



דף הבית < חקיקה/פסיקה

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 18-01-44784 דגש לוג'יסטיק בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון רמת השרון ואח'

05 אוקטובר 2018

לפני כב' השופט חגי ברנר, סגן נשיא

עותרת דגש לוג'יסטיק בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד עזרא קוקיא וסימון טוסון

נגד

משיבות
1. ועדה מקומית לתכנון רמת השרון
ע"י ב"כ עו"ד אבי להם
2. ועדת ערר לתכנון ובנייה מחוז תל אביב
ע"י ב"כ עו"ד אפרת קרונברגר

מיני-רציו:

* מבנה שלא קיבל כלל היתר בניה, אינו בא בגדרה של תמ"א 38, עם תמריצים או בלעדיהם. השאיפה לחזק מבנים מפני רעידות אדמה לא נועדה להכשיר עבריינות בניה ולא נועדה "להלבין" בניינים שנבנו ללא היתר.

* תכנון ובנייה – תכניות – תמא 38

עתירה נגד החלטת ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה שלא ליתן היתר להריסת בנין ובנייתו מחדש, לפי שלא ניתן להעניק לבנין שנבנה ללא היתר תמריצים של תוספת זכויות בניה מכח תכנית רש/3838 ותמ"א 38.

בית המשפט לעניינים מנהליים דחה את העתירה ופסק:

מהוראות תמ"א 38 עולה כי מבנה שלא קיבל כלל היתר בניה, אינו בא בגדרה של תמ"א 38, עם תמריצים או בלעדיהם. תכנית מפורטת רש/3838, שהיא תכנית לחיזוק מבנים שנערכה מכוח תמ"א 38, ואשר

פס"ד מחוזי מס' עת"מ 18-01-44784



מכוחה ביקשה העותרת ליהנות מתמריצי הבניה, קובעת הוראות דומות לאלו שבתמ"א 38. תכלית ההבחנה בין מבנים בעלי היתר בניה לבין מבנים ללא היתר בניה היא ברורה: השאיפה לחזק מבנים מפני רעידות אדמה לא נועדה להכשיר עבריינות בניה ולא נועדה "להלבין" בניינים שנבנו ללא היתר. על כן, השאלה הראשונה שבה היו צריכות המשיבות להכריע היא האם הבנין שבמחלוקת קיבל היתר בניה, ואם כן, מתי. לבנין הנדון אין ולא היה מעולם היתר בניה, לכן לא ניתן להחיל עליו את תמריצי המוקנים לבניינים שההיתר לבנייתם ניתן לפני יום 1.1.1980 ואף הוראות תמ"א 38 כלל אינן יכולות לחול על הבניין, אף ללא תמריצי בניה.

פסק דין

מבוא

1. לפניי עתירה מנהלית המכוונת נגד החלטתה של ועדת הערר המחוזית לתכנון ולבניה במחוז תל אביב (להלן: "ועדת הערר"), אשר דחתה ביום 4.12.2017 ערר שהגישה העותרת על החלטתה של ועדת המשנה להיתרים של הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון (להלן: "הוועדה המקומית") מיום 15.8.2017, לסרב לבקשה למתן היתר להריסת בנין ובנייתו מחדש לפי תמ"א 38 ותכנית רש/3838.
2. הבנין מושא העתירה הוא בית משותף בן 9 דירות ושלוש קומות המצוי ברח' בראשית 2 ברמת השרון (להלן: "הבנין"), אשר נבנה במחצית השניה של שנות השבעים של המאה הקודמת.
3. ביום 20.6.2017 הגישה העותרת לוועדה המקומית בקשה למתן היתר להריסת הבנין ולבנייתו של בנין חדש תחתיו, בן 24 דירות ושש קומות, לפי תמ"א 38 ותכנית רש/3838.
4. ביום 15.8.2017 דחתה הוועדה המקומית את הבקשה בנימוק שלא ניתן להתיר תוספת זכויות בניה לפי תכנית רש/3838 ומכח תמ"א 38 לבנין שנבנה ללא היתר בניה.
5. ביום 28.9.2017 הגישה העותרת ערר על החלטתה של הוועדה המקומית, וזה נדחה על ידי ועדת הערר בהחלטה מיום 4.12.2017, לאחר שזו קבעה כי מדובר בבנין שנבנה ללא היתר, וכי לא ניתן להעניק את התמריצים של תוספת זכויות בניה מכח תכנית רש/3838 ותמ"א 38 לבנין שכזה.

6. מכאן העתירה שלפניי.

טענות העותרת

7. העותרת טוענת כי יש להורות על ביטול החלטותיהן של הוועדה המקומית וועדת הערר, ולהחיל את הוראות תמ"א 38 ותכנית רש/3838 על הבנין.

