



ע"פ 68536/03/17 - עיסא קונטאר נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 68536-03-17 קונטאר נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: ב"ש 10278/16
בפני כבוד השופטת חנה מרים לומפ
מערער על ידי עו"ד ג'יאת נאסר עיסא קונטאר
נגד
משיבה על ידי עו"ד אסף שטרן מדינת ישראל

פסק דין

לפניי ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כבוד השופטת סיגל אלבו) מיום 21.2.17 בב"ש 10278/16 (להלן: **בית משפט קמא**) במסגרתה דחה בית משפט קמא את בקשת המערער לביטול צו ההריסה המנהלי שהוציאה המשיבה מיום 2.11.16 (להלן: **ההחלטה**).

רקע

1. ביום 2.11.16 הוציאה המשיבה, בהתאם לסעיף 238א לחוק התכנון והבניה תשכ"ה- 1965 (להלן: **חוק התכנון והבניה**) צו הריסה מנהלי נגד המערער (להלן: **הצו**) למבנה הממוקם בכפר וואלג'ה, בירושלים בנקודת ציון 215600/627153 הצו ניתן כנגד מבנה שתואר כמשטח בטון ותשתית לעמודי יסוד בשטח של כ- 128 מ"ר (להלן: **המבנה**).

2. הצו הודבק על המבנה ביום 7.11.16.

3. ביום 7.11.16, המערער הגיש בקשה לביטול הצו לבית המשפט קמא (להלן **הבקשה**) ובעקבותיה, עוכב ביצוע הצו.

4. ביום 8.1.17 נדונה הבקשה במעמד שני הצדדים. במסגרת הדיון העיד מטעם המשיבה מפקח הבניה מר שמעון בן עמי (להלן **המפקח**), והצדדים הסכימו שהפרוטוקולים והראיות שהוגשו בתיקי ב"ש 3516/16 ו- 3517/16 ישמשו תשתית לסיכומי הצדדים בתיק זה ויהוו חלק מתיק זה. בסיום, בית המשפט קמא הורה למערער להגיש סיכומים מטעמו עד ליום 29.1.17 וסיכומי המשיבה יוגשו עד ליום 8.2.17.

5. ביום 21.2.17, דחה בית המשפט קמא את הבקשה והורה על כניסת הצו לתוקף מיום 20.3.17.



החלטת בית המשפט קמא

6. בית המשפט קמא דן, בהחלטתו המפורטת והמנומקת היטב, בכל הטענות שהעלה המערער ודחה את כל טענות המערער כפי שיפורט להלן.

7. בית המשפט קמא דחה את הטענה לפיה יו"ר הוועדה המחוזית נטל את הסמכות להוצאת צו ההריסה המנהלי מהוועדה המקומית מבלי שהופעל שיקול דעת, וקבע שהוועדה המחוזית הייתה מוסמכת לפעול להוצאת צו ההריסה נשוא ההליך שבכותרת. בית המשפט קמא ציין שלטובת המשיבה עומדת חזקת התקינות המנהלית, ועל כן גם אם לא פורטו במכתב המופנה ליו"ר הוועדה המקומית או במכתבה של נציגת שרת המשפטים, השיקולים שבגינם החליטה יו"ר הוועדה המחוזית להפעיל את סמכותה במקרה זה, הרי שחזקה על המשיבה ששקלה את השיקולים הנוגעים לעניין טרם החליטה ליטול את סמכות הוועדה המקומית ולהמשיך בהליכים להוצאת צו הריסה מנהלי. אכן סמכות יו"ר הוועדה המחוזית ליתן צו הריסה מנהלי היא "סמכות נטילה" שנועדה ליצור מנגנון חלופי יעיל למתן צו הריסה, כאשר יו"ר הוועדה המקומית אינו מפעיל את סמכותו או מתמהמה בהוצאת הצו. אולם משהתקיימו התנאים הקבועים בהוראות החוק על מנת להפעיל את סמכות יו"ר הוועדה המחוזית, הרי שלא נפל פגם בהפעלת הסמכות וטענת המערער שלא נשקלו השיקולים הראויים בעניין זה היא בבחינת השערה בלבד.

8. בית המשפט קמא דחה את טענת המערער לפגם בהודעת הסירוב שניתנה על ידי הוועדה המקומית, כך שהמענה לדרישה נמסר על ידי מר אבי שמואל, הממונה על המחלקה לפיקוח על הבנייה והמשיבה לא המתונה שבעה ימים עד לקבלת הודעת הסירוב מאת יו"ר הוועדה המקומית. בעניין זה נפסק שהחוק לא דורש "סירוב" מן הוועדה המקומית, ומסתפק במסירת דרישה ליו"ר הוועדה המקומית להוציא צו מנהלי בחלוף שבעה ימים. מענה הוועדה המקומית הוא מנגנון יעיל, שנוצר בין רשויות האכיפה כדי שלא יהא צורך להמתין שבעה ימים, דבר המתיישב עם הרציונל שבבסיס ההליך ואין סיבה לדרוש כי המענה יחתם בידי יו"ר הוועדה דווקא ותשובה חתומה בידי גורם בכיר, המרכז את פעולות אכיפת דיני התכנון והבנייה מטעם הוועדה המקומית, מספקת בהחלט. כן נפסק כי התכלית במשלוח מכתב הדרישה לשם נטילת הסמכות היא מתן הזדמנות ליו"ר הוועדה המקומית להוציא צו הריסה מנהלי, טרם ייטול יו"ר הוועדה המחוזית את הסמכות לידיה. לכן תכלית מכתב הדרישה היא מעין "יידוע" ולא לשם קבלת חוות דעת של יו"ר הוועדה המקומית או התייעצות עמו. במקרה זה, לא הוכח כי מר אבי שמואל פעל ללא ידיעת יו"ר הוועדה המקומית, או בניגוד לעמדתו. המפקח, העיד כי למיטב ידיעתו הוסמך מר אבי שמואל להשיב בשם יו"ר הוועדה המקומית, שכן כאשר הגיע לעיריית ירושלים ובידו הדרישה, הופנה אל מר אבי שמואל. סביר יותר, והדבר מתיישב עם חזקת התקינות המנהלית, שמי שמרכז את פעילות האכיפה יפעל בתיאום עם יו"ר הוועדה המקומית, וידע לומר האם בכוונת הוועדה המקומית לנקוט פעולות הריסה מנהליות כנגד נכס מסוים, שהרי בפועל יחידת הפיקוח היא שמלווה את הליך הוצאת הצו לאורכו. בפסיקה נקבע כי תכלית הפנייה לוועדה המקומית היא ליצור תיאום בין שני הגופים בהוצאת הצווים. מכאן שלמערער אין ציפייה לגיטימית כי וועדה מסוימת תוציא את הצו המנהלי. ממילא, זהות הגורם העונה לוועדה המחוזית בשם הוועדה המקומית אינה מקימה פגיעה כלשהי במערער. בעניין מועד תשובת הוועדה המקומית כבר נפסק שאין פגם בכך שהוועדה משיבה לפניית הוועדה המחוזית בטרם חלפו שבעה ימים, כאשר היא יכולה לגבש עמדה בפרק זמנים קצר יותר ולמן הרגע שהודיע יו"ר הוועדה המקומית למשיבה שאין



בכוונתו לפעול להוצאת צו הריסה מנהלי, קמה סמכותה של המשיבה ליתן צו הריסה מנהלי אף טרם חלוף מניין שבעת הימים.

9. בית המשפט קמא דחה את טענות המערער שנפלו פגמים במסגרת ההתייעצויות הנדרשות על פי דין:

ראשית בהקשר להיוועצויות הוועדה המחוזית עם נציגת שר המשפטים- בית המשפט קמא קבע שהוועדה המחוזית ערכה התייעצות עם נציגת שר המשפטים בוועדה המחוזית בשאלה האם ניתן ליטול את הסמכות של הוועדה המקומית להוצאת צו ההריסה המנהלי. כאמור, לטובת המשיבה עומדת חזקת התקינות המנהלי, ועל כן חזקה היא כי ההיוועצות קוימה לגבי כל השיקולים הרלבנטיים לשם הליך הוצאת צו ההריסה המנהלי, לרבות בשאלה האם יש מקום כי הוועדה המחוזית תפעיל את סמכותה במקרה זה. אמנם במכתב יו"ר הוועדה המחוזית אל עו"ד שמרית גולן לא פורטו כל אותם שיקולים, אך לא מוטלת על המשיבה או נציגת שרת המשפטים חובה לפרט במכתבים אלה את כל השיקולים שנשקלו בעניין, וחזקה כי כל השיקולים הרלבנטיים האם להמשיך בהליך הוצאת הצו אכן נשקלו.

שנית, בהקשר להיוועצויות הוועדה המחוזית עם היועץ המשפטי של עיריית ירושלים- בית המשפט קמא בהחלטתו הפנה לרע"פ 3122/08 עאדל אבו סרור נ' מדינת ישראל (להלן **עניין אבו סרור**), שם נבחנה סוגיה זו ונקבע שהחוק לא דורש מיו"ר הוועדה המחוזית להתייעץ עם היועץ המשפטי של הרשות המקומית, ומצא כי המחוקק בחר להסתפק בהיוועצות עם נציג שר המשפטים בוועדה לצורך קיום הליך ההיוועצות.

