|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים** | | |
|  | | |
| עת"מ 63738-09-14 שטיל ואח' נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ולבניה חיפה ואח' | | 8 נוב 2015 63738-09-14 |
|  | | |
| **השופטת** | יעל וילנר | |
|  | | |
| **העותרים** | 1. יעקב שמעון שטיל 2. תמר שטיל  ע"י עו"ד מוראד ביקי ואח' | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **משיבים** | 1. ועדת ערר מחוזית לתכנון ולבניה חיפה 2. הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה 3. יעקב ונגה אדרי 4. אסף אגו 5. סונטון טאהופריץ 6. יונה ונעמי קלרפלד 7. מונט וליאור גלפז 8. מיכאל ואווה אקהויז 9. משפחת גולדשמידט 10. משפחת פרידמן 11. עו"ד דן שכטרמן 12. עו"ד פרזנצ'בסקי 13. רות לוי 14. שמשון גרינמן 15. שולמית ואילן שפירא  ע"י עו"ד מפרקליטות מחוז חיפה עו"ד קרן גולדשמידט ואח' עו"ד תמי שפיר ואח' | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

1.עניינה של עתירה זו בבקשת העותרים לאשר תוספת בנייה לבניין הממוקם ברחוב הסביונים 6, חיפה, גוש 12571 חלקה 2 (להלן: "הבניין" או "הנכס") מכוח תמ"א 38, תכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה (להלן: "תמ"א 38" או "התמ"א"). השאלה המרכזית המונחת לפנינו היא האם הבניין עומד בתנאי הסף להחלת "סל התמריצים" המלא המקנה תכנית תמ"א 38. במילים אחרות - האם מדובר בבניין בעל 2 קומות המאפשר הקנייה של סל תמריצים מצומצם מכוחו סעיף 12 לתמ"א 38, או שמא מדובר בבניין בעל 3 קומות או יותר המקנה סל תמריצים רחב מכוח סעיף 11 לתמ"א?

**רקע**

2.במרכזה של העתירה בקשת העותרים לתוספת בנייה מכוח תכנית תמ"א 38. העותרים הם בעלי הנכס מושא הבקשה. המשיבה 1 היא ועדת הערר המחוזית חיפה (להלן: "ועדת הערר"). המשיבה 2 היא הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה (להלן: "הוועדה המקומית"). יתר המשיבים הם דיירים המתגוררים בסמיכות לבניין והם מתנגדים לבקשה.

3.ביום 21.05.09 הגישו העותרים בקשה לתוספת בניה על בסיס תכנית תמ"א 38. הבקשה כללה סגירה של קומת העמודים וחיבורה לדירה שבקומת הקרקע, תוספות לדירה בקומת הקרקע ובקומה העליונה, הוספת גשר גישה לבניין מרחוב הסביונים ועוד. אחר הליך של פרסום הבקשה, שמיעת התנגדויות וסיור בבניין, החליטה הוועדה המקומית ביום 26.02.13 לאשר את הבקשה בכפוף לתנאים.

4.ביום 11.03.13 הוגשה הסתייגות של אחד מחברי הוועדה וזו הובאה בפני מליאת הוועדה (להלן: "המליאה"). המליאה הורתה על קבלת חוות דעתו של היועץ המשפטית לוועדה המקומית בסוגיה (להלן: "**היועצת המשפטית**"), והתייחסות של צוות מהנדס העיר.

