



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 6738/13

לפני : כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם

המערערת : מדינת ישראל

נגד

- המשיבים :
1. ש.י. שפץ וקנין קבלני בניין בע"מ
 2. הועדה המקומית לתכנון ובנייה, קרית מלאכי
 3. לוי גלאם
 4. מיטל גלאם
 5. יצחק ממון
 6. רחל ממון
 7. רועי כהן
 8. שלומית כהן
 9. ירון בן לולו
 10. דוד סלהוב
 11. תמר סלהוב
 12. שי משה ברנע
 13. זימרת ברנע
 14. ישראל עמרם
 15. תמר עמרם
 16. ראובן בן סימון
 17. רותם בן סימון
 18. אליה קליימן
 19. פאינה קליימן
 20. אלי אסרף
 21. קרין אסרף
 22. משה אוסה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים בעת"מ 42449-01-
12 שניתן ביום 26.08.2013 על ידי כבוד השופט ר' ברקאי

בשם המערערת : עו"ד תדמור עציון ; עו"ד יצחק ברט ;
עו"ד שרון גפן

בשם משיבה 1:	עו"ד נעמי וייל; עו"ד עודד בריק
בשם משיבה 2:	עו"ד איל מאמו; עו"ד אפי שבח דחב"ש
בשם משיבים 22-3:	עו"ד סמוראי רון

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. משיבה 1 (להלן: שפץ) היא קבלן אשר קיבל היתר בניה בניגוד לתכנית מתאר לשם בניית בניין. חלקו התחתון של הבניין נבנה בהתאם להיתר זה, וחלקו העליון נבנה ללא היתר כלל, יחד עם חריגות בנייה נוספות. גופי התכנון דחו תכנית, אשר נועדה "להכשיר" את הבנייה הבלתי חוקית, תוך מתן משקל מכריע לפגיעה בשלטון החוק. בניגוד לכך, בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים התחשב במשיבים 22-3 (להלן: הדיירים), אשר רכשו דירות בבניין תוך הסתמכות על היתר הבניה שהוצא בתום לב, ואישר את המשך האכלוס של הדירות (עת"מ (ב"ש) 42449-01-12; עת"מ (ב"ש) 27391-08-12, כב' השופטת ר' בוקאי). זוהי המחלוקת העומדת בלב הדיון המונח בפנינו. להשלמת התמונה יצוין כי לאחר מתן פסק הדין של בית המשפט לעניינים מנהליים, החלו הדיירים להתגורר בדירות המדוברות.

שתי קביעות עיקריות בפסק הדין האמור: האחת, כי שפץ זכאית לקבל טופס אכלוס לגבי הדירות בחלק התחתון של הבניין, ככל שתעמוד בכל יתר הדרישות שאינן נוגעות להיתר הבניה שבמחלוקת. השנייה, מתן הוראה לוועדה המחוזית לתכנון ובניה במחוז דרום (להלן: הוועדה המחוזית) לדון פעם נוספת בתכנית מתאר, שנדחתה בעבר על ידה ועל ידי ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ובניה (להלן: ועדת העררים). בשורשן של שתי הקביעות ניצבת ההחלטה "להכשיר" בדיעבד את היתר הבניה שהוצא בניגוד לתכנית המתאר החלה, באמצעות הכרזה על יחסיות בטלותו. מכאן ערעור המדינה המונח לפתחנו.

רקע והליכים קודמים

2. שפץ היא חברה העוסקת בבניין, אשר זכתה בשנת 1999 במכרז להקמת פרויקט מגורים בקריית מלאכי. כפי שעולה מפסק דינו של בית המשפט קמא, הפרויקט ממוקם בשטח המהווה חלק מחלקות 246-247 בגוש 2467 וחלק מחלקות 1, 2 ו-4 בגוש 2609 (להלן: המגרש). המגרש נמצא בקצהו של פארק רחב ידיים. תכנית המתאר החלה על המגרש היא תכנית מתאר מספר 65/102/02/18 (להלן: תכנית 65). לפי התכנית, ניתן לבנות במגרש שני בנייני מגורים בני 15 קומות כל אחד עם חניון תת-קרקעי. חלקו האחר של המגרש מיועד לשטח ציבורי פתוח.

בשנת 2000, הגישה שפץ לוועדה המחוזית את תכנית מספר 72/102/02/18 (להלן: תכנית 72), אשר בין היתר נקבע בה כי במקום שני הבניינים בני חמש עשרה הקומות, ייבנו שלושה בניינים בני עשר קומות, עם אפשרות לחניה על-קרקעית. הליכי התכנון ביחס לתכנית 72 לא הושלמו, לאחר ששפץ הודיעה לוועדה המחוזית כי תפעל לאפשר את הבינוי המבוקש באמצעות קבלת היתרים לסטייה מתכנית 65, אשר בכוחה של המשיבה 2 (להלן: הוועדה המקומית) להוציא. בהמשך לכך, בשנת 2006, נדחתה תכנית 72. בשנים 2001-2000 הוציאה הוועדה המקומית לשפץ מספר היתרי בנייה, וביניהם היתר לבניית שני בניינים בני עשר קומות. במהלך תקופה זו נבנתה, ככל הנראה, חניה על-קרקעית עבור דיירי הבניינים. בשנת 2009 הוציאה הוועדה המקומית לשפץ שני היתרים חלף ההיתר לבניית אחד הבניינים – בו אמורות היו להיות 73 יחידות דיור – כך שניתן היתר לבניית 44 יחידות דיור (להלן: בניין 2) והיתר נוסף לבניית 29 יחידות דיור (להלן: בניין 3. בניין זה כונה בפסק הדין של ערכאה קמא בניין 2ב) הן הדירות מושא המחלוקת. לאחר מתן האישורים, נוצר מצב בו בניינים 1 ו-2 התפרשו על פני עשר קומות, ואילו זכויות הבנייה בבניין 3 הספיקו לבניית 6.5 קומות בלבד (להלן: הקומות התחתונות), מעל לקומת קרקע סגורה.

בשנת 2010 הגישה שפץ לוועדה המחוזית את תכנית מספר 92/102/02/18 (להלן: תכנית 92), בטענה שיש לשוות לשלושת הבניינים גובה

אחיד מבחינה תכנונית. התכנית כללה בנייה של 2.5 קומות נוספות בבניין 3, ובהן 18 יחידות דיור, וכן הפיכת שטח שיועד להיות שטח ציבורי פתוח לשטח אשר ישמש כחניה על-קרקעית עבור דיירי הקומות הנוספות המבוקשות. בסך הכל תכנית הבניה המאושרת בפרויקט אמורה הייתה לגדול מ-30% לפי תכנית 65 ל-40% לפי תכנית 92. בטרם דנה הוועדה המחוזית בתכנית, בנתה שפץ 2.5 קומות נוספות ללא היתר (להלן: הקומות העליונות), ובעקבות כך הגישה הוועדה המקומית כתב אישום כנגד שפץ והעבודה הופסקה. כתב האישום בוטל, לאחר שהנושא הועבר לטיפול המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין בפרקליטות המדינה, לשם הגשת כתב אישום מתוקן.

למעלה מחצי שנה לאחר הגשת תכנית 92, העומדת בלב דיונינו, דנה בה ועדת המשנה הסטטוטורית של הוועדה המחוזית ודחתה אותה. החלטה זו נותרה בעינה אף לאחר סיור של חברי הוועדה המחוזית בשטח ודיון נוסף במליאת הוועדה. ערר על החלטה זו הוגש לוועדת העררים, אשר דחתה אותו. ניתן לחלק את קביעות הוועדה לשני סוגים. הסוג הראשון נוגע לאי-חוקיות הבניה בשטח ומשמעותה. בין היתר, נקבע כי ההיתר לבניית בניין 3 הוצא בניגוד לדין, וכי הוצאתו ללא סמכות מהווה שימוש לרעה בהליכי תכנון ובניה מטעם שפץ והוועדה המקומית. הוועדה הוסיפה כי עוצמת החריגה מן התכנית היא רבה וכי יש לתת לשיקול ההרתעה משקל משמעותי. הסוג השני עניינו שיקולים תכנוניים שונים. כך, למשל, נקבע כי בניית חניה על-קרקעית מנוגדת להוראות תכנית 65, וכי בניה כזו חותרת תחת אחת מתכליות התכנית ומנתקת בין הפרויקט ובין הפארק. כן ניתן משקל לפגיעה התכנונית הטמונה בהוספת בניין שלישי לפרויקט. נוכח קביעות אלה נדחה הערר, וזאת חרף הפגיעה בדיירים אשר רכשו דירות בקומות התחתונות של בניין 3.

2. על החלטה זו הוגשה העתירה המנהלית. בית המשפט לעניינים מנהליים קבע כי ועדת העררים הייתה מוסמכת לקבוע כי היתר הבניה ניתן בחוסר סמכות, כי בקבעה זאת שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים וכי לא נפל פגם בקביעתה זו. אולם בבואו לבחון את התוצאה האופרטיבית אליה הגיעה ועדת העררים, קבע בית

המשפט כי האיזון שנערך בין השיקולים השונים לוקה בחוסר סבירות, וזאת משלושה טעמים: ראשית, נקבע כי לא הוכח ששפץ נהגה בחוסר תום לב בכל הנוגע לקבלת ההיתר הבלתי חוקי, וכי ידעה מלכתחילה שהוא נגוע באי-חוקיות, בניגוד לעמדת ועדת העררים. שנית, ועדת העררים לא נתנה דעתה על התנהלות הוועדה המחוזית. זו ידעה כי שפץ מתכוונת לממש את תכניתה באמצעות קבלת היתר מהוועדה המקומית, וסביר להניח שבביקור חבריה במגרש בשנת 2000, ניתן היה לשים לב לכך שהחניה שנבנתה במקום היא על-קרקעית. שלישית, נקבע כי לא ניתן משקל מספיק למידת הפגיעה בדיירים רוכשי הדירות, בעקבות ההחלטה להורות על בטלותם המוחלטת של היתרי הבניה. עקב כך, קבע בית המשפט כי באיזון בין מכלול השיקולים יש להורות על בטלותו היחסית של היתר הבניה. בית המשפט הוסיף שנוכח זאת, תהא שפץ זכאית לקבל טופס אכלוס לדירות בקומות התחתונות אם תעמוד ביתר דרישות הוועדה המקומית. לבסוף הורה בית המשפט על החזרת הדיון בתכנית 92 אל הוועדה המחוזית, על מנת שתבחן אותה בשנית לאור הכשרת הקומות התחתונות. על החלטות אלה הוגש הערעור שלפנינו.

3. לאחר מתן פסק הדין, ולאחר ששפץ מילאה את דרישות הוועדה המקומית בנוגע ליתר הבנייה הבלתי חוקית הקשורה לפרויקט, נחתם טופס האכלוס של קומות אלה, וחלק מן הדיירים נכנסו לגור בדירות. במועד זה הגישה המדינה בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין, באופן זמני, לבית המשפט לעניינים מנהליים, אשר הורה על קבלתה למחרת. עם הגשת הערעור הנוכחי הגישה המדינה בקשה נוספת לעיכוב ביצוע פסק הדין עד להכרעה בערעור. בית משפט זה (השופט נ' סולברג) קיבל את הטענה שמדובר במעשה עשוי, וקבע כי הדיירים אשר נכנסו לדירות יוכלו להשאר בהן. ואולם, נקבע גם כי כל מה שטרם נעשה יישאר באופן זה עד להכרעה בערעור, וכן שיעוכב ביצוע ההחלטה המורה לוועדה המחוזית לדון בתכנית 92. להשלמת התמונה יצוין כי בהמשך הדברים, ובעקבות הסכמת המדינה, נקבע כי אין מניעה לחבר את הבניין והדירות לרשת החשמל, לנוכח הסכנות הבטיחותיות והסבל שנגרם לדיירים, וזאת מבלי שהדבר יזקף לזכות הדיירים בעת ההכרעה בערעור דנן. בנוסף לכך, טענה המדינה כי ההיתר החדש שניתן על ידי הגורמים הרלבנטיים בוועדה המקומית לשפץ בעקבות פסק הדין, שבעקבותיו

נחתם טופס האכלוס, אינו זהה להיתר שבית המשפט קמא הורה לאשרו מכוח הבטלות היחסית, וכי נפתחה חקירה בעניין. כך או אחרת, עניין זה לא יידון כאן ואין בו לגרוע מהחלטת בית משפט זה לפיה הדיירים רשאים להישאר בדירות אליהן נכנסו.

טענות הצדדים

4. המערערת היא מדינת ישראל, המיוצגת באמצעות פרקליטות המדינה. יוער כי בהליך קמא היו המשיבות ועדת העררים, הוועדה המחוזית ומינהל מקרקעי ישראל, אשר מנהל חלק מן השטח שאת ייעודו מבוקש לשנות בתכנית 92. המדינה מעלה שתי טענות עיקריות. הטענה הראשונה נוגעת לאיזון שערך בית המשפט קמא בין האינטרסים השונים, והיא מחולקת לשלושה חלקים. החלק הראשון של הטענה מתייחס לאיזון שערך בית המשפט קמא בין האינטרסים הרלבנטיים. בפרט, נטען כי ניתן משקל נמוך מדי לאינטרס של השמירה על שלטון החוק ולאינטרס התכנוני "הצר", ביחס למשקל הרב שניתן להגנה על הדיירים, אשר מידת הנזק שעלול להיגרם להם לא נבחנה כראוי. עוד מוסיפה המדינה וטוענת כי ההתחשבות העיקרית בשיקול זה אמורה להיות במסגרת הליך פלילי, ולא במסגרת עתירה מנהלית לדיון בתכנית. חלקה השני של הטענה הוא כי שגה בית המשפט קמא ביחסו לשפץ תום לב, בין היתר בעקבות שני כתבי אישום שהוגשו כנגד ראש מועצת קריית מלאכי וכנגד שפץ, שבקשות לצירופם כראיה הוגשו במהלך הליכי הערעור דנן. חלקה השלישי של הטענה הוא כי שגה בית המשפט קמא בקביעות לגבי התנהלות הוועדה המחוזית, שככל הנראה לא ידעה ולא הייתה צריכה לדעת על הבניה הבלתי חוקית במגרש. הטענה השנייה אותה מעלה המדינה היא שלא היה מקום ליתן, במסגרת העתירה המנהלית שהוגשה, סעד המאפשר את אכלוס המבנים, שכן נושא האכלוס לא היה נתון ממילא להכרעת הוועדה המחוזית וועדת העררים, ולא התקבלה כל החלטה מנהלית בעניין.

שפץ והוועדה המקומית חולקות על השגותיה של המדינה. טענה מקדמית אותה הן מעלות היא שהמדינה לא הייתה בין המשיבים בעתירה קמא, ולכן, לטענתן, אין היא זכאית לערער על פסק הדין ויש לדחות את טענותיה על הסף.

טענה נוספת היא כי הן חולקות על קביעותיו של בית המשפט קמא בנוגע לכך שהיתר הבנייה הוצא בניגוד לדין ושהוא עומד בסתירה לתכליותיה התכנוניות של תכנית 65. לטענתו, קביעותיה של ועדת העררים אינן מבוססות מבחינה עובדתית ופרשנית, ובנוסף לכך אין קשר בין הרשעתו של ראש עיריית קריית מלאכי והפרשה שלפנינו.

אולם בכל מקרה, וכאן העיקר, סומכות שפץ והוועדה המקומית את ידיהן על התוצאה האופרטיבית אליה הגיע בית המשפט קמא, וטוענות אף הן שתי טענות כנגד שתי טענותיה של המדינה. הטענה העיקרית עניינה האינטרסים שביניהם יש לאזן. נטען כי בצדק ניתן משקל כבד להגנה על הדיירים אשר רכשו זכויות בקומות התחתונות של בניין 3 בתום לב. כן הוזכר ההליך הפלילי אותו ניהלה הוועדה המקומית כנגד שפץ בגין הבניה בחריגה מן ההיתרים שנבנו, ושבמסגרתו קיבלה הסכמתם של הצדדים להמשך בניית הקומות התחתונות תוקף של פסק דין. לטענתו יש בכך להגדיל את משקל אינטרס ההסתמכות והציפייה של הצדדים. בכל הנוגע לאכיפת דיני התכנון והבניה, טוענות הן שדי בהליך הפלילי ובסנקציות חלופיות לשם השגת התכלית ההרתעתית. טענה שנייה עניינה טופס האכלוס. נטען כי בסמכות בית המשפט לתת, כי מדובר בפועל יוצא של החלת עקרון הבטלות היחסית על היתרי הבנייה. כן נטען כי טופס האכלוס נחתם לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט קמא ובטרם ההחלטה בדבר עיכוב הביצוע, ולכן מדובר כעת במעשה עשוי.

אל שפץ ואל הוועדה המקומית צורפו כמשיבים 3-2 דיירים אשר רכשו זכויות קניין בדירות שנבנו בקומות התחתונות. הדיירים מדגישים את התרשלות הרשויות בפיקוח על הבנייה במגרש, נוכח פרק הזמן הארוך בו נמשכה בניית הפרויקט והאינדיקציות הברורות, לטענתם, לכך שהיה בכוונת שפץ לבנות בניין שלישי במתחם. כן ניתן דגש על כך שהחניה העל-קרקעית נבנתה ככל הנראה כבר בשנת 2000, בעת שחברי הוועדה המחוזית סיירו במגרש. עוד מוסיפים הדיירים לטעון כי על אף שבידיהם ערבויות בנקאיות מסוימות, עתיד להיגרם להם נזק רב בגין ההליכים והוצאותיהם הקודמות.

5. ראשית אתייחס לטענה המקדמית לפיה דין הערעור להידחות על הסף שכן המדינה לא הייתה שותפה להליך קמא. כפי שהוזכר, בהליך קמא היו המשיבים ועדת העררים, הוועדה המחוזית ומנהל מקרקעי ישראל (אשר הפך במהלך ההליך לרשות מקרקעי ישראל). מדובר בגופים שהוקמו מכוח חוק, ואשר ממלאים פונקציות שלטוניות ומהווים "שלוחות" של המדינה. אמנם לגופים אלה מעמד עצמאי, אך עם זאת לא ניתן לומר כי המדינה לא הייתה בעל דין בהליך שנוהל בפני בית המשפט קמא, שכן כאמור – על אף עצמאותם של גופים אלה מדובר במוסדות שלטוניים. לעיתים אף מוזכרת המדינה באופן מפורש כצד להליכים אשר מנהלים חלק מן הצדדים להליך קמא (ראו לשם הדוגמא רע"א 5664/04 מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל נ' בן גרא, פ"ד נט(6) 193 (2005)). ממילא יש לדחות אף את הטענה לפיה היה על המדינה להתייצב בהתאם לאמור בפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. אף בפן המהותי לא נפל פגם בהגשת הערעור על-ידי המדינה, שכן אין מדובר בבעל דין חדש המתייצב לפני בית המשפט וטענותיו בפיו. למעשה, מדובר באותם הצדדים, המיוצגים כולם על ידי היועץ המשפטי לממשלה. אכן, על המדינה לנהוג באופן עקבי בבואה לנהל הליכים שונים בפני בית המשפט ומן הראוי שתקפיד על סיווג הנכון בהליכים השונים. אך לא נמצא שהפגם שנפל בעת סיווג הצדדים פוגע באופן כלשהו באופן ניהול ההליך, מבחינתו של בית המשפט או מבחינת יתר הצדדים. אשר על כן, אעבור לדון בערעור גופו.

דרך הילוכנו תהיה כדלהלן: תחילה נבחן את קביעותיו של בית המשפט קמא בדבר חוקיות היתר הבנייה והתאמת תכנית 92 לשיקולים התכנוניים הצרים, קביעות שעליהן משיגים המשיבים. לאחר מכן נפנה לבחינת המשמעות של קביעות אלה מבחינת מעמדו של היתר הבנייה. לבסוף נפנה את מבטנו לשאלת הסעדים

הנגזרים ממעמדו זה של ההיתר, ובפרט לשאלת קביעת הזכאות של שפץ לקבלת טופס האכלוס.

חוקיות היתר הבניה וההיבט התכנוני

6. אתייחס בקצרה לטענותיהם של חלק מן המשיבים, הנוגעות לחוקיות הבינוי שבוצע בפועל ולהצדקה של בינוי זה מבחינה תכנונית. נטען כי החלטת ועדת העררים נטולת בסיס תכנוני, התקבלה ללא תשתית ראייתית הולמת ומבוססת על "חזון תכנוני" שאינו מתחייב מהוראות תכנית 65. כן נטען כי בעת הוצאת ההיתרים מושא המחלוקת, ניתן היה לראות את בניית הבניין השלישי כ"הקלה" שבסמכות הוועדה המקומית לתתה. לאחר עיון בטענות הצדדים ובחומר שצורף, נחה דעתי כי אין להתערב בנקודות אלה בפסק דינו של בית המשפט קמא, אשר הותיר את קביעות ועדת העררים על כנן. כידוע, בית המשפט אינו שם עצמו בנעלי הרשות התכנונית ואינו מחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו, אלא בוחן האם החלטתה נמצאת בתוך מתחם הסבירות בלבד (בג"ץ 465/93 טריידט ס.א. נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה, פ"ד מח(2) 622, 634 (1994); עע"מ 2418/05 מילגרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים, בפסקה 9 לפסק הדין (24.11.2005); עע"מ 9057/09 איגוד נ' בן נון, בפסקה 20 לפסק הדין (20.10.2010) (להלן: עניין איגוד)).

