

ת"פ 28386/08/23 - הילה גבע, זהבה ברכה אדירי, עדי אדירי נגד הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו

בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו

עתפ"ב 28386-08-23 גבע ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב
לפני כבוד השופט עמית ציון קאפח
המערערים הילה גבע
זהבה ברכה אדירי
עדי אדירי
על-ידי ב"כ עו"ד אפרים ולדמן

נגד
המשיבה הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו
על-ידי ב"כ עו"ד נעמה בנצקי ועו"ד ענת סגל

פסק דין

ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים מיום 1.8.2023 בב"נ 7516-03-22 **גבע ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה בתל אביב** (כב' השופט בנימין הירשל דורון) במסגרתה נדחתה בקשת המערערים לביטול צו הריסה מנהלי.

רקע עובדתי

1. כבר בפתח פסק הדין יצוין כי עובדות המקרה אינן שנויות במחלוקת ולכן הן יפורטו בקצרה.
 2. המערערים הם הבעלים של הנכס המצוי ברח' יהודה הנשיא מס' 7 הידוע כגוש 7430 חלקה 13 (להלן: "הנכס"). **הנכס מצוי במבנה לשימור**, והוא נרכש על מנת שישמש למגורי הוריהם של המערערים.
 3. החזקה בדירה נמסרה למערערים בחודש יולי 2021 וסמוך לאחר מכן החלו המערערים בעבודות שיפוץ בנכס. עבודות השיפוץ בנכס, לרבות התקנת הסוכך, נשוא צו ההריסה המנהלי, הסתיימו בתחילת חודש נובמבר 2021, והדירה אוכלסה על ידי המערערים ביום 9.11.2021.
- ביום 19.1.2022 ערך המפקח מטעם המחלקה לפיקוח על הבנייה של עיריית תל אביב, מר דוד נימני, ביקורת בנכס. במסגרת דוח הביקורת צוין כי בעקבות איתור תצלום אויר, נערכה ביקורת בנכס ונמצא כי בקומת הגג של המבנה עמוד 1

לשימור: "...בנו סככה/פרגולה ע"י קורות וכיסוי גב מחומרים שונים, סככה/פרגולה אשר מעוגנת לקירות המבנה לפי איתור תצלום אויר מספר 21-12-12-136 בתאריך 6/10/21 נראית קומת הגג לפני הבניה ובתאריך 12/12/21 נראית בנייה חדשה בקומת הגג".

בהמשך לדוח הביקורת, ביום 26.1.2022 הוצא צו הריסה המנהלי, כהגדרתו המורה על הריסתה וסילוקה של העבודה האסורה בדמות הסככה/פרגולה שנבנתה בקומת הגג של המבנה. צו ההריסה המנהלי הוצא בהתאם לסעיף 221(ב) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבנייה").

ביום 3.3.2022 הגישו המערערים לבית המשפט קמא בקשה לביטול צו ההריסה המנהלי. בין היתר נטען על ידי המערערים כי לא התקיימו התנאים הקבועים בסעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה למתן צו ההריסה המנהלי משום שהצו ניתן 30 יום לאחר אכלוס דירת המגורים. כמו כן נטען כי נפל פגם חמור במתן צו ההריסה המנהלי שכן לא קוימה חובת ההתייעצות בהתאם לסעיף 225 לחוק התכנון והבנייה.

ביום 21.2.2023 התקיים דיון בבקשת המערערים. ביום 1.8.2023 נתנה החלטת בית המשפט קמא במסגרתה דחה את בקשתם לביטול הצו המנהלי.

על החלטה זו כאמור הוגש הערעור שבפניי.

עיקרי החלטת בית משפט קמא

4. בית המשפט קמא בחן במסגרת החלטתו האם התקיימו בעניינו העילות הקבועות בסעיף 229 לחוק התכנון והבנייה אשר מכוחן מוסמך בית המשפט להורות על ביטול צו הריסה מנהלי. באשר לשאלה האם הבנייה נעשתה כדין, קבע בית המשפט קמא כי המדובר בבנייה אסורה. המדובר בנכס אשר מצוי בבניין לשימור ומכאן שלא חלות עליו תקנות התכנון והבנייה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), תשע"ד-2014 (להלן: "תקנות הפטור").

5. כמו כן דחה בית המשפט קמא את טענת המערערים כי המדובר בבנייה אשר מחויבת המציאות נוכח תנאי מזג האוויר. לעניין זה קבע בית המשפט קמא כי המערערים היו מודעים לקושי האמור ואין בו כדי ליצור פטור מהצורך בהיתר בנייה. כמו כן הוכח כי המדובר בבנייה משמעותית, ששטחה 6*3 מ"ר, והיא בולטת מקיר המבנה יותר משני מטרים. סעיף 11(א)(1) לתקנות הפטור קובע שגגון או סוכך לא יבלטו מקיר המבנה יותר משני מטרים. **מכאן, שגם אם לא היה מדובר במבנה בשימור, לא היה ניתן לראות בבנייה האמורה כחוסה תחת תקנות הפטור.**

6. באשר לשאלה האם התקיימו התנאים המקדימים למתן צו ההריסה המנהלי קבע בית המשפט קמא כי המדובר בבניה במרפסת בית, כאשר ברור כי איש אינו מתגורר תחת סככה זו. ההגבלה אשר קיימת

בחוק התכנון והבנייה לעניין הוצאת צו תוך 30 ימים ממועד סיום הבנייה, כאשר מדובר בנכס מאוכלס נועדה למנוע מצב שבו אדם יוותר חלילה ללא קורת גג. אין זה המצב בעניינו. לעניין זה הפנה בית המשפט קמא לפסק הדין אשר ניתן על ידי בעמפ"ק 57109-06-20 **בן ארצי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ת"א** (פורסם בנבו, 11.8.2020) (להלן: "**פס"ד בן ארצי**").

7. באשר לאי קיום חובת ההיוועצות מצא בית המשפט קמא כי דין טענה זו להידחות. לעניין זה נקבע כי לא נמצא פגם באופן שבו מבוצע ההליך כפי שהוצג בפני בית המשפט קמא. במסגרת החלטתו סקר בית המשפט קמא את האופן שבו נערכה ההיוועצות תוך שהוא קובע כי לא נפל בה פגם. בנוסף ציין כי היוועצות יכולה להיערך **גם בכתב**. בעניינו, המבנה נשוא הצו היה מוגדר היטב במסמכי הצו, הצדדים היו מודעים היטב לכך שחוות הדעת של התובע המוסמך ניתנה במסגרת ההיוועצות. מכאן שמסקנתו של בית המשפט קמא הייתה כי לא הוצגה תשתית ראייתית כלשהי המצדיקה התייחסות של ממש לטענה בדבר קיומו של פגם חמור המצדיק את ביטול צו ההריסה המנהלי.

עיקרי טענות המערערים בהודעת הערעור ובדין

8. לטענת המערערים יש מקום להורות על קבלת הערעור וזאת משני טעמים. **הראשון**, היעדר חוקיות צו ההריסה המנהלי. **השני**, אי קיום חובת ההיוועצות לפי סעיף 225 לחוק התכנון והבנייה.

9. **לעניין היעדר חוקיות צו ההריסה המנהלי**, לטענת המערערים שגה בית המשפט קמא עת דחה את טענת המערערים בדבר אי חוקיות צו ההריסה המנהלי. סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה קובע כי ניתן להוציא צו הריסה מנהלי לגבי **בית מגורים** בתנאי שלא חלפו 6 חודשים מהיום שבו הסתיימה העבודה אם בית המגורים **אינו מאוכלס**. או שלא חלפו יותר מ-30 ימים מהיום שבו **אוכלס**.

10. בעניינו המדובר בדירת מגורים אשר אוכלסה ביום 9.11.2021. מכאן, שלפי סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה ניתן היה להוציא את צו ההריסה המנהלי לא יאוחר מיום 9.12.21. ואילו צו ההריסה המנהלי ניתן ביום 26.1.2022.

11. לטענת המערערים שגה בית המשפט קמא עת הסתמך בהכרעתו על פס"ד בן ארצי וקבע כי מדובר במרפסת שאינה משמשת למגורים. **ראשית**, אין בהנמקה שנתנה בפס"ד בן ארצי כדי לחייב את בית המשפט קמא וכן לא את בית המשפט של הערעור. **שנית**, הטענה כי מרפסת אינה מיועדת לצרכי מגורים אינה מתיישבת עם ההיגיון הבריא. מרפסת דירה היא חלק בלתי נפרד מהדירה והיא משמשת למגורים בדיוק כמו תא שירותים או חדר אמבטיה.

12. לטענת המערערים הפרשנות שניתנה בפס"ד בן ארצי לסעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה אינה משקפת את תכליתו האמיתית של הסעיף.

13. **לעניין אי קיום חובת ההיוועצות כאמור בסעיף 225 לחוק התכנון והבנייה**, טענו המערערים כי סעיף 225 לחוק התכנון והבנייה קובע כי לא יינתן צו הריסה מנהלי אלא לאחר שקוימה היוועצות בין התובע לבין מהנדס ועדה מקומית או מהנדס רשות מקומית וכי על ההיוועצות להיות מתועדת בכתב.

14. מתיעוד שהגישה המשיבה לבית המשפט קמא, עולה כי לא נערכה בעניינו כל התייעצות ובוודאי שלא התייעצות כדין. כך, ביום 25.1.22 בשעה 12:31 נשלח אל **תובעת הועדה**, עו"ד הניה שכטמן, הודעת דוא"ל מאת מר דוד נמני, **מפקח במחלקה לפיקוח על הבניה**, אשר ביקר במקום ותיעד את העבודה נשוא הצו. כל תוכנה של ההודעה הוא: "צו מנהלי 20221065 הועבר להתייעצות". באותו יום, 25.1.22, בשעה 16:49 נשלחה על ידי עו"ד שטכמן הודעה בדוא"ל למר דוד נמני שבה צוין כי "אישרתי את הוצאת צו ההריסה המנהלי על הסככה בקומת הגג של הבניין".

15. אין באמור לעיל כדי לענות על דרישת ההיוועצות הקבועה בדיון. לטענת המערערים התובעת אישרה את מתן צו ההריסה המנהלי תוך שעות בודדות ומבלי שנועצה עם כל גורם שהוא.

דיון והכרעה

16. **לאחר הדיון ביום 12.9.23 הודעתי על דחיית הערעור אף ללא קבלת תגובה.**

בראש הדברים, יש לציין כי הקמת הסככה כמתואר, ובהיות הבניין "בניין לשימור" (וגם אם לאו כמפורט לעיל), הצריכה היתר.

לזו טענות ב"כ המערערות בא לידי ביטוי בשניים: אין לערוך הפרדה מלאכותית בין הסככה לבין דירת המגורים, ומשכך, משחלפו 30 יום, לא ניתן להוציא צו הריסה מנהלי. עוד הוסיף ההשגות על אופן חובת ההיוועצות.

17. כלל הוא כי אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, זאת לאור יתרונה של הערכאה הדיונית אשר התרשמה ישירות מהעדים שהובאו לפניה. לכלל האמור קיימים שני חריגים. החריג הראשון הוא במקרים שבהם לערכאה הדיונית אין יתרון על ערכאת הערעור. החריג השני הוא כאשר קיימת טעות של ממש באופן שבו הערכאה הדיונית העריכה את הראיות אשר עמדו בפניה. ולענין זה ר' דבריו של כב' השופט כבוב בעניין ע"פ 2050/21 **סלימאן אלהואשלה נ' מדינת ישראל** (פורסם בבנו, 16.5.2023):

כלל הוא, כי אין זו מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית. הטעם העיקרי לכך נעוץ ביתרונה של הערכאה

המבררת כמי ששמעה והתרשמה ישירות מהעדים שהובאו לפנייה (ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 640 (2000); ע"פ 7880/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 63 [פורסם בנבו] (02.08.2022)). יחד עם זאת, כידוע, לכלל זה חריגים, כאשר אלה ניתן לחלק באופן גס לשתי קטגוריות של מקרים: הראשונה, כאשר מתבטל או מצטמצם באופן משמעותי היתרון שיש לערכאה הדיונית על-פני ערכאת הערעור בקביעת ממצאי עובדה ומהימנות. הדוגמאות הפרדיגמטיות לכך, הן כאשר הממצא מתבסס על שיקולים שבהיגיון (ע"פ 7052/06 יגאלי נ' מדינת ישראל, פסקה 22 [פורסם בנבו] (27.04.2009)); או על מסמכים שבכתב, שביחס להתרשמות מאלה אין יתרון לערכאה הדיונית על-פני ערכאת הערעור (ע"פ 2439/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 [פורסם בנבו] (06.06.2012)). השנייה, כאשר נפלה טעות של ממש באופן בו העריכה ערכאת הערעור את הראיות שעמדו לפנייה וקבעה את ממצאיה (ע"פ 6038/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 49 (05.01.2023)).

18. מדובר בערעור אשר הוגש על בקשה לביטול צו הריסה למנהלי. הלכה פסוקה היא כי מתן צו הריסה מנהלי הוא אקט מנהלי ולא עונשי ומכאן שעומדת למשיבה חזקת התקינות המנהלית. על המערערים מוטל הנטל לסתור חזקה זו ולהוכיח קיומו של הפגם שנפל בהתנהלות הרשות המנהלית. ולעניין זה ר' דבריו של כב' השופט אורי שוהם (כתוארו אז) בעניין רע"פ 6032/13 **זמירה שלהבת אהרן נ' יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובנייה טבריה** (פורסם בנבו, 19.1.2014). עוד ר' לעניין זה רע"פ 2956/13 **דמקני נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה תל אביב יפו** (פורסם בנבו, 31.7.2013), רע"פ 2958/13 **סבאח נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 8.5.2013).

19. אשר לטענת המערערים כי יש לראות בסוכך שנבנה על ידם כחלק מדירת המגורים, הרי שדין טענה זו להידחות.

20. סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה חוקק במסגרת חוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 116), התשע"ז-2017 (להלן: "תיקון מס' 116 לחוק התכנון והבנייה").

הסעיף קובע כי:

221(א) ראה מנהל היחידה הארצית לאכיפה, יושב ראש ועדה מקומית או מהנדס הוועדה, על יסוד תצהיר שהגיש לו מפקח כאמור בסעיף קטן (ב), כי בוצעה עבודה אסורה, רשאי הוא לצוות בכתב על הריסת העבודה האסורה (בפרק זה - צו הריסה מינהלי), ובלבד שבמועד הגשת התצהיר לא הסתיימה העבודה האסורה או שלא חלפו יותר משישה חודשים מיום שהסתיימה, ולעניין עבודה אסורה לגבי בית מגורים - בית המגורים לא אוכלס או שלא חלפו יותר מ-30 ימים מהיום שאוכלס; צו הריסה מינהלי יכול שיכלול גם הוראות בדבר

הפסקת שימוש אסור.

במסגרת דברי ההסבר לתיקון מס' 116 לחוק התכנון והבנייה צוין כי:

"עיקר התיקון המוצע עוסק בפרק י' לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה 1965 (להלן - החוק או חוק התכנון והבנייה) אשר עניינו אכיפה ועונשין בתחום עבירות תכנון ובנייה. עבירות על חוק התכנון והבנייה, הן בין העבירות הנפוצות ביותר ומבוצעות בידי כל מגזרי האוכלוסייה ובכל שכבותיה. בתי המשפט התבטאו לא פעם כי מדובר ב'מכת מדינה' שישי להילחם בה ולמגר אותה...בנוסף מבקשת הצעת החוק לעדכן ולייעל את הכלים המאפשרים סילוק של הבנייה הבלתי חוקית והפסקת השימושים האסורים, הן בדרך של טיוב הליך הוצאת צווים מנהליים ושיפוטיים והן בדרך של הענקת סמכויות לרשויות האכיפה לבצע צווים בעצמן והן בדרך של צמצום האפשרות להותיר על כנה בנייה בלי חוקית ושימושים אסורים למשך פרקי זמן ארוכים..."

21. באשר לפרשנות סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה, הרי שלא מצאתי לנכון לקבל את טענת המערערים. תיקון מס' 116 לחוק התכנון והבנייה נועד להתמודד עם אירועים של בנייה בלתי חוקית ומתן כלים להגברת האכיפה וההרתעה לעניין זה. לצד התכלית האמורה, ביקש המחוקק לתת הגנה במקרים של "עבודה אסורה בבית מגורים". שתי התכליות האמורות אשר עומדות בבסיס סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה מובילות לכדי מסקנה כי ההגנה שנתנה במקרה של "בית מגורים" נועדה למנוע מצב שבו **אנשים יותרו ללא קורת גג.**

22. דברים אלו אף עולים מפרוטוקול ישיבה מס' 368 של ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-20 (מיום 1.3.2017):

" ח"כ עבדאללה אבו מערוף (הרשימה המשותפת):

אז שיהיה כתוב: בעניין שימוש אסור בבית מגורים. מה זה שימוש אסור בבית מגורים? הוא רוצה לחיות, אין לו קורת גג ויורד גשם וקר בחוץ והוא רוצה לשבת"

23. ההגנה אשר נקבעה לעניין דירת מגורים במסגרת סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה נועדה להבטיח קיומה של קורת גג. אין מקום לקבל את פרשנות המערערים כי הבנייה שנעשתה על ידם מהווה חלק בלתי נפרד מדירת המגורים ולכן היא זוכה להגנה הקבוע בסעיף 221(א). קבלת פרשנות זו יהיה בה כדי לעקר מתוכן את הוראות סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה והלכה למעשה ליצור מצב שבו כל בנייה שתיעשה ללא היתר, תהיה מוגנת מפני צו הריסה מנהלי רק משום שהיא מהווה "חלק בלתי נפרד מדירת המגורים". ברור שזאת לא הייתה כוונת המחוקק.

24. לעניין זה ר' דבריו של כב' השופט אלרון בעניין רע"פ 4808/22 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה גליל עליון נ' דביר דרי (להלן: "פס"ד דביר דרי") (פורסם בנבו, 25.7.2023) [שם בפסקאות 19-21]:

התנאים והמגבלות למתן צו הפסקת שימוש משקפים איזון בין מגוון שיקולים. בולט ורלוונטי במיוחד הוא האיזון שהמחוקק עיצב בין מתן כלי מינהלי יעיל בידי הרשויות המוסמכות - לבין הפגיעה האפשרית בזכויות המתגוררים באותו במבנה מושא הצו. למעשה, כחוט השני עוברת בחוק התכנון והבנייה כוונת המחוקק לספק הגנה מוגברת למי שייתכן שבשל צו מינהלי יאבד את מקום מגוריו. כך, בסעיף 221(א) לחוק - שבו מדובר בתנאים להוצאת צו הריסה מנהלי; בסעיף 223(א) לחוק - שעניינו הריסת עבודה אסורה נוספת; ובסעיפים רבים נוספים הקובעים הבחנה בין שימוש למגורים, לשימושים אחרים (בין היתר, סעיפים 242 ו-243(ו) לחוק). כך גם בסעיף 219(ב)(2) לחוק - הוא הנדון בעניינו. מכלל סעיפים אלו עולה במובהק כי המחוקק ראה צורך לנהוג ביתר זהירות, ממספר בחינות, ביחס לשימוש למגורים, וביתר שאת כאשר מכוחו של צו מינהלי אדם עלול להיותר ללא קורת גג.

מלבד העובדה שכך עולה מלשון סעיפי החוק האמורים ומלבד העובדה שכך מחייב השכל הישר - כך עולה גם מהדברים שנאמרו בוועדת הפנים והגנת הסביבה שדנה בהוראות תיקון 116 לחוק. ניכר, כי חברי הכנסת סברו שראוי להציב דרישות מחמירות יותר למתן צו מינהלי מקום בו משמעותו היא פינוי מבית מגורים (פרוטוקול ישיבה 368 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20, 56-55 (1.3.2017)). עוד עולה, כי מטרתם הייתה להגן על "צורכי מגורים" ולא על בתי מגורים (שם, בעמודים 64-65). בשלב מסוים, נציג משרד המשפטים אף הבהיר שהמקרה שעמד לנגד עיניהם הוא כזה שבו אדם מתגורר במבנה שהוא אינו למגורים, ועל כן יש לפנותו תוך 30 ימים (שם, בעמוד 64).

מן העבר השני - לא ניתן לאתר טעם הגיוני בבסיס קביעה שלפיה מקום בו נעשה שימוש אסור בין כתליו של בית מגורים, אותו שימוש אסור, יהא אשר יהא, יזכה להגנה מסוימת על פני שימושים אסורים במבנים אחרים" (הדגשה לא במקור-צ.ק).

25. אומנם עניינו של פס"ד דביר דרי הוא לעניין פרשנות סעיף 219 לחוק התכנון והבנייה אשר עניינו "צו מנהלי להפסקת השימוש", אולם ניתן להקיש מן האמור גם במקרה זה בשאלת פרשנות סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה לעניין צו הריסה מנהלי.

26. לעניין פרשנות סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה ר' בצה"מ (י-ם) 10368-08-22 חליל עלקם נ'

היחידה הארצית לאכיפה דיני תכנון ובנייה (פורסם בנבו, 7.12.2022):

הנה כי כן, בבסיס הגבלת האפשרות להוצאת צו מינהלי ביחס ל"בית מגורים" לתקופה של 30 יום מאז האכלוס לכל היותר, עמד לעיני המחוקק מעון מובהק המשמש למגורים, שם "מתגוררים" על כל המשמעויות הכרוכות במגורים- לינה, רחצה, אכילה, אירוח וכיוצב', להבדיל מ"קורת גג" ארעית.

באשר לתכלית האובייקטיבית, סעיף 221(א) לחוק נועד להעניק הגנה למתגוררים בדירה "לבל יושלכו לרחוב בצעד מנהלי לאחר שחלפו 30 יום ממועד אכלוס הדירה" (ראה: עפמ"ק (ת"א) 57109-06-20 בן ארצי נ' הועדה המקומית לתו"ב ת"א [פורסם ב"נבו"], 11.8.20).

כמו כן ר' בב"נ (ת"א) 52192-03-21 ברוך מירום נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה תל אביב (פורסם בנבו, 2.1.2022):

טענת ב"כ המבקשים לפיה המשיב מנוע מלהוציא צו הריסה מנהלי לפי סעיף 221 לחוק, מהטעם שמדובר בבית מגורים ושחלפו יותר משלושים יום מהיום שאוכלס- נדחתה בפסיקה.

מטרת הסעיף היא למנוע מצב בו מוצא צו הריסה מנהלי לנכס שנבנה שלא כדין, אשר בו מתגורר אדם. המחוקק מצמצם את סמכות המשיב בהוצאת צווים העלולים להוביל את המשתמש בבנייה האסורה, להפוך לחסר קורת גג.

לא זה המצב בענינו. מדובר ברכיב בנייה חיצוני לדירת המגורים, אשר ברור שהריסתו לא תגרום לאיש להפוך למחוסר קורת גג. לפיכך לעניין בנייה זו אין לדרוש מהמשיב שהצו יוצא תוך 30 ימים מעת שאוכלס המבנה. לעניין זה ראה עפמ"ק 57109-06-20 גליה בן ארצי נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה תל אביב, בו הובהר שבניית סככה במרפסת דירת מגורים, אינה משמשת למגורים, ולפיכך שאלת מועד האיכלוס אינה רלבנטית.

כמו כן ר' פסק דיני בעניין בן ארצי:

ראשית, יש לסלק מן הדרך את הטענה כי מדובר בדירת מגורים ומשכך חלות על בנייה זו הוראות סעיף 221(א) לחוק. בסוגיה זו מקובלת עליי עמדת בית משפט קמא כי מדובר בסככה שהותקנה במרפסת הדירה, ונועדה לצורך הגנה מפני פגעי מזג האוויר ולא לצורכי מגורים. על כן, שאלת מועד אכלוס הדירה אינה רלוונטית.

המרפסת ככזו אינה מהווה חלק בלתי נפרד מתנאי המגורים של התא המשפחתי.

סעיף 221(א) לחוק נועד להעניק הגנה למתגוררים בדירה לבל יושלכו לרחוב בצעד מנהלי לאחר שחלפו 30 יום ממועד אכלוס הדירה. ברי אפוא כי הבנייה מושא תיק זה אינה קשורה כלל למגורי המערערת ושערה משערות ראשה לא תיפול, למעט הנזק הממוני, אם הבנייה תיהרס.

27. מכאן שדין טענות המערערים לעניין קביעת בית המשפט קמא ביחס לפרשנות סעיף 221(א) לחוק התכנון והבנייה להידחות.

28. באשר לטענה לעניין הפרת חובת ההיוועצות, הרי שגם לעניין זה דין טענת המערערים להידחות. סעיף 225 לחוק התכנון והבנייה קובע כי:

225. (א) לא יינתן צו מינהלי אלא לאחר שנותן הצו התייעץ -
(1) לעניין צו שנותן מנהל היחידה הארצית לאכיפה - עם היועץ המשפטי של היחידה הארצית לאכיפה ועם מתכנן המחוז שבתחומו יינתן הצו;
(2) לעניין צו שנותן יושב ראש ועדה מחוזית או מתכנן מחוז במרחב תכנון כמשמעותו בסעיף 12 - עם תובע המפוקח בידי המחלקה לאכיפת דיני המקרקעין;
(3) לעניין צו שנותן יושב ראש ועדה מקומית, מהנדס ועדה מקומית או מהנדס רשות מקומית המוסמכת לאכיפה - עם תובע מטעם הוועדה המקומית או הרשות המקומית המוסמכת לאכיפה, לפי העניין.
(ב) היוועצות כאמור בסעיף קטן (א) תתועד בכתב.

29. עיון בסעיף 225 לחוק התכנון והבנייה מעלה כי החוק אינו קובע את אופן עריכת ההיוועצות או תוכנה. כמו כן, בשים לב לתכלית העומדת בבסיס תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה, שנועד לייעל את הכלים המאפשרים סילוק של בנייה בלתי חוקית אין מקום לפרשנות מסרבלת לעניין חובת ההיוועצות.

ולעניין זה ר' דבריו של כב' השופט ג'ורג' קרא (כתוארו אז) בעניין רע"פ 8811/18 פריאל ג'עביס נ' היו"ר הועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים (פורסם בנבו, 6.1.2019).

יודגש כי החוק אינו קובע את אופן ההיוועצות או תוכנה, וכי בהתאם למטרת תיקון 116 שהיא "לעדכן ולייעל את הכלים המאפשרים סילוק של הבנייה הבלתי חוקית והפסקת השימושים האסורים" (הצעת חוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 109), ה"ח הממשלה התשע"ו 1074, 1426), פרשנות של סעיף 225 לחוק שיביא לסרבול הליך זה אינה עולה בקנה אחד עם מטרה זו. כמו כן, עובר לתיקון 116, עמד בית משפט זה על כך כי "במקרה פשוט, אם היועץ המשפטי סבור כי אין בעיה משפטית... להוצאת צו הריסה, די שיאמר זאת בכתב, בקיצור ובפשטות, בהסתמך על התצהיר החתום בידי המהנדס" (רע"פ 6034/99 כהן נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פד"י נ"ד(1) 438, 453).

עמוד 9

סבורני כי גם לאחר תיקון 116, במקרה פשוט כגון דא, ובהתחשב בכך שמטרת התצהיר לבסס תשתית עובדתית להתקיימות התנאים להוצאת הצו המינהלי, שינוי זהות החתום על התצהיר, בפני עצמו, אין בו כדי לשנות מהלכה זו.

30. במסגרת הודעת הערעור טענו המערערים, כי כלל לא קוימה חובת ההיוועצות, ובוודאי שלא קוימה כדין שכן הראיה היחידה לקוימה של היוועצות היא חלופת תכתובת דואר אלקטרוני בין תובעת הועדה, עו"ד הניה שכטמן לבין מר דוד נמני, **מפקח במחלקה לפיקוח על הבניה.**

31. דין טענת המערערים להידחות. בית המשפט קמא בחן את אופן ביצוע ההיוועצות, לרבות הגורם עימו בוצע ההיוועצות ומצא כי לא נפל בה כל פגם אשר יש בו כדי להביא לביטול צו ההריסה המנהלי. לא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעה זו של בית המשפט קמא.

32. למעלה מן הצורך אציין כי סעיף 225(ב) לחוק התכנון והבנייה דורש כי תוכן ההיוועצות תתועד בכתב. בנסיבות העניין די בתכתובת הדוא"ל האמורה כדי לענות על דרישת תיעוד ההיוועצות בכתב, זאת גם בשים לב לחזקת התקינות המנהלית העומדת למשיבה.

סעיף 225(ב) דורש כי - "היוועצות כאמור בסעיף קטן (א) תתועד בכתב" אך אינו מפרט מה בדיוק אמור תיעוד שכזה לכלול כמו גם מה תוכן ההיוועצות. בנסיבות בהן חלה חזקת תקינות המעשה המנהלי משמעותה היא כי חזקה שההיוועצות בוצעה כנדרש וממילא כי התובעת מטעם הועדה המקומית - בענייננו ב"כ המשיבה - הבהירה למהנדס המשיבה את השיקולים הרלוונטיים והנדרשים על פי הדין לשם הוצאת הצו. אינני סבור כי כוונת המחוקק היתה לתעד באופן מפורט כל תוכן ההיוועצות בין מהנדס המשיבה לבין התובעת, האמורה אף לייצג את עניינה של המשיבה בבית המשפט אם תועלינה טענות כאלה. סבורני כי לאור חזקת תקינות המעשה המנהלי די בתיעוד עצם קיומה של ההיוועצות על מנת לענות על דרישת סעיף 225(ב) לחוק, כל עוד אין בפי המבקשים טענה מבוססת אחרת בעניין אי קיום חובה זו או כל עוד לא נסתרה החזקה האמורה.

עוד ר' לעניין זה יעקב שקד **בית המשפט לעניינים מנהליים הלכה למעשה** עמ' 203 (מהדורה שנייה, 2019)

"...כעת לאחר תיקון 116, מבהיר סעיף 225(ב) לחוק תכנון ובנייה כי ההיוועצות תתועד בכתב. במקרה מסוים נקבע כי אין חובה לתעד את תוכנה המלא של ההיוועצות..."

33. אין גם להתעלם מן העובדה כי על גבי הצו, עליו חתום אדריכל הלל מלמן, סגן מהנדס העיר, צוין במפורש כי הצו ניתן לאחר שזה "התייעץ עם תובע הוועדה". בשים לב לחזקת התקינות המנהלית על המערערים היה מוטל הנטל להוכיח כי ההיוועצות האמורה לא קוימה. לא הובאה כל ראיה לעניין זה בפני בית המשפט קמא. ר' לעניין זה בצה"מ (קריות) 41595-01-21 **משהור נעאמנה נ' היחידה הארצית לאכיפת דיני התכנון והבנייה** (פורסם בנבו, 16.2.2023).

כמו כן במסגרת הדיון בבית המשפט קמא פירטה ב"כ המשיבה באריכות את הליך ההיוועצות ואיסוף החומרים אשר מובא לעיונה של התובעת טרם ההחלטה בדבר מתן הצו.

למעלה מן הצורך יצוין כי אף אם אכן נערכה היוועצות רק בין מפקח הבניה לבין התובעת, ולא אל מול מהנדס הרשות המקומית עדיין לא היה בכך כדי להביא לבטלותו של הצו. ולעניין זה ר' רע"פ 2956/13 **יעקב דמקני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב -יפו** (פורסם בנבו, 31.7.2013) שם נקבע כי אין בעובדה שסגן היועץ המשפטי, ולא היועץ המשפטי הוא זה אשר אישר את מתן הצו, כדי להביא לבטלותו. אומנם באותו עניין נדונה חובת היוועצות לעניין הוצאת צו הריסה מנהלי בהתאם לסעיף 238א לחוק התכנון והבניה, אשר קדם לתיקון 116 לחוק התכנון והבניה, אולם דברים אלה יפים גם לעניינינו.

34. כללם של דברים- הסככה נבנתה ללא היתר, היא אינה מהווה חלק מדירת המגורים ומשכך לא חלה עליה ההגבלה של מניין 30 הימים. כן לא נמצא פגם בחובת ההיוועצות.

סוף דבר, הערעור נדחה.

לבקשת ב"כ המערערות ועל-מנת ליתן לו שהות לכלכל צעדיו, אני קובע כי צו ההריסה ייכנס לתוקף החל מיום 25.10.23.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לצדדים.

ניתן היום כ"ז אלול תשפ"ג, 13/09/2023 בהעדר הצדדים.

ציון קאפח, שופט עמית