

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

עת"מ 1531-03-20 משולם לוינשטיין הנדסה וקבלנות בע"מ נ' הערר המחוזית מחוז תל ואח'

עת"מ 1689-03-20 בית וגג רחוב האמוראים 11 תל אביב שותפות מוגבלת ואח' נ' ועדת ערר לתכנון ולבניה מחוז תל אביב ואח'

לפני כבוד השופטת לימור ביבי

עותרות

1. משולם לוינשטיין הנדסה וקבלנות בע"מ ע"י ב"כ עו"ד טויסטר
2. בית וגג רחוב האמוראים 11 תל אביב שותפות מוגבלת
3. בית וגג פרויקט תמ"א 38 ברחוב האמוראים 13 תל אביב שותפות מוגבלת ע"י ב"כ עו"ד דניאל אברבנאל, גיא פורר וגור קורן

נגד

משיבים

1. ועדת הערר המחוזית מחוז תל ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי) עו"ד פליגלר- שטיין
2. הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב ע"י ב"כ מהמחלקה המשפטית עו"ד חכמן

3. אורה קניון
4. אינגר ריבקה
5. אלעזר בטי
6. חיים ברנשטיין
7. גילה בורקובסקי
8. דוד גודווין
9. אריה ביקוביץקי
10. קליה גודווין
11. ורדה ביקוביץקי
12. חנה גולדנשטיין
13. דורית ברגר שנון
14. ארנה גולן
15. יוסף ברזל
16. עידו דרינבלט
17. אהרון הנדלמן
18. שולמית דיקרמן

19.	אורי הניג
20.	הנדלנן אהרון
21.	דפנה הניג
22.	משה ולנט
23.	יסמין הניג
24.	יעקב אלי
25.	דניאל וגר
26.	לורה לויט
27.	אביטל זוהר
28.	רוחמה ליברמן
29.	פרחיה מושקוביץ
30.	לי נוימן
31.	מישור אורלי
32.	טל קלקשטיין
33.	ציפי פרקש
34.	נעמי מלאת
35.	נורית קוסטין
36.	צילה קפלן
37.	נוימן קלקשטיין טל
38.	לאה רוזנברג
39.	סלמן תמר
40.	מרים פינקלשטיין
41.	שמעון שגב
42.	רפאל פינקלשטיין
43.	סמדר שילה
44.	גליאת פליישמן
45.	טלי שרון
46.	שחר שרון
47.	מיכאל צימרמן
48.	עליזה שרי
49.	קניון אברהם
50.	מירון גרנית
51.	נעמי זיס
52.	קפלן צילה
53.	קרינדל שירצקי יפה
54.	אורלי מישור
55.	קרני דניאלה וספיר
56.	אלון פורה
57.	רבן יעל
58.	שילה סמדר

ע"י ב"כ עו"ד בנימין ברנר ו/או עופר שטריקר ו/או
רויטל סילוורה זרחיה

ספרות:

[י' זמיר, הסמכות המינהלית](#)

[אהרן נמדר, תכנון ובנייה, חלק ראשון, תכניות, מוסדות והליכי תכנון \(חושן למשפט, 2015\)](#)

[אהרן נמדר, תמ"א 38 \(חושן למשפט, 2012\)](#)

חיקה שאוזכרה:

[תקנות התכנון והבניה \(סטייה ניכרת מתכנית\), תשס"ב-2002: סע' \(8\), 2\(8\)א2\)](#)

[חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 62א, 145, 145ב, 145ג, 145ד, 147, 149, 151א, 151ב1, 151\(1\)ב5, 151\(3\)ב2, 197\)](#)

פסק דין

לפני שתי עתירות מנהליות, אשר הדיון בהן אוחד, הנסבות שתיהן על החלטת ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז תל אביב (להלן: "ועדת הערר") מיום 13.1.20, אשר קיבלה באופן חלקי עררים אשר הוגשו על ידי המשיבים 3-58 על החלטת הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב יפו (להלן: "הוועדה המקומית") מיום 2.1.19, במסגרתה אושרו שש בקשות למתן היתרי בניה להקמת פרויקט תמ"א 38 מסוג הריסה ובניה בשישה מגרשים צמודים בשכונת נווה אביבים (להלן: "בקשות ההיתר").

במרכז הדיון בעתירה - תוספות שהתבקשו על דרך ההקלה, אותן אישרה הוועדה המקומית וביטלה ועדת הערר, הכוללות תוספת של שתי קומות בכל אחת משש הבקשות להיתר ותוספת יחידות דיור הנובעת מכך וכן תוספת של 6% בשל שיפור התכנון והקלה בקווי הבניין הצדיים (להלן וביחד: "ההקלות").

העובדות בקצירת האומר;

1. במרכז הדיון בעתירות, ששה בניינים הסמוכים זה לזה ברחוב האמוראים ברמת אביב אשר נבנו לפני עשרות שנים (היתר לבנייתם ניתן לפני יום 1.1.1980 וחלה עליהם תמ"א 38 על תיקוניה) וכל אחד מהם הוא בן שלוש קומות ובו 14 יחידות דיור. מיקום המקרקעין עליהם ממוקמים הבניינים, הוא בשולי שכונת נווה אביבים, בסמיכות לדרך נמיר, כאשר גבול המגרשים האחורי של המקרקעין (הגבול המערבי) גובל בכביש (דרך נמיר) והפאה הקדמית של הבניינים גובלת ברחבת חנייה הממוקמת ממזרח לבניינים.

2. כל בעלי הזכויות בבניינים התקשרו עם העותרות בהסכמים במסגרתם התחייבו העותרות לפעול למימוש פרויקט התחדשות עירונית במקרקעין בהתאם להוראות תמ"א 38. במסגרת הפרויקט כל אחד מהבניינים הקיימים ייהרס ובמקומו ייבנה בניין חדש, אשר יכלול ממ"דים ובו תוקצה לכל אחד מבעלי הדירות דירה חדשה (להלן: "הפרויקט").

3. לשם הקמת הפרויקט, הגישו העותרות לוועדה המקומית שש בקשות להיתרי בניה. כך - העותרות בעת"מ 1689-03-20, בית וגג רחוב האמוראים 11 תל אביב- שותפות מוגבלת ובית וגג פרויקט תמ"א 38 ברחוב האמוראים 13 תל אביב שותפות מוגבלת (להלן: "בית וגג"), הגישו שתי בקשות למתן היתרי בנייה להקמת פרויקט תמ"א 38 מסוג הריסה ובניה במקרקעין הידועים כחלקות 48 ו-49 בגוש 7223, המצויים ברחוב האמוראים 11 ו-13 בתל אביב.

והעותרת בעת"מ 1531-03-20, משולם לוינשטיין הנדסה וקבלנות בע"מ (להלן: "משולם לוינשטיין") הגישה ארבע בקשות למתן היתרי בנייה להקמת פרויקט תמ"א 38 במקרקעין הידועים כחלקות 45,46,47 ו-70 בגוש 7223, המצויים ברחוב האמוראים 3, 5, 7 ו-9 בתל אביב.

(בית וגג ומשולם לוינשטיין לעיל ולהלן וביחד: "העותרות")
(הבניינים ברחוב האמוראים 3, 5, 7, 9, 11 ו-13, הידועים כחלקות 45, 46, 47, 48, 49 ו-70 בגוש 7223 להלן וביחד בהתאמה: "הבניינים" ו"המקרקעין").

4. במסגרת כל הבקשות להיתר התבקשו - מעבר לשלוש הקומות ולקומה החלקית על הגג, המותרות לפי התכניות החלות על המקרקעין - תוספת שלוש קומות מכוח תמ"א 38, וכן שתי קומות נוספות בדרך של הקלה בהתאם לקבוע בתקנה 8(2) לתקנות התכנון והבניה (סטייה ניכרת מתכנית), התשס"ב, 2002 (להלן: "תקנות סטייה ניכרת"). התוצאה הסופית בהתאם לכל אחד מהיתרים היא שבכל אחד מהבניינים החדשים המבוקשים יהיו 8 קומות מעל 2 קומות מרתף, קומת קרקע וקומת גג חלקית, והוא יכלול 36 יח"ד.

כמו כן, התבקשו במסגרת כל בקשות ההיתר הקלות נוספות, שעיקרן: הקלה של 10 מ' בקו בניין קדמי לכיוון דרך נמיר (15 מ' במקום 25 מ'), הקלה של 1 מ' בקו בניין צפוני, הקלה של 1 מ' בקו בניין צדי דרומי, תוספת אחוזית 11% (5% בגין תוספת שתי קומות ו-6% שיפור תכנון), הקלה לתוספת יחידות דיור בשיעור של עד 30% (מעבר לתוספת יחידות הדיור מכוח תמ"א 38 לפי מדיניות הוועדה המקומית), הקלה בנסיגה של קומת הגג החלקית 1.2 מ' בחזית צדית, הקלה להקמת בריכה פרטית על הגג.

5. ביום 2.1.19 אישרה הוועדה המקומית את בקשות ההיתר, לאחר שדנה בהתנגדויות שהוגשו לגביהן. בהחלטת הוועדה המקומית בבקשה להיתר שהוגשה על ידי בית וגג, נקבע כי מבדיקות שנערכו על ידי היחידה ליעוץ אסטרטגי בעיריית תל אביב עולה שעל פי היצע השטחים הציבוריים ומצב התשתיות בשכונה - אין מניעה לתוספת יחידות הדיור מושא בקשות ההיתר. כמו כן, נקבע בהחלטת הוועדה המקומית כי גובה הבינוי המבוקש בבקשות

ההיתר תואם (ואף נמוך משמעותית) מזה הקבוע בנספח העיצוב העירוני של תכנית המתאר הכוללת לעיר תל אביב, תא/5000 (להלן: "התכנית הכוללת" או "תא/5000") ובמסמך מדיניות של הוועדה המקומית לגבי פרויקטים לפי תמ"א 38, הקובעים שניהם כי באזור המקרקעין ניתן להקים מבנים בגובה של עד 15 קומות (להלן: "החלטת הוועדה המקומית"). (העתק החלטת הוועדה המקומית צורף לכתב העתירה כנספח ד').

החלטה דומה ניתנה גם ביחס לבקשות ההיתר שהוגשו על ידי משולם לוינשטיין באשר לבניינים הסמוכים.

6. על החלטות הוועדה המקומית לאשר את בקשות ההיתר בבקשות בית וגג ובבקשות משולם לוינשטיין הוגשו עררים והדיון בהם אוחד.

7. ביום 20.5.19 התקיים דיון בפני ועדת הערר וביום 13.1.20 ניתנה החלטה בהם, נשוא עתירה זז.

החלטת ועדת הערר נשוא העתירה-

8. בוועדת הערר נחלקו הדעות בין רוב חברי הוועדה, אשר כלל את יו"ר הוועדה, נציג מתכנת המחוז ונציג הציבור - אשר סברו, כפי שיפורט להלן, כי יש לקבל את העררים באופן חלקי ובכל הנוגע לביטול ההקלות הכוללות תוספת שתי קומות ותוספת יחידות הדיור הנובעת מכך, אל מול דעת המיעוט של חבר הוועדה - אדריכל ומתכנן ערים, מיכאל גופר - אשר לגישתו, כפי שתפורט להלן, היה מקום לדחות את העררים בכל הנוגע לתוספת הקומות והיחידות ובמקרה הספציפי לאפשר הקלות אלו אשר התבקשו.

9. עיקר קביעות דעת רוב ועדת הערר;

בבסיסה של החלטת דעת הרוב בוועדת הערר - קביעה ובהתאם לה אין לאשר את תוספת שתי הקומות כהקלה וזאת, הואיל וההצדקה למתן ההקלה, כפי שנקבעה על ידי הוועדה המקומית, התבססה על צורך תכנוני כללי הנובע ומושתת על מדיניות התכנון של הוועדה המקומית ולא צורך פרטני הנוגע למאפייני המקרקעין המסוימים. בנסיבות אלו סברה דעת הרוב שיש לאשר את תוספת הקומות דווקא על דרך הכנת ואישור תכנית מתאר מקומית מפורטת ולא בדרך של הקלה.

כהערה מקדימה, קודם לפירוט החלטת הרוב, הנני מוצאת לציין כי החלטת ועדת הערר כוללת מספר נושאים נוספים אשר העתירה דן אינה עוסקת בהם ולכן אינני מוצאת לפרטם ובכללם: פרשנות לתכנית ל/1; פרשנות לתכנית ג/1; תוספת השטחים שאושרה עבור המרפסות ופתרון החניה.

ומכאן להחלטת והנמקת דעת הרוב ביתר פירוט.

את הנמקתה פתחה ועדת הערר בציינה כי לאור תוצאות הערר, אין היא נדרשת להכריע בטענת העוררים ולפיה ככלל לא קיימת סמכות להתיר הקלות לתוספת קומות, יחידות דיור וזכויות, כאשר מבוקש לממש תוספות בניה מכוחה של תמ"א 38, המהוות זכויות מותנות. יחד עם זאת, מצאה ועדת הערר להעיר שתי הערות באשר לטענה זו - האחת - כי תיקון 3א' לתמ"א 38 קובע מפורשות שניתן להתיר תוספת קומות בהקלה, קרי שעל פניו ככלל תמ"א 38 אינה שוללת תוספת מכוח הקלות בנוסף לתמריצים המוקנים במסגרתה. השנייה - כי תמ"א 38 כלל לא מתייחסת לשאלת הצפיפות במגרש ולא קובעת את היקף תוספת יחידות הדיור שניתן להתיר מכוחה, אלא שהיא מתייחסת לתמריצים על דרך תוספת קומות. עוד כנקודת מוצא לדיון, קיבלה ועדת הערר את עמדתה של הוועדה המקומית, שהתבססה על בדיקות שערכה ביחס לתוספת אפשרית של יחידות דיור בשכונה ובהתאם לה התשתיות הציבוריות בשכונה מאפשרות את תוספת יחידות הדיור שאושרה.

יחד עם זאת, קבעה וועדת הערר כי לא מצאה שקיימת הצדקה לתוספת שתי קומות בהקלה, בהבדל מאישור תוספת קומות במסגרת תכנון מפורט כולל. אשר לכך, ציינה ועדת הערר כי הנימוק היחיד אשר הובא בהחלטת הוועדה המקומית לאישור ההקלה הוא שתוספת הקומות שהתבקשה תואמת את מדיניותה של הוועדה המקומית לאזור, כפי שזו הוגדרה במסמך המדיניות שלה למימוש זכויות בהיתרים מכוח תיקון 3א' לתמ"א 38 מיום 9/5/18, התואמת את נספח העיצוב העירוני בתכנית המתאר הכוללנית שאושרה לאחרונה תא/5000 - שניהם מאפשרים לתכנן באזור הרלוונטי בניינים בני עד 15 קומות. בהתאמה לאמור סברה הוועדה המקומית, לדידה של ועדת הערר, כי על מנת ליצור אחידות בגובה הבנייה באותו אזור, ראוי לאשר בהליך רישוי (בהבדל מבהליך תכנוני) - שישה מבנים בני 10 קומות שהמרווחים ביניהם קטנים מאלו הקיימים היום (וזאת, בהתאם להקלה שאושרה על ידי הוועדה המקומית בקווי הבניין הצדיים).

אשר לנימוק זה, כפי שהוצג על ידי הוועדה המקומית, סברה דעת הרוב בוועדת הערר כי אין הוא ראוי כנימוק יחיד להצדקת תוספת קומות בהקלה בפרויקטים של תמ"א 38, בנוסף לתמריצים הניתנים מכוחה של תמ"א 38 וכי מדובר בהיפוך היוצרות ממש. כך, ועדת הערר פתחה וציינה כי תמ"א 38 נועדה לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה ובשם אינטרס זה משולם מחיר תכנוני ואדריכלי וזאת, הואיל והיא מקנה תמריצים הכוללים תוספת זכויות וקומות אשר יש בהם בכדי להשפיע על הסביבה ואילו מאידך אין היא מאפשרת תוספות של שטחי ציבור ותכנון של האזור כולו, שכן היא מתייחסת לבניין הבודד במגרש הבודד. כיוון שכך, ועל מנת לאזן את המחיר התכנוני המשולם במימוש התמריצים על פי תמ"א 38, נקבע כי הזכויות מכוחה של תמ"א 38 אינן מוקנות וכי ניתן לסרב לבקשה מכוחה בנסיבות מסוימות ומשיקולים מסוימים.

