



דף הבית < חקיקה/פסיקה

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

עמ"נ 18063-05-21 ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' ד"ר ניסן פרמינגר בע"מ ואח'

11 דצמבר 2022

לפני כבוד השופט ה' קירש

המערערת

הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב  
ע"י ב"כ עוה"ד אירית יומטוב והראל וינטרוב

נגד

המשיבות

1. ד"ר ניסן פרמינגר בע"מ
  2. בנייני מ. מטלון בע"מ
  3. ח. נועם ושות' חברה לנאמנויות בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד מיטל טויסטר רוזנטל ואור בוכריץ

חקיקה שאזכרה:

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סעי' 1, 19, 19(ב), 19(ב)(א), 2(א)  
תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב-1992: סעי' 2, 2(ב)(1), 4  
תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), תשל"ל-1970 - גירסא ללא שירטוטים: סעי' 4.03

מיני-רציו:

\* במקרה של הריסה והקמה מחדש של בניין לפי תמ"א 38, בו סל הזכויות איננו מנוצל במלואו וניתן במסגרתו לבנות גם מרפסות, ניתן להחיל את קווי הבניין המוקטנים לגבי כל חלקי המבנים, ללא צורך בהקלה נוספת. כאשר חלק משטחי המרפסות הוא מעבר לסל זכויות התמ"א, נדרשה הקלה בקווי הבניין ואותו חלק יחסי איננו יכול ליהנות מהפטור מהיטל הקבוע בסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה.

\* תכנון ובנייה - תכניות - תמא 38

\* תכנון ובנייה - היטל השבחה פטור

במסגרת פרויקט תמ"א 38, נהרסו שלושה בניינים ישנים וסמוכים, ונבנו תחתם שלושה בנייני מגורים חדשים. ההליך נוגע להיטל השבחה בשל הקלה שניתנה להבלטת מרפסות מעבר לקווי הבניין בהתאם לתב"ע בצד האחורי של כל אחד משלושת הבניינים.

בית המשפט לעניינים מנהליים קיבל את הערעור בחלקו ופסק:

תמ"א 38 איננה מתיימרת לספק הוראות תכנון ובניה ממצות לכל חלקה עליה היא מוחלת. היא מהווה רובד תכנוני נוסף, המורכב על גבי תוכניות בניין עיר קיימות התקפות באותם אתרים. סעיף 14א(א) לתמ"א 38 קובע את "השטח הכולל המותר לבניה, המרבי, שרשאית ועדה מקומית להתיר מכה תכנית זו", אולם מדובר שם רק בתוספות השטח מעבר לזכויות הבנייה הקיימות ממילא לפי התוכניות התקפות.

פועלן של תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים) הוא באותם מקרים בהם אין די זכויות בניה כדי להקים הן את ליבת הבניין והן את המרפסות. במקרה של הריסה והקמה מחדש לפי תמ"א 38 בו סל הזכויות איננו מנוצל במלואו וניתן במסגרתו לבנות גם מרפסות, אין נזקקים לתקנות חישוב השטחים וכל השטחים הנבנים נמנים עם הסל. משכך אין סיבה שלא להתיר גם בניית מרפסות במסגרת קווי הבניין המיוחדים הקבועים בתמ"א 38. כאשר אין עודף שטח בסל הזכויות, המרפסות נבנות רק בזכות תקנות חישוב השטחים. במקרה דנן, לגבי שני הבניינים סל זכויות התמ"א היה מספיק כדי להקיף גם את כל שטחי המרפסות, ועל כן ניתן להחיל את קווי הבניין המוקטנים לגבי כל חלקי המבנים, ללא צורך בהקלה נוספת. כאשר לחלקה השלישית, לגבי אותו חלק משטחי המרפסות שהוא מעבר לסל זכויות התמ"א, נדרשה הקלה בקווי הבניין על מנת לבנותו. כתוצאה מכך, אותו חלק יחסי איננו יכול ליהנות מהפטור מהיטל הקבוע בסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית.

## פסק דין

1. נושא ערעור מינהלי זה הוא פרויקט תמ"א 38 שבוצע ברחוב מונטיפיורי בתל אביב. במסגרת המיזם, נהרסו שלושה בניינים ישנים וסמוכים, ונבנו תחתם שלושה בנייני מגורים חדשים.

ברחוב מונטיפיורי 9 (גוש 6920, חלקה 29) הבניין הקיים היה בן ארבע קומות ואילו ברחוב מונטיפיורי 9א ו-11 (גוש 6920, חלקות 28 ו-27, בהתאמה), הבניינים הקיימים היו בני שלוש קומות כל אחד. הבניינים החדשים הם בני חמש קומות כל אחד (בתוספת קומת גג חלקית) ויכילו 11, 15 ו-30 יחידות דיור, בהתאמה.

2. הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב, המערערת דנו, הוציאה חיובים בהיטל השבחה לבעלים השונים של שלוש החלקות הנ"ל, וזאת בשל אישורן של תוכניות בניין עיר שונות שאושרו בעבר וכן בגין הקלות מסוימות שניתנו אגב אישור הפרויקט.

3. לאחר שיריעתו צומצמה, ההליך הנוכחי נוגע לסעיף חיוב אחד בלבד - בשל הקלה שניתנה להבלטת מרפסות מעבר לקווי הבניין בהתאם לתב"ע בצד האחורי (העורפי) של כל אחד משלושת הבניינים החדשים. החיוב הכולל שהוטל בנושא זה מסתכם בכ- 737 אלף ש"ח במונחי קרן.

4. בפרט, ההקלה שאושרה לכל אחד מהבניינים הייתה "להבלטת מרפסות מקו בניין אחורי של 5.0 מ', מעבר למאושר בתכנית 44, עד 1.60 מ' לשיפור התכנון והעיצוב האדריכלי" (מתוך עמוד 13 להערכת ההשבחה המתוקנת שנערכה עבור עיריית תל אביב על ידי השמאי מר מיכאל עין-דור בקשר לרחוב מונטיפיורי 9; מלל זהה מופיע בהערכות ההשבחה המקבילות שהוכנו בקשר לשתי החלקות הנוספות). יוער כי "תכנית 44" אושרה בשנת 1941 והיא קובעת, בין היתר, את השימושים המותרים באזור הנדון (לרבות מגורים) ואת אחוזי הבנייה המותרים.

5. יש מספר דברים שאינם שנויים במחלוקת בין הצדדים לערעור זה:

(א) מוסכם כי בנסיבות העניין אין מקום להשית היטל השבחה בגין כמות השטח המנוצלת בבניית המרפסות. המחלוקת קיימת אך לגבי ההשבחה הנובעת, לפי הטענה, מעצם אפשרות ה**הבלטה** של המרפסות לכיוון הגבול האחורי של המגרשים;

(ב) אין חולק כי על פי התכנון לפרויקט התמ"א, **לא** ניתן היה לבנות (פיזית) את המרפסות האמורות בתוך קווי הבניין **הקבועים בתוכניות המאושרות**;

(ג) אין גם חולק כי **כן** ניתן היה לבנות את המרפסות בתוך קווי הבניין המיוחדים המצוינים בסעיף 11.1.4 (א) לתמ"א 38 (כלומר, קו בניין אחורי של 3 מטרים).

(ד) אין חולק כי בשניים מתוך שלושת המגרשים (מונטיפיורי 9א ו-11), "**נותרו שטחים בלתי מנוצלים מכוח תמ"א 38, בהיקף העולה על שטחי המרפסות**" (כפי שהמצב מתואר בסעיף 11 להשלמת הטיעון מטעם המשיבות). דהיינו, סל הזכויות (השטחים) המותר לבנייה על פי הוראות תמ"א 38 בשתי חלקות אלו מספיק הן לבניית הבניינים (ללא מרפסות) והן להוספות כל המרפסות. המצב ששרר במונטיפיורי 9א ו-11 תואר על ידי המשיבות כ"עודף" זכויות תמ"א. לעומת זאת, במונטיפיורי 9 הסל לפי תמ"א 38 מספיק לבניית חלק מן המרפסות, אבל לא את כולן.

6. כאן נזכיר כמה מושכלות יסוד בנושא היטל השבחה:

- על פי סעיף 1 לתוספת שלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 ("החוק"), "השבחה" היא "עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג".

- סעיף 2(א) לתוספת השלישית מורה כי: "חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתן של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת, ישלם בעלם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו..."
- משמעות המונח "הקלה", בהתאם לסעיף 1 לחוק, היא "הרשאה לבצע עבודה שהיא טעונה היתר לפי סעיף 145 בסטיה מהוראות תכנית או תקנה אחרת החלות במקום הנדון ושאינן בה משום שימוש חורג".
- סעיף 19 לתוספת השלישית קבוע כי "ב) לא תחול חובת תשלום היטל בשל השבחה שהיא אחת מאלה... (10) השבחה במקרקעין בשל קבלת היתר לבנייה או להרחבה של דירת מגורים, שניתן מכוח תכנית כמפורט להלן: (א) תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה (תמ"א 38)..."
7. כאמור, המשיבות ביקשו וקיבלו הקלה לצורך הבלטת המרפסות בקו הבניין האחורי. לכאורה צירופן של הוראות החוק שהובאו לעיל עשוי להוביל למסקנה כי בשל ההשבחה הנובעת מן ההקלה חייבות המשיבות בהיטל.
- עם זאת, לטענתן היום, ההקלה הנ"ל כלל לא נדרשה ולמעשה בניית המרפסות כפי שנבנו הייתה חלק ממימוש סל הזכויות על פי תמ"א 38 וככזה פטורה מהיטל מכוח סעיף 19(ב)(10)א) לתוספת השלישית.
8. ובכן, כך מנמקות המשיבות את עמדתן:

"המשיבות סבורות כי לא יכול להיות ספק שמקום בו קיימות זכויות תמ"א עודפות, ניתן לנצלן לצורך הקמת המרפסות.

...

מקום בו קיימות זכויות תמ"א עודפות, ברי כי אין מניעה לייחסן לשטחי המרפסות.

...

התמ"א קבעה שטחים לצורך הקמת מבנה חדש (כאמור בסעיף 14א רישא), מבלי לקבוע את מהותם של השטחים שיתווספו מכוחה ובוודאי שמבלי לאסור את ניצולם לצורך הקמת מרפסות. שטחי מרפסות אינם שונים לעניין זה מכל שטח אחר במבנה, שניתן לנצל את שטחי התמ"א לצורך הקמתו...

...

משהראינו כי ניתן לנצל את זכויות התמ"א לשם הקמת מרפסות, מובן כי ניתן לנצל לצורך הקמתן את קווי הבניין של התמ"א...".  
(מתוך סעיפים 2, 5, 6 ו-7 להשלמת הטיעון מטעם המשיבות)

אשר למצב השורר ברחוב מונטיפיורי 9, בו סל הזכויות לפי תמ"א 38 לא הספיק לשם הקמת כל המרפסות בבניין חדש זה, ממשיכות המשיבות וגורסות:

"גם בנסיבות בהן לא קיימות זכויות עודפות מכוח תמ"א 38, אין מקום לחייב בהיטל השבחה בגין הבלטת המרפסות. כאמור, בנסיבות כאלה, הקמת המרפסות נעשית מכוח תקנות המרפסות [כפי שיפורטו בהמשך - ה"ק], אשר כשלעצמן אינן חייבות בהיטל השבחה (שכן מדובר בתקנות).

בפרויקט הריסה ובניה מכוח תמ"א 38, אין מניעה לנצל את הזכויות מכוח תקנות המרפסות בתוך קווי הבניין שמתירה התמ"א, וזאת מאחר שקווי בניין אלה מיועדים לשם הקמת 'המבנה החדש'...".  
(מתוך סעיפים 13 ו-14 להשלמת הטיעון)

9. טענת הוועדה המקומית, לעומת זאת, מבוססת על ההבנה כי:

"... מקור הזכויות להקמת הגזוזטראות הינו בתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתוכניות ובהיתרים), התשנ"ב-1992 (להלן: 'תקנות חישוב שטחים') ולא מכוחה של תמ"א 38.

וזאת, ללא כל רלוונטיות באם קיים סל זכויות פטור מתשלום היטל השבחה מכוחה של תמ"א 38 אשר לא נוצל במסגרת ההיתר (כפי שקיים בענייננו במבנים ברח' מונטיפיורי 9א ו-11) ובין אם הגזוזטראות מוקמות בתחום קווי הבניין המוקטנים מכוחה של תמ"א 38 (בשלושת המבנים בענייננו).

לאמור, לעמדת המערערת כפי שפורטה בכתב הערעור, יש לחייב בהיטל השבחה בגין הגזוזטראות הבולטות מקווי הבניין הסטטוטוריים בשלושת המבנים מושא הערעור דנא."  
(מתוך סעיפים 14, 15 ו-16 להשלמת הטיעון)

המערערת מוסיפה וטוענת:

"משהגזוזטראות אינן מהוות כאמור, זכות אשר מקורה בהוראותיה של תמ"א 38 אלא זכות אשר מקורה מכוח תקנות חישוב שטחים, הרי שלא ניתן להחיל את קווי הבניין המוקטנים מכוחה של תמ"א 38 בעניינן. נדגיש, כי קווי הבניין המוקטנים מכוחה של תמ"א 38, נועדו לאפשר את מימוש התמריצים מכוחה של תמ"א 38, ככל שקווי הבניין הסטטוטוריים החלים על המקרקעין אינם מאפשרים את מימושם של תמריצים אלו.

אלא שבענייננו, עסקינן בזכויות להקמת גזוזטראות אשר המקור להן הינו מכוח תקנות חישוב שטחים ולא מכוחה של התמ"א, ומשכך אין להחיל את קווי הבניין המוקטנים מכוחה של תמ"א 38 ביחס לשטחים אלו, אלא נדרשת הקלה מקווי הבניין הסטטוטוריים - הקלה המהווה אירוע מס המחייב גביית היטל השבחה".  
(מתוך סעיפים 14, 15 ו-16 להשלמת הטיעון).

10. בנוסף מדגישה הוועדה המקומית כי עסקינן בהקלה שניתנה **לבקשת המשיבות** ומכוח הסמכות הקבועה בסעיף 147 לחוק (ולא במסגרת הפעלת שיקול הדעת המוקנה לפי פרק ג' לתמ"א 38). מכיוון שכך, הדרך היחידה לתקוף את **נחיצות** ההקלה הייתה **במישור הרישוי**, ולא ניתן לעשות כן בעקיפין ולאחר מעשה במישור **המיסוי**. נשוב להיבט זה בהמשך.

11. בעקבות החיובים בהיטל השבחה, המשיבות הגישו שלושה עררים לוועדת הערר לפיצויים והיטלי השבחה. בהחלטתה מיום 3.6.2020 ועדת הערר **קיבלה** את טיעוני המשיבות בנושא זה (בעררים נדונו גם עניינים אחרים הכרוכים בחיוב).

הנמקתה של ועדת הערר הייתה קצרצרה ונסמכה בעיקרה על ההפניה לשתי החלטות אחרות, אחת בעניין **בית מב"מ 13 בע"מ** והאחרת בעניין **רואש (ערר 85210/15 בית מב"מ 13 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב)**, [פורסם בנבן] ניתנה ביום 9.8.2018; ערר **5153/17 רואש נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב ואח'**, [פורסם בנבן] ניתנה ביום 11.1.2018).

12. לאחר שקילת טענות הצדדים, הגעתי למסקנה כי יש לדחות את הערעור ברובו ולקבלו בחלקו, כמפורט בהמשך.

13. תמ"א 38 איננה מתיימרת לספק הוראות תכנון ובניה **ממצות** לכל חלקה עליה היא מוחלת. תוכנית מתאר ארצית זו מהווה רובד תכנוני **נוסף**, המורכב - במקרים המתאימים לתחולתו - על גבי תוכניות בניין עיר קיימות (מאושרות), התקפות באותם אתרים. מדובר אפוא בעיקר **בתוספות** זכויות, שהענקתן מותנית בתנאים, מגבלות ואישור. כפועל יוצא מהסדר זה, ממשיכות לחול על אותם מקומות התוכניות התקפות, כרובד ראשון של זכויות.

14. כך הם פני הדברים גם לגבי חלופת "**הריסה מבנה והקמתו מחדש**", המוסדרת בסעיף 14א לתמ"א 38.

על פי הרישא לסעיף 14א, "**הועדה המקומית רשאית להתיר הריסת מבנה אשר הוצא היתר לבנייתו קודם ה- 1 בינואר 1980 ונקבע על ידי מהנדס כי יש צורך בחיזוק המבנה בפני רעידות אדמה כאמור בסעיפים 8 ו-9, והקמתו מחדש בתוספת זכויות בניה בהתאם לאמור בסעיפים 12, 14 או לפי הקבוע בסעיף קטן (א) לפי העניין**";.

סעיף 14א(ב) מבהיר כי "**יעוד המבנה החדש יהיה לפי התכניות המפורטות שחלות במקום**".

סעיף 14א(א) קובע, לפי לשונו, את "**השטח הכולל המותר לבניה, המרבי, שרשאית ועדה מקומית להתיר מכח תכנית זו**", אולם למעשה מדובר שם רק **בתוספות השטח (13 מ"ר לכל יחידת דיור קיימת; עד 3.5 קומות טיפוסיות מורחבות נוספות וכו')** - וזאת מעבר לזכויות הבנייה הקיימות ממילא לפי התוכניות התקפות.

בהמשך, סעיף 14א(א1) מסדיר את "**הוראות הבינוי**" (כלשון המשיבות דנן) הדרושות "**לצורך מימוש שטחי הבניה כאמור בסעיף קטן (א)**".

15. ככלל, סעיף 14א לתמ"א 38 איננו מכתוב איזה אלמנטים ייכללו במבנה החדש (למשל, חדרי מגורים, חדרי שינה, מטבח, פינת אוכל, שירותים, חדר כביסה) וכך הוא שותק גם בנושא מרפסות. לעומת זאת, קיימות הוראות ספציפיות בעניין מרחב מוגן דירתי, חניה ומעליות.

משום כך, לדעתי יש טעם רב בדברי המשיבות אשר כתבו כי:

**"לא ברורה טענת הוועדה המקומית כי תמריצי התמ"א אינם כוללים כביכול זכויות להקמת מרפסות. הלא תמריצי התמ"א גם אינם כוללים**

זכויות להקמת מטבח או חדר ילדים, ועם זאת אין חולק כי ניתן להקים מכוח שטחי התמ"א...

...

...ודוק, אם ניתן להקים את הבניין עצמו עד קווי תמ"א, ברי כי אין מניעה להקים בניין 'מצומצם' יותר, ולנצל את יתרת שטחי התמ"א לצורך הקמת מרפסות חלף שטחים סגורים, עד אותם קווי בניין. כך, לא מתקבל על הדעת לטעון כי במקרה שנבנה סלון מרווח המגיע עד קו בניין תמ"א, יחול הפטור מהיטל השבחה, אולם במקרה שנבנה סלון מצומצם יותר ומרפסת המגיעה עד קו בניין תמ"א - הכל מכוח שטחי התמ"א - לא יחול הפטור."

(מתוך סעיפים 5 ו-7 להשלמת הטיעון מטעם המשיבות)

16. כאמור, המענה של הוועדה המקומית בהקשר זה הוא כי, לגישה, "מקור" הזכויות לבניית המרפסות נמצא ב"תקנות חישוב שטחים".

ליתר דיוק הכוונה היא לתקנה 2(ב)1 לתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים) (תיקון), התשס"ח-2008.

תקנה זו קובעת כי:

"(ב) בבניה לפי היתר... יחולו על מרפסות הבולטות מקירותיו החיצוניים של הבניין (בתקנה משנה זו - גזוזטרה), הוראות מיוחדות אלה:

(1) גזוזטרה ששטחה עד 14 מטרים רבועים לא תבוא במניין השטח המותר לבניה, ובלבד ששטח הכולל של כל הגזוזטרות בבניין לא יעלה על 12 מטרים רבועים כפול מספר הדירות בבניין..."

יוסבר כי תקנה זו מהווה למעשה חריג (חדש) לאמור באופן כללי יותר בתקנה 4 לתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב-1992, שעניינה חישוב "השטח הכולל המותר לבנייה", כאשר תקנה 2 לאותן תקנות מורה כי "בתכניות ובהיתרים יחושבו שטחי בניה ואחוזי בניה לפי הוראות תקנות אלה".



17. דהיינו, לפנינו כללים לחישוב שטחים, אולם עצם הזכות לבנות על מקרקעין מסוימים, וייעוד הבנייה באותו מקום, חייבים להיקבע קודם כל לפי תוכנית ולא די בתקנות חישוב

#### השטחים

18. לבדן כדי להתיר את הבנייה (אם כי משמעות תקנה 2(ב)(1) הנ"ל לתקנות 2008 היא שכמות שטח נתונה המותרת לבנייה על פי תב"ע יכולה להיות מנוצלת לצרכים אחרים מלבד מרפסת, והמרפסת המוקמת לא "תנגוס" בהיקף השטח המוקנה). כלומר, פועלן של תקנות חישוב השטחים הוא באותם מקרים בהם אין די זכויות בניה (המבוטאות במטרים רבועים) כדי להקים הן את ליבת הבניין והן את המרפסות.

19. לנוכח האמור, קשה לי להסכים עם האמירה לפיה "... מקור הזכות להקמת הגזוזטראות הינו מכוח תקנות חישוב שטחים, הנ"ל, בהם נקבעה האפשרות לבניית גזוזטראות בהיקף של 12 מ"ר כפול מספר הדירות בבניין, כלומר אין המדובר בזכויות הנובעות מתמ"א 38" (מתוך סעיף 7 להשלמת הטיעון מטעם המערערת).

אמת, תקנות חישוב השטחים (ובפרט תקנה 2(ב)(1) לתיקון התקנות) חוסכות את שטח המרפסות במניין השטחים המנוצלים, אולם במקרה של הריסה והקמה מחדש לפי תמ"א 38 בו סל הזכויות המוגדר בסעיף 14א איננו מנוצל במלואו וניתן במסגרתו לבנות גם מרפסות, אין נזקקים לתקנות חישוב השטחים וכל השטחים הנבנים נמנים עם הסל.

20. בהינתן תפיסה זו, אין כל סיבה - כפי שמדגישות המשיבות - שלא להתיר גם את בניית המרפסות במסגרת קווי הבניין המיוחדים הקבועים בתמ"א 38. דומה כי הגיונם של סעיפים 14א(1)(ב) ו- 14א(ב) לתמ"א 38 נעוץ בכך שאם ניתן לקבל במסלול ההריסה סל זכויות מוגדל כתמריץ לחידוש מלאי הבניינים, מן הראוי לאפשר מראש קווי בניין נוחים יותר ללא צורך במתן הקלה נקודתית.

כפי שמוסכם בין הצדדים, ברחוב מונטיפיורי 9 וברחוב מונטיפיורי 11 סל זכויות התמ"א היה מספיק כדי להקיף גם את כל שטחי המרפסות, ועל כן לטעמי ניתן להחיל את קווי הבניין המוקטנים לגבי כל חלקי המבנים, ללא צורך בהקלה נוספת.

21. אוסיף כי לדעתי אין רבותא בהקשר הנדון לאמור בסעיף 4.03 לתוספת השניה לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות), תש"ל-1970.

הוראה זו עוסקת בנושא "בליטות המותרות מבניין" ואכן נקבע שם כי בהעדר הקלה, ועדה מקומית איננה רשאית להתיר בהיתר בניה כל בליטה של מרפסת "מקו בנין צדי או אחורי"

(פרט 3 באותו סעיף). אולם לענייננו, אם ייקבע כי קו הבניין הקובע הוא זה שמוסדר בתמ"א 38 (ולא בתוכנית המאושרת), אזי המרפסות הנדונות כלל אינן בולטות מקו בניין זה.

22. אם אלה הם פני הדברים, אזי לכאורה אין סיבה למנוע מן הבעלים בשני המגרשים הנ"ל את החלת הפטור הקבוע בסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית (ראו סעיף 6 לעיל).

כך סברה ועדת הערר ואינני מוצא עילה להתערב במסקנתה בעניין זה.

23. לדעתי, לא כך הם פני הדברים לגבי החלקה ברחוב מונטיפיורי 9.

אמנם גם שם חלק משטחי המרפסות יכולים להימנות עם זכויות התמ"א, כמוגדר בסעיף 14א הנ"ל, אך לא כולם.

בסוגיה זו מטעמות המשיבות:

"... כך, סעיף 14א(א) לתמ"א קובע הוראות לעניין יצירת 'סל הזכויות', ואילו סעיף 14א(א1) קובע את הוראות הבינוי המותרות לצורך מימוש סך שטחי הבניה המותרים, כאשר אחת מהוראות בינוי אלה היא האפשרות לבנות בקווי בניין מוקטנים (סעיף 14א(א1)(ב)), כשקווי בניין אלה יחולו על 'המבנה החדש' (סעיף 14א(ב))....

מהאמור עולה כי בהריסה ובניה, קווי הבניין המקלים חלים ביחס לכל הבניין, על כל רכיביו, ובכלל זה כמובן גם המרפסות. נזכיר כי ממילא שטחי המרפסות אינם בגדר 'שטחים נוספים' מעבר לשטחי התב"ע, שהרי תקנות המרפסות אינן מוסיפות שטחים אלא אך קובעות כי שטח המרפסות לא יבוא במניין השטח המותר לבניה. משכך אין גם בסיס לטענת הוועדה המקומית כי שטחי המרפסות אינן חלק מסל הזכויות. הנה כי כן, ניתן להקים בתוך קווי התמ"א את 'המבנה החדש', כאשר מבנה זה כולל זכויות מכוח התב"עות התקפות, זכויות מכוח התמ"א, זכויות מכוח תקנות המרפסות, ויכול לכלול זכויות מכוח דינים נוספים..."

(מתוך סעיפים 13, 14, 15, 16 ו-17 להשלמת הטיעון)

אינני יכול להסכים עם מסקנת המשיבות כי קווי הבניין המוקטנים מהווים "הוראה נפרדת ועצמאית", ואנמק את הסתייגותי.

24. לרגע נחזור להסדר המקורי שנקבע בתמ"א 38 - חיזוק מבנים קיימים. סעיף 11 לתמ"א 38 (שכותרתו "תוספות בניה לצורך חיזוק מבני מגורים") מתיר "תוספת זכויות בניה למבנה באפשרויות הבאות, כולן או חלקן", ובהמשך הסעיף מפורטות ההטבות השונות.

אחת התוספות הנדונות היא "הרחבת קומות קיימות בבניין" (סעיף 11.1.4), ושם נקבע התנאי לפיו "קווי הבניין על פי תכנית מאושרת החלה על מבנה מאפשרים את התוספת המבוקשת. אם קווי הבנין אינם מאפשרים את התוספת, תותר חריגה של קווי הבנין ובלבד שלא יקטנו מ- 2 מ' לחזית ולצד ו- 3 מ' לאחור...".

דהיינו, לפי סעיף 11, חריגה מקווי הבניין הרגילים (הקבועים בתוכניות תקפות) מותרת אך ורק כאשר היא נדרשת - באופן פרטני לגבי המבנה הקיים הנתון - על מנת לאפשר (פיזית) את הרחבת הקומות הקיימות. לא מדובר בהטבה או הקלה בפני עצמה, אלא בהקלה נלווית הניתנת אם וכאשר היא דרושה, הלכה למעשה.

25. אכן במסלול האחר - הריסה ובנייה מחדש - אין עניין של הרחבת קומות קיימות. אולם עלינו לשים לב ללשונו של סעיף 14א. כפי שפורט לעיל, סעיף 14א(א), העוסק בשאלה כיצד ייושמו התוספות המנויות בסעיף 14א(א), פותח במילים אלה: **לצורך מימוש שטחי הבניה כאמור בסעיף קטן (א), רשאית ועדה מקומית**. כלומר, זאת הוראת הסמכה, המאפשרת לוועדה מקומית לעשות שלושה דברים שונים (א, ב, ג) "לצורך מימוש שטחי הבניה כאמור בסעיף קטן (א)".

פעולה (ב) המנויה שם היא "להתיר בניה בקווי בנין השונים מהקבוע בתכנית מפורטת החלה במגרש, כאמור בסעיף קטן (ב)". כפי שראינו בסעיף 11, גם כאן התרת בנייה "בקווי בנין שונים" באה על מנת לאפשר ניצול תוספות הבנייה שהן מהוות את התמריצים המוענקים על פי התמ"א. לכאורה קווי הבניין המיוחדים אינם פרס נוסף ועצמאי.

26. סעיף 14א(1)א(ב) הנ"ל מפנה כאמור ל"סעיף קטן (ב)", ושם נאמר "הוראות סעיפים 11, 15 ו- 16 לעניין התרת חריגה של קווי הבניין יחולו על המבנה החדש". להבנת הפנייה זו להוראות סעיף 11 (הרלבנטי למקרה הנוכחי) מייבאת אל תוך סעיף 14א גם את ההתניה שבסעיף 11.1.4(א) לפיה חריגה מקווי הבניין הרגילים תותר "אם קווי הבנין אינם מאפשרים את התוספת". דהיינו, גם בהקשר של סעיף 14א - דרך אימוץ הוראות סעיף 11 על כל המשתמע מכך - הקטנת קווי הבניין (בין היתר, לשלושה מטרים מאחור) חייבת להיות דרושה לשם מימוש תוספות הבנייה על פי התמ"א. ואם ההקטנה איננה דרושה - אזי היא לא תינתן.

27. לענייננו: במצב שבו זכויות התמ"א ממוצות לצורך בניית חלקים מהמבנה החדש שאינם המרפסות (דהיינו, אין "עודף"), קשה להלום כיצד יחולו קווי הבניין המיוחדים על מנת להכיל את שטחי המרפסות שהם מעבר לסל הזכויות (ואשר יכולים להיבנות רק בזכות תקנה 2(ב)(1) הנ"ל). כאמור, קווי הבניין המפורטים בסעיף 11 לתמ"א 38 מוחלים גם במסגרת סעיף 14א, אך זאת "לצורך מימוש שטחי הבניה כאמור בסעיף קטן (א)".

כאשר אין עודף שטח בסל הזכויות, המרפסות (או חלק משטחן לפחות) אכן נבנות רק בזכות תקנות חישוב השטחים. לפיכך, שטחים נוספים אלה אינם למעשה חלק מ"שטחי הבניה כאמור בסעיף קטן (א)", ועל כן לקווי הבניין המוקטנים לא תהיה תחולה לגביהם.

28. אשר להחלטה שניתנה בערר רואש במישור הרישוי, אליה מפנות המשיבות: גם שם דובר על מיזם תמ"א 38 במסלול הריסה ובנייה מחדש. אולם בעניין רואש כלל לא התבקשה תוספת שטחים מכוח התמ"א, אך כן התבקשה החלתם של קווי הבניין המוקטנים לפי תמ"א 38 לשם העמדת הבניין החדש על המגרש בצורה אדריכלית סבירה (בשל אילוצים הנובעים מצורתו של המגרש). ועדת הערר לענייני רישוי קבעה:

"אנו סבורים כי את תמריצי התמ"א המפורטים בסעיף 14א לתמ"א 38 ניתן לתתן ללא תלות של האחד בשני, ובמקרה ... המונח בפנינו ניתן להתיר אף את התמריץ הנוגע לקווי הבניין ללא קשר לתמריץ הנוגע לניצול זכויות בניה נוספות.

...

לטעמנו במסלול של הריסה ובניה מחדש אין מקום ליצור קשר בין תוספת זכויות מכוח התמ"א לבין הקטנת קווי הבניין ואין מקום לקבוע כי רק במקום בו קיימת תוספת זכויות מכוח תמ"א 38 לקומות התב"ע המביאה להרחבתן, ניתן להקטין את קווי הבניין ולנצל תמריץ זה. לטעמנו לאחר שבנין נהרס ממילא לא קיימת 'יחידות דיור קיימות'.

...

אנו סבורים כי לשון התמ"א מסמיכה את הוועדה המקומית לאשר הקמתו של בנין חדש בבקשה להיתר מכוח תמ"א 38 בקווי בניין מוקטנים כקבוע בסעיף 11.1.4 לתמ"א, ולטעמנו לא נקבע בהקשר זה כל סייג לסמכות זו."

ברי כי בפרויקט הריסה לא יהיו "יחידות דיור קיימות". אולם, עם כל הכבוד, אני מתקשה למצוא עיגון בהוראות תמ"א 38 למסקנה הכללית אליה הגיעה ועדת הערר בעניין רואש.

קריאה של מכלול הוראותיו של סעיף 14א, וקריאה של הוראות סעיף 14א במשולב עם סעיף 11, מובילות לטעמי למסקנה זו: קווי בניין מוקטנים אינם הטבה או תמריץ בפני עצמו אלא **אמצעי** שנועד לאפשר - **היכן שהדבר נדרש** - את יישומן בפועל של תוספות הבנייה שמקנה התמ"א. להבנתי, על פי הוראות התכנית, הדבר נכון גם במסלול חיזוק ועיבוי וגם במסלול הריסה והקמה מחדש. והיכן שקווי בניין מוקטנים אינם נחוצים - הם לא יוקנו כהטבה עצמאית.

29. ייתכן שמסקנת ועדת הערר בעניין **רואש** נגזרה מהנסיבה ההנדסית המיוחדת שהתקיימה שם (אם כי המסקנה נוסחה בלשון גורפת, כמצוטט לעיל):

"התבקשה הקלה מכוח תמ"א 38 בקווי הבניין [כדי לאפשר]... תכנון אדריכלי סביר של יחידות המגורים המבוקשות.

...

... ניתן להתיר במקרה דנן את ההקלות בקווי הבניין על פי תמ"א 38 ואף נכון לעשות כן בנסיבות הבקשה ולאור ממדיו של המגרש נשוא הבקשה בכדי לאפשר תכנון סביר של דירות המגורים.

...

עוד אין חולק כי ללא ההקלות בקווי הבניין לא ניתן יהיה להקים מבנה ראוי למגורים אשר יאפשר שימוש סביר וראוי וביחידות הדיור, על כן אנו סבורים כי יש מקום להתיר ההקלה בקווי הבניין כמבוקש."

והנה במקרה הנוכחי, לא נטען כי קיימים אילוץ הנדסי כאמור.

30. לפיכך, לגבי אותו חלק משטחי המרפסות ברחוב מונטיפיורי 9 שהוא **מעבר** לסל זכויות התמ"א, יש מקום לומר כי נדרשה הקלה בקווי הבניין על מנת לבנותו.

כתוצאה מכך, אותו חלק יחסי איננו יכול ליהנות מן הפטור מהיטל הקבוע בסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית.

31. אפנה כעת לעמדת הוועדה המקומית לפיה אין המשיבות רשאיות בנסיבות המקרה להעלות טענה לפיה כלל לא נדרשה הקלה בקווי הבניין. בנושא זה נטען:

"גביית היטל ההשבחה הולכת אחר הליך הרישוי שהתקיים ולא להיפך. משכך, תקיפה של החלטות ועדת המשנה אצל המערערת בגין

נחיצותן של ההקלות להבלטת הגוזזטראות שאושרו על ידה והובילו לגביית היטל השבחה כדין, הייתה צריכה להיעשות באמצעות הגשת עררי רישוי בפני ועדת ערר לענייני רישוי שהינה הטריבונול המוסמך להכריע בסוגיות אלו מתחום הרישוי ולא בפני ועדת הערר [לענייני היטל השבחה]...

... משהמשיבות לא הגישו ערר רישוי ביחס להחלטות ועדת המשנה אצל המערערת, שגתה ועדת הערר בכך שדנה בטענות המשיבות כנגד עצם הנחיצות בהקלות אלו במסגרת עררי היטל השבחה ובהתאם שגתה בקביעתה כי ההקלות להבלטת הגוזזטראות לא השביחו את המקרקעין.

(מתוך סעיפים 5 ו-6 להשלמת הטיעון מטעם המערערת)

ועדת הערר לא קיבלה טיעון זה וציינה:

"... אכן פורסמה הקלה בענין המרפסות ואולם שעה שמדובר בתמ"א 38 ובהיתר המחייב פרסום ממילא, איננו רואים מניעה מהעלאת טענה זאת..."

32. באותו עניין טענו המשיבות כדלקמן:

"...מקום בו אין מחלוקת לעניין עצם תחולתה של תמ"א 38 (כבענייננו), ועדות הערר הבהירו כי אין קושי בהעלאת טענה שעניינה תחולת הפטור על רכיבים שאושרו בהליך הרישוי כהקלה..."

...

יודגש, כי הליך אישורה של הקלה ממילא זהה להליך אישור זכויות תמ"א - בשני המקרים נדרש פרסום לציבור, קיימת זכות להגשת התנגדויות וזכות להגשת ערר. לא מתקבל על הדעת כי תישלל מנישום זכות לקבלת פטור, רק מהטעם שכותרת הפרסום הייתה 'פרסום לפי סעיף 149 לחוק התכנון והבניה' ולא 'פרסום לפי סעיף 27 לתמ"א 38'. תוצאה כאמור תוביל לחיוב במס ביתר, בניגוד לכוונת המחוקק, שקבע פטור ביחס לזכויות שניתן לאשר מכוח תמ"א 38.

...

ואכן, בהחלטות רבות של ועדת הערר, הובהר כי העובדה שלא הועלתה טענה לעניין העדר צורך בהקלה במסגרת הליכי רישוי, אינה מונעת את

**העלאת הטענה במסגרת הליכי היטלי השבחה, אלא לכל היותר מטילה על הטוען נטל מוגבר להראות כי ההקלה לא נדרשה."**

33. כמו ועדת ערר, אף אני מעדיף את גישתן של המשיבות בנושא זה: היא מבכרת את השאיפה להגיע לתוצאת מס נכונה ואיננה גובה מחיר בגין הגשת בקשה - בזמן אמת ולצורך קידום הפרויקט - שאולי לימים תתברר כמיותרת.

אכן, יש במצב כגון זה פגם מסוים מפני שהאכסניה הנכונה להפעלת שיקול הדעת המינהלי בנקודה זו הייתה פרק ג' לתמ"א 38 ואילו נושא המרפסות העורפיות נשקל כהקלה רגילה (אם כי, על רקע פרויקט התמ"א).

אולם אם בסופו של דבר נוכחנו לדעת כי ההקלה לא הייתה דרושה (לגבי מרבית השטחים הנדונים), אזי לעניין ההיטל, לא ניתן לומר כי נוצרה "השבחה", כמשמעותה בסעיף 1 לחוק, "עקב... מתן הקלה". "עקב" פירושו כתוצאה מאותו גורם מחולל. ואם שטחי המרפסות יכלו להימנות עם הזכויות בסל התמ"א (בגלל העודף), אזי מקור השבחה הוא בתמ"א 38 וחל הפטור.

34. בשולי הדברים, יש מקום לציין שתי נקודות נוספות:

(א) המסקנה אליה הגעתי בסעיף 21 לעיל, התקפה לגבי הבניינים ברחוב מונטיפיורי 9 ו-11, ובאופן חלקי לגבי רחוב מונטיפיורי 9, אף משתלבת עם מדיניות הוועדה המקומית עצמה בכל הנוגע לתמ"א 38 במסלול החיזוק:

"... לפנים משורת הדין, במימושי זכויות בדרך של עיבוי ותוספת בניה מכוחה של התמ"א, הוועדה המקומית מכירה בשטחי הגזוזטראות כאילו ניתנו מכוחה של התמ"א וזאת כאשר לא נוצל השטח העיקרי הספציפי להרחבת הדירות הקיימות (13 מ"ר) או לא ניתן זיכוי אחר עבור שטחים אלו. במקרים אלו קווי הבניין של הגזוזטראות מאושרים בהליך הרישוי בקווי בניין מוקטנים מכוחה של תמ"א 38 לפי סעיף 11.1.4(א) לתמ"א 38 ולא כהקלה המחויבת בהיטל השבחה."  
(סעיף 21 להשלמת הטיעון מטעם המערערת)

לא שוכנעתי מנסיונות המערערת להסביר מדוע מדיניות זו איננה יפה גם לגבי מסלול ההריסה, אם כי, כמפורט לעיל, אין צורך במדיניות "לפנים משורת הדין" כדי להגיע לתוצאה אליה טוענות המשיבות.

(ב) לגבי רחוב מונטיפיורי 9א, על פי האמור בהערכת ההשבחה מטעם הוועדה המקומית (סעיף 6.9, בעמוד 8), בשנת 2001 אושרה תכנית נקודתית 2945 שהקטינה את קו הבניין האחורי מעבר לזה שנקבע בתכנית 44.

לא ראיתי התייחסות לנקודה זו, שאולי עשויה הייתה להשפיע לקולא. באותו הקשר יצויין כי בסעיף 7.4 להערכת ההשבחה הנ"ל, השמאי מטעם הוועדה המקומית כתב:

#### "תכנית 2945:

בהתחשב במימוש הנדון שהינו בדרך של בקשה להיתר בניה ולמימוש הכולל הרחבת קומות מכח תמ"א 38, להערכת[נ]ו הקטנת קווי הבניין בהתאם לתכנית זו פטורה מכח המימוש של תמ"א 38 במקרה הנדון."

על פני הדברים יש קושי ליישב סברה זו עם עמדת הוועדה המקומית בהליך דנן. אולם אין צורך למצות את דיון בעניין זה והצדדים עצמם לא נדרשו לו.

35. בסיכומו של דבר, הערעור המינהלי, בחלקו הגדול, נדחה. רק לגבי רחוב מונטיפיורי 9 יש מקום לשלול את הפטור באופן יחסי כיחס שטחי המרפסות שאינם יכולים להימנות על סל זכויות התמ"א לכלל שטחי המרפסות באותו בניין, כמוסבר בסעיף 29 לעיל.

36. לאור התוצאה, המערערת תשלם הוצאות משפט בסך 3,000 ש"ח לכל אחת מן המשיבות, ובסך הכל 9,000 ש"ח, וזאת תוך 30 ימים.

37. מזכירות בית המשפט תמציא את פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, י"ז כסלו תשפ"ג, 11 דצמבר 2022, בהעדר הצדדים.

### לראש פסק הדין