

## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 60406-12-18 סקס ואח' נ' ועדת ערר לתכנון ובנייה מחוז תל אביב ואח'

04 אוגוסט 2021

לפני כב' השופט חגי ברנר, סגן נשיא

**העותרים** 1. זהר סקס ו-9 אחרים  
ע"י ב"כ עו"ד אסף שובינסקי

נגד

**משיבים** 1. ועדת ערר לתכנון ובנייה מחוז תל אביב  
ע"י ב"כ עו"ד שלומית ארבל

2. ועדה מקומית לתכנון ובנייה רמת גן  
ע"י ב"כ עו"ד אירה יעקב סולובציק

3. דוד צהר ו-12 אחרים

ספרות:

חמי בן-נון, טל חבקין הערעור האזרחי  
מיכה גדרון ואהרן נמדר (תמ"א 38) (התשס"א)  
שרית דנה ושלום זינגר דיני תכנון ובנייה (התשס"א)

חקיקה שאוזכרה:

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 77, 78, 97

## פסק דין

### מבוא

1. לפני עתירה מנהלית בעניין החלטתה של ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה - מחוז תל אביב (להלן: "ועדת הערר") מיום 19.07.2018, בגדרה בוטלה החלטתה של הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רמת גן (להלן: "הוועדה המקומית") ליתן לעותרים היתר בניה.

### רקע עובדתי

2. העותרים הם בני משפחה אחת ובעלי הזכויות בחלקת מקרקעין ברחוב שפירא 16 ברמת גן, הידועה כגוש 6128, חלקה 138 (להלן: "החלקה"). שטחה של החלקה הוא כ- 735 מ"ר. בחלקה מצוי בניין ותיק, שנבנה בשנות השלושים של המאה העשרים, וכולל יחידות מגורים וחנויות (להלן: "הבניין").

3. העותרים פעלו לעריכת תכנית למימוש זכויות מכוח תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה (להלן: "תמ"א 38").

4. הבניין מופיע ברשימת מבנים לשימור שערכה עיריית רמת גן (להלן: "העירייה"). בהתאם לכך, חלות מגבלות לעניין הוצאת היתרי בנייה בקשר עם הבניין. על כן, בחודש מאי 2013 פנו העותרים לוועדה לענייני שימור במחוז בתל אביב (להלן: "ועדת השימור המחוזית"), לצורך קבלת אישורה לתכנית הבניה המתגבשת.

ביום 20.5.2013 החליטה ועדת השימור המחוזית לאשר תוספת בנייה "בהתאם לתוכניות תקפות" ובכפוף למספר תנאים שנקבעו בהחלטתה.

5. ביום 26.8.2013 הגישו העותרים בקשה לוועדה המקומית, למתן היתר בניה. במסגרת זו התבקש מתן היתר להריסה חלקית של הבניין ובניית בניין חדש בחלקה בן 9 קומות הכולל 44 יחידות דיור (להלן: "בקשת ההיתר").

6. לאחר דין ודברים, ביום 6.7.2014 התכנסה הוועדה המקומית פעם נוספת לדון בבקשת ההיתר. הוועדה אישרה הקמת 38 יחידות דיור בחלקה, בתוספת 4 חנויות. לחלופין, נקבע כי ככל שוועדת השימור המקומית (שהוקמה בינתיים) תגביל את הריסת הבניין כך שהעותרים יידרשו לשמר את חדר המדרגות הקיים, תאושר הקמתן של 44 יחידות דיור, בתוספת 4 חנויות. זאת, לנוכח עלויות השימור שיחולו.

כן יוער כי לבקשת ההיתר הוגשו התנגדויות שונות מאת דיירי הבניינים הסמוכים. ההתנגדויות נדחו.

7. בהמשך, הוגש ערר על החלטת הוועדה המקומית מיום 6.7.2014, שעסק בעיקרו בשאלת העומס התחבורתי שייגרם לנוכח הבנייה המאושרת (רג/5842/14).
- ביום 14.4.2015 התכנסה ועדת הערר ודחתה את הערר, אך בצד זה הורתה על השבת הדיון אל הוועדה המקומית לצורך דיון מחדש במספר יחידות הדיור שיאושר לבניה. ועדת הערר נימקה את החלטתה, בין היתר, בכך שבינתיים הופקדה תכנית מתאר מקומית רג/מק/340/53 (להלן: "ג/53") שבה נקבע מדיניות ציפוף יחידות דיור בפרויקטים של תמ"א 38 בכל רמת גן (להלן: "החלטת הערר הראשונה").
8. ביום 12.7.2015 מסרה הוועדה המקומית את החלטתה האחרונה בעניין, והורתה על הפחתת מספר יחידות הדיור ל-35, בתוספת 4 חנויות.
- מספר יחידות הדיור המאושרות לבנייה חושב כמכפלת מספר הדירות הקיימות בבניין (6), בתוספת מספר החנויות (4), ב- 'מכפיל' בגובה של 3.5 דירות. לאמור:  $3.5 \times (6+4)$ . כן הציבה הוועדה המקומית תנאים נוספים לצורך קבלת היתר להריסת הבניין ובניית הבניין החדש.
9. על החלטה זו הוגשו שני עררים (להלן: "העררים"):
  - ערר רג/5377/15 הוגש מטעם מתנגדים לבקשת ההיתר, בעלי זכויות בבניינים סמוכים, הם המשיבים 3 (להלן: "המתנגדים"). המתנגדים טענו כי בהתאם להוראות הבנייה העדכניות לא ניתן לאשר יותר מ-31 יחידות דיור בתוספת 4 חנויות.
  - ערר רג/5389/15 הוגש מטעם מבקשי ההיתר (העותרים דכאן). טענתם העיקרית הייתה כי בבניין קיימות כיום 8 דירות ולא 6, כך שבהתאם לנוסחת החישוב רשאים העותרים לבנות 42 יחידות דיור. כן נטען כי בשל עלויות השימור הגבוהות ראוי להוסיף יחידות דיור ולהתיר לעותרים להקים מבנה ובו 44 או 48 יחידות דיור (בהתאם להיקף השימור), במקום הבניין הקיים כיום.
10. הוועדה המקומית הגישה אף היא את עמדתה לעררים. לעמדתה צורף תחשיב זכויות לפיו עולה כי מספר יחידות הדיור המותרות לבנייה קטן באופן משמעותי ממספר יחידות הדיור שאושרו לבנייה. יוער כי לא ניתנה התייחסות לפער האמור בגוף העמדה שהוגשה ולא נטען במפורש כי יש לשנות את תנאי ההיתר שניתן.
11. ועדת הערר קיימה מספר דיונים בעררים ואף יצאה לסיור בחלקה.
12. ביום 19.7.2018 מסרה ועדת הערר את החלטתה בעררים (להלן: "ההחלטה הנדונה"). אלו עיקריה:
- 12.1. נקבע כי לצורך חישוב זכויות הבנייה וצפיפות יחידות הדיור, יש לראות בבניין ככזה הכולל 6 דירות בלבד ו-4 חנויות. לא נמצאה ראיה התומכת בפיצול שתיים מהדירות (בקומה א' ובקומה ב') לשתי דירות, כל אחת. יחידת הדיור שפוצלה מכל אחת מהדירות היא בשטח

של 18 מ"ר ואינה כוללת חדר שירותים שמחובר לה. במצב זה, לא ניתן לראות בשתי יחידות אלו משום דירות בהיתר.

12.2. בהתאם להחלטת הוועדה המקומית מיום 12.7.2015, בגין כל אחת מהחנויות בבניין אושרה בניית 3.5 יחידות דיור ("מכפיל 3.5") וכן חנות. ועדת הערר קבעה כי אין בסיס או הגיון תכנוני בחישוב זה. כן צוין כי הוועדה המקומית עצמה אינה עומדת מאחורי החישוב האמור. ודוק, הוועדה המקומית טענה כי יסודו של החישוב בהוראה בתקנון תכנית ג/53, בעניין המרת שטח משרדי לשטח מגורים, שבינתיים בוטל מחמת חוסר סמכות. במנותק מהליך העררים, הוועדה המקומית ציינה כי ההוראה תוקנה כך שבגין שטח מסחרי תינתן תוספת יחידת דיור אחת לכל 50 מ"ר.

12.3. אין הצדקה להעמיס 38 יחידות דיור על תשתיות השכונה במקום 6 דירות קיימות, ואפילו אם היה מקום לקבוע כי קיימות 8 דירות בבניין.

12.4. לעניין תוספת יחידות הדיור בשל עלויות השימור, הרי שטעם זה לא צוין בהחלטה מיום 12.7.2015 מושא העררים. מעבר לכך, מקובלת על ועדת הערר עמדתה העדכנית של הוועדה המקומית, לפיה נושא השימור אינו יכול להוות בסיס לאישור יחידות דיור נוספות בהליך רישוי לפי תמ"א 38.

