

מדינת ישראל
משרד הפנים - יחידת סמך
ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה
מחוז תל אביב

12 דצמבר 2023
כ"ט כסלו תשפ"ד

באמצעות דואר רשום + פקס

לכבוד

פיה רענני 181 אח'
ע"י עו"ד שחר פטל

(בפקס : 03-6844881)
(בדואר : מרמורק 4, תל אביב)

דוראל שרל

(בדוא"ל : charles@dorell.co.il)
(בדואר : ויתקין 24, תל אביב)

גולדנברג אלון

(בדוא"ל : along99@gmail.com)
(בדואר : אפטר יעקב 11, תל אביב)

רוזנפלד סמדר

(בדוא"ל : rosenfeldsmadar@gmail.com)
(בדואר : אפטר יעקב 11, תל אביב)

ו. מקומית לתכנון ובניה תל-אביב
ע"י מחלקת רישוי
ע"י המחלקה המשפטית

(בפקס : 5212939)
(בפקס : 7240113)

א.ג.נ.,

הנדון : תיק ערר תא/1027/0223
כתובת : אפטר יעקב 11, 11א', תל אביב
גוש: 7222 חלקה: 52

הנני מתכבדת להודיעכם, כי ביום 12/12/2023 ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה
מחוז תל-אביב נתנה החלטתה בתיק שבכותרת, אשר העתקה מצ"ב.

בכבוד רב,
מזכירות ועדת ערר
מחוז תל-אביב

כתובת: מען למכתבים: קבלת קהל ומענה טלפוני: טלפון: פקס:
המסגר 9 (בית אמפא) קומה 1 תל-אביב
ת.ד 7176 מיקוד 6777658
ימים א', ב', ג', ה' 8:00-14:00 יום ד' 08:00-16:30
03 – 7515084 שלוחה 1
03 – 7515086

מדינת ישראל
משרד הפנים - יחידת סמך
ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה
מחוז תל אביב

תיק ערר: תא/1027/0223
גוש: 7222 חלקה: 52
כתובת הבניה: אפטר יעקב 11, 11א', תל אביב

הרכב הוועדה:

עו"ד אפרת דון-יחייא סטולמן - יו"ר הוועדה
מר ניסים ארזי - נציג ציבור
גב' דורית רגב - נציגת מתכנן המחוז

העוררים:

פיה רענני ו-18 אח'-
ע"י ב"כ עו"ד שחר פטל

- נגד -

המשיבים:

1. הוועדה המקומית לתכנון ובניה - תל אביב-יפו
המשיבה 1 ע"י ב"כ עו"ד רויטל אטיאס ואח' - השירות
המשפטי
2. דוראל שרל
3. גולדנברג אלון
4. רוזנפלד סמדר

תאריך הישיבה:

יום חמישי, ג' בכסלו תשפ"ד, ה- 16/11/23

החלטה

1. לפנינו ערר שהוגש על החלטת רשות הרישוי של הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב יפו (להלן: **הוועדה המקומית**), שאישרה בקשה להיתר להקמת 14 מרפסות חדשות תלויות ומקורות, ולהגדלת שטח של 19 מרפסות קיימות בבניין שלו שתי כניסות ומצוי ברחוב אפטר 11 ו-11א. בבניין 68 דירות, והבקשה להיתר הוגשה על ידי בעלי זכויות ב-26 דירות בלבד. חלק מהמרפסות המוצעות, וחלק מההרחבות המוצעות הן 'ללא גישה',

שכן בעלי הדירות באותן דירות אינם מעוניינים בהרחבת דירתם באמצעות תוספת מרפסת או הרחבת המרפסת הקיימת בדירתם.

בהיתר המקורי (1987) אושרו בבניין מרפסות לסירוגין ('מרפסות קופצות'), ובבקשה מושא הערר מוצעת תוספת שטחי הבניה מכוח הוראת המעבר שבתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים) (תיקון) התשס"ח-2008. תכנון המרפסות הוא בהתאם לקווי הבניין שלפי התוכניות החלות על המקרקעין. הבקשה מציעה תוספת של מרפסות (והרחבות) רק לדירות האגף הצפוני של הבניין, בעוד שבאגף הדרומי לא מוצעות מרפסות. לבקשה הוגשו התנגדויות על-ידי בעלי דירות ב- 11 דירות מתוך 68 דירות. המתנגדים הם בעלי דירות שחלקן ממוקם באגף הצפוני שבו מוצעות מרפסות, וחלקם באגף הדרומי, שלדירותיו לא מוצעות מרפסות. להתנגדות שהוגשה ביום 27.9.2022 על-ידי אחד מהמתנגדים (המצוי באגף הצפוני שם מוצעות מרפסות), צורף מכתב מיום 26.11.2021 הממוען אל נציגות הדיירים, שכותרתו 'הודעה על התנגדותם של יותר מרבע מבעלי הדירות בבניין לפרויקט המרפסות', והוא חתום על ידי בעלי זכויות ב-20 דירות בבניין.

ביום 29.1.2023 החליטה הוועדה המקומית לאשר את הבקשה להיתר. ביחס להתנגדויות נאמר בהחלטה:

*לדחות את ההתנגדויות, שכן בנית מרפסות מבוקשת בכניסה נפרדת / אגף אחד הצפוני בבניין שמורכב מ- 2 אגפים ולפי הנחיות מרחביות תותר תוספת מרפסות בעת ובעונה אחת לכל הדירות באותה החזית / אגף.
כמו כן לבקשה ניתנו 26 הסכמות מתוך 68 יח"ד ב- 2 כניסות (לא כולל דירת שומר שהינה רכוש משותף) מהווה 38.2% הסכמות מכל בעלי הדירות בבניין והוגשו 11 התנגדויות מ- 2 כניסות בבניין שמהווה 16% מכלל בעלי הזכויות, ועל כך יש התכנות קניינית לבקשה*

2. הערר שלפנינו הוגש על-ידי בעלי זכויות ב- 14 דירות. לטענת העוררים הבקשה נעדרת תימוכין קניינים, ומשכך היה על הוועדה המקומית להימנע מלדון בה, ולא ניתן היה לאשרה. לטענת העוררים בהתאם להוראות חוק המקרקעין התשכ"ט-1969 (להלן: **חוק המקרקעין**) נדרשת הסכמה של 75% מבעלי הזכויות ששני שלישי מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם. לטענת העוררים במקרה הנדון הבקשה לא הוגשה על-ידי הרוב האמור, שכן גם אם נתייחס למצוין בפרוטוקול ההחלטה, לפיה הבקשה הוגשה על-ידי בעלי זכויות ב- 26 דירות, מדובר ב- 38.2% בלבד. בנוסף טוענים העוררים כי לפי סעיף 71 לחוק המקרקעין, נדרש היה לצרף הסכמה פוזיטיבית באמצעות הגשת פרוטוקול אסיפה, ואילו מעיון בפרוטוקול האסיפה הכללית מיום 3.10.2021 עולה שהיתה קיימת התנגדות ואי הסכמה לקידום הבקשה להיתר. בנוסף טוענים העוררים כי לבקשה גם הוגשו התנגדויות על-ידי בעלי זכויות ב- 20 דירות, המהווים שיעור של 29% מהדירות בבניין, דהינו שיעור מתנגדים שמהווה 'גוש חוסס' (העולה על 25%) לבקשה להיתר. לטענת העוררים, בהתאם לפסיקה החלה, ועדות התכנון לא ידונו בבקשות הנעדרות תימוכין

קנייניים, בין השאר בשל החשש מדיון סרק. העוררים מפנים לפסיקת בית המשפט בבג"צ 1578/90 בעניין הלן אייזן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב [ניתן ביום 24.1.1990], עע"מ 2832/09 בעניין הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' בני אליעזר [ניתן ביום 09.01.2011], וכן לעע"מ 795/19 בעניין קנרוט טליאט נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב [ניתן ביום 15.7.2020]. לטענת העוררים, בהעדר הסכמה פוזיטיבית של הרוב הדרוש בעניין – ועדות התכנון לא ידונו בבקשות נעדרות תימוכין קנייניים, בין השאר בשל החשש מדיון סרק. לטענת העוררים, בנסיבות אלו הדיון שקיימה הוועדה המקומית בבקשה להיתר – נעדר סמכות ודינו בטלות.

3. לטענת הוועדה המקומית כל טענות העוררים הן קנייניות ואין אפילו טענה תכנונית אחת. ביחס להיבט הקנייני טוענת הוועדה המקומית כי הבקשה הוגשה בחתימת 26 בעלי זכויות מתוך 68 המהווים 38.2% מבעלי הזכויות בדירות בבניין. לטענת הוועדה המקומית הוגשו התנגדויות על-ידי בעלי זכויות ב-11 דירות בלבד, המהווים 20% מתנגדים מתוך 68 דירות. לטענת הוועדה המקומית אין לראות במכתב מיום 26.11.2021 שנשלח לנציגות הדיירים (שצורף לאחת ההתנגדויות כאמור לעיל), ובו חתימות של בעלי זכויות ב-20 דירות בבניין באגף הדרומי - כהתנגדות שהוגשה כדיון. לטענתה רק במי שהגיש לוועדה המקומית את התנגדותו לבקשה להיתר – יש להכיר כמתנגד.

לטענת הוועדה המקומית אין מניעה לאשר בקשה שאינה מלווה בהסכמה הנדרשת בהתאם להוראות חוק המקרקעין. בהתאם לתקנה 36 לתקנות התכנון והבניה (רישוי בניה), התשע"ו-2016 (להלן: **תקנות הרישוי**), בעל זכות במקרקעין יכול להגיש בקשה, ולשלוח הודעה על הגשתה חלף קבלת הסכמה פוזיטיבית של יתר בעלי הזכויות. ככל שזה המצב, אנו נכנסים לגדרה של ההלכה שנקבעה בעניין הלן אייזן לפיה קיים שיקול דעת למוסדות התכנון האם לדון בבקשה. לטענת הוועדה המקומית הלכת הלן אייזן לא בוטלה, ולעניין זה מפנה הוועדה המקומית לדנ"מ 668/11 בעניין בני אליעזר בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים [ניתן ביום 24.7.2011], וכן לפסיקה מהעת האחרונה, עע"מ 4440/21 בעניין יהלומית פרץ נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום [ניתן ביום 29.8.2022]. לטענת הוועדה המקומית בהתאם לפסיקה, את הבחינה יש לבצע ביחס לכל מקרה ומקרה. בהתאם לזאת, במקרה הנדון שמעה הוועדה המקומית את המתנגדים והפעילה שיקול דעת, ומצאה שאין מניעה מלאשר את הבקשה להיתר. לטענת הוועדה המקומית מבדיקה מהותית של הבקשה עולה כי אין כל פגיעה בזכויות הבנייה של יתר בעלי הזכויות בבניין. השטחים מבוקשים בהתאם להוראות תקנות חישוב שטחים, לפיהן כל דירה זכאית לקבל גזוזטרה בשטח של 12 מ"ר, והשטחים המבוקשים בבקשה מושא הערר לא באים על חשבון בעלי זכויות שדירתם לא מורחבת באמצעות מרפסת. בנוסף, מבחינה תכנונית נמצא שהבקשה תואמת את התוכניות החלות, ואת ההנחיות המרחביות, שכן מדובר במרפסות אחידות ברצף קומות

מלמטה למעלה ולכן ניתן לאשרן. נוכח כל זאת החליטה הוועדה המקומית שלא לעכב את הדיון התכנוני בבקשה להיתר.

דיון והכרעה

4. בהתאם להוראות סעיף 152(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: **חוק התכנון**), זכות להגיש ערר מוקנית למגיש בקשה להיתר שבקשתו נדחתה, או למי שהגיש התנגדות לפי הוראות סעיף 149(א) לחוק, והתנגדותו נדחתה. אין זהו המצב בענייננו. משהוועדה המקומית מצאה שהבקשה אינה חורגת מהוראות התוכניות (נושא שאינו נתקף במסגרת הערר), הרי שלא קיימת בידי העוררים הזכות להגיש ערר לוועדת הערר.

יחד עם זאת, משהובא העניין לפתחינו, ונוכח השאלה העקרונית המתעוררת מהסוגייה שלפנינו, מצאנו לומר את הדברים הבאים –

5. לטענת הוועדה המקומית הוראות חוק התכנון ותקנות הרישוי, אינן אוסרות על הגשת בקשה להיתר, גם אם היא נעדרת הסכמת בעלי הזכויות במקרקעין בשיעור שנקבע בחוק המקרקעין. מכאן לומדת הוועדה המקומית שאין קושי ומניעה מדיון ואישור בקשה הנעדרת הסכמתם של בעלי זכויות במקרקעין, ובלבד שהיא הוגשה על ידי מי שיש לו זכות במקרקעין. האמור אינו מקובל עלינו.

אכן, הוראות חוק התכנון ותקנות הרישוי לא אוסרות על הגשת בקשה להיתר הנעדרת את ההסכמות הנדרשות למימושה בהתאם להוראות חוק המקרקעין. הוראות תקנה 36 לתקנות הרישוי קובעות כי:

"(א) לא תוגש בקשה להיתר אלא אם כן ניתנה הסכמתם של כל בעלי הזכויות במקרקעין..."

בתקנה 36(ו) הוגדר מיהו "בעל זכויות במקרקעין" בבית משותף:
(3) בבית משותף, כל בעלי הדירות בבית המשותף או חוכריהן או נציגות הבית המשותף;

ובתקנה 36(ב) נקבע, שבמקרה שהוגשה בקשה בהעדר ההסכמות של כלל בעלי הזכויות במקרקעין, יידרש הליך יידוע ליתר בעלי הזכויות במקרקעין:
(ב) לא ניתנה הסכמתו של מי מבעלי הזכויות במקרקעין, ישלח לו מבקש ההיתר הודעה בדבר הגשת הבקשה להיתר; ...

דהינו, התקנות מתירות רק למי שיש זיקה למקרקעין – להגיש בקשה להיתר. ככל שהבקשה הוגשה על-ידי מי שיש לו זיקה למקרקעין, אולם שלא על-ידי כל בעלי הזכויות במקרקעין – יש להעביר את הבקשה לידיעתם כתנאי להגשתה. קיומה של זיקה למקרקעין מקימה את הזכות להגיש בקשה להיתר במקרקעין. אולם בטרם יחליט מוסד

התכנון אם לאשר את הבקשה להיתר קובעת הפסיקה (עליה נעמוד בהרחבה) כי על מוסד התכנון להידרש גם לבדוק אם בידי מגיש הבקשה קיימים תימוכין קנייניים לבקשתו. יובהר שקיומה של זיקה למקרקעין אינה מלמדת בהכרח על קיומם של תימוכין קנייניים. זיקה למקרקעין משמעה שיש למגיש הבקשה זכויות קנייניות כלשהן במקרקעין, ולפיכך יש לקבל (קליטת בקשה) בקשה שהגיש. לעומת זאת, קביעה שיש למגיש הבקשה תימוכין קנייניים מחייבת בדיקה בעניין הזכאות של מגיש הבקשה לממש את הבקשה להיתר בהתאם להוראות החוק בהיבט הקנייני. ודוק, בכל הפסיקה העוסקת בסוגיית התימוכין הקנייניים (אליה מפנים הצדדים), לא היתה מחלוקת כי בידי מגיש הבקשה קיימת זיקה למקרקעין. כלומר, בידיו היו זכויות מסוימות במקרקעין, והוא רשאי היה להגיש את הבקשה להיתר. הדיון התמקד בשאלה אם המגיש הוכיח כי בידיו תימוכין קנייניים למימוש ההיתר, ומה הדין אם לא הצליח להראות על קיומם של תימוכין קנייניים למימושו כאמור.

6. הפסיקה בעניין הלן אייזן חידשה שעל אף שסוגיית האפשרות לממש בקשה להיתר היא סוגיית קניינית – יש למוסד התכנון סמכות לעסוק בה על מנת לבחון אם יש מקום לדון בבקשה להיתר. בעניין הלן אייזן קבע בית המשפט העליון כי ההלכה שנקבעה בבג"צ 879/89 בעניין בנייני ט.ל.מ. נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון [ניתן ביום 19.7.1990] אינה -

מונעת בעד הועדות לתכנון ולבניה להחליט לפי שיקול דעתן מקום שעל פני הדברים אין למבקש זכויות בניה מבחינת דיני הקניין, שלא יתקיים דיון בבקשה כל עוד לא ניתן פסק דין מטעם בית משפט מוסמך הקובע שלמבקש זכות קניינית. הטעם לדבר: ביכולת 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 הקניין 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 הקניין או שבאין התנגדות לאחר שנשלחו הודעות כדין לזכאים, אין זכויות קניין שנויות במחלוקת, תדונה הועדות בשאלות התכנוניות המתעוררות. בשום מקרה לא תכרענה הועדות בשאלות הקנייניות לגופו של העניין, הואיל והפונקציה המוטלת עליהן היא תכנונית בלבד

בעניין הלן אייזן קבע בית המשפט שמוסד התכנון חייב היה לקבל את בקשה להיתר באותו מקרה (קליטת בקשה שהוגשה). בית המשפט חידש לצד זאת שמוסד התכנון רשאי (קרי, מוסמך⁴) היה לבחון אם בידי מגיש הבקשה תימוכין קנייניים. זאת על מנת

¹ ר' הבהרת בית המשפט לעניינים מנהליים בעניין קנרוב טליאט (פסקה 46 לפסק הדין): כי אף שהלשון שבה נקטו פסקי הדין, היא לשון רשות, מחובתם של מוסדות התכנון לשקול את סוגיית "ההיתכנות הקניינית" ולעכב את הדיון התכנוני במקרה המתאים; וספק אם כלל רשאים מוסדות התכנון להתעלם משיקול זה ורשאים לוותר על הפעלת סמכותם לעכב את הדיון התכנוני בהעדר היתכנות קניינית, מתוך מחילה על זכותם להימנע מדיוני סרק.

שלא יתקיים דיון (תכנוני) בבקשה להיתר כל עוד אין בידי המבקש זכות קניינית למימוש הבקשה להיתר. מטרת הבדיקה הקניינית היא שמוסד התכנון לא יאשר בקשה שאינה ניתנת למימוש. ככל שמדובר בבדיקה פשוטה (מקום שעל פני הדברים) בעניין קיומה של זכות קניינית, מוסמך מוסד התכנון לבצעה, ולקבוע שלא לקיים את הדיון בבקשה עד להכרעת הערכאה המוסמכת. ככל שיוצא שלכאורה יש למבקש זכויות בניה מבחינת דיני הקניין או אם השאלות הקנייניות שנויות במחלוקת, ובהינתן שבשום מקרה לא תכרענה הועדות בשאלות הקנייניות לגופו של העניין - יקיים מוסד התכנון את הדיון התכנוני.

בעניין הלן אייזון הטעים בית המשפט כי הצורך בבדיקה קניינית הוא שאין טעם שוועדות התכנון תקדשנה דיון סרק לשאלות התכנוניות המתעוררות כאשר נראה לכאורה שזכות הבניה, אם תאושר, אינה ניתנת למימוש. בהמשך הבהירה ועיבתה הפסיקה את הטעמים בצורך לוודא כי בידי מגיש הבקשה תימוכין קנייניים. נפנה לדברים שנקבעו בע"מ 2832/09 בעניין הועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ' בני אליעזר בע"מ [ניתן ביום 19.1.2011] המבוססים בין היתר על הפסיקה בעניין הלן אייזון (הדגשה אינה במקור):

מן האמור עולה, כי 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 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.

יד. בספרות הוצע נימוק נוסף לגישה שנקטה בעניין אייזון, 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 עקרונית והלכות (2002), 754-755; ראו והשוו עע"ם 9057/09 איגנר נ' בן נון, פסקה 30) נימוק זה יש בו - בכל הכבוד - טעם, וראו פרשת סטרולוביץ הנזכרת.

כז. ... כפי שהוסבר, דיון בהיבטים תכנוניים של בקשה בלא תימוכין כאלה עלול להביא לדיוני סרק, ואולי אף - לאו דווקא במקרה דנא - לעידוד בניה בלתי-חוקית, ומשכך צודקות בסופו של יום המערערת והמדינה בעמדתן, כי מוסדות התכנון רשאים היו לעכב את הדיון בבקשת המשיבה עד להכרעה בסוגיות אלה. סבורני, כי עמדה זו מובילה גם לתוצאה רצויה

של מעין "תמיכה הדדית" בין דיני הקניין לדיני התכנון והבנייה, אשר כשלעצמי אני רואה בה חשיבות, וכך נזדמן לי לומר בעבר "אך פשיטא שהמצב הנכון והרצוי הוא כי שני המסלולים, הקנייני והתכנוני - ילכו יחדיו, כי במהות לכך נועדו" (ראו רע"א 10165/06 כאסתירו נ' אטל פסקה ז'; פרשת סטרולוביץ הנזכרת).

בעניין בני אלעזר חזר והבהיר בית המשפט שבידי מוסדות התכנון סמכות לבחון אם למגיש הבקשה תימוכין קנייניים. במקום שמוסד תכנון מצא שאין בידי מגיש הבקשה 'תימוכין קנייניים' יעכב מוסד התכנון את הדיון התכנוני. ובמקרה שבו לא ברור אם יש בידי מגיש הבקשה תימוכין קנייניים, כמו במקרה שבו קיימת מחלוקת בדבר ה'תימוכין הקנייניים' – מוסמך מוסד התכנון לעכב את הדיון התכנוני עד להכרעה בסוגייה הקניינית:

טו. 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 בסוגייה הקניינית. אציין כבר עתה, לאחר התלבטות כזו, 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 ענייני, זכות חוקתית היא (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

הדברים חודדו עוד בעניין קנרוב טליאט. לצורך כך ראוי לעיין גם בפסק דינו המפורט של בית המשפט לעניינים מנהליים בעת"מ 70277-05-18 בעניין קנרוב טליאט נ' ועדת ערר לתכנון ולבנייה מחוז תל אביב [ניתן ביום 18.12.2018]. פסק דין שערער שהוגש עליו נדחה על ידי בית המשפט העליון ביום 15.7.2020 במסגרת עע"מ 795/19 שאזכר לעיל.

7. לטעמינו, במקרה הנדון ברור שלא קיימים בידי מגישי הבקשה תימוכין קנייניים למימוש הבקשה להיתר. אכן הלכה היא שאין מוסד תכנון הערכאה המוסמכת להכריע בטענות ובשאלות קנייניות שמעלים הצדדים בעניין. אלא שלטעמינו, במקרה הנדון, הבחינה אם בידי מגישי הבקשה תימוכין קנייניים, היא בדיקה פשוטה ולא מורכבת. בהתאם לפסיקה בעניין, מוסד התכנון מוסמך לבחון אם בידי מגיש הבקשה 'תימוכין קנייניים', כדי שלא לקיים דיון בבקשה להיתר שאין לה את התימוכין הקנייניים. כאשר על פני הדברים ברור שאין למגיש הבקשה זכות מבחינה קניינית לממש את הבקשה להיתר, לא נדרש להעביר את השאלה להכרעה לערכאה אחרת, על מנת לקבוע שהוא מעכב את הדיון בבקשה להיתר.

במסגרת הבקשה להיתר מוצעת הרחבת דירות בבניין, ושינוי ברכוש המשותף. החלוקה והיחסים בין בעלי הזכויות בבית משותף הוסדרו בחוק המקרקעין. חוק המקרקעין קובע הוראות מיוחדות ביחס לרוב הדרוש לצורך פעולות בבית משותף, תוך שהוא מקל לעומת ההסדרים החלים בשותפות רגילה במקרקעין. בכלל זאת קובע חוק המקרקעין בסעיף 71 הוראות מקלות ביחס לאפשרות להוציא חלקים מסוימים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה מסוימת לשם הרחבת אותה דירה. הוראות סעיף 71ב(א)(1) לחוק המקרקעין קובעות (ההדגשה אינה במקור):

על אף הוראות סעיף 62(א) סיפה, או סעיף 12(ב) לתקנון המצוי שבתוספת, רשאים מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות ושני שלישים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, להחליט בדבר הוצאה של חלקים מסוימים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה פלונית, לשם בניה שמטרתה הרחבת אותה דירה, וכן להחליט בדבר חלוקת זכויות הבניה הנדרשות לצורך זה, ואולם, היה נושא ההחלטה כאמור הרחבת דירה פלונית אחת או יותר לשם בניית מרחב מוגן דירתי או מרחב מוגן קומתי, רשאים להחליט על כך מי שבבעלותם שישים אחוזים מהדירות;

הסכמות של בעלי זכויות בשיעור כאמור מהווים תנאי הכרחי למימוש הבניה המוצעת במסגרת הבקשה להיתר מושא הערר. מגישי הבקשה להיתר לא הצביעו על קיומם של הסכמות בשיעור כאמור. בידיהם הסכמות של בעלי זכויות ב- 26 דירות, המהווים 38.3 אחוז מהדירות בלבד, ולפיכך, בשלב זה, הם אינם רשאים לממש את הבקשה להיתר. מכאן שמגישי הבקשה להיתר לא הצליחו להראות תימוכין קנייניים לבקשה להיתר מושא הערר.

8. במקרה שלפנינו, על אף שהבקשה נעדרה הסכמה פוזיטיבית בשיעור הקבוע בחוק המקרקעין, לא נמנעה הוועדה המקומית מלדון ולאשר אותה. לשיטת הוועדה המקומית, בהתאם לפסיקה בעניין, גם במקרה שנמצא שאין תימוכין קנייניים, יש למוסד התכנון שיקול דעת אם לקיים את הדיון ולאשר את הבקשה. כאמור, אנו סבורים שבהתאם לפסיקה בעניין, בהעדר תימוכין קנייניים למימוש הבקשה להיתר – ראוי כי ככלל יימנע מוסד התכנון מקיום הדיון התכנוני. יחד עם זאת, נתייחס לטענת הוועדה המקומית מדוע מצאה לנכון לקיים את הדיון על אף העדר תימוכין קנייניים.

לטענת הוועדה המקומית היא מוסמכת להפעיל שיקול דעת במקרה שבקשה לא הוגשה על-ידי 75% מבעלי הדירות. במקרה שלפנינו שקלה הוועדה המקומית את הנסיבות ומצאה שלא לעכב את הדיון התכנוני. לטענתה מכיוון שמדובר בבקשה להיתר שמוסיפה שטח לבניית מרפסות מבלי שהיא גורעת זכויות מבעלי זכויות אחרים בבניין, הרי שעל אף שהיא נעדרת הסכמות למימושה לפי חוק המקרקעין, לא היה מקום לעכבה. עוד טוענת הוועדה המקומית, כי שונה המצב ביחס למקרים בהם הדרישה להסכמת בעלי הזכויות מעוגנת בתוכנית החלה, כגון הוראות תוכנית תא/ג'1, כפי שנדון בעניין קנרוב טליאט. ניתן להבין מתגובת הוועדה המקומית שבמקרה שבו להבנתה לכאורה אין

פגיעה ביתר הדיירים, ניתן לדון ולאשר את הבקשה גם בהעדר תימוכין קניינים. כמו-כן מתגובתה עולה שכאשר מדובר בבקשה להיתר מכוח תוכנית ספציפית – תוכנית תא/ג1 - והבקשה אינה מלווה בהסכמה פוזיטיבית של 75% – יידחה הדיון. עמדה זו מתבססת על עמדת הוועדה המקומית כפי שנהגה בעניין קנרוב טליאט. אולם אנו סבורים כי פסק הדין בעניין קנרוב טליאט (והפסיקה שניתנה לאחר מכן) מצדיק דווקא את החלטה על בסיס רחב יותר של מקרים, וכי החלטה על בנייה מכוח תוכנית ג/1 בלבד, שגויה. נסביר.

