|  |
| --- |
| **בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים**  |
|  |
| עת"מ 11872-03-15 אברהם ואח' נ' ועדת ערר מחוזית חיפה ואח' | 1 ספט 201511872-03-15 |
|  |
| **השופט** | אלכס קיסרי |
|  |
| **עותרים** | 1. עודד אברהם2. גבריאלה אברהם3. רחל שקד4. דן אופיר |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **משיבים** | 1. ועדת ערר מחוזית חיפה2. ועדה מקומית לתכנון ובניה חיפה3. ש. דורפברגר בע"מ4. זאב בוכניק5. אורה בוכניק6. אופיר שלמה |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |

1. עתירה מנהלית המכוונת כנגד החלטת המשיבה 1 ("ועדת הערר") מיום 15.1.15, שבה התקבל ערר שהגישו המשיבה 3 ("היזם") והמשיבים 4–6 (ביחד, "המשיבים") על החלטת המשיבה 2 ("הוועדה המקומית") מיום 27.10.14 לאשר רק בחלקה את בקשת היזם להיתר בנייה מכוח תכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה ("תמ"א 38").
2. העותרים 1–3 והמשיבים 4–6 הם בעלי זכויות בשתי שתי חלקות נפרדות המהוות מבחינה תכנונית מגרש אחד ועליהן בנויים שני מבנים בעלי קיר משותף, מבנה אחד הוא בית בן שתי קומות, הבנוי בחלק הקדמי של המגרש וממוקם ברחוב הגלבוע 40 בחיפה, ובו מתגוררת העותרת 3 ("המבנה הקדמי"). המבנה האחר הוא בית משותף בן שלוש קומות (שלוש יחידות דיור), והוא בנוי בחלק העורפי של המגרש וממוקם ברחוב הגלבוע 40א בחיפה, ובו מתגוררים העותרים 1 ו-2 והמשיבים 4–6. מבנה זה הוא הבניין שעליו נסבו בקשת ההיתר, החלטת ועדת הערר ועתירה זו ("הבניין"). **רקע**
3. היזם הגיש לוועדה המקומית בקשה להיתר בנייה לפי תמ"א 38 ("הבקשה להיתר"). בבקשה להיתר התבקשה תוספת של שלוש יחידות דיור בשתיים וחצי קומות נוספות, וכן הוספת ממ"דים, מרפסות ומעלית לשלוש יחידות הדיור הקיימות בבניין. העותרים וכן בעלי זכויות בבניינים סמוכים התנגדו לבקשה, ובישיבת הוועדה המקומית שהתקיימה ביום 27.10.14 היא החליטה לאשר את הבקשה בחלקה בלבד ולהתיר רק את חיזוק הבניין והקמת ממ"דים, ללא תוספת דירות וקומות נוספות.
4. היזם והמשיבים הגישו ערר על החלטת הוועדה המקומית (ערר מס' 227/13), וועדת הערר החליטה ביום 15.1.15 לקבל את הערר והורתה על אישור – בכפוף לסייגים – של הבקשה כפי שהוגשה לוועדה המקומית. בצד זאת, ראוי לציין כי נוכח הוראת סעיף 11 לחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה) תשס"ח-2008 ("חוק חיזוק בתים"), התנתה ועדת הערר את מתן ההיתר בכך שהיזם יגיש אישור של קונסטרוקטור שניתן לחזק את הבניין ללא חיזוק המבנה הקדמי ושחיזוק הבניין לא יגרום פגיעה קונסטרוקטיבית למבנה הקדמי, ובנוסף שעל היזם להציג אישור בדבר כיסוי ביטוחי לנזק אפשרי עקב ביצוע החיזוק.
5. בהחלטתה התייחסה ועדת הערר לנימוקי הוועדה המקומית שלא לאשר את תוספת הקומות ויחידות הדיור, ולא מצאה אותם מספיקים כדי לדחות את בקשת היזם המושתתת, כאמור, על תמ"א 38. מעיון בהחלטתה עולה כי הנימוק העיקרי של ועדת הערר היה ש"החלטת הוועדה המקומית לאשר אך ורק את חיזוק המבנה והוספת ממ"דים לדירות הקיימות, תוך מניעה מוחלטת של התמריצים שהתבקשו – הוספת שתיים וחצי קומות ושלוש דירות גוזרת כליה על הפרויקט והמשמעות היא כי הבניין לא יחוזק" (סעיף 25 להחלטה). ועדת הערר התייחסה לשיקולים התכנוניים שבעטיים הגבילה הוועדה המקומית את היתר הבנייה שאותו אישרה, וכאמור סברה שאין בהם די כדי למנוע את השגת התכלית שלשמה הותקנה תמ"א 38, היינו חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה. כך למשל קבעה ועדת הערר, שבניגוד לעמדת הוועדה המקומית ואף שהדבר אינו רצוי מבחינה תכנונית, ניתן לאשר את חיזוק הבניין ואת מתן התמריצים לגבי חלק מן המגרש שעליו בנוי הבניין. בקשר לכך קבעה ועדת הערר שניתן לראות את שני המבנים, היינו הבניין והמבנה הקדמי, כ"בית מורכב" כמשמעותו בסעיף 59 לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969 ("חוק המקרקעין"), ובהתקיים התנאים המנויים בסעיף 11 לחוק חיזוק בתים לגבי המבנה הקדמי, אין מניעה לאשר את מתן ההיתר המבוקש לבניין.
6. ועדת הערר סברה גם שבניגוד לעמדת הוועדה המקומית, הוספת הקומות לא תגרום ל"מפגע אדריכלי חזותי", הן מפני שהמבנה הקדמי עצמו אינו תואם את הסביבה התכנונית והמצב התכנוני החל על המבנים באזור, והן מפני שכעיקרון אין הצדקה למניעת חיזוק הבניין על רקע שיקולים אלה. ועדת הערר קבעה עוד, ואף זאת בניגוד לעמדת הוועדה המקומית, שאין מקום להתנות את מתן ההיתר בפתרונות של בעיות חניה. בעניין זה הסתמכה ועדת הערר על הוראת סעיף 158א3. (א) לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965 ("חוק התכנון") שלפיו, בהתקיים תנאים מסוימים, מוסד תכנון אינו יכול להתנות היתר לביצוע עבודה ברכוש משותף לפי תכנית חיזוק בהתקנת מקומות חניה נוספים.
7. להשלמת תיאור הרקע יצוין שבפתח כתב העתירה ציינו העותרים 1 ו-2 (ביחד, "אברהם") את נכונותם לבצע, על חשבונם, תוספת מרכיבים קונסטרוקטיביים הנדרשים לבניין כדי לשפר את עמידותו בפני רעידת אדמה, בהתאם לתקן ישראלי ת"י 413. על פי הודעת אברהם, החיזוקים לא יכללו בניית ממ"דים, והעלויות שבהן הם יישאו יכללו בניית פיר מעלית ללא תא המעלית, המכונות וכיוצא באלה. על רקע הודעה זו הצעתי לבאת כוח ועדת הערר, בעת הדיון המוקדם שהתקיים ביום 5.5.15, שהדיון יוחזר אליה על מנת שתשקול אם יש מקום לשינוי החלטתה נוכח הסכמת אברהם לקבל על עצמם לבצע את עבודות החיזוק תוך נשיאה בעלויות הכרוכות בהן. ביום 14.5.15 הודיעה באת כוח ועדת הערר כי לאחר שזו שקלה את הדבר, אין היא רואה טעם בהחזרת הערר לדיון אך בסוגיה זו. **עיקר הטענות**
8. העותרים טוענים כי החלטת ועדת הערר לוקה בחוסר סבירות המצדיק התערבות שיפוטית בה. לטענתם, בהינתן הנימוק העיקרי שביסוד ההחלטה, היינו שבלעדי כל התמריצים אין היתכנות כלכלית לביצוע החיזוק, היה על ועדת הערר להביא בחשבון את נכונות אברהם לבצע את החיזוק, ומשלא עשתה כן יש להתערב בהחלטתה. העותרים טוענים גם כי במקום שבו עומדת לדיון החלטת מוסד תכנון שעניינה תמ"א 38, יש מקום לסייג את היקף תחולתה של ההלכה בדבר הריסון בהתערבות ערכאות משפטיות בהחלטות תכנוניות. לטענתם, בניגוד לתכניות מתאר אחרות שתכליתן היא יצירת סדר תכנוני, ומכאן ההצדקה למדיניות של ריסון שיפוטי בכל הנוגע להתערבות בהן, טיבה של תמ"א 38 ותכלית התקנתה, והתמריצים היכולים להינתן מכוחה, יכולים להביא – ומביאים – לתוצאה של אנדרלמוסיה תכנונית, ולכן מוצדקת הרחבת גדר הביקורת השיפוטית על החלטות תכנוניות שעניינן תמ"א 38. העותרים טענו עוד כי לא היה מקום לכך שוועדת הערר תתערב בהחלטת הוועדה המקומית, ובמיוחד כך כאשר החלטת הוועדה המקומית הושתתה בין השאר על רשמי ביקור במקום ובחינת השטח, ואילו ועדת הערר קיבלה את החלטתה רק על יסוד הנטען בפניה בכתב ובעל פה. נטען גם כי על פי ההגדרה שבסעיף 7.2 של תמ"א 38, המבנה הקדמי והבניין הם יחידה תכנונית אחת, ולכן הוועדה המקומית צדקה כאשר סירבה לאפשר את תוספות הבנייה רק לבניין, וממילא נפלה טעות בהחלטת ועדת הערר כשהיא התעלמה מכך. העותרת 3 ("שקד") טענה כי ועדת הערר טעתה בפרשנות שנתנה לסעיף 11(1) לחוק חיזוק בתים כהצדקה לאחד מנימוקי ההתערבות בהחלטת הוועדה המקומית.
