



עפ"א (חיפה) 15473-08-16 - כמאל מרזוק נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה - מחוז צפון

עפ"א (חיפה) 15473-08-16 - כמאל מרזוק נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה - מחוז צפון/מחוזי

חיפה

עפ"א (חיפה) 15473-08-16

כמאל מרזוק

ע"י ב"כ עו"ד שלומי בלומנפלד

נגד

הועדה המחוזית לתכנון ובנייה - מחוז צפון

ע"י ב"כ עו"ד לוטם כפרי

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

[23.10.2016]

כבוד השופטת תמר שרון נתנאל

פסק דין

הערעור

1. לפניי ערעור על החלטת בית משפט השלום בעכו (כבוד השופטת שושנה פיינסוד-כהן) מיום 20.7.16, בבנ"נ 45073-06-16 (להלן: "ההחלטה"), לפיה דחה בימ"ש קמא את בקשת המערער לביטול צו הריסה מנהלי, שהוצא ביום 15.6.16 על ידי יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז צפון (להלן: "צו ההריסה" או "הצו") ואשר הורה על הריסת "הבניין שהוקם על מקרקעין הידועים כ: נ"צ מרכזי: 216902/763645 בגוש 18795 חלקה 8 במרחב תכנון מקומי - גליל מרכזי" (להלן: "הבניין").
כפי שכתוב בו, הוצא הצו בהסתמך, בין היתר, על תצהיר שניתן על ידי ממלא מקום מתכנן המחוז, מר רומן טביקמן (להלן: "מר טביקמן"), לגבי המקרקעין ומצב הבנייה.
2. אין חולק שהמערער הוא אחד הבעלים של המקרקעין האמורים בצו ההריסה (להלן: "המקרקעין") ושהצו הודבק על הבניין ביום הוצאתו. כן אין חולק, כי ייעוד הקרקע הוא חקלאי וכי הבניין נבנה על ידי המערער, ללא היתר. בהחלטה שניתנה על ידי כבוד השופטת ב"ש ביום 11.8.16, עוכב ביצוע צו ההריסה, עד למתן פסק דין בערעור זה. החלטת בימ"ש קמא
3. בהחלטה, דחה בימ"ש קמא את בקשת בא כוחו, דאז, של המערער לזמן לחקירה את יו"ר הוועדה המחוזית, אשר חתם על הצו ואת מר טביקמן (להלן: "העדים") וכן דחה את טענות המערער לפגמים בהוצאת צו ההריסה בקבעו כי מדובר בטענות כלליות, שלא ניתן לקבלן ואשר ספק אם חלקן יכול, בכלל, להביא לביטול צו הריסה מנהלי. עוד קבע בימ"ש קמא, כי על הרשות לא חלה חובה להביא את העדים לדיון ללא דרישה מראש וכי, בהעדר טענה ספציפית נגד האופן בו פעלו העדים, להבדיל מטענות כלליות, אין מקום לזמנם.



בימ"ש קמא ציין כי על פעולות הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז צפון (היא המשיבה בערעור זה, להלן: "הרשות") חלה חזקת התקינות המנהלית וכי בהעדר טענות ספציפיות הרשות איננה חייבת להוכיח כי פעלה כדין בהוצאת הצו המנהלי.

עוד הדגיש ביהמ"ש קמא, כי אין מחלוקת שהבניה, במקרה זה, בוצעה שלא כדין, ללא היתר ועל מקרקעין שייעודם אינו לבנייה וכי נוכח חזקת התקינות וגדר ההתערבות המצומצם של בית המשפט בצווי הריסה מנהליים, יש לדחות את הבקשה לביטול הצו (להלן: "בקשת הביטול").

זימון העדים לחקירה

4. המערער טוען, כי שגה בימ"ש קמא כאשר דחה את הבקשה לזימון העדים לחקירה וכי ראוי להחזיר את הדיון לבימ"ש קמא ולאפשר לו לחקור. לפיכך אתייחס, תחילה, לטענה זו.

הבקשה לזימון העדים הועלתה על ידי ב"כ המערער, לראשונה, בישיבה שנקבעה לשמיעת הבקשה והתקיימה ביום 12.7.16 ולאחר שהמערער נחקר על תצהירו. ב"כ המערער אישר שהוא לא הגיש לבית המשפט כל בקשה בעניין זה, אך טען שהוא שלח בקשה כזו בפקס, אל ב"כ הוועדה, יומיים לפני הדיון.

על הפקס, הנושא תאריך 10.7.16, רשומה השעה 20:13, אולם לדברי ב"כ המערער הפקידה ממשרדו שלחה את הפקס לפני השעה 17:00.

ב"כ המערער טען, בבימ"ש קמא, כי כלל אין צורך לזמן את מי שחתמו על התצהיר ועל הצו וכי עליהם להופיע לדיון, כבעלי דין, גם ללא שזומנו והבהיר, שהוא מבקש לחקור את העדים בנוגע לשיקול הדעת שלהם לעניין הטענה בדבר אכיפה בררנית ולעניין סמכותו של מר טביקמן, בשאלה האם הוא מהנדס רישוי.

בערעור טען ב"כ המערער, שהוא מבקש לחקור את יו"ר הוועדה גם בשאלה איך התקיימה ההיוועצות. ב"כ המערער אישר שטענה זו לא הועלתה בבימ"ש קמא, או בהודעת הערעור, אך טען, כי הוא קיבל את הייצוג לאחר שהוגש הערעור וכי על פי ההלכה הפסוקה, טענות משפטיות ניתן להעלות בערכאת ערעור גם אם מעולם לא נטענו בערכאה דלמטה.

5. ב"כ המשיבה טען שהוא לא ראה כלל את הפקס וטען כי, מכל מקום - הגורמים שאחראים להוצאת הצו אינם צריכים להתייצב לדיון ללא זימון. עוד ציין, כי הבקשה לזימון, אינה כוללת טענות ספציפיות, אלא רק טענות כלליות וכי שאלת שיקול הדעת, עליה מבקש ב"כ המערער לחקור את העדים, איננה בגדר עילות הביטול המצויות בסמכות בית המשפט. עוד טען, כי בבקשה לא הועלו טענות בדבר פגם בעריכת תצהירו של מר טביקמן, למעט הטענה לפיה על התצהיר להיות מידיעתו האישית - טענה המנוגדת להוראות החוק ולפסיקה וכי אין לזמן עדים על מנת לחקורם בטענות חדשות שאינן מופיעות בבקשה.



6. לא היה כל מקום לזמן את העדים לחקירה, לא רק משום כך שלא הוגשה לבית המשפט בקשה לזמנם ולא רק משום שהפקס נשלח לב"כ הרשות פחות מיומיים לפני הדיון ולא נעשתה בדיקה אם התקבל אצלו, אלא משום שלא היה מקום לאפשר חקירה, בנושאים בהם ביקש ב"כ המערער לחקור את העדים.
- טענת המערער בבימ"ש קמא, לפיה המהנדס החותם על התצהיר צריך להיות מהנדס רשוי, מנוגדת לפסיקה. ראו: רע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תל-אביב-יפו נ' רפאל עורקבי (22.3.1994), שם נקבע במפורש, כי המהנדס אשר ניתן להסמך, לפי סעיף 238א(א) לחוק אינו חייב להיות מהנדס רשוי. לפיכך, ממילא לא היה מקום לאפשר לו לחקור בעניין זה. לגבי הטענה בדבר אכיפה בררנית - לא הובאה בבקשה ולו דוגמא ספציפית אחת אשר יש בה כדי לערער את חזקת התקינות המנהלית ולכן, גם בעניין זה לא היה מקום לאפשר זימון העדים. לעניין חובת ההיוועצות - אין מקום לדון בטענה, ממספר נימוקים, אך די בעובדה שהיא הועלתה, לראשונה, בערכאת הערעור, כדי לדחותה. חזקת התקינות המנהלית
7. בדיון בפניי הוסיף בא כוחו הנוכחי של המערער וטען, כי גם אם מבקש הביטול אינו טוען דבר נגד התקינות המנהלית, המסמכים המעידים על חזקת התקינות צריכים להיות מוצגים בפני בית המשפט, בדיון בבקשה לביטול צו הריסה מנהלי, שאחרת לא קמה חזקת התקינות.
- ב"כ הרשות טען, כי אין בסיס לטענה זו וכי על מי שטוען שיש פגם בהליך לפרט את הפגם באופן מלא ולא להסתפק בטענות, שהן בגדר סיסמאות ולדרוש שהמשיבה תגיש את המסמכים כדי להוכיח שהחזקה קיימת.
8. אני דוחה את טענת ב"כ המערער לפיה, לשם הקמתה של חזקת התקינות המנהלית על הרשות להמציא את כל המסמכים המקימים חזקה זו.
- טענתו מנוגדת לדיון וקבלתה תרוקן את החזקה מתוכן ותחתור תחת הטעמים והמטרות העומדות בבסיסה. בין היתר, תטיל חובה כזו על הרשות נטל שאין כל הצדקה להטיל עליה ושאינו ניתן יהיה לעמוד בו, בשל העומס הרב שיוטל על הרשות בשל כך. הדברים הוסברו, בפירוט בע"מ 4072/11 עיריית בת-ים נ' ירדנה לוי (15.11.2012), שם נאמר:



"חזקת התקינות המינהלית קובעת שברגיל ניתן להניח לטובתה של הרשות כי נהגה כדין. חזקה זו היא חזקה פרגמטית. רשויות המינהל אינן יכולות ואינן צריכות, כעניין שבשגרה, להתמודד עם טענות שיחייבו אותן להוכיח כל פעם, ומהתחלה, כי החלטות שהתקבלו בהן ומשמשות בסיס לפעולותיהן אכן התקבלו כדין. כך למשל, כל עוד החזקה לא נסתרה - הרשות פטורה מלהוכיח, שאכן קיומה התייעצות במקום שבו נדרשה הרשות לקיים התייעצות (רע"פ 1088/86 מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי, פ"ד מד(2) 417, 419 (1990) (להלן: עניין מחמוד)); שהחלטה מסוימת מכוחה הרשות מתימרת לפעול אמנם התקבלה (ע"א 6066/97 עיריית תל-אביב-יפו נ' אבן אור פסגת רוממה בע"מ, פ"ד נד(3) 749, 755-756 (2000) (להלן: עניין אבן אור)); או שדיון מסוים אכן התקיים (בג"ץ 5621/96 הרמן נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791, 816 (1997)). [...] במקביל, זוהי חזקה הניתנת לסתירה, על מנת שלא להעמיד את האזרח בפני חומה ביורוקרטית בצורה ולא ניתנת להבקעה. על האזרח המבקש לסתור את החזקה 'לסדוק' בהנחת התקינות, על ידי כך שיציב על בעייתיות לכאורה בפעולתה של הרשות (ראו באופן כללי: יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (1993))."

כן הובהר, כי:

"על מי שמבקש לסתור מוטל הנטל לטעון ולהביא בפני בימ"ש בסיס ראיתי - להוכיח עובדות הסותרות, לכאורה, את החזקה ואין די בטענות כלליות, או בטענות בעלמא. רק משהוצג בסיס ראיתי, מתערערת חזקת התקינות והנטל עובר אל הרשות, להוכיח כי פעלה כדין, היינו, שהיא התבססה על שיקולים ענייניים בלבד, בעלי משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטתה - רע"פ 4385/14 אילות השקעות בנכסים (רחובות מערב) 1992 בע"מ נ' מר ארז אייזנר - מהנדס עיריית כפר סבא (24.6.2014). כן ראו: בש"פ 3607/13 משה הלוי נ' משטרת ישראל מפלג הונאה ת"א (30.6.2013); ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (10.9.2013)". (ההדגשות, כאן ובהמשך, אינן במקור).

9. לא למותר לציין, בהקשר זה, כי העובדות הספציפיות הנוגעות לאזרח, ידועות לו מידיעתו האישית ואת המידע, הנוגע לפעולת הרשות, יכול האזרח לקבל על פי חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. את השאלה אם החזקה נסתרה, לכאורה, יש לבחון על פי הנסיבות של כל מקרה ומקרה - על פי הטענה ועל פי הראיות שהובאו כדי לסתרה, אך הפסיקה קבעה, כי הנטל הראיתי, אשר על האזרח לעמוד בו כדי שנטל הוכחת כשירות הפעולה יעבור אל הרשות, אינו כבד. בענייננו, המערער לא הביא בפני בימ"ש קמא ראיות כלשהן ואף טענותיו היו כלליות ונטענו בעלמא. צדק, אפוא, בימ"ש קמא כאשר קבע, כי לא נסתרה חזקת התקינות המנהלית ונכון עשה כאשר דחה את הבקשה.

חובת ההיוועצות והסמכת מר טביקמן לחתום על התצהיר

10. בדיון שהתקיים בפניי, במהלך תשובתו של ב"כ הרשות לערעור, חזר בו ב"כ המערער מהטענות שהועלו בכתב הערעור, בדבר אי הגשת תגובה בכתב מטעם המדינה בפני בימ"ש קמא; בדבר קיום צורך להוכיח הצדקה במתן צו ההריסה; בדבר אכיפה סלקטיבית, בדבר "גרירת רגליים" בהליך התכנוני ובדבר קיומה של תכנית הנמצאת בהליכים המתקדמים.

11. נותרה, אפוא, לדיון טענה אחת בלבד, אשר הועלתה, לראשונה, בעת הדיון בפניי: נטען, כי מר טביקמן חתם על התצהיר כממלא מקום מתכנן המחוז בוועדה, אולם סמכות זו אינה הולמת את ההסכמה הנדרשת בסעיף 238א(א) לחוק ו"אין שום מקום בחוק שמאפשר שאדם שמוגדר כממלא מקום מתכנן בוועדה המחוזית, רשאי בכלל לחתום על תצהיר כזה".

ב"כ המערער מסכים שטענות זו לא הועלתה בבית משפט קמא, אולם הוא טוען, כי זו טענה משפטית גרידא ולכן הוא רשאי להעלותה בפני ערכאת הערעור על אף שהיא לא הועלתה בבימ"ש קמא. לדבריו, משקלה של הטענה ושיקולי צדק - נוכח המשמעות של הריסת ביתו של אדם, שאין ממנה חזרה, מחייבים לתת למערער את יומו בבית המשפט ולכל הפחות להחזיר את הדיון לבית משפט קמא לשם חקירת יו"ר הוועדה ומר טביקמן.



12. ב"כ הרשות השיב לכך ואמר, כי די בכך שהטענות לא הועלו בפני בימ"ש קמא (ואף לא בהודעת הערעור), כדי לדחות.
- עוד טען ב"כ הרשות, כי הטענה לפיה ממלא המקום לא היה מוסמך לחתום על הצו, איננה טענה משפטית, בלבד, אלא גם עובדתית; בבסיסה מצויה עובדה, שיש לבררה - האם חותם התצהיר אכן הוסמך לחתום עליו וכיצד.
13. מוצאת אני ממש בטענות ב"כ הרשות. שאלת הסמכת מר טביקמן לחתום על התצהיר, היא שאלה מעורבת של עובדה ושל דין ומשלא נטענה בבימ"ש קמא, יש לדחותה על הסף ולאשר את החלטת בית משפט קמא.
14. עם זאת, נוכח כך שבמהלך הדיון הציג ב"כ הרשות כתב מינוי (להלן: "כתב המינוי") לפיו מונה מר טביקמן, לפי סעיפים 8(א)(1) ו-48א' לחוק התכנון והבנייה, כממלא מקום מתכנן מחוז הצפון ונוכח טענת ב"כ המערער כי די בטענה המשפטית, לפיה אין בכתב מינוי זה (ומסמך אחר לא הוצג) כדי להסמיך את מר טביקמן לחתום על תצהיר לפי סעיף 238א(א) לחוק ולכן הצו בטל מעיקרו, אתייחס לשאלה זו, כשאלה משפטית גרידא (במנותק מבירור עובדתי, בדבר הסמכתו של מר טביקמן, אשר כפי שאמרתי לעיל, היה נעשה בבימ"ש קמא, לו הטענה הייתה מועלית בפניו).
- כתב המינוי לא סומן במהלך הדיון ואסמנו כעת, כמוצג מש/1.
15. ב"כ המערער ציין שהוא מוכן לצאת מנקודת הנחה שמדובר בכתב מינוי חוקי וכשר, אך טען כי אין די בו, שכן בשום מקום בחוק לא רשום שמתוקף סמכותו כממלא מקום היה מר טביקמן רשאי לחתום על התצהיר. לטענתו, באין הוראה כזו בחוק, הצו בטל מעיקרו.
- ב"כ המערער טוען, כי כאשר המחוקק ביקש להעניק לממלא מקום סמכות מסוימת, הוא עשה זאת בחוק התכנון והבנייה, במפורש, וכי העובדה שסעיף 238א' לחוק אינו מדבר על ממלא מקום, משמעותה היא, שממלא מקום אינו מוסמך לחתום על התצהיר.
16. ב"כ הרשות טען, מנגד, כי איסור על בעל תפקיד במנהל הציבורי לבצע פעולה מסוימת, צריך שיהיה מפורש בחוק, שהרי לא יעלה על הדעת שמתוך כ-270 סעיפי תכנון ובנייה, ביחס לכל סעיף ייכתב סעיף קטן המבהיר, האם ממלא המקום מוסמך לבצע את הפעולה האמורה בסעיף, אם לאו.
- לדבריו, לא ייתכן שכאשר בעל תפקיד בכיר יוצא, למשל, לחופשה או נמצא בחופשת מחלה, פעולות המנהל ומתן השירות לציבור ייעצרו אך ורק בגלל הטענה לפיה לכל פעולה ספציפית ממלא המקום צריך לקבל הסמכה ספציפית. דיון בשאלת הסמכות
17. סעיף 238א לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק"), קובע את סמכות הרשות המנהלית להוציא צו הריסה. להלן ס"ק (א)-(ב1), 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 שנסיימה 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; היתה 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.
- (ב1)(1) ליושב ראש ועדה מחוזית או למי שהוא הסמיכו לכך יהיו הסמכויות הנתונות ליושב ראש ועדה מקומית ולמתכנ מחוז או למי שהוא הסמיך לכך יהיו הסמכויות הנתונות למהנדס ועדה מקומית לענין מתן צווי הריסה מינהליים בתחום המחוז ובתחום מרחב תכנון מחוזי לפי סעיף 12, בשינויים המחוייבים".
18. מההוראות הנ"ל עולה כי, בראש ובראשונה, מסורה הסמכות ליו"ר הועדה המקומית, כאמור בסעיף 238א(א) לחוק והיא מותנית, בין היתר, בכך שיהיה בידו של יו"ר הועדה המקומית, "תצהיר חתום ביד מהנדס הועדה המקומית או מהנדס הרשות המקומית או מהנדס אחר או אדריכל, שאחד מהם הסמיכו לכך".
- הצו בענייננו הוצא על ידי יו"ר הועדה המחוזית, על פי סמכותו אשר בסעיף 238א(ב1)(1) הקובע, כי סמכויותיו בהוצאת צו הריסה יהיו כסמכויות הנתונות למהנדס ועדה מקומית, בשינויים המחוייבים, המפורטים בסעיף.
19. למעשה - עליו לדון בשתי שאלות;
- האחת - האם, בהנחה שסמכותו של מר טביקמן נשענת על כתב המינוי, ועליו בלבד, היה הוא מוסמך לחתום על התצהיר. השנייה - האם בהנחה שהוא לא היה מוסמך לחתום על התצהיר, האם מביא פגם זה לבטלות המעשה המנהלי, הוא צו ההריסה.
20. לשם בחינת שאלות אלה, יש לפנות אל הסעיפים בחוק התכנון והבנייה, מכוחם נערך כתב המינוי.
- סעיף 8(א)(1) לחוק מקנה לשר האוצר סמכות למנות מתכנ מחוז וסעיף 48א' לחוק, מאפשר לסמכות המְמַנָּה את מתכנ המחוז למנות לו ממלא מקום אחד או יותר.
- להלן נוסח סעיף 48א' לחוק:
- "48א. (א) מי שממנה חבר במוסד תכנון, רשאי למנות לו, בדרך שבה מתמנה אותו חבר, ממלא מקום אחד או יותר, ואולם בישיבת מוסד תכנון ייצג אותו ממלא מקום אחד בלבד.
- (ב) הכשירות הנדרשת מחבר נדרשת גם מממלא מקומו.



(ג) נעדר חבר משיבה פלונית של מוסד תכנון, יהא לממלא מקומו מעמד של חבר לאותה ישיבה.

(ג1) (1) חבר מוסד תכנון שמונה לו ממלא מקום רשאי להטיל עליו למלא, דרך קבע, את מקומו באותו מוסד תכנון, דרך כלל או בוועדה מוועדותיו (בסימן זה - ממלא מקום קבוע); הטיל חבר מוסד התכנון על ממלא מקומו להיות ממלא מקומו הקבוע כאמור, יודיע על כך ליושב ראש מוסד התכנון;

(2) ממלא מקום קבוע שמונה לפי פסקה (1), יראו אותו, לכל דבר ועניין, כאילו היה חבר מוסד התכנון או חבר הוועדה כאמור באותה פסקה, לפי העניין, ובלבד שחבר מוסד התכנון לא הפעיל את סמכויותיו באותו עניין.

21. הנה כי כן, תחילה ממונה ממלא המקום על ידי הסמכות הממנה את מתכנן המחוז ובהמשך מוסמך מתכנן המחוז להטיל על ממלא המקום "למלא, דרך קבע, את מקומו באותו מוסד תכנון, דרך כלל או בוועדה מוועדותיו (בסימן זה - ממלא מקום קבוע)". אוסיף ואומר לענייננו, כי מאחר שהכשירות הנדרשת מממלא המקום היא אותה כשירות הנדרשת מהמתכנן (סעיף 48א(ב)), הרי מכוח חזקת התקינות המנהלית, שלא נסתרה קיימת חזקה לפיה מר טביקמן מונה כדין, היינו - שגם הוא מהנדס (כנדרש בסעיף 238א').

במאמר מוסגר אציין, כי מאחר שהטענה לא הועלתה בבימ"ש קמא ולכן גם לא נערך שם בירור עובדתי, לא ידוע, האם מתכנן המחוז הטיל על מר טביקמן למלא את מקומו, באותו מוסד תכנון, דרך קבע, כפי הסמכות המוקנית לו בסעיף 48א(1)(ג). אציין, כי אם מר טביקמן מונה ממלא מקום קבוע, רואים אותו כאילו הוא חבר מוסד התכנון, ובלבד שחבר מוסד התכנון לא הפעיל את סמכויותיו באותו עניין, כאמור בסעיף 48א(1)(ג) (2).

22. השאלה עד היכן מגיעות סמכויותיו של ממלא המקום (בין אם קבוע ובין אם לאו) וכנגזרת שלה - האם רואים את ממלא המקום כמי שמוסמך לחתום על תצהיר, גם ללא הסמכה ספציפית, כאמור בסעיף 238א(א) לחוק, איננה שאלה קלה.

שאלת סמכויותיו של ממלא מקום, הממונה על פי סעיף 48א' לחוק, זכתה לדיון מעמיק בפסק הדין שניתן על ידי כבוד השופט גרוניס (כתארו אז) בעניין גני מרחביה - ע"מ 5724/08; 5575/08 גני מרחביה בע"מ (בפירוק מרצון) והוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' רינה תרשיש ואח' (1.9.2011) (להלן: "גני מרחביה").

פסק הדין הנ"ל דן במינויים של שני ממלאי מקום (להלן: "ממלאי המקום"), של שני חברי הוועדה המחוזית מחוז ירושלים (להלן: "בעלי התפקיד"). המינוי נעשה לא בשל נבצרותם של בעלי התפקיד [כפי מינוי על פי סעיף 9(ג) לחוק], אלא על פי סעיף 48א' לחוק, המאפשר מינוי ממלא מקום, גם ללא נבצרות בעל התפקיד.

23. בעניין גני מרחביה, לא הייתה מחלוקת על סמכותם של ממלאי המקום למלא את מקומם של בעלי התפקיד בישיבות הוועדות והדיון התמקד בסמכותם לערור בפני המועצה הארצית על החלטה שקיבלה הוועדה המחוזית בדבר דחייתה של תוכנית מיתאר, סמכות המסורה לבעלי התפקיד. זאת - בשל קביעת סעיף 110א(1)א(לחוק), הקובע כי "שלושה חברי הוועדה המחוזית כאחד" רשאים לערור בזכות על החלטה כאמור. נטען, כי סעיף זה מאפשר רק לבעלי התפקיד להגיש את הערר ולא לממלאי המקום.

דעת כבוד השופט גרוניס הייתה, כי סעיף 48א לחוק מהווה הסדר, הממצה את סמכויותיו של ממלא המקום שנתמנה מכוחו וכי אין ממלא המקום מוסמך לערור בפני ועדת הערר.



כבוד השופט גרוניס סקר מספר הוראות חוק המתייחסות לממלאי מקום והגיע למסקנה, כי תפקידו של ממלא מקום נתפש, בדין הכללי, כמי שיכול ליטול את תפקידיו של בעל התפקיד, רק כאשר אותו אדם אינו כשיר או אינו מסוגל למלא את תפקידיו, כגון נבצרות, סיום או הפסקה זמנית של הכהונה, היעדרות מן הארץ ועוד, ולא כמי שבאופן שגרתי מוקנית לו "סמכות מקבילה" לסמכותו של בעל התפקיד, שעה שבעל התפקיד כשיר למלא את תפקידו. לפיכך, ובצינו כי "צידו השני של המטבע, כפי העולה מהוראות החוק השונות, הוא כי ממלא המקום אינו אמור להפעיל את סמכויותיו של נושא המשרה הרלוונטי שעה שהאחרון ממלא או מסוגל למלא את תפקידו", קבע כבוד השופט גרוניס, כי "השאיפה להרמוניה בפרשנות הדין מחייבת הצגת טעמים משכנעים המצדיקים מסקנה פרשנית, הסוטה מן האופן בו מובן תפקידו של ממלא המקום בדין הישראלי".

24. על רקע הנחת יסוד זו, בחן כבוד השופט גרוניס האם מי שנתמנה כממלא מקום, מכוח סעיף 48 לחוק התכנון והבניה, רשאי לערור בפני המועצה הארצית, לפי סעיף 110 לחוק, אף כאשר החבר הרגיל כשיר ומסוגל עקרונית לערור בעצמו והגיע למסקנה, כי ממלא המקום אינו מוסמך לכך. זאת - נוכח הסטייה שיש בכך מן האופן בו נתפש תפקידו של ממלא המקום בדין הכללי ונוכח בחינת ההוראות הספציפיות הנוגעות להגשת הערר והבעיות העלולות להיווצר מפירוש סעיפים 48'א ו- 110 לחוק, כמאפשרים זאת.

הנימוק הראשון אותו ציין כבוד השופט גרוניס הוא, כי לצורך הגשת הערר קצב המחוקק פרק זמן מספיק, של 30 ימים מיום קבלת ההחלטה נשוא הערר. פרק זמן זה, כך קבע כבוד השופט גרוניס, מספיק על מנת שמתכנן המחוז יוכל לערור בעצמו, חרף עומס העבודה המוטל עליו ואף יוכל להספיק להתעדכן בכל פרטי העניין, לשם הגשת הערר ואף להיוועץ עם ממלא מקומו, שנטל חלק בהליך קבלת ההחלטה, על-מנת לשקול אם לערור עליה. כן נדחתה הטענה לפיה תכליתו של סעיף 48 לחוק היא הרחבת מגוון הדעות הנשמעות בדיוני הוועדה המחוזית, כמו גם הטענה כי הגבלת הסמכות תפגע ביעילות הליכי התכנון, אם כי נקבע, כי: "... הצורך ביעילות הליכי התכנון חשוב הוא ויש ליתן לו משקל לא מבוטל בפרשנות הוראותיו השונות של חוק התכנון והבניה" (שם, פסקה 18).

בנוסף, מנה כבוד השופט גרוניס, מספר קשיים מעשיים העלולים להתעורר, מעצם הקניית סמכות הערר לממלא המקום. בהקשר זה ציין טעם אשר, כלשונו: "... מטה את הכף בצורה הברורה ביותר לטובת הפרשנות השוללת מממלא המקום את הסמכות להגיש ערר (כאחד משלושה) והוא, חילוקי דעות העשויים להתגלע בין החבר הרגיל לבין ממלא המקום שלו, או בין ממלאי המקום של אותו חבר, ככל שתוקנה סמכות הערר לכל אחד מהם", קשיים אשר אין להם כל מענה בהוראות חוק התכנון והבניה. כבוד השופט גרוניס עמד, בפירוט על אותם קשיים. אין צורך שאפרטם כאן ואסתפק בכך שאציין, כי קשיים אלה אינם מתעוררים וכלל אינם יכולים להתעורר בענייננו, בו מדובר במתן תצהיר הכולל פרטים עובדתיים פשוטים ולמעשה - "טכניים", בנוגע לבנייה ולמקרקעין עליהם היא בוצעה.

25. כפי שצינתי לעיל, קבע כבוד השופט גרוניס, כי "... הכלל הפרשני השואף להרמוניה במערך החקיקה אינו תכלית הכל. לעתים יהא זה מוצדק לסטות ממנו אם הונחו טעמים משכנעים המצדיקים זאת" (שם, פסקה 15). ארשה לעצמי הרהור נוסף בשאלת משמעות מינוי ממלא מקום על פי סעיף 48'א לחוק וסמכויותיו. זאת - נוכח קיומו של סעיף 4 לחוק, הדין במינוי ממלא מקום עקב נבצרות בעל התפקיד, בעוד שמינוי אדם כממלא מקום על פי סעיף 48'א אינו נעשה בשל נבצרות בעל התפקיד, אלא במקביל לביצוע תפקידו של בעל התפקיד. עובדה זו מאפשרת, אף היא, במקרים שאין טעמים שלא לעשות כן, סטייה מהאופן בו נתפש ממלא המקום בדין הכללי (אפשרות אליה התייחס כבוד השופט גרוניס בעניין גני מרחביה) ומאפשרת לראות בממלא המקום, כמי שמוקנית לו, מכוח המינוי, סמכותו של מתכנן המחוז לחתום על תצהיר לפי סעיף 238'א (א) לחוק.



אינני רואה טעם ענייני, שלא לעשות כן; כאמור לעיל, כשירותו של ממלא המקום, היא כשירותו של מתכנן המחוז - סעיף 48א(ב) לחוק, כך שברי שהוא כשיר ויכול לתת תצהיר, ממש כפי שמתכנן המחוז כשיר לתתו. נוכח הטעמים האמורים לעיל והיעדר פגיעה צפויה כלשהי בתהליך, בתשתית למתן הצו, או בכל עניין לגיטימי אחר, ראוי, במקרה זה, להעדיף את שיקול היעילות, אשר כדברי כבוד השופט גרוניס בעניין גני מרחביה, אשר צוטטו לעיל: "... יש ליתן לו משקל לא מבוטל בפרשנות הוראותיו השונות של חוק התכנון והבניה" (שם, פסקה 18).

26. מעבר לכך - לטעמי, ענייני שונה בתכלית מהשאלה שעמדה בפני ביהמ"ש העליון בעניין גני מרחביה. לא רק שבמקרה, כפי המקרה דנן, לא מתקיימים אותם טעמים שצוינו על ידי כבוד השופט גרוניס ושהביאוהו למסקנה אליה הגיע, שם, אלא שקיימים טעמים המצדיקים מסקנה פרשנית הרואה בממלא המקום, כמי שמוסמך לחתום על תצהיר, כנדרש בסעיף 238א(א) לחוק.

אבהיר את דבריי;

27. נוכח ריבוי עבירות הבניה והיקפן, הצורך להוציא צווי הריסה מנהליים מתעורר לעיתים תכופות. אין זה סוד שהמדינה איננה מתגברת על התופעה של בניה ללא היתר וכי הקושי להרוס מבנים כאלה, לאחר שהבניה הושלמה והמבנים אוכלסו, גדול עשרות מונים מאשר הקושי (הקיים, גם הוא), להרוס מבנה בתחילת בנייתו, בטרם אוכלס או שאוכלס לפני זמן קצר מאד (30 ימים).

הוראות החוק מגבילות מאד את פרק הזמן העומד לרשות המדינה, להוציא צו הריסה מנהלי, כאמור בסעיף 238א' לחוק, ל- 60 ימים מאז הסתיימה הבניה ול- 30 ימים מאז אוכלס המבנה.

מכאן ברי, כי מהנדסי הוועדה המקומית והרשות המקומית, אינם יכולים לעמוד במשימה, של חתימה על כל התצהירים הנדרשים, בנוסף לתפקידיהם הרגילים. אינני מתעלמת מכך, שסעיף 238א' מציע פתרון לבעיה זו והוא - הסמכת מהנדס אחר או אדריכל. זו אמנם "דרך המלך", אך לטעמי, אין בכך כדי לומר, בהכרח, שזו הדרך היחידה ושממלא מקום אינו מוסמך לעשות כן.

בהקשר לכך, יש לשים לב לכך, שההסמכה על פי סעיף 238א(א) יכולה להינתן "למהנדס אחר" או "לאדריכל". דרישת הכשירות, כאן, פחותה מדרישת הכשירות של ממלא המקום (הזהה לזו של מתכנן המחוז, כפי שנדרש בסעיף 48א(ב) לחוק); אין כאן דרישה שהמוסמך יהיה עובד הרשות המקומית ואף אין דרישה שהוא יהיה מהנדס, דווקא ויכול הוא להיות אדריכל. ניתן, אפוא, לראות את סמכות המינוי על פי סעיף 238א(א) כהרחבה של אפשרות מינוי גורמים הרשאים לחתום על התצהיר ולא כאפשרות מינוי הבאה במקום סמכויותיו של ממלא המקום למלא את מקומו של בעל התפקיד, בחתימה על התצהיר.

28. אינני מתעלמת מטענת ב"כ המערער לפיה, שעה שקיימות הוראות ספציפיות בחוק התכנון והבניה הקובעות האצלת סמכות לממלא המקום, הרי מקום בו לא נקבע שניתן להאציל את הסמכות הספציפית, אין ממלא המקום יכול למלא את התפקיד.

אולם, עיון בחוק התכנון והבניה מעלה, שקיימת בו הוראה אחת בלבד הקובעת האצלת סמכות ספציפיות לממלא המקום, היא הוראת סעיף 110א(ג) לחוק, בה דן פסק דין גני מרחביה. הוראת זו מאפשרת ליו"ר הוועדה המחוזית "לאצול את סמכותו לפי סעיף זה לממלא מקומו", כדלקמן:

"110א) על החלטת ועדה מחוזית בדבר אישור תכנית או דחייתה רשאים לערור בפני המועצה הארצית כל אחד מאלה:



(ב) בקשת רשות לערור תוגש ליושב ראש הועדה המחוזית, תוך חמישה עשר ימים מיום שהומצאה לעורר החלטת הועדה המחוזית והוא יתן החלטתו בתוך חמישה עשר ימים.

(ג) יושב ראש הועדה המחוזית רשאי לאצול את סמכותו לפי סעיף זה לממלא מקומו".

דווקא הוראת זו, תומכת בפרשנות שניתנה בעניין גני מרחביה, להוראת סעיף 48א' לחוק, בהתייחס להוראת סעיף 110 לחוק, זאת - נוכח החשיבות שראה ביהמ"ש, שם, בסמכות הספציפית להגשת ערר על החלטת ועדה מחוזית בדבר אישור תכנית או דחייתו ולבעיות העלולות להתעורר מהאצלת סמכויות בעניין זה. לא כך הדבר בעניינו, בו מדובר בתחום אחר ובטעמים אחרים, כמפורט לעיל.

29. לפיכך, סבורה אני שנכון יהיה לקבוע, כי גם ממלא המקום, היינו - מר טביקמן, היה רשאי לחתום על התצהיר. 30. זו העת לדון בשאלה השנייה - בהנחה שמר טביקמן לא היה מוסמך לחתום על התצהיר, האם מביא פגם זה לבטלות צו ההריסה.

בעניין זה אומר, כי גם אם טעיתי בפרשנות החוק וגם אם ללא הסמכה ספציפית, על פי סעיף 238א' לחוק, לא היה מר טביקמן מוסמך לחתום על התצהיר, לא הייתי רואה, בכך בלבד, עילה לביטול צו ההריסה. סבורה אני, כי במקרה כזה ובנסיבות המקרה שבפניי, נכון להפעיל את כלל הבטלות היחסית, אשר עיקרו הוא, כי: "לא כל הפרה מהותית של הדין גוררת אחריה בהכרח בטלות ההחלטה שנתקבלה אגב ההפרה, וראוי להבדיל בין הפגם לבין תוצאותיו" - בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, (1.8.2010).

בבג"ץ 7265/14 מועצה אזורית רמת הנגב נ' שר הפנים (30.12.2015) נקבע, כי עיקרון הבטלות היחסית "... הכה שורשים עמוקים בפסיקה. נקבע כי גם כאשר בפעולות הרשות נפלו פגמים חמורים, לרבות חריגה מסמכות - 'דוקטרינת התוצאה היחסית מאפשרת לבית המשפט להעניק סעד המשקף איזון הולם ומידתי בין מכלול האינטרסים העומדים על כפות המאזניים. לפי דוקטרינה זו, משנפל פגם משפטי במעשה מינהלי, שומה על בית המשפט להביא בחשבון את מכלול נסיבות העניין ובהן מהות הפגם; חומרת הפרת החוק שבה מדובר; חשיבות הזכויות הנפגעות מן ההפרה ומידת הפגיעה בהן; זהותם של הצדדים והתנהלותם; אופן תקיפתו של הפגם (תקיפה ישירה או עקיפה); ואת הנזק שעשוי להיגרם לנוגעים בדבר, לצדדים שלישיים ולציבור בכללותו' (ע"מ 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, [פורסם בנבו] פס' 46 לפסק דינו של השופט פוגלמן (28.12.2014))."

31. אציין, כי לא פעם אישרו בתי המשפט צווי הריסה מנהליים, על אף פגמים שנפלו באופן הוצאת הצווים. כדוגמה לכך, ראו: רע"פ 1660/11 אברהים אבו חאמד נ' מדינת ישראל (24.5.2011), שם - עקב פגמים באופן בו הסמיך יו"ר הוועדה (להלן: "היו"ר") את מר פורטי לחתום במקומו על צווי הריסה מנהליים, בעת שהיו"ר שהה בחופשה, נטען לבטלות צווי הריסה שנחתמו על ידי מר פורטי, שהיה ממלא מקום יושב ראש הוועדה לתכנון ולבנייה מחוז הדרום.

בין היתר נטען, כי היו"ר לא הסמיך את מר פורטי ישירות אלא מסר בעל-פה למתכננת המחוז, כי בהיעדרו מר יחתום פורטי על הצווים. עוד נטען, כי הוא כלל לא התכוון להסמיכו, אלא סבר שמר פורטי יעשה שימוש בסמכות שממילא נתונה לו מתוקף היותו ממלא מקומו של היו"ר.



בימ"ש השלום קיבל את הטענה, אולם ביהמ"ש המחוזי, בערעור שהגישה המדינה, הפך את החלטת בימ"ש השלום וקבע, כי היה מקום להחיל במקרה זה את דוקטרינת הבטלות היחסית, שהרי המבקשים לא העלו טענות ביחס לפגמים שנפלו בצווים עצמם או בכשירותו של מר פורטי.

בקשת רשות שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה, תוך שנקבע, כי השיחה של היו"ר עם מתכנתת המחוז מספיקה לשם הקניית הסמכות למר פורטי, אם כי ראוי שהדבר ייעשה בכתב ובאופן מפורש וברור. מעבר לכך, שם ביהמ"ש העליון דגש על כך, שהמבקשים לא טענו לחוקיות הבנייה ואף לא טענו, כראוי, לפגמים בתוכן הצווים. וכך אמר:

"מעבר לכך, יש ליתן את הדעת לכך שהמבקשים לא טענו בפנינו לחוקיות הבניה או לפגמים שנפלו בתוכן הצווים (אף כי נטען שבאמתחתם טענות רבות בנושא זה - אך אלה, כאמור, לא הובאו לאמיתן; ראו בעניין זה גם את קביעת בית משפט השלום בב"נ 34505-08-10 בעמוד 7 שורה 17 ואת פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעמוד 5). בפרשה אחרת, בה נטען לבטלות הצווים בנימוק שמינוי ממלא מקום יושב ראש הועדה - מר הלר אף כאן - נעשה בחוסר סמכות, נזדמן לי לומר: 'ואף אם היה מקום לאמץ את פרשנות המבקשים, לא היה מקום להורות על בטלות צוי ההריסה. בהקשר זה יש ליתן את הדעת, בין היתר, לנקודות אלה: (1) מדובר בבניה בלתי חוקית, שאין בפנינו טענה העשויה להכשירה, ובתי המשפט הקודמים אישרו את הצווים לגופם; (2) מעבר לשאלת זהותו של הגורם החותם, אין בפנינו טענה לפגם בצווים או בהליך המינהלי שקדם לחתימתם; (3) למעט השאלה העקרונית לגבי אפשרות המינוי כממלא מקום, אין טענה קונקרטית כי מר הלר אינו כשיר או מתאים להפעלת שיקול הדעת המינהלי'" [(רע"פ 9686/10 סלאמי נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה דרום (24.5.2011))]

ראו עוד והשוו: בג"ץ 1336/11 עיד אבו חבאק נ' שר הפנים (11.5.2011).

32. 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 קִשָּׁל שנמצא בניסוחם :

"כידוע, צו הריסה מנהלי, המוצא מכוח סעיף 238 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)).".

וכן:



"... ומכאן להערה השלישית שהיא העיקר. עניינו של צו מספר 394/12 הוא בבניית משטח בטון בשטח של 78 מ"ר, ללא היתר כדון, ואילו צו מספר 396/12 מורה על הריסת קונסטרוקציית מתכת בשטח של 24 מ"ר, אשר נבנתה, גם היא ללא היתר. בית משפט זה עמד על החשיבות שבניהול מאבק יעיל בתופעת הבנייה הבלתי חוקית, אשר הפכה ל"מכת מדינה", וזאת בשל הפגיעה הקשה בסדר הציבורי וביסודות שלטון החוק (רע"פ 3034/13 לוי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (5.5.2013); רע"פ 8496/12 חלפון נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (23.1.2013)). משנקבע, כפי המקרה דנן, כי עסקינן בבנייה בלתי חוקית "על הריסה להיות הכלל והימנעות הימנה - החריג" (רע"פ 6136/12 בן זקן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו], פסקה ט (4.9.2012))."

33. לא למותר להדגיש, כי האמור לעיל יחול, כמובן, במקרים בהם אין מחלוקת אמיתית, על עצם קיומם של התנאים להוצאת הצו המנהלי, המפורטים בסעיף 238א(א).

זה המקרה אשר בפניי;

למעשה - המערער לא חלק על העובדות האמורות בתצהירו של מר טביקמן. עיון בבקשה לביטול צו ההריסה, אשר הוגשה לבית משפט קמא מעלה, כי המערער לא חלק על כך שהוא הבעלים של המקרקעין, שייעודם חקלאי ושהבניין נבנה על ידו, ללא היתר. המערער גם לא טען שבניית הבניין הסתיימה.

המערער אינו כופר, אפוא, בנכונות האמור בתצהיר, היינו - אין הוא כופר בכך ששלושת התנאים האמורים בסעיף 238א(א)(1), (2) ו-(3) התמלאו.

בנסיבות אלה, גם אם נאמר כי נפל פגם בהסמכת מר טביקמן לתת את התצהיר, יש מקום להחיל על ענייננו את דוקטרינת הבטלות היחסית ולקבוע שעל אף פגם זה בתצהיר, צו ההריסה, שניתן על בסיס עובדות אותן המערער אינו מכחיש, תקף. 34. לאור כל האמור לעיל, אני דוחה את הערעור.

צו עיכוב הביצוע מבוטל בזה. ניתן לבצע את צו ההריסה מיד עם קבלת פסק דין זה אצל ב"כ שני הצדדים.

עם זאת, בשל בקשת ב"כ הרשות, כי ככל שיידחה הערעור ייקבע, נוכח חגי תשרי, כי הצו יהא ניתן לביצוע עד יום 30.11.16, על מנת לאפשר למדינה להיערך לביצועו ונוכח המועד בו ניתן פסק דין זה, אני מאריכה את המועד לביצוע צו ההריסה על ידי המדינה עד ליום 31.12.16.

המזכירות תמציא את פסק הדין לב"כ הצדדים ותסגור את התיק.

ניתן היום, כ"א תשרי תשע"ז, 23 אוקטובר 2016, בהעדר הצדדים.