



עפ"א 49261/05/17 - ישראל פורת נגד הועדה המקומית לתכנון ובניה - באר - שבע, אור הטבע דודי השמש וחשמל בע"מ, חי שמש

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"א 49261-05-17 פורת נ' הועדה לתו"ב באר שבע ואח'

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מעוררים
נגד
משיבים
1. הועדה המקומית לתכנון ובניה - באר - שבע ע"י ב"כ
עו"ד עידו דליות
2. אור הטבע דודי השמש וחשמל בע"מ
3. חי שמש (משיבים פורמליים)

פסק דין

הרקע והחלטת בית משפט קמא

1. לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופט צ' פורר) מיום 13.4.17, בה קיבל את בקשת המשיבה לצוות על הריסת גדר ברזל והטיל את מלאכת ההריסה על המשיבה. זאת, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965, כנוסחו לפני תיקון 116.
2. הבקשה לצו להריסת הגדר, שלא במסגרת הליך פלילי, הוגשה במקור נגד משיבים אחרים. לאחר הליכים שונים, צורף המערער להליך ולמעשה היה הוא היחיד שהתנגד למתן צו ההריסה המבוקש.
3. מבחינת המבנה עצמו, המדובר בגדר המקיפה שטח ריק ברח' החלוץ בבאר שבע. על פי הבקשה המקורית מדובר היה ברח' החלוץ 107, אולם אין מחלוקת היום, וכך נקבע בפסק הדין, כי מדובר בשטח של רח' החלוץ 105. עוד יש לציין כי הגדר מורכבת מגדר בטון או אבן עתיקה, אולי אפילו מהתקופה העות'מאנית ומעליה ניצבת גדר הברזל. צו בית המשפט, עליו הוגש הערעור, מתייחס לגדר הברזל בלבד.
4. המשיבה טענה בבית המשפט לעניינים מקומיים כי מדובר במבנה שהוקם בניגוד לחוק, ובאופן המהווה עבירה. נטען עוד כי קיים אינטרס ציבורי להריסת המבנה ולפיכך, התקיימו התנאים הנדרשים להריסת הגדר. השטח היום מוגדר כ"שצ"פ", אף על פי שהאזור מוזנח ואינו מטופח כגן או שטח ציבורי ראוי אחר. לטענת המשיבה, יש כוונה לייעד את השטח למטרה אחרת, במסגרת תכנית חדשה שתחול על האזור. המערער טוען כי הכוונה לייעד את השטח לחנייה עבור עובדי החברה הכלכלית העירונית.



5. מעמדו של המערער עצמו בפרשה זו אינו ברור כל צורכו. המערער גדל בשטח המדובר והוריו, זכרונם לברכה, היו דיירים מוגנים בשטח זה. שטח, אשר שימש בעבר לבית החולים "הדסה", בו עבדו. המערער אינו טוען היום לאינטרס כלכלי אישי מיוחד בשטח, אולם, לאחר שנרשם כמשיב בתיק, ניצל את ההזדמנות כדי להתנגד לפעולה הנראית לו, כאזרח, פסולה. לשיטתו, ראוי לטפח את המקום כשטח ציבורי פתוח הראוי לשמו, ולא להפוך את המקום לחניה של "בעלי אינטרס".
6. טענות המערער בבית המשפט היו כי לא מתקיימים תנאי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו אז, משום שמדובר בבניה הקודמת לחקיקת החוק. כן טען המערער כי אין אינטרס ציבורי לגיטימי המחייב את ההריסה. עוד טען המערער לפגם בהליך, באשר לא ברור מה בדיוק החלק אותו מבקשים להרוס, לא ברור אם מדובר ברח' החלוץ 105 או 107 ואף נטען כי השטח המוקף גדר גדול מאשר נטען בבקשת המשיבה.
7. בית המשפט, בהחלטה מפורטת, זהירה, רגישה ומנומקת היטב, דחה את טענות המערער. בית המשפט סקר את הפסיקה המתייחסת לדרישת ה"אינטרס הציבורי" בביצוע ההריסה, אשר (לפני תיקון 116) לא נבעה מהחוק אלא מן הפסיקה, וקבע כי די בכך שיש תכניות כלשהן ביחס לשטח, כדי להצדיק את ההריסה. בית המשפט קבע כי טענות המערער, לפיהן התכנית המתגבשת אינה ראויה, צריכות להיות מושמעות במסגרת ההליכים לאישור התכנית. אולם, כאשר הגדר אינה מתאימה לתכנית הנוכחית או לתכנית עתידית, והיא בלתי חוקית בעליל, הרי שקיימת הצדקה להריסה.
8. טענת המערער, לפיה לא מתקיים התנאי של בניה כעבירה על "פרק זה", כלשון סעיף 212, משום שמדובר בבניה הקודמת לחוק התכנון והבניה, נדחתה. בית המשפט הפנה לפסיקה לפיה, כאשר מדובר בהוכחת יסוד שלילי של העבירה, הנטל המוטל על המדינה קל. בהקשר זה, קבע בית המשפט שדי בכך שהמדינה הראתה שאין היתר לגדר. הטענה לפיה מדובר בגדר עתיקה, לא הוכחה, אפילו ביחס לגדר הבסיס, בטון או אבן, שעליו לא הוחל הצו בהסכמה. בית המשפט ציין כי בתמונות שהגיש המערער (מש/2-מש/4) משנים 1954-1955, נראית גדר אחרת. ממילא המערער נכשל בניסיונו להוכיח כי הגדר ישנה. מכאן, שבניית הגדר הייתה בעבירה.
9. בית המשפט דחה את טענות המערער לפיהן אין לבצע את הצו, נוכח פגמים בניסוח הבקשה. זאת, לאחר שכל העובדות שהיו מעורפלות הובהרו במהלך הדיון ולפיכך מתברר שאין מדובר בפגם מהותי בהליך.
10. בית המשפט החליט שיש להטיל את מלאכת ההריסה על הרשות, שכן אין למערער זיקה ממשית למקרקעין, מה גם שאפילו הוריו ז"ל, לא החזיקו בכל השטח, אלא רק בחלקו.