12.5. בקשת ההיתר הוגשה בהתבסס על מבנה רעיוני, קרי: מבנה שניתן היה לבנות לפי תכנית בניין העיר (תב"ע) הקיימת. בין היתר התבקשה תוספת זכויות בגין סגירת קומת עמודים מפולשת שכלל לא קיימת בבניין. אין מקום לקבל זאת. יש לבסס תוספת זכויות מכוח תמ"א 38 על מבנה קיים. כלל זה נקבע בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ואף עוגן בתיקון 3א לתמ"א 38.

לנוכח האמור, ספק רב אם שטח הבנייה שניתן להתיר הולם את תכנונו המבוקש של הבניין: מספר קומות, הקלות בקווי הבניין ואף מספר יחידות הדיור שנגזר גם משטח הבנייה המותר.

12.6. ולבסוף, לעניין שימור הבניין, קבעה ועדת הערר כי לא ניתן לאשר זכויות בניה מכוח סעיף 14א להוראות תמ"א 38, אשר מסדיר מתווה של הריסה ובניה מחדש, אלא רק מכוח סעיף 11 להוראות תמ"א 38, המסדיר מתן תוספות בניה למבנה קיים, לצורך חיזוקו.

נקבע כי ועדת השימור המחוזית התירה תוספת בניה והריסה חלקית בלבד של הבניין. לא ניתן לומר כי ניתן היתר להריסת הבניין כולו, כך שקבלת זכויות בהתאם לחלופת ההריסה בסעיף 14א – אינה רלוונטית. השאלה ממילא אינה שאלה הנדסית בלבד, כמו שסוגיית השימור אינה סוגיה הנדסית בלבד. למעלה מכך, ככל שאמנם בקשת ההיתר כוללת הריסה בקנה מידה נרחב, הרי שהיא אינה עומדת בתנאי השימור שנקבעו ע"י ועדת השימור המחוזית.

- כן קבעה ועדת הערר כי יש לדחות את טענת העותרים לפיה הוראות סעיף 14א(ו) להוראות תמ"א 38, הקובעות כי חלופת ההריסה לא תחול ביחס למבנה השימור, רלוונטית רק כאשר מדובר בשימור מחמיר. נקבע כי אין אחיזה לפרשנות זו והיא אף אינה הולמת את תכליתו של סעיף 14א(ו) שנועד לשם מתן עדיפות לאינטרס השימור.
13. כאמור לעיל, העותרים לא השלימו עם ההחלטה והגישו את עתירתם, בגדרה התבקש בית משפט זה להורות על ביטול ההחלטה הנדונה ועל תקפותה של החלטת הוועדה המקומית מיום 12.7.2015; לחלופין, להורות על בטלותה היחסית של ההחלטה הנדונה כך שהיא תעמוד בתוקפה רק ביחס לקבלת הערר שהגישו המתנגדים (לפיו יש להפחית את מספר יחידות הדיור ל-31) אך תבוטל הקביעה בדבר השבת הדין לוועדה המקומית; לחלופי חלופין, להשיב את התיק לוועדה המקומית אך מבלי שהוועדה המקומית תהא רשאית להחיל מדיניות שאומצה על ידה באופן רטרואקטיבי, לאחר שניתנה החלטתה מיום 12.7.2015.
- כן התבקש בית המשפט להורות על ביטול קביעותיה של ועדת הערר בסעיפים 46-63 להחלטתה, אשר עוסקים באפשרות למתן תמריצים מכוח סעיף 14א להוראות תמ"א 38.
14. העתירה נדונה בתחילה לפני מותב אחר (כב' השופטת י' שטופמן), אשר הורה על הגשת תגובות מקדמיות לעתירה. בעקבות זאת הגישו ועדת הערר והוועדה המקומית תגובות מקדמיות מטעמן. בנוסף, הוגש לבית המשפט מכתב קצר בשם דיירי הבניין ברחוב שפירא 18 ברמת גן, אשר נמנים על המשיבים לעתירה. בתמצית, שולחי המכתב הביעו "תמיכה מלאה בעמדת העירייה", אך הוסיפו וצינו את נכונותם לשתף פעולה בקידום תכנית הכוללת איחוד מגרשים ומתן זכויות בניה בהתאם.
15. ביום 14.6.2020 קיים בית המשפט, במותבו הקודם, דיון מקדמי בפניו. בתום הדיון המליץ בית המשפט לצדדים להידבר ביניהם. בעקבות כך קיימו הצדדים מספר ישיבות. עם זאת, בסופו של יום מגעי הצדדים לא הבשילו לכדי הסכמה.
16. בהמשך הועברה העתירה לדיון בפניי. ביום 27.4.2021 נערך דיון בעתירה ובסופו הותר לעותרים ולמשיבות 1 ו-2 להגיש השלמות טיעון בכתב.
- טענות העותרים כפי שפורטו בעתירה**
17. טוענים העותרים כי החלטתה של ועדת הערר היא בלתי מידתית וחורגת ממתחם הסבירות משום שהיא מאפשרת לוועדה המקומית להחיל על העותרים באופן רטרואקטיבי, מדיניות זמנית שאינה בתוקף גם כיום. ודוק, תחשיב הזכויות שצירפה הוועדה המקומית לעמדתה שהוגשה בעת בירור העררים מבוסס על תכנית ג/53, שהייתה במעמד של תכנית מופקדת בלבד בעת הגשת בקשת ההיתר. התכנית שהייתה בתוקף במועד הגשת בקשת ההיתר היא תכנית רג/ג/30/א/1 מיום 8.9.2013 (להלן: "ג/30/א/1"), לפיה ניתן היה לאשר הקמת 45 יחידות דיור

- בחלקה, בתוספת 4 חנויות ויחידות נוספות לפי שיקול הוועדה המקומית. תכנית זו בוטלה רק ביום 20.3.2014, לאחר שכבר הוגשה בקשת ההיתר.
- למעלה מכך, הוראות המעבר של תכנית ג/53 קובעות כשלעצמן כי תכנית זו לא תחול על בקשות להיתר שהוגשו לפני מועד הפקדת תכנית זו.
18. לחלופין, גם אם ג/53 חלה ביחס לבקשת ההיתר, הרי שממילא תכנית זו מאפשרת הקמת 35 יחידות דיור שכן נקבע בהוראותיה כי: **"בחישוב המכפיל תחשב כל חנות קיימת ומשרד קיים בהיתר בניה כדירה"**. לאמור, היה על הוועדה המקומית לחשב את המכפיל (3.5) לפי 10 דירות.
- הוועדה המקומית התייחסה בעמדתה להוראה זו וטענה כי מאז חזרה בה, בעקבות דו"ח חוקרת שהוגש ביחס להתנגדויות לתכנית ג/53. עם זאת, בהתאם למסמך מדיניות שפרסמה העירייה, נקבע כי בקשות למתן היתר שנקלטו לפניו יום 7.8.2016 יחושבו בהתאם לנוסחה הקבועה בהוראה המקורית של ג/53, ואילו בקשות למתן היתר שנקלטו לאחר מועד זה, כפופות למכפיל שצוין בדו"ח החוקרת.
19. הוועדה המקומית ניצלה את המחלוקת הנקודתית שבין העותרים לבין המתנגדים כדי לחזור בה מהחלטותיה שלה ותוך פריצת חזית המחלוקת. ברם, בתי המשפט הביעו "עמדה נחרצת" לפיה תכנית חדשה אינה יכולה "לדרוס אחורנית" את המדיניות שהייתה קיימת טרם הפקדתה. לכן, אין לאפשר את יישום מדיניות הצפיפות החדשה של העירייה במסגרת הליכי ערר, על בקשה למתן היתר שהוגשה 5 שנים קודם לכן. לשיטת העותרים, בקשת ההיתר הייתה צריכה להיבחן אך ורק ביחס למצב התכנוני שהיה ידוע בעת ההיא, ועל ועדת הערר לבחון את בקשת ההיתר על יסוד התוכניות והמדיניות שנהגו אז.
20. החלטתה של ועדת הערר לבטל את מתן היתר הבניה תביא לפגיעה קשה בעותרים ולירידת מאמציהם לטמיון, וזאת בניגוד לשלוש החלטות קודמות של הוועדה המקומית. כל זאת, שעה שהחלטתה של הוועדה המקומית לחזור בה מעמדתה הקודמת לא נומקה באופן ראוי.
21. החלטתה של ועדת הערר בהקשר העומס הצפוי להיגרם על תשתיות השכונה בגין אישור בקשת ההיתר עומדת בניגוד להחלטתה של ועדת הערר מיום 14.4.2015 (ערר רג/14/5482), שדחתה את טענת העוררים שם בדבר העומס.
22. מעבר לכך, בסביבות הבניין ניתנו היתרים רבים על יסוד תמ"א 38, חלקם בזמן האחרון ממש. לכן הטענה בדבר עומס לא יכולה לעמוד. לטענת העותרים, ההסבר לאותה אנומליה נעוץ בכך שבמקרה דנן לא הגיעו העותרים להסכמות עם המתנגדים, שבהמשך הגישו ערר, ובעקבות זאת מצאו עצמם העותרים במציאות תכנונית שונה מזו שנהגה בעת שהוגשה בקשת ההיתר.
- בשים לב לאמור, טוענים העותרים כי ההחלטה הנדונה נותנת גושפנקא להפעלת מדיניות שונה ומפלה כלפי העותרים, ביחס לבעלי זכויות בנכסים סמוכים, שכן אך בשל הגשת הערר הוכפפו

העותרים למדיניות שונה לחלוטין. לעומת זאת, אלמלא הוגש הערר, הרי שהעותרים יכלו להחזיק במועד זה בהיתר בניה חתום, ואולי אף בבניין מוגמר.

23. עוד נטען כי הסיבה לתפנית החדה במדיניות העירייה נובעת מתכנית אב שאושרה באחרונה בקשר לשכונת "הראשונים" בה מצויה החלקה, הכוללת תוספת של אלפי יחידות דיור. בעת שהוגשה בקשת ההיתר תכנית האב כלל לא הייתה בתכנון, אולם כיום לנוכח קידום תכנית האב, החליטה העירייה להתנער מאישורים שכבר ניתנו על ידה ועשויים לגרום לצפיפות נוספת. מובהר כי קידום תכנית האב אינו יכול להוות שיקול לגיטימי בעת בחינת בקשת ההיתר אשר הוגשה קודם להפקדתה.

משכך, לשיטת העותרים מתקיימת הפליה שמהווה עילה להתערבות בית המשפט בהחלטה הנדונה. בהקשר הזה טוענים העותרים כי גם אם לא התכוונו המשיבות 1 ו-2 להפלות את העותרים, די בתוצאה המפלה כדי להצדיק את ביטול ההחלטות המפלות.

24. לעניין שימור הבניין, טוענים העותרים כי אין מקום להחיל מגבלות על בקשת ההיתר מכוח תכנית שימור שאינה קיימת, ובסתירה להחלטות קודמות.

25. העותרים טוענים כי הבניין אינו מבנה לשימור, מן הטעם הפשוט שבעיריית רמת גן מעולם לא הופקדה תכנית שימור. לכל היותר, הבניין נכלל בסקר מבנים שנערך על ידי העירייה ובעקבותיו פרסמה הוועדה המחוזית לתכנון ובניה במחוז תל אביב הודעה בדבר תנאים מגבילים להוצאת היתרי בנייה לפי סעיפים [77 ו-78 לחוק התכנון והבניה](#), תשכ"ה – 1965 (להלן: "**חוק התכנון והבניה**"), עקב הכנת תכנית שימור (להלן: "**הודעת השימור**"). ההודעה פורסמה עוד בשנת 2014 והוארכה במשך מספר שנים בלא הצדקה. על כל פנים, הבניין ממילא הוחרג מהודעת השימור.

ודוק, בקשת ההיתר נדונה כאמור בפני ועדת השימור המחוזית ואושרה על ידה, עוד קודם לפרסום התנאים המגבילים, ביום 20.5.2013. בסעיף ו' להודעת השימור, נקבע כי התנאים המגבילים מכוח הודעת השימור לא יחולו ביחס לבקשות למתן היתר שאושרו בישיבת ועדת השימור המחוזית מיום 20.5.2013. מכאן שהודעת השימור אינה חלה ביחס לבניין. לשיטת העותרים יש לראות בכך משום היתר להוסיף ולהמשיך בהליכי הרישוי לצורך קבלת זכויות מכוח סעיף 14א להוראות תמ"א 38. העותרים מוצאים חיזוק לכך גם בהחלטותיה השונות של הוועדה המקומית וכן בהחלטת הערר הראשונה, שהתייחסו כולן אל הבניין כמבנה אשר הוחרג מהודעת השימור, ובהתחשב בכך שמדובר בפרויקט להריסה ובניה מחדש.

אם לא די בכך, הרי שביום 13.11.2018, לאחר שכבר ניתנה החלטת ועדת הערר מושא העתירה דנן, פורסם נוסח מתוקן של הודעת השימור בילקוט הפרסומים. הובהר שם כי הודעת השימור חלה אך ורק ביחס ל-60 מבנים בדרגת שימור ראשונה אשר הבניין אינו נמנה עליהם.

26. טוענים העותרים כי המתנגדים לא טענו דבר לעניין השימור, ומשכך ועדת הערר לא הייתה מוסמכת לדון בשאלה זו, אשר הוכרעה כבר על ידי הוועדה המחוזית לשימור ביום 20.5.2013.
- בנוסף, קביעתה של ועדת הערר עומדת בסתירה להחלטת הערר הראשונה אשר הנחתה את הוועדה המקומית לדון בבקשת ההיתר בהתאם לתכנית ג/53, שכל עניינה בבקשות להיתר במסגרת חלופת בניה והריסה לפי סעיף 14א להוראות תמ"א 38. במילים אחרות, כאשר מסרה ועדת הערר את החלטת הערר הראשונה, היא ידעה כי הבניין מוחרג מהודעת השימור ולכן הנחתה את הוועדה המקומית לדון בבקשת ההיתר לפי חלופת ההריסה ובנייה.
- משכך, יש לראות בשתי החלטות אלו, החלטתה של ועדת השימור המחוזית והחלטת הערר הראשונה, משום החלטות חלוטות. בהיעדר שינוי נסיבות, לא הייתה לוועדת הערר סמכות לשנותן.
27. ביום 27.5.2021 הגישו העותרים השלמת טיעון מטעמם ובגדרה חידדו את טענותיהם, בשים לב להתפתחויות שחלו מאז הוגשה העתירה.
28. בכל הנוגע לסוגיית השימור, אזי נראה כי לשיטתם היא אינה עומדת יותר על הפרק.
29. הגם שהעותרים חזרו על טענותיהם שפורטו לעיל, כי הודעת השימור אינה חלה ביחס לבניין וכי לא היה מקום לקבוע כי הבניין הוא מבנה לשימור גם במועד מתן ההחלטה הנדונה, הרי שביני לבני ממילא פקעה הודעת השימור ביחס לבניין נוכח הודעה שפורסמה ביום 13.11.2018 ואשר לא כללה את הבניין ברשימת המבנים לשימור. לכן, מאחר שקביעותיה של ועדת הערר לעניין השימור יסודן בהודעת השימור שלכאורה חלה בשעתו על הבניין, הרי שהן כבר אינן רלוונטיות בין כה וכה.
30. עוד טוענים העותרים כי יש להתייחס לאמירותיה של ועדת הערר בהחלטה הנדונה משום אמירות שנאמרו ב- "אוביטר" (כלשונם) קרי: מבלי לקבוע מסמרות. הדבר נלמד, בין היתר, מכך שסוגיית השימור נדונה בשולי ההחלטה לאחר קביעותיה של ועדת הערר לעניין חישוב יחידות הדיור והצפיפות, בעוד שמלכתחילה מדובר בטענת סף שבהתקיימה לא היה צורך לדון ביתר טענות העותרים. ועדת הערר אף הגדילה וערכה סיור בבניין כדי לבחון את מספר הדירות הקיימות, בעוד שאם ממילא מדובר במבנה לשימור - לא היה צורך בכך.
31. בשולי ההחלטה הנדונה קבעה ועדת הערר כי: **"ככל שתוגש בקשה חדשה להיתר מכוח תמ"א 38 – יהיה צורך לבחון אותה על רקע כלל קביעותינו כמפורט לעיל בעררים אלה, ובהתאם למצב הסטטוטורי העדכני"**. העותרים מסיקים כי ממילא בקשה חדשה תיבחן לפי המצב המשפטי הקיים. על כן, לשיטתם הסוגיות היחידות העומדות לדיון הן סוגיות הצפיפות ומספר היחידות שניתן לאשר במסגרת ההיתר המבוקש.
32. באשר למספר יחידות הדיור המותרות לבניה, חזרו העותרים על טענותיהם והדגישו כי היה על ועדת הערר לנקוב במספר היחידות המותרות לבניה, חלף הותרת העותרים ב- "ואקום תכנוני".



