

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בענינים מנהליים

ע"ם 3151/06

בפני:
כבוד השופט מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ד' חשין

המערערת: **חברה פלונית**

נגד

המשיבים:
1. הוועדה למתקנים בטחוניים - מחוז חיפה
2. הוועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז חיפה
3. מדינת ישראל - משרד הביטחון
4. שר הבטחון
5. צבא הגנה לישראל
6. מפקד חיל הים

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענינים מנהליים בחיפה בתיק עתמ 3055/06 שניתן ביום 27.3.06 על-ידי השופט רון סוקול

תאריך הישיבה: **כ' באייר תשס"ז (8.5.07)**

בשם המערערת: **עו"ד יוסף בנקל; עו"ד ויוי משולם-קור**

בשם המשיבים: **עו"ד אורית קורן**

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענינים מנהליים בחיפה (השופט סוקול) בעת"מ 3055/06 מיום 27.3.06, בגדרו נדחתה עתירת המערערת.

הרקע וההליך

ב. בתחומי בסיס של חיל הים בסמוך לקו החוף – ובסמוך למקרקעין שבבעלות המערערת - מוקם מבנה גדל ממדים, המיועד לשמש לאחסון ציוד. למבנה לא ניתן היתר בניה מהגופים הנוגעים לעניין, ובכללם הרשות המקומית, הועדה המחוזית לתכנון ובניה, הועדה למתקנים ביטחוניים (להלן הולמ"ב) או הועדה לשמירה על הסביבה החופית לפי חוק שמירת הסביבה החופית, תשס"ד – 2004 (להלן חוק החופים).

ג. המערערת הגישה ביום 14.2.06 לבית המשפט קמא עתירה מינהלית, בה התבקש להצהיר, כי בניית המבנה היא בלתי חוקית ונעשית שלא כדין; הוספו טענות חלופיות, כי ככל שהולמ"ב החליטה ליתן היתר בניה להקמת המבנה, שהדבר בלתי חוקי ובטל מעיקרו; כי הועדה המחוזית פעלה שלא כדין משנמנעה מלהפעיל את סמכותה וחובתה ולא העבירה לולמ"ב הנחיות תכנוניות וסביבתיות בנוגע להקמת המבנה; עוד נתבקש להורות למשיבים 3 – 6 (להלן מערכת הביטחון) להפסיק את הקמת המבנה, להרוס את שנבנה עד כה, ולהחזיר, ככל האפשר, את מצב החוף וסביבתו לקדמותו. בד בבד עם הגשת העתירה הגישה המערערת בקשה לצו מניעה זמני המורה על הפסקת עבודות בנייתו של המבנה (בש"א 1157/06). לקראת הדיון בבקשה, הגישה עמותת אדם טבע ודין בהסכמת המשיבים לבית המשפט קמא את טיעוניה באשר לעמדתה העקרונית בנוגע לבניה במתקנים ביטחוניים בסביבה חופית, וזאת מבלי שתצטרף כבעלת דין או תשתתף בדיון עצמו (בש"א 1265/06). לבקשת המערערת ובהסכמת המשיבים, ניתן צו איסור פרסום בנוגע להליך, ולשם פרסום הושמטו לימים פרטים מזהים. פסק דין זה נכתב בהשמטת פרטים מזהים, ביסודו של דבר בהתאמה לפסק הדין קמא בנוסח שהותר לפרסום.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים

ד. בית המשפט לעניינים מינהליים (השופט סוקול), לאחר שעיין בחומר חסוי שהגישו המשיבים והכולל, בין היתר, תצלומים של המבנה ונתונים לגבי טיבו של הציוד שבו, השתכנע כי אכן עסקינן במבנה שהותאם לצרכיו המיוחדים של ציוד בעל חשיבות ביטחונית ממשית. נקבע, כי "הפסקת הבניה או פירוק המבנה והותרת מערכת הביטחון ללא המבנה הייעודי המיוחד עלולים לגרום לנזק של ממש (מעבר לנזק הכספי) לביטחון המדינה". עוד נקבע, כי המבנה - בהיותו מאותו סוג של מתקנים דומים הסמוכים לו – כלול לכאורה בסייגים המנויים בהוראות סעיף 172 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, שכתרתו "פטור". נוכח חשיבות הסעיף להמשך הדיון נביא אותו במלואו כאן:

"מערכת הביטחון לא תזדקק להיתר של הועדה למתקנים ביטחוניים או של כל מוסד תכנון אחר. לגבי -
(1) מתקן ביטחוני שאיתורו אושר מטעם אגף התכנון של משרד הפנים לפני תחילתו של חוק זה;
(2) מתקן ביטחוני נוסף בתחום מתקן ביטחוני קיים, ובלבד שמחמת הקמת המתקן הביטחוני הנוסף כאמור לא יוטלו מגבלות על אדם אחר, ולא יחולו שינויים במגבלות כאמור שהן קיימות, וייעודו הכללי של המתקן הביטחוני הנוסף לא יהיה מסוג השונה מסוגו של המתקן הביטחוני הקיים."

נקבע בפסק הדין קמא, כי המבנה אינו מטיל מגבלות חדשות על המערערת או על אדם אחר, או משנה מגבלות קיימות. כן נאמר, בהסתמך על חוות דעתו של מומחה מטעם חיל הים – כי המבנה אינו פוגע בסביבה החופית או משנה אותה בדרך כלשהי.

ה. בד בבד קבע בית המשפט קמא, כי מערכת הביטחון, ככל רשות ציבורית, כפופה לכללי המשפט המינהלי, ועל כן על השימוש בהוראת הפטור לפי סעיף 172 הנזכר להיעשות בשיקול דעת, במידתיות ובסבירות. מערכת הביטחון נדרשת לשקול אם בנסיבות כל מקרה, נוכח טיבה ומהותה של הבנייה והאינטרסים הציבוריים העלולים להיפגע הימנה, ראוי לעשות שימוש בפטור מהליכי הרישוי. ככל שיש מקום לפטור, על מערכת הביטחון לנהוג ככל האפשר תוך שמירה והגנה על האינטרסים הציבוריים השונים, ובכללם מניעת הפגיעה בערכי טבע ומערכות אקולוגיות. זאת - גם אם אין בבניה כדי להטיל מגבלות על הציבור ועל השימוש במקרקעין הסמוכים. נקבע, כי ראוי שמערכת הביטחון תמנה גורמים מקצועיים מתאימים כדי שאלה יבחנו מבעוד מועד את הבנייה ואת עמידתה בעקרונות האמורים. בענייננו עולה, כך נאמר, כי מערכת הביטחון התמקדה בהיבטים התקציביים הייעודיים בלבד, ורק גורמים בתוך הבסיס בחנו את החלופות ושקלו את האינטרסים הציבוריים - אך ספק אם די בבדיקה זו.

ו. בשורה התחתונה דחה בית המשפט את העתירה. נקבע, כי אפילו נפלו פגמים בדרך קבלת ההחלטות, נוכח הצורך הביטחוני הברור והעובדה כי עסקינן במעשה עשוי, ולאור חוות דעתו של המומחה ממנה עולה כי נשקלו האינטרסים השונים, ובכללם האינטרסים הסביבתיים – נפסק כי אין מקום להצהיר שהבניה בלתי חוקית, או כי מוטל על המשיבים להגיש בקשה להיתר בפני ועדות התכנון והבניה.

טענות המערערת

ז. ראשית, נטען כי גם אם מתקיימים תנאי הפטור לפי חוק התכנון והבניה, על כל בניה בתחום הסביבה החופית, לרבות בתחומי מתקנים ביטחוניים, לקבל, למצער, את אישור ועדת החופים, הפועלת בהתאם לחוק התכנון והבניה בעקבות חוק החופים. כן נטען, כי על פי סעיף 12 לתמ"א (תכנית המיתאר הארצית) 13 חל איסור מוחלט על כל בניה בתחום 100 מטרים מהחוף – ואין בידי מערכת הביטחון לבנות בניגוד לאיסור זה. שנית, נטען כי שגה בית המשפט קמא בקבעו כי התקיימו בענייננו כל תנאי הפטור המנויים בסעיף 172(2) לחוק התכנון, שעה שהמשיבים לא הרימו לגביהם את נטל ההוכחה. שלישית, נטען כי אף אם בנסיבות העניין למערכת הביטחון זכאות לפטור, עליה לשקול עדיין את מלוא השיקולים

התכנוניים והסביבתיים הכרוכים בבניה, זאת בנוסף לכללי המשפט המינהלי. רביעית, נטען כי ההחלטה להקים את המבנה אינה עומדת בכללי המשפט המינהלי, וכי גורמי הביטחון לא ערכו כל בדיקה עניינית עובר לקבלת ההחלטה על הקמת המבנה, וזו התקבלה ללא תשתית עובדתית, ומבלי להתחשב באינטרסים הציבוריים או הפרטיים, מלבד האינטרס הביטחוני. נטען, כי חוות הדעת אשר לטענת המשיבים עליה התבססה מערכת הביטחון בהחלטתה להקים את המבנה - הוכנה רק בדיעבד, וכי בית משפט קמא נתן משקל יתר לצרכים הביטחוניים. חמישית, נטען כי יש לפרש את חוק התכנון והבניה, ובכללו סעיף 172, באופן שיעלה בקנה אחד עם עקרונות שמירת הסביבה. שישיית, נטען כי שגה בית המשפט שעה שביסס את פסק דינו על היות המעשה עשוי, שכן טענה כזאת ניתן להעלות רק בבקשה לסעד זמני, אך אין היא יכולה להוות שיקול כשעסקינן בעתירה גופה. נטען גם באשר לפרסום ההליך.

ח. בעקבות פסק הדין בע"מ 2408/05 הושעה ישוב קהילתי כפרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן פרשת הושעה) נתבקשה השלמת טיעונים. בהשלמה מטעם המערערת נטען, כי יש לפרש את הוראת הפטור הקבועה בסעיף 172 הנזכר בצמצום, ויש להחילה רק לאחר בחינה קפדנית של נסיבות העניין, ותוך התחשבות באינטרס הציבורי לשמירה על ערכי הטבע והנוף בכלל, והסביבה החופית בפרט. כן נטען, כי את התנאי שבסעיף 172 שלפיו יינתן הפטור אם המתקן הביטחוני הנוסף לא יטיל "מגבלות על אדם אחר" יש לפרש באופן רחב. ועוד, גם מקום בו חלה הוראת הפטור, על מערכת הביטחון לקיים הליך מינהלי תקין, ובגדרו לבחון שיקולים תכנוניים וסביבתיים הכרוכים בבניה, לברר קיומן של חלופות ולהתאים את הבניה המבוקשת להוראות חוק התכנון והבניה – הליך שבענייננו, כנטען, דומה שלא התקיים. נטען, כי בהתאם להלכת פרשת הושעה, הקמתו של מתקן ביטחוני חייבת להיות, ככל הניתן, תואמת תוכנית – ולא כך אירע כאן. ולבסוף נטען, כי מאחר שחוק החופים ספציפי ומאוחר לחוק התכנון והבניה, הוא גובר עליו, ולמצער יש לפרש את חוק התכנון והבניה לאורו ובהשראתו.

טענות המשיבים

ט. ראשית, נטען כי המדובר במבנה המוקם בצמידות למבנה קיים שייעודו הכללי דומה, ובהתאם לצורך המיוחד בו. שנית, נטען כי על פי חוות הדעת המקצועית אין הקמת המבנה צפויה לפגוע בסביבה החופית, ובמידת הצורך אפשר יהא להסירו. שלישית, נטען כי המבנה נבנה כדין מכוח הפטור הקבוע בסעיף 172(2) לחוק התכנון והבניה, ועל כן לא היה צורך בהיתר הקמה מהולמ"ב. המשיבים סומכים את ידיהם על קביעותיו העובדתיות של בית

משפט קמא, לפיהן עסקינן במבנה המוקם במתקן ביטחוני אשר אין בו כדי להטיל מגבלות כלשהן על אדם אחר, לרבות על המערערת. המערערת, כך נטען, אינה מבססת את טענותיה בדבר המפגעים וההגבלות שהבניה לכאורה מסבה לה. המשיבים מציעים לפרש את המונח "מגבלות על אדם אחר" שבסעיף 172 (2) כמסב עצמו על אפשרות למימוש התכנון בשטחים אשר מחוץ למקרקעין הביטחוניים. בהתאם לכך, אם אין בבניה הנוספת כדי להוסיף מגבלות על השטחים שמחוץ לתחומי המתקן הקיים, אין צורך באישור הולמ"ב. רביעית, נטען כי אין בהקמת המבנה משום סתירה להוראות חוק החופים, שכן חוק זה נכנס לתוקף ביום 15.11.04, ואילו הקמת המבנה החלה במהלך חודש אוקטובר 2004. נטען, כי לפי חוק החופים, המבקש היתר להקמת מתקן ביטחוני אינו כפוף למרות הועדה לשמירת הסביבה החופית לפי חוק החופים, וכי חוק החופים אינו מטיל על מערכת הביטחון חיוב תוצאה אלא חיוב השתדלות בלבד, ובכך עמדה מערכת הביטחון עד כה. חמישית, נטען כי אמנם הקמת המבנה נוגדת את הוראות תמ"א 13, ברם היתר הולמ"ב אינו נגזר על פי הדין מתכנית וממילא יכול הוא לסטות ממנה, וכי אין תכניות המתאר בישראל כוללות ייעודים למתקנים ביטחוניים.

י. בהשלמת הטיעון, טענו המשיבים כי הלכת פרשת הושעיה תומכת דווקא בעמדתם ולא בעמדת המערערת, באשר לא נפל לשיטתם פגם בתהליך הקמתו של המבנה אשר מצדיק את התערבותו של בית המשפט, ומכל מקום, אף אם נפל פגם כלשהו, התוצאה הראויה בנסיבות דנן מחייבת דחיית הערעור. המשיבים עיגנו את עמדתם בייעודו של המבנה, בפגיעה האפשרית בביטחון המדינה ובנזק הכספי הכבד העלול להיגרם להם אם יתקבל הערעור, וכן בהיעדרה של פגיעה ממשית במערערת. עוד נטען, כי המערערת סירבה בבית המשפט קמא להצעת המשיבים להמציא מסמך המציג את ההליך המינהלי שקיימה מערכת הביטחון, ועל כן ניסיונותיה להביא את בית המשפט לדון בסוגיה שהיא עצמה סירבה לאפשר דיון ענייני בו, מהווה הרחבת חזית פסולה.

הדיון בבית משפט זה

י"א. יצוין כי בקשת המערערת לסעד זמני נדחתה בבית משפט זה, מפי השופטת ארבל (החלטה מיום 24.5.06).

י"ב. (1) בדיון בפנינו נטען מטעם המערערת, כי דרג קבלת ההחלטות לא היה בכיר דיו, אם במידרג הצבאי ואם במערכת האזרחית; לא נקבע כי המדובר במתקן בטחוני, לא נקבע אם ראוי להפעיל את הפטור, ולא נבדקו חלופות כגון אם ניתן למלא את הפונקציה בה מדובר

בבסיס אחר. על כן נפל פגם בתהליך קבלת ההחלטות, ודבר זה נאמר גם על-ידי בית המשפט קמא. עוד נטען, כי מערכת הביטחון עושה בקרקע בלא התחשבות באמור בפסק דין הושעיה, וכי מנגנון הבדיקה הביטחונית בנוי כך שאין המערערת יכולה ליטול חלק בהליכים, דבר שאינו כדין.

(2) מנגד טענה באת כוח המדינה, כי גם אם נפלו פגמים בתיעוד, הובאה הסוגיה בפני ראש מטה חיל הים, ומכל מקום אין חלופה למתקן במקומו הנוכחי בשל ייחודו, ואף הנושא הסביבתי טופל בחוות הדעת שהוגשה. עבודת המטה הנערכת עתה מיועדת להתמודדות עם הפגמים בהקשר דנא ואחרים, הקשורים במערכת הביטחון ביחס לחוק תכנון הבניה. לשיטת המשיבים אף אם לכאורה ניתן היה להחזיר את הדיון לולמ"ב, אין בכך תועלת כיום, כיון שהתוצאה ברורה בנסיבות.

דיון והכרעה

י"ג. פרשה זו כרוכה בבעיה, שחלקים ממנה נדונו בפסק דינו של בית משפט זה בפרשת ע"מ 2408/05 הושעיה נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון (טרם פורסם), ועניינה פרשנות ויישומן של הוראות פרק ו' לחוק התכנון והבניה, הדנות בבניה של מערכת הביטחון. פסק הדין האמור, בתמציתו, מורה כי את הוראות הדין הללו, שכמובן הן המסד הנורמטיבי המחייב כל עוד לא שינה מהן המחוקק, יש לפרש בגדריו ורוחו של עידן שונה מזה שבו נחקקו, לפני למעלה מארבעים שנה; זאת, "תוך התחשבות בהתפתחויות המשפטיות והציבוריות, לרבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (עמ' 36 לפסק הדין, סעיף 52(א)). 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 בעידננו, כערכים מרכזיים במינהל הציבורי ובאיכות חיינו. פעופעם 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 דעת נתון לפרשנות ברוח הזמן והמקום, שהיא גם בעלת מימד ערכי; וכבר ציין הנשיא ברק בפרשת ע"א 1528/05 רשות הנמלים נ' אביגדורוב (טרם פורסם), כי "סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד... שיקול הדעת צריך להיות מופעל על פי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי".

י"ד. ענייננו מקרב את המבט ואת העדשה לסעיף אחד, בעל ייחוד, בפרק ו' לחוק התכנון והבניה – הוא סעיף 172. סעיף זה מדבר בסיטואציה של בניה בתוך בסיס קיים, ועל כן -

בתנאים שנקבעו בו ועיקרם היעדר תוספת של הגבלות לסביבה על-ידי הבניה - ניתן פטור. מובן כי אין זו מילתא זוטרתא, ואפשר להבין הוראה זו על פי אגדה כללית בקשר ליחס בין תכנון ובניה לנושאי ביטחון, ששררה בעת חקיקת החוק. האם לגבי פטור זה עולם כמנהגו נוהג? התשובה אינה בחיוב. ההתפתחויות החברתיות-ציבוריות ותוצאותיהן המשפטיות, אינן יכולות לפסוח גם על הנושא דנא, כפי שגם ציין בית המשפט קמא.

ט"ו. במה דברים אמורים? סעיף 172 שצוטט מעלה, והממוקם בפרק ו' לאחר סעיפי הולמ"ב, פוטר כאמור את מערכת הביטחון מכל וכל מהיתרי הולמ"ב או מוסד תכנון אחר, אם נתקיימו תנאיו. סעיף זה לא שונה מאז נחקק בתשכ"ה-1965, ועל כן גם דומה כי לא פורש בפסיקה (אך ראו הידרשות אליו בהקשר ספציפי בפסק הדין בעניין הושעיה). תכלית הסעיף היה בה מלכתחילה – בעידן חקיקתו - משום היגיון; בבסיס צבאי, דרך משל, מבקשים להקים מתקן נוסף; אם אין מתקן זה יוצר מגבלות חדשות לשכנים, במובן זה שאינו "מכביד" מעבר להכבדה הקיימת שבעצם קיומו של הבסיס בו הוקם, ככל שישנה כזאת, הנחת הסעיף היא כי אין צורך להביאו מיסודו לא רק לאישורם של גופי תכנון ובניה בכלל, אלא אף לולמ"ב. הדעת נותנת איפוא כי הנחת היסוד בחקיקתו של הסעיף מקדם היתה, שנעשית באורח שוטף בניה בבסיס צה"ל, וככל שזו אינה פוגעת בזולת, אין צורך לגביה בהליכים על פי חוק התכנון והבניה.

ט"ז. ואולם, גם בעניין זה, כמו בנושאי פרק ו' לחוק התכנון והבניה בכלל כפי שפורטו בפרשת הושעיה, לא כימים מקדם ימינו שלנו, וכדברי המג'לה (בתרגום השופט גד פרומקין) "אין לכחד שעם שינויי העתים, משתנים אף הדינים עמהם" (סעיף 39). אכן, להלכה, אם אין המתקן מוליד "גזירות חדשות" לסביבה, על שום מה הליך? אך הלכה זו עלול בכל זאת להיות שוברה בצדה בחיי המעשה, שהרי מתקן שאינו מטיל מגבלות חדשות כיום, בעת הקמתו, וכך בענייננו, עלול להיות פינה ויתד למגבלות כאלה בעתיד, בחינת "כיון דעל על"; כל שכן אם יחול שינוי בייעודן של קרקעות סמוכות, שמה שאינו מפריע היום, עשוי להיות יסוד להתדייבויות מזה ולגזרות מזה לעתיד לבוא. נראה כי זו מטרתה של העתירה, ומטרתו של הערעור, לאשורן. המערערים אינם מסתירים כי אינם גוף ציבורי או עותר פילנתרופי אלא חברה כלכלית המעוניינת בפיתוח עסקי של קרקעותיה, ועניינה נובע מכך. מובן כי מנגד עומדים אינטרסים ביטחוניים, והוראות הדין המגינות עליהם. אינטרסים אלה לא פסו, למרבה עגמת הנפש, מן העולם. תפקידנו שלנו הוא לבאר את המצב החוקי לעת הזאת, ובגדרי המשפט המינהלי לעמוד על האיזונים הדרושים.

י"ז. הפועל היוצא משינוי העתים הוא שגם בכגון דא יש מקום למבט חדש מסוים, בלא פגיעה בגישת היסוד של המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בפרק י' לחוק ובסעיף 172 בנידון דידן, כל עוד זו על מכונה; ושמענו מפי נציגתה המלומדת של המדינה, כי עבודת המטה הנערכת במשרדי הממשלה – משרד הפנים, מערכת הביטחון ומשרד המשפטים – באשר לפרק ו' והצורך להתאימו לעידננו, אינה פוסחת גם על סעיף 172. עד לתיקון משיבוא, נראה לנו כי כדי שהכל יהיו בטוחים שהפטור הוא במקומו ומתמלאים התנאים להחלתו, יש מקום כי גורמי המערכת ישקלו להביא מקרים מסוימים שבהם ניתנת חוות דעת פנימית של פטור אל הולמ"ב, על מנת שזו תיתן דעתה, גם אם אין זו דרישת החוק כלשונו. זאת – וראו להלן – במקרים המגלים על פניהם רגישות, אם במיקומם ואם במימדיהם או מטעם אחר. נושא השמירה על החופים עשוי להיות מאלה. דומה בעינינו כי דבר זה עשוי להיות מקובל אף על מערכת הביטחון.

י"ח. בנידון דידן שמענו בהסכמה, במעמד צד אחד, את נציגי צה"ל שהציגו בפנינו את אופיו של המבנה בו מדובר והשימוש בו. השתכנענו כי לעת הזאת יש צורך חיוני בנעשה במבנה, וכן כי ככל הנראה מיקומו וגובהו מחויבים בהיעדר חלופות זמינות. שקלנו, גם תוך הרהור בקול רם באולם בית המשפט – נוכח שאלות שעלו באשר לקבלת ההחלטות – אם אין מקום להביא את הנושא לולמ"ב, מהיעדר גוף רלבנטי אחר. ואולם, בסופו של יום באנו לכלל מסקנה כי אין טעם של ממש בכך. ראשית, המבנה על תילו והוא נחוץ – ואין סיכוי של ממש שהולמ"ב תחזיר את הגלגל אחורנית. שנית, לדרך הטיפול בפטור לפי סעיף 172 בכלל, וכן לפטור הספציפי דנא, נידרש להלן.

י"ט. אכן, איננו רואים עצמנו פטורים מאמירה באשר לדרך קבלת ההחלטות. אף משהוצג בפנינו חומר המשמיע כי הנושא הובא בפני דרג בכיר – ראש מטה חיל הים, קצין בדרגת תת אלוף – לא שוכנענו בכל הכבוד, וכך אף בית המשפט קמא, כי דרך הפעולה היתה ככל משפטה וחוקתה. פטור לפי סעיף 172 אינו עניין בעלמא; הוא הפיכת המבנה ל"בועה", מעין מובלעת, מבחינת חוקי התכנון והבניה, עד כי לא יקרב על פי לשון הדין אף אל הולמ"ב, לא כל שכן לגופי תכנון אחרים. החלטה מעין זו מחייבת פעילות מתועדת ותהליך מסודר של קבלת החלטות בדרג צבאי ובדרג אזרחי, שמעלתם ברורה, שכן מאפשרים הם בחינה ובקרה על-ידי דרגים ממונים וגופי בדיקה פנימיים וחיצוניים וכן גופי משפט. דבר זה ככל הנראה נעשה חלקית בלבד. ואולם, כאמור, במבחן השורה התחתונה – לא רק כמעשה עשוי אלא גם לגופו של דבר – איננו רואים מקום להתערבותנו במקרה דנא, נוכח הצורך שהוצג בפנינו.

כ'. במבט הצופה פני עתיד נחבור לעת הזאת, בשלב בו טרם הניבה עבודת המטה הנערכת כיום תוצאות, לדבריו הנכוחים, בכל הכבוד, של בית המשפט קמא. לשון סעיף 172 אומרת כי "מערכת הבטחון לא תזדקק להיתר של הולמ"ב או של כל מוסד תכנון אחר, לגבי... (2) מתקן ביטחוני נוסף בתחום מתקן ביטחוני קיים, ובלבד שמחמת הקמת המתקן הביטחוני הנוסף כאמור לא יוטלו מגבלות על אדם אחר, ולא יחולו שינויים במגבלות כאמור שהן קיימות, וייעודו הכללי של המתקן הביטחוני הנוסף לא יהיה מסוג השונה מסוגו של המתקן הביטחוני הקיים". קרי, יש צורך בסדרה של מספר החלטות: ראשית, לקבוע כי המדובר במתקן ביטחוני בתחומו של מתקן קיים; שנית, שאכן אין מגבלות חדשות; ושלישית, שהייעוד אינו שונה. עבודת מטה מסודרת צריכה לקבוע את אלה, ובעקבותיה צריכה לבוא החלטה כי אכן מתקיימים התנאים לאי הזדקקות להיתר, קרי למתן פטור. חוות הדעת צריכות להיות מקצועיות בתחום הרלבנטי, כולל אנשי צה"ל ומשרד הביטחון ברמות מטה, מומחי תכנון ובניה, ומומחי משפט צבאיים של מערכת הביטחון, ולהיות מונחות – הואיל ולא במילתא זוטרתא עסקינן – לפני סמכות בכירה ביותר במערכת. מערכת השיקולים שיש להביא בחשבון בכגון דא רחבה, ולכלול קשת של נושאים, לרבות מבט לעתיד - כלומר, לא רק ההשפעה העכשווית אלא גם אפשרויות לשינוי. בין הנושאים הללו, כפי שציין בית המשפט קמא, צריכים להיכלל גם הנושאים האקולוגיים וערכי הטבע, שחשיבותם בעידננו אינה צריכה ביאור. בשרשרת התהליך צריכה להיות לדעתי כתובת מטה קבועה אחת המשלבת דרג מטה כללי ודרג בכיר של משרד הביטחון, כדי להכריע סופית. ובסופו של יום, על מערכת הביטחון לשקול אם תכנית מתקן כזה יכולה להישאר בדל"ת אמותיה שלה, קרי, בלשון הפטור של סעיף 172(2), או שמא, בדיון או אף לפני משורתו, אין ראוי ליתן פטור ויש להביא את הדברים לפני הולמ"ב, ובמקרים מסוימים כאמור, על פי הנסיבות, אף להביא לחוות דעתה את עצם התקיימותם של תנאי הפטור.

כ"א. לעניין זה אציין, כי ככלל יש גם מקום לקביעת הערכת זמן לעניין הפטור, שכן במקרים רבים (לא תמיד) אין הכוונה למבנים של "מעטה ועד עולם", ויש להביא נושאי לוח זמנים בחשבון. בנידון דידן אין צורך להכריע בכך, שכן מדובר – כאמור במבנה חיוני לעת הזאת, אך כזה הניתן להסרה לעת צורך או אם תכשר השעה, כפי שהודיעו המשיבים.

כ"ב. שעה שבחוף עסקינן, יש להידרש גם ליחס בין סעיף 172 נשוא דיונו לבין חוק החופים, שהוא מטבעו בן עידן איכות הסביבה, מונח שלא היה בשיח הציבורי, אם בכלל היה בנמצא, בימי חקיקתו של חוק התכנון והבניה. המערערים העלו את שאלת החוף כחלק מטיעוניהם, והמדינה טוענת מנגד, כי על פי חוק החופים חלה עליה "חובת השתדלות" ולא למעלה מזה.

כ"ג. חוק החופים – בשמו המלא חוק שמירת הסביבה החופית, תשס"ד-2004 - נחקק כאמור בסעיף 1 בו, כדי:

"(1) להגן על הסביבה החופית ואוצרות הטבע והמורשת שבה, לשקמם ולשמרם כמשאב בעל ערכים ייחודיים וכן למנוע ולצמצם במידת האפשר פגיעה בהם;

(2) לשמור את הסביבה החופית והחול החופי לתועלת ולהנאת הציבור, ולדורות הבאים;

(3) לקבוע עקרונות והגבלות לניהול, לפיתוח ולשימוש בני קיימא של הסביבה החופית".

בסעיף 3(א) נדרש כי "רשות המוסמכת לתת רישיון או היתר לפעולה בחוף הים, תעשה זאת ככל האפשר, באופן שיהיה בו כדי לצמצם את הפגיעה בסביבה החופית", אך דבר זה אינו חל על רשות מוסמכת לפי חוק התכנון והבניה, שיחולו עליה ההוראות הקבועות באותו חוק. סעיף 5 מסייג את זכות הציבור למעבר חופשי בחוף כלפי מתקנים ביטחוניים או מוגבלים מטעמי ביטחון.

כ"ד. הסעיף הרלבנטי העיקרי לעניין צרכי הביטחון הוא סעיף 14, שכותרתו "מערכת הביטחון - סייג לתחולה" וזה לשונו:

"הוראות סעיפים 3 ו-4 לא יחולו על מיתקן ביטחוני ובתחומו, לרבות על פעילות המתבצעת בו או בקשר אליו או להקמתו, על הסמכות, על ההליכים ועל התנאים למתן היתר למיתקן כאמור, לפי פרק ו' לחוק התכנון והבניה, וכן על פעילות ביטחונית המתבצעת בשטח סגור; ואולם בהליכים למתן היתר למיתקן ביטחוני בתחום חוף הים, תתחשב הועדה למיתקנים ביטחוניים, כמשמעותה בסעיף 160(1) לחוק התכנון והבניה, ככל האפשר, בהוראות חוק זה, ופעילות המתבצעת בידי מערכת הביטחון בתחום הסביבה

החופית שאינה טעונה היתר לפי חוק התכנון והבניה
תבוצע ככל האפשר, בהתאם להוראות חוק זה".

סעיף זה אמנם סויג בנוסחו לסעיפים 3-4 לחוק החופים, אך הוא הכלי העיקרי לטיפול באינטרסים הביטחוניים. בדברי ההסבר לחוק (הצעות חוק תשס"ג, 604, 613) נאמר כי הסעיף מוצע "תוך התחשבות במנגנון הרישוי הייחודי למתקנים ביטחוניים הקבוע בפרק ו' לחוק התכנון והבניה. עם זאת, מוצע לקבוע כי רישוי המתקנים הביטחוניים וכן פעולות מערכת הביטחון ייעשו ככל האפשר בהתאם לחוק המוצע". במקור הוחלה הוראה זו, בין השאר, גם על סעיף 7 להצעת החוק שעסק בהבטחת הנוף ואויר הים, אך סעיף זה לא נחקק לבסוף. אציין כאן, כי עיינתי גם בעמדת אדם טבע ודין שהוצגה בפני בית המשפט קמא.

כ"ה. אכן, אין להקל ראש כל עיקר באינטרסים הביטחוניים; מדינת ישראל היא מדינה קטנה, הרחוקה לצערנו מן המנוחה והנחלה, ולה קשיים ביטחוניים מן המרובים והבולטים בסוגם בתבל, תוך איומים קיומיים שלא פסו. לכן אין צרכי הביטחון מלים בעלמא; ראו גם פסק הדין בפרשת הושעיה בפסקה ה' (1-6). פשיטא שחלק מן האיומים עלול לבוא מכיוון הים, כפי שגם אירע בפועל בעבר, ועל כן אין לשלול צורך ביטחוני במתקנים ביטחוניים בחופים. ואולם, אין גם לראות את הוראות המחוקק בסעיף 14 לחוק החופים – ויכולים אנו לשער את פעילות מערכת הביטחון בהקשר זה בתהליך החקיקה, משעה שניזום החוק, כדי להבטיח חקיקת "סייגים ביטחוניים" - "כ"עצה טובה קא משמע לן", כסעיף השתדלות. אין זו תפארת המליצה. אכן, אין הסעיף מנוסח בלשון חדה, אך עולה ממנו כי על מערכת הביטחון להראות כי הביאה בחשבון את האינטרסים שעליהם בא החוק להגן, קרי, להידרש אליהם אקטיבית בשעת קבלת החלטותיה, והוא הדין לולמ"ב. במקרה דנא ניתנה חוות דעתו של מומחה חיל הים במועד מאוחר, במהלך בירורה של העתירה בבית המשפט קמא, במענה לעתירה, אך נטען כי בחירת המקום מתחילה נעשתה בהתחשב בהשפעה על סביבת החוף, ונבחנו גם חלופות. שוב, במעשה עשוי עסקינן, ועיקר מעיינינו עתה במבט לעשייה בעתיד בתחומים אלה, וכבר נאמר כי "... במציאות שלנו שאלת שימור החופים והגישה אליהם מקבלת משנה חשיבות נוכח הצורך לשמר את המעט שנותר מחופי ארצנו שהפכו במהירות למשאב נדיר, המנוצל באופן מוגבר ולא תמיד לטובת הציבור" (דברי השופטת – כתארה אז – ביניש) בע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות נ' עמותת אדם טבע ודין, פ"ד נו(3) 385, פסקה 14. הוא שאמרנו: סמכות ביטחונית מזה, שיקול דעת מזה, ומסגרת שיקול הדעת כוללת את הנושא החופי כאמור בסעיף 14 סיפה לחוק החופים.

כ"ו. נטען אמנם, כי היה מקום להביא את הנושא לאישור הועדה לשמירת הסביבה החופית שהוקמה בחוק החופים בתיקון לתוספת השניה לחוק התכנון והבניה, ועדה זו לא הופקדה לכאורה על נושאי ביטחון שעליהם חל סעיף 14 הנזכר, אף כי חבר בה גם נציג שר הביטחון, ואיני רואה צורך לקבוע מסמרות באשר לתרומתה האפשרית בנושאים אלה; יש לדידי מקום, כי הולמ"ב תיוועץ בועדה לשמירת הסביבה החופית במקרים המתאימים, המגיעים לדיון אליה, או למצער ביו"ר הועדה לשמירת הסביבה החופית; לדידי היה טעם לעניין זה בהוראת חוק דומה לזו של סעיף 164 בחוק התכנון והבניה, שלפיו התוספת הראשונה - העוסקת בקרקע חקלאית - אינה חלה על מתקנים ביטחוניים, אך בעניינים הנוגעים לכך תזמין הולמ"ב לפי החלטתה את יו"ר הועדה לשמירה על קרקע חקלאית (וראו סעיף ה' (46-50) לפסק הדין בפרשת הושעיה). אף בהיעדרו של סעיף כזה, בידי הולמ"ב בדונה בעניינים שתיתכן לגביהם השפעה על הסביבה החופית להיוועץ בועדה לשמירת הסביבה או בעומד בראשה; עשויה לצמוח מכך תועלת. בכך יינתן ביטוי להוראת הסיפא לסעיף 14 הנזכר, באשר להתחשבות ופעילות ככל האפשר לפי חוק החופים. ואולם, בסעיף 172 עסקינן, ועל כן אפשרות כזו תצמח רק אם יועבר הנושא לדיון בולמ"ב. אף זה טעם לשקול העברתו של נושא פטור פלוני לולמ"ב, והדברים נאמרים מעבר לנידון דידן.

כ"ז. המערערים נדרשו למשאלתם להישמע; כשבסעיף 172 עסקינן, אם הכריעו הרשויות כבמקרה דנן – ואשר אמרנו על אודות התהליך כבר אמור - כי לפנין בניה בתוך מתקן שאינה מזיקה לזולת והנהנית מפטור, הדרך לתקוף זאת היא כפי שעשתה המערערת – בעתירה מינהלית. אולם עד שבאים בשערי בית המשפט, בידי המערערים או שכמותם, הרואים כי מבנה צומח אל מולם, לפנות לגורמי צה"ל ומערכת הביטחון ולבקש להישמע, והאוזן צריכה להיות כרויה, הגם שהחלטה בידי מערכת הביטחון; לעניין זה אזכיר גם את סעיף ה(43) לפסק הדין בפרשת הושעיה, ואת תקנה 4 לתקנות התכנון והבניה (הנוהל בועדה למתקנים ביטחוניים), תשכ"ד-1968.

כ"ח. סוף דבר וסיכום: אין בידינו להיעתר לערעור, אך ראינו לנכון להידרש למסגרת הנורמטיבית הרלבנטית במבט צופה פני עתיד. לביטחון ישראל – מרכיב חיוני עד מאוד בקיומה – יש מחירים שונים, וההגבלות בתכנון ובניה אינן מן הגבוהים שבהם; אך ברוח העידן והתפתחותיו הדינמיות, יש לפרש את חוקי הביטחון על פי עקרונות חוקתיים ואחרים של כבוד האדם וסביבתו. על מערכת הביטחון למלא את תפקידה הביטחוני; זה ייעודה. לעתים יגבר הביטחון על שיקולים אחרים, אך לעתים קרובות אולי יותר יש מקום להתחשבות בסביבה למינה בלא פגיעה בביטחון, ולזאת על המערכת להיות קשובה. בנסיבות איננו עושים צו להוצאות.

שופט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

שופטת

השופט ד' חשין:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ו בסיון תשס"ז (12.6.07).

מרים נאור 54678313-3151/06

שופט

שופט

שופטת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. T11.doc 06031510 מפ
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה