



ע"פ 46026/03/17 - מוחמד יונס רשק נגד יו"ר הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 46026-03-17 יונס רשק נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים

תיק חיצוני: ב"ש 5/2017

בפני כבוד השופטת חנה מרים לומפ

מערער באמצעות ב"כ עו"ד ג'יאת' נסר מוחמד יונס רשק

נגד

משיב באמצעות ב"כ עו"ד נעה מנדיל ומורן יו"ר הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים

רביבו

פסק דין

לפניי ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כבוד השופטת סיגל אלבו) מיום 21.2.17 בב"ש 5/17 (להלן: **בית משפט קמא**) במסגרתה דחה בית משפט קמא את בקשת המערער לביטול צו ההריסה המנהלי שהוציא המשיב מיום 28.12.16 (להלן: **ההחלטה**).

רקע

1. ביום 28.12.16 הוציא המשיב, בהתאם לסעיף 238א לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965 (להלן: **חוק התכנון והבניה**) צו הריסה מנהלי (להלן: **הצו**) למבנה הממוקם בצור בחר- וואדי חומוס, בירושלים בנקודת ציון 223745:626040. הצו ניתן כנגד מבנה בן שתי קומות בשטח כולל של 340 מ"ר (להלן: **המבנה**).

2. הצו הודבק על המבנה ביום 3.1.17.

3. ביום 3.1.17, המערער הגיש בקשה לביטול הצו לבית המשפט קמא (להלן **הבקשה**) ובעקבותיה, עוכב ביצוע הצו.

4. ביום 12.1.17 נדונה הבקשה במעמד שני הצדדים. במסגרתה העיד מטעם המשיב מפקח הבניה מר שלומי אמסלם (להלן **המפקח**) והמהנדס מר אלכסנדר רוטמן (להלן **המהנדס**). מטעם המערער העיד המערער בעצמו. בסיום, בית המשפט קמא הורה למערער להגיש סיכומים מטעמו עד ליום 26.1.17 וסיכומי המשיב יוגשו עד ליום 2.2.17.

5. ביום 21.2.17, דחה בית המשפט קמא את הבקשה והורה על כניסת הצו לתוקף מיום 22.3.17.

החלטת בית המשפט קמא

6. בית המשפט קמא דן בהחלטתו המפורטת והמנומקת בכל הטענות שהעלה המערער ולא מצא עילה לביטול צו ההריסה המנהלי, הכל כפי שיפורט בהמשך הדיון בעניין כל טענה בנפרד. בית המשפט קמא דחה את כל טענות המערער כדלהלן.

7. בית המשפט קמא דחה את טענת המערער שהמבנה מושא הצו לא נמצא בתחום השיפוט של מחוז ירושלים ולא חל בו הדין הישראלי, נוכח העובדה שהמערער לא הגיש ראיה לביסוס טענה זו, והרי הנטל הוא על המערער המבקש את ביטול הצו לבסס טענתו לפיה לא נפל כל פגם בצו משום שהוא נוגע למבנה שאינו מצוי בשטחה המוניציפאלי של עיריית ירושלים, ועל כן המערער לא עמד בנטל להוכיח את טענתו.

8. בית המשפט קמא דחה את טענת המערער לכך שנפל פגם בצו שהוצא מבלי שנערך למערער הליך שימוע טרם הוצאת הצו. בית המשפט קמא ציין שאין בחוק הוראה המחייבת עריכת הליך שימוע טרם הוצאת צו ההריסה המנהלי. שנית, הדרישה לקיים הליך שימוע טרם הוצאת צו ההריסה מנהלי אינה מתיישבת עם מטרתו המרכזית של צו זה שהיא הריסת הבנייה בעודה באיבה, טרם הושלמה בנייתה וטרם נקבעו עובדות מוגמרות בשטח, ומיגור הבנייה בעודה בחיתוליה. אשר לטענת המערער כי בהיעדר שימוע נמנעה ממנו הזכות להציג את טענותיו לפני בית המשפט אינה נכונה, שכן זכות הטיעון נשמרה למערער במסגרת הגשת הבקשה לביטול הצו, והמערער מימש את זכות הטיעון במלואה. עוד יצוין כי המפקח העיד כי בביקורו מיום 11.12.16 הדביק התראה על גבי הנכס ובה הזמנה לחקירה, וכן ציין בעדותו שהמערער אף התייצב לחקירה בעניינו וגבה ממנו הודעה. מכאן שלמערער ניתנה הזכות להשמיע טענותיו טרם הוצאת צו ההריסה והוא אף מימש את זכותו.

9. בית המשפט קמא קבע כי דין הבקשה להידחות משלא התקיימו תנאי סעיף 238(א)(ח) לחוק התכנון והבנייה, שכן לא הוכח ואף לא נטען כי הבנייה בוצעה כדין ואין מחלוקת שלא ניתן למבנה זה היתר כדין. לא הוכח כי הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת, משום שבנייתו של המבנה טרם הסתיימה והוא טרם אוכלס. המערער טען בעדותו שמדובר במבנה שהוקם לפני שנתיים ובשל העדר אמצעים כספיים לא עלה בידו להשלים את הבנייה לגמרי. המערער העיד שהוא ובניו מתגוררים במבנה כשנה ושמונה חודשים, שיש במבנה מיטות מקרר ומוצרים חשמליים שונים ואולם המערער לא הביא ראיה לתמיכה בטענותיו. הוא לא הציג תמונות המעידות שהמבנה היה מאוכלס במועדים הרלוונטיים, לא הציג מסמכים המעידים על חיבור לחשמל ולא הביא עדים שיכולים לתמוך בגרסתו שהמבנה קיים ומאוכלס מזה שנתיים, וזאת למרות שטען בעדותו כי "כל השכונה" יודעת על כך.

10. בית המשפט קמא דחה את טענת המערער לכך שלא היה מקום להוצאת הצו, שכן מדובר באזור המיועד למגורים ומדיניות המשיב היא לא להוציא צווי הריסה באזורים המיועדים למגורים, שאין בכך כדי לשנות



מתוקפו של הצו או להוביל לבטלותו גם כאשר ישנה תוכנית בתוקף, והשאלה הרלבנטית היא שאלת קיומו של היתר בניה, והדגיש שאין בכך כדי להוות היתר לבניה בלתי חוקית. שכן אחרת, כל אדם רשאי היה להקים מבנים ככל העולה על רוחו, ללא קבלת היתר בניה, והרשות הממונה על קיום חוקי התכנון והבנייה לא הייתה רשאית לעשות דבר נגד תופעה זו.

11. בית המשפט קמא דחה את טענת המערער להיעדר שירותים עירוניים במזרח ירושלים ובכלל זה בשכונת צור באהר מצד עיריית ירושלים ועל כן אין מקום לפגוע בזכויות הקניין של תושבי השכונה שנאלצים להקים מבנים ללא היתר. בית משפט קמא ציין כי כבר נפסק בבית המשפט המחוזי שטענה זו אינה מונעת מרשויות התכנון הוצאת צווי הריסה מנהליים ואינה מצדיקה לאשר בנייה לא חוקית.

12. בית המשפט קמא דחה את טענת המערער שהצו הוצא בחוסר סמכות לאור המדיניות הנהוגה בין העיריה ומשרד הפנים, כי מי שמוציא צווים באזור זה היא הוועדה המחוזית נוכח העובדה שקיומה של מדיניות זו לא בוססה ברמה העובדתית ואף אם אכן הייתה קיימת מדיניות כזו בעבר, הרי שאין הדבר שולל את סמכותו של יו"ר הוועדה המקומית להוציא צווי הריסה בתחום שיפוט ירושלים. למערער אין ולא יכולה להיות ציפיה לגיטימית שוועדה פלונית תוציא את הצו המנהלי, ולא וועדה אחרת, ולא ברור כיצד הוצאת צו הריסה מנהלי על ידי יו"ר הוועדה המחוזית הייתה משפרת את מצבו של המערער.

13. על החלטת בית המשפט בבקשות אלה הוגשו לבית משפט זה הערעור דנן.

טענות המערער

14. בהודעת הערעורחזר הנאשם על הטענות אשר טען בבית משפט קמא, וכן ביקש כי ערכאת הערעור תקבל את הערעור ותורה על ביטול צו ההריסה ותשיב את התיק לבית המשפט קמא כדי לאפשר למערער להגיש ראיות נוספות, בשאלות העובדתיות הנתונות למחלוקת.

15. לטענת המערער, הבנייה בוצעה כדין, מכיוון שהתוכנית המנדטורית שחלה בשטח היא תוכנית המתאר המקומית אשר עומדת בתוקפה עד היום. כך גם תוכנית המתאר המחוזית, תמ"מ 1/30, שאושרה ביום 13.5.13, מייעדת את השטח לאזור פיתוח עירוני. כך, שהבית שנבנה על ידו, נבנה כדין, בהתאם לתוכנית החלה על השטח.

16. לטענת המערער, שגה בית המשפט קמא בהחלטתו, שכן היא ניתנה מבלי שנערך למערער כל שימוע טרם הוצאת הצו. כך, בטרם הוצאת הצו המשיבה או מי מטעמה לא פנו למערער והודיעו לו על כוונתם להוציא צו הריסה מנהלי, על מנת לתת למערער הזדמנות להשמיע את טענותיו, והרי בכך הרשות הפרה בצורה חמורה כלל בסיסי ומרכזי שמהווה חלק בלתי נפרד מכללי הצדק הטבעי. המערער בטיעוניו

הדגיש את חשיבותה של זכות השימוע, בפרט בהליכים מסוג זה. שכן זכות השימוע הייתה מאפשרת לבעל המבנה להביא לפני הרשות את טענותיו וראיותיו מדוע אין אפשרות להוציא נגדו צו הריסה מנהלי ומדוע לא התקיימו התנאים להוצאת הצו.

17. עוד טוען המערער, שהצו אינו מיועד למניעת עובדה מוגמרת, שכן מדובר במבנה שבנייתו הסתיימה בשנת 2014, והמערער ובני משפחתו מתגוררים במבנה מזה זמן רב, על אף שלא הסתיימה בנייתו וזאת בשל מצבו הכלכלי הקשה.

18. עוד טען המערער שלא עמדה לפני המשיב תשתית עובדתית ראויה להוצאת הצו ביחס למיקום הנכס והשאלה האם הוא מצוי בכלל בתחום שיפוטה של העיר ירושלים, הן ביחס למועד בניית המבנה והיותו עובדה מוגמרת, הן ביחס לאכלוס המבנה והן ביחס למצב התכנוני של השטח.

19. בנוסף טען המערער לפגמים חמורים בתצהיר המבסס את הצו. לדידו, מי שחתם על התצהיר לא היה מוסמך לחתום עליו, ובכל מקרה לא היה בעל יכולת וכשירות לחתום על התצהיר, שכן לא היה בקיא במידע הכלול בתצהיר והמידע אינו מידיעתי. מעבר לכך טען שהמידע הכלול בתצהיר ביחס למקום הימצאות הנכס, מועדי הבנייה או האכלוס, המעמד התכנוני של השטח- השטח מצוי מחוץ לתחום השיפוט, שם חלה תוכנית מנדטורית שהיא תוכנית מתאר מקומית שמאפשרת את הבינוי. כך שהמידע הכלול בתצהיר, מוטעה ומטעה ואף הטעה את יו"ר הוועדה המקומית שהורה על הוצאת הצו על יסוד התצהיר.

20. עוד טען המערער שהצו הוצא בניגוד למדיניות הנהוגה בין העירייה ומשרד הפנים באזור זה, צווי ההריסה באזור זה מוצאים על ידי הוועדה המחוזית. במקרה זה הצו הוצא על ידי יו"ר הוועדה המקומית בניגוד למדיניות הקיימת ובהתאם לחוק שיו"ר הוועדה המחוזית אמורה לפנות ליו"ר הוועדה המקומית להוצאת הצו, ואם יו"ר הוועדה המחוזית לא מוציאה את הצו, אזי יו"ר הוועדה המקומית רשאי להוציאו. במקרה זה, יו"ר הוועדה המחוזית כלל לא פנתה ליו"ר הוועדה המקומית להוצאת הצו ולפיכך הוצאת הצו נעשתה בחוסר סמכות, בשים לב לחלוקת הסמכויות הנהוגות עשרות שנים באזור זה.

21. כן טוען המערער, כי גם אם ייקבע שהתוכנית המנדטורית לא חלה באזור ומדובר באזור שאינו מתוכנן, הרי שהיעדר התכנון נובע מהימנעות רשויות התכנון להכין תוכנית מתאר מקומית, המאפשרת הוצאת היתר בנייה למרות שחובתן של רשויות התכנון בירושלים היא לתכנן כל שטח לא מתוכנן ולהבטיח בו תוכנית מתאר מקומית המאפשרת הוצאת היתרי בנייה. בשל היעדר תכנון נדרש מתושבי מזרח ירושלים לבנות ללא היתר בעל כורחם כך שצו הריסה בנסיבות אלה לוקה בחוסר סבירות קיצוני ודינו להתבטל.

טענות המשיב

22. ב"כ המשיב חזרו על טענותיהם בבית משפט קמא וביקשו לדחות את הערעור, על כל רכיביו וסמכו את

ידם על החלטתו של בית המשפט קמא שאין לבטל את צווי ההריסה המנהליים.

23. בתגובה לטענות ב"כ המשיב, המערער שב על דבריו כאמור.

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית להוצאת צווי הריסה מנהליים

24. לאחר שעיינתי בתיק בית משפט קמא ובחנתי את החלטתו המקיפה והמנומקת היטב, ולאחר ששמעתי את טענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה שלא נפל פגם בהחלטת בית המשפט קמא ועל כן דין הערעור להידחות.

25. תכליתו של צו ההריסה המנהלי, היא לאפשר לרשויות להתמודד, במהירות וביעילות עם תופעת הבנייה הבלתי חוקית ומניעת "קביעת עובדות בשטח" נוכח ריבוי עבירות הבנייה והיקפן ללא מעורבות של בית המשפט. הצורך להוציא צווי הריסה מנהליים מתעורר לעיתים תכופות והקושי להרוס מבנים כאלה לאחר שהבנייה הושלמה והמבנים אוכלסו, גדול מאשר הקושי להרוס מבנה בתחילת בנייתו, טרם אוכלס. מכאן, שיש לאכוף צו הריסה מנהלי, במיוחד כאשר נדחתה בקשה לביטולו שהוגשה לבית המשפט קמא, במהירות, בסמוך לאחר שהפך סופי. ראו: רע"פ 8655/13 **מדינת ישראל נ' עמאר חג' יחיא**, (מיום 14.6.15) (להלן **עניין יחיא**), שם נקבע:

"המהירות הנדרשת בביצועו של צו ההריסה המנהלי נובעת בראש ובראשונה מהאינטרס הציבורי המצדיק מלכתחילה את הוצאת הצו - אכיפתם של דיני התכנון והבניה "בזמן אמת" באופן שלא יאפשר עבריינות בניה באמצעות קביעת עובדות בשטח, שאם לא כן ניתן היה להסתפק בהליכים משפטיים רגילים כנגד בניה בלתי חוקית...".

"... משהוצא צו הריסה מנהלי החלטה על ביטולו או על דחיית המועד של ביצועו אינה אמורה להתקבל בנסיבות רגילות. אי-ביצוע של צו הריסה מנהלי או דחייה נמשכת של ביצועו חותרים תחת המטרה שלשמה הוא הוצא - טיפול מהיר בעבריינות בניה - ומעבירים מסר בעייתי בכל הנוגע לאכיפה ולשלטון החוק. ניתן אפוא לומר שההחלטה לעשות כן צריכה להיות מבוססת על טעמים מיוחדים".

26. סעיף 238א לחוק התכנון והבניה קובע את סמכויות יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה ויו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, להוציא צו הריסה מנהלי.

27. סעיף 238א(א) לחוק התכנון והבניה מסמיך את יו"ר הוועדה המקומית לצוות בכתב, על הריסתו של בניין שהוקם, או התחילו להקימו ללא היתר, בסטייה מהיתר או מתוכנית. סעיף זה קובע שהתנאי להוצאת צו הריסה מנהלי על ידי יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה, הוא הגשת תצהיר חתום בידי מהנדס הוועדה המקומית, שמציין כי לפי ידיעתו הוקם המבנה ללא היתר בניה או בחריגה מהיתר בניה, כי לפי ידיעתו לא נסתיימה הקמת המבנה או שנסתיימה לא יותר משישים ימים לפני הגשת התצהיר, וכי

עמוד 5

ביום הגשת התצהיר המבנה לא מאוכלס או שהוא מאוכלס תקופה שאינה עולה על שלושים יום. כן מורה סעיף 238א(ב) לחוק התכנון והבנייה, כי לא יינתן צו הריסה מנהלי אלא לאחר התייעצות עם היועץ המשפטי של הוועדה המקומית.

28. סעיף 238א(ב1) לחוק התכנון והבנייה, מסדיר אף את האפשרות להוצאת צו הריסה מנהלי על ידי יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה. סעיף זה, תפקידו להסדיר מנגנון חלופי ויעיל למתן צו הריסה בשלב שבניית המבנה עודנה בראשיתה, זאת כאשר יו"ר הוועדה המקומית נמנע, משום מה, לפעול בנדון (ר' רע"פ 3454/97 דע"פ נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה חיפה, פ"ד נג(5) 49, בעמ' 58 ו-69, ע"פ (י-ם) 40166/07 **אבו סרור נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ירושלים**, [פורסם בנבו] ניתן ביום 31.12.07).

29. סעיף 238א(ב1)(1) לחוק התכנון והבנייה קובע, כי ליו"ר הוועדה המחוזית ולמתכנן המחוז תהייה הסמכויות הנתונות ליו"ר וועדה מקומית ולמהנדס וועדה מקומית לעניין מתן צווי הריסה מנהליים בתחום המחוז ובתחום מרחב תכנון מחוזי, לפי סעיף 12 לחוק התכנון והבנייה. סעיף 238א(ב1)(2) לחוק התכנון והבנייה קובע, כי יו"ר הוועדה המחוזית לא ייתן צו הריסה מנהלי, אלא לאחר שהתייעץ עם נציג שר המשפטים בוועדה המחוזית. סעיף 238א(ב1)(3) לחוק התכנון והבנייה קובע כי לא יפעיל יו"ר הוועדה המחוזית סמכותו אלא לאחר שהודיע על כך לשר הפנים, ודרש בכתב מיו"ר הוועדה המקומית ליתן צו הריסה מנהלי לגבי אותה בנייה, ויו"ר הוועדה המקומית לא עשה כן תוך שבעה ימים מיום המצאת ההודעה לוועדה.

30. סעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבניה מתייחס לשתי עילות ביטול צו הריסה מנהלי. בבואו של בית המשפט להכריע בבקשות מסוג זה, עליו לבחון קיומה אל אחת משתי עילות אלה: האחת, אם הבנייה "בוצעה כדין" והשנייה, "אם הוכח שביצוע הצו אינו נדרש לשם מניעת עובדה מוגמרת": **"לא יבטל בית המשפט צו הריסה מנהלי אלא אם הוכח לו שהבניה שבגללה ניתן הצו בוצעה כדין או שביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת."** העילה השנייה נבחנת בהתאם לקריטריונים שנקבעו בסעיפים 238א(א)(2) ו-(3) לחוק התכנון והבנייה. קרי, האם מדובר בבנייה שלא נסתיימה או שנסתיימה מעל ששים יום לפני מועד הגשת התצהיר ליו"ר הוועדה המקומית, או בבנייה שאוכלסה מעל שלושים יום לפני אותו מועד (ר' למשל: רע"פ 9174/08 **גבריאלי פרץ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב** (16.11.08)).

31. בנוסף לשתי עילות הביטול הקבועות בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבנייה, נקבעה בפסיקה עילת ביטול נוספת אשר בוחנת האם נפלו פגמים פרוצדוראליים בהליך הוצאתם או במקרים בהם נפלו פגמים בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת כגון: מטרה זרה, היעדר מידתיות, שיקולים זרים, חוסר סבירות או אפליה (רע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב יפו נ' עורקבי, פ"ד מח(2) 397, 404 (1994), רע"פ 8655/13 **בעניין יחיא**). עם זאת, הודגש כי התערבות זו שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן, על מנת שלא לסכל את התכלית החקיקתית שביסוד סעיף 238א' לחוק, שהיא סיוע באכיפה

מהירה ויעילה של דיני התכנון והבניה, מיגור תופעת הבניה הבלתי חוקית וסילוק בניה בלתי חוקית כדי למנוע קביעות עובדות מוגמרות בשטח (רע"פ 2341/14 **קבועה סלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה** (פורסם בנבו, 28.05.14).

32. הלכה היא כי הביקורת השיפוטית על מתן צו הריסה מנהלי היא מצומצמת. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט העליון ברע"פ 2958/13 **תיסיר סבאח נ' מדינת ישראל** (8.5.2013):

"בהתאם לעילות המנויות בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבניה, יפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית על צווי הריסה מינהליים, באופן מצומצם למדי. העילה הראשונה, דורשת כי יוכח לבית המשפט כי הבניה נעשתה כדין, והעילה השנייה, עניינה בכך, כי ביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת (רע"פ 5285/12 מורחי נ' יו"ר הועדה לתכנון ובניה תל אביב-יפו [פורסם בנבו] (21.8.2012))".

33. עוד נפסק כי צו הריסה מנהלי הוא אקט מנהלי ולא עונשי, ומשום כך עומדת למשיבה חזקת התקינות המנהלית, היינו, חזקה כי פעולתה המנהלית נעשתה כדין. המבקש לסתור חזקה זו- עליו הנטל להוכיח את הפגם שנפל לטענתו בהתנהלותה של הרשות המנהלית (ראו רע"פ 6032/13 **זמירה שלהבת אהרן נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ולבניה טבריה** (19.01.14) ויפים הדברים אשר נאמרו שם:

"כידוע, צו הריסה מנהלי, המוצא מכוח סעיף 238א לחוק התכנון והבניה, הוא אקט מנהלי, ולא אקט עונשי. לפיכך, וכפי שקבעו גם הערכאות הקודמות, עומדת למשיב חזקת התקינות המנהלית, היינו חזקה כי פעולתו המנהלית נעשתה כדין. על המבקש לסתור חזקה זו, מוטל הנטל להוכיח את דבר קיומו של הפגם שנפל, לטענתו, בהתנהלותה של הרשות המנהלית (רע"פ 2956/13 דמקני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו [פורסם בנבו] (31.7.2013); 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))."

34. גם במקרים בהם יקבע שנפל פגם בצו, אין בכך כדי להוביל בהכרח להחלטה בדבר בטלות הצו ועל בית משפט לבחון את נפקות הפגם בהתאם לעקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית. בע"פ 40588/07 **קמיל סנו נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים** (פורסם בנבו, 26.3.08) נקבע:

"נפקותם של פגמים בהוצאת צו הריסה מינהלי, כמו פגמים בכל החלטה מינהלית, אמורה להיות מוכרעת, בין-השאר, על-יסוד עקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית. הדוקטרינה מורה, כי נפקות הפגם תוכרע על-פי חומרת ההפרה בהתחשב בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה, וזאת אגב איזון בין מכלול שיקולים שבמסגרתם תיבחן: חומרת הפגם, הרלבנטיות שלו ביחס להחלטה, תכלית ההוראה שהופרה, הנזק או העוול שהסבה ההפרה ומידת הפגיעה באינטרס הציבורי לו תבוטל ההחלטה בגינו (ראו:

ע"מ 3518/02 בעניין רג'בי, לעיל בפסקה 25 לפסק-הדין; והשוו: רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 644; ע"פ 1523/05 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו] ניתן ביום 2.3.06); י' זמיר, הסמכות המינהלית, עמ' 680).

מניעת עובדה קיימת

35. בית המשפט קמא קבע שמהתמונות שהוגשו ומעדותו של המפקח, ניכר שאין מדובר במבנה שבנייתו הסתיימה. מפקח הבנייה העיד שבביקורו מיום 11.12.16 ראה מבנה דו קומתי במצב שלד בשטח של 170 מ"ר כל קומה, כאשר המבנה לא גמור, לא מאוכלס ואינו מיועד למגורים, כן העיד שטרם בוצע במבנה טיח פנים טיח חוץ וריצוף. מהתמונות שצולמו בביקור המפקח (מש/1) ניתן לראות מבנה בשלבי הקמה. כן ניתן לראות בתמונות כי טרם בוצעו עבודות טיח, אין חלונות ובחלק מהמבנה גם אין ריצוף. מנגד, המערער לא הביא כל ראיה לתמיכה בטענותיו, לא הציג תמונות המעידות שהמבנה היה מאוכלס במועדים הרלוונטיים, לא הציג מסמכים המעידים על חיבור לחשמל ולא הביא עדים שיתמכו בגרסתו שהמבנה קיים ומאוכלס מזה שנתיים למרות שטען בעדותו ש "כל השכונה" יודעת על כך. כך שאין מדובר במבנה שבנייתו הסתיימה. אף המערער הודה בעדותו שהמבנה "לא גמור" (עמ' 10 לפרוטוקול מיום 12.1.17) ואשתו ובנותיו לא יכולות לישון במבנה בגלל שאין חלונות ודלתות ועל כן הן ישנות בקונטיינר הצמוד אליו. המערער אף לא הציג ראיה לתמיכה בטענותיו שהמבנה מאוכלס קרוב לשנתיים.

36. עקרון ידוע הוא כי בית המשפט שלערעור לא ייטה, בדרך כלל, להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו לאחר שמיעת ראיות בפני הערכאה הראשונה, אלא במקרים חריגים בהם נפלה טעות המצדיקה תיקון במסגרת הערעור. כך למשל, כאשר נקבעו ממצאים שאינם עומדים במבחן ההיגיון ושיש לראותם כמופרכים, או מקום שאין לעובדות שנקבעו בסיס נאות בחומר הראיות (ע"פ 3952/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 646; ע"פ 117/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(4) 408).

37. למעלה מן הצורך אוסיף כי ניתן ללמוד מהתמונות שהוגשו באמצעות המפקח כי המבנה בשלב שלד, וכי אין ספק שביצוע צו ההריסה נדרש לשם מניעת עובדה מוגמרת.

38. לפיכך, משאין מחלוקת על כך שהמבנה הוקם ללא היתר בניה כדין, ומשנקבע על ידי בית המשפט קמא כי המבנה לא היה גמור ולא בשימוש - איני רואה כל מקום להתערב בקביעה זו, מכאן אני קובעת שהמשיבה עמדה בתנאים הקבועים בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבנייה.

39. למעלה מן הצורך יוער כי גם אם היה המערער מוכיח את כל טענותיו, כי המבנה נמצא במצב זה במשך שנתיים ובחלק קטן ממנו מתגוררים מקצת מבני המשפחה, הדבר לא יוביל לביטול צו ההריסה, שכן המבנה עומד בתנאים שבקבעו בסעיף 238א, מאחר שאין מדובר במבנה שבנייתו הסתיימה, ובכל עת יכול המערער לשוב ולהמשיך בבניה ולהשלימה, ועל כן קיים הצורך במענה מהיר בדמות צו ההריסה מינהלי.

היעדר תשתית עובדתית ראויה להוצאת הצו

40. המידע שהועבר לרשות לצורך הוצאת צו ההריסה המנהלי, נשען על המידע שמסרו העדים במהלך ההליך שנדון בבית משפט קמא, בהקשר לכך שאין היתר בנייה למבנים ושהמבנים לא היו גמורים מעל 60 ימים במועד הוצאת הצווים ואף לא היו מאוכלסים מעל 30 ימים באותו מועד, מידע זה לא היה שגוי והוכח בבית משפט קמא, כך שלא התקיימו התנאים בסעיף 238א(א)-(1)-(3) לחוק התכנון והבנייה.

41. טענתו של המערער לקיומה של תוכנית המאפשרת הוצאת היתר, איננה חלק מהתנאים להוצאת צו ההריסה המנהלי בהתאם להוראות סעיף החוק כאמור. ידוע, שהוצאת היתר הוא הליך ארוך ומתמשך, גם אם אושרה תוכנית מתאר. צווי הריסה ניתנים בהליך הפלילי נגד בתים שסיימו לבנותם ומתגוררים בהם, בהיעדר אופק תכנוני. קל וחומר שמוצדק להשית צווי הריסה מנהליים על בתים בשלב מוקדם לבנייתם, כשעדיין לא סיימו לבנותם, בייחוד שהצו המנהלי חיוני לשם מניעת עובדה מוגמרת והאינטרס הציבורי עולה על שאר השיקולים. מעבר לצורך אוסיף לעניין זה כי לא הובאו ראיות לכך מטעם המערער שההיתר נמצא בהישג יד.

42. כבר נדונו בעבר בהרחבה טענות אלה של המערער ונקבע כי גם כאשר ישנה תוכנית בתוקף אין בכך למנוע הוצאת צווי הריסה מנהליים או להוות עילה לביטולם והשאלה הרלבנטית היא שאלת קיומו של היתר בנייה. על כן, צדק בית המשפט קמא בדחותו את הטענה האמורה.

העדר הליך שימוע

43. המערער טוען כי לא ניתנה לו **זכות שימוע** - דהיינו לא ניתנה לו את הזכות להעלות את טענותיו בטרם הוצאת צו ההריסה המינהלי. אין מקום לקבל טענה זו היות ועסקינן בצו שהוצא לפי הוראותיו של סעיף 238א לחוק, צו אשר אינו מופנה כנגד אנשים אלא מכון כנגד בניין חורג שהוקם שלא כדין, והוא אפוא, בבחינת צו חובה כלפי הנכס עצמו. חוק התכנון והבניה אינו קובע חובה לשימוע את גירסתו של בעל הזכויות בנכס טרם הוצאת צו ההריסה. לעניין זה יפים דבריו של השופט ח' מלצר בע"פ 8915/08 **רפאל מדר נ' עיריית נתיבות**:

"ראשית, מקובלת עליי מסקנת בית משפט השלום כי המדובר היה, ככל הנראה, בגביית גרסתו של בעל הנכס עובר להגשת כתב אישום נגדו במישור הפלילי, ולא במתן זכות טיעון שהיתה אמורה להקדים את הוצאת צו ההריסה המנהלי (הליך זה איננו מותנה בקיום שימוע מוקדם, אלא מאפשר רק השגה בדיעבד בפני בית משפט, מכוח ההסדר הקבוע בסעיף 238א לחוק התכנון והבניה - ראו: רע"פ 2034/06 מוחמד שקיר נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים ([פורסם בבנו], ניתן ביום 21.3.2006))."

44. מכל מקום, גם לגופו של עניין, הלכה היא כי אין למבקש זכות שימוע, טרם ביצוע צו הריסה מנהלי, כמאמר ביהמ"ש העליון ברע"פ 2034/06 **שקיר נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים** (פורסם במאגרים): **"לענייננו, די אם נחזור ונדגיש את מטרת מנגנון צו ההריסה המנהלי, אשר נקבע על-ידי המחוקק במטרה להילחם בנגע הבנייה הבלתי חוקית... כך נקבע על-ידי המחוקק,**

למעשה, כי אין זכות שימוע מקדמית וכי הנפגעים יוכלו לבקש מיוזמתם מבית המשפט ביטול הצו.
כן ראה: עפ"א 55040-05-14 (מחוזי ב"ש) **אלוג' נ' מדינת ישראל**, מפי כב' הנשיא, השופט י' אלון.

45. לענייננו, די אם נחזור ונדגיש את מטרת מנגנון צו ההריסה המנהלי, אשר נקבע על-ידי המחוקק במטרה להילחם בנגע הבנייה הבלתי חוקית (ראה: ר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד לח (1) 494; רע"פ 273/86 **פרץ נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה**, פ"ד מ(2) 445, 447).

פגמים בהוצאת הצו

46. אשר לשאלה האם היה המהנדס רשאי להסתמך בתצהירו על תצהיר המפקח ולחתום עליו, על אף ולא נכח במקום בו הוקם המבנה. עד לתיקון 43 לחוק התכנון והבניה נדרש כי תצהיר המהנדס, המהווה תנאי בלעדיו-אין למתן הצו, יינתן מידיעתו האישית של המהנדס. בעקבות התיקון לא נדרשת יותר ידיעה אישית ודי בכך שידיעתו תתבסס על ידיעה אישית של אדם אחר הפועל מטעמו, ובענייננו - המפקח. עמדה על כך כב' הנשיאה (דאז) ד' בייניש ברע"פ 2351/06 **יונס סביח נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים**, (לא פורסם) [פורסם בנבו] (2006); בערעור על פסק דין (ע"פ 9018/06 [פורסם בנבו] (12.2.2006)) :

"סעיף 238 (א) לחוק התכנון והבניה, שמחייב הגשת תצהיר חתום על ידי מהנדס כתנאי להוצאת צו הריסה מנהלי, קובע כי המידע הנדרש בדבר הקמתו של בניין ללא היתר צריך להיות "לפי ידיעתו" של המהנדס. לשון הוראה זו אינה דורשת ידיעה אישית של המהנדס, ואף מבחינת תכלית ההוראה איננו רואים כל מניעה לכך שהמהנדס יסתפק במידע אשר מובא לידיעתו על ידי מפקח הבנייה, שהינו גורם מקצועי ומהימן לעניין זה. עוד יצוין, כי המסקנה האמורה נתמכת אף בהיסטוריה החקיקתית של סעיף 238 א(א) לחוק. עד שנת 1995 לשון הסעיף דרשה אמנם כי המידע האמור ייכלל בהסתמך על ידיעתו האישית של המהנדס, אלא שדרישה זו נשמטה מהוראות סעיף 238 א(א) עם כניסתו לתוקף של תיקון 43 לחוק התכנון והבניה (ראו חוק התכנון והבניה (תיקון מספר 43), התשנ"ה - 1995). אף מכך ניתן ללמוד, שאין הכרח שהמידע בדבר אי חוקיותו של הבניין יתבסס על ידיעתו האישית של המהנדס".

47. לפיכך, המהנדס רשאי היה לשאוב את המידע עליו הוא מצהיר בתצהירו ממקורות שונים, ובכלל זה מהמפקח, אשר העיד כי ביקר במבנה, וצילם את התמונות ולכן היה מוסמך לחתום על התצהיר והמידע הוא מידיעתו. אשר לטענה כי המידע הכלול בתצהיר הוא מטעה ומוטעה ביחס למועד הבנייה והאכלוס, המעמד התכנוני של השטח כבר התייחסתי כאמור.

קיומה של מדיניות כי הוועדה המחוזית אמונה על הוצאת צווים באיזור

48. בפסק הדין בבית משפט קמא נדחו טענות המערער לגבי מיקום הנכס שאינו בסמכות הוועדה המקומית. לא מצאתי בנימוקי הערעור טענות של ממש בעניינים אלה, וממילא עומדות קביעותיו של בית המשפט עמוד 10



קמא, אשר דחה טיעונים אלה, ולא מצאתי להתערב בהן.

אי קידום הליכי תכנון על ידי הרשויות

49. כבר נדונו בעבר בהרחבה טענות אלה של המערער ונקבע כי העובדה שרשויות המדינה אינן מספקות שירותי תכנון לאזור מסוים אינה יכולה לתת הכשר לבנייה בלתי חוקית, בבחינת איש הישר בעיניו יעשה. הגם שצודק המערער בטענתו כי חובה על הרשויות לדאוג למתן שירותים לתושבים, לרבות שירותי תכנון, אין האזרח רשאי ליטול את החוק לידי ולבנות בניה לא חוקית, ואין מתקנים רעה חולה ברעה חולה אחרת, שכן בבוא היום כאשר יוכשרו תכניות הבניה, יעמדו הרשויות והתושבים לפני עובדות מוגמרות המכשילות אפשרות תכנונית ממשית (ר' רע"פ 2885/08 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו נ' מוסא דכה** (פורסם בנבו 22.11.09), ע"פ 49732-09-12 **מוחמד צלאח עבדלג'ני נ' מדינת ישראל הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים** (פורסם בנבו 31.7.13)).

50. נוכח החשיבות הציבורית הגבוהה, שיש לייחס לאכיפה מהירה ויעילה של דיני התכנון והבניה, בין היתר - באמצעות מניעת יצירת עובדות בשטח על ידי מי שמפר את החוק בריש-גלי, נקבע, כי הריסת מבנים בלתי חוקיים צריכה להיות הכלל והימנעות מהריסה - החריג.

51. המסקנה היא כי לא נמצא כל עילה לביטולו של הצו, אשר הוצא כדין, ועל כן לא מצאתי מקום להתערב בקביעות בית משפט קמא מושא הערעור. לפיכך, אני דוחה את הערעור ומורה כי צו ההריסה יותר על כנו וכי יכנס לתוקפו ביום 20.4.17.

52. המזכירות תשלח את פסק הדין לב"כ הצדדים ותוודא את קבלתו.

ניתן היום, ט' ניסן תשע"ז, 05 אפריל 2017, בהעדר ב"כ הצדדים והמערער.