



ת"פ 4768/12/20 - ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד נגד מ. לוי ניהול פרויקטים בע"מ

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 4768-12-20 ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד נ' מ. לוי ניהול פרויקטים בע"מ

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מערכת
נגד
משיבה
פסק דין

ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד ע"י ב"כ עו"ד מאיר בירנבוים
מ. לוי ניהול פרויקטים בע"מ ע"י ב"כ עו"ד שלומי סהר

לפני ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום באשדוד (כב' השופט י' ליבליין) מיום 19.11.20 (בבצה"מ 31901-09-20) בו קיבל את בקשת המשיבה לביטול צו הריסה מנהלי שהוציא מהנדס העיר אשדוד בהתאם לסעיף 221 לחוק התכנון והבניה.

עניינו של צו ההריסה בשער חשמלי שהוקם על ידי המשיבה. צו ההריסה הוצא ביום 2.9.2020 והמשיבה הגישה לבית המשפט בקשה לביטול. טענות המשיבה היו כי השער אינו טעון היתר בניה באשר בנית שער סוג זה חוסה תחת "תקנות הפטור" (תקנות התכנון והבניה עבודות ומבנים הפטורים מהיתר (תשע"ד-2014)), ומשום שאין מדובר אלא בהחלפת שער ישן, שהיה במקום. כן נטענו טענות אודות אכיפה בררנית וטענות נוספות.

במהלך הדיון הראשון בבקשה לביטול הצו התקבלה התמונה, לפיה אפשר שתקנות הפטור חלות על השער האמור. אולם, נוצרה אי בהירות בשאלה אם חלה על השער מגבלת גובה המופיעה בהנחיות המרחביות (אשר עמידה בהן מהווה תנאי לפטור מהיתר בניה). בית משפט השלום, בזיהורו הרבה, ובטרם יבטל צו הריסה, הורה כי על מהנדס העיר לבחון מחדש את שאלת צו ההריסה המנהלי נוכח הנתונים שעלו בדיון.

בהמשך, **המערכת הודיעה בכתב** (נספח 9 להודעת הערעור), כי מהנדס העיר עומד על קיום צו ההריסה. הובהר, כי הנקודה העיקרית מבחינת המהנדס אינה שאלת גובה השער בלבד, אשר חרגה אך במעט מן המותר, אלא אי עמידה בתנאים נוספים לתחולת תקנות הפטור. הנקודה העיקרית שנמסרה בשלב זה, היא כי תנאי לתחולת התקנות הוא שעל הטוען לפטור להראות שהוא בעל מלוא הזכויות במקרקעין. בהקשר זה נטען, כי השער מוצב בשטח של מגרש גדול ("מגרש 304"), אשר רק חלקו מוחזק על ידי המשיבה, ולפיכך תקנות הפטור לא חלות. כן נטען, כי לפי התכנון אין היתר כלשהו לשימוש בשטח העומד מאחורי השער, ולפיכך אין לראות בשער כשער ל"דרך פרטית".

המשיבה חלקה על הטענות האמורות של המערכת. יאמר כי עמדתה היא שההנחיות המרחביות לעניין גובה השער כלל אינן חלות על שער המוצב על דרך עפר פרטית. לעניין המגרש, נטען כי האזור המגודר, שלגביו הועמד השער, שייך



בשלמותו למשיבה. זאת, לאחר עסקת רכישה שבוצעה אף כי טרם נרשמה. לפיכך, אין מניעה מהחלת "תקנות הפטור" על השער.

