



עפ"א 44432/12/18 - יוסף חמדאן נגד היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון ובניה

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 44432-12-18 חמדאן נ' לאכיפה דיני התכנון ובניה
בפני כבוד השופט נאסר ג'השאן
המערער יוסף חמדאן
נגד
המשיבה היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון ובניה

פסק דין

1. לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בעכו (כב' השופט ג'מיל נאסר) בתיק בצה"מ 35269-07-18 מיום 09.12.2018, בגדרה נדחתה בקשת המערער להורות על ביטול צו ההריסה המנהלי שהוצא על-ידי המשיבה ביום 20.06.2018 בקשר לעבודה האסורה, שעל-פי הנטען, בוצעה ללא היתר במקרקעין הידועים כגוש 18828, חלקה 38, 40 סמוך ליישוב ראמה (להלן: "**צו ההריסה המנהלי**").

רקע עובדתי:

2. ביום 20.06.2018 הוצא על-ידי המשיבה צו הריסה מנהלי לפי סעיף 221 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**"), בקשר לעבודה אסורה שעל-פי הנטען, ביצע המערער, אשר כללה בניית דיר צאן בשטח של כ-300 מ"ר, בניית קירות תמך מאבן לקט ובטון באורך של כ-18 מטר ובגובה של כ-6 מטר ובניית שלד ברזל בשטח של כ-50 מ"ר שעל גביו מכולה בשטח של כ-10 מ"ר.

3. ביום 15.07.2018 הגיש המערער לבית משפט קמא בקשה לביטול או עיכוב ביצוע צו ההריסה המנהלי במעמד צד אחד. בגדר הבקשה טען המערער שלל טענות שלשיתנו מצדיקות לבטל את הצו. בין היתר טען המערער, כי מדובר בצו פגום שאין לו כל תוקף משפטי ועל כן יש להורות על ביטולו. נטען בבקשה, כי התאריך והחתימה המופיעים על הצו אינם ברורים, וכי העבודה האסורה המתוארת בצו ההריסה פטורה מהיתר על-פי תקנות הפטור, שכן מדובר בבניה קלה בקרקע חקלאית והגדר שנבנתה אשר תכליתה למנוע סחף של אדמה, נעשתה בגובה שאינו מחייב קבלת היתר. עוד נטען באשר לקיר מאבן בטון, כי בנייתו הסתיימה בשנת 2010 על כן אין מדובר בעבודה אסורה העומדת בהוראות סעיף 221 לחוק. המערער טען כי תיקון 116 לחוק אינו חל על העבודה הנטענת בצו, וכי הצו ניתן מבלי שקוימה חובת התייעצות, כנדרש על-פי החוק ואף לא צורף תצהיר לצו כנדרש. נטען עוד, כי העבודות



אין טוענות היתר וכי אף מסיבה זו יש לבטל את צו ההריסה .

4. ביום 16.07.2018 הורה בית משפט קמא על עיכוב ביצוע צו ההריסה עד לדיון במעמד הצדדים ובהתאם נקבע דיון בבקשה.

5. המשיבה בתגובתה לבקשה עתרה להורות על דחיית הבקשה על הסף וכן לגופה. נטען כי יש להורות על דחיית הבקשה על הסף ממספר נימוקים: הראשון, חלוף המועד להגשת הבקשה לביטול הצו בהתאם לסעיף 228(א) לחוק; המערער לא הוכיח מה זיקתו למקרקעין; הבקשה אינה עומדת בתנאי הסף הנוספים הקבועים בתקנות התכנון והבניה (סדרי דין בבקשות לעניין צו הריסה מינהלי), התש"ע-2010; וכן מאחר והבקשה לא הוגשה נגד הגורם הנכון.

6. לגופן של הטענות שהעלה המערער בבקשתו, טענה המשיבה, כי לא נפל כל פגם בהוצאת הצו המצדיק להורות על ביטולו, צו ההריסה שהוצא עומד בכל הדרישות המנויות בסעיף 221 לחוק, הן בפן הפרוצדוראלי והן בפן המהותי, כי לא נפל בהוצאתו כל פגם, פונקציונאלי, פרוצדוראלי או שבשיקול הדעת, המצדיק התערבות בית המשפט. נטען כי לא רק שאין בידי המערער היתר בהישג יד מיידי, אלא אין לעבודות שביצע כל אופק תכנוני ואלה בוצעו בסטייה ניכרת מהוראות התכניות החלות על המקרקעין, כך שלא ניתן לתת להן היתר בניה על-פי הוראות התכניות הקיימות. נטען כי אין לטענת המערער לפיה הצו שהודבק אינו חתום ואין על גביו תאריך כל אחיזה במציאות, שכן הדבקת הצו תועדה בצילומים ברורים על-ידי המקפח ומהם עולה כי הצו שהודבק במקרקעין חתום ונרשם על גביו תאריך הוצאתו ותאריך התצהיר עליו הוא מתבסס. עוד נטען, כי אף אחת מהעבודות שביצע המערער אינן פטורות מהצורך להוציא בגינן היתר, מאחר והן אינן עומדות בתנאי הסף למתן פטור מהיתר בניה בהתאם לחוק ולתקנות, וכן נטען כי המבנים נשוא צו ההריסה אינם בני היתר בהתאם לתכנית החלה על המקרקעין, שכן הן סוטות סטייה ניכרת מהוראות התכנית על כן אין לעבודות שביצע המערער כל אופק תכנוני ולא ניתן לקבל בגינן כל היתר.

7. עוד טענה המשיבה בתגובתה, באשר לטענת המערער לפיה לא צורף תצהיר לצו שהודבק במקרקעין, כי בניגוד לנטען, הוכן והוגש תצהיר למוצאי הצו על-פי הדין וכי אין כל חובה שבדין לצרף את התצהיר לצו המודבק במקרקעין. וכן ביקשה המשיבה לדחות את טיעוני המערער באשר למועד ביצוע העבודות ואי תחולת תיקון 116 לחוק, נטען כי התמונות מלמדות בבירור כי ביום הוצאת הצו, עבודות הבנייה טרם נסתיימו.

8. במעמד הדיון אשר התקיים בפני בית משפט קמא ביום 30.07.2018 חזרו הצדדים על טיעוניהם שהעלו במסגרת הבקשה והתגובה, ובדיון מיום 03.12.2018 נחקר המערער והמפקח המצהיר מטעם



הועדה - מר איתמר שועל.

החלטת בית משפט קמא נשוא הערעור:

9. בית משפט קמא בהחלטתו מיום 09.12.2018 דחה את הבקשה של המערער והורה על הותרת צו ההריסה המנהלי שניתן כנגד המערער על כנו, וזאת מאחר ולא הועלתה על-ידי המערער טענה משפטית שיש בה כדי לבסס הצדקה לביטול צו ההריסה המנהלי.

10. בית משפט קמא לאחר שמיעת המערער והמצהיר מטעם המשיבה, ולאחר שהונחו בפניו שני הצווים שצורפו לבקשה ולתגובה קבע, כי הצו שצורף לתגובה הוא הצו שהודבק בנכס ועל כן נדחתה טענת המערער כי הצו שהומצא לידיה הוא פגום ועוד קבע כי השוני בין הצו שצורף לתגובה המשיבה והצו שצורף לבקשתו של המערער נותרה טענה בעלמא. נוכח האמור קבע בית משפט קמא, כי נראה שבקשת המערער הוגשה בחלוף המועד החוקי, אך יחד עם זאת הוא נדרש לטענות המערער לגופן.

11. באשר לטענות המערער בדבר מהות עבודות הבניה קבע בית משפט קמא, שאינו רואה צורך להאריך בענין זה ו-"על פניו ברור כי עבודות אלה מחייבות קבלת היתר".

12. בית משפט קמא דחה את טענת המערער בדבר קיום חובת ההתייעצות משני נימוקים, הראשון, קיימת לזכות המשיבה חזקת תקינות המעשה המנהלי ולא ניתן לקבוע במקרה דנן כי חזקה זו נסתרה; השני, המערער לא הצביע על טיעון מוגדר אשר מעלה פגם כלשהו בקיום חובת ההתייעצות, שכן המערער אינו יכול להעלות טענה בדבר קיום פגם בהליך ההיוועצות על-ידי העלאת טענה "כללית או סתמית" ולאחר מכן לכוף על המשיבה להוכיח כי קיימה את חובת ההיוועצות.

נימוקי הודעת הערעור:

13. לדידי המערער טעה בית משפט קמא בהחלטתו להורות על דחיית הבקשה לביטול צו ההריסה המנהלי, כאשר קבע כי לא נפל פגם המצדיק להורות על ביטול צו ההריסה המנהלי, מקום והוכח מעל לכל ספק סביר, כי קיים פגם היוורד לשורש העניין בעניין ההתייעצות, וכי פגם כזה מחייב בטלות הצו מעיקרו. נטען כי מדובר בהחלטה שאינה מבוססת מבחינה משפטית ויש להורות על ביטולה.

14. לטענת המערער טעה בית משפט קמא בקביעתו, כי הצו שצורף לתגובה המשיבה הוא הצו הנכון, כאשר לא היה בפניו ראיות לכך, כאשר בית משפט קמא העדיף את גרסת המפקח ללא כל נימוק ודי בכך כדי להורות על ביטול ההחלטה. נטען כי הוכח בחקירה הנגדית כי הצו לא היה בתוך ניילון וכי המפקח איננו יודע כמה זמן הצו עמד בשמש, וכי הוא לא חזר פעם נוספת על מנת לוודא שהצו במקום



אחרי יום 21.06.2018.

15. עוד טען המערער, כי טעה בית משפט קמא משלא דן בסוגיה של פטור מהיתר ולא "צלל לחומר הראיות", מקום והמפקח בעדותו בבית המשפט הודה כי לא ביצע מדידות ולא ראה עבודות בניה במקום. עוד נטען, כי טעה בית משפט קמא משלא ניתח את הראיות, כאשר נטען כי עבודות הבניה בוצעו יותר משישה חודשים מיום הוצאת הצו. לטענת המערער קביעת בית משפט קמא לפיה העבודות מצריכות היתר בקרקע חקלאית, נסמכה רק על "האינטואיציה" ללא תמיכה בראיות וללא קביעת עובדות הנסמכות על ראיות.

16. עוד נטען בהודעת הערעור, כי טעה בית משפט קמא עת לא אפשר לב"כ המערער לחקור את הגורם שביצע את ההתייעצות וכן כאשר התעלם מהסוגיה במסגרת החלטתו, כאשר מדובר בשאלה הדרושה הכרעה מאחר והמערער טוען, כי נפל פגם בהתייעצות אשר מתבטא בניגוד עניינים ומשוא פנים מאחר והתובע המייצג בתיק הוא הגורם המייצג לפני מתן הצו. נטען כי קיים תמריץ כלכלי ליעוץ שיביא לקיומו של הצו, שכן אם תוגש בקשה לביטול הצו הגורם המייצג יפיק מהטיפול בתיק תועלת כלכלית. נטען כי משקבע המחוקק שני תפקידים סטוטוריים, גוף מייצג לנותן הצו וגוף מייצג על-פי חוק סדר הדין הפלילי, הרי מדובר בשני תפקידים שאין אדם אחד יכול למלא אותם בעת ובעונה אחת, על כן מדובר בענייננו בניגוד עניינים.

17. לטענת המערער העדר אפשרות לחקור בחקירה נגדית את הגוף המייצג, פוגעת בהגינות ההליך שהנו פלילי במהותו, ומונעת מהתובע ומבית המשפט להעמיד את גרסת הצד שכנגד במבחן החקירה הנגדית.

18. עוד טען המערער, כי טעה בית משפט קמא בקביעתו כי ניגוד העניינים מתרפה בשל חזקת תקינות המעשה המנהלי. נטען כי טיעוני המערער באשר להפרת חובת ההתייעצות ולכך שההתייעצות אמורה להיות עם ראש הראשות ולא עם התובע, וכן באשר לאי הופעת תאריך על הצו, וזאת בנוסף לכך שהעד מטעם הועדה הודה, כי לא מדד אם הגדרות עומדות בתקנות הפטור, די בהם כדי להטיל ספק מהותי בשיקוליה של הרשות ולסתור את חזקת התקינות המנהלית.

תמצית טיעוני הצדדים בדיון:

19. במסגרת הדיון אשר התקיים ביום 24.01.2019, בבקשה לעיכוב ביצוע צו ההריסה, לאחר שהצדדים חזרו על טיעוניהם, הוריתי על קבלת עמדת היועמ"ש בשאלה אם מתקיים ניגוד עניינים במקרה דנן, כפי שטען המערער, מקום והתובע המייצג לפני מתן הצו הוא אותו תובע אשר הופיע בבקשה לביטול הצו בפני בית משפט קמא.



עמדת המשיבה:

20. בהודעה מטעם המחלקה להנחיית תובעים שהוגשה לתיק בית המשפט ביום 26.03.2019 נטען, כי אין כל חשש לניגוד עניינים מהותי או אישי, במובן של חשש לפעולה עקב תמריץ כלכלי, במתן הייעוץ והייצוג בבתי המשפט על-ידי אותו תובע, וכי מערך הפיקוח הקיים על התובעים מצד המחלקה להנחיית תובעים, מאיין כל חשש כזה, גם לו היה קיים. נטען כי התובעים פועלים לפי אמות מידה מקצועיות, כאשר עצם הטלת הדופי בפעולתם חוטאת לפעילות העניפה המתבצעת על-ידי עורכי דין, המשמשים כתובעים מטעם המדינה בתחומים רבים ומגוונים ועושים זאת במקצועיות וענייניות. נטען כי אף אם ישנו חשש לקיומו של תמריץ כלכלי לייעוץ, שיביא לקיומו של הצו, אזי אופן פעולת התובעים ומידת הפיקוח של המחלקה להנחיית תובעים ביחס אליהם, מאיינים חשש זה. עוד נטען כי מתן ייעוץ להוצאת צו לא בהכרח יביא עמו את התועלת הכלכלית הנטענת.

21. נטען כי לפי קביעת המחוקק תפקיד התובע כולל, מתן ייעוץ לפני הוצאה הצו וייצוג הועדה בבית המשפט משנתקפת חוקיותו. בשני השלבים חובת התובע לייצג את האינטרס הציבורי הרחב ולא את רשות האכיפה או את בעלי התפקיד שהוציאו את הצו. נטען כי התובע מעצם תפקידו הוא האמון על האינטרס הציבורי ואין לו אינטרס משל עצמו בתוצאות ההליך. לטענת המשיבה שילוב של שיטת המשפט, תפקיד התובע בהליך האכיפה כמייצג האינטרס הציבורי והכרעת המחוקק בתיקון 116 בעניין, מובילים למסקנה ברורה לפיה אין ניגוד עניינים מהותי בין תפקידו של המייצג ותפקידו של המייצג.

22. המערער בתגובתו לנטען בהודעה מטעם המחלקה להנחיית תובעים טען בהרחבה באשר לכללי ניגוד העניינים, לתכלית חובת ההתייעצות והחובות החלות על המייצג בהלכים המשפטיים. בתמצית טען ב"כ המערער, כי העובדה שהתובע הוא הגורם המייצג והגורם המייצג בו זמנית, מציב אותו בפני חשש ממשי לניגוד עניינים מובנה ומוסדי ושולל מהאזרח הזכות לחקירה נגדית על מנת לסתור את חזקת התקינות המנהלית.

23. עוד ביקש המערער לדחות את טיעוני המשיבה, באשר לפרשנות החוק אשר מתירה את ניגוד העניינים לכאורה במילוי תפקיד התובע כמייצג ומייצג. נטען כי אמות המידה של המשפט המנהלי קבעו באופן מוגדר כי אל לעובד ציבור להיות בניגוד עניינים, על כן גם כאשר יש חוסר בפרשנות החוק, יש לפרש את הוראותיו באופן שהן מונעות מצב של ניגוד עניינים.

24. בנסיבות העניין, נטען כי מעבר לניגוד העניינים המובנה והמוסדי, שבו נמצא התובע בהליכים למתן הצו, הרי נוצר ניגוד עניינים בתהליכים של בדיקת תוקפו החוקי של הצו במהלך ניהול הדיון לביטול הצו, מכאן היה לניגוד העניינים השלכה ישירה על מבקש ביטול הצו אשר נמנעה ממנה הזכות לברר ולחקור חקירה נגדית בגינם.



דין והכרעה:

25. לאחר שעיינתי בהודעת הערעור, שמעתי את טיעוני הצדדים ועיינתי בהחלטתו של בית משפט קמא, הגעתי לכלל מסקנה כי לא נפל כל פגם בהחלטת בית משפט קמא וכי דין הערעור להידחות.

על צו הריסה המנהלי ומטרתו ועל העילות שעלולות להביא לביטולו:

26. צו הריסה מנהלי הנו אמצעי יעיל להילחם בתופעת הבנייה הבלתי חוקית. הוא מאפשר לרשויות להגיב מהר לבנייה בלתי חוקית. כבר נפסק כי "צו הריסה מנהלי הוא אחד האמצעים החשובים לאכיפתם היעילה של דיני התכנון והבניה" (רע"פ 1288/04 נימר נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובנייה (09.03.2004); רע"פ 5584/03 פינטו נ' עיריית חיפה, פ"ד נט(3), 577 (2004)). כידוע, לצד ההליך השיפוטי הכרוך בהגשת כתב אישום שעשוי להוביל לצו הריסה שיפוטי, קבע המחוקק הליך מזוז להוצאת צו הריסה מנהלי המהווה אמצעי מהיר ויעיל להריסת בנייה בלתי חוקית בעודה באיבה, בין היתר על מנת למנוע "מעשה עשוי" ולמנוע הנוהג המגונה ולפיו, "קודם בונים ואחר כך מכשירים", וכן מתוך הנחה כי דחיות בביצוע הצו עלולות להביא לפגיעה במטרת הוצאת צווים מנהליים להריסת בנייה בלתי חוקית ואף להפוך מבנים חוקיים ל-"עבודה מוגמרת" (רע"פ 2341/14 קבועה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה (28.05.2014)).

27. בענייננו קיימת מחלוקת באשר להחלת תיקון 116 לחוק התכנון והבניה על הצו נשוא הדיון, המערער טוען כי תיקון 116 אינו חל בנסיבות העניין אלא ימשיך לחול החוק הישן. מנגד טוען ב"כ המשיבה, כי העבודות בוצעו לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 116, דהיינו לאחר 25.10.2017, על כן התיקון לחוק חל.

28. לאחר שעיינתי בטיעוני הצדדים והמסמכים שצורפו לתגובת המשיבה שהוגשה לבית משפט קמא, מצאתי כי העבודה נשוא הצו בוצעה לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 116 לחוק התכנון והבניה. כמפורט בצו ההריסה מדובר בעבודה שביום 05.06.2018 טרם חלפו שישה חודשים מיום סיום העבודה האסורה, כאשר תיקון 116 לחוק נכנס לתוקפו ביום 25.10.2017. המערער לא הביא בפני בית משפט קמא ראיות לסתור עובדה זו ולא הוכיח, כי העבודות הסתיימו יותר משישה חודשים מיום הוצאת הצו. זאת ועוד, נראה, כי בחומר שלפניי קיימות ראיות המפריכות טענתו של המערער. ראשית, המשיבה צירפה לתגובתה פענוח על בסיס תצ"א שנערך על-ידי חברת סימפלס עבור המשיבה ממנו עולה, כי על החלקות מושא הצו לא היה כל מבנה ביום 22.03.2018 ומשכך ומאחר ומר שועלי המפקח מטעם המשיבה ערך את הביקור בשטח ביום 05.06.2018, הרי הבנייה בוצעה בין התאריכים 22.03.2018 ועד 05.06.2018, מכאן דין טענת המערער לגבי מועד ביצוע העבודות ותחולת תיקון מס' 116 לחוק על הצו להידחות. יצוין עוד, כי עיון בתמונות המצורפות לדו"ח הפיקוח מיום 06.06.2018 (נספח 2



לתגובת המשיבה) נראה, כי עבודות הבניה היו מצויות בעיצומן באותו מועד וטרם נסתיימו, כאשר במקום נמצאים חומרי בניה וכלי עבודה. הדבר אף עולה מהתמונות שצולמו לאחר הדבקת הצו ביום 21.06.2018 (נספח 5 לתגובת המשיבה).

29. הביקורת השיפוטית הנוהגת בבקשות לביטול צו הריסה מנהלי מצומצמת (רע"פ 2958/13 סבאח נ' מדינת ישראל (08.05.2013) והיא מוסדרת בסעיף 229 לחוק, לאחר תיקונו, הקבוע כדלקמן:

"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 הצו פגם חמור שבשלו יש לבטל את הצו".

30. מלשון הסעיף עולה, כי על מנת שניתן יהיה להורות על ביטול צו הריסה מנהלי צריך להתקיים תנאי אחד מהתנאים שנקבעו בסעיף: הראשון, העבודה בוצעה כדין; השני, לא התקיימו הדרישות למתן צו כאמור בחוק; או התנאי השלישי, נפל פגם חמור שבשלו יש לבטל את הצו. בנוסף לאמור, כפי שנקבע בהלכה הפסוקה, במקרים חריגים ויוצאי דופן כאשר קיים "אופק תכנוני" ממשי והיתר הבניה מצוי בהישג יד, היינו רק עיכוב טכני פורמאלי מעכב את קבלתו, ניתן יהא לבטל את צו ההריסה (בש"פ 4491/18 ח'טיב נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא העמקים (25.06.2018)).

עבודות הפטורות מהיתר, האמנם?

31. המערער טוען כי עבודות הבניה נשוא הצו בוצעו כדין, שכן מדובר בעבודות הפטורות מהיתר אשר חלות עליהן הוראות תקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר, התשע"ד-2014) (להלן: "תקנות הפטור") וכן הוראות תקנות התכנון והבניה (פטור מהיתר לעבודה לצורכי מרעה בקרקע חקלאית באזורים כפריים ותנאי), התשס"א-2001 (להלן: "תקנות הפטור למרעה").

32. אף טענה זו של המערער אני דוחה. כפי שטענה המשיבה בתגובתה לבית משפט קמא, בעניין זה ובצדק, סעיף 145ג(ד) לחוק התכנון והבניה וסעיף 2 לתקנות הפטור, קובעים תנאי סף למתן פטור מהיתר לעבודות בניה והוא שהבניה צריכה להיות מתאימה לתכניות החלות על המקרקעין.

33. התכנית החלה על המקרקעין נשוא הדיון הנה תכנית ג/21904, מעין בהוראות התכנית אשר צורפו לתגובת המשיבה, נראה כי נקבע מפורשות בהוראותיה, כי הגדרות המאושרות על פיה בשטחים החקלאיים הן גדרות רשת קלה בלבד, כאשר חל איסור לבניית גדר אטומה וכי גובהן לא יעלה מעל 2.20 מ'. על כן נראה בבירור כי הבניה נשוא צו ההריסה אינה תואמת את הוראות התכנית. כך גם באשר לדיר הצאן, למכולה ושלד הברזל המתוארים בצו ההריסה, אשר בנייתם אינה תואמת את הוראות התכנית החלה.



34. מעבר לאמור, אף עיון מהוראות תקנות הפטור נראה, כי העבודות שביצע המערער אינן כלולות בתקנות הפטור ואלה אינן חלות עליהן, מקום וגובה הקיר עולה על 1.5 מטרים, ולא נבנתה מחומרים קלים והנה אטומה, וכאשר המערער לא בנה את הבנייה מטעם רשות הטבע והגנים כמפורט בתקנות 7, 9 ו-31 לתקנות הפטור.

35. על כן אני מקבל את עמדת המשיבה וטיעוניה המפורטים בתגובתה בעניין זה.

העדר חתימה ותאריך על גבי צו ההריסה:

36. לטענת המערער הצו אשר הודבק במקרקעין אין לו כל תוקף משפטי שכן אינו כולל תאריך ולא כולל חתימה. מנגד טענה המשיבה, כי הצו אשר הודבק במקרקעין נשוא הדיון כן נשא תאריך וחתימה והפנתה לתמונת הצו שהודבק במקרקעין, אשר צורפה לתגובתה שהוגשה לבית משפט קמא.

37. בית משפט קמא קבע בעניין זה, על בסיס הראיות שהונחו בפניו, כי הצו אשר צורף לתגובת המשיבה כנספח 4 הוא הצו אשר הוצא על-ידי המשיבה ואשר הודבק במקרקעין על-ידי נציג המשיבה. בית משפט קמא קבע, כי הדבר צוין באופן ברור על-ידי המפקח מטעם המשיבה ועולה מהתמונות שצורפו לתגובה.

כפי שנקבע לא אחת בהלכה הפסוקה, כי אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעת ממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות של בית משפט קמא, אלא במקרים מיוחדים ובנסיבות חריגות, בהן ממצאי הערכאה הדיונים אינם עומדים במבחנים והם מופרכים או שאין לעובדות שנקבעו בסיס בחומר הראיות, כאשר אין די בהעלאת תמיהות באשר לממצאים (ע"פ 10711/07 מדינת ישראל נ' פלוני (04.09.2008)).

38. לא מצאתי מקום להתערב במסקנתו של בית משפט קמא המבוססת על התרשמותו מחומר הראיות ולאחר ששמע את עדותו של המפקח בעניין. עולה מחומר הראיות באופן מפורש, כי ביום 21.06.2018 צולם הצו אשר הודבק במקרקעין נשוא הדיון, אשר כולל את כל הפרטים הנדרשים, תאריך וחתימה (התמונות המצורפות לדו"ח הפיקוח, נספח 5 לתגובה מטעם המשיבה שהוגשה לבית משפט קמא), כאשר לא עלה בידי המערער לסתור את האמור בתמונות, וטענתו בעניין זה נותרה טענה בעלמא כפי שקבע בית משפט קמא ובצדק.

הפגם הנטען בחובת ההתייעצות והטענה לניגוד עניינים בין הגורם המייעץ לבין הגורם המייצג:

39. כאמור, לטענת המערער נפל פגם בחובת ההתייעצות, שכן ההתייעצות היתה אמורה להתקיים עם



ראש הרשות ולא עם התובע. מעבר לכך נטען, כי קיים ניגוד עניינים מקום והגורם המייעץ הוא ב"כ הועדה בהליך שהתנהל בבית משפט קמא (ואף בערכאת הערעור), דבר אשר גרם נזק למערער כאשר בית משפט קמא לא איפשר למערער לחקור את ב"כ הועדה.

40. טוען המערער לניגוד עניינים מובנה, לפיו גורם מייעץ שהוא חלק מן המעשה המנהלי, מופיע לאחר מכן ומייצג את הרשות ואף מנסה לשכנע בית המשפט כי המעשה המנהלי נעשה כדין. עוד נטען כי קיים לגורם המייעץ אינטרס בהוצאת הצו, שהרי לאחר מכן לכשתוגש בקשה לביטול הצו הוא הגורם המייצג ובכך תצמח לו תועלת (שכ"ט עו"ד).

41. ראשית, מצאתי לדחות את טענת המערער בדבר הפגם בחובת ההיוועצות. כעולה מהמסמכים שצורפו לצו ההריסה, קוימה חובת ההיוועצות כנדרש על-פי הוראות סעיף 225(א)(2) לחוק התכנון והבניה, שכן עסקינן בצו אשר הוצא על-ידי יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה ובהתאם להוראות החוק, יש לקיים את ההיוועצות עם תובע "המפוקח בידי המחלקה לאכיפת דיני המקרקעין". כעולה מהמסמכים המצורפים לצו, ביום 18.06.2018, הונח בפני הגורם המייעץ, בטרם חתימתו על הצו, תצהירו של המפקח איתמר שועלי, תמצית העובדות הרלוונטיות (דפית איתור), והתיק המנהלי הכולל בתוכו את דוחות הפיקוח, ובהתבסס על האמור אישר את הוצאת צו ההריסה. על כן לא נראה, כי נפל פגם בהליך ההיוועצות טרם חתימת הצו. משכך קוימה חובת ההתייעצות.

42. הטענה כי לא ניתנה למערער זכות לחקור את הגורם המייעץ אף היא נדחית. אין די לטעון כי חובת הייעוץ לא קויימה כדבעי על מנת לאפשר חקירת הגורם המייעץ. צו הריסה מנהלי הוא מעשה מנהלי. מקום שבו קוימה חובת ההתייעצות, הרי נהנה המעשה מחזקת התקינות המנהלית. לאור דחיפותו של הצו והצורך לבצעו במהירות, אין בית המשפט יכול לאפשר חקירת כל המעורבים שהיו שותפים ליצירתו, שהרי אם יאפשר בית המשפט למבקש לחקור כל מי שהיה שותף ליצירת המעשה המנהלי, לא ניתן יהיה לבצעו במהירות המתבקשת. איני פוסל שייתכן שבמקרים מסויימים יאפשר בית המשפט לזמן עדים לשם בירור טענות ספציפיות כנגד המעשה המנהלי, אולם ככלל, אין מקום לאפשר העלאת טענות כלליות שעל פיהן יתבקש מבקשת הביטול לחקור כל מי שהיה שותף להוצאת הצו.

43. בהקשר זה יצוין, ומעבר לנדרש, כי המערער לא הפנה לנזק שנגרם לו מאי חקירת הגורם המייעץ, וכן לא הפנה לפגם אשר נפל בחובת ההיוועצות אשר בגינו היה מקום לחקור את הגורם המייעץ. מכל מקום, סבורני כי לא נפל פגם באי חקירת הגורם המייעץ, שכן כעולה מהמסמכים שהונחו בפניי נראה, כי בפני נותן הצו והגורם המייעץ עמדה התמונה העובדתית במלואה ולפיה העבודות נשוא צו ההריסה בוצעו שלא כדין, וזאת מעבר לעובדה כי הנתונים הובאו בפני בית משפט קמא באמצעות המפקח (ראו והשוו: רע"פ 3733/08 גומעה נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה בירושלים (02.11.2008)).



44. מצאתי אף לדחות את טיעוני המערער באשר לקיומו של ניגוד עניינים שנוצר לכאורה, לאור העובדה שהגורם המייעץ הוא הגורם המייצג בתיק דנן. ראשית, צדק בית משפט קמא בקביעתו כי לא עלה בידי המערער לסתור את חזקת התקינות המנהלית. כידוע, הוצאת צו הריסה מנהלי הוא מעשה מנהלי הנתון לביקורת שיפוטית. מעשה מנהלי זה נהנה מחזקת תקינות המעשה המנהלי, דהיינו הפעולה המנהלית נעשתה כדין ועל המבקש לסתור חזקה זו, מוטל הנטל להוכיח את הפגם שנפל בהתנהלות הראשות. ראו לעניין זה הדברים שנקבעו ברע"פ 6032/13 אהרן נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ולבניה טבריה (19.01.2014): "כידוע, צו הריסה מנהלי, המוצא מכוח סעיף 238א לחוק התכנון והבניה, הוא אקט מנהלי, ולא אקט עונשי. לפיכך, וכפי שקבעו גם הערכאות הקודמות, עומדת למשיב חזקת התקינות המנהלית, היינו חזקה כי פעולתו המנהלית נעשתה כדין. על המבקש לסתור חזקה זו, מוטל הנטל להוכיח את דבר קיומו של הפגם שנפל, לטענתו, בהתנהלות של הרשות המנהלית".

45. שנית, סבורני כי אין בעובדה שהגורם שיעץ לנותן הצו הוא אותם גורם המייצג בבקשה לביטול הצו, כדי להעיד על ניגוד עניינים המצדיק להורות על ביטול הצו. ראשית תקפיד התובע, בכל הקשור לענייני תכנון ובניה, כולל מתן ייעוץ לפני הוצאת הצו וייצוג הוועדה בבית המשפט משנתקפת חוקיותו. המחוקק לא קבע כל הסדר המחייב הפרדה בין תובע מייצג לתובע המייצג, על כן נראה כי, בנסיבות העניין, אין בעובדה שאותו גורם שיעץ הוא אותו גורם שייצג את הועדה בבית המשפט בכל הקשור לחוקיות הצו, כדי להפר את האיזון הנדרש בין תפקידו של התובע כמייצג וכמייצג, במיוחד עת לא נטען על-ידי המערער להתנהלות לא ראויה או לא מקצועית מצד התובע במהלך ניהול התיק.

46. מעבר לאמור, כפי שנטען בעמדת המחלקה להנחיית תובעים, בכל הקשור לעבודת התובעים החיצוניים שבמחלקה, פעילותם מבוקרת ומפוקחת על-ידי המחלקה להנחיית תובעים, כאשר כל החלטה מהותית או עמדה המוגשת לבית המשפט עוברת תחת ביקורתו של פרקליט במחלקה, דבר אשר מאיין את החשש להתנהלות לא עניינית ולא מקצועית מצד תובע מסוים, אף כאשר אותו תובע תפקד בתור מייצג ומייצג.

47. מצאתי עוד לדחות את טיעוני המערער באשר לתמריץ הכלכלי הנטען, אשר לטענתו מתמרץ את התובע לחתום על צווים מתוך ציפייה, כי התיק יועבר לטיפולו עם הגשת הבקשה לביטול צו הריסה לבית המשפט, ובכך הוא אמור לקבל תגמול כספי נוסף. כאמור, הנחת המוצא היא שהתובע מייצג את אינטרס הציבור ולא האינטרס הכלכלי שלו עצמו, אלא אם הוכח אחרת על-ידי הטוען לכך. בענייני לא הוצגו כל ראיות לכך שהתובע פעל לא כדין הן בייצוג הועדה בבית המשפט והן בשלב ההתייעצות. ואף הטענה בדבר התמריץ לתגמול כספי יש לבחון ביחס למשאבים שמשקיע התובע החיצוני בטיפולו בבקשה. הרי אין מדובר בתגמול כספי אוטומטי כל אמת שמוגשת בקשה לביטול צו הריסה, אלא מדובר בתגמול כספי עבור העבודה שמשקיע התובע בטיפולו בתיק, דרך הגשת תגובה לבית המשפט והופעה בדיון.



48. אוסיף לאמור לעיל כי יעוץ לועדה מקומית, לועדות התכנון, לרשויות מקומיות ואף למשרדי ממשלה וייצוגם בבתי המשפט ע"י גורם חיצוני הוא מעשה של יום ביומו. חזקה על מי שמייצג ולאחר מכן מייצג לפעול כהלכה, שהרי בכל ייצוג גלום יעוץ. הדבר נכון מקום שהרשות מחליטה לאחר קבלת יעוץ להגיש תביעה אזרחית כנגד פלוני. לא נראה, כי החלטה להגיש תביעה בעקבות יעוץ שקיבלה רשות ע"י גורם חיצוני היא החלטה פסולה רק משום שהגורם שיעץ הוא הגורם שמייצג. כאמור, עבודת התובעים מפוקחת על ידי פרקליטות המדינה ואיני רואה כי בזהות בין המייצג לבין המייצג (דבר שקורה כמעט בכל ייצוג משפטי חיצוני שניתן ע"י עו"ד פרטי לגוף ממשלתי) כדי לפסול את המעשה המנהלי.

49. מעבר לנדרש יצוין, כי אף אם אקבל את טיעוני המערער באשר לפגם הנטען באשר לעניין ההתייעצות, הרי אין בכך, בנסיבות העניין, כדי להביא לבטלות צו ההריסה המנהלי וזאת על רקע תורת הבטלות היחסית. נפקותם של פגמים בהליך הוצאת צו הריסה מנהלי, בדומה לכל פגם בהחלטה מנהלית אחרת, אמורה להיות מוכרעת, בין היתר על יסוד עקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית. החלטת תורת הבטלות היחסית על מקרה נתון מחייבת "התחשבות מיוחדת" בנסיבותיו הפרטניות של המקרה, ובכלל זה, באופי הפגם שנפל, מידת חומרתו, השפעת תוצאות הפגם על כלל הגורמים המעורבים וכן הנזק או העוול שהסבה ההפרה לנפגע מן הפעולה, ומידת הפגיעה באינטרס הציבורי במידה ותבוטל ההחלטה (בג"ץ 1555/05 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי מחוז תל-אביב, פסקה 43 (16.07.2009); רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000)). משמע, על-פי דוקטרינת הבטלות היחסית, אשר הוחלה בכל תחומי המשפט, פגם שנפל בהחלטה מנהלית או שיפוטית אין משמעותו המיידית והמתחייבת בטלותה. הדבר תלוי באינטרס הציבורי שעלול להיפגע מן הביטול, ומידת הנזק שנגרם לפרט ובמידה וההחלטה לא תבוטל. יש להבדיל בין שאלת עצם קיומו של הפגם ומהותו לבין שאלת הסעד או התוצאה של הפגם. "יש להבחין בין הפגם לבין נפקותו, ייתכן שפגם כלשהו יוביל בנסיבות מסוימות לבטלות מעיקרא, בתנאים אחרים תוצאתו תהא נפסדות, ואילו במקרים שונים לא תהא לו נפקות כלשהי" (עע"מ 3518/02 רג'בי נ' יושב-ראש הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(1) 196, 216 (2002)).

50. נוכח כל האמור לעיל, הגעתי לכלל מסקנה כי בנסיבות העניין אין מקום להתערב במסקנת בית משפט קמא באשר לתוקף הצו, ועל כן דין הערעור להידחות.

ניתן היום, י"א אייר תשע"ט, 16 מאי 2019, בהעדר הצדדים.

