

מדינת ישראל
מינהל התכנון – משרד הפנים
ועדת ערר לפי חוק התכנון והבניה
מחוז תל אביב

כתובת הנכס: רבי עקיבא 16, בני ברק
גוש: 6123 חלקה: 940

בפני הרכב הוועדה:

גב' רויטל אפלבוים, עו"ד	יו"ר הוועדה
גב' אנדה בר, אדריכלית	חברי הוועדה
מר טל רשף, נציג ציבור	

העוררים:

1. יוסף מרדכי הירש
 2. יהודה סיני
 3. יורשי מרדכי שחורי
 4. יורשי איטה הכט
 5. דבורה חלמיש
- ע"י ב"כ עוה"ד אלי וילצ'יק ו/או אופיר כהן ואח'

- נ ג ד -

המשיבים:

1. הוועדה המקומית לתו"ב בני ברק
ע"י ב"כ עוה"ד אריאל יונגר
2. צסרקס אברהם שלום
ע"י ב"כ עוה"ד מיכל גלקין גולן
3. אביטל מרים בביוף
4. משפ' בוסיקלה
5. משפ' חפזי

החלטה

1. מעת לעת נאלצים מוסדות התכנון השונים להידרש לסוגיות שונות המובאות בפניהם שמקורן בתחום דיני הקניין. במרבית המקרים נוגעות טענות אלה בשאלת קיומו של הרוב הדרוש להליך התכנוני נשוא הדיון, שאז על מוסד התכנון לבחון האם בכלל עליו להידרש לטענות ממין זה. וכשעולות טענות אלה בפני ועדת הערר, נדרשת היא לבחון האם אותן טענות מקנות לעורר זכות עמידה בפניה.
2. לא בכדי נעשה השימוש בלשון "אילוץ". מילים רבות כבר הוקדשו בפסיקה, על שלל ערכאותיה, בדבר סמכותם, או נכון יותר – היעדרה של סמכות בידי מוסדות התכנון לדון ולהכריע בטענות קנייניות.
3. גם סוגית זכות העמידה בפני ועדת הערר כבר נדונה לא אחת, ונקבע כי ככלל מקום בו לא קיימת סטיה מתכנית, לא תצמח גם זכות ערר.
4. אלא שהמקרה שבפנינו שונה, שוני מהותי, ממקרים אחרים אשר נדונו בפסיקה, וככזה סברנו כי יש בו גם כדי לשנות מן הקביעות שניתנו בעניין זה בפסיקה הנזכרת לעיל ודומות לה, כפי שיפורט בהרחבה בהחלטה זו להלן.

5. עניין לנו בבקשה להיתר להכשרה בדיעבד של חדר יציאה לגג שהוקם ברובו ללא היתר כדון, במקרקעין הידועים כגוש 6123 חלקה 940 המצויים ברח' רבי עקיבא 16 בני ברק. הבקשה כוללת גם הריסה של שטחים חורגים מעבר ל- 60 מ"ר המותרים על פי תכנית הגגות העירונית (תכנית מספר 501-0873794 להלן: "תכנית הגגות"), קביעת גג רעפים והסדרת מהלך מדרגות – הכל בהתאמה לבנוי בפועל (להלן: "הבקשה להיתר" ו-"החדר" בהתאמה).
6. יצוין כי בשנת 2019 ניתן היתר בניה לחדר על הגג בשטח של כ- 35 מ"ר ובעל גג שטוח (היתר מספר 20036 להלן: "ההיתר הראשון"). בשלב כלשהו לאחר מתן ההיתר, וככל הנראה כבר בשלב ההקמה, נבנה כאמור ללא היתר כדון, חדר בשטח של כ- 90 מ"ר, בעל גג רעפים, ואשר על פי הנטען (ולא הוכחש) חולק לשתי יח"ד נוספות ונפרדות מדירת המשיב 2, מבקש ההיתר, אליה הוצמד החדר. בגין הבניה החורגת אף ניתן בשעתו צו הפסקה מנהלי.
7. העוררים הינם מבין בעלי הזכויות בבניין. יצוין כי לדיון בפנינו התייצבה העוררת הגב' חלמיש בלבד, בעלת הזכויות בדירה המצויה בקומה ב' בבניין. במהלך הדיון נקל היה לזהות כי בינה ובין המשיב 2 קיים סכסוך מתמשך שיוצא את גבולות ההליך התכנוני.
8. ביום 14.2.2024 דנה הוועדה המקומית בבקשה להיתר והחליטה לאשרה אגב דחיית מספר התנגדויות שהוגשו על ידי בעלי זכויות שונים בבניין, לרבות התנגדות העוררים כאן. וכלשון ההחלטה:

החלטה
א. לדחות ההתנגדויות.
1. למבקש יש 76% מכל בעלי הזכויות שנתנו הסכמתם, מה שמצביע על היתכנות קניינית.
2. הבקשה תואמת להוראות התב"עות החלות על החלקה.
ב. לאשר בכפוף להערות מהנדס העיר.
ההחלטה התקבלה פה אחד.

9. ואלה הערות מהנדס העיר, אליהן הוכפפה ההחלטה:

1. לאור התוספת המבוקשת וכתנאי להוצאת היתר בניה על המתכנן לבדוק את יציבות הבניין ולהמציא אישור מהנדס קונסי' כי הבניה המבוקשת אינה פוגעת ביציבות הבניין.
2. כל תוספת בניה על גג הבניין תבוצע מבניה קלה, ללא שימוש מאלמנטים מבטון או בלוקים, על מנת להפחית עומסים על המבנה, זאת, לא כולל חדר שיפור מיגון באישור פיקוד העורף.
3. א. תנאי למתן היתר – רישום בפועל תקנה 27 לתקנות המקרקעין על היות הגג העליון – רכוש משותף.
ב. עיגון הגג המשותף במסגרת התחייבות של מבקש ההיתר.
4. היתר יוצא לאחר הריסת החלקים החורגים בפועל.

10. כבר בשלב זה נקל לראות כי החלטת הוועדה המקומית אינה הולמת לגמרי את הבקשה שהונחה לפניו, שכן עסקינן כאמור בחדר בנוי, בבניה שאינה קלה, ושמבוקש להכשיר את בנית רוב חלקיו בדיעבד. לפיכך, התייחסות מהנדס העיר לתוספת בניה קלה, שמקובלת מקום בו עסקינן בבניה חדשה, אינה רלוונטית לבקשה שהונחה בפני הוועדה. עניין זה עוד ידון להלן, ברם די כבר בו כדי להצדיק התערבות בהחלטת הוועדה המקומית.
11. פרט נוסף המצוי ברקע הליך הרישוי, ושחשיבותו לעניינו משמעותית עד מאד, הינו הליך שהתקיים בין העוררת 1 והמשיב 2 בפני המפקח על הבתים המשותפים (מס' תיק 6/705/2020) בנוגע להקמתו של החדר. סופו של הליך זה בפסק דין מיום 6.8.2023, אשר מפאת חשיבותו לענייננו נביא את חלקו האופרטיבי כלשונו:

”

98. ניתן בזאת צו, המורה לנתבע לסלק את ידו, מהשטח שנבנה ללא היתר בניה כדין, ולהתאים את הבנוי בהתאם לאמור בסעיפים 13.3-13.3.3 לחוות דעתו של המומחה המוסכם:

”13.3.1. התאמת הבנוי להיתרי הבניה הינו באמצעות הריסה של כל התוספות שבוצעו ללא היתר.

13.3.2. לשם ביצוע ההריסה, נדרש להכין תכנית הריסה על ידי מהנדס מוסמך, שיבדוק היכן הקורות הראשיות של המבנה, אילו חיזוקים נדרשים, וכיצד יש לבצע את ההריסה בפועל.

13.3.3. את ההריסה יש לבצע בהתאם לשלבי התכנון, ובפיקוח הנדסי צמוד.”

על העבודות ההתאמה להתבצע בהתאם לחוק התכנון והבנייה ותקנותיו על ידי גורם מקצועי ומיומן, ובפיקוח מהנדס מוסמך, ובהתאם למפרט חומרים בכתב ולפי התקן הישראלי.

99. סעיף 98 לעיל יבוצע, בתוך חצי שנה מהיום על ידי הנתבע ועל חשבונו ולא יאוחר מתאריך 4.2.2024 (להלן-”המועד הקובע”), אלא אם עד למועד הקובע יעמוד הנתבע בשני התנאים הבאים במצטבר:

א. הכשרת הבנוי וקבלת היתר בניה בהתאם לאמור בסעיף 12 לחוות דעתו של המומחה המוסכם, לרבות האמור בסעיף 13.4.2 לחוות דעתו של המומחה המוסכם ”בכל מקרה לכל היותר, ניתן יהיה לאשר 60 מ”ר בקומת חדרי הגג, כך שבכל מקרה יידרש להרוס 29.21 מ”ר מתוך מה

שנבנה בקומה זו.” (יש לציין כי סעיף 13.4.2 תוקן בהתאם לתשובותיו של המומחה לשאלות ההבהרה, ראו סעיפים 6.1-6.1.3 לתשובות המומחה לשאלות ההבהרה).

לצורך עמידה בתנאי זה, יהיה על הנתבע להציג לתובעת עד למועד הקובע אישור בכתב מאת המומחה המוסכם, מר אברהם חזי, ולפיו הוא מאשר כי הנתבע הכשיר את הבנוי בהתאם להיתרי הבנייה, לרבות היתר שינויים, ולטיב הבנייה בהתאם להיתרים, לרבות הריסת השטח שדרוש להרוס, וכך הבנוי, מתאים להיתרי הבנייה.

ב. החתמת הרוב הדרוש מקרב בעלי הדירות בהתאם לסעיף 71ב (א) לחוק המקרקעין, המאשרים בכתב כי הם מסכימים להכשרת הבנייה כאמור בסעיף א לעיל.

לצורך עמידה בתנאי זה, יהיה על הנתבע להציג לתובעת עד למועד הקובע את חתימותיהם של הרוב הדרוש מקרב בעלי הדירות בבית המשותף.

”

12. יצוין כי פסק הדין לא קוים במועד שנקבע, ועל פי המידע שנמסר לנו, המשיב 2 הגיש במהלך הדרך גם בקשה להארכת מועד לביצוע שנענתה בחיוב. אלא שהלה לא עמד גם במועד המוארך, לטענתו בין היתר בשל עיכוב ההליך שבפנינו (שאינו בעטיו של המשיב 2, ומקורו בחילופי יו”ר והרכב). בעניין זה הובא לידיעתנו כי ביום 19.9.2024 הוגשה למפקח בקשה למתן הוראות לביצוע פסק הדין. בהחלטתו מיום 20.11.2024 קבע המפקח:

"שעה שהנתבע לא צירף אישור בכתב מאת המומחה המוסכם עד לתאריך 4.6.2024 מצאתי לקבוע כי הנתבע לא פעל בהתאם להוראות האמור בסעיף 99 לפסק הדין, ולא קיים את הוראותיו".

13. ויטעם כי בהתאם לסעיף 6 להחלטה לא מצא המפקח להתייחס לתנאי שקבע בדבר הסכמת רוב בעלי הדירות, משמדובר בתנאים מצטברים ודי בכך שהתנאי הראשון שקבע בפסק דינו לא קיים.
14. עסקינן, אם כן, במקרה חריג בו הסכסוך הקנייני שבין בעלי הזכויות בנוגע לבניה תוך שימוש ברכוש המשותף, נדון אצל המפקח על הבתים המשותפים עובר להליך הרישוי והדיון התכנוני בפני מוסדות התכנון. כאמור בראשית החלטתנו, מצאנו כי לעניין זה חשיבות מרובה לאופן בו ראוי לקבל החלטה תכנונית בנסיבות כגון דא. הכל כפי שיובהר בהחלטה זו להלן.

עיקרי טענות הצדדים

15. העוררים טוענים להיעדר תימוכין קנייניים, זאת הן בהסתמך על פסק דינו של המפקח, הנזכר לעיל, והן בהתייחס לעובדה כי בהתאם לנסח הרישום קיימות בבית המשותף 26 תת חלקות בעוד הבקשה להיתר הוגשה בליווי הסכמות של כ- 12 מבעלי הזכויות, כאשר רבים אחרים מבעלי הזכויות התנגדו באופן פוזיטיבי.
16. ביחס להליך הרישוי טוענים העוררים כי היה על הוועדה המקומית ליתן דעתה לכך שמדובר בהכשרת בניה קיימת, על כל המשתמע מכך, לרבות מתן הוראה להריסה טרם תתיר בניה כלשהי.
- עוד נטען על ידי העוררים כי הבקשה חורגת מהוראות תמ"א 38 המחייבות חיזוק הבניין כולו, וכי בכל מקרה היה על הוועדה המקומית לעמוד על הבדיקות המקדמיות הדרושות בנוגע לחיזוק המבנה ו/או יציבותו, קודם לדיון בבקשה.
- כמו כן נטען כי בפני הוועדה המקומית עמדו שתי בקשות שונות, הכוללות פרטים סותרים ואי דיוקים, כמו גם אי הצגה כנדרש של הקיים, ודי באלה כדי להידרש להליך מחדש.
17. ביחס לבקשה גופה טוענים העוררים כי היא כוללת סטיות מהתכנון החל, שאינו מאפשר הקמת גג רעפים, ומחייב נסיגה של 1.2 מ' עבור פרגולה מכל חזיתות המבנה. לעמדתם אישורם של אלמנטים אלה הצריך, לכל הפחות, פרסום ואישור בדרך של הקלה.
- בנוסף נטען כי תכנון החדר על הגג, אינו מיטבי, אינו מתבסס על תכנון החדר שכבר אושר בהיתר קודם, ומותיר מרווח בין הקיר המערבי של החדר לקיר הבניין, שמסומן כחצר, אך למעשה יאפשר בעתיד הרחבה מחודשת ובלתי חוקית של החדר על חשבון אותו מרווח.
18. הוועדה המקומית מצידה טוענת כי מדובר בבקשה התואמת את תכנית הגגות וניתנת לאישור, כאשר בהתאם להמלצת מהנדס העיר שאושרה במסגרת ההחלטה, היתר הבניה ינתן בשני שלבים – הראשון להריסת החריגות המסומנות להריסה (עד לצמצום שטח החדר ל- 60 מ"ר כפי המותר בתכנית הגגות), ורק לאחר מכן יינתן היתר הבניה לחדר על הגג.
- בהיותה תואמת את התכניות החלות, עומדת הוועדה המקומית על כך כי אין לעוררים זכות עמידה בפני ועדת הערר.
19. בהיבט הקנייני עמדה הוועדה המקומית על כך שמתוך 26 תת החלקות הרשומות 9 הינן חנויות המצויות בקומת הקרקע, אשר למעשה אינן שותפות לגג ולזכויות בחדרי הגג, ולפיכך, בהתאם לעמדת היועמ"ש

- לעירייה, תת חלקות אלה אינן נספרות במניין יח"ד, ובהתאמה במניין הרוב הדרוש לצורך הגשת הבקשה להיתר. הוועדה המקומית הבהירה כי מדובר בגישה הנוהגת בוועדה המקומית לא רק לגבי בניין זה, ובנסיבות אלה הציג המבקש את התימוכין הקנייניים הנדרשים לדיון בבקשה.
20. לגופה של הבקשה הובהר במהלך הדיון כי בפני הוועדה המקומית עמדה גרסה אחת בלבד של הבקשה להיתר שאינה כוללת בניה קלה (שממילא כאמור אינה רלוונטית לעניין), וכי מתן ההיתר הותנה באישור קונסטרוקטיבי ליציבות המבנה ועמידה בתקן, שלמעשה כבר ניתן.
21. המשיב 2 טוען שתי טענות סף לפיהן העוררים נעדרי זכות ערר בהיותה של הבקשה תואמת תכניות וחלות, וכן כי הערר הוגש באיחור, זאת על פי מועד אישור מסירה של דואר ישראל.
- יצוין כי העוררים עומדים על כך שהחלטת הוועדה המקומית התקבלה אצלם מספר ימים לאחר המועד שרשום באתר דואר ישראל וכי אף נתנו הודעה על כך לוועדה המקומית מיד עם קבלת ההחלטה לידיהם.
22. בסוגיה הקניינית מצטרף המשיב 2 לעמדת הוועדה המקומית ואף הצביע על בקשות להיתר, לרבות בבניין נשוא הדיון, בהן לא הביאה הוועדה המקומית את החנויות במניין יח"ד לצורך קביעת התימוכין הקנייניים לבקשה.
23. בהיבט הפרוצדורלי עומד המשיב 2 על כך כי ניתנה חוות דעת קונסטרוקטיבית כנדרש, שאף צורפה לתגובתו לערר, וכי בהתאם להלכת הפסיקה נוטה המשקל לטובת מתן היתר תואם תכנית גם כאשר מדובר בהכשרת בניה בדיעבד.
24. באשר לטענות הערר בדבר סטיה מתכנית, טוען המשיב 2 כי תכנית הגגות אינה מחייבת הקמת גג שטוח וכי חובת הנסיגה עבור פרגולה הינה רק לגבי חזית אחת, שהמוצע עומד במגבלה זו.

