

בפני: יו"ר הועדה - עו"ד אליעד וינשל
חברי הועדה - מר איקה קדם, נציג ציבור
מר מנחם בלומנטל, נציג ציבור
אדר' עליזה וסרטייל, נציגת עמותת האדריכלים
אדר' ענבר וייס, נציגת מתכנתת המחוז

העוררות:
1. עמותת אדריכלים מאוחדים בישראל
ע"י ב"כ עו"ד רפי אטינגר
2. המועצה לשימור אתרים בישראל
ע"י ב"כ עו"ד גדעון קורן

- נגד -

המשיבים:
1. הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים
ע"י ב"כ עו"ד דני ליבמן
2. ארסטוק יהודה בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אברהם פורטן
3. אלון עמית
4. דואר ישראל
ע"י ב"כ עו"ד גלעד ברגשטיין

החלטה

רקע

1. עניינו של עדר זה בבניין בית הדואר המרכזי של ירושלים (להלן: בית הדואר). אין מחלוקת בין הצדדים כי מדובר במבנה מונומנטלי אשר נבנה בתקופת המנדט הבריטי ומהווה אחד משלושת בנייני הממשל הייצוגיים במרכז העיר. בית הדואר הוא מבנה ארוך במיוחד המשתרע בין רחוב יפו (כלפיו פונה חזית המבנה) ובין רחוב כורש, אליו פונה החזית האחורית.

2. על בית הדואר חלה תכנית 2097 משנת 1989 (להלן: התכנית). מטרת התכנית היא "קביעת אחרים ומונומנטים בעלי ערך לשימור משיקולים היסטוריים, דתיים, ארכיטקטוניים והאסתטיים וההוראות החלות עליהם". במסגרת זו נקבעו 110 מבנים לשימור מתמיר המכונים גם מונומנטים. במסגרת הוראות התכנית נקבע איסור על כל שינוי בחזיתות המבנים לשימור. כך בסעיף 5(ב) נקבע כי "לא תותר הריסה וכל שינוי במראהו של בנין המיועד לשימור". לענין החזיתות והפתחים הודגש בסעיף 5(ד) לתכנית כי "לא יותר שנוי בצורתו החיצונית של אתר לשימור או באופיו הארכיטקטוני לרבות סוג האבן, הפתחים, כתובות, תבליטים, כיחוי, צבע, סורגים, עצים בוגרים, מקומות חניה, מתקנים ושערים".
3. עניינו בערר שהוגש נגד היתר בנייה לפתיחת שלושה פתחים בבית הדואר. שלושת הפתחים נשוא הערר ממוקמים כולם בחזית הדרומית של בית הדואר, הפונה כלפי רחוב כורש. הפתח המזרחי יותר נועד, לשיטת המשיבות, לשמש ככניסה לבית מלון שיבנה בחלק ממבנה הדואר. שני הפתחים המערביים נועדו על מנת לשמש בית קפה שהמשיבה 2 מבקשת לפתוח.
4. הבקשה נשוא הערר הוגשה על-ידי המשיבה 2 ביום 14.6.15 ומספרה 14/441. הבקשה אושרה ביום 4.11.15 על-ידי המשיבה 1, לאחר שפורסמה בקשה להקלה מתכנית לפי סעיף 149 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק).
5. ביום 31.12.15 הונפק היתר הבניה וביום 10.2.16 החלו העבודות. ביום 18.2.16, נוכח בינוי בניגוד להיתר, הוציא מהנדס העיר ירושלים צו להפסקת עבודות. העבודות נמשכו בפועל עד ליום 17.3.16. לטענת ב"כ המשיבה 2 במעמד הדיון בפנינו, המשיבה 2 לא היתה מודעת לצו הפסקת העבודה עד למועד זה, בו צורף הצו לתגובת המשיבה 1 להליך שבפנינו.
6. ביום 29.2.16 פנתה עמותת אדריכלים מאוחדים בישראל (להלן: העוררת) למשיבה 1 והעלתה את טיעוניה ואת בקשתה להתליית היתר הבנייה. ביום 13.3.16 הוגש הערר, בצירוף בקשה להתליית היתר הבנייה עד למועד הדיון.
7. בהמשך הוגשה בקשת המועצה לשימור אתרים בישראל (להלן: המועצה), להצטרף להליך כמשיבה ולתמוך בטענת העוררת. במעמד הדיון בפנינו תיקנה המועצה את הבקשה וביקשה להצטרף להליך כעוררת נוספת.
8. בקשת התליית ההיתר הועברה לתגובת הצדדים. נוכח תגובת המשיבה 1 מיום 17.3.16, שלפיה הוצא צו להפסקת העבודה, לא מצאנו לנכון לדון בהתליית ההיתר. בפועל, אין מחלוקת כי עבודות התבצעו גם לאחר מועד זה. במעמד הדיון בפנינו הסביר ב"כ המשיבה 1 כי ביום 20.3.16 פקע תוקף הצו, מאחר שחלפו 30 יום, ואילו המשיבה 1 הביעה עמדה אחרת שלמותר יהיה להידרש אליה במסגרת ההליך שבפנינו.

9. עוד הערר בפנינו תלוי ועומד, הסתבר מעמדת המשיבה 1 שהוגשה ביום 5.4.16 כי זו טוענת שהוטענה באישור ההיתר. לפיכך ביקשה המשיבה 1 לשוב ולדון בהיתר ולשקול את התלייתו (החלטת המשיבה 1 מיום 6.4.16 במסגרתה נכתב כי "הוצג בפני הועדה המקומית מידע לא נכון"). יצוין, כי במקביל פנה יו"ר ועדת השימור, מר ניר, לוועדת הערר במכתבו מיום 23.3.16 והביע תמיכה בקבלת הערר, "בפסילה כדיעבד של ההיתר" ובקיום "חקירה ובדיקה כיצד קרה שהבקשה לא פורסמה, לא הובאה כלל לדיון במחלקה ו/או בוועדת השימור".
10. על מנת להבין את טענת המשיבה 1 להטעייה ואת טיעוניה של העוררת, קיימת חשיבות לרקע העובדתי הכרוך בבקשה קודמת להיתר בנייה שהגישה המשיבה 2.
- מדובר בבקשה מספר 14/627, שהוגשה עוד בשנת 2014, ובה התבקשו מספר פתחים בחזית רחוב כורש שמטרתם "ליצור רצף של חנויות לאורך רחוב כורש" (עמ' 3 לפרוטוקול ועדת השימור מיום 17.4.14). כן התבקשו פתיחת חלונות מקוריים ויצירת גלריה שמטרתה הוספת חדרי מלון עבור מלונת שתפעל במקום. בקשה זו הובאה, כמקובל וכנדרש בנסיבות הענין, לחוות דעת מחלקת השימור וועדת השימור של המשיבה 1. מחלקת השימור התנגדה לאישור הבקשה.
- במהלך הדיון בבקשה בפני ועדת השימור הבהירה אדריכלית המשיבה 2 כי נוכח עמדת מחלקת השימור מבקש הזום לאשר רק את הפתח המזרחי, שימש ככניסה לבית המלון (עמ' 3 לפרוטוקול ועדת השימור מיום 17.7.14; ראו גם עמודים 12 ו-21 לפרוטוקול הדיון).
- נוכח הצהרות אלה של האדריכלית מטעם המשיבה 2, מצאה לנוכח ועדת השימור להמליץ לאשר את הבקשה ואת הפתח המזרחי, וזאת ככל שתוות הדעת המשפטית תהיה כי הדבר אפשרי.
11. אישורו של הפתח המזרחי הובא לפתחו של המשנה ליועץ המשפטי לעיריית ירושלים, אשר חיווה דעתו כי מדובר בסטייה ניכרת מהוראות התכנית החלה במקום (להלן: חוות הדעת המשפטית הראשונה). חוות דעת זו ניתנה על בסיס הוראת תקנה 3(12) לתקנות התכנון והבניה (סטייה ניכרת מתכנית), תשס"ב-2002 (להלן: התקנות או תקנות סטייה ניכרת). תקנה 3(12) קובעת כי סטייה מ"הוראות תכנית בדבר שימור מבנים או אתרים" היא בגדר סטייה ניכרת.
12. בהחלטתה מיום 21.9.14, אימצה רשות הרשות את חוות הדעת המשפטית והחליטה שלא לאשר את הפתחים. בנוסף, החליטה רשות הרישוי באותה החלטה "לבטל את השימוש המוצע למלונאות". בהקשר זה קבעה ועדת הרישוי כי תכנית המתאר לא מתירה שימוש למלונאות במקרקעין "ועל כן, על מנת לאפשר שימוש שכזה לצורך מלונאות יש לפעול בהתאם להוראותיה של תכנית 101-0092098 [הוספת שימושי לאכסון תיירותי בירושלים], הכוללת בין היתר את הצורך בהליך פרסומי". המשיבה 2 לא הגישה ערר על החלטה זו.
13. בהתאם להחלטה זו הונפק היתר הבנייה ביום 4.1.15, וזאת לאחר שנמחקו ממנו הפתחים בהתאם להחלטת ועדת הרישוי.

14. בהמשך פנתה המשיבה 2 למשנה ליועץ המשפטי וטענה כי ניתן לאשר את הפתח לצורך הסדרת נגישות לבית המלון וכן צורפה עמדת יועץ נגישות (נספח ה' לתגובת המשיבה 2 לערר). לאור פנייה זו שינה המשנה ליועץ המשפטי את דעתו וקבע ביום 26.5.15 כי ניתן יהיה לאשר את הבקשה, בכפוף לפרסום הקלה וכן שליחת הודעות לגופים המנויים ברשימה לפי סעיף 100(3) לחוק (להלן: חוות הדעת השניה). חוות הדעת השניה, בהיבט הנוגע למסירת ההודעות, נסמכה על הוראתו המפורשת של סעיף 149(א)(ב) לחוק.
15. בהמשך ולאחר שנמסר למשנה ליועץ המשפטי כי "הועדה המקומית אינה נוהגת לשלוח הודעות במצב זה", שונתה חוות הדעת פעם נוספת והוחלט שניתן לקדם את הבקשה ללא משלוח הודעות (הודעת דוא"ל מיום 31.8.15, להלן: חוות הדעת השלישית). בהחלטת הועדה המקומית מיום 4.11.15, נשוא הערר, אומצה עמדה זו ואושרה ההקלה, תוך שהועדה המקומית מנמקת את החלטתה בנוגע למשלוח הודעות בנימוק שתום זה: "מאחר ומדובר בגוף ציבורי בתיאום עם מהנדס העיר לא נדרש ביצוע משלוח ההודעות".
16. ודוק, כפי שהובהר על-ידי המשיבה 1 בתגובתה בכתב ובמהלך הדיון, השתלשלות זו ותוות הדעת התייחסו לפתח שנידון ואושר על-ידי ועדת השימור, הוא הפתח המזרחי.
17. בפועל הגישה המשיבה 2 ביום 14.6.15 בקשה להיתר בנייה הכוללת את שלושת הפתחים. מטעמים שלא הובהרו בפנינו נפתחה בקשה זו על-ידי המשיבה 1, כבקשה חדשה שמספרה 14/441 ולא כשינוי להיתר הבנייה הקיים שהונפק לגבי בקשה 14/627, והכל על אף הפרקטיקה המקובלת במצב בו מדובר בהמשך ישיר לבקשה קודמת.
18. בישיבתה מיום 4.11.15 דנה הועדה המקומית בבקשה, תוך הנחה כי הבקשה המובאת בפניה היא הבקשה המתוקנת שהוגשה בהתאם להחלטת ועדת השימור ובהתאם להתחייבות אדריכלית המשיבה 2 בדיון בפני ועדת השימור (הדבר עולה במפורש מעמ' 119 ו-120 לפרוטוקול הדיון וכן מההחלטה המתייחסת במפורש לחוות הדעת המשפטית לגבי הפתח המזרחי).
19. בהקשר זה יצוין, כי לא מצאנו בתמליל הדיון תמיכה בטענות להטעיה פוזיטיבית מטעם ב"כ המשיבה 2. ב"כ המשיבה 2 הציג במהלך הדיון את שלושת הפתחים ואף אם ראוי היה שיתקן את הנחת המוצא שהוצגה על-ידי גורמי המשיבה, שלפיה מדובר בבקשה זהה לזו שאושרה בוועדת השימור, הרי שלא בוצעה הטעייה פוזיטיבית.
- עם זאת, ניתן לקבל את טענת הועדה המקומית שלפיה בפועל אושרה הבקשה עקב טעות, ללא חוות דעת נדרשת של מחלקת שימור וללא חוות דעת משפטית. האחריות לכך מוטלת הן על המשיבה 2, נוכח התנהלות האדריכלית מטעמה, והן כמובן על גורמי המקצוע במשיבה 1 אשר התרשלו (אין דרך אחרת לנסח זאת) בבדיקת התאמת הבקשה להחלטות ולסיכומים קודמים.

20. כאמור, בהחלטה נשוא הערר שבפנינו החליטה המשיבה 1 כי ניתן לקדם את הבקשה ללא ההליך הפרסומי הנדרש במפורש לגבי מבנים לשימור בסעיף 149(א)(ב2) לחוק. בסעיף זה נקבע כי "הועדה המקומית לא תתיר שימוש חורג ולא תיתן הקלה... אלא לאחר שהתמלאו כל אלה...". בין התנאים נקבע בס"ק 2 כי תנאי לאישור הקלה לגבי "בקשה הנוגעת לאתר שנכלל בתכנית מאושרת או מופקדת כאתר המיועד לשימור", הוא כי הועדה המקומית "מסרה הועדה הודעה כאמור בפסקה (א2) לגופים הציבוריים והמקצועיים שאושרו לפי סעיף 100(3)".
21. כאמור, הטעם להחלטת הועדה המקומית, העולה מחוות הדעת המשפטית השלישית, היה כי הועדה המקומית לא נוהגת לפעול מכוח סעיף זה. אין צורך לציין כי טענת "מנהג" אינה גוברת על דרישות החוק. על הועדה המקומית לפעול בהתאם לדין.
22. וזאת יש לזכור, תכליתו הברורה של סעיף 149(ב2) לחוק היא להביא בקשות מעין אלה לידיעת ארגונים אדריכליים, וזאת נוכח ההנחה כי ציבור בעלי העניין במקרקעין לא יפעל להגשת התנגדויות לשם הקפדה על שימור נכון של מבנים. בהיבט זה, אכן, כפי שטוענת העוררת יש לראות בה כ"שומר סף".
23. נציין, כי החומרה שאנו מייחסים להפרת החוק במקרה דנן נובעת דווקא משום שדרישת המחוקק עמדה בפני מהנדס הועדה המקומית ויועצה המשפטית, ואולם אלה בחרו להתעלם מכך ללא הסבר מניח את הדעת.
24. פגם נוסף שמצאנו בהליך בפני הועדה המקומית הוא בדרך קיום הדיון בפני ועדת השימור. במהלך הדיון הביע נציג מקצועי מטעם מחלקת שימור עמדה מקצועית המסתייגת מאישור הבקשה. על עמדה זו ניתן לחלוק ואולם דרך התבטאות חבר הועדה המקומית באותה עת, מר ת'ורגמן (יו"ר הועדה כיום ובעת החלטה נשוא בערר), מהווה פגם.
- כתגובה לעמדה מקצועית בתיק קונקרטי הועלתה כלפי גורם המקצוע ביקורת אישית-ניהולית ויותר מכך – רמיזה קשה על עתידו של אותו גורם מקצועי, אשר מועסק בחוזה (נפנה לעמודים 23-27 לתמליל הדיון). יצוין, כי הגורמים המקצועיים האחראים על אותו עובד הביעו במהלך הדיון דעה חיובית על עבודתו, ואולם החשיבות אינה בהיבט זה. הפגם שנפל הוא בעצם קיום דיון מעין זה בפורום תכנוני העוסק בתיק קונקרטי. החשש העולה להתרעת גורמי מקצוע מהשמעת עמדתם, ברור וחמור. האם מסיבה זו כשלו הגורמים המקצועיים בהמשך הדרך? לועדה זו אין האמצעים לבחון את הנקודה.
- לענייננו, משמעות הפגם הנובע מלחץ אישי על גורמי מקצוע הוא קביעה כי השיקולים המקצועיים עליהם הצביע הדרג המקצועי לא נשקלו כראוי.

סמכות ועדת הערר

25. לטענת המשיבה 2 ועדת הערר נעדרת סמכות עניינית לדון בערר והיה על העוררות לפנות לבית המשפט.

טענה זו מנוגדת להלכה הפסוקה. בפסיקתו העדכנית של בית המשפט העליון יש כדי להרחיב את סמכויות ועדות הערר, בהיבטי הרישוי, גם לגבי היתרי בנייה שהונפקו. בהלכה שנפסקה בעמ"מ 317/10 אהוד שפר נ' יניב, פורסם באתר נבו, נקבע כי "דרך המלך לתקוף את החלטת הועדה המקומית או רשות הרישוי המקומית ליתן היתר בניה כאשר עולה טענה של סטייה מתכנית צריכה להיות בהגשת ערר לוועדת הערר" (להלן: הלכת שפר, שם, בפסקה 14).

בפסיקה נוספת הבהיר בית המשפט העליון כי הפנייה לוועדת הערר היא דרך המלך גם מקום בו מדובר בטענה, הדורשת בחינה תכנונית, הנוגעת לאי חוקיות היתר קיים, זאת לרבות מקרה בו מדובר בבנייה קיימת (עמ"מ 7171/11 העמותה למען איכות חיים וסביבה בנהריה ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה, להלן: העמותה למען איכות חיים בנהריה, פורסם כנבו, ס' 19-22).

בהתאם לפסיקה זו נדרשות ועדות הערר לדון בסוגיות משפטיות מורכבות של בטלות יחסית וכן לשאלות פרוצדורליות רבות המתעוררות בהעדר סדרי דין בתקנות (עמ"מ 1002/07 ועד מקומי יקנעם נ. ועדת הערר מחוז צפון, פורסם כנבו, ערר (י-ם) 268/14 שטראוס גרופ בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה בית שמש, פורסם כנבו).

משכך נפסק בפרשת העמותה למען איכות חיים בנהריה, בנסיבות בהן מדובר היה בקניון שבנייתו כמעט והושלמה, הרי שהלכה פסוקה זו בודאי חלה גם בענייננו.

26. בהלכה שנפסקה בפרשת העמותה למען איכות חיים בנהריה ניתן למצוא גם מענה לטענתה הנוספת של המשיבה 2, שלפיה בהתאם להוראת סעיף 216 לחוק התכנון והבניה מנועה ועדת הערר מלבטל היתר במקרה בו לא מתקיימים תנאיו של סעיף זה, המאפשר לוועדה מקומית לבטל היתר עקב הטעיה וכל עוד לא החלה הבנייה. למעשה בהקשר זה קיימת הלכה פסוקה ותיקה וברורה. כפי שנקבע על-ידי הנשיא לנדוי עוד דן 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645, 657:

"ד"ר גולדנברג הזכיר בטיעונו סעיפים 215 ו-216 של החוק (וכן ניתן להזכיר באותו הקשר גם סעיף 252). סעיפים אלה מורים על בטלותו מעיקרא של היתר, שהושג על-ידי מסירת הודעה כחבת או מטעה, ועל ביטולו של היתר בהליך מיוחד, אם ההיתר ניתן על סמך פרטים בלתי נכונים. אך אין ללמוד מזה, שאין בטלות או ביטול של היתר אלא על-פי האמור בסעיפים אלה. על כך כבר עמד בית-משפט זה בפרשת אריאל ע"פ 284/74 [3]. וכה נאמר שם, בעמ' 391: "בענין

בו דובר בסעיף 215 הנ"ל אמנם ניתן היתר כחוק על-ידי הרשות המוסמכת לכך ובגדר סמכותה, ומעשה הרשות במקרה כזה אינו בטל מעיקרו אלא רק ניתן לביטול, וביטולו לא בא אלא עקב הרשעת האדם בעבירה כאמור בסעיף 215 הנ"ל. מה שאין כן כאשר רשות ציבורית עושה מעשה אשר חורג כל כולו ממסגרת סמכותה שבמקרה זה מעשיה אפס הם".

תכלית הלכה זו היא ההבחנה בין מישור שיקול הדעת ובין מישור החוקיות. ככל שניתן היתר שלא נפל בו רכב במישור החוקיות, אך במישור שיקול הדעת נמצא כי ההיתר ניתן לאור הטעיה מטעם מבקש ההיתר, אזי קמה הסמכות להורות על ביטולו בהתאם לסעיף 216 לחוק, וזאת רק טרם החלה הבנייה. לעומת זאת, ככל שההיתר ניתן בניגוד לחוק ומכאן בחוסר סמכות, הרי שסוגיית הסעד המתאים אינה מוסדרת בהוראות חוק התכנון והבנייה הסדר ויחולו עקרונות המשפט המינהלי הכלליים ובהם דוקטרינת התוצאה היחסית וסעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (בהתאם לסעיף זה הסמכות ליתן הוראת מינהל, לרבות הסמכות ליתן היתר בנייה, משמע גם הסמכות לבטלו).

27. בענייננו, טוענת העוררת לאי חוקיות ברורה הן בניהול ההליך (פגם במסירת הודעות) והן בעצם סמכות המשיבה לאשר הקלה מתכנית שימור. מבחינת חומרת הפגם הנתען אין תולק כי מדובר בפגמים חמורים ביותר. לטענה שלפיה במצב זה חל סעיף 216 וניתן לבטל את ההיתר רק ככל ש"הבניה לא החלה", אין תמיכה בנוסח הסעיף ובודאי שלא בתכלית החקיקה והיא נדחתה בהלכה הפסוקה.

28. בדומה יש לדחות את הטענה להעדר סמכות עקב "מעשה עשוי". גם כאן טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה שנפסקה בפרשת העמותה למען איכות חיים בנהריה. מהלכה זו עולה כי השאלה האם להתערב בפגם במישור אי החוקיות בשלב מאוחר של ההליך, מהווה שאלה במישור שיקול הדעת (דוקטרינת התוצאה היחסית) ולא במישור הסמכות (השוו בג"צ 2683/92 מכבים – ישוב קהילתי במודיעים נ' הועדה לבניה למגורים במחוז מרכז, פ"ד מח (1) 535, בג"צ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מח (2) 793, עמ' 804). זאת ועוד, בנסיבות המקרה איננו סבורים כי מן הבחינה התכנונית מדובר במעשה עשוי. כאמור, המשיבה 2 בחרה לפצל בין בקשות שונות להיתרי בנייה למבנה הדואר ובחרה להקדים בקשות להיתר לפתחים, עוד טרם אישור הבקשה המהותית להיתר בנייה למלון במקום. עצם פתיחת הפתח ללא שהושלמו הליכי הרישוי לגבי המלון וללא שניתן לעשות שימוש בפתח, אינה מהווה "מעשה עשוי".

הטענה כי הערר הוגש באיחור

29. לטענת המשיבה 2 הערר הוגש באיחור וללא שהעוררת הגישה התנגדות לבקשת ההיתר, שפורסמה לציבור במסגרת הליך הקלה.

30. בהקשר זה מקובלת עלינו עמדת ועדת הערר במחוז צפון (בראשות עו"ד תגית דרורי) שלפיה הלכת שפר ומכאן הסמכות המהותית וההסדרים הדיוניים, יחולו גם במקרה בו פורסמה הקלה ברבים, אך העוררים לא קיבלו הודעה אישית בהתאם לדרישות החוק, קרי: יש לראותם כמי שלא נעשה לגביהם פרסום כחוק (עדר (צפון) 42/16 מזהר דניאל נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה נצרת עלית, פורסם בנבו).

31. בענייננו, מצאנו כאמור פגם במישור זה ולמעשה המשיכות לא חלקו על הפגם שנפל באי משלוח הודעות. עם זאת, לטענת המשיכות העוררת והמועצה אינן נמנות על הגופים המנויים בצו ומכאן כי אין נפקות בפגם שנפל.

32. נקדים ונאמר, כי ככל שהמשיכה 1 היתה נוהגת בהתאם לחוק הרי בשלב זה (ולא בדיעבד) היתה זו יכולה לבחון את שאלת הגופים אליהם יש לשלוח הודעות ואת המחלוקות בין הצדדים שבפנינו בסוגייה זו. יכולה אמרנו, מאחר שסביר שההודעות היו נשלחות לעוררת ולמועצה, אשר המשיכה 1 נוהגת לשותף אותן בהליכי שימור.

טענותיהן הפורמליות של המשיכות בהקשר זה אינן אלא כסות למהלך בלתי חוקי ואין לנו אלה לקבל, בצער, את טענת העוררת שלפיה הבקשה לפתיחת פתחים במבנה לשימור מתמיר "הועלמה" מהגופים הציבוריים, אשר בהם רואה המחוקק כחלק משומרי הסף המגנים על ערכי השימור.

33. מכל מקום ולאחר שבתנו את המסמכים שהוגשו על-ידי העוררת, ברור בעינינו כי זו פועלת בשמה של עמותת לשכת המהנדסים, האדריכלים והאקדמאים במקצועות הטכנולוגים בישראל, שהינה המשך ישיר לאגודת האינג'ינרים והארכיטקטים בישראל (נפנה להסכם מיום 28.1.2007 בין העמותות ובפרט לסעיפים 3 ו-15; כן נפנה למסמך רישום עמותת לשכת המהנדסים מיום 4.8.1986, ממנו עולה כי רישום עמותה זו נועד לרשום כעמותה את האגודה העותומנית ששמה אגודת האינג'ינרים והארכיטקטים בישראל).

לפיכך ומאחר שאגודת האינג'ינרים והארכיטקטים בישראל מגויה בסעיף 1(10) לצו התכנון והבניה (קביעת גופים ציבוריים ומקצועיים לענין הגשת התנגדות לתכנית), תשל"ד-1974 (להלן: הצו), הרי כתנאי לאישור ההקלה היה על המשיכות לשלוח הודעות לעמותת לשכת המהנדסים, האדריכלים והאקדמאים במקצועות הטכנולוגים בישראל. בהתאם להסכם בין הגופים, ממילא שמסמך זה היה מגיע לעוררת וזו היתה מוסמכת לפעול בשמה ולהגיש התנגדות. לפיכך העוררת שבפנינו נפגעה ישירות כתוצאה מהפגם בהליך ששלל ממנה את זכותה להתנגד.

34. לחלופין ואף אם ההודעה לא היתה נשלחת במישרין לעוררת, הרי המשלות לכלל הגופים האחרים המנויים בצו היה, בסבירות גבוהה, מגיע גם לעוררת או לאדריכלים החברים בה. לפיכך ואף אם היינו מוצאים כי העוררת והמועצה לא נפגעו ישירות מאי משלות ההודעות, מאחר שאלה

- היו צריכות להיות מכוונות לארגונים אחרים, הרי נכון היה לדעתנו לאפשר זכות עמידה בנקודה זו (השוו עמדות השופטים בסוגייה דומה בע"פ וכד"נ שפירא לעיל, לניתוח הפסיקה ראו דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי (2010) בעמ' 812-809). בהיבט זה מעמדן הציבורי של העוררת ושל המועצה בתחום מחייב לאפשר להן לטעון טענות מעין אלה. הטעם לכך כפול: הן הפגיעה העקיפה שנגרמה להן (סביר כי משלוח ההודעות לארגונים משיקים היה מגיע גם אליהן) והן התפקיד המיוחד המוקנה לארגונים אלה בהגנה על אינטרסים ציבוריים חשובים בתחום התכנון והשימור.
35. לאור האמור ובהתאם להחלטות קודמות בנושאים דומים, המועד להגשת הערר במקרה מעין זה הוא תוך 30 יום ממועד הידיעה בפועל על הבקשה להיתר, אישור או הנפקת היתר הבנייה או בינוי בפועל (ערר (י-ם) 268/14 שטראוס גרופ בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה בית שמש, ערר (י-ם) 297/14 המועצה לארץ ישראל יפה ע"ר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, פורסם בנבו).
36. לפיכך ונוכח ההצהרה שלפיה נודע לעוררת על הבינוי רק ביום 22.2.16, יש לקבוע כי הערר הוגש במועד.
37. דינה של טענת המשיבה 2 שלפיה העוררת והמועצה ידעו על הגשת הבקשה עוד בתודש יולי 2014, מאחר שפרוטוקול דיון ועדת השימור בבקשת היתר 627/14 הועבר לנציגיהן, להידחות הן מחמת השתק והן לגופה. מבחינת ההשתק, טענה המשיבה 2 בפנינו כי בקשה 441/14 היא בקשה חדשה ונפרדת מהבקשה שנידונה בוועדת השימור שמספרה 627/14. ככל שיש לראות בשתי הבקשות כמשלימות האחת את השנייה, וככל שהיה על העוררת להבין זאת, הרי ממילא שפעולתה של המשיבה 2 נעשתה תוך הטעיה קשה של מוסדות התכנון וחזקה כי המשיבה 2 אינה מתכוונת לטעון זאת.
- גם לגופם של דברים, לא ברור מדוע היה על העוררת והמועצה לפעול כנגד ועדת הרישוי לגבי בקשה 627/14, כאשר במסגרת החלטת המשיבה 1 לגבי בקשה זו נדחתה בקשת המשיבה 2 לפתוח פתח במבנה. ונזכור, שינוי עמדת המשנה ליועץ המשפטי היה רק לאחר מכן ומשהוגשה בקשה נפרדת להיתר, אשר אין מחלוקת כי העוררות או נציגיהן לא קיבלו כל התייחסות לגביה.
38. להשלמת התמונה ולמעלה מן הצורך נציין, כי לו הייתה נדרשת בקשה להארכת מועד, הרי בקשה זו הייתה נענית בחיוב נוכח המבחנים שנקבעו בהחלטות ועדת הערר ובפרט נוכח חומרת הטענות במישור החוקיות (ערר 1-245/07 שמחה ויהודית פופט נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה מסה יהודה, פורסם בנבו, ערר שטראוס גרופ לעיל, ערר (י-ם) 175/15 טובה ושאול כהן נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים).
39. נוסף, כי ייתכנו כמובן מקרים בהם ערר המוגש במסגרת תקופת 30 הימים למן הידיעה בפועל מוגש בשיהוי. למותר יהיה להתייחס בפירוט לסוגייה זו, מאחר שלא מצאנו כי בהתנהלות

העוררת נפל שיהוי, אובייקטיבי או סובייקטיבי. בהיבט הסובייקטיבי פעלה העוררת כגוף ציבור, תוך 7 ימים בלבד לאישור שכירת עורך דין ולפנייה לועדה המקומית בענין שהתבצעה ביום 29.2.16. לאחר מכן ותוך 14 יום הגישה את הערר המנומק בפנינו. מדובר לדעתנו בהתנהלות סבירה בנסיבות המקרה. במישור האובייקטיבי, מדובר היה בתקופה בה ממילא חל צו הפסקת עבודה ומכאן כי ההיתר לא אפשר בנייה במקום (איננו סבורים שנכון שניכנס לשאלת אכיפת הצו והפרתו וטענות המשיבה 2 כי הצו לא הובא לידיעתה שמורות לה, כמובן, להליכים הרלוונטיים בהקשר זה).

מעמד העוררות וטענת חוסר תום לב

40. בדומה יש לדחות גם את טענת העדר מעמד אישי הנטענת נגד המועצה ונגד העוררת. לגבי העוררת, הרי שמעמדה נגזרת, כאמור, מהצו ומסעיף 149(א)(ב) לחוק. לצד זאת נגזר גם מעמדה, כמו גם מעמד המועצה, ממעמד העורר הציבורי שנקבע בפסיקה. למותר יהיה להרחיב בנושא ונפנה להחלטתנו בערר (י-0) 23/14 יוסף פפה אללו נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים ולפסיקה המוזכרת שם. לגישה זו על העורר הציבורי להראות "דבר מה נוסף" ובענייננו, מבלי להקדים את המאוחר למוקדם, אנו סבורים כי הטענות שהועלו על-ידי העוררת ועל-ידי המועצה הן טענות משמעותיות המצדיקות מתן מעמד בהליך שלפנינו.

41. כאשר לטענת חוסר תום לב שמפנה המשיבה 2 כלפי העוררת, הרי מוטב שטענה זו לא היתה עולה. נציין, כי על פני עמודים רבים ביקשה המשיבה 2 לטעון כי חברים בעוררת נוהגים בסטנדרט כפול ומבקשים אישור בקשות דומות.

העוררת מורכבת מאדריכלים רבים ומובן כי גם לו היינו מוצאים שאחד מהם הגיש בקשה דומה, הרי לא היה בכך כדי לייחס לעוררת חוסר תום לב. מכל מקום ולאחר עיון בתשובה המפורטת של העוררת, בכתב ובעל-פה, לטענות המשיבה 2, לא מצאנו כי יש בהן כדי להצביע על מקרה דומה לענייננו. מנגד ועת נטענות טענות אישיות במישור תום הלב נגד חברים בעוררת, ניתן בהחלט לתהות כיצד פעלה האדריכלית מטעם המשיבה 2 להגשת הבקשה לשלושה פתחים ונפנה בהקשר זה לטיעוני המשיבה 1.

42. לפיכך יש לדחות את טענות הסף שהעלתה המשיבה 2 ולדון בערר לגופו.

43. בנסיבות אלה אנו מוצאים לנכון לאפשר למועצה לשימור אתרים להצטרף לערר כעוררת נוספת. בהקשר זה נציין כי נפלה טעות טכנית במזכירות ועדת הערר שלא שלחה החלטה מיום 5.4.16 לגבי בקשת ההצטרפות של המועצה (בהחלטה זו נקבע כי על המועצה להגיש הודעת ערר ובקשה נפרדת). בנסיבות אלה, לשם ייעול ההליך ומאחר שלא מצאנו בטענות המועצה טענות נוספות על טענות העוררת, ואולם מצאנו כי למועצה אינטרס ממשי בהליך, אנו מחליטים לאפשר למועצה להצטרף לערר כעוררת נוספת.

טענות מהותיות

44. כאמור לעיל, הוראות התכנית החלה על המקרקעין אוסרות כל שינוי בחזיתות המבנים. זאת ועוד, תקנה 2(13) לתקנות סטייה ניכרת קובעת כי סטייה מ"הוראות תכנית בדבר שימור מבנים או אתרים" היא בגדר סטייה ניכרת ומכאן כי לא ניתן להתירה.
45. הוראות אלה מוכרות היטב למשיבות ולמעשה עמדו ברקע החלטת המשיבה 1 לדחות את הבקשה אף לגבי פתח אחד (הוא הפתח המזרחי). אלא שבמועד מאוחר יותר התגבשה חוות דעת משפטית שלפיה ניתן לסטות מהוראות אלה לצורך התאמות נגישות לאנשים עם מוגבלות.
46. טרם נדרש לבחון ולהכריע באיזון הרגיש שבין שימור והסדרי נגישות, נקדים ונאמר כי בחינה זו מיותרת בנסיבות המקרה, מאחר שלא הוכח כל צורך בהסדרי נגישות מיוחדים לאנשים עם מוגבלויות. למעשה, ועל כך יש להצר, דעתנו היא כי במקרה זה נישא שם הנגישות לשווא.
47. עיון בפרוטוקול ועדת השימור ובדברי האדריכלית מטעם המשיבה 2 מעלה בצורה ברורה את טעמים של הפתחים המבוקשים: "היתה כוונה ליצור רצף, של חנויות לאורך רחוב כורש... מאוד חשוב ליצור כניסה נוספת בתאום עם מחלקת שיווק כמובן נפרדת לבית המלון". מטרת בקשת ההיתר היתה, כפי שעולה גם ממסמכים אחרים, פיתוח עסקי/תיירותי במקום תוך רצון ל"החיות את רחוב כורש" (ראו עמודים 7-3 לפרוטוקול ועדת השימור). נוסף, כי בצדק הפנה ב"כ העוררת גם לכך כי נושא הנגישות לא נידון בדיון בפני הועדה המקומית וגם לא בדיון בפני ועדת השימור ולא היה חלק מנימוקי הועדה להחלטתה.
48. טענת הנגישות הועלתה רק בשלב מאוחר יחסית, כאשר נמצא כי אישור הבקשה מהווה סטייה ניכרת. או אז הועלה הטיעון כי הדבר נדרש מבחינת הסדרי נגישות. או אז גם הומצאה חוות דעת מומחה נגישות אשר כל כולה משפט אחד: "מאשר בזאת כי הכניסה למבנה אינה עומדת בתקנות הנגישות לאנשים עם מוגבלויות הפתח החדש שנפתח נחוץ להנגשת הכניסה למלון".
- אלא שבפועל לא קיים מלון במקום והבקשה להיתר לאישור השימוש המלונאי טרם הוגשה לאחר שנדחתה בקשה קודמת. בהקשר זה נחזור ונציין, כי בהתאם להחלטת המשיבה 1 לגבי בקשה 627/14, נדחתה הבקשה לשימוש במקום כבית מלון ונקבע כי בעת הזו השימוש אינו אפשרי ולצורך כך נדרשים הליכים תכנוניים נוספים (ראו פסקה 12 לעיל). לפיכך לא ניתן היה לבחון כלל האם הפתח נחוץ לצורך הפעלת המלון בהיבטי הנגישות ולא ניתן לבחון זאת גם כיום.
49. זאת ועוד וכפי שהובהר היטב במהלך הדיון בפנינו, חוות דעת המשנה ליועץ המשפטי נסמכה על ההנחה כי פתח הנגישות דרוש לשם הפעלת מלון מאושר תכנונית, או לשם הפעלת הוסטל הפועל במקום. הנחה זו לא נבדקה על-ידי המשנה ליועץ המשפטי וגם לא על-ידי הדרג המקצועי במשיבה.

טעותו הברורה של המשנה ליועץ המשפטי לעירייה התבררה במהלך הדיון בפנינו שעה שהסביר כי הסדר הנגישות הנחוץ כיום הוא להוסטל הפועל במקום, ואולם גם המשיבה 2 אינה חולקת על כך כי הכניסה להוסטל מבוצעת דרך כניסה קיימת אחרת.

50. טענת הצורך בהסדרי הנגישות לגבי הפתחים המערביים, בהם הפתחים לצורך הקמת בית הקפה, מופרכת אף יותר. ללא פתיחת הפתחים לא ניתן יהיה לגשת לבית הקפה מחזית הרחוב, וזאת בין אם מדובר באדם בעל מוגבלות ובין אם מדובר במי שאינו אדם בעל מוגבלות. במקרה זה סביר שלא ניתן יהיה כלל להפעיל בית קפה במקום, או שניתן יהיה להפעילו כאשר הגישה תהיה מתוך המבנה ובצורה לא נוחה. לכן השאלה אינה נגישות אנשים עם מוגבלות, אלא האם עצם פתיחת פתחים בחזית המבנה לשימור מחמיר על מנת לפתוח בית קפה, היא בבחינת צעד נכון. בחינת נושא זה חייבת להתבצע באמצעות תכנית.

51. בכתב התשובה הפנתה המשיבה 2 לפסיקה לפיה תכלית הסדרי הנגישות הקבועים בחוק התכנון והבנייה היא "כבודו של הנכה כאדם והשוויון בינו לבין שאר בני האדם" (בגץ 7081/93 שחר בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד (1) 19). אכן כך ולמותר להוסיף מילים אודות חשיבות עקרונות אלה המיושמות בהחלטתנו לגבי הסדרי נגישות.

ואולם וכאמור לעיל, אין בפנינו בקשה שמטרתה סיוע לאנשים עם מוגבלות ומוטב כי המשיבה היתה נמנעת מלהעלות על ראש טיעוניה טיעוני שוויון וזכויות חוקתיות, כאשר כל המעיין בתיק והשתלשלות הטיפול בו מגלה אינטרס מסחרי טהור.

לא למותר יהיה להוסיף בהקשר זה כי ניצול לרעה של הסדרי נגישות יביא, בראש ובראשונה, לפגיעה בציבור מוחלש זה. מן הראוי כי יזמים ימנעו מכך ובפרט נכון היה כי הועדה המקומית ושומרי הסף ידחו על הסף נסיון מעין זה.

52. ולאחר הדברים האלה ולמעשה למעלה מן הצורך, נפנה לאיזון המתבקש בין הוראות שימור ובין הסדרי נגישות.

53. נקדים ונאמר כי במישור העקרוני מקובלת עלינו החלטת ועדת הערר במחוז תל אביב בערר 5338/07 לנצט נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב, פורטס בנבו. במסגרת החלטה זו הובהרה חשיבות הסדרי נגישות גם במבנים לשימור. בנוסף, מקובלת עלינו העמדה שלפיה הסמכות לפטור מהסדרי נגישות במקרה של מבנה לשימור, הקבועה בסעיף 10 לתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקום ציבורי שהוא בניין קיים), תשע"ב-2011, צריכה להיות המזור האחרון והשימוש בה מותנה בכך שנבחנה כל חלופה אחרת, לרבות באמצעות תכנית שמאפשרת הסדרי נגישות. זאת ועוד, מקובלת עלינו הטענה שיש לפרש הוראות תכניות בצורה שמאפשרת ביצוע הסדרי נגישות ובמקרה של ספק פרשני – כך יש לנהוג.

לאור עקרונות אלה ברורה מסקנת ועדת הערר בערר לנצט. באותו מקרה התירה התכנית שינויים מסויימים במבנה לשימור (נפנה לסעיף 12.1.2(ב) ובעיקר לסעיף 12.1.3 לתכנית שעמדה ברקע ההחלטה). מכאן ניתן היה להסיק כי התכנית באותו מקרה התירה, נוכח הפרשנות המרחיבה הראויה בהקשר זה, גם הסדרי נגישות.

54. אלא שבענייננו אין כל ספק שהוראות התכנית אוסרות על כל שינוי בחזית המבנה וכפתחים. במקרה מעין זה לא מצאנו בהוראות הדין הוראה הקובעת, או המאפשרת, ביצוע הסדרי נגישות בניגוד לקביעה מפורשת בתכנית שימור. לעומת זאת וכאמור לעיל, נקבעה בתקנה 3(12) נורמה ברורה שלפיה סטייה מהוראות תכנית לשימור היא בגדר סטייה ניכרת ומכאן בניגוד לחוק.

זאת ועוד, בתקנות סטייה ניכרת ניתן למצוא רשימה של מקרים אשר מהווים כדרך שגרה סטייה ניכרת, ואולם כאשר הצורך בהם נובע מהסדרי נגישות, אין הדבר כך. נפנה לתקנות 2(15), 4(א)1(י) וכן לתקנה 4(ב) העוסקת בפירוט בנושאי נגישות. לעומת זאת, לא נקבע הסדר מעין זה לגבי תקנה 2(13) והמסקנה הברורה היא שלא ניתן לסטות, מטעמי נגישות, מהוראה ברורה של תכנית לשימור. בהקשר זה לשון התקנות ברורה ונשווה בין הוראת תקנה 2(13) ובין הוראת תקנה 2(15), הנמצאת ממש בסמוך לה, ומחריגה את נושא התאמות הנגישות:

"(13) בניה בניגוד להוראות התכנית הבאות למנוע השחתת ערכי דת, היסטוריה ונוף, או הוראות תכנית בדבר שימור מבנים או אתרים";

(15) סטייה מהוראות התכנית בדבר מספר מקומות חניה לכלי רכב או מהוראות התכנית המחייבות התקנת מקומות חניה תת-קרקעיים, למעט סטייה הנלווית לתוספת דירות מגורים שאושרה לפי פסקה (9)(ד); לעניין זה, לא יראו בצמצום מספר מקומות החניה במקום ציבורי קיים, לצורך ביצוע התאמת נגישות לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, סטייה ניכרת";

55. הוראות התקנות והתכניות ברורות אפוא. יודגש, כי תכלית ההוראות אינה למנוע כל שינוי בחזיתות מבנים לשימור, אלא קביעה כי הדרך לכך היא באמצעות תכנית במסגרתה יאוזנו מכלול השיקולים הכרוכים בבקשה.

56. לטענת ב"כ המשיבה 2 פרשנות זו, שלפיה פתיחת פתח במבנה לשימור מצריכה תכנית, היא פרשנות קשה. נקדים ונאמר כי כך הורינו במפורש מחוקק המשנה. נסיון של המשיבות לפטור קושי זה בפתיחת פתחים שנדרשים לציבור כולו, תוך השענות על שיקולי נגישות, מנוגד לדין וגם להגיונם של דברים.

לצד זאת נציין, כי תכניות רבות לשימור מאפשרות שיקול דעת לגבי שינויים מסויימים, וזאת במסגרת יישום התכנית, ומכאן כי הקושי מתעורר בעיקר לגבי שימור המכונה "שימור מחמיר ביותר". לגבי שימור מעין זה ונוכח הערכים המוגנים, קיימת הצדקה ברורה לכלל שנקבע בתקנות.

57. באשר להתמשכות ההליך התכנוני הנובע מכאן נוסף, מבלי לקבוע מסמרות בענין, כי אנו נוטים לקבל את פרשנות המשיכות והמועצה לשימור אתרים שלפיה שינויים מסויימים בפתחים, דוגמת השינויים המוצעים בענייננו, יכול שיתבצעו בדרך של תכנית בסמכות מקומית לפי סעיף 62א(א)5 לחוק. סעיף זה מקנה לוועדה המקומית סמכות לאשר בתכנית "שינוי של הוראות לפי תכנית בדבר בינוי או עיצוב אדריכליים". בדרך פרשנית זו, שהוצעה כאמור על-ידי המועצה לשימור אתרים, נוצר איזון בין הצורך בהליך מהיר לאישור שינוי פתחים במבנים לשימור ובין הערכים המוגנים בתכניות לשימור ובהוראות החוק והתקנות.

58. פרק נרחב מתגובותיה בכתב ובעל-פה הקדישה המשיבה 2 לנסיון להראות כי קיימת כביכול מדיניות המאפשרת פתיחת פתחים במבנים לשימור מהמיר בירושלים.

בחנית טענות אלה מעלה כי המקרים שהובאו הם מקרים ספורים לאורך עשורים רבים. למעשה, לגבי השנים האחרונות, נטען מקרה אחד (לגבי בית טיכו).

לעומת זאת, יש בתומר כדי לתמוך בטענת העוררת שלפיה המשיבה 1 אינה נוהגת לאשר שינוי פתחים במבנים לשימור בבקשות להיתר וכי מקרה בית טיכו הוא תקלה מצערת. מפרוטוקול הדיון בוועדה המקומית עולה טרונניית חברי הוועדה המקומית שלפיה באזורים אחרים בעיר ובבתים רגישים פחות, נחסמות בקשות במבנים לשימור, לרבות בקשות שיעודן נגישות (מעליות ועוד). למעשה התמונה העולה מהדיון ברורה ולפיה חברי הוועדה המקומית, לאור העמדה החדשנית שהוצגה בפניהם על-ידי הייעוץ המשפטי, משנים מדיניות קודמת שלפיה אין לאשר בקשות מעין אלה (עמ' 126,127 לפרוטוקול הדיון).

מכל מקום נחזור למושכלות יסוד ונציין כי קיום הוראות החוק אינו ענין למדיניות.

59. הנה כי כן, היתר הבנייה שהונפק הוצא בניגוד להוראות התכנית ומכאן שלא כדין. עם זאת, בנסיבות בהן מדובר בהיתר בנייה שהונפק ובפתחים שנפתחו, יש להידרש לשאלת נפקות הפגם.

נפקות הפגם – התוצאה היחסית הנדרשת בנסיבות המקרה

60. על סמכותה, ואף חובתה, של ועדת הערר לשקול שיקולי בטלות יחסית במקרים המתאימים עמד בית המשפט לעניינים מינהליים (נצרת) בעת"מ 1002/07 ועד מקומי יקנעם נ. ועדת הערר מחוז צפון, פורסם באתר נבו):

"אמנם, ועדת ערר הינה "מוסד תכנון", אך בניגוד למוסדות התכנון האחרים, שפעולתם ושיקוליהם תכנוניים גרידא, הרי ועדת הערר הינה גוף שתפקידו לבקר את גופי התכנון, וככזה עליו אף להפעיל שיקולים משפטיים לרבות שיקולים שבשיקול דעת, כדי להפעיל את סמכויותיו כגוף מבקר...

לטעמי, אין כל ספק כי בהפעילה את סמכותה כגוף מבקר, הדין בעררים, על ועדת הערר להפעיל שיקול דעת שיפוטי, או מעין שיפוטי, בדיוק כפי שבית משפט עושה זאת, שעה שהוא מעביר בהחלטה פלונית תחת שבט שיפוטי.

61. כאשר לתחולת הדוקטרינה על ענייננו, קרי על מצב בו נפל פגם בהיתר, מענין לציין כי פסק הדין ממנו התפתחה לאחר מכן מהדוקטרינה ניתן בנסיבות דומות. וכך התייחס לדברים השופט ברק (כתוארו אז) בעפ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, עמ' 361:

"מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה מבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון. דבר זה נכון בכל שטחי המשפט... הוא הדין בתחומי המשפט המינהלי. מכאן, שבטלותה של החלטה הייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו."

ובלשונו של הנשיא לנדוי בד"נ באותה פרשה: "המבחן אינו נוקשה, אלא הוא גמיש ויחסי, על-פי כל נסיבות הענין." (שם, עמ' 655).

לדין מקיף בסוגיית הבטלות היחסית ובהתפתחות ההלכה ראו דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי (2010) בעמ' 795 ואילך. במסגרת זו ולצד ההצדקות לדוקטרינה ראו גם את הניתוח הביקורתי בעמודים 826-833 ואילך ובמסגרתו את החשש כי השימוש בדוקטרינה יעודד הפרת חוק. כמענה לביקורת זו נקבע בפסיקתו העדכנית של בית המשפט העליון כי "השימוש בעיקרון של בטלות יחסית צריך להיעשות בזהירות רבה יותר ככל שהפגם שנפל בפעולת הרשות הוא חמור יותר, ולא כל שכן פגם של חוסר סמכות" (עעמ 8518/11 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה נ' אליוודן חברה לבניין בע"מ, פורסם בנבו, פסקה 27, ראו גם ברק-ארז 836-839).

62. נבחן אפוא סוגייה זו בהתאם לדוקטרינת התוצאה היחסית (או הבטלות היחסית). בהתאם לדוקטרינה זו יש להבחין בין הפגם שנפל ובין תוצאות הפגם, ובענייננו בין קביעתנו שלפיה היתר הבנייה הוצא בניגוד להוראות התכנית לבין טענת העוררות שלפיה עלינו לבטלו לאלתר. על דוקטרינה זו ועל יישומה בתחום התכנון והבניה עמד בית המשפט העליון בעע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע, פורסם בנבו, פסקה 107:

"אכן, לא כל הפרה מהותית של הדין גוררת בהכרח בטלות. יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאותיו. יש לבחון את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד הראוי לכלל נסיבות המקרה."

בהתאם להלכה זו עלינו לנסות לפעול במטרה לחתור לעשיית "צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה בצד מתן משקל הולם למהות אי-החוקיות או הפגיעה שבמעשה הרשות המינהלית, אשר גרר את בטלות ההחלטה".

63. באשר להיתר בכללותו דעתנו היא כי דוקטרינת הבטלות היחסית לא יכולה להותירו על כנו. במסגרת זו נדגיש כי לגבי שני הפתחים המערביים (פתחי בתי הקפה), איננו מוצאים כל טעם משפטי או תכנוני לכך.

נזכיר, כי בהקשר זה קיבלנו את טענת המשיבה 1 שלפיה נפל פגם ממשי בהליך אישור הבקשה להיתר. הנה כי כן, המשיבה 2 ביקשה היתר בניגוד להוראות הדין, תוך העלאת טענות נגישות מופרכות וגם כאשר קיבלה את מבוקשה לגבי הפתח המזרחי, לא הסתפקה בכך והביאה בהתנהלותה (כשילוב רשלנות בטיפול בבקשה מטעם המשיבה 1) לאישור היתר לא חוקי לגבי שלושת הפתחים.

64. סוגייה מורכבת מעט יותר היא האם ניתן לייחד יחס נפרד לפתח המזרחי. בהיבט זה ניתן לייחס משקל לאינטרס ההסתמכות של המשיבה 2 וכן לאפשרות שלפיה, בסופו של יום, יהיה צורך בפתח זה לשם כניסה לבית מלון, ככל שזה יאושר. מנגד, גם לגבי פתח זה מצאנו כי הפגם שנפל חמור, הן במישור עצם הסמכות לאשר הקלה והן במישור ההליך המתחייב לפי חוק. בנוסף יש לזכור כי אינטרס ההסתמכות לגבי פתח למלון מצומצם, בנסיבות בהן עצם השימוש במלון טרם אושר וממילא שאין צורך בשימוש בפתח בתקופה הקרובה.

לפיכך ולגבי הפתח המזרחי התוצאה הנכונה לדעתנו היא סיוג תוצאת הבטלות במישור הזמן, על מנת לאפשר למשיבה 2 לנסות להכשיר את הפתח המזרחי באמצעות תכנית.

סיכום

65. מבחינת טיעוני העוררות ניתן לסכם את הדברים כך:

לו היינו מקבלים רק את טענת העוררים שלפיה הוראות החוק והתקנות מונעות במפורש הקלה מתכנית שימור מחמיר. דיינו.

לו היינו מקבלים רק את הטענה כי בפרט הדברים נכונים לגבי שימור מחמיר של מונומטים בבירת ישראל. דיינו.

לו היינו מקבלים רק את הטענה לפגמים דיוניים חמורים בהליך אישור בקשה להיתר במבנה מעין זה. דיינו.


לו היינו מקבלים רק את הטענה כי במקרה דנן לא הוכח כלל צורך בהסדרי נגישות ואלה לא עמדו בבסיס הבקשה. דיינו.

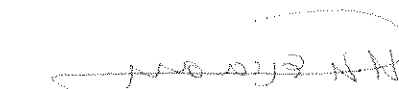
על אחת כמה וכמה עומדים הדברים כאשר נכונות כל הטענות גם יחד.

66. לאור האמור מתקבל הערר ואנו קובעים כי היתר הבנייה ניתן בניגוד להוראות התכניות החלות על המקרקעין, בסטייה ניכרת ובניגוד לדין. במישור התוצאה ולאור דוקטרינת התוצאה היחסית, אנו קובעים כי ההיתר כולו מותלה, כאשר לגבי שני הפתחים המערביים מדובר לדעתנו במקרה מובהק בו בטלות דעיקרא היא הסעד המתאים. לגבי הפתח המזרחי ניתן יהיה להתיר את ההתליה, ככל שתאושר עד ליום 1.9.2017 תכנית המאפשרת פתח זה.

67. ערר זה הוא ערר מוצדק מעין כמוהו ואילו המשיבה 2 בחרה להטיח בתגובותיה האשמות אישיות, שדרשו תגובה משלימה, נגד אדריכלים החברים בעוררת. בנסיבות אלה ונוכח מכלול הנסיבות שפורטו בהחלטה זו, נכון להטיל על המשיבה 2 את הוצאות העוררת, שהיא עמותה ציבורית שפעלה במקרה זה לשמירה על שלטון החוק וחזות העיר ירושלים. לפיכך תישא המשיבה 2 בהוצאות העוררת בסכום כולל של 15,000 ₪. נוכח הליקויים הקשים שפורטו לעיל, מן הראוי להטיל הוצאות גם על המשיבה 1 שתישא בהוצאות העוררת בסכום כולל של 5,000 ₪. ההוצאות ישולמו תוך 30 יום ולאחר מכן יישאו הפרשי הצמדה וריבית לפי דין.

ניתנה היום, יא בניסן תשע"ו, 19 באפריל 2016, בהעדר הצדדים.


אליעד וינשל, עו"ד
יו"ד ועדות ערר
מחוז ירושלים ומחוז הדרום


ליאת אורין סנדורי
מוכידת ועדות הערר
מחוז ירושלים