

בתי המשפט

עתמ001164/04	בית המשפט לעניינים מינהליים נצרת		
08/02/2005		סגן הנשיא נסים ממך	בפני:

בעניין: הושעיה - ישוב קהילתי כפרי של אגוד המושבים של הפועל המזרחי אגודה שיתופית בע"מ
 ע"י ב"כ עו"ד רוגין ושטראוס **העותר**

נ ג ד

1. מדינת ישראל - משרד הביטחון
 2. הוועדה למיתקנים ביטחוניים שליד הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז הצפון
 3. הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז צפון
 ע"י ב"כ עו"ד קורן **המשיבים**

פסק דין

העתירה והמחלוקות

1. הסעד המבוקש בעתירה זו הוא מתן פסק דין הקובע כי בניית המחנה הצבאי בידי המשיב מס' 1 [להלן - משרד הביטחון], בסמוך לישוב מצפה הושעיה [להלן - העותר] הינה בלתי חוקית, כי ההיתר לביצוע עבודות הבניה ניתן שלא כדין והוא בטל וכן להורות על הפסקת כל עבודות הבניה והחזרת המצב לקדמותו. לחילופין מבקש העותר כי העבודה תופסק עד שיימצא פיתרון לכל ההיבטים התכנוניים, הלוגיסטיים והסביבתיים הנוגעים להקמת המחנה.

יחד עם העתירה הוגשה בקשה למתן צו ביניים כנגד המשך עבודות הבניה. בהסכמת ב"כ הצדדים נדונו העתירה והבקשה לצו ביניים יחד.

2. אם אמקד עוד יותר את המחלוקת בין הצדדים אומר כי הם חלוקים בשאלה האם ובאיזו מידה פטור משרד הביטחון, בבואו להקים מתקן בטחוני מסוג המחנה הזה, מהוראות חוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965 [להלן - חוק התכנון והבניה] ותקנותיו בכל הנוגע לציות לתוכניות, דרכי הרישוי, דרישות פרסום וכיוצא בזה הוראות שקיומן הוא תנאי למתן היתר בניה.

שאלה אחרת שמתעוררת היא, בהנחה שיש לעותר עילה להפסיק את העבודות או לדרוש את ביטול ההיתר, האם לא השתהה יתר על המידה באופן שאין מקום להיזקק לעתירה.

היתר הבניה – עמדת העותר

3. העותר הוא ישוב קהילתי כפרי שהוקם בגליל התחתון, מדרום לכביש מס' 77 המוליך מצומת המוביל בואכה צומת גולני. הוא הוקם בשנת 1983 ונבנה בהתאם לתוכנית תמ"מ/2 [שינוי מס' 4] ומתגוררות בו כ- 250 משפחות. במחצית שנת 2003 החל משרד הביטחון לבצע עבודות עפר בסמוך ליישוב. בדיעבד נודע לעותר ולמעשה סמוך להגשת העתירה, כי ביום 10.3.96 נתנה המשיבה מס' 2, הועדה למתקנים בטחוניים שליד הועדה המחוזית לתכנון ובניה [להלן – הולמ"ב] היתר לפי חוק התכנון והבניה לבנות את המחנה. מטרת העבודות היא הקמת מחנה צבאי גדול, לטענת העותר מן הגדולים בארץ, אשר יוקם בעקבות העתקתם של מחנות הצבא בנשר ובכורדני. העותר סבור כי להקמת המחנה הגדול הזה תהיה השפעה סביבתית ניכרת: הוא יפגע בנוף הגלילי המיוחד שבתוכו הוקם היישוב; מאחר שהוא עתיד להיות מוקד לפעילות ותעסוקה אינטנסיבית וימוקם אך מאות מטרים ספורים מבתי היישוב הוא יהווה מקור רעש, זיהום אוויר וכו' ויפגע קשות באיכות החיים שביישוב. לטענת העותר מלבד הפגם שענינו פגיעה בנוף ובאיכות החיים ניתן למצוא פגמים בהליכי הרישוי של המחנה בנקודות הבאות:

- א. הקמת המחנה נוגדת את הוראות התמ"מ שבתוקף;
- ב. אפילו לא היה ניגוד שכזה - הקמת המחנה הצריכה עריכת תוכנית מתאר מקומית ותוכנית מפורטת, שאילו נעשו היתה עומדת לעותר ולתושביו זכות להביע להן התנגדות;
- ג. המחנה אמור להיות מוקם באיזור המוכרז קרקע חקלאית כמובנה בתוספת הראשונה לחוק התכנון והבניה, מבלי שנערכה קודם לכן התייעצות ראויה עם הועדה לשמירה על קרקע חקלאית ושטחים פתוחים;
- ד. הקמת המחנה במתכונת הנוכחית, דהיינו בלי תוכנית מקומית ותוכנית מפורטת ובניגוד להוראות תמ"מ/2, שוללת מתושבי העותר את הזכות לפיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה.

4. עו"ד שטראוס, ב"כ העותר, ער לכך כי כבר בעתירה עליו להסביר מדוע הוגשה העתירה רק עתה, זמן רב לאחר שהוחל בעבודות החפירה. טענת העותר היא כי בשל העובדה שמדובר במתקן בטחוני לא ניתן היה לקבל לגביו מידע בדרך המקובלת. באותם מגעים שקויימו בין פרנסי היישוב לבין נציגי משרד הביטחון וגם עם השר לאיכות הסביבה נמסר מפי האחרון כי המחנה יוקם במקום אחר שאינו המקום הנוכחי, והם הבינו כי הוא לא יִקָּאָה לְעֵין המתבונן מבתי היישוב לכיוון צפון, דהיינו הוא יוקם מאחורי הרכס המפריד בין היישוב לבין הכביש הראשי. בסופו של דבר התברר כי בניגוד להבטחות, המחנה יוקם הרבה יותר קרוב ליישוב והוא ניצב ממש מול בתי היישוב. עד שעמדו אנשי היישוב על מה שהולך ומתהווה לנגד עיניהם ועד שהתפכחו מאשליותיהם עבר זמן רב די הותר.

5. ב"כ העותר מפרט בעתירה שורה נכבדה של נימוקים מדוע הקמת מבנה כלשהו, ועל אחת כמה וכמה מחנה צבאי גדול שכזה בלא תוכנית מתאר מקומית ותוכנית מפורטת, היא הליך בלתי חוקי הפוגע מעבר למידה בזכויות העותר ועומד בניגוד לעקרונות חוק התכנון והבניה. כך, למשל, הוא מציין כי הקמת המתקן ללא תכנון מפורט פוגע בעיקרון השקיפות של ההליך המנהלי, עיקרון שהודגש בהרחבה בע"מ 10112/02 אדם טבע ודין נגד הועדה המחוזית ירושלים, פ"ד נח[2], 817, הערעור בפרשת כביש מס' 1. מתן היתר במסגרת פוגע בשיתוף הציבור בהליכי השלטון

בנושאים הנוגעים לו. הוא גם פוגע בזכות הציבור להתנגד לתוכנית מוצעת. בהעדר הליכים של הפקדה, התנגדות וכו' לא ניתן לתקוף היתר בניה שכבר הוצא. בנסיבות אלה לא רק העותר מנוע מלהתנגד; גם גופים ציבוריים מוכרים, הגופים הירוקים, אינם יכולים להשמיע את קולם. כל זה בנוסף להיעדר פתרון לנושאים תכנוניים מהותיים כגון ביוב, מניעת זיהום אוויר וכו'. ולבסוף נטען כי בהעדר תוכנית נשללת מהעותר הזכות לתבוע פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה.