**טענות ועדת הערר**

33. בתמצית, ועדת הערר שבה וחוזרת על קביעותיה בהחלטה הנדונה.
34. טוענת ועדת הערר כי מרבית טענות העותרים אינן רלוונטיות. לוועדת הערר סמכות רחבה לדון בעניין המתברר בפניה מחדש (de novo), כמוסד תכנון הגבוה בהיררכיה מהוועדה המקומית. סמכותה אינה מוגבלת אך לבחינת חוקיות וסבירות החלטות הוועדה המקומית. לפיכך, כל טענות העותרים ביחס לוועדה המקומית אינן רלוונטיות, אף אם היה בהן ממש, מקום שוועדת הערר עצמה מוסמכת ממילא לבטל את החלטתה של הוועדה המקומית, או לשנותה בהיקף ובתנאים שתמצא לנכון. על כן ועדת הערר אינה נדרשת להתייחס לטענות המועלות כלפי התנהלות הוועדה המקומית.
- בנוסף, מושכלת יסוד היא כי בית המשפט לא יתערב בהחלטות רשויות התכנון המבוססות על שיקולים תכנוניים, אשר הכרעה בהן דורשת ידע תכנוני המוקנה למוסדות אלו.
- זאת ועוד, בניגוד לזכויות בניה הקבועות בתוכניות מתאר אחרות המהוות "זכויות מוקנות", לגביהן יש למוסד התכנוני שיקול דעת מצומצם, הרי שלמבקש היתר במסגרת תמ"א 38, אין זכות קנוניה לקבלת זכויות הבנייה המבוקשות. הוראות תמ"א 38 קובעות במפורש כי המוסד התכנוני "רשאי" לאשר תוספות בניה ומעניקות לו שיקול דעת רחב באשר לאופן הענקתן והמיקום שבו ינוצלו זכויות אלו.
35. לגופו של עניין, טוענת ועדת הערר כי המכפלות לפיהן נקבע מספר יחידות הדיור הן "קיצוניות ומופרכות" ויש בהן להוביל לצפיפות של 51 יחידות דיור לדונם. חוסר ההיגיון התכנוני ניכר ביתר שאת בקביעה לפיה בגין כל חנות קיימת ייבנו 3.5 יחידות דיור וחנות, בעוד שכל תכליתה של תמ"א 38 היא חיזוק מבני מגורים מפני רעידות אדמה. כמו כן, העותרים לא התמודדו עם הטענה לפיה בקשת ההיתר נסמכת על מבנה רעיוני ולא על הבניין הקיים בפועל.
36. אין כל סתירה בין החלטת הערר הראשונה להחלטה הנדונה. בגדר החלטת הערר הראשונה דנה וועדת הערר בטענות בדבר עומס תחבורתי בלבד, ודחתה טענה זו. אולם, אין בהחלטת הערר הראשונה כל התייחסות לעומס תשתיות כללי ולעניינים אחרים.
37. שוגים העותרים בטענתם כי צפיפות יחידות הדיור צריכה להיקבע לפי תכנית ג/53. תכנית מופקדת זו לא אושרה מעולם וספק אם תאושר אי פעם. תכנית ג/30/א/1 בוטלה אף היא טרם הדיון בוועדה המקומית. התכנית התקפה במועד הדיון בוועדה המקומית הייתה תכנית אחרת, שלישית: רג/30/340/ג (להלן: "ג/30"), אשר הותירה במפורש לוועדה המקומית שיקול דעת שלא לאשר את הזכויות המוקנות מכוחה. משכך, בקשת ההיתר הייתה צריכה להיבחן בראי ג/30 אך במגבלות ג/53, שכן בהתאם להוראות סעיף 97 לחוק התכנון והבניה לא ניתן להתיר זכויות החורגות מתכנית מופקדת. במילים אחרות, ג/53 לכל היותר קובעת רף עליון של זכויות שאין לחרוג ממנו.

38. הובהר בהחלטה הנדונה כי לנוכח הליקויים בבקשת ההיתר, לא ניתן לקבוע את מספר יחידות הדיור המותרות, שכן לא מדובר בתיקון אריתמטי פשוט. קביעותיה השונות של ועדת הערר בהחלטה השנייה מחייבות עריכת תכנון מחודש. די בכך שבקשת ההיתר מתבססת על זכויות בהיקף נרחב שכלל לא ניתן להתיר. כך, לאחר ביצוע השינויים יידרשו הליכי רישוי מקדימים כגון פרסום מחדש, בהתאם לסעיף 27 להוראות תמ"א 38.
39. באשר לסוגיית השימור, הרי שלנוכח פקיעתה של הודעת השימור – הרי שהיא הפכה תיאורטית ואין צורך לדון בה ומלכתחילה ההכרעה בסוגיה זו היתה בבחינת למעלה מהצורך. עם זאת, מצאה וועדת הערר לנכון להתייחס בקצרה גם לטענות העותרים בהקשר זה.
40. טוענת ועדת הערר כי מדובר בסוגיה תכנונית מובהקת כך שאין מקום להתערב בה. טרונייתם של העותרים בדבר עצם הידרשות ועדת הערר לסוגיית השימור תמוהה, שכן העותרים הם אשר "פתחו את הדלת" לדיון בעניין זה, היות שביקשו תוספת זכויות בניה בשל מטלות השימור.
41. טענת העותרים כי הבניין אינו נכלל ברשימת המבנים לשימור היא בגדר ניסיון הטעיה. נוסחה המתקוקן של הודעת השימור מיום 13.11.2018 כולל גם כולל את הבניין, הגם שדרגת השימור שלו אינה מחמירה. ברם, לא ניתן לומר כי הבניין הוצא מרשימה זו. כך, טענה ועדת הערר בדיון שהתקיים ביום 27.4.2021 כי התכנית לשימור אתרים ברמת גן, רג/340/ג/90, אשר במסגרתה נקבע כי הבניין מושא העתירה נקבע כבניין לשימור בדרגה ב', מצויה בהליכי רישוי מתקדמים לקראת הפקדתה.
- בנוסף, שוגים העותרים בטענתם כי ועדת השימור המחוזית החליטה להחריג את הבניין מהוראות השימור, ובשל כך התירה לערוך בו שינויים מובחנים בלבד. אין גם ממש בטענה כי ועדת הערר שמסרה את החלטת הערר הראשונה סברה כי מבנה לשימור זכאי לזכויות בניה מכוח סעיף 14א.
42. ולבסוף, בהשלמת הטיעון מטעם ועדת הערר, התייחסה ועדת הערר לטענה העותרים כי קביעות ועדת הערר לעניין השימור הן בגדר "אוביטר" ולא קובעות מסמרות.
- טוענת ועדת הערר כי מדובר בטענה חדשה שזכרה לא בא בעתירה ועל כן יש למחקה על הסף. לחלופין, ועדת הערר עומדת על כך כי מדובר בקביעה שהיא חלק בלתי נפרד מההחלטה הנדונה ומהווה טעם עצמאי לדחיית הבקשה להיתר. ועדת הערר מצאה לנכון שלא להסתפק בדחיית בקשת ההיתר אך בשל טעם זה, אלא דנה גם בשאלת הצפיפות ומספר היחידות, מן הטעם ששאלות אלו עשויות להיות רלוונטיות גם בעתיד, ככל שתוגש בקשה למתן היתר במתווה של תוספת זכויות ולא הריסה.

#### טענות הוועדה המקומית

43. הוועדה המקומית תומכת בהחלטה השנייה ובטענותיה של ועדת ערר, אשר על מרביתן חזרה הוועדה המקומית בטיעוניה. מלבד זו, הוסיפה הוועדה המקומית מספר נימוקים נוספים מטעמה.
44. הוועדה המקומית סקרה את תולדות יישום תכנית תמ"א 38 ברמת גן, מזווית תכנונית ומשפטית. נטען כי מאז שהוגשה בקשת ההיתר, בשנת 2013, חלו שינויים רבים במצב התכנוני והמשפטי. ציפיית העותרים כי בקשתם תיבחן על בסיס המצב המשפטי ששרר לפני 6 שנים, שאינו קיים עוד, אינה ציפייה לגיטימית. כך, לא ניתן להישען על טענת הסתמכות כשמדובר בזכויות מכוח תמ"א 38, שהן זכויות שאישורן כפוף לשיקול דעתו של המוסד התכנוני. ממילא, כל עוד החלטתו של המוסד התכנוני לא הפכה סופית, לרבות בשל תקיפה בהליכי ערר או עתירה מנהלית, אין העותרים רשאים להסתמך עליה.
- זאת ועוד, לא מדובר במדיניות הפכפכה, כפי שנטען. מעבר לכך שהוועדה המקומית סוברנית לשנות את מדיניותה והחלטותיה מעת לעת במידת הצורך, חלק ניכר מאותם שינויים הם תולדה של נסיבות חיצוניות, כגון תיקונים שנוספו לתמ"א 38, החלטות ועדות ערר ופסקי דין של בתי המשפט.
45. אין ממש בטענה כי הוועדה המקומית ניצלה את הליכי הערר כדי לחזור בה מהחלטותיה. ההיפך הוא הנכון. בעמדת הוועדה המקומית שהוגשה במסגרת בירור העררים טענה הוועדה המקומית כי יש לדחות את שני העררים, קרי: להותיר את החלטתה מיום 12.7.2015 על כנה, לרבות ההיתר שניתן מכוחה.
46. לעניין תכנית האב שהזכירו העותרים, הרי שבעת שמסרה הוועדה המקומית את עמדתה לעררים, התכנית כלל לא עמדה על הפרק. זאת ועוד, לעומת התכנון שערכו העותרים, הרי שתכנית האב מאפשרת מתן זכויות לצד תועלות ציבוריות. הובהר כי הגדלת צפיפות הדירות ברמת גן תביא לחוסר משמעותי בכל סוגי השטחים הציבוריים, בדגש על מעונות ומוסדות חינוך. תכנית האב נותנת לכך מענה.
47. נטען כי מבלי לגרוע מטענות ועדת הערר בדבר סמכותה הרחבה, הרי שוועדת הערר אינה נוהגת לקבוע קביעות תכנוניות פוזיטיביות במקום הוועדה המקומית, אלא להשיב אל הוועדה המקומית את הדיון בכפוף לקביעות עקרוניות. על כן, אין תימה כי ועדת הערר נמנעה מלקבוע מהו מספר היחידות המותר אלא הורתה לעותרים להגיש בקשה חדשה שתיבחן ע"י הוועדה המקומית.
48. הוועדה המקומית עמדה על ערכו האדריכלי הייחודי של הבניין והדגישה את החשיבות הציבורית של שימור מבנים והנזק הנגרם בהיעדר שימור: **"פיסת זיכרון מרחבי שחשובה לתחושת ההמשכיות של עם הולכת לאיבוד ואין לזה תרופה"**. לטענת הוועדה המקומית,

הבניין היה ברשימת השימור לאורך כל התהליך ו- "ברור למדי" כי העותרים מבקשים להשיג היתר טרם שתאושר תכנית השימור העירונית שנמצאת בהליך רישוי מתקדם.

כך, השאלה מתי יש לראות בבקשה להיתר ככזאת המבקשת להרוס את הבניין לעומת חיזוקו היא שאלה שבשיקול הדעת של המוסד התכנוני ושאלה הנדסית בעיקרה, שבית המשפט לא יתערב בה.

### דיון והכרעה

49. לאחר עיון בטיעוני הצדדים, בכתב ובעל-פה, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות.
50. ההחלטה העומדת תחת שבת הביקורת היא ההחלטה אשר הוציאה ועדת הערר תחת ידיה ביום 19.7.2018. זו ההחלטה הנדונה בגינה הוגשה העתירה. משכך, התלוות וההשגות הרבות שנשמעו לעניין התנהלותה של הוועדה המקומית אינן רלוונטיות, כשלעצמן, לסעדים המבוקשים, אלא אם יש בהן משום עילה לשנות גם את ההחלטה הנדונה. על כן, מראש איני נדרש לדון בכך.
51. אשר להחלטה הנדונה, הרי שתחילה יש להזכיר שני כללי יסוד הנוגעים לסמכויותיה של ועדת הערר ולגדר ההתערבות בהחלטותיה. כפי שנראה, לנוכח נקודת המוצא הנורמטיבית, עומדת בפני העותרים משוכה גבוהה ביותר לשם הוכחתה של עילת התערבות.
52. ראשית, התערבותו של בית המשפט לעניינים מנהליים בהחלטותיהן של רשויות התכנון תיעשה במשורה, ותישמר למקרים חריגים בלבד. בית המשפט לעניינים מנהליים אינו יושב כמוסד תכנון עליון. הביקורת שתופעל על ידו היא ביקורת שיפוטית מצומצמת בעילות התערבות המוכרות לגבי הפעלת שיקול הדעת המנהלי:

**"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" (ע"מ 2418/05 מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, פס" 9 (נבו, 24.11.2005)).**

באשר לרציונל שבבסיס כלל זה, יפים דבריו של בית המשפט העליון (בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותה רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 441, 458 (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 שולחנו כפלא שוליית הקוסם. לא נכניס ראשנו**

**בכל אלה, ולו מן הטעם שאין אנו רואים עצמנו כשירים וראויים להכריע בקונצפציות  
ובדוקטרינות של תכנון".**

מכאן, הנחת המוצא היא כי ועדת הערר היא גורם מקצועי, בעל ידע ומומחיות בתחומי התכנון והבנייה. מן הטעם הזה, חזקה היא שקיימת לוועדת הערר עדיפות מקצועית על פני בית המשפט בניתוח נושאים תכנוניים או הנדסיים המונחים לפתחו.

באשר להבחנה בין תפקידו של בית המשפט לבין תפקידה של ועדת הערר, נפסק כי:

"ועדת הערר היא מוסד תכנון, גבוה יותר בהיררכיה התכנונית מהוועדה המקומית, ובתור שכזה במסגרת ערר המוגש לוועדת הערר היא בוחנת את החלטת הוועדה המקומית לגופה. מדובר בבחינה תכנונית-מקצועית של הסוגיות התכנוניות שבמחלוקת לגופן, ולא בביקורת שיפוטית על החלטת הוועדה המקומית. ... לא כן בית המשפט בבואו להעביר תחת שבט ביקורתו את החלטות מוסדות התכנון, במסגרת תפקידו לקיים ביקורת שיפוטית על מעשי רשויות השלטון. בית המשפט אינו מוסד תכנון ואינו "מתכנן-על", ואין הוא שם את שיקול דעתו תחת שיקול הדעת המקצועי של מוסדות התכנון אשר הוסמכו בחוק להפעיל סמכויות אלה. תפקידו של בית המשפט הוא בהפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות מוסדות התכנון" (עע"מ 846/20 ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה - מחוז תל אביב נ' אופקים ב.י. רוטשילד 70 בע"מ, פס' 13 (נבו 13.09.2020)).

(ראה גם: עע"מ 7381/15 ש. דורפברגר בע"מ נ' אברהם עודד (נבו 30.10.16) (להלן: "דורפברגר"); עע"מ 6240/12 דנקנר נ' ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז חיפה (בנבו 10.5.15) (להלן: "דנקנר"); מיכה גדרון ואהרון נמדר **תמ"א 38** (2012), עמ' 377).

ולבסוף, לא למותר להזכיר גם את סדרי הדין החלים בהליכי עתירה מנהלית, אשר מראש מצמצמים את אפשרותו של בית המשפט לערוך בירור של המחלוקת מכלי ראשון, זאת לעומת ועדת הערר:

"בית משפט לעניינים מינהליים, אינו שומע עדים, אינו גובה ראיות, אינו ממנה מומחים מטעמו, ובוודאי שאינו מקיים ביקורים במקום. כל האמצעים הללו שמורים למקרים מיוחדים, קטנים במספרם וחריגים באופיים (ראו ברק ארז, בעמ' 481-480 והאסמכתאות המובאות שם)" (עע"מ 6626/18 תעשיית אבן וסיד בע"מ נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של מתחמים מועדפים לדיר, פס' 15 (נבו 17.12.2019)).

53. שנית, כלל הוא כי ועדת הערר כמוסד תכנוני, היא בעלת סמכות מקורית, במובן הזה שהיא רשאית להפעיל שיקול דעת תכנוני עצמאי בכל הנוגע להחלטה אשר התקבלה על ידי הוועדה המקומית והמונחת כעת לפתחה ולהכרעתה של ועדת הערר. זאת, בשונה מהליכי ערעור אחרים בשיטתנו המשפטית המתאפיינים, ככלל, בביקורת שיפוטית מוגבלת, בהיבטים שונים. כך למשל, מושכלת יסוד היא כי בית המשפט אשר יושב כערכאת ערעור לא ייטה להתערב

בקביעות עובדתיות של הערכאה הראשונה, מן הטעם שלערכאה הדיונית מוקנה יתרות לנוכח התרשמותה הבלתי אמצעית מבעלי הדין ומחקירות העדים (ראה מבין רבים: [ע"א 1394/18 יהודה זרובבלי נ' עלומים, קבוצת בני עקיבא להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ](#), פס' 8 (נבו 27.11.2011)).

לעומת זאת, הביקורת הערעורית אשר מופעלת על ידי ועדת הערר ביחס לוועדה המקומית היא בהיקף הרחב ביותר, כמעין "ערכאה כפולה". במתכונת זו, ועדת הערר מפעילה את סמכות הביקורת המוקנית לה באמצעות כניסה לנעליה של הוועדה המקומית תוך החלפת שיקול דעת הוועדה המקומית בשיקול דעתה שלה ("de-novo"). יש בכך ביטוי לכובעה של ועדת הערר כרשות מנהלית המוסמכת מטיבה ומטבעה לשקול שיקולים תכנוניים ומקצועיים, בשונה מטריבונל שיפוטי "רגיל" (ראה [עע"מ 317/10 שפר נ' יניב](#), פס' 14 (נבו 23.8.2010) (להלן: "שפר"); [עע"מ 4897/06 רבקה בוקבזה נ' עיריית ירושלים אגף הרישוי הוועדה המקומית](#) (נבו 16.01.2008); [דנקר](#), פס' 15; שרית דנה ושולם [זינגר דיני תכנון ובניה](#) (2015) עמ' 726-727 (להלן: "דנה וזינגר"); חמי בן נון וטל חבקיין [הערעור האזרחי](#) (מהדורה 3, 2012) עמ' 13)).

לא זו אף זו, במסגרת בחינת הערר, מוסמכת ועדת הערר לשקול כל שיקול הנוגע לעניין ולבחון כל היבט רלוונטי, אף אם שיקולים אלו לא נבחנו ולא נשקלו על ידי הוועדה המקומית (דנה וזינגר, עמ' 726 והאסמכתאות שם), שהרי לא מדובר בביקורת שיפוטית אלא בביקורת תכנונית-מקצועית. בהיררכיה הפנימית של מוסדות התכנון מצויה ועדת הערר בדרגה גבוהה יותר מזו של הוועדה המקומית, והיא רשאית להחליף את שיקול דעתה התכנוני של זו בשיקול דעתה שלה, כאשר היא מוצאת צורך בכך, ולקבל החלטה תכנונית שונה מזו שקיבלה הוועדה המקומית. ראה [עע"מ 402/03 עמותת העצמאים באילת \(לשכת המסחר\) נ' ועדת ערר לתכנון ולבנייה, מחוז דרום](#), פ"ד נח(3) 199 (2004):

"במסגרת סמכותה של ועדת הערר, במסגרת ערר שהוגש לה, היא רשאית להחליף את שיקול-דעתה התכנוני של הוועדה המקומית בשיקול-דעתה התכנוני שלה ולקבל החלטה תכנונית אחרת מזו שקיבלה הוועדה המקומית. כך עשתה ועדת הערר בעניינינו, ואם החלטתה ראויה היא ובמיתחם הסבירות, לא היה מקום להתערב בה רק משום שהחלטתה של הוועדה המקומית הייתה סבירה גם היא." (בפסקה 13).

ראה גם [עע"מ 4897/06 רבקה בוקבזה נ' עיריית ירושלים אגף הרישוי הוועדה המקומית](#), פס' 14 (נבו 16.01.2018).

54. מן הכלל אל הפרט, ועדת הערר הייתה מוסמכת, באופן מובהק, לבחון את בקשת ההיתר לגופה, על פי התרשמותה שלה ובהתאם למצב המשפטי והתכנוני הקיים בעת מתן הכרעתה. גם אם נניח לצורך הענין כי יש ממש בתלונות הנוגעות לוועדה המקומית, ממה נפשך? הרי שיקול דעתה של ועדת הערר הוא עצמאי בין כה וכה, ובמסגרת העתירה הנוכחית נבחנת החלטתה של ועדת הערר, ושלה בלבד. אפילו הייתה הוועדה המקומית מגלה תמיכה נלהבת בטענות

העותרים, לא היה בכך להביא לשינוי בתוצאה אשר נגזרת אך ורק מהכרעתה של ועדת הערר, לפיה אין כל בסיס ואין כל הגיון תכנוני או אחר באישור מכפיל של 3.5 יחידות דיור ועוד חנות (ס' 34 להחלטה הנדונה).

55. לא זו אף זו, וועדת הערר הביעה ביקורת מרומזת על הוועדה המקומית בקבעה כי "לא ברור כיצד היא אישרה 35 יחידות דיור" (פס' 9 להחלטה השנייה). כך, חרף טענות העותרים, הרי שלמקרא עמדת הוועדה המקומית שהוגשה בהליכי הערר, לא נראה כי הוועדה המקומית חזרה בה מהחלטתה מיום 12.7.2015 מושא העררים. כפי שצוין לעיל, הוועדה המקומית אמנם צירפה תחשיב עדכני של מספר יחידות הדיור שניתן להקים בשים למצב הסטטוטורי העדכני (בעת מתן תגובתה) אולם לא ציינה דבר בעניין זה בתגובה עצמה.

56. מכל מקום, נציין כי ממילא הוועדה המקומית הייתה רשאית לחזור בה מהחלטתה. ראה דבריו של בית המשפט העליון בעניין [עעם 8354/04](#) האגודה לסיוע והגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה ועדת המשנה לערעורים, פס' 24 (נבו 25.01.2006) (להלן: "האגודה לסיוע"; ההדגשות אינן במקור; ח.ב.):

"לעניין זה ההלכה היא כי 'ועדת תכנון ובנייה מוסמכת לעיין מחדש בהחלטות שנתקבלו על-ידיה ולשנות את עמדותיה עם שינויי הנסיבות. מותר לה לוועדת תכנון ובנייה גם לחזור בה מהחלטה קודמת, שכן עיקרון 'מעשה בית הדין' אינו חל על החלטות כאלה" ... הרציונל שביסוד אי-החלת עקרון סופיות הדיון על החלטות של ועדות תכנון ובניה, נובע מתפקידן, כרשויות מינהליות, "לשקוד בראש ובראשונה על הגשמת מטרות הנעוצות בטובת הכלל" ... ומהמטרייה של ה"תכנון הפיזי של סביבתו של האדם, [לגביה] יש חשיבות גדולה למתן שיקול דעת רחב לרשות המינהלית בלא שזו תהא קשורה יתר על המידה בהחלטותיה הקודמות" ...

ראה גם בג"ץ 9717/93 נעלה, עמותה להתיישבות בשומרון של עובדי התעשייה האוירית לישראל נ' מועצת התכנון העליונה באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(6) 97, 101-102 (2004):

"... מטבע הדברים, שינוי נתונים או נסיבות יכול להביא, ולעתים חייב להביא, לשינויה של החלטה מינהלית. סטייה מהחלטה מינהלית קודמת יכול שתבוא אף עקב הערכה מחודשת של נתונים קיימים בלא שינוי נסיבות ... העקרונות האמורים יפים במיוחד באחד מענפיו של המשפט המינהלי – תכנון ובנייה. בענף זה, העוסק בעיקר בתכנון הפיזי של סביבתו של האדם, יש חשיבות גדולה למתן שיקול-דעת רחב לרשות המינהלית בלא שזו תהא קשורה יתר על המידה בהחלטותיה הקודמות. לאינטרס ההסתמכות יש משקל נמוך יחסית בתחום זה..."

וכן ראה דנקנר, פס' 15; שפר, פס' 20.

ודוק, אף שעקרון סופיות הדיון אינו חל במלוא חומרתו על החלטותיהם של גופים תכנוניים, ומן הנימוקים שצוינו לעיל, נקבע כי בנסיבות המתאימות יש ליתן משקל לאינטרס של מי

שהסתמך כדין על החלטתו של המוסד התכנוני. מקומם של שיקולי הוודאות והיציבות אינו נפקד לחלוטין (ראה [בג"צ 318/75 חדג'ס נ' הוועדה המחוזית לתכנון, פ"ד \(2\) 133, 136-137](#) (1976); [האגודה לסיוע, שם; שפר שם](#)).

אלא מאי? בענייננו, מעבר לכך שהנסיבות המשפטיות והתכנוניות השתנו (ועל כך בהמשך), הרי שלא ניתן לקבל טענת הסתמכות כל עוד הליך הרישוי לא הגיע לסיומו. במילים אחרות, העותרים מעולם לא אחזו בידם בהיתר בניה שריר, קיים ותקף. ההחלטות השונות שניתנו בעניינם היו כאלו המותנות באישורים נוספים, או שהוגשו התנגדויות והליכי ערר בגינן. אפילו נאמר כי החלטת הוועדה המקומית מיום 12.7.2015 היא אמנם החלטה סופית בפריזמת הוועדה המקומית, הרי שהוגש עליה ערר ימים ספורים לאחר שניתנה. לא כל שכן, הרי העותרים עצמם, מניה וביה, הגישו ערר על החלטה זו. כיצד אפוא ניתן להלום את הטענה בדבר הסתמכות על החלטות קודמות כל עוד הדיון בעניין מוסיף להתנהל בפני ועדת הערר?

57. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף בשים לב לכך שעסקינן בזכויות מכוח תמ"א 38. בהקשר הזה, מקובלות עליי טענותיהן של המשיבות 1 ו-2 כי בהתאם ללשון הוראות תמ"א 38, מדובר בזכויות בנייה שמימושן כפוף לשיקול דעתו של הגוף התכנוני וכי אין מדובר בזכויות "מוקנות" במובן הרגיל של מונח זה:

"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 שהוועדה המקומית תהא "רשאית" לאשר את תוספות הבניה, והן מעניקות לוועדה 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 ... " (דורפברגר, פס' 31).

ויודגש, קיימת חשיבות ציבורית רבה לעידוד מתן היתרים מכוח תמ"א 38. התכנית נועדה, בראש ובראשונה, לעודד את חיזוקם של מבנים ישנים מפני רעידות אדמה. קידומה של התכנית נובע, בין היתר, מדו"ח אשר פרסם מבקר המדינה בשנת 2001, במסגרתו התריע מפני תוצאותיה של התרחשות רעידת אדמה בישראל בהינתן שמבנים רבים בישראל אינם ממוגנים מפני רעידות אדמה (ראה [דורפברגר](#), פס' 19-23 לפסק-דינו של כב' השופט שהם; [עתמ \(ת"א\) 28736-06-19](#) התאחדות בוני הארץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רמת-גן (נבו 16.09.2019)). יתר על כן. לתמ"א 38 תכליות חשובות נוספות, לרבות קידום ההתחדשות העירונית והציפוף העירוני על יתרונותיהם לנוכח התכלות יתרות השטחים הפנויים במדינת ישראל (להרחבה, ראה [עת"מ \(ת"א\) 50776-04-15](#) עופר לזובסקי נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ולבניה מחוז תל אביב (נבו 21.10.2015)).

ברם, בצד זה, סעיף 22 לתמ"א 38, הנושא את הכותרת "שמירת זכות הוועדה המקומית לסרב לתת היתר", קובע כי:



**"אין באמור בתכנית זו כדי לשלול מסמכותה של הועדה המקומית לסרב לתת היתר לבניה הכרוך בתוספת זכויות בניה 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 הבניה צריכה להיבחן במסגרת תכנית שתסדיר עניינים נוספים אלו לאור התוספת המבוקשת. הועדה המקומית תפרט בכתב את הנימוקים לסירוב כאמור.**

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

58. לנוכח האמור, הכלל המשפטי הוא שאל להם למוסדות התכנון להתעלם מהפגיעה האפשרית באינטרסים לגיטימיים אחרים, שעלולה להיגרם עם יישום תמ"א 38. על מוסדות התכנון לבצע איזון בין הצורך הציבורי והתכנוני המוגשם ביישום המדיניות התכנונית אותה מתווה תמ"א 38, לבין הפגיעה האפשרית בבעלי העניין, להם עומדת הזכות להתנגד לבקשה להיתר. באיזון זה, תהא, בדרך כלל (אך לא תמיד) ידה של תמ"א 38 על העליונה, אלא אם הפגיעה הנגרמת לבעלי העניין אינה סבירה או שאינה מידתית (ראה **דורפברגר**, פסקה 34 לדברי השופט שהם).

בכך יש משום עילה נוספת לדחייתה של טענת ההסתמכות. שומה על בעל זכויות אשר פונה לקבלת היתר מכוח תמ"א 38 לדעת כי שיקול דעתו של המוסד התכנוני אינו טכני. אין ערובה לכך כי כלל הזכויות מכוח תמ"א 38 יוענקו לו, בשים לב לאינטרסים נוגדים. לא ניתן אפוא להכיר בנסיבות אלו ב- "הסתמכות" כל עוד החלטתו של המוסד התכנוני לא הפכה סופית. אדרבא, יש בכך אף לחזק את שיקול דעתו של המוסד התכנוני עליו עמדת קודם, ומכאן להצר עוד יותר את הפתח להתערבות שיפוטית בשיקול דעת זה.

59. עוד טענו העותרים כי בחינתה של בקשת ההיתר צריכה להיעשות בהתאם לתכניות ולמדיניות שנהגו בנקודות זמן שונות קודם לדיון בוועדת הערר.

אין בידי לקבל טענה זו. בהתאם לתפיסה לפיה לוועדת הערר סמכות לדון מחדש (דיון de-novo) בענין שהונח לפתחה, ונוכח הגמישות הנדרשת בכל הנוגע להליכי תכנון ושמירה על האינטרס הציבורי בכלל, ובעת של שינוי נסיבות בפרט, הרי שמטבע הדברים היא אינה כפופה למצב שהיה ואיננו עוד. מכאן, שאין לראות בהחלטת הועדה משום החלת נורמות באופן רטרואקטיבי, שכן המועד הרלוונטי הוא מועד הדיון בוועדת הערר ולא מועד הגשתה של בקשת ההיתר, או מועד שרירותי אחר. לפיכך, אין בסיס גם לדרישתם החלופית של העותרים כי הדיון יושב לוועדה המקומית בכפוף לבחינה 'אנאכרוניסטית' של בקשת ההיתר, קרי, בהתאם למצב שהיה קיים בעבר. דברים אלה יפים בבחינת קל וחומר משעה שוועדת הערר ביטלה כליל את החלטתה של הוועדה המקומית ולא החזירה אליה את הענין לדיון מחדש, מה שממילא יחייב את העותרים להגיש בקשה חדשה להיתר בניה.

לפיכך, ככל שיחדשו העותרים את בקשת ההיתר, הרי שהיא תידון בפני הוועדה המקומית בהתאם למצב המשפטי והעובדתי שיחול באותה עת.

60. אשר ליתר קביעותיה של ועדת הערר, כמו גם לטענות העותרים לגביהן, הרי שהן נטועות בליבת המומחיות המקצועית-התכנונית של הוועדה, שאין עילה להתערב בה.

61. ההחלטה הנדונה מעוגנת בדין, מתבססת על תכניות קיימות ועל שיקולים לגיטימיים. לא מצאתי כל סתירה למסד הנורמטיבי הרלוונטי. כך, ההחלטה הנדונה ניתנה לאחר שקלא וטריא, לרבות מספר דיונים ואף סיור שנערך בבניין על ידי חברי הוועדה. מדובר אפוא בהחלטה מושכלת ומנומקת כדבעי.

אין בידי לקבל את הטענה כי ההחלטה הנדונה אינה עומדת בקנה אחד עם החלטת הערר הראשונה. כפי שציננה ועדת הערר, הרי שהחלטת הערר הראשונה עסקה בעומס תחבורתי, ובסוגיה זו בלבד. כך או כך, כפי שצוין לעיל, מוסד תכנוני אינו מנוע מלשוב ולעייין בהחלטותיו, והדבר נכון גם לגבי ועדת ערר (ראה **דנקנר**, פס' 15).

לא מצאתי ממש גם בטענות הנוגעות להפליית העותרים, שכן קביעותיה של ועדת הערר ניתנו ביחס לנסיבות המקרה הפרטניות. העותרים לא הביאו כל ראיה בדבר נכסים אחרים, שנסיבותיהם ותכונותיהם דומות לחלקה ולבניין, לגביהם התקבלו כביכול החלטות שונות.

62. מעבר לדרוש, מצאתי לנכון להוסיף כי גם בראי השכל הישר, קביעותיה של ועדת הערר הן קביעות נכוחות ומתבקשות. העמסת עשרות יחידות מגורים על פיסת שטח מצומצמת שמצויות בה כיום 6 יחידות מגורים בלבד – אכן נראית על פניה בלתי מידתית ובלתי הגיונית. ההוראה מכוחה אושר מכפיל של 3.5 דירות בוטלה זה מכבר ולא בכדי. אין מקום להיאחז בכך, גם אם רווחיותו של הפרויקט הסופי עבור העותרים תהא נמוכה יותר, שכן החזות הכלכלית בדמותם של תמריצי בניה לעותרים אינה חזות הכל, והאינטרס המוגן על ידי תמ"א 38 אינו האינטרס הפרטי של בעלי הדירות להשיא את רווחיהם (**דורפברגר**, בפס' 31).

ויוער, למקרא טענות העותרים, בכתב ובעל פה, הרי שנראה כי עתירתם מתבססת, בסופו של יום, על תחושת צדק הרבה יותר מאשר על טענות משפטיות שרירות. טוענים העותרים – ובצדק – כי אלמלא הוגשו העררים, הרי שהיה בידם היתר בניה ל-35 יחידות דיור, שהרי ועדת הערר כלל לא הייתה קונה סמכות לדון בעניין. בנוסף, לו היו מקבלים העותרים את טענותיהם של המתנגדים במלואן וחוזרים בהם מהערר שהגישו, הרי שהיה בידם היתר ל-31 יחידות דיור, שהרי זהו מספר היחידות שהמתנגדים טענו כי יש לאשר. דא עקא, לא כך קרה. לא הושגו הסכמות, ולפיכך וועדת הערר ישבה על המדוכה. ועדת הערר רכשה סמכות ודעתה שונה מזו של הוועדה המקומית. זהו אכן, במידת רבה, ביש מזל מבחינתם של העותרים, אך לא בגדר עילה להתערבות בהחלטתה של ועדת הערר. העותרים נטלו על עצמם סיכון מחושב בכך שלא עצרו את ההתדיינות טרם שהיה מאוחר מדי, ולהוותם, הסיכון התממש בשלמותו.