טענות הצדדים בערעור

11. במסגרת הערעור טען המערער כי המשיבה לא הצליחה להראות מתי בדיוק נבנתה הגדר. לשיטתו, השינוי האחרון הידוע בבעלות הנכס היה בשנת 1956, ולפיכך יש להניח שהעבירה בוצעה עוד קודם לכן. מכיוון שהחוק נכנס לתוקף רק בשנת 1965, הרי שממילא מדובר במעשה שלא יכול להיות עבירה לפי "פרק זה" בחוק. בהקשר זה נטען בדיון על פה, שאין משמעות לעיקרון הרציפות החוקית ולעובדה כי היו חוקים שעסקו בתכנון ובניה כבר משנות ה-20. שכן, ניסוח החוק אינו מתייחס לעבירה כלשהי, אלא לעבירה לפי



"פרק זה" ומשתמע שאינו חל אלא על עבירה לפי החוק עצמו לאחר שנחקק.

12. עוד נטען כי פרשנותו המקלה של בית המשפט ביחס ל"אינטרס ציבורי" הנדרש כדי לבצע הריסה לפי סעיף 212, עומדת בניגוד לפסיקה. לשיטת המערער, בית המשפט קבע למעשה כי די באי החוקיות של המבנה כדי לבצע את ההריסה, וזאת כאשר ברור מתוך הפסיקה כי "האינטרס הציבורי" כולל אינטרס מוחשי מעבר לעצם העובדה שבוצעה עבירה. בהקשר זה טוען המערער כי התכנון להפוך את השטח לאזור חניה עבור עובדי החברה הכלכלית אינו משקף "אינטרס ציבורי", אלא אינטרס "צר ואנוכי" של "מקורבים למלכות".

13. המערער השיג גם על כך שבית המשפט פסק הוצאות נגדו וטען שלא כך מקובל בהליכים מסוג זה. מכל מקום, לשיטתו, מן הראוי היה להזהיר את המערער כי בית המשפט שוקל הטלת הוצאות גבוהות ולאפשר לו להתמודד עם אפשרות זו ולטעון בעניין.

14. המשיבה בתשובתה ביקשה לדחות את הערעור. הודגש כי חלק מקביעותיו של בית המשפט הן ממצאים שבעובדה שאין בית המשפט שלערעור נוהג להתערב בהם.

15. המשיבה ביקשה לדחות את הטענה לפיה סעיף 212 אינו חל על בניה שבוצעה לפני שנת 1965. המשיבה הזכירה את החקיקה המנדטורית משנת 1921 ומשנת 1936, אשר אסרה בניה ללא היתר ואשר קיימה רצף של איסור, עד כניסתו לתוקף של חוק התכנון והבניה בשנת 1965. לשיטתה, אין לפרש את סעיף 212 באופן דווקני כך שמשתמע שהוא מתייחס לחוק מ-1965 בלבד.

16. המשיבה טענה, כי די בכך שמדובר במבנה העומד על שטח ציבורי כדי להקים אינטרס ציבורי בהריסה. אין מדובר במי שבנה על אדמתו ואינו מפריע לאיש. קיומה של הגדר מונעת אפשרות מהציבור להנות מהשטח באופן חופשי ובכך ממילא מתקיים אינטרס לציבור.

17. לעניין ההוצאות, הדגישה המשיבה שאין המדובר במתדיין רגיל אלא במי ש"משך" את ההליך על פני שנים. זאת, כאשר במשך הזמן התברר שחלק מטענותיו היו ללא יסוד. בין השאר, התבררה כשגיה טענתו לפיה הוא בעל זכויות בחלק מהשטח.

דין

18. לעניין **האינטרס הציבורי**, בית משפט השלום למד אודות טיב שיקול הדעת של בית המשפט מרע"פ 124/01 **ניקר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו 3, 151, 155 (2002). על פי פסק דין זה, די בכך שקיימת "הצדקה" כלשהי להריסה, אינטרס שהוא מעבר לעצם היות המבנה בלתי חוקי. כך, בניה המפריעה בדרך כלשהי לציבור או מפריעה לתכנית עתידית במקום, תקים "אינטרס" מספיק כדי להצדיק את ההריסה. בהקשר זה, מקובלת עלי עמדת המשיבה לפיה עצם קיומה של גדר בשטח ציבורי, באופן המפריע לשימוש חופשי בשטח, הוא אינטרס ציבורי מספיק כדי להביא להריסה. זאת, לטעמי, אפילו אם מדובר בגדר נידחת



באמצע המדבר, ובלבד שמפריעה היא למי שכן מגיע למקום. כל שכן, כאשר מדובר בלב העיר.

19. לענין השטח המגודר בגדר דן, אמנם, אין מדובר בשטח ציבורי מטופח כיאות, אשר עיני הציבור כלות ברצון להגיע לשם. המקום נראה מוזנח, ונראה כי המתחם משמש בעיקר את העסקים הסמוכים. אולם, אין מדובר בבניה בשטח פרטי, הרחוק מעין כל, אשר אינו מפריע לאחרים אלא בעצם אי החוקיות בבניה. מדובר בשטח אשר בפועל, על פי התמונות, חוסם שטח משמעותי השייך לציבור. אמנם יש פתח, שער בגדר, אך קיום הגדר מעורר רושם כי מדובר בשטח פרטי, ובכך מרתיע מפני שימוש בו. בכך, זכות הציבור לנוע שם בחופשיות נפגעת בעצם קיום הגדר ודי בכך להוות אינטרס ציבורי המצדיק בהחלט את ההריסה.

20. עוד יש לומר, כי אם קיימת כוונה של הרשות לשנות את הייעוד של השטח למטרה כלשהי ותהא זו אפילו למטרה של הקלה טכנית על עובדי העירייה או מי משלוחותיה, הרי שבכך גם כן מתקיים בוודאי "אינטרס ציבורי". זכותה של הרשות, ואפילו חובתה, לדאוג לעובדיה שהם עובדי הציבור. לכן, גם הייעוד החלופי, על פי טענתו של המערער, הוא ייעוד מספיק כדי לקיים אינטרס ציבורי.

21. אכן, שאלה טובה היא אם ראוי להפוך שטח ציבורי פתוח לשטח חניה ייעודי. אולם, שאלה טובה זו צריכה להישאל במסגרת הליכי התכנון ועל ידי הרשויות המוסמכות לכך, כפי שאמר בית משפט השלום בצדק. אם אכן תועלה הצעה קונקרטית כזו, יוכל המערער להביע את עמדתו השלילית ביחס לכך. אולם, דבר אין בין החלטה זו, אודות הייעוד הנכון של השטח, לבין העובדה שהגדר מפריעה לציבור, יהא הייעוד אשר יהא.

22. לשאלת **התחולה בזמן**, היינו תחולת סעיף 212 על בניה שקדמה לה. כאמור, יש ממצא עובדתי של בית המשפט לפיו מדובר בגדר חדשה יחסית, במובן זה שנבנתה בוודאי אחרי 1955, בשילוב עם העובדה כי לא הוצג היתר לגדר כמקימה חזקה כי נבנתה בניגוד לחוק התכנון והבניה. צודק המערער שלא הוכח פוזיטיבית כי הגדר נבנתה לאחר שנת 1965, אולם, משלא הוכחה היפוכו של דבר, נראה כי החזקה שקבע בית המשפט כי הבניה הייתה שלא כדין מקומה עומדת. לכאורה, על המבקש לטעון טענה עובדתית חריגה, לפיה הדין הנוכחי לא חל על הגדר לשכנע כי כך הדבר. בשים לב לכך שאך עשר שנים קודם עוד עמד הגדר על מקומו, חזקה היא כי עדיין היה שם עד המועד בו ידוע ששונה. מצד שני ניתן לטעון כי הצד המבקש את הסעד מבית המשפט עליו הנטל להראות כי התקיימו כל התנאים.

23. מכל מקום, איני סבור שיש צורך בהכרעה עובדתית בעניין זה, מן הטעם שנטען על ידי המשיבה. שכן, אף בנחה שלא ידועה שנת הבניה של הגדר "החדשה", אין בכך כדי להצילה. שכן, איני מוצא ממש בטענתו המשפטית הדווקנית של המערער. טענה, לפיה המחוקק התכוון במילים "נעברה עבירה בבנין לפי פרק זה", בסעיף 212 הישן, דווקא לפרק של החוק "החדש" משנת 1965 ולא לפרקים המקבילים בדברי החקיקה הקודמים, בהם גם כן הייתה זו עבירה לבנות ללא היתר (כגון סעיף 35 לפקודת בנין ערים, 1936). אין הגיון מעשי בפרשנות זו, אשר הייתה הופכת את סעיף 212 ל"אות מתה", למעשה, למשך תקופה משמעותית מיום החקיקה. אמנם, פרשנות זו אינה סותרת מילולית את הוראות המעבר אשר בפרק יב לחוק התכנון והבניה, אך גם אינה מתיישבת עם "הסביבה החקיקתית" אשר עולה מהן. שכן, פרק יב לחוק התכנון והבניה בעליל מנסה ליצור זרימה טבעית, בין הדין הקודם לבין הדין "החדש", תוך קביעת הסדרי המשכיות לכל המוסדות, ההליכים, ההיתרים והתכניות.



24. אין מקום כאן להאריך בהיבטים התיאורטיים של פרשנות תכליתית של דברי חקיקה מסוג זה, ומדוע הפרשנות הנכונה של הביטוי "פרק זה", כולל את הפרק המקביל בחוק הקודם. אסתפק באזכור פסק דין אשר עסק בסוגיה דומה, ונקבע בו שיש להעדיף פרשנות על דרך "הגישה המושגית" על פני פרשנות על דרך "הגישה המוחשית", תוך המרת הנתונים מדבר חקיקה אחד לאחר, וזאת אפילו בהקשר פלילי ממש, ע"פ 163/82 **משה דוד נ' מדינת ישראל** פ"ד לז(1) 622 (1983). אמנם הלכת **דוד** עוסקת בהקשר של תחולה במקום ולא של תחולה בזמן, אך דומני שאין ספק כי הגיונם של דברים נכון גם כאן, בשינויים המחויבים. למעשה, הדברים קל וחומר.

25. לעניין **ההוצאות**, לא מצאתי מקום להתערב בהחלטת בית משפט השלום. אין מדובר בהליך פלילי בו לא מקובל להשית הוצאות אלא במקרים חריגים. המערער אינו צד אמתי לנושאים הנדונים כאן, שהרי לא הוכח שיש לו אינטרס קנייני כלשהו בשטח הנדון. אמנם, המערער צורף להליך שלא ביוזמתו, ואמנם יש לו אינטרס רגשי או נוסטלגי, עקב הרגשות שחש כלפי המקום בו גדל. אולם, המערער ניהל הליכים ממושכים למדי, כמתואר בעמ' 2 להחלטת בית משפט השלום, תוך גרימה של הוצאות לא מעטות לצד השני, בעצם הצורך להתייצב לדיונים רבים ולהגיב לטענותיו. בנסיבות אלה, בשים לב לאופי המנהלי של ההליך, לאחר שנדחו טענות המערער, מן הראוי להשית עליו הוצאות, כמקובל בהליכים אזרחיים.

26. יחד עם זאת, ובשים לב לכך שהמערער חויב בהוצאות גם בשלבי ביניים, ניתן לומר שההוצאות שהושטו עליו בבית משפט השלום נוטות לצד הגבוה. מן הטעם הזה לא יושטו הוצאות נוספות בשלב הערעור, ודי בכך כדי להשיג איזון נכון.

27. טענותיו של המערער, לפיהן **הפגמים בהליך** כפי שהוגש על ידי המשיבה חייבו את ביטול ההליך, קיבלו מענה ראוי בהחלטתו של בית משפט השלום. בדרך כלל אין מוחקים הליך בשל פגמים אם ניתן לתקנם בדרך אחרת. הפגמים שהיו תוקנו, ומתברר כי לא ירדו לשורשו של עניין. לפיכך, אף טענת ערעור זו נדחת.

בשולי הדברים, אבקש להתנצל על העיכוב במתן פסק דין זה. עיכוב, אשר נגרם עקב עומס של תיקים דחופים יותר.

התוצאה היא, אפוא, שהערעור נדחה ללא צו להוצאות.

ההוראה בדבר עיכוב ביצוע צו ההריסה מתבטלת וצו ההריסה חוזר לתוקף.

הצו יבוצע תוך 90 יום מהיום.

המזכירות תעביר עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ט"ז שבט תשע"ח, 01 פברואר 2018, בהעדר הצדדים.

