



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 7381/15

לפני :  
כבוד הנשיאה מ' נאור  
כבוד השופט ס' גיבוראן  
כבוד השופט א' שהם

המערערים :  
1. ש. דורפברגר בע"מ  
2. בוכניק זאב  
3. בוכניק אורה  
4. אופיר שלמה

נגד

המשיבים :  
1. אברהם עודד  
2. אברהם גבריאלה  
3. שקד רחל  
4. אופיר דן  
5. ועדת ערר מחוזית חיפה  
6. ועדה מקומית לתכנון ובניה חיפה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו  
כבית משפט לעניינים מינהליים, מיום 10.9.2015, בעת"מ  
11872-03-15, שניתן על ידי כב' השופט א' קיסרי

תאריך הישיבה : ה' בתמוז התשע"ו (11.7.2016)

בשם המערערים : עו"ד גפנית לגזיאל שבבו ; עו"ד ליאור פוליאקוב

בשם המשיבים 1-4 : עו"ד משה פרייליך

בשם המשיבה 5 : עו"ד יצחק ברט

בשם המשיבה 6 : עו"ד קרן גולדשמידט

פסק-דין

השופט א' שהם:

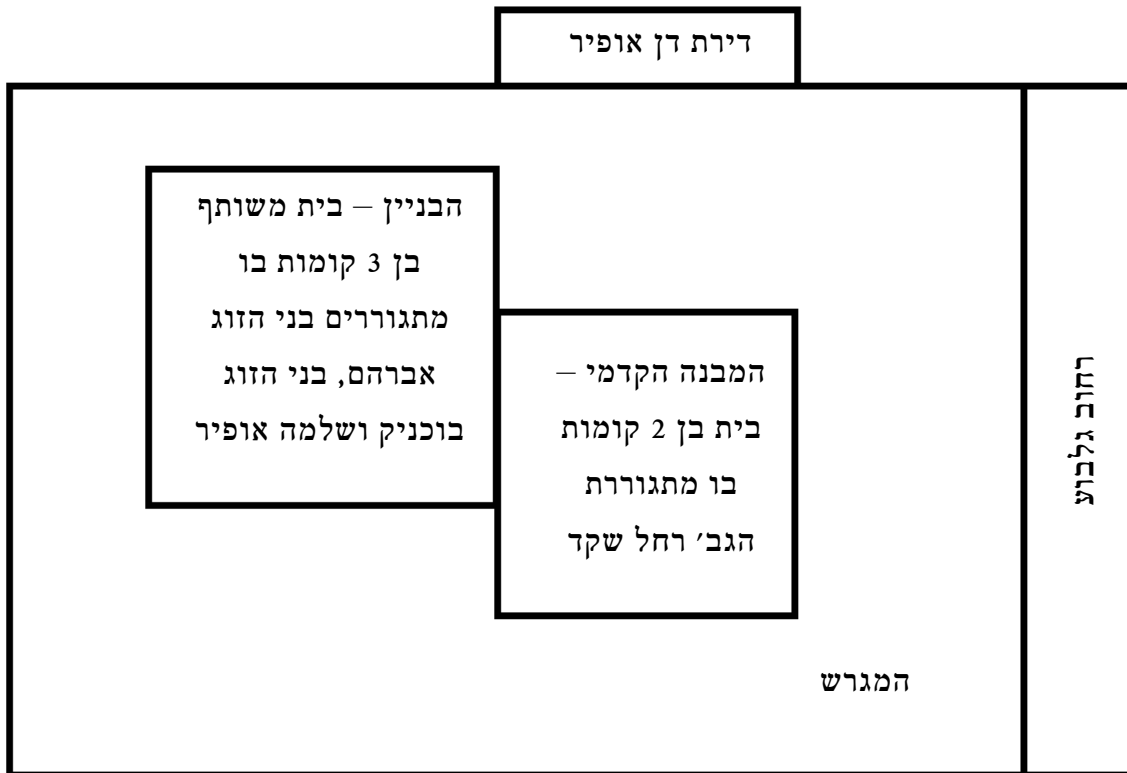
1. זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופט א' קיסרי), בעת"מ 11872-03-15, מיום 10.9.2015.

פתח דבר

2. תוכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה – תמ"א 38 (להלן: תמ"א 38 או התוכנית), נועדה לעודד בעלי זכויות במקרקעין לחזק מבנים שבשליטתם מפני רעידות אדמה. המטרה של חיזוק המבנים מושגת על-ידי מתן תמריצים כלכליים שונים, ובין היתר, באמצעות תוספות בניה שיותר במסגרת החיזוק (סעיף 2.3 לתוכנית). בתוך כך, התוכנית מאפשרת ליתר בניה לחיזוק מבנה, הכולל חריגה מגובה ומקווי הבניין המותרים, על פי תוכנית מתאר שחלה על הקרקע (סעיף 10.1 לתוכנית). הדבר יוצר, לעיתים, התנגשות בלתי נמנעת בין האינטרס המצדד ביישומה של תמ"א 38, לבין הסדרים תכנוניים פרטניים אשר חלים על המבנים, בהם נדרש לבצע חיזוק. בתווך עומד גם האינטרס הפרטי של דיירים מסוימים באותו בניין או במבנים סמוכים, המבקשים למנוע פגיעה בזכויותיהם ולשמור על איכות חייהם. הערעור שלפנינו מציף את הדילמות הקיימות, בבוא רשויות התכנון לדון בהחלטה של תמ"א 38 במקרה הקונקרטי המונח לפתחן.

רקע והליכים קודמים

3. המשיבים 1-3 (להלן: בני הזוג אברהם ו-רחל שקד, בהתאמה) והמעוררים 2-4 (להלן: בני הזוג בוכניק ו-שלמה אופיר, בהתאמה), הם בעלי זכויות בשתי חלקות נפרדות, המצויות בעיר חיפה, ומהוות, מבחינה תכנונית, מגרש אחד. על החלקות בנויים שני מבנים שלהם קיר משותף. מבנה אחד הוא בית בן שתי קומות המצוי ברחוב הגלבווע 40, ואשר בנוי בחלק הקדמי של המגרש, ובו מתגוררת רחל שקד (להלן: המבנה הקדמי). המבנה האחר, מושא ערעור זה, הוא בית משותף בן שלוש קומות (הכולל שלוש יחידות דיור), אשר ממוקם ברחוב הגלבווע 40, והוא בנוי בחלק העורפי של המגרש (להלן: הבניין). בבניין מתגוררים בני הזוג אברהם, בני הזוג בוכניק, ושלמה אופיר. המשיב 4, דן אופיר, גר בדירה סמוכה למבנה הקדמי. לנוחות הקורא, להלן שרטוט סכמטי של המגרש, שנועד להמחשה בלבד, והוא אינו מדויק מבחינת קנה המידה.



4. בשנת 2011, הוגשה בקשה להיתר בניה, בהתאם לתמ"א 38, למשיבה 6 (להלן: הועדה המקומית), מטעם המערער 1 (להלן: היוזם). בבקשה להיתר התבקשה תוספת של שלוש יחידות דיור לבניין, על ידי הוספת שתיים וחצי קומות; תוספת ממ"דים, מרפסות, מעלית, וחנייה. לאחר התדיינויות מרובות, שכללו בין היתר, תיקון הבקשה להיתר בהתאם להחלטתה של המשיבה 5 (להלן: ועדת הערר), חזרה הבקשה להיתר, לדיון בפני הועדה המקומית.

5. המשיבים 1-4, כמו גם בעלי זכויות בבניינים סמוכים, התנגדו למתן ההיתר, וביום 27.10.2014, ניתנה החלטתה של הועדה המקומית, במסגרתה היא אישרה "חזוק בלבד והקמת ממ"דים ללא תוספת זירות וקומות נוספות" (להלן: החלטת הועדה המקומית). החלטת הועדה המקומית התבססה, בין היתר, על השיקולים הבאים:

(א) בקשת ההיתר איננה כוללת "פתרון תכנוני כולל" לשתי החלקות במגרש ("לרבות מערך חניה, פיתוח, נוף, בנוי וכיוצא בזה"), אשר נדרש לבחינה של תוספות בניה, בהתאם לתמ"א 38.

(ב) מתן היתר לבניה בחלקו העורפי של המגרש בלבד, יביא ל"תוצאה חריגה, טלאי על טלאי, ללא כל אפשרות לתכנון עדכני".

(ג) ההסדרים התכנוניים הנוגעים לחנייה ולדרך הגישה לחנייה נבדקו באגף הדרכים והתנועה של עיריית חיפה, ונמצא כי הם אינם עומדים בקריטריונים הבטיחותיים הנדרשים.

(ד) המתנגדים למתן ההיתר מעוניינים בחיזוק הבניין ובתוספת הממ"דים, ועל כן הוצע על ידם כי הם יישאו בחלק מההוצאות הנדרשות, לצורך ביצוע החיזוקים הנחוצים לבניין (להלן: ההצעה הראשונה).

6. על החלטתה של הועדה המקומית, הגישו המערערים ערר לועדת הערר (ערר מס' 227/13, להלן: הערר), וביום 13.1.2015, התקיים דיון בערר. בתאריך 15.1.2015, נתנה ועדת הערר את החלטתה, במסגרתה התקבל הערר שהגישו המערערים (להלן: החלטת ועדת הערר). בפתח החלטתה, מתחה ועדת הערר ביקורת על התמשכות ההליכים בבקשת ההיתר, "אשר 'מסתובבת' בוועדה המקומית שנים ארוכות, ללא הצדקה, תוך התעלמות מן הדחיפות שרואה המחוקק בישומן של הוראות התמ"א וחיזוק מבנים ותוך גרימת נזק לעוררים [המערערים – א.ש.]". (סעיף 23 להחלטה). עוד ציינה ועדת הערר, כי "החלטת הוועדה המקומית לאשר אך ורק את חיזוק המבנה והוספת ממ"דים לדירות הקיימות, תוך מניעה מוחלטת של התמריצים שנתבקשו – הוספת 2 וחצי קומות ו-3 דירות, גזרת כליה על הפרויקט והמשמעות היא כי הבניין לא יחזק" (סעיף 25 להחלטה).

7. בהמשך, התייחסה ועדת הערר לשיקולים התכנוניים, אשר בגינם נמנעה הועדה המקומית מליתן את היתר הבניה המבוקש, וסברה כי אין בידה לקבלם.

אשר לצורך בפתרון תכנוני כולל, ציינה ועדת הערר, כי כאשר מדובר במגרש אחד, רצוי, אמנם, כי התכנון, ובכלל זה תכנון המבוסס על הוראות תמ"א 38, ייעשה ביחס למגרש בכללותו, ולא על חלק ממנו בלבד. ואולם, לגישת ועדת הערר, מקום בו ברור כי אין היתכנות לתכנון משותף, יש לבחון את האפשרות לפיה יאושרו החיזוק ותמריצי הבניה, גם אם מדובר בחלק מהמגרש. זאת, בהינתן האפשרות למיצוי זכויות דומות בעתיד, גם בחלקו האחר של המגרש. במקרה דנן, סברה ועדת הערר, כי אין היתכנות, לעת הזו, לתכנון משותף, וזאת, מכיוון שרחל שקד אינה מעוניינת בחיזוק המבנה שבבעלותה, כאשר הבית בו היא מתגוררת מצוי בחלקה נפרדת. ועדת הערר ציינה, בהקשר זה, כי לפי סעיף 11 לחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח-2008 (להלן: חוק חיזוק בתים), אין מניעה לחזק מבנה או אגף, המצוי בבית מורכב. סעיף 11 מתייחס לבית מורכב, כהגדרתו בסעיף 59 לחוק

המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), ולגישת ועדת הערר הסעיף הנ"ל חל גם במקרה דנן, שעה שמדובר ב"אגפים של מבנה, אשר כל אגף רשום בנפרד (שתי חלקות קנייניות נפרדות)". ועדת הערר דחתה במסגרת החלטתה, את טענותיה של רחל שקד, בדבר פגיעה בזכויותיה עקב האפשרות לפלישה לתחום חלקתה. זאת, כיוון שבדיון בפני ועדת הערר הובהר על ידי המערערים, כי לא תהיה כל פלישה מסוג זה.

בנוסף, התייחסה ועדת הערר לחשש שהעלתה רחל שקד מפני פגיעה קונסטרוקטיבית במבנה הקדמי, ועל כן התנתה את מתן היתר הבניה בהגשת אישור של קונסטרוקטור, לפיו ניתן לחזק את הבניין ללא חיזוק המבנה הקדמי; וכי המבנה הקדמי לא יספוג פגיעה קונסטרוקטיבית כתוצאה מהבניה, וזאת בהתאם לאמור בסעיף 11 לחוק חיזוק בתים שנזכר לעיל. נוסף על כך, קבעה ועדת הערר, כי על היזם להציג אישור בדבר כיסוי ביטוחי לנזק אפשרי, עקב ביצוע החיזוק.

ועדת הערר נתנה את דעתה לחשש שהובע על ידי המתנגדים, כי תוספת הבניה המבוקשת תגרום ל"מפגע אדריכלי חזותי", לנוכח העובדה כי על פי התוכנית המבוקשת יוקם קיר אטום מעל ביתה של רחל שקד, אשר פונה אל הרחוב. ועדת הערר קבעה, בהקשר זה, כי על המערערים לדאוג לחיפוי הקיר או לציפוי "באופן שישתלב עם המבנה כולו", כמו גם עם ביתה של רחל שקד. ועדת הערר העירה, כי דווקא המבנה הקדמי הוא זה אשר אינו תואם את הסביבה התכנונית, שעה שביתר המגרשים שבסביבה, קיימת "בנייה רוויה בת 3 קומות על עמודים", כאשר ביתה של רחל שקד הוא בניין קטן, צמוד קרקע. לגישת ועדת הערר, רצונם של המשיבים 1-4 לשמור על צביון השכונה, כשכונה שבה מצויים בתים נמוכי קומה, אינו עולה בקנה אחד עם המציאות התכנונית אשר חלה באזור, ועוד נקבע כי ההישענות על מראהו וגובהו של המבנה הקדמי, כלפי הרחוב, כנימוק להימנע מחיזוק המבנה האחורי, אינה סבירה. יתר על כן, הדגישה ועדת הערר, כי אין בהגבהה של הבניין משום פגיעה חזותית משמעותית, ובוודאי לא כזו אשר מצדיקה את מניעת חיזוקו כנגד רעידות אדמה.

בהמשך, ציינה ועדת הערר, כי אין מקום להתערב בקביעתה של הועדה המקומית, לפיה לא ניתן לאשר את מקומות החנייה שהוצעו על ידי היזם, בתחומי המגרש. ואולם, בהינתן העובדה שקיימים, כיום, שלושה מקומות חנייה במגרש עצמו, קבעה ועדת הערר כי תוספות הבניה יאושרו "ללא הצגת פתרונות חניה בתחום המגרש לדירות הנוספות". ועדת הערר הסתמכה, בהקשר זה, על סעיף 17 להוראות תמ"א 38; על סעיף 158א3 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה); ועל תקנה 2 לתקנות התכנון והבניה (התקנת מקומות חנייה), התשמ"ג-1983. ועדת

הערר הטעימה, כי המחוקק הביע את דעתו שבאיזון הקיים בין קידום יישומה של תמ"א 38, לבין האינטרס הציבורי כי יימצאו פתרונות חנייה במסגרת התוכנית – גובר הצורך ביישום תמ"א 38. על כן, לגישת ועדת הערר, במקרים מסוימים ניתן לפטור יזם מהצורך להסדיר מקומות חנייה נוספים בתחום המגרש. במקרה דנן, מדובר בפטור שעניינו הסדרת שלושה מקומות חנייה נוספים (עקב התוספת המבוקשת של שלוש יחידות דיור), דבר שלשיטת ועדת הערר, לא יכביד על התנועה או על הסדרי החנייה במקום. זאת, כאשר לא נטען כי קיימת מצוקת חנייה חריגה ברחוב.

ועדת הערר קבעה בנוסף, כי סירובם של בני הזוג אברהם לכל תוספת בניה בבניין, סירוב המנומק בכך שהתוספת תשנה את אופי הבניין, אינו עולה בקנה אחד עם עקרונותיה של תמ"א 38, ועם האינטרס הלאומי בחיזוק בתים מפני רעידות אדמה. ועדת הערר הוסיפה עוד, כי "מקום שבו ברור כי בהיעדר כל תוספת בניה, חיזוק המבנה לא ייצא אל הפועל", לא ניתן לקבל התנגדויות מן הסוג הזה. לבסוף, התייחסה ועדת הערר לתוספת הממ"דים והמרפסות שהתבקשה במסגרת בקשת ההיתר. אשר לממ"ד השייך לדירתם של בני הזוג אברהם, אישרה ועדת הערר את מיקומו כפי שהוצע בבקשה, ואושר בוועדה המקומית, ודחתה, אגב כך, את טענותיהם של בני הזוג אברהם, כי מיקום זה פוגע בדירתם. זאת בעיקר, שעה שבני הזוג אברהם לא הציעו מקום חלופי לתוספת הממ"ד. בהתייחס להוספת המרפסת לדירתם של בני הזוג אברהם, קבעה ועדת הערר, כי ניתן יהיה לאשר את הבקשה, גם אם לא תתווסף מרפסת לדירתם של בני הזוג אברהם, תוך מתן פתרון אדריכלי לצורך בחזית אחידה של הבניין.

8. בסופו של יום, קיבלה ועדת הערר את הערר, מבלי שדרשה תוספת של מקומות חנייה עבור הדירות הנוספות, ובכפוף לאישור הקונסטרוקטור והכיסוי הביטוחי, כאמור בפסקה 7 לעיל. על החלטה זו של ועדת הערר הוגשה עתירה לבית המשפט המחוזי בחיפה, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, מטעם המשיבים 1-4.

פסק דינו של בית משפט קמא

9. ביום 10.9.2015, ניתן פסק דינו של בית משפט קמא, במסגרתו בוטלה החלטת ועדת הערר מיום 15.1.2015, והוחזרה על כנה החלטתה של הועדה המקומית, מיום 27.10.2014. זה המקום לציין, כי בפתח כתב העתירה שהוגשה לבית משפט קמא הודיעו בני הזוג אברהם כי הם נכונים לבצע, על חשבונם, "תוספת מרכיבים קונסטרוקטיביים הנדרשים [...] לשפר עמידותו [של הבניין – א.ש.] בפני רעידות אדמה בהתאם לתקן ישראלי ת"י 413". עוד הטעימו בני הזוג אברהם בכתב העתירה, כי

"החיזוקים לא יכללו בנית ממ"דים בדירות, העלויות בהם תישא משפ' אברהם יכללו גם בניית פיר המעלית אך לא תא המעלית, המכונות וכיוב'" (להלן: ההצעה החדשה). על יסוד האמור בהצעה החדשה, שהועלתה, כאמור, בכתב העתירה, פנה בית משפט קמא לועדת הערר, בהחלטה מיום 5.5.2015, במסגרתה הוצע כי הדיון יוחזר לועדת הערר לשם בחינת ההצעה החדשה. ביום 14.5.2016, הודיעה ועדת הערר לבית משפט קמא, כי היא אינה רואה טעם בהחזרת הנושא לדיון, בהקשר להצעה החדשה שהועלתה על ידי בני הזוג אברהם, וזאת, כיוון שלשיטתה, ההצעה החדשה היא "קניינית מובהקת", והכרעה בנושא כגון דא מצויה מחוץ לתחום סמכותה. כמו כן, ציינה ועדת הערר, כי ההצעה החדשה אינה רלוונטית לצורך בחינת הבקשה להיתר, כפי שזו הונחה בפניה.

10. לאחר זאת, ניתן פסק דינו של בית משפט קמא, ובמסגרתו נקבע כי החלטתה של ועדת הערר איננה סבירה, במידה המצדיקה את התערבותו של בית המשפט. התערבות זו בהחלטת ועדת הערר נומקה במספר טעמים:

(א) היעדר איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים לבקשה להיתר בניה בהתאם לתמ"א 38, ובפרט, מתן משקל יתר לתמריצים הכלכליים על פני השיקולים התכנוניים: בית משפט קמא קבע, כי הנימוק העיקרי לקבלת הערר על ידי ועדת הערר, היה החשש, כי "מניעת התמריצים" מהיזם תגזור כליה על הפרויקט כולו. בית משפט קמא הטעים, בהקשר זה, כי "תמריצים כלכליים אינם חזות הכול", והם רק חלק מן השיקולים הרלוונטיים, שעה שעומדת לדיון בקשה להיתר בניה, המבוססת על תמ"א 38. עוד נקבע, כי הועדה המקומית מוסמכת שלא לאשר את מתן התמריצים הכלכליים המבוקשים, גם בהנחה שהדבר יביא לכך שהבניין לא יחוזק. בית משפט קמא הוסיף עוד, כי "קיימים אזורים נרחבים בתחומי המדינה שבהם מתן התמריצים אינו משיג את המטרות של תמ"א 38 ואינו מקדם את חיזוק המבנים".

(ב) טעות משפטית: בית משפט קמא קבע, כי משקל היתר שניתן בועדת הערר לצורך בהענקת תמריצים כלכליים, גרר טעות בהתייחסותה למבנה הקדמי, והחלת סעיף 11 לחוק חיזוק בתים על מבנה זה. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי ההקבלה שנעשתה בהחלטתה של ועדת הערר, בין המבנה הקדמי, בו מתגוררת רחל שקד, לבין מבנה המצוי בבית מורכב, איננה לוקחת בחשבון את העובדה כי בעניינה של רחל שקד, מדובר בחלקה קניינית נפרדת, שאיננה חלק מן הבניין, שהוא הבית המשותף, עליו נסבה הבקשה להיתר. טעות משפטית זו, כך סבר בית משפט קמא, עלולה לפגוע בזכותה של רחל שקד להגיש למפקח על רישום המקרקעין את התנגדותה לביצוע עבודות החיזוק בבניין. אשר על כן, קבע בית משפט קמא, כי ועדת הערר שגתה בכך

שלא בחנה את טענותיה של רחל שקד, הנוגעות לביצוע עבודות החיזוק בבניין, לגופו של עניין.

(ג) מתן משקל תסר להצעה של בני הזוג אברהם: בית משפט קמא ציין, כי האפשרות שעלתה לחיזוק הבניין, באמצעות השתתפותם של בני הזוג אברהם בעלויות החיזוק, עמדה לנגד עיניה של ועדת הערר, ואולם, הדבר לא קיבל כל ביטוי בהחלטתה. בית משפט קמא הדגיש, כי למערערים אין זכות קנויה לקבלת הטבות תכנוניות לפי תמ"א 38, ובמידה שניתן לחזק את הבניין, באמצעות השתתפותם של בני הזוג אברהם בעלויות, הרי ש"אין עוד רלוונטיות לשאלת הענקת זכויות כאלה או אחרות" למערערים.

(ד) קבלת החלטה בנושא החנייה מבלי שהיא התבססה על מידע עובדתי רלוונטי: בית משפט קמא קבע, כי החלטתה של ועדת הערר בנוגע לחנייה, כמפורט לעיל, התקבלה מבלי שעמדה בפניה תשתית עובדתית ראויה, ועל כן יש מקום להתערב בה. זאת, לאחר שהועדה המקומית טענה בבית משפט קמא (והדבר לא נסתר על ידי מי מבין הצדדים האחרים) כי בדיון בפני ועדת הערר, נושא תשתיות הבניין כלל לא עלה, ובכלל זה, גם נושא החנייה.

11. לנוכח האמור, קיבל בית משפט קמא את עתירתם של המשיבים, ביטל את החלטת ועדת הערר מיום 15.1.2015, והחזיר על כנה את החלטת הועדה המקומית, מיום 27.10.2014. בית משפט קמא הוסיף וקבע בפסק דינו, כי על מנת להבטיח את חיזוק הבניין, ניתנת לבני הזוג אברהם שהות של שלושים חודשים לבצע את עבודות החיזוק המוצעות על ידם. ככל שאלו לא יושלמו להנחת דעתה של הועדה המקומית, יהיה עליה (על הועדה המקומית) לשוב ולדון בבקשת ההיתר, או בכל בקשה אחרת שיגישו המערערים, גם אם זו תכלול בקשה לתוספת זכויות בניה, בהתאם לתמ"א 38. במקרה מעין זה, כך הטעים בית משפט קמא, בני הזוג אברהם לא יוכלו להתנגד לבקשה. עוד נקבע, כי ועדת הערר תחויב בתשלום שכר טרחת עורכי דין בסכום של 5000 ₪ לרחל שקד, ועל המערערים לשלם סכום זהה לבני הזוג אברהם.

על פסק דינו של בית משפט קמא הוגש הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

12. להלן אסקור את עיקרי טענות הצדדים, כפי שעלו בהודעות הערעור ובסיכומים.



13. המערערים מבקשים להחזיר על כנה את החלטתה של ועדת הערר, בטענה כי לא היתה כל עילה להתערבות בהחלטה זו. ראשית, טענו המערערים, כי האיזון שנעשה בוועדת הערר בין השיקולים השונים היה ראוי, ולא היה כל מקום להתערב בו. שנית, המערערים הטעו, כי ההצעה שהועלתה על ידי בני הזוג אברהם, במסגרת דיוני הוועדה המקומית וועדת הערר, אינה אותה הצעה שהוצגה בכתב העתירה, שהוגש לבית משפט קמא. לטענתם, ההצעה שהועלתה בפני מוסדות התכנון היתה, כי בני הזוג אברהם יישאו בחלקם היחסי בעלויות החיזוק, ואילו ההצעה שעמדה בפני בית משפט קמא היתה לשאת בכל עלויות החיזוק של הבניין. על כן, לשיטת המערערים, שגה בית משפט קמא, שעה שקבע כי ועדת הערר לא נתנה את המשקל הראוי להצעתם של בני הזוג אברהם. המערערים הוסיפו וטענו, כי לא היה מקום להתייחס להצעתם החדשה של בני הזוג אברהם, בשלב הגשת העתירה לבית משפט קמא. יתר על כן, נטען על ידי המערערים כי ההצעות השונות שהוגשו על ידי בני הזוג אברהם אינן מפורטות דיין, ולא ניתן להסתמך עליהן. זאת בפרט, כאשר אף לא אחת מן ההצעות הוגשה במסגרת בקשה רשמית להיתר בניה, כהצעה חלופית לבקשה להיתר שהוגשה על ידי המערערים. המערערים טענו עוד, כי ההצעה החדשה אינה כוללת פירוט של עלויות ההשתתפות בהוצאות החיזוק; אינה מפרטת את ההתחייבויות, אותן נוטלים על עצמם בני הזוג אברהם; ואינה כוללת מידע לגבי הרמה, היקף ואופן החיזוק, עליהם מוכנים בני הזוג אברהם להתחייב. זאת ועוד, הוסיפו וטענו המערערים, כי ההצעה החדשה של בני הזוג אברהם אינה עונה על האינטרסים של יתר דיירי הבניין, שכן היא איננה כוללת התקנת ממ"דים; איננה מספקת פתרון ממשי לבניית המעלית; ולבסוף, תוספות הבניה שהובטחו על ידי היזם לדיירים האחרים, לא יתממשו. המערערים טענו בנוסף, כי תוצאתו האופרטיבית של פסק דינו של בית משפט קמא מותירה שאלות רבות ללא מענה, כגון: על מי חלה האחריות להגיש בקשה רשמית להיתר, בהתאם להצעה החדשה של בני הזוג אברהם; מה היקף עבודות החיזוק בו יחויבו בני הזוג אברהם; באיזו בקשה להיתר תצטרך הוועדה המקומית לשוב ולדון, במידה שעבודות החיזוק לא יושלמו, וכיוצא באלה דברים. לנוכח האמור, גורסים המערערים, כי לא היה מקום לקבל את העתירה, בהתבסס על הצעתם החדשה של בני הזוג אברהם. המערערים ציינו עוד, כי הותרת פסק דינו של בית משפט קמא על כנו תשדר מסר, לפיו העלאת הצעות או טענות חדשות, בכל שלב של הליכי התכנון, הינה אפשרית, ובכך יעוכבו הליכי התכנון באופן משמעותי. המערערים הבהירו, בהקשר זה, כי הבקשה להיתר התעכבה במשך זמן כה רב, ואין הצדקה להתמשכות נוספת של ההליכים, אשר נועדה לסיכול מטרתה של תמ"א 38, רק בשל העלאת ההצעה החדשה על ידי בני הזוג אברהם.

בערעורם, התייחסו המערערים לטעות המשפטית אליה הפנה בית משפט קמא, בהחלטתה של ועדת הערר, ככל שהדבר נוגע להחלת סעיף 11 לחוק חיזוק בתים על המקרה דנן. המערערים טענו, בהקשר זה, כי גם אם לא היה מקום להחיל את הסעיף הנ"ל (והודגש על ידי המערערים, כי הם אינם מסכימים עם הנחה הזו), ניתן היה להסתפק בביטול אותו חלק בהחלטת ועדת הערר, אשר מסתמך על סעיף 11 לחוק חיזוק בתים, ולא היתה כל הצדקה לבטל את ההחלטה כולה. אשר לקביעתו של בית משפט קמא, לפיה הטעות המשפטית עלולה לגרום לכך שיכולתה של רחל שקד לפנות אל המפקח על המקרקעין תהיה מוגבלת, הטעו המערערים, כי "הטענה בדבר היות המשיבה 3 [רחל שקד – א.ש.] מנועה בצורה כזו או אחרת מלפנות לכב' המפקח על רישום המקרקעין ו/או לממש זכויותיה עפ"י הוראות תמ"א 38, כלל לא הובאה בפני ועדת הערר". יתר על כן, הדגישו המערערים, כי הפגיעה האפשרית בזכויותיה של שקד לא נעלמה מעיני ועדת הערר, אשר התנתה את מתן היתר הבניה באישור קונסטרוקטור וכיסוי ביטוחי. בהתייחס לנושא החנייה, טענו המערערים, כי בית משפט קמא שגה, עת קבע כי ההחלטה בנושא זה התקבלה ללא תשתית עובדתית מספקת, שכן במהלך הדיון בוועדת הערר, מיום 13.1.2015, השמיעו הצדדים טענות שונות בנוגע לסוגיית החנייה. כך או כך, לטענתם של המערערים, אין מקום להתנות את ביצוע עבודות החיזוק בקידום נושא החנייה, נושא אשר אינו נמצא בליבת החלטתה של ועדת הערר. המערערים הבהירו, כי ככל שקיימת חלופה מוצעת אחרת להוספת מקומות החנייה, היזם מוכן לקבלה, ללא קשר לעלויותיה. אשר על כן, התבקשנו לקבל את הערעור, להחזיר את החלטתה של ועדת הערר על כנה, ולחייב את המשיבים בהוצאות המערערים בשתי הערכאות.

טענות המשיבים 4-1

14. לטענת המשיבים 4-1, אין מקום להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא, שכן גם לשיטתם, ניתן משקל מופרז בוועדת הערר לתמריצים הכלכליים, תוך העדפתם על פני השיקולים התכנוניים. המשיבים 4-1 הוסיפו וטענו, כי במידה שיאושרו תוספות הבניה, ייפגם המראה האדריכלי-חזותי של המבנים במגרש, עקב פער ניכר שייווצר בין הבניין למבנה הקדמי. המשיבים 4-1 הדגישו בנוסף, כי ההסדרים המוצעים בבקשת ההיתר, בנוגע למקומות החנייה, אינם עומדים בדרישות למתן היתר הבניה; וכי סעיף 11 לחוק חיזוק בתים אינו רלוונטי לנסיבות המקרה, כיוון שאין מדובר בבית משותף, אלא בשני חלקי מבנה, המצויים כל אחד בחלקה נפרדת. טענה נוספת שהיתה בפי המשיבים 4-1 היא, כי בני הזוג אברהם כבר החלו בביצוע פעולות לחיזוק הבניין,

ובכלל זה, שכרו שירותי מודר ומשרד מהנדסים, וזאת על חשבונם, והחלו בהכנות להוצאת היתר בניה. המשיבים 1-4 הוסיפו וטענו, כי "תיק ההכנה להוצאת היתר הבניה הושלם והוא עומד להיות מוגש בימים אלה למשרד מהנדס העיר למתן היתר בניה", תוך שהם תומכים טענתם זו באישור ממשרד מהנדסים "כהן צבי". עקב התקדמות ההליכים לשם חיזוק הבניין, גורסים המשיבים 1-4, כי יש לראות בפעולתם של בני הזוג אברהם כ"מעשה עשוי", אשר מצדיק, אף הוא, את דחיית הערעור.

בסיכומי התשובה, התייחסו המערערים, בין היתר, למסמך מטעם משרד המהנדסים שצורף לסיכומי המשיבים 1-4, ונטען כי אין לקבלו כראיה, שכן מדובר בראיה חדשה שלא הוגשה לבית משפט קמא, ולא התבקש אישורו של בית משפט זה להגשתה. בהתייחס לטענתם של המשיבים 1-4 כי מדובר ב"מעשה עשוי", הבהירו המערערים בסיכומי התשובה, כי הפעולות שנקטו בני הזוג אברהם, כהכנה להגשת בקשה לקבלת היתר בניה, אינן בגדר "מעשה עשוי", ומדובר, בסך הכול ב"ניצנים" של הליכי תכנון, אשר טרם הבשילו לידי בקשה להיתר.

טענות ועדת הערר

15. לטענת ועדת הערר, יש לקבל את הערעור על פסק דינו של בית משפט קמא, אשר החליף, כך נטען, את שיקול דעתה התכנוני של ועדת הערר בשיקול דעתו. ועדת הערר סבורה, כי החלטתה לאשר את התמריצים, שנועדו להתניע את תהליך חיזוקו של הבניין, היתה מנומקת, ולשיטתה אין מניעה מבחינה תכנונית, לאשר את הבקשה להיתר, בכפוף לתנאים שנקבעו בהחלטה. בהתייחס להצעתם החדשה של בני הזוג אברהם, חזרה ועדת הערר וטענה, כי ההצעה להשתתפות עלתה "בשולי הדברים בלבד", וכי היא "לא הייתה מפורטת כפי שהובאה בפני בית המשפט קמא". נטען בנוסף, כי אין הצדקה להאריך את הליכי התכנון והבניה, לגבי הבניין בו עסקינן, ב-30 חודשים נוספים, וזאת בפרט כאשר אין מניעה תכנונית לאישור הבקשה להיתר, אותה הגישו המערערים.

טענות הועדה המקומית

16. הועדה המקומית סומכת את ידה על פסק דינו של בית משפט קמא, בציינה כי נפל "פגם בולט ומהותי" במלאכת האיזונים, אשר ביצעה ועדת הערר. לשיטתה של הועדה המקומית, יישומה של תמ"א 38 במקרה דנן עשוי ליצור "כאוס תכנוני", כיוון שהוא מאפשר תוספות בניה בהיקפים "אדירים", מעבר לתוכניות אשר חלות על

המקרקעין בסביבה. עוד נטען, כי התמריצים הכלכליים, שניתן להעניק במסגרת תמ"א 38, אינם מפרקים את מוסדות התכנון מסמכותם להפעיל שיקול דעת תכנוני, במסגרת בחינת הבקשות להיתר בניה. על כן, סבורה הועדה המקומית, כי כאשר ניתן לממש את המטרה העומדת בבסיס הרעיוני של תמ"א 38, באופן פוגעני פחות מן הנדרש בבקשת ההיתר, יש לבחון את החלופה המוצעת. עוד נטען, בהקשר זה, כי ועדת הערר לא נתנה את המשקל הראוי להצעה לחיזוק הבניין ללא תוספת הבניה המבוקשת, הצעה שהיתה מונחת על שולחנה, ועל כן, בדין התערב בית משפט קמא בהחלטתה. הועדה המקומית סבורה, כי במידה שיאושרו תוספות הבניה המבוקשות, התוצאה שתתקבל היא של "מבנה חריג במידותיו לסביבה, צפיפות כפולה מהמקובל למגרש דומה והעדר חניה". לטענת הועדה המקומית, החלטתה של ועדת הערר לאשר מתן תמריצים כלכליים, שעה שאלו אינם נדרשים, הינה החלטה לקויה ופגומה, ויש לבטלה. בהתייחס לסוגיית החנייה, סומכת הועדה המקומית את ידה על פסק דינו של בית משפט קמא, באומרה את הדברים הבאים: "מעט שהועדה המקומית דחתה את הבקשה להיתר אשר היתה כרוכה כאמור בתוספת יחידות דיור ללא פתרון חניה במגרש, הרי שהאופציה להתקנת חניה במרחב הציבורי כלל לא נבחנה, ומכאן שקביעתה של ועדת הערר בעניין זה, לפיה אין באזור מצוקת חניה, ממילא לא היה לה על מה לסמוך". יתר על כן, הוסיפה הועדה המקומית וטענה, כי הרחוב בו ממוקם המגרש, שוכן בסמוך למרכז מסחרי הומה ולמוסד הטכניון, והינו "צר וצפוף, העמוס לעייפה כבר עתה לאורך כל שעות היום". המסקנה המתבקשת היא, כי ועדת הערר לא קיבלה את החלטתה על בסיס תשתית ראייתית סבירה, ואף לא שמעה את טענותיהם של הגורמים הרלוונטיים, לעניין זה.

הדיון בערעור

17. ביום 11.7.2016, התקיים דיון בפנינו, במסגרתו חזרו הצדדים על עיקרי טענותיהם, כפי שפורטו לעיל בהרחבה. עו"ד לגזיאל שבכו, אשר ייצגה את המערערים, טענה, כי קיים פער ניכר בין הבקשה להיתר שעמדה בפני הועדה המקומית, לבין הבקשה שהוצגה, בסופו של יום, לבית משפט קמא, בצינה את הדברים הבאים: "ביהמ"ש ביטל את החלטת ועדת הערר והחזיר על כנה את החלטת הועדה המקומית שמדברת על כך שיהיה חיזוק הבניין כולל ממ"דים ללא תוספת קומות, ואילו הצעת המשיבים מדברת על חיזוק הבניין לא חיזוק הבניין כולל פיר מעלית, כלומר אין בכך התאמה". עו"ד שבכו הוסיפה וטענה, כי הותרת פסק דינו של בית משפט קמא על כנו, תגרום להתמשכות בלתי סבירה של הליכי התכנון, דבר אשר יפגע בדיירים, שכל חפצם הוא חיזוק הבניין, ולדבריה: "אם הם יצליחו להרים את התוכנית וגם לא בטוח. שם מתגוררים דיירים שלא בהכרח יכולים להגיע והם מטופלים על ידי מטפלת לא יכולים להגיע למקלט, אני תוהה במה הועלנו".

עו"ד משה פרייליך, אשר ייצג את המשיבים 1-4, התבקש להסביר במהלך הדיון מהי בדיוק ההצעה, שאותה מבקשים המשיבים 1-2 לקדם. לדברי עו"ד פרייליך, ההצעה היא לחיזוק הבניין, בו מתגוררים המשיבים 1-2 והמעוררים 2-4, לא כולל המבנה הקדמי, בו מתגוררת רחל שקד. החיזוק ייעשה באותו אופן "כפי שהוצע על ידי המעוררים", בהתאם להוראות תמ"א 38, ללא תוספת דירות וללא בניית ממ"דים. בא כוח המשיבים הוסיף וטען, כי יש לדחות את הטענה לפיה בית משפט קמא החליף את שיקול דעתה של ועדת הערר בשיקול דעתו, ולטעמו מדובר בהתערבות במשקל שועדת הערר העניקה לשיקולים הרלוונטיים השונים. לאור "הכאוס התכנוני" שיוצרת תמ"א 38, סבור עו"ד פרייליך, כי על ועדות הערר לצמצם את היקף ההתערבות בהחלטות הועדות המקומית, אשר "חיות את השטח ומכירות אותו".

עו"ד יצחק ברט, אשר ייצג את ועדת הערר, גורס כי יש לקבל את הערעור, בהדגישו, כי הצעתם של בני הזוג אברהם היא הצעה במישור הקנייני, ואינה נוגעת לשאלה התכנונית, היינו: האם הבקשה להיתר עומדת בתנאיה של תמ"א 38?

עו"ד קרן גולדשמיט, באת כוחה של הועדה המקומית, טענה כי הצעתם של בני הזוג אברהם איננה בגדר הצעה קניינית, אלא שיש לראותה כהצעה תכנונית, לכל דבר ועניין. עו"ד גולדשמיט הוסיפה וטענה, כי בקשת ההיתר שהוגשה מטעם המעוררים, "לא היתה בקשה קלאסית", שכן היא לא כללה הסדרה של כל הנושאים הנדרשים, מבחינת היבטי התכנון והבניה, ועל כן היא במהותה "פוגענית כלפי הסביבה".

18. כאן המקום לציין, כי במהלך הדיון, הצענו לצדדים להחזיר את הנושא לוועדת הערר, אשר תדון בהצעתם של בני הזוג אברהם, או להגיע להסכמה, לפיה תאושר תוספת של חלק מן הקומות שהתבקשו בבקשה להיתר. לצערנו, לא עלה בידי הצדדים לגבש הסכמה בנוגע להצעות אלה, ומשכך לא נותר לנו אלא להכריע בערעור המונח לפתחנו.

דיון והכרעה

19. תוכנית 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 (ראו, בהקשר זה, את חוזר מנכ"ל משרד הפנים 6/2005, [http://www.moin.gov.il/ChozreiMancal/200506\\_01.pdf](http://www.moin.gov.il/ChozreiMancal/200506_01.pdf)).

20. יצוין, למען שלמות התמונה, כי החל מיום 1.1.1980, חלה חובה לתכנן מבנים בהתאם להוראות תקן 413 "תקן עמידות מבנים ברעידות אדמה" (ראו תקנה 5.06(א)(4) לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), התש"ל-1970 (להלן: תקן 413). בשנת 2001, פרסם משרד מבקר המדינה דו"ח ביקורת בנושא "עמידות מבנים ותשתיות ברעידות אדמה" (מבקר המדינה, דוח שנתי 51 ב-245-270 (2001) (להלן: דו"ח המבקר משנת 2001), במסגרתו התריע המבקר על כך שמבנים רבים בישראל עלולים שלא לעמוד בפני רעידות אדמה, בין משום שנבנו לפני כניסתו לתוקף של תקן 413, ובין משום שהם נבנו שלא בהתאם לדרישות התקן.

21. על החשיבות הטמונה בהתגוננות מפני רעידות אדמה במדינת ישראל, ניתן ללמוד מדו"ח מיוחד שהגיש מבקר המדינה בנושא זה, שבו נאמרו, בין היתר, הדברים הבאים:

"מרבית המומחים לרעידות אדמה סבורים, כי התרחשותו של אסון רעידות אדמה בישראל, שעלול לגבות אלפי קורבנות בנפש ולגרום נזקים ניכרים לרכוש ולמבנים, היא כמעט ודאית, וכי רעידת אדמה כזאת בוא תבוא, במוקדם או במאוחר. 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. לפיכך, אין לראות בהוצאות למימון חיזוקם של מבנים בפני רעידות אדמה בזבוז, אלא השקעה בביסוס ובחיזוק של תשתית המדינה שתישא פירות בטווח הארוך" [ההדגשות במקור – א.ש.] (דו"ח מיוחד של מבקר המדינה בנושא עמידות מבנים ותשתיות ברעידות אדמה – תמונת מצב (23.3.2011), בעמ' 5 (להלן: דו"ח המבקר משנת 2011).

22. בין המהלכים שננקטו על ידי הממשלה, בעקבות מסקנות וממצאי דו"ח המבקר משנת 2001, ניתן למנות את אישורה של תמ"א 38 בשנת 2005, שנועדה לעודד חיזוק של מבנים קיימים מפני רעידות אדמה, וזאת בין היתר, על ידי הענקת תמריצים כלכליים ותכנוניים שונים (ראו, בהקשר זה, מיכה גדרון ואהרן נמדר תמ"א 38 36 (2012), (להלן: גדרון ונמדר). מטרתיה של תמ"א 38 מוגדרות בסעיף 2 להוראות התוכנית, באילו המילים:

- 2.1" לקבוע הסדרים תכנוניים כחלק ממכלול רחב של הסדרים כלכליים, חוקיים ואחרים לשיפור מבנים וחזוקם לצורך עמידותם בפני רעידות אדמה.
- 2.2 לקבוע הנחיות לחיזוק מבנים קיימים כדי לשפר עמידותם בפני רעידות אדמה, ולשם כך לזהות ולאפיין סוגי המבנים שיש לחזק.
- 2.3 לעודד ביצוע חיזוק המבנים כאמור על ידי תוספות בניה באמצעות:
- א. קביעת הסדרים תכנוניים שיאפשרו מתן היתרי בניה לשינויים במבנים לצורך חיזוקם מכוח תכנית זו.
- ב. קביעת תנאים למימוש תוספות הבניה שיתרו בגין חיזוק המבנים.
- 2.4 לקבוע הסדרים תכנוניים להריסת מבנה קיים אשר נדרש בו חיזוק בפני רעידות אדמה והקמתו מחדש.
- 2.5 לקבוע הסדרים תכנוניים להוספת זכויות בנייה במגרש אחר כאמור בסעיף 20א, כנגד חיזוק מבנה שנדרש לחיזוקו.
- 2.6 לקבוע הנחיות לביצוע בקרה הנדסית על בקשה להיתר הכוללת חיזוק בפני רעידות אדמה" [ההדגשות שלי – א.ש.].

23. עינינו הרואות, כי באמצעות אישורה של תמ"א 38, ביקשה הממשלה להתמודד עם הסיכון שהוגדר על ידי מבקר המדינה כ"כמעט ודאי", להתרחשות רעידות אדמה בישראל, דבר אשר עלול לגבות את חייהם של רבים. מכיוון שלא ניתן לחייב בעלי זכויות במקרקעין לחזק מבנים שבבעלותם, מעניקה תמ"א 38 תמריצים כלכליים והקלות תכנוניות, אשר בסמכותה של הועדה המקומית לאשרם, לצורך חיזוק המבנה מפני 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 ונמדד, 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 ונמדד, עמ' 38; רע"א 1002/14 שומרוני נ' קופמן (9.7.2014) (להלן: עניין שומרוני)).

24. בהוראותיה של תמ"א 38 מופיעות "הוראות בנייה לחיזוק מבנים ולעידוד החיזוק" (פרק ב' להוראות התוכנית), ולהלן אפנה לסעיפים הרלוונטיים לענייננו בפרק זה:

בסעיף 10, נאמר באילו תנאים ניתן יהיה לאשר היתר בניה לחיזוק מבנה. בתת סעיף 10.1. נכתב, כי "על אף האמור בכל תכנית, תותר חריגה מגובה ומקווי הבנין המותרים על פי התכנית החלה על המבנה, ובלבד שהחריגה הנחוצה לחיזוק לא תחרוג מהדרוש לשיטת החיזוק המוצעת והחומרים המתאימים, כפי שיאושרו בבקשה להיתר".

סעיף 11 להוראות תמ"א 38, אשר כותרתו "תוספות בנייה לצורך חיזוק מבני מגורים", קובע כי "על אף האמור בכל תכנית, רשאית ועדה מקומית, לאחר שקבלה חוות דעת מהנדס [...] להתיר תוספות בניה למבנים קיימים המיועדים למגורים, בכפוף לאמור בסעיפים 21-22, ועל פי המפורט להלן, ובלבד שהמבנה יחזוק". בין תוספות הבניה המאוזכרות בסעיף, מופיעה האפשרות של "הקמת קומה או קומות נוספות למבנה" (סעיף 11.1.1.ב). לפי הוראות התוכנית, תתאפשר תוספת של עד שתי קומות וחצי למבנה המיועד לחיזוק, גם אם הן מעל למספר הקומות המותרות בתוכניות החלות בקרקע (סעיפים 11.1.2 - 11.1.3).

25. בפרק ג' להוראות התוכנית, אשר מגדיר את "שיקול דעת מוסד התכנון ושמירת זכותו", מופיעים, בין היתר, הסעיפים הבאים:

סעיף 21 להוראות התוכנית מונה את השיקולים, אותם נדרשת הועדה המקומית לשקול, בבואה לדון בבקשה להיתר בניה, בהתאם לתמ"א 38. בין היתר נקבע, כי על הועדה המקומית לשקול "אילו תוספות בניה ושילוב ביניהן מתאימים לכל מבנה על פי תנאי הבניין, המקום והסביבה" (סעיף 21.1), וכן להביע את דעתה לגבי "פתרון חניה, תכנית לעיצוב המבנה ושיפוצו", כמו גם את "יכולת העמידה של התשתיות הקיימות בתוספת הבניה המוצעת" (סעיף 21.2).

סעיף 22 להוראות תמ"א 38 מבהיר, כי אין בהוראות התוכנית בכדי לשלול את סמכותה של הועדה המקומית לסרב למתן היתר בניה שכרוך בתוספת זכויות בניה, "אם מצאה מטעמים מיוחדים הנובעים משיקולים תכנוניים, או אדריכליים, נופיים, כושר נשיאה של תשתיות במגרש, כי יש לסרב לבקשה להיתר".



26. כפי שציינתי בפתח דבריי, התמריצים הכלכליים וההקלות התכנוניות, אשר מוענקות במסגרת תמ"א 38, יוצרות, לעיתים קרובות, התנגשות ברורה עם ההסדרים התכנוניים החלים על מקרקעין מסוימים, בשל האפשרות הניתנת במסגרת תמ"א 38 לחריגה מתוכניות, אשר חלות על הקרקע. בנוסף להיבט התכנוני, עלולה להיגרם פגיעה, בעקבות מתן היתר הבניה בהתאם להוראות תמ"א 38, לאינטרס הפרטי של דיירים המתנגדים לבקשה להיתר. ואולם, במציאות הקיימת במדינת ישראל, ישנה חשיבות עצומה בהוצאתה לפועל של תמ"א 38, בכדי להתמודד עם הסיכון להתרחשותה של רעידת אדמה, ובאותה הזדמנות לתרום להתחדשות העירונית ולתוספת יחידות דיור, בעיקר באזורי הביקוש. לכך יש להוסיף את היתרונות הנוספים לדיירי הבניין, אשר גלומים ביישומה של תמ"א 38, כפי שנסקרו לעיל. למותר הוא לציין, כי במדרג התכנוני, המדובר בתוכנית מתאר ארצית שהיא גבוהה בהיררכיה, מכל תוכנית מתאר אחרת, מקומית או מחוזית (וראו סעיפים 129-131 לחוק התכנון והבניה). כך הוא הדבר גם לגבי תמ"א 38, הקובעת בסעיף 6.1, כי היא "גוברת על כל התכניות האחרות בנושאים בהם היא עוסקת, אלא אם נאמר בה אחרת".

27. עתה, משהנחנו את התשתית הנורמטיבית הדרושה לעניין, נעבור לדון בשאלה, האם צדק בית משפט קמא עת החליט להתערב בהחלטתה של ועדת הערר והורה על ביטולה? לצורך הכרעה בשאלה זו, יש לבחון תחילה סוגייה, שבה דן גם בית משפט קמא, ועניינה בשאלה, האם האיזון בין האינטרס הגלום במימושה של תמ"א 38, לבין הסדרים תכנוניים מקומיים והאינטרס הפרטי של המשיבים היה איזון ראוי, שיש להותירו על כנו, או שמא היה מקום לבטל את החלטת ועדת הערר, בשל חוסר האיזון שנעשה בין השיקולים השונים? בהמשך, אדרש להצעות שהועלו על ידי בני הזוג אברהם בפני מוסדות התכנון, כמו גם במסגרת העתירה שהוגשה לבית משפט קמא, ואבחן את השאלה, האם ועדת הערר היתה מוסמכת לדון בהצעות אלו, והאם היה מקום לאמץ את ההצעה שהונחה בפני בית משפט קמא?

אקדים תוצאה להנמקה, ואציין כבר עתה, כי לא היה מקום, לטעמי, להתערב בהחלטתה של ועדת הערר, באופן שנעשה על ידי בית משפט קמא, ובמובן זה יש לקבל את הערעור. לגישתי, יש להחזיר את הדיון אל ועדת הערר, אך עם זאת, הנני סבור כי טרם שתתקבל החלטה חדשה על ידי ועדת הערר, עליה לבחון בכובד ראש את ההצעה שהועלתה מטעמם של בני הזוג אברהם. התוצאה האופרטיבית המתבקשת במקרה דנן היא, אפוא, החזרת הבקשה להיתר שהוגשה מטעם המערערים לדיון בפני ועדת הערר, ועל כך ארחיב בהמשך.

האם נעשה על ידי ועדת הערר איזון ראוי בין האינטרס הנעוץ במימוש עקרונותיה של תמ"א 38 לבין הסדרים תכנוניים מקומיים?

28. כידוע, ועדת הערר היא בגדר "מוסד תכנון", וככזה היא בעלת סמכות מקורית, והיא רשאית להפעיל שיקול דעת תכנוני-עצמאי, בנוגע לבקשה להיתר אשר מונחת לפניה. באופן זה, הבקשה להיתר בניה עשויה להיבחן על ידי מוסדות תכנוניים שונים, אשר אמונים על השיקולים הרלוונטיים מן ההיבט התכנוני-מקצועי (ע"מ 6240/12 דנקנר נ' ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז חיפה (10.5.2015); ע"מ 317/10 שפר נ' יניב (23.8.2012); ע"מ 7171/11 העמותה למען איכות חיים וסביבה בנהריה ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה (12.8.2013); גדרון ונמדר, עמ' 377). בהיותה "מוסד תכנון" ועדת הערר פועלת כרשות מינהלית, דבר המתבטא, בין היתר, בדרך שבה ניתן לתקוף את החלטותיה (היינו: הגשת עתירה מינהלית, וזכות ערעור לבית משפט זה; ראו, בהקשר זה, סעיף 5(1) ו-11 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, וכן סעיף 10 לתוספת הראשונה בחוק זה). משמוגשת עתירה בנוגע להחלטה של ועדת הערר, על בית המשפט לעניינים מינהליים לבחון את ההחלטה על פי כללי המשפט המינהלי, ועל פי עילות ההתערבות המוכרות, לגבי הפעלת שיקול הדעת המינהלי. כך, נקבע לא אחת, כי בית המשפט אינו אמור להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות התכנונית. יפים, לעניין זה, דבריו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בבג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותה רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 441 (1996):

"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 שולחננו כפלא שוליית הקוסם. לא נכניס ראשנו בכל אלה, ולו מן הטעם שאין אנו רואים עצמנו כשירים וראויים להכריע בקונצפציות ובדוקטרינות של תכנון" (שם, בפסקה 43).

29. הנה כי כן, 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 (בג"ץ 9420/11 אגבאדיה נ' שר הפנים (31.3.2015); בג"ץ 4776/03 מלון רג'נסי ירושלים בע"מ נ' מר אברהם פורז - שר הפנים (9.5.2005); ע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ (20.10.2010); בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, (22.2.2010)).

30. ובחזרה לענייננו. לשיטתו של בית משפט קמא, החלטתה של ועדת הערר אינה יכולה לעמוד, וזאת בין היתר, כיוון שהחלטה התקבלה תוך איזון בלתי ראוי בין האינטרס המצדד במימושה של תמ"א 38, לבין הסדרים תכנוניים פרטניים והחשש לפגיעה בזכויותיהם של המשיבים. דעתי בעניין זה שונה, כפי שאפרט בהמשך, אך תחילה אעמוד על האיזון הראוי, לטעמי, בין השיקולים והאינטרסים המתנגשים. זאת, בשל החשיבות במימוש עקרונותיה של תמ"א 38, מחד גיסא, ולנוכח התנגדויות של פרטים ושל ועדות מקומיות להחלת התוכנית בתחומן, מאידך גיסא. ההיגיון מאחורי התמריצים הכלכליים, המוענקים במסגרת תמ"א 38, תואר באלו המילים בספרם של גדרון ונמדר:

"המנגנון הכלכלי העומד בבסיס שיטת התמריצים של תמ"א 38 הוא, כי בעלי הזכויות בבניין שנדרש חיזוקן יוכלו להעביר ליזם את זכויות הבניה אותן ניתן לקבל מכוח התמ"א, ואת השטחים המשותפים עליהם תבוצע הבניה הנוספת. היזם יבנה באמצעות זכויות בניה אלה יחידות דיור נוספות, או שטחים לשימושים אחרים במבנים שאינם מיועדים למגורים, אותם הוא יוכל למכור לצדדים שלישיים. בתמורה ייתן היזם לבעלי הזכויות בבניין שירותי בניה בכך שהוא יבצע את חיזוק הבניין בפני רעידות אדמה לפי תקן 413, ועבודות נוספות לשדרוג הבניין כפי שיסוכם בין הצדדים כגון: בניית מעלית, שיפוץ חיצוני של הבניין ועבודות פיתוח במגרש, ולעיתים הוא אף ירחיב את הדירות הקיימות בבניין. ההנחה העומדת בבסיס תמ"א 38 היא, כי אחרי ביצוע עבודות אלה יישאר בידי היזם רווח אשר יצדיק מבחינה כלכלית את ביצוע החיזוק והעבודות הנוספות" (שם, בעמ' 39-40).

יצוין, כי המודל הכלכלי, המבוסס על הענקת תמריצים כלכליים או הקלות תכנוניות, אינו ייחודי לתמ"א 38, והוא מופיע גם בתוכניות מתאר נוספות (כך, למשל, בתוכנית מתאר מקומית תא/2650/ב "תכנית לשימור מבנים בתל-אביב", נקבעו תמריצים לשיקום מבנים לשימור, וראו נספח ד לתוכנית). על האפשרות להוסיף עד שתיים וחצי קומות למבנה שחיזוקו נדרש, במסגרת תמ"א 38, הבהירו גדרון ונמדר, כי מדובר ב"תמריץ החיזוק הישים ביותר מכוח תמ"א 38", שכן הוא "מאפשר בניית יחידות דיור חדשות, אותן ניתן להעביר ליזם כנגד קבלת שירותי הבניה לחיזוק הבניין ושדרוגו וכו', משום שתוספת בניה זו ניתנת לביצוע ללא קשר לשאלת צורת וגודל המגרש, ומיקומו של הבניין ביחס לקווי הבניין של המגרש" (גדרון ונמדר, עמ' 147).

31. ואולם, בניגוד לזכויות בניה הקבועות בתוכניות מתאר אחרות, המהוות "זכויות מוקנות", לגביהן יש למוסד התכנון שיקול דעת מצומצם, הרי שלמבקש ההיתר, במסגרת תמ"א 38, אין זכות קנויה לקבלת זכויות הבניה המבוקשות. הוראות התוכנית מנוסחות כך שהועדה המקומית תהא "רשאית" לאשר את תוספות הבניה, והן מעניקות לוועדה המקומית שיקול דעת נרחב למדיי, לגבי עצם הענקת זכויות הבניה מתוך "טל של זכויות"; ביחס לאופן הענקתן; וכך בנוגע למיקום שבו ינוצלו זכויות הבניה הללו (גדרון ונמדר, עמ' 337-339; סעיף 5 לדברי ההסבר לתמ"א 38; עת"מ 2905/08 (מינהליים ת"א) באור השקעות (1995) בע"מ נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ולבניה ת"א, בפסקה 27-29 (29.7.2009) (להלן: עניין באור השקעות). עולה מן המקובץ, כי האינטרס המוגן על ידי תמ"א 38 אינו האינטרס הפרטי של בעלי הדירות להשיא את רווחיהם ולשפר את מצב דירותיהם, אלא שמדובר באינטרס ציבורי להיערכות נאותה לתרחיש של רעידת אדמה. עניינם של בעלי הדירות בשיפור מצבם, באמצעות הענקת התמריצים הכלכליים ליזם, אינו חלק מתכליתה של תמ"א 38, אלא הוא פועל יוצא של האינטרס הציבורי לחיזוק המבנים, ומדובר באמצעי בלבד להשגת מטרה זו (ראו, עת"מ (מחוזי חיפה) 16042-12-12 קורן נ' ועדת ערר מחוזית חיפה (7.8.2013) (להלן: עניין קורן)). ברע"פ 2510/12 רון נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 (2.5.2012), עמדה חברתי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, על כך שזכויות הבניה הניתנות מכוח תמ"א 38, הן רק כלי להשגת המטרה העיקרית של תמ"א 38, שהיא, כאמור, חיזוק המבנים:

"בכדי לעודד בעלי נכסים לחזק את המבנים שברשותם, ניתנות לבעלי נכסים המבצעים פעולות חיזוק לבניינים שבבעלותם אפשריות לזכות בזכויות בנייה. מכאן עולה, שלא ניתן לראות בזכויות הבנייה כעיקרם של היתרי הבנייה שניתנים על פי תמ"א 38. ההפך הוא הנכון: זכויות הבנייה המוקנות במסגרת ההיתרים הניתנים לפי תמ"א 38, מהוות נדבך משני, גם אם חשוב, לצורך חיזוק המבנים שלגביהם ניתן היתר. במילים אחרות, זכויות הבנייה הינן למעשה הטבה הניתנת לבעלי נכסים המתחייבים לחזק את ביתם מפני רעידות אדמה" [ההדגשה במקור - א.ש.].

32. כאמור, לוועדה המקומית נתונה הסמכות שלא לאשר בקשה להיתר בניה, הכרוכה בתוספת זכויות בניה, וזאת מ"טעמים מיוחדים", הנעוצים בשיקולים תכנוניים, אדריכליים, נופיים, וכיוצא באלה (סעיף 22 להוראות התוכנית, כפי שפורט לעיל). נוכח ההתנגשות הבלתי נמנעת, לעיתים, בין מימושה של תמ"א 38, באמצעות ההקלות הכלכליות והתכנוניות הניתנות במסגרתה, לבין הסדרים תכנוניים פרטניים, אשר חלים על אותם מבנים הטעונים חיזוק, נראה בעיניי כי עצם החריגה התכנונית, האדריכלית,

או הנופית, לבדה, אין בה כדי להצדיק את סירובה של הועדה המקומית ליתן היתר בניה, הכרוך בתוספת זכויות בניה. על החריגה, המצדיקה סירוב לבקשה להיתר, להיות בעוצמה ניכרת, ולגרום לפגיעה בלתי סבירה ובלתי מידתית באינטרסים לגיטימיים אחרים, לרבות פגיעה בגורמים המתנגדים לבקשה להיתר. רק פגיעה כזו תצדיק, לטעמי, הימנעות ממימוש מטרתה של תמ"א 38, היינו, חיזוק המבנה או המבנים, מושא הבקשה להיתר, מפני רעידות אדמה (ראו, בהקשר זה, את גדרון ונמדר, עמ' 339).

33. עמדתי זו מבוססת על האדנים הבאים. לפי סעיף 22 להוראות התוכנית, נדרשים טעמים מיוחדים בכדי לסרב לבקשה להיתר, הכרוכה בתוספת זכויות בניה. סעיף 6 להוראות התוכנית מבהיר, כי "תכנית זו גוברת על כל התכניות האחרות בנושאים בהם היא עוסקת, אלא אם נאמר בה אחרת", ותת סעיף 6.4. להוראות התוכנית קובע, כי ניתן יהיה לאשר תוספות בניה מכוח תמ"א 38, ככל שהן "אינן עומדות בסתירה להגבלות בניה שנקבעו בתכניות מתאר ארציות אחרות". כלומר, ברירת המחדל היא, כי הצורך במימוש עקרונותיה של תמ"א 38 גובר על תוכניות מקומיות או מחוזיות, אשר חלות על המקרקעין המדוברים (גדרון ונמדר, עמ' 353). הדבר עולה גם מסעיף 5 לדברי ההסבר של הוראות התמ"א: "ככלל היתר בניה יינתן על ידי הועדה המקומית, אשר תשקול את סוג התוספת המתאימה לכל מבנה, על סמך התנאים המקומיים בהתאם לשיקולים הקשורים ליכולת הנשיאה של תשתיות ושירותים של המבנה והסביבה, בהתאם לשיקולים תכנוניים אדריכליים וכד' (כמפורט בסעיף 21)". עמדתי זו עולה בקנה אחד גם עם פסיקתם של בתי המשפט המחוזיים, אשר דנו בסוגיה זו, שטרם נדונה בפני בית משפט זה. כך, למשל, בעניין קורן, קבע בית המשפט המחוזי בחיפה (מפי כב' השופט י' וילנר), כי החלטתה של ועדת הערר, שלא להתיר לעותרים לבנות עליית גג על הבניין, מכוח הוראות תמ"א 38, אינה מאזנת כראוי בין האינטרסים השונים שעל מוסד התכנון לשקול, ועל כן דינה להתבטל. בתוך כך, קבע בית המשפט המחוזי, כי: "באיזון שבין האינטרסים הציבוריים לאינטרסים הפרטיים והעירוניים, בחר המחוקק להעדיף את האינטרס הציבורי על פני האינטרס הפרטי. לפיכך, הכלל שנקבע הוא אישור תוכניות חיזוק מבנים, והחריג לכלל הוא דחיית הבקשה" (שם, בפסקה 25). בעניין באור השקעות, על אף שהוחלט שלא לאשר את תוספות הבניה, נאמרו הדברים הבאים (מפי כב' השופט מ' רובינשטיין): "ברי כי סירובה של ועדה מקומית להעניק היתר בנייה בשל קיומן של הוראות סותרות בתכניות החלות, קל וחומר בתכניות עתידיות תהא מנוגדת לתכלית ולרציונל של תמ"א 38 המעניקה זכויות בנייה נוספות לאלו המותרות על פי התכניות התקפות (שם, בפסקה 30). בעת"מ (מינהליים חיפה) 31866-10-10 קו"ך נ' ועדת הערר המחוזית חיפה (2.10.2011), התייחס בית המשפט המחוזי בחיפה (מפי כב' השופט א' אליקים), לסוגיה דומה, באומרו את הדברים הבאים:

"גם באשר לאיזון האינטרסים עמדת העותרים אינה מקובלת עליי. העותרים בטיעוניהם מתייחסים לגג בלבד ורואים מקרה זה כמקרה בו הועדף אינטרס כלכלי על הפגיעה בשכנים. אמנם כטענת העותרים הקומה האחרונה אינה דרושה לחיזוק המבנה, אך אסור להתעלם מהבנייה בכללותה ומההקשר החקיקתי התכנוני הייחודי, תמ"א 38. לא מדובר במקרה זה בדיירי בית משותף שרוצים להוסיף קומה או להפוך גג שטוח לגג רעפים. מדובר בפעילות במסגרת מדיניות ארצית מבורכת לפיה כהגדרת המטרות של תמ"א 38 יש לעודד ביצוע חיזוק המבנים כאמור על ידי תוספות הבניה וכל זאת כחלק משיפור עמידות מבנים בפני רעידות אדמה. הקומה הנוספת והגג נבנים כחלק מ'מתריצים לעידוד החיזוק', כמתואר בסעיף 4 לתמ"א 38. כך שלא מדובר בהוספת קומה, או בשיקול כלכלי טהור כטענת העותרת אלא מימוש פרויקט בעל סדר עדיפות לאומי של חיזוק מבנים העלולים להיפגע מרעידות אדמה."

וראו החלטות נוספות של ועדות ערר, ברוח אותם הדברים: ערר (ועדת ערר לתכנון ובניה חיפה) 131/10 גולדשטיין נ' ועדה מקומית לתכנון ולבניה חיפה (19.8.2010); ערר (ועדת ערר לתכנון ובניה חיפה 330/15 שמש נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה חיפה (8.2.2016); ערר (ועדת ערר לתכנון ובניה חיפה 347/15 מיכאל נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה קריות (21.1.2016)).

34. יובהר, כי אין באמור לעיל בכדי לקבוע כי על מוסדות התכנון להתעלם מן הפגיעה האפשרית באינטרסים לגיטימיים אחרים, אשר עלולה להיגרם עם יישומה של תמ"א 38. לעיתים, מימוש המטרה העומדת בבסיס תמ"א 38, כופה על דיירים מסוימים באותו בניין או בסביבתו, הסדרים תכנוניים בלתי רצויים מבחינתם; והדבר עלול גם להוביל לפגיעה בתכנון האורבני הכולל ובחזות האדריכלית של המבנה. לפיכך, יש להתייחס לפגיעה האפשרית בזכויותיהם של המתנגדים למתן היתר בכובד ראש, ולבחון חלופות פוגעניות פחות, באמצעותן ניתן יהיה להשיג את החיזוק הנדרש, בהתאם לעקרונות שהותוו בתמ"א 38. אשר על כן, על מוסדות התכנון לבצע איזון בין הצורך הציבורי והתכנוני בחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה, תוך יישום המדיניות התכנונית אותה מתווה תמ"א 38, לבין הפגיעה האפשרית בבעלי העניין, להם עומדת הזכות להתנגד לבקשה להיתר. באיזון זה, תהא, ככלל, ידה של תמ"א 38, על העליונה, אלא אם הפגיעה הנגרמת לבעלי העניין אינה סבירה ובלתי מידתית (גדרון ונמדר, עמ' 385-386). יצוין עוד, כי מימושה של תמ"א 38, מביאה לתוצאות חיובית,

גם כלפי המתנגדים לבקשה להיתר. עמדה על כך השופטת ד' ברק ארז בעניין שומרוני, בפסקה 25:

"הוצאה לפועל של תוכנית חיזוק מבנים לפי תמ"א 38 אינה יכולה להיבחן רק מן הפרספקטיבה של פגיעה בזכויות הקניין של בעלי הדירות, אלא גם מן הפרספקטיבה של העצמת זכויות הקניין שלהם: הם זוכים להקצאה של נכס קנייני יקר ערך שהוענק להם בפטור מתשלומי מסים ותשלומי חובה אחרים [...] אכן, לא אחת, וכך גם במקרה דנן, הדיירים אינם מקבלים בעלות ביחידות החדשות שנבנו, אולם הם נהנים מתוספת הבנייה בדרכים אחרות (בהתאם לנסיבות הפיזיות והכלכליות של הבניין – בין על דרך הגדלת דירותיהם, בין על דרך התקנת מעלית בבניין ובין בכל דרך אחרת)".

35. לאחר שהבעתי את דעתי במישור העקרוני, אגש עתה לבחון את השאלה, האם האיזון שביצעה ועדת הערר בין האינטרס הגלום במימושה על תמ"א 38, לבין השיקולים התכנוניים הפרטניים, והאינטרסים של המתנגדים למתן ההיתר, היה כה בלתי סביר, עד כי הצדיק את התערבותו של בית משפט קמא?

36. החלטתה של ועדת הערר לאשר למערערים את תוספות הבניה, בהתאם לתמ"א 38, התבססה, בין היתר, על השיקולים הבאים: אלמלא מתן התמריצים המבוקשים, פרויקט הבניה לא ייצא אל הפועל, ומטרתה של תמ"א 38 תסוכל; אין הכרח, במסגרת בקשה להיתר בניה בהתאם לתמ"א 38, ליתן פתרון תכנוני כולל למגרש כולו; ולבסוף, הפגיעה האדריכלית, במקרה דנן, אינה בעוצמה כזו, אשר מצדיקה את סירובה של הועדה המקומית ליתן היתר בניה לתוספות הבניה המבוקשות. כאמור, בית משפט קמא סבר, כי ועדת הערר נתנה משקל יתר לחשיבות בהענקת התמריצים הכלכליים, על פני השיקולים התכנוניים שהועלו בהחלטתה של הועדה המקומית, ואשר הובילו לסירובה של האחרונה לבקשת ההיתר. בכל הכבוד הראוי, סבורני כי בית משפט קמא שגה בעניין זה, ולטעמי, דווקא החלטתה של הועדה המקומית לוקה בחוסר איזון כאמור, ובדין התערבה ועדת הערר באותה החלטה.

37. בדבריי הקודמים, הובהרה החשיבות הרבה שיש במימוש מטרתה של תמ"א 38, ולא אוסיף על כך. עם זאת, אין מחלוקת, כי הועדה המקומית מוסמכת שלא לאשר מתן תמריצים כלכליים לרבות תוספות בניה, גם בהנחה שהדבר יביא לכך שהבניין לא יחוזק. ואולם, כאשר עצם היתכנותו של פרויקט החיזוק עומדת על כף המאזניים, לא בנקל תסורב בקשה למתן היתר בניה. ככל שעמד בפני ועדת הערר חשש מבוסס, לפיו

התוכנית לחיזוק הבניין עלולה לרדת לטמיון, אם לא יוענקו התמריצים הכלכליים והתכנוניים, אין לומר כי מתן ההיתר לתוספות הבניה כרוך, בנסיבות דנן, בחוסר איזון, או באיזון בלתי ראוי, בין השיקולים שעל מוסד תכנון סביר לשקול. בנוסף, אינני סבור כי בענייננו לא ניתן משקל ראוי, בהחלטת ועדת הערר, לשיקולים התכנוניים הרלוונטיים, ולחשש מפני פגיעה אדריכלית ואסתטית במגרש. בהחלטתה של ועדת הערר, הוקדשה תשומת לב ניכרת לסוגיות אלו, ואישור הבקשה להיתר הותנה בתנאים שונים ובמסמכים שעל היזם להגיש לוועדת הערר, כפי שפורט בהרחבה לעיל. לא למותר הוא להביא, בהקשר הנדון, דברים שנאמרו על ידי ועדת ערר אחרת (ועדת ערר לתכנון ובניה תל אביב) בערר 5237/11 שלום נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה – תל אביב (23.4.2012), שהם ישימים גם לענייננו:

”אם נקבל את טענת העוררים כי יש לשלול זכויות בנייה לפי תמ”א 38, במסגרת שיקול הדעת המוענק בסעיף 22 לתמ”א, בכל מקרה בו תיווצר אי אחידות בגובה של בניינים בקטע רחוב מסוים בשל כך שרק חלק מהבניינים מימשו את הזכות להוסיף קומה לבניין הקיים, וכי יש לקבוע באותם מקרים כי אין לאשר את התוספת משיקולים תכנוניים או אדריכליים, אנו למעשה נרוקן מתוכן את תמ”א 38. אומנם יתכנו מקרים קיצוניים שבהם אי האחידות האדריכלית אשר תיווצר כתוצאה ממימוש זכויות הבניה לפי תמ”א 38 תניע את הועדה המקומית למנוע הענקת תוספות בניה לפי תמ”א 38, אך כאמור מדובר במקרים קיצוניים שבהם קיים ייחוד אדריכלי לאזור מסוים, אשר לדעת הועדה המקומית ייפגע בצורה חמורה ביותר כך שקיימים טעמים מיוחדים לשלילת זכויות הבניה לפי סעיף 22 לתמ”א.”

עוד אוסיף, כי לשיטתה של ועדת הערר דנן, והדבר לא נסתר בבית משפט קמא, דווקא המבנה הקדמי הוא החריג בנוף האדריכלי בסביבה, ולא הבניין מושא הבקשה להיתר. לנוכח האמור לעיל, סבורני כי התערבותו של בית משפט קמא, אשר ביטל את החלטת ועדת הערר, לא היתה במקומה, ובמובן זה דין הערעור להתקבל.

הצעותיהם של בני הזוג אברהם

38. בשלב זה, יש להידרש להצעותיהם של בני הזוג אברהם, ולבחון את השאלה, האם מדובר בחלופה הולמת להיתר הבניה, המבוקש על ידי היזם ויתר המערערים? אך קודם לכן עליי להתייחס לעמדתה של ועדת הערר, כפי שהוצגה בפני בית משפט קמא, לפיה אין היא מוסמכת לדון בהצעות מעין אלה, כיוון שמדובר בהצעה קניינית ולא תכנונית. הצעתם של בני הזוג אברהם היא במהותה הצעה להשתתפות בעלויות חיזוק



המבנה, מושא הערעור שלפנינו (לנושא היקף ההשתתפות אתייחס בהמשך). אכן, ככלל, השאלה שעניינה חלוקת ההוצאות בין דיירים בבית משותף, היא שאלה "קניינית" במהותה, שכן היא עוסקת ביחסים הקנייניים בין דייריו של הבית המשותף. ואולם, במסגרת הליכי התכנון הנובעים מתמ"א 38, כאשר תמריצים כלכליים הם בגדר האמצעי העיקרי לצורך מימוש המטרה החשובה של חיזוק בתים מפני רעידות אדמה, אין לראות בהצעה להשתתפות בהוצאות הכרוכות בחיזוק המבנה, כעשויה מעור אחד, והיא עומדת בתווך בין היותה הצעה קניינית לבין היותה גם הצעה תכנונית. כפועל יוצא מכך, במקום שבו מונחת הצעה, שבאמצעותה ניתן לחזק את המבנה בדרך אחרת מן הדרך המוצעת בבקשה להיתר בניה, על מוסד התכנון לבחון, בכובד ראש, את החלופה המוצעת. עמדו על כך גדרון ונמדר בספרם, בעמ' 92:

"בסמכות הועדה המקומית להורות כי הבניין יחזוק בשיטה שונה מזו אשר הוצעה על ידי מבקש ההיתר, אם שיטת החיזוק החלופית מפחיתה או מיתרת את הצורך לבצע בניה של רכיבי החיזוק בחריגה מגובה וקווי הבניין, אך לדעתנו על הועדה להשתמש בסמכותה זו רק במקרים בהם קיימת לדעתה פגיעה תכנונית מהותית בסביבה בביצוע החיזוק בשיטה המוצעת, ובכפוף לשיקולי עלות החלופה".

39. אשר על כן, אין לקבל את עמדתה של ועדת הערר, לפיה אין היא מוסכמת לדון בהצעתם של בני הזוג אברהם, משום אופייה הקנייני. כפי שמוסד תכנון מוסמך לאשר הענקת תמריצים כלכליים ותכנוניים למבקשים את היתר הבניה, כך הוא רשאי לקבוע כי אין צורך במתן התמריצים, שכן החיזוק יכול להתבצע בדרך אחרת, הנתפסת כפוגענית פחות. עם זאת, כפי שהיתר הבניה אינו ניתן באופן אוטומטי, כך גם אישור החלופה לחיזוק המבנה, ועל מוסד התכנון לבחון עד כמה יש בחלופה המוצעת בכדי להגשים את המטרות אשר עומדות בבסיסה של תמ"א 38. במסגרת בחינה זו יש ליתן את הדעת, בין השאר, למידת הפירוט של החלופה המוצעת; למשך הזמן הנדרש לחיזוק הבניין לפי אותה חלופה; לרמת המוטיבציה של המציעים בביצוע החלופה (היינו: עד כמה מדובר בהצעה כנה לחיזוק המבנה, שהוגשה בתום לב, או שמא מדובר בניסיון לעכב, או אף לסכל את הליכי התכנון); לבסוף, יש להתייחס לתועלת הכללית שתופק מביצוע כל אחת מן החלופות (כך, למשל, ניתן להתחשב בשיפורים או בתוספות למבנה שיושגו, אם בכלל, בכל אחת מהחלופות). למותר הוא לציין, כי אין מדובר ברשימה סגורה ועל מוסדות התכנון להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

40. ומכאן להצעתם של בני הזוג אברהם. ראשית לכול, מתבקשת השאלה, האם ההצעה שעמדה בפני מוסדות התכנון היא אותה הצעה שהוצגה בפני בית משפט קמא, ואשר הובילה, בסופו של יום לקבלת העתירה. בא כוחם של בני הזוג אברהם, עו"ד פרייליך, הציג את הצעתם של בני הזוג אברהם בפני הועדה המקומית, כך: "דווקא מרשיי יזמו חיזוק הבניין לפי תמ"א 38, ללא תוספת דירות, והיו מוכנים לשאת בעלויות החיזוק" (עמ' 5 לפרוטוקול הדיון בוועדה, מיום 27.10.2014). כזכור, אחד מן הנימוקים לסירובה של הועדה המקומית לאשר את תוספות הבניה, היה כי "גם עפ"י עמדת המתנגדים השותפים לנכס אשר מעוניינים בחיזוק הבניין בלבד ותוספת ממ"דים ללא תוספות בניה שתשנה את אופי המגרש, וישאו בחלקם בהוצאות הנדרשות". בהחלטת ועדת הערר, לאחר סקירת טיעוני הצדדים, נאמר כי "ה"ה אברהם הבהירו כי הם מוכנים לחזק בעצמם ועל חשבונם את הבניין (לפי חלקם היחסי)" (ס' 20 להחלטה, מיום 15.1.2015). עם זאת, במסגרת פרק הדיון וההכרעה, בהחלטת ועדת הערר, לא אוזכרה הצעתם של בני הזוג אברהם, כלל. בפתח כתב העתירה שהוגש לבית משפט קמא, נמסר כי בני הזוג אברהם נכונים לבצע, על חשבונם, "תוספת מרכיבים קונסטרוקטיביים הנדרשים [...] לשפר עמידותו [של הבניין] בפני רעידות אדמה בהתאם לתקן ישראלי ת"י 413". עוד נאמר בכתב העתירה, כי "החיזוקים לא יכללו בניה ממ"דים בדירות, העלויות בהם תשא משפ' אברהם יכללו גם בניית פיר המעלית אך לא תא המעלית, המכונות וכיוב'". בדיון בפנינו, טען עו"ד פרייליך, כי ההצעה, אשר מונחת כיום על השולחן, היא לחיזוק הבניין, בו מתגוררים המשיבים 1-2 והמעוררים 2-4, לא כולל המבנה הקדמי, בו מתגוררת רחל שקד. עו"ד פרייליך ציין, כי החיזוק ייעשה באותו האופן "כפי שהוצע על ידי המערערים", בהתאם להוראות תמ"א 38, ללא תוספות בניה וללא הממ"דים.

41. עינינו הרואות, כי ההצעה שעמדה לנגד עיניו של בית משפט קמא, אינה אותה הצעה שהוצגה בפני מוסדות התכנון. בעוד שבפני הועדה המקומית וועדת הערר עמדה ההצעה להשתתפות בעלויות החיזוק, לפי חלקם היחסי של בני הזוג אברהם, בנוסף לבניית ממ"דים; הרי שבפני בית משפט קמא הניחו בני הזוג אברהם את ההצעה לשאת בכל עלויות החיזוק, כולל פיר מעלית, אך ללא תא המעלית וללא ממ"דים. כאמור, ועדת הערר מסרה לבית משפט קמא, בהתייחס להצעתם החדשה של בני הזוג אברהם, כי אינה רואה טעם בהחזרת הדיון אליה. למותר הוא לציין, כי בית משפט קמא רשאי היה להורות על החזרת הדיון לוועדת הערר, גם ללא קבלת הסכמתה של הועדה. ואולם, בית משפט קמא לא עשה כן, והחליט לקבל את העתירה, תוך אימוץ הצעתם החדשה של בני הזוג אברהם. סבורני, כי בכך שגה בית משפט קמא, באופן המצדיק את התערבותנו בפסק דינו. לשיטתי, לא היה מקום לאמץ את ההצעה החדשה, ללא דיון ממצה בוועדת הערר, וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית, כאמור לעיל, הצעותיהם של בני הזוג אברהם לא היו עקביות, והשתנו, פעם אחר פעם, בדרך בין מוסדות התכנון לבין בית משפט קמא, ואף בפנינו. הלכה ולמעשה, ההצעה שאימץ בית משפט קמא, כלל לא נדונה, לגופו של עניין, בוועדה המקומית, כמו גם בוועדת הערר. במובן הזה, בית משפט קמא החליף את שיקול דעתן של מוסדות התכנון בשיקול דעתו, דבר שאין מקום לעשותו, כמפורט לעיל. שנית, הצעתם החדשה של בני הזוג אברהם, אשר התקבלה על ידי בית משפט קמא, איננה מגובשת דיה, ולא ניתן, לטעמי, להסתמך עליה. על אף ניסיונותיו של עו"ד פרייליך להבהיר לנו מהי בדיוק ההצעה אשר מונחת על הפרק, לא ניתן מענה לשאלות רבות, כגון: משך הזמן למימוש התוכנית; התקציב שיוקצה לכך; הערבויות שיינתנו לדיירים; מה בדיוק כוללת ההצעה, ועוד. אימוצה של הצעה גולמית על ידי בית משפט קמא איננה במקומה, בנסיבות העניין, ומצדיקה, כאמור, את התערבותנו. שלישית, מסופקני האם הצעתם החדשה של בני הזוג אברהם עשויה להגשים את המטרה העומדת בבסיסה של תמ"א 38, בהיותה, כאמור, בלתי מפורטת ומעמיקה דייה, וקיים חשש כי היא אינה נותנת מענה לכל הסוגיות הרלוונטיות לתמ"א 38. אכן, בית משפט קמא קבע, כי אם החיזוק המיוחל לא יושג בתוך 30 חודשים מיום מתן פסק הדין, תוחזר הבקשה להיתר לוועדה המקומית. ואולם, קביעה זו אינה מניחה את הדעת, בהינתן העובדה כי הבקשה להיתר, מושא הערעור, הוגשה בשנת 2011, כאשר ההליכים התכנוניים והמשפטיים הולכים ומתמשכים, והחיזוק הנדרש אינו נראה באופק.

42. לנוכח האמור לעיל, הנני סבור כי התוצאה האופרטיבית הראויה במקרה דנן, היא החזרת הנושא לוועדת הערר, לשם בחינה מחודשת של הצעתם החדשה של בני הזוג אברהם. כאמור, ההצעה החדשה במתכונתה הנוכחית אינה מספקת, ואינה יכולה לשמש בסיס למתן היתר בניה, או כתחליף לתוכנית שהגישו המערערים. לפיכך, על המשיבים 1-2 להגיש הצעה מתוקנת ומפורטת, אשר תכלול, בין היתר, את המרכיבים הבאים: פירוט ממצה של הבניה המתוכננת לחיזוק הבניין (ואינני נדרש לשאלה אם יש צורך בהגשת בקשה להיתר בניה למימוש התוכנית); לוח זמנים מוגדר וברור לתחילת הביצוע ולמשך הזמן הנדרש להשלמתו; התקציב שיידרש והערבויות להעמדת התקציב; והתייחסות מפורטת לשאלה, עד כמה ההצעה עולה בקנה אחד עם המטרות העומדות בבסיסה של תמ"א 38. ועדת הערר תבחן את ההצעה המתוקנת של המשיבים 1-2, ולאחר זאת תחליט האם לאשר את ההצעה, בתנאים כאלו או אחרים; או לדחותה, ולאשר תחתיה את הבקשה להיתר שהוגשה על ידי המערערים. לנוכח הזמן הרב שחלף, מן הראוי כי ועדת הערר תידרש לנושא זה בלוח זמנים קצר ככל האפשר.

43. ואם הגענו עד הלום, רואה אני להידרש לשתי סוגיות שעמדו בפני בית משפט קמא, והן: תחולתו של סעיף 11 לחוק חיזוק בתים; ונושא מקומות החנייה במגרש.

#### חוק חיזוק בתים

44. כאמור, בית משפט קמא קיבל את העתירה על החלטתה של ועדת הערר, וזאת בין היתר, בשל טעות משפטית שמצא בהחלטתה, בהקשר להחלת סעיף 11 לחוק חיזוק בתים. טרם שאדון בשאלה, האם צדק בית משפט קמא בקביעתו, כי מדובר בטעות משפטית בהחלטתה של ועדת הערר, אעמוד בקצרה על התכלית אשר ניצבת בבסיסו של החוק. חוק חיזוק בתים, אשר נכנס לתוקף בתחילת שנת 2008, הוא בגדר חקיקה משלימה לתמ"א 38 ונועד להקל על יישומה, כאשר מטרתו העיקרית היא "להוריד את רף ההסכמה הדרוש על-פי חוק המקרקעין לשם ביצוע עבודה ברכוש המשותף, בנכס שהוא בית משותף, כאשר היא נעשית על-פי היתר בניה שהוצא מכוח תכנית החיזוק [תמ"א 38]" (דברי ההסבר להצעת חוק חיזוק בתים, ה"ח הממשלה התשס"ז 313, בעמ' 702 (להלן: דברי ההסבר)). החוק יוצר מנגנונים שמטרתם להקל על ניצול זכויות בניה וביצוע עבודות ברכוש המשותף, הנעשים במסגרת תמ"א 38, "תוך יצירת איזון בין מעמדו של הרכוש המשותף וזכויות בעלי הדירות בבית המשותף מצד אחד, לבין הצורך הציבורי החשוב שבחיזוק בתים משותפים לשיפור עמידותם מפני רעידות אדמה מצד שני" (דברי ההסבר, שם; ראו גם פסקאות 14-17 בע"א 3700/15 רוט נ' עגנון (27.6.2016); גדרון ונמדר, עמ' 391-406). יפים, לעניין זה, הדברים שנאמרו על ידי השופטת ד' ברק ארז בעניין שומרוני:

"מטרתו העיקרית של החוק [חוק חיזוק בתים – א.ש.] היא לעודד דיירים לחזק את בתיהם מפני רעידות אדמה בהתאם להוראות תמ"א 38, כדי להגן עליהם מפני הנזקים העלולים להתרחש כתוצאה מרעידת אדמה. בנוסף החוק נועד להגן על החברה בכללותה – הן על עוברי אורח שעלולים להיפגע מקריסת בניין במקרה של רעידת אדמה והן על הקופה הציבורית שתשא במישרין או בעקיפין בנזקים שיגרמו כתוצאה מרעידת אדמה [...]. את ההסדר הקבוע בחוק החיזוק יש לפרש גם לאור תרומתו למימוש תמ"א 38, המקנה לבעלי הדירות זכויות קנייניות נוספות, שאלמלא תוכנית זו לא היו מוקנות להם כלל" (שם, בפסקה 20 ו-25).

45. ומכאן לענייננו. סעיף 11 עוסק בהחלת הוראות חוק חיזוק בתים על "מבנה או אגף בבית מורכב כמשמעותו בסעיף 59 לחוק המקרקעין". ועדת הערר עשתה שימוש בסעיף זה, בתמיכה לטענה, לפיה ניתן לחזק, במקרה דנן, את הבניין, מבלי לחזק את

המבנה הקדמי. ייאמר כבר עתה, כי אף אני סבור כי נפלה שגגה משפטית בנקודה זו, בהחלטתה של ועדת הערר, ואולם זאת מנימוקים שונים מאלו שפורטו על ידי בית משפט קמא. בעוד שבית משפט קמא סבר כי הטעות בהחלטה נעוצה בסיווג המגרש כבית מורכב, הרי שלטעמי, לא היה מקום להידרש כלל להוראות החוק, בכדי להתמודד עם שאלה שהיא תכנונית באופייה. כאמור, חוק חיזוק בתים הוא חוק בעל אופי קנייני, והוא נכנס לפעולה בשלב שלאחר מתן היתר הבניה. חוק זה נועד להסדיר את מערכת היחסים בין בעלי דירות בבית משותף, אשר בו נדרש חיזוק בהתאם לתמ"א 38, תוך ניסיון להקל על הדיירים, אשר מבקשים להחיל עליהם את התוכנית. החוק אינו מסדיר את מערכת היחסים בין מבקש היתר הבניה לבין רשויות התכנון, והוא לא נועד לקבוע הסדרים כלשהם בנוגע לסמכויות מוסדות התכנון, או להגביל את שיקול דעתם במתן היתרי בניה על פי תמ"א 38 (ראו, דיון מעמיק בסוגיה זו בעת"מ (מינהליים חיפה) 48961-09-14 ועד הבית של רחוב סורוקה 33א' נ' מדינת ישראל - משרד הפנים - ועדת ערר מחוז חיפה (24.12.2014)). יצוין, כי ברע"א 4138/10 שרה נ' אורון (5.7.2010), עמד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, על הקושי שיצר חוק חיזוק בתים בעבר, כאשר לא היה אפשר להחילו עד שלא ניתן היתר בניה בפועל. בשנת 2011, תוקן החוק (תיקון מס' 1, ס"ח התשע"א 2273, 202), ועל מנת שניתן יהיה לפעול מכוח החוק, אין עוד צורך בקבלת היתר בניה בפועל, ודי בהחלטה של הוועדה המקומית לאשר את מתן היתר הבניה המבוקש, בתנאים כאלו או אחרים (ראו גדרון ונמדר, עמ' 397). ואולם, אין בתיקון זה בכדי לשנות מאופיו הקנייני של החוק, כאמור. נראה, אפוא, כי הסתמכותה של ועדת הערר על סעיף 11 לחוק חיזוק בתים, בכדי ליתן מענה לשאלה תכנונית, לא היתה במקומה.

46. ואולם, השאלה הדורשת מענה היא, האם טעותה של ועדת הערר גוררת, מניה וביה, את ביטול החלטתה, כפי שסבר בית משפט קמא. המערערים טענו, כי גם בהנחה שנפלה, בעניין זה, טעות משפטית, אין הכרח לבטל את החלטתה של ועדת הערר כולה, וניתן היה לבטל את אותם חלקים בהחלטה, אשר מתבססים על חוק חיזוק בתים. מקובלת עליו עמדתם של המערערים, בנקודה זו. עקרון התוצאה היחסית (או הבטלות היחסית), מבחין בין הפגם שנפל במעשה המינהלי לבין תוצאותיו של הפגם, ומקנה לבית המשפט גמישות גדולה יותר בבחירת הסעד המתאים, בהתחשב באופיו של הפגם, ובנסיבות העניין (עע"מ 7171/11 העמותה למען איכות חיים וטביבה בנהריה ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה (12.8.2013); עע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע (7.12.2006); עע"מ 8531/10 זכאי נ' משרד הביטחון (28.11.2011)). כאמור, ההסתמכות על חוק חיזוק בתים היתה, כאמור, שגויה, אך הסתמכות זו לא מנעה מועדת הערר לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים, לרבות

השיקולים הנוגעים לעניינה של הגב' רחל שקד. אשר על כן, ניתן היה, לבטל את אותם חלקים בהחלטה, המסתמכים על סעיף 11 לחוק חיזוק בתים, ולהימנע מביטול ההחלטה כולה.

תכנון מקומות החנייה במגרש

47. כאמור, בית משפט קמא מצא לקבל את העתירה, וזאת בין היתר, מאחר שועדת הערר קיבלה, לטעמו של בית משפט קמא, החלטה בנוגע לחנייה, אשר לא היתה מבוססת על תשתית עובדתית ראויה. בהינתן עמדתי, לפיה יש להחזיר את הנושא לדיון חוזר בפני ועדת הערר, אינני רואה צורך להידרש לשאלה, האם עמדה בפני ועדת הערר תשתית עובדתית מספקת, לצורך הכרעה בעניין הנדון. כך או כך, על ועדת הערר לקבל את המידע העובדתי הרלוונטי, לעניין הסדרת החניות במגרש ובסביבתו, ככל שהדבר לא נעשה על ידה.

48. עם זאת, אבקש לנצל את ההזדמנות העומדת בפניי בכדי להקדיש מספר מילים לנושא הסדרי החנייה, במסגרת בקשה להיתר לפי תמ"א 38. הוראותיה של תמ"א 38 אינן קובעות את תקן החנייה הנדרש, בעקבות בניה המבוצעת במסגרת התוכנית. ואולם, בסעיף 17 נקבע אופן הסדרת מקומות החנייה הנוספים הנדרשים לפי התקן, עקב בניה הנעשית מכוח תמ"א 38 :

"תנאי להיתר לתוספות בניה על פי האמור בסעיפים 14-11 יהיה הצגת פתרון חניה לשביעות רצונו של מהנדס הועדה המקומית. פתרון החניה ייקח בחשבון את תוספת מקומות החניה הנדרשים על פי דין עקב תוספת הבניה והשלמת מקומות החניה אם נגרעו כתוצאה מתוספת הבניה. אם לא ניתן להסדיר את מספר מקומות החניה הנדרשים על פי דין במגרש, תהא הועדה המקומית רשאית להתיר הסדרת מקומות חניה מחוץ לשטח המגרש, אם נוכחה כי התקנת מקומות חניה בתוך המגרש אינה אפשרית מסיבות תכנוניות, אדריכליות ואחרות. הועדה המקומית תהא רשאית להתנות מתן ההיתר בהשתתפות הנהנים מההיתר בהסדרתם של מקומות חניה במקומות שיוקנו לשם כך בשכונה במרחק סביר, כמפורט בתוספת לתקנות התכנון והבניה (התקנת מקומות חניה), התשמ"ג-1983" [ההדגשות שלי- א.ש.] (ראו גם, גדרון ונמדר, עמ' 275).

49. על פי הוראת סעיף 17, במסגרת פרויקט המתבצע בהתאם לתמ"א 38, לא נדרש להוסיף מקומות חנייה לדירות הקיימות, ככל שלא היתה להן חנייה קודם לכן, אלא רק

להשלים את תקן החנייה, בהתאם לתוספת הבניה מכוח התמ"א; וכן להוסיף את החנייה שנגרעה, במידה שנגרעה, כתוצאה מתוספת הבניה. את סעיף 17 להוראות התוכנית יש לקרוא ביחד עם הוראות סעיף 3א158 לחוק התכנון והבניה:

"3א158. (א) לא יתנה מוסד תכנון היתר לביצוע עבודה ברכוש המשותף, לפי תכנית החיזוק, בהתקנת מקומות חניה נוספים במספר הנדרש לפי דין בתחום הנכס נושא ההיתר, כולם או חלקם, אם מצא כי לא ניתן להתקינם בתחום הנכס.

(ב)(1) מוסד תכנון רשאי לחייב מבקש היתר כאמור בסעיף קטן (א) להשתתף בהתקנתם של מקומות החניה הנוספים בחניון ציבורי באזור הנכס נושא ההיתר, בסכום שיקבע שמאי מטעם מוסד התכנון;

(2) הסכומים שיתקבלו במוסד תכנון לפי הוראות סעיף זה יופקדו בחשבון נפרד של מוסד התכנון וישמשו אך ורק למטרה לשמה נועדו; לא הותקנו מקומות החניה בחניון הציבורי כאמור בתוך עשר שנים ממועד מתן ההיתר, יוחזרו הסכומים האמורים למבקש ההיתר בצירוף הפרשי הצמדה וריבית.

(ג) בסעיף זה –

'עבודה ברכוש המשותף' ו'תכנית החיזוק' – כמשמעותם בחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח-2008;

'הפרשי הצמדה וריבית' – כהגדרתם בחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 [ההדגשות שלי- א.ש.].

50. סעיף 3א158 לחוק התכנון והבניה נחקק במסגרת תיקון מס' 97 לחוק התכנון והבניה, כתיקון עקיף, שנעשה בתיקון לחוק חיזוק בתים (תיקון מס' 2), אשר נועד להקל "את ביצוע העבודות ברכוש המשותף לפי תכנית החיזוק [תמ"א 38 – א.ש.]" (דברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה) (תיקון מס' 2) (הקלת התנאים לחיזוק בית משותף), התשע"ב-2012, ה"ח 459, עמ' 165). על היחס בין שני הסעיפים עמדו גדרון ונמדר בספרם, בעמ' 286-288:

"סעיף 3א158(א) שולל ממוסד תכנון את הסמכות למנוע אישור זכויות בניה מכוח הוראות סעיפים 11, 12 ו-14 לתמ"א 38, מהנימוק כי לא ניתן להתקין את מספר מקומות החניה אותם יש להסדיר לפי סעיף 17 לתמ"א, כולם או חלקם, בתחום המגרש, אם מוסד התכנון מצא כי לא ניתן להסדיר את מקומות החניה בתחום המגרש. במקרה כזה על הועדה המקומית לתת את היתר הבניה המבוקש, על אף העובדה כי מבקש ההיתר לא הסדיר את מקומות החניה הנדרשים מכוח סעיף 17 לתמ"א בתחום המגרש, בכפוף לזכות הועדה המקומית לחייב את מבקש ההיתר לשלם דמי השתתפות להתקנת מקומות חניה בחניון ציבורי".

51. מקובלת על ידי גישתם זו של גדרון ונמדר, אשר עולה בקנה אחד עם מטרתה של תמ"א 38. בחקיקתו של סעיף 158א3 לחוק התכנון והבניה, הביע המחוקק את דעתו, כי ככלל, מקומות חנייה נוספים, שלא ניתן להתקינם בתחום הנכס, לא יהוו חסם למתן היתר לביצוע עבודה ברכוש משותף, לפי תמ"א 38. ועוד נאמר בסעיף, כי הועדה המקומית רשאית לחייב את מבקש ההיתר לשלם דמי השתתפות, לצורך העמדת מקומות חנייה בחניון ציבורי באזור הנכס. באיזון בין הצורך בקידום יישומה של תמ"א 38, לבין האינטרס הציבורי באזור הנכס. באיזון בין הצורך בקידום יישומה של תמ"א 38, לצורך ביישום תמ"א 38 (וראו, החלטות של ועדות הערר ברוח אותם הדברים: ערר (ועדת ערר לתכנון ובניה מחוז חיפה) 198/15 רועי נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה חיפה (2.9.2015); ערר (ועדת ערר לתכנון ובניה מחוז חיפה) 340/14 יעקב נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה חיפה (12.3.2015); ערר (ועדת ערר לתכנון ובניה מחוז חיפה) 153/14 גליקסמן נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה חיפה (15.1.2015)).

סוף דבר

52. לסיכום, לוגית ותקבל דעתי, הערעור יתקבל במובן זה שהנושא יוחזר לדיון מחודש בפני ועדת הערר. במסגרת הדיון בוועדת הערר יציגו בני הזוג אברהם את הצעתם המתוקנת והמעודכנת, בנוגע לתוכניתם לחיזוק הבניין. על ההצעה של בני הזוג אברהם לעמוד באמות המידה שפורטו בפסקה 42 לעיל. כמו כן, על הצדדים הנוגעים בדבר להניח בפני ועדת ערר תשתית עובדתית מקיפה בנוגע לסוגיית החנייה במגרש או בסביבתו, ככל שזו לא הונחה קודם לכן, ועל ועדת הערר ליתן את דעתה גם לעניין זה, בהתאם לאמור לעיל. למותר הוא לציין, כי ועדת הערר תפעל כחוכמתה והיא רשאית לקבל או לדחות את הצעתם של בני הזוג אברהם, כפי שהיא רשאית להחזיר את החלטתה הקודמת על כנה.

53. המשיבים 1-4 יישאו, ביחד ולחוד, בהוצאותיהם של המערערים בסכום של 30,000 ₪. המשיבה 6 תשא בהוצאותיה של המשיבה 5 בסכום של 5,000 ₪.



1. אני מסכימה לפסק דינו המקיף של חברי השופט א' שהם, אולם מבקשת אני, עם זאת, להוסיף הערות אחדות.

2. כטרם אדרש לגוף הדברים ברצוני להעיר הערה מקדימה. חברי דן בחוות דעתו בסמכותה של הוועדה המקומית לסרב לבקשה למתן היתר בנייה הכרוכה בתוספת זכויות בנייה "מטעמים מיוחדים" הנעוצים בשיקולים תכנוניים, אדריכליים, נופיים ועוד (סעיף 22 לתמ"א). לשיטתו של חברי, "על החריגה, המצדיקה סירוב לבקשה להיתר, להיות בעוצמה ניכרת ולגרום לפגיעה בלתי סבירה ובלתי מידתית באינטרסים לגיטימיים אחרים, לרבות פגיעה בגורמים המתנגדים לבקשה להיתר" (פסקה 32). כשלעצמי, אני משוכנעת שאכן נכון להגביל כך את שיקול דעת הוועדה המקומית. עם זאת, איננו נדרשים להכריע בכך בנסיבות עניינינו שכן שאלת פרשנות "הטעמים המיוחדים" לא התעוררה כלל בגדרי הערעור דנן וממילא הדיון בה חורג ממסגרת הטענות שהוצגו לפנינו. ככלל, אני מעדיפה את השיטה שלפיה "כשנגיע לגשרים נחצה אותם" (בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 25 לחוות דעתי וההפניות שם (13.4.2016)).

3. וכעת לגוף העניין. מצטרפת אני למסקנתו של חברי ולנימוקיו באשר לכך שהצעת בני הזוג אברהם עומדת בתווכ בין היותה הצעה קניינית לבין היותה גם הצעה תכנונית. לפיכך, מלכתחילה היה על ועדת הערר לדון בהצעת בני הזוג אברהם כפי שהוצגה לה בעת הדיונים בפניה, ולבחון האם הצעה זו מהווה חלופה ראויה לחיזוק המבנה בדרך אחרת מהדרך שהוצעה בבקשה להיתר הבניה. משהוועדה נמנעה מלדון בהצעת בני הזוג, התאפשר להם לשנות את הצעתם ולהניח בפני בית המשפט לעניינים מנהליים הצעה חדשה, אשר לא עמדה בפני ועדת הערר. הצעה חדשה זו הובילה לבלבול בכל הנוגע למסגרת הדיונית הראויה בעתירה מנהלית בענייני תכנון ובנייה, ולהבאת ההכרעה בעניינים מקצועיים הקשורים לענייני תכנון ובניה לערכאה השיפוטית במקום למוסדות התכנון – בניגוד למושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית. אסביר.

4. כפי שתואר בפסק דינו של חברי השופט א' שהם, הצעת בני הזוג אברהם לחיזוק הבניין עברה מספר "גלגולים" ושינויים לאורך ניהול ההליך המשפטי. כך, ההצעה שעמדה בפני הוועדה המקומית וועדת הערר התייחסה להשתתפות בעלויות החיזוק לפי חלקם היחסי של בני הזוג אברהם, בנוסף לבניית ממ"דים (להלן: ההצעה

הראשונה). לעומת זאת, בפני בית המשפט לעניינים מנהליים הניחו בני הזוג הצעה חדשה המבקשת לשאת בכל עלויות החיזוק, כולל פיר מעלית, אך ללא תא מעלית וללא ממ"דים (להלן: ההצעה החדשה). בכך הפכו בני הזוג אברהם את בית המשפט לעניינים מנהליים למעין ערכאה ראשונה לבחינת עניינים תכנוניים, אשר שלא הוצגו קודם לכן בפני הגופים המקצועיים.

5. בעע"ם 9264/10 חברת נ.י.ל.י. נדל"ן בע"מ נ' עיריית גבעת שמואל (30.5.2012) להלן: (עניין נ.י.ל.י.). הבהרתי את המסגרת הדיונית הראויה בעתירה מנהלית בענייני תכנון ובערעור עליה. באותו המקרה מדובר היה בהליך של התנגדות לתכנית בניין עיר אולם מהות הדברים יפה גם לענייננו:

"המסמך הבסיסי הוא, לענייננו ההתנגדות שהגישה העירייה לתוכנית. התנגדות המוגשת לוועדה מחוזית צריכה לכלול את כל הנימוקים שבענייני תכנון ובמידת הצורך גם חוות דעת. אין להעלות במסגרת עתירה מנהלית נימוק תכנוני שלא עלה בהתנגדות... המסמך המכונן הוא כאמור כתב ההתנגדות. אין ככלל מקום להוסיף על ההתנגדות טענות תכנוניות בערך, ועל אחת כמה וכמה שאין מקום להוסיף טענות שכאלה בעתירה מנהלית המוגשת לבית המשפט לעניינים מנהליים. אכן, כפי שקבעתי בהקשר קרוב "על המתנגדים לתוכנית לבסס את טענותיהם בפני מוסדות התכנון ובמידת הצורך, עליהם להגיש חוות דעת מקצועית התומכת בעמדתם. ההכרעה בעניינים מקצועיים הקשורים בתכנון ובניה מסורה למוסדות התכנון. בית המשפט לעניינים מנהליים אינו ערכאה ראשונה לבחינת עניינים תכנוניים" (עע"ם 5239/09 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, פסקה 10 לפסק דיני (16.9.2009)).

יפים בהקשר זה גם דבריו של השופט ריבלין:

"שקיפותו של ההליך התכנוני (באמצעות הפרסום ברבים) ושיתוף הציבור בו (באמצעות מתן זכות ההתנגדות), זה גם זה יסודות חיוניים הם, ובבחינת תנאי מוקדם לשימוש שעושות ועדות התכנון בסמכותן.... אולם מקום שנעשה בו פרסום תקין וכשר של דבר ההליך התכנוני, והוענקה לציבור האפשרות להגיש התנגדות, לא ימהר בית-המשפט לשעות להשגות בעלות אופי 'תכנוני' המועלות לראשונה בפניו, ושלא נשמעו כלל בפני הוועדות" (ע"א 4002/98 מונייר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד נז(4) 665, 669-670 (2003)).

6. הנה כי כן, ככלל, בבית המשפט לעניינים מנהליים יש לתחום את הדיונים בעניינים תכנוניים רק למה שעלה בפני מוסדות התכנון ואין להרחיב מעבר לכך, לא בסיכומים בבית המשפט לעניינים מנהליים ולא בערעור לבית משפט זה. בית המשפט לעניינים מנהליים אינו ערכאה ראשונה לבחינת עניינים תכנוניים והדבר משליך על האפשרות להציג בפניו חוות דעת או הצעות תכנוניות-מקצועיות, שלא הוצגו קודם לכן בפני הגופים המקצועיים.

7. מהמתואר לעיל עולה כי לכאורה, משביקשו בני הזוג אברהם לשנות את הצעתם, היה עליהם לפנות עם הצעתם החדשה למוסד התכנון הרלוונטי על מנת שיבחנה לגופה, ובענייננו לוועדת הערר. דא עקא, שלאור סברתה של ועדת הערר שלפיה הצעת בני הזוג אברהם היא בגדר "הצעה קניינית מובהקת" אשר אינה מצויה בתחום סמכותה, סביר שממילא הייתה הוועדה מסרבת לדון בהצעתם החדשה של בני הזוג (כפי שגם נמנעה מלדון בהצעתם הראשונה של בני הזוג וכפי שסירבה להצעת בית המשפט קמא להחזיר אליה את הדיון לשם בחינת הצעתם החדשה).

8. משכך, נראה שהפתרון הראוי במקרה דנן היה בכך שבית המשפט קמא יורה על החזרת הדיון בהצעת בני הזוג אברהם לוועדת הערר, גם ללא הסכמת הוועדה (צעד שרשאי הוא לעשות). אולם, בית המשפט קמא נמנע מלעשות כן, וחרף זאת החליט לקבל את העתירה תוך אימוץ הצעתם החדשה של בני הזוג אברהם. בכך נפל לטעמי בית המשפט קמא לכדי טעות שכן הוא נכנס בנעלי רשות התכנון והחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו הוא. לפיכך, מצטרפת אני למסקנתו של חברי כי התוצאה האופרטיבית הראויה בנסיבות המקרה דנן היא להורות על החזרת הדיון לוועדת הערר לשם בחינה מחודשת של הצעתם החדשה של בני הזוג אברהם – בחינה אותה היה על ועדת הערר לעשות עוד מלכתחילה.

9. ודוק, איני מביעה כל עמדה באשר למסקנה הסופית אליה צריכה ועדת הערר להגיע ומצטרפת אני לדברי חברי כי על ועדת הערר לפעול כחכמתה וכמיטב הבנתה בגיבוש החלטתה. מכל מקום, ובשים לב להימשכותם החריגה של ההליכים דנן, מוטב תעשה הוועדה לו תידרש לסוגיה בהקדם, ומוטב יעשו הצדדים כולם אם ישכילו, גם עתה, להגיע לעמק השווה ביניהם.

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק-דינו של חברי השופט א' שהם, ולהערותיה של חברתי הנשיאה מ' נאור.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, כ"ח בתשרי התשע"ז (30.10.2016).

שופט

שופט

הנשיאה