במקרה לפנינו, סברה דעת הרוב כי לא מתקיימים שיקולים המצדיקים סירוב מוחלט לבקשות להיתרים. כך, לטעמה של ועדת הערר, ניתן לאשר תוספת זכויות וקומות מכוחה של תמ"א 38, שיאפשרו את חיזוק המבנים בדרך של הריסה ובנייה מחדש - קרי דעת הרוב בוועדת הערר סברה שניתן לאשר את מלוא התמריצים לפי תמ"א 38.

אלא, שלטעמה שונה הדבר בכל הנוגע לתוספת הקומות שהתבקשה במסגרת הקלה לפי תקנות סטייה ניכרת. אשר לזו, הרי שדעת הרוב הדגישה כי מושכלות יסוד הן שהקלה היא

בגדר חריג שיש לנמקו, ואינה תחליף לתכנון וקבעה כי במקרה דנן ולא נמצאו נימוק או נסיבות מיוחדות או ייחודיות שיצדיקו חריגה נוספת לעניין מספר הקומות. בהקשר זה הוסיפה דעת הרוב וציינה כי לטעמה אין מקום לקשור ולכרוך בין המחיר התכנוני שראוי לעיתים לשלם בשם אינטרס חיזוק המבנים, לבין מחיר תכנוני נוסף של אישור תוספת קומות בהקלה ובעניינינו אישור גורף בשישה מבנים, תוך כוונה לשנות את פני האזור מבלי לתכנן אותו. לדידה של דעת הרוב, ההקלה נועדה לאפשר גמישות נקודתית מסוימת אך אין היא כלי לתכנון עיר ואין זה סביר לעשות בה שימוש לתוספת שתי קומות באופן גורף מתוך כוונה לשנות את פניה של השכונה. זאת השתיתה דעת הרוב על נימוקים כדלקמן:

ראשית, על כך שבהתאם לתכנית מתאר כוללנית תא/5000 הוצאתה לפועל כרוכה בתכנון מפורט ומשכך, מתן הקלות בהתבסס על תכנית זו בלא תכנון מפורט, מנוגד לה. הדברים אמורים ביתר שאת בהינתן שמדובר למעשה בשינוי תכנוני של השכונה בהליכי רישוי הכוללים הקלות וזאת, תחת נקיטה בהליך תכנוני מפורט.

ושנית, על כך שכתוצאה מהוויתור על ההליך התכנוני קיימת פגיעה בזכות הטיעון וזכות ההתנגדות שכן, כאשר השינוי נעשה בהליכי רישוי נקודתיים, לא נשמעים מלוא בעלי הזכויות בשכונה הזכאים להגיש התנגדות לשינוי המגולם בתכנית מתאר מפורטת.

דעת הרוב הוסיפה והדגישה כי האמור חל ביתר שאת בשים לב לכך שמבוקשת תוספת קומות במסגרת הקלה וזאת, בנוסף לקומות שמאושרות מכוח תכנית המתאר הקיימת ומכוח תמ"א 38.

בשולי חוות דעתה, מצאה דעת הרוב להתייחס לעמדת דעת המיעוט וציינה כי אינה רואה עמה עין בעין. כך, דעת הרוב לא מצאה לקבל את עמדת דעת המיעוט ולפיה הואיל ומדובר בפרויקט של תמ"א 38, הרי שבשל מימד הזמן יש להעדיף את מסלול הרישוי במסגרתו מתווספות הקומות על דרך ההקלה האורך זמן קצר יותר. אשר לעמדה זו, סברה דעת הרוב כי הנמקה זו המובאת על ידי דעת המיעוט, נוגדת עקרונות יסוד של דיני התכנון והבנייה ואינה מהווה נסיבה מיוחדת לאישור הקלה, שכן מדובר במצב שהוא נכון תמיד: תכנון מעצם טיבו וטבעו אורך זמן, ותכנית המתאר ונספח העיצוב העירוני שלה מתייחסים לרחבי העיר כולה. עוד ציינה ועדת הערר – באשר לעמדת המיעוט במסגרתה יוחסה חשיבות לתמיכת הוועדה המקומית במתן ההקלה – כי אמנם ככלל ניתן משקל לעמדתה של הוועדה המקומית ואולם, אין פירוש הדבר כי תמיד תקבל ועדת הערר את עמדת הוועדה המקומית. זאת בהינתן שוועדת הערר אינה מוגבלת בביקורתה לכלים מתחום המשפט המנהלי, אלא שהיא רשאית להיכנס בנעלי הוועדה המקומית ולהפעיל שיקול דעת עצמאי תכנוני שונה. עוד ציינה דעת הרוב כי לא נעלם מעיניה האינטרס הציבורי, הנובע ממשבר הדיור, להגדיל את היצע היחידות הדיור. יחד עם זאת, נקבע כי אינטרס זה אינו מצדיק תוספת של שתי קומות מעבר לקומות בהתאם לתכנון הקיים ותמ"א 38 וזאת, בשעה שתוספות יחידות הדיור בהתאם לתמ"א 38 מהווה תוספת של 100% על הדירות לפי התכנון הקיים.

לאור כל האמור, הורתה ועדת הערר על ביטול שתי קומות שאושרו בהקלה בכל אחת משש הבקשות להיתר. בהתאמה, נקבע כי יופחתו 6 יחידות דיור בכל בניין ובניין – באופן שבכל

קומה טיפוסית יהיו 4 יחידות דיור וכן, יהיו 2 יחידות דיור בקומת הגג החלקית (בנסיגה כפי שקובעת תכנית הגגות) ו-2 יחידות דיור בקומת הקרקע.

10. עוד נקבע על ידי דעת הרוב כי גם תוספת של 6% בשל "שיפור התכנון" אינה מוצדקת ויש בה כדי להגדיל את נפח הבניינים המתקבלים מתוספת הזכויות שאושרה מכוחה של תמ"א 38 – שלא לצורך ובאופן הפוגע בסביבה. בהקשר זה הדגישה וועדת הערר כי במקביל לתוספת האחוזית אושרו גם הקלה בקווי הבניין הצדיים והאחורי וכן תוספת של קומות בהקלה. לעניין זה קבעה ועדת הערר כי בהינתן שמתווספות זכויות ועל מנת לנצל אותן מתבקשות הקלות נוספות שמגדילות את נפח הבינוי וזאת, בשעה שהבניינים נהנים מתוספת זכויות משמעותיות בהתאם לתמ"א 38, הרי שאין כל הצדקה להתיר תוספת נוספת של 6% לשיפור הדיור. כיוון שכך, הורתה ועדת הערר על ביטול אישור תוספת 6%.

11. נוסף על כך סברה ועדת הערר כי לא קיימת הצדקה למתן הקלה בקווי הבניין הצדיים באופן שמקטין את המרווח בין המבנים מ-8 מ' ל-7.2 מ'. בנוגע לכך, צוין כי מבקשות ההיתר לא הציגו כל טעם תכנוני שיצדיק הקלה זו. זאת בשעה שמדובר במגרשים רגולריים ששטחם סביר ואינו יוצא דופן ואין כל טעם תכנוני להקטנת המרווח בין הבניינים אשר חשיבותו, בוודאי בשכונה שעתידה להצטופף, רבה.

12. כריכוז - עמדת דעת הרוב בוועדת הערר היא כי יש לקבל את הערר באופן חלקי על דרך ביטול תוספת 2 הקומות אשר אושרו כהקלה, כפועל יוצא מכך, הפחתת 6 יחידות דיור בכל בניין וכן, על דרך ביטול תוספת 6% לשם שיפור דיור וביטול ההקלה בקווי הבניין הצדיים מ-8 מ' ל-7.2 מ'.

13. **דעת המיעוט, חבר הוועדה מיכאל גופר - אדריכל** – חולקת רק על קביעת דעת הרוב הנסבה על תוספת הקומות ויחידות הדיור במסגרת ההקלה. אשר לכך, הודגש ראשית כי דעת המיעוט היא רק בשילוב הנתונים הפרטני והספציפי של מקרה זה, בו אין בכל אחד מהנתונים והטעמים בכדי להוות טעם המצדיק בפני עצמו את מתן ההקלה, אלא שרק שילובם והצטברותם הם המובילים לתוצאה זו.

לדעת המיעוט, באיזון שבין ההליך התכנוני המפורט כנדרש בהחלטת הוועדה כ"דרך המלך" התכנונית הראויה, לבין הליך אישור ההקלות הפרטני במסגרת מסלול תמ"א 38 ובנסיבותיו התכנוניות המיוחדות של מצב הדברים בענייננו - הכף נוטה לטובת אישור ההקלות הן של תוספת שתי הקומות והן של תוספת יחידות הדיור.

דעת המיעוט הציגה מספר טעמים לקביעה זו.

כך וראשונה הצביעה דעת המיעוט, כמצדיק תוספת הקומות והיחידות, על האינטרס הלאומי בהעלאת היצע הדירות (בת"א ובכל גוש דן) ובתמהיל של דירות קטנות שוות לכל נפש. שנית, הצביעה דעת המיעוט על גורם הזמן כגורם רלוונטי. אשר לכך, נקודת המוצא לדעת המיעוט היא שיש להתייחס כמכלול לפרויקט המבוצע מכוח תמ"א 38 ולהקלות הניתנות במסגרתו ("מסלול תמ"א 38 הנושא על כתפיו במקרה זה גם את ההקלות המבקשות להיכלל

בו"). יתרה מכך, לגישת דעת המיעוט קיימת הצדקה תכנונית ועניינית לעצם השימוש במוסד ההקלה כמרכיב אינהרנטי של הבקשה להיתר במסלול תמ"א 38 בעיקר בהיבט היישומי. אשר לפרויקט כאמור, הרי שדעת המיעוט ציינה כי מקום בו מוצא היתר בהתאם לתמ"א 38, מדובר בחלופה שאינה "דרך המלך" במסגרתה יש להכין תכנית מפורטת, אלא שהיתר המבוסס על תמ"א 38 מוצא ישירות במסגרת הליך הרישוי על פי הוראת תמ"א 38. זאת על מנת שההתחדשות העירונית בהתאם לתמ"א 38 תמומש במהירות ולא בהליך תכנוני אשר אורך שנים, לאור מצב החרום המרחף מעל המדינה ומכלול המטרות המושגות במסגרת מיזמי תמ"א 38. בנסיבות אלו, נקבע כי קיימת הצדקה לאישור הקלות במסגרת תמ"א 38, הואיל ומדובר בחלופה תכנונית מהירה. לגישת דעת המיעוט, במיוחד הדברים אמורים במקרה דנן בו המסלול בהתאם לתמ"א 38 הנושא על כתפיו גם את ההקלות המבקשות להיכלל בו, תואם את תכנית העיצוב העירוני לאזור תא/5000 ויש בו משום "הקדמת המאוחר".

שיקול נוסף אשר עמד לנגד דעת המיעוט נסב על עמדת הוועדה מקומית. בהקשר זה ציינה דעת המיעוט כי במקרה לפנינו נתמכה הבקשה להקלה על ידי הוועדה המקומית שנציגיה הם בבחינת "אבות העיר". נקבע שמשאלו מצאו לאשר את ההקלה, הרי שיש להתחשב בהמלצתם החיובית ובמיוחד מקום בו מושתתת דעתה של הוועדה המקומית על מדיניות שנקבעה על ידה עת היא דנה בבקשות להיתר מכוח תמ"א 38.

עוד הודגש כי בהיבט התכנוני הנוגע למרחב הציבורי וסביבת המגורים הקיימת במקום, מבני המגורים – על כל ששת הבניינים, נמצא בפאתי שכונת המגורים. קרי, אין מדובר על מבני מגורים הנמצא בטבורו של אזור מגורים בו הבניינים קרובים זה לזה והצפיפות רבה ומשכך נקבע כי המבני כולו ישתלב וייטמע בסביבתו. אשר לכך צוין עוד כי האמור חל ביתר שאת בהינתן שמגמות תכנית העיצוב העירוני – הצופה פני עתיד הן לאישור עד 15 קומות בכל האזור.

כיוון שכך סברה דעת המיעוט כי יש לאשר את ההקלות הן לתוספת שתי הקומות והן לתוספת יחידות הדיור. למעט המלצות אלו, וכאמור, הצטרפה דעת המיעוט לדעת הרוב.

14. לאור האמור, התקבלה ברוב קולות החלטת ועדת הערר לבטל את ההקלות הנסבות על תוספת הקומות ובהתאמה להפחית את יחידות הדיור הנובעת מביטול זה וכן, לבטל את אישור ההקלה בשיעור 6% בשל שיפור הדיור וההקלה בקווי הבניין הצדיים.

15. על החלטתה זו של ועדת הערר במסגרתה כאמור התקבלו חלקית העררים אשר הוגשו על החלטת הוועדה המקומית, הוגשו העתירות המנהליות דנן.

עיקרי טענות העותרות:

16. לטענת העותרות, החלטת דעת הרוב בוועדת הערר ולפיה יש להורות על ביטול שתי קומות בכל אחד מהבניינים הנדונים, לרבות יחידות הדיור שתוכננו באותן קומות, אשר הוועדה

המקומית החליטה לאשרן בהליך של הקלה בהתאם להוראות הדין ובהתאם למדיניות ולמגמות התכנון בסביבת המקרקעין, היא שגויה, בלתי סבירה ואינה יכולה לעמוד, בעוד שדווקא דעת המיעוט היא זו המבטאת תוצאה נכונה, מאוזנת וסבירה. לפיכך, דינה של החלטת ועדת הערר להתבטל.

17. בתמיכה לטענתן זו מצביעות העותרות ראשית על כך שוועדת הערר הכירה בהחלטתה בכך שבעניין הבניינים נשוא הערר קיימת הצדקה לאשר תוספת זכויות וקומות באופן שיאפשר את חיזוק המבנים בדרך של הריסתם ובנייתם מחדש. עוד הן מדגישות שוועדת הערר קיבלה את עמדתה של הוועדה המקומית, שנשמכה, כאמור, על בדיקות מקצועיות, ולפיה התשתיות הציבוריות באזור מאפשרות תוספת של יחידות דיור שכפי שהתבקשה בבקשות ההיתר. אלא, שלטענתן, על אף קביעות אלו, שגתה וועדת הערר עת קבעה שבנסיבות כפי שהונחו לא היה מקום לאשר את ההקלות אשר התבקשו וזאת, הואיל והצורך לאישורן הוא לכאורה צורך תכנוני כולל ולא פרטני.

18. לעמדת העותרות, קביעתה זו של ועדת הערר אינה סבירה ושגויה מיסודה וזאת, בהינתן שאין כל ביסוס בדין לכלל הנוקשה כפי שנקבע על ידי ועדת הערר ולפיו תנאי לאישור הקלה הוא בקיומה של הצדקה פרטנית בהבדל מהצדקה תכנונית כללית. יתרה מכך, נטען כי אימוץ כלל כאמור מרוקן מתוכן את מוסד ההקלה - שהוא כלי חשוב שהעמיד המחוקק לוועדות המקומיות לשם ייעול וזירוז של הליכי הרישוי - ביחס למקרים רבים בהם הוא נדרש. נוסף על כך ומבלי לגרוע מכלליות האמור, נטען כי במקרה הקונקרטי אף שגויה החלטת ועדת הערר לגופה וזאת, בהינתן שלדין של העותרות בנסיבות הקונקרטיות קיימות הצדקות תכנוניות, כלליות ופרטניות לאשר את ההקלות ואישורן של אלו לא מבוסס כל כולו רק על התאמתן של ההקלות לתכנון הכולל. כיוון שכך, נטען כי החלטתה של ועדת הערר, שגויה בלתי סבירה ומצדיקה התערבות.

19. ביתר פירוט טוענות העותרות ראשית כי כלי ההקלה נועד למצבים בהם שיקולים של יעילות וגמישות מחייבים עריכת שינוי במצב התכנוני, שהתגלה שגוי או חסר, בהליך קצר, פשוט ומהיר. קרי ההקלה נועדה על מנת שלא כל סטייה מהתכנון המקורי תחייב עריכת תכנית חדשה - הליך שאורך שנים ועלותו רבה - וניתן לבצע שינויים תכנוניים, שאינם סוטים באופן ניכר מהקבוע בתכנית (כפי שאלו הוגדרו בתקנות סטייה ניכרת), גם במסגרת הליך הרישוי, שהוא קצר ויעיל משמעותית.

לטענת העותרות, במסגרת החלטת ועדת הערר נקבע כלל נוקשה, חד ערכי, אגבי ולא רלבנטי, המרוקן מתוכן את מוסד ההקלה ומשכך, החלטתה אינה סבירה. כך, לטענתן יתכנו מקרים בהם גם אם הצורך בהקלה נבע משיקול הרלבנטי לאזור רחב, עדיין ייתכן שבמקרה הקונקרטי ונסיבותיו, המחייבות מתן מענה מהיר, יעיל ומידתי, דווקא מסלול ההקלה יימצא כמתאים ומנגד, תיתכן הקלה המתבקשת לאור מאפיינים של פרויקט בודד, אך אשר יש לה השלכות רחב למקרים אחרים או שהיא מעוררת שאלה תקדימית ו/או כזו המצריכה דיון מקצועי מעמיק יותר, שאז דווקא מסלול התכנית יימצא כמתאים. כיוון שכך, לטענתן

העותרות השאלה אם ההצדקה התכנונית להקלה מקורה במדיניות תכנון כללית לאזור הפרויקט או שמא בצורך תכנוני קונקרטי הרלבנטי לפרויקט הבודד היא אגבית ואינה יכולה להיות השיקול שעל פיו יקום וייפול דבר.

זאת ועוד, לטענתן דין החלטה זו בטלות משהיא מגבילה את מוסד ההקלה באופן דרמטי, ללא כל ביסוס בחוק או בתקנות והחלטה שכזו אינה יכולה להיקבע בוועדת הערר, אלא שלשם קביעתה יש צורך בהסדר ראשוני שלא נקבע על ידי המחוקק.

20. מבלי לגרוע מהאמור, טוענות העותרות כי קיימות נסיבות קונקרטיות פרטניות אשר היה בהן בכדי להצדיק ההקלה במקרה דנן.

כך וראשית, מצביעות העותרות על כך שמדובר בהיתר אשר במסגרתו התבקש מימוש זכויות לפי תמ"א 38. אשר להיתר כאמור הרי שהוראות תמ"א 38 (בסעיף 14א(א1)) קובעות מפורשות כי ניתן במסגרת היתר כאמור לאשר הקלות מהתכניות החלות במגרש בהתאם לקבוע בתקנות סטייה ניכרת. זאת ועוד, לטענת העותרות, מסלול ההקלה שהוא קצר ומהיר, מתאים יותר לפרויקטים של תמ"א 38, שאחת מתכליותיהם המרכזיות היא לאפשר חיזוק מהיר של בניינים מפני טילים ורעידות אדמה. זאת בשעה שהליך תכנון מפורט והוצאת היתר בעקבותיה יארך זמן רב באופן שיעכב את הוצאתו לפועל של פרויקט החיזוק באופן ניכר.

לטענת העותרות ככל שהחלטת ועדת הערר תישאר על כנה, משמעות הדבר שפרויקטים רבים של תמ"א 38 אשר מקודמים כבר שנים על בסיס מדיניותה של הוועדה המקומית ולגביהם התבקשה או עתידה להתבקש הקלה, ייאלצו לבצע "פניית פרסה" ולהתחיל מבראשית במסלול הארוך, היקר והמסורבל של אישור תכנית. משמעות הדבר שעשרות בניינים, שאין חולק שיש לחזקם, לא יחוזקו, ומאות דירות חדשות שהיו יכולות להגדיל את היצע הדיור, לא תיבנינה. לטענת העותרות, הדברים נכונים גם לפרויקט דנן, שמקודם כבר שנים, ושכלל שהחלטת ועדת הערר תעמוד, על מנת להוציאו לפועל יהיה צורך לחזור כעת לתחילת הדרך ולהתחיל במסלול של אישור תכנית, שכן, ללא מתן ההקלות, הפרויקט אינו כדאי. יתרה מכך, צוין כי תוצאה כזו עלולה להביא את הפרויקט לסופו, עוד לפני שהחל.

21. עוד טוענות העותרות כי כביסוס להחלטתה הצביעה ועדת הערר על יתרונותיו של הליך התכנון אל מול חסרונותיו של ההליך על דרך ההקלה ובכלל כך – על עדיפותו של הליך התכנון הכולל שיש בו משום בדיקה מקיפה של צרכי הציבור והתשתיות וכן יש בו הליכים מקיפים של שיתוף הציבור. אלא שלטענת העותרות, במקרה הקונקרטי, אין רלוונטיות ליתרונות אלו ואין ליתן להם משקל כמבססים העדפת הליך התכנון הכללי. כך, בכל הנוגע לתשתיות, מפנות העותרות לכך שהחלטת הוועדה המקומית נעשתה לאחר בחינת התשתיות על ידי היחידה ליעוץ אסטרטגי בעיריית תל אביב כמו גם על בדיקה תחבורתית אשר הוזמנה על ידי העירייה, אשר על בסיסן נקבעה יכולת קליטה של התוספות בהקלה על ידי התשתיות הקיימות.

זאת ועוד, בכל הנוגע לפגיעה בזכות הטיעון וההתנגדות של חלק מבעלי הזכויות בשכונה. נטען ראשית שקביעותיה של ועדת הערר המבוססות על הפגיעה בזכות הטיעון, כנימוק הדוחה את

מתן ההקלות, יוצאות כלפי עצם טיבו ומהותו של מוסד ההקלה ומשכך יש לדחותן. זאת ועוד, העותרות מדגישות כי הואיל ומדובר בהקלה, הרי שנעשה פרסום לפי סעיף 149 לחוק וניתנה זכות התנגדות לבעלי המקרקעין הרלבנטיים. ואכן, הוגשו התנגדויות רבות מאוד על ידי תושבי השכונה הגרים בסמוך למקרקעין, ואלה כולן נדונו על ידי הוועדה המקומית. אם לא די בכך, הרי שנציג מהנדס העיר אף נהג למעלה מן הדרוש וטרם הדיון בהתנגדויות ערך סיור בשטח ושמע במסגרתו חלק מהמתנגדים. בנסיבות אלו, נטען שהליך שמיעת המתנגדים היה מקיף ומלא ולא נפל מכל הליך שהיה מתקיים אם הייתה מקודמת תכנית. כמו כן, לדין של העותרות ובניגוד לקביעתה של ועדת הערר, ההבדל בהיקף הפרסום בין הליך של תכנית מתאר מפורטת להליך של הקלה אינו משמעותי ואין די בהבדל הקל שבהליכי הפרסום השונים כדי להצדיק את המסקנה ולפיה יש להעדיף בהכרח את הליך תכנון התכנית החדשה. הדברים נכונים ביתר שאת, נוכח העובדה, שסימון המקרקעין כמקרקעין שניתן לאשר בהם בינוי לגובה של 15 קומות נעשה כבר בתכנית הכוללת תא/5000, ועל כן, מתנגדים פוטנציאליים לבינוי בגובה האמור קיבלו את יומם במסגרת הליכי אישור של תכנית זו.

עוד טוענות העותרות כי אין לייחס כל חשיבות לכך שבמסגרת הערר אוחד הדיון בעניין שישה היתרי בנייה כמבסס הנמקה ולפיה יש צורך בתכנון כולל משמדובר בשינוי פני השכונה. אשר לכך, טוענות העותרות ראשית כי עותרת אחת ביקשה לקבל ארבעה היתרי בנייה והשנייה – שני היתרים. לטענתן העובדה שההיתרים התבקשו בד בבד היא אקראית ואינה צריכה להשפיע על התוצאה שכן, לא יעלה על הדעת שהתוצאה בערר הייתה שונה לו היו פונות העותרות ומבקשות היתרים באופן מדורג ואלו היו ניתנים להן וזאת, הגם שבפועל התוצאה התכנונית היא זהה. זאת ועוד, לטענת העותרות גם אם היה מקום לבחון את שש בקשות ההיתר בצוותא (ואין מקום לכך), עדיין אין מדובר ב"שינוי תכנוני של שכונה" כקביעת ועדת הערר, אלא מדובר בסך הכול בתוספת של שתי קומות לשישה בניינים. קל וחומר, כאשר התכנית הכוללת כבר קבעה כי ניתן לאשר בינוי באזור בגובה של עד 15 קומות.

22. עוד מפנות העותרות לכך, שבהתבסס על ההלכה הפסוקה, הצדקה נוספת לאישור התכנית מצויה בכך שהתכנית החלות על המקרקעין הן תכניות ישנות אשר אושרו לפני עשרות שנים. לטענתן הדברים אמורים ביתר שאת בשים לב לכך שהתכנית הישנות מאפשרות להקים במקרקעין מבנה בגובה של עד ארבע קומות בלבד, בשעה שהעמדה התכנונית העדכנית הן של הוועדה המקומית (בהתאם למסמך המדיניות) והן של הוועדה המחוזית (בהתאם לנספח העיצוב של התכנית הכוללת), היא שהבינוי באזור כולו (כולל כזה המוקם במסגרת של תמ"א 38), צריך להיות גבוה בהרבה. לטענת העותרות ברי, כי בנסיבות אלו על פני הדברים, קיימת הצדקה תכנונית לאישור ההקלה. יתרה מכך, לטעמן של העותרות, אין ראיה מובהקת יותר לקיומה של הצדקה תכנונית לתוספת קומות במקרקעין ממצב דברים בו שני מוסדות התכנון האמונים על מרחב התכנון הרלבנטי קבעו – לאחר שקיימו הליך תכנוני סדור וארוך – מהו הגובה המרבי שניתן לאשר באותו אזור. בנסיבות אלו נטען כי בינוי בגובה של 4 קומות וקומת גג (ואף 7 קומות וקומת גג), במגרשים גדולים בצפון תל אביב, אינו מתאים לסטנדרט הבניה העדכני בתל אביב בכלל ובשכונות עבר הירקון בפרט, ואינו מנצל כראוי את משאב הקרקע. לדין של העותרות, זוהי הצדקה מובהקת לאישור הקלה לתוספת קומות.

23. נוסף על כך מפנות העותרות לנסיבות הקונקרטריות בהן מדובר במקרקעין הממוקמים בשולי השכונה, בצמוד לדרך נמיר, ציר תנועה עירוני מרכזי ורחב ומצדס הצפוני של המקרקעין - שטחים פתוחים בדמות מגרש חניה ריק ומגרש ריק ורחב ידיים המיועד למבנה ציבור. בנסיבות אלו, נטען שהמקרקעין ממוקמים במקום המתאים במובהק להעצמת זכויות ולבניה לגובה. עוד נטען שלא זו בלבד שהבינוי לגובה מתאים למקרקעין המסוימים ולמיקומם, אלא שהוא עולה בקנה אחד עם הבינוי הקיים בשכונת נווה אביבים, בה מצויים המקרקעין, ואינו חורג ממנו. כך, נטען שבשכונה קיימים בניינים רבים בני 13-15 קומות ובניינים נוספים רבים הכוללים 8 קומות וקומה חלקית על הגג מעל לקומת עמודים (כפי שהתבקש בבקשות ההיתר). לאור האמור נטען כי נכונה קביעת הוועדה המקומית בהחלטתה ולפיה "ניתן להמליץ לאשר הקלה להוספת 2 קומות מעבר למותר שכן הנ"ל לא יפגע במרקם השכונה והוא ברוח התכניות הקיימות."

24. שיקול תכנוני נוסף לאישור ההקלות, לדידן של העותרות, הוא מצוקת הדיור והצורך בהגדלה מהירה של היצע הדירות, שהפך בשנים האחרונות לאינטרס לאומי של ממש. בהקשר זה, צוין כי הגדלת היצע הדירות מהווה גם את אחת התכליות של תמ"א 38. קל וחומר, שבענייננו צריך לאפשר הוספת יחידות דיור, כאשר גם דעת הרוב לא חלקה על כך שניתן להגדיל את הצפיפות במקרקעין (אף ללא צורך בהקלה) והיא גם הודתה שהדבר מתאפשר מבחינת התשתיות הציבוריות הקיימות.

25. זאת אף זאת, העותרות מפנות לכך שהצדקה מובהקת אשר נקבעה בפסיקה לאישור הקלות נעוצה בעובדה שמגבלות הבנייה במקרקעין מונעות את ניצול זכויות הבניה המותרות בתכנית או על פי תמ"א 38 ללא ההקלה המבוקשת. אשר לכך, מפנות העותרות לחישוב הזכויות שנערך על ידי אדריכל מטעמה של לוינשטיין משולם, ממנו עולה כי בשל אילוצי מגרש ותכנון כגון נישות עבור כיווני אוויר - לא ניתן לנצל את הזכויות מכוח תכניות תקפות בקומות כפי שאושרו וזאת גם ככל שתינתן הקלה בקווי הבניין האחוריים. בנסיבות אלו, נטען כי זוהי הצדקה תכנונית מובהקת לאישור הקלה. נטען כי האמור חל ביתר שאת בהינתן שבחינה של הזכויות המותרות מכוח התכניות התקפות בתוספת הזכויות מכוח תמ"א 38 מביאה לעודף משמעותי אף יותר של הזכויות שלא ניתן לניצול.

26. עוד מוסיפות העותרות ומדגישות כי מסלול ההקלה, במיוחד בנסיבות דנן, אין בו בכדי לייתר את מסלול התכנון הכולל וזאת, בשים לב לכך שמסלול הקלה מוביל לבינוי מידתי ומוגבל. כך, במקרה דנן, על פי תקנות סטייה ניכרת ניתן לבקש במסגרת בקשות ההיתר תוספת של עד 2 קומות בהקלה (כפי שעשו העותרות), ולעומת זאת, במסגרת תכנית ניתן היה לבקש תוספת של עוד 7 קומות (עד למגבלת 15 הקומות הקבועה בתכנית הכוללנית תא/5000). עוד מפנות העותרות לכך, שהוועדה המקומית אישרה את ההקלות באופן מידתי ולאחר הפעלת שיקול דעת, ולראיה, חלק מההקלות שהתבקשו - לא אושרו.

27. לטענת העותרות הן הצביעו ממילא על הנמקות נוספות בנוסף לנימוק המבוסס על התכנון הכוללני כמצדיקות מתן ההקלות. אשר להנמקות אלו, טוענות העותרות כי גם אם לדידה של

ועדת הערר היה פגם בהנמקת החלטת הוועדה המקומית לאשר את ההקלות, הואיל והוועדה המקומית ביססה החלטתה אך ורק על הטעם שעניינו במדיניות התכנונית הכללית (ואין זה המצב לדידן של העותרות); וגם אם טעם זה לבדו לא יכול היה להצדיק מתן ההקלה (ואין זה כך) - עדיין לא היה בכך כדי להצדיק את קביעתה של ועדת הערר לפיה אין לאשר את ההקלות. אשר לכך, טוענות העותרות כי מושכלת יסוד במשפט המנהלי היא שלא כל חריגה מהוראות הדין מחייבת את בטלות ההחלטה המנהלית. אלא שתוצאות החריגה צריכות להיקבע בהתאם לעיקרון "הבטלות היחסית" קרי בשים לב לשורה של אמות מידה, לרבות: חומרתה, נסיבות קבלת ההחלטה, הנזק שנגרם, ככל שנגרם, למי ש"נפגע" מההחלטה, והשפעת הסעד המבוקש על האינטרס הפרטי והציבורי. כפועל יוצא מעיקרון זה, יש לבחון את הקשר בין הפגם לבין ההחלטה המנהלית. ואם לא ניתן לקבוע כי אלמלא קיומו של הפגם, ההחלטה המנהלית הייתה שונה באופן מהותי, אזי אין הצדקה לבטל את ההחלטה המנהלית אך ורק בשל קיומו של הפגם. בענייננו, נטען שאף אם הוועדה המקומית הייתה מבססת את החלטתה אך ורק על הטעם שעניינו במדיניות התכנון הכללית בה היא מחזיקה, עדיין אין חולק, כי "פגם" זה לא השפיע באופן מהותי על החלטת הוועדה לאשר את ההקלות. זאת הואיל ואותה תוצאה בדיוק מתחייבת גם לאור בחינה של ההנמקות הפרטניות הנוגעות לפרויקט. מנגד, אם החלטת ועדת הערר תיוותר על כנה, העותרות תאלצנה להגיש תכנית לאישורה של הוועדה המקומית בה יוסדרו אותם עניינים בהם התבקשו ההקלות, וסביר להניח כי התכנית תאושר לאור עמדתה של הוועדה המקומית ולפיה מדובר בבקשות שיש לאשרן, וככל שכך יקרה, תתעכב הוצאת הפרויקט אל הפועל במשך זמן רב, באופן שיגרום נזקים קשים לעותרות, וכן יעכב את דיירי הבניינים מחיזוק הבניינים, יעכב את הגדלת היצע הדירות ויפגע בציבור כולו. בנסיבות אלו, כאשר "הפגם" הנטען לא שינה באופן מהותי את ההחלטה המנהלית ולא פגע באיש, ומאידך, קבלת העתירה תגרום בוודאות לפגיעה קשה בבעלי הדירות, בעותרות ובציבור כולו, נטען שברי, כי יש להחיל במקרה דנן את עיקרון הבטלות היחסית ולקבוע כי אף אם נפל "פגם" בהחלטת הוועדה המקומית, אין בכך כדי לבטל את ההחלטה.

28. מבלי לגרוע מהאמור מוסיפות העותרות וטוענות כי העררים בהם דנה ועדת הערר כלל לא נסובו על טענה ולפיה הנמקת הוועדה המקומית לעניין אישור הקומות הייתה חסרה ובעיקר לא על כך שמדובר בהנמקה המבוססת על צידוק כללי ולא פרטני ומשכך, אין בה בכדי להצדיק מתן הקלה שהיא חריג לכלל. אלא, שהעררים נסבו כל כולם על טענות ולפיהן חרגה הוועדה המקומית מסמכות עת אישרה הקלות בנוסף להקניית התמריצים לפי תמ"א 38 וזאת, הואיל ולכאורה התמריצים מכוח תמ"א 38 אינם בגדר זכויות מוקנות בתכנית וכן, על טענה ולפיה פרשנות תכנית מתאר ל/1 מלמדת על נקודת מוצא שונה לחישוב גודל יחידה מזה אשר ננקט על ידי הוועדה המקומית. למרות זאת, במסגרת הדיון מיוזמתה ובהתאם לסמכותה (אשר עליה כשלעצמה לא חולקות העותרות) העלתה ועדת הערר טענות הנוגעות להנמקת הוועדה המקומית, טענות אשר בסופו של דבר שימשו בסיס להחלטתה. נטען כי בנסיבות אלו, לא נדרשו העותרות לטענות כאמור במסגרת תשובתן לכתב הערר ויתרה מכך, נדרשו לכך לראשונה בדיון ומטבע הדברים באופן שאינו מקיף. אשר על כן נטען כי גם ככל שוועדת הערר מוסמכת לדון "דה נובו" בבקשות ההיתר, הרי ששומה היה עליה למצער

לאפשר לעותרות להתמודד עם הטענות החדשות באופן מקיף ותוך מתן אפשרות להשלמת טיעון. כיוון שוועדת הערר לא עשתה כן, נטען כי אין לחסום דרכן של העותרות מפירוט טענותיהן אלו בפני בית המשפט.

29. לאור כל המפורט, טוענות העותרות כי קיימות הצדקות תכנוניות כבדות משקל למתן ההקלה, ובנסיבות אלו, כאשר החלטת ועדת הערר כולה התבססה על טעם זה וזה נמצא שגוי – נפל בהחלטה פגם המצדיק את ביטולה. משכך, התבקש בית המשפט לקבל את העתירה ולהורות על ביטולה של החלטת ועדת הערר לבטל את ההקלות ועל אישורן של בקשות ההיתר.

עיקרי טענות המשיבים:

עיקרי טענות המשיבה 1 – ועדת הערר:

30. לטענת ועדת הערר, החלטתה – המבטלת את החלטת הוועדה המקומית בכל הנוגע להקלות – ניתנה בדין וזאת, בהינתן שמתוך החלטת הוועדה המקומית עולה כי האחרונה אימצה את השימוש בהקלה במסגרת הליך רישוי בצורה גורפת וזאת, חלף חובתה להכנת תכניות מפורטות על פי דין, בהתאם לנורמות תכנוניות עדכניות שבתכנית הכוללת תא/5000 אשר אושרה למתן תוקף בדצמבר 2016.

31. ועדת הערר פותחת ומציינת, כי שימוש כפי שנעשה על ידי הוועדה המקומית במוסד ההקלה הוא פסול מיסודו וסותר חזיתית הלכות רבות וסדורות, מקדמת דנא, הקובעות כי מוסד ההקלות הוא חריג לכלל, בו נעשה שימוש במנגנון תכנוני במסגרת הליך רישוי, מקום בו נדרשת גמישות ויעילות תכנונית במקרה ייחודי, נתון ומובחן, המצדיק זאת. נטען כי מאחר שמדובר במנגנון המהווה חריג לתפיסה המרכזית העומדת בבסיס דיני התכנון והבניה, המבחינה בין הליך התכנון ובין הליך הרישוי, הרי שיש להשתמש בו בזהירות, באופן מושכל, במקרים המתאימים המחייבים גמישות תכנונית ובכפוף להפעלת שיקול דעת (לתמיכה בטענתה זו, מפנה ועדת הערר לדברי כבוד השופטת פרוקצ'יה בע"א 5927/98 בחוס נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חיפה (2.7.03) (להלן: "עניין בחוס"), בפסקה 17).

32. עוד טוענת ועדת הערר כי קיימת טעות מהותית בטיעון של העותרות אשר מתייחסות באופן שגוי להקלה כאל הליך חלופי ונוסף להליך התכנוני, בה בשעה שההליך התכנוני הוא ההליך היחיד בהתאם לדין ואילו הקלה אינה הליך חלופי אלא חריג להליך זה, חריג בו יש לעשות שימוש רק "בהתקיימן של נסיבות מיוחדות המצדיקות את הסטייה מהתכנית" (עע"מ [876/17](#) גיל אוהיון נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה (3.5.18), סעיף 22 וההפניות שם).

נוסף על כך נטען כי בניגוד לנטען, בהחלטתה לא ביטלה ועדת הערר את מוסד ההקלה או רוקנה אותו מתוכן, אלא הדגישה כי יש לאפשר שימוש במוסד ההקלה מקום בו נדרשת גמישות נקודתית ואולם, לדידה של ועדת הערר אישור הקלה לתוספת שתי קומות באופן גורף, מתוך כוונה לשנות את פניה של השכונה, אינו סביר. זאת, בשים לב לכך שלא נמצאו נימוק או נסיבות מיוחדות וייחודיות אשר יצדיקו חריגה נוספת לעניין מספר הקומות, בשים

לב לתוספת הקומות המשמעותית שהותרה מכוח תמ"א 38. בהקשר זה, טוענת ועדת הערר כי הנימוקים עליהם מצביעות העותרות ודעת המיעוט בוועדת הערר, כגון "ניצול משאב הקרקע" וטענה ל"התאמת הבינוי המבוקש לסביבתו", הם נימוקים רוחביים, גנריים, שאינם הולמים את מוסד ההקלה, כחריג המאפשר היבטי תכנון בהליך רישוי. לדידה, אימוץ עמדת הוועדה המקומית כמוה כהפיכת מוסד ההקלה לכלל, תחת היותו חריג ולהליך עוקף תכנון, המקביל להליך של הכנת תכנית, בניגוד מוחלט לכוונת המחוקק כפי שפורשה בפסיקה.

33. גם לגופן של הנמקות, טוענת ועדת הערר, כי דווקא בתכנית סדורה ועל פי דין, המביאה בחשבון את כלל היבטי התכנון ותוך כריית אוזן לטענות הציבור, ניתן להגיע לתכנון המנצל את משאב הקרקע המתכלה באופן אופטימאלי, ודאי בלב המטרופולין. אשר לכך, נטען כי התכנון אינו מתמצה בכמות הקומות, אלא שתכנון ראוי ואופטימאלי הוא הכולל היבטים רבים תוך ראייה רחבה ושקילת שיקולים מגוונים (כגון- ציפוף, קווי בניין, מעברים וקישוריות של הולכי רגל, תחבורה ציבורית והסדרי תחבורה, תועלות ציבוריות, מסלול לרוכבי אופניים, המשכיות עירונית, עיצוב המרחב הציבורי) ואף מטיל על יוזם התכנון מטלות לטובת הציבור כל זאת מתוך פריזמה רחבה של איזור/שכונה ומתחם ולכן, לא ניתן ליטול פרמטר אחד של מספר הקומות ולאשרו בהתעלם מהיבטי תכנון רבים אחרים. עוד נטען בהקשר זה כי יש לדחות את טענת העותרות ולפיה אי אישור ההקלה יש בו בכדי לגרום לאי ניצול משאב הקרקע והצורך בציפוף עירוני. אשר לטענה זו נטען ראשית כי במסגרת ההקלה מאושרת תוספת של 2 קומות לעומת תכנון מפורט המאפשר עד 15 קומות ומשכך, על פניו הרי שדווקא הקלה מובילה לניצול לא מיטבי של אפשרויות הבינוי במקום והגדלת יחידות הדיור. זאת ועוד, נטען כי כאמור, הפרמטר היחיד שמוצא ביטוי במסגרת ההקלה הוא מספר הקומות, בעוד שהתכנון יכול להתייחס לפרמטרים רבים נוספים הרלוונטיים לעניין ניצול נכון של משאב הקרקע ובכלל כך- קביעת קווי בניין רחבים וחלוקת מגרשים הגיונית יותר, להורות על תמהיל נכון של יחידות דיור תוך שיינתן מענה למחסור ביחידות דיור למגורים שונים ותוך יצירת מבנה שכונה הטרונגי. כיוון שכך, הרי שלא ניתן לומר שהגדלת הקומות המבוקשת היא בהכרח ניצול משאב הקרקע בדרך אופטימאלית, אלא דווקא ההפך.

עוד צוין כי בצדו של הליך תכנון סדור גם מנגנון פיצוי במקרים הרלוונטיים לפי סעיף 197 לחוק שאף הוא לא מתקיים במסגרת הליך הקלה. כיוון שכך, נטען כי גם מבחינה מהותית-עניינית לא ניתן לראות בהקלה הליך חלופי לתכנית. לכן לדידה של ועדת הערר, מעבר לעובדה שהקלה רוחבית לשה בניינים (ובאופן עקרוני, לעמדת הוועדה המקומית, גם לרבים נוספים בשכונה), היא מהלך לא חוקי, הרי שגם תוצאתו ה"תכנונית" עגומה ומדגימה את מחירו של "אי התכנון". כך, במסגרת ההקלה בתוספת הקומות ובקווי הבניין, מתירה למעשה הוועדה המקומית הקמת שורת בניינים הגבוהים ביותר מ-200% מאלו הבנויים, ובצפיפות גדולה מזו הקיימת.

34. למעשה, טוענת ועדת הערר, שכל טענות העותרות בדבר התאמת הבינוי לנורמות עדכניות, ניצול משאב הקרקע לצורך ציפוף עירוני, מידתיות התוספת המבוקשת בהשוואה לתקרה הקבועה בתכנית הכוללנית, מהירות ההליך על רקע ההיתר במסגרת תמ"א 38 וכיו"ב, אינן

טענות רלוונטיות לאמות המידה שנקבעו בפסיקה לבחינת הקלה, אלא שמקומן במסגרת בחינת תכנית. נטען שבטענות אלו אין כדי להצדיק חריגה, ודאי לא חריגה גורפת ו"סיטונאית", כפי שמנסה להשיג הוועדה המקומית, מהוראות התכנית החלה. בשעה שלא העותרות ולא הוועדה המקומית הסבירו מהו ייחודם של מגרשי העותרות משאר המגרשים עליהם חל אותו משטר תכנוני, באופן המצדיק סטייה מן הנורמה התכנונית החלה. בכלל כך, נטען כי לא פורט מדוע מגרשי העותרות הם בעלי מאפיינים ייחודיים שהתכנית החלה לא יכולה הייתה לצפותם וכי הנורמה התכנונית החלה אינה מתאימה להם עוד. מכל מקום נטען כי הוועדה המקומית לא נימקה את מתן ההקלה במצב המגרש או הזכויות של העותרים.

35. עוד נטען כי בניגוד להצגת הדברים על ידי העותרות, המשטר התכנוני החל במקום אינו תכנית עתיקת יומין אלא ההפך – התכנית הכוללנית היא נורמה תכנונית עדכנית שאושרה אך זה מכבר הקובעת כי הוצאת היתרים על פי העקרונות המותווים בה מחייבת הכנת תכנית מקומית חלקית או מפורטת. אשר לכך מוסיפה ועדת הערר וטוענת כי מתן ההקלה בהסתמך על התכנית הכוללנית, עומדת בסתירה לתכלית התוכנית הכוללנית ותיקון 101 לחוק וזאת, הואיל ולא ניתן להוציא היתרים על יסוד תכנית כוללנית אלא שתכליתה להנחות את המוסד התכנוני לשם הכנת תכניות מתאר מקומיות ומפורטות התואמות אותה, מכוחן ניתן להוציא היתרים. נטען כי האמור חל ביתר שאת בשים לב לכך שבסמכותה של הוועדה המקומית לאשר ההקלות כפי שאושרו במסגרת תכנית מתאר בהתאם להוראות [סעיף 62א'](#) לחוק.

36. אשר להצדקות שמקורן בכך שמדובר בפרויקט חיזוק לפי תמ"א 38, נטען כי אמנם – כפי שנקבע בהחלטת ועדת הערר - ניתן לאשר הקלות גם במסגרת הליך של הריסה ובניה מחדש במסגרת תמ"א 38 ואולם, מכאן לא נובע, כי יש לוותר על דרישות הפסיקה והמבחנים הברורים שנקבעו לגבי אישור הקלה, ובעיקר, הצורך התכנוני הנפרד, בהתייחס לבחינת המגרש בו מתבקשת ההקלה. זאת ועוד, לטענת ועדת הערר, יש לזכור שמתן היתר מכוח תמ"א 38, הוא הליך חריג בפני עצמו, המאפשר סטייה מדרך המלך של הכנת תכנית פרטנית, התואמת את תכונות המגרש ומאפייני המקום, לצורך קידום אינטרס לאומי של חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה. משכך נטען, שדווקא במקרה דנן, יש חשיבות יתרה לעמידה דקדקנית ומוקפדת על התנאים למתן הקלה, שמא יקופח עוד יותר ומעבר לנדרש, אינטרס המתנגדים והציבור כולו באמצעות בנייה לא מבוקרת, לא מיטבית, ושאינה עומדת באמות מידה של תכנון ראוי.

37. אשר לטענה ולפיה אין זה רלוונטי שמדובר בשש בקשות להיתר אלא שהיה צריך לבחון כל בקשה להיתר באופן פרטני - טוענת ועדת הערר כי אכן, כל בקשה צריכה להיבחן לגופה ולהצביע על צידוק תכנוני לסטייה מהנורמה התכנונית החלה, וזאת כאמור לעיל, לא נעשה. ואולם, מעבר לעובדה זו, לסברתה, בכמות יש כדי להשליך על "איכות" הבקשה להקלה. כך, נטען שההקלות ה"סיטונאיות", כפי המקרה דכאן, מחדדות את הצורך לנקוט בדרך המלך של תכנית. יתרה מכך, נטען שאישור הקלות אלו יהיה בו בכדי להכתיב את המשך המדיניות לעתיד באופן שהחריג – במתן ההקלות - יהפוך לכלל וההקלה להליך עוקף-תכנון ולמהלך אי חוקי זה אין ליתן יד. לכן, גורסת ועדת הערר, כי אף לו נבחנה בקשת בית וגג במנותק מבקשת משולם לוינשטיין, הייתה ועדת הערר מקבלת את אותה החלטה, באשר צידוק תכנוני – אין,

וכל הנמקתה של הוועדה המקומית נשענת על מדיניות כללית של מתן הקלות בסיטונאות, אשר היא, מנייה וביה, פסולה.

38. עוד טוענת ועדת הערר, כי אישור המוני של בקשות להקלה עד כדי שינוי אופי השכונה, מעקר את זכות ההתנגדות. שכן, תושב המקום יכול וימצא עצמו, מבלי משים, עומד בפני שינוי מהותי של סביבתו הקרובה הנובע מרצף אישורי הקלות, עליהם לא ידע ו/או לא היה זכאי להגיש התנגדות. בהקשר לכך, הוסיפה ועדת הערר וציינה כי העותרות בחרו להתייחס לשכונה באופן מטעה שכן, השכונה אינה עשויה מקשה אחת ויתרה מכך, התבוננות על רחובות הסמוכים למגרשים נשוא הדיון מלמדת כי מרבית הבינוי בהם דומה לזה של המבנים נשוא דיונינו, כאשר חריג לכך מצוי במבנה ברחוב האמוראים 1 אשר גובהו חריג נובע מכך שמדובר במבנה פינתי.

39. אשר לטענת הבטלות היחסית, טוענת ועדת הערר כי אין לה כל נפקות, שכן עסקינן בערר ולא בערעור, ומשכך, ועדת הערר אינה כבולה להנמקות הוועדה המקומית דווקא, והיא בעלת סמכות לקבל כל החלטה שהוועדה המקומית רשאית הייתה לקבלה. משכך נטען שמרגע שקבעה ועדת הערר כי לא הונח בפניה צידוק תכנוני למתן ההקלה, אין רלוונטיות לשאלת ההנמקה של הוועדה המקומית.

40. נוסף על כך טוענת ועדת הערר כי יש לדחות את טענות העותרות ולפיהן ככל שלא תינתן הקלה לא ניתן יהיה לנצל את זכויות הבנייה התקפות. אשר לטענה זו נטען ראשית כי זו טענה הוכחה עובדתית אשר לא הוכחה. זאת ועוד, נטען, כי הטענה והעובדות הכלולות בה לא עמדו לנגד עיני ועדת הערר וזאת, משלא נטען לא בפני הוועדה המקומית ואף לא בפני ועדת הערר, כי העדר יכולת לניצול זכויות הבנייה המוקנות מצדיק מתן הקלה. לטענת ועדת הערר העותרות מודעות היטב לכך שטענה זו לא באה בפני ועדת הערר והן מנסות לתלות קיומו של טיעון כאמור בפני ועדת הערר בשלוש שורות אשר נאמרו אגב אורחא בדיון במסגרת ועדת הערר, במסגרתן לא נטען כי לא ניתן לממש את זכויות הבנייה אלא שיכול שיהיה "קושי" לנצלן בשל קו הבניין החריג לכיוון דרך נמיר. על כך, משיבה ועדת הערר, כי הנימוק במתכונתו לא עלה בפני ועדת הערר ומשכך היא מתנגדת להרחבת הדיון לעניין זה.

41. לטענת ועדת הערר, מן הראוי לזכור, שמכוח התמ"א ועל פי ההיתר שאישרה ועדת הערר זוכים העותרים למבנה בן 10 קומות, במקום בניין בן 3 קומות מעל קומת קרקע הקיים כיום, בניין חדש ומחוזק באחד מאזורי הביקוש המרכזיים במדינה, ללא תשלום היטל השבחה וללא שיש בצד השבחה זו תועלת כלשהי לציבור. לכן, נטען שקשה לקבל את טרונייתן בדבר קיפוח, שרירותיות, התארכות הליך התכנון לעומת הליך הרישוי (וכבר שנתה ועדת הערר ואמרה כי אין מדובר במסלולים חלופיים), או הצגה של אי התכנות בהוצאת הפרויקט אל הפועל.

42. בשולי הדברים, מוסיפה ועדת הערר וטוענת, כי התמשכות הליכי התכנון אינה נימוק המצדיק הקלה שכן זה הכלל. יתרה מכך, נטען כי לא ניתן לערוך השוואה בין העניין דנן לבין

פרויקטים שהביאו העותרות כדוגמה להתמשכות ההליכים שכן לא ניתן לדעת מה בסיס ההשוואה.

43. אשר על כן, נטען שמשלא עמדה בקשת ההקלה לתוספת שתי קומות בתנאי המקדמי הקבוע בפסיקה - להראות הצדקה תכנונית ספציפית המחייבת בנסיבות העניין גמישות וחריגה מן המשטר התכנוני החל במקום - הרי שלא היה מקום לאשר את ההקלה, ובדין קבעה כך ועדת הערר.

44. לאור האמור, התבקש בית המשפט לדחות את העתירות.

עיקרי תשובת המשיבה 2 – הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב:

45. במסגרת תשובתה, סומכת הוועדה המקומית ידיה על החלטתה כפי שנתנה אשר לדידה היא סבירה ונכונה, לאור קיומה של הצדקה תכנונית לאשר את ההקלות במקרה דנן. אשר לכך, פותחת הוועדה המקומית ומציינת כי במקרה דנן, משההקלות המבוקשות לא עלו כדי סטייה ניכרת, הרי שאישורן הוא בסמכות הוועדה המקומית, אשר בחנה את ההצדקה התכנונית לאישורן, וקבעה כי בעניין דנן קיימת הצדקה תכנונית להתירן.

46. בכלל זה, טוענת הוועדה המקומית כי הבקשות להיתר תאמו את מדיניותה אשר מטרתה קביעת הוראות אחידות ליישום והחלה של הוראות תמ"א 38 תוך שיקוף הרצוי בכל העיר ובכל שכונה, באופן התואם את התכנית הכוללנית. בהתאם למדיניות ולתכנית הכוללנית בשכונה ניתן להקים בניינים עד לגובה של 15 קומות ותוך שקווי הבניין יוגדרו באופן שישמר מרווח סביר בין בניינים בהתאם לנפחי הבנייה הצפויים, גודל החלקות ומאפייני המרקם הרצויים.

נטען כי בגיבוש המדיניות נלקחו בחשבון כל השיקולים שהיה מקום להתחשב בהם בנסיבות העניין, ובין היתר, מגמות של ציפוף והתחדשות עירונית לצד התחשבות בעקרונות שימור, קיימות וסביבה, הצורך בחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה לצד זכויות התושבים ואיכות חייהם, ועוד.

הוועדה המקומית מדגישה כי אין במדיניות כשלעצמה בכדי להעניק זכויות בניה. יחד עם זאת טוענת הוועדה המקומית כי בענייננו היא בחנה את מכלול השיקולים הנדרשים ממנה ובין היתר את התשתיות ושטחי הציבור באזור, את היקף זכויות הבנייה שטרם מומשו, צפיפות, את המצב התחבורתי וכיוצא בכך והכל תוך שהיא מתבססת על בדיקות שהוזמנו על ידה (תחבורתיות ועל ידי האגף האסטרטגי) ועל מסמך המדיניות שהוכן על ידה היוצר בהירות ואחידות בנוגע לשיקוליה וקבעה כי אין מניעה לאשר את המבוקש.

עוד נקבע כי התאמה למדיניות נובעת מהוראות סעיף 14א(א) לתמ"א 38, הקובעות כי תוספת קומות בהריסה ובניה מחדש תיעשה באופן דיפרנציאלי בהתאם למצב הקיים של הנכס. כלומר, מספר הקומות שיינתנו מכוח תמ"א 38, מעבר למספר הקומות המותר לפי התב"ע, ייקבע בהתאם לבנוי בפועל לפי היתר. בהתאמה לכך, נטען כי הואיל והמדיניות קובעת מספר קומות מקסימאלי גדול יותר ממספר הקומות האפשרי מכוח התכנון הקיים

ותמ"א 38, ניתן לפרסם הקלה לתוספת קומות ולהביאה לשיקולה של הוועדה המקומית, וזאת כדי ליצור אחידות בגובה הבניה באותו אזור, בהתאם לקבוע במדיניות.

47. לסיכום נטען על ידי הוועדה המקומית כי בנסיבות בהן בהתאם לתכנית הכוללנית ניתן להקים בשכונה בניינים של עד 15 קומות (5 קומות יותר ממה שאושר), נכון יהיה לומר שלצורך אישור בנייה כזו תידרש תכנית במסגרתה יינתנו שטחים לציבור ואולם, הואיל ועסקינן בבקשות להיתר המבקשות פחות קומות, באזור שהוא רווי בשטחי ציבור ויכול להכיל אף את תוספת הבנייה המבוקשת ללא צורך בהגדלת שטחי הציבור – נטען, כי בצדק ראתה הוועדה המקומית לנכון לאשר את הבקשות להיתר במתכונתן הנוכחית וזאת ללא דרישה לתוספת שטחים או לקידום תכנית, שעבודה עליה הייתה אורכת זמן רב יותר ובאופן שהיה מעכב את התחדשות הרחוב. לאור זאת נטען כי לא נפל כל פגם בהחלטת הוועדה המקומית ובהתאמה לכך, כי יש לקבל את העתירה ולהורות על ביטול החלטת ועדת הערר.

עיקרי תשובת המשיבים 3 ואילך (להלן: "המשיבים 3")

48. לטענת המשיבים 3, צדקה ועדת הערר בסירובה לאשר הקלות מסוימות בבניינים, וכי ממילא דין העתירה להידחות, שכן אין בנסיבות העניין כדי להצדיק את מתן ההקלות המבוקשות, זאת ביתר שאת, כאשר כנגדן עומדות נסיבות כבדות משקל בהרבה, התומכות באי מתן ההקלות. כמו כן, לטענת המשיבים 3, ככל שהיו מאושרות ההקלות המבוקשות על ידי ועדת הערר, הייתה בכך משום חריגה מסמכות וזאת, הואיל ולדידם התמריצים בהתאם לתמ"א 38 אינם בגדר זכויות המוקנות בתכנית ומשכך, הוועדה המקומית אינה מוסמכת להקנות הקלות בנוסף לתמריצים אלו.

אציין כי בחלקם הגדול של טיעוני המשיבים 3 קיימת משום חזרה על טיעוני ועדת הערר ומשכך, לא מצאתי לפרט אלא את טיעוניהם שיש בהם משום תוספת על הטענות כפי שפורטו לעיל בהרחבה מפיה של ועדת הערר.

49. ראשית, טוענים המשיבים כי החלטת ועדת הערר התרכזה בהקלה המתבקשת במספר הקומות ואולם - כפי שנקבע על ידי ועדת הערר בצדק - החלטה כאמור קשורה בקשר ישיר למספר היחידות. כך, בכל הנוגע למספר היחידות נטען כי אמנם במסגרת תמ"א 38 אין ציון מספר היחידות אלא שהתמריצים נסבים על מספר הקומות. אולם, בהינתן שהתמריץ הנסב על תוספת קומות הוא בהתאם ל"קומה טיפוסית", הרי שעל פניו גם בהתאם לתמ"א 38 קיים קשר בין תוספת הקומות לתוספת היחידות. נטען כי בהתאמה לכך, צוין על ידי ועדת הערר שבכל קומה טיפוסית יהיו 4 יחידות. עוד נטען כי בהינתן הקשר בין מספר הקומות למספר היחידות, בדין נקבע על ידי ועדת הערר שהחלטתה להפחית את הקומות שהתבקשו בהקלה מעבר לתמ"א "גוררת עמה גם הפחתה מסויימת של יחידות הדיור".

50. עוד טוענים המשיבים 3, כפי שכבר פורט לעיל מפי ועדת הערר, שההקלה היא חריג לכלל ומשכך, נטען כי אין לאשרה על סמך נסיבה שכיחה, המתקיימת גם בכל או בחלק ניכר של מגרשי הסביבה. בהקשר זה נטען שגם ככל שצדקו העותרות בטענה שיכול שהצדקה להקלה תהיה נעוצה בכך שהתכנית החלה על הבניינים היא ותיקה, הרי שלא די בכך ואין בכך בכדי להצדיק מתן הקלה במקרה דנן, משהעותרות לא הראו שהבניינים נשוא ההיתרים, חריגים

בוותיקותם ביחס לסביבתם, וכן לא הראו שהתכנית החלה על הבניינים חריגה בוותיקותה ביחס לתכניות החלות על הבניינים האחרים שבסביבה – עובדה שעל פניו נשללת בהינתן שהבניינים האחרים בסביבה כפופים לאותה תכנית.

בדומה נטען על ידי המשיבים 3, כי לא ניתן לבסס את ההצדקה למתן ההקלה על מסמך המדיניות שאף הוא מתיימר לאפשר הקלות, לא רק בנסיבות חריגות, אלא במקרים שכיחים רבים או באזורים נרחבים של רשות מקומית. כך נטען כי אין כמעט שום בניין ברחבי העיר שטבלת המדיניות ומפת המדיניות משייכות אותו לשכונות עליהן חלה תמ"א 38, מבלי לשייך אליו בעת ובעונה אחת גם קומות נוספות, מעבר לקומות בהתאם לתמריצי תמ"א 38. קרי, הוראות מסמך המדיניות מתיימרות לאפשר באופן גורף וסיטונאי, להבדיל מאשר בהתקיים נסיבות יוצאות דופן המצדיקות זאת, מתן הקלות לתוספת קומות מעבר לקומות תמריצי תמ"א 38. עוד נטען כי ההוראה במסמך המדיניות המאפשרת מתן הקלות, אין בה משום קביעה ולפיה הקלות תינתנה מבלי שתעמודנה בדרישות הדין. הנה כי כן, נטען כי לא ניתן היה להסתמך על מסמך המדיניות באישור ההקלות בלא נסיבות מיוחדות.

51. זאת ועוד, המשיבים 3 מוסיפים וטוענים, כי אין ממש בטענה שהשקת שש החלקות לרחובות נמיר והאמוראים ו/או עובדת היותם של הבניינים בגובה מקורי של 4 קומות – כפי שנקבע על ידי אדריכל גופר בדעת המיעוט בוועדת הערר - תומכים, כביכול, במתן הקלה לתוספת קומות מעבר לקומות הניתנות מכוח תמ"א 38. אשר לטענות אלו, נטען כי אין בהן מענה לכך שאישור ההקלות בקומות מגדיל את כמות הדירות המתווספות וכן אין בהן בכדי להצדיק החרגת חלקות אלו מהליך שימוע ציבורי הולם בשאלת הצורך בהגדלת היקף התשתיות, בטרם מתקבלת החלטה שמביאה להגדלת כמות הדירות. עוד נטען כי ממילא נסיבה זו אינה ייחודית למגרשים אלו, אלא שאלה הם פני הדברים גם לגבי בניינים רבים אחרים בשכונה. מבלי לגרוע מהאמור, טוענים המשיבים 3 כי ממילא הטענה העובדתית ולפיה המגרשים ממוקמים בחלק העורפי של השכונה כנסיבה התומכת במתן ההקלה, לא נטענה בכתבי הטענות שהוגשו לוועדת הערר אלא רק באמירת אגב במהלך הדיון ומשכך, לדידם של המשיבים 3 הרי שאין מקום שבית המשפט יידרש לטענה האמורה.

52. עוד, טוענים המשיבים 3, כי סירובה של ועדת הערר לאשר את הקטנת המרווח בדפנות הצדיות של הבניינים מ-8 מ' ל-7.2 מ', אשר נועד להקטין את מידת הפגיעה בפרטיות של הדירות שבבניינים מכיוון הדפנות הצדיות שלהן, כמו גם נועד להקטין את מידת ההצללה של הדירות הנ"ל בדפנות אלו, לא רק הצדיקה סירוב לאשר את ההקלה שתקטין את המרווח הצדדי, אלא גם העמידה טעם נוסף לסרב לאשר הקלה לתוספת קומות מעבר לקומות התמ"א. בהקשר זה נטען על ידי המשיבים 3 כי גם הגבהת הבניינים ולא רק הקטנת קווי הבניין, יש בה בכדי להוביל להגדלת ההצללה כמו גם הפגיעה בפרטיות.

53. המשיבים 3 אף סבורים, כי יש לדחות את הטענה ולפיה היה מקום לאשר את ההקלה בקומות, משום שאותה הקלה הכרחית, לכאורה, לניצול הזכויות בהתאם לתכניות המתאר הקיימות. אשר לכך, נטען ראשית כי בהחלטת ועדת הערר נקבע שהמגרשים דן הם מגרשים "רגולריים", קרי שאינם נבדלים ממגרשים רבים אחרים בשכונה בנוגע למידת הקושי לממש

במסגרת הקומות המותרות, ללא הקלה, את זכויות הבנייה. לטענת המשיבים 3, די בעובדה זו, כשלעצמה, כדי לדחות את הטענה, שכן, בכל מקרה, המקרה דנן אינו חריג, המצדיק מתן הקלה בקומות ודי בכך כדי שתוספת הקומות תיעשה, אם בכלל, רק במסגרת יוזמה לתיקון התכנית החלה.

זאת ועוד, נטען שאף טענה זו לא נטענה בכתבי הטענות שהוגשו לוועדת הערר וקל וחומר, שלא הוצגו בפני ועדת הערר המסמכים שצורפו כנספחים 11-13 לעתירת משולם לוינשטיין ובכלל כך חוות דעת, הכוללות חישובים וסכימות, אשר נועדו לבסס טענה זו, ובדיעבד. אלא, שבמהלך הדיון בוועדת הערר נאמרה רק אמירה סתמית, ללא כל פירוט או ראיה, ולפיה: "יש קושי רב מאוד להכניס הזכויות", ומשכך, דין טענה זו דחייה.

עוד נטען כי הדברים אמורים ביתר שאת בהינתן שמדובר בבקשה במסגרתה ניתנה תוספת לא מבוטלת של זכויות מכוח תמ"א 38, שאז לא קיימת כל הצדקה להקלה נוספת. משכך, נטען כי אף אם היה ממש בטענה שקווי הבניין של המגרש מקשים, כביכול, על מימוש הזכויות לפי תכניות המתאר הקיימות ואף אם במצב הדברים הרגיל, ואלמלא התבקשו זכויות מכוח תמ"א 38, הדבר היה מצדיק הקלה של תוספת קומות, הרי שדי בעובדה שמתווספים מספר קומות ושטחי בנייה משמעותיים מכוח תמ"א 38, על מנת שלא תינתן הקלה כזו.

בדומה נטען כי יש לדחות את הטענה ולפיה מתן ההקלה דרוש על מנת ליצור כדאיות כלכלית לפרויקט, וכי הימנעות מאישור הקלה זו "תשמוט את הקרקע תחת הפרויקט". אשר לטענה זו נטען ראשית, כי יש לדחותה מהטעם שלא הובאה ביחס אליה שום תשתית ראייתית. כמו כן, ולמעלה מן הדרוש, מציינים המשיבים 3, כי ממילא נפסק זה מכבר כי השיקול הכלכלי אינו עומד לבדו, וכי אין התכנון צריך להיגרר אחר שיקולים כלכליים.

54. מבלי לגרוע מכל האמור טוענים המשיבים 3 כי בהתאם לתכליתן של תקנות סטייה ניכרת, הרקע החקיקתי שלהם כמו גם פסיקה הנסבה על הקלות, עולה מסקנה ולפיה קומות, דירות או מ"ר, שהוועדה המקומית יכולה לאשרם או לסרב להם, לאחר פרסום הזמנה להתנגדויות לפי [סעיף 149](#) לחוק – אמורים (ככל שאושרו) להתקזז ולא להיווסף למספר הקומות, הדירות או המ"ר בהתאמה, שמתאפשרים לפי תקנות סטייה ניכרת. אשר לכך, נטען כי הואיל ואישור תמריצים מתוקף תמ"א 38 טעון פרסום לפי [סעיף 149](#), בשים לב לכך שתוספת הקומות לפי תמ"א 38 עומדת על 3 קומות ואילו לפי [תקנה 2\(8\)](#) ניתן לקבל לכל היותר תוספת 2 קומות במסגרת הקלה – הרי שתוספת הקומות לפי תמ"א 38 מבטלת כליל את האפשרות להוסיף קומות בהקלה מתוקף התקנה הנ"ל. משכך, נטען כי ממילא חרזה הוועדה המקומית מסמכותה בעת שאישרה כאמור הקלה בגין 2 קומות אלה בנוסף לאישור קומות בהתאם לתמ"א 38 ובצדק ביטלה ועדת הערר את ההקלה האמורה. כך הם גם פני הדברים, לדידם של המשיבים 3 בכל הנוגע לתוספת היחידות – אשר גם באשר להן התוספת האפשרית כביכול מכוח ההקלה "נבלעת" או מתבטלת בתוספת אשר אושרה בהתאם לתמ"א 38 ומשכך, אישורה על ידי הוועדה המקומית אינו בסמכות. עוד לעניין זה, טוענים המשיבים 3, כי בניגוד לטענת העותרות, אין בהוראת [סעיף 151\(ב3\)\(2\)](#) לחוק (כפי שהוכנסה במסגרת הוראת השעה ופקעה בינתיים), כדי לסייע להן כנגד טענתם זו של המשיבים 3. אשר לכך, נטען כי הדיבור "מותר על פי התכנית" ממילא אינו חל על בניה בהתאם לתמ"א 38 אשר אישורה מוכפפת

לפרסום להתנגדויות לפי [סעיף 149](#) ומשכך, לא ניתן להתייחס אליה כאל בניה המותרת על פי תכנית לעניין תקנות הסטייה הניכרת. משכך נטען, כי המסקנה ולפיה הוועדה המקומית אישרה הקלות החורגות מסמכותה, בעינה עומדת.

55. נוסף על כך, טוענים המשיבים 3 כי ממילא שגתה הוועדה המקומית עת פירשה באופן מוטעה את הוראות תכנית ל/1 ובכללן בפרט את הוראות סעיף 10 לאותה התכנית, כך שנקבע בהסתמך על תכנית זו שטח של 110 מ"ר לכל אחת מ-14 יחידות הדיור הקיימות. אשר לכך, נטען כי הזכויות הקבועות בסעיף זה חלות רק על בניינים שטרם קמו ואין הן חלות על בניינים קיימים- גם אם הם נהרסים ונבנים מחדש ומשכך, אין הן חלות על הבניינים נשוא הדיון. בהתאמה לכך, נטען כי נקודת המוצא לחישוב השטחים לפי התכנון הקיים היא כמות בנייה העומדת על 91.25 מ"ר ברוטו לכל דירה ו-365 מ"ר לכל קומה טיפוסית ולא כפי שנקבע – קרי 110 מ"ר לכל יחידה. נטען כי מאחר שגם תוצאתה של שגגה זו, היא שהחלטת הוועדה המקומית כללה, בכל מקרה, מתן אישור לשטחים החורגים משמעותית מכמות השטח שהיה בסמכותה לאשר, הרי שככל שהייתה מחליטה ועדת הערר להותיר על כנה את החלטת הוועדה המקומית, הייתה נקלעת אף ועדת הערר לחוסר סמכות. נטען שגם מטעם זה, יש מקום למסקנה, כי דין העתירות להידחות, גם מנימוקים אחרים ונוספים מאלה ששימשו את ועדת הערר.

56. לאור כל האמור, מצטרפים גם המשיבים 3 לעמדת ועדת הערר ולפיה דין העתירה דחיה.

דין והכרעה:

57. קודם שאפנה לדיון בטענותיהם של הצדדים אציין, כנקודת מוצא לדיון בעתירה לפני, את ההבדל המהותי בין הליך הערר במסגרתו נתקפת החלטת הוועדה המקומית בפני ועדת הערר, אל מול עתירה מנהלית הנסבה על החלטת ועדת הערר. אשר לכך, הרי שמושכלות יסוד הן שוועדת הערר כמוסד תכנוני, היא בעלת סמכות מקורית ורשאית להפעיל שיקול דעת תכנוני-עצמאי בכל הנוגע להחלטה אשר נדונה על ידי הוועדה המקומית והמונחת להכרעתה. כך, לעניין זה נקבע [בע"מ 4897/06](#) רבקה בוקובה נ' עיריית ירושלים אגף הרישוי הוועדה המקומית (16.01.2008) כי:

"בהיררכיה של מוסדות התכנון מצויה ועדת הערר מעל הוועדה המקומית, והיא רשאית רשאית להחליף את שיקול דעתה התכנוני של הוועדה המקומית בשיקול דעתה התכנוני שלה ולקבל החלטה תכנונית אחרת מזו שקיבלה הוועדה המקומית (השוו: [ע"מ 402/03](#) עמותת העצמאים באילת (לשכת המסחר) נ' ועדת הערר לתכנון ולבנייה, מחוז דרום, פ"ד נח(3) 199, 215 (2004))."

בשונה מכך, הביקורת השיפוטית אשר תופעל על החלטת ועדת הערר, על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים, היא ביקורת שיפוטית מצומצמת בעילות התערבות המוכרות לגבי הפעלת שיקול הדעת המנהלי. יפות לעניין זה, קביעות בית המשפט העליון מפי כבוד השופט מ' חשין [בג"ץ 2920/94](#) אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותת רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 441, בפסקה 43:

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

(ראו גם –עע"מ 7381/15 ש. דורפברגר בע"מ נ' אברהם עודד (30.10.16) (להלן: "פסק הדין בעניין דורפברגר"), בעמודים 20-21; [עע"מ 6240/12](#) דנקנר נ' ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז חיפה [פורסם בנבו] (10.5.15); [עע"מ 317/10](#) שפר נ' יניב (23.8.12); [עע"מ 7171/11](#) העמותה למען איכות חיים וסביבה בנהריה ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה (12.8.13); מיכה גדרון ואהרון [נמדר תמ"א 38](#) (2012), בעמ' 377 .

בהתאם לכללים אלו, בית המשפט אינו אמור להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות השלטונית ו"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](#) אגבאריה נ' שר הפנים [פורסם בנבו] 31.3.2015); [בג"ץ 4776/03](#) מלון רג'נסי ירושלים בע"מ נ' מר אברהם פורז - שר הפנים [פורסם בנבו] (9.5.2005); [עע"מ 9057/09](#) איגנר נ' השמורה בע"מ [פורסם בנבו] (20.10.2010); [בג"ץ 7444/03](#) דקה נ' שר הפנים, [פורסם בנבו] (22.2.2010))" (ראו פסק הדין בעניין דורפברגר, בעמוד 21).

בבסיסה של קביעה זו, בכל הנוגע להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות ועדת הערר, עומדת, בין היתר, ההנחה כי ועדת הערר היא גורם מקצועי וכפועל יוצא מכך, חזקה היא שכזו קיימת לה עדיפות מקצועית, על פני יכולתו של בית המשפט בניתוח נושאים תכנוניים או הנדסיים המונחים לפתחו. עדיפות זו חלה ביתר שאת בהינתן שעל דיון בעתירה מנהלית על החלטת ועדת הערר מוחלים כללי דיון הדומים לאלו אשר חלים בבג"צ ובהתאם להם ככלל- "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' 480-481 והאסמכתאות המובאות שם)" ([עע"מ 6626/18](#) תעשיית אבן וסיד בע"מ נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של מתחמים מועדפים לדיור (17.12.19)).

משהונח תוואי הדין, אפנה לבחינת הטענות לגופן.

58. במרכז הדיון בעתירה לפני, כפי שפורט לעיל בהרחבה, הקלות אשר אושרו מחד על ידי הוועדה המקומית ובוטלו מאידך על ידי ועדת הערר. כיוון שכך, תחילת דרכנו בבחינת העקרונות הנורמטיביים, כפי שנקבעו, באשר לאישור הקלות.

אשר לכך, ראשית דבר יובהר כי, הטרמינולוגיה בה השתמשו דעת המיעוט בוועדת הערר, כמו גם העותרות בחלק מטיעוניהן ולפיה קיימים שני מסלולי תכנון - האחד: תכנון באמצעות תכנית מתאר והשני: באמצעות מתן הקלה - היא שגויה מיסודה. דרך התכנון היחידה בהתאם לדין היא באמצעות אישור תכנית מתאר. כך מורנו [חוק התכנון והבנייה](#), התשכ"ה - 1965 (לעיל ולהלן: "החוק") הדין במדרג התכניות ובסמכויות מוסדות התכנון השונים לאישור תכניות וכן הקובע [בסעיף 145](#) - המהווה את הבסיס לרגולציה התכנונית - כי לא תבוצע כל בניה בלא היתר בנייה (חריג לכך נקבע [בסעיף 145ג'](#) המאפשר ביצוע עבודות שתפורטנה בתקנות בלא היתר ואשר אף במסגרתו נקבע מפורשות, [בסעיף 145ג'\(ד\)](#) כי אין בהוראותיו בכדי לאפשר בנייה שלא בהתאם לתכנית) ומוסיף וקובע בסעיף [145 \(ב\)](#) כי: "לא יינתן היתר אלא אם כן העבודה או השימוש שבעדם מבוקש ההיתר **מתאימים לתכניות**, להנחיות המרחביות שנקבעו לפי סעיף 145ד (בחוק זה - ההנחיות המרחביות) ולהוראות אחרות לפי חוק זה, החלות על הקרקע או הבניין הנדונים." [ההדגשה שלי ל.ב.]

מבלי לגרוע מקביעת החוק ולפיה תכנון מבוצע על דרך אישור תכנית, מוסיף החוק וקובע כי במסגרת הליך הרישוי - קרי במסגרת בקשה להיתר המבוססת על התכנון הקיים - מוסמכת הוועדה המקומית לתת הקלה וזאת, בהתאם להוראות [סעיף 147](#) לחוק קובע:

"הוועדה המקומית רשאית לתת הקלה למבקש היתר לפי סעיף 145.

עוד מפרט סעיף 1 לחוק בהגדרת "הקלה" כי הקלה היא:

"הרשאה לבצע עבודה שהיא טעונה היתר לפי סעיף 145 בסטיה מהוראות תכנית או תקנה אחרת החלות במקום הנדון ושאינן בה משום שימוש חורג"

הנה כי כן, נקודת המוצא לדיון היא שקיים הליך תכנוני אחד והוא תכנון באמצעות תכנית מפורטת ואילו ההקלה היא החריג לכלל ולהליך זה, אשר ניתן לאשר במסגרת הליך הרישוי.

59. בהתאמה, נקבע במסגרת הפסיקה כי הטעם לקיומו של מוסד ההקלות, כמו גם האפשרות לשימוש החורג מהיעוד הקבוע בתכנית, הוא מתן אפשרות לגמישות תכנונית הנחוצה לשם התאמת התוכנית, החלה במקרים רבים על שטחים נרחבים, לנתונים הפרטניים של החלקה בה מבוקשת ההקלה, שכן התוכנית אינה יכולה לרדת לרזולוציה פרטנית של כל חלקה וחלקה בתחומה, ואין היא יכולה לצפות את כל המקרים הפרטניים המיוחדים אשר הכללים הקשיחים שנקבעו בתוכנית אינם מתחשבים בהם. כך, בע"א [6291/95](#) בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ובנייה "מודיעין", נא (2) 825, 864 נקבע על ידי בית המשפט העליון כי:

"ניסיון החיים מלמד, כי לא תמיד ניתן לצפות מראש את כל האפשרויות. הטעמים לכך עשויים להיות מגוונים. הם עשויים להיות נעוצים במגבלות האנושיות בצפייה מראש של כל התפתחות או תרחיש אפשריים. הם עשויים להיות נעוצים בשינוי מהותי בנסיבות שלא ניתן היה לצפותו מראש. הם נעוצים גם באפשרות שיתעוררו מקרים

פרטיים מיוחדים, אשר הכלל הקשיח שנקבע אינו מתחשב בהם...האפשרות ליתן הקלות מאפשרת להתחשב במציאות זו. היא מאפשרת גמישות. היא מאפשרת התאמה של ההחלטה האינדיווידואלית בעניין פלוני למציאות המשתנה. היא מקנה לרשות אפשרות להתיר, מקום בו הדבר מתחייב ואפשרי, סטייה מן התכנית הקיימת (בג"ץ 235/76 הנ"ל [6], בעמ' 583). על הצורך בגמישות בקביעת נורמות תכנוניות, על רקע המציאות המשתנה והבלתי צפויה..”

באותו עניין הוסיף בית המשפט והדגיש כי לא ניתן לוותר על מוסד ההקלה והראייה - גם ברפורמה בדיני התכנון והבניה, במסגרת תיקון מספר 43 [לחוק התכנון והבניה](#), נותר מוסד ההקלה על כנו.

עוד הובאה בעע"מ 4875/12 טמי ויוסי גרומר ואח' נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב (03.11.2013) בסעיף 24 לפסק הדין, מפי כב' השופטת ארבל, עמדתו של אסף רצור בספרו שימוש חורג במקרקעין (2009), 276, המבוססת על מחקרים אקדמיים ובה פיתוח ההצדקה לקיום מוסד ההקלות והשימוש החורג כדלקמן:

”[...] התכניות חסרות גמישות פנימית. הן מיוסדות על קביעת הוראות פרטניות, מדויקות וסטטיות, שאינן מאפשרות גמישות תכנונית. יש בהן התייחסות מועטה בלבד, אם בכלל, לעקרונות הפיתוח הרצוי. למעט מדי תכניות מצורפים דברי הסבר, המתארים את המדיניות או העקרונות העומדים בבסיסן. כמו כן לא מתבצע תהליך שוטף של עדכון התכניות ועל כן רגולציית שימוש הקרקע במדינת ישראל נעשית באמצעות תכניות ישנות מאוד, לעתים אפילו מתקופת המנדט, שאינן משקפות עוד את צורכי ההווה, לא כל שכן הצרכים העתידיים. למעשה, הליכי האישור הארוכים של התכניות במערכת התכנון הישראלית יוצרים מצב שבו התכנית כבר ביום אישורה, הינה ישנה.

[...]

לנוכח עובדות עצובות אלה לא ייפלא, שהניסיון להתאים את הוראות התכנית למציאות המתפתחת מחייב בדרך כלל את תיקונה. על כן ברוב המקרים, יזם המבקש לפתח את הקרקע שברשותו נדרש קודם ליזום הליך של תיקון התכנית ורק לאחר מכן יוכל לגשת להליך של קבלת היתר. בכך מתארך במאוד משך הזמן הנדרש לביצוע יוזמת הפיתוח, דבר שיש לו לא רק משמעות כספית ניכרת מבחינת היזם, אלא שהוא גם יוצר בסופו של דבר מחסור בשוק המקרקעין. התוצאה הינה, שלמוסדות התכנון הישראליים מוגשות מאות ואלפי תכניות שינוי לתכניות מיתאר, שברוב המקרים עוסקות רק בשינוי נקודתי קטן בתכנית המקורית [...]” (רנצ'ור, 219-222).

אשר לעמדה זו ציינה כבוד השופטת ארבל כי:

”סקירה זו, המבוססת על מחקרים אקדמיים אליהם מפנה ד"ר רנצ'ור בספרו (ראו שם, ה"ש 46-74) עשויה להצביע על כך שבמקרים מסוימים תיקון התכנית הקבועה אינה בבחינת "דרך המלך". אכן, הנחה לפיה תכניות מתאר קבועות, כמו גם הליך של תיקון תכנית, משקפים איזון מושכל של כלל האינטרסים הקיימים במרחב (עניין גבעת

האירוסים, בפס' 23; עניין אלמוג אילת, בפס' י"ז), אינה תמיד מתיישבת עם המציאות התכנונית הסבוכה."

60. יחד עם זאת, הוסיפה הפסיקה וקבעה כי הואיל ומדובר במנגנון המהווה סטייה מהליך התכנון הרגיל ומהוראות התכנית החלה, הרי שיש לעשות בו שימוש בזהירות הראויה. יפות לעניין זה קביעות בית המשפט העליון ב**בג"ץ 235/76** בנייני קדמת לוד (1973) בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה בלוד, פ"ד לא(1) 584, 579:

"כשזהו רצון המחוקק [הקלה או שימוש חורג ל.ב.] הוא ייעשה ויקויים. אבל, אם מותר להעיר הערה אפיקורסית, נראה לנו כי במציאות שלנו שורש הרע הוא בעצם הסמכות לתת הקלה או להתיר שימוש חורג על-ידי גוף כל-שהוא, כי לא אחת הופכת ההקלה לתקלה והחריגה למפגע, תכנית קיימת עד שהיא מקבלת תוקף עוברת הליך המורכב משלבים שונים, היינו: הכנה, הפקדה, פרסום, התנגדויות, הכרעה, עררים, וכו'. שלבים אלה נקבעו כדי להבטיח דיון ענייני בתכנית על-ידי רשויות התכנון השונות והכרעה שקולה על-ידן, לאחר שמיעת גורמים פרטיים וציבוריים שיש להם ענין בה או העלולים להיפגע על-ידה. פירושה האמיתי של הקלה הוא התרת סטייה מתכנית קיימת שבעצם מהווה שינוי התכנית במידת ההקלה הניתנת. הוא הדין לגבי התרת שימוש חורג, שאינו קיים בעת שתכנית מקבלת תוקף. אם השימוש החורג בעת שתכנית מקבלת תוקף כבר קיים, אין ברירה אלא להשאירו בעינו. אבל למה יקום שימוש חדש כזה שלא בדרך הרגילה של תיקון התכנית? הקלות היחסית שבה אפשר להשיג, לפי המצב החוקי הקיים, הקלה או שימוש חורג, בהשוואה לעריכת שינוי תכנית לפי כל הדקדוקים והמצוות, קשה להלום אותה עם הצורך לקיים סדר תקין בענין זה של תכנון ובנייה, שהוא כה חיוני וקובע את איכות החיים והסביבה"

קביעות אלו מפי כבוד השופט ברנזון, התקבלו בהסכמה גם בפסיקה המאוחרת, כך ולשם הדוגמא, התייחס אליהם בית המשפט העליון ב **עע"מ 4881/08** אלמוג אילת (מ.ד.ט. 2000 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה אילת (10.02.2010) כאל: "יין משומר". בדומה נקבע על ידי כב' השופטת פרוקצ'יה בע"א **5927/98** **בחוס נ' הועדה המקומית לתו"ב תיפה פ"ד נ** (5) 752, 759, בסעיף 17 לפסק הדין, כי:

"ההליך התכנוני והמשפט אינם רואים בעין יפה הרחבת החריגות מתכנית. אלה נחזות לא אחת כרע הכרחי, אולם הנטייה המובהקת היא להיזקק להן בצמצום, כדי שלא יהיו אמצעי העוקף את הצורך בהכנת תכניות חדשות ותיקון תכניות קיימות. "

עוד נקבע בעע"ם **8445/06** זלצמן נ' ועדת הערר לתכנון ולבניה מחוז תל אביב (28.10.2010) (להלן: "**פסק הדין בענין זלצמן**"), נדרש בית משפט העליון למנגנון ההקלה וקבע:

"בית משפט זה ביקר בעבר בחריפות את מנגנון ההקלות ואת יישומו על ידי ועדות מקומיות... יחד עם זאת הוכרה גם חשיבותו של המנגנון... לענייננו העיקר הוא כי נקבע

מפורשות שאין לאדם זכות קנויה להקלה... אכן, 'הקלה' כשמה כן היא ואין שום חובה מוטלת על הוועדה לאפשר הקלה מהתכנית החלה גם אם הדבר נועד למיצוי אחוזי בניה..."

אציין כי כחלק ממערך השיקולים כנגד אישור תוספות בדרך של הקלה ולא במסגרת הליך תכנון מקיף הודגש בפסיקה כי בניגוד להוראותיה של תכנית, ביחס אליה רשאי מי שנפגע מהתכנית להגיש תביעה לפיצויים מכח [סעיף 197](#) לחוק, הרי שזכות זו אינה קיימת ככל שהפגיעה נובעת ממתן הקלה ובכך נימוק נוסף לקביעה ולפיה מן הראוי שמתן הקלות יעשה לאחר שנשקלו כל השיקולים הראויים ולא בצורה גורפת או כלאחר יד.

61. ומה הם התנאים למתן הקלה?

משהובהרה המדיניות אשר עומדת בבסיס הקביעה אם להידרש למתן הקלה אם לאו, נפנה לבחינת התנאים כפי שנקבעו למתן ההקלה. אשר לכך, קובע ראשית, [סעיף 151\(א\)כי](#):
 "לא יינתנו הקלה או היתר לשימוש חורג אם יש בכך סטייה ניכרת מתכנית החלה על הקרקע או הבנין."

קרי, החוק מלמדנו, על דרך השלילה, כי תנאי למתן הקלה הוא שלא תהיה בה סטייה ניכרת מתכנית. אציין כי בהתאם לסמכותו על פי החוק, התקין שר הפנים את [תקנות התכנון והבנייה \(סטייה ניכרת מתכנית\)](#), תשס"ב – 2002, ובהן ההתוויות המפורטות באשר לקביעה האם ההקלה מהווה סטייה ניכרת אם לאו. רלוונטית לעניינו [תקנה 2\(8\)\(א\)](#) לתקנות הסטייה הניכרת ולפיה בשים לב לתכנון הקיים תוספת 2 קומות - לא תהווה סטייה ניכרת.

הפסיקה הוסיפה על הכלל השלילי, כלל חיובי ולפיו הקלה תינתן באם קיימת הצדקה לאישורה. כך, בהתאם לפסיקה הבדיקה האם יש להתיר הקלה תעשה בשני שלבים: בשלב הראשון - יש להידרש לשאלה האם מדובר בסטייה ניכרת מהתכנית- בהתאם להנחיות החוק והתקנות- כאשר מענה חיובי לשאלה זו יביא לדחיית הבקשה להקלה. בשלב השני - אם המסקנה היא כי אין מדובר בסטייה ניכרת מתכנית, על מוסד התכנון להפעיל שיקול דעת ולקבוע, על יסוד כלל הנתונים, האם קיימת הצדקה לאישור ההקלה.

בכל הנוגע להצדקה להקלה, נקבעו בפסיקה על ערכאותיה השונות, מספר פרמטרים אשר בהם ניתן להתחשב ואותם יש לשקלל עת נבחן קיומה של הצדקה להקלה ובכללם:

- קיומה של הצדקה תכנונית לאישור ההקלה בסטייה מהוראות תכנית והאם היא משרתת מטרה תכנונית לגיטימית (ראו – [ערר \(תל אביב\) 5114/08](#) ועד פועלי הרכבת נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים (11/8/08); וכן, אהרן [נמדר תכנון ובנייה](#), חלק שני, תכניות, מוסדות והליכי תכנון (2015) (להלן: "נמדר") בעמוד 279). בכל הנוגע לקיומה של הצדקה תכנונית צוינו בפסיקה כדוגמאות לקיומה - מקרים בהם יישום הוראות התוכנית אינו מאפשר את מימוש מלוא זכויות הבנייה על המגרש הספציפי בשל גודלו או צורתו (ראו [עתי"מ \(מינהליים ת"א\) 31588-01-13](#) אפרים אוריון נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב יפו (20.06.2013), בעמוד 9, שם נקבע כי החלטת ועדת הערר

סבירה בין היתר הואיל ובהתאם לה מתאפשר ניצול זכויות הבניה המוקנות); שיקולים אדריכליים כגון הקטנת התכנית לטובת שטחי קרקע פנויים; מועד אישורה של התכנית החלה על המקרקעין; התאמת הבניה לרוח הזמן; וניצול ראוי של משאב הקרקע. יחד עם זאת, אציין כי בכל הנוגע למיצוי אחוזי בניה, נקבע בפסק הדין בענין זלצמן כי: "אכן, "הקלה" כשמה כן היא ואין שום חובה מוטלת על הוועדה לאפשר הקלה מהתכנית החלה גם אם הדבר נועד למיצוי אחוזי בניה"

- היקפה של ההקלה המבוקשת ועצימותה – קרי הפער בין ההקלה המבוקשת לבין המצב התכנוני המאושר עליו הסתמך הציבור (ראו ע"ר (דרום) 6055/08 איתן כחל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה אשדוד (15/12/08) (להלן: "ע"ר כחל").

- מועד התכנון המאושר – קרי מועד אישורה של התכנית החלה על המקרקעין. אשר לכך, הרי ש "ותיקותה" של התכנית המאושרת מהווה שיקול לגיטימי במתן ההקלה, וככל שהתכנית החלה על המקרקעין ישנה יותר, היא עשויה שלא להתאים למצב התכנוני המתפתח בשטח ותהיה הצדקה גדולה יותר לאישורה של ההקלה. לעומת זאת, ככל שהתכנית הינה חדשה יותר כך תהיה הצדקה פחותה למתן הקלה" (נמדד בעמוד 279 והאסמכתאות המוזכרות שם).

- הפגיעה אשר תיגרם מאישורה בבעלים ובדיירים גובלים - אשר לכך, הודגש כי כאשר השינוי מתבצע בדרך של תכנית קיימת לצדדים שלישיים הגנה כפולה- ראשית בעצם חובת הפרסום והזכות ההתנגדות שהם רחבים יותר בהליך של תכנית לעומת הליך של הקלה ושנית בזכות לתבוע ירידת ערך המקרקעין שלהם בהתאם לסעיף 197 לחוק. לפיכך, נקבע שכאשר עורכים איזון בין רצונו של המבקש לקבל הקלה לבין הפגיעה בשכנים, הרי שיש ליתן משקל רב יותר לשכנים ולפגיעה הצפויה בהם (ראו ע"ר כחל). יפות לעניין זה קביעות ועדת הערר בע"ר (ירושלים) 97/09 וולינס אייריין נ' הוועדה המקומית ירושלים, אשר הוזכרו בעניין כחל בסעיף 37:

"באופן רגיל האיזון אינו מתחיל ממצב מאוזן בין הצדדים. הצד של מבקש ההקלה הינו נחות יותר במאזני האיזון היות והוא זה המבקש לבנות בניגוד למצב הקיים וב"הקלה" מתוכנית קיימת".

(כן ראו - ע"מ (ת"א) 1534/07 יפה יורם נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה מחוז – ת"א (07.06.2009) - במסגרתו הושב הדיון לוועדת הערר על מנת שתבחן טענותיהם של העותרים בדבר פגיעה בדירתם, טענות אשר לא נבחנו על ידה; נוסף על כך, אשר לשלושת פרמטרים לעיל ראו גם- ע"מ (בי"ש) 9929-10-17 עיריית קרית גת נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של תשתיות לאומיות (22.03.2018), בסעיף 46 לפסק הדין).

- קיומו של אינטרס ציבורי המצדיק הקלה - אשר לכך, כדוגמא לאינטרס ציבורי, צוין כמצדיק מתן הקלה האינטרס בתוספת יחידות דיור ובציפוף אזורים אורבניים מבוקשים. (אשר למגמת הציפוף העירוני – ראו: ע"מ (ת"א) 50776-04-15 לזובסקי נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ולבניה תל אביב (21.10.15), בפיסקה 4.1).

במקרה המונח להכרעתי, אקדים אחרית לראשית, מצאתי כי יש להורות על השבת הדיון בבקשה נשוא העתירה לוועדת הערר והנימוק המרכזי העומד בבסיס קביעתי זו, הוא שבמסגרת הדיון בערר לא ניתן לעותרות יומן המלא ולא מומשה מלוא זכות הטיעון על ידן. במה הדברים אמורים?

כפי שפורט לעיל בהרחבה, השתיתה הוועדה המקומית את החלטתה להיעתר לבקשה ליתן הקלות על דרך הוספת קומות, על שניים עיקריים- ראשית (וניתן אף לומר כי מרכזית) על כך שההקלה על דרך הוספת הקומות, תואמת הן את מדיניותה לעניין פרויקטים לפי תמ"א 38 והן את התכנית הכוללנית תא/5000 – שתיהן קבעו כי הגובה המקסימאלי בשכונה בה מצויים המקרקעין נשוא הדיון יהיה 15 קומות. שנית, נקבע כי התשתיות בשכונה – ציבוריות ותחבורתיות – ערוכות לקלוט את תוספת יחידות שהיא פועל יוצא של תוספת הקומות.

על החלטתה זו של הוועדה המקומית הוגש כאמור ערר על ידי המשיבים 3. אשר לערר שהוגש, עיון בערר זה מלמד כי הטענה המרכזית שעמדה בבסיסו היא טענה ולפיה הוועדה המקומית נעדרת סמכות לאישור ההקלות נוסף על אישור התמריצים בהתאם לתמ"א 38. טענה זו פורטה בהרחבה במסגרת טיעוני המשיבים 3 ובהתאם לה, הואיל והזכויות בהתאם לתמ"א 38 אינן זכויות מוקנות אלא שאף הן כפופות להליך פרסום לפי [סעיף 149](#) לחוק, הרי שלטענת המשיבים 3 - המושתתת לדידם על נוסח תקנות הסטייה הניכרת - מקום בו התמריצים המוקנים במסגרת תמ"א 38 שווים או עולים על התוספות האפשריות במסגרת הקלה (ובמקרה שלנו כך הם פני הדברים הואיל ובהתאם לתמ"א 38 אושרו 3 קומות ואילו מספר הקומות המרבי שניתן לבקש במסגרת הקלה עומד על שתי קומות) - הרי שהוועדה המקומית אינה מוסמכת להקנות תוספת קומות במסגרת הקלה. אציין כי בשולי הערר תקפו המשיבים גם את הקביעה בדבר יכולת הקליטה של התשתיות ואולם, עשו כן ב"לשון רפה" במספר שורות מצומצם וברי כי על כך לא נסב הערר. כך או כך, אין עוררין כי במסגרת הערר לא העלו המשיבים כל טענה הנוגעת להנמקה אשר עליה התבססה הוועדה המקומית ובכלל כך בפרט לא העלו כל טענה ולפיה הואיל ומדובר על הצדקה שהיא כללית ולא ספציפית למגרש, הרי שלא היה מקום להקנות בהתבסס עליה זכויות במסגרת הקלה, אלא שהדרך הנכונה להקנות זכויות אלו היא על דרך תכנון, קרי במסגרת תכנית מתאר.

על אף האמור, אין חולק כי על נימוק זה השתיתה ועדת הערר את החלטתה. אשר להחלטתה זו של ועדת הערר, הרי שלית מן דפליג (כפי שכבר ציינתי לעיל) שוועדת הערר אינה מוגבלת בקביעותיה לקביעות הוועדה המקומית והיא סוברנית לדון בהליך "דה נובו", תוך שהיא מוסמכת לקבל מנימוקיה שלה כל החלטה שהוועדה המקומית מוסמכת הייתה לקבלה. זאת ועוד, כברת דרך נוספת נכונה אני לילך בנוגע לסמכות ועדת הערר ולקבוע כי בסמכותה אף להשתית הנמקתה על נימוקים השונים מאלו אשר הועלו על ידי העוררים. יחד עם זאת – ובכך נעוצה הבעייתיות במקרה לפני לדידי – ככל ששוקלת ועדת הערר לעשות כן, קרי להשתית החלטתה על נימוקים החורגים מנימוקי הערר, שומה עליה למצער לאפשר למשיבים בערר מיצוי מלוא זכות הטיעון ובכלל כך עליה לאפשר להם להשלים את הטיעון בפניה – עובדתית ומשפטית, באופן שיינתן להם יומם המלא באשר לסברות ולטיעונים אשר עליהם משתיתה ועדת הערר את החלטתה בסופו של יום.

63. אשר לזכות הטיעון נקבע [ברע"א 8864/99](#) אלקווה נ' מעוז חברה לביטוח בע"מ (29.10.2000), בפסקה 4 לפסק הדין כי:

"כלל יסוד בהליך שיפוטי תקין קובע כי יש ליתן לבעל דין את יומו בבית המשפט. מושג זה נושא עמו תוכן מהותי ולא טכני בלבד ועניינו בקביעה כי תינתן לצד למשפט הזדמנות מלאה להעלות את טענותיו ביחס לשאלות העומדות למחלוקת בהליך נתון. [...]

יישומן של זכות הגישה לבית המשפט והזכות להעלות טענות מחייב כי בעל דין ידע אל נכון מה טיבו של ההליך אליו הוא הוזמן ואשר במסגרתו עליו להביא את טענותיו וראיותיו. וכך, עומדת לו הזכות כי אם הוזמן לטעון את טענותיו לצורך מסוים לא תיזקפנה טענות אלה לצורך אחר ותימנע ממנו עקב כך האפשרות להציג את מכלול טיעוניו לצורך ההליך האחר. טעות או תקלה בענין כזה עלולים לפגוע בזכות בעל דין ל'יומו בבית המשפט'."

בדומה, נקבע [בעע"מ 9264/10](#) חברת נ.י.ל.י. נדל"ן בע"מ נ' עיריית גבעת שמואל (30.05.2012) שמשלא ניתנה למערערות להשיב על טענות אשר הועלו על ידי צד (מיתב) שלא הגיש את העתירה ולא ביקש כל סעד – נפגעה זכותן של המערערות ליומן בבית המשפט ומדובר בעניין מהותי ולא טכני.

נוסף על כך [בעע"מ 6240/12](#) דני דנקנר נ' ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז חיפה (10.05.2015), נקבע באופן ספציפי בכל הנוגע לזכות הטיעון בפני ועדת הערר, כי יש לפגיעה בזכות הטיעון בכדי להוביל לבטלות החלטת ועדת הערר וזאת, שעה ש: "שהחלטת ועדת הערר בדיון החוזר, אשר התבססה במידה רבה על קביעות הנוגעות לתשתית התכנונית, נתקבלה מבלי שמוצתה זכותם של המערערים להשמיע קולם בנקודה זו. מצב זה, מעבר להיותו בבחינת פגיעה בזכות הטיעון של המערערים, מעורר חשש שמא החלטת ועדת הערר נתקבלה מבלי שנפרסה בפניה היריעה העובדתית-תכנונית-משפטית למלוא רוחבה, ומבלי שנתאפשר לה לגבש כנדרש את התשתית העובדתית הנדרשת לשם קבלת ההחלטה (על חובתה של הרשות לקבל החלטה על יסוד תשתית של עובדות, ראו יצחק [זמיר הסמכות המינהלית](#) כרך ב 1119 (מהדורה שניה, 2011) (להלן: זמיר); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 439 (2010) (להלן: ברק-ארז); על חובת הרשות להעניק לאדם העלול להיפגע מהחלטתה הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו, ועל השלכותיה של הפרת החובה, ראו בהרחבה אצל זמיר, עמ' 1147-1195; עוד על תוצאות ההפרה של זכות הטיעון, ראו אצל ברק-ארז, עמ' 528))."

64. [במקרה לפני](#) – כאמור קבעה ועדת הערר שלא די בהנמקה כפי שניתנה על ידי הוועדה המקומית בכדי להצדיק את מתן ההקלות. אשר לקביעה זו, כאמור הקביעה התקבלה במסגרת דיון דה נובו אשר קיימה ועדת הערר וזאת, בשים לב לכך שטענה זו כלל לא עלתה

בפני במסגרת הערר. משכך לטעמי שומה היה על ועדת הערר לאפשר לעותרות להציג בפניה את מלוא היריעה ובכלל כן, להציג בפניה הצדקות נוספות אשר לטעמן מתקיימות במקרקעין נשוא הדיון ואשר יש בהן בכדי לתמוך במתן הקלות.

אשר להצדקות אלו, אציין ראשית שאלו מושתתות בחלקן על אדנים עובדתיים ובחלקן על אדנים תכנוניים – כך הם פני הדברים לדוגמא בנוגע לטענה ולפיה לא ניתן ליישם את כל זכויות הבנייה המוקנות במגבלת הקומות הקיימת, כן בנוגע לטענה ולפיה לא ניתן יהיה להוציא את פרויקט החיזוק אל הפועל בלא תוספת הקומות וכן, בנוגע לטענה הנוגעת למיקומם של המגרשים הספציפיים. כיוון שכך, קרי בהינתן שמדובר בטענות תכנוניות-עובדתיות, הרי שלא נכון הוא שבית משפט זה ידון בטענות אלו בדיון ראשון.

עוד הנני מוצאת להדגיש שכפי העולה מהסקירה הנורמטיבית אשר נעשתה לעיל, במסגרת הפסיקה נקבעו מספר פרמטרים אשר בהם יתחשב המוסד התכנוני בבוחנו קיומה של הצדקה למתן הקלה, פרמטרים אשר שומה עליו לאזן ביניהם. רשימת הפרמטרים כפי שנקבעו בפסיקה ובכלל כן בפרט - האפשרות ליישם את הזכויות בהתאם לתכנון הקיים במגבלות המגרש או הקומות, ותיקוּתן של התכנויות, הפגיעה בצדדים שלישיים, התאמת הבנוי לקיים וכיוצא באלו – כוללת על פניו פרמטרים המשוקפים בטיעוני העותרות. משכך, הרי שמדובר בנתונים וטיעונים אשר יכול שיהא בהם בכדי לשנות את קביעתה של ועדת הערר, ככל שיובאו בפני ועדת הערר באופן מפורט ונתמך באסמכתאות.

בהקשר זה, הנני מוצאת לציין, במאמר מוסגר, כי חלק מטענות המשיבים בהקשר להצדקות כפי שפורטו על ידי העותרות בעתירתן, נסבה על כך שיש לדחות הצדקות אלו על הסף וזאת, מהטעם שלא פורטו בפני ועדת הערר, קל וחומר שלא נתמכו ומשכך, אין לאפשר הבאתן לראשונה בפני בית המשפט. דא עקא, כפי שנקבע על ידי, לעותרות לא ניתנה ההזדמנות הנאותה להביא טענותיהן אלו בפני ועדת הערר ואין לחסום דרכן מלעשות כן.

בנסיבות אלו, ובהתאם להלכת בית המשפט העליון מצאתי כי אין מקום לקבל החלטה תכנונית-עובדתית במקום ועדת הערר אלא שתוצאת ההתערבות המתבקשת היא להחזיר את הדיון לוועדת הערר על מנת שתחליט בסוגיה הנידונה מחדש (ראו [עע"מ 6937/11](#) הוועדה המקומית לתכנון ובניה דרום השרון נ' רחל שטרית (19.02.2013) בסעיפים 19 ו- 20 לפסק הדין והאיזכורים אליהם מפנה בית המשפט העליון)

65. בשולי הדברים הנני מוצאת להתייחס בקצרה לשתי סוגיות אשר עלו בדיון לפני בהרחבה –

ראשית סוגיית הסמכות – אשר לסוגיה זו אציין כי הנני רואה עין בעין עם קביעת ועדת הערר במסגרתה נדחתה טענת המשיבים ובהתאם לה חרגה הוועדה המקומית מסמכותה עת אישרה הקלות בנוסף לתמריצים בהתאם לתמ"א 38. אשר לקביעה זו, הנני מקבלת את ההנמקה העומדת בבסיסה ולפיה טענתם של המשיבים אינה עולה בקנה אחד עם החקיקה הרלוונטית. כך, [סעיף 151\(ב1\)](#) לחוק המתיר תוספת מיוחדת לשטח בתכנית בישוב מיעוטים, מוסיף וקובע [בסעיף 151\(ב1\)\(5\)](#) כי:

" הוראות סעיף קטן זה לא יחולו אם התבקש היתר לפי הוראות תכנית המיתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה (תמ"א 38); "

קרי, מצא החוק לסייג רק את מתן ההקלה הנובעת מהוראה זו בתחולתה של תמ"א 38. הנני סבורה כי כלל ה"לאו" הקבוע בסעיף זה מלמד על ה"הן", קרי על כך שהקלות אחרות לגביהן לא נקבעה הוראה דומה בחוק ניתן לקבל גם בפרויקטים לפי תמ"א 38.

תימוכין נוסף לאמור ניתן למצוא בהוראות סעיף 14א' (א1) לתמ"א 38 הקובעות כי:

"אין באמור בפסקה זו, כדי לגרוע מהאפשרות להתיר הקלה לפי חוק, מהתכניות המפורטות החלות במגרש לתוספת קומות, ויחולו לעניין זה הוראות התקנות."

קרי, קובעות מפורשות סמכות ליתן הקלות בנוסף לתמריצים לפי תמ"א 38.

66. שנית בכל הנוגע לקביעה ולפיה מקום בו ההצדקה להקלה מושתתת על הנמקה כללית הרי שאין ליתן הקלה אלא שיש לנקוט בהליך תכנון מפורט – אשר לקביעה זו, לאור קביעתי ולפיה שומה על ועדת הערר לאפשר טיעון באשר לקיומן של הצדקות נוספות – לא מצאתי לקבוע מסמרות באשר לה. יחד עם זאת, הנני מוצאת לציין כי אמנם צודקת ועדת הערר בנקודת המוצא ולפיה הקלה אינה תחליף לתכנון אלא שהיא חריג לו וכזו נדרשים ציודקים מיוחדים על מנת לאשרה, שאם לא כן החריג יהפוך לכלל. בהתאמה לכך, הנני סבורה אף שצודקת ועדת הערר בקובעה כי מקום בו מדובר בנסיבות שהן כלליות ואינן ספציפיות או ייחודיות, הרי שאין לאפשר את ההקלה. יחד עם זאת, לא מצאתי לקבל קביעתה הקטגורית של ועדת הערר ולפיה ההצדקה בענייננו היא כללית ולא פרטנית, קביעה המושתתת כל כולה על היקף המקרקעין עליהם חלה ההצדקה. אשר לכך, הרי שמבלי לקבוע מסמרות אינני מוצאת לשלול את האפשרות לקיומה של הצדקה תכנונית הגם שזו חלה על תא שטח רחב יותר וכמקרים רבים הנני סבורה כי גם קביעה זו צריכה להיחתך מנתונים קונקרטיים ולא קטגוריים. עוד הנני מוצאת לציין כי הקביעה ולפיה ככל שתושתת ההצדקה על שטח נרחב יותר הרי שההקלה תהווה מסלול עוקף לתכנון מפורט, אף היא בגדר קביעה כוללת אשר לא בכל המקרים יהיה בה ממש. כך הם פני הדברים לדידי במקרה לפנינו במסגרתו ספק בעיני באם מתן ההקלות יגרום ל"מדרון חלקלק" ותחליף לתכנון, בשים לב לכך שקיים פער גדול בין ההקלה העומדת על 2 קומות נוספות לבין תכנון מפורט שבו יכול שתתווספנה 7 קומות. יחד עם זאת, לאור תוצאת ההליך, אינני מוצאת לקבוע מסמרות לעניין זה.

סוף דבר;

67. לאור האמור והמפורט נחה דעתי כי דין העתירות להתקבל על דרך השבת הדיון לוועדת הערר וזאת על מנת שתקיים בפניה דיון במסגרתו תינתן לעותרות זכות לטיעון באשר להצדקות למתן ההקלה, מעבר להצדקות כפי שצוינו על ידי הוועדה המקומית בהחלטתה.

68. בשים לב לתוצאת הדיון, אשר אין בה משום סיום ההליכים בין הצדדים, לפני משורת הדין לא מצאתי לפסוק הוצאות.

69. המזכירות תדוור את פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, י"ד אב תש"פ, 04 אוגוסט 2020, בהעדר הצדדים.

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

לימור ביבי 54678313-/
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה