



עפ"א 22395/04/17 - אוסאמה בשיר נגד ועדה מרחבית שפלת הגליל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 22395-04-17 בשיר נ' ועדה מרחבית שפלת הגליל
תיק חיצוני:

בפני	כבוד השופטת רונית בש
המערער	אוסאמה בשיר
נגד	
המשיבה	ועדה מרחבית שפלת הגליל

פסק דין

1. בפניי ערעור על החלטת בית משפט השלום בעכו, כב' השופטת ג'ני טנוס (להלן: בית משפט קמא) שניתנה בתיק ב"נ 24812-11-16 ביום 9.4.17, בגדרה דחה בית משפט קמא את בקשת המערער לביטול צו הריסה מנהלי. בתאריך 2.11.16 הוציא יו"ר המשיבה- הוועדה המרחבית לתכנון ולבנייה "שפלת הגליל"- (להלן: יו"ר הוועדה), את צו ההריסה המנהלי הנ"ל (להלן: הצו או צו ההריסה המנהלי), זאת לגבי עבודות בניה שהתבצעו ע"י המערער בישוב כאבול במקרקעין שבבעלותו, הידועים כחלקה 42 גוש 19600. אין חולק כי המערער ביצע, ללא היתר כדן, עבודות של חפירת ויציקת יסודות/כלונסאות בשטח של 120 מ"ר וכן הכנת טפסות לשם יציקת קורות קשר מעל הקרקע, זאת לצורך בניית בית מגורים (להלן העבודות). הצו נמסר למערער על ידי הדבקתו במקום ביצוע העבודות ביום 3.11.2016. כאן אקדים ואציין כי בערעורו בתיק זה טוען המערער אך בעניין אי קיום חובת ההתייעצות, עפ"י דין, ע"י יו"ר הוועדה, זאת עובר למתן צו ההריסה המנהלי.

החלטת בית משפט קמא בשאלת קיום חובת ההתייעצות

2. בית משפט קמא דחה את טענתו של המערער, כי לא קוימה ע"י יו"ר הוועדה חובת ההתייעצות עם ראש הרשות המקומית, תוך שציין את מטרות הצו המנהלי ואת חזקת התקינות המנהלית העומדת לרשות המנהלית. לאחר שבחן את מכלול העדויות שהובאו בפניו, קבע בית משפט קמא כי המערער לא עמד בנטל להפריך את חזקת התקינות המנהלית. הוטעם כי מעדותו של ראש המועצה עולה, כי לפי מיטב זיכרונו, ההתייעצות קוימה בשיחה טלפונית כאשר שהה בחו"ל ובמהלכה עודכן ע"י יו"ר הוועדה לגבי שני צווי הריסה מנהליים שהוועדה התכוונה להוציא. בית משפט קמא ציין, כי מעדותו של ראש המועצה ניתן היה לסבור לכאורה כי ההתייעצות לגבי המערער אכן קוימה, אם כי במועד מאוחר יותר (שבוע לאחר הוצאת הצו), שכן הצו הוצא ביום 2.11.2016 ואילו שיחת ההתייעצות אליה התייחס ראש המועצה בעדותו התקיימה ביום 9.11.2016. ברם, לאחר שבחן את הדברים, מצא בית משפט קמא כי לא הוכח בפניו שההיוועצות קוימה רק בדיעבד. בנקודה זו הטעים בית משפט קמא, כי מעדותו של ראש המועצה עולה כי הלה שהה



בחו"ל עת שקוימה עמו היוועצות בעניינו של המערער ודבריו אלו נתמכו בעדותו של יו"ר הוועדה. כמו כן, צוין בהחלטה כי מעדותו של ראש המועצה עולה כי בתאריך 9.11.2016, מועד קיום ההתייעצות בעניינו של אחר, הוא שהה בחו"ל. בית משפט קמא קבע כי לא הובאה בפניו כל ראיה התומכת בכך שביום 2.11.2016- מועד קיום ההתייעצות לגבי המערער, לפי גרסת המשיבה - ראש המועצה המקומית לא שהה בחו"ל. לפיכך קבע בית משפט קמא כי, לא ניתן לשלול את האפשרות כי גם בתאריך 2.11.2016 ראש המועצה שהה בחו"ל וכי באותו יום התקיימה עמו שיחת התייעצות לגבי המערער.

3. בית משפט קמא ציין, בנוסף, כי מעדותו של ראש המועצה עולה כי ההיוועצות בעניין המערער התקיימה לפני ההתייעצות בעניינו של הצו האחר ולא בו בזמן. לפיכך, ביכר בית משפט קמא לאמץ את גרסתו של יו"ר הוועדה, לפיה ההיוועצות בעניינו של המערער קוימה ביום 2.11.2016. בשולי דבריו הוסיף בית משפט קמא, כי גם אם היה עולה בידו של המערער להוכיח כי ההיוועצות לגבי לא קוימה במועד, הרי שאין בכך בהכרח להוביל לבטלות הצו. בנקודה זו צוין כי ראש המועצה אישר בעדותו בבית המשפט את תוכן התגובה שלו לגבי הצו המתייחס למערער, כפי שתועדה מפיו של ראש המועצה בתרשומת שנערכה בידי יו"ר הוועדה, ולפיה עמדת ראש המועצה הייתה כי אינו מתנגד להוצאת הצו אם יתברר כי הבניה מתבצעת מחוץ לתכנית המתאר (דבר שהתברר כנכון). מכאן סבר בית משפט קמא, כי גם אם נפל פגם כלשהו בהליך קיום ההתייעצות, אזי עמדתו הנ"ל של ראש המועצה לגבי הוצאת הצו יש בה כדי לרפאו.

4. בית משפט קמא דחה גם את טענת המערער לפיה, ההיוועצות בעניינו הייתה לקונית וקצרה, וספק רב אם הובאו בפני ראש המועצה מלוא הפרטים הרלוונטיים לקיום התייעצות עניינית ומקיפה. בית משפט קמא הבהיר בנקודה זו, כי ראש המועצה אישר בעדותו כי ידע שהצו מתייחס לבניה של המערער, וכן אישר בעדותו כי הקראת הפרטים הרלוונטיים מתצהירו של מהנדס הוועדה אורכת מספר שניות בלבד, דבר התומך במסקנה כי ניתן היה לקיים בנחת התייעצות עניינית במהלך 10 הדקות שחלפו מהרגע בו התקשר יו"ר הוועדה אל ראש המועצה ועד לרגע חתימת הצו. בסיכומו של דבר, דחה בית משפט קמא, כאמור, את בקשת המערער לביטול צו ההריסה המנהלי, וכן חייב את המערער בתשלום הוצאות המשיבה בסך 5,000 ₪, תוך שנקבע כי סכום ההוצאות הנ"ל ישולם מהפיקדון שהופקד בקופת בית משפט קמא (כתנאי לעיכוב ביצוע הצו), וכי היתרה תושב למערער, באמצעות בא כוחו.

טענות המערער

5. טענות המערער מתייחסות לקביעותיו הנ"ל של בית משפט קמא בעניין קיום חובת ההיוועצות. לטענת המערער, שגה בית משפט קמא עת שקבע כי לא הוכח בפניו כי ההיוועצות לא התקיימה ביום 2.11.16. לדידו של המערער, בית משפט קמא התעלם מהעדויות שנשמעו בפניו תוך שהגיע למסקנה המנוגדת לאותן עדויות. עוד מלין המערער על קביעת בית משפט קמא, לפיה אי קיום חובת היוועצות במועד, אינו מביא בהכרח לביטול הצו.

6. לטענת המערער, הוכח בפני בית משפט קמא כי במועד מתן הצו לא קוימה היוועצות, ולכל היותר זו קוימה שבוע לאחר מתן הצו, ביום 9.11.16. המערער מפנה בנקודה זו לעדותו של ראש המועצה ולעדותו של יו"ר הוועדה,



תוך שהוא מציין כי הכרעתו של בית משפט קמא אינה מבוססת על ממצאי מהימנות, כך שלערכאה הדיונית לא קם במקרה דנן, לשיטתו, יתרון על פני ערכת הערעור, לעניין קביעת מועד ההיוועצות. עוד טוען המערער, כי קביעת בית משפט קמא, לפיה לא הוכח בפניו כי ביום 2.11.16- מועד קיום ההיוועצות בעניינו של המערער, ראש המועצה המקומית לא שהה בחו"ל, מנותקת מהראיות וסותרת אותו. עוד מוסיף המערער וטוען, כי המשיבה זנחה כל טענה, לפיה ראש המועצה המקומית היה בחו"ל ביום 2.11.16, ואף טענה כי השיחה עם ראש המועצה נערכה בהיותו בארץ. כן טוען המערער, כי גם יו"ר הוועדה וגם ראש המועצה אישרו בעדויותיהם, כי בעת ההיוועצות בעניינו של המערער, שהה ראש המועצה בחו"ל, וכן כי מעדותו של ראש המועצה עולה, כי הוא שהה בחו"ל ביום 9.11.16 לא ביום 2.11.16. על כן, סבור המערער כי הוכח בפני בית משפט קמא כי בעת ההיוועצות בעניינו, שהה ראש המועצה בחו"ל, זאת ביום 9.11.16.

7. המערער מדגיש את חשיבותה של חובת היוועצות וטוען, כי אי קיומה מביא לביטול המעשה המנהלי. לגישתו, שעה שהוכח כי יו"ר הוועדה לא קיים את חובת ההיוועצות המוטלת עליו, אזי יש לקבוע כי צו ההריסה המנהלי אינו בר תוקף.

8. כן נטען כי שיחת הטלפון שקיימה בין יו"ר הוועדה לבין ראש הרשות המקומית, נעשתה כדי לצאת ידי חובה ואינה ראויה להיחשב כהתייעצות כדבעי, שכן נפלו בה פגמים היורדים לשורש העניין. הוטעם בנקודה זו, כי יו"ר הוועדה לא תיאר את המבנה כראוי- לא פורטו מספרי הגוש והחלקה, ואף לא תואר המבנה או הסביבה שבה הוא ממוקם. עוד טוען המערער בנקודה זו, כי השיחה ארכה, לפי עדותו של ראש המועצה, פרק זמן קצר ביותר של "דקה, דקה וחצי", וכן כי השיחה קיימה בעניין יותר מצו אחד, דבר המלמד כי לא ייתכן שבאותה שיחה הקריא יו"ר הוועדה לראש המועצה את כל הפרטים העולים מתצהיר המהנדס וביקש את עמדתו, תוך הקשבה בנפש חפצה לעצת ראש המועצה לגבי שני הצווים. נטען כי הפגמים יורדים לשורשו של עניין, וכי צו ההריסה המנהלי, לפיכך, בטל מעיקרו. המערער מדגיש, בנוסף, את משמעותו הקשה והדרסטית של צו ההריסה המנהלי וטוען, לפיכך, כי יש להקפיד בקיום חובת ההיוועצות עובר למתן הצו. עוד נטען כי שגה בית משפט קמא עת שהכשיר את קיום חובת ההיוועצות בדיעבד, דבר שלא נטען ע"י המשיבה ועלה אך במהלך הדיון בפני בית משפט קמא.

9. בסיכומו של דבר, עותר המערער כי בית המשפט יקבל את ערעורו ויורה על ביטול צו ההריסה המנהלי מושא הערעור, זאת תוך חיוב המשיבה בהוצאות, לרבות שכ"ט עו"ד ומע"מ כחוק.

טיעוני ב"כ הצדדים בדיון

10. בדיון בפניי חזר ב"כ המערער על האמור בהודעת הערעור, תוך שציין כי במקרה שבפנינו מדובר בהתייעצות עם ראש המועצה במועד אחד בלבד - ביום 9.11, שאז התייעץ יו"ר המשיבה עם ראש המועצה הן לגבי הצו שניתן בעניינו של נאדר והן לגבי הצו שניתן בעניינו של המערער. לטענת ב"כ המערער, אלמלא היה מתנגד ב"כ המשיבה להגשת המסמך ממשרד הפנים לגבי תאריכי שהיית



ראש המועצה בחו"ל, היינו יודעים כי ביום 2.11, לא היה ראש המועצה בחו"ל. לפיכך, לשיטתו של ב"כ המערער, ההתייעצות במקרה שבפנינו קוימה, עפ"י תמונת הראיות, ביום 9.11. ב"כ המערער הוסיף והדגיש כי חובת ההתייעצות הינה חובה משמעותית, אשר לא קוימה, כנדרש, במקרה דנן. מעבר לטענה, כי ההתייעצות קוימה בדיעבד (ביום 9.11), נטען על ידי ב"כ המערער כי ההתייעצות נמשכה דקה וחצי בלבד לגבי שני צווים, דבר המלמד, לדידו, כי לא הוסברו לראש המועצה כל הפרטים וכל העובדות ביחס לשני הצווים (הצו בעניינו של נאדר והצו בעניינו של המערער).

11. מנגד, טען ב"כ המשיבה כי דין הערעור בתיק זה להידחות. ראשית, ציין ב"כ המשיבה כי המערער אינו נקי כפיים, זאת בהינתן העובדה שהמערער, חרף צו הפסקה שיפוטי שניתן על ידי בית משפט קמא שהורה למערער להפסיק את ביצוע עבודות הבנייה, המשיך והשלים את בניית ביתו, כפי שעולה מהתמונות מ-1/1 (תמונה מיום 1.3.17) ו-2/2 (תמונה מיום 8.5.17). כאן אציין כי ב"כ המערער, בתגובה לדבריו הנ"ל של ב"כ המשיבה, אישר כי בחודש מרץ היה הבניין כמעט גמור, למעט חלונות וריצוף, וכי בחודש מאי הושלמה הבנייה, בדרך של הוספת החלונות והריצוף למבנה. נוכח חוסר תום הלב, כאמור, של המערער, טען ב"כ המשיבה כי יש לדחות את הערעור בתיק זה על הסף.

12. בנוסף, נטען על ידי ב"כ המשיבה כי תיקון לחוק התכנון והבניה שעתיד להיכנס לתוקפו בחודש אוקטובר הקרוב, מסיר לחלוטין את הצורך בהיוועצות עם ראש הרשות המקומית, דבר המלמד על כוונת המחוקק, אשר הגיע לכלל מסקנה כי להיוועצות עם ראש הרשות המקומית, אין משמעות של ממש. עוד נטען, כי במקרה שבפנינו הוצא צו ההריסה המנהלי בעניינו של המערער ביום 2.11 ואילו הצו בעניינו של נאדר, הוא זה שניתן ביום 9.11. לטענת ב"כ המשיבה, מעדותו של יו"ר המשיבה עולה, כי ההתייעצות קוימה עובר להוצאת הצו, כאמור בתיעוד שערך בכתב בעניין זה. ב"כ המשיבה הדגיש את קיומה של חזקת התקינות המנהלית במקרה שבפנינו, וכן טען כי בית משפט קמא האמין ליו"ר המשיבה כי התייעץ עם ראש המועצה. כמו כן, טען ב"כ המשיבה כי המערער אינו טוען



לכך שקיבל היתר כדון, וכי כל משמעות ההליך שבפנינו הינה לעצור באיבה את העבירה המתבצעת, כאשר עסקינן בהליך מנהלי ולא בהליך עונשי. לשיטתו של ב"כ המשיבה, עסקינן בהתייעצות טלפונית, אשר קיומה אושר על ידי ראש המועצה, כמו גם הדברים שנרשמו על ידי יו"ר המשיבה, מפי ראש המועצה. לפיכך, בסיכומי של דבר, ביקש ב"כ המשיבה, כאמור, לדחות את הערעור בתיק זה.

דיון והכרעה

13. אציין ראשית כי יש ליתן את הדעת, לחובת המערער, לעובדה שהלה אינו בא בניקיון כפיים במסגרת הליך זה הנושא בחובו אופי של הליך מנהלי. המערער המשיך והשלים את בניית המבנה הלא חוקי, חרף צו ההפסקה השיפוטי שניתן, כאמור, על ידי בית משפט קמא ואשר הותר על כנו בהחלטת מיום 25.4.17, וזאת כפי שעולה מהתמונות מש/1 ו- מש/2. המערער בחר לעשות דין לעצמו, חרף מתן צו ההפסקה השיפוטי הנ"ל, והמשיך, כאמור, ללא היתר כדון, בבניית המבנה הלא חוקי, בדרך של הוספת החלונות והריצוף, כפי שאישר, כאמור, בא כוחו של המערער. לעניין זה יפים דבריו הבאים של בית המשפט העליון: "חייב אדם להחליט בלבבו אם מבקש הוא סעד מבית-משפט או אם עושה הוא דין לעצמו. שני אלה בה-בעת לא יעשה אדם" (בג"ץ 8898/04 ג'קסון נ' מפקח כוחות צה"ל באיו"ש (28.10.2004)). המערער בא בהליך מנהלי זה בחוסר ניקיון כפיים, תוך זלזול בשלטון החוק והמשפט, בכך שהשלים את בניית ביתו, ללא היתר כדון, ובניגוד לצו שיפוטי. אי לכך, דין ערעורו של המערער להידחות על הסף, כנטען ע"י ב"כ המשיבה, אך מן הטעם שהמערער מבקש מבית המשפט את הסעד של ביטול צו ההריסה המנהלי, בעודו עושה דין לעצמו ומשלים את בניית הבית מושא הצו.

14. אף לגופו של עניין, דינו של ערעור זה להידחות, כפי שיובהר ויפורט להלן. בבואו של בית המשפט להכריע בבקשה לביטול צו הריסה מנהלי, עליו לבחון קיומה של אחת משתי עילות, העולות מסעיף 238א (ח) לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבנייה)- האחת, האם הבנייה "בוצעה כדון" והשנייה, "אם הוכח שביצוע הצו אינו נדרש לשם מניעת עובדה מוגמרת". וזו לשון הסעיף: "לא יבטל בית המשפט צו הריסה מנהלי אלא אם הוכח לו שהבניה שבגללה ניתן הצו בוצעה כדון או שביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת". העילה השנייה נבחנת בהתאם לאמור בסעיפים 238א(א)(2) ו-(3) לחוק התכנון והבנייה- האם מדובר בבנייה שלא נסתיימה או שנסייתה מעל ששים יום לפני מועד הגשת התצהיר ליו"ר הוועדה המקומית, או בבנייה שאוכלסה מעל שלושים יום לפני אותו מועד.

15. בנוסף לשתי העילות הנ"ל לביטולו של צו הריסה מנהלי, עולה מהפסיקה עילת ביטול נוספת הבוחנת קיומו של פגם חמור, אשר ביכולתו להביא לקביעה בדבר בטלות הצו. המערער טוען, כאמור, כי נפל במקרה זה פגם ולא קיומה, כנדרש, עפ"י דין, חובת ההתייעצות ע"י יו"ר הוועדה עם ראש המועצה, המעוגנת בסעיף 238א(ב) לחוק התכנון והבנייה. בית המשפט העליון קבע בע"פ 22/89 מחמוד עזבה נ' מדינת ישראל (פ"ד מג(2) 592), את הכללים לקיום ההתייעצות נאותה עם ראש המועצה המקומית, זאת כדלקמן:

"מקובל עלי, כי אף בהעדר הוראות בסעיף 238א(ב) לחוק התכנון והבניה, בדבר הצורה בה יש לקיים את



ההתייעצות עם ראש הרשות המקומית, אין המדובר בקיום חובה פורמאלית, בבחינת יציאת ידי חובה למראית עין. מטרת ההתייעצות היא ברורה ממהותו של צו הריסה מינהלי, שהינו בדרך כלל צו דראסטי, הגם שהוא מתייחס למבנה שהוקם שלא כדין. מכאן גם כי שותף אני לדעה, כי ראוי הוא לקיים אותה התייעצות בדרך נאותה ואף לאחר הודעה מוקדמת לראש הרשות המקומית, על-מנת שידע נושא הדיון ושתהא לו האפשרות להביע עמדתו לגבי צו ההריסה הספציפי העומד להיות מוצא. טיבה וטבעה של התייעצות הם, כי כל בעל דברים ישמיע עמדתו, כשהחלטה נשאת בסופו של דבר בידי מי שהמחוקק מסר לו את הסמכות להכריע. מטרת ההתייעצות היא, כי בעל הסמכות יקבל את השקפת ראש הרשות המקומית לגבי כל מקרה ומקרה, על היבטיו המגוונים, ואשר יעזרו לו בשיקוליו ובקבלת ההחלטה המתחייבת בראייה הכוללת של העניין. על-כן עדיין קיימת חובת ההתייעצות גם במקרה שלרשות המחליטה ידועה העמדה של הגוף שעמו קיימת חובת ההתייעצות (בג"צ 628/76 [6]). ואולם, גם כשדעתי היא, כי אין להפוך את ההתייעצות הסטטוטורית לפורמאלית בלבד, ואף שסבור אני, כי ראוי הוא לקיים ההתייעצות בצורה נאותה, הן מבחינת הזמן והן מבחינת המקום, הרי המבחן העיקרי הוא לא בכללי הצורה. אינני רואה הכרח, כי ההתייעצות תקיים בתוך כותלי משרד דווקא, או בשעות מסוימות; גם שיחת טלפון אינה פסולה להתייעצות בהאידינה, ואם המדובר בשניים שמקובל עליהם לקיים שיחות טלפוניות מבתיים ואף בשעות הערב, גם בכך אין פסול; ובלבד שמבחינה מהותית, לגבי העניין העומד להתייעצות, תהא האפשרות לכל אחד להציג עמדתו, להביע דעתו ואף לנסות להשפיע על רעהו" (שם, עמ' 599 - 600).

16. ומהתם להכא: במקרה דנן אין חולק כי קיומה התייעצות בין יו"ר המשיבה לבין ראש המועצה. בצו ההריסה המנהלי כתב ראש המועצה את המלים הבאות: "... ולאחר שהתייעצתי עם מר סאלח ריאן שהינו ראש הרשות המקומית, כאבול, שבתחומה מצוי הבניין החורג הנ"ל". מן האמור לעיל הננו למדים כי יו"ר המשיבה הוציא את צו ההריסה המנהלי לאחר שהתייעץ, כאמור, עם ראש המועצה, היינו, ביום 2.11.16, שהינו מועד מתן צו ההריסה המנהלי. בעדותו בפני בית משפט קמא אישר יו"ר המשיבה את אמיתות התרשומת שערך בדבר קיום ההתייעצות, תוך שהבהיר כי קיים התייעצות טלפונית עם ראש המועצה. כמו כן, הבהיר יו"ר המשיבה כי התצהיר של המהנדס ניתן בשעה 14:10, כאמור בתצהיר המהנדס מטעם המשיבה, וכי בשעה 14:30 חתם על הצו, כפי שעולה מהצו, וכן כי הקריא לראש המועצה את תצהירו של המהנדס, את כל הפרטים (פרוטוקול בית משפט קמא מיום 5.2.17, עמ' 11 - 12). מדבריו הנ"ל של יו"ר המשיבה שאומצו ע"י בית משפט קמא, הננו למדים בדבר קיומה של חובת ההתייעצות שנקבעה על ידי המחוקק ופורשה, כאמור, על ידי בית המשפט העליון, בעניין עזבה הנ"ל.

17. אף ראש המועצה אישר, בעדותו בפני בית משפט קמא את קיומה של ההתייעצות, וכן את העובדה שאישר את הוצאת הצו (שם, עמ' 10, ש' 27 - 33). עוד עולה מעדותו הנ"ל של ראש המועצה, כי ההתייעצות בעניינו של נאדר קוימה לאחר ההתייעצות בעניינו של המערער ולא באותו זמן (שם, ש' 14). בנקודה זו יצוין, כפי שקבע בית משפט קמא, כי מהדברים הנ"ל הננו למדים כי ההתייעצות לגבי כל אחד מהצווים קוימה במועד שונה, דבר התומך בגרסת המשיבה, לפיה ההתייעצות בעניינו של המערער קוימה במועד שונה, לא ביום 9.11.16, שאז ניתן הצו בעניינו של נאדר, כי אם ביום מתן הצו, ביום 2.11.16.

18. עוד אציין, כי למשיבה עומדת חזקת התקינות המנהלית, קרי: חזקה כי פעולתה המנהלית נעשתה כדין ועל המבקש לסתור חזקה זו, מוטל הנטל להוכיח את הפגם שנפל בהתנהלותו במקרה דנן של יו"ר המשיבה, זאת כפי שעולה מדבריו הבאים של בית המשפט העליון ברע"פ 6032/13 זמירה שלהבת אהרן נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ולבניה טבריה (19.01.2014): "כידוע, צו הריסה מנהלי, המוצא מכוח סעיף 238א לחוק התכנון והבניה, הוא אקט מנהלי, ולא אקט עונשי. לפיכך, וכפי שקבעו גם הערכאות הקודמות, עומדת למשיב חזקת התקינות המנהלית, היינו חזקה כי פעולתו המנהלית נעשתה כדין. על המבקש לסתור חזקה זו, מוטל הנטל להוכיח את דבר קיומו של הפגם שנפל, לטענתו, בהתנהלותה של הרשות המנהלית (רע"פ 2956/13 דמקני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-



יפו [פורסם בנבו] (31.7.2013); רע"פ 2958/13 סבאח נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (8.5.2013); רע"פ 9174/08 פרץ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב [פורסם בנבו] (16.11.2008)."

19. לא עלה בידי המערער להביא ראיה הסותרת בענייננו את חזקת התקינות המנהלית ומלמדת כי לא קיומה, כנדרש, חובת ההתייעצות של יו"ר המשיבה עם ראש המועצה המקומית. ודוק, בפני בית משפט קמא עמדה, כאמור, עדותו של יו"ר המשיבה, לפיה הרישום שערך בדבר קיום ההתייעצות, לרבות העובדה שקיומה עובר למתן הצו, הינו - רישום נכון. אמנם, מהעדויות של ראש המועצה ושל יו"ר המשיבה, עולה, כי ההתייעצות הטלפונית קיומה בהיותו של ראש המועצה בחו"ל. דא עקא, שבא כוחו דאז של המערער, לא שאל את ראש המועצה, במסגרת מתן עדותו בפני בית משפט קמא, האם גם ביום 2.11.16, שהה בחו"ל, זאת על מנת לברר עד תום עניין זה. נוכח התמונה הראייתית שהובאה, כאמור, בדיון בפני בית משפט קמא, הרי שלא עלה בידי המערער להוכיח, כנדרש, כי ההתייעצות לגבי מתן צו ההריסה המנהלי שניתן בעניינינו - בוצעה בדיעבד.

20. המערער לא סתר את חזקת התקינות המנהלית, הקובעת כי פעולתו המנהלית של יו"ר המשיבה, קיום חובת ההתייעצות, בוצעה על-ידו כדין, זאת הן לענין מועד קיום ההתייעצות והן לענין אופן קיום ההתייעצות. באשר לאופן קיום ההתייעצות, יו"ר המשיבה אישר בעדותו, כי הוא מקריא לראש המועצה את כל פרטי תצהירו של המהנדס, לרבות את פרטי הגוש והחלקה (פרוטוקול בית משפט קמא מיום 5/2/17, עמ' 12, ש' 8-9). ראש המועצה לא הכחיש את הדברים הנ"ל. הוא, אומנם, לא זכר אם יו"ר הוועדה "נכנס לפרטים", אולם הבהיר כי הוא "מכיר את הסוגיה הזאת", לרבות את שמו של המערער (שם, עמ' 9 ש' 20 ו-23). כמו כן, אישר ראש המועצה בעדותו, כפי שעולה מהחלטת בית משפט קמא, את שנרשם ע"י יו"ר הוועדה בתרשומת לגבי קיום ההתייעצות. בתרשומת זו נרשם כי במידה שיתברר כי המערער בונה מחוץ לתכנית המתאר (דבר שהתברר כנכון) - אין לראש המועצה התנגדות למתן הצו. הנה כי כן, מתמונת הראיות שהובאה בפני בית משפט קמא עולה כי יו"ר הוועדה עדכן, כנדרש, את ראש המועצה, במסגרת ההתייעצות עמו, בפרטים הנדרשים מתצהירו של המהנדס, שהינו תצהיר קצר אותו ניתן היה להקריא בנקל לראש המועצה בשיחה טלפונית קצרה, ובכך לקיים התייעצות עניינית, מה גם שראש המועצה הכיר, כאמור, לדבריו, את הסוגיה.

21. זאת ועוד, המערער אינו חולק כי הצו נדרש למניעת עובדה מוגמרת ואינו טוען בדבר קיומו של היתר כדין, וכן הוכח, כאמור, קיומה של התייעצות, ואף אישורו של ראש המועצה למתן הצו. בשקלולם של הדברים הנ"ל ונוכח חוסר ניקיון הכפיים של המערער, כאמור לעיל, הרי שגם אם נפל פגם לענין מועד ההתייעצות או אופן קיום ההתייעצות, כנטען ע"י המערער, פגם זה אינו מצדיק, בנסיבות העניין, את ביטולו של צו ההריסה המנהלי, זאת נוכח עקרונות תורת הבטלות היחסית. לענין הבטלות היחסית, יובאו להלן הדברים שנאמרו על ידי כב' הנשיא ברק (כתוארו אז) בע"א 2518/02 ד"ר בנסון סמיון נ' שר הבריאות (פ"ד נז(1), 778, עמ' 784-785 (2003)):

"כבתחומים אחרים, גם בהקשרו של הדיון החסר בפני הרשות המנהלית (אף כשהיא פועלת כגוף מעין שיפוטי) יש מקום להכיר ברעיון של בטלות יחסית (או "תוצאה יחסית"; "חוקיות יחסית" ... יש להבחין בין הפגם ובין הנפקות (ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(816), 793 (1))."

22. סיכומי של דבר, דין ערעורו של המערער להידחות, כאמור, הן על הסף והן לגופו של עניין. הנני מורה, לפיכך,



על דחיית הערעור בתיק זה. בד בבד הריני להורות בדבר ביטול החלטתי מיום 18.4.17 שהורתה על עיכוב ביצועו של צו ההריסה המנהלי. המערער יישא בהוצאות המשיבה בסכום של ₪ 5,000 אשר ישולמו מתוך העירבון שהפקיד בקופת בית המשפט, כאמור בהחלטתי מיום 18.4.17. יתרת העירבון תוחזר למערער, בכפוף להוראות כל דין.

המזכירות תמציא העתק מפסק דין זה לב"כ הצדדים ותוודא קבלתו.

ניתן היום, י"ח סיוון תשע"ז, 12 יוני 2017, בהעדר הצדדים.

חתימה