

עפ"א 14175/12/17 - חמוד ענאן נגד ועדה מקומית לתכנון שפלת הגליל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 14175-12-17 ענאן נ' ועדה מקומית לתכנון שפלת הגליל
בפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל
המערער חמוד ענאן ע"י ב"כ עוה"ד שלומי בלומנפלד
נגד
המשיבה ועדה מקומית לתכנון שפלת הגליל ע"י ב"כ עוה"ד רן
עמיאל

פסק דין

1. לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בעכו (כב' השופט ו' חאמד) מיום 9.1.17 בתיק בב"נ 18610-01-17, לפיה דחה בית משפט קמא בקשה לביטול צו הריסה מנהלי (להלן: "צו ההריסה" או "הצו") שניתן ביום 22.12.16 על ידי יו"ר המשיבה. הצו הורה על הריסת מבנה שבנה המערער. המבנה כולל קומת קרקע בשטח של כ-130 מ"ר וכן חדר, בשטח של 30 מ"ר שנבנה מעליה (להלן: "המבנה"). המבנה מצוי בחלקה 7 בגוש 19609.

אין חולק שמדובר במבנה שנבנה ללא היתר.

2. מדובר ב"גלגול שני" של הוצאת צו הריסה לגבי אותו בית מגורים. צו הריסה קודם (להלן: "הצו הקודם") ניתן ביום 8.10.2015 ובוטל בהחלטת המותב הנ"ל (כבוד השופט ו' חאמד) אשר קבע בהחלטתו מיום 1.12.16 (ובדין קבע) כי לשון הצו אינה ברורה דיה שכן הצו איננו נוקט לשון ציווי אלא רק מודיע על כוונה לחתום על צו הריסה מנהלי.

3. המערער מיקד את ערעורו בפניי בשתי טענות:

האחת - טענה לפיה לא קוימה חובת ההתייעצות. ב"כ המערער אינו חולק על כך שיו"ר המשיבה התייעץ עם ראש הרשות, אולם הוא טוען, כי **אופן** ההתייעצות לא היה ראוי וכי לא היה בו כדי למלא אחר החובה הקיימת בסעיף **238א** לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק"). בעניין זה הפנה ב"כ המערער לפסק דין שניתן על ידי כב' השופט ר' שפירא (כתוארו אז) בע"פ 2383/07 שלמה בוחבוט יו"ר הועדה המקומית ואח' נ' חברת גריס גידול בע"מ ואח' (16.10.2007) (להלן: "ענין בוחבוט").

השנייה - טענה לפיה טעה בית משפט קמא שעה שקבע, על פי העובדות שהובאו בפניו, כי המבנה אינו מאוכלס.

במהלך הדיון שהתקיים בפניי חזר בו ב"כ המערער, על פי המלצתי, מהטענה השנייה וטוב שכך עשה.

4. נותרה לדיון הטענה הראשונה בדבר האופן בו קוימה ההתייעצות בין יו"ר המשיבה לבין ראש הרשות.

דיון והכרעה

חובת ההתייעצות - מטרתה

5. חובת ההתייעצות קבועה, כאמור, בסעיף 238א לחוק, הקובע את סמכות הרשות המנהלית להוציא צו הריסה. להלן ס"ק (א)-(ב), הרלבנטיים לענייננו:

"238א. (א) הוקם בנין חורג, לרבות ללא היתר או בסטיה מהיתר או מתכנית, או הוחל בהקמתו של בנין כאמור, רשאי יושב ראש הועדה המקומית לצוות בכתב שהבנין, או אותו חלק ממנו שהוקם או הוחל בהקמתו ללא היתר או בסטיה מהיתר או מתכנית, ייהרס, יפורק או יסולק, ובלבד שהוגש לו תצהיר חתום ביד מהנדס הועדה המקומית או מהנדס הרשות המקומית או מהנדס אחר או אדריכל, שאחד מהם הסמיכו לכך, המציין כי -

(1) לפי ידיעתו הוקם הבנין ללא היתר או שהבנין חורג ובמה הוא

חורג;

(2) לפי ידיעתו לא נסתיימה הקמת הבנין או שנסתיימה לא יותר

משישים ימים לפני יום הגשת התצהיר;

(3) ביום הגשת התצהיר, אין הבנין שלגביו מבוקש הצו מאוכלס או שהוא

מאוכלס תקופה שאינה עולה על שלושים ימים;

לצו כאמור ייקרא "צו הריסה מינהלי".

(ב) הייתה הועדה המקומית מועצת רשות מקומית כאמור בסעיף 18 ונתמנה

לאותה רשות מקומית יועץ משפטי, לא יינתן צו הריסה מינהלי אלא לאחר

התייעצות עמו; הייתה הועדה המקומית ועדה למרחב תכנון מקומי כאמור בסעיף

19, לא יינתן צו הריסה מינהלי אלא לאחר התייעצות עם ראש הרשות המקומית

שבתחומה מצוי הבנין החורג (ההדגשות, כאן ובהמשך, אינן במקור).

6. אין חולק בדבר הצורך לקיים התייעצות וסבורה אני (מבלי לקבוע מסמרות בדבר), שגם לאחר תיקון 116 (אשר אינו חל על המקרה דנן) המטרות שעמדו בבסיס הדרישה להתייעצות לא השתנו. זאת - על אף השינוי שנעשה

בתפקידו של הגורם עמו יש לקיים התייעצות (להלן: "**הגורם המייעץ**"). שינוי זה נעוץ בשיקולים שאינם רלבנטיים להליך זה.

ברמה העקרונית, ההתייעצות נדרשת נוכח משמעותו הדרסטית של צו הריסה מנהלי - על מנת להבטיח שצו כזה יוצא רק לאחר שיקול דעת ראוי, על פי מסד נתונים מספיק ותוך מודעות מספקת לכלל השיקולים שיש להביא בחשבון בנוגע לכך. החובה שהוטלה על יו"ר הוועדה, אשר לו הוקנתה הסמכות להוציא צו הריסה מנהלי, להיוועץ בגורם נוסף (בין אם זה ראש הרשות על פי הדין שהיה קיים עד לתיקון 116 ובין אם זה התובע, כפי שנקבע בתיקון 116) באה להבטיח את המטרות הנ"ל.

ככלל, השאלה האם **האופן** בו קוימה ההתייעצות במקרה כזה או אחר, ממלא אחר חובת ההתייעצות, היא שאלה שיש להכריע בה על פי עובדות המקרה הספציפי, אולם בפסיקה נקבעו קווים מנחים לטיבה של ההתייעצות ומה עליה לכלול, נוכח מטרתה.

7. על מטרת חובת ההתייעצות ועל חשיבותה עמד בית המשפט העליון עוד בע"פ 22/89 - מחמוד עזבה נ' מדינת ישראל, פד מג(2), (31/07/1989) (להלן: "עניין עזבה"), שם קוימה התייעצות טלפונית. כל שלושת השופטים היו בדעה כי אין פסול בהתייעצות טלפונית, אך כבוד השופט מצא סבר, בדעת מיעוט, כי **תוכן** ההתייעצות לא מילא אחר חובת ההתייעצות.

שלושת השופטים דיברו בחשיבות קיום ההתייעצות, נוכח המשמעות הדרסטית של צו הריסה והצורך שבפני הגורם המחליט (יו"ר הוועדה) יהיו מרב הנתונים והשיקולים, בראייה מרחבית, כוללת, על מנת למנוע שימוש מוטעה בסמכות, שתוצאותיה כה קשות.

כבוד השופט בייסקי (אליו הצטרף כבוד השופט חלימה) ציין כי: "מטרת ההתייעצות היא ברורה ממהותו של צו הריסה מינהלי, שהינו בדרך כלל צו דראסטי, הגם שהוא מתייחס למבנה שהוקם שלא כדין [...] טיבה וטבעה של התייעצות הם, כי כל בעל דברים ישמיע עמדתו, כשהחלטה נשאר בסופו של דבר בידי מי שהמחוקק מסר לו את הסמכות להכריע. מטרת ההתייעצות היא, כי בעל הסמכות יקבל את השקפת ראש הרשות המקומית לגבי כל מקרה ומקרה, על היבטיו המגוונים, ואשר יעזרו לו בשיקוליו ובקבלת החלטה המתחייבת בראייה הכוללת של העניין".

כבוד השופט מצא ציין בעניין זה, כי "מבחינת מטרתה - כך הדעת נותנת - מיועדת ההתייעצות ליצור את המעמד וההזדמנות להשמעת עמדתו של ראש המועצה המקומית הנוגעת בדבר, על-מנת שגם עמדה זו תובא בחשבון על-ידי ראש הוועדה המקומית, בגדר כלל שיקוליו, קודם להוצאתו של צו הריסה מינהלי [...] בקיאותו של ראש עירייה, או של ראש מועצה מקומית, בכל העובדות הצריכות לגיבושה של החלטה, אם ראוי לו לעשות שימוש בסמכותו להוצאתו של צו הריסה מינהלי בכל מקרה נתון, נובעת מעצם תפקידו ומהיותו בעל גישה ישירה וקלה לכל הגורמים או הנתונים שבכוחם להזינו במידע ובייעוץ הדרושים [...] לראש ועדה מקומית אשר כזאת אין, בהכרח, בקיאות מלאה ומספקת בבעיותיה המוניציפאליות המיוחדות של כל אחת מן הרשויות, שגם הן, בכלל יתר שיקולים, ראויים להישקל על-ידי, קודם

להוצאתו של צו הריסה מינהלי. אין צריך לומר, כי שימוש בלתי זהיר מצד ראש ועדה מקומית כלשהי בסמכות הנתונה לו בסעיף 238א(א) לחוק עלול להניב תוצאות קשות וחמורות; והחשש לשימוש מוטעה בסמכות האמורה - ולוא רק בשל העדרו של מידע עובדתי רלוואנטי - מתעורר ביתר שאת ביחס לראש ועדה מקומית, הפועלת ברשות מרחבית, מאשר ביחס לראש ועדה מקומית, שתחום סמכותה חופף לתחומיה של רשות מקומית אחת. אין זאת אלא שחובת ההתייעצות בראש המועצה המקומית הנוגעת בדבר, כתנאי מוקדם לשימוש בסמכות האמורה בידי ראש ועדה מקומית הפועלת ברשות מרחבית, מיועדת לצמצם את החשש לשימוש מוטעה בסמכותו, על רקע של העדר מידע או חוסר מודעות לקיומם של שיקולים נוספים שראוי להביאם בחשבון בעת גיבוש החלטתו".

אופן ביצוע ההתייעצות

8. החוק אינו קובע מה יהא אופן ההתייעצות או מה יהיה תוכנה, אולם אלה נגזרים מהמטרה המונחת בבסיס חובה זו, כפי שהובהרה לעיל. ניתן לומר, באופן כללי, כי על מנת להגשים את מטרת ההתייעצות, יש צורך שהגורם המוסמך להוציא את צו ההריסה (בענייננו - יו"ר הוועדה, יביא בפני הגורם עמו הוא מקיים התייעצות, את כל הפרטים הרלבנטיים לבנייה בה מדובר, על מנת שהגורם המייעץ יוכל לשקול את כל השיקולים הרלבנטיים.

סעיף 238א(א) לחוק קובע, למעשה, מהם הנתונים אשר צריכים להיות בפני יו"ר הוועדה; אלה הם הפרטים אשר צריכים להיכלל, על פי החוק, בתצהיר המהנדס המונח בפני יו"ר הוועדה, היינו - שהבניין הוקם בלא היתר או בחריגה ומהי החריגה; שלפי ידיעתו לא נסתיימה הקמת הבניין או שנסתיימה לא יותר משישים ימים לפני יום הגשת התצהיר; שביום הגשת התצהיר, אין הבניין שלגביו מבוקש הצו מאוכלס או שהוא מאוכלס תקופה שאינה עולה על שלושים ימים. מובן מאליו, כי פרטים אלה על יו"ר הוועדה להביא בפני הגורם המייעץ. בנוסף, ועל מנת שהגורם המייעץ יוכל להתייחס לעניין, לגופו, על יו"ר הוועדה להביא בפניו את הפרטים בדבר המבנה לגביו בדעתו להוציא צו הריסה, היינו - מיקומה של הבנייה (רצוי גם באמצעות ציון גוש וחלקה); טיבה של הבנייה, גודלה, ככל הידוע - מי הבעלים, או מבצע הבנייה.

לגבי צורת ההתייעצות - אם פנים אל פנים, טלפונית, או בדרך אחרת, האם במשרד או במקום אחר, ציין כבוד השופט בייסקי בעניין עזבה, כי "המבחן העיקרי הוא לא בכללי הצורה [...] אף שסבור אני, כי ראוי הוא לקיים ההתייעצות בצורה נאותה, הן מבחינת הזמן והן מבחינת המקום, הרי אינני רואה הכרח, כי ההתייעצות תקום בתוך כותלי משרד דווקא, או בשעות מסוימות; גם שיחת טלפון אינה פסולה להתייעצות בהאידינה, ואם המדובר בשניים שמקובל עליהם לקיים שיחות טלפונית מבתיים ואף בשעות הערב, גם בכך אין פסול; ובלבד שמבחינה מהותית, לגבי העניין העומד להתייעצות, תהא האפשרות לכל אחד להציג עמדתו, להביע דעתו ואף לנסות להשפיע על רעהו".

אשר לתוכן ההתייעצות אמר כבוד השופט בייסקי: "מקובל על הכול, כי באותה התייעצות חובה היא לתאר בצורה ברורה את המבנים, שלגביהם עומדים להוציא צו הריסה; אני מוכן גם להניח, כי אזכור גוש וחלקה הוא בדרך כלל הזיהוי הטוב ביותר, אך לא הבלעדי. בנסיבות מסוימות, בעיקר כאשר מדובר ביישוב קטן, ייתכן כי תיאור המקום, השכנות וכדומה סימנים מזהים אינו נופל בערכו מציון גוש וחלקה".

סיכום כבוד השופט בייסקי את דבריו באמרו: "עם כל הסתייגותי לעניין הצורה שבה קוימה ההתייעצות, דעתי היא, כי מבחינה עניינית ולגופו של עניין היא לא נפגמה כאן, והיה זה דווקא ראש המועצה המקומית, אשר בעמדתו הנחרצת לא הותיר כל מקום להמשיך בה. משום כך אני הייתי דוחה את הערעור, בלי להפחית במאומה מהדרישה, כי בעתיד תהא הקפדת יתר גם על כללי הצורה שבה יש לקיים את ההתייעצות המתחייבת על-פי סעיף 238א(ב) הנ"ל".

כבוד השופט מצא, אשר היה, כאמור, בדעת מיעוט ציין גם הוא, כי צורת ההתייעצות איננה משמעותית, למעט צורך להקפיד על כך שהצורה תבטיח שההתייעצות תהא נאותה וכך אמר: "בהעדר הוראות מפורשות בחוק, בדבר מתכונת הכרחית מסוימת לעריכתה של ההתייעצות הנדרשת, אין לדרוש הקפדה על קיומם של 'כללי צורה' נוקשים; עם זאת, אין לוותר על קיומם של כמה מאפיינים יסודיים, המהווים מעין ערובה לעצם קיומה של ההתייעצות שבכוחה לספק את דרישת החוק. בלא שאתיימר להציג רשימה ממצה, נראה לי, כי במתכונת עריכתה של ההתייעצות שכזאת מן הדין שיתקיימו שלושה מאפיינים הכרחיים אלה: ראשית, צריך שהגורמים השותפים להתייעצות יחליפו דברים זה עם זה (בכתב או בעל-פה) במישרין; שנית, צריך שכל אחד משניהם יהיה ער ומודע לכך, שמטרת חילופי הדברים היא קיומה של התייעצות כנדרש בחוק; ושלישית, צריך שהמבנה המהווה נושא להתייעצות יהיה מוגדר היטב". כבוד השופט מצא סבר שחובת ההתייעצות לא קויימה מאחר שלא התקיימו שניים מתוך שלושת המאפיינים (השני והשלישי דלעיל).

הוסיף כבוד השופט מצא והבהיר, כי: "נסיבות פנייתו של ראש הוועדה המקומית אל ראש המועצה המקומית, בענייננו, אינן מעידות, לדעתי, על כוונה, ולוא גם לכאורית, לקיים עם ראש המועצה התייעצות ראויה לשמה. לא מעצם הפנייה בטלפון, במקום באופן אישי, נובעת הערכה זו; גם לא מעובדת ההתקשרות לביתו של ראש המועצה, במקום ללשכתו; ואף לא מן העובדה שהפנייה נעשתה בשעת לילה מאוחרת, במקום בשעות הפעילות המקובלות. הערכה זו נובעת מהצטברות כל המאפיינים החריגים הללו יחדיו, בלא שהייתה לכך סיבה ידועה ובלא שניתן לכך הסבר מניח את הדעת".

הבאתי את הדברים באריכות, שכן עולה מהם, כי כל שלושת השופטים סברו שלא הצורה היא העיקר אלא התוכן וכולם סברו שאין פסול בהתייעצות טלפונית ובלבד שתוכנה מקיים אחר הנדרש, מבחינת הפרטים המובאים לידיעת הגורם המייעץ.

9. בהלכה זו לא חל כל שינוי. ראו, למשל: רע"פ 2042/08 חברת גריס גידול בע"מ נ' שלמה בוחבוט-יו"ר הוועדה המקומית לתכנון (17.3.2008); ע"פ 8915/08 רפאל מדר נ' עיריית נתיבות (3.12.2008).

ברע"פ 6034/99 כהן נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים פ"ד נד(1) 438 ציין כבוד השופט י' זמיר (14.2.2000), כי חובת ההתייעצות יכולה להשתנות מעניין לעניין, בהתאם לנסיבות המקרה ובהתאם למורכבות הנושא, וכך אמר: "חובת התייעצות נדרשת על-ידי חוקים שונים בהקשרים שונים. בהתאם לכך היא עשויה להשתנות מחוק לחוק ומהקשר להקשר. המכנה המשותף של חובת ההתייעצות בכל הקשר הוא, שהרשות המוסמכת, שעליה מוטלת חובת ההתייעצות, חייבת לפנות אל הגוף המייעץ בעניין מסוים, שיש להבהיר אותו כראוי, לתת לגוף המייעץ הזדמנות נאותה לשקול את העניין ולחוות את דעתו, ואז חייבת הרשות המוסמכת לתת משקל ראוי לאותה חוות-דעת. מעבר לכך עשויות להתעורר שאלות שונות, כמו השאלות שהמערערים מעלים בערעור זה: האם חובה היא לקיים התייעצות בעל-פה או שמא די בחוות-דעת בכתב? באיזה שלב של ההליך תקיים ההתייעצות? האם צריך לקיים דיון בין

הרשות המוסמכת לבין הגוף המייעץ? התשובה לשאלות אלה, ולשאלות נוספות, מותנית בהקשר החוקי ובנסיבות המקרה, ולא פעם היא מסורה לשיקול-הדעת, אם של הרשות המוסמכת ואם של הגוף המייעץ. המהות של ההתייעצות היא החשובה; הצורה של ההתייעצות חשובה פחות. השוו ע"פ 22/89 עזבה נ' מדינת ישראל [4]. ראו גם רע"פ 2179/92 אבו רמילה נ' ראש עיריית ירושלים [5].

אכן, גם בהתייעצות הנדרשת לפי סעיף 238א(ב), ייתכן הבדל בין מקרה למקרה. במקרה פשוט, אם המייעץ המשפטי סבור כי אין בעיה משפטית ואין מניעה משפטית להוצאת צו הריסה, די שיאמר זאת בכתב, בקיצור ובפשטות, בהסתמך על התצהיר החתום בידי המהנדס, אף לפני שהתצהיר מוגש ליושב-ראש הוועדה המקומית [כפי שאירע במקרה שנדון שם - ת.ש.נ.]. לעומת זאת, במקרה מורכב ובעייתי, ייתכן שיהיה צורך, לפי בקשת המייעץ המשפטי או לפי בקשת יושב-ראש הוועדה המקומית, לקיים התייעצות מורכבת יותר".

10. עיון בפסק דינו של כבוד הנשיא שפירא, בעניין בוחבוט, אליו הפנה ב"כ המערער מעלה, כי פסק הדין הולך בעקבות ההלכות הנ"ל. כבוד הנשיא שפירא לא קבע כי אין די בהתייעצות טלפונית. נהפוך הוא; כבוד הנשיא שפירא ציין בפסק דינו כי: "באשר לאופן ההתייעצות סבורני, כי במקרה דנן אין צורך לקבוע אם די בהתייעצות בעל פה או בכתב, אך דעתי הינה, כי, ככלל, אופי ההתייעצות עשוי להשתנות ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות".

אמנם, כב' הנשיא שפירא קבע, כי לא היה די בשיחת הטלפון שהתקיימה בין יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה לבין יו"ר הרשות המקומית, אותה הוא כינה "שיחת טלפון ערטילאית", אולם קביעה זו התייחסה לנסיבות ולעובדות הספציפיות אשר הובאו בפניו ואין מדובר בקביעה כללית, עקרונית, לגבי עצם קיום התייעצות באמצעות הטלפון.

הטעם לקביעה, בעניין בוחבוט, לפיה חובת ההתייעצות לא קוימה הייתה העובדה שהצו שהוצא שם, לא היה מפורט דיו, ולא תיאר את הבנייה שבוצעה ללא היתר, באופן ברור מספיק. משום כך (ולא משום שההתייעצות הייתה טלפונית) קבע בית המשפט, כי "במקרה דנן נדרש כי יהא פירוט יותר מדוייק, זאת בשים לב לכך כי באותו מתחם קיימים כ- 900 מ"ר של בניה לא חוקית". וכן: "לדעתי, צדק בית המשפט קמא שעה שקבע, כי טיבו של הפירוט הנדרש בס' 238א לחוק התכנון והבניה חייב לאפשר לקורא הצו לדעת ולהבין לאיזה חלק מתייחס צו ההריסה. כמו כן וכפי שקבע בית המשפט קמא, שעה שישנו קושי לתאר במילים את הבניה הספציפית עליה חל צו ההריסה המנהלי, ניתן לצרף תרשים או מפה מצבית תוך סימון הקטע הספציפי עליו חל צו ההריסה [...] צו ההריסה אמור להיות מפורט בשים לב לאופי הבניה אליה הוא מתייחס. צו ההריסה איננו שבלונה שממלאים בו את פרטי האדם אליו מופנה הצו ותו לא. כך למשל כאשר ישנו בנין אחד בתוך חלקה מוגדרת, הרי די בפירוט קצר של מספר הגוש, החלקה ואותו בנין פלוני. במקרים אחרים כאשר צו ההריסה מתייחס לחלק בבנין, בין אם הבנין בנוי כדן ובין אם לאו, הרי דרישת הפירוט מוגברת יותר, וכך הוא המצב ככל שהבניה אליה מתייחס צו ההריסה היא מורכבת יותר. בנסיבות אלה קבע כבוד הנשיא שפירא, כי מאחר שגם במסגרת ההתייעצות לא הוצגו בפני הגורם המייעץ נתונים ברורים על המבנים אליהם מתייחס צו ההריסה, אין ההתייעצות עומדת בדרישות החוק.

11. הנה כי כן - בעניין בוחבוט לא נקבע כי לעולם לא ייתכן שהתייעצות טלפונית תיחשב כהתייעצות שמילאה אחר דרישות הדין. כפי שיפורט להלן, המקרה שבפניי שונה, מהותית, מהמקרה שנדון בעניין בוחבוט.

12. בית משפט קמא התייחס בהחלטתו לחובת ההתייעצות, זאת - על אף שב"כ המערער לא טען בסיכומיו בפניו דבר וחצי דבר בעניין זה. בית משפט קמא אף ציין כי ב"כ המערער זנח טיעון זה בפניו אך על אף זאת מצא לנכון להתייחס לגופו של הטיעון. משבית משפט קמא התייחס לגופו של עניין - אפשרתי לב"כ המערער להעלות טענה זו גם במסגרתה הערעור.

13. ב"כ המערער אינו חולק על הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי בימ"ש קמא, אך הוא טוען כי המסקנה המשפטית שהסיק בימ"ש קמא מהנתונים העובדתיים שהיו בפניו איננה נכונה. לטענתו, ההתייעצות איננה דרישה טכנית אלא מדובר בדרישה מהותית אשר מטרתה היא "להבטיח יתר זהירות בהוצאת צו הריסה מנהלי ולצמצם את הסכנה כי ההריסה תבוצע ללא שיקול מתאים, בהעדר מספיק נתונים רלבנטיים או חוסר מודעות מספקת לכלל השיקולים שיש להביאם בחשבון בעת ההחלטה על הוצאת הצו", כאמור בע"פ 1782/03 הועדה המקומית לתכנון ובנייה משגב נ' סועאד (30.12.2004). דברים אלה אכן נכונים הם, אלא שבמקרה דנן צדק בית משפט קמא בקביעתו, כי ההתייעצות הייתה תקינה מבחינה מהותית ולא נפל בה כל פגם.

ב"כ המערער טוען כי אין די בהתייעצות טלפונית בת 10 דקות, אלא היה צורך להעביר את המסמכים הרלבנטיים לידי ראש הרשות לרבות תמונות. כן טוען הוא כי בראיות שהובאו בפני בית משפט קמא לא הובא פירוט סביר לגבי הפרטים שהוסברו לו במהלך ההתייעצות. משכך טוען הוא, כי מדובר בהתייעצות שאיננה עומדת בדרישות החוק. זאת - במיוחד שעה שמדובר בבית מגורים ושעה שמדובר בגלגול שני של מתן צו הריסה מנהלי לגבי אותו בית מגורים.

14. ב"כ המשיבה טוען כי חובת ההתייעצות עונה על הדרישות אשר בדיון ובפסיקה, שכן על פי העדויות שהובאו בפני בית משפט קמא, הובאו בפני ראש הרשות כל הפרטים הרלבנטיים על מנת שיוכל להפעיל שיקול דעת ולהביע עמדה.

ב"כ המשיבה מוסיף ומפנה לתיקון 116 לחוק התכנון והבנייה, במסגרתו בוטלה חובת ההתייעצות עם ראש הרשות, כך שכעת, לאחר כניסת התיקון לתוקף (ואין חולק שהתיקון אינו חל על ענייננו), קיימת חובת התייעצות עם תובע.

ב"כ המערער השיב לעניין זה ואמר כי השאלה עם מי על יו"ר המשיבה להתייעץ אינה רלבנטית לטענה המועלת על ידו בתיק זה, שכן גם תיקון 116 מכיר בחשיבות של חובת ההתייעצות וצורך להתייעץ וטענתו מופנית לאופן ההתייעצות.

15. לאחר שעיינתי בכל החומר שבפניי אני קובעת, ללא כל היסוס, כי במקרה דנן קוימה חובת ההתייעצות, כנדרש בדיון וכי יש לדחות ערעור זה מכל וכל. כפי שעולה מהפסיקה שהובאה לעיל - אין כל פסול בהתייעצות טלפונית ובלבד

שכל הפרטים הרלבנטיים הובאו בפני הגורם המייעץ, באופן שמאפשר לו לשקול את העניין לגופו ולחוות את דעתו על בסיס כל הנתונים הנדרשים.

בענייננו, הוכח כדבעי, כי במסגרת ההתייעצות הטלפונית הועברו לראש הרשות כל הנתונים הרלבנטיים וכי ההתייעצות הייתה מהותית ועניינית והתבססה על כל הנתונים הנדרשים.

16. לבית משפט קמא הוגשה "תרשומת על קיום התייעצות עם ראש הרשות המקומית ככול בקשר להוצאת צו הריסה מינהלי", על פי התרשומת, ביום 22.12.16, ערך יו"ר המשיבה התייעצות טלפונית עם ראש הרשות אודות כוונתו לחתום על צו הריסה מינהלי לפי סעיף 238א לחוק.

בתרשומת מופיעים פרטים מלאים ומדויקים של מיקום המבנה, כולל גוש וחלקה. כן נכתב בה: "הקראתי באזני ראש הרשות הנ"ל את כל האמור בתצהירו של מהנדס הוועדה, הבהרתי לו את מיקום הבניין החורג, את דבר העדרו של היתר בניה וכי הבניה טרם הסתיימה וביקשתי את עמדתו לגבי הוצאת צו הריסה מינהלי לבניין החורג".

בתצהיר אותו קרא יו"ר המשיבה בפני ראש הרשות (נספח 1 לתגובת המשיבה שהוגשה לבית משפט קמא), קיים פירוט מלא ומדויק של המקרקעין, מיקומם וייעודם; מיקום המבנה, תיאורו וכל הפרטים הנדרשים על פי סעיף 238א. (א) (1) עד (3). המקרה דן אף מקיים את כל שלושת המאפיינים העיקריים שנקבעו על ידי השופט מצא (שדעתו - דעת המיעוט, הייתה המחמירה ביותר) בעניין עזבה.

די בפרטים הנ"ל, אשר הועברו לגורם המייעץ, כדי שנאמר כי חובת ההתייעצות מולאה, במלואה ובאופן תקין.

יו"ר המשיבה, מר עציון כוכבי, העיד בפני בית משפט קמא ובמסגרת עדותו אישר את האמור בתרשומת הנ"ל. בית משפט קמא קיבל עדות זו וציין שהיא הייתה כנה ומהימנה וב"כ המערער עצמו אינו חולק על הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי בית משפט קמא, בנוגע לתוכן ההתייעצות, לאחר שהוא נתן אמון בעדותו של מר כוכבי.

לסיום, לא למותר להביא כאן את תשובת ראש הרשות, אשר נכתבה בתרשומת, כדלקמן: "אין התנגדות. רואה חשיבות באכיפה במיוחד ומדובר במתחם לתכנון וכל בנייה במתחמים אלה עלולה לפגוע ביישום".

17. ראוי להוסיף, כי נוכח החשיבות הציבורית הגבוהה, שיש לייחס לאכיפה מהירה ויעילה של דיני התכנון והבניה, בין היתר - באמצעות מניעת יצירת עובדות בשטח על ידי מי שמפר את החוק בריש-גלי, נקבע, כי הריסת מבנים בלתי חוקיים צריכה להיות הכלל והימנעות מהריסה - החריג. ראו, בעניין זה, דברים שנאמרו ברע"פ 2956/13 יעקב דמקני נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב-יפו (31.7.2013), בו אושרו שני צווי הריסה מנהליים, חרף קָשָל שנמצא בניסוחם (שאינו קיים, כלל ועיקר במקרה שבפנינו):

"כידוע, צו הריסה מנהלי, המוצא מכוח סעיף 238א לחוק, הינו אקט מנהלי, ולא אקט 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 (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))."

18. כאמור - אין חולק כי למבנה אין היתר בנייה ובית משפט קמא קבע - ובדין קבע - כי הבנייה טרם הסתיימה וכי בעת הוצאת הצו, המבנה לא היה מאוכלס. משכך - לא הוכח ולו תנאי אחד מאלה הנדרשים בסעיף 238א(ח) לחוק, הקובע: "**לא יבטל בית משפט צו הריסה מינהלי אלא אם הוכח לו שהבנייה שבגללה ניתן הצו בוצעה כדין או שביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת**". המערער גם לא הוכיח כי קיים פגם כלשהו, ובוודאי לא פגם חמור, היורד לשורשו של צו ההריסה המינהלי, שיש בו כדי להביא לבטלותו.

כן ראוי להביא בהקשר זה את דברי כבוד השופט מלצר בע"פ 8915/08 רפאל מדר נ' עיריית נתיבות (3/12/2008), אשר אמר: "... מקרה זה הוא דוגמא לעבריינות בתחום התכנון והבנייה, שפשתה, לצערנו, במחוזותינו. הנה קם אדם, ומקדים מעשה בנייה לכל אישור, או היתר חוקי נדרש (והמערער מודה כי לא פנה כלל בבקשה להיתר בנייה), בהתעלמו כליל מן הכללים והמגבלות שמטילים דיני התכנון והבנייה. לעומת זאת, כאשר קמה הרשות המינהלית ומבקשת לסכל את יוזמתו העבריינית, נוקט הוא שלל הליכים, שמטרתם לשים לאל את פעולת הרשות. בית משפט זה, כמו הערכאות הנכבדות דלמטה, לא ייתן ידו להתנהלות מסוג זה".

דברים אלה יפים גם לענייננו.

19. סופו של דבר -

הערעור נדחה.

בשים לב לחג החנוכה אני מורה כי הצו הארעי לעיכוב ביצוע ההריסה יעמוד בתוקפו עד ליום 2/1/18. ביום 3/1/18 על המערער לבצו את הצו.

הצו השיפוטי האוסר על ביצוע כל עבודה במבנה, שניתן על ידי בהחלטתי שניתנה בסיום הדיון שהתקיים ביום 13/12/17 נותר בתוקפו, ללא מגבלת זמן, אלא אם יהי בידי המערער היתר בנייה.

המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, כ"ו כסלו תשע"ח, 14 דצמבר 2017, בהעדר הצדדים.

