



## בתי המשפט

עתמ000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא ניל הנדל בפני:

- העותרים:**
1. אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה
  2. נטליה קסרוטי
  3. ערן שפירא
  4. תימור כץ
  5. דניאל דן
  6. דור ריבנר
  7. רועי טלבי
- ע"י ב"כ עו"ד נירית לזטן

### נגד

- המשיבות:**
1. הוועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז דרום
  - ע"י ב"כ עו"ד נעם חת-מקוב מטעם פמ"ד
  2. הוועדה המקומית חבל אילות
  - ע"י ב"כ עו"ד עמיר אלמגור
  3. קבוצת איגרא
  - ע"י ב"כ עו"ד רועי בלכר ועו"ד שני שביט

### פסק דין

1. עתירה זו עניינה תוכנית מפורטת (177/03/012) בדבר הקמת אזור תיירות ונופש בבקעת תמנע. העותרים מבקשים להורות על ביטול התכנית והמשיבות – הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז דרום, הוועדה המקומית חבל אילות וקבוצת איגרא שהיא יוזמת פרטית שאמורה לבנות מלון במקום על פי התכנית – עומדות על דחיית העתירה גם בשל השיהוי בהגשתה. העותרים הינם אדם טבע ודין ושישה אנשים שמתגוררים בקיבוצים שונים בסמוך לבקעת תמנע.



## בתי המשפט

עממ00264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

בפני: כבוד ס. הנשיא ניל הנדל

בשנת 1996 פורסמה תכנית המתאר המקומית 2/112/02/12 (להלן: "תכנית המתאר"). מטרת התכנית הוגדרו בסעיף 8: "יצירת מסגרת תכנונית להקמת אתר תיירות, גופש ומלונאות, באזור בקעת תמנע...". כחלוף עשור הופקדה בוועדה המחוזית תכנית מפורטת (להלן: "התכנית המפורטת") על בסיס תכנית המתאר. התכנית פורסמה ואושרה ועתירה זו הוגשה בתאריך – 30.3.08, כשנה וחצי לאחר המועד האחרון להגשת התנגדות. עם העתירה הוגשה בקשה למתן צו ביניים. העניין נקבע לדין ולנוכח הצהרת משיבה 3 כי לא תפעל למימוש ההיתרים שניתנו עד למועד פסה"ד, התייתר הצורך לדון בצו הביניים. עוד הסכימו הצדדים לסכם את טעותיהם בכתב.

2. העותרים טענו תחילה שהעתירה לא הוגשה באיחור לנוכח הפגם בפרסום ההודעה בדבר הפקדת התכנית בשל אי מילוי אחר ההוראה הקבועה בסעיף 89(ב) לחוק התכנון והבנייה שקובע שהודעה תפורסם "על לוחות המודעות בשכונות הנוגעות לדבר". על פי קו זה, הודעה כאמור לא פורסמה על לוח המודעות של הקיבוצים בהם מתגוררים העותרים 2-7. תשובת המשיבות לטענה זו היא שאין לקבוע גזירה שווה בין שכונות הנוגעות בדבר לבין קיבוצים המצויים קילומטרים ספורים מהמקום. אף נטען ע"י המשיבות שגם מהעתירה עולה שלעותרים היתה ידיעה קונסטרוקטיבית אודות התכנית. כך או כך, בסיכומי העותרים נכתב שהם "אינם חולקים על כך שמתקיים בענייננו שיהוי סובייקטיבי ואובייקטיבי גם יחד ברם, חומרת הפגמים שנפלו בהליך מצדיקה דחיית העתירה חרף השיהוי האמור". רצוי אפוא להציג את כללי השיהוי בעתירה מינהלית.

על פי הפסיקה, טענת השיהוי בהגשת עתירה מנהלית עומדת על שלוש רגלים: (א) השיהוי הסובייקטיבי; (ב) השיהוי האובייקטיבי; (ג) חומרת הפגיעה בשלטון החוק. בפסק דין הוועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה הבהירה כב' הנשיאה ביניש שנכון



## בתי המשפט

עתמ08/00264

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

בפני: כבוד ס. הנשיא ניל הנדל

להעניק "משקל רב יותר דווקא לבחינת הרכיב האובייקטיבי" (ע"מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו (3) 673). לדעתי הכלל האמור משתלב עם הגישה לפיה המבחנים שזורים אלה באלה ומתפקידו של ביהמ"ש לאזן ביניהם. כפי שפסק הנשיא ברק: "היחס בין שלושת היסודות הרלוונטיים לשיהוי נקבע על פי משקלו היחסי של כל אחד מהשיקולים בנסיבותיו של כל עניין. הכרעה בטענת שיהוי מבוססת, איפוא, על איזון בין האינטרס של העותר בביטול המעשה המינהלי; האינטרס של המשיב בקיומו והאינטרס של הציבור בשלטון החוק" (בג"צ 1262/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס ואח'). במלאכת האיזון, יש לשקול היטב את המרכיב של השיהוי האובייקטיבי, אך בהתאם לנסיבות המקרה היחס בין שלושת המבחנים עשוי להשתנות.

כאן, שההוי הסובייקטיבי משתרע על פני תקופה ארוכה ביותר. אף לא הוצג בפניי, נימוק שהוא בגדר הסבר או נסיבה מקלה. זהו פן נוסף בבדיקת השיהוי הסובייקטיבי. באשר לשיהוי האובייקטיבי, טוענת משיבה 3 שביטול התוכנית יגרום לה נזק של כ- 13 מליון ש"ח. הוגש מסמך של עמוד אחד המסכם את ההוצאות וההתחייבויות של משיבה 3 בגין פרוייקט תמנע (נספח 7 לסכומיה). נכון שלא הוגש כל תיעוד חיצוני ואינני מתעלם מטענת העותרים לפיה הבנייה בשטח טרם החלה, אך החומר הכללי וההגיון הכלכלי תומכים במסקנה שביטול התוכנית עלול לגרום לנזק בשיעור של ממש למשיבה 3. נגזר מכך כי על העותרים להצביע, ביתר שאת, על פגיעה חמורה בשלטון החוק שהינה ברורה ומשכנעת.