6. ב"כ העותר ער, כמובן מאליו, למסגרת הסטטוטורית שבה פועל משרד הביטחון ומכוחה ניתן ההיתר בדרך כפי שניתן. על כך עומד עו"ד שטראוס בהרחבה בעתירה וגם השמיע דברים נכוחים בטיעון בעל פה. עו"ד שטראוס הדגיש כי אין הוא מבקש לתקוף בתקיפה ישירה אותו חלק של חוק התכנון והבניה המתיר את הסטייה [החלקית לדעתו] מעקרונותיו, וגם אינו מבקש לקבוע כי ההוראות בחוק התכנון והבניה המורות כן, הן בלתי חוקתיות. מבוקשו הוא שבית המשפט יורה על קיום מידתי של ההוראות החוק, דהיינו על שמירת האינטרס המוגן שהוא ביטחון המדינה, בד בבד עם שמירה על האינטרס הלגיטימי לא פחות של הציבור בכלל ושל העותר בפרט לעקוב אחר התוכניות ולהתנגד להן בפורומים שנועדו לכך. ב"כ העותר אינו מתכחש לצורך לשמור על סודיות ועל ביטחון השדה בכל הנוגע להקמת מתקנים בטחוניים. הוא אף מוצא לנכון להדגיש כי רבים מתושבי מצפה הושעיה משרתים בכוחות הביטחון וחלקם ממלאים תפקידים בכירים מאוד בשירות הסדיר. יחד עם זאת, שמירה על ביטחון המדינה אינה חזות הכל וגם היא צריכה לסגת, באופן מידתי, מפני אינטרסים אחרים חשובים לא פחות.

7. ב"כ העותר גורס כי גם משרד הביטחון כפוף לחוק ואין הוא רשאי לפעול במסגרת חוץ סטטוטורית ואפילו לא ליד-החוק, שמידת הפיקוח המנהלי והמשפטי עליה מועטה. על פי גישתו ראוי לפרש את החוק באופן שלא יוענק למשרד הביטחון פטור מלא וגורף מהוראות חוק התכנון והבניה כשמדובר בהקמת מתקן בטחוני, אלא יש לפרשו כך שהקמת מתקן ביטחוני נהנית מאי אלה פטורים, אך כפופה לכל יתר ההוראות דיני התכנון והבניה, תוך שמירה ראויה על סודיות, מידור האנשים שלהם יימסר המידע, הגשת תוכניות חלקיות לעיון וכו', אולם מבלי לסטות כמלוא הנימה מעקרונות חוק התכנון והבניה. לדעתו, פרשנותם של המשיבים את פרק ו' לחוק התכנון והבניה מביאה ליישום בלתי מידתי ובלתי סביר של הסמכות, מה שגורר בעקביו תוצאה בלתי מידתית שאינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על כל מרכיביה: האמצעי שננקט - חיסיון מלא ופטור מלא - אינו האמצעי המתאים לשם שמירה סודיות ועל ביטחון המדינה וישנם אמצעים אחרים שעשויים להשיג אותה תוצאה תוך פגיעה פחותה יותר בזכויות הציבור. הנזק שנגרם עולה על התועלת שניתן להפיק מהענקת פטור מלא שכזה וגם ניתן להשיג את המטרה, קרי הקמת המחנה, על ידי שימוש באמצעים שפגיעתם בעותר קטנה יותר. על יישום פסקת ההגבלה בפרשתנו אעמוד בפסקאות 22 עד 28 להלן.

סקרתי בהרחבה את טענות העותר ועתה אעבור לסקירת טענות המשיבים, שהושמעו מפי עו"ד עמית קורן מפרקליטות מחוז חיפה. עליי לומר שטיעוניהם בכתב ובעל פה של באי כוח שני הצדדים היו סדורים, רהוטים וראויים.

היתר הבניה – עמדת המשיבים

8. ב"כ המשיבים מבקש להדגיש כי ההיתר שבידי משרד הביטחון ניתן כדין מכוח הוראות פרק ו' לחוק התכנון והבניה. ב"כ המשיבים אינו חולק כי הקמת המחנה ומתן ההיתר אינם עולים בקנה אחד עם התוכניות החלות על האזור ובוודאי שאינו יכול שלא להסכים כי זכות העיון וזכות ההתנגדות של העותר נשללה כמעט לחלוטין. אלא שלדעת ב"כ המשיבים אין מנוס מכך לאור הוראותיו המפורשות של סעיף 160 לחוק התכנון והבניה, ויתר ההוראות שבפרק ו', לרבות ההוראות שבתקנות התכנון והבניה [הוראות מיוחדות בדבר היתר במתקן בטחוני] תשכ"ז-1966 [להלן - תקנות ההיתר] ותקנות התכנון והבניה [הנוהל בועדה למתקנים בטחוניים] תשכ"ז-1966 ותקנות התכנון והבניה [הנוהל בועדת ערר למתקנים בטחוניים] תשכ"ז-1966.

אין חולק כי המחנה המוקם בקרבת הישוב מצפה הושעיה הוא "מתקן בטחוני" כהגדרתו בסעיף 159 לחוק התכנון והבניה, כלומר -

"מיתקן בטחוני" - בנין, מחנה או דרך המוחזק או נועד להיות מוחזק בידי צבא הגנה לישראל או בידי שלוחה אחרת של מערכת הביטחון שאושרה לצורך פרק זה על ידי שר הביטחון..."

9. ברישא לסעיף 160 לחוק התכנון והבניה נאמר כי על בקשה להיתר לפי פרק ה' במתקן בטחוני יחולו, על אף האמור בחוק זה או בתקנות על פיו, ההוראות המפורטות ביתר פסקאות המשנה של הסעיף. ההוראות שיחולו מהוות חריג להוראות הרגילות שבחוק התכנון והבניה והן נוגעות לכמה וכמה נושאים: הגוף המוסמך להעניק היתרים איננו הועדה המקומית או רשות הרישוי אלא ועדת משנה של הועדה המחוזית בהרכב של שלושה מחברי הועדה המחוזית הממונים בידי שר הפנים בהתייעצות עם שר הביטחון, היא הולמ"ב; הבקשה להיתר תכלול רק פרטים מינימליים וכלליים ביותר אודות נשוא הבקשה; ובעיקר - סעיפים 149 עד 154 לחוק התכנון והבניה לא יחולו על בקשה להיתר במתקן בטחוני. אם נעיין בסעיפים הללו נמצא כי הם עוסקים בנושאים הבאים:

סעיף 149 - תנאים מוקדמים למתן היתר לשימוש חורג או למתן הקלות. לשם מתן הקלה או אישור שימוש חורג יש צורך לפרסם את דבר הבקשה, לזמן את בעלי הנכסים הגובלים ולאפשר להם להשמיע את דברם.

סעיף 151 - סטייה ניכרת. נקבע בסעיף זה כי לא יינתנו הקלה או היתר לשימוש חורג אם יש בכך סטייה ניכרת מהתוכנית החלה.

סעיף 152 – ערר. הרואה עצמו נפגע מהחלטה לסרב ליתן היתר או מהחלטה הדוחה התנגדות לפי סעיף 149 רשאי לערור עליה בפני ועדת הערר.

המשמעות המעשית של אי תחולת מכלול ההוראות האלה היא שהגוף המוסמך להעניק היתר למתקן בטחוני - הולמ"ב, רשאית ליתן היתר להקמת מתקן בטחוני, גם אם השימוש המבוקש בו שונה מן השימוש שנקבע בתוכנית החלה, וגם

אם הוא משנה את אופייה של הסביבה הקרובה. יש מקום להעיר כי אישור הקלה או שימוש חורג אינם כרוכים בהכנת תוכנית מפורטת או אחרת.

דומה שעל מסקנה זו אין באי כוח הצדדים חלוקים ביניהם. המחלוקת המשפטית היא בשאלת נקודת המוצא של פרשנות החוק. בעוד שהעותר טוען כי למעט אותם פטורים חלקיים מהוראות חוק התכנון והבניה ותקנותיו, כפוף משרד הביטחון לכל יתר ההוראות החלות על כל מי שמבקש היתר בניה, סבור ב"כ המשיבים כי מדובר בפטור מלא וגורף אשר סוייג רק באותן נקודות שפורטו לעיל.

