



עפ"א 45601/03/17 - מלכה בנימין נגד הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 45601-03-17 בנימין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה
בפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל
המעורר מלכה בנימין ע"י עוה"ד מוראד ביקי
נגד
המשיבה הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה
ע"י עוה"ד הילה אלגרבל

פסק דין

ההליך

1. לפניי ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה (כבוד השופטת ג'אדה בסול) מיום 9.3.17, אשר דחתה את בקשת המערער להורות על ביטולו של צו הריסה מינהלי, שהוצא ביום 1.2.16 (להלן: "**צו ההריסה**" או "**הצו**") לגבי בנייה, אשר נטען כי בוצעה על ידי המערער, בנכס שבבעלותו הנמצא ברחוב קרפל 36, בקריית חיים, הידוע כחלקה 113 בגוש 11572 (להלן: "**הנכס**"). על פי היתר הבנייה שהוצא בזמנו, עוד טרם רכש המערער את החלקה, כלל הנכס בית מגורים ומחסן.

2. המשיבה אינה חולקת על כך שבמקום בו הייתה מבוצעת הבנייה, היה קיים מחסן בשטח של כ- 7.5 מ"ר (להלן: "**המחסן המקורי**"), אשר נבנה בהיתר. תיאור המבנה מושא הצו נכתב בדו"ח המסכם את הביקורים שערכו במקום, מהנדסי מינהל ההנדסה בתאריכים 12.1.16; 14.1.16; 18.1.16 ואשר שימש תשתית להוצאת צו ההריסה, הוא כדלקמן:

"במקום בו היה קיים מחסן מאושר בשטח של כ- 7.5 מ"ר בונים מבנה בודד חדש חד קומתי בשטח של כ- 22.8 מ"ר במידות של כ- 4.3 מ' X 5.3 מ' בגובה מרבי של כ- 2.5 מ' ע"י בניית 4 קירות מבטון ובלוקים עם פתחים לחלון ודלת ומעליהם גג בטון שטוח כאשר בתוך מבנה זה בני מחיצות פנימיות, כולל הכנה למקלחון ושירותים ומטבחון. הקמת המבנה טרם הסתיימה ונמצאת בשלב עבודות גמר פנימיות".

ייעוד המבנה צוין בצו כ"**מגורים**".

3. הטענה עיקרית של המערער בבקשתו לביטול הצו הייתה, כי הוא רכש את הבית והמחסן (בגודלו הנוכחי) על פי הסכם מכר מיום 2.1.08 (שצורף לבקשה) וכי המחסן, שהיה בעת הרכישה בשטח של כ- 20 מ"ר, היה בנוי במקום



מזה עשרות שנים. לדבריו, כשלושה חודשים לפני שהוצא הצו, בעקבות חו"ד מומחה אשר ביקר בנכס והורה על שיפוץ המחסן באופן מידי, בשל מצבו הרעוע, הוא ביצע במחסן שיפוצים שאינם דורשים היתר. המערער הוסיף וציין, כי היתר הבנייה שניתן למחסן, מדבר על שטח של 16 מ"ר ולא כפי שנכתב בצו.

כן נטען, כי במועדי הביקורים, הבנייה כבר הסתיימה והמבנה (בית המגורים של המערער, אליו שייך המחסן) היה מאוכלס. כן נטען, כי ביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת יצירת עובדה מוגמרת.

4. לאחר שהוגש הערעור ועל מנת לאפשר דיון בו, בטרם יבוצע הצו, הוריתי על עיכוב ביצוע הצו עד למתן פסק דין בערעור.

החלטת בית משפט קמא

5. בהחלטה מפורטת ומנומקת, שניתנה לאחר שמיעת ראיות, דחה בית משפט קמא את טענת המערער לפיה המחסן, בגודלו היום, נבנה לפני עשרות שנים וקיבל את דברי המהנדס, המפקח מר איליה ספקטור (להלן: "מר ספקטור" או "המפקח"), שביקר במקום, ערך את התצהיר עליו הסתמך הצו ואף העיד בפניו.

בין היתר הסתמך בימ"ש קמא על תצלומי אוויר ועל תמונות מ"google street view", שהוצגו בפניו, מהם עולה כי המחסן המקורי היה בנוי בתוך שטח המגרש, רחוק מקו הרחוב, בעוד המבנה החדש מגיע עד קו הרחוב, עד גבול המגרש וכי גם מיקום הדלתות והחלונות שונה. עוד קבע בית משפט קמא, כי מהתמונות שהוצגו בפניו ומעדותו של מר ספקטור עולה, כי בעת ביקורו במקום בניית המבנה הנוכחי (להלן: "המבנה החדש"), הייתה בעיצומה. בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי מכך שהבית מאוכלס אין לומר שהמבנה החדש מאוכלס.

בימ"ש קמא סמך על עדותו של מר ספקטור, אותה הוא ניתח בפרוטרוט וציין כי העובדה שהמערער לא הביא, כעד מטעמו, את הקונסטרוקטור, שבהסתמך על חוות דעתו בוצעו העבודות במחסן, פועלת לרעתו.

6. המערער העיד, כי העובדה שהמבנה החדש מגיע עד קו הגדר המפרידה בין החלקה לבין הרחוב, בעוד שהמחסן הישן לא הגיע עד לגדר, נובעת מכך ששכנו בנה מחסן לפני שלוש או ארבע שנים ובעקבות כך המערער יישר את קו הגדר בין המחסן שלו למחסן של השכן, תוך ויתור על חלק מהשטח שלו. בימ"ש קמא לא נתן אמון בעדותו של המערער ודחה הסבר זה. בימ"ש קמא גם לא נתן אמון בעדות חברו של המערער, מר בן-לולו, אשר תמך בגרסת המערער, ופירט טעמיו לאי אמון זה.

7. בקבעו כי הבניה הישנה נטמעה בבנייה החדשה, דחה בימ"ש קמא גם את הטענה לפיה הצו פגום משום שלא צוין בו כי מדובר בבנייה בסטייה מהיתר ומהי הסטייה והוסיף וציין, בהקשר לטענה לפיה הגודל הישן של המחסן חרג משטח ההיתר, כי גם עבודות שנועדו לחזק בנייה ישנה שנבנתה ללא היתר, הן עבודות הדרושות היתר.

בימ"ש קמא דחה טענות נוספות של המערער, טענות אפליה; מניעים זרים בהוצאת הצו ופגם בשיקול דעת יו"ר הוועדה בעת הוצאת הצו ועוד.

8. לאחר דיון שהתקיים במעמד הצדדים ועל פי בקשת ב"כ המשיבה, אפשרתי לב"כ הצדדים להגיש ראיות נוספות - תצלומי אוויר וכן להשלים טיעוניהם.



תמצית טיעוני המערער

9. המערער חוזר בערעורו על כל הטענות שהעלה בפני בימ"ש קמא ובכללן - הטענה לפיה הוא רק שיפץ מחסן קיים; טענת אפליה נוכח כך שבכל הרחוב קיימים מחסנים בגודל של כ- 20 מ"ר וחריגות בנייה רבות ובכל זאת הוחלט להוציא צו הריסה רק נגד המחסן שלו; הטענה לפיה אכלוס הבית הוא גם אכלוס המחסן ולכן לא ניתן לטעון שהבנייה טרם אוכלסה והטענה לפיה בשל האמור לעיל לא ניתן לטעון שהצו דרוש, באופן מידי, לשם מניעת עובדה מוגמרת.

המערער טען עוד, כי שגה בימ"ש קמא כאשר דחה, ללא נימוקים, את טענותיו נגד ניסוח הצו ונגד אי הבהירות שבו לעניין גודל המחסן. לטענתו, הצו חסר תשתית עובדתית מלאה, שכן לא נכתב בו כי באותו רחוב קיימים מחסנים רבים בגודל דומה, שנבנו ללא היתר וכי קיים מחסן בהיתר אשר שופץ, כך שבפני מקבל ההחלטה לא הונחה תשתית עובדתית מספקת, לשם קבלת החלטה מנהלית תקינה.

10. עוד נטען, כי ביהמ"ש אינו מודד ואינו מומחה ולכן לא היה ראוי לסמוך על תצלומי אוויר, ללא שהובאה בפניו חוו"ד מומחה ואף המפקח אינו מומחה בכך, מה גם שהמערער לא נחקר בעניין זה.

כן טוען ב"כ המערער, כי המשיבה היא זו שהייתה צריכה להביא את הקונסטרוקטור (שבהסתמך על חוות דעתו בוצעו העבודות במחסן), כעד מטעמה.

11. בנוסף נטען, כי בימ"ש קמא טעה טעות משפטית חמורה בכך שקבע כי אין חשיבות לשאלה אם עסקין בבנייה שהוספה למחסן קיים או שמא המחסן המקורי נהרס במלואו או בחלקו לצורך יצירת הבנייה הנוכחית. נטען, תוך הפנייה אל סעיף 238א'(1) **לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1968** (להלן: "**החוק**") כי היה על המשיבה להוכיח את המידות של התוספת שהוספה, לטענתה, למחסן שנבנה בהיתר, היינו - את המידות של הסטייה מההיתר. מאחר שהמפקח לא יכול היה לומר אם המחסן המקורי נהרס ולא יכול היה לאשר את מידות המחסן המקורי, תצהירו של המפקח וכן צו ההריסה פגומים באופן מהותי ודין צו ההריסה להתבטל.

12. ב"כ המערער טוען גם נגד כך שבימ"ש קמא "**הוציא תחתיו פסק דין לפיו [הצו] מתייחס לכל המבנה, עת אין מחלוקת כי X מהמבנה הינו בהיתר**". נטען, כי מדובר בפגיעה קשה בקניינו של המערער, מבלי שניתנה לו הזדמנות להתגונן וכי נוכח הפגמים שנפלו בצו יש לבטלו.

תמצית טיעוני המשיבה

13. המשיבה טוענת כי יש לדחות את טענת המערער לפיה מדובר רק בשיפוץ של מבנה קיים. נטען, כי במקום היה קיים מחסן מאושר בשטח של כ- 8 מ"ר, לכל היותר וכי כך נרכש המחסן על ידי המערער, ביחד עם בית המגורים.

נטען, כי מדובר בהרחבה חדשה, כי כך התרשם המפקח בביקוריו במקום וכי הדיון בבית משפט קמא נסוב סביב השאלה האם המחסן הורחב ובעניין זה נחקרו המפקח, המערער ומר בן-לולו.

ב"כ המשיבה הסבה תשומת הלב לכך, שהמערער לא טען שהוא הרחיב את המחסן במועד מוקדם יותר מהמועד בו ביקר הפקח במקום. המשיבה מצביעה על כך שבתצלומי google maps משנת 2011 (4 שנים לאחר שהמערער רכש את בית המגורים) ניתן לראות שקיים מרווח בין המחסן לבין גבול החלקה, בעוד שבצילומים שצורפו לצו ולתגובת המשיבה ניתן לראות שהמרווח אינו קיים עוד. מוסיפה המשיבה ומצביעה על תצלומים נוספים, מהם עולה,



לשיטתה, כי יש לדחות את טענות המערער בדבר הזזת הגדר. בין היתר מצביעה היא על כך, שטענת המערער אינה מתיישבת עם מצב הגדר לאורך כל הרחוב, כפי שהדבר נראה בתצלומים. כן הפנתה ב"כ המשיבה את תשומת הלב, להשוואה בין המחסן של המערער לבין המחסן של שכנו, בחלקה 114, הסותרת, לטענתה, את גרסת המערער ומצביעה על כך שעוד באפריל 2015 המחסן של המערער עוד היה בגודלו המקורי וכבר בינואר 2016, עת ביקר המפקח במקום, עמדו הקירות החדשים על תילם.

נטען כי, בניגוד לטענת ב"כ המערער ביהמ"ש קמא היה רשאי לעיין בתמונות שהוצגו בפניו, גם על ידי המערער בבקשתו, ולקבוע על פיהן את אשר קבע.

14. נטען, עוד, כי המפקח העיד שבעת ביקורו במקום, המבנה החדש לא היה מאוכלס וכי יש להבחין בין אכלוס בית המגורים לבין אכלוס המבנה החדש.

ב"כ המשיבה טוענת כי לא נסתרה חזקת התקינות המינהלית, כי נוכח הצורך להילחם בבנייה הבלתי חוקית נקבע כי העילות לביטול צו הריסה מינהלי מצומצמות וכי במקרה דנן לא קמה אף לא אחת מהן. גם קיומם, באותו רחוב, של מבנים אחרים שנבנו ללא היתר, איננה, לשיטתה, עילה לביטול הצו, שכן, במובחן מהמקרים האחרים, לגביהם טען המערער באופן כללי, הצו הוצא נגד בנייה חדשה, בטרם הסתיימה.

דין והכרעה

15. סעיף 238א(א) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**"), קובע את סמכות הרשות המנהלית (יו"ר הוועדה המקומית - להלן: "**הרשות**") להוציא צו הריסה ומגדיר את התנאים שיש צורך בקיומם, כדי שניתן יהיה להוציא צו הריסה מינהלי, כדלקמן:

"238א. (א) הוקם בנין חורג, לרבות ללא היתר או בסטיה מהיתר או מתכנית, או הוחל בהקמתו של בנין כאמור, רשאי יושב ראש הוועדה המקומית לצוות בכתב שהבנין, או אותו חלק ממנו שהוקם או הוחל בהקמתו ללא היתר או בסטיה מהיתר או מתכנית, ייהרס, יפורק או יסולק, ובלבד שהוגש לו תצהיר חתום ביד מהנדס הוועדה המקומית או מהנדס הרשות המקומית או מהנדס אחר או אדריכל, שאחד מהם הסמיכו לכך המציין כי -

(1) לפי ידיעתו הוקם הבנין ללא היתר או שהבנין חורג ובמה הוא חורג;

(2) לפי ידיעתו לא נסתיימה הקמת הבנין או שנסתיימה לא יותר משישים ימים לפני יום הגשת התצהיר;

(3) ביום הגשת התצהיר, אין הבנין שלגביו מבוקש הצו מאוכלס או שהוא

מאוכלס תקופה שאינה עולה על שלושים ימים;

16. כאמור, בית משפט קמא קבע כי המשיבה הוכיחה שכל התנאים הנ"ל התמלאו ולאחר שבחנתי את העניין



בקפידה, שוכנעתי שאין כל מקום להתערב בממצאיו ובמסקנותיו, בהסתייגות אחר שתפורט להלן.

17. ראשית אציין את ההלכה הידועה, מימים ימימה, לפיה אין ערכאת הערעור מתערבת בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אשר שמעה את העדים והתרשמה מהם התרשמות בלתי אמצעית. אמנם, אין זה כלל "הרמטי", אולם ביהמ"ש יחרוג ממנו רק כאשר מצויים לכך טעמים של ממש, כגון כאשר נפלו טעויות מהותיות באופן הערכת העדויות וקביעת המהימנות; כאשר הובאו בפני הערכאה הדיונית עובדות ממשיות, לפיהן לא ניתן היה לקבוע את הממצאים שנקבעו [ע"פ 604/16 עלאא בדארנה נ' מדינת ישראל (22.1.2017), פסקה 18]; כאשר הממצאים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית מתבססים על התרשמות מראיות "אוביקטיביות", כגון מסמך, חפץ, עדות מצולמת וכיוצ"ב, שהן ראיות לגביהן אין לערכאה הדיונית יתרון על ערכאת הערעור [ע"א 7144/14 נתן מכנס נ' מעון רוחמה (3.9.2015)]; כאשר ערכאת הערעור שוכנעה, כי על פי הראיות הקיימות לא יכולה הייתה הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שקבעה [ע"פ 8630/14 פלוני נ' מדינת ישראל (19.2.2017)]; כאשר מתגלים בפסק דינו של בית משפט קמא פגמים מהותיים, היורדים לשורש העניין, בהערכת הראיות ובקביעת העובדות [ע"א 4351/14 פלוני נ' קופת חולים של הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (8.11.2015)] או כאשר מדובר במסקנות מוטעות בעליל, שהסיקה הערכאה הדיונית מהראיות שהובאו בפניה [ע"פ 6073/11 סגל נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (11.6.2012)].

לא מצאתי כי נפלו טעויות שכאלה בהחלטת בימ"ש קמא. נהפוך הוא; שוכנעתי כי החלטת כבוד השופטת קמא מבוססת היטב בראיות שהובאו בפניה וכל אשר הובא בפניי רק חיזק אותה, למעלה מן הצורך. עם זאת אציין, כבר כעת, כי בשל הוראת סעיף 238א(א), מצאתי להתערב בהיקף ההריסה, הכול כפי שיפורט להלן.

תמצית טענות המערער

18. הטענות לפגמים בצו ההריסה -

אף אני, כבית משפט קמא, לא מצאתי כי נפלו בצו ההריסה או בתצהירו של המפקח, עליו הסתמך הצו (להלן: "התצהיר"), פגמים מהותיים כלשהם, המצדיקים ביטול של הצו.

בתצהירו ציין המפקח את גודלו של המחסן המקורי (כ-7.5 מ"ר) וכן את גודלו של המבנה החדש (כ-22.8 מ"ר). לא מצאתי פגם בכך שהמפקח הסתמך על תצלומי אוויר או על תצלומי google street view או בכך שבציון גודל המחסן המקורי הסתמך המפקח על השטח המאושר בהיתר הבנייה. מדובר במפקח שהוא מהנדס במקצועו ואשר עדותו לא נסתרה.

גם אם המפקח לא מדד, במדויק, את שטח המחסן המקורי או את שטחו של המבנה החדש, די בעדותו לפיה המבנה החדש גדול משמעותית מהמחסן המקורי שאושר בהיתר ודי בכך שמהתצלומים עליהם הסתמך ומתאריכיהם, עולה בבירור כי אין אמת בגרסת המערער לפיה כאשר הוא רכש את בית המגורים, המחסן היה בגודלו הנוכחי והוא רק שיפצו (ובמילוי שאר התנאים), כדי שניתן היה להוציא צו הריסה מינהלי על כל חלק של המבנה לגביו לא קיים היתר בנייה.

19. טענת המערער לפיה גודל המחסן המקורי המאושר הוא 16 מ"ר איננה נכונה, בעליל, ומטעה. בתשריט הבקשה להיתר בנייה, משנת 1987, שצורף לבקשת המערער בבית משפט קמא ניתן לראות בבירור, כי המחסן המסומן בעיגול (אשר גודלו הוא 16 מ"ר X 2.75 מ') הוא מחסן המצוי בחלקה 114, היא חלקת שכנו של המערער



ולא המחסן של המערער! מחסן זה נמצא קרוב לגבול עם חלקה 113 (שהיא חלקת המערער). בנוסף, מהתשריט המאושר, משנת 1989 ובתכנית המדידה משנת 2010 (נספח ב' לתגובת המשיבה, שהוגשה לבימ"ש קמא) ניתן לראות, בבירור, כי גודלו של המחסן שהיה בנוי בחלקת המערער בעת שהוא רכש אותה, הוא כמחצית מגודלו של המחסן בחלקה 114.

אין כל פסול בכך שביהמ"ש יבחן את התצלומים ואת התוכניות, גם בהיעדר חו"ד מומחה. הכרעה לפי "מראה עיניו" או "משמע אזניו" של שופט אינה זרה במשפטנו. כך נעשה במקרים שונים כגון זיהוי חתימות, זיהוי דמויות בצילומים וסרטונים וכיוצ"ב [ראו: ע"א 8752/07 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עיזבון המנוח יורם הורוביץ ז"ל (15.3.2011) וכן דברי כבוד השופט קדמי עוד בע"פ 2653/98 בן דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 529 (09.09.1998), שם נאמר: "הכרעה בשאלה עובדתית השנויה במחלוקת עפ"י 'מראה עיניו' - או 'משמע אזניו' - של השופט הדין בעניין, אינה זרה להליך המשפטי בארצנו: כך הוכרעה בעבר שאלת זיהוי של קולות הנשמעים מקלטת-שמע [...] כן הכריע בית המשפט בשאלת זהותן של חתימות [...] וכך הוחלט בענין זיהוי תמונות שצולמו במצלמה אלקטרונית". כן ראו: בש"פ 8240/12 שלוחה מיכלשווילי נ' מדינת ישראל (16.11.2012).

20. ב"כ המערער מפנה אל החלטת כבוד השופט חיות ברע"פ 9553/04 סוהילה שבאנה נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (10.11.2004), לענין הצורך להקפיד על הפרטים הרשומים בצו הריסה מינהלי, אולם החלטה זו כלל אינה תומכת בגישתו שכן, שם אושר צו הריסה מינהלי לאחר שנמצא כי הפגמים שנפלו בו אינם מהותיים, לאחר שביהמ"ש קבע כי, על אף הפגמים, ניתן לזהות את המבנה נשוא הצו עם המבנה שנבנה שלא כדין.

כפי שאמרתי לעיל, בנסיבות המקרה דנן, הפגם של אי דיוק בגודל המבנה החדש שמצא הפקח במקום והפגם שבאי ציון שטחו של המחסן המקורי, אינם פגמים מהותיים והם אינם מצדיקים ביטול הצו, שעה שגודלו של המחסן המקורי מצוי בהיתר הבנייה ושעה שברר, מעל לכל ספק, כי המבנה החדש גדול, משמעותית, מהמחסן המקורי.

בשולי פרק זה אציין, כי ע"פ 7138/15 פרופ' דרור צוקרמן נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו (3.11.2015), אשר גם אליו הפנה ב"כ המערער, אינו רלבנטי לענייננו, שכן שם נדונה השאלה אם יש לקיים דיון במעמד הצדדים, בבקשה לעיכוב ביצוע צו הריסה מינהלי וביהמ"ש העליון השיב על כך בחיוב והחזיר את העניין לביהמ"ש המחוזי, על מנת שיקיים דיון בבקשה לעיכוב ביצוע "ויעשה כחוכמתו". אין לכך ולא כלום עם השאלות שבפנינו.

ביטול צו הריסה מינהלי

21. העילות לביטול צו הריסה מינהלי מצומצמות, במטרה להילחם "במגיפה" של בנייה ללא היתר. אחד הכלים החשובים למלחמה ברעה-חולה זו הוא אכיפה מהירה ויעילה של דיני התכנון והבניה. זאת - בין היתר, באמצעות מניעת יצירת עובדות בשטח על ידי מי שמפר את החוק בריש-גלי. לכן נקבע, כי הריסת מבנים בלתי חוקיים צריכה להיות הכלל והימנעות מהריסה - החריג.

ראו, בעניין זה, דברים שנאמרו ברע"פ 2956/13 יעקב דמקני נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב-יפו (31.7.2013), בו אושרו שני צווי הריסה מנהליים, חרף כִּשְׁל שנמצא בניסוחם, כדלקמן:



"כידוע, צו הריסה מנהלי, המוצא מכוח סעיף 238 לחוק, הינו אקט מנהלי, ולא אקט עונשי, ומשום כך עומדת למשיבה חזקת התקינות המנהלית, היינו, חזקה כי פעולתה המנהלית נעשתה כדן. המבקש לסתור חזקה זו, עליו הנטל להוכיח את הפגם שנפל, לטענתו, בהתנהלותה של הרשות המנהלית (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))."

וכן:

"... ומכאן להערה השלישית שהיא העיקר. עניינו של צו מספר 394/12 הוא בבניית משטח בטון בשטח של 78 מ"ר, ללא היתר כדן, ואילו צו מספר 396/12 מורה על הריסת קונסטרוקציית מתכת בשטח של 24 מ"ר, אשר נבנתה, גם היא ללא היתר. בית משפט זה עמד על החשיבות שבניהול מאבק יעיל בתופעת הבנייה הבלתי חוקית, אשר הפכה ל"מכת מדינה", וזאת בשל הפגיעה הקשה בסדר הציבורי וביסודות שלטון החוק (רע"פ 3034/13 לוי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (5.5.2013); רע"פ 8496/12 חלפון נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (23.1.2013)). משנקבע, כפי המקרה דנן, כי עסקינן בבנייה בלתי חוקית 'על הריסה להיות הכלל והימנעות הימנה - החריג' (רע"פ 6136/12 בן זקן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו], פסקה ט (4.9.2012))."

22. המחלוקת האמיתית במקרה דנן, איננה בשאלת הגודל המדויק של המבנה החדש, אלא בשאלה אם מבנה זה היה קיים, בגודלו הנוכחי, בעת שהמערער רכש את בית המגורים, או שמא המערער הרחיב, בחודשים האחרונים לפני הוצאת הצו, את המחסן המקורי.

כפי שאמרתי לעיל, קביעותיו וממצאיו של בימ"ש קמא בעניין זה מבוססים היטב בראיות שהובאו בפניו ואין כל מקום להתערב בהם.

23. שני התנאים הנוספים - סיום הבנייה ואכלוס המבנה מתקיימים גם הם. בסמכו על עדות הפקח, אשר נתמכה בתמונות המבנה שצולמו על ידו בביקורו במקום, קבע בית משפט קמא כי הבנייה טרם הושלמה וכי המבנה טרם אוכלס. גם בממצאים עובדתיים אלה אין מקום להתערב.

טענת ב"כ המערער, לפיה יש לקבוע שהמבנה מאוכלס, מאחר שבית המגורים מאוכלס ושניהם - חד הם, דינה דחייה. העובדה שמדובר בשני מבנים המצויים על אותה חלקת מקרקעין והמצויים בבעלות אחת, איננה עניין לכאן. אמנם, המחסן משרת את בית המגורים, אולם מדובר במבנה נפרד מהבית, אשר משמש לתכלית אחרת. אם לא תאמר כך, לעולם לא ניתן יהיה להוציא צו הריסה מנהלי נגד מבנה נפרד, הנבנה ללא היתר, על חלקה בה כבר קיים מבנה מאוכלס. פרשנות כזו סותרת את מטרתו ואת תכליתו של סעיף 238א. התנאי השלישי בא לאזן בין הצורך להילחם בבנייה פרועה, ללא היתר, גם באמצעות צווים מנהליים, ובין הפגיעה הנגרמת למי שמפונה מביתו. כאשר מדובר במבנה נפרד, אשר נבנה וטרם אוכלס, הרי לשם ביצוע צו ההריסה אין צורך בפינוי אדם מהמבנה הנפרד ואין צורך בהגנה זו.



לפיכך, גם בנוגע לתנאים הנ"ל יש לאשר את קביעותיו של בימ"ש קמא.

24. תוכן צו ההריסה - לטעמי, הטענה לפיה צו ההריסה חל על כל המבנה, היינו - גם על החלק שנבנה, בזמנו, בהיתר, איננה יכולה להתקבל ובעניין זה סבורה אני שיש להתערב בהחלטת בית משפט קמא.

בהחלטתו, מושא הערעור, דחה בימ"ש קמא את הבקשה לביטול הצו והמשמעות היחידה של קביעה זו היא, כי הצו תקף. בית משפט קמא לא שינה מתוכן הצו, לא גרע ממנו ולא הוסיף לו.

אמנם, בית משפט קמא קבע בהחלטתו (סעיפים 22-23), כי הבנייה הישנה נטמעה בתוך הבנייה החדשה וכי השאלה אם הבנייה הישנה נהרסה, כולה או חלקה, איננה מעלה ואיננה מורידה, שכן אין מדובר בתוספת לקיים אלא בשינוי מהותי של צורה, שטח ומיקום, כך שהמוצר המוגמר "בולע" את הבניה הישנה. ייתכן, כפי שנראה מהמשך הדברים, כי מטרת הערותיו אלה של בימ"ש קמא הייתה להסביר מדוע הצו אינו פגום או פסול עקב כך שלא צוין בו כי מדובר בבנייה בסטייה מהיתר (כפי שעולה מסעיף 24).

בין כך ובין כך, וגם אם בית משפט קמא אישר הריסת כל המבנה (החדש, על הישן אשר "נבלע" בו), לטעמי לא ניתן להחיל את הצו גם על המחסן המקורי ולהלן נימוקיי.

25. סעיף 238א(א) לחוק מסמיק את יושב ראש הועדה המקומית לצוות "שהבניין, או אותו חלק ממנו שהוקם או הוחל בהקמתו ללא היתר או בסטייה מהיתר או מתכנית, ייהרס, יפורק או יסולק..." (ההדגשה איננה במקור).

נוכח הדקויות של צו הריסה מנהלי, יש לפרש את הסעיף כמתכוון לכך, שכאשר המבנה כולו נבנה ללא היתר, או בסטייה, מוסמכת הרשות להורות על הריסת כל המבנה. אולם, כאשר מדובר במבנה שרק חלק ממנו נבנה בלא היתר או בסטייה, סמכות הרשות מוגבלת להריסת אותו חלק מהמבנה, שנבנה ללא היתר או בסטייה, ואותו בלבד.

26. לשם השוואה ניתן להפנות אל סעיף 246 לחוק, המסמיק את בית המשפט להורות גם על הפסקת שימוש בחלקי הבניה אשר תואמים להיתר וכך נאמר בסעיף: "נעשו במקום פלוני פעולות הכנה לבניה או לשימוש במקרקעין ללא היתר או בסטייה מהיתר או מתכנית, רשאי בית המשפט [...] ליתן צו [...] להימנע מפעולה באותו מקום, לרבות צו האוסר את השימוש במבנה או במקרקעין או צו לסגירת המבנה או המקום".

בסעיף זה, בשונה מסעיף 238א(א) לחוק, ההסמכה היא (בין היתר) להוציא צו האוסר את השימוש במבנה או במקרקעין, ללא כל אבחנה בין החלק שנבנה ביתר לחלק שנבנה ללא היתר או בסטייה ממנו. נראה כי היסוד להבחנה בין לשון שני הסעיפים נעוץ הן בגורם המוסמך להוציא את הצו והן בהבדל המהותי בין הריסה, שהיא פעולה שאיננה הפיכה, לבין איסור שימוש, שהוא מצב הפיך, המאפשר להתיר שימוש, בהמשך.



ברע"פ 3186/17 מוחיי שוויקי נ' מדינת ישראל (28.5.2017), התייחס כבוד השופט שהם, ללשונו הברורה של סעיף **246** לחוק, בקבעו כי "לאור לשונו הברורה של הסעיף, אין כל מקום לספק, כי לבית המשפט המחוזי היתה נתונה הסמכות להורות על הפסקת כלל פעולות הבניה בנכס, שכן נעשו בו עבודות בניה בסטייה מהיתר".

לא כך בענייננו, בו הצו הוצא על פי סעיף **238א(א)**, המבחין בין הריסת הבניין ובין הריסת אותו חלק ממנו שהוקם או הוחל בהקמתו ללא היתר או בסטייה.

27. עיון בצו ההריסה מעלה ספק אם הוא הלך בעקבות הוראת סעיף **238א(א)**. הגדרת "**הבניין החורג**" בצו, מתייחסת ל"**מבנה בודד חדש חד-קומתי**", המתואר בדו"ח הביקור ובסקיצה המצורפת לתצהיר ומכאן אפשר להסיק כי מדובר על כל המבנה "**שנבנה במקום בו היה קיים המחסן שנבנה בהיתר**". עם זאת, בשים לב לכך שבתיאור הבנייה, בצו, נכתב כי במקום "**היה קיים מחסן מאושר בשטח של כ- 7.5 מ"ר**", ניתן גם לפרש את הצו כמתייחס לכל מה שנבנה מעבר לאותו שטח של המחסן המקורי.

אולם, כפי שאפרט להלן, גם אם כוונת הצו הייתה להריסת כל המבנה - החדש על הישן, אין בכך כדי להביא לביטול צו ההריסה. בטרם אנמק דבריי אלה, אבהיר, למען הסר ספק ועל מנת למנוע טעות כלשהי בהבנת הדברים, כי לו היה מוכח, שהמחסן המקורי (כולו או חלקו) נהרס ותחתיו נבנה המבנה החדש, קביעת בימ"ש קמא לפיה הבניה החדשה, "בלעה" את הבנייה הישנה, הייתה נכונה. במקרה כזה, הייתה הרשות מוסמכת להורות על הריסת המבנה כולו והיה מקום לאשר את החלטת בית משפט קמא, כפי שהיא. אלא, שבענייננו לא ידע הפקח לומר, אם הרסו את המחסן המקורי, כולו או חלקו, או שמא הוא נותר על תילו. ראו עדותו בעמ' 4 לפרו' קמא, שו' 30 - עמ' 5 שו' 2.

כפי שהסברתי לעיל, סבורה אני כי, בנסיבות אלה, שעה הפקח לא יכול היה לומר אם המחסן המקורי נהרס (כולו או חלקו) אם לאו, הרשות הייתה מוסמכת להורות על הריסה של החלק שנבנה ללא היתר, או בסטייה, אך לא על הריסת המחסן המקורי, שהיה בנוי בהיתר.

28. בטלות יחסית - גם אם כוונת הצו הייתה להורות על הריסת כל המבנה, היינו - המבנה החדש וכן המחסן המקורי, אין בכך כדי להביא לבטלות הצו, אלא יש לעשות שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית ולבטל רק את אותו חלק של הצו המתייחס למחסן המקורי.

נקבע, כי בדוקטרינה זו ניתן לעשות שימוש "אף בגדרם של הליכים פליימיים, כאשר הפגם הנטען היה פגם של חוסר סמכות" [ע"פ 10189/02 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד ס(2) 559 (19.9.2005)]. בנוגע לשימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית בהקשר לצו הריסה מנהלי ולעניין התכלית העיקרית של הוראת סעיף **238א(א)** לחוק והמדיניות של שמירת ביטול צווי הריסה מנהליים רק למקרים חריגים ויוצאי דופן ראו: רעפ 5387/16 אחמד עבד אלראזק נ' מדינת ישראל - יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (19.9.2016) והפסיקה הנזכרת שם.

29. אשר לגודל המחסן המקורי - לתצהיר הפקח שצורף לצו ההריסה צורף תשריט ובו מסומן המחסן המקורי וכן מסומן המבנה החדש. אמנם, מידות המחסן המקורי, אשר אושר בהיתר הבנייה (כפי שכתוב בצו ובתצהיר המצורף אליו) אינן רשומות במסמכים אלה ואף לא בתשריט, אך ניתן למצוא אותן בהיתר הבנייה, אשר אישר את בניית המחסן המקורי. לפיכך, אין מדובר בפגם מהותי, אשר אינו מאפשר ביצוע הצו.



התוצאה היא, שאני דוחה את הערעור ומאשרת את צו ההריסה המנהלי, בכפוף להוראה לפיה הצו אינו חל על המחסן המקורי (על פי מידותיו בהיתר הבנייה שניתן לבנייתו), אלא רק על אותו חלק שנבנה ללא היתר.

30. אני מורה, אפוא, למערער להרוס את כל מה שבנה מעבר למחסן המקורי (על פי מידותיו בהיתר הבנייה).

על מנת לאפשר למערער התארגנות לביצוע ההריסה, ניתנת בזה אורכה לביצוע הצו, עד ליום 27.7.17.

המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים, תסרוק את המוצגים שהוגשו בערעור ותחזיר את תיק קמא לבית משפט קמא.

ניתן היום, ח' תמוז תשע"ז, 2 יולי 2017, בהעדר הצדדים.

חתימה