



עפ"א 9101/10/20 - נסים מגאדלה נגד היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון ובניה

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 9101-10-20 מגאדלה נ' לאכיפה דיני התכנון ובניה
בפני כבוד השופטת תמר נאות פרי
המערער נסים מגאדלה ע"י ב"כ עוה"ד מורסי אבו מוך
נגד
המשיבה היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון ובניה ע"י ב"כ עוה"ד
ויסאם פארס

פסק דין

ערעור על החלטת בית משפט השלום בחדרה (כב' השופטת רקפת סגל-מוהר) אשר ניתנה ביום 29.9.2020 בתיק
בצה"מ 39871-07-20 (להלן: "**ההחלטה**"). במסגרת ההחלטה, דחה ביהמ"ש קמא הנכבד בקשה לביטול צו הריסה
מנהלי אשר ניתן כנגד המערער מכוח חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**").

רקע כללי -

1. צו הריסה (להלן: "**הצו**") ניתן ביום 2.7.2020 על ידי מר דודו אוחיון, מנהל מחוז צפון של היחידה
הארצית לאכיפת דיני התכנון והבנייה במחוז צפון - מרחב חיפה (להלן: "**מנהל המחוז**" ו-"**היחידה הארצית**"
בהתאמה). הצו מתייחס להריסת "מתחם בשטח של 1,000 מ"ר העשוי מחומות בטון באורך של 128 מ"א, בגובה
ממוצע של 1.30 מטר" (להלן: "**המתחם**"), אשר הוקם על שטח שייעודו מגורים, במקרקעין הידועים כחלקה 12 בגוש
8755 בבאקה אלג'רביה. אין חולק כי המערער הוא שהקים את המתחם, וכי המקרקעין בבעלותו ובהחזקתו.

הבקשה קמא -

2. ביום 19.7.2020 הגיש המערער בקשה לביטול או עיכוב של הצו (להלן: "**הבקשה קמא**"). עיקר
טענות המערער בבקשה קמא היו הבאות: (א) הצו הוצא ללא שהתקיימו התנאים המקדמיים להוצאתו, המפקח שחתם
על האזהרה עובר להוצאת הצו לא היה מוסמך לחתום על אזהרה, האזהרה לא הודבקה כדין עובר להוצאת הצו, חובת
ההיוועצות לפני הוצאת הצו קוימה רק באופן פורמלי ולא מהותי, לא התקיים שימוע כנדרש לפני הוצאת הצו, מנהל
המחוז שחתם על הצו לא היה מוסמך לחתום עליו כדין ומנהל המחוז לא היה מודע לכלל הנתונים הנדרשים עובר
לחתימה על הצו; (ב) העבודות נשוא הצו הושלמו והסתיימו זה מכבר; (ג) המדובר בקרקע חקלאית, כאשר מטרת
הבנייה הינה להקים חממה שתשמש לחקלאות כך שהשימוש המיועד תואם את ייעוד הקרקע; (ד) הוגשה מטעם
המערער בקשה לקבלת היתר בניה לגבי המתחם וצפוי להתקבל היתר בנייה בזמן הקרוב, כאשר טענה זו סומכת על
תצהירו ועדותו של מהנדס מטעם המערער (להלן: "**המהנדס**") שהגיש בקשה לקבלת היתר לגבי המתחם בדיעבד וטען
כי לא תהיה כל בעיה לקבל היתר כמבוקש, היות והמדובר בקרקע חקלאית, כך שקיים "אופק תכנוני" ברור; (ה) ביצוע
הצו יגרום למערער נזק שאינו בר תיקון.

3. טענות המשיבה היו בתמצית הבאות: (א) הודבקה אזהרה כדין במתחם, על ידי מפקח מוסמך, וזאת מיד
לאחר שהתגלתה תחילת העבודה, ולמרות האזהרה - העבודות המשיכו; (ב) אין צורך בקיום שימוע במקרה זה
והתקיימה חובת ההיוועצות כדין; (ג) הצו נחתם כדין על ידי מנהל המחוז, לאחר שהסמכות הנדרשת הואצלה אליו כדין;
(ג) העבודות המשיכו אף לאחר הוצאת הצו; (ד) התכנון העתידי של תא השטח הרלבנטי הינו למגורים ולכן העבודות

מסכלות את התכנון המיטבי בשטח; (ה) לא הוכח כי קיים "אופק תכנוני".

ההחלטה קמא -

4. לאחר דיון בו נשמעו מצהירים מטעם הצדדים, ולאחר שהוגשו סיכומים מטעם הצדדים, ביום 29.9.2020 ניתנה ההחלטה קמא נשוא הערעור.

