוועדה המחוזית לתכנון ובניה מכתב ממר יצחק שחם יועץ מקרקעין למשרד הביטחון, ובו הוראה שלא לצלם להעתיק, לשכפל או להעביר את המפה לצד ג' ללא אישור מראש של קב"ט משרד הביטחון.

9. בשנת 2003 נודע למבקשים כי המשיבה הטילה הגבלות שונות על המקרקעין הסמוכים למתקן, והם פנו לרשויות התכנון לקבלת מידע ומסמכים אודות ההגבלות. לאחר שפנו בכתב באמצעות באי כוחם לוועדה המקומית, וביקשו לצלם את תשריט התכנית הכוללת את ההגבלות על המקרקעין, נמסר למבקשים מכתבו של מר שחם, המאשר להעביר לבא כוחם שרטוט של סימון הקו הכחול על גבי המקרקעין, אך בפועל, לא נמסר למבקשים עותק מהשרטוט. המבקשים נתקלו פעם אחר פעם בסירוב של הרשויות להעביר לעיונם מידע, מסמכים, ולשתף עמם פעולה בעניין זה, והם נאלצו להגיש ביום 14.1.2004 עתירה מנהלית לפי חוק חופש המידע תשנ"ח-1998 נגד המשיבה ונגד הוועדה המקומית לתכנון ובניה-שומרון. נציין כי בעקבות העתירה הועברו למבקשים המסמכים המבוקשים.

בסעיף 7 לתגובת הוועדה המקומית לעתירה המנהלית נכתב, כי רצון הוועדה היה להביא לידיעת הציבור דבר הטלת המגבלות שבמפה ולשם כך "ביקשה הוועדה לפרסם הודעה לציבור על דבר קיומה של התכנית ואף החלה בניסוח נוסח של הודעה אשר יהא מוסכם אף על משרד הביטחון ואולם, מחמת כשלון המגעים בעניין עם משרד הביטחון לא הבשיל נסיונה זה של הוועדה לידי מעשה".

המבקשים טענו, כי כאשר נתבקשה הוועדה המקומית לתת מידע תכנוני בכתב או בעל פה לגבי המצב התכנוני של חלקת מקרקעין ספציפית המצויה בתחום הקו הכחול, לא מסרה הוועדה מידע על קיומן של המגבלות. הוועדה המקומית אישרה למבקשים כי זו אכן עמדתה בסוגיית מסירת המידע הספציפי הזה וזאת בהתאם להוראות משרד הביטחון (סעיף 19 להמרת הפתיחה).

10. ביום 31.3.2004 שלח נציג משרד הביטחון בוועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה מכתב לוועדה המקומית לתכנון ובניה שומרון אצלה הופקדה המפה, ובו הבהרה בנוגע לשטח מגבלות הבנייה במפה, כדלקמן (הדגשה שלי – י.ע.):

**א. על שטח המקרקעין האמור הוטלו מגבלות בנייה סטטוטוריות, המונעות שימוש במקרקעין למטרות בנייה, שאינה בנייה חקלאית.**

**ב. יעוד המקרקעין, כפי שנקבע בתכנית המתאר התקפות, נותר בעינו.**

**ג. לקבלת פרטים או הבהרות, ניתן לפנות למסמכים הנלווים המצויים בוועדה המקומית לתכנון ובניה".**

11. המבקשים פנו למשיבה וטענו כי הם זכאים לפיזיו בגין הפגיעה במקרקעין בהתאם להוראות סעיף 176 לחוק. המשיבה דחתה את טענת המבקשים, מן הטעם שפעולות הולמ"ב בקשר למקרקעין לא נעשו מכוח סעיפים 176-179 לחוק. במכתב המשיבה נאמר כי תמ"א 31 אינה תכנית מפורטת ולא ניתן לקבל היתר בניה מכוחה, ולצורך הקמת מתקני נופש במקרקעין על המבקשים להכין תכנית מפורטת. עוד נאמר באותו מכתב כי "מגבלות הבנייה הקיימות כיום סביב המתקן הביטחוני אינן מונעות מבעלי המקרקעין לפעול להכנת תוכנית כנ"ל ולקדמן במידה ואלו יאושרו ע"י רשויות התכנון. כמובן שבאותו מועד יביע משהב"ט את עמדתו לבקשות שיוגשו".

12. ויהי לאחר הדברים האלה, הגישו המבקשים את התובענה דכאן כנגד המשיבה, תחת הכותרת "בקשה לקביעת פיזיו על דרך של המרצת פתיחה בגין פגיעה על ידי תוכנית שלא בדרך של הפקעה". לטענת המבקשים, המגבלות שהטילה הולמ"ב על המקרקעין כמפורט לעיל נעשו בהתאם לסעיפים 175-176 לחוק התכנון והבנייה, ולכן, זכאים המבקשים לפיזיו בהתאם לסעיף 197 לחוק התכנון והבניה. לכתב התביעה צורפו חוות דעת שמאיות לפיהן, בשל המגבלות שהוטלו על המקרקעין של כל אחד מהמבקשים, ירד ערכם כדי 90%, וסכום הפיזיו הכולל הועמד על כ- 60 מליון ש"ח (!!!) נכון ליום 21.12.99.

המשיבה טענה כי דין התביעה להידחות על הסף, מאחר שהמבקשים לא זכאים כלל לפיזיו. זאת, מן הטעם שהמגבלות הוטלו מכוח סעיף 160 לחוק התכנון והבנייה, שאינו מקנה זכות לפיזיו לבעל המקרקעין. עוד נטען כי במצב דהיום, לא ניתן לזווג בנייה במקרקעין ללא אישור הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, המבקשים אף לא פנו בבקשה להתיר להם שימושים מותרים במקרקעין לפי תוכניות תקפות, כך שאין ממש בטענתם לפגיעה בקניין.

13. הצדדים הגיעו להסכמה דיונית לפיה, בשלב הראשון תידון השאלה העקרונית והיא: האם על המקרה שבפנינו חל סעיף 160 לחוק כטענת המשיבה, שאז דין התביעה להידחות על הסף, או שחלים סעיפים 175-176 לחוק כטענת המבקשים, שאז יש לבחון את השאלה מה הפיצוי המגיע, אם בכלל, למבקשים.

הצדדים הגישו טיעון בכתב (לאחר מספר ארכות שנתבקשו על ידם) וביום 1.1.09 התקיימה ישיבה לצורך הבהרת מספר נקודות. משהשלימו הצדדים טיעוניהם, אין לי אלא ליתן החלטה זו.

על מנת לעמוד על טיבן של טענות הצדדים ועל המחלוקת ביניהם, נעמוד תחילה על המסגרת הנורמטיבית בסוגיה שעל הפרק.

#### **המסגרת הנורמטיבית**

14. פרק ו' לחוק התכנון והבנייה עוסק במתקנים ביטחוניים ומכשולי טיסה. סעיף 160 בפרק ו' כותרתו "סדרי הגשת בקשה להיתר במתקן בטחוני". סעיף 175 לחוק עניינו בהכנסת הוראת שינוי לתכנית קיימת, ולפיו, זכאי מי שנפגע על ידי הוראת שינוי לפיצוי מכוח פרק ט' לחוק.

מפאת חשיבותם של הסעיפים לענייננו, נביאם במלואם:

#### **"160. סדרי הגשת בקשה להיתר ותוכן הבקשה**

על בקשה להיתר לפי פרק ה' במיתקן בטחוני יחולו, על אף האמור בחוק זה או בתקנות על פיו, הוראות אלה:

(1) הסמכות לתת את ההיתר תהיה בידי ועדת משנה של הועדה המחוזית, בהרכב של שלושה מחברי הועדה המחוזית (להלן - ועדה למיתקנים בטחוניים);

(2) שני חברים בוועדה למיתקנים בטחוניים ימונו על ידי שר הפנים בהתייעצות עם שר הבטחון, ונציג שר הבטחון בוועדה המחוזית יהיה החבר השלישי; שר הפנים בהתייעצות עם שר הבטחון ימנה את יושב ראש הועדה;

(3) הבקשה למתן ההיתר תכלול רק פרטים על איתורו של מקום המיתקן הבטחוני ופירוט המיגבלות שעומדים להטילן עקב הקמת המיתקן על אדם אחר, ויצורף לה תשריט המקום;

(3א) שר הבטחון או נציגו יודיעו למוסדות התכנון הנוגעים בדבר על החלטות הועדות למתקנים בטחוניים להטיל מגבלות בשל מתקן בטחוני ועל כל שינוי שיחול במגבלות, אלא אם כן טעמים של בטחון המדינה מצדיקים אי מתן ההודעה כאמור;

(3ב) הועברה הודעה כאמור בפסקה (3א), לא יפקיד ולא יאשר מוסד תכנון תכנית בניגוד למגבלות שהוטלו בשל מתקן בטחוני, אלא לאחר ששמע מוסד התכנון את עמדת נציג שר הבטחון בענין המגבלות האמורות, אין בהוראות פסקה זו כדי לגרוע מסמכות שר הבטחון להגיש התנגדות לתכנית בשל מתקן בטחוני, כאמור בסעיף 177.

(4) לפי דרישת הועדה תימסר לה הודעה על סוג הייעוד הכללי של המיתקן הבטחוני; סוגי הייעוד הכללי ייקבעו על ידי מי שהוסמך לכך מטעם שר הבטחון;

(5) סעיפים 149 עד 154 לא יחולו."

בתקנות התכנון והבנייה (הוראות מיוחדות בדבר היתר במיתקן בטחוני), התשכ"ז-1966 (להלן: "התקנות בדבר היתר במתקן בטחוני") נקבעו הוראות שונות בדבר ההיתר, כדלקמן:

#### **"4. תקופת תקפו של ההיתר**

(א) תקופת תקפו של ההיתר היא לחמש שנים מיום נתינתו, זולת אם קבעה הועדה למיתקנים בטחוניים תקופה ארוכה יותר.

(ב) הוחל בהקמת המיתקן הבטחוני ולא הושלמה הקמתו תוך תקופת תקפו של ההיתר, תאריך הועדה למיתקנים בטחוניים, לפי דרישת בעל ההיתר את תקפו לתקופה נוספת הדרושה, לדעתה, להשלמת הקמתו של המיתקן.

(ג) שוכנעה הועדה למיתקנים בטחוניים כי מחמת סיבה סבירה לא הושלמה הקמתו של המיתקן הבטחוני תוך התקופה שהוארכה כאמור, תאריך הועדה, לפי דרישת בעל ההיתר את תקפו לתקופה נוספת הדרושה, לדעתה, להשלמת הקמתו של המיתקן.

#### 5. שינוי ההיתר או ביטולו

(א) הועדה רשאית, בהחלטה שנתקבלה בקולות כל חבריה, לשנות היתר שניתן.

(ב) היה סבור בעל ההיתר כי שוב אין צורך במיתקן הבטחוני שלהקמתו ניתן ההיתר, יודיע על כך לועדה ובעקבות הודעה זו תהיה הועדה רשאית לבטל את ההיתר.

#### 6. תחולה

על אף האמור בכל תקנה אחרת לפי החוק יחולו הוראות תקנות אלה בלבד על בקשה להיתר במיתקן בטחוני, על מתן ההיתר ועל תקופת תקפו.

עד כאן סעיף 160 והתקנות הנוגעות להיתר.

סעיף 176 לחוק קובע הוראת פיצויים בגין הוראת שינוי לפי סעיף 175 לחוק. נביא סעיפים אלו כלשונם:

#### "175. הוראת שינוי

"(א) הועדה למיתקנים בטחוניים רשאית, על פי דרישת שר הבטחון או סגנו, להורות לועדה המקומית, לועדה המחוזית או לועדה למימי חופין להכניס לתכנית הוראת שינוי, אם היא הכרחית לשם הבטחת פעולתו התקינה של מיתקן בטחוני, השימוש התקין בו, מניעת פגיעה בסודיותו או מניעת נזקי גוף או רכוש הצפויים מפעולתו או מהשימוש בו.

(ב) היתה הוראת השינוי לפי סעיף קטן (א) איסור התקנתו של מיתקן חשמלי כמשמעותו בחוק החשמל תשי"ד-1954, של מיתקן אלקטרוני או של מיתקן אחר שייקבע בצו על ידי שר הדואר, הפסקת פעולתם או קביעת תנאים לשימוש בהם - יכול שתוגש הדרישה גם על ידי שר הדואר.

(ג) היתה הוראת השינוי איסור השימוש בבנין מגורים או הגבלתו של השימוש בו, ובתוצאה מהוראת השינוי כאמור עשוי להיפסק השימוש בבנין או עשויה לחול הגבלה ניכרת ומוחשית בשימוש בו, לא תבוצע מכוח הוראות סעיף זה בלבד הפסקת השימוש בבנין או ההגבלה בשימוש בו כאמור לגבי מי שמחזיק בבנין בזכות חוקית או בזכות שביושר, אלא לאחר שהועמד לרשותו של אותו מחזיק שיכון חלוף סביר או, אם רצה בכך, לאחר ששולמו לו או לזכותו פיצויים כדי השגת שיכון חלוף סביר.

(ד) החלו בהליכים משפטיים לשם הכרעה אם אמנם הועמד לרשות המחזיק בבנין כאמור בסעיף קטן (ג) דיור חלוף סביר או סכום הפיצויים הנאות תמורתו, אין בכך כדי לעכב את ביצוע הוראות השינוי לגבי אותו מחזיק.

(ה) הועדה למיתקנים בטחוניים תביא את הדרישה להוראת השינוי לידיעתם של בעלי הקרקעות והבנינים ושל בעלי זכות בהם אשר, לדעת הועדה, הם עלולים להיפגע על ידי הוראת השינוי, ובעל זכות כאמור רשאי, תוך עשרה ימים מהיום שהגיעה הוראת השינוי לידיעתו, להגיש התנגדות להוראה בפני הועדה בדרך שקבע שר הבטחון בהסכמת שר הפנים בתקנות.

(ו) הועדה למיתקנים בטחוניים רשאית לדחות את ההתנגדות או לקבלה, כולה או מקצתה, ולתת את הוראת השינוי, כפי שמחייבת, לדעתה, קבלת ההתנגדות; דחתה הועדה את ההתנגדות, כולה או מקצתה, תעביר אותה לדיון ולהכרעה סופית בפני ועדת הערר למיתקנים בטחוניים.

(ז) בדיון ההתנגדות תונחה הוועדה למיתקנים בטחוניים וועדת הערר למיתקנים בטחוניים על ידי השיקולים המפורטים בסעיף קטן (א).

(ח) על פי דרישת חבר הוועדה למיתקנים בטחוניים החולק על החלטתה בדבר הוראות שינוי, תעביר הוועדה את ההכרעה באותו ענין לועדת הערר למיתקנים בטחוניים; הדרישה תוגש תוך חמישה עשר יום מיום מתן ההחלטה של הוועדה למיתקנים בטחוניים, וההחלטה של ועדת הערר תבוא במקום ההחלטה של הוועדה למיתקנים בטחוניים ותהא סופית.

(ט) עברו כל התקופות להגשת ההתנגדויות או להגשת דרישות להכרעה על ידי ועדת הערר למיתקנים בטחוניים או הוכרע בהן סופית, רואים את התכנית כאילו שונתה כדין על ידי הוראת השינוי והשינוי יקבל תוקף במועד שנקבע על ידי הוועדה למיתקנים בטחוניים.

(י) הוראות סימן ט' לפרק ג' (שענינו ב"ביטול תכניות, שינוין והתלייתן" – י.ע.) לא יחולו על תכנית ששונתה בדרך הוראת שינוי.

(יא) כל מקום שהוראת שינוי סותרת היתר לפי חוק זה, הוראת השינוי עדיפה וההיתר יתוקן, ישונה או יבוטל בהתאם.

(יב) "הוראת שינוי", בסעיף זה - לרבות הוראה בדבר -

(1) איסור הבניה או הגבלתה או קביעת תנאים לבניה;

(2) איסור השימוש בקרקע או בבנין או בחלק מהם או הגבלתו או קביעת תנאים לו. (הדגשה שלי – י.ע.)

#### 176. פיצויים

מי שנפגע על ידי הוראה על פי סעיף 174 או על ידי הוראת שינוי כאמור בסעיף 175, יהיה זכאי לפיצויים מאוצר המדינה בהתאם להוראות פרק ט', בשינויים המחוייבים לפי הענין; לענין זה יראו הוראה שניתנה על פי הסעיפים האמורים כאילו נכללה בהוראות המגויות בסעיף 200.

סעיף 175 מאפשר אפוא להכניס הוראת שינוי בתכנית, והמונח "תכנית" על פי ההגדרות בסעיף 1 לחוק משמעו "תכנית מהתכניות שלפי פרק ג' לרבות שינוי תכנית, התלייתה או ביטולה", דהיינו. תכנית מיתאר ארצית, מחוזית ומקומית, תכנית מפורטת, תכנית מיוחדת, תכנית לשימור אתרים, תכנית לתשתית לאומית.

הולמ"ב, שהיא ועדת משנה של הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, כוללת כאמור שלושה חברים, כאשר בדרך כלל, היו"ר הוא הממונה על המחוז או מתכנן המחוז, החבר השני הוא נציג מינהל מקרקעי ישראל בוועדה המחוזית, ונציג משרד הבטחון הוא ראש ענף תשתית ופריסה באגף התכנון במטכ"ל - ארץ בחאקי עמ' 224.

ולבסוף, נציין גם את סעיף 164 לחוק, הנוגע לקרקע חקלאית, ולפיו על הולמ"ב להזמין את יו"ר הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית לפני החלטתה, והתוספת הראשונה לחוק לא תחול על מתקנים ביטחוניים.

#### טענות הצדדים

15. על רקע הוראות אלו, נחזור ונציב את המחלוקת בין הצדדים: האם הטלת המגבלות על המקרקעין מהווה הוראת שינוי בתוכנית כאמור בסעיף 175 לחוק התכנון והבנייה, שאז יש להמשיך ולבדוק את טענות המבקשים במסלול הפיצוי הקבוע בסעיפים 176 ו-197 לחוק? או, כטענת המשיבה, המדובר בהטלת מגבלות לפי סעיף 160 לחוק, ואין המבקשים זכאים לפיצוי.

16. המבקשים טענו כי המגבלות שהטילה הולמ"ב בהיתר הן במהותן "הוראת שינוי בתכנית" לפי סעיף 175 לחוק. לטענתם, כתוצאה מהטלת המגבלות נפגעו המקרקעין, כך שהניצול והשימוש בהם למטרות חקלאיות הוגבל, ובעיקר, בוטלה כל אפשרות לשינוי בעתיד של ייעוד המקרקעין והפשרתם

לבניה. הטלת המגבלות נעשתה בהתאם למפה, שלטענת המבקשים מהווה תכנית לכל דבר ועניין. המבקשים הפנו למכתבו מיום 6.3.00 של מר שחם, יועץ מקרקעין של משרד הבטחון, בו נכתב כי "בדין בולמ"ב שנערך ביום 21.12.99 אושרו הגבלות הבניה סביב מתקן משב"ח, כפי שמופיע בתוכנית המצ"ב", כראיה שגם המשיבה עצמה עשתה שימוש במילה "תכנית" (המכתב נספח א' לתשובת הועדה המקומית לעתירה המינהלית). המגבלות שהוטלו פגעו בתכנית מתוכננת של ..... באזור. בעקבות הטלת המגבלות תוקנה אותה תכנית כך שהקו הכחול ושטחה של התכנית צומצמו על מנת לשמור מרווח בין הגבול המזרחי של התוכנית לבין קו המגבלות, דבר המעיד על פגיעה ממשית בזכויות הקניין של המבקשים.

לחילופין, טענו המבקשים, כי גם אם פעולות המשיבה אינן נכנסות בגדר סעיף 175 לחוק ככתבו וכלשונו, הטלת המגבלות פגעה בערך המקרקעין ובציפייה הסבירה שלהם לשינוי ייעוד המקרקעין בעתיד, ועל המשיבה לפצותם בגין פגיעה זו כמי שחבה חובת זהירות קונקרטית ומושגית כלפיהם.

המבקשים הפנו ללשון סעיף 160 לחוק הנוקטת במונח "פירוט המגבלות שעומדים להטילן". לשיטתם, אין לולמ"ב סמכות להטיל מגבלות סטטוטוריות בהיתר כדוגמת המגבלה שהוטלה במקרה דנן, והסמכות מתמצית בפירוט המגבלות שעומדים להטילן בעתיד במסגרת ההיתר, מגבלות שיוטלו על ידי הגוף המוסמך ובהליך המתאים.

עוד הפנו המבקשים לסעיף 160(3) שנוקט בלשון מגבלות על "אדם אחר", להבדיל ממגבלות על רכושו וקניינו של אדם אחר. לשיטתם של המבקשים, דיבר הסעיף במגבלות הנדרשות לצורך הקמת המתקן הביטחוני - להבדיל ממגבלות הנדרשות לשימוש או להפעלת המתקן - והמחוקק אך ביקש לאסור בסעיף 160 תנועה של בני אדם סביב המתקן בתקופת ההקמה, שאין בהן כדי לפגוע בקניינו של אדם. זאת, לעומת לשון סעיף 175(א) לפיו ניתן להכניס הוראת שינוי בתכנית "אם היא הכרחית לשם הבטחת פעולתו התקינה של המתקן, השימוש התקין בו ומניעת פגיעה בסודיותו או מניעת נזקי גוף או רכוש הצפויים מפעולתו או מהשימוש בו". ממכתב משרד הבטחון לולמ"ב עולה, כי המגבלות לא נקבעו לשם הקמתו של המתקן, שהרי בנייתו נסתיימה כבר בשנת 1967. המגבלות נקבעו לשם הבטחת הפעולה והשימוש התקינים של המתקן, כדי למנוע נזקי גוף או רכוש העלולים להתרחש כתוצאה מהפעלתו. לכן, המדובר במטרה המתאימה ל"הוראת שינוי" לפי סעיף 175 ולא למגבלה בהיתר לפי סעיף 160.

עד כאן תמצית טיעוני המבקשים.

17. לשיטת המשיבה, פרק ו' לחוק מסדיר את התכנון, הרישוי וההקמה של מתקנים ביטחוניים בישראל באמצעות הולמ"ב, הפועלת לצד כל אחת מן הוועדות המחוזיות לתכנון ובניה. פרק ו' מהווה חריג לעקרונות המותווים בחוק, בין היתר, עקרונות של שקיפות הליכי התכנון ושיתוף הציבור. לולמ"ב הוענקה סמכות להתיר הקמת מתקן ביטחוני בניגוד לכל תכנית תקפה, בהתאם לצרכי מערכת הביטחון, והוענקו לה בחוק שלושה אמצעים על מנת למתן או לסלק קונפליקטים תכנוניים שזוהו על ידה והם:

( - ) הטלת מגבלות בהיתר (סעיף 160);

( - ) הכנסת הוראת שינוי בתכנית (סעיף 175);

( - ) הגשת התנגדות לתוכניות בשל חשש לפגיעה במתקן ביטחוני קיים או מתוכנן (סעיף 177).

המשיבה טענה כי המתקן קיים בשטח כבר משנת 1967 והמגבלות התכנוניות סביבו היו ידועות ברמת המחוז מאותה שנה. ההיתר שניתן על ידי הולמ"ב בא אך ורק כדי לעגן סטטוטורית את אותן מגבלות, בהתאם לסעיף 160 לחוק, ואין מדובר ב"הוראת שינוי בתכנית" לפי סעיף 175 לחוק.

18. המשיבה עמדה בתשובתה על ההבחנה בין הגבלות בהיתר לפי סעיף 160 לחוק, לבין הוראת שינוי בתוכנית לפי סעיף 175 לחוק. לשיטתה, הטלת הגבלות מכוח סעיף 160 מהווה הליך פרוצדורלי שאין לו השלכה על מצבו התכנוני הקיים של האזור. המדובר בהליך הקודם מבחינה כרונולוגית לשלב של הגשת התנגדות לתכנית מופקדת ומטרתו לאפשר פיקוח של הולמ"ב וגורמי מערכת הביטחון, על כל קונפליקט תכנוני עתידי בין מתקן ביטחוני קיים או מתוכנן לבין סביבתו. מאחר שלשר הביטחון אין נציג בוועדות המקומיות לתכנון ולבניה, נועדה ההודעה על המגבלות מכוח



סעיף 160(א3) לחוק, לאפשר למערכת הביטחון לרשום בפני מוסדות אלו מעין "הערת אזהרה תכנונית" אודות מגבלות תכנון עתידיות בשל קיומו או תכנונו של מתקן ביטחוני באזור. מכאן הוראת סעיף 160(ב3) לחוק הקובעת כי לא תופקד תכנית חדשה שאינה עולה בקנה אחד עם המגבלות שהוטלו בהיתר, בטרם תישמע עמדת נציגי שר הביטחון בעניין זה.

19. לטענת המשיבה, על אף שסעיף 160 לחוק לא מגדיר את מהות המגבלות, ניתן ליצוק בהן תוכן בהתאם לתכליתו של הסעיף כמפורט לעיל. הכוונה למגבלות הצופות פני עתיד בלבד, שעניינן הטלת סייגים מפני שינויים תכנוניים מסוימים בסביבת המקרקעין, מתוך הנחה ששינויים אלו עלולים ליצור קונפליקט עם פעולות המתקן. ודוק: גם לאחר הטלת המגבלות, אין מניעה להשתמש או לפתח את המקרקעין על פי תכנית תקפה. המגבלות מהוות בעיקר חסם פרוצדוראלי לתכנון עתידי של סביבת המתקן הביטחוני, ואין בהן, כשלעצמן, כדי למנוע הפקדת תכנית חדשה הסותרת אותן מגבלות. בסמכות מוסדות התכנון לאשר תכנית גם בניגוד למגבלות, ובלבד שתשמע עמדת נציגי שר הביטחון בטרם תופקד התוכנית ובטרם תאושר התכנית.

לטענת המשיבה, אין בהגבלות מסוג זה כדי לפגוע בהסתמכות או בציפיות של בעל המקרקעין, שכן הדין הישראלי לא מכיר בזכות מוקנית לשינוי ייעוד, ולכן הטלת המגבלה לא מזכה בפיצוי.

המשיבה שללה את פרשנות המבקשים לסעיף 160, כאילו עוסק הסעיף במגבלות לצורך הקמת המתקן בלבד. לטענתה, היתר להקמת מתקן ביטחוני יכול ויתווה גם את כללי השימוש במתקן. המדובר בהיתר לפי פרק ה' לחוק, והיתר לבניית נכס כולל בהכרח גם היתר לשימוש מסוים בו – ע"א 482/99 בלפוריה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה פ"ד נו(1) 895. מכאן, שסעיף 160 חל על כל בקשה להיתר הנוגע למתקן ביטחוני, ואין הסעיף עוסק רק בהיתר הראשוני להקמת המתקן. סעיף 160(א3) מסמיך את הולמ"ב להטיל מגבלות "בשל" מתקן בטחוני, ולא רק עקב הקמתו לראשונה ועובר להקמה. בנוסף, בפני הולמ"ב נדונות לא רק בקשות להטלת מגבלות בהיתר אלא גם בקשות לשינוי מגבלות, הגדלתן או צמצומן.

אשר לטענת המבקשים, כי המגבלות בהיתר מתייחסות למגבלות אישיות על אדם ולא על קניינו או רכושו של אדם, טענה המשיבה כי המגבלות מתייחסות לכל שימוש של אדם בתחום הגיאוגרפי שסביב המתקן, ככל שיש לאותו שימוש ביטוי תכנוני בתכניות. המשיבה אף הטילה ספק אם ניתן להטיל מגבלות בהיתר על חופש התנועה במקרקעין.

עד כאן פרשנות סעיף 160 לשיטתה של המשיבה.

ומכאן להוראת שינוי בתוכנית לפי סעיף 175. 20.

לשיטת המשיבה, הוראת שינוי בתכנית משמעה שינוי של תכנית קיימת, על ידי מניעה או הגבלת בניה שהייתה מותרת על פי אותה תכנית, או על ידי איסור על שימוש מותר בקרקע או הגבלתו. מדובר בהתערבות "כירורגית" ונקודתית בתכנית תקפה ובשינוי נורמטיבי שלה. או-אז, נפגע עקרון ההסתמכות של בעל המקרקעין, מה שמצדיק הליך שונה בתכלית, הכולל הודעה לבעלי הנכסים העשויים להיפגע מהשינוי, זכות להגשת התנגדות ומתן פיצוי במסלול הקבוע לפי סעיף 197 לחוק.

המשיבה טענה כי השימוש במילה "תכנית" על ידי נציגי משרד הבטחון, במכתבו של מר שחם מיום 6.3.00 או בפרוטוקול ישיבת הולמ"ב מיום 22.2.99, אינו במובן המילה "תכנית" לפי סעיף 175 בחוק, אלא במובן של תשריט גרפי או מפה לצורך תיאור ומיקום קו המגבלות בשטח, ואין להסיק ממילה זו לגבי הדרך בה יש לפרש את האקט המשפטי בו נקטה הולמ"ב. אך ככל שבית המשפט ייקבע כי המגבלות שהוטלו הן בבחינת "הוראת שינוי בתכנית" לפי סעיף 175 לחוק, הרי שהולמ"ב לא הייתה מוסמכת לעשות כן, והמגבלות הוטלו בחוסר סמכות או בחריגה מסמכות, שהרי על פי סעיף 175 יש לנקוט בפרוצדורה מסוימת שלא בוצעה במקרה דנן. מכל מקום, לאור הכלל של חזקת התקינות המנהלית, יש להניח לטובת המשיבה כי היא הורתה את אשר בסמכותה להורות ולא את אשר לא הייתה מוסמכת להורות.

