|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בחיפה** | | |
|  | | |
| עת"מ 11421-12-15 פולק גולומביק ואח' נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה חיפה ואח' | | 20 מרץ 2016 11421-12-15 |
|  | | |
| **השופטת** | ברכה בר-זיו | |
|  | | |
| **העותרים** | .1 לין פולק גולומביק .2 מרטין גולומביק .3 צפורה בן רחמים .4 ניסים בן רחמים .5 כוכבה מלמוד .6 דוד מלמוד .7 רות מקדסי .8 יצחק מקדסי ע"י עו"ד עידן גולדנברג ואח' | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיבים** | 1. ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה חיפה באמצעות פרקליטות מחוז חיפה (אזרחי) 2. הועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה באמצעות השירות המשפטי של עירית חיפה 3. רמי דנה 4. זוהר זוהרה מור יוסף דנה 5. אסף גלשטיין 6. גלית גלשטיין  ע"י עו"ד יעקב טורס עו"ד גב' קרן גולדשמידט עו"ד ניר סגל | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

1.בפני עתירה מינהלית על החלטת המשיבה מס' 1 , ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה חיפה (להלן: "ועדת הערר") מיום 3.11.15 בערר מס' 337/15, אשר דחתה ערר שהגישו העותרים על החלטת המשיבה מס' 2, הועדה המקומית לתכנון ולבניה "חיפה" (להלן: "הועדה המקומית") מיום 20.7.15 בתיק בנין 76/1543 , אשר אישרה את בקשת המשיבים 3-6 להיתר בניה ודחתה את ההתנגדות שהגישו העותרים.

2.העותרים והמשיבים 3-6 (אשר יקראו להלן ביחד: "המשיבים") הם בעלים של דירות בבית משותף ברחוב סורוקה 31 בחיפה, הידוע כחלקה 71 בגוש 10797 (להלן: "הבית").

3.ביום 11.12.13 הגישו המשיבים בקשה להיתר בניה לבניית תוספת שני ממ"דים ומבואה לדירותיהם בקומות ב' וג' בבית וכן פרגולה וכן לגליזציה לתוספת בניה בקומה ב'.

4.ביום 22.11.14 הגישו העותרים לועדה המקומית "התנגדות לבקשת שימוש בשטחים מהרכוש המשותף ובליטה למרווח צידי " בבית (להלן: "ההתנגדות"). במכתב ההתנגדות טענו העותרים כי הם מתנגדים לכל שימוש ברכוש המשותף על ידי המשיבים וכי אין בידי המשיבים את הרוב הדרוש בהתאם לחוק (68%) על מנת להוציא חלקים מהרכוש המשותף. בנוסף, טענו העותרים כי המשיבים מבקשים לבנות עם בליטה למרווח צידי מערבי ובכך יחסם המעבר מיציאת החרום של המקלט הנמצא בקומת הקרקע.

5.בישיבת ועדת המישנה של הועדה המקומית מיום 20.7.15 הוחלט לאשר את הבקשה, בתנאים.

6.במכתב הועדה המקומית לעותרים מיום 5.8.15 נמסר לעותרים כי הועדה משהה את הוצאת ההיתר ב- 30 ימים, על מנת לאפשר להם לפנות לערכאות המוסמכות.

7.ביום 10.9.15 הגישו העותרים, ערר על החלטת הועדה המקומית. בערר נטען כי הועדה המקומית התעלמה מהטענות של העותרים כמפורט בהתנגדות שהגישו, כי האישור פוגע בזכויות קנייניות של העותרים ברכוש המשותף ובעיקר כאשר הבניה המוצעת חוסמת את פתח המילוט מהמקלט הקיים בבית. נטען כי לא יתכן לאשר ממ"ד לדייר אחד ולשלול את המיגון מיתר הדיירים, על ידי חסימת המקלט.

8.הערר נידון על ידי ועדת הערר בישיבתה מיום 3.11.15, בה נטלו חלק העותר מס' 6, מר מלמוד דוד (להלן: "מלמוד"), ב"כ העוררים עו"ד י. גולדברג ועו"ד אסף אברהם, המשיבים ובא כוחם, עו"ד ניר סגל, ועורכת הבקשה. כמו כן השתתפה בישיבה הגב' לילי ברוור מטעם הועדה המקומית.

9.לאחר שהגב' ברוור הציגה את העובדות והפתרונות שהוצעו על ידי הוועדה המקומית חזר עו"ד גולדברג על הטענה בדבר חסימת פתח היציאה מהמקלט והביע התנגדות לפתרון המוצע (יציאה באמצעות סולם). הוא הוסיף כי "לגבי המצב הקנייני מסכים עם חברי נתדיין בבימ"ש השלום".

10.גם מלמוד התנגד לפתרון המוצע של הסולם וטען בנוסף כי: "יש פה עניין קנייני שעלו על השטח שלי, אני לא מבין איך אנחנו נעלה מלמטה בסולם נעבור החוצה נעלה על עוד סולם".

11.ועדת הערר החליטה לקבל את הערר באופן חלקי. בין היתר נקבע כי היציאה מהמקלט תעשה באמצעות סולם וכי על החניה הצמודה למשיבים תרשם זכות מעבר להולכי רגל ולדיירי הבנין בעת מילוט מן המקלט.

12.כאמור, בעתירה מבקשים העותרים לבטל את החלטות הוועדות ולא לאשר את הבניה המבוקשת על ידי המשיבים.

13.בד בבד עם הגשת העתירה הוגשה גם בקשה לסעד זמני אשר ימנע את התחלת העבודות על ידי המשיבים.

14.בישיבת יום 15.12.15 הסכימו הצדדים למתן הצו הזמני שיאסור את ביצוע עבודות הבניה עד הכרעה בעתירה ולאחר שכל ב"כ המשיבים הגישו תגובות לעתירה התקיים דיון נוסף, בסופו הוסכם כי יוגשו סיכומים בכתב בשאלות שבמחלוקת.

15.בעתירה ובעיקרי הטעון טען ב"כ העותרים כי החלטות הועדות התקבלו שלא כדין תוך פגיעה בסדרי מינהל תקינים וכללי הצדק הטבעיים, מבלי שהופעלו השיקולים הרלבנטיים וכאשר ההחלטות אינן מצויות במתחם הסבירות. ב"כ העותרים טען כי נפל בהליך פגם חמור היורד לשורשו של ענין – המצדיק את התערבות בית המשפט וביטול החלטות שתי הועדות – באופן המאפשר את הבניה שהתבקשה על ידי המשיבים.

16.ב"כ העותרים טען כי הבניה המבוקשת תחסום, הלכה למעשה, את יציאת החירום מהמקלט המשותף (תהיה יציאה באמצעות סולם חירום וזכות מעבר להולכי רגל על חניה של המשיבים) וכי שתי הועדות לא דנו כלל בנושא הקנייני ולא בדקו אם לבקשה יש תימוכין קנייניים (כאשר הבניה המבוקשת תבוצע על רכוש פרטי של מלמוד מבלי שהתקבלה הסכמת מלמוד והסכמת יתר הדיירים).

17.ב"כ העותרים טען גם כי החלטת ועדת הערר לפיה הפתרון ליציאה מהמקלט יהיה באמצעות סולם חורגת ממתחם הסבירות ועומדת בניגוד לדיני התכנון והבניה עצמם לרבות תקנות ההתגוננות האזרחית (מפרטים לבניית מקלטים), תש"ן-1990.

18.ב"כ העותרים טען כי העובדה שבא כוחם הקודם של העותרים אמר כי המצב הקנייני יידון בפני בימ"ש שלום, אינה פוטרת את הועדות לבדוק אם יש לבקשה תימוכין קנייניים, מה עוד שמלמוד עצמו התנגד לבניה על רכושו הפרטי. ב"כ העותרים טען כי הסמכות העניינית של הועדות לדון ולהפעיל שיקול דעת מחייבת לדון בענין ולהכריע בו וכי הימנעות מדיון יש בה משום הפרה של הדין בכלל ודיני הקנין בפרט.

19.ב"כ העותרים היפנה לפסק הדין בעע"מ 2832/09 הועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ. בני אליעזר (9.1.11) שם נקבע כי מתן היתר לבניה ברכוש משותף, בהיעדר תימוכין קנייניים, עלול להכשיר בניה מנוגדת לחוק המקרקעין ולהביא לפגיעה בזכויותיו של שותף בנכס. כן התייחס לפסק הדין בדנ"מ 668/11 בני אלעזר בע"מ נ. הועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים ( 24.7.11) שלטענתו, גם הוא תומך בטענות העותרים, ולפיו מוסדות התכנון רשאים לעכב דיון בבקשה כאשר מתעוררת שאלה קניינית מהותית הדרושה הכרעה, אך לשם כך עליהם לדון בשאלה האם מתעוררת שאלה קניינית מהותית הדרושה הכרעה והאם לדון בה – כאשר בעניינו הועדות לא דנו בענין זה .