בחוות דעתה קבעה היועצת המשפטית כי הבניין אינו עומד בדרישות הסף לקבלת התמריצים מכוח סעיף 11 לתכנית תמ"א 38, ואולם אין מניעה להתיר סל תמריצים מצומצם יותר על בסיס סעיף 12 לתמ"א 38. קביעה זו נסמכה על מספר נימוקים מרכזיים:

[א] הוראות סעיף 12 לתכנית תמ"א 38 קובעות כי הזכאות לסל התמריצים המלא במסגרת תכנית תמ"א 38/3 מכוח סעיף 11 תוענק "... רק לבניינים שעל פי התכנית החלה עליהם גובהם עולה על 2 קומות ושטחים הכולל עולה על 400 מ"ר". עוד ציינה היועצת המשפטית כי: "...הרי שהסעיף, בנוסחו המתוקן, בוחן את הזכאות על בסיס זכויות הבנייה אותן ניתן לבנות לפי התכניות החלות על המגרש בו מצוי הבניין, ללא קשר לשטח וגובה הבניין הבנוי בפועל, דהיינו הבחינה מתעלמת מהבניין הבנוי בפועל ונבדק מה שניתן לבנות במגרש על פי התכניות החלות עליו." בענייננו, ציינה היועצת המשפטית כי התכנית החלה על הבניין היא חפ/853א, אשר מתירה בנייה של שתי קומות בלבד מעל מסד לגובה מוגבל של 8.5 מ' במגרש הרלוונטי. לפיכך סל התמריצים המלא של התמ"א מכוח סעיף 11 אינו חל על הבניין.

[ב]בהתאם להוראות תכנית תמ"א 38, קומת גג חלקית וקומת מרתף לא יבואו במניין הקומות לצורך עמידה בתנאי הסף של סעיף 12, לעומת קומה מפולשת אשר תימנה במניין הקומות. בעניינו כאמור קיימת בבניין קומת מסד ולא קומה מפולשת. לדעת היועצת המשפטית, אין להביא בחשבון את קומת המסד כ"קומה" במניין הקומות שכן ייעוד המסד אינו הוספת גובה לבניין והוא אינו עונה על הגדרת קומה בתקנות.

[ג]היקף השטחים הבנויים בנכס חורגים מהמותר לפי התכנית, ואישור תוספות מכוח סעיף 11 לתמ"א 38 תביא להעמסת נפחי הבנייה באזור.

5.חוות דעת זו הונחה בפני הוועדה המקומית אשר שבה ודנה בעניין. בהחלטה מיום 16.12.13 ובהסתמך על חוות הדעת דחתה הוועדה את בקשת העותרים.

**החלטת ועדת הערר**

6.ביום 02.02.14 הגישו העותרים ערר לוועדת הערר כנגד החלטת הוועדה המקומית. העותרים טענו כי ההחלטה התקבלה באופן לא תקין, שכן ההסתייגות של אחד מחברי הוועדה המקומית הוגשה באיחור. עוד טענו הם כי החלטת הוועדה המקומית ניתנה בחוסר סמכות, שכן ההסתייגות הוגשה למליאת הוועדה המקומית ולא לוועדת המשנה של הוועדה המקומית והיה על המליאה לדון בעניין לאחר קבלת חוות דעת היועצת המשפטית. לגופם של דברים, טענו העותרים כי חוות הדעת של היועצת המשפטית עליה הסתמכה הוועדה שגויה, משום שהבניין כולל 4 קומות כפי שנדרש בתנאי הסף הקבועים בסעיף 12 לתכנית תמ"א 38: קומה מפולשת, קומת קרקע, קומה ראשונה וקומת גלריה.

7.ביום 07.08.14 החליטה ועדת הערר לדחות את הערר. בתוך כך, נדחתה טענת העותרים לפגמים שנפלו בהליך. ועדת הערר הוסיפה וקבעה כי ספק אם נפל פגם בהחלטת המליאה להעביר הדיון לוועדה המקומית, שכן סמכויות המליאה מוקנות גם לוועדה המקומית. ועדת הערר אף הוסיפה כי ככל שנפל פגם בהחלטת הוועדה מקומית, הרי שמכל מקום לוועדת הערר סמכות להיכנס בנעליה, לדון בבקשה ולרפא פגם זה.

8.לגופו של עניין, דחתה ועדת הערר את טיעוני העותרים וקבעה כי סל התמריצים המלא מכוח סעיף 11 לתכנית תמ"א 38 אינו חל על הבניין. בדומה לוועדה המקומית, קבעה וועדת הערר כי בכל הנוגע לעמידה בתנאי המינימום לקבלת התמריצים מכוח תמ"א 38, גוברות הוראות התכנית החלה על הבניין על הבנוי בפועל. ואולם, לשיטתה במקרה ובו קיים מבנה העולה בגובהו או בשטחו על הקבוע בתכנית, ומבנה זה נבנה מכוחו של היתר שניתן כדין, אזי גם במקרה זה ניתן יהיה להחיל את הוראות סעיף 11 לתמ"א 38. ואולם במצב דברים במסגרתו המבנה נבנה בחריגה או ללא היתר, אזי לא יהיה זה ראוי להעניק תמריצים נוספים מכוח סעיף 11 לתמ"א, תמריצים אשר מלכתחילה לא היה המבנה זכאי להם מכוח התכנית.

9.בענייננו, קבעה ועדת הערר כי התכנית החלה על המבנה אכן לא מתירה בנייה מעל לשתי קומות. עוד קבעה היא, בניגוד לקביעת הוועדה המקומית, כי קומת העמודים שבמחלוקת איננה קומת מסד, אלא קומת מרתף, וזאת בהסתמך על האמור בהיתר לשינויים משנת 1959 (להלן: "היתר הבנייה"). עוד קבעה ועדת הערר כי קומת העמודים אכן עונה על הגדרת קומת עמודים מפולשת כפי האמור בתקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים ואחוזי בנייה בתכניות ובהיתרים) התשנ"ב - 1992 (להלן: "תקנות התכנון והבנייה"), ואולם גובה הקומה, 2.30 מ', עולה על האמור בהיתר הבנייה, 2 מ' בלבד. לפיכך, מדובר בקומה לא חוקית החורגת מהוראות היתר הבנייה. מכאן הסיקה וועדת הערר כי לא ניתן לאשר תוספות בנייה לנכס מכוח תמ"א 38 בהתבסס על קומה זו, אשר מהווה בנייה בניגוד לאמור בהיתר.

10.באשר לקומת הגלריה, קבעה וועדת הערר כי מדובר בתוספת למבנה שהוספה תוך ניצול חלל קיים, ומכל מקום לא גרמה היא לשינוי בגובה המבנה. לפיכך, לא יכולה להיחשב היא כ"קומה" במסגרת מניין הקומות הקבועות בתנאי הסף של סעיף 12 לתכנית תמ"א 38.

כנגד החלטה זו הוגשה העתירה שלפנינו.

**טענות העותרים**

11.העותרים טוענים כי החלטת הוועדה המקומית לדחות את הבקשה ניתנה בחוסר סמכות. לטענתם, מאחר והמליאה היא זו שביקשה מהיועצת המשפטית חוות דעת, היה על המליאה להחליט בעניין עם קבלת חוות הדעת.

12.לגופו של עניין, טוענים העותרים כי הבניין עומד בתנאי הסף לצורך החלת מלוא סל התמריצים של תמ"א 38 מכוח סעיף 11, שכן כאמור, לטענתם, מדובר בבניין בן 4 קומות: קומה מפולשת, קומת קרקע, קומה ראשונה וקומת גלריה. טענה זו של העותרים נסמכת על מספר אדנים:

[א]הוראות היתר הבנייה לפיו מדובר בבניין בן 4 קומות.

[ב]היותה של קומת העמודים שבמחלוקת היא קומה מפולשת שכן היא קומה פתוחה משלוש חזיתות ולכן עונה היא על הגדרת "קומה מפולשת" וככזו מהווה היא "קומה". בעניין זה טוענים העותרים כי שגתה וועדת הערר בכך שבדקה את מידות קומה זו לפי הגדרת "קומת עמודים מפולשת" לפי האמור בתקנות התכנון והבניה, שכן הוראות סעיף 12 לתמ"א מציינות קיומה של "קומה מפולשת" ולא "קומת עמודים מפולשת" כקומה שתיספר במניין הקומות. עוד בעניין זה מציינים העותרים כי היתר הבנייה שהובא מטעמם הוא משנת 1959, טרם כניסתו לתוקף של חוק התכנון והבנייה בשנת 1965. לפיכך, לא ניתן לדעת מה הייתה הגדרתה של קומה זו בזמן מתן ההיתר.

[ג]"קומת הגלריה" מהווה קומה שיש לחשבה במניין הקומות. בעניין זה טוענים העותרים כי טרם קבלת היתר הבניה גג הבניין היה ישר, והיתר הבניה שינה את מצבו הקודם של הבניין והוסיף לו קומה וגג משופע. העותרים מדגישים כי הגג הבנוי בפועל נבנה בהתאם להוראות ההיתר.

**טענות המשיבים**

13.ועדת הערר טוענת כי לא נפל פגם בהתנהלות הוועדה המקומית עת קיימה דיון נוסף בבקשה. לטענתה, לוועדה המקומית ולוועדת המשנה סמכויות מקבילות כאמור בחוק התכנון והבנייה, ולפיכך, רשאית הייתה הוועדה המקומית לדון מחדש בבקשה לאחר שהונחה בפניה חוות דעת היועצת המשפטית.

עוד בעניין זה טוענת וועדת הערר כי טענת חוסר הסמכות לא נשמעה מפי העותרים בזמן אמת, אלא רק לאחר שהתקבלה החלטת הוועדה המקומית.

ועדת הערר מוסיפה כי ככל שנפל פגם בהחלטת הוועדה המקומית, אזי שלוועדת הערר סמכות להיכנס בנעלי הוועדה המקומית ולדון במקומה בבקשה - ובכך לרפא את הפגם.

14.באשר לחלות סעיף 11 לתמ"א, שבה ועדת הערר ומדגישה כי התכנית החלה על הבניין אינה מאפשרת בנייה מעבר לשתי קומות, ומשום כך לא ניתן להחיל סעיף זה על הבקשה. עוד מוסיפה היא כי גם ככל שיש לבחון את מצב הדברים בשטח לפי הבנייה בפועל, אזי יש לדחות את הבקשה, שכן התוספות הקיימות בבניין, שלפיהן לשיטת העותרים יש לאשר את הבקשה לתוספת בנייה, הוספו שלא כדין וללא היתר.

15.הוועדה המקומית והמשיבים 7 ו-10 מציינים בעיקרי הטיעון מטעמם כי הם סומכים את ידיהם על החלטת ועדת הערר. הוועדה המקומית מוסיפה על טיעוני ועדת הערר וטוענת כי הלכה פסוקה היא כי קומות הנדרשות לעניין החלת תמ"א 38 הן "קומות פונקציונליות" - ובענייננו קומת העמודים היא תת קרקעית ברובה ולכן לא ניתן להגדירה כקומה. המבקשים 7 ו - 10 מוסיפים כי בחינה תכליתית של הוראות סעיף 12 לתמ"א מלמדת כי מטרתו להגביל את תגבור הזכויות במבנה כאשר הדבר יכול ליצור שינוי במשטר התכנוני התקף במקום.

**דיון והכרעה**

16. שוכנעתי כי אף שהעתירה מעלה שאלות מעניינות מתחום דיני התכנון, אין צורך להידרש להן נוכח מסקנתי כי העותרים חרגו בפועל מהיתר הבניה ואלמלא החריגה לא היו זכאים הם למלוא התמריצים הקבועים בסעיף 11 תמ"א 38. לפיכך, דין העתירה להידחות.

**חוסר סמכות**

17.העותרים טוענים כאמור כי החלטת הוועדה המקומית ניתנה בחוסר סמכות שכן ההחלטה אמורה הייתה להתקבל על ידי המליאה. עוד נטען כי ועדת הערר כלל לא דנה בטענה זו.

דין טענות אלה להידחות.

ראשית, טענת העותרים כי ועדת הערר כלל לא דנה בטענת חוסר הסמכות אינה מתיישבת עם האמור בסעיף 26 להחלטת ועדת הערר אשר דנה באופן מפורש בטענת העותרים בעניין זה.

שנית, העותרים לא העלו טענה זו בפתח הדיון החוזר שהתקיים בפני הוועדה המקומית כפי שראוי היה לעשות, ולפיכך יש לקבוע כי העותרים מושתקים מלהעלות את הטענה בשלב מאוחר של הערר. די בכך כדי לדחות את הטענה.

לעצם העניין, ספק בעיני אם נפל פגם בכך שהדיון הוחזר לוועדה המקומית במקום למליאה. סעיף 18(ו) לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1956, קובע כי "כל התפקידים והסמכויות של ועדה מקומית יהיו מוקנים לוועדת המשנה ודין החלטתה, בכפוף להוראת סעיף קטן(ז) כדין החלטת הוועדה המקומית". משכך, נדמה כי אין בהעברת הדיון לוועדה המקומית על פני המליאה כדי להצדיק את ביטול ההחלטה. לא זו אף זו, גם אם נפל פגם בהליך הרי שלוועדת הערר הסמכות להיכנס בנעליה של הוועדה המקומית ולדון במקומה בבקשה אשר הובאה בפניה. הוועדה המקומית אכן בחנה לפני ולפנים את הבקשה ואף ערכה ביקור במקום על מנת להיווכח במו עיניה בנתונים הרלוונטים לענייננו. משכך, ככל שהיה פגם הוא נרפא.

**חלות סעיפים 11 ו-12 לתמ"א 38**

18.סעיף 11 לתמ"א 38 קובע מהן תוספות הבניה המותרים למבנים קיימים המיועדים למגורים למי שמבקש לחזק מבנה מכוח הוראות התמ"א. בסעיף 12 לתמ"א נקבע סייג לאמור בסעיף 11 (תיקון 3 ממאי 2012) לפיו התמריצים מכוח סעיף 11 לתמ"א לא יחולו על בניינים שנקבע בתוכנית המפורטת החלה עליהם שגובהם אינו עולה על 2 קומות ושטחם הכולל אינו עולה על 400 מ"ר. עוד נקבע כי "קומה מפולשת" תבוא במנין הקומות. לעומת זאת קומה חלקית על גג לא תבוא במנין הקומות וכך אף קומת מרתף.

19. לאור נוסח הוראת סעיף 12 לתמ"א 38, השאלה הראשונה שיש להשיב עליה היא – האם על פי התוכנית המפורטת החלה על הבניין נקבע כי הבנייה המותרת בשטחה לא תעלה על 2 קומות. ככל שהתשובה לכך תמצא חיובית, יהא עלינו לבחון את גובהו של הבניין בענייננו והאם הגובה נבנה בהיתר או בחריגה מהיתר.

20.אין מחלוקת כי על פי התוכנית החלה על המבנה, היינו חפ/853/א (להלן: "התוכנית"), ניתן לבנות על המגרש שייעודו מגורים א' שתי קומות מעל קומת מסד, שגובהה לא יעלה על 1.70 מטר מעל פני הקרקע הטבעית וגובה המבנה לא יעלה על 8.5 מטר. מכאן, שלא יכול להיות חולק כי על פי התוכנית החלה על הבניין, ניתן לבנות מבנה נמוך בלבד שאינו עולה על שתי קומות מעל קומת מסד.

21.בענייננו, העותרים טוענים כאמור כי מדובר בבניין בן ארבע קומות: קומה מפולשת, קומת קרקע, קומה ראשונה וקומת גלריה, על כן סבורים העותרים כי חל סעיף 11 לתמ"א 38. המשיבים טוענים כי על פי התוכנית החלה מותרת בניה של 2 קומות בלבד ולפיכך, אין להתחשב בבניה בפועל. לטענתם, הבנוי בפועל בנכס נוגד את היתר הבנייה ולכן ככל שקיימות קומות נוספות מעבר לשתיים הקיימות, אין להביאן בחשבון במניין הקומות הדרוש לעמידה בתנאי הסף של סעיף 11 לתמ"א.

22.למעשה, המחלוקת העיקרית בין הצדדים נוגעת לקומת המרתף. בעוד שלטענת העותרים מהווה קומה זו קומה מפולשת (להבדיל מקומת עמודים מפולשת כפי שסברה ועדת הערר), ולפיכך באה במניין הקומות, סבורים המשיבים כי מדובר בקומת מסד או בקומת מרתף שאין להביאן בחשבון.

23.אעיר טרם הדיון במחלוקת זו כי שאלה משפטית מעניינת היא האם מבנה מעל 2 קומות שנבנה בהיתר אך בחריגה מהתוכנית החלה, ייהנה מהתמריצים הניתנים על פי סעיף 11 לתמ"א, או שמא ייחשב הוא למבנה נמוך שאינו עולה על שתי קומות? אציין כי אני נוטה לדעה כי על מבנה זה אשר נבנה בהיתר יחולו הוראות סעיף בסעיף 11 לתמ"א, אולם, איני נדרשת להכריע בשאלה זו שכן שוכנעתי כי בענייננו תוספת הגובה בקומת המרתף המקימה לכאורה את הזכאות לסל התמריצים הקבוע בסעיף 11 לתמ"א (כקומה מפולשת) נבנתה בחריגה מן ההיתר, ועל כן אין למנותה במניין הקומות.

24. עיון בהיתר הבניה משנת 1959 (ואף בהיתר המקורי שהוצג בשלב מאוחר על ידי הוועדה המקומית) מעלה כי בנוסף לקומת הקרקע וקומה א' יש בתוכנית "קומת מרתף" אשר גובהה על פי ההיתר 2 מטר בלבד. לא יכולה להיות מחלוקת כי בפועל, גובה קומת המרתף הוא כפי הודאת העותרים 2.3 מ' (כפי שמצוין בתוכניות שהוגשו על ידם המתארות מצב קיים), וכפי התרשמותה של ועדת הערר אשר ערכה ביקור במקום.

מכאן, ובהתאם לאמור בהוראת סעיף 12 לתמ"א, קומת מרתף זו לא תבוא במניין הקומות לצורך החלת הזכויות הקבועות בסעיף 11 לתמ"א.

25.העותרים טוענים כאמור כי יש להתייחס לקומה זו כאל קומה מפולשת כאמור בהוראת סעיף 12 לתמ"א הקובעת כי קומה זו תובא במניין הקומות ולא כקומת מרתף.

דין הטענה להידחות.

קומת עמודים מפולשת מוגדרת בתקנות התכנון והבניה כדלקמן:

"קומת עמודים מפולשת" – חלל מכוסה תקרה אשר –

(1) נמצא בין שתי שורות עמודים או יותר;

(2) גובהו מהרצפה ועד תחתית התקרה אינו קטן מ-2.20 מטרים;

(3) יכול שיכלול מדרגות המובילות לקומות ולבניני עזר;

(4) יכול שיהיה סגור, כולו או מקצתו, בקירות זכוכית או פתוח מכל צדדיו;

מכאן, שעל מנת שניתן יהיה להביא קומה זו בחשבון נידרש גובה מינימאלי של 2.2 מ'. אומנם במקרה שלפנינו גובה הקומה הוא לפחות 2.2 מ', אולם אין ספק כי תוספת הגובה מעל 2 מטר נבנתה שלא כדין תוך חריגה מהיתר הבניה (אשר קובע כאמור כי גובה קומה זו יהיה 2 מ'). דעתי היא כי אין להביא בחשבון לצורך הזכאות לתמריצים הקבועים בסעיף 11 לתמ"א תוספת לקומה שנבנתה שלא כדין.

לעניין זה יפים דבריה של כב' השופטת נ. בן אור בעת"מ (י-ם) 2709-04-11 שילה נ' ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז ירושלים (2.11.11 ) כי "אין זה מתקבל על הדעת שאדם ביצע עבירת בניה, ירתום לטובתו את תמ"א 38 ועל יסוד אותה עבירה יבקש לקבל זכות בניה עודפת".

לפיכך, אין לראות בקומת המרתף קומה מפולשת על אף גובהה בפועל שהוא מעל 2 מטר.

26.יש לדחות בהקשר זה את טענת העותרים כי אין דין קומה מפולשת כדין קומת עמודים מפולשת. לא ברורה לי אבחנה זו, מה מקורה ומהו הבסיס לפרשנות אותה נותנים העותרים להגדרת המונח קומה מפולשת. העותרים לא הצביעו על כל מקור בהוראות הדין המגדיר קומה מפולשת מהי. לדידי האבחנה הנ"ל מלאכותית ומאולצת ואינה עולה מהוראות הדין הרלוונטיות.

על מנת לברר טיבה של 'הקומה המפולשת' המאוזכרת בהוראת סעיף 12 לתמ"א, יש לפנות להגדרה הקרובה ביותר לביטוי זה בתקנות - היא 'קומת העמודים המפולשת' כמובא לעיל.

27.כאמור, דברים אלה הם מעבר לנדרש שכן די במסקנה שהקומה היא קומת מרתף כמצוין באופן מפורש בהיתר ובתוכניות על מנת לקבוע כי על פי הוראת סעיף 12 לתמ"א, אין להביאה בחשבון מנין הקומות. למעלה מן הצורך אוסיף עוד כי ועדת הערר אשר ביקרה במקום קבעה כי קומת המרתף אינה מהווה קומת עמודים מפולשת "קלאסית" כלשונה, ובקביעה מקצועית זו אין להתערב.

28. **אשר לקומת הגלריה** - ועדת הערר התרשמה בעת הביקור במקום כי הגלריה הבנויה במבנה אינה יכולה ל להיחשב כקומה לצורך תמ"א 38 ובקביעה זו אין מקום להתערבות הערכאה המנהלית. הוועדה קבעה כי מדובר בגלריה שהוספה בשלב כלשהו למבנה, תוך ניצול חלל קיים, וממילא לא גרמה לשינוי כלשהו בגובה הבניין אשר מצדיק הגדרתה כקומה לצורך תמ"א 38 ולהענקת תמריצים בגינה. קביעה מקצועית זו היא בשיקול דעת הוועדה ולא מצאתי כל טעם המצדיק להתערב בכך. אוסיף כי אף לפי לשון הוראת 12 לתמ"א אין להביא בחשבון קומה חלקית על גג.

29.**סוף דבר** – בשים לב לכל האמור, ומאחר ועל פי המשטר התכנוני החל על המבנה וכן על פי היתר הבניה ניתן לבנות מבנה נמוך בלבד בעל שתי קומות לכל היותר, חלה על הבניין הוראת סעיף 12 לתמ"א המחריגה את הוראת סעיף 11 לתמ"א. על כן, בצדק קבעה ועדת הערר כי העותרים אינם זכאים לתמריצים מכוח סעיף 11 לתמ"א.

30. העתירה נדחית.

העותרים ישלמו למשיבות 1 ו-2 וכן למשיבים 7 ו-10 (ביחד) הוצאות בסך 5,000 ש"ח לכל אחד בתוספת מע"מ כחוק.

ניתן היום, כ"ו חשוון תשע"ו, 08 נובמבר 2015, בהעדר הצדדים.

