

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"מ 8481/04

בפני :

כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט ס' גובראן

המערערים :

1. חברת חלקה 172 בגוש 6355 בע"מ
2. יצחק הילזנרט

נגד

המשיבים :

1. ועדה מקומית לתכנון ובניה פתח-תקוה
2. עיריית פתח-תקוה
3. י"ור הועדה המקומית וראש העיר פתח-תקוה
4. בועז בהרב, עו"ד
5. תמיר היקרי
6. הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים מיום 25.7.04 בעת"מ 2008/04 שניתן על ידי כבוד השופט ד"ר עודד מודריק

תאריך הישיבה :

כ"ד בתשרי התשס"ו (27.10.2005)

בשם המערערים :

עו"ד פיני זינגר

בשם המשיבים 1-3 :

עו"ד רונית אלפר

בשם המשיב 4 :

בעצמו

בשם המשיב 5 :

עו"ד מרים ורשבסקי

בשם המשיבה 6 :

עו"ד ערן אטינגר

פסק-דין

השופטת ד' ביניש:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (השופט ד"ר ע' מודריק), אשר דחה את עתירתם של

המערערים. בפסק הדין נקבע כי מתן רשיון עסק לעסקו של המשיב 5 (שייקרא להלן גם: היקרי) עומד באמות המידה הקבועות בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 8.1351 (להלן: הנחיה 8.1351 או ההנחיה) בעניין מתן רשיון עסק לעסק שאינו עומד בדיני התכנון והבניה. מכאן הערעור שלפנינו.

לשם הנוחות ומפאת חשיבות הדברים, נקדים ונביא להלן את עיקרי הוראות הנחיה 8.1351 הנ"ל:

4. רשיון העסק נועד להבטיח מספר מטרות, ובהן גם קיום הדינים הנוגעים לתכנון ולבניה. השאלה בענייננו היא, האם סעיף 1(א)(6) לחוק רישוי עסקים, הקובע כי קיום הדינים הנוגעים לתכנון ולבניה הוא אחד ממטרות הרישוי, מחייב, כתנאי למתן רשיון עסק, עמידה מלאה בהוראות חוק התכנון והבניה, או שמא הוא מותר שיקול דעת ליתן רשיון עסק, בנסיבות ובתנאים מסוימים ומתוחמים, גם מקום שקיימת חריגה מסוימת מדיני התכנון והבניה.

...

6. נראה... כי חוק רישוי עסקים אינו שולל, כשלעצמו, אפשרות של מתן רשיון עסק לעסק שיש בו חריגה מדיני התכנון והבניה, אף כי אחת ממטרותיו היא הבטחת קיום דינים אלה (סעיף 1(6) לחוק). תוצאת שילוב הדברים היא, שככלל, החלטה ליתן רשיון עסק לעסק שאינו עומד בדיני התכנון והבניה, תהיה החלטה בלתי סבירה, בהיותה מסכלת מטרה ממטרות החוק. ברם, עדיין מסור לרשות שיקול דעת מוגבל ליתן רשיון לעסק שאינו עומד בדיני התכנון, וזאת בנסיבות מיוחדות וחריגות, כמפורט להלן.

הנסיבות והתנאים בהם ניתן לתת רשיון לעסק שאינו עומד בדיני התכנון והבניה

7. ניתן ליתן רשיון עסק לעסק שאינו עומד בדיני התכנון והבניה בהתקיים אחד מאלה:

(א) בעסק חריגות בנייה קלות (זוטי דברים), שהתובע של הרשות המקומית נתן דעתו עליהן, וקבע כי אין מקום לנהל בגינן הליך לפי חוק התכנון והבניה בשל העדר ענין לציבור בניהול הליך פלילי; או –

(ב) העסק נמצא במבנה ישן, אשר לא נמצא לו היתר בניה, ותובע של הרשות המקומית קבע כי לא ניתן – או שאין כל כוונה – לנהל בגין העדר ההיתר הליך לפי חוק התכנון והבניה.”
(ההדגשות במקור – ב.ט.)