10. בית המשפט קמא דחה את טענת המערער לקיומה של אכיפה בררנית ואפליה בשני מישורים: האחד, בכפר וואלג'ה עצמו שהאכיפה היא מקרית ולא עקבית והשני הוא ביחס ליישובים אחרים הנמצאים מחוץ לגדר ההפרדה. אשר למישור הראשון, בית המשפט קמא קבע שבכפר וואלג'ה מתבצעת אכיפה של דיני התכנון והבנייה ובבית משפט זה התברר לא מעט בקשות לביטול צווי הריסה מנהליים שהוצאו בנוגע למבנים בכפר וואלג'ה. ביחס לשכונות ירושלמיות אחרות המצויות מעבר לגדר ההפרדה, בית המשפט קמא קבע שנכח העובדה שהמערער לא הוכיח קיומה של אכיפה בררנית ואפליה בינם לבין האזורים האחרים באזור ירושלים, פרט לטענה כללית ובעלמא שאינה מספיקה ועל הטוען להצביע על מניע פסול. בנוסף, אין בעובדה שהדין לא נאכף זמן רב או שהאכיפה הייתה חלקית ביותר, כדי למנוע תיקון זה ועמידה על הוראות הדין. כמו כן, מפרוטוקול הדיון בב"ש 3516/16 שהוגש כראיה בתיק עולה כי המפקח העיד שקיים קושי באכיפת חוקי התכנון והבנייה בשל התלות בסיוע גורמי הביטחון, וכי כל כניסה לשכונות אלה מצריכה אישור וליווי בטחוני. עוד סיפר המפקח כי הוצאו 14 צווי הריסה בכפר קלנדיה שטרם הודבקו ומדברים אלה ניתן ללמוד כי מתבצעות פעולות אכיפה בשכונות נוספות מעבר לגדר ההפרדה, פרט לכפר וואלג'ה, וככל שאלה לא מבוצעות באותה תדירות, הרי שהסיבה לכך היא שיקולים ביטחוניים ומכאן שלא הוכח שהאכיפה בכפר וואלג'ה נעשית ממניעים פסולים. בית המשפט קמא הפנה לרע"פ 3154/11 בו נפסק כי "מרגע שנקבע קיומו של אינטרס ציבורי בהריסת הבנייה הלא חוקית, הנה לשם הוצאת הצו בעניין הקונקרטי, אין משמעות של ממש לשאלה האם יש בנייה בלתי חוקית נוספת אשר נגדה לא ננקטו הליכים".



11. בית המשפט קמא דחה את טענת המערער להזנחה והיעדר שירותים עירוניים לכפר וואלג'ה מצד עיריית ירושלים פרט לשירותי הריסה, ועל כן אין מקום לפגוע בזכויות הקניין של תושבי השכונה שנאלצים להקים מבנים ללא היתר. בית משפט קמא ציין בהחלטתו כי כבר נפסק בבית המשפט המחוזי שטענה זו אינה מונעת מרשויות התכנון הוצאת צווי הריסה מנהליים ואינה מצדיקה לאשר בנייה לא חוקית.

טענות המערער

12. בהודעת הערעור, שב וחזר ב"כ המערער על החלק הארי של הטענות שהועלו על ידו בבית משפט קמא. ב"כ המערער עתר כי ערכאת הערעור תורה על ביטול צווי ההריסה, בעיקר בשל פגמים מהותיים בהפעלת הסמכות בהתאם לסעיף 238א לחוק התכנון והבניה ובשל אכיפה בררנית.

13. המערער טען להגנה מן הצדק, בשל אכיפה בררנית בשכונת וואלג'ה אל מול שכונות אחרות שמצויות מחוץ לגדר ההפרדה בצד הפלסטיני של הגדר, למרות שהבנייה שם גואה ומבוצעת בהיקפים גדולים יותר. לטענתו, אין כל שיקול ענייני שעמד ביסוד החלטות המשיבה בנוגע לצו ההריסה דן כפי שהוכח בבית משפט קמא, ובית משפט קמא לטענתו בחר להתעלם מטענה זו. לדידו, בענייננו הונחה תשתית ראייתית, אף מעבר לראשונית, כדי להראות שהוצאת צווי ההריסה בענייננו של המערער, מהווה אכיפה סלקטיבית ושרירותית, ללא כל קריטריונים או מדיניות כלשהי. עדויות המפקח מטעם המשיבה, הוכיחו באופן שאינו יכול להשתמע לשני פנים, שמדובר באכיפה בררנית.

14. טענה נוספת שעלתה היא, שהמשיבה התעלמה לחלוטין מכל חובה שהיא לתושבי כפר וואלג'ה מלבד שירותי הריסת בתים. המערער הביע מורת רוח מכך שכפי שלא אוכפים את חוקי התכנון לגבי מקרי בנייה אחרים בשכונות ערביות המצויות בצד הפלסטיני של הגדר, הרי אין כל סיבה לנקוט כלפי שכונת וואלג'ה מדיניות שונה, אחרת הדבר הוא בגדר הפליה חמורה בינם לבין תושבי אותן שכונות.

15. לטענת המערער עוד שגה בית המשפט קמא בהתבססו על החלטה לא מעודכנת של בית המשפט העליון ברשות הערעור בע"פ 49732-09-12 בעניין טענת ההזנחה והיעדר שירותים עירוניים ובסוברו בטעות שרשות הערעור נדחתה, שעה שבסוף בית המשפט העליון החליט להחזיר את הדיון לבית המשפט לעניינים מקומיים תחת החלטה קודמת שלו.

16. בהתאם להחלטת המועצה הארצית היה על הוועדה המחוזית לקיים דיון מחודש בתוכנית כפר וואלג'ה החל משנת 2013, אולם הוועדה המחוזית לא קיימה כל דיון כאמור, תוך הפרה חמורה של החלטה ומנגד פועלת ללא הרף כדי להרוס את הבתים בכפר וואלג'ה. מכאן לטענתו עולה כי מדובר בהתנהגות הנגועה בחוסר הגינות ותום לב.