דיון והכרעה

תימוכין קנייניים לבקשה

25. סוגית התימוכין הקנייניים מהווה נדבך ראשון ועיקרי בערר, ולא בכדי מצאנו כי יש לעסוק בו ראש וראשון. ייאמר כעת כי ההכרעה בו קודם לטענות הסף אכן מעידה כי הגענו לכלל מסקנה שאין מקום לדחית הערר על הסף, וזאת דווקא בגלל הסוגיה הקניינית. על כן התייחסות מפורטת לטענות הסף תובא בהמשך החלטה זו.
26. בסיס המחלוקת בסוגיה זה נטוע במשקלה של החלטת המפקח ומידת השפעתה על ההחלטה התכנונית, או במילים אחרות – האם כמוסד תכנון נדרשת הוועדה המקומית, וועדת הערר כנכנסת בנעליה, לפעול בהתאם להחלטת המפקח, זאת כאשר כל אחד מאותם גופים מוסמך לפעול במישורים אחרים, ושעה שהוועדה המקומית וועדת הערר כלל אינן צד להליך שהתנהל בפני המפקח.
27. ברקע הדברים ראוי לציין כי טענות בדבר היעדר תימוכין קנייניים מועלות כבר כמעט כעניין שבשגרה על ידי בעלי זכויות משותפים שמתנגדים לבקשות להיתרים. מכיוון שכך, גם הדיון בשאלת הצורך של מוסדות התכנון להידרש לטענות אלה צבר תאוצה, בפרט נוכח פסיקות לא אחידות שניתנו על ידי שלל ערכאות שיפוטיות בנושא זה.
28. לאחרונה הוגשה עמדת המדינה בסוגיה זו במסגרת הליך תלוי ועומד בפני בית המשפט לעניינים מנהליים, בעת"מ 6486-05-24 עיריית תל אביב – רשות הרישוי המקומית נ' ועדת הערר לתכנון ולבניה

מחוז תל אביב. בחוות הדעת ניתנה התייחסות הן לאופן וההיקף בו על מוסדות תכנון להידרש לטענות תכנוניות והן לסוגיית זכות העמידה בפני ועדת הערר מקום בו עסקינן בבקשה תואמת תכנית.

29. ביחס לסוגיה הראשונה הנוגעת למידה בה על מוסד התכנון להידרש לטענות קנייניות, סברה המדינה בעמדתה כי מדובר בסמכות רשות בלבד. זאת בהסתמך על ההלכות שנקבעו בעניין בני אליעזר¹ ועניין טליאט², וכן נוכח נוסחה של תקנה 36 לתקנות התכנון והבניה (רישוי בניה) תשע"ו – 2016 -

38. אין מקום לפרש את ההלכה לפיה קיים שיקול דעת למוסד תכנון לעכב דיון במתן היתר, כאשר מדובר במקרים בהם על פני הדברים אין היתכנות קניינית, או מתעוררת בעייתיות או מורכבות בהיבט זה (כפי שעלה בפסה"ד טליאט), כזו המטילה חובה פוזיטיבית על רשות הרישוי לדרוש או להשתכנע באופן אקטיבי בקיומם של תימוכין כאמור, בכל בקשה להיתר.

ובהמשך –

48. כללו של דבר, אין יסוד לקביעה של דעת הרוב לפיה סמכות מוסד תכנון לבחון תימוכין קנייניים במסגרת בקשה להיתר, היא סמכות חובה ולא סמכות רשות. גם בהעדר תימוכין קנייניים, מוסמכת רשות רישוי, לפי שיקול דעתה, לאשר בקשה להיתר התואמת תוכנית ואין להרחיב את התנאים הקבועים בחוק ובתקנה 36 לתקנות הרישוי ככוללים דרישה להצגת תימוכין קנייניים.

30. באשר לזכות העמידה בפני ועדת הערר הביעה המדינה עמדתה כי ככלל זכות הערר נקנית בחקיקה, ובהיעדר הוראת חוק המקנה זכות כאמור מקום בו ההיתר תואם תכנית, לא קמה הזכות, אלא בהתקיים התנאים שנקבעו בהלכת שפר³, לפיהם תצמח זכות ערר מקום בו ניתן להצביע על סטיה מתכנית.

31. בצידם של דברים אלה, עמדה המדינה גם על אפשרות הפנייה לערכאות המוסמכות בנושאים הקנייניים. כך בסעיף 28 לעמדה –

28. למען שלמות התמונה, נוסיף, כי למי שמתנגד לביצוע העבודה לפי ההיתר פתוחה הדרך לפנות למפקח על רישום מקרקעין, אשר בסמכותו לבחון ביצוע העבודה במישור הקנייני, לפי חוק המקרקעין והכללים הנוגעים לבתים משותפים.

רי קביעת המפקח מאיר פורת בפ"ת/ 21-216 דאר חיים נ' שח"ל שלם בע"מ לשעבר הבית ברחוב גולומב ב"ב בע"מ, בפס' 42:

"לא נעלמה מעיני העובדה, כי למשיבים יש היתר בנייה מטעם הועדה המקומית לתכנון ובנייה שהוצא ע"י עיריית בני-ברק. אולם, כדי שהמשיבים יוכלו לבנות על שטח, שאין חולק שלפחות בחלקו הוא רכוש המשותף, אין די בהיתר בנייה, המהווה היתר תכנוני בלבד, ויש להראות כי קיימת למשיבים הזכות לבנות גם מבחינה קניינית".

32. כמו כן, מתייחסת העמדה לכך כי יתכנו מקרים בהם בכל זאת יהיה נכון לעכב את הליך הרישוי עד להשלמת בירור במחלוקת הקניינית בפני הערכאות המוסמכות –

¹ ע"מ 2832/09 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ' בני אליעזר בע"מ, נבו 9.1.2011

² ע"מ 795/19 טליאט ואח' נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה מחוז ת"א, נבו 15.7.2020

³ ע"מ 317/10 אהוד שפר נ' מורן סקאל יניב ואח', נבו 23.8.2012

43. מעבר להיבט הלשוני של הוראות הדין הרלוונטיות שצוטטו מעלה, הנעדרות דרישה לבדיקה קניינית או רזב כזה או אחר, הרי שהמחוקק ביקש באמצעות הוראות אלה כי רשות הרישוי תבדוק היבטים **תכנוניים**, אלה ההיבטים בהם נתונה לה מומחיותה, לה ולוועדת ערר הבאה בנעליה; אין למוסדות התכנון מומחיות בבירור סוגיות קנייניות ואף מטעם זה, אין להטיל עליהם נטל נוסף המצוי מעבר לגדרי מומחיותם. זאת, למעט הסייג, של **מקרים מתאימים**, בהם ניתן להיווכח על פני הדברים בדבר קושי או מחלוקת קניינית הדורשת בירור וליבון טרם מתן ההיתר, כאשר לעיתים אף תקום הצדקה לבדוק הסכמה פוזיטיבית של בעלי זכויות ולא להסתפק ביידוע שקבע מחוקק המשנה (כפי שנקבע בעניין **טליאט**).

כל אלו נתונים לשיקול דעת מוסד התכנון; כאשר מתעוררים ספקות של ממש ומוסד התכנון מבקש, הן בהיבט של מניעת תקלות ממיי שאינו יכול לממש את ההיתר או בהיבט של בזבוז משאבים בדיוני סרק, רשאי – ובמקרי קיצון יהיה חייב – מוסד התכנון לסלק ספיקות אלה ולהמתין לבירור סוגיות קנייניות בערכאות מתאימות. שיקול דעת זה נתון לביקורת שיפוטית לפי עילות המשפט המנהלי.

ועוד-

47. כפי שצינו במבוא לדברים, בהתאם לכללי המשפט המנהלי, גם סמכות רשות, במקרים קיצוניים, עולה כדי חובה; לפיכך, במקרים חריגים אלה יידרש מוסד התכנון לעכב את ההליך התכנוני ולהמתין לבירור הזכויות הקנייניות לפני הערכאות המתאימות. בנוסף, בהתאם לשיקול דעתו, רשאי מוסד תכנון לקבוע כי לא די בהגשת הודעות המלמדות על "הסכמה שבשתיקה" ויש לקבל הסכמה פוזיטיבית מבעלי הזכויות לצורך הדיון בבקשה, כפי שנקבע בעניין **טליאט**.

