

העותר: ניצן ארליך, ת.ז. 055450506

עיי ביכ עוה"ד יוסף משעל
אביאל, רומנוב, משעל, עו"ד
מרחי חומה ומגדל 16, ת.ד. 57318, תל אביב 61573
טל': 03-5377558; פקס: 03-5377893
E-mail: yossi@avielrom.co.il

- נגד -

המשיבות: 1. ועדת הערר המחוזית – מחוז תל אביב

"בית קלקא", דרך מנחם בגין 116, תל אביב

2. הועדה המקומית לתכנון ובניה
רמת גן – רשות הרישוי

3. מהנדס העיר רמת גן, אד' חיים כהן

המשיבות 2-3 עיי ביכ עו"ד שמואל אורן,
מרחי בן גוריון 34, רמת גן 52573
טל': 03-6127333; פקס: 03-6127336

עתירה מנהלית

מוגשת בזאת לבית המשפט הנכבד, מטעם העותר, עתירה מנהלית לביטול החלטת המשיבה 1 (להלן: "ההחלטה"), על פיה נדחה עררו של העותר (ערר מס' רג/5064/08) על החלטת המשיבה 2 לדחות את הבקשה למתן היתר לשינויים בהיתר הבניה שהוצא על ידי המשיבה 2 בקשר עם הבניין ברחי ארלוזורוב 36 (פינת רחי מעלה הצופים 1) ברמת גן (להלן: "הבניין" אַן-המקרקעין").

לטענת העותר כפי שתפורט להלן, החלטת המשיבה 1 לוקה בפגמים מהותיים ובחוסר סבירות, באופן המחייב, בכל הכבוד, את ביטולה על ידי בית משפט נכבד זה.

לפיכך, מוגשת עתירה זו במסגרתה יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטול ההחלטה ולחלוףין ליתן כל סעד חלופי/או נוסף, כפי שייראה לבית המשפט הנכבד לנכון ולצורך בנסיבות העניין.

ההחלטה נמסרה במשרד בי"כ העותר ביום 11.11.08. עותקים מההחלטה ומהערר מצ"ב כנספחים א' – ב' לתיק המוצגים.

כל הנספחים המצורפים לעתירה מהווים חלק בלתי נפרד מהעתירה ומהתצהיר התנומך בה.

ואלה נימוקי העתירה:א. מבוא

1. עתירה זו סבה, כאמור, סביב החלטתה של המשיבה 1, אשר ראתה לדחות את בקשת העותר לאישורה של תכנית שינויים להיתר הבניה שניתן לבניין נשוא העתירה (להלן: "הבקשה לשינויים בהיתר"). כבר כאן יצוין כי השינויים נשוא הבקשה לשינויים בהיתר בוצעו בהנחייתם של גורמי התכנון במשיבה 2 ובתאום מוקדם עימם. שינויים אלה בוצעו נוכח אילוצים קונסטרוקטיביים שנתגלו תוך כדי ביצוע עבודות הבניה על פי ההיתר המקורי, והם היוו את הפתרון התכנוני שנבחר על ידי גורמי התכנון הנ"ל, תוך העדפתו על פני פתרונות אפשריים אחרים.
2. על רקע זה, היו אלה אותם גורמים תכנוניים מי שהנחו את אדריכל הבניין להגיש את הבקשה לשינויים בהיתר, על מנת שהשינויים כאמור, שהיו טכניים בעיקרם, יוכשרו. מכאן גם יובן מדוע ראתה המשיבה לאשר בתחילה את הבקשה לשינויים בהיתר, בהחלטה שניתנה על ידה בעניין זה והומצאה לעותר. אלא שבחלוף כחודשיים ומחצה, ולאחר שמולאו כל התנאים שפורטו בהחלטה הראשונה לשם קבלת ההיתר המבוקש, ראתה המשיבה 2 לחזור בה מהחלטתה הקודמת ולהפוך אותה על פניה, תוך שהיא מתעלמת לחלוטין מעמדתה היא כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטתה הראשונה ובהנחיות שנתנה לעותר כשנה קודם לכן, ואשר על בסיסן פעל העותר.
3. במאמר מוסגר יובהר כי תזרתה של המשיבה 2 מהחלטתה הראשונה כמו גם מעמדותיה והנחיותיה הקודמות אשר על בסיסן בוצעו עבודות השינויים, לא היתה תוצאה של עובדות חדשות שנתגלו לה, או של טעות שנפלה בהחלטתה הראשונה ונתגלתה לה לפתע, אלא שהיא נבעה משיקולים זרים אשר הושפעו מלחצים כבדים שהופעלו עליה ועל יתר הגורמים הרלוונטיים בעירייה ובוועדה המקומית על ידי קבוצת תושבים שגמרה אומר למנוע את בנייתו של הבניין במתכונת שהותוותה בהיתר הבניה המקורי.
4. במסגרת החלטתה בחרה המשיבה 1 להתעלם כמעט כליל מהעובדות הנ"ל ולדון בבקשה גופה כאילו באה בפניה מלכתחילה. אלא שגם בעשותה כך נפלו בהחלטתה של המשיבה 1 פגמים מהותיים לגופו של עניין, עד כדי כך שהחלטה שהוציאה תחת ידה לוקה בחוסר סבירות קיצוני.
5. בעיקרו של דבר, המדובר בהחלטתה של המשיבה 1 לבחון בעצמה ובחלוף שנים הרבה מהמועד הרלוונטי לבחינה מעין זו, את הנחות היסוד שעמדו בבסיס החלטת המשיבה 2 לכלול בתכנית החלה ובהיתר הבניה המקורי הוראה ולפיה "במידה ומסיבה כלשהי ייחרס הבניין הקיים יוקם בניין חדש ומעל למרתף חנייה בהתאם לת.ב.ע. רג/340/ג/3". באופן זה "קבעה" המשיבה 1 את תכלית הכללתה של ההוראה הנ"ל בתכנית ובהיתר, במנותק מהטעמים והשיקולים שהנחו את הוועדה המקומית לכלול אותה וממילא מתכלית הכללתה של ההוראה הנ"ל בתכנית ובהיתר, כפי שפורטו בפניה על ידי הוועדה המקומית עצמה, מי שהורתה על הכללת ההוראה כאמור.
6. יתירה מזו: גם משראתה לעשות כן, הרי שבבחינת תכלית הכללת ההוראה הנ"ל בתכנית ובהיתר על יסוד החומר שבא בפניה התעלמה המשיבה 1 כליל מראיות ברורות וחד משמעיות שהוצגו בפניה על ידי העותר במסגרת הערר, ובכלל זה מחוות דעת של מומחה ומדברים שנאמרו על ידי אדריכל העירייה, ואשר בכל אחד מהם, קל וחומר על יסוד משקלם המצטבר, היה כדי להביא לקבלת החלטה אחרת מזו שניתנה על ידה.
7. המשמעות של החלטתה של ועדת הערר היא שהבניין שהוקם בתאום עם ובהנחיית כל גורמי התכנון בעיריית רמת גן נבנה, כביכול, בסטיה מהיתר ו/או ללא היתר בניה, וזאת אף שגם מהחלטת ועדת הערר עולה כי ההבדל היחיד בין הבניין הקיים לבין הבניין שאמור היה לקום בהתאם להחלטה, נוגע ל**מיקומם** של מקומות החניה שהיה על העותר להכשיר בתחום המגרש, ולמרות שלתוצאה זו הגיעה כבי הועדה על יסוד פרשנות מאוחרת של הוראת התב"ע וההיתר – פרשנות העומדת בסתירה לתכלית הכללתה של ההוראה על כפי שהעידה עליה המשיבה 2 עצמה, מי שהורתה על הכללתה בתכנית ובהיתר.

8. על רקע זה מוגשת עתירה זו לביטול החלטת המשיבה 1.

ב. עיקרי הרקע העובדתי

9. המערער, יחד עם 33 אחרים (להלן: "בעלי הזכויות"), רכשו יחד את המקרקעין הידועים כגוש 6127 חלקה 238, ברחוב ארלוזורוב 36, פינת רחוב מעלה הצופים, רמת גן (להלן: "המקרקעין"). על גבי המקרקעין היה קיים בניין ישן ונטוש.
10. המקרקעין נרכשו על ידי בעלי הזכויות לאחר אישורה של "תכנית מפורטת מס' רג/מק/1050/ב', שינוי לתכנית מפורטת מס' רג/מק/1050/א' ולתכנית מפורטת מס' רג/1050" (להלן: "התכנית החלה") ולאחר שכבר הוצא היתר בניה לתוספת למבנה קיים, התואם את הוראות התכנית החלה (למען הסדר יצוין כי לאחר רכישת הזכויות על ידי בעלי הזכויות הוצא היתר נוסף, הפעם על שמו של המערער, כנציג בעלי הזכויות). סמוך לאחר רכישת הזכויות, החלו עבודות הבניה.
11. על פי היתר הבניה (הראשון והשני) שהוצאו ע"י המשיבה מס' 2 בקשר עם בניית המבנה, הותר לבעלי הזכויות להרוס את חלקו האחורי של המבנה שהיה קיים במקום, ולבנות במקום החלק שנהרס, את חדר המדרגות, המעלית, המ.מ.מים והחניות של המבנה במתכונתו החדשה על פי ההיתר (מתקן מכפילי חניה).
- עותק מההיתרים (לא כולל תכניות הבניה) מצ"ב כנספחים ג'1 - ג'2 לתיק המוצגים.
12. בתכנית מס' רג/מק/1050/א' (סעיף 11.ז.1) ובהיתר הבניה שהוצא לתוספת הבניה נקבעה הוראה כדלקמן: "במידה ומסיבה כל שהיא ייהרס הבניין הקיים יוקם בניין חדש ומעל מרתף לחניה בהתאם לת.ב.ע רג/340/ג'3".
- עותק מתקנון התכנית מצ"ב כנספח ד' לתיק המוצגים.
13. כמפורט בתצהיר אדריכל הפרויקט, אד' עמירם כ"ץ (להלן: "האדריכל"), שניתן במסגרת הליכים שהתנהלו בביה"מ לעניינים מקומיים להוצאת צו הפסקה שיפוטי לבניה, הרי שלאחר שהושלמה הריסת חלקי המבנה הקיים שנועדו להריסה וביצוע היסודות בחלקו האחורי של המבנה, התברר לאדריכל ולמהנדס הקונסטרוקציה של המבנה, מהנדס גבי תג'ר (להלן: "המהנדס") כי קיימת בעיה קונסטרוקטיבית הנדסית להותיר על כנו את חלק המבנה שנועד להישאר על פי ההיתר.
- עותק מתצהיר האדריכל מצ"ב כנספח ה' לתיק המוצגים.
- לפיכך, פנה האדריכל ביום 30.05.06 אל המשיב מס' 3 במכתב בו צוין כי "המצב הבטיחותי של קטע המבנה הקיים בשטח הולך ונעשה גרוע יותר" וביקש את אישורו "לפרק בזהירות את הקטע הקיים הנוטר ולבנותו מחדש ע"פ ההיתר, ותוך שמירה על חזותו הקודמת". בקשה זו נדחתה ע"י המשיב מס' 3 כעולה מתשובתו למכתב האדריכל שנכתבה ע"ג המכתב הנ"ל.
- מכתב האדריכל מיום 30.05.06 מצ"ב כנספח ו' לתיק המוצגים.
14. ביום 4.06.06 פנה גם המהנדס למשיב מס' 3 במכתב ובו בקשה דומה, אולם גם בקשה זו עונתה בשלילה.
- מכתב המהנדס מיום 4.06.06 מצ"ב כנספח ז' לתיק המוצגים.
15. בעקבות חליפת המכתבים הנ"ל התקיימו מגעים נוספים בין האדריכל והמהנדס לבין המשיב מס' 3 ואדריכל העיר. במסגרת המגעים הנ"ל הוסכם כי ייהרסו תקרות קומות המגורים בחלק המבנה הנוטר, תוך הותרת קיר החזית הדרומי על כנו. הותרת קיר החזית הדרומי על כנו היתה לפי זרישת אדריכל העיר והמשיב מס' 3. בהתאם לכך,

נתבקש המהנדס להציג בפני המשיב מס' 3 ואדריכל העיר תכנית לשיפוץ וחיזוק קיר החזית הדרומי כאמור. תכנית כזו הוכנה והוגשה והיא אושרה על ידי אדריכל העיר בחימתו.

התכנית שנחתמה ע"י אדריכל העיר ביום 20.06.06 מצ"ב כנספח ח' לתיק המוצגים.

16. על יסוד ההסכמה שהושגה עם המשיב מס' 3 ואדריכל העיר נהרסו התקרות האמורות, קיר החזית הדרומי נותר על כנו ובוצעו בו עבודות חיזוק ושיפוץ בעלות נכבדה. בהמשך, הונחה האדריכל על ידי המשיב מס' 3 לחגיש בקשה להיתר שתשקף את השינויים כאמור. בקשה כאמור אכן הוגשה (להלן: "הבקשה לשינויים בהיתר").

17. בשלב זה נעצור לרגע את רצף העובדות ונבקש להדגיש מספר נקודות העולות מהעבודות שפורטו עד כאן. כך, ברור כי במועד בו פנו האדריכל והמהנדס אל המשיב מס' 3 והתריעו בפניו כי לא ניתן להותיר על כנם את כל חלקי הבניין שנועדו להישאר על פי היתר הבניה המקורי ולבנות מעליהם את תוספת הבניה, עמדו בפני גורמי התכנון מספר אפשרויות: האחת – להורות לעותר על הריסת כל חלקי הבניין הנוותרים, שאז היתה נכנסת לתוקפה הוראת סעיף 11.1. הנ"ל; השניה – להורות לעותר להמשיך בבניה כמתוכנן; והשלישית – להורות על הריסת 3 התקרות, על חיזוק ושיפוץ קיר החזית הדרומי, והמשך העבודות על פי ההיתר המקורי, או דרישה להוצאת היתר בניה חדש שיכלול מרתף חניה, ככל ובמידה שהקמת מרתף כזה היתה מתבררת כאפשרית, מבחינת נתוני המגרש.

18. אין חולק שהמשיב מס' 3 ואדריכל העיר החליטו להורות לעותר להרוס את התקרות הקיימות ולחזק ולשפץ את קיר החזית הדרומי. כפי שנראה בהמשך, כך גם נטען על ידי המשיבה 2 בכתב התשובה שהגישה לערר וגם התימות אדריכל העיר על תכנית השיפוץ והחיזוק של קיר החזית הדרומי (נספח ח') מעידה על כך. ממילא יש לומר כי המשיבה 2 בחרה באפשרות השלישית מבין אלו שפורטו לעיל.

19. יתירה מזו – אין גם חולק כי לאחר שהתקרות נהרסו וקיר החזית הדרומי שופץ וחזק על ידי בעלי הזכויות, המשיבה 2 והמשיב 3 לא דרשו מבעלי הזכויות לבנות מרתף חניה, ועבודות הבניה נמשכו כסדרן על פי היתר הבניה המקורי, כשהמשיבה 2 מודעת לכך ולא פועלת באופן כלשהו כנגד הבניה כאמור. כך היה משך שנה תמימה, עד למחצית 2007.

רוצה לומר: מששאלת הפרשנות הראויה של ההוראה הקבועה בתב"ע ובהיתר - לפיה במידה וייהרס הבניין הקיים יוקם בניין חדש מעל מרתף חניה - עמדה לפתחם של המשיבה 2 והמשיב 3 בזמן אמת, היתה עמדתם ברורה וחד משמעית. על פי עמדה זו, אין לראות במצב שבו נותר רק קיר חזית אחד מהבניין הקיים משום הריסת הבניין המחייבת כניסתה לתוקף של ההוראה הנ"ל. כך גם נקבע על ידי ביה"מ לעניינים מקומיים בהחלטתו במסגרת הבקשה למתן צו הפסקה שיפוטי:

"במקרה דנן פירשה הרשות את התכנית וההיתר כך שהותרת קיר חזית דרומי על כנו כשכל שאר חלקי בנין הבאוהאוס נהרס, נחשבת לצורך הענין כהותרת בנין הבאוהאוס על כנו ועל כן המשיב (העותר דנן - י.מ.) עדיין נמצא במסלול הבניה העיקרי (קרי: תוספת לבנין קיים - י.מ.) כפי שפורט לעיל".

כפי שנראה בהמשך, עמדה זו של המשיבה 2 נתמכה בהיגיון שהוביל מלכתחילה להכללת ההוראה הנ"ל בתב"ע ובהיתר.

20. על רקע זה ולאור עמדת גורמי התכנון כאמור לעיל, המשיכו בעלי הזכויות בעבודות הבניה משך שנה נוספת, עד למחצית שנת 2007, במהלכה הושלמה בניית שלד הבניין, עד שלחציה של אותה קבוצת תושבים הניעו את העירייה לחזור בה לפתע מעמדתה הנ"ל ולפעול כנגד בעלי הזכויות וכנגד המשך הבניה בניגוד לכל דין ותוך שהיא מתעלמת מההשלכות של התנהגותה זו על בעלי הזכויות.

21. עוד קודם לכן, נדונה הבקשה לשינויים בהיתר, וביום 26.03.07 ניתנה החלטת המשיבה 2 בבקשה זו, כדלקמן: **"לדון בהתנגדות. לדחות ההתנגדות מהנימוק העיקרי כי מס'**

החנינות תואם הדרישה ותקן חניה למגורי סטודנטים והמבוקש הינו תוספת למבנה קיים. לאשר בתנאים: ... (כאן באה רשימת תנאים) (להלן: "ההחלטה הראשונה") (ההדגשה לא במקור – י.מ.).

במאמר מוסגר יצוין כי "ההתנגדות" הנזכרת בהחלטה הנ"ל לא הומצאה לידי בעלי הזכויות או מי מטעמם, והם כלל לא ידעו על קיומה.

עותק מהחלטות ועדת רשות הרישוי מיום 26.03.07 מצ"ב **כנספח ט'** לתיק המוצגים.

22. עם קבלת ההחלטה הראשונה פעל האדריכל למילוי אחר כל התנאים על פי ההחלטה, בתיאום עם ובהנחיית אד' עליזה זיידלר גרנות, מנהלת מח' רישוי ופיקוח על הבניה בעיריית רמת גן, וביום 20.05.07 הוגשו ע"י האדריכל 3 העתקים של תכניות מתוקנות בהתאם להחלטה מיום 26.03.07. אלא שהיתר השינויים לא הוצא מעולם.

עותק ממכתב האדריכל מיום 20.05.07 מצ"ב **כנספח י'** לתיק המוצגים.

23. ואז חל המהפך בעמדת העירייה. מתברר כי ביום 4.06.07, כשלושה חודשים לאחר מתן ההחלטה הראשונה על פיה אושרה הבקשה להיתר, הפכה הוועדה את החלטתה והחליטה על דחיית אותה בקשה שקודם אושרה על ידה וזאת מהטעם: "**נוגד תכנית הבינוי החלה במקום. ההתנגדות התקבלה**" (להלן: "ההחלטה השניה"). גם החלטה תמוהה זו נתקבלה ללא כל דיון, מבלי שניתנה למערער האפשרות להתייחס ל"התנגדות" העלומה שנדחתה בהחלטה הראשונה ונתקבלה בהחלטה השניה, וכשהנימוק העומד ביסודה אינו מתיישב עם העובדות כהוותן. בנסיבות אלו, ומשנתברר לבעלי הזכויות כי הניסיונות להביא עניין זה לידי סיום שפוי לא הועילו, הוגש על ידי המערער למשיבה 2 ערר על ההחלטה השניה.

עותק מההודעה על ההחלטה השניה מצ"ב **כנספח יא'** לתיק המוצגים.

24. בין לבין, ולאחר השינוי שחל בעמדתה המקורית, פעלה העירייה בניסיון להביא להפסקת הבניה, בדרך של הגשת בקשות להוצאת צווי הפסקה מנהליים ושיפוטיים כנגד המשך הבניה. ברם, צווים אלה לא שרדו את המבחן השיפוטי ובוטלו על ידי בתי המשפט שדנו בהם או נתבטלו מאליהם בחלוף מועד תוקפם. רק למען שלמות התמונה נציין כי בחלוף שנה נוספת (בסוף חודש מאי 2008), ולאחר שבניית הבניין הושלמה כמעט לחלוטין, פנתה המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין בפרקליטות המדינה – ש"גויסה" לעניין על ידי אותה קבוצת תושבים – בבקשה נוספת למתן צו הפסקה שיפוטי. משניתן הצו הוגש על ידי העותר ערעור, ובמסגרתו הגיע הצדדים להסדר פשרה.

25. כאמור, המשיבה 2 הגישה כתב תשובה לערר. בנוסף, הגישו הצדדים מסמכים נוספים תוך כדי הדיון בערר. העותר הגיש לכב' הועדה את המסמכים כדלקמן: חוות דעת של מהנדס הקונסטרוקציה, בהתייחס לאפשרות של הקמת מרתף חניה בשלב שבו נתברר כי אילוצים קונסטרוקטיביים מתייבים הריסת חלקים נוספים מהבניין; חוות דעת של מהנדס תנועה, מר רונן וקנין, ביחס לאפשרות הקמתו של מרתף חניה תקני בהתחשב באילוצי השטח ובתקנים; מכתבי אדריכל הבניין ומהנדס הקונסטרוקציה של הבניין אל מהנדס העיר בקשר להריסת קיר החזית הדרומי; מכתבה של מנהלת מח' רישוי ופיקוח על הבניה בעיריית רמת גן בעת הרלוונטית, אד' עליזה זיידלר – גרנות, בתשובה לפניית עו"ד טובה רוזן, מטעם ועד הבניין, רח' מעלה הצופים 7, רמת גן; וכן מספר תמונות שצולמו על ידי "פז כלכלה והנדסה 1996 בע"מ", שהינו משרד הפיקוח שמונה לפקח על הפרויקט נשוא ערר זה מטעם הבנק המלווה ונכללו בדוחו"ת שהוכנו על ידו עבור הבנק.

עותקים מכתב התשובה שהוגש על ידי המשיבה 2, ומהמסמכים הנוספים שהוגשו על ידי העותר כמפורט לעיל מצ"ב **כנספחים יב' – יז'** לתיק המוצגים.

26. המשיבה 2 קיימה שני זיונים במסגרת הדיון בערר, האחד ביום 10.04.08 והשני ביום 16.06.08.

עותקים מהפרוטוקולים של הדיונים הנ"ל מצ"ב **כנספחים יח' – יט'** לתיק המוצגים.

ג. החלטת ועדת הערר

27. לאחר שסקרה את הרקע המצב התכנוני, את טענות הצדדים ואת המצב בשטח נפתה המשיבה 1 להגדרת השאלה העומדת להכרעה. וכך הוגדרה זו על ידה: "האם יש להתייחס לבניין נשוא הערר, לאחר שנהרסו בו קירות החוץ בצד צפון, מזרח ומערב ורצפות הקומות נהרסו, כך שכל מה שנותר מהבניין הוא הקיר הדרומי, כאל המצב שתואר בסעיף 11.ז. לתכנית 1050/א' דהיינו, שהבניין נהרס אם לאו".
28. המשיבה 1 המשיכה החלטתה בסקירת פסיקה שבה נדונה השאלה "מהו בניין שנהרס", ואז דנה בפרק נפרד בהחלטתה בשאלת "משמעות המונח 'ייהרס הבניין הקיים' בתכנית 1050/א. המשיבה 1 קבעה כי לשם כך יש "להתחקות אחר תכליתה של הוראה זו, דהיינו מדוע כל עוד הבניין הישן קיים בחלקו לא קיימת חובה לבנות מרתף חניה, ואילו מרגע שהבניין נהרס קמה חובה להקים מרתף חנייה".
29. לצורך בחינת תכלית זו פנתה המשיבה 1 לכתב התשובה של המשיבה 2, שם פירטה זו האחרונה בהרחבה את הטעמים שעמדו ביסוד הכללת ההוראה הנ"ל בתב"ע ובהיתר.
30. אלא שאז ובהתעלם מאותו חלק בטענות המשיבה 2 העוסק במצב בו נותר רק קיר אחד מהבניין הקיים, והשלכתו על הסוגיה שהתעוררה במקרה דנן, ראתה המשיבה 1 לנסות ולדלות מהחומר שבפניה תשובה לשאלה – האם נוכח תכלית הכללת ההוראה הנ"ל בתב"ע ובהיתר, כפי שהמשיבה 1 ניסתה ללמוד עליה מהגיגונה היא, יש לקבוע כי במקרה בו נותר רק קיר אחד מהבניין הקיים הרי שהבניין נהרס, אם לאו.
31. לאחר שבחנה חלק מהחומר שהיה בפניה הגיעה המשיבה 1 למסקנה כי בנסיבות שנדונו בפניה יש לקבוע כי הבניין נהרס ולפיכך כי היה על בעלי הזכויות להקים מרתף חניה, ומשזה לא נבנה הרי שצדקה המשיבה 2 בהחלטתה השנייה שלא לתת לעותר את היתר הבניה המבוקש.

ד. טענות העותר – הפגמים שנפלו בהחלטת המשיבה 1

32. הפגם הבולט ביותר בהחלטת המשיבה 1 נוגע לעובדה כי זו התעלמה למעשה מהפירוט המלא של השיקולים והנחות היסוד שהנחו את המשיבה 2 בהחליטה להורות על הכללת הוראת סעיף 11.ז. בתכנית ובהיתר. פגם זה הוביל את המשיבה 1 למחוזות רחוקים שהיא כלל לא נדרשה להגיע אליהם, ובעקיפין הוביל אותה גם לתוצאה הבלתי נכונה אליה הגיעה בהחלטתה, בכל הכבוד.
33. במה דברים אמורים? אין ולא יכול להיות חולק כי במקרה שעמד בפני המשיבה 1 נודמנה לה הזדמנות חריגה, בה ניתן ללמוד על תכליתה של הוראה שבתכנית היישר מפי מי שהורה על הכללתה. כידוע, דבר חקיקה יש לפרש בראש ובראשונה על פי תכלית חקיקתו, וכך הם הדברים גם ביחס לתכנית בניין עיר. במקרה דנן התייצבה המשיבה 2 עצמה (היא המחוקק לענייננו) בפני הוועדה והעידה על התכלית והטעם שעמדו מאחורי הכללת הוראת סעיף 11.ז. בתכנית ובהיתר. דומה הדבר לדברי ההסבר להצעת החוק המוצגים בפני בית המשפט לצורך פרשנותו של חוק על פי תכלית החקיקה. המשיבה 1 לא התעלמה מכך, ואכן פנתה אל כתב התשובה שהוגש על ידי המשיבה 2 בניסיון להתחקות אחר תכלית ההוראה הנ"ל, אלא שבעשותה כן נטלה המשיבה 1 רק חלק מדברי המשיבה 2 ואילו את חלקם האחר ביקשה, למעשה, להשלים בכוחות עצמה. בכך שגתה פעמיים: הן משום שנדרשה כלל לשאלה שהתשובה לה הונחה בפניה מפי המקור המוסמך ביותר, והן משום שהתוצאה אליה הגיעה עומדת בסתירה לאותה עמדה.
34. מפאת חשיבות העניין, ונוכח המשמעות מרחיקות הלכת של הדרך בה נקטה המשיבה 1 נבקש לצטט את הדברים כפי שבאו מפי המשיבה 2 בכתב התשובה שהגישה לערר. בסעיפים 8-9 לכתב התשובה (נספח יב') פירטו המשיבים 2-3 "את הטעם לחקיקת סעיף 11 (ז) של תב"ע 1050/א" כך:

"שיטחה של החלקה קטן. מסיבות הנדסיות ולנוכח השטח הקטן של החלקה, לא ניתן להקים בחלקה מרתף חנייה מתחת לבניין אלא אם מרתף חנייה אשר כזה יבנה עד לגבולות החלקה. לצורך הקמת מרתף חנייה בחלקה קיים הכרח להקים כלונסאות על גבולות החלקה, אשר יתמכו במרתף החנייה, בבניין ובקרקע שמסביב לחלקה. הקמת כלונסאות אלה והקמת מרתף חנייה היו מחייבות את הריסת כל בניין הישן, לרבות כל קירות המעטפת שלו (ההדגשה של המילה "כל" הינה במקור - י.מ.). מוסדות התכנון לא הפעו בתוצאה זו אלא רצונם היה לשמר את הבניין הישן, כמפורט בתצהירו של אדריכל ס. לרמן.

בנסיבות האמורות לעיל נקבע בתב"ע 1050/א שמרתף החנייה יוקם אך ורק אם מסיבה כלשהי ייהרס הבניין הישן. מתב"ע 1050/א עולה, שאם הבניין הישן לא ייהרס, כי אז לא תשתכלל החובה להקמת מרתף החנייה בבנין וניתן יהיה להסתפק בהסדר חנייה ללא הקמת מרתף חנייה. בכל מקרה, אין ולא היתה אפשרות הנדסית להקים את מרתף החנייה בבניין במצב עניינים בו קיר מעטפת אחד של הבניין הישן היה נותר על כנו ולא נהרס. מתחת לקיר מעטפת אשר כזה לא ניתן היה להקים את הכלונסאות הנחוצות לצורך הקמת מרתף החנייה וממילא לא ניתן היה להקים את מרתף החנייה. על רקע זה, ומן הטעם האמור לעיל, הוכלל סעיף 11 (ז) בהוראות תב"ע 1050/א" ההדגשה לא במקור - י.מ.).

35. והדברים ברורים: הנחות היסוד שעמדו בביסי הכללתה של הוראת סעיף 11.1. הנ"ל היתה כי לא ניתן להקים מרתף חנייה בבניין גם אם כל מה שנותר ממנו הוא קיר אחד בלבד. יתירה מזו: בהדגשה כי "הקמת כלונסאות אלה והקמת מרתף חנייה היו מחייבות את הריסת כל בניין הישן, לרבות כל קירות המעטפת שלו", "תיקנה" המשיבה 2, למעשה, את שפגם בניסוחה של ההוראה במקור והבהירה טוב יותר את כוונתה, קרי: רק הריסת כל הבניין תחייב הקמת מרתף חנייה ואילו הותרת חלק כלשהו ממנו, ולו קיר אחד בלבד, אינה מחייבת זאת.

36. בהצגת עמדתה הברורה והחד משמעית בעניין זה לא הותירה המשיבה 2 כל פתח לפרשנות באשר לתכלית הכללתה של ההוראה בתכנית ובהיתר ובאשר לטעמים והשיקולים שהנחו אותה בעניין זה.

37. כאמור, המשיבה 1 התייחסה רק לחלק מעמדתה של המשיבה 2. תחת אשר להתייחס אל הדברים כפשוטם, ובמלואם, תמצתה המשיבה 1 את עמדת המשיבה 2 בכתב התשובה בדברים הבאים:

"במילים אחרות: על מנת לשמור על חלקי הבניין הישן אשר אמורים היו להשתלב בעבודות הבנייה במקום, ויתרה תכנית 1050 על בניית מרתף חנייה במקום, ותחת זאת איפשרה מתן פתרון חנייה (באותו היקף חנייה) בחצר הבניין, תוך עשיית שימוש במתקני מכפילו חנייה. סעיף 11.1. לתכנית 1050/א בא להבהיר כי משטעם זה יחדל מלהתקיים בשל כך שהבניין נהרס, תקום חובה לבנות מרתף חנייה" (ההדגשה לא במקור - י.מ.).

על רקע הדברים הנ"ל הוסיפה המשיבה 1 וציינה: "אנו מקבלים את עמדת הועדה באשר לתכלית אשר עמדה ביסוד הוראת סעיף 11.1. לתכנית 1050/א".

אלא שהאופן בו פירשה המשיבה 1 את עמדת המשיבה 2 היה חלקי ושגוי. שכן, לשיטת המשיבה 1, את עמדת המשיבה 2 יש להבין כך שאם נותרים כל חלקי הבניין שהיו אמורים להיוותר על כנם ע"פ ההיתר המקורי, כי אז אין חובה להקים מרתף (בהיעדר אפשרות הנדסית), ואולם אם נהרס כל הבניין כי אז יש להקים מרתף חנייה.

ההתייחסות חלקית זו של המשיבה 1 לעמדת המשיבה 2 הובילה אותה לצורך להכריע, בעצמה, כביכול, מה היא הפרשנות הראויה של הוראת סעיף 11.1. במקרה שבו מחד לא נותרו על כנם כל חלקי הבניין שנועדו להיוותר על פי ההיתר המקורי ומאידך הבניין לא נהרס כולו. מכאן פנתה המשיבה 1 לבחינת שאלה זו על יסוד החומר שבא בפניה. בעשותה כן שגתה המשיבה 1 כפי שנראה לחלק.

38. למעשה, התעלמה המשיבה 1 מהדברים הברורים שהובאו בפניה על ידי המשיבה 2, ולפיהם הכללת סעיף 11.ז. בתכנית נועדה לאזן בין שני אינטרסים שהיו בעלי חשיבות בעיני המשיבה 2 – האחד: לשמר את חזיתו של המבנה הישן בשל הערך השימורי שיוחסה לו; השני: במידה והבניין ייהרס, למקם את מקומות החניה הנדרשים במרתף חניה. ההתנגשות בין האינטרסים הנ"ל נבעה מהנחת היסוד של המשיבה 2, לפיה לא ניתן יהא להקים מרתף חניה במקרקעין אלא אם כל הבניין ייהרס. כאמור לעיל, המשיבה 2 הדגישה כי במועד הרלוונטי להכללת הסעיף הנ"ל בתכנית הנחת המוצא שלה הייתה כי לא ניתן יהא להקים מרתף חניה במקרקעין, גם אם קיר אחד בלבד היה נותר על כנו.

יוצא איפא כי אם אכן היתה מקבלת המשיבה 1 את עמדת המשיבה 2 באשר לתכלית אשר עמדה ביסוד הוראת סעיף 11.ז., כפי שהצהירה, כי אז לא היה כל מקום לניסיון המשיבה 1 לבחון את מה שהגדירה כ"שאלה הרלוונטית לענייננו": "האם במצב בו קיר הבניין הישן הדרומי במקומו, ניתן לבנות מרתף חניה בבניין, בגודל הנדרש לשם התקנת עשר מקומות חניה, מבלי לפגוע בקיר האמור ובעלויות סבירות, או שמא בשל קיומו של קיר זה עדין לא ניתן לבנות את מרתף החניה האמור".

כאמור, שאלה זו נענתה על ידי המשיבה 2 באופן ברור וחד משמעי, והתשובה לה חייבה תוצאה הפוכה מזו שאלה הגיעה המשיבה 1.

39. כאן המקום לציין כי ברור שאם התייחסותה החלקית של המשיבה 1 לעמדת המשיבה 2 נבעה מטעות שנפלה אצל המשיבה 1, כי אז די בכך על מנת להניח את הבסיס לביטול החלטתה. אלא שלטעמנו התוצאה תהא גם אם הדבר נעשה במכוון על ידי המשיבה 1, כפי שנפרט להלן. אין חולק כי ביושבה כועדת ערר באה, למעשה, המשיבה 1 בנעלי המשיבה 2 והיא נדרשת לבחון את הבקשה לגופה ולקבל כל החלטה שהמשיבה 2 יכולה היתה לקבל. במובן זה היא אינה קשורה בקביעות כלשהן של המשיבה 2 בקשר עם הבקשה שמדונה בפניה. אולם, לא זה המקרה דגן. במקרה זה, העידה הוועדה המקומית על הטעמים והשיקולים שהנחו אותה בהחליטה, בזמן אמת, להכליל את הוראת סעיף 11.ז. בתכנית. שיקולים וטעמים אלה, בין אם היו נכונים בעיתם ובין אם לאו, הם אלה שעל בסיסם הוכנסה ההוראה לתכנית, וממילא הם המקור האוטנטי ביותר לשם הבנת תכליתה של הוראה זו, הנשענת על עמדתו ותפיסותיו של המחוקק בזמן אמת. עמדות ותפיסות אלו אינן נתונות לבחינה מאוחרת ומחודשת על ידי מי שמבקש לפרש את הוראת הדין האמורה (ובמקרה זה – הוראת התכנית), שכן בין אם הן נכונות ובין אם לאו – הן אלו שהנחו את המחוקק בתוקפו את ההוראה העומדת לפרשנות.

40. על עמדתה של המשיבה 2 שגרסה, בזמן אמת, כי גם במצב בו קיר אחד בלבד נותר על כנו, אין חובה להקים מרתף חניה, באשר הוראת סעיף 11.ז. לא נכנסת לתוקפה, תעיד העובדה שבפועל ומשך כשנה תמימה (ממחצית שנת 2006 ועד למחצית שנת 2007), זו היתה עמדתה המוצהרת של המשיבה 2, שהיתה מי שהורתה לעותר שלא להרוס את קיר החזית הדרומי, אלא לשפצו ולחזקו, והיתה מודעת היטב לכך שבניית המרתף נמשכת על פי היתר המקורי ולא נקטה בכל צעד שהוא כנגד המשך הבניה.

על רקעה של אותה תפיסת ממש, קיבלה המשיבה 2 מלכתחילה את בקשה העותר לשינויים בהיתר ונתנה את החלטתה מיום 26.03.07 (נספח ט'), תוך שהיא מדגישה בהחליטה על דחיית "ההתנגדות" כי המדובר ב"תוספת למגנה קיים" (קרי: לא בניה חדשה המחייבת הקמת מרתף חניה בעקבות הריסת כל הבניין).

וכך גם עולה ממכתב מנהלת מתי רישוי ופיקוח על הבניה בעיריית רמת גן מיום 29.10.06 (נספח טז') אל עוה"ד של חלק מהתושבים ולפי האמור בו "אין מדובר בבניין חדש על כל המשתמע מכך, אלא בשימור של בניין ישן, גם אם מדובר בקיר בודד בחזית המבנה, שלו כאמור ערך אדריכלי".

41. המשיבה 1 התעלמה כליל מהעובדות דלעיל, שכן לדידה השאלה היחידה הרלוונטית הינה האם ניתן לתת את היתר הבניה המבוקש. אלא שגם על פי עמדה זו לא היתה רשאית, בכל הכבוד, המשיבה 1 להתעלם מהעובדות הנ"ל, לא כעמדה המחייבת אותה, אלא כעמדה שיש בה לחזק את הנחות היסוד שעמדו בבסיס הוראת סעיף 11.ז. לתכנית, וככאלו בוודאי שהן רלוונטיות לצורך הכרעתה.

42. הדברים גם מצאו ביטוי מפורש בכתב התשובה שהוגש על ידי המשיבה 2 :

"הותרת הקיר הדרומי על מכונו ואי הריסתו נעשתה לאחר התייעצות עם אדריכל ס. לרמן (אדריכל העיר - י.מ.), כדי להבטיח את השימור המתחייב ולו של החזית הקדמית של הבניין הישן". ובהמשך: "בתחילה סבר מהנדס העיר שאכן יש להרוס את הקיר הדרומי מפאת החשש להתמוטטותו...לאחר מכן, ולאחר בדיקות נוספות שנערכו, במיוחד לאור ניטרול הסיכון שהקיר הדרומי יתמוטט מצד אחד (על יסוד ההסכמה בדבר חיזוק ושיפוץ קיר זה על ידי בעלי הזכויות, נספח ח' - י.מ.) ולאור ערכו השימורי הרב של הקיר הדרומי, מצד שני, החליט מהנדס העיר להעדיף את הערך הארכיטקטוני, התרבותי, ההיסטורי והשימורי של הקיר הדרומי ולהשאירו על מכונו" (סעיפים 22 - 21 לכתב התשובה לערר) (ההדגשות לא במקור - י.מ.).

כשדברים אלה באים לאחר שהמשיבה 2 הבהירה את השיקולים שהנחו אותה בהכללת הוראת סעיף 11.ז. בתכנית - ובכללם שרק אם כל הבניין ייהרס צורך להקים מרתף חניה - הרי נראה שהדברים ברורים.

43. על יסוד כל אלה יטען העותר כי התעלמותה של המשיבה 1 מעמדתה של המשיבה 2 באשר להנחות היסוד, השיקולים והטעמים שהנחו אותה בהכללת סעיף 11.ז. בתכנית, ומכל יתר העובדות שהובאו בפניה ומעידות כולן כאחת על אותם דברים, הינה בבחינת פגם מהותי, אשר הוביל את המשיבה 1 להכרעה בעניינים שכלל לא היה עליה להידרש להם, ובסופו של דבר אף הוביל לתוצאה הבלתי סבירה באופן קיצוני אליה הגיעה. שכן, למעשה, די היה לה למשיבה להתייחס אל עמדת המשיבה 2 במלואה בעניינים הנ"ל, על מנת שהיתה מגיעה לתוצאה הפוכה מזו שאליה הגיעה. ההשלכות מרחיקות הלכת של החלטתה השגויה, בכל הכבוד, רק מחמירות את עוצמת הפגם כאמור.

44. מבלי לגרוע מהאמור לעיל יוסיף העותר ויטען כי גם משפנתה לבחינת השאלה שהגדירה לעצמה נפלו בהחלטתה של המשיבה 1 פגמים נוספים, אשר היה בהם כדי להובילה לתוצאה אליה הגיעה, הכל כפי שיפורט להלן:

44.1 המשיבה 1 התעלמה כליל מקיומה של חוות דעת יועץ התנועה, מר רונן וקנין (נספח יד') על אף חשיבותה לצורך ההכרעה בשאלה שהמשיבה 1 התייחסה אליה כשאלה הרלוונטית לצורך הכרעתה בערר. כאמור לעיל, נוכח הפגם העיקרי שנפל בהחלטתה, ראתה המשיבה 1 לבחון את שאלת היתכנות הקמתו של חניון ע"ג המקרקעין, במצב בו קיר החזית הדרומי נותר במקומו.

בין המסמכים שהוגשו לה על ידי העותר, לצורך קבלת החלטתה בסוגיה זו (על אף טענות העותר כי התשובה לשאלה זו ניתנה בזמן אמת על ידי הועדה המקומית אין כל מקום להירש לה בשלב הערר), היתה חוות דעתו של מהנדס תנועה. על פי חוות הדעת כאמור ועל יסוד הנתונים שהוצגו בפניו, לרבות תכניות הבניה הגיע המומחה למסקנה כי: "להערכתי המקצועית, במגרש שבנדון, גם ללא מגבלות של תכנון קיים, לא ניתן לתכנן חניון תת קרקעי תקני המתחשב באילוצי המבנה כגון ממ"מ, גרעינים ועמודי מבנה" וכן כי: "תכנית החניה המתוכננת הינה התכנית הסבירה ביותר. התכנית נותנת מענה לדרישות ההנחיות לתכנון חניונים".

אין ולא יכול להיות חולק כי משראתה המשיבה 1 לבדוק את היתכנות הקמתו של מרתף חניה, שומה היה עליה ליתן דעתה לחוות דעת של מומחה בתחומו אשר נוכח אילוצי השטח הקיימים ועל יסוד ההנחיות לתכנון חניונים תקינים הגיע למסקנה כי הקמת חניון כזה אינה אפשרית בתחום המקרקעין. למעשה, די היה בחוות הדעת האמורה כדי להניח בסיס לקביעת המשיבה 1 כי התשובה לשאלה שהציבה במוקד הדיון הינה שלילית, באופן שהיה בו להוביל לתוצאה הפוכה מזו שאליה הגיעה.

התעלמותה של המשיבה 1 מחוות הדעת כאמור, בנסיבות אלו, הינה בבחינת פגם מהותי אשר היה בו להשליך על החלטתה.

מסמך אחר שהוגש על ידי העותר בעניין זה הינו חוות דעת של מומנט הקונסטרוקציה של הבניין אשר על פיה עלה כי בשלב הרלוונטי להחלטת הוועדה המקומית בדבר הדרך בה יש לנקוט לאחר שהתברר כי לא ניתן להותיר את כל חלקי המבנה שנועדו להישאר על פי ההיתר המקודר, כבר בוצעו בחלק האחורי של המקרקעין (הצפוני) יסודות הרפסודה של חלקי הבניין שאמורים היו להיבנות שם (מבנה ממ"ק חדש, חדר מדרגות ופיר מעלית חדש). מכאן שבאותה עת כבר לא ניתן היה להקים מרתף חניה במקרקעין גם מטעמים אלו.

בהחלטתה ציינה המשיבה 1 כי מהנדס הקונסטרוקציה לא התייצב לדיון, ולגופה של חוות דעתו ציינה כי זו אינה מתמודדת עם השאלה שהוצבה על ידה.

בכל הכבוד, הדברים אינם נכונים. המהנדס אכן לא התייצב לדיון (מטעמים ראויים שלא כאן המקום לפרטם), אך במהלך הדיון קיבלו דבריו תמיכה הן בעדותו של אדריכל הפרויקט והן בעדותו של אדריכל העיר.

כך ציין אדריכל הפרויקט במהלך הדיון מיום 16.06.08: **לשאלת היו"ר מה היה בנוי בשטח, הייתה חפירה בחלק הצפוני של המגרש, היו כלונסאות שיצרו את תחום החניון, מפלס החניה מתחת לפני הקרקע. חפירה בעומק של 8 מ' מפני הקרקע הטבעית" (עמ' 3 לפרוטוקול מיום 16.06.08, מול השורות 11-1).**

וכך ציין אדריכל העיר בהקשר זה: **"באותו שלב שבו האגף הדרומי הצמוד לקיר הנתמך נהרס, מצב הבנייה בשטח היה כזה שכבר בוצעו יסודות לבניין בחלק האחורי של המגרש לרבות חפירות החניה על פי ההיתר דאז, שהייתה אמורה להתבצע בחלק הצפוני של המגרש. הדרישה לביצוע מרתף באותו שלב הייתה שינוי כלל הבנייה מתחת לפני הקרקע ולרבות הריסת חלק ממה שהיה ביסודות. החלק של מרתפי החניה הייתי צריך להרוס אותו" (שם, מול השורות 16-20).**

יוצא איפוא, שבמועד הרלוונטי לבחינת השאלה שנבחנה ע"י ועדת הערר, המצב בשטח היה כזה שאם היה נדרש להקים מרתף חניה, היה על בעלי הזכויות להרוס את כל העבודות שבוצעו מתחת לפני הקרקע, לרבות היסודות והכלונסאות שכבר בוצעו ומצויים היו מספר מטרים בעומק האדמה. בפועל, וכפי שעולה גם מדברי אדריכל העיר, המדובר בעבודה כמעט בלתי אפשרית, ולמצער כזו שמשמעויותיה הכספיות והאחרות היו מחייבות שיקול דעת מעמיק ביותר, ביחס לשאלת הדרישה להקמת מרתף חניה.

ממילא ברור כי אין לומר שחוות דעתו של מהנדס הקונסטרוקציה, שנתמכה בעדויות אדריכל הפרויקט ואדריכל העיר, אינה רלוונטית לשאלה שהוצבה על ידי המשיבה 1. הרי גם על פי השאלה הנ"ל התייחסה המשיבה 1 לעלויות של ביצוע מרתף החניה בנסיבות הרלוונטיות כשיקול בעל חשיבות להכרעה. והנה, משבאו בפני המשיבה 1 עדויות המלמדות כי משמעות הקמת מרתף החניה בשלב כן דובר הייתה **"שינוי של כל הבנייה מתחת לפני הקרקע ולרבות הריסת חלק ממה שהיה ביסודות"** – ראתה המשיבה להתעלם מעדויות אלו, על אף הרלוונטיות המהותית שלהן להכרעתה על יסוד הפרמטרים שנקבעו על ידה היא.

גם בעניין זה המדובר בפגם מהותי, אשר תרם את תרומתו להחלטה השגויה, בכל הכבוד, אליה הגיעה המשיבה 1.

44.3 על חומרת הפגמים הנ"ל ניתן ללמוד גם מהאופן בו נימקה המשיבה 1 את החלטתה. לאחר שראתה לקבל את חוות דעתו של המהנדס בלס (אליה נתייחס בהמשך) הוסיפה כי התוצאה של קבלתה הינה **"כי על פי התכלית העומדת מאחורי הוראת סעיף 11.ז. לתכנית 11.ז. לתוכנית 1050/א' יש לראות בבניין הנדון כבניין שנהרס, שכן כאמור מה שנותר מהבניין אינו מונע בניית מרתף חנייה ללא הוצאה כספית משמעותית נוספת, ובגודל הנדרש לשם סיפוק תקן החנייה"** (ההדגשה אינה במקור – י.מ.).

כעולה מהאמור לעיל, הרי שכל אחד מחלקי המשפט המודגש לעיל עומד בסתירה לראיות שעמדו בפני המשיבה 1. שכן, "קביעת" תכלית ההוראה האמורה נעשתה בניגוד ובסתירה לתכליתה כפי שהעידה עליה יוצרתה של החוראה – היא הועדה המקומית – משיבה 2. הקביעה כי מה שנוותר מהבניין אינו מונע בניית מרתף חניה ללא הוצאה כספית משמעותית נוספת עומדת בסתירה גמורה לחוות דעתו של יועץ התנועה (לעניין עצם היתכנות הקמתו של מרתף חניה בשטח המקרקעין) ועומדת גם בסתירה לעדויותיהם של אדריכל הפרויקט ואדריכל העיר בפני המשיבה 1 (גם לעניין ההיתכנות וגם בכל הקשור להוצאות הכספיות הנוספות, שנוכח דבריהם אין ולא יכול להיות חולק שלא זו בלבד שהן משמעותיות, אלא שיתכן שאף היו הופכות את העניין לבלתי ישיט כלל).

44.4 פגם מהותי נוסף שנפל בהחלטת המשיבה 1 נוגע למשקל שזו נתנה לחוות דעתו של המהנדס מטעם המשיבה 2, מר עובדיה בלס. בכל הכבוד, נראה כי המשיבה 1 הגיעה למסקנות מרחיקות לכת בקשר עם עדותו של המהנדס הלה, הרבה מעבר למה שנטען על ידו. ראשית יושם אל לב כי המשיבה נמנעה מלהתייחס לעובדה כי בחוות דעתו התעלם המהנדס בלס כליל מהעובדה כי במועד הרלוונטי לחוות דעתו, היו קיימים יסודות חפורים בחלקו הצפוני של המגרש ולמשמעותיות של עובדה זו על חוות דעתו. עיון בפתח עדותו של המהנדס בלס מלמד כי ב"כ העותר ביקש את התייחסותו של המהנדס בלס לעובדת קיומם של היסודות בחלקו האחורי, הצפוני, של המבנה, אך הלה נמנע מכל התייחסות לכך. כך באופן כללי, וכך גם בתיתו את ההערכות הלא מבוססות שניתנו על ידו בקשר עם העלויות הנוספות שהיו צפויות.

המשיבה גם התעלמה כליל מדברי המהנדס בלס על פיהם: **"הערכת את זה, מדובר על כשני מרתפים, לפני שבונים את הבניין, צריך לתכנן את הבניין מראש למצב הזה..."** (עמ' 2, מול השורות 25-27).

רוצה לומר: מה שנאמר על ידי המהנדס בלס בשתי השורות שקדמו לציטוט הנ"ל, שם הטביר איך לדעתו ניתן היה להקים מרתף חניה, התייחס לסיטואציה בה המרתף היה מתוכנן מלכתחילה לפני שבונים את הבניין. ממילא אין בדברים כדי להביא למסקנה אליה הגיעה המשיבה 1 בהקשר זה.

על רקע האמור לעיל, כמו גם לנוכח עיון מדוקדק וביקורתי במידה במכלול עדותו של המהנדס בלס, יטען העותר כי קיים מרחק רב בין עדות זו לבין המסקנות שהוציאה ממנה המשיבה 1.

נוכח העובדה כי המשיבה 1 תלתה את תוצאת הדיון בשאלה שהוצבה על ידה בעדותו של המהנדס בלס, ברורה חומרת הפגם שנפל בקביעותיה של המשיבה 1 ביחס לעדות הנ"ל, וממילא השפעתה המשמעותית על התוצאה אליה הגיעה המשיבה 1.

45 במסגרת הערר שהוגש על ידו וגם בדיונים שהתקיימו בפני המשיבה 1 העלה העותר מספר טענות נוספות, אשר גם בהן היה כדי להניח בסיס לביטולה של החלטת המשיבה 2 ולקבלת הערר. כפי שנראה להלן, המשיבה 1 התעלמה לחלוטין מהטענות כאמור ולא נתנה להן כל משקל שהוא בהחלטתה, כפי שיפורט להלן.

45.1 כזכור, החלטתה של המשיבה 2 מיום 4.06.07 (היא החלטה נשוא הערר) היתה החלטה השניה שניתנה על ידה בבקשת העותר לשינויים בהיתר. על פי אותה החלטה (נספח יא'), הרי שזו התקבלה, בין היתר, אגב קבלת "ההתנגדות". אין חולק, וגם המשיבה 2 לא טענה אחרת, כי "ההתנגדות" האמורה לא נתקבלה מעולם אצל העותר, וממילא לא ניתנה לו כל אפשרות להתייחס אליה. אין גם חולק כי העותר לא היה צד לכל הליך של דיון כלשהו ב"התנגדות" זו. וחשוב מכך – וכפי שנקבע על ידי המשיבה 1 עצמה הרי: **"מאחר והיה מדובר על בקשה להיתר לתוכנית שינויים אשר אינה כוללת הקלות, לא היה כל מעמד חוקי**

לאותם תושבים בפני הועדה המקומית. למרות זאת ומסיבה שלא הובררה, הועדה המקומית ראתה מקום להתייחס להתנגדות התושבים."

על רקע כל אלה העלה העותר במסגרת הערר את טענותיו באשר לפגם שנפל בהחלטה השנייה של המשיבה 2, בהתייחסה ל"התנגדות" התושבים ובקבלה את ה"התנגדות" כאמור. והנה, אף שהמשיבה 1 היתה ערה לפגם האמור, הרי שהיא נמנעה מליתן לו כל משקל ו/או ביטוי בהחלטתה והתעלמה ממנו לחלוטין.

45.2 עוד נטען על ידי העותר במסגרת הערר כי ההחלטה השנייה נתקבלה ללא כל דיון בהשתתפות הצדדים, מבלי שניתנה לעותר האפשרות להעלות טענותיו כנגד כוונת המשיבה 2 לחזור בה מהחלטה הראשונה, וללא כל נימוק סביר אשר יצדיק את הפגיעה הקשה בזכותו של העותר, הנובעת מהיפוכה של ההחלטה לרעתו. העותר אף הפנה את המשיבה 2 לשורה של פסקי דין, הקובעים את גדר סמכותה של רשות מסוגה של המשיבה 2 לחזור בה מהחלטות קודמות שנתנה, לאחר שהאזרח קיבל הודעה על ההחלטה הראשונה ופעל על פיה.

על רקע כל אלה נטען על ידי העותר כי המשיבה 2 היתה מנועה, בנסיבות העניין דנא, לחזור בה מהחלטתה הקודמת וכי באופן בו קיבלה את החלטתה בענין זה היתה גלומה פגיעה קשה בעקרונות הצדק הטבעי.

ראוי גם לזכור בהקשר זה כי לאחר מתן החלטתה הראשונה של המשיבה 2, אותם "מותנגדים" שהתנגדותם נדחתה במסגרת ההחלטה הראשונה לא הגישו ערר על דחיית התנגדותם ובמובן זה הפכה ההחלטה הראשונה להחלטה חלוטה, אשר רק במקרים חריגים ביותר שנקבעו בפסיקה ניתן היה לה למשיבה 2 לחזור בה ממנה.

אלא שהמשיבה 1 ראתה להתעלם לחלוטין מטענותיו אלה של העותר ופטרה את העניין בקביעתה כי יהא אשר הטעם לשינוי בהחלטתה של המשיבה 2 "השאלה הרלוונטית היחידה מבחינתנו הינה, האם ניתן לתת את היתר הבנייה המבוקש על פי התכניות החלות במקום אם לאו".

העותר יטען כי גם בכך נפל פגם מהותי בהחלטת המשיבה 1, אשר יש בו כדי להצדיק את התערבותו של בית משפט נכבד זה.

45.3 המשיבה 1 התעלמה לחלוטין מטענות העותר במסגרת הערר בדבר הסתמכותו, יחד עם שאר בעלי הזכויות, על עמדת המשיב 3 ואדריכל העיר והנחיותיהם, אשר על פיהן פעלו בעלי הזכויות משך שנה תמימה במהלכה השלימו את בניית שלד הבניין, עד שהמשיבים 2-3 ראו לשנות עמדתם מן הקצה אל הקצה, ללא כל טעם סביר, משיקולים זרים ובהתעלם לחלוטין מהפגיעה הקשה שהיתה צפויה להיגרם (ונגרמה בפועל) לבעלי הזכויות כתוצאה מהשינוי החד בעמדתם כאמור.

אלא שכאמור, המשיבה 1 לא נתנה כל משקל שהוא לעובדות אלה, על אף הרלוונטיות וההשלכה שיש להן על החלטתה. גם בכך נפל פגם בהחלטת המשיבה 1, אשר על רקע הפגמים הנוספים יש בו, בכל הכבוד, כדי להניח בסיס להתערבותו של בית המשפט בהחלטה.

ה. חוסר המידתיות שבהחלטה

46 משמעותה של החלטת המשיבה 1 היא כי הבניין שנבנה על ידי בעלי הזכויות נבנה ללא היתר בניה ו/או בסטייה מהיתר בניה, על ההשלכות מרחיקות הלכת העלולות להיות לקביעה מעין זו.

47 המשיבה 1 עצמה קבעה בהחלטתה כי: "ההבדל בין מצב בו הבניין הישן קיים או נהרס אינו בא לידי ביטוי בכמות החניות אלא במיקום החניות – בשטח המגרש כל עוד הבניין הישן לא נהרס, ובמדרג חנייה אם הבניין נהרס".

יוצא איפוא כי הקביעה המשתמעת מהחלטתה של המשיבה 1 ולפיה הבניין נבנה ללא היתר ו/או בסטייה מהיתר מבוססת כל כולה על העובדה שמקומות החניה שבעלי הזכויות נדרשו להכשיר בתחום המגרש מוקמו בשטח המגרש עצמו (במכפילי חניה) ולא במרתף חניה.

48. אין חולק כי מספר החניות ומיקומן כפי שבוצעו בפועל עולה בקנה אחד עם היתר הבניה שניתן לעותר. אלא שלפי החלטת המשיבה 1 במועד בו נותר עומד רק קיר החזית הדרומי היה על המשיבה 2 להנחות את העותר כי עליו להקים מרתף חניה, בין אם אגב הריסתו של קיר החזית הדרומי (לפי עמדת המשיבה 2) ובין אם ניתן היה להקימו גם כשהקיר נשאר עומד. זאת, על יסוד פרשנותה של המשיבה 1 את הוראת סעיף 11.1. הנדון, העומדת בסתירה לפרשנות שניתנה על ידי המשיבה 2 לסעיף זה בזמן אמת.

אין גם חולק כי המשיבה 2 לא הנחתה את העותר ולא דרשה כי יקים מרתף חניה כאמור, ככל הנראה על יסוד פרשנותה היא את הוראת סעיף 11.1. הנ"ל בדרך שונה מזו שפירשה אותה בדיעבד המשיבה 1. יתירה מזו: המשיבה 2 עמדה על כך שקיר החזית הדרומי יותר על כנו, תוך שיפוצו וחיזוקו, ובכך ונוכח הנחות היסוד שעמדו ברקע חקיקת סעיף 11.1. הנ"ל, קבעה למעשה כי לא ייבנה מרתף חניה.

אין גם חולק כי עמדה זו של המשיבה 2 עמדה בתוקפה משך תקופה של כשנה תמימה, עד שראתה לחזור בה מטעמים ושיקולים זרים. כך או כך, במהלך אותה תקופה הושלמה בניית שלד הבניין בידיעת המשיבה 2 ובלא שעוררה כל טענה ו/או דרישה בעניין זה.

49. העולה מן המקובץ: אף שהמדובר בעניין זניח יחסית, קרי: מיקום החניות, ואף שאין חולק כי באי בניית מרתף החניה והמשך בניית הבניין על פי המתכונת שנקבעה לכך על פי ההיתר המקורי, פעל העותר על פי ההיתר, כפי שפירש אותו הגורם המוסמך ביותר לכך, קרי: המשיבה 2, ועל פי ההנחיות והדרישות שהוצבו בפניו על ידי אותו גורם, ראתה המשיבה 1 לדחות את הערר ובכך אולי לגזור את גורלו של הבניין, לאחר שהושלמה בנייתו, ואת ההשקעות העצומות שהושקעו בו על ידי בעלי הזכויות, אף שכבר ברור כי לא דבק בהם כל רבב שהוא.

50. בכל הכבוד, אנו סבורים כי הותרת תוצאה זו על כנה תהא משום עיוות דין חמור ותגרום עוול עצום לבעלי הזכויות, ללא כל הצדק או טעם בדין.

51. לפיכך, ולו מן הטעם הזה, יתבקש בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטת המשיבה 1 ולבטלה באופן שימנע את חוסר הצדק ועיוות הדין העלולים להיגרם אם זו תישאר על כנה.

1. כללי וסיכום

52. על יסוד כל האמור, נוכח הפגמים המהותיים שנפלו בהחלטת המשיבה 1, ולאור חוסר הסבירות של התוצאה אליה הגיעה לאור הפגמים הנ"ל, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה, להורות על ביטולה של החלטת המשיבה 1 וליתן כל טעם אחר ו/או נוסף כפי שייראה לבית המשפט הנכבד לצודק בנסיבות העניין.

53. לעתירה מצורף תצהיר העותר לתמיכה בעובדות הכלולות בה.

יוסף משעל, ער"ר
ב"כ העותר