כפי שקבע בית המשפט לעניינים מנהליים, בסופו של דבר לא הצביעו המשיבים על טענה מהותית או מידע מהותי, אשר לא עמד בפני הוועדה ואשר היה בו כדי להוסיף פרטים שעשויים היו לשנות את הכרעת הוועדה. כן לא נמצא מקום לטענה שפרסום החקירה הפלילית שנערכה לראש העירייה היא שעמדה לתכנית 92 לרועץ, ושזהו השיקול שהוביל להחלטת הוועדה. בחינת החלטת הוועדה ונימוקיה המפורטים מביאה למסקנה שנשקלו שיקולים ענייניים, תוך התחשבות במידע העובדתי הרלבנטי. לא ראיתי לנכון לסטות מקביעותיהם של הוועדה ושל

בית המשפט קמא בדבר פרשנותה של תכנית 65 בכל הנוגע לכך שעל פי התכנית יש לבנות במגרש חניה תת-קרקעית. הדבר עולה מלשונה של התכנית ומסיכום הישיבה בוועדה המחוזית בה נדונו ההתנגדויות לתכנית, ועולה בקנה אחד עם התכלית התכנונית של השתלבות הפרויקט עם תכנון הפארק, והדברים מפורטים בפסק דינו של בית המשפט קמא. זהו אף דינו של הטענות בנוגע לכך שבניין 2 ובניין 3 הם שני אגפים של אותו הבניין. אין בקורת הבטון המחברת את שני הבניינים להפכם לאחד, ובפרט כאשר קורה זו חסרת כל תכלית, פרקטית או אסתטית. אשר על כן, אין מקום להתערב בקביעה כי הבינוי במגרש סוטה באופן ניכר מתכנית 65 והוא בלתי חוקי.

באשר להיבט התכנוני – שפץ מצביעה על שיקולים תכנוניים שהיה על ועדת העררים לייחס להם משקל רב יותר, כגון השיקול של הוספת יחידות דיור בפריפריה. בצד זאת נטען כי חברי ועדת העררים לא ביקרו בעצמם בשטח. בית המשפט קמא התייחס באופן מפורט לטענות אלה ודחה אותן, בקבעו כי שלושה גופים שונים דנו בתכנית, ושלושתם מצאו אותה בלתי מוצדקת מבחינה תכנונית. חלק מחברי הוועדה המחוזית אף סיירו בשטח. בנסיבות אלה, ולאור ההנמקות שניתנו, אין מקום לקבוע שהחלטת ועדת העררים בהקשר זה אינה סבירה.

בטלותם היחסית של היתרי הבנייה

7. משנקבע כי תכנית 92 אינה מוצדקת מבחינה תכנונית וכי הבניין והחניה נבנו שלא כחוק, הגיעה העת לדון בשאלת האיזון הראוי בין שיקולים אלה ובין השיקולים המצדיקים את הפקדת תכנית 92 למרות הכל. בדחיית התכנית תומכים השיקול התכנוני, והשיקול של שמירה על שלטון החוק והרתעת עבריינים מבנייה בלתי חוקית. באשר לשיקול האחרון, נקבע כי הוא שיקול נכבד שעל גופי התכנון להביא בחשבון:

”נוכח חשיבותו של אינטרס השמירה וההגנה על שלטון החוק, אין ניתן להלום גישה לפיה בניה בלתי חוקית והתעלמות ממצב תכנוני קיים הם נחלתם של בתי המשפט בלבד ואינם מעניינם של מוסדות התכנון.

קבלתה של גישה זו אף עלולה לגרום למצב, בו עברייני בניה ישקלו את צעדיהם לפי כדאיותן הכלכלית של חריגות הבניה, בחינת 'אחרוג, אקנס (בבית המשפט כהליך הפלילי), אכשיר (במוסדות התכנון) ואפיק רווחים', או שמא 'טוב קנס ועמו שתי קומות נוספות ללא היתר' (עע"מ 65/13 הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ, בפסקה יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (7.7.2013) (להלן: עניין נאות מזרחי); וכן ראו עע"מ 6807/07 אוהרנסיאן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (25.9.2007); עע"מ 9057/09 עניין איגנר, בפסקאות 28-30 לפסק הדין).

אין להפחית מחשיבותם של הדברים, ובפרט לנוכח היותן של עבירות בנייה בגדר "מכת מדינה" (ראו עע"מ 3319/05 פונטה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה באר שבע (1.8.05)). חומרה יתרה נודעת לעבירות בנייה הקשורות לפרויקטים בעלי היקף משמעותי, הן מפאת אופיין של העבירות, אשר נעשות בהקשרים אלה בהיקף משמעותי, והן מפאת הקשר שבינן ובין הפגיעה באמון הציבור במוסדות התכנון. להבדיל מבנייה בלתי חוקית שנעשית "באופן פרטי", כגון פיצול דירה או הוספת חדר שלא כדין – אשר אין להפחית בשום אופן מחומרתה הרבה – עבירות מן הסוג הנדון חמורות שבעתיים. לא אחת קורה כי בשלב שבו מתגלה אי-החוקיות עומד הציבור בפני שוקת שבורה, כשלפניו מפגע תכנוני רב קומות הניצב כעובדה מוגמרת, תוך פגיעה באינטרסים הסביבתיים. הממד הכלכלי אף הוא מדבר בקול צלול בנדון. נדמה כי ככל שהרווח הפוטנציאלי גדל, כך גם התמריץ לקצר בהליכים תכנוניים, ואולי אף "לעקוף" אותם ככל שניתן. פן נוסף של ממד זה הוא חומרת הפגיעה באדם הפרטי. כאן עומד במלוא קומתו הקבלן, בדמות חברה מבוססת שעוסקת בפרויקטים רבים ומגוונים, אל מול הפרט, שעל פי רוב קניית דירת מגורים היא העסקה החשובה והמרכזית בחייו מבחינה כלכלית. יש למנוע מצב בו הרוכש הפוטנציאלי הופך לנפגע האקטואלי. נימוקים אלה מעגנים היטב את חובתן של רשויות התכנון להילחם בתופעה המכוערת של עבירות הבניה בכל הכלים שיש ברשותן, ובין היתר באמצעות התחשבות בשיקולי הרתעה ושמירה על שלטון החוק, בבואן לאשר או לדחות הפקדת תכניות המנציחות את עבירות הבניה.

יחד עם זאת, השיקול של הפגיעה בשלטון החוק אינו שיקול בלעדי. כפי שנקבע בבית משפט זה, "פגיעה בשלטון החוק, אפילו היא פגיעה חמורה, לא תגרור אחריה מנייה וביה פסילה של המעשה המינהלי. על מוסד התכנון להפעיל את שיקול דעתו על יסוד מכלול השיקולים הפרטיקולאריים שלפניו, כשאינטרס ההגנה על שלטון החוק – מבלי לגרוע מעוצמתו – הוא אך אחד משיקולים אלה" (בג"ץ 8171/09 יוסף נ' מועצת התכנון העליונה, בפסקה 28 לפסק דינו של השופט פוגלמן (20.11.2011) (להלן: עניין יוסף)). השאלה היא שאלה של איזון בין מכלול השיקולים והאינטרסים הציבוריים. ככלל, ניתן לומר כי המשקל אשר יינתן לשיקול הפגיעה בשלטון החוק הוא גבוה, וכי סטייה ממנו מצריכה נימוקים כבדי משקל. אולם אופן יישומו המדויק של האיזון מצריך גם בדיקה קונקרטית. יש ועל אף המשקל הכבד שיוחס לבנייה הבלתי חוקית, על כף המאזניים השנייה יוצבו אינטרסים שמשקלם רב לא פחות.

8. השיקולים המרכזיים אשר עשויים לעמוד כנגד השיקול של הרתעת עברייני הבנייה הם השיקול התכנוני והשיקול של הגנה על צדדים שלישיים, כאשר גם לשיקולים של צדק אישי ואופן התנהלות רשויות התכנון יש משקל לא מבוטל. במקרה הנוכחי השיקול התכנוני אינו תומך בקבלת התכנית אלא להפך. כך קבעו מוסדות התכנון. על פי נימוקיהם, המגרש נמצא בקצהו של פארק, והפרויקט אמור להשתלב בתכנון הפארק. בהתאם לתכנית 65, קומות הכניסה של הבניינים אמורות להיות פתוחות ולאפשר מעבר בין הבניינים, אשר אמורים להשתלב בנופו של הפארק. החניה אמורה להיות תת-קרקעית, ולא לפגוע בנופו של הפארק. הבינוי שבוצע בפועל כרוך בבניית מתחם גדול יותר ובו בניין נוסף. תכנית 92, אשר אמורה להנציח בינוי זה, מגדילה את התכסית מ-30% ל-40%, תוך הגדלת שטח החניה העל-קרקעית, הדרוש לדיירי הקומות העליונות של בניין 3 שנבנו ללא היתר. לשיקולים תכנוניים אלה טעם והגיון ואין זה מתפקידנו, כבית משפט, לערער עליהם. יוצא כי השיקול התכנוני ניצב לצידו של שיקול השמירה על שלטון החוק. שניהם יחד משמעותיים ביותר, ובצדק העניקה להם ועדת העררים משקל רב, כפי שראוי לעשות. למרות זאת, נציין כבר כעת כי ככל שהשאלה נוגעת לקומות התחתונות של בניין 3 בלבד, הרי שתוקפן של קביעות אלה מסויג יותר.

כאמור, הוועדה התייחסה לכלל השינויים המוצעים בתכנית 92, ובין היתר למבנים נוספים המצויים על המגרש ולחניה העל-קרקעית המוצעת. גם לפי קביעות הוועדה עצמן, יש להבחין בין הפגיעה התכנונית הנובעת מגורמים אלה ובין הפגיעה הנובעת מבניית הקומות התחתונות בלבד, שהיא מצומצמת יותר.

9. על חשיבותם של שיקולים אלה דומה שאין חולק אף בקרב המשיבים. דא עקא, שבכך לא סגי. את השיקולים הללו יש לשקול כנגד השיקול של פגיעה בדיירים אשר רכשו דירות בקומות התחתונות. המשקל שיש לייחס לשיקול זה הוא המצוי במוקד המחלוקת. כזכור, לטענת המדינה בהקשר זה שלושה פנים – מידת הנזק שייגרם לדיירים, ההליך המתאים לדיון בפגיעה זו והמשקל אשר ראוי לייחס לה. בכל הנוגע למידת הנזק אשר ייגרם לדיירים, הרי שזו צפויה להיות משמעותית. נראה שבצדק קבע בית המשפט קמא כי במצב הנוכחי, ואף אם קיימות לדיירים ערבויות בנקאיות, הרי ששליחת הדיירים לקבל מענה על דרך של תביעה כספית אינה ראויה או סבירה בנסיבות העניין. מדובר בדיירים אשר רכשו את הדירות בשנים 2009 ו-2010, ואשר היו אמורים להכנס לדירות בשנת 2011. מחירי הדירות האמירו מאז, וספק גדול אם הערבויות יספיקו לדיירים לשם מציאת דיור חלופי. גם הפתרון של דיור חלופי, בהתאם לסעיף 220 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, אינו נותן מענה לבעיה של 30 המשפחות אשר רכשו דירה בקומות התחתונות של בניין 3. חלקן התגוררו עד לכניסתם לדירות, בספטמבר 2013, בחלופות דיור שונות שהיו כרוכות בהוצאות מרובות. מֵעָבָר לדיור חלופי נוסף, תוך ניהול הליכים משפטיים ממושכים לשם קבלת פיצויים על נזקיהם, יוביל למציאות חיים קשה עבור רבות מן המשפחות. יש לזכור כי לרוב, השקעת היחיד בדירת מגוריו מהותית עד כדי כך, שלעיתים אין ביכולתו לקבל הזדמנות שנייה לרכוש דירה אחרת. מציאות זו מהווה אמנם שיקול התומך בגישת ההרתעה והשמירה על שלטון החוק בה דוגלת המדינה, אך אל לנו לעצום עין בפני המציאות הקונקרטית שתיווצר בפני הדיירים תמי הלב, שאף היא שיקול. המשמעות אינה כי השיקול האחרון גובר בהכרח על השיקול הראשון, אלא כי יש לשקול את שניהם תוך הכרה בחשיבותה של השמירה על שלטון החוק.

אף במישור הפרוצדורלי אין לקבל את טענת המדינה. ההתחשבות בנזק שעתיד להיגרם לצדדים שלישיים תמי לב, אשר רכשו דירה שנבנתה באופן בלתי חוקי, עשויה לעלות במספר רבדים. ייתכן שהעניין יעלה לראשונה לאחר הרשעה בבנייה ללא היתרים וחריצת גורל המבנה להריסה, ובמקרה כזה יעלה עניינם של הקונים תמי הלב בהליך הפלילי עצמו. אף נפסק כי חובה שבית המשפט בהליך הפלילי ישמע אותם, ובמובן זה הם הופכים למעין צד להליך (ראו רע"פ 10308/09 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב נ' יוסף ספטון, בפסקאות 20-21 לפסק הדין (19.1.2012) (להלן: עניין ספטון). אולם כאשר הבנייה היא על סמך היתרי בנייה שהוצאו על ידי הרשות שלא כדין, וכאשר קונה תם לב שהסתמך עליהם ושילם את תמורת המבנה עלול להפגע קשות מן ההכרעה המשפטית - יתכן שהבחינה תערך במסגרת עתירה מנהלית, עוד בטרם ההליך הפלילי, בעת בחינת בטלותם היחסית של ההיתרים.

הדבר נגזר מן ההיגיון המעשי: ראשית, כאשר בוחן בית המשפט את סבירותה של החלטה מנהלית, שבמסגרתה נלקחת בחשבון אי-חוקיות של בנייה או של היתרי הבנייה, על בית המשפט לבדוק את האפשרות של קביעת בטלות יחסית בלבד (עע"מ 7171/11 העמותה למען איכות חיים וסביבה בנהריה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, בפסק 35 לפסק הדין (12.8.2013) (להלן: עניין נהריה) וההפניות שם; עניין יוסף, בפסקה 28 לפסק הדין). שנית, כפי שנקבע בפסיקה פעמים רבות, במסגרת בחינת הבטלות היחסית ומשמעותה יש לשקול את עניינו של מי שהסתמך על החלטה המנהלית בתום לב (עניין נהריה, בפסקה 37 לפסק הדין; עע"מ 7926/06 אדרי-אל ישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גליל עליון, בפסקה 21 לפסק דינה של השופטת חיות (24.6.2009) (להלן: עניין אדרי-אל); עע"מ 2882/08 קין נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב, בפסקה י לפסק הדין (11.3.2013)). במקרים בהם נערך דיון משמעותי באינטרס של צדדים שלישיים במסגרת העתירה המנהלית, מה הטעם בעריכת דיון כפול בהיקף ההגנה עליהם? לכל הפחות, אין טעם רב בדחיית הדיון בהיבט זה של העניין כאשר בית משפט מכריע, במסגרת ההליך המנהלי, באופן שמשליך על זכויותיהם. אין זה ראוי כי שאלת הבטלות היחסית תיבחן במלואה לצורך ההכרעה בעתירה המנהלית, ואילו

שאלת האכלוס הנגזרת ממנה תידון רק בשלב המאוחר יותר של ההליך הפלילי. זאת במיוחד כאשר במסגרת העתירה המנהלית נקבע כי יש "להכשיר" היתרי בנייה. במקרה כזה, פיצול, ביחס לדיירים, בין העתירה המנהלית וההליך הפלילי הוא מלאכותי ואינו רצוי, שכן חרף ההכרעה המהותית לטובתם, אכלוס הדירות עלול להתעכב עד לסיומו של ההליך הפלילי. גם אם נאמר שישנם מקרים בהם ראוי להמתין להליך הפלילי, נדמה כי אין לשלול את האפשרות האחרת – ובמיוחד בנסיבות העניין, ואף במסגרת הביקורת הערעורית.

ודוק, ההבחנה בין מקרה שבו אדם קונה בתום לב ובתמורה מבנה שנבנה ללא היתר, לבין מקרה בו מתווסף הנתון שהבנייה נעשתה על סמך היתרי בנייה שהוצאו בחריגה מסמכות, אינה נוגעת לפרוצדורה גרידא. שכן, במקרה השני ישנה הסתמכות על פעולתה של רשות שלטונית. במצב כזה תהיה, בדרך כלל, התחשבות רבה יותר בקונה תם הלב, נוכח האינטרס הציבורי שבהסתמכות על פעולת הרשות אשר הוציאה את היתרי הבנייה. בד בבד, נראה שפעמים רבות אשמתו של קונה אשר בדק ומצא שקיימים היתרי בנייה קטנה יותר מאשמתו של הקונה בתום לב מבנה שנבנה ללא היתר כלל. ויודגש, הדברים אמורים במצבים בהם הקונה הוא אכן תם לב, כבענייננו (השוו עניין אדרי-אל, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט מלצר; רע"פ 1520/01 שוויצר נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, פ"ד נו(3) 595, 603-606 (2002) (להלן: עניין שוויצר)).

10. הגענו לבחינת ליבם של הדברים – האיזון הראוי בין מכלול השיקולים והתוצאה הראויה בנסיבות המקרה הנוכחי. בצדק טענה המדינה כי יש לתת משקל כבד לשיקול של שמירה על שלטון החוק והרתעה משמעותית מפני עבריינות בנייה. בצד שיקול זה שוכנים אף שיקולים תכנוניים. בכך נוצרת משוכה משמעותית ביותר בפני הטוען כי על אף כל זאת, יגבר כוחם של שיקולים נוספים. כאן בית משפט קמא התבסס על שלושה נימוקים: תום ליבה של שפיץ בכל הנוגע להוצאת היתר הבנייה; התרשלותה של הוועדה המחוזית בפיקוח על הבנייה במגרש ועל פעולות הוועדה המקומית; והפגיעה בדיירים. הקושי בקביעה זו, במסגרת דיון זה ולאחר שהתגלו נתונים נוספים, נסוב סביב הנימוק הראשון – תום ליבה של

שפץ. זוהי טענה מרכזית של המדינה. לצורך ההכרעה בערעור זה, עולה כי נכונות הן קביעותיה של ועדת העררים, בנוגע לכך שלא ניתן לייחס לשפץ תום לב בקשר להוצאת היתר הבנייה. התמונה הכוללת עלולה, מבלי לקבוע מסמרות, להצביע על התנהלות מכוונת מטרה. דהיינו, רצון להגיע לתוצאה אליה שאפה שפץ מלכתחילה, בין אם יעלה בידה להשיגה באמצעים תכנוניים כשרים ובין אם לאו. סופם של מעשים מעיד על תחילתם, ובמקרה שלפנינו מציינת המדינה כי שפץ לא הסתפקה ב"הסתמכות" על היתרים אשר חרגו בבירור מתכנית 65, אלא אף הוסיפה כהנה וכהנה חריגות בנייה ומעל לכל – בניית 18 יחידות דיור ללא היתר. זאת בנוסף לכך שההיתר לבניית הקומות התחתונות אכן חורג בבירור ובאופן ניכר מן התכנית הקיימת, ושפץ אף ניסתה בתחילה לקדמו – ללא הצלחה – באמצעות שינוי תכנית המתאר. על פי קו זה, די בכך כדי להטיל ספק משמעותי בתום ליבה של שפץ. ושוב יוזכר – אין ענייננו בהליך פלילי, ושאלת אחריותה הפלילית של שפץ תבחן במסגרת ההליך הפלילי שמתנהל כנגדה. ענייננו בדיות הראיות המנהליות אשר עמדו בפני הוועדה, ובשלב זה די במה שהונח לפנייה.

אולם אף ההנחה האמורה, ביחס לחוסר תום ליבה של שפץ, אינה מובילה למסקנה כי יש לקבל בהכרח את טענת המדינה בדבר בטלותם המוחלטת של היתרי הבנייה. עדיין נותרו שני הנימוקים הנוספים – הפגיעה בדיירים תמי הלב והתרשלותה של הוועדה המחוזית. יתר על כן, ישנה התפתחות מאז מועד פסק הדין, שמעצימה מאוד את הנימוק בדבר הפגיעה בדיירים, עד שניתן לומר כי טיעון זה שינה את פניו, ולמעשה – התווסף נימוק נוסף. כוונתי לכניסתם לדירות המגורים תוך דחיית בקשת המדינה לעיכוב ביצוע. כעת מצויים הדיירים בדירה תקופה של למעלה משנה. הדיירים חיים בדירות את שגרת חייהם. יוצא שנוצר משולש חדש שתומך בדיירים: התרשלות הוועדה המחוזית, הפגיעה הקניינית-כספית בדיירים, והפגיעה של שימוש הדיירים בדירה, על כל המשתמע מכך. כוחו המצטבר של משולש נימוקים זה הוא בעל משקל רב מאוד. הנימוק החדש אשר התווסף מועצם לאור העובדה שהכניסה לדירה לא נערכה בחשכה ובניגוד לדין, אלא באישורו של בית משפט, ובעקבות היתרים מתוקנים שהתקבלו. עסקינן בהתנהגות על פי מתווה הדין, ולא במסלול של עשיית דין עצמי.

לאמור, אין זה מקרה שהשיקול של הפגיעה בצדדים שלישיים תמי לב על שני חלקיו – הפגיעה קניינית והפגיעה בשימוש בדירה – ניצב בבדידות מזהרת. לכך מתווסף שחקן הניצב כנגד עמדת המדינה, בדמות התרשלות משמעותית ביותר של הוועדה המחוזית. כנזכר, שפץ הגישה לוועדה המחוזית את תכנית 72, הדומה במהותה לתכנית 92, כבר בשנת 2000. תכנית זו נדונה בוועדה המחוזית, שאף קיימה סיור בשטח כדי לבחון את היתכנותה. לבסוף הודיעה שפץ לוועדה המחוזית כי לא תמשיך בקידום התכנית, שכן בכוונתה להגיע לאותה התוצאה באמצעות קבלת היתרים לסטייה מתכנית 65. הדבר אף בא לידי ביטוי בהחלטת הדחייה של הוועדה המחוזית את תכנית 72, בה נאמר כי "הובא לידיעת הוועדה כי מגישי התכנית אינם מעוניינים בקידום התכנית מאחר והיא טופלה כתכנית בסמכות הוועדה המקומית" (ההדגשה אינה במקור). כבר בעת הזאת – ובשנת 2006, במועד דחיית התכנית, לכל המאוחר – היה על הוועדה המחוזית להתריע על כך שלא ניתן לתת היתרים לבניית החניה העל-קרקעית ובניין 3.

כפי שצויין עוד, בסיוור שנערך בשנת 2000 ניתן היה להבחין, מן הסתם, שלא נבנה חניון תת-קרקעי במקום. על אף שמטרת הסיור לא הייתה פיקוח אלא בדיקת היתכנות תכנית 72, חברי הוועדה המחוזית הכירו את התכנית החלה ואת התכנית המוצעת, אשר אחד ההבדלים הבולטים ביניהן הוא מיקום החניה. בכל זאת לא נעשה דבר. כך גם במשך השנים שלאחר מכן. כפי שצויין, לישיבות הוועדה המקומית מוזמן גם נציג הוועדה המחוזית. בכך אין כדי לומר כי יש לראות בכל החלטה המתקבלת בוועדה המקומית ככזו המחייבת פיקוח צמוד של הוועדה המחוזית, אולם במקרה הנוכחי נתון זה מצטרף למחדליה של הוועדה המחוזית לאורך השנים. יש להזכיר כי ההיתרים הבלתי חוקיים ניתנו כבר בשנת 2009, וכי הם ניתנו על סמך הצהרת כוונות ברורה במספר הזדמנויות ובמשך מספר שנים. השילוב של תום ליבם של הדיירים, ומחדליה של הוועדה המחוזית במשך שנים להתריע על כך שהיתר ששפץ הצהירה שבכוונתה להוציא אינו בסמכות הוועדה המקומית, מסייע להטות את הכף לטובתם של הדיירים בכל הנוגע להיתרי הבנייה שהוצאו לקומות התחתונות של הבניין. נציין כי לפי הנטען לפנינו, חלק מן

הדיירים נכנסו לדירות כשבוע לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, עם חתימת טופס האכלוס. הדבר נעשה ביום שבו הוגשה בקשת המדינה לעיכוב ביצוע, אשר התקבלה למחרת – לאחר שהמעשים כבר נעשו. נראה שבנסיבות העניין, תוצאה זו של השתלשלות העניינים מטה אף היא את הכף לטובת הדיירים. יובהר כי הדגש הושם על התוצאה, נוכח החלטת בית המשפט לדחות את הבקשה לעיכוב הביצוע. הגם שניתן היה להגיש את הבקשה במועד מוקדם יותר, המדובר הוא בימים ספורים, ולכן לא עניין מועד הגשתה הוא העיקר.

לצד השיקולים של התרשלות הוועדה המחוזית והפגיעה בדיירים תמי הלב, ניתן אף לחזור לשיקול התכנוני שפועל לטובת עמדת המדינה ולמצוא את הדרך להקלות מעוצמתו. דרך זו משתלבת עם תורת הבטלות היחסית. הבחינה אינה בגדר הכל או לא כלום. הצידוק להתחשב באינטרס של הדיירים אינו מקרין בהכרח על הבניין כולו. הדיירים מתגוררים בקומות התחתונות של הבניין. ברם, ההסתייגויות התכנוניות על פי ההחלטות קמא מתייחסות אף לקומות העליונות בבניין בהן לא מתגורר איש. כן נדרשת התייחסות לחניה העל-קרקעית ולסוגיות נוספות. ההחלטה להותיר את היתר הבניה שהוצא לקומות התחתונות על כנו אינה מחייבת גם את אישורן של הקומות העליונות, ואינה מונעת בדיקה עצמאית של נושאים תכנוניים אחרים, כגון עניין החניה, היקף תכנית הבנייה לעומת השטחים הפתוחים ויתר הנושאים המעלים סוגיות תכנוניות. כל אלה בראי קיומו של בניין 3. תוצאה זו, שעשויה ליתן פתרון חלקי לבעיות התכנוניות, אף היא בעלת משקל בנסיבות העניין.

בהקשר זה יוזכר שיקול אחרון, הוא העובדה שמדובר בערעור. במסגרתו מצווה בית המשפט לבחון, בין היתר, את האופן בו הערכאה המבררת הפעילה את שיקול דעתה. בראיית הדברים כאמור לעיל, אין לומר כי גישת בית המשפט לעניינים מנהליים יסודה בטעות משפטית לארכה של כל ההכרעה, כפי שטוענת המדינה. בית משפט קמא לא התעלם משיקולים רלבנטיים. אדרבה, נעשה מאמץ ניכר לאזן בין השיקולים הראויים ובמיוחד בכל הקשור לזכויות הדיירים.

ועדיין, הביקורת הערעורית על בית משפט לעניינים מנהליים במקרה מורכב זה, מחייבת בחינה מדוקדקת של רכיבי התכנית השונים. במובן זה, ניתן לחלק את העניין לשלושה חלקים. החלק הראשון הוא הקומות התחתונות. בעניין זה הבעתי את עמדתי שהכף נוטה לטובת הדיירים, בשל הנימוקים שפורטו. החלק השני הוא הקומות העליונות. כאן, בניגוד לחלק הראשון, יש מקום להתערבות בהכרעת בית משפט קמא. אין מקום להחזיר את העניין לוועדה המחוזית לבדיקה נוספת, לרבות האפשרות של הכשרת המצב הנוכחי. בהעדר אכלוס או צדדים שלישיים שהסתמכו על טעויות העבר, חוזר בעוצמתו השיקול של שלטון החוק, בדמות אי-השלמה עם בנייה בלתי חוקית. לכן, אין להביא לתוצאה שתיטיב עם שפץ. אודה כי קיימת אי-נוחות מסוימת מפיצול הבניין לשניים. אך נדמה כי תוצאה זו מחויבת, כדי לתת משקל אמיתי לדיירים – ולהכיר באינטרסים הלגיטימיים שלהם – מצד אחד. מן העבר האחר יש להעניק גם משקל ראוי לעקרון שלטון החוק – ולא להכיר באינטרסים הפסולים של שפץ, שלא פעלה לפי מתווה הדין. זאת במסגרת ההכרעה בתיק זה. ודוק, אין בפסק דין זה כדי למנוע מהדיירים להגיש בקשה מתאימה באשר לגורלן של הקומות העליונות, לאחר סיומו של ההליך הפלילי המתנהל. משהותר להם להתגורר בדירות, ברי כי האינטרס שלהם נפרד מהאינטרס של שפץ.

החלק השלישי הוא יתר השינויים המוצעים בתכנית 92, כגון סוגיית החניות, השטחים הפתוחים, תכסית הבנייה הצפויה וכדומה. ביחס אליהם נכון יהיה להחזיר את הדיון לוועדה המחוזית, שתשקול נושאים אלה מבחינה תכנונית, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. השוני בשטח עקב הבנייה הבלתי חוקית הוא כה רב, עד שנכון יהיה לאפשר לגורם המקצועי-תכנוני לומר את דברו. מלאכה זו נדרשת גם בהתחשב בדיירים.

ובל נשכח שישנו הליך פלילי המתנהל בנוגע לעבירות הבנייה שבוצעו בפרויקט מושא דיוננו. יש למנוע "הסגת גבול" מצד ההליך המנהלי לשטחו של ההליך הפלילי המתנהל, אך תוצאות ההליך המנהלי אין משמעותן שהחוטא – ככל שייקבע – יצא נשכר. אם ימצא במסגרת ההליכים הפליליים שאכן חלק מן

המעורבים בהליך דנן עבריינים המה, אין מניעה כי העניין יילקח בחשבון בעת גזר הדין. נהוג בכגון דא להתייחס גם לאלמנט הכלכלי שבעבריינות הבנייה. כמובן, הדברים נאמרו ברובד הכללי בלבד, וחלילה לא מעבר לכך. אכן, ברגיל אין די בסנקציות העונשיות הרגילות ויש לתת את הדעת גם לאפשרות של השבת המצב לקדמותו בהיבט התכנוני (עניין נאות מזרחי, בפסקה כו לפסק דינו של השופט רובינשטיין). אולם המקרה שלנו אינו רגיל אלא חריג, ואף ניתן לומר חריג מאוד.

התוצאה האופרטיבית

11. לאחר שקבענו כי בדין נקבעה בטלותו היחסית של היתר הבנייה ביחס לדיירים, ניצבת לפתחנו השאלה שהציגה המדינה, לפיה האם ראוי היה כי בית המשפט לעניינים מנהליים יעניק את הסעד של זכאות לקבלת טופס אכלוס. למעשה, אין חולק על כך שההליך קמא נמצא בסמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים, שכן המחלוקת שבין הצדדים נגעה לאי-הפקדתה של תכנית. בנוסף לכך, וכפי שהוזכר לעיל, אף בחינת חוקיות ההיתר ובטלותו היחסית נעשתה כדין, שכן הדבר דרוש לשם בחינת סבירות החלטה המנהלית. אין חולק אף על כך שבמישור העקרוני, הסעד של הוראה למתן טופס אכלוס נכלל בתחום הסעדים שבכוחו של בית המשפט לעניינים מנהליים לתת, בהתאם לסעיף 10 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000 ולתקנות התכנון והבניה (אישורים למתן שירותי חשמל, מים וטלפון), התשמ"א-1981.

השאלה המרכזית היא, אפוא, מהן נגזרותיה של קביעת בטלות יחסית על ידי בית המשפט, אגב בחינת סבירותה של החלטה לאשר או לדחות תכנית מתאר. כזכור, המדינה טוענת כי לא התקבלה, וממילא לא נתקפה, החלטה של רשות מנהלית המסרבת להוציא טופס אכלוס, וכי הוצאת טופס אכלוס כלל אינה בסמכותה של ועדת העררים או הוועדה המחוזית. אלא שנראה כי המדינה לא דקה פורתא בהחלטתו של בית המשפט קמא. בית המשפט לא הורה לרשות המנהלית להוציא טופס אכלוס, אלא קבע שלאור הבטלות היחסית של היתר הבניה, יש לקבוע כי "[ה]גם שהיתר הבניה שניתן על ידי הוועדה המקומית אשר אפשר בניית

6.5 הקומות הראשונות בבניין 3 והחניה העל קרקעית ניתן שלא כדין, יש להכשירו בדיעבד, באופן אשר יאפשר אכלוס הדירות על ידי הדיירים", וכי "תהא חברת שפץ זכאית לקבל טופס אכלוס ליחידות הדירות ב-6.5 הקומות בבניין 3, ככל שתעמוד בדרישות הועדה המקומית" (ההדגשות אינן במקור). הוראתו של בית המשפט קמא היא בעלת תוקף דקלרטיבי, בבחינת הנחייה לרשות המנהלית כיצד להתייחס להיתר הבנייה בשקלה את מתן טופס האכלוס. כל שנאמר הוא שבעת בחינת הבקשה לטופס אכלוס, יהיה על הרשות להניח את בטלותו היחסית של היתר הבנייה. גם ללא קביעתו של בית המשפט היה על הרשויות לקחת בחשבון שבהליך משפטי נקבעה בטלות יחסית של ההיתר, ולהתייחס אליו בהתאם. הדבר נובע במישרין מקביעותיו של בית המשפט. יוזכר כי הוועדה המחוזית וועדת העררים עצמן נזקקו, במסגרת החלטותיהן, לדבר אי-חוקיותו של היתר הבנייה שניתן, וכי הסירוב להוציא טופס אכלוס התבסס מלכתחילה על ההנחה שההיתר בטל. כמובן שקביעה זו פועלת בשני הכיוונים, ועשויה להביא לעיתים דווקא לתוצאה של איסור על הוצאת טופס אכלוס, כגון במקרים בהם נקבע, במסגרת עתירה מנהלית, כי היתרי בנייה ניתנו שלא כדין והם בטלים באופן מוחלט.

12. סיכומם של דברים: ועדת העררים הניחה כי הבנייה מכוחו של היתר הבניה היא בלתי חוקית ובטלה באופן מוחלט, וביססה על כך את החלטתה. משנמצא כי ההיתר בטל באופן יחסי בלבד, יש צורך בבחינת המצב החדש מבחינה תכנונית, תוך התייחסות לקיומו של בניין 3 במגרש. התוצאה היא שעל הוועדה המחוזית לדון מחדש בחלק מן האלמנטים בתכנית 92, אשר עשויים להיות מושפעים מקיומו של בניין 3, כגון סוגיות החניה, היקף תכנית הבנייה והשטחים הפתוחים וכדומה. מן הדברים הללו נגזרת תוצאה נוספת, והיא שאף בעניין האכלוס יש להתייחס להיתר כבטל באופן יחסי בלבד. ככל שחוקיות ההיתר היא המכשול היחיד בדרך לקבלת טופס אכלוס – הרי שאין מניעה להוציאו לגבי הדיירים בקומות התחתונות.

שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לקומות העליונות בבניין. כאמור, לפי הצהרת שפץ אלה טרם נמכרו, ולא נטענה לפגיעה בצדדים שלישיים כלשהם כתוצאה מכך שהקומות לא תאוכלסנה. בטלותו היחסית של היתר הבנייה, כפי

שנקבעה, אינה מכשירה אף בנייה ללא היתר כלל. תוצאת האיזון הראוי בין מכלול השיקולים שפורטו לעיל היא שבצדק סירבה הוועדה להכשירן באמצעות תכנית 92. בכך נשמר האינטרס הציבורי בהרתעת עברייני בנייה. ידעו אלה כי תקוותם לצאת נשכרים ממעשיהם לא תתממש. על כן, ערעור המדינה מתקבל במובן הזה שהוועדה לא תדון בחלק של תכנית 92, המאפשר להוציא היתרי בנייה לבניית יחידות הדיור בקומות העליונות בבניין. בכך אין לומר מה ייעשה בקומות אלה, שעומדות על מכוון מעל לראש הדיירים כאבן שאין לה הופכין. יוזכר כי ישנו הליך פלילי תלוי ועומד בעניינן. כאמור, הפסיקה הכירה בכך שהדיירים יוכלו להביע את עמדתם גם בהליך זה, ככל שתוצאותיו עלולות לפגוע בהם באופן ישיר (ראו עניין ספוטון לעיל). גם לאחר סיומו של ההליך הפלילי, על תוצאותיו, אין מניעה שגורמים אחרים, לרבות הדיירים, יגישו בקשות כדין המתייחסות אל הקומות העליונות. הכשרת קומות אלה על ידי שפץ עצמה לא תתאפשר. תוצאה זו מאזנת כראוי בין מכלול האינטרסים המשמשים בענייננו. כמובן אין בכך הבעת עמדה לגבי ההליך הפלילי או באשר לכל בקשה שתוגש, אם תוגש, ביחס לקומות העליונות.

נוכח הקביעות דלעיל, מתייחר הצורך לדון בבקשת המדינה לצירוף כתבי האישום כנגד שפץ וכנגד ראש העירייה כראיות. הערה נוספת נוגעת להליך הפלילי שנפתח כנגד שפץ וכנגד גורמים נוספים הקשורים לוועדה המקומית. כאמור, הקביעות דנן נוגעות אך להחלטה בדבר בחינת תכנית 92 והפעלים היוצאים ממנה. אין בכך כדי להשפיע על ההליך הפלילי ועל תוצאותיו, מלבד שאלת פינויי דיירי הקומות התחתונות מדירותיהם והריסת הדירות.

סוף דבר

13. העולה מן המקובץ, וכך הייתי מציע לחברי, כי דין הערעור להתקבל באופן חלקי, כך שבטלותו היחסית של היתר הבנייה תעמוד בעינה, והוועדה המחוזית תדון מחדש בכל הסוגיות התכנוניות הקשורות למגרש, מלבד הכשרתן בדיעבד של הקומות העליונות שנבנו ללא היתר כלל לפי התוכנית הקיימת. בנסיבות העניין, לנוכח התוצאה אליה הגעתי, הייתי מציע להימנע מעשיית צו להוצאות.

שׁוֹפֵט

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני עם התוצאה אליה הגיע חברי השופט הנדל. עם זאת, אבקש לחדד ולהטעים, כי לדידי לא היה מעיקרא מקום לשינוי החלטת ועדת העררים שליד המועצה האזורית לתכנון ובניה (להלן ועדת העררים) לדחות את אישור תכנית 92 על-ידי בית המשפט במסגרת העתירה המינהלית, מטעמי שלטון החוק, ותוך הפניית רוכשי הדירות לפתרונות אחרים (אדרש לכך בהמשך). עם זאת, המציאות איננה מאפשרת החזרת הגלגל לאחור למצב העניינים ששרר עובר לפסק דינו של בית המשפט המחוזי, והדבר לא יהא ראוי ומכל מקום מעשי בנסיבות ועל כן יש מקום לפתרון הביניים המוצע, אשר ישקלל את הנזק שנגרם בנידון דידן לשלטון החוק ולאינטרס הציבורי בכללותו מחד גיסא, ואת הנזק לרוכשי הדירות הספציפיות מאידך גיסא.

המסגרת הנורמטיבית

ב. כפי שציין חברי, הרשות התכנונית שוקלת מגוון שיקולים בבואה לדון באישור תכנית בדיעבד לאחר שבעל המקרקעין או היזם קבע עובדות בשטח, ופעל בניגוד לתכניות קיימות. בין שיקולים אלה מצויים בעיקר שיקולי השמירה על שלטון החוק, השיקול התכנוני והשיקול של הגנה על צדדים שלישיים. הגם שדעתי שונה מעיקרא – בכל הכבוד – מדעת בית המשפט המחוזי בהפכו את קביעת ועדת העררים לעניין זה ובהעניקו בכורה לאינטרסים של רוכשי הדירות וכשלעצמי לא

הייתי צועד באותה דרך, בראש וראשונה מטעמי שלטון החוק – אנו נמצאים בפני מעשה עשוי; והשאלה היא איפוא כיצד ניתן לבטא במבט להמשך את חומרת הפגיעה בשלטון החוק וליתן לה נפקות אופרטיבית, ובנסיבות דעתי כדעת חברי.

ג. אין צורך להכביר מלים על כך שתופעת הבניה הבלתי חוקית הפכה זה מכבר למכת מדינה המשליכה רבות על שלטון החוק, כך שאכיפה מוגברת בתחום זה חיונית. כך למשל אמר בעניין זה, בתחום הפלילי, לפני כמעט שלושה עשורים המשנה לנשיא אלון:

“לצערנו, הפכו עבירות נגד חוקי התכנון והבניה לחזון נפרץ, ורבים גם טובים איש הישר בעיניו יבנה. זוהי פגיעה חמורה וקשה בשלטון החוק, המזולזל לעין השמש, ואין איש שם אל לב לאזהרות הגורמים המוסמכים ולפסקי הדין של בתי המשפט” (ע”פ 917/85 הועדה המקומית לתכנון ולבניה גליל מזרחי נ’ אבו נימר, פ”ד מא(4) 29, 31 (1987)).

והנה מדבריי ברע”פ 2809/05 טסה נ’ מדינת ישראל (2005):

“במישור הנורמטיבי, המדובר בעבירות חמורות ביותר בתחום התכנון והבניה, שבתי המשפט מצווים לתת יד למאבק בהן - שטחים גדולים ביותר של בניה ללא היתר, שטחים גדולים ביותר של שימוש חורג ואי קיום צו בית משפט לאורך שנים. במשנה תוקף – למרבה הצער – מהדהדים גם כיום, בנסיבותה ישראליות, דבריו של השופט (כתארו אז) שמגר בע”פ 578/78 מדינת ישראל נ’ עיסה, פ”ד לו(1) 723, 724-725, בדבר ‘... התוצאות הקשות הנובעות מריבויין של העבירות נגד חוקי התכנון והבניה...’, לאור התנאים השוררים אצלנו צדק בית משפט השלום בקבעו כי לגבי עבירה כגון זו יש לפעול באופן החלטי על-ידי הטלת עונש מאסר לריצוי בפועל, כדי שכוונת ההקפדה על קיומם של איסורי החוק תהיה אמינה, וכדי שסלחנות יתר לא תתפרש, כפי שקורה לא אחת, כהשלמה עם קיומה של תופעה פסולה...’ למרבה הצער, אף שחלפו עשרות שנים, הדברים לא השתפרו, ואדרבה, הפקרות שהיא בחינת מכת מדינה פשתה והלכה. ראו לענין זה דברי השופט (כתארו אז) חשין ברע”פ 4357/01 סבן נ’ הועדה המקומית “אונו”, פ”ד נו(3) 49, 59: ‘אכן כן, תופעת הבניה הבלתי חוקית הפכה מכת-מדינה – ברבות השנים צירפה עצמה מכה זו... לעשר המכות’; בא כוח המדינה הפנה לדו”ח ועדת החקירה הממלכתית לבטיחות מבנים (ועדת זיילר) -223, 221, כאשר להתפשטות הנגע של עבריינות בניה, עד

שבית המשפט כמעט נדרש 'להתנצל' על הענשתו. ואולם, אין בתי המשפט צריכים להתנצל על מלחמה בנגע, שכיסה את הארץ, לעתים עד כדי כלימה; אדרבה ואדרבה, כל הלוחם, הרי זה מבורך (שם), פסקה ה(2); וראו גם ר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד לח(1) 500, 494 (1984); ע"פ 586/94 מרכז הספורט אזור בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 112, 133-134 (2001).

ד. למרבה הצער, התופעות עמנו, ולא בכדי הקימה הפרקליטות מחלקה מיוחדת לאכיפת מקרקעין. בית משפט זה הדגיש, פעם אחר פעם אחר פעם, כי היקף התופעה והשלכותיה מחייבים את רשויות התכנון, את רשויות האכיפה ולא פחות מזה את בתי המשפט להעניק לשיקול השמירה על שלטון החוק מקום בבואן להכריע בתיקים בהם נקט הפרט בשיטה הנלווה של ראשית – בניה, אחרית – תכנון, ראשית נעשה כחפצי ואחר כך נשמע (ע"מ 3319/05 אלגריה פונטה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה באר שבע, פסקה 8 (2005); ע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ, חוות דעתו של השופט פוגלמן (2010) (להלן עניין איגנר); בג"צ 8171/09 חסן נ' מועצת התכנון העליונה במנהל האזרחי, פסקה 27 (2011); ע"מ 65/13 הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ, פסקאות י"ט וכ"ו (2013) (להלן עניין נאות מזרחי); ע"מ 2882/08 קין נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב (2013)).

ביטוי לכך מצוי בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 8.1150 מיום 24.5.01, לפיה הורשו ועדות התכנון לשקול שיקול זה בין מגוון שיקוליהן בהתבקשן להכשיר בנייה בדיעבד; לימים, בחוזר מנכ"ל משרד הפנים 1/04 שבא בעקבות ההנחיה, נאמר כך:

"מרכיב ההרתעה בסוג עבריינות זו הוא מרכיב קריטי, לאור ריבוי העבירות והרווחים הכלכליים הכרוכים בביצוען. אישור תיקון או שינוי לתכנית, בדיעבד לשם הכשרת עבירות בניה בוטות, משדר מסר שלילי לציבור ופוגע ביסוד ההרתעה שבאכיפה. יתרה מזו, לעיתים קרובות, בלחץ העובדות המוגמרות, מאשרות מוסדות התכנון תיקונים ושינויים, שלא עולים בקנה אחד עם עקרונות התכנון הראוי, ושלא היו מתאשרים מלכתחילה. בכך ניתן עידוד לעבריינות וחוטאים יוצאים נשכרים" (שם, סעיף 8).

ה. בעניין איגוד קבעה השופטת (כתארה אז) נאור את המבחן הבא לעניין בנייה בלתי חוקית אשר מתבקש אישורה בדיעבד:

“כדאי במקרים רבים כשנשקלת השאלה האם 'להכשיר' בניה בלתי חוקית שחברי מוסד התכנון יציגו לעצמם תחילה את השאלה – בהנחה שאין בניה בלתי חוקית שהכשרתה מתבקשת, האם, מבחינה תכנונית היה מקום לאשר את התכנית אם לאו. בחינה זו רואה כביכול את השטח 'כאילו' לא קיימת בו כל בניה בלתי חוקית. על בחינה זו אמונים חברי מוסדות התכנון. אם התשובה היא בשלילה, דהיינו שאין התכנית ראויה, תהא הנטייה שלא להכשיר את הבניה הבלתי חוקית ולא לאשר את התוכנית” (שס, פסקה 30).

בהמשך לכך נקבע בעניין נאות מזרחי, כי יתכנו מקרים בהם יהא זה ראוי לדחות תכנית אך בשל אי-חוקיותה:

“המדובר בשאלות של מידה ועוצמה. לא אחת יונחו על כפות המאזניים מזה האינטרס של שמירה על שלטון החוק ומניעת עבריינות בניה – ומזה שיקולים תכנוניים אחרים, וידו של הראשון תהא על העליונה, וכמובן ככל שעוצמת העבריינות בתחום גבוהה יותר, תיטה הכף לכיוון מניעת עבריינות... מכל מקום, פשיטא כי הדברים תלויי נסיבות, ואולם, מוסדות הממשל הם כלים שלובים, ואין כל מקום להפרדה, כביכול תכנון לחוד ועבריינות לחוד; יידעו העבריינים כי הממשל אינו שוטה שבעולם, שיוקיים בפניו וכפני החוק ויש מי שיטעה לחשוב כי גשם נדבות הוא.” (שס, פסקה כ').

לטעמי, ככל שמתברר כי ההפקרות גדולה או נמשכת, כך יגבר משקלו של רכיב ההרתעה והשמירה על שלטון החוק.

מן הכלל אל הפרט

1. שפץ קיבלה על עצמה לבנות את הפרויקט נשוא ענייננו בהתאם לתכנית 65, אשר במרכזה שני בניינים וחניון תת-קרקעי. כאשר הגיעה לכלל מסקנה כי התכנית אינה הולמת את צרכי המקום, פנתה לוועדה המחוזית בבקשה להחליף את תכנית 65 בתכנית 72, אשר במרכזה שלושה בניינים וחניון עילי; זה האחרון בא

על חשבון השטחים הציבוריים הפתוחים. תחילה, במכתב מיום 23.8.00 מטעם אדריכל עלי פורטי, מקדם פרויקטים בלשכת התכנון המחוזית, נכתב כי תכנית 72 "מתעלמת לחלוטין הן מרגישות ומעורבות הציבור שיוצג ע"י המתנגדים (בהליך אישורה של תכנית 65 – א"ר), הן מרוח החלטת הועדה המחוזית, הן ובפרט מהנחיות הועדה לתכנון המתחם"; ובהמשך לכך נכתב: "אני סבורים כי אין לקדם את הטיפול בתכנית בטרם תיקבע עמדת הועדה המחוזית לעניין זה, במסגרת דיון עקרוני בתכנית."

ז. לאחר סיום שיעור נציגי הועדה המחוזית בשטח, הגיעו הצדדים להסכמה עקרונית לגבי מתוה פשרה באשר לתכנית 72; אולם בשלב זה, באופן מעורר תמיהה, נמנעה שפץ מקידום התכנית בפני הועדה המחוזית, והחזירה את עניינה לועדה המקומית. זו, באופן מעורר תמיהה גם כן, אישרה הלכה למעשה את עיקריה של תכנית 72 באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מתוה הפשרה, בקבעה כי בשל גשרון המחבר בה בין בניין 2א לבניין 2ב יש לראותם כבניין אחד דו-אגפי, וכך ניתן ההיתר למעשה לבניין השלישי (לעניין מתוה הפשרה ראו דבריה של היועצת המשפטית של הועדה המחוזית, עו"ד דיאנה ירום-רייזנר, ע' 37-38 לפרוטוקול הדיון בועדת הערר מיום 19.4.12). אשר לחיבור בין הבניינים ציינה הועדה המחוזית, כי "הבניינים האמורים כלל לא היו מחוברים, עד לתחילת ביצוע פעולות חקירה בידי יחידת הפיקוח... 'חיבור' באמצעות פס בטון בקומה אחת בלבד בין שני בניינים בני 9 קומות כל אחד – אינו הופך את הבניין לבניין אחד" (החלטת הועדה מיום 25.12.11). ועדת העררים קיבלה קביעה זו, ופסקה בהמשך לכך, כי "אישורם של המבנים בהסתמך על החיבור המלאכותי ביניהם שאינו אלא 'עלה תאנה' להקמתם של שלושה מבנים, מהוה שימוש לדעה בהליכי תכנון שאיננו יכול ליהנות מחסותו של היתר הבניה..." (פסקה 41 להחלטה; הדגשה במקור – א"ר); בית המשפט המחוזי לא מצא לשנות מקביעה זו, ואף ידנו תיכון עמו.

עם זאת, אוסיף, כי בשונה מקביעתו של בית המשפט המחוזי, סבורני כי אף שהאחריות העיקרית באישור המבנה הנוסף באופן המהוה, כאמור, שימוש לרעה בהליכי תכנון, מונחת על כתפי הועדה המקומית, הנה כפי שעולה מדברי

חברי (פסקה 10), גם שפץ פעלה בהקשר זה בחוסר תום לב, בהפסיקה את מגעיה עם הועדה המחוזית ובפנותה לוועדה המקומית, וכפי שציינה ועדת העררים לעניין זה: "פשיטא, כי בקשה להיתר מוגשת על ידי יזם, הוא עורך אותה ומביא אותה לאישור מוסדות התכנון. משכך, לא ניתן לראות את היזם כמי שההיתר נכפה עליו הר כגיגית ולא היה שותף להליך גיבושו" (פסקה 49 להחלטה). זאת מבלי להידרש לאינדיקציות פליליות להן טוענת המדינה, אשר ראוי כמובן כי יתבררו, בהליך נפרד.

ח. אשר לשיקולי התכנון ובהתאם למבחן שנקבע כאמור בעניין אינגר, קבעה ועדת העררים, בהמשך לקביעתה של הועדה המחוזית – כי אף אילו הובאה התכנית אל פתחה של הועדה במצב של "מגרש ריק" וללא עבירות בניה בשטח, לא היה מקום לאשרה. כך, שכן התכנית המקורית – תכנית 65 – הייתה חוסכת באופן ניכר בקרקע ציבורית ומאפשרת קיומם של שטחים פתוחים רבים יותר; הן כיון שמדובר בה בשני בניינים חלף שלושה, והן כיון שמדובר בחניון תת קרקעי ולא עילי. בנוסף לכך, ועדת העררים שקלה את שיקול ההגנה על ציבור הרוכשים, אשר לא נעלם מעיניה, וקבעה כי עם כל הקושי, אין הדבר יכול ליתן הכשר לבניה בלתי חוקית, וכי על הרוכשים להיפרע ישירות מן הגורמים האחראיים לבניה הבלתי חוקית, במישור הנזיקי (פסקאות 74-75 להחלטה).

ט. פסק דינו של בית המשפט המחוזי צועד כברת דרך ניכרת עם החלטת ועדת העררים, בקבעו כי אכן לא היה מקום כי הועדה המקומית תתן את ההיתר מעיקרא, וכי תכנית 92 אינה ראויה מבחינה תכנונית. עם זאת, קובע בית המשפט המחוזי, כי שגתה ועדת העררים בכך שלא ייחסה משקל מספק לשיקולי הרוכשים, וכי בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית יש להכשיר את המבנה בדעיבד, ואף חברי עמד בחוות דעתו על עיקרי דוקטרינת הבטלות היחסית. ואולם, כשלעצמי דעתי שונה מזו של בית המשפט המחוזי, עם כל ההבנה לרצונו לסייע לרוכשי הדירות.

אי החוקיות בנידון דידן זועקת מעבר לגובה קומות הבניין, השמימה. מדובר בבניין שלם, על 9 קומותיו, אשר הוקם בחלקו על בסיס היתר שניתן שלא

כדין, וחלקו אף תוך חריגה מאותו ההיתר. לשם השוואה, בעניין נאות מזרחי בו נקבע כאמור כי די באי החוקיות כדי להרוס את הבנייה נוכח היקפיה, דובר בתוספת בנייה של 5 קומות בלבד. בנוסף לכך, כפי שנקבע על-ידי הערכאות כולן, אף שיקולי התכנון אינם נוטים לטובת הבניין. בהקשר זה ציינה מתכנתת המחוז, האדריכלית אליסיה סיבר, בדיון בפני מליאת הועדה המחוזית מיום 14.11.11:

"שני בניינים של 12 קומות, זו הייתה תוכנית יותר מקובלת מתוכנית שמראה על שלושה בניינים של 8 קומות עם הצפיפות הזאת. זה בניינים מאוד מאוד מאוד גדולים... אין אפילו פיסת קרקע קטנה להסתובב שם... מבחינה תכנונית אני אומרת, הייתי מקבלת את התוכנית פעם ראשונה, תעזבו את זה שקיים ולא קיים בשטח. אני הייתי אומרת תעלו לגובה, תעזבו את התוכנית של 9 קומות (תכנית 72 – א"ר), תעשו 20 קומות... ותכניסו חניות תת קרקעיות... אני עוזבת את זה שהתכנית, שהכול נמצא בשטח. אני אומרת מבחינה תכנונית התכנית היא גרועה" (שם, ע' 15; הדגשות הוספו – א"ר).

בית המשפט המחוזי נתן דעתו לשיקולים אלה, אולם בסופו של יום כאמור החליט שאינם מכריעים את הכף. דעתי היא, כי נוכח היקף תופעת הבנייה הבלתי חוקית, ומשמדובר, בתכנית לא ראויה ממילא, ובמצב העניינים אשר עמד לנגד עיני בית המשפט המחוזי בטרם אוכלסו הקומות שנרכשו, ספק רב אם היה מקום להכשיר את הבניה בדיעבד. לטעמי לא מוצו כל הפתרונות האפשריים לדיירים, עם כל הצער שבדבר; ועדת העררים הזכירה את דברי הנשיאה ביניש בע"מ 3564/10 שויקי נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים (2011) בהקשר קרוב, ואזכיר בין השאר את חוק המכס (דירות), תשל"ג-1973. זאת, שכן לטעמי לא יתכן כי שיקולי החוק והתכנון יישארו ברמה הרטורית בלבד, וחייבת להיות להם נפקות מעשית בשטח כחלק מההליך התכנוני. כפי שנקבע בעניין נאות מזרחי, לשם כך לא די בהליך הפלילי; "שאם לא נאמר כן, וכאמור מעלה, עלולים להיות מקרים בהם יבכרו עברייני בניה פוטנציאליים לחרוג ולהישפט, תוך שהם 'מאזנים' בין ההליך התכנוני לבין ההליך הפלילי ועושים את חשבון כיסם, והחוק מה יהא עליו. מחשבה זו יש לעקור מן השורש. אכן, יש לקוות שהקריאה היוצאת מפסק דין זה – כי עברייני הבניה חשופים לסיכון משמעותי הן בהליך הפלילי והן בהליך התכנוני

– תרתיע אותם עבריינים פוטנציאליים, ויש לקוות כי הרתעה זו, שיסודה כלכלי, תהא אפקטיבית אצל אנשי עסקים" (שם, פסקה כ"ו).

י. לכך אוסיף, כי אף שמובנת לי דאגת בית המשפט קמא לרוכשים ואיני מקל בה ראש, לטעמי לא היה מקום לומר כי החלטתה של ועדת העררים לוקה בחוסר סבירות (פסקה 44 לפסק הדין): "כלל נקוט הוא בידינו כי בית-המשפט אינו שם עצמו בנעליהן של רשויות התכנון ואין הוא מעמיד את שיקול דעתו שלו תחת שיקול דעתן המקצועי של אותן רשויות. התערבותו של בית-המשפט בהחלטות של רשויות התכנון נעשית במשורה, בעילות מובהקות המצדיקות התערבות במעשה המינהלי, כגון: חריגה מסמכות, חוסר תום-לב או חריגה קיצונית ממתחם הסבירות" (עע"מ 2418/05 מילגרומ נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ירושלים, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת חיות (2005); וכפי שצוין בעניין איגנר, הדברים נכונים במיוחד כאשר מדובר בהחלטותיה של המועצה הארצית לתכנון ובניה – או גוף משנה שלה – כבענייננו (שם, פסקה 20). בענייננו, ועדת העררים שקלה כאמור את השיקולים הרלבנטיים, איזנה ביניהם והחליטה כפי שהחליטה בהחלטה מנומקת ומפורטת. גם מטעם זה סבורני כי לא היה מקום להתערבות בהחלטת ועדת העררים.

יא. עם זאת, תמונת המצב כיום שונה. כפי שציין חברי, מאז ניתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי הספיקו דיירים רבים לאכלס את הדירות, ויש לזכור גם את החלטת השופט סולברג לעניין עיכוב הביצוע – ומשמעות קבלת הערעור היא איפוא פיננים מבתי מגוריהם. במצב עניינים זה, מסכים אני עם חברי כי חרף החומרה היתרה העולה מהמתואר מעלה, בשלב זה הנוכחי הכף נוטה להכשרת 6.5 הקומות הראשונות בבניין 2ב – המאוכלסות – בדיעבד, בהתאם להיתר שניתן על-ידי הועדה המקומית, וזאת על דרך הבטלות היחסית, וככל שיעמוד המבנה בדרישות התכנוניות.

יב. מנגד, כפי שציין חברי, אין בידינו להצטרף לקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה על הועדה המחוזית לשקול מחדש את תכנית 92 כמות שהיא על רקע

הכשרת 6.5 הקומות. בשונה מאלה, דיירים טרם איכלסו את 2.5 הקומות הנוספות שנבנו ללא היתר כלל, ועל כן הפגיעה בצדדים שלישיים, ככל שהיא קיימת, פחותה. בנוסף לכך, כפי שציינתי מעלה, לא ייתכן כי נדבר גבוהה על חשיבות המלחמה בתופעת הבנייה הבלתי חוקית, בלא שניתן שיניים לאמירותינו.

יג. אין איפוא מקום לקבלתה של תכנית 92 כפי שהיא ולהכשרה בדיעבד של 2.5 הקומות הנוספות בבניין 2; הנושא יוחזר כמוצע לוועדה המחוזית כדי שזו תבחן מחדש את סוגיות החניה, היקף השטחים הפתוחים, תכנית הבנייה וכיוצא באלה, והתאמתן לעצם קיומו של מבנה 2ב ול-6.5 הקומות הראשונות בו, אולם מבלי לאפשר את הכשרתן בדיעבד, כאמור, של 2.5 הקומות הנוספות, בהן לא תדון.

יד. והערה בסיפה לעניין הצדדים הממשלתיים הרלבנטיים, הטענה המקדמית, שחברי נדרש אליה בפסקה 5, ארשה לעצמי להביא בזיקה לכך מדברים שנכתבו בבג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות (2012) (פסקה ז'):

"... כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה. כשמובאת עמדה לפני בית משפט זה עליה להיות עמדה המייצגת מדיניות ממשלתית אחת, ולא חלילה של לטיפונדיות ואחוזות פיאודליות כאלה ואחרות – מדינה אחת, מדיניות אחת. תפקידם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה הפועלות בכפיפות לו בהקשר המשפטי הוא האינטגרציה, כך שבית המשפט לא ישמע מנגינות מתוים שונים, משל היו אלה 'שטיבלך' של נוסחים שונים. תזמורת אחת היא ומנצח לה אחד, במישור הכולל – הממשלה, שבמקרה של חילוקי דעות על ראש הממשלה להביא את הדברים לדיון ולהכרעה בה, ובמישור המשפטי – היועץ המשפטי לממשלה".

טו. כאמור, מסכים אני עם חברי השופט הנדל, כי יש להיעתר חלקית לערעור, כמפורט בחוות דעתו.

ש ו

פ ט

השופט א' שהם:

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו המקיפה והיסודית של חברי, השופט נ' הנדל. הזדמן לי לא אחת להתייחס לתופעה החמורה, אשר למרבה הצער הולכת ומחריפה במקומותינו, של הבנייה הבלתי חוקית, ובעיקר אמורים הדברים ביזמים השמים, לעיתים במודע, את החוק לפלסטר, מתוך בצע כסף לשמו. ברע"פ 9239/12 אבו עראר נ' מדינת ישראל (2.1.2013), נדרשתי לתופעה זו, גם אם בהיבט הפלילי, בציני כי "בית משפט זה עמד, לא אחת, על החשיבות שבניהול מאבק יעיל בתופעת הבנייה הבלתי חוקית, אשר הפכה ל'מכת מדינה', וזאת בשל פגיעתה הקשה בסדר הציבורי וביסודות שלטון החוק" (וראו גם, רע"פ 3034/13 לוי נ' מדינת ישראל (5.5.2013); רע"פ 2956/13 דמקני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו (3.5.2013); רע"פ 8496/12 חלפון נ' מדינת ישראל (31.7.2013)).

2. במקרה שלפנינו, מדובר בחריגה משמעותית מהתכנית המקורית, היא תכנית מס' 65, שעל-פיה היו אמורים לקום שני בניינים ולא שלושה, תוך הותרת שטחים פתוחים רבים יותר, והקמת חניון תת קרקעי ולא עילי. חלף זאת, הוקמו 3 בניינים, כאשר הבניין השלישי הוקם על בסיס היתר שניתן שלא כדין, וחמור מכך – 2.5 קומות מתוכו נבנו מתוך חריגה מאותו היתר. במקום חניון תת קרקעי, נבנה חניון עילי, וזאת על חשבון השטחים הציבוריים הפתוחים. החריגה במקרה דנן, קשה לעיכול, ואי החוקיות הכרוכה בבנייה זו היא ברורה וחד משמעית, ואף בלתי מוצדקת מבחינה תכנונית.

3. בנסיבות אלה, ביטול היתרי הבנייה והריסת המבנה הבלתי חוקי הם צעדים מתבקשים, ואף מתחייבים מאליהם. ואולם, לאחר שניתן אישור לאכלוסו של בניין מס' 3 למעט הקומות שנבנו בניגוד להיתר, השתנתה במידה רבה נקודת האיזון.

זאת, מאחר שהדיירים רכשו את דירותיהם בתום לב ובכסף מלא, כאשר לנגד עיניהם עמדו היתרי הבנייה, שבדיעבד הוברר כי הוצאו שלא כדין. הדירות עצמן אוכלסו בפועל בחודש ספטמבר 2013. לפיכך, נראה כי הפתרון המוצע על-ידי חברי, השופט נ' הנדל, שאליו גם הצטרף חברי, השופט א' רובינשטיין, הוא הפתרון הנכון במצב הדברים הנוכחי. פתרון זה מתבסס על דוקטרינת הבטלות היחסית, עליה עמדתי בהרחבה בעמ"ם 2339/12 שוחט נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא (19.8.2013) בפסקה 49. ציינתי באותו עניין, כי "תורת הבטלות היחסית הינה כלי שרת במשפט המנהלי, והיא משלבת בין שיקולי צדק לבין שיקולים מעשיים... ובזכות גמישותה ויעילותה, טווח החלתה הוא רחב מאד".

4. התוצאה האופרטיבית היא כמפורט בפסקה 12 לחוות דעתו של השופט הנדל, כאשר העיקר מבחינתי הוא הכשרה בדיעבד של 6.5 הקומות המאוכלסות בבניין מס' 3, בהתאם להיתר שניתן על-ידי הועדה המקומית. כמו כן, תדון הועדה המחוזית ביתר הנושאים שפורטו על-ידי השופט הנדל, אך בכל מקרה לא יוכשרו הקומות העליונות שנבנו ללא היתר, בהתאם לתוכנית הקיימת.

ש

ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י' כסלו תשע"ה (2.12.2014).

ש

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ו פ ט

