



ת"פ 5752/04/22 - חב' פיטרא נדל"ן והשקעות בע"מ ח.פ., יעקוב גטאס, רחמון אליאס, רחמאן גסוב, סאמי אבו רחמ ואח'... נגד ועדה מקומית לתכנון הגליל המזרחי ואח'...

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייט

עתפ"ב 5752-04-22 חב' פיטרא נדל"ן והשקעות בע"מ ח.פ. 516142361 ואח' נ' ועדה
מקומית לתכנון הגליל המזרחי
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופטת אוסילה אבו-אסעד
מעוררים

1. חב' פיטרא נדל"ן והשקעות בע"מ ח.פ.
2. יעקוב גטאס
3. רחמון אליאס
4. רחמאן גסוב
5. סאמי אבו רחמון
6. מאזן מסלם
7. סמיר אבו סיאם
8. פרג רחמון
9. יאסר גרדאת
10. דינה פחמאוי

נגד
משיבה
ועדה מקומית לתכנון הגליל המזרחי

פסק דין

ערעור על פסק דינו של בית המשפט השלום בבית שאן (כב' השופטת ו' יונס גנאים), בתיק בצה"מ 11504-03-22, מיום 29/3/2022, שבגדרו נדחתה בקשת המערערים לביטול 20 צווי הריסה מנהליים המתייחסים לגדרות העשויות מעמודים ורשת ברזל, התוחמות שטחים שונים בחלקה 7 גוש 17038 מאדמות כפר תבור (להלן: "הגדרות" ו-"החלקה" בהתאמה).

רקע לדברים

1. המערערת 1, חב' פיטרא נדל"ן והשקעות בע"מ, הינה חברה שעוסקת ברכישה ומכירה של נדל"ן, ומי שרכשה במהלך חודש 4/2021 את מלוא הזכויות בחלקה. לימים, לאחר שהחלקה חולקה על ידה למספר מגרשים חקלאיים, בהתאם לתוכנית חלוקה שהוכנה על ידה, מכרה זו את מרבית המגרשים בחלקה לצדדי ג' - שהמערערים 2 - 10 נמנים עליהם, ונתרה בעלים של חלק בלבד מהזכויות בחלקה.



2. המערערים 2 - 10 רכשו חלקים מהזכויות בחלקה מאת המערערת 1, מכוח חוזה מכר עליהם חתמו. בנוסף, נחתמו על ידיהם תוכנית חלוקה רצונית לא רשומה, והסכם שיתוף לצורך שימוש חקלאי במקרקעין. חלקם אף הספיקו לרשום על שמו את זכויותיו בחלקה בלשכת רישום המקרקעין. המערערים 2 - 10 הם אלה שהקימו את הגדרות והתקינו אותן מסביב למגרשיהם. בעקבות כך הוציאה המשיבה, ביום 27/2/2022, צווי ההריסה המנהליים מושא הערעור דן (צווי ההריסה צורפו כנספח א' לתשובת המשיבה, להלן: "**צווי ההריסה**").

3. בעקבות הוצאת צווי ההריסה, המערערים עתרו לבית המשפט קמא בבקשה לעיכוב ביצוע הצווים. לימים, במסגרת דיון שהתקיים בבקשה ביום 15/3/2022, ביקש ב"כ המערערים לראות בבקשה האמורה כבקשה לביטול צווי ההריסה. במסגרת הבקשה גוללו המערערים את טענתם העיקרית כנגד צווי ההריסה שלפיה, בניית הגדרות פטורה מהיתר. מנגד טענה המשיבה, כי עבודות הגידור נשוא צווי ההריסה, טעונות היתר ואין חוסות בצל תקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים פטורים מהיתר), התשע"ד-2014 (להלן: "**תקנות הפטור**"). משכך, כך נטען, מדובר בעבודות אסורות המצדיקות הוצאת צווי ההריסה.

4. בפסק דינו מיום 29/3/2022, דחה בית המשפט קמא את בקשת המערערים בציינו, כי החלקה חולקה ע"י המערערת 1 למגרשים לצורך שיווקם, באופן כזה שכל רוכש מקבל, הלכה למעשה, חלק מסוים במקרקעין. בכך, כך נקבע, בוצעה חלוקה בעין של החלקה שהיא בבחינת פעולה של פירוק שיתוף בחלקה, הטעונה אישור רשויות התכנון והבניה, כנדרש בסעיף 38(א) לחוק המקרקעין וסעיפים 137-143 לחוק התכנון והבניה, שקובעים כי חלוקת מקרקעין טעונה אישור ועדות התכנון לתשריט החלוקה. בנסיבות המקרה דן, גם אם המערערים מסכימים ביניהם על החלוקה שהתבצעה בעין, עדיין יש לקבל את אישור ועדות התכנון והבניה לחלוקה עצמה, מבחינה תכנונית.

באשר לעבודות הגידור, קבע בית המשפט קמא כי סעיף 145ג(ד) לחוק התכנון והבניה וכן תקנה 2(4) לתקנות הפטור, קובעים שכדי להקים מבנה הפטור מהיתר, עליו להיות מתאים לתוכנית החלה על החלקה ולהנחיות המרחביות החלות במקום. עוד ציין בית המשפט קמא כי על החלקה חלה תכנית מתאר ג/21904 (להלן: "**תכנית 21904**" או "**התכנית**"), הכפופה לתכנית תמ"מ 9/2, על פיה ייעוד החלקה הינו חקלאי/נוף כפרי פתוח, וכי על פי תכנית 21904 ניתן להקים גדר בשטח חקלאי מעובד אם הגידור הוא מרשת קלה וגובהו אינו עולה על 2.2 מ'. בנוסף, ציין בית המשפט קמא כי בהתאם לסעיף 4.1.1. לתכנית 21904 יש לעשות מאמץ לצמצם עד כמה שניתן את כמות הגידור בשטחים החקלאיים, על מנת לאפשר מעבר של עוברי אורח ובעלי חיים. לצורך כך יש לבחון את הצורך בהקמת הגדרות ביחס לפעילות החקלאית, מחד ולרגישות השטח, מאידך. מכאן הסיק בית המשפט קמא, כי מתן היתר להקמת גדר חקלאית על פי תכנית 21904, נתון לשיקול דעתה של המשיבה שעליה לשקול את טיב הפעילות החקלאית ואת רגישות השטח, ולחתור לצמצום הגידור באופן שמבטיח מעברים חופשיים.

עוד קבע בית המשפט קמא כי סעיף 6.10 לתכנית 21904, שמעניק אפשרות למתן פטור מהיתר להקמת גדר חקלאית, קובע, כי הוועדה תהיה רשאית לקבוע תנאים והנחיות שאינם חורגים מהוראות התכנית לגידור שטחים חקלאיים עליהם יחולו תקנות הפטור, לאחר פרסום הודעה כחוק ושמיעת התנגדויות. מכאן הגיע בית המשפט



קמא למסקנה כי נדרש הליך תכנוני נוסף של פרסום הודעה ושמיעת התנגדויות בטרם ניתן יהיה להקים גדרות בפטור מהיתר.

עוד הוסיף בית המשפט קמא כי על פי ההנחיות המרחביות משנת 2014 ועל פי תקנות הפטור, גדר הפטורה מהיתר תוקם מחומרים קלים בשטח חקלאי מעובד וגובהה לא יעלה על 1.5 מ'. בעניינו, קבע בית המשפט קמא כי הגדרות שהקימו המערערים, הוקמו לשם סימון השטח וחלוקת החלקה בין הרוכשים השונים, ולא לשם הגנה על שטחים חקלאיים מעובדים. בהקשר הזה הוסיף בית המשפט קמא וקבע, כי המערערים לא דיווחו על הקמת הגדרות בפרק הזמן הקבוע בתקנות הפטור.

בנוסף, קבע בית המשפט קמא כי במסמך מדיניות שפרסם משרד החקלאות ביום 21.2.2022 (להלן: "**מסמך המדיניות**"), נקבע כי עיבוד חקלאי הנדרש לגידור, הינו כזה שנועד לייצר תוצרת חקלאית בעלת פוטנציאל כלכלי ובת שיווק, כאשר גודל החלקה המינימאלי הינו 10 דונם. בהקשר האמור קבע בית המשפט קמא, כי אין מחלוקת כי הגידולים החקלאיים שבחלקה, מיועדים לשימוש הפרטי של המערערים ואינם עונים על הגדרת צמד המילים 'עיבוד חקלאי' במסמך המדיניות. עוד קבע בית המשפט קמא, כי הטענה שלפיה מסמך המדיניות נכתב משיקולים זרים, במטרה למנוע מהמערערים ליהנות מהשטח שנרכש על ידם, אין מקומה להיבחן במסגרת הליך זה, וכמוה גם שאלת תוקפם וחוקיותם של ההנחיות המנהליות הנ"ל.

לאור קביעותיו דלעיל, דחה בית המשפט קמא את הבקשה לביטול צווים מנהליים.

5. המערערים לא השלימו עם קביעותיו של בית המשפט קמא והגישו את הערעור המונח עתה לפניי. במסגרת ערעורם, המערערים עתרו לעיכוב ביצוע צווי ההריסה המנהליים ובהחלטה שניתנה על ידי ביום 9/5/2022, הוריתי, בהסכמת המשיבה, על עיכוב ביצוע 20 צווי ההריסה עד למתן החלטה אחרת.

תמצית טענות הצדדים בערעור

טענות המערערים

6. המערערים מלינים על פסק דינו של בית המשפט קמא, וטוענים כי המערערים 10-2 גידרו את החלקות שנרכשו על ידם מהמערערת 1 באמצעות גדרות קלות שגובהן אינו עולה על 1.5 מ'. מדובר בגדרות פטורות מהיתר, בהתאם לחוות דעת שמאית שהזמינה המערערת 1, טרם רכישת החלקה, ובהתאם למידע תכנוני המתייחס למקרקעין ולשימושים המותרים בהם, לרבות ההנחיות המרחביות משנת 2014. על פי אלה, הגדרות פטורות מהיתר מכוח תיקון 101 לחוק התכנון והבניה. בנוסף, טוענים המערערים, כי בהתאם לחוות דעת של המומחה מטעמם - ד"ר חנא סוייד, שצורפה לבקשתם, ניתן להקים בחלקה גדר קלה, מחומרים קלים, ללא צורך בהיתר. לטענת המערערים, הגדרות הוקמו במועדים שונים החל מאוגוסט 2021. חלק מן המערערים גידרו ונטעו את חלקותיהם בעצים שונים וחלקם האחר הקים את הגדרות מתוך מטרה לנטוע



באדמה עצים, אך טרם השלים את פעולת הנטיעה. מטרת הגידור היא לשמור על העצים הנטועים ועל הגידולים השונים במקרקעין מחיות הבר שמסתובבות באזור וממזיקים שונים, לרבות פולשים לא רצויים.

7. עוד טוענים המערערים כי בית המשפט קמא שגה כשקבע כי: (1) החלוקה בין הרוכשים (המערערים 2-10) הינה חלוקה בעין שטעונה קבלת אישור מטעם רשויות התכנון והבניה. בעניין זה נטען כי החלוקה שבוצעה מטרתה אך ורק חלוקת השימוש בחלקה ובתור שכזו זו אינה טעונה קבלת אישור מאת רשויות התכנון והבניה. תוכנית החלוקה אינה משנה זכויות אלא רק מסדירה את שימוש במקרקעין ואין בה לפגוע במצב התכנוני של המקרקעין או בייעודם; (2) כשלא התייחס לתצהירי המערערים לעניין מטרת הגידור שהינה הגנה על הנטיעות מפני חיות בר ומזיקים, והסתפק בקביעה עובדתית חסרת בסיס שלפיה הגדרות הוקמו לשם סימון השטח וחלוקת החלקה בין הרוכשים השונים; (3) כשלא התייחס לטענת המערערים בעניין שינוי מדיניות המשיבה, ולא נתן את דעתו לפרק זמן בן 5 השנים שחלף מיום אישור תכנית 21904, המחייבת הוצאת הנחיות לבניית גדרות בפטור מהיתר, מבלי שהנחיות יצאו. צוין בעניין זה כי המשיבה מצד אחד אינה מוציאה הנחיות ומצד אחר מיישמת מדיניות המאפשרת בניית גדרות ללא היתר עד גובה 1.5 מ' ; (4) כשביסס את מסקנותיו על הנחיות שיצאו מתחת ידיו של משרד החקלאות בשנת 2022, לאחר הקמת הגדרות ע"י המערערים, ובחר שלא לעשות שימוש בסמכותו הטבועה כדי לדון בשאלת השיקולים הזרים שהנחו את המשיבה בעת הוצאת ההנחיות האמורות; (5) כשלא התייחס לטענת המערערים לעניין שינוי מדיניות המשיבה ללא עריכת שימוע לבעלי הקרקעות, דבר שפוגם בהחלטה המנהלית שמכוחה הוצאו צווי ההריסה, פגם מהותי שיורד לשורש העניין.

טענות המשיבה

8. מנגד, טוענת המשיבה כי יש לדחות את הערעור בהיעדר כל עילה שעשויה להצדיק התערבותה של ערכאת הערעור בפסק-דינו המפורט והמנומק של בית המשפט קמא. לטענתה, צווי ההריסה ניתנו בהתאם לסעיף 221 לחוק התכנון והבניה והם מתייחסים לגדרות שהוקמו בהיקפים שונים בתוך החלקה. החלקה היא בשטח של 51,288 מ"ר והיא נמכרה ע"י המערערת 1 למספר גורמים פרטיים המחזיקים בה בבעלות משותפת. הגידור שבוצע במתחמים שונים מתוך החלקה, מבטא את החלוקה הקניינית הרצונית והמוסכמת של הצדדים לעסקאות המכר, מבלי שהחלוקה אושרה מבחינה תכנונית בתכנית או בתשריט חלוקה מאושר.

9. לטענת המשיבה, על החלקה חלה תכנית 21904, שמקנה לוועדה המקומית שיקול דעת האם לאשר הקמת גדרות בשטח חקלאי מעובד או הקמת מבנה חקלאי באזור רגישות 1,2,3 ו- 6 אך זאת לא בהליך של פטור מהיתר, אלא בהליך של היתר. בעניין זה טוענת המשיבה, כי תכנית 21904 לא התעלמה מתקנות הפטור ואף סבורה, כי בנסיבות מסוימות, ניתן יהיה לפעול מכוחן ולאפשר הקמתם בפטור של שלושה סוגי מבנים שצוינו כחריג (גידור, מנהרה חקלאית וסככת צל), אך זאת בכפוף למתווה שעוגן בסעיף 6.10.1 לתקנון התכנית. לשיטת המשיבה, על מנת שניתן יהיה, ליהנות מתקנות הפטור, ביחס לשלושת סוגי המבנים הנ"ל (שגידור כלול בהם, כאמור), נדרשת פעולה תכנונית נוספת מצד הוועדה המקומית לתכנון ובניה, של גיבוש תנאים והנחיות (או אישור הנחיות מרחביות), פרסומם ושמיעת התנגדויות, כל זה בבחינת תנאי סף להחלתן של תקנות הפטור.



10. עוד טוענת המשיבה, כי אין מחלוקת שהוועדה המקומית לא פרסמה הנחיות מרחביות או כללים להקמת גדרות בשטחים חקלאיים, לאחר כניסתה לתוקף של תכנית 21904, ומכאן הגיעה למסקנה כי כל עוד לא קוימו ההליכים הקבועים בסעיף 6.10.1 לתקנון התכנית, הרי שלא ניתן לבצע גידור בפטור מהיתר בקרקע חקלאית. לחיזוק המסקנה שבנכונותה ביקשה המשיבה לשכנע, מפנה המשיבה בנימוקיה לחוות דעתו של היועץ המשפטי של הוועדה המחוזית מיום 9/2/2022, בעניין פטור מהיתר בשטחים חקלאיים, וכן למסמך המדיניות של משרד החקלאות.

11. בעניין ההנחיות המרחביות החלות על החלקה, טוענת המשיבה כי אלה אושרו בחודש 08/2014, עם אישור תקנות הפטור, ומטרתן לאמץ את תקנות הפטור במרחב התכנון של המשיבה. אלא שהיום, לאחר אישור התוכנית, קיים קושי להחיל את אותן הנחיות שאושרו 3 שנים קודם לאישור התוכנית. זאת מן הטעם הפשוט שתכנית שפורסמה על פי דין, הינה בגדר חיקוק לכל דבר ועניין, הגובר על הנחיות מרחביות שאושרו ע"י הוועדה המקומית קודם לכן. אותה תוכנית שהוראותיה גוברות על הוראות ההנחיות המרחביות שקדמו לה, ביטלה תחולת תקנות הפטור כל עוד לא פורסמו הנחיות חדשות.

12. למען הזהירות נטען על ידי המשיבה כי ככל שבית המשפט לא יקבל את טיעונה האמורה, לעניין ביטול ההנחיות המרחביות משנת 2014, עם אישור התוכנית, הרי שגם בהתאם להנחיות הנ"ל אין המערערים עומדים בתנאי הפטור מהיתר. בהנחיות צוינו התנאים להקמת גדר בפטור מהיתר וכדלקמן: (1) הגדר תוקם בשטח חקלאי מעובד בלבד; (2) גובה הגדר לא יעלה על 1.5 מ' מפני הקרקע משני צידי הגדר; (3) הגדר תוקם מחומרים קלים ולא תהיה אטומה; (4) הגדר תוקם באופן שיבטיח מעבר נגר עילי; (5) הגדר תוקם רק בגבולות חלקה/ מגרש רשום שסומן ע"י מודד מוסמך; (6) קיימת חובת דיווח ומתן הודעה תוך 45 יום ממועד ביצוע העבודה לרשות הרישוי. בענייננו, כך נטען, אין מדובר בשטח מעובד כהגדרתו במסמך המדיניות של משרד החקלאות, ואין מדובר בגידור שנעשה במגרש רשום ולא בגידור התוחם את כל שטח החלקה, מה גם שלא ניתנה הודעת דיווח על ביצוע העבודה בפטור תוך 45 יום ממועד ביצועה.

13. עוד טוענת המשיבה כי בהתאם לסעיף 145ג לחוק התכנון והבניה, ובהתאם לתקנה 2(4) לתקנות הפטור, ניתן להקים מבנה הפטור מהיתר רק אם תואם את התכנית החלה על המקרקעין וההנחיות המרחביות החלות במקום. לטענתה, מאחר ואין זכויות מוקנות מכוח תכנית 21904 להקמת גדר בפטור, ומאחר ומדובר בתכנית עדכנית המאפשרת הקמת מבנים חקלאיים, ולאור התנאי הקבוע בסעיף 6.10.1 לתכנית, הרי שלא ניתן לבצע בניה פטורה מהיתר. בהקשר הזה הפנתה המשיבה לפרשת ניצן נבו שבמסגרתה נקבע כי אין תקנות הפטור גוברות על הוראות התכנית 21904 מכוח סעיף 6.9 לתכנית (בב"נ 63110-04-21 נבו נ' **וועדה מקומית לתכנון הגליל המזרחי** (פורסם במאגרים המשפטיים, 11/7/2021) (להלן: פרשת "**ניצן נבו**"); פסק הדין בערעור ביהמ"ש המחוזי ב- עתפ"ב 49048-07-21 מיום 10/11/2021, וכן פסק הדין בערעור בביהמ"ש העליון ב- רע"פ 8050/21 מיום 24/11/2021).

14. על טענותיה דלעיל ביקשה המשיבה להוסיף טיעונים במענה לטענות שהועלו על ידי המערערים במסגרת הערעור וכדלקמן:



בענין הגדרות נטען כי אלה נועדו לסמן שטחים שנרכשו על ידי המערערים מן המערערת 1 בהיקף של כמה מאות מטרים כל אחד. שטח החלקה הכולל עומד על כ- 50 דונם והגדרות מושא צווי ההריסה תוחמים שטחים מסויימים מתוך החלקה, והלכה למעשה מחלקים את החלקה למגרשים קטנים, מבלי שחלוקה הסכמית זו קיבלה את אישור מוסדות התכנון, ומבלי שנערך תשריט חלוקה מאושר או בוצע הליך של פירוק שיתוף המאפשר ייחוד חלק מסוים מהמקרקעין, המצויים בבעלות משותפת, לבעלים זו או אחר. בכל מקרה, טוענת המשיבה בענין הזה כי על פי תכנית 21904 לא ניתן לאשר תשריט חלוקה המציע חלוקה למגרשים ששטחם נופל מגודל מגרש מינימלי על פיה, ואף ההנחיות המרחביות משנת 2014 מטעימות כי ככל שניתן לבצע גדר בפטור מהיתר, הרי שעל זו לתחום את כל שטח החלקה או מגרש שנוצר בפעולה תכנונית, ולא כך בענין המערערים.

במענה לטענת המערערים בדבר התעלמות בית המשפט קמא מנתון עובדתי ביחס למטרת הגידור, טוענת המשיבה כי בעת הדיון בבקשה לביטול צווים בפני בית המשפט קמא, המערערים ביקשו להעמיד את המחלוקת על הטענה העקרונית-המשפטית שלפיה הבניה פטורה מהיתר, תוך וויתור מצדם על חקירת עדים, לרבות עדותו של מפקח המשיבה שנכח בדיון. משכך, הטענה שלפיה קיימת מחלוקת עובדתית בשאלה האם מדובר בקרקע חקלאית מעובדת, אם זו אכן הועמדה, נזנחה על ידי המערערים. בענין הזה הוסיפה המשיבה וטענה כי תמונות שהוצגו בפני בית המשפט קמא במהלך הדיון מדברות בעד עצמן, ומעידות בהן ניתן להיווכח כי לא מדובר בקרקע חקלאית מעובדת. בהקשר הזה הרחיבה המשיבה בסקירת ההלכה הפסוקה בכל הנוגע לטיב ההליך המנהלי של ביטול צווי הריסה מנהליים שנועד להיות קצר ויעיל ושאינו מקום להפוך אותו לסאגה משפטית שמוכרעת על יסוד שמיעת עדויות וראיות.

במענה לטענת המערערים שלפיה בית המשפט קמא התעלם מטענתם לענין שינוי מדיניות, וטענתם לקיומה של אפליה, והפעלת שיקולים זרים, טוענת המשיבה כי טענה זו הועלתה בעלמא, וכי המשיבה הבהירה כי הוצאת הצווים בענייני המערערים נסמכת על מדיניות אכיפה עדכנית שהיא תוצאה של הנחיות שניתנו למשיבה ע"י הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ומשרד החקלאות בחודש פברואר 2022. בעקבות עדכון מדיניות האכיפה כאמור, המשיבה בטרם נקטה בהליכי אכיפה מנהליים כנגד המערערים, התריעה בפניהם על כוונתה לנקוט באותם בהליכים.

באשר לטענה לענין אי עריכת שימוע, טוענת המשיבה כי טענה זו נטולת כל בסיס, וכי זו אינה עולה בקנה אחד עם התכליות העומדות בבסיס תיקון 116 לחוק שהם, בין היתר, הקניית כלי אכיפה יעילים ואפקטיביים לרשות לשם מיגור תופעת הבניה הלא חוקית.

15. בדיון אשר התקיים בפני בערעור, ביום 27/6/2022, העלה ב"כ המערערים טענה שלפיה הפטור מהיתר ביחס לגדרות מעוגן בתקנה 7 לתקנות הפטור. נטען כי תקנות הפטור גוברות על הוראות התכנית שעליה משליכה המשיבה את יהבה, ובכל מקרה גם אם התכנית גוברת על תקנות הפטור הרי שהוראות התכנית מסדירות הקמת מבנים חקלאיים ואינה רואה בגדר כחלק מהמבנים החקלאיים, ובהתאם לסעיף 6.9.1 לתכנית אין לקבל היתר עבור מבנים הפטורים מכך. באשר למשמעות של סעיף 6.10.1 לתכנית, טוען ב"כ המערערים שמדובר בסעיף המאפשר לקבוע הנחיות עבור בניינים פטורים, והשימוש במונח "רשאי" באה להוסיף ולא לגרוע או לבטל את מה שהיה קודם לכן. מנגד, השיבה ב"כ המשיבה לכל טענות המערערים



והפנתה לאותן טענות שכבר הובאו בפירוט במסגרת תשובתה שבכתב לערעור.

דין והכרעה

16. לאחר עיון בהודעת הערעור, בתשובה לערעור, בפסק דינו של בית המשפט קמא ובחומר הראיות שהונח לפניו, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בדיון שהתקיים לפניי, נחה דעתי כי דין הערעור להתקבל באופן חלקי, ולהלן אפרט טעמי.

המסגרת המשפטית - על צו ההריסה המנהלי והעילות לביטול

17. כידוע, תכליתה העיקרית של הוראת סעיף 221 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה"), הינה לתת בידי הוועדה המקומית כלי יעיל ומהיר למיגורה של תופעת הבנייה הבלתי חוקית בעודה באיבה (ראו: רע"פ 5584/03 פינטו נ' עיריית חיפה, פ"ד נט (3) 577, 590 (2004); רע"פ 2341-14 קבועה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה (פורסם במאגרים המשפטיים, 28.05.2014) (להלן: עניין "קבועה")). סעיף 221 לחוק התכנון והבניה מציב את התנאי הבסיסי להוצאת צו הריסה מנהלי, שהוא ביצוע "עבודה אסורה", כאשר סעיף 203 לחוק התכנון והבניה מגדיר את ה- "עבודה אסורה" כ- "בנייה או עבודה הטעונה היתר בניה שנעשתה בלא היתר או בניגוד לתנאי היתר".

18. הביקורת השיפוטית הנוהגת בבקשות לביטול צו הריסה מנהלי היא מצומצמת (ראו עניין קבועה הנ"ל וכן - רע"פ 2958/13 סבאח נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים המשפטיים, 08.05.2013)), וזו מוסדרת בסעיף 229 לחוק התכנון והבניה, לאחר תיקונו, הקובע כי :

"לא יבטל בית המשפט צו מינהלי 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".

מלשון הסעיף עולה, כי על מנת שניתן יהיה להורות על ביטול צו הריסה מנהלי צריכה להתקיים לכל הפחות עילה אחת מתוך שלוש העילות הבאות : (1) העבודה בוצעה כדין; (2) לא התקיימו הדרישות למתן צו כאמור בחוק; (3) נפל פגם חמור שבשלו יש לבטל את הצו.

כאמור, הטענה העיקרית בפי המערערים היא הטענה שלפיה עבודת בניית הגדרות שבגינם הוצאו צווי ההריסה, פטורה מהיתר בהתאם לתקנה 7 לתקנות הפטור. אם תתקבל טענה זו של המערערים, הרי שמתקיימת העילה הראשונה לביטול הצווים - קרי שהעבודה בוצעה כדין, ובנוסף לכך הרי שמתקיימת העילה השנייה לביטול הצווים, שכן במקרה שכזה ניתן לקבוע שאין בפנינו "עבודה אסורה" כהגדרתה בסעיף 203 לחוק התכנון והבניה, אשר כאמור לעיל, מהווה תנאי בסיסי שרק בהתקיימו קמה הסמכות להוציא צו הריסה מנהלי מכוח סעיף 221 לחוק עמוד 7



התכנון והבניה.

19. תקנות הפטור קובעות שורה של מבנים ושימושים שפטורים מהוצאת היתר, ככל שמתקיימים בהם תנאי התקנות. תקנה 7 לתקנות הפטור שהותקנו מכוח הסמכות המעוגנת בסעיף 145ג' לחוק התכנון והבניה, קובעת את התנאים לפטור מהיתר ביחס לגדר בשטח חקלאי, וזו לשונה:

7. (א) הקמת גדר בשטח חקלאי פטורה מהיתר, יחולו תקנות 5(א), (4), (5) והוראות אלה:

- (1) הגדר תוקם בשטח חקלאי מעובד בלבד;**
- (2) גובה הגדר לא יעלה על 1.5 מטרים מפני הקרקע משני צדי הגדר;**
- (3) הגדר תוקם מחומרים קלים ולא תהיה אטומה;**
- (4) הגדר תוקם באופן שיבטיח מעבר נגר עילי".**

20. תנאי להחלת הפטור האמור מכוח תקנות הפטור הוא, כפי הדבר אף צוין על ידי בית המשפט קמא, שהעבודות והמבנים יתאימו לתכנית החלה על המקרקעין ולהנחיות המרחביות החלות במקום (סעיף 145ג(ד) לחוק התכנון והבניה, ותקנה 2(4) לתקנות הפטור). משכך, אין לקבל את טענת המערערים שלפיה הוראות תקנות הפטור גוברות על הוראות התכנית, ומקובלת עלי בעניין זה עמדת המשיבה שלפיה, אין במתן פטור מקבלת היתר מכוח תקנות הפטור כדי לאפשר בנייה בניגוד לתכנית החלה או להנחיות המרחביות. עמדה זו תואמת את הוראת סעיף 145ג(ד) לחוק התכנון והבניה ותקנה 2(4) לתקנות הפטור, וזו עומדת בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט העליון בפרשת ניצן נבו שאליה הפנתה המשיבה בסעיף 2.8.6 לתשובתה.

21. עם זאת, אין בכך כדי להצדיק קבלת טענת המשיבה להיעדר זכויות מוקנות להקמת גדרות בפטור מהיתר, מכוח התכנית הרלבנטית, ואסביר.

התכנית החלה על החלקה הינה תכנית 21904. מעיון בהוראות התכנית (הובאו במסגרת המידע התכנוני שצורף כנספח ה' לערעור, וגם במידע התכנוני שצורף לתשובה וסומן כנספח ו' לתשובה לערעור, ובהמשך הוראות התכנית המלאות הוגשו במהלך הדיון בערעור וסומנו כמוצג מע/1), נראה כי נושא הגידור מוסדר בטבלת השימושים, הוראות ומגבלות בניה, שמוסדרים בסעיף 4.1.1 לתכנית (בסעיף כח' שם, עמ' 22 לתכנית - מוצג מע/1). מצוין שם כי גידור יתאפשר בשטח חקלאי מעובד או למבנה חקלאי באזורי רגישות 1, 2, 3 ו- 6. לעניין המגבלות להקמת גדר בהתאם לתכנית, נקבעו ההוראות שלהלן, ואשר לאור חשיבותם יצוטטו במלואן:

"תתאפשר הקמת גידור לשטח חקלאי או למבנה חקלאי מכוח תכנית זו.

יש לעשות מאמץ לצמצם את הגידור בשטחים חקלאיים ו/או לאפשר מעבר עוברי אורח, רוכבי אופנים ובעלי חיים בצורה חופשית. יחד עם זאת יש לבחון את הצורך ביחס לפעילות החקלאית מחד ולרגישות



השטח מאידך.

- הגידור יהיה גדר רשת קלה, חל איסור לבניית גדר אטומה.
- גובה הגידור החקלאי לא יעלה על 2.20 מ'.
- אם מפרט הגדר יהיה שונה מתכולת [כך במקור, א.א.א.] התקנות המאפשרות פטור מהיתר לסוגי גדר שונים, תידרש הוצאת היתר.
- לא תתאפשר הוצאת היתר לגדר הבנויה מבטון ומבלוקים בשטח בייעוד חקלאי. הוועדה המקומית רשאית לקבוע חומרי בינוי אסורים נוספים. תתאפשר חגורת בטון בגובה מקסימלי של 20 ס"מ.
- הוועדה המקומית יכולה לקבוע אם הגידור ילווה בטיפול נופי או לדרוש משוכה צמחית במקום גדר קשיחה.
- גדר בשטח חקלאי הנדרשת להיתר תלווה בהמלצת משרד החקלאות ופיתוח הכפר.
- בשמורת טבע ובגנים לאומיים יותנה שימוש זה באישור רשות הטבע והגנים וביערוט יותנה שימוש זה באישור קק"ל". [ההדגשות אינן במקור, א.א.א.]

22. הנה כי כן, הוראות התכנית מאפשרות בניית גדר בחלקה בתנאים ובמאפיינים הקבועים בתכנית (גדר מרשת קלה שאינה עולה על 2.2 מ'), כאשר גדר כזו נדרשת להיתר של הוועדה המקומית, ומתן היתר בגין גדר שכזו נתון לשיקול דעתה הבלעדי של הוועדה. בקביעתו זו צדק בית המשפט קמא. בד בבד, קובעת התוכנית בצורה מפורשת שככל ומפרט הגדר יהיה שונה מתחולת תקנות הפטור - תידרש הוצאת היתר, משמע, ככל והגדר שתבנה בחלקה עונה על התנאים של סעיף 7 לתקנות הפטור, הרי שאין צורך בהיתר. דברים אלה קבועים במפורש בתוכנית בפרק הרלוונטי שעוסק בגידור, ואף מהוראת הסעיף המודגש לעיל ניתן להבין כי לא כל הגדרות בשטח חקלאי דורשות קבלת היתר, ועל כן לא יכולה להיות מחלוקת כי התכנית כן מאפשרת בניית גדר חקלאית בפטור מהיתר.

23. הדברים האמורים מעלה, מתיישבים ועולים בקנה אחד עם סעיף 6.9.1 לתכנית ועם סעיף 6.10.1 לתכנית, ויש לדחות בשתי הידיים את הפרשנות השגויה של המשיבה לסעיף 6.10.1, פרשנות אשר אומצה ע"י בית המשפט קמא שלא בצדק.

24. במה דברים אמורים?

סעיף 6.9.1 לתכנית, אשר כותרתו "פטור מהיתר", קובע: "אין באמור בתוכנית זו כדי לפטור מהיתר או מרישיון הנדרש ע"פ כל דין. ולמען הסר ספק אין בתוכנית זו כדי לחייב בקבלת היתר או רישיון מקום בו הבניה או השימוש פטורים מכך".



[ההדגשות הוספו, א.א.א.]

ואילו סעיף 6.10.1 לתכנית, ואשר כותרתו "קביעת תנאים והנחיות לבנייה הפטורה מהיתר", קובע: **"ועדה מקומית תהא רשאית לקבוע תנאים והנחיות, שאינם חורגים מהקבוע בהוראות תכנית זו, לגידור שטחים חקלאיים ולהקמת מנהרה חקלאית או רשת צל בשטחים הכלולים במרחב התכנון המקומי כולו או חלקו. על גידור כאמור או הקמת מנהרה חקלאית או רשת צל התואמים להוראות תוכנית זו, לתנאים ולהנחיות שנקבעו על ידי הוועדה, תחולנה תקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), תשע"ד - 2014 כפי תוקפן ביום ביצוע העבודות. החלטה כאמור תתקבל לאחר פרסום הודעה לפי ס' 149 (1) ו-(2) בלבד לחוק ושמיעת התנגדויות ככל שתוגשנה".**

25. עיינו הרואות, כי סעיף 6.9.1 לתכנית קובע את אשר הודגש בפרק הרלוונטי לגידור מתוך התכנית כפי שהובא לעיל, ולפיו אין התכנית מחייבת הוצאת היתר ביחס לשימוש או לבנייה הפטורים ממילא מהיתר, בהתאם לתקנות הפטור. אף סעיף 6.10.1 לתוכנית, מוסיף ומעניק לוועדה המקומית את האפשרות לקבוע תנאים והנחיות ביחס ל- 3 סוגי מבנים הפטורים מהיתר: ביניהם גדר חקלאית הפטורה מהיתר מכוח תקנה 7 לתקנות הפטור, וכן מנהרה חקלאית ורשת צל הפטורות מהיתר מכוח תקנה 28 לתקנות הפטור. מעבר לכך, סעיף 6.10.1 קובע במפורש כי על ההנחיות אשר ייקבעו על ידי הוועדה מכוח סעיף זה, תחולנה תקנות הפטור. כלומר, הוראות התכנית מכפיפות את ההנחיות אשר ייקבעו, אם יקבעו, לתקנות הפטור!

לא זו אף זו, בהתאם לסעיף 6.10.1 לתכנית - על מנת לקבוע הנחיות ותנאים ביחס ל- 3 המבנים הפטורים (וגידור כאמור בתוכם), על הוועדה לעבור משוכה נוספת והיא פרסום הודעה כחוק ושמיעת התנגדויות. בטרם ביצועם אין אפשרות להחיל את התנאים וההנחיות. זו המשמעות הפשוטה והברורה של סעיף 6.10.1 לתכנית, ולשון הסעיף אינה סובלת כל פרשנות אחרת, בוודאי לא זו שהמשיבה מנסה לשכנע בה.

26. אין זה ברור כלל ועיקר הכיצד הגיעה המשיבה למסקנה כי בטרם יקבעו תנאים והנחיות על ידי הוועדה המקומית, לא ניתן להחיל פטור ביחס לגדר חקלאית, מנהרה ורשת צל מכוח התכנית! גם לא ברור לי מקור הקביעה של בית המשפט קמא שלפיה סעיף 6.10.1 לתכנית הוא זה שמעניק אפשרות למתן פטור מהיתר להקמת גדר חקלאית! שכן סעיף 6.10.1 לתכנית מעניק אפשרות לקביעת תנאים והנחיות לבנייה שהיא ממילא פטורה מהיתר מכוח תקנות הפטור, וזו היא כותרת הסעיף. מעבר לכך, התנאים וההנחיות שייקבעו צריכים להתאים להוראות התכנית ולהוראות הקבועות בתקנות הפטור, כך למשל רשאית הוועדה המקומית לקבוע הנחיות באשר לטיב הרשת הקלה שממנה ניתן להקים גדר (רשת ברזל או פלסטיק, לדוגמא), ובנוסף רשאית לקבוע הוועדה המקומית, באמצעות ההנחיות, חומרי בינוי שאסור להשתמש בהם מעבר לאיסור של שימוש בבטון ובלוקים שקבוע בתוכנית. בנוסף רשאית הוועדה להשתמש בתנאים והנחיות האלה כדי להגדיר מה הוא שטח מעובד ומה הוא שטח מגרש מינימלי. אך הדבר החשוב הוא, שכל עוד לא תקבע הוועדה הנחיות ותנאים כאלה, לאחר פרסום הודעה ומתן אפשרות להתנגדויות, הרי שלא ניתן להחיל את ההנחיות, והאפשרות להקים גדר בפטור מהיתר תיבחן בהתאם להוראות תקנות הפטור והתכנית בלבד.



27. משכך, שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי כל עוד לא התקיימו התנאים של סעיף 6.10.1 אין אפשרות להקים גדר בפטור. כאמור, סעיף 6.10.1 לתכנית לא התנה את האפשרות למתן פטור ביחס לגדר חקלאית, מנהרה חקלאית ורשת צל בקביעת תנאים והנחיות מיוחדות, אלא רק העניק את האפשרות לקביעת הנחיות ותנאים ע"י הוועדה המקומית ביחס לאותם 3 מבנים שממילא פטורים בהתאם לתקנות הפטור.
28. אף עיון בפרשת ניצן נבו שאליה מפנה המשיבה, ואשר במסגרתה נבחנה תחולת תכנית 21904, מעלה שבמסגרתה בחנו בית המשפט השלום ובית המשפט המחוזי את החלת הפטור מכוח תקנה 28 לתקנות הפטור, על מבנה קונסטרוקציה שנבנה בלי היתר, ואשר ביחס אליו נטען כי מדובר במנהרה חקלאית או רשת צל. באותו מקרה, לאחר בחינת תנאי תקנה 28, החליט בית המשפט השלום שאין מדובר במנהרה חקלאית או רשת צל העונה על תנאי תקנה 28 לתקנות הפטור, ובתי המשפט המחוזי והעליון אחריו אישר מסקנה זו. הנה כי כן, באותה פרשה בתי המשפט על כל ערכאותיהם בחנו החלת פטור על מנהרה חקלאית או רשת צל, מבלי שנטען כי סעיף 6.10.1 לתכנית בכלל אינו מאפשר מתן פטור למבנה כזה בהיעדרן של תנאים והנחיות מרחביות.
29. משאין מחלוקת כי הוועדה המקומית (המשיבה) לא פרסמה הנחיות מרחביות ו/או כללים ותנאים להקמת גדרות בשטחים חקלאיים, מנהרות ורשת צל לאחר כניסתה לתוקף של תכנית 21904, ומשלא קוימו ההליכים הקבועים בסעיף 6.10.1 לתכנית (בהתאם לטיעון של המשיבה בסעיף 2.5 לתשובה), הרי שהקמת גדר בשטח חקלאי בפטור מהיתר כפופה לסעיף 7 לתקנות הפטור ולהוראות התכנית בלבד.
30. כדי להשלים את התמונה, ראוי להדגיש כי כל ניסיון להכפיף את הבניה בפטור מהיתר, ביחס לגדר בשטח חקלאי, להנחיות מרחביות משנת 2014 או למסמך המדיניות של משרד החקלאות מחודש 2/2022, מנוגד להוראות התכנית, ויש לדחותו בשתי הידיים. גם בכך סבורתני כי שגה בית המשפט קמא עת החיל על החלקה נשוא הערעור את ההנחיות המרחביות משנת 2014 ואת מסמך המדיניות של משרד החקלאות מחודש 2/2022, כל זאת בניגוד להוראותיה המפורשות של התכנית, שהיא בבחינת חיקוק לכל דבר ועניין (לעניין מעמדה של תכנית מתאר מאושרת ראו ע"א 3213/97 **יחזקאל נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה**, פ"ד נג (4) 625). הוראותיה של התוכנית גוברות הן על ההנחיות המרחביות של הוועדה המקומית שאושרו קודם לכניסת התכנית לתוקף, וברור כי הן גוברות על מסמך מדיניות מאוחר יותר של משרד החקלאות, כפי שיובהר להלן.
31. באשר להנחיות המרחביות משנת 2014, הרי שהמשיבה עצמה ביקשה לסייג את תחולתן על החלקה, עם כניסתן לתוקף של הוראות התכנית, בשנת 2017, שכן לפי הסבריה, ואני מקבלת הסברים אלה, הוראות התכנית הם בגדר חיקוק לכל דבר ועניין הגובר על הנחיות מרחביות שהוצאו ע"י הוועדה המקומית קודם לכן (סעיף 2.7 לתשובת המשיבה).
32. מאחר וההנחיות המרחביות משנת 2014 מאמצות את תנאי תקנה 7 לתקנות הפטור ביחס להקמת גדר בפטור (הגדר תוקם מחומרים קלים בשטח חקלאי מעובד וגובהה לא יעלה על 1.5 מ', וזו תבטיח מעבר



חופשי של נגר עילי), ומעבר לכך מוסיפות ההנחיות עוד שני תנאים, האחד קובע שהגדר תוקם רק בתחום חלקה או מגרש רשום, והשני קובע חובת דיווח תוך 45 יום על הקמת גדר בפטור, והואיל וקבעתי שאין להחיל את ההנחיות המרחביות האלה משנת 2014 על החלקה, הרי מתייתר הצורך לבחון האם מתקיימים בגדרות התנאים הקבועים באותן הנחיות כמפורט לעיל.

עם זאת ולמעלה מן הצורך ייאמר כי עסקינן בחלקה בשטח של כ- 51 דונם, שנמצאת בבעלות משותפת במושאע של מספר אנשים (כעולה מנסח הרישום שצורף כנספח ג' לערעור), כאשר החלקה לא עברה הליך של פירוק שיתוף, וכל אחד מהשותפים במקרקעין (ביניהם חלק מהמערערים) רשום כבעלים של חלק בלתי מסוים מהחלקה. משלא עברה החלקה הליך של פירוק שיתוף, וגם אם השותפים בקרקע עושים שימוש בחלק מסוים מהחלקה בהתאם לתכנית חלוקת רצונית לא מאושרת או בהתאם להסכם שיתוף, הרי ששימוש זה מבטא הסכמה לחלוקת השימוש בחלקה, ואין בכך כל פסול. למעשה לא מוטלת על בעלי החלקה כל חובה לבצע פירוק שיתוף ואין כל פסול בחתימה על הסכם שמחלק את השימוש בחלקה ביניהם. יחד עם זאת, יובהר כי לחלוקה רצונית זו בין השותפים, אין משמעות במישור התכנוני, וכל עוד ההסכמות האלה בין השותפים לא השתכללו לכדי הליך של פירוק שיתוף הטעון אישור של ועדת התכנון, אין השותפים בחלקה יכולים לרשום על שמם את החלק המסוים שבו הם עושים שימוש או לייחד לעצמם מגרש, וחלוקת השימוש שהם ביצעו ביניהם מחייבת אותם במישור החוזי בלבד ואין לה תוקף כלשהו במישור התכנוני (ראו סעיף 38(א) לחוק המקרקעין וסעיפים 137-143 לחוק התכנון והבניה).

על כן, אני מסתייגת גם מקביעה של בית המשפט קמא כי החלוקה שעשו המערערים ושאר השותפים בחלקה הינה בבחינת חלוקה בעין המחייבת קבלת אישור מטעם רשויות התכנון, שכן כפי שהסברתי לעיל אין בחלוקת השימוש בין השותפים לקרקע כדי לחייב אותם לנקוט בהליך של פירוק שיתוף, וככל ורשויות התכנון לא יתנו תוקף לחלוקה רצונית זו בהמשך הרי שאין להם להלין אלא על עצמם בכך שלא נקטו בהליך של פירוק שיתוף ע"י תשריט מאושר.

33. באשר למסמך המדיניות של משרד החקלאות, ברור שאין במסמך זה כדי לענות על דרישות סעיף 6.10.1 לתכנית, כך שאין לתת לו מעמד של הנחיות מרחביות המחייבות מכוח תכנית 21904, וגם בנושא זה בית המשפט קמא נתפס לכלל טעות עת התייחס למדיניות זו של משרד החקלאות כ- "הנחיות מנהליות עדכניות". זאת למרות שסעיף 12 לאותו מסמך מדיניות מבטא את המלצת משרד החקלאות לערוך הנחיות מרחביות מחייבות.

34. ככל שמסמך מדיניות זה נסוג מפני הנחיות מרחביות, וממילא נסוג הוא מפני הוראות התכנית החלה על החלקה, הרי שלא היה מקום לייחס משקל לתנאים שנקבעו במסגרתו, בבוא בית המשפט קמא לקבוע אם בניית הגדרות פטורה מהיתר, אם לאו.

35. בכל מקרה, גם אם בית המשפט קמא נמנע מלדון בשאלת תוקפן ו/או חוקיותן של ההוראות שנקבעו



במסמך המדיניות, מה גם שהוא נמנע מלדון בטענה לשיקולים זרים שעמדו ביסוד פרסום אותו מסמך מדיניות, עדיין היה מצופה ממנו להתייחס לסוגית תחולתן הרטרואקטיבית של הוראות אלה, מקום שאין מחלוקת כי מסמך מדיניות זה יצא בחודש 2/2022 לאחר שהגדרות כבר נבנו בחלקה. הלכה היא כי נורמה במשפט בחוק או בתקנה היא כעיקרון- פרוספקטיבית, קרי צופה פני עתיד, כאשר הפסיקה העקבית של בית המשפט העליון דבקה בכלל לפיו קיימת חזקת תכלית לפיה חקיקה חדשה צופה בדרך כלל פני עתיד (ע"פ 4912/91 ירון תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 581, 621).

36. ככל שהוראות חוק ותקנות לא מחילים באופן רטרואקטיבי, כל עוד אין הוראה מיוחדת בחוק שמורה אחרת, הרי על אחת כמה וכמה שלא ניתן ליישם הוראות של מסמך מדיניות שפרסם משרד החקלאות באופן רטרואקטיבי על עבודות שכבר בוצעו טרם פרסום מסמך המדיניות! אכן רשות מנהלית רשאית לקבוע הנחיות ולחדשן מעת לעת והיא מחויבת לפעול על פיהן, ואף הוראות תכנית 21904 לא התעלמו מצורך זה וקבעו את האפשרות לקבוע הנחיות ספציפיות ביחס ל- 3 סוגי מבנים במסגרת סעיף 6.10.1 לתכנית, ביניהם גדר חקלאית, אך כל עוד לא מתקיימים התנאים בסעיף 6.10.1 לתכנית, לעניין פרסום ההנחיות ושמיעת התנגדויות הרי שלא ניתן להחיל הנחיות כאלה בכלל על גדרות, מנהרות ורשת צל שהן פטורות מהיתר בהתאם לתקנות הפטור, ובלאו הכי לא ניתן לאשר החלתן באופן רטרואקטיבי.

37. ואם נסכם את העניין עד כה, ניתן לומר כי הפטור מהיתר ביחס לגדר חקלאית מעוגן בתקנה 7 לתקנות הפטור, וזה תואם את הוראות תכנית 21904 החלה על החלקה כפי שהובהר לעיל. דהיינו, על מנת לבנות גדר חקלאית בפטור על החלקה, די בעמידה בתנאי תקנה 7 לתקנות הפטור שהתכנית מאפשרת את החלתן.

38. ובחזרה להוראות תקנה 7 לתקנות הפטור כפי שהובאו בסעיף 21 לעיל, על הגדר להיות מחומרים קלים, ולא אטומה, יש להקימה בשטח חקלאי מעובד, וגובהה לא יעלה על 1.5 מ' בצורה המבטיחה מעבר נגר עילי. כך שתקנה זו אינה קובעת חובת דיווח לרשויות כלשהן, ואין בצידה תנאי כלשהו לגבי גידור כל החלקה או חלק ממנה.

39. מעיון ב- 20 צווי ההריסה נשוא הערעור עולה כי 18 גדרות עומדות בתנאי הגובה של 1.5 מ', ורק שתי גדרות חורגות בגובהן ממגבלה זו, האחת היא הגדר נשוא צו ההריסה במתחם 10 שגובהה 2.10 מ' תחת תיק פיקוח 20220063, והשנייה היא הגדר נשוא צו ההריסה במתחם 5 בגובה 2.0 מ' תחת תיק פיקוח 20220064 (ראו צווי ההריסה שצורפו כנספח א' לתשובה לערעור). ביחס לשתי גדרות אלה אני קובעת שלא התקיימו תנאי תקנה 7 לתקנות הפטור, ולכן איני רואה מקום לבטל את צווי ההריסה המנהלי שהוצאו ביחס אליהן.

40. השאלה אם 18 הגדרות מושא צווי ההריסה האחרים עונים על תנאי תקנה 7 לתקנות הפטור אם לאו, היא שאלה שטומנת בחובה צורך בבירור עובדתי לעניין טיב השטח אותו תוחמת כל גדר ובאם מדובר בשטח מעובד אם לאו. שאלה זו לא זכתה להתייחסות עניינית ע"י בית המשפט קמא, אשר הסתפק לקבוע כי "בעניינו, מדובר בגדרות שהוקמו לשם סימון השטח וחלוקת החלקה בין הרוכשים השונים, ולא



כהגנה על שטחים חקלאיים מעובדים. לא ברור על מה ביסס בית המשפט קמא קביעה עובדתית זו, האם על התרשמות מחומר הראיות לאחר שבדק כל גדר בנפרד, או שמא הוא קיבל את הטיעון של המשיבה?

בעניין הזה טענה המשיבה בתשובתה לערעור כי המערערים ביקשו בעת הדיון בפני בית המשפט קמא להעמיד את המחלוקת על הטענה המשפטית (כי הבניה פטורה מהיתר), וויתרו על חקירת עדים ובכך זנחו את טענתם שהקרקע מעובדת. בעניין הזה, סבורתני כי אין לזקוף את ההסכמה להעמיד את המחלוקת על השאלה המשפטית לחובת המערערים ואין לראות בכך וויתור מצדם על בירור הטענה העובדתית לשם הוכחת קיום התנאי של קרקע מעובדת, וברי כי ההכרעה בשאלה המשפטית של החלת הפטור מכוח תקנה 7 לתקנות הפטור טומנת בחובה צורך בבירור עובדתי שלא נעשה ע"י בית המשפט קמא.

41. לאור הספק בעניין שאלת התקיימותו של התנאי הנוגע לעיבוד הקרקע, תנאי שלא זכה לבירור עובדתי מספיק בפני בית המשפט קמא, שלא בצדק, שקלתי אם יש מקום להחזיר את התיק לבית המשפט קמא על מנת להשלים את הבירור העובדתי ולהכריע בשאלה, ביחס לכל גדר בנפרד, באם הבניה נשוא הצו עונה על דרישות תקנה 7 לתקנות הפטור אם לאו, אך בסופו של דבר החלטתי לבטל את צווי ההריסה ביחס ל- 18 הגדרות שנותרו וזאת מן הטעם הפשוט שלפיו מדובר בשאלת עובדתית שבירורה עלול להאריך ולסרבול את ההליך המשפטי של ביטול צו הריסה מנהלי - הליך שאמור להיות הליך קצר יעיל ומהיר (די להפנות להלכה שצוטטה ע"י המשיבה בסעיף 3.2.3 לתשובה). ובמיוחד משמדובר בשאלה שעשויה להתברר, במידת הצורך, במסגרת הליך פלילי, ככל שיהיה כזה, ולא באמצעות הצעד הדרסטי הזה של צו הריסה מנהלי הפוגע בקניינו של אדם ללא הליך משפטי (ראו והשוו - ע"פ (נצ') 56165-08-17 **שי סבן נ' אורי אילן יו"ר הוועדה המחוזית לתו"ב**, (פורסם במאגרים המשפטיים, 13.09.2018).

בנוסף לכך, נוכח טענת המערערים שלפיה הגדרות תוחמות שטחים מעובדים - טענה שלא התבררה כאמור עד תום במסגרת ההליך בפני בית המשפט קמא, ניתן לומר כי לכל היותר קם לו ספק בשאלת עיבוד הקרקע ובנסיבות העניין נוכח חומרת הסעד של צו ההריסה, נראה כי ספק זה אמור לפעול לטובת המערערים.

42. לסיכום חלק זה, סבורתני כי עלה בידי המערערים לשכנע כי ביחס ל- 18 גדרות מתוך 20, כמפורט לעיל, כי לא התקיימו התנאים למתן צו הריסה מנהלי לאחר שהוכיחו בפני כי תכנית 21904 אכן מאפשרת בניית גדר בפטור מהיתר מכוח תקנה 7 לתקנות הפטור.

סוף דבר

43. אני מקבלת את הערעור באופן חלקי ומורה על ביטול 18 צווי הריסה (מתוך 20) שלא נכללו בסעיף 41 לעיל.

ניתן היום, י' אב תשפ"ב, 07 אוגוסט 2022, בהעדר הצדדים.

