



בע"א (פתח תקווה) 3963-05-21 - מדינת ישראל נ' יהודה פכטר

בית משפט לעניינים מקומיים בפתח תקווה

בע"א 3963-05-21 מדינת ישראל נ' פכטר

בפני כבוד השופט עודד מורנו

מבקשת מדינת ישראל הוועדה המקומית לתכנון ובנייה - פתח תקווה

נגד

משיב יהודה פכטר

ב"כ המבקשת- עו"ד רעות תורג'מן

המשיב בעצמו ובאמצעות עו"ד רות לוויס

החלטה

מבוא

1. מעשה בגנרטור ומעליו גגון איסכורית שהוצבו לפני שנים רבות על מנת לספק "חשמל כשר" בשבתות, חגים ומועדי ישראל וזאת לתושבי השכונה המנהלים אורח חיים חרדי **(להלן: הגנרטור ו/או המבנה)**. המבקשת לא הקיצה משנתה היום או הופתעה מקיומו של הדבר אך לאחרונה, אלא ידעה גם ידעה היטב על העניין ונטען כי אף קידמה את פעילותו. וכעת, קל כנשר סוס ברזילי הגיע **(חיים נחמן ביאליק, אופניים)**, פרויקט אופניים ארצי המבקש לעבור במקום בו מוצב הגנרטור, ועל כן מתבקש בית המשפט להורות על הריסת הגנרטור. בצומת זו של אינטרסים שונים של זכויות הפרט ושלטון החוק בית המשפט מתבקש להכריע.

2. בהתאם לסדר הכרונולוגי בעניין זה, הגישה המבקשת ביום 23.5.21 בקשה למתן צו הריסה בלא הליך פלילי, בהתאם לסעיף 239 (א)(4) לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 **(להלן: החוק)**.

צו ההריסה המתבקש הוא ביחס למבנה של הגנרטור והאיסכורית שניהם במידות של כ-27.7 מ"ר, המצויים במקרקעין בבעלותה של המבקשת הידועים כחלקה 83 בגוש 6811 **(להלן: המקרקעין)** שבמרחב התכנון המקומי פתח תקווה.



טענות הצדדים

3. המבקשת טוענת כי בהתאם לתכנית גז/במ/ 18/424 שאושרה ביום 23.5.06 **(להלן: התכנית)** וחלה על המקרקעין, ייעוד המקרקעין הינו שטח ציבורי פתוח בפיתוח גנני אינטנסיבי. במועד שאינו ידוע למבקשת, ולאחר שנת 2014 בוצעו עבודות בניה של המבנה במקרקעין וזאת בניגוד לתכנית וללא קבלת היתר בניה כדין. המשיב הינו האחראי לשימוש המתבצע במבנה והמבקשת ציינה בבקשתה כי מי שביצע את העבודה אינו בר עונשין בשל התיישנות.

4. במהלך שנת 2021 הובא לידיעת המבקשת כי חברת נתיבי איילון מקדמת בעבור משרד התחבורה את פרויקט "אופני דן" **(להלן: הפרויקט)**, במסגרתו מתכנן לעבור שביל "שדה" במקרקעין **(להלן: שביל אופנים)**. הגנרטור מצוי על התוואי המתוכנן של הפרויקט ומשכך עותרת המבקשת למתן צו להריסתו, תוך שציינה כי מדובר באינטרס ציבורי חשוב. המבקשת צירפה לבקשתה מסמכים המדגישים את הצורך בביצוע הריסת הגנרטור.

5. המשיב בתגובתו מיום 6.6.21 ציין כי הגנרטור מופעל בשבתות, בחגים ובשעת חירום ומשמש את הציבור החרדי בשכונת הדר גנים שבפתח תקווה, באופן זה שמספק "חשמל כשר" לאותו ציבור אשר אינו משתמש בחשמל המיוצר באמצעות חברת החשמל בשבתות ובחגים. עוד טען המשיב כי הגנרטור מצוי במקרקעין מזה למעלה מ-20 שנים והכל בתיאום ובהנחיית ראש העיר דאז, מר יצחק אוהיון ז"ל, אשר הגיע לסיוור במקרקעין ביחד עם המשיב, ולאחר דין ודברים הורה על הצבת הגנרטור במקרקעין, המקום שכאמור מצוי בו הגנרטור כיום. המשיב הוסיף כי לאחר בירור שערך בחברת נתיבי איילון הובא לידיעתו כי הפרויקט מוקפא, ובשלב זה כלל לא ידוע האם ייצא לפועל.

