

המערערת:

מפלגת הירוקים למען ישראל ירוקה

ע"י ב"כ עו"ד אריאל יונגר ואו שרי נוימן

טל: 09-7448555 פקס: 09-7448554

- נ ג ד -

המשיבים:

1. ועדת הערר לתכנון ובנייה – מחוז מרכז

על ידי ב"כ מפרקליטות המדינה

מרח' צלאח א-דין, ירושלים

טל': 02-6466590 פקס: 02-6467011

2. הועדה המקומית לתכנון ולבניה – הרצליה

3. החברה העירונית לפיתוח תיירות בהרצליה בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אילנה בראף-שניר ואח' ממשרד הררי טויסטר ושות'

מגדל ב.ס.ר 1, דרך בן גוריון 2, רמת גן

טל': 03-7553800 פקס: 03-7553801

4. המשרד להגנת הסביבה (משיב פורמאלי)

ע"י פרקליטות המדינה

## הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על פסק הדין בעת"מ 2762/08 של כבוד השופטת רובינשטיין מביהמ"ש לעניינים מינהליים בת"א, אשר ניתן ביום 3.9.09 והומצא לידי המערערת ביום 8.9.09 (להלן: "פסק הדין קמא").

**--- כבוד ביהמ"ש יופנה להעתק פסק הדין המצורף להודעת ערעור זו, ומסומן ע/1.**

לערעור זה מצורפת בקשה למתן סעד זמני עד להחלטה בערעור עצמו, וזאת עקב העובדה שלעבודות נשואות הערעור בתחום החוף בהרצליה הוצא היתר בניה שמאפשר תחילת ביצוען, דבר שלעמדת המערערת צפוי לגרום נזק בלתי הפיך לרצועת החוף המצויה תחת מצוק אפולוניה ולמניעת כל שימוש ציבורי עתידי בשטח כחוף ים, ובכל מקרה מהווה קביעת עובדות בלתי הפיכות בשטח.

כבוד ביהמ"ש יתבקש לקבל את הערעור, לקבוע כי פסיקת ביהמ"ש הנכבד קמא בטלה, ובהתאם, **להורות על בטלותו של היתר הבניה נשוא הערעור.**

המערערת תבקש להבהיר כי ערה היא להיותה של הודעת הערעור דנא ארוכה מן הרגיל. יחד עם זאת, בהתחשב במורכבות הנושא ובנסיבותיו, וכן בהתחשב בכך שפסק הדין קמא כולל פרשנות חדשנית בתחום התכנון והבנייה, פרשנות שלה השלכות רחב עקרוניות החורגות באופן ניכר מגדרי המקרה הקונקרטי,

הרי שלא היה מנוס מפריסת מלוא הטיעון משפטי בפני כבוד ביהמ"ש, על אף שהוא ארוך מן המקובל. כן יצוין כי המערערת דכאן היא העותרת 1 בהליך קמא, בעוד שהעותר הנוסף, מר יואל חדידה, שהוא פעיל ציבור הפועל ללא שכר, בחר שלא להיות צד לערעור זה בשל החשש שיחוייב בהוצאות נוספות. כן יתבקש ביהמ"ש הנכבד לחייב בהוצאות את המשיבים שיתנגדו לקבלת הערעור.

**כל ההדגשות הוספו אלא אם נאמר אחרת.**

### **תמצית טענות המערערת**

השאלה המרכזית שמעלה ערעור זה הינה: איזה הליך חוקי צריך להתקיים כדי שיתאפשר לבצע בניה בתחום רצועת החוף במדינת ישראל, וזאת בעיקר לאור הוראותיה של תכנית המתאר הארצית לחופי הים התיכון - תמ"א 13. השאלה עולה במלוא חריפותה לאחר שכבוד ביהמ"ש הנכבד קמא קבע, כי אין מניעה להוציא היתרים למבנים עתירי מימדים שלא אושרו מעולם בתכנון מפורט בתחום החוף, לרבות בתחום מאה המטרים מקו המים שבהם אסורה הבנייה מכח הוראה מפורשת של תמ"א 13, וזאת דווקא בשטחים מהרגישים ביותר שהוגדרו בתמ"א 13, כמו "שמורת חוף" במקרה זה.

כפי שתראה המערערת, פרשנות זו עלולה לעקר מתוכן את ההוראה האוסרת על בניה בתחום 100 המטרים מקו המים, לצמצם באופן משמעותי את המקרים בהם יובאו תכניות בניה בפני הועדה לשמירת הסביבה החופית, ולאפשר בניה ללא תכנון מפורט, למרות הפסיקה התקדימית המחייבת בענין זה. קביעות פרשניות מהפכניות-לשלילה אלו, אשר כאמור סותרות פסיקה קודמת, צפויות להוביל לפגיעה במיוחד באותם שטחי חוף ערכיים ששמירתם חיונית לטובת הציבור הרחב, הן במקרה הקונקרטי שלפנינו, והן במקרים רבים אחרים. לכן תבקש המערערת מכבוד בית המשפט לבטל פסיקה זו.

#### **א. עיקר עובדות המקרה:**

המצוק החופי בישראל משתרע לאורך עשרות ק"מ לאורך הים התיכון. בשל תהליכים טבעיים וסביבתיים שונים נסוג המצוק, דבר שמביא לעיתים לקריסות ומפולות שלו. התופעה קיימת בשטחי חוף רבים, דבר המהווה סכנה לשלום הציבור ולרכוש, ולכן גם עמלים כיום על תכניות שונות לטיפול בבעיה.

השטח בו עסקינן הינו מקטע מצוק באפולוניה שבצפון הרצליה, שעליו שוכן אתר עתיקות חשוב, ולרגליו רצועת חוף. לגבי מקטע זה החליטה עיריית הרצליה לקדם פתרון נקודתי שימנע את קריסת המצוק, מתוך כוונה, שאין חולק כי היא ראויה, לשמור על שלום הציבור ועל שלמות אתר העתיקות.

חלופת הביצוע שנבחרה ע"י העירייה לשם השגת מטרה זו (בעוד שקיימות חלופות מעשיות אחרות שלא נבחנו, או שנמצאו יקרות מדי לטעמה) הינה הקמתו של "קיר ים" בתחום 100 המטרים מקו המים, על גבי החוף. קיר זה למעשה אינו "קיר", אלא סוללת אבן עצומה באורך של 300 מטרים, בגובה 4 מטרים וברוחב של כ-14 מ', בשטח כולל העולה על 4000 מ"ר. אמצעי זה, בלשון המעטה, הינו אמצעי שנוי במחלוקת בקרב המומחים. לפחות חלקם סבורים שלא רק שיביא כיליון וודאי לרצועת החוף הנדונה וימנע כל אפשרות לשימוש ציבורי עתידי בה, אלא שקיים סיכוי רב שלא יועיל במניעת המשך קריסת המצוק, ואף יתכן שיביא להחרפת הבעיה. את הטענות ביחס לכך, וביחס לצורך לבחון חלופה אחרת להגנת המצוק, ניתן היה להעלות במקרה רגיל במסגרת הליכי אישור התכנית להקמת המבנה. אלא שכאן בחרה העירייה לקדם את הבניה הנ"ל במסגרת של היתר בניה בלבד, מבלי שתוכן תכנית מפורטת, ומבלי שיערך תסקיר השפעה על הסביבה, שבמסגרתו ייבחנו החלופות השונות, באופן שקוף, לעיני הציבור, ועל

ידי הגופים המוסמכים לעשות כן, לרבות המועצה הארצית והועדה לשמירה והולחו"ף, כל זאת כפי שנדרש על פי החוק, על פי תמ"א 13 ועל פי ההלכה הפסוקה.

למרות כל האמור, דחה כבוד ביהמ"ש קמא את העתירה שהגישה המערערת כנגד אישור ההיתר, בקובעו כי בניית "קיר היס" אינה סותרת את תמ"א 13, ואפשרית על פי התכניות התקפות במקום. מכאן הערעור.

#### ב. עיקר טענות המערערת

טיעונה המשפטי של המערערת נחלק לשני ראשי טיעון, אשר יחד ולחוד מצדיקים קבלת הערעור דנא. במסגרת **ראש הטיעון הראשון**, תראה המערערת כיצד שגה ביהמ"ש הנכבד כאשר קבע כי הבניה המבוקשת עולה בקנה אחד עם תמ"א 13. בהקשר זה, יוכח כי כבוד ביהמ"ש קמא שגה שגיאה עובדתית חמורה כאשר סבר כי התכנית המקומית שמכוחה הוצא ההיתר אושרה בשנת 1998, כ-15 שנים לאחר אישורה של תמ"א 13, בעוד שלמעשה התכנית אושרה בשנת 1961, עוד בטרם חוקק חוק התכנון והבניה. שגיאה זו מנעה מביהמ"ש הנכבד לבחון ולראות כי במסגרת תחולתה של תמ"א 13 על תכניות שקדמו לה, קיימת חובה מפורשת להתאמת תכניות אלו להוראותיה, לרבות עריכת תסקיר השפעה על הסביבה וקביעת הוראות תכנון מפורטות בתכנית, מה שבוודאות לא בוצע בנוגע לתכנית זו.

בנוסף, שגה כבוד ביהמ"ש קמא כשקבע כי "קיר היס" אינו בגדר "מבנה" שאסורה בנייתו בתחום מאה המטרים, וזאת בניגוד להגדרה הבסיסית והחד משמעית בחוק הקובעת כי מבנה הינו בין היתר "**קיר, סוללת עפר, גדר וכיוצא באלה הגודרים או תוחמים, או מיועדים לגדר, או לתחום, שטח קרקע או חלל**".

כן שגה כבוד ביהמ"ש הנכבד קמא, וזו ככל הנראה השגיאה בעלת השלכות הרחוב הקשות ביותר בפסק דינו, כאשר קבע כי איסור הבנייה בתחום מאה המטר מקו המים שבתמ"א 13 אינו חל כאשר מדובר בהקמת מבנים לצורך הכשרת הייעודים הרגישים הנכללים בהגדרת "שמורת חוף" כאמור, וזאת ללא כל הבחנה בין השטחים המצויים בתחום מאה המטרים מקו המים ובין השטחים המצויים ביעודים אלו מחוץ לתחום רגיש זה. כל זאת מבלי שטרם להתייחס כלל לפסיקתו הסותרת בפרשה דומה בעת"מ 1772/08 מ.א.פלמחים כפר נופש נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מרכז, תק-מח 2009(2), 830 (2009).

במסגרת **ראש הטיעון השני**, תראה המערערת כי פסק הדין קמא סותר באופן חזיתי את תקדימי ההלכה הפסוקה<sup>1</sup> אשר קבעו כי על היתר הבנייה להיגזר אך ורק מכח תכנית בעלת הוראות מפורטות (דבר שנרד גם בתמ"א 13 באופן נפרד). זאת, בשל העובדה שהתכנית המקומית שמכוחה הוצא ההיתר אינה כוללת כל פירוט תכנוני רלוונטי לבנייה המבוקשת, וכל שיש בה הוא סימון סכמאטי של "שטח ציבורי פתוח". אין בתכנית זו כל מגבלה בנוגע לשטחי בניה, גובה, איתור, קווי בנין ולגבי כל אותם פרטים מהותיים המצדיקים את התואר "תכנון מפורט". יתר על כן, התכנית המקומית עצמה קבעה כי היקף הבניה בשטח זה ייקבע באישור הועדה המחוזית. אפילו בתנאי זה לא עמד ההיתר דנן, ולכן למצער הוא ניתן בחריגה בוטה מסמכות. בכל מקרה, קבלת גישתו הפרשנית של כבוד ביהמ"ש קמא מהווה פגיעה חמורה בזכות הציבור להשתתף בתכנון ובשקיפות הליכי התכנון, וכתוצאה מכך, יש חשש שיוקמו מבנים עצומים בכל רחבי הארץ מכח היתר בניה בלבד, בכל מקרה שרשות מקומית סבורה שהדבר נדרש. עם כך אין להסכיך.

בהמשך לאמור לעיל יודגש כי גם לו שוכנע כבוד ביהמ"ש קמא שהקמת קיר היס אינה סובלת דיחוי ולו

<sup>1</sup> למשל: עע"מ 10112/02 אדם טבע ודין נ' הועדה המחוזית ירושלים, פ"ד נח(2), 817, (2003); ע"א 7654/00 ועדת ערר מחוזית חיפה נ' הירדן בע"מ, פ"ד נו(2), 895, 905-906 (2003); עתי"מ (תל-אביב-יפו) 6/97 ועד אמנים נ' הועדה המקומית ת"א תק-מח 99(2), 959; בעת"מ (מחוזי חי) 4384/07 הועדה המקומית חיפה נ' ועדת הערר חיפה, תק-מח 2007(4), 11464 (2007).

מינימלי ולשם כך יש לסטות מהוראות החוק (והמערערות, יצויין, חולקת על כך בתוקף, שכן המצב במקום זה אינו שונה מהותית מזה שבשטחי חוף נרחבים אחרים), עדיין ניתן היה להגיע לאותה תוצאה בדרכים משפטיות שאינן יוצרות תקדים כה מסוכנת, למשל, על ידי שימוש בתורת הבטלות היחסית, או ע"י העברת הדיון לבג"צ לשם שקילת האפשרות לתת "סעד מן הצדק", דבר שבג"ץ מוסמך לתת. במקום זאת כולל פסה"ד פרשנות שתוך עיוות הוראות הדין וההלכה הפסוקה, פותחת פתח לביצוע עבודות רבות היקף ללא הליך תכנוני, דבר שקשה להפריז בסכנה הטמונה בו. לכן גם יתבקש כבוד ביהמ"ש, בהתאם להלכות המאפשרות זאת, להכריע בנוגע לעניינים העקרוניים כאמור גם אם יתברר בהמשך שההליך הפך תיאורטי.

## **חלק א' – הפרק העובדתי**

### **א.1. רקע**

עניינו של הערעור בהחלטת הועדה המקומית לתכנון ובניה בהרצליה לאשר היתר בניה להקמת "קיר ים" עתיר מימדים בחוף אפולוניה, במטרה למנוע את המשך נסיגת המצוק המתנשא מעל רצועת החוף במקום. בטרם תתואר המסכת העובדתית שהביאתנו עד הלום, שומה עלינו להציג מעט דברי רקע הכרחיים בנוגע לתופעת קריסת מצוקי החוף, כמפורט בקצרה להלן:

### **1.1 בעיית קריסת המצוקים החופיים בישראל**

1. רצועת החוף במדינת ישראל מתפרשת לאורך כ-200 ק"מ בקירוב. לאורכם של כ-70 ק"מ בערך משתרע מצוק חופי המתנשא לגובה הנע בין שלושים לארבעים מטרים מעל פני הים.
2. בשל סיבות מגוונות, חלקן טבעיות וחלק ניכר מהן מעשי ידי אדם, מתרחש אט אט תהליך נחוש של בלייה שבעקבותיה חלה נסיגה מתמדת של קו המצוק. נסיגה זו באה לידי ביטוי פיזי בהתמוטטויות ומפולות במקטעים שונים לאורך הרצועה הצוקית, המתרחשות מפעם לפעם. תופעה זו של נסיגת המצוק וקריסתו אינה ייחודית לישראל, והיא מתרחשת, באופן דומה, במצוקי חוף ברחבי העולם.
3. אין מחלוקת כי לקריסת המצוקים מחיר כבד, והיא טומנת בחובה סכנות לפגיעה בנפש, ברכוש, בערכי טבע ועוד.
4. היות ומדובר בתופעה מוכרת בעולם, פותחו עם השנים שיטות ואמצעים שונים ומגוונים אשר מסוגלים לספק הגנה למצוקים החופיים ולמנוע, או לפחות לצמצם, את המשך נסיגתם. בין השיטות המקובלות ניתן למצוא שוברי גלים מסוגים שונים, שוניות מלאכותיות, "קירות ים", "שרוולי חול" גיאוטכניים, שימוש בצמחייה ובהזנת חול ועוד.

**--- כבוד ביהמ"ש יופנה לחוות דעתו של הגיאולוג ד"ר יעקב ניר.**

5. דא עקא, שבדומה לתחומים רבים הקשורים לתכנון סביבתי, הבחירה בין אמצעי אחד לרעהו הינה משימה מורכבת מעין כמוה. התקנת אמצעי זה או אחר כרוכה במגוון שיקולים, סביבתיים, כלכליים ואחרים, כאשר לכל אמצעי יתרונותיו וחסרונותיו. נקיטה באמצעי מוטעה בנקודה

מסוימת של המצוק עלולה להתברר כהרסנית לגבי מקטע מצוק אחר, או שתהיינה לו השפעות שליליות בהיבטים אחרים, כגון פגיעה בחוף, במערכות אקולוגיות ימיות וכו'.

6. למשל, הקמת שובר גלים המגן על מקטע אחד של המצוק עלולה לשבש את זרימת החול המזינה דרך קבע חוף אחר, וכתוצאה לגרום לפגיעה בקטע מצוק שלפני כן היה מוגן ולגרום לנסיגתו שלו.

7. בקיצור האומר, אין ספק כי משימת ההגנה על המצוקים הינה משימה רב-תחומית, מסובכת וכרוכה בעלויות אדירות. היות ומדובר בנושא המחייב ראייה מערכתית כוללת, אף הוקמה באוקטובר 2005 ועדה ממשלתית בין-משרדית לבחינת תופעת התמוטטות המצוקים ולהתמודדות עמה. מבירורים שערכו המעוררת, הדו"ח שמסכם את עבודת הוועדה הושלם ברובו, ואמור להתפרסם בתוך זמן קצר.

## 1.2 השטח נשוא הערעור - מצוק אפולוניה

8. כאמור, עניינו במקטע מצוק נקודתי המצוי בחוף אפולוניה (להלן: "המצוק"). השטח מתאפיין ברצועת חוף ים צרה יחסית, אך בעלת ערכיות נופית וסביבתית ניכרת, (להלן: "החוף"), שמעליה מתנשא המצוק. על גבי המצוק שוכן אתר ארכיאולוגי חשוב – מבצר צלבני עתיק הצופה לים.

9. אין חולק כי מקטע זה של המצוק סבל בעבר הרחוק מהתמוטטויות, ואף ניתן להבחין בחלקים של חומת המבצר על חוף הים עצמו (כתוצאה מניתוק והפלה יזומים מטעם רשות הטבע והגנים של חלקים שהיוו סכנה). לפיכך, אף אין חולק כי קיים סיכון מסוים שתתרחשנה התמוטטויות נוספות.

10. במקרה הספציפי של מצוק אפולוניה קיימות שתי סכנות שיש ליתן עליהן את הדעת:

1. סיכון לבאי החוף שעלולים להיפגע ישירות מן המפולת, כפי שאף קרה במקטעי מצוק אחרים ברחבי הארץ (לפני מספר חודשים אף נהרג באופן טראגי צעיר אשר בחר ללון תחת המצוק בנתניה). בהקשר זה לא למותר לציין כי בתל אפולוניה לא קיים סיכון ייחודי. כל סביבותיו החופיות של התל מצפונו ומדרומו סובלים אף הם מהרס המתבטא במפולות ובגלישות, כך שהסיכון לנופשים בחוף אפולוניה אינו עולה על הסיכון הקיים באזורים הסמוכים לו.

### **--- כבוד ביהמ"ש יופנה למכתב 2 של יעקב ניר.**

2. סיכון לפגיעה באתר העתיקות השוכן על גב המצוק - אין ספק כי כל קריסה נוספת של המצוק עלולה להתבטא בנזק בלתי הפיך לאתר הארכיאולוגי החשוב.

## 2א. השתלשלות העניינים

11. הואיל והערעור דנא מתמקד במספר שאלות משפטיות קונקרטיות, סבורים המעוררת כי אין צורך להלאות את כבוד ביהמ"ש בפירוט נרחב של המסכת העובדתית הרלוונטית. עיקר העובדות מפורט בעמ' 1-3 לפסק הדין קמא, ולפיכך נפרט אך את תמצית הדברים, כדלקמן:

12. כאמור, בשנת 2005 הוקם גוף ממשלתי על מנת למצוא פתרון כולל לבעיית המצוקים. גוף זה למעשה הוקם לאחר שפנו לממשלה רשויות שונות לשם קידומן של יוזמות נקודתיות. כך פעלה גם עיריית הרצלייה כאשר הטילה בשנת 2004 על המשיבה 3 (להלן: החברה לפיתוח) לקדם תכנית חירום להגנת מצוק אפולוניה.

13. במשך מספר שנים עסקו גורמי העירייה בחיפוש אחר פתרונות, בבחינת חלופות ובקיום התייעצויות עם מומחים. עבודת התכנון נעשתה בשיתוף עם רשות הטבע והגנים, רשות העתיקות ועוד בנוגע לטיפול בכל חופי הרצליה. למרות שבמקביל החל השלטון המרכזי בבדיקה מקיפה מטעמו, הגיעה העירייה למסקנה כי דחיפות העניין מצדיקה קידום של פתרון נקודתי, ולו זמני, וכי אין מקום להמתין לפרסום דו"ח הועדה הבין משרדית בנושא.

## 2.1 "קיר היס"

14. במסגרת הבדיקה שנערכה עבור העירייה בשנת 2004 לגבי טיפול חירום נקודתי זמני להגנת בסיס מצוק אפולוניה נבחנו שתי חלופות בלבד האחת של הצבת "שרוולי חול" ולעומתה חלופה הכוללת הקמתו של "קיר יס" על גבי החוף. העירייה בחרה בחלופת קיר היס.

15. למען הסר ספק, "קיר יס" אינו קיר גרידא, אלא המדובר במבנה מאסיבי עתיר מימדים שיוקם על גבי החוף, במרחק של פחות ממאה מטרים מקו המים. הקיר מורכב למעשה משתי סוללות אבן שמוערמות על רצועת החוף וכן מילוי של היס הרדוד באבנים.

16. במקרה שלנו מדובר בקונסטרוקציה שגובהה כ-4 מטרים, רוחבה כ-14 מ', ואורכה כ-300 מ'.

17. בנוסף, העמסת כמות כה גדולה של אבנים מחייבת הכשרת דרכי גישה באורך מאות מטרים על חוף היס לשם תנועת משאיות כבדות.

18. יודגש כבר כעת, כי הקמת "קיר היס" תגרום בוודאות לפגיעה בלתי הפיכה וטוטאלית ברצועת החוף, ובנוסף תחסום את המעבר החופשי של הציבור.

19. לא למותר לציין, כי בדיון שהתקיים בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 16.6.09 (לאחר הגשת העתירה לביהמ"ש קמא – ראה בעמ' 20 לפסק דינו), הסתייגה הגב' גלית כהן, ראש אגף מדיניות סביבתית במשרד להגנת הסביבה, מחלופות בסגנון "קיר היס", וזאת על פי הממצאים שכבר נכללו בדו"ח הועדה הבין-משרדית שטרם פורסם כאמור, כדלהלן:

"אנחנו מציעים שוברי גלים וטיפול במצוק. חומה אנחנו לא ממליצים"

וכך מציין ד"ר עמוס ביין, באותו הקשר:

"זאת הגישה שאנחנו מציעים: לבנות מעין שוברי גלים, אפשר גם שוברי גלים מטובעים, שיגנו ולא לנקוט בגישה הזאת שהיא בעצם ניסיון לבנות הגנה שהיא צמודת בוהן. אתם רואים שאין חוף. ברגע שעושים דבר כזה, החוף כבר לא משמש את הציבור"

### --- כבוד ביהמ"ש יופנה לפרוטוקול ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת מיום 16.6.09

20. כן יש לציין, כי "קיר היס" וודאי אינו הפתרון הבלעדי לבעיה וישנן חלופות מעשיות אחרות בנמצא. יתכן כמובן שחלקן יקרות יותר, ואף ניתן להתווכח על יתרונותיהן היחסי לעומת פתרון קיר היס, ואולם, לא יכול להיות חולק על כך שניתן להגן על המצוק גם בדרכים אחרות.
21. ואכן, במסגרת קידום הנושא בעיריית הרצליה, התגלעו מחלוקות קשות בין המומחים בנוגע לעדיפות חלופת "קיר היס" על פני חלופות אחרות. ישנם מומחים בעלי שם שתמכו בחלופות מעשיות שונות, ואף הדגישו כי חלופת הקיר לא תמנע בהכרח את המשך נסיגת המצוק ואף תגרום נזקים סביבתיים משמעותיים, שיתכן שזקם עולה על התועלת.
22. כך סבר ד"ר יעקב ניר, גיאולוג בעל ניסיון של 49 שנה, אשר עסק ב-15 השנים האחרונות בחקר צוקי הכורכר לאורך חופי ישראל. כך סבר גם הגיאולוג ד"ר רם בן דוד – גיאומורפולוג המתמחה ביציבות המצוק החופי, אשר הבהיר את הטעמים להתנגדותו לפתרון סוללת האבנים בשני מכתבים מפורטים לראש עיריית הרצליה.

### --- כבוד ביהמ"ש יופנה למכתבים של בן דוד

23. עובדה שאינה מצוינת בפסק הדין קמא, היא התנגדותה הנחרצת לפתרון "קיר היס" של היחידה לאיכות הסביבה בעיריית הרצליה. בהתייחסותו לחלופה שנבחרה, מציין מנהל היחידה, מר אורי רוזן, כי היא צפויה להיות פוגענית יתר על המידה ומפרט את הנזקים העצומים שהיא עלולה לגרום. כן הדגיש רוזן, כי יש לבחון חלופות קונקרטיות אחרות, שלדידו עשויות להיות טובות יותר. כן ציין רוזן את חוות דעתו של פרופסור לי האריס, אקולוג ומהנדס ימי בעל שם בינלאומי בנושא שיקום חופים, אשר טען כי מיגון בסיס המצוק בלבד לא יגן על המצוק מפני תהליכי ההרס.

### --- כבוד ביהמ"ש יופנה למכתבים של רוזן

#### 2.2 ההליך התכנוני

24. למרות כל זאת, אישרה הועדה המקומית את חלופת "קיר היס" במסגרת שתי החלטות שקיבלה בסוף שנת 2007 (ראה בעמ' 2 לפסק הדין קמא).
25. למרות שמדובר בפיתוח מאסיבי ומורכב בסביבה חופית רגישה, בתחום מאה המטרים מקו המים האסורים לבניה, בחרה הועדה להימנע מהכנת תסקיר השפעה על הסביבה, במסגרת תכנית מפורטת שתאפשר הכרעה עניינית במחלוקת. למעשה, תכנית מפורטת כלל לא הוכנה. **תחת זאת, אושרה הבנייה במסגרת של היתר בנייה בלבד.** (להלן: "ההיתר")
26. לא למותר לציין, כי כבר בשנת 2005 היה ברור לכל בר דעת שהקמת קיר היס מחייבת תכנית מפורטת, אך ככל הנראה, הדאגה הראויה לכשעצמה לאינטרס הציבורי החשוב שבקידום הפתרון להגנת המצוק סימא את עיני מקבלי החלטות בועדה המקומית מלראות זאת. כך, ביום 20.12.05 כתב מנהל אגף שימור ופיתוח ברשות הטבע והגנים (התומכת בביצוע חלופת קיר היס) ליו"ר המשיבה 3 כדלקמן:

"חשוב להבהיר כי מכיוון שאין תכנית מאושרת קיימת המאפשרת את קידום הפתרון, יש צורך בהכנת תכנית שע"פ הוראות תמ"א 13 מחויבת בתסקיר השפעה על הסביבה..."

ובהמשך –

**"הוצאת היתר לעבודה – הנחת הבסיס היא שלא ניתן להוציא היתר ולכן במקביל מוגשת תב"ע כוללת לאפולוניה שתאפשר את הוצאת ההיתר"**

**--- כבוד ביהמ"ש יופנה למכתב מרגלית**

27. ואולם, כשהמטרה מקדשת את האמצעים, כנראה שהחוק הופך להיות רק המלצה. כך בסופו של עניין אושרה הבנייה במסגרת היתר בניה, ללא תכנית מפורטת וללא תסקיר.

28. לאחר שנדחתה התנגדות המערערת להיתר, הגישו האחרונים ערר למשיבה 1 (ראה בעמ' 2 לפסק הדין קמא).

**--- כבוד ביהמ"ש יופנה לערר**

29. כמפורט בעמ' 2-3 לפסק הדין קמא, ועדת הערר דחתה את הערר וקבעה כי ההיתר ניתן כדין. על החלטה זו הגישו המערערת עתירה מינהלית, אשר נדחתה על ידי ביהמ"ש קמא, ומכאן הערעור.

**3א. פסק דינו של ביהמ"ש הנכבד קמא**

30. למען הסדר הטוב, טרם הצגת הפגמים שנפלו בפסק הדין קמא, יוצג להלן הרקע הסטטוטורי הרלוונטי וכן הילוכו הפרשני של כבוד ביהמ"ש קמא.

31. על השטח חלות שתי תכניות מתאר הרלוונטיות לענייננו. הראשונה, היא תמ"א 13, תכנית המתאר הארצית לחופים (להלן: התמ"א).

**--- כבוד ביהמ"ש יופנה לתקנון התכנית**

32. התמ"א, שאושרה בשנת 1983, מגדירה את השטח כ"שמורת חוף" (ראה עמ' 11-12 לפסק הדין). השימושים המותרים בשטח זה על פי התמ"א הינם, בין היתר, שטח ציבורי פתוח וגן לאומי.

33. בנוסף, חלה על השטח תכנית מקומית הר/253א' (להלן: "התכנית המקומית"). **תכנית ישנה וכוללת זו אושרה למתן תוקף ביום 15.5.61, וזאת בניגוד לשגיאתו החמורה של כבוד ביהמ"ש קמא שתפורט בהמשך, אשר סבר כי התכנית אושרה בשנת 1998.**

**--- כבוד ביהמ"ש יופנה לתקנון התכנית**

34. התכנית המקומית הנ"ל הגדירה את השטח הנדון כ"שטח ציבורי פתוח" (שצ"פ), אשר תכליותיו הספציפיות מפורטות בסעיף 44טו' לתקנון (ראה עמ' 13-14 לפסק הדין). בסעיף זה, בין התכליות המותרות בשטח ציבורי פתוח מופיעה גם ההגדרה "גנים לרבים".

35. ביהמ"ש הנכבד קבע, שם, כי ההגדרה "גנים לרבים" כוללת גם את התכלית "גן לאומי" ולכן מדובר בתכלית מותרת בשצ"פ, שבו מותרות, לדידו, ביצוען של עבודות פיתוח והכשרה הנדרשות לשם שימורו של הגן הלאומי, מבלי שתהא סתירה כלשהי להוראות התמ"א.



36. בהקשר זה, קבע כבוד ביהמ"ש קמא (בעמ' 17), כי ההוראה בתמ"א 13 האוסרת בניה בתחום ה-100 מ' מקו המים אינה חלה במקרה הנדון, וכן כי "קיר הים" המאסיבי אינו בבחינת "מבנה" לפי הוראה זו. בנוסף, קבע כבוד ביהמ"ש קמא (עמ' 16) כי הדרישה הסטטוטורית להתאמת התכנית המקומית להוראות תמ"א 13 אף היא אינה רלוונטית במקרה זה נוכח העדר הסתירה בין התכניות.
37. לבסוף, קבע כבוד ביהמ"ש קמא כי די ברמת הפירוט הקיימת בתכנית המקומית כדי לאפשר הוצאת היתרי בנייה לביצוע קיר הים (בעמ' 13-14).
38. בכל הכבוד הראוי, המערערת סבורים כי בכל אחת מן הקביעות הנ"ל שגה כבוד ביהמ"ש קמא שגיאות יסודיות שאין להשלים עמן, ושנוקן הפוטנציאלי העתידי עלול להתברר כגדול אף יותר מזה שיגרום יישום פסק הדין קמא במקרה הקונקרטי.

## חלק ב' – הטיעון המשפטי

### 1. מסגרת הדין

39. להלן תוצגנה השגיאות החמורות שנפלו בגוף פסק הדין קמא, אשר בגינן מתבקש כבוד ביהמ"ש לקבל את הערעור דנן.
40. יש לציין, כי השלכות פסק הדין חורגות חריגה ניכרת מנסיבות המקרה הקונקרטי. לו תתקבל הפרשנות המהפכנית שנקבעה בפסק הדין תהא לכך משמעות הרסנית כלפי הנוף והסביבה, ובפרט כלפי הסביבה החופית בישראל.
41. פסק הדין, הלכה למעשה, מעקר מתוכן את ההוראה בדבר איסור הבנייה על החופים בתחום מאה המטרים מקו המים, כפי שנקבעה בתמ"א 13, וכן מוציא מכלל סמכותה של הועדה לשמירה על הסביבה החופית את האפשרות לממש, בשורה ארוכה של מקרים, את סמכויותיה כפי שהוגדרו בחוק השמירה על הסביבה החופית.
42. בנוסף, פסק הדין קמא סותר נחרצות את ההלכה הפסוקה שקבעה כי בנייה תבוצע אך ורק מכוחן של תכניות מפורטות, ומאפשר הקמתם של מבנים עתירי מימדים מכח היתר בניה בלבד, מבלי שכלל יופיעו בתכנית כלשהי, תוך עקיפת ההליכים שנקבעו בחוק לצורך הכרעה בשאלות תכנוניות כבדות משקל ומורכבות כגון דא.
43. טיעון המערערת יתמקד, איפוא, בשני היבטים עקרוניים, אשר בכל אחד מהם לקה פסק הדין קמא בפגמים היורדים לשורשו של עניין, באופן שמצדיק את קבלת הערעור.
44. במסגרת ראש הטיעון הראשון תראה המערערת מדוע תמ"א 13 אינה מאפשרת, באופן חד משמעי, את הוצאת ההיתר נשוא הערעור. במסגרת ראש הטיעון השני יראו המערערת כי אף אם תמ"א 13 כלל לא היתה קיימת, הרי שאין בנמצא תכנון מפורט תקף שמאפשר את הוצאת ההיתר הנ"ל. כל זאת כמפורט להלן:

### 2. ראש טיעון ראשון – תמ"א 13 אינה מאפשרת הוצאת ההיתר

## I שגה ביהמ"ש הנכבד קמא כאשר קבע כי התכנית המקומית אושרה בשנת 1998

45. טרם נידרש לשגיאותיו הפרשניות של כבוד ביהמ"ש קמא, אין מנוס מהעמדת עובדה חשובה על דיוקה. השגיאה העובדתית שלהלן אשר נפלה בפסק הדין קמא יש לה משקל בלתי מבוטל בהתייחס לפרשנות התכניות, ולכן יש לתקנה תחילה.

46. בעמ' 16 לפסק הדין קמא, מציין ביהמ"ש הנכבד כי "תכנית מתאר מקומית 253/א הופקדה בשנת 1998, כ-15 שנה לאחר שאושרה תמ"א 13 ב-1983".

47. ברס, לא כך היא.

48. כפי שכבוד ביהמ"ש וודאי יתרשם מן החותמת המתנוססת על העמוד האחרון של תקנון התכנית המקומית, אין כל ספק כי התכנית המקומית קיבלה תוקף ביום 15 במאי בשנת 1961, כ-22 שנים טרם באה תמ"א 13 לעולם.

49. ודוק: לבטח אין מדובר בטעות סופר גרידא של כבוד ביהמ"ש קמא, שהרי בסיפא לדבריו, כאמור, הדגיש, לאחר שחישב את הפרש השנים, כי התכנית אושרה "כ-15 שנה לאחר שאושרה תמ"א 13".

50. כלומר, עובר לכתיבת פסק דינו, יצא ביהמ"ש הנכבד קמא מתוך נקודת מוצא שגויה בתכלית לפיה התכנית המקומית הינה תכנית יחסית עדכנית אשר אושרה בשנים האחרונות, כאשר עורכי התכנית אולי אף היו מודעים לקיומה של תמ"א 13 ולמגמות התכנון המקובלות בימינו בדבר האינטרס הציבורי בשמירה על חופי ישראל. זאת, בעוד שלמעשה מדובר בתכנית ארכאית לחלוטין, אשר אושרה בטרם נחקק חוק התכנון והבניה בשנת 1965, ובטרם נתפרש חוק זה במסגרת ההלכה הפסוקה.

51. לא למותר לציין, כי העובדה שמדובר בתכנית נושנה הובאה ע"י המערערת במסגרת החומר שעמד בפני כבוד ביהמ"ש קמא. סביר להניח כמובן שמדובר בטעות אנוש פשוטה מצד כבוד ביהמ"ש קמא, שיתכן שנבעה מחפזונו ליתן הכרעה מהירה במקרה זה.

52. במאמר מוסגר נאמר, כי כבוד ביהמ"ש קמא אף סרב לאפשר למערערים להגיש סיכומים, דבר אשר גרם להם עוול דיוני ניכר במקרה זה. יתר על כן, כפי שיראו המערערת בהמשך, חפזון זה מאפיין גם את יתרת פסק הדין, ולמרבה הצער הוליד תוצאה משפטית בלתי מתקבלת על הדעת.

## II שגה כבוד ביהמ"ש קמא כאשר קבע כי התכנית המקומית אינה סותרת את תמ"א 13

53. בעמ' 15-17 לפסק דינו, מסביר כבוד ביהמ"ש קמא מדוע לדידו אין כל סתירה בין התכנית המקומית 253א' ובין הוראותיה של תמ"א 13.

54. במסגרת זו, קבע כבוד ביהמ"ש קמא כי בהעדר סתירה, לא היה מקום להתאמת התכנית המקומית לתמ"א 13, וכן כי הסעיף האוסר בניה בתחום ה-100 מטרים מקו המים אינו חל בענייננו.

55. בכל הכבוד הראוי, המערערת סבורים כי קביעות אלו אין להן על מה להתבסס, כמפורט להלן:

### 1. הוראת ההתאמה

56. סעיף 10 לתמ"א 13 קובע כדלקמן :

**"תכנית זו תבוצע, בין השאר, גם על ידי התאמתן של תכניות מתאר מחוזיות ומקומיות ושל תכניות מפורטות להוראות תכנית זו, תוך 5 שנים מיום תחילתה של תכנית זו".**

57. לשון הסעיף ברורה למדי – תכניות שאושרו טרם כניסת התמ"א לתוקף ואינן עולות בקנה אחד עם הוראותיה אמורות לעבור תהליך של התאמה בתוך חמש שנים.

58. ברי, כי ההוראה מתייחסת לתכניות שקדמו לתמ"א ולא לתכניות חדשות. שהרי, ממילא אין כל נפקות להוראה בהתייחס לתכניות חדשות, משום שאלו כפופות בכל מקרה להוראות התמ"א מכח סעיף 131 לחוק, אשר קבע כי **"תכנית המיתאר הארצית - כוחה יפה מכל תכנית אחרת, אם לא נאמר אחרת בתכנית המיתאר הארצית"**. משכך, הוראה בתכנית מקומית שאינה תואמת לתמ"א 13 הינה באופן כללי הוראה נטולת תוקף.