9. ועדת הערר טענה שלא נפל כל פגם משפטי בהחלטתה, שהיא מבוססת על שיקולים תכנוניים ועל נימוקים רלוונטיים, ולכן אין מקום להתערב בהחלטתה. לטענתה של ועדת הערר ההחלטה מאזנת כראוי בין האינטרסים השונים, ולעותרים אין זכות קנויה שתינתן עדיפות דווקא לעניינם. עוד נטען, כי על פי ההלכה אין מקום להתערבות שיפוטית בהחלטות של רשות מנהלית בכלל ומוסד תכנוני בפרט, זולת אם קיימת עילת התערבות המוכרת במשפט המנהלי, וכזו לא מתקיימת במקרה הנדון. ועדת הערר טענה גם שבעיקרי הטיעון שהגישו העותרים נכללו טענות חדשות שלא הובאו בגדר כתב העתירה, ויש בכך משום שינוי חזית אסור.
10. הוועדה המקומית תומכת בעתירה והיא סבורה שיש לבטל את החלטת ועדת הערר. לטענתה, הבקשה להיתר בנייה שהגיש היזם הייתה מהדורה מאוחרת של בקשה קודמת שהוגשה בשנת 2013, ושנדחתה מאחר שהיא כללה קומה נוספת מעבר למותר על פי תמ"א 38. על אותה החלטה הגיש היזם ערר, וועדת הערר קבעה בהחלטתה מיום 7.11.13 שיש לתקן את בקשת ההיתר כך שתותאם להוראות תמ"א 38. הבקשה להיתר תוקנה והובאה לדיון בפני הוועדה המקומית, וזו החליטה לקבלה רק בחלקה. לטענת הוועדה המקומית, המבנה הקדמי והבניין מהווים מבחינה תכנונית מבנה אחד בן שני אגפים עם קיר משותף, והם בנויים על מגרש תכנוני אחד. על רקע זה, וכאשר הבקשה להיתר מתייחסת רק לבניין ולא למבנה הקדמי, לא היה מקום לאשר את תוספות הבנייה, מה גם שהצטרפו לכך שיקולים תכנוניים נוספים הקשורים בחניה ובהיעדר תכנון כולל למגרש כולו. הוועדה המקומית טענה גם כי סעיף 22 לתמ"א 38 השאיר בידי הוועדה המקומית את הסמכות לסרב להיתר או לאישור היתר מטעמים מיוחדים הנובעים משיקולים תכנוניים, אדריכליים או נופיים ומטעמים של כושר נשיאה של תשתיות מגרש, והחלטתה היא פועל יוצא של שיקולים אלה ולא היה מקום להתערב בהם. הוועדה המקומית טענה גם כי הסכמתם והתחייבותם של אברהם לבצע את חיזוק הבניין מהווים מענה מספיק לצורך שביסוד תמ"א 38, היינו חיזוק המבנה, ובנסיבות אלה מתייתר הצורך במתן התמריצים שמאפשרת תמ"א 38. בעניין החניה טענה הוועדה המקומית כי ועדת הערר נתפסה לכלל טעות, ואולי יותר מאחת, וכי מכל מקום אם סברה שהוועדה המקומית לא שקלה עניין זה באופן ראוי, היה עליה להורות על החזרת הדיון לוועדה המקומית על מנת שזו תשוב ותשקול את עניין החניה על כל היבטיו.
11. היזם והמשיבים טענו שיש להתעלם מהודעת אברהם בדבר נכונותם לבצע את החיזוק לבניין. לטענתם, תכלית ההודעה היא לסכל את ביצוע הבנייה הכוללת את התוספות והתמריצים מכוח תמ"א 38, בהתאם להחלטת ועדת הערר. לטענת המשיבים, עמדת העותרים פוגעת בזכויות הקניין שלהם, שכן התמריצים הניתנים מכוח הוראות תמ"א 38 מיועדים הן ליזם והן למשיבים, ולכן אם תתקבל העתירה על יסוד נכונות אברהם לחזק את המבנה, תקופח זכותם של המשיבים כיוון שלא ייבנו הממ"דים, המעלית לא תותקן ותוספות בנייה שהמשיבים יכולים ליהנות מהן לא יבוצעו. המשיבים והיזם טענו גם שהחלטת ועדת הערר היא סבירה ואין להתערב בה, וכמו ועדת הערר טענו גם הם שבעיקרי הטיעון של העותרים נכללו טענות שהן בבחינת שינוי חזית ויש להתעלם מהן. **דיון**
12. לאחר עיון בכתבי הטענות ושמיעת טענות הצדדים אני מחליט לקבל את העתירה, להורות על ביטול החלטתה של ועדת הערר ולהותיר על כנה את החלטת הוועדה המקומית בכפוף לסייג מסוים, כפי שיובהר להלן.
13. מצב עניינים שבו שני מוסדות תכנון חלוקים בדעותיהם בשאלות תכנוניות איננו מצב רגיל. עם זאת, גם במצב דברים זה ההכרעה העומדת בפני בית המשפט איננה מהי ההחלטה "הנכונה", מפני שבמדרג ההיררכי הקבוע בחוק התכנון עומדת ועדת הערר מעל הוועדה המקומית (עע"מ 8256/12 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון נ' נאות מזרחי בע"מ (31.7.14)). כפועל יוצא מכך, כאשר עומדת לדיון שאלת התערבות שיפוטית בהחלטת ועדת הערר, אין מקום לבחון את סבירותה של ההחלטה באספקלריה של סבירותה של החלטת הוועדה המקומית, שכן מסקנה שהחלטת ועדה מקומית היא סבירה אינה עושה את החלטת ועדת ערר לבלתי סבירה (עע"מ 402/03 עמותת העצמאים באילת (לשכת המסחר) נ' ועדת ערר לתכנון ולבנייה, מחוז דרום, פ"ד נח (3) 199 (12.2.04)). לכן יש לבחון לגופה את סבירותה של החלטת ועדת הערר בענייננו, כשהנחת היסוד היא שבהעדר עילה מוכרת על פי המשפט המנהלי, יימנע בית המשפט מהתערבות בהחלטת הרשות המנהליות בכלל ומוסד התכנון בפרט (עע"מ 2418/05 צ'רלס מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה (24.11.05)).
14. החלטה מנהלית היא סבירה "אם קבלתה היא פועל יוצא של איזון בין שיקולים ואינטרסים רלוונטיים שלהם ניתן משקל הולם בנסיבות העניין" (עע"מ 662/11 יהודית סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים, סיון יחיאלי (9.9.14)). בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 445-446 (1980) נקבע כי: "בפסיקתו של בית-משפט זה ניתן למצוא מספר ניכר של מקרים בהם בדק בית המשפט, אם האיזון, אשר נעשה על-ידי הרשות המינהלית בין האינטרסים השונים שיש להתחשב בהם, הוא ראוי, ובית המשפט ביטל שיקול-דעת מינהלי שעה שסבר, כי האיזון שנעשה על-ידי הרשות המינהלית אינו ראוי, כלומר, אינו מגשים בצורה סבירה את המטרה התחיקתית העומדת ביסוד הפעלת שיקול הדעת המינהלי. נוכל להדגים זאת במספר עניינים.**........במקרים אלה בחן בית המשפט אם האיזון בין האינטרסים השונים, אשר נעשה על-ידי הרשות המינהלית, הוא ראוי. במרבית פסקי הדין לא הוזכרה העילה של חוסר סבירות בשמה המפורש. אך במקרים אלה פעלה הרשות המינהלית בתום-לב, שלא מתוך שרירות, שקלה הגורמים הרלבנטיים, ונמנעה מלשקול גורמים שאינם רלבנטיים. הפגם העיקרי שנמצא בהחלטתה הוא איזון בצורה בלתי ראויה בין הגורמים הרלבנטיים בינם לבין עצמם. זהו פגם של חוסר סבירות מינהלית. רשות סבירה במקומה של הרשות המינהלית בדוגמאות אלה, הנותנת דעתה למטרה החקיקתית הניצבת לפניה, הייתה נותנת משקל שונה לאינטרסים השונים, ובית המשפט פסל את ההחלטה, רק מהטעם שמשקל ראוי זה לא ניתן... לא מיותר יהיה לחזור ולציין, כי האיזון הראוי אינו עניין מוחלט, אלא הוא עניין המשתנה מדבר תחיקה אחד למשנהו, שכן סבירות האיזון נמדדת בכוחו להגשים את המטרה החקיקתית הניצבת בפני הרשות המינהלית. זאת ועוד: בעריכת האיזון הראוי אין להתחשב אך ורק באינטרסים הספציפיים הבאים בחשבון (ad hoc balancig), אלא יש אף ליתן את הדעת לאינטרסים העקרוניים המתנגשים זה בזה (balancing principle)**".
15. כפי שציינתי, הנימוק העיקרי שעליו השתיתה ועדת הערר את החלטתה להתערב בהחלטת הוועדה המקומית היה ש"מניעה מוחלטת של התמריצים שהתבקשו – הוספת שתיים וחצי קומות ושלוש דירות, גוזרת כליה על הפרויקט והמשמעות היא כי הבניין לא יחוזק" (סעיף 25 להחלטה). על יסוד הנחה זו, ומתוך רצון לקדם את המטרה של חיזוק הבניין, בחנה ועדת הערר את נימוקי הוועדה המקומית וכאמור, לא מצאה אותם מספיקים כדי לשלול את מתן התמריצים ולדחות את הבקשה להיתר שהגישו היזם והמשיבים. לדעתי, דברים אלה משקפים היעדר איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים, ומשום כך יש לקבוע שההחלטה היא בלתי סבירה במידה המצדיקה התערבות בה.
16. אין מחלוקת שכפי שציינה ועדת הערר (בסעיף 26 של החלטתה), המטרה שלשמה הותקנה תמ"א 38 היא חיזוק מבנים והפיכתם לעמידים בפני רעידות אדמה, ואחד האמצעים שנבחרו כדי לקדם את השגת המטרה היה מתן תמריצים כלכליים בדמות הקלות תכנוניות, הקלות מיסוי ועוד (מיכה גדרון ואהרן נמדר, תמ"א 38 (כולל שינוי מס' 3), עמ' 39 (2012) ("גדרון ונמדר")). עם זאת, תמריצים כלכליים אינם חזות הכול והענקתם, באורח מלא או חלקי, הוא רק אחד מן השיקולים שיש להביא בחשבון עת עומדת לדיון בקשה להיתר בנייה המבוססת על תמ"א 38. מסיבה זו נקבעו בתמ"א 38 הוראות בדבר השיקולים שעל הוועדה המקומית לשקול בעת מתן היתר לתוספות בנייה, כמו גם שיקולים לסרב לתת היתר. הוראות אלה מפורטות בסעיפים 21 ו-22 של תמ"א 38 הקובעים: "21. הוועדה המקומית רשאית להתיר תוספות בניה על פי תכנית זו לאחר ששקלה:**21.1 אילו תוספות בניה ושילוב ביניהם מתאימים לכל מבנה על פי תנאי הבניין, המקום והסביבה, בהתאם לעקרונות המנחים המוצגים בנספח 1. 21.2 הונחה דעתה, בין השאר, לגבי פתרון חנייה, תכנית לעיצוב המבנה ושיפוצו על פי סעיפים 17 ו-18 בהתאמה ולגבי יכולת העמידה של התשתיות הקיימות בתוספת הבניה המוצעת.22. אין באמור בתכנית זו כדי לשלול מסמכותה של הוועדה המקומית לסרב לתת היתר לבנייה הכרוך בתוספת זכויות בניה על פי סעיפים 11-14 אם מצאה מטעמים מיוחדים הנובעים משיקולים תכנוניים, או אדריכליים, נופיים, כושר נשיאה של תשתיות במגרש, כי יש לסרב לבקשה להיתר ובלבד שלא תסרב להיתר לחיזוק מבנה שאין עמו תוספת זכויות בניה. הוועדה המקומית תפרט בכתב את הטעמים המיוחדים לסירוב כאמור**".
17. מהוראות אלה ניתן ללמוד שבצד מתן התמריצים הכלכליים כאמצעי לקידום מטרות תמ"א 38, נשמרו סמכויות הוועדה המקומית להפעיל שיקולים תכנוניים, שפורטו בסעיפים 21–22 של תמ"א 38. מכאן, שעצם הסירוב לאשר מתן תמריצים, גם כשהוא כרוך באפשרות שבניין לא יחוזק עקב כך, הוא עניין המסור לשיקול דעתה של הוועדה המקומית, ואין מקום להנחה שיש לאשר כל הקלה, תוספת בנייה או זכות אחרת כפי שהתבקשו. התמריצים הכלכליים – כשמם וכתיאורם כן הם. לפעמים הענקתם תועיל ותקדם את ביצוע החיזוק ולעתים לא יהא די גם בהם. ההנחה שמתן התמריצים הוא שיקול שיש להעדיפו על פני שיקולים אחרים איננה עומדת במבחן המציאות, מה גם שכפי שהסתבר, השפעת הענקת התמריצים איננה אחידה בכל אתר ואתר, וקיימים אזורים נרחבים בתחומי המדינה שבהם מתן התמריצים אינו משיג את המטרות של תמ"א 38 ואינו מקדם את חיזוק המבנים (וראו לעניין זה את האמור במסמכי מרכז המחקר והמידע של הכנסת "ניתוח ההיתכנות הכלכלית של יישום תמ"א 38" [**http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02618.pdf**](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02618.pdf), ו- "תמ"א 38 שינוי 2 (הריסה–בינוי(: תכנון עירוני כוללני וזכויות תושבים" [**https://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03422.pdf**](https://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03422.pdf)).