לאור טענותיו עתר המשיב למחיקת הבקשה ולחילופין "להקפיאה" עד למציאת פתרון בשיתוף הגורמים הרלוונטיים.

6. בתשובתה מיום 8.6.21 חזרה המבקשת על טענותיה כי מדובר במקרקעין שבבעלותה ובגנרטור שהוצב ללא קבלת היתר בניה. לעניין טענת המשיב כי הגנרטור הוצב באישור ראש העיר דאז, השיבה המבקשת כי מדובר בטענה שנטענה בעלמא ובלי שצורפה לה אסמכתא, בעניין זה הוסיפה כי הסמכות היחידה למתן היתרים הינה לוועדת התכנון והבנייה.

הדיונים שנערכו טרם מתן ההחלטה

7. שלוש ישיבות התקיימו בהליך זה, אשר מטרתן הייתה לקבל את התמונה המלאה באשר לטענות הצדדים ולמצב התקדמות הפרויקט כיום ולהלן תמציתן.



8. בדיון מיום 10.6.21, חזר המשיב על טענותיו והוסיף כי לא קיים תקציב לפרויקט, כך שבפועל אם במידה ואכן יפונה הגנרטור מהמקרקעין הרי שהפרויקט לא יקודם וזאת בהיעדר תקציב. המבקשת השיבה בעניין זה על פי המידע שברשותה **"הפרויקט מתנהל והתהליך הוא בימים אלו" (ההדגשות בכל הציטוטים בהחלטה זו אינן במקור- ע.מ.)**. עוד הוסיפה כי לא קיימת כל אסמכתא לפיה הגנרטור אכן משמש את התושבים, כפי שטען המשיב בתגובתו לבקשה.

בית המשפט קבע דיון נוסף, תוך שהורה על קבלת עדכון מאת חברת נתיבי איילון בנוגע למצב התקדמות של הפרויקט, ועל המצאת מסמכים על ידי המשיב המאששים את טענתו כי מדובר בגנרטור אשר משרת את הציבור החרדי במקום.

9. לתיק בית המשפט הוגשה הודעה מיום 30.6.21 מאת מר אמיר שואח, מנהל אחראי מטעם חברת נתיבי איילון לפיה הפרויקט **"סיים שלב תכנון וצפוי לצאת לביצוע בתקופה הקרובה"**. לעניין התקציב צוין כי **"התקציב אושר על ידי משרד האוצר וצפוי להתקבל בחברה בקרוב"**. בתגובתו להודעה מטעם חברת נתיבי איילון, הפנה המשיב את הזרקור לכך שעל פי ההודעה התקציב טרם עבר לידי החברה.

10. בדיון מיום 21.10.21, הוסיף המשיב על טענותיו כי הגנרטור הוצב בהסכמה וכי לא קיים מקום אליו ניתן להזיז את הגנרטור כיום, וככל שהמבקשת עומדת על בקשתה לפינוי הגנרטור עליה להסדיר תחילה מקום חלופי בו יוצב הגנרטור. בעניין זה טען המשיב כי קיימים מוסדות נוספים בבעלות המבקשת, אשר היו ללא הקצאה, להן הסדירה המבקשת מקום חלופי כאשר נדרש היה לפנותם. (עמ' 3 לפרוטוקול ש' 9-16; עמ' 8 לפרוטוקול ש' 4-5). המבקשת חזרה על טענתה כי לא ידוע לה שהגנרטור אכן הוצב בהסכמתה.

בטרם מתן החלטה הורה בית המשפט על קבלת עדכון מאת הגורם הרלוונטי בעיריית פתח תקווה וזאת לעניין טענת המשיב כי הגנרטור הוצב באמצעות העירייה תוך התייחסות ליחסה של המבקשת להצבת הגנרטור במרצות השנים מאז ועד היום.

11. בהודעת עו"ד הגב' צילה גרינהויז, מנהלת אגף נכסים בעיריית פתח תקווה מיום 20.1.21, אשר הוגשה לבי המשפט, צוין כי **"לא קיים בתיקנו אישור כלשהו להצבת הגנרטור וודאי שלא היתר בנייה"**. לאחר קבלת הודעת עדכון זו, הורה בית המשפט על התייצבותם לדיון של הגב' גרינהויז ומר ברוך אדני (מפקח הבנייה מטעם המבקשת). במקביל המציא המשיב הודעות מאת מר שמואל טירר ומר שלמה קורלנסקי, חברי מועצת העיר לשעבר, המאששים את טענתו כי מדובר בגנרטור שהוצב באישור המבקשת (תוכן של הודעות אלו יורחב בהמשך בפרק דיון והכרעה).

12. בדיון מיום 18.11.21, אליו התייצבה הגב' גרינהויז, הצהירה האחרונה כי לא ידוע לה על כל אישור שניתן מאת המבקשת להצבת הגנרטור ואף לא שמעה כי אכן היה אישור כזה במשך השנים. בעדותה הוסיפה, טענה אשר נטענה לראשונה, כי מדובר בגנרטור לו קיימות בעיות בטיחותיות,



אולם בעניין זה הצהירה בהמשך עדותה כי "**הבקשה כאן לא קשורה לפעילות שלנו כאגף נכסי עירייה בהתייחס לבעיה הבטיחותית**" (עמ' 6 לפרוטוקול שו' 2-3). עוד התייחסה לסוגיה דומה שעמדה בפני עיריית ירושלים ונותרה ללא כל מענה ופתרון. במסגרת הדיון הגיש המשיב, עלונים המציגים לטענותיו את העובדה כי הגנרטור הוצב מלכתחילה בשיתוף המבקשת, עותק של כתב תביעה ופסק דין הקשורים לטענתו לגנרטור.

13. בית משפט מציין כי במהלך כל הישיבות נעשו ניסיונות להביא את הצדדים להסכמה באשר למציאת פתרון בנוגע לגנרטור הקיים, לרבות הצבתו במקום אחר, באופן כזה שיאפשר הגשמת רצון שני הצדדים, הן לעניין יישום ביצוע הפרויקט והן בהמשך שימוש בגנרטור לציבור הרלוונטי- אולם לא הושגה כל הסכמה בעניין.

דין והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

סעיף 239 - צו הריסה ללא נקיטת הליך פלילי

14. ביום 25.10.17 נכנס לתוקפו תיקון 116 לחוק התכנון והבניה. תיקון זה החליף את פרק י' לאותו החוק אשר עסק בענייני פיקוח, אכיפה ועונשין. בין השאר, בסימן ה' שכותרתו צווים שיפוטניים, הוחלף סעיף 212 שחלש על נושא צווי הריסה ללא הליך פלילי וזאת בסעיף 239:

צו הריסה

239. (א) בית המשפט המוסמך כהגדרתו בסעיף 234(ג) רשאי, לבקשת תובע, לצוות על הריסת עבודה אסורה אף אם לא הוגש כתב אישום בשלה, ובלבד שיש עניין ציבורי מיוחד במתן הצו ומתקיים אחד מאלה:

(1) לא ניתן למצוא את האדם שביצע את העבודה האסורה, בשקידה סבירה;

(2) לא ניתן או שאין זה מעשי למסור לאדם הזמנה לדין, בשקידה סבירה;

(3) לא ניתן להוכיח מי ביצע את העבודה האסורה;

(4) מי שביצע את העבודה האסורה נפטר או שאינו בר-עונשין, לרבות בשל התיישנות שחלה על עבירת העבודה האסורה;

(תי)

(5) התובע החליט כי נסיבות המקרה בכללותן אינן מתאימות להמשך חקירה או



להעמדה לדין פלילי לפי סימן ו'.

(ב) הוראות סעיף 226(ב) יחולו לגבי המצאת צו הריסה לפי סעיף קטן (א), בשינויים המחויבים.

(ג) צו הריסה לפי סעיף קטן (א) יבוצע בידי היחידה הארצית לאכיפה, הוועדה המקומית או רשות מקומית המוסמכת לאכיפה, ובלבד שחלפו 21 ימים לפחות ממועד המצאת הצו.

15. בקליפת אגוז אציין כי ברקע הדברים לייעול הליכי האכיפה והפיקוח בנושא התכנון והבניה, העבירות הרבות על הנגזרות השונות שלהן, המבוצעות מידי יום ביומו בכל רחבי המדינה, עמדה החלטת היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2015, עו"ד יהודה ויינשטיין, למנות את משנהו, עו"ד ארז קמיניץ, כיושב ראש הוועדה המיוחדת בנושא, הבאה להילחם בתופעת הבנייה הבלתי חוקית.

16. סעיף 239 לחוק התכנון והבניה הוסיף שני שינויים מרכזים. האחד, האפשרות להורות לבקשת הרשות המנהלית על הריסת עבודה אסורה ללא הגשת כתב האישום ובלבד שיש עניין ציבורי מיוחד במתן הצו. השני, הרחבת ארסנל הכלים העומד בפני התביעה בהם תוכל לנקוט בהליך של צו הריסה ללא הגשת כתב אישום. כך, למשל, החלופה שבסעיף 239 (5) לחוק, מאפשרת לרשות המנהלית לפנות לבית המשפט בבקשה למתן צו הריסה ככל שתובע סבור כי נסיבות המקרה בכללותן לא הולמות חקירה או העמדה לדין פלילי (ראו גם הצעת חוק ממשלתית 1074, כ"ו תמוז, התשע"ו 1.8.16 בעמ' 1444).

17. תיקון 116 לחוק לא קבע מהו נטל ההוכחה בו יש לעמוד ובעניין זה יש להפנות להלכה הפסוקה הקיימת לפיה יש לעמוד ברף הוכחה ממשי הנתמך בראיות עד כדי הוכחה מעל לספק סביר (רע"פ 6260/06 סוריאס נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים] (2.8.2006); עפ"א (מחוזי ת"א) 6025-12-11 קוריאל נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים] (12.6.2012)).

תורת ההשתק תחת כנפי ההגנה מן הצדק

18. הלכה פסוקה היא מבית המשפט העליון כי על מנת שבית המשפט יתערב באופן בו אוכפת הרשות המנהלית את החוק, הרי "שצריך שהרשויות המוסמכות יתנערו לחלוטין מחובתן לאכוף את החוק או ימנעו ממילוי חובתן באופן בלתי סביר" (בג"ץ 6579/99 פילבר נ' ממשלת ישראל [פורסם במאגרים] (1.11.1999)). יחד עם זאת, במרוצת השנים התפתחה ההכרה בתורת ההשתק כנגד רשויות מנהליות בלבושה כאכיפה סלקטיבית תחת אחד מענפי ההגנה מן הצדק (ראו לעניין זה את הסקירה המקיפה של פרופ' מיכל טמיר, בספרה "אכיפה סלקטיבית", בעמ' 289-295 (להלן: טמיר)).



19. אין בכוונתי לחזור על מושכלות היסוד בעניין ההגנה מן הצדק ואסתפק בהקשר זה אך ורק בהפניה לקביעות בית המשפט העליון לחשיבות הטענה להגנה מן הצדק בכללותה ולרובד האכיפה הסלקטיבית בתוכה וזאת **ברע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי ואח'** [פורסם במאגרים] (31.10.2018) **(להלן: עניין ורדי)**. באותו עניין סקר השופט ח' מלצר את תולדותיה של ההגנה מן הצדק תוך שהוא דוחה את טענת המדינה לפיה מיום קבלת הטענה, ההגנה הורחבה לבלי שיעור עד כדי "טענות אווירה" לקיומה של הגנה זו, כך שיש לשוב ולהחיל את המבחן המחמיר שנקבע בע"פ 2910/94 **יפת ואח' נ' מדינת ישראל** [פורסם במאגרים] (28.2.1996) **(להלן: פרשת הבנקאים)** (שם, פסקה 63). לא למותר לציין כי עניין ורדי, עוסק, באופן רוחבי, בעבירות שבוצעו וקשורות לתהליכי תכנון ובניה.

20. עוד הוסיף בית המשפט בעניין ורדי כי **ע"פ 4855/02 ד"ר איתמר בורוביץ נ' מדינת ישראל** [פורסם במאגרים] (31.3.2005) **(להלן: הלכת בורוביץ)**, בה רוככה ההלכה שנפסקה בפרשת הבנקאים אינה עומדת בחלל ריק "אלא יש לראות בה משום העמקת השורשים שנקבעו כבר בהלכת יפת ובשכלול הדוקטרינה כפיתוח פרי פסיקת בית המשפט הפלילי בישראל" (ראו: עניין ורדי, פסקה 63).

21. זה המקום לציין כי עסקינן בצו שיפוטי בו הכיר בית המשפט העליון בתחולת ההגנה מן הצדק **(רע"פ 7099/17 אויסון נ' מדינת ישראל)** [פורסם במאגרים] (20.12.2017); **רע"פ 1098/18 עו"ד רפפורט נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה דרום השרון** [פורסם במאגרים] (7.6.08); **בג"ץ 5416/20 אהרוני נ' מדינת ישראל** [פורסם במאגרים] (3.8.2020). מנגד, התייחסות הפסיקה לתחולת ההגנה מן הצדק בעניין צווים מנהליים היתה מסוייגת ולא אחידה (ראו הסקירה שנערכה מפי השופטת ע' ורבנר בעפ"א (חי') **67346-07-19 פלד נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה** [פורסם במאגרים] (5.8.2019)).

22. תורת ההשתק חלחלה בהדרגה למשפט המנהלי הישראלי (ד' ברק ארז, "משפט ציבורי ומשפט פרטי תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה' (תש"ס) בעמ' 108), והתקבלה באופן סופי בע"א **6996/97 חברת א.עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על ידי מינהל מקרקעי ישראל** [פורסם במאגרים] (2.8.1999) **(להלן: עניין עבאדה)** תוך אימוץ התזה של פרופ' אריאל בנדור ("תורת ההשתק במשפט המנהלי", התשנ"ד (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים)), ונקבע מה הם הרציונאלים והתנאים להפעלתה במשפט הישראלי (עניין עבאדה, פסקה 8-9):

"...אלא שהחלתו של השתק כנגד רשויות מנהליות מעוררת קשיים מיוחדים, וזאת בשל החשש כי השתקת רשויות כאלה תאפשר את הפרתן של נורמות המשפט המנהלי, שלהן אופי כופה (קוגנטי) והן אינן ניתנות להתניה. עמד על כך השופט י' כהן בע"א 831/76 לוי נ' פקיד השומה, חיפה... עם זאת, הקשיים שמעוררת החלתו של עקרון ההשתק במשפט המנהלי אינם מחייבים את



המסקנה, כי יש לדחות על הסף טענת השתק הנטענת על-ידי פרט כנגד רשות מנהלית. שכן, קיימים טיעונים בעלי משקל ניכר, התומכים בהחלת עיקרון זה גם במשפט המנהלי. אכן, תפיסת הצדק העומדת ביסוד תורת ההשתק הכללית יפה גם למצבים שבהם פרט מסתמך בסבירות ובתום-לב על מצג של רשות מנהלית ומשנה בשל כך את מצבו לרעה. הימנעות מהשתקתה של הרשות עשויה לגרור תוצאות בלתי צודקות מבחינתם של הפרטים הבאים עמה במגע, ולהביא, למעשה, ל"ענישה" של אותם פרטים. לא זו אף זאת: קיימים טעמים נוספים המצדיקים את החלתו של עקרון ההשתק דווקא במשפט המנהלי. עם טעמים אלה אפשר למנות את חובת ההגינות המוגברת המוטלת על רשויות מנהליות; הצורך בשוויון ביחסים שבין הרשויות לבין הפרט; המשקל המיוחד שראוי לתת למצגיהן של רשויות מנהליות והעיקרון בדבר פיזור הנזק, המחייב את פיזור העלויות שנגרמו בעטיו של מצג פגום שעשתה רשות ציבורית על כלל הציבור, במקום על הפרט ששינה את מצבו לרעה. ראו א' בנדור תורת ההשתק במשפט המנהלי [6], בעמ' 169-173. המסקנה היא אפוא, כי במצבים שבהם מועלית טענת השתק כנגד רשות מנהלית יש לאזן בין עקרון חוקיות המינהל לבין האינטרסים של הפרט שהסתמך בתום-לב ובסבירות על מצג של רשות מנהלית".

23. בספרה על אכיפה סלקטיבית מחדדת טמיר כי חדירת תורת ההשתק למשפט המנהלי משתלבת עם קבלתה של הדוקטרינה להגנה מן הצדק בשיטת המשפט הישראלי. הטעם לכך, המדובר הוא בדוקטרינה נוספת מאותה משפחה של הגנה ממימוש אחריות פלילית וחסימת מימוש הסנקציה התלויה לצידה למרות עובדת המעשה פלילי. ההשתק יכול להיות תחת אחת מהקטגוריות הבאות: התנהגות בלי נסבלת, הפח היקוש והסתמכות. ההסתמכות הנה על מי שהסתמך על מצת הרשות שלפיה התנהגותו כשרה (ראו: טמיר, בעמ' 295). בעוד היבטה הנורמטיבי של דוקטרינה ההסתמכות נותר בצריך עיון בפסיקת בית המשפט העליון (ע"פ 4827/95 ה.ג. פולק ובע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים] (9.6.1997)) הרי שקיימת הכרה עקרונית כך שניתן להסתמך על הדוקטרינה להגנה מן הצדק בהתייחס לטענות בדבר אכיפה סלקטיבית (ראו: טמיר, בעמ' 295; הלכת בורוביץ).

מן הכלל אל הפרט

24. לאחר ששמעתי את טענות הצדדים, העדויות והמסמכים שהוגשו לפתחי, סבורני כי הדין נמצא במקרה זה עם המשיב כי שבשלב הנוכחי יש לדחות את בקשת המבקשת למתן צו הריסה לפי סעיף 239 לחוק ולהלן נימוקיי.

25. המשיב העיד בפני כי הגנרטור נשוא הבקשה הינו גנרטור המופעל בשבתות, בחגים ובשעות חירום, על מנת לספק חשמל "כשר". כידוע, הדבר נעוץ בדברי הרב אברהם ישעיהו קרליץ (להלן: החזון



איש) משנת 1948 כי כל סגירה של מעגל חשמלי בשבת אסורה משום מלאכת בונה ומלאכת מכה בפטיש (**חזון איש, או"ח נ"ט**). כך, שאלבא האוכלוסייה החרדית עמה נמנה המשיב, שימוש בחשמל המיוצר בשבת מהווה חילול ה'. הגנרטור הוא הפתרון ההלכתי המקובל על עשרות משפחות המחוברות אליו ועושות בו שימוש מזה עשרות שנים.

26. בתגובתו לבקשה, וגם בדבריו בפני בית המשפט, טען המשיב, כי הגנרטור הוצב במקום לפני למעלה מ-20 שנים. בית המשפט מקבל דברים אלו כעובדה שכן הם לא נסתרו על ידי המבקשת ואף אושרו בדברי ב"כ המבקשת בדיון שנערך בפני: **"לנו לא ידוע שהעירייה הציבה את הגנרטור בהסכמה, מבחינתנו הגנרטור מוצב שם שנים רבות שלא כדין ועשו איתו חסד שאפשרו לו להניח את הגנרטור הרבה שנים"** (פרוטוקול מיום 21.10.21 עמ' 4 שו' 2-3). כך גם בעדותה של מנהלת נכסי העירייה, הגברת צילה גרניהויז (פרוטוקול מיום 18.11.21 עמ' 5 שו' 13-27).

27. זאת ועוד, המבקשת לא ביקשה לחקור נגדית ולא סתרה את שלל הראיות אותן הביא המשיב על מנת לתמוך בטענתו כי לא רק שהמבקשת ידעה כי הגנרטור הוצב במקום לפני שנים רבות, אלא שהייתה זו המבקשת עצמה שהסכימה לכך. למעשה, עד לעצם יום זה ממשיכה המבקשת לעודד את התושבים החפצים בכך לעשות שימוש ולהתחבר לגנרטור והכל כדלקמן.

28. מעלון המופץ על ידי עיריית פתח תקווה- היחידה לחינוך חרדי ותרבות מורשת ישראל, עלון אותו הגיש המשיב כראיה וכותרתו **"וקווי ה' יחליפו כה.."** (ישעיהו מ ל), עולה כי המבקשת בכבודה ובעצמה מדברת בשני קולות. האחד, בקשה לבית המשפט על מנת להורות על הריסת הגנרטור. השני, פניה לתושבים להתחבר לגנרטור תמורת תשלום קבוע בהתאם למידת צריכת החשמל. העלון אומנם אינו נושא תאריך וניתן לראות בעלון נוסף שהוגש כי המדובר הוא בסדרת עלונים משנת 2010 ולכך יש להוסיף את דברי, המשיב, הרב פכטר, שהעיד בבית המשפט כי המבקשת מעודדת שימוש בגנרטור גם היום וככל ושביל אופני דן לא היה מבקש לחצות במקום הרי שעולם כמנהגו היה נוהג.

29. זאת ועוד, ממכתב מיום 2.11.21 שהוגש מחבר מועצת העיר והנהלת העיר פתח תקווה, מר שלמה קורלנסקי, עולה כי לפני כ-18 שנים הגיע לשטח בו הוצב הגנרטור ראש העיר המנוח, יצחק אוחיון ז"ל, במו ידו ואשר בעצמו את השטח עליו מוצב הגנרטור (הדבר נתמך גם בתמונות שהוגשו- ע.מ). לכך יש להוסיף את מכתבו של מר שמואל טירר מיום 1.11.21, חבר הנהלת ומועצת העיר פתח תקווה גם הוא בתקופה הרלבנטית, כך שעיריית פתח תקווה אישרה את הצבת הגנרטור במקום ודאגה לקיומו במרוצת השנים. המבקשת לא ביקשה לזמן לחקירה את הפרסונות לעיל ודבריהם, התומכים בטענותיו של המשיב עצמו, לא נסתרו בבית המשפט. אכן לרשות המנהלית עומדת חזקת התקינות שלפיה: **"מוחזקת היא כמי שפעלה כדין - כל עוד לא הוכח אחרת"** (בג"ץ 8756/07 **עמותת 'מבוי סתום' נ' הוועדה למינוי דינים**, [פורסם במאגרים] פסקה 43 (3.6.2008)). בענייננו, חזקה זו נסתרה ונשללה על ידי המשיב וזאת באופן



מהותי.

30. המשיב ומשפחות רבות אחרות, הסתמכו ומסתמכים בתום לב ובסבירות על התנהלות המבקשת מזה שנים רבות כמי אשר מעודדת את השימוש בגנרטור גם כיום. במצב כגון דא, יש ליישם את תורת ההשתק כנגד המבקשת. כפי שמנסחת זאת המלומדת טמיר כי השאלה העומדת לפתחנו אם בפועל יגרם לציבור נזק של ממש עקב השתקת הרשות, מה היא מידת החומרה של התוצאות מבחינת העניין הציבורי (ראו: טמיר, עמ' 293). חשיבתו של העניין הציבורי המיוחד מהדהד גם בדרישות סעיף 239 לחוק התכנון והבניה (ע"פ 3490/97 יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא [פורסם במאגרים] (3.2.1998)). מצד אחד פרויקט ארצי עתיר תקציב לבניית שביל אופניים מרחבי אשר עתיד לשמש את כלל האוכלוסייה, גם בשבתות ומועדי ישראל (עדכון האחרון מנתיבי איילון מיום 30.6.21 כי הפרויקט עתיד לצאת לפעול בתקופה הקרובה- דבר שלא הוכח בפני כי אכן התרחש עד כתיבת שורות אלו- ע.מ). מצד שני, חשיבות שמירת קדושת השבת לאוכלוסייה החרדית במקום. אני סבור שיש להעדיף את האחד על חשבון האחר בנסיבות שהוכחו בפני והמבקשת יכולה למצוא פתרון מעשי אשר ישרת את שני הצדדים כך שיצאו שבעי רצון. עניין ציבורי מיוחד אותו על המבקשת להוכיח צריך לעלות על קרנו של העניין הציבורי המיוחד לו טען המשיב ובענייננו לכל היותר, כפות המאזניים נותרו שקולות.

31. על בית המשפט לבחון מה הן ההשלכות של האכיפה הסלקטיבית במקרה שלפנינו. עוד יש לבחון מה הם הנזקים שיגרמו לרשות במידה ולא ניתן יהיה לבצע את ההריסה ואת הפגיעה בשלטון החוק. ועדיין, על בחינה זו גם לשקף את האינטרסים של המשיב והמשפחות הנסמכות על הגנרטור, מידת הפגיעה על הסתמכותם על מצג זה כחלק מתקנת הציבור (ראו: טמיר, עמ' 293) ובמקרה שלפני הרי שפגיעה זו נמצאת בעוצמה גבוהה בנסיבות שהוכחו. כדברי השופט י' כהן, בע"א 831/76 לוי נ' פקיד שומה חיפה [פורסם במאגרים] (29.12.77), (שם, בעמ' 435):

"... אין שוללים טענת השתק נגד רשות ציבורית, אלא בית-המשפט בכל מקרה ומקרה שוקל מצד אחד את האינטרס הציבורי שבמניעת הטענה ומצד שני את העוול שנגרם לפרט, אשר סמך על המצג של הרשות, ובית-המשפט רשאי לפסוק נגד הרשות אם לפי הצדק והיושר יש לקבל את הטענה".

32. לא אוכל לקבל את הטענות הבטיחותי שעלה בשולי דברי המבקשת (עת"מ 7094-08-13 חורזבסקי ואח' נ' ראש עיריית בני ברק ואח' [פורסם במאגרים] (28.8.2013); עת"מ 1870/07 קליין ואח' נ' ראש עיריית בני ברק ואח' [פורסם במאגרים] (1.5.2008) (בהליך משפטי שונה של עתירה מנהלית)), שכן למרות הטענה לסכנה בטיחותית מתמשכת, הנימוק בעטיו הוגשה הבקשה נעוץ בבניית שביל אופניים, הוא העניין הציבורי העומד - הא ותו לא.

33. ברם, שיהיו הרשות המנהלית בפעולות אכיפה כשלעצמו אינו יוצר מניעות כנגד הרשות עצמה (רע"פ 1520/01 שויצר נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה [פורסם במאגרים])



(18.3.2002), אלא אם מדובר במקרה חריג וקיצוני- כפי המקרה שבפני שכן חוש הצדק מתקומם כנגד התנהלותה הדואלית של המבקשת בעניין הגנרטור, שכן בסופו של דבר חוש הצדק בא מתוך תחושת אי צדק (קהאן; חיים ה' כהן (להלן: השופט חיים כהן ז"ל או המשפט), שם בעמ' 84).

יישומה של דוקטרינת ההשתק בראי בית המשפט לעניינים מקומיים

34. הדברים מקבלים משנה תוקף עת חובש השופט את מגבעת השופט הדין בעניינים מקומיים. שם, המפגש עם הציבור, העם, שברובו אינו מיוצג על ידי עורכי דין (כפי המקרה שבפני למעט הישיבה האחרונה- ע.מ), הוא מפגש בלתי אמצעי. הישירות של השיחה המתנהלת באולם חייבת להיות "גובה העיניים", מעצם טבעה. על שופט לנהוג בחכמה, בצניעות ובענווה כך שכל אדם המתייצב לדיון בפניו, לא רק ידע אלא גם יחוש כי קיבל את יומו בבית המשפט, הלומד על צביונה של העיר, אופייה, ואוזנו קרויה גם ל"קולות השוק והמהומה" (שומר החומות, דן אלמגור) ומוכן הוא ל"הפשיל שרווליו" ולדון עבור הציבור המקומי בנושאים רגישים וזאת ברגישות הראויה.

35. הרגישות של הנושא שבפני ברורה לבית המשפט. יחד עם זאת, מחובתה של המבקשת לדאוג להסדרת העתקת מיקום הגנרטור, טרם חיוב המשיב בהריסתו, שכן הייתה זו המבקשת שהסכימה להצבתו במקום ופנתה לאוכלוסיית היעד כך שתעשה בו שימוש.

תפקידו של השופט הוא לגשר על הפער הקיים בין המשפט למציאות החיים ולהגן על הערכים המגונים בחקיקת היסוד (א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 21 (להלן: ברק)).

36. אכן, שיקול הדעת השיפוטי יהיה עולם שיקול דעת מוגבל ומרוסן במגבלות מסגרת החקיקה בה אנו פועלים (ראו: ברק, בעמ' 36). חובתו של השופט למצוא בכל תיק ותיק הבא בפניו את הרגישות, ההעמקה ותפירת ה"חליפה הידנית" ההולמת את המקרה הנדון- תוך שמירה על עקרונות היסוד של החוק ושוויון. הטיב לתאר זאת השופט חיים כהן ז"ל עת ציטט בספרו מדברי הלורד מקמילן:

"נפשו של שופט נתונה לחוקי הפסיכולוגיה כמו נפשו של כל אדם . אין שופט יכול לנער את חוצנו מן האנושית. הוא נשבע לעשות צדק לא מורא וללא משוא פנים - אבל חוסר צדיה אין פירושו שרוחו של השופט נעשתה למכונה המייצרת פסקי דין. רוחו של השופט היא מכשיר אנושי הפועלת כמו של רוח אנושית אחרת- ולו גם בקווים מיומנים המאופיינים לא פעם על ידי תכונות אישיות מיוחדות" (ראו: המשפט, בעמ' 86).



אשר על כן, אני דוחה את הבקשה בשלב זה.

המבקשת תעדכן את בית המשפט בתוך 30 ימים מה נעשה על מנת לאתר מיקום חלופי להצבת הגנרטור.

המזכירות תשלח את ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, י' טבת תשפ"ב, 14 דצמבר 2021,
בהעדר הצדדים.