עד כאן תמצית טיעוני המשיבה, ולנוחות הקורא, נציג את הטבלה שערכה המשיבה על מנת להמחיש את ההבחנה בין סעיף 160 לסעיף 175 לחוק, לשיטתה:

הוראת שינוי בתכנית-סעיף 175	מגבלות-תכנון-סעיף 160	
175	160(3); 160(א3); 160(ב3)	הסעיף המסדיר בחוק
התערבות נקודתית, בעלת אופי כירורגי, המשנה תוכניות תקפות או היתרים שניתנו על-פי תוכניות תקפות.	אזהרת מוסדות תכנון מפני הפקדת/אישור תוכניות חדשות, העלולות לפגוע באינטרס ביטחוני הקשור בפעולת מיתקן ביטחוני, בלא שתשמע תחילה עמדת נציג שר הביטחון.	תכלית ההסדר
הוראת שינוי משנה את המצב התכנוני ועלולה לפגוע בעקרון ההסתמכות או בציפיות מבוססות.	מגבלות-תכנון אינן משנות את המצב התכנוני החל במקרקעין, אינן מגבילות את ההנאה מן המקרקעין, ואינן פוגעות בציפיות מבוססות. גם אין הן מהוות חסם לשינוי המצב התכנוני במקרקעין.	אפקט נורמטיבי
על הולמ"ב להודיע לכל בעלי נכסים העלולים להיפגע מהוראת שינוי.	על נציג שר הביטחון להודיע על מגבלות-תכנון שאישרה הולמ"ב (לבקשתו) למוסדות התכנון, אלא אם כן מתקיימת מניעה ביטחונית לכך.	המסלול המינהלי
קיימת. בשל הפגיעה הצפויה בזכויות, ניתן להתנגד להוראת שינוי בתוכנית, כקבוע בחוק ולפיו, בלוח זמנים קצוב.	איננה. לא ניתן להתנגד, וממילא אין צורך בכך.	זכות התנגדות לאקט המינהלי
קיימת. לפי המנגנון הקבוע בסעיף 197 לחוק.	איננה.	זכות לפיצוי

### דין

21. המחלוקת הגרעינית בין הצדדים נסבה על המסלול הראוי שבו היה על המשיבה לנקוט בבואה להטיל מגבלות על בנייה ברדיוס מסויים סביב המתקן, ועל פרשנות המונח "מגבלות" בסעיף 160 לחוק, לעומת המונח "הוראת שינוי בתכנית" בסעיף 175 לחוק.
- על מנת שהקורא לא יאבד דרכו בהמשך, נקדים אחרית לראשית ונציג כבר בשלב זה את המסקנות אליהן הגענו:
- א. המטרה והתוכן של מגבלות שהוטלו מכוח סעיף 160 זהים למטרה ולתוכן של מגבלות שהוטלו מכוח "הוראת שינוי" לפי סעיף 175.
- ב. ההיתר לפי סעיף 160 ניתן לשלב של הקמת המתקן הבטחוני או לשלב מוגבל בזמן של שימוש חורג במתקן.
- ג. אין לקבל הטענה כי המגבלות לפי סעיף 160 הן בגדר המלצה או הודעה גרידא לרשויות התכנון, ואילו הוראת שינוי על פי סעיף 175 היא בגדר איסור.
- ד. המגבלות של איסור בנייה במקרקעין הסמוכים למתקן הביטחוני, מהוות לכאורה פגיעה בקניין של המבקשים.

ה. מערכת הביטחון נוהגת לעשות שימוש בלתי מוגבל בזמן במגבלות המוטלות במסגרת היתר לפי סעיף 160, ובכך מרוקנת מתוכן את סעיף 175 שנותר בבחינת "אות מתה".

וזהו תהא דרך הילוכנו בבחינת הסוגיות שעל הפרק: נעמוד תחילה על ההסדר שבפרק ו' לחוק, לאחר מכן נבחן את התוכן ואת התכלית של מגבלות בהיתר לפי סעיף 160 והוראת שינוי לפי סעיף 175, ונבחן בנפרד את הוראות שני הסעיפים. לבסוף, נבחן את התוצאה האופרטיבית שנובעת מהמסקנות אליהן הגענו.

### פרק ו' לחוק והחידוש ההלכתי בפרשת הושעיה

22. פרק ו' לחוק נחקק בשנת 1965 במסגרת חוק התכנון והבנייה במטרה לאזן בין צרכי הכלל לבין אינטרס הפרט וזכויות הקניין שלו, תוך התחשבות בצרכי הביטחון של המדינה, לרבות סודיות ודחיפות. על גלגולו של החוק והדיונים שקדמו לו ראה אורן פרז ואסתר רוזנבלום "כרוניקה של הגמוניה תכנונית: המעמד של מערכת הביטחון בהליכי התכנון בראי המאבק הסביבתי להצלת חוף עתלית" (2001-2003) "מחקרי משפט כג תשס"ז-2007, 371 (להלן: "פרז ורוזנבלום"); וכן ראה ארן בחאקי עמ' 219 – 223.

בית המשפט העליון, עמד על פרשנות פרק ו' ועל החידוש שהיה באותם ימים בחקיקתו, לעומת המצב המשפטי ששרר לפני חקיקת החוק, שדיני התכנון והבניה כלל לא חלו על המדינה. אלא שגם במסגרת לחוק התכנון והבנייה, ניכר כי "ההסדר שבפרק ו' מבכר את שיקולי ביטחון המדינה על פני האינטרסים והזכויות הנוגדים לו, עד כדי השמטתן – במידה רבה ביותר – של אבני היסוד של דיני התכנון והבניה: השקיפות, זכות ההתנגדות וכפיפות היתר הבניה לתכניות" - ע"מ 2408/05 הושעיה ישוב קהילתי כפרי של אגוד המושבים נ' מדינת ישראל משרד הבטחון [פורסם בנבו] (ניתן ביום 4.2.2007) (להלן: "פרשת הושעיה") (סעיף ה(2) לפסק הדין).

בהמשך פסק הדין בפרשת הושעיה, דן בית המשפט בשינוי שחל במהלך השנים בגישה למערכת הביטחון ולנושאי בטחון בכלל, נוכח עליית משקלם של זכויות האדם ונושאי איכות הסביבה. בית המשפט הביע דעתו, כי עם חלוף העיתים וחקיקת חוקי היסוד "מה שהיה חידוש מתקדם בשנת 1965 לא בהכרח תואם את עידננו, לקראת שלהי העשור הראשון לשנות האלפיים, בוודאי לא בגישה גורפת; אך אף אם רוח הזמן שורה על הפרשנות, ואכן עליה לשרות, אין בה כדי לאיין חוק או להתעלם הימנו". ואכן, בתי המשפט ומלומדים הביעו בשנים האחרונות אי נחת לגבי הוראות פרק ו' לחוק ואף קראו למחוקק לשוב ולגבש הסדר חדש להליכי הרישוי והתכנון של מתקן ביטחוני - עת"מ (מנ"ב"ש) 395/07 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' משרד הבטחון (ניתן ביום 3.1.2008) [פורסם בנבו], בסעיף 19 (להלן: "פרשת עיר הבה"דים"); פרז ורוזנבלום לעיל.

עוד נפנה להצעות חוק שהונחו על שולחן הכנסת בשנים האחרונות לתיקון פרק ו' לחוק: הצעת חוק התכנון והבנייה (תיקון – תכנית לייעוד בטחוני) התשס"ו-2006 (הצ"ח פ/1210); הצעת חוק התכנון והבניה (תיקון – מיתקנים ביטחוניים) התשס"ח-2007 (הצ"ח פ/173192); הצעה לתיקון החוק ראה גם במאמרם של פרז ורוזנבלום לעיל. נציין כי היוזמות לרפורמות בפרק ו' של חוק התכנון והבנייה, מתמקדות בהגדלת שקיפות ההליכים, ובריסון ובצמצום הסמכויות הרחבות הנתונות כיום לולמ"ב ולמערכת הבטחון, תוך דגש על איכות הסביבה והגנה על הציבור ואין בהן התייחסות לזכויות של בעלי מקרקעין שנפגעו עקב הטלת מגבלות לפי סעיף 160.

23. בין התיקונים המעטים שהוכנסו לפרק ו' לחוק, נזכיר את תיקון מס' 43 משנת 1995 (להלן: "תיקון 43"), במסגרתו נוסף סעיף משנה 160(א3) המחייב את הולמ"ב לשלוח לוועדה המחוזית לתכנון ובניה הודעה בדבר המגבלות בהיתר. מכוח תיקון זה נשלחה ההודעה על המגבלות מושא דיוננו. התיקון לחוק, מבטא את המגמה לשקיפות-מה של ההליך הסודי והביטחוני הכרוך בהוצאת היתר למתקן ביטחוני, על מנת שיוכלו גורמי התכנון והציבור לדעת אודות המגבלות בהיתר – פרשת הושעיה סעיף ה(7) לפסק הדין. בפסק הדין בעניין הושעיה, נדון בין היתר, תפקידה של הולמ"ב ושיקול דעתה במתן היתר למתקן בטחוני. נקבע כי על הולמ"ב לשקול שיקולים שונים ולערוך איזון בין הצורך הבטחוני לאור מיקומו המתבקש וייעודו של המתקן לבין שיקולי התכנון והפגיעה בפרט ובציבור עקב הקמת המתקן (סעיף ה(19) לפסק הדין). עוד על חובת הרשות להפעיל את שיקול דעתה בסבירות ובמידתיות בהליכי התכנון והבניה ראה ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות –

רכבת ישראל נ' אביגדורוב [פורסם בנבו] (ניתן ביום 14.9.2005); בג"צ 6108/03 בניהו סכאי נ' שר התשתיות הלאומיות [פורסם בנבו] (ניתן ביום 11.3.2008).

הוראות פרק ו' לחוק, מעניקות למערכת הביטחון פטור מלא מהוראות כל תכנית תקפה. הולמ"ב רשאית ליתן היתר למתקן ביטחוני, במנותק מהיעדרה או מקיומה של תכנית רלוונטית החלה על השטח. ההיתר לפי סעיף 160 מאגד בחובו את שלב התכנון ושלב הרישוי, הוא עומד בפני עצמו, ובניגוד לשטחים שנועדו לשימוש אזרחי, אינו כפוף להיררכיה נורמטיבית של תוכניות, כקבוע בחוק התכנון והבנייה

24. בפרשת הושעיה דן בית המשפט בפרשנות ההוראות בחוק המתייחסות להיתר למתקן ביטחוני, מחנה צבאי גדול בסמוך ליישוב הושעיה. במקום בו תוכנן המחנה חלה תכנית מתאר מחוזית שייעדה את המקרקעין ליער. העותרים שם טענו כי ההיתר ניתן שלא כדין, כי מדובר בהיתר לשימוש חורג וככזה עליו להיות מוגבל בזמן עד שמשרד הביטחון יפקיד תכנית שתסדיר את הקמת המתקן.

בית המשפט קבע כי ההיתר אינו כלי תכנוני ולכן גם על היתר למתקן בטחוני חל הכלל הבסיסי לפיו "על הרישוי לתאום את הנורמה התכנונית" לצד החריגים לו (סעיף ה(25) לפסק הדין). אכן, פרק ו' לחוק מאפשר הוצאת היתר למתקן בטחוני אף בניגוד לכל תכנית תקפה ותוך סטייה ניכרת ממנה, ובזאת ייחודו. אולם, לא ראוי להשתמש בסמכות זו בכל פניה לבקשה לבניית מתקן בטחוני. ההיתר אינו שקול לתכנית, וההכרח להשתמש בו בניגוד לתכנית קיימת יחול מטעמים של בטחון המדינה "כאשר צרכי הבטחון של המדינה והגנת הכלל מחייבים זאת... דרך המלך היא כי הולמ"ב תיתן היתר בניה התואם את התכניות החלות על מיקומו של המתקן הבטחוני, אך בהתקיים נסיבות ביטחוניות המצדיקות סטייה מהתכניות החלות במקום, רשאית הולמ"ב להפעיל את סמכותה על פי דין לתת היתר הנוגד את התכניות" (סעיף ה(26)-(27) לפסק הדין).

כלל פרשני נוסף שהוחל על פרק ו' לחוק הוא ש"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 ובנייה" (דברי השופט נאור); וראה גם פסק דינה של השופטת דברת בפרשת עיר הבה"דים לעיל (ערעור מנהלי על פסק הדין תלוי ועומד בבית המשפט העליון – עע"מ 360/08).

25. בפרשת הושעיה, מצא בית המשפט כי על פי התשתית העובדתית שהונחה בפניו, לא היה צורך ביטחוני ליתן את ההיתר ללא אישורה של תכנית המייעדת את המקום לבניית המחנה, ולמיצער, מדובר בסיטואציה גבולית. עתירתם של העותרים שם אמנם נדחתה, מטעמים של שיהוי ומצב הבנייה בשטח, אולם בית המשפט הבהיר כי ראוי שגישתו החדשה תנחה את המדינה בפעולותיה בעתיד.

[במאמר מוסגר: על רקע הנחייה זו, טענו העותרים בפרשת עיר הבה"דים כי לאור אופיו האזרחי של הבסיס וגודלו היה מקום לפנות למסלול הרגיל שבחוק התכנון והבנייה ולא לנקוט בהליך התכנוני שבפרק ו' לחוק. בית המשפט דחה את העתירה מטעמים שונים ובמסגרת הערעור שהוגש לבית המשפט העליון (עע"מ 360/08) הסכימו הצדדים כי המדינה תדאג להכין תסקיר השפעה על הסביבה שהציבור יוכל להשיג עליו. הצו להפסקת עבודות הבניה שהוציא בית המשפט העליון בעקבות הערעור צומצם, כך שיתאפשר למדינה לבצע בינתיים עבודות עפר ותשתית בלבד (בכפוף לתוצאות בדיקת זיהום הקרקע) (ראה החלטה מיום 13.5.2008). נציין כי הערעור עדיין תלוי ועומד].

עד לפסק הדין בעניין הושעיה, רווחה התפיסה לפיה היתר ותוכנית ניתנו למערכת הביטחון בדיבור אחד, במסגרת פרק ו'. בניגוד לתכנון המקובל במגזר האזרחי, מערכת הביטחון לא נדרשה להכין תוכנית כדי לבטא את צרכיה הייחודיים, אלא הסתפקה בקבלת היתר, גם אם המתקן או השטח הביטחוני, לא תאמו את יעוד הקרקע, ושינוי הייעוד לשימוש בטחוני נעשה במסגרת ההיתר שניתן על ידי הולמ"ב. בנקודה זו טמון החידוש הגדול בפסק דינו של השופט רובינשטיין בהלכת הושעיה. מהלכה זו אנו למדים, כי היתר להקמת מתקן ביטחוני אינו בגדר תוכנית מתאר או "תכנית זוטא". אמנם, הולמ"ב רשאית ליתן היתר לשימוש חורג מהייעוד של המקרקעין, ככל שיש צורך ביטחוני בכך, אך על ההיתר החורג להיקצב בזמן ועל מערכת הביטחון להסדיר את הנושא גם ברמת התוכנית, כך שתיווצר הלימה עם תוכנית המתאר האזרחית. המשמעות הרחבה של פסק הדין היא,

שעל מערכת הביטחון לפעול מכאן ולהבא לתיקון כל תכניות המתאר של המתקנים בתחומן הם מצויים - ארץ בחאקי עמ' 248. גם בדיון בפני, אישר בא כוח המשיבה, כי בעקבות הלכת הושעיה, משרד הבטחון נערך בראיה כלל ארצית, ומדובר במאות מתקנים שצריך להסדיר את תקפותם הסטטוטורית.

בהמשך הדרך, נחזור ונזכיר את הלכת הושעיה בהקשר של שימוש חורג במתקן ביטחוני.

### סעיף 160 - היתר למתקן בטחוני

28. בשורות הבאות נסביר מדוע הגענו למסקנה כי היתר שניתן מכוח סעיף 160 מוגבל בזמן – לתקופת הקמת המתקן הביטחוני או לכל היותר, לתקופה של שימוש חורג במתקן.

נחזור ונזכיר את תקנה 4 לתקנות התכנון והבנייה (הוראות מיוחדות בדבר היתר במיתקן בטחוני), התשכ"ז-1966 שם נקבע כי "תקופת תקפו של ההיתר היא לחמש שנים מיום נתינתו, זולת אם קבעה הועדה למיתקנים בטחוניים תקופה ארוכה יותר". בהמשך נקבע כי לולמ"ב סמכות להאריך תקופת ההיתר אם בניית המתקן לא הושלמה תוך התקופה שנקבעה בהיתר. ובתקנה 6 נקבע כי "על אף האמור בכל תקנה אחרת לפי החוק יחולו הוראות תקנות אלה בלבד על בקשה להיתר במיתקן בטחוני על מתן ההיתר ועל תקופת תקפו".

פשוטו של מקרא, כי ההיתר ניתן לתקופה מוגבלת לצורך הקמתו של המתקן. אך דומה כי לא זו הפרקטיקה הנוהגת במקומותינו. הנה כי כן, במקרה דנן, ניתן ההיתר ביום 21.12.99 אך הולמ"ב לא טרחה לציין את תקופת תקפו של ההיתר ונכתב בו כי הוא "בתוקף עד יום \_\_\_\_\_" (ראה סעיף 6 לעיל).

29. לטעמי, ההיתר לפי סעיף 160 יכול להינתן הן לצורך הקמת המתקן, והן לצורך שימוש חורג.

ראשית, תקנות התכנון והבנייה (הוראות מיוחדות בדבר היתר במיתקן בטחוני), התשכ"ז-1966 שהוזכרו לעיל, הותקנו מכוח סעיף 173 לחוק הקובע כי "שר הפנים, בהסכמת שר הבטחון, רשאי בתקנות לקבוע לגבי מיתקן בטחוני הוראות מיוחדות בכל הענינים שהוא רשאי להתקין להם תקנות על פי סעיף 265 וכן הוראות בדבר התנאים למתן הקלה או היתר לשימוש חורג לפי פרק ה".

שנית, כותרתו של סעיף 160 היא "סדרי הגשת בקשה להיתר ותוכן הבקשה". בפרשת הושעיה עמד השופט רובינשטיין על הזיקה שבין פרק ו' שעניינו ברישוי מתקנים ביטחוניים לבין פרק ה' שעניינו ברישוי של בנייה אזרחית, וקבע כי ההיתר שניתן על ידי הולמ"ב זהה בעיקרו לזה שניתן לגורמים אזרחיים לפי פרק ה'. מכאן, שההוראות החלות על היתר לפי פרק ה' יחולו גם על היתר לבניית מתקן בטחוני, למעט אלו שהוצאו במפורש מתחולה בס"ק 160(5). על היתר למתקן בטחוני חלה הוראת סעיף 145 לחוק המפרט את העבודות הטעונות היתר, ובס"ק (3) נאמר "כל עבודה אחרת בקרקע ובבנין וכל שימוש בהם שנקבעו בתקנות...". תקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר) התשכ"ז-1967 מפרטות סוגי עבודות הטעונות היתר כמו חציבה, כפייה, חפירה וכו', ולרבות "שימוש חורג" המוגדר בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה: "השימוש בהם למטרה שלא הותר להשתמש בהם, הן במיוחד והן מהיותם באזור או בשטח מיוחד, לפי כל תכנית או תקנה אחרת שלפי חוק זה החלות על הקרקע או הבנין או לפי היתר על-פי כל חוק הדין בתכנון ובבניה".

סיכומו של דבר, שהיתר לפי סעיף 160 יכול להינתן לא רק לצורך הקמת המתקן הביטחוני אלא גם לשימוש חורג מהתכנית החלה על המקום.

30. בפרשת הושעיה דן כב' השופט רובינשטיין בסוגיה של הגבלת תוקפו בזמן של היתר שניתן בסטייה ניכרת מתכנית. בתיקון 43 תוקן גם סעיף 148 בפרק ה' לחוק ונקבע כי היתר לשימוש חורג מתכנית יינתן לתקופה מוגבלת מראש (ואילו היתר לשימוש בחריגה מהיתר או הקלה יכולים להינתן לתקופה מוגבלת מראש). בסעיף 160(5) נקבע כי לא יחולו סעיפים 149-154, ומכאן ניתן ללמוד כי סעיף 148 חל גם על היתר למתקן בטחוני, כך שההיתר יתאם לתכנית החלה על האזור (סעיף ה(36) לפסק הדין):

"תוצאה זו עולה בקנה אחד עם המגמה, כי כל היתר בניה יינתן בהתאם לתכנית. כך גם סבר בית המשפט קמא בכתבו: 'מגמתו הכללית של המחוקק היא שמתקן ביטחוני יתאים בסופו של דבר לתכנית החלה, גם אם בעת הקמתו הוא מהווה שימוש חורג ואף

סטייה נכרת. הגבלת תקופת השימוש החורג אמורה לדרבן את משרד הביטחון להסדיר את עניין התאמת ההיתר לתכנית בתוך פרק זמן קצוב.

ובהמשך (סעיף ה(37) לפסק הדין):

“...איני סבור כי ניתן לקבל את עמדת המדינה, לפיה הגבלת הזמן להיתר לשימוש חורג מקהה את הטעמים שבבסיס פרק ו' לחוק או פוגעת בביטחון המדינה. הסמכות להעניק היתר שיש בו שימוש חורג היא דרסטית, ומובן כי יש צורך במעקב מצד נותנת ההיתר, קרי הולמ"ב, לשאלה אם שיקולי הביטחון עדיין תקפים אל מול התכנית, בבחינת הפה שהתיר הוא הפה שאטר. אמנם סעיף 148 אינו קובע רף מירבי למשך ההיתר, ולכן יכולה הולמ"ב להעניק היתר בניה הכולל שימוש חורג לתקופת זמן ארוכה, מקום בו הנסיבות מצדיקות זאת (ראו גם סעיף 181 לחוק). אכן, איננו חיים בחלל, וברור כי לגבי בסיס הנבנה תוך השקעות אדירות אין טעם בהזנתו כעבור תקופה לא ארוכה; הוא עתיד להישאר עת רבה. דווקא משום כך, ראוי לעשות את המאמץ להתאמה בינו לבין התכנית בהקדם ככל הניתן.”

על רקע דברים אלו, נותרה על כנה החלטת בית המשפט המחוזי בפרשת הושעיה ולפיה יש לראות בהיתרי הולמ"ב שאינם תואמים את תכניות המתאר, כהיתרים לשימוש חורג שניתנו לפרק זמן קצוב, כאשר בפרק זמן זה על מערכת הביטחון להסדיר את התכניות החלות בשטח כך שיתאימו לשימוש שאושר.

31. העולה מן המקובץ, כי בסעיף 160 לחוק, נתכוון המחוקק למתן היתר להקמתו של מתקן בטחוני, ונוכח תחולת סעיפים 145 ו-148 לחוק, גם לשימוש חורג במתקן. ברם, בכל מקרה, המדובר בתקופה זמנית – אם לתקופת הבניה וההקמה כפי שעולה מהתקנות לעיל בדבר היתר במיתקן בטחוני, ואם לתקופת השימוש החורג, עד להכנת תוכנית, כפי שלמדנו בפרשת הושעיה. עם זאת, ראוי לציין כי סעיף 148 לא קובע תקופת זמן מירבית למשך השימוש החורג, והחובה של מוסדות התכנון לקצוב בזמן את תקופת השימוש החורג לפי סעיף 181 לחוק, לא חלה על היתר שניתן על ידי הולמ"ב (ראה סעיף 165 לחוק).

מהמסקנה בדבר כוחו וגבורתו של ההיתר, נובעת המסקנה הבאה החשובה לענייננו: להודעה על הטלת מגבלות מכוח היתר, אין יותר ממה שיש להיתר עצמו. כפי שההיתר מוגבל בזמן, כך גם המגבלות מכוחו מוגבלות בזמן. בסופו של יום, יש לעגן את המגבלות לאחר תום הקמת המתקן, או לאחר תום תקופת השימוש החורג, בתכנית מתאימה. מסקנה זו היא צעד נוסף בעקבות הלכת הושעיה, אם כי שם לא נדרש בית המשפט לנושא המגבלות.

בהנחה שמגבלות שהוטלו בהיתר פוגעות במקרקעין סמוכים, ועל כך נעמוד בהמשך, יש במסקנה דלעיל כדי להסביר מדוע המחוקק פטר את המדינה מתשלום פיצויים. המחוקק הניח כי מדובר במצב זמני, לתקופת הקמת המתקן או לתקופת השימוש החורג, ובאיזון בין צרכי הביטחון לפגיעה בקניין, אין מקום לפיצוי בשל פגיעה זמנית ביכולת הניצול והשימוש של המקרקעין הסמוכים למתקן הביטחוני.

#### מגבלות בהיתר לעומת הוראת שינוי בתכנית

32. טרם נידרש לשאלת היחס בין סעיף 160 לסעיף 175 לחוק, נבחן מהן המגבלות בהן דיבר המחוקק בסעיף 160 לחוק לעומת הוראת שינוי בסעיף 175 לחוק.

נעמיד שוב נגד עינינו את לשון החוק. סעיף 160(3) קובע כי בהיתר יהיה “פירוט המיגבלות שעומדים להטילן עקב הקמת המיתקן על אדם אחר...”, סעיף 160 (א3) קובע כי על מערכת הביטחון להודיע למוסדות התכנון על החלטת הולמ"ב “להטיל מגבלות בשל מתקן בטחוני...”. סתם המחוקק ולא הגדיר מהן אותן מגבלות. מנגד, קיימת בסעיף 175 הגדרה של “הוראת שינוי:” “הוראת שינוי” בסעיף זה - לרבות הוראה בדבר - (1) איסור הבניה או הגבלתה או קביעת תנאים לבניה; (2) איסור השימוש בקרקע או בבנין או בחלק מהם או הגבלתו או קביעת תנאים לו”. מדובר בהגדרה מרבה כך שאין עסקינן ברשימה סגורה.

גם לשיטתה של המשיבה, לפיה מגבלות התכנון לא מתיימרות לשנות את המצב התכנוני, ברי כי מטרת המגבלות לפי סעיף 160 היא להגן על המתקן הצבאי מטעמי בטחון שדה הקשורים בפעילות במתקן, או למנוע פגיעה ברכוש או בנפש בסביבה האזרחית הסמוכה למתקן. כנגורת ממטרה זו, הולמ"ב רשאית להטיל מגבלות במסגרת ההיתר. כך, לדוגמה, יכול ויוטלו מגבלות בניה ברדיוס ממחסנים או מפעלים המאחסנים חומרים מסוכנים או בשל קרינה אלקטרו-מגנטית ממתקן בטחוני – **ארץ בחאקי עמ' 351**. המדינה עצמה פירשה את המונח "מגבלות על אדם אחר" בסעיף 172(2) לחוק – הפוטר את מערכת הבטחון בנסיבות מסוימות מהצורך לקבל היתר של הולמ"ב לצורך הקמת מתקן ביטחוני נוסף בתחום מתקן ביטחוני קיים – כמסב עצמו על אפשרות למימוש התכנון בשטחים שמחוץ למקרקעין הביטחוניים, כ"פגיעה בזולת", "מזיקה לזולת" או ל"שכנים" – עע"מ 3151/06 **חברה פלונית נ' הוועדה למתקנים בטחוניים – מחוז חיפה** [פורסם בבנו] (ניתן ביום 12.6.07).

לכן, איני מקבל את הפרשנות המילולית של המבקשים, כי יש לפרש את המילים "המגבלות שעומדים להטילן עקב הקמת המתקן על אדם אחר" בסעיף 160(3), כאילו והכוונה אך ורק להגבלת תנועה של אנשים באיזור הסמוך למתקן, להבדיל מבנייה סביב למתקן. לא זו המגבלה לה נתכוון המחוקק בסעיף 160, ואף ספק אם ניתן להטיל מגבלות על חופש התנועה מכוח סעיף זה. המגבלות נסבות בעיקר על הגבלת הבנייה במקרקעין הסמוכים למתקן: "מגבלות בנייה המוטלת על ידי מערכת הביטחון מול התכנון האזרחי מתקיימות בשני ממדים: האחד מטרתו לקבוע שטחים קרקעיים המוגבלים לבנייה עתידית מחוץ לתחומי המקרקעין הביטחוניים בשל אופי הפעילות של המתקן הביטחוני. זו מחייבת את הגבלת הבנייה לסוגיה, או איסור שהיית אזרחים קבועה במרחב הנתון. הממד השני הוא הגבלת הפעילות האזרחית ברום בשל הפרעה למרחב האווירי... – ארץ בחאקי עמ' 225 (הדגשה שלי – י.ע.)