במהלך הדיון אף הוברר שיש מחלוקות נוספות בין הצדדים, הנגזרות מהמחלוקות המרכזיות. כך לדוגמא, יש מחלוקת בשאלה אם ניתן לראות את חלק המגרש בו יושבת המשיבה ("מגרש 304/2", ששטחו כ- 12 דונם) כיחידה נפרדת מהמגרש בכללותו כרשום בספרי המקרקעין ("מגרש 304", ששטחו 52 דונם). זאת, כאשר מחד גיסא אשר לא נרשמה פרצלציה מתאימה כדי להבחין במגרש הקטן מתוך המגרש הגדול, אך מאידך גיסא לעניין שומת היטל השבחה הכירה המערערת, לכאורה, בחלק המגרש של המשיבה כמגרש עצמאי, הנפרד מהמגרש בכללותו. כפועל יוצא ממחלוקת זו, מתברר שיש מחלוקת בשאלה אם השער הוצב בגבול החלקה או בתוכה, וכן אם השטח העומד מאחורי השער הוגדר בתכניות החלות על המקום כאזור המתאים מבחינת התקנות להתקנת שערים (זאת, בהקשר לסיפא של תקנה 10(3) לתקנות הפטור, אם יש לראות במקום "דרך עפר פרטית"). בהקשר זה, חשוב לציין כי טענת המערערת היא שהצבת השער מונעת שימוש יעיל במקרקעין של השכנים של המשיבה, השותפים לאותה חלקה.

בית משפט השלום קבע כי יש למצוא פגם חמור בצו ההריסה, המחייב את ביטולו במסגרת סעיף 229 לחוק התכנון והבנייה. בית משפט השלום קבע כי לא הוכח לפניו שמהנדס העיר היה מודע לכל הנתונים העובדתיים הרלוונטיים ושקל אותם כדבעי. זאת, בין בעת מתן הצו המקורי, ובין בעת שקילת העניין מחדש בשנית על פי הוראת בית המשפט. בית המשפט ראה חשיבות בכך "שמהנדס העיר לא בחן את טענות המבקשת (המשיבה - א"א) בדבר זכויותיה במקרקעין ובפרט הטענה כי רכשה חטיבת קרקע... וכי חטיבת קרקע זו נפרדת מיתר המקרקעין, והכניסה אליה היא רק באמצעות הפתח בו הציבה את השער". בית המשפט הדגיש כי אינו מכריע בשאלה העובדתית האמורה, אלא רק קובע כי לא הוכח שהנתונים האמורים, בהם הסכם הרכישה והטענות בדבר הבעלות המלאה באותה חלק המגרש וכי החלק צריך להראות עצמאי, נבחנו על ידי מהנדס העיר.

בית משפט השלום היה מודע לכך שהנטל להוכחת התקיימות תנאי פטור הוא על הטוען הפטור (לפחות נטל הבאת הראיה, אם לא נטל השכנוע). אולם, גם בהנחה שאין חובת שימוע לפני מתן צו הריסה מנהלי, הרי בנסיבות כמו המקרה דנן היה מהנדס העיר חייב לשמוע את הטענות העובדתיות בדבר תחולת תקנות הפטור, לפחות בשלב השני, לאחר שהטענות הועלו, אך לא הוכח שכך נעשה.

בית משפט השלום הציע למערערת להסכים לביטול צו ההריסה תוך שמירת הזכות להנפיקו מחדש לאחר בחינת מלוא הנתונים, אם תמצא לנכון. המערערת דחתה הצעה זו ובית המשפט נאלץ להכריע. נוכח האמור, לאחר שבית המשפט קבע כי צו ההריסה נחתם מבלי שעמדו לפני מהנדס העיר מלוא הנתונים, מצא בית המשפט שיש בכך "פגם חמור שבשלו יש לבטל את הצו" כנוסח הסיפא של סעיף 229 לחוק, ובנסיבות אלה הורה בית המשפט שדין הצו להתבטל.

בערעורה, משיגה המערערת על מסקנתו של בית משפט השלום. לשיטתה, השאלות העובדתיות לא נבחנו כראוי על ידי בית המשפט. הנתונים העובדתיים המלאים היו בידי המפקח שנתן את התצהיר שעמד ביסוד הצו, אולם מפקח זה לא יכול היה להתייבץ לדיון, עקב נסיבות הקשורות למשבר הקורונה. כך, שלא הובררו הנקודות העובדתיות שהיו טענות הבהרה בזמן הדיון. המערערת גם הביעה תרעומת על כך שלא נחה דעתו של בית המשפט מההודעה שהודיעה המערערת בדבר שיקולי המהנדס בשלב השני (נספח 9 להודעת הערעור). זאת, כאשר לא התבקש מתן תצהיר חדש



בדבר שיקולי המהנדס בשלב השני, ונתבקשה הודעה בלבד. וזאת, כאשר בית המשפט לא לקח בחשבון שהמפקח שנתן התצהיר המקורי לא יכול היה להתייצב, ובית המשפט לא נענה להצעה לדחות הדין ולזמן המפקח או את המהנדס עצמו.

בהקשר זה הודגשה ההלכה שנפסקה בת"ב 32018-09-20 **אבו ואקד נ' מדינת ישראל** (8.11.20), לפיה גם אם לא נרשמו כל השיקולים הרלוונטיים להחלטה במסמכי ההיוועצות, עדיין אין בכך כדי להביא לבטלות צו הריסה, ובלבד שהוכח שהגורמים המייעצים והמחליטים היו מודעים בפועל לכל השיקולים, או שמדובר בשיקול שאין אפשרות מוחשית שהיה משפיע על התוצאה. לפי הלכה זו, לשיטת המערערת, די היה בהצהרת ב"כ המערערת בבית המשפט, כי המהנדס שקל את כל השיקולים כדי לקבוע שכל פגם, אם נפל במהלך מתן הצו, נרפא בעת הדין השני אצל המהנדס. זאת, כאשר התקיים הדין אצל המהנדס בנוכחות היועצים המשפטיים, שהביאו לפניו את טענות המערערת ואת הערות בית המשפט בדיון הראשון.

המשיבה בתשובתה חלקה על המערערת לגבי הדרך הפרוצדוראלית לדין בעובדות, והסיבה לכך שלא הובאו ראיות ביחס להחלטת המהנדס השנייה. נטען כי היה זה באחריות המערערת להביא ראיות בדבר שיקולי המהנדס ומשלא עשתה כן הרי שטענותיה לא הוכחו. אולם, מעבר לכך, טענה המשיבה כי לגופו של עניין השער עצמו אכן פטור מהיתר בניה ולפיכך "נבנה בהיתר", ואינו טעון כלל הריסה. זאת, משום שמדובר בשער שנבנה על פי התנאים שנקבעו בהנחיות המרחביות ובתקנות הפטור, בדרך עפר הנכנסת לשטח שהוא שטח פרטי שלה. המשיבה חזרה על הטענות שהציגה בבית משפט השלום, והצביעה על הראיות, לרבות ההסכם לרכישה של כל תת - המגרש (הקטן, עליו היא יושבת, 304/2), שומת היטל ההשבחה המכירה בהפרדת החלק שלה מיתר המגרש ועוד.

דין

הצדדים נכנסו למחלוקת עובדתית פרטניות אודות רכיבים שונים של השאלה אם מדובר בשער הפטור מהיתר בניה על פי תקנות הפטור, אם לאו. המחלוקת נוגעת לאופן חלוקת השטח במישור המשפטי, לאופן חלוקת השטח בפועל במגרש עצמו, לתנאים הפיזיים של בנית השער, לשאלת הבעלות על אותו חלק מן המגרש (עם השאלה המשפטית אם ניתן לדון בו כנפרד מהמגרש בכללותו), לשאלת קיומם או היעדרם של שכנים בעלי זכויות אשר השער יפריע להם בפועל, ועוד.

דא עקא, שלא נערך בירור מעמיק ומקיף בטענות האמורות, לא בבית משפט השלום ולכאורה גם לא לפני מהנדס העיר. למעשה, קשה לערוך בירור של פרטים משפטיים מסוג זה, בהקשר לצו הריסה מנהלי. שכן, המדובר בהליך המתבצע על ידי הרשות עצמה, כאמור בסעיף 221 לחוק, כאשר הנפקת הצו, והבאת העניין לבית המשפט (לפי הצורך), אמורות להיות מטופלות במהירות וביעילות. אין מדובר בהליך פלילי, או הליך של צו הריסה בלא הליך פלילי לפי סעיף 239 לחוק, הנידונים בקצב משפטי רגיל, ואשר בהם ניתן לברר כדבעי שאלות עובדתיות ומשפטיות מורכבות.

המערערת טוענת כי הנטל הוא על מי שמבקש לבטל צו ההריסה, להראות כי התקיים אחד התנאים האמורים בסעיף 229 המחייבים את ביטול צו ההריסה. לשיטת המערערת צו ההריסה עומד על חזקת תקינותו, וכל עוד לא הוכח כי נפל בו פגם חמור לא נכון להורות על ביטולו. לשיטתה, שגה בית המשפט כאשר קבע כי הנתונים העומדים לפניו מספיקים כדי לקבוע שנפל פגם חמור. אולם, **לאחר עיון, אין מנוס מן המסקנה שיש לדחות את הערעור.**



לא אכנס לדיון בשאלה אם נכון עשה בית המשפט שדחה הדיון כדי לאפשר למהנדס העיר לשקול את הצו מחדש נוכח מכלול הנתונים שהועלו על ידי המשיבה. לכאורה, מחד גיסא, יש היגיון רב בהליך ביניים שכזה, היונק ישירות מהמשפט המנהלי, והמאפשר לרשות לבחון טענות שהועלו לאחר מתן הצו, על ידי צד, שמא יהיה בהם כדי לשכנע. מצד שני, פרוצדורה זו אינה קיימת בחוק, אשר דקדק בפרטי הפרוצדורה בחקיקה ראשית, במסגרת תיקון 116. יש להשאיר שאלה זו ב"צריך עיון" לעת עתה, ומוכן אני להניח, לצורך הדיון הנוכחי בלבד, כי ניתן להסתמך על הודעת המערערת בדבר שיקולי המהנדס (נספח 9), כביטוי לשיקול דעתו, אף ללא תצהיר. זאת, משום שממילא דין עמדת המערערת להידחות.

עיון בהודעת המערערת לבית משפט השלום (נספח 9 להודעת הערעור), אינו מגלה התמודדות מלאה עם מכלול השיקולים וטענות המשיבה. כך לדוגמא, טענה מרכזית של המערערת היא כי מדובר במגרש בן 52 דונם, אשר למערערת בעלות על חלקו הקטן בלבד, כך שאין לראות במשיבה בעלת זכויות על המגרש הרשאית לבנות לפי תקנות הפטור, ללא היתר בניה. דא עקא, שהודעת המערערת אינה מתמודדת עם טענתה של המשיבה, אשר עלתה כבר בבקשה הראשונית לביטול צו ההריסה, לפיה היחידה הרלוונטית לעניין זה אינו המגרש השלם (304), אלא חלק המגרש השייך לה (304/2), שהא בבעלותה, לאחר שקנתה את חלקו של אחר באותו שטח). כך לדוגמא, טענה המערערת שאין לראות במקום התקנת השער "דרך עפר פרטית", באשר באזור שמאחורי השער אין היתר לעשות כל שימוש, לפי התכניות החלות שם כעת. אולם, לא הוסבר מדוע העדרו של שימוש מותר מפקיע את היות השטח בבחינת "שטח פרטי", או מהיות השער כניסה אל "דרך עפר פרטית" כמשמעו בסעיף 10(א)(3) לתקנות הפטור.

יובהר, יתכן בהחלט שיש ממש בעמדתו של מהנדס העיר, ובאמת בניית השער היא אכן עבודה הטעונה היתר, שאינה פטורה. אולם, אני מסכים עם בית משפט השלום כי התמונה המתקבלת היא ששיקולים של ממש, אשר ייתכן שיש בהם כדי להחיל את תקנות הפטור, לא נבחנו על ידי המהנדס ולא נשקלו. זאת, באשר אין אזכור שלהם בתצהיר המפקח, במסמכי ההיועצות אפילו או בהודעת המערערת לבית המשפט (נספח 9).

האפשרות לפיה מצווה ההריסה לא היה מודע לעובדה חשובה או לא שקל שיקול חשוב, אשר יש לגביו סיכוי מוחשי שהיה משפיע על שיקול דעתו, מהווה בהכרח "פגם חמור", אשר צריך להביא לביטול צו ההריסה המנהלי. לפיכך, **מקובלת עלי מסקנתו של בית משפט השלום במקרה זה.**

יוער, כי צו הריסה מנהלי נועד להיות הליך פשוט ומהיר, כאשר הבולדוזר יכול להגיע לשטח ימים קצרים אחרי הדבקת צו ההריסה על המבנה המיועד להריסה. הכוח הרב שניתן בידי הרשות המנהלית להחליט באופן חד צדדי על פעולה שיכולה להיות פוגענית מאוד לאזרח, ניתן, בין השאר, משום הפשטות הראייתית של עבירות התכנון והבנייה במרבית המקרים. ככלל, בניה ללא היתר אסורה. הדבר פשוט, והראיה בדבר מעשה הבניה האסור עומדת על תילה, מול עיני כל, יצוקה בבטון וחזקה כסלע, בבחינת "אנן סהדי". במצב דברים פשוט כזה, יכול המחוקק לתת כלי רב עוצמה בידי הרשות המנהלית לפעולה עצמאית. זאת, כאשר הפיקוח השיפוטי נעשה לאחר מתן הצו, בדרך דיונית פשוטה ומהירה, שעיקרה ביקורת שיפוטית מאופקת ביותר, שלא בנקל תביא להתערבות.

אולם, במקרים חריגים, בדרך כלל בעבירות הבניה הקלות יחסית, ייתכן שהראיה בדבר המעשה האסור אינה כה מוצקה, וניכר שיש מקום מוחשי לטיעון נגדי. הדבר יתרחש בעיקר בהקשר לספק בדבר תחולת תקנות הפטור, אך ניתן להעלות על הדעת גם מקרים נוספים כגון גבול "זוטי דברים", ספק "שינוי פנימי", או תמיהה בהקשר להתאמת הבניה



בפועל להיתר בניה בתוקף. במקרים כאלה, על הרשות לבחון היטב אם צו הריסה מנהלי הוא מנגנון האכיפה המתאים או שנכון יותר להשתמש במסלול הכולל שיקול דעת שיפוטי מהסוג הרגיל, על ידי פניה לצו הריסה שיפוטי או אפילו כתב אישום. זאת, אף אם הרשות האוכפת מאמינה בפרשנותה המשפטית בנסיבות העניין. מכל מקום, במקרים בהם הרשות המנהלית בכל זאת רואה לנכון לנקוט בדרך המהירה והחדה של צו הריסה מנהלי, יש לוודא היטב שהפרוצדורה נעשתה כראוי. בין השאר, יש לוודא כי כל השיקולים שעלולים להשפיע על שיקול הדעת בדבר מתן הצו, לרבות טענות משפטיות אפשריות (כגון טענות לתחולת תקנות הפטור) עמדו לפני המצווה, ככל שניתן לשערן מראש. כמובן, שאף אם נשקלו כל השיקולים על ידי מצווה ההריסה והמייעצים לו כדיון, עדיין עומדת למי שמבקש לבטל את צו ההריסה האפשרות לשכנע את בית המשפט כי "העבודה או השימוש בוצעו כדיון" או כי לא התקיימו התנאים מסיבה אחרת (כגון חלוף הזמן). בעניינו, לא הגענו לשלב הזה, נוכח הפגם בשיקול הדעת.

במקרה זה, כאמור, יש למשיבה טענות ממשיות, הצריכות עיון. לא נחה דעתו של בית משפט השלום כי מהנדס העיר לקח בחשבון את מכלול הנתונים שאפשר שמקימים פטור לפי תקנות הפטור. לאחר עיון, גם דעתי לא נחה. לפיכך, מבלי לקבוע כי טענות המשיבה נכונות לגופן, די בעצם ההימנעות משקילתן כדבעי כדי להקים פגם חמור בצו ההריסה המנהלי.

חשוב להדגיש כי פסק דינו של בית משפט השלום ודחיית הערעור במקרה זה, קובעים ממצאים ומעשה בית דין אך ורק ביחס לתקינותו של צו ההריסה המנהלי. לא נקבעו כל ממצאים לגבי השער עצמו, אם נבנה כדיון אם לאו. ממילא פשיטא, שרשאית המערערת לנסות לתקוף את חוקיות השער בהליכים אחרים, וטענות שני הצדדים שמורות באופן מלא.

הערעור נדחה. המערערת תשלם את הוצאות המשיבה בסך 4000 ₪.

עותק ההחלטה יועבר לב"כ הצדדים.

ניתן היום, י"ד טבת תשפ"א, 29 דצמבר 2020, בהעדר הצדדים.