



## בבית המשפט העליון

בר"ם 1560/13

לפני : כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקשת : הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן

נגד

המשיבות : 1. מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ  
2. חצרות נכסים והשקעות בע"מ

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים מיום 29.1.2013 בעמ"נ 24314-06-11 שניתן על ידי השופטת י" שיצר

תאריך הישיבה : י"ז באדר א התשע"ד (17.2.2014)

בשם המבקשת : עו"ד ענת לוי, עו"ד אפרת רוגל

בשם המשיבה 1 : עו"ד רון צין, עו"ד יובל גלאון, עו"ד רמי בובליל,  
עו"ד אלון מרגוליס

בשם המשיבה 2 : עו"ד יהושע דיאמנט

בשם היועץ המשפטי לממשלה : עו"ד ענר הלמן

### פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. מהו המועד להגשת תביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה) בגין פגיעה על-ידי תוכנית מתאר ארצית שמתווה עקרונית לגבי הצבת מתקני שידור סלולאריים ברחבי המדינה, אך אינה מגדירה מראש

מיקומים להצבת מתקנים אלה? באופן ספציפי יותר – האם המועד המתאים לכך הוא זמן הוצאת התוכנית או רק כאשר ניתן היתר בניה מכוחה?

רקע עובדתי כללי

2. המשיבה, חברת מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ (להלן: מגן או המשיבה) הייתה בעלים של 3/5 מן הזכויות בשטח מקרקעין בעיר רמת גן (להלן: מקרקעי המשיבה), שבו נבנו 6 מבני מגורים בני 20 קומות. המשיבה 2, חצרות נכסים והשקעות בע"מ הייתה שותפתה של מגן ובעלת 2/5 מן הזכויות במקרקעין. יצוין כי המשיבה 2 הוגדרה בהליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי כ"משיבה פורמאלית", אך כמפורט להלן, היא ביקשה להגיש תגובה לבקשת רשות הערעור במסגרת ההליך שבפנינו ותגובה מטעמה אכן הוגשה.

3. טענותיה של המשיבה נסבות בעיקרו של דבר – כמפורט בהמשך – על האפשרות להקים ולקיים אנטנה סלולארית בחלקה הסמוכה למקרקעין שברשותה (להלן: המקרקעין הגובלים). בחלקה זו הייתה ממוקמת אנטנה סלולארית כבר משנת 1997 על-פי היתר שניתן לכך באותה עת על-פי התוכניות התקפות במקום. עם זאת, לטענת המשיבה פרסומה למתן תוקף של תוכנית המתאר הארצית לתקשורת תמ"א 36 א העצים את הפגיעה במקרקעיה בכל הנוגע לאפשרות שתמוקם במקרקעין הגובלים אנטנה סלולארית. על כן, היא הגישה, יחד עם המשיבה 2, תביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה לוועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן, היא המבקשת שבפנינו (להלן: הוועדה המקומית או המבקשת).

תמ"א 36 ועיקרי הוראותיה

4. מלכתחילה, הוכנה תמ"א 36, העוסקת במתקני שידור, במתכונת המבחינה בין שני חלקים: תמ"א 36 א שעניינה מתקני שידור קטנים וזעירים, ותמ"א 36 ב, שעניינה מתקני שידור גדולים (וזו האחרונה, שאינה נוגעת לענייננו, טרם אושרה בממשלה). לצורך הנוחות, נתייחס אפוא להלן לתמ"א 36 א כ"תמ"א 36" או "התוכנית". ביום 13.5.2002 אישרה הממשלה את תמ"א 36 שמטרותיה, כהגדרתן בסעיף 2 לה, הן לקבוע הנחיות להקמת מתקני שידור קטנים וזעירים (הידועים בלשון העם בשם "אנטנות סלולאריות" ויכוננו להלן: מתקני שידור), בכל שטח המדינה, תוך מניעתם של מפגעי קרינה ומזעור הפגיעה באיכות הסביבה והנוף ובמטרה לפשט ולייעל את הליכי הקמתם. כאמור בסעיף 3 לתוכנית, תחולתה היא על כל שטח המדינה. התוכנית כוללת

הוראות מפורטות באשר לתנאים שיילוו למתן היתר להקמת מתקני שידור, לרבות מגבלות בטיחות ופירוט האישורים הנדרשים. במלים אחרות, התוכנית אינה קובעת היכן יוצבו מתקני שידור אלא בעיקר את התנאים העקרוניים החלים על הקמתם וכן "מובלעות" שבהן לא יוצבו מתקנים כאלה. אחד החריגים לכך קבוע בסעיף 19 לתוכנית, אשר לפיו "לא תותר באזור בניה עירונית הקמת אתר שידור על הקרקע".

5. עוד קובעת התוכנית, בסעיף 39 לה, הוראות מעבר ביחס למתקני שידור שהיו קיימים ערב אישור התוכנית. ההסדר שנקבע בעניין זה הוא שיראו היתר למתקן שידור שלא בהתאם לתוכנית כשימוש חורג שהותר לתקופה של 18 חודשים מיום אישורה של התוכנית. במהלך התקופה האמורה יהיה על מפעיל המתקן לקבל אישור מטעם הממונה לעמידה במגבלות הבטיחות, וכן להמציא את המסמכים הנדרשים לפי התוכנית לצורך מתן היתר. בהמשך לכך, נקבע כי לא יוארך תוקפו של היתר כאמור אלא אם עמד בתנאים ובהוראות שנקבעו בתוכנית.

רקע עובדתי לגבי מתקני שידור ליד מקרקעי המשיבה

6. כאמור, כבר בשנת 1997 הוקם מתקן שידור במגרש סמוך למקרקעי המשיבה על-פי התוכניות המחייבות. מתקן שידור זה התנוסס לגובה של 30 מטר.

