

העמותה לחינוך בשפלה ע"ר 580622108

ע"י ב"כ עוה"ד קרן רו מורג ואח'
רח' יגאל ידן 35, מודיעין 1711601
טל: 08-8539020 פקס': 08-8539030

העוררת

- נ ג ד -

משרד החינוך

ע"י ב"כ מלשכת היועצת המשפטית במשרד
החינוך
רח' דבורה הנביאה 2, ירושלים
טל: 02-5603740 פקס': 02-5603840

המשיב

החלטה

בפנינו ערר על החלטה מיום 1.8.2023 שניתנה על ידי סמנכ"ל ומנהל מינהל רישוי בקרה ואכיפה במשיב לדחות בקשה לחידוש רשיון לגן ילדים, גן טבע הדברים, ברחוב סנונית 81 בנס ציונה, לשנה"ל תשפ"ד, סמל מוסד 646505 (להלן: "ההחלטה").

להלן נימוקי ההחלטה

הנימוקים שהופיעו בהחלטה נשוא הערר הם כדלקמן:

"גן הילדים פועל במבנה ללא היתר בניה. הגן מתנהל בחלק ממבנה הקיים בהיתר מספר 1546 משנת 1970, שטח המבנה כ-255 מ"ר. היתר הבניה הישן (מס' 1546) פקע מסיבות הכוללות בין היתר: אי התאמת הבינוי בפועל למאושר בהיתר (כגון: אי בניית מקלט).

לאור האמור, החלטתי שלא לאשר חידוש רשיון לגן לשנה"ל תשפ"ד".

עיקר נימוקי העוררת

גן הילדים נשוא הערר נפתח בשנה"ל תשפ"ב ברשיון שהוענק לעוררת, בעקבות ביקוש רב מצד הורים רבים לגן דמוקרטי באזור נס ציונה והשפלה. הגן קיבל חוות דעת חיוביות בכל תחומי הרישוי וגם הרשות המקומית וועדת התכנון לא הביעו התנגדותן להפעלת הגן, לאחר שנותבו אליהן בקשות לחוות דעת, כנהוג עם בקשת רישוי לפתיחת גן חדש.

ביום 28.4.2022, בתוך שנה"ל תשפ"ב, קיבלה העוררת התראה לשימוע לפני אי חידוש הרשיון לשנה"ל תשפ"ג, מהטעם שחלקים במבנה נבנו ללא היתר והיתר הבניה של המבנה אינו מתיר שימוש במבנה לצורך הפעלת גן ילדים. עוד נכתב במכתב ההתראה כי היתר הבניה אשר ניתן בעבר למבנה חסר תוקף, לאור העובדה כי במבנה אין מקלט וזאת כאשר קיומו של מקלט הינו תנאי להיתר.

ביום 3.5.2022 השיבה העוררת באמצעות בא כוחה למכתב ההתראה וציינה, בין היתר, כי אין בהתראה אסמכתא לנטען וסעיף 32(א) לחוק הפיקוח על בתי ספר, תשכ"ט-1969 (להלן: "**חוק הפיקוח**") אינו עוסק באי חידוש רשיון, ואינו מקנה סמכות למנכ"ל שלא לחדש רשיון על בסיס טענות מתחום התכנון והבניה. העוררת טענה כי בעקבות תשובה ששלחה למשיב כאמור, ולצד העובדה שהתקבלו חוות דעת חיוביות בכל תחומי הרישוי, קיבלה העוררת ביום 20.9.2022 רשיון לשנה"ל תשפ"ג.

לקראת שנה"ל תשפ"ד הגישה העוררת את כל המסמכים הנדרשים לחידוש הרשיון של הגן לשנה נוספת. נטען כי באופן חריג שאינו תואם את נהלי המשיב, נותבה בקשת החידוש לרשות המקומית ולוועדה לתכנון ולבניה על מנת שיתנו את חוות דעתן. חוות דעת כגון זו לא הומצאה לעוררת, אך ביום 21.4.2023 נשלחה לעוררת התראה/שימוע לפני אי חידוש רשיון מהטעם שהגן פועל ללא היתר ושההיתר שניתן בעבר חסר תוקף. זאת על אף שמדובר היה באותו היתר שהוגש במסגרת הבקשה לרשיון עבור שנה"ל תשפ"ב שהתקבלה כאמור.

העוררת הגישה ביום 4.5.2023 התייחסות מפורטת לטענות וביום 18.5.2023 קיבלה התראה נוספת בה נטען, בין היתר, כי הגן מתנהל בחלק ממבנה קיים בהיתר משנת 1970 וכי נמסר מעיריית נס ציונה כי מבנה הגן אינו מחזיק בהיתר בניה שכן ההיתר 1546 פקע מסיבות הכוללות בין היתר: אי התאמת הבינוי בפועל למאושר בהיתר (אי בניית מקלט) ואי מסירת מלוא האישורים הנדרשים לצורך קבלת טופס 4 או אישור אכלוס. כמו כן, היתר הבניה לא התייחס להפעלת גן ילדים ולא ניתן לגבי המבנה אישור לשימוש חורג.

העוררת השיבה גם למכתב התראה זה ביום 28.5.2023 והמתינה במשך למעלה מחודשיים לקבלת מידע חדש. העוררת ציינה כי היא קיבלה חוות דעת חיוביות בכל יתר תחומי הרישוי, בטיחות, תברואה ופדגוגיה ועל כן לא היה לה יסוד סביר להניח שהגן לא יפעל בשנה"ל תשפ"ד. העוררת התחייבה בהסכמים, הכשירה צוות, הכינה את הגן וקלטה רישום של 27 תלמידים.

ביום 1.8.2023 קיבלה העוררת את החלטת המשיב הדוחה את הבקשה לחידוש הרשיון לשנה"ל תשפ"ד.

העוררת טענה, בין היתר, כי על מנת להצדיק את אי חידוש הרשיון, תוך פגיעה באינטרס ההסתמכות של העוררת, ההורים והצוות, נדרשים המשיבים להציג מערכת ראייתית או מידע חדש לפיו קיימת סטייה חמורה מהוראות הדין או ליקויים חמורים שלא תוקנו חרף מתן אפשרות לתקנם. בנוסף יש לבחון האם הובא בפני מנכ"ל המשיב מידע חדש, רציני ומשמעותי אשר יש בו כדי להצדיק את אי

חידוש הרשיון. מידע כגון זה לא הובא לידיעת העוררת ולא הוצגה חוות דעת שלילית בעניינה כפי שמתבקש בנהלי הרישוי. העוררת טענה, למען הסר ספק, כי קיים היתר בניה והוא לא פקע מעולם. כמו כן, הגן כבר פועל שנתיים בהצלחה על בסיס אותו היתר ולא נשקפת סכנה לבטיחותם של התלמידים, לחינוכם ולבריאותם. העוררת הוסיפה וטענה כי היתר בניה פוקע רק אם הוא לא ממומש, בתקופה של 3 שנים מאז הוצא. כמו כן, על גבי ההיתר מצויין כי הוא ניתן עבור 'מעון ילדים' ומדובר בשימוש שמאפשר הפעלת גן ילדים.

בנוגע לטענה כי ההיתר פקע מהטעם שהבינוי אינו תואם את המאושר בהיתר מכיוון שלא נבנה מקלט, נטען כי הטענה בדבר היעדרו של מקלט נבחנה על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים ברחובות ונדחתה. ההיתר הוצא בשנות ה-70 של המאה הקודמת. בסמוך לאחר הקמת המבנה הוגש כתב אישום נגד בעליו בגין אי הקמת מקלט ולאחר מכן הוגשה תוכנית שינויים. בהיתר השינויים לא כתוב במפורש כי יש להקים בסמוך למבנה מקלט, יתכן משום שכבר היה מקלט ויתכן שהדין לא דרש זאת. ככל שהמשיב סבור כי בשל היעדר מקלט הופקע ההיתר, עליו להראות כי אכן נדרש היה להקים מקלט חדש אשר לא הוקם. בנוסף, בפרוטוקול דיון בהליך שהתקיים בשנת 2011 הצהיר נציג הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כי היה בעבר מקלט באזור אחר של המבנה.

במישור המשפטי, ביטול היתר בניה מעיקרו יכול להתקיים רק כאשר ההיתר כשלעצמו לקה בפגמים מהותיים אשר יורדים לשורשו של ההיתר ותוך פגיעה בעקרונות היסוד שבבסיס דיני התכנון והבניה. כאשר בניה מבוצעת בניגוד להיתר, הדבר יכול להוות עבירה אך לא הפקעה של ההיתר. לכן גם אם המשיב היה מוכיח כי לא הוקם מקלט ומדובר היה בתנאי בהיתר, לא ניתן לקבוע כי ההיתר פקע ויש לפעול בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית.

לטענת העותרת, לא רק שלא ידוע שנפל פגם בהיתר, בתיק הנכס מופיעה תעודת גמר המעידה על גמר הבניה בהתאם להיתר. במקום יש פתרון מקלוט וברור כי ככל שהייתה על פי ההיתר דרישה לבניה כזו או אחרת שלא בוצעה, לא הייתה ניתנת תעודת גמר. ולו פקע ההיתר, הרי שלא ניתן היה לקבל על בסיסו תעודת גמר.

העוררת טענה כי מאות גני ילדים בארץ פועלים בבתי מגורים, אינם צמודים למקלטים והדבר לא מונע מתן רשיון עבורם, וודאי שלא כאשר מדובר בגן ילדים שיש לו פתרון מקלוט.

עוד טענה העוררת כי נפגעה זכותה לשימוע וזכותה לעיון במסמכים ובראיות שעל בסיסם ניתנה ההחלטה. העוררת חזרה על טענתה לפיה תמוה שהמשיב פנה לעירייה על מנת לקבל את התייחסותה ולא הועלתה חוות דעת כלשהי למערכת הרישוי. משנשללה זכות השימוע, נפגעה זכות הטיעון שלה.

העוררת טענה כי היא הסתמכה בתום לב על ההיתר המצוי בתיק ומנגד המשיב טען כלפי ההיתר טענה כללית מבלי שצירף אסמכתא או מידע כלשהו לתמיכה בטענתו. בנוסף, ההחלטה לוקה בשיהוי שכן המשיב השתהה במתן ההחלטה וזו ניתנה על ידו כחודש אחד לפני פתיחת שנת הלימודים.

העוררת הגישה את הבקשה במועד לפי נהלי הרישוי, לא הייתה צריכה להגיש היתר בניה בשלב זה, מדובר בהיתר שמצוי בתיק הרישוי מחודש מרץ 2020 עת הוגשה הבקשה הראשונה לרישוי הגן. בנוסף, המשיב העניק רשיון לשנה"ל תשפ"ג לאחר שקיבל התייחסות מהעוררת בגין אותן טענות שהועלו כנגדו ולא ברור מה השתנה.

עיקר נימוקי המשיב

בכתב התשובה הפנה המשיב להוראות סעיף 1 לנוהל רישוי ונוהל הכרה – חידוש גן ילדים בחינוך המוכר שאינו רשמי לשנת תשפ"ד (להלן: "נוהל הרישוי"), אשר קובע כי "לצורך המלצה לחידוש רשיון גן ילדים, נבדק הגן בחמישה תחומים עיקריים: פדגוגיה, בטיחות סביבתית, תברואה ובריאות, כספים, המבנה הפיסי של המוסד". כן הפנה המשיב לסעיף 3.5 (א) לנוהל הרישוי שמתייחס לעמידה בתחום המבנה וקובע כי: "על מגיש הבקשה להגיש התחייבות והצהרה על גבי טופס ההתחייבות והצהרת המבקש (ראה תחום המבנה ב"טופס התחייבות והצהרת המבקש") ולהתחייב כי כל השטח בו הוא מתעתד להפעיל את המוסד החינוכי, לרבות כל מבנה, חצר ושטח פתוח ("המבנה") עומד בדיני התכנון והבניה, לרבות חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. בעלות אשר תצהיר כי המבנה עומד בדיני התכנון והבניה כאשר ידוע לה כי המבנה אינו עומד בדיני התכנון והבניה ו/או הוועדה המקומית לתכנון ולבניה סבורה כי המבנה אינו עומד בדיני התכנון והבניה – עליה לקחת בחשבון כי בקשתה תידחה מטעם זה".

המשיב התייחס להליך הרישוי בשנה"ל תשפ"ב ותשפ"ג, וציין כי לעוררת ניתן רשיון לגן ילדים בשנים אלה בהיעדר התנגדות מצד רשות החינוך המקומית והוועדה המקומית לתכנון ולבניה. בבקשה לרשיון צירפה העוררת היתר בניה, הצהרה והתחייבות על עמידה של המוסד בדיני התכנון והבניה.

במסגרת הבקשה לחידוש הרשיון לשנה"ל תשפ"ג המשיב שם לב כי גן הילדים נמצא באותה כתובת של מבנה בית הספר בסמל 727024 (להלן: "בית הספר") אשר התנהלו נגדו הליכים קודמים על איסור שימוש והפעלה במבנה ואף ניתן צו שיפוטי חדש על ידי בית המשפט ברחובות האוסר הפעלת בית הספר (בב"נ 1175-09-18 הוועדה המקומית נס ציונה נ' העמותה לחינוך בשפלה (26.3.2020)). בהליך שימוע שנערך לעוררת בעניין חידוש הרשיון לשנה זו נטען כי לגן הילדים היתר בניה למעון לילדים הכולל גם גן ילדים ולעמדתה בית המשפט קבע בהליך האמור כי גן הילדים הינו שימוש מותר במקום.

העוררת טענה כי בהעדר התייחסות מצד הוועדה המקומית לניתוב הבקשה, יחד עם העובדה כי באותו זמן התנהל הליך בערר 107/22 על דחיית הרשיון לבית הספר אשר טרם הוכרע והעובדה שמדובר היה במועד קרוב לפתיחת שנה"ל, ניתן הרשיון לעוררת עבור שנה"ל תשפ"ג.

בנוגע להליך הרישוי לשנה"ל תשפ"ד, העוררת הגישה בקשה לחידוש רשיון ביום 15.2.2023. ביום 18.4.2023 קיבל המשיב מענה ביחס למצב גן הילדים ממנהלת אגף רישוי פיקוח והשבחה בעיריית נס ציונה, עו"ד שרית גוטמן דגן, שסטטוס גן הילדים זהה לסטטוס בית הספר והוא נמצא במבנה ללא היתר לבניה או לשימוש.

במכתב צויין, בין היתר, כי היתר הבניה פקע מסיבות שונות הכוללות בין היתר אי התאמת הבינוי בפועל למאושר בהיתר (כגון: אי בניית מקלט) ואי מסירת מלוא האישורים הנדרשים לצורך קבלת טופס 4 או אישור אכלוס.

לאור המכתב, נשלחה לעוררת התראת שימוע ביום 20.4.2023 וביום 4.5.2023 הגיבה העוררת לטענות.


ביום 18.5.2023 שלח המשיב לעוררת מכתב התראה לשימוע נוסף בטענה כי לא התקבלה התייחסות מלאה לגופם של דברים. במכתב צויין כי נמסר למשיב מעיריית נס ציונה כי מבנה גן הילדים אינו מחזיק בהיתר בניה כאשר היתר הבניה הישן 1564 פקע מהסיבות שצויינו לעיל וכי היתר הבניה לא התייחס להפעלת גן ילדים וכי לא ניתן אישור לשימוש חורג.

העוררת הגיבה למכתב התראת השימוע ביום 28.5.2023. היא ביקשה מסמכים או מידע לכך שהיתר הבניה פקע וחזרה על טענותיה כי גן הילדים הינו בשימוש מותר.

ביום 1.8.2023 דחה משיב את הבקשה לחידוש הרשיון מהטעמים שפורטו בהחלטה. ביום 3.9.2023 נערך ביקור בגן הילדים ונמצא כי הגן פועל ללא רשיון.

המשיב צירף לכתב התגובה חוות דעת שהתקבלה ביום 27.11.2023 בה צויין כדלקמן:

להלן ההתייחסות לנושא תכנון ובניה - הסטטוס הרישוי של מבנה ביה"ס המבוקש/הדמוקרטי, המדובר במבנים הקיימים ע"פ היתר שפקע - מסי 1456 וללא טופס 4, מסיבות שונות הכוללות בין היתר: אי התאמת הבינוי בפועל למאושר בהיתר (כגון: אי בניית מקלט) ואי מסירת מלוא האישורים הנדרשים לצורך קבלת טופס 4 או אישור אכלוס.
כיום קיימת בקשה להיתר בתוקף, שהוחלט לאשר בה את ביה"ס בתנאים.
מהותה של הבקשה, אישור: המבנים הקיימים (שנעולם לא הוסדרו, כמפורט לעיל), השינויים שבוצעו ותוספות חדשות כולל הקמת מרחב מוגן חדש והסדרת פיתוח, הנגשה וחניון.
ההתנגדות לפתיחת המוסד הינה מהנימוק שטרם הושלמו לבקשה להיתר מלוא התנאים הנדרשים להנפקת היתר בניה כאמור, אף טרם ניתן למבנה תעודת גמר לאיכלוס בעבר ובהווה.
בהתאם לאמור לעיל, טרם הושלמו שלבי הביצוע לאחר קבלת ההיתר המשמעותיים למותן המלצה חיובית. לאחר קבלת ההיתר, נדרש לקבל אישור תחילת עבודות ולאחר מכן לבצע את הבניה בפועל, ובסופה קבלת טפסים המעידים על בניה תואמת היתר ואישורים המעידים על בטיחות ותקינות הבניה, הכוללים בין היתר: אישור פקע"ר על ביצוע ממי"מ תקני, אישור קונסטרוקטור ובדיקות מעבדה על יציבות המבנה, אישור כיבוי אש, ואישור נגישות על ביצוע תקין בהתאם לתכנון, לאחר השלמת הדרישות מונפקת תעודת גמר.

	מהנדס העיר	אינג' בועז גמליאל	27/11/2023
חותמת והתימה	** התפקיד	שם החותם	תאריך

המשיב טען כי הובא לידיעתו שמצב גן הילדים דומה למצב בית הספר, ומשכך חזר על עמדותיו הקודמות כנגד בית הספר בעניין התכנון והבניה, שאלה נכונות גם לגן הילדים לטענתו.

המשיב הפנה, בין היתר להחלטות הוועדה בעררים 104/18, 55/19, 12/20 ו-101/21.

המשיב התייחס לכך שבמסגרת ערעור שהגישה העוררת על החלטת בית המשפט ברחובות בב"נ 11755-09-18, עתפ"ב 67857-02-20 העמותה לחינוך בשפלה נ' ועדה מקומית לתכנון ולבניה נס ציונה,

הוקפא הצו השיפוטי השני על ידי בית המשפט שבערעור. בהמשך לאור חלוף הזמן אשר לא אפשר את המשך הקפאת הצו, לנוכח הסכמות בין הצדדים והעובדה כי העוררת כבר הגישה בקשה להיתר שמצויה בטיפול, החליט בית המשפט לבטל את הצו השיפוטי מבלי לדון בו לגופו. בהחלטת בית המשפט נקבע, בין היתר כי אם לא יושג היתר בפרק זמן של 6 חודשים, הדבר יוכל לשמש את הוועדה המקומית במסגרת בקשה חדשה לצו הפסקה שיפוטי שתגיש בהתאם לשיקול דעתה לערכאה קמא.

בשנה"ל תשפ"ב, אחרי שנים בהן לא פעלה העוררת להסדרת מצבה התכנוני, היא הגישה בקשה לאישור שימוש חורג. הליך זה טרם הסתיים כך שהמצב התכנוני של מבנה בית הספר לא השתנה ומכאן גם מצבו התכנוני של גן הילדים.

המשיב טען כי דין הערר להידחות על הסף מכיוון שהעוררת מפעילה את גן הילדים ללא רשיון בניגוד לסעיף 3 לחוק הפיקוח והערר הוגש בהיעדר ניקיון כפיים.

לגופה של ההחלטה נשוא הערר נטען כי זו ניתנה בהתאם לנהלי הרישוי, בעקבות עמדת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, שהתקבלה ביום 18.4.2023.

צוין כי בהמשך צורפה גם חוות דעת מהנדס העיר שמתנגד להפעלת גן הילדים מהטעמים שפורטו בחוות דעתו מיום 27.11.2023.

המשיב הפנה לפסיקה לפיה ניתן להתיר קיומו של מוסד חינוך במבנה רק כאשר שימוש זה מותר על פי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה"). לאור התנגדות הוועדה המקומית להפעלת גן הילדים בשל אי עמידתו בדיני התכנון והבניה, העוררת לא הוכיחה עמידתה בתחום המבנה לפי סעיף 9(א)(3) לחוק הפיקוח וסעיף 3.5 לנוהל הרישוי. בנוסף, המשיב לא יכול לתת רשיון למוסד שמתקיימים בו הליכים משפטיים בנוגע לצווים שהוצאו, גם אם ביצועם הוקפא אך לא בוטלו. הטעם לכך הוא החשש שהרשות והוועדה המקומית עלולות לפתוח בהליכים משפטיים לסילוק הבעלות המפעילה את המוסד, כך שעלול להיווצר מצב של פיזור מוסד חינוך באמצע שנת לימודים וקיים צורך במציאת פתרונות חינוכיים חלופיים עבור התלמידים. לפיכך, נוהל הרישוי מחייב כי מבקשת הבקשה תוכיח בצורה שאינה משתמעת לשני פנים כי המבנה עומד בדרישות הרישוי כדין הן בנוגע למבנה והן בנוגע לשימוש בו.

לטענת המשיב, היתר הבניה ניתן בתנאים שכללו בין היתר בניית מקלט ולפי עמדת הוועדה המקומית, בשל אי עמידת העוררת בתנאי היתר הבניה בדבר אי בניית מקלט, ביצוע חריגות בניה ושימוש במבנה טרם קבלת תעודת גמר, פקע היתר הבניה והמבנה אסור בשימוש.

המשיב טען כי אין לקבל את טענת העוררת כי בב"נ 11755-09-18 קבע בית המשפט באופן פוזיטיבי שגן הילדים הוא שימוש מותר במקום ולא נקבעו מסמרות בעניין. כל שנאמר הוא שההיתר ניתן להקמת מעון לילדים ולא להקמת בית הספר.

מכל מקום, בשנת תשפ"ב הגישה העוררת בקשה לשימוש חורג לצמיתות ממעון ילדים למבנה ציבורי/חינוכי-בית ספר, גן ילדים, מתנ"ס ולאור בקשה זו מחק בית המשפט בעתפ"ב 67857-02-20

את הצו השיפוטי לאחר שהיה נראה כי היתר לשימוש חורג נמצא בהישג יד. העובדה שהעוררת הגישה בקשה להיתר מלמדת כי אף היא סברה כי אינה מחזיקה בהיתר.

המשיב טען כי סוגיית התכנון והבניה של מבנה בית הספר וגן הילדים נמצאת כעת בבירור בהליך תלוי ועומד בבית המשפט לעניינים מקומיים. בית משפט זה הוא שמוסמך לדון בנושא התכנון והבניה ולעמדת המשיב במצב בו עמדת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הינה כי הפעלת גן הילדים במבנה הינה בניגוד לדיני התכנון והבניה ובשעה שעמדה זו מתבררת בפני בית המשפט המוסמך לדון בעניין, אין על המשיב ולא על ועדת הערר לדון בעצמם בסוגיות אלה וכל טענות המשיב בעניינים אלה יהיו למעלה מן הנדרש.

בכל הנוגע לכך שניתן רשיון לשנה"ל תשפ"ב ותשפ"ג נטען כי מדיניות המשיב היא שככל שלא מתקבלת אצלו התייחסות הרשות המקומית והוועדה המקומית תוך חודשיים מיום העברת ההתייחסות למתן חוות דעת, המשיב יראה בכך כאילו אין התנגדות של הרשויות למצבו התכנוני של מבנה החינוך, לרבות בהיבט השימוש החורג. ככל שמועברת התנגדות בשל אי עמידה בדיני התכנון והבניה, המשיב יתנגד למתן הרשיון. בשנים תשפ"ב ותשפ"ג ניתנו על ידי המשיב רשיונות לעוררת בשל אי קבלת עמדת הרשות המקומית בקשר למצב גן הילדים. במסגרת הבקשה לחידוש הרשיון עבור שנה"ל תשפ"ג שלח המשיב לעוררת התראת שימוע מכיוון שמצא כי גן הילדים פועל באותה כתובת של בית הספר. לאחר תגובת העוררת, בהיעדר התייחסות מצד הרשות המקומית ובהתחשב במועד הקרוב לפתיחת שנת הלימודים, ניתן לעוררת רשיון עבור שנה זו.

בכל הנוגע לטענות העוררת כי נפגעה זכותה לשימוע ולעיון נטען, כי תוכן המידע שנמסר מעיריית נס ציונה נמסר לעוררת ומשכך הליך השימוע נעשה כדיון.

בנוגע לטענת העוררת להסתמכות ובנוגע למועד קבלת ההחלטה נטען כי העוררת ידעה במועד הגשת הבקשה כי בקשתה להיתר שימוש חורג טרם אושרה והיא זו שהפרה את התחייבותה כלפי המשיב כשהצהירה כי היא עומדת בדיני התכנון והבניה. המשיב קיבל את עמדת הרשות המקומית רק ביום 18.4.2023 ופעל באופן מידי להוצאת שימוע. טענת השימוע לא יכולה להתקבל כאשר מגישת הבקשה נגועה בחוסר ניקיון כפיים ביודעה כי הבקשה לשימוש חורג טרם אושרה והיא אינה עומדת בדיני התכנון והבניה. מצופה שהיא תקיים את הוראות החוק ולא תבקש להפעיל מוסד חינוך שאינו עומד בדיני התכנון והבניה כפי שקבעה הוועדה בערר 101/21.

הגשת חוות דעת מטעם העוררת ובקשה לזימון עד

בטרם קיימה הוועדה דיון בערר הגישה העוררת בקשה מוסכמת להגשת חוות דעת מטעמה. בבקשה צוין כי הנימוק היחיד שהופיע בהחלטה נשוא הערר לדחות את הבקשה לחידוש הרשיון הינו מתחום התכנון והבניה. לתגובה שהוגשה מטעם המשיב לערר ביום 5.12.2023 צורפה לראשונה חוות דעת של מהנדס הרשות המקומית ועליה מבוססת התנגדות המשיב לדחיית בקשת הרישוי. משכך ביקשה העוררת להגיש חוות דעת נגדית ערוכה על ידי עו"ד ארז קמיניץ, שכיהן בעבר כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), ובה התייחסות למצבו התכנוני של הנכס ולטענות שהופיעו בחוות הדעת שניתנה על ידי מהנדס הרשות המקומית. בהחלטה מיום 18.1.2024 התקבלה הבקשה.

כן הוגשה מטעם העוררת בקשה לזימון עד, את מהנדס הרשות המקומית נס ציונה, מר בועז גמליאל. בהחלטה מיום 21.1.2024 קבעה יו"ר הוועדה כי בשלב זה הדיון ייערך בנוכחות הצדדים וכי העוררת תהיה רשאית להעלות את הבקשה בדיון.

דיון והכרעה

ביום 22.1.2024 התקיים דיון בפני הוועדה בנוכחות נציגי העוררת ונציגי המשיב. הצדדים העלו טענותיהם בעל פה והשיבו לשאלות הוועדה.

לאחר שהוועדה שמעה את טענות הצדדים, חזרה ועיינה בכתבי הטענות ובכל המסמכים שהוגשו, החליטה הוועדה לקבל את הערר ולהלן נימוקי החלטתה.

הוועדה תציין כי הדיון בערר 107/22 שעניינו רשיון לבית הספר, נדחה לבקשת העוררת מספר פעמים, בין היתר בשל הליכים בתחום התכנון. ביום 19.3.2024 הועברה לוועדה בקשה מטעם העוררת למחיקת ערר זה.

בהתאם להוראות חוק הפיקוח המבקש להקים ולנהל מוסד חינוך חייב על פי חוק לקבל רשיון ממוסד החינוך להפעלת בית הספר.

סעיף 3 לחוק הפיקוח מורה כך:

"לא יפתח אדם בית ספר ולא יקיימו אלא אם יש בידו רשיון לפי חוק זה ובהתאם לתנאיו ולא יפרסם אדם פתיחת בית ספר אם אין עליו רשיון כאמור (להלן-רשיון)".

גוף שמבקש רשיון לפתוח ולקיים מוסד חינוך נדרש לפנות בבקשה למנכ"ל משרד החינוך ולצרף לבקשתו את הפרטים הנדרשים על פי חוק. הבקשה נבחנת על ידי אגף לחינוך מוכר שאינו רשמי במשרד החינוך בהתאם להוראות חוק הפיקוח, לתקנות פיקוח על בתי ספר (בקשה לרשיון) התש"ל –

1970, לכללי פיקוח על בתי ספר (מבחנים למתן רשיונות), התשל"א-1971 ולנוהלי משרד החינוך. בין היתר יש צורך לקבל אישור של משרד הבריאות, לקיים רמה נאותה של תכנית לימודים, הכשרת סגל, מבני גישה, לעמוד בתנאי בטיחות הנדרשים ולהראות בסיס כספי לקיומו של מוסד החינוך (ר' בין היתר סעיפים 4-6 לחוק הפיקוח).

סעיף 9(א) לחוק הפיקוח, קובע כדלהלן:

"(א) לא יתן המנהל הכללי רשיון אלא אם הוא סבור כי תובטח רמה נאותה בהתאם לתקן ולנהוג בסוג בית-הספר שהבקשה מתייחסת אליו בעניינים המפורטים להלן:

- (1) תכנית הלימודים, מערכת השיעורים ומשך הלימודים;
- (2) הכשרתם וכשרם המקצועי של סגל עובדי החינוך;
- (3) מבני בית-הספר והגישה אליהם, החצר, מספר הכיתות וחדרי-הלימוד, הספח והשירות;
- (4) תנאי הבטיחות בבית-הספר;
- (5) הריהוט והציוד של בית-הספר;
- (6) הבסיס הכספי לקיום בית-הספר.

(ב) במתן החלטתו בדבר העניינים המפורטים בסעיף קטן (א), יתחשב המנהל הכללי בסוג בית הספר ובגילם וצרכיהם של התלמידים – הכל בהתאם לכללים שהתקין שר החינוך והתרבות בהתייעצות עם ועדת החינוך והתרבות של הכנסת".

בהתאם לפסיקתו של בית המשפט העליון, מטרתו של הליך הרישוי הוא:

"לוודא כי המוסד החינוכי עומד בסטנדרטים ראויים בהיבטים של בטיחות, בריאות, פדגוגיה ובהיבטים נוספים, שמטרתם להבטיח את טובת התלמידים".

ר' בר"ם 5776/13 **עמותת מקום להיות – בית הספר מעיין נ' מנכ"ל משרד החינוך** (נבו 26.8.2013) בפסקה 16; ר' גם בר"ם 9954/16 **משרד החינוך נ' בית ספר יפיע לחינוך ורווחה בע"מ** (נבו 3.1.2017).

בקשה לרישוי מוסד חינוך צריכה למלא אחר הוראות נוהל הרישוי הרלוונטי. בענייננו מדובר בבקשה לחידוש רשיון עבור גן ילדים, שעליה למלא אחר ההוראות המפורטות נוהל רישוי – חידוש גן ילדים בחינוך המוכר שאינו רשמי מיום 9.1.2023 (להלן: **"הנוהל"** ו/או **"נוהל הרישוי"**).

אין חולק כי העוררת קיבלה רשיונות עבור שנות הלימודים תשפ"ב ותשפ"ג. הנימוק שעמד בבסיס החלטת דחיית הבקשה לחידוש הרשיון עבור שנה"ל תשפ"ד היה 'פקיעת' היתר הבניה משנת 1970 מחמת אי התאמת הבינוי בפועל למאושר בהיתר, כגון אי בניית מקלט ופעילותו של גן הילדים במבנה ללא היתר בניה.

נימוק זה שהופיע בהחלטה לא נתמך בחוות דעת כתובה במועד מתן ההחלטה. חוות הדעת של מהנדס הרשות המקומית נס ציונה, מר בועז גמליאל, מיום 27.11.2023 נערכה בסמוך למועד הגשת התגובה לערר, וככל הנראה על מנת לתמוך בהחלטה בדיעבד.

מדובר בפגם מינהלי בהליך קבלת ההחלטה. מן הראוי היה שבטרם התקבלה ההחלטה יערך בירור מעמיק ומקצועי בטיעון שהועלה מצד הרשות המקומית, במיוחד כאשר עסקין בבקשה לחידוש רשיון קיים למוסד חינוך. הפגם מתקשר גם לפגיעה בזכות הטיעון של העוררת בטרם קבלת ההחלטה, בהתאם לכללי הצדק הטבעי.

הוועדה סבורה כי קיים פגם בהליך המינהלי בכך שהתשתית לנימוקים שהופיעו בהזמנה לשימוע הוצגו לעוררת רק במסגרת כתב התשובה לערר, באמצעות חוות הדעת של מהנדס עיריית נס ציונה מיום 27.11.2023, מועד מאוחר למתן ההחלטה נשוא הערר. המשיב אפילו לא העביר לעוררת העתק מהמייל שהתקבל מהגב' שרית גוטמן מעיריית נס ציונה בטרם ניתנה ההחלטה נשוא הערר. אומנם נטען בדיון כי הדברים נמסרו לעוררת במכתב ההתראה לשימוע, אך מצופה היה להעביר את התשתית שהתקבלה ישירות להתייחסות. לא מן הנמנע כי ככל שהעוררת הייתה יודעת על קיומה של התייחסות מגורם מקצועי, הייתה מבקשת להציג חוות דעת מקצועית נגדית כבר באותו שלב, בטרם קבלת ההחלטה נשוא הערר, כפי שעשתה במסגרת הערר לאחר שלכתב התגובה צורפה חוות דעתו של מהנדס עיריית נס ציונה כאמור.

יחד עם זאת, לו מדובר היה בפגם יחיד, יתכן והוועדה לא הייתה מוצאת בו בסיס מספק לקבלת הערר, בשים לב להלכת **הבטלות היחסית**.

ר' רע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 637, 643 (2000):

"ההלכה בדבר בטלות יחסית (שראוי היה לקרוא לה, לשם הדיוק, חוקיות יחסית) אומרת כי יש להפריד, במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטה מינהלית, בין שני מישורים: המישור הראשון – הפגם בהחלטה; המישור השני – נפקות הפגם. במישור הראשון על בית-המשפט לבדוק ולקבוע אם נפל פגם בהחלטה: פגם של חוסר סמכות, הפרה של זכות הטיעון, ניגוד עניינים, שיקולים זרים וכיוצא באלה. אם קבע בית-המשפט, במישור הראשון, שנפל פגם בהחלטה, או אז עליו לשקול, במישור השני, את נפקות הפגם, כלומר את הסעד הראוי."

ר' גם בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, בעמ' 305-306 (1994) בהתייחס להפרת חובת השימוע כדלקמן:

"... עדיין שאלה היא, מה נפקות ההפרה שלחובת השימוע. האם ההפרה מבטלת את ההחלטה מעיקרה? לא בהכרח. הנה כך אמר השופט לנדוי בבג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי [13], בעמ' 246:

"... לא תמיד גורמת הפרת אחד מכללי הצדק לבטלות הדיון מעיקרא. המבחן אינו נוקשה אלא גמיש, ויחסי הדברים תלויים במידת החומרה של ההפרה ובנסיבותיה".

דברים אלה הם התמצית של תיאוריה חדשה, הלוא היא התיאוריה בדבר הבטלות היחסית, ההולכת וקונה לה מהלכים בפסיקה ... לפי התיאוריה של הבטלות היחסית, יש מקום להתאים את נפקות ההפרה (לרבות הסעד הניתן על-ידי בית המשפט) לנסיבות המקרה. והעניין מסור לשיקול הדעת של בית המשפט בכל מקרה. בין היתר עשוי בית המשפט לשקול את חומרת ההפרה; אם מדובר בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה של ההחלטה; האם ההחלטה מותקפת על-ידי אדם שנפגע במישרין מן ההחלטה או על-ידי אדם אחר; מתי מותקפת ההחלטה; מה הנזק שנגרם לאדם משום שנמנע ממנו שימוע מוקדם ומה הנזק שעלול להיגרם לציבור אם תבוטל ההחלטה; ומה הסיכוי לתקן את המעוות בדרך של שימוע מאוחר".

עם זאת, פגם זה מתווסף לפגם שנפל בשיקול הדעת של המשיב בכך שאימץ את עמדת הרשות המקומית ככתבה, על אף שהיא אינה מבוססת מבחינה עובדתית ומשפטית ובשים לב לעובדות שהוצגו בפני הוועדה, לרבות אלו שנוגעות להליך המשפטי עליו הסתמך המשיב בטיעונו בכתב התגובה ובדיון.

כפי שתפרט הוועדה בהרחבה להלן, קיים פגם מהותי בהחלטה לגופה וזאת על בסיס החומר שהוצג בפניה ומשכך מצאה כי יש מקום להתערב בהחלטה ולשנותה מטעמים אלה.

הוועדה תבהיר כי אין בהחלטתה בכדי לגרוע מהסמכויות הנתונות לבית המשפט ולגופי התכנון שדנים בבקשה להיתר לשימוש חורג ו/או בהליך הפלילי בתו"ב 17224-10-18 ו/או בצו שיפוטי ככל שיוצא מחדש וכו'. התערבותה של הוועדה בהחלטה נשוא הערר הוא בהיבט המינהלי של קבלת ההחלטה לפי חוק הפיקוח על בסיס הראיות המינהליות שהונחו בפניה במסגרת ערר זה בקשר עם גן הילדים. אין בהחלטה דנן כדי להשפיע ו/או לגרוע מהסמכויות הנתונות על פי דין לערכאות שיפוטיות ותכנוניות ככל שהן דנות בנושא ההיתר או בצו כלשהו בקשר עם גן הילדים.

כאמור לעיל, בהחלטה נשוא הערר נקבע כי הגן פועל ללא היתר בניה וכי ההיתר 1546 פקע מסיבות הכוללות בין היתר אי התאמת הבינוי בפועל למאושר בהיתר, כגון אי בניית מקלט.

הוועדה תציין כי מספרו של היתר הבניה שהוצג מיום 22.1.1970 הוא 1456 (נספח 2 לחוות דעת של עו"ד קמיניץ), ומספרו של היתר הבניה – תוכנית שינויים לתוכנית מקורית שאושר בישיבה מיום 28.5.1970 הוא 1546 (נספח 4 לחוות דעתו של עו"ד קמיניץ).

בחוות דעתו של מהנדס הרשות המקומית נס ציונה, מר בועז גמליאל צויין כי **"הסטטוס של מבנה ביה"ס המבוקש/הדמוקרטי (הערת הוועדה – ככל הנראה מדובר בטעות שכן בכותרת המסמך מצויין "גן ילדים טבע הדברים")**, **המדובר במבנים הקיימים ע"פ היתר שפקע – מס' 1546 וללא טופס 4, מסיבות שונות הכוללות בין היתר, אי התאמת הבינוי בפועל למאושר בהיתר (כגון: אי בניית מקלט) ואי מסירת מלוא האישורים הנדרשים לצורך קבלת טופס 4 או אישור אכלוס"**.

כאמור, מטעם העוררת הוגשה חוות דעת של עו"ד ארו קמיניץ, אשר התבקש לחוות דעתו בנושא היתר מבנה הגן בהתאם למסמכים שהועברו לידיו, ועל פי המסמכים המצויים בתיק העירייה.

עו"ד קמיניץ התייחס בחוות דעתו להחלטת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה נס ציונה מיום 28.4.1969 אשר המליצה על תוכנית מפורטת למתחם, שתשנה את ייעודו ממגורים לייעוד מוסד בית הילד. ביום 22.1.1970 ניתן היתר בניה לבניית מעון לילדים. ביום 14.5.1970 הוצא צו הפסקה שיפוטי בעקבות סיור באתר שהעלה כי הבניה אינה בהתאם לתוכנית המאושרת. אז הוגשה תוכנית שינויים שאושרה ביום 12.8.1971. צויין כי ביום 28.5.1970 אישרה הוועדה המקומית היתר שינויים להיתר. בהמשך ניתן למבנה גן הילדים טופס רישום של בניין בו מצויין מועד גמר הבניה בחודש 2 1969, יתכן שמדובר בטעות בתאריך, אך מצויין כי מדובר בהיתר 1456.

בהתייחס לנימוק שמופיע בהחלטה נשוא הערר, הפנה עו"ד קמיניץ לתקנה 59(א) לתקנות התכנון והבניה (רישוי בניה) התשע"ו-2016 אשר קובעת כי היתר יהיה תקף למשך שלוש שנים, וניתן להאריך את תוקפו לתקופה נוספת שלא תעלה על שש שנים. תקנות אלה החליפו את תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות) התש"ל-1970 אשר קבעו כי תוקפו של היתר הוא לשלוש שנים מיום הוצאתו. תקנה 20 לתקנות אלה פרטה מצבים בהם היתר מבוטל: אם במשך שנה שבו הודיע מוסד התכנון למבקש על אישור בקשתו לא הוצא היתר; אם מקבל ההיתר לא התחיל בעבודה או בשימוש בתוך שנה מיום הוצאת ההיתר; או אם הופסקה העבודה לתקופה העולה על שנה.

בענייננו, היות ומדובר בהיתר שהחלה הבניה על פיו, על כך אין מחלוקת, לא ברור מה הבסיס העובדתי והמשפטי לטענה כי מדובר בהיתר שפקע. בהקשר זה הפנה עו"ד קמיניץ לסעיפים 249-250 לחוק התכנון והבניה שמתייחסים לאפשרויות של ביטול היתר בשל הרשעה בעבירה של מסירת ידיעה כוזבת או מטעה למוסד התכנון או בשל קבלת היתר בהליך רישוי בדרך מקוצרת על בסיס מידע שאינו נכון.

בנוסף, גם אילו נבנה המבנה מכוחו של היתר בניה שפקע או בוטל, ככל שבוצעה עבירת בניה זו התיישנה מכיוון שהבניה הושלמה בשנת 1970 ותקופת ההתיישנות על עבירות בניה היא 5 שנים.

טופס רישום של הבניין מתאריך 28.12 (השנה קטועה בצילום המסמך), מלמד על פניו, כי הסתיימה הבניה לפי היתר עבור מבנה מעון לילדים. משכך, כאמור לא הוצג הבסיס המשפטי לקביעה, זאת לכל הפחות בהיבט של המושגים בהם נעשה שימוש בהחלטה נשוא הערר, כי ההיתר פקע מהטעם שהמבנה לא תואם את ההיתר או מהטעם שלא נבנה מקלט בהתאם לתוכנית, כנטען. בנוסף, הגם שלא אותר טופס 4 ומהעירייה נמסר כי לא כל תיק הבניין נמצא (ר' בדבריו של עו"ד קמיניץ בעמ' 54 לפרוטוקול הדיון), תעודת הגמר מסייעת בהיבט זה וכן העובדה שהמבנה מחובר לחשמל מלמדת, ולו לכאורה, כי הושלמו הדרישות להוצאת טופס 4.

כמפורט בהשתלשלות העניינים שפורטה לעיל, העוררת הגישה מטעמה חוות דעת ערוכה על ידי עו"ד ארז קמיניץ שכיהן בעבר כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), ובה התייחסות למצבו התכנוני של הנכס ולטענות שנכתבו בחוות הדעת של מהנדס הרשות המקומית שצורפה לתגובה מטעם המשיב לערר. עו"ד קמיניץ העיד בפני הוועדה ונחקר על חוות דעתו ומנגד המשיב, לא זימן לדיון מטעמו את מהנדס הרשות המקומית. כאמור לעיל, העוררת הגישה בקשה לזמן את מהנדס הרשות המקומית נס ציונה לדיון בפני הוועדה וניתנה החלטה כי ניתן יהיה להעלות את הבקשה בדיון בפני הוועדה במידת הצורך. בתום הדיון העוררת לא ביקשה לחדש את הבקשה והמשיב לא יזם בקשה שכזו מצידו. כך, בפני הוועדה עומדת חוות דעת ועדות שניתנו על ידי עו"ד קמיניץ מבלי שנסתרו.

זאת ועוד, הן בתגובה לערר והן בדיון בפני הוועדה טענו באי כוח המשיב כי קיים הליך תלוי ועומד והעניין נדון הן בוועדה המקומית לתכנון ולבניה והן בבית המשפט לעניינים מקומיים וכי העניין צריך להתברר בערכאות אלה (עמ' 2 לפרוטוקול הדיון). ב"כ המשיב ציינה כי הם ווידאו מספר פעמים את הפרטים הנדרשים כולל בבוקרו של הדיון בפני הוועדה ונמסר להם כי ההליך המשפטי שמתנהל קשור גם לגן הילדים (עמ' 17 לפרוטוקול הדיון).

ב"כ העוררת הגישה לוועדה העתק מכתב האישום בתיק 18-10-17224 (מוצג ע/1) במסגרתו מועלית אשמה של בניה אסורה במבנה, תוספת בניה ללא היתר ובסטייה מהיתר. כן צויין כי לא מולאו תנאי ההיתר שכן לא נבנה מקלט כמתחייב על פי ההיתר והתשריט.

בכתב האישום קיימת התייחסות למבנה מרכזי במקרקעין, שצורתו ח' והוא מוגדר להלן: "המבנה".

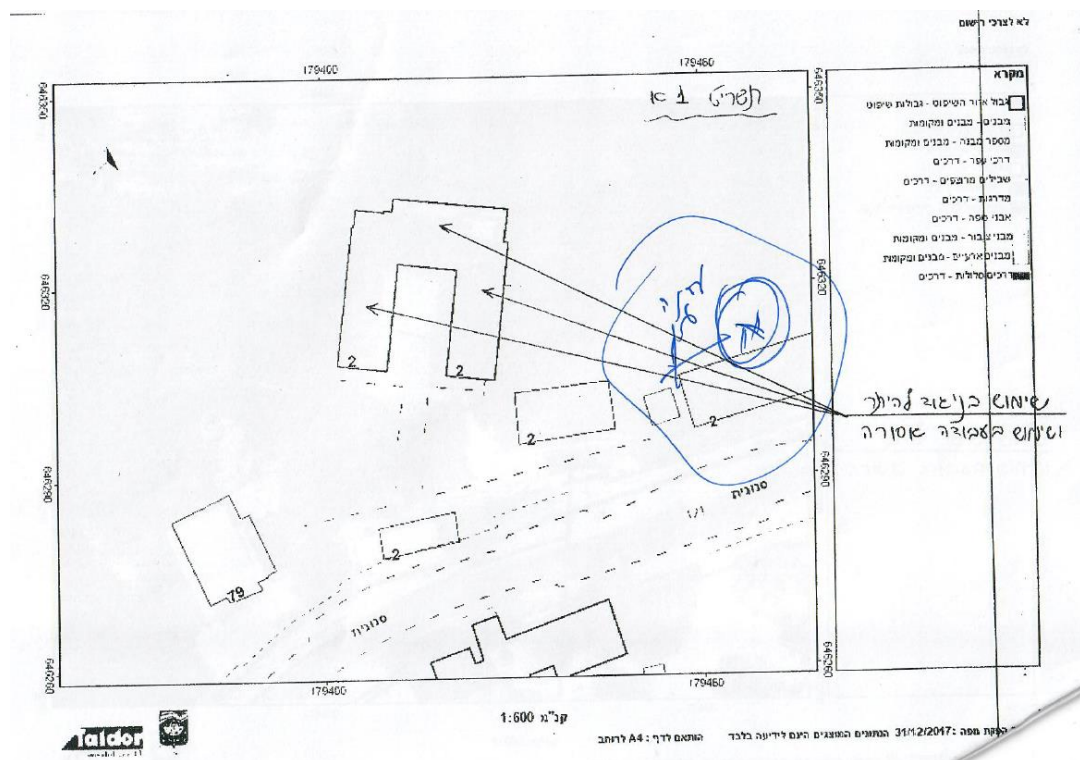
בכתב האישום ובכתב האישום המתוקן שהוגש אף הוא לוועדה (מוצג ע/2) מצויין כי החל מיום 14.11.2017 הנאשמים לא קיימו צו בית משפט מיום 7.8.2011 המורה על מניעת אכלוס במבנה ומניעת פעולות הכנה במבנה, אכלסו אותו והפעילו בו בית ספר. כן צויין כי עד לאותו מועד לא הוגשה בקשה לשימוש זה.

מעיון בכתב האישום עולה כי לא מצויין בו שמדובר בהיתר שפקע. ב"כ המשיב אישר גם כי לא התקבלה החלטה פוזיטיבית בעניין תוקפו של ההיתר על ידי בית המשפט (עמ' 62 לפרוטוקול הדיון). בסעיף 3 לכתב האישום המתוקן מצויין כי בשנת 1970 הוצא היתר 1546 המתיר בניה של מתחם הכולל 5 מבנים נפרדים. בסעיף 4 מצויין כי השימוש המותר לפי ההיתר הוא מעון ילדים. בסעיף 5 מצויין כי במקרקעין קיים מבנה מרכזי, שצורתו ח' ומוגדר להלן: "המבנה". בסעיף 6 מצויין כי בשנת 2011 נמצא כי בוצעו עבודות בניה אסורה במבנה, תוספת בניה ללא היתר ובסטייה מהיתר. בסעיף 7 מצויין כי לא מולאו תנאי ההיתר שכן לא נבנה מקלט כמתחייב על פי ההיתר והתשריט. העבירות הן אי קיום צו בית משפט בתיק ע"א 43317-07-11 המורה על מניעת אכלוס במבנה ומניעת פעולות הכנה בנכס; שימוש אסור במבנה כבית ספר, צהרון, וקייטנה.

כאמור, לא מצויין בכתב האישום כי מדובר בהיתר שפקע, כך שמבחינה 'מושגית' דומה כי נפל כשל בהחלטה נשוא הערר כבר מטעם זה. עו"ד קמיניץ העיד בפני הוועדה כי היתר בניה פוקע אם לא נבנה מבנה שמופיע בו. כאשר נבנה מבנה לפי ההיתר בתקופה בה ההיתר תקף, לא ניתן לומר כי ההיתר פקע (עמ' 63 לפרוטוקול הדיון). על מנת לבטל היתר יש לבצע פעולה פוזיטיבית של ביטול לפי סעיף 249 לחוק התכנון והבניה (עמ' 63 לפרוטוקול הדיון).

בהתאם לאמור בכתב האישום, הוא הוגש ביחס למבנה המרכזי, בצורת ח', ועל פניו אינו מתייחס לכלל המבנים שמופיעים בהיתר 1456. לכתב האישום צורף תשריט של המבנה המרכזי, אשר הוגדר כאמור במונח "המבנה" ובהתייחס אליו פורטו העובדות שמבססות את האישומים, ואילו מבנה גן הילדים אינו חלק מהמבנה המרכזי נשוא כתב האישום בהתאם להגדרתו כאמור.

ראו בתשריט שצורף:



ב"כ המשיב אישרה כי מבנה ה-ח' הוא מבנה בית הספר ולא גן הילדים, ועל כך אין מחלוקת (עמ' 57 לפרוטוקול הדיון). ר' גם בעדותו של עו"ד קמיניץ לפיה "אין בכתב האישום איזו שהיא אמירה נגד גן הילדים" (עמ' 65 לפרוטוקול הדיון).

ב"כ המשיב ציינה כי לעמדת המשיב על אף שכתב האישום מתייחס למבנה בית הספר, הוועדה נדרשת להתייחס לסוגיה זו בשל ההליך המשפטי. ר' בעמ' 58 לפרוטוקול הדיון:

"עו"ד יערה יפרח:

הוועדה תצטרך לתת לזה, והוועדה תצטרך להתייחס לזה. מאחר ש-אני אגיש, שאל היועץ של הוועדה, ככל שכתב האישום הוא מתייחס בעצם לבית הספר, איך זה רלוונטי אלינו. אז אני אגיד – בוועדה, לדעתי היא תצטרך להידרש לזה, מאחר שההליך המשפטי הפלילי שמתנהל, ביחס למבנה בית הספר, עוסק בשאלה, בשאלות שקשורות לתוקף ההיתר...".

על בסיס החומרים שהוצגו עולה כי כתב האישום, על פניו, עוסק באי קיום צו ובשימוש אסור, כהגדרתם בכתב האישום (ר' גם טענתו של עו"ד קמיניץ בעמ' 64 לפרוטוקול הדיון).

עצם העיסוק בהליך המשפטי הנטען במקרקעין או במבנים נשוא היתר בניה, לא מאיין את היתר הבניה או מצריך דיון בשאלת תוקפו כפי שנטען על ידי המשיב. כל זאת נאמר על יסוד החומר שהוצג בפני הוועדה על ידי שני הצדדים. במיוחד כאשר כתב האישום עוסק באי קיום צו שיפוטי ובשימוש אסור, כהגדרתם בכתב האישום, במבנה כהגדרתו בכתב האישום. על מנת לבסס את הנימוק שעומד בבסיס ההחלטה נשוא הערר, שומה להציג ראיות מהימנות מוצקות וזאת בנסיבות העניין לא הוצג עד כה. **"תנאי מוקדם לקבלתה של החלטה מינהלית תקינה הוא הביסוס העובדתי לה"**, ר' דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** 439 (2010) (להלן: **"ברק ארז"**).

הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר עסקינן בערר זה בבקשה לחידוש רישיון למוסד חינוך וכאשר החלטת הדחייה פוגעת באינטרס ההסתמכות והציפייה הלגיטימית של העוררת שנוגעת לחידושו של הרישיון למוסד על בסיס המסמכים שכבר הוגשו ואושרו בעבר. ר' ברק ארז בעמ' 449:

"פגיעה בהסתמכות, ולעיתים אף בציפייה לגיטימית, שימשה בסיס להחמרה מסוימת בדרישות לגבי התשתית הראייתית של החלטה המינהלית. החמרה זו באה לידי ביטוי בהלכה שהתגבשה בכל הנוגע להחלטה על ביטול רישיון או על אי חידושו. כדברי השופט שמגר בעניין ברמן: אם מדובר בזכויות קיימות, אשר אותו מבקשת הרשות לשלול הרי שלמרות שאין הרשות חייבת לסמוך החלטתה על פסיקתה הקודמת של ערכאה שיפוטית דווקא, דרושה בכל זאת הוכחה משכנעת, שאינה מותירה מקום לספקות סבירים. בהתאם

לכך, מידת ההחמרה ביישומו של מבחן הראיה המינהלית משתנה בהתאם לשלב הרישוי שמדובר בו (רשיון חדש או ביטולו של רשיון קיים)".

בכל מקרה, בשל העובדה כי הנתונים שהוצגו בפני הוועדה הם מהותיים, על הוועדה לשקול שקילה חוזרת של החלטה שהתקבלה בהתאם לסמכותה, ר' גם ברק ארז בעמ' 443.

ב"כ המשיב טענה בדיון כי המשיב לא אמור להכריע בשאלה אשר נוגעת לתוקף ההיתר שעה שיה עמדה חד משמעית של הוועדה המקומית לתכנון ולבניה (עמ' 80 לפרוטוקול הדיון). אולם, על פני הדברים עולה כי הטענה בדבר פקיעת תוקף ההיתר לא מבוססת וכך גם הטענה לפיה תוקף ההיתר נדון וממתין להכרעה של בית המשפט ושומה היה להפעיל שיקול דעת ולא להסתמך על עמדת הרשות המקומית ככתבה וכלשונה.

עמדת הרשות התקבלה מבלי לערוך בירור משפטי יסודי בסוגיית ההיתר שעל הפרק. בהתאם לחוות דעתו של עו"ד קמיניץ ולתשובותיו בדיון, משנבנה מבנה הגן שמופיע בהיתר, הטענה שהיתר הבניה פקע אינה רלוונטית. יתכן שהמבנה כשלעצמו חורג מההיתר אך מדובר בטענה אחרת (עמ' 71 לפרוטוקול הדיון).

בנוסף העיד עו"ד קמיניץ כי היתר הבניה לא ניתן בתנאים (עמ' 73 ו-74 לפרוטוקול הדיון) וגם לו היה תנאי בהיתר שלא קויים, ההיתר לא פקע (עמ' 75 ו-79 לפרוטוקול הדיון). בכל הנוגע לנושא המיגון ולהיבט הבטיחותי של פעילות הגן השיב עו"ד קמיניץ כי קיים פתרון מיגון בגן באישור פיקוד העורף (עמ' 73 לפרוטוקול הדיון).

ב"כ המשיב הבהירה בדיון כי המשיב מודע לנטען בכתב האישום והוועדה יכולה לבקש אישור מגורם שנראה לה מוסמך, או פניה לבית המשפט על מנת להבין את הקשר בין ההליך שמתנהל לבית המשפט לתוקף ההיתר ולקשר עם גן הילדים (עמ' 59 לפרוטוקול הדיון).

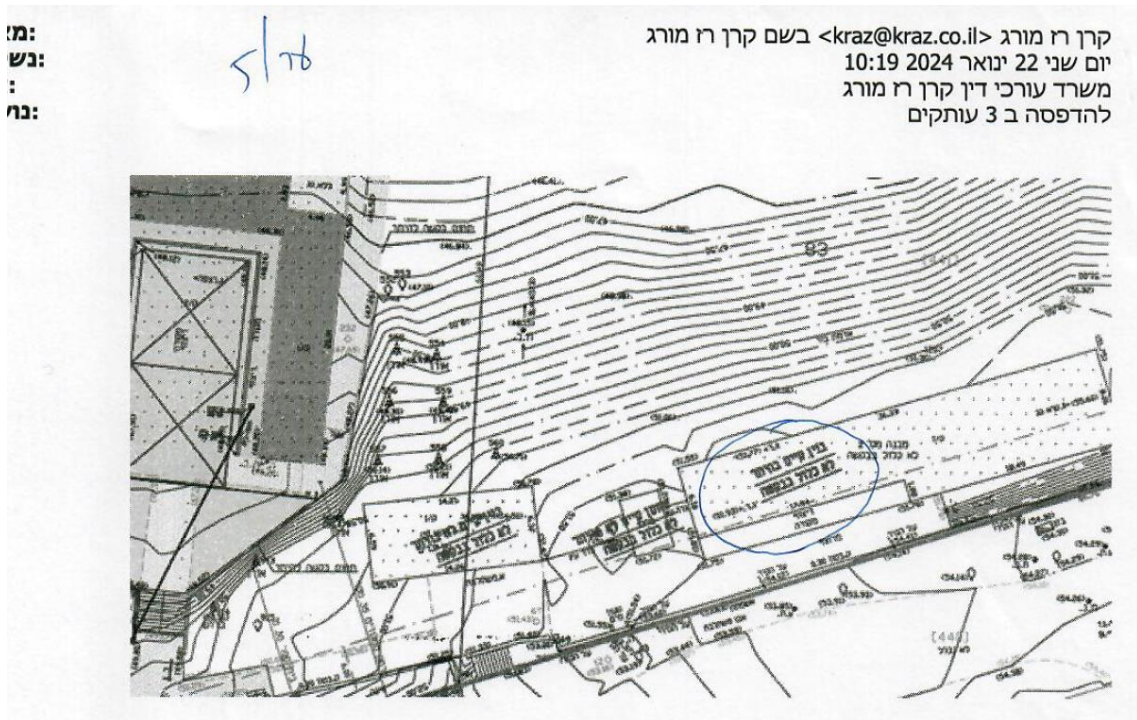
הוועדה בוחנת את הראיות המינהליות כפי שמשקפות מהחומר שהוצג לה, כולל ראיות שהוצגו במסגרת ההליך שלא עמדו בפני המשיב במועד קבלת החלטה נשוא הערר, לרבות חוות הדעת של מהנדס עיריית נס ציונה, חוות הדעת של עו"ד קמיניץ וכתב האישום המדובר. אלה מלמדים, על פניהם, כי היסוד שעליו מושתתת החלטה נשוא הערר אינו מבוסס ומשכך שומה על הוועדה להתערב בהחלטה ולשנותה.

עוד תציין הוועדה כי גם טענת המשיב בדיון לפיה על הוועדה להמתין להכרעה של רשות התכנון ו/או של בית המשפט לעניינים מקומיים אשר דן לכאורה בהיתר הבניה, אינה יכולה להתקבל בנסיבות העניין. כאמור כתב האישום מתייחס למבנה שאינו מבנה הגן. מעבר לכך, כתב האישום הוגש בשנת 2018. לא הובהר כיצד המוסד החינוכי צריך להתנהל בתקופה זו בהמתנה עד להכרעה בכתב האישום, מתי צפויה להינתן הכרעה על ידי בית המשפט בהליך וכיצד עשויה ההכרעה להשפיע על הדיון בערר,

אם בכלל. בכל מקרה, ככל שתקבל הכרעה וככל שיהיה בה כדי להשפיע על עמידת העוררת וגן הילדים בדרישות החוק והנהלים בקשר עם רשיון המוסד, המשיב יהיה רשאי להפעיל את סמכויותיו ואין בהחלטה זו בכדי לגרוע מסמכויותיו כאמור.

המשיב טען בתגובה לערר כי העובדה שהעוררת הגישה בקשה להיתר שימוש חורג מלמדת כי אף היא סברה שאינה מחזיקה בהיתר. אולם המשיב לא הציג ראיות לבסס טיעון זה. עו"ד קמיניץ העיד בדיון כי הבקשה לשימוש חורג הוגשה על מנת להסדיר את עניינו של בית הספר ולא התבקשה הסדרה או הכשרה של הגן שנבנה כדיון, גם לא אגב אורחא (עמ' 65 לפרוטוקול הדיון). בנוסף ציין כי נושא הבקשה מתוחם בתשריט בסימון קו כחול, והוא לא כולל את המבנה של גן הילדים (עמ' 66 לפרוטוקול הדיון).

תשריט הבקשה לשימוש חורג הוגש על ידי העוררת כמוצג 5/ע, בו מצויין כי המבנה בו פועל הגן הוא **"בניין קיים בהיתר לא כלול בבקשה"**, ואינו חלק מנושא הבקשה כדלקמן:



מהתשריט דלעיל עולות שתי מסקנות: הראשונה, מתייחסת לטענת המשיב לפיה העוררת הגישה בקשה לשימוש חורג שטרם אושרה ועצם הגשת הבקשה בידיעה כי אינה עומדת בדיני התכנון והבניה נגועה בחוסר נקיון כפיים (ס' 66 לתגובה לערר), אולם על פני הבקשה לשימוש חורג, לא כך הדבר.

השנייה, כי, על פני האמור ועדותו של עו"ד קמיניץ שהתייצב לדיון בפני הוועדה כמומחה מטעם העוררת, לא התבקש לגבי גן הילדים היתר לשימוש חורג.

לסיכום, הוועדה מוצאת פגמים בשני ראשים: הראשון, בהליך המינהלי שנפל בו פגם כאשר המשיב לא הציג בפני העוררת את ההתכתבות עם הגב' שרית דגן מעיריית נס ציונה במסגרת השימוע שערך וכאשר עמדת הרשות המקומית התקבלה מבלי שהופעל שיקול דעת ונערך בירור עובדתי ומשפטי בסוגיית ההיתר שעל הפרק.

השני, ההנמקה שמופיעה בהחלטה נשוא הערר אשר מתבססת על כך שהיתר הבניה 'פקע' על אף שההליך הפלילי בהתאם לכתב האישום שטרם הוכרע, לא מתייחס לקביעה כגון זו. ב"כ המשיב טען כי לפי המידע שהתקבל מהוועדה המקומית לתכנון ולבניה, גן הילדים כלול בכתב האישום (ר' בעמ' 88 לפרוטוקול הדיון), אולם כאמור, מעיון בו ובתשריט שצורף לא ניתן ללמוד זאת. אמירה שהתקבלה מהוועדה המקומית אצל המשיב בעניין זה אינה מספקת בנסיבות העניין כאשר המסמכים לא תומכים באמירה שכזו וכאשר בדיון בפני הוועדה הוצגה תשתית ראייתית על בסיס מסמכי ההליך הפלילי, מסמכי תיק הבניין וחווה"ד של עו"ד קמיניץ, אשר מבססים התערבות בהחלטה שכאמור מתבססת על נימוק של פקיעת היתר בניה וביטולו.

המשיב התייחס בכתב התגובה להחלטת הוועדה שניתנה בתיק ערר 101/21 וטען כי הנושאים לדיון דומים. אולם בשונה מענייננו, במסגרת הערר 101/21 עמדו בפני הוועדה החלטות שניתנו על ידי ועדת הערר בעררים קודמים שהוגשו באותו עניין ואף החלטות של בית המשפט, שהיוו בסיס להחלטה. זאת בשונה מענייננו כמפורט לעיל.

נפנה לתשובתו של עו"ד קמיניץ בעמ' 85 לפרוטוקול הדיון:

"הטענה ביחס לבית הספר במהות שלה היא שונה בעיני לחלוטין ורואים את זה גם בהליך הפלילי שאני לא עיינתי בכולו, כן? אבל הטענה ביחס לבית הספר היא השימוש בו הוא לא לפי ההיתר וההיתר הוא למעון והטענה היא של הוועדה המקומית שהיא בהחלט טענה נכבדת שצריך להתמודד איתה, בעיני שגויה, אבל זה לא הנקודה. בהחלט סבורים שהשימוש אינו נכון ולכן הוגש שם כתב האישום. כתב האישום הוא על חריגה, שימוש חורג מהיתר".

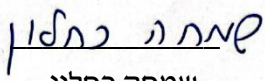
גם ההפניה לפסיקה לפיה לא ניתן ליתן רשיון כאשר תלויים ועומדים הליכים משפטיים בנושא רישוי בנוגע לצווים שהוצאו אינה רלוונטית על פני העובדות שהוצגו (ר' טענת ב"כ המשיב בעמ' 85 לפרוטוקול הדיון). בקשר לגן הילדים לא הוצגו צווים שיפטיים או מינהליים שמונעים או אוסרים שימוש במבנה.

לנוכח האמור החלטנו לקבל את הערר. מצאנו טעמים לקבוע כי יש מקום להתערב בהחלטה ולבטלה. היות ולפי הנטען התקבלו חוות דעת חיוביות בכל תחומי הרישוי, יש להעניק לעוררת רשיון לשנה"ל תשפ"ד החל מיום 1.9.2023.

סוף דבר, הערר מתקבל.

זכות ערעור לפי סעיף 14א לחוק הפיקוח לבית המשפט לעניינים מינהליים בהתאם לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין) התשס"א-2000.

ניתן ביום י"א באדר ב' תשפ"ד, 21 במרץ 2024.



שמחה כחלון
חברת ועדה



מיטל קורקוס, עו"ד
יו"ר הועדה



אפרת קפלן, עו"ד
חברת ועדה