ראוי להציג את עמדת הפסיקה ביחס לשיקול של פגיעה בשלטון החוק. כפי שקבעה כב' הנשיאה ביניש: "...משקבענו כי מתקיים היסוד האובייקטיבי של טענת השיהוי, אין די בכך כדי להכריע את גורל העתירה, שכן עלינו לבחון עוד את



## בתי המשפט

עתמ08/00264

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא ניל הנדל בפני:

השיקול שעניינו פגיעה בשלטון החוק. במצבים מסוימים שבהם הפעולה המינהלית המשמשת נושא לעתירה מהווה פגיעה חמורה בשלטון החוק, יוענק לעותרים סעד למרות הגזק שייגרם לרשות או לצדדים שהסתמכו על ההחלטה המינהלית. מצבים אלה הם בבחינת החריג לכלל, שכן בדרך-כלל עצם קיומו של פגם בפעולה המינהלית לא יפסול בהכרח את ההליך כולו וודאי שאין די בו כדי להתגבר על טענת השיהוי. כפי שהבהיר השופט זמיר בבג"ץ 2285/93 הנ"ל [3], בעמ' 642: "לא כל פגם משפטי בהחלטה מינהלית גובר על שיהוי מצד העותר. להפך, בדרך כלל השיהוי משמש לדחיית עתירה על הסף, על-אף הטענה שההחלטה המינהלית לוקה בפגם משפטי. רק במקרים מיוחדים עשויה הטענה בדבר פגם משפטי להגיע לדרגת חומרה הגוברת על הנזק הנובע מן השיהוי" (ההדגשה שלי - ד' ב') (עע"מ 7142/01 הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה נ' החברה להגנת הטבע).

הפסיקה לפיה בדרך כלל אין בקיומו של פגם משפטי לגבור על שיהוי בהגשת עתירה מנהלית, מבטאת עמדה נורמטיבית ולא הערכה סטטיסטית. לאמור, הפגם של שיהוי בהגשת עתירה רב כוחו, וראוי כי יגבר בדרך כלל על פגם בהליך המנהלי. מחובתה של הרשות לנהל את הנושא המנהלי שהופקד בידה ועל כן יש להקפיד על המועדים בהגשת התנגדות או הסתייגות כדי לשמור על היציבות והרצף בהליך המנהלי. המשפט המנהלי יכול היה לקבוע, למשל, שגם פגיעה בינונית או פגיעה של ממש הינה שיקול רלוונטי במבחן השיהוי, אך הדין הוא שרק פגיעה חמורה בשלטון החוק היא אחת מיסודות מבחן השיהוי. המונח פגיעה חמורה אינו קל להגדרה אך הוא דורש מהמשתתף בהגשת עתירה לעמוד במשוכה גבוהה. במסגרת הניסיון ליצוק תוכן למונח פגיעה חמורה בשלטון החוק - תוך מטרה להכריע בעתירה זו - יש למנות את מאפייניה. נדמה שקיומה של פגיעה חמורה בשלטון החוק, להבדיל מפגיעה רגילה או אפילו פגיעה של ממש תיבחן בין היתר על פי השיקולים הבאים:



## בתי המשפט

עתמ000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא ניל הנדל בפני:

מהות הפגיעה, היקפה, השפעתה, השלכתה וכוונת הרשות – האם הפגם נובע מרשלנות, זדון או עמדה משפטית מוטעית שיסודה בתום לב.

3. העותרים מצביעים על שלושה פגמים חמורים: א. התוכנית המפורטת סותרת את הוראות תוכנית המתאר; ב. התוכנית המפורטת סותרת הוראות תקנות התכנון והבניה; ג. על פי הוראות תמ"א 35, תוכנית המתאר הארצית לבנייה, לא היה מקום לאשר את התוכנית. אתייחס לפגמים על פי הסדר שהוצגו.

תוכנית המתאר כוללת שלושה איזורי תיירות ונופש. סלע המחלוקת נסוב סביב האיזור המסומן בתשריט באות ב' (להלן: "איזור ב"). בשל חשיבות הדברים יובא הסעיף הרלבנטי בתוכנית המתאר: "איזור תיירות ונופש המסומן בתשריט באות ב': בשטח זה יוקמו בנוסף לשימושים המפורטים בסעיף א' לעיל גם מוקד תיירות כולל תכליות כמלונאות, תיירות, נופש ומרפא ושירותים הנלווים אליהם. המוקד יכול מלון אחד בשטח כולל של עד 8% מסך השטח בגובה שאינו עולה על 3 קומות. תנאי למתן היתר הבנייה בשטח זה הוא אישור תוכנית מפורטת שתכלול תוכנית בינוי, פריסת המבנים, גובהם ופירוט חומרי הבנייה, באופן שישתלבו בנוף".

מהחומר עולה שמחלוקת הצדדים מתמקדת בפרשנות הסעיף שהובא ולא באשר לעובדות בשטח. איזור ב' כולל 300 דונם. 8% מכך הינו 24 דונם. בהתאם, כך טוענים העותרים, היה על המשיבה לתכנן את המלון במתחם בגודל האמור. בהקשר זה מדגישים העותרים שתי נקודות תורפה בתוכנית המפורטת בהשוואה לתוכנית המתאר. האחת, שהתוכנית המפורטת מציעה "מערך בינוי מלונאי פרוס ומפוזר... בעל ארבע מקבצים לשימוש מלונאי נושאי". לטענת העותרים המבנים האמורים פזורים על פני 200 דונם מתוך 300 דונם של איזור ב'. המבנים כוללים אגף ספא,



## בתי המשפט

עתמ000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא ניל הנדל בפני:

אגף אטרקציות, מלון ארבע על ארבע, חניות לרכבים פרטיים וחניות לאוטובוסים. העותרים משווים מצב זה לתוכנית המתאר לפיה, כך נטען, המלון אמור להשתרע על 24 דונם בלבד. כנגד זאת טוענת המשיבות שיש לפרש את תוכנית המתאר בצורה תכליתית, שכן לא נקבע בה שיש לתחום את המלון בשטח של 24 דונם, אלא שהשטח הכולל אינו אמור להיות גדול יותר מ- 24 דונם. המשיבות מדגישות כי הבניינים הינם בגובה של שתי קומות בלבד בהתאם להוראות התוכנית שמתירות בניין עד שלוש קומות. משיבה 3 גם מבהירה שלא מדובר בארבעה בתי מלון נפרדים אלא במלון אחד עם מספר אגפים. נטען כי ישנה כניסה אחת, לובי מרכזי אחד ומתקנים משותפים לאגפים.

הנקודה השניה, שעליה מצביעים העותרים כסתירה בין התוכנית המפורטת לבין תוכנית המתאר, היא שהוראות התוכנית המפורטת כוללות תוספת של בניית 6000 מ"ר לשטחי שירות ו- 12,000 מ"ר לבנייה בתת הקרקע וזאת בנוסף ל- 24 דונם. חישוב פשוט מגלה כי מדובר ב- 42 דונם המהווים 14% מאיזור ב' ולא 8% כפי שנקבע בתוכנית המתאר. כדי לבסס טענה זו מעלים העותרים את הפגם השני שאוזכר לפיו יש סתירה בין התוכנית המפורטת לבין תקנות התכנון והבנייה. טיעון זה נשען על תקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים ואחוזי בנייה בתוכניות ובהיתרים - התשנ"ב - 1992). תקנה 4 למשל קובעת שהשטח המותר לבנייה כולל שטחים הנמצאים מתחת לקרקע ותקנה 9 מתייחסת לשטחים שנבנו כדי לשמש למתן שירותים נלווים. העותרים מדגישים כי טענת הסתירה בין התוכנית לבין התקנות הינה טענה חלופית. הנתון הבולט בשני הפגמים שהציגו העותרים הינו שהשטח שאושר לבנייה בתוכנית המפורטת הינו 42 דונם, ולא 24 דונם - המהווה 8% מהשטח ע"פ תוכנית המתאר.



## בתי המשפט

עתמ000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

בפני: כבוד ס. הנשיא ניל הנדל

לדעתי, המשיבות מתקשות להתמודד עם הפער האמור. נטען, שהתיאור של איזור ב' בתוכנית המתאר מתייחס למוקד שכולל מלון אך לא רק מלון ולכן מלכתחילה ניתן היה לבנות על כל השטח של 300 דונם. תוהות המשיבות אם הבנייה מוגבלת ל – 24 דונם בלבד מה המשמעות של איזור ב' שמשתרע על פני 300 דונם? טענה נוספת של משיבה 1 היא שמשיבה 3 אינה חייבת לצופף את כל השימושים של המלון זה ליד זה אלא רשאית היא לרווח אותם בשטח התוכנית. משיבה 3 אף טענה שבכל מקרה אין זה מעלה או מוריד אם קיימת סתירה בין תוכנית המתאר לתוכנית המפורטת. הסיבה לכך היא שהמשיבה 1 היתה רשאית לשנות את התוכנית המתאר. הבסיס למסקנה זו מצוי, על פי עמדת משיבה 3, בתוכנית המפורטת. סעיף 8 לתקנון בתוכנית המפורטת קובע "יחס לתוכניות אחרות: התכנית כפופה לתכנית מתאר מס' 2/112/03/12 – אתר תיירות ונופש בקעת תמנע, למעט השינויים המפורטים בתוכנית זו". הסיפא, כך נטען, פותח את האפשרות לשינויים בתוכנית המפורטת לעומת תוכנית המתאר. משיבה 3 ממשיכה וטוענת ששתי התוכניות – המתאר והמפורטת – עומדות על מדרג נורמטיבי אחד ובשל כך השנייה יכולה לסתור את הראשונה – משמע לשנותה.

טענה אחרונה זו שהינה משפטית בעיקרה אין לקבלה. היא עומדת בסתירה לסעיף 129 לחוק התכנון והבניה שקובע: "תכנית מיתאר מקומית - כוחה יפה מתכנית מפורטת, אם לא נאמר אחרת בתכנית המיתאר". המשמעות היא שתוכנית מפורטת אינה מוסמכת "לשנות או לתקן תכנית מיתאר, ואין גם בכוחה לקבוע דבר המנוגד לתכנית המיתאר" (בג"צ 178/74 - זאב וידוד בר-חורין נ' הוועדה המקומית. פ"ד כח(2), 757, עמ' 759-760). נכון יהא להבהיר שתוכנית מפורטת כשמה כן היא. תפקידה לפרט, קרי להעניק תוכן לכללי תכנון שנקבעו בתוכנית המתאר. ברם, פירוט לחוד ושינוי לחוד. הקשר בין תוכנית המתאר לבין התוכנית המפורטת הוא בגדר "כלל ופרט". לעיתים הראשונה קובעת מסגרת אך מותרת



## בתי המשפט

עתמ08/08264/000

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

בפני: כבוד ס. הנשיא ניל הנדל

שטח לתוכנית המפורטת להשלים את המלאכה. ברם, התוכנית המפורטת אינה רשאית לסתור תוכנית המתאר או להתעלם מהוראותיה. לכן, התוכנית המפורטת אינה יכולה לשנות את מעמדה על ידי הוספת סעיף בתוכניתה בו כתוב: שהתוכנית המפורטת כפופה לתוכנית המתאר – למעט שינויים. התוכנית המפורטת אינה רשאית לשנות את ההיררכיה התיכנונית. הכפיפות עומדת בעינה. המסקנה המתבקשת היא שקיומה של סתירה בין התוכנית המפורטת לבין תוכנית המתאר מהווה פגם.