7. ביום 10.8.2004 הוצא היתר בניה חדש להתקנת מתקן שידור במקרקעין הסמוכים (להלן: ההיתר משנת 2004), היתר שניתן לכאורה לפי התוכנית. מכוח היתר זה הוקם מתקן שידור חדש, במקום מתקן השידור הישן משנת 1997. לאחר שהוקם מתקן השידור על פי ההיתר משנת 2004 התברר לוועדה המקומית כי הוא נוגד את הוראות תמ"א 36 (האוסרת, כאמור, בסעיף 19 לה הקמת מתקני שידור קרקעיים באזורים עירוניים).

8. לצורך תיקון המצב, נתנה הוועדה המקומית ביום 21.4.2005 היתר חדש (להלן: ההיתר משנת 2005). היתר זה אפשר להרוס את מתקן השידור הקודם, ובמקומו להגביה את התורן שהיה ממוקם במקום משנת 1997, עד לגובה של 33 מטרים, וכן להתקין עליו מתקן השידור.

9. ביום 5.5.2005 הגישו המשיבות לוועדה המקומית תביעת פיצויים לפי סעיף 197 לחוק בטענה שתמ"א 36 גרמה לירידת ערך של מקרקעיהן. תביעה זו התייחסה, בין השאר, להיתר משנת 2004 (אם כי, כאמור, בעת הגשתה כבר התקבלה ההחלטה לבטלו ולהמירו בהיתר משנת 2005) לתביעה צורפה חוות דעת שמאית שהעריכה את הפגיעה ב-100 מליון שקל.

10. ביום 24.8.2005 דחתה הוועדה המקומית את התביעה על הסף. הוועדה המקומית קבעה כי תוכנית מתאר ארצית איננה מקימה זכות תביעה לפי סעיף 197 לחוק. קביעה זו התבססה על התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה אשר אינה מגדירה תכנית מתאר ארצית כ"תכנית" המקנה זכות לגבות היטל השבחה. על כן, לשיטת הוועדה המקומית, לא מתקיימת הצדקה לחייבה בתשלום הפיצויים. עוד נקבע, כי תמ"א 36, באופן ספציפי, אינה מקימה זכות תביעה בהתאם להוראות סעיף 197 לחוק, כיוון שגם לפני אישורה ניתן היה להתיר בנייתם של מתקני שידור. עוד צוין בהחלטה כי ממילא מתקן השידור החדש שנבנה מכוח היתר הבניה משנת 2004 פורק.

11. בשלב זה, הגישו המשיבות ערר לוועדת הערר המחוזית – מחוז תל אביב (להלן: ועדת הערר), ובו טענו כי הוועדה המקומית טעתה בהחלטתה לדחות את תביעתה על הסף.

12. ביום 10.5.2006 הגישה המבקשת לוועדת הערר בקשה למחיקת הערר שהגישו המשיבות על הסף, בטענה כי משבוטל היתר הבנייה משנת 2004, לא נותר כל בסיס להגשת הערר. ביום 19.10.2006 דחתה ועדת הערר את הבקשה, וביום 17.4.2008 פרסמה את נימוקיה לכך אשר במסגרתם ציינה כי יש לדון בטענות המשיבות לגופן. ביום 13.12.2009 דחה בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (עת"מ 300/06), השופטת ש' גודת) את ערעור המבקשת על החלטת הביניים של ועדת הערר.

13. ביום 17.4.2011 דחתה ועדת הערר את הערר לגופו. ועדת הערר סברה שתביעת הפיצויים שהגישו המשיבות התבססה על היתר הבנייה משנת 2004, שניתן על-פי התוכנית ונזכר בשמאות שהגישה מגן, אך ציינה כי היתר זה בוטל על-ידי ההיתר משנת 2005, וכך נשמט הבסיס לתביעה. כמו כן, ועדת הערר ציינה כי עמדתה העקרונית, שלה כבר ניתנה ביטוי בהחלטה קודמת היא, שתביעה לפי תמ"א 36 מתגבשת אך במועד הוצאת היתר בנייה להקמת מתקן שידור (רש/5619/05 כהן נ' 1).

הועדה המקומית לתכנון ובנייה רמת השרון). כל עוד לא ניתן היתר ספציפי כאמור, התוכנית אינה חלה באופן קונקרטי אלא מהווה אך מעין "שיעבוד צף". על כן, כך נקבע, שעה שבוטל היתר הבניה משנת 2004, לא ניתן לתבוע רק בהסתמך על תמ"א 36 עצמה.

14. על החלטה זו הגישה מגן ערעור לבית המשפט המחוזי, ובו טענה כי בתקופה שבה התקיימו ההליכים בפני ועדת הערר היא מכרה חלק מהמקרקעין נשוא הערעור לקבוצת רכישה, וכי בגדרי עסקה זו התחייבו הקונים לשלם תוספת של כ-9,250,000 שקל אם בתוך פרק זמן של כשנה יוסר מתקן השידור שנמצא במקרקעין הגובלים. מאחר ומתקן השידור לא הוסר במועד, טענה מגן כי נגרם לה בכך נזק. הוועדה המקומית מצידה גרסה כי לא ניתן להגיש תביעת פיצויים בגין תמ"א 36 בעומדה לבדה, וכן ציינה כי נכון למועד ההתדיינות בבית המשפט המחוזי לא קיים עוד מתקן שידור בשטח.

15. ביום 29.1.2013 קיבל בית המשפט המחוזי את ערעור המשיבה (עמ"נ 24314-06-11, השופטת י' שיצר). בעיקרו של דבר, בית המשפט המחוזי ביסס את פסק דינו על פרשנות שונה לאופן החלתו של סעיף 197 על תמ"א 36. לשיטתו של בית המשפט המחוזי, לשונו של סעיף 197 מלמדת כי הזכאות לפיצוי מבוססת על פגיעה על-ידי תכנית, אף אם טרם הוצא היתר בנייה מכוחה. בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי בחן את נוסח התביעה שהגישו המשיבות לוועדה המקומית, כמו גם את נוסח הערר שהוגש לוועדת הערר, וקבע כי הפיצוי נתבע בשל הפגיעה שנגרמה מהתוכנית ולא דווקא מהיתר כלשהו שהוצא מכוחה. בית המשפט המחוזי עמד אמנם על הקושי שבתביעת פיצויים על בסיס נזק פוטנציאלי (כלומר, ללא היתר בניה שניתן מכוח התוכנית), אך קבע כי במישור העקרוני הנזק נגרם עם פרסום התוכנית, וכי לא מן הנמנע כי כבר במועד זה יוכל שמאי להעריך את פוטנציאל הנזק הגלום בתוכנית, בהסתמך על נסיבות המקרה.

16. בית המשפט המחוזי הפנה בפסק דינו להחלטתו של בית משפט זה בבג"ץ 6200/05 אדמ טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים (17.5.2007) (להלן: עניין אדמ טבע ודין). באותו מקרה, הוגשה עתירה שהעמידה במרכזה את השאלה מהו המועד להתיישנות של תביעות פיצויים לפי סעיף 197 המתייחסות לתמ"א 36, בשים לב למאפייניה הכללים והלא-מסוימים. עתירה זו נמחקה בעקבות החלטת שר הפנים, לפיה יוארך המועד להגשת תביעות עד לשנה מיום מתן ההיתר על-פי התוכנית או לחצי שנה מיום התקנת המתקן, לפי המאוחר. בית המשפט המחוזי סבר

כי ניתן ללמוד מכך שהפגיעה היא מכוח התוכנית ולא מכוח ההיתר (בשים לב לכך שלא נטען שם שהפגיעה נוצרת רק ביום הוצאת ההיתר). לצד זאת, בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי האפשרות לתבוע בגין נזק פוטנציאלי של תוכנית מתאר החלה על כל הארץ היא "אבסורדית".

17. בסופו של דבר, קיבל בית המשפט המחוזי את הערעור וקבע כי יש לדון בתביעה לגופה. בית המשפט המחוזי הוסיף כי במקרה דנן ההיתרים השונים שהוצאו והשינויים שנעשו במתקן השידור באותה תקופה יכולים להוות אינדיקציה להערכת הפגיעה בערך הקרקע. אשר על כן, הורה בית המשפט המחוזי על החזרת הדיון לוועדת הערר על מנת שזו תדון בתביעה לגופה ותקבע את שווי הפגיעה שנגרמה למקרקעין הגובלים, אם בכלל. בקשת רשות הערעור שבפני נסבה על פסק דין זה.

בקשת רשות הערעור

18. המבקשת גורסת כי פסק דינו של בית המשפט קמא מעורר שאלה עקרונית בעלת השלכות רחבות היקף: האם עילת תביעה לפי סעיף 197 יכולה להתבסס על תמ"א 36 עצמה או שמא עילה זו מתגבשת רק עם הוצאתו של היתר בניה לפי התוכנית? לטענת המבקשת, הכרה בעילת תביעה מכוח תמ"א 36 עצמה מתעלמת מייחודה של תוכנית זו, תוכנית שאך קובעת תנאים להקמת מתקני שידור אך אינה מגדירה את מיקומם. המבקשת מוסיפה וטוענת כי לא ניתן להצביע על כל נזק קונקרטי שנגרם למקרקעין מסוימים במועד אישורה של התוכנית, וכי למעשה התוכנית רק החמירה את הדרישות להענקת היתרים להקמת מתקני שידור ולפיכך לא יכולה הייתה לגרום לירידת ערכם של מקרקעין גובלים. כן טוענת המבקשת כי טעה בית המשפט קמא בפרשנותו את ההחלטה בעניין אדס טבע ודין, אשר ממנה עולה כי עילת תביעה מכוח תמ"א 36 מתגבשת רק עם מתן היתר.

19. המשיבה סבורה כי דין הבקשה להידחות.

20. המשיבה טוענת כי הבקשה נסבה על יישום קונקרטי של סעיף 197 שאינו מצדיק מתן רשות ערעור. המשיבה מוסיפה וטוענת כי ההכרעה בשאלה שמעלה המבקשת הינה תיאורטית בלבד, בנסיבות בהן הוגשה התביעה לאחר שכבר ניתנו היתרי בניה אשר גם לפי גישת המבקשת יש בהם כדי לגבש עילת תביעה.

21. עמדת המשיבה היא כי דין הבקשה להידחות גם לגופה. המשיבה טוענת כי עילת תביעה לפי סעיף 197 מתגבשת תמיד עם אישורה של תוכנית מתאר, ואילו היתר בנייה שמוצא מכוחה איננו מקים עילת תביעה, אלא יכול רק להוות אינדיקציה וראיה להיקפו של הנזק הנטען. המשיבה טוענת בהקשר זה כי לשון סעיף 197 מצביעה על כך שתוכנית מקימה עילת תביעה, וכי קביעה לפיה רק היתר, שנמצא במעמד נורמטיבי נמוך מתוכנית מתאר ובניגוד אליה אינו מתפרסם ברשומות, הוא שמקים עילת תביעה מטילה נטל בלתי אפשרי על הציבור.

22. המשיבה 2 מתנגדת אף היא לקבלת הבקשה, מטעמים דומים. לשיטתה, שאלת קיומה של פגיעה על ידי התוכנית במקרה זה צריכה להיבחן על ידי ועדת הערר לגופה, ואין לחסום מלכתחילה את האפשרות לכך.

23. לאחר שנשמעו טענות הצדדים, פנינו ביום 6.3.2014 ליועץ המשפטי לממשלה וביקשנו שיודיענו אם ברצונו להביע עמדה בשאלה שהתעוררה בפנינו, היינו בכל הנוגע לאפשרות להגיש תביעת פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה ביחס לתמ"א 36. ביום 24.6.2014 הוגשה לבית משפט זה הודעה מטעם בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה שכללה התייחסות לשאלה זו. ההודעה הבהירה כי עמדת המדינה בנושא היא העמדה שהוצגה בפני בית משפט זה אף במסגרת ההתדיינות הקודמת בעניין אדס טבע ודין, היינו שלנוכח אופייה של התוכנית שחלה על כל שטח המדינה ואינה כוללת תשריט "למעשה לא ניתן להגיש בגינה תביעה לפיצויים עד להתגבשות הפגיעה בעת הוצאת היתר הבניה". עמדה זו, כך הוסבר, היא שעמדה ביסוד הפתרון המעשי שעליו הודיעה המדינה לבית המשפט באותו הליך, היינו מתן אורכה גורפת להגשת תביעות בשל פגיעה נובעת מתמ"א 36 עד לאחר שיינתנו היתרי בנייה על-פיה. המדינה ביקשה להדגיש כי תשובתה מתייחסת לתמ"א 36 "בשל הנסיבות המיוחדות והקיצוניות של תוכנית מתאר ארצית זו", ואינה חלה בהכרח ביחס לתוכניות כלליות אחרות.

24. ביום 1.7.2014 נעתרנו לבקשת המבקשת והמשיבה להגיש תגובה להודעת היועץ המשפטי לממשלה, ואלה הוגשו ביום 15.7.2014. המבקשת גורסת כי עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה חופפת ותואמת את טענותיה. המשיבה, לעומת זאת, חולקת על עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה לא ניתן להגיש תביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה בטרם ניתן היתר בניה מכוח תמ"א 36. עם זאת, המשיבה טוענת כי ממילא היא הגישה את התביעה רק לאחר שניתנו היתרי בניה למתקני שידור במקרקעין הגובלים, וכך למרות ש"האירוע הפוגע" הוא אישור התוכנית ולא מתן

ההיתר הרי שכאשר הוגשה התביעה במקרה דנן כבר התגבש הנזק. המשיבה מוסיפה וטוענת כי החלטת שר הפנים שההודעה עליה נמסרה במסגרת עניין אדם טבע ודין ניתנה רק בשנת 2007, בעוד שהתביעה בענייננו הוגשה עוד בשנת 2005. אם כן, לשיטתה, אין להלין על המשיבות שפעלו על פי המצב המשפטי שהיה תקף באותה עת.

דיון והכרעה

25. לאחר שנדרשנו לכלל טענות הצדדים, החלטנו לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור לפיה, בשים לב להיבטים העקרוניים שהיא מעלה בכל הנוגע להשלכותיה של תמ"א 36, כתוכנית מתאר ארצית הקובעת סטנדרטים לתכנון – להבדיל מהוראות בדבר מיקומים ספציפיים. בהמשך לכך, הגענו לכלל דעה כי דין הערעור להתקבל.

26. נקודת המוצא לדיון בפנינו היא כי, כפי שקבע בית המשפט המחוזי וכפי שטוענת המשיבה גם בתשובתה לבקשת רשות הערעור, התביעה שהגישו המשיבות לוועדה המקומית מבוססת על תמ"א 36 עצמה, ולא דווקא על היתר שניתן מכוחה. בנסיבות אלה, ונוכח התוצאה אליה הגענו, אין לנו צורך להידרש לטענת המבקשת לפיה התביעה התבססה דווקא על ההיתר משנת 2004 ולטענות הצדדים הנוגעות לפרשנותו של סעיף 19 לתוכנית (האוסר, כאמור, על הקמת מתקני שידור קרקעיים באזורי בנייה עירונית). מטעם זה, אין לנו גם צורך להידרש לטענות הנוגעות לע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח(2) 190 (1994) בהתייחס לפיצויים לפי סעיף 197 מקום בו תוכנית מאוחרת ביטלה את התוכנית הפוגעת.

27. השאלה המרכזית העומדת בפנינו היא האם תמ"א 36, כשלעצמה, יכולה להיחשב "תוכנית פוגעת", בהקשר לסעיף 197 לחוק התכנון והבניה, גם כאשר היא חלה באופן "אבסטרקטי" ללא קונקרטיזציה בדמותו של היתר להקמת מתקן שידור במקום מסוים. בהמשך לכך, השאלה המעשית היא האם ניתן להגיש תביעה לפי סעיף 197 כבר עם פרסום התוכנית או שמא ניתן להגיש תביעת פיצויים כאמור רק כאשר ניתן היתר על פיה.



28. בפתח הדברים יש להבהיר כי הגדרת המונח "תכנית" לצורך תביעת פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה כוללת גם תוכנית מתאר ארצית (כמתחייב מהגדרת המונח "תכנית" בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה, וכן מהוראותיו של סימן א' לפרק ג' בחוק התכנון והבניה. ראו גם: ע"א 664/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' נמדד, פסקה 6 (10.8.2003) (להלן: עניין נמדד)). לכאורה, קביעה זו מעוררת קושי בשים לב לכלל הגורס כי על מנת שתכנית תוכל לשמש כבסיס לתביעה על פי סעיף 197 עליה להיות מסוימת וברורה, כך שאדם סביר יוכל לעמוד על טיבה (ראו למשל: בג"ץ 62/61 זקס נ' הוועדה המקומית לבניה ולתכנון עיר, ירושלים, פ"ד טו 1516 (1961) (להלן: עניין זקס); בג"ץ 7250/97 סולימאני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3) 783 (2000). ראו גם: אהרן נמדד פגיעה במקרקעין [פיצויים בגין נזקי תכנית] 97 (מהדורה שניה, 2008) (להלן: פגיעה במקרקעין)). תכנית מתאר ארצית, מסדירה מדיניות תכנון רחבת היקף, ומטבע הדברים הוראותיה של תכנית כזו הן כלליות. לא אחת, הן אינן כוללת פרטים ספציפיים של המקרקעין המדויקים עליהם היא משפיעה. על כן, בית משפט זה קבע כי כדי שיהיה ניתן לתבוע על פי תכנית מתאר ארצית יש צורך במסוימות של הפגיעה. מסוימות כזו יכולה להילמד, למשל, מקיומו של תשריט המצורף לתכנית. לא הכותרת "תכנית מתאר ארצית" היא הקובעת, אלא אמת המידה המהותית – האם תכנית זו היא מסוימת דייה, במובן זה שניתן ללמוד ממנה השפעות לגבי מקרקעין קונקרטיים (ראו למשל: עניין נמדד, בפסקה 7; עניין זקס, בעמ' 1520. ראו גם: פגיעה במקרקעין, בעמ' 99).

29. כאמור, גדר הספקות בענייננו נובע מכך שהתוכנית אינה קובעת ייעודים למתקני שידור, אלא רק אמות מידה וכללים שעל-פיהם ניתן יהיה להתיר את הקמתם, ובלא שכללים אלו יספקו אינדיקציה קונקרטית לגבי מקרקעין כאלו או אחרים שבהם יוקמו מתקני שידור. במילים אחרות, תמ"א 36 היא תוכנית בעלת אופי מיוחד. בשונה מתוכניות רגילות הקובעות מיקומים לשימושים שונים, היא קובעת כללי "עשה" ו"אל תעשה" לגבי מיקומים של מתקני שידור סלולאריים. ממילא, אין בה כדי "לסמן" מקרקעין מסוימים כמקומות המיועדים באופן מיוחד להצבת מתקני שידור סלולאריים. לכן, רק לאחר שהוצאו היתרים מכוחה של התוכנית, ניתן לדעת היכן יוקמו מתקני שידור, ובהתאמה אלו מקרקעין עשויים להיפגע כתוצאה מסמיכותם למקום שבו יוקם מתקן שידור (לגישה דומה לפיה היעדר המסוימות של תמ"א 36 עומד לרועץ להגשת תביעה המבוססת עליה בלבד מכוח סעיף 197, עובר להוצאתו של היתר בניה מכוחה, ראו: פגיעה במקרקעין, בעמ' 101). אכן, אחד המאפיינים המיוחדים של התוכנית הוא

שחרף היותה תכנית מתאר ארצית היא מאפשרת להוציא היתרי בניה מכוחה, ללא צורך בקיומן של תכניות מקומיות מפורטות יותר (ראו והשוו לדיון בתמ"א 31 בעת"מ (מחוזי ת"א) 23/97 אחימן נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה כפר טבא (11.1.1998)). לכאורה, יש בכך כדי לשוות לה אופי של תוכנית קונקרטית. אולם, זו אינה קונקרטיות מספקת, מאחר שגם כך התוכנית רובצת כ"עננה" מעל שטח המדינה כולו, וכל עוד לא הוצא ההיתר לא ניתן לדעת היכן מתממשת הפגיעה.

30. ואמנם, אופייה הייחודי של התוכנית הוביל להחלטתו של שר הפנים לאפשר את הגשת התביעה גם לאחר חלוף 3 שנים מפרסומה (המועד הקבוע להגשת תביעה לפי סעיף 197(ב) לחוק התכנון והבניה) – עת מתברר כי בפועל ניתן מכוחה היתר בניה או הוקם מכוחה מתקן שידור במקום מסוים (על-פי ההודעה שנמסרה לבית משפט זה במסגרת עניין אדמ טבע ודין – עד לשנה מיום מתן ההיתר או לחצי שנה מיום הקמת המתקן, לפי המאוחר).

31. להשלמת התמונה ייאמר כי הקביעה לפיה – באופן הגדרתי – לא ניתן להגיש תביעה לפי סעיף 197 מכוח התוכנית רלוונטית רק למצבים שבהם הפגיעה אינה ודאית, במובן זה שהיא מתייחסת רק להסתברות שיוקם מתקן באתר מסוים. שונים הם פני הדברים באותם מצבים שבהם תוכנית מתאר כללית כדוגמת תמ"א 36 מונעת הקמתם של מתקנים במיקומים מסוימים, הגם שקודם לכן הקמתם הייתה אפשרית, או במצב שבו היא קובעת מיקומים קונקרטיים להקמת מתקנים בעניינים מסוימים. במצבים האחרונים, הוראות התוכנית הן החלטיות כך שלא נצרכת פעולה נוספת של הוצאת היתר לשם הנחת הבסיס לתביעה. במילים אחרות, כאשר גם תוכנית כללית כדוגמת תמ"א 36 עשויה לפגוע פגיעה "ישירה" בערכם של מקרקעין במובן של איסור או הגבלה על הקמת מתקנים הנובעים מהתוכנית עצמה – ורק בנסיבות אלה ניתן להגיש תביעה לפי סעיף 197 כבר עם פרסומה. תביעה כזו יוכל להגיש הבעלים של המקרקעין הנפגעים, להבדיל מבעליהם של מקרקעים שכנים, שלכאורה יוצא רק נשכר מכך. לעומת זאת, הפגיעה בבעל מקרקעין שרק חושש כי יוקמו מתקני שידור במקרקעין סמוכים היא פגיעה "עקיפה" בלבד, במובן זה שהתוכנית הפוגעת איננה משנה את המצב התכנוני החל על המקרקעין הנפגעים. הפגיעה בהם נובעת גם (כתנאי בלעדיו אין) מהחלטות של בעלי הזכויות במקרקעין השכנים, וממילא יש בה ממד ספקולטיבי, שכן אפשר שהפגיעה כלל לא תתממש (ראו למשל: ע"א 1188/92 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1), 463, 474 (1994)). אם כן, ניתן יהיה לתבוע פיצויים לפי סעיף 197 מכוח תוכנית מתאר ארצית אם ניתן להוכיח פגיעה קונקרטית מכוחה של התוכנית, עוד בטרם ניתן היתר בניה מכוחה.