20.ב"כ העותרים טען כי החלטת הועדות פוגעת בזכות הקניין של העותרים – זכות שנהנית ממעמד על על פי חוק יסוד :כבוד האדם וחרותו, וכי הועדות רמסו זכות זו ברגל גסה.

21.ב"כ העותרים טען כי יש לבטל את החלטות הועדות ולדון בסוגייה הקניינית או להחזיר את הדיון לועדות , על מנת שידונו בענין זה.

22.באשר להיבט הקנייני טען ב"כ העותרים כי המשיבים מבקשים לבנות בחלל הרום של מלמוד, בו אין למשיבים כל זכויות וכי בניה מעל חלל רום זה מהוה שינוי המצב הקיים תוך פגיעה באינטרס הציפיה וההסתמכות של העותרים בעת רכישת הדירה.

23.עוד טען ב"כ העותרים כי הבניה המבוקשת על ידי המשיבים אמורה להתבצע על רכוש משותף (הן זה שבין חניית משפחת דנה ובין קצה החלקה והן על גבי 3 קירות חיצוניים של הבית) וכי בניה שכזאת, שמשמעותה הוצאת חלקים מהרכוש המשותף, טעונה הסכמה של מי שבבעלותם 60% מהדירות (בענייננו 4.2. דירות). משהמשיבים לא קיבלו הסכמה כנ"ל – ממילא אין תימוכין קנייניים לבקשתם.

24.ב"כ הועדה המקומית טענה כי החלטת הועדה המקומית היא החלטה מקצועית המבוססת על אדנים תכנוניים ואין להתערב בה ומאידך ההליך בפני הועדה המקומית אינו הזירה המתאימה לבירור הטענות הקנייניות ובהיעדר כל טיעון תכנוני – אין עילה להתערב בהחלטת הועדה המקומית.

25.ב"כ הועדה המקומית טענה כי בהתאם לעמדת מוסדות התכנון, קיימים תימוכין קנייניים להגשת הבקשה – מאחר ולמשיבים יש זכויות בקרקע המשותפת וביחס למבואה הזיזיות המשמשת כמבואה לממד"ים הרי שהיא מוצעת בצמוד לקירות הבנין אשר גם בהם יש למשיבים זכויות קנין.

26.ב"כ הועדה המקומית היפנתה בענין זה להוראות תקנה 2א לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרותיו), תש"ל- 1970 (להלן: "התקנות") לפיהן תנאי להגשת בקשה להיתר "תהא חתימתו של בעל זכות בנכס, וכך גם ביחס לבית המשותף". עוד הוסיפה כי תקנה 2ב קובעת כי בעל זכות שלא חתם על בקשה להיתר זכאי לקבל העתק של הבקשה על מנת שיוכל להביע התנגדותו בפני הועדה המקומית – דהיינו לא קמה חובה מקדמית או בכלל להסכמת כל בעלי הזכויות ובמידה וקיימות התנגדויות – תדון בהם הועדה. בנוסף, לטענתה, תקנה 2ג' קובעת כי החלטת הועדה המקומית תונחה משיקולים תכנוניים הנובעים מהוראות החוק והתקנות לפיו בלבד. מכאן עולה, לטענתה, כי הועדה המקומית פעלה כדין כאשר קיבלה החלטה בבקשה חרף התנגדות השותפים בנכס (כאשר גזרת תחולת הוראת התקנות היא על תחום התכנון ושיקולי תכנון בלבד).

27.באשר להיבט התכנוני טענה ב"כ הועדה המקומית כי הממ"ד המבוקש אינו גורם לפגיעה תכנונית ביתר הדיירים והתניות שנקבעו על ידי הועדות מביאה לאיזון בין כל הדיירים. ב"כ הועדה המקומית טענה כי גם כיום פתח היציאה מהמקלט הינו לכיוון ולתוך החניה הקיימת, כי הועדה בחנה את כל ההיבטים התכנוניים.

28.באשר לטענה כי הבקשה אינה עומדת בדרישות תקנות ההתגוננות האזרחית טענה ב"כ הועדה המקומית כי בכל מקרה ההיתר מותנה באישור הרשות המוסמכת (פיקוד העורף), אשר ניתן.

29.ב"כ הועדה המקומית הוסיפה ופירטה את המדיניות הנוהגת באשר להוספת ממ"ד לדירות קיימות ואת הפסיקה הרלבנטית כאשר לטענתה, באיזון בין צרכי הבטחון המוכחים בהם הכיר המחוקק, ליתר זכויות הצדדים, ובהתחשב בכך שהבניה אינה עתידה לגרום אי נוחות או מטרד או הפרעה כלשהם, יש לדעתה להעדיף את שיקולי הבטחון ולאפשר למשיבים להקים את הממ"דים.

30.ב"כ ועדת הערר טען כי במישור התכנוני סמכה הועדה על החלטת הועדה המקומית, לאחר שזו סיירה במקום והשתכנעה כי אין מניעה תכנונית לאשר את הממ"ד ואת הפתרון שהוצע ליציאה מהמקלט. לטענתו, וועדות הערר נוטות לאשר הוספת ממ"ד תוך איזון בין הצורך הציבורי ובין הפגיעה ביתר הדיירים וכי במקרה דנן השתכנעה ועדת הערר כי לא נגרמה פגיעה לדיירים (כאשר מיקום היציאה מהמקלט אינו משתנה אלא שנוסף סולם נוסף וכאשר ועדת הערר דאגה להבטיח את זכויות יתר הדיירים בדרישה לרשום זיקת הנאה בדבר מעבר על שטח החניה של המשיבים).

31.באשר למישור הקינייני טען ב"כ ועדת הערר כי הוסכם על ידי העותרים והמשיבים בדיון בועדת הערר כי ההיבט הקנייני יידון בבית משפט השלום.

32.ב"כ ועדת הערר היפנה לפסק הדין בבג"צ 1578/90 אייזן נ. הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביבי 24.10.90, שם נקבע כי ועדת הערר רשאית שלא לדון כאשר אין תימוכין קנייניים – רשאית אך לא חייבת – דהיינו ועדת הערר רשאית להמשיך לדון בטענות התכנוניות אף שאינה מכריעה בטענות קנייניות, אותן יש לברר בערכאות מתאימות. ב"כ ועדת הערר טען כי הלכה זו לא שונתה בפסק הדין בענין בני אלעזר, אליו היפנה ב"כ העותרים.

33.ב"כ המשיבים טען כי ההיבט הקנייני נטען באופן לקוני וקצר בהודעת הערר, נזנח על ידי ב"כ העותרים בדיון בפני ועדת הערר ורק בעתירה זו הוא שב ועולה כהיבט מרכזי, תוך שהעותרים מביאים בפני בית המשפט ראיות וטענות חדשות שכלל לא הוצגו בפני ועדת הערר. בנסיבות אלה, לטענתו, אין מקום לטענת העותרים בעתירה כי טעתה ועדת הערר כאשר לא דנה בהיבט הקנייני.

34.ב"כ המשיבים טען כי גם מלמוד הסכים לבניית הממ"ד וטען רק כי יש להזיז את מיקומו ובקשתו התקבלה על ידי ועדת הערר.

35.ב"כ המשיבים טען כי פניית העותרים לבית המשפט נעשתה בחוסר תום לב ובחוסר ניקיון כפיים ולפיכך יש לדחות את העתירה.

36.ב"כ המשיבים טען לגופו של ההיבט הקנייני כי המשיבים רשומים כבעלי זכויות בחלקה ודי בכך כדי לבסס תימוכין קנייניים וכי אין זה מתפקידה של ועדת הערר לברר לעומק סוגיות קנייניות והסכמות אליהן הגיעו הצדדים. בנוסף, לטענתו, כאשר עוסקים בבית משותף, ומבקשי ההיתר הם בעלי זכויות הרשומים בלשכת רישום המקרקעין בשתי דירות בבית המשותף, קיים בסיס קנייני לבקשתם לתוספת בניה.

37.ב"כ המשיבים טען כי הגוף המוסמך לברר טענות אלה הוא בית משפט השלום ו/או המפקח על רישום בתים משותפים. ב"כ המשיבים הוסיף וטען כי בין העותרים והמשיבים הושגו הסכמות שונות בקשר לבניה, לאחר שגם העותרים ביצעו בניה ללא היתר ובאחת היחידות נעשה שימוש בניגוד להיתר.

38.ב"כ המשיבים טען כי זכויות דייר בבית משותף מסתיימות בחלל הרום של תקרת הדירה וכי לא ניתן למנוע בניית מרפסת זיזית בקומה גבוהה, מעל קרקע שהוצמדה לדירה בקומת הקרקע.

39.ב"כ המשיבים טען כי הג"א לא צורפה כמשיב לעתירה ולפיכך העותרים אינם יכולים לטעון נגד האישור שניתן על ידי הג"א לבנייה המבוקשת.

**דיון**

40.אקדים ואומר כי ככל שעסקנין בהיבט התכנוני לא מצאתי בהחלטת הועדה המקומית, כפי שאומצה בשינויים על ידי ועדת הערר, פגם המצדיק התערבות של בית משפט זה. ההלכה היא כי בית המשפט לעניינים מינהליים אינו שם את שיקוליו במקום שיקולי הרשות המקצועית וכי התערבות שיפוטית בהחלטת ועדת הערר, כגורם תכנוני-מקצועי, תיעשה במשורה, ותישמר בדרך כלל למקרים חריגים שבהם ההחלטה ניתנה תוך חריגה מעקרונות המשפט המנהלי, למשל תוך חריגה מסמכות, שלא בתום לב, משיקולים זרים או בחריגה ממתחם הסבירות [ עע"מ 3192/14 &rlm; &rlm; איירין רוס גרנות נ' האגודה שיתופית רמת רזיאל כפר שיתופי של תנועת חרות (30.11.15)}.

41.הדברים מקבלים משנה תוקף בנסיבות בפני כאשר הועדה המקומית ערכה ביקור בבית, בחנה את כל הנתונים בשטח והשתכנעה כי הפתרון התכנוני משביע רצון ומאזן באופן נכון בין השיקולים השונים – כפי שפורטו היטב בטיעוני הועדות. בנוסף, מאחר ועסקינן בתוספת ממדי"ם ושינוי אופן היציאה מהמקלט, ממילא נדרש אישור הרשויות המוסמכות (פיקוד העורף) לפתרון התכנוני המוצע.

42.יחד עם זאת, אני סבורה כי טעתה הועדה המקומית בקביעתה כי "המשיבים רשומים כבעלי זכויות בחלקה ודי בכך כדי לבסס תימוכין קנייניים וכי אין זה מתפקידה של ועדת הערר לברר לעומק סוגיות קנייניות". אכן, ההלכה היא כי אין זה מתפקידן של ועדות התכנון לדון בהיבטים קנייניים, אלא רק בהיבטים תכנוניים, אך כאשר על פניו אין למבקשי ההיתר (בענייננו- המשיבים) זכויות קנייניות, על הועדה המקומית להימנע מלדון בבקשה עד אשר יציגו מבקשי ההיתר אסמכתא לזכותם זו. בענייננו – אין בעובדה שהמשיבים רשומים כבעלי זכויות בשתי דירות בבית המשותף כדי להוות "תימוכין קנייניים" לזכותם לבנות על חלק מהרכוש המשותף.

43.בבג"צ 1578/90 הלן אייזן נ. הועדה המקומית לתכנון ולבניה (24.10.90) נמנעה הועדה המקומית מלדון בבקשה להיתר. מבקשת ההיתר הגישה עתירה נגד הועדה המקומית. בפני בית המשפט הגיעו הצדדים להסדר פשרה לפיו הועדה המקומית תמשיך לדון בבקשת ההיתר, כאשר במקביל כבר התנהל דיון בשאלות הקנייניות בבית משפט השלום.

בית המשפט נתן תוקף של פסק דין להסכם הפשרה, אך כבוד השופט ג. בך הוסיף כי:

**"אין אנו סבורים שהילכת בג"צ 879/89, הישימה גם לעובדות המקרה שלפנינו, מונעת בעד הועדות לתכנון ולבניה להחליט לפי שיקול דעתן מקום שעל פני הדברים אין למבקש זכויות בניה מבחינת דיני הקנין, שלא יתקיים דיון בבקשה כל עוד לא ניתן פסק דין מטעם בית משפט מוסמך הקובע שלמבקש זכות קניינית. הטעם לדבר:ביכולות הועדות להישמע בטענה שאין טעם שהן תקדשנה דיון סרק לשאלות התכנוניות המתעוררות כאשר נראה לכאורה שזכות הבניה, אם תאושר, אינה ניתנת למימוש.**

**לפיכך אם יוצא לכאורה מהחומר שהומצא על ידי המבקש או בעלי הקנין האחרים בנכס שאין למבקש זכות קניינית, תוכלנה הועדות להפנות את המבקש לבית המשפט המוסמך; מאידך גיסא, אם השאלות הקנייניות שנויות במחלוקת או אם יוצא שלכאורה יש למבקש זכויות**

**בניה מבחינת דיני הקנין או שבאין התנגדות לאחר שנשלחו הודעות כדין לזכאים, אין זכויות הקנין שנויות במחלוקת, תדונה הועדות בשאלות התכנוניות המתעוררות. בשום מקרה לא תכרענה הועדות בשאלות הקנייניות לגופו של הענין, הואיל והפונקציה המוטלת עליהן היא תכנונית בלבד.**

**אנו סבורים שבמקרה שלפנינו לא היתה הועדה המקומית רשאית לסרב לקבל את הבקשה להיתר בניה; מאידך גיסא לאור האמור לעיל וכשעמדת הועדות היא שלכאורה אין לעותרת זכות קניינית, הואיל ומדובר ברכוש משותף, רשאיות הן להפנות את העותרת לבית המשפט המוסמך. נאמר לנו שתובענה בדבר הזכויות הקנייניות כבר מתבררת כיום לפני בית משפט השלום; לפיכך יראו את הבקשה שהוגשה על ידי העותרת כאילו נתקבלה על ידי הועדה המקומית והרי היא תלויה ועומדת לפניה ומוסכם על הכל שאם וכאשר תוכרנה זכויותיה הקנייניות של העותרת בבית המשפט המוסמך לא תהיה מניעה לדיון לפני הועדות בהיבט התכנוני של הנושא.ההסדר האמור מקובל על בעלות הדין ואנו נותנים לו תוקף של פסק דין"**.

44.בעע"מ 2832/09 הועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ' בני אליעזר בע"מ (9.1.11) הוגשה בקשה לתוספת בניה על ידי הבעלים של מחצית הזכויות בקרקע. הועדה המקומית דחתה את הבקשה, בין היתר מהנימוק שלא התקבלה הסכמה לבניה של לפחות 75% מבעלי הזכויות בנכס. ועדת הערר, בפניה השיגה מבקשת ההיתר, קיבלה את הערר וקבעה בהיבט הקנייני כי "במצב דברים זה, בו אין מחלוקת לגבי זכותה הקניינית של המשיבה... אין מניעה לאשר את הבקשה, לגבי ארבע קומות, ללא הסכמתה".

עתירת הועדה המקומית לבית המשפט לעניינים מינהליים נדחתה והועדה הגישה ערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון. בערעור טענה הועדה המקומית כי "המשיבה לא הוכיחה זכות קניינית בנכס, שכן תכניתה כוללת פגיעה ברכוש המשותף ושינויו, ולשם כך נדרשת הסכמת השותפים בנכס. נטען גם, כי זכויות הבניה המיועדות למגרש הן בגדר נכס משותף, והמשיבה אינה רשאית לנצלן ללא הסכמת המשיבה 3; (3) לבסוף נטען, כי החלטת בית המשפט קמא מהוה התערבות בשיקול הדעת התכנוני של הועדה המקומית. בסיכומיה שבה המדינה והצטרפה לעמדת המערערת; לשיטתה, ועדות התכנון אינן נדרשות "לחקור בציציותיו הקנייניות של המבקש, וככל שישנה ראיה מינהלית מספקת לקיומה של זכות קניינית, על הועדות לדון בבקשה; אך במקרה זה בו מבקשת המשיבה לשנות מן היסוד את אופיו של הבית המשותף, ואת הזכויות ברכוש המשותף - קמה למוסדות התכנון עילה לסרב לדון בבקשה".

ערעור הועדה המקומית התקבל (לאחר שגם ועדת הערר הצטרפה לעמדתה, כאמור לעיל) ובפסק הדין קבע כבוד השופט א. רובינשטיין כי:

**"השאלה המרכזית שבפנינו עניינה כאמור האופן בו נדרשים מוסדות התכנון לנהוג מקום בו בקשת היתר מוגשת ללא הסכמת יתר בעלי הזכויות בנכס. אין חולק, כי סמכות מוסדות התכנון מוגבלת לדיון בשאלות תכנוניות, וכי אין הם מוסמכים לדון בשאלות קנייניות.... מקום בו הועדה סבורה, שאין בידי מבקש ההיתר "תימוכין קנייניים" לבקשה התכנונית (למשל, בקשה לבניה ברכוש המשותף), תעכב את הבקשה עד להכרעת הערכאה המוסמכת בסוגיה הקניינית. גישה זו נובעת הן מן הרצון למנוע דיוני סרק בהיבטים תכנוניים של הבקשה, שאפשר שכלל לא יהיו נתונים למימושו (ראו גם רע"א 4138/10 קלצוק נ' אורון (לא פורסם) פסקה ח'), והן מן השאיפה להימנע ממצבים בהם מוסדות התכנון יהיו מעורבים בשאלות קנייניות, שבהן - כאמור - אינם מוסמכים לדון. ההבחנה היא איפוא בין מקום שבו אין שאלה באשר לזכויות קנייניות, למקום שבו זכויות אלה לא הובהרו כנחוץ.**

**בספרות הוצע נימוק נוסף לגישה שננקטה בעניין אייזן, לפיו דיון על ידי מוסדות התכנון בהיבטים תכנוניים של בקשה הנעדרת "תימוכין קנייניים", עשוי להוביל להכשרתה בפועל של בנייה לא חוקית. כך למשל, מתן היתר בניה לבניה ברכוש המשותף, בהיעדר "תימוכין קנייניים" לעשות כן, עשוי להכשיר בניה המנוגדת לחוק המקרקעין ולהביא לפגיעה בזכויותיו של שותף בנכס. נטען, כי כדי למנוע מצב זה על מוסדות התכנון, לדון בהיבטים התכנוניים רק לאחר שהוכח היסוד הקנייני לבקשה (ראו מ' בניאן דיני מקרקעין עקרונות והלכות (2002), 755-754; ראו והשוו עע"ם 9057/09 איגנר נ' בן נון (לא פורסם), פסקה 30) נימוק זה יש בו - בכל הכבוד - טעם, וראו פרשת סטרולוביץ הנזכרת.**

**כדי להשיב לשאלה אם במקרה דנא מוסדות התכנון רשאים לעכב את הדיון בשאלות התכנוניות, עלינו איפוא לבחון אם למשיבה "תימוכין קנייניים" לבקשתה. נזכיר, כי לטענת המשיבה אין מחלוקת בנוגע לזכויותיה הקנייניות, ואילו לטענת הועדה המקומית והמדינה, בקשת המשיבה נעדרת "תימוכין קנייניים", ולכן יש לעכב את הדיון בבקשתה עד להכרעה בסוגיה הקניינית. אציין כבר עתה, לאחר התלבטות כנזכר, כי מקובלת עליי בסופו של יום עמדת הועדה המקומית, וזאת משום שהתכנית כוללת בניה ברכוש משותף וניצול זכויות בניה, באופן העלול לפגוע בזכויות המשיבה 3. אטעים כאן: יתכן שהשאלה הקניינית עשויה להיפתר במהירות סבירה בהליך שיפוטי באין הסכמה (כגון על-ידי פירוק השיתוף) - אך בהיעדר הסכמה לעת הזאת, קשה להלום "קיצור דרך", אשר יתכן כי יפגע בזכויות המשיבה, וכידוע מקום שבקניין ענייננו, זכות חוקתית היא (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו)"**.

כבוד השופט רובינשטיין המשיך ובחן בפסק הדין את מהותה הקניינית של זכות הבעלות במקרקעיןוקבע כי בניה על רכוש משותף אינה "ניהול או שימוש רגילים" של הבית המשותף ו"כל עוד לא הוצמד הרכוש המשותף לדירה מסוימת, אין בידי בעלי אותה דירה זכויות קנייניות בלעדיות בחלק מסוים מהרכוש....... ומכאן שאין להלום את טענות המשיבה, לפיהן ישנם "תימוכין קנייניים" לבקשתה. בהיעדר אלה, נראה כי מצויים אנו בגדרי פסק הדין בעניין אייזן, לפיו מוסדות התכנון רשאים לעכב את בקשת המשיבה ולהפנותה לערכאה אזרחית להכרעה בסוגיה הקניינית".

45.העותרת הגישה בקשה לדיון נוסף דנ"מ 668/11 &rlm; &rlm; בני אליעזר בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים וטענה (כפי שהובא בפסק הדין ) כי:

**"העותרת סבורה כי יש מקום לקיים דיון נוסף בפסק הדין. בין השאר, טוענת העותרת כי נקבעה בו הלכה חדשה, אשר לפיה בהיעדר הסכמה של יתר בעלי הזכויות בבית המשותף לא ניתן לדון בבקשה להיתר הבניה אשר מוגשת על-ידי אחד מבעלי הזכויות בבית. לשיטתה, מדובר בקביעות העומדות בניגוד להלכות קודמות של בית המשפט הזה, ובייחוד לדברים שנקבעו ב**[**בג"ץ 1578/90**](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ 1578/90) **אייזן נ' הועדה המקומית לתכנון לבניה ([פורסם בנבו], 24.10.1990) (להלן: פרשת אייזן). העותרת טוענת כי מדובר בהכרעה אשר תשפיע על כלל בעלי הזכויות בבתים המשותפים בישראל. וזאת, כך נטען, נוכח העובדה שלאמור, לשיטתה, בפסק הדין לכל בעל דירה בבית משותף תהיה "זכות וטו", שתאפשר לו למנוע ממי שמבקש היתר בנייה להוציא לפועל כל שיפור או תוספת רצויים. ואף מן הטעם הזה מוצדק, לשיטתה, לקיים במקרה זה דיון נוסף"**.

הבקשה נדחתה על ידי כבוד השופט א. ריבלין שקבע כי:

**"הכרעתו של בית המשפט במקרה שלפנינו נעוצה בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, ואף עולה בקנה אחד עם ההלכה המקובלת בעניין סמכותם של גופי התכנון להכריע בשאלות הקנייניות המתעוררות, לרבות הדברים שנקבעו בפרשת אייזן. בית המשפט בענייננו אף הבהיר כי "נראה כי מצויים אנו בגדרי פסק הדין בעניין אייזן, לפיו מוסדות התכנון רשאים לעכב את בקשת המשיבה ולהפנותה לערכאה אזרחית להכרעה בסוגיה הקניינית" [ההדגשה במקור]. אכן, כפי שאף הובהר בפסק הדין, עצם קיומן של התנגדויות מצד בעלי זכויות בנכס אינן מונעות – כשלעצמן – את קיום הדיון בבקשה להיתר בנייה. אלא שמוסדות התכנון רשאים יהיו לעכב את הדיון בבקשה, במקרים המתאימים לכך, כאשר מתעוררת שאלה קניינית מהותית הדרושה הכרעה. אין מדובר, אפוא, במקרה זה בהלכה חדשה בעלת השלכות רוחב שיצאה תחת ידו של בית משפט זה, אלא, בעיקרו של דבר – ביישומם של עקרונות יסוד בדיני התכנון והבניה המוכרים זה מכבר. בנסיבות המקרה שלפנינו אינו נמנה אם-כן על אותם מקרים נדירים ויוצאי דופן, שבהן נכון הוא ומוצדק לקיים דיון נוסף בפסק-דין של בית המשפט העליון"**.

46.התוצאה האופרטיבית אליה הגיע כבוד השופט רובינשטיין היתה:

**"לקבל את הערעור ולקבוע, כי לא ניתן לאשר את הבקשה כפי שהוגשה, והדיון בה יוחזר לועדה המקומית; נוכח היעדרם של "תימוכין קנייניים", תדון הועדה בבקשה (בהיבטיה התכנוניים) לאחר שיוסדרו הסוגיות הקנייניות, לרבות חלוקת זכויות הבניה"**.

והיא מתאימה גם בענייננו. ככל שמדובר בבניה על הרכוש המשותף - אמנם הועדה המקומית וועדת הערר כבר דנו בהיבט התכנוני, ועל פניו אין לשנות את קביעותיהם בהיבט זה , אך ההחלטה ליתן את ההיתר דינה להתבטל עד אשר המשיבים ימציאו בפני הועדה המקומית את "התימוכין הקנייניים" הראויים לזכותם לבנות על הרכוש המשותף ו/או לבצע בו כל שינוי שהוא.

47.ב"כ הועדה המקומית וועדת הערר טענו כי העותרים הסכימו שלא להתדיין בפני ועדת הערר בהיבט הקנייניו אולם הדיון בפני ועדת הערר כלל אינו רלבנטי משקבעתי כי מלכתחילה לא היה מקום להוצאת ההיתר על ידי הועדה המקומית קודם להכרעה בהיבט הקנייני.

48.למעלה מהעניין אוסיף, כי בהעדר הסכמה מפורשת של העותרים, המהווים רוב של הרכוש המשותף, אין באמירתו של ב"כ העותרים בפני ועדת הערר כדי להוות הסכמה לביצוע הבניה והסכמתו כי "לגבי המצב הקנייני מסכים עם חברי נתדיין בבימ"ש השלום" אין בה כדי לקבוע כי על העותרים דוקא היה לפנות לבית משפט השלום על מנת שיכריע "במצב הקנייני" ונוכח האמור לעיל – הפניה לבית משפט השלום או למפקח על הבתים המשותפים לשם הכרעה במצב הקנייני צריכה להעשות על ידי מבקשי ההיתר (בענייננו – המשיבים) שעליהם נטל הוכחת "התימוכין הקנייניים" בפני הועדה המקומית.

49.מכל האמור – אני מקבלת את העתירה ומבטלת את החלטת הועדה המקומית וועדת הערר לאשר את בקשת המשיבים להיתר בניה .

50.המשיבים 3-6 (ביחד ולחוד) ישלמו לעותרים (ביחד ולחוד) שכ"ט עו"ד בסך 10,000 ₪ ומע"מ.

**ניתן היום, י' אדר ב' תשע"ו, 20 מרץ 2016, בהעדר הצדדים.**