63. ולבסוף, בהקשר זה, נותר עדיין לדון בדרישת העותרים כי ועדת הערר תקבע מהו המכפיל הראוי שלאור יש לחשב את מספר יחידות הדיור שניתן להקים, חלף השבת העותרים להגשת בקשה מחודשת לוועדה המקומית.

הפכתי בטענות הצדדים ובחנתי שמא היה מקום להורות כן, ובכך להקל קמעא על העותרים שבצר להם נדרשים לשוב לנקודת ההתחלה, בכל הקשור להליך התכנוני.

אלא מאי, טוענת ועדת הערר כי נתון זה – קביעת המכפיל הראוי - אינו עומד לבדו אלא הוא נגזר משורה של פרמטרים נוספים, כגון נפח הבנין כולו ושטחי הבניה, וכי בנסיבות המקרה אין מנוס מעריכת תכנון חדש והגשת בקשה חדשה שעל יסודה ניתן יהיה לקבוע מהו מספר היחידות שיש להתיר. לא מצאתי מענה משכנע של העותרים לטענה זו. ואכן, לא מדובר בחישוב אריתמטי פשוט, אלא בצורך ליישם במסגרת הבקשה החדשה להיתר שורה של קביעות שקבעה ועדת הערר, לרבות במסגרת ס' 43 להחלטתה. לא שוכנעתי כלל ועיקר כי בנסיבות אלה, או בכלל, ועדת הערר היתה חייבת לקבוע באופן פוזיטיבי מהו המכפיל הראוי במקרה דנן (הגם שמתוקף סמכותה היא היתה רשאית לעשות כן). די בכך שוועדת הערר הגיעה לכלל מסקנה כי הבקשה להיתר בכללותה היא מוגזמת ובלתי סבירה מבחינת היקף הבניה המבוקשת, על מנת לתמוך במסקנתה כי יש לבטל את החלטתה של הוועדה המקומית מבלי לקבוע מסמרות בשאלה מהי ההחלטה "הנכונה" שהוועדה המקומית צריכה היתה לקבל. גם כאן, מדובר בעניין מקצועי מובהק שאין עילה להתערב בו שעה שוועדת הערר סברה כי לא יהיה זה ראוי שהיא עצמה תקבע פוזיטיבית מהו המכפיל הראוי.

64. ומכאן לסוגיית השימור.

ועדת הערר קבעה כי הבניין הוא מבנה המיועד לשימור ומכאן שלא ניתן להתיר תמריצים מכוח סעיף 14א לתמ"א 38 העוסק בחלופה של הריסה ובנייה מחדש. זאת, בשים לב להוראות סעיף 14א(ו) הקובע כי "הוראות סעיף זה לא יחולו על מבנים שמיועדים לשימור ומבנים בעלי ערך היסטורי ואדריכלי".

מדובר בקביעה שהיא למעלה מהצורך, כעולה מס' 45 להחלטתה של ועדת הערר לפיה דין החלטתה של הוועדה המקומית להתבטל בכל מקרה. על כך שמדובר בקביעה שהיא בבחינת למעלה מהצורך, תעיד גם הודאתה של ועדת הערר עצמה במסגרת תגובתה לעתירה (ס' 6 ו- 61 לתגובה).

מכל מקום, המונח "מבנה לשימור" מוגדר בסעיף 7.1 להוראות תמ"א 38 באופן הבא:

"מבנה שנועד לשימור בתכנית מאושרת, מופקדת או בתנאים שנקבעו לפי סעיף 78 לחוק."

אין חולק כי בעת ההיא, הבניין לא הופיע בתכנית שימור מאושרת או מופקדת כמשמעותן מכוח הוראות [חוק התכנון והבניה](#) (הגם ביום 15.3.2021 התקבלה החלטה עקרונית להפקיד

תכנית שכזו, בכפוף לתיקונים). הצדדים נחלקו בשאלה האם בנסיבות המקרה הבניין הנו בגדר מבנה לשימור בהתאם לחלופה השלישית, קרי: **"בתנאים שנקבעו לפי סעיף 78 לחוק"**.

בתוך כך נדרשו הצדדים גם לנפקותה של הודעת השימור כהגדרתה להלן, שהוצאה מכוח סעיפים **77 ו-78 לחוק התכנון והבניה**, ולנוסח מעודכן של הודעה זו שפורסם בהמשך.

65. השאלה האם הבניין אכן מהווה "מבנה לשימור" כמשמעו לעניין סעיף 14א(1) להוראות תמ"א 38 היא שאלה משפטית במהותה, הנוגעת לפרשנות הוראות תכנית תמ"א 38 ומסמכים סטטוטוריים נוספים, כגון החלטת ועדת השימור המחוזית, הודעת השימור וכיו"ב. משכך, אין מדובר בעניין תכנוני שבית משפט זה לא יטה להתערב בו, בהתאם לכללים שהוזכרו לעיל. ברם, לאחר שהוגשה העתירה דנן, הובהר כי הודעת השימור פקעה (ס' 8 ו-61 לתגובתה של ועדת הערר). משכך, קביעתה של ועדת הערר, הנסמכת על הודעת השימור, כי מדובר במבנה לשימור, כבר אינה יכולה לעמוד כיום. נוכח פקיעתה של הודעת השימור לאחר החלטתה של ועדת הערר, השאלה האם לגופו של ענין צדקה ועדת הערר בקביעתה זו אם לאו, הפכה תיאורטית ואין טעם מעשי לדון בה (ראה למשל: [עע"ם 5933/05 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ](#), פס" 10 (נבו 03.08.2006)). במאמר מוסגר נציין כי לכאורה ניתן היה לטעון שהבניין מוחרג מהתמריצים הקבועים בסעיף 14א לנכח סיפת סעיף 14א(ו) המחריג מתחולת סעיף 14א גם מבנים שאינם מיועדים לשימור אלא "רק" בעלי ערך היסטורי ואדריכלי, אלא שהצדדים לא נדרשו לסוגיה זו ועל כן אין מקום להכריע בה.

66. אשר על כן, איני נדרש לטענות העותרים בכל הנוגע לסוגית השימור, ולקביעותיה של ועדת הערר בפסקאות 46-63 להחלטה הנדונה. עם זאת, לנוכח המחלוקת העיקשת שהתגלעה בין הצדדים בעניין זה, שלא נפתרה גם לאחר שהובהר כי הודעת השימור פקעה, יש להבהיר כי ככל שבהליכים עתידיים שינקטו העותרים יתבססו מוסדות התכנון הרלוונטיים על קביעותיה של ועדת הערר בהחלטה הנדונה לעניין השימור, לא יהיו העותרים מנועים מלהשיג על כך פעם נוספת.

67. הנה כי כן, לא מצאתי כי יש בידי העותרים להצביע על עילת התערבות בהחלטתה של ועדת הערר. דרכם של העותרים להגיש בקשה חדשה למתן היתר עודנה פתוחה. חזקה היא כי בקשתם תיבחן ללא משוא פנים תוך איזון ראוי עם אינטרסים אחרים ותוך מתן קדימות, בשים לב לזמן המאוד ממושך בו עניינם תלוי ועומד בפני רשויות התכנון.

68. בצד האמור, מצאתי להעיר כי התמונה הכוללת הנשקפת מהליך זה, בכל הנוגע להליכי תכנון ורישוי בעיריית רמת גן, אינה משביעת רצון. תכניות כאלה ואחרות אשר בעריכתן הושקעו כספים ומשאבי ציבור באות לעולם וחולפות ממנו כלעומת שבאו. מדיניות עקרונית שאמורה להוות נר לרגלי יזמים, תושבים וגורמים אחרים בתחום ההתחדשות העירונית – משתנה חדשות לבקרים. עם זאת, ייתכן כי אין מקום לתלות את האשם בוועדה המקומית, או למצער – בה בלבד. כפי שהובהר, חלק מאותם שינויים בהחלטותיה של הוועדה המקומית נכפו עליה

"מבחוץ", מכוח שינויי חקיקה, החלטותיהם של מוסדות תכנוניים מחוזיים וארציים וכן החלטות שיפוטיות של בתי המשפט. ההליך דגן אינו האכסניה המתאימה לעסוק בכך, אך שומה על גורמי התכנון והרישוי ליתן את הדעת לפגיעה שעלולה להגרם עקב כך לציבור הרחב.

### **סיכום**

69. סיכומו של דבר, מכל הטעמים שפורטו לעיל, העתירה נדחית.
70. העותרים יישאו בהוצאות ועדת הערר בסך של 20,000 ₪. בנסיבות שפורטו לעיל, לא מצאתי לנכון לפסוק הוצאות לזכות הוועדה המקומית.
71. המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים.
- ניתן היום, כ"ו אב תשפ"א, 04 אוגוסט 2021, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

חגי ברנר 54678313-/  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה