

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 59368-12-20 חיות ואח' נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב ואח'

לפני כבוד השופטת לימור ביבי

עותרים

1. אודי חיות
2. אודרי נענה
- ע"י ב"כ עו"ד ישי ביינרט

נגד

משיבים

1. ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב
ע"י ב"כ עו"ד יעל קרת
2. הוועדה המקומית לתכנון ובניה בת ים
ע"י ב"כ עו"ד תמר איגרא
3. אלברטו גבסו ובניו בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אסף עירוני ועו"ד אנה אליאשקביץ

ספרות:

מיכה גדרון ואהרן נמדר **תמ"א 38** (התשס"א)

חיקה שאוזכרה:

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 149(א), 152

חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008

מיני-רציו:

* האם הבקשה להיתר הריסה ובניה מחדש של בניין, שהגישה המשיבה 3, מהווה בקשה להיתר לפי תמ"א 38 אם לאו?

* תכנון ובנייה – ועדות התכנון והבנייה – שיקוליהן

* תכנון ובנייה – מוסדות תכנון – סמכויות

* תכנון ובנייה – שיקול דעת – ועדת תכנון ובנייה

* משפט מינהלי – תכנון ובנייה – היתר בנייה

* משפט מינהלי – שיקול-דעת – התערבות בית-המשפט

* תכנון ובנייה – תכניות – תמא 38

* תכנון ובנייה – ועדות התכנון והבנייה – התערבות בית-המשפט

* תכנון ובנייה – ועדות התכנון והבנייה – שיקוליהן

* תכנון ובנייה – ועדות התכנון והבנייה – שיקול דעת

* תכנון ובנייה – ועדות התכנון והבנייה – סמכויותיהן

העותרים הגישו עתירה מנהלית כנגד החלטתה של המשיבה 1 – ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב, במסגרתה התקבל חלקית הערר שהוגש על ידי המשיבה 3. הערר נסב על החלטת הוועדה המקומית לתכנון ובנייה בת ים – המשיבה 2, במסגרתה אושר היתר להריסה ובניה מחדש של בניין מגורים ואולם, נקבע כי ההיתר אינו לפי תמ"א 38. השאלה במרכז הדיון בעתירה נסבה על אופן הגדרת הבקשה להיתר הבנייה – והיא – האם הבקשה אשר הוגשה על ידי המשיבה 3 מהווה בקשה להיתר לפי תמ"א 38 אם לאו.

בית המשפט פסק כלהלן:

תמ"א 38 נועדה להוביל לחיזוק המבנים בישראל מפני סכנת רעידת אדמה או מלחמה ומשכך היא משרתת תכלית משמעותית של הצלת חיים ומניעת נזק לרכוש. בקביעת התמריצים במסגרת תמ"א 38 ניתנה עדיפות להגשמת תכליתה ואולם, זאת תוך שלא נעלם מעיני המחוקק המחיר אשר הגשמתה מגלמת בחובה ובכלל זה – מחיר קנייני, תכנוני וכלכלי, אשר נסוג ככלל אל מול התכלית החשובה. על מנת לאזן בין המחיר התכנוני הכרוך בתמ"א 38 לבין חשיבותה, קבע מחוקק המשנה שני כלים – האחד, הקניית שיקול דעת לוועדה המקומית לסרב למתן היתר לפי תמ"א 38 לפי סעיף 22 לתמ"א והשני – אישור תכנית מתאר מקומית מפורטת במסגרתה יוסדר חיזוק מבנים – קרי תוגשם תכליתה של תמ"א 38 – וזאת, תוך התאמה לצרכי התכנון הקונקרטיים. במסגרת פרשנותה של תמ"א 38 וביתר דיוק פרשנות סעיף 23 לתמ"א אשר, ישוקפו תכליתה של תמ"א 38, לרבות האיזון הקיים במסגרתה בין הגשמת תכליתה לבין אינטרסים נוגדים.

לשון סעיף 23 לתמ"א 38 במשולב עם תכלית תמ"א 38, כמו גם תכלית סעיף זה, יש בהם כדי לתמוך בפרשנותה של ועדת הערר ולפיה, בגדרו של סעיף 23 לתמ"א 38, תבוא גם תכנית החלה על מקרקעין בהיקף מצומצם ובלבד שקיים צורך תכנוני להכנת תכנית כאמור, כי במסגרת תכנית כאמור ניתן להוסיף זכויות על הזכויות המוקנות בתמ"א 38 וכי אין הכרח כי בתכנית יקבע מפורשות כי מדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א, אלא שיש לבחון את מהותה של התכנית.

לא נפל פגם בקביעתה של ועדת הערר ולפיה תכנית בי/711 מהווה תכנית לפי סעיף 23 ובהתאמה לכך כי היתר הבנייה הוצא מכוח תמ"א 38. הגם שאף סוגיה זו היא פרשנית במהותה, הרי שבאשר לשאלה הקונקרטית במקרה דנן, שלובים בפרשנות גם יסודות תכנוניים-מקצועיים, עובדה שיש בה כדי לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית על החלטת ועדת הערר. זאת בשים לב לכך שהקביעה האם מדובר בתכנית לפי סעיף 23 תבסס על בחינת מהות התכנית ובחינה כאמור אדניה מקצועיים, באשר במסגרתה יש לבחון האם תכליתה של התכנית להוביל לחיזוק מבנים והאם היא פועל יוצא של צורך להתאמת הוראות תמ"א 38 למאפייני המקרקעין הספציפיים.

לא נפל פגם בקביעת ועדת הערר, לפיה מדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א. זאת קבעה ועדת הערר מתוך עיון בהוראות התכנית המלמדות, כי היא הניחה כבסיס את סל הזכויות האפשריות מכוח תמ"א 38 ואף עיגנה אותן בהוראותיה.

פסק דין

לפני עתירה מנהלית כנגד החלטתה של המשיבה 1 – ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב (להלן: **"ועדת הערר"**) מיום 15/11/20, במסגרתה התקבל חלקית הערר מספר בי 1055/0720 [פורסם בנבו] שהוגש על ידי המשיבה 3 (להלן: **"החלטת ועדת הערר"** ו: **"הערר"**). הערר נסב על החלטת הוועדה המקומית לתכנון ובניה בת ים (היא המשיבה 2, להלן: **"הוועדה המקומית"**), במסגרתה אושר היתר להריסה ובניה מחדש של בניין מגורים ברחוב שדרות העצמאות 7 בבת ים ואולם, נקבע כי ההיתר אינו לפי תמ"א 38.

העובדות הרלוונטיות בקצירת האומר;

1. במרכז הדיון - בקשה להיתר בנייה אשר הוגשה לוועדה המקומית על ידי החברה הקבלנית - אלברטו גבסו ובניו- המשיבה 3 (להלן: **"חברת גבסו"** או **"גבסו"**). במסגרת הבקשה להיתר התבקשה הריסת בניין בן 3 קומות ו- 9 יחידות דיור, הכולל גם שטח מסחרי קטן ובית כנסת, הבנוי על מקרקעין בשטח של 529 מ"ר, ביעוד מגורים ג', ברחוב שדרות העצמאות 7 בבת ים, פינת רחוב מסריק והידועים כחלקה 31 בגוש 7142 (להלן: **"העצמאות 7"**). עוד התבקש בבקשה להיתר, לבנות במקום הבניין הקיים שייהרס, מבנה מגורים חדש בן 11 קומות ו-3 קומות מרתף (לחניה) כשבקומת הקרקע - חזית מסחרית ובית כנסת. כמו כן, התבקשו מספר הקלות הנסבות בעיקר על הגבהת גובה כל הקומות (להלן: **"הבקשה להיתר"**).

הבקשה להיתר הבנייה נשוא הדיון, הוגשה לאחר שניתן לחברת גבסו היתר בנייה אחר, על ידי הוועדה המקומית, במסגרתו הותרה הריסה של בניין ברחוב שדרות העצמאות מספר 9 בבת ים ובנייה של בניין בן 16 קומות תחתיו (להלן: **"העצמאות 9"**).

2. כרקע תכנוני, יצוין, כי על שתי החלקות (ברחוב העצמאות 7 ו- 9), חלה תכנית בי/711, אשר פורסמה למתן תוקף ביום 11/4/18 (להלן ולעיל: **"תכנית בי/711"**). תכנית בי/711 (לפי הפירוט בתשובת הוועדה המקומית – בסעיפים 9 ו- 10), היא תכנית המאפשרת פינוי בינוי של שני הבניינים ברחוב העצמאות, מהווה קומפילציה של תכניות ומקנה זכויות בניה מכוח תכניות תקפות +תמ"א 38 ותכנית בי/538, תוך הוספת זכויות בניה של כ- 220 מ"ר. כמו כן, התכנית משנה את הבינוי בחלקות, כך שיתאים למיקום החלקות ובהתאם למדיניות התכנון האזורית. נוסף על כך מאפשרת התכנית תוספת של 69 יחידות דיור ל- 28 יחידות הדיור המאושרות בשתי החלקות ובסה"כ 97 יחידות דיור. כמו כן, כוללת התכנית 65 מ"ר לטובת בית כנסת ו- 120 מ"ר למסחר בבניין שבעצמאות 7. הגובה המוצע בתכנית הוא 11 קומות לעצמאות 7 ו- 16 קומות לעצמאות 9.

אשר לתכנית זו וכהקדמת המאוחר, אציין כבר עתה, כי בדברי ההסבר לתכנית (אשר צוטטו במסגרת החלטת ועדת הערר), נאמר, בין היתר:

"מדובר בתכנית המעודדת התחדשות עירונית, הממוקמת בשדרות העצמאות, ציר עירוני ראשי המחבר ומפגיש את העיר עם הים. בעצמאות 7 קיים מבנה מיועד להריסה ובנייה מחדש ובעצמאות 9 קיים היתר בנייה להריסה ובניה על פי זכויות תמ"א 38, אולם הבינוי המאושר אינו מאפשר לממש את מלוא הזכויות המוקנות מכוח תמ"א 38. תכנית זו הינה תכנית קומפילציה עבור שתי החלקות, המעגנת את זכויות הבנייה הנוספות המאושרות מכוח התכניות התקפות+ תמ"א 38 ותכנית בי/538 וכמו כן מוסיפה עליהן זכויות והוראות בניה נוספות. בצורה זו, התכנית מציעה לשנות את הבינוי של שתי החלקות כך שיתאים למיקום ובהתאמה למדיניות התכנון של העירייה לאיזור."

בכל הנוגע לתכנית בי/538, המוזכרת בדברי ההסבר, יצוין כי מדובר בתכנית אשר הוכנה על ידי הוועדה המקומית ופורסמה למתן תוקף ביום 4/11/13, לפי סעיף 23 לתמ"א 38 ואשר מטרתה היא חיזוק מבנים קיימים עליהם חלה תמ"א 38 ותיקוניה, על ידי מתן אפשרות לתוספת קומות בניין בנוסף להקלות של תמ"א 38.

עוד יצוין כי לתכנית בי/711 הוגשו התנגדויות, שנדונו על ידי הוועדה המחוזית ובהחלטה אשר ניתנה על ידה ביום 5/3/2018, נדחו ההתנגדויות ונקבע, בין היתר כי:

"ראשית הוועדה המקומית היא מגישת התכנית, לא הגישה אותה מכוח סעיף 23 לתמ"א 38. הסעיף מאפשר הכנת תכנית למאפייני ישוב או חלקים ממנו". לא הוסבר כיצד מתאימה תכנית זו לתכלית של 23 הנ"ל. הוועדה סבורה כי בכלל אין לעשות שימוש בסעיף זה למטרת הכנת תכנית נקודתית החלה על שני מגרשים"

וכן – "לטענה כי ספק אם הבניין בעצמאות 7 טעון חיזוק מפני שהוא כבר חוזק מפני רעידות אדמה בעקבות צו שהתקבל מהעירייה - לדחות את ההתנגדות. מעמדת הוועדה המקומית לגבי ההתנגדויות עולה שהבניין אכן חוזק על מנת למנוע ביצוע צו הריסה שהוצא לו בשל היותו מבנה מסוכן. מכל מקום עובדה זו אינה רלוונטית מפני שאין מדובר כאן בבקשה להיתר לפי תמ"א 38 אלא בתכנית".

3. ומכאן חזרה לבקשה להיתר נשוא הדיון. לבקשה להיתר הוגשו התנגדויות על ידי העותרים, שהם בעלי זכויות בדירה בעצמאות 7, בעלים נוספים בחלק מהזכויות בעצמאות 7 ובעלי זכויות בבניין הצמוד מצפון ברחוק מסריק 13. בהתנגדותם טענו העותרים, בין השאר, כי מדובר בבקשה להיתר מכוח תכנית נקודתית ולא מכוח תמ"א 38 וכן כי יש להבהיר שתנאי להיתר בנייה, הוא הסכמתם של כלל בעלי הזכויות בבניין ואין להסתפק ברוב מופחת בהתאם לדין החל ביחס לבקשות להיתר מכוח תמ"א 38. בהקשר זה, הוסיפו העותרים וטענו כי, בניגוד לטענת חברת גבסו, הם לא חתמו על הסכם תמ"א 38.

4. ביום 29/3/20 דנה הוועדה המקומית בבקשה להיתר ובהתנגדויות והחליטה לאשר את הבקשה להיתר, תוך שהיא מקבלת באופן חלקי את ההתנגדויות. כך, בין היתר, קיבלה הוועדה המקומית את התנגדות העותרים, לפיה אין לראות בבקשה להיתר כבקשה מכוח תמ"א 38, אלא כבקשה מכוח תכנית בי/711. בהמשך ולאור זאת, קבעה הוועדה המקומית שהוצאת ההיתר מותנית בקבלת הסכמה של 100% מבעלי הזכויות בבניין (לעיל ולהלן: **"החלטת הוועדה המקומית"**).

5. על החלטת הוועדה המקומית הגישה חברת גבסו את הערר. ביום 15/11/20 קיבלה ועדת הערר את הערר באופן חלקי, משקבעה כי יש לראות בבקשה להיתר כבקשה מכוח תמ"א 38. ומכאן העתירה.

החלטת ועדת הערר נשוא העתירה;

6. השאלה המרכזית אשר עמדה לדיון בפני ועדת הערר היא כאמור - האם הבקשה להיתר היא בקשה מכוח תמ"א 38 או בקשה מכוח תכנית בי/711. יצוין כי השלכה רלוונטית אחת לקביעה זו, קשורה למנגנון הקנייני לאישור הבנייה שכן - ככל שמדובר בהיתר לפי תמ"א 38, הרי שעל פניו חלות הוראות [חוק המקרקעין](#) (חיזוק בתים משותפים מפני רעידת אדמה), תשס"ח-2008 (להלן: **"חוק החיזוק"**), המאפשרות למפקח על רישום המקרקעין-בתנאים הנקובים בחוק זה - אישור הריסה ובנייה מחדש של בית המשותף, גם ככל שלא קיימת לאלו הסכמת כל בעלי הזכויות במקרקעין. השלכות נוספות הנובעות מקביעה כאמור הן השלכות הנוגעות לתשלום היטל השבחה ולהטלת מיסים על העסקה בין הדיירים לבין החברה היזמית.

על השאלה כפי שהוצגה, קרי על השאלה האם ההיתר הוא מכוח תמ"א 38 אם לאו, השיבה ועדת הערר בחיוב.

7. כך, בפתח החלטתה, מצאה ועדת הערר להביא את דברי ההסבר לתכנית בי/711 (כפי שהובאו לעיל) ולהצביע על ההבחנה, העולה מהם, בין שני המבנים עליהם חלה תכנית זו. בהקשר זה, צוין שבעת שקודמה תכנית בי/711, כבר ניתן היתר בנייה להריסה ובנייה מחדש של הבניין ברחוב העצמאות 9 מכוח תמ"א 38 ומכוח תכנית בי/580 (שהיא כאמור תכנית מכוח סעיף 23 החלה על תחום העיר בת ים), וכן כבר היו בנויות בבניין שבבנייה 9 קומות מתוך 16. לעומת זאת, בעת קידום תכנית בי/711, טרם הוגש היתר בנייה להריסה ובנייה מחדש של הבניין ברחוב העצמאות 7. אלא שבשלב זה, נערך הסכם בין חברת גבסו לבין בעלי הזכויות בבניין לביצוע פרויקט מכוח תמ"א 38 להריסה ובנייה מחדש ורק ביום 28/5/19, לאחר אישור תכנית בי/711, הוגשה הבקשה להיתר בבניין.

8. עוד הוסיפה ועדת הערר וציינה כי תמ"א 38, חלה באופן גורף על כל המבנים טעוני החיזוק במדינת ישראל, שנבנו שלא בהתאם לתקן ישראלי 413, ככל שנבנו לפני שנת 1980. אלא

שמדובר בתכנית ארצית ללא תשריט וללא התייחסות למגרש מסוים עליו היא חלה ומשכך, היא אינה מספקת אמירה תכנונית פרטנית ביחס לכל בניין ובניין עליו היא חלה. בהמשך לכך הפנתה ועדת הערר לסעיפים השונים, הקבועים בתמ"א 38, אשר במסגרתם פתרון לבעיה מובנית זו. ראשית – לסעיפים 21-22, המקנים לוועדה המקומית שיקול דעת כשהיא בוחנת בקשה מכוח תמ"א 38 ושנית – לסעיף 23. בהקשר לסעיף 23, נקבע כי מטרתו היא לאפשר התייחסות פרטנית בתכנית למקרקעין מסוימים. אשר לכך, הודגש כי הואיל ותמ"א 38 היא הגבוהה בהיררכיית התוכניות, הרי שעל מנת שתכנית מתאר הנמוכה ממנה במדרג ההיררכי תקבע הוראות שאינן עולות בקנה אחד עם הוראותיה, יש צורך לקבוע זאת מפורשות במסגרת התמ"א. כיוון שכך, נקבע כי הוראות סעיף 23 לא נועדו למנוע אישורה של תכנית נקודתית, אלא אך לקבוע שאין בתמ"א כדי למנוע אישור תכניות פרטניות לחיזוק מבנים, אף אם הן חורגות מהוראותיה. בהתאמה נקבע כי אין בהוראות סעיף 23 כדי לאסור אישורה של תכנית נקודתית, אלא ההיפך, כי מטרת סעיף זה היא אישור תכנית פרטנית המדויקת יותר מבחינה תכנונית שמטרתה חיזוק מבנים. עוד הובהר על ידי ועדת הערר כי אין חובה שתכנית לפי סעיף 23 תוגש כתכנית במסגרתה יקבע מפורשות כי מדובר בתכנית לפי סעיף 23, אלא שהקביעה אם מדובר בתכנית לפי סעיף 23 אם לא, תעשה בהתאם למהותה של התכנית.

9. משנקבעו על ידי ועדת הערר קביעותיה העקרוניות כאמור, פנתה ועדת הערר לבחון את התכנית נשוא הדיון. אשר לתכנית זו, פתחה ועדת הערר ודחתה את הטענה ולפיה בהחלטת הוועדה המחוזית מיום 5/8/18 נקבע כי תכנית בי/711 לא מהווה תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38. אשר לכך, הדגישה ועדת הערר כי בנוגע לקביעותיה אלו של הוועדה המחוזית, הרי שיש נפקות להבחנה בין שני המבנים – בעצמאות 9 ובעצמאות 7. אשר לראשון – זה נהרס עוד קודם לשמיעת ההתנגדויות, מכוח תמ"א 38 ואף היה מצוי בשלבי בנייה ומשכך, נקבע כי תוספות הזכויות לבניין זה הן מכוח תכנית בי/711. אלא, שלגישת ועדת הערר, שונים הם פני הדברים באשר למבנה בעצמאות 7, שטרם נהרס במועד החלטת הוועדה המחוזית ושתכלית תכנית בי/711 הייתה להסדיר את האפשרות להוציא לו היתר מכוח תמ"א 38 בעתיד. נקבע כי לאור כך שתכנית בי/711 חלה על המבנים שדינם שונה והואיל ובשלב בו דנה הוועדה המחוזית בהתנגדויות לא היו בפניה מלוא הנתונים בנוגע לבניין בעצמאות 7, אשר התגבשו רק עם הגשת הבקשה להיתר, לא מצאה הוועדה המחוזית לשנות את הוראות התכנית בעניין זה. עוד הוסיפה ועדת הערר והדגישה כי:

"ניתן להניח שהדברים שנאמרו על ידי הוועדה המחוזית נאמרו נוכח השלב שבו עלתה השאלה, דהיינו בשלב אישור התכנית. מכל מקום אין באמור כדי ללמד כי תוכנית בי/711 אינה תוכנית לפי סעיף 23 ביחס למבנה בעצמאות 7. ודוק- מעיון בתכנית בי/711 ברי שהיא הניחה כבסיס את סל הזכויות האפשריות מכוח תמ"א 38 ואף עיגנה אותן בהוראותיה. זכויות כאמור יש מקום לתת רק מקום שבו מדובר במבנה הטעון חיזוק לפי תקן 413. מהאמור עולה שהוועדה המחוזית בעת שאישרה את תוכנית בי/711 סברה שיש בסיס להנחה שמדובר במבנה הטעון חיזוק לפי תמ"א 38.

הוועדה המחוזית קבעה שבשלב הגשת הבקשה להיתר תידרש בדיקה הנדסית פרטנית שתראה על כך שמדובר במבנה הטעון חיזוק לפי תמ"א 38 – תקן 413"

10. לאור כל האמור נקבע כי תכנית בי/711 היא תכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38 ובהתאמה לכך כי הבקשה להיתר נשוא הערר, היא בקשה להיתר מכוח תמ"א 38.

עוד נקבע כי, הגם שבמסגרת הדיון בערר השיבה הוועדה המקומית כי אין מחלוקת לעניין הצורך בחיזוק המבנה לפי תקן 413, הרי שנוכח הוראות תמ"א 38 והחלטות ועדת הערר לעניין זה – תנאי להיתר הבנייה יהיה קבלת אישור מטעם מהנדס הוועדה המקומית. כמו כן, נקבע שתנאי נוסף להיתר יהיה הכרעה ביחס לאפשרות לממש את ההיתר, שתתקבל על ידי המפקח על בתים משותפים, בהתאם להסדר המעודכן בחוק החיזוק. במסגרת בירור זה לפני המפקח על בתים משותפים יתבררו מכלול טענות בעלי הזכויות, לרבות טענות בדבר שיעור התמורה בגין דירותיהם.

11. בשולי החלטתה, התייחסה ועדת הערר להתנגדות בעלי הזכויות בבניין מצפון. אשר לכך, הובהר כי הואיל ותכנית בי/711 היא תכנית נקודתית שנועדה לייצר התאמות בין הוראות תמ"א 38 לתנאי המקום המסוימים, הרי שבקשה להיתר מכוחה היא בגדר זכות מוקנית ואינה מותנית בהפעלת שיקול דעת. כיוון שכך, נקבע כי טענותיהם של המתנגדים, הנוגעות להשלכות הבקשה להיתר על דירותיהם, היו צריכות להתברר במסגרת אישור תכנית בי/711 ולא במסגרת ערר על הבקשה להיתר. עוד צוין, בכל הנוגע להתנגדות להקלות במסגרת הבקשה להיתר, כי הואיל והערר לא הוגש על ידי מתנגדים אלו, הרי שאין הוא עוסק בהתנגדותם הנוגעת להיבטים אלו.

12. על החלטת ועדת הערר הוגשה כאמור העתירה לפני.

עיקרי טענות העותרים:

13. לטענת העותרים, על בית המשפט להתערב בהחלטת ועדת הערר אשר ניתנה בניגוד להוראות הדין ובהעדר סמכות.

14. אשר לכך, נטען כי בנסיבות המקרה לא היה מקום להכיר בבקשה להיתר כבקשה לפי תמ"א 38. זאת בהינתן שבעת הגשת בקשה להיתר נדרשה חברת גבסו לבקש זכויות והקלות מכוח הוראות תמ"א 38 ואולם, היא לא עשתה כן אלא התבססה על התכנית הנקודתית. זאת ועוד, נטען כי אין מקום להכיר בבקשה כבקשה להיתר לפי תמ"א 38, גם בשים לב לכך שחברת גבסו מנסה, מחד לבנות פרויקט על פי זכויות על פי תכנית מתאר נקודתית הנותנת זכויות בנייה ממשיות הרבה מעבר לתמ"א 38 והכוללות - במקום בניין של 3 קומות - מבנה בן 11 קומות ושלושה מרתפי חניה ובסה"כ 14 קומות שהוא כמעט פי 5 מהמבנה הקיים, ומאידך היא מנסה לחסות תחת כנפי תמ"א 38 באופן מלאכותי במטרה לזכות בהקלות מסוימות במס.

15. יתרה מכך, נטען כי בצדק קבעה הוועדה המקומית שאין להכליל את תכנית בי/711 תחת הוראות סעיף 23 לתמ"א 38. זאת הואיל וסעיף 23 לא נועד למקרים בהם עסקינן בתכנית נקודתית החלה על שני בניינים קטנים, אלא לתכניות מתאר החלות על אזורים שלמים. חיזוק לכך, מוצאים העותרים בהוראות סעיף 23 הקובעות כי תכנית בהתאם לסעיף זה תהיה "תכנית למאפייני ישוב או חלקים ממנו" - הוראה אשר לטענתם אינה מתקיימת מקום בו מדובר בשני בניינים בלבד. עוד מפנים העותרים לכך, שבמסגרת התחום המוניציפאלי של העיר בת ים, אושרו והוכנו תכניות מתאר בהתאם להוראות סעיף 23, תכניות אשר במסגרתן נקבע מפורשות כי הן מהוות תכניות לפי סעיף 23 ויתרה מכך הן חלות על חלקים נרחבים בבת ים.

לא זו אף זו, נטען כי במקרה דנן הוספו במסגרת התכנית זכויות בנייה בהיקפים ניכרים, העולים על התוספות האפשריות בהתאם לתמ"א 38. כיוון שכך, נטען כי לא ניתן לראות בתכנית "התאמה מיטבית יותר לתנאי המקרקעין", שכן – אף בדוחק לא ניתן לראות תוספות קומות כ: "הטבה מיטבית".

16. יתרה מכך, לטענת העותרים קביעה ולפיה תכנית בי/711 מהווה תכנית לפי סעיף 23, עומדת בסתירה לקביעותיה הקודמות של הוועדה המחוזית, בהחלטתה מיום 5/3/18, כפי שהובאו לעיל. אשר לקביעות אלו, נטען כי מדובר בקביעות חד משמעיות של הוועדה המחוזית אשר ניתנו לפני שנים, אשר לא ניתן בשלב זה לתקוף אותן, משום שהפכו חלוטות ומפאת שיהוי, ומשכך שגתה וועדת הערר עת קבעה קביעות המנוגדות להן. יתרה מכך, נטען כי חברת גבסו לא ערערה בזמנו על קביעות אלו, מאחר והן שירתו אותה עם דחיית ההתנגדויות.

עוד נטען כי בניגוד לזכויות מכוח תמ"א 38, הרי שהזכויות מכוח התכנית הנקודתית הן זכויות מוקנות ובהתאמה לכך, אף נדחו התנגדויות על ידי הוועדה המקומית מהטעם שאושרה התכנית הנקודתית. נטען כי בנסיבות בהן מדובר בתכנית המהווה שינוי של המצב התכנוני והענקת זכויות מוקנות שלא ניתנו למקרקעין קודם לאישור התכנית – הרי שהקביעה ולפיה התכנית מהווה קומפילציה בלבד היא שגויה, שכן התכנית מעניקה זכויות של ממש במקרקעין. בהקשר זה מפנים העותרים לכך, שכאמור בבניין נשוא הדיון הותרה בניית 14 קומות במקום 3 והכל בניגוד לתמ"א 38, אשר אינה קשורה ל"שתי המפלצות שנבנות".

נוסף על כך, נטען כי כאשר מגישים תכנית לפי תמ"א 38 יש לעמוד בתנאים מוקדמים, ולהגישה במסלול של תמ"א 38 תוך עמידה בכל תנאי הסף שלה. אשר לכך, נטען כי אין מדובר בנושא פרוצדוראלי בלבד וכי לא ניתן בדיעבד לבחון קיומן של ההוראות הסטטוטוריות המחייבות. עוד נטען כי לא יעלה על הדעת שיזמים יוכלו לקדם תכנית נקודתית, ללא קשר לתמ"א 38 ולטעון בדיעבד שהיא חוסה תחת תמ"א 38 והכל שלא בהתאם לכללים ולתנאים.

יתרה מכך, נטען שגם טיעונה של חברת גבסו ולפיו כל התוספת שהוספה במסגרת תכנית בי/711 למבנה בעצמאות 7, היא תוספת זניחה של 10% שטחי בנייה בלבד על שטחי הבנייה שניתן היה לבנות מכוח תמ"א 38 ותכנית בי/580 ומשכך, מהווה תכנית בי/711 תכנית קומפילציה, המאגדת את הזכויות האפשריות מכוח תכונות אלו - אינו אוחז מים. זאת בהינתן שלטענת העותרים, אין מדובר ב-10% בלבד, אלא בהיקפים נרחבים יותר ובזכויות ממשיות ואלמנטים נוספים, אשר אפילו בדוחק לא ניתן לטעון כי הם יכולים להיות במסגרת של תמ"א 38. כתימוכין לאמור, מפנים העותרים לכך שאף הוועדה המקומית הבהירה בהחלטתה כי ההיפך מטענת גבסו הוא הנכון וכי יש שינויים ותוספות בנייה משמעותיים. בדומה נטען כי אין לקבל את הטענה בדבר היות המבנה מסוכן, אשר נטענה ללא כל הוכחה, פירוט או תיאור והכל כדי לנסות ליצור מצג ולפיו מדובר בניין מט ליפול בשעה שאין חולק שהבניין כבר שופץ וחוזק.

17. לא זו אף זו, נטען שככל שחברת גבסו מעוניינת לפעול על פי תכנית המתאר הנקודתית, עליה לקבל את הסכמתם הפוזיטיבית של כל הדיירים. בהקשר לכך, מוסיפים העותרים ומבהירים כי נוסף על הטענות כפי שפורטו, יש להם טענות חמורות רבות בקשר עם הצגת הפרויקט ו/או ההסכמות שקיבלו מחברת גבסו לגבי החתימות ותכנון הפרויקט וטענות אלו ייטענו במסגרת הראויה, ככל שהדבר יידרש. עוד מציינים העותרים כי הבניין בעצמאות 9 החל כתמ"א 38, אך בהמשך נבנו בו תוספות משמעותיות שלא במסגרת תמ"א 38 וכי הם שומרים גם על טענותיהם בנושא זה.

18. לאור כל האמור, טוענים העותרים כי יש לקבל את העתירה ולהורות על ביטול החלטת ועדת הערר.

עיקרי טענות המשיבים:

טענות המשיבה 1 – ועדת הערר:

19. בפתח הדברים, מציינת ועדת הערר כי ספק רב בעיניה אם לעותרים יש מעמד לתקוף את סיווג התכנית, לאור הוראות [סעיף 152 לחוק התכנון והבנייה](#), בהינתן שסוגיה זו אינה באה בגדר המקרים המנויים [בסעיף 149\(א\) לחוק התכנון והבנייה](#) ומשלמרות קביעת ועדת הערר בנוגע לסיווג התכנית, לא מצאה הוועדה המקומית להשיג על החלטת ועדת הערר. בנסיבות אלו, נטען כי דין העתירה להידחות על הסף. עוד נטען, כטענת סף, כי העתירה אף לוקה משלא צורפו כמשיבים לה בעלי הדירות הנוספים בבניין נשוא ההליך, שהם משיבים רלוונטיים וכן, לא צורפו כמשיבים צדדים נוספים להליך בפני ועדת הערר.

20. מבלי לגרוע מהאמור ולשם הזהירות, טוענת ועדת הערר כי לטעמה דין טענות העותרים להידחות אף לגופן. זאת באשר העותרים לא הצביעו על כל פגם המצדיק התערבותו של בית המשפט ובשים לב לכך שהחלטת ועדת הערר היא למצער סבירה.

אשר לכך, טוענת ועדת הערר ראשית כי הפרשנות לסעיף 23 בתמ"א 38, כפי שנקבעה על ידה ולפיה ניתן להכליל גם תכנית נקודתית בגדרו של סעיף זה - היא פרשנות ראויה, סבירה

ומידתית על פני הדברים. זאת משהיא עולה בקנה אחד עם לשונה של תמ"א 38, המאפשרת עריכת תכנית למקרקעין מסוימים ובלשונה: "מאפייני ישוב או חלקים ממנו" – אשר גם מגרש אחד יכול לבוא בגדרה. עוד נטען כי פרשנות כאמור עולה בקנה אחד אף עם מהותה של תמ"א 38 ועם התכליות אותן היא נועדה לקדם, וכי אין כל צורך שבמסגרת התכנית המאושרת יצויין מפורשות כי מדובר בתכנית לפי תמ"א 38. זאת הואיל ומבחינה מהותית יעודה של תכנית לפי סעיף 23 הוא לאפשר התייחסות פרטנית ומדויקת, מבחינה תכנונית, למקרקעין מסוימים אשר בהם נדרש חיזוק מבנים. לאור זאת, נטען שהן מהבחינה הלשונית והן מבחינת תכלית ההוראה – אין כל מניעה כי תכנית מכוח סעיף 23 תחול על מגרש בודד. בהקשר זה, מציינת ועדת הערר כי הסוגיה העקרונית, לפיה ניתן לאשר גם תכניות נקודתיות מכוח סעיף 23 לתמ"א 38, נבחנה במנהל התכנון ובמשרד המשפטים ועולה בקנה אחד עם עמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ולפיה אין כל מניעה כי תכנית נקודתית תהא תכנית לפי סעיף 23.

נוסף על כך, טוענת ועדת הערר כי לא נפל כל פגם באופן בו פורשה תכנית בי/711 על ידה. אשר לכך, פותחת ועדת הערר וטוענת כי גם את פרשנות תכנית בי/711 – שהיא חיקוק – יש לעשות בהתאם ללשונה ולתכלית אשר היא מבקשת להגשים. בהתאמה לאמור, נטען כי הפרשנות כפי שניתנה לתכנית בי/711 על ידי ועדת הערר ולפיה, מדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א, הגם שהתכנית אינה קובעת זאת מפורשת – היא פרשנות המתייחסת למהות התכנית והמגשימה את תכלית הנורמות התכנוניות החלות על המבנה בעצמאות 7 בשלמותן, כמו גם תואמת את לשון התכנית כחיקוק, לצורך יצירת הרמוניה חקיקתית. בהקשר זה מפנה ועדת הערר לכך, שבמסגרת הכרעה בפרשנות התכנית, הפנתה ועדת הערר גם לדברי ההסבר של תכנית בי/711, בהם קיימת הבחנה בין שני המבנים עליהם חלה התכנית. עוד הפנתה ועדת הערר לכך, שעיון בהוראות תכנית בי/711 מעלה באופן מובהק כי עסקינן בתכנית פרטנית שעניינה חיזוק המבנה בעצמאות 7 מפני רעידות אדמה על פי הוראות תמ"א 38 (והתכניות שאושרו מכוחה בתחום העיר בת ים). זאת, שעה שמטרתה של תכנית בי/711 בהתייחס למבנה בעצמאות 7, היא התאמה תכנונית מיטבית של תמ"א 38 למקרקעין בעצמאות 7, בהתייחס לתנאי המקום והסביבה. נטען שהעותרים לא הציבו את קו הגבול ביחס לשאלה מה היקף הגדרת "חלקים ממנו" (לשון סעיף 23) ולדידה של ועדת הערר, כפי שפורט לעיל, סעיף 23 יכול לחול גם על מגרש בודד ויש להחילו על המגרש הבודד נשוא הדיון. זאת, לאור ייחודיותו של המגרש אשר הצדיקה תכנית פרטנית לפי סעיף 23, תחת הוצאת היתר ישירות מכוח תמ"א 38 – ייחודיות המוצאת ביטוי, בין היתר – ברצון להוספת חזית מסחרית ובית כנסת בקומת הקרקע- הוספה אשר לא הייתה אפשרית במסגרת היתר בניה ישירות מכוח התמ"א ונוסף על כך ברצון לעודד את חיזוקו של המבנה בהתאם לבקשה להיתר וקיומו של ייעוד נוסף על מגורים במבנה בעצמאות 7. עוד מציינת ועדת הערר כי אמנם, בהתאם לפסיקה, בכל הנוגע לפרשנות תכנית שהיא חיקוק, בית המשפט הוא הפרשן העליון ויחד עם זאת, מפנה ועדת הערר לכך, שבמסגרת הפסיקה נקבע כי יש ליתן משקל גדול לפרשנות הניתנת על ידי ועדת הערר, שהיא בעלת

הכישורים והמומחיות להפעלת הסמכות בענייננו ופרשנות התכנית מצויה בלב סמכותה ושיקול דעתה.

21. בהתייחס לטענות העותרים הנוגעות להחלטת הוועדה המחוזית מיום 5/8/18, מפנה ועדת הערר לכך, שבמסגרת החלטת ועדת הערר, לא נעלמו מעיניה החלטותיה של הוועדה המחוזית, אשר אף צוטטו בהחלטה כלשונן. יחד עם זאת, נטען כי, בהינתן שאמירותיה של הוועדה המחוזית הן עקרוניות וכלליות ללא בחינה ספציפית של התכנית- הרי שבדין לא ראתה ועדת הערר את אמירותיה של הוועדה המחוזית כעומדות בסתירה או כמאיינות את סמכותה לקבוע שתכנית בי/711 מהווה תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38. עוד נטען כי אין כל ממש בטענת העותרים ולפיה יש ליתן עדיפות לעניין זה לעמדת הוועדה המקומית. אשר לכך, נטען כי ועדת הערר גבוהה היררכית מהוועדה המקומית וסמכותה כוללת גם סמכות לדון "de novo" בפרטי העניין הנדונים על ידי הוועדה המקומית ומשכך, אין בכך שהוועדה המקומית היא זו אשר יזמה את תכנית המתאר, כדי ליתן לאחרונה מעמד עליון בבוא ועדת הערר לפרש את הוראות התכנית.

22. בשולי תשובתה מצאה ועדת הערר להתייחס בקצרה לטענות נוספות שהועלו על ידי העותרים, טענות אשר לדידה יש להורות על דחייתן.

כך, בהתייחס לטענות העותרים לעניין שיעור ההסכמות הנדרש לשם הגשת התכנית – נטען כי טענתם של העותרים ולפיהן נדרשת הסכמת 100% מהדיירים, אינה רלוונטית בענייננו, נוכח התוצאה אליה הגיעה ועדת הערר ולפיה תכנית בי/711 היא תכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א ומשכך אין צורך בהכרח בהסכמה של כלל הדיירים. עוד נטען כי אין רלוונטיות לפסיקה אליה הפנו העותרים, העוסקת בשאלה מי רשאי להגיש תכנית הריסה ובנייה מחדש או שעסקה בפרויקט חיזוק שלא על דרך הריסה ובנייה מחדש ואינה נסבה על השאלה נשוא הדיון כאן שהיא מי רשאי להגיש בקשה להיתר בנייה על בסיס תכנית מאושרת.

עוד נטען כי אין רלוונטיות לטענת העותרים ולפיה התוספת הגלומה בתכנית בי/711 עולה על 10%. זאת, בשעה שממילא קביעה ולפיה תכנית בי/711 הוסיפה רק 10% - לא הייתה חלק מהחלטת ועדת הערר נשוא ההליך ומשכך אף אין מקום להידרש אליה במסגרת העתירה דנן. אשר לכך, מדגישה ועדת הערר כי לדידה כל שרלוונטי וחשוב לענייננו הוא שהבקשה להיתר תואמת את תכנית בי/711 וזאת ללא חריגה בגובה או בשטחי בנייה. בדומה נטען כי אין להידרש לשאלה האם מדובר במבנה מסוכן אם לאו, בהינתן שאף היא לא עמדה בבסיס החלטת ועדת הערר, שלא דנה או הכריעה בה. משכך, נטען שברי כי אין מקום שבית המשפט ייכנס בנעלי מוסד התכנון ויכריע בעצמו בטענות אלו, כפי שמבקשים העותרים שיעשה. למעלה מן הצורך, מבהירה ועדת הערר, כי תמ"א 38 אינה עוסקת בהכרח במבנים מסוכנים, וכי חובת חיזוק מבנים בפני רעידות אדמה לפי תקן ישראלי ת"י 413 חלה על גם מבנים רבים אשר אינם מוגדרים כמסוכנים.

עוד נטען כי לא נפל כל פגם באופן ניהול ההליך על ידי ועדת הערר מזו הקפידה, במסגרת הדיון בפניה, על כללי הצדק הטבעי, טענות הצדדים נפרשו בפניה בהרחבה והיא התייחסה בהחלטתה לטענות אלה ונימקה כדבעי את התוצאה אליה הגיעה.

נוסף על כך, טוענת ועדת הערר כי יש לדחות גם את טענותיהם של העותרים המופנות אל חברת גבסו ונסבות על החתימות ותכנון הפרויקט, כולן טענות החורגות מההליך בענייננו ולכן אף להן אין מקום להידרש.

23. נוכח כל המפורט לעיל, התבקש לקבוע כי פרשנות ועדת הערר ולפיה תכנית בי/711 היא תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 - היא סבירה ומעל לכך - ראויה, המתיישבת עם לשון החיקוק ומגשימה את התכליות המגולמות בתכנית הספציפית ובתכניות הגבוהות הימנה במדרג ההיררכי ואשר על כן, התבקש לדחות את העתירה.

טענות המשיבה 2 – הוועדה המקומית:

24. אפתח ואציין כי עמדתה של ועדת הערר תואמת את עמדת העותרים, הואיל ואף לדידה, שגתה ועדת הערר הן בקביעותיה העקרוניות בכל הנוגע לתחולת סעיף 23 לתמ"א 38 על תכניות נקודתיות בכלל וכאלה ביוזמה פרטית בפרט והן בקביעותיה הפרטניות בכל הנוגע לתכנית נשוא הדיון.

25. וביתר פירוט - בפתח טענותיה, מדגישה הוועדה המקומית, כי הואיל וליבת העתירה נסבה על פרשנותו של סעיף 23 לתמ"א 38 ופרשנות תכנית בי/711, ולא על סוגיה תכנונית, המצויה בשיקול דעתה המקצועי של ועדת הערר, הרי שאין כל מניעה כי בית המשפט יתערב בפרשנות השגויה של ועדת הערר.

26. לגופם של דברים, טוענת הוועדה המקומית ראשית, כי פרשנות נכונה, הנובעת מקריאה רצופה של הוראות סעיף 23, מלמדת כי תכנית לפי סעיף זה היא תכנית ביוזמת מוסד תכנון, למטרת התאמת התמ"א לצרכי ישוב שלם או שטח משמעותי ממנו ולא תכנית נקודתית על מגרש אחד, למקסום זכויות, ביוזמה פרטית. בתמיכה לטענתה זו מפנה הוועדה המקומית להוראות סעיף 23א(א) לתמ"א ובהתאם להן: "אוסרה תכנית לפי סעיף 23 לא יחולו הוראות סעיפים 14-11א', על פי הענין, על מבנים בתחום התכנית, אלא אם כן נאמר אחרת בתכנית לפי סעיף זה". נטען כי מקום בו תכנית לפי סעיף 23 אינה קובעת מפורשות כי היא מחילה את התמריצים הקבועים בסעיפים 14-11א' לתמ"א 38, היא למעשה מחליפה תמריצים אלו. אשר לכך, הודגש כי אישורן של תכניות כלל עירוניות המהוות יישום לסעיף 23 לתמ"א 38, אינו רק בעל היבט טכני אלא שתוכניות כאמור מחילות תמריצים משלהן ומבטלות תמריצי תמ"א 38 באופן שמאפשר התפתחות עירונית שאינה מעמיסה יתר על המידה על התשתיות העירוניות. נטען כי לעמדה זו שותפה אף הוועדה המחוזית והאמור מצא ביטויו בהחלטתה מיום 5/3/18, שם הביעה הוועדה המחוזית עמדה כי: "ככלל אין לעשות שימוש בסעיף זה למטרת הכנת תכנית נקודתית החלה על שני מגרשים" וכן, הדגישה הוועדה המחוזית כי לוועדה המקומית דנן כי יש כבר תכניות לפי סעיף 23 לתמ"א 38. עוד נטען כי לגישת הוועדה המחוזית, מקום בו המוסד התכנוני שמגיש את התכנית אינו

רואה אותה כתכנית לפי סעיף 23, הרי שאין לראותה כתוכנית זו. זאת ועוד, נטען כי ניכר שהוועדה המחוזית קיבלה את עמדת הוועדה המקומית ולפיה על תכנית כאמור להיות מוגשת על ידי מוסד תכנון ולא על ידי בעלים פרטיים. עוד מוסיפה הוועדה המקומית וטוענת כי כל פרשנות אחרת תאפשר הכנסת תוכניות לתוך סעיף 23 בחטף, תוך פגיעה באיזון העירוני כפי שנקבע בתכניות העירוניות המיישמות את תמ"א 38 וכן תעמיס על כיסה של העיר, לאור השלכות בהיבטים של היטל השבחה וזאת, כאשר תכלית סעיף 23 נועדה לקדם תכניות רוחב. נטען כי למצער יש להורות שרק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן ניתן יהיה לראות בתכנית נקודתית שהוגשה על ידי הוועדה המקומית ולא ביוזמה פרטית, כתכנית שעל פי מהותה היא תכנית בהתאם לסעיף 23 לתמ"א 38.

27. נטען כי מעבר לטענות הכלליות הנוגעות לאפשרות להחלת הוראות סעיף 23 על תכנית נקודתית ביוזמה פרטית, הרי שבמקרה דנן באופן קונקרטי, אין לראות בתכנית כתכנית לפי סעיף 23. אשר לכך, פותחת הוועדה המקומית ומפנה לכך, שהיא אישרה בעבר תכניות לפי סעיף 23 ואולם, תכניות אלו הוגשו תוך שנקבע בהן כי הן בהתאם לסעיף 23 ויתרה מכך, במסגרת תכניות אלו נקבע מפורשות כי מטרתם היא חיזוק מבנים עליהם חלה תמ"א 38. אלא, שבתכנית דנן, לא נקבע כי היא הוגשה כתכנית לפי סעיף 23 ויתרה מכך, מדובר בתכנית החלה רק על שני מגרשים ואינה מהווה תכנית לחלקים משמעותיים של היישוב כנדרש. זאת ועוד, לטענת הוועדה המקומית, פרשנות ועדת הערר ולפיה יש לבצע הבחנה בין שני המגרשים עליהם חלה התכנית- העצמאות 9 והעצמאות 7, היא פרשנות מאולצת שיש לדחותה. שכן, לא יתכן לפצל תחולה של תכנית לשני מהמגרשים עליהם היא חלה ולקבוע שהתכנית בחלקה היא תכנית לפי סעיף 23 ובחלקה לא, אלא שהגיונו של הסעיף הוא לאפשר הליכי תכנון ב"מבט הציפור" תוך החלפת תמריצי התמ"א עצמה.

28. נוסף על כך, טוענת הוועדה המקומית כי לא ניתן לפצל את מהות התכנית בהסתכלות לאחור תוך הסתמכות על הליכי רישוי, אלא שבחינת המהות צריכה להיעשות על רקע ההליך התכנוני, במסגרתו הובהר שהתכנית אינה תכנית לפי סעיף 23. עוד נטען כי שגתה ועדת הערר משקבעה שהוועדה המחוזית לא קבעה שביחס למבנה בעצמאות 7 אין מדובר בתכנית לפי סעיף 23. אשר לכך, מפנה הוועדה המקומית להחלטת הוועדה המחוזית במסגרתה הובהר מפורשות כי: "אין לעשות שימוש בסעיף זה למטרת הכנת תכנית נקודתית החלה על שני מגרשים בלבד". אשר לדברים אלו, מדגישה הוועדה המקומית כי הואיל והתכנית דנן חלה על שני מגרשים בלבד, אין זאת אלא שקביעותיה של הוועדה המחוזית חלות גם על הבניין בעצמאות 7.

29. זאת ועוד, נטען כי העובדה שהתכנית מעגנת זכויות מוקנות באופן הדומה להוראות תמ"א 38 ותכניות מכוח סעיף 23, אינה מלמדת בהכרח כי מדובר בתכנית מכוח סעיף 23. שהרי, בניגוד לתכניות מכוח תמ"א 38, בענייננו ניתנו לחברת גבסו זכויות מוקנות, לעומת מצב קודם במסגרתו הן היו זכויות מותנות. על כן נטען כי אף עמדת ועדת הערר שהתכנית מהווה קומפילציה בלבד שגויה, שהרי התכנית מעניקה זכויות של ממש במקרקעין. נוסף על כך, מבהירה הוועדה המקומית, כי עקב התכנית השתפרה פלאים הוודאות התכנונית במקרקעין, שכן, בעוד שטרם אישור תכנית בי/711, נדרשה חברת גבסו לפנות בבקשה

להיתר ולבקש זכויות המותנות בהפעלת שיקול דעת, הרי שכיום יש בידיה זכויות מוקנות וזכויותיה קיבלו ממשות מכוח התוכנית. ויתרה מכך, התכנית אושרה על מנת להוסיף זכויות בניה ולאפשר בינוי שיתאים יותר למקרקעין.

לא זו אף זו, לטענת הוועדה המקומית, במצב דברים זה, בו לחברת גבסו ישנן זכויות מוקנות, סוגיית יישום תמ"א 38 והכללים לאישור התמ"א אינה רלוונטית, שהרי הבקשה להיתר מתבקשת מכוח זכויות המוקנות מכוח התכנית.

30. לאור כל האמור לעיל, טוענת הוועדה המקומית, שהתכנית דנן אינה תכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38, אלא היא מהווה תכנית מתאר נקודתית בלבד.

31. כסיכום וריכוז מבקשת הוועדה המקומית כי בית המשפט יקבע שרק תכנית שהוגשה על ידי הוועדה המקומית בתחולה על חלקים משמעותיים משטח הישוב ובה צוין מפורשות כי היא בהתאם לסעיף 23 – תהווה תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38. לחילופין, מתבקש שבית המשפט יורה כי רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן ניתן יהיה לראות בתכנית נקודתית שהוגשה על ידי הוועדה המקומית ולא ביוזמה פרטית, כתכנית שעל פי מהותה היא תכנית בהתאם לסעיף 23. לגופם של דברים, התבקש לדחות את פרשנות ועדת הערר ולקבוע כי תכנית בי/711 אינה תכנית מפורטת מכוח סעיף 23, לקבל את העתירה ולהורות על ביטול החלטת ועדת הערר.

טענות המשיבה 3 – חברת גבסו :

32. לטענת חברת גבסו, עסקינן בעתירה טורדנית, חסרת בסיס עובדתי ומשפטי, אשר אינה מגלה כל עילה להתערבות בשיקול דעתה של ועדת הערר ודינה להידחות על הסף. לטענתה, העתירה דנן מכוונת כנגד שיקול דעתי התכנוני-מקצועי של ועדת הערר, בניסיון לטעון כי עסקינן בהחלטה החורגת מסמכות, וזאת מבלי שטענות העותרים תתמכנה בתשתית משפטית ועובדתית מינימלית. זאת שעה שהחלטת ועדת הערר ניתנה בסמכות, ההליך היה תקין, וההחלטה סבירה ומידתית.

33. וביתר פירוט – פותחת גבסו וטוענת כי דין העתירה להידחות על הסף. זאת, ראשית הואיל העתירה אינה עומדת בהוראות הדין והפסיקה, מהבחינה הצורנית ומהבחינה המהותית, שכן היא אינה ערוכה בצורה סדורה ואינה כוללת הרצאה סדורה של הנימוקים בעובדה ובחוק עליהן היא מתבססת. עוד נטען שבחינת העתירה מעלה כי היא אינה מרימה את הנטל הראייתי המינימלי לצורך התערבותו של בית המשפט בהחלטת ועדת הערר, שכן העובדות המוצגות אינן מבססות את הטענה בדבר חריגה מסמכות, ועל כן, נטען שהעתירה אינה מגלה כל עילה. נוסף על כך, נטען שהתצהיר אשר צורף בתמיכה לעתירה אינו ערוך כדין, שכן הוא אינו כולל הפנייה לסעיפים בידיעתו האישית של המצהיר וזאת חרף העובדה כי כתב העתירה כולל לא מעט סעיפים שהם, לטענת המשיבה, בידיעה אישית. זאת ועוד, נטען כי העותרים אף כשלו משלא צירפו כמשיבים לעתירה את בעלי הדירות הנוספים ברחוב העצמאות 7, אשר לטענת חברת גבסו, חתמו הסכם עמה והם ממתניים לביצוע

הפרויקט ומשכך, הם עלולים להיפגע מההחלטה בעתירה. לא זו אף זו, לטענת חברת גבסו, העותרים בענייננו פעלו בחוסר ניקיון כפיים עת הציגו את העובדות באופן חלקי שיש בו כדי להטעות את בית המשפט. נטען כי המכלול מוביל למסקנה שמדובר בעתירה טורדנית, אשר מטרתה האחת היא לעכב את ביצוע הפרויקט בכל מחיר וזאת, בחוסר תום לב ותוך שימוש לרעה בהליכים משפטיים. זאת משלטענת גבסו, ביקשו העותרים להיות היזמים של הפרויקט בעצמם, אולם, בעלי הדירות בחרו שלא להתקשר עמם אלא העדיפו להתקשר עם חברת גבסו ומשכך, עושים העותרים כל שבידם על מנת לסכל את ביצוע הפרויקט.

34. לגופם של דברים, מבקשת חברת גבסו לעמוד על מלוא התשתית העובדתית הרלוונטית לעתירה, אשר הושמטה מכתב העתירה, באופן, שלטענתה כאמור, יש בו כדי להטעות את בית המשפט.

כך, לטענתה, תחילתם של ההליכים בבקשה להיתר בניה מכוח תמ"א 38, שהגישה חברת גבסו לגבי הבניין בעצמאות 9 להריסת מבנים קיימים והקמת מבנה מגורים בן 9 קומות מלאות מעל לקומת קרקע חלקית וקומת גג חלקית, הכולל 50 יח"ד ו-3 קומות מרתפים לחניה ומחסנים. בפרויקט זה, בעצמאות 9, אושרה ביום 1/4/15 על ידי הוועדה המקומית בקשתה של חברת גבסו להיתר. במקביל, ביקשה חברת גבסו לקדם אף פרויקט תמ"א 38 – הריסה ובנייה נוסף בבניין השכן, בעצמאות 7. לאחר שחברת גבסו החלה בביצוע הפרויקט בעצמאות 9, החלו הליכים לקידומה של תכנית בי/711 - בתיאומה ועידודה של הוועדה המקומית, שהצטרפה כמגישת התכנית וזאת מתוך מטרה להוביל לתכנון מיטבי לשני המבנים ברחוב העצמאות. נטען כי ביום 26/6/17 קיימה הוועדה המחוזית דיון להפקדת התכנית, ובמהלכו התייחס סגן מהנדס העיר בת ים דאז, מר גורי נדלר לתכנית כדלקמן: "סליחה. חשוב לי להבהיר פה משהו. אין פה איזה תכנית מורכבת. היה פה פרויקט של תמ"א 38 שאנחנו מאוד מעודדים והיה מוצלח כשלעצמו. בא רעיון לשלב גם את הבניין הפינתי שיש לו מגרש קטן ולפתור אותו, ביחד לפרויקט אחד."

התכנית פורסמה להתנגדויות ביום 8/11/17 והוגשו לה 6 התנגדויות, לרבות התנגדות עצמית של חברת גבסו והתנגדות העותרים. נטען כי התנגדות חברת גבסו הוגשה בבקשה שיקבע כי מדובר בתכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38. זאת למען הזהירות, היות ולטענת חברת גבסו, התכנית מתאימה את הוראות תמ"א 38 למאפיינים המקומיים ומכאן כי "אי הוספת ההוראה במפורש עלולה להביא לתשלום היטל השבחה בגין זכויות בנייה שבמהותן אמורות להיות פטורות מהיטל השבחה." ביום 5/3/18 אישרה הוועדה המחוזית את תכנית בי/711 למתן תוקף, ובהחלטתה דחתה את כלל ההתנגדויות. יחד עם זאת, מדגישה חברת גבסו כי לטענתה, החלטת הוועדה המחוזית לא כללה כל קביעה באשר לתחולת תמ"א 38 או לאיונה.

לאחר אישורה של התכנית, ביום 28/5/19 הגישה חברת גבסו בקשה להיתר בניה בעצמאות 7. הבקשה להיתר תוארה לאורך כל הדרך כבקשה להיתר לפי תמ"א 38, וכך גם מופיע בתיק המידע שניתן מהוועדה המקומית וגם בעיון באתר האינטרנט של הוועדה המקומית של פפרטי הבקשה להיתר. בהקשר לכך, גם הוגשה לוועדה המקומית, כנדרש בפרויקטים של

תמ"א 38, בדיקת אל הרס של הבניין הקיים בחלקה. הבקשה להיתר פורסמה להתנגדויות, כפי שפורט לעיל, וביום 29/3/20 החליטה הוועדה המקומית לאשרה, תוך קבלת חלק מהתנגדות העותרים וקביעה כי הבקשה להיתר אינה מכוח תמ"א 38 אלא רק מכוח תכנית בי/711. לאור ההשלכות מרחיקות הלכת, של קביעה זו על היתכנות מימוש הפרויקט, הגישה חברת גבסו ערר על החלטה זו.

חברת גבסו מפרטת כי במסגרת הערר, היא עמדה על כך שבפרויקט בעצמאות 7 – 90% מהזכויות המבוקשות הן מכוח תמ"א 38 ותכנית בי/538 (שהיא תכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38), ורק 10% מהזכויות המבוקשות הן מכוח תכנית בי/711. כמו כן, נטען על ידי חברת גבסו בערר שבעוד שתכנית בי/711 העצימה באופן משמעותי זכויות בניה בעצמאות 9, הרי שמטרותיה העיקריות מבחינה תכנונית לעצמאות 7, היו להסדיר סטטוטורית את בית הכנסת והמסחר, לאפשר גישה מיטבית לחניון ושינוי קווי הבניין. לטענתה, כאמור, תוספת הזכויות בעצמאות 7 היא זניחה ומגיעה לסך הכול 10% מהיקף הזכויות בלבד. דהיינו, לטענת חברת גבסו, תכנית בי/711 לא נועדה להחליף את תמ"א 38 ואת תכנית 538 ואין ביכולתה לאיין את תחולתה של תמ"א 38 על הליך הרישוי בעצמאות 7, אלא רק להוסיף זכויות מעל המותר בתמ"א 38 ובתכנית בי/538 (בעיקר בעצמאות 9).

נטען כי בערר התקיים דיון, במסגרתו הגישה, כפי שהובעה על ידי נציג הוועדה המקומית, הייתה כי ממילא על הבקשה להיתר חלות הוראות סעיף 13(ב) לתמ"א 38 הקובע: "ניתן היתר בניה לפי פסקה (א), יראו את ההיתר כאילו ניתן מכוח הוראות התמ"א ביחס לחלק שניתן היה לתת בגינו היתר בניה לפי סעיף 11 לתמ"א" – קרי, כי בכל מקרה יש לראות בבקשה להיתר כבקשה לפי תמ"א 38.

לטענת גבסו, לאחר דיון ניתנה ביום 15/11/20, החלטת ועדת הערר – שהיא החלטה מנומקת, הנמצאת בלב שיקול הדעת התכנוני של ועדת הערר – ולפיה תכנית בי/711 לא איינה את תחולת תמ"א 38 וכי הקביעה האם מדובר בתכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38 תתבסס על בחינה מהותית.

בהקשר זה וכתמימין לכך שמדובר בהחלטה סבירה, מפנה חברת גבסו לכך, שההחלטה אומצה אף בהחלטות מאוחרות של ועדות שונות בכלל כך ועדת הערר בחיפה וועדת הערר לפיצויים והיטל השבחה בירושלים.

35. עוד נטען כי ההחלטה ניתנה בסמכות. בהקשר זה, פותחת גבסו וטוענת כי במסגרת עתירתם, מעלים העותרים לראשונה טענות כנגד סמכותה של ועדת הערר לדון בערר, טענות אשר לא הועלו במסגרת כתב הטענות בערר או בדיון בערר. כיוון שכך, נטען כי מדובר בטענות שאין להישמע להן הואיל והן מהוות בהרחבת חזית אסורה אשר ממילא אף אינה נתמכת בתשתית משפטית כלשהי. מבלי לגרוע מהאמור, נטען כי גם לגופם של דברים אין ממש בטענות אלו. זאת, משהערר הוגש על ידי החברה ובעלי הדירות שחתמו על הסכם עמה, בהתאם [לסעיף 152](#) לחוק, כנגד החלטתה של הוועדה המקומית לקבל את התנגדות העותרים ולפיה אין מדובר בבקשה להיתר לפי תמ"א 38. נטען שבנסיבות אלו, ברי כי קיימת סמכות לוועדת הערר לדון בערר על החלטת הוועדה המקומית ויתרה מכך, ועדת הערר היא בעלת סמכות מקורית לדון ולהכריע "דה נובו" בכל הסוגיות הנתונות להכרעתה.

36. נוסף על כך, נטען כי אין ממש בטענות העותרים ולפיהן, החלטת ועדת הערר מנוגדת להחלטת הוועדה המחוזית. אשר לטענה זו, טוענת גבסו ראשית, כי בטיעוניהם מוציאים העותרים את אמירות הוועדה המחוזית מהקשרן. כך, נטען כי העותרים מצטטים מתוך סעיף 3ב' להחלטת הוועדה המחוזית, במסגרתו דחתה הוועדה המחוזית את התנגדות העותרים ולפיה המבנה בעצמאות 7 איננו טעון חיזוק. אשר לטענה זו נקבע על ידי הוועדה המחוזית כי עובדת היות המבנה לחיזוק או לא: "אינה רלבנטית מפני שאין מדובר כאן בבקשה להיתר לפי תמ"א 38 אלא בתכנית" – קרי, לטענת גבסו – הנתמכת לדידה גם בקביעת ועדת הערר – לא נקבע על ידי הוועדה המחוזית כי התכנית אינה לפי תמ"א 38, אלא שכל שנקבע הוא שעיתוי העלאת הטענה בדבר הצורך בחיזוק המבנה אינו נכון- באשר טענה זו יש להעלות בהליך הרישוי (קרי בעת הגשת בקשה להיתר) ולא בעת הליך התכנון – קרי בעת אישור התכנית. זאת ועוד, לטענת גבסו, גם ככל שקבעה הוועדה המחוזית כי התכנית אינה תכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38, אין בכך כדי לשלול את סמכותה של ועדת הערר לדון בסוגיה ולהפעיל את שיקול דעתה המקצועי-תכנוני תוך הכרעה בה גם בניגוד לעמדת הוועדה המחוזית.

אשר לכך, נטען כי, בשים לב לכך שהחלטה ניתנה בסמכות, דין העתירה להידחות משבמסגרת העתירה העותרים אינם מתמודדים עם קביעותיה של ועדת הערר בעניין זה גופן ולא מפורט כל פגם בשיקול דעתה המקצועי של ועדת הערר המצדיק ביקורת שיפוטית. כך, נטען שבהינתן שתכנית בי/711 מהווה חיקוק, הרי שוועדת הערר פעלה בהתאם לשורת הדין, בקביעתה ולפיה יש לפרשה בהתאם למהותה ולא על פי כותרתה. ויתרה מכך, לא נפל כל פגם בהחלטת ועדת הערר משזו בחנה לעומק את ההליכים לאישורה של תכנית זו והגיעה למסקנה כי באופן מובהק מדובר בתכנית פרטנית שעניינה חיזוק המבנה בעצמאות 7 מפני רעידת אדמה על פי הוראות תמ"א 38 ובהתאם לתכלית החשובה העומדת בבסיסה – לחזק מבנים מפני רעידות אדמה.

37. חברת גבסו מוסיפה וטוענת, כי על מנת לאיין את תחולתה של תמ"א 38, יש לעמוד בהוראות סעיף 24 לתמ"א 38, הן מהבחינה המהותית והן מהבחינה הפרוצדורלית וכי תכנית בי/711 אינה עומדת בחריג הקבוע בסעיף זה. זאת משעולה מתוך בחינת הוראות התכנית, תמלולי הדיונים והחלטות הוועדה המחוזית – שמטרת התכנית לא הייתה להחליף את תמ"א 38, אלא להוביל לתכנון מיטבי של שני פרויקטים נפרדים של תמ"א 38. בשים לב לאמור – קרי הואיל והתכנית לא איינה את תחולתה של תמ"א 38 על החלקה, ונוסף על כך בשים לב להסכמת הוועדה המקומית בדיון בערר כי סעיף 23 לתמ"א 38 חל במקרה דנן – נטען כי אך ברור הוא שהיתר הבניה ניתן אף הוא מכוח תמ"א 38.

38. לאור כל האמור, טוענת חברת גבסו, כי דין העתירה להידחות הן על הסף והן לגופה.

דיון והכרעה;

39. במרכז הדיון בעתירה – החלטת ועדת הערר בערר הנסב על בקשה למתן היתר בנייה. כיוון שכך, טרם אדרש לטענות לגופם של דברים וכנקודת מוצא לדיון, הנני מוצאת להתוות את

מסגרת הדיון בעתירה מנהלית הנסבה על החלטת מוסד תכנוני ובפרט את היקף הביקורת השיפוטית על החלטה כאמור, כפי שנקבע במסגרת הפסיקה.

אשר לכך הרי שהלכה מושרשת היא כי הביקורת השיפוטית אשר תופעל על החלטת מוסד תכנוני על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים, היא ביקורת שיפוטית מצומצמת בעילות התערבות המוכרות לגבי הפעלת שיקול הדעת המנהלי. יפות לעניין זה, קביעות בית המשפט העליון מפי כבוד השופט מ' חשין ב**בג"ץ 2920/94** אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותת רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 441, בפסקה 43: "כך נמצא לנו, ולא להפתעתנו, כי בעולם התכנון רבות הן הדעות ורבים הם חילוקי הדעות וההשקפות לא פחות מאשר בעולמנו שלנו, עולם המשפט. מלחמת חוות הדעת גברה והלכה, וחוות-דעת נערמו על שולחנו כפלא שוליית הקוסם. לא נכניס ראשונו בכל אלה, ולו מן הטעם שאין אנו רואים עצמנו כשירים וראויים להכריע בקונצפציות ובדוקטרינות של תכנון".

(ראו גם –**ע"מ 7381/15** ש. דורפברגר בע"מ נ' אברהם עודד [פורסם בנבו] (30.10.16) (להלן: "**עניין דורפברגר**"), בעמודים 20-21; **ע"מ 6240/12** דנקנר נ' ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז חיפה [פורסם בנבו] (10.5.15); **ע"מ 317/10** שפר נ' יניב [פורסם בנבו] (23.8.12); **ע"מ 7171/11** העמותה למען איכות חיים וסביבה בנהריה ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה [פורסם בנבו] (12.8.13); מיכה גדרון ואהרון נמדר **תמ"א 38** (2012) (להלן: "**גדרון ונמדר**"), בעמ' 377.)

בהתאם לכללים אלו, בית המשפט אינו אמור להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות השלטונית, ו"ההתערבות השיפוטית בהחלטות של מוסד תכנון תיעשה במשורה, ותישמר, ככלל, למקרים חריגים בהם ההחלטה ניתנה בחוסר סמכות; מתוך משוא פנים; תוך חריגה מהותית ממתחם הסבירות; תוך מתן משקל לשיקולים זרים; או כאשר ההחלטה התקבלה תוך איזון בלתי ראוי ובלתי סביר בין השיקולים הצריכים לעניין" (פסק הדין דורפברגר בעמוד 21 והאסמכתאות המובאות שם).

בבסיס קביעה זו, בכל הנוגע להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות ועדת הערר, עומדת ראשית ההנחה כי ועדת הערר היא גורם מקצועי וכפועל יוצא מכך, חזקה היא שקיימת לו עדיפות מקצועית, על פני יכולתו של בית המשפט בניתוח נושאים תכנוניים או הנדסיים המונחים לפתחו. לקביעות אלו, שב בית המשפט העליון ונדרש אך לאחרונה ב**ע"מ 846/20** ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה - מחוז תל אביב נ' אופקים ב.י. רוטשילד 70 בע"מ [פורסם בנבו] (13.09.2020) (לעיל ולהלן: "**עניין אופקים**"). בעניין אופקים הבחין בית המשפט בין תפקידה של ועדת הערר אל מול תפקידו של בית המשפט וקבע:

"ועדת הערר היא מוסד תכנון, גבוה יותר בהיררכיה התכנונית מהוועדה המקומית, ובתור שכזה במסגרת ערר המוגש לוועדת הערר היא בוחנת את החלטת הוועדה המקומית לגופה. מדובר בבחינה תכנונית-מקצועית של הסוגיות התכנוניות שבמחלוקת לגופן, ולא בביקורת שיפוטית על החלטת הוועדה המקומית.

לא כן בית המשפט בבואו להעביר תחת שבט ביקורתו את החלטות מוסדות התכנון, במסגרת תפקידו לקיים ביקורת שיפוטית על מעשי רשויות השלטון. בית המשפט אינו

מוסד תכנון ואינו "מתכנן-על", ואין הוא שם את שיקול דעתו תחת שיקול הדעת המקצועי של מוסדות התכנון אשר הוסמכו בחוק להפעיל סמכויות אלה. תפקידו של בית המשפט הוא בהפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות מוסדות התכנון".

עוד הוסיף בית המשפט כי קביעתו זו אינה בגדר הלכה חדשה אלא שמדובר בכלל הנקוט בידי בית המשפט העליון מימים ימימה עליו חזר פעמים אין ספור לאורך השנים. אשר לכך, ציטט בית המשפט העליון בהסכמה, קביעותיו בג"ץ 2535/18 עיריית רמלה נ' הוועדה הארצית לתכנון ובניה של תשתיות לאומיות [פורסם בנבו] (21.5.2019), בפסקה 27: "בית משפט זה קבע עוד בימי ראשית המדינה, וחזר ושנה שוב ושוב לאורך השנים כי לא יתערב בהחלטות מוסדות התכנון המבוססות של שיקולים תכנוניים מובהקים. הרכבם ההטרוגני והמקצועי של מוסדות התכנון וההליכים הדיוניים המובנים לפיהם הם פועלים מבטיחים בירור מקצועי מקיף וראיה רחבה של מכלול ההיבטים והשיקולים התכנוניים. לפיכך, תפקיד הביקורת השיפוטית מתמקד בבחינת חוקיות ההליכים ודרכי קבלת ההחלטות על ידי מוסדות התכנון, והתערבותו של בית-המשפט בהחלטות מוסדות התכנון תיעשה במשורה, רק מקום בו נפל בהן פגם חוקי, על פי עילות הביקורת המצדיקות התערבות במעשה המינהלי, כגון: חריגה מסמכות, שיקולים פסולים או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות (בג"ץ 102/52 ארגון בעלי המגרשים מעבר לירקון נ' שר הפנים, פ"ד ו 827 (1952); בג"ץ 595/75 סלמן נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד ל(3) 345, 337 (1976); בג"ץ 574/81 עיני בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, פ"ד לו(3) 173, 169 (1982); בג"ץ 565/86 שמרת קיבוץ השומר הצעיר נ' ועדת הערר לענייני קרקע חקלאית, פ"ד מא(4) 722, 726 (1987); בג"ץ 10242/03 מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נח(6) 673 (2004); עע"מ 2418/05 מילגרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, [פורסם בנבו] פסקה 9 (24.11.2005); בג"ץ 1166/07 וייסנר נ' הוועדה לתכנון ולבניה לתשתיות לאומיות [פורסם בנבו] (4.2.2008); עע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ, פסקה 20 [פורסם בנבו] (20.10.2010); ע"א 8626/06 פורמה נ' הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה, [פורסם בנבו] פסקה 5 (3.4.2008); ועוד רבים זולתם)".

ודוק, ההלכות כפי שפורטו לעיל בהרחבה, נסבות על התערבות בשיקול דעתה המקצועי-תכנוני של ועדת הערר ואולם, מקום בו הסוגיה נשוא ההליך נסבה על פרשנות תכנית מתאר המהווה חיקוק – כפי חלק מהסוגיות המונחות להכרעה במקרה דנן – הרי שבהתאם להלכה הפסוקה, בכל הנוגע לפרשנות חיקוק העדיפות תהיה של בית המשפט כפרשן הסופי של התכנית (ראו ע"א 8797/99 אנדמן נ' ועדת הערר המחוזית לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה – 1965, פ"ד נו(2) 466 (2001) ועע"מ 2834/05 חנה לדרר נ' שיכון עובדים בע"מ [פורסם בנבו] (24.6.08)).

40. משהובהרו ההתוויות הנסבות על גדרי הדיון, אפנה לסוגיות הקונקרטיות הרלוונטיות להכרעה בשאלה במרכז הדיון בעתירה - הנסבה על אופן הגדרת הבקשה להיתר הבניה –

והיא - האם הבקשה אשר הוגשה על ידי חברת גבסו מהווה בקשה להיתר לפי תמ"א 38 אם לאו. כפי העולה מהפירוט לעיל ובכלל כד- עיקרי החלטת ועדת הערר, כמו גם טיעוני הצדדים - הדרך להכרעה בשאלה זו, עוברת בשתי תחנות מרכזיות - התחנה הראשונה - עקרונית ומקדמית והיא נסבה על פרשנותו של סעיף 23 לתמ"א 38. בתחנה זו יש לבחון שלוש שאלות מרכזיות- האחת: האם לאור נוסחו של סעיף 23, תבוא בגדרו גם תכנית נקודתית החלה על מתחם מקרקעין מצומצם; השנייה: האם על מנת שתכנית תבוא בגדרו של סעיף זה, יש לקבוע במסגרתה מפורשות כי היא תכנית לפי סעיף זה; והשלישית: האם בגדרו של סעיף 23 תבוא רק תכנית שיש בה כדי לצמצם את הזכויות בהתאם לתמ"א 38, או גם תכנית שיש בה הרחבת הזכויות. התחנה השנייה - נסבה על התכנית הקונקרטי, אליה אגיע בכפוף לקביעות העקרוניות - במסגרתה אבחן האם במקרה הקונקרטי מהווה תכנית בי/711 תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 אם לאו.

41. השאלות העומדות לדיון בשתי התחנות כפי שפורטו על ידי, הן שאלות הנסבות על אופן פרשנותו של תמ"א 38 ותכנית מתאר בי/711. תכניות מתאר אלו - הארצית והמקומית - הן בבחינת חקיקת משנה או חיקוק (ראו - [ע"א 6291/95](#) בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין, נא(2) 825, 851; [בג"ץ 194/56](#) ון מירופ נ' מנהל אגף השיכון, משרד-העבודה, פ"ד יא, 659, 662; [ע"א 119/86](#) קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נתניה, פ"ד מו(5) 727, 742).

פרשנותו של חיקוק המהווה טקסט משפטי, היא פעולה המשלבת בחינת לשונו של דבר החיקוק ותכליתו ([בג"ץ 4562/92](#) ח"כ אליעזר זנדברג נ' רשות השידור, נ(2) 793 (להלן: "עניין זנדברג") בעמוד 801 ואילך) ובמילותיו של בית המשפט העליון [בבג"צ 507/81](#) ח"כ אבו חצירא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, לה (4) 561, בעמוד 584: "מילות החוק ומטרתו הן כלים שלובים. על המטרה ניתן ללמוד מהמלים, ואת המלים יש לפרש על-פי המטרה"

אשר לשונו של דבר החיקוק, נקבע בעניין זנדברג בעמוד 801 כי: "הלשון קובעת את מיתחם האפשרויות הלשוניות. כל אופציה פרשנית חייבת לתחם עצמה למסגרתו של מיתחם זה. הפרשן אינו רשאי ליתן ללשון הקסט משמעות שזו אינה יכולה לשאת. אכן, הפירוש ללשון הטקסט יכול שיהא מרחיב ויכול שיהא מצמצם, יכול שיהא רגיל ויכול שיהא חריג, אך הוא צריך תמיד למצוא נקודת אחיזה ארכימדית בלשון החוק. לשון הנורמה משמשת הן נקודת מוצא לתהליך הפרשנות, והן מסגרת שבתוכה הוא פועל. אמת, המרכיב הלשוני אינו תנאי מספיק לפרשנות. אך הוא תנאי הכרחי לה. "מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש" ([ד"ר 40/80](#) קניג נ' כהן [4], בעמ' 715).

בהמשך לכך ובכל הנוגע לתכלית נקבע שם. כי:

"בצד הלשון עומדת התכלית. אלה הם המטרות, היעדים, האינטרסים והערכים אשר הנורמה נועדה להגשים. לכל נורמה תכלית - ולרוב מספר תכליות - שאותן היא נועדה להגשים. נורמה ללא תכלית היא דבר הבל. תכלית של נורמה היא עניין נורמאטיבי. היא נלמדת מלשון הנורמה ומההיסטוריה שלה, מסוג העניין המוסדר ומטיפוס ההסדר. על תכלית הנורמה למד הפרשן מערכי היסוד של השיטה, ובהם הרצון והצורך להגשים ערכי צדק, מוסר וזכויות אדם. מעמדה של הנורמה, יחסה לנורמות שמעליה ומתחתיה והשתלבותה בסביבתה הנורמאטיבית מסייעים בגיבוש תכלית הנורמה, שהרי "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו" (השופט זוסמן ב**בג"צ 58/68** שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים ואח' [פורסם בנבו] [5], בעמ' 513). הגיונם של דברים והשכל הישר מכוונים את הפרשן לגיבושה של התכלית המונחת ביסוד הנורמה. אכן, "...אם התוצאה אינה הגיונית ונוגדת את השכל הישר, חזקה היא כי הפרשן טעה בגיבוש התכלית של דבר החקיקה" (**בש"א 1481/96** ר' נחמני נ' ד' נחמני ואח' [פורסם בנבו] [6], בעמ' 606). צורכי החברה ודרישות המציאות משפיעים על תכליתה של הנורמה. ממקורות אלה כולם למד הפרשן על התכלית המונחת ביסוד הנורמה. כן, יפים לעניין זה דברי בית המשפט העליון ב**בג"צ 1999/07** ח"כ זהבה גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 [פורסם בנבו] (19/4/2007), באותו עניין נקבע על ידי הנשיאה (בדימוס) בייניש, בעמוד 16 לפסק הדין, כי: "מושכלות ראשונים הם כי פרשנות דבר חקיקה צריכה להיעשות באופן שיעניק לו משמעות המגשימה את תכליתו. על תכליתה של הוראת חוק יש ללמוד מלשונו ומהקשר הפנימי, קרי-כותרתה של הוראת החוק, מקומה בחוק בהתחשב במבנהו הכללי ובהתחשב ביתר הוראות החוק המהוות את סביבתו החקיקתית הקרובה ועוד. על תכליתה של הוראת חוק יש ללמוד גם מההקשר החיצוני, קרי - מקורות שהם מחוץ לחקיקה עצמה הכוללים, בין היתר, את ההיסטוריה החקיקתית של דבר החקיקה וכן את הערכים ועקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית..."

בעניין זנדברג הוסיף בית המשפט והטעים כי שילוב הלשון והתכלית יכול שציב בפני בית המשפט מגוון אפשרויות פרשניות אשר מתוכן על בית המשפט לשלוף את זו אשר יותר מכל משמעות לשונית אחרת מגשימה את תכליתה של החקיקה (שם. בעמוד 802).

משהונחה ההתוויה הנורמטיבית, בדבר פרשנותן של תכניות המתאר, אצא לדרך במהלכה אבחן – באשר לכל אחת מהתכניות - את תכליתה ולאורה אבחר - ככל שיש מספר אפשרויות לשוניות העולות מתוך הטקסט - את זו המגשימה יותר מכל את התכלית המונחת ביסוד התכנית.

42. **תמ"א 38 – הרקע לאישורה ותכליתה;**

אפתח בתמ"א 38. בפסק הדין בעניין דורפברג סקר בית המשפט העליון בהרחבה את הרקע לחקיקת ואישור תמ"א 38 ולהלן יובאו עיקרי הדברים כפי שנסקרו שם, הרלוונטיים לענייננו.

תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה, המוכרת כ-תמ"א 38, אושרה בממשלה, ופורסמה למתן תוקף בילקוט הפרסומים מס' 5397, ביום 18.5.2005.

כרקע לחיקוקה של תמ"א 38 ניתן להצביע על כך שעד לשנת 1975, אז הותקן תקן 413 (במתכונתו הראשונה), לא היה תקן מחייב לבנייה עמידה בפני רעידות אדמה. כיוון שכך, מבנים אשר היתרים לבנייתם הוצאו לפני יום 1.1.1980, נבנו, על פי רוב, בצורה שהיא פגיעה לרעידות אדמה.

על הבעייתיות הנובעת מהעדר מיגון מפני רעידות אדמה למבנים רבים, הצביע מבקר המדינה, בדו"ח מיוחד אשר נערך על ידו בנושא זה (דו"ח מיוחד של מבקר המדינה בנושא עמידות מבנים ותשתיות ברעידות אדמה – תמונת מצב (23.3.2011)). במסגרת הדו"ח הצביע מבקר המדינה על כך ש"התרחשותו של אסון רעידות אדמה בישראל, שעלול לגבות אלפי קורבנות בנפש ולגרום נזקים ניכרים לרכוש ולמבנים, היא כמעט ודאית...אשר על כן, ההיערכות לקראתה, חייבת לעמוד במקום גבוה ביותר בסדר העדיפויות הלאומי. אם תשכיל מדינת ישראל להיערך נכון, לחזק מבנים שאינם עומדים בתקן לבנייה עמידה ברעידות אדמה ולדאוג לאכיפת התקן, גדולים הסיכויים שתצליח לצמצם באורח ניכר את הנזקים הצפויים מרעידת אדמה שעוצמתה גבוהה." (שם). (בעמוד 5).

אישורה של תמ"א 38 היה בין המהלכים אשר ננקטו על ידי ממשלת ישראל בעקבות מסקנות דו"ח מבקר המדינה. בהתאמה לכך סעיף 2 לתמ"א 38 קובע כי מטרתה של התמ"א הן לקבוע הסדרים תכנוניים, כחלק ממכלול רחב של הסדרים כלכליים, חוקיים ואחרים לשיפור מבנים וחיזוקם לצורך עמידותם בפני רעידות אדמה; לקבוע הנחיות לחיזוק מבנים קיימים כדי לשפר עמידותם בפני רעידות אדמה, ולשם כך לזהות ולאפיין סוגי המבנים שיש לחזק; ולעודד ביצוע חיזוק המבנים כאמור על ידי תוספות בניה. במסגרת תמ"א 38, מפורטים תמריצים, בדמות זכויות בנייה, אשר ניתן להקנותם על מנת לעודד חיזוק מבנים. המנגנון הכלכלי העומד בבסיס שיטת התמריצים של תמ"א 38 הוא שבעלי הזכויות בבניין הטעון חיזוק, יוכלו להעביר ליזם את זכויות הבנייה המוקנות מכוח תמ"א 38 וזה מנגד יבצע את חיזוקו של הבניין (גדרון ונמדר בעמוד 39).

43. על יתרונותיה של תמ"א 38 ועל התמריצים הקבועים בה, עמד בית המשפט בעניין דורפברגר כדלקמן:

"רעידות אדמה. התמריצים הכלכליים אשר מוענקים במסגרת תמ"א 38, הינם שונים ומגוונים, וכוללים, בין היתר: תוספות בניה; הריסת הבניין והקמתו מחדש; הוספת זכויות בניה למגרשים פנויים שבבעלות היזם, או לבניינים אחרים הדורשים חיזוק, ואשר מצויים במגרש; ניצול זכויות בניה בבנייני מגורים, לשם הוספת דירות חדשות; אפשרות לחרוג ממספר יחידות הדיור, מספר הקומות, ומקווי הבניין הקבועים בתכניות החלות על המגרש, ועוד (גדרון ונמדר, עמ' 39). מלבד חיזוק הבתים מפני

רעידות אדמה, ישנם יתרונות נוספים לבניה הנעשית במסגרת תמ"א 38, כמו: שיפור המראה החיצוני של מבנים קיימים, תוספת ממ"דים, מרפסות, ומעליות. כמו כן, תמ"א 38 מהווה כלי תכנוני להוספת יחידות דיור במרכזי הערים, שם קיימים, בדרך כלל, מבנים שאותם נדרש לחזק. בשל כך, מהווה תמ"א 38 גורם מרכזי בהתחדשות העירונית, ופתרון אפשרי למחסור הקיים בדירות למגורים, וזאת ללא צורך בהשקעת משאבים מהקופה הציבורית (גדרון ונמדר, עמ' 38; [רע"א 1002/14](#) שומרוני נ' קופמן [פורסם בנבו] (9.7.2014) (להלן: עניין שומרוני))." (שם. בעמוד 18 לפסק הדין).

44. אלא, שבצד יתרונותיה של תמ"א 38, לא ניתן להתעלם מכך, שלישומם של התמריצים בהתאם לתמ"א 38 צמוד "תג מחיר". בכלל זה ראשית, ניתן להצביע על כך שתמ"א 38 היא תכנית מתאר ארצית אשר מכוחה ניתן להוציא היתרי בנייה, אשר באופן רגיל ניתן להוציא רק מכוח תכנית מפורטת. זאת ועוד, מדובר בתכנית בתחולה ארצית אשר במסגרתה התוספות והתמריצים מתבצעים באופן אקראי, בהתחשב בגיל הבניין וברצון בעלי הדירות בבניין לבצע חיזוקו במסגרת תמ"א 38. ככזו, אין במסגרת תמ"א 38 התחשבות בצרכים התכנוניים הספציפיים של כל אזור ואזור ויכול שיהא בה בכדי לפגוע בתכנון האורבני האחיד, להתנגש עם הסדרים תכנוניים החלים על מקרקעין מסוימים ולהעמיס על התשתיות הקיימות. פגיעה כאמור יכול שתוביל גם לפגיעה בדיירים שכנים אשר אף השינוי התכנוני משפיע על שכונתם. זאת ועוד, כהשלמה ועל מנת לאפשר הוצאתם לפועל של פרויקטים לפי תמ"א 38, הותקן [חוק המקרקעין \(חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה\)](#), התשס"ח - 2008 – המאפשר חיזוק בית משותף אשר רוב הדיירים בו מסכים לחיזוקו (שיעור הרוב משתנה בהתאמה להיקף העבודות המבוצעות אגב חיזוק - מחיזוק בלבד הטעון החלטה ברוב רגיל של בעלי הדירות ועד להריסת הבניין ובנייתו מחדש הטעון רוב של 4/5 מבעלי הדירות) ואשר המפקח על רישום המקרקעין מצא לאשרו וזאת, תוך פגיעה מובנת בזכות הקניין של המיעוט המתנגד. על אלו ניתן להוסיף את המחיר הכלכלי הנובע מפטור משלומי מס בגין היתר מכוח תמ"א 38. כך, כתמריץ נוסף לחיזוק בניינים לפי תמ"א 38, הוספו הטבות ופטורים ממיסוי לטובת היזם והדיירים בבניינים טעוני חיזוק – בכלל זה, קיים פטור מסויים מהיטל השבחה, עוד פטורים הדיירים ממס שבח על מכירת זכויות הבנייה המתקבלות לפי תמ"א 38 מאת הדיירים לקבלן עד לגובה שווין של זכויות הבנייה כאמור, ונוסף על כך קיים פטור ממס שבח ומס רכישה על מכירת הרכוש המשותף לקבלן.

45. במסגרת תמ"א 38 נקבעו שני כלים המאפשרים איזון ולו חלקי בין יתרונותיה של תמ"א 38 לבין חלק מהמחיר התכנוני הכרוך במימושה.

הכלי האחד- הוא זה הקבוע בסעיף 22 - המקנה לוועדה המקומית שיקול דעת לסרב לתת היתר לבנייה, הכרוך בתוספת זכויות בנייה על פי התמ"א, אם "מצאה מטעמים מיוחדים הנובעים משיקולים תכנוניים, או אדריכליים, נופיים, כושר נשיאה של תשתיות במגרש, כי יש לסרב לבקשה להיתר או אם מצאה כי תוספת הבניה צריכה להיבחן במסגרת תכנית שתסדיר עניינים נוספים אלו לאור התוספת המבוקשת." בקצרה אציין,

באשר לסעיף זה, כי במסגרת הפסיקה נקבע כי המשמעות הנובעת מסעיף זה היא שהזכויות לפי תמ"א 38, בניגוד לזכות להיתר מכוח תכנית מתאר רגילה, אינן זכויות מוקנות (ראו-גדרון ונמדד בעמודים 337-339 וכן, עניין דורפברגר בפסקה 31). עוד נקבע כי נוסחו של הסעיף, כמו גם, דברי ההסבר לתמ"א כפי שפורסמו ביום 23/2/05, מעלים בבירור שהמחוקק העדיף את האינטרס הציבורי על פני האינטרס הפרטי-עירוני ומשכך נקבע כי הכלל הוא חיזוק מבנים והחריג הוא סירוב לבקשה מהטעמים המפורטים בסעיף 22 לתמ"א (ראו - [עת"מ \(מינהלים ת"א\) 28736-06-19](#) התאחדות בוני הארץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רמת-גן [פורסם בנבו] (16.09.2019); פסק הדין בעניין דורפברגר, בפסקה 33; [עת"מ \(ת"א\) 50776-04-15](#) עופר לזובסקי נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ולבניה מחוז תל אביב [פורסם בנבו] (21.10.15), בעמוד 36; [עת"מ \(ת"א\) 39846-10-14](#) הוועדה המקומית לתכנון ובניה ת"א נ' ועדת ערר מחוזית-מחוז תל אביב [פורסם בנבו] (18.12.14)).

הכלי השני- העומד במרכז הדיון בענייננו, קבוע בסעיף 23 לתמ"א 38 הקובע: "מצא מוסד תכנון כי יש צורך להתאים את הוראות תכנית זו למאפייני ישוב או חלקים ממנו, יהיה מוסמך לאשר תכנית מפורטת שמטרתה חיזוק מבנים כנגד רעידות אדמה, על פי הוראות תכנית זו וכמפורט להלן: בתכנית מפורטת כאמור ניתן לקבוע כי יחולו בתחומה רק חלק מהוראות תכנית זו, או לקבוע הוראות שונות מהקבוע בתכנית זו בעניינים המפורטים להלן: שטחי בניה, יחידות דיור, גובה בניה, קוויה בניין, עיצוב אדריכלי ותקני חניה." עוד נקבע בסעיף 23א' לתמ"א כי: "א. אושרה תכנית לפי סעיף 23, לא יחולו הוראות סעיפים 11-14א', על פי העניין, על מבנים בתחום התכנית, אלא אם כן נאמר אחרת בתכנית לפי סעיף זה. ב. קבעה תכנית לפי סעיף 23 כי תוספת זכויות הבניה מכוחה, באה בנוסף לזכויות בנייה מכוח התמ"א, יהיו זכויות הבניה שמכוח התמ"א לעניין זה, מוגבלות בהיקפן לגובה הזכויות שנקבעו בהוראות סעיפים 11, 12, 14, 14א' בתמ"א לפי העניין, במועד כניסתה לתוקף של התכנית כאמור."

על תכלית סעיף זה לתמ"א ניתן ללמוד מחוזר מנכ"ל משרד הפנים 1/2010, אשר צורף כנספח לספרם של גדרון ונמדד, בו נאמר: "תמ"א 38 מציעה מנגנון לעידוד חיזוק המבנים בקנה-מידה ארצי לא בכל מקום מהווה תוספת הזכויות תמריץ מספיק לכיסוי ההשקעות בחיזוק המבנים. לפיכך, יש חשיבות רבה לאיתור האזורים שבהם תמ"א 38 אינה אפקטיבית. באזורים אלה ניתן ליזום תוכניות כפי שמפורט בסעיף 23 בתמ"א 38. תכניות אלה יאפשרו תוספת זכויות בניה כתנאי לחיזוק המבנים בהתאם לתנאים המקומיים" על טיבם של התנאים הייחודיים אשר יצדיקו עריכת תכנית קונקרטיבית, עמדו גדרון ונמדד, בעמוד 310 לספרם כדלקמן:

"תנאים ייחודיים כאמור יכולים להיות ערכי קרקע נמוכים, המחייבים תוספת זכויות בניה כנגד חיזוק מבנים על מנת להגביר את הכדאיות הכלכלית של חיזוק המבנים, הרצון לשמור על אופי של אזור מסוים בדרך של קביעת הוראות או מגבלות תכנוניות וכיוב'."

46. ריכוז האמור מלמד כי תמ"א 38 נועדה להוביל לחיזוק המבנים בישראל מפני סכנת רעידת אדמה או מלחמה ומשכך היא משרתת תכלית משמעותית של הצלת חיים ומניעת נזק לרכוש. בקביעת התמריצים במסגרת תמ"א 38 ניתנה עדיפות להגשמת תכליתה ואולם, זאת תוך שלא נעלם מעיני המחוקק המחיר אשר הגשמתה מגלמת בחובה ובכלל זה כאמור – מחיר קנייני, תכנוני וכלכלי, אשר נסוג ככלל אל מול התכלית החשובה. על מנת לאזן בין המחיר התכנוני הכרוך בתמ"א 38 לבין חשיבותה, קבע מחוקק המשנה שני כלים – האחד, הקניית שיקול דעת לוועדה המקומית לסרב למתן היתר לפי תמ"א 38 לפי סעיף 22 לתמ"א והשני – אישור תכנית מתאר מקומית מפורטת במסגרתה יוסדר חיזוק מבנים – קרי תוגשם תכליתה של תמ"א 38 – וזאת, תוך התאמה לצרכי התכנון הקונקרטיים. במסגרת פרשנותה של תמ"א 38 וביתר דיוק פרשנות סעיף 23 לתמ"א אשר הובא לעיל כלשונו, ישוקפו להלן, תכליתה של תמ"א 38 כפי שפורטה, לרבות האיזון הקיים במסגרתה בין הגשמת תכליתה לבין אינטרסים נוגדים.

47. האפשרויות הפרשנויות לסעיף 23 כפי שהן עולות משילוב לשון תמ"א 38 עם תכליתה;

כאמור בכל הנוגע לפרשנות סעיף 23 שלוש הן השאלות במחלוקת – הראשונה – האם באה בגדרו גם תכנית נקודתית החלה על שני מגרשים בלבד, השנייה – האם מקום בו במסגרת התכנית קיימות תוספות על הזכויות האפשריות בהתאם לתמ"א 38, ניתן לראות בכך "התאמה מיטבית יותר לתנאי המקרקעין" והשלישית – האם תנאי לקביעה כי תכנית באה בגדרו של סעיף זה הוא שיקבע בתכנית מפורשות כי היא הוכנה לפי סעיף זה.

אפתח בשאלה הראשונה – האם באה בגדרו של סעיף 23 גם תכנית נקודתית. אשר לשאלה זו הרי שבהיבט הלשוני – הצדדים משני צדי המתרס – שותפים לדעה ולפיה המילים הרלוונטיות לקביעה הן המילים: "למאפייני ישוב או חלקים ממנו" – אשר העותרים והוועדה המקומית מצדו האחד של המתרס סבורים כי אלו מלמדות, שעל מנת שתכנית תבוא בגדרו של סעיף 23 עליה לחול על היקפים ניכרים של הישוב ואילו ועדת הערר, כמו גם חברת גבסו – סבורים כי מבחינה לשונית אין בסעיף כל מגבלה כמותית ומשכך, כי יכול שגם תכנית החלה על היקף מצומצם של מקרקעין תבוא בגדרו. במחלוקת זו דעתי נוטה לכיוון האחרונים, בהינתן שאמנם – כטענתם אין בסעיף כל הגבלה כמותית, אלא שהדגש בסעיף אינו על היקף המקרקעין עליהם תחול התכנית, אלא על הצורך בהתאמת הוראות תמ"א 38 למאפייניהם הייחודיים של המקרקעין עליהם תחול התכנית. הנני סבורה כי פרשנות זו עולה אף בקנה אחד עם תכליתו של סעיף 23, המהווה אחד הפתרונות הקבועים בתמ"א לכשל התכנוני האפשרי הנובע מתחולתה הגורפת על כל הארץ. אשר לכשל תכנוני זה, בשים לב לכך שתמ"א 38 שמה כאינטרס עליון את חיזוק המבנים – אינני סבורה כי יש

לפרש באופן מצמצם את אחת האפשרויות הקבועות בתמ"א, לפתרון הכשל התכנוני באופן שיאפשר בסופו של דבר חיזוק מבנים. בהתאמה, אינני סבורה - לאור התכלית שמבקשת תמ"א 38 להשיג שהיא חיזוק מבנים - כי יש מקום לפרש את הוראת סעיף 23 - שתכלית החיזוק מחד אל מול התאמות תכנוניות מאידך - באופן מצמצם. לכן, יש להוסיף כי מלכתחילה, בשונה מפרויקטים של פינוי בינוי, החלים על מקרקעין בהיקף ניכר, פרויקטים לפי תמ"א 38 חלים על מגרשים פרטניים ואף בעובדה זו יש כדי לחזק, האפשרות להכנת תכנית לפי סעיף 23 בתחולה גם על מגרש נקודתי.

במרכז השאלה השנייה שבמחלוקת עומדות המילים: "התאמה מיטבית לתנאי הקרקע" אשר לדידם של העותרים מלמדות על כך שמקום בו בתכנית לפי סעיף 23 קיימות זכויות מעבר לאלו הקבועות בתמ"א, הרי שלא ניתן לראות תכנית זה כהתאמה מיטבית ומשכך, תכנית כאמור לא תבוא בגדרו של סעיף 23. גם טענתם זו של העותרים אין בידי לקבל, ראשית מהטעם שלא זו בלבד שאין לה אחיזה לשונית, אלא שהיא אף עומדת בסתירה ללשון התמ"א ובפרט ללשון סעיף 23א(ב) הנסב על מקרה בו בתכנית שהוכנה לפי סעיף 23 נקבעו זכויות שהן מעבר לזכויות לפי תמ"א 38 (שאו בהתאם להוראות סעיף 23א(ב) הזכויות לפי התמ"א תהינה בהיקף כפי שהיה בעת אישור התכנית- קרי, גם אם בעתיד תתווספנה זכויות נוספת לפי התמ"א, לא יכללו אלו במסגרת התכנית האמורה). קרי, הנחת המוצא להוראת סעיף 23א(ב), היא כי ניתן להקנות בתכנית שהוכנה לפי סעיף 23 זכויות שהן מעבר לזכויות הקבועות בתמ"א 38 ובהתאמה -סעיף זה יש בו כדי לשלול את טענת העותרים ולפיה תכנית כזו אינה באה בגדרו של סעיף 23. נוסף על כך, לא עולה פרשנות זו בהרמוניה עם הוראותיה האחרות של תמ"א 38, מהן נובע כי מקום בו מדובר בהריסה ובנייה מחדש של בניין, תבואנה הזכויות לפי תמ"א 38 בנוסף לזכויות לפי תכניות מתאר נוספות החלות על המקרקעין (ראו - הוראת סעיף 14א' לתמ"א) - הוראות מהן נובע כי ככלל בגדרו של פרויקט לפי תמ"א 38, יכול שתהיינה זכויות נוספות מעבר לזכויות לפי תמ"א 38. בבחינת למעלה מן הצורך וככלי פרשני נוסף לקביעתי זו, הנני מוצאת להפנות לדברי מנכ"ל משרד הפנים, כפי שהובאו בסעיף 45 לעיל לפסק הדין, מהם עולה מפורשות כי יש להכין תכנית לפי סעיף 23 מקום בו לא די בתמריצים לפי תמ"א 38 על מנת להוביל להוצאה לפועל של חיזוק מבנים בתחום אותה תכנית - קרי בהם משתקף כי, בין היתר, תכלית עריכת תכנית לפי סעיף 23 היא להוסיף תמריצים על אלו הקבועים בתמ"א והכל על מנת להוביל לחיזוק מבנים.

המחלוקת השלישית נסבה על השאלה האם קביעה מפורשת במסגרת התכנית כי היא תכנית לפי סעיף 23, מהווה תנאי סף. אשר לסוגיה זו, רואה אני עין בעין עם פרשנות ועדת הערר - ולפיה ציון מפורש כאמור במסגרת התכנית לא מהווה תנאי סף. זאת משתנאי כאמור אינו קבוע לשונית במסגרת התמ"א ויתרה מכך, הנני סבורה כי לשם הגשמת תכלית סעיף 23, יש ליתן עדיפות למהות התכנית ולאו דווקא לשאלה האם זו קבעה מפורשות כי היא מהווה תכנית לפי סעיף 23.

48. ריכוז קביעותיי, מלמד כי לטעמי לשון סעיף 23 לתמ"א 38 במשולב עם תכלית תמ"א 38, כמו גם תכלית סעיף זה, יש בהם כדי לתמוך בפרשנותה של ועדת הערר ולפיה, בגדרו של סעיף 23 לתמ"א 38, תבוא גם תכנית החלה על מקרקעין בהיקף מצומצם ובלבד שקיים צורך תכנוני להכנת תכנית כאמור, כי במסגרת תכנית כאמור ניתן להוסיף זכויות על הזכויות המוקנות בתמ"א 38 וכי אין הכרח כי בתכנית יקבע מפורשות כי מדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א, אלא שיש לבחון את מהותה של התכנית.

49. פרשנות הוראות תכנית בי/711;

משהונחו עקרונות היסוד, יש לבחון האם במקרה דנן נפל פגם בקביעתה של ועדת הערר ולפיה תכנית בי/711 מהווה תכנית לפי סעיף 23 ובהתאמה לכך כי היתר הבנייה הוצא מכוח תמ"א 38. אשר לשאלה זו, אקדים ואציין כי הגם שאף שאלה זו היא פרשנית במהותה, הרי שבאשר לשאלה הקונקרטית במקרה דנן, שלובים בפרשנות גם יסודות תכנוניים-מקצועיים, עובדה שיש בה כדי לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית על החלטת ועדת הערר. זאת בשים לב לכך שכפי שקבעתי לעיל, הקביעה האם מדובר בתכנית לפי סעיף 23 תבסס על בחינת מהות התכנית ובחינה כאמור אדניה מקצועיים, באשר במסגרתה יש לבחון האם תכליתה של התכנית להוביל לחיזוק מבנים והאם היא פועל יוצא של צורך להתאמת הוראות תמ"א 38 למאפייני המקרקעין הספציפיים.

כאמור ועדת הערר, לאחר שבחנה את התכנית מהותית-מקצועית, קבעה כי מדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א והנני סבורה כי בקביעתה זו לא נפל כל פגם המצדיק התערבות שיפוטית. זאת קבעה ועדת הערר מתוך עיון בהוראות התכנית המלמדות, כי היא הניחה כבסיס את סל הזכויות האפשריות מכוח תמ"א 38 ואף עיגנה אותן בהוראותיה. זאת ועוד, בהתאם לקביעות ועדת הערר, הוראות התכנית מלמדות באופן מובהק, כי בכל הנוגע למבנה בעצמאות 7 – תכלית התכנית היא לאפשר חיזוקו של מבנה זה בהתאם לתמ"א 38. עוד ציינה ועדת הערר כי בהינתן שהוועדה המחוזית אישרה את תכנית בי/711, הכוללת ומעגנת בתוכה גם את הזכויות בהתאם לתמ"א 38 ובהינתן שזכויות כאמור לא ניתן להקנות אלא למבנים הטעונים חיזוק לפי תקן 413 – אין זאת אלא שאף הוועדה המחוזית סברה בעת אישור התכנית כי מדובר במבנה הטעון חיזוק לפי תמ"א 38 ובאמור יש כדי לתמוך הקביעה ולפיה מדובר בתכנית שבמהותה נועדה לחיזוק מבנים בהתאם לתמ"א 38.

לא לו יש להוסיף כי קביעתה של ועדת הערר אף עולה בקנה אחד עם דברי ההסבר לתכנית בי/711 בהם נאמר מפורשות כי: "הבינוי המאושר אינו מאפשר לממש את מלוא הזכויות מכוח תמ"א 38" וכי תכנית זו מהווה: "תכנית קומפילציה עבור שתי החלקות, המעגנת את זכויות הבניה הנוספות המאושרות מכוח התכניות התקפות + תמ"א 38 ותכנית בי/538 וכן, מוסיפה עליהן זכויות והוראות בניה נוספות. בצורה זו, התכנית מציעה לשנות את הבינוי של שתי החלקות כך שיתאים למיקום ובהתאמה למדיניות התכנון של העירייה לאזור" – אשר לדברים אלו, הרי שעולה מהם ברורות כי תכלית התכנית היא לאפשר מימוש מלוא הזכויות מכוח התמ"א, תוך התאמת הבינוי המאושר ותוך שבתכנית משולבות הזכויות מכוח תכנית בי/538 שהיא תכנית אשר הוכנה לפי סעיף 23 לתמ"א 38

והזכויות לפי תמ"א 38, תוך הוספת זכויות נוספות – הנה כי כן, דברי ההסבר מלמדים באופן ברור על כך שתכלית התכנית היא התאמת הבנוי כך שניתן יהיה לחזק את המבנים ולממש את מלוא הזכויות לפי תמ"א 38 ותכנית בי/538 אשר הוכנה לפיה ומשכך, מהותה של התכנית מלמדת כי מדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א.

אציין כי במסגרת טיעונה, הוסיפה ועדת הערר ופירטה כי הייחודיות במבנה בעצמאות 7, אשר הצדיקה עריכת תכנית פרטנית, נעוצה בכך שבמבנה יעודים נוספים מלבד מגורים – שהם חזית מסחרית ובית כנסת, אשר הוספת קומת קרקע לשם מימושם לא הייתה אפשרית בדרך של היתר בנייה ישירות מכוח תמ"א 38.

לאור כל האמור וכפי שהקדמתי וציניתי, אינני מוצאת להתערב בקביעתה של ועדת הערר ובהתאם לה, פרשנות תכנית בי/711 ובחינתה מהותית מלמדות על כך שמדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38.

50. אשר לקביעתה זו של ועדת הערר, אינני מוצאת לקבל את טענות העותרים ולפיהן הקביעה עומדת בסתירה להחלטת הוועדה המחוזית מיום 5/3/18. זאת הואיל ואף לטעמי – כפי שנקבע על ידי ועדת הערר - אין בדברי הוועדה המחוזית משום קביעה קטגורית השוללת פרשנות ולפיה תכנית בי/711 היא תכנית הבאה בגדרו של סעיף 23 לתמ"א, אלא שהחלטותיה נסבו רק על ההתנגדויות אשר נשמעו בפניה ובשים לב לטיעונים החלקיים אשר הושמעו בפניה, לאור מהות ההליך במסגרתו ניתנה ההחלטה. תימוכין לכך, ניתן למצוא בדברי הוועדה המחוזית אשר ציינה, בין היתר, כי "לא הוסבר כיצד מתאימה תכנית זו לתכלית של 23 הנ"ל" – אמירה המלמדת על כך שבפני הוועדה המחוזית לא התקיים דיון לגופם של דברים, תוך שנבחנה התאמת התכנית האמורה להוראות סעיף 23, אלא שדבריה מוגבלים רק להתנגדות כפי ששמעה על בפניה. ודוק – יצוין כי בהמשך הדברים, אמנם הביעה הוועדה המחוזית עמדתה כי תכנית נקודתית לא תבוא בגדרו של סעיף 23 ואולם, עמדתה זו, נאמרה על ידה ב"הוביטר", הואיל והיא לא נדרשה לה לצורך ההחלטה בהתנגדות. עוד הנני מוצאת לקבל טענות ועדת הערר וחברת גבסו ולפיהן, דברי הוועדה המחוזית ולפיהן "אין מדובר כאן בבקשה להיתר לפי תמ"א 38 אלא בתכנית" הוצאו מהקשרם הנכון על ידי העותרים שכן, אמנם מדובר באמירה שאינה מכוונת למהות התכנית אלא לעיתוי העלאת הטענות אשר נדחו במסגרת החלטה זו. אשר לכך, הרי שחלק מההתנגדות אשר הושמעה בפני הוועדה המחוזית, נסבה על השאלה האם הבניין בעצמאות 7 טעון חיזוק הואיל וחוזק כבר בעבר. התנגדות זו נדחתה על ידי הוועדה המחוזית, תוך שנקבע שמדובר בעובדה שאינה רלוונטית, משום שאין מדובר בבקשה להיתר לפי תמ"א 38 אלא בתכנית – קרי, קריאת הדברים בהקשרם המלא, מלמדת כי כל שכיוונה אליו ועדת הערר הוא שהתנגדות על בסיס טענה ולפיה מבנה אינו טעון חיזוק מקומה יפה מקום בו מוגשת בקשה למתן היתר ולא מקום בו מוגשת תכנית לאישור.

51. נוסף על כך אין בידי לקבל את טענת הוועדה המקומית ולפיה משקבעה ועדת הערר כי לעניין הבניין בעצמאות 7 תכנית בי/711 היא תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, הלכה למעשה פיצלה ועדת הערר את מהות התכנית בין שני המבנים - כך שכביכול ביחס לעצמאות 7- היא מהווה תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 ואילו ביחס למבנה בעצמאות 9 אין היא מהווה

תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א. אשר לטענה זו, לטעמי לא דקה הוועדה המקומית פורתא בקביעות ועדת הערר. זאת משוועדת הערר לא קבעה שהתכנית לא מהווה תכנית לפי סעיף 23 באשר לעצמאות 9, אלא שכל שהיא קבעה הוא שביחס לעצמאות 7 היא מהווה תכנית כאמור. קביעה זו אינה מלמדת על מהות כפולה לתכנית, אלא רק על כך שהצורך אשר הצדיק יצירת תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 נעוץ בבניין בעצמאות 7 ולא בבניין בעצמאות 9. רוצה לומר- הבניין בעצמאות 9 כבר היה בשלבי הבנייה בעת אישור התכנית ואולם, כעולה מדברי ההסבר לתכנית ומקביעת ועדת הערר, לא ניתן היה להוציא לפועל את הזכויות לפי התמ"א ולפי תכנית בי/538, לשם בניית הבניין בעצמאות 7 ללא התאמה תכנונית, כיוון שכך ולאור צורך זה הנעוץ בבניין בעצמאות 7, אושרה התכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38.

עוד אינני מוצאת לקבל את טענת הוועדה המקומית ולפיה הואיל ובמסגרת תכנית בי/711 הפכו הזכויות בהתאם לתמ"א 38 מזכויות מותנות לזכויות מוקנות, הרי שלא מדובר בתכנית קומפילציה בלבד. אשר לטענה זו הרי שדינה סילוק ולו מהטעם שהיא עומדת בסתירה לאמור ברישא לתשובת הוועדה המקומית במסגרתה הוצגה על ידה התכנית כתכנית קומפילציה (ראו סעיף 9 לכתב תשובתה). לכך, יש להוסיף כי הקביעה כי מדובר בתכנית קומפילציה נתמכת גם בדברי ההסבר לתכנית עצמה. זאת אף זאת, אין בידי לקבל אף את הטענה ולפיה העובדה שהזכויות בהתאם לתכנית הפכו למוקנות, מאיינת הקביעה ולפיה מדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א. זאת בהינתן שכפי שהובהר לעיל, במסגרת סעיף 23 הוקנה כלי נוסף להתמודדות עם המחיר התכנוני הכרוך בתחולתה הכללית של תמ"א 38 ולפיו, התכנון יותאם לצרכים התכנוניים הספציפיים. כיוון שכך הרי שבכל מקרה בו מאושרת תכנית לפי סעיף 23 – ככל שבמסגרתה לא נקבע מפורשות אחרת – לא קיימת עוד האפשרות להידרש לשיקול הדעת בהתאם לסעיף 22 לתמ"א 38 והזכויות גם לפי התמ"א הופכות למוקנות. משכך, אין בכך שהזכויות הפכו למוקנות כדי להוציא התכנית מגדר סעיף 23 אלא שזה המצב הנורמטיבי הרגיל.

52. לאור כל האמור, הנני קובעת כי לא נפלה כל שגגה בקביעת ועדת הערר ולפיה תכנית בי/711 מהווה תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 ובהתאמה לכך כי ההיתר אשר התבקש מכוחה מהווה היתר לפי תמ"א 38.

53. בשולי הדברים אציין כי משהעתירה נדחתה, אינני נדרשת לטענת הסף ולפיה לא צורפו לה משיבים אשר היה מקום לצרפם.

סוף דבר;

54. אשר על כן- העתירה נדחתה.
55. העותרים יישאו בהוצאות ועדת הערר (המשיבה 1) וכן חברת גבסו (המשיבה 3), בסך 10,000 ש"ח לכל אחת. הואיל והוועדה המקומית הצטרפה לעמדת העותרים, לא מצאתי לחייב בהוצאות לטובתה.
56. המזכירות תדוור את פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, י"ג תמוז תשפ"א, 23 יוני 2021, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

לימור ביבי 54678313-/
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה