



עפ"א 61222/07/20 - משהור נעאמנה נגד היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון ובניה

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 61222-07-20 נעאמנה נ' לאכיפה דיני התכנון ובניה ואח'

בפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל
המערער משהור נעאמנה
ע"י ב"כ עו"ד נאסר ג'יאת
נגד
המשיבה היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון ובניה
ע"י ב"כ נציג היועץ המשפטי לממשלה
עו"ד יצחק לוי

פסק דין

כללי

1. לפני ערעור שהגיש מר **משהור נעאמנה** (להלן: "**המערער**") על החלטתו של בית משפט השלום בקריות (כב' השו' איילת השחר ביטון פרלה) מיום 20.07.2020 בתיק בצה"מ 9083-04-20, במסגרתה נדחתה בקשתו של המערער לביטול צו הריסה מנהלי שמספרו 22202073940 נגד מבנה בכפר עראבה הבנוי על המקרקעין הידועים כגוש **19374, חלקה 98+99** (להלן: "**המקרקעין**") בנקודות ציון מספר 231895/752280 (להלן: "**המבנה**").

2. צו ההריסה המנהלי (להלן: "**צו ההריסה**" או "**הצו**") שהוצא ביום 05.04.2020 על ידי היחידה הארצית לאכיפת דיני התכנון והבניה (להלן: "**היחידה הארצית**" או "**המשיבה**") מכוח סמכותה על פי סעיף **221** לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**") ייחס למערער עבודה אסורה של בניית סככה מקונסטרוקציית ברזל מכוסה בפנל איסכורית בשטח של כ-625 מ"ר, בניית קיר מפנל מבודד בצידה המזרחי של הסככה, בניית קיר בטון בגובה של 250 ס"מ מצידה הצפון מזרחי ויציקת חגורת בטון בגובה 80 ס"מ בהיקף כל הסככה (להלן: "**העבודות**") ללא קבלת היתר כנדרש על פי דין.

3. אין חולק שהעבודות בוצעו סביב מבנה אשר היה קיים על המקרקעין ואשר נבנה על ידי אחיו של המערער ללא היתר כדין (להלן: "**המבנה**") ואין חולק שהמקום משמש כגן אירועים מזה כ-30 שנה. בגין בניית המבנה הוגש בשנת 2014, כתב אישום נגד אחיו של המערער (בתיק תו"ב 40857-04-14, להלן: "**התיק הפלילי**") ובמסגרת גזר הדין שניתן שם הוצא צו הריסה למבנה, אשר לא בוצע עד היום (להלן: "**צו ההריסה השיפוטי**").

4. עוד אין חולק, כי באזור הכולל את המקרקעין דנן מקודמים, על ידי המדינה, הליכים לאישור תכנית מפורטת -



תמ"ל 1043 (להלן: "התכנית"). לטענת המערער בבקשה לביטול הצו שהגיש לבית משפט קמא (להלן: "בקשת הביטול") התכנית פורסמה ביום 26.07.19 הופקדה ועברה את שלב ההתנגדויות והיא "עומדת להיות מאושרת בכל רגע". נטען כי התכנית הייתה אמורה לקבל אישור סופי ביום 15.03.20, אך אישורה מתעכב, ככל הנראה בשל ההגבלות החלות בגין מגפת קורונה. כן נטען בבקשה, כי על פי התכנית המקרקעין מיועדים לתעשייה ולמסחר ולכן "תכנית זו מכשירה לחלוטין את גן האירועים".

5. בד בבד, הגיש ב"כ המערער בקשה לעיכוב ביצוע הצו, מלווה בתצהיר שנחתם על ידו (נספח א' לבקשה) ובקשתו התקבלה עוד באותו היום (ע"י כב' השופט מוחמד עלי).

ביום 04.05.2020, הגישה המשיבה תגובה לבקשה, במסגרתה התנגדה לביטול הצו, אליה צורף תצהיר שנחתם על ידי מר **ארנון שמולביץ'**, המפקח מטעמה (להלן: "המפקח") (נספח ה' לתגובה).

6. בבית משפט קמא התנהלו הליכי ביניים שונים בנוגע להזמנת עדים, בנוגע לבקשת פסלות שהגיש ב"כ המערער, אשר נדחתה על ידי בית משפט קמא והמערער בחר, מנימוקים שפורטו על ידו, שלא להשיג עליה ובנוגע לבקשות נוספות, שאין צורך לפרטם שכן אין הם רלבנטיים לערעור.

7. במהלך שמיעת הבקשה נחקרו המפקח והמערער על תצהיריהם. כן נתקבלו, לבקשת ב"כ המערער וללא התנגדות המשיבה, מסמכים אשר עמדו בפני היועץ המשפטי בטרם נתן חוות דעתו והם: צו הריסה מנהלי (סומן מב/1); דו"ח פיקוח מיום 30.03.2020 (סומן מב/3); טופס התייעצות עם מתכנן המחוז (סומן מב/4).

הצדדים הגישו סיכומים בכתב ולאחריהם ניתנה החלטת בית משפט קמא אשר, כאמור, דחתה בקשת המערער לביטול צו ההריסה.

8. מיד לאחר קבלת ההחלטה, הגיש ב"כ המערער לבית משפט קמא, בקשה לעיכוב זמני של ביצוע הצו - עד להכרעה בערעור שבדעתו להגיש. בית משפט קמא קבע, כי, בהתאם לסעיף 254 ח' לחוק, יש להגיש בקשה כזו ביחד עם הערעור עצמו, אך חרף זאת הורה על עיכוב זמני של הצו עד ליום 28.07.2020, בכפוף להמצאת התחייבות עצמית על סך 20,000 ₪.

ביום 27.07.2020, הגיש המערער את הודעת הערעור וביחד עמה הגיש בבקשה לעיכוב ביצוע הצו, עד להכרעה בערעור. נעתרתי לבקשתו וביצוע הצו עוכב עד למתן פסק דין בערעור.

9. ביום 4.9.20 - יום שישי בשבוע, כאשר הדיון קבוע ליום ראשון שלאחריו, הגיש המערער הודעת ערעור מתוקנת המשתרעת על לא פחות מ- 48 (!) עמודים.



ב"כ המשיבה ביקש לדחות את הדיון על מנת שיוכל להיערך לתשובה על הודעת הערעור המתוקנת וכן ביקש להגיש מסמכים נוספים באשר לבנייה נוספת אשר, לטענתו, בוצעה על המקרקעין לאחר שניתנה החלטת בית משפט קמא. לפיכך, דחיתי את הדיון ליום 13.9.20 ובעקבות בקשה מוסכמת שהגישו הצדדים נדחה הדיון ליום 29.9.20.

10. ביום 24.09.2020, הגישה המשיבה בקשה לדחיית הערעור על הסף, בטענה לפיה בביקור נוסף של הפקח במקרקעין, שהתקיים ביום 25.08.2020, התגלה שהמערער ממשיך לבצע עבודות אסורות במקרקעין ובכך פעל בחוסר נקיין כפיים ובחוסר תום לב, דבר המצדיק, לטענתה, דחיית הערעור על הסף.

ביום 25.09.2020, הגיש ב"כ המערער תגובה לבקשה הנ"ל בה טען כי יש לדחות את הבקשה מאחר שהמשיבה לא צירפה תצהיר וכן טען כי מדובר בטענות שקריות, שאין בהן כל ממש, שכן מדובר בעבודות שבוצעו בשטח אחר ולא בשטח לגביו הוצא צו ההריסה.

11. בדיון שהתקיים בפניי ביום 27.10.2020 לאחר שנתתי לצדדים לטעון בעניין הבקשה לדחיית הערעור על הסף, קבעתי כי לא אדון בשאלה אם בוצעו עבודות חדשות, אם לאו וכי אין בכוונתי לקבוע ממצאים בעניין העבודות הנוספות להן טוענת המשיבה, שכן ערכאת הערעור איננה הערכאה המתאימה לבירור טענות עובדתיות חדשות.

עיקרי החלטת בית משפט קמא

12. בית משפט קמא דחה את טענת המערער לפיה מדובר בבנייה "ישנה" וקבע על סמך הראיות שהוצגו בפניו (מוציגים **מב1, מב2**, ותמונות המתעדות את הליך הבנייה) כי מדובר בבנייה חדשה שבוצעה ללא היתר במהלך חודש מרץ 2020 וכי ביום 30.03.2020 הבנייה טרם הסתיימה.

בית משפט קמא הדגיש, כי המערער עצמו הודה, בעדותו, בכך שמדובר בבנייה חדשה שבוצעה בחודש מרץ [פרוטוקול הדיון מיום 11.06.2020, עמ' 13, שו' 1] שם אמר המערער: **"אני התחלתי שיפוץ בהמלצת דאוד ומואיד...היה צריך לאשר את זה בחודש השלישי ואז באה הקורונה"** ובהמשך, [בעמ' 14, שו' 12] שם העיד: **"רוב הבנייה זה על הקירות הישנים, וחלק עשינו על ידו. זה מה שהוא מדבר עליו, קצת איטונג ובניה"**.

13. בית משפט קמא ציין, כי התשתית להוצאת צו הריסה מנהלי נקבעה בסעיף 221 לחוק והעילות לביטולו של צו שכזה הן צרות ומצומצמות ודחה את טענת המערער לפגם בהוצאת הצו בשל כך שבפני הגורם המייעץ לא הובא מידע באשר לתכנית, בקבעו כי הבאת מידע תכנוני, עתידי, אינו מהווה תנאי להוצאת הצו ולכן אין מדובר בפגם מהותי המוביל לביטול הצו.

בית משפט קמא הפנה בעניין זה לע"פ 40269-07 יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' מחמד גומעה סרחאן (22.11.2007) שם נקבע כי: **"אין בהימנעות מהבאת מידע תכנוני, משום פגם בהליך הוצאת הצו; ומכל**



מקום, לא ניתן לראות בדבר משום פגם מהותי היורד לשורשו של הצו והופכו לבטל מעיקרו" (שם, בפסקה 13).

14. בית משפט קמא דחה גם את טענת המערער בדבר אי מתן זכות שימוע, בקבעו כי אין למבצע הבנייה זכות שימוע טרם הוצאת הצו.

15. בהתייחס לטענת המערער בדבר חוסר סמכות של היחידה הארצית להוציא את הצו, לאור כך שעד היום הוועדה המקומית לא ביצעה את צו ההריסה השיפוטי, קבע בית משפט קמא כי מהנתונים עולה שהיחידה הארצית והוועדה המקומית שיתפו ביניהן פעולה; היחידה הארצית פעלה במסגרת הסמכות המקבילה שניתנה לה מכוח החוק ובהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ולא חרגה מסמכותה.

בית משפט קמא ביקר את התנהלות המערער ש"הגדיל לעשות" ובנה מסביב לבנייה הישנה, לגביה הוא יודע שקיים צו הריסה שיפוטי, בנייה חדשה נוספת, ללא היתר בנייה.

הודגש, כי בענייננו, מדובר **בקרקע חקלאית מוכרזת**, שכלל לא ניתן לקבל היתר לבנות עליה וכן כי לפי סעיף 254 ט(ד)(2) לחוק, לא ניתן להורות על עיכוב ביצוע הצו.

16. בית משפט קמא דחה את הבקשה לביטול הצו, ואף חייב את המערער בתשלום הוצאות בסך 10,000 ₪, תוך שקבע כי הבקשה שהוגשה הייתה נטולת בסיס וכי (מבלי לקבוע מסמרות) קיימות ראיות לכך שהעבודה האסורה נמשכה גם לאחר הוצאת הצו.

טענות המערער בערעור

17. ב"כ המערער טען, כי ההליך שהתנהל בבית משפט קמא היה פסול מראשיתו, ודעתו של בית משפט קמא הייתה "נעולה" עוד טרם שמיעת העדים והמצהירים, דבר אשר בא לידי ביטוי בסעיף 10 להחלטתו, שם קבע כי הבקשה לביטול הצו "נטולת בסיס", ללא שהתייחס לראיות ולטענות שהובאו בפניו. לטענתו, החלטת בית משפט קמא, איננה מנומקת כראוי שכן היא לא דנה בראיות ובסוגיות המהותיות שעלו במסגרת ההליך קמא והתעלמה מסיכומי הצדדים.

18. ב"כ המערער הדגיש, כי בית משפט קמא, לא התייחס בהחלטתו לכך שהמשיבה הודתה (בסעיף 25 לסיכומיה) שמידע מהותי אודות התכנית לא הובא בפני היועץ המשפטי של היחידה הארצית ומכך שגם המפקח הודה בעדותו שהוא הסתיר (כך - לטענת ב"כ המערער) את המידע מהיועץ המשפטי ואמר שהוא סבר שזה מידע "לא רלוונטי".

בעניין פגם בהתייעצות הפנה ב"כ המערער לבצה"מ 10878-10-19 פאדי עיאדה נ' היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון ובניה (23.03.20) שם בוטל, לשיטתו, צו הריסה מנהלי נוכח פגם שכזה.



עוד נטען כי, מלכתחילה, ניסתה היחידה הארצית להטעות את בית משפט קמא, בכך שאמרה כי צו ההריסה נדרש על מנת שלא לסכל את התכנית ומנגד, הסתירה את התכנית מהיועץ המשפטי.

ב"כ המערער הוסיף וטען, כי היחידה הארצית פועלת בחוסר תום לב, בשיקול דעת לקוי ותוך הסתרת מידע מהותי. לטענתו, אם היועץ המשפטי היה יודע על התכנית ועל כך שבמקום פועל גן אירועים מזה 30 שנה, הוא לא היה מאשר את הוצאת הצו ולכן מדובר בפגם היורד לשורשו של ההליך ומחייב את ביטול הצו.

19. כן נטען, כי הצו הוצא תוך סטייה ניכרת מהנחיות המנהליות אשר מבהירות, במפורש, כי במקום בו קיימת תכנית תמ"ל, יש להמנע מהוצאת צו הריסה ולתת אפשרות לאישור התכנית. המערער אף טען שהוא הרס חלק מהמבנה, על מנת להתאימו להוראות התכנית.

המערער מסתמך גם על המכתב מיום 10.06.20 מטעם ראש העיר עומר ואקד, שם נכתב כי מבנה גן האירועים צפוי להיות מוכשר בתכנית החדשה וכי אישורה הוא רק עניין של זמן.

20. הודגש כי לוועדה המקומית יש שיקול דעת אם להוציא צו הריסה מינהלי, אם לאו, וכי המשיבה "הסיגה את גבולה" של הוועדה המקומית, בלא סמכות. ב"כ המערער הפנה להנחיה מיום 27.08.19 (נספח ט' להודעת הערעור) שהוצאה על ידי עו"ד עסאם חטיב מטעם הוועדה המקומית והופנתה אל מנהל מחלקת הפיקוח של הוועדה (להלן: "ההנחיה") אשר מנחה את מחלקת הפיקוח להבחין בין בנייה שמבוצעת בתחום התכנית החדשה ועשויה להיות מוכשרת, לבין בנייה שאין לה אופק תכנוני.

נטען, כי לא ברור, מדוע היחידה הארצית החליטה "להתערב" ולהוציא צו מינהלי, ללא תיאום עם הוועדה המקומית שהיא אמונה על השטח, בניגוד לשיקול דעתה של הוועדה המקומית, ובניגוד להנחיות המנהליות מיום 14.03.16 שהוציא האגף הבכיר לאכיפת דיני תכנון ובנייה ביחידה הארצית, אשר מבהירות כי רק במקרים חריגים תתערב היחידה הארצית בפעולותיה של הוועדה המקומית. לטענתו, במקרה זה לא היה כל מקום להתערבותה החריגה של היחידה הארצית.

21. לאור כלל האמור לעיל, ביקש המערער לקבל את הערעור, לבטל את צו ההריסה, ולחייב את המשיבה בהוצאות.

טענות המשיבה בערעור

22. המשיבה טענה, כי לא נפל כל פגם בהחלטת בית משפט קמא, וכי מדובר בהחלטה צודקת ומנומקת היטב, בה נדחו כל טענות המערער אחת לאחת.



בית משפט קמא קבע, כי מדובר בבנייה חדשה ואסורה לפי הראיות אשר עמדו בפניו והצו מופנה ספציפית לעבודות החדשות ולא לבנייה הישנה.

23. נטען, כי היועץ המשפטי בודק את החוק ולא את המדיניות העתידית וכי הוא בדק את העניין בהתאם לתנאים שבסעיף 221 לחוק וחיווה דעתו כי אין מניעה להוצאת הצו. על היועץ המשפטי לבדוק האם קיים היתר למבנה והאם התקיימו הליכים קודמים. כל המסמכים הובאו בפניו, והוא נתן החלטה על פי שיקול דעתו. כל התיק הפיזי הועבר אליו ואל חותם הצו ולא הוסתר ממנו כל מידע.

המשיבה מפנה לפסק דין ע"פ 40269-07 י"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' מחמד גומעה סרחאן (22.11.2007), עליו הסתמך גם בית משפט קמא, שם נקבע, כי אי הצגת המצב התכנוני, אינו מהווה פגם היורד לשורשו של ההליך ואינו מחייב את ביטולו.

24. המשיבה חזרה וטענה כי במקרה זה, המצב התכנוני היה בתיק הפיזי שקיבל היועץ המשפטי. כמו כן, לשיטתה, לא ניתן לטעון שמדובר בתכנית שעומדת להיות מאושרת, כאשר הוגשו לה 700 התנגדויות. לדבריה, החוקר נתן המלצתו בעניין ההתנגדויות אך טרם ניתנה החלטה.

נטען, כי המערער הוא שלוקה בחוסר תום לב וחוסר נקיין כפיים, שכן זו עזות מצח לבנות מבנה ענק ללא היתר, להשתמש בו 30 שנה כ"גן אירועים" ואז להמשיך ולבנות מאות מטרים ללא היתר, על אותם מקרקעין.

25. עוד טוענת המשיבה, כי הוועדה המקומית לא בצעה את צו ההריסה השיפוטי רק מאחר שהמערער מנע זאת ממנה וכי היחידה הארצית לא חרגה מסמכותה. לטענתה, הצו הוצא בהתאם להנחיות.

המשיבה ביקשה לדחות את הערעור ולבטל את עיכוב הביצוע ואף הוסיפה, כי בהתאם לסעיף 254 ט(ד)(2) לחוק, לא ניתן להורות על עיכוב ביצוע הצו.

תגובת המערער לטיעוני המאשימה

26. ב"כ המערער מלין על תגובת המשיבה שלדבריו, טענה בעלמא כי המידע התכנוני כן הובא בפני היועץ המשפטי, ומפנה לסעיף 25, לסיכומי המשיבה שהוגשו לבית משפט קמא, שם מודה המשיבה במפורש כי המידע התכנוני לא הובא בפני היועץ המשפטי.

כן מפנה ב"כ המערער לעמ' 20 בהשלמת הטיעון מטעם המשיבה, בבית משפט קמא, שם פירטה המשיבה אילו מסמכים עמדו בפני היועץ המשפטי ולכך שהתכנית איננה נמצאת בין מסמכים אלו.



ב"כ המערער מצוין, כי גם בדו"ח הפיקוח עצמו לא הוזכרה התכנית ומדגיש כי שלטון החוק מחייב הקפדה בעניינים אלו.

27. לטענתו, אין זה סביר ליתן צו דרקוני למבנה שפועל מזה 30 שנה, רגע לפני שמאושרת תכנית אשר מכשירה אותו. והמשיבה פעלה תוך הטעיית בית משפט דלמטה, כך שמצד אחד טענה שהיא הוציאה את הצו במיוחד בשל התכנית ועל מנת למנוע סיכולה ומנגד הסתירה את המידע המהותי מהיועץ המשפטי, על מנת לבצע מחטף.

תגובת המשיבה לתגובת המערער

28. בתגובה לדברי ב"כ המערער, טענה המשיבה, כי היועץ המשפטי ידע את המצב הקיים בשטח וכי הוא אינו צריך לדעת מהם התכנונים העתידיים. לשיטתה, שיקול הדעת להוצאת הצו הוא של מוציא הצו. היועץ המשפטי נתן חוות דעתו לפי המצב התכנוני המאושר החל כיום על המקרקעין ובכך עומד הצו בתנאי סעיף 221 לחוק.

דין והכרעה

29. צו ההריסה המנהלי הוצא, כאמור, מכוח סמכותו של מנהל היחידה הארצית הקבועה בסעיף 221 לחוק. הצו מוצא על יסוד תצהיר אשר מוגש על ידי המפקח, בו מפורטים פרטי העבודה האסורה. סעיף 221(ג) קובע מה צריך לכלול צו הריסה מנהלי, כדלקמן:

"221

(ג) צו הריסה מינהלי יכלול את כל אלה:

- (1) פרטים בדבר מיקום המקרקעין שבהם חל הצו;**
- (2) תיאור העובדות שעל פיהן הוחלט לתת את הצו;**
- (3) אישור בדבר קיום חובת ההיוועצות לפי סעיף 225;**
- (4) פרטים בדבר הבנייה שהצו מורה על הריסתה;**
- (5)"**

סעיף 229 לחוק מגביל את סמכותו של בית המשפט לבטל צו מינהלי, רק למקרים בהם "הוכח לו שהעבודה או השימוש בוצעו כדין או שלא התקיימו הדרישות למתן הצו כאמור בסימן זה, או אם שוכנע כי נפל בצו פגם חמור שבשלו יש לבטל את הצו".



30. בפי ב"כ המערער טענות רבות נגד המשיבה ואף נגד בית משפט קמא. ברוב טענותיו לא מצאתי ממש (ואיני רואה צורך לפרט) אך סבורה אני כי יש לקבל את הערעור ולבטל את הצו בשל פגם מהותי שנפל בצו בנוגע למילוי חובת ההיוועצות, הנדרשת על פי סעיף 221(3) לחוק.

31. חובת ההיוועצות בטרם הוצאת צו הריסה על ידי מנהל היחידה הארצית, קבועה בסעיף 225(1) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**") והיא מחייבת התייעצות עם שני גורמים, כדלקמן: "**עם היועץ המשפטי של היחידה הארצית לאכיפה ועם מתכנן המחוז שבתחומו יינתן הצו**". טענות המערער מופנות נגד מילוי חובת ההיוועצות עם היועץ המשפטי (להלן: "**הגורם המייעץ**").

32. ברמה העקרונית, ההיוועצות נדרשת נוכח משמעותו הדרסטי של צו הריסה מנהלי ועל מנת להבטיח שצו כזה יוצא רק לאחר שיקול דעת ראוי. החוק אינו קובע מה יהא אופן ההתייעצות, על מה היא אמורה להתבסס, או מה יהיה תוכנה. רכיבים אלה נגזרים מהמטרה המונחת בבסיס חובת ההיוועצות.

חובת ההיוועצות לא נועדה על מנת לוודא כי מתקיימים התנאים "הטכניים", היינו - כי מדובר בעבודה שלא הוצא היתר לביצועה, כי הנכס טרם אוכלס וכדו'. שהרי לצורך בחינת עובדות אלה ואף לצורך בחינת השאלה העובדתית, הטכנית, האם הבנייה תואמת את התכניות החלות על המקרקעין, אין כל צורך בהיוועצות.

ההיוועצות נועדה על מנת לקבל את חוות דעתם של המייעצים בשאלה האם, בנסיבות הספציפיות של המקרה המובא בפניהם, **נכון** להוציא צו הריסה מנהלי לעבודה אסורה; היינו - האם בראייה כוללת, המביאה בחשבון את כל השיקולים הרלבנטיים, נכון יהיה לנקוט אמצעי **מנהלי** דרסטי מסוג זה. החובה שהוטלה על מנהל היחידה הארצית להיוועץ בשני גורמים נוספים באה להבטיח מטרה זו. ברי כי על מנת שהגורמים המייעצים יוכלו לשקול את עמדתם, יש להביא בפניהם את כל הנתונים העובדתיים הרלבנטיים. לא למותר לציין, כי עמדתם של הגורמים המייעצים איננה מחייבת את המשיבה, אך היא חייבת להביא אותה במסגרת שיקוליה.

33. ככלל, השאלה האם **האופן** בו קוימה ההתייעצות במקרה כזה או אחר, ממלא אחר חובת ההתייעצות, היא שאלה שיש להכריע בה על פי עובדות המקרה הספציפי, אולם בפסיקה נקבעו קווים מנחים לטיבה של ההתייעצות ומה עליה לכלול, נוכח מטרתה.

על מטרתה של חובת ההיוועצות ועל חשיבותה עמד בית המשפט העליון עוד בע"פ 22/89 מחמוד עזבה נגד מדינת ישראל פד"י מג(2) (31.7.1989) (להלן: "עניין עזבה"). אמנם השאלה העיקרית שם הייתה, האם ניתן למלא אחר חובת ההיוועצות בשיחה טלפונית. בכך נחלקו הדעות, אולם שלושת שופטי ההרכב דיברו בחשיבות קיום ההיוועצות, נוכח המשמעות הדרסטית של צו הריסה והצורך שבפני הגורם המחליט יהיו מרב הנתונים והשיקולים, בראייה מרחבית כוללת, על מנת למנוע שימוש מוטעה בסמכות, שתוצאותיה כה קשות.

כבוד השופט בייסקי (אליו הצטרף כבוד השופט חלימה) ציין כי: "מטרת ההתייעצות היא ברורה ממהותו של צו הריסה מינהלי, שהינו בדרך כלל צו דראסטי, הגם שהוא מתייחס למבנה שהוקם שלא כדין [...] טיבה וטבעה של



ההתייעצות הם, כי כל בעל דברים ישמיע עמדתו, כשהחלטה נשארת בסופו של דבר בידי מי שהמחוקק מסר לו את הסמכות להכריע. מטרת ההתייעצות היא, כי בעל הסמכות יקבל את השקפת ראש הרשות המקומית [שם ראש הרשות המקומית היה זה שהוציא את הצו - ת.ש.נ.] לגבי כל מקרה ומקרה, על היבטיו המגוונים, ואשר יעזרו לו בשיקוליו ובקבלת ההחלטה המתחייבת בראייה הכוללת של העניין".

כבוד השופט מצא ציין בעניין זה, כי "מבחינת מטרתה - כך הדעת נותנת - מיועדת ההתייעצות ליצור את המעמד וההזדמנות להשמעת עמדתו של ראש המועצה המקומית הנוגעת בדבר, על-מנת שגם עמדה זו תובא בחשבון על-ידי ראש הוועדה המקומית בגדר כלל שיקוליו, קודם להוצאתו של צו הריסה מינהלי [...] אין צריך לומר, כי שימוש בלתי זהיר מצד ראש ועדה מקומית כלשהי בסמכות הנתונה לו בסעיף 238א(א) לחוק [הוא הסעיף הרבנטי שלפני תיקון 116, שהיה אז בתוקף - ת.ש.נ.] עלול להניב תוצאות קשות וחמורות; והחשש לשימוש מוטעה בסמכות האמורה - ולוא רק בשל העדרו של מידע עובדתי רלוואנטי - מתעורר ביתר שאת ביחס לראש ועדה מקומית, הפועלת ברשות מרחבית, מאשר ביחס לראש ועדה מקומית, שתחום סמכותה חופף לתחומיה של רשות מקומית אחת. אין זאת אלא שחובת ההתייעצות ... מיועדת לצמצם את החשש לשימוש מוטעה בסמכותו, על רקע של העדר מידע או חוסר מודעות לקיומם של שיקולים נוספים שראוי להביאם בחשבון בעת גיבוש החלטתו". ראו גם: ע"מ 3518/02 רמזי יוסף רג'בי נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, נז(1) 196 (27.11.2002).

34. בענייננו טוען המערער, כי התכנית המפורטת אשר הופקדה על פי החלטת המועצה הארצית, עברה את שלב ההתנגדויות והיא אמורה לקבל אישור, אשר מתעכב בשל "מצב הקורונה" וכי על פי התכנית, המקרקעין עתידיים לשנות ייעוד לצורכי תעסוקה ומסחר וקיימת היתכנות למתן היתר לבניה האסורה. המשיבה טוענת כי שלב ההתנגדויות טרם עבר, אולם אין צורך שאכריע בכך, נוכח כך שהמידע בנוגע לתכנית לא הובא בפני הגורם המייעץ (כפי שיפורט להלן). במסגרת ערעור זה אין צורך שאקבע האם התכנית מצדיקה אי הוצאת צו מנהלי, או אניח מה הייתה המלצת הגורם המייעץ אילו המידע כולו היה מובא בפניו. אין זה מתפקידה של ערכאת הערעור. די בכך שהמידע המלא לא הובא בפני הגורם המייעץ, כדי שייקבע כי נפל פגם חמור במילוי חובת ההיוועצות, דבר הפוגם בהוצאת הצו המנהלי ומחייב ביטולו.

35. כאמור, אין חולק כי קויימה היוועצות. אולם, ממסמכי ההיוועצות ומתצהירו של המפקח מר ארנון שמולביץ, כמו גם מעדותו בפני בית משפט קמא עולה, שבמסגרת ההיוועצות לא צויינה התכנית ולא הובאו בפני הגורם המייעץ כל פרטים לגביה, לגבי השלב בו היא מצוייה ולגבי התאמת הבנייה האסורה לתכנית.

אמנם, המפקח אמר בעדותו, כי "היועץ המשפטי רואה את כל התיק", אך מדובר באמירה כללית, אשר איננה יכולה להתקבל, בוודאי לא לאחר שהמפקח אמר בעדותו כי הם (הוא והמשיבה) אינם אמורים לבחון את התכנית או לשקול אותה וכי אין זה מתפקידם להפנות לתכנית. בנוסף, במקום אחד בעדותו אמר המפקח כי צו ההריסה הוצא גם בגלל התכנית, לשם מניעת קביעת עובדות בשטח ופעם אחרת אמר, כי הצו הוצא ללא קשר לתכנית. מכל מקום - נראה שבית משפט קמא יצא מנקודת מוצא לפיה הפרטים הנ"ל לא הונחו בפני הגורם המייעץ, אך סבר שאין צורך בכך (ראו פסקה 8 להחלטת בית משפט קמא).

36. אוסיף ואומר, כי על הגורם המייעץ לפרט, במסמך ההיוועצות את כל החומר ואת כל המסמכים אשר עמדו בפניו בטרם גיבש עמדתו. במקרה דנן, הגורם המייעץ לא ציין בחוות דעתו, הכתובה במסמך ההיוועצות, כי התכנית,



פרטיה ומצב התכנון העדכני היו בפניו ולמעשה - כלל לא התייחס לתכנית.

37. השאלות מהו השלב בו מצויה התכנית והאם, ככל שתאשר התכנית, ניתן יהיה לקבל היתר בנייה לבנייה האסורה, רלבנטיות לשיקוליו של הגורם המייעץ גם נוכח מסמך מדיניות אכיפת דיני התכנון והבניה, אשר הוצא על ידי המדינה ביום 14.3.16 והומצא לתיק קמא. במסמך זה הותוו קווים מנחים וקריטריונים לאכיפת דיני התכנון והבניה על ידי היחידה הארצית. בין היתר נקבע שם, כי יש להביא בחשבון "אופק תכנוני להכשיר את העבירה" (סעיף d iii) וכי **"במקומות בהם יש אופק תכנוני והעבירה ניתנת להסדרה, ההליכים המנהליים יכוונו להפסקת העבירה לצורך הסדרה ולא בהכרח להשבת המצב לקדמותו"**. בנספח נקבע כי **"הדגשים לאכיפה מדינתית במגזר הערבי"** נקבע, כי **"באשר לאכיפה במגזר הערבי נדרשת התייחסות מיוחדת, אשר תיקח בחשבון את המצב התכנוני הקיים, החדש והמתהווה..."**.

הנה כי כן, ממסמכי המדיניות, שהוצאו על ידי המדינה עולה כי לתכנית, הנמצאת בשלבים מתקדמים, חשיבות לעניין הפעלת שיקול הדעת של הגורם המייעץ. בנסיבות אלה, בהן המידע התכנוני לא הובא בפני הגורם המייעץ ולא נשקל על ידו השלב בו מצויה התכנית והסיכויים להכשרת המבנה במסגרתה, אין מנוס מקביעה לפיה לא עמדה בפניו התשתית העובדתית המלאה, על מנת שיוכל לשיקול כראוי האם יש להוציא צו מנהלי, במקרה זה, אם לאו. על מנת למנוע טעות אבהיר, כי **אינני** מביעה כל עמדה בשאלה **מה** הייתה המלצת הגורם המייעץ אילו נתונים אלה היו מובאים בפניו, אלא רק שאי הבאת הנתונים בפניו לא אפשרה לו להפעיל את שיקול דעתו כראוי.

בכך יש לראות משום פגם מהותי וחמור, בגינו יש להורות על ביטול הצו.

38. על מנת למנוע אי הבנה, אציין ואף אדגיש כי אין לשמוע מדבריי אלה, כי יש להביא בפני הגורם מייעץ, כל תכנית שהוגשה לגבי המקרקעין עליהם נבנתה בנייה אסורה. **בהחלט לא!** יש לשקול כל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו.

בע"פ (י-ם) 40269/07 יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' מחמד גומעה סרחאן (22.11.07) עליו נסמך בית משפט קמא בהחלטתו, היה מדובר במקרה בו, סמוך לפני הוצאת הצו המנהלי, פתח המשיב (מי שבנה את הבנייה האסורה) בהליכים לאישור תכנית מתאר נקודתית מתוקנת. בית המשפט קבע שם - ובדין קבע, כי הליכים לאישור תכנית כזו הם "כידוע הליכים ממושכים הנפרשים בדרך-כלל על-פני חודשים ארוכים ואף שנים" ולכן העובדה שהתכנית לא הייתה בפני הגורם המייעץ איננה פוגמת בתוקף ההחלטה להוציא את צו ההריסה המינהלי, ואינה מקימה עילה לביטול הצו "ומכל מקום לא ניתן לראות בדבר משום פגם מהותי היורד לשורשו של הצו והופכו לבטל מעיקרו". לא כך הדבר בענייננו, בו, כאמור, מדובר בתכנית אשר, על פי הנטען, עברה את שלב ההתנגדויות ועומדת להיות מאושרת.

עוד אבהיר, כי אני דוחה את טענת המערער לפיה היה על המשיבה להביא בפני הגורם המייעץ את העובדה שבמקום פועל גן אירועים מזה 30 שנה. זו איננה עובדה רלבנטית לשאלה אם יש להוציא צו הריסה לבנייה "טריה" בלתי חוקית. ממילא, לא הייתי רואה בכך שיקול "לקולא", אלא "לחומרה", בוודאי שעה שקיים צו הריסה שיפוטי למבנה.



39. חשוב להדגיש כי אינני מתעלמת מחומרת מעשיו של המערער אשר, בעזות מצח מקוממת, הוסיף בנייה למבנה שהוקם ללא היתר ואשר לגביו קיים צו הריסה שיפוטי אשר איננו מבוצע כבר מספר שנים. אף אינני קובעת כי בנסיבות המקרה דנן לא היה מקום להוציא צו הריסה מנהלי. כל שנקבע על ידי הוא, כי לא ניתן היה להוציא את הצו ללא קיום חובת היועצות ראויה ומלאה, היינו - הבאת מלוא החומר הרלבנטי בפני הגורם המייעץ, הכולל את התכנית, את השלב בו היא מצוייה ומידע האם ניתן יהיה להכשיר את הבנייה במסגרתה.

40. בשולי הדברים ולמען הסר ספק אבהיר, כי ביטול הצו המנהלי איננו מונע הגשת כתב אישום בגין הבנייה האסורה. בידי רשויות האכיפה מספר אמצעים לשם אכיפת דיני התכנון והבנייה - בין הגשת כתבי אישום בגין בנייה אסורה על מנת שלא ייצא חוטא נשכר ועל מנת להרתיע הן את מבצע הבנייה והן אחרים, ובין הוצאת צווים מנהליים (צווי הפסקת עבודה או צווי הריסה) על מנת למנוע קביעת עובדות בשטח וסיכול תכניות. על הרשויות לבחור מהו האמצעי המתאים ואף רשאיות הן לנקוט, במקביל, הן אמצעי מנהלי והן אמצעי שיפוטי.

בכל מקרה - על הרשויות להקפיד במיוחד בהוצאת צווים מנהליים ובמיוחד - צו הריסה שהוא אמצעי בלתי הפיך ולהבטיח שהצווים יוצאו רק בהתאם להוראות החוק ולאחר מילוי קפדני של כל הדרישות הקבועות בחוק.

בענייננו מצאתי, כאמור, כי הצו פגום ולכן יש לבטלו.

41. התוצאה היא שאני מקבלת את הערעור ומורה על ביטול החלטת בית משפט קמא ועל ביטול צו ההריסה המנהלי.

ביטול החלטת בית משפט קמא משמעותה היא ביטול החיוב בהוצאות שהושת שם על המערער. ככל שהוצאות אלה שולמו, המשיבה תחזיר אותן למערער בתוך 30 ימים מקבלת פסק דין זה.

לא מצאתי מקום לפסוק הוצאות בהליך זה.

המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים ותסגור את התיק.

ניתן היום, ו' כסלו תשפ"א, 22 נובמבר 2020, בהעדר הצדדים.