

בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו

בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 28736-06-19

קבוע ליום 2.9.2019

לפני כבוד הנשיא איתן אורנשטיין

העותרת:

התאחדות בוני הארץ

(אגודה עותומנית מ.י. 589902519)

באמצעות עוה"ד איל ד. מאמו ו/או דנה פריד

ממשרד אגמון ושות', רוזנברג הכהן ושות', עו"ד

רחוב יגאל אלון 98, תל אביב

טלפון : 03-6078607 ; פקס : 03-6078666

- נ ג ד -

המשיבים:

1. הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן

באמצעות עו"ד אסף פריאל

ממשרד תדמור לוי ושות', עו"ד

מגדלי עזריאלי (המגדל המרובע), קומה 34,

דרך מנחם בגין 132, תל-אביב 6701101

טלפון : 03-6846000 ; פקס : 03-6846001

2. היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות עו"ד מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)

בית קרדן, רחוב מנחם בגין 154, תל אביב 6492107

טלפון : 073-3736222 ; פקס : 02-6468005

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם לסמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], מכוחה הודיע היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו להליך דן, מתכבד בזאת היועץ המשפטי לממשלה להביא את עמדתו בשאלות המשפטיות המתעוררות בהליך.

יובהר כי ההתייחסות המובאת בעמדה זו מופנית לסוגיות המשפטיות העקרוניות המתעוררות בהליך, בהתבסס על החומר שהונח לפני היועץ המשפטי לממשלה והמסגרת הנורמטיבית הרלוונטית, ללא התערבות בשאלות העובדתיות, ככל שישנן.

פתח דבר

1. עניינה של העתירה בהחלטת הוועדה המקומית לתכנון ובניה ברמת גן (להלן: **הוועדה המקומית**) מיום 29.4.2019, אשר אישרה מסמך מדיניות ביחס לבקשות להיתר מכוח תמ"א 38 (להלן גם: **"התמ"א"**) בעיר רמת גן.
2. וזו לשון ההחלטה:

"בקשה לתמ"א 38/1 ו-38/2 נקודתית על חלקה אחת, תאושר באופן חריג ומנימוקים שירשמו, רק היכן שאינה פוגעת באפשרות לתכנון מתחמי קיים או עתידי, רק בהתאם למצב התשתיות הציבוריות בסביבה ותוך התחשבות במצבה הפיננסי והתקציבי של העיר בתקציב הרגיל והפיתוח. כמו כן ישקלו שיקולים הומניטריים ומספר אתרי הבנייה הפעילים בסביבה" (להלן: **"המדיניות"** או **"ההחלטה"**).
3. עוד נקבע בהחלטה כי הוראות מעבר למדיניות זו יובאו להצבעה בישיבה הבאה. ואכן, ביום 3.7.2019 ולאחר הגשת העתירה, אושרו הוראות מעבר, לפיהן:

"2. מדיניות זו תחול על כל בקשה להיתר שטרם נקלטה במחלקת רישוי בניה.

3. מדיניות זו לא תחול על כל בקשה שנקלטה במערכת אך טרם נדונה בוועדה המקומית, וזאת בכפוף לסעיף 1 [סעיף 1 חוזר על החלטת המדיניות שהובאה לעיל- הח"מ].

4. מדיניות זו לא תחול על בקשות להיתר שאושרו סופית על ידי הוועדה המקומית ועדיין לא הוצא להן היתר בנייה, גם אם טרם מולאו כל התנאים שנקבעו בהחלטת הוועדה המקומית.

5. בקשה שנדונה בוועדה, אך טרם התקבלה בעניינה החלטה סופית, תבחן על-פי מדיניות נוב' 2017 בכפוף להצגת חוות דעת תכנונית מטעם היזם ואישור מהנדסת הוועדה המקומית, כי מימוש היתר הבניה אינו מונע את האפשרות לקדם תכנון מתחמי.

6. בקשה לתמ"א 38/1 ו-38/2, תידון גם לפי תכנית אב מאושרת בכפוף לאמור בסעיף 1."
4. החלטת הוועדה המקומית הובאה לביקורת שיפוטית לפני בית המשפט הנכבד, כאשר עמדת היועץ המשפטי לממשלה התבקשה נוכח "האינטרס הציבורי המשמעותי העומד בבסיס הליך זה" (ר' סעיף 20 לעתירה).
5. כפי שיפורט להלן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי ככלל, ועדה מקומית רשאית לקבוע לעצמה מדיניות לאופן הפעלת שיקול דעתה בדיון בבקשות להיתר לפי תמ"א 38 או תכניות שאושרו מכוחה, ואף ראוי כי תעשה כן. עם זאת, על מדיניות זו להיות סבירה ולעמוד בקנה אחד עם הוראות ותכליות התמ"א – שהיא, כידוע, במעמד של דין.
6. מדיניות הוועדה המקומית שבנדון, לפיה לא יאושרו בקשות להיתר אלא במקרים חריגים ביותר, אינה עולה בקנה אחד עם הוראות התמ"א אותה היא אמורה ליישם. מדיניות זו אינה סבירה ואינה מידתית. מדיניות זו, השוללת באופן כמעט גורף הוצאת היתרים מכוח התמ"א, אינה מבוססת על עמדה מקצועית באשר ליכולת הקיבול השונה של האזורים השונים בעיר, או על פרמטרים תכנוניים רלוונטיים. כמו כן, מדיניות זו אינה מושתתת על שקילה של כלל

השיקולים התכנוניים, ומשכך קשה לראות בה מסמך המתווה כראוי מדיניות תכנונית, אלא לכל היותר הצהרה על כיוון לקביעת מדיניות.

7. הלכה למעשה, נראה כי המדיניות כפי שנקבעה מאיינת את הוראות התמ"א, שכן היא מביאה למימוש מינימלי ביותר שלה ושוללת מבעלי דירות רבים המעוניינים בחיזוק ומיגון דירתם את האפשרות לעשות כן. לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה שמדיניות זו אינה יכולה להיחשב כמדיניות סבירה בהיבט של אופן הפעלת שיקול הדעת בידי הוועדה המקומית בהתאם לסמכות שניתנה לה, ואינה יכולה לעמוד.

8. להלן יובאו הרקע והנימוקים לעמדה זו.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

9. ככלל, יש ערך רב לתכנון כולל המאפשר להביא בחשבון את מערך השיקולים במלואו באופן שבו הצרכים והתכלית הרחבים הם המובילים את התכנון ולא אוסף של תכניות נקודתיות העשויות טלאים-טלאים, הן המכתיבות את המציאות התכנונית מעצם היווצרותן (ר' ע"מ (תל-אביב-יפו) 1028/98 קרן תורה ועבודה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה תק-מח 99(2), 2365).

10. עם זאת, יש לציין כמובן את הברור מאליו: תמ"א 38 היא במעמד של דין וכל עוד לא שונתה או בוטלה, הוראותיה מחייבות.

11. באשר לקביעת מסמכי מדיניות, עניין העומד בלב עתירה דן, הרי שוועדה מקומית, ככל רשות מנהלית, רשאית לקבוע לעצמה מדיניות לאופן הפעלת שיקול דעתה, ואף ראוי שתעשה כן. בתי המשפט אף מצאו לשבח רשויות מנהליות בכלל, ומוסדות תכנון בפרט, אשר פעלו לאור מסמכי מדיניות ברורים ושקופים לציבור.

ר' בהקשר זה את פסק דינו של בית המשפט העליון בע"מ 400/15 הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' ועדת הערר המחוזית תל אביב ואח' (פורסם בנבו, 25.5.2016), שם נקבע כי:

"נוסיף מצדנו, כי מסמך מדיניות, גם אם אינו סטטוטורי, הוא בחינת הנחיות פנימיות שחשוב שיהיו שכמותן לרשות מנהלית, בכפוף לחשיפתן לציבור ולאפשרות להשיג עליהן. הנחיות אלה כמובן אינן חזות הכל, ונתונות הן לדיון פרטני תוך מרווח האפשרויות הסטטוטוריות לשיקול דעת, וכך כמובן במקצועיות ובהגינות כלפי כולי עלמא ובדיון פתוח".

וכן ע"מ 109/12 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז נ' גבעת האירוסים בע"מ (פורסם בנבו, 23.12.2012), שם נקבע:

"ברי כי אין כל פסול עקרוני בגיבוש מסמך מדיניות הכולל 'הנחיות פנימיות' כגון מסמך המדיניות. ההפך הוא הנכון, זוהי פרקטיקה רצויה".

12. ברור גם כן שהשיקול של חיזוק מבנים אינו בלעדי ושזכויותיו של מבקש ההיתר לפי תמ"א 38 מסויגות מלכתחילה בשיקול דעתה של הוועדה המקומית הרשאית לסרב למתן היתר מטעמים מיוחדים. בכלל זה, רשאית אפוא ועדה מקומית לקבוע לעצמה מדיניות לעניין הפעלת שיקול

דעתה בבואה לדון בבקשות להיתר מכוח תמ"א 38. שיקול הדעת הרחב המסור לוועדה המקומית מעוגן גם בהוראות התמ"א, ובפרט לאחר תיקון 3א לתמ"א. כך קובע סעיף 22 לתמ"א:

"אין באמור בתכנית זו כדי לשלול מסמכותה של הועדה המקומית לסרב לתת היתר לבניה הכרוך בתוספת זכויות בניה על פי סעיפים 11א-14 אם מצאה משיקולים תכנוניים, או אדריכליים, נופיים, כושר נשיאה של תשתיות, כי יש לסרב לבקשה להיתר או אם מצאה כי תוספת הבניה צריכה להיבחן במסגרת תכנית שתסדיר עניינים נוספים אלו לאור התוספת המבוקשת. הועדה המקומית תפרט בכתב את הנימוקים לסירוב כאמור.

ועדה מקומית רשאית לשקול, בין השאר, הוראות של תכנית כוללנית לרבות תכנית כוללנית שהוחלט להפקידה, או מסמכי מדיניות שהוכנו על ידה, במסגרת שיקוליה בבקשה להיתר לפי תכנית זו.

הוראות סעיף זה לא יחולו על היתר לחיזוק מבנה שאין עימו תוספת זכויות בניה".

13. מקום בו מקנות הוראות התמ"א שיקול דעת לוועדה המקומית, קביעת מדיניות על ידה תהיה, ככלל, דבר חיובי שיכול להביא לקבלת החלטה מנהלית מושכלת יותר, וכן שוויונית יותר ביחס לכלל הגורמים השונים המבקשים ליהנות משיקול הדעת המוקנה לוועדה המקומית. יתר על כן, מדיניות ברורה ומידתית עשויה גם להגן על הרשות מפני תקיפה משפטית של החלטותיה, במקרים שונים.

14. עם זאת, מדיניות כאמור צריכה להיות סבירה ולעמוד בקנה אחד עם תכליות התמ"א והמטרות שהיא באה להגשים, כמו גם לבטא את רוחב שיקול הדעת שביקשה התמ"א להעניק לוועדות המקומיות, והיא איננה יכולה לעמוד בסתירה לתכליות התמ"א או לאיין אותה.

15. כמו כן, גיבוש מדיניות מחייב ניתוח של הנסיבות הקיימות וקביעת הנחיות פיתוח מותאמות מקום. משכך, על מסמך המדיניות להתבסס על פרמטרים מקצועיים ולכלול התייחסות מקיפה לתחומים התכנוניים השונים, כמו גם הסברים למדיניות כפי שנקבעה. כאשר המסמך מתייחס לעיר, אך ראוי הוא כי תהיה התייחסות מקצועית, מפורשת ונפרדת לאזורים השונים שבה.

16. חשוב לציין, כי מסמך המדיניות אינו מחייב ואינו מייצר את החובה לבחון כל בקשה לגופה, והאם קיימת לגביה הצדקה לסטייה מהמדיניות. אין בפרסום מסמך מדיניות כדי למנוע את האפשרות לבקש היתר מכוח התמ"א, ועל הוועדה המקומית לדון בכל בקשה להיתר שכזו ולהחליט בה לאחר שבחנה אותה לגופה.

מן הכלל אל הפרט

17. ראשית יש לציין כי בענייננו, במרחב התכנון רמת גן חלה תכנית מפורטת לפי סעיף 23 לתמ"א – רג/340/ג-30 – שאושרה בידי הוועדה המחוזית (להלן: **"התכנית המפורטת"**). התכנית המפורטת חלה על כל מרחב השיפוט של הוועדה המקומית.

18. סעיף 4.1.2(יט) לתכנית המפורטת קובע כי:

"אין בכל האמור בתכנית זאת כדי לשלול את זכות הוועדה המקומית לסרב להיתר בניה, וזאת אם מצאה כי מטעמים תכנוניים/ אדריכליים/ הנדסיים/ נופיים יש לסרב לבקשה. סירוב להיתר בניה ילווה בהסבר מפורט".

19. נוסח הסעיף בתכנית המפורטת דומה במהותו לסעיף 22 לתמ"א, והוא מותיר על כנו את שיקול הדעת הרחב המוקנה לוועדה המקומית בבחינת בקשות להיתר מכוח התמ"א והתכנית המפורטת. בהתאם. אין בהוראות התכנית המפורטת כדי למנוע מהוועדה המקומית לפרסם מסמכי מדיניות.

20. עם זאת, כאמור, על המדיניות להיות סבירה ולעמוד בקנה אחד עם הוראות התמ"א ומטרותיה, כמו גם להיות מבוססת על פרמטרים מקצועיים ועל ניתוח המתחשב בנתוני האזור.

21. בענייננו, המדיניות שנקבעה על ידי הוועדה המקומית, שלפיה לא יאושרו בקשות להיתר אלא במקרים חריגים, אינה עולה בקנה אחד עם הוראות התמ"א שאותה המדיניות אמורה ליישם. מדיניות זו הופכת את הנחיית התמ"א – בעוד שהתמ"א קובעת כי הוועדה המקומית תוכל **לסרב** למתן היתר לפי המדיניות, הוועדה תהא רשאית **לאשר** היתר מטעמים מיוחדים.

22. ההחלטה כפי שנוסחה היא גורפת וחלה על כל תחום השיפוט של העיר, ללא אבחנה בין האזורים השונים. לשם השוואה, בשנת 2017 אושרה בוועדה המקומית רמת גן מדיניות מפורטת, המבוססת על עבודה מקיפה שנעשתה לאיתור נתונים וצרכים, בה חולקה העיר למתחמים על פי עדיפות לתכניות פיננסי ביוני או חיזוק מבנים לפי תמ"א 38. בהחלטת המדיניות העדכנית אין כל ביטוי לאבחנות תכנוניות כאמור.

23. לפיכך, בהעדר קביעה של שיקולים תכנוניים המתייחסים לאזורים השונים בעיר ובהעדר התווייה של התנהלות הוועדה המקומית על בסיס בחינה תכנונית כאמור, החלטת הוועדה המקומית שבנדון אינה קביעת מדיניות אלא לכל היותר הצהרת כוונות לגבי אופן קביעת המדיניות.

24. כמו כן, הפרמטרים שנקבעו בהחלטה לצורך אישור חריג של בקשה להיתר מכוח התמ"א, והמתייחסים ל"מצבה הפיננסי והתקציבי של העיר בתקציב הרגיל והפיתוח", הם פרמטרים מוקשים, שכן פרויקט ספציפי לפי התמ"א אינו אמור לשנות את מצבה הפיננסי או התקציבי של העיר. כך גם הקביעה לפיה "ישקלו שיקולים הומניטריים", קביעה שאיננה ברורה ומתייחסת לשיקולים החורגים מהעולם התכנוני ומהתוויית שיקול הדעת כפי שנקבעה בתמ"א ובתכנית המפורטת.

25. משמעותה הפרקטית של המדיניות, בהתחשב באמור לעיל ובין היתר בכך שההחלטה נעדרת פירוט של אזורים שונים בעיר ושל יכולת הקיבולת המשתנה שלהם או כל בחינה תכנונית אחרת

המתייחסת לרוחב הרחובות, צרכי ציבור וכדומה, היא **מניעה כמעט מוחלטת** של האפשרות לאשר בקשות להיתרים לפי התמ"א.

26. הדבר מוביל למסקנה כי המדיניות כפי שנקבעה מאיינת, הלכה למעשה, את הוראות התמ"א. מדיניות זו אינה יכולה להיחשב למדיניות סבירה בהיבט של אופן הפעלת שיקול הדעת בידי הוועדה המקומית בהתאם לסמכות שניתנה לה, ועל כן אינה יכולה לעמוד.

27. לסיום חלק זה יחזור היועץ המשפטי לממשלה ויזכיר כי תמ"א 38 היא במעמד של דין והוראותיה מחייבות. לא ניתן להיבנות משיח מקצועי שמתקיים בעניין זה, כל עוד הוא מצוי בשלבי מחשבה ובוודאי שאיננו מהווה דין. הסמכות בעניין השינויים לתמ"א מצויה בידי המועצה הארצית שתאמר את דברה בנושא (וממשלת ישראל, ככל שהדבר יידרש).

הוראות המעבר

28. כאמור, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מדיניות הוועדה המקומית כפי שנוסחה אינה סבירה ואינה יכולה לעמוד. לפיכך, מתייתרת השאלה בדבר סבירותן של הוראות המעבר שנקבעו.

29. עם זאת ולמען הזהירות, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה בקצרה גם להוראות המעבר.

30. הוראות המעבר קובעות, כי המדיניות תחול על כל הבקשות החדשות להיתר. עוד קובעות ההוראות, כי המדיניות תחול על בקשות שהוגשו וטרם נדונו, שכן זו המשמעות של סעיף 3 להוראות המעבר, הקובע כי בקשות שהוגשו וטרם נדונו יבחנו "בכפוף לסעיף 1", בו מפורטת המדיניות.

31. גם באשר לבקשות שנדונו בוועדה וטרם התקבלה בעניין החלטה סופית, נקבע שהן ייבחנו בכפוף להצגת חוות דעת תכנונית לפיה מימוש היתר הבניה לא ימנע את האפשרות לקדם תכנון מתחמי.

32. אם כך, בהתאם להוראות המעבר, המדיניות לא תחול על בקשות להיתר שאושרו סופית ועדיין לא יצא לגביהן היתר בניה, ובכלל זה בקשות שאושרו בתנאים וטרם מולאו התנאים.

33. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הוראות המעבר הן גורפות ומותירות רק מיעוט קטן של מקרים מחוץ לתחולת המדיניות החדשה, באופן שאינו משקלל נכונה את האינטרסים השונים וספק אם הוא מבחין כראוי בין שלבי ההבשלה השונים של הבקשות השונות. בנסיבות האמורות, רצוי לקבוע תקופה קצרה נוספת במסגרתה יוכלו היזמים לממש פרויקטים המצויים בשלבי הבשלה משמעותיים מבחינה תכנונית, ובשים לב בין היתר גם להיתכנות יישומם מבחינה קניינית.

34. כאמור, התייחסות זו הינה למעלה מן הצורך, שכן לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, המדיניות עצמה אינה סבירה ועל כן אין גם טעם לדון בסבירותן של הוראות המעבר שנקבעו במסגרתה.

קרן יוסט (דון-יחייא), עו"ד יסכה פישר-יוסף, עו"ד
מנהלת המחלקה המנהלית
פרקליטות מחוז ת"א - אזרחי

תל-אביב, כ"ה אב תשע"ט, 26 באוגוסט 2019

פמות"א עתמ/19/2865 י.פ. 1370737