

בתי המשפט

עתמ 001183/06	בית המשפט המחוזי תל – אביב יפו
	בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

בפני כב' השופט עוזי פוגלמן**בעניין:**

1. ועד הבית ברח' אינשטיין 34 ת"א
 2. ועד הבית ברח' אינשטיין 36 ת"א
 3. ועד הבית ברח' סטימצקי 6-8 ת"א
 4. ועד הבית ברח' ברזיל 1 ת"א
 5. ליהקום בע"מ
 6. ועד הבית ברח' בורל"א 48 ת"א
 7. ועד הבית ברח' בורל"א 50 ת"א
 8. ועד הבית ברח' בורל"א 54 ת"א
 9. ועד הבית ברח' בורל"א 43 ת"א
 10. ועד הבית ברח' סטימצקי 9 ת"א
 11. ועד הבית ברח' שמואל תמיר 3 ת"א
 12. וייס דלית
 13. ברק הנדלמן
 14. שנטל גולן
 15. ד"ר קמין ביילסקי
 16. עדנה וולף
 17. סובול פנינה
 18. לורה לויט
 - 19-58. דיירי בתים ברח' אינשטיין, סטימצקי, בורל"א, שמואל תמיר וברזיל
- ע"י ב"כ עוה"ד ליאור כץ וזאב זייטמן

העותרים**נ ג ד****1. עיריית תל אביב**

2. הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב**3. פלאפון תקשורת בע"מ****4. פרטנר תקשורת בע"מ****5. משרד הפנים****6. המשרד לאיכות הסביבה**

המשיבות 1-2 ע"י ב"כ עו"ד ניר מועלם

המשיבה 3 ע"י ב"כ עוה"ד תמר מגדל ועו"ד לימור

שטרית

המשיבה 4 ע"י ב"כ עוה"ד יעקב כהן וליאת

וולנובסקי

המשיבים 5-6 ע"י ב"כ עוה"ד אפרת איצקוביץ ועדי

ניר בנימיני

המשיבים

מיני-רציו :

* תכנון ובנייה – היתר בנייה – בטלותו

* תכנון ובנייה – תכניות – פירושן

* משפט מינהלי – הליך מינהלי – פגמים

הדיון נסב אודות שאלת חוקיותם של היתרי הבנייה שניתנה לחברות הסלולאריות להקמת מתקני שידור סלולריים בגובה 30 מטר בשכונת רמת אביב. לטענת העותרים, ההיתרים מנוגדים להוראות סעיף 23.1 לתמא 36/א האוסרת להקים מתקני שידור על הקרקע באזור בניה עירונית.

ביהמ"ש לעניינים מינהליים קיבל את העתירה ופסק כי:

תכנית, כמשמעותה בחוק התכנון והבניה, היא בגדר "חיקוק" ופרשנותה מסורה לבתי המשפט בהתאם לכללי הפרשנות הנוהגים ביחס לדברי חקיקה.

במקרה הנן, הכלל שקובעת התכנית הוא שלא תותר באזור בניה עירונית הקמת אתר שידור על הקרקע. הוראת סעיף 23.1 לתכנית בה עסקינן הינה החרגה. כאשר מתקן השידור ניתן לשילוב עם מתקן תשתית אחר באזור הבניה העירונית, וכאשר – נוכח קיומו של מתקן התשתית האחר - ממילא נעשה שימוש במשאב הקרקע והפגיעה הסביבתית או הנופית כבר קיימת, ניתן להתיר את הקמת מתקן השידור בתנאי שישולב במתקן התשתית. זאת, בכפוף למגבלה על הגודל המירבי של המבנים הנלווים כקבוע בסעיף, ובכפוף לשילוב בסביבה על פי הנחיות מהנדס הועדה המקומית. באופן כזה לא יידרש ניצול נוסף של משאבי קרקע והפגיעה הסביבתית והנופית שנגרמה, תנוצל להשגת תכלית ציבורית נוספת.

לא ניתן להתיר הקמתו של מתקן תשתית חדש רק על מנת ל"הכשיר" את הדרך להקמת מתקן השידור. נקיטה בדרך פרשנית מעין זו תאפשר עקיפה מלאכותית של האיסור על הקמת אתר שידור על הקרקע באזור בניה עירונית. על מנת למנוע סיכול התכלית התכנונית, הרי בכל מקרה בו מבוקש להקים מתקן

תשתית חדש באזור בניה עירונית ולצרף אליו מתקן שידור, על הרשויות המוסמכות להשתכנע כי קיים צורך ציבורי ממשי במתקן התשתית, וכי צורך זה הינו עצמאי ועומד בפני עצמו גם ללא זיקה להקמתו של מתקן השידור. באופן כזה ניתן יהיה להבטיח שמירה על תכליות התכנית, מבלי לשלול את אפשרות השילוב עם מתקני תשתית, כאשר קיים טעם אמיתי המצדיק זאת.

במקרה דנן, אין כל אינדיקציה, ואף אין כל טענה, כי היה צורך ציבורי עצמאי בהתקנת עמודי תאורה חדשים. אין מנוס מן המסקנה כי תכליתם הבלעדית של ההיתרים שניתנו היא הקמת מתקני שידור. הפועל היוצא הוא שלא מתקיים החריג שנקבע בהוראת סעיף 23.1 לתכנית, וההיתרים שניתנו לחברות חורגים מהוראות תמא א/36, ועל-כן, דינם להתבטל.

בנסיבות העניין, היתרי הבנייה בטלים גם משום שאין תוקף חוקי לאישור שניתן למיקום התרנים על-ידי אדריכלית העיר, שכן אין היא הגורם המוסמך לכך.

במקרה דנן, לא ניתן לקבל את טענת החברות, לפיה אינטרס ההסתמכות שלהן מצדיק השארתו של המצב הקיים בעינו. הפגם שנפל הוא בדרגת חומרה גבוהה. לא ניתן להשלים עם היתר אשר חורג מהתכנון התקף; מה גם שהאישור להקמת התרנים במיקומם הנוכחי, לא ניתן על ידי הרשות המוסמכת. אישור כזה לא יכול להיוותר על כנו ואחת דינו- להתבטל.

כאשר הפגם שנפל בהסדר או בהוראה מחייב ביטול מעשה המינהל, לא בהכרח יהיה הביטול מיידי. ביהמ"ש יכול להצהיר כי ההסדר או ההוראה יהיו בטלים ממועד מסוים בעתיד, כפי שביהמ"ש יקבע, ועד אז ההסדר או ההוראה, אף שהם פגומים, יישארו על כנם ובתוקפם. משכה של התקופה צריך להיגזר לא רק מחומרת הפגם, אלא גם מהאינטרסים השונים העומדים על כפות המאזניים, אינטרס הציבור, אינטרס החברות ואינטרס העותרים. האיזון יערך על פי נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה לגופו.

במקרה דנן, פעלו החברות תוך הסתמכות על האישורים שניתנו להן, וכיום משמשים המתקנים כחלק ממערך התשתית התקשורתית באזור (חלף אנטנות אחרות שפורקו, שאחת מהן הוקמה שלא כדין ובלא שניתנו ההיתרים הנדרשים). הפסקת פעילות מיידי של המתקנים עלולה לשבש את שירותי התקשורת המוענקים לציבור הרחב. מאידך יש ליתן את הדעת לאינטרס העותרים לקבלת סעד אפקטיבי במהירות הראויה. היות שקיים תכנון תקף, וניתן להסתפק בהליך רישוי "רגיל", שהוא מטבע הדברים קצר יותר מאשר הליך של שימוש חורג, יש להשעות את הצהרת הבטלות למשך פרק זמן של שמונה חודשים.

פסק דין

1. עניינה של עתירה זו בחוקיות היתרי בנייה שניתנו למשיבה 3 (להלן: "פלאפון") ולמשיבה 4 (להלן: "פרטנר"), להקמת מתקני שידור סלולריים, המוצבים על תרנים קרקעיים בגובה של 30 מטר, בצומת הרחובות אינשטיין ונמיר בתל – אביב.
- העותרים (למעט העותרת 5) הינם נציגויות של בתים משותפים וכן דיירים בבתי המצויים ברחובות סמוכים למתקני השידור. העותרת 5 הינה חברה קבלנית, שבונה בנין מגורים בן 13 קומות בסמוך לתרנים שהוקמו.

קודם שזקק לטענות שבעתירה, נבקש לעמוד על הרקע העובדתי הצריך לעניין, על התשתית הנורמטיבית, ועל טיעוני הצדדים.

רקע עובדתי

תורן פלאפון

2. בעקבות בקשה שהגישה פלאפון למשיבה 2, נמסר לחברה מידע לפיו יש להתאים את הבניה המבוקשת להוראות "תכנית מתאר ארצית לתקשורת – תמ"א 36 – חלק א', מתקני שידור קטנים וזעירים" (להלן: "התכנית" או "תמ"א 36/א"). לאחר הגשת בקשה להיתר בנייה מטעם פלאפון, החליטה **רשות הרישוי**, כמשמעותה בסעיף 30 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה – 1965 (להלן: "רשות הרישוי"), בעקבות קבלת חוות דעת אדריכלית, ליתן לפלאפון היתר בניה. ההיתר (מיום 24.7.05) ניתן להגבת עמוד תאורה עירוני קיים מס' 18 (בצומת הרחובות אינשטיין ונמיר, מדרום מערב לצומת), עד לגובה של 30 מטר.

מכאן לכאן ביקשה פלאפון היתר הקמה והפעלה מן הממונה על קרינה סביבתית במשרד לאיכות הסביבה (להלן: "הממונה"). הממונה מוסמך ליתן היתרים להקמתם של מכשירי קרינה, לפי תקנות הרוקחים (יסודות רדיואקטיביים ומוצריהם), תש"ס – 1980 (להלן: "תקנות הרוקחים"). בשלב הראשון הוגשה בקשה להיתר הקמה, בצירוף "דו"ח הערכת סיכונים תיאורטי". בבקשה נכללים פרטים מלאים על המתקן, מיקומו, השפעתו על הסביבה, הספק ונתונים טכניים נוספים. לאחר שהנתונים הניחו דעתו של הממונה, ניתן לחברה היתר להקמת מתקן השידור. קבלת היתר ההקמה היתה תנאי לקבלת היתר הבנייה.

קודם להקמת התורן בפועל, התקבלה חוות דעת מאגף המים של העירייה, לפיה בקרבת הצומת מצויים צינורות מאסבסט- צמנט. נמצא כי מטעם זה יש להסיט את מיקומו של המתקן.

הלשכה המשפטית של העירייה מסרה חוות דעתה בכתב (ביום 12.12.05), לפיה נוכח האישורים שניתנו, ובהתחשב באישור רשות הרישוי, לא נדרש אישור נוסף של רשות הרישוי לשינוי המיקום, ואף לא נדרש תיקון ההיתר. לפי חוות דעת זו ניתן להסתפק באישור אדריכלית העיר בלבד. כך אכן נהגה החברה, ולאחר קבלת אישור האדריכלית לשינוי המיקום, הקימה את מתקן השידור ביום 27.12.05, במיקום שאושר על ידי האדריכלית (שאינו המיקום שמופיע בהיתר הבנייה, שניתן בעקבות החלטת רשות הרישוי).

לאחר הקמת מתקן השידור, ובהסתמך על מדידות קרינה שנערכו בסביבת מוקד השידור, בהתאם להנחיות המקצועיות של המשרד לאיכות הסביבה, נתן הממונה לחברה, ביום 11.1.06, היתר הפעלה למתקן השידור.

תורן פרטנר

3. הליך רישוי דומה, הגשת בקשה להיתר לועדה המקומית והגשת בקשה להיתר הקמה והפעלה לממונה, התקיים גם בעניינה של פרטנר.

רשות הרישוי החליטה ביום 6.3.05 לאשר את הבקשה להיתר. ביום 7.7.05 ניתן היתר בנייה להחלפת עמוד תאורה עירוני קיים, מס' 17, והקמת עמוד תאורה חדש בצומת רחובות נמיר-אינשטיין, המשולב עם מתקן שידור סלולארי, עד לגובה של 30 מ', בצפון מערב הצומת. גם פרטנר, בדומה לפלאפון, הקימה את התורן בסטייה מן המיקום אשר אושר בהיתר הבנייה שניתן לפי החלטת רשות הרישוי, במיקום אחר שאושר על ידי אדריכלית העיר.

העותרים, שלא היו שותפים להליכי הרישוי (שכן במתכונתה הנוכחית של התכנית לא נדרש יידוע ושיתוף הציבור בהליך), גילו כי הותקנו בקרבת מקום מגוריהם "מתקני שידור סלולריים ענקיים הכוללים תרנים עצומי מימדים המתנשאים לגובה 30 מטר". בעקבות פנייה מטעם לועדה המקומית וקבלת נתונים המתייחסים להליך הרישוי, הוגשה העתירה שלפנינו. במסגרת העתירה נטען – בין היתר – כי ההחלטה ליתן היתרים התבססה על נתונים כוזבים, תוך העלמת בנין המגורים החדש שמוקם על ידי העותרת 5.

ואכן בתגובת המשרד לאיכות הסביבה לבקשה למתן צו ביניים (מיום 21.2.06) הובהר, כי בדו"ח המדידות שהוגש על ידי פרטנר לצורך קבלת היתר הפעלה, אין התייחסות לבנין המגורים המוקם. משכך הודיע המשרד כי "לא יינתן, בשלב זה, היתר הפעלה למוקד השידור הנ"ל".

בתגובה משלימה מיום 15.3.06 הודיע המשרד לאיכות הסביבה כי "מטעם חברת פרטנר הוגש דו"ח מדידות מתוקן למשרד לאיכות הסביבה אשר, למעשה, "ריפא" את הפגמים שנפלו בדו"ח הראשון שהוגש. לאחר שהדו"ח נבדק על ידי הגורמים המוסמכים ולאחר שנמצא כי רמות הקרינה שנמדדו עומדות בתקנים, ניתן לחברת פרטנר היתר הפעלה".

תמ"א 36/א'

4. הליכי הרישוי עליהם עמדנו, נעשו בהתאם להוראות תמא 36/א', שפורסמה למתן תוקף ביום 30.5.02. התכנית הוכנה לאחר שנמצא כי לציבור ולרשויות המוסמכות להיתר הקמת מתקני שידור, ומתקנים סלולריים בפרט, חסרה מסגרת מכוונת אחידה לטיפול בבקשות להיתר. דבר זה הוביל להעדר אחידות באמות מידה שנקטו על ידי הועדות המקומיות ולעיכובים בהליכי הרישוי. בשלב הראשון הוחלט לקדם תמ"א חלקית – תמא 36/א- אשר תסדיר את הליכי הקמתם של מתקני שידור קטנים וזעירים ובכללם מתקני התקשורת הסלולרית.

העקרונות העומדים בבסיס התכנית החלקית, אשר מאוזכרים בדברי ההסבר של התכנית, ובסעיף 2 המצהיר על מטרותיה, הינם לאפשר כיסוי לשידור וקליטה של תקשורת אלחוטית בכל שטח מדינת ישראל, בכפוף לעקרונות הבאים: עקרון השמירה על בטיחות מפני השפעות קרינה, עקרון מזעור הפגיעה בנוף ועקרון פישוט וייעול הליכי הרישוי וההקמה.

במסגרת מסלול הרישוי בו עסקינן, ניתן ההיתר על ידי מוסד תכנון המוסמך לתת היתר בנייה. התכנית מגדירה מסגרת מסדירה ומכוונת להליך של בקשה להיתר, לרבות פירוט מסמכים ואישורים שיש להגיש.

דברי ההסבר של התכנית, עומדים על האיזון אותו מבקשת היא להתוות:

"במצב העניינים הנוכחי, קיימים בקרב הציבור חשש וחוסר אמון במפעילי מתקני התקשורת הסלולרית ובגורמים המאשרים את הקמתם.... מן הצד השני דורש אותו ציבור לשפר את השירות של התקשורת האלחוטית (כיסוי טוב יותר איכות קליטה וכד') והמפעילים שמתחרים על ציבור זה, שואפים לשפר את התקשורת לשם כך, ויוצרים לחץ לזרז הקמת מתקני שידור נוספים (או בפריסה שונה). החשש מהפגיעה לכאורה שגורמת הקרינה האלקטרומגנטית מצד אחד, והרצון לשפר ולהגביר את הפיתוח הטכנולוגי באמצעות תקשורת אלחוטית מן הצד השני, מייצגים מגמות מנוגדות וסותרות אשר יש לפשר ביניהן ולמצוא את נקודת האיזון. נקודה זו עשויה להימצא לאחר שהציבור יוכח לדעת כי מתקני השידור הוקמו לאחר שהובטחה עמידה במגבלות שנקבעו על בסיס מדעי. עמידה זו במגבלות מובטחת על ידי חובת קבלת האישורים הרלבנטיים על ידי גוף מקצועי ממלכתי ואובייקטיבי המוסמך על פי חוק לאשר שאין בהקמת המתקנים משום סכנה...".

דברי ההסבר לתמ"א 36- תכנית מתאר ארצית לתקשורת

www.moin.gov.il/Moin/Tama_HESBERvisual1.html

בטיחות הינה אפוא נושא מרכזי בהליך הרישוי. היתר בניה ניתן רק לאחר אישור הממונה (שהוא הגורם המוסמך, כאמור, גם לפי תקנות הרוקחים) לעמידה בטווחי הבטיחות שנקבעו בתכנית. בנוסף נקבעו הוראות שתכליתן להביא לידי מזעור הפגיעה בנוף, חלקן בדרך של מגבלות מחייבות וחלקן בדרך של מסגרת כללית המהווה בסיס להפעלת שיקול דעתן של רשויות התכנון. כמו כן נקבעו גורמים נוספים שאישורם נדרש כתנאי למתן היתר.

5. כאן המקום לעמוד על ההוראות אשר נוגעות למחלוקת שבין הצדדים. המקרקעין נושא העתירה הינם איזור בניה עירונית, כמשמעותו בתכנית. סעיף 19 לתכנית אוסר הקמת אתר שידור על הקרקע באזור בנייה עירונית. חריג לכך הינה הוראת סעיף 23.1 שכותרתו: "הצטרפות והשתלבות עם עצמים ומבנים קיימים". ההוראה קובעת לאמור: **"באזור בניה עירונית תותר הקמת מתקן שידור קטן שלא על גג מבנה בתנאי שישולב במתקני תשתית ושהגודל המירבי של המבנים הנילוים לא יעלה על 1.9 X 1.9 מ' ובכפוף לשילוב בסביבה על פי הנחיות מהנדס הועדה המקומית".**

הוראה זו עומדת בלב המחלוקת בין הצדדים. בעוד שהעותרים טוענים כי התרנים נושא העתירה אינם משולבים במתקני תשתית קיימים, טוענות פלאפון ופרטנר (להלן – החברות) וכן הועדה המקומית, כי ההיתר עונה על דרישת סעיף זה. נשוב למחלוקת זו בהמשך דברינו.

הליכים לשינוי תמ"א 36/א

6. בעקבות הניסיון שהצטבר מאז כניסת התכנית לתוקף, ניתנו על ידי המועצה הארצית הוראות לעריכת שינויים בתכנית. לאחר עריכת התכנית, נמסר העתק ממנה לוועדות המחוזיות, בהתאם להוראת סעיף 52 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה – 1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה"). השינויים התייחסו, בין היתר, ליידוע הציבור באזור מגורים כתנאי למתן היתר; להרחבת שיקול הדעת של הוועדות המקומיות בדיון בבקשה להתיר מתקן שידור; וכן להיקף השיפוי שיוטל על מבקש ההיתר בגין פיצויים, ככל שתחויב בהם ועדה מקומית, בשל מתן ההיתר. התכנית הונחה לפני הממשלה יחד עם הערות הוועדות המחוזיות, לפי סעיף 53 לחוק התכנון והבניה. בין השינויים המוצעים, גם הצעה לתיקון סעיף 23.1 לתמא 36/א, שאוזכר לעיל (הצעה עליה נעמוד בהמשך הדברים).

7. ביום 24.7.05 החליטה הממשלה כך:

"להטיל על ועדת מנכ"לים לבחון את הנושאים שהועלו בדיון ולהציג, תוך חודש ימים, הצעה מתואמת ומסוכמת. בתקופת הביניים (עד לסיום הדיון בממשלה) החברות הסלולריות תתחייבנה לא להקים אנטנות חדשות מעבר ל – 3 מטר גובה".

הרכב ועדת המנכ"לים, בראשה עומדת המנהלת הכללית של המשרד לאיכות הסביבה, נקבע אף הוא בהחלטה.

8. ועדת המנכ"לים, קיימה את הבחינה שהוטלה עליה בהחלטת הממשלה ולאחר שמיעת גורמים נוגעים בדבר, המליצה בפני הממשלה כלהלן:

- א. לאמץ את העקרונות העומדים בבסיס השינוי שהוצע לממשלה, בשינויים נוספים, שמטרתם להפחית את מספר התרנים הגבוהים המוקמים על קרקע ומבנים באזורי בניה עירונית ולעודד הקמת מתקני שידור קטנים בפריסה צפופה יחסית.
- ב. להנחות את הרשויות המקומיות לפעול ככל האפשר לשילוב אנטנות בתשתית עירונית קיימת.
- ג. הסדרת ארבעה מסלולי רישוי שונים, בהתחשב בסוג מתקני השידור, גודלם, רמת הקרינה מהם ומידת השפעתם על הסביבה והנוף.
- ד. קביעת הסדרים שיביאו לידיעת הציבור מידע לגבי הקמת מתקני שידור סלולאריים, ויאפשרו שיתופו בהליכי התכנון.
- ה. הרחבת שיקול דעת הרשות המקומית בהחלטה אם ליתן היתר לפי התכנית.
- ו. קביעתו של מנגנון שיפוי, בהיקף שייגזר ממידת מעורבותה של הרשות המקומית בהליך התכנון ומהיקף שיקול הדעת שיוקנה לה.

המלצות ועדת המנכ"לים הונחו בפני הממשלה, וזו החליטה, ביום 11.12.05, בזו הלשון:

**"א. הממשלה רושמת לפנייה את המלצות ועדת המנכ"לים לענין פריסת מתקני שידור סלולאריים.
 ב. בהתאם להוראות סעיף 53 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה – 1965, להחזיר את תכניות תמא 1/א/36 ותמ"א 36/ב' לדיון חוזר במועצה הארצית לתכנון ולבניה, אשר במסגרתו ייבחנו המלצות ועדת המנכ"לים."**

לשון אחר – הדיון בהצעות השינוי טרם הושלם, וממילא התכנון התקף בשלב הנוכחי, הינו הוראות תמא 36/א, והוראות אלה בלבד. נחזור לדון בהצעות השינוי ובנפקות שנודעת להן - אם בכלל - אגב התייחסות לטיעוני הצדדים המתבססים גם על הצעות אלה.

טיעוני הצדדים

9. העותרים טוענים כי היתרי הבניה מנוגדים להוראות תמא 36/א. התכנית אוסרת להקים מתקני שידור על הקרקע באזור בניה עירונית. המתקנים הנדונים לא הוקמו לפי סעיף 23.1 לתכנית, שכן אין הם משתלבים במתקני תשתית קיימים. הרכיב הדומיננטי בשילוב כאמור, חייב להיות מתקן התשתית הקיים, אשר בו ניתן לשלב גם מתקן שידור קטן. להבדיל מכך, במקרה דן השימוש העיקרי והדומיננטי הוא לתקשורת סלולרית. לא היה צורך בהקמת עמוד תאורה בגובה 30 מ', כאשר עמודי התאורה הקיימים הינם בגובה 12 מ' בלבד. יש לפרש את סעיף 23.1 בקנה אחד עם מטרות התכנית האוסרות על הקמת תרנים קרקעיים בעיר. בנסיבות שלפנינו, התרנים אינם משתלבים בסביבה, ובולטים כעצם זר ויוצא דופן בגובהם הרב. עוד נטען, כי שטח המבנה הנלווה לתורן פלאפון, חורג מן הגודל המירבי שנקבע בסעיף 23.1 לתכנית. לחלופין מציינים העותרים כי לא נשמרו בין מתקני השידור המרחקים המינימליים הקבועים בתכנית. העותרים טוענים עוד כי הבקשות להיתר לא נחתמו בידי בעלי הזכויות בקרקע וכי ההחלטה ליתן היתרים התבססה על נתונים כוזבים שנמסרו לעירייה. במישור אחר מוסיפים העותרים כי בניית המתקנים נעשתה בניגוד להיתר הבנייה, שכן לפלאפון הותרה הגבהתו של עמוד תאורה עירוני, בעוד שבפועל הוקם עמוד ענק מחוץ לשורת עמודי התאורה. לפרטנר הותרה החלפת עמוד תאורה עירוני מס' 17 בעמוד חדש, בעוד שבפועל הוקם העמוד במיקום אחר (כפי שהובהר לעיל). לטעמם של העותרים הקמת המתקנים מנוגדת להחלטת הממשלה מיום 24.7.05, המפרטת התחייבות החברות הסלולריות לא להקים בתקופת הביניים שנזכרה שם אנטנות חדשות בגובה החורג משלושה מטר. בנפרד מכך נטען כי ההחלטה ליתן היתרי בנייה לחברות הינה רשלנית, לא הגיונית ולא סבירה. העותרת 5 רכשה מן העירייה זכויות במקרקעין עליהם מוקם מבנה מגורים חדש בן 13 קומות. הקמת האנטנות מסכלת אפשרות מעשית למכור דירות בפרויקט. כפועל יוצא, כך הטענה, צפויה הקופה הציבורית לשאת בנזקים העצומים הצפויים מכך. במועד הדיון העלה ב"כ העותרים טענה חדשה, לה לא היה ביטוי קודם בכתבי הטענות, לפיה הוראות סעיף 23.1 בטלה בשל כך שלא נכללה בנוסח שהועבר להערות הועדות המחוזיות.

10. המשיבות 1-2 (להלן: "העירייה") סבורות כי ההחלטה ליתן את היתרי הבניה הינה סבירה וחוקית. עמודי התשתית ממלאים פונקציה כפולה: תאורה ומתקן שידור זעיר ואין נפקות מהו האלמנט הדומיננטי. מכאן שההיתר מצוי בגדרו של סעיף 23.1 לתכנית. גם המגמה המסתמנת בהמלצת ועדת המנכ"לים הינה להתיר הגבהת עמודי תאורה קיימים בהתאם לתכנית פריסה מתואמת. היצמדות למתקן תשתית קיים יכולה להיעשות בכפוף להתאמתו לסביבה ובכפוף לחוות דעת אדריכלית חיובית. במקרה זה מדובר אכן בגובה חריג לעומת עמודי התאורה, אך לא ביחס לסביבה. אלטרנטיבה אפשרית למיקום הנוכחי הינה הכנסת מתקני השידור ללב שכונת המגורים. דא עקא שאפשרות זו רצויה פחות. האישורים הסביבתיים הנדרשים נתקבלו והמתקנים עומדים בטווחי הבטיחות החלים בענייננו. המתקן הנלווה עומד אף הוא במידות הקבועות בתכנית והחריגה הנטענת מתייחסת למידות המשטח עליו ניצב המבנה, עליו לא חלה מגבלת הגודל הקבועה בסעיף.

הזאת העמודים אינה לוקה בחוסר סבירות, שכן לא נעשה שינוי מהותי בתורן והמיקום אושר על ידי הממונה. שלא כנטען על ידי העותרים, מופיעה חתימת בעלי המקרקעין על הבקשה להיתר. לרשות החברות עמדו היתרי בנייה מאושרים כדן, טרם ההקמה בפועל, וקודם שניתנה החלטת הממשלה מיום 24.7.05. בהיתרים אלו- לשיטת העירייה – לא נפל פגם המצדיק התערבות. בצד האמור גורסת העירייה כי ממועד החלטת הממשלה האמורה ואילך עד להשלמת הדיון בהצעת התיקון לתמא א/36, אסור היה להקים בפועל אנטנות חדשות שגובהן עולה על 3 מטר, נוכח הקביעה בהקשר זה בהחלטה האמורה.

11. פלאפון טוענת כי היתר הבנייה תואם את הוראות התכנית, שכן מדובר במתקן שידור המשתלב במתקן תשתית, בהתאם להוראת סעיף 23.1 לתכנית. לפי סעיף זה אין מניעה להחליף עמוד תשתית אחד באחר ו/או להקימו מחדש באופן שישתלב עם מתקן התקשורת. תימוכין לגישה זו מוצאת פלאפון בהמלצות הועדה לנושאים תכנוניים עקרוניים (להלן: "ולנת"ע") לשינוי הוראות תמא א/36.

פלאפון מוסיפה כי לא קיימת לפי הסעיף מגבלה בהתייחס להגבהת התורן (להבדיל מהגבלת גובה מירבי של 4 מ', המצויה בהמלצות ועדת המנכ"לים, שטרם קיבלו לבוש סטוטורי). שאלת השתלבות המתקן בסביבה היא שאלה תכנונית מובהקת, שבית המשפט לא יראה להתערב בה. זאת נוכח מאפייני האזור, צומת מרכזי וסואן, שבו מתקני תשתית רבים, קווי חשמל, תאורה ורמזורים. המיקום שנבחר מתאים יותר מחלופות אחרות, הצבת אנטנות במספר רב על בנייני המגורים עצמם.

לשיטתה, תפקידו של משרד הפנים הסתיים עם השלמת הליכי התכנון, ולכן אין להיזקק לעמדתו באשר לפרשנות התכנית, ויש להעדיף את עמדת מוסד התכנון אשר דן בבקשה להיתר. פלאפון מבהירה כי מגבלות המרחקים המופיעות בתכנית, עוסקות באזורים פתוחים וכפריים בלבד, ואין להם נגיעה לענייננו.

עוד נטען כי פלאפון הסתמכה בתום לב על החלטת הועדה המקומית, לאחר שניתנו לה כל האישורים הנדרשים. בהליך זה הושקעו משאבים רבים, וזהו המתקן היחיד של החברה באזור

הצפוני של תל-אביב. הפסקת פעולת המתקן תסב נזק חמור ליכולת השידור והקליטה, ואף תביא להעדר קליטה מוחלט באזורים סמוכים לאתר.

פלאפון מדגישה כי מאחורי טענות העותרים מסתתרת טענת NIMBY (שמשמעותה – not in my back yard), היינו, על אף שאין חולק על הצורך בתקשורת סלולארית, איש אינו מעוניין כי יותקנו מתקנים בקרבתו. טענה זו אינה מקימה עילה להתערבות משפטית. יש לספק לציבור תקשורת זמינה רצופה ואמינה, תוך הקפדה על מניעת סיכוני קרינה, כפי שנעשה במקרה דנן ומובהר בעמדת הממונה והמשרד לאיכות הסביבה.

בהתייחס להחלטת הממשלה מיום 24.7.05 נטען, כי אם ניתנה התחייבות החברות, תחולתה היתה בתקופת הביניים עד לקיום הדיון בממשלה ביום 11.12.05, מועד בו הועבר הנושא להמשך דיון במועצה הארצית לתכנון ולבניה.

פלאפון מוסיפה כי הטענה בדבר הכנסת סעיף 23.1 לתמ"א בלא הערות הועדות המחוזיות, הינה בבחינת הרחבת חזית אסורה. גם לגוף העניין אין ממש בטענה שכן תולדת הסעיף היתה בהערה של רשות תכנון, ולא נדרשת העברה נוספת של ההערות לוועדות המחוזיות.

פלאפון כופרת בזכות העמידה של נציגויות הבתים המשותפים ושל הדיירים שפרטיהם המלאים לא פורטו בעתירה.

12. פרטנר כופרת אף היא במעמד העותרים. לטעמה, עיקר המחלוקת נסב בפועל על הנזקים אשר העותרים טוענים כי ייגרמו להם ולא על היבטים תכנוניים. מטעם זה יש, לטעמה, לדחות את העתירה על הסף.

ייאמר, במאמר מוסגר, כבר בשלב זה, כי אין יסוד לטענות שעניין העדר זכות עמידה. העתירה מתייחסת לחוקיות פעולות מוסדות התכנון, אשר נבחנות על יסוד אמות המידה הקבועות במשפט המנהלי. לעניין המעמד, די בעתירתן של העותרת מס' 5 ושל המצהירה מטעם העותרים, שהינה דיירת ברחוב בורלא 50. לשתי אלה אינטרס מוחשי ממשי וישיר בעניינה של העתירה, אשר יש בו כדי להקנות להן מעמד בדין. למותר הוא אפוא להיזקק לטענות בדבר מעמד נציגויות הבתים, והדיירים שפרטיהם לא הובאו במלואם.

לגוף העניין מצדד פרטנר בטענות פלאפון בהתייחס לסבירות ההיתר ועיגונו בהוראות התכנית, כמו גם בטיעונים הנוספים שמעלה האחרונה בתמיכה לטענתה כי יש לדחות את העתירה. עוד מבהירה היא כי גם אם יימצא שנפלו פגמים בהליך, ניתן להכשיר את החלטת הועדה המקומית מכוח דוקטרינת הבטלות היחסית. בנסיבות המקרה, כאשר מחד לעותרים לא נגרם נזק וקיים ספק בדבר מעמדם, ומאידך הסתמכה פרטנר על ההחלטה המנהלית, התקשרה בהתחייבויות והוציאה הוצאות כספיות גבוהות, אין להורות על בטלות ההיתר. לחלופין, אם יוחלט לבטל את ההיתר יש לקצוב לפרטנר פרק זמן לפעול להסדרת פעולת מתקן התקשורת, במיקומו או במיקום חלופי.

13. המשרד לאיכות הסביבה עומד בתגובתו על פרטי הליך הבדיקה הדו שלבי הקודם להענקת היתר הקרינה על ידי הממונה, ועל המדידות שנעשות גם לאחר שניתן היתר ההפעלה על

מנת להבטיח עמידתן של החברות הסלולאריות בתנאי ההיתר. בקביעת רמות החשיפה המירביות המותרות, פועל הממונה על פי המלצות הועדה הבינלאומית להגנה מפני קרינה בלתי מייננת – ICNIRP, כמקובל בעולם המערבי. חרף הדעה הרווחת כיום בקרב מדענים וארגוני בריאות בין לאומיים, לפיה אין השפעות בריאותיות מזיקות לבני אדם כתוצאה מחשיפה לקרינה בתדרי רדיו מתחת לרמה המומלצת על ידי ICNIRP, החליט הממונה בשנת 2001 לקבוע סף חשיפה מחמיר יותר בהתייחס למקומות בהם שוהים בני אדם דרך קבע, כגון מגורים או עבודה. סף זה נקבע על ידי הממונה בשיעור של 10% בלבד מהרמה המומלצת לעניין קרינה בתדרי רדיו על ידי ICNIRP. הממונה מוסיף ומזכיר את הוראות חוק הקרינה הבלתי מייננת, התשס"ו-2006 שפורסם בחודש ינואר האחרון וייכנס לתוקף בינואר 2007, שנועד אף הוא להגן על הציבור ועל הסביבה מפני השפעות מזיקות של חשיפה לקרינה בלתי מייננת. הממונה מדגיש כי תהליכי הבדיקה במקרה הקונקרטי העלו כי הפעלת המתקנים תואמת להנחיות המשרד ולכללים הנוהגים, ולפיכך בדיון ניתן להם היתר הקמה והיתר הפעלה.

14. משרד הפנים מציין כי מטרת הוראת סעיף 23.1 לתכנית הינה **לשלב מתקני שידור במתקנים קיימים**. מטרה זו עולה בבירור מכותרתו של הסעיף ותואמת את תכליתו, הקמת מתקני שידור אשר ישתלבו במרקם העירוני הקיים, תוך התאמה חזותית ונופית לסביבה הקיימת.

הוראת הסעיף אינה מאפשרת הקמת מתקני תשתית **חדשים** במטרה לאפשר לשלב בהם מתקני שידור. הוראת סעיף 23 אינה מונעת הקמת מתקן תשתית חדש, אך זאת במקרים בהם תכליתו העיקרית של מתקן התשתית הינה לצרכי אותה תשתית, ואילו הוספת מתקן השידור, היא בגדר מטרה נלווית. אין לקבל גישה לפיה המניע להקמתו של מתקן התשתית מלכתחילה הינו שילוב מתקן השידור. הקמת מתקן תשתית חדש רק על מנת להכשיר הוספת מתקן שידור אליו באיצטלה של הקמת מתקן תשתית, הינה פסולה, נוגדת את סעיף 23 לתמ"א ועומדת בסתירה לתכליתו.

גם משרד הפנים חולק על טענת העותרים בדבר הכללת סעיף 23.1 בתכנית בלא קבלת הערות הועדות המחוזיות. קבלת הערת עיריית ירושלים, שהביאה להכללת הסעיף האמור לא חייבה את החזרת הנוסח לעיון מחדש של הועדות המקומיות והמחוזיות, שכן אין מדובר בשינוי המשנה את פניה של התכנית.

דיון

חריגה מגדרה של התכנית

15. המחלוקת המרכזית הטעונה הכרעה בענייננו, נסבה על פרשנותו של סעיף 23.1 לתמ"א 36/א'.

בעניין אחרון זה אין אחיזה לטיעון של החברות עליו חזרו, חזור והדגש, כי אל לבית המשפט להתערב בשיקול הדעת התכנוני של רשות התכנון המוסמכת, כל עוד לא חרגה זו ממתחם

הסבירות. מוקד הדיון אינו ביקורת שיפוטית על הפעלת שיקול הדעת התכנוני. השאלה הניצבת לפנינו הינה כיצד לפרש הוראה בתכנית המתאר הארצית: פרשנות כותרתה, פרשנות המונח שילוב, והשאלה האם בנסיבות העניין מתקני השידור שולבו במתקני תשתית, במשמעות ההוראה האמורה.

הלכה פסוקה היא כי תכנית, כמשמעותה בחוק התכנון והבניה, היא בגדר "חיקוק" ופרשנותה מסורה לבתי המשפט. יפים לכאן דברי כב' השופטת נאור בע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית, פ"ד נו(2) 466, 474-475 (2001):

"בית-משפט מינהלי בוחן את חוקיותה של תכנית בניין עיר. בדומה, מכריע הוא, כמעשה שבשיגרה, בשאלת פרשנותה. תכנית היא חיקוק (ע"א 3213/92 נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה (להלן – עניין נקר [2])). בית-המשפט הגבוה לצדק הכריע לא אחת בשאלת פרשנותן של תכניות בניין עיר (ראו: עניין נקר [2]; בג"ץ 1892/92 החברה להגנת הטבע נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז ירושלים [3]; בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים [4]; בג"ץ 10/00 עיריית רעננה נ' המפקחת על התעבורה, מחוזות ת"א והמרכז (להלן – עניין עיריית רעננה [5])). אוסיף ואומר כי השקפתי היא שבת-המשפט לערכאותיהם השונות הינם, לעולם, הפרשנים המוסמכים של הדיון, לרבות תכניות בניין עיר שהן כאמור חיקוק (השוו לגישת השופט מ' חשין בבג"ץ 1520/91 וילנסקי נ' בית הדין לעבודה [6], בעמ' 519).

לאור האמור השאלה, לדעתי, איננה אם יש מקום להתערב בשיקול-הדעת של ועדות התכנון בפרשנות התכנית. השאלה הטעונה הכרעה היא מה פרשנותה הנכונה של התכנית החלה, וההכרעה בשאלה זו מסורה בידי בתי-המשפט".

משנקבע כי תכנית המתאר היא בגדר חיקוק, חלים עליה כללי הפרשנות הנוהגים ביחס לדברי חקיקה:

"על-כן, נקודת המוצא בפרשנות התכנית, כמו בפרשנות כל דבר חקיקה, היא לשון התכנית, לה יש ליתן את המשמעות המקובלת והרגילה (א' ברק פרשנות במשפט (כרך שני - פרשנות החקיקה, תשנ"ג) 82 (להלן - ברק)). כלל פרשנות נוסף, החל אף הוא על פרשנות תכנית מתאר, הוא הכלל המבקש להתחקות אחר מטרת התכנית וליתן לה פרשנות המגשימה את תכליתה (ברק, בעמ' 85; ע"א 9355/02 מדינת ישראל נ' ראשד, פ"ד נח(4) 406, 416; ע"א 3213/97 נקר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, הרצליה, פ"ד נג(4) 625, 635-634).

ע"א 10213/03 מרחבי השרון נ' מייזליק (טרם פורסם) (2006).

16. קודם שנזקק לפרשנות הסעיף גופו, נבקש להסיר מן הדרך טענה מקדמית שהעלו העותרים במועד הדיון, לפיה הוראת סעיף 23.1 לתמא 36/א' הוספה לתכנית שלא כדין, שכן לא נכללה בנוסח שהועבר להערות הועדות המחוזיות לפי ס' 52 לחוק התכנון והבניה. בחינת התייעוד שהוגש על ידי הצדדים מעלה כי בנוסח הראשוני של התכנית, שהועבר להערות ועדות התכנון, אכן לא נכללה ההוראה האמורה. במסגרת הערות הועדות המקומיות והמחוזיות העירה עיריית ירושלים, כלהלן:

"האיסור על מתקני שידור קרקעיים נכון אך גורף מדי. מבקשים לשנותו כך שבתחום העירוני ניתן יהיה להקים מתקני שידור על תשתית קיימת או חדשה, כאשר יוגדר גודל המתקן הנלווה המירבי וחיוב בעיצוב להשתלבות בסביבה...בתחום העירוני יש עמודי שילוט ותאורה, דבר שיאפשר גמישות מרחבית למיקום אנטנות והוצאתן מהגגות".

בהחלטת ולנת"ע, מיום 22.8.00, הוחלט לקבל את הצעת השינוי (בתיקון מסוים). נחזור לנוסח שהתקבל בהמשך הדברים.

בהקשר הנדון נציין כי לא נפל פגם בהוספת הסעיף לתכנית. מהליך התכנון של תכנית מתאר ארצית, המותווה בסעיפים 51 – 53 לחוק התכנון והבניה, לא עולה כי בכל מקרה של שינוי בעקבות הערות הועדות המקומיות והמחוזיות, נדרש לשוב ולהתחיל את ההליך מתחילתו. אין גם סבירות בפרופוזיציה מעין זו, שתביא להליך מעגלי שלא יאפשר השלמת התכנון בפרק זמן נראה לעין.

הסוגיה של הצורך בהפקדה מחדש של תכנית בעקבות שינויים (כשמדובר בתכנית מתאר מקומית או בתכנית מפורטת) נבחנה בהלכה הפסוקה. נפסק כי הפקדה כזו נדרשת, רק במקום שבו "מרוב שינויים לא יכירו עוד את התכנית המקורית שהועדה נתבקשה לאשר" (בג"ץ 189/74 ברונו נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד כט(1) 492, 496; ע"ם 8354/04 האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (טרם פורסם)).

הגינה של הלכה זו יפה גם בעניינה של תכנית מתאר ארצית (שבה לא קיים הליך של הפקדה), בשינויים המחויבים. השינוי נושא דיונו הוא שינוי נקודתי. ככזה אין הוא מחייב חזרה על ההליך שכבר נעשה, והעברה נוספת של התכנית לוועדות המחוזיות והמקומיות. הליכי קבלתו של הסעיף בדין יסודם. וכאן המקום להיזקק לפרשנותו. (משנדחתה הטענה לגופה, למותר הוא להתייחס לטענה הנוספת של המשיבים, המתייחסת לעיתוי העלאתה).

17. את הבחינה הפרשנית נתחיל אפוא בלשון הטקסט. כעולה מן האמור, על הפרשן ליתן ללשון החוק אך אותה פרשנות שהוא יכול לשאת מבחינה לשונית. אין לך משמעות "נכונה" של דיבור, אם אין לה עיגון לשוני ולו מינימאלי בתורת הלשון. חייבת להיות נקודת אחיזה ארכימדית לפירוש הנכון בלשון החוק (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 74)

כותרת סעיף 23 לתכנית, המכיל שלושה סעיפי משנה, הינה: **"הצטרפות והשתלבות עם עצמים ומבנים קיימים"**.

הוראת סעיף 23.1, עליה נסב דיונו, קובעת לאמור:

"באזור בניה עירונית תותר הקמת מתקן שידור קטן שלא על גג מבנה בתנאי שישולב במתקני תשתית ושהגודל המירבי של המבנים הנלווים לא יעלה על 1.7 X 1.9 X 0.9 מ' ובכפוף לשילוב בסביבה על פי הנחיות מהנדס הועדה המקומית".

השאלה הראשונה העומדת לפנינו הינה האם ניתן להתיר הקמת מתקן שידור שישולב במתקן תשתית חדש.

למתן היתר מעין זה אין עיגון לשוני בכותרת השוליים של הסעיף, שכן כאשר מוקם מתקן שידור חדש, במיקום בו לא היה קודם לכן מתקן כלשהו, אין מדובר בשילוב עם עצמים ומבנים קיימים, כמוגדר בכותרת השוליים.

להבדיל מכך, למתן היתר במתכונת זו ניתן למצוא עיגון לשוני בהוראת סעיף 23.1 עצמה, שאינה מכילה הגבלה על סמכות הועדה המקומית באופן שזו תיוחד למתן היתר רק במקרים בהם מדובר בשילוב עם מתקן תשתית קיים, כפי שמורה כותרת השוליים (זאת, להבדיל מסעיפי משנה 23.2 ו-23.3 אשר דנים באזור פתוח ובאזור בנייה כפרית; שם אכן קיימת מגבלה מפורשת, לפיה ההקמה תותר אך על גבי עמוד תשתית קיים ומבנים קיימים, בהתאמה עם המגבלה הנזכרת בכותרת השוליים).

לכך יש להוסיף כי כוחה של הערת שוליים בפרשנות כוח מוגבל הוא, ובוודאי אין הערת שוליים אוצרת סמכות להשתלט על גופה של הוראת החיקוק. ראו, למשל: אהרן ברק, פרשנות החקיקה (פרשנות במשפט, כרך שני, תשנ"ג-1993), 315 ואילך, 321; דברי השופט חשין בדנ"פ 2980/04 אויקו נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(4) 3569, 3578; ע"א 603/67 מדינת ישראל נ' מטיאש פ"ד כב(1) 543; ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות נ' מנהלי עזבון פ"ד כו(2), 781, עמ' 789-788; עא 83 / 104 יוניסול ס.א. נ' מנהל מס שבח מקרקעין פ"ד לט (2) 805, 808.

נוכח העדר הגבלה בלשון הסעיף ומשקלה הנורמטיבי המוגבל של כותרת השוליים, מוכן אני להניח לצורך הדיון כי לשון הטקסט עצמה אינה מונעת מתן היתר למתקן שידור, גם כאשר השילוב הוא עם מתקן תשתית חדש, שלא היה קיים עובר למתן ההיתר.

18. זוהי רק תחילתו של המסע הפרשני, שכן, כפי שנפסק, בפרשנותו של טקסט משפטי עלינו להבחין בין משמעותו הלשונית של הטקסט לבין משמעותו המשפטית. משמעותו הלשונית של הטקסט קובעת את מגוון המשמעויות שהטקסט יכול לשאת בשפתו. משמעותו המשפטית של הטקסט היא המשמעות הלשונית המגשימה את התכלית שהנורמה הגלומה בטקסט נועדה להגשים (בג"ץ 267/88 רשת כוללי האידרא, עמותה נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3) 728, 736).

על מנת לעמוד על תכליתה של ההוראה, עלינו להרחיק מעט מבטנו, לשוב ולבחון את התכנית במבט על, לעמוד על תכליותיה, ולבחון את השתבצותה של ההוראה הנדונה בגדרן.

נקודת המוצא הינה ברובד הבסיס – מטרות התכנית. ס' 2 לתקנות התכנית מגדיר את מטרותיה, עליהן עמדנו, ביניהן מזעור הפגיעה באיכות הסביבה והנוף. אלה יושגו על ידי מילוי ההנחיות והמגבלות המנויות בסעיפי המשנה של סעיף 2 לתקנות. לענייננו רלבנטית, הוראת סעיף 2.2:

"העדפת מספר קטן של אנטנות גבוהות ומרוחקות זו מזו באזורים פתוחים, ובאזורים בנויים – מספר גדול של אנטנות נמוכות ודלות הספק בצפיפות יחסית, בכפוף לבטיחות טיסה (ההדגשה אינה במקור).

התרגום הקונקרטי של עקרון זה, מצוי בהוראת סעיף 19 לתכנית אשר קובע: **"לא תותר באזור בניה עירונית הקמת אתר שידור על הקרקע"**. זהו הכלל, אשר מדבר בעד עצמו.

הוראת סעיף 23.1 לתכנית בה עסקינן הינה החרגי. כאשר מתקן השידור ניתן לשילוב עם מתקן תשתית אחר באזור הבניה העירונית, וכאשר – נוכח קיומו של מתקן התשתית האחר - ממילא נעשה שימוש במשאב הקרקע והפגיעה הסביבתית או הנופית כבר קיימת, ניתן להתיר את הקמת מתקן השידור בתנאי שישולב במתקן התשתית. זאת, בכפוף למגבלה על הגודל המירבי של המבנים הנלווים כקבוע בסעיף, ובכפוף לשילוב בסביבה על פי הנחיות מהנדס הועדה המקומית.

באופן כזה לא יידרש ניצול נוסף של משאבי קרקע והפגיעה הסביבתית והנופית שנגרמה, תנוצל להשגת תכלית ציבורית נוספת.

נוכל להסתייע גם ב"היסטוריה התכנונית", על מנת לנסות ולאתר את האינטרסים והמטרות, העומדות בבסיסה של התכלית התכנונית. [השווה: בג"צ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 143-144].

דברי ההסבר לתכנית מציגים את הפועל היוצא של ההוראות האמורות בצורה חדה וחלקה: **"בתחום אזורים בנויים עירוניים.....תיאסר הקמת מתקני שידור על הקרקע. במידה ובשטחים אלה קיימים מבנים, ניתן להקים עליהם מתקני שידור."**

(ס' 2.2 ז') לדברי ההסבר לתמ"א 36- תכנית מתאר ארצית לתקשורת

www.moin.gov.il/Moin/Tama_HESBERvisual1.html

כפי שראינו, הנוסח שהועבר להערות בשלב הראשון ואליו מתייחסים דברי ההסבר, שונה. הוספת סעיף 23.1 לחוק בשלב מאוחר יותר (לאחר קבלת הערות הועדות המחוזיות והמקומיות), פתחה את הדלת לקיומם של חריגים.

בנוסח אותו הציעה ולנת"ע, נקבע לאמור: **"תותר הקמת מתקן שידור על גבי או בשלוב מתקני תשתית קיימת או חדשה כגון עמודי תאורה, שילוט הכוונה ופרסומת..."**. לשון אחר – ההצעה כללה התייחסות מפורשת לאפשרות שילוב מתקן השידור עם מתקני תשתית חדשה. דא עקא, הנוסח שאושר ומופיע בסעיף 23.1 לתכנית שונה ואינו כולל התייחסות לשילוב עם מתקן תשתית חדש. ניתן היה לטעון, אפוא, כי בכך נשללה אפשרות לשילוב כאמור.

בצד האמור, מוכן אני להניח לצרך הדיון כי הרציונל העומד בבסיס ההוראה הנדונה- עליו עמדנו- מאפשר, בנסיבות מתאימות, להתיר שילוב מתקן השידור במתקן תשתית חדש. זאת בכפוף לכך, כי התכלית הבסיסית, לפיה באזורים בנויים תועדף הקמת אנטנות נמוכות ודלות הספק בצפיפות יחסית ותיאסר הקמת מתקן שידור על הקרקע באזור בניה עירונית, לא תסוכל.

לא ניתן להתיר הקמתו של מתקן תשתית חדש רק על מנת ל"הכשיר" את הדרך להקמת מתקן השידור. נקיטה בדרך פרשנית מעין זו תאפשר עקיפה מלאכותית של האיסור על הקמת אתר שידור על הקרקע באזור בניה עירונית ושל הוראת סעיף 2.2 לתכנית.

על מנת למנוע סיכול התכלית התכנונית, הרי בכל מקרה בו מבוקש להקים מתקן תשתית חדש באזור בניה עירונית ולצרף אליו מתקן שידור, על הרשויות המוסמכות להשתכנע כי קיים צורך ציבורי ממשי במתקן התשתית, וכי צורך זה הינו עצמאי ועומד בפני עצמו גם ללא זיקה להקמתו

של מתקן השידור. באופן כזה ניתן יהיה להבטיח שמירה על תכליות התכנית, מבלי לשלול את אפשרות השילוב עם מתקני תשתית, כאשר קיים טעם אמיתי המצדיק זאת.

19. מן הכלל אל הפרט: בחינתנו מתמקדת בבינוי שנעשה לפי אישורי הרשויות (היתר הבנייה, אישור האדריכלית והיתרי הממונה). זה כולל, כאמור, שני תרנים **חדשים** שהוקמו במיקום שבו לא היה קודם לכן מתקן כלשהו. לפי הטענה, ישמשו אלה הן כמתקן תשתית (עמוד תאורה) והן כמתקן תקשורת, ועל כן עונים הם על דרישת סעיף 23.1 לתכנית.

נבחן את הנתונים על רקע אמת המידה הפרשנית שהצבנו.

אם מנתקים אנו את הזיקה להקמת מתקן השידור, ובוחנים קיומו של רציונל עצמאי להקמת עמודי תאורה חדשים, מסקנתנו הינה כי אין כל אינדיקציה, ואף אין כל טענה, כי היה צורך ציבורי עצמאי בהתקנת עמודי תאורה חדשים. העמודים שהותקנו הינם בגובה של 30 מ', והינם גבוהים בסדרי גודל מעמודי התאורה הקיימים, שהינם בגובה של 12 מ'. קוטרם של העמודים החדשים גדול משמעותית (למעלה מפי 2) מקוטר עמודי התאורה. לא נטען כי נדרש שינוי או שיפור של מערכת התאורה שהיתה קיימת עובר להקמת התרנים.

אין מנוס מן המסקנה כי תכליתם ה**בלעדית** של ההיתרים שניתנו היא הקמת מתקני שידור, ואם לא היה רצון להקים את אלה, לא היתה נדרשת הקמת מתקן תשתית אחר, לרבות עמודי תאורה נוספים, שלא התגלה צורך ציבורי אמיתי להקים. הוספת מנורה (בגובה 12 מ') על גבי עמוד שגבהו 30 מטר, אינה יכולה לשנות מסקנה זו.

הפועל היוצא הוא שלא מתקיים בענייננו החריג שנקבע בהוראת סעיף 23.1 לתכנית, וההיתרים שניתנו לחברות חורגים מהוראות תמא 36/א'. לפנינו מתקני שידור על הקרקע שבנייתם הותרה באזור בניה עירונית, בניגוד להוראת התכנית.

היתר שניתן בניגוד להוראת התכנית דינו להתבטל: ס' 145(ב) לחוק התכנון והבניה וכן ע"א 615/83 אלמרוז חב' להשקעות ולמימון בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 601; ע"פ 284/74 שותפות אחים אריאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 390; ע"פ 586/94 מרכז הספורט אזור בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2), 112, 126-127. על הסעד הראוי בנסיבות העניין נעמוד בהמשך הדברים.

20. הפניית חברות והועדה המקומית לעמדת הולנת"ע בהצעת השינוי לתכנית, ולהמלצות ועדת המנכ"לים, אין בה כדי לגרוע מהמסקנה האמורה.

א. אשר לעמדת הולנת"ע - התייחסות החברות הינה להמלצות ולנת"ע בעקבות העברת תמ"א 36א'2 (הכוללת הצעה לשינוי התכנית) להערות הועדות המחוזיות וקבלת הערות הועדות המחוזיות והמקומיות. בפרוטוקול מיום 19.4.05, נאמר: "**התברר שהניסוח כפי שהועבר לא נראה לחלק מהמעירים ברור דיו ולכן הוחלט על שינוי ברוח ההערות. הניסוח כעת מבהיר שאפשר להוסיף עמוד בשורת עמודים קיימת ולשנות עמודים קיימים**".

הסעיף המוצע, בשלב הנוכחי, קובע לאמור: **"באזור בניה עירונית לרבות באזור מגורים, תותר הקמת מתקן שידור קטן שלא על גג מבנה בתנאי שישולב בעמודים קיימים שהוקמו כדין, או יתווסף לשורת עמודים קיימים ויעוצב בדומה להם...."**

ודוק- ההבהרה הנזכרת בפרוטוקול ולנת"ע אינה מתייחסת לתכנית התקפה, כי אם להצעת השינוי שהועברה להערות הועדות המחוזיות.

ההסדר המוצע הינו הסדר חדש שטרם נכנס לתקפו, ואין בו כדי להשפיע על התכנון התקף. למעלה מן הצורך נעיר כי גם לפי ההסדר העתידי לא ניתן היה להתיר את הקמתם של התרנים במתכונתם הנוכחית, שכן הוספת עמוד מחייבת **עיצובו בדומה לעמודים הקיימים**. בעוד שבענייננו, כפי שכבר הוזכר, השוני בין התרנים לבין עמודי התאורה ניכר ובוולט.

ב. אשר להמלצות ועדת המנכ"לים – גם המלצות אלה, כפי שראינו, הינן חלק מהליך הצעת שינוי התכנית, שטרם נשלם, וממילא אין בהן כדי להשליך על התכנון התקף. בצד האמור יש להדגיש, למעלה מן הצורך, כי גם לפי המלצות אלה לא ניתן היה להקים את התרנים, במתכונתם הנוכחית. עמדנו על כך שועדת המנכ"לים מציעה להסדיר ארבעה מסלולי רישוי שונים. המסלול הרלבנטי לענייננו הינו "המסלול הצהוב". סוג המתקנים הנכלל: אנטנות המשתלבות בתשתית עירונית קיימת (כגון מתקני חברת חשמל, פנסי רחוב, ריהוט רחוב עירוני וכיו"ב). האנטנות יוצבו על פי תכנית פריסה שתוכן בשיתוף עם הרשות המקומית, ובלבד שגובה האנטנה המשתלבת **לא יוסיף מעל ל-4 מ' על גובהו של מתקן התשתית העירונית**. בענייננו מתקן התשתית העירונית הוא בגובה של 12 מ' בעוד שהתרנים הם בגובה של 30 מ'. ברור אפוא כי גם לפי מודל זה, אם היה נכנס לתוקף, לא ניתן היה להתיר את הפעלת מתקני השידור הנדונים.

מיקום התרנים לא אושר על ידי הרשות המוסמכת

21. כפי שראינו, התרנים לא הוקמו במיקום אליו התייחסו הבקשות להיתר, ואף לא במיקום שאושר בהיתר הבנייה שניתן על ידי רשות הרישוי. סעיף 145 לחוק התכנון והבניה אוסר על ביצוע עבודות טעונות היתר, אלא אם נתנה הועדה המקומית או רשות הרישוי המקומית היתר לכך, ובהתאם לתנאי ההיתר. רשות הרישוי המקומית כוננה בהוראת סעיף 30 לחוק התכנון והבניה, שזו לשונו:

"יושב ראש הועדה המקומית או יושב ראש ועדת המשנה של הועדה המקומית ומהנדס הועדה המקומית, יחדיו, יהיו רשות רישוי מקומית לעניין מתן היתר לפי סעיף 145."

פשיטא, שכאשר ניתן היתר לבנייה על ידי רשות הרישוי במיקום מסוים, לא ניתן לבצע את הבינוי המאושר במקום אחר, גם אם אישור השינוי נעשה על ידי גורם עירוני (במקרה זה - אדריכלית העיר) שאינו מוסמך לכך.

הועדה המקומית הפנתה, במהלך טיעונה בעל פה, לתקנות התכנון והבנייה (התרת שינויים בהיתר על ידי מהנדס ועדה מקומית), תשנ"ב – 1992. לפי תקנה 3 מהנדס הועדה המקומית (שהוא, כאמור, אחד משני מרכיביה של רשות הרישוי), רשאי להיתר שינויים "במהלך ביצוע העבודה" אם נתקיימו התנאים המנויים בתקנה. נראה על פני הדברים כי סמכות זו מאפשרת להיתר שינויים כאשר הוחלל בביצוע העבודה, ונמצא כי אלה דרושים לצורך המשכתה והשלמתה. להבדיל מכך, כאשר מלכתחילה נדרש שינויו של ההיתר או פרטיו, הגורם שנתן את ההיתר, רשות הרישוי, הוא זה שמוסמך לשנותו (השוו: ס' 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א – 1981).

מכל מקום, במקרה שלפנינו לא נדרשת הכרעה בשאלת פרשנות התקנות, שכן ממילא מהנדס הועדה המקומית לא היה הגורם שהיתר את השינויים.

עולה מן המקובץ כי לאישור שניתן על ידי אדריכלית העיר, שאינה הגורם המוסמך בנושא הנדון, אין תוקף חוקי. ממילא התרנים נבנו שלא כדין (זאת, בלא זיקה לטעם הנוסף בגינו רובצת אי חוקיות על ההיתרים, הלוא הוא העדר ההתאמה להוראות התכנית).

הסעד

22. לאחר שעמדנו על הפגם הכפול שנפל במעשה המינהל, שומה עלינו לבחון מהו הסעד הראוי. אפשר שפגם מאותו סוג, יוביל במקרים שונים לתוצאות שונות, לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. במקרה אחד עשוי הוא להוביל את בית המשפט להצהיר כי ההחלטה המנהלית בטלה מעיקרה; במקרה שני הוא עשוי להוביל ביטול ההחלטה ממועד מסוים שבית המשפט יקבע, אם בעבר ואם לעתיד; ואפשר גם, במקרה אחר, שבית המשפט יקבע, על אף הפגם, כי ההחלטה תקפה ומחייבת כאילו לא נפל בה פגם.

זוהי התורה הידועה בשם בטלות יחסית (או תוצאה יחסית) (רע"פ 2413/99 טור' רחמים גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 688-689; בג"ץ 3081/95 ד"ר ג'ובראן רומיאן נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל ואח', פ"ד (2) 177, 194-195; בג"ץ 10455/02 בועז אלכסנדר אמיר נ' לשכת עורכי דין, פ"ד נז(2) 729, 739).

במקרה זה לא ניתן לקבל את טענת החברות, לפיה אינטרס ההסתמכות שלהן מצדיק השארתו של המצב הקיים בעינו. הפגם שנפל הוא בדרגת חומרה גבוהה. לא ניתן להשלים עם היתר אשר חורג מהתכנון התקף; מה גם שהאישור להקמת התרנים במיקומם הנוכחי, לא ניתן על ידי הרשות המוסמכת. אישור כזה לא יכול להיוותר על כנו ואחת דינו- להתבטל.

שאלה אחרת הינה התחולה בזמן של הצו אשר יינתן על ידי בית המשפט. כאשר הפגם שנפל בהסדר או בהוראה מחייב ביטול מעשה המינהל, לא בהכרח יהיה הביטול מיידי. בית המשפט יכול להצהיר כי ההסדר או ההוראה יהיו בטלים ממועד מסוים בעתיד, כפי שבית המשפט יקבע, ועד אז ההסדר או ההוראה, אף שהם פגומים, יישארו על כנם ובתוקפם (בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם)). נוכח ההשלכות של בטלות מיידי של הפעולה המנהלית נושא העתירה, ניתן לקבוע כי הכרזת הבטלות מושעית בזמן לתקופה מסוימת. הצהרה עתידית כזאת ניתנת, במקרים הראויים, משום שהאיזון בין השיקולים השונים הכרוכים במקרה, מוביל למסקנה כי ראוי שהמצב הקיים, יימשך

עוד פרק זמן מסוים. זהו אחד הביטויים של תורת הבטלות היחסית (בג"ץ 551/99 **שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ**, פ"ד נד(1) 112, 120; ראו גם: בג"ץ 10/00 **עיריית רעננה נ' המפקחת על התעבורה מחוזות ת"א והמרכז ואח'**, פ"ד נו(1) 739, 756-757; בג"ץ 9232/01 **"נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נז(6) 212, 263-264; בג"ץ 6652/96 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, פ"ד נב(3) 117, 142-143; עת"מ (תל-אביב-יפו) 1536/04 **טל תבורי (קטינה) באמצעות אמה, גב' רעיה תבורי ועוד 102 אח' נ' עיריית תל-אביב-יפו**, תק-מח 2004(2) 4221, 4245 עת"מ 001187/05 **נציגות הבית המשותף, ועד הבית ברח' פפר 18, פתח תקוה נ' עיריית פתח תקוה** (טרם פורסם)).

פרטנר טענה בכתב התשובה מטעמה כי במקרה ומסקנתי תהיה כי יש לבטל את ההיתר, ראוי ליתן לה פרק זמן לפעול להסדרת חוקיות מתקן התקשורת, כפי שנהג בית המשפט העליון בע"א 1216/98 **אבוטבול נ' ועדת הערר מחוז המרכז**, פ"ד נה(5) 114. פלאפון ביקשה אף היא, בטיעוניה בעל פה, כי תינתן אף לה תקופת התארגנות משמעותית. זאת על מנת לאפשר המשך קליטה סדירה באזור בו מוצבים התרנים.

מצאתי כי יש להיעתר לבקשה אחרונה זו, גם אם לא במלוא היקפה. משכה של התקופה צריך להיגזר לא רק מחומרת הפגם, אלא גם מהאינטרסים השונים העומדים על כפות המאזניים, אינטרס הציבור, אינטרס החברות ואינטרס העותרים. האיזון ייערך על פי נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה לגופו.

במקרה דנן פעלו החברות תוך הסתמכות על האישורים שניתנו להן, וכיום משמשים המתקנים כחלק ממערך התשתית התקשורתית באזור (חלף אנטנות אחרות שפורקו, שאחת מהן הוקמה שלא כדין ובלא שניתנו ההיתרים הנדרשים). הפסקת פעילות מיידית של המתקנים עלולה לשבש את שירותי התקשורת המוענקים לציבור הרחב.

מאידך יש ליתן את הדעת לאינטרס העותרים לקבלת סעד אפקטיבי במהירות הראויה. אכן, לא הוכח כי קיום המתקנים נושא עמו סכנה בריאותית, ושוכנעתי כי בכל שאמור במניעת נזקי קרינה פועל הממונה לפי אמות מידה בינלאומיות מקובלות. בצד האמור, טענת העותרים הינה כי המשך המצב הקיים פוגע בהם, ובפרט בעותרת מס' 5 שנתקלת בקושי לשווק את הדירות הנבנות על ידה בעטיים של מתקני השידור (אינני נדרש במסגרת הליך זה לגופה של הטענה). עוד יש לזכור כי השעיית כניסה לתוקף של הצהרת הבטלות, משמעה השארת מצב בלתי חוקי בעינו.

הפועל היוצא של האיזון בין השיקולים, בנסיבות המקרה, הינו קביעת פרק זמן שתהיה בו היתכנות לקבלת היתר, בנתון לפעולה במהירות הראויה הן של החברות והן של הרשויות המוסמכות.

החברות לא הניחו בתצהיריהן תשתית עובדתית קונקרטית אשר מפרטת את לוח הזמנים להליך רישוי של מתקן חלופי. אין די בהפניה לפסק הדין בעניין **אבוטבול**, שם הושעתה הצהרת הבטלות לתקופה של 12 חודש. קביעה זו יפה היתה לנסיבותיו של אותו מקרה. באותו שלב טרם נכנסה לתקפה תמא 36/א' ולכן נדרשה נקיטת הליך של שימוש חורג, שכולל הליכי פרסום והתנגדויות, על המשמעות הנודעת לכך מבחינת מימד הזמן. להבדיל מכך, בענייננו קיים תכנון תקף, וניתן להסתפק בהליך רישוי "רגיל", שהוא מטבע הדברים קצר יותר. הועדה המקומית העריכה,

במעמד הדיון בעתירה, כי לוח הזמנים הממוצע להליך רישוי של מתקן שידור סלולארי משתרע על פני כשמונה חודשים.

על יסוד השיקולים עליהם עמדתי, אני מחליט אפוא כי הצהרת הבטלות תושעה למשך פרק זמן של שמונה חודשים מהיום.

23. נוכח מסקנה זו, למותר הוא להתייחס לטענות נוספות של העותרים, ובכללן הטענה כי הקמת מתקני השידור מנוגדת להחלטת הממשלה מיום 24.7.05, והטענה בדבר חריגה בשטחו של המבנה הנלווה לאנטנת פלאפון.

סוף דבר

24. לסיכום: דינה של העתירה להתקבל.

היתרי הבנייה שניתנו לחברות מבוטלים, הן בשל חריגה מהוראות תמא 36/א' והן בשל כך שאישור מיקומם של מתקני השידור, חורג מהחלטת רשות הרישוי ולא ניתן על ידי רשות מוסמכת.

תוקפה של הצהרת הבטלות מושעה למשך פרק זמן של שמונה חודשים מהיום.

הפועל היוצא הוא, שבפרק הזמן האמור לא נדרשות החברות לפרק את התרנים ואת מתקני השידור. אלה יפורקו בחלוף תקופה זו.

העירייה תשלם לעותרים שכ"ט עו"ד בסך 18,000 ₪, בצירוף מע"מ. סכום זהה ישולם על ידי פלאפון ופרטנר (כל אחת לחוד).

**ניתן היום ט"ז באייר, תשס"ו (14 במאי 2006) בהעדר הצדדים.
המזכירות תשלח העתק מפסק הדין לצדדים.**

עוזי פוגלמן, שופט

עוזי פוגלמן 54678313-1183/06

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

ע1\12\1