לנוכח המחלוקת הפרשנית בין העותרים לבין המשיבות על בית משפט לבחון את טענות הצדדים ולנקוט עמדה האם ישנה סתירה בין שתי התוכניות ובמידה שכן האם סתירה זו יוצרת פגם עד כדי פגיעה חמורה בשלטון החוק. על רקע זה יוזכר שהעותרים מדגישים בעתירתם אף באמצעות חוות דעת שהגישו את הנזק האקולוגי שעשוי להיגרם לסביבה היה ומשיבה 3 תבנה על פי התוכנית המפורטת. הטענה בדבר הפגם האמור דורשת התייחסות הן בשל חשיבותה הכללית של שמירה על איכות הסביבה והן בשל הוראה נקודתית שמופיעה בתוכנית המתאר. בסעיף 2 לתוכנית המתאר שעניינו איזור תיירות ונופש שמציג את אותיות א' ב' ו' ג' לתשריט ישנו מבוא לפיו – "על מנת לשמור על החי, הצומח והדומם במצב הטבעי מחד, ולפתח באיזור זה מוקד תיירותי מאידך הוגדרו שלושה איזורי תיירות" לרבות איזור ב' נשוא המחלוקת בעתירה. מנגד, המשיבות מדגישות שהתקיימו דיונים רבים בעניין התוכנית שהשתתפו בהם גורמים כמו המשרד לאיכות הסביבה, החברה להגנת הטבע, וכי אין בתוכנית כדי לפגוע בסביבה.

קריאה מדוקדקת של הסעיף הרלוונטי בתוכנית המתאר שהובא לעיל תשכילנו שאין לקבל באופן מלא את עמדת המשיבות לפיה אין סתירה בין שתי התוכניות, אך מנגד אין לקבל את עמדת העותרים בדבר היקף הסתירה. להבהרת עמדת זו יש להציג





## בתי המשפט

עמ"מ 000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא ניל הנדל בפני:

שוב את עיקר הסעיף הרלוונטי: "...בשטח זה יוקמו בנוסף לשימושים המפורטים בסעיף א' לעיל גם מוקד תיירות כולל תכליות כמלונאות תיירות, נופש ומרפא, ושירותים הנלווים אליהם. המוקד יכלול מלון אחד בשטח כולל של עד 8% מסך השטח בגובה שאינו עולה על 3 קומות. תנאי למתן היתר הבנייה בשטח זה הוא אישור תוכנית מפורטת שתכלול תוכנית בינוי, פריסת המבנים, גובהם ופירוט חומרי הבנייה, באופן שישתלבו בנוף".

סבורני שמתבקשת הסקת ארבע מסקנות עיקריות שנדרשות להכרעה: א) המלון אינו יכול להיבנות על שטח הגדול מ - 24 דונם (8% מהשטח של 300 דונם) - "מלון אחד בשטח כולל של עד 8% מסך השטח" ב) נגזר מכך כי הבנייה היצרית המתוכננת של המלון על פני 42 דונם עומדת בסתירה לתוכנית המתאר, גם אם מדובר בשטחי שירות ובנייה תת קרקעית. ג) המלון, כל עוד הוא משתרע על 24 דונם, אינו חייב להיבנות ביחידת שטח מתוחמת. לאמור, אין חובה לבנות את המלון בשטח אחד של 24 דונם אלא ניתן לפרוס את מתחם המלון באיזור ב' באופן שישתרע על שטח גדול מכך כל עוד מדובר: "בשטח כולל של עד 8% מסך השטח". ד) ניתן לבנות באיזור ב' מוקד תיירות, למטרות שאזכרו, שיכלול גם את המלון ולכאורה, בניגוד לו, אינו מוגבל ל - 8% מהשטח. כלשון הסעיף: בשטח זה יוקמו... גם מוקד תיירות כולל תכליות כמלונאות תיירות, נופש ומרפא, ושירותים הנלווים אליהם. המוקד יכלול מלון אחד בשטח כולל של עד 8% מסך השטח בגובה שאינו עולה על 3 קומות". הרישא של הציטוט שהובא מתייחס למוקד תיירות כיחידה עצמאית בנבדל מהמלון. יושם אל לב שאיזור ב' מוגדר בתוכנית המתאר כאיזור תיירות ונופש. משתמע מכך שאיזור זה אינו מוגבל למלון בלבד אלא כאמור המלון מהווה חלק ממוקד התיירות שכולל תכליות שונות שפורטו בתוכנית. על פי גישה זו תוכנית המתאר מאפשרת בנייה של מעל ל - 8% של השטח כחלק ממוקד תיירות שעשוי לכלול תכליות נוספות. תימוכין למסקנות ג' ו - ד' מצוי גם במשפט



## בתי המשפט

עתמ 000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא ניל הנדל בפני:

האחרון בסעיף - תנאי למתן היתר הבנייה בשטח זה הוא אישור תוכנית מפורטת שתכלול תוכנית בינוי, פריסת המבנים, גובהם ופירוט חומרי הבנייה, באופן שישתלבו בנוף". תוכנית המתאר מסמיכה את התוכנית המפורטת להתייחס לפריסת מבנים באופן שישתלבו בנוף. אין הכרח לקבל איפוא את טענת המשיבות לפיה תוכנית המתאר נועדה להתיר בניית מלון אחד במבנה אחד, אלא ניתן להרחיב את הבנייה על ידי בניית מספר מבנים למלון ומוקד תיירות, אם כי לא ניתן לבנות יותר ממלון אחד.

אין עסקינן במלאכת פרשנות של סעיף בחוק, אלא בסעיף בתוכנית מתאר. אף אם תוכנית כזו חובקת בחובה מאפיינים של דין עדיין מתפקידו של בית משפט מנהלי לבחון בין היתר את סבירות הפרשנות של הרשות. הגוף התכנוני הוא האחראי לשון תוכנית המתאר. עם זאת, אין זה ראוי כי בית משפט יקבל את פרשנות משיבה 1 לתוכנית המתאר בכל מקרה. למשל בעניננו לא השתכנעתי שיש מקום להשלים עם שטח המלון של 42 דונם לעומת 24 דונם. תוצאה כזו אינה הולמת את לשון התוכנית אשר מצאה לנכון להגביל באופן מפורש את גודל המלון. לעומת זאת, מסקנות ג' ו - ד' תואמות את פרשנות המשיבות שנראית הפרשנות הסבירה ביותר, הן לנוכח לשון התוכנית, והן לנוכח תכליתו של סעיף 2 בכלל וסעיף 2 ב' בפרט - איזור ב' - של תוכנית המתאר.

יתרה מכך, לנוכח השיהוי בהגשת העתירה יש לבחון האם הסתירה שבין התוכנית המפורטת לבין תוכנית המתאר יש בה כדי להוות פגיעה חמורה בשלטון החוק. יישום המבחן שהובא לעיל לבדיקת המונח האמור מוביל לשלוש מסקנות:

א. ההיתר בתוכנית המפורטת לבנות מלון בשטח כולל של 42 דונם ולא 24 דונם, בהתאם לתוכנית המתאר מהווה פגם ברור. תוכנית המתאר קבעה את גודל



## בתי המשפט

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

עתמ08/08264/000

בפני: כבוד ס. הנשיא ניל הנדל

תאריך: 30/12/08

המלון והתוכנית המפורטת התעלמה מכך. נכון שמדובר בתוספת בנייה מסוג מסויים - שטחי שירות ובנייה בתת הקרקע. אך הסתירה עומדת בעינה. לא השתכנעתי מנימוקי המשיבות שישנה הצדקה ל"חידוש" האמור בתוכנית המפורטת. הפער בין שתי התוכניות הוא 42 דונם לעומת 24 דונם - 14% מהשטח ולא 8%. עמדת המשיבות היא שגם אם מדובר בפגיעה, המספרים האמורים אינם מצביעים על פגיעה חמורה. לעומת זאת, העותרים טוענים שמדובר בשטח כפול - כמעט. ואוסיף שניתן להניח כי האחוז של 8% שנקבע בתוכנית המתאר איננו שירותי. אך אין אנו עוסקים במשחקי סטטיסטיקה שעשויים להפריז או להמעיט במשמעות הסתירה. המבחן הוא תכליתי. הסטייה מהתכנית עומדת בעינה אך כשלעצמה אינה מגיעה לרף של פגיעה חמורה.

ב. כזכור, השטח הכולל של המלון הוגבל ל- 8 אחוז מסך השטח - 24 דונם מתוך 300. עם זאת, אין הכרח שהמלון ייבנה בתוך יחידת שטח אחת של 8 אחוז. משמע, כל עוד השטח הכולל אינו עובר את ה- 8 אחוז, ניתן לפרוס את איזור המלון באופן שישתרע על שטח גדול יותר. לטענת העותרים שלא נסתרה, מבני המלון פזורים על שטח של 200 דונם מתוך השטח הכולל של 300 דונם - לאמור, 67 אחוז מהשטח. תוצאה זו על פניה הינה מפתיעה. כמובן ניתן לומר שכל עוד שטח המלון מוגבל ל- 24 דונם, ניתן לפזר אותו אף על מלוא השטח. ברם, התוצאה בכל מקרה חייבת להיות סבירה. לכך יש להוסיף שעל פי תכנית המתאר, באזור התיירות יוקמו "גם מוקד תיירות כולל תכליות כמלונות תיירות, נופש ומרפא ושרותים הנלווים אליהם". מתעוררת השאלה באיזו מידה ניתן יהא להקים למשל שרותים נלווים, ואף באיזו מידה שרותים אלו חיוניים, לנוכח אופן פריסת המלון על פני השטח. במילים אחרות, הרושם הוא שהמלון שמוגבל ל- 8 אחוז או בפועל 14 אחוז, משתלט במובן מסויים על פני השטח הכולל. אכן נושא הפריסה על השטח של 200 דונם שונה מנושא גידול



## בתי המשפט

עמ"מ 000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

בפני: כבוד ס. הנשיא ניל הנדל

שטח המלון מ- 8 אחוז ל- 14 אחוז. הראשון אינו מהווה סטייה מלשון הכתוב. מעבר לכך, העתירה מתמקדת בפגיעה האפשרית באיכות הסביבה. זהו השיקול שעומד לדיון. ברם, כאן מתגלה הקושי. בית המשפט המינהלי אינו אמור למלא את התפקיד של "מומחה-על" בתחום הרגיש והעדין של איכות הסביבה. עם זאת, מתפקידו לבחון סבירות פעולת הרשות. סבירות משמע, בדיקה בתוך התחום המותר על פי הדין הפורמלי. ודוק, סוגיית הסבירות מצטרפת לסטייה באחוז שטח המלון. העותרים טענו שהצירוף האמור פוגע באיכות הסביבה. לשם כך, אף הגישו חוות דעת, שאין בכונתי לדון בהן בשל המסגרת של העתירה המינהלית. די לומר שכך או כך, כפי שלא השתכנעתי בנכונות עמדתם, כך אין ביכולתי לשלולה.

