



ת"פ 58471/08/19 - רפאל חן נגד הוועדה המקומית לתכנון ובניה - אצבע הגליל

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייט

עתפ"ב 58471-08-19 חן נ' ועדה מקומית לתכנון אצבע הגליל

תיק חיצוני: 2019015

לפני כבוד השופטת תמר נסים שי

המערער רפאל חן

נגד

המשיבה

הוועדה המקומית לתכנון ובניה - אצבע הגליל

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום (כב' השופטת ד. נסאר) מיום 05/08/19,

בתיק 64166-02-19

פסק דין

לפניי ערעור על החלטות בית משפט השלום בצפת (כב' השופטת דוניא נסאר) בתיק בצה"מ 64166-02-19, במסגרתו נדחתה בקשת המערער לביטול צו הריסה מנהלי (להלן: "**צו ההריסה**"), שהוצא בהתאם להוראות סעיף 221(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**").

רקע דרוש ותמצית טענות הצדדים:

1. צו ההריסה הוצא ביום 21.2.19 ע"י מהנדס המשיבה, מר אבנר סבג (להלן: "**המהנדס**"), לשם הריסתה וסילוקה של עבודה אסורה אשר בוצעה במקרקעין שהינם שטחים חקלאיים הנמצאים ביסוד המעלה (להלן: "**המקרקעין**"), וכללה הקמת גדר היקפית מפח + שער ברזל בגובה של כ- 2 מטר ובאורך של כ- 200 מטר (להלן: "**הגדר**"), הקמת סככה עשויה קונסטרוקציית פלדה בשטח של כ- 925 מ"ר + רשת ברזל בצידה המזרחי (להלן: "**רשת הצל**"), הקמת מבנה יביל בשטח של כ- 15 מ"ר (להלן: "**המכולה**"), וסלילת דרך גישה ורחבה הסלולים ממצעים + אספלט (להלן: "**דרך הגישה**").

2. ביום 26.2.19 הגיש המערער בקשה לביטול צו ההריסה. בתמצית, המערער טען כי נפלו בצו ההריסה פגמים המצדיקים את ביטולו. בין היתר טען כי חלק מהעבודות כלל אינן טעונות היתר, נוכח האמור בתקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים פטורים מהיתר), תשע"ד-2014 (להלן: "**תקנות הפטור**"). לעניין סלילת דרך הגישה והקמת רשת הצל טען המערער כי אין המדובר בביצוע עבודה אסורה "טרייה" אלא בעבודה שנעשתה לפני קרוב לעשור, כאשר המשיבה ידעה על כך ולא נקטה נגדו כל אכיפה. עוד הוסיף וטען, כי העבודות שביצע בשנת 2018 היו לכל היותר עבודות שיפוץ, שאינן טעונות היתר. אשר לגדר, המערער טען



כי עפ"י התוכנית החלה מותרת הקמת גדר מרשת עד לגובה 2.2 מטר, ועל כן יש לאפשר לו להחליף את הגדר הקיימת (כולל השער הנפתח בגדר), חלף הריסתה.

עוד העלה המערער טענות לאכיפה בררנית, תוך שטען לאי אכיפת החוק והעלמת עין של המשיבה כנגד עבודות אסורות ודומות אותן מבצעים בני משפחת מזרחי, שלהם מקרקעין סמוכים לשלו (להלן: "**משפחת מזרחי**"). המערער הוסיף וטען כי המהנדס היה נתון בניגוד עניינים עת קיבל את ההחלטה בעניינו, וזאת נוכח קרבת משפחה בינו ובין מי ממשפחת מזרחי, באופן המעלה חשש ממשי למשוא פנים. בהתאם, המערער טען כי יש לקבל את בקשתו מטעמים של הגנה מן הצדק.

3. במסגרת דיון שנערך במעמד הצדדים ביום 1.5.19, ב"כ המערער ביקש לזמן את המהנדס למתן עדות על מנת לעמת אותו עם טענת ניגוד העניינים. לאחר ששמע את התנגדות המשיבה, דחה בית המשפט קמא את הבקשה לזימון המהנדס וזאת "**בשים לב לטענת הסנגור לאכיפה בררנית אשר לא נתמכה בשום ראיה**".

בהמשך הדיון ביקש ב"כ המערער לעיין בהיתרי הבנייה אותם קיבלה משפחת מזרחי, על מנת לתמוך עובדתית את טענתו בדבר אכיפה בררנית. אף בקשה זו נדחתה ע"י בית המשפט קמא, אשר קבע כי "**לא מצאתי להורות למשיבה למסור מסמכים כלשהם הנוגעים להיתרים שניתנו לאדם פרטי אחר בין היתר בשל שיקולים של צנעת הפרט וזאת במיוחד בשים לב לכך שלא הובא בפניי בדל של ראיה לפיה נקטה המשיבה אכיפה בררנית כנגד המבקש**".

בהמשך הדיון וכן ביום 17.6.19 נחקרה המפקחת מטעם המשיבה - גב' שגית בדלר (להלן: "**המפקחת**"), אשר בהתאם לגרסת המשיבה היא שאיתרה את העבודות שביצע המערער באמצעות פיקוח ייזום. אף המערער נחקר ומסר גרסתו ביום 17.7.19.

4. ביום 5.8.19 דחה בית המשפט קמא את הבקשה לביטול צו ההריסה. תחילה קבע בית המשפט קמא כי הבקשה לביטול הצו לא הוגשה בהתאם לתקנות התכנון והבניה (סדרי דין בבקשות לעניין צו הריסה מנהלי), תש"ע-2010, דבר המצדיק את דחייתה על הסף.

לגופו של עניין הפנה בית המשפט קמא לפסיקה, לפיה הביקורת השיפוטית על מתן צו מנהלי הינה מצומצמת וכי למשיבה עומדת חזקת התקינות המנהלית. בהתאם, בית המשפט קמא דחה את טענות המערער לפגמים שנפלו בצו ההריסה, תוך שקבע כי הגדר והמכולה אינן פטורות מהיתר והוקמו שלא כדין. לעניין זה הפנה בית המשפט קמא לתקנה 2 לתקנות הפטור, הקובעת את התנאים הכלליים לפטור מהיתר, וקבע כי התנאים המצטברים הקבועים בה אינם מתקיימים בעניינו של המערער. זאת, שעה שהקמת המבנים ללא היתר חוטאת למדיניות המשיבה לצמצום הפגיעה בשטחים פתוחים, וכן מקום בו המערער כלל לא הציג ראיה על התאמת המבנים לתוכנית החלה. למעלה מן הצורך, נקבע כי גם התנאים הספציפיים בתקנות הפטור אינם חלים בנסיבות העניין על הגדר (תקנה 5 לתקנות הפטור) או על המכולה (תקנות 25 ו-29 לתקנות הפטור). לבסוף



קבע, כי בהתאם לראיות הרבות שהוצגו לפניו, אף סלילת דרך הגישה למקרקעין שנשללה באספלט מהווה עבודה אסורה, עת בוצעה ללא היתר.

בית המשפט קמא הוסיף ודחה את טענת המערער כי רשת הצל והסככה היו עוד משנת 2009 ורק "חודשו" בשנת 2018. לעניין זה הפנה לתמונות שהציגה המשיבה וכן להתרשמותו החיובית מעדותה של המפקחת, אשר עדותה לעניין הבנייה במקרקעין נמצאה מהימנה וגובתה בדו"חות אותנטיים. בית המשפט קמא הוסיף כי אף אילו היה המערער מוכיח כי חלק מהעבודות נעשו שנים קודם לכן וכי בוצעו רק עבודות חידוש, הרי שבהתאם לפסיקה החלה עדיין היה עליו לבצען בהתאם להיתר בניה כדין, מקום בו המבנה הישן נבנה במקורו ללא היתר.

לעניין טענת המערער להגנה מן הצדק נוכח אכיפה בררנית, בית המשפט קמא ציין באמרת אגב כי ספק בעיניו אם יש מקום לטענה זו בעבירות על חוק התכנון והבניה, ובכלל זה על צווים שנועדו להפסיק הפרות מתמשכות של החוק, כאשר מכל מקום יש לתת לאמור משקל בעת בחינת הטענה.

לגופו של עניין, בית המשפט קמא דחה את הטענה לאכיפה בררנית, וזאת מקום בו לא עלה בידי המערער להוכיח כי המשיבה מונעת ממניעים זרים או כי ביצעה כלפיו אכיפה סלקטיבית. בית המשפט קמא אף הוסיף כי לא רק שלא עלה בידי המערער להוכיח כי ננקטת אכיפה בררנית כלפיו, אלא מהראיות והעדויות שנשמעו נלמד כי צו ההריסה הוצא משיקולים ענייניים בלבד. בית המשפט קמא בחן את טענות המבקש לעניין משפחת מזרחי, וקבע כי לאור הראיות שהוצגו יש למשפחת מזרחי היתר בניה, וכלל טענות המערער לעניין המצב התכנוני במקרקעין שלהם התבססו על השערות אישיות חסרות בסיס. לאור האמור נקבע כי לא עלה בידי המערער להוכיח כי בשטח של משפחת מזרחי מבוצעות עבודות ללא היתר. עוד קבע כי בהתאם לעדות המפקחת, מתבצעת כיום בחינה ובדיקה בנוגע לבניה לא חוקית הנוגעת למקרקעין של משפחת מזרחי, כאשר גם באמור יש כדי לשלול את טענת המערער לאכיפה בררנית.

לבסוף, בית המשפט קמא דחה אף את טענת המערער לקשר בין משפחת מזרחי והמהנדס, תוך שקבע כי לא הוכח קשר קרוב ומשמעותי או כי המהנדס היה מונע משיקולים זרים. לעניין זה קבע בית המשפט קמא כי מקום בו הוכח שבמקרקעי המערער בוצעו עבודות ללא היתר, הרי שהעדת המהנדס לא הייתה מביאה לתוצאה שונה.

לסיכום, בית המשפט קמא מצא כי ההליך המנהלי שננקט כנגד המבקש היה תקין ונעשה בהתאם לחוק, כאשר המערער לא השכיל להוכיח כי נפל פגם כלשהו בצו ההריסה אשר מחייב את ביטולו. על כן דחה בית המשפט קמא את הבקשה לביטול צו הריסה, תוך שמצא לחייב בנסיבות העניין את המערער בהוצאות המשיבה בסך 10,000 ₪.

טענות המערער:



5. ביום 28.8.19 הוגש הערעור שלפניי, אשר התמקד בעיקר בטענת המערער לפיה שגה בית המשפט קמא עת דחה את טענתו להגנה מן הצדק, הן בשל האכיפה הבררנית בה נהגה המשיבה ביחס למקרקעין של משפחת מזרחי והן בשל ניגוד העניינים בו היה נתון המהנדס, בשל קרבתו המשפחתית למשפחת מזרחי.

לעניין זה ביקש המערער אף לתקוף את החלטות הביניים שניתנו ע"י בית המשפט קמא במסגרת הדיון מיום 1.5.19, במסגרתן דחה את בקשותיו לזמן את המהנדס לחקירה וכן להציג את ההיתרים שניתנו למשפחת מזרחי. בהתאם אף ביקש כי במסגרת הדיון בערעור תחויב המשיבה להציג את ההיתרים שניתנו למשפחת מזרחי, תיק הפיקוח המתנהל נגדם וכן תצהיר של המהנדס - מסמכים אשר כולם לא הוצגו במסגרת הדיון בבית המשפט קמא.

6. המערער שב על טענתו כי המשיבה הפעילה אכיפה סלקטיבית כנגדו בהוצאת צו ההריסה, כאשר מנגד לא מצאה מקום לפעול כנגד עבודה אסורה וטרייה שנעשתה במקרקעין של משפחת מזרחי. כן שב וטען, כי בשל ניגוד העניינים בו נתון המהנדס, אסור היה לו להוציא תחת ידיו את צו ההריסה ודינו של זה להתבטל. לעניין זה הוסיף המערער וטען, כי מקום בו לא הוכח כי המהנדס גילה לתובע "המייעץ" את דבר קרבתו המשפחתית למשפחת מזרחי, נפל אף פגם בחובת ההיוועצות, המחייב את ביטול צו ההריסה.

7. לטענת המערער, שגה בית המשפט קמא עת חסם את כל בקשותיו לקבלת המידע הדרוש לו לצורך הוכחת טענת ההגנה מן הצדק, הן לעניין המקרקעין של משפחת מזרחי והן לעניין הקשר עם המהנדס. לטענתו, בעשותו כך נתן בית המשפט קמא גושפנקא לסירוב המשיבה לגלות ראיות ולהסתיר את האמת העובדתית, ושלח את המערער למערכה "בידיים קשורות ובעיניים עצומות". כן הוסיף וטען כי שגה בית המשפט קמא, עת פסק מחד גיסא כי המערער לא תמך את טענותיו העובדתיות הנוגעות לאכיפה הבררנית שהופעלה כלפיו ולניגוד העניינים של המהנדס בכל ראייה, ומאידך גיסא חסם את יכולתו להביא את הראיות הנדרשות.

8. עוד טען המערער כי שגה בית המשפט קמא עת סבר כי הגנה מן הצדק כלל אינה חלה על הליך לביטול צו הריסה מנהלי, ולמצער נתן לעמדה זו משקל בהחלטתו שלא לאפשר למערער את קבלת המידע הנדרש לו לשם הוכחת הטענה.

9. בתמצית, המערער הוסיף וטען כי שגה בית המשפט קמא בקביעותיו לעניין חוקיות המבנים. לעניין זה טען כי לא נסתרה גרסת המערער ולפיה רשת הצל קיימת עוד משנת 2009. אשר לגדר, המערער טען כי שגה בית המשפט קמא עת לא אפשר לו להחליף את הגדר הקיימת בגדר מרשת. אשר למכולה, שב וטען לקיומה של הגנה מן הצדק, מקום בו מכולה דומה נמצאת בשטח משפחת מזרחי. אשר לדרך הגישה, טען כי שגה בית המשפט קמא עת הסתמך על הצילומים שהציגה המשיבה, מבלי שאפשר לו לחקור את עורכיהם.

10. לבסוף אף טען המערער כנגד החלטת בית המשפט קמא לחייבו בהוצאות עם דחיית בקשתו לביטול צו



ההריסה.

טענות המשיבה:

11. המשיבה מבקשת לדחות את הערעור וסומכת ידה על החלטת בית המשפט קמא. בתמצית טענה כי ככלל אין מקום להידרש לטענה בדבר אכיפה בררנית בהליכים מנהליים. עוד הוסיפה, כי מכל מקום לא הציג המערער כל מסד עובדתי ראשוני לתמיכה בטענתו, ולפיכך אין כל מקום להתערב בהחלטות הביניים של בית המשפט קמא או במסקנות אליהן הגיע בהחלטתו.

12. בדיון שהתקיים טענו הצדדים באריכות. בין היתר ובמענה לבקשת המערער לעיין בהיתרים שניתנו למשפחת מזרחי, ב"כ המשיבה ציינה כי מסמכי ההיתרים פתוחים לציבור הרחב והמערער רשאי ללכת לוועדה ולעיין בהם אם ברצונו לעשות כן.

13. ביום 13.1.20 הגיש המערער בקשה לצירוף ראייה בערעור. לטענתו, בעקבות הדיון במעמד הצדדים פנה למשיבה בבקשה לעיין בבקשת ההיתר של משפחת מזרחי ונמסרה לו הגרמושקה הרלוונטית. לטענת המערער, מעיין בגרמושקה עולה כי היא כלל אינה מאזכרת רשת צל או קונטיינר שמיועד למחסן, הגם שאלו נמצאים במקרקעין של משפחת מזרחי. בנסיבות אלו טען כי קיימת חשיבות גדולה לצירוף הראייה לשם תמיכה בטענת האכיפה הבררנית שהעלה.

המשיבה התנגדה לבקשת המערער לצירוף ראייה, מקום בו היה למערער האפשרות להציגה במהלך הדיון בערכאה הדיונית, וכן מקום בו אין בה כדי לסייע למערער לבסס את טענתו בדבר אכיפה בררנית. לעניין זה הפנתה המשיבה לכך שבעניינם של משפחת מזרחי קיים תיק פתוח, לעיקרון סופיות הדיון ולשוני בין המצב התכנוני החל על מקרקעי המערער ומקרקעי משפחת מזרחי.

דיון והכרעה:

14. לאחר ששמעתי את הצדדים ועיינתי בתיק בית המשפט קמא ובמסמכים שהוגשו, נחה דעתי כי אין מנוס מקבלת הערעור והחזרת התיק למתן החלטה משלימה של בית המשפט קמא. להלן אנמק טעמיי.

15. עניינו של ההליך קמא בבקשה לביטול צו הריסה מנהלי. כידוע, צו הריסה מנהלי הוא אקט מנהלי ולא אקט עונשי. משכך, עומדת למשיבה חזקת התקינות המנהלית, ועל המבקש לסתור חזקה זו בטענה כי נפל פגם בהתנהלות המשיבה הנטל להוכיח זאת (רע"פ 6032/13 **זמירה שלהבת אהרן נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ולבניה טבריה** (19.1.2014)) (ולהלן: "**עניין אהרון**"). טענתו העיקרית של המערער הינה, כאמור, קיומה של אכיפה בררנית במתן הצו.



16. מקום בו הופעלה סמכות מנהלית בין היתר על דרך של הוצאת צו הריסה, טענת "אכיפה בררנית" המועלית כנגדה יכול שתהא רלוונטית. כבר נקבע בפסיקה כי כל רשות מינהלית חייבת לנהוג בשוויון. מכאן, אם יש יסוד בראיות לנטען אזי עומדת למבקש ביטול הצו האפשרות לבקוע את חזקת התקינות, ובמקרים חריגים אף ניתן יהיה להורות על פסילת ההחלטה מחמת אכיפה בררנית פסולה.

כך נקבעו הדברים בבג"ץ 6396/96 סימונה זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, נג (3) 289 (1999) בעמ' 304 (להלן: "הלכת זקין"): **"מה הנפקות של טענה כזאת בבית-משפט זה? טענה של אכיפה בררנית היא טענה של פגיעה בשוויון. כל רשות מינהלית חייבת לנהוג בשוויון. כך גם תובע במשפט פלילי. ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה [16], בעמ' 512. וכך כל רשות אחרת הפועלת לאכיפת החוק בדרכים אחרות, כגון: בדרך של הוצאת צו הריסה, חילוט טובין, פיזור הפגנה ועוד. מכאן, כפי שמקובל לגבי טענה של פגיעה בשוויון, אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית. כתוצאה עובר הנטל אל הרשות המינהלית להראות כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל היא מתבססת על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות..."**

17. עוד נקבע בפסיקה (טרם תיקון 116 לחוק), כי לצד עילות הביטול הקובעות בחוק, ניתן לעתור לביטול צו הריסה מנהלי גם בעילות "פגם פרוצדוראלי בהליך, או פגם בשיקול-דעתה של הרשות המוסמכת, כגון: מטרה זרה, היעדר מידתיות, שיקולים זרים, חוסר סבירות, או הפליה, ובלבד שמדובר בפגמים חמורים העושים את הצו לבטל מעיקרו..." (רע"פ 1639/16 מוחמד עבאסי נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (23.1.18)).

18. כידוע, אכיפת חוק שאינה מלאה אלא חלקית אינה בהכרח פסולה (ראה הלכת זקין). אכיפה בררנית הפוגעת בשוויון הינה זו ה"מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק" (שם).

19. על הטוען לאכיפה בררנית הנטל להעמיד תשתית ראייתית מספקת להוכחת טענתו. לעניין הרף הראייתי הראשוני הנדרש לצורך ערעור חזקת התקינות המנהלית קיימות קביעות שונות (ראה בהקשר זה בג"ץ 4922/19 נווה נ' מדינת ישראל - פרקליטות מחוז מרכז (9.12.19)), ונראה כי כל עניין יבחן לגופו. יחד עם זאת, הרף הנדרש לצורך קבלת מידע נמוך מזה שנדרש להוכחת האכיפה הבררנית. מהמבקש נדרש להציג תשתית לכאורית שיש בה כדי לתמוך בטענתו, כדי להעביר את הנטל למשיבה להשלים את התמונה העובדתית, שמטבע הדברים יש לה נגישות אליה (שם עמ' 19).

20. ומן הכלל לענייננו. בית המשפט קמא דחה את טענות המערער, מקום בו, כך לקביעתו, לא עלה בידיו



להפנות לכל פגם בהתנהלות המשיבה אשר יכול להצמיח את טענת ההגנה מן הצדק. קביעה זו, בנסיבות העניין, התקשיתי לקבל. שכן למעשה, כישלוננו של המערער להוכיח טענתו נעוץ בהחלטות הביניים שהתקבלו ביום 1.5.19, שלא אפשרו לו להביא טענתו באופן שניתן יהיה לבוחנה לגופה.

21. ראשית, במסגרת הדיון מיום 1.5.19, המערער ביקש כי יובא לעדות המהנדס אשר הוציא את צו ההריסה, ולטענת המערער קיים קשר משפחתי בינו ובין מי ממשפחת מזרחי. בית המשפט קמא דחה בקשה זו, תוך קביעה כי טענת האכיפה הבררנית שהעלה המערער לא נתמכה בכל ראיה.

החלטה זו התקבלה לאחר שבמסגרת סעיף 44 לכתב התשובה שהגישה המשיבה בבית המשפט קמא ציין ב"כ: **"ודוק - מהנדס הוועדה כלל אינו מכיר את יונתן מזרחי ואופיר מזרחי, חרף הנטען בבקשה, שעה שהקשר המשפחתי שלו למשפחת מזרחי מיסוד המעלה הינו שולי וזניח ביותר, ונעוץ ב"זיקה" משפחתית רחוקה ביותר של אשת המהנדס לאחד מקרובי משפחת מזרחי"**.

התנהלות זו של המשיבה אף היא מוקשית בעיני. מטבע הדברים, כאשר עולה טענה של ניגוד עניינים של בעל תפקיד ברשות, אפשר בשל קשר משפחתי כזה או אחר, הדבר הנדרש (והפשוט ביותר) הוא, למצער, לצרף תצהיר מאומת של אותו בעל תפקיד, אשר ייתן מענה ישיר לסוגיית ניגוד העניינים.

במסגרת הדיון בערעור טענה ב"כ המשיבה: **"התובע הקודם עשה את הבירור לעניין קרבת משפחה עם מהנדס הוועדה והגיש תגובה שהוא לא מכיר אותו באופן אישי. זה מענה הולם לצורה בה הועלה הספק. אף אחד לא אומר שזה לא נכון מה שכתוב שם"**.

בטענה זו לא מצאתי להסתפק. איני סבורה כי במסגרת כתב הטענות ב"כ המשיבה יכול לציין טענות בדבר מהות וטיב הקשר במסגרת "בירור אישי" עם בעל התפקיד, באופן סתמי וללא כל תמיכה, חלף הגשת תצהיר מאומת. הדברים מקבלים משנה תוקף, כעולה מדברי המשיבה עצמה, עת לא נשלל קשר כלשהו בין המהנדס ומשפחת מזרחי, אלא רק הובאה מסקנת ב"כ המשיבה כי קשר זה הוא שולי וזניח. בנסיבות אלה, די באמור כדי להעביר את הנטל לפתחה של המשיבה להשלמת הפסיפס הראייתי לצורך הוכחת טענת האכיפה הבררנית.

בהתאם, גם אם לא היה מקום לקבל את הבקשה להביא את המהנדס לעדות, היה ראוי להורות על הגשת תצהיר מטעמו, בו יבהיר ממקור ראשון האם יש ממש בטענת המערער ומה טיב הקשר בינו ובין משפחת מזרחי. משלא נעשה כך, נפגעה זכות המערער להביא ראיות לתמיכה בטענת ניגוד העניינים שהעלה.

22. בקשה שנייה של המערער במסגרת הדיון מיום 1.5.19 הייתה לעיין בהיתרי הבנייה אותם קיבלה משפחת מזרחי, וזאת על מנת לתמוך עובדתית את טענתו בדבר אכיפה בררנית. לדבריו, ידוע לו כי הבניה שביצעו במקרקעין באותם מועדים ממש, אינה בהיתר (ראו אף חיזוק מסוים לכך בעמדת המשיבה). אף בקשה זו נדחתה ע"י בית המשפט קמא, אשר קבע כי אין למסור מסמכים הנוגעים להיתרים שניתנו לאדם פרטי אחר



בשל שיקולים של צנעת הפרט. עוד חזר בית המשפט קמא על כך שלא הובא בפניו בדל של ראיה, לפיה נקטה המשיבה אכיפה בדרנית כנגד המערער.

גם בכך לטעמי נפלה שגגה. כבר נקבע בפסיקה כי לציבור קיימת זכות קנויה לעיון במסמכי היתר הבנייה, בבקשה להיתר בנייה ובכל המסמכים שצורפו לה, ללא כל צורך בהגשת בקשה על פי חוק חופש המידע (ראה ע"מ 1662/14 **יחיא ג'יוסי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה טייבה** (5.10.16)) (להלן: **"הלכת ג'יוסי"**). ב"כ המשיבה עצמה אישרה בדיון בפניי כי הלכת ג'יוסי ברורה, ולפיה כל אחד יכול לעיין בהיתרים.

אכן, כעולה מפס"ד ג'יוסי, המערער כלל לא נדרש לבקש מבית המשפט קמא אישור לקבל את היתרי הבניה של משפחת מזרחי. אולם, מקום בו בית המשפט דחה מפורשות את בקשתו לקבל את ההיתרים, ומקום בו אף המשיבה לא הבהירה במסגרת הדיון בבית המשפט קמא דבר לעניין זכותו של המערער לעיין באלה טרם ניתנה ההחלטה, לא מצאתי כי הדבר צריך לעמוד לחובתו של המערער.

בהינתן האמור, שעה שנמנע העיון בהיתר והשלמת בירור הטענות, קיים קושי לקבל את הקביעה בפסק הדין כי **"המערער לא ידע להשיב על שאלות בסיסיות הנוגעות, למצב התכנוני במקרקעין של משפחת מזרחי, מה מותר ומה אסור לבנות בהם לפי ההיתר וכל טענותיו התבססו למעשה על השערות אישיות חסרות בסיס שלא נתמכו בשום ראיה מוצקה"**.

במסגרת הערעור, ולאחר שבמסגרת הדיון במעמד הצדדים הובהר כאמור כי יש לו הזכות לעיין בהיתרים של משפחת מזרחי, הגיש המערער בקשה לצירוף ראיה בדמות הגרמושקה שניתנה למר יונתן מזרחי, תוך הבהרה כי זו **"אינה מאזכרת רשת צל כלל וגם לא קונטיינר שמיועד למחסן, הגם שבפועל רשת צל ומחסן קיימים במקרקעין"**.

בתגובתה לבקשה לא שללה המשיבה טענה זו של המערער, אלא העלתה טענה משלה, לפיה קיימים הבדלים מהותיים בין המצב התכנוני החל על שטח המערער ובין זה החל בשטח משפחת מזרחי. אלא, שטענה זו הינה טענה עובדתית, אשר הייתה צריכה להיבחן ולהיות מוכרעת ע"י בית המשפט קמא, תוך שלמערער ניתנת ההזדמנות הראויה להציג את כלל ראיותיו.

אוסף בתמצית, כי טענת המשיבה לפיה יש לדחות את הבקשה לצירוף הראיה מקום בו יכול היה המערער להציג בפני הערכאה הדיונית, לא יכולה להתקבל בנסיבות כפי שפורטו לעיל, נוכח ההחלטה שניתנה בהקשר זה.

בנסיבות אלו מצאתי לקבל את עמדת המערער כי לא ניתנה לו שעת כושר להוכיח את טענת האכיפה הבררנית שהעלה, וכי יש לאפשר לו לעשות כן. לפיכך, איני רואה מנוס מקבלת הערעור, באופן בו תבוטל החלטת בית המשפט קמא והתיק יוחזר לפתחו, על מנת להכריע בטענת ההגנה מן הצדק ולאחר שתינתן למערער הזכות



להביא את ראיותיו בעניין, כפי שפורט במסגרת פסק דין זה.

23. בית המשפט קמא יפעל כפי חוכמתו בכל הקשור לאופן הצגת הראיות ע"י המערער, אולם בכל מקרה עליו לקבל את עמדת המהנדס (בין בתצהיר ובין בחקירה בפניו), וכן עליו לתת דעתו להיתרי הבניה שניתנו למשפחת מזרחי.

24. בצד האמור, אני רואה להדגיש כי, ההלכה היא שגם אם תוכח טענת המבקש לאכיפה בררנית, אין הכרח כי התוצאה תהא סעד של אי אכיפת הדין בעניינו. יחד עם זאת, עניין זה צריך להיבחן ולהיות מוכרע לאחר שמיעת הטענה ובירורה.

25. מקום בו מצאתי להחזיר את התיק לפתחו של בית המשפט קמא, אני רואה לנכון לבחון לעומק את יתר טענותיו של המערער לעניין חוקיות הבניה. אציין בתמצית, כי טענות אלו לא עמדו במרכז הערעור. דומה שאין הדבר מקרי. שכן, עיון בהחלטת בית המשפט קמא בכל הנוגע לסוגיית חוקיות הבניה של המערער, מעלה כי זו עומדת על אדנים מוצקים ונסמכת, בין היתר, על התרשמות אישית של בית המשפט קמא מהראיות שהוצגו ומהאמון שמצא לתת בעדים שהעידו לפניו. לעניין זה יש לזכור כי הלכה היא שלא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי מהימנות אשר נקבעו על ידי הערכאה הראשונה בפניה התנהלה מסכת העדויות (ראה למשל ע"פ 7032/08 ג'באלי נ' מדינת ישראל (מיום 17.1.11); ע"פ 5636/08 פלוני נ' מדינת ישראל (26.1.2009); ע"פ 2314/07 חאלדי נ' מדינת ישראל (26.1.2009)).

26. סוף דבר, הערעור מתקבל בהתאם לקביעותי לעיל.

המזכירות תמציא לצדדים.

ניתנה היום, י"ד תמוז תש"פ, 06 יולי 2020, בהעדר הצדדים.