עיקרי העובדות ופסק דינו של בית המשפט קמא

1. המערערים מחזיקים ב-2/3 מזכויות הבעלות במבנה המצוי ברחוב ירקונים 37 בפתח תקווה (חלקה 172 בגוש 6355) (להלן: המבנה והמקרקעין, בהתאמה). מבנה זה הוקם בשנת 1967 ועל פי קביעותיו של בית המשפט קמא הוא מיועד, לפי תוכנית המתאר החלה עליו, לתעשייה בלבד. היתר בנייה משנת 1967 מאפשר לעשות במבנה שימוש לצורך אולמי מלאכה. יתרת זכויות הבעלות במבנה נחלקות בין מספר בעלים אחרים ובהם המשיב 4 (להלן: בהרב). בהרב מחזיק בחלקות משנה בקומת הקרקע של המבנה, אותן השכיר להיקרי. היקרי מפעיל במקום עסק מסוג "פאב" בשם "הצריף" (להלן: העסק). העסק האמור פועל כיום על פי רשיון לניהול עסק מיום 31.3.04, המתייחס לניהול מסעדה (ותקף עד ליום 31.12.07) וכן התייחס למכירת משקאות משכרים לצריכה במקום ולהפעלת דיסקוטק (אולם תוקפם של חלקים אלו ברשיון אמור היה לפוג כבר ביום 31.12.05). על פי רשיונות עסק קודמים שהוצגו לבית המשפט, פועל העסק במתכונת דומה לזו הנוכחית משנות השמונים.

על פי קביעותיו של בית המשפט קמא, נבנתה בצמוד לחלקות המשנה של בהרב, שלא על פי היתר כדין, תוספת בניה הכוללת משטח בטון ובו עמודי ברזל התומכים בקונסטרוקציה של ברזל מקורה בגג, אשר שטחה כ-70 מ"ר, וכן תוספת בניה הכוללת מבנה עץ המכוסה ברעפי פח, אשר שטחה כ-10 מ"ר (להלן: תוספת הבניה החורגת). תוספת הבניה האמורה, שנבנתה ככל הנראה לפני שנים רבות, חורגת מקו הבניין וכן מאחוזי הבניה במקרקעין, אשר נוצלו במלואם. בגין תוספת הבניה החורגת הוגש ביום 6.1.02 דו"ח עבירה למשיבה 1 (להלן: הוועדה המקומית) על ידי גורמי הפיקוח העירוניים. ביום 16.4.02 הורה התובע העירוני על ביטול הדו"ח הנ"ל. בדצמבר 2003 פנו המערערים אל המשיבה 6 (להלן: הוועדה המחוזית) בתלונה על כך שהוועדה המקומית אינה פועלת לאכיפת הדין בקשר לתוספת הבניה החורגת. הוועדה המחוזית מצאה כי אכן בוצעה תוספת בנייה חורגת וכן כי השימוש במבנה לצורך העסק אינו תואם את תכלית המבנה לפי תוכנית המתאר. בעקבות זאת פנתה אל הוועדה המקומית בדרישה להגשת כתב אישום בגין שימוש חורג במבנה. משלא נעשה כן, הגישו המערערים עתירה לבית המשפט קמא, אשר תכליתה להביא להפסקת השימוש הבלתי חוקי במבנה ולהריסת תוספת הבניה החורגת.

טענתם המרכזית של המערערים בעתירתם הייתה כי העסק מתנהל באורח לא חוקי הן במישור דיני התכנון והבניה והן במישור דיני רישוי העסקים. על כן דרשו כי

