

ע"פ 13067/01/17 - מחמוד נאצר נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 13067-01-17 נאצר נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: ב"ש 8822/16
בפני כבוד השופטת חנה מרים לומפ
מערער על ידי עו"ד סאמי ארשיד מחמוד נאצר
נגד
משיבה על ידי עו"ד אסף שטרן מדינת ישראל

פסק דין

לפניי ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כבוד השופטת תמר נמרודי) מיום 8.12.16 בב"ש 8822/16 (להלן **בית משפט קמא**) במסגרתה דחה בית משפט קמא את בקשת המערער לביטול צו הריסה מנהלי שהוציאה המשיבה ביום 29.8.16 (להלן **ההחלטה**).

רקע

1. ביום 29.8.16 הוציאה המשיבה, בהתאם לסעיף 238א לחוק התכנון והבניה תשכ"ה- 1965 (להלן **חוק התכנון והבניה**) צו הריסה מינהלי (להלן **הצו**) למבנה הממוקם בשכונת עיסוויה בירושלים, בקואורדינטות 224270/633800 הצו ניתן לאחר שנבנה במקום מבנה מבטון ואבן בשטח כולל של כ- 130 מ"ר, ללא היתר כדיון (להלן **המבנה**).
2. הצו הודבק על המבנה ביום 5.9.16.
3. ביום 5.9.16, המערער הגיש בקשה לביטול הצו לבית המשפט קמא (להלן **הבקשה**).
4. ביום 25.9.16, נדונה הבקשה במעמד שני הצדדים. במסגרתה העיד מטעם המשיבה מפקח הבניה מר שמעון בן עמי (להלן **המפקח**), וסגן מתכנת המחוז, מר חן פרנקל (להלן **מר פרנקל**). מטעם המערער העיד המערער. בסיום, בית המשפט קמא הורה למערער להגיש סיכומים מטעמו עד יום 5.10.16 וסיכומי המשיבה יוגשו עד ליום 13.10.16.
5. במהלך הדיון הוגשו מטעם המשיבה תמונות שצולמו על ידי המפקח, המתעדות את מצב המבנה והעבירות שבוצעו עד לאותו מועד.
6. ביום 18.12.16 דחה בית המשפט קמא את הבקשה והורה על כניסת הצו לתוקף מיום 8.1.17.

החלטת בית משפט קמא

7. בית המשפט קמא דחה את טענות המערער, כדלהלן:

בית משפט קמא קבע שלא התקיימו תנאי סעיף 238(א)(ח) לחוק התכנון והבנייה, שכן אין מחלוקת שלא ניתן למבנה זה היתר כדין ושהמערער לא פעל להוצאת היתר בניה. מעדותו של המפקח ומהתמונות שצילם עולה כי בארבעת המועדים בהם ערך ביקורים בנכס בימים 21.8.16, 22.8.16, 5.9.16 ו- 6.9.16, טרם הסתיימה בניית המבנה והוא טרם אוכלס. בית המשפט קמא הוסיף שגם אם הוא יתעלם מהראיות והממצאים שעלו מהביקור ביום 15.8.16, שאותו לא ערך המפקח, ניתן להגיע לכלל מסקנה שהמבנה לא היה גמור, שבנייתו לא הסתיימה, הוא לא היה מאוכלס וראוי למגורים וזאת עד ליום 6.9.16. בנוסף, המערער לא הציג אף ראיה מטעמו לכך שהמבנה היה גמור ומאוכלס על אף שראיות המשיבה מוכיחות את ההיפך.

בית המשפט קמא דחה את הטענה שלוועדה המחוזית לא הייתה סמכות להוציא את הצו נוכח העובדה שהפיקוח על האזור בו ממוקם המבנה נשוא הצו הוא בסמכות הוועדה המקומית ולא בסמכות הוועדה המחוזית, שהרי סעיף 12(א) לחוק התכנון והבנייה קובע שסמכויות הוועדה המחוזית כוללות בתוכן את כל הסמכויות שיש לוועדה המקומית. המדרג התכנוני הוא כזה שכל הסמכויות שנתונות לוועדה המקומית במרחב התכנוני של ירושלים נתונות ראשית לוועדה המחוזית. ככל שמדובר במדיניות, המשיבה רשאית לשנות סדרי עבודה במרחב התכנוני המחוזי לפי הצורך והשיקולים המקצועיים של הוועדה המחוזית.

בית משפט קמא דחה את הטענה שהוראת סעיף 238א(ב)(1ב)(3) אוסרת על הוצאת צו הריסה על ידי הוועדה המחוזית טרם חלוף 14 ימים מיום הפנייה ליו"ר הוועדה המקומית וכן את הטענה שיו"ר הוועדה המחוזית פנתה ליו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה יום אחד טרם חתימתה על צו ההריסה המנהלי, כאשר בפועל היה עליה להמתין שבעה ימים טרם חתמה על הצו ומבלי שקיבלה הודעת סירוב מיו"ר הוועדה המקומית. בית משפט קמא קבע שפרשנותו של המערער את הסעיף היא שגויה, מאחר שאין בסעיף הוראה האוסרת על הנפקת צו הריסה ואין דרישה להמתין 14 ימים או 7 ימים מיום הפנייה ליו"ר הוועדה המקומית. ביום 28.8.16 פנתה יו"ר הוועדה המחוזית במכתב ליו"ר הוועדה המקומית והורתה לו ליתן צו הריסה מנהלי לנכס נשוא הצו. בו ביום נוסחה תשובה מטעם מהנדס הוועדה לתכנון ובניה לפיה אין לוועדה המקומית התנגדות שהצו יוצא על ידי יו"ר הוועדה המחוזית. מהנדס הוועדה המקומית הודיע ליו"ר הוועדה המחוזית שאין התנגדות להוצאת הצו על ידה ומשכך, המועדים בסעיף זה אינם רלוונטיים לחתימת יו"ר הוועדה המחוזית על צו הריסה ובוודאי שלא חל איסור על יו"ר הוועדה המחוזית להוציא צו מיד עם קבלת התשובה מהוועדה המקומית. בנוסף, בפסיקה נקבע שאין צורך להמתין עד חלוף המועדים המנויים בסעיף באם התקבל מענה מהוועדה המקומית, לפיו אין בכונתה לפעול בעניין או שאינה מתנגדת שהוועדה המחוזית תפעל במקומה. עוד הוסיף בית משפט קמא בהחלטתו כי אין נפקות לכך שהמהנדס מטעם הוועדה המקומית נתן מענה לפנייתה של יו"ר הוועדה המחוזית, שכן אין נפקות אמיתית לזהותו של מי שכתב את התשובה לפנייתה, מאחר שחזקה היא שהמענה של הוועדה המקומית ניתן כדין על ידי מי שמוסמך מטעמה.

בית המשפט קמא דחה את טענת המערער כי ההחלטה להוציא צו הריסה מנהלי בעניינו של הנכס מושא הצו היא שרירותית ומפלה מאחר שהמערער לא הצליח להוכיח טענות אלה ולבסס תשתית עובדתית.

עוד דחה בית המשפט קמא את הטענה בדבר פגיעה בזכות הקניין של המערער, שכן עצם המעשה של הקמת המבנה ללא היתר בניה ובניגוד לחוק התכנון והבניה ובהיקף בניה משמעותי, מהווה חוסר ניקיון כפיים. בית משפט קמא ציין כי צו ההריסה הוא כלי מידתי הקבוע בחוק לצורך מיגורה של תופעת הבניה ללא היתר.

בנוסף דחה בית המשפט קמא את הטענה שהסמכתו של מר חן פרנקל כמתכנן מחוז פקעה מאחר שעם סיום תפקידה של מתכנתת המחוז הקודמת שמונתה לתפקיד יו"ר הוועדה המחוזית, הוא לא הוסמך מחדש על ידי מתכנתת המחוז הנוכחית, גברת שירה תלמי ולכן תצהירו לא כשיר ולא יכול לשמש בסיס להוצאת צו הריסה, מכיוון שאין הוראה בחוק, לפיה בתום כהונתה של מתכנתת המחוז פוקעת הסמכתם של כל העובדים שהוסמכו על ידה. לא זו אף זו, אין הוראה חוקית לפיה על מתכנן מחוז חדש להסמיך מחדש עובדים שהוסמכו בעבר על ידי קודמו בתפקיד. בית המשפט קמא קבע שמקובלת עליו עמדת המשיבה, לפיה מדובר בהסמכה שניתנת על ידי בעל תפקיד, קרי מתכנן המחוז, לאדם המוסמך על ידו וזהותו האישית המסמיך של הגורם לא רלוונטית. אין דרישה להסמכה חדשה כל עת שישנו שינוי פרסונאלי בזהותו של מי שמשמש כמתכנן המחוז. במקרה שלפנינו, יו"ר הוועדה המחוזית לא הסמיכה את מר פרנקל בתפקידה הנוכחי אלא בתפקידה הקודם כמתכנתת מחוז ולכן ההסמכה כשרה ולא נפל בה פגם. משכך, תצהירו של מר פרנקל קביל ומקבל את מלוא המשקל הראייתי הנדרש בעניין.

טענות המערער

8. המערער טען שדינו של צו ההריסה נשוא תיק זה להתבטל הואיל ואינו עומד בדרישות הוראותיו וסעיפיו השונים של סעיף 238א לחוק התכנון והבנייה.
9. המערער טען שמר פרנקל לא ביקר במקום אלא סמך ידו על מידע שקיבל באמצעות מפקחי הבנייה שהעבירו אליו את התמונות והתרשומות.
10. המערער טען שדינו של צו הריסה זה להתבטל משום שמתכנתת המחוז החדשה שהוסמכה משנת 2012 ועד היום טרם הסמיכה את מר פרנקל לחתום על תצהירים לצורך הנפקת צו הריסה מנהלי, שהרי לשון החוק בסעיף 238א(ב1)(1) לחוק התכנון והבנייה נוקטת בשמות ובתפקידים שבמהות תפקידים אמורים לפעול בהתאם ולבצע ולנקוט בהליכים. כך שלשון החוק מופנית כלפי ממלא התפקיד בעת הנפקת הצו ולא באחר שממלא את התפקיד בזמנו. לדידו, הסמכות המנהלית היא סמכות שמתלווה לתפקיד וכאשר מתכנתת המחוז שהסמיכה את מר פרנקל איננה משמשת בתפקידה, אי אפשר להסתמך על מכתב ההסמכה מטעמה כאשר מתכנן המחוז בזמן הרלוונטי להנפקת הצו הוא אישיות אחרת. ככל שהסמכות מופנית כלפי מהות התפקיד של האורגן ולא כלפי האישיות שממלא את התפקיד, הרי שסמכותו פוקעת ברגע שהסמכות מועברת לאורגן הנוכחי, ואין הסמכות שהוענקה לאורגן בעת כהונתו תקפה גם לאחר סיום מילוי תפקידו. כך שלדידו הסמכות שהעניקה גב' דליה זילבר למר פרנקל פקעה כאשר היא סיימה למלא את תפקידה כמתכנתת המחוז. דברים אלו מקבלים משנה תוקף כאשר מגלים שגברת דליה זילבר היא יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה והיא זו שחתמה על צו ההריסה המנהלי. כך שלא ניתן להסתמך על ההסמכה שניתנה למר פרנקל על ידי גב' זילבר כאשר הייתה מתכנתת מחוז וכך מביאה לידי טשטוש ההפרדה בסמכויות שהמחוקק ביקש לעשות בין מהנדס הוועדה או מתכנן המחוז לבין יו"ר הוועדה המחוזית. המערער טען כי לא בכדי המחוקק ביקש שההסמכה תיעשה על ידי הדרג המקצועי ולא הפוליטי. והרי ידוע שהרשות המנהלית פועלת אך ורק במסגרת שניתנה לה בחוק מפורשות, בפרט, בכל הנוגע לצו הריסה מנהלי שמעניק סמכות דרסטית לרשות המנהלית עם ביקורת מוגבלת ביותר של בית המשפט ולפיכך מן הראוי שהרשות המנהלית תפעל בדיוק במסגרת הסמכות שהעניק לה המחוקק ויתמלאו כל דרישות החוק המסמיך, אף הפורמליות, שאינן רבות במקרה זה.

על כן, התצהיר שהוגש למשיבה לא היה תצהיר העומד בהוראות החוק וממילא הצו ניתן מבלי לקיים את הוראות החוק המסמיך.

11. עוד טען המערער שדינו של צו ההריסה להתבטל נוכח העובדה שהמשיבה לא פעלה בהתאם להוראות סעיף 238א לחוק התכנון והבנייה ולא המתינה לקבלת עמדת יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, אלא היא פעלה בהתאם להוראותיו של המהנדס במחלקת הפיקוח בעירייה, מר אלכס רוטמן, והוא איננו יו"ר הוועדה המקומית ולא ממלא ממקום יו"ר הוועדה המקומית ולא יכול היה להשיב בשמו. שהרי יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה אמור לפעול בהתאם לבקשת המשיבה ואם הוא לא פעל, הסמכות עוברת לידי המשיבה, כך שאין בהוראות החוק כולו סמכות להעניק למהנדס מחלקת הפיקוח להוציא צו הריסה מנהלי.

12. כן המערער טען שהוועדה המחוזית לא פועלת בשטחי מגורים ולא היא האוכפת את הבנייה הבלתי חוקית באזורי עיסאווייה, שהיא שכונת מגורים, אלא זה תפקידה של הוועדה המקומית.

13. לסיום, המערער טען לאכיפה בררנית, בכך שהמשיבה לא אוכפת את הבנייה הבלתי חוקית באזורים אחרים בעיסאווייה.

14. בדיון לפני חזר ב"כ המערער על עיקרי הטענות בהודעת הערעור והוסיף כי האצלת סמכות לעשות מעשה מנהלי על ידי בעל תפקיד קודם אינה עוברת בירושה לבעל התפקיד החדש. זאת ועוד, העברת סמכות להעיד על עובדות מסוימות ולחוות חוות דעת מקצועית, היא לא כהאצלת סמכות לביצוע פעולה מנהלית. למתכנת המחוז הנוכחית, הייתה הזדמנות להסמיך את מר פרנקל במשך שנתיים והיא טרם עשתה זאת. בנוסף, כיום הגב' זילבר היא יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה והיא חתומה על התצהיר, כך שקיים ניגוד עניינים. זאת ועוד, המערער שב על טענותיו לפגם נוסף בהוצאת הצו בכך שבאותו יום שניתנה ההודעה על הוצאת הצו, נחתם הצו על ידי יו"ר הוועדה המקומית בהסתמך על הודעת מר רוטמן.

טענות המשיבה

15. ב"כ המשיבה חזר על טענותיו לפני בית המשפט קמא וביקש לדחות את הערעור, על כל רכיביו וסמך ידיו על החלטתו של בית המשפט קמא שאין לבטל את צו ההריסה המנהלי. אשר לטענה לגבי הסמכותו של מר פרנקל, סבר כי הטעות של המערער היא בכך שלדידו ההסמכה קשורה לזהות הספציפית של מי שנתן את ההסמכה ברגע נתון, בעוד שהמבחן הוא האם בעל התפקיד הנכון הסמיך את מר פרנקל. מאחר שמר פרנקל הוסמך על ידי מתכנת המחוז, בשעה ששמשה בתפקידה, כחוק, אין צורך לאשר את אותה הסמכה, כאשר מתחלף האדם שמכהן במסגרת תפקיד של מתכנן המחוז. עוד הוסיף כי גם אם יקבע שבהוצאת הצו על ידי יו"ר הוועדה המחוזית נפל פגם, הפגם אינו מהותי ואין בו כדי להביא לביטולו של צו ההריסה המנהלי.

דיון והכרעה

16. לאחר שעיינתי בתיק בית משפט קמא ובחנתי את החלטתו המקיפה והמנומקת היטב, ולאחר ששמעתי את טענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה שלא נפל כל פגם בהחלטת בית המשפט קמא ועל כן דין הערעור להידחות.



17. תכליתו של צו ההריסה המנהלי, היא לאפשר לרשויות להתמודד, במהירות וביעילות עם תופעת הבנייה הבלתי חוקית ומניעת "קביעת עובדות בשטח" נוכח ריבוי עבירות הבנייה והיקפן ללא מעורבות של בית המשפט. הצורך להוציא צווי הריסה מנהליים מתעורר לעיתים תכופות והקושי להרוס מבנים כאלה לאחר שהבנייה הושלמה והמבנים אוכלסו, גדול מאשר הקושי להרוס מבנה בתחילת בנייתו, טרם אוכלס. מכאן, שיש לאכוף צו הריסה מנהלי, במיוחד כאשר נדחתה בקשה לביטולו שהוגשה לבית המשפט קמא, במהירות, בסמוך לאחר שהפך סופי. ראו: רע"פ 8655/13 **מדינת ישראל נ' עמאר חג' יחיא**, (מיום 14.6.15) (להלן **עניין יחיא**), שם נקבע:

"המהירות הנדרשת בביצועו של צו ההריסה המנהלי נובעת בראש ובראשונה מהאינטרס הציבורי המצדיק מלכתחילה את הוצאת הצו - אכיפתם של דיני התכנון והבניה "בזמן אמת" באופן שלא יאפשר עבריינות בניה באמצעות קביעת עובדות בשטח, שאם לא כן ניתן היה להסתפק בהליכים משפטיים רגילים כנגד בניה בלתי חוקית...".

"... משהוצא צו הריסה מנהלי החלטה על ביטולו או על דחיית המועד של ביצועו אינה אמורה להתקבל בנסיבות רגילות. אי-ביצוע של צו הריסה מנהלי או דחייה נמשכת של ביצועו חותרים תחת המטרה שלשמה הוא הוצא - טיפול מהיר בעבריינות בניה - ומעבירים מסר בעייתי בכל הנוגע לאכיפה ולשלטון החוק. ניתן אפוא לומר שההחלטה לעשות כן צריכה להיות מבוססת על טעמים מיוחדים".

18. סעיף 238א לחוק התכנון והבניה קובע את סמכויות יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה ויו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, להוציא צו הריסה מנהלי.

19. סעיף 238א(א) לחוק התכנון והבניה מסמיך את יו"ר הוועדה המקומית לצוות בכתב, על הריסתו של בניין שהוקם, או התחילו להקימו ללא היתר, בסטייה מהיתר או מתוכנית. סעיף זה קובע שהתנאי להוצאת צו הריסה מנהלי על ידי יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה, הוא הגשת תצהיר חתום בידי מהנדס הוועדה המקומית, שמציין כי לפי ידיעתו הוקם המבנה ללא היתר בניה או בחריגה מהיתר בניה, כי לפי ידיעתו לא נסתיימה הקמת המבנה, או שנסתיימה לא יותר משישים ימים לפני הגשת התצהיר, וכי ביום הגשת התצהיר המבנה לא מאוכלס או שהוא מאוכלס תקופה שאינה עולה על שלושים יום. כן מורה סעיף 238א(ב) לחוק התכנון והבניה, כי לא ינתן צו הריסה מנהלי, אלא לאחר התייעצות עם היועץ המשפטי של הוועדה המקומית.

20. סעיף 238א(ב1) לחוק התכנון והבניה, מסדיר אף את האפשרות להוצאת צו הריסה מנהלי על ידי יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה. סעיף זה, תפקידו להסדיר מנגנון חלופי ויעיל למתן צו הריסה בשלב שבניית המבנה עודנה בראשיתה, זאת כאשר יו"ר הוועדה המקומית נמנע, משום מה, לפעול בנדון (ר' רע"פ 3454/97 דעיף נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה חיפה, פ"ד נג(5) 49, בעמ' 58 ו-69, ע"פ (י-ם) 40166/07 **אבו סרור נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים**, [פורסם בנבו] ניתן ביום 31.12.07). סעיף 238א(ב1)(1) לחוק התכנון והבניה קובע, כי ליו"ר הוועדה המחוזית ולמתכנן המחוז תהיינה הסמכויות הנתונות ליו"ר ועדה מקומית ולמהנדס ועדה מקומית לעניין מתן צווי הריסה מנהליים בתחום המחוז ובתחום מרחב התכנון המחוזי, וזאת על-פי סעיף 12 לחוק התכנון והבניה.

21. סעיף 238א(ב1)(2) לחוק התכנון והבניה קובע, כי יו"ר הוועדה המחוזית לא ייתן צו הריסה מנהלי, אלא עמוד 5

לאחר שהתייעץ עם נציג שר המשפטים בוועדה המחוזית. סעיף 238א(ב1)(3) לחוק התכנון והבנייה קובע כי לא יפעיל יו"ר הוועדה המחוזית סמכותו, אלא לאחר שהודיע על כך לשר הפנים, ודרש בכתב מיו"ר הוועדה המקומית ליתן צו הריסה מנהלי לגבי אותה בנייה, ויו"ר הוועדה המקומית לא עשה כן תוך שבעה ימים מיום המצאת ההודעה לוועדה.

22. סעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבניה מתייחס לשתי עילות ביטול צו הריסה מנהלי. בבואו של בית המשפט להכריע בבקשות מסוג זה, עליו לבחון קיומה אל אחת משתי עילות אלה: האחת, אם הבנייה "בוצעה כדין" והשנייה, "אם הוכח שביצוע הצו אינו נדרש לשם מניעת עובדה מוגמרת": **"לא יבטל בית המשפט צו הריסה מנהלי אלא אם הוכח לו שהבניה שבגללה ניתן הצו בוצעה כדין או שביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת."** העילה השנייה נבחנת בהתאם לקריטריונים שנקבעו בסעיפים 238א(א)(2) ו-3 לחוק התכנון והבנייה. קרי, האם מדובר בבנייה שלא נסתיימה או שנסתיימה מעל ששים יום לפני מועד הגשת התצהיר ליו"ר הוועדה המקומית, או בבנייה שאוכלסה מעל שלושים יום לפני אותו מועד (ר' למשל: רע"פ 9174/08 **גבריאל פרץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב** (16.11.08)).

23. בנוסף לשתי עילות הביטול הקבועות בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבנייה, נקבעה בפסיקה עילת ביטול נוספת אשר בוחנת האם נפלו פגמים פרוצדוראליים בהליך הוצאתם או במקרים בהם נפלו פגמים בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת כגון: מטרה זרה, היעדר מידתיות, שיקולים זרים, חוסר סבירות או אפליה (רע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב יפו נ' עורקבי, פ"ד מח(2) 397, 404 (1994), רע"פ 8655/13 **בעניין יחיא**). עם זאת, הודגש כי התערבות זו שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן, על מנת שלא לסכל את התכלית החקיקתית שביסוד סעיף 238א' לחוק, שהיא סיוע באכיפה מהירה ויעילה של דיני התכנון והבנייה, מיגור תופעת הבנייה הבלתי חוקית וסילוק בנייה בלתי חוקית כדי למנוע קביעות עובדות מוגמרות בשטח (רע"פ 2341/14 **קבועה סלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה** (פורסם בנבו, 28.05.14)).

24. הלכה היא כי הביקורת השיפוטית על מתן צו הריסה מנהלי היא מצומצמת. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט העליון ברע"פ 2958/13 **תייסיר סבאח נ' מדינת ישראל** (8.5.2013):

"בהתאם לעילות המנויות בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבניה, יפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית על צווי הריסה מינהליים, באופן מצומצם למדי. העילה הראשונה, דורשת כי יוכח לבית המשפט כי הבניה נעשתה כדין, והעילה השנייה, עניינה בכך, כי ביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת (רע"פ 5285/12 מורחי נ' יו"ר הוועדה לתכנון ובניה תל אביב-יפו [פורסם בנבו] (21.8.2012))."

25. עוד נפסק כי צו הריסה מנהלי הוא אקט מנהלי ולא עונשי, ומשום כך עומדת למשיבה חזקת התקינות המנהלית, היינו, חזקה כי פעולתה המנהלית נעשתה כדין. המבקש לסתור חזקה זו- עליו הנטל להוכיח את הפגם שנפל לטענתו בהתנהלותה של הרשות המנהלית (ראו רע"פ 6032/13 **זמירה שלהבת אהרן נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה טבריה** (19.01.14) ויפים הדברים אשר נאמרו שם:

"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, בהתנהלותה של הרשות המנהלית (רע"פ 2956/13 דמקני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו [פורסם בנבו] (31.7.2013); רע"פ 2958/13 סבאח נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (8.5.2013); רע"פ 9174/08 פרץ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב [פורסם בנבו] (16.11.2008)).

26. גם במקרים בהם ייקבע שנפל פגם בצו, אין בכך כדי להוביל בהכרח להחלטה בדבר בטלות הצו ועל בית משפט לבחון את נפקות הפגם בהתאם לעקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית. בע"פ 40588/07 קמיל סנו נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 26.3.08) נקבע:

"נפקותם של פגמים בהוצאת צו הריסה מינהלי, כמו פגמים בכל החלטה מינהלית, אמורה להיות מוכרעת, בין-השאר, על-יסוד עקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית. הדוקטרינה מורה, כי נפקות הפגם תוכרע על-פי חומרת ההפרה בהתחשב בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה, וזאת אגב איזון בין מכלול שיקולים שבמסגרתם תיבחן: חומרת הפגם, הרלבנטיות שלו ביחס להחלטה, תכלית ההוראה שהופרה, הנזק או העוול שהסבה ההפרה ומידת הפגיעה באינטרס הציבורי לו תבוטל החלטה בגינו (ראו: עע"מ 3518/02 בעניין רג'בי, לעיל בפסקה 25 לפסק-הדין; והשוו: רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 644; ע"פ 1523/05 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] ניתן ביום 2.3.06); י' זמיר, הסמכות המינהלית, עמ' 680".

27. בית המשפט קמא עמד בהחלטתו על העילות לביטול צו הריסה מנהלי ובחן האם הבנייה בוצעה כדיו, והאם הוכח שביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת.

28. בנסיבות העניין אין מחלוקת כי המבנה הוקם ללא היתר. המערער בחקירתו הנגדית בבית משפט קמא הודה בכך (ר' פרוטוקול הדיון מיום 25.9.16, עמ' 5). בית המשפט קמא קבע שניתן ללמוד מהתמונות שהוגשו משלושת ביקוריו במקום בימים 21.8.16, 22.8.16 ו- 6.9.16 ומעדותו של המפקח, כי אין מדובר במבנה שבנייתו הסתיימה. עוד קבע בית משפט קמא כי מהתמונות מיום 6.9.16, הוא המועד האחרון הקובע להוצאת הצו, מצב המבנה היה שלד כאשר המבנה ללא דלתות, ללא חלונות, ללא ריצוף, ואינו מחובר לתשתיות וטרם סיימו חיפוי הקירות החיצוניים ואת עבודות הפנים. המפקח מסר כי במקום לא נכח איש והמבנה נבדק, נמדד וצולם על ידו. כך שמדובר במבנה שבנייתו לא הסתיימה והוא אינו מאוכלס.

29. עקרון ידוע הוא כי בית המשפט שלערעור לא ייטה, בדרך כלל, להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו לאחר שמיעת ראיות בפני הערכאה הראשונה, אלא במקרים חריגים בהם נפלה טעות המצדיקה תיקון במסגרת הערעור. כך למשל, כאשר נקבעו ממצאים שאינם עומדים במבחן ההיגיון ושיש לראותם כמופרכים, או מקום שאין לעובדות שנקבעו בסיס נאות בחומר הראיות (ע"פ 3952/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 646; ע"פ 117/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(4) 408).

30. לפיכך, משאין מחלוקת על כך שהמבנה הוקם ללא היתר בניה כדיו, ומשנקבע על ידי בית המשפט קמא כי המבנה לא היה גמור ולא בשימוש - אינו רואה כל מקום להתערב בקביעה זו, מכאן אני קובעת שהמשיבה עמדה בתנאים הקבועים בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבנייה.

31. מעבר לטענתו של המערער להתקיימותן של העילות המפורטות בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבנייה, רשאי המערער להעלות לפני בית משפט עילות נוספות לביטול הצו, ובלבד שמדובר בפגמים חמורים, העושים את הצו לבטל מעיקרו.

32. אשר לשאלה האם מר פרנקל היה רשאי להסתמך על תצהיר המפקח, על אף ולא נכח במקום בו הוקם המבנה: עד לתיקון 43 לחוק התכנון והבניה נדרש כי תצהיר המהנדס, המהווה תנאי בלעדיו-אין למתן הצו, יינתן מידיעתו האישית של המהנדס. בעקבות התיקון לא נדרשת יותר ידיעה אישית ודי בכך שידיעתו תתבסס על ידיעה אישית של אדם אחר הפועל מטעמו, ובענייננו - המפקח. עמדה על כך כב' הנשיאה (דאז) ד' ביניש ברע"פ 2351/06 יונס סביח נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, (לא פורסם) [פורסם בנבו] (2006); בערעור על פסק דין (ע"פ 9018/06 [פורסם בנבו] (12.2.2006)) :

"סעיף 238 (א) לחוק התכנון והבניה, שמחייב הגשת תצהיר חתום על ידי מהנדס כתנאי להוצאת צו הריסה מנהלי, קובע כי המידע הנדרש בדבר הקמתו של בניין ללא היתר צריך להיות "לפי ידיעתו" של המהנדס. לשון הוראה זו אינה דורשת ידיעה אישית של המהנדס, ואף מבחינת תכלית ההוראה איננו רואים כל מניעה לכך שהמהנדס יסתפק במידע אשר מובא לידיעתו על ידי מפקח הבנייה, שהינו גורם מקצועי ומהימן לעניין זה. עוד יצוין, כי המסקנה האמורה נתמכת אף בהיסטוריה החקיקתית של סעיף 238 א(א) לחוק. עד שנת 1995 לשון הסעיף דרשה אמנם כי המידע האמור ייכלל בהסתמך על ידיעתו האישית של המהנדס, אלא שדרישה זו נשמטה מהוראות סעיף 238 א(א) עם כניסתו לתוקף של תיקון 43 לחוק התכנון והבניה (ראו חוק התכנון והבניה (תיקון מספר 43), התשנ"ה - 1995). אף מכך ניתן ללמוד, שאין הכרח שהמידע בדבר אי חוקיותו של הבניין יתבסס על ידיעתו האישית של המהנדס".

33. לפיכך, מר פרנקל היה רשאי לשאוב את המידע עליו הוא מצהיר בתצהירו ממקורות שונים, ובכלל זה מהמפקח, אשר העיד כי ביקר במבנה וצילם את התמונות.

34. המידע שצוין בתצהירו של מתכנן המחוז מר פרנקל אכן הובא לפניו ודין הטענה להידחות על רקע חזקת התקינות של המעשה המנהלי ולא נפל בכך פגם.

כתב הסמכתו של מר פרנקל

35. בטענתו של המערער בהקשר להסמכתו של מר פרנקל אין ממש, ובדין נדחתה אף היא על ידי בית המשפט קמא. זהותו הפרסונאלית של הגורם המסמיך אינה רלוונטית. ההסמכה תעמוד בתוקפה כל עוד האדם הוסמך לתת תצהיר זה, גם אם ימונה לאחר מכן אדם אחר להיות מתכנן מחוז. שהרי, לא סביר ולא הגיוני שבכל פעם כאשר יש חילופי תפקידים, אזי יינתנו הסמכות חדשות לכלל העובדים המקצועיים העובדים תחתיו. לדידי כל עוד ההסמכה ניתנה כדיון, על ידי מי שנשא בתפקיד בעת מתן ההסמכה, והיא לא הוגבלה בזמן, היא שרירה וקיימת, שהרי אין מדובר במשרת אמון, אלא במשרה רגילה בשירות הציבורי. מאחר שמר פרנקל הוסמך לתת תצהיר להוצאת הצו, על ידי מי שהייתה מתכננת המחוז בשנת 2012, הגברת דלית זילבר, בהתאם להוראות חוק התכנון והבניה, ההסמכה שרירה וקיימת ומר פרנקל כיום, עדיין מוסמך לתת תצהיר להוצאת צו ההריסה.

36. למעלה מן הצורך יוער כי אין הוראה בחוק, לפיה בתום כהונתה של מתכננת המחוז פוקעת הסמכתם של
עמוד 8

העובדים שהוסמכו על ידה. כמו כן, אין הוראה בחוק לפיה על בעל תפקיד חדש, להסמיך מחדש עובדים שהוסמכו בעבר על ידי מי ששימש בתפקידו בעבר.

37. בענייננו, הסמכתו של מר פרנקל נעשתה על ידי מתכנת המחוז באותה עת, ואין נפקות לכך שכיום היא מכהנת כיו"ר הוועדה המחוזית, ובכך לא הופר האיזון הנדרש בין יו"ר הוועדה המחוזית לבין נותן התצהיר, ואין חשש לניגוד עניינים.

סעיף 238א(ב1)(3) לחוק התכנון והבנייה

38. לא נראה כי נפלו פגמים במכתב הדרישה שהופנה ליו"ר הוועדה המקומית על ידי המשיבה לפי סעיף 238א(ב1)(3) לחוק התכנון והבניה. במכתב הדרישה שנשלח ללשכת ראש העיר ירושלים, צוין הנמען, מר ניר ברקת, יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים. עוד צוין בו, כי המבנה הוקם ללא היתר, צורף לו תצהירו של מתכנן המחוז, ונאמר בו, כי המשיבה, לאחר התייעצות עם נציג שר המשפטים בוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, החליטה להוציא צו הריסה מנהלי לנכס. עוד הופנתה בו תשומת לבו של המכותב להוראות סעיף 238א(ב1)(3) לחוק, לפיהן הוא נדרש להוציא צו הריסה תוך שבעה ימים מיום קבלת המכתב ואם לא יעשה כן - תופעל הסמכות על-ידי המשיבה.

39. הדרישה נמסרה ללשכת ראש העיר, המכתב אושר ונענה על ידי גורם מלשכתו (חותמת "נתקבל" מיום 28.8.16) ומכאן שמדובר למעשה במענה מטעם של הוועדה המקומית ויו"ר הוועדה המקומית, ואין לקבל את הטענה שהאישור ניתן על ידי מהנדס מחלקת הפיקוח בעירייה שאיננו יו"ר הוועדה המקומית או ממלא מקומו. כך שממילא, בסופו של יום ניתנה התשובה על ידי הגורם המקצועי בוועדה המקומית האמון על הוצאת צווי ההריסה ולפיכך, אני סבורה, שלא נפל פגם בכך.

40. יוער, כי אף אם היה מוכח כי נפל פגם בכך, אין מדובר בפגם היורד לשורש הדברים, וכי לאור עקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית אין בפגם זה כדי להביא לבטלות הצו.

41. כאמור, סמכות יו"ר הוועדה המחוזית ליתן צו הריסה מנהלי במרחב תכנון מקומי היא "סמכות נטילה", ונועדה ליצור מנגנון חלופי ועיל למתן צו הריסה בשלב שבניית המבנה בראשיתו, כאשר יו"ר הוועדה המקומית נמנע מלפעול בנדון או מתמהמה בהוצאת הצו. התכלית בשליחת מכתב הדרישה מיו"ר הוועדה המחוזית ליו"ר הוועדה המקומית לנטילת הסמכות, היא מתן הזדמנות ליו"ר הוועדה המקומית, להוציא צו הריסה מנהלי, טרם ייטול יו"ר הוועדה המחוזית את הסמכות לידי. מטרת הוראה זו מגשימה את תכלית הוצאת צו ההריסה המנהלי שהיא לאפשר לרשויות להתמודד, במהירות וביעילות עם תופעת הבנייה הבלתי חוקית ומניעת "קביעת עובדות בשטח" נוכח ריבוי עבירות הבנייה והיקפן ללא מעורבות של בית המשפט, כך שיו"ר הוועדה המחוזית יוכל להוציא צו הריסה מנהלי אם יו"ר הוועדה המקומית לא עשה זאת, תוך שבוע ימים מיום הודעתו לוועדה המקומית וכך יימנע המצב של הוצאת שני צווי הריסה במקביל. לכן, תכלית מכתב הדרישה היא מעין "יידוע", ולא לשם קבלת חוות דעתו של יו"ר הוועדה המקומית או התייעצות עמו, כך שאין נפקות לזהות מוסר התשובה בשם יו"ר הוועדה המקומית, והיא יכולה להינתן על ידי כל גורם מלשכתו של יו"ר הוועדה המקומית.

42. לפיכך, אני סבורה כי התנאים לנטילת סמכות הוועדה המחוזית מהוועדה המקומית להוצאת צווי ההריסה התקיימו כנדרש על-פי סעיף 238א(ב1).

סמכות הוועדה המחוזית

43. בפסק הדין בבית משפט קמא נדחו טענות המערער לגבי מיקום הנכס שאינו בסמכות הוועדה המחוזית. לא מצאתי בנימוקי הערעור טענות של ממש בעניינים אלה, וממילא עומדות קביעותיו של בית המשפט קמא, אשר דחה טיעונים אלה, ולא מצאתי להתערב בהן.

44. למעלה מן הצורך יוער כי סעיף 12(א) לחוק התכנון והבנייה קובע שסמכויות הוועדה המחוזית כוללות בתוכן את כל סמכויות הוועדה המקומית, וב"כ המערער בטיעונו אישר כי לוועדה המקומית סמכות להוציא את הצו בענייניו, כפועל יוצא גם לוועדה המחוזית סמכות לכך.

אכיפה בררנית

45. המערער טען לאכיפה בררנית, שבעטיה פועל נגדה המשיב, משיקולים זרים. טענה זו הועלתה בעלמא ונדחתה בבית משפט קמא. מאחר שהנטל מוטל על הטוען לאכיפה בררנית להוכיח את טענותיו, אין הוא יכול להסתפק באמירה כללית, לא מפורטת ולא מבוססת, ועל כן בדין נדחתה טענתו.

46. יוער כי אך לאחרונה, נדחו טענות דומות לאכיפה בררנית בבית משפט העליון ברע"פ 755/17 **מוחמד מוסא נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה** (ניתן ביום 30.1.17). שם טען המערער טענות בדבר אכיפה בררנית כללית ביחס לתושבי מזרח העיר ירושלים והעדר תוכניות תכנון ובניה, ובנוסף העלה טענות לאכיפה בררנית ספציפית. בד בבד הדגיש בית המשפט העליון את חשיבות האכיפה המיידית בעבירות אלה וקבע כך:

"אף לגופם של דברים אני סבור כי יש מקום לקבל את טענות המבקש. בית משפט זה עמד על כך שעבירות תכנון ובניה מבטאות זלזול ברשויות ובחוק, ועל הצורך כי בתי המשפט ימנעו מלתת ידם להיגררות ההליכים. בעניין זה צוין, כי הוראות סעיף 238א לחוק התכנון והבניה הן כלי יעיל בידי הוועדה המקומית למיגור הבנייה הבלתי חוקית, וכי ביטולו של צו הריסה מנהלי יעשה במקרים חריגים בלבד (רע"פ 5387/16 אלראזק נ' מדינת ישראל - יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, פסקאות 16-17 (19.9.2016); רע"פ 8220/15 כפאיה נ' מדינת ישראל, פסקה 9, (27.12.2015) (להלן: עניין כפאיה)). אין מחלוקת כי המבקש בנה ללא היתר מבנה גדול ביותר, ואף המשיך בבנייתו בחסות עיכוב ביצוע צו ההריסה, כפי שציין בית המשפט לעניינים מנהליים... נוכח הדברים נדמה כי מטרתה העיקרית של העתירה היא ניסיון לדחות את ביצועו של צו ההריסה - לכך אין לתת יד (ראו: עניין כפאיה, פסקה 10; רע"פ 4594/14 שדה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז צפון, פסקה 13 (13.7.2014))."

47. לפיכך מצאתי כי המערער לא הוכיח כי קיים היתר לבניה נשוא צוו ההריסה, ואף לא הוכיח כי הצו אינו נדרש למניעת מעשה מוגמר. לא הוכחו פגמים המצדיקים את ביטול הצו ועל כן לא מצאתי מקום להתערב

בהחלטת בית משפט קמא מושא הערעור. על כן אני דוחה את הערעור ומורה כי צו ההריסה יישאר על כנו,
וכי יכנס לתוקפו ביום 21.2.17.

המזכירות תשלח את פסק הדין לב"כ הצדדים ותוודא את קבלתו טלפונית.

ניתן היום, י"ג שבט תשע"ז, 09 פברואר 2017, בהעדר הצדדים.