ג. מהי הנפקות לדברים האמורים? המבחן כזכור, הוא פגיעה חמורה בשלטון החוק. לדעתי קיימת סטייה מסויימת מהתכנית וצורתה הסופית מעלה סימני שאלה. לכאורה, אף אם מדובר בפגיעה שאינה שולית או אפילו ממשית, ייתכן שאין היא מגיעה לדרגה של פגיעה חמורה. זאת בכפוף לכך שהרשות פעלה על פי דין בבואה לשקול את העניין. כידוע, דווקא מפני שבית המשפט המינהלי אינו אמור להכתיב תוצאה זו או אחרת לרשות, מחובתו לבדוק היטב את הדרך בה הגיעה הרשות לתוצאה מסויימת. על רקע זה יש לבחון את הטענה האחרונה של העותרים יחד עם שיקולים רלוונטים נוספים.

4. מעמדה הבכיר של תכנית מתאר ארצית מדבר בעד עצמו. לגישת העותרים, התכנית סותרת את תמ"א 35. יצוין כי כל אחד מהמשיבים התייחס להסתייגות זו של העותרים כטענתם הרצינית ביותר אף אם לא קיבלו אותה. כדי לבדוק את הטענה, תחילה יש לברר את תחולת תכנית המתאר הארצית על המקרה. סעיף 17.3 בתמ"א 35 קובע: "תוכנית שהופקדה וכן תוכנית שהוחלט על הפקדתה לפני



## בתי המשפט

עתמ000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא גיל הנדל בפני:

תחילתה של תוכנית זו, רשאי מוסד תכנון לאשרה או להפקידה, לפי העניין, אף אם אינה תואמת הוראות תוכנית זו ובלבד שקיים בה דיון נוסף ונימק את החלטתו". מוסכם שהחלטה על הפקדת התכנית התקבלה ביוני 2005. החלטה לאשר את התכנית התקבלה בתחילת מרץ 2006. תמ"א 35 פורסמה בדצמבר 2005 ונכנסה לתוקף בינואר 2006. יוצא שהתכנית נכנסת לתפר הזמן שבסעיף 17.3 בכך שהופקדה לפני כניסת תמ"א 35 לתוקף אך הובאה לאישור לאחריה. אי לכך, תמ"א 35 לא חלה על המקרה במובן שכל הוראותיה מחייבות. עם זאת, סעיף 17.3 משכילנו שהיה והתכנית אינה תואמת את הוראות התמ"א, כי אז מוסד התכנון – משיבה 1 הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – מחוז הדרום, רשאי לאשר את התכנית בכפוף לקיומו של דיון במתן החלטה מנומקת לכך. כאן מוסד התכנון מסכים שלא התקיים דיון כאמור. אומנם התקיימו דיונים שונים אך לא דיון עם החלטה מנומקת על פי סעיף 17.3. הצורך בקיום דיון מתעורר רק במצב בו התכנית אינה תואמת את הוראות תמ"א 35. יושם אל לב, כי סעיף 17.3 אינו מבחין בין הוראות שונות בתוכנית המתאר הארצית. ניתן היה להגביל את הסעיף לחלק מההוראות, אך הוחלט שכל ההוראות עומדות באותה שורה בדבר תחולת הסעיף.

יוצא, שמצד אחד אין לקבל את העמדה לפיה התמ"א על מלוא הוראותיה, חלה על התכנית. מצד אחר, אין לקבל את העמדה שאין משמעות לכך שהוראות התכנית אינן תואמות את הוראות התמ"א. בתפר הזמן שמוגדר בסעיף 17.3, על המוסד התכנון לקיים דיון ולנמק את מסקנתו. אין חובה לפעול לפי התמ"א אך יש לקיים דיון אם התכנית אינה תואמת את התמ"א ולנמק את ההחלטה אם לאשר את התכנית בכל זאת. כמובן ניתן לצפות שתכנית שהוחלט על הפקדתה לפני תחילתה של התמ"א לא תהא תואמת לה מהטעם הפשוט לפיו הגורם התכנוני לא ידע על דרישותיה עת החליט על ההפקדה. לכן לא ניתן לדרוש תאום מלא. אך כוחה של תכנית מתאר



## בתי המשפט

עתמ000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

בפני: כבוד ס. הנשיא ניל הנדל

ארצית רב ועל כן מוסד התכנון מחוייב לשקול את חוסר ההתאמה ולנמק את החלטתו בדבר אישורה.

העותרים מצביעים על סעיף 9.1 לתמ"א 35 כדוגמא לחוסר התאמה בין הוראות התכנית לבין הוראות התמ"א. החלקים הרלוונטים להכרעה בסעיף 9.1 הינם אלה: "מכלול נופי – תכנית החלה בשטח המסומן כמכלול נופי תופקד רק אם התקיימו התנאים הבאים:

9.1.1 שקל מוסד תכנון את הפיתוח המוצע בהתחשב בצורך בפיתוח זהיר ומבוקר בשטחים הכלולים במכלול נופי, שטחים עתירי ערכים של טבע, חקלאות, נוף ומורשת.

9.1.2 הוגש למוסד תכנון נספח נופי-סביבתי...

9.1.5 תכנית מקומית המייעדת שטח לבינוי העולה על 500 מ"ר תופקד רק אם התקבל אישור המועצה הארצית".

אתיחס לתת הסעיפים בסדר ההפוך מכפי שהוצגו.

באשר לסעיף 9.1.5, טוענים העותרים שקיימת דרישה לקבל אישור מהמועצה הארצית ואישור כזה לא התקבל. טיעון זה כפי שהוצג אינו מדויק. תמ"א 35 חלה על המקרה בכפוף להוראות המעבר. כפי שהובהר לעיל, אין חובה למלא אחר כל דרישות התמ"א אך יש לקיים דיון מקום בו ישנו חוסר התאמה. המשמעות היא שאין דרישה לקבלת אישור מהמועצה הארצית. עם זאת, לדעתי יש משמעות לדרישה זו בבוא מוסד התכנון לקיים דיון על פי סעיף הוראות המעבר. היתרון במועצה הארצית היא בראייה ארצית. לאמור, מבט כולל ורחב של ענייני התכנון ולא מבט מחוזי או



## בתי המשפט

עתמ000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

בפני: כבוד ס. הנשיא ניל הנדל

מקומי. מכאן, בבוא מוסד התכנון, הוא הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, לבחון את נושא חוסר התאמה על פי תכנית התמ"א, עליו לשקול את העניין בראייה רחבה יותר מהרגיל. זוהי דוגמא ליישום סעיף 17.3. מצד אחד, לא המועצה הארצית היא זו שתבדוק את העניין. אך מצד אחר, מאחר ומוסד התכנון מודע לכך שעניינה של תכנית חדשה היתה נדונה בפני מועצה ארצית, עליו להרחיב את נקודת מבטו.

בהתאם לסעיף 9.1.2, יש להגיש למוסד התכנון נספח נופי סביבתי. נספח כזה מוגדר בסעיף 11 לתמ"א. עיון בסעיף האמור מלמד שמדובר בנספח שכולל בתוכו סקירה רחבה ומקיפה בכל הקשור לאיכות הסביבה. במקרה זה לא הוגש נספח כזה. המשיבים טוענים שאין חובה להגיש נספח כזה מה גם שהוגש מסמך סביבתי רציני. עיינתי בדו"ח זעם כל ההשקעה הטמונה בו, קיימת חוסר התאמה בינו לבין דרישות הנספח לגופו של עניין. למשל, סעיפים 11.1.5 ו- 11.1.6 לתמ"א 35 שעניינם התייחסות לחלופות תכנוניות ככל הניתן והוראות מוצעות שמטרתן מזעור הפגיעה באיכות הנוף הסביבתי (והשווה למסמך הסביבתי שהוגש). מנקודת מבט של איכות הסביבה, קיימת חוסר התאמה בעניין מהותי. יש גם משקל לגורם שעורך את הבדיקה הסביבתית ולגורם המבקר אותה. נתונים אלה מוסיפים משקל לחשיבותו של הנספח. יודגש שעל משיבה 1 לקיים דיון ולנמק את מסקנותיה. המטרה בקיומו של דיון כזה אינה כדי להסביר מדוע לא הוזמן נספח סביבתי. התשובה ברורה. בתאריך הרלוונטי מוסד התכנון לא ידע על דרישה זו כי היא טרם באה לעולם. אלא, מטרת הדיון היא לשקול משמעות אי הזמנת נספח כזה. מוסד התכנון היה יכול להחליט שאין צורך בקבלת נספח או לחלופין היה רשאי להורות על קבלת נספח באותו שלב. אומנם דיון לא התקיים ומשיבה 1 אף לא נימקה באופן משכנע מדוע לא נערך דיון. בהתחשב במהות התכנית הפגיעה רצינית. מנגנון הנספח נועד לפקח על שיקולי איכות הסביבה והוא חסר. בל נשכח כי התמ"א קובעת שקיומו של דיון



## בתי המשפט

עממ000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא ניל הנדל בפני:

והנמקת ההחלטה הינם תנאים לאישור או להפקדת התכנית. גם בכך יש ללמד על מרכזיות העניין.

באשר לסעיף 9.1.1, המדובר בדרישה לשקול את נושא התכנית תוך התחשבות "בצורך בפיתוח זהיר ומבוקר הכלולים במכלול גופי, שטחים עתירי ערכים של טבע". הוראה כזו מחייבת שיקול יסודי של פרטי התכנית. קיומו של דיון ברוח עקרונות תמ"א 35 היה מגביר את עומק בדיקת התכנית. דיון כזה היה יכול לכלול את הנושאים שהובאו לעיל – 14 אחוז לעומת 8 אחוז בפריסת שטח מלון על פני 200 דונם. נושאים אלה אשר מהם הסתייגו העותרים לא התבררו.

העולה מן המקובץ שישנו שילוב בין היבט דינוי לבין היבט מהותי שיחדיו מצביעים על פגיעה חמורה בשלטון החוק. אבהיר כי מקובלת עלי עמדת המשיבים לפיה תכנית מתאר ארצית אינה מילת קסם ואין בכל הפרה באחת מהוראותיה כדי להגיע לדרגה של פגיעה חמורה. ברם, ענייננו שונה. ישנה סטייה בדבר היקף שטח המלון. פריסת המלון בדרך המוצעת בתכנית מעלה שאלות של סבירות. דיון על פי סעיף 17.3 לתמ"א לא התקיים כלל. שיקול מרכזי נוסף הוא מהות העניין. מדובר באזור ייחודי. תאור העותרים לפיו מדובר ב"שטח אשר נשמר עד היום הזה כשטח מדברי בתולי של נופי בראשית" אינה הפרדה אלא קולעת למציאות. דווקא באזור כזה חשיבות ההקפדה על הערך של איכות הסביבה עומדת במלוא קומתה. דברי כב' השופט אנגלרד בעניין הועדה המקומית לתכנון ולבנייה שומרן – "לצער, המודעות בחברה הישראלית לאיכות הסביבה ולשמירה על נכסי הטבע למען הכלל ולמען הדורות הבאים עדיין אינה מפותחת... לסעמי, יש לבית משפט זה תפקיד גדול ביצירת המודעות לה זקוקה החברה בישראל. לכן, יש לעשות כל מאמץ פרשני, במסגרת הנורמטיבית הנתונה, כדי לשמור על המשאבים המצומצמים מאוד של טבע ונוף" (ע"א 8116/99 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הועדה המקומית