18. לכן, כשוועדת הערר סברה שיש לבטל את החלטת הוועדה המקומית אך מפני שאי הענקת התמריצים ליזם ולמשיבים תביא לכך שחיזוק הבניין לא יבוצע, היא העדיפה שיקול זה על פני שיקולים אחרים באופן בלתי ראוי ובמידה המצדיקה התערבות בהחלטתה. אוסיף עוד, שבעניין זה מקובלת עליי טענת בא כוח העותרים, שהשגת המטרות שביסוד תמ"א 38, היינו חיזוק מבנים בפני רעידות אדמה, אינה יכולה להיעשות תוך יצירת אנדרלמוסיה תכנונית כתוצאה מהענקת התמריצים השונים, כולם או חלקם. לא מיותר לציין בהקשר זה את דברי נמדר וגדרון, המציינים כי מצד אחד "זכויות הבניה המוענקות מתמ"א 38 נועדו להוות תמריץ לשם השגת המטרה התכנונית והציבורית של חיזוק מבנים שהתמ"א חלה עליהם בפני רעידות אדמה", ומן הצד האחר "תמ"א 38 מעניקה לוועדה המקומית שיקול דעת רחב לעניין עצם אישור זכויות הבניה הנוספות... לפיכך, בשונה מרוב התכניות המוכרות לנו, אין למבקש היתר בניה מכוח התמ"א זכות קנויה לקבל את זכויות הבניה המפורטות בתמ"א" (בעמוד 338).
19. לכך יש להוסיף את העובדה, שעניין חיזוק הבניין אף ללא מתן תמריצים עמד לדיון בפני הוועדה המקומית וקיבל ביטוי בהחלטתה. בפרוטוקול הדיון של הוועדה המקומית מיום 27.10.14 (נספח 2 לכתב העתירה) מצוטטים דברי בא כוח אברהם כי "דווקא מרשיי יזמו חיזוק הבניין לפי תמ"א 38, ללא תוספת דירות, והיו מוכנים לשאת בעלויות החיזוק". דברים אלה קיבלו גם ביטוי בסעיף 5 של החלטת הוועדה המקומית, שם נאמר כי "יש לציין כי גם על פי עמדת המתנגדים השותפים לנכס אשר מעוניינים בחיזוק הבניין בלבד ותוספת ממ"דים ללא תוספות בנייה שתשננה את אופי המגרש, ויישאו בחלקם בהוצאות הנדרשות". אכן, השוואת הדברים מלמדת שיש לכאורה פער עובדתי בנוגע לנכונות אברהם לשאת בעלויות חיזוק הבניין, אולם שאלה זו הפכה לבלתי רלוונטית נוכח הצהרתם בפתח כתב העתירה בדבר נכונותם לשאת בכל עלויות ביצוע החיזוק, כמפורט בסעיפים 1.1 ו-1.3 של כתב העתירה. בדיון שהתקיים ביום 6.7.15, עת הושמעו סיכומי הטענות, התעוררה מחלוקת בשאלה אם הצעת אברהם עמדה לנגד עיני ועדת הערר בשלב הדיון שהתקיים בפניה. בחומר שהוגש לא ניתן למצוא את פרטי כל הדיון בוועדת הערר. באת כוח ועדת הערר טענה בפניי שהנושא לא עלה (עמ' 9 ו-10 לפרוטוקול), ולעומתה טענה באת כוח הוועדה המקומית, גם אם בשפה רפה, שהנושא אכן קיבל ביטוי בעת הדיון בוועדת הערר. עיון בהחלטת ועדת הערר מלמד שהנושא הובא גם בפניה (ראו הסיפא לסעיף 20 של ההחלטה), ולכן ניתן היה לצפות שהוא יקבל ביטוי גם בהחלטתה. כמסתבר, לא כך אירע, ומההודעה שהגישה ביום 14.5.15 אני רואה תמיכה במסקנתי שבהחלטתה לא נתנה ועדת הערר משקל, ומכל מקום לא משקל ראוי, להצעת אברהם לשאת בעלויות ביצוע חיזוק הבניין.
20. המשקל שייחסה ועדת הערר למתן התמריצים הביא אותה גם לטעות בהתייחסותה לעניינה של שקד. בסעיף 27 של החלטה ציינה ועדת הערר כי: "ככלל, אנו מסכימים עם גישת הוועדה המקומית, לפיה מקום שמדובר במגרש תכנוני אחד, רצוי כי התכנון (ובכלל זה חיזוק מכוח תמ"א 38 ) ייעשה כלפי כל המגרש ולא על רק חלקו. בכך נבטיח תכנון עירוני טוב יותר. עם זאת, מקום שבו ברור שאין היתכנות לתכנון משותף - כמו המצב בענייננו בה''ה שקד אינם מעוניינים בחיזוק המבנה, ומדובר בחלקה קניינית נפרדת - הרי שיש לבחון אפשרות לאשר את החיזוק והתמריצים גם עבור חלק מהמגרש. הכל, בהתחשב כמובן באפשרות קבלת זכויות דומות עבור קדמת המגרש, בעתיד ומניעת פגיעה באפשרות יישום זכויותיהם" (ההדגשה הוספה, א"ק).
21. בהמשך, בחנה ועדת הערר את הוראת סעיף 11 לחוק חיזוק בתים, והגיעה למסקנה שניתן לראות את המבנה הקדמי, שבו מתגוררת שקד, כיחידה בבית משותף מורכב, והחילה לגביו את הוראת סעיף 11(1) לחוק חיזוק בתים באמרה כי: "... אין מניעה לחזק אגף אחד בבית, כל עוד ניתן לחזק את האגף מבלי לחזק את כל המבנה וכל עוד זכויות האגף הנוסף אינן נפגעות. לעניין הפגיעה בזכויות אנו סבורים כי משמעות ההוראה היא, בין היתר, כי יש לוודא שזכויותיהם של יתר בעלי הזכויות במגרש (באגפים/מבנים הנוספים) לפעול לחיזוק המבנה ולקבל תמריצים דומים לאלו שנתבקשו על ידי האגף המבקש."
22. לדעתי, במסקנתה זו נתפסה ועדת הערר לכלל טעות. חוק חיזוק בתים מסדיר את ההיבטים הקנייניים הכרוכים בביצוע עבודות חיזוק למניעה או הקטנה של נזקים בבתים משותפים בעקבות רעידות אדמה. על רקע התמריצים הניתנים על פי תמ"א 38 (הגדלת זכויות בנייה, אפשרות להרחבת דירות, ניצול רכוש משותף וכיוצא באלה), ביצוע עבודות חיזוק הכוללות יישום של התמריצים השונים מצריך מדרך הטבע הסדרה של היחסים בין בעלי דירות בבית משותף, לשם שמירה על איזון בין זכויות הקניין של בעלי הדירות לאינטרס הציבורי שבחיזוק בניינים מפני רעידות אדמה. מי שבידו הופקדו הסמכות ושיקול הדעת בנוגע להסדרת היחסים בין בעלי דירות בבית משותף בקשר עם ביצוען של עבודות החיזוק הוא המפקח על רישום מקרקעין ("המפקח") (רע"א 1002/14 דב שומרוני נ' אוהד קופמן (9.7.14)). סמכותו של המפקח היא להחליט בעניינים שהם במישור הקנייני, ולפי חוק חיזוק בתים הוא יכול לעשות כן רק משעה שהסתיים השלב התכנוני וניתן היתר הבנייה מכוח תמ"א 38 (רע"א 4138/10 קלצוק שרה נ' צבי אורון ובוטבול גלית (5.7.10)). ועדת הערר סברה שניתן לראות את ביתה של שקד, שבמבנה הקדמי הממוקם על חלקה קניינית נפרדת, כמבנה ב"בית מורכב", ולהחיל עליו את סעיף 11 לחוק חיזוק בתים, על שני חלקיו. סעיף 11(1) לחוק חיזוק בתים קובע כי: "11. מבנה או אגף בבית מורכב כמשמעו בסעיף 59 לחוק המקרקעין, יראו אותו לעניין חוק זה כבית משותף, ובלבד שיתקיימו שניים אלה:
	1. **אין בביצוע העבודה במבנה או באגף כדי לפגוע בזכויותיו של בעל דירה במבנה או באגף אחר בבית המורכב;**
	2. **...** ".
23. כפי שאסביר, החלתה של הוראת סעיף 11(1) על שקד מבוססת על טעות משפטית, ומכל מקום פוגעת בה באופן המצדיק התערבות בהחלטה.
24. ועדת הערר סברה שעל משקל ההוראה שבסעיף 11(1), די בכך שתובטח האפשרות ששקד תוכל לזכות בעתיד בתמריצים הניתנים מכוח תמ"א 38, כפי שאלה מוענקים לבניין (סעיף 30 להחלטת ועדת הערר) אולם סברה זו בטעות יסודה ומניעת הפגיעה האפשרית בזכויותיה של שקד אינה מצטמצמת להבטחת זכויותיה לפי תמ"א 38 במועד כלשהו בעתיד. סעיף 11 לחוק חיזוק בתים מסדיר את המקרה המיוחד של בית משותף המורכב ממבנים או אגפים נפרדים, ועניינו של סעיף 11(1) הוא מניעת פגיעה בזכויות קנייניות של בעל דירה בבית משותף עקב ביצוע עבודות החיזוק בחלק או אגף אחר של הבית המשותף. כפי שציינתי, חוק חיזוק בתים מסדיר את היחסים – במישור הזכויות הקנייניות – בין בעלי הדירות בבית המשותף, וההקבלה שעשתה ועדת הערר בין המבנה הקדמי, שבו מתגוררת שקד, לבין מבנה בבית מורכב איננה מביאה בחשבון את העובדה שבעניינה של שקד מדובר בחלקה קניינית נפרדת, שאיננה חלק מן הבניין, שהוא הבית המשותף שעליו נסבה הבקשה להיתר. עובדה זו עתידה למנוע משקד את האפשרות להביא בפני המפקח את דבריה בכלל, והתנגדותה לביצוע עבודות החיזוק בבניין בפרט. משום כך היה על ועדת הערר לבחון לגופן את טענות שקד, והתנגדותה והימנעותה מלעשות כן, בעיקר על סמך המשקל שהיא ייחסה למתן התמריצים ליזם, מצדיקה התערבות בהחלטתה.
25. טענה נוספת שאותה אני רואה לקבל היא טענת הוועדה המקומית בנושא החניה. בעניין זה טענה הוועדה המקומית, בין השאר, שבדיון בפני ועדת הערר לא עלה נושא התשתיות בכלל, ונושא החניה בפרט, וכי היה על ועדת הערר להחליט בעניין על יסוד מידע עובדתי ותכנוני רלוונטי, והדבר לא נעשה. לטענה זו אין מענה של ממש בטענות ועדת הערר, היזם או המשיבים, וכשלעצמה יש בה כדי להקים עילת התערבות בהחלטה. לפי ההלכה, החלטה מנהלית היא סבירה אם היא מבוססת על מידע עובדתי רלוונטי, ובהיעדרו יכול שייקבע שנפל בהחלטה פגם המצדיק התערבות בה (יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, כרך ב', עמ' 1140 (2011)).
26. טרם סיום יש להתייחס גם לטענת המשיבים, כי קבלת העתירה תביא לסיכול האפשרות שהם ייהנו מהתמריצים שהם אמורים לקבל על פי בקשת היתר הבנייה שהגיש היזם. התשובה לכך היא שלמשיבים אין זכות קנויה לקבל זכויות בנייה כאלה או אחרות, או תמריצים מסוג כזה או אחר (נמדר וגדרון עמוד 338), ואם תושג המטרה של חיזוק הבניין על ידי כך שאברהם יבצעו זאת על פי התחייבותם בכתב העתירה, אין עוד רלוונטיות לשאלת הענקת זכויות כאלה או אחרות למשיבים.
27. התוצאה שאליה אני מגיע מייתרת את הצורך להתייחס בפירוט לשאר נימוקי החלטת ועדת הערר והטענות שהועלו כנגדה. אוסיף כי לא מצאתי ממש גם בטענת "שינוי החזית" שהעלו ועדת הערר, היזם והמשיבים. "שינוי חזית" הוא מושג "[ה]מתייחס לטענה שמעלה בעל דין, החורגת מהטענות העולות מכתבי הטענות או מן הפלוגתות שהגדירו בעלי הדין או בית המשפט" (דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית (14.4.05)). בענייננו, התשתית העובדתית אינה שנויה במחלוקת וכתב העתירה כולל, לכל הפחות במשתמע, טענה שעניינה חוסר סבירות בהחלטת ועדת הערר. כשלכך מצטרף גם טיעונה של הוועדה המקומית התומך בטענות העותרים ואף מוסיף עליהן, התקשיתי לראות כיצד ניתן לקבל את הטענה בדבר שינוי חזית.
28. סיכומו של דבר הוא שהעתירה מתקבלת והחלטת ועדת הערר מתבטלת, ובתוך כך גם מוחזרת על כנה החלטת הוועדה המקומית מיום 27.10.14.
29. יחד עם זאת, ועל מנת להבטיח את ביצוע חיזוק הבניין כפי התחייבותם של אברהם, ניתנת להם בזה שהות של שלושים חודשים לבצע את עבודות החיזוק, וככל שלא יושלמו עבודות אלה להנחת דעתה של הוועדה המקומית, יהיה על האחרונה לשוב ולדון בבקשת ההיתר, או בכל בקשה אחרת שיגישו המשיבים, גם אם זו תכלול תוספת זכויות בנייה בהתאם לתמ"א 38. במקרה כזה לא יוכלו אברהם, או מי שיבוא במקומם, להתנגד. ועדת הערר תשלם לעותרת 3 שכר טרחת עורכי דין בסכום של 5,000 ₪, וכסכום הזה ישלמו המשיבים 3–6 (כאחד) לעותרים 1 ו-2. ניתן היום, י"ז אלול תשע"ה, 01 ספטמבר 2015, בהעדר הצדדים. חתימה