



ת"פ 69770/12/20 - אברהים אבו סוילם נגד מדינת ישראל היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון ובניה

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 69770-12-20 אבו סוילם נ' מדינת ישראל

בפני
מערער
נגד
משיבה
כבוד השופט אלון אינפלד
אברהים אבו סוילם ע"י ב"כ עו"ד יקיר שקרצי
מדינת ישראל היחידה הארצית לאכיפה דיני התכנון ובניה
באמצעות פרקליטות המדינה המחלקה להנחיית
ע"י ב"כ עו"ד אסף שטרן

פסק דין

רקע, מחלוקת, החלטה וערעור

1. לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופט י' עטר) מיום 17.2.20 (בצה"מ 42717-08-20), בה דחה את בקשת המערער לבטל צו הריסה מנהלי מיום 2.8.20, אשר נסמך על תצהיר מפקח מיום 16.7.20.
2. צו ההריסה כוון נגד מה שהוגדר בצו "מבנה בלוק בשטח כולל של כ- 140 מ"ר", אשר הוקם מזרחית לכביש 40, בשטח שייעודו על פי התכנון הוא "אזור נוף מדבר". אין היום מחלוקת כי במקום עמד מבנה במשך שנים, בו החזיק המערער, וכי המבנה היום, לאחר שיפוצים שנערכו בשנת 2020, גדול יותר. לטענת המערער, מדובר בבית המגורים שלו.
3. המערער טען בבית משפט השלום ובערעור בשני מישורים. במישור האחד, טוען המערער כי לא התקיימו התנאים המקדימים להוצאת צו הריסה מנהלי לפי סעיף 221 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "**החוק**"). זאת, באשר אין מדובר במבנה חדש ובנייתו "הסתיימה" (כלשון החוק) זה מכבר, ובאשר מבנה המגורים מאוכלס ללא הפסקה במשך שנים וממילא "חלפו יותר מ- 30 ימים" (כלשון החוק). במישור נוסף, מופנות טענות המערער נגד הצו עצמו, בטענה לפגמים שונים, בהם מצא "פגם חמור" (כלשון החוק), היכול להביא לבטלות הצו לפי סעיף 229 לחוק. לא הייתה מחלוקת על זכות העמידה של המערער.
4. בית משפט השלום דחה את טענות המבקש והשאיר את הצו על כנו. בית המשפט לא עשה מלאכתו קלה, והתייחס בכובד ראש לכל הטענות הממשיות של המערער, ניתח הראיות והגיע למסקנתו תוך הסתכמות על ממצאי עובדה ומהימנות, החוק, השכל הישר ופסיקה עדכנית. ב"כ המערער סובר כי בכל זאת נפלו שגיאות בהחלטת בית המשפט וכי לא נכון היה להשאיר הצו על כנו, ומכאן הערעור.
5. טיעוני המערער, העובדתיים והמשפטיים, זכו והתפתחו לא מעט, מאז הבקשה המקורית עד לעדות



המערער, לסיכומים ואף לטענות בערעור. חלק מהטענות נזנחו למעשה, והערעור ממוקד בפועל בשלשה טיעונים. האחד - כי המבנה היום הוא המבנה שהיה קיים לפני השיפוץ, אין מדובר במבנה חדש שניתן להריסה מנהלית, ולחלופין אין להרוס את החלק שכבר עמד על תלו לפני השיפוץ. השני - כי המערער המשיך לחיות עם אשתו במבנה במשך כל תקופת השיפוץ, ואין להוציא צו הריסה מנהלי לנכס המאוכלס למעלה מ - 30 יום. השלישי - אפילו אם מתקיימים התנאים המקדמיים להריסה מנהלית, הרי נפל "פגם חמור" בכך שטופסי ההיוועצות אינם כוללים אינדיקציה לכך שהמייעצים היו מודעים לכך שבמקום היה מבנה קודם, או כי עובדה זו נלקחה בחשבון עובר למתן הצו. נבחן טענות אלה כסדרן.

המבנה חדש או ישן?

6. במישור המשפטי, השאלה כאן היא אימתי בניה ישנה ללא היתר, שעברה שיפוץ, תחשב עדיין לבניה ישנה, ואימתי תיראה כולה כבניה הנמשכת, או המסתיימת רק עתה. כך, שהחוק מאפשר להנפיק צו הריסה מנהלי על כל המבנה (להבדיל מהמבחן לבניה חדשה ללא היתר, הנוספת על בניה כדן, שאז נהרס רק החדש, ככל שהוא ניתן להפרדה מבחינה בטיחותית (סעיף 221(ד) לחוק התכנון והבניה). בהקשר לבניה חדשה, המתקנת, נסמכת או מחליפה בניה בלתי חוקית ישנה, בית משפט קמא הנחה עצמו לפי העקרונות שנקבעו בעתפ"ב (ב"ש) 32018-09-20 **אבו ואקד ואח' נ' מדינת ישראל** (8.11.20).

7. בהעדר ערעור על העקרונות המשפטיים, אין צורך לבחון מחדש השאלות שכבר נדונו בעניין **אבו ואקד**. שם, כבר נסקרה הפסיקה העדכנית (בראשה עפ"א (חיפה) 43093-01-20 **ופא שיח' נ' המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין בפרקליטות המדינה** (2.3.20) (וגם שם נסקרו תקדימים רבים), עפ"א (חי') 54143-04-19 **אבו אל היגא נ' מדינת ישראל** (12.6.19)), ע"פ (י-ם) 14126-03-17 **חלילה נ' מדינת ישראל** (26.3.17), בפסקה 25, עתפ"ב (ת"א) 9325-05-19 **חסידיים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון** (16.9.19), רע"פ 5635/93 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב-יפו נ' עורקבי** פ"ד מח(2) 397 (1994) ועוד. בסופו של יום, אומץ שם המבחן שהוצע על ידי כב' השופט אליעד וינשל בתו"ב (י-ם) 68905-07-18 **מדינת ישראל נ' אלה** (28.7.20), לפיו "ניתן לראות בפסיקה זו כמתייחסת לשינויים משמעותיים בבינוי הקיים, להבדיל מעבודות תחזוקה שוטפת קלות יחסית לצורך השימוש" (ההדגשה נוספה - א"א).

8. כלומר, יש לשאול האם המבנה הוא בעצם אותו מבנה בלתי חוקי שעמד קודם לשיפוץ שרק עבר בדק בית, או שמא יש לומר כי "פנים חדשות באו לכאן", היינו כי השינוי משמעותי מספיק כדי לקבוע שיש לראות השיפוץ כשלב נוסף בבניה שנעשתה קודם לכן. אם מדובר בשלב נוסף בבניה, ממילא ניתן לומר על כל המבנה, כי בנייתו "לא הסתיימה" (כלשון החוק), או הסתיימה זה מקרוב, וכל המבנה חשוף להריסה מנהלית.

9. במסגרת הדיון בערעור, שני הצדדים הסכימו עם בית משפט קמא כי יש לאמץ את המבחנים המעשיים שנקבעו בפרשת **אבו ואקד**, על פי עקרונות הלכת **אלה הנ"ל**, היינו כי "**עלינו לשאול האם השיפוץ נועד בעיקרו לאפשר את המשך השימוש שנעשה לאחר סיומו הקודם** (כגון: החלפת חלק מהרעפים, תיקון חלון שבור, החלפת צנרת מקולקלת, הוספת חומרי איטום על קיר חיצוני ואפילו ריצוף מחדש שאינו משנה אופי המבנה). במקרה כזה, צו הריסה שיוצא אינו מכוון נגד העבודה האסורה, אלא נגד המבנה שכבר עמד גמור ונעשה בו שימוש זה מכבר, בניגוד לתכלית החקיקה. **אולם, אם השיפוץ לא נועד לאפשר המשך**



השימוש הקיים, אלא משנה את אופי המבנה, צורתו, ואפילו את טיבו (כגון הוספת גג רעפים שלא היה קודם, הוספת מטבח, וכל שכן הגדלת שטחו של המבנה המקורי), **הרי שיש לומר כי 'פנים חדשות באו לכאן', וכי 'העבודה האסורה' היא נדבך חדש בבניית המבנה כולו**. זאת, אף אם שלב קודם בבנייתו הסתיים זה מכבר, ונעשה בו שימוש במצבו הקודם. במצב דברים כזה, כל המבנה כולו הופך להיות מבנה במהלך עבודה אסורה, כאשר התקופות האמורות בסעיף 221 לחוק נמנות מסוף הנדבך האחרון, אך הצו יחול על כל המבנה" (ההדגשה נוספה, א"א).

10. בפסק דינו, קבע בית משפט קמא כי במקרה דנן אין מדובר בעבודות שיפוץ להמשך השימוש במבנה הישן, בבחינת טיח, צבע או סגירת מרפסת בלבד (ויאמר, כי לטעמי סגירת מרפסת תעבור במקרים רבים את הגבול). נמצא כי מדובר בשיפוץ נרחב, בו הורחב המבנה מכ-45 מ"ר לכ-140 מ"ר. כך, שאפילו בלי לקחת בחשבון שינוי שנעשה במרפסת, שטח המבנה גדל ביותר מאשר פי שתיים. כן צוין, כי גדילה זו הייתה לשלשה כיוונים; הגג הוחלף ועתה יש גג שלם על כל שטח המבנה; נעשתה במבנה עבודת תשתית יסודית לרבות התקנה של צנרת חדשה לחלוטין; וכי המבנה השתנה בצורתו, הפנימית והחיצונית. נקבע עוד, כי התשתית הפנימית נראית אחת ואחידה בכל הבית, והודגש כי אפילו המערער עצמו לא ידע להצביע היכן עמד הקיר החיצוני לפני ה"שיפוץ".

11. לפיכך, הסיק בית המשפט שאין מדובר בתיקון "שהוא במהותו שימור של הקיים", בו לכל היותר נוספה מרפסת או שנוספה לו בניה מעטה מאוד, אלא כי מדובר "בבניה של מבנה חדש". מסקנה זו של בית המשפט נסמכה על עדות המפקח, אשר נמצאה מהימנה, ואשר גובתה בתמונות פנימיות וחיצוניות, דו"ח שרשם הפקח בזמן אמת, ותצלומי אוויר. לעומת זאת, בית המשפט הצביע על סתירות מוחשיות בעדות המערער, וקבע שאין מקום לסמוך ממצאים על גרסתו. כך, נקבעו העובדות כשיטת המשיבה.

12. בערעור, לא מצא ב"כ המערער מקום לחלוק על פרטי המסקנות של בית משפט קמא. יחד עם זאת, נטען כי אי אפשר לראות במבנה בבחינת מבנה חדש, משום שמדובר בסופו של יום בבית בו שהה המערער, עם אשתו, ברציפות. לא היה שום שלב בו הבניין הקודם נהרס, והבית נבנה מחדש מן היסוד. בנתונים אלה, טוען ב"כ המערער כי אין לראות בבניה זו משום בניה חדשה.

13. אין בידי לקבל את טענת ב"כ המערער. ראשית, הטענה לרציפות המגורים במקום מבוססת על עדות המערער, אשר לא נמצאה מהימנה בנקודות רבות אחרות, ולמעשה גם בנקודה זו. לכן, אין בידי לקבל את הטענה העובדתית של ב"כ המערער בהקשר זה (שאלת רציפות המגורים כטענה משפטית לעצמה תידון בהמשך).

14. אולם, מעבר לכך, אפילו אם תתקבל הטענה העובדתית לקיום רציפות בשימוש, אין בעצם השימוש בשלבים השונים, כדי לשנות את ההערכה המהותית של השינוי הפיזי הקיצוני שעבר על המבנה, ההופך אותו למעשה למבנה חדש. זאת, כשם שצומת מרומזר יכול להפוך בכמה חודשים למחלף ענק, מבלי שהתנועה תפסיק לעבור בו, ולו ליום אחד (והשווה לסנדל שחלקיו נקרעו והוחלפו בהדרגה - שלמרות ההדרגה יאמר עליו כי "פנים חדשות באו לכאן" (בבלי, שבת קיב ע"ב)). הרי, המבחן בסעיף 221(א) לחוק התכנון והבניה הוא "ובלבד שבמועד הגשת התצהיר לא **הסתיימה** העובדה האסורה או שלא חלפו ששה חודשים מיום **ההדגשות** נוספו - א"א). המבט הוא על שלב סיום העבודות, **והשוואת מצב המבנה בסוף העבודות לעומת תחילתן**. אם השינוי במבנה הפיזי הוא משמעותי, הרי שיש לראות במבנה כמבנה חדש לגמרי. למצער, יש לראות בשיפוץ כנדבך אחרון המסיים (שוב) את הבניה של כל המבנה הבלתי חוקי



כול, המאפשר להנפיק צו הריסה על כל המבנה. זאת, אף אם השינוי נעשה בהדרגה רבה, בעת שהמקום היה עדיין מאוכלס, ולא היה ניכר מיום ליום (והשוו לדבריו של כב' השופט ג'השאן בפרשת **אבו אל היגא** הנ"ל, בסעיף 34, אף שנאמרו בהקשר מעט אחר).

האם יש לראות המבנה כמאוכלס?

15. טענה משפטית נוספת הנובעת מהטענה העובדתית לאכלוס ברצף של המבנה, הוא שלא התקיים במבנה התנאי אשר בסעיף 221(א) להוצאת צו הריסה "ולענין עבודה אסורה לגבי בית מגורים - בית המגורים לא אוכלס או שלא חלפו יותר מ- 30 ימים מהיום שאוכלס".

16. כאמור, בית משפט קמא דחה את הטענה לאכלוס רציף, על יסוד ממצאי המהימנות, וקבע כי אינו מאמין למערער שהתגורר במקום במהלך הבניה. בית המשפט הדגיש כי לפי התמונות ניכר שביום ביקור המפקח, הבניה עצמה טרם הסתיימה. שכן, נעדרו חלונות, מקלחות ומטבח, ואף לא היה חיבור לתשתיות. כן הצביע בית המשפט על כלי עבודה, חומרי בנין ופסולת בנין בשטח. עוד צוין, כי במקום לא היה כל ריהוט או פריטים אחרים היכולים לרמז על מגורים במקום, למעט מזרן בודד ושלושה כסאות פלסטיק. לפיכך, נקבע כי "המבנה נחזה כאתר בניה שאינו יכול עדיין לשמש למגורים".

17. ב"כ המערער הקדיש חלק נכבד מערעורו לענין זה. **במישור המשפטי**, נטען כי האכלוס הרצוף בעצם מיתר את המבחן האחר, שאלת מועד סיום הבניה, והשאלה אם הבניה החדשה היא משמעותית, לפי הלכת **אבו ואקד**, אם לאו. זאת, משום שבהתקיים אכלוס רציף, אין אפשרות להורות על צו הריסה מנהלית, באשר חלפו הרבה למעלה מ- 30 יום מאז האכלוס שהיה כבר לפני שנים.

18. **במישור העובדתי**, נטען בערעור ששגה בית משפט קמא שדחה את גרסת המערער, ללא בסיס מספיק. אמנם צולם רק מזרון אחד, אך נטען כי במקום היו מזרונים נוספים שלא צולמו. כן נטען, כי העדר חיבור למים וחשמל אינו מונע מגורים במקום. בפועל, לטענת המערער, התגוררו הוא ואשתו במבנה, ללא הפסקה במשך כל התקופה. אין זה בית עם ילדים, באשר המערער מבוגר וילדיו בגירים ואינם גרים עוד עמו. לפיכך, יכולים המערער ובת זוג להסתפק במועט.

19. **ב"כ המשיבה ביקש** לדחות את טענות ב"כ המערער **במישור העובדתי**, על יסוד ממצאי בית המשפט והראיות שעמדו לפניו, אשר חייבו לשיטתו את דחיית גרסתו. הודגש, כי לפי עדות הפקח לא היו בבית, כל רהיטים שיאפשרו לקבוע כי מישור מתגורר במקום. כן נטען כי מלבד עדות המערער, לא הובאו ראיות נוספות לסתור את טענות המפקח.

20. **במישור המשפטי**, טען ב"כ המשיבה כי שאלת האכלוס רלוונטית רק לאחר סיום הבניה, כאשר הבניה הופכת להיות ראויה למגורים. אין מגורים בתוך "שלד" מהווים "אכלוס" ככוונת המחוקק. בהקשר זה הצביע ב"כ המשיבה על פסיקה.