8. לטענת העותרת, הגם שלא עלה בידה לאתר את היתר הבניה לפיו נבנה הבנין, הרי שהלכה למעשה, הקבלן הבונה שילם עוד בשנת 1976 את כל האגרות וההיטלים שנדרשו על ידי המועצה המקומית רמת השרון, שלימים הפכה לעיריית רמת השרון (**להלן: "העירייה"**), ועל כן העירייה עצמה ראתה את הבנין כאילו נבנה על פי היתר בניה. היא איפשרה את חיבורו לרשת החשמל, את אכלוסו בדיירים ולאחר מכן גם את רישומו כבית משותף. אכן, בשנת 1976 הוגש נגד הקבלן כתב אישום בגין בניית הבנין ללא היתר, ואף ניתן בעקבות כך צו הריסה שיפוטי ביחס לבנין, אלא שהבנין לא נהרס, המחדלים של הקבלן תוקנו ורק כשל טכני כלשהו הוא שמנע הוצאת היתר בניה פורמלי. יתר על כן, ביום 5.7.2000 החליטה הוועדה המקומית לאשרר בדיעבד את היתר הבניה לבנין וזאת לצורך תוספות בניה חדשות שנוספו על גגו. כמו כן, מכח חזקת כשירות המעשה המנהלי, יש לקבוע כי הבנין נבנה כדין, שכן חזקה על הוועדה המקומית שלא היתה מאשרת תוספת לבנין שנבנה שלא כדין.

9. העותרת טוענת כי בנסיבות אלה, לא היה מקום לדחות את בקשתה לקבלת תמריצי בניה לפי תמ"א 38 ותכנית רש/3838. מדובר בבנין שנבנה לפני שנת 1980 וההיתר לגביו ניתן, ולמצער, צריך היה להינתן, לפני שנת 1980. בכך מקיים הבנין אחר התנאים הנדרשים לקבלת תמריצי בניה לפי תמ"א 38 ותכנית רש/3838.

10. עוד טוענת העותרת כי הוועדה המקומית וועדת הערר נמנעו מלשקול שיקולים נוספים מעבר לשיקול התכנוני והטכני. כך, היה עליהן לשקול את המצב אליו נקלעו הדיירים, שעל לא עוול בכפם צריכים לשאת בעונשו של הקבלן שלא הסדיר קבלת היתר בניה פורמלי. כמו כן, צריך היה לשקול את תכליתה של תמ"א 38, שהיא חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, תכלית שלא תושג אם העותרת לא תזכה בתמריצי הבניה הנובעים מתמ"א 38. לדיירי הבנין אין את היכולת הכלכלית לחזק את הבנין על חשבונם, בלא להזקק לתמריצים שמקנה תמ"א 38 לזכאים על פיה. העותרת מוסיפה בהקשר זה כי האינטרס הציבורי לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה גובר על אינטרס שלטון החוק, במיוחד משום שבמקרה דנן בעלי הדירות אינם צריכים לשאת באחריות למחדלי הקבלן שבנה את הבנין.

טענותיהן של הוועדה המקומית וועדת הערר

11. הוועדה המקומית וועדת הערר (להלן: "המשיבות") טוענות כי דין העתירה להדחות.
12. המשיבות טוענות כי בית המשפט לא יתערב בהחלטות של מוסדות תכנון אלא אם נפל פגם מנהלי בהחלטות אלה. המקרה הנוכחי איננו מצדיק התערבות שכזו.
13. המשיבות טוענות כי הבנין אינו בא בגדרן של תמ"א 38 ותכנית רש/3838 משום שהוא נבנה ללא היתר בניה, ולמעשה, עד עצם היום הזה אין לבנין היתר בניה. אכן, בישיבתה של הוועדה המקומית מיום 5.7.2000 הוחלט ליתן לבנין היתר בניה, אלא שדיירי הבניין לא פעלו לשם הוצאת היתר בניה בפועל, ומכל מקום, גם אם היה ניתן היתר בניה בעקבות אותה החלטה עקרונית, עדיין לא מדובר בהיתר שניתן לפני שנת 1980 כנדרש לפי תמ"א 38 ותכנית רש/3838.
14. המשיבות מפנות לשורה ארוכה של מסמכים המעידים לטענתן על כך שלבנין אין ולא היה מעולם היתר בניה. על כן, במצב החוקי דהיום, לא ניתן להעניק לעותרת את תמריצי הבניה המעוגנים בתמ"א 38 ובתכנית רש/3838 משום שתנאי מוקדם לכך הוא בניה לפי היתר בניה שניתן לפני שנת 1980.

דיון והכרעה

15. לאחר עיון בטיעוני הצדדים בכתב ובעל פה, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להדחות.
16. תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה, הידועה גם כתמ"א 38, מעניקה תמריצי בניה שתכליתם לעודד חיזוקם של מבנים מפני רעידות אדמה. כידוע, "מעמדה של תכנית מתאר הינו כשל חיקוק וכללי הפרשנות הרגילים יחולו על הוראותיה." (בג"ץ 4386/16 טספהיוט מדיו נ' נציבות בתי הסוהר (13.06.2017), בפסקה 2); עע"מ 2015/08 רוני בר-און נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - מטה יהודה (31.12.2012), בפסקה 9).
- פרשנותו של חיקוק, ותמ"א 38 בכלל זה, היא פרשנות תכליתית (ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' אחמד מסרי (פורסם בנבו, 24.05.2018), בפסקה 49).

ברם, עוד קודם לכן, יש לבחון את לשונו של החיקוק, ואין לתת לו משמעות שהלשון אינה סובלת:

"כידוע, בהתאם לתורת הפרשנות התכליתית הנוהגת בשיטתנו המשפטית, פרשנות של דבר חקיקה נפתחת בבחינת מרכיבי הלשון. אין לתת לחוק משמעות שהלשון איננה יכולה לסבול. מבין שלל האפשרויות שהלשון סובלת על הפרשן לבחור את זו שיש בה כדי להגשים באופן הטוב ביותר את תכלית הנורמה הנדונה. תכלית זו מורכבת ממכלול המטרות, הערכים, המדיניות והפונקציות החברתיות שדבר החקיקה מבקש להגשים"

(רע"א 3106/16 עו"ד יעקב כהן המפרק הקודם לקלרין טבריה חברה לבניין בע"מ (בפירוק) נ' עו"ד איתן ארז מפרק קלרין טבריה חברה לבניין בע"מ (בפירוק) (30.11.2017), בפסקה 10).

נפנה איפוא תחילה ללשונה של תמ"א 38.

17. ס' 4.1 לתמ"א 38 קובע:

"תכנית זו תחול על מבנים קיימים אשר הוצא היתר לבנייתם קודם ה- 1 בינואר 1980 למעט מבנים כאמור שתקן ישראלי ת"י 413 פטר אותם מתחולתו. על מבנים קיימים שניתן היתר לבנייתם לאחר המועד האמור ונקבע בכתב על ידי מהנדס כי לא נבנו על פי התקן, כפי שהיה בתוקף במועד הוצאת ההיתר לגביהם, יחולו הוראות תכנית זו למעט תוספת זכויות בניה כאמור בסעיפים 11-14."

משמע, תנאי בלעדיו אין לקבלת תמריצי בניה לפי תמ"א 38 הוא שמדובר במבנה שההיתר לבנייתו ניתן קודם ליום 1.1.1980. לעומת זאת, ככל שמדובר במבנה שניתן לגביו היתר בניה לאחר יום 1.1.1980, אזי יחולו עליו הוראות התמ"א רק אם הוא נבנה שלא לפי תקן 413, אך במקרה כזה לא יינתנו תמריצי בניה. לשונה של תמ"א 38 אינה סובלת פירוש אחר. מכלל הן אתה שומע לאו לגבי מבנה שלא קיבל כלל היתר בניה, לא לפני 1.1.1980 ולא לאחר מכן. מבנה כזה כלל אינו בא בגדרה של תמ"א 38, עם תמריצים או בלעדיהם. זאת ועוד, הדרישה בתמ"א 38 נסבה על מועד הוצאת ההיתר ולא על מועד הבניה בפועל, ולכן, הגם שאין חולק כי הבנין שבמחלוקת אכן נבנה לפני יום 1.1.1980, עדיין יש לבחון באיזה תאריך, אם בכלל, ניתן לו היתר בניה.

18. תכנית מפורטת רש/3838, שהיא תכנית לחיזוק מבנים שנערכה מכוחו של ס' 23 לתמ"א 38, ואשר מכוחה ביקשה העותרת ליהנות מתמריצי הבניה, קובעת הוראות דומות לאלו של ס' 4.1 לתמ"א 38.

19. תכלית ההבחנה בין מבנים בעלי היתר בניה לבין מבנים ללא היתר בניה היא ברורה: השאיפה לחזק מבנים מפני רעידות אדמה לא נועדה להכשיר עבריינות בניה ולא נועדה "להלבין" בניינים שנבנו ללא היתר. על כן, השאלה הראשונה שבה היו צריכות המשיבות להכריע היא האם הבנין שבמחלוקת קיבל היתר בניה, ואם כן, מתי.

20. נחזור ונזכיר את הכלל לפיו בית המשפט לא יחליף את שיקול דעת מוסדות התכנון בשיקול דעתו, במובן זה שלא יתערב בהחלטות מוסדות התכנון אלא אם נפל בהן פגם מהותי, כגון חריגה מסמכות או חוסר תום לב, או כאשר שיקול הדעת של מוסדות התכנון חרג באופן קיצוני ממתחם הסבירות. כך נקבע בעניין בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פ"ד (3) 441, 446:

"לעניין זה נזכור, בראש ובראשונה, כי אין אנו יושבים לדין כטריבונול עליון לתכנון. הסמכות לתכנון הופקדה בידיהם של גופי התכנון המנויים בחוק, ובמרחב שיקול הדעת הניתן להם, ועל יסוד הנחה שפועלים הם בתום לב ובמידה ראויה של סבירות, רשאים ומוסמכים הם אותם גופים לנוע כרצונם ועל פי שיקול דעתם. אנו, כבית משפט, לא נתערב בפעילותם של גופי התכנון אלא אם תמצא בה סירכה מאלו סירכות המצדיקות התערבותנו, כעשייה שלא כחוק, שלא בסמכות, שלא בתום לב או שלא בסבירות ראויה."

כך גם נקבע בעניין עע"מ 317/10 אהוד שפר נ' מורן סקאל יניב (23.8.2012), בפסקה 17:

"נקודת המוצא היא שאין בית המשפט משמש כטריבונול תיכנון, ואינו משים עצמו מומחה מקצועי לבחינתם של שיקולים תכנוניים. מכאן, שאין בית המשפט יושב כערכאת ערעור על שיקוליה התכנוניים של רשות התכנון ואינו ממיר את שיקול דעתו של מוסד התיכנון בשיקול דעתו שלו. על בית המשפט לבחון אם נפל פגם בהליך או בשיקול הדעת שהופעל על ידי מוסד התיכנון, באספקלריה של הדין המינהלי והציבורי. במסגרת זו, בוחן בית המשפט אם החלטת מוסד התכנון לקתה באחד מ"המרעין בישין" של המשפט המינהלי כגון: חריגה מסמכות; ניגוד עניינים; משוא פנים או שיקולים זרים או חוסר תום לב; וחריגה קיצונית ממתחם הסבירות...."

(ראה גם עע"מ 5158/14 חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ נ' עיריית חולון (29.10.2017), בפסקה 44; עע"מ 2418/05 מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, (24.11.2005), בפסקה 9; ע"א 8626/06 פורמה נ' הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה, (3.4.2008), בפסקה 5).

21. במקרה דנן, המשיבות קבעו, כענין שבעובדה, שלבנין אין ולא היה מעולם היתר בניה, ולכן העותרת אינה זכאית לתמריצים לפי תמ"א 38 ולפי תכנית רש/3838. מדובר בקביעה עובדתית מובהקת, שאין זו דרכו של בית המשפט להתערב בה:

"ככלל, בית המשפט המנהלי, אינו מתערב בהחלטותיו המקצועיות של גופי הבדיקה שהוסמכו על פי דין לבחון את העובדות הרלבנטיות, לבצע את הבדיקות והבחינות הנדרשות לצורך הגעה למסקנה העובדתית והמשפטית הנכונה..."

(עמ"נ (מרכז) 44487-08-14 חברת טי. אס. סי. אס תקשורת בע"מ נ' עיריית פתח תקווה (10.11.2015), בפסקה 6; ראה גם עמ"נ (ת"א) 186/07 גאו דע ניהול ומידע מקרקעין ונכסים בע"מ נ' מנהל הארנונה בעיריית תל אביב יפו (15.11.2007); עמ"נ 41151-04-15 ג'נה תכשיטים בע"מ נ' עיריית רמת גן (18.10.2015)).

22. חרף זאת, שבתי ובחנתי לגופו של ענין את חומר הראיות הרב שהוצג בשאלה זו, שמא נפלה שגגה כלשהי מלפני המשיבות, ושמא החמיצו מסמך כלשהו המבסס את טענת העותרת לפיה הבנין קיבל, ולמצער אמור היה לקבל, היתר בניה עוד לפני שנת 1980. בדיקה זו העלתה כי קביעתן של המשיבות בדין יסודה, כפי שנראה כעת.

23. הבקשה להיתר בניה לבנין הוגשה במועד בלתי ידוע בשנת 1975 על ידי הקבלן קירשטיין גלבו.

24. ביום 21.7.1975 התכנסה הוועדה המקומית והחליטה שלא לדון בבקשת הקבלן אלא "לאחר קבלת תכנית כחוק", וזאת נוכח שורה ארוכה של ליקויים בבקשה, שפורטו בפרוטוקול הישיבה. דא עקא, הקבלן לא רק שלא תיקן את מחדליו אלא לא המתין לקבלת ההיתר והחל בביצוע הבניה.