בפתח ההחלטה מוזכר כי המערער אישר בעדותו כי הוא החל את העבודות כמה שבועות עובר להוצאת הצו וכי מילוי השטח באדמה בוצע לאחר שהצו ניתן (עמ' 2 להחלטה, שורות 24-30).

בהמשך ההחלטה סוקרת כב' השופטת קמא את טיעוני הצדדים, את הוראות החוק הרלבנטיות והפסיקה - ומסקנתה הינה כי יש לדחות את הבקשה.

בית המשפט קמא קובע כי לא הוכח שהעבודות בוצעו כדין, לא הוכח שלא התקיימו הדרישות למתן הצו, לא הוכח שנפל בצו פגם חמור אשר בגינו יש לבטלו - ולכן, אין להתערב בשיקול הדעת של הגורם המנהלי אשר הורה על הצו.

ביתר פירוט, נפסק כי הוכח שהעבודות נמשכו לאחר האזהרה ולאחר מתן הצו, כך שאין המדובר ב"עובדה מוגמרת", ויש אף משקל לסעיף 254ח(ד) לחוק הקובע כי שעה שהעבודות האסורות נמשכו לאחר מתן הצו - אין אפשרות להורות על עיכובו. עוד נפסק כי המפקח אשר הדביק את האזהרה במקום ביצוע העבודות היה מוסמך כדין לבצע את פעולת הדבקת האזהרה, ולאחריה את פעולת הדבקת הצו, ובדומה - כי מנהל המחוז - אשר חתם על הצו - היה מוסמך כדין לחתום על הצו לאחר שסמכות זו הואצלה אליו כדין מטעמו של מנהל היחידה הארצית. נפסק כי חובת ההיוועצות התקיימה במלואה, באופן שבו בוצעה התייעצות עם היועץ המשפטי של היחידה הארצית ועם מתכנת המחוז, וכי אף הוכנו טפסי התייעצות ובוצעה ההודעה לראש הרשות כקבוע בחוק. באשר לטענות בדבר שימוע - נפסק כי לא קמה חובת שימוע בנסיבות. לגבי "האופק התכנוני", נקבע כי אמנם הוכנה בקשה לקבלת היתר ואמנם היא שובצה לישיבה שאמורה הייתה להתקיים בספטמבר 2020, אלא שנכון למועד מתן ההחלטה (29.9.2020) לא התקיים הדיון בבקשת ההיתר ובתצהירו ועדותו של המהנדס מטעם המערער לא נמצא בסיס לטענה כי המדובר במקרה בו היתר הינו "בהישג יד מיידית", לרבות נוכח הטענות לגבי הניצול המיטבי האפשרי של הקרקע.

נוכח האמור במצטבר - נדחתה הבקשה ונקבע כי יש לבצע את הצו עד 30.11.2020.

הליכי הערעור -

5. בהודעת הערעור הועלו טענות רבות כלפי הצו וטענות לגבי ההחלטה - אם כי חלק מהטענות שהיו בפני המערער בבית המשפט קמא ונדחו - לא הועלו שוב במסגרת הערעור. המשיבה ביקשה שלא להתערב בהחלטה קמא. התקיים בפני דיון במסגרתו חזרו הצדדים על עיקר עמדתם והוסיפו ופרטו את טענותיהם.

דיון והכרעה -

6. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים ועיינתי במסמכים, מסקנתי כי דין הערעור להידחות, מחמת הטעמים שיפורטו להלן.

7. הסמכת מנהל המחוז לחתום על הצו - הטענה המרכזית שבפני המערער נוגעת להסמכתו של מי שחתם על צו ההריסה. לטענת המערער, הצו חסר תוקף היות ונחתם על ידי מי שאינו מוסמך להוציא צו שכזה, וכי בית המשפט קמא שגה במסקנתו לפיה ההסמכה כדין. וביתר פירוט:

אין חולק כי על פי סעיף 224 לחוק - רק מנהל היחידה הארצית או יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה או

מהנדס הוועדה המקומית רשאים לחתום על צו הריסה מנהלי. אין אף חולק כי על פי סעיף 232 לחוק - מנהל היחידה הארצית מוסמך להאציל את סמכויותיו לחתום על צווי הריסה למפקחים מיוחדים, באישורו של היועמ"ש של היחידה הארצית (להלן: "היועמ"ש").

במקרה הנוכחי, על הצו חתום מנהל המחוז, מר דודו אוחיון, ולא מנהל היחידה הארצית, ובבקשה קמא המערער טען כי מנהל המחוז אינו מוסמך לחתום על הצו. במענה לטענה זו, המשיבה הגישה לתיק קמא במסגרת תשובתה, את המסמך אשר מכוחו הואצלה סמכותו של מנהל היחידה הארצית למנהל המחוז (נספח ט' לתשובת המשיבה, להלן: "מסמך ההאצלה"), ממנו עולה כי מנהל היחידה הארצית, מר אברהם ברון כהן, האציל את הסמכות שלו למר אוחיון, מנהל המחוז, שהינו מפקח מיוחד (וזאת לגבי יישום סעיפים 216, 217 ו-221 לחוק - מסמך מיום 30.8.2018). נוכח מסמך ההאצלה, חזר בו המערער מהטענה לגבי אי-האצלת הסמכות, אך העלה טענה חדשה והיא, שאין די במסמך ההאצלה היות וחייב להיות אישור של היועמ"ש לגבי ההאצלה. במענה לטענה זו, המשיבה צירפה אישור של היועמ"ש להאצלה האמורה - אלא שהיה זה רק במסגרת הסיכומים שהוגשו מטעמה לבית המשפט קמא (נספח ב' לסיכומיה, להלן: "אישור היועמ"ש").

נזכיר כאן כי בית המשפט קמא קבע בהחלטה כי שוכנע שההאצלה כדין, אגב הפנייה למסמך ההאצלה ולאישור היועמ"ש.

8. מכאן, שטענת המערער העיקרית בשלב הערעור אינה מכוונת ישירות למסמך ההאצלה או לאישור היועמ"ש, אלא לכך שאישור היועמ"ש צורף רק לסיכומים, וטענתו היא כי אין כל אפשרות לצרף מסמכים לסיכומים, כי בית המשפט קמא שגה בכך שהתיר למשיבה לצרף את המסמך "החסר" לסיכומים ובוודאי שעה שלא ניתנה לב"כ המערער האפשרות לעיין במסמך, להביע עמדה לגביו וכו'. משכך, לטענת המערער, אין לקבל את אישור היועמ"ש כראיה בתיק, ובהיעדר אישור היועמ"ש אין תוקף למסמך האצלה, ובהיעדר האצלה כדין של הסמכויות - מנהל המחוז אשר חתם על הצו לא היה מוסמך לחתום על הצו - ודינו להתבטל.

9. טענה נוספת שהועלתה בהקשר זה (בסעיף 41 להודעת הערעור) לגבי אישור היועמ"ש לגופו הינה, כי מי שמכותב על אישור היועמ"ש הינו עורך דין אסי מסינג, היועמ"ש של משרד האוצר ולא היועמ"ש של היחידה הארצית לאכיפה; ועוד נטען (בסעיף 44 להודעת הערעור) כי היה על המשיבה לצרף את הפרסום ברשומות של מר אוחיון כמפקח.

10. לא אוכל לקבל את טענות המערער. יש לראות כי בבקשה קמא לא פירט המערער את טענותיו לגבי חוסר הסמכות הנטענת מבחינת מנהל המחוז. הוא טען באופן כללי בפתיח של הבקשה (עמ' 2, סעיף קטן 1) כי "לא ניתנה הסמכה לממונה על המחוז", אך לא פירט את הטענה, לא טען טענות ממוקדות לגבי ההאצלה או אישור היועמ"ש הנדרש, והשאיר לעצמו את האפשרות להעלות כל טענה אפשרית בהמשך, כאשר בסעיף 28 לבקשה הוא דרש שיועברו לעיונו "כל המסמכים שידרשו, ובכלל זה כתב המינוי של כל בעלי התפקידים שאוזכרו בצו ההריסה". לכן, לא היה מקום להתפלא שלכתב התשובה מטעם המשיבה, אשר הוגש לבית המשפט קמא, צורף כנספח "ט" מסמך ההאצלה - כפי שתואר מעלה. כותרתו של מסמך זה הינה "אצילת סמכות", ונכתב בו כי מנהל היחידה מאציל את סמכותו לפי סעיפים מסוימים בחוק לשני מפקחים מיוחדים, ואחד מהם הוא מנהל המחוז - מר אהרון, וכאשר אצילת הסמכות תיכנס לתוקף ביום 30.8.2018. עוד ניתן לראות ממסמך ההאצלה כי העתק ממנו נשלח לעו"ד אסי מסינג - היועמ"ש של משרד האוצר, ולא למותר להזכיר כי היחידה הארצית פועלת תחת משרד האוצר ובכותרת של מסמך ההאצלה מופיע: "מדינת ישראל - משרד האוצר - אגף בכיר ארצי לאכיפת דיני התכנון והבנייה", כך שמן הסתם היועמ"ש של משרד האוצר הינו "נמען טבעי" למסמך האצלה כגון זה אשר בו עסקינו.



11. לכן, צירוף מסמך ההאצלה לתשובת המשיבה בתיק קמא היה מחוייב המציאות, המערער לא העלה בתיק קמא כל טענות לגבי עצם צירופו של המסמך לתיק - ולמעשה, אין בפי המערער כיום טענות של ממש בהקשר זה, והוא אינו תוקף עוד את מסמך ההאצלה.

12. ומה בדבר אישור היועמ"ש? מקדמית יובהר כי טענת המערער לגבי הצורך בקיומו של אישור היועמ"ש לא עלתה בבקשה קמא ולא במהלך הדיון שהתקיים בביתה משפט קמא, והיא פורטה רק בסיכומיו של המערער - שם לראשונה הוא "מכיר" בקיומו של מסמך ההאצלה, אך "משנה" את קו הטיעון ומפנה את הטענות לסוגיית אישור היועמ"ש הנדרש - וראו את סעיפים 32 עד 43 לסיכומים שהוגשו לבית המשפט קמא.

לכן, מצאה לנכון המשיבה לצרף לסיכומיה את אישור היועמ"ש - אשר לראשונה נטען שהוא "חסר", וזאת על מנת להדוף את הטענה "החדשה".

13. אמנם, יכול להיות שהיה על המשיבה לחשוב מראש על הצורך לצרף לתשובתה לא רק את מסמך ההאצלה אלא גם את אישור היועמ"ש, ואז המסמך היה בתיק עוד טרם הגשת הסיכומים; ואמנם - היה על המשיבה לבקש רשות לצרף לסיכומיה את אישור היועמ"ש ולא לצרפו ללא נטילת רשות; ועם זאת - לא שוכנעתי כי המדובר בפגיעה בזכויותיו של המערער ובוודאי שאין פגם בצו עצמו, קל וחומר פגם אשר מחייב את ביטולו.

יש לראות כי לאחר שהמשיבה צירפה את אישור היועמ"ש לסיכומיה - ביקש המערער להוציא את המסמך מהתיק ולמחוק את הסעיף בסיכומים אשר מתייחס לאישור היועמ"ש - וזאת בבקשה שהוגשה בהקשר זה לאחר הגשת הסיכומים. בית המשפט קמא ביקש את תשובת המשיבה לבקשה זו, ועמדות הצדדים היו לנגד עיני בית המשפט קמא עת נתן את ההחלטה. משמע, שבית המשפט קמא היה ער לטענות המערער לגבי הוספת המסמך לסיכומים - וחשוב מכך, היה ער לטענות לגבי אישור היועמ"ש עצמו.

בית המשפט קמא מצא לקבל את אישור היועמ"ש, בנסיבות, למרות מועד ואופן הגשתו, ואף מצא כי יש באישור היועמ"ש כדי להוות מענה לכל טענה אפשרית מצד המערער - ובכך לא מצאתי מקום להתערב. סבורני כי שעה שהטענה לגבי היעדר אישור היועמ"ש עלתה רק בשלב בו עלתה מצד המערער, היה מקום לאשר את צירוף המסמך בשלב בו צורף, ובמיוחד שעה שלמערער ניתנה ההזדמנות "לתקוף" את אישור היועמ"ש, כפי שניסה לעשות בבקשה שהגיש לאחר הגשת הסיכומים. בית המשפט קמא - ובצדק - מצא כי אין כל ממש בטענות לגבי אישור היועמ"ש לגופן, ואני מצטרפת לעמדה זו.

רק למען שלמות התמונה, אעיר עוד כי יש לדחות את טענת המערער, המוזכרת מעלה, לפיה מי שמכותב על אישור היועמ"ש הינו עורך דין אסי מסינג, היועמ"ש של משרד האוצר ולא היועמ"ש של היחידה הארצית לאכיפה - שכן, עו"ד מסינג מכותב על מסמך ההאצלה "המוגמר" ואילו אישור היועמ"ש הינו מסמך מיום 15.4.2018, אשר הכין מנהל היחידה הארצית המופנה לעו"ד שי שנהר, היועץ המשפטי של היחידה הארצית ובו הוא כותב כי בדעתו לאצול למפקחים המיוחדים את סמכויותיו, כולל למנהל המחוז, ועל גבי מסמך זה, ובו **הכוונה** לאצול את הסמכויות, ישנו אישור בכתב יד של עו"ד שי שנהר, מיום 15.4.2018 בו כתוב כי לאחר שנבחנה הבקשה, היועמ"ש מאשר את אצילת הסמכות. ובהתאם, רק לאחר מכן, הוכן מסמך ההאצלה **עצמו**. מכאן, שאין כל ממש בטענה לגבי עו"ד מסינג לעומת עו"ד שנהר, ואני בדעה שהצגת הטענה כפי שהוצגה הייתה מטעה, ובוודאי שמיותרת. בדומה, אין כל בסיס לטענה הנוספת כי היה על המשיבה לצרף גם את הפרסום ברשומות לגבי עצם היותו של מר אוחיון מפקח או מפקח מיוחד.

טענה נוספת המתייחסת לצו הייתה כי בצו צוינו פרטי יצירת הקשר עם נותן הצו, אך הפרטים שנמסרו שגויים ולכן לא התמלאו הוראותיו של סעיף 22(ג)(7) לחוק. טענה זו לא הוכחה בבית המשפט קמא, אין לגביה פירוט בסיכומי המערער בתיק קמא ובוודאי שאין מקום להידרש אליה בשלב הערעור.



- בכך יש כדי להסביר מדוע אין ממש בטענות הנרחבות שהעלה המערער בהודעת הערעור ובמהלך הדיון לגבי האצלת הסמכות למנהל המחוז ולגבי הצו - והמסקנה היא שהצו הוצא כדין, כפי שקבע בית המשפט קמא.
14. מתכנן המחוז - טענה נוספת המופיעה בהודעת הערעור (סעיף 4 ב') הינה כי מתכנן המחוז לא מונה כדין ולחילופין כי אין לו את הכישורים המפורטים בחוק על מנת לחתום על תצהירים או לבצע התייעצויות כפי שנדרש על פי החוק. טענה זו הועלתה בעלמא, אין לה זכר בסיכומי המערער כפי שהוגשו לבית המשפט קמא - ולכן לא מצאתי שיש מקום לדון בה.
15. המפקח - עוד טענה (בסעיף 4 א') להודעת הערעור הינה כי "פקחי היחידה אינם מחזיקים באישורים ומינוריים כדין". בסעיפים 20 עד 25 נטען כי המפקח הרלבנטי, מר ניקולה ח'ורי, אינו מפקח מיוחד ולא היה מוסמך לחתום על האזהרה אשר הודבקה במקום ביצוע העבודות עובר להוצאת הצו (ככל שהודבקה, שכן המערער גם טוען כי לא הודבקה אזהרה בכלל). בהקשר זה הטענה הממוקדת הייתה כי על פי הנחיות היחידה הארצית לאכיפת דיני התכנון והבנייה מיום 4.9.2019, הסמכות להטיל קנסות מנהליים נתונה למפקח מיוחד ולעובד של ועדה מקומית עצמאית העומד בראש היחידה העוסקת בפיקוח על הבנייה, והואיל והמפקח מר ניקולה ח'ורי אינו מפקח מיוחד ואף אינו עומד בראש יחידה העוסקת בפיקוח על הבנייה, אז שאין לו סמכות להוציא את האזהרה או להדביק אותה.
16. אף טענה זו יש לדחות. בית המשפט קמא התייחס בהחלטה לטיעון בהקשר זה וקבע כי הוכח שהמפקח כן היה מוסמך להדביק את האזהרה, לרבות על בסיס מסמך נוסף שצורף לסיכומי המשיבה, והוא - הפרסום ברשומות אודות הסמכת מפקחים מיום 16.12.2015 (ילקוט הפרסומים 7167, ד' בטבת התשע"ו), שם מופיע כי מר ניקולה ח'ורי מונה כמפקח כדין במחוז חיפה. גם לגבי מסמך זה, טען המערער בבית המשפט קמא שלא היה מקום לצרפו לסיכומים, גם כאן - הוגש טיעון מסודר מטעם שני הצדדים לגבי השאלה אם ניתן להתייחס אל המסמך אם לאו, האם הוא בבחינת רשומה מוסדית או מסמך שפורסם כדין בילקוט הפרסומים וכו' - ובית המשפט קמא מצא לקבוע שיש אפשרות להתייחס למסמך ועולה ממנו שהמפקח ח'ורי היה מוסמך להדביק את האזהרה.
17. לא מצאתי כי יש בטיעון אשר בהודעת הערעור כדי להצביע על טעות בקביעה האמורה מצד בית המשפט קמא, עובדתית או משפטית.
18. טענה נוספת הקשורה בפועלו של המפקח - מתייחסת לעצם הוצאת והדבקת האזהרה, שכן, כפי שכבר אוזכר מעלה, המערער טוען כי עובר להוצאת הצו חייבת הייתה המשיבה להדביק אזהרה במקרקעין, ולטענתו - הוא לא קיבל עותק מהאזהרה. טענה זו התבררה בבית המשפט קמא, כאשר המערער העיד כי "לא קיבלתי שום אזהרה" (עמ' 2 לפרוטוקול קמא, שורה 16), ואילו המפקח ח'ורי העיד כי הוא היה בשטח והדביק את האזהרה במקום, אגב הפנייה לתמונות שבהן ניתן לראות את "ההדבקה", לרבות המיקום של האתר לפי אפליקציית WAZE" כולל נ.צ. של מיקום ביצוע העבודות (עמ' 5 לפרוטוקול קמא, שורות 21-25 ועמ' 6 שורות 8-12) לרבות ההפניה לאזהרה עצמה.
19. בית המשפט קמא, לאחר ששמע את המערער ואת המפקח לגבי נושא זה הגיע למסקנה העובדתית כי המפקח אכן ביקר במקום במועד הנטען (ולמעשה ביקר במקום פעמיים) ונקבע כי המפקח אכן הדביק על הגדר את האזהרה (עמ' 7 להחלטה, שורה 18). המדובר בקביעה עובדתית "מובהקת" שאין להתערב בה, קביעה אשר מבוססת על העדפת העדות של המפקח שנתמכה בתמונות על פני עדות המערער.
20. מכאן, שבדין נדחו כל הטענות הרבות אשר היו בפי המערער לגבי הליך הכנת האזהרה, הדבקת האזהרה, כשירותו של המפקח, כשירותו של המתכנן, הליך הכנת הצו, כשירותו של מנהל המחוז לחתום על הצו וכו' - ואין כל מקום להתערב בהחלטה קמא הקובעת כי הצו הוצא כדין.
21. מעבר לאמור, לא נסתרה חזקת התקינות המנהלית במקרה זה ובוודאי שלא שוכנעתי כי אף אם היה



פגם זה או אחר בתהליך הוצאת הצו, אזי שהמדובר בפגם מהותי היורד לשורשו של עניין ואשר מחייב את ביטול הצו. בהקשר זה אפנה לפסיקה באשר ליישום דוקטרינת הבטלות היחסית בהקשרים דומים, כאשר עמדתי היא כי במקרה הנוכחי אין מקום להורות על בטלות הצו, כאשר לוקחים בחשבון את האיזון המתחייב בין האינטרסים השונים (וראו לדוגמה את רע"פ 5387/16 עבד אלראזק נ' מדינת ישראל 19.9.2016)) (להלן: "עניין עבד אלראזק"). ובמילים אחרות, אף אם נפל פגם כפי שטוען המערער (ולא הוכח כי נפל פגם שכזה) - אזי שהוא אינו "פגם חמור" המחייב את ביטול הצו (רע"פ 2463/19 דבוש נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, פסקה 7 (15.4.2019)).

22. מועד ביצוע וסיום העבודות - טענה נוספת של המערער הינה כי בצו צוין שהבנייה טרם הסתיימה אך בפועל הבנייה הסתיימה לפני הוצאת הצו, ולכן הצו אינו נדרש לשם מניעת עובדה מוגמרת. מקדמית, יובהר כי בבקשה קמא, באשר לטענת המערער ולפיה העבודות הושלמו והסתיימו לפני שהוצא צו ההריסה, המערער לא טען מתי **בדיוק** הושלמו העבודות אלא רק טען שהן הושלמו לפני הוצאת הצו. חשוב מכך הוא שטענה זו של המערער התבררה כלא נכונה - מפיו של המערער עצמו, אשר הסביר כי החל בביצוע העבודות כמה שבועות לפני הוצאת הצו (ולכן העבודות בטח שלא הסתיימו 6 חודשים לפני הצו כפי שמורות הוראות סעיף 221(א) לחוק), ואף אישר כי העבודות הושלמו לאחר שכבר ניתן הצו. אזכיר שוב כי המערער בחקירתו בביהמ"ש קמא (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 5.8.2020 שורה 6) הסביר כי הוא החל בהקמת הגדר ביוני 2020. משכך, היות והצו הוצא ביולי 2020, ברור שמתקיימות הוראות החוק המתייחסות לכך שלא חלפו יותר מ-6 חודשים ממועד סיום העבודה האסורה ועד מתן הצו ולכן בדיון נדחו כל טענותיו של המערער בהקשר זה ולא היה מקום להעלותן מלכתחילה.

23. באשר לאופק התכנוני הנטען - המערער טוען כי קיימים הליכי תכנון מתקדמים בכל הנוגע לבנייה כפי שבוצעה ולשיטתו קיים מה שמכונה "אופק תכנוני". טענת המערער הינה כי המדובר בקרקע חקלאית, כי הקיר התומך ומילוי האדמה הוקמו ובוצעו על מנת לתמוך במשטח האדמה לצורך גידולי ירקות והקמת חממה בעתיד - וכי הוא הגיש בקשה לקבלת היתר בנייה ביחס לקיר התומך ולמילוי העפר כפי שבוצעו. עמדתו היא כי הבקשה כפי שהוגשה תואמת את ייעוד הקרקע נכון לעתה, שהינו ייעוד חקלאי, ולכן יש צפי בעתיד הקרוב לכך שניתן יהא להכשיר את הבנייה וככל שיבוצע הצו הדבר יגרום לו לנזק חמור, מיותר ובלתי הפיך. מהחקירה של המהנדס מטעם המערער עלה כי לשיטתו ניתן להגיש בקשות להיתרי בנייה בכל הנוגע לגדר כפי שהוקמה מכוח התכנית החלה נכון להיום על האזור (תכנית ג/400); כי ניתן להגיש בקשות לגבי גדר שגובהה עד 1 מ' וכי לפי מדידותיו - הגדר שנבנתה אכן בגובה של 1 מ' בלבד ולכן, לשיטת המהנדס מטעם המערער, יש סיכוי טוב לקבל היתר בנייה לגביה. כבר אעיר בשלב זה כי לפי האמור בצו, גובה הגדר בחלקה 1.30 מטר ולא רק 1 מטר, אך לא בכך העיקר.

24. המערער טען במהלך הדיון בבית המשפט קמא כי הבקשה שהוגשה מטעמו לקבלת היתר בנייה אמורה להתברר במהלך ישיבה בחודש ספטמבר 2020. בהקשר זה הפנה המערער למסמך של הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה עירון-ואדי ערה (להלן: "הוועדה המקומית"), מיום 16.8.2020, אשר מתייחס לבקשה להיתר מס' 20200787 לגבי חלקה 12 גוש 8755 בבאקה ובו מצוין כדלקמן: "הריני לאשר בזה שהוגשה בקשה להיתר לרישוי גדר קיימת על שם נסים מג'דאלה. הבקשה שבנדון תובא לדיון במליאת הוועדה בישיבתה הקרובה בחודש 9.2020. אישור זה ניתן לפי בקשתו של מר/גב' נסים מגדאלה".

25. במהלך הדיון שהתקיים בפני בערעור נטען כי עקב "משבר הקורונה" הדיון בספטמבר 2020 נדחה, אך צפוי להתחדש בזמן הקרוב ביותר והבקשה תתברר בישיבה הקרובה שתתכנס, כך שלטענת המערער - בישיבה שתתקיים הוא עתיד לקבל את היתר הבנייה המיוחל לגבי הגדר ולכן המדובר בהיתר בנייה שנמצא "בהישג יד" ולבטח יינתן בתוך חודש או חודשיים לכל היותר.

26. בין הצדדים מחלוקת לגבי השאלה מהו הסטטוס המדויק של הבקשה מטעם המערער, ולאחר הדיון



הוגשה בקשה מטעם המערער לצרף מסמכים נוספים, תשובה מטעם המשיבה ותגובה למשיבה - בנוגע למסמכים שונים המלמדים (או שלא מלמדים) על המועד בו תתברר בקשת ההיתר של המערער ולגבי מהותה המדויקת של הבקשה.

אינני סבורה כי יש הכרח להרחיב בכל הנוגע למחלוקת זו - שכן לא שוכנעתי כי נפלה שגגה מלפני בית המשפט קמא אשר קבע כי לא הוכח כי ההיתר "בהישג יד מידי". בית המשפט קמא הגיע למסקנה כי לא קיים אופק תכנוני נדרש, בהחלטה מספטמבר - כאשר היה צפי שבקשת ההיתר תתברר עוד בספטמבר, כלומר - גם כאשר היה מועד מדויק לאותה ישיבה שבה הייתה אמורה להתברר בקשת ההיתר, לא שוכנע בית המשפט שיש "אופק תכנוני", שכן המהנדס מטעם המערער לא הצליח לשכנע - לא בתצהירו ולא בחקירתו - מהם סיכויי קבלת בקשת ההיתר. לא היה מקום להתערב בהחלטה שניתנה בספטמבר על יסוד ההנחה שתתקיים ישיבה בספטמבר, קל וחומר - כיום, כאשר אין מועד ברור לקיום הישיבה. לפי מסמך שהגיש המערער יש כוונה לשבץ שנית את הבקשה לביורר בנובמבר 2020, אך אין אישור לגבי כך שהבקשה אכן תשובץ לדיון כאמור, ובכל אופן, החשוב הוא סיכויי קבלת ההיתר המיוחל ולא דווקא המועד של הישיבה הצפויה. את שאלת הסיכוי לקבלת ההיתר בחנה כב' השופטת קמא על יסוד חקירתו של המהנדס מטעם המערער, מגיש בקשת ההיתר, ומסקנתה הייתה כפי שהייתה.

27. בטעוניהם כפי שנשמעו בערעור לא היה כדי לשכנע שנפלה טעות מלפניה של כב' השופטת קמא בהקשר זה. יש לזכור כי הפסיקה חזרה וקבעה כי כאשר הכוונה היא להיתר "בהישג יד" עסקין בסיטואציה בה יש מכשול טכני/פורמלי המעכב את מתן ההיתר, ולא למקרה בו הבקשה טרם התבררה כלל וכלל (וראו את רע"פ 2341/14 סלים נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, פסקה 10 (28.5.2014); בש"פ 4491/18 ח'טיב נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא העמקים, פסקה 10 (25.6.2018)).

28. אכיפה בררנית? - טענה נוספת שמוצאים אנו בערעור הינה כי בית המשפט קמא טעה שעה שלא קיבל את טענת האכיפה הבררנית שהמערער העלה (סעיף 93 להודעת הערעור). לא מצאתי כל בסיס לטענת אכיפה בררנית בתיק קמא, בין אם בבקשה עצמה ובין אם בסיכומי המערער, ואין כל תימוכין לטענה בעלמא זו.

29. הנמקת בית המשפט קמא - הטענה האחרונה אשר בפי המערער הייתה כי החלטתו של בית המשפט קמא לא הייתה מנומקת וקיימות בה רק "קביעות כלליות" ואף נטען כי בית המשפט קמא "בחר לעצמו עבודה קלה ובחר להתעלם מרוב טענותיו של המערער כנגד הפגמים שנפלו בצו" (סעיפים 94-99 להודעת הערעור). טענה זו מוטב היה לה לו לא הועלתה, ובכל מקרה - נדחית.

סיכום -

30. סעיף 229 לחוק (לאחר תיקון 116 משנת 2017), קובע כדלקמן:

"לא יבטל ביהמ"ש צו מנהלי אלא אם כן 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".

כלומר, שמהוראות סעיף 229 עולה בבירור כי מבקש ביטול צו ההריסה צריך להוכיח לביהמ"ש כי העבודה שבגינה הוצא צו ההריסה, בוצעה כדין, או שלא התקיימו התנאים להוצאת הצו או שנפל פגם חמור שבשלו יש לבטל את הצו - והדברים ברורים. בהקשר לכך נפסק ברע"פ 2958/13 סבאח נ' מדינת ישראל (7.2.2011):

"... אבקש לחזור ולהזכיר מושכלות ראשונים. הצו שבו עסקין הינו "צו הריסה מינהלי" וכפי ששמו מעיד עליו, אין הוא בגדר אקט עונשי, אלא שמדובר בצו שחלים עליו כללי המשפט המינהלי... ככלל, עומדת לרשות המינהלית חזקת התקינות, אשר משמעה כי הפעולה המינהלית נעשתה כדין, אלא אם הוכח אחרת. ככל שהמבקש סבור כי צו ההריסה המינהלי הוצא שלא כדין,

או שנפל בו פגם, עליו הנטל להוכיח טענה זו ...".

וראו בדומה את **עניין עבד אלראזק**, פסקה 17 ואת רע"פ 942/16 **מרזוק נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה** (8.5.2018).

31. בית המשפט קמא מצא שלא מתקיימות נסיבותיו של סעיף 229 לחוק, ולא מצאתי כי יש מקום לשנות מקביעה זו במסגרת ערעור זה.

32. אשר על כן הערעור נדחה. היות וההחלטה ניתנה בסוף ספטמבר ונקבע בה כי יש לבצע את הצו עד יום 30.11.2020, אני מאריכה את התוקף של מועד הביצוע באופן יחסי, ומורה כי יש לבצע את הצו עד יום 10.1.2021.

ניתנה היום, כ"ג חשוון תשפ"א, 10 נובמבר 2020, בהעדר הצדדים.