21. לאחר עיון, **יש לדחות את טענות המערער לענין זה בשני המישורים. במישור העובדתי**, ממצאי בית משפט קמא הם בעיקרו של דבר ממצאי מהימנות, אשר בית המשפט שלערעור לא יתערב בהם בהעדר נימוק משכנע, ואין נימוק כזה. למעשה, ממצאיו של בית המשפט מנומקים היטב ומבוססים היטב.

22. אמנם, אין מגורים של עשיר דומים למגורים של עני, ואף ייתכנו הבדלים תרבותיים, לענין סוג הרהיטים



והחפצים שאותם יש לצפות לראות בבית מאוכלס. יש מי שלא ייכנס לביתו ללא מיטת אפריון וסדיני משי, ויש מי שישתפק ביצועי קש וגבבה. יש מי שיבשל במטבח גדול ומשוכלל, ויש מי שיבשל בקדירה פשוטה על עצים שקושש. אולם, ככלל, בבית מגורים, יש לצפות למצוא פריטים בסיסיים. כך, אפילו עני שבישראל לא יפתחו לו ממקרר פשוט, ארגז או מזוודה לבגדים, כלי בישול וסעודה כלשהם, ומזרון אחד לכל אדם מבוגר. אולם, עצם ההחלטה לשפץ את הבית מלמדת כי המערער אינו בבחינת עני מרוד, שאין לו אפילו כסות נקיה ומזון שתי סעודות. בצילומים נראים קרשים יפים לבניה, ריצוף חדש ויפה שהונח, תשתיות שהוכנו לקראת התקנת מערכות מים וחשמל ועוד. קשה עד מאוד לשכנע כי המערער באמת התגורר במקום ברצף עם אשתו בתקופת הבניה, כאשר בכל הבית יש במקום רק מזרון אחד, ושלושה כסאות פלסטיק, ללא כל פריט נוסף, ולו כלי רחצה או ארגז קטן לבגדי החלפה. כאמור, המערער סתר עצמו בגרסאותיו ונמצא בלתי מהימן. המערער אף לא הצליח להסביר את הנראה בתמונות. לפיכך יש לקבוע שממצאי בית משפט קמא, המבוססים היטב, במקומם עומדים.

23. **במישור המשפטי**, בצדק הפנה ב"כ המשיבה לפסיקה עקבית, בהם גם דברי השופט ג'השאן, על יסוד דברי הנשיא שמגר, לפיהם: "כבר נקבע כי המבחן להשלמת בניה ואכלוס מבנה הוא מבחן אובייקטיבי לפיו האדם הסביר אינו מתגורר בבנין כל עוד בנייתו לא הושלמה מבחינה מהותית ואינו ראוי למגורים (ר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד לח(1) 497, 494 (1984)). האדם הסביר אינו מקדים אכלוס טרם השלמת הקמה. מבנה שאמור לשמש למגורים לא יכול להיות מאוכלס כאשר קיימים קירות חיצוניים אך החלל לא הושלם וקיימים במבנה חומרי בניה ואין חיבור לכל התשתית. כאמור התמונות מראות בבירור כי המבנה אינו ראוי למגורים וכי עודו בשלבי הקמה" (עפ"א (חיפה) 41954-11-18 חוג'יראת נ' היחידה הארצית לאכיפת דיני תכנון ובניה מחוז צפון (16.1.19)).

24. דברים אלה מתאימים היטב למערער ולמבנה שעליו הוצא צו ההריסה. אפילו בהנחה כי המזרון שנראה במקום שימש ללינת לילה כגרסת המערער, אין זו אלא "לינת ארעי" ולא "אכלוס". הרי לא יישמע בונה בית ללא היתר, שהחל ללון במקום תחת כיפת השמיים, בעוד רק אבן הפינה מראשותיו, בטענה כי האכלוס קדם לבניה, ולפיכך המבנה יהיה חסין מפני הריסה מנהלית. כך, גם מי שעושה "שיפוץ" מעמיק, במהלכו הבית משנה פניו בשעות היום, אך בעל הבית ישן בו מדי לילה, לא יחשב כמי ש"איכלס" את הבית כל התקופה. **במבחן אובייקטיבי, שינה באתר בניה אינה "אכלוס", ולא למקרה כזה כיוון המחוקק בהגנה המיוחדת שנתן לבית המגורים**, כאשר קיצר את התקופה המאפשרת מתן צו הריסה ל- 30 יום.

25. לסיכום, הלכה היא כי בדרך כלל אכלוס הקודם לסיום הבניה לא יחשב "אכלוס", כמשמעו בסעיף 221 לחוק התכנון והבניה. כך, שאפילו הייתה גרסת המערער מתקבלת, לא הייתה טענתו המשפטית מתקבלת. במקרה זה גרסתו לא התקבלה. ממילא, **טענת ב"כ המערער כי הצו הוצא נגד בית מגורים מאוכלס - נדחית.**

קיומו של המבנה הקודם - פגם בהיוועצות?

26. אין מחלוקת כי במקום בו עומד המבנה המיועד להריסה, עמד קודם לכן מבנה אחר, קטן יותר, אשר למעשה "נבלע" בבניה החדשה, כאמור לעיל.

27. **טענת המערער** היא כי עובדת קיומו של מבנה קודם, והיחס בין שני המבנים, מהווה שיקול מבין השיקולים



אם לבצע את ההריסה, אם לאו. אולם, העובדה החשובה הזו לא מוזכרת בתצהיר המפקח העומד ביסוד צו ההריסה, במסמכי ההיוועצות, או בצו ההריסה עצמו. אמנם, אין ספק כי המפקח עצמו ידע על המבנה הקודם, שהרי הדבר מופיע במפורש בדו"ח שרשם, אך אין לדעת אם הגורם המשפטי אשר יעץ לעניין ההריסה היה מודע לו.

28. **ב"כ המערער סמך** טענתו זו על פרשת **אבו ואקד**, שאזכרה לעיל. שם, למרות שנקבע כי הבניין היה ראוי להריסה, צו ההריסה בוטל במסגרת הערעור, לאחר שקיום המבנה הקודם לא הופיע במסמכי ההיוועצות. כן סמך ב"כ המערער על פסק דינו של השופט מנדלבוים בעפ"א (חי') 8987-04-19 **מהנדס חילף נ' היחידה הארצית לאכיפת דיני התכנון ובניה** (25.6.19). גם שם, בית המשפט המחוזי ביטל צו הריסה מנהלי בערכאת הערעור (על תנאי). זאת, כאשר הצו שכוון נגד בניה חדשה שלא כדין, צריך היה בפועל להביא גם להריסה של בניה קודמת, בהעדר אפשרות מעשית להרוס החלק החדש לבדו. וזאת, כאשר עובדה קריטית זו כלל לא נשקלה על ידי הגורמים שהחליטו לבצע את ההריסה.

29. **בבית משפט קמא**, הדיון סביב היחס בין המבנה החדש לבין מה שעמד שם קודם, נדון בהקשר להתקיימות התנאים להוצאת הצו לעצמו, כמפורט לעיל. הטענות לפגמים בצו ההריסה ובמסמכי ההיוועצות נבחנו בהקשר לטענות אחרות, אשר ב"כ המערער זנח בינתיים, בצדק. אמנם פרשת **חילף** אוזכרה וצוטטה בבקשת הביטול המקורית. אולם, הטענה לפיה יש "פגם חמור" בהעדר התייחסות מפורשת למבנה הקודם במסמכי ההיוועצות, לא נטענה במפורש בבקשה המקורית (אלא בעצם ציטוט עניין דומה מתוך פרשת **חילף**). הטענה לא עלתה בחקירה הנגדית של המפקח, ולא נזכרה אפילו ברמז בסיכומי המבקש מיום 26.11.20. אם כן, למעשה, הטענה שוכללה ונטענה במפורש רק בערכאת הערעור, כפי הנראה בעקבות פרשת **אבו ואקד** שניתנה באותה תקופה.

30. **ב"כ המשיבה** ביקש להבחין בין פרשת **אבו ואקד** לבין ענייננו. שכן, בפרשת **אבו ואקד**, לא היה כל אזכור של המבנה הקודם, בצו ההריסה או במסמכי ההיוועצות, אלא רק בדו"ח המפקח ובתצלומי האוויר, שאמנם היו חלק מתיק החקירה, אך לא אוזכרו במפורש במסמכי היסוד של הצו. לכן, לא הייתה אינדיקציה לכך שהגורם החותם והגורם המייצג היו מודעים ולקחו נתון זה בחשבון. למעשה, המשיבה סמכה רק על חזקת התקינות של מעשה המנהל, ועובדת היות המידע בתיק כדי להוכיח את מודעותם, כאשר נקבע בפסק הדין שאין די בכך. אולם, בהליך דנן, הגורם המשפטי המייצג מאזכר במפורש מסמך רלוונטי, המלמד על מודעותו בפועל לקיומו של מבנה קודם. בהתקיים אינדיקציה זו, לשיטת המשיבה, יש להשאיר את צו ההריסה על כנו. ב"כ המשיבה הדגיש כי מאז ניתנה ההחלטה בפרשת **אבו ואקד** שונו הנהלים אצל המשיבה, כך שיובהר תמיד על גבי מסמכי היסוד, כי יש מודעות לכך שהיה במקום מבנה קודם.

31. לאחר עיון, מקובלת עלי טענת ב"כ המשיבה כי יש מקום להבחין בין פרשת **אבו ואקד** לבין פרשתנו, וכל שכן שאין מקום להקיש מפרשת **חילף** ולהביא למסקנה כי יש לבטל את צו ההריסה.

32. ראשית, יש להדגיש כי בפרשת **חילף**, נכון היה בית המשפט המחוזי בחיפה ליתן ארכה למשיבה להביא חוות דעת הנדסית מטעמה, בערכאת הערעור ולאחר מתן פסק הדין. חוות דעת, אשר יכולה הייתה להראות כי ניתן להרוס רק חלק מן המבנה, וכך לקיים את צו ההריסה, מבלי להרוס את חלק המבנה הישן. זאת, למרות שקיומו של המבנה הישן כלל לא נלקח בחשבון בעת הנפקת הצו, כפי שנקבע שם.

33. בית משפט זה, בפרשת **אבו ואקד**, היה פחות "סלחני" כלפי המשיבה. כאמור, נקבע שם כי הימנעות משקילת העובדה שהיה מבנה קודם במקום, מקומו ביחס למבנה החדש ומשמעותו מבחינת שיקול הדעת



אם להרוס, יכולה להביא לבטלות צו ההריסה. במשתמע נקבע, כי לא די באשרור הצו בדיעבד, לאחר התייחסות למלוא הנתונים, וכי הימנעות משקילת נתון מסוג זה, מראש, מהווה "פגם חמור" היכול להביא לבטלות הצו, לפי סעיף 229 לחוק.

34. יחד עם זאת, צוין בפרשת **אבו ואקד**, כי **השאלה החשובה היא מה התרחש בפועל בהיוועצות, ולא מה נרשם במסמכים. שכן, אם ההיוועצות קוימה כדין, העדר הרישום של פרט זה או אחר במסמכי ההיוועצות, אינו "פגם חמור" ואינו יכול להביא לבטלות הצו.** אולם, בהעדר רישום במסמכי ההיוועצות, ולאחר שב"כ המערערים דהתם העלה את טענותיו באופן מפורש בערכאת הדיון, צריך היה להוכיח בדרך אחרת, בערכאת הדיון עצמה, כי ההיוועצות קוימה כדין. כך צוין כי "מדובר בעובדה מאוד פשוטה, שניתן היה להוכיח אותה בקלות והיא לא הוכחה. ניתן היה להגיש לבית המשפט תצהירים של המייעצים, לפיהם היו מודעים לכך שבמקום היה מבנה קודם. יתרה מכך, ניתן היה לקבל תצהיר מכל מי שעבד עמם, אשר אפשר שהיה יכול לומר מידיעה אישית כי עניין זה דובר על פה, והיה 'על השלחן'. אולם, הוכחה זו לא באה". משום כך, נקבע שהצו בטל.

35. יש להבחין את ענייננו מפרשת **אבו ואקד** בשני מישורים. במישור הראשון, יש להדגיש כי הטענה לפיה יש פגם בהיוועצות, או בצו עצמו, משום שלא צוין בו במפורש כי מדובר במבנה המחליף מבנה קודם, לא עלתה במפורש בערכאת הדיון במקרה דנן. הטענה נרמזה במקצת בבקשה, בציטוט פרשת **חילף**, אך הטענה לא נטענה באופן ישיר, לא אוזכרה בדיונים לפני בית המשפט, ואפילו לא נרמזה בשלב הסיכומים. לכן, קשה לבוא בטרוניה אל המשיבה, ואל בית משפט קמא, שלא התמודדו עם טענה שלמעשה לא נטענה.

36. במישור השני, בענייננו בניגוד לפרשת **אבו ואקד**, יש אינדיקציה ברורה למודעות בפועל לקיומו של המבנה הקודם, בטופס ההיוועצות עצמו. אמנם הדבר לא נאמר במפורש, אולם בטופס ההיוועצות נרשם, בכתב ידו של התובע, כי הוא מסתמך על התצהיר, דו"ח הפיקוח, התמונות ו-"דו"ח סימפלקס מס' 77935". בתצהיר ובתמונות, קיום המבנה הקודם אינו ניכר. בדו"ח הפיקוח קיום המבנה הקודם מאוזכר, אך זהו פרט אחד מתוך הדו"ח, וכאמור בפרשת **אבו ואקד**, לא ניתן ללמוד מהאזכור כי המעיין אכן הבחין, היה מודע, ואף שקל את הפרט החשוב זה. אולם, לא כך הוא ביחס לדו"ח סימפלקס המאוזכר (נספח 7 לתגובת המדינה לבית משפט קמא). זהו מסמך צבעוני, בן עמוד אחד בלבד, שכל מהותו הוא השוואה בין שני צילומי אוויר, אשר עליהם צויר ריבוע אדום משמעותי במרכז. בצילום החדש הריבוע האדום מסמן את המבנה הנוכחי כפי שהוא ביום הצילום. בצילום השני הריבוע האדום מסומן באותו מקום גיאוגרפי, ובו אי אפשר שלא לראות שהיה מבנה קודם, קטן יותר, בתוך אותו ריבוע. מי שהפנה למסמך זה, תוך העתקת מספר המסמך בכתב ידו, היה בוודאי מודע לקיומו של המבנה הקודם.

37. אם כן, נוכח העובדה כי הטענה לא נטענה במפורש בערכאה הראשונה, כך שהייתה מתאפשרת הוכחה ישירה של המודעות, בשילוב עם האינדיקציה המשמעותית לכך שהיוועצות המשפטית אכן נעשתה תוך מודעות ברורה לקיומו של מבנה קודם, מתחייבת המסקנה כי לא נפל פגם חמור בצו. בנסיבות העובדתיות של פרשתנו, **העדר הרישום של קיומו של מבנה קודם אינו משקף אלא פגם ברישום ההיוועצות, ולא פגם בהיוועצות עצמה. אם כן, פגם זה אינו חמור, ומתברר כי בפועל התקיימו הדרישות למתן הצו, לרבות היוועצות כדין. לפיכך, על פי הוראות סעיף 229 לחוק, אין להורות על ביטול צו ההריסה המנהלי.**



תוצאה

הערעור נדחה. צו ההריסה המנהלי נשאר על כנו והמשיבה רשאית לפעול לביצוע הצו.

לעניין ביצוע ההריסה, והפיקדון שהופקד בבית משפט קמא, יחולו הוראות בית משפט קמא, בסעיף 34 להחלטתו. אולם, תחת 10 ימים שנקבעו להריסה עצמית מאותו מועד, **יעמדו למערער 21 יום, אשר יימנו מתום חג עיד אלפטר, הבא עלינו לטובה, בסיום חודש רמדאן שנה זו.**

המערער ישלם את **הוצאות המשיבה בערעור בסך 3500 ₪**, אשר יועברו אליה מתוך הפיקדון שהפקיד המערער בתיק הערעור. היתרה, עם פירות הפיקדון, תוחזר למפקיד.

המזכירות תעביר עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"א אייר תשפ"א, 03 מאי 2021, בהעדר הצדדים.