



עפ"א 69834/01/20 - אמירה שרגא, שמואל שרגא נגד ועדה מקומית לתכנון ובנייה חבל אשר

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 69834-01-20 שרגא ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה חבל אשר
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל
מערערים 1. אמירה שרגא
2. שמואל שרגא

ע"י ב"כ עוה"ד דוד אמסלם ואח'

נגד
משיבה
ועדה מקומית לתכנון ובנייה חבל אשר ע"י ב"כ עוה"ד לילך
גפני-רוזינס

פסק דין

הערעור

1. לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בקריות (כבוד השופטת ס' פלג קימלוב) מיום 29.12.2019 בתיק בצ"ה 49735-07-19 (להלן: "**החלטת קמא**" או "**ההחלטה**") לפיה קיבל בית משפט קמא את בקשת המשיבה (להלן: "**בקשת ההריסה**" או "**הבקשה**"), להורות על הריסה, ללא הרשעה, של גדר (להלן: "**הגדר**") שנבנתה על ידי המערערים, בשנת 1999, על מקרקעין במושב לימן, הידועים כחלקה 37 בגוש 18210 בצמוד, ממערב, לנחלה מספר 180 (להלן: "**המגרש**").

2. בבקשה נטען, כי מבוקש להוציא צו להריסת "**קיר תוחם לנחלת המשיבה, עשוי באורך של כ- 30 מ"א ובגובה של כ- 2 מ"ג... שהוקם ללא היתר ובסטייה מהיתרים, בתוך תוואי דרך, במושב לימן ואשר קיומו מסכל את סלילתה של הדרך הנדרשת לרווחת תושבי המושב**". עוד נכתב בבקשה, כי המקרקעין עליהם בנויה הגדר, מצויים בבעלות רשות מקרקעי ישראל ומוחזקים על ידי המשיבה וכי על פי התוכניות החלות על המקרקעין מצויה הגדר בתחום דרך/כביש מס' 23 (ההדגשות, כאן ובהמשך, אינן במקור).

בבקשה נטען עוד, כי הגדר (המכונה "קיר" או "העבודות") אינה כלולה באיזה מההיתרים שניתנו למערערים וכי היא בנויה בחריגה מגבול המגרש, אל דרך סטוטורית מספר 23, שממערב לנחלת המשיבים, באופן "המנכס" חלק מהדרך למגרש של המערערים ומסכל את אפשרות סלילתה בתוואי שלה ואת השלמת התשתיות הדרושות לחמש נחלות הסמוכות למגרש המערערים.



העובדות

3. מעשה שהיה כך היה;

המערערים, תושבי מושב לימן (להלן: "**המושב**"), הגישו, לפני כעשרים שנה, בקשה ללגיטימציה עבור: שתי סככות; בריכת שחיה; גדר סביב הבריכה; **גדר בחזית המגרש 50 מ"א** (להלן: "**בקשת ההיתר**"). בהחלטה מיום 28.8.98 אישרה הוועדה המקומית לתכנון ובניה חבל אשר (להלן: "**הוועדה**") את הבקשה, במלואה, וביום 12.4.1999 היא הנפיקה למערערים היתר בניה שמספרו 980143 (להלן: "**היתר הבניה**" או "**ההיתר**"). ההיתר צורף כנספח ה' לתשובת המערערים לבקשת ההריסה.

במהלך השנים, הגישו המערערים בקשות שונות להיתרי בניה, הן לפני הבקשה הנ"ל להיתר והן לאחריה. חלק מהבקשות נזנח והשאר - אושר. לשתיים מהן אתייחס בהמשך.

4. על המקרקעין חלה תכנית ג/5472, שפורסמה למתן תוקף ביום 29.3.1985 וכן תכנית ג/18731, אשר פורסמה למתן תוקף, ביום 15.12.14. על פי שתי התוכניות, ייעוד השטח עליו בנויה הגדר הוא, כאמור, לדרך/כביש מספר 23. התוכנית משנת 2014 נועדה, בין היתר, להכפיל את מספר הנחלות במושב מ-62 נחלות ל-124 נחלות. לאחר אישור תצ"ר על פי התכנית משנת 2014, נמצא, כי מספר תושבים וביניהם המערערים, בנו בחריגה מגבולות מגרשיהם, לתוך שטחים ציבוריים. המשיבה הודיעה על כך למערערים (ולאחרים) אך הותירה את המצב כפי שהוא, עד שהשטחים הציבוריים יפותחו.

5. בחודש אפריל 2018 החלה המועצה המקומית לבצע עבודות תשתית, לשם איוש הנחלות החדשות במושב, ובכלל זה - סלילת הדרך והנחת תשתיות בכביש 23, סמוך לנחלת המערערים. המשיבה פנתה אל המערערים על מנת שיהרסו את הגדר, אולם הם סרבו, בטענה שהיא נבנתה על פי היתר כדן. עם זאת, בשימוע אליו זומנו על ידי המשיבה (בשנת 2018) הסכימו המערערים שהמשיבה תהרוס את הגדר, על חשבונה ובלבד שהיא תבנה אותה מחדש, בתוך גבולות המגרש. המשיבה סרבה ובהמשך הגישה את בקשת ההריסה, הנסמכת על ביקור פקח במקום ועל עדויות ומסמכים, שצורפו לבקשה.

6. המערערים המציאו לבית משפט קמא, חוות דעת (להלן: "**חו"ד המערערים**") שנערכה על ידי המודד המוסמך, מר אוסאמה סמעאן (להלן: "**המודד**") אשר ביצע מדידות בשטח וקבע, כי הגדר נבנתה בהתאם להיתר הבניה וכי היא איננה בנויה בתוואי הדרך. המשיבה לא הגישה חוות דעת נגדית.

החלטת בית משפט קמא

7. בית משפט קמא ציין, כי בבקשות למתן היתרי בניה, שקדמו לבקשת ההיתר, לא נכללה הגדר וכי היא נכללה לראשונה, בבקשת ההיתר, היא הבקשה השישית שהגישו המערערים, למתן היתר בניה. היתר הבניה על פי בקשה זו,



שמספרו 980143, ניתן למערערים בשנת 1999 והוא כולל בניית "גדר בחזית המגרש 50 מ"א". עוד ציין בית משפט קמא, כי "להיתר מצורפת בקשה חתומה בחתימת היתר ומתשריט הבקשה להיתר ניתן להיווכח בבירור כי הקיר בחזית המגרש שורטט כמוצע בתוך גבול המגרש". היתר זה מכונה על ידי בית משפט קמא "היתר מס' 6" וכך הוא יכונה גם בפסק דין זה.

חרף זאת, קבע בית משפט קמא, כי אין בין היתרי הבניה שניתנו למערערים היתר אשר כלל את הגדר, ששורטטה בתוך גבולות המגרש.

בית משפט קמא ציין, כי בתשריט שצורף לבקשות 8 ו-9 להיתרי בניה, שהגישו המערערים לאחר היתר מספר 6 - בקשה להתרת "שימוש חורג להסבת מבנים חקלאיים לתעשייה" וכן בקשה "להקמת מחסן חקלאי" (אשר נזנחה), שורטטה הגדר מחוץ לגבולות המגרש, בתוואי הדרך.

בית משפט קמא הוסיף ואמר, בעניין זה, כי בקשת ההיתר והתשריט המלווה אותה, שצורפו על ידי המערערים לתשובתם לבקשת ההריסה, אינם חתומים ולכן המערערים אינם יכולים להסתמך עליהם, מה גם שאין אסמכתא שהם הוגשו ושהם היוו בסיס להיתר שניתן "ולא מן הנמנע כי מדובר באחת מגרסאות מוצעות להגשת בקשה". בנוסף קבע בית משפט קמא, כי חוות דעת המערערים אינה יכולה לסייע להם שכן, ככל שהמודד הסתמך על המסמך שצורף לתשובת המערערים, הוא הסתמך על בקשה ותשריט בלתי נכונים.

לכן קבע בית משפט קמא, כי "הבקשה עונה על התנאי הראשון המתייחס לעבודה אסורה או בניה אסורה או חריגה מהיתר".

8. מכאן עבר בית משפט קמא לשקול את האינטרס הציבורי אל מול האינטרס הפרטי וקבע, על פי טיעוני המשיבה, כי סלילת הכביש טרם הסתיימה וכי מנספח ז' לבקשה עולה, כי התנגדות המערערים להריסת הגדר גורמת לעיכוב גם בהשלמת תשתיות לחמש נחלות סמוכות.

בית משפט קמא קבע, כי במקרה דנן קיים אינטרס ציבורי מובהק, בהריסת הגדר, המצויה על קרקע המיועדת לדרך, כך שמדובר בפגיעה מהותית במרקם התכנוני בעוד שמנגד - משקלו של האינטרס הפרטי פחות. עוד ציין בית משפט קמא, כי הוא שוכנע כי שלושת התנאים הנדרשים בחוק ובפסיקה מתמלאים וכי החלטת המשיבה להעדיף הליך של הריסה ללא הרשעה על פני הגשת כתב אישום והעמדה לדין, סבירה בנסיבות העניין, שכן מדובר בבנייה שככל הנראה התיישנה.

9. לפיכך קיבל בית משפט קמא את הבקשה ונתן צו המורה על הריסת הגדר בקבעו, כי המערערים יהרסו את הגדר בתוך 60 ימים וכי, ככל שלא יעשו כן, רשאית המשיבה לבצע את ההריסה ולהיפרע הוצאותיה מהמערערים.

בסיום הדיון בערעור הוריתי על עיכוב ביצוע של צו ההריסה, עד למתן פסק הדין בערעור.



עיקר טיעוני המערערים

10. במישור הדיוני טוענים המערערים, כי לא ניתנה להם הזדמנות להפריך את טענות המשיבה ולהוכיח את טענותיהם, שכן בית משפט קמא קיים דיון קצר אחד, בלתי מעמיק, משל היה מדובר בצו הריסה מנהלי ולא שמע ראיות.

במישור המהותי טוענים הם, כי בית משפט קמא שגה בכך שביסס את מסקנותיו על הטענה לפיה התשריט, עליו התבסס המודד, אינו תואם את תשריט היתר הבנייה.

במישור העובדתי טוענים המערערים כי עבודות סלילת הדרך הושלמו זה מכבר וכי הגדר איננה מפריעה לדרך או לביצוע עבודות תשתית או לעבודות אחרות ביישוב ולכן השארתה על תילה, איננה פוגעת באינטרס הציבורי.

11. טענתם העיקרית, לגופו של ענין היא, כי הם בנו את הגדר תוך הסתמכות על היתר הבנייה (סומן מש/1 בבית משפט קמא), במיקום המסומן בהיתר וכי רק בדיעבד התברר, שהמשיבה התרשלה במתן היתר הבנייה, אשר טרם בוטל. לשיטתם, ככל שהמשיבה מבקשת לבטל את ההיתר, אין היא יכולה לעשות זאת באמצעות בקשה לצו הריסה.

עיקר טיעוני המשיבה

12. המשיבה טוענת, כי נוכח החלטתה שלא להעמיד לדין את המערערים ונוכח כך שאין כיום מחלוקת שהגדר אינה מצויה בתחומי המגרש של המערערים אלא בתחומי דרך ציבורית, השאלה אם הגדר הוקמה בהיתר אם לאו, איננה רלבנטית, אלא יש להתרכז באינטרס הציבורי, שבמקרה זה לא ניתן לחלוק עליו.

לדבריה, עבודות הסלילה טרם הסתיימו והגדר מפריעה, הן לדרך והן לעבודות תשתית, הצריכות לשרת חמש נחלות סמוכות.

לטענתה, לב לבו של היתר הבנייה, היא בניה בתוך גבולות המגרש; ההיתר לא התכוון להתיר, ולא התיר, לבנות את הגדר מחוץ לגבולות המגרש, בתוך תוואי דרך. משמעות היות הגדר בתוך תוואי הדרך היא, כי היתר הבנייה בו נתלים המערערים, אינו תואם את המצב התכנוני, כך שמדובר בהיתר שניתן שלא כדין ואילו העובדות היו ידועות בזמנו, ההיתר לא היה ניתן.

לדבריה, הגדר מסומנת בבקשה להיתר כ"גדר מוצעת" ולכן השאלה היכן, במפה המצבית, משורטטת הגדר, פחות רלבנטית.



לשיטתה, השאלה "מי אשם", בכך שההיתר ניתן של כדון, אף היא איננה רלבנטית להליך זה. לדבריה, "אנו מדברים על היתר שניתן בשנות ה-80, טעויות אלה קרו, מדובר על מדידה שאינה דיגיטלית".

13. בד בבד ולמעשה - בניגוד לטענות הנ"ל, טוענת המשיבה, כי הגדר נבנתה שלא לפי ההיתר והיא נסמכת על כך שבבקשות 8 ו-9 למתן היתרי בנייה, שהגישו המערערים, שורטטה הגדר בתוך תוואי הכביש. לדבריה לא ניתן להסתמך על חוות דעת המערערים, מאחר שהמודד עבד לפי גרמושקה שאיננה נושאת את חותמת ההיתר והיא שונה מזו שלגביה ניתן ההיתר.

דין והכרעה

14. המקרה שלפניי הוא מקרה בלתי שגרתי, בו נעשתה בנייה על פי היתר בנייה ורק בדיעבד, לאחר שנים, התברר כי ההיתר ניתן בטעות לגבי גבולות המגרש, ככל הנראה - עקב טעות במדידות שבוצעו בזמנו (לפני למעלה מ-20 שנה). חשוב להדגיש, כי לא הועלתה כל טענה כי המערערים הטעו, במזיד, את המשיבה, או כי ידעו על הטעות במפה המצבית, או כי היו צריכים לדעת עליה, או כי פעלו בחוסר תום לב.

נוכח הבעייתיות הקיימת במקרה דנן, אשר אף אינה מזמנת פיתרון כולל, במסגרת הליך זה, הצעתי לצדדים להגיע להסכמה לפיה המערערים לא יתנגדו להריסת הגדר על ידי המשיבה, על חשבון המשיבה, וככל שהמערערים ירצו לבנות גדר בתחום המגרש, תיעשה הבנייה על חשבונם. המערערים קיבלו את הצעתי אולם המשיבה התנגדה לה ולכן אין מנוס מהכרעה על פי הדין.

15. לאחר ששקלתי את כל אשר לפניי מצאתי כי יש להתערב בחלק מממצאיו וקביעותיו של בית משפט קמא, אך עם זאת - (שלא מנימוקי בית משפט קמא), יש לדחות את הערעור, למעט בנוגע לזהות מבצע ההריסה.

16. אפתח בכך שאומר, כי אינני מוצאת מקום לקבל את הטענה הדיונית של המערערים. בבית משפט קמא התקיימה ישיבה אחת, בה כל צד חזר על הטענות שהגיש בכתב והוסיף דגשים. לו רצו המערערים שבית משפט קמא ישמע ראיות היה עליהם לבקש זאת בישיבה זו, או לפנייה. לא מצאתי כי כך עשו. ב"כ המערערים טוען כי מאחר שבסיום הישיבה קבעה כבוד השופטת קמא, כי לאחר שהיא תעיין בכל החומר שהוצג לעיונה, תינתן על ידה החלטה באשר להמשך ההליך, הוא ציפה שההליך יימשך והופתע לקבל החלטה סופית.

ניתן להבין את תחושתו אולם, לאחר שעיינתי בחומר ונתתי דעתי לטיעוני הצדדים אין, לטעמי, כל צורך להחזיר את הדיון לבית משפט קמא, על מנת שישמע ראיות (כאחת משתי האפשרויות שהוצעו על ידי ב"כ המערערים). זאת - מאחר שכל העובדות הדרושות לשם הכרעה מצויות במסמכים שהוגשו וברורות מהם.

17. גם התשובה למחלוקת הלכאורית בשאלה אם הגדר נבנתה על פי היתר הבנייה, מצויה במסמכים והיא ברורה



לחלוטין; בדיון בערעור הגישה ב"כ המשיבה, לעיוני, שתי גרמושות; האחת - הגרמושה שנחתמה במסגרת היתר הבנייה (היתר מס' 6) והאחרת - זו שעל פיה עבד המודד (שאיננה נושאת חתימה המאשרת את ההיתר). ניתן היה לראות, בבירור, כי בשתי הגרמושות מופיעה בדיוק אותה מפה מצבית. גם ב"כ המשיבה לא חלקה על כך.

18. בטרם אדון בהיבט המשפטי, יש להעמיד על מכונו את הבסיס העובדתי לדיון, השונה מזה אשר נקבע על ידי בית משפט קמא.

אמנם, כלל ידוע ומבוסס הוא, כי ערכאת הערעור איננה מתערבת בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אך אין מדובר בכלל "טכני", אלא בכלל מהותי, שהגיונו נעוץ בעובדה שהערכאה הדיונית, בניגוד לערכאת הערעור, רואה ושומעת את העדים ויכולה להתרשם מהאופן בו הם מוסרים את עדותם, משפת גופם ומהתנהגותם בעת מסירת העדות. לכן, ההלכה תקפה ביתר שאת, במקרים בהם עיקר הראיות מבוסס על התרשמות ישירה של הערכאה הדיונית מעדויות העדים. "... ברי כי במקרים אלו המשקל הרב שיש להתרשמותה הבלתי-אמצעית של הערכאה הדיונית מהעדים וליכולתה לתור באופן ישיר אחר אותות האמת שנתגלו בעדויותיהם משפיע על היקפה המצומצם של התערבות ערכאת הערעור בממצאיה של הערכאה הדיונית..." - ראו: ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל (12.01.1983); ע"פ 4629/09 פלוני נ' מדינת ישראל (18.11.2009).

חריגים לכלל זה באים לידי ביטוי רק במקרים נדירים ויוצאי דופן, "בהם מוצאת ערכאת הערעור כי המסכת העובדתית אשר נקבעה על ידי הערכאה הדיונית אינה מתקבלת על הדעת ואינה מתיישבת עם חומר הראיות" - ע"פ 190/82 הנ"ל וכן ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל (23.6.2010) ופסקי הדין הנזכרים שם. כן ראו: רע"פ 7404/09 אברהם נ' מדינת ישראל (22.11.2009); ע"פ 6056/07 אלחמידי נ' מדינת ישראל (26.3.2009).

כמו כן נקבע, כי **מסקנות** שהסיקה הערכאה הדיונית, להבדיל מקביעת העובדות עצמן, חשופות לביקורתה של ערכאת הערעור, שהרי "... לערכאה הדיונית אין יתרון על פני ערכאת הערעור ככל שנוגע הדבר להסקת מסקנות מתוך הראיות והעדויות, להבדיל מקביעת העובדות עצמן [ראו לדוגמה: עניין מרקוס, בעמוד 235; ע"פ 2353/08 הנ"ל, בפסקה 11 לפסק הדין; השוו: ע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 265, 287 (1994)]" - ע"פ 7747/08 פלוני נ' מדינת ישראל (05.08.2010)

19. כאמור - במקרה דנן לא נשמעו ראיות וממצאיו ומסקנותיו של בית משפט קמא נשענים על המסמכים שהוגשו ועל טיעוני הצדדים. לפיכך, אין לבית משפט קמא יתרון על פני ערכאת הערעור. עיון במסמכים שהוגשו בתיק קמא מעלה, כי ממצאי בית משפט קמא לפיהם הגדר נבנתה שלא לפיה היתר הבנייה, אינם עולים בקנה אחד עם המסמכים. לפיכך, וכפי שיפורט להלן, קמה הצדקה להתערבות בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי בית משפט קמא.

20. המודד מטעם המערערים קבע, כאמור, כי הגדר נבנתה בדיוק במקום בו הותר לבנותה על פי היתר הבנייה. המשיבה לא הגישה חוות דעת נגדית, ויתרה על חקירת המודד ולא סתרה קביעה זו. מאחר שכפי שצוין לעיל, שתי הגרמושות זהות, אף אין כל משמעות לכך שהמודד עבד לפי הגרמושה, עליה לא הושמה חתימת אישור ובהחלט ניתן



לקבוע על פי חוות דעתו, כי הגדר נבנתה במיקום בו היא סומנה, כגדר מוצעת, בבקשה להיתר מס' 6.

נוכח טענת המשיבה אציין, כי אין ולא כלום בכך שהגדר מסומנת בבקשה להיתר מס' 6 כ"גדר מוצעת". שהרי, משאושרה הבקשה במלואה וניתן היתר לבנייתה כל המבוקש בה, כולל בניית הגד במקום המוצע (שאושר) היא בנייה על פי ההיתר.

22. מנגד, לא ניתן לקבל את קביעת המודד לפיה הגדר אינה בנויה בתוואי הדרכ, שכן בעניין זה קיימות ראיות מוצקות אחרות, הסותרות קביעה זו ובכללן - נספחים ד' - ח' לבקשת ההריסה) וכן בקשות נוספות להיתרי בנייה, שהוגשו על ידי המערערים עצמם; במפות המצביות שבבקשות להיתרים 8 ו- 9, אשר הוגשו על ידי המערערים בשנים 2004 ו- 2006 ואשר הוכנו על ידי מודד מטעמם, משורטטת הגדר מחוץ לגבול המגרש ובתוך תוואי הדרכ הגובלת בו.

קיים, אפוא, בסיס איתן לקביעה, כי הגדר מצויה מחוץ לגבולות המגרש ובתוך תוואי הדרכ וכי היתר מס' 6 ניתן על פי מפה מצבית בה נפלה שגגה בשרטוט גבול המגרש, הגובל בדרכ.

23. יש, אפוא, לבחון מהי משמעותה של שגגה זו, לעניין תוקף היתר הבנייה ולעניין סמכותו של בית המשפט להורות על הריסת הגדר ללא הרשעה.

24. בקשת המשיבה למתן צו הריסה ללא הרשעה הוגשה לפי סעיף 239 לחוק התכנון והבנייה, הקובע:

"(א) בית המשפט המוסמך כהגדרתו בסעיף 234(ג) רשאי, לבקשת תובע, לצוות על הריסת עבודה אסורה אף אם לא הוגש כתב אישום בשלה, ובלבד שיש עניין ציבורי מיוחד במתן הצו ומתקיים אחד מאלה:

- (1) לא ניתן למצוא את האדם שביצע את העבודה האסורה, בשקידה סבירה;
- (2) לא ניתן או שאין זה מעשי למסור לאדם הזמנה לדין, בשקידה סבירה;
- (3) לא ניתן להוכיח מי ביצע את העבודה האסורה;
- (4) מי שביצע את העבודה האסורה נפטר או שאינו בר-עונשין, לרבות בשל התיישנות שחלה על עבירת העבודה האסורה;
- (5) התובע החליט כי נסיבות המקרה בכללותן אינן מתאימות להמשך חקירה או להעמדה לדין פלילי לפי סימן ו'."

הבקשה דנן הוגשה לפי סעיף 239(א)(5), אשר אין חולק כי מתקיים.

25. לענייננו יש לתת את הדעת לתנאי הראשון לסמכותו של בית המשפט להורות על הריסת בנייה, היינו - לתנאי



האמור ברישא של סעיף 239 לחוק והוא - היות העבודה שבוצעה "עבודה אסורה".

"עבודה אסורה" מוגדרת בסעיף 203 לחוק כ: "בנייה או עבודה הטעונה היתר שנעשתה בלא היתר או בניגוד לתנאי ההיתר".

כאמור, מהמסמכים שהוגשו עולה, כי בניית הגדר נעשתה כאשר היה בידי המערערים היתר בנייה, וכי היא בוצעה **בהתאם לתנאי ההיתר**.

26. כאן ראוי לעשות אתנחתה ולהתייחס לטענת המשיבה לפיה, מאחר שהגדר לא נבנתה במלואה (נבנו 30 מ"א במקום 50 מ"א שאושרו בהיתר) יש לומר שהיא נבנתה בסטייה מההיתר.

לטעמי יש לדחות טענה זו;

את המונח "בסטייה מהיתר", ראוי לפרש על פי תכלית החקיקה, אשר באה למנוע בנייה בניגוד להיתר שניתן; בנייה בסטייה מהיתר היא בנייה אשר לא הותרה בהיתר, ממש כפי שבנייה בסטייה מתוכנית היא בנייה שאיננה מותרת על פי התכנית.

27. מבחינה לשונית, לא ניתן לומר שלא הותרה בניית גדר באורך של 30 מ' שעה שהותרה בניית גדר באורך 50 מ'. מבחינה מהותית ותכליתית, לא ניתן לראות בנייה של חלק מאשר הותר לבנות על פי היתר, כבנייה בסטייה ממנו, כך - לגבי גדר באורך קצר מזה שהותר, וכך לגבי בניית גדר נמוכה מאשר הותר בהיתר. אותו דין חל, גם מקום בו הותר לבנות סככה קטנה מהגודל שהותר בהיתר וכיוצ"ב. הכול, כמובן - ככל שהבנייה נעשית בתוואי, במקום וכן מאותם חומרים, כפי שהותרו בהיתר וככל שלא שונתה המהות של הבנייה.

לכן, לא ניתן לומר שהגדר נבנתה בסטייה מההיתר. מאידך, ברי שהיא נבנתה בסטייה מתוכנית.

28. וכעת - לבחינת תוקפו של היתר הבנייה -

בעניין זה יש לשאול, האם הגילוי **בדיעבד**, שההיתר ניתן מתוך טעות לגבי גבולות המגרש, כך שהתוצאה היא, שעל אף שהגדר נבנתה בדיוק לפי ההיתר, התברר שהיא איננה מצוייה בתוך המגרש, אלא מחוץ לו - בתחום תוואי הדרך, הופך את ההיתר לבטל מעיקרו או "רק" ניתן לביטול ומה משמעות הקביעה, לעניין השאלה אם בניית הגדר היא "עבודה אסורה", כמשמעות המונח בסעיף 239 לחוק.

29. בניגוד להלכה שנהגה בעבר, לפיה היתר בנייה שניתן שלא כדין, לאו היתר הוא, שכן הוא בטל מעיקרו ["מעשי



הרשות שנעשו תוך חריגה מסמכותה כאין וכאפס הם... היתר בניה אשר ניתן שלא כדין בטל מעיקרא הוא, ואין זו אלא פיסת נייר חסרת ערך" - ע"פ 284/74 שותפות אחים אריאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 390, 391 (2.12.1974) שולט כיום בכיפה כלל "הבטלות היחסית", המבחין בין הפגם (גם אם הוא מגיע כדי חוסר סמכות) לבין תוצאתו - לבין הסעד שניתן.

בהתאם לכלל זה - השאלה אם מעשה מנהלי ובכלל זה - מתן היתר, הוא בטל מעיקרו או שמא ניתן לביטול, נבחנת על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה; על בית המשפט לשקול את מהות הפגם וחומרתו, מהות הפרת החוק שבוצעה, את האינטרס הציבורי שנפגע ומידת הפגיעה בו, את אינטרס ההסתמכות של מי שפעל על פי ההיתר, תום לבו, הנזק שנגרם לו וכיוצא באלה שיקולים. ראו: ע"א 4079/05 הועדה המקומית לתכנון ובניה-שומרון נ' מעונה חברה לבנין בע"מ (11.11.2010) ופסקי הדין הנזכרים שם. כן ראו: **משפט מנהלי**, דפנה ברק-ארז הוצאה לאור של לשכת עורכי הדין (התש"ע-2010) (כרך ב') (עמ' 796-797; 800).

לסקירה מקיפה של התפתחות תורת הבטלות היחסית והגישות השונות, ראו את פסק דינה של כבוד השופטת מ' אגמון-גונן בעת"מ (ת"א) 19599-06-17 דבורה אוסדיטשר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה בני ברק (11.06.2018).

30. יש לציין כי גם פגם העולה כדי חוסר סמכות אין משמעו, תמיד, בטלות המעשה המנהלי: "... אין לשלול את האפשרות שחוסר סמכות לא יוביל בהכרח לבטלות מוחלטת. חוסר סמכות ובטלות מוחלטת אינם תאומי סיאם" - ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל (27.3.1996) (שם, בעמ' 816).

עם זאת, בשל מטרותם של דיני התכנון והבניה וההשלכות הציבוריות האפשריות של סטייה מהם, יש להיזהר בשימוש בכלל הבטלות היחסית, במסגרתם, בעיקר כאשר במעשי הרשות נפל פגם חמור. ראו, דברי כבוד השופטת ד' ברק ארז בע"מ 8518/11 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה נ' אלי ודן חברה לבנין בע"מ (4.2.2013), שם אמרה: "השימוש בעיקרון של בטלות יחסית צריך להיעשות בזהירות רבה יותר ככל שהפגם שנפל בפעולת הרשות הוא חמור יותר, ולא כל שכן פגם של חוסר סמכות" (שם, פסקה 27).

31. בענייננו, מדובר בפגם מהותי - אישור בניה המנוגדת לחיקוק- **בניגוד לתכנית**, בתחומי דרך סטטוטורית. לפגם כזה של מתן היתר בניגוד לתוכנית, יש השלכות ציבוריות משמעותיות ומרחיקות לכת. לא יכולה להיות מחלוקת, שהרשות **אינה מוסמכת** לתת היתר לבניה בניגוד לתכנית - בתחום דרך ציבורית.

ככל שההפרה גלויה וחמורה יותר, כך יהיה מקום לקבוע כי ההיתר שניתן תוך ההפרה, בטל מעיקרו ולא רק ניתן לביטול. "... אם ההפרה של הדין החל על הענין גלויה על פני הדברים, עד שהיא "זועקת בקול", כי אז יש לראות את ההיתר כבטל מאליו. בדרך כלל נהיה נוטים יותר לקבוע שקרתה הפרה כזאת, כאשר הופרה הוראה שהיא מעיקרי המתכונת שנקבעה בחקיקה הראשית להליך המינהלי של מתן היתרי בניה, בעוד שההפרה של פרט טכני כלשהו מפרטי התכנון לא תפסול את ההיתר כולו על-פי התקפת עקפין" - דברי כבוד הנשיא מ' לנדוי בד"נ 12/81 שפירא נ. מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645 (26.07.1982) (בעמ' 656).



32. המערערים לא סתרו את טענת המשיבה לפיה הגדר מצוייה על תוואי דרך סטטוטורית, טענה המתבססת על דו"ח הפקח מטעם המשיבה ועל תצ"א וכן על המפה המצבית אשר צורפה לבקשות להיתרים מס' 8 ו- 9 שהוגשו על ידי **המערערים עצמם**, ובה מסומנת הגדר מחוץ למגרשם של המערערים, בתוך תוואי הדרך הגובלת במגרש.

אמנם, הצדדים חלוקים בשאלה אם הגדר מפריעה לביצוע עבודות תשתית (כפי שעולה ממסמכים שצורפו לבקשת ההריסה (נספחים ד' - ח' לבקשת ההריסה) אם לאו, אולם אין צורך לברר עניין זה, שכן לענייננו די בכך שהגדר מצוייה בתחום דרך סטטוטורית, היינו - מנוגדת לתכנית.

33. תמימת דעים אני עם קביעותיו של בית משפט קמא, כי בענייננו "ניצב אינטרס ציבורי מובהק אל מול אינטרס פרטי שמשקלו פחות באופן משמעותי" (שם, פסקה 24). תוצאת הטעות היא אי חוקיות ההיתר, המהווה פגיעה בשלטון החוק ואף פגיעה אפשרות בפיתוח תשתיות (בין בהווה ובין בעתיד) שעה שמנגד - הפגיעה באינטרסים של המערערים, לרבות באינטרס ההסתמכות שלהם אינה גדולה, שהרי הגדר אינה נמצאת בתחומי מגרשם. בנסיבות אלה, בהן ההיתר ניתן בחוסר סמכות - שהרי, כאמור, אין לוועדה המקומית סמכות פונקציונלית לאשר היתר לבנייה בניגוד לתוכנית, בתוך תוואי דרך סטטוטורית - ונוכח משמעות התוצאות של מתן ההיתר, יש לקבוע כי מדובר בהיתר **בטל מעיקרו (Void)**.

34. השאלה "מי אשם" בטעות שנפלה, איננה צריכה הכרעה בהליך זה. ייתכן שתהיה לה משמעות לעניין השאלה מי צריך לשאת **בעלות** של הריסת הגדר ובעלות בנייתה מחדש, אך זאת - לעת לבוא, ככל שיבוא.

בהקשר לכך אציין רק, כי על רשות תכנון מוטלת חובה לבחון, בין היתר, אם בקשות להיתרי בנייה המוגשות לאישורה אינן נוגדות את תכניות המתאר החלות על האזור וספק אם המשיבה עשתה, במקרה דנן, את כל הדרוש בעניין זה. "גופי תכנון המוסמכים להעניק היתרי בנייה חבים חובת זהירות מושגית כלפי בני הציבור, להעניק היתרים התואמים לדין, ולהימנע ממתן היתרים שאינם מתיישבים עם הדין (ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 118 (1991) (להלן: ענין רוטברד)). מוסד התכנון אחראי להפעיל את סמכויותיו הסטטוטוריות כראוי, ולפעול במסגרת הדין. אחריות זו אינה מצטמצמת לחובתו במישור הדין הציבורי. היא מתרחבת גם אל עבר אחריותו במשפט הפרטי כלפי פרט שהסתמך על היתר הבנייה שניתן לו, פעל על פיו, שינה את מצבו לרעה, וסבל נזק. [...] כך, על מוסד תכנון מוטלת חובת זהירות מושגית כלפי אזרח הפונה אליו בבקשה להיתר בנייה, מקבל היתר כזה, פועל על פיו, ומשנה את מצבו בעקבותיו". ראו: ע"א 4079/05 הועדה המקומית לתכנון ובניה-שומרון נ' מעונה חברה לבנין בע"מ (11.11.2010). (אציין, במאמר מוסגר, כי בפסק דין זה שני הצדדים היו מודעים לפסול שבמתן היתר, בעוד שבענייננו - שניהם לא היו מודעים, אך העיקרון של חובת הזהירות המוטלת על הרשות קיים בשני המקרים). עוד אציין, כי אין בדברים הנ"ל כדי לשלול את חובת הזהירות וחובת תום הלב המוטלות על מגיש הבקשה, אך עניין זה יכולה לעמוד למגיש הבקשה הטענה כי פעל בתום לב ובהסתמך על אנשי מקצוע - הכל, כמובן, בשים לב לנסיבות הספציפיות של המקרה [ראו: ת"א (מחוזי נצ') 3512-08-12 י.ש.ר.ש. תחנות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה אצבע הגליל (13.07.2017)].

35. היתר אשר **בטל מעיקרו** בשל כך שהוא ניתן ללא סמכות פונקציונלית, כפי ההיתר דנן, לאו היתר הוא והוא



איננו יכול להיחשב כהיתר, לצורך המונח "עבודה אסורה" אשר בסעיף 203 לחוק. לכן, בנית הגדר מהווה עבודה אסורה וניתן להחיל עליה את סעיף 239 לחוק ולצוות על הריסתה, כפי שהורה בית משפט קמא.

עם זאת, על פי סעיף 239(ג) לחוק: "**צו הריסה לפי סעיף קטן (א) יבוצע בידי היחידה הארצית לאכיפה, הוועדה המקומית או רשות מקומית המוסמכת לאכיפה, ובלבד שחלפו 21 ימים לפחות ממועד המצאת הצו**" ולא על ידי המערערים, כפי שקבע בית משפט קמא.

36. האיזון בין הצדק האישי שיש לעשות עם המערערים אשר פעלו, לכאורה, בתום לב ללא שידעו על הטעות שבמפה המצבית (שנערכה על ידי מודד) וללא שידעו שההיתר ניתן להם מנוגד לחוק, ובין האינטרס הציבורי שבהריסת הגדר, בא לידי ביטוי, במקרה דנן, בכך שהמשיבה בחרה בדרך של בקשה להריסה ללא הרשעה ויכול שיבוא לידי ביטוי גם בשאלה על מי תיפולנה העלויות של הריסת הגדר ושל בנייתה מחדש. אך, כאמור - שאלה זו איננה עומדת להכרעה בהליך זה.

אוסף ואומר כי גם ללא סעיף 239(ג) לחוק, הייתי מוצאת לנכון, במסגרת האיזון הנ"ל, להטיל את ביצוע הריסת הגדר, על המשיבה ולא על המערערים. השאלות האם המשיבה רשאית לחזור אל המערערים בדרישה להחזר עלויות ההריסה ומנגד - האם המערערים רשאים לדרוש מהמשיבה מימון בניית גדר זהה בתוך גבולות המגרש, אינן מוכרעות במסגרת זו.

סיכום

37. טענת המשיבה לפיה הגדר נבנתה שלא על פי ההיתר, או בסטייה ממנו, נדחתה.

הוכח כי הגדר נבנתה במיקום בו היא סומנה במפת בקשת ההיתר, אשר אושר.

ההיתר שניתן בידי המערערים לבנות את הגדר בטל מעיקרו, בהיותו נוגד חיקוק - נוגד תכנית מתאר ונוכח כלל הנתונים ואיזון האינטרסים, בשים לב גם למטרות דיני התכנון והבנייה.

38. לאור כל האמור לעיל, הערעור על החלטת בית משפט קמא לצוות על הריסת הגדר, נדחה. עם זאת נקבע, בזה, כי הגדר תיהרס על ידי המשיבה ולא על ידי המערערים.

נוכח מצב החירום המיוחד שהוכרז בשל מגפת נגיף הקורונה, אני מורה כי המשיבה רשאית לבצע את ההריסה בתוך 60 ימים מתום מצב החירום.



המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים ותסגור את התיק.

ניתנה היום, כ"ח אדר תש"פ, 24 מרץ 2020, בהעדר הצדדים.