17. המערער טען כי בית המשפט קמא שגה כאשר דחה את הטענה שנפל פגם בהליך היועצות המערער עם



נציגת שרת המשפטים בוועדה.

18. בדיון לפניי חזר ב"כ המערער על טענותיו בהודעת הערעור, ומיקד את דבריו בהתנהלותה של המשיבה, אשר לטענתו מובילה לכך שאנשים נורמטיביים יעברו על החוק, שכן מזה 50 שנה לא מקודמות תכניות בנייה במקום. לחילופין ביקש כי בית המשפט ייתן ארכה ממושכת לביצוע הצו, על מנת שהמערער יוכל למצות הליכים מנהליים לצורך קידומן של תכניות בנייה בשכונה והסדרת מעמדו של המערער.

19. המערער מסר בדיון כי הוא אב ל-4 ילדים אשר בנה קורת גג לו ולילדיו בגודל 55 מ"ר, וציין כי אם המבנה ייהרס, לא יהיה לו לאן ללכת.

20. לפיכך, ביקש המערער להורות על ביטול הצו.

טענות המשיבה

21. ב"כ המשיבה חזר על טענותיו לפני בית המשפט קמא וביקש לדחות את הערעור, על כל רכיביו וסמך ידיו על החלטתו של בית המשפט קמא שאין לבטל את צו ההריסה המנהלי. ב"כ המשיבה הוסיף, כי קבלת טענותיו של ב"כ המערער תוביל לכאוס תכנוני, שכן מקום שאין תכניות בנייה, כל אדם יוכל לבנות היכן שהוא רוצה, ובכל גודל שיחפוץ, ועל כן בית משפט לא ייתן ידו ליצירת מציאות כזו. ככל שהמערער סבור כי נפל פגם בהתנהלות הרשות, עליו לנהוג על פי חוק באמצעות הגשת עררים, עתירות מנהליות וכל סעד אחר על פי דין, ולא על ידי עשיית דין עצמי.

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית להוצאת צווי הריסה מנהליים

22. לאחר שעיינתי בתיק בית משפט קמא ובחנתי את החלטתו המקיפה והמנומקת היטב, ולאחר ששמעתי את טענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה שלא נפל כל פגם בהחלטת בית המשפט קמא ועל כן דין הערעור להידחות.

23. תכליתו של צו ההריסה המנהלי, היא לאפשר לרשויות להתמודד, במהירות וביעילות עם תופעת הבנייה הבלתי חוקית ומניעת "קביעת עובדות בשטח" נוכח ריבוי עבירות הבנייה והיקפן ללא מעורבות של בית המשפט. הצורך להוציא צווי הריסה מנהליים מתעורר לעיתים תכופות והקושי להרוס מבנים כאלה לאחר שהבנייה הושלמה והמבנים אוכלסו, גדול מאשר הקושי להרוס מבנה בתחילת בנייתו, טרם אוכלס. מכאן, שיש לאכוף צו הריסה מנהלי, במיוחד כאשר נדחתה בקשה לביטולו שהוגשה לבית המשפט קמא, במהירות, בסמוך לאחר שהפך סופי. ראו: רע"פ 8655/13 **מדינת ישראל נ' עמאר חג' יחיא**, (מיום 14.6.15) (להלן **עניין יחיא**), שם נקבע:



"המהירות הנדרשת בביצועו של צו ההריסה המנהלי נובעת בראש ובראשונה מהאינטרס הציבורי המצדיק מלכתחילה את הוצאת הצו - אכיפתם של דיני התכנון והבניה "בזמן אמת" באופן שלא יאפשר עבריינות בניה באמצעות קביעת עובדות בשטח, שאם לא כן ניתן היה להסתפק בהליכים משפטיים רגילים כנגד בניה בלתי חוקית..."

"... משהוצא צו הריסה מנהלי החלטה על ביטולו או על דחיית המועד של ביצועו אינה אמורה להתקבל בנסיבות רגילות. אי-ביצוע של צו הריסה מנהלי או דחייה נמשכת של ביצועו חותרים תחת המטרה שלשמה הוא הוצא - טיפול מהיר בעבריינות בניה - ומעבירים מסר בעייתי בכל הנוגע לאכיפה ולשלטון החוק. ניתן אפוא לומר שההחלטה לעשות כן צריכה להיות מבוססת על טעמים מיוחדים."

24. סעיף 238א לחוק התכנון והבניה קובע את סמכויות יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה ויו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, להוציא צו הריסה מנהלי.

25. סעיף 238א(א) לחוק התכנון והבניה מסמיך את יו"ר הוועדה המקומית לצוות בכתב, על הריסתו של בניין שהוקם, או התחילו להקימו ללא היתר, בסטייה מהיתר או מתוכנית. סעיף זה קובע שהתנאי להוצאת צו הריסה מנהלי על ידי יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה, הוא הגשת תצהיר חתום בידי מהנדס הוועדה המקומית, שמציין כי לפי ידיעתו הוקם המבנה ללא היתר בניה או בחריגה מהיתר בניה, כי לפי ידיעתו לא נסתיימה הקמת המבנה, או שנסתיימה לא יותר משישים ימים לפני הגשת התצהיר, וכי ביום הגשת התצהיר המבנה לא מאוכלס או שהוא מאוכלס תקופה שאינה עולה על שלושים יום. כן מורה סעיף 238א(ב) לחוק התכנון והבניה, כי לא ינתן צו הריסה מנהלי, אלא לאחר התייעצות עם היועץ המשפטי של הוועדה המקומית.

26. סעיף 238א(ב1) לחוק התכנון והבניה, מסדיר אף את האפשרות להוצאת צו הריסה מנהלי על ידי יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה. סעיף זה, תפקידו להסדיר מנגנון חלופי ויעיל למתן צו הריסה בשלב שבניית המבנה עודנה בראשיתה, זאת כאשר יו"ר הוועדה המקומית נמנע, משום מה, לפעול בנדון (ר' רע"פ 3454/97 דע"פ נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה חיפה, פ"ד נג(5) 49, בעמ' 58 ו-69, ע"פ (י-ם) 40166/07 אבו סרור נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, [פורסם בנבו] ניתן ביום 31.12.07). סעיף 238א(ב1)(1) לחוק התכנון והבניה קובע, כי ליו"ר הוועדה המחוזית ולמתכנן המחוז תהיינה הסמכויות הנתונות ליו"ר וועדה מקומית ולמהנדס וועדה מקומית לעניין מתן צווי הריסה מנהליים בתחום המחוז ובתחום מרחב תכנון מחוזי, לפי סעיף 12 לחוק התכנון והבניה.

27. סעיף 238א(ב1)(2) לחוק התכנון והבניה קובע, כי יו"ר הוועדה המחוזית לא ייתן צו הריסה מנהלי, אלא לאחר שהתייעץ עם נציג שר המשפטים בוועדה המחוזית. סעיף 238א(ב1)(3) לחוק התכנון והבניה קובע כי לא יפעיל יו"ר הוועדה המחוזית סמכותו, אלא לאחר שהודיע על כך לשר הפנים, ודרש בכתב מיו"ר הוועדה המקומית ליתן צו הריסה מנהלי לגבי אותה בניה, ויו"ר הוועדה המקומית לא עשה כן תוך שבעה ימים מיום המצאת ההודעה לוועדה.



28. סעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבניה מתייחס לשתי עילות ביטול צו הריסה מנהלי. בבואו של בית המשפט להכריע בבקשות מסוג זה, עליו לבחון קיומה אל אחת משתי עילות אלה: האחת, אם הבנייה "בוצעה כדין" והשנייה, "אם הוכח שביצוע הצו אינו נדרש לשם מניעת עובדה מוגמרת": **"לא יבטל בית המשפט צו הריסה מנהלי אלא אם הוכח לו שהבניה שבגללה ניתן הצו בוצעה כדין או שביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת."** העילה השנייה נבחנת בהתאם לקריטריונים שנקבעו בסעיפים 238א(א)(2) ו-3 לחוק התכנון והבניה. קרי, האם מדובר בבנייה שלא נסתיימה או שנסתיימה מעל ששים יום לפני מועד הגשת התצהיר ליו"ר הוועדה המקומית, או בבנייה שאוכלסה מעל שלושים יום לפני אותו מועד (ר' למשל: רע"פ 9174/08 גבריאלי פרץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב (16.11.08)).

29. בנוסף לשתי עילות הביטול הקבועות בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבניה, נקבעה בפסיקה עילת ביטול נוספת אשר בוחנת האם נפלו פגמים פרוצדוראליים בהליך הוצאתם או במקרים בהם נפלו פגמים בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת כגון: מטרה זרה, היעדר מידתיות, שיקולים זרים, חוסר סבירות או אפליה (רע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב יפו נ' עורקבי, פ"ד מח(2) 397, 404 (1994), רע"פ 8655/13 בעניין יחיא). עם זאת, הודגש כי התערבות זו שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן, על מנת שלא לסכל את התכלית החקיקתית שביסוד סעיף 238א' לחוק, שהיא סיוע באכיפה מהירה ויעילה של דיני התכנון והבניה, מיגור תופעת הבניה הבלתי חוקית וסילוק בנייה בלתי חוקית כדי למנוע קביעות עובדות מוגמרות בשטח (רע"פ 2341/14 קבועה סלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה (פורסם בנבו, 28.05.14)).

30. הלכה היא כי הביקורת השיפוטית על מתן צו הריסה מנהלי היא מצומצמת. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט העליון ברע"פ 2958/13 תייסיר סבאח נ' מדינת ישראל (8.5.2013):

"בהתאם לעילות המנויות בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבניה, יפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית על צווי הריסה מינהליים, באופן מצומצם למדי. העילה הראשונה, דורשת כי יוכח לבית המשפט כי הבניה נעשתה כדין, והעילה השנייה, עניינה בכך, כי ביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת (רע"פ 5285/12 מורחי נ' יו"ר הוועדה לתכנון ובניה תל אביב-יפו [פורסם בנבו] (21.8.2012))."

31. עוד נפסק כי צו הריסה מנהלי הוא אקט מנהלי ולא 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 (ראו רע"פ 6032/13 זמירה שלהבת אהרן נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה טבריה (19.01.14)):

"כידוע, צו הריסה מנהלי, המוצא מכוח סעיף 238א לחוק התכנון והבניה, הוא אקט מנהלי, ולא אקט עונשי. לפיכך, וכפי שקבעו גם הערכאות הקודמות, עומדת למשיב חזקת התקינות המנהלית, היינו חזקה כי פעולתו המנהלית נעשתה כדין. על המבקש



לסתור חזקה זו, מוטל הנטל להוכיח את דבר קיומו של הפגם שנפל, לטענתו, בהתנהלותה של הרשות המנהלית (רע"פ 2956/13 דמקני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו [פורסם בנבו] (31.7.2013); 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)).

32. גם במקרים בהם ייקבע שנפל פגם בצו, אין בכך כדי להוביל בהכרח להחלטה בדבר בטלות הצו ועל בית משפט לבחון את נפקות הפגם בהתאם לעקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית. בע"פ 40588/07 קמיל סנו נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 26.3.08) נקבע:

"נפקותם של פגמים בהוצאת צו הריסה מינהלי, כמו פגמים בכל החלטה מינהלית, אמורה להיות מוכרעת, בין-השאר, על-יסוד עקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית. הדוקטרינה מורה, כי נפקות הפגם תוכרע על-פי חומרת ההפרה בהתחשב בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה, וזאת אגב איזון בין מכלול שיקולים שבמסגרתם תיבחן: חומרת הפגם, הרלבנטיות שלו ביחס להחלטה, תכלית ההוראה שהופרה, הנזק או העוול שהסבה ההפרה ומידת הפגיעה באינטרס הציבורי לו תבוטל ההחלטה בגינו (ראו: עע"מ 3518/02 בעניין רג'בי, לעיל בפסקה 25 לפסק-הדין; והשוו: רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 644; ע"פ 1523/05 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] ניתן ביום 2.3.06); י' זמיר, הסמכות המינהלית, עמ' 680".

33. אין מחלוקת בין הצדדים כי המבנה לא היו גמור מעל 60 ימים במועד הוצאת הצווים ואף לא היו מאוכלס מעל 30 ימים באותו מועד, ואין חולק כי למבנה זה לא ניתן היתר בנייה כדין, כך שהתנאים לסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבניה התקיימו. אולם, המערער טען לפגמים בהליך הוצאת הצווים וכן כי נפל פגם בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת, שלידו מביאים לידי בטלות הצווים כדלהלן:

אפליה ואכיפה בדרנית

34. בב"ש 3516/16 ובב"ש 3517/16 המפקח הבהיר בעדותו שישנו קושי באכיפת חוקי התכנון והבניה, לא בשל התנהלות גורמי האכיפה, אלא בשל התלות בסיוע גורמי הביטחון. על אף קושי זה הוצאו לא מעט של צווים. כל כניסה למקומות אחרים מצריכה אישור וליווי בטחוני. המפקח, ציין בעדותו שהיה במקומות נוספים מלבד כפר וואלג'ה "אני אומר מהזיכרון כי אין לי נתונים לפני, אומר שהייתי בחיזמא, אבו דיס, בוואלג'ה, יכול להיות שהייתי בעוד מקומות ואני לא זוכר עכשיו" (ר' פרוטוקול הדיון מיום 10.5.16, עמ' 11). בהמשך מסר שהם מבצעים אכיפה בכל מקום שיש סיוע וסוירים באופן שוטף (ר' פרוטוקול הדיון מיום 10.5.16, עמ' 13). כן מסר, שהוציא בחודשיים האחרונים 14 צווי הריסה בכפר וואלג'ה (ר' פרוטוקול הדיון מיום 10.5.16, עמ' 13).

35. מר אלבס, מנהל היחידה לאכיפת דיני מקרקעין בירושלים מסר בעדותו שרק בשנת 2016 הוא עצמו היה בכפר וואלג'ה לפחות שש פעמים. ובהמשך ציין כך: "בשנת 2008 וסוף שנת 2010 היו בוואלג'ה מבצעי



אכיפה שמהם הוצאו כ- 20 תיקים שהפכו להיות תיקים פליימס" (ר' פרוטוקול הדיון מיום 19.6.16, עמ' 14, ש' 7-15) כן מסר בעדותו שהם פועלים בעיסויה, ב- אטור, ובאבו דיס. בעיסויה הוצאו שלושה צווים (ר' פרוטוקול הדיון מיום 19.6.16, עמ' 17, ש' 15-17).

36. מר אלבס אישר בדיון ביום 17.7.16 שבוצעו פעולות אכיפה נוספות גם בוואלג'ה וגם בקלנדיה (ר' פרוטוקול הדיון מיום 17.7.16, עמ' 1). בקלנדיה ביצעו שתי אכיפות (ר' פרוטוקול הדיון מיום 17.7.16, עמ' 2). כן מסר שהוצאו 14 צווי הריסה מנהליים לכפר קלנדיה, אך טרם הודבקו (ר' פרוטוקול הדיון מיום 17.7.16, עמ' 2).

בהמשך אמר "במקומות בהם נותנים לי סיוע לביצוע פעולות אכיפה, אני מבצע אותן. במקום בו אין לי סיוע ואני עלול לסכן את בטחוני ובטחון עובדיי, אני לא לוקחת סיכון, עד שאקבל סיוע מתאים" (ר' פרוטוקול הדיון מיום 17.7.16, עמ' 5).

37. בתיק הנדון, המפקח אישר בעדותו שמבצע עבודות בקלנדיה מעבר לגדר "גם בקלנדיה אנחנו מבצעים עבודה מעבר לגדר, ממש ליד הגדר מהצד השני" (ר' פרוטוקול הדיון מיום 8.1.17, עמ' 3).

38. יוער כי אך לאחרונה, נדחו טענות דומות לאכיפה בררנית בבית משפט העליון ברע"פ 755/17 **מוחמד מוסא נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה** (ניתן ביום 30.1.17). שם טען המערער טענות בדבר אכיפה בררנית כללית ביחס לתושבי מזרח העיר ירושלים והעדר תוכניות תכנון ובניה, ובנוסף העלה טענות לאכיפה בררנית ספציפית. בד בבד הדגיש בית המשפט העליון את חשיבות האכיפה המיידית בעבירות אלה וקבע כך:

"אף לגופם של דברים אני סבור כי יש מקום לקבל את טענות המבקש. בית משפט זה עמד על כך שעבירות תכנון ובניה מבטאות זלזול ברשויות ובחוק, ועל הצורך כי בתי המשפט ימנעו מלתת ידם להיגררות ההליכים. בעניין זה צוין, כי הוראות סעיף 238א לחוק התכנון והבניה הן כלי יעיל בידי הוועדה המקומית למיגור הבנייה הבלתי חוקית, וכי ביטולו של צו הריסה מנהלי יעשה במקרים חריגים בלבד (רע"פ 5387/16 אלראזק נ' מדינת ישראל - יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, פסקאות 17-16 (19.9.2016); רע"פ 8220/15 כפאיה נ' מדינת ישראל, פסקה 9, (27.12.2015) (להלן: עניין כפאיה))."

39. עוד אפנה להחלטותיי בע"פ 22551-11-16 ובע"פ 14863-11-16 בהן דנתי בטענות אלה לאחרונה.

40. לפיכך אני סבורה כי ניתן ללמוד מדברי המפקח כי מתבצעות פעולות אכיפה בשכונות בעלות מאפיינים דומים לכפר וואלג'ה, ועל כן אין לראות בהוצאת הצו דווקא במקום מגורי המערערים כאכיפה בררנית. עוד ניתן ללמוד כי הוצאת הצווים בכפר וואלג'ה לא נעשתה באופן שרירותי, אלא משיקולים ענייניים של



הרשות המנהלית, לאחר שנשקלו שיקולי ביטחון ויכולת אחיפה בהתאם למצב הביטחוני ולמצבת כוחות הביטחון במועד הוצאת הצו. לא אחת נפסק שגם מקום שהחוק נאכף בצורה חלקית, אין בכך פסול, והכל אם הדבר נעשה מטעמים ענייניים. מאחר שהשיקולים שנשקלו הם ענייניים, אין לראות בפעולות המשיבה כלפי המערערים כאכיפה בדרנית.

הזנחה והיעדר שירותים עירוניים ופעולה בחוסר הגינות וחוסר תום לב של הרשות

41. כבר נדונו בעבר בהרחבה טענות אלה של המערער ונקבע כי העובדה שרשויות המדינה אינן מספקות שירותי תכנון לאזור מסוים אינה יכולה לתת הכשר לבנייה בלתי חוקית, בבחינת איש הישר בעיניו יעשה. הגם שצודק המערער בטענתו כי חובה על הרשויות לדאוג למתן שירותים לתושבים, לרבות שירותי תכנון, אין האזרח רשאי ליטול את החוק לידי ולבנות בניה לא חוקית ואין מתקנים רעה חולה ברעה חולה אחרת, שכן בבוא היום כאשר יוכשרו תכניות הבניה, יעמדו הרשויות והתושבים לפני עובדות מוגמרות המכשילות אפשרות תכנונית ממשית. (ר' רע"פ 2885/08 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב- יפו נ' מוסא דכה (פורסם בנבו 22.11.09), ע"פ 49732-09-12 מוחמד צלאח עבדלג'ני נ' מדינת ישראל הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו 31.7.13)).

42. בהקשר זה לא מצאתי לקבל את טענת המערער שע"פ 49732-09-12 איננו חלוט מאחר שהדין הושב לבית המשפט קמא. שהרי בהחלטה מיום 6.4.14, הושב התיק לבית משפט קמא לדין בסוגיה אחת בלבד - בתוכנית שניתנה, ואין סוגיה זו משנה מהקביעות לעניין הטענה שנדונה כבר בהרחבה לעניין הזנחה והיעדר שירותים עירוניים לכפר וואלג'ה.

43. 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.

פעולה בחוסר הגינות וחוסר תום לב של הרשות

44. טענתו של המערער לקיומה של תוכנית המאפשרת הוצאת היתר, איננה חלק מהתנאים להוצאת צו ההריסה המנהלי בהתאם להוראות סעיף החוק כאמור. ידוע, שהוצאת היתר הוא הליך ארוך ומתמשך, גם אם אושרה תוכנית מתאר. צווי הריסה ניתנים בהליך הפלילי נגד בתים שסיימו לבנותם ומתגוררים בהם, בהיעדר אופק תכנוני. מכאן שקל וחומר כי מוצדק להשית צווי הריסה מנהליים על בתים בשלב מוקדם של בנייתם, כשעדיין לא סיימו לבנותם, כאשר הצו המנהלי חיוני לשם מניעת עובדה מוגמרת והאינטרס הציבורי עולה על שאר השיקולים.

מעבר לצורך אוסיף כי גם לדידו של ב"כ המערער ההיתר אינו נמצא בהישג יד, שכן אף לא אושרה תוכנית בניה למקום. על כן, צדק בית המשפט קמא בדחותו את הטענה האמורה.



אי קיום חובת ההיוועצות עם נציג שר המשפטים

45. ב"כ המערער העלה טענה בעניין פגמים שנתגלו לשיטתו בהליך ההיוועצות עם נציג שר המשפטים.

46. כאמור, סעיף 238א(ב1)(2) לחוק התכנון והבנייה, קובע שיו"ר הוועדה המחוזית לא ייתן צו הריסה מנהלי אלא לאחר שהתייעץ עם נציג שר המשפטים בוועדה המחוזית. נפסק, כי ההתייעצות יכולה להיעשות בין בעל פה ובין בכתב (ר' רע"פ 6034/99 כהן נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים).

47. במסגרת צו ההריסה המנהלי ציינה יו"ר הוועדה המחוזית, בפתיח לצו, בין השאר, כי הצו הוצא לאחר שקיומה התייעצות עם נציג שר המשפטים בוועדה לתכנון ולבנייה במחוז ירושלים. מהמסמכים שהוגשו לבית משפט קמא עולה, כי ביום 1.11.16 נערכה התייעצות לפני מתן צו ההריסה המנהלי בין יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה לבין נציג שר המשפטים בוועדה המחוזית. לאחר עיון בחומר שהוצג לפניו, הודיעה נציג שר המשפטים כי נחה דעתה ואין מניעה להוצאת צו הריסה לפי סעיף 238א לחוק התכנון והבנייה. כל אחד מהצדדים היה מודע לכך שמטרת חילופי הדברים היא קיומה של התייעצות כנדרש בחוק מכאן שההיוועצות קיומה ולא נפל בה פגם.

48. המדובר בקביעות עובדתיות ובממצאי מהימנות בהתאם לפרוטוקולים שהוגשו, אשר אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בהן. הלכה ידועה היא כי לא בנקל יתערב בית משפט שלערכורים בממצאי העובדתיים של בית המשפט קמא, אלא אך במקום שאלה אינם סבירים בעליל, וכלשונו של בית המשפט העליון ברע"פ 8106/15 אסולין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה בני ברק (30.11.15):

"לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאים כגון דא, כאשר הערכאה הדיונית היא שמתרשמת באופן ישיר בלתי אמצעי מן העדים שהופיעו לפניו, ויכולה לתור אחר "אותות האמת" שהתגלו בעדותם ולהסיק מסקנות בדבר מהימנותם".

49. למעלה מן הנדרש אציין, כי אף אם נפל פגם בענייננו, הרי שלא היה בפגם זה כדי להביא לבטלות הצו, וזאת על-רקע עקרונית דוקטרינית הבטלות היחסית. הדוקטרינה מורה, כי נפקות הפגם תוכרע על-פי חומרת ההפרה בהתחשב בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה, וזאת אגב איזון בין מכלול שיקולים שבמסגרתם תיבחן: חומרת הפגם, הרלבנטיות שלו ביחס להחלטה, תכלית ההוראה שהופרה, הנזק או העוול שהסבה ההפרה ומידת הפגיעה באינטרס הציבורי לו תבוטל ההחלטה בגינו. משנתחוור, כי אכן לא הייתה מניעה משפטית להוצאת הצו וכי הצו היה חיוני לשם מניעת יצירת עובדה מוגמרת, הרי שאין לראות בפגם הנטען, משום פגם שהיה בו להביא לבטלות הצו.

50. לפיכך, אין לי אלא לאמץ את החלטת בית המשפט קמא אשר דחה את הטענות האמורות.



51. המסקנה היא כי לא נמצא כל עילה לביטולו של הצו, אשר הוצא כדין, ועל כן לא מצאתי מקום להתערב בקביעות בית משפט קמא מושא הערעור. לפיכך, אני דוחה את הערעור ומורה כי צו ההריסה יותר על כנו וכי יכנס לתוקפו ביום 20.4.17.

52. המזכירות תשלח את פסק הדין לב"כ הצדדים ותוודא את קבלתו.

ניתן היום, ח' ניסן תשע"ז, 04 אפריל 2017, בהעדר ב"כ הצדדים
והמערער.