

ערר מס': 148/16

מדינת ישראל
ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה
מחוז ירושלים

בפני: יו"ר הועדה: עו"ד אליעד וינשל
חברי הועדה: מר איקה קדם, נציג ציבור
מר מנחם בלומנטל, נציג ציבור
אדר' עליזה וסרטייל, נציגת עמותת האדריכלים
אדר' אביטל צברי, נציגת מתכנתת המחוז

העוררים: י.ד. ברזאני ואח'
ע"י ב"כ עו"ד אורי לומברוזו ו/או בני גנוניאן

-נגד-

המשיבה: הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים
ע"י ב"כ עו"ד הדס יצחקי

החלטה

- הבניין נשוא הערר הוא בית משותף ברחוב הרצוג 79 בירושלים ובו 18 דירות. העוררים 2-22 מבקשים לחזק את המבנה בהתאם להוראות תמ"א 38 ותכנית 10038, ואולם בקשתם נדחתה על הסף על-ידי גורמי המקצוע במשיבה. הטעם לדחיית הבקשה הוא אחד - העובדה שלאחת הדירות במבנה נוסף ממ"ד בהיתר בנייה משנת 2012.
- יודגש, כי המשיבה סבורה שמן הבחינה התכנונית ולמעשה מכל בחינה אחרת, יש לאפשר את קידום הבקשה ואולם היא סבורה כי הוראת סעיף 4.2 לתמ"א 38 מונעת ממנה, במישור הסמכות, לנקוט בדרך זו. כן יצוין, כי חלק ניכר מהעוררים התנגדו לתוספת הממ"ד, בין היתר מתוך החשש כי תוספת זו תפגע באפשרותם לקדם את חיזוק המבנה כולו.
- טרם נדרש למחלוקת המהותית-פרשנית בין הצדדים, מן הראוי להקדים מילים בעניין דרך הטיפול בתיק זה. ראשית נאמר, כי מקבלים אנו את טענת המשיבה שלפיה אין מקום לטיפול תכנוני מקיף במקרה בו בקשה להיתר מוגשת, לשיטת הגורמים המקצועיים במשיבה, בניגוד להוראות התכנית (השוו ערר (י-ס) 314/15 מחמד זכי נוסייבה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, סעיף 9). עם זאת לא ניתן לקבל אפשרות של דחיית הבקשה מטעם זה ללא החלטת הועדה המקומית או רשות הרישוי. בדרך זו, קרי הבאת הנושא לדיון מקדמי ודחיית הבקשה מתוסר סמכות, תעמוד בפני מבקשי החיתר האפשרות לערור על ההחלטה בהתאם לזכותם לפי דין.

4. בענייננו ומשלא התקבלה החלטה על-ידי הועדה המקומית או רשות הרישוי, מצאנו לנכון לדון בנושא בהתאם לסמכותנו בסעיף 157 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ואולם מובן שאין מקום כי המשיבה תנהג בדרך זו בעתיד.

בהיבט העקרוני-דיוני, נשוב ונדגיש כי במקרה בו מוגשת בקשה להיתר שקידומה דורש טיפול תכנוני משמעותי ומשהתברר כבר בשלב ראשון כי אין בכך טעם מאחר שהבקשה סוטה מהוראות התכנית החלה על המקרקעין ומהווה סטייה ניכרת (ובענייננו חורגת מהוראות התמ"א), הרי הדרך הנכונה היא להביא את הבקשה לדיון מקדמי ודחייה בפני רשות הרישוי או הועדה המקומית.

5. באשר למחלוקת הפרשנית, הרי שהכרעה בה מחייבת פריסת הוראות הסעיפים הרלוונטיים והרקע שעמד בבסיס אישורם.

6. תחילה נקבעו בנושא הוראות תמ"א 38, בניסוחה המקורי, שכללו, במישור הסמכות, הוראה זו בלבד: שלפיו "תכנית זו תחול על מבנים קיימים אשר הוצא היתר לבנייתם קודם ה- 1 בינואר 1980 למעט מבנים כאמור שתקן ישראלי ת"י 413 פטר אותם מתחולתו...." (סעיף 4.1 לנוסח המשולב של התמ"א).

לאחר מכן, במסגרת תיקון 2 לתמ"א, הוסף סעיף 4.2 לתמ"א 38 שמטרתו לאפשר את תחולת התמ"א ואת תוספות הבנייה גם לגבי מבנים שהוקמו לפני 1980, ואולם במהלך השנים נוספו להם תוספות בנייה. כך קובע סעיף זה:

"מבלי לגרוע מן האמור בסעיף 4.1 – הוראות תכנית זו, ובכלל זה ההוראות לעניין תוספת זכויות הבניה כאמור בסעיפים 11 – 14, יחולו על מבנים קיימים אשר הוצא היתר לבנייתם קודם ה- 1 בינואר 1980, גם אם לאחר הקמתם נעשו בהם תוספות בנייה, ונקבע בכתב ע"י מהנדס כי לא נבנו על פי תקן ישראלי ת"י 413, כפי שהיה בתוקף במועד הוצאת היתר הבניה לתוספת, ובלבד שההיתר לתוספת הבניה ניתן עד יום 18.05.2005."

תכליתה של הוראה זו הובהרה בדבר ההסבר לתמ"א בדרך זו: "שינוי מס' 2 לתמ"א מחיל את הוראות התכנית העיקרית על כל המקרים בהם ההיתר לתוספת הבניה ניתן קודם לכניסתה לתוקף של התמ"א".

7. בהקשר זה רלוונטית גם הוראת סעיף 13 לתמ"א 38 בה נקבעה חובה לפיה כל תוספת בניה במבנה קיים תותאם לדרישות התקן ("חלה על המבנה הבנוי בפועל תכנית מפורטת או תכנית מפורטות ונותרו זכויות בנייה שטרם מומשו, תנאי למימושן יהיה התאמת הבניה לדרישות התקן"). נזכיר גם כי תקן 413 המדובר הוא תקן שמטרתו קביעת דרישות הנדסיות לעמידות מבנים בפני רעידות אדמה.

8. ענייננו במחלוקת אודות פרשנות החר"ג, לחר"ג הקבוע בסעיף 4.2 סיפא, שלפיו האפשרות לתוספת זכויות לפי התמ"א בבנין בו בוצעו תוספות בניין מוגבלת למקרה בו **"ההיתר לתוספת הבנייה ניתן עד יום 18.5.2005"**.

9. טרם נפנה להכרעה במחלוקת בין הצדדים לגבי פרשנות הוראות התכניות, נזכיר כי תכנית היא חיקוק ובהתאם לכך יש לפרשה. בהתאם לכך וכפי שנפסק לא אחת, לתכניות "יש ליתן את אותו הפירוש המתיישב עם המשמעות ההגיונית והטבעית של האמור בהן והמגשים באופן מיטבי ככל הניתן את המטרה שנועד המסמך להשיג." (עע"מ 7926/06 אדרי-אל ישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה גליל עליון, פסקה 17 לפסק הדין). בהקשר זה חלים כללי פרשנות דברי חקיקה ובהם, כמובן, הכלל שפיו נקודת המוצא הפרשנית היא לשון ההוראה החקוקה, כאשר מבין שלל האפשרויות שהלשון סובלת, על הפרשן לבחור בזו המגשימה באופן מיטבי את תכליתה של הנורמה (ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים לישראל בע"מ, פסקה 34, פורסם בנבו).

לכאורה סעיף 4.2 סיפא קובע כלל ברור שלפיו, בעצם הנפקת היתר בנייה לאחר שנת 2005, יש כדי למנוע את תחולת תוספות הבנייה לפי התמ"א. עם זאת, קריאה זהירה של הסעיף מעלה כי אין מדובר בכל היתר חדש, אלא אך ורק בהיתר ל"תוספת בניה".

10. המונח תוספת בנייה אינו מוגדר בתמ"א ועם זאת פרשנותו הטבעית והמקובלת היא כי מדובר בכל תוספת, בין גדולה ובין קטנה, בין שולית ובין עיקרית, בין בשטחים עיקריים ובין בשטחי שירות לצורך הוספת ממ"ד. פרשנות מילולית זו בוודאי אפשרית, ואולם מהבחינה המילולית ניתן לדעתנו גם לייחס למונח זה משמעות מהותית שמוציאה מתוכו בנייה שולית. מן הבחינה המילולית ניתן לקרוא את המונח **"תוספת בניה"**, שבסעיף 4.2 לתמ"א 38, כמכוון לתוספת בניה **משמעותית**, או למצער תוספת בנייה שאינה שולית.

11. בבחירה בין הפרשנות הדווקנית ובין הפרשנות המצמצמת את גדר החר"ג בסיפא לסעיף 4.2 ציינו בעבר, מבלי להידרש בפירוט לסוגייה, כי "יש מקום לפרשנות מצמצמת של הסיפא לסעיף 4.2 המוציאה מגדר תחולת התמ"א מבנים בהם קיימות תוספות בנייה שההיתר לגביהם ניתן לאחר יום 18.5.2005 (ערר 259/13 לעיל, ערר 309/13 רן פליישר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים). במסגרת זו יש לשקול את התכלית שעמדה בפני מנסח התמ"א והיא ההבנה שלאחר יום זה תוספות בנייה למבנים יבוצעו בכפוף לחיזוקים. תכלית זו לא חלה בכל המקרים שהרי ייתכנו מקרים בהם מדובר בתוספות בנייה המבוצעות מטבען ללא חיזוק ובמקרים אלה אין כל הצדקה לאי תחולת התמ"א. כך למשל, יש לתהות האם תוספת מרפסת בשנת 2005 למבנה, כאשר מטבע הדברים התוספת לא הותנתה על-ידי הוועדה המקומית בחיזוק המבנה, צריכה להביא לאי תחולת התמ"א" (פרשנות זו אומצה על-ידי ועדת הערר במחוז תל אביב בערר (ת"א) 5305 גולדמן נ' הוועדה המקומית גבעתיים).

12. המשיבה אינה חולקת על עמדה עקרונית זו ואולם סבורה כי תוספת ממ"ד אינה נכנסת לגדרו של החריג האמור.
13. לשיטת ב"כ העוררים, פרשנות המונח תוספת בנייה צריכה להתבצע לאור תכלית התמ"א ומכאן כי בכל מקרה בו לא דורש תקן 413 חיזוק כתנאי לתוספת, הרי הסיפא לסעיף 4.2 אינה חלה וממילא שניתן להקנות תוספת זכויות.
14. ב"כ העוררים מפנה בהקשר זה לביקורת בספרות על נוסחה הגורף של הסיפא לסעיף 4.2, ואולם יצוין כי עיון בעמדה זו מלמד כי עמדת נמדר וגדרון אינה שניתן להקנות את הזכויות בהתאם לדין הקיים, אלא כי "הוראה גורפת זו דורשת תיקון" (ראו נמדר וגדרון, תמ"א 38, תשע"ב-2012, בעמ' 55).
15. כן מפנה ב"כ העוררים לתמיכה בעמדתו להחלטת ועדת הערר במחוז חיפה בערר 185/15 ויינברג נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה חדרה, פורסם בנבו. בהקשר זה נציין כי ועדת הערר במחוז חיפה קובעת כי יש לבחון כל מקרה לגופו ומאמצת חוות דעת משפטית שהוגשה לה שלפיה "יש לבחון כל תוספת בנייה שאושרה בהיתר בנייה חדש, ולאשר תמריצי חיזוק רק במקרה שבו היתר הבנייה הנ"ל כולל תוספת בנייה זניחה/שולית ביחס למבנה כולו (חדר יציאה לגג, סגירת מרפסת, פרגולה וכדומה), וככזאת לא הותנתה בחיזוק המבנה, או הותנתה בחיזוק חלקי בלבד" (חוות דעת עו"ד ארז שפירא).
16. באשר לתקן 413 ולסעיף 108, אשר תוקן בשנת 1995 וביקש להסדיר את השלכת התקן לגבי תוספות בנייה בבניין קיים, הרי שהמועצה הארצית לתכנון ובנייה ציינה בעבר "כי הוראות סעיף 108 לתקן האמור אינן ברורות דיין ומאפשרות פרשנויות שונות לגבי תוספת בניה אשר אינה עולה על 25% משטחו הכולל של הבניין" (מתוך דברי ההסבר לתיקון מספר 2 לתמ"א 38). אף אם אפשרות זו של תוספות עד 25% משטח הבניין ללא חיזוק, מעוררת קושי הנדסי ומשפטי וספק רב אם נכון היה לפעול בדרך זו גם בעבר, הרי קשה להתעלם מכך שבעבר היו מי שפרשו את התקן בדרך זו (ראו גם נמדר וגדרון, שם).
17. להשלמת התמונה נציין, כי כיום הובהרה התמונה ועם כניסתו לתוקף של תשריט 5, המהווה את תיקון 5 לסעיף 108 לתקן, ברור כי לא ניתן לאשר תוספות בנייה ללא חיזוק המבנה, וזאת למעט חריגים קונקרטיים שמפורטים בנוהל הנדסי זה (גיליון תיקון מס' 5 לתקן הישראלי ת"י 413 מחודש דצמבר 2013). הנה כי כן, בהתאם לתקן המתוקן ברור כי כל תוספת בנייה שאינה שולית חייבת בחיזוק (לכלל ראו סעיף 108.3). החריגים המצומצמים מאוד פורטו בסעיף 10.5.2 בדרך זו "תוספת פירי מעליות, שיפור נגישות לנכים, שיפור מיגון בטחוני או/וגם סיסמי (לצורך שיפור חלקי של עמידות המבנה בפני רעידת אדמה, ללא תוספת שטח וללא שינוי ייעוד), שיפור תנאים תברואיים, שיפור בטיחות אש, תוספת בנייה קלה בתנאי שמסתה אינה גדולה מ-2% ממסת המבנה המקורי ושאינה מגדילה את האקסצנטריות בין מרכז הקשיחות לבין מרכז המסת שלו".

18. מכל מקום ונוכח הפרקטיקה בעבר, במסגרתה במקרים אושרו תוספות בנייה ללא חיזוק ובלבד שמדובר היה בעד 25% מנפח הבנייה, הרי משמעות שיטת ב"כ העוררים היא כי כל תוספת זכויות מעין זו מהווה, מבחינה אוטומטית כמעט, תוספת שאינה עולה כדי "תוספת בנייה" לעניין סעיף 4.2 סיפא.

19. פרשנות זו אינה מתיישבת לדעתנו עם ההיסטוריה התחיקתית ולדעתנו יש בה גם קושי מהותי, בהתחשב בהוראות התמ"א ובתכליתה.

20. מבחינת ההיסטוריה התחיקתית חשובה העובדה כי תיקון 2 לתמ"א, בנוסחו שפורסם להערות הציבור, כלל הסדר דומה למוצע על-ידי העוררים (ההצעה היתה לקבוע כי התמ"א תחול גם במקרה בו "הוצע חיתר לבניית תוספת למבנה שלא עולה על 25% משטחו הכולל של המבנה"). משמצאה לנכון המועצה הארצית, בסופו של יום, שלא לקבוע הסדר מפורט זה, אלא לקבוע את הכלל הגורף יותר לגבי חיתרים שניתנו לאחר שנת 2005, הרי איננו סבורים שנכון לחזור להצעה זו בדרך פרשנית.

21. פרשנות זו תיצור קושי גם בהיבט המהותי וייתכן אף שיש בה כדי לעודד מניפולציות. נבהיר בפירוט במה אמורים הדברים.

22. תוספת הזכויות לפי תמ"א 38 מוגבלת, למעט במקרה של הריסה ובנייה מחדש, לזכויות האפשריות לפי תכנית זו. במקרה זה גם זכויות קיימות לפי תכנית מפורטת "ייטמעו" בתוספת הזכויות לפי התמ"א. כך למשל, ככל שתכנית קיימת מאפשרת תוספת קומה אחת למבנה קיים בן 4 קומות ומבוקשת תוספת זכויות של 2.5 קומות לפי התמ"א, הרי ביכולתם של בעלי הזכויות לקבל תוספת של 2.5 קומות בלבד.

לאור זאת אין כל הגיון לאפשר לבעלי הזכויות במבנה מעין זה לפעול תחילה להרחבת בניין בתוספת של עד 25% וללא חיזוק, ולאחר מכן לפנות בבקשה לחיזוק המבנה תוך תוספת 2.5 קומות נוספות (ובסך הכל 3.5 קומות)

אין כל הגיון, פרקטי, תכנוני או משפטי, בהעדפת מצבם של מי שפעלו לתוספת זכויות ללא חיזוק לאחר שנת 2005, על פני אלה שפעלו לתוספת זכויות תוך חיזוק המבנה. נהפוך הוא, תכלית התמ"א מחייבת עידוד לביצוע תוספות בנייה הכוללות את חיזוק המבנה מפני רעידות אדמה.

23. לפיכך, תכלית ההוראות המהותיות בתמ"א, שאינן מאפשרות שילוב בין זכויות לפי תכנית קיימת וזכויות לפי התמ"א לחיזוק מבנה קיים, אינה מתיישבת כלל ועיקר עם מצב בו ניתן יהיה להוסיף עד 25% מזכויות הבנייה באקט אחד וללא חיזוק ולאחר מכן לבקש תוספת זכויות מלאה לחיזוק הבניין לפי תמ"א 38.

24. משדחינו פרשנות זו למונח תוספת בנייה משמעותית, נשאלת השאלה מה גדרו של מונח זה, אשר אנו מבקשים לקרוא לסעיף 4.2 סיפא על מנת להימנע מפרשנות אבסורדית של הסעיף.

25. בנסיבות המקרה איננו מוצאים לנכון לקבוע מסמרות בנושא, מאחר שהמקרה דנן אינו מגיע לכדי תוספת משמעותית בכל היבט. בהיבט הזכויות, וכאמור נושא זה חשוב על מנת להימנע ממצב בו יעקפו הוראותיה המהותיות של התמ"א ותוספות הזכויות המרבית הקבועה בה, הרי שתוספת הממ"ד אינה מחוזה תוספת שטח עיקרי, אלא זכות לשטח שירות לה "זכאית" כל דירה בבניין. בהיבט של השפעת הבנייה על חוזקו של המבנה, הרי שתוספת הממ"ד לא הכבידה על המבנה והגנתו מפני רעידות אדמה. בהיבט של ההסתכלות הכוללת על המבנה, מדובר בתוספת שטח זניחה של 9 מ"ר נטו למבנה ובו 18 דירות ומכאן שמדובר בתוספת שולית ביותר.

אינדיקציה פרשנית נוספת יכולה להיות הוראות התקן המתוקן היום, אשר ניתן לראות בהן משום בחינת שוליות הבנייה ונפנה לסעיף 108.5.2 שצוטט לעיל. גם בהיבט זה, בחינת עניינינו בהתאם לתקן המתוקן מחזקת את הראיה כי מדובר בבנייה שולית.


כן נציין כי בנסיבות דומות, אם כי לא זהות, סברו ועדות הערר במחוזות תל אביב וחיפה כי תוספת שולית מעין זו אינה מונעת את תחולת התמ"א (פרשות גלדמן וויינברג לעיל).

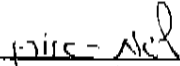
26. בהיבט העקרוני ובאשר למקרים אחרים, נראה כי עד לתיקון התמ"א בהיבט זה לא יהיה מנוס מבחינת כל מקרה לגופו, על חוסר הודאות הנגזרת מכך שעליה אין לנו אלא להצר. נכון שהנושא יוסדר בצורה ברורה ולא בדרך של פרשנות, מצמצמת או מרחיבה, ובהקשר זה נבקש להביע תקוותנו כי הוראות התמ"א יתוקנו בקרוב, באופן בו תינתן תשובה ברורה על-ידי מוסד התכנון המוסמך (ממשלת ישראל והמועצה הארצית).

27. נוסף, כי לשיטתנו הפתרון הנכון, המתחייב מטעמי שוויון והגינות, הוא להרחיב את תחולת התמ"א באופן בו תתאפשר תוספת זכויות בכל במקרה בו ניתן היתר לאחר שנת 2005 ובמקרה בו תקן 413 לא דרש במפורש חיזוק מלא לתוספת שחתבצעה, ואולם זאת תוך הפחתת הזכויות שבנייתן בוצעה בהיתר לאחר שנת 2005 מתוספת הזכויות האפשרית לפי התמ"א (ראו והשוו סעיף 4.1.2.1 לתכנית 10038, היא התכנית המפורטת ליישום תמ"א 38 בירושלים). הפחתה זו נדרשת על מנת למנוע מצב בו פעולת דיירים בדרך המלך לפי התמ"א תביא להפסדם, בעוד מי שפעל בדרך חתחתים ולעיתים בדרך התחכום, יזכה בתוספת זכויות נוספת וראו הדוגמאות שהובאו על-ידנו לעיל.

28. לאור כל האמור מתקבל הערר ועל המשיבה להשלים את בחינת הבקשה, להביא אותה לפרסום כדין ולקבל החלטה בנושא בהתאם להוראות התכניות ולנהלים המקובלים.

ניתנה היום, כ"ח באייר תשע"ו, 6 ביוני 2016, בהעדר הצדדים.


 אליעזר וינשל, עו"ד
 יו"ר ועדות ערר
 מחוז ירושלים ומחוז הדרום


 ליאת סנדורי
 מזכירת ועדת ערר מחוז ירושלים