25. ביום 23.10.1975 החליטה הוועדה המקומית כי היתר הבניה יוצא רק לאחר פרסום הודעה בדבר אישור תכנית שטרם אושרה באותה עת.

26. ביום 6.1.1976 ניתן נגד הקבלן צו הפסקת עבודות מנהלי. בסמוך לאחר מכן הוגש נגדו כתב אישום בגין בניה ללא היתר.

27. ביום 15.2.1976 הורשע הקבלן בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום ובגזר הדין הוא הצטווה להרוס את השלד שבנה עד ליום 31.5.1976.

הן לפני אותו מועד והן לאחריו שילם הקבלן תשלומים שונים בקשר לבנין, כעולה מטופס מעקב של העיריה (נספח 4 לעתירה), לרבות אגרת בניה וערבות לתיקון נזקים, וכן אגרות פיתוח. התשלום המתועד האחרון לפי אותו טופס נעשה ביום 9.6.1976, קרי, לאחר שחלף המועד שנקבע בגזר הדין להריסת השלד. ישנו מסמך נוסף ממנו עולה כי ביום 13.6.1977 (או ביום 25.12.1977) הפקיד הקבלן בעיריה פקדון להבטחת ביצוע המדרכה ברחוב (נספח 7 לעתירה).

28. בשולי טופס המעקב נספח 4 לעתירה, לצד המילים "**הוצאת היתר בניה מס**", רשם מאן דהוא בעפרון את המספר 4203. ההיתר עצמו לא אותר מעולם.

29. ביום 7.12.1979 כתב סגן ראש המועצה המקומית לסגן הממונה על המחוז מטעם משרד הפנים כי הבנין הוקם ללא היתר בניה.

30. ביום 3.11.1981 פנה אחד מדיירי הבנין אל הוועדה המקומית וביקש שיינתן היתר בניה לבנין (נספח 10 לעתירה).

31. בשנת 1982 או בסמוך לכך חידש הקבלן את נסיונו לקבל היתר בניה לבנין. בעקבות כך, הוועדה המקומית כונסה לדיון ביום 22.2.1982. הוועדה ציינה בפרוטוקול הדיון כי "**לא הוצא היתר בניה למבנה**". הוועדה החליטה להמליץ ליועץ המשפטי לממשלה להתיר לה לדון בבקשה לקבלת היתר כדי לפתור את בעיית הדיירים "**שרכשו זכויות ולא יכולים לממש זכותם**". עוד החליטה הוועדה המקומית "**להמשיך בטיפול המשפטי נגד מפירי החוק קרי הקבלן שבנה המבנה עד תום**". בעקבות כך הוחלפו מכתבים בין נציגי הוועדה המקומית לבין נציג היועץ המשפטי לממשלה, בהם שבה הוועדה המקומית וציינה כי היתר בניה "**לא הוצא עד היום**" (ראה מכתב מיום 4.10.1982, נספח ו' לתשובת הוועדה המקומית). ביום 10.1.1983 הודיע נציג היועץ המשפטי לממשלה כי צו ההריסה כשלעצמו איננו מונע מהוועדה המקומית להוציא היתר בניה, אם תמצא זאת לכונן (נספח 13 לעתירה). בשלב זה ואילך פסקו הנסיונות להוציא היתר בניה לבנין, מסיבות שאינן ידועות.

32. ביום 26.10.1986 הודיעה המועצה המקומית לדייר בשם יחזקאל קדר כי **"לבנין הנ"ל אין היתר בניה וממילא אין שום תשריט מאושר לקומת עמודים"** (נספח ו' לתשובת הוועדה המקומית).

ביום 31.10.1986 הודיעה המועצה המקומית לדייר אחר, אבי אבנית, שביקש לברר מה ידרש לצורך רישום הבנין כבית משותף, כי **"למבנה שבנדון אין היתר בניה. יש להגיש בקשה להיתר+תשריטים+מפה מצבית ערוכה ע"י מודד ... להסדיר תשלומי האגרות ההיטלים והמיסים שידרשו ולהוציא היתר בניה למבנה."** (נספח ו' הנ"ל).

ביום 23.12.1986 נשלחה לדייר יחזקאל קדר הודעה נוספת לפיה לבנין אין היתר בניה (נספח ו' הנ"ל).

33. ביום 14.8.1988 הודיעה המועצה המקומית לקבלן כי ביום 3.8.1987 החליטה הוועדה המקומית **"לאשר הבקשה להיתר בתנאי אישור יועץ תנועה לתכנית סידור החניה"** וכי אין באפשרות הוועדה לאשר הבקשה שלא בהתאם לתקן ולהוראות החוק (נספח י' לתשובת הוועדה המקומית).

34. בשנת 1997 ביקש אחד הדיירים בבנין היתר לבנות על גג הבנין. ביום 28.10.1997 נדחתה הבקשה, בנימוק שאין היתר בניה לבנין (נספח 14 לעתירה).

לאחר מכן, ביום 5.7.2000, דנה הוועדה המקומית בשנית בענין זה והחליטה **"לאשר הוצאת היתר ע"ש המועצה לבנין כולו ומכוח היתר זה לאשר הוצאת היתר לתוספת המבוקשת"** (נספח 16 לעתירה). בפרוטוקול הדיון נרשמה המלצת היועץ המשפטי של הוועדה לבחון הגשת תביעה נגד הקבלן שבנה את הבנין.

ביום 9.8.2005 ניתן היתר בניה לתוספת הבניה על הגג, אך לא ניתן בפועל היתר בניה לבנין כולו (נספח 17 לעתירה).

35. מן המקובץ עולה כי מסיבות שלא נתחווורו, זנח הקבלן את הטיפול בקבלת היתר בניה לבנין, וגם דיירי הבנין, שניסו בשנת 1982 לחדש את הטיפול בענין זה, נטשו את נסיונם זה ואיבדו כל ענין בהכשרת הבניה בדיעבד. עוד עולה כי דיירי הבנין, ולמצער חלקם, ידעו היטב שאין לבנין היתר בניה, לפחות מאז שנת 1981. אפילו הפתרון הנקודתי שיזמה הוועדה המקומית בשנת 2000 כדי לפתור בעיה של דייר בודד שביקש היתר לבנות על הגג, לא הבשיל לכדי מתן היתר בפועל לבנין כולו (להבדיל מהחלטה עקרונית שלא יצאה אל הפועל, ליתן היתר בניה לבנין). אכן, ברור כי המועצה המקומית (ולאחר מכן העירייה) העלימה עין

מן העובדה שהבנין נבנה ללא היתר, ואף גבתה תשלומים שונים מן הקבלן בקשר לבניה. המועצה המקומית גם לא עמדה על ביצועו של גזר הדין להריסת השלד ואף איפשרה את איכלוסו של הבנין ואת רישומו כבית משותף. יחד עם זאת, ברור גם כי היתר בניה בפועל מעולם לא ניתן והמועצה המקומית אף הצהירה בכתובים על הצורך בנקיטת הליכים משפטיים נגד הקבלן בגין כך, הצהרה שלא מומשה. אין זה סביר להניח כי היה בשעתו היתר בניה לבנין וכי ברבות השנים הוא אבד, וזאת משום שכבר בשנת 1979, בסמוך מאוד למועד הבניה, ציין סגן ראש המועצה שהבנין נבנה ללא היתר, וגם המסמכים מן השנים 1981-1982 מעידים על כך שהיה ידוע לכל, לרבות לקבלן ולאחד הדיירים, כי אין לבנין היתר בניה. הרישום בעפרון בטופס המעקב של המועצה המקומית, המעיד על קיומו של טופס היתר בניה ממוספר, איננו מעיד כי מדובר בהיתר בניה חתום כדת וכדין, להבדיל מטיטוטה שהוכנה אך לא הושלמה ולא הבשילה לכדי היתר בניה של ממש, מחמת מחדלים של הקבלן שטיבם לא נתחוו.

36. זאת ועוד, לא שוכנעתי כי הסיבה היחידה לאי מתן היתר בניה היתה, כנטען על ידי העותרת, ההמתנה לאישורה של תכנית המתאר רש/392/2, שאושרה למתן תוקף ביום 16.10.1977, משום שאם אכן כך היה הדבר, מן הסתם הקבלן היה דורש ומקבל היתר בניה מיד לאחר אותו אישור. נהפוך הוא, נוכח הודעת העירייה מיום 26.10.1986 כי אין לבנין תשריט מאושר לקומת העמודים, כמו גם נוכח הודעתה מיום 31.10.1986 בדבר הצורך בהמצאת תשריטים ומפה מצבית והודעתה מיום 14.8.1988 בדבר הצורך באישור יועץ תנועה לתכנית סידור החניה, הדעת נותנת כי מחדלים כאלה ואחרים של הקבלן הם שמנעו את מתן היתר הבניה בזמן אמת, גם לאחר שתכנית רש/392/2 פורסמה למתן תוקף. אמור מעתה: העותרת לא הוכיחה שהסיבה לאי קבלת היתר הבניה היתה נעוצה בכשל טכני גרידא.

37. נוכח המסקנה המתבקשת, לפיה אין ולא היה מעולם היתר בניה לבנין, ברי כי לא ניתן להחיל עליו את תמריצי המוקנים לבניינים שההיתר לבנייתם ניתן לפני יום 1.1.1980, שכן הדבר עומד בסתירה גמורה להוראות תמ"א 38 ולהוראות תכנית רש/3838. יתר על כן, הואיל ועד עצם היום הזה לא ניתן היתר בניה לבנין (להבדיל מהחלטה עקרונית מיום 5.7.2000 ליתן היתר בניה, החלטה שלא מומשה עד היום), הרי שהוראות תמ"א 38 כלל אינן יכולות לחול על הבנין, אף ללא תמריצי בניה. ודוק: ככל שדיירי הבנין יסדירו סוף סוף את קבלת היתר הבניה, אזי תמ"א 38 תחול אמנם על הבנין, אך העותרת לא תהא זכאית לתמריצים השמורים רק לבניינים שההיתר לבנייתם ניתן לפני יום 1.1.1980. הוא הדין אם הייתי מגיע למסקנה שהחלטת הוועדה המקומית מיום 5.7.2000 כמוה כמתן היתר בניה של ממש: גם אז, העותרת לא תוכל ליהנות מתמריצי הבניה, משום שגם במקרה כזה מדובר בהיתר בניה שניתן לאחר יום 1.1.1980, קרי, לאחר המועד הקובע.

38. העותרת מבקשת למעשה לעשות שימוש בפיקציה משפטית, לפיה ייקבע שיש לראות את הבנין כאילו קיבל היתר בניה לפני יום 1.1.1980 למרות שברור שלא כך הוא הדבר. לטעמי, אין לכך כל הצדקה ומדובר בלולינות משפטית שנועדה להתגבר על הוראות מפורשות של תמ"א 38 ושל תכנית רש/3838. לא קיימת מנהרת זמן משפטית בה ניתן לגלגל לאחור את מצב הדברים, ולכן, אף אם לצורך הענין היינו יוצאים מתוך הנחה שהחלטתה של הוועדה המקומית מיום 5.7.2000 משולה למתן היתר בניה, עדיין מדובר במאורע שהתרחש לאחר יום 1.1.1980, קרי, היתר בניה כזה לא יזכה את העותרת בתמריצי הבניה להם היא מייחלת. ואכן, בענין אחר כבר נקבע כי "דומה כי שימוש בפיקציה משפטית לצורך הענקת זכויות כלכליות הוא ענין חריג המחייב זהירות יתירה, במיוחד כאשר אין לו עיגון בחוק החרות." (עת"מ (מינהליים ת"א) 34561-04-17 ניסן אברהם וסופיה סימן טוב נ' דלית זילבר, יו"ר הוועדה המחוזית (22.12.2017) בפסקה 53).

זאת ועוד, בצדק טוענות המשיבות כי אין כל הצדקה לכך שבנין סמוך, שבנה אותו קבלן באותה תקופה ממש ואשר קיבל לבסוף היתר בניה בשנת 1986, לא יוכל ליהנות מתמריצי בניה שכן ההיתר לגביו ניתן לאחר המועד הקובע, ואילו הבנין שבמחלוקת, שמעולם לא קיבל היתר בניה, יזכה לתמריצי בניה בזכות אותה פיקציה משפטית.

39. העותרת טענה כי יש לקבוע שהבנין נבנה כדין, מכח חזקת כשירות המעשה המנהלי, שכן חזקה על הוועדה המקומית שלא היתה מאשרת בשנת 2000 תוספת לבנין שנבנה שלא כדין. טענה זו דינה להדחות, משום שחזקת הכשירות נסתרה מפורשות במסמכים רבים שהוציאה העירייה, זמן רב לפני שאישרה את תוספת הבניה, אשר בכולם היא שבה וחזרה על הקביעה שמדובר בבנין שנבנה ללא היתר בניה. הסיבה שהעירייה אישרה את תוספת הבניה נעוצה אך ורק ברצון לסייע בידי אותו דייר שביקש לבנות על הגג, מבלי שהעירייה תאשר שהבנין כולו נבנה כדין בזמן אמת. הכשרת הבניה, אם היתה כזו, כוחה יפה מכאן ואילך, קרי, החל משנת 2000, ולא באופן רטרואקטיבי למועד שקדם ליום 1.1.1980.

40. לא נעלמה מעיני הסלחנות המופלגת שבה נהגה המועצה המקומית (ולמים, העירייה) בכל הנוגע לבנין ודייריו, בכך שלא עמדה על הריסת הבנין עוד בשלב השלד, חרף גזר הדין שהורה על הריסה כזו, ובכך שאיפשרה את חיבורו של הבנין לרשת החשמל ולאחר מכן את אכלוסו ואת רישומו כבית משותף, שעה שהיא ידעה היטב כי אין לבנין היתר בניה. ברם, השלמה עם עבריינות הבניה של הקבלן ונסיונות חוזרים ונשנים לפתור את בעייתם של הדיירים, שאינם אשמים אמנם במחדליו של הקבלן אך ישבו בחיבוק ידיים במשך קרוב לארבעים שנה, גם לאחר שנודע להם שאין לבנין היתר, הם כשלעצמם אינם יוצרים זכויות לפי תמ"א 38, בניגוד ללשונה הברורה המפורשת ובניגוד לתכליתה. אכן, אין להקל ראש

בחשיבות הנודעת לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, אלא שמטרה ראויה זו אינה חזות הכל ואין היא מקדשת את האמצעים, ודאי לא כאשר מדובר בפגיעה ברורה בשלטון החוק. בסופו של דבר, מנסחיה של תמ"א 38 גילו דעתם כי הרצון לחזק בניינים מפני רעידות אדמה, חשוב ונעלה ככל שיהיה, איננו מצדיק מתן תמריצי בניה לכל המבנים בישראל, אלא רק לאותם מבנים שניתן לגביהם היתר בניה, וגם זאת, רק אם ההיתר ניתן לפני שנת 1980. בהקשר זה מקובלת עלי קביעתה של ועדת הערר לפיה מתן תמריצים למבנה שנבנה ללא היתר ואף הוצא לו צו שיפוטי המורה על הריסתו, איננו עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי של שמירה על שלטון החוק. יפים לענייננו הדברים הבאים:

"המבקשים טענו לפגיעה בזכותם לקניין, כאשר לגישתם, מן הראוי היה להכשיר את בתיהם במסגרת תכנונו של הישוב. אמנם, המבקשים ישבו בשטח, ברשות המשיבה במשך שנים לא מעטות – ואינם, כפי שטענה המשיבה תחילה, פולשים לשטח כמו במקומות אחרים; וכמובן עולה השאלה מהו המשקל שיש לייחס לכך. מכל מקום, אין ניתן לומר כי עצם הימצאותם בשטח והבניה בו הצמיחו להם זכות קניינית במקרקעין; בתיהם הוקמו ללא היתר ושלא כדין. פשיטא כי אין לחייב את הרשות להכשיר בניה בלתי-חוקית; יתרה מכך, ההגנה על שלטון החוק ומניעת עידודה של עבריינות בניה מהוה שיקול תכנוני לגיטימי..."

(רע"א 3094/11 איברהים פרהוד אבו אלקיעאן ואח' נ' מדינת ישראל (05.05.2015), בפסקה ל"ח).

וראה גם עע"מ 65/13 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ (07.07.2013):

"בגדר אותם שיקולים רחבים על מוסדות התכנון להביא בחשבון גם שיקולים שעניינם ההגנה על שלטון החוק ואי עידודה של עבריינות בניה ... 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." (בפסקה י"ט).

וכפי שנפסק בעת"מ (מינהליים י-ם) 2709-04-11 אביבה שילה נ' ועדת הערר לתכנון ולבניה מחוז ירושלים (02.11.2011):


"מכל מקום, אין חולק כי קומת העמודים נסגרה בבלוקים ובציפוי אבן, בניגוד לתנאי ההיתר. שטח זה אינו יכול לבוא בחשבון לצורך חישוב שטח הבניין. אין זה מתקבל על הדעת, שאדם שביצע עבירת בנייה, ירתום לטובתו את תמ"א 38 ועל יסוד אותה עבירה יבקש לקבל זכות בניה עודפת."

41. יודגש כי אף אם הייתי מגיע למסקנה שהתוצאה אליה הגיעה ועדת הערר אינה התוצאה האפשרית היחידה, וכי באותה מידה ממש יכולה היתה ועדת הערר לקבוע כי בנסיבות הענין יש למחול על מחדלי הקבלן והדיירים ולקבוע כי תמ"א 38 ותכנית רש/3838 חלות על הבנין, עדיין לא היה מקום לקבוע כי סרובה של ועדת הערר לעשות כן הוא בלתי סביר באופן שמצדיק התערבות שיפוטית. במילים אחרות, יש לבחון את החלטתה של ועדת הערר לפי אמות המידה המצומצמות של ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית, ורק החלטה שלוקה באופן מובהק באחד מבין הליקויים כגון חריגה מסמכות, ניגוד עניינים, שיקולים זרים, חוסר תום לב או חריגה ממתחם הסבירות, היא שמצדיקה התערבות שיפוטית. ברי כי לא ניתן לקבוע שהחלטתה של ועדת הערר לוקה באיזה מבין הליקויים הללו.

42. אשר על כן, העתירה נדחית. העותרת תשלם לכל אחת מן המשיבות את הוצאות המשפט בסך 15,000 ₪.

43. המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, כ"ו תשרי תשע"ט, 05 אוקטובר 2018, בהעדר הצדדים.



חגי ברנר, שופט, סגן הנשיא

חגי ברנר 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

לראש פסק הדין