## בתי המשפט

ע"מ 000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא ניל הנדל בפני:

לתכנון ובניה שומרון, תק-על 2001(2), 466, 473 (2001) – נכונים במיוחד ביחס לאיזור נשוא העתירה. לאמור יש רלוונטיות אף לנושא השיהוי. השיהוי האובייקטיבי שוקל את הפגיעה באחר. נדמה שכאשר עסקין באוצרות טבע של המדינה שאינם בני החלפה, האינטרס של הציבור הרחב שהליכי התכנון יכללו בחינה ממצה של היבטים סביבתיים – דהיינו טובת הכלל - בעל משקל אף הוא.

5. נותרה סוגיית הסעד. היה ובית משפט יקבע כי הפגיעה בשלטון החוק בעלת עוצמה כדי לגבור על השיהוי, כי אז מבקשים העותרים להורות על ביטול התכנית. על פי קו זה, אי מילוי אחר התנאים שפורטו לעיל מלמד שאישור התכנית אינו כדין ועל כן יש לבטלה. המשפט המינהלי פיתח את התורה של בטלות יחסית או תוצאה יחסית. על בית המשפט המינהלי לשאוף להגיע לא רק למסקנה סבירה אלא אף לתוצאה סבירה. לעתים מיצוי מלוא המשמעות של מסקנה מסויימת ברובד המעשי עשוי להוביל לתוצאה לא מידתית או אפילו לא הגיונית.

במקרה זה, כפי שהובהר לעיל דעתי היא, שהפגיעה בשלטון החוק חמורה. בשל מהות העניין על המיוחדות שבו, סבורני ששיקול זה גובר במקרה זה על השיקולים של שיהוי סובייקטיבי ואובייקטיבי. עם זאת, בבוא בית משפט לתפור את חליפת הסעד, רשאי הוא ואף חייב הוא, לשקול את התמונה באופן מלא לרבות היבטים מעשיים ונקודת הזמן של ההכרעה. במילים אחרות, השיהוי אף עשוי להיות רלוונטי בשלב של קביעת הסעד (וראה את פסיקת כב' השופט ע. פוגלמן בג"צ 7767/07, אסרף נ' שר הפנים בו קבע שיש ליתן משקל לשיהוי במסגרת הסעד שקבע באותו עניין על פי עקרון הבטלות היחסית).

בהתאם, סבורני שלא יהא זה נכון, צודק ומידתי להורות על ביטול התכנית. קיים פגם למשל באי קיומו של דיון בהתאם לסעיף 17.3 אך לא ניתן להתעלם מתקופת השיהוי



## בתי המשפט

עתמ000264/08

בימ"ש לעניינים מינהליים באר-שבע

תאריך: 30/12/08

כבוד ס. הנשיא ניל הנדל בפני:

הסובייקטיבית הארוכה במקרה זה והסתמכות משיבה 3 על הליכי התכנון. זוהי דרך ביניים. שיקולים אלה אינם חזקים דיים להוביל לדחיית העתירה מחמת השיהוי בהגשתה מחד גיסא. אך מאידך גיסא, בכוחם להשפיע על מהות הסעד. לעניות דעתי, התוצאה אליה הגעתי תואמת את טיב הפגיעה. היא עשויה להביא לתיקון את אשר דרוש תיקון יחד עם מזעור הנזק כנדרש.

אשר על כן, העתירה מתקבלת באופן הבא: מוסד התכנון הוא משיבה 1 (הועדה המקומית לתכנון ולבנייה מחוז דרום) יקיים דיון, בהקדם ככל שניתן, על פי המתווה המפורט בסעיף 17.3 לתמ"א 35. בדיון זה ישקלו ההוראות הרלוונטיות בתמ"א 35 וכפי שנקבע לעיל. בנוסבות העניין, כדי לקדם את תכלית המטרה בקיומו של דיון ושהסעד יהא תכליתי, על משיבה 1 להזמין נספח סביבתי או דו"ח הדומה לו מגורם אובייקטיבי שיתייחס גם לגודל שטח המלון ואופן פריסתו. הוראה זו תאפשר דיון בנושאים שהובאו לעיל בפריזמה של איכות הסביבה. לאחר קיומו של דיון, משיבה 1 תנמק כל מסקנה אליה תגיע - להשאיר את החלטת האישור על כנה, לבטלה או לשנותה. בית המשפט זה אינו מביע כל עמדה לגופו של עניין, פרט לכך שראוי שהנושאים שאוזכרו לעיל ישקלו על ידי מוסד התכנון - משיבה 1, במסגרת דיון לפי סעיף 17.3 לתמ"א 35.

בנוסבות העניין, המשיבות תישאנה ביחד ולחוד בהוצאות העותרים ובשכ"ט עו"ד בסך 7,500 ₪ להיום.

ניתן היום ג' בטבת, תשס"ט (30 בדצמבר 2008) בהעדר הצדדים.

ניל הנדל - ס. נשיא

000264/08 עתמ065 ציור הנשיא