הוועדה המקומית והמשיבה 2 (להלן: עיריית פתח-תקווה) יפעילו סמכויותיהן לאכיפת החוק על העסק בשני המישורים. המשיבים 1-5, מצידם, טענו כי דין העתירה להידחות על הסף בשל שיהוי מתמשך מצד המערערים, לנוכח העובדה כי תוספת הבנייה החורגת בוצעה לפני שנים רבות. כן טענו כי דינה להידחות בשל העדר ניקיון כפיים מצידם של המערערים. לטענת המשיבים, התבטא אי ניקיון הכפיים הן בהפרת דיני התכנון והבניה ודיני רישוי העסקים על ידי המערערים עצמם, והן באי הצגתן של עובדות בדבר הסכמה מצד המערערים לחריגות הבנייה ולרישוי העסק בפני בית המשפט קמא. גם לגופו של עניין טענו המשיבים כי דין העתירה להידחות, שכן לשיטתם אין לנקוט הליכים לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה) נגד העסק, הפועל על פי רשיון עסק כדין. הרשיון ניתן לעסק חרף אי עמידתו בדיני התכנון והבניה, וזאת, לטענת המשיבים 1-5, בהתאם לחריג הקבוע בהוראות הנחיה 8.1351 של היועץ המשפטי לממשלה. הוועדה המחוזית, מצידה, סברה כי לנוכח הפרת הוראות חוק התכנון והבניה נדרשת הוועדה המקומית להפעיל סמכויותיה לאכיפת החוק.

2. בית המשפט קמא דחה את טענות הסף שהעלו המשיבים 1-5. לגופו של עניין בחן בית המשפט קמא את הוראות ההנחיה הנ"ל של היועץ המשפטי לממשלה ומצא כי מדובר בהנחיה סבירה. זאת, בין היתר בשים לב לכך שהיא מסתמכת על העמדה שהובעה בפסיקה כי חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 (להלן: חוק רישוי עסקים) אינו שולל, כשלעצמו, אפשרות רישוי עסק החורג מדיני התכנון והבניה; וכן בהתחשב בכוונה ליישם את המדיניות שבבסיס ההנחיה בנסיבות חריגות בלבד. אשר למתן רשיון לעסק נשוא העתירה, בית המשפט קמא מצא כי הדבר "עומד במדויק באמות המבחן" הקבועות בהנחיה 8.1351. בית המשפט קמא סבר כי במקרה שבפניו מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 7(ב) להנחיה הנ"ל. על פי הוראות סעיף זה שבהנחיה, ניתן ליתן רשיון עסק גם לעסק שאינו עומד בדיני התכנון ובניה, כאשר זה נמצא במבנה ישן אשר לא נמצא לו היתר בניה, וכאשר תובע של הרשות המקומית קבע כי לא ניתן, או שאין כל כוונה, לנהל הליך לפי חוק התכנון והבניה בגין העדר ההיתר. בית המשפט קמא מצא כי בענייננו אכן מדובר בבנייה ישנה שלא ניתן להקנות לה היתר וציין כי התובע העירוני קבע כי אין מקום לנהל בגין חריגה זו הליכים לפי חוק התכנון והבניה. כן ציין כי רישוי העסק עומד ביתר דרישות חוק רישוי עסקים, לרבות דרישות הבטיחות. לפיכך קבע בית המשפט קמא כי לא מצא "פגם, לא של אי חוקיות ולא של חוסר סבירות במדיניות הננקטת בידי עיריית פתח תקווה ומוסד התכנון המקומי כלפי העסק, בעלי המבנה שבו הוא ממוקם ומפעיל העסק". מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים והשתלשלות ההליכים

3. טענתם המרכזית של המערערים הינה כי בית המשפט קמא פירש את הוראות הנחיה 8.1351 של היועץ המשפטי לממשלה בצורה מרחיבה יתר על המידה, אשר אינה עולה בקנה אחד עם כוונת היועץ המשפטי. המערערים טענו כי הנחיה זו הותירה פתח צר למתן רשיון עסק חרף אי עמידה בדיני התכנון והבניה וזאת אך ורק לעסקים אשר חרגו מהם קלות. לשיטתם, אין בה כדי לאפשר מתן רשיון עסק במקרים בהם מופרות נורמות תכנוניות מרכזיות, ובכלל זה במקרה שלפנינו, בו בוצעו עבירות של שימוש חורג ובניה בלא היתר בהיקף ניכר. כן טענו המערערים כי בענייננו לא מתקיימים תנאי הוראת סעיף 7(ב) להנחיה, שכן אין מדובר במבנה אשר לא נמצא לו היתר בניה, אלא במבנה בעל היתר בניה משנת 1967.

4. המשיבים 1-3 טענו בתגובתם לעתירה כי לא נפל כל פגם בהחלטתם ליתן רשיון עסק לעסקו של היקרי. זאת, לטענתם, לאור גישת הפסיקה, ממנה עולה כי חוק רישוי עסקים, כשלעצמו, איננו שולל אפשרות מתן רשיון עסק לעסק החורג מדיני התכנון והבניה, וכן לאור הוראות הנחיה 8.1351 הנ"ל. המשיב 4 טען, בין היתר, כי בית המשפט קמא פירש נכונה את הוראות הנחיה 8.1351 וצדק בקובעו כי העסק נשוא הערעור נופל בגדרה של הוראת סעיף 7(ב) להנחיה זו. המשיב 5, מצידו, עמד בתגובתו, בין היתר, על חשיבותה של הנחיה 8.1351, המגשרת על הפער הקיים בין הוראות חוק התכנון והבניה לבין המציאות בשטח ומאפשרת להכפיף לפיקוח בתחומים שונים וחיוניים גם עסקים שאינם עומדים בדיני התכנון והבניה. כן טען אף הוא כי בענייננו מתקיימים תנאי הוראת סעיף 7(ב) להנחיה. נוסף כי המשיבים 4 ו-5 שבו והעלו בתגובותיהם טענות שונות נגד התנהלותם של המערערים במסגרת ההליך הנוכחי וההליך שנוהל בפני בית המשפט קמא, אליהן לא נדרשנו בפסק דיננו שכן מצאנו כי אין בהן כדי להשפיע על תוצאות הערעור.

5. היועץ המשפטי לממשלה (שייקרא להלן גם היועץ המשפטי) הצטרף בתגובתו לעמדתם העקרונית של המערערים וסבר כי הפרשנות שנתן בית המשפט קמא להוראות הנחיה 8.1351 הינה פרשנות שגויה. היועץ הדגיש כי תכליתה הברורה של ההנחיה האמורה הינה לאפשר מתן רשיון עסק לעסקים שאינם עומדים בהוראות חוק התכנון והבניה אך ורק באותם מקרים בהם החריגה מהוראות אלה הינה חריגה מצומצמת במובהק, אשר לא קיים עניין ציבורי של ממש לפעול בגינה. בנסיבות המקרה דנן סבר היועץ המשפטי כי אין מתקיימים תנאי הוראת סעיף 7(ב) להנחיה. ראשית ציין כי אין

מדובר ב"מבנה ישן אשר לא נמצא לו היתר". היועץ המשפטי הדגיש כי תנאי זה מתייחס למקרים בהם לא אותר היתר בניה, ובשל חלוף הזמן קשה לקבוע כי היעדר ההיתר מקים עבירה. זאת, בעוד שבמקרה דנן מדובר במבנה בעל היתר בניה, אלא שזה אינו מאפשר את תוספת הבניה החורגת ואת השימוש שנעשה במבנה לצורכי העסק; שנית - אשר לתנאי לפיו נקבע על ידי תובע של הרשות המקומית כי לא ניתן, או שאין כוונה, לנהל הליך לפי חוק התכנון והבניה בגין היעדר ההיתר – בא-כוח היועץ המשפטי טען לפנינו כי בנסיבות המקרה החלטת הוועדה המקומית שלא לנהל הליך לפי חוק התכנון והבניה נגד השימוש החורג הינה החלטה בלתי סבירה. לפיכך, סבר כי לא ניתן להתבסס עליה לטובת מתן רשיון עסק בהתאם להוראות הנחיה 8.1351. היועץ המשפטי הדגיש כי שימוש בניגוד לתכנית המתאר אינו יכול להיכלל בגדר החלופות הקבועות בסעיף 7 להנחיה הנ"ל. על כן הייתה עמדתו של היועץ המשפטי כי ההחלטה ליתן רשיון עסק לעסקו של היקרי ניתנה שלא כדין וכי על הוועדה המקומית לפעול במישור דיני התכנון והבניה נגד הפרות החוק במקרקעין.

