

עבירות בנייה - כשל הרשויות הפרטת מערכת האכיפה בפועל במסגרת אחריות עורכי הדין

מאת

ד"ר בועז ברזילי, שמאי מקרקעין*

מבוא

עבירות לפי חוק התכנון והבנייה הן מהנפוצות הקיימות היום. הסיבה לכך היא התועלת הכלכלית בה זוכה מבצע החריגה אל מול האכיפה הדלה בתחום.

סעיף 27(א) לחוק התכנון והבנייה, מטיל חובה כללית על הרשות המקומית ועל הוועדה המקומית להבטיח את קיומן של הוראות חוק התכנון והבנייה וכל תקנה על פיו. עצם הטלת החובות על הרשות, יוצרת הסתמכות של רוכשי או שוכרי המבנה, שניתן לו היתר בנייה ותעודת גמר כחוק, על כך שהוועדה המקומית אכן פעלה על-פי חובותיה בחוק וכי המבנה נבנה בהתאם לחוק, באיכות ראויה ובשיטות בנייה בטוחות ומקובלות.

למרות חובתן של הרשויות, ועדות התכנון המקומיות מתקשות לבצע אכיפה יעילה של הוראות התכנון והבנייה. אי-אכיפה של חוקי התכנון ולעתים "הכשרה בדיעבד" (לגליזציה) של עבירות בנייה, מולידות מסר לא נוח של הזנחת האינטרס הציבורי כאשר "כל דאליים גבר" ואף נותנות עידוד לעברייני עד כי נוצרת אצלו ציפייה שמעשיו יוכשרו בדיעבד.

עסקאות מכר במקרקעין מפגישות לא אחת את הצדדים לעסקה עם חריגות בנייה במקרקעין. לאחרונה, מתרבות החלטות שיפוטיות המטילות אחריות מקצועית על עורכי דין המייצגים צד בעסקת מקרקעין, בגין הפרת חובת זיהירות כלפי הלקוח כיוון שלא בדקו את מצבו התכנוני של הנכס ואת חריגות הבנייה הקיימות בו.

שורת פסקי הדין הביאה לתשומת לב יתרה של עורכי הדין לעניין מצבו התכנוני ורישוי של הנכס נשוא העסקה. בין היתר כתוצאה מתשומת לב זו, מתגלות פעמים רבות חריגות ולעתים הן מוסדרות על-ידי המוכר כחלק מתנאי העסקה. מהצד השני הטלת אחריות משפטית זו, יוצרת תחושה של העברת אחריות האכיפה אל כתפיהם של עורכי הדין במקום בו כשלה הרשות לאכוף את אותם חוקי בנייה והופכת את עורכי הדין לאוכפי החקיקה בפועל.

* המחבר הינו שמאי מקרקעין בעל משרד פעיל, גיאוגרף המתמחה בתכנון עירוני באוניברסיטת תל-אביב ומרצה בתחומי התכנון והבנייה באוניברסיטאות תל-אביב, חיפה וירושלים. עד שנת 2007 כיהן כחבר ועדת ערר מס שבח שליד בית המשפט המחוזי בחיפה.

מסגרת הטיעון במאמר זה תהיה דיון תמציתי בתועלת הכלכלית בביצוע חריגות הבנייה, דיון בכשל הרשות לאכוף עבירות בנייה, הנוק הציבורי באי-אכיפת חוקי הבנייה, אחריות עורכי הדין לחריגות בנייה במסגרת ייצוג צדדים בהסכמי מקרקעין, היקף הבדיקות הנדרשות קודם לרכישת מקרקעין וסיכום. בין היתר מטרת המאמר להוליך לדיון בשאלה: האם עומק האחריות של עורכי הדין על חריגות בנייה במסגרת הסכמי מכר, הופכים אותם בפועל לאחד הגורמים המרכזיים האוכפים את חוק התכנון והבנייה, במקום בו כשלו הוועדות בתפקידן המתחייב בחוק?

התועלת הכלכלית בביצוע חריגות בנייה

תכניות בניין עיר מגבילות את ניצול המקרקעין. אחת הדרכים האפשריות להרחיב בנייה מעבר למגבלות הקבועות ביחס לאותה קרקע, היא רכישת קרקע צמודה נוספת. כאשר קיימת בנייה ללא היתר החורגת מהמגבלות שקבעה תכנית בניין העיר החלה במקום, מורחבת הבנייה תוך "חסכון" בעלות רכישת אותה הקרקע.