הוצאת היתר בניה לפי תמ"א 36: תנאי לתביעה ולא רק חלופה אפשרית

32. למעשה, טוענות המשיבות כך: החלטת שר הפנים, שקיבלה גושנפקה בעניין אדס טבע ודין, נתנה לתובעים הפוטנציאליים הקלה מיוחדת המאפשרת את דחיית הגשתה של התביעה למועד מאוחר יותר. אולם, הגשה מאוחרת זו אינה ממצה את אפשרויות התביעה. ירצו בעלי מקרקעין – ינסו להגיש את תביעתם כבר לפי התוכנית. אין זהו טעם לדחייתם על הסף. לכל היותר ייכשלו בתביעתם – אך אין למנוע מהם את זכותם זו מראש.

33. אין בידינו לקבל את עמדת המשיבות. כאמור, אנו סבורים כי מאחר שתמ"א 36 איננה קובעת מיקומים ספציפיים להתרת שימושים שיש בהם כדי להוות פגיעה, פגיעה הנובעת ממנה תתגבש רק במקרה שבו ניתן היתר בניה המביא ליישומה של התוכנית על מקרקעין. על דרך האנלוגיה ניתן לומר שתמ"א 36 קובעת נורמה מופשטת, אך רק ההחלטה ליתן היתר למתקן ספציפי "מיישמת" את הנורמה ומעניק לה קונקרטיזציה אשר מוציאה אותה מן הכוח אל הפועל (ראו והשוו: ע"פ 402/63 רונן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 172 (1964)).

34. לכך ניתן להוסיף, כי החשש שהעלתה המשיבה לפיו מתן היתר הוא מעשה לא פומבי, להבדיל מאישור תוכנית, ניתן ליתן מענה המתבסס על הוראות התוכנית עצמה. סעיף 18 לתוכנית קובע חובות לפרסום פומבי של בקשות להיתרים הניתנים מכוחה בנסיבות מסוימות (בניגוד למקובל לגבי היתרים בדרך כלל). אופי הפרסום ושמיעת ההתנגדויות שנקבע בסעיף 18 הוא נרחב והולך בעקבות הדרך שנקבעה לעניין מתן הקלות לפי חוק התכנון והבניה. אם כן, תמ"א 36 כוללת בה עצמה את המנגנון המבסס את מעמדם של ההיתרים מכוחה כבסיס המתאים לדיון בתביעות פיצויים.

35. ומה בדבר הטעון כי יש לאפשר הגשת תביעה גם בנסיבות אלה בבחינת "אם לא יועיל לא יזיק"? מדוע לחסום את התביעה על הסף? התשובה לשאלות אלה היא ברורה. אם במישור הנורמטיבי לא יכולה להיות עילה – אין מקום לבזבז משאבים על התדיינות עקרה. ויודגש: אין מדובר במקרה שבו נחסמת כליל אפשרות התביעה. לנוכח החלטתו של שר הפנים (כאמור לעיל בפסקות 16, 30 ו-32), אלא רק בדחיית התביעה למועד מאוחר יותר, שבו יתגבשו העובדות שיאפשרו דיון בה.

36. למעשה, ניתן לומר כי יש בנוסחו של חוק התכנון והבניה אינדיקציה נוספת התומכת בעמדתנו. סעיף 202ב(ב) לחוק התכנון והבניה (כפי שתוקן על ידי חוק הקרינה הבלתי מייננת, התשס"ו-2006) מחייב מוסד תכנון לדרוש, כתנאי למתן היתר להקמת מיתקן שידור לתקשורת בשיטה התאית, כתב שיפוי מפני תביעה לפיצויים לפי סעיף 197. גם בכך יש כדי לתמוך במסקנה לפיה הדרך לתביעת פיצויים מכוח סעיף 197 במקרים אלו, תהיה על בסיס היתר בניה ספציפי, להבדיל מאשר על בסיס תמ"א 36 עצמה, שכן אם תתקבל תביעה על בסיס התוכנית בלבד, תאלץ הוועדה המקומית לשאת בתשלום הפיצוי ולא יהיה מי שישפה אותה, וכך תוחמץ תכליתו של סעיף 202ב(ב) לחוק התכנון והבניה.

37. כפי שעולה גם מהודעת המדינה, הקביעה כי ניתן לתבוע מכוח סעיף 197 רק עם הוצאתו של היתר בנייה ולא עם פרסומה של התוכנית הולכת יד ביד עם החלטתו של שר הפנים לדחות את המועד להגשת התביעה, כמפורט לעיל. אם לא כן, היינו מגיעים לתוצאה אבסורדית אשר בגדרה פרסום התוכנית אינו מקנה זכות תביעה כשלעצמו, אך המתנה להוצאת היתר עלולה הייתה להוביל לדחיית התביעה על הסף מחמת התיישנות. החלטתו של שר הפנים פתרה בעיה זו. ראוי להוסיף, כי נוכח פרשנותנו זו, החלטתו של שר הפנים הייתה למעשה הכרחית ומדגימה את אחד מן המצבים החריגים שבהם הפעלתה של סמכות רשות הופכת חובה (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי א 224 (2010)).

שיקולי מדיניות נוספים

38. במבט רחב יותר, התוצאה שאליה הגענו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד המעצבים את דיני הפיצויים בגין פגיעה על-ידי תוכנית: שיקולי הגינות המצדיקים הענקת פיצוי במצבים של פגיעה "ממוקדת" להבדיל מפגיעה "מפוזרת" והחשש מפני הרתעת יתר של רשויות מתכנון המקדם את רווחת הכלל (ראו דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון 106, 128 ו-142-144 (1994) (להלן: לוינסון-זמיר)).

39. טעם מרכזי התומך בפיצוי בגין תוכנית פוגעת נסב על שיקולי הגינות, היינו ההסתייגות מהשתת העלויות הכרוכות בתכנית על בעלי קרקעות מסוימים באופן "מפלה", בהשוואה לשאר בני הציבור. מהיבט זה, נודעת חשיבות לכך שתחולתה הכללית של התוכנית אינה יוצרת אפקט של פגיעה בבעלי קרקעות מסוימים, וזאת להבדיל ממצב שבו הוצא היתר ספציפי המוביל לכך (בכפוף להבחנה הנזכרת לעיל

בפסקה 31). הצד השני של אותה מטבע הוא השיקול שעניינו פיזור הנזק. ככלל, פיצוי בגין פגיעה מתיישב עם תוכניות הממקדות את הנזק במקרקעין מסוימים, ולא מפזרות אותו. לעומת זאת, בהיותה תוכנית הקובעת כללים החלים על כלל המקרקעין במדינה (בכפוף להבחנות כלליות כדוגמת ההבחנה בין אזורים עירוניים ואחרים), התוכנית מגשימה את הערך של צדק חלוקתי בכך שאיננה מטילה מראש את הנטל הכרוך במתקני שידור על מקרקעין מסוימים. רק כאשר ניתן היתר להקמת מתקן שידור במקום מסוים משתנה נקודת האיזון ומונחת תשתית לקביעה כי הנזק כבר אינו מפוזר אלא ממוקד במקרקעין מסוימים ובבעלי הזכויות בהם.

40. על כך יש להוסיף, כי החלתו של סעיף 197 נמצאת תמיד בסימן האיזון העדין בין העיקרון של פיצויים שנועד לחייב את רשויות התכנון להביא בחשבון את הפגיעות שגורמת להן התוכנית (ראו למשל: ד"נ 28/79 הועדה המקומית נ' וארון, פ"ד לה(1) 561, 567 (1980); בג"ץ 7250/97 סולימאני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3), 783, 792 (2000)) לבין החשש מפני "הרתעת יתר" של רשויות התכנון, אשר עלולות להימנע מתכנון שבו תועלת ציבורית, אשר איננה מעשירה באופן ישיר את הקופה הציבורית (ראו למשל: ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה כפר סבא, פ"ד מו(4), 627, 641 (1992) (להלן: עניין פרי הארץ)). החשש מפני הרתעת יתר ויצירת "אפקט מצנן" יפה ודאי לתוכנית כדוגמת תמ"א 36 שכל כולה מכוונת להגשמת תכליות ציבוריות כלליות של בריאות הציבור, הגנת הסביבה וצדק חלוקתי, וזאת במקביל להכרה בצורך הציבורי בהקמתם של מתקני שידור סלולאריים, כחלק ממציאות החיים המודרניים.

41. בשולי הדברים ניתן להוסיף, כי שיקול לבר-משפטי התומך בתוצאה אליה הגענו – זו המזהה את מועד הוצאתו של היתר לפי תמ"א 36 עם פגיעה פוטנציאלית (ולא את התוכנית עצמה) נוגע לשינויים הטכנולוגיים המקיפים והתדירים בתחום התקשורת הסלולארית. ניתן להניח כי במהלך הזמן הצורך בהתקנת מתקני שידור ובפיזורם ישתנה בהתאם לשינויים טכנולוגיים. גם מבחינה זו לא ניתן לחזות, על פי התוכנית כשלעצמה, היכן יתבקש היתר להקמת מתקני שידור.

במבט לעתיד

42. להשלמת התמונה, יצוין כי מהודעת היועץ המשפטי לממשלה עולה כי ביום 17.3.2014 פרסם משרד הפנים תזכיר חוק שעניינו תיקונים בחוק התכנון והבנייה, הכולל בתוכו גם הצעה להסדר חדש של הכרה ב"תוכנית כללית" אשר המועד להגשת

תביעות מכוחה ייקבע בהתאם ליום מתן ההיתר לפיה. אם ההסדר המוצע יאומץ בחקיקה ממילא הוא ייתן מענה גם לעניינה של תמ"א 36. איננו מחווים את דעתנו על הצעת החוק, אולם עולה מן הדברים כי הניסיון המצטבר העלה כי תוכניות שאינן כוללות התייחסות ממוקדת למיקומים מחייבות התייחסות שמתאימה את תחולתו של הסדר הפיצוי הכללי למאפייניהן, תוך שנבחנת גם השאלה האם יש מי שנפגעים מהתוכנית ישירות, מבלי שהוצא היתר בניה, כאמור בפסקה 31 לעיל. למותר לציין, שאיננו מחווים את עמדתנו ביחס לפרטיו של ההסדר המוצע.

43. עוד יצוין כי ביום 1.6.2010 אישרה המועצה הארצית לתכנון ולבניה את תמ"א 1/א/36 שעניינה אף הוא במתקני שידור, והעבירה אותה לאישור הממשלה. הוראות תמ"א 1/א/36 מבטלות את הוראות תמ"א 36 שבה עסקנו כאן. מובן כי תמ"א 1/א/36 אינה חלה על המקרה דנן, וממילא איננו מביעים כל עמדה בנוגע להוראותיה. עם זאת, אין צריך לומר כי ככל שתמ"א 1/א/36 או כל תכנית אחרת תהיה מבוססת על סטנדרטים, להבדיל מאשר על קביעת מיקומים קונקרטיים, יחולו אף עליה עקרונות דומים, בשינויים המחויבים. מכל מקום איננו נוטעים מסמרות בעניין זה.

סוף דבר

44. התוצאה היא שדין הערעור להתקבל, כך שפסק דינו של בית המשפט המחוזי יתבטל והחלטתה של ועדת הערר מיום 17.4.2011 לדחות את תביעת המשיבות תישאר על כנה. בשים לב להיבטים התקדימיים של הדיון ולכך שברקע הדברים נמצא היתר בנייה שנתנה המבקשת שלא כדין, תשא המשיבה 1 בהוצאות המבקשת בשיעור מופחת של 20,000 שקל והמשיבה 2 תשא בהוצאות המבקשת בסך של 5,000 שקל.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז. המנעד שבו נעה הפרשנות ליישום סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 בענייננו הוא בין

מועד אישורה של התכנית לבין מועד מימושה, קרי הוצאת היתר הבניה. סעיף 197 הוא ביטוי הוגן לצדק חלוקתי, אך כעולה מחוות דעת חברתי, החובה הקונקרטי, להבדיל מן החובה העקרונית, המוטלת על הרשות לפצות בעלי מקרקעין על פגיעה, צריכה בנסיבות דנא לחול כאשר התכנית קורמת עור וגידים לכלל מימוש, קרי, הוצאת היתר הבניה. הטעמים לכך הוסברו בחוות דעת חברתי.

ב. אמנם, סעיף 197 הוא מעין "תמונת ראי" לסיטואציות בהן נדרש בעל נכס לשותף את הציבור ברווח שצמח לו מפעולות תכנוניות, כגון על-ידי תשלום היטל השבחה לפי סעיף 196 א לחוק התכנון והבניה והתוספת השלישית; ראו לאחרונה דברי השופט עמית ברע"א 3002/12 הודעה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' רון (15.7.14), פסקה 48:

"עקרון היסוד העומד בבסיס החיוב בהיטל השבחה הוא עקרון של צדק חלוקתי. משמעות הדבר כי המתעשר בגין פעולות תכנון של הועדה המקומית, ראוי כי ישתף את הציבור בהתעשרותו".

סעיף 197 בא – מנגד – לפצות מי שבשל תכנית נפגעו מקרקעיו, ועל כן על הציבור להשתתף (בכפוף לפטורים שבסעיף 200) בנזק שנגרם לו. האתגר החוזר ונשנה הוא מועד היישום.

ג. והנה ההשבחה נגזרת מאישור התכנית (ראו בפסקה 49 ברע"א 3002/12). ישאל איפוא השואל, מדוע בענייננו היתר הבניה הוא הקובע לצורך הפיצוי לפי סעיף 197? התשובה הנקודתית בנידון דידן, כעולה מפסקה 29 לחוות דעת חברתי, היא כי התכנית נשוא דיוננו, תמ"א 36 – היא תכנית מתאר ארצית שאין בה קונקרטיזציה, וכדברי חברתי, "ממילא, אין בה כדי 'לסמן' מקרקעין מסוימים כמקומות המיועדים באופן מיוחד להצבת מתקני שידור סלולאריים. לכן, רק לאחר שהוצאו היתרים מכוחה של התכנית, ניתן לדעת היכן יוקמו מתקני שידור, ובהתאמה אילו מקרקעין עשויים להיפגע כתוצאה מסמיכותם למקום שבו יוקם מתקן שידור". והנה נוכח זאת גם החליט שר הפנים לאפשר תביעה לפי סעיף 197 בכגון דא לאחר היתר בניה או הקמה, מעבר לשלוש השנים שברגיל מפרסום תכנית, ובכך מענה לקושי המשמעותי שעלול היה להיווצר בפרופוזיציה של הצמדת התביעה למועד אישור התכנית, להבדיל מהיתר הבניה (פסקה 37 בחוות דעת חברתי).

ד. בנסיבות הספציפיות של המקרה ניתנת איפוא תשובה לקושיית המועד, ותרופתה בצדה על-ידי הארכת המועד.

ה. בסופו של יום, השאלה היא של הגינות כלפי כולי עלמא. מצדי אטעים כי ההגינות היא הדדית, וזאת על הרשויות ועל בתי המשפט להציב לנגד עיניהם כעמוד אש וענן, וככוכב צפון; הגינות, הגינות, הגינות – הגינות הרשות כלפי היחיד והגינות היחיד (גם הוא) כלפי הרשות. גם בנידון דידן לא ננעלו איפוא דלתי סעיף 197 לעתיד לבוא, כפי שציינה חברתי (פסקאות 39-40), וכאמור אצטרף לדעתה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק ארז.

ניתן היום, כ"ד בתמוז התשע"ד (22.7.2014).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט