



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

פורום קניין ומקרקעין

סגן: נחאס אמיל
שרון בן נתן
גיב כהן
פרי לזר
מנחם מושקוביץ
יעל מנדלוביץ
מורן גולן צוקרל
רונית שביר
אבי ששו
דוד שפירא

מ"מ: אביר דיין
אריאל פלביאן

יו"ר: אברהם ללום
יצחק נטוביץ

ת"א, כ"ז כסלו תשע"ו
09 דצמבר 2015
01393415

לכבוד
המועצה הארצית לתכנון ובניה
ועדות הערר המחוזיות לתכנון ובניה
הועדות המקומיות לתכנון ובניה

שלום רב,

הנדון: תמ"א 38 תיקון 3א – תגובה לעמדת המשנה ליועמ"ש

[סימוכין: עמדת המועצה הארצית לת"ב מיום 3.11.15, תגובת המשנה ליועמ"ש מיום 23.11.15]

לשכת עורכי הדין בישראל, באמצעות ראשי פורום המקרקעין הארצי של לשכת עורכי הדין בישראל (בשיתוף יו"ר הועדה המקצועית להתחדשות עירונית), מתכבדת בזאת להציג את עמדתה בעניין המשקל שיש לייחס לתיקון 3 א' לתמ"א 38 בהליכי תכנון ובניה בעת הזאת, בטרם נשלמו ההליכים הסטטוטוריים לאישור התיקון הנדון, ובהתייחס לעמדת המשנה ליועמ"ש על פי המבחנים אשר יוצגו במסגרת נייר עמדה זה.

כבר בראשית נייר עמדה זה, נאמר, לשכת עורכי הדין סבורה שעל כל מוסדות התכנון והבניה בישראל לפרש את הוראות תמ"א 38 באופן מרחיב על מנת להגשים את מטרתה, ובמסגרת זאת ליתן משקל לתיקון 3 א' הנדון ולהתייחס אליו כהנחיה של מוסד התכנון העליון במדינת ישראל.

על פי העמדה של המשנה ליועמ"ש כאמור בסימוכין, נראה כי המשנה ליועמ"ש ארז קמיניץ שם עצמו כשופט בבית משפט העליון, ובניגוד להמלצת המועצה הארצית לתכנון ובניה, ומנהל התיכנון המופקדים על תחום התיכנון והבניה מטעם המדינה באמצעות חוות דעתו מביא בפועל למצב שחלק מוועדות התכנון נמנעות מלהוציא היתר בניה בפרויקטים של תמ"א 38. עוד נוסף כי המשנה ליועמ"ש חייב לדעתנו לייצג את עמדת המופקדים על תחום התיכנון והבניה מטעם המדינה היינו המועצה הארצית לתיכנון ובניה ומינהל התיכנון כל עוד עמדתם לרבות פרשנותם את התמ"א היא



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

בתחום הסבירות הפרשנית, אין ספק כי שתי הפרשנויות של התמ"א הן זו הרחבה הקרויה שיטת גידרון והן הפרשנות המצמצמת הינן פרשנויות סבירות.

ולהן פרוט חוות דעתנו בהרחבה:-

1. מסמכים שעל בסיסם נערך מסמך עמדה זה

לצורך בדיקת הנושא נבחנו בין היתר, עמדת המשנה ליועמ"ש, עמדת המועצה הארצית לתכנון ובניה מיום 03.11.15 (להלן: "עמדת המועצה הארצית"), עת"מ 34111-02-15 ליא קניג נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה ת"א ואח' (להלן: "עניין ליא קניג"), חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה") ופסיקה בנושא, כמוזכר להלן.

2. עמדת המועצה הארצית בהחלטתה מיום 03.11.15

2.1: כבר כעת, נציין כי על מנת להכניס את הנושא לקונטקסט הראוי, ומבלי להיכנס לגופו של ענין, יודגש ויובהר כי דעתנו לאחר דיון בפורום הארצי של לשכת עו"ד יחד עם יו"ר הועדה המקצועית של הלשכה (עו"ד זיו כספי), הינה כי אין בעמדת המועצה הארצית, אלא משום הנחייה "לשקול בין היתר" (!) את מדיניות המועצה, כפי שבאה לידי ביטוי בפרסום תיקון 3א לתמ"א 38.

2.2: דומה, כי די באמור כדי להביע לכל הפחות תהייה באשר לדברים הכתובים בעמדת המשנה ליועמ"ש ומה חשיבותם, שעה שכל הנחייתה של המועצה הארצית מסתכם ב- "לשקול בין היתר".

2.3: כפי שיפורט להלן, נראה כי עמדת המועצה הארצית לתכנון ולבניה, שהיא על פי חוק התכנון והבניה המוסד התכנוני העליון במדינת ישראל, מהווה מקור משפטי ראוי ומקובל שיש לקחתו בחשבון עת מוסד תכנון נדרש לקבל החלטה בנושא הנוגע לאותה עמדה.

3. עמדת היועמ"ש אינה מחייבת מוסדות תכנון וגופים מעין שיפוטיים

3.1: נדגיש ונציין כי אין בעמדת המשנה ליועמ"ש משום הנחייה מחייבת כלפי מוסדות תכנון וטריבונלים שיפוטיים – שלהם שיקול דעת עצמאי בנושאים אשר על סדר יומם.

3.2: תפקידו העיקרי של היועמ"ש (או נציגו לענייננו) הנו להבטיח כי רשויות השלטון יכבדו את שלטון החוק.

לשם כך, עומדים לרשותו כמה אמצעים, שהעיקרי שבהם ההכרה כי הוא המפרש המוסמך של הדין מבחינת הממשלה ורשויות השלטון [ראה: פרופ' אמנון רובינשטיין ופרופ' ברק מדינה, בספרם "רשויות השלטון והאזרחות, המשפט התוקני של מדינת ישראל", עמ' 1002-1004].

3.3: דא עקא, יוזכר כי עמדתו של היועמ"ש, הגם שהנו המפרש המוסמך של הדין, אינה מחייבת את כלל רשויות השלטון ובוודאי שאינה חלה על רשויות תכנון וגופים אשר מפעילים סמכויות מעין שיפוטיות. על גופים אלו חלה החובה להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל נושא שהם הופקדו עליו עפ"י חוק.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

[עוד בענין זה ראה: עע"ם 3286/02 ועדת ערר לענייני קרקעות ושטחים פתוחים נ' חברת דור אנרגיה (1988) בע"מ, פ"ד נח(1) 502,; עת"מ (ת"א) 1112/01 פז חברת נפט בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה זמורה, אתר מקרקעין; דברי מלומדים: ר' צין "מעורבות היועץ המשפטי לממשלה בהליכי תכנון" (2013), אתר מקרקעין; פרופ' א. נמדר בספרו תכנון ובניה, תכניות, מוסדות והליכי תכנון (להלן: "ספרו של פרופ' נמדר"), בעמ' 155-156].

3.4. לאור האמור, עולה כי עמדת היועמ"ש בנושא הפרשנות הראויה להוראות תמ"א 38 שהוצגה בעניין ליא קניג ועמדת המשנה ליועמ"ש שבנדון **אינם מחייבים** את רשויות התכנון וגופים מעין שיפוטיים ככלל, ואין בהם כדי להשפיע על עצמאות שיקול הדעת של מוסד התכנון עת בא לתן החלטתו בענין שבתחום סמכותו. לענין זה, לא שונה עמדת המשנה ליועמ"ש מעמדת המועצה הארצית.

3.5. אף על פי שיש בדברים אלו כדי לחרוג ממטרתה של עמדה זו של לשכת עוה"ד בישראל, דומה כי הדברים חייבים להיאמר, וזאת כדי לפרוס את גבולותיה הנורמטיביים של עמדת המשנה ליועמ"ש.

4. סמכות המועצה הארצית לתכנון ובניה בהתוויית מדיניות תכנונית כלפי רשויות התכנון

4.1. כידוע, חוק התכנון והבניה מפקיד את מלאכת התכנון והבניה בישראל בידי מערכת של מוסדות ארציים, מחוזיים ומקומיים, עם קשר היררכי ביניהם, לפיו כל מוסד כפוף להוראות המוסד שמעליו.

על פי מערכת היררכית זו, המוסד העליון העומד בראשה הוא המועצה הארצית לתכנון ובניה (להלן: "המועצה הארצית") [ראה: ספרו של פרופ' נמדר, עמ' 60 וכלה].

4.2. מהעולה מדברי עמדת המשנה ליועמ"ש המועצה הארצית אינה סוברנית לתן הנחיות שלא בדרך תכנית.

4.3. לעמדת הח"מ, דברים אלו מציגים את הדברים בצורה פשטנית, שאינה תואמת את סמכויות המועצה הארצית במובן הרחב.

יפים לענין זה דברי המלומד פרופ' נמדר בספרו:

"מלבד מלאכת היועץ האמורה, המועצה הארצית מתווה את המדיניות התכנונית בישראל **גם** באמצעות אישור תוכניות המתאר שעליהן היא מופקדת." (שם, עמ' 64. ההדגשה אינה במקור).

4.4. מדברים אלו עולה כי למועצה הארצית הסמכות להנחות ולהורות את מוסדות התכנון תחתיה גם שלא בדרך של תכנית.

4.5. זאת ועוד, כך נקבע בענין זה בבגץ 5598/00 עיריית הרצליה נ' רשות שדות התעופה בישראל [פורסם בנבו]:



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

"לאמור לעיל נוסף, כי במבנה ההיררכי של מוסדות התכנון רשאי כל מוסד תכנון בכיר לחייב את מוסד התכנון הכפוף לו למלא אחר הוראות ולבצע תפקידים שהוא מוסמך להם מבחינה מעשית."

- 4.6. עינינו הרואות: לא ברור מנין קבע נחרצות המשנה ליועמ"ש כי המועצה הארצית רשאית להנחות את גופי התכנון באמצעות תכנית מאושרת בלבד, להבדיל מכלים נוספים העומדים לרשותה כמו החלטות והנחיות.
- 4.7. יובהר, כי אין באמור כדי לחלוק על עמדת המשנה ליועמ"ש בענין זה, שכן מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה כי תכניות מאושרות מחייבות את רשויות התכנון. עם זאת, מכלל הן אין להסיק על לאו.
- לדעתנו, לא ניתן להסיק מכך שהתוויית המדיניות של המועצה הארצית כלפי רשויות התכנון המצויות תחתיה תהא באמצעות אישור תכניות בלבד, שכן להחלטותיה, כגוף התכנון העליון, ישנו משקל ואינן ניתנות לריק.
- 4.8. עוד בענין זה, ראוי לציין כי עמדת המועצה הארצית עשויה לעלות לכדי "תקנה", כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]:

"תקנה" – תקנה, כלל, חוק עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר, שניתנו מאת כל רשות בארץ ישראל ..."

- בע"א 271/87 עיריית לוד נ' טלרד תעשיות פ"ד מב(1) 119 בעמ' 123 (להלן: "עניין טלרד") בחן השופט א' וינוגרד, שהיה בדעת מיעוט לענין תוצאת פסק הדין, את המונח "תקנה" הנ"ל בענין עיריית לוד, ומצא כי זו כוללת גם החלטה מנהלית שקיבלה העירייה. לפיכך, יטען כי ראוי לייחס חשיבות ניכרת לעצם החלטות/ הנחיות המועצה הארצית, כרשות סטטוטורית בארץ ישראל, העולות לכדי משקל נורמטיבי של תקנה.
- 4.9. דברים אלו הנם "מקל וחומר", שעה שכל עמדת המועצה הארצית הינה בגדר הנחייה "לשקול בין היתר".

המועצה הארצית כמומחה עליון

- 4.10. מבלי לפגוע באמור לעיל, אף במידה וצדק המשנה ליועמ"ש בקביעתו כי המועצה הארצית אינה רשאית להנחות את רשויות התכנון אלא באמצעות תכנית מאושרת, יודגש שוב כי כל שעשתה המועצה הארצית בהחלטתה הוא הצגת הנוסח המוצע לתיקון 3 לתמ"א 38 **כשיקול** נוסף שעל רשויות התכנון יהיה לשקול בבואן לקבל החלטה למתן היתר בניה. "לשקול" משמע להבדיל מלהורות. לא ניתן להתעלם מנקודת מוצא זו, שדומה כי יש בה ליתר את עמדת המשנה ליועמ"ש מעיקרא.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

4.11. זאת ועוד, מושכלת יסוד היא כי בבואה של רשות מינהלית ואף טריבונל שיפוטי, לקבל החלטה, רשאית היא להסתייע ולשקול חוות דעת של מומחים בדבר. ראה לעניין זה את בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר פ"ד מג(2) 501 בעמ' 508.

4.12. רוצה לומר, מקום בו רשאי טריבונל שיפוטי לשקול ואף לסמוך החלטתו בדברי מלומדים, הרי שודאי ניתן לומר כי רשאי הוא לשקול דברי המועצה הארצית, הנתפשת כמומחה עליון לנושאי תכנון ותוכניות מיתאר, כל שכן כאמור לעיל, המדובר בהנחייה שכל כולה "לשקול בין היתר".

5. פרשנות הוראות תמ"א 38

5.1. ושוב, כדי להעמיד את הדברים בקונטקסט הראוי, יזכר שאין בעמדת המועצה הארצית משום הסתמכות על תיקון הסותר את תמ"א 38 או משנה אותה. כל יסודו של תיקון 3א

לתמ"א 38, אשר את נוסחו מבקשת המועצה הארצית "לשקול בין היתר", בתיאור והבהרת הפרשנות הראויה של נוסחה הקיים של תמ"א 38.

5.2. די להזכיר כי גם ללא התיקון המדובר, ועדות ערר ממחוזות שונים כבר קיבלו החלטות אשר תואמות את נוסח התיקון המוצע, עובר למועד פרסומו (די להזכיר כי התיקון הפך קרוי על שמו של עו"ד מ' גדרון, שעמד בראש ועדת ערר מחוז תל אביב ואשר בשיטתיות פסק לפי הפרשנות המוצעת בתיקון 3א, זמן רב לפני שבא לעולמו).

5.3. במצב דברים זה, הרי שגם עתה רשאים ומוסמכים גופי התכנון לפרש את תמ"א 38, לפי אותה פרשנות ידועה, שבאה לעולם טרם התיקון.

5.4. בכל הכבוד הראוי, דומה כי גם בדברים אלו יש כדי ליתר את עמדת המשנה ליועמ"ש.

5.5. העובדה שהוראות תכנית מיתאר מהוות חיקוק בעל תוקף משפטי מחייב, מובילה למסקנה כי יש לפרש הוראות תכנית מיתאר באותה הדרך שמפרשים כל חיקוק אחר.

על כך כבר נקבע כי הכלל הבסיסי לפירושו של חיקוק הינו לשונו, ורק כאשר לשון המחוקק אינה ברורה או כשניתן לפרשה בדרכים שונות, יש לפנות לתכלית החקיקתית של החיקוק, ולפרשו בהתאם לתכליתו [על כללי הפרשנות במשפט ראה בהרחבה בדברי פרופ' א' ברק "הפעילות השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט". הפרקליט ל"ט (תש"ן) בעמ' 267-268. וגם בספרו של פרופ' נמדר, עמ' 226.

בע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות פ"ד לט(2) 70 בעמ' 74-75 קבע בית המשפט העליון:

"מקור חשוב ללימוד בדבר מטרת החקיקה הוא ההיסטוריה
החקיקתית והפרלמנטרית. אכן, על מטרת החוק ניתן ללמוד
מכל מקור אמין".



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

דברים אלה אף עולים בקנה אחד עם המפורט לעיל, אשר למעמדה הנורמטיבי של הנתייה היוצאת תחת ידה של המועצה הארצית "כמקור אמין" מפי הרשות המזמנית בענין.

5.6. בהינתן העובדה כי יסודה והורתה של תמ"א 38 בדאגה לחיי אדם, הרי שבנקל ניתן לבכר כל פרשנות שיש בה להרחיב את היתכנותה מאשר על צמצומה.

יזכרו לענין זה לדברי ההסבר להוראות תמ"א 38 (אשר וודאי מהווים משום "מקור אמין"):

"תמ"א 38 נועדה לאפשר חיזוק מבנים... בפני רעידות אדמה. הוראות התמ"א קובעות את המסגרת הסטטוטורית שתאפשר מתן היתרי בניה מכוחה, וכן מציעה תמריצים שיעודדו את החיזוק ויאפשרו אותו מבחינה כלכלית".

גם כאן יש וודאי כדי לתמוך בפרשנות שיש בה כדי לאפשר את ניצול מלוא זכויות הבניה באופן שיש בו כדי להגשים את תכלית התכנית, שכן הדבר מהווה תמריץ משמעותי לחיזוק מבנים, שזו חלק מתכליתה של תמ"א 38, כאמור.

5.7. דומה כי על הפרשנות התכליתית הראויה של תמ"א 38, הביעה הממשלה והכנסת את עמדתן, עם תיקוני החקיקה הנוגעים לענין זה ועם תיקוני התכנית מעת לעת, אשר כל יסודם בהרחבת היתכנותה ומימושה של תמ"א 38, שהנה כידוע תכנית מצילת חיים.

5.8. אשר על כן, וכפי שכבר נמצא בהחלטות ועדות התכנון, גם ללא תיקון 3א המוצע, סוברניות הועדות לקבל החלטות התואמות את נוסח התיקון.

5.9. **צא ולמד: עמדת המועצה הארצית והתיקון המוצע, אין כדי לשנות את המצב המשפטי הקיים היום, אלא כי אם רק לחדד את הקיים.**

לשון אחר, אין בהחלטת המועצה הארצית כדי להפוך את היוצרות וליצור מצב משפטי הזר ללשון התמ"א הנוכחי, כי אך להוות משום הבהרה, דבר העולה בקנה אחד עם תכלית הוראות תמ"א 38.

6. לסיכום

6.1. מהאמור לעיל עולה כי עמדת היועמ"ש אינה מחייבת גופים שיפוטיים ורשויות תכנון. משכך רשאים הם להפעיל את שיקול דעתם העצמאי בבואם לקבוע החלטות בנושאים שבסמכותם.

6.2. כמו כן, ראוי לייחס חשיבות ניכרת להחלטת המועצה הארצית, וכי היא מהווה **שיקול** לרשויות התכנון בבואן לקבוע החלטות בקשר למתן היתר בניה.

6.3. בהמשך לכך, נראה כי יש לפרש הוראות תמ"א 38 בהתאם לכללי הפרשנות הרגילים והידועים. ולכן, החלטת המועצה הארצית, המשמשת כגורם המוסמך להוביל וליזום תכניות מיתאר ארציות, משמשת כ"מלומד עליון" לרשויות התכנון, והחלטתה מהווה כאחד מהשיקולים שיכולות רשויות התכנון לשקול.



לשכת עורכי הדין בישראל
ISRAEL BAR ASSOCIATION
نقابة المحامين في إسرائيل

6.4. כך גם באשר לנוסח תיקון 3א' לתמ"א 38 ודברי ההסבר להוראות תמ"א 38, שכן נקבע בפסיקה כי על מטרת החוק ניתן ללמוד מכל מקור אמין. לכן, המסקנה המתבקשת מהמקורות הנ"ל כי יש לפרש את הוראות תמ"א 38 ככאלה שתתמוכנה במתן תמריצים לחיזוק מבנים, וזאת בדרך של ניצול מלוא זכויות הבניה, במתווה של הריסה.

6.5. הועדות המקומיות וועדות הערר לתכנון ובניה מוזמנות להתייחס לנייר עמדה זה כחוות דעת משפטית ולהסתמך עליו בהחלטותיהן, בתקווה כי הדבר יסייע בידיהן לקבל החלטות לפי שיקול דעתן ומבלי לחוש כבולות, באופן שיאפשר לשחרר את "הפקק" מפרויקטים רבים אשר מצויים בקיפאון מוחלט נוכח אי הבהירות במצב דנן.

יצחק נטוביץ, עו"ד

המשנה ליו"ר לשכת עוה"ד בישראל
יו"ר משותף, פורום המקרקעין הארצי

אברהם ללום, עו"ד

סגן יו"ר לשכת עוה"ד בישראל
יו"ר משותף, פורום המקרקעין הארצי

העתקים:

שר האוצר – ח"כ משה כחלון
שר הבינוי והשיכון – ח"כ יואב גלנט
אביגדור יצחקי, יו"ר המועצה הארצית לתכנון ובניה
ראשת מנהל התכנון, גב' בינת שוורץ
יו"ר לשכת עו"ד בישראל – עו"ד אפי נה
מנכ"ל לשכת עורכי הדין בישראל – מר אורי אלפרס
ממונה תחום קניין ומקרקעין לשכת עורכי הדין – גב' רות טוכמן