דרך אפשרית נוספת להרחבת הבנייה היא אישור תכנית המהווה שינוי להוראות תכנית בניין העיר התקפה, בין אם במסגרת שינוי ייעוד בתכנית מפורטת ובין בהליך עקיף כמו הקלה או שימוש חורג. הליך שינוי הייעוד הוא הליך ארוך ולא ודאי, מותנה בעמדת הרשויות, בהליך של ביקורת ובהתנגדויות. ההליך העקיף קצר יותר, אולם גם הוא מותנה בעמדת הרשויות, בביקורת ציבורית ובהתנגדויות. לשני ההליכים מתלווים עלויות ותשלומים לרשות. בנייה בחריגה וללא היתר "חוסכת" את הליך שינוי הייעוד משכו ומימונו.

חריגת בנייה מעבר לזכויות הקבועות בתכנית בניין עיר, גם אילו הייתה מאושרת באחת הדרכים שלעיל, "חוסכת" את תשלומי החובה החלים במקרה של הרחבת בנייה כמו למשל היטלי השבחה, אגרות, ארנונה אם השטח אינו מדווח או לא גלוי לרשויות, או תשלומים לרשות מקרקעי ישראל במקרה של שינוי ניצול או שימוש.

גם כאשר חריגת הבנייה היא במסגרת המגבלות האפשריות בתכנית בניין עיר וסביר כי הייתה מתאשרת אם הייתה מתבקשת, מתקיימות חלק מההטבות הכלכליות שלעיל כמו חסכון בתשלומי חובה, "זירוז" ההליך וצמצום הביקורת הציבורית עליו (לרבות מגבלות הרשויות).

לעתים חריגות בנייה משמשות דרך "לעקוף" הסדרים קנייניים במקרקעין וביקורת של השותפים למקרקעין.

כשל הרשות באכיפת עבירות הבנייה

מדי הרשויות מידע רב ביחס לעבירות בנייה. למשל, גביית ארנונה עבור מבנים לא חוקיים ומדידות טרנס אישורי מכירה. הימנעותן של הוועדות המקומיות מפעולות אכיפה משמעותיות סיבות רבות לה. חלקן נובעות מחוסר אינטרס - חוק התכנון והבנייה מאפשר

Formatted: Highlight

מצב בו הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בשלטון המקומי אינן מופרדות. לעתים קרובות קיימת זהות של ממש בין יושב ראש הוועדה המקומית כרשות מחוקקת לראש הרשות המקומית כרשות מבצעת. כאשר ראש הרשות מתבקש לאכוף חוקי תכנון לקהל בוחריו, עלול להיווצר מצב של חוסר אינטרס אישי לאכוף את חוקי התכנון, תוך הזנחת האינטרס הציבורי.¹

סיבות נוספות לקשיי האכיפה, מקורן בקושי כלכלי להעמיד כוח אדם למערכת אכיפה לצד התמשכות הליכי האכיפה והדיון המשפטי. חלקן נובעות מהתפיסה כי מערכת בתי המשפט מקלה בעונשים על עבריין הבנייה ומותירה את הוועדה בחסרון כיס בהליך המשפטי.

הימנעות מאכיפה לא רק מחריפה את ההשפעות הסביבתיות השליליות של הבנייה הלא חוקית, היא גם פוגעת בשלטון החוק ובאמינות מערכת אכיפת החוק בעיני הציבור.

סעיף 28 לחוק התכנון והבנייה מאפשר כפיית ביצוע על הוועדה המקומית בידי הוועדה המחוזית, כשהוועדה המקומית אינה מקיימת את תפקידה. אכיפת ביצוע זו נובעת מתוך ההכרה כי הסמכות שהוענקה לוועדה המקומית לנהל תביעות פליליות בתחום התכנון והבנייה לאכיפת החוק, אינה גורעת מסמכות המדינה לנקוט הליכים לאכיפת החוק בתחום מרחב התכנון של הוועדה המקומית.²

למרות שהענקת היתר בנייה לא חוקי יכולה להביא לביטולו כלא היה של היתר, בפועל יש קושי להרוס מבנה בדיעבד, עקב עקרון ההסתמכות של הפועל על-פי היתר.

לא אחת חוששים חברי ועדה מקומית מאחריות אישית בעת קבלת החלטה ואחת מתוצאות הלוואי השליליות של הטלת האחריות על גורמי התכנון בוועדות התכנון, היא הירתעותם של חברי ועדה מלבצע או לאשר פעולה תכנונית לאחר קבלת מכתב מיועץ משפטי של צד זה או אחר שמודיע להם שפעולתם אינה חוקית, בין אם יש בכך ממש ובין אם לאו. ניסיון של אותם חברי ועדה לפנות ליועץ המשפטי של הוועדה המקומית ולקבל ממנו הוראות משפטיות נתקל לא פעם בקבלת ייעוץ מתחמק וזהיר, מתוך שאיפה של היועץ המשפטי להגן על עצמו במקרה שדעתו לא תתקבל בסופו של יום על-ידי המערכת המשפטית.

במשך הזמן ובין היתר בשל האמור, הפכו עבירות הבנייה ל"מכת מדינה".

בית המשפט העליון אף העיר בעניין **אבו נימר**:³

"לצערנו, הפכו עבירות נגד חוקי התכנון והבנייה לחזון נפרץ, ורבים וגם טובים איש הישר בעיניו יבנה. זוהי פגיעה חמורה וקשה בשלטון החוק, המזולזל לעין

1. על תופעה זו ראו בהרחבה: בועז ברוזילי, "החקיקה בתכנון ובנייה - לאן?" **מקרקעין** ט/4 (יולי 2010) עמ' 41.
2. רע"פ 9321/03 **אדרת אהרון ואח' נ' מדינת ישראל** (18.8.05), אתר מקרקעין: www.mekarkein.co.il (להלן: "אתר מקרקעין").
3. ע"פ 920/85 **הוועדה המקומית גליל מזרחי נ' אבו נימר** (10.8.87), פ"ד מא(4) 29 (1987) ואתר מקרקעין.

השמש, ואין איש שם אל לב לאזהרת הגורמים המוסמכים ולפקסי הדין של בית המשפט.

ביום 5.4.2017 אושרה בקריאה שנייה ושלישית הצעת חוק⁴ שעניינה אכיפה וענישה בתחום עבירות התכנון והבנייה. בין היתר התיקון לחוק מרחיב את סמכויות האכיפה של רשות מקומית שהיא חלק מוועדה מרחבית, לאחר המלצת ועדה מיעצת שתקבע כי הרשות מסוגלת לנהל מערכת אכיפה יעילה ומקצועית לפי הוראות חוק התכנון והבנייה ובכפוף למתן זכות שימוע לוועדה המרחבית שהרשות נמצאת בתחומה. לרשות מקומית המוסמכת לאכיפה, יינתנו בתחום השיפוט שלה, כל התפקידים והסמכויות של הוועדה המרחבית לפי פרק י'.

אין די בהרחבת הסמכויות ובאמצעים הנוספים שהעניק תיקון 116 בחוק התכנון והבנייה. טיפול יעיל בעבירות בנייה דורש לנתק את הקשר בין נבחר הציבור ליושב ראש מערכת האכיפה שהוא יושב ראש הוועדה המקומית לתכנון ובנייה והפיכתה של רשות האכיפה לעצמאית, מקצועית ובלתי תלויה בשיקולים פוליטיים.

סיבה נוספת הקשורה במבנה החוק היא הוראות "גמישות" שתפקידן להתמודד עם מקרים יוצאי דופן, בהם החוק לא העניק פתרון למציאות קיימת בשטח עוד טרם החלתו, או פתרון בנייים, זמני, לצורך מידי ומשתנה ("הקלה" או "שימוש חורג"). התועלת הכלכלית שבאישור מסלול "עוקף" הכולל חריגות ממסגרת התכנון הנורמטיבית, הביאה לכך שבמשך השנים, הפכה החריגה שבחסות החוק לכלי תכנון מרכזי. השימוש בכלי הפך כה מרכזי, עד שלעתים מאושרת תכנית בניין עיר כאשר ידועה כוונת היזם לבקש בשלב שני אישור חריגות, הנשענת על התכנית שאושרה לא מכבר גם כשאינן לכך הצדקה תכנונית. פיצול השלבים נועד כדי למנוע ביקורת ציבורית המתאפשרת בהליך אישור תכנית ומוגבלת בהליך אישור הקלה. באופן זה, לעתים תכנית בניין עיר אינה סוף פסוק, אלא היא רק המסגרת הכללית של התכנון, שיושלם מאוחר יותר במסגרת של הקלה ופריצת המסגרת הנורמטיבית אותה מתיר החוק עצמו.⁵ הממסד התכנוני בישראל אינו נרתע מתופעה זו. אדרבה, הוא משתף פעולה עם תופעה זו ואף משתמש בה לצרכיו.⁶ בכך, קיים סחף במדיניות התכנון המוצהרת ותחושה של היעדר חוק מרחבי. התכנון הכוללני וארוך הטווח אינו מתפקד כגורם מנחה ויזום, אלא נתפס דווקא כמכשול שיש להסירו.

הנזק הציבורי באי-אכיפת חוקי הבנייה

שלטון שנתפס כמעדיף אינטרסים פוליטיים על אלו המקצועיים ושלטון שנתפס כגוף שאינו מייצג את האינטרס של הכלל כאמת בוחן ראשונה במעלה, מעניק לגיטימציה חלקית לתופעת עבריינות הבנייה. גוף המשתף פעולה עם תכנון העוקף ביקורת ציבורית, החורג

4. חוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 116), התשע"ז-2017, ס"ח 2635, עמ' 884.
 5. ראו בהרחבה: בועז ברזילי, "שימוש חורג - כשהחריג הופך לנורמה והנורמה לחריג", **מקרקעין** ז/4 (יולי 2008) עמ' 100.
 6. ראו:
 Barzilay B., **External Effects of Planning Proceed** (A thesis for Doctor Degree) Tel-Aviv university (2006).

ממסגרת התכנון הנורמטיבי, עלול ליצור מצבים בהם הציבור לא מחכה לגושפנקה החוקית טרם יישום תפיסותיו הלכה למעשה. אם נוסף לכך את הכשל בענישה ובאכיפת חוקי התכנון, תלך החריגה ותתרחב עד כי יהיה לא מעשי לאוכפה עוד, גם אם יהיה רצון בכך.

התרחבות תופעת עבריינות הבנייה גוררת הידרדרות בתחושת האחריות המוסרית בביצוע של אותן עבירות, עד כדי חלחול תחושה רחבה בציבור של לגיטימציה חלקית לביצוע עבירות הבנייה והתעלמות מהנוק האמיתי שלהן.

נוק נוסף בהתפשטות תופעת עבירות הבנייה ואי-אכיפתן הוא נזק חינוכי. במקום שנושא התכנון, המקיף את כלל האזרחים, ישמש דגל לערכי השמירה והשוויון בפני החוק, קיימת תחושת התרופפות ורמיסה של ערכי השמירה על החוק וכשל של השלטון להתמודד עם התופעה ובמקרים מסוימים הוא אף מעודדה או מצדיקה.

ניתן למנות עוד שורה ארוכה של נזקים באי-אכיפת עבירות הבנייה. אין זה עיקרו של הדיון מצד אחד אולם לא ניתן להתעלם מחשיבות הדיון הציבורי והכללי בסוגיות אלו. אזכיר מקצתם של נזקים נוספים על קצה המזלג: סכסוכים משפטיים הנובעים מחידות שימושים חורגים אל תוך השטח הציבורי, לעתים תוך פגיעה בציבור וצמצום המרחב הציבורי העומד לרשותו; סכסוכים במקרקעין שכנים וסכסוכי שכנים; העמסת עלויות על ציבור (למשל, בפיצול יחידות קיימת העמסה על תשתיות פנוי אשפה/ציפוף מוסדות לימוד/חניות וכד'); קושי להסדיר רישום במקרקעין משותפים כאשר בחלק מהיחידות קיימת חריגת בנייה ופגיעה אפשרית, קניינית וכלכלית; קושי בנטילת משכנתאות למבנים בעלי חריגות בנייה הנובע ממדיניות מוסדות בנקאיים; חלוקת משאבים לא שוויונית כאשר יש מי שמשתתף בעלויות הציבוריות (בדרך של היטלי השבחה/אגרות בנייה/ארנונה וכד') לעומת אלו שבנו בחריגה ועוקפים תשלומים אלו.

אחריות עורכי הדין לחריגות בנייה במסגרת ייצוג צדדים בהסכמי מקרקעין

לעורך הדין חובת יש זהירות קונקרטיה שהיא פועל יוצא של "מבחן הצפיות". לא כל טעות בשיקול דעת של עורך דין מהווה מחדל העולה כדי רשלנות. המבחן הוא של עורך הדין הסביר והנבון. במסגרת מבחן זה ייבחן האם היה על עורך הדין לצפות כי לקוחו יפסיד את זכויותיו באם לא ינקטו פעולות משפטיות מסוימות או באם לא ייעץ ללקוחו בדבר פעולות אותן נדרש לבצע בעצמו בהתאם להוראות הדין.⁷

אחריותם של עורכי הדין נגזרת ממערכת היחסים בין עורך דין ללקוח הכפופה למספר תחומי משפט, בכללם במסגרת הדין הכללי - דיני החוזים ודיני הנזיקין. בנוסף, כפופה מערכת היחסים למערכות חוקים ונורמות נוספים:

- **דיני החוזים** - אחריות עורכי הדין לפי דיני החוזים נשענת על כך שבין עורך הדין ללקוחו מתקיימים יחסים חוזיים. הלקוח מוסר את הטיפול בעניינו לעורך הדין.

7. ת"א (חיפה) 20881-06-09 ירון ברק ואח' נ' יצחק ריינפלד ואח' (26.12.13), אתר מקרקעין.

מצדו עורך הדין נוטל כלפי לקוחו אחריות וסביר שהלקוח יסתמך על כך שבא כוחו פועל במקצועיות, מיומנות וזהירות, ראו דברים שנאמרו בעניין **שרמן**⁸ וצוטטו בעניין **דורנבאום**⁹:

“עורך דין, המקבל על עצמו טיפול בענייניו של לקוח... רואים אותו כמי שמציג לפניו מצג מכללא 'לפיו הוא בעל הכישורים המתאימים, הידע והיכולת להבין ולנהל את הבעיה המוצגת בפניו וכי הוא מתעתד להפעיל מידה של אחריות סבירה שבה היה נוהג עורך דין רגיל בנסיבות דומות'.”

- **דיני הנזיקין** - אחריות עורכי הדין לפי דיני הנזיקין נשענת על כך, שכאשר מפר עורך הדין את חובת הזהירות כלפי הלקוח, לפעול במיומנות, מקצועיות ונאמנות, קמה אחריות מכוח עוולת הרשלנות שבפקודת הנזיקין.¹⁰
- **חוק לשכת עורכי הדין**¹¹ - סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין קובע:

“במילוי תפקידיו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית המשפט לעשות משפט.”

מכוח חוק לשכת עורכי הדין וכללי האתיקה המקצועית¹² קמה חבות של מסירות ונאמנות.¹³ עורך הדין שכשל בחובת הזהירות עלול להיתפס כמי שלא פעל במילוי תפקידו לטובת שולחו “בנאמנות ומסירות” ובכך הפר חובה שבחוק.

- **חוק השליחות**¹⁴ - ביסודם של יחסי שליחות מונח אינטרס השולח.¹⁵ סעיף 8 בחוק השליחות, הדין ביחסים שבין השולח לשלוח, קובע:

“קיבל אדם עליו להיות שולח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולפעול בהתאם להוראותיו...”

עורך הדין שכשל בחובה לנהוג כלפי שולחו בנאמנות הראויה עלול להיתפס כמי שהפר חובה שבחוק השליחות. אולם לא רק זו, היחסים בין המשלח לשליח הם יחסים חוזיים. אי-ביצוע השליחות עלול להיחשב להפרת חוזה ובמקרה זה יחולו דיני

8. ע"א 37/86 משה לוי ואח' נ' יצחק יחזקאל שרמן ואח' (10.9.90), פ"ד מד(4) 446, 464 ואתר מקרקעין.
 9. ע"א 2625/02 סילביו נחום עו"ד נ' רחלי דורנבאום ואח' (1.3.04), פ"ד נח(3) 385 ואתר מקרקעין.
 10. שם.
 11. חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.
 12. כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986.
 13. עלי"ע 7/73 עורך דין פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו (25.2.74), פ"ד כח(1), 679, 683 ואתר מקרקעין.
 14. חוק השליחות, התשכ"ה-1965.
 15. ע"א 247/88 אופקים נסיעות ותיירות בע"מ נ' קלווין קרוא, פ"ד מו(3) 409 (1992) וראו גם: ע"א 569/90 אלסינט בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 80, 82 (1981).

החוזים.

- **חוק הנאמנות**¹⁶ - יחסי נאמנות הם יחסים משפטיים שבין הנאמן לבין הנהנה ובמקרקעין ביחס לנכס מסוים, קרי בין בעל הנכס למי שפועל עבורו. בסעיף 10ב בחוק הנאמנות נקבע:

”במילוי תפקידיו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות.”

בשורה התחתונה, עורך הדין חב בחובת זהירות ובהפעלת מיומנות סבירה בטיפולו בענייני לקוחו בייעוץ, בייצוג ובכל דרך שהיא. כשלונו של עורך הדין לפעול במיומנות וזהירות בהיקף הראוי, ייתפס כהפרת חובה.¹⁷

בשורה של פסקי דין נקבע עומק אחריותו של עורך הדין בייצוג לקוח בעסקת מקרקעין, אשר מוליכים לכך כי אי-בדיקת מצבו התכנוני של הנכס והתאמתו להיתר עולה כדי רשלנות מקצועית של עורך הדין.¹⁸ אי-בדיקת מצבה התכנוני של הדירה, עלולה לעלות כדי התרשלנות של עורך הדין, אף אם נבדקה על-ידי אחרים שאין מומחיותם בבדיקה זו.¹⁹

אין חולק על קיומה של חובה שלא לנהוג ברשלנות, אולם באופן צר יותר תוגדר השאלה: האם עורך הדין השתמש במשלח ידו במיומנות תוך נקיטת מידת זהירות שאדם סביר, נכון וכשיר לפעול באותו משלח היד היה משתמש בה ונוקט אותה בנסיבות העניין.²⁰ רשלנות מקצועית של עורך הדין בתפקידו עלולה להקים חבות משפטית כלפי הלקוח בדין החוזים (הפרת חוזה) ובדין הנוזיקין (עוולת רשלנות).²¹

היקף הבדיקות התכנוניות בעת רכישת מקרקעין

כאשר שוכר צד לעסקה את שירותיו של עורך דין, הוא צופה בתורת ציפייה זהירה כי עורך הדין יבצע את הבדיקות הנדרשות לגבי הנכס ובכלל זה מצבו התכנוני. ציפייה זו חלה גם כאשר המזמין הוא בעל ידע וכישורים משל עצמו.²² המומחיות המקצועית של עורך הדין צריכה לשמש אותו ואת לקוחו באיתור של כל הטעון בדיקה ובכלל זה בוועדה לתכנון, מחלקת ההנדסה המתאימה וכד'.²³ לא די לעורך הדין להעביר את אחריות הבדיקה אל הלקוח. הוא נדרש להנחות אותו איזה מסמכים עליו לבדוק ואיזה בדיקות עליו לעשות.²⁴

16. חוק הנאמנות, התשל"ט-1979.

17. עניין **שרמן**, הי"ש 8 לעיל.

18. תק (חיי) 66907-03-17 **דוד סילבר נ' עו"ד אבי קלינגהופר** (10.9.17), פורסם ב**נבו**.

19. הי"פ (יר) 701-09 **אברהם קרלין נ' חיים אלקובי**, פורסם ב**נבו** 12.12.13.

20. ע"א 751/89 **ברכה מוסהפור ואח' נ' עו"ד אדוארד שוחט ואח'** (27.7.92), פ"ד מו(4) 529 ואטר מקרקעין.

21. עניין **שרמן**, הי"ש 8 לעיל.

22. ת"א (מחוזי מרכז) 33301-02-12 **שרון כהן נ' עו"ד חנוך וסרצוג** (23.10.14), פורסם ב**נבו**.

23. עניין **מוסהפור**, הי"ש 20 לעיל; וראו גם: ת"א (מחוזי ת"א) 2706/07 **מיכאל אבני נ' עו"ד יעקב הרכבי**

(16.6.13), פורסם ב**נבו**.

24. עניין **דוד סילבר**, הי"ש 18 לעיל.

דיון זה מצומצם לבדיקות תכנוניות. היקף הבדיקות יכול להשתנות בהתאם לאופי הנכסים. לעתים יכולה לחול חפיפה בין הבדיקה המשפטית לתכנונית ובהקשר מצומצם זה ציינתי גם את בדיקת הזכויות המשפטיות:

- **זכויות משפטיות** - לעתים לזכות משפטית יכולה להיות משמעות תכנונית. כך למשל באדמות מדינה או אדמות בחכירה, בהן שיעורי הניצול מוגבלים. לעתים הרחבת הניצול בהתאם לזכויות התכנוניות המלאות יכולה לגרור תשלום בגין הניצול הנוסף שמעבר לזה שהותר בחוזה החכירה. במקרה זה, התשלום בין הצדדים להסכם עבור המקרקעין, יכול שלא יהיה האחרון בשורת התשלומים אותם יידרש הקונה לשלם, בבואו לנצל בנייה, גם אם היא בהיקף הזכויות הקיימות והמאושרות בתכנונית תקפות עת רכש אותן.²⁵
- **זכויות תכנוניות ואפשרויות הניצול** – בחינת היקפי הבנייה האפשריים במקרקעין בתכנונית בניין עיר ומגבלות ניצולם; הפרשות לצרכי ציבור; שימושים מותרים. שינויים תכנוניים יכולים להביא למצב בו היקף השטחים או השימושים שהותרו לפנים בהיתר הבנייה בעת הוצאתו והקמת המבנה, אינם תואמים את אלו שבתכנונית בניין עיר התקפות בעת ביצוע העסקה. דוגמה נוספת שימוש חורג שאושר המתקיים בנכס אולם תקפו פג.
- **רישוי** - התאמת הממכר להיתרי הבנייה. בחינת חריגות בנייה. ככל שיש חריגות בנייה ברור היקפן ועמידתן במסגרת תכנונית בניין עיר תקפות בעת ביצוע העסקה. במסגרת זו יש לבחון האם ניתן להכשיר בדיעבד את החריגות מהבחינה התכנונית. ככל שניתן להכשירן בדיעבד, האם כרוכה ההכשרה בעלות כספית (למשל היטלי השבחה). ניתן להרחיב את הבדיקה לחישוב עלויות מקורבות.
- יש לבחון התאמה בין הרישום בנסח הרישום ובמסמכי הבית המשותף ככל שקיימים, להיתרי הבנייה. לעתים משקף תשריט הבית המשותף או נסח הרישום מצב קיים בעת הרישום (למשל דירה במרתף), בעוד היתר הבנייה לא התיר שימוש זה (אם למשל התיר מחסן במקום בו הוקמה דירת מגורים שנרשמה ככזו בטאבו).
- **בדיקות סביבתיות** - בדיקת התכנון הסביבתי, שינויים אפשריים ידועים בעת עריכת העסקה בסביבה המיידית והשפעות אפשריות על הנכס הנמכר. למשל, מבנה ציבור מותכנן בקרקע ריקה המהווה מרחב פתוח בעת ביצוע העסקה.²⁶

25. מכיוון שהדיון צומצם לעניין הבדיקה התכנונית לא הורחבו סוגיות נוספות הצריכות בדיקה, כמו למשל: זיהוי המוכר, בדיקת עיקולים, חובות כספיים, שעבודים וכד'.

26. גם כאן, מכיוון שהדיון צומצם לעניין הבדיקה התכנונית לא הרחבתי סוגיות אפשריות נוספות, כמו למשל: בדיקות קרינה, מפלסי רעש, זיהום אוויר, בדיקות זיהום בקרקע בקרקעות ריקות, פליטות גז במבנים תת קרקעיים וכד'.

- **היטל השבחה** - בחקיקה הקיימת היטל השבחה חל על המוכר. כאשר בנכס מתקיימות זכויות מותנות שטרם נוצלו, מאפשרת הפסיקה הקיימת לדחות את התשלום או חלקו לעת מימוש הזכויות המותנות בהיתר בנייה.²⁷ במקרה כזה, עלול הקונה לגרור אחריו חבות בהיטל השבחה לעת הרחבת המבנה, גם אם מקור החבות בתכנית בניין עיר שאושרה טרם רכישת הנכס על-ידו.²⁸

סיכום

התועלת הכלכלית בה זוכה מבצע עבירות בנייה אל מול האכיפה הדלה בתחום, יוצרת תחושה של הזנחת האינטרס הציבורי. הכשרות בדעבד של חריגות בנייה, אף הן מביאות להידרדרות בתחושת האחריות המוסרית בביצוע עבירות הבנייה, עד כדי לגיטימציה חלקית לביצוע עבירות אלה. כשל זה של הרשויות מסתיר את הנוק האמיתי של עבירות הבנייה. השלטון המרכזי שאינו דואג לשנות מצב בו החוק מאפשר לנבחר ציבור לאכוף חוקי בנייה של קהל בוחריו ואינו דואג להפריד את סמכויות הרשות המחוקקת והמבצעת בשלטון המקומי, יוצר תחושה לא נוחה בציבור. השלטון נתפס כמי שמשתמש בחוק לצרכיו, מעודד חריגה מהנורמות המרכזיות ומאפשר עקיפת הוראות החוק, גם אם התנהלות זו אינה עומדת בשורה אחת עם האינטרס הציבורי ותחושת המוסר הכללית. התכנון הנורמטיבי מאבד את מרכזיותו וקיים עידוד לתכנון העקיף והחריג. מכאן המרחק לעבריינות בנייה מתקצר.

אי-האכיפה שבין היתר היא פועל יוצא של מבנה המנגנון החוקי, מבנה וסמכויות רשויות התכנון, יוצר מצב בו סדר היום התכנוני נתפס גם ולעתים בעיקר, כפוליטי. במצב זה, נדחק לפינה הערך של שמירה על החוק המרכזי ומועדף הערך של "הליכה בין הטיפות".²⁹

מבנה החוק מעודד חריגות מנורמות התכנון אשר הגבול בינן לבין עבריינות בנייה קצר ולא תמיד מובחן. מבנה מוסדות התכנון לא תורם לצמצום המוטיבציה של נבחר השלטון לשתף פעולה עם תופעת עבריינות הבנייה. פעולות של עבריינות בנייה "מנוקות" מאשמה מוסרית ויוצרות בקרב הציבור תחושת סלחנות כללית לעבירות אלה.

לכשל של הרשויות באכיפת עבירות הבנייה מחיר כלכלי, חינוכי וציבורי גבוה.

בעסקאות מקרקעין נפגשים הצדדים בעבירות הבנייה ככל שקיימות, בזמן ביצוע העסקה. עורכי הדין מחויבים בבדיקה או בידוע הלקוחות שלהם בכל הבדיקות הנדרשות לגילוי עבירות הבנייה. המחוקק ובתי המשפט מטילים אחריות רחבה על עורכי הדין המייצגים צד זה או אחר בעסקה לגילוי עבירות הבנייה (בדרך כלל את הקונה בבחינת "יזהר הקונה").

27. רע"א 3002/12 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה גבעתיים נ' אליק רון (15.7.14), אתר מקרקעין.
 28. גם כאן, מכיוון שהדיון צומצם לעניין הבדיקה התכנונית לא הרחבתי סוגיות אפשריות נוספות כמו מיסוי, שיכול למשל להשפיע על היקף הותרת כספים בנאמנות להבטחת זכויות הרוכש וכד'.
 29. על תופעה זו ראו בהרחבה: בועז ברזילי, "עבירות בנייה - בין חוק העונשין לחוק התכנון והבנייה", **מקרקעין** י/4 (יולי 2011) עמ' 43.

מידת האחראיות שנוטלים עורכי הדין והזהירות הנדרשת מהם מחד גיסא, אל מול מצב בו הרשויות כושלות מלמלא את תפקיד האכיפה מאידך גיסא, הופכים את בעלי המקצוע לשומרי הסף בפועל.

הסרת אחראיות האכיפה והעברתה מהרשויות אל כתפיהן של עורכי הדין, יכולה להיות נוחה לרשות, קל וחומר לראש הרשות הנדרש לכפות אכיפת חוקי התכנון על קהל בוחריו, אולם היא בעלת מחיר ציבורי גבוה.