59. כפי שציין כב' השופט ביין בה"פ (מחוזי חי') 30012/97 אדם טבע ודין נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה - נהריה, תק-מח (1999), 530, 535 (1999), נפקותו המשפטית של סעיף 10 הינה כדלהלן :

**"מי שאחראי על התאמת התכניות הן רשויות התכנון ולא העותרות ואין רשויות התכנון יכולות להנות מפרי מחדלן. מטרת ההוראה של סעיף 10 להביא לכך שלאחר תקופת מעבר של 5 שנים המצב התכנוני יותאם לסטנדרטים הקבועים בתמ"א 13 ובהתאם לכך גם לא יעשו פעולות בשטח הנוגדות לסטנדרטים אלה."**

**לשון אחרת, השאיפה להתאמת המצב התכנוני לנדרש בתמ"א 13 לא נוצרה לצרכים תיאורטיים אלא כדי להביא לשינוי בשטח ואין לעקוף מגמה זו ע"י הוצאת היתרים עפ"י תוכנית הנוגדת את קביעות התמ"א הנזכרת."**

60. כלומר, מקום בו הרשויות לא קיימו את חובתן להתאים תכנית פלונית לתמ"א, ההתאמה נעשית ממילא, והוראות הסותרות את תכנית המתאר הארצית אינן ניתנות לביצוע, כפי שציין כב' השופט ביין, שם :

**"התרופה" למחדלן של רשויות התכנון המתבטא בהעדר התאמת התב"ע לתמ"א 13, הוא בקביעה שהוראות התב"ע כפופות לעקרונות של תמ"א 13."**

61. המעוררת תסכים לקביעת כבוד ביהמ"ש קמא לפיה אין צורך בהתאמתה של תכנית ישנה אשר ממילא תואמת את התמ"א. לפיכך, השאלה היא האם אכן צדק ביהמ"ש הנכבד בקובעו כי אין סתירה בין התכניות? כפי שיראו המעוררת להלן, בעניין זה נתפס כבוד ביהמ"ש קמא לכלל טעות חמורה, באשר ישנה שורה של סתירות מהותיות בין התכנית במקומית לתמ"א 13.

62. לא נכחד לומר, כי התעלמותו של ביהמ"ש הנכבד קמא מן העובדה שהתכנית המקומית הינה תכנית נושנה שאבד עליה הכלח, ניכרת גם באופן השטחי בו נבחנה התאמת התכניות על ידו.

## 2. הסתירות בין התכנית המקומית לתמ"א

63. על מנת להכריע בדבר התאמת התכנית המקומית לתמ"א 13, בחן כבוד ביהמ"ש קמא שני היבטים. ראשית, נבחנה מידת התאמתו של "קיר היס" (במסגרת תכליות השימוש המותרות על פי התכנית המקומית), לייעוד המותר בשטח על פי התמ"א. שנית, נבחנה התאמת התכנית המקומית לרשימת ההגבלות המופיעות בסעיף 12 לתמ"א 13.

### 2.1. התאמת "קיר היס" לייעודי הקרקע שבתמ"א ובתכנית המקומית

64. כאמור, ביהמ"ש הנכבד קמא קבע כי אחד הייעודים המותרים בשטח הנדון, המוגדר בתמ"א כ"שמורת חוף", הינו "גן לאומי", בעוד שבתכנית המקומית מוגדר המתחם כשטח ציבורי פתוח. לגישתו של כבוד ביהמ"ש קמא, היות ועל פי הגדרת שצ"פ בתכנית המקומית מותרת בו גם תכלית של "גנים לרבים", הרי שניתן לומר שאחת התכליות המותרות בשטח, על פי גזירה שווה, הינה של "גן לאומי" (ראה בעמ' 13-14 לפסק דין)
65. המערערת סבורים, כדעת ביהמ"ש הנכבד קמא, כי המושג "גנים לרבים" המופיע בתכנית המקומית אכן עשוי להתיישב גם עם התכלית של "גן לאומי". בכך אין בהכרח סתירה. למרות שמדובר בפרשנות אנוסה משהו, אין זה מופרך לגמרי לטעון כי גן לאומי מהווה סוג של גן ציבורי, באופן העולה בקנה אחד עם הגדרתו של "גן לאומי" בסעיף 8 לתמ"א.
66. בעמ' 14 לפסק דינו (שורות 10-14) מציין ביהמ"ש הנכבד קמא כדלקמן:
- "ואם מותר להקים על השצ"פ גן לאומי הרי שניתן לבצע בשצ"פ גם עבודות פיתוח הנדרשות לשם שימורו לרבות עבודות פיתוח והכשרה ובניית הקיר נכנסת בגדרן".
- ובהמשך, בשורות 18-23:
- "רק מקום בו התכלית המבוקשת סותרת הוראותיה של התוכנית המקומית ואינה מתיישבת עמן, יש להכין תוכנית חדשה ולהוציא היתר בנייה מכוחה או להגיש בקשה להקלה"
67. מכאן, סבר ביהמ"ש הנכבד קמא, כי "הגנת בוחן המצוק ע"י קיר ים בנוי אבן ודרך גישה", אינה סותרת את ייעוד השטח הנדון בתמ"א 13 ובתכנית המקומית.
68. המערערת חולקת, כמובן, על התוצאה המשפטית הקונקרטית אליה הגיע כבוד ביהמ"ש הנכבד קמא, אך מוכנה להסכים לגישתו הכללית, שאמנם לא נוסחה באופן מדויק או מפורש, אך למעשה דומה להלכה שנקבעה בע"א 1216/98 אסתר אבוטבול ו-84 אח' נ' ועדת ערר מחוז המרכז, פ"ד נה(5), 114, שם קבע ביהמ"ש הנכבד כי לעיתים שימוש נלווה לשימוש עיקרי שהותר בתכנית עשוי להיות שימוש מותר, גם אם לא נאמר כך במפורש בתכנית.
69. באותו עניין, הכיר ביהמ"ש הנכבד באפשרות להתיר שימוש נלווה לשימוש עיקרי המופיע בתכנית, בתנאי שהשימוש ה"נלווה" אינו בבחינת "יחידת שימוש עצמאית המחייבת התייחסות נפרדת מהשימוש במבנים אחרים, הסמוכים לו".
70. כך, אסר ביהמ"ש הנכבד בעניין אבוטבול על הקמת אנטנה סלולארית בשטח שיועד למגורים ומסחר. ביהמ"ש הנכבד אף הגדיר בכלליות את סוג השימושים הנלווים והיקפם הטיפוסי המצומצם בהקשר זה (עמ' 131-132 לפסק הדין בעניין אבוטבול):
- "כך, למשל, ניתן לראות בהקמת אנטנות לטלוויזיה, דודי שמש, גינן ואביזרי עיצוב אחרים, הנלווים לבנין מסויים (כל עוד אין הוראות אחרות בתכנית בינוי או בתכנית מפורטת), כחלק מן השימוש העיקרי באותו מבנה"**
71. בראי הלכה זו, סבורה המערערת כי ניתן להסכים על כך שלפחות ברמת ייעוד השטח, ניתן לראות בהגדרתו של גן לאומי, ככזה, ככוללת גם אמצעים מסוימים לשימורו של הגן.
72. כפי שבאופן כללי ניתן להתקין דודי שמש על בניין, להציב ספסלים בפארק או למלא בורות מסוכנים, כך אפשר לתמוך, לפחות ברמה מסוימת, במצוק שעלול להתמוטט, וזאת מבלי שהדבר יהווה סטייה אסורה מן השימוש העיקרי המותר בתכנית.

73. אלא, ש"קיר הים" המדובר וודאי שאינו דוד שמש, ספסל, או אביזר עיצוב. כאשר מתקן "נלווה" מסוים הוא למעשה עיקר השימוש, או שהוא אינו מאפשר לשימוש המותר בשטח להמשיך ולהתבצע (שימוש בחוף הים במקרה שלנו), הרי שכבר אין זה סביר או הגיוני להתייחס אליו ככזה.

74. בכל הכבוד, דומה כי קשה ליישב באופן סביר בין ההלכה שקבע כב' השופט ריבלין לפיה ניתן לאפשר הצבת דוד שמש או אנטנת טלוויזיה על גג בניין, ובין עמדת כבוד ביהמ"ש קמא לפיה ניתן לכלול במסגרת ההגדרה "שימוש נלווה" גם פיתוח מאסיבי הכולל שטח בנוי של יותר מארבעה דונם על גבי חוף הים. ואולם, היות וקביעה זו אינה מהווה את ליבת הפרשנות המשפטית של כבוד בית המשפט קמא בענין זה, והיות ועימה כשלעצמה ניתן להסכין, אין ערעור זה מופנה נגדה.

75. ואולם - סוגיית ההיתכנות המשפטית להקים את קיר הים מכוחן של התכניות הקיימות אינה מתמצה אך ורק בהתאמת השימוש המבוקש בהיתר לייעודים המותרים בהן, שכן את השימוש המותר יש לקבוע בתכנית מפורטת. ואולם, שאלה זו חורגת מן הדיון הנוכחי בנוגע לתמ"א 13, ולפיכך תתן לה המערערת מענה הולם בחלק העוסק בסוגיית התכנון המפורט.

## 2.2. התאמת התכנית המקומית להוראות תמ"א 13 – "סעיף המגבלות"

76. כאמור בעמ' 17 לפסק הדין קמא, סעיף 12 רבתי לתמ"א 13 קובע שורה של מגבלות תכנוניות שלהן כפופה, מטבע הדברים, כל תכנית מתאר חדשה, למעט האפשרות הקיימת בסעיף 5 לתמ"א, לסטות ממגבלות אלו סטיות קלות לצרכי התאמת התכנית לנתונים מקומיים, הכל בתנאי שניתן אישור המועצה הארצית לתכנון ובנייה.

77. אין חולק כי "הקלה" כזו מעולם לא ניתנה לתכנית המקומית הנדונה.

78. באשר לתכניות שקיבלו תוקף טרם כניסת התמ"א לתוקף, כפי שזה בענייננו, אלו כפופות למגבלות סעיף 12 לתמ"א מכוחו של סעיף 10 – הוא "סעיף ההתאמה" - כמפורט בסעיפים 56-62 לעיל. דהיינו, תכניות שאושרו בעבר מבלי שנתמלאו בהן הדרישות הקבועות שבסעיף, אינן בנות ביצוע עד להשלמת ההתאמה הנדרשת לתכנית המתאר הארצית.

79. כפי שתראה המערערת להלן, ביהמ"ש הנכבד קמא שגה שגיאה בסיסית ביותר כאשר קבע כי אין כל סתירה או חוסר התאמה בין התכנית המקומית 253א' לתמ"א 13. אדרבה, חוסר ההתאמה בא לידי ביטוי בשורה של עניינים עקרוניים:

### 2.2.1 איסור הבנייה בתחום המאה מטרים מקו המים ומשמעותו

80. סעיף 12(2)א(להלן: **סעיף ההגבלה**) לתמ"א 13 (שינוי מס' 1) קובע כהאי לישנא:

**"לא ידונו בתוכניות מיתאר שיחולו על שטחים כאמור ולא יחליטו בהן אלא אם תוכניות אלה יקבעו –**

**1. הוראות בדבר איסור של הקמת מבנים במרחק של 100 מטרים לפחות מקו פני המים העליון, וזאת במקומות שהקמת מבנים אינה מותרת מפורשות בתכנית זו"...**

81. במקרה שלנו, אין חולק כי הבנייה המתוכננת מצויה בתחום מאה המטרים האסורים לבנייה - כאמור בעמ' 17 לפסק הדין קמא, בשורה 3, קיר הים הנדון **"מתוכנן להיבנות בשמורת החוף, במרחק הקטן מ-100 מטר מקו המים"**.

82. על פניו, מדובר בסתירה ברורה בין התכניות. מכאן, שלכאורה אין כל אפשרות לבצע בניה מכח התכנית המקומית בתחום מאה המטרים מקו המים, אלא אם תתוקן התכנית, או שיתקבל אישור המועצה הארצית לסטות מהוראה זו.

83. אולם, למרות פשטות העניין, ביהמ"ש הנכבד קמא פסק כי בעניין זה אין כל סתירה. ראשית, משום שלדידו קיר הים אינו בבחינת "מבנה", כמובן הרישא לסעיף ההגבלה (עמ' 17 לפסק הדין, שורות 14-19). ושנית, משום שלדידו הבניה הנדונה הותרה מפורשות בתמ"א 13, במובן הסיפא לסעיף (עמ' 17 לפסק דינו, שורות 20-23).

### ההיבט העקרוני של פרשנות ביהמ"ש הנכבד קמא

84. לעמדת המערערת, קשה להפריז בחומרת השגה שנפלה בפירוש ביהמ"ש הנכבד קמא בסוגיה זו. מלבד הטעות במקרה הקונקרטי שלפנינו, הרי שלפרשנות זו צפויה השפעה הרסנית על ההגנה הסטטוטורית על חופי ישראל, השפעה שאת חומרת השלכותיה אף קשה לאמוד בשלב זה.

85. פרשנות מהפכנית זו למעשה מעקרת מתוכן את ההוראה החשובה בדבר איסור הבניה בתחום מאה המטרים, שעד כה זכתה להגנה עקבית מצד בתי המשפט. הגישה הפרשנית שהנחתה את בתי המשפט עד כה ביחס לתמ"א 13 בכלל, נבעה "מן הרצון להעניק הגנה רחבה ככל הניתן לתכליות הציבוריות העומדות בבסיס תמ"א 13, ולמנוע כרסום נוסף בחופים שנוצלו בצורה מוגזמת טרם כניסת התמ"א" (ראה: ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות 89 בע"מ נ' אדם טבע ודין, פ"ד נו(3), 385, 406-407 (2002)).

86. גישה זו שקנתה לה אחיזה יציבה בפסיקה לאורך השנים, חלחלה, למעט מקרים נקודתיים, גם אל פועלם של מוסדות התכנון והיוותה ככל הנראה את הבלם האחרון והמרכזי בפני פגיעה משמעותית בהיקף ארצי במשאב החופי המדולדל של מדינת ישראל.

87. דומה, כי בשל הרצון להגיע לתוצאה המבוקשת, שתכליתה הראויה הינה הגנה על אתר העתיקות ועל שלום הציבור, מבלי משים פתח ביהמ"ש הנכבד קמא שער רחב שדרכו ניתן יהיה בעתיד לדלג בנקל מעל המכשולים הגבוהים לכאורה של הוראות תמ"א 13 וחוק השמירה על הסביבה החופית, ולבצע פיתוח נרחב דווקא במתחמי החוף הרגישים והערכיים ביותר בישראל שאליהם מתייחסת התמ"א. כל זאת – מכוחם של היתרי בניה בלבד, על פי שיקול דעתן הבלעדי של רשויות הרישוי המקומיות, מבלי להיזקק כלל לעמדתם בעניין של המועצה הארצית, הועדה לשמירה על הסביבה החופית או הציבור הרחב.

### מהו "מבנה"?

88. כאמור, הרכיב הראשון בפרשנות ביהמ"ש קמא את הוראת סעיף 12(2)4א, מתייחס לרישא הסעיף, האוסר על הקמתם של "מבנים" בתחום המאה מטרים הנ"ל.

89. כבוד ביהמ"ש קמא הכריע כי קיר הים כלל אינו "מבנה" בהקשר זה, ולכן בנייתו אינה עומדת בסתירה לסעיף. נקודה זו מנומקת בעמ' 17 לפסק הדין, בשורות 17-19, כדלקמן:

**"קיר הבטון מוגדר בבקשת ההיתר כ"הגנת בוחן המצוק ע"י קיר ים בנוי אבן ודרך גישה זמנית".  
גם בהגדרתו וגם במהותו לא מדובר במבנה והוא אינו מנצל אחוזי בנייה ולפיכך בנייתו אינה  
סותרת את הוראות סעיף 12(2)א' לתמ"א.**

90. כלומר, לדידו של ביהמ"ש הנכבד קמא, על מנת שפיתוח מסוים ייחשב כ"מבנה" שהקמתו אסורה בתחום המאה מטרים, נדרשים שני תנאים:

1. שיהיה בהגדרתו ובמהותו "מבנה".

2. שיינצל "אחוזי בנייה".

91. המערערת יטענו, כי תנאים אלה שהציב ביהמ"ש הנכבד קמא, מלבד היותם משוללי כל היגיון וסבירות, הרי שהם עומדים בסתירה ברורה לדין, ולמושכלות ראשוניים בתחום התכנון והבנייה.

92. הכלל הבסיסי בהקשר זה מופיע בראשו של חוק התכנון והבניה, שם נקבע כי "בניין" הינו-

**"פל מבנה, בין שהוא בנוי אבן ובין שהוא בנוי ביטון, טיט, ברזל, עץ או כל חומר אחר, לרבות –**

(1) כל חלק של מבנה כאמור וכל דבר המחובר לו חיבור של קבע;

(2) **קיר, סוללת עפר, גדר וכיוצא באלה הגודרים או תוחמים, או מיועדים לגדור, או לתחום, שטח קרקע או חלל"**

93. אין כמובן צורך להסביר את המובן מאליו לביהמ"ש הנכבד, וזאת מדוע אין כל ספק כי "קיר הים", שהינו למעשה סוללת ענק של אבנים, דגן נופל תחת הגדרתו של מבנה לפי סעיף זה (ראה רע"פ 5086/97 אזולאי בן חור נ' עיריית תל אביב, פ"ד נא(4), 625, 636-635 (1997)).

94. **החוק קובע, אפוא, באופן חד משמעי, כי קיר, סוללה, גדר וכד', הינם מבנים.** החוק אינו מתייחס לאחוזי בנייה, או לשיקולים אחרים שלא ברור איזה מהם הנחה בדיוק את ביהמ"ש הנכבד קמא, מאחר שהנמקה ברורה בעניין זה אינה בנמצא.

95. לא למותר לציין, כי בנוגע לבנייה בתחום החוף של גדר מאסיבית הרבה פחות מזו שלפנינו, פסקה כבוד השופטת רובינשטיין עצמה כי מדובר ב"מבנה" לכל דבר ועניין (ראה סעיף 16 לפסק דינה בעת"מ 1772/08 מ.א.פלמחים כפר נופש נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז, תק-מח 2009(2), 830, 834 (2009)).

96. פרשנות זו, מלבד הפגיעה הוודאית הכרוכה בה עבור חופי ישראל, אף אינה עולה בקנה אחד עם תכליתה ומטרתה הבסיסית של תמ"א 13 של שימור מירבי של חוף הים **כמשאב טבעי**, לתועלת הציבור ולשימושו (ראה פרשת חוף הכרמל, בעמ' 411-410).

97. עד כאן בדבר שגיאתו הברורה של כבוד ביהמ"ש קמא בנוגע לרישא סעיף 12(2)א

**מהי הוראה מפורשת בתמ"א המאפשרת בנייה בתחום מאה המטרים?**

98. כאמור, הרכיב השני בפרשנות ביהמ"ש קמא את הוראת סעיף ההגבלה 12(2)א, מתייחס לסיפא הסעיף, הקובע כי איסור הבנייה בתחום מאה המטרים מקו המים חל כאשר הקמת מבנים לא הותרה מפורשות בתמ"א 13.

99. כבוד ביהמ"ש קמא, כלאחר יד, ללא כל הנמקה של הרציונל שבבסיס פרשנותו, קובע כי סעיף ההגבלה אינו חל בענייננו – ובלשון ביהמ"ש (עמ' 17, שורות 25-20):

"הסיפא של הסעיף אוסרת בנייה מקום בו זו לא הותרה מפורשות בתוכנית. כבר הוכחנו לעיל התאמתו של הקיר להוראות סעיף 15 לתמ"א 13 באשר לשימושים המותרים ב"שמורת חוף". מדובר בעבודות שימור והגנה על הקיים ומניעת קריסה ומפולת, עבודות שמטרתן פיתוח והכשרה המותרות ברצועת חוף".

100. כלומר, לדידו של כבוד ביהמ"ש קמא, העובדה שהסעיף בתמ"א המתייחס לשמורת חוף הגדיר אילו עבודות אסורות בה באופן קטגורי ואילו עבודות אפשריות באופן כללי, מביאה למסקנה כי העבודות שאינן אסורות, ניתנות לביצוע גם בתחום מאה המטרים מקו המים ביעוד זה, ללא כל מגבלה נוספת.

101. כפי שיראו המערערת להלן, פרשנות תמוהה ובלתי סבירה זו של כבוד ביהמ"ש קמא **מעקרת מכל תוכן את האיסור על בנייה בתחום המאה מטרים, ובפרט כאשר מדובר דווקא במתחמי החוף הערכיים והחשובים ביותר. מלבד זאת, כבוד השופט רובינשטיין פסקה כפי שפסקה, מבלי שכלל מצאה לנכון להתייחס לעובדה שבמקרה שניסבותנו דומות להפליא קיבלה היא עצמה דווקא את העמדה המשפטית ההפוכה, המציגה חלופה פרשנית סבירה והגיונית יותר, המתיישבת עם תכליתם של תמ"א 13 ושל החוק לשמירה על הסביבה החופית.**

102. ודוק: בתשריטיה של התמ"א מסומנים, בין היתר, שטחים נרחבים כשטחים ציבוריים פתוחים, חופי רחצה, גנים לאומיים, ושמורות טבע (כאשר "שמורת חוף" מהווה מעין "יעוד סל" המהווה עתודה לצורך בחירה בין ייעודים אלה, במסגרת תכנית עתידית), וכן שטחי תיירות ונופש.

103. שטחים ספציפיים אלה הינם השטחים הערכיים, האטרקטיביים והרגישים ביותר לפיתוח הקיימים בתמ"א. בהתאם, אלו הם השטחים החשובים ביותר לשימור, וכמה שיותר במצבם הטבעי, לטובת הציבור הרחב, תוך שמירה על הגישה הפתוחה אליהם.

104. בשל רגישותם, קבעה התמ"א דווקא ביחס לשטחים אלה מגבלות קפדניות על הפיתוח המותר בהם, כפי שיבוא לידי ביטוי עתידי בתכניות מחוזיות ומקומיות. במסגרת זו, דאגה התמ"א להסיר ספק ולאסור מראש, **באופן קטגורי**, על סוגים שונים, או מטרות מסוימות של בנייה, שאין לה מקום באותם שטחים רגישים.

105. לדוגמה, סעיף 16 לתמ"א קובע ברירת מחדל של איסור גורף על בנייה בשטח ציבורי פתוח. יחד עם זאת, הסעיף מאפשר להתיר, **בתכניות**, בניה נלווית שדרושה להגשמת מטרות השצ"פ. כך, למשל, בזכות סעיף זה תוכל תכנית מפורטת שמסדירה פיתוחו של גן ציבורי בשטח התמ"א, גם לאפשר סלילת שטח חניה שישרת את באי השצ"פ (ולמטרה זו בלבד, כמובן). הגיונה של ההוראה ברור.

106. בדומה, מתירה התמ"א הקמת מבנים לשירותי חוף בשטח חוף רחצה, מרכז מבקרים בשטח גן לאומי, ובתי מלון בשטח תיירות ונופש.

107. ואולם, הוראות אלו, המגדירות סוגי בניה מותרים ואסורים בשטחים השונים, **אינן עושות כל הבחנה בין שטחים "רגילים" ובין שטחים המצויים בתחום מאה המטרים מקו המים, ומתייחסות אל כל השטח כמקשה אחת.**

108. ודוק: השטחים הנרחבים המוגדרים בתמ"א כשצ"פ, כשטח תיירות ונופש, שצ"פ, כגן לאומי וכד' **חלים הן בתחום מאה המטרים מקו המים והן מחוצה לו** (ולמען האמת, בעיקר מחוצה לו).



109. משמעות הדבר היא, כי אם נתייחס להוראות חסרות האבחנה הללו כהיתר מפורש להקמת מבנים בתחום מאה המטרים מקו המים, הדבר יעקר את ההוראה האוסרת על הבנייה מכל תוכן ממשי, וזאת דווקא באותם שטחים הזקוקים להגנה החזקה ביותר.

110. על פי פרשנות מסוכנת זו של כבוד ביהמ"ש קמא, יוצא, כי הלכה למעשה, בשטח ציבורי פתוח, בגן לאומי וכד', אין כל מעמד ייחודי לתחום מאה המטרים, ודינו כדין כל שטח אחר בתחום אותו ייעוד.

111. להלן שתי דוגמאות הממחישות את האבסורד:

1. התמ"א מתירה לבנות מלונות בשטח שמיועד לתיירות ונופש. במידה שנתייחס להוראה זו כמתירה באופן מפורש בנייה בתחום מאה המטרים הרי שמיניה וביה נשללת כל נפקות של הוראת ההגבלה ביחס לייעוד זה. כך, לא יהא כל הבדל בין תכנית להקמת מלון בן 30 קומות מחוץ לרצועת מאה המטרים ובין תכנית להקמת אותו מלון על קו המים ממש. זוהי תוצאה שהדעת אינה סובלת, במיוחד במציאות שנוצרה בישראל, כאשר נותרו מעט מאד רצועות חוף בתוליות במצבן הטבעי שאינן מאוימות כלל מפני פיתוח עתידי (במאמר מוסגר, ישנם חופים ערכיים רבים בייעוד תיירות ונופש שטרם פותחו (כגון חוף בצת, חוף ניצנים ועוד), והציבור הרחב אינו מודע לכך שישנו סיכוי רב כי ברבות הימים לא יותרו חופים אלה במצבם הטבעי).

2. התמ"א התירה להקים בייעוד "גן לאומי" מבנים הדרושים במישרין לשימושים המותרים בגן. כך, על פי פרשנותו של כבוד ביהמ"ש קמא, ניתן למשל להקים מרכז מבקרים גדול בשטחו של גן לאומי, כאשר מבחינה תכנונית אין כל משמעות אם המבנה יוקם במרחק של שני ק"מ מן החוף, או ברצועת מאה המטרים.

112. בכל הכבוד, פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם לשון תמ"א 13 אשר מבהירה כי בניה בתחום מאה המטרים תותר אם הדבר צוין באופן מפורש בתמ"א. כאמור לעיל, הגדרת סוגי הבנייה המותרים והאסורים בייעודים השונים אינה מתייחסת כלל לבנייה בתחום מאה המטרים, אלא מתייחסת לכל הייעוד באופן גורף, כמקשה אחת. **לעמדת המערערת, הוראות כוללניות אלו מהוות ההיפך הגמור מהיתר "מפורש".**

113. מכל מקום, פרשנותו של כבוד ביהמ"ש לא זו בלבד שאינה תואמת את לשון הסעיף, אלא שהיא אף אינה עולה בקנה אחד עם תכליתה הברורה של תמ"א 13 ליתן הגנה יתרה לרצועת החוף ולשמרה ככל האפשר לטובת הדורות הבאים. ראוי להדגיש, כי פרשנות זו יש בה אף כדי לסכל את מטרותיו של חוק השמירה על הסביבה החופית ("חוק החופים"), שהרחיב את ההגנה מעבר לרצועת מאה המטרים וקבע מגבלות פיתוח נוקשות על תחום הסביבה החופית רבתי, בתחום של 300 מטרים מקו המים.

114. אם חלילה תתקבל גישת ביהמ"ש הנכבד קמא, המשמעות הבלתי נמנעת היא שחלק ניכר מן הפיתוח בתחום הסביבה החופית לא יעבור תחת שבט ביקורתן של המועצה הארצית ושל הועדה לשמירה על הסביבה החופית ("הולחו"ף) – אותו גוף מקצועי ייעודי שהוקם מכח חוק החופים על מנת לאפשר בקרה על הבנייה בחופים מתוך ראייה כוללת וארוכת טווח). כל אותן עשרות ואולי מאות תכניות נושנות שטרם הותאמו לתמ"א 13 תוכלנה למעשה להתגבר על מגבלת הפיתוח שבסעיף ההגבלה, וכתוצאה מכך לעולם גם לא תגענה לולחו"ף לצורך התאמתן למדיניות התכנון

העדכנית. לא זו בלבד שגישה זו מחטיאה לחלוטין את מטרת התמ"א וחוק החופים, אלא שהיא טומנת בחובה משמעות הרסנית, הכרוכה בביטול הבלם האחרון בפני מימוש הרסני של אותן תכניות, זאת במיוחד בשל סמכותם המוגבלת של רשויות הרישוי לסרב ליתן היתר אשר תואם את התכניות התקפות בשטח (ראה בג"צ 663/85 רובינשטיין נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה תל-אביב, פ"ד מב(2), 133, 141-142 (1988)).

#### **הפרשנות הנאותה להוראת סעיף 12(2)א**

115. לא למותר לציין, כי ההכרעה דלעיל בסוגיית הבנייה המותרת ברצועת מאה המטרים מקו המים תמוהה באופן מיוחד, וזאת בשל העובדה שכבוד ביהמ"ש קמא דווקא קיבל במקרה אחר (עת"מ 1772/08 מ.א.פלמחים כפר נופש נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז, תק-מח 2009(2), 830 (2009)) להלן: "פרשת פלמחים", ובאופן גורף למדי, את גישת המערערות בהקשר זה, ליתן פרשנות סבירה והגיונית לסעיף ההגבלה, המתיישבת היטב עם תכלית השמירה על רצועת החוף המעוגנת בתמ"א 13 ובחוק החופים.

116. ואולם, כפי שנעלמה מעיניו העובדה כי התכנית המקומית לא אושרה בשנת 1998 אלא בשנת 1960, כך "דילג" ביהמ"ש הנכבד קמא מעל ההכרח לאזכר את פסיקתו בעניין פלמחים, שניתנה חודשים ספורים טרם ההכרעה בעתירה דכאן.

117. לגוף העניין, בפרשת פלמחים, הוגשה עתירה מינהלית על ידי יזם כנגד החלטת הועדה המחוזית – מרכז שלא להתיר גידור לצורך כפר נופש בתחום מאה המטרים בייעוד של תיירות ונופש.

118. עמדת המשיבות לעתירה (הועדה המחוזית - מרכז ואדם טבע ודין) היתה כי סעיף ההגבלה המתייחס לבנייה שהותרה ב"תכנית זו", נוגע לתמ"א 13 בכללותה, היינו, תמ"א 13 **על שינויה** **ותיקוניה השונים**.

119. במובן זה תמ"א 13 דומה ליתר תכניות המתאר הארציות, אשר אינן קופאות על שמריהן וזכות לעדכון שוטף עם השנים (למשל, תמ"א 3 – תכנית המתאר הארצית לכבישים – זכתה כבר ליותר מתשעים תיקונים שנוספו על התמ"א המקורית).

120. במסגרת זו, הובאו בפני ביהמ"ש בפרשת פלמחים דוגמאות שונות להוראות בתמ"א 13 המתירות באופן מפורש בנייה בתחום מאה המטרים מקו המים, כגון שינוי מס' 4 המאפשר הקמת מבנים לשירותי חוף וכן שינוי מס' 5א' המאפשר בנסיבות מסוימות הקמת תשתית צנרת ברצועת המאה מטרים.

121. על מנת שכבוד ביהמ"ש יוכל להתרשם מן ההבדל המהותי שבין הוראה מפורשת אמיתית המאפשרת בניה ברצועת החוף ובין סתם הוראה כוללת, להלן ציטוט משינוי 5א הנ"ל, הנזכר בסעיף 18 לפסק הדין בעניין פלמחים:

**"על אף האמור בסעיף 12 לתכנית העיקרית** ניתן יהיה לקבוע באישור ועדה מחוזית בתכנית מתאר מקומית או בתכנית מפורטת הקמת צנרת הזקוקה לקרבת הים או הנחוצה לפעילות בחוף בתחום חוף רחצה ושמורת חוף וכן בתחום חוף רחצה ושמורת חוף **וכן בתחום 100 מטרים מקו פני המים העליון**, ובלבד שיכללו את ההגבלות הבאות:

א. הצנרת תהיה תת קרקעית.

- ב. הצנרת לא תמנע מעבר לאדם ולכלי רכב לכל אורכה ורוחבה ולא תפריע לפעילות הנופשים בחוף.
- ג. העברת הצנרת תהיה בתוואי הקצר ביותר האפשרי באופן שימנע את הפגיעה בטבע, בנוף ובסביבה תוך מתן עדיפות להצמדה לתשתיות קיימות או מתוכננות.
- ד. התכנית תקבע הוראות שיבטיחו, ככל האפשר, מיזעור הפגיעה הסביבתית בשטח בעת ההקמה והשבת המצב לקדמותו"

**--- כבוד ביהמ"ש יופנה להוראות שינוי 5א**

122. עיינו הרואות, כי כאשר התמ"א מאפשרת בנייה בתחום מאה המטרים היא מציינת זאת באופן **מפורש**. אין כל הבדל מהותי בין צנרת, שהיא תשתית נלווית הכרחית עבור חלק מהשימושים המותרים בחוף רחצה, גן לאומי שצ"פ וכד', ובין אמצעים נלווים אחרים להכשרת ייעודים אלו או פיתוחם. כאשר התמ"א רוצה להבחין בין בנייה המותרת ככלל בייעודים אלה ובין בנייה המותרת ללא סייג גם בתחום רצועת החוף, עליה לציין זאת במילים ברורות וכך היא אכן עושה.
123. פרשנות זו, בה תמכה גם עמותת אדם טבע ודין שצורפה כמשיבה להליך בעניין פלמחים, התקבלה ללא כחל ושרק על ידי כבוד השופטת רובינשטיין עצמה באותו מקרה. להלן ציטוטים נבחרים מפסק דינה בפרשת פלמחים (סעיפים 17-19), שקשה שלא לתמוה על ההתעלמות מהאמור בהם בבואה של כב' השופטת לפסוק בעניין שלפנינו:
- בנוגע לסעיף ההגבלה:

**"סעיף הקובע איסור בנייה אבסולוטי במרחק של 100 מטרים מקו פני המים, בעוד שהייעודים המפורטים בתכנית, בהם הייעוד לאזור תיירות ונופש שהוא ענייננו, הינם בבחינת יעודים כוללניים החלים על האזור בכללותו. רק באמצעות פרשנות מצמצמת ודווקנית זו תבוא לביטוי תכליתה של תמ"א 13 להותיר את החופים פתוחים למעבר ונגישים לציבור הרחב... הבנת הוראות תמ"א 13 על פי גישתה של העותרת תביא לריקון האיסור הקבוע בסעיף 12(א) מתוכנו".**

**"בהגדרות היעוד הכוללות הללו באה לידי ביטוי מלאכת האיזון שנעשתה במסגרת תמ"א 13 בין הצורך לשמור על החופים ואזורי החוף לבין הצורך בפיתוח ובנייה. אלא שסבורני כי בקביעת סעיף 12(א) נתכוונו מתכנני תמ"א 13 לקבוע הוראה כללית ברורה ודווקנית אשר "מעדיפה" באופן נחרץ את שיקולי השמירה על משאבי הטבע שעה שהמקרקעין סמוכים לקו המים מרחק של 100 מטרים".**

ובנוגע לסיפא הסעיף:

**"לשון התמ"א עצמה משאירה מקום לסטות מהוראה זו בשני מקרים: כאשר הדבר מצוין מפורשות בהוראות התמ"א (כאמור בסעיף 12(2)), וכאשר המועצה הארצית אישרה את הסטייה (סעיף 5 לתמ"א). מהי אם כן "הוראה מפורשת" כנדרש בסעיף 12(2)? הוועדה המחוזית הגישה בהשלמות לעיקרי הטיעון את תכנית שינוי מספר 5' לתמ"א 13 (נספח א' להשלמת הטיעון), אשר קובעת מפורשות כי "על אף הוראות סעיף 12 לתמ"א ניתן יהיה לקבוע בתנאים מסוימים הקמת צנרת בתחום 100 המטרים מקו פני המים העליון" (סעיף 16 א.ג. לתכנית). הוראה זו הינה דוגמה ראויה להוראה במסגרת התמ"א הקובעת במפורש אחרת מההוראה הכללית המצויה בסעיף 12(2)א".**

124. דומה כי הדברים מדברים בעד עצמם. למען הסר ספק, אין כל הבדל בהקשר זה בין ייעוד של תיירות ונופש ובין ייעוד של גן לאומי. גם בגן לאומי ניתן לבנות בנייה בהיקף ניכר בשטחים שמחוץ לרצועה החופית עצמה, ואין כל היגיון לראות בהוראות הכוללניות שמאפשרות פיתוח של הגן

הלאומי ככאלו אשר מתירות במפורש גם פיתוח במאה המטרים האסורים לבנייה. כך בהתאם לפרשנות הדווקנית והמצמצמת שגזר על עצמו כבוד ביהמ"ש בפרשת פלמחים.

125. לסיכום נקודה זו, התכנית המקומית 253א' סותרת את הוראת סעיף 12(4)א לתמ"א 13 ואין אפשרות חוקית לבנות מכוחה מתחום מאה המטרים מקו המים העליון. באופן תיאורטי ניתן היה לפנות למועצה הארצית ולבקש הקלה מסעיף זה לפי סעיף 5 לתמ"א, אולם כך לא נעשה ולכן יש לקבוע כי ההיתר נשוא הערעור ניתן שלא כדין ולפיכך בטל מעיקרו.

## 2.2.2 סתירות נוספות בין התכנית המקומית ובין תמ"א 13

126. כאמור, ביהמ"ש הנכבד קמא בחן את התאמת התכניות וקבע כי מאחר שהגיע למסקנה כי תמ"א 13 מאפשרת הקמת "קיר היס" בתחום מאה המטרים, אזי אין כל סתירה בין התכנית המקומית ובניה.

127. בכך שגה כבוד ביהמ"ש קמא שגיאה ברורה. סעיף 12 רבתי לתמ"א- הוא סעיף "המגבלות" - קובע שורה ארוכה של תנאים בהם אמורה לעמוד תכנית פלונית על מנת שתתאים לתמ"א, כאשר הראשון בהם, אך גם לא האחרון, הינו איסור על בניה בתחום מאה המטרים שבסעיף 12(4)א. להלן יפרטו המערערת את הדרישות החשובות הנוספות בהן לא עמדה תכנית 253א', ושבעטיין לא ניתן על פי דין להוציא היתרי בניה מכוחה בשטחה החופף לשטחים בהם חלה תמ"א 13:

### 1. סעיף 12(2)1 – חובת עריכת מסמכים סביבתיים

128. על פי סעיף 12(2)1 לתמ"א 13, כל תכנית שחלה בשטח תמ"א 13 חייבת לכלול כל אלה:

- תסקיר השפעה על הסביבה
- סקר חופי מפורט, לרבות סקר זרמים בים
- סקר והצעה תכנונית בדבר דרכי הגישה
- סקר המערכות של תשתית הסביבה והשלכתן על האתר של אותה תכנית, והצעת תשתית מתאימה לשימושים המפורטים באותה תכנית.

129. אין חולק כי התכנית המקומית אינה כוללת מסמכים אלה, ובמיוחד תסקיר, סקר חופי, והצעה תכנונית בדבר דרכי הגישה, לרבות בחינת חלופות כנדרש על פי תקנות התכנון והבניה (תסקירי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003.

130. יש לציין כי לפחות נושא התסקיר עלה בדיון הועדה המקומית מיום 13.11.07 ונדחה על הסף, כדלקמן:

"נדרה מור: מה בקשר לסקר השפעה על הסביבה?

יעל גרמן יו"ר: אין צורך, אנחנו שמענו חוות הדעת ואין צורך בכך. לא היה סקר השפעה על הסביבה.

עו"ד אילנה בראף: סקר השפעה על הסביבה, זה לא משהו שנדרש על פי החוק.

יעל גרמן יו"ר: סקר השפעה על הסביבה לפי חוק התכנון והבניה אומר במפורש – מתי נדרש ומתי לא נדרש, ומקרה הזה הוא לא נדרש, מפני שזו לא תכנית ואנחנו לא מגישים תכנית, אלא שאנחנו מבקשים היתר, שכבר הוצג בפנינו".

--- כבוד ביהמ"ש יופנה לתמליל הדיון

131. כלומר, היתר הבניה אושר על סמך ההנחה השגויה לפיה אין מקור מחייב בדין להכנת תסקיר בנסיבות העניין, וזאת בעוד שתמ"א 13 **מחייבת** בחינת השפעה סביבתית ובחינת חלופות **בתסקיר**, כפי שנדרש בתקנות הנ"ל, וודאי לא באופן שבוצע ע"י הועדה המקומית.

132. על כן, לא אמור להיות צל של ספק כי התכנית המקומית אינה עולה בקנה אחד עם הוראות תמ"א 13 בהקשר זה, ובמסגרת ההתאמה על פי סעיף 10 לתמ"א היתה חובה להכין תסקיר ולהגיש את יתר המסמכים המפורטים לעיל.

133. ודוק: הצורך בהגשת תסקיר אינו עניין טכני פעוט, מכיוון שתסקיר הינו הכלי הייחודי שהגדיר המחוקק, כמקובל בעולם, שנועד להתמודד עם הכרעות מורכבות במסגרת התכנון סביבתי:

"התסקיר נועד בעיקרו להביא בפני מוסד התכנון שדן בתכנית מתאר מסוימת מידע בדבר השפעתה הצפויה של אותה תכנית על סביבתה... לתסקיר ישנה חשיבות רבה במסגרת ההליך התכנוני, שכן הוא מעמיד בפני מוסד התכנון הרלוונטי תשתית עובדתית מפורטת באשר להשפעותיה הסביבתיות של התכנית הנדונה על ידו, וכך מאפשר למוסד התכנון שדן בתכנית לקבל החלטה נבונה ומושכלת יותר" (ראה: בג"ץ 8425/04 אדם טבע ודין נ' הות"ל, תק-על 2008(3), 260, 272 (2008))

134. ואולם, ועדת הערר לא התייחסה לטענות אלו (סעיפים 35-36 לכתב הערר) וגם כבוד ביהמ"ש קמא בחר להתעלם מן הנושא, למרות חשיבותו הקריטית.

135. לא למותר לציין, כי סעיף 3(2)12 לתמ"א מאפשר ל"מוסד התכנון הרשאי לאשר את התכנית לפטור מחובת הכנת והגשת המסמכים המנויים בס'ק' 1) לעיל, כולם או חלקם, **לאחר קבלת חו"ד נציג השר** לאי"ס במוסד התכנון **ולאחר שמוסד התכנון שוכנע** כי אין במתן פטור כאמור כדי לפגוע בהשגת מטרות התכנית המנויות בס' 4 א' ו-ב' לתכנית הראשית".

136. ברם, כל שלושת התנאים המפורטים למתן פטור מהכנת המסמכים האמורים **לא התקיימו** במקרה זה:

- לא התקבל אישור מוסד התכנון הרשאי לאשר את התכנית – ובמקרה שלנו **הועדה המחוזית** – לפטור מהגשת המסמכים.

- לא התקבלה חוות דעת מנומקת מטעם המשרד להגנת הסביבה השוללת את הצורך בתסקיר.

- אין בנמצא החלטה מנומקת של הועדה המחוזית מדוע אי הכנת תסקיר בנסיבות העניין לא תעלה לכדי פגיעה בהשגת מטרות התכנית.

137. לסיכום נקודה זו, אין ספק כי התכנית המקומית לא הותאמה לדרישות התמ"א בכל הקשור למסמכים הסביבתיים שעריכתם מתחייבת על פי התמ"א. **למצער, חרגה הועדה המקומית הרצליה מסמכותה** כאשר פטרה את עצמה מהכנת תסקיר בנוגע הקמת "קיר היס", תחת העברת ההכרעה בעניין לועדה המחוזית.

#### ב. סעיף 4(2)12 – דרישה לפירוט תכנוני

138. סעיף 4(2)12 לתמ"א קבע שורה של תנאים שחובה לכללם בתכנון. בין תנאים אלה מופיעה כאמור הדרישה בס"ק א' לאיסור על בנייה בתחום מאה המטרים מקו המים, אלא שאין זו הדרישה היחידה.

139. בנוסף, כל תכנית שחלה בתחום תמ"א 13 חייבת לכלול פרטים כדלקמן (ראה ס"ק ג-ה):

ג. פירוט השימושים **ואיתורם**;

ד. **השטח הבנוי** וקיבולת המשתמשים והתאמתם לקביעת תכנית זו;

ה. **הוראות עיצוב מבנים ופיתוח למניעת פגיעות חזותיות**;

140. לא למותר לציין, כי תמ"א 13 אושרה בעידן בו מוסדות תכנון לא נהגו בהכרח לכלול את כל הפרטים הדרושים בתכניות, וזאת טרם נפסקו ההלכות המרכזיות בנושא התכנון המפורט. כך, בניגוד למצב המשפטי העדכני, נעשה שימוש נרחב ב"תכניות בינוי" ובהוראות כוללניות בתכניות (ראה למשל בג"צ 511/80 גליא נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה, פ"ד לה(4), 477, (1981); עת"מ (תל-אביב-יפו) 6/97 ועד אמנים נ' הוועדה המקומית תק-מח 99(2), 959).

141. כיום, מטבע השינויים שחלו בחוק ובפסיקה, הפרטים שמחייבת תמ"א 13 לקבוע אינם ייחודיים והם נדרשים כמעט לגבי **כל תכנית, בכל מקום**, וזאת במידה שהתכנית מתיימרת לאפשר הוצאת היתרי בניה מכוחה. ואולם, ברי כי דרישת הפירוט המופיעה בתמ"א 13 הינה דרישה יחסית ייחודית לזמן אישורה, וזאת בהתחשב בחשיבותם העודפת של שטחי הסביבה החופית בהם היא חלה.

142. לכן, קשה להבין כיצד מצא כבוד ביהמ"ש קמא התאמה בין התכנית המקומית ובין תמ"א 13, כאשר התכנית המקומית דן אינה כוללת כל פירוט בדבר **השטח הבנוי** המותר בשצ"פ (ראה סעיפים 180-207 להלן), **וודאי שאינה כוללת את איתור המבנה** כפי שנדרש בסעיף (שלא נאמר את עצם קיומו), ואף אין בה הוראות בדבר עיצוב המבנה ופיתוחו.

143. הנה כי כן, התכנית המקומית 253 א סותרת כמעט בכל מובן אפשרי את הוראותיה של תמ"א 13 ולכן ביהמ"ש הנכבד קמא שגה בעניין זה: כל עוד לא הותאמה התכנית המקומית, ההיתר הנדון ניתן שלא כדין ודינו להתבטל.

### **3.3. ראש טיעון שני – ביהמ"ש הנכבד קמא שגה כאשר קבע כי קיים תכנון מפורט במידה**

#### **המאפשרת מתן היתרי בניה להקמת "קיר היס"**

א. קביעת כבוד ביהמ"ש קמא

144. כיצד הגיע כבוד ביהמ"ש קמא לכלל מסקנה כי תכנית מתאר מקומית נושנה משנת 1961, שהתייחסותה לשטח הנדון מתמצית בהגדרה הסתומה "גנים לרבים", מאפשרת, בבחינת 'Deus ex machina', הקמת סוללת אבן עצומה על חוף היס באפולוניה, שביצועה יחסל בפועל ובאופן בלתי הפיך את רצועת החוף הקיימת, וימנע את מעבר בציבור בחוף?

145. כפי שיבהירו המערערת להלן, כבוד ביהמ"ש קמא שגה במסקנתו. אף אם תמ"א 13 כלל לא היתה קיימת, על פי הדין עדיין לא היה זה בגדר האפשר ליתן את ההיתר נשוא הערעור, וזאת בהעדרו של תכנון ברמה מפורטת במסגרת תכנית.

146. בעמוד 14 לפסק דינו, קיבל כבוד ביהמ"ש קמא את טענת המשיבות כי "קיר היס" מהווה בנייה המותרת מכוח התכנית המקומית 253א', וכי די ברמת הפירוט שבתכנית זו כדי לאפשר מתן היתרי בניה לביצוע הבניה.

147. קביעה זו לא זכתה לנימוק סדור וברור, ותחת זאת הסתפק ביהמ"ש הנכבד קמא בציון מסקנתו לפיה תכליתו של "קיר היס" אינה סותרת את מסגרת התכליות המותרות על פי התכנית המקומית (גן לאומי, לשיטתו) ולפיכך בנייתו מותרת מכוחה (ראה בסעיפים 64-67 לעיל).

148. כפי שיראו המערערות להלן, בהקשר זה שגה כבוד ביהמ"ש קמא שגיאה יסודית ביותר, בהתעלמו מן ההלכה הפסוקה אשר קבעה כי לא ניתן ליתן היתרי בניה מכוחם של סימונים כוללניים בתכנית, מבלי שפרטי הבינוי המבוקש כלל יופיעו בה, ומבלי שהבינוי המבוקש אושר באופן קונקרטי במסגרת הפרוצדורה הקבועה בחוק, על ידי מוסד התכנון המוסמך לכך, ותוך מתן הזדמנות לציבור הרחב לממש את זכות ההתנגדות שלו בנוגע לתכנון.

149. טרם נידרש לדיון הפרטני בהקשר זה, אין מנוס מהצגה תמציתית של עיקרי הדין בסוגיית התכנון המפורט, כדלהלן:

### **ב. על החובה לבנות אך ורק על פי תכנון מפורט**

150. תכנון טוב הוא כזה הנעשה מתוך ראייה כוללת של המרחב. לכן נקבע בחוק התכנון והבניה עקרון המדרג ההיררכי (סעיפים 129 עד 131 לחוק), אשר יוצר את הפירמידה התכנונית הקיימת של תכנון ארצי-מחוזי-מקומי-מפורט. למותר לציין, כי זו דרך הפעולה המקובלת של המערכת התכנונית – כשלב ראשון, מאשרים ייעודי קרקע כלליים, מתוך ראייה רחבה של שימושי הקרקע בקנה מידה רחב מבחינת המקום והזמן. רק בשלב שני, לאחר בחינת כל המידע הרלוונטי, כולל ההשפעות הסביבתיות, מאשרים את ההוראות המפורטות, שרק בהסתמך עליהן ניתן לגשת לביצוע. **פרטי הביצוע** באים לידי ביטוי בהיתר הבניה (על מהותם של פרטי הביצוע – ראה תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), תש"ל-1970).

151. החובה להוציא היתר בניה אך רק על סמך תכנית מפורטת הובהרה היטב בפסקאות 8-10 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקציה בע"א 7654/00 ועדת ערר מחוזית - חיפה נ' חברה לבנין הירדן בע"מ, פ"ד נז(2), 895, 905-906 (2003), (להלן: פס"ד הירדן):

**"היתר בניה אינו יכול למלא את החסר בתכנון מפורט אלא עליו להיגזר ולנבוע מתכנון מפורט של השטח אשר נעשה במסלול תכנוני תקין כקבוע בחוק. מכך עולה כי בטרם יוצא היתר בניה, יש צורך בקיום תכנית בדרגת פירוט סבירה אשר תקבע את הפרטים הנוגעים לבניה ולשימוש במקרקעין"**

152. אחד החששות המרכזיים הוא היווצרות פרצה למימושם של בניה ופיתוח שלא על פי מנגנוני הבלמים והאיזונים שקבע המחוקק בחוק התכנון והבניה:

"בהיות היתר הבניה אמצעי למימוש התכנון הקיים בשטח, הדעת נותנת כי עליו להיגזר מתכנית שיש בה פירוט מספיק על מנת שתשמש תשתית נורמטיבית נאותה לביצוע הבניה. ככל שהשתית כללית יותר ובלתי מפורטת, כך גוברת הסכנה כי יינתן היתר-ביצוע שאינו נשען על נורמות תכנוניות מאושרות ועלולה להיפתח דרך לפיתוח הקרקע באופנים שלא עברו מסננת הליך תכנוני מוסדר ומבוקר על ידי מוסדות התכנון, כמקובל" (פס"ד הירדן, עמ' 905-906)

153. כבוד השופטת פרוקצ'יה אף הדגישה את הבעייתיות שבמתן סמכות עודפת לרשות הרישוי המקומית לקבוע את פרטי התכנון המהותיים מבלי שאלה ייקבעו קודם לכן במסגרת תכנית מפורטת:

"רשות הרישוי מורכבת מיו"ר הועדה המקומית או יו"ר ועדת המישה של הועדה המקומית ומהנדס הועדה המקומית (סעיף 30 לחוק). עולה מכך, כי לא אחת, הגוף המעניק היתרי בנייה אינו זהה פרסונלית למוסד התכנון האמור לדון ולאשר את התכניות המקומיות..."

**מתן היתרי בנייה על פי תכנית כללית ובלתי מפורטת עשוי להיות שקול למתן היתר בלא תכנית כלל. הוא כרוך בחופש פעולה בלתי מוגבל או מוגבל באופן חלקי בלבד של הרשות המעניקה את ההיתר. הוא עשוי לחרוג מתפיסות תכנוניות בסיסיות של המרחב התכנוני הכולל, ושל התכנון הנקודתי הראוי".**

154. על בסיס דברים אלה, נקבעה ההלכה העקרונית פרי עטו של כב' השופט חשין בעע"מ 10112/02 אדם טבע ודין - נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז ירושלים, פ"ד נח(2), 817, (2003) (להלן: פרשת כביש מס' 1). באותה פרשה, בעמ' 841-840, אומר כבוד ביהמ"ש:

ההחלטה על הפקדתה של תוכנית מפורטת - שלא כהיתר בניה - חובה לפרסמה ברבים (סעיפים 89 ו-89א לחוק התכנון והבניה); ניתן להתנגד לה (סעיף 100 לחוק); **ועל דרך זו מגשימה היא בעליל את שני עקרונות-התשתית של ההליך המינהלי התקין והראוי; עקרון השקיפות ועקרון הדמוקרטיזציה".**

155. על פי ההלכה שנפסקה בעניין זה, גם אם לא היתה דרישה מפורשת בחוק או בתכנית למתן היתר בניה רק כנגזרת של תכנית מפורטת – חובה זו עומדת על רגליה שלה מכח כללי המשפט המינהלי ותכליות חוק התכנון והבניה.

#### ג. מהו תכנון מפורט?

156. אם נבקש להגדיר מהו תכנון מפורט, התשובה המתאימה ביותר תהיה שהכוונה היא לתכנון המאפשר למי שבוחן אותו לדעת בוודאות מהם הפרטים העיקריים והמהותיים של אותו שימוש קרקע שעומד להתבצע. החשיבות העקרונית של התכנון המפורט הינה קודם כל בכך שהוא בלבד מאפשר לדעת **במדויק** מה **באמת** יבוצע בשטח. דבר זה חשוב הן למוסדות התכנון המקדמים ומאשרים את התכנית, והן לציבור המבקש לממש את זכות הטיעון שלו ביחס לתכנית בדרך של התנגדות. על מנת להגשים עיקרון זה על התכנון המפורט להיות **קונקרטי**, כדי שמי שיבחן את התכנית, יוכל לקבל תמונה מלאה בנוגע לדמות ומהות שימושי הקרקע העתידיים. חלק אינטגרלי מתהליך זה הינו **בחינת התכנון המוצע ביחס לשטח הקונקרטי בו הוא מוצע:**

"התוכנית המפורטת, ובה ענייננו, מהווה **פירוט וקונקרטיזציה** של התוכנית המקומית, ויימצאו בה **פרטים ופרטי-פרטים...**" (ראה פרשת כביש 1, סעיף 34 לפסק דינו של כב' השופט חשין)

157. לא למותר לציין, כי אין כל משמעות לקביעת הוראות בניה מפורטות, כאשר נעדרת התאמתן לשטח ולמצב הקיים. אם כן, דרישת הפירוט והקונקרטיזציה באה לידי ביטוי בשני מישורים – ראשית, עיון בתכנית אמור ללמד על פרטי התכנון לגבי המבנה עצמו – גבהים, מרחקים, מספר בניינים, שטח, תכליות ושימושים מותרים וכו'. שנית – על פרטי התכנון הנ"ל להתייחס באופן ספציפי לשטח בו הם מתוכננים להתבצע. תכנית שאינה מתייחסת לשטח הקונקרטי בו היא אמורה להתבצע, ואינה מתאימה עצמה לתכונותיו הפיזיות, אסתטיות, אקולוגיות, חברתיות וכו' **ב"רוב אינה יכולה להיקרא תכנית בעלת מידת פירוט סבירה.**



158. ויובהר, גם תכנון מפורט אינו אמור לכלול את כל פרטי הביצוע. ברור שתכנית אינה אמורה בהכרח לפרט את חומרי הבניה, את צורת החלונות וכו'. ישנם רכיבי **ביצוע** שונים, וביניהם כרכובים, מרזבים, בליטות, תריסים וכו' שמקומם להיקבע בהיתר הבניה (ראה: חלק ד' לתוספת השניה של תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), תש"ל-1970). עם זאת, התכנית עצמה אמורה לכלול את הפרטים העיקריים בנוגע לבנייה כדי שמי שיבחן את התכנית, יוכל לקבל תמונה מלאה בנוגע לדמות ומהות שימושי הקרקע העתידיים וזיקתם לשטח הרלוונטי. הכוונה היא לפחות לתכלית הבנייה, שטח המבנה (שטח המבנה משפיע ישירות על פגיעתו הנופית ועל היקף הפעילות בו), גובה המבנה ואיתורו בשטח (מיקום).

159. בשל כך, לעיתים מזומנות נראה דמיון רב בין היתר הבניה והתכנית המפורטת, כפי שהגדיר זאת כב' השופט חשין –

"אשר לתוכנית המפורטת - ובה ענייננו - זו קובעת מסגרת קונקרטית לעבודתם של מבצעי העבודה, ועל-פי הצורך והעניין תהווה בסיס להוצאתם של היתרי בניה. על התוכנית המפורטת ייאמר, וכמותה על היתר הבניה, כי אלה השניים הם הקרובים ביותר ליחיד" (ראה סעיף 33 לפסק דינו בפרשת כביש 1).

160. לא למותר לציין, כי המושג "תכנית מפורטת" אינו מתייחס לכותרתה הפורמאלית של התכנית, אלא למידת הפירוט המהותי הכלול בה. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה בפסקה 10 לפס"ד הירדן:

"השאלה האם ניתן לתת היתרי בנייה על סמך תכנית מיתאר מקומית בלא שקימת תכנית מפורטת, תלויה במידת הפירוט הכלולה בה: **מקום שהתכנית קובעת עקרונות כלליים בלבד היא לא תוכל להוות בסיס למתן היתרים; לעומת זאת, מקום שכלולות בה הוראות מפורטות ברמת פירוט מספקת, ניתן לתת היתר על פיה"**.

#### ד. מן הכלל אל הפרט – האם תכנית 253א' הינה תכנית בעלת הוראות מפורטות?

161. לאור כל זאת, על מנת לבחון באם צדק כבוד ביהמ"ש קמא בקובעו כי התכנית המקומית 253א' מאפשרת מתן היתרי בניה להקמת "קיר הים", שומה עלינו לבדוק האם תכנית זו קובעת, כלשון כב' השופטת פרוקצ'יה, "**עקרונות כלליים בלבד**", או שמא יש בה הוראות מפורטות כלשהן המתייחסות לבנייה המבוקשת?

162. כאמור בעמ' 14 לפסק דינו, פרטי התכנון היחידים עליהם מסתמך כבוד ביהמ"ש קמא ואשר מתייחסים לשטח הנדון הנם כלהלן:

1. בסעיף 15 לתמ"א 13, אשר קובע איסור על כל בנייה ב"שמורת חוף", זולת למטרת הכשרה ופיתוח של אחד מן הייעודים המפורטים באותו סעיף, ובכלל זאת "גן לאומי".

2. סעיף 44טו' לתכנית המקומית, אשר קובע כי "גנים לרבים" מהווה תכלית מותרת בשטח הציבורי הפתוח.

163. כבר על פני הדברים יכול כל בר דעת להיווכח כי כל שהתכנון הרלוונטי קובע הינו, ללא צל של ספק, **עקרונות כלליים בלבד**, שאינם מעידים ולו במעט על הבנייה שמתיימרת הועדה המקומית לבצע מכח התכנית המקומית. ואולם, מאחר שהננו במסגרת של ערעור על החלטה שיפוטית, מאלצנו הדבר לבוא חשבון עם המובן מאליו, ולהסבירו מן היסוד:

I שגה כבוד ביהמ"ש הנכבד קמא כאשר התייחס אך ורק לפירוט הוראות השימוש והתעלם מן הצורך ההכרחי בפירוט גם לגבי הוראות הבניה.

164. כאמור בסעיף 64-75 לעיל, פרטי התכנון עליהם הסתמך כבוד ביהמ"ש קמא כמאפשרים את הקמת "קיר הים", נוגעים אך ורק להיבטים של השימוש המותר בקרקע (הווה אומר – **המטרות** שלשמן מותר לבנות). מאידך, ביהמ"ש הנכבד קמא לא עשה את ההבחנה הבסיסית המקובלת בדיני התכנון והבנייה בין הוראות שעניינן השימוש בקרקע ובין הוראות שעניינן הבנייה עצמה. זאת, כאשר הפירוט הנדרש בתכנית לצורך הוצאת היתרי בניה אמור להתייחס לשני סוגי **ההוראות ולא רק לנושא השימוש**.

165. אבחנה בסיסית זו מצויה קודם כל בחוק עצמו – כך למשל בסעיף 145(ב) לחוק התכנון והבניה, הקובע כי מתן היתר מותנה בכך ש"העבודה או השימוש שבעדם מבוקש ההיתר מתאימים לתכנית ולתקנות אחרות לפי חוק זה החלות על הקרקע או הבנין הנדונים".

166. בהתאם, מופיעה האבחנה בין "הוראות שימוש" ובין "הוראות בנייה" גם בסעיף 2 לתקנות התכנון והבניה (סטיה ניכרת מתכנית), התשס"ב-2002:

"סטיה ניכרת מתכנית, לענין סעיף 151 לחוק, היא אחת מאלה:

(1) **שימוש בבנין או בקרקע שיש בו שינוי מהשימוש שנקבע בתכנית** והוא משנה את אופיה של הסביבה הקרובה;

(2) **בניה בשינוי מהוראות הבניה הקבועות בתכנית**, המשנה את אופיה של הסביבה הקרובה;

(3) **בניה בשינוי מהוראות הבניה הקבועות בתכנית**, באופן שלא תאפשר לעשות שימוש בבנין בהתאם לייעוד הקבוע לו בתכנית..."

167. ודוק: ההבדל העקרוני בין המושגים נוגע בראש ובראשונה להיותו של ה"שימוש" זמני במהותו, או בר שינוי, לעומת ה"בנייה", שיש בה אלמנט של קבע. לכן, למשל, היתר לשימוש חורג ניתן לתקופה מוגבלת שלאחריה אמור להתאפשר השימוש שבתכנית, לעומת "הקלה" שמאפשרת סטייה קלה, אך פרמנטית, מהוראות התכנית התקפה (ראה סעיף 148 לחוק).

168. לא למותר לציין כי אבחנה זו, והרציונל שבבסיסה, מקובלת גם על פי הפסיקה. כך קבע, למשל, כבוד השופט רון שפירא בעפ"א 296/08 עיריית חיפה נ' אדם טבע ודין, תק-מח 2009(1), 446, 456:

"מקובלת עלי עמדתן של המשיבות כי יש לעשות אבחנה בין "העבודה" שמהווה פעולה של קבע לבין "השימוש" שמהווה הגדרת תכליות ויעדים".

169. לסיכום נקודה זו, די אם נאמר כי היבט השימוש עוסק בהגדרת מטרותיה של הבנייה, ובהן בלבד, בעוד שהוראות הבנייה עוסקות בפירוט הביטוי הפיזי של הבנייה בשטח. אין יפים לעניין זה כדברי כב' הנשיאה בייניש בע"א 482/99 בלפוריה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה - יזרעאלים, תק-על 2001(4), 970, 977 (2001):

"מושכלות יסוד הן כי היתר בנייה צריך להינתן בהתאם לתכנית המתאר. תכנית זו קובעת את ההגבלות על הבנייה הן מבחינת הביטוי הפיזי של הבנייה על כל היבטיו, והן מבחינת השימושים המותרים הנקבעים בה ביחס למקרקעין שבתחומה. על כן, בדרך העניינים הרגילה אין הליך נפרד לקבלת היתר לשימוש, ובעת קבלת היתר הבנייה נבחנת גם ההתאמה של השימוש המתוכנן בבניין לייעוד הקבוע בתוכנית המתאר. כך, למשל, מובן מאליו כי לא ניתן היתר בנייה למרכז מסחרי או לחנויות במקום בו היעוד על פי התכנית הוא למגורים בלבד, ולא ניתן היתר למגורים באיזור שעל פי התכנית נועד למטרה אחרת. מובן כי בדיקת היעוד תעשה תמיד אל מול

**תוכנית קונקרטי, וכאשר בתכנית מפורטת מוגדר השימוש באופן פרטני יבחן ההיתר על פי הפירוט האמור"**

170. אם ניישם דברים אלה בענייננו **ראשית** ניווכח כי בניגוד לדעתו של כבוד ביהמ"ש קמא, התכנון התקף בשטח נשוא הערעור אינו כולל פירוט נאות של השימושים המותרים, **ושנית**, כי אף אם נאמר כי די לנו בפירוט השימושים הקיים בתכנית, אין בכך כדי לרפא את **העדרו המוחלט** של הוראות בנייה כלשהן ביחס לשטח זה. כל זאת כמפורט להלן:

**II שגה ביהמ"ש הנכבד קמא כאשר קבע כי ניתן להסתפק בפירוט השימושים שבתכנית המקומית 253א' לצורך הוצאת היתר הבניה**

171. בסעיפים 64-75 לעיל עמדנו על הילוכו הפרשני של כבוד ביהמ"ש קמא בבואו לכלל מסקנה כי הקמת קיר הים הינה תכלית מותרת על פי התכניות התקפות, בהיותו אמצעי לשימור הגן הלאומי, בבחינת "שימוש נלווה" אינהרנטי לייעוד שבתכנית.

172. כאמור שם, המערערת לא חלקה על האפשרות החוקית להכיר ב"שימוש נלווה" במקרים מסוימים למרות שאותו שימוש אינו מצוין במפורש בתכנית, אולם כנטען, סברה המערערת כי במקרה הנדון חרג השימוש מן הגבול שאליו התייחסה דוקטרינה זו.

173. כמתואר בעמ' 14 לפסק הדין קמא, בהתייחסו ל"קיר הים" כשימוש נלווה, פטר עצמו כבוד ביהמ"ש קמא מן הצורך לבחון את מידת הפירוט הנדרשת לשימוש מן הסוג הזה.

174. ובמה דברים אמורים? נניח, כי מלבד התכלית "גנים לרבים" המופיעה בתכנית המקומית, אף היה מצוין במפורש כי השטח כולל גם תכלית של "אמצעים לשימור המצוק".

175. לעמדת המערערת, גם במקרה כזה לא ניתן היה להוציא היתר מכח התכנית המקומית מאחר שמדובר בהוראה כוללת, הקובעת עקרון כללי, שאינו יכול להוות בסיס להוצאת היתרי בניה, כפי שציינה כב' השופטת פרוקצ'יה לעיל.

176. לעמדת המערערת, הקריטריון המרכזי בעניין זה הינו מרחב השימושים האפשריים מכח ההוראה התכנונית: ככל שהוראת שימוש בתכנית הינה עמומה ומאפשרת מרחב גדול יותר של דרכי שימוש אפשריות, וככל שההבדלים בין דרכי השימוש השונות הינם הבדלים מהותיים, כך ניטה לומר כי מדובר בהוראת שימוש שאינה עונה על דרישת הפירוט. יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט חשין (ראה בסעיפים 42-44 לפסק דינו בפרשת כביש מס' 1):

**"אין זאת אלא שתוכנית מי/200 אינה מפורטת דיה, וכמסתבר ניתן מכוחה לסלול כביש בכמה וכמה דרכים שלא עמדו לנגד עיני המתנגדים-בכוח"**

177. במקרה שלנו, מדובר בהוראה כוללת באופן קיצוני. כפי שהובהר בפרק העובדתי לעיל (על סמך חוות הדעת המקצועית של ד"ר יעקב ניר), במסגרת הפתרונות האפשריים לשימור המצוק החופי קיימות חלופות ואמצעים רבים ומגוונים, שמידת השונות ביניהם הינה של שמיים וארץ ממש, כמעט מכל בחינה. כך, סובלת הוראת השימוש הנ"ל את הקמתו של "קיר הים" על גבי החוף עצמו, ולצידו גם את האפשרות להקים שוברי גלים, כף מלאכותי, שוניות מלאכותיות, הזנה בחול ונטיעת צמחייה, שימוש בשרוול גיאוטכני, או בהצבת דורבנות אבן או עץ.

178. הבחירה בין שימוש פלוני לאלמוני במסגרת מרחב אפשרויות זה אינה אמורה להיעשות במסגרת של היתר בניה. כאשר נדרשת בחינה מעמיקה של חלופות שונות, וכאשר הבחירה ביניהן יוצרת

תחרות לא פשוטה בין אינטרסים שונים, סביבתיים, כלכליים, חברתיים ואחרים, מיניה וביה מתבקשת המסקנה כי ההוראה הרלוונטית לא ענתה על דרישת הפירוט.

179. לצורך העניין, לו היתה התכנית המקומית מגבילה את האמצעים המותרים לסוג מסוים של אמצעים, או אז ניתן היה לומר כי לציבור היתה הזדמנות אמיתית להתייחס לנושא, או בכלל לדעת כי ישנו סיכוי שביום מן הימים במקום רצועת החוף הנדונה ייבנה קיר ים ענק. לפיכך, כאשר נשאל עצמנו האם הוראת השימוש הנוכחית "גנים לרבים" (בשילוב עם סעיף 15 לתמ"א 13) עונה על צורך זה, אין ספק שנאמר כי "תשובה זו אינה אלא לעג לרש", כלשונו של כבוד השופט חשין (פרשת כביש מס' 1, סעיף 43 לפסק דינו).

### III שגה ביהמ"ש הנכבד קמא כאשר לא התייחס כלל להעדרן המוחלט של הוראות בנייה מפורטות מן התכנית המקומית

180. כאמור לעיל, כבוד ביהמ"ש קמא הסתפק בהתאמה שמצויה לדידו בין הוראת השימוש בתכנית המקומית ובין תכליתו של "קיר הים". כנטען, גם אם לצורך העניין נניח שקיימת התאמה כזו, הרי שהוראת השימוש הנ"ל אינה מפורטת דיה באופן שמאפשר הוצאת היתרי בניה. לבסוף, כפי שיראו המערערת להלן, אף אם נתעלם כליל מהיבט השימוש, עדיין שגה כבוד ביהמ"ש קמא במסקנותיו וזאת מפני שהתכניות החלות בשטח הנדון אינן כוללות הוראות בנייה כלשהן, לא כל שכן הוראות בנייה מפורטות כנדרש.

181. מהו, אפוא, טיבן העקרוני של הוראות הבנייה המהוות בסיסו ויסודו של שיקול הדעת התכנוני, ואשר יש חובה לקובען בתכנית מפורטת דווקא, כלומר, אותן הוראות החורגות מגבולות המושג "פרטי ביצוע" שאותם מוסמכת לקבוע ועדה מקומית בשלב הרישוי, במסגרת היתר בניה?

182. כפי שהבהירה המערערת, התשובה לכך נעוצה בראש ובראשונה בהפעלת מבחן השכל הישר. מחד גיסא, ברור כי אין צורך שמי שבוחן את התכנית ידע מראש מהם סוגי הברגים שימשו לחיבור קורות הבניין, או אילו ידיות יוצבו על דלתות הבניין. מאידך, כל אותם פרטים אשר יוצרים את "תמונת התכנון" שממנה ניתן להבין מה באמת ובתמים יתבצע בשטח – אלה חייבים להיכלל כבר בתכנית.

183. לצורך כך, צריכה תכנית המתיימרת להיות מפורטת קודם כל לכלול את שטח הבנייה המותר, את גובה המבנים, מספרם, קווי הבניין, ומיקום המבנים בכל אחד מייעודי הקרקע. בהעדרם של פרטים אוניברסאליים אלה, חופשייה רשות הרישוי לעצב את התכנון כמעט כראות עיניה (למשל, המשיבה 1 לא היתה חייבת להסתפק בקיר ים בגובה של 4 מ' אלא רשאית היתה לבנותו בגובה של 30 מ'. כן יכולה היתה לבנות במקום קיר הים או בנוסף לו גם שובר גלים גדול).

184. ברוח זו נחקק סעיף 145(ז) לחוק התכנון והבנייה, כפי שמתארת כב' השופטת פרוקצ'יה בפס"ד הירדן (פסקה 8):

"מכאן גם ההוראה שבסעיף 145(ז) לחוק הקובעת כי, דרך כלל, מוסד תכנון לא יתן היתר מכח תכנית שהופקדה אחרי 1.1.96 אלא אם כן אושרה למקרקעין אשר לגביהם מבוקש ההיתר תכנית הקובעת הוראות בענין פירוט יעודי הקרקע, חלוקה למגרשים או לחלקות וגבולותיהם, קווי בנין, מספר קומות או גובה בנינים, ושטחי בנייה מותרים. הדרישה לקיום תכנון מפורט לגבי המקרקעין נשוא בקשת ההיתר מצאה את ביטויה הסטטוטורי בהוראה זו, והיא משתלבת

- בתפיסה הכללית בדבר קיום היררכייה של הסדרי תכנון ההולכים מן הכללי אל המפורט, ומסתיימים במתן היתר לביצוע עבודות הנסמך על התכנון המפורט במשבצת הקרקע"
185. על פי ההלכה הפסוקה, למרות שסעיף זה חל על תכניות שהופקדו החל משנת 1996 ואילך, **אין משמעותו כי תכניות ישנות פטורות מדרישת הפירוט**. יחד עם העקרונות הבסיסיים שנקבעו בפרשת כביש מס' 1, יפים לעניין זה דברי של כב' השופטת פרוקצ'יה בפסקה 11 לפס"ד הירדן:
- "אף שסעיף 145(ז) לחוק אינו מחייב ככזה לגבי ההסדר התכנוני החל מכח תכנית כ-150, בהיות התכנית קודמת למועד תחולתו, **האמור בו מתווה את הצורך העיקרי בתכנון המפורט ונותן השראה פרשנית לפירושן של דרישות התכנית**. הפרשנות המתבקשת מהמידרג התכנוני הקיים ומכוחו של סעיף 145(ז) לחוק מובילה למסקנה כי אין הפירוט בתכנית כ-150/ מספיק לצורך תכנון מפורט של כל משבצת-שטח בתחום התכנית"
- [ראה גם: עע"מ 2834/05 חנה לדרר נ' שיכון עובדים, תק-על 2008(2), 4016, 4022 (2008)]
186. כפי שציין כבוד השופט גרוניס בפסק דינו בפרשת ועד אמנים, האפשרות לחרוג על פי תכניות ישנות מדרישות הפירוט שבסעיף 145(ז) הינה אפשרות מצומצמת בעליל (ראה בסעיפים 20-22 לפסק דינו):
- "דעתנו היא שהכוונה היתה צנועה בהרבה. המחוקק היה ער לכך שבעבר נתקבלו תכניות שאינן כוללות הוראות בנושאים הנוכריים. **כדי למנוע תוהו ובוהו, עד לאישורן של תכניות סטטוטוריות חדשות, ניתן יהיה לעשות שימוש מסויים ומוגבל בתכניות הישנות, בתנאי שמדובר בבנייה בהיקף צנוע או בשימוש שאינו בעל השפעה משמעותית על הסביבה**"
187. לא יכול להיות חולק כי "קיר הים" דן אינו נופל לאף אחת מההגדרות הנ"ל – אין מדובר בבניה בהיקף צנוע (היקף הבניה גדול **פי 3** לערך מזה שנדון בפרשת ועד אמנים) וודאי שאין מדובר בשימוש שאינו בעל השפעה מהותית על הסביבה (סוללת אבן עצומה שתעלים רצועת חוף שלמה, ובנוסף העברת דרכי גישה בסביבת המצוק הרגיש, תוך גרימת סיכון להתמוטטויות).
- הפירוט החסר בתכנית המקומית**
188. על מנת להבהיר עד כמה כללית ובלתי מפורטת היא התכנית המקומית דכאן, יציינו המערערת מספר עובדות בסיסיות ביחס אליה, כדלהלן:
189. ראשית, בדומה לתכניות שנדונו בפרשת כביש מס' 1 ובפס"ד הירדן, תכנית 253א' דן הינה תכנית מקומית כוללת החלה על כל מרחב התכנון המקומי, ובמקרה שלנו, על שטח שיפוטה של הועדה המקומית הרצליה.
190. ככזו, נערכה התכנית בקנה מידה רחב של 1:10000, וכל שמופיע בתשריט לגבי השטח הרלוונטי הינו סימון בצבע ירוק המסמל ייעוד של שטח ציבורי פתוח, **מבלי סימון בשטח זה של בניה בכלל, ושל קיר הים בפרט**.
191. מכאן, שהועדה המקומית התיימרה לבצע מכח היתר בניה בלבד בניה מאסיבית שאין לה כל זכר בתשריט התכנית הרלוונטית. לצורך ההשוואה, אופי התכנית המקומית תואמת היטב את תיאורו המדויק של כב' השופט חשין בפרשת כביש 1 (פסקה 41):
- "כיאה לתוכנית מיתאר מקומית - תוכנית כללית היא ביותר. ואין פלא בדבר, נוכח השטח אדיר-הממדים המתוכנן בה ונוכח קנה-המידה 1:10,000 של התשריט המצורף לתוכנית. **קנה-מידה זה, למותר לומר, אינו מאפשר לאתר פרטים כנדרש בתוכנית מפורטת**".

192. כלומר, בניגוד למקרים שנדונו בפסיקה, שם לפחות היה מסומן בתשריט "סימבול", או סימון סכמאטי של הבנייה (תוואי גס של כביש, למשל), הרי שבמקרה שלפנינו התכנית אינה כוללת סימון כלל. כב' השופט חשין תיאר סיטואציה מסוג זה בבהירות:

"אפשר שהערפל הרובץ על תוואי הכביש מקורו בקנה-המידה שאינו מאפשר פירוט כנדרש בתוכנית מפורטת; אפשר ששורש הבעיה בשירות תוואי הכביש ביד חופשית ובעובי משתנה; אפשר שחוסר הבהירות מקורו בשני גורמים אלה ואפשר בגורמים אחרים אף-הם. בין כך ובין אחרת, התוכנית אינה בהירה דיה שכן מאפשרת היא לסלול תוואי כביש שונים"

193. בהקשר אחר, קבעה כבוד השופטת נאור, כי כאשר המצב הסטטוטורי "אינו ברור", המסקנה היא כי לא ניתן לבצע אותנו:

"עמדתי היא שהמסקנה מכך שהמצב "אינו ברור" היא שעלינו לקבוע, בסופו של יום, שאין לפנינו "דרך". זאת - לאור ההשלכות הנובעות מתכנית בלתי ברורה. לאי הבהירות השלכות בשלושה מישורים: היא פוגעת בזכות ההתנגדות; היא פוגעת במי שהסתמכו על התכנית שפורסמה ואושרה; והיא מעמידה בספק את השאלה אם חברי מוסדות התכנון שאישרו את התכנית אכן התכוונו ליצור "דרך". (בג"ץ 10/00 עיריית רעננה נ' המפקחת על התעבורה - מחוזות ת"א והמרכז, פ"ד נו(1), 739, 750-751 (2001))

194. בנוסף להיעדר הפירוט המוחלט בתשריט, גם תקנון התכנית אינו קובע כל מגבלת בניה בשטח ציבורי פתוח - אין מגבלה על גובהם של בניינים, שטחם, השתלבותם בסביבה, גבולותיהם - ולמעשה, חסרים כל אותם פרטי תכנון מהותיים הנזכרים בסעיף 145(ז) הנ"ל ובתמ"א 13.

195. ודוק: בעמ' 26 לתקנון התכנית המקומית (מיד אחרי סעיף 53) מופיעה טבלה שכותרתה "לוח חלוקה לאזורים". לוח זה קובע אמות מידה שונות ביחס להוראות הבנייה ומציין מגבלות שונות על הפיתוח המותר בכל סוג אזור המסומן בתשריט. בין היתר, כולל הלוח את פרטי שטח הבניה המקסימלי, את גובה המבנה המקסימלי, את גודלם של מבני עזר נלווים ועוד.

196. לולא אצה הדרך לכבוד ביהמ"ש קמא ולו היה מאפשר למערערת לפחות לסכם את טענותיה, היה כנראה מסתבר לו כי בתכנית המקומית דווקא קיימת התייחסות למגבלות הבנייה בייעוד "שטח ציבורי פתוח", וזאת בשורה מספר 16 ללוח החלוקה לאזורים הנ"ל. ואולם, בניגוד לייעודים אחרים שלגביהם בכל זאת נקבעו מספר פרטים קונקרטיים, הרי שלגבי שטח ציבורי פתוח נמנעה התכנית כליל מלפרט, ותחת זאת קבעה כי בייעוד זה תהא הבנייה "כפי שתקבע ועדת בנין ערים מקומית בהסכמת הועדה המחוזית".

197. מכאן עולה, כי ממילא היתר הבניה נשוא הערעור שהוציאה הועדה המקומית ניתן בחריגה מסמכות, שכן אפילו לפי תנאי תכנית 253א' נדרש אישור הועדה המחוזית לבנייה. ברם, למרות חומרתו, המערערת בחרה שלא להתמקד בפגם מינהלי זה, שכן השלכות הרחב שלו שוליות באופן יחסי ליתר הפגמים, ובכל מקרה, גם במידה שהיה ניתן אישור הועדה המחוזית כנדרש לא היה בכך כדי לאפשר את הוצאת ההיתר, בהתאם להלכות שאסרו הותרת עניינים כאלה לשלב ההיתר.

198. סיטואציה זו זהה במהותה למקרים הרבים שנדונו בעבר בפני כבוד ביהמ"ש, ובהם נפסק כי כאשר התכנית מותירה את שיקול הדעת התכנוני לקביעה עתידית במסגרת תכנית בינוי, או במסגרת הוראה כוללת, אזי מדובר בהוראה נטולת תוקף וקיימת חובה לילך בדרך התכנית המפורטת. יפים לעניין זה דבריו הנכוחים של כב' השופט גרוניס בפרשת ועד אמנים (פסקה 18):

"הדבר הבולט לעין הוא, שהתכניות הסטטוטוריות אינן מטילות הגבלה כלשהי מבחינה כמותית. אין הגבלה על גובה המבנים שיוקמו, על מספר הקומות ואחוזי הבנייה לכל קומה. עניינים אלה

**נתונים להסדר במסגרת "תכנית בינוי כללית"**, כאמור בסעיף 16 לתכנית 606 (המצוטט בסעיף 5 לעיל). אף לאחר אישורה של תכנית בינוי כללית, אין לבצע עבודות בנייה ללא היתר של הוועדה המקומית, שיינתן לאחר קבלת חוות דעת של הוועדה המקצועית (כאמור בסעיף 10 לתכנית). **משמע, התכניות שאושרו על פי החוק, העבירו סמכויות וכוחות לגופים אחרים...**

199. משמעותה של בניה מכח ההוראה האמורה ב"לוח החלוקה לאזורים" אינה שונה במאומה מאותן "תכניות בינוי" שסר חינוך בעיני הפסיקה – כלומר, בניה שאינה מבוססת על תכנית מפורטת, אלא על אקט מינהלי שהחוק אינו מאפשר, באופן שמכונה על ידי כב' השופט גרוניס **"הליכה בדרך לא דרך, תוך עקיפה של סדרי התכנון הקבועים בחוק"** (פרשת ועד אמנים, פסקה 26).

200. כך בבג"צ 5631/92 יפו יפת ימים נ' שר הפנים, תק-על 93(3), 1135, 1138 (1993):

"תוכנית בינוי" כשמה כן היא, היינו תוכנית המפרטת, על יסוד קביעותיה **המפורשות** של תוכנית בניין עיר המוכרת בדין, מה יהיו תהליכי ביצוע הבינוי, הלכה למעשה, הא ותו לאו. **אני שב ומדגיש כי אין להסדיר בתוכנית בינוי בלבד נושא כלשהו החייב להיות מוסדר בתוכנית מיתאר או בתוכנית מפורטת. תוכנית הבינוי יכולה להיווסף על הסדר נאות של הנושא הכלול בתוכנית המוכרת בדין, כדי לפרט שלבי ביצוע או דרכי ביצוע, אך אינה באה במקום תוכנית כאמור ואינה מייצרת אותה"**

201. מקרה דומה נדון בעת"מ (מחוזי חי') 4384/07 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה נ' ועדת הערר לתכנון ובנייה חיפה, תק-מח 2007(4), 11464 (2007). בפרשה זו רצתה הוועדה המקומית חיפה למצוא פתרון דחוף למיקום מועדון שבט צופים מקומי. לשם כך הוציאה היתר בניה על מגרש בעיר. כך מתאר זאת כב' השופט ברלינר (סעיף 2 לפסק דינו):

"שטחו [של המגרש] כ - 15 דונם, והוא מהווה אתר לבניין ציבורי על פי התכנית החלה עליו (חפ/1135ב) והמייצגת אותו ל"בית ספר". בעוד שלגבי שאר המגרשים המיועדים למטרות אחרות, קובעת התכנית אחוזי בניה, מיגבלות גובה וקווי בניין, וכו' הרי לגבי האתרים לבנייני ציבור נקבע בתכנית כי "שטח הבניה המותר על האתרים לבנייני ציבור, ... יקבע ע"י הוועדה המקומית לאור הבקשות לרשיונות בניה שתוגשנה".

הוראה דומה מצויה בתוכניות נוספות שאושרו בחיפה, שהשאירו גם הן שיקול דעת לוועדה המקומית במה שנוגע לבניית בנייני ציבור"

202. כלומר, בדומה למקרה שלנו קבעה התכנית הרלוונטית רק את ייעוד השטח, והותירה לוועדה המקומית את שיקול הדעת המוחלט ביחס לקביעת הוראות הבנייה (ראה פסקאות 4-5 לפסק דינו של כב' השופט ברלינר):

"בענייננו, קבעה התכנית רק את ייעוד המגרש - לבית ספר. לא נקבע מאומה באשר לשאר הפרמטרים הנדרשים לתכנונו; הדבר הושאר לשיקול דעת הוועדה, ואף אם נאמר כי המדיניות בה היא נוקטת זה שנים היא סבירה, בהחילה על הבניה את המיגבלות המוטלות על הבניה האחרת בסביבה, עדיין אנו מצויים במצב בו כל שנקבע בתכנית לפי הדין ובאופן מחייב, באשר לבנייה במגרש, אינו חורג מגדר "עקרונות כלליים בלבד" ואין בו "הוראות מפורטות ברמת פירוט מספקת". בהעדר הוראות כאלה, נפתח הפתח למניפולציות, לחצים, והטבות העשויים לפגוע לא רק בטוהר המידות אלא גם במירקם התכנוני הנדרש בכל הקשור לסביבה בה ממוקם המגרש, אף אם הבניה עצמה לא תהווה "שימוש חורג"...."

מדיניות כללית, שיקול דעת, תכנית מופקדת נושנה שלא אושרה, כל אלה אינם יכולים לבוא במקום הליכי תכנון חוקיים היוצרים מסגרת מחייבת כנדרש לשם מתן היתר."

203. ואם כך נקבע ביחס לבניית מבנה ציבור צנוע בלב העיר חיפה, כאשר הוחלו על המבנה הוראות הבינוי המקובלות באותו אזור, מה נאמר לגבי הקמתו של "קיר הים" הנדון בשטח חופי רגיש וערכי, על חשבון רצועת החוף הנדונה בשלמותה?

204. ואם לא די בדוגמה זו כדי להמחיש עד כמה שגה כבוד ביהמ"ש במקרה דנן, אזי ניתן להזכיר את המקרה שנדון בפרשת ועד אמנים, שם דובר בבניה מצומצמת בהרבה מזו שכרוכה בהקמת קיר הים (1400 מ"ר לעומת יותר מ-4000 מ"ר). לא זו אף זו, הבנייה בפרשת ועד אמנים לא היתה בניה חדשה אלא בסך הכל תוספת לבנין קיים, וזאת גם כן בלב שטח עירוני שם השפעת הבניה על הסביבה קטנה לעין שיעור מן המקרה שלנו. למרות זאת, פסק כבוד השופט גרוניס, ובצדק יש לאמר, כי אין מדובר בהיקף בניה ששיקול דעתה הבלעדי של הועדה המקומית נועד לאפשר (פסק 19 לפסק דינו):

**"כפי שצויין, מדובר בתוספת בנייה של כ-1,400 מ"ר. המבנה אמור להכיל 14 יחידות דיור. לא ניתן לתאר בנייה כזו, מבחינת תוספת שטח ומספר יחידות דיור, כתוספת שולית או זעירה. אין עסקינן בקריעת חלון במבנה קיים, הוספת פרגולה או תוספת חדרי שירותים, ואף לא הריסה של מבנה קיים ובניית מבנה זהה תחתיו...איננו מתעלמים מכך שאין מדובר בבניין חדש, אלא בתוספת לבניין קיים... אף אם נניח שכך הדבר, אין בזאת כדי לשנות ממסקנתנו, כי הדרך של תכנית בינוי אינה ראויה ואינה מתאימה בשל ההיבט הכמותי בו מדובר. נראה לנו, כי אילו הפעילה הוועדה המקומית שיקול דעת נכון וראוי, הייתה חייבת להפנות את המשיבים 2 ו-3 למסלול התכנוני הרגיל, היינו, לזה של תכנית סטטוטורית ולא תכנית בינוי".**

205. מפאת חשיבותו העקרונית של העניין, נסיים בדוגמה נוספת מן הפסיקה בעת"מ (מחוזי חי) 1143/03 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ועדה מחוזית לתכנון ובניה, מחוז הצפון תק-מח 2003(2), 9926 (2003). (להלן: פרשת הטיילת)

206. באותה פרשה, החלה עיריית נהריה בביצוען בפועל של עבודות להקמת טיילת ברצועת החוף של נהריה, בתחום מאה המטרים מקו המים. התכניות שחלו על השטח כללו אמנם ייעוד של טיילת, אך חסרו פירוט של התוואי המדויק שלה. באותו מקרה אף התקבל אישור עקרוני של המועצה הארצית להקים טיילת במקום, נערכו בדיקות מקיפות וזהירות עובר לביצוע העבודות, והכל תחת פיקוח הועדה המחוזית.

207. למרות שהתרשמה מן "ההליכים הזהירים שננקטו...", הן לצורך הוצאת ההיתר, והן לצורך ביצוע העבודה בפועל - עבודה המתבצעת על-ידי מומחים מתחומים שונים", ולמרות שהפסקת העבודות בעיצומן היו כרוכות בהפסד כספי ניכר עבור עיריית חיפה, כבוד השופטת וסרקרוג קבעה כי אין מנוס להכריז על ההיתר כבטל, לאור העדרו של תכנון מפורט לתוואי הטיילת, הכולל איתורה בתשריט, ופרטים אלמנטרים בנוגע לרוחבה, לתוואי שלה וכד'. כך בפסקה 10 לפסק דינה של כב' השופטת וסרקרוג:

**"הגם שעולה בברור כי "טיילת" יכול שתבנה בתוך שטח חוף הים, כבר בתוכנית ג/4427, וכי תכנית זו מאפשרת טיילת נוספת, על זו שמופיעה בתשריט, יש לדעתי לקבל עקרונית את טענת העותרות, כפי שפורטה במהלך הדיון בפני, ואשר לא הובהרה לי מכתבי הטענות לפיה, כל בניה פרטנית בתחום ה-100 מ' לאורך חוף הים, מחייבת תוכנית מפורטת, למרות קיומה של תכנית ג/4427 - עמדה שלא התקבלה על-ידי הועדה המחוזית - כאשר מדובר בבניית טיילת לאורך החוף, כאשר התוואי שלה לא סומן. נתון זה - תוואי הטיילת - צריך שיופיע בפירוט בתוכנית, תוך צירוף תשריט מתאים".**

#### חובת התכנון המפורט בתחום מאה המטרים מקו המים

208. משהילכנו דרך ארוכה עד לנקודה זו, הגיעה העת לקשור את הדיון לחלקו הראשון. אם עד כה התייחסה המערערת לחובה לכלול את פרטי הוראות הבניה הנ"ל בתכנית מפורטת כחובה עצמאית שמקורה העיקרי בהלכה הפסוקה, הרי שבמקרה הנדון חובה זו מצוינת מפורשות בסעיף 4(2)12



**לתמ"א 13 עצמה.** בעניין זה כבר הורחב לעיל בסעיפים 138-145, אולם דומה כי ראוי להזכיר עובדה בסיסית זו ממנה התעלם כבוד ביהמ"ש קמא גם לסיכום ראש טיעון זה.

209. לאור כל האמור, סבורים המערערת כי עמדו בנטל והראו כי מכל בחינה אפשרית כי שגה כבוד ביהמ"ש קמא וכי לא ניתן היה על פי דין להוציא את היתר הבניה הנדון, הן בשל הסתירה לתמ"א 13 והן בשל העדרן של הוראות מפורטות הן במישור השימוש והן במישור הוראות הבניה.

### **הרלוונטיות של מבחן סבירות ההחלטה להקים את קיר הים**

210. בהקשר זה המערערת מוצאת לנכון להתייחס לדברי כבוד ביהמ"ש קמא בעמ' 19-21 לפסק דינו, שם מתארת כבוד השופטת רובינשטיין כיצד קיבלו העירייה והועדה המקומית את ההחלטה על הקמת קיר הים רק לאחר שקיבלו חוות דעת מקצועיות, שמעו את המערערת, בחנו חלופות וכו'.

211. בהתייחס לכך חשוב להזכיר כי העמדה לפיה ניתן להסתפק בתחליפים מעשיים שמדמים באופן זה או אחר את התהליכים שאמורים להתקיים על פי חוק במסגרת אישורה של תכנית מפורטת הינה עמדה שנדחתה באופן נחרץ בפרשת כביש מס' 1 (ראה דעת המיעוט של כב' השופט מצא, ובמיוחד פסקה 7 לדעתו).

212. לעומת זאת, גישת הרוב שהובעה בפרשת כביש 1 היתה הגישה בה נקט כבוד ביהמ"ש מימים ימימה.

213. כך ציין כב' השופט שמגר בבג"צ 511/80 גליא נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה, פ"ד לה(4), 477, 488-489 (1981):

**"אם מבקשים להשיג צמצום של ההליכים הביורוקרטיים ולקצר משכי הזמן, הרי יש לעשות כן על-ידי ייעול דרכי הטיפול בהכנת תכנית, פעולה מהירה והחלטית יותר בעת הדיון בתכניות וצעדים כיוצא באלה, שאיני רואה מקום ואפשרות לפרטם כאן. אך לא ניתן לבטל שלב בהליכים התכנוניים על-ידי קביעת תחליפים מעשיים, שאינם מקיימים את הנדרש בחוק"**

וכך, כאמור, בפס"ד הירדן:

**"ההיתר הינו פועל יוצא הנגזר מן התכנון המקומי, ואינו יכול להוות תחליף לו"**

כך סיכם זאת כב' השופט חשין בפרשת כביש 1:

**"רק תכנון מפורט, בחינה מקיפה של חלופות, היוועצות במומחים ובציבור, ביצוע בדיקות וסקרים - והכל לעין השמש - דומה כי רק אלה ישמרו על זכותם של היחיד ושל הכלל ויביאו לפתרון האופטימלי"**.

214. על כן, גם אם נצא מנקודת הנחה כי הועדה המקומית עשתה מאמצי תכנון יוצאי דופן בענייננו, התייעצה במומחים ואפילו שמעה את המערערת לפני משורת הדין, כל אלה אינם יכולים לבוא במקום הכנתה של תכנית מפורטת שתופקד ותפורסם כדין ושלאחר מכן תידון ותאושר על ידי **הועדה המחוזית**. למותר לציין, כי חריגה מסמכות אינה מותרת רק בשל סבירות הפעולה שעשתה הרשות החורגת (וכאמור, מידת הסבירות במקרה זה עודנה במחלוקת חריפה).

**4. התייחסות המערערת לנסיבות המקרה ולהנחות היסוד השגויות של כבוד ביהמ"ש קמא**

215. כמצוין בסעיף 11 לפסה"ד קמא, בחינת שיקול הדעת המינהלי במקרה דנן בוצעה כ"נגזרת גם מהסיכון שטמון בהותרת המצב על כנו הן לחיי אדם והן לשמורת החוף עצמה".
216. בחלק זה תבקש המערערת להתייחס בקצרה לנסיבות אותן מתאר ביהמ"ש הנכבד קמא ולהעמיד את הדברים על דיוקם, ועל משקלם הראוי.
217. למותר לציין, כי שאיפתה של המשיבה 1 למנוע סכנה לשלום הציבור ונוק לאתר העתיקות הינה שאיפה ראויה, שהמערערת שותפה לה. אף אין צל של ספק כי גם כבוד ביהמ"ש קמא הונע מתוך שאיפה דומה בפסיקתו.
218. יחד עם זאת, אין מנוס מהדגשה קצרה של מספר נקודות הכרחיות בהקשר זה:

**א. הסכנה הבטיחותית:** כאמור, אין חולק כי קיימת סבירות כזו או אחרת שתתרחשנה מפולות נוספות במצוק אפולוניה, שעלולות לסכן את מי שישהה תחת המצוק באותה עת. ואולם, בכל הכבוד, בנושא זה מצוק אפולוניה אינו שונה במאומה ממקטעי מצוק אחרים בני עשרות ק"מ, לרבות חופי רחצה אחרים. ד"ר ניר מבהיר זאת בעמ' 9 לחוות דעתו, באומרו כי "אין ספק שדחייה בשנה או שתיים לא תביא להרס מוגבר או מיידי של צוק התל". יתר על כן, כיום החוף הנדון מגודר ויש בו שילוט שמזהיר את המטיילים באזור מפני כניסה לתחום המסוכן.

#### --- ביהמ"ש הנכבד יופנה לתמונות של הגידור והשילוט

כך, כידוע, נעשה במקומות רבים אחרים הנגישים לציבור ואשר טומנים בחובם סכנה המחייבת התרעה בפני המבקרים או המשתמשים. החשש לפגיעה קיים בכל אשר נפנה. ישנם מצוקים באתרי ביקור פופולאריים רבים ברחבי הארץ, ואף מדי פעם נפגעים אנשים באופן טראגי, אם בשל לינה תחת מצוק, או בשל נפילה מצוק או מדרון במהלך טיול. עם כל הצער שבדבר, לא ניתן למגן את כל הטבע, ואין זה אפשרי להגן על הציבור מפני עצמו, כאשר הוא בוחר לדלג מעל גדר ולהיכנס למקום מסוכן. במובן זה, דומה המקום לכל אתר בניה מגודר ברחבי ישראל. האם קיימת דרך אפקטיבית למנוע מבני הנוער לחדור למקום כזה ולהעמיד עצמם בסיכון אם חפצו בכך באמת ובתמים?

--- ביהמ"ש הנכבד יופנה לכתבה המתארת כיצד נוהגים צעירים לרחוץ בבריכות מים נטושות הנמצאות בשדות מוקשים בגולן

--- ביהמ"ש הנכבד יופנה לכתבה על צעיר שנהרג מקריסת מצוק במהלך טיול בנחל צאליים

לסיכום נקודה זו, אין ספק כי ראוי בהחלט לנקוט באמצעים סבירים ומידתיים, במסגרת שקבע החוק, במטרה להשיג פתרונות שמפחיתים את הסיכון מחד, ושומרים על הטבע והנוף מאידך. בהתאם, הצגת הנושא ככזה שאינו מאפשר ולו דחייה של שנה או שנתיים עד למציאת הפתרון האופטימאלי במסגרת תכנית מפורטת ותסקיר הינה לעמדת המערערת הצגה מעוותת של הדברים, ויש ליתן על כך את הדעת. יש לציין כי בנתניה עצמה, שם נהרג צעיר באופן טראגי כאמור לאחר שלן תחת המצוק, מקודמת בימים אלה תכנית מפורטת מח/ 280, שמטרתה

"ייצוב המצוק בחופים על פי ערכיו הטבעיים באמצעים רגישים לסביבה לשם מניעת סיכון חיי אדם ושימור מורשת התיירות בטיילות הנופיות של נתניה ובחופי הרחצה".

#### --- ביהמ"ש יופנה לסדר יום הועדה המחוזית – מרכז ליום 8.11.09

ב. **"קיר הים" הינו פתרון שנוי במחלוקת, שאף עלול להחריף את הפגיעה במצוק, בעוד שיש בנמצא חלופות אחרות שלא נבחנו: כאמור בסעיפים 21-23 לעיל, מומחים מובילים בתחום זה בארץ סבורים כי לא זו בלבד שקיר הים נחות מחלופות אחרות לשימור המצוק, אלא אף כי הוא צפוי לפגוע במצוק במקום להגן עליו. כך למשל מציין ד"ר בן דוד :**

"בניית הקיר תגרום להרס גושי קירות גדולים המשמשים כיום חלק מהמרכיבים קולטי הגלים בבסיס המצוק"  
ובמכתבו השני :

"ריבוד של כמות כה גדולה של אבנים תחייב הכשרת דרכים של מאות מטרים על חוף הים לשם תנועת משאיות כבדות. יש סיכוי רב שבמהלך שבמהלך עבודות אלו יפגעו בבסיס המצוק במקומות נוספים ... התוצאה הבלתי נמנעת תהיה מפולות במצוק"

מובן כי המערערת אינה מצפה מכבוד ביהמ"ש להעמיד עצמו בתור מומחה בעניינים אלה ולהכריע מי מהמומחים צודק. ואולם, בנסיבות בהן ברי כי הטענות כנגד חלופת קיר הים אינן טענות סרק, אלא טענות מוצקות, מיניה וביה מתחזק הצורך שההכרעה בנושא תתקבל על ידי הגורם המוסמך, הווה אומר – הועדה המחוזית – וזאת לאחר בחינת החלופות במסגרת תסקיר השפעה על הסביבה, כפי שנדרש במקרה דנן במפורש בתכנית המתאר הארצית לחופים.

ג. **הסיכון לפגיעה באתר העתיקות:** אין חולק כי אם תתרחשנה מפולות נוספות בעתיד הקרוב, עשוי הדבר להביא לפגיעה מסוימת במבצר העתיק השוכן על גב המצוק. אין ספק כי מדובר בערך ארכיאולוגי חשוב שיש לשמרו. יחד עם זאת, יש לזכור כי מפולות נוספות, ככל שיהיו עד למציאת פתרון כולל, לא יביאו להרס הגן הלאומי כולו, אלא לפגיעות נקודתיות, שגם אם מחירן עשוי להיות כבד, הוא אינו בהכרח עולה על המחיר הכרוך בהרס בלתי הפיך של רצועת החוף. כאמור, לעמדת המערערת והמומחים מטעמה קיר הים אינו מהווה פתרון הולם גם בהיבט זה, ואף עלול להחריף את הפגיעה. השאלה אינה רק שאלה מקצועית, אלא בעיקר שאלה תכנונית **ערכית** בדבר האיזון הראוי בין מידת הפגיעה הנדרשת בחוף לצורך שימור אתר העתיקות. בכל הכבוד הראוי, הועדה המקומית הרצליה אינה הגוף המוסמך ואף לא הגוף הראוי להכריע בשאלות ערכיות אלו. לשם כך קיימות הועדה המחוזית, המועצה הארצית והועדה לשמירה על הסביבה החופית, שאישור כולן, על הרכבן המאוזן והמייצג מגוון השקפות, היה נדרש במקרה דנן.

#### **5. גם אם סבר ביהמ"ש הנכבד קמא כי דחיפות העניין מצדיקה הכשרת היתר הבנייה, שגה כאשר לא עשה שימוש בדוקטרינות המשפטיות שמאפשרות הבחנה בין פגם מינהלי לבין נפקותו המעשית**

219. כפי שהראתה המערערת לעיל, אין ספק כי נפלו פגמים מינהליים חמורים בהחלטה להקים את קיר הים מכח היתר בניה בלבד, בניגוד לתכנית המתאר הארצית לחופים. ואולם, ביהמ"ש הנכבד קמא לא ציין ולו בדל של פגם בנדון, בבואו לאפשר את ביצוע הבנייה, שלדידו משרתת מטרה דחופה כאמור.

220. אף אם לא תתקבל עמדת המערערת ביחס להנחת המוצא של ביהמ"ש קמא בדבר אי הדחיפות הקיצונית בהקמת הקיר וגם אילו לא היתה כל מחלוקת בשאלת התאמתו להתמודדות עם סכנת התמוטטות המצוק, הרי שאילו סבר ביהמ"ש כי בפניו מטרה חשובה וחריגה, המצדיקה מתן מענה מיידי, היו בפניו דרכים משפטיות אלטרנטיביות להגיע לתוצאה זו, שאמנם אינן מקובלות על המערערת במקרה הקונקרטי הזה, אולם לפחות השימוש בהן לא היה מייצר פרשנות משפטית בלתי סבירה ובעלת השלכות רוחב כה חמורות על תחום ההגנה על חופי ישראל.

221. אכן, חוק התכנון והבניה לא קבע מנגנון שיאפשר מענה תכנוני להתמודדות עם צורך דחוף. ברי כי לו היה נקבע מנגנון כזה הרי שהיה מגדיר פרוצדורה מסודרת שבה היה ברור מיהו בעל הסמכות לקבוע אם העניין אכן דחוף ומצדיק חריגה מהפרוצדורה השגרתית, וכן היה נקבע במפורש כיצד יש לקדם את המענה התכנוני הנדרש, תוך התחשבות ראויה בצרכים תכנוניים אחרים ובהיבטים רלוונטיים נוספים. כך מציין בהקשר זה המלומד רויטל, כי מדובר בדין רצוי אך לא מצוי:

"אולי ראוי היה כי הסעיף 151 לחוק לא יקבע בצורה אבסולוטית כי בשום מקרה לא יינתן היתר בסטייה ניכרת מתכנית, ואפשרי שבמקרים כמו במקרה הנדון, כאשר מדובר במצבי פיקוח נפש, יינתן היתר" (ד"ר ש' רויטל, דיני התכנון והבניה, בעמ' 704א').

222. אם כן, במצב המשפטי הקיים, לאחר שנוכח כי נפלו פגמים בהיתר הבניה, רשאי היה ביהמ"ש לשקול נקיטה באחת מן הדרכים שלהלן:

#### 1. תורת הבטלות היחסית

223. ברע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4), 673, 687-688 (2001) מתאר כב' השופט זמיר את תורת הבטלות היחסית כך:

"המשמעות העיקרית של תורת הבטלות היחסית היא שבכל מקרה שבו נפל פגם משפטי, אם בפסק-דין של בית-משפט ואם בהחלטה של רשות מינהלית, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יש לבדוק את נסיבות המקרה, בראש ובראשונה את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן על-ידי בית-המשפט לכל הנסיבות. אשר-על-כן אפשר כי בנסיבות מסוימות פגם מסוים, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יצדיק מתן סעד מסוים, כגון הצהרה על הבטלות של פסק-הדין או ההחלטה, ואילו בנסיבות אחרות אותו פגם יצדיק מתן סעד אחר"

224. ברי, כי אילו היה מבקש ביהמ"ש הנכבד קמא לעשות שימוש בתורה זו, היה עליו ראשית לבחון את מכלול הפגמים שנפלו בהחלטת המשיבה 1, דבר שלא נעשה, ורק לאחר מכן, לנמק מדוע בנסיבות העניין ובהקשר הנדון יש או אין מקום לחרוג מביטול מלא של ההחלטה ולקבוע תוצאה שונה לפגם המינהלי (במובן זה, מתאים יותר השימוש בהגדרת הסעד כ- 'תוצאה יחסית', כפי שמציע כב' השופט זמיר בהמשך פסק הדין הנ"ל).

225. בהקשר זה יופנה כבוד ביהמ"ש לפסק הדין בעת"מ 1002/07 מועצה מקומית יקנעם עלית נ' ועד מקומי יקנעם, תק-מח 2008(2), 8179, (2008), שם פסלה ועדת ערר היתר בניה שניתן לצורך סלילתה הדחופה של "דרך מילוט חיונית אשר נועדה להביא להצלת חיי אדם בעיתות חירום".

226. באותה פרשה כבוד השופט ארבל אמנם לא התערב בהחלטת ועדת הערר לגופו של עניין, אולם הורה לה לשוב ולדון בנושא תוך שקילת שיקולים הנוגעים לבטלות יחסית.

227. לא למותר לחזור ולציין, כי המערערת סבורה כי במקרה דנן היה בהחלט מקום להורות על בטלותו המלאה של ההיתר, ואולם, בכל מקרה עדיף היה השימוש בתורת הבטלות היחסית על פני התוצאה הפרשנית העקרונית של פסק הדין קמא.

## 2. העברת הדיון לבג"צ לצורך אישור הבניה מכוח סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה כסעד מן הצדק.

228. לו אכן שוכנע כבוד ביהמ"ש קמא כי המקרה הנדון אכן הינו חריג ומיוחד, בבחינת "נסיבות חריגות ויוצאות דופן, כאשר המקרה "זועק לשמיים" ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו "סעד למען הצדק", רשאי היה הוא להעביר הדיון לבג"צ<sup>2</sup> על מנת שיתרשם מן הנסיבות המיוחדות במידה שימצא לנכון, ייקבע כי ראוי ליתן סעד מן הצדק מכוח סמכותו הקבועה בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה (ראה בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2), 102, 106-107 (2003)).

229. לחילופין – יכול היה כבוד ביהמ"ש קמא לקבל את עתירת המערערת ולהפנות את המשיבים להגיש בעצמם עתירה לבג"צ במסגרתה יבקשו מתן סעד מן הצדק כאמור.

230. גם בהקשר זה ראוי להדגיש – לו היתה נשאלת המערערת לעמדתה, הרי שהיתה עונה כי המקרה דן איננו מסוג המקרים המצדיקים מתן סעד מן הצדק ושימוש בסמכות החריגה המוקנית בסעיף 15(ג) לחוק השפיטה. עם זאת, לו זו היתה הדרך להכשרת בניית הקיר, וחרף הנזקים לשטח החוף הערכי במקרה דנן, לפחות היו נמנעים הנזקים העתידיים הצפויים כתוצאה מהשלכות פסיקתו השגויה של ביהמ"ש הנכבד קמא.

### 6. הצורך להכריע בשאלות העקרוניות העולות בערעור גם אם תידחה הבקשה למתן סעד זמני

231. כפי שצוין בראשית הדברים, לערעור זה מצורפת בקשה למתן סעד זמני עד להחלטה בערעור עצמו, וזאת עקב העובדה שלעבודות נשואות הערעור בתחום החוף בהרצליה הוצא היתר בניה שמאפשר תחילת ביצוען בכל רגע נתון, תוך גרימת נזק בלתי הפיך לרצועה החופית המצויה תחת מצוק אפולוניה ולמניעת כל שימוש ציבורי עתידי בשטח כחוף ים.

232. במידה שתידחה בקשה זו ויוחל בבניית קיר היס, הרי שמעבר לפגיעה הסביבתית החמורה, עלול להיגרם למערערים נזק דיוני. הקמת הקיר עלולה להיחשב מעשה עשוי ולייתר לכאורה את הדיון בשאלות העקרוניות העולות בערעור. המערערת סבורה כי גם במידה שתידחה חלילה הבקשה למתן צו ביניים, והקיר יהיה בבחינת 'מעשה עשוי', עדיין יהא מקום לדון בערעור דנא וזאת לאור המבחן שנקבע בפסיקה לדיון בעתירה תיאורטית, כפי שנקבע בבג"צ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, נג(5) 241, כדלהלן:

"היו מקרים שבהם בית-המשפט היה מוכן לדון בשאלה תאורטית, בעלת אופי כללי, אף שלא הייתה קשורה למקרה מסוים. היו אלה על-פי רוב מקרים שבהם העתירה העלתה שאלה חשובה, ונתברר כי מבחינה מעשית אין בית-המשפט יכול לפסוק בה הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסוים"

233. לעמדת המערערת המקרה דנן נופל בגדר המקרים אליהם מתייחס ביהמ"ש הנכבד בפסק דין צמח הנ"ל. פסק הדין קמא קבע כי ניתן להקים מבנים מכח היתרי בניה בלבד בתחום מאה המטרים מקו המים בתחום גן לאומי וכו', מבלי שהדבר יהווה סתירה לתמ"א 13.

<sup>2</sup> יש לציין כי סמכות זו אינה מוקנית לבית משפט לעניינים מינהליים (ר' בר"מ 657/03 עיריית רהט נ' נסר אלפראונה, נז(3)26) ועל כן על מנת שניתן יהיה לעשות שימוש בסעד חריג זה עליו להעביר את הדיון לבג"צ, כאמור בסעיף 6 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.

234. נזכיר, כי היתר בניה, שלא כתכנית, אינו זוכה לפרסום ואין לציבור הרחב דרך ממשית לגלות את דבר קיומו טרם תחילת העבודות בשטח (במיוחד בשטח ציבורי כגון רצועת חוף שלרוב שאין לו 'שכנים'). גם משהחלו העבודות, הדבר מתגלה לציבור בדרך כלל רק כעבור פרק זמן מסוים, קצר או ארוך, וזמן נוסף חולף בטרם נמצא מי שיפנה בעניין לערכאות על מנת לבקש הפסקת העבודות. בפרק זמן זה עלולות להיקבע עובדות בשטח אשר יהפכו את הקמת המבנה או המתקן למעשה עשוי, דבר שעלול לייתר את הדיון בעתירה ולהפוך את השאלות המוצגות לעיל לתיאורטיות, פעם אחר פעם, תוך גרימת נזק בלתי הפיך לרצועות חוף יקרות המציאות. באם יישאר פסק הדין קמא על כנו, שהינו בעל מעמד מנחה כלפי הרשויות, ניתן יהיה לבנות ללא קושי גם בעתיד מבנים רבים (ואף גדולים בהרבה מקיר הים) בתחום רצועת החוף, במרחק של פחות מ-100 מ' מקו המים ותוך התעלמות משאר הוראות תמ"א 13. זוהי תוצאה בלתי נסבלת, שהמערערת סבורה שיש להכריע בה בכל מקרה.

### **6.6. שגה ביהמ"ש הנכבד קמא בפסיקת תשלום הוצאות המשיבים על ידי המערערות**

235. המערערות תטען, כי שגה ביהמ"ש הנכבד קמא כאשר פסק כי עליה לשלם למשיבים סכום של 20,000 ₪ (בצירוף מע"מ, ריבית והפרשי הצמדה). עבור העותרים בהליך קמא, מדובר בסכום גבוה ביותר שאינו משקף את עובדת היותה של המערערות עותרת ציבורית הפועלת בעניין זה בהתנדבות, ללא מטרת רווח וכאשר האינטרס הציבורי בהגנה על הסביבה הוא העומד לנגד עיניה. יש בהחלטה זו "אפקט מצנן" כלפי עותרים ציבוריים, בין אם מדובר באנשים פרטיים ובין אם מדובר בגופים ציבוריים או נציגיהם, להביא בפני הערכאות עניינים חשובים המשרתים את האינטרס הציבורי ואת שלטון החוק.

### **סוף דבר**

236. לאור כל האמור לעיל, מן הדין ומן הצדק יהיה לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של כבוד ביהמ"ש קמא, ולהורות על בטלות היתר הבניה הנדון.

237. כמו כן, יתבקש ביהמ"ש הנכבד לחייב את המשיבים בתשלום הוצאות משפט לרבות שכ"ט עו"ד ומע"מ כחוק.

היום, 14 באוקטובר 2009

---

אריאל יונגר, עו"ד - שרי נוימן, עו"ד

ב"כ המערערות