6. לאחר שמיעת הערעור ביום 27.10.05, קבענו בהחלטתנו כדלקמן:

"לאחר שעיינו במכלול החומר שהוגש לנו, בטענות הצדדים בכתב ובעל-פה, הגענו למסקנה כי עמדת היועץ היא מבוססת וכי גם על פי ההנחיות המקלות, אין העסק המשמש נושא לדיון נכלל בגדר אותן הנחיות. לפיכך, על פני הדברים, נראה כי אכן פסק דינו של בית המשפט קמא שגוי. כממונה על אכיפת החוק, מן הראוי כי היועץ המשפטי לממשלה ינחה את הרשויות המופקדות על הנושא, או יפעיל את סמכויותיו ביחס להפעלת המועדון הנ"ל, כן מצפים אנו כי הוועדה המקומית תפעיל סמכויותיה בהתאם".

בהחלטתנו נתבקשו היועץ המשפטי לממשלה והוועדה המקומית להגיש הודעות מעדכנות ביחס לטיפולם בעניין.

בהודעה מיום 19.12.05 עדכן היועץ המשפטי לממשלה את בית המשפט אודות הצעדים שנקטו נציגיו לשם הנחיית הרשויות המוסמכות לפעול לאכיפת החוק במקרקעין. בין היתר ציין כי ביום 15.11.05 פנתה הוועדת המשפטית של הוועדה המחוזית לראש עיריית פתח-תקווה והנחתה אותו לפעול לביטול רשיון העסק שניתן לעסק נשוא הערעור וכן לדווח לה על ההליכים המשפטיים שיינקטו בגין עבירות הבניה במקום. כן עדכן כי נראה שהגורמים המוניציפאליים החלו לפעול בהתאם לסמכויותיהם הן במישור רישוי עסקים והן במישור התכנון והבניה. היועץ ציין כי כבר

ביום 14.11.05 פנתה היועצת המשפטית של עיריית פתח תקווה למהנדסת העיר ולמנהל מינהל שפ"ע והורתה להם להגיש דו"ח בעניין חריגות הבניה במקרקעין בכדי שניתן יהיה לבחון את דרכי הפעולה האפשרית בנדון. כן הורתה לשניים לשלוח לבעלי העסק הודעה בדבר הכוונה לבטל את רשיון העסק שניתן להם ולזמנם לשימוע לפי הוראות סעיף 7ג לחוק רישוי עסקים. היועץ המשפטי ציין כי ככל שיחדלו הרשויות המוניציפאליות מלהפעיל סמכויותיהן, ישקול את הצורך לנקוט צעדים נוספים בהקשר זה. המשיבים 1-3, מצידם, עדכנו בהודעה מיום 28.12.05 כי נערך להיקרי שימוע בעניין הכוונה לבטל את רשיון העסק שניתן לו, אך טרם נתקבלה החלטה בעניין. אשר להפעלת סמכויותיהם מכוח חוק התכנון והבניה, המשיבים 1-3 עדכנו כי בכוונתם לשקול את המשך צעדיהם, בשים לב לכך שתכנית פת/2000, שיש בה, לשיטתם, כדי להסדיר את השימוש שנעשה במקרקעין נמצאת בשלבים למתן תוקף (ולאחרונה חלף המועד להגשת התנגדויות לה).

דיון

7. הזיקה בין דיני רישוי העסקים לבין דיני התכנון והבניה מעוגנת בסעיף 1(א)(6) לחוק רישוי עסקים, אשר קובע כדלקמן:

1. (א) שר הפנים, רשאי לקבוע בצווים עסקים טעוני רישוי ולהגדירם, כדי להבטיח בהם מטרות אלה או מקצתן: ... (6) קיום הדינים הנוגעים לתכנון ולבניה ולשירותי כבאות".	"צווים בדבר עסקים טעוני רישוי
---	---

בית משפט זה עמד לא אחת על זיקה זו ופסק כי "מקום שהשימוש בנכס פלוני נוגד את הלכות התכנון והבניה, חזקה על רשות הרישוי שלא תיתן רשיון המרשה את ניהול העסק במקום אסור" (בג"ץ 199/78 אלקטרו תקע בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לב(3) 507, 505; כן ראו, לדוגמה: בג"ץ 315/88 אורי דולב נ' ראש המועצה האזורית אפעל, פ"ד מג(1) 98, 104; בג"ץ 106/96 עמנואל שלם נ' אלי לנדאו, פ"ד נב(1) 738, 745-746; בג"ץ 354/73 166/85 אוטו בית שיווק וסחר בע"מ נ' ראש עיריית תל אביב –יפו, פ"ד לט(4) 249, 247; בג"ץ 4995/90 חווית הגליל בע"מ נ' ראש עיריית טבריה, פ"ד מה(4) 58, 62; בג"ץ 53/86 ירמיהו עייני – חברה לבנייה בע"מ נ' ראש עיריית קרית מוצקין, פ"ד מ(4) 45, 48). הנה כי כן, הכלל הוא כי בין המטרות שרשיון העסק נועד להבטיח נכללת גם המטרה של קיום דיני התכנון והבניה. לפיכך,

הפרתם של דינים אלה עשויה לשמש טעם מספיק למנוע מעסק את קבלת רשיון העסק. יתרה מזו, ככלל, החלטה ליתן רשיון עסק לעסק שאינו עומד בדיני התכנון והבניה, תהיה החלטה בלתי סבירה.

8. ביום 9.11.03 פרסם היועץ המשפטי לממשלה את הנחיה 8.1351 הנ"ל, המבקשת לבחון את עוצמת הזיקה בין מישור דיני התכנון והבניה למישור דיני רישוי העסקים. כאמור לעיל, הנחיה זו מציגה את השאלה "האם סעיף 1(א)(6) לחוק רישוי עסקים, הקובע כי קיום הדינים הנוגעים לתכנון ולבניה הוא אחד ממטרות הרישוי, מחייב, כתנאי למתן רשיון עסק, עמידה מלאה בהוראות חוק התכנון והבניה, או שמא הוא מותר שיקול דעת ליתן רשיון עסק, בנסיבות ובתנאים מסוימים ומתחומים, גם מקום שקיימת חריגה מסוימת מדיני התכנון והבניה" (פס' 4 להנחיה, הדגשות במקור – T.B.).

ברקע להנחיה ניצב הקושי הגלום במציאות שבה עסקים רבים אינם זכאים לקבל רשיון עסק בשל אי עמידה בהוראות חוק התכנון והבניה, וכתוצאה מכך פועלים מבלי להיות כפופים לפיקוח בשורה ארוכה של פרמטרים נוספים אותם נועד הרשיון להבטיח, ובהם הגנה על איכות הסביבה ומניעת מפגעים, מניעת סכנות לשלום הציבור ולבריאותו, שמירה על בטיחות ועוד. כן נסמכת ההנחיה על אמירה באחד מפסקי הדין של בית משפט זה, ממנה עולה כי הגם שקיומם של דיני התכנון והבניה הינו בין מטרות הרישוי, הרי שחוק רישוי עסקים אינו שולל, כשלעצמו, אפשרות למתן רשיון עסק לעסק החורג מדיני התכנון והבניה (ראו: ע"א 8729/96 ש' כאכון, מלונות ונופש בע"מ נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פ"ד נה(1) 673, 677-678). על רקע זה נקבע, כאמור, בהנחיה 8.1351 כי "ככלל, החלטה ליתן רשיון עסק לעסק שאינו עומד בדיני התכנון והבניה, תהיה החלטה בלתי סבירה, בהיותה מסכלת מטרות ממטרות החוק. ברם, עדיין מסור לרשות שיקול דעת מוגבל ליתן רשיון לעסק שאינו עומד בדיני התכנון, וזאת בנסיבות מיוחדות וחריגות..." (פס' 6 להנחיה; ההדגשות במקור – T.B.).

9. בהתאם לגישה האמורה, מתייחסת הוראה 7 בהנחיה 8.1351 לנסיבות ולתנאים בהם ניתן ליתן רשיון לעסק שאינו עומד בדיני התכנון והבניה. נחזור ונצטט אותן הוראות הרלוונטיות לענייננו:

"7. ניתן ליתן רשיון עסק לעסק שאינו עומד בדיני התכנון והבניה בהתקיים אחד מאלה:

(א) בעסק חריגות בניה קלות (זוטי דברים), שהתובע של הרשות המקומית נתן דעתו עליהן, וקבע כי אין מקום לנהל בגינן הליך לפי חוק התכנון והבניה בשל העדר עניין לציבור בניהול הליך פלילי; או-

(ב) העסק נמצא במבנה ישן, אשר לא נמצא לו היתר בניה, ותובע של הרשות המקומית קבע כי לא ניתן – או שאין כל כוונה – לנהל בגין העדר ההיתר הליך לפי חוק התכנון והבניה".

סעיף 9 להנחית היועץ המשפטי מוסיף תנאי נוסף לפיו רשיון עסק יינתן בנסיבות האמורות "בכפוף לאישור בטיחות שיינתן על ידי מהנדס/יועץ בטיחות או לאישור מהנדס העיר כי החריגה בה מדובר אינה כרוכה בבעיות של בטיחות".

המושג "חריגות בניה קלות" אינו מוגדר בהנחיה, אשר עומדת על הקושי לגבש רשימה נוקשה וממצה של עבירות העונות להגדרה זו. עם זאת, בסעיף 8 להנחיה כלולות מספר דוגמאות לעבירות שייחשבו על פי רוב לקלות, ובהן ריצוף משטחים, בניית מרקיזות מתקפלות והתקנות מזגנים – כל זאת, ללא היתרים כדין.

10. הנחיה 8.1351 עצמה אינה עומדת למבחן בערעור שלפנינו, ועל כן אין אנו נדרשים לחוות דעתנו באשר לסבירות הוראותיה. זאת ועוד, על פי סעיף 11 להנחיה, ההסדר הקבוע בה אמור להיבחן מחדש בתום שנתיים להפעלתו, ופרק זמן זה הגיע זה לא מכבר אל קיצו. נוכח קביעותיו של פסק הדין שניתן בבית המשפט קמא, מצטמצם העניין שלפנינו רק להכרעה בשאלה האם מתן רשיון עסק לעסק נשוא הערעור עולה בקנה אחד עם הוראות הנחיה 8.1351.

11. לאחר שבחנו את טענות הצדדים באנו לידי מסקנה כי על שאלה זו יש להשיב בשלילה. מקובלת עלינו עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי הפרשנות הראויה של ההנחיה הינה פרשנות מצמצמת, אשר תביא לתחולתה על מקרים חריגים בלבד. הפרשנות הצרה מתחייבת מלשונה, מהקשרה ומתכליתה של ההנחיה. אלה אומרות כולן צמצום ומבקשות להחילה אך ורק על נסיבות יוצאות דופן, בהן גובר האינטרס להכפיף את העסק לפיקוח דיני רישוי העסקים על אינטרס העמידה על קיומם של דיני התכנון והבניה. זאת, רק במקרים בהם החריגה מדיני התכנון והבניה הינה קלה ביותר, בדומה לדוגמאות המובאות בהנחיה, או במקרים של מבנים ישנים אשר אין אפשרות לאתר את היתרי הבניה שניתנו להם. בתוך כך נעיר כי אמלא הייתה ההנחייה האמורה

ניתנת לפירוש מצמצם, כפי שאף היועץ המשפטי לממשלה מפרש אותה, דינה היה ככל הנראה להתבטל, בהתחשב בכך שמתירה היא את אי קיום החוק.

על רקע פרשנות מצמצמת זו, הניתנת להנחיה על ידי היועץ המשפטי עצמו, כמי שקבע את ההנחיה והועידה למקרים חריגים ויוצאי דופן, אין בידנו לקבל את מסקנתו של בית המשפט קמא כי מתן רשיון עסק לעסק נשוא הערעור עומד באמות המידה הקבועות בהוראת סעיף 7(ב) להנחיה. בראש ובראשונה, אין מתקיים בענייננו התנאי המחייב כי העסק ימצא ב"מבנה ישן אשר לא נמצא לו היתר בניה". העסק פועל במבנה בעל היתר בניה משנת 67'. היתר זה אינו מאפשר את ביצוע תוספת הבניה החורגת ואת השימוש שעושה העסק בבנין, אך בכך אין כדי למלא אחר התנאי האמור. צודק בא-כוחו של היועץ המשפטי בטענתו כי הפרשנות המרחיבה הנלמדת מן האופן שבו יישם בית המשפט קמא את התנאי האמור – יש בה כדי לרוקן את הוראת סעיף 7(ב) מתוכן. זאת, מן הטעם שפרשנות זו מובילה לכך כי תנאי זה יתקיים בכל מקרה של בנייה ישנה אשר חורגת מהיתר בניה. פרשנות כזו חורגת באופן מובהק ממגמת הצמצום המתבקשת בהפעלת ההנחיה, עליה עמדנו לעיל.

נותר עוד להתייחס לתנאי השני הקבוע בסעיף 7(ב) להנחיה ומורה כי תובע של הרשות המקומית קבע כי לא ניתן – או שאין כל כוונה – לנהל הליך לפי חוק התכנון והבניה בגין העדר ההיתר. בענייננו, אכן קבע התובע העירוני כי אין מקום לנהל הליכים נגד העסק. אלא, שהצדק עם היועץ המשפטי בעומדו על כך כי קביעה כאמור תוכל להוות בסיס למתן רשיון עסק על פי הנחיה 8.1351 רק ככל שהיא עומדת בכללי המשפט המנהלי. בנסיבות העניין הגענו למסקנה כי ההחלטה שלא לנהל הליכים נגד העסק חרף השימוש החורג שנעשה בבנין הינה החלטה בלתי סבירה, אשר אינה יכולה להוות בסיס למתן רשיון עסק על פי ההנחיה. ודוק, הסיפא של הנחיה 7(ב), המותירה שיקול דעת בידי התובע של רשות מקומית להודיע כי אין כוונה לתבוע בגין הפרת דיני התכנון והבניה, מקנה לתובע שיקול דעת מצומצם בלבד. ברור כי כוונת ההנחיה אינה לתת בידי תובע של הרשות המקומית סמכות לעודד הפרות בניה, והסמכות הנזכרת בהנחיה נועדה לאותם מקרים חריגים בהם לא ניתן לתבוע בשל העדר היתר או שמדובר בזוטי דברים שבדרך כלל אין נוהגים להעמיד לדין בגינם. מעבר לאמור, שיקול דעתו של תובע יהיה בלתי סביר ולא ראוי.

הנה כי כן, משמצאנו כי אין מתקיימים בענייננו תנאי סעיף 7(ב) להנחיה, ומשאין חולק על כך כי חריגות הבניה נשוא הערעור אינן יכולות להיחשב כ"זוטי דברים" ולחסות בצילה של הוראת סעיף 7(א) להנחיה, קובעים אנו כי ההחלטה ליתן רשיון עסק לעסקו של היקרי חורגת מהוראות הנחיה 8.1351 הנ"ל ומתכליתה והיא

ניתנה שלא כדין. כן מורים אנו כי על הוועדה המקומית לפעול לאכיפת דיני התכנון והבניה במקרקעין נשוא הערעור, כשם שהורה לה לעשות היועץ המשפטי לממשלה. בשולי הדברים נציין כי בא-כוח המערערים הודיעו כי לשיטתו אין בסיס לעמדת המשיבים 1-3 כאילו יש בתוכנית פת/2000/ח', המצויה בשלבים למתן תוקף כדי להכשיר את השימוש במבנה נשוא הערעור. נדגיש כי ככל שיש למערערים טענות נגד הצעדים אותם נוקטת העיריה כדי להחיל על המבנה תוכנית מופקדת שטרם אושרה, הרי שאין דינן להתברר במסגרת הליך זה.

אשר על כן, הערעור מתקבל. המשיבים 1-5 ישאו ביחד ולחוד בשכר טרחת בא-כוח המערערים בסך כולל של 30,000 ₪.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, ט' באדר התשס"ו (9.3.2006).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת