

בתי המשפט

עתמ 001103/03		בימ"ש לעניינים מינהליים חיפה	
תאריך: 28/07/2004		כב' השופטת: שושנה שטמר	לפני

בעניין:

ח. יעקבי בניה והשקעות בע"מ
 ע"י ב"כ עו"ד יורי נחשתן ואח'
 רחוב היצירה 3
 רמת גן
 טל': 6134401-03

העותרת

נגד

1. וועדת הערר המחוזית - חיפה
 ע"י פרקליטות מחוז חיפה
 שדרות פל-ים 15א' - חיפה
 טל': 8633888-04
2. דיירי הבית המשותף ברחוב עין גב 3 - חדרה
 ע"י ב"כ עוה"ד מיכאל אוריון
 רחוב תל חי 1 - נתניה
 טל': 8620926-09
3. הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - חדרה

המשיבים

פסק דין

1. קבלן בניין בנה בית משותף ומכר את הדירות, אולם השאיר בבעלותו מספר מחסנים בקומת העמודים, אשר על פי היתר הבניה של הבית, יועדה להיות רכוש משותף של בעלי הדירות בבניין או לשמש כשטח לבניית מחסנים עבורם. עוד נקבע בהיתר הבניה, כי "המחסנים בקומת הכניסה לשימוש כמחסנים ביתיים בלבד..." (וראו נסח של לשכת רישום המקרקעין בחיפה מיום 20/02/02, נספח א' לכתב התגובה של המשיבים מס' 2) בחוזי המכר עם רוכשי יחידות הדיור, נרשם, כי בדירה עצמה יש מחסן, ולמעשה נמכר חדר נוסף, כך שהמחסנים בקומת העמודים נותרו רכושו של הקבלן. הקבלן פנה בבקשה לועדה המקומית לתת לו היתר לבנות במקום המחסנים שלוש דירות. בקשתו נענתה בחלקה ואושרה לו בניית שתי דירות בלבד. ועדת הערר המחוזית, לפנייה נדונו ערריהם של הקבלן ושל בעלי הדירות בבנין, קיבלה את עמדתם של האחרונים, ביטלה את החלטתה של הועדה המקומית וסרבה לתת היתר לבנות את יחידות הדיור בקומת העמודים.

המחלוקת העומדת לבחינתי בפסק-דין זה היא, האם יש להשאיר את סרובה על ועדת הערר המחוזית על כנו. משהכללתי אבוא לפרט.

2. בעתירה שלפני מבקשת העותרת, חברה בע"מ העוסקת בקבלנות בניין, לבטל את החלטתה מיום 5/12/02 של המשיבה מס' 1, ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז חיפה (להלן - "ועדת הערר") שניתנה בתיק ערר 168/182/02 (בראשות עו"ד משה פרזנצ'בסקי ועוד שלושה חברי ועדה).

עוד נתבקשתי בעתירה להורות למשיבה מס' 3, הועדה המקומית לתכנון ובניה חדרה (להלן - "הועדה המקומית"), להתיר לעותרת לבנות שלוש יחידות דיור בקומת העמודים בבית ברחוב עין גב 3 בחדרה, להקים (כך בעתירה, כאשר הדירות כבר נמסרו לבעליהן מזה מספר שנים) מחסנים ומרפסות שירות בדירות, ולהכיר בשטח מרפסות השירות כשטח שירות, כל זאת תוך שינוי היתר הבניה של הבניין.

רקע עובדתי

3. בשנת 1996, בנתה העותרת בית מגורים בן 8 קומות, ובנוסף להן קומת עמודים. מספר הדירות בבניין הוא 28, והוא שוכן ברחוב עין גב 3 בחדרה ורשום בלשכת רישום המקרקעין כחלקה 4 בגוש 10054 (להלן "החלקה" או "הבניין"). יחידות הדיור נמכרו (ככל הנראה, למעט יחידה אחת אליה הוצמדו חלק מהמחסנים בקומת העמודים), והבניין אוכלס בדייריו, הם המשיבים מס' 2 (להלן "דיירי הבניין"), במהלך שנת 1997.

4. ביום 3/7/96 הוצא היתר בניה (שמספרו 221/96, להלן "ההיתר המקורי") להקמת הבניין. על-פי ההיתר, בקומת הקרקע או קומת העמודים, היה על העותרת לבנות לובי, כניסה, מדרגות, מחסנים ומעלית. מעל קומת העמודים הותר לבנות 8 קומות, ובהן 28 יחידות דיור.

תנאי ההיתר המקורי קבעו, כי לכל דירה יוצמדו חניה ומחסן וכי "שטחי שירות וקומת העמודים המפולשת ירשמו כרכוש משותף של כלל הדיירים לשימושים שנקבעו בלבד". בגין תנאי זה, ועל פי החלטתה של הועדה המקומית מיום 29/1/96, נרשמה הערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין, לפיה שטחי שירות וקומת עמודים מפולשת, יירשמו כרכוש משותף של כלל הדיירים לשימושים שנקבעו בלבד וכי לכל דירה יוצמדו חניה ומחסן (להלן - "הערת האזהרה הראשונה").

הערת האזהרה תוקנה על פי החלטה מיום 10/9/97 של הועדה המקומית. על פי התיקון, חלה חובת להצמיד לכל דירה חניה (והושמט מחסן) ו"המחסנים בקומת הכניסה לשימוש כמחסנים ביתיים בלבד ולא ירשמו כיחידות נפרדות אלא כרכוש משותף או בהצמדות לדירות המגורים בלבד" (וראו נסחים מלשכת רישום המקרקעין, סומנו א' וצורפו לכתב תשובה מטעם המשיבות מס' 2).

ביום 1/1/98 הוצא היתר בניה מספר 1/98 להוספת מחסנים בקומת הקרקע.

5. העותרת לא מכרה בחוזי המכר לרוכשי יחידות הדיור את המחסנים בקומת העמודים, אלא קבעה בחוזים או בתשריטים הנספחים להם, כי אחד החדרים (והדירות כללו 4 או 5 חדרים), יועד לשמש כמחסן. במצבן זה של הדירות ושל המחסנים, ניתן לעותרת טופס 4 לאיכלוס הדירות. את המחסנים שהעותרת בנתה בקומת העמודים, שמרה לעצמה, מכרה חלק מהם לדיירים, ואת אלה שלא הצליחה למכור להם במחירה ובתנאיה, היא הצמידה לדירה אחת, שהיא בבעלותה או שבעליה באים מטעמה או בשליטתה. העותרת מבקשת לבנות במקום המחסנים וגם על חלק מקומת העמודים והגינה, 3 דירות מגורים.
6. העותרת כתבה בהסכמי המכר, כי רוכשי הדירות מסכימים לכך שהעותרת תוציא חלקים מהרכוש המשותף, על פי שיקול דעתה, וכי היא תוכל לבנות בחלקים אלה גם דירות.
7. במגרש נותרו אחוזי בניה בלתי מנוצלים, שכן על פי התוכנית החלה, ניתן היה לבנות 10 קומות (וראו סעיף 4 לכתב התגובה של הועדה המקומית). קמה מחלוקת בין העותרת לבין הועדה המקומית, אם אחוזי הבניה שנתרו, מספיקים לבניית שלוש דירות כפי שגרסה העותרת, או שהם מספיקים רק לבניית שתי דירות, כפי שסברה הועדה המקומית.
8. ביום 18/4/01 הגישה העותרת לועדה המקומית בקשה להיתר (שמספרו 20010118), וזאת במטרה לנצל את מלוא זכויות הבניה. נתבקש ביטול המחסנים בקומת הקרקע, בניית 3 דירות במקום המחסנים וחלק מהגינה וקומת העמודים, בקשה להקלה בהוספת 20% למספר הדירות בבניין וזאת ע"פ תקנה 11(1) לתקנות התכנון והבניה (סטיה ניכרת מתוכנית), תשכ"ז-1967 (להלן "תקנת שבס"), בקשה להקלה של 20% נוספים באשר לסגירת קומת העמודים המפולשת (מ-50% ל-70%), כך שבניית הדירות תהא במקום חלק מהמחסנים בקומת העמודים ובמקום חלקים פתוחים מהקומה המפולשת והגינה, ובקשה לביטול הערת האזהרה המתקנת, כך שניתן יהיה לבנות דירות בקומת העמודים. כנגד בקשה זאת הוגשו התנגדויות של בעלי הדירות בבניין.

עיקריה של החלטת של הועדה המקומית

9. הבקשה נידונה בוועדה המקומית, אשר אף שמעה התנגדויות של בעלי היחידות בבניין. בישיבתה מיום 3/7/02, החליטה הועדה המקומית לקבל את הבקשה באופן חלקי: היא אישרה בנייה של שתי דירות מתוך השלוש המבוקשות, וזאת כיוון שקבעה שאין מספיק אחוזי בניה לבניה עיקרית לשלוש דירות. עוד החליטה הועדה המקומית להתיר לעותרת לתקן את הערת האזהרה לענין קומת העמודים המפולשת, החניית והמחסנים, כך שבקומת העמודים ניתן יהיה לבנות גם דירות, ולסרב לבקשת העותרת לראות בשטח המחסנים ומרפסות הכביסה בדירות המגורים כשטחי שרות, למעט שטח של 0.5 מ"ר, אשר יועד למערכות טכניות.

קביעה נוספת של הועדה המקומית באותה החלטה היתה שלא לאפשר כניסה חיצונית, כפי שביקשה העותרת, לשתי יחידות הדיור שאושרו, אלא שהכניסה תהיה דרך לובי הבניין, על מנת לשמור בו על חזות אחידה.

עיקריה של החלטת של ועדת הערר

10. על החלטתה של הועדה המקומית הוגש ערר מטעם העותרת ומטעם דיירי הבניין. העותרת ביקשה לאשר לה את מלוא בקשתה, דהיינו, בניית 3 יחידות דיור ולא 2 יחידות דיור והכרה בשטחים לבניה עיקרית כשטחי שירות כדי שהעותרת תוכל לנצל את שטח המחסנים כשטח עיקרי נוסף. הדיירים בקשו לבטל את ההחלטה של הועדה המקומית ולדחות את בקשת העותרת. הדיון בשני העררים אוחד.

11. החלטתה של ועדת הערר ניתנה ביום 5/2/02. עובדות הרקע, עליהן ביססה הועדה את קביעותיה, היו אלה:

בהיתר הבניה המקורי של העותרת מיום 3.7.1996, אושרו לבניה 28 יחידות דיור בבנין בן 8 קומות מעל קומת העמודים. בהתאם להיתר הבניה המקורי, קומת הקרקע היתה אמורה להכיל: לובי כניסה, מדרגות, מחסנים ומעלית. כחלק מתנאי ההיתר המקורי, חויבה העותרת ע"י הועדה המקומית להסדיר את קומת העמודים כך ש"שטחי שירות וקומת עמודים מפולשת ירשמו כרכוש משותף של כלל הדיירים לשימושים שנקבעו בלבד. לכל דירה יוצמדו חניה ומחסן". העותרת בנתה בכל אחת מהדירות חדר אשר הוגדר בהיתר המקורי כמחסן, אך נבנה ונמכר על ידי העותרת כחדר רגיל לכל דבר ועניין, כפי שעולה מהמפרט שצורף לחוזי הרכישה של הדירות. בקומת העמודים בנתה העותרת מקבצים של מחסנים ורשמה אותם על שמה. מספר מחסנים נמכרו לדיירים, ואילו את היתר לא הצליחה העותרת למכור להם עקב מחלוקות על שווים ומחירים. עיקרי קביעותיה של ועדת הערר היו כדלקמן:

בהחלטת הועדה המקומית לרשום הערת אזהרה על מנת לייחד את קומת העמודים לשימוש כל הדיירים ולרווחתם, בין על ידי הקמת המחסנים שם ובין לשימוש אחר על ידי דיירי הבניין, הייתה "כוונה תכנונית ברורה", אולם הועדה המקומית התעלמה, למעשה, מרישום ההערה ומהכוונה בתנאי בהיתר המקורי לפיו תושאר קומת העמודים למחסנים לכל הדיירים ולשימושים.

לגבי ייעוד חדר בתוך הדירות עצמן לשמש כמחסן במקום בקומת העמודים, כתבה הועדה כי "העוררת פעלה בחוסר תום לב עת צרפה לכל דירה מחסן כחדר נוסף, מבלי שמי מהדיירים ידע כי אחד מחדרי הדירה מוגדר כמחסן. מבחינת הועדה המקומית, העוררת השאירה בידיה את זכויות השימוש והבעלות במחסנים הנוספים שהוקמו בקומת הקרקע תוך התעלמות מהערת האזהרה" (עמ' 4 סעיף 13 להחלטה). עוד הוסיפה ועדת הערר כי:

"הוועדה המקומית נתנה ידה לכך שהעוררת תוכל להגדיל את השטח העיקרי של הדירה באמצעות הפיכת המחסן לחדר נוסף בדירה ובמקביל אפשרה לעוררת להקים מחסנים נוספים נפרדים בקומת העמודים אשר בהם ניתנה לעוררת יד חופשית לפעול בניגוד להוראות ההיתר".

ועדת הערר סברה, שהוועדה המקומית לא הפעילה שיקול דעת נכון בהתירה הקמת יחידות נוספות בבניין. לא הובאה הצדקה תכנונית לכך. הנימוק שנתנה הוועדה המקומית, לפיו דיירי הבית הזניחו את קומת העמודים, איננו מצדיק העתרות לבקשת העותרת. הוועדה המקומית יכלה לדרוש טיפוח השטח, ואילו ביטול הערת האזהרה הוא סנקציה נגד הדיירים, שלא היה בסמכותה להטילו מנימוק זה.

עוד קבעה הוועדה המחוזית, כי הבקשה היא בקשה לשימוש חורג, שכן מבוקש להפוך את שטח השירות בקומת העמודים לשטח עיקרי וכן שלא היה מקום להיתר שימוש חורג "בנסיבות המיוחדות" של הבניין (עמ' 4 סעיף 19 להחלטה).

בהוסיפה להתייחס לפן התכנוני, קבעה הוועדה:

10. מבלי לפגוע באמור לעיל סבורה הוועדה גם כי אין מקום לאשר את ההקלה המבוקשת במספר יחידות הדיור באופן שניצול יחידות הדיור יעשה בקומת העמודים. ניצול קומת העמודים לצורך זה אינו נכון מבחינה תכנונית בהבחנה מניצול קומות עליונות נוספות לצורך הוספת יחידות דיור נוספות.

11. מכיוון שקומת העמודים הוגדרה בהיתר כשטח למחסנים ולרווחת דיירי הבית, הרי שבבקשה שבפנינו מתבקשת גם הקלה מההיתר שהוצא. להקלה שכזו לא מצאנו כל טעם תכנוני".

טענות הצדדים

12. עיקר טענותיה של העותרת היה זה:

ועדת הערר חרגה מסמכותה כאשר לא הסתפקה בשיקולים תכנוניים, אלא סברה שעליה לתקן עוול מדומה לבעלי היחידות או לתת משקל להתנהגות בלתי נאותה, כביכול, של העותרת. זאת ועוד, קביעותיה, המעידות על עירוב שיקולים זרים, התבססו על עובדות מוטעות, שכן הדיירים כן ידעו על הפיכת חדר אחד למחסן ועל כך שהעותרת זכאית, על פי הסכמי המכר, לבנות בקומת העמודים מחסנים ודירות.

ועדת הערר חרגה מסמכותה כאשר קבעה כי המדובר בהקלה, שהיא שימוש חורג, שכן טענה זאת כלל לא נטענה על ידי הצדדים.

ועדת הערר גם לא פירטה, ובכך לא עמדה בחובת ההנמקה, מהם השיקולים התכנוניים אשר הביאו למסקנותיה, העומדות בניגוד למסקנות הוועדה המקומית.

13. לועדת הערר היו מספר טענות סף: קביעותיה הן תכנוניות, ואין ביהמ"ש נוהג להתערב בהן. העתירה הוגשה באיחור, ולפיכך, על פי הוראות תקנות 3 ו-4 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין) התשס"א-2000, יש לדחותה על הסף. העותרת פעלה בחוסר תום לב כאשר ייעדה, כביכול, את אחד החדרים לשמש מחסן, בניגוד לתנאי היתר הבניה, וכך הגדילה באופן לא חוקי את השטח המותר לבניה עיקרית, שכן מחסן הוא שטח המיועד לשרות. החלטתי שלא לדון בטענות אלה כטענות סף, אלא בדיון על מכלול הטענות של הצדדים בפסק-דיני זה.
- עוד טענה ועדת הערר, כי החלטותיה של הועדה המקומית לתת לעותרת להנות מפרי התנהגותה הפסול, היה פגום וכי הבקשה של העותרת היא לשימוש חורג מהיתר, ואין להעתר לה ללא שיקול דעת תכנוני. החלטתה התכנונית של הועדה המקומית אינה נכונה והשיקולים התכנוניים, ששמים דגש על כך שקומת העמודים נועדה לרווחת הדיירים ולשימושם, שיקולים שמצאו ביטויים בהיתר המקורי, היו צריכים להובילה למסקנה שיש לדחות את הבקשה. השיקול, לו נתנה הועדה המקומית משקל רב, לפיו הדיירים הזניחו את קומת העמודים, אינו נכון עובדתית, ועל כל פנים אינו שיקול ראוי.
14. הועדה המקומית עמדה על שיקוליה שלא לאשר בניית 3 יחידות, וכן על כך שניתן ונכון היה לאשר למשיבה בניית 2 יחידות. עוד טענה, כי אין לראות בשינוי ייעודה של קומת העמודים כסטיה ניכרת, כיוון שיש לבחון את מצבו הסופי של הבניין והתאמתו להוראות התב"ע. כיוון שהבנייה טרם נסתיימה, שהרי נותרו אחוזי בניה, לא מדובר בייעוד אסור.
15. בעלי הדירות טענו כי העותרת נהגה כלפיהם שלא בתום לב בעת רכישת הדירות בכך שאחד החדרים יועד, בניגוד לתנאי ההיתר המקורי והתב"ע החלה על הבניין, לשמש כביכול כמחסן. הם חזרו על נימוקי התנגדותם לפני הועדה המקומית, לפיהם הועדה אישרה סטיה ניכרת, אישור שאינו בסמכותה, והיא לא שקלה נכון את העובדה שהבניין נסתיים לפני כ-5 שנים ואוכלס על ידי דייריו, כי לדיירים ייגרם סבל מהבניה וכי אישור הבניה על פני השטח, שהיה צריך לשמש קומת עמודים וגינה משותפת, כמו גם שינוי האזרה בספרי המקרקעין, מהווה פגיעה בקניינם הפרטי.

דיון וקביעת מסקנות

16. מנימוק מרכזי אחד, סבורה אני, שאין לקבל את העתירה: שיקוליה של ועדת הערר הם בעיקרם שיקולים תכנוניים, וביהמ"ש אינו שם את שיקול דעתו במקום שיקולה של הועדה. אתייחס גם ליתר טענות הצדדים, אולם, כאמור, די לעמדתי בנימוק שהבאתי, כדי לדחות את העתירה.

הפן התכנוני בהחלטתה של ועדת הערר

17. ועדת הערר אימצה בהחלטתה, מבחינת הפן התכנוני, את ההחלטה הראשונה של הועדה המקומית לפיה ניתן ההיתר, בכותבה:

"12. בהחלטות הועדה המקומית לקבוע את רישום ההערה כתנאי למתן היתר, היתה כוונה תכנונית ברורה. הועדה סברה כי בבנין, כפי שהוא נבנה, מן הראוי כי קומת העמודים המפולשת תשמש לרווחת הדיירים, הן בדרך שתאפשר הקמת מחסנים לדיירים והן בדרך שתאפשר לילדי הדיירים ולדיירים עצמם לעשות שימוש בחלק זה.

13. אולם, בפועל מתברר כי העוררת באופן מעשי התעלמה לחלוטין מרישום הערה זו ולא דאגה לכך שהשימוש בפועל אכן יוקנה לדיירים...."

לכאן משתלב גם הקטע הבא בהחלטתה.

"20. מבלי לפגוע באמור לעיל סבורה הועדה גם כי אין מקום לאשר את ההקלה המבוקשת במספר יחידות הדיור באופן שניצול יחידות הדיור יעשה בקומת העמודים. ניצול קומת העמודים לצורך זה אינו נכון מבחינה תכנונית בהבחנה מניצול קומות עליונות נוספות לצורך הוספת יחידות דיור נוספות."

ההחלטה להשאיר את קומת העמודים לרווחת כלל הדיירים, כאשר בזמנו יכולה היתה העותרת לנצל את כל אחוזי הבניה על ידי בניית קומה נוספת, היא החלטה תכנונית מובהקת.

טוענת העותרת, כי קביעה זו לא נומקה דייה, שכן לא הובהר, כיצד היא עדיפה על בניית דירות נוספות בקומת העמודים. יתכן שרצוי ועדיף היה לו היתה החלטת ועדת הערר מפורטת יותר, אולם אינני רואה בכך פגם מהותי, שכן נראה שמהותה של "רווחת הדיירים" בנסיבותינו ברורה גם למי שאינו עוסק בתכנון: בביטוי "רווחת הדיירים" ניתן משקל לאינטרס הדיירים באיכות חיים טובה יותר בבנין או בסביבתו. כאשר החצר משמשת לגינה ובהמשך לקומת העמודים, יתאפשר לדיירים על ילדיהם, לקיים בשטח משותף זה התכנסויות, משחקים, הצבת מתקנים למשחקים (כמו שולחן פינג פונג) וכיוצא בזה המשמשים את טובתם של כל דיירי הבנין. כל זאת מבלי שיהיה ניגוד אינטרסים בין דיירי הדירות שיבנו בקומת העמודים, אם יבנו, אל מול האינטרסים של בעלי הדירות בקומות האחרות, כאשר הראשונים יבקשו לשמור על השקט בקומת העמודים, למנוע פעילויות כמו משחקים והתכנסויות שם, שמטבען פוגעות בשקט ובפרטיות. ניצול הבניה לגובה, לא היה פוגע ביעוד זה של קומת העמודים.

18. רשאיות רשויות תכנוניות לקחת בחשבון את השיקולים אותם שקלה ועדת הערר, שתכליתם שמירה על איכות החיים של דיירי הבנין או הסביבה. סעיף 61 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן – "חוק התכנון"), מפרט את מטרותיה של תכנית מתאר

מקומית, וביניהן גם הבטחת תנאים של נוחות. איכות חיים כלולה ב"נוחות". בהתאם לכך קובע סעיף 63 לחוק התכנון, כי ניתן לכלול בתוכנית, בין היתר, הוראות בדבר צפיפות הבניה המותרת. אלו הם שיקולים תכנוניים שועדת הערר רשאית היתה לשקול אותם, כפי שאכן עשתה כאשר קבעה, כי אין להעתר לבקשה לבנות בקומת העמודים של הבניין.

19. זאת ועוד, במסגרת שיקוליה שקלה ועדת הערר גם את הטענה כי הבקשה להתיר אחוזי בניה נוספים ולשנות שטחי יעוד משטח שירות לשטח עיקרי, שבו מותרת הבניה, היא בקשה לשימוש חורג (ולעניין זה אדרש בהמשך פסק דיני, בסעיף 23 להלן). בהנחה שהבקשה לבנות בקומת העמודים דירות היא אכן בקשה לאשר שימוש חורג, הרי טענתה של ועדת הערר, כי היה על הועדה המקומית להפעיל שיקול דעת ולא להעתר לבקשה, לא רק שהיא נכונה, אלא שהיא גם במתחם השיקולים התכנוניים, שמותר לוועדה המחוזית לשקלם מחדש ושאינן ביהמ"ש נוהג להתערב בהם.

20. הלכה היא, כי לוועדת הערר יש סמכות לקיים ביקורת מינהלית על החלטותיה של הועדה המקומית. במסגרת זאת יש לה סמכויות נרחבות ואף סמכות להעדיף את שיקול דעתה על זה של הועדה המקומית. מוקנה לה שיקול דעת רחב לדון מחדש בכל פרטי העניין ולקבל כל החלטה שהועדה המקומית היתה מוסמכת לקבלה (וראו עת"מ (ת"א) 11/97 יחזקאלי נ' ועדת ערר מחוז תל-אביב, פד"מ ב' (1) 3, רע"א 2425/99 עיריית רעננה ואח' נ' י.ח. יזום והשקעות בע"מ ואח', פ"ד נד(4) 481, 495, עת"מ (י-ם) 141/00 רביבות השקעות בע"מ נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים ואח', (לא פורסם), עת"מ (ירושלים) 341/01, סונול ישראל בע"מ נ' הועדה, תק-מח (1)2002, 6344, עמ' 6349 וראו גם בספרו של יי זמיר, "הסמכות המינהלית" (כרך ב', תשנ"ו) עמ' 641-642 ועמ' 646-647 (ה"ש 11) ועת"מ (חיפה) 99/99, רמת חביב בע"מ ואח' נ' ועדת הערר המחוזית, מחוז חיפה ואח', תק-מח (3)99, 8281, עמ' 8287).

בעת"מ (י-ם) 11/98 קרן ליפצין-סיטון ואח' נ' יואר מתן ואח' (תק-מח (2)98 (1809) נקבע, כי ועדת הערר מוסמכת לדון בענין פלוני, אף בלא הגבלה לדיונים ולענינים שהיו בפני הועדה המקומית.

אל מול הסמכות הרחבה של ועדת הערר בעניינים מינהליים, הבקורת של ביהמ"ש על גופים שלטוניים תוחמה לעילות המינהליות. הלכה היא, כי בית משפט זה לא ישים עצמו במקום רשויות התכנון המוסמכות ולא יתערב בהחלטותיהן אלא מקום שנפל בהן פגם משפטי, כגון חריגה מסמכות, פעולה בחוסר תום לב, או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות (וראו (בג"צ 2920/94 אדם, טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה (ע"ר) ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ואח', פ"ד נ(3) 441, 469; בג"צ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, משרד הפנים ואח', פ"ד מה(3) 678; בג"צ 478/85 אבולעפיה נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים ואח', פ"ד מ(2) 294; בג"צ 465/93 טריידט ס.א. חברה זרה ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה ואח', פ"ד מח(2) 622, 634; בג"ץ 197/83 סיטאר

אופנה בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד לז(2) 388 וכן בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(1) 441-443.

21. מההלכה שהוזכרה לעיל עולה, כי שיקול דעתה של ועדת הערר גובר על שיקול דעתה של הועדה המקומית, כל זאת בתנאי שלא נלקחו בחשבון שיקולים זרים ו/או בלתי ענייניים או שהחלטה לקתה בחוסר סבירות.

גם לגופה של ההחלטה התכנונית של הועדה, שעדיף כי קומת העמודים תשמש את כלל הציבור בבניין, לא מצאתי פסול מהטעם שהשארית קומת העמודים לשימוש כל דיירי הבית, נראית לי החלטה תכנונית סבירה ועניינית, וזאת בהתחשב במספר הרב של הדירות בבניין ובמספר המשפחות על ילדיהן. בניית מחסנים בחלק מקומת העמודים אינה פוגעת בייעודה הטבעי של קומת העמודים, בעוד שבניית דירות שם, יש בה פגיעה.

22. כאמור, טענה העותרת, כי החלטתה של ועדת הערר נבעה משיקולים זרים, של הגנה כביכול על בעלי הדירות שנשלל מכל אחד מהם מחסן ושל התנהגות הלוקה בהעדר נקיון כפיים של העותרת. אבדוק, אם שיקולים אלה הם אכן שיקולים שאל לה לוועדת הערר לשקול, והאם היא התבססה עליהם במסקנותיה התכנוניות. אולם לפני כן אבחן את קביעתה של ועדת הערר, כי הבקשה היתה לשימוש חורג.

האם הבקשה היא לשימוש חורג

23. טוענת העותרת, כי הטענה שהבקשה היא שימוש חורג, כלל לא עלתה לפני הועדה המקומית ולפיכך דיון בו מהווה שינוי חזית, שאין להתירו, שכן הוא פוגע בזכות הטיעון שלה.

אינני מקבלת טענה זאת. הועדה המקומית התייחסה לבקשה כאל "בקשה להקלה בהוספת 20% יחידות עפ"י תקנת שבס והקלה של 20% נוספים בתפוסת קומת העמודים מ-50% ל-70". מחלוקת זאת, אם הבניה המבוקשת היא בניגוד להיתר ולתכנית, היתה לב לבה של המחלוקת בין בעלי הדירות לבין העותרת והנושא עליו היה על הועדה המקומית ליתן דעתה. בעלי הדירות טענו לפני הועדה המקומית, כי הבקשה היא לסטיה ניכרת ולכן איננה בסמכותה, שכן נתבקש בה שינוי יעוד של שטח למטרות שירות (הקומה המפולשת והמחסנים) לשטח למטרות עקרויות (מגורים). בנסיבות אלה, הזדקקותה של ועדת הערר לשאלה אם הבקשה היא לשימוש חורג היתה בסמכותה.

24. ועדת הערר כתבה לעניינו כי :

"יש לזכור כי מכיוון שקומת העמודים, עפ"י ההיתר המקורי, מיועדת לשטחי שירות הרי שהבקשה שבפנינו, בה מבקשת העותרת להפוך שטח זה לשטח עקרי, מהווה בקשה לשימוש חורג מהיתר שאף הוא נמצא במסגרת שיקול הדעת של הועדה המקומית גם מבלי להכנס לתוקפו של סעיף 1(19) לתקנות התכנון והבניה

(סטיה ניכרת מהיתר) תשכ"ז-1967 לא היה מקום לאשר שימוש חורג שכזה
בנסיבות המיוחדות במבנה שלפנינו".

הוועדה המקומית טענה לפני, כי "הבקשה הינה לשינוי יעוד קבוע של חלק משטח קומת
העמודים לשטח עיקרי ולא שימוש חורג שבמהותו זמני". לפני ועדת הערר, טענה הוועדה
המקומית כי העברה משטח שרות לשטח עיקרי אינה העתרות לשימוש חורג או סטיה
ניכרת, כיוון שאת תקנה 1(19) לתקנות שב"ס יש לבחון לפי מצבו הסופי של הבניין ולא
ביחס להיתר הקודם. בנייתו של הבניין טרם הסתיימה, כיוון שנותרו אחוזי בניה,
והעותרת רשאית לסגור את הקומה המפולשת. לפיכך, אין הקומה המפולשת שטח
שירות.

אינני מקבלת טיעון זה. בנייתו של הבניין בנסיבות שלפנינו הסתיימה עם איכלוסו על ידי
דייריו. העובדה שנשארו אחוזים לבנייה אינה הופכת את הבניין לבלתי גמור.
קובעת אני, כי ועדת הערר פסקה כדין, שהבקשה היא, לכל הפחות לשימוש חורג, אם לא
ל"סטיה ניכרת", שהדיון בה לא היה בסמכותה של הוועדה המקומית. על פי ההיתר
והתכנית החלה, מיועדת קומת העמודים לשטחי שירות, ובקשתה של העותרת לבנות
דירות, היא לשינוי הייעוד, כך שניתן יהיה להשתמש בקומת העמודים כשטח עיקרי (וראו
סעיף 1(19) לתקנות התכנון והבניה (סטיה ניכרת מתכנית) תשכ"ז-1967, שהיתה בתוקף
במועדים הרלוונטיים למתן ההיתרים, לפיו שנוי שטח שירות לשטח בעל ייעוד למטרות
עיקריות הוא "סטיה ניכרת").

25. סמכותה של הוועדה המקומית למתן הקלות היא סמכות שבשיקול דעת ולא סמכות
חובה. הוועדה המקומית טענה, כי שקלה את מס' היחידות המותר להוספה עפ"י מגבלות
תקנה 1(11) לתקנות שבס ואת מבנהו של הבניין והאינטרס של שמירה על איזון חזותי של
הבניין (תשובתה של הוועדה המקומית לוועדת הערר).
ועדת הערר היתה רשאית לשקול בין יתר שיקוליה, שאין להעתר לבקשה אלא אם
תשכנע, כי ניתנו נימוקים המצדיקים שינוי מהכוונה התכנונית שהיתה בהיתר ובתכנית.
החלטתה, שבתחום התכנון, שלא ניתנו נימוקים כאלה, אינה בלתי סבירה, ואין מקום
שביהמ"ש יתערב בה להופכה.

26. אוסיף כי הטענה, שהעותרת היתה זכאית מלכתחילה, על פי ההיתר, שלא לבנות קומת
עמודים ולכן היתה זכאית לבנות בקומת העמודים דירות על מנת לנצל את אחוזי הבניה
שנותרו, אינה מקובלת עלי. משבנתה העותרת קומת עמודים, חלה על קומת העמודים
הוראות התכנית וההיתר על פיו, ואלה ייעדו את הקומה לשטחי שירות כמו מחסנים.

שלילת המחסנים מהדירים ושיקולים של חוסר תום לב והעדר נקיין כפיים

27. טוענת העותרת, כי אין לכלול את התנהגות הצדדים במתחם שיקולי הוועדה. ועדת הערר
סברה, כי זהו שיקול רלוונטי וכן, כי התנהגות העותרת לבדה מספקת כדי לדחות את

העתירה על הסף: העותרת באה לבקש הקלות ושימושים חורגים, שהם בשיקול דעת הרשויות. לפיכך, התנהגותה, המפרה את חוקי התכנון והבניה, היא רלבנטית.

אקדים ואקבע, שלא התנהגותה של העותרת היתה הסיבה לדחיית הבקשה, אלא טעמים תכנוניים, אך ועדת הערר בקשה להביע מורת רוח נוכח התנהגות העותרת ואף להעיר לועדה המקומית, אשר גם לטענת העותרת, ידעה על כך שהמחסן משמש כחלק בלתי נפרד מהדירה.

28. אחזור וארחיב בעניין העובדות הנוגעות לפעולתה של העותרת בעניין המחסנים. בהיתר המקורי נקבע, כאמור, תנאי לפיו:

"שטחי שירות וקומת עמודים מפולשת ירשמו כרכוש משותף של כלל הדיירים לשימושים שנקבעו בלבד. לכל דירה יוצמד חניה ומחסן".

בהתאם לכך נרשמה הערת האזהרה לפיה:

"בהתאם להחלטת רשות הרשוי בישיבתה מס' 96001 מיום 29/1/96 הוחלט כי שטחי השירות וקומת עמודים מפולשת ירשמו כרכוש משותף של כלל הדיירים לשימושים שנקבעו בלבד, לכל דירה יוצמד חניה ומחסן".

תנאי זה לא בא יש מאין, אלא הוא הותאם לתנאי התוכנית החלה על האזור (חד/936א(במ), להלן - "התוכנית"). בסעיף 18ה של תקנון התכנית, נכתב כי:

"פירוט שטחי שירות למגורים מיוחד מעל למפלס הכניסה הקובעת לבניל:

בקומת הכניסה – קומת עמודים מפולשת עד גבולות קווי המתווה של הקומה שמעלי שלפחות 50% ממנה פתוחה. 50% משטח קומת העמודים יכול לשמש עבור: לובי, מחסנים ושירותי בית **בכל קומה** - חדר מדרגות משותף ומבוא ומרחב מוגן על-פי דרישות הג"א.

...

מחסן פרטי בשטח של עד 8 מ"ר לדירה – המחסן יכול להיות ממוקם מעל או מתחת למפלס הכניסה".

העותרת בקשה ללמוד מהמצוטט לעיל, שהיא היתה רשאית לבנות מחסן בכל קומה, דהיינו גם בדירות עצמן, וזאת בטענה שיש לקרוא את המצוטט לעיל, בקטע הרלוונטי, כדקלמן: "לובי, מחסנים ושירותי בית בכל קומה". אולם העיון בכתוב מראה, הן על פי הגיונו והן על פי לשונו, כי המילים "בכל קומה" מתייחסות ל"חדר מדרגות משותף ומבוא ומרחב מוגן על פי דרישות הג"א". עולה מהתנאי בתקנון התכנית, כי היה על העותרת

לבנות את המחסנים בקומת העמודים או בקומה מעל מפלס הכניסה, וכי תכליתו של התקנון היתה להבטיח מחסנים לדיירים ובקומת העמודים דווקא. לא מובן לי, לכן, מה היו שיקוליה של הועדה המקומית, כאשר החליטה להעתיק לבקשה של העותרת לתקן את ההיתר המקורי בינואר 97 (וראה נספח א' לעתירה), ולקבוע בו, בשינוי מההיתר המקורי, כי:

"בהתאם להחלטת ועדת המשנה של הועדה המקומית לתכנון ולבניה בישיבתה מס' 97008 מיום 10/9/97 הוחלט כי לכל דירה תוצמד חניה. המחסנים בקומת הכניסה לשימוש כמחסנים ביתיים בלבד ולא ירשמו כיחידות נפרדות אלא כרכוש משותף או בהצמדות לדירות המגורים בלבד".

הוראה זאת, לפיה אין חובה להצמיד מחסן לכל דירה, וכי המחסנים בקומת העמודים ניתן יהיה להצמידם לכל דירה שירצה הקבלן, הביאה למצב, שבו העותרת לא מסרה בפועל מחסנים לבעלי היחידות, וייחודה, כביכול, חדר בתוך הדירה שישמש כמחסן, מה שהקטין את שטח הבניה העיקרית והותיר בידיה שטח נוסף לבניה עיקרית. לא מובן לי, איזה טעם תכנוני היה באישור מחסנים בדירות, כאשר היה מקום בקומת העמודים למטרה זאת. מה טעם היה גם להתיר לקבלן לבנות מחסנים נוספים בקומת העמודים, אם הותרו מחסנים בתוך הדירות, כך שייצא, כביכול שיש בעלי יחידות שיהיה להם יותר ממחסן אחד, ובפועל יהיו רבים מביניהם שכלל לא יהיה להם מחסן, שכן ברור כי החדרים בתוך הדירה, לא ישמשו למחסן.

בהתאם להיתר המתוקן תוקנה גם הערת האזהרה, והתוצאה היתה שהעותרת יכלה לשמור לעצמה את המחסנים, לנסות למוכרם לדיירים על פי מחירים שהיא הכתיבה, וכאשר נוכחה לדעת, כי היא לא מצליחה למכור את חלקם, החליטה לפעול כדי לבנות במקום המחסנים דירות.

העותרת הכניסה לתוך החוזים או התשריטים המצורפים להם, "באותיות קטנות", הערה שאחד החדרים הוא מחסן. טוענת העותרת, כי רוכשי הדירות ידעו והסכימו לכך שהמחסנים בקומת העמודים יוצמדו על פי החלטת העותרת לאיזו דירה שהיא תבחר. אני בספק אם רוכשי הדירות היו מיודעים למניפולציה שעשתה העותרת, אולם גם אם אצא מהנחה, כי הדיירים היו אכן מודעים לכך, אין בזאת להועיל לעותרת. השאלה היא אם פעולותיה לקו בחוסר תום לב או בהעדר נקיון כפיים כנגד רשויות התכנון מתוך מטרת שלה להפיק רווח על אף ההגבלות שבהיתר. היא פעלה בניגוד להוראות התכנית ביחודה חדר בתוך הדירה לשמש כמחסן. יש להוסיף לכאן, כי על פי הוראות התב"ע מחסן אינו יכול לעלות בשטחו על 8 מ"ר. כל החדרים בבניין עולים על שטח זה.

סבורה אני, שהעותרת תכננה השארת שטחים בבעלותה מתוך כוונה להפיק מהם רווחים, מטרה לגיטימית כשלעצמה, אולם היא פעלה כך בניגוד להוראות התכנית, אשר קבעו כי המחסנים יהיו בקומת העמודים או מעל לקומת הכניסה ולא בתוך הדירות, ואף תוך הצגת מצג מטעה, בכך שכביכול בנתה מחסנים בתוך הדירות, במטרה להותיר שטח בניה עיקרי גדול יותר.

29. טוענת העותרת, כי אפילו לקתה התנהגותה בפגם באופן זה או אחר, אין נתון זה צריך להלקח בחשבון על ידי ועדת הערר, המוסמכת לשקול אך ורק שיקולים תכנוניים (וראו בעת"מ (י-ס) 12/98 חנניה פרץ נ' ועדת הערר לתכנון, תק-מח 199(1), 1054 עמ' 1055 - 1056). אולם בנידוננו, ניסתה העותרת להשיג יותר שטחי בניה עיקרית מאשר מאפשרת לה התכנית על ידי הפיכת חדרים למחסנים כביכול. פעולתה זאת היא עקיפת הוראות תכנוניות וועדת הערר היתה רשאית, במסגרת שיקוליה התכנוניים, לשקול את העובדה, שהעותרת ניסתה להציג מצג, שהיא בנתה מחסנים, בעוד שבפועל המדובר בחדרים, וכי מן הראוי להשאיר מחסנים בבנין ובקומת העמודים דווקא. סבורה אני, כי במובן זה, שכולו בתחום התכנוני, לקחה הועדה בחשבון את התנהגות העותרת (וראו סעיפים 12-18 להחלטת ועדת הערר).

30. על פי מסקנתי דלעיל, אין כאמור לעיל נפקות בעתירה זאת לטענתה של העותרת, כי בעלי הדירות היו מודעים היטב לכך שהם אינם רוכשים מחסן בקומת המרתף, אלא שאחד החדרים ישמש כמחסן. יתכן שהדיירים הסכימו בזמנו לכך שהם לא יקבלו מחסנים בקומת הקרקע בניגוד להוראות התכנית והיתר הבניה לפני תיקונו, שהיה ככל הנראה בתוקף בעת רכישת הדירות או חלקן, אולם אין בהסכמה זאת כדי לפגום בשיקולים התכנוניים שהועדה לקחה בחשבון, דהיינו המטרות התכנוניות של ההיתר המקורי והתכנית החלה על הבניין. אינני סבורה, כטענת העותרת, כי ועדת הערר באה להגן על זכות קניינית של בעלי היחידות, שהערת האזהרה העניקה להם. ועדת הערר הבהירה, שהיא מסכימה עם העמדה התכנונית שבבסיס הערות האזהרה, ואינה מוצאת טעם תכנוני מקצועי וענייני לשינויה, וזאת על פי הוראות התוכנית ובנסיבות העניין בהן הבניין כבר מאוכלס, דייריו מתנגדים לכך וכן התנהגות הצדדים שבאה לעקוף את הוראות התוכנית. ועדת הערר לא התיימרה להחליט החלטות קנייניות ובהחלטתה לא התייחסה כלל לזכויות הקנייניות או לפן הקנייני של הערת האזהרה וכל הכרוך בכך.

הזנחת הגינה על ידי הדיירים

31. נראית לי קביעתה של ועדת הערר, וזאת בניגוד לקביעתה של הועדה המקומית, שהטענה כי הגינה והכניסה מוזנחים על ידי הדיירים, לא היתה צריכה לשמש נימוק בר משקל בהחלטה להעטר לבקשת העותרת. החלטה כי מצב זה מצדיק מתן היתר לעותרת לבנות דירות בקומת העמודים, אינו עומד במבחן הסבירות. הזנחת הקרקע, אם היתה כזאת, ועל כך יש מחלוקת, אינה יכולה להוות נימוק לשלילת שטח זה מהדיירים בניגוד לתוכנית המקורית. סברה העיריה, כי השטח אינו מטופל כראות, תפעל על פי חוקי העזר להטבת המצב בבניין.

הטענה כי הגשת הערר הסתמכה על הנחות עובדתיות שגויות

32. העותרת טענה, כי ועדת הערר הסתמכה על טענות עובדתיות שלא הוכחו. כך הקביעה שבעלי הדירות לא משתמשים באחד החדרים כמחסן וכך שהמחסנים לא נמכרו כיוון שבעלי הדירות לא חפצו לקנות אותם עקב המחיר המפורז שדרשה העותרת. אינני מקבלת טענותיה אלה של העותרת.

נראה שעל פי נסיון החיים וההגיון, ניתן היה להניח כי בעלי הדירות אינם משתמשים בחדר בתוך דירתם כמחסן. הוסף לכאן, שמלכתחילה, בפרסומים לקראת מכירת הדירות, הוצגו לפנייהם הדירות ככוללות 4 ו-5 חדרים ללא מחסן בתוך הדירה וכן ש"המחסן" גודלו עולה על 8 מ"ר.

גם את הטענה השניה, לפיה המחסנים נמכרו כולם ולא היתה בעיה של מחיר מופרז, אינני מקבלת. העותרת הודתה, כי היא לא מכרה את כל המחסנים עקב כך שבעלי הדירות סרבו לקנות אותם במחירה, וכן כי את אלה שנותרו הצמידה ליחידת דיור אחת, שהיא בבעלותה (וראו נספח ה' לעתירה, ובסעיף 2 לערר של העותרת שהוגש ועדת הערר). על כל פנים, אין חשיבות למחלוקות עובדתיות אלה לעניין החלטתה של ועדת הערר, שהסתמכה, כאמור, על שיקולים תכנוניים.

טענת שהוי

33. המשיבים טענו, כטענת סף, כי העותרת השתהתה בהגשת עתירתה: העותרת הודתה כי היא קיבלה את החלטתה של ועדת הערר ביום 30/1/03, והעתירה הוגשה רק ביום 16/3/03. על פי תקנה 3 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א - 2000, היה על עותר להגיש את עתירתו תוך 45 יום מיום קבלת ההודעה על החלטה אותה מבקשים לשנות. מכאן, שהעותרת אחרה או השתהתה בהגשת עתירתה.

הגישה ההלכתית היא, שככל שהפגמים שעולים בהחלטתה של הרשות חמורים יותר, יטה ביהמ"ש להאריך את המועד להגשת עתירה. ניתן משקל לנזק לציבור באיחור בהגשת העתירה אל מול הנזק שיגרם לעותר, אם עתירתו לא תשמע לגופה. במאמרם של א. גורן ומ.ד. בירנהק "בית המשפט לעניינים מנהליים", משפט וממשל, תשנ"ז, עמ' 243, 267 נכתב ברוח זאת:

"תקנה 3 לתקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית משפט לעניינים מנהליים), תשנ"ו-1996, אינה מחסום קשיח, אלא אמת מידה בלבד לשאלת השיהוי. אמת מידה זו אין להופכה לגבול שכל החוצה אותו יושבו פניו ריקם, אך גם אין למעט ממנה. כאשר העתירה מוגשת לאחר פרק הזמן הזה, מחייבת אמת המידה שנקבעה בתקנה, משנה זהירות בהפעלת שיקול הדעת אם להיזקק לעתירה".

בנסיבות שלפני, באיזון בין אינטרס העותרת שעתירתה תשמע לגופה אל מול האיחור הקטן, ועל פי הגישה שהובא לעיל המקובלת עלי, סברתי שיש להתיר לעותרת לטעון את

טענותיה לגופה של ההחלטה. לפיכך אני מאריכה את המועד להגשת העתירה למועד בו הוגשה. על פי גישתי זאת דנתי בטענותיה לגופן.

34. בעלי הדירות טענו, כי העותרת השתתה באופן בלתי סביר, בכך שרק 6 שנים לאחר סיום בניית הבניין, היא ביקשה הקלות ותיקון נוסף של הערת האזהרה. לו היתה העותרת מבקשת לבנות דירות נוספות לפני הקמת הבניין ואף במהלך הבנייה, לא היו הדיירים נפגעים מהמטרדים הכרוכים בבניה, לאחר שבניית הבניין נסתיימה והדיירים אכלסוהו מזה שנים.

על אף המטרד שעלול היה להגרם לדיירי הבניין, אינני סבורה ששיקול זה הוא בעל משקל רב, וועדת הערר אף לא נתנה לו משקל בין שיקוליה. ניתן לצמצם את נזקיה של בניה בבניין גמור כך שאי הנוחות לדיירים תופחת.

תוצאות פסק הדין

35. בהתאם למסקנותי דלעיל, אני דוחה את העתירה.

אוסף, שעם אישורה של ההחלטה של ועדת הערר, לפיה לא הותר כלל לבנות בבניין דירות נוספות, לא היה צורך לדון בטענות נוספות של הצדדים, אשר נושאם היה, שטח הדירות, שניתן להתיר את בנייתן בהתחשב באחוזי הבניה שנתרו או בהוראות התב"ע.

אני מחייבת את העותרת לשלם לועדת הערר ולמשיבה מס' 2 את הוצאותיהם ושכ"ט בסך של 6,000 ₪ + מע"מ לכל אחת מהן.

המזכירות תמציא עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום י' באב, תשס"ד (28 ביולי 2004) בהעדר הצדדים.

שושנה שטמר, שופטת