



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

עע"ם 8249/08

בפני :
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית

המערערים :
1. יחזקאל בנק
2. מרגלית בנק

נגד

המשיבים :
1. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז מרכז
2. הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקווה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים
בתל אביב יפו בתיק עת"מ 1208/08 שניתן ביום 2.7.08 על
ידי כבוד השופטת ר' רונן

תאריך הישיבה : ח' בניסן התש"ע (23.3.2010)

בשם המערערים : עו"ד שחר הררי

בשם המשיבה 1 : עו"ד אורי קידר
בשם המשיבה 2 : עו"ד מיכל אגסי

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב-יפו (כב' השופטת ר' רונן) מיום 2.7.08 בעת"מ 1208/08, אשר דחה את עתירת המערערים על החלטת המשיבה 1 (להלן: הוועדה המחוזית) בגדרה נדחתה בקשת העותרים לקבל היתר בנייה למבנה שכבר נבנה על ידם במקרקעין במתחם "ירקונים" שבפתח-תקווה.

העובדות הצריכות לעניין

1. בשנת 1996 הגישו המערערים למשיבה 2 (להלן: הוועדה המקומית) בקשה להיתר לבניית מבנה חקלאי בן קומה אחת בשטח של 1,814 מ"ר במקרקעין

שבבעלותם, הידועים כגוש 6348 חלקה 41 במתחם ירקונים בפתח תקווה. הבקשה נדחתה על ידי הועדה המקומית מן הטעם ש"המבנה המוצע מבחינת גודלו, מספר הקומות שלו והתכנון הכללי, לא מיועד לשמש כמבנה חקלאי". משסורבה הבקשה שבו והגישו המערערים בקשה מתוקנת שאף היא נדחתה. על החלטה זו הגישו המערערים ערר לועדת הערר במחוז מרכז, ומשנדחה הערר פנו בעתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב-יפו (עת"מ 68/97).

במסגרת העתירה הגיעו הצדדים להסכם פשרה, שקיבל תוקף של פסק דין ביום 13.11.97 (להלן: פסק הדין). בהסכם הפשרה נקבע כי הועדה המקומית תנפיק למערערים היתר בנייה להקמת מבנה חקלאי שייבנה בהתאם להיתר הבניה בלבד. כן נקבע כי אם יגישו המערערים, לאחר קבלת היתר הבנייה, בקשה לקבלת היתר לשימוש חורג למסחר ו/או אחסנה במבנה, הרי שבכפוף לקיום הוראות הדין, תאשר הועדה המקומית את הבקשה לשימוש חורג במבנה. עוד נקבע בהסכם הפשרה כי אם וככל שתאושר בעתיד תב"ע חדשה שתחול על המקרקעין ויתברר כי המבנה שיוקם יסכל את מימושה של התב"ע החדשה, יהא על המערערים להעתיק/להרוס את המבנה על חשבונם מבלי שיהיו זכאים לפיצוי מהועדה.

בהתאם לפסק הדין הוצא למערערים ביום 30.6.98 היתר בנייה על ידי הועדה המקומית. בהיתר הבניה נכתב כי תוקפו לתקופה של שלוש שנים מיום נתינתו, ואם לא הוחל בעבודה תוך שנה מיום הוצאת ההיתר, ההיתר בטל (להלן: ההיתר המקורי).

2. ביום 15.6.99 פרסמה המועצה הארצית לתכנון ולבנייה (להלן: המועצה הארצית) הודעה לפי סעיפים 77-78 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק) הקובעים כלהלן:

"77. הודעה על הכנת תכנית מי שרשאי להגיש תכנית למוסד תכנון, רשאי לפנות למוסד התכנון המוסמך להפקיד את התכנית, בבקשה לפרסם הודעה בדבר הכנת התכנית; מצא מוסד התכנון לאחר ששקל בענין כי מן הנכון לעשות כן, יפרסם את ההודעה ברשומות, בעתון ובמשרדי הרשויות המקומיות הנוגעות בדבר; ההודעה תפרט את תחום התכנית והשינויים המוצעים; הפרסום בעיתון יהיה כאמור בסעיף 1א; הוצאות הפרסום יחולו על המבקש; אין בהוראות סעיף זה כדי לפגוע בסמכות מוסד תכנון לפרסם הודעה על הכנת תכנית מיוזמתו.

78. היתרים וחלוקה בתקופת ביניים

(א) פורסמה ברשומות הודעה כאמור בסעיף 77, רשאי מוסד התכנון המוסמך להפקיד את התכנית, לקבוע תנאים שלפיהם יינתנו היתרי בניה, היתרים לשימוש בקרקע או אישור תשריט של חלוקת קרקע בתחום התכנית המוצעת; תוקפם של תנאים אלה יהיה עד להפקדת התכנית, דחייתה או עד שיבוטלו התנאים או שישונו על ידי מי שקבעם, או לפרק זמן שלא יעלה על שלוש שנים, הכל לפי המועד המוקדם יותר; מוסד התכנון רשאי להאריך את תוקפם של התנאים או לשנותם לפרק זמן נוסף שלא יעלה על שלוש שנים מנימוקים מיוחדים שיירשמו; ראה יושב ראש מוסד התכנון כי יש צורך בהארכה נוספת מעבר לשלוש שנים, רשאי הוא לעשות כן, באישור שר הפנים.

ההודעה התייחסה לשינוי מס' 10 בתמ"מ/3, תוכנית המתאר המחוזית מחוז מרכז, בכל הנוגע לאזור נחל הירקון ומרחבו. בהודעה מיום 15.6.99 נקבע מכוח סעיף 78 לחוק כי היתרי בנייה בשטח התוכנית יינתנו רק למבנים שהם חקלאיים, באישור הועדה המחוזית ובהתאם לתנאים שפורטו בהודעה, למעט גושים וחלקות מסויימים לגביהם נקבע כי לא יינתן כל היתר לבנייה או לשימוש ואשר המקרקעין מושא דיוננו נכללים בהם (התנאים לפי סעיפים 77-78 הנ"ל הוארכו בהחלטה מיום 5.3.02).

3. במהלך שנת 2001, כמעט שלוש שנים לאחר מועד מתן ההיתר המקורי, הגישו המערערים לוועדה המקומית בקשה נוספת להיתר בנייה, בגדרה ביקשו אישור לשינוי ההעמדה של המבנה, שכן לטענתם התברר להם כי ניתן לנצל את השטח בצורה מיטבית, אם המבנה יעמוד בצורה אנכית ולא אופקית כפי שתוכנן מלכתחילה.

ביום 13.5.01 החליטה הועדה המקומית לאשר את הבקשה להיתר המתוקן בתנאים. כך נקבע כי: "לעניין שמוש חורג – בסמכות ועדה מחוזית. יש לדון לאחר קבלת בקשה לשמוש חורג". כמו כן פורטו בהחלטה הדרישות הפורמאליות והאישורים הנדרשים להוצאת היתר הבנייה (כגון: אישור אדריכל העירייה, אישור תוכנית סניטרית, אישור מכבי אש, תשלום היטלים וכיו"ב). בתחתית המסמך נרשם באותיות בולטות: "הודעה זו אינה מהווה היתר בנייה" (להלן: ההחלטה משנת 2001).

4. המערערים פעלו, לטענתם, לקיום כל התנאים שנקבעו בהחלטה משנת 2001 והקימו את המבנה על פי צורת ההעמדה המתוקנת שנתבקשה בבקשה להיתר המתוקן. עם זאת, המערערים לא פעלו לקבלת היתר הבניה המתוקן, לטענתם, עקב טעות טכנית שלא נתברר מה יסודה, ומוסכם עליהם שהמחדל לאי הנפקת היתר הבניה רובץ לפתחם.

כפי שנראה בהמשך, אי הנפקת ההיתר המתוקן גרמה לכך שהמערערים נתגלגלו בין מוסדות התכנון משך שנים, עד שהגיעו לפתחו של בית משפט זה.

5. ביני לביני, הגישו המערערים במהלך שנת 2001 בקשה לשימוש חורג במקרקעין. הבקשה אושרה על ידי הועדה המקומית בהחלטתה מיום 3.6.01, אך נדחתה על ידי הועדה המחוזית ביום 24.12.01 מן הטעם שהאזור בו מצויים המקרקעין הנדונים מיועד לנוף כפרי פתוח על פי תמ"א 31, לקרקע חקלאית על פי תמ"מ 3 ולאזור נחל וסביבותיו על פי תמ"מ 21/3 שהיתה מופקדת אותה עת.

6. בשנת 2003, לאחר שהושלמה בניית המבנה, פנו המערערים לקבלת טופס 4 ואז נתברר להם, לטענתם, כי לא הונפק להם היתר הבניה המתוקן. או-אז פנו המערערים בבקשה להנפקת ההיתר המתוקן, אך הועדה המקומית סירבה להנפיק את ההיתר ודרשה כי הבקשה להיתר תוגש מחדש. לאור זאת, הגישו המערערים בקשה לקבלת היתר בניה, וביום 29.2.04 החליטה הועדה המקומית להעביר את הבקשה לטיפול הועדה המחוזית, תוך המלצה לאשר את השינוי בתנאים. זאת, כיוון שהועדה המקומית סברה כי היא לא מוסמכת להוציא את ההיתר נוכח המגבלות שהוטלו על המקרקעין מכוח סעיפים 77-78 לחוק. חרף החלטה זו המערערים לא פנו לוועדה המחוזית, אלא המתינו כשנה, ובתקופה זו חל שינוי תכנוני נוסף כמפורט להלן.

7. ביום 27.1.05 פרסמה המועצה הארצית הודעה מכוח סעיף 98 (א) לחוק, הקובע כלהלן:

"מוסד תכנון שהפקיד תכנית, רשאי, אחרי הפקדת התכנית, ועד למתן תוקף לה, לאסור מתן כל היתר לבניה ולשימוש לגבי מקרקעין שבתחום התכנית או לקבוע תנאים למתן היתר כאמור".

ההודעה התייחסה לתוכנית מתאר שהופקדה ביום 18.1.05 ושנועדה לשמור על ריאה ירוקה בלב מחוז המרכז (תמ"מ/מ/10/3). ביום 15.3.05 פורסם דבר הפקדת התוכנית.

8. בתחילת שנת 2005 המערערים שבו ופנו לוועדה המקומית כדי שתבחן שוב את ההחלטה מיום 29.2.04. ביום 27.3.05 דחתה הועדה המקומית את בקשת המערערים,

נוכח הודעת המועצה הארצית לפי סעיף 98 לחוק, בדבר הקפאת מתן היתרי בנייה בתחום התוכנית שהופקדה.

9. על החלטה זו הגישו המערערים ערר לועדת הערר המחוזית, שקיבלה את הערר בהחלטתה מיום 17.10.06 בקובעה כדלקמן:

“אין חולק כי עסקינן בבניין קיים אשר נבנה לפי היתר שניתן כבר בשנת 1998, אם כי בסטייה ממנו, ואשר השינוי בהעמדתו אושר כבר ע"י הועדה המקומית בשנת 2001, עוד הרבה לפני החלטת המועצה הארצית והפקדת תמ"מ/10/3. מטרת החלטת המועצה הארצית מיום 1.2.05 היא למנוע שינויים במצב הקיים בשטח אשר עלולים לסכל או לפגוע במימוש עקרונות התכנית, אך הבקשה שבפנינו אינה לבצע שינויים במצב הקיים בשטח, אלא להסדיר מצב קיים אשר מעיקרו נעשה בהתאם להיתר בנייה שניתן על פי פסק דין של בית המשפט לעניינים מנהליים, והשינויים ביחס לאלה אושרו זמן רב לפני החלטת המועצה הארצית ואף נעשו זמן רב קודם לכן”.

עם זאת, בסיפא להחלטתה, קבעה ועדת הערר כי ההחלטה משנת 2001 של הועדה המקומית הצריכה את אישור הועדה המחוזית בשל הפרסום לפי סעיפים 77-78 לחוק שנעשה עוד בשנת 1999. לכן, המליצה הועדה להנפיק את ההיתר המתוקן אך בכפוף לקבלת אישור הועדה המחוזית.

משכך, חזר הכדור ונתגלגל למגרשה של הועדה המחוזית.

10. ביום 16.1.07 דחתה ועדת משנה נקודתית של הועדה המחוזית את הבקשה להנפקת ההיתר המתוקן. הועדה קבעה כי לאור תכנונו העתידי של השטח כשטח פתוח, על פי תמ"מ/10/3, ומכיוון שלא הוצג לועדה השימוש החקלאי שבגיניו מבוקש ההיתר ולא ניתן אישור של משרד החקלאות כמתחייב בעת אישור היתר בניה למבנה חקלאי, אין הצדקה תכנונית לאישור הבקשה. עוד נקבע כי התנאים שנקבעו במסגרת סעיף 98 לחוק, אינם מאפשרים לועדה המחוזית לאשר הנפקת היתר מתוקן. על החלטה זו הגישו המערערים ערר לועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה, אך זה נדחה בשל חוסר סמכות עניינית והמערערים הופנו לבית המשפט לעניינים מנהליים.

11. בעקבות החלטה זו הגישו המערערים ביום 29.1.08 עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים ובה טענו כי מגבלות סעיף 98 לחוק לא חלות על שינוי ההעמדה המבוקש למבנה, שכן מדובר בהסדרת מצב קיים, וכי הועדה המחוזית הוסמכה לדון רק בשינוי ההעמדה, ולא היתה רשאית לשקול שיקולים נוספים כגון השימושים המיועדים למבנה, שכן כל אלה אושרו זה מכבר.

המערערים טענו כי היתר הבנייה הונפק כדין עוד בשנת 1998, והשינוי היחיד שביקשו לעשות נוגע לאופן העמדת המבנה. לכן, אין לראות את הבקשה שהגישו בשנת 2001 כבקשה חדשה, ומאחר שהיה להם באותה עת היתר בנייה בתוקף, לא חלות עליהם המגבלות מכוח הפרסומים לפי סעיפים 77-78 וסעיף 98 לחוק. לטענת המערערים, הם היו זכאים להסתמך על החלטה משנת 2001, מה עוד, שמלכתחילה לא היו חייבים לפנות לקבל אישור הועדה המקומית, באשר מדובר בשינוי שמהנדס הועדה המקומית היה מוסמך להתירו.

מנגד, טענה הועדה המחוזית, כי במסגרת פסק הדין התחייבו המערערים לבנות את המבנה בהתאם לקבוע בהסכם הפשרה. הבקשה לשינוי ההעמדה מהווה בקשה להיתר חדש, ועל כן בהחלטה משנת 2001 נפל פגם, שכן לא הועברה לאישורה של הועדה המחוזית כנדרש לפי סעיפים 77-78 לחוק. לטענת הועדה המחוזית, הבקשה להיתר צריכה להיבחן לאור המציאות התכנונית הרלוונטית, והשטח בו ניצב המבנה נופל בתחום של גן לאומי. בנוסף טענה הועדה כי השימוש העתידי במבנה מעורפל ויש לבחון אם המבנה אכן נועד לשימוש חקלאי.

פסק דינו של בית משפט קמא

12. בית משפט קמא קבע כי הבקשה להיתר המתוקן שהגישו המערערים בשנת 2001 מהווה בקשה להיתר בניה חדש, כיוון שמדובר בבקשה להעמדה שונה של המבנה, ומאחר שבמועד בו הוגשה הבקשה פג כבר תוקפו של ההיתר המקורי מבלי שהתבקשה הארכתו. המערערים אף לא החלו בבניית המבנה בחלוף שנה מיום הוצאת ההיתר המקורי, וגם מטעם זה פקע ההיתר המקורי והיה עליהם לפעול להוצאת היתר בניה חדש. לפיכך היה על הועדה לבחון את הבקשה לאור המצב התכנוני העדכני במועד בקשת ההיתר. המערערים בחרו, מטעמיהם הם, שלא להקים את המבנה בהתאם להיתר המקורי ואת הבקשה להיתר המתוקן הגישו לאחר פרסום ההודעה לפי סעיפים 77-78 לחוק, בסמוך למועד בו פקע תוקפו של ההיתר המקורי.

בית משפט קמא דחה את טענת המערערים כי לא היו זקוקים כלל להיתר חדש לצורך שינוי ההעמדה של המבנה, באשר מדובר בתיקון שבסמכות מהנדס הועדה המקומית על פי תקנה 3(א) לתקנות התכנון והבנייה (התרת שינויים בהיתר על ידי מהנדס ועדה מקומית), התשנ"ב-1992 (להלן: תקנות שינויים בהיתר מהנדס). זאת, מן הטעם שתקנה זו מתייחסת לשינויים המתבצעים "במהלך ביצוע העבודה" בעוד שבמקרה דנן, הבקשה הוגשה טרם תחילת העבודה. העובדה שהמערערים פנו לוועדה המקומית בבקשה לקבלת היתר מתוקן, ולא למהנדס הועדה, מלמדת כי אף הם סברו שמהנדס הועדה אינו מוסמך להתיר להם את השינוי המבוקש.

עוד נקבע, כי טענת המערערים כי קיימו בפועל את כל התנאים שנקבעו בהחלטה משנת 2001, לא גובתה בכל מסמך או ראייה. המערערים הודו שלא ביקשו בפועל להנפיק להם היתר בניה חדש, והמחדל של אי הנפקת ההיתר על פי תנאי ההחלטה משנת 2001 רובץ לפתחם. בהחלטה משנת 2001 נכתב כי ההחלטה אינה מהווה היתר בנייה, תוקפה היה למשך שנה, ואילו פניית המערערים לוועדה המקומית להנפקת היתר חדש נעשתה רק בשנת 2003, ובמועד זה היה על רשויות התכנון להביא בחשבון את המצב התכנוני הקיים.

באשר להחלטת הועדה המחוזית מיום 16.1.07, מושא העתירה, נקבע כי אין מקום להתערב בהחלטה. המבנה לא נבנה על פי היתר הבניה המקורי ולכן היה על המערערים להגיש בקשה להיתר חדש. משכך, אין לקבל טענת המערערים כי היה על הועדה לשקול אך ורק שיקולים המתייחסים לאופן ההעמדה של המבנה, והועדה הייתה רשאית ואף מחויבת לשקול את מכלול השיקולים התכנוניים הרלוונטיים הנכונים לאותו מועד לצורך מתן היתר בניה חדש. הועדה המחוזית היתה צריכה לשקול את הבקשה שהונחה בפניה כאילו המבנה עדיין לא הוקם, והקמת המבנה שלא בהתאם להיתר לא אמורה לשפר את מצבם של המערערים.

סופו של דבר שבית משפט קמא דחה את עתירתם של המערערים ועל כך נסב הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

13. המערערים טענו כי אין לראות את בקשתם לשינוי העמדת המבנה כבקשה להיתר בנייה חדש אלא כבקשה לתיקון של היתר הבנייה המקורי משנת 1998. לטענתם, המדובר בשינוי שאינו מהותי, שנעשה לאחר שהתברר להם כי מבחינה בטיחותית,

הנדסית וטופוגרפית נכון יותר "לסובב" את הבנין כך שיעמוד בצורה אנכית ולא אופקית. למעט שינוי זה, הבקשה לא כללה שינויים בייעוד המבנה, בהיקף הבנייה, במספר הקומות, באחוזי הבנייה ובכל פרמטר אחר של תנאי ההיתר המקורי. הבקשה להיתר המתוקן הוגשה בחודש פברואר 2001, אושרה בהחלטת הועדה המקומית ביום 13.5.01 עוד לפני שחלפו שלוש שנים ממועד מתן ההיתר המקורי, כך שיש לראות החלטה זו כהארכת תוקפו של ההיתר המקורי, ולמצער, כהחלטה המהווה אישור מהנדס בהתאם לתקנות שינויים בהיתר מהנדס, שכן מהנדס הועדה המקומית היה מעורב בתהליך קבלת ההחלטה. מכאן, שהתשתית התכנונית לבחינת היתר הבנייה היא אותה התשתית שהייתה קיימת בעת הוצאת היתר הבנייה המקורי. גם אם בפועל לא הונפק היתר בניה בעקבות ההחלטה משנת 2001, עקב טעות טכנית של המערערים, הם היו רשאים להסתמך על החלטה זו, מאחר שבאותה עת הם כבר אחזו בהיתר הבניה המקורי משנת 1998, החלו לבנות לפיו, ומילאו בפועל את כל התנאים שנדרשו במסגרת ההחלטה משנת 2001.

בהקשר זה, טענו המערערים כי בית משפט קמא שגה בקובעו כי פקע תוקפו של ההיתר המקורי, שכן יצא מנקודת הנחה כי הבנייה טרם החלה בעת הגשת הבקשה לתיקון ההיתר בשנת 2001, בעוד שהנכון הוא שהבנייה החלה כבר עם קבלת ההיתר המקורי אך לא הושלמה. אמנם בהחלטת הועדה המקומית צוין כי "הבניין טרם נבנה", אך יש לפרש את הדברים כך שהבניין טרם הושלם. לטענת המערערים, לא הונחה לפני בית המשפט כל תשתית עובדתית ממנה ניתן להסיק כי לא החלה הבנייה, ועל כך נסבה בקשתם להגשת ראיות נוספות בשלב הערעור, שאליה נתייחס בהמשך.

14. הוסיפו המערערים וטענו כי היה על הועדה המחוזית לבחון את בקשתם לאור המצב התכנוני שהיה קיים בשנת 1998. מוסדות התכנון לא ראו את השינוי בהעמדת הבניין כשינוי מהותי, והועדה המחוזית בהחלטתה מיום 16.1.07, מושא פסק דינו של בית משפט קמא, התעלמה מהנחיותיה של ועדת הערר שהורתה כי יש ליתן את ההיתר המבוקש, אם כי בכפוף לאישור הועדה המחוזית.

15. המשיבות סמכו יתדותיהן על פסק דינו של בית משפט קמא, אם כי הועדה המקומית הצהירה כי היא נכונה להותיר את ההכרעה בערעור לשיקול דעת בית המשפט, ככל הנראה, נוכח עמדתה המקורית על פי ההחלטה משנת 2001 לפיה אישרה את מתן ההיתר המתוקן.

לטענת המשיבות, הקמת המבנה בצורתו החדשה מהווה סטייה מהיתר הבנייה המקורי משנת 1998 וחייבה קבלת היתר בנייה חדש, אם בשל פגיעת ההיתר המקורי ואם מאחר שלא ניתן היה להקים את המבנה על פי ההיתר המקורי. החלטת הועדה המקומית משנת 2001 אינה מהווה היתר בנייה והמערערים אף לא הוכיחו כי עמדו בתנאים שנקבעו במסגרתה. אין לקבל את הטענה כי הועדה המחוזית חרגה מסמכותה בהחלטה מיום 16.1.07, עת הגיעה למסקנה שונה מזו של ועדת הערר, שממילא קבעה בהחלטתה כי יש להוציא את ההיתר "בכפוף לאישור הועדה המחוזית". הועדה המחוזית אינה כבולה להחלטות של גוף תכנוני הנמוך ממנה במדרג והיא מחויבת להפעיל שיקול דעת עצמאי, כפי שעשתה, נוכח השינוי במצב התכנוני שחל באזור מאז הנפקת ההיתר המקורי.

דיון והכרעה

16. עודנו באים להכריע בערעור, נחזור בקצרה על השתלשלות הדברים בסדר כרונולוגי:

- 30.6.98 – מועד הוצאת היתר הבניה המקורי.
- 15.6.99 – שינוי במצב התכנוני: פרסום הודעות לפי סעיפים 77 ו-78 לחוק (המגבלות הוארכו על פי החלטת המועצה הארצית ביום 5.3.02).
- 2/01 – המערערים מגישים בקשה לשינוי העמדת הבניין.
- 13.5.01 – אישור הועדה המקומית לשינוי ההעמדה (ההחלטה משנת 2001).
- 3.6.01 – הועדה המקומית ממליצה על שימוש חורג.
- 24.12.01 – הועדה המחוזית דוחה את ההמלצה ואוסרת שימוש חורג.
- 2003 – המערערים מבקשים היתר בניה, בד בבד עם בקשתם לטופס 4.
- 2/04 – הועדה המקומית מפנה את הבקשה לועדה המחוזית נוכח תנאי סעיף 78.
- 1.2.05 – שינוי נוסף במצב התכנוני: פרסום הודעה לפי סעיף 98 לחוק (במקום ההודעות לפי סעיף 78-77 לחוק).
- 27.3.05 – הועדה המקומית דוחה את בקשת המערערים.
- 17.10.06 – ועדת הערר המחוזית קובעת כי יש להנפיק היתר למערערים בכפוף לאישור הועדה המחוזית.
- 16.1.07 – הועדה המחוזית דוחה את הבקשה להיתר.

עיננו הרואות, כי איתרע מזלם של המערערים והם "נלכדו" בשני שינויים שחלו במהלך השנים במצב התכנוני (תנאי סעיף 78 לחוק החל מיום 15.6.99 ותנאי

סעיף 98 לחוק החל מיום 1.2.05) וכך נתגלגל עניינם במהלך השנים בין רשויות התכנון השונות. אילו בנו המערערים בהתאם להיתר המקורי, או אם היו מקבלים בפועל היתר בניה על פי ההחלטה משנת 2001, יש להניח כי לא היו נמצאים במצב אליו נקלעו.

17. ככל שהמערערים נסמכים על ההיתר המקורי משנת 1998, הרי שתוקפו של זה פג משלא החלו המערערים בבנייה תוך שנה מיום קבלת ההיתר. כך נקבע בהיתר הבניה עצמו, בהתאם לתקנה 20(ג) לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), התש"ל – 1970 (להלן: תקנות ההיתרים) הקובעת כי "לא הוחל בעבודה או בשימוש בתוך שנה מיום הוצאת ההיתר, בטל ההיתר".

על הרציונל שבבסיס תקנה זו עמד בית המשפט בבג"ץ 1696/91 יצחקי נ' הועדה המקומית, פ"ד מו(1) 292, 296 (1991):

"להגבלות אלו יש טעם והיגיון. הוצאתו של היתר בנייה מותנית, כידוע, במילוי תנאים – עיקריים ונלווים – שונים: של התאמה תכנונית, של בטיחות, של נוחות, של צרכים סביבתיים ועוד. הגורמים המשפיעים על הגדרת התנאים הללו אינם קבועים. עם שינוי העתים משתנים הצרכים ועמם גם התנאים המיועדים לספקם. תנאים שהספיקו להוצאת היתר במועד פלוני עשויים לא להספיק להוצאתו במועד מאוחר יותר. ... לפיכך, אין זה מתקבל על הדעת, שבעל היתר ישקוט על שמריו במשך תקופה ארוכה, בטרם יחל - או לאחר שהחל - בביצוע עבודות לפי ההיתר שבידו. הלוא אפשר, שבחלוף הזמן נשתנו הצרכים והוחמרו התנאים המוקדמים להוצאתו של היתר, באופן שאילו ביקש היתר זה במועד קרוב לזמן התחלת העבודות או המשכן, היה עליו למלא תנאים נוספים לאלה או שונים מאלה שאותם נדרש למלא בעת שהוצא ההיתר שבידו".

בדומה, נאמר בבג"ץ 1636/92 העמותה לשמירת איכות החיים והסביבה נ' הועדה המחוזית, פ"ד מז(5) 573, 584 (1993):

"... בדרך זו נמנע מצב, שהיתר, אשר הענקתו התבססה על נורמה תכנונית נתונה ואשר לא נוצל בתוך זמנו הקצוב, יוסיף להעמיד זכויות לבעליו גם לאחר שהנורמה התכנונית שעליה התבסס חדלה מלהתקיים ונורמה תכנונית חדשה ושונה באה תחתיה".

18. בנקודה זו, טענו המערערים כי שגה בית משפט קמא בהנחה העובדתית כי הבנייה טרם החלה במועד בו הוגשה בקשתם בשנת 2001 לשינוי העמדת הבניין. לטענתם, הבנייה החלה אך לא הושלמה ולכן לא פג תוקפו של ההיתר המקורי. המערערים עתרו להתיר להם לצרף ראיות חדשות בשלב הערעור, על מנת להוכיח את מצב הבנייה בשטח לאחר קבלת ההיתר המקורי. המשיבות התנגדו לבקשה וטענו כי המערערים משנים את גרסתם בהתאם לנסיבות.

איני רואה להיעתר לבקשה להבאת ראיות חדשות, ולו מן הטעם שטענתם של המערערים עומדת בסתירה להצהרותיהם במהלך ההליכים. כך, בפרוטוקול ועדת המשנה הנקודתית של הועדה המחוזית מיום 16.1.07, בתשובה לשאלה "האם המבנה נבנה טרם קבלת ההיתר?" השיב עו"ד רוטשילד, בא כוחם דאז של המערערים: "המבנה נבנה לאחר שאושר שינוי העמדה, מבלי שקיבלנו ביד את ההיתר" (עמ' 4 לפרוטוקול). ובהמשך מפרט עו"ד רוטשילד במפורש כי: "מדובר בשינוי העמדה שלא נעשה בו חפירה אחת לפני שקודם כל הוא אושר" ומוסיף: "רגע, הוא אושר עקרונית ולא הונפק לנו היתר" (עמ' 9 לפרוטוקול). ובהמשך: "מדובר במבנה, שים לב מדובר במבנה שלגביו ניתן היתר וניתן אחר כך, בטרם הקמתו היתר לשינוי העמדה, שהוא לא הונפק" (עמ' 16 לפרוטוקול). המערערים הצהירו אפוא בפני רשויות התכנון כי לא החלו בבנייה טרם קיבלו אישור לשינוי העמדה של הבניין, ויש לקבל הצהרה זו כפשוטה.

19. אך גם בהנחה שהמערערים החלו בבנייה תוך שנה לאחר קבלת היתר הבניה המקורי, אין בכך כדי לסייע בידם. אחת משתיים: אם החלו המערערים לבנות על פי ההיתר המקורי, הרי שעם שינוי העמדת הבניין, נעשתה הבנייה בחריגה מהיתר הבניה והיה על המערערים לקבל היתר בניה חדש. כך, במקרה שנדון בבג"ץ 3213/93 בנין נ' הועדה המחוזית, פ"ד מח(5) 309 (1994) (להלן: עניין בנין), הגיש העותר כחלוף שנה מקבלת היתר הבניה, בקשה לשינויים שהתייחסו לשלוש קומות מסחריות, מפלסי חניה ומיקומו של המקלט בבניין. בפסק הדין נאמר כי בדין טופלה בקשה זו כבקשה להיתר בנייה חדש, וכי אפילו היה העותר מבקש חידוש ההיתר, להבדיל מהיתר בנייה חדש כפי שנתבקש, "כמעט נקל להניח, שהועדה המקומית הייתה מתקשה למצוא שמץ טעם שיצדיק היענות לבקשתו". אם טרם החלו המערערים בבנייה, כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא, הרי שהיתר הבניה המקורי פקע בתום שנה והיה עליהם לקבל היתר בניה חדש. על פי שתי האפשרויות, לא החזיקו המערערים בכל זמן נתון בהיתר בניה כדין התואם את העמדה החדשה של הבניין.

20. המערערים טענו כי ניתן לראות בהחלטה משנת 2001 משום היתר לעשיית שינויים לפי סעיף 145(ה) לחוק בצירוף תקנות שינויים בהיתר מהנדס. סעיף 145(ה) לחוק קובע כלהלן:

“על התרת שינויים בהיתר בידי המהנדס, לפי סעיף 145(ה) לחוק יחולו הוראות תקנות התכנון והבניה (התרת שינויים בהיתר בידי מהנדס ועדה מקומית), התשנ"ב-1992, ואולם הגשת הבקשה לשינויים כאמור תהיה לפי טופס 2 בתוספת הראשונה.”

מכוח סעיף זה, הותקנו תקנות שינויים בהיתר מהנדס, וזו לשון התקנות הרלוונטיות לענייננו:

“שינויים בהיתר במהלך ביצוע העבודה

3. (א) המהנדס רשאי להתיר שינויים בהיתר במהלך ביצוע העבודה אם נתקיימו כל אלה:

(1) הבקשה לשינויים הוגשה בתוך תקופת תקפו של ההיתר;

(2) השינויים נראים לו דרושים, לצרכי התאמתו של ההיתר, במהלך ביצועה של העבודה;

(3) השינויים אינם עומדים בסתירה לאמור בחוק, בתקנות הבניה, בתקנות חישוב שטחים, בתקנות סטיה ניכרת ובתקנות אחרות לפי החוק, וכן בתכניות ובתנאים של הועדה המקומית לפי תקנה 16 לתקנות הבניה;

(4) אין בשינויים תוספת לשטחי הבניה הכוללים ולמספר הקומות המותר על פי ההיתר;

(5) השינויים נמנים עם אחד או יותר מהסוגים המפורטים בתקנה 4.

(ב) בתקנה זו, “תכנית” – לרבות תכנית שהופקדה, נספחים לתכנית בעניין עיצוב ארכיטקטוני, בינוי או פיתוח, המהווים חלק מתכנית כאמור בפרק ג' לחוק, ותנאים שקבעה הועדה המחוזית לפי סעיף 78 לחוק.

סוגים של שינויים שניתן להתירם

4. אלה הם הסוגים של שינויים שניתן להתירם לפי תקנה 3, בכפוף לקיום האמור בפסקאות (1) עד (4) שבה, ובלבד שהמהנדס שוכנע שאין בשינוי פגיעה בעיצובו של הבנין:

(1) שינויים בצורתם ובמיקומם של חלקי בנין ושל שלד הבנין, שיש בהם, לדעת המהנדס, שיפור בתפקודו של הבנין או בעיצובו; ...

חובת הנמקה

5. מהנדס המתיר שינוי בהיתר לפי תקנות אלה, ינמק, בכתב, לגבי כל שינוי את הצורך בו להתאמה במהלך ביצוע העבודה ומדוע אינו גורע מעיצובו של הבנין.

תוקפו של היתר ועונשין

6. היתר שניתן שלא בהתאם לתקנות אלה או בחריגה מסמכויות המהנדס לפיהן – בטל, ומי שנתן את ההיתר יהיה צפוי לעונשים הקבועים בכל דין.

הגשת בקשה לשינויים

7. בקשה לשינויים בהיתר לפי תקנות אלה, תוגש לפי טופס בקשה לשינויים בהיתר שבתוספת לתקנות הבניה, בליווי הנמקה בכתב ובליווי מיפרט שיכלול תיאור מלא של השינויים המבוקשים; הבקשה לשינויים תהיה תתומה ביד מבקש ההיתר וביד מי שערך את הבקשה להיתר שלגביו מתייחסת הבקשה לשינוי.

21. ספק בעיני אם שינוי בהעמדת הבניין - לרוחב במקום לאורך – הוא בגדר "שינויים בצורתם ובמיקומם של חלקי בנין ושל שלד הבנין" כאמור בתקנה 4. המדובר בשינוי מהותי שספק אם נופל לגדר שינוי הנדרש לצרכי התאמת היתר הבנייה במהלך ביצוע העבודה כאמור בתקנה 3(2) לעיל. מטרת התקנות היא לאפשר הליך מהיר של התאמת היתר הבניה למצב בשטח, מקום בו הבניה לא מתבצעת בדיוק לפי ההיתר המקורי באותם מקרים בהם במהלך הבנייה יצרה המציאות צורך בשינוי של ההיתר המקורי (ראו ע"פ (ת"א) 70716/03 מדינת ישראל נ' תעשיות אבן וסיד בע"מ (לא פורסם, 12.1.2005), ש' רויטל דיני התכנון והבניה עמ' 335, 659). לכן, ספק אם שינוי העמדת המבנה כפי שנעשה במקרה דכאן, נופל בגדר השינויים שרשאי היה מהנדס הועדה לאשר מראש, להבדיל משינוי הנדרש לצרכי התאמתו של ההיתר "במהלך ביצועה של העבודה" (ראו עת"ם (ת"א-יפו) 1183/06 ועד הבית ברח' איינשטיין 34 נ' עיריית ת"א (לא פורסם, 14.5.2006) בפסקה 21). משנקבע עובדתית כי בעת הגשת הבקשה לועדה המקומית טרם התחילו המערערים בבנייה, אין בתקנות אלה כדי לסייע בידי המערערים. לכך יש להוסיף כי התקנות אף קובעות את הפרוצדורה להגשת הבקשה להיתר שינויים באישור המהנדס ואת דרך אישורה (כגון: הגשה על גבי טופס מיוחד, בצירוף הנמקה וכיוצא בזה), ודבר מכל זה לא נעשה על ידי המערערים.

22. זאת ועוד. כפי שציין בית משפט קמא בפסק דינו, העובדה שהמערערים פנו לועדה המקומית לאישור השינוי בהעמדת הבניין, מלמדת על כך שאף הם סברו בזמן אמת כי האישור אינו בסמכות המהנדס. יש בכך גם כדי לחזק את ההנחה כי באותו שלב

המערערים טרם החלו בבנייה, וגם מטעם זה, סברו כי אין באפשרותם לפנות למהנדס הועדה המקומית על פי הפרוצדורה הקבועה בתקנות שינויים בהיתר מהנדס.

23. אם נעצור הילוכנו בנקודה זו, נמצא כי בניית המבנה על פי ההעמדה החדשה, הצריכה קבלת היתר בנייה חדש, הן בשל פקיעת היתר הבנייה המקורי והן מאחר שהיתר הבנייה המקורי לא תאם את ההעמדה החדשה של המבנה.

24. אין חולק כי המערערים לא קיבלו היתר בניה נוסף, מעבר להיתר הבניה המקורי. המערערים טענו כי יש לראות בהחלטה משנת 2001 משום הארכת תוקפו של ההיתר המקורי בשינויים שאושרו באותה החלטה, כך שלא היה צורך בהנפקת היתר בניה חדש. מה עוד, שחלק מהבניין שנבנה על פי ההעמדה המקורית, חופף את היתר הבניה המקורי.

דין הטענה להידחות. כפי שנקבע בפסק דינו של בית משפט קמא, המערערים לא היו רשאים להסתפק בהחלטה משנת 2001 כתחליף להיתר בניה. בהחלטה עצמה נכתב כי "הודעה זו אינה מהווה היתר בנייה". ההחלטה כוללת שורה של תנאים ואישורים, שלא הוכח כי המערערים עמדו בהם ולא הוכח כי הועדה המקומית בדקה ואישרה כי המערערים עמדו בהם. מכל מקום, ההחלטה משנת 2001 אינה יכולה להיחשב כתחליף להיתר בניה. היתר בניה אינו חספא בעלמא, אלא מסמך מהותי, הנושא כותרת "היתר בניה" שאליו מצורפים אישורים ומסמכים שונים על פי תקנה 18 לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), התש"ל-1970 (להלן: תקנות ההיתרים) הקובעת כלהלן:

"(א) היתר ייערך בטופס 3 שבתוספת הראשונה וייחתם בידי יושב ראש הועדה המקומית או יושב ראש ועדת המשנה של הועדה המקומית והמהנדס.

(ב) להיתר יצורף עותק מכל נספח לבקשה, חתום בידי יושב-ראש הועדה המקומית או המהנדס, ועתקי הנספחים כאמור יהוו חלק בלתי נפרד ממנו".

בבג"ץ 529/80 גרצברג נ' הועדה המקומית, פ"ד לה(2) 491 (1981) (להלן: עניין גרצברג) נדון מקרה בו הועדה המקומית החליטה לאשר מתן היתר בניה לעותרת, על אף פרסום הודעה לפי סעיף 78 לחוק, בה נקבע כי אין ליתן היתר בניה בשטח חקלאי אלא באישור הועדה לשמירה על קרקע חקלאית. העותרת שילמה אגרות בניה

אך היתר הבניה לא נמסר לעותרת, מאחר שהועדה המקומית חזרה בה כעבור מספר ימים מהחלטתה ליתן היתר בנייה. העותרת טענה כי ההחלטה הראשונה של הועדה המקומית כמוה כמתן היתר בנייה בפועל. הטענה נדחתה על ידי בית המשפט בקובעו (שם, עמ' 498):

”כפי שנפסק לא פעם, היתר בנייה פירושו מסמך בכתב, שהוצא על-ידי ועדה מקומית, המתיר את הבנייה, וכל עוד מסמך כזה לא נמסר לידי מבקש ההיתר, הרי אין בידו היתר בנייה.”

הדברים יפים לענייננו מכוח קל וחומר, שבאותו מקרה העותרת ביקשה לקבל את היתר הבנייה לידיה בעקבות החלטת הועדה המקומית, בעוד שבמקרה דנן, אין חולק כי המערערים, בשל ”טעות טכנית“ על פי גרסתם, לא טרחו ולא ביקשו כי יונפק להם היתר בניה.

25. זאת ועוד. משלא הונפק למערערים היתר בניה, פקעה כחלוף שנה גם ההחלטה משנת 2001 לאור תקנה 20(א) לתקנות ההיתרים, הקובעת כי:

”ההחלטת מוסד תכנון לתת היתר או לחדשו, תיחשב כבטלה בתום שנה מהיום שבו הודיע מוסד התכנון למבקש על אישור בקשתו, אם במשך התקופה האמורה לא הוצא ההיתר; מוסד תכנון רשאי להאריך את התקופה בשנה נוספת אם ראה צורך לעשות כן מטעמים מיוחדים שיירשמו.”

משלא הוצא היתר בניה בפועל למערערים, איני נדרש לשאלה שבית משפט קמא הותיר בצריך עיון (פסקה 42 לפסק הדין), אם הועדה המקומית אכן הייתה מוסמכת ליתן היתר בניה בניגוד לתנאים ולהגבלות שפורסמו על פי סעיף 78 לחוק, ולפיהם מתן היתר הבניה היה מותנה באישורה של הועדה המתוזזת.

26. העולה מן המקובץ, כי המערערים בנו בפועל מבנה מבלי שהיה בידיהם היתר בניה כדין, ומכאן, שכאשר פנו בשנת 2003 לוועדה המקומית לקבל היתר בניה, בד בבד עם בקשתם לקבל טופס 4, הועדה המקומית הייתה מחוייבת לבחון את הבקשה על פי המצב התכנוני החדש שהתהווה בשנת 1999 עם פרסום ההודעה לפי סעיפים 77-78 לחוק. עמד על כך בית המשפט בעניין גרצברג לעיל באומרו (שם, עמ' 498):

"... אולם, אף לו היינו מקבלים את טענת העותרת, שהועדה המקומית שגתה בנימוקה לביטול החלטתה מיום 15.6.80, הרי, על-כל-פנים, בעת בירור העתירה כבר היו בתוקף ההגבלות לפי סעיף 78, ועל-כן הועדה המקומית אינה רשאית לתת היתר בנייה לעותרת בלי רשות הועדה לשמירה על קרקע חקלאית, ובית-משפט זה לא יצווה על הועדה המקומית לתת היתר, שאותו אין היא רשאית על-פי החוק להוציא (בג"צ 426/71 [2]; בג"צ 123/75 [5])."

27. בפרשת בנין, קיבל העותר היתר בניה, אך כחלוף פחות משנה הגיש בקשה לשינויים בתכנית על פיה ניתן לו ההיתר. הבקשה נדונה כבקשה להיתר בנייה חדש, ובעקבות הגשת הבקשה הגיעו רשויות התכנון והבניה למסקנה כי יש צורך בתכנון כולל של המתחם כולו. משנמצא כי העותר טרם החל בבנייה, החליטה הועדה המחוזית על פי סעיף 77 לחוק להכין תכנית לשינוי תכנית המיתאר שחלה על המתחם, ופרסמה תנאים לפי סעיף 78 לחוק על פיהם לא יינתנו היתרי בניה עד להכנת תכנית לבינוי כולל של מלוא שטח המתחם. בשל כך, נבצר מהעותר לקבל היתר בניה חדש (מתוקן) כפי שנתבקש על ידו. למרות שבקשתו של העותר להיתר בניה מתוקן, היא שהייתה הגורם והזרז לפרסום לפי סעיפים 77-78 לחוק, ולמרות שהועדה המחוזית הנחתה את הועדה המקומית לסרב ליתן היתר בניה מתוקן עוד לפני שהתנאים לפי סעיף 78 לחוק פורסמו ברשומות, ולמרות שבאתר כבר בוצעו עבודות חפירה והכשרת שטח (אם כי בחריגה מההיתר הראשון שניתן לעותר), נדחתה עתירתו של העותר ונקבע כי:

"משחזר העותר וביקש היתר בנייה, תוך שנמנע מביצוע עבודות מכוחו של ההיתר המקורי, רואים אותו כמי שזנח את ההיתר המקורי" (שם, עמ' 316)

"... אלא שהעותר, מן הסתם בכוונה להשיג יותר ממה שניתן לו בהיסח הדעת ובשגגה, ביקש לעצמו היתר מתוקן, שלפי מהותו אינו אלא היתר חדש. בעשותו כן נתפס העותר, בעיני החוק, כמי שזנח את היתרו המקורי; ואילו הציבור - מזלו שיחק לו, ומה שכמעט הפך לבכייה לדורות לא התרחש. לרשות שהחטיאה נזדמנה שעת כושר חדשה לתקן את החלטתה הקודמת. בנסיבות מיוחדות אלו אין קיימת עילה, לא מן הדין ולא מן הצדק, להשתיק את הרשות או לעמוד בדרכה..." (שם, עמ' 319).

השורה התחתונה בפרשת בנין, ולפיה רשאית רשות התכנון לסרב לתת את ההיתר או להתנותו בתנאים נוכח הנסיבות החדשות שנתהוו מאז האישור הקודם, יפה

לענייננו מדרך של קל וחומר. שבמקרה דנן, התנאים החדשים לפי סעיפים 77-78 לחוק, פורסמו במנותק וללא קשר להיתר הבניה שנתבקש על ידי המערערים, והתנאים הוחלו על שטחים נרחבים שהמקרקעין של המערערים מהווים אך חלק קטן מהם. מכאן, שבנקודת הזמן שהמערערים ביקשו היתר בניה חדש (מתוקן) על פי ההעמדה החדשה של הבניין, חלו כבר התנאים על פי סעיפים 77-78 לחוק והיה על הועדה המקומית להתחשב בתנאים אלה.

28. גם אם אניח, כשיטתם של המערערים, כי יש לראות את בקשתם להיתר בניה מתוקן כבקשה להאריך את תוקפו של ההיתר המקורי, אזי חלה בעניינינו תקנה 20א(ב) לתקנות ההיתרים הקובעת כי "לא יחודש תוקפו של היתר אם קיימת מניעה בדין לחידושו". תכנית, כמשמעותה בחוק, היא בגדר דין והפסיקה התייחסה לתוכנית כאל "חיקוק" (ראו, לדוגמה, ע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית, פ"ד נו(2) 466, 474-475 (2001) והאסמכתאות שם). אציין כי תקנה 20 א(ב) החליפה את תקנה 20(ד) שנקטה בשעתו בביטוי "מניעה כחוק". בבג"ץ 315/73 טאנוס נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז הצפון, פ"ד כח(1) 635, 639 (1974) (להלן: עניין טאנוס) התייחס השופט חיים כהן לביטוי זה בהסבירו כי:

"מניעה כחוק' לחידוש ההיתר קיימת רק אם בתקופת הזמן שבין פקיעת ההיתר לבין חידושו חלו שינויים בחוק או בתכניות החלות על הקרקע או הבנין, ואשר יש בהם כדי לעשות את העבודות כפי שהותרו בהיתר המקורי לבלתי-חוקיות".

[במאמר מוסגר אציין כי בפרשת טאנוס אישר בית המשפט את החלטת הועדה המחוזית להאריך תוקפו של היתר בניה שפג תוקפו עקב הפסקת הבנייה שלא בעטיים של מבקשי ההיתר, לאחר שחלק ניכר מהבנין כבר הוקם, ונקבע כי במקרה מעין זה הועדה הייתה חייבת לחדש את ההיתר, כמעט כדבר שבשגרה].

29. הנה כי כן, כאשר פנו המערערים בשנת 2003 לועדה המקומית בבקשה לקבלת היתר בניה חדש (מתוקן) – לאחר שהבניין כבר נבנה תוך סטייה מההיתר המקורי – איתרע מזלם וכבר חלו על המקרקעין התנאים לפי סעיף 78 לחוק. כאשר חזרו המבקשים ופנו בשנת 2005 לועדה המקומית, כבר חלו על המקרקעין התנאים לפי סעיף 98 לחוק בשל הפקדתה של תמ"מ/10/3. על פי תוכנית זו, המקרקעין עליהם נבנה המבנה נופלים בשטח גן לאומי, שבו אין להתיר גם מבנה חקלאי (סעיף 5.5.1(ב) לתוכנית).

30. בפני הועדה המחוזית הונחה בקשה להיתר בנייה חדש, וכפי שנקבע על ידי בית משפט קמא בפסק דינו, העובדה שהמערערים בנו את הבניין מבלי שהונפק להם היתר בניה כדין, אינה צריכה לשפר את מצבם בהשוואה למצב בו היו נמצאים אילו היו בונים על פי היתר בניה כדין. במצב דברים זה, החלטתה של ועדת הערר לא חייבה את הועדה המחוזית לאשר מתן היתר בניה למערערים, ולא בכדי הכפיפה ועדת הערר את מתן ההיתר לאישור הועדה המחוזית. הועדה המחוזית הייתה רשאית ואף חייבת לבחון את הבקשה על רקע התנאים שפורסמו בהתאם לסעיף 98 לחוק, ומאחר שנקבע בתנאים אלו כי בתחום תמ"מ/10/3 לא ניתן להוציא היתרי בניה לאור תכנונו העתידי של השטח כשטח פתוח, לא היה באפשרות הועדה לאשר מתן ההיתר.

31. די בכל האמור לעיל כדי לדחות את הערעור, אף מבלי להידרש לטעם הנוסף בגינו דחתה ועדת המשנה של הועדה המחוזית את הבקשה להיתר, טעם שלכאורה יש בו ממש ועניינו בשימוש המיועד של המבנה.

בהחלטה נאמר כי לא הוצג לועדה השימוש החקלאי בגינו מבוקש ההיתר ולא ניתן אישור של משרד החקלאות כמתחייב. המערערים הדגישו בכתב הערעור ובטיעוניהם, כי יש להתעלם מהבקשה שהגישו בשנת 2001 לשימוש חורג, כי בדעתם להשתמש במבנה לצרכים חקלאיים וכי יש לנתק לחלוטין את סוגית היתר הבנייה מהסוגיה של השימוש שייעשה בבניין.

יכול הטוען לטעון כי אין הועדה צריכה לעסוק כלל בשאלת השימוש בקרקע בעת מתן היתר הבנייה, ויש להעמיד את המערערים בחזקת שומרי חוק, ומכל מקום, אם יתברר כי במבנה נעשה שימוש לא חוקי, נקבעו בחוק דרכים שונות להתמודד עם כך, החל בהליכים פליליים וכלה בהליכים שיפוטיים.

גישה זו, לפיה יש להפריד בין שלב הרישוי לשלב השימוש, נדחתה בע"א

482/99 בלפוריה נ' הועדה המקומית, פ"ד נו(1) 895, 907 (2001) שם נאמר:

"על-כן בדרך העניינים הרגילה אין הליך נפרד לקבלת היתר לשימוש, ובעת קבלת היתר הבנייה נבחנת גם ההתאמה של השימוש המתוכנן בבניין לייעוד הקבוע בתכנית המיתאר. כך, למשל, מובן מאליו כי לא יינתן היתר בנייה למרכז מסחרי או לחנויות במקום שבו הייעוד על-פי התכנית הוא למגורים בלבד, ולא יינתן היתר למגורים באזור שעל-פי התכנית נועד למטרה

אחרת ... עם זאת גם בשלב מתן ההיתר, כאשר מתעורר חשד מבוסס בקרב מוסד התכנון הרלוונטי כי ההיתר המבוקש נועד לבנייה לצורך שימוש חורג מתכנית המיתאר שבתוקף, והמבקש אינו מצהיר על שימוש כזה, רשאי המוסד התכנוני ואף חייב לוודא כי היתר הבנייה יותאם לשימוש החוקי. ... בדרך העניינים הרגילה, אם עולה מהבקשה להיתר בנייה שאלה הנוגעת לשימוש, חובה על הוועדה המקומית לבחון את שאלת השימוש בעת מתן היתר הבנייה עם השאלות הקשורות בבנייה עצמה ובייעודה, שכן מדובר בשני עניינים השלובים זה בזה. אין בנייה אלא לתכלית מסוימת, לשימוש מסוים, והקשר שבין אופי הבנייה ובין השימוש במבנים שהינו חלק מתכנית המיתאר חייב לקבל ביטוי גם בעת בחינת הבקשה להיתר ובעת מתן ההיתר עצמו".

על הלכה זו חזר בית המשפט בעע"מ 4854/01 צומת אלופים בע"מ נ' ועדת ערר מחוזית, פ"ד נז(5) 17, 30 (2003).

מכאן, שרשאית הייתה הוועדה לבחון את אופיו של המבנה ומהותו ואם הוא אכן מתאים לייעוד חקלאי.

32. בעת שהופיעו בפני הוועדה המחוזית, סתמו המערערים ולא פירשו מהו אותו "שימוש חקלאי כלשהו" בגינו הוקם המבנה, וטענו כי הגיעו בשעתו ל"איזושהי הבנה" עם אגרסקו (עמ' 15 לפרוטוקול ועדת משנה נקודתית מיום 16.1.07). מבלי לקבוע מסמרות, דומה כי מלכתחילה נועד המבנה לשימוש מסחרי, כפי שעולה מ-52 מקומות החניה הנחזים בתשריט הבקשה, ובסעיף 38 לכתב העתירה המינהלית אף טענו כי שינוי ההעמדה של הבניין מתאים לשטח המלבני של המקרקעין ו"בדרך זו ניתן יהיה להקצות שטחי חניה בחזית הבניין".

לאור זאת, ועל רקע בקשתם של המערערים משנת 2001 לאשר להם שימוש חורג בבניין, לא ייפלא כי לוועדה המחוזית היה יותר משמץ של חשד כי המבנה לא נועד מלכתחילה לשימוש חקלאי. עם זאת, איני רואה לקבוע מסמרות בעניין זה, באשר המערערים פירטו מספר שימושים חקלאיים אפשריים במבנה כגון הפעלת בית בד, כמו אחסנה או אריזה וייצוא של תוצרת חקלאית, הקמת מדגרה או בית קירור לביצים. ככל שהתרשמתי, אין מדובר ברעיונות באספמיא אלא במיזמים שכבר קרמו עור וגידים כפי שעולה מנספחים ב'-ו' לכתב התשובה של המערערים בבית המשפט קמא.

33. סיכומו של דבר, שנסתחפה שדם של המערערים ודומה כי דינו של המבנה הנאה העומד בשממונו מזה שנים, להמשיך ולהישאר למעצבה בשטח, בסמוך למבנים פעילים אחרים (בשלב זה אין בתמ"מ/10/3 הוראות בדבר הריסת מבנים קיימים).

אין להשוות את המערערים לאחרוני עברייני הבניה, הבונים ללא היתר תוך התעלמות וזלזול בדין וברשויות התכנון. בידי המערערים היה היתר בניה מקורי ואישור עקרוני של הועדה המקומית לשינוי ההעמדה של המבנה. סברתי כי רווח והצלה יכולים לעמוד למערערים בכך שיש להעמידם במצב בו היו בשנת 2004, עת עמדו בתוקפם התנאים על פי סעיף 78 לחוק וטרם נכנסו לתוקפם התנאים על פי סעיף 98 לחוק. שאם יימצא כי היו זכאים באותה תקופה לקבל היתר בניה – גם אם בכפוף לתנאים מסויימים – אין לזקוף לחובתם את שינוי המצב התכנוני שהתרחש לאחר מכן, לאחר שנדחתה בקשתם בשנת 2004. דא עקא, עיון בתנאים שפורסמו על פי סעיף 78 לחוק מלמד כי לביש מזלם של המערערים, המקרקעין עליהם הוקם המבנה נכללים בשטח לגביו נקבע איסור בניה גורף: "בשטח הכלול בגושים ובחלקות המפורטים ברשימה 1 ובתוספת הראשונה להודעה זו לא ינתן היתר לבניה או לשימוש ובכלל זה היתר לשימוש חורג".

משכך, לא מצאתי דרך לחלץ את המערערים מן המיצר אליו נקלעו עקב מחדליהם שלהם.

34. לסיכום:

(-) המערערים אינם יכולים להסתמך על היתר הבניה המקורי מאחר שלא החלו לבנות תוך שנה ו/או מאחר שבנו בסטיה מההיתר.

(-) המערערים אינם יכולים להסתמך על ההחלטה משנת 2001 שאישרה מתן היתר בניה מתוקן למערערים, מאחר שלא קיבלו היתר בניה בפועל ומאחר שלא הוכיחו כי עמדו בפועל בתנאים למתן ההיתר. בנוסף, משלא הונפק היתר בניה, פקע תוקפה של ההחלטה בחלוף שנה.

(-) בעת שהמערערים ביקשו היתר בניה בשנת 2003 כבר חלו התנאים לפי סעיף 78 לחוק, שאסרו על מתן היתר בניה במקרקעין.

(-) בעת שעניינם של המערערים הובא בפני ועדת המשנה של הועדה המחוזית כבר חלו התנאים לפי סעיף 98 לחוק שאסרו על מתן היתר בניה במקרקעין.

(-) בנוסף, רשאית הייתה הועדה להביא בחשבון כי המבנה לא ישמש לייעוד חקלאי.

אשר על כן, אמליץ לחברי לדחות את הערעור. בנסיבות העניין ובהתחשב בתוצאה הקשה מבחינתם של המערערים, איני רואה לעשות צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"א באייר התש"ע (25.4.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת