

בתי המשפט

עתמ 002505/05		בית המשפט המחוזי תל – אביב יפו	
		בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים	
תאריך: 14/02/2007		בפני כב' השופטת קובו אסתר	בפני:

בעניין: פלאפון תקשורת בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד עותרת

מגדל ועו"ד

שטיין

נ ג ד

1. הועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר-סבא

2. יהודה בן חמו

יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר-סבא

ע"י ב"כ עו"ד המשיבים

שטיין ארגמן

<p>להחלטה בעליון (15-03-2007): עצמ 2399/07 הועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא נ' פלאפון תקשורת בע"מ שופטים: מרים נאור, עו"ד: שפרבר אהרון, אהרון שפרבר</p> <p>להחלטה בעליון (12-04-2007): עצמ 2399/07 הועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא נ' פלאפון תקשורת בע"מ שופטים: מרים נאור, עו"ד: שפרבר אהרון, אשכנזי מאיה, מאיה אשכנזי, אהרון שפרבר</p> <p>ל בעליון (29-04-2007): עצמ 2399/07 הועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא נ' פלאפון תקשורת בע"מ שופטים: יגאל מרזל, עו"ד: שפרבר אהרון, אשכנזי מאיה</p> <p>להחלטה בעליון (23-06-2008): עצמ 2399/07 הועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא נ' פלאפון תקשורת בע"מ שופטים: יגאל מרזל</p> <p>לפסק-דין בעליון (21-07-2010): עצמ 2399/07 הועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא נ' פלאפון תקשורת בע"מ שופטים: א' חיות, ע' פוגלמן, י' עמית, עו"ד: רונית אלפר, בקשה מוסכמת, מיום, 2010 למחיקת הערעור</p>

פסק דין

1. עתירה להורות למשיבים 1 ו- 2 לחתום על היתרי בנייה להקמת מתקני שידור ולהנפיקם לעותרת.

העובדות

2. העותרת הינה חברה המאוגדת בישראל, אשר קיבלה רישיון להפעיל רשת תקשורת סלולארית בישראל.

העותרת פנתה למשיבה 1 (להלן: **הועדה המקומית**) ב- 6 בקשות למתן היתרי בנייה להקמת מתקני שידור כהגדרתם בתכנית מתאר ארצית לתקשורת תמ"א 36 חלק א'- מתקני שידור קטנים וזעירים (להלן: **תמ"א 36**). הבקשות השונות הוגשו במועדים להלן: באפריל 2003 (הבקשה להקמת אתר דגניה- תחנת הקמח), באוגוסט 2003 (הבקשה להקמת אתר בית אלבאום), בדצמבר 2003 (הבקשה להקמת אתר בן יהודה צפון), בינואר 2004 (הבקשה להקמת אתר בזק), בפברואר 2004 (הבקשה להקמת אתר אנה פרנק) ובמהלך חודש ספטמבר 2004 (הבקשה להקמת אתר הדריס).

לאחר שהוועדה המקומית נמנעה מלדון בשלוש מהבקשות ודחתה שלוש אחרות, הגישה העותרת לוועדת הערר שישה עררים שעניינם הבקשות להיתרי הבנייה.

3. ועדת הערר קיימה דיונים בעררים שהוגשו לפניה וקיבלה את ששת העררים על פי הסדר הבא:

ערר בעניין הקמת אתר דגניה- 23.6.2004

ערר בעניין הקמת אתר בזק- 26.7.2004

ערר בעניין אתר בית אלבאום- 31.1.2005

ערר בעניין אתר כפר סבא צפון- 4.4.2005

ערר בעניין אתר אנה פרנק- 3.5.2005

ערר בעניין אתר הדריס- 19.5.2005

בכל אחד מהעררים קבעה ועדת הערר, כי דין העררים להתקבל וכי על הוועדה המקומית להוציא את ההיתר המבוקש בכפוף להמצאת האישורים הנדרשים בדיון.

4. לטענת העותרת, לאחר שהשלימה את המצאת האישורים הנדרשים פנתה, בהתאם להחלטות ועדת הערר, לוועדה המקומית בשנית על מנת שזו תנפיק לה היתר בנייה, אלא שגם אז התמהמהה הוועדה המקומית ולא העניקה לעותרת את היתרי הבנייה. כך למשל ב- 10.5.2007 כתב היועץ המשפטי של הוועדה המקומית כי הנושא מועבר לדיון במליאת הוועדה המקומית, וב- 28.7.2005 כתב כי פנייתה של העותרת מושהית עד לשובו של ראש העירייה מחופשה. לאחר פגישה ופנייה נוספת בכתב, שלא הובילה להנפקת ההיתרים, הגישה העותרת עתירה זו, בה טענה כי התעלמותה של הוועדה המקומית מהחלטות ועדת הערר הינה שלא כדין, וכי בסרבה לחתום על היתרי הבנייה, חורגת הוועדה המקומית מהסמכות הקבועה לה בחוק התכנון והבנייה.

5. המשיבים הגישו תגובה לעתירה ובה ניסו לתאר לפני בית המשפט תמונה שונה מזו שהציגה המערערת. טענתם המרכזית הייתה, כי נוכח שינויי חקיקה שונים שחלו בתחום, החליטה הוועדה המקומית לחתום על היתרי הבנייה, **אולם התנתה חתימתה בחתימת העותרת על כתבי שיפוי בהם היא מתחייבת לשפות את הוועדה המקומית על כל תביעת נזיקין שתוגש נגדה בקשר למתקני השידור**. דהיינו- אין הם כופרים יותר בחובתם להוציא לעותרת את היתרי הבנייה הנדונים, אולם מתנים זאת כעת בהפקדתם של כתבי שיפוי.

המשיבים מצדיקים דרישה זו בטענה, כי ממועד הגשת הבקשות למתן היתרים, התחוללו שינויים שונים בתמ"א 36 א' ובגישת הממשלה לתכנית זו, ובעקבות זאת שונתה החקיקה בנושא, ולאורה מחויבות חברות הסלולאר כיום להפקיד כתב שיפוי בידי הועדה המקומית כתנאי לקבלת היתר בנייה. המשיבים מפנים את בית המשפט לפרוטוקול ישיבת המועצה הארצית לתכנון ולבניה בה נדונה חובת השיפוי החלה על חברות הסלולאר. הפרוטוקול אושר ביום 7.9.2004 וצורף לו נוסח שינוי מספר 1 לתמ"א 36 א'. בהמשך לכך, מציינים המשיבים, כי הממשלה הקימה ועדת מנכ"לים שמטרתה מתן המלצות לשינוי תמ"א. המלצות ועדת המנכ"לים ניתנו בחודש נובמבר 2005.

בעיקר מפנים המשיבים לחוק הקרינה הבלתי מייננת, התשס"ו- 2006 (להלן: **חוק הקרינה המייננת**), המסדיר את נושא הקרינה וקובע בסעיף 127(1), את חובת הפקדת כתב השיפוי. המשיבים טוענים כי תחולתו של החוק הינה אקטיבית, וכי הוא חל על כל היתר שעדיין לא נמסר פיזית למבקשו. בעקבות חוק זה דנה המועצה הארצית ביום 3.1.2006 בנושא וקבעה הנחיות לפיהן על הועדה המקומית לדרוש כתנאי למתן היתר לתקשורת בשיטה התאית, כתב שיפוי.

6. לטענת המשיבים, העותרת הייתה מודעת לשינוי המדיניות ואף הוזמנה לדיוני הועדה המקומית, אשר התקיימו ב- 30.12.2001 וב- 12.5.2001 ושבהן החליטה הועדה המקומית לחייב את חברות הסלולאר להפקיד כתב שיפוי. יתר על כן, העותרת הייתה חברה בפורום החברות הסלולאריות ומכוח כך הייתה מודעת למחויבותה לחתום על כתב שיפוי כתנאי לקבלת ההיתרים. על פי המשיבים, הם מעולם לא ויתרו על דרישת השיפוי אלא יישמו את מדיניות הועדה המקומית רק לאחר שהועדה המקומית נדרשה להוציא היתרים מכוח החלטות וועדת הערר. יתר על כן, המשיבים טוענים כי גם החלטות ועדת הערר קבעו כי על הועדה המקומית להוציא היתרים כמבוקש בכפוף להמצאת האישורים הנדרשים. מכאן מבקשים המשיבים להסיק כי הועדה המקומית רשאית הייתה לדרוש הפקדתו של כתב שיפוי.

המשיבים ממשיכים וטוענים, כי הועדה הייתה מוסמכת לדרוש הפקדתו של כתב שיפוי גם מכוח ההלכה הכללית, הקובעת כי ועדה מקומית רשאית לדחות בקשה המתאימה לתכנית המתאר או להתנותה בתנאים שונים.