בעניין קנרוב טליאט החליטה הוועדה המקומית לעכב קידומה של בקשה להיתר להרחבת דירה על ידי בניית חדרים על הגג, הנעדרת הסכמה פוזיטיבית מטעם הרוב הדרוש. כאמור, הדרישה להסכמה כאמור צוינה גם בהוראות תוכנית תא/ג1. נזכיר שבעניין קנרוב טליאט לא הוגשו לבקשה להיתר התנגדויות. אלא שגם לא הוצגו הסכמות מאת מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות בבית המשותף. ערר שהוגש על החלטתה נדחה על ידי ועדת הערר. עתירה מנהלית שהוגשה על החלטת ועדת הערר – נדחתה כאמור על ידי בית המשפט, וערעור על פסק הדין נדחה על-ידי בית המשפט העליון. כאמור, בהתאם לחוק המקרקעין על מנת לממש תוספת בניה בבית משותף נדרש רוב פוזיטיבי של מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות ושני שלישים מהרכוש המשותף. השאלה שעמדה על הפרק בעניין קנרוב טליאט היתה יכיצד על מוסדות התכנון לנהוג כשמוגשת ע"י אחד מבעלי הזכויות בבית משותף בקשה להיתר בנייה בשטח הגג שהוא רכוש משותף. זאת, מבלי שניתנה לכך הסכמת רוב בעלי הזכויות בבית המשותף, כנדרש לפי חוק המקרקעין. האם ראוי מוסד התכנון לעכב את ההליך התכנוני עד להסדרת ההיבט הקנייני ע"י מבקש ההיתר; או שמא יש להסתפק בכך שהבקשה טובא לידיעת בעלי הזכויות בבית המשותף בהמצאה לפי תקנות התכנון והבניה ובהשגת "הסכמה נגטיבית" בכך שלא הוגשו על ידם התנגדויות? על כך השיב בית המשפט בשלילה.

בעניין קנרוב טליאט סבר בית המשפט שיש לעכב בקשה להיתר להרחבת דירה הנעדרת הסכמה פוזיטיבית בשיעור המפורט בחוק המקרקעין. לא מצאנו שיש להגיע למסקנה אחרת בענייננו. אכן, בעניין קנרוב טליאט, מלבד הוראות חוק המקרקעין המסדירות את שיעור ההסכמות הנדרשות להרחבת דירה, צוינה הדרישה ל"הסכמה של בעלי הזכויות כקבוע בחוק" גם בהוראות התוכנית שחלה על המקרקעין (תוכנית ג/1). אלא שמעיון בפסק הדין עולה שנתון זה (קיומה של הוראה כאמור בתוכנית) לא היה הבסיס להחלטתו של בית המשפט. העובדה שגם התוכנית התייחסה לנושא שיעור ההסכמות, שימש את בית המשפט אך כחיזוק למסקנתו, כי בדין עיכבה הוועדה המקומית את הדיון בבקשה באותו עניין (ר' פסקאות 47 עד 49 לפסק הדין של בית המשפט לעניינים מנהליים). בנוסף, בית המשפט הבהיר כי הסעיף בתוכנית הדורש "הסכמת בעלי הנכס כמחויב בחוק" מפנה להסכמות הנדרשות לפי חוק המקרקעין- "מפנה אותנו לדיני

הקניין והמקרקעין, ולא לדיני התכנון והבניה" (רי' עמוד 4 לפסק דינו של בית המשפט העליון).

לפיכך, לא מצאנו כל היגיון בהבחנה שמבקשת הוועדה המקומית ליצור בין מצב שבו ההסכמה הנדרשת מעוגנת בהוראות החוק (סעיף 71ב לחוק המקרקעין), לבין מצב שבו הדרישה להסכמה מצוינת בהוראות תוכנית (סעיפים 9.1.2 ו- 16.1.16 לתוכנית תא/ג1). הוראות חוק המקרקעין צוינו בתוכנית תא/ג1 מתוך מטרה להבטיח יישום ההסדר הקבוע בחוק המקרקעין בדבר התנהלות בבית משותף. נציין כי מהוראות תוכנית ניתן לחרוג באמצעות הקלה, אפשרות שלא קיימת ביחס להוראות חוק המקרקעין. קרי, הוראות חוק המקרקעין ראויות להישמר, לא פחות מהוראות תוכנית תא/ג1, או כל תוכנית אחרת.

9. עוד נבקש להתייחס, לטענת הוועדה המקומית, שבמקרה הנדון הבקשה אינה גורעת זכויות בניה מדיירים אחרים (שלא נתנו הסכמתם). נראה כי לשיטת הוועדה המקומית מקום שהעדר ההסכמה, בפועל, אינו מוצדק להבנתה (למשל כאשר היא יוצאת מתוך נקודת ההנחה שהבנייה מיטיבה עם בעלי זכויות מסוימים, ואינה מלווה בפגיעה באחרים) - ניתן להתעלם מהעדר ההסכמות הקבועות בחוק המקרקעין, ולאשר את הבקשה. לטעמינו נוהג זה מהווה למעשה התערבות בדין הקיים, וזאת ללא סמכות, כפי שנבהיר.

חוק המקרקעין קובע מחד שלא נדרשת הסכמה של 100% לצורך העבודות המוצעות במסגרת הבקשה להיתר שלפנינו. מאידך, נדרשת לכל הפחות הסכמה של בעלי זכויות של 75% דירות. מוסד תכנון אינו הערכאה המוסמכת להכריע בסכסוכים קניינים, ואל לו להביע עמדה אם אי מתן הסכמה במקרה מסוים מוצדק אם לאו. הוראות חוק המקרקעין, הקובעות דרישה למתן הסכמה פוזיטיבית, לא דורשות מתן הנמקה מאת מי שלא נתן הסכמתו. משהוראות חוק המקרקעין קובעות מהו הרוב הדרוש ביחס לנושאים השונים המוסדרים בו, מוסד התכנון לא רשאי להתעלם מהוראות הדין האמורות.

למעלה מהצורך נציין כי אמנם הבקשה להיתר מאפשרת שלכל דירה תהיה מרפסת בגודל של כ- 12 מ"ר, אולם אין המדובר בבקשה שוויונית. בבקשה להיתר מוצעת הרחבה שונה ביחס לדירות השונות בבניין. לחלקן מוצעת בניית מרפסות חדשות בהיקף של 12 מ"ר, ולחלקן הרחבת מרפסות קיימות בהיקף של כ- 2 מ"ר בלבד. נמצא שאין המדובר בהרחבה שוויונית של כל הדירות בבניין. הוראות סעיף 71ב(ד) לחוק המקרקעין קובעות במקרה כאמור:

נתקבלה החלטה כאמור בסעיף קטן (א), חייב בעל דירה, שדירתו ניתנת להרחבה בשיעור יחסי העולה על חלקו ברכוש המשותף והמבקש להרחיבה, לשלם במועד החלטת ההרחבה, תשלומי איזון לבעל דירה שדירתו אינה ניתנת להרחבה או שההרחבה פחותה מחלקו היחסי ברכוש המשותף.

אין ספק שההרחבה המוצעת יכולה להוות כר למחלוקת ובהתייחס להוראות סעיף זה. יודגש שהדברים נאמרו למעלה מן הצורך, שכן בהתאם להוראות חוק המקרקעין, רשאי דייר שלא לתת הסכמתו גם מטעמים אחרים. הקביעה אם טעמיו של דייר ראויים וסבירים – אינה עניין לבחינת מוסד תכנון, אלא אך לערכאה המומחית בעניין. במקרה שלפנינו טענו העוררים כי התנגדותם נובעת, בין השאר, מכך שלטעמם ראוי לקדם בבניין שינוי מהותי יותר, של הוספת ממ"דים לדירות הבניין, ואילו קידום פרויקט של הרחבת דירות באמצעות מרפסות בלבד יפגע בסיכוי לפרויקט משמעותי שנדרש להבנתם בבניין. ברי שהכרעה בעניינים כאמור – אינה במומחיות מוסד תכנון, ואל למוסד התכנון לשים עצמו במקום הערכאה המוסמכת לכך.

10. נוכח הממשק המורכב שבין דיני הקניין ודיני התכנון, קובע בית המשפט העליון בעניין קנרוב טליאט (ההדגשה אינה במקור):

2. המורכבות טומנת בחובה הגיון רב. מצד אחד, אל למוסדות התכנון להסיג גבול ולדון בשאלות לא להם; אך מצד שני אל להם להתעלם מהמציאות. אם לכאורה יש קושי קנייני, רשאים הם – ולעיתים נכון יהא – לעכב את ההליך כדי לתת לגורם המוסמך להחליט בדבר

... שינוי בזכויות ובנייה ברכוש המשותף דורשים בטחון ויציבות. מבחינה דייונית, יש לוודא כי דייר אכן קיבל את החומר והביע את הסכמתו לכך, ולא רק היעדר התנגדות. מבחינה מהותית, חשוב לוודא כי הדייר מסכים, תוך מודעות למושא הסכמתו. והרי הדרישה להסכמה פוזיטיבית היא מנגנון ראוי להשגת יעד זה. כך תישמר חלוקה צודקת של הרכוש המשותף. חשוב שאם יהיה שינוי ברכוש המשותף, הוועדה תדע באופן פוזיטיבי כי ניתנה הסכמת בעלי זכויות הקניין. כך עולה מתגובות הוועדה המקומית וועדת הערר המחוזית: "ככל שהמערערים מעוניינים בבנייה על הגג, סביר וראוי כי עליהם יוטל הנטל לפעול בערוצים האזרחיים המקובלים להשגת הסכמת שאר בעלי הזכויות לבנייה המבוקשת. קבלת עמדת המערערים משמעה הלכה למעשה הטלת חובה על בעלי הזכויות האחרים במקרקעין להתנגד לשימוש בקניינם, באופן אקטיבי" (פסקה 27 לסיכומי טענות ועדת הערר המחוזית).

הנה כי כן, פסיקת בית המשפט המחוזי משקפת מדיניות רצויה. יש ערך להבהרה הפוזיטיבית. דרישה זו מתיישבת עם הדין המהותי. ונחזור לקומה הראשונה. בית המשפט התייחס להוכחת זכויות הקניין הרלוונטיות. הואיל וצודק הוא במסקנתו כי המערערים נדרשו להציג הסכמה פוזיטיבית, צדק גם בכך שלא התערב בהחלטת הוועדה לעכב את הליך קבלת ההיתר בשלב זה. בקשת ההיתר חושפת, על פניה, חסרון ברור, ונכון שלא להתעלם מכך. בא כוח המערערים נקט בגישה של "העניינים יסתדרו בהמשך", ברם תפקיד ועדת התכנון הוא, לעיתים, לעמוד בשער ולא ולאפשר ניהולו של הליך כאשר על פני הדברים אין הוא עומד בתנאים הבסיסיים.

ניסיון החיים מלמד שלאישור שנותנת ועדה מקומית מבחינה תכנונית מיוחס גם אישור לביצוע הבנייה ולתפישת הקרקע מבחינה קניינית. אין לעצום עין נוכח המציאות לפיה ברבים מהמקרים, עם מתן ההיתר, ממומש ההיתר אף בהעדר הסכמה מאת הרוב

הדרוש. נפנה לדברים שנאמרו על-ידי בית המשפט לעניינים מנהליים בעניין קנרוס טליאט בהיבט משיק:

52. מעבר לכך, סבורני כי גם שיקולי מדיניות משפטית ראויה מצדיקים פרשנות זו. למעשה, הנפקות העיקרית של הדרישה היא בהטלת הנטל לפתוח בהליכים להסדרת ההיבט הקנייני על מבקש ההיתר. כאמור, אין חולק כי בכל מקרה, ועדות התכנון לא ידונו ולא יכריעו בסוגיות קנייניות. או שהדיון התכנוני יעוכב עד להסדרת הסוגיה הקניינית או שלא יעוכב ויינתן היתר, בכפוף לכך שלשותפים במקרקעין תהא האפשרות למצות זכויותיהם בפני הערכאה המתאימה. כאמור, השאלה היא על מי הנטל לפתוח בהליכים - האם הנטל בנסיבותיו של עניין פלוני הוא על מבקש ההיתר (כאן, העותרים) או שמא על השותפים האחרים ברכוש המשותף (כאן, השכנים, בעלי הדירות האחרות). סבורני כי אך ראוי הוא שהנטל יוטל על מבקש ההיתר, שיהנה באופן בלבדי מפירותיו, ולא על שכניו, בעלי הזכויות בגג המשותף. זאת, גם בשים לב לכך שבהטלת הנטל על השותפים האחרים לזכויות במקרקעין יש קושי אינהרנטי, הנובע מכך שעליהם להתארגן לצורך נקיטה בהליך כזה ככל שהוא נדרש, בשים לב לעלויות ההליך המשפטי והיבטים אחרים שנלווים לעניין כגון: הזמן שיש להקדיש לכך, יחסי שכנות וכיוצ"ב. להזכיר, עסקינן בבניה על גג המהווה רכוש משותף. מעבר לצורך לבחון את עניין השימוש בגג באספקלריה של צרכי כלל הדיירים והבית המשותף, מתעוררת גם שאלת אחוזי הבניה.

בנסיבות אלו לא סביר בעינינו שהוועדה המקומית תתעלם מההשלכות של אישור בקשה להיתר, שעה שעל פניו היא נעדרת את התימוכין הקניינים הנדרשים בהתאם להוראות חוק המקרקעין.

11. ככלל השאלה אם יש בידי מגיש בקשה תימוכין קניינים למימוש הבקשה להיתר היא פשוטה. כך, במקרה שלפנינו על-פניו ניתן לראות שאין למגישי הבקשה להיתר בענייננו את התימוכין הקניינים הנדרשים בהתאם לחוק המקרקעין לצורך מימוש הבקשה להיתר. דהיינו, על אף שלמגישי הבקשה יש זיקה למקרקעין, מכוח היותם בעלי זכויות בבית המשותף, הרי שאין בידיהם תימוכין קנייניים לממש את הבקשה להיתר, בהעדר הסכמות של יתר השותפים בבניין כנדרש בסעיף 71ב לחוק המקרקעין.

לעומת זאת, יש מקרים שבהם ההכרעה אם יש למגישי הבקשה תימוכין קניינים מעלה שאלה קניינית מורכבת. כך למשל מצב שבו מגיש בקשה להיתר מחזיק בייפוי כוח מאת בעלי זכויות ב- 75% מהדירות, אולם עולות טענות בדבר תוקף ייפוי הכוח. או למשל מצב בו בקשה לוותה בחתימות בעלי זכויות בשיעור 75% כנדרש, אולם עובר לדיון בוועדה המקומית חזרו בהם חלק מנותני ההסכמה. בדוגמאות שהבאנו, עולות שאלות קנייניות מורכבות, בדבר תוקף הסכמות וכן בדבר משמעות חזרה מהסכמה. במקרה שעולה שאלה קניינית מורכבת, מוסד התכנון אינו הערכאה המתאימה להכריע בה. עם זאת, בנסיבות אלו, מכיוון שהוצגו למוסד התכנון טענות קנייניות כנות בדבר קיומן של תימוכין קניינים (ייפוי כוח, חתימות דיירים), יהיה זה סביר אם מוסד התכנון כן יקיים

את הדיון התכנוני, ובירור השאלות הקנייניות ייעשה לאחר מכן לפני הערכאה המוסמכת. זהו המקרה שנדון לפני ביהמ"ש בעניין יהלומית פרץ.

גם בעניין יהלומית פרץ חזר בית המשפט העליון על ההלכה לפיה מוסד תכנון יחליט אם לעכב את הדיון התכנוני, לאחר שיבחן אם בידי מגיש הבקשה תימוכין. במוקד הדיון בעניין יהלומית פרץ היו ארבעה חללים שאושרו בהיתר המקורי כמתסנים, אולם נרשמו בפנקס הבתים המשותפים כתתי חלקות (דירות) על שם המערערות. תקנון הבית המשותף קבע בסעיף 13 כי ככל שיאושרו זכויות בניה לחלקה הן תהיינה מוקנות לאותן דירות בלבד. במסגרת הבקשה להיתר, הוצע שארבע יחידות אלו (שבהיתר המקורי אושרו כמתסנים) יהפכו לדירות מכוח תוכנית שאושרה בשנת 2015, שהוסיפה זכויות בניה בהיקף 300 מ"ר, והגדילה את מספר הדירות במקרקעין בארבע דירות. לבקשה הוגשו התנגדויות על-ידי דיירים בבניין שחלקו, בין השאר, על חוקיות רישום תתי החלקות כדירות המערערות. בנוסף ביקשו המתנגדים להסתמך על סעיף 12 לתקנון הבית המשותף שקבע שכל שינוי במבנה או בקירות החיצוניים של הבית המשותף דורש את הסכמת כל הדיירים. על אף שהיחידות נרשמו על שם המערערות, ועל אף שבתקנון הבית המשותף נקבע שזכויות עתידיות מוקנות לבעלי היחידות במלואם, החליטה הוועדה המקומית נוכח הטענות שעלו לפנייה שלא לדון בבקשה עד להכרעה בסוגיות הקנייניות שיוכרעו לפני הערכאה המוסמכת. על החלטה זו הגישה המערערות ערר. ועדת הערר קבעה שאין מחלוקת שיחידות אלו רשומות בפנקס הבתים המשותפים על שם המערערות אולם סברה כי יש שאלות קנייניות כבדות משקל שצריכות להתברר בערכאה המתאימה, ולפיכך דחתה את הערר.

בית המשפט העליון בחן את הנסיבות, והתרשם שבמכלול הנסיבות, לרבות רישומם של החללים (המתסנים) כתתי חלקות על שם העוררת, וכן הוראות תקנון הבית המשותף, שהעניק למגישת הבקשה להיתר את הזכות לממש את זכויות הבניה בבניין, הציגה המערערות לכאורה תימוכין קנייניים. בנסיבות אלו קבע בית המשפט שלא היה מקום לעכב את הדיון בבקשה להיתר.

בית המשפט בעניין יהלומית פרץ קבע שבמקרה שמוצגים תימוכין קנייניים למימוש ההיתר, אך עולות שאלות קנייניות מורכבות בעניינם, רשאי מוסד התכנון שלא לעכב את הדיון התכנוני, והשאלות הקנייניות יתבררו בהמשך על-ידי הערכאה המוסמכת, תוך ציון אפשרותם של הצדדים לבקש מבית המשפט סעד זמני עד להכרעה בשאלה הקניינית. ראה סעיף 10 לפסק הדין בעניין יהלומית פרץ.

12. שונות הנסיבות בענייננו. במצב שבו לא הוצגה אף לא ראשית ראיה לכך שקיימים תימוכין קנייניים למימוש ההיתר על ידי מגיש הבקשה – אין זה סביר שמוסד התכנון יתעלם מהוראות הדין בהיבט הקנייני, ויאשר בקשה כאמור.

מצב שבו מוסד תכנון מאשר בקשה להיתר, כאשר ברור על פניו שאין בידי מגיש הבקשה להיתר הזכות לממש את הבקשה להיתר, אינו בהלימה לפסיקת בית המשפט, ואף עלול להביא לכך שמגיש הבקשה יפעל למימוש ההיתר בהעדר זכות קניינית לכך. לאור חשיבות הדברים, נפנה שוב מתוך דברי בית המשפט העליון בעניין בני אליעזר (ההדגשה אינה במקור):

כז. ... כפי שהוסבר, דיון בהיבטים תכנוניים של בקשה בלא תימוכין כאלה עלול להביא לדיוני סרק, ואולי אף - לאו דווקא במקרה דנא - לעידוד בניה בלתי-חוקית, ומשכך צודקות בסופו של יום המערערת והמדינה בעמדתן, כי מוסדות התכנון רשאים היו לעכב את הדיון בבקשת המשיבה עד להכרעה בסוגיות אלה. סבורני, כי עמדה זו מובילה גם לתוצאה רצויה של מען "תמיכה הדדית" בין דיני הקניין לדיני התכנון והבנייה, אשר כשלעצמי אני רואה בה חשיבות, וכך נזדמן לי לומר בעבר "אך פשיטא שהמצב הנכון והרצוי הוא כי שני המסלולים, הקנייני והתכנוני - ילכו יחדיו, כי במהות לכך נועדו" (ראו רע"א 10165/06 כאסתירו נ' אטל פסקה ז'; פרשת סטרולוביץ הנוכרת

13. לסיכום, ניתן להגיש בקשה להיתר רק אם המגיש הוא בעל זיקה למקרקעין, בהתאם להסדר הקבוע בתקנה 36 לתקנות הרישוי. ככל שהוגשה בקשה שלא על ידי כל בעלי הזכויות, תישלח הודעה על הגשת הבקשה לכל בעלי הזכויות האחרים. לאחר שהוגשה ונקלטה הבקשה כאמור, מוסד תכנון יפעיל שיקול דעת אם לדון ולאשר בקשה שהוגשה לו, רק לאחר שיבחן אם יש בידי מגיש הבקשה תימוכין קנייניים למימוש ההיתר, בשים לב להוראות חוק המקרקעין, לרבות שיעור ההסכמות שנקבע בו. ככלל אם לא הציג מגיש הבקשה תימוכין קנייניים – יימנע מוסד התכנון מלאשר את הבקשה.

14. נבהיר שכמו לכל כלל, גם ביחס לכלל האמור אין לשלול יוצאים מן הכלל. כך, בית המשפט בעניין יהלומית פרץ קובע שלא בכל מצב שהוצגו תימוכין קנייניים אין להימנע מלדון בבקשה:

15. אוסיף ואעיר כי אין בהכרעתי לעיל כדי לקבוע שלא קיימות נסיבות שבהן חרף זכויות רשומות במקרקעין תהא רשאית הוועדה המקומית לעכב דיון עד להכרעה בשאלה קניינית. קביעתי נטועה בנסיבות המקרה דנן שבהן לשיטתי לא הייתה עילה לעכב את ההליך התכנוני נוכח הטעמים הקונקרטיים עליהם עמדתני. אזכיר בנוסף כי חרף טענות הדיירים לפגמים חמורים שנפלו ברישום הזכויות בפנקס הבתים המשותפים לא פעלו האחרונים – משך שנים – להסדרת זכויות אלו ולתיקון הרישום. זאת ועוד, הדיירים לא נקטו גם בהליך לבירור טענותיהם נגד תכנית 2015 והפגמים שלשיטתם נפלו באישורה (והכל, כפי שנמסר בדיון לפנינו). כאמור, איני נוטע מסמרות בשאלות אלו, שצריכות להתברר בערכאה מתאימה

נפנה גם לפסק דינו של בית המשפט בעע"מ 4185-23 בעניין משה רוזן נ' ועדת ערר המחוזית לתכנון ולבניה [ניתן ביום 14.6.2023]. שם הוגשה בקשה להיתר להרחבת דירה בבית משותף המצויה בקומה עליונה באמצעות חדרים על הגג. הבקשה הוגשה על-ידי

בעל הדירה, כשהיא מלווה בחתימתם של 75% מבעלי הזכויות בבית המשותף. לבקשה הוגשה התנגדות על ידי דיירים, והוועדה המקומית דחתה את הבקשה להיתר. על החלטתה הוגש ערר שנדחה על ידי ועדת הערר. ועדת הערר לאחר שבחנה את מכלול החומר שהוצג לה, לרבות תקנון הבית המשותף, קבעה שיש להמתין להכרעת המפקח על בתים משותפים בעניין או לתיקון צו רישום הבית המשותף להצמדת שטח שבמחלוקת לדירת מגיש הבקשה להיתר. זאת על אף שלכאורה לוותה הבקשה בחתימת בעלי זכויות בשיעור הקבוע בסעיף 71ב לחוק המקרקעין. שכן נוכח טענות שעלו בהיבט הקנייני, מצאה שראוי לעכב את הבקשה להיתר באותן נסיבות. עתירה מנהלית שהוגשה על החלטת ועדת הערר נדחתה. ערעור שהוגש על פסק הדין נדחה² על-ידי בית המשפט העליון.

15. לצד זאת, לא בכל מצב שבו לא הוצגו תימוכין קנייניים למימוש ההיתר – יהיה נכון להימנע מלקיים את הדיון התכנוני. יהיו מקרים ייחודיים, המצדיקים קיום דיון במוסד התכנון, אף בהעדר תימוכין קנייניים. לדוגמה, בקשה להיתר להנגשת דירת נכה, אף אם היא נעדרת הסכמות בשיעור הקבוע בסעיף 59ג לחוק המקרקעין. זאת בין השאר, נוכח האפשרות המעוגנת בסעיף 59ג שחלף זאת תתקבל הסכמת המפקח על בתים משותפים לביצוע העבודות במקרים המתאימים. דוגמה נוספת היא מצב שבו מוסד התכנון סבור שקיומה של הכרעה בהיבט התכנוני יכולה לתרום לבירור המחלוקת הקניינית. כך לדוגמה, מחלוקת בעניין מיקום מוצע למעלית לבניין. כאשר העדר ההסכמה נובעת ממחלוקת ביחס לתכנון הראוי לבניין, ככל שמוסד התכנון יבהיר לצדדים כי חלופה מסוימת היא הראויה, וחלופה אחרת אינה מקובלת מבחינה תכנונית - סביר שהדבר יאפשר קידום ההסכמות בין הדיירים. ראוי שמוסד התכנון יבהיר במקרים אלו כי אין בהכרעתו לייתר את הדיון בהיבט הקנייני, לפני הערכאה המתאימה לכך.


16. בנסיבות שלפנינו על-פניו אין בידי מגישי הבקשה הסכמות בשיעור הנדרש בחוק המקרקעין. ללא הסכמה פוזיטיבית בשיעור הקבוע בסעיף 71ב לחוק המקרקעין – לא רשאים יתר בעלי הזכויות בבניין לבצע את העבודות מכוח הבקשה להיתר. הוועדה המקומית לא נמנעה מלקיים את הדיון התכנוני, ואף אישרה את הבקשה להיתר, על אף שהיא נעדרת תימוכין קנייניים למימושה. הפסיקה בעניין קובעת שככלל אין לקיים דיון תכנוני בבקשות שאין להן תימוכין קנייניים. במקרה שלפנינו הוועדה המקומית לא הצביעה על נסיבות ייחודיות, המצדיקות התעלמות מכך שהבקשה להיתר נעדרת תימוכין קנייניים. ודוק, טענת הוועדה המקומית שיש הצדקה לאשר את הבקשה אף בהעדר ההסכמות הדרושות לפי חוק המקרקעין, מכיוון שמדובר בבקשה להיתר שאינה גורעת זכויות מאת בעלי זכויות אחרים בבניין – אינן מהוות נסיבות ייחודיות, כפי


² בית המשפט העליון דחה את הערעור אף מבלי לקבל את תגובת המשיבים – זאת, בהתאם לתקנה 138(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, אשר חלה בערעורים מינהליים מכוחה של תקנה 34(א) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, וזאת בהעדר סיכוי לערעור להתקבל.

שעמדנו לעיל. לטעמינו בנסיבות אלו היה על הוועדה המקומית להימנע מלאשר את הבקשה להיתר.

17. סוף דבר, בהעדר זכות להגיש ערר על החלטת הוועדה המקומית, לא מצאנו שיש בידינו הסמכות לבטל את החלטת הוועדה המקומית. יחד עם זאת, ומשפרטנו לעיל כי אין בידי מגישי הבקשה להיתר תימוכין קניינים במקרה זה, מצאנו לנכון להדגיש כי מימוש ההיתר במקרה זה, מחייב הסכמה פוזיטיבית מאת מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות ושני שלישים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, הסכמה שלא קיימת כיום בידי מגישי הבקשה להיתר. בנסיבות אלה אנו סבורים כי ראוי שהוועדה המקומית תקיים דיון חוזר בבקשה, תוך התחשבות בנימוקים שפורטו לעיל. בהינתן הנסיבות, זוהי כאמור המלצה בלבד שאינה מחייבת את הוועדה המקומית.

ההחלטה ניתנה בתאריך: יום שלישי כ"ט כסלו תשפ"ד; 12 בדצמבר 2023.


אפרת דון-יחייא סטולמן עו"ד
יו"ר ועדת הערר
מחוז תל-אביב


חן אוליאל אביב, עו"ד
מזכירת ועדת הערר
מחוז תל-אביב

