



עפ"א 2436/04/20 - גדיב תעשיות פטרוכימיה בע"מ 520040957 נגד אריאל וטרמן - מהנדס העיר חיפה

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 2436-04-20 גדיב תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' מהנדס העיר חיפה

לפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל

המערערת
גדיב תעשיות פטרוכימיה בע"מ 520040957 ע"י ב"כ עו"ד
עו"ד נדב ויסמן, עו"ד עידן לרון ועו"ד רועי בר ואח' ממשרד
מיתר, עורכי דין

נגד

המשיב

אריאל וטרמן - מהנדס העיר חיפה
ע"י ב"כ מהשירות המשפטי לעיריית חיפה
עו"ד ימית קליין ועו"ד ורד שדה

פסק דין

הערעור

1. לפניי ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה (כבוד השופטת ג'אדה בסול) מיום 9.3.20 בתיק בב"ן 19873-02-20 (להלן: "**החלטת קמא**" או "**ההחלטה**"), אשר דחתה את בקשת המערערת לביטול צו הפסקה מנהלי שהוציא המשיב, מהנדס העיר חיפה, מר אריאל וטרמן, ביום 5.2.20, מכוח סמכותו על פי הוראות סעיף 216 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ח-1965 (להלן: "**צו ההפסקה**" או "**הצו**").

2. הצו הורה למערערת ולגורמים רלוונטיים נוספים, להפסיק עבודות, אשר בוצעו בנכס הידוע כחלקה 1 בגוש 10924; חלקה 1 בגוש 10895; חלקה 1 בגוש 11638 וכן חלקה מס' 5 במסוף הכימיקלים שבנמל חיפה (להלן: "**מסוף הכימיקלים**" או "**המסוף**").

החלק בצו, אשר רלבנטי לענייננו, מתייחס לעבודה שהיא החלפת שלושה מקטעי צנרת חומ"ס תת קרקעית השייכת למערערת, בשלוש נקודות שונות לאורך התוואי של הצנרת. אורך הצנרת כולה הוא כ- 8 קילומטרים ואורך כל מקטע שהוחלף הוא כ- 8 מטרים.

העובדות הצריכות לעניין

3. המערערת (להלן: "**גדיב**") היא חברה פרטית, הנמצאת בבעלות מלאה של קבוצת בז"ן - בתי זיקוק ונפט בע"מ (להלן: "**בז"ן**") והיא עוסקת בייצור ובשיווק מוצרים ארומטיים המשמשים, בין היתר, כחומרי גלם בתעשייה במגוון תחומים, לרבות תעשיית הדלק, התרופות, הפלסטיק, ההדברה, הצבע ועוד.

בז"ן היא אחת מקבוצות האנרגיה הגדולות במשק הישראלי, המייצרת ומספקת חלק נכבד מצריכת הדלק

עמוד 1



בישראל. היא הוגדרה כמפעל חיוני במסגרת צו החברות הממשלתיות (הכרזה על אינטרסים חיוניים למדינה בחברת בתי זיקוק לנפט בע"מ, התשס"ז-2007). בסעיף 2(5) לצו זה, נקבע כי למדינת ישראל קיים אינטרס חיוני בהבטחת קיומה הרציף של פעילות זיקוק נפט גולמי, ייצור מוצריו ואספקתם בישראל.

המערערת, המחזיקה בהיתר מתאים, מפעילה מזה עשרות שנים שלושה קווי צנרת, המובילים חומרים מסוכנים (להלן: "חומ"ס") בין מפעלה שבמפרץ חיפה לבין מסוף הכימיקלים. חלקי הצנרת הרלבנטיים לערעור זה הם תת-קרקעיים ומצויים בתוך שטח מסוף הכימיקלים (להלן: "הצנרת").

4. במסגרת הפעלת הצנרת ותחזוקתה, מבוצעות, מדי פעם בדיקות של הצנרת. הבדיקה האחרונה בוצעה על ידי המערערת, לפני כשנה ובמסגרתה בוצעה בדיקה מקיפה של עובי דפנות הצנרת, באמצעות מולוך (רובוט) "חכם" (PIG) (להלן: "בדיקת המולוך"). תוצאות הבדיקה הראו שיש צורך בהחלפת מקטעים בצנרת.

לצורך החלפת המקטעים, מרוקנת הצנרת מהחומ"ס ונשטפת במים; מבוצעת חפירה לחשיפת קטעי הצנרת שיש צורך להחליפם, ולאחר חיתוך המקטעים הבלויים וריתוך מקטעים חדשים, הקרקע מושבת לקדמותה. ביצוע עבודות החפירה, החשיפה והחלפת המקטעים (להלן: "העבודות") החל ביום 2.2.20 והן בוצעו בתיאום עם מנהל המסוף. ביום 5.2.20, זמן קצר בטרם הושלם ביצוע העבודות, קיבלה המערערת לידיה את צו ההפסקה.

בעת שנמסר לה צו ההפסקה, הספיקה המערערת לבצע את העבודות כמעט עד תומן וכל שנותר היה, לסיים את הריתוך ולכסות את החפירות.

5. המערערת טוענת שמדובר בעבודות שאינן דורשות היתר בנייה ואילו המשיב טוען שיש צורך בהיתר.

על מנת שלא להכביד, אציין כאן "טלגרפית", בלבד, את טיעוני הצדדים. ככל שיהיה צורך, יובא פירוט נוסף בפרק הדיון.

עיקר טיעוני המערערת

6. מעולם בעבר לא נדרש היתר בנייה לעבודות תחזוקה כאלה ובהוצאת צו ההפסקה שינתה העירייה, לפתע, את מדיניותה כפי שנהגה במשך שנים.

7. צו ההפסקה הוצא משיקולים זרים, שכן מטרת העירייה בהוצאתו ובעמדתה בהליכים אלה, היא לסכל את פעילותה של גדיב וכך - גם את פעילותה של בז"ן, כפי שעולה מ"פוסטים" שפרסמה ראש העיר חיפה סמוך לאחר הוצאת הצו.



בנוסף, ההחלטה להוציא את הצו הייתה בלתי מידתית ובלתי סבירה, לנוכח משמעותה והשלכותיה.

8. אף בהנחה שהייתה למשיב סמכות להוציא את צו ההפסקה, מדובר בסמכות שבשיקול דעת ובנסיבותיו של מקרה זה מדובר בשיקול דעת חסר אחריות ובלתי סביר בעליל, אשר הצדיק קבלת בקשת המערערת לביטול הצו.

9. בית משפט קמא שגה בפרשנות הדין. על פי הפרשנות הנכונה (לשיטת המערערת) הדין אינו דורש היתר לביצוע עבודות מסוג זה.

10. העבודות אינן דורשות בחינה תכנונית שכן מדובר בהחלפת קטע של קו קיים, שהונח לפני שנים (כמו גם שאר הצנרת) בידיעתה ובהסכמתה המלאה של העירייה.

בשטח מסוף הכימיקלים אין כלל תכנית מתאר, כך שכלל **לא ניתן** לקבל בו היתרי בנייה כלשהם, כך שמשמעות הדרישה להיתרי בנייה לשם ביצוע עבודות תחזוקה ותיקונים בשטח המסוף היא, כי כלל לא ניתן יהיה לבצע עבודות כאלה.

למען השלמת התמונה אציין, כבר כאן, כי המערערת הגישה בקשות להיתרי חפירה לשם תיקון צנרת הנמצאת מחוץ למסוף הכימיקלים, אך לא הגישה בקשה דומה לגבי הצנרת דן (הנמצאת בשטח הנמל). זאת, מאחר שלטענתה בשטח פרטי אין צורך בהיתר חפירה.

11. בז"ן הוגדרה כמפעל חיוני ופעילות גדיב היא חלק משמעותי וחיוני עבורה. מדובר בתיקון שנדרש לעשותו במהירות ובדחיפות, לטובת האינטרס הציבורי ואין כל היגיון לדרוש כניסה להליך של היתר בנייה שאורך זמן רב.

עיקר טיעוני המשיב

12. על פי הדין יש צורך בהיתר בנייה לביצוע העבודות. המערערת אף לא ביקשה "היתר חפירה" לעבודות, כפי שביקשה לגבי עבודות תיקון של הצנרת הנמצאת מחוץ למסוף הכימיקלים.

13. הדחיפות בביצוע העבודות נבעה ממחדלי המערערת, אשר השהתה את הטיפול בצנרת. אצל הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה קיים חשש מבוסס, כי מדובר בהתחלה של ביצוע עבודות בהיקף נרחב יותר. אלמלא הוצא הצו היו העבודות ממשיכות באין מפריע, הרבה מעבר להצהרות המערערת לצורך הליך זה.

14. טענת הדחיפות שבפי המערערת אינה הצדקה לביצוע העבודות ללא בקשת היתר בנייה, שכן הצורך בביצוע תיקונים בצנרת ידוע לגדיב עוד משנת 2016, בעקבות בדיקות של הצנרת שהיא ביצעה באותה שנה [בדיקת DCVG, שנועדה לבדוק את תקינות המעטפת האנטיקורוזית שעל הצנרת ובדיקת CIPS שנועדה לבדוק את ההגנה הקטודית על



הצנרת] אך הן לא הובאו אז לידיעת המשרד להגנת הסביבה או העירייה, אלא רק בשנת 2019, לאחר שבוצעה בדיקה נוספת - בדיקת המולוך, לפיה יש צורך בתיקון 319 נקודות בצנרת.

15. הצו מידתי, באשר קווי הצנרת בהם מדובר הם "קווי ייצוא" אשר אינם חיוניים למשק הישראלי. בז"ן היא זו אשר מספקת "תזקיית דלק" למשק הישראלי, בעוד שגדיב תלויה בפעילותה של בז"ן ו- 93% ממכירותיה נעשים ללקוחות בחו"ל.

16. נטען, כי עבודות להחלפת חלקים נרחבים בצינור שנבנה מלכתחילה ללא קבלת היתר בנייה ואשר מטרתו הובלת חומרים מסוכנים, הן עבודות הטעונות היתר בנייה. אחת מתכליות דיני התכנון והבנייה היא שמירת הבטיחות בשל הסיכון הנשקף למשתמשים במבנים בלתי חוקיים שנבנו ללא היתר.

עוד נטען, כי טענת המערערת לפיה התיקון נדרש מטעמי בטיחות מחזקת את הצורך בפיקוח על העבודות, לרבות "אופן החפירה, אופן פירוק הצנרת הקיימת והנחת הצנרת החדשה, עומק הצנרת הנדרש (שייתכן והשתנה במהלך השנים) ההגנות הנדרשות לצנרת לרבות למשל משטחי הגנה מעליה, האם יש בהחלפה כדי לפגוע בשלד הצנרת כולה ועוד כהנא וכהנא דרישות, הנבחנות במסגרת היתר הבנייה ומוסדרות במסגרת תנאי ההיתר".

עיקרי החלטת קמא

17. בית משפט קמא ציין כי צו הריסה מנהלי אינו מהווה כלי ענישתי אלא כלי אכיפה יעיל, מהיר ומעשי, שנועד לשמירה על שלטון החוק בכלל ועל דיני התכנון והבניה בפרט והוסיף, כי מעשי הרשות נהנים מחזקת התקינות של המעשה המנהלי ולכן על הטוען כי צו הוצא שלא כדין או כי נפל בו פגם, מוטל הנטל להוכיח זאת.

18. לעניין צו ההפסקה דנן, ציין בית משפט קמא, כי לא נכתב בו אם קיים היתר בניה לתשתית הצנרת במלואה, אם לאו, אלא כל שצוין הוא, כי עבודות החלפת הצנרת נעשו ללא היתר.

בית משפט קמא הטעים, כי אין חולק שמדובר בתשתית צנרת רחבת היקף, הקיימת מזה שנים רבות אך לא דן בשאלת קיומו של היתר בנייה לצנרת כולה ובהתייחסות המשיב והעירייה לצנרת, בציינו כי שאלה זו איננה עולה לדין במסגרת הליך זה.

19. לגופו של עניין קבע בית משפט קמא, כי העבודות טעונות היתר.

בית משפט קמא קבע כי החפירה משנה את פני הקרקע וכי לעניין זה אין משמעות לכך שלאחר ביצוע העבודות המצב יושב לקדמותו ובסופו של דבר פני הקרקע לא ישתנו, בקבעו כי בכל חפירה שאיננה זניחה קיים פוטנציאל לפגיעה ביציבות הקרקע ולכן כל חפירה כזו נכללת בגדר תקנה 1(2) לתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש



הטעונים היתר), התשכ"ז-1967 (להלן: "תקנות היתר") ולכן צריכה היתר.

בית משפט קמא דחה את טיעונה של המערערת לפיה לעבודות המתבצעות בשטח המפעל אין צורך בהיתר תוך שאמר כי לא ניתן הסבר מניח את הדעת לאבחנה כזו וכי **"חפירה היא חפירה, בין אם בשטח פרטי ובין אם בשטח ציבורי והרציונל הוא אותו רציונל"**.

20. כן קבע בית משפט קמא, כי טענת המערערת לפיה דרישת המשיב להיתר מנוגדת להתנהלות העירייה במשך שנים רבות, לא בוססה כראוי במסמכים שהגישה המערערת וכי גם אם כך היו פני הדברים, הרי אין בהתנהלות לא נכונה, גם אם היא נמשכה שנים, כדי להצדיק המשך התנהלות זו, הנוגדת, לדעת בית משפט קמא, את הוראות חוק התכנון והבניה.

21. באשר לטענת המערערת לפיה אין נדרש היתר מאחר שמדובר בהחלפת רכיב ברכיב, שהיא עבודה שאיננה דרושה היתר, כאמור בתקנה 20(א) **לתקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר)**, התשע"ד-2014 (להלן: **"תקנות הפטור"**) קבע בית משפט קמא כי סעיף זה מתייחס לעבודות פשוטות, שאינן מסובכות ואינן טומנות בחובן סיכון בטיחותי כלשהו, כפי שעולה בבירור מהדוגמאות שבסעיף. לדעת בית משפט קמא **"לא כך המקרה עת מדובר בצנרת של חומ"ס, שאין לגביה כל הסדרה חוקית אחרת, בהיקף שלא ניתן לראותו כזניח או מבוטל של מעל 30 מ"א, ומבלי שיהיה כל מנגנון בקרה או פיקוח על אותן עבודות להחלפת אותה צנרת"**.

בית משפט קמא מצא חיזוק לעמדתו, בתקנה 20(ג) לתקנות הפטור, הקובעת הוראות מיוחדות להחלפת אסבסט וציין כי יש בהוראה זו חיזוק למסקנה כי תקנות הפטור אינן חלות על עבודות מסוכנות, בעוד שצנרת חומ"ס טומנת בחובה סיכון לא מבוטל, אף יותר מאשר אסבסט.

בית משפט קמא אבחן את פסקי הדין שניתנו בעניין סיאם - עע"מ 8274/09 עיריית ירושלים נ' סלים סיאם פ"ד סד' (3) 599 (15.6.2011) (להלן: עניין סיאם) ובעניין ריכטר - עע"מ 8489/07 יעקב (קובי) ריכטר נ' ועדת המשנה הנקודתית של הועדה המחוזית (23.11.2009) (להלן: "עניין ריכטר"), אליהם הפנתה המערערת.

22. בית משפט קמא דחה את טענת המערערת בדבר קיומם של שיקולים זרים בהוצאת הצו וקבע כי חששה של העירייה שהצורך בתחזוקת הצנרת, הפרושה על פני אלפי מטרים, יביא לביצוע עבודות דומות בהיקפים נרחבים, ללא בקרה וללא השגחה, מצדיק את פעולת הוצאת הצו להפסקת העבודות דנן. השכל הישר וההיגיון הפשוט, כך קבע בית משפט קמא, אינם מאפשרים לקבל מצב בו **"עבודות כאלה יבוצעו ללא בקרה, ללא השגחה וללא אישור הרשויות המוסמכות, ובכללן, רשויות התכנון והבניה"**.

23. בית משפט קמא קבע עוד, כי טיעונה של המערערת לפיו הפסקת העבודות עלולה לגרום למערערת, לבז"ן ולמשק הישראלי נזקים חמורים, לא בוסס כראוי ולא הוצגו בפניו חלופות שיש בהן כדי לאפשר למערערת ולכלל המפעלים באזור, לעבוד ללא שיבוש פעילותן. לדברי בית משפט קמא, **"השלכות הרחב על כלל המשק אף הן לא בוססו ואין המבקשת יכולה להיתלות בעובדת היותה מפעל חיוני, כדי לאפשר לה לעבור על הוראות החוק או**



להיות מעל לחוק".

דין ומסקנות

24. במהלך הדיון הראשון שהתקיים בערעור ביום 14.5.20, הבהרתי לצדדים כי, לטעמי, הנושא אינו מוסדר בחקיקה באופן משביע רצון וכי נוכח הצורך התמידי בעבודות תחזוקה ותיקון בצנרת התת קרקעית ונוכח ההליך המורכב, המסובך והארוך של קבלת היתר בנייה, ראוי שהצדדים יגבשו נוהל מפורט בעניין זה, אשר ייתן מענה הן לעבודות לשם תחזוקת הצנרת והן למקרים דחופים העלולים להיווצר בשל תקלות בלתי צפויות, כאלה ואחרות. הבהרתי לצדדים, כי מסגרת הערעור מוגבלת וכי במסגרת פסק דין שניתן בערעור לא ניתן יהיה לתת פתרונות לכל הצרכים ולכל הבעיות הכרוכות בסוגיה זו, כפי שאפשר לעשות במסגרת הסכמה כוללת בין הצדדים. סברתי, ועדיין אני סבורה, כי הגמישות שבהוראות הדין, מאפשרת הגעה להסדר חוקי וראוי, אשר יביא להגברת הוודאות בנושא, לפישוט ההליכים וליתר בטחון לציבור. הצדדים עצמם הכירו בחשיבות גיבוש נוהל כזה וניתן להם זמן לעשות כן אולם, לצערי, הדבר לא עלה בידם.

אני רוצה לקוות שלאחר קבלת פסק דין זה ישובו הצדדים לשולחן המו"מ ויגיעו להסדר ראוי, אשר יטיב עמם ועם הציבור כאחד.

וכעת - לערעור עצמו.

שיקול הדעת המנהלי, שבהוצאת צו ההפסקה

25. בטרם אפנה לבחינת שיקול הדעת של המשיב בהוצאת הצו אומר כי, גם לטעמי התנהלותה של המערערת מול המשרד להגנת הסביבה [כפי שהיא עולה מהחומר שהוגש לבית משפט קמא, לרבות מוצג 4 למוצגי המערערת, שהוא מכתבו של מר שלמה כץ, מנהל מחוז חיפה במשרד להגנת הסביבה (להלן: "כץ")], בכך שהיא לא המציאה לו, את ממצאי הבדיקות שנעשו על ידה בצנרת מיד בסמוך לקבלתם, הייתה, **בלשון המעטה**, בלתי ראויה. על המערערת חלה חובה מוגברת לדאוג לבטיחות השימוש בצנרת, המובילה חומ"ס, על כל המשתמע מכך ועליה לנהוג בעניין זה בשקיפות מרבית, תוך שיתוף רציף ואינטנסיבי של כל הגורמים הרלבנטיים ובראשם - המשרד להגנת הסביבה וכן העירייה, בכל ממצא הנוגע לבטיחות כל המתקנים בהם מעורבים חומ"ס ובכלל זה - הצנרת.

תוצאות בדיקת המולוך התקבלו אצל המערערת כבר בחודשים מאי-יוני 2019 ולטענת המשיב, השתהותה של המערערת במשך חודשים רבים, היא זו אשר יצרה את הדחיפות בביצוע החלפת המקטעים. בעניין זה רואה אני עין בעין עם העירייה ורוצה אני לקוות שהמערערת תנהג בעתיד, ביתר אחריות וביתר הקפדה בעניין זה.

עם זאת, התנהלות זו של המערערת רלבנטית, במקרה זה, רק לצורך תשובה לשאלה אם היה למערערת די



זמן לשם הגשת בקשה להיתר בנייה - **והיה לה די זמן**, אך אין היא רלבנטית לשאלה אם הדין מחייב קבלת היתר בנייה לעבודות שבוצעו. את השאלה האם העבודות מחייבות קבלת היתר בנייה, יש לבחון על פי הוראות החוק, התקנות ותכליתם. למקרים דחופים (אשר עלולים להיווצר מסיבות שונות, לאו דווקא באשמת המערערת) ראוי שייקבעו כבר כעת, נהלים ודרכי פעולה.

26. בנסיבות המקרה דנן, על כל היבטיו, לא היה מקום להוציא צו מנהלי. סבורה אני כי אכן נפלו פגמים חמורים בשיקול הדעת של המשיב בהוצאת צו ההפסקה.

מלכתחילה, בנסיבות הספציפיות של מקרה זה, הדרך של הוצאת צו הפסקה מנהלי הייתה בלתי נכונה ובלתי ראויה ולו בשל כך שהצו הוצא לאחר שהחפירות כבר בוצעו ואף התיקון כמעט הושלם; כל שנותר היה לרתך את חלקי הצנרת החדשים ולכסות את החפירות. בשלב זה, לא היה כל טעם בהותרת החפירות פתוחות, אלא להיפך - האינטרס הציבורי חייב סיום העבודה בהקדם האפשרי וכיסוי החפירות.

27. המערערת הראתה, במסמכים שצורפו על ידה, כי עד להוצאת צו ההפסקה, לא דרשה העירייה היתר חפירה לביצוע עבודות לתיקון צנרת תת קרקעית. על אף שהצנרת קיימת שנים רבות ואף קיימת באזור צנרת דומה נוספת, השייכת לחברות אחרות, ועל אף שבמהלך השנים בוצעו בצנרת (של המערערת ושל החברות האחרות) עבודות תחזוקה, לא הצליח המשיב להראות אף לא בקשה אחת למתן היתר בנייה לשם **תיקון** צנרת תת קרקעית, של המערערת, או של כל חברה אחרת. נהפוך הוא; המערערת הגישה לבית משפט קמא מסמכים מהם עולה כי לשם **תחזוקה או תיקון** של צנרת נדרשו היתרי חפירה בלבד (מוצגים מב/1 ו- מב/2 בבית משפט קמא). זאת - להבדיל מבקשות להיתרים **להנחת** קווים חדשים, שצירף המשיב כנספחים ה'ו' לתשובתו לערעור.

בנוסף - המערערת עצמה קיבלה, ביום 6.2.20 [על פי בקשה שהגישה, חודשים קודם לכן, ביום 1.5.19 (!)] היתר לעבודות **חפירה** לשתי נקודות, לשם תיקון מעטפת חיצונית של צנרת תת קרקעית הנמצאת מחוץ למסוף. ההיתר ניתן לביצוע חפירה בעומק של 2-3 מ', באורך של 1-5 מ' וברוחב של 1 מ' (מוצג מב/12 בבית משפט קמא). אם ביצוע החפירה בלבד (עוד קודם שנידרש לתיקון עצמו) דורש היתר בנייה, כטענת המשיב, אשר תפורט להלן, הכיצד לא דרש המשיב היתר בנייה לעבודות אלה? לעובדה שהיה מדובר בעבודות תיקון חיצוניות בצנרת, אין כל משמעות לעניין ההיתר הנדרש (לטענת המשיב) לעצם ביצוע החפירה.

יתירה מזו - במכתבה של העירייה אל המערערת מיום 27.1.20 (מוצג מב/9 בבית משפט קמא) נכתב, במפורש (בהתייחס להיתרי חפירה שהתבקשו לגבי צנרת הנמצאת מחוץ למסוף הכימיקלים) כי "**עיריית חיפה מוסמכת ואחראית להוצאת היתרי חפירה בהתאם למסמכים שהומצאו לה על ידי הגורמים השונים**...". גם מתכתובת נוספת הנמצאת במוצג זה (ובנספחים שהוגשו) עולה כי עמדת העירייה והמשיב הייתה, כי לעבודות תיקון צנרת תת קרקעית יש צורך בהיתר חפירה בלבד. שינוי עמדה זו מצד המשיב לא הובא לידיעת המערערת, אלא לאחר תחילת העבודות דנן.



28. עד היום מדברת העירייה בשני קולות; מצד אחד, באתר עיריית חיפה מפורסם "נוהל חפירה" (להלן: "הנוהל") אשר בתחילתו מובהר כי מדובר ב"היתר כריה וחפירה שניתן לקבלנים ולמבצעי עבודות ברחוב ובשטח ציבורי על מנת לשמור מפגיעה בתשתיות התת קרקעיות (כגון: קווי טלפון, קווי חשמל, מים, ביוב, גז, דלק, כבלים תת קרקעיים וכו').

ההיתר כולל אחריות המבצע להחזרת המצב לקדמותו ולניקוי השטח בסיום העבודה".

אין בנוהל דבר השולל החלתו על עבודות חפירה הנעשות לשם תיקון הצנרת.

29. לא מצאתי בתשובת המשיב מענה ענייני לטענות המערערת, בדבר הפרקטיקה שנהגה כל השנים, של קבלת היתרי חפירה לעבודות מסוג זה ואף לא תשובה מספקת לטענת המערערת לפיה שינוי המדיניות נעשה ללא ידיעתה וללא קבלת התראה על כך.

נהפוך הוא; כאמור - על אף שעוד ביום 25.7.19 (כחצי שנה לפני ביצוע העבודות דנן) הגישה המערערת בקשה למתן היתר חפירה (לביצוע עבודות תיקון צנרת מחוץ למסוף הכימיקלים) העירייה לא החזירה את בקשתה בנימוק שיש צורך בהגשת בקשה להיתר בנייה ורק לאחר שעבודות הנדונות בהליך זה החלו, היא הודיעה למערערת, לראשונה, על עמדתה החדשה, לפיה יש צורך בהיתר בנייה.

30. מקום בו מדובר בשינוי מדיניות, שהתקיימה במשך שנים, ומקום בו מתעוררות שאלות עובדתיות ומשפטיות נכבדות, הליך של הוצאת צו מנהלי אינו ההליך המתאים. בפני המשיב עמדו הליכים חלופיים, נכונים וראויים יותר בנסיבות העניין.

אם ביקש המשיב לשנות את עמדת העירייה ואת התנהלותה וסבר שיש מקום לקבוע כי נדרש היתר בנייה לביצוע עבודות מסוג זה, היה עליו להחזיר את הבקשה הנ"ל, להיתר חפירה שהוגשה ביום 25.7.19 (ולעניין זה אין כל משמעות לכך שהבקשה התייחסה לצנרת שמחוץ למסוף) ולהודיע למערערת כי מהיום ואילך נדרש היתר בנייה לעבודות מסוג זה.

אם שינוי המדיניות נעשה בשלב מאוחר יותר, לאחר שכבר החלו העבודות דנן, היה על המשיב לאפשר סיומן ויכול היה להודיע למערערת, כי יש צורך בהיתר וכי הוא מתיר להשלים את העבודה רק משום שהחפירה והתיקון כבר נעשו, אך בעתיד עליה לפנות בבקשה לקבלת היתר.

אילו היה המשיב נוהג כאמור לעיל, הרי ככל שהמערערת הייתה סבורה שהדרישה להגשת בקשה לקבלת היתר לשם ביצוע עבודות מסוג זה מנוגדת לחוק, הייתה פתוחה בפניה הדרך לנקוט בדרך שתבחר, לרבות הגשת עתירה מנהלית נגד החלטה זו.



31. בנסיבות אלה, של שינוי מדיניות פתאומי, ללא התראה מראש, שיקול הדעת להוציא צו הפסקה מנהלי, בשלב בו החפירות כבר נעשו, הקטעים הפגומים כבר הוסרו וכל שנותר היה לרתך את המקטעים החדשים ולסגור את החפירות, בוודאי שעה שהתיקון נדרש על ידי המשרד להגנת הסביבה ושעה שמדובר במפעל שפעילותו משרתת את פעילות בז", שהוגדר כמפעל חיוני והשבתת הצנרת גורמת נזקים לציבור, הוא שיקול דעת פגום.

הדין בערעור לגופו

32. למעשה, כפי שאמרתי לצדדים במהלך הדיון - מאחר שהעבודה הסתיימה והחפירות נסגרו, לכאורה אין עוד במה לדון במסגרת ערעור זה. אולם, בנסיבות העניין, נוכח כך שהמציאות תחייב, ככל הנראה בעתיד הלא רחוק, חפירות נוספות לתחזוקת הצנרת וביצוע תיקונים בה, אין מנוס מהתייחסות לשאלת הצורך בהיתר בנייה לביצוע עבודות מסוג זה וכך אעשה.

עם זאת אבהיר, שוב, כי במסגרת ערעור זה לא ניתן לדון בכל השאלות הצריכות פתרון וכי פסק הדין יצומצם לסוגיה הספציפית שלפניי, על פי העובדות הספציפיות הנוגעות למקרה דנן ולקביעותיו של בית משפט קמא.

קיומו של היתר בנייה לצנרת

33. בתשובת המשיב לא מצאתי מענה לטענת המערער, לפיה לא ניתן כלל לקבל היתר בנייה לביצוע העבודות ולכן הדרישה (החדשה) להיתר בנייה נעשתה שלא בתום לב ומתוך מטרה להביא, בדרך עקיפה, להפסקת פעילותה של גדיב ובדרך זו - גם של בז".

המחלוקת בשאלה אם הצנרת, שהוקמה (כמו גם מתקנים נוספים במפרץ חיפה) לפני עשרות שנים, היא צנרת "כשירה", או שמא יש לדרוש כיום היתר בנייה עבורה ומה משמעות המסמכים מהם עולה, לכאורה, הסכמת כל הגורמים הרלבנטיים להנחת הצנרת (אשר קיבלה, במהלך השנים רישיונות עסק מהעירייה) עלתה בפני בית משפט קמא [ראו בקשת המערער להוספת ראיות וכן תשובות, תגובות והחלטות בעניין זה - מוצגים 14-18 בתיק מוצגי המערער] אך לא הוכרעה על ידו ברמה העובדתית.

34. בית משפט קמא קבע בסעיפים 96-97 לפסק הדין, כי הטענה לא הוזכרה כלל בצו ההפסקה, כי יש לבחון את הצו על פי הנימוקים שעמדו בבסיס הוצאתו וכי המחלוקת אם קיים לצנרת היתר בנייה "איננה מבין השאלות העולות לדין במסגרת הליך זה". בסעיף 98 לפסק דינו מבהיר בית משפט קמא כי גם אם יצא מנקודת הנחה שלצנרת יש היתר בנייה כדין, עדיין מדובר בעבודות הצריכות היתר בנייה.

מאחר שערכאת הערעור דנה בערעור על פי אשר נקבע על ידי הערכאה הדיונית, אף אני אצא מנקודת הנחה שהצנרת הונחה כדין.



35. עם זאת אוסיף אומר, כי על אף שאפשר לדון בערעור ספציפי זה ללא הכרעה בשאלת "כשירותה" של הצנרת ובשאלה האם האזור בו נמצאת הצנרת מוסדר, תכנונית, באופן שניתן, בכלל, להוציא היתרי בנייה לשם תחזוקתה ותיקונה, מדובר בשאלות קריטיות לגבי ההתנהלות בעתיד, בין היתר (אך לא רק) בקשר לתחזוקת הצנרת.

בסופו של דבר (ורצוי בהקדם) יש צורך לתת את הדעת לאופן בו ראוי שהמערער ומפעלים אחרים וכן העירייה, ינהגו בנוגע לתחזוקת צנרת תת קרקעית המשמשת את המפעלים החיוניים באזור עד שיימצא ויושם פתרון טוב יותר למפעלים המצויים במפרץ, אשר יש לקוות כי יימצא ויושם במהרה. הליך זה אינו הפלטפורמה המתאימה לכך אך אעיר, כי ספק רב בעיניי אם ניתן להקיש לעניינו מהאמירות שנאמרו בעניין קירקולה - ע"פ (מחוזי-ים) 2081/08 כרמי קירקולה נ' מדינת ישראל (24.12.2008), אליו הפנו ב"כ המשיב, לעניין הסיכון הנשקף ממבנים בלתי חוקיים, שהוקמו ללא פיקוח הנדסי מצד רשויות התכנון.

לפני סיום חלק זה, ומבלי (כאמור) להכריע בדבר, אפנה לדברים שאמר כבוד השופט דנציגר בסעיפים 88-89 לפסק הדין בעניין סיאם הנ"ל, בנוגע לשיקולים שעל הרשות לשקול והאינטרסים הציבוריים שעליה להביא בחשבון, בבואה להכריע אם יש מקום לבצע עבודות תחזוקה כאלה ואחרות בתשתיות אשר לא אושרו בהליכים התכנוניים הרלבנטיים.

המסגרת הנורמטיבית

36. אפרוש, תחילה, את הוראות החוק והתקנות החלות על ענייננו.

37. אבהיר, ראשית, כי הגדרת המונח "בניין" בחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבנייה" או "החוק") רחבה דיה על מנת לכלול גם את הצנרת. סעיף 1 לחוק מגדיר "בנין" כ:

"כל מבנה, בין שהוא בנוי אבן ובין שהוא בנוי ביטון, טיט, ברזל, עץ או כל חומר אחר, לרבות -

(1) כל חלק של מבנה כאמור וכל דבר המחובר לו חיבור של קבע;

(2) קיר, סוללת עפר, גדר וכיוצא באלה הגוזרים או תוחמים, או מיועדים לגדור, או לתחום, שטח קרקע או חלל".

(ההדגשות, כאן ובהמשך, אינן במקור).

חלקים מהצנרת גלויים על פני האדמה וחלקים ממנה (ובהם החלקים הנדונים בהליך זה) מוטמנים באדמה. המערער טענה בבית משפט קמא כי הצנרת איננה מבנה, אך לא עמדה על טענה זו בערעור. מכל מקום, גם על פי משמעותו הלשונית של המונח "מבנה", וגם על פי תכליות דיני התכנון והבנייה, ברי כי הצנרת היא מבנה.

מילון אבן שושן מגדיר "מבנה" כ: "בנין או בית, צריף, מתקן שנבנה...". צנרת נכללת בביטוי "מתקן



שנבנה. גם מבחינת תכלית דיני התכנון והבנייה שהיא, בעיקרה, הסדרת המרחב התכנוני. הצנרת היא, אפוא "בניין" עליו חלות הוראות חוק התכנון והבנייה והתקנות שהותקנו מכוחו.

38. הוראות חוק התכנון והבנייה ותקנותיו, המתייחסות לצורך בהיתר, בנויות רבדים רבדים; ברובד הראשון - העיקרי, נמצא סעיף **145(א)** לחוק הקובע הוראה כללית - "הוראת בסיס", בדבר סוגי העבודות הטעונות היתר בנייה, כדלקמן:

"145(א) לא יעשה אדם אחד מאלה ולא יתחיל לעשותו אלא לאחר שנתנה לו רשות

הרישוי המקומית היתר לכך ולא יעשה אותו אלא בהתאם לתנאי ההיתר:

מיום 27.5.1989

תיקון מס' 26

ס"ח תשמ"ח מס' 1259 מיום **27.7.1988 עמ' 148** (ה"ח 1817)

תיקון מס' 26 (תיקון)

ס"ח תשמ"ט מס' 1266 מיום **8.2.1989 עמ' 7** (ה"ח 1912)

(א) לא יעשה אדם אחד מאלה ולא יתחיל לעשותו אלא לאחר שנתנה לו הועדה

המקומית או רשות הרישוי המקומית, לפי הענין, היתר לכך ולא יעשה אותו אלא בהתאם לתנאי ההיתר:

מיום 1.1.2016

תיקון מס' 101

ס"ח תשע"ד מס' 2450 מיום **7.4.2014 עמ' 506** (ה"ח 793)

(1) התווייתה של דרך, סלילתה וסגירתה;

(2) הקמתו של בנין, הריסתו והקמתו שנית, כולו או מקצתו, הוספה

לבנין קיים וכל תיקון בו, למעט שינוי פנימי בדירה;

.

(3) כל עבודה אחרת בקרקע ובבנין וכל שימוש בהם שנקבעו בתקנות כעבודה או

כשימוש הטעונים היתר כדי להבטיח ביצוע כל תכנית".

לענייננו רלבנטיים ס"ק (2), העוסק ב"תיקון" בבנין וס"ק (3) העוסק ב"כל עבודה אחרת בקרקע".

39. ברובד השני מצויות **תקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967** (להלן: "**תקנות ההיתר**"), שהוצאו מכוח סעיף **145(א)(3)** הנ"ל והן מפרטות מהם העבודות האחרות והשימושים הטעונים היתר.

לענייננו רלבנטית תקנה **1(2)** לתקנות היתר הקובעת:



1". אלה העבודות בקרקע ובבנין והשימושים בהם הטעונים היתר לפי פרק ה' לחוק כדי להבטיח ביצוע כל תכנית:

(1)

(2) כל חציבה, חפירה, כרייה או מילוי המשנים את פני הקרקע, יציבותה או בטיחותה, למעט -

"

40. ברובד השלישי מצויים הפטורים מהיתר, אשר נקבעו בתקנות שהותקנו מכוח הסמכות שניתנה לשר האוצר, בסעיף 145ג'(א) לחוק, לקבוע פטור מהיתר להקמתם של סוגי בניינים, לביצועם של סוגי עבודות ולסוגי שימושים, אשר לולא הפטור היו דרושים היתר, כדלקמן:

"145ג (א) שר האוצר יקבע פטור מהיתר להקמתם של סוגי בניינים, לביצועם של סוגי עבודות ולסוגי שימושים שיקבע, ובלבד שמתקיימים בהם כל אלה, לפי העניין:

(1) הם פשוטים מבחינה הנדסית;

(2) אין בהם כדי ליצור סיכון, הפרעה, מטרד או מפגע סביבתי של ממש;

(3) השפעתם על חזות הבניין, על הסביבה ועל אופיין ומאפייניהן, מעטה;

(4) הם לא פוגעים בשלד הבניין וביציבותו או במערכות הבניין ובתפקודיו".

מכוח סעיף 145ג'(א) הנ"ל, הותקנו תקנות הפטור, הקובעות את סוגי העבודות הפטורות מהיתר בנייה ואלה הן:

20". (א) החלפת רכיב בבניין הניתן להחלפה ברכיב אחר בעל מידות זהות, כגון רעפים, חלונות, צנרת מים, כבלי חשמל, כבלי תקשורת וכן החלפת חיפוי אבן בחזיתות במבנה פשוט פטורה מהיתר, ובלבד שהרכיב שיוחלף יהיה באותו מיקום".

(ב)

לענייננו רלבנטי הפטור הניתן להחלפת רכיב בבניין.

האם העבודות בהן עסקינן דורשות היתר בנייה

הליך הבחינה



41. הליך הבחינה; רבדי החקיקה הנ"ל מחייבים הליך בחינה בן כמה שלבים; בשלב הראשון יש לבחון האם העבודות בהם עסקין "נופלות" בגדר אחת החלופות של סעיף 145(א)(1) ו-(2) לחוק. ככל שמדובר בעבודות בניין אשר אינן נכללות בס"ק (1) ו-(2) של סעיף 145(א) לחוק, יהא עלינו לבחון, בשלב השני, האם מדובר בעבודות אחרות, הנכללות בסעיף 145(א)(3), היינו - האם מדובר בעבודות אחרות (או בשימושים אחרים, לפי העניין) אשר תקנות ההיתר קבעו שהם טעונים היתר. ככל שהתשובה לכך חיובית, יהא עלינו להוסיף ולבחון, בשלב השלישי, האם מדובר בעבודות אשר פטורות מהיתר, על פי תקנות הפטור. השלב השלישי רלבנטי, כמובן, לכל אחת מהחלופות של סעיף 145(א) לחוק.

42. בענייננו, בשל הוראותיו של סעיף 145(א) על סעיפי המשנה שבו ובשל מאפייני העבודה בה מדובר, הכוללת, למעשה, שני שלבים - ביצוע עבודות חפירה על מנת לחשוף את הצנרת התת-קרקעית וכן עבודת תיקון - החלפת מקטעי הצנרת הפגומים, עלינו לבחון כל אחד מחלקי העבודות בנפרד.

לשם הנוחות נפריד, בטרמינולוגיה, בין העבודות לחשיפת הצנרת (שייקראו להלן: "**עבודות החפירה**") לבין עבודות החלפת המקטעים (שייקראו להלן: "**החלפת המקטעים**").

החלפת המקטעים

43. ניתן לומר בפשטות, כי החלפת המקטעים היא, למעשה, עבודות תיקון של הצנרת (שהיא "בנין") ולכן עסקין בעבודה הטעונה היתר על פי סעיף 145(א)(2) לחוק, הקובע (כאמור) כי כל תיקון בבניין (למעט שינוי פנימי בדירה) טעון היתר.

חריגים לדרישת ההיתר של עבודות הנכללות בסעיף 145(א) לחוק, מצויים, כאמור, בתקנות הפטור ולכן, לאחר שהגענו למסקנה שהחלפת המקטעים מהווה תיקון ולכן טעונה, עקרוני, היתר בנייה, עלינו לבחון האם היא פטורה מהיתר, על פי תקנות הפטור.

44. עבודת החפירה בקרקע הדרושה לשם החלפת מקטעי הצנרת, מביאה אותנו לגדר החלופה השלישית שבסעיף 145(א)(3) לחוק, היינו - לשאלה האם מדובר ב"**עבודה אחרת בקרקע**" אשר נקבעה בתקנות כעבודה הטעונה היתר.

סעיף 145(א)(3) לחוק "שולח" אותנו אל החלופה השנייה של תקנה 1 לתקנות ההיתר - תקנה 1(2) המתייחסת לעבודות בקרקע ואשר קובעת כי העבודות הדרושות היתר [על פי סעיף 145(א)(3) לחוק] הן עבודות "**חציבה, חפירה, כרייה או מילוי המשנים את פני הקרקע או את יציבותה או בטיחותה**".

45. ככל שנגיע למסקנה כי החלפת המקטעים (במנותק מעבודות החפירה הנדרשות לשם חשיפת הצנרת) מהווה החלפת רכיב בבניין ולכן פטורה מהיתר, לא יהיה בכך די.



מאחר שלא ניתן לבצע את החלפת המקטעים ללא ביצוע עבודות החפירה ומאחר שלעבודות חפירה קיימת, בסעיף 145(א) לחוק חלופה נפרדת (היא החלופה השלישית) יהא עלינו לבחון האם עבודות החפירה שבוצעו במקרה דנן היו טעונות היתר בנייה, אם לאו. מאחר שתקנות הפטור אינן כוללות עבודות חפירה, תסתיים בכך הבדיקה של החלופה השלישית.

החלפת המקטעים

46. כאמור, החלפת המקטעים מהווה עבודות "תיקון" בבניין, הדורשות היתר על פי סעיף 145(א)(2). לא יכול להיות חולק שאין מדובר ב"בניית" הצנרת, אלא בעבודות תחזוקה ותיקון, אשר נדרשו עקב בדיקת המולוך והוראות המשרד להגנת הסביבה. כאמור - עבודות תיקון בבניין טעונות היתר בנייה על פי סעיף 145(א)(2) לחוק.

השאלה שיש להכריע בה, בהקשר זה, היא האם החלפת המקטעים פטורה מהיתר בנייה על פי תקנות הפטור, בהיותה "החלפת רכיב בבניין", כאמור בתקנה 20(א) לתקנות הפטור.

47. המשיב טוען, כי מאחר שמדובר בהחלפת מקטעים באורך כולל של 32 מטרים, מדובר, למעשה, ב"עבודות בנייה והחלפה של תשתית צנרת חומ"ס" ולא בהחלפת רכיב בבניין. עוד טוען הוא, כי את תקנות הפטור יש לפרש בהתייחס לסעיף 145ג(א) שהוא הסעיף המסמך, אשר הסמיך את שר האוצר לקבוע פטור מהיתר להקמתן של סוגי בניינים או לביצועם של סוגי עבודות ואשר מכוחו הותקנו תקנות הפטור.

לטענת המשיב, מאחר שמדובר בהחלפת מקטעים של צנרת חומ"ס, הרי מדובר בעבודה אשר איננה פשוטה מבחינה הנדסית ואשר יוצרת סיכון, הפרעה או מטרד סביבתי של ממש (כאמור בסעיף 145ג(א)(1) ו-(2) לחוק ולכן, עבודה כזו כלל איננה יכולה להיכלל בביטוי "כגון" האמור בתקנה 20(א) לתקנות הפטור.

לא אוכל לקבל טענות אלה;

48. השאלה אם מדובר בהחלפת רכיב בבניין או בהריסת הבניין ובנייתו מחדש היא, בעיקרה, שאלה של מידה ושל שכל ישר. כך, לדוגמא; החלפת גג שלם היא הריסה ובנייה מחדש, בעוד שהחלפת רעפים בגג (גם אם רעפים רבים) תיחשב להחלפת רכיב ברכיב.

המבחן העיקרי הוא מבחן השכל הישר, כפי שנאמר בפסק דין אליו הפנו ב"כ המשיב - ע"א 31/50 יוסף מלצקי נ' היועץ המשפטי, ד 555 (2015) (7.8.1950), שם נאמר: "... וזהו העיקר: נכון ונכון, כי אין להציב כאן גבולות ברורים, וכי יקשה מאוד למצוא הגדרה רעיונית מדויקת למושגים ההם, אך ישנו מבחן אחד שאפשר לסמוך עליו בכל עת, והוא מבחן השכל הישר, או: ההגיון הבריא והפשוט של חיי המציאות...".



49. לטעמי, החלפת 3 מקטעי צנרת פגומים, בני 8 מטרים כל אחד, בצנרת שאורכה הוא 8 קילומטרים, מהווה החלפת רכיב ברכיב ולא הריסת הצנרת ובנייתה מחדש. אין חולק שמקטעי הצנרת החדשים זהים בגודלם למקטעי הצנרת הישנים והותקנו בדיוק באותו מקום ובכך מתמלאים, לפחות טכנית, כל תנאי תקנה **20(א)** בנוגע להחלפת רכיב ברכיב.

אוסף ואבהיר, כי השאלה אם מדובר בהחלפת רכיב בבנין או בהריסה ובנייה מחדש, היא גם שאלה של מידה. בהתייחס לעבודות מושא הליך זה, אומר כי ייתכנו מקרים בהם "החלפת" חלקי צנרת תהא כה נרחבת עד כי יהיה מקום לראות בה הריסה ובנייה מחדש. מבלי לקבוע מסמרות לגבי השאלה איזה אחוז מאורך הצנרת "יצא" מגדר החלפת רכיב ויגיע לכדי הריסה ובנייה מחדש אומר, כי במקרה דנן בו מדובר, כאמור, בהחלפה של מקטעים קצרים, יחסים, (לעומת אורך הצנרת) ניתן לראות בכך החלפת רכיב בבנין וכך אני קובעת.

50. עתה יש לתת את הדעת לטענתו הנוספת של המשיב והיא - כי תקנה **20(א)** לתקנות הפטור איננה יכולה לכלול את החלפת המקטעים מאחר שמדובר במקטעי צנרת חומ"ס. לטענת המשיב, העובדה שהצנרת מובילה חומרים מסוכנים, הופכת את החלפת המקטעים (כאמור) לעבודה **לא פשוטה**, אשר יש בה כדי "**ליצור סיכון, הפרעה, מטרד או מפגע סביבתי של ממש**", כאמור בסעיף 145ג(א)(2) לחוק.

51. לאחר שהמערערת הפנתה לתקנה הפוטרת את החלפת המקטעים מהיתר בנייה, בשל היותה החלפת רכיב ברכיב, והבהירה את שלבי העבודה, הנטל להראות שעל אף שרכיב הוחלף ברכיב, תקנת הפטור אינה חלה מאחר שמדובר בעבודה לא פשוטה או בעבודה היוצרת סיכון וכו', מוטל על המשיב.

אפנה, בעניין זה, לפסק דינו של כבוד השופט ש' מנדלבוים, מבית משפט זה בעפ"א (מחוזי חי') 47039-06-18 עזרא שאול נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה עכו (04.04.2019), שם הואשמו נאשמים בביצוע, ללא היתר, של עבודות פירוק מלא של גג מבנה ובניית גג חדש הכולל קורות עץ וברזל וסגירת דפנות המבנה בקירות גבס וחלונות אלומיניום, עבודות אשר, על פניהן, חורגות מהחלפת רכיב ברכיב.

בית המשפט דן שם, בהרחבה, בנטל ההוכחה של תחולת תקנות הפטור (שם, פסקאות 66-74). בציינו את חילוקי הדעות הקיימות בפסיקה, בעניין זה, כאשר על פי גישה אחת על הטוען שתקנות הפטור חלות להוכיח את טענתו ברמת ההוכחה של תובע במשפט אזרחי, היינו - במאזן ההסתברויות ואילו על פי דעה אחרת, על מי שמבקש לחסות בצילן של תקנות הפטור **לטעון** מכוח איזו הוראה חוקית העבודות פטורות מהיתר, וככל שהדברים אינם עולים בבירור מראיות התביעה, עליו אף להביא ראיה **ראשונית** להוכחת טענתו. אך בסופו של יום, נטל השכנוע שיש צורך בהיתר (כלומר - שתקנות הפטור אינן חלות) רובץ על כתפי המדינה ועליה לשלול קיומו של ספק סביר ביחס לאפשרות שתקנות הפטור חלות על העבודות. ככל שקיים ספק סביר בשאלה זו, תחול הוראת סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין, על פיה יחול הסייג ובענייננו - הפטור. כבוד השופט מנדלבוים מצדד בגישה השניה ודעתי כדעתו.

52. במקרה דנן, לפי שתי הגישות, הוכח שמדובר בהחלפת רכיב ברכיב והמחלוקת היא, האם החלפת רכיב כזה -



של מקטעי צנרת חומ"ס, איננה יכולה ליהנות מהפטור של החלפת רכיב ברכיב, בשל האמור בסעיף המסמך - סעיף 145ג(א) לחוק התכנון והבנייה.

המשיב לא הניח **כל** תשתית לביסוס טענתו לפיה מדובר בעבודה לא פשוטה או בעבודה בה כרוך סיכון לציבור. לא צורפה, בעניין זה, חוות דעת ואף לא תצהיר מטעם מהנדס העיר ועל פני הדברים לא נראה כי מדובר בעבודה מורכבת במיוחד אשר טמון בה סיכון כלשהו לציבור. בעובדה שמדובר בצנרת חומ"ס אין ולא כלום, שכן המערערת הבהירה (ודבריה לא נסתרו) כי בטרם ביצוע העבודות, הצנרת מרוקנת מחומ"ס ונשטפת במים.

53. בשולי הדברים אציין כי ב"כ המשיב הפנו לפסקי דין רבים אשר דנו בשאלה אם עבודות מסוימות דורשות היתר, אך חלקם מתייחס למצב המשפטי שהיה טרם הותקנו תקנות הפטור [כגון ע"פ 223/66 בנימין תיק נ' היועץ המשפטי לממשלה (19.6.1966)] ועיון באחרים מעלה, כי הם דנים בבנייה ולא בהחלפת רכיבים.

עבודות החפירה

54. בקביעה לפיה אין צורך בהיתר בנייה לעבודות של החלפת המקטעים לא סגי, שכן עדיין נותר לדון בשאלה, האם יש צורך בהיתר בנייה לעבודות החפירה, אשר בלעדיהן לא ניתן להגיע אל אותם מקטעי צנרת ולהחליפם.

המשיב תומך בקביעת בית משפט קמא לפיה **כל** עבודת חפירה משנה את פני הקרקע ולכן טעונה היתר בנייה, על פי תקנה 1(2) לתקנות ההיתר.

55. הנטל להראות שמדובר בעבודה הטעונה היתר בנייה, על פי תקנה 1(2) לתקנות ההיתר, מוטל, מתחילה ועד הסוף, על המשיב. למעשה, כך אף הסכימה ב"כ המשיב, בתחילת ישיבת יום 14.5.20 אלא שלדעתה (כפי שטענה במהלך הדיון בפניי) כל חפירה משנה את פני הקרקע, את יציבותה ואת בטיחותה ולכן כל חפירה טעונה היתר בנייה.

56. לא אוכל לקבל פרשנות זו אשר, לטעמי, אינה עולה בקנה אחד עם לשון תקנה 1(2) לתקנות ההיתר, או עם תכלית דיני התכנון והבנייה והשכל הישר. אכן, מטבע הדברים, כל חפירה, בעת התבצעה, משנה את פני הקרקע, אולם דווקא משום כך, ברי שמתקין התקנות לא סבר שלכל חפירה דרוש היתר בנייה.

אילו זו הייתה הכוונה, לא היה כל טעם להוסיף בתקנה את התנאים של "שינוי פני הקרקע, יציבותה או בטיחותה" ודי היה שייכתב כי עבודות חפירה בקרקע טעונות היתר בנייה. חזקה היא, שאין המחוקק משחית מילותיו לריק [ראו, למשל: פסקה 1 לחוות דעתה של כב' הנשיאה נאור בבג"ץ 4193/04 שרה אודיה גרטנר ג' דשמידט נ' בית הדין הארצי לעבודה (20.06.2010)]; בר"מ 9498/10 מנהל הארנונה המועצה המקומית קדימה צורן נ' עמותת בית אור אביבה (17.12.2015), שם פסקה 15]. לאור כך ולאור תכלית דיני התכנון והבנייה, ברי כי המחוקק ביקש להגביל את הצורך בהיתר בנייה, רק לחפירה הממלאת אחר תנאי תקנה 1(2) לתקנות ההיתר.



57. עוד יש לומר, כי מאחר שכל חפירה משנה (בעת ביצועה) את פני הקרקע (אם כי לא כל חפירה משנה את יציבות הקרקע או בטיחותה) ועל פי תכליות החקיקה, נראה שמתקין התקנות התכוון לשינוי פני הקרקע, לאחר סיום העבודות, ולא במהלכן. תכלית דיני התכנון והבנייה היא להסדיר את המרחב התכנוני בתחום הבנייה ולכן, ככל שבסיום עבודת חפירה מוחזרת הקרקע למצבה קודם החפירה, אין בכך כדי להשפיע על המרחב התכנוני. אכן, תכלית דיני התכנון והבנייה היא גם שמירה על בטיחות הציבור בעת ביצוע עבודות בבניין ובקרקע, אולם נושא בטיחות החפירה מוסדר בסעיף זה, באמצעות הדרישה שהחפירה לא תשנה את יציבות הקרקע או בטיחותה. לפיכך, ככל שבסיום העבודות מוחזרים פני הקרקע לקדמותם, ואין מדובר בחפירה מסוכנת ליציבות הקרקע או לבטיחותה, אין מדובר בחפירה הטעונה היתר בנייה.

בהקשר לכך ראוי להפנות לפסק הדין שניתן בעניין סיאם (אליו אדרש בהמשך) בו היה מדובר בעבודות תחזוקה נרחבות מאד בקו ביוב ובתיקון צנרת מים ובית המשפט קבע שהן פטורות מהיתר, **בהתעלם מהחפירות שנדרשו לשם ביצוען**.

58. אין משמעות הדבר שכל אדם רשאי לחפור בכל מקום ללא כל פיקוח. אדם (או גוף) אינו רשאי לחפור בשטח שאינו נמצא בבעלותו, ללא קבלת אישור הבעלים. בנוסף, על מי שמבצע עבודות חפירה חלות הוראות דין שונות [פקודת הבטיחות בעבודה, דיני העונשין, דיני הנזיקין ועוד] המחייבות אותו לנקוט אמצעי זהירות ובטיחות נאותים, כגון גידור, לנקוט אמצעים שיבטיחו שלא תיפגענה תשתיות וכיוצ"ב.

59. לא למותר לציין, כי מנוהל החפירה שהעירייה עצמה הוציאה ופרסמה (כפי שפורט לעיל) עולה שחפירה אשר בסיומה מוחזר מצב הקרקע לקדמותו איננה נכללת בתקנה 1(2) לתקנות ההיתר ולכן איננה טעונה היתר בנייה, שהרי הנוהל אינו דורש הוצאת היתר בנייה לחפירות. ודוק: היתר החפירה, על פי הנוהל, מותנה **בהחזרת המצב לקדמותו** בסיום העבודה ולא בכדי; שהרי ללא החזרת המצב לקדמותו, תיכלל החפירה ב"עבודה המשנה את פני הקרקע" ואז ידרש היתר בנייה, על פי תקנה 1(2) לתקנות ההיתר.

ללמדך - שגם העירייה סבורה, בניגוד לעמדה שהציגה בהליך זה, כי עבודות חפירה שבסיומן מוחזר המצב לקדמותו, אינן עבודות המשנות את פני הקרקע ולכן אין צורך בהוצאת היתר בנייה ודי בהיתר חפירה אשר מטרתו לוודא שהחפירה לא תפגע בתשתיות, כפי המטרה המוצהרת בנוהל: "על מנת לשמור מפגיעה בתשתיות התת קרקעיות". חזקת התקינות המנהלית מחייבת קביעה, כי העירייה לא הייתה מוציאה נוהל המנוגד לחוק. גם כיום - על אף עמדתה בהליך זה, הנוהל עדיין מפורסם על ידה.

לא בכדי הבינה העירייה את אשר הבינה ונתנה לכך ביטוי בנוהל; מדובר בגישה הגיונית וסבירה ודווקא החלטת העירייה לטעון כיום, בניגוד לכך, כי כל חפירה טעונה היתר בנייה, איננה מוסברת ואיננה סבירה וכאמור - מנוגדת לנוהל שהיא מפרסמת גם כיום.

60. אין בדבריי אלה כדי לומר שעירייה איננה רשאית לשנות את מדיניותה, או אף את הבנתה בדבר פרשנותו של



דין. אולם (מעבר לחובה להתריע על השינוי מראש) שינוי המדיניות צריך להיות מוסבר והמדיניות החדשה איננה יכולה להטיל על הציבור חובות שאינן מוטלות עליו בדין.

בכל מקרה - הרשות אינה רשאית לדבר בשני קולות ולהטעות בכך את הציבור והיא אף אינה רשאית לנהוג באפליה - להותיר על כנה את המדיניות הישנה ובמקביל לפעול, במקרים שתבחר, על פי המדיניות החדשה.

61. סופו של דבר - אני קובעת כי על פי תקנה 1(2) לתקנות ההיתר, ככל שאין בחפירות כדי לשנות את יציבות הקרקע או את בטיחותה, אין הן טעונות היתר בנייה, ובלבד שבסיום העבודות מוחזר מצב הקרקע לקדמותו.

62. במקרה דנן - באשר לשאלת יציבות הקרקע או בטיחותה טענו ב"כ המשיב, כי מהתמונות שהוגשו המראות את ממדי החפירות, ברור שעבודות החפירה אשר בוצעו במקרה זה, מסכנות את יציבות הקרקע ו/או את בטיחותה. ב"כ המשיב הפנו, בעניין זה, אל נספח ב' לתשובה שהוגשה על ידם לבית משפט קמא, אולם על אף שעיינתי וחזרתי ועיינתי, הן בתשובה והן בכל נספחיה, לא מצאתי שם התייחסות ליציבות הקרקע או לבטיחותה (להבדיל מהטענה כי מדובר בעבודות חפירה רחבות היקף).

ניתן להבין שהשאלה אם חפירה כזו או אחרת מסכנת את יציבות הקרקע או את בטיחותה תלויה לא רק בממדי החפירה, אלא גם במיקום החפירה, בסוג הקרקע וייתכן שגם בגורמים נוספים. מכל מקום - אין הדבר נמצא בתחום הידיעה השיפוטית ולא ניתן לקבוע עמדה בשאלה זו, שהיא שאלה של מומחיות, ללא שתוגש חוות דעת מתאימה.

63. בהקשר לכך אציין, מבלי לקבוע מסמרות בדבר [בהעדר טיעונים מסודרים בעניין זה] כי ייתכן שמסגרת הדיון מאפשרת להסתפק בתצהיר מטעם מהנדס העיר או מהנדס משרדו, אשר בדק את השטח ומבהיר, תוך פירוט והסבר, כי מדובר בסיכון יציבות הקרקע או בטיחותה. יש לזכור, כי אין אנו מצויים במסגרת כתב אישום בתיק פלילי, אלא במסגרת בקשה לביטול צו מנהלי. הדיון בבקשה כזו מתנהל על פי ההוראות הספציפיות אשר בתקנות התכנון והבנייה (סדרי דין בבקשות לעניין צו הריסה מנהלי), התש"ע-2010 והפסיקה קבעה, כי מדובר בהליך מהיר המתנהל על פי הבקשה ותצהירים שהוגשו, כמעין בקשת ביניים.

מכל מקום, בענייננו - צו ההפסקה **כלל לא התייחס** לשאלה של יציבות החפירות או בטיחותן ולא הוגשו כל חוות דעת או תצהיר בעניין זה ולכן לא ניתן לקבוע כי מדובר בחפירות הנכללות בתקנה 1(2) לתקנות ההיתר.

64. רק כדי לסבר את האוזן אציין, כי ראוי לשים לב לכך, שתקנות ההיתר אינן דורשות קבלת אישור מראש לביצוע עבודות חפירה, כך שבמקרה בו מבוצעת חפירה ללא שהתבקש היתר בנייה, או היתר חפירה, בדיקת הרשות אם יש בחפירה כדי לסכן את יציבות הקרקע או את בטיחותה, נעשית בדיעבד, לאחר שהחפירה החלה. מאחר שביצוע עבודה טעונה היתר, ללא שהתקבל, מראש, היתר לביצועה, מהווה עבירה פלילית שהעונש עליה עלול להיות אף עונש מאסר, מבצע החפירה לוקח סיכון שייקבע כי היה עליו לבקש היתר בנייה, על כל המשתמע מכך.



לפיכך, מן הראוי שמבצע החפירה יוזדא, בטרם ביצועה, כי אכן מדובר בחפירה שאיננה מסכנת את יציבות הקרקע או את בטיחותה.

65. על חפירה מחוץ למסוף הכימיקלים - בתחומי השטח הציבורי של עיריית חיפה, חל הנוהל הנ"ל, שקבעה העירייה ולפיו על המערערת להגיש בקשה להיתר חפירה (כפי שהיא עשתה).

מסוף הכימיקלים, אינו שטח ציבורי, אלא שטח בבעלות פרטית והחפירות במקרה דנן נעשו תוך קבלת הסכמת הבעלים וביצוע הבדיקות המתאימות.

66. נוכח קביעתי לפיה לא הונח בסיס לטענה כי עבודות החפירה שבוצעו במקרה זה, היו טעונות היתר בנייה, מתייטר הצורך שאכריע בשאלה אם תקנה 1(2) לתקנות ההיתר חלה בתחומי מסוף הכימיקלים, שהוא שטח פרטי.

עם זאת, אומר בהקשר לכך, כי תמימת דעים אני עם קביעתו של בית משפט קמא לפיה תקנה 1(2) לתקנות ההיתר, שהיא חלק מדיני התכנון והבנייה, איננה חלה רק בשטח ציבורי; אין בהוראותיה, או בהוראות תקנות ההיתר בכלל, כל הגבלה על תחולתן.

דיני התכנון והבנייה ותקנות ההיתר בכללם, חלים על כל מקרקעי המדינה, ללא קשר לשאלה בבעלות מי הם נמצאים - בין אם מדובר במקרקעין הנמצאים בבעלות ציבורית ובין אם מדובר במקרקעין הנמצאים בבעלות פרטית.

עם זאת יש לומר, כי נראה שעל חפירה בשטח המסוף חלות הוראות פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], תש"ל-1970 ותקנות הבטיחות בעבודה (עבודות בניה), תשמ"ח-1988, סעיפים 111-122 וכן סימן משנה ד' לסימן ב' לתוספת השנייה שבתקנות, הן בבטיחות בחפירות והריסות (החלים על "מפעל"). אעיר, כי שאלת היחס בין תקנות הבטיחות בעבודה לבין תקנה 1(2) לתקנות ההיתר לא נדונה ולכן גם לא תוכרע במסגרת זו.

67. לאור כל האמור לעיל אני קובעת, כי המשיב לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח כי, במקרה דנן, מדובר בחפירה הטעונה היתר בנייה, שכן, בסופו של יום, לא נעשה שינוי בפני הקרקע ולא הוכח שהחפירות מסכנות את יציבות הקרקע או את בטיחותה. גם משום כך היה מקום להורות על ביטול צו ההפסקה.

68. כאמור, המערערת טוענת כי הפסיקה תומכת בטענתה לפיה כלל אין צורך בהיתר בנייה לשם ביצוע עבודות לתחזוקת צנרת תת קרקעית, לרבות לעבודות החפירה, תוך הפנייה אל פסקי הדין שניתנו בעניין ריכטר - ע"מ 8489/07 יעקב (קובי) ריכטר נ' ועדת המשנה הנקודתית של הועדה המחוזית (23.11.2009) (להלן: "עניין ריכטר") ובעניין סיאם - ע"מ 8274/09 עיריית ירושלים נ' סלים סיאם פ"ד סד' (3) 599 (15.6.2011) (להלן: עניין סיאם).

אין דעתי כדעתה;



69. פסק הדין בענין ריכטר (הראשון מבין שני פסקי הדין הנ"ל) עסק בשאלה האם בניית תחנת שאיבה, לפי "תכנית להתקנת ביוב", שאושרה לפי סעיף 13 לחוק הרשויות המקומיות (ביוב), **התשכ"ב-1962** (להלן: "**חוק הביוב**") מייתרת את הצורך בהיתר בנייה להקמת התחנה, מכוח חוק התכנון והבנייה.

על אף שתכנית ביוב שאושרה על פי סעיף 13 לחוק הביוב, היא תכנית שקיבלה אישורים של הוועדה המחוזית לבנייה ולתכנון עיר ושל שר הבריאות ומנהל רשות המים והביוב, קבע בית המשפט העליון (כבוד השופט גרוניס, בהסכמת כבוד השופטים לוי וג'ובראן) כי לשם הקמת תחנת שאיבה על פי התכנית המאושרת, יש צורך בקבלת היתר בנייה על פי חוק התכנון והבנייה, שאחרת יוחמץ חלק נכבד מן התכליות הניצבות ביסודו של החוק. נקבע כי לעניין זה יש חשיבות לשאלה "מהי עוצמת הפגיעה בציבור עקב אי מימוש התכליות האמורות (תכליות חוק התכנון והבנייה - ת.ש.נ.) והאם ישנו טעם כבד משקל התומך באי החלתו של חוק התכנון והבנייה על אף פגיעה זו".

בהתאם לכך - בהתאם לעוצמת הפגיעה, קבע בית המשפט העליון, בעניין ריכטר, כי הפעולות המבוצעות לפי חוק הביוב, אשר טעונות היתר בנייה על פי חוק התכנון והבנייה, הן פעולות הנכנסות לאחת משתי החלופות הראשונות שבסעיף 145(א) לחוק התכנון והבנייה, היינו - פעולות הנוגעות בעיקר "להקמתה של תשתית מערכת הביוב ולא לטיפול השגרתי בה". כן נקבע, כי "פעולות בנייה, אשר הצורך לקבל לגביהן היתר נובע מתקנה 1(2) לתקנות ההיתר, אינן טעונות היתר כאשר הן מבוצעות לפי חוק הרשויות המקומיות (ביוב)". דומה, כי פעילות שגרית של תחזוקת רשת הביוב מתמקדת בעשייה מסוג זה".

70. בעניין ריכטר דווקא המדינה היא זו שביקשה לקבוע כי לא ידרש היתר בנייה על פי חוק התכנון והבנייה, אלא שבית המשפט העליון דחה עמדה זו, בהסתמך גם על האמור בסעיף 50 לחוק הביוב, הקובע: "סמכות לפי חוק זה אינה גורעת מסמכות לפי חיקוק אחר, וקיום חובה לפי חוק זה אינו פוטר מקיום חובה לפי חיקוק אחר".

בית המשפט ציין, כי לשון סעיף 50 לחוק הביוב איננה מונעת מסקנה לפיה לא נדרש היתר בנייה, אלא שתכלית חוק התכנון והבנייה מחייבת מסקנה אחרת. נקבע, כי "בכל מקרה בו קיים בחוק הסדר המתפרש על פעולות בנייה או שימוש בקרקע, יש לבחון את החשיבות שבהחלתו של חוק התכנון והבנייה אל מול החסרונות הטמונים בכך".

71. גם בעניין סיאם נדונו (בין היתר) עבודות דומות, של החלפה ותיקון של צנרת מים וביוב קיימת ולא עבודות להקמת צנרת חדשה.

כבוד השופט דנציגר (בהסכמת המשנה לנשיאה, ריבלין וכבוד השופט ג'ובראן) הפנה לעניין ריכטר, תוך שהוא מציין כי "בעניין ריכטר הותוו אמות מידה כלליות להכרעה בשאלת הצורך בהיתר בניה בכל אותם מקרים בהם הסדר מסוים הקבוע בחוק חל על פעולות הנכנסות לגדרן של אחת מהחלופות הקבועות בסעיף 145 לחוק התכנון והבנייה. לעניין זה נקבע כי כאשר אין התייחסות מפורשת בחוק האחר לשאלת תחולתו של חוק התכנון והבנייה יש לבחון, באמצעות פרשנות החוק האחר, האם מדובר בהסדר המחליף את זה הקבוע בחוק התכנון והבנייה או כזה שבא להוסיף עליו. בכלל זאת, נקבע כי יש לבחון מה תהא משמעות הקביעה לפיה לא חל ההסדר הקבוע בחוק התכנון והבנייה מבחינת התכליות התכנוניות המרכזיות אותן הוא מבקש להגשים - שקיפות ושיתוף הציבור - וכן לבחון האם מתכליותיו



של החוק האחר מתחייבת חשיבות מיוחדת לאי החלת ההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה...".

בנוגע לעבודות תיקון ותחזוקה של תשתיות המים נקבע בעניין סיאם, כי (במקרה שנדון שם) מדובר בתשתיות מים, ביוב וניקוז, הקיימות מזה שנים רבות ומעמדן החוקי לא הוסדר, אולם "אף במצב זה אין לקבוע כי לא ניתן לבצע את העבודות שבוצעו", שהיו החלפת קווי ביוב, בתוואי בו היה מונח קו הביוב הישן, ועבודות להחלפת תשתית הניקוז. זאת, מאחר ש"... מדובר בעבודות שבמהותן הן עבודות שוטפות של ניהול ואחזקה של התשתיות האמורות: התשתיות מונחות באותו התוואי בהן היו הן מונחות קודם לכן ולא הוכח שינוי מהותי בצורתן או באופיין. אכן, מדובר בעבודות תחזוקה שוטפת נרחבות באופן יחסי, שכן לא מדובר בתיקון צינור דולף, סתימה או שבר. ואולם, ככל שאין מדובר בהקמה של תשתית הנכללת באחת מן ההגדרות הקבועות בסעיפים 145(א)(1) ו-145(א)(2) לחוק התכנון והבניה, אין צורך בקבלת היתר בניה והעבודות 'נהנות' מן הפטור הקבוע בתקנה 1(2) לתקנות (ראו: עניין ריכטר, בפיסקה 21)" (שם, פסקה 87).

72. המערערת מפנה אל הדברים שצוטטו לעיל וטוענת, כי החלפת המקטעים היא עבודת תחזוקה של הצנרת, בדומה לעבודות שהוזכרו לעיל, ולכן היא פטורה מהיתר בנייה. לעומתה טוען המשיב, כי הדברים הנ"ל מתייחסים רק למקרים בהם קיים חוק מסמך, כגון חוק הביוב ולא למקרים בהם אין חוק מסמך המתייחס לתשתית הנדונה, כפי המקרה דנן.

73. צודק המשיב בטענתו כי שני פסקי הדין הנ"ל התייחסו למקרים בהם קיים חוק מסמך - כגון חוק הביוב; תקנות התעבורה, התשכ"א-1961 לעניין הסדרת התנועה בדרכים, בין היתר על ידי חסימת דרך [בג"ץ 7803/05 יוסף (יוסי) מושלין נ' שר התחבורה, מר מאיר שטרית (19.01.2006)]; חוק המים, התשי"ט-1959; חוק הניקוז וההגנה מפני שיטפונות, התשי"ח-1957, בעוד שבענייננו אין חוק מסמך.

קיומו של חוק המסמך רשות (ולא אדם או גוף פרטי) לבצע עבודות מסוימות במקרקעין, או העדרו, הוא עניי מהותי; כאשר קיים חוק מסמך קיימת לרשות, לכאורה, סמכות לבצע עבודות במקרקעין, על פי החוק המסמך ולכן יש מקום לשאלה האם יש צורך גם בהיתר בנייה על פי חוק התכנון והבניה.

הרעיון הוא, שההסדרים בחוק המסמך מספיקים להסמכת הרשות לבצע פעולות תחזוקה, אך אינם מספיקים לביצוע פעולות של הקמת תשתית חדשה, לגביה יש להחיל את הוראות חוק התכנון והבניה, אשר מביאות לידיעת הציבור את התכנית להקמת תשתית חדשה ומאפשרות לציבור להתנגד לתכנית.

על רקע זה נקבע בעניין ריכטר, כי השאלה אם די בחוק המסמך לשם ביצוע פעולות מסוימות, או שמא יש לפנות גם אל חוק התכנון והבניה ולקבל היתר על פיו (ככל שיש צורך בהיתר) היא שאלה של העוצמה בה ייפגע האינטרס הציבורי, ככל שלא יוחלו על העבודות הוראות חוק התכנון והבניה. בקצרה ובתמצית ניתן לומר כי נקבע שכאשר הפגיעה באינטרס ציבורי גדולה (כגון שלא ניתנה לציבור זכות התנגדות וכדו') יש צורך גם במילוי הוראות חוק התכנון קיימות, ניתן להסתפק בהוראות החוק המסמך (עניין ריכטר, פסקה 21 לפסק הדין). הקביעות שנקבעו בעניין



סיאם, נקבעו על רקע עובדתי-משפטי דומה ועל בסיס מה שנאמר בעניין ריכטר, הן תלויות בקיומו של חוק מסמך ולא ניתן לנתקן מהקשרן.

74. כאשר קיים חוק מסמך, פעולות התחזוקה (אשר, כפי שנקבע בעניין ריכטר וסיאם, אינן פוגעות באופן משמעותי בתכליות חוקי התכנון והבנייה) והן מבוצעות בגדר ההסמכה שבחוק המסמך ומכוחה. אולם, כאשר אין חוק המסמך את הרשות לבצע פעולות במקרקעין והעניין מוסדר אך ורק בחוק התכנון והבנייה ובתקנותיו, יש לפעול על פי דיני התכנון והבנייה. בענייננו, כאמור, לא קיים חוק מסמך, היינו - אין חוק מכוחו ניתן לבצע פעולות כלשהן בנוגע לצנרת חומ"ס, כך שהחקיקה היחידה הרלבנטית לענייננו היא חוק התכנון והבנייה ותקנותיו.

לפיכך, לא ניתן להחיל, על ענייננו, את אשר נאמר בשני פסקי הדין הנ"ל, בנוגע להעדר צורך בהיתר בנייה לביצוע פעולות התחזוקה, אלא יש לבחון את הצורך בהיתר בנייה, בכל מקרה ומקרה, על פי הוראות חוק התכנון והבנייה ותקנותיו, המתייחסות לתיקון (החלפת רכיב וכו') ובהתאם לעבודות החפירה שיש לבצע, כפי שנעשה לעיל.

75. אבהיר את הדברים ביתר פירוט; את עיקר טענתה לפיה אין צורך בהיתר בנייה לעבודות החפירה, מבססת המערערת על האמור בסעיפים 86 ו- 88 לפסק הדין בעניין סיאם, אשר הסתמך על אשר נאמר בפסק הדין בעניין ריכטר.

בסעיף 86 לעניין סיאם, אמר כבוד השופט דנציגר, כי בשל כך שהצדדים לא העלו טענה בדבר אישור התשתיות הקיימות, הוא ידון בעניין "... תחת ההנחה כי תשתיות המים, הביוב והניקוז בשכונה קיימות שנים רבות, אך מעמדן לא הוסדר. לדידי, אף במצב זה אין לקבוע כי לא ניתן לבצע את העבודות שבוצעו".

מהמשך דבריו עולה כי בדבריו אלה נסמך כבוד השופט דנציגר, על קיומו של חוק מסמך. כבוד השופט דנציגר קבע, בהתייחס לעבודות תחזוקה ותיקון של תשתיות (לרבות החלפת קו המים) להבדיל מהנחת תשתית חדשה, אשר מבוצעות בתשתיות שמעמדן לא הוסדר: "... לדידי, מדובר בעבודות שבמהותן הן עבודות שוטפות של ניהול ואחזקה של התשתיות האמורות: התשתיות מונחות באותו התוואי בהן היו הן מונחות קודם לכן ולא הוכח שינוי מהותי בצורתן או באופיין. אכן, מדובר בעבודות תחזוקה שוטפת נרחבות באופן יחסי, שכן לא מדובר בתיקון צינור דולף, סתימה או שבר. ואולם, ככל שאין מדובר בהקמה של תשתית הנכללת באחת מן ההגדרות הקבועות בסעיפים 145(א)(1) ו-145(א)(2) לחוק התכנון והבנייה, אין צורך בקבלת היתר בניה והעבודות "נהנות" מן הפטור הקבוע בתקנה 1(2) לתקנות (ראו: עניין ריכטר, בפיסקה 21)".

76. "הפטור" אשר בתקנה 1(2) לתקנות ההיתר, אליו מתייחס האמור לעיל, הוא הפטור המצוי בתקנה 1(2)(א) לתקנות ההיתר, אשר קובעת כי עבודות טעונות היתר הן:

"1(2) כל חציבה, חפירה כרייה או מילוי המשנים את פני הקרקע, יציבותה או בטיחותה,



למעט -

(א) **עבודות המבוצעות בהתאם לאמור בחוק הפיקוח על קידוחי מים, תשט"ו-1955, בחוק הניקוז וההגנה בפני שטפונות תשי"ח-1957, בחוק המים, תשי"ט-1959, או בחוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962.**

אזכיר, כי בסעיף 21 לפסק הדין שניתן בעניין ריכטר נקבע כי: "רואים אנו, אם כן, כי קביעה לפיה אין חוק התכנון והבניה חל בנוגע לתוכנית ביוב תביא להחמצת חלק נכבד מן התכליות הניצבות ביסודו של חוק התכנון והבניה. השאלה אותה עלינו לשקול עתה היא מהי עוצמת הפגיעה בציבור עקב אי מימוש התכליות האמורות, והאם ישנו טעם כבד משקל התומך באי החלתו של חוק התכנון והבניה על אף פגיעה זו. נזכיר בהקשר זה, כי פעולות בנייה, אשר הצורך לקבל לגביהן היתר נובע מתקנה 1(2) לתקנות ההיתר, אינן טעונות היתר כאשר הן מבוצעות לפי חוק הרשויות המקומיות (ביוב). דומה, כי פעילות שגרתית של תחזוקת רשת הביוב מתמקדת בעשייה מסוג זה".

77. הנה כי כן - בפסקי הדין ריכטר וסיאם **לא** נקבע **פטור כולל** לעבודות חפירה שנועדו לביצוע עבודות תחזוקה ותיקון של צנרת תת קרקעית. נהפוך הוא; הובהר כי עבודות הנכללות בגדר תקנה 1(2) לתקנות ההיתר, פטורות רק כאשר הן מבוצעות בהתאם לאמור באחד מסעיפי המשנה הממעיטים שאחד מהם הוא ס"ק (א), לפיו העבודות מבוצעות בהתאם לחוק אחר כמפורט בסעיף, היינו - מכוח **חוק מסמך**.

77. לא רק לשון החוק והתקנות אינה מאפשרת לקבל את עמדת המערערת בענין זה, אלא גם תכליתה של תקנה 1(2) לתקנות, הקובעת כי עבודות חפירה (וכו') המשנות את פני הקרקע יציבותה או בטיחותה טעונות היתר. עיון בתקנה 1(2) לתקנות ההיתר מעלה, כי עבודות החפירה, אשר מתקין התקנות סבר שהן טעונות היתר, עומדות בפני עצמן, ללא קשר לשאלה לאיזה צורך הן מבוצעות. הרציונאל המונח ביסוד קביעת הצורך בהיתר על פי תקנה 1(2) לתקנות ההיתר, הוא (מעבר להחזרת פני הקרקע לקדמותם) שמירה על פני הקרקע, יציבותה או בטיחותה. תכליות אלה, עומדות בפני עצמן ואינן תלויה במטרה לשמה מבוצעת החפירה.

לכן, לא אוכל לקבוע שהתקנה איננה חלה כאשר עסקינן בעבודות חפירה לצורך תיקון תשתית וזאת - גם אם התיקון עצמו אינו דורש היתר בנייה.

78. בצד זאת, יש לתת את הדעת לדברי כבוד השופט דנציגר בפסקה 88 לפסק הדין בעניין סיאם, המתייחסים למצב בו תשתיות, הקיימות מזה שנים, לא אושרו בהליכי התכנון הרלבנטיים. נפסק, כי במקרה כזה **יש לשקול את האינטרס הציבורי בשמירה על מערכות תשתיות מתפקדות** ולכן התשובה לשאלה, אם יש צורך בהליכים לפי חוק התכנון והבניה (בנוסף על החוק המסמך) תלויה במידת הדחיפות שיש בביצוע אותן עבודות שוטפות.

וכך נאמר שם: "... ככלל, הרשויות האמונות על תחזוקת תשתיות אלה צריכות ליתן דעתן למצב הסטאטוטורי של התשתיות. ככל שמדובר בתשתיות שמעמדן לא הוסדר, עליהן להיות ערות לכך וליתן לדבר משקל משמעותי בבואן להכריע האם יש מקום לבצע עבודת תחזוקה כזו או אחרת. נדרש טעם משמעותי לביצוע עבודות כאמור בתשתית



שמעמדה הסטאטוטורי לא הוסדר בהליכים התכנונים הרלבנטיים. טעם שכזה בודאי שיימצא בכל מצב בו בפועל נפגעה תשתית. טעם שכזה יכול גם להימצא במצב בו מצבה של התשתית אינו מאפשר את תיפקודה וקיימים ממצאים המראים כי הדבר עלול להשפיע על בריאות הציבור או על הסביבה. כך לדוגמא, שעה שמצבה של תשתית מים קיימת הינו כזה שאיכות המים המסופקת לצרכנים נופלת מן הסטנדרט המקובל הבריאותי, יהווה הדבר טעם מספיק ליזום פעולות תחזוקה שוטפת אף בהעדר פגיעה פיזית בתשתית בדמות שבר או דלף. בנוסף, טעם כאמור יכול שיימצא כאשר מתברר כי מצב התשתית רעוע וכי אי ביצוע פעולות תחזוקה בה עלול להביא לקריסתה. יחד עם זאת, באותם המצבים בהם סבורה הרשות האחראית על תחזוקתה או על ניהולה של התשתית כי יש לשפרה בשל טעמים אחרים, כגון רמת שירות נמוכה, עליה לפעול תחילה לעיגון מעמדה החוקי של התכנית".

79. אשוב ואומר, כי השאלה אם התשתיות הנדונות הוסדרו בהליך תכנון רלבנטי לא הוכרעה במסגרת זו ואף לא נדונה, כאן, השאלה אם ניתן לקבל היתר בניה לצורך עבודות תיקון של הצנרת הנמצאת במסוף הכימיקלים (אם כי מהנדס העיר אמר, בדיון בפניי, כי הדבר אפשרי).

מכל מקום, סבורה אני כי גם במקרה בו חפירה לצורך ביצוע עבודות תיקון (פטורות) של צנרת, מסכנת את יציבות הקרקע או את בטיחותה ומוגשת, בשל כך, בקשה לקבלת היתר בניה, ראוי **שהבחינה של הבקשה** תיעשה בשים לב לכך שעבודות ה**תיקון** עצמן אינן דורשות היתר וכי ההיתר נדרש רק לשם ביצוע עבודת החפירה, היינו - לשם הגשמת התכלית המנויה בתקנה 1(2) לתקנות ההיתר. בנוסף, ראוי שהבחינה תיעשה גם בשים לב למועד בו הונחה הצנרת, לאישורים שהתקבלו, בזמנו, להנחתה לחיוניות של הצנרת למשק הישראלי ולאינטרסים הציבוריים הרלבנטיים.

סיכום של דבר

80. הערעור מתקבל, בראש ובראשונה - בשל פגמים חמורים בהוצאת הצו המנהלי.

81. לגופם של דברים -

- החלפת המקטעים, במקרה דנן, מהווה "תיקון" כאמור בסעיף 145(א)(2) לחוק התכנון והבניה, אך היא פטורה מהיתר בניה, בהיותה החלפת רכיב ברכיב, כאמור בתקנה 20(א) לתקנות הפטור.

- חפירה בעת ביצוע עבודות, לא תחשב כחפירה המשנה את פני הקרקע, כאמור בתקנה 1(2) לתקנות ההיתר ובלבד שבסיום העבודה מוחזרים פני הקרקע לקדמותם.

- על הטוען כי חפירה מערערת את יציבות הקרקע או את בטיחותה, לבסס טענתו באמצעות חוות דעת מומחה או - כאשר עסקינן בצו מנהלי - לכל הפחות, באמצעות תצהיר מהנדס העיר, או מהנדס המתמחה בכך, אשר יפרט ויסביר מדוע יש בחפירה כדי לערער את היציבות או הבטיחות של הקרקע.



במקרה דנן לא רק שהטענה לא בוססה בבית משפט קמא, אלא שהיא אף לא נטענה.

82. לפיכך, לא הוכח (אף לא במידה המתונה, הנדרשת בהליך מסוג זה) שהעבודות שבוצעו במקרה דנן היו טעונות היתר בנייה. גם מטעם זה היה מקום לקבל את הערעור ולבטל את הצו.

הערעור מתקבל, אפוא, גם לגופו.

מאחר שהעבודות הושלמו (כאמור - בהסכמת המשיב במהלך הדיון בערעור) אין צורך אופרטיבי בביטולו של צו ההפסקה, אולם מובהר שהצו מבוטל.

83. המשיב ישלם למערערת הוצאות הערעור בסך של 15,000 ₪.

ההוצאות ישולמו בתוך 30 ימים מקבלת פסק דין זה, שאם לא כן יחויבו בהפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד לתשלומן המלא בפועל.

המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים ותסגור את התיק.

ניתנה היום, י"ד אלול תש"פ, 03 ספטמבר 2020, בהעדר הצדדים.