33. בדומה, גם הוראת השינוי לפי סעיף 175, מסבה עצמה על השטחים הסמוכים למתקן הביטחוני. המחוקק לא קבע רשימה סגורה של "הוראת שינוי", והותר שיקול דעת רחב לולמ"ב לקבוע כל הוראה שהיא הכרחית "לשם הבטחת פעולתו התקינה של מתקן ביטחוני, השימוש התקין בו, מניעת פגיעה בסודיותו או מניעת נזקי גוף או רכוש הצפויים מפעולתו או מהשימוש בו". גמישות זו נדרשת להגשמת התכלית הביטחונית, ובמסגרתה ניתן להטיל מגבלות מסוגים שונים כגון: איסור בנייה מוחלט או איסור בנייה מעל גובה מסויים סמוך למתקן; איסור על שינוי יעוד בעתיד; איסור על הוספת אחוזי בניה; איסור על בניה מסוג מסוים וכיו"ב.

34. המסקנה היא, שתוכן המגבלות על פי סעיף 160, זהה לתוכן הוראות השינוי שבסעיף 175 ואני מתקשה להעלות על דעתי מגבלה שאינה יכולה להיכלל גם בהגדרה של "הוראת שינוי" ולהיפך. התכלית שעומדת מאחורי שתי ההוראות זהה אף היא – להבטיח את פעולתו של המתקן ואת סביבתו של המתקן.

אם כך, מתי ייעשה שימוש בהטלת מגבלות לפי סעיף 160 לחוק, שאז אין זכאות לפיצויים, לבין הוראת שינוי בתוכנית, שמזכה בפיצוי?

לשיטתה של המשיבה, התשובה לכאורה פשוטה. הוראת שינוי בתוכנית, כשמה כן הוא, וכל עוד מערכת הביטחון לא דורשת להכניס שינוי בתוכנית קיימת, ממילא לא יחול סעיף 175 וממילא אין זכאות לפיצוי. דא עקא, כפי שנראה להלן, מערכת הביטחון לא עושה שימוש בסעיף 175, ולא דורשת להכניס הוראת שינוי לתכנית, מן הטעם הפשוט, שכמעט תמיד, ניתן להשיג אותה תוצאה דרך הטלת המגבלות בסעיף 160 שאינו מזכה בפיצוי.

כפי שראינו לעיל, סעיף 160 נועד לתקופת ביניים – למשך הבניה וההקמה של המתקן הביטחוני או לתקופת השימוש החורג בו. לכן, הטלת מגבלות לאורך תקופה בלתי מוגבלת, מכוח היתר שניתן לפי סעיף 160, מהווה פגיעה בקניין שלטעמנו, אינה יכולה להישאר במסגרת סעיף 160. פגיעה כזו עולה על הנדרש, אינה מידתית ואינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק.

בנקודה זו, נעמוד על טיבה של "הוראת שינוי" בתכנית.

## הוראת שינוי בתכנית לפי סעיף 175 לחוק

35. למיטב ידיעתי, טרם נדונו או הוכרעו בפסיקה סוגיות הנוגעות ל"הוראת שינוי בתכנית". סעיף 175 לחוק נותר יתום משימוש, ונראה כי מערכת הביטחון לא עושה בו כל שימוש – פרז ורוזנבלום בעמ' 395 ה"ש 111. [בהמר' (ת"א) 4759/68 גאולת הכרך בע"מ נ' מדינת ישראל פס"מ סז 299 בעמ' 309, הפנה בית המשפט את התובעים לתבוע פיצוי לפי סעיף 176 אולם מעבר לכך אין התייחסות של ממש להוראות החוק – ש' רויטל "דיני התכנון והבניה" כרך שני, 2003 בעמ' 777].

ואכן, בטיעון בעל פה, אישרה המשיבה כי הלכה למעשה לא נעשה בעבר שימוש בסעיף 175. אף שר בטחון לא הפעיל סמכותו לפי סעיף זה, וגם תקנות שהותקנו בעבר לעניין זה, הוחלפו בתקנות התכנון והבניה (דרך הגשת התנגדות להוראת שינוי לועדה למיתקנים בטחוניים), התשנ"ב-1992, בשל החשש של מערכת הביטחון כי תחויב בתשלום פיצויים – ארץ בחאקי עמ' 305.

נוכח ההיקף הנרחב של שימוש בקרקע לצרכים ביטחוניים, והפגיעה בשימושים של הקרקע האזרחית הסמוכה, ניתן היה לצפות שיימצאו מקרים רבים בהם הופעל סעיף 175. למיטב הבנתי, הסיבה שאיננו מוצאים שימוש בסעיף זה, היא, כי בניגוד לטענת המשיבה, רשויות התכנון אינן רואות את המגבלות שהוטלו לפי סעיף 160 כאזהרה גרידא מפני הפקדה/אישור של תוכניות חדשות, אלא כמגבלות החלות בפועל על השטח הסמוך למתקן הבטחוני. היעדר הגבלה בזמן של המגבלות מכוח סעיף 160, מייתרת למעשה את הצורך לעשות שימוש בסעיף 175.

36. אם כך, באילו מקרים יחול סעיף 175 לחוק, שעד היום לא הופעל אף פעם? קשה להלום ולשער מה היתה כוונת המחוקק בעניין זה. בישיבת ועדת הפנים (משנה) מיום 20.12.1964 ט"ו בטבת תשכ"ה פרוטוקול מס' 2 בעמ' 6, אנו מוצאים דברים שאמר ח"כ יוסף שופמן: "אם נותנים אפשרות שלא להתחשב בהוראות החוק, הרי צריך לומר, שאם ייפגעו זכויות של אזרחים, מוטלת חובת תשלום פיצויים... עקרון של רשות חריגה מוכרח להיות בגוף החוק ומוגבל רק בזכויות של האזרחים" – פרז ורוזנבלום בעמ' 403 ה"ש 142.

המדינה פירשה עד היום את סעיף 175 לחוק, כעולה על מקרה קיצון ודחוף, שמחייב להכניס שינוי בתכנית קיימת, כדי להבטיח את פעולתו התקינה של מתקן ביטחוני, אם מטעמי בטחון שדה או מטעמים אחרים, או כדי למנוע נזקי גוף או רכוש הצפויים מהפעלתו. דומה כי מערכת הביטחון מפרשת את הסעיף, בהקשר של הפרעה למתקן ביטחוני בשל תכנית קיימת – ארץ בחאקי עמ' 374. בהתחשב בצרכי הביטחון, מאפשר המחוקק למדינה לפעול בדרך מקוצרת ולשנות באופן "כירורגי" ומהיר תכנית קיימת, תוך עקיפת ההליך התכנוני הרגיל, אך תוך מתן פיצוי לנפגע שעומד בתנאי החוק – וראה גם ארץ בחאקי עמ' 304-305. לצד אלמנט הדחיפות, עומד גם נושא הסודיות. מאחר שההליכים לפי סעיף 175 אינם "שקופים" לציבור, כמו בהליכי תכנון רגילים, המדינה עשויה לבכר להכניס הוראת שינוי בתכנית קיימת, במסלול לפי סעיף זה.

נעמיד כעת את סעיף 160 לצד סעיף 175 ונלך לשיטתה של המשיבה: סעיף 160 מאפשר להטיל מגבלות בבחינת "תמרוך אזהרה" צופה פני עתיד בנוגע לסביבת המתקן הביטחוני, בעוד סעיף 175 מאפשר להתערב בתכנית החלה על סביבת המתקן הבטחוני. מכל מקום, המגבלות של איסור בניה ברדיוס מהמתקן, אינן מהוות פגיעה בקניין, מקום שהתכנית החלה על האיזור אינה מאפשרת ממילא בניה. זו התזה המרכזית של המשיבה, ובכך נרחיב להלן.

### המגבלה שהוטלה על ידי הולמ"ב במקרה דנן - האם פגיעה בקניין?

37. עד עתה יצאנו מנקודת הנחה, שהטלת המגבלות, פגיעה בפועל במקרקעין של המבקשים, מאחר שמוסדות התכנון אימצו את המגבלות וכי אין מדובר ב"תמרוך אזהרה" תכנוני גרידא (על טענה זו נעמוד בהמשך).

המשיבה טענה בבקשתה לדחיית התביעה על הסף, כי בכל מקרה, המגבלות המוטלות בהיתר לפי סעיף 160, אינן פוגעות בזכות הקניין של המבקשים. במקרה דנן, על פי התוכנית שחלה על האיזור, הייעוד של המקרקעין הוא לחקלאות, וייעוד המקרקעין לא השתנה כתוצאה מהטלת המגבלות. לטענת המשיבה, הדין אינו מכיר בזכות מוקנית לתכנון עתידי, או פגיעה בצפייה לתכנון עתידי, כך שממילא אין למבקשים זכות לפיצוי. לתמיכה בטענתה הפנתה המשיבה למספר פסקי דין: ע"פ 377/87 קלקא נ' מדינת ישראל פ"ד מא(4) 673, עמ' 681-679 (1987); בג"צ 4556/93 הילמן נ' שר



**האוצר** (ניתן ביום 21.8.1995); ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות 89 בע"מ נ' עמותת אדם טבע ודין פ"ד נו(3) 385, עמ' 415-416 (2002); בג"צ 4776/03 מלון רג'נסי נ' שר הפנים ([פורסם בנבו], ניתן ביום 9.5.2005); עת"מ (מנ' ת"א) 1036/02 רוטמן נ' ועדת הערר המחוזית מחוז מרכז ([פורסם בנבו], ניתן ביום 25.4.2002); עת"מ (מנ' חי') 1367/05 קאוף נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז חיפה ([פורסם בנבו], ניתן ביום 12.1.2006).

38. מנגד, טענו המבקשים, שהמגבלות גרמו לירידת ערך המקרקעין, ולו מן הטעם, שפגעו בפוטנציאל של ניצול המקרקעין. איזור ..... מתפתח לכיוון מזרח, שם נמצא המתקן, ונציגת מינהל מקרקעי ישראל בולמ"ב התבטאה במפורש כי קו המגבלות פוגע בתכניות עתידיות להקמת שכונות בקרבת המתקן. הא-ראיה, שתכנית ..... שעברה בתוך הקו הכחול סביב המתקן, תוקנה בעקבות הטלת המגבלות. מכאן, שהמגבלות פגעו בציפיה הסבירה עד-מאוד, לשינוי הייעוד של המקרקעין לשימוש שאינו חקלאי, מה שגרם לירידת ערך המקרקעין כפי שעולה מחוות הדעת השמאיות שצורפו לתובענה, ולכן הם זכאים לפיצויים.

39. במישור העקרוני, ולצורך שלב זה של מחיקה על הסף, דין טענת המדינה להידחות.

פסקי הדין עליהם הסתמכה המדינה, קובעים כי לבעל מקרקעין אין זכות קנויה לשינויי תכנון עתידיים של תכנית קיימת, וזכות הקניין כפופה למגבלות הבניה שבחוק ולתכניות המתאר התקפות החלות על המקרקעין. ברם, המבקשים לא ביקשו לשנות תכנית קיימת או להכיר בתכנית כלשהי שהפקידו. המבקשים טענו לפגיעה בזכות הקניין, עקב פגיעה בפוטנציאל לתכנון עתידי, המגולם בערך המקרקעין, שפגיעה בו כמוה כפגיעה בזכות הקניין. הפסיקה הכירה בכך שניתן להעריך פגיעה גם על פי פוטנציאל הפיתוח של הקרקע בעתיד, וכי פגיעה בפוטנציאל התכנוני של הקרקע מהווה פגיעה לפי סעיף 197 לחוק - א' נמדר "פגיעה במקרקעין (פיצויים בגין נזקי תכנית)" סעיף 312.

כך נאמר בע"א 483/86 בירנבך נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו פ"ד מב(2) 228 (1988):

**"הפוטנציאל התכנוני של נכס מקרקעין אשר "נפגע" על ידי תוכנית איננו מגולם אך ורק בתוכנית המיתאר אשר חלה עליו עובר לכניסתה לתוקף של התוכנית הפוגעת. אינפורמציה תכנונית רלבנטית מצוייה גם בתוכניות צפויות המיועדות לחול על המקרקעין. המדובר בסיכוי להרחבת אפשרויות הניצול של המקרקעין, למשל, על דרך של שינויי יעוד או הגדלת אחוזי בנייה, ובלבד שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא וודאי או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין....."**

וראה גם בג"צ 9402/03 בוכניק נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה ([פורסם בנבו], ניתן ביום 18.3.2007), שם נקבע לעניין התנגדות העותרים לתכנית שהטילה על המקרקעין שלהם מגבלות פיתוח, כי "אין לאדם זכות קנויה שמקרקעין יושבחו עקב תכנית". עם זאת "כל שנאמר אינו סוגר את הדלת בפני העותרים לטעון כי הם זכאים לפיצוי ראוי עבור הנטל שהוטל עליהם על ידי יעוד קרקעותיהם בתמ"מ 21/3. שאלה זו כוללת סוגיות הצריכות בירור והעשויות להשתנות מעותר לעותר בדבר היחס בין תמ"מ 21/3 לבין התכנית שקדמה לה; ציפיות שהיו, ככל שהיו, שהקרקע תופשר, וכיוצא באלו שאלות. סוגיות אלו אין מקומן להתברר במסגרת עתירה זו אלא במסגרת תביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה ככל שזו תוגש בהתאם לחוק".

העולה מן המקובץ, ומבלי לקבוע מסמרות, כי לצורך השלב המקדמי דכאן, המבקשים הראו כי נפגעה זכות הקניין שלהם עקב הטלת המגבלות על המקרקעין. נבהיר כי בכך רק מתחילים המבקשים את דרכם, ויהא עליהם להוכיח כי איסור הבנייה בשטח המתוחם בקו הכחול, פוגע באפשרות ניצול המקרקעין עד כדי זכאותם לפיצוי. בהקשר זה, אזכיר כי ייעוד המקרקעין הוא חקלאי, ואזכיר את סעיף 200 לחוק המפרט רשימה של הוראות פוגעות בתכנית שניתן בגינן פטור מתשלום פיצויים, ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר. השאלה אם הפגיעה, ככל שקיימת כזו בענייננו, עוברת את תחום הסביר לפי סעיף 200 תצטרך לידון בבוא העת.

בנקודה זו, אתיחס לטענת המדינה כי תביעת פיצויים לפי סעיף 176, שעד היום לא נעשה בו שימוש, צריכה להיות מוגשת כנגד הועדה המקומית לתכנון ובניה, כפי שקבוע בסעיף 197 לחוק, והסמכות לרון בתביעה זו נתונה לבית המשפט המחוזי בהליך אחר.

איני סבור כך. סעיף 176 קובע כי מי שנפגע על ידי הוראת שינוי "יהיה זכאי לפיצויים מאוצר המדינה בהתאם להוראות פרק ט', בשינויים המחוייבים לפי הענין" (הדגשה שלי – י.ע.). הכתובת לתביעת הפיצויים היא אוצר המדינה ולא הועדה המקומית כאמור בסעיף 197, ועל תביעה זו יש להחיל את ההלכות שנקבעו לעניין סעיף 197 בשינויים המחוייבים.

#### **סעיף 160 – מגבלה בת פועל או הודעה גרידא על מגבלה?**

40. טענת המשיבה, השוואת סעיף 160 לסעיף 175 היא בבחינת עירוב מין שאינו במינו. סעיף 160 לא מתיימר להטיל מגבלה כלשהי על מקרקעין סמוכים, אלא מהווה רק הודעה, או מעין "הערת אזהרה תכנונית" שצריכה לעמוד בפני מוסדות התכנון, אודות מגבלות כאלו ואחרות בשל מתקן בטחוני. ככזו, היא צופה פני עתיד ואינה פוגעת בקניין. להבדיל מהוראת שינוי לפי סעיף 175 שמטילה איסורים או הגבלות בתוכנית קיימת, ההודעה לפי סעיף 160 לא מתיימרת לעשות כן, והא-ראיה, שעל פי ס"ק (33), רשאי מוסד תכנון לאשר תכנית בניגוד למגבלות שהוטלו בשל מתקן ביטחוני, ובלבד שנשמעה תחילה עמדתו של נציג שר הבטחון. ובמילים אחרות, מגבלה לפי סעיף 160 היא בגדר **המלצה** לרשויות התכנון, שברצונן, יאמצו את ההמלצה וברצונן ידחו אותה. לכן, אין מניעה כי התובעים יגישו תוכנית מפורטת, התוכנית תידון על רקע המגבלות, וועדות התכנון יחליטו אם לקבלה חרף המגבלות או לדחותה.

41. אציב את טענת המשיבה בלשוני שלי, לאור המסקנה אליה הגענו לעיל לגבי תוכן המגבלות ותכליתן:

**תוכן המגבלות לפי סעיף 160** – זהה לתוכן הוראת שינוי לפי סעיף 175 (כגון: איסור על בנייה ברדיוס מסוים סביב למתקן הבטחוני).

**תכלית המגבלות לפי סעיף 160** – זהה לתכלית הוראת שינוי לפי סעיף 175 (הבטחת פעולתו התקינה של המתקן או מניעת נזקי גוף או רכוש הצפויים מפעולתו והשימוש בו).

**תוקף המגבלות לפי סעיף 160** – שונה מהוראת שינוי לפי סעיף 175. המגבלות לפי סעיף 160 אינן "בנות פועל תחיקתי" מאחר שאינן משנות את המצב התכנוני, בעוד שהוראת שינוי לפי סעיף 175 משנה את המצב התכנוני.

עם כל חריפותה של הטענה, אני סבור כי דינה להידחות ממספר טעמים שיפורטו להלן.

42. משהגענו למסקנה כי תחולתו של סעיף 160 היא זמנית (לתקופת הקמת המתקן או לתקופת השימוש החורג), הרי שגם כל הודעה על מגבלה לפי סעיף זה, נתחמת במסגרת הזמנית של הסעיף. להודעה על הטלת מגבלה מכוח היתר לפי סעיף 160 לא יכול להיות יותר מלהיתר עצמו. "תפוגת הזמן" של ההודעה על הטלת מגבלה בשל מתקן בטחוני, יכולה להיות זהה לתקופה בגינה ניתן ההיתר לפי סעיף 160, או קצרה ממנה, אך לא יכולה להיות ארוכה מתקופת ההיתר עצמו.

די בטעם זה, כשלעצמו, כדי לדחות טענת המדינה, גם אם נלך לשיטתה, ונראה את ההודעה על הטלת מגבלה, כ"המלצה" או כ"הערת אזהרה תכנונית" גרידא.

43. עמדנו על כך שכל הארץ מתקנים-מתקנים "ימה וקדמה צפונה ונגבה". נשאלת השאלה, הכיצד מגוננת מערכת הביטחון על מתקנים אלו, או על הציבור והרכוש בסביבת המתקן, אם סמכותה של הולמ"ב מוגבלת למתן הודעות או המלצות על הטלת מגבלות. התשובה היא, שהטלת המגבלות בהיתר, נתפסת הלכה למעשה על ידי רשויות התכנון כהוראה, ושמא אף כהוראה שאין להרהר אחריה. למיצער, גם אם ניתן לפעול לשינוי המגבלות, הדבר כרוך בהשקעת משאבים, שמא גם משאבים ניכרים, בדומה למשאבים הנדרשים לצורך שינוי ת.ב.ע. ובקיצור, אין להשוות מצבו של אזרח המבקש לקבל היתר בניה תואם תכנית מאושרת, שאז חייבת הרשות ליתן לו את היתר הבנייה המבוקש, לאזרח המבקש היתר בניה תואם תכנית מאושרת שלגביה נרשמה "הערת אזהרה תכנונית" בדמות הודעה על מגבלות לפי סעיף 160 לחוק.

כך לדוגמה, במאמרם של פרז ורוזנבלום מתואר הרקע ההיסטורי שהוביל לסכסוך בקשר לבסיס חיל הים בעתלית. באותו מקרה הטיל משרד הביטחון מגבלות תכנוניות מכוח סעיף 160 על הפיתוח והבניה בעתלית בחלקו הצפוני של הבסיס. בעקבות לחץ של מינהל מקרקעי ישראל הוחלט לפנות חלק מהבסיס באזור הצפון מזרחי ולהסיר את המגבלות ותחת זאת להקים את המתקנים הבטחוניים

בחלק הדרומי של הבסיס. לפנינו דוגמה לכך, שבסופו של יום המגבלות הוסרו או שוננו, אך לאחר זמן ומשאבים שהושקעו בכך.

44. בהיעדר נתונים מן השטח אודות הדרך בה מוסדות התכנון מתייחסים ל"הערת אזהרה תכנונית" או ל"המלצה" בדמות הודעה על הטלת מגבלות בהיתר לפי סעיף 160, אין לנו אלא להידרש לנוסחו של החוק.

נחזור ונבחן את כוחה וגבורתה של הודעה על הטלת מגבלות בהיתר, לפי המסלול המותווה בסעיף 160 לחוק.

הסמכות ליתן היתר למתקן בטחוני נתונה לולמ"ב, והבקשה להיתר תכלול את "פירוט המגבלות שעומדים להטילן עקב הקמת המיתקן על אדם אחר ויצורף לה תשריט המקום" (ס"ק 3). שר הבטחון או נציגו מודיעים למוסדות התכנון הרלוונטיים "על החלטות הועדות למתקנים בטחוניים להטיל מגבלות..." (ס"ק 3א), ומכאן ואילך "לא יפקיד ולא יאשר מוסד תכנון תכנית בניגוד למגבלות שהוטלו" אלא לאחר קבלת עמדת נציג מערכת הבטחון (ס"ק 3ב). סעיף 172 פוטר את מערכת הביטחון מהצורך לקבל היתר של הולמ"ב או של כל מוסד תכנוני אחר, עבור מתקן בטחוני נוסף בתחום מתקן בטחוני קיים, אם אין בכך כדי להוסיף על המגבלות הקיימות.

אם נעצור הילוכנו בשלב זה, הרי שהמחוקק לא נוקט לשון "המלצה" אלא רואה את החלטתה של הולמ"ב להטיל מגבלות, כהוראה המחייבת את מוסדות התכנון ולא בגדר "הערת אזהרה תכנונית" כטענת המדינה. דומה כי זו גם המציאות בשטח. מערכת הביטחון מגבילה שימושים של שטחים משיקים או סמוכים למתקנים ביטחוניים כגון: התנגדות למתן היתר להוספת מספר קומות למבנה בשל החשש כי הוספת הקומות תאפשר תצפית על המתקן הביטחוני; התנגדות לבניית ארבע קומות עליונות בבניין בן עשרות קומות מחשש שאלו יגרמו לשיבוש התקשורת בין המתקן הצבאי למתקנים אחרים; התנגדות לבניית שכונות מגורים בסמוך למתקני אחסון תחמושת בשל חריגה לרדיוס מגבלות הבנייה ועוד - ארץ בחאקי עמ' 308-309. הכוח של מערכת הביטחון להתנגד לתוכניות, נובע ככל הנראה מההגבלות שהוטלו לפי סעיף 160, ולא מצאתי מקור סמכות אחר לכך.

נמשיך בדרכנו ונמצא כי הכלל שנקבע בס"ק 160 (ב) הוא, שמוסד תכנון לא יפקיד ולא יאשר תוכנית שעומדת בניגוד ל"מגבלות שהוטלו", אלא לאחר ששמע את עמדת נציג משרד הבטחון (ס"ק 3ב). מכאן, שיכולים להיות מקרים חריגים, שבהם מוסדות התכנון יחליטו לאשר תוכנית בניגוד למגבלות ובניגוד לעמדת נציג משרד הביטחון. אלא שבאותם מקרים חריגים - וגם כאשר לא הוטלו מגבלות מלכתחילה - מוסמך שר הביטחון להגיש התנגדות לתכנית וזו תידון שוב בפני הולמ"ב בהליך "לא שקוף", שלא ניתן לעיון, על פי ההליך המותווה בסעיף 177. משמעות הדבר, שהליך שהורתו בולמ"ב חוזר בסופה של דרך להכרעה ב"מגרש הבית" של הולמ"ב, באותם מקרים חריגים בהם מוסדות התכנון מפקידים או מאשרים תוכנית בניגוד למגבלות. גם בהיעדר נתונים אמפיריים, דומה כי אין סיכוי גבוה, שהולמ"ב, שהטילה מלכתחילה את המגבלות, תאשר תוכנית בניגוד למגבלות, בבחינת הפה שאסר הוא הפה שהתיר. יש להניח כי "שיקולי מערכת הביטחון יהיו אפוא דומיננטיים בדרך כלל, והם יקבלו את התימוכין של מוסדות התכנון הנוגעים בדבר" - ארץ בחאקי עמ' 214.

45. אני נכון להניח כי אין למערכת הביטחון זכות וטו בכל מקרה, אך מטבע הדברים, ניתן משקל מכריע לעמדתה ולהתנגדות שהיא מעלה כנגד בנייה שסותרת את המגבלות שהוטלו על ידה. למיצער, באותם מקרים בהם מוסדות התכנון מתחשבים במגבלות שהוטלו, ועקב כך נדחית בקשה למתן היתר בנייה או נדחית בקשה לאישור תוכנית של מקרקעין סמוכים למתקן הביטחוני, יש בכך לכאורה פגיעה בקניין הנובעת מאותן מגבלות.

ודוק: איני שולל את טענת המשיבה כי סעיף 160 מציב לעיתים רק "תמרור אזהרה" בפני רשויות התכנון. אך יש ללכת צעד נוסף ולבחון מה הדין כאשר תמרור האזהרה הופך ל"תמרור הוריה" שמוסדות התכנון נוהגים הלכה למעשה על פיו, כמפורט להלן:

( - ) כאשר מוסד התכנון מסרב להפקיד או לאשר תכנית בשל המגבלות שהוטלו, נוכח ההוראה המנדטורית בס"ק 3(ב) "לא יפקיד ולא יאשר מוסד תכנון תכנית בניגוד למגבלות שהוטלו...". האם

זכאי האזרח לפיצוי או כטענת המשיבה, גם במקרה זה המגבלות הן עדיין בגדר "תמרוז אזהרה" תכנוני ?

( - ) כאשר מוסד התכנון סבר כי יש להפקיד או לאשר תכנית בניגוד למגבלות, אך לאחר ששמע את עמדת נציג שר הבטחון כאמור בס"ק (ב3), חזר בו וסירב להפקיד או לאשר תכנית בניגוד למגבלות. האם זכאי האזרח לפיצוי או כטענת המשיבה, גם במקרה זה המגבלות הן עדיין בגדר "תמרוז אזהרה" תכנוני ?

( - ) כאשר מוסד התכנון סבר כי יש להפקיד או לאשר תכנית בניגוד למגבלות שהוטלו, גם לאחר ששמע את עמדת נציג שר הבטחון, אך הולמ"ב קיבל את התנגדותו של שר הבטחון לפי סעיף 177. האם זכאי האזרח לפיצוי או כטענת המשיבה, גם במקרה זה המגבלות הן עדיין בגדר "תמרוז אזהרה" תכנוני ?

כל אלו מצבים בהם יש לראות את המגבלות כהוראות "בנות פועל" נורמטיבי.

כאשר מוסד תכנוני לא מפקיד ולא מאשר תכנית בניגוד למגבלות, על פי אחד משלושת המצבים דלעיל, משמעות הדבר היא "הקפאה תכנונית" של השטח הסמוך למתקן, בשל הוראה מינהלית בדמות הודעה של הולמ"ב על הטלת מגבלות. חוק התכנון והבניה מכיר במצבים מעין אלו, מצבים של "הקפאה מינהלית" לפני הפקדת תוכנית ולאחריה. כך נאמר בסעיף 78 לחוק:

"פורסמה ברשומות הודעה כאמור בסעיף 77 (הודעה על הכנת תכנית - י.ע.) רשאי מוסד התכנון המוסמך להפקיד את התכנית, לקבוע תנאים שלפיהם יינתנו היתרי בניה, היתרים לשימוש בקרקע או אישור תשריט של חלוקת קרקע בתחום התכנית המוצעת..."

וסעיף 98 (א) לחוק שכותרתו "הגבלת פעולות אחרי הפקדת תכנית" קובע כי :

"מוסד תכנון שהפקיד תכנית, רשאי, אחרי הפקדת התכנית, ועד למתן תוקף לה, לאסור מתן כל היתר לבניה ולשימוש לגבי מקרקעין שבתחום התכנית או לקבוע תנאים למתן היתר כאמור".

כל הקפאה תכנונית-מינהלית של מתן היתרי בנייה, מוגבלת בזמן על פי החוק, ובפסיקה נקבע כי " ככל שאפשרויות הפרט, לעשות ברכושו מצטמצמות, כך מתקצר הזמן שניתן לרשות לבצע את פעולתה ולהיפך. כלומר, ככל שהזמן העובר גדל כך גדל משקלו של האינטרס הפרטי עד כדי כך שבשלב מסוים הוא מטה את הכף ומחייב הכרעה מיידית" ע"א 653/97 חברת מרכז ברוך וציפורה [1](#) עיריית ת"א-יפו, פ"ד נג(5) 817 (1999) פסקה 9 לפסק הדין והאסמכתאות שם.

דא עקא, שלמגבלות התכנוניות לפי סעיף 160 לא נקצבו שנים ולא מועדים, ולשיטתה של המשיבה, הן יכולות לעמוד עד קץ הימים. זאת, למרות שרשויות התכנון מכלכלות מעשיהן על פי אותן מגבלות ולמרות שבכך נפגעת, לכאורה, היכולת לנצל ולהשתמש במקרקעין הסמוכים למתקן הביטחוני בעטיו הוטלו המגבלות.

46. איננו צריכים להרחיק עדותנו. די לסקור את העובדות במקרה דנן כדי להיווכח שהולמ"ב ומוסדות התכנון מתייחסים למגבלות שהוטלו מכוח סעיף 160, כאל מגבלות מחייבות בפועל. נחזור ונצטט את מכתבו מיום 31.1.00 של נציג משרד הבטחון בולמ"ב אל הועדה המחוזית לתכנון ובניה (סעיף 7 לעיל): "לאחרונה הוחלט להשית סטטוטורית מגבלות הבניה סביב המתקן". ובמכתבו של נציג משרד הבטחון בוועדה המחוזית מיום 31.3.04 (סעיף 10 לעיל) "על שטח המקרקעין האמור הוחלו מגבלות בנייה סטטוטוריות, המונעות שימוש במקרקעין למטרות בנייה, שאינה חקלאית".

המינוחים בהם משתמשים נציגי מערכת הביטחון, מעידים כי בפרקטיקה, הודעה על מגבלות שהוטלו מכוח סעיף 160, אינה רק "הערת אזהרה תכנונית" או "המלצה" גרידא, ומערכת הביטחון רואה מגבלות אלו כמגבלה תכנונית סטטוטורית.

נזכיר כי לטענת המבקשים, תוכנית מפורטת בשם ..... המתייחסת לאיזור, צומצמה בהתאם לקו המגבלות שהוטלו על ידי הולמ"ב, כך שבפועל, מוסדות התכנון כבר נוהגים על פי המגבלות. לטענת

המבקשים, אין סיכוי כי תוכנית העומדת בסתירה למגבלות תתקבל אפילו להפקדה, בהיותה סותרת את המגבלות שכבר הוטמעו בתוכנית.....

### מגבלות מכוח סעיף 160 לעומת הוראת שינוי לפי סעיף 175

47. על רקע האמור לעיל, נחזור ונעמיד את שני הסעיפים זה לצד זה וניווכח לדעת מה הסיבה בגינה אין מערכת הביטחון נדרשת לעשות שימוש בהוראת שינוי לפי סעיף 175.

ניקח לדוגמה איסור בנייה ברדיוס מסוים מהמתקן, כמו במקרה דנן. מה הנפקא מינה, אם הולמ"ב מטיל מגבלה בהיתר לפי סעיף 160, לפיה נאסרת בנייה ברדיוס מסוים מהמתקן, כפי שנעשה במקרה שבפנינו, או שהולמ"ב הייתה דורשת מהועדה המקומית להכניס שינוי בתכנית המתאר מ/ש/11 ולפיה יש לאסור על בנייה ברדיוס מסוים מהמתקן? בשני המקרים, מדובר במגבלה של איסור בנייה שמטרתה להגן על השימוש במתקן או למנוע נזק ברכוש או בנפש לסביבה. בשני המקרים, איסור בנייה על מקרקעין הסמוכים למתקנים ביטחוניים, פוגע לכאורה באפשרות לשווק את המקרקעין או להפשירים בעתיד לצרכי בנייה או לעשות בהם שימוש רגיל.

מבחינת התוצאה של פגיעה בקניין, מה לי איסור בנייה מכוח מגבלות שהוטלו בהיתר לפי סעיף 160 ומה לי איסור בנייה מכוח הוראת שינוי בתכנית לפי סעיף 175. מבחינת בעל המקרקעין הסמוכים למתקן, הוא נפגע בכל אחד משני המסלולים, אך בפגיעה עקב הטלת מגבלות לפי סעיף 160 הוא לא יזכה בפיצוי, בעוד שבפגיעה עקב הוראת שינוי הוא עשוי לזכות בפיצוי לפי סעיף 197 לחוק "בשינויים המחוייבים".

היעדר השימוש בהוראת סעיף 175, מביא אותי למסקנה כי בפועל, סעיף 160 הפך למסלול "עוקף" פיצוי. המשיבה נקטה מאז ומתמיד בדרך של הטלת מגבלות דרך ההיתר לפי סעיף 160, מבלי להידרש למסלול של הוראת שינוי בתוכנית לפי סעיף 175. זאת, מן הטעם הפשוט שהיא יכולה להשיג את התוצאה הרצויה מבחינתה, באמצעות הטלת מגבלות בהיתר לפי סעיף 160. שהרי, לשיטת המשיבה, מגבלות אלו אינן תחומות בזמן ואינן מזכות בפיצוי, למרות שיש להניח כי ברובם ככולם של המקרים, מוסדות התכנון נוהגים בפועל על פי המגבלות.

48. ואם יקשה הקורא: הרי סעיף 175 מדבר במפורש בהוראת שינוי בתוכנית, ואם אין משנים דבר בתוכנית החלה על האיזור, ממילא אין חובה לפצות.

על פי מדיניותה ופרשנותה של המשיבה את המגבלות לפי סעיף 160, היא לא נדרשת להכניס הוראת שינוי בתוכנית, מאחר שהיא ממילא משיגה את התוצאה של הגנה על המתקן הביטחוני או על סביבתו, באמצעות הטלת מגבלות בהיתר לפי סעיף 160 לחוק. הסיכוי שמערכת הביטחון תידרש "כאן ועכשיו" לשנות את תוכנית המתאר כדי להבטיח פעולתו התקינה של מתקן ביטחוני או כדי למנוע נזקי גוף או רכוש הצפויים מהפעלת המתקן אינו גבוה. מנגד, העובדה שהמדינה לא עשתה עד היום שימוש בסעיף 175 - למרות שהארץ זרועה במתקנים ביטחוניים - מעידה על כך, שבסעיף 160 נעשה שימוש נרחב ולא מוגבל בזמן, באופן שמייתר את הצורך להכניס הוראת שינוי בתוכנית. במילים אחרות, ההבחנה בין מגבלות בנייה הפוגעות במקרקעין סמוכים לפי סעיף 160 לעומת הוראות שינוי הפוגעות בתכנית סטטוטורית לפי סעיף 175, היא הבחנה שהולכת ומיטשטשת עם חלוף הזמן בו נותרות המגבלות בתוקפן. אך התוצאה האפקטיבית של שניהם זהה: פגיעה לכאורה באפשרות לפתח או להכשיר בעתיד את המקרקעין הסמוכים למתקן.

49. ומזווית נוספת: עד להלכת הושיעיה, היתר למתקן ביטחוני לפי סעיף 160, ניתן גם כתחליף לתכנית לשינוי ייעוד המקרקעין לצרכי ביטחון, בבחינת תוכנית והיתר בדיבור אחד. מכאן, שבמישור המהותי, ההיתר שניתן על ידי הולמ"ב, על המגבלות שהוטלו מכוחו, כמוהו כתוכנית שפוגעת במקרקעין הסמוכים. לכן, ובהנחה שהמגבלות שהוטלו בהיתר פוגעות במקרקעין של המבקשים, יש לראותם כאילו ונפגעו מתוכנית כאמור בסעיף 197. תיכבד אפוא המשיבה ותתכנן תוכנית לשינוי ייעוד שטח המתקן לייעוד בטחוני או שתכניס הוראת שינוי בתוכנית הקיימת, כך שיתאפשר למבקשים לקבל פיצוי על הנזק שנגרם, אם נגרם, בגין הפגיעה במקרקעין הסמוכים למתקן.

## סיכום ביניים

50.

ככל שמערכת הביטחון מבקשת להטיל מגבלות על מנת להבטיח פעולתו התקינה של מתקן ביטחוני או כדי למנוע נזקי גוף או רכוש עקב ההפעלה והשימוש במתקן, עומדות בפניה שלוש דרכי פעולה:

א. דרך המלך, הדרך האידיאלית – הכנת תכנית לבניית המתקן הביטחוני או להסדרת השימוש במתקן הביטחוני. במסגרת תכנית זו, יש לשנות את ייעוד השטח לביטחוני וניתן להטיל מגבלות שונות להבטחת פעולת המתקן וסביבתו. ככל שיהא במגבלות בתוכנית כדי לפגוע במקרקעין סמוכים, יחול המסלול הרגיל של מתן פיצוי למקרקעין לפי סעיף 197 לחוק.

ב. שני מסלולים לפי פרק ו' והם:

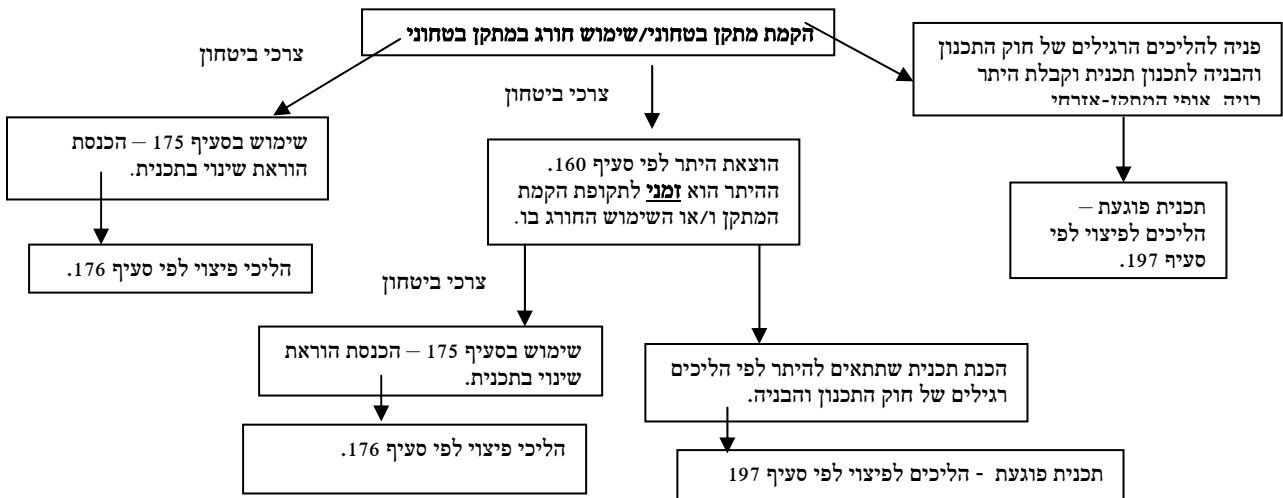
(1) הוצאת היתר להקמת המתקן או לשימוש חורג במתקן לפי סעיף 160, גם אם הדבר נעשה בניגוד לייעודו של השטח על פי תכנית קיימת. למרות היעדר תנאי "הכרחיות" בסעיף 160, הרי שנוכח הלכת הושעיה, השימוש בהיתר כזה ייעשה במקרים שצרכי הביטחון מחייבים פניה למסלול זה (דחופות או סודיות). במסגרת ההיתר ניתן להטיל מגבלות שונות על מנת להגן על פעולת המתקן או כדי למנוע נזקי גוף או רכוש בשל פעולת המתקן והשימוש בו. לאור סעיף 4 לתקנות התכנון והבנייה (הוראות מיוחדות בדבר היתר במיתקן בטחוני) התשכ"ז-1967, ועל פי הלכת הושעיה, היתר כזה הוא זמני במהותו ועל המשיבה הבונה מתקן בטחוני או משתמשת במתקן בטחוני שלא בהתאם לתכנית קיימת, לתכנן תכנית לבניית המתקן הביטחוני ועל פיה להתאים את ההיתר לתוכנית (וראה לדוגמא הצעה לתיקון פרק ו' במאמרם של פרז ורוזנבלום לעיל). לחילופין, בתום התקופה של ההקמה או השימוש החורג, ונוכח צרכי הביטחון, יכול שיעשה שימוש בסעיף 175 לחוק וראה להלן.

המטרה היא, שבסופו של תהליך יעוגנו בתכנית המגבלות הנדרשות להבטחת פעולתו של המתקן וסביבתו, ושעוגנו עד אז בהיתר לפי סעיף 160. משמעות הדבר היא, שבקצה המסלול של סעיף 160 ניצבת תוכנית, ואנו חוזרים ל"משבצת הראשונה" דלעיל, וככל שיש באותה תוכנית כדי לפגוע בקניינו של הפרט, יהיה הנפגע זכאי להגיש בקשה לפיצוי לפי סעיף 197 לחוק או לפי סעיף 176 המפנה לסעיף 197 "בשינויים המחוייבים".

(2) הכנסת הוראת שינוי בתכנית לפי סעיף 175, על מנת להבטיח פעולת המתקן וסביבתו. פרוצדורה זו תינקט בעיקר משיקולי סודיות, שכן הליכי התכנון הרגילים גלויים לכול, או

בשל צורך דחוף במגבלות נוספות מעבר לאלו שנקבעו בהיתר או בתכנית. דא עקא, שגם על פי מסלול זה, הפגיעה במקרקעין, מזכה בפיצוי לפי סעיף 176 המפנה לסעיף 197 "בשינויים המחוייבים".

המסקנה היא, שבסופו של יום, באותם מקרים בהם ההקמה והשימוש במתקן הביטחוני פוגעים או עשויים לפגוע במקרקעין סמוכים, כל הנחלים מובילים אל זכות הפיצוי, ונדגים זאת בשרטוט להלן:



51. דוק: המחוקק העניק למדינה אפשרות להטיל, במסגרת ההיתר לפי סעיף 160, מגבלות תכנוניות ולפגוע בקניין ללא פיצוי, אך זאת רק לתקופת ביניים של הקמת המתקן הביטחוני או לתקופה בה נעשה שימוש חורג במתקן [במאמר מוסגר: גם במסגרת סעיף 197 לחוק, לא ניתן לתבוע פיצוי בגין פגיעה במקרקעין בשל היתר לשימוש חורג – א' נמדר "פגיעה במקרקעין (פיצויים בגין נזקי תכנית)" סעיף 218]. בתום תקופת השימוש החורג, יש לתכנן תכנית מתאימה ליעוד הביטחוני ולעגן בה את המגבלות, ובמקרים מיוחדים, כאשר קיים צורך בטחוני, להטיל את המגבלות בתכנית הקיימת כהוראת שינוי לפי סעיף 175.

על פי התקנות לגבי היתר למתקן ביטחוני, ההיתר יינתן לתקופה של 5 שנים. מתקין התקנות נתכוון לתקופת הקמתו של המתקן הביטחוני, אך מה פרק הזמן בו רשאית המדינה לעשות שימוש חורג במתקן, תוך הטלת הגבלה על סביבותיו, ללא פיצוי? איני רואה לקבוע מסמרות בנושא רגיש זה. הדברים תלויים במגוון רב של גורמים, ובין היתר, אופי המתקן הביטחוני, גודלו ויעודו; משך הזמן שנדרש לבנייתו; צרכי מערכת הביטחון ותוכניותיה לגבי המתקן לעומת צרכיו של הפרט הנפגע והציבור; אופי הסביבה, הציפיה להתפתחות תכנונית באזור וכיו"ב שיקולים.

### על פרשנות דהיום

52. הפרשנות המוצעת על ידינו לגבי יישומו ופועלו של סעיף 160 מביאה בסופו של יום, למתן פיצוי למקרקעין שנפגעו עקב הטלת מגבלות בהיתר, ככל שהמגבלות נותרו בתוקפן תקופה שעולה על התקופה הסבירה של שימוש חורג. עם תום התקופה הסבירה לשימוש חורג על פי היתר לפי סעיף 160, פג כוחן של המגבלות שהוטלו על פי ההיתר.

פרשנות זו נוגדת את הפרקטיקה הקיימת מזה עשרות שנים. מערכת הביטחון נהגה מאז ומתמיד לעשות שימוש בהטלת מגבלות בהיתר לפי סעיף 160 לחוק, מגבלות שנתרו על כנן שנים רבות, תוך פגיעה במקרקעין סמוכים, וללא תשלום פיצויים עקב הפגיעה. מעיון בספר ארץ בחאקי, נמצאתי למד כי כל הנוגעים בדבר קיבלו פרשנות זו כ"כזה ראה וקדש", ללא ערעור וללא הרהור.

הפסיקה הכירה בכך, שבין יתר השיקולים, רשאי בית המשפט בבואו לפרש את החוק, להביא בחשבון את פרשנות הרשות הלכה למעשה – בג"ץ 6395/98 אלקושי נ' קצין התגמולים משרד הבטחון, פ"ד נד(1) 454, 462 (1999) והאסמכתאות שם. לפרשנות של הרשות הציבורית יש משקל מסוים, ובמקרה של ספק, היא עשויה להכריע את הכף, ולמיצער, להוסיף נופך של תמיכה וחיזוק לפירוש העולה בקנה אחד עם הפרקטיקה הנוהגת - רע"א 3527/96 צ'צקס אקסלברד נ. מנהל מס רכוש איזור חדרה, פ"ד נב(5) 385, 407-408 (1998) והאסמכתאות שם. מנגד, יש הגורסים כי משקלה של הפרקטיקה לפתרון סוגיה של פרשנות הוא כמשקל נוצה - דעתו של השופט חשין בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 742-743 (1999).

53. ככל שאתן משקל לפרקטיקה הנוהגת עשרות בשנים, ולפיה אין לפצות בגין פגיעה בקניין בשל מגבלות שהוטלו על מקרקעין סמוכים למתקן ביטחוני, אני סבור כי הרוח המנשבת כיום בפסיקה, מטה את הכף לפרשנות המוצעת על ידינו.

לשינוי העיתים יש השפעה על פרשנות החוק. שינוי ולמדנו כי סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מונע ליתן פרשנות חדשה לחוקים שנחקקו לפני חוק היסוד. כך באופן כללי – ראה, לדוגמה, דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל פ"ד מט(4) 589, 653 (1995); בג"צ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו), ניתן ביום 12.1.2006. כך גם ספציפית לפרשנות חקיקה העוסקת בהפקעת מקרקעין או בפגיעה במקרקעין, נוכח מעמדה החוקתי של זכות הקניין לאחר חקיקת חוקי היסוד - ראה, לדוגמה, דעת המיעוט של השופט דורנר בדנ"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 83-91 (1995); דעת המיעוט של השופט מצא בבג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309 (1996); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001); ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ק. אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001), ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483 (1995).

והחשוב לעניינו - כך גם לגבי פרשנות פרק ו' לחוק התכנון והבניה. הוראותיו של פרק ו' הן עמומות והפרקטיקה שהתפתחה לפיהן במהלך השנים, אינה עולה בקנה אחד עם הסביבה המשפטית

דהיום, בעידן שלאחר חקיקת חוקי היסוד. בהלכת הוועדה נאמר כי יש לפרש באופן מצמצם את ההוראות הגורפות בתחום הביטחון הנוגעות לזכות הקניין, ועל הרשות הפועלת מכוח פרק ו', להפעיל סמכותה במידתיות ובסבירות, בהתאם לעקרונות הכלליים של הפעלת סמכות שלטונית ועקרונות הפרשנות ברוח חוקי היסוד. בע"מ 3151/06 חברה פלונית נ' הועדה למתקנים בטחוניים – מחוז חיפה (פורסם בנבו), ניתן ביום 12.6.2007) נאמר בהתייחס לפרק ו' לחוק:

“ואכן, נושאים כמו שקיפות, איכות סביבה, מעורבות הציבור, בודאי בכל הנוגע לענייני ביטחון לא נודעו, או כמעט לא נודעו, בימי חקיקתו של החוק ובעשורים משכבר, והם לחם חוק בעידנו, כערכים מרכזיים במינהל הציבורי ובאיכות חיינו. פעפועם של ערכים אלה לתוך המשוואה הביטחונית הוא מחויב המציאות, ובלשון תמציתית – עסקינן בסמכות מול שיקול דעת; הסמכות על פי פרק ו' ניתנה למערכת הביטחון ולועדה למתקנים ביטחוניים על-ידי המחוקק. ואולם, שיקול דעתן נתון לפרשנות ברוח הזמן והמקום, שהיא גם בעלת מימד ערכי.”

54. ולבסוף, נשים נגד עינינו את הכלל לפיו מתן פיצוי בגין פגיעה בקניין עושה בדרך כלל את הפגיעה למידתית “...במתן פיצוי בגין פגיעה, אמנם אין כדי לבטל את הפגיעה בקניין, אך יש בו כדי לעשות פגיעה זו מידתית...” – ע"מ 2775/01 שרגא ויטנר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה “שרונים” (פורסם בנבו), ניתן ביום 4.9.2005) סעיף 13 לפסק הדין.

איני בא להרחיק לכת ולומר כי קיימת חובת פיצוי כללית בגין כל פגיעה במקרקעין, גם בהיעדר הוראה בדין – ע"מ 9918/05 כוכב ישראל בע"מ נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום (פורסם בנבו), ניתן ביום 18.10.06), שם נדחתה הפקדת תכנית שעמדה בניגוד לצו סגירה של שטח אש מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה. כן ראה ת"א (מחוזי ת"א) 2297/01 אבן זוהר ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), ניתן ביום 28.2.2006), שם נדחתה תביעה לפיצוי בגין סגירת שטחי אימונים מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום).

[במאמר מוסגר: בפרשת אבן זוהר בית המשפט התייחס גם למגבלות שהוטלו על יתרת החלקה לפי סעיף 160 לחוק וקבע לגביהן, במשפט אחד, כי המגבלות הוטלו כדין ואין זכות לפיצוי. ערעור על פסק הדין, המתמקד בהוראת תקנה 125 לתקנות ההגנה, תלוי ועומד כיום בבית המשפט העליון (ע"א 2281/06)].

אולם מקום בו ניתן לפרש את החוק כמעניק פיצוי בגין פגיעה במקרקעין עקב הפעלת סמכות שלטונית, יש להעדיף את הפרשנות המזכה בפיצוי, כך שתוקחה עוקצה של הפגיעה. יפים לענייננו, דברים שנאמרו אך לאחרונה על ידי כב' השופט ארבל בע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין (פורסם בנבו), ניתן ביום 9.12.08):

“עקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית הוא כי פרט שזכות קניינית שלו נפגעה בעקבות פעולה שביצעה הרשות זכאי לפיצויים. הזכות לפיצויים הוכרה זה מכבר כזכות בעלת חשיבות יתרה העומדת “על מדרגה - או כמעט על מדרגה - של זכות-יסודי”.... עם השנים, ובהתחשב במעמדה החוקתי של זכות הקניין, קבע בית משפט זה כי יש לפרש את דיני ההפקעה ואת דיני התכנון והבניה באופן שיקטין ככל הניתן את הפגיעה בזכות הקניין...”

55. הפרשנות של המשיבה, לא עולה בקנה אחד עם הלכת הוועדה, ויש בה פוטנציאל לפגיעה ארוכת טווח בזכויות קניין, ללא מתן פיצוי. הפרשנות המוצעת על ידינו, מניחה כי ההיתר

שניתן על פי סעיף 160, על המגבלות המוטלות לפיו, נועד לתקופת הקמת המתקן או לתקופת השימוש החורג, ולכן סבר המחוקק שאין מקום לפיצוי בשל פגיעה זמנית ביכולת הניצול והשימוש של המקרקעין הסמוכים למתקן הביטחוני.

פרשנות זו, מחייבת את המדינה, בעת שהיא מטילה מגבלות עקב הקמה או שימוש במתקן בטחוני, לקחת בחשבון, כי בסופו של יום, היא עליה לפצות את בעלי המקרקעין הנפגעים, שיקול שכל הנראה לא נכלל במסגרת שיקוליה עד היום. שיקול זה עשוי להשפיע על החלטת המדינה לגבי מיקומו ואופיו של המתקן, ושמא בטווח הרחוק, יביא לאיזון ראוי יותר בין צרכי הביטחון לפגיעה בקניין.



## התוצאה האופרטיבית – מן הכלל אל הפרט

56. המשיבה משתמשת במתקן לצרכים ביטחוניים משנת 1967. כיוון שהמקרקעין מיועדים לחקלאות ולא תוכננה תכנית לייעוד בטחוני למתקן, השימוש במתקן מהווה שימוש החורג מהתכנית החלה על המקום. הטלת המגבלות על פי ההיתר לפי סעיף 160(א3), בדיעבד, למעלה משלושים שנה לאחר הקמת המתקן, נעשתה לאור תיקון 43, שחייב משלוח הודעה למוסדות התכנון על החלטת הולמ"ב להטיל מגבלות בהיתר.

איני מייחס למשיבה חוסר תום לב או שרירות, בכך שהטילה את המגבלות בהיתר ולא כהוראת שינוי בתכנית, על פי הפרקטיקה בה נהגה שנים רבות. פסקי הדין הספורים בעניין פרק ו' והצורך בפרשנות חדשה ומאוזנת ניתנו בשנים האחרונות, בעוד המצב המשפטי בשנת 1998, אז החלה המשיבה בהליכים להוצאת ההיתר, היה שונה (על אף שבאותה עת כבר היו חוקי היסוד בתוקף). גם בפרשת הושעיה, היה בית המשפט ער למציאות זו ולעובדות בשטח והורה כי הכללים שהתווה ינחו את המדינה מכאן והלאה.

המגבלות שהוטלו מכוח ההיתר לפי סעיף 160, בדמות איסור בנייה בקונטור שנקבע, פוגעות לכאורה בזכות הקניין של המבקשים. משהגענו למסקנה כי ההיתר לפי סעיף 160 הוא היתר זמני לתקופת הקמת המתקן או לתקופת השימוש החורג, אזי המגבלות שהוטלו על פי ההיתר מוגבלות אף הן בזמן. בחלוף למעלה מארבעים שנה מאז הקמת המתקן, ובחלוף כעשר שנים מאז עוגנה המגבלה התכנונית בהיתר, אני סבור כי תקופת השימוש החורג במתקן תמה זה מכבר.

מערכת הביטחון רשאית כמובן להגיע למסקנה כי אין לה כבר חפץ במגבלות שהוטלו בשעתו. אך ככל שמערכת הביטחון מבקשת להותיר את המגבלות בתוקף, עליה לעשות אחת משתיים:

א. להכין תכנית מתאימה, כמצוות הלכת הושעיה, המייעדת את המתקן וסביבתו לצרכי ביטחון. תכנית כזו תכלול, לפי שיקול דעתה של המשיבה, את המגבלות המוטלות על המקרקעין ובכך יתאפשר למבקשים להגיש תביעה לפי סעיף 197 בגין תכנית פוגעת.

ב. בהיעדר אפשרות לתכנן תכנית מטעמי בטחון כמו דחיפות או סודיות, על המשיבה לפעול על פי הוראות סעיף 175 לחוק ולהטיל את המגבלות התכנוניות כ"הוראת שינוי" בתכנית המתאר הקיימת, כאשר על פי הוראת השינוי יחול איסור בנייה בשטחים הנכללים בקו הכחול. בכך יתאפשר למבקשים להגיש תביעה לפי סעיף 176 לחוק, המחיל את הוראת סעיף 197 בשינויים המחוייבים.

57. מאחר שהמדינה לא עשתה כן, המבקשים נמצאים כיום במילכוד: מחד, המקרקעין שבבעלותם נפגעו לכאורה, ומאידך, הרשות לא מתאימה את התוכנית הקיימת למגבלות הנובעות מייעודו הביטחוני של המתקן ולא מכניסה הוראת שינוי בתוכנית הקיימת. בדרך זו, נחסמת דרכם של המבקשים לתבוע פיצוי במסלול של סעיף 197, או במסלול של סעיף 176 לחוק כפי שנתבע על ידם בתביעה זו.

האם במצב דברים זה, ובחלוף כארבעים שנה מהקמת המיתקן, על בית המשפט לראות את המדינה כמי שפעלה על פי אחת משתי הדרכים דלעיל? האם נוכח האמור בהחלטה זו, עומדת למבקשים תביעה בעילה נזיקית בגין פגיעה בקניין? האם התביעה דכאן מוקדמת, ועל המבקשים להגיש תוכנית מפורטת בהתעלם מהמגבלות, על מנת להראות כי בשל המגבלות הועדה מסרבת להפקיד או לאשר את התוכנית (לפני או לאחר התנגדות שר הבטחון)? האם נוכח האמור בהחלטה זו, על המבקשים לתקן את הסעדים בכתב התביעה או לעתור לחייב את המדינה לפעול באחת מהדרכים דלעיל, ואם כן, באיזה טריבוטל?

בשלב זה אני מותיר שאלות אלו בצריך עיון, על מנת לאפשר לצדדים לבחון תוכן החלטה זו ולכלכל מעשיהם בהתאם.

נקבע לקדם משפט ליום 3.5.09 שעה 09:00.

הערה: למרות שבא כוח המשיבה לא ביקש איסור פרסום על החלטה זו או חלק ממנה, גם כשנשאל על כך, מצאתי לנכון ולו לשם הזהירות גרידא, למחוק בנוסח המתפרסם לציבור, "פרטים מזהים" לגבי המתקן הבטחוני.

ניתנה היום, ט' שבט תשס"ט, 03 פברואר 2009, בהעדר הצדדים.

יצחק עמית 54678313-172/06

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה