**הרצאה תכנון ובניה 10.5.16 – עו"ד אליעד וינשל – שיקול דעת בהליכי רישוי**

ההיררכיה התכנונית:

הכנת תכנית - פרסומה להתנגדויות – דיון בהתנגדויות

המשמעות לגבי הוצאת היתרים - ככלל, בעל הזכות במקרקעין זכאי שיינתן לו היתר לתכנית.

**בפסיקה המודרנית** רואים אמירות משמעותיות לפיהן "כמעט" קמה זכות קניינית לבעל המקרקעין לקבל היתר תואם תכנית (פס"ד של נאור) - מעורר קושי אבל צריך להיות ערים לו.

**בלשון הפרקליט** – התנהלות של רשות מקומית באישור היתר הבנייה העמידה עצמה בראש הפירמידה התכנונית באופן הנוגע את ההיררכיה התכנונית.

הציטוט משקף את תפיסת היסוד- היתר הבנייה הוא השלב האחרון שמטרתו לשקף את ההליך התכנוני שהושלם.

האם שיקול הדעת מצומצם? בניתוח אנליטי הוא מצומצם ואף לפעמים כלל לא קיים...אבל – החריגים הם רבים.

**היקף שיקול הדעת בהליכי רישוי**

**שלב ראשון** – סטייה מתכנית - החוק מאפשר בצורה פורמלית סטייה מתכנית בשני היבטים- הקלה (סטייה שלא מהוראות השימוש) ושימוש חורג (מתכנית), למעשה זה בסיס הפירמידה .

**שלב שני** – סטייה מנספחים מנחים: תכנית בדרך כלל מורכבת מנספחים מחייבים ונספחים מנחים. לתכנית יש תקנון = החוק. ולצד זה נספח גרפי לדוגמא – תכנית של 8 קומות, מראש התירה 6, כי בהקלה ניתן להוסיף 2...בנספח מנחה למשל נקבע איך תיראה הכניסה לחנייה. בשלב הבנייה רצו 8 קומות, אבל רצו גם לשנות את הכניסה לחניון מהצד השני. לכאורה נספח מנחה מקנה לוועדה המקומית את שיקול הדעת בתוך התכנית – שק"ד בהליך הרישוי שיזם מוסד התכנון ונוצרה גמישות פנימית בהליכי התכנון, ואז נשאלת השאלה איך סוטים מאותו מסמך – אין ספק שיש שיקול דעת. האם צריך לנמק את הסטייה מנספח מנחה והאם צריך לפרסם את הסטייה מנספח מנחה? – דוגמא:

פסיקה של ועדת ערר בעניין בני וקנין נ' עיריית אשקלון – התיק המחיש את הדוגמא של סטייה מנספח מנחה. סטייה מנספח מנחה יכולה להיות מאוד מינורית – הזזת חלון בעשרה סנטימטרים למשל, ולכן יכולה לקרות כמעט תמיד. אבל העברת כניסה לחניון מצד אחד לצד השני זה יכול להיות משמעותי מאוד, ובאשקלון- אם אתה קונה דירה מול הים, אבל הגיע יום ומסתירים לך את הנוף – הוועדה המקומית צריכה לנמק – יותר מזה, צריכה להיות חובת פרסום כשהסטייה היא סטייה מהותית מנספח מנחה, כך הונחו הוועדות המקומיות. סטייה מנספח מנחה היא לא הקלה, בפרשת וקנין – לך כוועדה מקומית מוקנה שיקול דעת רחב, שיקול דעת רחב הגורם המנהלי לעולם יצטרך לשקול את ההליך המתאים להפעלת שיקול דעתו, לפעמים צריך לשתף את הציבור ולפעמים שלא, אבל לגבי סטייה מנספח מנחה ראוי שישמעו את האזרח. הדרך הזו היא מורכבת מבחינה משפטית, גרוניס בפס"ד בראון בתזה דומה אמר שלדעתו לא צריך לחייב לפרסם, בווקנין טענו שלא צריך לפרסם.

התבנית לא ברורה כי אין חקיקה- אפשר לומר אין תבנית אין הליך. אנחנו לא יכולים ליצור יש מאין תבנית ולקבוע שזה הקלה, מהרבה סיבות- אחת היא פרשנות והשנייה כלכלית (הקלה דורשת היטל השבחה, וסטייה מנספח מנחה לא דורשת היטל השבחה). אפשר לשאול אם זה יוצר זכות ערר? למעשה זו שאלה מורכבת, כנראה שרוח הפסיקה הצפויה היא שכששיקול דעת נובע מהוראות תכנית יש זכות ערר.

**שלב שלישי** – שיקול דעת הנגזר מהוראות התכנית (חובת שיתוף הציבור בתכנית) – תכנית מסוימת שאומרת –ככל 2 קומות אבל הוועדה המקומית יכולה להוסיף עוד קומה, תמ"א 38 תכנית ארצית שלמעשה בתוכה גם קובעת שיקול דעת מאוד רחב וקובעת חובת שיתוף ציבור, תמ"א 38 היא תכנית מסוימת, ויש תכניות נוספות, לדוגמא אם אתם גרים באזור מסוים ומולו יש אזור תעשייה במרחק של 100 מטר, אבל בקנייה לא ידעתם שבאזור התעשייה עומדים להקים תחנות דלק, וגם מזבלה. כשקבעו שאפשר להקים מזבלה בכל מגרש תעשייה לא שקלו אזור תעשייה מסוים אלא באופן כללי, המועצה הארצית לא יודעת לבחון כל מגרש לכן תעשה את זה הוועדה המקומית בשלב הרישוי – שיקול הדעת פה הוא מאוד רחב.

**שלב רביעי** – שיקול דעת הנגזר מהוראות התכנית ללא חובת שיתוף הציבור – ברור מהוראות התכנית שיש שיקול דעת רחב.

**שלב חמישי** – היתר תואם תכנית – כמעט ואין שיקול דעת בהתאם לפסיקה. אבל גם זה כנראה לא מאוד נכון...ברור שגם בשלב זה יש שיקול דעת בין היתר בשל שיקולים של הצלת חיים.

הפירמידה משקפת את שיקול הדעת הרב שחלקו צפה המחוקק וחלקו לא צפה, אבל הוא חלק מהפרקטיקה הנוהגת. במידה מסוימת תיקים בנושאי היתרים הם תיקים משפטיים יותר. להבדיל מהפירמידה התכנונית, בהיבט ההיתרים למעשה מוסד התכנון קורא את התכנית ומנסה לדעת באיזה שלב אנחנו נמצאים ואיך לפרש את התכנית. לנו נוח בתור משיבים בעתירות להגיד ששיקול הדעת מצומצם. בפסק הדין האחרון נקבע כי בימ"ש מוגבל בהיבט התכנוני ובשיקול הדעת בימ"ש אינו מוגבל, אף שהוא צריך להתחשב בפרשנות של האורגן המנהלי של מוסדות התכנון. בפרשנות כמובן שמופעל שיקול דעת.

כשהתכנית עצמה יוצרת שיתוף ציבור – התפיסה היא שיש זכות ערר.

**הקלה**

סעיף 147 לחוק התכנון והבנייה – הוועדה מהקומית רשאית לתת הקלה למבקש היתר – כלומר רשאית לתת לו לפעול בניגוד לתכנית. הסעיף צופה גמישות קלה. תפיסת בימ"ש עליון- הקלה היא הכרח, המציאות משתנה מאפשרת גמישות למציאות המשתנה ולכן היא כתפיסה עקרונית היא דבר שקיומו נחוץ ורצוי. הפסיקה לא נדרשה ליחס בין היקף שיקול הדעת ובין הרפורמה בתיקון 101. התיקון מאפשר לוועדות המקומית לתכנן בצורה רחבה. היום אפשר לטעון שנקודת האיזון משתנה, עדיין אין התייחסות בפסיקה של בתי המשפט.

להבדיל מהליכים אחרים, בהקלה המחוקק נדרש לקביעה מוגדרת במישור הפעלת שיקול הדעת. בסעיף 151 קובע הקבל הא לא סטייה ניכרת. הגדלת שטחי בנייה היא לעולם סטייה ניכרת. זה התחיל עם דברים מובנים מאליהם כמו שטחי נגישות וזה נגמר בהוספה של 20 אחוזי בנייה מבלי שזה ייחשב סטייה ניכרת.

**בתקנות התכנון והבנייה- תקנות סטייה ניכרת –**

הקבוצה הראשונה – תקנות טכניות בדרגת פירוט גבוהה. חקיקה שדומה לחקיקה האמריקאית. בדרך כלל זה מאוד מתאים למטריה – דוגמא – מספר קומות שאפשר לחרוג, בהתאם לטבלה – בבניין 3 קומות אפשר לאשר עוד אחת וכדומה. מי שחורג מהם אי אפשר לאשר הקלה. גם לגבי חריגה מקווי בניין בתקנות נקבע הסדר טכני לגמרי מה ניתן לאשר ומה לא. הוראות קונקרטיות שחריגה מהן היא סטייה ניכרת.

לצד אלו – קיימות נורמות כלליות מופשטות, אפשר לדמות אותן לעיקרון תום הלב בחוזים – תקנה 2(2) בנייה המשנה את אופייה של הסביבה הקרובה – מה זה? לכל אחד יש עמדה אחרת בסוגיה הזו. בדומה לעניין הקומות, כאשר ברמות למשל רוצים להוסיף עוד 2 קומות ובאים התושבים ומתנגדים – האם זה משתלב בסביבה הקרובה או לא? מפעילים שיקל דעת כדי להחליט האם משהו נמצא בסמכות. למעשה אנחנו מערבבים בהוראות האלו בין סמכות לשיקול דעת, עירוב שהוא ככלל לא רצוי אבל הוא קבוע בתקנות. צריך לומר שמה שאנחנו חושבים שהוא נכון הוא בסמכות ומה שאנחנו חושבים שהוא לא נכון הוא לא בסמכות. כמובן שהוא ממילא לא יבוצע אבל אלו הנורמות.

השיקולים במתן הקלה –

**הצדקה תכנונית** – הבסיס לאישור הקלה הוא הצדקה לסטייה מהתכנית, לכן בשלב הראשון לא צריך לשקול את טענות המתנגד. צריך טעם תכנוני, כניסה לבניין מצד אחד הייתה בתוך נספח מחייב לתכנית ושלא מהווה סטייה ניכרת, רוצים להעביר לצד השני - פרסמו הקלה, יש דוח מהנדס שתומך, ואז אפשר להעלות את הטענה שיש פה הצדקה תכנונית.

**עצימות ההקלה** – השלב הראשון הוא שלב הכרחי, שיקול נוסף הוא עצימות ההקלה, כלומר, הפער בין ההקלה המתבקשת לבין המצב התכנוני המאושר. הזזת חלון בעשרה סנטימטר – עצימות קטנה עד לא מורגשת, לעומת תוספת 4 קומות וכל תנועה באמצע משליכה על עצימות ההקלה. ככל שהעצימות קלה וההצדקה התכנונית קטנה עדיין ניתן יהיה לאשר אותה.

**מועד התכונן המאושר** – בהיבט הזה ככל שהתכנית ישנה יותר יש הצדקה לאישור ההקלה. האם התכנית רלוונטית למצב התכנוני בימנו , תכנית של 10 שנים לא רלוונטית לימנו, לכן מוצדק מתן ההקלה. השיקול הזה הכי פחות משמעותי.

**פגיעה בצדדים שלישיים** – כאשר מתבקשת הקלה צריך להיות פרסום ויש אפשרות ערר בפני ועדת ערר, הצד השלישי לצורך העניין – מתנגד להעביר את הכניסה לחניון לצד השני יפגע בו לאור התנועה ברחוב שלו, וכדומה. ככל שהפגיעה מוכחת מתחיל שלב האיזון. אין פיצוי לנפגע במתן הקלה. כמובן שהקלה לא מאפשרת פיצויים לפי סעיף 197, אבל תביעות אזרחיות לא מוגבלות לפי חוק התכנון והבנייה וניתן להגיש תביעה נזיקית אזרחית. מראש הסעיף לא אפשר פיצוי כי הקלה לא הייתה משמעותית, אבל ככל שמתן ההקלות מתרחב, לא בלתי סביר לטעון לפיצוי בהקלות שפוגעות יותר. וצריך לשקול זאת במסגרת השיקולים.

**שימוש חורג מתכנית**

בפירמידה הרשמית הקלה ושימוש חורג לכאורה מצויים באותו שלב, אבל שימוש חורג נמצא למטה – הוא מאפשר שימוש שבכלל לא הותר, וגם ההתייחסות לשימוש הזה בפסיקה היא הרבה יותר נוקשה מהקלה. שימוש זה כשמו הוא חריג ואין לפעול בו בדרך כלל (עע"מ אלמוג אילת) . פסק הדין הנכון הוא פס"ד גרומר נ' הוועדה מחוזית- כלי לגיטימי שניתן לעשות שימוש בו במקרים המתאימים. החריג גם מוגבל בזמן. דוגמא - קנית דירה מול מקום שמוגדר לתעשייה, צפיתם מטרד מסוים בדמות תעשייה קלה, אבל פתאום פתחו שם אולם אירועים רועש במיוחד, אין אפשרות לתבוע פיצוי, לא צפיתם – הנושא מורכב.

פרמטרים להפעלת שיקול הדעת:

עצימות השימוש החורג ; היקף השימוש החורג ; הפגיעה או הרווחה של צדדי ג' ; מועד התכנית וההיתר הקיימים – שיקולים רגישים כאשר יש יזם שמנסה לקדם תכנית שנים רבות ברור שזה מעודד לתת שיקול דעת יותר רחב ולאפשר לו לנצל את הקרקע; גישור לתכנית עתידית ; עקרון ההפיכות-מתקשר לעקרונות שקיפות ותום לב; עקרון השקיפות ; צורך חיוני ודחוף ; תקופת ניסיון ; תום לב

דוגמא – גני ילדים. למשל באשדוד יש אזור תעשיה שרוצים להפוך למסחר, התנאים לא אפשרו לעשות שם תעשייה, מאפשרים שימוש חורג כדי שיוכל להשתמש בקרקע . מקרים בהם מוצדק נכון וראוי.

כל השיקולים נשקלים וצריכים להישקל, ובסופו של דבר צריך לקבל את ההחלטה.

חשוב להפריד בין שימוש חורג מתכנית לבין שימוש חורג מהיתר.

**שימוש חורג מהיתר** – הוא יהיה באמצע הפירמידה. אדם הגיש בקשה לבנות אזור תעשייה, עכשיו הוא רוצה לשנות לאזור מסחר, בימ"ש העליון קבע שצריך לפרסם – מצב פרדוקסלי ולא ברור מדוע קיים. הרקע ההיסטורי מוכיח שיש אזורים למשל בירושלים שיש שם שימושים מעורבים, לכן אם בשכונה בירושלים אפשר לבנות ביה"ס או ישיבה או בית כנסת, די ברור שלעשות את זה בלי שימוע ציבורי ובלי שק"ד זה לא הגיוני, ולכן המחוקק יצא ידי חובה עם אותו הליך לא ברור של שימוש חורג מהיתר. בסופו של דבר הוא מבחן ההתאמה – כשאתה עושה שימוש חורג מהיתר צריך לבדוק אם המבנה מתאים לשימוש החדש המבוקש. עם זאת נקבעה בחוק דרישת פרסום וזכות התנגדות אשר יוצרות שיקול דעת שצריך להיות מיושם פר מקרה - ולא דין אזור תעשייה במקום מסחר כדין בקשה למבנה שהוקם מלכתחילה למגורים להפיכת הקומות הראשונות לאזור מסחרי.

**היקף שיקול הדעת של ועדת הערר**

הכלל הוא – ועדת ערר נמצאת קומה מעל הוועדה המקומית. "כמוסד תכנון" היא רשאית להחליף את שק"ד הוועדה המקומית בשיקול דעתה שלה. לא בכל מקרה בוחנים הכל "דה נובו" ומבטלים את שק"ד הוועדה המקומית, לפעמים מכבדים את שיקול דעתה, וצריך לזכור שכל עוד ההחלטה סבירה ניזהר מלהפעיל את אותה סמכות. יש חובה לבדוק כמוסד תכנון, אבל אין חובה להתערב "דה נובו".

היתרון של ועדת הערר שהיא בוחנת את מכלול השיקולים התכנוניים, להבדיל מבימ"ש, היא בודקת לא רק סבירות אלא האם זה נכון תכנונית. לפעמים גם אם ההחלטה של המקומית סבירה רואים לנכון להתערב בה.

לצד זאת, עומדים בתי המשפט על הפן ה'מעין' שיפוטי. ועדות הערר קנו להם משקל מקצועי בהיבט התכנוני וגם בהיבט המשפטי. על רקע הדברים אפשר להבין את פסיקת בימ"ש העליון להרחבת סמכות ועדות הערר.

**סמכות ועדות הערר מגמות והתפתחות - רישוי**

 סמכות ועדת הערר לפי סעיף 152 סירוב לתת היתר וערר על דחיית התנגדות.

בימ"ש העליון קבע כי דרך המלך לתקוף את החלטת הוועדה המקומית ליתן היתר צריכה להיות בהגשת ערר.

אפשר לדון בטענה כי היתר סוטה מתכנית, אפשר לדון בטענה שהתכנית לא מספיק מפורטת, והשאלות שנובעות מפס"ד שפר – מה עושים כשיש שיקול דעת הנובע מהתכנית לא נובע משפר אבל יגיעו אט אט לוועדות הערר. השאלה שנשארה תלויה – ערר על היתר שתואם תכנית – לכאורה לפי שפר אין סמכות. לא אמורים לדון בתמ"א 38, מצד שני פסיקת בתי המשפט המחוזי רואה זאת כמובן מאליו כי כן דנים. צריך לחדד את ההבחנה מתי דנים ומתי לא.

**סמכות ועדת הערר – נושאים קנייניים**

הכלל – מוסדות התכנון אינם מוסמכים להכריע במחלוקת בין בעלי הקרקע. אם נסמיך את מוסדות התכנון כנראה שלא יהיו היתרי בנייה.

החריג – כשאין תימוכין קנייניים רשאי מוסד התכנון שלא לדון הטעם העיקרי להלכה- טעם דיוני – מניעת השחתת זמנם של מוסדות התכנון.

בימ"ש העליון התייחס בפס"ד בני אליעזר לחשש לעידוד הפרת חוק במקרים בוטים שאין זכות קניינית יכול להיות שזה יכול להיות שיקול.

**תימוכין קנייניים-** בשפה פשוטה – טענה כנה לזכות קניינית, כשיש אפשרות לממש את ההיתר אפשר להמשיך. אבל כשיש התנגדות פוזיטיבית של למעלה מהמיעוט הדרוש – ברור שאין תימוכין קנייניים ואפשר לא לדון (אפשר ולא חובה). הסמכות לא לדון היא של מוסד התכנון כי חבל לו על הזמן, אבל אם הוא מחליט לדון הוא יכול. ככל שזה יותר אבסורדי עדיף שלא ידון.

כדי לסבר את האוזן- לא דורשים להוכיח את הרוב הדרוש, אלא גם אם רק אחד מתוך 10 דיירים הגיש בקשה והאחרים לא מתנגדים, נניח שיש לו תימוכין קנייניים.

למוסדות התכנון יש להם מטרה לבדוק דברים מסומים - לא צריך לשכוח ששי בתי משפט ויש צווי מניעה, ולכן אם אותו אדם לא הגיש התנגדות יש לזה השלכות. והעובדה שההליך בפני ועדות ערר יותר זול מההליך בפני מפקח על המקרקעין לא צריך להניע זאת.

**לאחר שהונפק ההיתר – האם יש לבטלו?**

 הפנייה לוועדת הערר היא דרך המלך מקום בו מדובר בטענה הדורשת בחינה תכנונית הנוגעת לאי חוקיות היתר קיים וזאת לרבות מקרה בו מדובר בבניה קיימת (עע"מ 7171/11).

בהתאם לכך הוועדות נדרשות לדון בסוגיות משפטיות מורכבות של בטלות יחסית וכן בשאלות פרוצדורליות רבות המתעוררות בהעדר סדרי דין בתקנות.

**בטלות היתר ודוקטרינת התוצאה היחסית –**

המשמעות: עצם העובדה שההיתר ניתן אינה מקנה לו חסינות ולכן ועדת הערר מוסמכת לבטל את ההיתר בכל עת במקרה של אי חוקיות, שתוצאתה הינה בטלות מעיקרה של ההיתר. עם זאת ובהתאם לדוקטרינת התוצאה היחסית יש להבחין בין מישור הפגם למישור התוצאה.

דחייה משמעותה שלנצח זה יישאר לא חוקי.

במקרים מסוימים מתאים מודל של בטלות יחסית במישור הזמן – ההיתר בטל אבל הדחייה היא במישור הזמן כדי לאפשר ליזם להגיש תכנית. החלטה אחרונה בעניין בית הדואר – גם שם סרבו להפעיל את הבטלות היחסית. האיזון הוא נדרש וקשה ובסופו של יום צריך לזכור את הפסיקה המתפתחת של דפנה ברק ארז שאומרת שדוקטרינת הבטלות היחסית צריכה להיות מופעלת בזהירות ככל שהפגם הוא חמור ביותר. בנקודה הזאת בדרך כלל אומרים שבימ"ש צריך להיזהר מלהתערב באיזון – באיזון המשפטי- הוא רחב, באיזון התכנוני מתחם ההתערבות הוא מועט.