7. העותרת הגיבה לכתב התשובה של המשיבים. הטענה המרכזית שהציגה בכתב התגובה ובסיכומים הייתה, כי המשיבים מנועים מלדרוש הפקדתם של כתבי שיפוי בשלב זה. היא טוענת, כי התנהגותם של המשיבים הייתה נגועה בחוסר תום לב קיצוני למן תחילתם של הליכי הרישוי, וכי הם סירבו להוציא את היתרי הרישוי מבלי לנמק זאת כראוי ומבלי להתחשב בהחלטות ועדת הערר. יתר על כן, הדרישה להפקיד כתב שיפוי לא הוצגה בפניהם לאורך כל תהליך הרישוי והצגתה רק לאחר הגשת העתירה אינה כדין. היא דוחה את הטענה לפיה הייתה מודעת לחובתה להפקיד כתב שיפוי וטוענת שלא יכולה הייתה להיות מודעת לחובה זו נוכח המצב החוקי ששרר עובר לקבלתו של חוק הקרינה המייננת, אזי קבעו ועדות הערר ובתי המשפט המנהליים כי הוועדות המקומיות אינן מוסמכות להתנות את היתרי הבנייה בהפקדתם של כתבי שיפוי. עוד היא טוענת, כי חוק הקרינה המייננת אינו חל על ההיתרים נשוא העתירה נוכח העובדה שנכנס לתוקף רק בשנת 2006.

דין

8. לאחר שקראתי את טיעוני הצדדים הגעתי למסקנה, כי יש לקבל את העתירה שהוגשה. הסיבה המרכזית בגינה אני מוצאת לנכון לקבל את עמדתה של העותרת נעוצה בהתנהלות המשיבים עובר להגשת העתירה. אני סבורה כי המשיבים נהגו בחוסר תום לב ובניגוד לדין, שעה שסירבו להנפיק את היתרי הבנייה להם הייתה זכאית העותרת על פי הדין ועל פי החלטות ועדת הערר. עוד אני סבורה, כי הימנעותם של המשיבים מלהציג את הדרישה לכתבי שיפוי לאורך כל אותו תהליך ארוך בו נאלצה העותר להתדפק על פתחיהם של המשיבים יצרה מצג לפיו העותרת אינה מחויבת להפקיד כתבי שיפוי ולפיכך המשיבים מנועים מלדרוש הפקדתם של כתבי שיפוי בשלב זה.

9. על פי העובדות הברורות, עליהן אין חולק, הוגשו בקשותיה של העותרת בשנים 2003-2004. העררים שהגישה העותרת לאחר הגשת הבקשות התקבלו על ידי ועדת הערר בשנים 2004-2005. הפעם הראשונה בה הוצגה לפני העותרת העמדה לפיה עליה להפקיד כתבי שיפוי כתנאי למתן ההיתרים הייתה רק לאחר הגשת העתירה, סמוך להגשת כתב התשובה. רק בשלב זה, שנים מספר לאחר הבעת סירובם לעצם מתן ההיתר, נענו לכאורה המשיבים לדרישות העותרת, אלא שהתנו היענות מושהית זו בתנאי נוסף אותו לא הציגו בפני העותרת עד לאותו השלב.

10. מטעם זה בלבד אני סבורה כי ראוי לדחות את העתירה. המשיבים הפגינו התנהלות "מזגזגת" שאינה ראויה לרשות ציבורית תוך שהם מציגים עמדה בלתי אחידה ומתפתלת מול העותרת ומשהים את ביצוע החלטותיה של ועדת הערר. במהלך השנים 2004-2005 פנתה העותרת לוועדה המקומית מספר פעמים, אולם זכתה לתשובות מתחמקות מצד היועץ המשפטי של הוועדה המקומית, בנוסח "העניין יועבר לדיון במליאה" או "הנושא יטופל כשראש העיר ישוב מחופשותו". הלכה למעשה, מן השלב בו אמרה ועדת הערר את דברה, עשתה הוועדה המקומית ככל יכולתה על מנת להתחמק ממתן תשובות ישירות לעותרת בדבר התעכבות הוצאת ההיתרים, ונהגה בדרך של משיכת זמן והתייחסות חלקית לטענות העותרת. במשך כל אותה תקופה לא טענו המשיבים דבר וחצי דבר באשר לחובתה של העותרת להגיש כתבי שיפוי. אף מכתבי הטענות שהגישו המשיבים בהליך שלפניי ניתן ללמוד כי הדרישה להפקדת כתבי שיפוי לא הוצגה מעולם ובוודאי שלא הועלתה כסיבה לדחיית הנפקת היתרי הבנייה. כך למשל ציינו המשיבים בסעיף 4 לכתב התגובה לעתירה כי "אופן פעולותיה של הועדה המקומית נבע מתוך מדיניות שלא לאשר היתרי בניה הנבנים בקרבה למקום מגורים, ומתוך חשש כי מתן ההיתרים, על אף שאינם עומדים בסתירה לתמ"א 36 יגרום בטווח הארוך נזק לתושבי העיר".

הנה כי כן- מלכתחילה, השתהות המשיבים במתן ההיתרים לא נבעה מהדרישה להפקיד כתבי שיפוי, כי אם מתוך מדיניות כללית המתייחסת לבריאותם ובטיחותם של תושבי העיר. על מדיניות זו הקפידו המשיבים על אף פסיקותיה הברורות של ועדת הערר ועל אף ששיקולים מעין אלו לא היו כלולים במסגרת שיקול הדעת המוקנה לוועדות המקומיות.

כך או כך, הדרישה להפקיד כתבי שיפוי לא הוצגה במהלך המגעים שהיו בין הצדדים עובר להגשת העתירה, והיא נולדה רק לאחר הגשתה של העתירה.

9. לא רק שהמשיבים השתהו בהנפקת כתבי השיפוי מבלי להבהיר באופן מפורש את מניעיהם ואת פשר התנהלותם ובכך גרמו בוודאי נזק לעותרת, אלא שכיום הם מבקשים להפיק תועלת מהשתהות זו ולטעון כי השתנות העיתים והשתנותה של המדיניות הארצית כלפי הקמתם של מתקני שידור, מצדיקות את הדרישה להפקדת כתבי שיפוי בשלב זה.

טענה זו מקוממת במיוחד, שהרי בדברים אלו מבקשים המשיבים ליהנות מפירות התנהלותה הקלוקלת; לאחר שהפרה הוועדה המקומית את חובות תום הלב המוטלות עליה כרשות מנהלית, ואת הוראות חוק התכנון והבניה (על פי סעיף 145 (ד) : **"אישר מוסד תכנון בקשה להיתר וקיומו התנאים המוקדמים שנקבעו על-ידי מוסד התכנון, לא יעוכב מתן ההיתר אם נתמלאו לגביו כל דרישות החוק והתקנות, ושולמו האגרות, ההיטלים והתשלומים האחרים..."**), היא מבקשת כעת להיבנות מהפרות אלו ולהטיל חובות עכשוויות על היתרים שאמורה הייתה להנפיק בעבר.

הלכה למעשה, מודים המשיבים כי התמהמהותם נבעה מתקוותם או מציפייתם כי המדיניות הנוהגת שעל פיה זכאית הייתה העותרת לקבלת היתרי הבנייה, תשונה. לפיכך, קבלתה של גישה זו תעביר מסר מוטעה ובלתי רצוי לפיו יכולה הרשות המנהלית לעכב את חובותיה או להקל בהם ראש ועל ידי כך ליצור מציאות חדשה המשרתת את צרכיה.

באי העלאת הדרישה בשלב מוקדם יותר יצרו המשיבים מצג שווא לפיו העותרת מסורבת בבקשותיה בשל סיבות שונות הרלוונטיות, אם כבר, לביטחון הציבור. הימנעותם מלדרוש כתב שיפוי או לאזכר את קיומו כתנאי לחתימת ההיתרים יצרה מצג שווא בפני העותרת, לפיו אין כתב השיפוי חלק מהתנאים הנדרשים ממנה על מנת לקבל היתר בניה.

10. דחייתה של תביעה או טענה שהועלתה על ידי אחד מבעלי הדין מנימוקי השתק או מניעות מוכרת בפסיקה המנהלית, בעיקר כאשר הרשות הציבורית היא שפעלה בחוסר תום לב ובניגוד לחובות ולדינים להם היא כפופה. כך למשל נקבע ברע"א 4928/92 עזיז עזרא האג' ואח' נ' המועצה המקומית, פ"ד מז(5), 94, עמ' 101-100 :

"תורת השתק נקלטה במשפט הישראלי מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו. ברם, לאחר חקיקת חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), נראה לי כי יש לראות בדיני השתק פן אחד של תורת תום-הלב שנקבעה בחוק זה. ההתכחשות למצגים (וכן להבטחות) שניתנו במשא-ומתן לכריתת חוזה או שנתנו יסוד להנחה כי נותנם לא יעשה שימוש בזכות המוענקת לו על-ידי החוק או החוזה - מהווה פגיעה בחובת תום-הלב הקבועה בסעיפים 12-39 לחוק החוזים.

לפגיעה זו משקל יתר אם (כפי שנדרש בדיני השתק) זה שכלפיו נעשה המצג (או מקבל ההבטחה), שינה על-פיהם את מצבו לרעה. דין דומה עשוי לחול גם מכוח סעיף 61 (ב) לחוק החוזים, המטיל חובת תום-הלב בביצוע כל פעולה משפטית, גם כזו אשר אינה נוגעת ליחסים חוזיים וזאת כאשר המצג (או ההבטחה) לא ניתנו במסגרת משא-ומתן לכריתת חוזה או במסגרת קיום של זכות הנובעת מחוזה או שימוש בה. עמד על כך השופט אלון בבג"צ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד לז(10), 1, 2 :

'וכשם שלעניין דיני חוזים ובתחום המשפט המינהלי חלה מאז ומתמיד חובת ההתנהגות בתום-לב, במידה זו או אחרת, מכוח חקיקה שיפוטית בלבד... ועם חקיקתם של סעיפים 61-139 (ב) האמורים חזרה חובה זו ובאה לעולם, בהרחבת היריעה, כדבר חקיקתה של הרשות המחוקקת... כך לעניין עקרון המניעות שלפנינו; הורתו ולידתו של עיקרון זה בפסיקתו של בית-משפט זה, לאחר מכאן מעוגן הוא בסעיף 7 (ב) (4) לחוק בתי המשפט, ועם חקיקתם של סעיפים 61-139 (ב) האמורים חזר ובא לעולם כחלק מעקרון ההתנהגות בדרך מקובלת ובתום-לב שבכלל המערכת המשפטית בישראל'.

גם השקפתו של פרופסור פרידמן היא כי תורת השתק מאגדת מקרים המהווים חטיבה של תורת תום-הלב, וכי ניתן לעגן את תורת השתק בהוראות תום-הלב שבחוק החוזים (ד' פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ה (תשל"ו-תשל"ז) 488-489, 463).

11. אין ספק, כי התנהלות המשיבים פגעה בעותרת. על ידי הצגתה של חזית בלתי אחידה, והעברת מסרים כפולים באשר להשתהות מתן ההיתר, גרמו המשיבים לעותרת להאמין כי המניעים לאי מתן ההיתר נעוצים בשיקולים שונים אשר אינם רלוונטים לאחריות הנזיקית בגין הקמת המתקנים. ואמנם העותרת, כלכלה את צעדיה בהתאם למסרים שהועברו לה על ידי המשיבים (שבמשך רב הזמן התחמקו ממתן תשובות ישירות), ונקטה צעדים משפטיים ההולמים את מערכת השיקולים שהוצגה בפניה. הן העררים שהגישה והן העתירה המנהלית המונחת לפניי התייחסו למערכת שיקולים זו. אשר על כן, הוספתה של דרישה נוספת שלא הוצגה בפני העותרת עובר להגשת העתירה בשלב כה מאוחר הינה אקט מנהלי בלתי הוגן, אשר ברי כי יש בו כדי לפגוע בעותרת.

12. המשיבים מנסים להסביר את דרישתם המאוחרת להפקדת כתבי שיפוי בכמה אופנים. בראש ובראשונה הם טוענים כי הפקדת כתב השיפוי הינה תנאי המתגבש רק בשלב בו נחתם ההיתר, ולפיכך לא הייתה מוטלת עליהם החובה להציגו עובר להחלטתם לחתום על ההיתר. על פי טענה זו ניתן להחיל את חוק הקרינה המייננת על ההיתרים נשוא העתירה מאחר שאלו ניתנו במועד בו החוק היה תקף. טענה שנייה הינה כי העותרת הייתה מודעת לחובת הפקדת כתב השיפוי במהלך כל השנים בהם באה בדברים עם הועדה המקומית, ולפיכך אל לה להלין על הדרישה להפקידו בשלב זה.

אינני יכולה לקבל את הטענות.

אשר לטענה הראשונה- החלטתה של הועדה המקומית להנפיק היתרי בניה ניתנה כאמור לאחר שיהוי רב וללא הצדקה שבדין לאור החלטת ועדת הערר בעניין הוצאת היתרי הבניה. כאמור לעיל, על פי חוק התכנון והבנייה צריכה הייתה הועדה המקומית להנפיק את היתר הבנייה עם השלמת התנאים להם נדרשה העותרת (תשלום אגרה ומיסים שונים אחרים). משכך אף אם אקבל את הטענה כי המועד לדרישת כתב השיפוי הינו עם מועד מתן ההיתר, אינני יכולה לקבל את העמדה שלפיה מועד הוצאת ההיתר הינו לאחר הגשתה של העתירה. קבלת עמדה זו תיתן גושפנקא לטקטיקת "משיכת הזמן" אשר נקטה הועדה המקומית. ראה בהקשר זה את האמור בעת"מ

(חיפה) 1062/05 סלקום ישראל בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, חיפה ואח', תק-מח-2005(2), 524, עמ' 525 :

"בנסיבות אלו, כאשר חב' סלקום פעלה בהתאם להיתרים, שלמה את כל האגרות ומלאה אחר כל התנאים, אין גם מקום לבוא כנגד העותרת בטענות שיהיו. העותרת פעלה בהתאם לדין, ולמעשה אך ורק מהטעם הפורמלי שהיתר לא נחתם על ידי ממלאה תפקיד המחויב לחתום עליו, לא הומצא לידיה היתר חתום.

אין גם מקום, לקבל את טענת המשיבים כי המועצה הארצית לתכנון ובניה דנה בימים אלו בתוכנית לשנות את תמ"א 36. תוכנת מתאר ארצית כמוה כחוק. כל עוד לא שונתה חלה התוכנית שבתוקף. אם תשונה, והדבר אינו וודאי, כי אז תחול התוכנית החדשה מהיום שתפורסם ברשומות. כל עוד לא שונתה תוכנית המתאר הארצית ממילאה לא ניתן להתבסס במסגרת שיקולים של ממלא תפקיד זה או אחר על האפשרות כי התוכנית תשונה בעתיד.

למעשה, משמלאה חב' סלקום אחר כל התנאים זכאית היא לקבל לידיה את ההיתר. לא שמעתי כל נימוק המקנה סמכות ליושב ראש ועדת המשנה המקומית לתכנון ובניה חיפה שלא לחתום את חתימתו הפורמלית על ההיתר וזאת לאחר שגופי התכנון אישורו את מתן ההיתר כחוק והעותרת מילאה אחר כל התנאים. חתימתו של יו"ר ועדת המשנה בעניין זה היא חתימה ולאחר שהתקיימו כל התנאים, ולא נטען בפני אחרת, חובה עליו לחתום".

הנה כי כן- משנתנה ועדת הערר את החלטתה וקבעה כי על הוועדה המקומית החובה להוציא היתרי בנייה, התגבשה זכותה של העותרת להוצאת היתר בניה. לכל המאוחר ניתן לקבוע כי התגבשות הזכות התקיימה במועד בו עמדה העותרת במילוי התנאים המוטלים עליה (שנת 2005 לכל המאוחר). מאחר שחוק הקרינה המייננת נכנס לתוקף רק בשנת 2006, לא ניתן להחיל את הוראותיו על היתרי הבנייה הנדונים.

13. טענה נוספת שמציגים המשיבים בהקשר זה הינה כי אף ללא הסמכתו של חוק הקרינה המייננת הייתה הוועדה המקומית זכאית להתנות את היתר הבנייה בהפקדת כתב שיפוי מכוח סמכותה הכללית להתנות הוצאתו של היתר בנייה בתנאים שונים. טענה זו אינה יכולה לסייע בידם של המשיבים. בראש ובראשונה משום שכאמור, הימנעותה של הוועדה המקומית מלהציג את הדרישה לאורך כל תהליך הוצאת ההיתר, שוללת את סמכותה לדרוש קיומו של תנאי זה בשלב כה מאוחר (מאחר שהחוק אינו חל לא יכולים המשיבים לטעון כי הדרישה הינה דרישה חוקית או אוטומטית ולפיכך להצגתה של הדרישה מראש חשיבות רבה).

יתר על כן, סמכותה של הוועדה המקומית לדרוש הפקדת כתב שיפוי לפני כניסתו לתוקף של חוק הקרינה המייננת, מוטלת בספק. בשורה של פסקי דין שניתנו על ידי ועדות הערר, בתי המשפט המנהליים ובית המשפט העליון, נקבע, דווקא, כי הוועדה המקומית אינה רשאית להתנות היתרי בנייה בהפקדת ערבון או כתבי שיפוי (ראה את האמור בעת"מ 2461/94 חברת פרטנר תקשורת

בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה הרצליה, תק מח 2005 (1), 1927, וכן ערר 51967/04 פלאפון תקשורת בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב (לא פורסם), ערר רש 5462/02 פרטנר תקשורת בע"מ ופלאפון תקשורת בע"מ נ' הועדה מקומית לתכנון ובניה רמת השרון (לא פורסם) והחלטות נוספות, כמפורט בסעיף 115-116 לסיכומי העותרת).

המשיבים מבקשים להסתמך על עת"מ (תל-אביב-יפו) 1032/00 הועדה המקומית לתכנון ובניה "הדרים" נ' ועדת הערר המחוזית מחוז מרכז ואח', תק-מח 2002(2), 65535 (להלן: פס"ד הדרים). אלא שאין האמור באותו מקרה דומה לענייננו. אמנם במסגרתו של פסק דין הדרים נדונה שאלת סמכותה של ועדה מקומית להתנות הוצאתו של היתר בנייה בתנאים שונים, ולכאורה המסקנה שיכולה להילמד ממנו הינה כי ועדה מקומית רשאית להתנות מתן היתר בנייה בתנאים שונים. אלא שמסקנה כה גורפת תתעלם מההבחנות החשובות שעורך השופט גרוניס בפסק דינו, כאשר הוא קובע מפורשות כי :

"נמצא, אם כך, שמבחינה עקרונית יש בכוחה של הרשות המוסמכת - הועדה המקומית או רשות הרישוי - לסרב ליתן היתר או להתנות תנאים בטרם יוצא, על אף שקיימת התאמה מלאה בין המבוקש בבקשה לבין הנדרש על פי החוק, התקנות שעל פיו והתוכניות החלות במקום. השאלה הבאה שיש לדון בה היא מהם השיקולים שהרשות רשאית לשוקלם בבואה לסרב לבקשה או להתנות תנאים במצב דברים זה, קרי, כאשר קיימת התאמה בין המבוקש לבין הדרישות שבדין.

ברור, שאין בסמכותה של אחת מן הרשויות הנזכרות להתנות מתן היתר בנייה בתשלום שאין לו בסיס בדין: בג"צ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(582) 5.
כמו כן, לא ניתן לקבוע כי היתר בנייה יוצא רק לאחר שתופקד ערבות להבטחת מילוי של התנאים שבהיתר, שכן אין הסמכה מפורשת להתנות תנאי כאמור: ע"א 630/97 הועדה המקומית לתכנון ולבניה נהריה נ' שיר הצפון חברה לבנייה בע"מ, פ"ד נב(399) 3. עתה עלינו לבחון את הסוגיה האם רשאית ועדה מקומית או רשות רישוי לסרב ליתן היתר לאור מצב התשתיות במתחם או באזור בו עומדת להתבצע הבנייה לגביה מבוקש היתר" (עמ' 65538-ההדגשה אינה במקור- א.ק).

באותו פסק דין הדרים נקבע כי ועדה מקומית רשאית להתנות מתן היתר בנייה בקיומה של תשתית הולמת. תנאי מסוג זה הינו הגיוני ואף מתבקש נוכח אחריותה של הועדה המקומית לבטיחות ולאיכות המבנים המוקמים מכוח ההיתרים אותם היא מוציאה. אין בין תנאים ממין זה ובין תנאים הנוגעים לאחריות נזיקית מן המשותף, ובית המשפט אמנם הדגיש את ההבחנה בין תנאי הנוגע לכשירותה של הקרקע לבניה לבין תנאי הנוגע לשיפוי או פיצוי הועדה המקומית. אף החלטות ועדות הערר אותן צירפו המשיבים מתייחסות לכתבי שיפוי מכוחה של תכנית פוגעת על פי סעיף 197 ולא לכתבי שיפוי הנובעים מאחריות נזיקית למתן היתר בנייה. במקרה האחרון כאמור אמרו ועדות הערר את דברם כאשר סירבו במספר החלטות שיצאו תחת ידיהן לאשר התנייתו של היתר בנייה בכתב שיפוי.

15. המשיבים ביקשו לצרף אסמכתא נוספת- החלטה של ועדת הערר מיום 28.9.2006. בערר רש/5385/05 קיבלה ועדת הערר לתכנון ולבניה מחוז תל אביב את עמדת הועדה המקומית אליה

הצטרף היועץ המשפטי לממשלה. בהחלטתה קבעה כי הוועדה המקומית רשאית להתנות מתן היתר בנייה בהפקדת כתב שיפוי. איני סבורה כי הסתמכות על החלטה זו עשויה להועיל למשיבים במקרה שלפנינו. בראש ובראשונה, מדובר בהחלטה אחת של ועדת הערר מיני החלטות רבות אשר פסקו בניגוד לה. בנוסף לכך, הנימוק המרכזי להחלטתה של ועדת הערר היה השינוי שחל במדיניות של היועץ המשפטי לממשלה. אלא שבמקרה הנדון לפנינו יש די והותר אסמכתאות לכך שהמדיניות השלטת בתקופה בה הייתה העותרת זכאית להיתר הבנייה הייתה מדיניות הפוכה שגרסה כי הוועדה המקומית אינה יכולה לדרוש הפקדתו של כתב שיפוי.

16. הטענה השנייה עליה מסתמכים כאמור המשיבים הינה כי העותרת הייתה ערה לדרישת הפקדת כתב השיפוי במשך כל תהליכי הרישוי הנדונים. אינני יכולה לקבל את הטענה. אין ספק בליבי נוכח הפרוטוקולים שצירפו המשיבים לכתבי טענותיהם- הן של ישיבות הוועדה המקומית והן של החלטות המועצה הארצית לתכנון ובניה, כי סוגיית כתבי השיפוי עלתה לדיון מספר פעמים, והיותה חלק בלתי נפרד מהדיון הכללי שהתנהל במוסדות התכנון ובישיבות עם נציגי חברות הסלולאר על אודות היתרי הבניה להקמתם של מתקני השידור.

על אף זאת, המשיבים לא הצליחו לשכנע אותי, כי העותרת התחייבה או הייתה מודעת לקיום התחייבות להפקדת כתבי שיפוי. בראש ובראשונה, מבין המסמכים השונים שהציבו בפניי המשיבים לא עולה התחייבות חוקית ברורה של העותרת או של חברות הסלולאר באופן כללי, להפקיד כתבי שיפוי כתנאי להוצאתם של היתרי בנייה. המשיבים לא הציגו אסמכתאות לנוכחותם של נציגים מטעם העותרת בישיבת הוועדה המקומית מיום 23.5.2005 (נספח א' לסיכומי המשיבים) ולא הוצגו בפניי אסמכתאות לחיוביה של העותרת במסגרת פורום החברות הסלולריות. אף מנספחים ג' ו- ד' לסיכומי המשיבים (מכתבה של עפרה ליבנה, מנהלת אגף תכניות מתאר ארציות לנציגי חברות הסלולאר, ומכתבו של מר גדעון בר לב, יו"ר המועצה הארצית לתכנון ובניה, למנכ"ל משרד התקשורת) ניתן ללמוד כי בתקופת הליכי הרישוי של היתרי הבנייה נשוא העתירה לא נהגו חברות הסלולאר להפקיד כתבי שיפוי. החלטותיהן הנשנות של ועדות הערר בדבר היעדר סמכותה של הוועדה המקומית לדרוש הפקדת כתבי שיפוי ופסקי הדין של בתי המשפט המחוזי גיבו את סירובן של חברות הסלולאר.

מאחר שהמצב החוקי הכללי כמו גם הנוהג בכל הנוגע להפקדת כתבי שיפוי היה בלתי ברור ושנוי במחלוקת, ולאור הימנעותם של המשיבים מלהציב את הדרישה באופן מפורש בכל הנוגע להיתרים הספציפים אותם ביקשה העותרת, אין המשיבים יכולים לטעון למודעותה של העותרת לחובתה להפקיד כתבי רישוי לאורך תהליך רישויים של היתרי הבנייה. בוודאי שאין הם יכולים לקבוע כי העותרת התחמקה ממתן כתבי השיפוי, שעה שהמשיבים מיאנו להעניק את ההיתרים ממניעים שונים לחלוטין.

17. לאור כל האמור לעיל, אני קובעת כי דין העתירה להתקבל.

המשיבים ישלמו לעותרת הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בסך 50,000 ₪+מע"מ.

ניתן היום כ"ג בשבט, תשס"ז (11 בפברואר 2007) בהיעדר הצדדים

קובו אסתר 54678313-2505/05

קובו אסתר, שופטת

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה