



עפ"א 41954/11/18 - חוסיין חוגיראת נגד היחידה הארצית לאכיפת דיני תכנון ובניה מחוז צפון

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 41954-11-18 חוגיראת נ' היחידה הארצית לאכיפת דיני תכנון ובניה מחוז צפון
בפני כבוד השופט נאסר ג'השאן
המערער חוסיין חוגיראת
נגד
המשיבה היחידה הארצית לאכיפת דיני תכנון ובניה מחוז צפון

פסק דין

1. לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בקריות (כב' השופטת אלוזא זערורה- עבדאלחלים) מיום 10.10.2018 בתיק בב"נ 43690-06-18 בגדרה נדחתה בקשת המערער להורות על ביטול צו ההריסה המנהלי שהוצא על-ידי המשיבה ביום 06.06.2018 בקשר לעבודה האסורה, שעל-פי הנטען, בוצעה ללא היתר במקרקעין הידועים כגוש 10335, חלקה 3 דרומית לביר אל מכסור (להלן: "צו ההריסה המנהלי").

רקע עובדתי:

2. ביום 06.06.2018 הוצא על-ידי המשיבה צו הריסה מנהלי לפי סעיף 221 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק"), בקשר לעבודה אסורה, שעל-פי הנטען, ביצע המערער במבנה שבבעלותו, אשר כללה "בניית מבנה שלד בלוקים/בטון דו שיפועי עם קונסטרוקציית עץ לגג קל (ללא גג) בשטח של כ-112 מ"ר"; ו-"חפירה משופעת התחומה בטפסנות וברזל +העברת תשתית לפני יציקת בטון לבריכת שחייה בשטח של כ-28 מ"ר".

3. ביום 19.06.2018 הגיש המערער לבית משפט קמא בקשה לביטול ועיכוב צו ההריסה המנהלי וביום 02.07.2018 הגיש נימוק נוסף לבקשה. בגדר הבקשה טען המערער, כי בתצהיר המפקח שעמד בבסיס הוצאת צו ההריסה נפל פגם המתבטא בכך, שלא פורט כלל בתצהיר מצב האכלוס ובכך נפל פגם בצו המצדיק ביטולו. עוד טען המערער כי נפל פגם בהיוועצות שנערכה, שכן לא היה בידי הגורמים עימם היוועצו, הנתונים המתאימים ובכללם התכנית אותה הגיש המערער "לקבלת היתר ושינוי יעוד", כך שהגורמים לא היו מודעים כלל לאפשרות קבלת ההיתר. עוד טען המערער כי קיים אופק תכנוני המצדיק כשלעצמו להורות על ביטול צו ההריסה.



4. ביום 12.07.2018 הורה בית משפט קמא על עיכוב ביצוע צו ההריסה בכפוף להפקדת סך של ₪ 50,000 או ערבות בנקאית בסכום דומה לטובת המשיבה. יש לציין כי הסכום הופחת לסך ₪ 10,000 במסגרת הדיון שהתקיים בפני בית משפט קמא.

5. המשיבה בתגובתה לבקשה עתרה להורות על דחיית הבקשה ממספר נימוקים: ראשית, הבקשה אינה עומדת בתנאי הסף הקבועים בתקנות. לגופה של הבקשה טענה המשיבה, כי לא נפל פגם בתצהיר המצדיק להורות על ביטול הצו. נטען כי מהתמונות שצורפו ואשר היו חלק מדו"ח הפיקוח שעמד בפני נותן הצו, ברור כי המבנה אינו מאוכלס ואף רחוק מלהיות כך. עוד עולה מן התצהיר כי בנייתו של המבנה טרם הסתיימה ואף עובדה זו צוינה בתצהיר שערך המפקח. המשיבה עוד טענה כי לא נפל כל פגם בהתייעצות, מאחר ועוד בביקור הראשון שערך המפקח במקרקעין, הפנה המערער את תשומת לבו לתכנית לשינוי ייעוד הקרקע מחקלאי לתיירות, שהוגשה מטעמו, ושמוכחה הוא "מקווה" להוציא היתר לעבודות. נטען כי תכנית זו הונחה בפני הגורמים הרלוונטיים עובר למתן הצו. על כן, נטען כי קיומה היועצות על-פי דין בטרם הוצאת הצו ולא נפל כל פגם בתהליך הוצאת הצו. עוד ביקשה הועדה לדחות את טענת המערער באשר לאופק התכנוני שכן התכנית שהוגשה מטעם המערער טרם נדונה, וההיתר אינו בהישג יד ואף רחוק מהישג יד לאור התכניות החלקות על המקרקעין שייעודם חקלאי.

6. בדיון אשר התקיים בפני בית משפט קמא ביום 22.07.2018 חזרו הצדדים על טיעוניהם שהעלו במסגרת הבקשה והתגובה, וכן נחקר המפקח המצהיר מטעם הועדה - מר אוחיון אלי.

החלטת בית משפט קמא נשוא הערעור:

7. בית משפט קמא בהחלטתו מיום 10.10.2018 דחה את הבקשה של המערער והורה על הותרת צו ההריסה המנהלי שניתן כנגד המערער על כנו. יחד עם זאת, עיכב את ביצועו ב-60 ימים על מנת לאפשר למערער הריסה יזומה ועצמאית של המבנה.

8. בפתח דבריו קבע בית משפט קמא, כי הבקשה כפי שהוגשה אינה עומדת בתנאי הסף הקבועים בתקנות התכנון והבניה. עוד קבע בית משפט קמא כי המערער העלה טענות לאקוניות בדבר צפי תכנוני המאפשר להכשיר את הבניה שבוצעה ללא הגשת חוות דעת תכנונית מתאימה או תצהיר מגורם תכנוני מוסמך לתמיכה בטיעונו.

9. לגופה של הבקשה, קבע בית משפט קמא כי בנסיבות הענין לא נפל "פגם חמור" המצדיק את התערבות בית המשפט בצו שניתן. בית משפט קמא קבע, כי אמנם לא צוין בתצהיר המפקח כי המבנה אינו מאוכלס אולם עובדה זו עולה מן הממצאים שאסף המפקח והביאם בפני נותן הצו. נקבע כי תצהיר המפקח מנומק ומפורט, ודי בתמונות שצורפו לו כדי להביא באופן מלא את התמונה העובדתית



המלמדת, כי המבנה היה בהקמה וכי אינו מאוכלס "ואף רחוק מלהיות מאוכלס". עוד קבע בית משפט קמא כי אף המערער לא טען כי המבנה אוכלס. על כן נקבע כי הצו כן עומד בדרישות הוראות סעיף 221 לחוק שכן המבנה טרם אוכלס. בית משפט קמא קבע על בסיס הראיות שהובאו בפניו כי הבניה מתבצעת בפועל בשלבי העבודה הראשוניים, וכי המבנה אינו ראוי למגורי אדם, אין בו דלתות, חשמל או מים.

10. באשר לטענת המערער בדבר הפגם שנפל בהתייעצות קבע בית משפט קמא, כי דין הטענה להידחות וזאת מאחר ועיון בתיק שהוצג בפניו מלמד, כי בפני הגרומים המוסמכים עמדו במועד מתן הצו די ראיות התומכות במתן הצו על-פי הוראות החוק. בית משפט קמא דחה גם טענת המערער בדבר קיומו של אופק תכנוני. נקבע כי ייעוד הקרקע עודו חקלאי והדרך לקבלת ההיתר ארוכה. בית משפט קמא העיר בסוף החלטתו, כי הבניה של בית מגורים עם בריכה שחייה ללא היתר, באזור חקלאי מרוחק מהכפר, כאשר ברקע מוגשת תכנית שינוי ייעוד המקרקעין לייעוד תיירותי מעלה תמיהות רבות באשר למהות המבנה והשימוש המיועד בו.

נימוקי הודעת הערעור וטיעוני הצדדים:

11. בהודעת הערעור צמצם המערער את טענותיו לטענה אחת בלבד - והיא הטענה הראשונה שבה דן בית משפט קמא הנוגשת לפגם בתצהיר. על-פי המערער שגה בית משפט קמא שמשקבע כי לא נפל פגם חמור בצו ההריסה שיש בו כדי להצדיק ביטול הצו. לטענת המערער, טעה בית משפט קמא בקביעתו, כי די בעיון בתמונות אשר צורפו לתצהיר כדי ללמד כי המבנה אינו מאוכלס, שכן החוק קובע חובה שהתצהיר יכלול הצהרה בדבר אכלוס המבנה נשוא הצו.

12. לטענת המערער, אמנם בתצהיר המפקח צוין כי העבודות טרם הסתיימו, אלא שהתצהיר "שותק לחלוטין בעניין שאלת האכלוס" ולפיכך לאור קביעת המחוקק, לפיה שאלת האכלוס חייבת להיות נתמכת בתצהיר המפקח שביקר במקום, הרי נפל בהליך המנהלי פגם היווה לשורש ההליך ומביא לבטלותו. המערער הפנה לעפ"א 10459-08-18 **זוהר נ' הועדה לתכנון ובניה מחוז צפון** (להלן: "**עניין זוהר**") בגדרו נקבע כי העדר התייחסות בתצהיר לשאלת האכלוס מהווה פגם חמור שמביא לביטול צו ההריסה אך בשל עובדה זו.

13. המערער עוד הפנה לרע"פ 8098/17 **אבו רומי נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז צפון** (25.12.2017) וביקש לגזור ממנו גזירה שווה לענייננו. על-פי המערער, באותו פסק דין נקבע כי יש לדחות בקשת המבקש (שם) על הסף, מאחר והיא לא מילאה אחר הוראות התקנות ועל-פי המערער יש לנהוג בגזירה שווה בין המבקש ביטול הצו לבין הרשות שהוציאה את הצו לעניין עמידה בהוראות הדין.



תמצית טיעוני הצדדים בדיון:

14. במעמד הדיון אשר התקיים בפניי ביום 07.01.2019, חזר ב"כ המערער על האמור בהודעת הערעור והוסיף וטען, למען הגילוי הנאות, כי לאחרונה ניתן פסק דין בעפ"א 41970-11-18 **דיאב נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז צפון** (15.12.2018) (להלן: "**עניין דיאב**") בגדרו נדחתה טענת המערער (שם) ונקבע כי הפגם שנפל בתצהיר - אי פירוט בדבר העדר האכלוס, אינו מהווה פגם חמור אשר בשלו יש להורות על ביטול צו ההריסה המנהלי. המערער ביקש לאבחן את עניינינו מעניין דיאב וטען, כי בעניין דיאב לא היה מדובר בבית מגורים אלא בתוספת לבית קיים, על כן הפגם אינו מצדיק ביטול הצו ואילו בעניינינו מדובר בבית מגורים כפי שציין המערער בתצהירו וב"כ המשיבה ויתר על חקירתו.

15. ב"כ המשיבה חזר על טענתו כי ספק אם מדובר בבית מגורים לאור התכנית לשינוי ייעוד המקרקעין. עוד טען ב"כ המשיבה כי אף ובהנחה כי מדובר בבית מגורים ובהנחה ואכן מדובר בפגם, הרי אין מדובר בפגם חמור המצדיק ביטול הצו.

דיון והכרעה:

16. לאחר שעיינתי בהודעת הערעור, שמעתי את טיעוני הצדדים ועיינתי בהחלטתו של בית משפט קמא, הגעתי לכלל מסקנה כי לא נפל פגם בהחלטה ודין הערעור להידחות.

17. בטרם אכריע בטענות הצדדים, מצאתי לציין כי שותף אני למהות בית משפט קמא באשר למהות המבנה והשימוש המיועד בו. המערער הגיש תכנית לשינוי ייעוד המקרקעין לייעוד תיירותי (ולא לייעוד מגורים). הדבר מקים ספקות לגבי טענת המערער לפיה מדובר בבית מגורים והתצהיר היה אמור לכלול הצהרה לגבי העדר אכלוס. יחד עם זאת, לצורך הכרעה בטענות המערער, החלטתי להתעלם מעובדה זו ולדון בטענות המערער, כאשר אני מניח כי בבית מגורים עסקינן.

על צו הריסה המנהלי ומטרתו ועל העילות שעלולות להביא לביטולו:

18. צו הריסה מנהלי הנו אמצעי יעיל להילחם בתופעת הבנייה הבלתי חוקית. הוא מאפשר לרשויות להגיב מהר לבנייה בלתי חוקית. כבר נפסק כי "**צו הריסה מנהלי הוא אחד האמצעים החשובים לאכיפת היעילה של דיני התכנון והבניה**" (רע"פ 1288/04 **נימר נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובנייה** (09.03.2004); רע"פ 5584/03 **פינטו נ' עיריית חיפה**, פ"ד נט(3), 577 (2004)). כידוע, לצד ההליך השיפוטי הכרוך בהגשת כתב אישום שעשוי להוביל לצו הריסה שיפוטי, קבע המחוקק הליך מזוז להוצאת צו הריסה מנהלי המהווה אמצעי מהיר ויעיל להריסת בנייה בלתי חוקית בעודה באיבה, בין



היתר על מנת למנוע "מעשה עשוי" ולמנוע הנהגה המגונה ולפיו, "קודם בונים ואחר כך מכשירים".

19. בענייננו מדובר בצו שהוצא לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**") התכנון והבניה, ועל כן חלים עליו הכללים החדשים בהתאם ללשון החוק, כפי שתוקן. בעניין ביטול צו הריסה מנהלי קובע סעיף 229 לחוק כי:

"לא יבטל בית המשפט צו מינהלי אלא אם כן הוכח לו שהעבודה או השימוש בוצעו כדין או שלא התקיימו הדרישות למתן הצו כאמור בסימן זה, או אם שוכנע כי נפל הצו פגם חמור שבשלו יש לבטל את הצו".

20. מלשון הסעיף עולה כי על מנת שניתן יהיה להורות על ביטול צו הריסה מנהלי צריך להתקיים תנאי אחד מהתנאים שנקבעו בסעיף: הראשון, העבודה בוצעה כדין; השני, לא התקיימו הדרישות למתן צו כאמור בחוק; או התנאי השלישי, נפל פגם חמור שבשלו יש לבטל את הצו.

בנוסף לאמור, כפי שנקבע בהלכה הפסוקה, במקרים חריגים ויוצאי דופן כאשר קיים "אופק תכנוני" ממשי והיתר הבנייה מצוי בהישג יד, היינו רק עיכוב טכני פורמאלי מעכב את קבלתו, ניתן יהא לבטל את צו ההריסה (בש"פ 4491/18 ח'טיב נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא העמקים (25.06.2018)).

21. אין מחלוקת בין הצדדים כי המבנה נשוא הדיון נבנה ללא היתר על כן לא מתקיימת העילה הראשונה שנקבעה לביטול צו הריסה (העבודה בוצעה כדין). המחלוקת מתמקדת אפוא בפגם הנטען שנפל בצו, ואשר לטענת המערער מהווה פגם חמור שבשלו יש לראות את הצו כבטל מעיקרו.

22. כאמור, צו הריסה מנהלי נועד לטפל "בבנייה טריה" ולפיכך הציב המחוקק בסעיף 221 לחוק תנאים להוצאתו, ובין היתר "**ובלבד שבמועד הגשת התצהיר לא הסתיימה העבודה האסורה או שלא חלפו יותר משישה חודשים מיום שהסתיימה, ולעניין עבודה אסורה לגבי בית מגורים - בית המגורים לא אוכלס או שלא חלפו יותר מ-30 ימים מהיום שאוכלס...**". המחוקק אף קבע בסעיף קטן (ב) כי "**לא יינתן צו הריסה מינהלי אלא אם כן מפקח הגיש, למי שמוסמך לתת את הצו, תצהיר חתום בידו שבו ציין את פרטי העבודה האסורה... וכן כי לפי בדיקתו במועד הגשת התצהיר לא חלפו המועדים כאמור בסעיף קטן (א)".**

23. המחוקק אף קבע, כי יש לבצע את צו ההריסה במועדו ללא דחייה והמחוקק אף קצב לגוף המנהלי שהוציא את הצו תקופה קצובה לביצוע הצו, זאת מתוך הנחה כי דחיות בביצוע הצו עלולות להביא לפגיעה במטרת הוצאת צווים מנהליים להריסת בנייה בלתי חוקית ואף להפוך מבנים בלתי חוקיים ל- "עובדה מוגמרת" (רע"פ 2341/14 קבועה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה (28.05.2014)). המחוקק אף קבע סד זמנים מצומצם לטיפול בבקשה לביטול צו הריסה מנהלי.



24. הכלל אפוא, שרק לגבי עבודה טריה שטרם הסתיימה וכן בית מגורים שלא מאוכלס או לא חלפו יותר מ-30 ימים מהיום שהוא אוכלס, ניתן להוציא צו הריסה מנהלי. יוצא אפוא שאין מקום להוצאת צווים מנהליים לגבי עבודות שהסתיימתו לפני יותר מששה חודשים מיום הוצאת הצו (כאלה שהפכו להיות עבודה לא טרייה) או לגבי בית מגורים מאוכלסים מעל 30 ימים. ההגיון בכך ששלגבי עבודה שאינה טריה ואין בהוצאת הצו כדי להגשים את התכלית לשמה הוצא- למנוע מעשה עשוי ולטפל בבנייה טריה. נראה, כי לעניין האכלוס, קיים טעם נוסף והוא שכאשר מדובר במבנה שאוכלס, ראוי להותיר הריסתו לשלב הגשת כתב האישום, לאור הנזק שייגרם לבעל המבנה ולדייריו.

פגמים במתן צו כעילה לביטול:

25. האם פגמים במתן הצו יכולים להביא לבטלותו, ומהם התנאים לכך? אפתח את הדיון בקביעה כי סבורני כי אכן נפל פגם במתן צו ההריסה נשוא הדיון. החוק קבע כי צו הריסה מנהלי לגבי בית מגורים (בשל ייחודו של בית מגורים) יינתן באם יוגש לנותן צו ההריסה, תצהיר מאת מפקח ובו יצהיר לגבי בית מגורים כי **"ביום מתן התצהיר... בית המגורים לא אוכלס או שלא חלפו יותר מ-30 ימים מהיום שאוכלס"**. אין חולקין כי התצהיר לא כלל התייחסות לשאלת האכלוס, ומשכך נפל פגם בצו שניתן מבלי שהתצהיר כלל הצהרה לגבי העדר האכלוס. השאלה היא האם די בפגם הנ"ל כדי להביא לבטלותו של הצו.

26. נפקותם של פגמים בהליך הוצאת צו הריסה מנהלי, בדומה לכל פגם בהחלטה מנהלית אחרת, אמורה להיות מוכרעת, בין היתר על יסוד עקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית. החלטת תורת הבטלות היחסית על מקרה נתון מחייבת "התחשבות מיוחדת" בנסיבותיו הפרטניות של המקרה, ובכלל זה, באופי הפגם שנפל, מידת חומרתו, השפעת תוצאות הפגם על כלל הגורמים המעורבים וכן הנזק או העוול שהסבה ההפרה לנפגע מן הפעולה, ומידת הפגיעה באינטרס הציבורי במידה ותבוטל ההחלטה (בג"ץ 1555/05 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי מחוז תל-אביב, פסקה 43 (16.07.2009); רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000)). משמע, על-פי דוקטרינת הבטלות היחסית, אשר הוחלה בכל תחומי המשפט, פגם שנפל בהחלטה מנהלית או שיפוטית אין משמעותו המיידית והמתחייבת בטלותה. הדבר תלוי באינטרס הציבורי שעלול להיפגע מן הביטול, ומידת הנזק שנגרם לפרט ובמידה וההחלטה לא תבוטל. יש להבדיל בין שאלת עצם קיומו של הפגם ומהותו לבין שאלת הסעד או התוצאה של הפגם. **"יש להבחין בין הפגם לבין נפקותו, ייתכן שפגם כלשהו יוביל בנסיבות מסוימות לבטלות מעיקרא, בתנאים אחרים תוצאתו תהא נפסדות, ואילו במקרים שונים לא תהא לו נפקות כלשהי"** (ע"פ 3518/02 רג'בי נ' יושב-ראש הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(1) 216, 196 (2002)).

27. נתחיל את הילוכנו בבחינת אופי הפגם בבחינת מטרת התצהיר. מטרת הדרישה להגשת תצהיר, בו יצהיר המפקח על העדר אכלוס המבנה, היא להביא בפני נותן הצו מידע מהימן הנתמך בתצהיר שאומת בפני עורך דין. בבואנו לבחון את הפגם, ראוי לבחון מה התוצאה של אי ציון העובדה בדבר העדר אכלוס



ועד כמה ציון העובדה בתצהיר היה בו כדי לשנות את ההחלטה של נותן הצו. ודוק, אין כל מניעה לבחון את תוצאות אי ציון העובדה כי המבנה לא מאוכלס בדיעבד על ידי בית המשפט, לאחר שהובא בפניו החומר שעמד בפני נותן הצו ולאחר שהובא בפניו אף חומר שלא עמד בפני נותן הצו.

28. סבורני כי העדר ציון העובדה כי המבנה אינו מאוכלס בתצהיר, אף שמדובר בפגם, אינה מובילה לבטלות הצו מעיקרו. הפגם לא פגע כהוא זה במשיב ולא גרם להבאת תמונה חסרה בפני נותן הצו ואנמק מסקנתי זו; ראשית, המערער עצמו לא טען בפני בית משפט קמא ולא הביא כל ראיה כי המבנה היה מאוכלס; שנית, עיון במסמכים שצורפו לכתב התשובה, שהוגש לבית משפט קמא, מעלה כי נותן הצו עיין בתמונות ובדו"ח הפיקוח ועל כן היה מודע למצב הבנייה בשטח כפי שעולה מן התמונות, שכן למסמך ההתייעצות (נספח 6 לתגבות המשיבה) של נותן הצו עם מתכנן המחוז ועם היועץ המשפטי של היחידה הארצית, צורפו התמונות של המבנה המיועד להריסה, דפית איתורית וכן צורף התיק המנהלי הכולל את דוחות הפיקוח. מן התמונות, שהובאו אף לעיוני, נראה בבירור כי מדובר בבניין אשר אינו מאוכלס. על כן אף אני סבור, כמו בית משפט קמא, כי בפני הגורמים שהיו מעורבים במתן הצו (לרבות הגורמים עמם התייעץ נותן הצו) עמדה התמונה העבודתית המלאה באשר למצב המבנה, אף בהיעדר הצהרה מטעם המפקח כי הבניין טרם אוכלס.

29. עוד יצוין כי עיון בדו"ח הפיקוח מיום 17.05.2018, בגדרו צוין כי **"המדובר במבנה בשלב שלד ראשוני הבנוי בצורה דו שיפועית, ללא חלונות או דלתות ללא גג עם קונסטרוקציה עץ לגג קל"**, מוביל לאותה מסקנה כי המבנה טרם אוכלס ביום מתן צו ההריסה.

30. המסקנה, לפיה המבנה אינו מאוכלס, מתבקשת גם לאור התמונות המראות מבנה בשלבי הקמה שאינו ראוי לאכלוס. כבר נקבע כי המבחן להשלמת בניה ואכלוס מבנה הוא מבחן אובייקטיבי לפיו האדם הסביר אינו מתגורר בבניין כל עוד בנייתו לא הושלמה מבחינה מהותית ואינו ראוי למגורים (ר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד לח(1) 494, 497 (1984)). האדם הסביר אינו מקדים אכלוס טרם השלמת הקמה. מבנה שאמור לשמש למגורים לא יכול להיות מאוכלס כאשר קיימים קירות חיצוניים אך החלל לא הושלם וקיימים במבנה חומרי בניה ואין חיבור לכל התשתית. כאמור התמונות מראות בבירור כי המבנה אינו ראוי למגורים וכי עודו בשלבי הקמה.

31. כפי שצינתי לעיל, המערער עצמו לא טען בפני בית משפט קמא כי מדובר במבנה מאוכלס ולא הביא כל ראיה בעניין. אמנם ב"כ המערער טען בפניו כי המערער אמר במפורש בתצהיר כי מדובר בבית מגורים וכי הוא מאוכלס (שורות 9-10, עמ' 3 לפרוטוקול). אולם עיון בתצהיר אשר צורף לבקשה לביטול צו ההריסה המנהלי שהוגשה לבית משפט קמא, מעלה כי אין כל זכר לעניין האכלוס בתצהירו של המערער. כל שטען המערער ב-"פירוט הנוסף לבקשה" כי בתצהיר של המפקח אין התייחסות לעניין האכלוס.

32. לסיכום, מצאתי כי הפגם שנפל במעשה המנהלי אינו מצדיק ביטולו, וזאת מהנימוקים שלהלן:



א. בפני הגורם שנתן הצו עמדה תמונה עובתית מלאה הכוללת, בין היתר, התמונות המתעדות את המבנה, ותמונות אלה אינן מוכחות היום על-ידי המערער. על כן תכליתו של התצהיר הושגה בחומר למכביר שעמד בפני נותן הצו ממנו ניתן להסיק על מצב הבנייה ביום מתן התצהיר, לרבות תמונות המתעדות בניין שניכר שאינו ראוי לאכלוס.

ב. לא נגרמה פגיעה בזכויות מהותיות של המערער, שכן הוא עצמו לא טען, בפני בית משפט קמא, כי המבנה מאוכלס (ואפילו היה טוען זאת, לא ניתן לראות בכך משום אכלוס מאחר והמבנה אינו כשיר לאיכלוס).

ג. יש לשקול את האינטס הציבורי שייפגע, על-ידי הנצחת בנייה בלתי חוקית של בניין בלתי מאוכלס (אין מחלוקת כי המבנה נבנה שלא כדין)

33. בהקשר זה מצאתי להפנות למספר פסקי דין של בית המשפט העליון אשר בגדרם נקבע כי על-אף שנפל פגם בהליך הוצאת צו ההריסה המנהלי, אין בפגמים שנפלו באותם מקרים כדי להצדיק את ביטול הצו מעיקרו וזאת לאור תורת הבטלות היחסית. כך למשל נפסק ברע"פ 5387/16 **עבד אלראזק נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים** (19.09.2016). שם נקבע, על-אף שנפלו פגמים בהליך הוצאת צו ההריסה המנהלי אשר מתבטאים באי פירוט מועדי ביקור המפקח בשטח, ולאור תורת הבטלות היחסית, נפקות הפגמים אינה מובילה לבטלות צו ההריסה המנהלי. במסגרת פסק הדין נקבע כי על אף הפגם שנפל בתצהיר, יש בעדויות המפקח **והמהנדס בבית המשפט** כדי להשלים את החסר.

כך גם ברע"פ 8705/18 **יאסין נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה שפלת הגליל** (13.12.2018) נקבע כי על אף שנפל פגם בתצהיר מטעם המפקח באשר להיקף הבניה, הרי אין מדובר בפגם המצדיק ביטול הצו. וכדבריו של בית המשפט העליון, **"לא שוכנעתי כי מתעורר חשש לעיוות דין שנגרם למבקש: אין חולק כי לא קיים היתר בניה לגבי המבנה, ועל כן בנייתו אינה כדין, ואחת היא אם מדובר במבנה המשתרע על 60 מ"ר או על 35 מ"ר. אשר לפגמים שנפלו בהליך הוצאת הצו, אני סבור כי באיזון שערך בית משפט השלום בין השיקולים הצריכים לעניין, כמו גם בתוצאה שאליה הגיע בהחלטתו, לפיה ביצוע הצו - ככל שהוא נוגע למבנה - נדחה בששה חודשים על-מנת ליתן למבקש שהות להשגת היתרים למבנה (ובכך לפעול למימושו של "אופק תכנוני" שכלל לא הובאו ראיות לקיומו), לא נפל פגם אשר עשוי להצדיק מתן רשות ערעור"**.

34. מצאתי להעיר, כי בניגוד לנטען על-ידי ב"כ המערער, פסק הדין בעניין דיאב כן עסק בבית מגורים, שכן



כפי שקבעה כב' השופטת נאות פרי, בסעיף 18 לפסק הדין, כי התוספת הצמודה לביתו של המערער, יכולה לשמש מקום מגורים, על כן הניח בית המשפט לטובת המערער כי עניין האכלוס אכן רלוונטי לגבי התוספת. טיעוני ב"כ המערער כי אין המדובר בבית מגורים מתייחסים לגדר ולפרגולה, אשר נקבע לגביהם כי אינן מהוות "בית מגורים" ואי אפשר לאכלס אותן מעצם טיבן וטבען על כן אין צורך להכריע בשאלת האכלוס בעניינן. באשר לפסק הדין בעניין זוהר, מצאתי להעיר, כי אני שותף לדעתו של בית המשפט המחוזי (כב' השופט אליקים), כי אכן מדובר בפגם שנפל בצו ההריסה. יחד עם זאת, כפי שהבהרתי לעיל, ולאור העובדה כי כל מקרה מחייב התחשבות מיוחדת בנסיבותיו הפרטניות, בבחינת הנסיבות של התיק שלפניי, מצאתי כי הפגם שנפל בצו אינו מצדיק ביטולו.

35. לסיכום, מצאתי כי אין מקום להתערב במסקנת בית משפט קמא באשר לתוקף הצו ולפיכך, הערעור נדחה בזאת.

36. מצאתי לעכב צו ההריסה המנהלי עד ליום 28.2.2019 על מנת לתת למערער הזדמנות לבצע הצו בעצמו עד ליום 28.2.2019. ככל שלא יקיים המערער את צו ההריסה בעצמו, ומשנדחה הערעור וכך גם הבקשה לעיכוב ביצוע צו ההריסה שהגיש המערער, תוכל המשיבה לבצע את הצו לפי הוראות סעיף 222 לחוק, דהיינו תוך 60 ימים מיום 28.02.2019.

37. המזכירות תסגור את התיק.

ניתן היום, י' שבט תשע"ט, 16 ינואר 2019, בהעדר הצדדים.