



ע"פ 14863/11/16 - חלימה עבד אלגני, עאמר עזיז מוסטפא נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 14863-11-16 מוסטפא ואח' נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: ב"ש 5099/16 ו- 5100/16
בפני כבוד השופטת חנה מרים לומפ
מערערים על ידי עו"ד ג'יאת 1.חלימה עבד אלגני
נאסר 2.עאמר עזיז מוסטפא
נגד
משיבה על ידי עו"ד אסף שטרן מדינת ישראל

פסק דין

לפניי ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כבוד השופטת מאיה אב- גנים ויינשטיין) מיום 10.10.16 בב"ש 5100/16 במאוחד עם ב"ש 5099/16 (להלן: **בית משפט קמא**) במסגרתה דחה בית משפט קמא את בקשת המערערים לביטול צווי ההריסה המנהליים שהוציאה המשיבה מיום 15.11.16 (להלן: **ההחלטה**).

רקע

1. ביום 22.5.16 הוציאה המשיבה, בהתאם לסעיף 238א לחוק התכנון והבניה תשכ"ה- 1965 (להלן: **חוק התכנון והבניה**) צו הריסה מינהלי נגד מערער 1 (להלן: **הצו**) למבנה הממוקם בכפר וואלג'ה, בירושלים בנקודת ציון 215140/627240. הצו ניתן כנגד מבנה בן 2 קומות שלד, אבן ועמודים מבטון לקומה השלישית בשטח של כ- 137 מ"ר (להלן: **המבנה**).

2. ביום 22.5.16 הוציאה המשיבה, בהתאם לסעיף 238א לחוק התכנון והבניה צו הריסה מינהלי (להלן **הצו**) נגד מערערת 2 למבנה הממוקם בכפר וואלג'ה בנקודת ציון 215160/627243. הצו ניתן נגד מבנה בן 2 קומות שלד מבטון ואבן בבניה בשטח של כ-220 (להלן **ביחד המבנים**) (להלן **ביחד הצווים**).

(להלן **ביחד המערערים**).

3. הצו הודבק על המבנים ביום 5.6.16.

4. ביום 6.6.16, המערערים הגישו בקשה לביטול הצו לבית המשפט קמא (להלן **הבקשה**) ובעקבותיה, עוכב ביצוע הצו.

5. בית המשפט קמא איחד את הדיון בעניינם של שני המערערים ובימים 28.6.16 ו-12.7.16 נדונה הבקשה במעמד שני הצדדים. במסגרתם העיד מטעם המשיבה מפקח הבניה מר שמעון אהרון (להלן **המפקח**). מטעם המערערים העידו אביו של מערער 1, מערערת 2 ומר יוחאי אלבס (להלן

עמוד 1



מר אלבס), מנהל היחידה לאכיפת דיני מקרקעין בירושלים (מר אלבס נחקר גם ביום 19.6.16, לפני כ' השופט שטרק בב"ש 3839/16 ופרוטוקול הדיון צורף לתיקים אלו ומהווה בסיס להחלטה). בסיום, בית המשפט קמא הורה למערערים להגיש סיכומים מטעמם בתוך 30 יום וסיכומי המשיבה יוגשו 10 ימים לאחר מכן.

6. ביום 10.10.16, דחה בית המשפט קמא את הבקשה והורה על כניסת הצו לתוקף מיום 15.11.16.

החלטת בית המשפט קמא

7. בית המשפט קמא דן בהחלטתו המפורטת והמנומקת בכל הטענות שהעלו המערערים ולא מצא עילה לביטולם של צווי ההריסה המנהליים, הכל כפי שיפורט בהמשך הדיון בעניין כל טענה בנפרד. בית המשפט קמא דחה את כל טענות המערער כדלהלן.

8. בית המשפט קמא קבע כי דין הבקשה להידחות משלא התקיימו תנאי סעיף 238(א)(ח) לחוק התכנון והבנייה, שכן לא הוכח ואף לא נטען כי הבנייה בשני המבנים בוצעה כדין ואין מחלוקת שלא ניתן למבנים אלו היתר כדין. לא הוכח כי הצווים אינם דרושים לשם מניעת עובדה מוגמרת, משום שבנייתם של המבנים טרם הסתיימה והם עדיין לא אוכלסו.

9. בית המשפט קמא דחה את טענת המערערים 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 כי כבר נפסק בבית המשפט המחוזי שטענה זו אינה מונעת מרשויות התכנון הוצאת צווי הריסה מנהליים ואינה מצדיקה לאשר בנייה לא חוקית.

10. בית המשפט קמא דחה את טענת המערערים לקיומה של אכיפה בררנית ואפליה נגד כפר וואלג'ה נוכח העובדה שהמערערים לא הוכיחו קיומה של אכיפה בררנית בינם לבין אזורים אחרים בתחומי העיר ירושלים, בשכונות מעבר לגדר ההפרדה, פרט לטענה כללית ובעלמא. ואף אם מבוצעת אכיפה חלקית נגד התחלות בנייה, הרי שאכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה ואכיפה בררנית אינה יכולה להצדיק ביטולו של צו הריסה שהוצא כדין.

11. בית המשפט קמא דחה את טענת המערערים לקיומה של תוכנית המאפשרת הוצאת צו היתר בניה, שאין בכך כדי לשנות מתוקפו של הצו או להוביל לבטלותו והדגיש שאין בכך כדי להוות היתר לבניה בלתי חוקית.

12. בית המשפט קמא דחה את טענת המערערים לכך שהבחירה במסלול צו ההריסה המנהלי ולא בהגשת כתב אישום היא בחירה בלתי סבירה ובלתי מידתית עבור כפר וואלג'ה, כפר בו לא ניתנים שירותים עירוניים והוא נתון במצב של קיפאון תכנוני עמוק עוד מתקופת המנדט הבריטי. לפיכך, יש להבחין בין מבנים שאותרו טרם הושלמה בנייתם, לבין מבנים שהושלמו ואוכלסו, ולגביהם לא ניתן לנקוט בהליך מנהלי. כך שהבחירה במסלול המנהלי אינה בלתי סבירה או בלתי מידתית.

13. בית המשפט קמא דחה טענות בדבר פגמים בהוצאת הצו: בית המשפט קמא דחה את טענת



המערערים למתן התראה טרם הוצאת הצו. המערערים לא טענו שלא היו מודעים לכך שהבניה מבוצעת ללא היתר בניה ולכן לא ברורה טענתם למתן התראה טרם הוצאת הצו. יתרה מכך, מהות הצו היא לעצור בניה בלתי חוקית טרם הושלמה. את זכות הטיעון המערערים מימשו במלואה במסגרת הגשת בקשה לביטול צווי ההריסה.

14. בית המשפט קמא קבע שאין פגם במסירת ההודעה לצו, ללשכתו של שר האוצר, בדואר האלקטרוני, בהיעדר אישור המעיד על מסירתה בפועל כדי להביא לבטלות הצו. מדובר במקרה בו אין פגם היורד לשורשו של עניין כדי להביא לבטלות צו ההריסה המנהלי, כך שהיעדר אישור קבלה על משלוח דואר אלקטרוני אינו מהווה פגם היורד לשורשו של עניין.

15. בית המשפט קמא קבע שלא הוכח פגם ברכיב ההתייעצות עם נציגת שר המשפטים בוועדה טרם הוצאת צו ההריסה המנהלי שהרי כל שהוגש בהליך הקודם היה הדף הראשון של הפרוטוקולים ולא ניתן לבחון את תוכן הישיבות ומכאן, האם מדובר בישיבות בהן נדרשה נוכחות נציגת שר המשפטים, אם לאו. ככל שהנוכחות נדרשה בוועדות המשנה להתנגדויות, המשיבה התייחסה לנוכחות נציגת השר או ממלא מקומה והבהירה שלא היו שלוש ישיבות רצופות בהן לא הייתה נוכחות של נציגת השר או ממלא מקומה.

16. בית המשפט קמא קבע שאין בהזנחה התכנונית של הוועדה המחוזית שלא מקיימת דיון מחודש בתוכנית 12062 ובמקביל פועלת להריסת מבנים בשטח התוכנית כדי להוות הצדקה לבנייה שלא כדין והפנה לפסיקת בית המשפט העליון התומכת בכך.

17. על החלטת בית המשפט בבקשות אלה הוגשו לבית משפט זה הערעור דנן.

טענות המערערים

18. בהודעת הערעור, שב וחזר ב"כ המערערים על עיקר הטיעונים שהועלו על ידו בבית משפט קמא, לפיהם המערערים מבקשים כי ערכאת הערעור תקבל את הערעור ותורה על ביטול צווי ההריסה, בעיקר בשל פגמים מנהליים רבים בהליך הוצאת הצווים, הן ביחס להתנהלות הרשות המנהלית בכלל, הן ביחס לפגמים בהליך הוצאת הצו הקונקרטי עצמו, וכן בשל אכיפה בררנית. לדידו של ב"כ המערערים די היה בכל אחד מהפגמים שהתגלו כדי להביא לביטול הצווים המנהליים, ובוודאי הצטברותם יחד.

19. בהודעת הערעור הרחיבו המערערים אודות הכפר וואלג'ה וההיסטוריה שלו. לטענת המערערים, הרשות המנהלית הפלתה את כפר וואלג'ה לעומת שכונות ירושלמיות אחרות המצויות בצד הפלסטיני של גדר ההפרדה, כמו כפר עקב, ראס חמיס, שכונת הדאר ושכונות אחרות, כך שדי בהפליה זו לבדה כדי לבטל את צווי ההריסה נשוא הערעור. לטענתם הבניה בשכונות האחרות גדולה בהרבה לעומת הבניה המצומצמת בכפר וואלג'ה, וכן הוסיפו כי הריסה מתקיימת רק בכפר וואלג'ה לעומת שאר הכפרים שמחוץ לגדר ההפרדה בהם לא מבוצעות פעולות אכיפה. המערערים הדגישו שעיריית ירושלים לא סיפקה לתושבים בכפר וואלג'ה במשך שנים שירותי תכנון מלבד שירותי הריסה. לדידם, שגה בית המשפט קמא שקבע כי המערערים לא הניחו תשתית עובדתית מספקת על מנת להוכיח



קיומה של אכיפה בררנית, שהרי מפקחים מטעם המשיבה הודו בקיומה של אכיפה כזו בצורה מפורשת מעל דוכן העדים. הם הוסיפו שזה לא מתקבל על הדעת שהעירייה והרשויות, לא יספקו שירותים כלשהם ומנגד השירותים היחידים המסופקים הם שירותי הריסה.

20. עוד הוסיפו המערערים שבהתאם לפסיקה, העילות לביטול צו הריסה מינהלי אינן מוגבלות לעילות שקבועות בחוק, שכן כאשר מדובר בפגם חמור בהתנהלות הרשות, ניתן לבטל את צו ההריסה מכוח הפגמים כדלהלן:

לטענת המערערים, שגה בית המשפט קמא שקבע שהמידע השגוי שעמד לפני הרשות אינו רלוונטי להליך הוצאת הצו ולכן ממלא לא מביא לבטלות הצו. לדידם, המידע התכנוני שעמד לפני המשיב טרם הוצאת הצו היה לקוי, פגום ומוטעה. המערערים הגישו חוות דעת תכנונית של עמותת "במקום" שמצאה שלא רק המצב התכנוני בשטח מאפשר תוכנית בנייה לקידום הכפר, אלא מצאה שהמערערים זכאים לקבל היתרים מכוח תוכנית מנדטורית תקפה, אולם זה לא ניתן להם. לדידם, מחובתה של הרשות המחליטה והפקידים שמפעילים סמכויותיה שיעמוד לפני המידע התכנוני הנכון והאמין טרם החלטתה אם ליתן צו הריסה מינהלי. לפיכך, שגה בית המשפט קמא שעה שקבע שהמידע התכנוני לגבי התוכנית החלה, הוא לא חלק מהתשתית העובדתית הנדרשת להוצאת הצו כך שהמידע השגוי שעמד לפני הרשות המנהלית לא רלוונטי להליך הוצאת הצו ולכן ממלא לא מביא לבטלות הצו. ב"כ המערערים סבר כי ייתכן בהחלט, שאם היה עומד לפני הרשות המידע לאשורו, אזי החלטת הרשות הייתה שונה בתכלית השינוי, שהרי מדובר בשטח מתוכנן, שקיימת תוכנית שמכוחה ניתן להוציא היתר, הרי האפשרות לקבלת היתר קיימת והרשות לא תפעל להוציא צו הריסה מנהלי ולהרוס את ביתו של אזרח, אלא היא תדרבן אותו לפעול להשגת היתר. זאת ועוד, המערערים טענו שלא רק שעמדה לפני המשיבה תשתית עובדתית ראויה, אלא עמדה לפני תשתית עובדתית מוטעית ולקויה כפי שעולה מתצהירו של מר חן פרנקל מיום 23.3.16.

21. פגם נוסף שיש בו כדי להביא לביטול הצו עולה מסעיף 238א(ב1)(2) לחוק התכנון והבנייה בו נקבע שצו הריסה מינהלי יינתן לאחר התייעצות עם נציג שר המשפטים בוועדה המחוזית. לטענת המערערים, ההתייעצות לא הייתה כדיון, שכן נציג שר המשפטים בוועדה, עו"ד שמרית וולף מזמן חדלה להיות חברה בוועדה המחוזית והיא לא יכולה לשמש יועצת לצורך התייעצות בדבר ביטול צו ההריסה. חברותה חדלה נוכח העובדה שלא השתתפה בשלוש ישיבות רצופות של הוועדה המחוזית ואף יותר בהתאם לסעיף 44א(א) לחוק התכנון והבנייה, לא זו אף זו, היא לא השתתפה באף ישיבה של הוועדה המחוזית בשלושת החודשים האחרונים טרם מתן חוות הדעת (כך עולה מפרוטוקולי הוועדה המחוזית שהוגשו). לפיכך, התייעצות זו ניתנה בחוסר סמכות ועל כן לטענתו היא בטלה ומבוטלת וחסרת כל משמעות או תוקף משפטי. כמו כן לטענתו, לא הוצגה שום ראיה על ידי המשיבה כי עו"ד כלשהו שנכח בדיוני הוועדה, מילא למעשה את מקומה של עו"ד שמרית גולן, במובן שניתנה לו הסמכות והופנתה אליו הבקשה למלא את מקומה. לא ברור כיצד ניתן לקבוע שמישהו אחר מילא את מקומה שהיא בעצמה לא זומנה לעדות על ידי המשיבה בכדי להעיד על כך והמשיבה לא הביאה מטעמה שום ראיה לכך. ברור הוא, כי אם אדם מסוים מילא את מקומו של אדם אחר, אז הדבר טעון הוכחה, והנטל להוכיח טענה זו מוטל על כתפי המשיבה.

לטענת המערערים, קביעה נוספת שגויה של הוועדה המחוזית היא הקביעה, שכביכול יש לבחון ככל ישיבה האם נדרשת נוכחות נציג שר המשפטים. לדידם, נציג שר המשפטים הוא חבר בוועדה ולכן בוודאי שנדרשת נוכחותו



בדיוני הוועדה. שנית, מהפרוטוקולים שהוצגו עולה כי נוכחות חבר הוועדה שהוא נציג שר המשפטים נדרשת, שכן בכל הפרוטוקולים צוין כי נכח עו"ד שהוא נציג שר המשפטים ואולם לא היה מדובר בעו"ד שמרית גולן אלא באדם אחר. ויודגש שלשיטתו נוכחותו לא פתרה את הבעית היעדרותה של עו"ד גולן. אותו חבר שנכח אישית הוא בעצמו ממשיך להיות חבר בוועדה וחברותו אינה חדלה, אולם עו"ד גולן עצמה, שלא נכחה בדיוני הוועדה ונטשה אותם במשך חודשים רבים, חדלה להיות חברה בוועדה ולכן היא לא יכלה לקיים כל התייעצות בנוגע לצו.

22. פגם נוסף שיש בו כדי להביא לביטול הצו, לו טען ב"כ המערערים, הוא העובדה שטרם החלטת יו"ר הוועדה המחוזית על הוצאת צו הריסה מינהלי, עליו להודיע על כך לשר המוסמך כנדרש בחוק התכנון והבנייה. בענייננו, השר לא עודכן כאמור. למכתב שנשלח לשר משה כחלון לא צורף אישור או חתימה לכך שהמכתב התקבל והמשלוח במייל אינו מעיד על אישור מסירה, אלא לכל היותר מעיד על משלוח מייל ואין ערובה שהוא התקבל.

23. לטענת המערערים 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.

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

25. לפיכך, ביקשו המערערים להורות על ביטול הצו ולחילופין להורות לדחייה במועד ביצוע הצו, עד להסדרת המצב התכנוני באזור.

26. ב"כ המערערים, חזר בדיון על עיקרי הטענות בערעור. עוד הוסיף, כי אי נוכחותה של נציגת שר המשפטים בוועדה, הוא פגם מהותי שפוגם בתוקף הצו והמערערים עמדו בנטל שהושת עליהם ונטל ההוכחה עובר למשיבה. גם הנטל להוכחת הטענה שהועלתה מטעם המשיבה, שלנציגת שר המשפטים בוועדה היה ממלא מקום בישיבות שהחליפה, עובר למשיבה, והמשיבה לא הגישה שום מסמך שמוכיח זאת.

27. ב"כ המערערים שב על טענות האכיפה הבררנית שהעלה בבית משפט קמא והפנה לע"פ 9083/05, בו דחה בית המשפט המחוזי בירושלים את הערעור, אך קבע כי יש לדחות את ביצוע הצווים (צווי הריסה שיפוטיים) לתקופה של שלוש שנים כדי לבדוק את אפשרויות התכנון במקום, וכן נקבע כי גם לאחר תקופה זו, אם תרצה המדינה להמשיך ולבצע את הצווים, יהא עליה לפנות לבית משפט השלום כדי לקבל את אישורו לכך. מאז ועד היום הם הגישו תוכנית והיא נדחתה, ועל כך הגישו ערר לוועדה הארצית והיא נתנה החלטה לבחון מחדש את התוכנית, המערערים ביקשו לקיים דיון ולא נקבע דיון עד היום, ולכן מאז ועד היום לא השתנה שום דבר.



28. המשיבה חזרה על טענותיה בבית משפט קמא וביקשה לדחות את הערעור, על כל רכיביו וסמכה על החלטתו של בית המשפט קמא שאין לבטל את צווי ההריסה המנהליים. המשיבה הוסיפה, שבשטח של ירושלים מעבר לגדר ההפרדה ניתנים צווים מנהליים, אך קיימות מאות הפרות בנייה, כך שאין די כח אדם לאכוף את הכל, אך יש התקדמות באכיפה ואין להורות על ביטול פעולות האכיפה הקיימות מאחר שנדרש לכך זמן נוסף. המשיבה הדגישה שיעוד הקרקע ושאלת הכשרת המבנה לקבלת היתר בנייה לא רלוונטית לצורך הוצאת הצו המנהלי, אלא התקיימותם של התנאים בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבנייה. המשיבה הפנתה לרע"פ 6827/09, רע"פ 2285/08, שם נקבע שגם הליכי תכנון שמתנהלים ואורכים זמן רב, הם לא עילה להארכת מועד ביצוע הצו ובוודאי שלא לביטול הצו. פסיקת בית המשפט העליון עקבית בכך שמהות הצווים המנהליים היא לעצור את הבנייה, אלא אם ישנן נסיבות יוצאות דופן.

29. בתגובה לטענות המשיבה, המערערים שבו על דבריהם כאמור.

דין והכרעה

המסגרת הנורמטיבית להוצאת צווי הריסה מנהליים

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

31. 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 לביטול 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 והבנייה "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."

32. סעיף 238א לחוק התכנון והבנייה קובע את סמכויות יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ויו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, להוציא צו הריסה מנהלי.



33. סעיף 238א(א) לחוק התכנון והבנייה 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 ובנייה, הוא הגשת תצהיר חתום בידי מהנדס הוועדה המקומית, שמציין כי לפי ידיעתו הוקם המבנה ללא היתר בנייה או בחריגה מהיתר בנייה, 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 והבנייה, כי לא ינתן צו הריסה מנהלי אלא לאחר התייעצות עם היועץ המשפטי של הוועדה המקומית.

34. סעיף 238א(ב1) לחוק התכנון והבנייה, מסדיר אף את האפשרות להוצאת צו הריסה מנהלי על ידי יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה. 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 דעיף נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה חיפה, פ"ד נג(5) 49, בעמ' 58 ו-69, ע"פ (י-ם) 40166/07 אבו סרור נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ירושלים, [פורסם בנבו] ניתן ביום 31.12.07).

35. סעיף 238א(ב1)(1) לחוק התכנון והבנייה 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 והבנייה. סעיף 238א(ב1)(2) לחוק התכנון והבנייה 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 והבנייה 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 בנייה, ויו"ר הוועדה המקומית לא עשה כן תוך שבעה ימים מיום המצאת ההודעה לוועדה.

36. סעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבנייה 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 והבנייה. 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 גבריאל פרץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב (16.11.08)).

37. בנוסף לשתי עילות הביטול הקבועות בסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבנייה, נקבעה בפסיקה עילת ביטול נוספת אשר בוחנת האם נפלו פגמים פרוצדורליים 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 ולבנייה 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 והבנייה, מיגור תופעת הבנייה הבלתי חוקית וסילוק בנייה בלתי חוקית כדי למנוע קביעות עובדות מוגמרות בשטח (רע"פ 2341/14 קבועה סלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה (פורסם בנבו, 28.05.14)).

38. 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))."

39. 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) ויפים הדברים אשר נאמרו שם:

"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' הוועדה 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' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב [פורסם בנבו] (16.11.2008))."

40. 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:



ע"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).

41. אין מחלוקת בין הצדדים כי המבנים לא היו גמורים מעל 60 ימים במועד הוצאת הצווים ואף לא היו מאוכלסים מעל 30 ימים באותו מועד ואין חולק כי למבנים אלה לא ניתן היתר בנייה כדין, כך שהתנאים לסעיף 238א(ח) לחוק התכנון והבנייה התקיימו. אולם, המערערים טענו לפגמים פרוצדוראליים בהליך הוצאת הצווים וכי נפלו פגמים בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת, שיש בהם כדי להביא לידי בטלות הצווים כדלהלן:

אפליה חמורה ואכיפה בררנית

42. המפקח מסר בעדותו "לאחרונה נכנסו לקלנדיה מעבר לגדר. עשינו פעילות נרחבת שם לפני כחודש (ר' פרוטוקול הדיון מיום 12.7.16, עמ' 6).

43. מר אלבס 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 פלייט" (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).

44. 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).

45. מדבריו ניתן ללמוד 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 אכיפה בהתאם למצב הבטחוני ולמצבת כוחות הביטחון במועד הוצאת הצו. לא אחת נפסק שגם מקום שהחוק נאכף בצורה חלקית, אין בכך פסול, והכל אם הדבר נעשה מטעמים ענייניים. מכאן שאין לראות בפעולות המשיבה כלפי המערערים כאכיפה בררנית.

(ר' אף את החלטתי בעניין זה מיום 7.2.17 בע"פ 22551-11-16).

46. יוער כי אך לאחרונה, נדחו טענות דומות לאכיפה בררנית בבית משפט העליון ברע"פ 755/17 מוחמד מוסא נ' יו"ר הועדה 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 16-17 (19.9.2016); רע"פ 8220/15 כפאיה נ' מדינת ישראל, פסקה 9, (27.12.2015) (להלן: עניין כפאיה)). אין מחלוקת כי המבקש בנה ללא היתר מבנה גדול ביותר, ואף המשיך בבנייתו בחסות עיכוב ביצוע צו ההריסה, כפי שציין בית המשפט לעניינים מנהליים... נוכח הדברים נדמה כי מטרתה העיקרית של העתירה היא ניסיון לדחות את ביצועו של צו ההריסה - לכך אין לתת יד (ראו: עניין כפאיה, פסקה 10; רע"פ 4594/14 שדה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז צפון, פסקה 13 (13.7.2014))."

47. אומנם ב"כ המערערים הפנה להחלטה בע"פ 9083/05, לפיה הוארך מועד ביצוע הצו כדי לאפשר התקדמות להשגת ההיתר. אולם, אין להשוות מקרה זה לענייננו. בע"פ 9083/05 מדובר בצווי הריסה שיפוטיים שניתנו במסגרת הליכים פליליים, במבנים ששימשו למגורים. בענייננו מדובר בצווים מנהליים, שמטרתם לאכוף את חוקי התכנון והבניה ולמנוע יצירת "עובדה מוגמרת", כך שדחיית ההריסה בשנים תסכל את מטרתם של צווי ההריסה המנהליים.

היעדר תשתית עובדתית ראויה להוצאת הצו

48. המידע שהועבר לרשות לצורך הוצאת צו ההריסה המנהלי, נשען על המידע שמסרו העדים במהלך ההליך שנדון בבית משפט קמא, בהקשר לכך שאין היתר בנייה למבנים ושהמבנים לא היו גמורים מעל 60 ימים במועד הוצאת הצווים ואף לא היו מאוכלסים מעל 30 ימים באותו מועד, מידע זה לא היה שגוי והוכח בבית משפט קמא, והצדדים לא חלקו על כך בערעור, כך שלא התקיימו התנאים בסעיף 238א(א)-(1)-(3) לחוק התכנון והבניה.

49. טענתם של המערערים 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. קל וחומר שמוצדק להשית צווי הריסה מנהליים על בתים בשלב מוקדם לבנייתם, כשעדיין לא סיימו לבנותם, בייחוד שהצו המנהלי חיוני לשם מניעת עובדה מוגמרת והאינטרס הציבורי עולה על שאר השיקולים.

מעבר לצורך אוסיף לעניין זה כי לא הובאו ראיות לכך מטעם המערערים שההיתר נמצא בהישג יד. על כן, צדק בית המשפט קמא בדחותו את הטענה האמורה.



אי קיום חובת ההיוועצות עם נציג שר המשפטים

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

51. 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 שלערוור בממצאיו 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 לפני, ויכולה לתור אחר "אותות האמת" שהתגלו בעדותם ולהסיק מסקנות בדבר מהימנותם".

52. לא מצאתי להתערב בממצאי מהימנות של בית משפט קמא, שכן כשירותו של ממלא מקום היא ככשירותו של נציג שר המשפטים בוועדה. בהיעדר פגיעה כלשהי בתהליך, בתשתית למתן הצו, או בכל עניין אחר, יש להעדיף את שיקולי היעילות.

53. למעלה מן הנדרש אציין, כי אף אם נפל פגם בענייננו, הרי שלא היה בפגם זה כדי להביא לבטלות הצו, וזאת על-רקע 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. משנתחוו, 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.

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

אי מסירת הודעה לשר

55. שליחת הודעה בדואר אלקטרוני ללשכת שר האוצר ללא אישור מסירת ההודעה, מעידה על שליחת ההודעה בלבד.

56. בהתאם לסעיף 238א(ב1)(3) לחוק התכנון והבניה, החובה היא רק להודיע לשר האוצר על מתן צו הריסה מנהלי למבנה שנבנה ללא היתר בנייה טרם הוצאתו של צו ההריסה המנהלי, בניגוד לחובת ההתייעצות שחלה על יו"ר הוועדה המחוזית עם נציג שר המשפטים בוועדה המחוזית. נראה כי חובה זו התקיימה עם משלוח ההודעה ולא הובאו ראיות לכך שההודעה לא התקבלה.

57. מכל מקום, לא ניתן לומר כי מדובר בפגם חמור שמצדיק ביטול הצו בהתאם לעקרונות דוקטרינת הבטלות היחסית, בפרט כאשר אין ספק שלא נגרם למערערים נזק מכך.

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

עמוד 11



58. כבר נדונו בעבר בהרחבה טענות אלה של המערערים 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).

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

60. 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.

61. 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 20.2.17.

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

ניתן היום, י"ב שבט תשע"ז, 08 פברואר 2017, בהעדר הצדדים.