כל זאת על מנת למנוע בזבוז משאבי תכנון על דיוני סרק ועל מנת לחקצות את זמנם של גורמי התכנון לעסוק בתחום מומחיותם, ולא בסוגיות שאין להם בהן ערך מוסף ביחס לערכאות אחרות.

אף קביעה זו מעוגנת בחלכה הפסוקה והמדינה תשוב ותפנה בעניין זה לפסקי הדין בעניין **הלן אייזן**, עניין **בני אליעזר** (עע"ם ודמ"מ), כפי שצוטטו לעיל ובפסה"ד של מותב נכבד זה בעניין **טליאט**.

33. ייאמר מיד כי המקרה שבפנינו אינו רגיל ולעמדתנו, לא אליו מכוונת עמדת המדינה. כאמור, שלא כמו במרבית המקרים בהם עולה טענה בדבר העדר תימוכין קנייניים לראשונה בעת הדיון בבקשה להיתר בפני הוועדה המקומית, בענייננו פעלה העוררת 1 כנדרש, ומעבר למקובל, ופנתה בסוגיות הקנייניות לערכאה המוסמכת – הוא המפקח על הבתים המשותפים – קודם לדיון התכנוני בפני הוועדה המקומית.
34. כך יצא שבשלב בו דנה הוועדה המקומית בבקשה להיתר, היתה בפניה כבר החלטת המפקח הנוגעת למישור הקנייני. מדובר אכן במקרה שאין אנו נתקלים בו במהלך הרגיל של הדברים, ועל פניו עמדת המדינה כפי שהוגשה לבית המשפט לעניינים מנהליים אינה עוסקת בסיטואציה מעין זו, שכן מהדברים שצוטטו לעיל נקל להבין כי גם המדינה בעמדתה התייחסה למצב בו בעת הליך הרישוי, המחלוקת הקניינים טרם התבררה.
35. בענייננו נשאלת השאלה, אם כן, כיצד על הוועדה המקומית לנהוג מקום בו מונחת בפניה קביעה קניינית של המפקח על הבתים המשותפים, בהליך שהיא אינה צד לו. האם הוועדה המקומית מחויבת לפעול בהתאם להכרעה הקניינית, או שמא רשאית היא, גם בנסיבות אלה, לבחון את הבקשה על היבטיה התכנוניים בלבד בהתעלם מהסוגיה הקניינית?

36. לאחר שהפכנו בשאלות אלה, הגענו לכלל מסקנה כי התכלית המונחת ביסודה של הפסיקה ושל עמדת המדינה, כפי שהובאו לעיל, כמו גם עקרונות של צדק ומשפט, וטעמים של יעילות וכיבוד ערכאות, מחייבים את הוועדה המקומית לפעול בהתאם לקביעה קניינית שהתקבלה בערכאה מוסמכת.

37. אין חולק כי מוסדות התכנון, בהם הוועדה המקומית וועדת הערר, אינם מוסמכים להכריע בסוגיות קנייניות. אין גם מחלוקת, וזאת אף נלמד מהלכת הפסיקה, כי קיימים מקרים בהם תהא הוועדה המקומית רשאית שלא לדון בבקשה להיתר עד לברור קנייני מלא. התכלית שביסודה של האפשרות לעכב את הדיון עד לאחר ההכרעה הקניינית, כפי שעולה מהפסיקה, הינה הימנעות מהשחתת זמן ומדיוני סרק בבקשות שלא ניתן יהיה לממשן. ברי אם כן, שעל מנת שניתן יהיה, בסופו של דבר, להביא בקשה להיתר לכדי מימוש, יש לפעול בהתאם להכרעה הקניינית שהתקבלה. על כן, משהונחה החלטה קניינית בפניה, לא תוכל הוועדה המקומית ליתן החלטה תכנונית בעלת השלכה קניינית סותרת שתמנע את מימוש ההיתר, שאם לא כן, מה הועילו חכמים בתקנתם?

38. כלל זה צריך שיחול גם מקום בו ההכרעה הקניינית ניתנה על ידי הערכאה המוסמכת עוד בטרם נדרשה הוועדה המקומית לבקשה להיתר. שהרי אם לא תפעל הוועדה המקומית על פיה, יוצר מעגל שוטה, בו הצדדים יידרשו לשוב פעם נוספת בפני הערכאה המוסמכת להסדיר סוגיות קנייניות שכבר הוכרעו.

39. נזכיר כי הכרעה קניינית אינה בהכרח חד ערכית, כגון קביעת בעלות או הכרעה כספית כלשהי. לעיתים תהא זו הכרעה הטעונה פעולה או בדיקה אקטיבית כלשהי, כפי שמתקיים בנסיבות עניינו.

40. כנזכר לעיל, העוררת 1 פנתה אל המפקח על הבתים המשותפים (להלן: "המפקח") כנגד המשיב 2 עקב הבנייה שביצע ללא היתר על גג הבניין, שאינו צמוד לדירתו. בפסק דינו (שחלקו האופרטיבי צוטט לעיל) קבע המפקח כי על המשיב 2 לסלק את ידו מהשטח שנבנה ללא היתר, ולהתאים את הבניה להיתר הראשון, והכל בתוך חצי שנה ממועד מתן פסק דינו (מועד שהוארך לאחר מכן לתקופה קצרה נוספת). חלף סילוק יד מלא כאמור, איפשר המפקח למשיב 2, לפעול בתוך אותה תקופת זמן, לקיומם של שני תנאים מצטברים:

א. הכשרת הבנוי באמצעות היתר בניה עד לשטח של 60 מ"ר, כפי המותר בתכנית הגגות, והריסת השטח שמעבר לכך.

ב. החתמת הרוב הדרוש מקרב בעלי הדירות בהתאם לסעיף 71 לחוק המקרקעין "המאשרים בכתב כי הם מסכימים להכשרת הבנייה כאמור...".

41. בהחלטתה ציינה הוועדה המקומית כי המשיב 2 העמיד רוב של 76% מבין בעלי הדירות, ולפיכך קיימת היתכנות לבקשה. מבדיקת הנתונים שביסוד ההחלטה, וכפי שאף עמדה הוועדה המקומית בתגובתה, אותם 76% נספרו מתוך 17 יח"ד, זאת על אף שבנסח הרישום קיימות 26 תתי חלקות. לעמדת הוועדה המקומית כאמור, אין לספור 9 חנויות במניין הרוב הדרוש, שכן אין מדובר ב"דירה", הוא המונח בו נעשה שימוש בסעיף 71 לחוק המקרקעין.

42. אכן, בחלקו האופרטיבי של פסק הדין אמנם לא ציין המפקח מהו "הרוב הדרוש" במספר נומינלי, אלא הסתפק בהפניה לחוק. ברם עיון בפסק דינו מעלה כי הוא בחן את הבית המשותף כבעל 26 דירות, בהתאם לרישום בפנקס הבתים המשותפים. כך למשל בסעיף 82 לפסק הדין נכתב:

"...הנתבע אמנם הגיש לתיק מוצגיו הסכמים קצרים (שורות בודדות) שעליהם

חתמו ארבעה בעלי דירות בלבד, כאשר בבית המשותף 26 דירות".

43. יוטעם, כי ייתכן שבנסיבות אחרות היתה ניתנת הבכורה לפרשנות הוועדה המקומית לנושא, בפרט כשהוצג שמדובר בפרשנות בה היא נהגה באופן עקבי, וזאת חרף הקושי שמגלה פרשנות זו ביחס להגדרת "דירה" בחוק. יחד עם זאת, מצאנו כי אין צורך לקבוע מסמרות בסוגיה זו, מקום בו קיימת החלטת מפקח, שהינו בר הסמכא בסוגיות הקנייניות בבית המשותף, ומשסברנו כי ראוי שהחלטת הוועדה המקומית בהליך הרישוי תקיים אותה.
44. המשיב 2 הציג טענה חלופית ולפיה שני התנאים שקבע המפקח בהחלטתו, כחלף לסילוק יד מלא, צועדים זה בצד זה ואינם תלויים אחד בשני. דהיינו, המפקח אמנם חייב להכשיר את הבניה באמצעות היתר, וגם להחתים את הרוב הדרוש, ברם לשיטתו, כפי שנטענה בדיון בפנינו, הרוב הדרוש אותו קבע המפקח אינו תנאי להכשרת הבניה.
45. אין בידינו לקבל עמדה זו.
46. ראשית, בפסק דינו קבע המפקח במפורש שמדובר בשני תנאים מצטברים, שצריכים להתקיים יחדיו, כאשר במפורש נכתב בתנאי השני כי על המשיב 2 להביא חתימות של הרוב הדרוש המאשרות את הסכמתם "להכשרת הבנייה כאמור בסעיף א' לעיל", קרי את הסכמתם למתן היתר לחדר על הגג עד 60 מ"ר והריסת יתרת השטח הבנוי.
47. שנית, לאורך פסק דינו הוצג כי קבלת הסכמת בעלי הזכויות בהתאם לחוק המקרקעין היא חלק בלתי נפרד מהליך קבלת היתר בניה, בבחינת אין האחד מתקיים בלי השני. כך למשל בסעיף 83 לפסק הדין –

83. אלא שגם אם הייתי מקבל את טענת הנתבע לפיה היה לו את הרוב הקנייני הדרוש, בשעה שהנתבע בנה בניגוד להיתר, ממילא אף אם היה בידו את הסכמת בעלי הדירות בבית המשותף להרחבת דירתו, הרי שהסכמה זו משתכללת אך עם קבלת היתר בניה כדין ובניה בהתאם לו, בבחינת תנאי מתלה, שלא התקיים בעניינו בשעה שבנה בחריגה מהיתר [המפקח על המקרקעין פתח תקוה) 320/19 גודיס דורה נ' נדב איתאל יששכר שמעון, בפסקה 37 (נבו 06.02.2022)].

ובהמשך בסעיף 87 לפסק הדין נכתב:

87. אשר לשיקול הראשון – בשעה שהנתבע בנה בניגוד להיתר, ומשכך בנייתו היא בניגוד לרוב הקנייני הדרוש, הנתבע עושה שימוש ייחודי בשטח שבהתאם למסמכי הבית המשותף אינו צמוד לדירתו, והוא רכוש משותף.

48. שלישית, הדרך האפשרית היחידה להבטיח את קיום הקביעות הקנייניות של המפקח היא באמצעות עמידה על הרוב דרוש בהתאם לקביעותיו, קודם למתן היתר הבניה. חזרה אל המפקח לעניין זה לאחר מתן היתר הבניה, כפי שהציעה ב"כ המשיב 2 בדיון, אינה אפשרית כיוון שההליך בפנינו למעשה הסתיים (כפי שאף נאמר במפורש בהחלטתו בבקשה למתן הוראות), וגם אינה מוצדקת משעה שהכרעתו כבר ניתנה.
49. רביעית, וכפי שכבר קבענו לעיל, קביעת הרוב הדרוש מבוססת על הוראות חוק המקרקעין בלבד, שהינן הרלוונטיות גם מקום בו עוסקים אנו בהליכי תכנון ובניה. ייתכנו מקרים בהם תהיינה שתי אפשרויות פרשניות סבירות לקביעת הרוב הדרוש, ברם מקום בו הערכאה המוסמכת לעניין כבר הכריעה בסוגיה

הקניינית וקבעה את הרוב הדרוש, אין זה מתקבל על הדעת לאפשר לוועדה המקומית לנקוט בפרשנות שונה לאותו סעיף חוק. מתן אפשרות שכזו נותנת בידי אחד הצדדים זכות בלתי הוגנת לעקוף את החלטת הערכאה המוסמכת, ותוצאתה שצדדים אשר הסכסוך הקנייני ביניהם כבר נוהל והוכרע בפני הערכאות המוסמכות, וקיים ביניהם מעשה בי-דין, ייאלצו לפנות לאותן ערכאות פעם נוספת תוך בזבוז משאבים ניכר והטלת נטל בלתי סביר ובלתי מוצדק על אחד הצדדים.

50. ודוק – כפי שכבר הבהרנו לעיל, ככלל אין הוועדה המקומית מחויבת להידרש לסוגיה הקניינית. אלא שמקום בו המחלוקת כבר הוכרעה, שומה עליה לוודא כי החלטתה התכנונית אינה עומדת בסתירה להחלטה הקניינית ו/או מונעת ממי מהצדדים לעמוד על זכויותיו הקנייניות על פיה. למצער, רשאית היא לקיים דיון תכנוני בבקשה בהתאם לסמכותה ושיקול דעתה, אולם לא תוכל ליתן את ההיתר בידו של המבקש אם לא עמד בתנאים הקנייניים הנדרשים בהתאם להכרעתה של הערכאה המוסמכת.

בצד זה, ולמען הסר ספק, יודגש כי כשם שהוועדה המקומית אינה הגורם המוסמך לענייני קניין, כך גם המפקח אינו בעל הסמכות להכריע בסוגיות תכנוניות. לפיכך, אין בקביעותינו לעיל כדי להכפיף את הוועדה המקומית לקביעות תכנוניות שניתנו, בין בשגה ובין עקב תקיפה עקיפה, על ידי המפקח (או כל ערכאה אחרת שעסקה שסוגיות קנייניות), והיא תהא רשאית, למרות אותן קביעות, לפעול בהתאם לשיקול דעתה התכנוני והסמכויות המוקנות לה בעניין זה. בנוסף, הוועדה המקומית, כמו גם וועדת הערר אינן גופי אכיפה להחלטותיהן של ערכאות אחרות. כך למשל בענייננו אין זה מתפקידן של הוועדה המקומית ו/או ועדת הערר לוודא כי המשיב 2 פעל להריסת החריגות באופן ובמועדים שנקבעו על ידי המפקח.

51. עוד יוטעם כי מהטענות שעלו בפנינו קשה היה ללמוד עד כמה עמדו העוררים בפני הוועדה המקומית על קיומו של פסק הדין של המפקח. עם זאת, מהחלטתה ברור כי קיומו לא היה מבין מניין שיקוליה, וזאת יש לתקן.

52. ולסיכום עד כאן – נוכח קיומה של הכרעה קניינית, יש לקבוע את התימוכין הקנייניים הדרושים בהתאם להחלטת המפקח, שהם 75% מתוך בעלי הזכויות ב-26 יחידות. הרוב הדרוש כאמור יהיה תנאי למתן היתר בניה בידי המבקש 2.

יצוין כי כשבוע ימים לאחר שהתקיים הדיון בפנינו, נמסרה הודעה מטעם המשיב 2 ולפיה ניתנה בידו הסכמה, באמצעות חתימות של בעלי הזכויות ב-20 מתוך 26 היחידות בבניין. על הוועדה המקומית להידרש לקיומן של החתימות כאמור בטרם מתן היתר.

53. נשוב ונדגיש כי קביעתנו זו ניתנת ביחס למקרה ספציפי וחריג, בו קיימת הכרעה במחלוקת הקניינית עוד בטרם התקיים ההליך התכנוני. כפי שהצבענו לעיל, קיום הליך הרישוי במקרה שכזה, באופן בו סברה הפסיקה שיש לקיים דיון מקום בו לא קיימת הכרעה כאמור, ו/או תוך התעלמות מוחלטת מהסוגיה הקניינית וההכרעה הקיימת בה, תחטא לתכלית שביסוד הלכת הפסיקה ותעמיד את הצדדים בפני שוקת שבורה בדמות הליכים משפטיים חוזרים ומיותרים.

סטיה מתכנית – תצורת הגג

54. את עמדתם לעניין האיסור על גג הרעפים תולים העוררים בשני טעמים – הראשון הוא תכנית הבינוי הנלווית לתכנית הגגות אשר מציגה גג שטוח. והשני נעוץ בהוראות סעיפים 6.1 ו-6.2 לתכנית הגגות

במסגרתם נקבע כי בניה על הגג למעט מתקנים טכניים או סולאריים, וכי יש להבטיח גישה למתקנים משותפים אלה דרך השטחים המשותפים.

לשיטתם, רעפים מהווים בניה אסורה על הגג, ולא ניתן לאפשר גישה אל גג רעפים ישירות מחדר המדרגות המשותף. על כן, בהתאם להוראות תכנית הגגות, מדובר בסטיה ניכרת.

55. דין הטענה להידחות.

56. בהתאם לסעיף 1.7 לתקנון תכנית הגגות, תכנית הבינוי הנלווית לה הינה תכנית מנחה בלבד, ומציגה תכנון בלתי מחייב לחדרי הגג.

57. כך גם לא מצאנו כי קיימת סטיה ניכרת מהוראות סעיפים 1.6.1 ו-6.2 לתכנית. האיסור על בניה נוספת על גג חדר היציאה לגג, אין תכליתו לאסור על חיפוי רעפים, שאמנם טעון היתר בניה, אך מדובר יותר בעיצוב חזית (עליונה) מאשר בניה כהגדרתה. תכלית האיסור הוא למנוע הגבהה נוספת או הרחבה שהינה מעבר למקובל על גג מבנה. חיפוי רעפים אינם מבין אלה, והרי שאין מדובר באיסור גורף להקמת גג רעפים.

58. גם ההוראה בדבר מתן גישה לכלל הדיירים מהשטח המשותף, אין בה כדי לסייע לעוררים בטענתם. אכן צריך שיסומן ויבוצע פתח יציאה לגג דרך השטח המשותף (חדר מדרגות ושטח גג משותף המצוי מעל חדר המדרגות ומסומן בתכנית הבקשה) וגישה נוספת למתקנים המשותפים שיותקנו (אם יותקנו) על גבי חדר היציאה לגג, אך זאת ייעשה על ידי סולם חיצוני הצמוד לקיר החיצוני של החדר על הגג, בין אם מדובר בגג שטוח ובין אם מדובר בגג רעפים, שהרי ממילא לא מתאפשרת גישה מתוך החדר עצמו. לפיכך, אין כל מניעה להבטיח גישה כנדרש גם מקום בו עסקינן בגג רעפים, ועל הוועדה המקומית לוודא כי אכן מסומנת גישה כנדרש במסמכי הבקשה להיתר.

סטיה מתכנית – נסיגה עבור מצללה

59. סעיף 4.1.2 ס"ק (4) לתקנון התכנית קובע:

"הוראות בינוי:

א. לכל דירת גג/חדר יציאה לגג, תהיה נסיגה אחת לפחות, ברוחב 2.5 מ' בחזית קדמית או אחורית, בעדיפות לחזית הקדמית.

ב. במקרה בו יש יותר מחזית קדמית אחת, נסיגה זו תהיה לחזית הראשית יותר.

ג. בדירת גג/חדר יציאה לגג עם חזית צידית בלבד, תהיה נסיגה אחת לפחות ברוחב 2.0 מ'.

ד. בנוסף לשטח הבנוי בגג תותר מצללה (פרגולה), בשטח שלא יעלה על 15 מ"ר, שתיבנה בנסיגה מינימלית של 1.2 מחזית הבניין".

60. לעמדת העוררים משמעות הוראה זו היא כי על המצללה לסגת 1.2 מ' מכל חזיתות הבניין, בעוד בעניינו אושרה הצמדה של הפרגולה לחזית צידית. פרשנות זו של העוררים נסמכת על העובדה שבאותו סעיף קיימת התייחסות לחזיתות ספציפיות. על כן, לשיטתם, מקום בו קבע מתקין התכנית התייחסות ל"חזית" בלבד, ללא ציון חזית מסוימת, אזי התכוון הוא לכלל החזיתות.

61. גם במקרה זה הגענו לכלל מסקנה כי דין הטענה להידחות.

62. הדירה נשוא הדיון בעלת 2 חזיתות – קדמית (מזרחית) הפונה לרח' רבי עקיבא וצידית (דרומית) הפונה למגרש שכן. במסגרת הבקשה להיתר מוצעת מצללה בנסיגה של מעל 2.5 מ' לכיוון החזית הקדמית וללא נסיגה כלל בחזית הצידית. המצללה המוצעת צמודה לקירות החדר, אשר גם הם מצויים בנסיגה מחזית קדמית ומוצמדים לחזית הצידית.

63. הוראות התכנית מחייבות כי חדר היציאה לגג ייבנה בנסיגה מחזית קדמית אן אחורית, עם העדפה לקדמית. נסיגה מחזית צידית אינה מתחייבת. מאחר שאין מתחייבת נסיגה כלל בחזית צידית, ניתן להניח שמתקין התכנית צפה שמצללה תוקם בתוך תחום הנסיגה (מחזית קדמית או אחורית), וחייב כי גם לאחר הקמתה, תישמר נסיגה גם עבור הפרגולה ברוחב של 1.2 מ', למול אותה החזית בה בוצעה נסיגת החדר על הגג. בחזית בה אין מתחייבת נסיגה של מבנה החדר על הגג, גם לא מתחייבת נסיגה של המצללה. בענייננו אכן מוצעת נסיגה ברוחב כ- 2.6 מ' עבור החדר על הגג בחזית קדמית, ונסיגה דומה עבור הפרגולה בחזית זו. לפיכך, אין מדובר בסטייה מהוראות התכנית. על הוועדה המקומית לוודא כי צידי המצללה יותרו פתוחים כנדרש כך שהמראה הנצפה מהחזית הצידית יהיה של עמודי המצללה והגג בלבד.

בדיקה קונסטרוקטיבית

64. בהתאם להחלטת הוועדה המקומית הותנה מתן היתר הבניה בקבלת חוות דעת קונסטרוקטיבית להבטחת יציבות המבנה. לעמדת העוררים, חוות הדעת היתה צריכה להתקבל קודם לדיון וכתנאי לקיומו, ומשלא נעשה כן, לא ערכה הוועדה המקומית את הבדיקות המקדימות הנדרשות.

65. אין חולק שראוי שהיבט זה יקבל את תשומת הלב הראויה מצד הוועדה המקומית. ועדת ערר זו, בהרכבים אחרים, כבר הביעה עמדתה לא אחת בדבר החשיבות שבעריכת בדיקה קונסטרוקטיבית וקבלת חוות דעת הנדסית מתאימה לעמידה בתקנים נדרשים כל אימת שמבוקשת תוספת בניה בבניינים, וזאת עוד בטרם הדיון בבקשה להיתר, על מנת שתוכל הוועדה המקומית לקבל החלטה מושכלת באשר להשלכות הבניה והחיזוקים הנדרשים, אם נדרשים, כחלק מתוספת הבניה המבוקשת (ראה למשל בערר בב/ 1018/0724 **חב' שיכון יואל בע"מ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה בני ברק ואח'**, נבו 30.12.2024). מבלי לגרוע מכך, בנסיבות ענייננו, בהן תוספת הבנייה המבוקשת בו ביחס לקיים אינה נרחבת, אנו סבורים כי ניתן לקבל את המלצת מהנדס העיר שהיוותה חלק מהחלטת הוועדה המקומית, ולאפשר את קבלת חוות הדעת הנדרשת בדבר עמידה בתקן 413 ושמירה על יציבות הבניין, וזאת בטרם וכתנאי לקבלת היתר לשלב ראשון, הוא שלב ביצוע הריסת החריגות, תוך שעל חוות הדעת להתייחס במפורש גם לביצוען של אלה.

66. נציין כי לתשובת המשיב 2 צורפה חוות דעת קונסטרוקטיבית, שנערכה, לכאורה, לאור דרישת הוועדה המקומית בנושא זה. אלא שגם חוות דעת זו נמצאה חסרה, אינה כוללת את החישובים הנדרשים לעמידה בתקן 413 ואין בה התייחסות לשלב הריסת החריגות. בנוסף, לא ברור ממנה האם מי שערך אותה הינו אכן בעל ההכשרה המקצועית וההסמכה ליתן חוות דעת קונסטרוקטיבית מסוג זה. על הוועדה המקומית לוודא כי תושלם חוות דעת כנדרש שתיערך על ידי בעל מקצוע מוסמך, וזאת בטרם מתן ההיתר הראשון להריסת החריגות.

67. אין מחלוקת בין הצדדים כי הבקשה להיתר מבקשת להכשיר בניה קיימת שבוצעה ללא היתר כדין ושאלך ניתן צו הפסקה מנהלי בגינה, שלא קוים.
68. ברי כי אין גם מחלוקת שהתנהלותו של המשיב 2, בעשותו דין לעצמו תוך התעלמות מופגנת מהוראות החוק ומהצו שניתן לו, ככל הנראה עבור רווח כספי שנצמח מפיצול הבניה לשתי יח"ד והשכרתן, ראויה לכל גינוי, ואף מטה את משקל ההחלטה לטובת הטלת חובת הריסה מלאה של כל חריגה מההיתר הראשון, בטרם תאושר בקשה להיתר לבניה להרחבת חדר היציאה לגג.
69. מאידך, עומדים אנו בפני בקשה התואמת את התכנית החלה. עובדה זו, כעומדת בפני עצמה, מטה את הכף לטובת אישור הבקשה, זאת בהתאם לעקרונות "מבחן המגרש הריק" לפיו ראוי לבחון את הבקשה כאילו לא היתה הבניה קיימת בפועל.
70. נתונים אלה צריכים להיבחן ולהישקל זה בצד זה. יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בערר (דרום) -6044-16 ציון ומרים לנקרי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה אילת, נבו 18.7.2016 (להלן: "ערר לנקרי" ההדגשה במקור – ר.א):

"בהיבט המשפטי נציין שבעבר רווחה ההשקפה כי על מוסדות התכנון לדון בנושא תוך שימוש ב"מבחן המגרש הריק". בהתאם למבחן זה על מוסד התכנון להפעיל את השיקולים התכנוניים בהתעלם מהבניה הקיימת. בכך לא יינתן יתרון למי שבנה בניגוד לחוק. בלשונה של הנשיאה נאור:

"לטעמי, כדאי במקרים רבים כשנשקלת השאלה האם 'להכשיר' בניה בלתי חוקית שחברי מוסד התכנון יציגו לעצמם תחילה את השאלה – בהנחה שאין בניה בלתי חוקית שהכשרתה מתבקשת, האם, מבחינה תכנונית היה מקום לאשר את התוכנית אם לאו. בחינה זו רואה כביכול את השטח 'כאילו' לא קיימת בו כל בניה בלתי חוקית. על בחינה זו אמונים חברי מוסדות התכנון. אם התשובה היא בשלילה, דהיינו שאין התוכנית ראויה, תהא הנטייה שלא להכשיר את הבניה הבלתי חוקית ולא לאשר את התוכנית. יחד עם זאת, כיון שהמדובר בהפעלת שיקול דעת בוודאי שאין לומר כי לעולם לא תוכשר בניה בלתי חוקית. (עע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ, פורסם בנבו, פסקה 30)

בהמשך (ולמעשה הדבר עולה מפסיקתה של הנשיאה נאור), הבהיר בית המשפט העליון כי מבחן המגרש הריק אינו מבחן יחיד וייתכנו מקרים בהם יש לדחות תכניות ובקשות להיתר, אף אם ראויות הן מבחינה תכנונית, נוכח הפרת החוק שקדמה לכך. בלשונו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בהלכת נאות מזרחי לעיל:

"יתכנו מקרים בהם האינטרס התכנוני 'הצר' ילמדנו כי אין מניעה 'תכנונית' לאישורה של התכנית, ועדיין יסוג מפני האינטרס של ההגנה על שלטון החוק; כפי שצוין בעניין איגנר, יתכנו – במשורה שבמשורה – גם מקרים הפוכים, בהם ימצא כי אין מקום לאשר את התכנית בהיבט התכנוני 'הצר', ועדיין לא ייסתם הגולל על האפשרות להכשיר את הבניה הבלתי חוקית (שכשלעצמי סבורני כי מדובר במקרים נדירים שבנדירים, ובהפרות בניה קלות שבקלות). כאמור, מדובר בכל מקרה לנסיבותיו, ולטעמי הקו המנחה הוא תקיף, כמובן

**בגדרי מידתיות ושכל ישר, כדי לשרש מחשבה שהחוק הוא המלצה, שאפשרי
להקדים נעשה (נבנה) לנשמע (אישור תכנוני)."** (שם, פסקה כא).

לדעתנו וכפי שנפרט בהמשך, בכך לא בוטל מבחן "המגרש הריק", המשמש אותנו ואת יתר מוסדות התכנון, אלא הובהר כי מדובר במבחן עזר וכי בכל מקרה על מוסד התכנון לשקול את אי החוקיות שקדמה להגשת התכנית או לבקשת ההיתר".

(וראה גם ערר (מרכז) 1010-04-23 אליהו ואירית איזדורפר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הוד השרון, נבו 25.6.2023 והפסיקה הנרחבת הנזכרת שם).

71. בנסיבות העניין, הגם שהתנהלות של המשיב 2 פסולה, ואפילו חריגה בעבריינותה (מאחר שלא רק בנה ללא היתר אלא אף פיצל את הבנייה לשתי יחידות דיור נוספות ונפרדות), מצאנו כי בסופו של דבר מדובר בבקשה להרחבת חדר על הגג באופן שתואם את התכניות החלות ומאושר כדבר שבשגרה בעיר, ולכן יש מקום לאשרה.

הכרח להרוס את כלל הבניה (שמעבר להיתר הראשון) על אף שניתן להתיר את חלקה בנקל בהתאם לתכנון סטטוטורי ומקובל בעיר, אין בה כל טעם תכנוני זולת ענישה, וזו אינה ממטרותיו של הליך הרישוי. לשם כך קיימים דיני האכיפה, אשר מוטב היה לו הוועדה המקומית הייתה עושה בהם שימוש תכוף יותר, בפרט מקום בו כבר פעלה להוצאת צו הפסקה מנהלי.

72. בצד דברים אלה, וכאמור לעיל, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי החלטת הוועדה המקומית אינה הולמת את הבקשה שהונחה בפניה. בערר לנקרי הנזכר לעיל, הטיבה ועדת הערר לפרט כיצד על הוועדה המקומית לנהוג בבואה לאשר בקשה להכשרת בניה בדיעבד (ההדגשה במקור – ר.א):

"כיצד אפוא על מוסד התכנון לפעול ליישום ההלכות המחייבות?

ראשית, מן הבחינה הדיונית ועל מנת להביא שיקול זה בפני חברי מוסד התכנון, מוטלת חובה על מבקש ההיתר ולאחר מכן על הדרג המקצועי במוסד התכנון הבוחן את הבקשה, להביא שיקול זה בצורה ברורה בפני חברי מוסד התכנון. הדרך הפשוטה לכך היא באמצעות ציון המילים "בקשה להכשרת מצב קיים" בכל בקשה מעין זו. ככל שמדובר בבקשה המשלבת הכשרת מצב קיים ובנייה חדשה, הרי שיש להבהיר בבקשה מהם החלקים בהם מתבקשת הכשרת מצב קיים.

שנית, וגם זו מן הבחינה הדיונית, על הדרג המקצועי להביא בחוות דעתו את מכלול הנתונים הידועים בהקשר זה, לרבות הנתונים המצויים בתיקי האכיפה המנוהלים על-ידי הוועדה המקומית. נקדים את המאוחר ונציין כי מידע זה נדרש לצורך הבחנה בין המקרים השונים, מבחינת חומרת הפרת החוק והזלזול הנובע מכך במוסדות התכנון והמשפט. כך למשל, אין דינה של בנייה מאסיבית מחוץ לקווי בניין ותוך הפרת צו הפסקה שיפוטי כדין תוספת בנייה קטנה התואמת תכנית, שבוצעה ללא היתר.

על בסיס מידע זה יידרש מוסד התכנון להפעיל את שיקול דעתו.

[...]

ככל שמדובר במקרה בו במבחן "המגרש הריק", קרי במבחן התכנוני בלבד, נכון היה לאשר בקשה, הרי נדרש המוסד התכנוני לאיזון נוסף הנובע מהעובדה כי מתבקשת הכשרת בנייה קיימת. בשלב זה ולגבי הליכי רישוי נשוא העררים שבפנינו, נכון להבחין בין

בקשה תואמת תכנית ובין בקשה הדורשת הפעלת שיקול דעת רחב, דוגמת אישור הקלות ושימוש חורג.

הבחנה זו מתבקשת נוכח הפסיקה שלפיה שיקול מניעת עידוד עבריינות לעולם אינו בבחינת שיקול יחיד. מכאן כי יש לאזן שיקול זה מול שיקולים אחרים ובהם, בעיקר, למול ההצדקה התכנונית בהנפקת היתר הבנייה.

לגבי בקשה תואמת תכנית, הרי שככלל יש לראות במקרה מעין זה כמצדיק הנפקת היתר בנייה, שהרי הסוגייה התכנונית כבר נידונה והוכרעה טרם אישור התכנית. מכך נגזר הכלל העקרוני שלפיו נכון לאשר בקשה להיתר בנייה התואמת את הוראות התכנון החלות על המקרקעין (עעמ 9311/11 רמי יובל נ' ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז ת"א, פורסם בנבו, פסקה 7). לצד זאת על מוסד התכנון לשקול את הפרת החוק שקדמה לבקשה ואת מכלול הנסיבות הקונקרטיות הכרוכות בבנייה ללא היתר, שאת הכשרתו מבקשים".

73. עיון בהחלטת הוועדה המקומית מעלה כי על אף שבמהות הבקשה צוין שמדובר ב"הריסת חלקים חורגים והכשרת מצב קיים, החלטת הוועדה המקומית לא רק שאינה עוסקת באיזושהו אופן ברקע לבקשה, לרבות העובדה כי מדובר בבניה קיימת שניתן בגינה גם צו הפסקה מנהלי, היא אף מפנה בהחלטתה להערות מהנדס העיר, במסגרתן נקבע כי כל תוספת על הגג תבוצע בבניה קלה, זאת חרף העובדה שמדובר כאמור בבניה קיימת שאינה קלה.

74. ועדת ערר זו כבר הביעה עמדתה ביחס להחלטות מסוג זה של הוועדה המקומית הניתנות בשיטת "העתק- הדבק" ממקרים אחרים ללא התייחסות לנסיבותיה הייחודיות של כל בקשה. כך קבענו רק לאחרונה בערר בב/1019/0724 אברהם אדלר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה בני ברק, נבו 6.2.2025:

"בצד דברים אלה נעיר בפני הוועדה המקומית, כפי שאף הערנו בדיון בפנינו, כי החלטתה לאשר את הבקשה, על הסתמכותה על המלצות המהנדס, אינה הולמת בענייננו את טיב הבקשה. עסקינן כאמור בבקשה להכשרה בדיעבד של חדר על הגג אשר נבנה ללא היתר. אף על פי כן, החלטת הוועדה המקומית כמעט וזהה להחלטות אחרות הניתנות בבקשות לבניה על הגג שמוגשות, כנדרש, קודם לביצוע הבניה. כך למשל נקבע כי הבנייה על הגג תבוצע מבניה קלה ללא בטון או בלוקים, זאת חרף העובדה שהבניה כבר קיימת, ללא כל כוונה להרסה, ואין מדובר בבניה קלה.

בעשותה כן, לא רק שמתקבל הרושם לפיו הבקשה כלל לא נבחנה כראוי על ידי הוועדה המקומית, אלא שעצם ההתעלמות מהבניה החורגת וקביעת העובדות בשטח, אך מתמרצת לנהוג באופן בלתי חוקי ולהקדים בניה לרישוי מתוך הידיעה כי גם אם יתפסו בעבריינותם יוכלו להסדיר את הבניה בנקל ללא דרישות מיוחדות.

על כן, מצאנו להעיר לוועדה המקומית כי היא נדרשת לנהוג בבקשות להכשרת בניה בדיעבד באופן אחר ומדוקדק יותר, שמביא לידי ביטוי התייחסות מפורשת לבניה הקיימת שכבר נעשתה והעמידה את יתר בעלי הזכויות בפני עובדה מוגמרת. דברים אלה צריכים לבוא לידי ביטוי למשל (וברשימה בלתי סגורה) בדו"ח קונסטרוקטור המאשר את יציבות הבניה ביחס לבניה הקיימת שיוגש יחד עם הבקשה להיתר ויבחן על ידי חברי הוועדה יחד עם אישור הבקשה (וזאת מבלי לגרוע מהנחיה כללית שכבר ניתנה לוועדה המקומית בהחלטות קודמות שיצאו תחת ידנו ותחת ידה של ועדת הערר בהרכבים אחרים ולפיה כל בקשה לתוספת בניה צריכה לבוא בפני הוועדה המקומית בליווי דו"ח מהנדס לפי תקן 413). וכן בהמלצת המהנדס

ובהחלטת הוועדה שיתייחסו באופן מפורש לעובדה שמדובר בבניה שכבר בוצעה ושקיימת הצדקה לאשרה בדיעבד."

75. ודברים אלה יפים ונכונים גם לענייננו.

76. עוד בהקשר זה יצוין כי מהדיון בפנינו נלמד שהבקשה להיתר אינה מסמנת כנדרש את כל הבנייה הקיימת בפועל, כמו גם אינה מדייקת בסימוני ההריסה. בנוסף נבהיר כי ככלל נכון יותר היה שלא לסמן להריסה בניה שהותרה בהיתר קודם, אלא לבסס את הרחבת החדר על בניה זו. באופן זה היתה מתאפשרת נסיגה של החדר גם מהחזית הצידי. יחד עם זאת, בנסיבות העניין החלטנו שלא להתערב בתכנון המוצע, ולו בשל העובדה שלא מצאנו בערר טענות לסטיה מתכנית המצדיקות התערבות בתכנון המוצע. בנוסף, יצירת חצר פתוחה ממערב לחדר המוצע, תמנע פגיעה אפשרית בפרטיות (בשל קרבת חלונות / פתחים) ביחס לסוכה הממוקמת בקומה ג' בצד הדרומי וביחס לחדר על הגג בדירה המערבית, לכשיוקם. עם זאת, תשומת ליבה של הוועדה המקומית כי מעיון באתר הוועדה, על פניו, לא נמצא היתר בניה לסוכות הדרומיות בקומות א, ב, ג.

טענות הסף

77. על אף שעסקינן בטענות שהיו צריכות להידון בראשית החלטה זו, נבהיר דווקא בסיומה, כי למרות שהעוררים לא הצליחו לבסס טענה לסטיה מתכנית, כפי הנדרש בהלכת שפר הנזכרת לעיל, סברנו כי העוררים קנו זכות לבוא בפני ועדת הערר בשל ייחודיותה של הסוגיה הקניינית בנסיבות העניין, כפי שפורטה והכרעה בהרחבה לעיל. נחזור ונדגיש כי מקום בו קיימת הכרעה במחלוקות קנייניות קודם לדיון התכנוני הנערך, על הוועדה המקומית לוודא כי החלטתה מקיימת את אותה הכרעה ולא מכשילה אותה. מכיוון שבענייננו החלטת המפקח לא קוימה כנדרש, התגבשה 'סטיה' המקימה זכות עמידה בפני ועדת הערר.

78. אשר לטענה בדבר איחור בהגשת הערר, נוכח החשיבות שמצאנו בדיון בסוגיה הקניינית בנסיבותיו של מקרה זה, אנו סבורים כי אין צורך להכריע במחלוקת זו, וממילא קיימת הצדקה להארכת מועד של מספר ימים בדיעבד, ככל שדרושה כזו.

סוף דבר

79. הערר מתקבל בחלקו.

80. מסמכי הבקשה להיתר יתוקנו באופן שהבניה הקיימת תוצג במלואה וסימוני ההריסה יבוצעו באופן נהיר שמאפשר לזהות בנקל כל בנייה המיועדת להריסה.

81. ההיתר יינתן בשני שלבים – הריסת החלקים החורגים כשלב ראשון, ובניה (כהכשרה בדיעבד) כשלב שני. ההיתר לשלב השני יוצא רק לאחר אישור מחלקת הפיקוח של הוועדה המקומית שבוצעה הריסה מלאה על פי היתר ההריסה שניתן.

82. הוצאת היתר, לרבות לשלב הראשון, יותנה בקבלת חוות דעת קונסטרוקטיבית מלאה כמפורט בהחלטה זו לעיל וכנדרש לפי תקן 413, שתינתן בה התייחסות קונסטרוקטיבית גם לשלב ההריסה. ככל שעל פי חוות הדעת יידרשו חיזוקים נוספים לבניין, תובא הבקשה לדיון חוזר בפני הוועדה המקומית לשם בחינת החיזוקים הנדרשים וקבלת החלטה בהתאם.

ערר מס': בב/1010/0424

83. כמו כן, הוצאת היתר, לרבות לשלב הראשון, תותנה בקבלת חתימות דרושות של 75% מבעלי הזכויות ב- 26 היחידות הרשומות בבניין, בהתאם להחלטת המפקח וכמפורט בהחלטה זו לעיל.
84. למיותר לציין כי כל פיצול קיים בחדר על הגג ליחידות נפרדות יבוטל. יקבע תנאי בהיתר הבניה לפיו פיצול כאמור- ייאסר.
85. בשל האמור בסעיף 51 לעיל, לא מצאנו מקום להשית הוצאות על הוועדה המקומית. המשיב 2 יישא בהוצאות העוררים בסך 5,000 ₪ אשר ישולמו בתוך 30 ימים ממועד קבלת החלטה זו. לאחר תקופה זו יצטרפו הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

ההחלטה ניתנה פה אחד ביום: כ"ה שבט, תשפ"ה, 23/02/2025.



**רויטל אפלבוים, עו"ד
יו"ר ועדת ערר
מחוז תל-אביב**



**שקד נמני, עו"ד
מזכירת ועדת ערר
מחוז תל-אביב**