|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בירושלים כבית-משפט לעניינים מנהליים** | | |
|  | | |
| צמרות מרכוס בע"מ ואח' נ' ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז ירושלים ואח' | | 7 יול 2020 24846-01-20 |
|  | | |
| **השופט** | אלכסנדר רון | |
|  | | |
| **העותרים** | 1. צמרות מרכוס בע"מ 2. ששון יצחק נס 3. רוזנברג אביבה 4. סוקולובסקי ג'ניס 5. רגב-רוזנברג רבקה גיטה 6. שוע יוסף 7. שוע לאוני 8. מואב (חיימוביץ) יעקב 9. מוזס ענבל 10. מוזס רון 11. מוזס רבקה 12. מוזס עמנואל 13. לובין רות 14. פלקוביץ פמלה 15. פלקוביץ מיכאל 16. מנהיים נפתלי 17. מאיר משה 18. מאיר חנה רפפורט  ע"י עו"ד פיינגולד עו"ד רפפורט | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיבים** | 1. ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז ירושלים באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים 2. הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים 3. אריקה לורך 4. יהלי דבורה לורך חפץ  ע"י עו"ד מטעם פרקליטות מחוז ירושלים עו"ד עזרא עו"ד חפץ | |

**פסק דין**

1.**כללי**

פסק דין בעתירה מנהלית שהוגשה כנגד החלטת המשיבה 1 מיום 25.11.2019 ולפיה לא אושרה לבניין ברחוב מרכוס 14 בירושלים בניית קומה שישית במסגרת תכנית שהוגשה על פי תמ"א 38 בנסיבות שיפורטו. במישור האופרטיבי שואפים העותרים לפסיקה שתורה על השבת הסוגיה לרשויות התכנון. מטעמים שבבהירות הדיון אתן כבר בשלב זה ביטוי לתמונת המצב המהווה את הבסיס למחלוקת: אושרה לעותרים במסגרת האמורה הוספה של קומה חמישית, חפצים העותרים גם בקומה שישית, ולמעשה, בשלב זה, בכמחצית של קומה שישית נוספת, ונושא זה הוא שמהווה את מוקד המחלוקת. העותרת 1 – החברה המבקשת על דעת מרבית הדיירים לבצע את הבניה [להלן – "העותרת"]; העותרים האחרים, שאר הדיירים, מלבד המשיבות 3 – 4, דיירת, ובתה שמתגוררת בבית הסמוך.

העתירה דנן מהווה המשך ישיר לעתירה קודמת שנדונה והוכרעה כבר בבית משפט זה [עת"מ 45508-06-18; כב' השופט א' אברבנאל, פסק דין מיום 6.1.2019; להלן – "העתירה הקודמת"]. עם זאת, יוטעם כבר עתה, שנכון לראות את פסק דינו של בית משפט זה בעתירה הקודמת הנ"ל כחלק מפסק דין זה, ולכל הפחות כמגבש את הרקע הנדרש להבנת עניינה של עתירה זו.

2.**המארג הנורמטיבי**

א.הרובד הבסיסי מגולם בחוק התכנון והבניה. לא נמצא טעם להרחיב בעניינו, ועם זאת נכון כבר בשלב זה להדגיש מושכלות ראשונים אליהם עתיד אני לשוב במעלה הדרך, לפיהם קובע החוק מה הן הדרכים בהן ניתן לאשר תכניות לסוגיהן, ותפיסתית אין בחוק זה כדי לחייב מי מבין רשויות התכנון לאשר תכנית כלשהיא, ומכל סוג, מקום בו לא נראה לגורם המוסמך נכון לעשות זאת. תכלית החוק – קביעת מוסדות ומסגרת לתכנון ובניה, ולא בחיוב הגורמים המוסמכים, לאשרה.

ב.הרובד הבא שנכון להזכירו, הינו תמ"א 38. אסתפק בכך שאתן ביטוי לעקרונות עליהן מושתתת תכנית זו – מתן אפשרות לחיזוק מבנים ישנים, בפרט לקראת רעידות אדמה (חס וחלילה) ועוד, כשמקור המימון לכך יגיע בזכויות בניה נוספת שתאושרנה במקביל לכל הכרוך בחיזוק המבנה. ואולם, היתה כבר במועד בו התגבשה תכנית מתאר זו מודעות לכך, שבמקומות שונים יש לאפשר התאמות ספציפיות תוך מתן אפשרות למאפיינים של שכונות ויישובים מסוימים להשפיע על המתווה ועל האפשרות ליישומה של תכנית זו. על רקע זה, נכללו בתמ"א 38 סעיפים 22 ו-23 שבנסיבות העניין אביא את האמור בהם בלשונם:

**22. אין באמור בתכנית זו כדי לשלול מסמכותה של הועדה המקומית לסרב לתת היתר לבנייה הכרוך בתוספת זכויות בנייה על פי סעיפים 11 - 14א אם מצאה משיקולים תכנוניים, או אדריכליים, נופיים, כושר נשיאה של תשתיות, כי יש לסרב לבקשה להיתר או אם מצאה כי תוספת הבנייה צריכה להיבחן במסגרת תכנית שתסדיר עניינים נוספים אלו לאור התוספת המבוקשת. הוועדה 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 עמו תוספת זכויות בנייה.**

**23. מצא מוסד תכנון כי יש צורך להתאים את הוראת תכנית זו למאפייני ישוב או חלקים ממנו, יהיה מוסמך לאשר תכנית מפורטת שמטרתה חיזוק מבנים כנגד רעידות אדמה, על פי הוראות תכנית זו וכמפורט להלן: בתכנית מפורטת כאמור ניתן לקבוע כי יחולו בתחומה רק חלק מהוראות תכנית זו, או לקבוע הוראות שונות מהקבוע בתכנית זו בעניינים המפורטים להלן: שטחי בנייה, יחידות דיור, גובה בנייה, קווי בניין, עיצוב אדריכלי ותקני חניה.**

ג.על יסוד סעיף 23 הנ"ל, הוכנה בירושלים תכנית 10038 שעיקר תכליתה – קביעת כללים ליישום תמ"א 38 בירושלים, בשים לב לאפייה של העיר ובפרט בשכונות מסוימות, בדגש על שכונות ותיקות בהן מצויים מבנים לשימור בהיקף לא מבוטל. למען שלמות התמונה, נכון לציין את הזיקה בין תכנית 10038 לבין מסמך מדיניות נוסף – תכנית האב למושבות, המתייחסת לשכונות מן הסוג האמור.

ד.ולבסוף, קיימת גם פסיקה, אמנם – מוגבלת בהיקפה.

3.**הכרונולוגיה הרלוונטית להבנת עתירה זאת**

א.מחלוקות שונות ליוו את התכנית מתחילתה, כשהראשונות שבהן אינן עוד מענייננו. זאת, עד שביום 17.5.2018 ניתנה החלטה ראשונה של ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה, שדחתה את הבקשה להקמת קומה שישית מטעמים שהיוו את הבסיס לעתירה המנהלית הקודמת.

ב.מרבית הסוגיות שנדונו בעתירה הקודמת, אינן עוד מענייננו. ואולם, נתונה עתה החשיבות לפסיקת בית המשפט ביחס לאפשרות להקמת קומה שישית. לכך מייחד בית המשפט בעתירה הקודמת את סעיף 25 לפסק דינו. האמור בפסיקה זו, מהווה את נקודת המוצא לשלבי המחלוקת שהתפתחו לאחר מכן, ודומני שנכון להביא את האמור בסעיף זה בלשון פסק הדין:

**יובהר כי ועדת הערר הייתה רשאית לתת משקל לערכיה של תכנית האב, לעקרונותיה ואף לכך שברגיל – בבקשות לתוספות בנייה שלא במסגרת תכנית 10038 – לא תתאפשר על פיה תוספת קומות; שיקולים אלה ראויים להישקל גם בעת הכרעה בבקשה להיתר לפי תכנית 10038. ואולם בעניין שלפנינו ועדת הערר קבעה כאמור קביעה שגויה, ולפיה על פי ההנחיה החלה על הבקשה אין להתיר תוספת קומות, וכי היעתרות לבקשה עולה כדי סטייה מההנחיה. ועדת הערר לא נתנה כל משקל לתוספות הקומות המרבית שנקבעה בתכנית 10038, זאת נוכח סברתה האמורה כי הוראות תכנית 10038 אינן רלוונטיות לבקשות לתוספות בנייה המוגשות לצורך חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה... נימוק שגוי זה עובר כחוט השני לכל אורכה של ההחלטה ונראה כי השפיע על שיקול דעתה של וועדת הערר... כאמור לעיל, מדיניות התכנון החלה על המבנה שלפנינו מאפשרת תוספת מרבית של שתי קומות, ומכאן שתוספת של קומה אחת או קומה וחצי אינה מנוגדת למדיניות זו, ואין בה כדי להוות סטייה ממנה."**

ג.כבר בשלב זה ראוי לספק הבהרה נוספת: מלכתחילה, ואף בשלב זה, מתנגד מהנדס העיר לקומה השישית. עמדתו תשתקף בהחלטת המשיבה 1, ומכאן שאין צורך לפרטה עתה, ואולם, ציון עובדה זו – רלוונטי להבנת טענות הצדדים.

ד.הנושא שב לוועדת הערר, שביום 25.11.2019 נתנה את החלטתה, תוך שקיבלה את הערר. בנקודה זו, דומני, שראוי לתת ביטוי לעיקר נימוקי ועדת הערר:

**14. יוצא אם כן שעל הועדה המקומית לאזן בין שתי "תכניות". מחד תכנית 10038 המאפשרת תוספת של עד שתי קומות ומאידך תכנית האב (שאיננה מסמך סטטוטורי אלא מסמך מדיניות, אליו מפנה תכנית 10038) שלא מאפשרת כלל בניה בשטח נשוא ערר זה. האיזון הראוי לגישת בא כוח המשיבה 2 הוא קומה וחצי כפי שביקש (על אף שבדיון האחרון הסתייג וטען שיש לאשר שתי קומות), זו גם עמדת הועדה המקומית. עמדת מהנדס העיר היא שיש לאשר קומה אחת בלבד.**

**15. מהנדס העיר הופיע בפנינו והציג את עמדתו לפיה, תכנית 10038 היא הקובעת את גבולות הגזרה של הזכויות המקסימליות שאפשר לקבל מכוח תמ"א 38. יתירה מכך, דברי ההסבר לתכנית מבהירים "כי תכנית זו, אינה מקנה זכויות בנייה וכל עניינה במתן אפשרויות וסמכות לוועדה המקומית להוספת זכויות בנייה, בכפוף לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה ובכפוף לכל התנאים והסייגים הקבועים בתכנית". סעיף 6.5.9 קובע כי בתחום העיר ההיסטורית, תידרש הועדה המקומית להתייחס לתוכניות האב ולמדניות הועדה המחוזית החלה על האזור. תכנית האב ביחס למקרקעין נשוא ערר זה קובעת כי באזורים לשימור, אזור ליבה לשימור, אין תוספות. עמדת הצוות המקצועי היא נוסחה עדינה המאזנת בין האינטרס שנקבע בתכנית האב לבין האינטרס בחיזוק המבנה, האיזון העדין מתבטא בהוספת קומה אחת בלבד. לעמדת מהנדס העיר מדיניות התכנון נגזרת מתוך חשיבה על הציבור, על ערכי השימור, על הטופוגרפיה ועל התפתחות העיר. עמדת מהנדס העיר הינה, אפוא, לאפשר תוספת בנייה מינימאלית שתאפשר את הפרויקט אבל לא תפגע בערכי השימור. תכנית 10038 נועדה כפי שאמר מהנדס העיר, וכפי שמופיע בדברי ההסבר לתכנית לקבוע ולהגדיר "הנחיות מיוחדות לבינוי במרקמים בעלי מאפיינים ייחודיים: תחום העיר העתיקה, תחום העיר ההיסטורית ואזורי שימור ואזורים המיועדים להתחדשות עירונית...".**

**16. כל מי שמצוי בהיסטוריה החקיקתית של תמ"א 38 יודע שתמ"א 38 הלכה לאזורי הביקוש. בעיר ירושלים אזורי הביקוש מצויים ברובם בעיר ההיסטורית. מוסדות התכנון ראו חובה לעצמם לקבוע גבולות וסייגים לבנייה באזורים אלה בשל החשיבות לשמור על הרבדים ההיסטוריים של העיר ירושלים. האיזון נקבע, אפוא, על קומה אחת וכך יודעים כל יזמי העיר המבקשים לקבל, מבעוד מועד, את עמדת מחלקת הרישוי ומהנדס העיר; זו אפוא עמדת הצוות המקצועי של המשיבה 1.**

**17. אין חולק, כי סמכות הועדה המקומית היא לאשר עד שתי קומות. כמו כן, יש לנהוג במסמכי מדיניות כדוגמת תכנית אב משנה זהירות, שכן עסקינן בתכנית שלא עברה שיתוף ציבור ראוי ולא עמדה בפרוצדורה הקבועה בחוק לאישור תכנית והלכה למעשה אינה מסמך סטטוטורי; אלא שעה שזו מדיניות מהנדס העיר ובפרט נוכח הוראות התכנית הקובעות כי בתחום העיר ההיסטורית, תידרש הועדה המקומית להתייחס לתוכניות האב ולמדניות הועדה המחוזית ראוי היה לוועדה המקומית שתפרט ותנמק את סטייתה ממדיניות מהנדס העיר; זוהי חובת ההנמקה המוגברת הנדרשת במקרה שבפנינו. עיון בהחלטת הוועדה המקומית והעמדה כפי שהוצגה בפנינו נעדרים את ההנמקה הנדרשת. ברי כי קיימת לוועדה המקומית האפשרות לסטות מעמדת הצוות המקצועי, הסיבות והנימוקים לסטות ממדיניות מהנדס העיר יכולות להיות מגוונות אלא שהן דורשות הסבר והנמקה. כך למשל, נטען בפנינו על ידי המשיבה 2, כי הוועדה המקומית יכולה לסטות מעמדת הצוות המקצועי משיקולים כלכליים, כך שאלמלא תוספת של קומה וחצי לא יצא הפרויקט לפועל, ואולם, טענה זו נטענה בפנינו בעלמא וללא ביסוס ואסמכתאות, ואין היא מקיימת את הבסיס הנדרש לסטייה מעמדת הצוות המקצועי.**

**18. בסופו של יום במקרה שבפנינו הנימוק בגינו חרגה וסטתה הועדה המקומית ממדיניות מהנדס העיר היא בשל העובדה שאין נצפות לפרויקט ממפלס הרחוב. אלא שעמדת מהנדס העיר לא נשענת רק על נצפות, יסודותיה של עמדת מהנדס העיר נעוצות בכך שמדובר באזור הרגיש ביותר מבחינת שמירת מרקם השימור של העיר ההיסטורית. עמדת הועדה המקומית התעלמה מעמדתו העקרונית של מהנדס העיר, חרף דברי היועמ"ש של הוועדה המקומית שאמרה בדיון "תנמקו טוב כי אנו צריכים להיות חזקים", והתבססה רק על עניין הנצפות וזאת בהסתמך על מצגת של היזמים לפיה אין נצפות ממפלס הרחוב. ועדת הערר סברה שיש בעיה ביחס לנצפות המבנה וזאת לאחר שיצאה לסיור בשטח. המצגת, לטענת ועדת הערר, הייתה ערוכה בצורה מגמתית כאשר הנצפות הרלוונטית שיש לבחון היא מרחבת התיאטרון ושם יש נצפות במצב הקיים של 5 קומות.**

**19. לאור האמור לעיל ולאחר ששמענו את הצדדים באריכות, השתכנענו, אפוא, שאין בהחלטת הועדה המקומית נימוק המצדיק סטייה ממדיניות מהנדס העיר וזאת ללא קשר לשאלת הסמכות, שאלה בה הכריע בית המשפט המחוזי. משעה שהחלטת הועדה המקומית מבוססת על עניין הנצפות ונושא זה נדחה על ידי ועדת הערר לאחר שסיירה במקום, ולאחר שמהנדס העיר הציג בפנינו את מדיניותו בצורה ברורה וחדה אין מקום לאשר את הבקשה ולחרוג ממדיניות התכנון.**

**20. לאור האמור הצענו ליזם, המשיבה 2, להחזיר את הבקשה לדיון בוועדה המקומית על מנת שתשקול את עמדתה תוך התייחסות מפורשת למדיניות מהנדס העיר ותוך קביעת קריטריונים אחידים ושוויוניים שישליכו גם על מקרים אחרים (לדוג': סוג הבניין, אופי הרחוב, חתכי רחוב, קריטריונים לצפות וכיו"ב) המשיב 2 סירב. משעה שסירב, אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות. בפנינו אפוא עמדה של מהנדס העיר שהציג את האיזונים הראויים בעניו תכנונית. איזונים אשר, כפי שנאמר לנו, הם המידע המקבל כל יזם המעוניין לבנות את העיר ירושלים. ומנגד החלטת הועדה המקומית המבוססת על שיקול אחד מבין מגוון השיקולים שיש לשקול כפי שהובהר בפנינו בעמדת מהנדס העיר, ומכל מקום, שיקול זה נדחה על ידי ועדת הערר בהחלטתה הקודמת, ולא מצאנו מקום לשנות מקביעה זו. נוכח המבואר לעיל, ולאחר שקיימנו את האיזונים הנדרשים, לא מצאנו מקום לשנות מהתוצאה התכנונית כפי שהתקבלה בהחלטתה ועדת הערר בהחלטתה מיום 17.5.2018.**

**21. סוף דבר, אנו מקבלים את הערר ומאמצים את נימוקי מהנדס העיר וכן את הנימוקים התכנוניים והחלק האופרטיבי שבהחלטת ועדת הערר מיום 17.5.2018. יודגש כי אין בהחלטתנו כדי למנוע מהמשיבה 2 לחזור ולפנות לוועדה המקומית ואין בהחלטתנו כדי לקבוע את מדיניות התכנון לוועדה המקומית כל זאת בכפוף לכך שסטייה, של הוועדה המקומית, ממדיניות התכנון של הגורמים המקצועיים תתבסס על שיקולים ראויים, מבוססים, מנומקים ושוויוניים ותבחן את האיזון הראוי בין האינטרס בחיזוק מבנים אל מול האינטרס בשמירה על המרקם ההיסטורי של העיר בראיה רחבה וזאת כנדרש מחובת ההנמקה המוגברת לה כפופה המשיבה 1 שעה שעמדת הצוות המקצועי לא מקובל עליה.**

**22. בכפוף לאמור הערר מתקבל. אין צו להוצאות.**

4.**תמצית טענות העותרת**

א.ראשית נטען בסעיף 25 לעתירה, כי יש בהחלטת ועדת הערר משום סירוב לקבל את פסיקת בית המשפט בעתירה הקודמת. ניסוח הטענה אף מרחיק לכת, ונטען שיש בכך כדי ביזיון בית המשפט.

ב.דגש נרחב בנימוקי העתירה הושם על "מדיניות מהנדס העיר", שכזכור, נוקט בעמדה לפיה אין מקום לקומה שישית, והגם שהוועדה המקומית לא נכונה היתה לקבל את עמדתו, החליטה ועדת הערר לאמץ גישה המתיישבת עם מדיניות זאת. בתוך כך נטען, שאין מדיניות זאת לגיטימית באשר אין היא מתיישבת עם לשונה ורוחה של תמ"א 38 ואף לא עם תכנית 10038. בהמשך לאמור פירטה העותרת וטענה שהאיזונים עליהם מתבססת גישת מהנדס העיר (ושקיבלו ביטוי גם בהחלטת ועדת הערר) מתבססת בעיקרה על תכנית האב למושבות ואין הצדקה ליצור איזון כלשהו בינה לבין תכנית 10038 [סעיף 46 לנימוקי העתירה].

ג.ולמעשה נטען, שהחלטת ועדת הערר כדלעיל, מצד אחד, מתעלמת מפסיקת בית המשפט בעתירה הקודמת, ומצד שני נצמדת להחלטתה המקורית שכלפיה הוגשה, כזכור, העתירה הקודמת, ולמדיניותו של מהנדס העיר, אשר, על פי הנטען, אינה לגיטימית.

כאמור, אין באמור לעיל כדי למצות את טענות העותרת, ולפרטיהן אשוב בדיון בטענות לגופן.

5.**תמצית טענות המשיבות**

המשיבות מאמצות את החלטת ועדת הערר מטעמיה, וזאת לצד דגש על הטיעון העקרוני שקיבל כבר ביטוי על ידי בתחילת דברי, ולפיו כל תכנית ומכל סוג אינה אלא קביעה של תקרת הבניה האפשרית, יש בה כדי לאפשר בניה במסגרת התכנית, מקום שנכון הדבר, אבל, לעולם, אין בה כדי לחייב את הרשויות לאשר את כל מה שמתאפשר. ומעבר לאמור, ניתן ביטוי חוזר ונשנה לעקרון המעוגן היטב אף בפסיקת בתי המשפט, ולפיו ראוי לבית משפט זה למעט עד מאוד בהתערבות, מקום שעל הפרק שאלות תכנוניות.

ומכאן, לגופן של טענות.

6.**העתירה הקודמת, שיקול דעת תכנוני, ומדיניות בתי המשפט**

א.הדגש ששמה העותרת על פסק הדין הקודם כטיעון לפרשתנו – על פניו, אינו במקומו. בית המשפט הבהיר בפסק דינו הקודם, שאין במארג הנורמות הרלוונטיות כדי למנוע הקמת קומה שישית, ולפיכך אחת ממסקנות ועדת הערר בסיבוב הקודם, שגויה. ודוק: אילו סבר בית המשפט, שבסמכותו לאשר קומה שישית, היה הדבר נכתב במפורש, ובהינתן שכך, ייתכן שלא נצרכת היתה העותרת לסוגיה בשנית, הרי, אושר הדבר. אך יודעת העותרת היטיב, שאין בית משפט זה מוסמך לאשר תכנית לבניית קומה שישית, ואף לא לכפות על רשויות התכנון לאשרה. אף ייתכן שהדגש הרב (מדי) המושם על כך בעתירה מצביע על מודעות מצד העותרת לקושי להתמודד עם החלטה תכנונית במסגרת עתירה זו.

ב.פסיקת בתי המשפט נוקטת בעקביות בגישה המצדדת באי התערבות בשיקול הדעת התכנוני:-

"הדילמות שבין צרכי פיתוח אל מול ערכי סביבה, כמו גם שאלות אחרות הנובעות מהליכי התכנון, הן שאלות תכנוניות מובהקות אשר ההכרעה בהן נמסרה בחוק למוסדות התכנון, בהתאם לסוג התכנית, ולא לבתי המשפט. וכפי שבית משפט זה הדגיש פעמים אין-ספור, אין בית המשפט משמש כ"מוסד תכנון על", אלא תפקידו לערוך ביקורת שיפוטית כדי להבטיח שהליכי התכנון התקיימו כדין. [בג"ץ 4375/19 מועצה אזורית מטה יהודה נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה (18.5.2020)].

אשר למדיניות המרוסנת הנדרשת בתחומים אלה, ניתן ביטוי בפסיקת בתי המשפט פעמים לאין מספר:-

"בית משפט זה עמד לא פעם על הגישה המרוסנת שיש לנקוט בה במסגרת הביקורת השיפוטית-המנהלית על החלטותיהן של רשויות התכנון בתחום שיקול דעתן... גישה מצמצמת זו יש לה טעם והגיון. תחום התכנון והבנייה מעורר תכופות שאלות מקצועיות מובהקות שהמקום הראוי לבררן הוא לפני הגופים המוסמכים. הליכי התכנון כוללים מנגנונים מובנים של השגה המאפשרים גם למתנגדים להשמיע את קולם... זאת ועוד: פתיחת פתח רחב מדי לביקורת שיפוטית עלולה לעכב ואף לטרפד דה-פקטו את היכולת לקדם פרויקטים חשובים, ללא הצדקה" [בג"ץ 1880/07 אתרוג נ' ממשלת ישראל (17.6.2009)].

כמו כן השווה:-

**"כלל נקוט הוא בידינו כי בית המשפט אינו שם עצמו בנעליהן של רשויות התכנון ואין הוא מעמיד את שיקול דעתו שלו תחת שיקול דעתן המקצועי של אותן רשויות. התערבותו של בית המשפט בהחלטות של רשויות התכנון נעשית במשורה, בעילות מובהקות המצדיקות התערבות במעשה המינהלי, כגון: חריגה מסמכות, חוסר תום לב או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות**". [עע"ם 9156/05 משה גרידינגר נ' מריוס ושרון ראפ (10.6.2008)]

7.**תכנית 10038**

א.עוגן מרכזי לטענותיה מוצאת העותרת בתכנית הנ"ל. בין היתר הודגשה מעורבות מהנדס העיר בגיבוש התכנית, נטען שהיא – "אם כל המדיניות" [עמ' 3 שורה 26 לפרוטוקול; (וגם אם לתחושתי ייתכן שההקלדה אולי חסרה במעט, ברורה טענתו)]. משמעותית שבעתיים טענתה שיש לראות תכנית זו כהנחיה, ומכאן, על פי הנטען, חלה בעניין כל הפסיקה המנהלית המסייגת את האפשרויות של הרשות לסטות מהנחיותיה היא. ברם, טענה זו, שהיא יצירתית משהו, אינה ניצבת על קרקע יציבה: תכנית מתאר אינה הנחיה, כמו שהנחיה מנהלית אינה תכנית, ואין למאמצי ב"כ הנכבד של העותרת לשוות לתכנית 10038 מעמד של הנחיה מנהלית, כל אחיזה. בשלהי טיעוניו עוד הפליג ב"כ העותרת וחתר להעניק לתכנית זו מעמד של מדיניות סטטוטורית [עמ' 4 לפרוטוקול, שורה 3], וזאת, ללא כל בסיס בדין. ובנקודה זו חוזר הדיון לדברים שכבר נכתבו: תכניות מתאר נועדו לאפשר בניה, ואין דינן כדין הנחיות שנועדו – בכפוף לחריגים המהווים בסיס לפסיקה רלוונטית – לחייב, ועיין לעיל.

ב.במסגרת פסיקה שאליה הפנה, ציין ב"כ העותרת בהקשר זה את עע"מ 400/15 הועדה המקומית ת"א נ' ועדת הערר המחוזית ת"א ואח'. לפי פסק הדין, מסמך מדיניות שהוכן על ידי הועדה המקומית, נכון לראותו כהנחיה פנימית, וחשוב שיהיו כמותו לרשות המנהלית [ראה, למשל, בסעיף ד' לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין], אך עתה, דוק: גם פסק דין זה מתייחס למסמכי מדיניות ולא לתכנית כדוגמתה של תכנית 10038, וחשובה לא פחות המסקנה שנתקבלה בהליך דהתם - ההליך התכנוני הוחזר לוועדה, ואף באותה פרשה לא הוחלט על קבלת העתירה בשל כך. מעמדם של מסמכי מדיניות נדון גם בעע"מ 9156/05 משה גרידינגר נ' מריוס ושרון ראפ. גם שם ניתן ביטוי למעמדם של מסמכי מדיניות. בפרט הודגשה בפסק דין זה חשיבות מסמכים אלה לעקרון השוויון, תוך שנקבע שלצורך השוויון אין לסטות מהמדיניות ההולמת, אלא מטעמים שיצדיקו את הדבר. ברם, בענייננו, לא נטען לאפליה. אמנם, בשלהי הדיון צפה ועלתה טענה זו מכיוון העותרת, אך היתה זו טענה שחרגה מעילת העתירה, ומלבד אמירה מובלעת בשולי הטיעון, לא על מישור זה נסב הדיון. וחשוב מכך להדגיש, שלמעט אמירות בלתי מבוססות סמוך לתום הדיון, לא הובאו בפני ראיות להתנהלות אחרת מצד המשיבה 1 בבניינים סמוכים, ובהקשר של חלקות שיש הגיון באנלוגיה ביניהן לחלקה עליה בנוי הבניין הנדון. ולאחר כל זאת, אין לי אלא להפנות לאמור בסוף עמוד 18 לפסק דין גרידינגר, ואף לאחר שהודגש מעמד מסמכי המדיניות וחשיבותם לעקרון השוויון, בסופו של דבר – "אין חולק כי הועדה רשאית, ואף חייבת, להפעיל בכל מקרה את שיקול דעתה ביחס לתכנית הספציפית אותה היא באה לאשר, ואין היא יכולה להסתמך על ההנחיה המנהלית מבלי לשקול את נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה הבא בפניה ... ואולם הסטיה מן ההנחיות המנהליות מותרת רק בהתקיים נימוקים תכנוניים פרטניים המצדיקים זאת". וכך בדיוק בפרשתנו: הופעל שיקול דעת ענייני, ובפי המשיבה 1 נימוקים המצדיקים את החלטתה, שהיא החלטה תכנונית, ובית המשפט ייזהר עד מאד, קודם שישקול כלל לשים עצמו בנעליה.

ג.עיון מוקפד בהחלטת ועדת הערר, על רקע טענות העותרת, מצביע על כך, שאכן נכללים בהחלטה מספר משפטים שייתכן שניתן היה לנסחם טוב יותר. ואולם, נפסק רבות, שלא כל הנמקה מוטעית, ובפרשתנו – הנמקה, שלטעמי, לכל היותר, ניתן לומר עליה שניסוחה אינו מן המשופרים, שומטת את הקרקע מתחת לרגליה של אותה החלטה. דברי רלוונטיים אשר להתייחסות הועדה לתכנית האב למושבות, ולמערכת היחסים בינה לבין תכנית 10038, ועוד.

וכך, אחרי ככלות הכל – תכנית 10038, כבודה במקומה מונח, אך אין היא אלא תכנית, וכפי שכבר צוין, כוחה של תכנית הוא במתן האפשרות לבניה, אך לא מעבר לכך, ובוודאי שאין בכוחה לחייב החלטות המתירות בניה.

8.**פסק הדין בעניין דורפברגר**

פסק הדין העיקרי בו משתקפת הדילמה העיקרית של פרשתנו במלוא עצמתה, ניתן בעניינה של חברת דורפברגר [עע"מ 7381/15 ש. דורפברגר בע"מ נ' אברהם עודד ואח' (30.10.2016); להלן: "פסק דין דורפברלגר"]. גם אם היו נסיבותיו הספציפיות שונות במעט, השאלות העיקריות שנדונו בו הן אותן שאלות. במסגרת פסק דין זה ניתן ביטוי נרחב לאינטרס הציבורי הנרחב הגלום בתמ"א 38, תוך שהודגש שאין על הפרק רק אינטרס פרטי של בעלי הדירות המבקשים לשפר את דירותיהם, אלא, במידה רבה, האינטרס הציבורי, שמטרתו הערכות ראויה לרעידות אדמה. אף ניתן בפסק דין זה ביטוי לכך שראוי שמוסדות התכנון ישאפו ככל הניתן לאפשר בנייה במתווים הנגזרים מתמ"א 38, ובכך מצדדת, כמובן, העותרת. ואולם, גם בהינתן כל האמור לעיל, גם נקבע בפסק הדין במפורש, שאין בך כדי לקבוע שעל מוסדות התכנון להתעלם מפגיעה אפשרית באינטרסים לגיטימיים אחרים שעלולים להיפגע, וכי על מוסדות התכנון לבצע איזון בין הצורך הציבורי והתכנוני לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, לבין פגיעה אפשרית באינטרסים אחרים. בית המשפט אף שב על ההלכה שכבר נזכרה לעיל ולפיה למבקש ההיתר, גם במסגרת תמ"א 38 "אין זכות קנויה לקבלת זכויות הבנייה המבוקשות" [עמוד 31 לפסק הדין]. לסופו של יום החזיר בית המשפט העליון את עניינה של אותה פרשה לוועדת הערר [דבר שאותו אין בכוונתי לעשות, הגם שנתבקשתי לכך על ידי ב"כ העותרת, לאחר שהוחזר הנושא כבר פעם אחת לאחר פסק הדין הקודם]. סיכומו של דיון בהלכת דורפברגר במסקנה, שגם לאחר שהודגש האינטרס הציבורי הרב המהוה בסיס לתמ"א 38, עדיין נתון לגורמי התכנון מלוא שיקול הדעת, ומוסמכים הם לאזן בין האינטרס האמור לבין כלל השיקולים התכנונים הרלוונטיים האחרים.

9.**וקודם שאחתום, אשר לתמונה הכללית שנגד עיני**

אין חולקין, שתפיסות היסוד של תמ"א 38, התפתחו מהשילוב של הצורך בחיזוק מבנים ישנים, הצורך לסמן מקורות מימון לכך, והתועלת בהוספת בניה וחידושה. ואולם, הגם שהאינטרס הציבורי לכך ברור, וכך גם האינטרס הלגיטימי עד מאד, של בעלי הזכויות הפרטיקולריים בבתים הרלוונטיים לתכנית זו, נמנע המחוקק מהבניית מנגנונים לתוך תמ"א 38 שיהא בהם כדי לחייב את רשויות התכנון. ויתר על כך, ברור לכל בר בי רב, שאין הדבר נובע מהיסח דעת של המחוקק, לאקונה, או כל כיוצא בכך. היעדר מנגנון לחיוב רשויות התכנון נעשה מדעת. הדברים אף מתיישבים עם תפיסות היסוד של חוק התכנון והבניה, המקנות סמכויות לגורמי התכנון לרמותיהם השונות לאשר בניה או להימנע מכך, אך אין בחוק זה דבר שיש בו כדי לחייב גורמי תכנון לאשר תכנית, כאשר לדעתם, לא נכון לאשרה. וחזקה על המחוקק ולאחריו על מתכנני תמ"א 38, שלקחו בחשבון היתכנות למצבים כבפרשתנו, בהם, מטעמים שונים הזרים לכאורה לשיקולי תמ"א 38, (כגון תכנון סביבתי וכדומה), לא תאושר תכנית, הגם שמבחינת הצורך לחיזוק המבנה, למשל, נצרך הדבר.

אשר למחלוקת בין מהנדס העיר לבין הועדה המקומית. ככל שהעמקתי בכך, ניכר שעל הפרק מחלוקת תכנונית עניינית, ואף ניתן להבין בנקל, שלצד גישות מחמירות, יימצאו גם מקלים. ומשעה שנתגלעו מחלוקות תכנוניות, ראוי להן שתוכרענה, על פי ההיררכיה שבחוק, כאשר מדרך העולם, לוועדת הערר המחוזית מעמד בכיר בהשוואה לועדה המקומית. וככל שסברה ועדת הערר לאמץ את עמדת מהנדס העיר, הרי בהינתן שיקול דעת ענייני, אין בכך כל פסול. בפרשתנו הוסיפה המשיבה 1 שלהערכתה, ערך הקרקע ומיקום השכונה, צפוי 'לכסות' את הנדרש, גם בהינתן קומה נוספת אחת. מכל מקום, עדיין על הפרק סוגיה תכנונית, וקשה להלום, שבית משפט זה, יהא זה שיכריע בה.

כאמור, הקונספציה הבסיסית של תמ"א 38, מבקשת ליצור זיקה בין הנצרכות של בניינים רבים לחיזוק כנגד רעידות אדמה והעלויות הקשורות בכך, לבין התקבול שצפוי מתוספות בניה, ככל שיאושרו. דומה, הבינו הכל, שאין בכוחה של תמ"א 38 להעניק פתרון מיטבי לכל בניין, אלא נלקח בחשבון, ובמפורש, שבמקומות שונים יהיו שיקולים תכנוניים רגיונליים, החל באפי העיר והשכונה וכלה בשיקולי שימור בניינים, ועוד. בדיוק מטעם זה נכללו בתמ"א 38 סעיפים 22 – 23, שצוטטו לעיל. מכאן, שמקום בו לא תאושר תוספת בניה, או תאושר בהיקף שאינו מספק תמורה כספית מספקת, ייתכן שלא יתאפשר חיזוק המבנה. זה המניע העיקרי של העותרים, אם כי מקווה אני ואף מעריך, שהקומה החמישית שכבר אושרה, די בה. מכל מקום, האמור בהלכת דורפברגר, תקף גם לנידון דידן:-

**"ואולם, בניגוד לזכויות בניה הקבועות בתוכנית 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 שהוועדה המקומית תהא 'רשאית' לאשר את תוספות הבניה, והן מעניקות לועדה המקומית שיקול דעת נרחב למדיי, לגבי עצם הענקת זכויות הבניה מתוך 'סל של זכויות'; ביחס לאופן הענקתן; וכן בנוגע למיקום שבו ינוצלו זכויות הבניה הללו... 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 רעידות 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**".

10.סוף דבר, העתירה – נדחית.

הוצאות הדיון בסך 5,000 ₪ על העותרים.

**ניתנה היום, ט"ו תמוז תש"פ, 7 יולי 2020, בהעדר הצדדים.**

חתימה