



ת"פ 32018/09/20 - פאטמה אבו ואקד, סלאמה אבו ואקד שניהם נגד מדינת ישראל, היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון והבניה

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 32018-09-20 אבו ואקד ואח' נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מעוררים

1. פאטמה אבו ואקד
2. סלאמה אבו ואקד שניהם
ע"י ב"כ עו"ד חיים סודקביץ

נגד
משיבה

מדינת ישראל
היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון והבניה
ע"י ב"כ עו"ד אסף שטרן

פסק דין

הרקע והחלטת בית משפט קמא

1. לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופט ח' פס) מיום 1.9.20 (בצה"מ 13.12.19-41269-12), בה דחה את בקשת המערערים לבטל צו הריסה מנהלי מיום 13.12.19, אשר נסמך על תצהיר מפקח מיום 3.12.19.
2. כדרכו, פירט השופט ח' פס בבהירות ויעילות את המסכת העובדתית, ואת נימוקיו. כך אוכל לאזכר כאן רק את עיקרי הדברים, תוך הסתמכות על הפרטים המובאים על ידו, מבלי ליגע הקורא בפרטים יתרים.
3. צו ההריסה כוון נגד מה שהוגדר בצו "מבנה מבולק בשטח כולל של כ- 120 מר". אשר הוקם צפונית לדרך 310, במרחב התכנוני של העיר רהט. מדובר בשטח בו יושבו בני החמולה של המערערים לפני שנים רבות, ואשר אין בו תכנית המאפשרת בניה, לעת עתה. מתברר ששטח המבנה עצמו אף מתוכנן, בתכניות הראשוניות הקיימות, ל"דרך".
4. **טענת המערערים** היא כי אין מדובר במבנה חדש, אלא מבנה ישן, העומד על תילו לפחות 15 שנה, ואשר בו התגוררה המערערת כל השנים. אמנם, המבנה עבר שיפוץ בתקופה הרלוונטית אשר בה ניתן תצהיר המפקח, ושטחו הוגדל במידת מה. אולם, אין לומר כי מדובר במבנה חדש לגמרי, ומכל מקום, לאחר השיפוץ, חזרה המערערת להתגורר במקום.
5. מכאן, טענו המערערים כי נפל פגם חמור בצו ההריסה המנהלי. זאת, באשר צוין בו, ובמסמכי ההיוועצות שקדמו לו, כי מדובר בבניה חדשה בת 120 מ"ר, ולא צוין במסמכים אלה כי מדובר למעשה במבנה ישן אשר הורחב. לשיטת המערערים, נוכח הפגם החמור הנטען, יש להורות על ביטול צו ההריסה.
6. לחלופין, נטען כי מאחר שעיקרו של המבנה הוא ישן, ממילא לא ניתן להורות על הריסתו בצו מנהלי.



לפיכך, אף אם צו ההריסה המנהלי עומד בתוקפו, הרי שהוא צריך לחול רק על החלקים החדשים של המבנה. בהקשר זה נטען כי ניתן לסמוך על תצלומי האוויר שהוגשו כדי לשרטט את גבול הבניה הישנה. מעבר לכך, הוצגה בבית משפט השלום חוות דעת הנדסית מטעם המערערים. מהנדס שהגיע למקום בדיעבד, הצביע על כך שניכר כי אין מדובר במצב בו המבנה הישן נהרס ונבנה מבנה חדש. למסקנה זו הגיע המומחה נוכח קיומם של אלמנטים ישנים שונים הקיימים עדיין במבנה. על יסוד זה, המהנדס אף מסוגל לשרטט החלקים החדשים במבנה ולהפרידם מן הישנים.

7. **טענת המשיבה** היא כי למעשה מדובר במבנה חדש לגמרי, או כמעט לגמרי, אשר נבנה תחת המבנה הישן שנהרס. בעת האיתור, המבנה החדש עדיין היה באמצע הבניה, ולא מאוכלס, כך שניתן היה לצוות על הריסה מנהלית. עוד נטען, כי ההתייעצות עם כל הגורמים הנדרשים נעשתה כדיון. לפיכך, לא נפל פגם כלשהו, בוודאי לא פגם חמור, בצו ההריסה המנהלי, ויש להורות על ביצועו.

8. **בית המשפט** תיאר בהחלטתו את משפט ההוכחות שנוהל לפניו. בעדותו, המערער 2 לא ידע ליתן פרטים אודות הגודל המדויק של המבנה כפי שהיה כל השנים, אף כי עמד על כך ששימש למגורים בלבד. כאשר הוצג לו תצלום האוויר של המבנה הישן, טען כי החלק הנראה חסר באמצעו של המבנה הישן, הוא למעשה חלק שעף ברוח, והוא אשר חייב את תיקון המבנה.

9. המהנדס מטעם המערערים העיד כי מדובר במבנה ישן אשר עדיין קיים, אף כי נערך בו שיפוץ כולל. המהנדס העריך כי היקף הבניה החדשה אינו עולה על 50 מ"ר ועמד על כך שבעת שביקר ניתן היה להבחין בנקודות ה"תפר", בין הבניה הישנה לבין חדשה. המהנדס אישר כי בעת שביקר במבנה בחודש דצמבר לא היה מטבח, לא ריצוף ולא דלתות.

10. בית המשפט תיאר בקצרה את עדות המפקח מטעם המשיבה. בית המשפט ציין שהמפקח טען שדבר קיומו של המבנה הקודם הובא לידיעת הגורמים הממליצים. אמנם, כעולה מהפרוטוקול, המפקח אישר כי במסמכי ההתייעצות הדבר לא נכתב באופן מפורש. יחד עם זאת, בית המשפט קיבל את הטענה כי כל החומר הנוגע למבנה נשוא הצו, לרבות המידע בדבר המבנה הקודם, הועבר לעיון הגורמים המייעצים. ממילא, כך למסקנת בית המשפט, כל הנתונים היו לפניהם, לרבות קיומו של המבנה הישן.

11. בית המשפט קיבל את טענת המערערים, לפיה נכון היה לרשום באופן מפורש במסמכי ההיוועצות את דבר קיומו של מבנה קודם במקום, וכי אין די בצירוף החומר הגולמי ממנו ניתן ללמוד זאת. יחד עם זאת, בית המשפט קבע שאין לראות בכך "פגם חמור" המאפשר את ביטול הצו, נוכח הוראות סעיף 229 לחוק התכנון והבניה (כנוסחו לאחר תיקון 116).

12. בנימוקיו, עמד בית המשפט על חזקת התקינות של המעשה המנהלי. בית המשפט קבע שיש לקבל את עדות המפקח לפיה "בפני הגורמים אשר אישרו את הוצאת הצו עמדו כל הנתונים הרלוונטיים לרבות ובמיוחד העובדה כי במקום היה מבנה קודם" כלשונו של בית המשפט. בית המשפט עמד על מטרותיו של צו ההריסה המנהלי. לשיטתו, הביקורת השיפוטית על המעשה המנהלי נוגעת לשאלה האם מעשה הרשות חורג חריגה קיצונית ומהותית ממתחם הסבירות.

13. במישור העובדתי, צוין בהחלטה שאין היתר למבנה, ולא ייתכן היתר, כי זו קרקע המיועדת ל"דרך". כן



נקבע, כי במקום נערך שיפוץ מאסיבי, ושטח המבנה הוגדל לפחות פי שניים לפי תצלומי האוויר, ולפחות פי אחת וחצי לפי המהנדס מטעם המערערים. נקבע כי, לאחר שיפוץ כה מאסיבי, אין עוד משמעות לעובדה כי במקום היה מבנה קודם. בית המשפט הסיק מהתמונות כי "למעשה הבנייה החדשה מוזגה אל תוך הבנייה הישנה, כך שלא ניתן היום לבצע חלוקה אמיתית לעניין זה". לפיכך, לא ניתן להתייחס לחלק מן המבנה באופן המנותק מהמבנה השלם, יש לראות את כלל המבנה כחדש, והצו שהוצא על כולו, צריך לחול על כולו.

14. בית המשפט עמד על כך שעדות המהנדס מטעם המערערים, למעשה חיזקה את עמדת המשיבה דווקא. זאת, משום שאמנם דיווח על בנייה של תוספת של כ- 50 מ"ר, אך צוין כי בנייה זו מוזגה לתוך המבנה הישן וכי המבנה לא היה מאוכלס אפילו ביום ביקורו, זמן רב אחרי הוצאת הצו המנהלי. עוד צוין בפסק הדין, כי מערער 2 בעדותו עשה רושם "בעייתי", ולא אחזר על נימוקי בית המשפט בהקשר זה.

15. נוכח כל האמור, נקבע כי הבניה לא הסתיימה בעת מתן צו ההריסה, ואין זה משנה מתי החלה. צוין, כי המבנה הישן מוזג אל תוך המבנה החדש, כך שאף אם חלקים מסוימים עמדו בעבר על תילם, הרי שמעת שמוזגו, אין עוד רלוונטיות לאותם חלקים, בהיותם חלק ממבנה חדש שטרם הושלם. נקבע, שאמנם נכון יותר היה לציין במסמכי ההיוועצות כי במקום היה מבנה קודם, אולם, אין לראות בחסר זה משום פגם בהליך ההתייעצות. משמע, לא מתקיים אפילו אחד מהתנאים המאפשרים לבטל את צו ההריסה לפי סעיף 229 לחוק התכנון והבניה. לפיכך, הבקשה לבטל את הצו המנהלי - נדחתה.

הערעור והתשובה

16. **הערעור התמקד בשלוש טענות**, אשר הורחבו והוסברו בטיעון על פה. האחת, כי **מדובר במבנה ישן, לא חדש**, ולפיכך לא היה מקום לצוות על הריסה מנהלית. בהקשר זה נטען כי אין לראות את המבנה כמבנה חדש, אלא כמבנה ישן שעבר שיפוץ, כפי שתיאר זאת המהנדס מטעם המערערים. הוזכרו נסיבות הרקע, כי מדובר בהתיישבות בדואית שנעשתה במקום, בהתאם להחלטות של המדינה עצמה לפני שנים רבות, לאחר שהחמולה הועברה ממקום אחר. המערערים הביעו חשד כי השיפוץ משמש אמתלה בלבד, להרוס מבנה העומד על תילו לפחות 15 שנה. זאת, על מנת לעקוף את החובה להצביע על אינטרס ציבורי מיוחד לבצע הריסה של בניה בלתי חוקית, לפי סעיף 239 לחוק התכנון והבניה.

17. הטענה השניה היא כי **עובדת קיומו של מבנה ישן במקום לא נשקלה בשלב ההיוועצות, ולפיכך ההיוועצות פגומה**. המערערים מצביעים על כך שטופסי ההתייעצות (עם מתכנן המחוז ועם יועץ המשפטי) האמורים למסור בסעיף 3 "פירוט נסיבות ועובדות נוספות הנוגעות להוצאת הצו", אינן מאזכרות כלל את דבר קיום המבנה הישן. בפריט זה כל שנרשם הוא כי מדובר ב"בניית מבנה מבלוק בשטח כולל של כ- 120 מ'ר". עוד מצביעים המערערים על כך שגם בתצהיר המפקח, המהווה בסיס לכל ההליך, אין התייחסות למבנה הישן שעמד במקום. לשיטת המערערים, זהו "פגם חמור", שצריך להביא לבטלות הצו.

18. מעבר להיעדר התייחסות למבנה הישן במסמכים שעמדו לפני המייעצים, מצביע ב"כ המערערים על כך שאין למעשה כל ראיה כי המייעצים היו מודעים בפועל לקיומו של המבנה הישן. כך, תצהיר המפקח שהוכן לקראת הדיון בבית המשפט אמנם מציין בסעיף 12 כי במקום היה מבנה ישן, וכי למעשה המבנה



היום הוא מבנה חדש. אולם, אין התצהיר כולל טענה פוזיטיבית כי הדבר הובא לידיעת המייעצים. אמנם, המפקח טען בעדות כי הדבר הובא לידיעתם, אך בפועל, מעיון בעמ' 5 לפרוטוקול, עולה כי המפקח הצביע רק על כך שהמידע מצוי בתוך תיק הפיקוח (אשר כעולה מן המסמכים צורף לעיונם). לא באה עדות ישירה כי הדבר נאמר להם. לפיכך, לשיטת ב"כ המערערים, הטענה לפיה המייעצים היו מודעים בפועל לקיום המבנה הישן לא הוכחה, בניגוד למסקנת בית משפט השלום. בהקשר זה הודגש כי ההסברים שנתן ב"כ המשיבה בדיון, אודות שיטות העבודה שלו כאשר הוא המעניק הייעוץ עלפי דין (בעיקר טענתו כי הוא נוהג לעיין בכל החומר), אינן יכולות להוות תחליף לראיות. זאת, במיוחד כאשר מדובר בעניין שקל מאוד היה להוכיח ישירות, באמצעות תצהיר המייעצים.

19. לחלופין, נטענה **טענה שלישית לפיה אף אם הצו בתוקף, אין הוא חל אלא על אותו שטח אשר נבנה רק עתה**. זאת, באשר אין הצדקה להרוס את חלק המבנה הישן, לאחר שעבר שיפוץ. אמנם, טענת המשיבה היא כי מדובר במבנה חדש. אולם, בהקשר זה הוגשה מטעם המערערים חוות דעת הנדסית, המסבירה כיצד ניתן להבחין ולקבוע אלו קירות שייכים למבנה החדש ואלו לישן. לשיטתם, משלא הוגשה חוות דעת נגדית, לא ניתן להגיע למסקנה אחרת. נטען כי כפי שאסור למערערים להרחיב הבניה, אסור למשיבים (לפחות במסגרת הליך מסוג זה) להרוס בניה ישנה.

20. בתגובה בכתב ובטיעון על פה **ביקשה המשיבה לדחות הערעור**. המשיבה בתגובתה לא ביטאה כל מחלוקת אודות נסיבות הרקע של הימצאות המשפחה המורחבת באזור, על רקע החלטת המדינה בדבר העברת החמולה כולה ממקום התיישבות קודם שיועד להם, לישיבה זמנית באזור זה.

21. לגופו של עניין, לשיטת המשיבה, ניכר מתוך המסמכים והתמונות שהוגשו לבית המשפט כי בעת ביקור המפקח מדובר היה במבנה אחד שלם, שהוא עדיין בבניה. מבנה, הגדול בערך פי שלשה, לשיטתה, מהמבנה הישן שהיה קיים במקום. מבנה אחד שלם, כאשר אין הצדקה להבחין בין השטח החופף למבנה הישן, לבין השטח שעליו נבנה לראשונה. לשיטת המשיבה, אף בהנחה שנעשה שימוש בחלק מקירות המבנה הישן, עדיין מדובר למעשה במבנה חדש לגמרי. מכל מקום, מדובר כפי הנראה בשתי קירות בלבד, אשר שולבו לתוך הבניה החדשה.

22. לשאלת בית המשפט מה הם המקרים בהם ראוי להרוס רק תוספת למבנה ומתי יחשב הכול כמבנה חדש, השיב ב"כ המשיבה כי יש להפעיל את מבחן "השכל הישר". לשיטתו, אם ניכר בבירור רכיב חדש, הניתן לזיהוי והריסה לעצמו, יש להעדיף זאת, וכך נוהגים בפועל, במקרים של תוספת מחסן, פרגולה או כיצ"ב. אולם, כאשר מדובר בשינוי מהותי של אופי המבנה, בצורה או אפילו באופן השימוש בו (כמו הכשרת מחסן למגורים) ראוי לראות את כל המבנה כמבנה חדש. זאת, אפילו מדובר רק בשיפוץ פנימי (שאינו פטור אם מבנה נבנה ללא היתר) וכל שכן אם הבניה כרוכה בתוספת של ממש. ב"כ המשיבה ביקש שלא ליצור הלכה לפיה חלק משטח של מבנה שעומד, הופך להיות "משוריין" מהריסה, אף אם יעשה שינוי מהותי ובינוי מחדש באותו שטח.

23. עוד טוענת המשיבה, כי "אין שחר" לטענה כי לפני הגורמים המייעצים לא עמדה העובדה כי במקום עמד מבנה ישן. לטענת המשיבה, למסמכי ההתייעצות צורף תיק הפיקוח כולו. תיק זה כולל את תצלומי האוויר אשר הוצגו גם לבית המשפט. בתצלומים אלה ניכר כי במקום עמד מבנה קודם, וממילא המייעצים היו מודעים לכך, אף אם הדבר לא נכתב. הודגש כי המייעצים הם אנשי מקצוע (מתכנן ויועץ משפטי בתחום),



אשר נוהגים לקרוא את התיק כולו, וממילא ילמדו מעיון בחומר כי היה מבנה קודם במקום, לפי תצלומי האוויר, אשר מצורפים למסמך הייעוץ כחלק מהתיק.

24. ב"כ המשיבה אישר כי נפל פגם בכך שלא צוין בטופסי ההיוועצות כי היה במקום מבנה ישן. לדבריו, לאחר שכב' השופט פס העיר על כך מספר פעמים, במספר תיקים, שונה הנוהל בהקשר זה. אולם, הסביר ב"כ המשיבה, בית משפט השלום לא ביטל את הצווים במקרים דומים. לשיטתו, אין לבטל צו הריסה עקב פגם בתוכן ההיוועצות. זאת, אלא אם בית המשפט, מגיע למסקנה לפיה **סביר להניח** כי הגורם המייעץ היה משנה עמדתו, אילו היה לפניו כל המידע. לכן, לשיטתו, למרות קיומו של פגם בהיוועצות, אין הפגם חמור ואין לבטל הצו במקרה זה.

דין

25. אקדים מסקנה להנמקה ואציין מיד כי, למרות שמקובלת עלי הטענה לפיה ההחלטה להרוס את המבנה כולו במקרה זה יכולה להיות החלטה נכונה, יש לקבל את טענת המערערים כי הוכח שנפל פגם בהליך ההיוועצות. המשיבה לא הוכיחה כי פגם זה היה טכני בלבד ולא מהותי. משמע, אמנם צו ההריסה עצמו אינו לוקה ב"פגם חמור", אולם נוכח פגם מהותי בתהליך ההיוועצות לא ניתן לומר כי "התקיימו הדרישות למתן הצו".

המבנה חדש או ישן?

26. מקובלת עלי עמדת המשיבה לפיה, בהקשר למבנה עצמו, הוכח בראיות מספיקות כי "פנים חדשות באו לכאן" (השוו בבלי, שבת קיב עמ' ב ומקבילות). היינו, כי יש לראות את המבנה כולו, כפי שהוא עומד היום, כמבנה חדש. זאת, למרות ששטח המבנה חופף חלקית את המבנה הישן שהיה במקום, ולמרות ששולבו בקירותיו אלמנטים של המבנה הישן. יש לקבוע כי המבנה הישן שעמד במקום, אשר אותו לא ניתן היה להרוס בהריסה מנהלית, אינו קיים עוד. לפנינו בניין שלם שהוא חדש, אשר נבנה ללא היתר, ובעת פעולת הפיקוח טרם הסתיים, ולפיכך הוא בר הריסה מנהלית.

27. עיונית, בהקשר זה צריך להבחין בין שני גבולות אפשריים המצריכים דיון. האחד, אימתי שיפוץ של מבנה ישן, עם או בלי שינוי בגודלו, יגרום לכך שהמבנה המחודש יראה גם כמבנה חדש, כך שאם הוצא צו בטרם הושלמו הפעולות, או זמן קצר אחריו, צו ההריסה יהיה כדין. גבול שני שאותו צריך לבחון הוא מתי התוספת נדונה כחלק מהמבנה הכללי, ומתי היא בבחינת "קובעת ברכה לעצמה". במילים אחרות, האם המבנה שלנו הוא מהמקרים בהם התוספת למבנה נדונה כחלק עצמאי ונפרד, אשר אם "נתפסה" במועד תהיה ראויה לצו הריסה שיופנה רק כלפי התוספת, מבלי להרוס את המבנה כולו. פשיטא, שאם השלב הקודם לא עמד בפני עצמו כמבנה גמור ושלם הראוי לשימוש, כל תוספת היא למעשה המשך הבנייה המחודשת את המועדים הקבועים בסעיף 221 לחוק. אולם, לעיתים נעשה שימוש במבנה הנראה שלם אך הבניה ממשיכה אחר כך בכל זאת, כמו המקרה דנן, והשאלה מתעוררת (אין לבלבל שאלות אלו עם מצב אחר, בו חלק ממבנה נבנה על פי היתר, ונוספה לו תוספת שנבנתה שלא כדין, כאשר אז חל צו ההריסה רק על התוספת, אלא אם מבחינה בטיחותית הם בלתי ניתנים להפרדה, אז הצו יחול על שניהם לפי סעיף 221(ד) לחוק).



28. דיון מקיף בשאלות אלו, נערך לאחרונה על ידי כב' השופטת תמר שרון נתנאל מבית המשפט המחוזי בחיפה במסגרת עפ"א 43093-01-20 **ופא שיח' נ' המחלקה לאכיפת דיני מרקקעין בפרקליטות המדינה** (2.3.20), שם נסקרו מקרים רבים שנדונו בפסיקה. לפיכך, אין צורך להידרש מחדש לסקירת פסיקה חדשה בהקשר זה, ואוכל לסמוך על המסקנות בפרשת **שיח'**, ולהסתפק בהערה מושגית קצרה בסוף.

29. כללית עולה מהלכת **שיח'** כי במצבים בהם יש שינוי חיצוני בצורת מבנה ישן שנבנה ללא היתר, כך שנגרעו שטחים או נוספו, כאשר אין מדובר בתוספת הניתנת להפרדה בקלות הרי שהמבנה יתפס כמבנה שהוא כולו חדש, בין שיש לראות המבנה בצורתו הקודמת כשלב קודם של הבניה ובין אם לאו (כך נפסק על יסוד עפ"א (חי') 54143-04-19 **אבו אל היגא נ' מדינת ישראל** (12.6.19)). משתמע, שאין צורך להידרש למבחן הבטיחותי האמור בסעיף 221(ד) לחוק.

30. עם זאת, כאשר מדובר במצב בו נערך שיפוץ מקיף, אף ללא תוספת, המבחן יהיה במידה רבה עד כמה יש שינוי של ממש בטיב המבנה עצמו. כך, אוזכרה הפסיקה של בית המשפט המחוזי בירושלים שקבע כי מקום שהוחלפו רכיבים ישנים בחדשים, אך מבלי שנעשה שנוי כלשהו בחומרים עצמם, במיקום הפתחים או צורתם הרי שצו הריסה מנהלי "אינו מידתי". זאת, למרות שמדובר היה בשיפוץ נרחב שכלל החלפת הגג (ע"פ י-ם) 14126-03-17 **חלילה נ' מדינת ישראל** (26.3.17), בפסקה 25)). עם זאת, הודגש בפרשת **שיח'** כי פסיקה זו קודמת לתיקון 116. נראה כי בית המשפט המחוזי בחיפה רמז כי הסתייג מפסיקה ירושלמית זו, באזכור פסיקה סותרת לכאורה מבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בעתפ"ב 9325-05-19 **חסידי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון** (16.9.19), אשר אמנם לא הסתייג מפורשות מהלכת **חלילה**, אך קבע באותו עניין כי, למרות שהמבנה לאחר השיפוץ שמר על צורתו המקורית, הרי שצו הריסה מנהלי הוצא כדיון, כאשר הוחלפו הקירות שהיו במקור מבניה קלה לקירות בבניה קונבנציונלית, ובכך נעשה שינוי בקונסטרוקציה. בפרשת **שיח'** אף צוין כי לאחר עריכת שינוי יסודי במבנה, אף אין מקום ליתן הוראה להחזיר המצב ל"קדמותו", באשר המצב הקודם היה בלתי חוקי גם כן.

31. חשוב להדגיש כי כאשר מדובר במבנה העומד ללא היתר, כל בניה במקום מהווה עבירה לפי חוק התכנון והבניה, אפילו שיפוץ פנימי בלבד (הלכת **חלילה הנ"ל**, וכן ע(חי') 539/98 **מחאמיד נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה** (18.6.98), רע"פ 3976/98 נדחה ללא הנמקה). לכן, פורמאלית, הוראת סעיף 221 לחוק התכנון והבניה המאפשרת מתן צו הריסה אם "בוצעה עבודה אסורה", חלה על כל שיפוץ. אולם, פסיקת בתי המשפט המחוזיים, לפני תיקון 116 ואף אחריו, ראו לנכון להבחין בין מצבים שונים, אשר מצדיקים או שאינם מצדיקים צו הריסה מנהלי, אף מקום בו ברי שניתן לנקוט בהליך פלילי בגין הבניה החדשה. מבחינה עיונית, לא ברור לגמרי על מה נסמכת ההבחנה בין סוגי המקרים, אפשר שהדבר נבע מעקרון המידתיות במשפט המנהלי, אשר לכאורה חל לפני תיקון 116 מכוח רע"פ 5635/93 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב-יפו נ' עורקבי פ"ד** מח(2) 397 (1994) והפסיקה שבאה בעקבותיה (כפי שששתמע מהלכת **חלילה**, לדוגמא).

32. לאחר התיקון, דומה כי מבחינה עיונית השאלה עלינו לשאול בכל מקרה קונקרטי: האם צו ההריסה המכוון נגד "העבודה האסורה" כהגדרתה בחוק תופסת את כל המבנה האסור אשר בו מתקיימת העבודה האסורה? או שמא הריסה של "העבודה האסורה" החדשה, למעשה הורסת בעיקר עבודה שכבר הסתיימה



זה מכבר, ומכיוון שהסתיימה לא ראויה להריסה מנהלית, כאשר עיקר המבנה נהרס בשל מעשה שהוא טפל?

33. כיצד נבחין בין שני המצבים? **מבחן אפשרי אחד** הוא, אם הבניה החדשה למעשה "נבלעת" בבניה הקודמת, כך שכמעט אינה מורגשת, אז אפשר לומר שאין מקום לצו הריסה. **מבחן אחר** הוא לשאול האם השיפוץ החדש הוא כזה אשר בעצם מבטל את מעמד הבניה שעמדה בעבר כבניה ש"הסתיימה". כך, שמתברר שהבניה הקודמת לא הייתה אלא שלב, או נדבך בבניה החדשה. במקרה כזה צו ההריסה יחול על הכול. כך או כך, יש להדגיש כי **השאלה תתעורר רק בבניה שהושלמה בעבר לגמרי**, ואשר נעשה בה שימוש של ממש לאורך זמן משמעותי. שכן, פשיטא שבניה חדשה הממשיכה בניה קודמת שלא הושלמה לשימוש, שהייתה גם כן באיסור, מחדשת את מירוצ הזמן הקבוע בסעיף 221 לגבי כל הבניה כולה, שאותה ניתן להרוס בצו מנהלי.

34. דומני **שמבחן עזר יעיל** ביותר עולה מניסוח שהציע כב' השופט אליעד וינשל בתו"ב (י-ם) 68905-07-18 **מדינת ישראל נ' אלה** (28.7.20), לפיה "ניתן לראות בפסיקה זו כמתייחסת לשינויים משמעותיים בבינוי הקיים, **להבדיל מעבודות תחזוקה שוטפת קלות יחסית לצורך השימוש**" (ההדגשה נוספה - א"א). מבחן חד ויעיל זה בעצם כולל את שני האלמנטים החשובים. ראשית, יש מבט על המבנה הקודם, אשר בנייתו הסתיימה זה מכבר, ונבדק אם השיפוץ במהותו נועד לאפשר המשך של אותו שימוש, באותו מבנה, כפי שנעשה עד עתה. שנית, המבט מופנה לשיפוץ עצמו, לבדוק אם השיפוץ משנה מהותית את המבנה. אם אין מדובר עוד בשימור הישן אלא בשדרוגו, הרי שכל המבנה כולו מועמד להריסה מנהלית.

35. במילים אחרות, עלינו לשאול האם השיפוץ נועד בעיקרו לאפשר את המשך השימוש שנעשה לאחר סיומו הקודם (כגון: החלפת חלק מהרעפים, תיקון חלון שבור, החלפת צנרת מקולקלת, הוספת חומרי איטום על קיר חיצוני ואפילו ריצוף מחדש שאינו משנה אופי המבנה). במקרה כזה, צו הריסה שיוצא אינו מכווון נגד העבודה האסורה, אלא נגד המבנה שכבר עמד גמור ונעשה בו שימוש זה מכבר, בניגוד לתכלית החקיקה. אולם, אם השיפוץ לא נועד לאפשר המשך השימוש הקיים, אלא משנה את אופי המבנה, צורתו, ואפילו את טיבו (כגון הוספת גג רעפים שלא היה קודם, הוספת מטבח, וכל שכן הגדלת שטחו של המבנה המקורי), הרי שיש לומר כי "פנים חדשות באו לכאן", וכי "העבודה האסורה" היא נדבך חדש בבניית המבנה כולו. זאת, אף אם שלב קודם בבנייתו הסתיימה זה מכבר, ונעשה בו שימוש במצבו הקודם. במצב דברים כזה, כל המבנה כולו הופך להיות מבנה במהלך עבודה אסורה, כאשר התקופות האמורות בסעיף 221 לחוק נמנות מסוף הנדבך האחרון, אך הצו יחול על כל המבנה.

36. **מן הכלל אל הפרט** - בענייננו המבנה עבר שינוי משמעותי ביותר, כפי שהסביר בית משפט השלום. המבנה היום גדול בהרבה מהמבנה המקורי, אפילו לפי הערכתו הממטית של המהנדס מטעם המערערים. היום, המבנה כולו הוא מבנה אחד, כפי שנראה מבחוץ עם הגג השלם והקירות השלמים, וכפי שנראה מבפנים עם מערכת תשתית אחת, שטרם רוצפה. חוות דעת המהנדס מטעם המערערים מלמדת כי המבנה הקודם מהווה אכן נדבך בבנייה של המבנה החדש, ושרידים מהקירות הישנים עוד שקועים במבנה החדש. אך עדיין מדובר בנדבך, ולא במבנה עצמאי, שעודנו עומד על תילו וניתן להפרדה מהחדש. כך, מהנדס המערערים הצביע על קירות בהם החלק התחתון הוא ישן והחלק העליון הוא חדש. על קירות הבית שנבנו על בסיס של גדר, או עמוד בטון שהיה חלק מהמבנה שהיה שם קודם.



37. **המסקנה** היא, אפוא, שאין מדובר בתיקון שהוא במהותו שימור של הקיים, אלא בניה של מבנה חדש. הבניה הישנה נטמעה בבניה החדשה, ואין לומר כי המבנה הישן עוד קיים כמבנה עצמאי. אין לומר כי "מדובר במבנה ישן" ואין לומר כי נכון יותר היה לצוות על הריסת חלק מן המבנה. לכן, **מותר היה לרשות, על פי שיקול דעתה להנפיק צו הריסה מנהלי למבנה כולו**, כפי שקבע בית משפט השלום בצדק רב. מותר היה. אולם, הרשות לא הייתה חייבת להנפיק צו הריסה מנהלי. הדבר היה נתון לשיקול דעתה, לאחר היועצות כדין. עתה, יש לעבור לשאלה זו ולשאל, האם היועצות הייתה כדין?

ההיועצות - מה התרחש בפועל?

38. אין מחלוקת במקרה זה כי ההיועצות קוימה עם הגורמים המתאימים, הגורם התכנוני והגורם המשפטי, כחוק. אין מחלוקת כי ההיועצות קוימה בכתב, על ידי העברה של טופס היועצות, לו צורפו נספחים שונים, במרכזם תצהיר המפקח ואף יתר ה"תיק".

39. אולם, עיון בטופסי ההיועצות מלמד כי פרט אחד חשוב חסר מהם, כמו גם מתצהיר המפקח. לא מצוין כי במקום המבנה עמד מבנה קודם (הוא המבנה אשר שולב לתוך המבנה החדש כאמור לעיל). כאמור, בטופסי ההיועצות בסעיף 3, ברובריקה האמורה לכלול "פירוט נסיבות ועובדות נוספות הנוגעות להוצאת הצו", אין כל אזכור של דבר קיום המבנה הישן. תחת זאת נרשם כי "בניית מבנה מבלוק בשטח כולל של כ- 120 מ'ר". בהקשר זה יש לציין כי סעיף 2 לטופס ההיועצות מספר כי פרטי העבודה, מצב האכלוס (עם פרטים חיוניים נוספים לבדיקת התקיימות תנאי החוק) מפורטים בתצהיר המפקח. במשתמע, כאשר הרובריקה בסעיף 3 אמורה לכלול "נסיבות ועובדות **נוספות**" (ההדגשה נוספה - א"א), ניתן לצפות למצוא את כל המידע הרלוונטי להחלטה, מעבר לקיום התנאים הפורמאליים, ואשר לא הובאו בתצהיר המפקח.

40. חשוב לציין, כי דבר קיומו של המבנה הקודם היה ידוע למפקח. שכן, כעולה מהתשובה לבקשה לביטול הצו, הבניה אותה משום השינוי בצורת המבנה, כפי שנראה בתצלום אוויר. אולם, עובדה זו לא באה לידי ביטוי בתצהיר המפקח שהוכן לפי סעיף 221(ב) לחוק, המפרט את העובדות המקיימות התנאים בחוק להוצאת הצו, ואף לא בטופסי ההיועצות לפי סעיף 225 לחוק, אשר אמור לכלול גם מידע רלוונטי נוסף, כאמור. למעשה, משתמע מכל המסמכים הרשמיים (בניגוד לחומר הראיות שהיה בתיק הפיקוח) כי מדובר במבנה שהוא חדש לגמרי. משל, נבנה המבנה לפתע פתאום באמצע המדבר, ועוד במקום המיועד ל"דרך". שכן, לא אוזכר בשום מקום במסמכי ההיועצות, כי במקום היה כבר מבנה, שעתה הוחלף.

41. אמנם, נטען כי בכך שהועבר תיק הבניה עם מסמכי ההיועצות, ממילא עמדה עובדה זו לפני הגורמים המייעצים. שהרי, בהנחה כי מדובר באנשי מקצוע אשר למדו את התיק כדבעי, עיינו הם גם בתצלומי האוויר, וממילא ראו כי מדובר במבנה אשר החליף מבנה קודם. זאת, על יסוד חזקת תקינות מעשה המנהל. אולם, בהקשר זה מקובלת עלי תשובת ב"כ המערערים, כי מדובר בעובדה מאוד פשוטה, שניתן היה להוכיח אותה בקלות והיא לא הוכחה. ניתן היה להגיש לבית המשפט תצהירים של המייעצים, לפיהם היו מודעים לכך שבמקום היה מבנה קודם. יתרה מכך, ניתן היה לקבל תצהיר מכל מי שעבד עמם, אשר אפשר שהיה יכול לומר מידיעה אישית כי עניין זה דובר על פה, והיה "על השלחן". אולם, הוכחה זו לא באה.

42. אני מסכים עם דברי בית משפט השלום לפיהם "ראוי ונכון כי המשיבה תציין גם במסמכי ההיועצות בצורה



ברורה, כי עניין זה הובא לידיעת הגורמים הרלוונטיים". אם כי, לטעמי לא הוסקה המסקנה המתבקשת. כעולה מהפרוטוקול, המפקח לא הצביע על מקום אחד בו עניין זה נרשם במפורש. למעשה, המסקנה לפיה הגורמים המייעצים ידעו על המבנה הקודם, יכולה להילמד אך ורק מתוך העובדה כי צוין במסמכי ההיועצות כי צורפו תצלומי אוויר. בהעדר ראיה ישירה מה הם התצלומים שהועברו, ובהעדר אינדיקציה כי מאן דהו הפנה תשומת לב המייעצים לשיש לעיין בהם, אין כל סיבה להניח כי המייעצים היו מודעים לעובדת קיומו של מבנה קודם. ויאמר שוב, זו עובדה שניתן להוכיחה בקלות ואין הצדקה להיזקק ל"חזקת תקינות מעשה המנהל" בהקשר זה.

43. חשוב להדגיש כי החוק עצמו קובע כי ההיועצות תעשה בכתב (סעיף 225(ב) לחוק). עתה יש לעבור לבחינת השאלה בדבר התוכן הראוי של ההיועצות, אשר אמור לקבל ביטוי "בכתב".

פגם מהותי בתהליך ההיועצות

44. לאחר תיקון 116 לחוק התכנון והבניה, בית המשפט לא יבטל צו הריסה מנהלי "אלא אם כן הוכח לו שהעבודה או השימוש בוצעו כדין או שלא התקיימו הדרישות למתן הצו כאמור בסימן זה, או אם הוא שוכנע כי נפל פגם חמור שבשלו יש לבטל את הצו" (סעיף 229 לחוק).

45. צוין לא פעם בפסיקה כי שיקול הדעת של בית המשפט בביטול צו הריסה מנהלי מצומצם יותר מאשר לפני תיקון 116. זאת, בשים לב למגמה הכללית של התיקון, הגברת האכיפה בתחום דיני התכנון והבניה (ראו לדוגמה פרשת **ופא שיח'** הנ"ל, פסקה 4 והלאה). אולם, בהשוואת נוסח סעיף 229 לסעיף 238א הישן, איני בטוח שהמגמה הכללית של התיקון, בהגברת האכיפה באה לידי ביטוי גם בצורת צמצום שיקול הדעת השיפוטי לגבי צווי הריסה מנהליים. אפשר שדווקא מגמה משנית בחקיקה, להגביר היסודות הפורמאליים של שיקול הדעת בתחום התכנון והבניה, היא שבאה לידי ביטוי.

46. אפשרות ההתערבות של בתי המשפט בצווי הריסה מנהליים, לפי אמות המידה של המשפט המנהלי, הורחבה בפועל לא מעט בפסיקה שבאה בעקבות הלכת **עורקבי**, הנ"ל. אולם עדיין הנוסח של סעיף 229, הוא בכל זאת רחב יותר מהסעיף הקודם. שכן, מעבר להוספת האפשרות לבטל הצו משום "פגם חמור" בו, הוגדרה אפשרות לבטל צו הריסה מנהלי אף אם "לא התקיימו הדרישות למתן הצו". בהקשר זה, לא נדרש כי החסר יעלה כדי פגם "חמור", אלא רק כי לא התקיימה אחת ה"דרישות". אמנם, יש לשער שאין בכך כדי לכלול חסר טכני קל, אולם חסר מהותי ב"דרישות" בוודאי נכלל.

47. סעיף 225 לחוק מוכתר בכותרת המשנה "חובת היועצות כתנאי למתן צו מנהלי". פשיטא, כי אם לא קוימה ההיועצות כלל, או שלא קוימה באופן מהותי אף אם קוימה באופן פורמאלי, הרי צו ההריסה המנהלי הוצא מבלי ש"התקיימו הדרישות למתן הצו", ודינו ביטול. ההיועצות כאמור צריכה להיות בכתב. ולטעמי, חובה לכלול בהיועצות בכתב שיקולים מרכזיים אשר צריך שיעמדו לנגד עיני הגורמים המייעצים, לפני הפעלת שיקול הדעת. בנתונים של המקרה דנן, **חובה היה להפנות את שימת לבם של המייעצים כי היה במקום מבנה קודם**. שכן, קיימת אפשרות כי הגורמים המייעצים היו מייעצים שלא לבצע הריסה במקרה כזה.



48. יודגש, כאמור בהרחבה לעיל, שיש לראות את כל המבנה כולו כמבנה חדש מבחינה משפטית, היינו לענין **הסמכות** ליתן צו הריסה מנהלי. אולם, **ההחלטה להנפיק צו הריסה מנהלי אינה אוטומטית. יש לרשות שיקול דעת.** כך לדוגמא, רשאית הרשות גם לקחת בחשבון נתונים נוספים, מעבר לעצם קיומה של עבודה אסורה. מותר לשיקול את מצב המשפחה הקונקרטי. מותר לשיקול שיקולים כלליים של התיישבות הבדואים בנגב, בהם העובדה כי משפחה זו עברה לאזור והתיישבה בתיאום עם המדינה, וכי אין עדיין החלטה גורפת להרוס את המבנים באותו מרחב. מותר לקחת בחשבון כי אף אם נבנה מבנה חדש, במקום בו עמד עד לא מזמן מבנה אחר של המשפחה, אותו לא ניתן היה להרוס בהריסה מנהלית ולא הוחלט להרוס אותו בהליך חוקי אחר. כך, שהמסקנה לפיה יש להרוס את המבנה החדש היא מסקנה אפשרית, חוקית ובהחלט סבירה, אבל לא מסקנה מתחייבת. הרשות רשאית ליתן צו הריסה, כאשר יש סמכות לכך, ובלבד שלקחה בחשבון את כל השיקולים, בהתאם לכללי המשפט המנהלי. יאמר, רוב השיקולים מוכרים היטב וידועים לעוסקים במלאכה, ואין צורך לפרטם במסמכי ההיועצות. אולם, העובדה הקונקרטית, הנוגעת למבנה הקונקרטי, מן הסתם לא הייתה ידועה למייעצים, ואותה נכון היה לפרט.

49. כידוע "התייעצות-של-אמת חייבת שתהיה התייעצות שיש בה תוכן, חייבת היא ללבוש צורה של מעין-שיח-חכמים-ונבונים. התייעצות הנעשית אך למראית-עין בלבד, התייעצות שהיא קליפה בלא תוכן - לאו התייעצות היא", וכן "חובה היא המוטלת על הרשות מקבלת העצה לפרוש לפני הרשות המייעצת את כל המידע הרלוונטי - ככל שמידע זה אינו מצוי ממילא בידי זו האחרונה - והרי רק כך תוכל הרשות המייעצת להשפיע מטוב עצתה על הרשות מקבלת העצה. פשוט וברור הוא, שאם לא תדע הרשות המייעצת את כל הנתונים שלענין, ממילא תהא עצתה חלקית וקטועה, וכמסקנה נדרשת מכאן נדע כי השיג-והשיח בין המייעץ לבין מקבל העצה לא ימלא את תכלית חובת ההתייעצות" (מדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 5933/98 **פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה** נד(3) 496 (2000)). לכן, אם ההיועצות לא כללה פריסה יעילה של נתונים קריטיים ומרכזיים לקבלת החלטה מושכלת, לאו היועצות היא.

50. חשוב להדגיש, לא כל פרט הוא חיוני במידה כזו שהשמטתו ממסמך היועצות תביא למסקנה בדבר קיומו של פגם בהליך. כך לדוגמא, בפרשת **ופא שיח'** עצמה נטען כי השיפוט נבע מכך שהמבנה הקודם נשרף, וכי הבניה למעשה נועדה להשיב מצב לקדמותו. אולם, טענה זו נדחתה, שכן מעבר לכך שלא הוכחה, הרי נוכח טיב השינוי, בהיקף המבנה ובצורתו לא היה לטענה זו כל משקל. משמע, לא הייתה אפשרות מוחשית כי עובדה כזו, הייתה משפיעה על שיקול הדעת, לו הייתה ידועה לכל הגורמים. זאת, בניגוד לענייננו, בו דובר על מקום ישוב של שבט בדואי לכאורה בהוראת המדינה, כך שלבניה הישנה אפשר שהייתה קיימת אבק זכות, אשר אפשר שהייתה מביאה למסקנה כי גם מבנה חדש, באותו מקום עצמו, אף אם הוא יותר גדול, אולי לא מחייב הריסה מנהלית לאלתר. לכן, משקל ההשמטה אצלנו רב הרבה יותר.

51. לא אוכל לקבל את המבחן שהציע ב"כ המשיבה לענין זה. היינו כי חסר במידע שהיה לפני הגורם המייעץ יביא לבטלות תהליך ההיועצות אם קיימת "סבירות ברמה גבוהה" שהיה משנה דעתו אם המידע השלם היה לפניו. לטעמי, מבחן מחמיר כזה אינו משקף באופן ראוי את תהליך ההיועצות ואת מרחב שיקול הדעת המנהלי. לטעמי, די בכך **שקיימת אפשרות מוחשית כי הגורם המייעץ היה משנה עצתו**, כדי לראות היועצות שניתנה על יסוד מידע חסר, כהיועצות שלא קיומה למעשה. בשים לב לסמכות החריגה המאפשרת מתן צו הריסה מנהלי, תוך פגיעה כלכלית חמורה לכאורה באזרח, הרי שיש להקפיד הקפד היטב על קיום יעיל והוגן של כל התנאים שנקבעו בדיון.



52. יודגש, כי לו היה מוכח שהגורמים המייעצים היו מודעים בפועל לעובדות הרלוונטיות, ושקלו אותם, לא היה מקום לבטל את צו ההריסה. שכן, העובדה כי פרטי ההיוועצות לא נכתבו במלואם, היא אכן רק בבחינת פגם טכני, שאינו מהותי להליך ההיוועצות, אם זו קוימה בפועל. אולם, הדבר לא הוכח. החוסר הקיים במסמכים מבטל למעשה את חזקת תקינות המעשה המנהלי בהקשר זה. לא הוכח ישירות (אף כי ניתן היה להוכיח) כי למרות אי התקיימות חזקת התקינות, והעדר היוועצות ראויה בכתב, כי בפועל ההיוועצות אכן קוימה.

53. יתרה מכך, לו היה מוכח בדך כלשהי שלא היה בנתון הנוסף כדי לשנות מן ההמלצה להרוס המבנה, אפשר שניתן היה לקבוע כי הפגם לא היה חמור דיו כדי לקבוע שלמעשה ההיוועצות לא קוימה כראוי. אולם, משלא הוכח כי המייעצים ידעו על המבנה הקודם, ולא הוכח כי לא היה בידיעה כדי לשנות ההמלצה אילו ידעו, המסקנה היא שקיימת אפשרות שלו ידעו על המבנה הקודם, ואפשר שעצתם הייתה אחרת. לפיכך, אין מנוס מן המסקנה כי ההיוועצות עצמה לא קוימה כדבעי, לפיכך "לא התקיימו הדרישות למתן הצו", כאמור בסעיף 229 לחוק התכנון והבנייה. **התוצאה היא שאין מנוס מביטול הצו המנהלי.**

סיכום ותוצאה

54. סיכומי של דבר, הטענות לפיהן לא הייתה הרשות מוסמכת להורות על הריסת המבנה כולו - נדחו. מדובר למעשה בבניין חדש, אשר החליף את המבנה הקודם שעמד במקום. בפועל, חלקי המבנה שעמד במקום לא היו אלא נדבך בבניית המבנה החדש. כך, שאין לראות במבנה משום מבנה ישן, שאין להרוס אותו כלל. לא ניתן להפריד בצורה ברורה ופשוטה בין מה שהיה קיים קודם, אשר שולב כחלק אינטגרלי בבניה החדשה, לבין המכלול החדש. לפיכך, מוסמכת הייתה הרשות להורות על הריסה של המבנה כולו.

55. אולם, ההחלטה להרוס לא הייתה תוצאה מתחייבת, שאין מנוס ממנה, מבחינת שיקול הדעת השלטוני. זאת, מכיוון שבעבר היה במקום מבנה קודם, שאותו לא ניתן היה להרוס בהריסה מנהלית, ולא הייתה החלטה בתוקף להרוס אותו בהליך משפטי אחר. לכן, גם החלטה שלא להרוס את המבנה החדש שהוקם תחתיו, באותו מקום עצמו, הייתה החלטה אפשרית. שתי האפשרויות היו בתחום שיקול הדעת המנהלי.

56. הפגם במסמכי ההיוועצות מכרסם בחזקת תקינות המעשה המנהלי, והנטל עבר לרשות להוכיח כי ההיוועצות קוימה כדין, במובן זה שהופנתה תשומת לב המייעצים לשיקולים אפשריים נגד הריסת המבנה, כי הם היו מודעים להם בפועל וכי עצתם (המתעלמת מאפשרות זו) ניתנה במודע. בהעדר ראיה כזו, יש לקבוע כי לא הייתה היוועצות מודעת, והחובה לקיים היוועצות כראוי לא קוימה. נוכח האפשרות להגיע למסקנה אחרת במישור המשפט המנהלי, הפגם בהיוועצות נמצא מהותי, ומחייב המסקנה לפיה "לא התקיימו הדרישות" למתן צו ההריסה.

57. התוצאה היא אפוא **שהערעור מתקבל, צו ההריסה המנהלי מבוטל**. המשיבה תשלם את הוצאות המערערים בסך 10,000 ₪.

המזכירות תעביר עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.



ניתנה היום, כ"א חשוון תשפ"א, 08 נובמבר 2020, בהעדר
הצדדים.