פרשנות פרק ו' לחוק – לשון החוק

10. עומדת, איפוא, על הפרק שאלת פרשנותו של פרק ו' לחוק התכנון והבניה. אין צריך לומר כי פרשנותו של דין נעשית על פי תכליתו ולא רק על יסוד לשונו. בכדי להתחקות אחר התכלית רשאי הפרשן להיעזר בהיסטוריה של החוק, בהצעת החוק, במה שנאמר בדיוני הכנסת וועדותיה וכמובן לבחון את הדין מול עקרונות היסוד של השיטה ולאורם. לשון החוק אינה מותירה ספק כי עמדת המשיבים, לכאורה, היא העמדה הנכונה יותר. לבד מהוראות סעיף 160 שהובאו לעיל ישנן גם תקנות ההיתר שהוצאו מכוח סעיף 173 לחוק התכנון והבניה שבתקנה 6 שבהן נקבע כי "על אף האמור בכל תקנה אחרת לפי החוק יחולו הוראות תקנות אלה בלבד על בקשה להיתר במתקן בטחוני, על מתן ההיתר ועל תקופת תוקפו". המשמעות היא שלבד מהדרישות שנקבעו בחוק ובתקנות עצמן לא יחולו על בקשה להיתר במתקן בטחוני ועל מתן ההיתר שום הגבלות או דרישות אחרות, בין שמקורן בחוק ובין שמקורן בתקנות.

11. למרות הדברים הללו ולמרות לשון החוק שלכאורה מסירה כל ספק, עדיין מתעוררות, בתחום הפרשנות הלשונית גרידא, שאלות לא פשוטות:

א. מה משמעות העובדה שסעיפים 145, 146 ו- 147 לחוק חלים על בקשה להיתר במתקן בטחוני? סעיף 145 עניינו עבודות הטענות היתר והוא קובע כי אין לבצע עבודה של הקמת בניין אלא לאחר שהועדה המקומית נתנה היתר. משמע, גם במתקן בטחוני אין לבצע שום עבודה ללא היתר, שניתן על ידי הולמ"ב. האם הצורך בהשגת היתר גם במתקן בטחוני משאיר, למשל, בתוקפה את הדרישה שההיתר יהיה תואם תוכנית וכי בהעדר תוכנית כלשהי אין ליתן היתר, כפי שנקבע בע"א 8328/99 קופלמן נגד דגני, פ"ד נה[5], 140? שאלה זו תישאר בשלב זה בצריך עיון לעתיד לבוא;

ב. האם התקנת תקנות ההיתר בתשכ"ז, הקובעות כי "על אף האמור בכל תקנה אחרת לפי החוק יחולו הוראות תקנות אלה בלבד על בקשה להיתר במתקן בטחוני, על מתן ההיתר ועל תקופת תוקפו" היא בבחינת ultra vires נוכח העדר כל הוראה בחוק התכנון והבניה הפוטרת באופן מפורש את משרד הבטחון ואת הולמ"ב מכל יתר ההוראות שבחוק ובתקנות או מסמיכה את מחוקק המשנה ליתן פטור כזה. למשל: תקנות התכנון והבניה [בקשה להיתר, תנאיו ואגרות],

התש"ל-1970 [להלן – תקנות התנאים] קובעות את תקן הבניה, גודלם של חדרים, סידורי סילוק אשפה, תקן לחניות וכו'. בתקנות אלה נאמר:

17. חובת קיום הוראות התוספת השניה

(א) לא יינתן היתר אלא בהתאם להוראות המפורטות בתוספת השניה וכל היתר יותנה בתנאי כי העבודה תבוצע בהתאם להוראות האמורות.

ואכן, בטופס ההיתר הכלול בתוספת השניה לתקנות התנאים מופיעה פיסקה מפורשת זו:

[ההיתר ניתן – נ"מ] ... "בתנאי שהעבודות האמורות תבוצענה בהתאם לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות), תש"ל-1970, ובהתאם לנספחים החתומים והמאשרים המצורפים להיתר זה וימולאו התנאים המיוחדים הבאים:..."

ההיתר להקמת המחנה הצבאי שבו אנו דנים אינו מכיל הוראה כזו, ככול הנראה משום שלפי תקנות ההיתר אין דרישה לתנאי כזה. אם הסיבה להעדר הוראה מפורשת להיזקק לתקנות האגרות היא סברתו של מחוקק המשנה כי גם מהן פטור מבקש ההיתר במתקן בטחוני, הרי ככול הנראה טעות בידיו. אין כל סמכות וצורך להעניק פטור מתקנות התנאים ואני יוצא מהנחה כי משרד הבטחון והולמ"ב כאחד מקפידים על קיום כל דרישותיהן, למעט אלה שבמפורש אינן חלות עליהם במצוות המחוקק הראשי;

ג. סעיפים 146 ו-147 לחוק לא הוחרגו בפרק ו' והם חלים על בקשת היתר במתקן בטחוני. ואולם, בסעיפים אלה מדובר כי הועדה המקומית היא המוסמכת להיתר שימוש חורג או ליתן הקלה. סעיף 160 אינו אומר כי בכל מקום שמדובר בועדה מקומית תבוא הולמ"ב. יוצא, לכאורה, כי בכל הנוגע למתן הקלה או התרת שימוש חורג הסמכות נתונה לועדה המקומית, ולא לולמ"ב;

ד. בהנחה שהסמכות ליתן הקלה או שימוש חורג נתונה בידי הולמ"ב, כפועל יוצא של סמכותה ליתן את ההיתר במקום הועדה המקומית, ובהנחה שמשרד הבטחון והולמ"ב פטורים מהוראות סעיף 149 הדן בפרסום התנגדויות וכו' ומהוראות סעיף 151 האוסר מתן הקלה או היתר לשימוש חורג אם יש בהם משום סטייה ניכרת - עדיין צריכה הולמ"ב, בבואה ליתן היתר הכרוך באישור שימוש חורג או מתן הקלה, לשקול לגופו את כל מה שועדה מקומית או מחוזית שוקלת בדרך כלל: נחיצותם ומידתם הנדרשת של השימוש החורג או ההקלה, מידת השפעתם על הסביבה ועל בעלי הנכסים הגובלים, מה מידת השפעתה של הסטייה הניכרת על הסביבה, ועוד. העובדה שאין לציבור או לבעלי הנכסים הגובלים זכות להביע התנגדות אין פירושה שהולמ"ב פטורה מלדון בכך שהרי היא שליחתם ונאמנתם של מי שזכות ההתנגדות נשללה מהם;

ה. סעיף 148, החל גם הוא על היתר למתקן בטחוני, קובע כי היתר לשימוש חורג מתוכנית יינתן לתקופה מוגבלת מראש. הוראה זו קבועה בחקיקה ראשית ומאחר ששר הפנים, הממונה על ביצוע החוק ורשאי לפי סעיף 265 לחוק להתקין תקנות לביצועו, לא הוסמך לפטור את מבקש ההיתר במתקן בטחוני הכרוך בשימוש חורג, מהוראות סעיף 148, מתבקשת מסקנה כי כאשר מחליטה הולמ"ב לאשר שימוש חורג מתוכנית, עליה להגביל מראש את תקופת השימוש החורג, על אחת כמה וכמה אם מדובר בסטייה ניכרת. ההיתר נשוא העתירה, המתיר הקלות מהתוכנית החלה ומאפשר שימוש חורג, אינו מכיל כל הגבלה על תקופת השימוש החורג. [אין לערב את תקופת השימוש החורג עם תקופת תוקפו של ההיתר שבמתקן בטחוני היא חמש שנים ובכל מקרה אחר – שלוש שנים]. אפשר להסיק מכך כי מגמתו הכללית של המחוקק היא שמתקן בטחוני יתאים בסופו של דבר לתוכנית החלה, גם אם בעת הקמתו הוא מהווה שימוש חורג ואף סטייה ניכרת. הגבלת תקופת השימוש החורג אמורה לדרבן את משרד הבטחון להסדיר את עניין התאמת ההיתר לתוכנית בתוך פרק זמן קצוב. בנקודה זו בלבד יינתן בעתירה זו צו חלקי כלפי המשיבים.

ו. בעניין זה ראוי להעיר כי בסעיף 173 הוסמך שר הפנים לקבוע בתקנות ביחס למתקן בטחוני, הוראות בכל העניינים שהוא רשאי להתקין בהם תקנות על פי סעיף 265 וכן הוראות בדבר תנאים למתן הקלה או היתר לשימוש חורג לפי פרק ה'. תקנות בדבר בקשת ההיתר אכן הותקנו, אולם לא הותקנו תקנות באשר לתנאים למתן הקלה או שימוש חורג לפי פרק ה'. איני סבור כי בהעדר תקנות אין הולמ"ב רשאית להתיר הקלה או שימוש חורג. בהעדר תקנות עליה לפעול כגוף תכנון סביר.

ב"כ המשיבים הסכים בטיעון בכתב כי ניסוח פרק ו' אינו מושלם ובנקודה זו אני תמים דעים איתו. יחד עם זאת, אין בליקויים אלה כדי להכריע את כף הפרשנות.

ההיסטוריה של החוק

12. לבד מלשון החוק על הפרשן לבחון את תכליתו של דבר החקיקה גם על פי מקורות אחרים. לעניין זה ראוי להעיר כי על פי פקודת בנין ערים 1936 שהייתה בתוקף עד לחקיקת חוק התכנון והבניה, היתה המדינה פטורה לגמרי מהחובה לקבל היתר לכל עבודת בנייה שבדעתה לעשות. מבחינה זו הוראת סעיף 259 לחוק המחיל את החוק על המדינה היא חדשנית. כך לגבי המדינה בדרך כלל, אולם לגבי מתקנים בטחוניים הפטור הוא כה רחב עד כי ההוראות המעטות המחייבות את משרד הביטחון אינן נחשבות שינוי משמעותי ביחס למצב הקודם. על פי סעיף 261 להצעת החוק [ה"ח 532 מיום 24.10.62] החוק יחול גם על המדינה, לרבות על פְּנִיָה של מערכת הביטחון בכפוף לכמה הוראות מיוחדות: ההיתר יינתן לא בידי הועדה המקומית אלא בידי ועדת משנה של הועדה המחוזית שמונתה על ידי שר הפנים, בהמלצת שר הביטחון, והיא מורכבת מחמישה חברים בהם נציג שר הביטחון; הבקשה להיתר תכלול רק פרטים על המקום עליו מוגשת הבקשה ויעוד הבניה המתוכננת; סמכויות ועדת המשנה הן כסמכויותיה של הועדה המחוזית. בהצעת החוק לא דובר על שום פטור אחר או נוסף למשרד הבטחון בגין הקמת מתקן בטחוני, ולכל היותר הוא נהנה מכך שהבקשה להיתר תידון בפני ועדת משנה מיוחדת ולא בידי הועדה המקומית.

13. ועדת הפנים של הכנסת דנה בישיבתה מיום 19.7.63 בסעיף 261 לחוק התכנון והבניה המוצע, על פי הנוסח שבהצעת החוק. נציג משרד הביטחון טען בפנייה כי יש צורך בהוראות מיוחדות לגבי מתקנים בטחוניים והוא נימק זאת בשיקולים של דחיפות, סודיות ושיקולי תקציב. אלה, לדעתו, הצדיקו קריטריונים מיוחדים בכל הנוגע לבקשה להיתר במתקן בטחוני. אולם, נציג משרד הפנים הודיע לוועדה כי למעשה הדיון מיותר מכיוון שבדעת משרד הפנים והביטחון להציע נוסח אחר לסעיף 261 שיהיה כדלקמן:

"שר הביטחון בהסכמת שר הפנים יתקין תקנות בדבר צמצום ושינוי תחולתו של חוק זה על בניינים וקרקעות המשמשים לצרכי ביטחון המדינה, לרבות הקמת ועדה לגבי בניינים וקרקעות כאמור. תקנות אלה אינן טעונות פרסום ברשומות".

14. בסופו של דבר הוכנסו ההוראות הנוגעות למתקן בטחוני לא בסעיף המחיל את החוק על המדינה בדרך כלל, אלא בחלק ג' של החוק שבו יוחד לכך פרק מיוחד, פרק ו' העוסק במתקנים בטחוניים ומכשולי טיסה. השוואת פרק ו' בנוסחו הקיים עם הצעת החוק תגלה כי הנוסח הקיים לא רק מרחיב עד מאוד את הפטורים שניתנו למערכת הביטחון בכל הנוגע להיתר במתקן בטחוני אלא גם מוכיח כי נקודת המוצא של החוק היא פטור:

א. ועדת המשנה מורכבת משלושה חברים ולא חמישה, שניים מהם מתמנים בידי שר הפנים בהתייעצות עם שר הביטחון. נציג שר הביטחון בוועדה המחוזית הוא החבר השלישי. גם מינוי יו"ר הוועדה בידי שר הפנים מחייב התייעצות עם שר הביטחון. על פי הצעת החוק, כאמור, הוועדה רחבה יותר ויש בה רק נציג אחד של שר הביטחון. הרכב הוועדה ומספר חבריה מלמדים כי נקודת הכובד של שיקוליה היא בטחון המדינה ולא תכנון ובניה;

ב. בהצעת החוק לא ניתן למערכת הביטחון שום פטור מתחולת החוק או התקנות למעט, כאמור, הפקדת הסמכות בידי הולמ"ב. בנוסח הקיים, לעומת זה, נקבע במפורש כי סעיפים 149 עד 154 לא יחולו. זאת ועוד, בסעיף 164 נקבע כי התוספת הראשונה לחוק העוסקת בקרקע חקלאית לא תחול לגבי מתקנים בטחוניים, בכפוף לסייג שידון להלן.

הפטור אינו דיוני בלבד

15. ההוראה בדבר אי תחולתם של סעיפים 149 עד 154 נראית דיונית גרידא, אולם, לאמיתו של דבר היא היא ההוראה המקנה לולמ"ב את הסמכות ליתן היתר בניגוד מוחלט לכל תוכנית תקפה. לא מתעוררת בפרשנותנו השאלה האם הולמ"ב רשאית ליתן היתר בהעדר תוכנית כלשהי החלה על הקרקע, אולם ברור כי משקיימת תוכנית, יהיו הוראותיה אשר יהיו, רשאית הולמ"ב ליתן היתר המהווה שימוש חורג. הדבר נלמד מהוראות סעיף 146 לחוק התכנון והבניה הקובע כי הוועדה המקומית רשאית להתיר שימוש חורג שהגדרתו בסעיף 1 לחוק היא -

"שימוש חורג", בקרקע או בבנין - השימוש בהם למטרה שלא הותר להשתמש בהם, הן במיוחד והן מהותם 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 הון בתכנון ובבנין".

הקמת מחנה צבאי על גבי קרקע שיעודה הוא יער, היא שימוש חורג.

16. משהופטרו מערכת הביטחון והולמ"ב מן החובה לנקוט הליכי פרסום, התנגדות וערר, לפי סעיף 149 לחוק התכנון והבניה, משוחרר שיקול דעתה גם מהחובה להתחשב בהתנגדות מצד צד שלישי כלשהו. הוא הדין בהקלה; בסעיף 147 לחוק נאמר כי הועדה המקומית רשאית לתת הקלה למבקש היתר לפי סעיף 145. הנחתנו היא כי במקום הועדה המקומית ניתן לקרוא "הולמ"ב" ועל כן גם היא רשאית ליתן הקלה. הקלה על פי הגדרתה בסעיף 1 לחוק היא -

"הרשאה לבצע עבודה שהיא טעונה היתר לפי סעיף 145 בסטייה מהוראות תוכנית או תקנה אחרת החלות במקום הנדון ושאינן בה משום שימוש חורג".

גם ביחס להקלה חלות הוראות סעיף 149 לחוק התכנון והבניה בדבר פרסום, התנגדות וערר.

17. מכל אלה פטורים משרד הבטחון והולמ"ב. אולם, ראוי להדגיש כי אין מדובר אך ורק בפטור מהוראות דיוניות; העיקר הוא שמשרד הביטחון והולמ"ב שוחררו מהמגבלות החלות על ועדה מקומית רגילה בכל הנוגע לסטייה ניכרת. בסעיף 151 לחוק נאמר כי לא יינתנו הקלה או היתר לשימוש חורג אם יש בכך סטייה ניכרת מתוכנית החלה על הקרקע או הבניין. סעיף 151 הוא בין הסעיפים שאינם חלים על בקשה להיתר במתקן ביטחוני. נמצא, איפוא, כי הפטור איננו נוגע לענייני נוהל בלבד אלא לענייני מהות. במילים אחרות, הולמ"ב רשאית לאשר שימוש חורג או הקלה, בלי פרסום ובלי לשמוע התנגדויות גם אם יש בהם משום סטייה ניכרת. אין חולק כי הקמתו של המחנה מהווה סטייה כהגדרתה בתקנות התכנון והבניה [סטייה ניכרת מתוכנית], התשס"ב-2002, וגם על פי התקנות שקדמו להן.

אם נחזור להשוואה בין הצעת החוק לבין הנוסח שהתקבל בסופו של דבר נוכל לקבוע כי תכליתו של פרק ו' היתה לצמצם עוד יותר, ביחס למה שחל על בקשות רגילות, את ההוראות שיחולו על בקשה להיתר במתקן בטחוני.

בהקשר הזה אעיר כי לא ברור לי מדוע הוכנסה בתמ"מ/2 שינוי מס' 9 [בפרק 9.4] הוראה כי אין בהוראות התוכנית כדי לגרוע מתחולת פרק ו' לחוק וכי סמכויות הולמ"ב תשמרנה במלואן. אמירה זו יותר משבאה להוסיף נמצאת גורעת, שהרי מושכל יסוד בחוק התכנון והבניה כי הולמ"ב היא גוף עתיר סמכות הרשאי ליתן היתר על אפה ועל חמתה של כל תוכנית, לרבות תוכנית מתאר מחוזית.

תכלית כללית ותכלית מיוחדת

18. מתעוררת השאלה האם תכליתו של פרק ו' אינה מתנגשת עם תכליתו הכללית של חוק התכנון והבניה, שהיא הסדרת הבניה והכפפת ההיתרים לתוכניות על דרגותיהן השונות. סתירה כזו אכן קיימת, אולם אין היא לכשעצמה מחייבת את המסקנה שהוראות פרק ו' כפופות לתכלית הכללית של החוק. התנגשות בין תכלית מיוחדת של חוק לבין תכלית כללית אינה תופעה חריגה בנוף המשפטי שלנו.

אין לומר כי הוראות הפטור שבפרק ו' חוקקו כלאחר יד או בלא הכוונה מפורשת של המחוקק בדבר פרשנותן ויישומן. הייתי אומר כי דווקא הניגוד המוחלט בין הוראות הפטור לבין ההוראות הכלליות שבחוק מצביע על כוונה להעניק פטור מלא לא רק מההוראות הדיוניות אלא גם מההוראות המהותיות.

19. ב"כ העותר הודיע במפורש לבית המשפט כי אינו מבקש לתקוף ישירות את הוראות פרק ו' לחוק התכנון והבניה אלא אך ורק ליישם באופן מידתי וסביר את החלטת הולמ"ב ליתן את ההיתר נשוא העתירה. ב"כ העותר מבקש מבית המשפט לקבוע כי מתן ההיתר ללא תוכנית וללא מתן אפשרות להתנגד לה מהווה יישום בלתי מידתי ובלתי סביר של הסמכות. חוששני כי דבריו של עו"ד שטראוס בנקודה זו הם חזרה בדלת האחורית לדרך שהצהיר שלא ילך בה והיא תקיפתו הישירה של החוק. במסווה של יישום עקרונות מהותיים של שיטת המשפט הישראלית, כגון שוויון, שקיפות, חובת הציות לחוק וכו', מבקש ב"כ העותר לפסול החלטה מינהלית שניתנה מכוח חוק שאין הוא חולק על תקפותו והפותר במפורש את הולמ"ב מאותן הוראות ממש. יש בפנינו, אם כן, טיעון טאוטולוגי שאיננו מוליך אותנו לשום מקום ומכיוון שהצהרתו של עו"ד שטראוס עומדת בעינה, אין אלא לנטוש את הטיעון בדבר הסתירה שבין הוראות פרק ו' לבין תכליתו הכללית של החוק או בין עקרונות היסוד של השיטה ולהתמקד בהחלטה ליתן את היתר הבניה. אין חולק כי משרד הביטחון, ועימו כל המנהל הציבורי, כפוף להוראות בדבר שוויון ושלטון החוק. אולם, מקום שהביע המחוקק במפורש את דעתו כי הוא מתיר סטייה כזו, מצוות המחוקק גוברת. בעניין זה ברצוני להעיר שתי הערות:

א. חוק התכנון והבניה ותקנות ההיתר הם דין שקדם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הם נהנים מהוראת שמירת הדינים שבסעיף 10 ואינם ניתנים לביטול חרף הפגיעה בזכויות יסוד הכלולה בהם. יחד עם זאת יש לפרשם ברוח חוק היסוד. אך פרשנות ברוח חוק היסוד אין פירושה הפיכת קרבו וכרעיו של החוק. הוראותיו הפוגעות נשארות בעינן ובמלוא תוקפן. ראו את דברי השופטת דורנר ברע"פ 960/99 מקמילן נגד מדינת ישראל, פ"ד נג[4], 294, בעמ' 304:

"הצמצום של הזכות להוצאות הגנה ולפיצויים לשתי העילות שנקבעו בסעיף 80[א] לחוק העונשין איננו מאפשר לפרש את הסעיף כך שכלל, עצם זיכוי של נאשם יחייב את המדינה בתשלום. זאת, הגם שלדעתי הרחבה כזו היא ראויה ובעניין זה אני מסכימה עם השופט גולדברג כי "מבחינת הדין הרצוי ראוי היה להרחיב את הזכות להוצאות ולפיצוי לכל נאשם שיצא זכאי בדינו, יהא הטעם לזיכוי אשר יהא".

ב. לא כל חוק המעניק פטור הוא בבחינת חוק מפלה שדינו להיבטל מחמת פגיעה בעקרון השוויון. יש והאפלייה מוצדקת אם היא באה לשרת מטרה מוצדקת.

20. מקובל עלינו מזה שנים כי חוק מתפרש על פי תכליתו, ועל כן אין כל מניעה לתת לו פירוש המתאים אותו לשינויים הנגרמים עם חלוף הזמן. התכלית נקבעת ביום הפרשנות ולא רק ביום חקיקת החוק. היתה לי הזדמנות להביע דעה דומה בפסק הדין שניתן בבית משפט זה ביום 11.11.04 בתיק ע"א 3245/03 בעניין ירושת המנוח ש.ר. נגד האפוטרופוס הכללי - נבו המאגר המשפטי הישראלי. בשנות הששים המוקדמות של המאה העשרים, כשמדינתנו

הייתה אך בת 14 שנה, איש לא חלק על הצורך לפטור את משרד הבטחון מכבלי חוק התכנון והבניה בכדי לאפשר לו לבנות מתקנים בטחוניים במהירות וביעילות. צרכי הבטחון היו הצרכים המועדפים באותם ימים, ועד כדי כך שבטיוטה השניה של החוק הוצע לכלול בסעיף 261 פסקה הפוטרת מפרסום ברשומות התקנת תקנות בדבר צמצום ושינוי תחולתו של החוק על בניינים וקרקעות המשמשים לצרכי ביטחון המדינה [ראו פסקה 13 לעיל]. יש יסוד להאמין כי אילו ניסתה הממשלה להעביר בימינו אלה חוק המכיל את הוראות פרק ו' לחוק התכנון והבניה לא זו בלבד שהיתה נתקלת בחומת המגן של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, אלא גם מתקשה למצוא תומכים רבים לרעיון בדבר פטור כה רחב בכל הנוגע לבניית מתקנים בטחוניים. בימינו אלה יהיה מי שיסבור ולא בלי צדק, כי הקמת קו רכבת לגליל המערבי היא בעל עדיפות לאומית גדולה יותר מהעתקתם של מחנות צבא מחיפה לגליל לשם הפשרת 900 דונם לבניה למגורים או הרחבת כביש ראשי. אך אין בכל אלה כדי להשפיע על הפרשנות בדבר תכליתו של פרק ו' לחוק, להבדיל מהדיון בעצם הצידוק ליתן פטור כזה.

21. כשנוצרת סתירה כזו, בדרך כלל יד התכלית הסובייקטיבית גוברת. על סתירה בין תכלית סובייקטיבית של דבר חקיקה ובין עקרון יסוד בשיטת המשפט עמד א' ברק בספרו פרשנות במשפט, חלק ב' פרשנות החקיקה, נבו הוצאה לאור 1994 בעמ' 495:

"כפי שראינו, בהתנגשות זו ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה. תוצאה זו מתבקשת, על פי הגישה הפרשנית התכליתית, ממעמדו הבכיר של המחוקק במפעל החקיקה. היא נגזרת מעקרונות הדמוקרטיה ומהפרדת הרשויות. עם זאת, מסקנה זו תקפה רק אם מתקיימים שלושה תנאים הכרחיים: הראשון, כי התכלית הסובייקטיבית – הנוגדת את עקרונות היסוד האובייקטיביים – מעוגנת באופן ברור, חד משמעי ומפורש בטקסט עצמו; התנאי השני הינו, כי בין מועד חקיקת החוק לבין מועד פירושו לא נחקקו חוקים נוספים, אשר מהם עולה תכלית סובייקטיבית שונה מזו העולה מהחוק המתפרש; והתנאי השלישי הינו, כי בין מועד חקיקת החוק לבין מועד פירושו לא חל שינוי מהותי במבנה השיטתי או בערכי היסוד של השיטה".

הנה כי כן: התנאים המצדיקים את העדפת עקרונות היסוד על פני התכלית הסובייקטיבית של החוק לא התמלאו: לשון החוק מעניקה את הפטור בפה מלא ובגלוי ואף מנחה כיצד לנווט בין התכליות השונות; לא נחקקו מאז תשכ"ה חוקים אחרים מהם עולה תכלית סובייקטיבית שונה של החוק הנדון; לא חלו שינויים יסודיים במשטר או במבנה השיטה המשפטית שיצדיקו עיון מחדש בתכלית הסובייקטיבית.

יישום מידתי וסביר של הסמכות

22. מכל הדברים אלה אוכל לקבוע כי החוק מעניק פטור למערכת הביטחון ולולמ"ב מכבליה של כל תוכנית, והולמ"ב רשאית ליתן היתר המהווה שימוש חורג, הקלה ואפילו סטייה ניכרת מכל תוכנית. ואולם לא די בכך. יש לבחון האם

הפעלת הסמכות ומה שיצא ממנה - ההיתר, נעשו בסבירות ובמידתיות. בחינה זו נעשית הן על פי הכלים הוותיקים כגון: חוסר סבירות קיצוני, חריגה מסמכות וכו' והן לאור הכלים החדשים שפותחו בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על בחינתה של החלטה מנהלית במשקפי חוק היסוד עמדה השופטת דורנר בפסק הדין בבג"צ 6226/01 מאיך אינדור נגד ראש עיריית ירושלים פ"ד נז[2] 157 בעקבות דבריה בפסק הדין בפרשת חורב נגד שר התחבורה:

"פיסקת ההגבלה בחוק היסוד עוסקת בפגיעה בזכויות הקבועות בחוק היסוד וחלה על חוקים המתקבלים לאחר חקיקתו, אך אמות המידה שנקבעו בה משמשות גם בפירוש התחיקה - אף זו שקדמה לחקיקת חוק היסוד - ובהפעלת שיקול הדעת של רשויות שלטוניות לפגוע בזכויות היסוד כולן, אף אלה שאינן מעוגנות בחוק היסוד".

גם ב"כ המשיבים אינו חולק כי פטור כה רחב והעובדה שההליכים בפני הועדה חסויים עד שגילויים מהווה עבירה פלילית - אינם שוללים את סמכותו של בית המשפט לבקר את ההליך המנהלי, לתקנו ואף לפסול אותו ככול הליך מנהלי אחר. העילות שבגינן מוסמך בית המשפט להתערב בחוקיותה של החלטה מינהלית הן חוסר סבירות קיצונית והעילה הנובעת מיישומם של חוקי היסוד - עילת המידתיות. בראש ובראשונה יש לבדוק האם עצם ההחלטה להפעיל את הסמכות וליתן היתר, מבלי שניכנס בשלב זה לתנאיו ולתוכנו, היא החלטה סבירה ומידתית שניתנה בתשומת לב ראוייה. את מבחן המידתיות יש להפעיל על התוצר של הפעלת הסמכות - ההחלטה ליתן היתר, ולא על יישומם של החוק או תקנות ההיתר, כפי שמציע ב"כ העותר כמתואר בפסקה 7 לעיל. תוקפם וחוקיותם של החוק ותקנות ההיתר ככאלה אינם עומדים כאן על הפרק ולכן אין מקום לקבל את הצעת ב"כ העותר לקבוע כי הטלת חיסיון מלא על בקשת ההיתר או הפטור מחובת פרסום תוכנית הם אמצעים בלתי מידתיים. אלה הן הוראות החוק שאינן עומדות כאן ועכשיו לתקיפה ישירה או עקיפה.

החובה להחליט האם להפעיל את הסמכות

23. רשות מינהלית שניתנה לה סמכות רשות צריכה לשקול בראש ובראשונה האם להפעילה, ולאחר שהשיבה על כך בחיוב יהיה עליה ליתן החלטה סבירה והוגנת. פסקי דין העוסקים בסוגייה הזו התייחסו למצב הפוך, הרווח יותר, שבו מסרבת הרשות המינהלית אפילו לעיין בבקשה שהוגשה לה. בבג"צ 35/48 ברסלב בע"מ נגד שר המסחר והתעשייה, פ"ד [ב] 330 נקבע כי השר אינו חייב אומנם להיענות לבקשת העותר, אך חייב הוא לעיין ולהחליט בבקשה. בפרשה שבפניי החשש הוא הפוך: שהולמ"ב גילתה יותר מדי רוחב לב כלפי עמדת משרד הביטחון ולא שקלה את האפשרות שלא להקים בכלל מחנה צבאי בגליל התחתון, או בגליל כלל. בעניין זה העיד בפניי מר אלכס שפול, מתכנן המחוז בועדה המחוזית ויו"ר הולמ"ב, כי מערכת הביטחון פנתה אל הולמ"ב בבקשה לאשר הקמת מחנה והציעה לשם כך כמה וכמה חלופות. בסופו של דבר, ולאחר שנדחו כל ההצעות האחרות נבחר האתר שליד מצפה הושעיה. לא הוצגו בפניי מכתבים או פרוטוקולים המשקפים את דרך הפעלת שיקול הדעת של הולמ"ב ולא אוכל לקבוע כי שקלה האם בכלל מן הראוי להקים מחנה בסדר גודל כזה בגליל התחתון דווקא, והאם ניתן להקימו במקום אחר בארץ. מר שפול הדגיש בפניי כי "הולמ"ב אינה חותמת גומי של משרד הביטחון", וזה בהקשר לטענתו כי אילו עמד משרד הביטחון על הקמת המחנה בשטח המחצבה הסמוכה לא היתה הולמ"ב נותנת לכך היתר. מכיוון שמדובר בהיפותרזה אין צורך להתמודד

איתה, אולם לא הוכח כי הולמ"ב שקלה עד תומו את הרעיון להקים את המחנה באזור אחר של הארץ. יחד עם זאת זכאית הולמ"ב ליהנות מחזקת תקינות ההליך המנהלי ונצטרך להניח כי שקלה זאת.

שקילת חלופות אחרות

24. הוצגו לוועדה כמה חלופות שלא נמצאו ראויות. ההסבר שנתן מר שפול לפסילתן של החלופות האחרות מקובל עליי. הוא טען כי לחלופות שנפסלו היו השלכות סביבתיות בהיקף רחב מאוד, מכיוון שלא היו חלק מרצף של שטחים בנויים קיימים אלא מעין איים-איים בנויים בתוך אזורים פתוחים בעלי רגישות סביבתית גדולה. הולמ"ב העדיפה שהמחנה יוקם באזור שהשפעתו הסביבתית קטנה יותר, דהיינו באזור שבלאו הכי משמש או עתיד לשמש אזור תעשייה רציף. מחנה צבאי משתלב יפה בתחום אזור תעסוקה ופוגע פחות בסביבה בהשוואה לפגיעה שהייתה נגרמת אילו הוקם בנפרד כ"אי" בתוך שטח נופי. נקל לשער כי אילו הוחלט להקים את המחנה באזור בית רימון או באחד מיערות קק"ל היתה מושמעת טרוניה על פגיעה קשה בנוף וגם עולה דרישה להקים את המחנה באזור התעסוקה העתיד לקום ליד מצפה הושעיה. קשה יהיה לפטור דרישה שכזו בהינף יד.

מידתיות ההחלטה בהתחשב ביעוד הקרקע

25. בנקודה זו יש לבחון את טענת הצדדים באשר ליעודו של השטח שעליו הוקם המחנה. על שטח המחנה ועל סביבתו חלה תוכנית תמ"מ/2 ועל פיה ייעוד הקרקע הוא יער, אם כי כיום הוא עדיין גבעת טרשים. סעיף 12 לתקנון תמ"מ/2 קובע כי באזור שהוא יער לא יינתנו היתרים לשימושים ולעבודות אלא על פי תוכנית מפורטת. ב"כ העותר אינו חולק כי על פי שינוי מס' 9 לתמ"מ/2, שעדיין אינו בתוקף, עתיד שטח היער להפוך לאזור תעסוקה. אלא שאישור שינוי מס' 9 אינו נראה באופק, הוא מתמשך על פני כעשר שנים ועתיד להימשך עוד שנים הרבה נוכח ההתנגדויות הרבות שהוגשו לתוכנית. תוכנית מופקדת אינה יכולה להוות מקור להיתרים הנוגדים את התוכנית החלה; התוכנית המופקדת יכולה לשמש בלם כנגד הוצאת היתרים העומדים בסתירה לה. פועלה הוא יותר שלילי מאשר חיובי. יחד עם זאת, אין להמעיט בחשיבותה של תוכנית מפורטת: היא מחזקת את שקיפות ההליך המנהלי וגם תורמת ליסוד הדמוקרטי הפעיל בהליכי התכנון [עע"מ 10112/02 אדם טבע ודין נגד הוועדה המחוזית ירושלים, פ"ד נח[2], 817]. יחד עם זאת ראוי להדגיש את ההבדל בין פרשת כביש מס' 1 ובין פרשתנו: שם, היה פטור של מחוקק המשנה מחובת השגת היתר, אך לא מהחובה שבחוק עצמו לערוך תוכנית מפורטת. בית המשפט הגבוה לצדק התערב וחייב לערוך תוכנית מפורטת. בפרשת מצפה הושעיה ישנו היתר כדין, אך המחוקק הראשי פטר את משרד הבטחון במפורש מחובת התאמת ההיתר לתוכנית החלה. פטור מתוכנית בפרשתנו, גם אם הוא בגדר ליקוי מנהלי, הוא כדין משום שהמחוקק הראשי סמך ידיו עליו.

26. האם היה מקום לצפות מהולמ"ב שתדרוש ממשרד הבטחון עריכת תוכנית לשם אישור הסטייה הניכרת? יש לכאורה טעם בכך משום שבניה בסטייה ניכרת מתוכנית מעידה על פניה ומתוכה שהיא בניגוד לתוכנית. לכן, ראוי הוא שמשרד הבטחון יידרש לעריכת תוכנית מפורטת, הגם שלשם סטייה מהתוכנית החלה אינו נדרש לערוך תוכנית

מפורטת. בסופו של עיון הגעתי למסקנה כי אין צורך בכל אלה, נוכח הוראותיו המפורשות של המחוקק. תוכנית מפורטת אינה דרושה לשם מתן היתר בניה היכול להינתן על יסוד תוכנית בינוי בלבד, אך היא נחוצה לשם הפעלת סיעור מוחות באמצעות הליך ההתנגדות ובחינה פרטנית של נקודות החריגה מהתוכנית הקיימת. אלא שמה בצע בכל אלה, אם משרד הבטחון פטור בלאו הכי מכבליה של כל תוכנית? ומה טעם בעריכת תוכנית מפורטת אם הציבור אינו רשאי להתנגד לה? אין זה אלא הדין הרצוי בלבד, לא הדין המצוי.

הפגיעה בזכות ההתנגדות

27. עו"ד רוגין שטען גם הוא לעותר, ראה בשלילת זכות ההתנגדות של העותר, שנגרמה עקב הפטור מעריכת תוכנית, משום פגיעה בזכות הטיעון שמקורה בכללי הצדק הטבעי. אין דעתי כדעתו. לא דומה זכות ההתנגדות לתוכנית לזכות הטיעון או זכות השימוע. הראשונה אינה מיועדת להגן על אינטרס בעל ערך גבוה כמו קניין, אלא יותר לשלול את זכות הבניה של השכן מאשר להגן על קניינו של המתנגד. הקמת מבנה על ידי השכן אינה פוגעת במישרין בקניינו של המתנגד. קיפוח זכות הטיעון עובר לפגיעה בזכות או בקניין של אדם – הוא דבר שונה לגמרי. שאלת הזכות להביע דעה התעוררה בהקשר אחר, היכול להסביר את עמדתי גם בענייננו. השופט האמריקני הולמס (*O.W. Holmes*) אמר את הדברים הבאים בפרשת (*Abrams v. United States* (1919) *States* 250 U.S. 616 (1919)) בעמ' 630 בהקשר של דיכוי חופש הביטוי במטרה להילחם בשקר:

“But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas, – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market; and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out...”

אך גישת הסחר החופשי ברעיונות, ה- *free trade in ideas* אינה ישימה בכל מקרה ובכל מחלוקת. ישנם אינטרסים שבהתמודדות מולם אין לה מקום ועליה לסגת. כך, למשל נקבע, כי בהתמודדות בין חופש הביטוי וטוהר ההליך השיפוטי בעבירת הסובידיצה, אין מקום לסחר חופשי ברעיונות אלא יש לכבוש את הדעה או הידיעה אודות ההליך השיפוטי ולהימנע מהשמיען, אם התוצאה עלולה להיות השפעה על מהלך המשפט או תוצאותיו כלומר, פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי [ע"פ 126/62 *זיסנצ'יק והון נגד היועץ המשפטי לממשלה*, פ"ד יז 169]. בפרשתנו עומד על הפרק אינטרס בטחון המדינה במשמעותו הכוללת. לשם הגנה עליו שלל, למעשה, המחוקק את זכות ההתנגדות על ידי כך שפטר את משרד הבטחון מחובת פרסום תוכנית. יתכן שהגיע הזמן שהמחוקק יחשוב על נקודת איזון שונה, למשל על ידי השארת הפטור מתוכנית בעינו, במטרה לורז את הליך ההיתר, אך בד בבד לאפשר למי שרוצה בכך להביע התנגדות להיתר בפני הולמ"ב עצמה, תוך שמירה ראויה על סודיות, במידה והיא נדרשת. איני מוצא שעצם עבירת

הזמן למן חקיקת חוק התכנון והבניה ועד היום, לכשעצמה, צריכה להביא את בית המשפט לשנות בדרך שיפוטית את נקודת האיזון הזו על ידי חקיקה שיפוטית. בעיקר משום שהאינטרס הנפגע כאן אינו זכות הטיעון או השימוע אלא זכות ההתנגדות, שכאמור פחותה ממנו בהרבה במשקלה הסגולי.

בפרשת בג"צ 316/03 בכרי נגד המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח[1] 249 נקבע כי ההחלטה לאסור את הקרנת הסרט "ג'נין ג'נין" נוגדת את פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאחר והיא שוללת את זכות הויכוח החופשי שהוא מנשמת אפה של הדמוקרטיה. בכך אין ההחלטה עומדת בדרישת רכיב הערכים של פסקת הגבלה, ובמיוחד הערך בדבר המדינה הדמוקרטית. אך, אין הנדון דומה לראיה. בפרשת בכרי עמדה על הפרק הפגיעה הישירה בחופש הביטוי – איסור הקרנת הסרט, מה שהביא למעשה להעדר אפשרות להקרינו בכלל. כאן עומדת על הפרק פגיעה עקיפה בזכות ההתנגדות לתוכנית החלה על מקרקעים של אדם אחר. שלילת זכות ההתנגדות אינה פוגעת ברכיב הערכים של פסקת ההגבלה.

לכן גם אי עמידה על תוכנית מפורטת אינה פגם מהותי בהליך מתן ההיתר.

מבחן הפגיעה המינימלית

28. הולמ"ב יצאה מהנחה כי בעתיד, הקרוב או הרחוק יותר, יאושר גם אזור היער כאזור תעסוקה, אם וכאשר יאושר שינוי מס' 9 לתמ"מ/2. על כך באה מפי ב"כ העותר ביקורת קשה, אם כי לדעתי בלתי מוצדקת. אילולי היה מדובר בפטור מתוכנית, היה מקום לבוא בטענות מדוע תוכנית מופקדת משמשת מקור להוצאת היתרים. אולם במקרה שבפנינו שימשה תמ"מ 9/2 המופקדת מקור השראה למיקום המחנה, כאילו הייתה תוכנית אב שהגם שאין לה מעמד סטוטורי יש בה כדי להתוות מדיניות. גישה זו מקובלת עלי בנסיבות המקרה המיוחד הזה. שאלתי את מר שפול מה יהיה גורלו של השטח אם יורה בית המשפט על ביטול ההיתר והפסקת בניית המחנה. תשובתו הייתה כי במקום מחנה יקום שם במקדם או במאוחר, מפעל תעשייתי שהיזקן ופגיעתו בעותר ובתושביו עלולים להיות גדולים יותר. לא מצאתי תימוכין לטענת העותר כי היער המתוכנן מצפון ליישוב עתיד לחצוץ בין בתי היישוב ובין אזור התעשייה ולכן, כביכול, אין צידוק לפגוע בו. על פניו ולאור ההיסטוריה של תכנית תמ"מ/2 נראה כי אזור היער חוצץ בין אזור התעשייה 2 ו- 3 ומכאן שפגיעה בו אינה רלבנטית במישורין למצבו התכנוני של העותר. נמסר במהלך שמיעת העתירה כי נציג הגופים הירוקים השתתף בהליך מתן ההיתר כמשקיף אמנם, אך לא הביע כל התנגדות לבקשה.

נמצא, כי ההחלטה ליתן את ההיתר עומדת בדרישות פסקת ההגבלה על רכיביה השונים: ההיתר ניתן לתכלית ראויה; נתינתו עולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית; הפגיעה בעותר אינה עולה על הנדרש בנסיבות העניין; האמצעי שנבחר – מתן היתר בלא תוכנית ואף בניגוד לה הוא האמצעי הפוגע פחות, נוכח הוראות הפטור שבחוק.

עניינים אחרים

29. על פי סעיף 164 לחוק התכנון והבניה התוספת הראשונה לחוק אינה חלה לגבי מתקנים בטחוניים, אולם בעניינים הנוגעים לקרקע חקלאית תזמין הולמ"ב את יושב ראש הועדה לשמירה על קרקע חקלאית [כיום הועדה לשמירה על קרקע חקלאית ושטחים פתוחים או בעגת אנשי התכנון -הולקחש"פ]. ב"כ המשיבים מודה כי פורמלית לא הוזמן ב"כ הולקחש"פ להביע דעתו כנדרש בסעיף זה, אולם האחרון הביע את עמדת הועדה באופן כללי אודות תמ"מ 2 [תיקון מס' 9] שכזכור מייעד את השטח לאזור תעסוקה, והיא לא כללה שום הסתייגות מהרעיון לייעד את שטח היער לאזור תעסוקה. מאחר והקמת מחנה צבאי אינה שונה במהותה מהקמת מפעל תעשייתי ואולי פוגעת בנוף פחות ממנו, אין לראות באי הזמנת יו"ר הולקחש"פ להביע דעתו באופן מפורש אודות המחנה הצבאי משום פגם היורד לשרשו של עניין והוא אך בבחינת פגם פורמלי שניתן להתגבר עליו.

30. נטען מפי ב"כ העותר כי זכות הישוב ותושביו לתבוע פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה נשללת, למעשה, נוכח הפטור מעריכת תוכנית כתנאי להיתר להקמת מתקן בטחוני. הערתי כי לדעתי אין זו הנקודה שסביבה תקום או תיפול העתירה. אם וכאשר תעמוד על הפרק תביעת פיצויים שכזו אני מרשה לעצמי להניח כי משרד הבטחון והולמ"ב לא יטענו כי העדר התוכנית, לכשעצמו, הוא עילה לשלילת הפיצויים.

31. ב"כ המשיבים טען ארוכות לשיהוי שהעתירה לקתה בו, שהוא ממושך הן מבחינת הוראת חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, התש"ס - 2000 הן מבחינתו הסובייקטיבית של העותר והן מבחינת העניין האובייקטיבי, עד כי דינו למוטט את העתירה מבלי לדון בה לגופה. נוכח מסקנתי דלעיל, אני פטור מלדון בטענת השיהוי, ואעיר אגב אורחה כי אילו הוכחה עילה של ממש לביטול ההיתר ולהפסקת העבודות לא היה בשיהוי לכשעצמו, כדי להביא לדחיית העתירה.

32. בנקודה אחת מצאתי טעם לפגם בדבריו של מר שפול, יו"ר הולמ"ב ומתכנן האזור של הועדה המחוזית. כוונתי להסבר מדוע לא הוקם המחנה באתר המחצבה הסמוכה, הרחוקה יותר מהושעיה והמוסתר מאחורי רכס הגבעות שמצפון ליישוב. הוא מסר בנקודה זו כמה תשובות שלא כולן עולות בקנה אחד זו עם זו, אך ברי שאין בכך כדי להטות את הכף לטובת ביטול המחנה במיקומו הנוכחי. המיקום הוא עניין תכנוני מובהק ואל לו לבית המשפט להתערב בו בהעדר ראיות חזקות לפגם חמור בהליך המנהלי. בנסיבות שכאלה, בהן הפטור מתוכנית הוא כה רחב, ושאלת מיקום המחנה היא עניין מובהק שבשיקול דעת גוף התכנון, מצטמצם שיקול הדעת של בית המשפט עוד יותר בכל הנוגע לביטול ההיתר שניתן.

33. מכל האמור לעיל העתירה נדחית פרט לעניין הגבלת תקופת השימוש החורג. הולמ"ב נדרשת בזה לקצוב את תקופת השימוש החורג מהיום ואילך בנוגע להיתר הנדון. הולמ"ב תודיע את החלטתה לעותר ולבית המשפט. אין צו להוצאות.

פסק דין זה ניתן והודע היום כ"ט שבט תשס"ה, [08 פברואר 2005], במעמד ב"כ הצדדים.

פסק הדין ניתן לפרסום החל מיום נתינתו.