

ע"פ 19084/08 - זכريا מוסא נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים שבתו כבית-משפט לעערורים פליליים

ע"פ 14-08-19084 מדינת ישראל נ' מוסא

ע"פ 28880-14 מוסא נ' מדינת ישראל

תיק חיזוני: עניינים מקומיים ב"ש 14/3387

בפני כב' השופט אסתר נחלאי חייט
מעוררים זכريا מוסא ע"י ב"כ עוז דטאוףין דראושה
נגד מדינת ישראל ע"י ב"כ עוז אסף שטרן
משיבים

פסק דין
תיק 28880-07-14

1. העורור דנא הוא על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כב' השופט פאל שטרק) מיום 30.6.14 בב"ש 3387 ובה נדחתה בקשה המערער לבטל צו הרישה מנהלי שנחתם ע"י י"ר הוועדה המחויזת לתכנון ולבניה, ביום 2.4.14 ובו נאמר כי הצו מתיחס לבניין שהוקם על מקרקעין בשכונת א-טור בירושלים בגין. כמפורט בצו וכי יש להרים את משטח הבטון בשטח של כ-306 מ"ר (להלן: "צו ההרישה").

2. גם בפני בית משפט קמא, כמו גם בעורור צמצם המערער את טענותיו לשתי טענות, וסביר כי די בקיומה של כל אחת מהטענות כדי להביא לביטול צו ההרישה, ולקבלת עורоро.

הטענה האחת היא כי יש לבטל את צו ההרישה מחמת פגם מהותי היורד לשורש הצו מאחר שהתחזיר שוצרף לצו ההרישה נחתם על ידי מר חנן פרנקל שאינו מוסמך לחתום על התחזיר כי איןנו מהנדס או אדריכל, כדרישות החוק;

הטענה השנייה היא לאכיפה בררנית, קרי כי לגבי מבנה סמוך למבנה נשוא הצו פעולה הרשות בדרך של הגשת כתוב אישום וננקטו הליכים פליליים ולא הליכים מנהליים כמו בעניין דנא. אך גם טען כי הוועדה נקטה נגד מבנים אחרים באותה סבבאה בהליכים פליליים ולא בוגדר של צו מנהלי שהוא "צו הרשמי וدرסטטי מאיין כמותו" (סעיף 36 להודעת העורור). לטענת המערער פועלות הוועדה בדרך של הוצאה צו מנהלי המפליה אותו לרעה לעומת מבנים אחרים נגד בעליهم פעולה הרשות בדרך של הליכים פליליים.

3. בית המשפט קמא דחה את טענות המערער וקבע כי לא הוכיח את טענותו לאכיפה בררנית, כי לא צורפו נסיבות בנית המבנה שלגביו נטענת האפליה וגם כי אין ראייה ביחס לפעולות של המשיבה נגד המבנה הנטען (סעיף 10 להחלטה). לעניין סמכות מר חנן פרנקל לחתום על התחזיר - לא התקיים בית

המשפט קמא.

על החלטת בית המשפט קמא- נסב הערעור.

4. בדיעו שהתקיים לפני חזר המערער על טענותיו אף זמן צד ג' שלטענותו מתגורר בבניין נשוא צו ההריסה ולטענותו הוא עלול להפגע מהצוו; ולחופין עתר לאפשר לערער לקדם את הליכי היתר כדי לא להחפז ולבצע את צו הריסה ולגרום נזק בלתי הפיר.

ב"כ המשיבה **הסכים** לדוחות את ביצוע הצו כר שהמועד ימנה החל מיום 1.1.15 ככל שבית משפט זה ידחה את הערעור, כדי לאפשר לערער להגיא להסדר /או לקדם את היתר לבנייה.

5. המשיבה חזרה על טענותיה וצינה כי החלטת בית המשפט קמא ראהיה וכי אין להתערב בה ועוד ציין כי ימונן צד ג' 'כשלחו' מהוועה הוספה ראיות חדשות בשלב הערעור. דבר שאיןנו אפשרי אלא אם ניתן לכך היתר מפורש, וכי במועד הוצאה הצו לא התגורר איש במבנה שלא היה גמור ולא מאוכלים וגם כי צדדי ג' שלגביהם נתען כי עלולים להפגע מהצוו. כלל לא הגיעו כל בקשה לביטול הצו, לא הגיעו כל מסמכים ומילא אין לדעת מתי רכשו את הדירות, אם בכלל, ומכל מקום עובדות אלה, ככל שנטענות היו לאחר שהוצא צו הריסה מנהלי ולאחר צו הפסקה שיפוטי ואין טענות אלה ממין העניין בערעור זה, שככל מהותו מתיחסת לצו הריסה במועד הוצאתו.

6. תחילת לציין כי ענינו של המערער בקשר לצו הריסה מנהלי שהוצא **למבנה אחר** של המערער, כבר הבהיר בפני בית משפט קמא (ב"ש 2536/12) בו נדחתה התנגדות המערער לביצוע צו הריסה (החלטה כב' השופט ד"ר א. גורדון מיום 8.4.13); החלטת בית המשפט קמא, הנזכרת, היא נשוא ערעור 46691-04-13, בו דחתה כב' השופט פולדמן-פרידמן ביום 14.7.13 את הערעור ולמעשה אישרה את צו הריסה המנהלי המתיחס לבנייה אחרת; המערער לא הסתפק בכך ופנה לבית המשפט העליון וביום 12.11.13 דחה בית המשפט העליון (כב' השופט ח' מלצר) את בקשה רשות הערעור (רע"פ 5326/13).

7. פרטתי את ההליך הקודם - רק כדי לציין כי תוכנת הליך זה אינה שונה מהתוצאת ההליך הקודם, ודין הערעור כאן להדוחות, כפי שנדחה הערעור בעניין צו הריסה נשוא ב"ש 2536/12.

עינן בטענות שהעליה המערער בתיק זה - מצבייעות על זהות לטענות שהועלו בהליך הנזכר, הוועלן!
ונדחו!

8. גם כאן כמו בהליך الآخر נחתם צו הריסה על ידי י"ר הוועדה המחויזת לתכנון ולבניה, וגם בענייננו נחתם הצו על יסוד תצהיר שנחתם על ידי מי שאינו מהנדס או אדריכל. (שם נחתם על ידי הגב' בולר שאינה אדריכלית או מהנדסת) וכך התייחס בית המשפט העליון בראע"פ 5326/13 **זכրיא מוסא נ'**

מדינת ישראל לטענת המערער שוציאג על ידי אותו ב"כ:

"עיננו הראות: בעוד שלגביו הוצאה צויה הריסה מנהליים על-ידי יושב ראש הוועדה המקומית, מופיעה בסעיף 238א(א) לחוק דרישה מפורשת כי יושב ראש הוועדה המקומית יעשה כן על יסוד תצהיר חתום בידי "מהנדס הוועדה המקומית או מהנדס הרשות המקומית או מהנדס אחר או אדריכל, שאחד מהם הסמיכו לכך...". הרי שלענין הפעלת הסמכות למתן צויה הריסה מנהליים בתחום המחווז, על-ידי יושב ראש הוועדה המחויזית, הסתפק המחוקק באמירה כי "למתקנן מחוץ או למי שהוא הסמיר לכך יהיו הסמכויות הנთונות למהנדס ועדה מקומית... בשינויים המחויזים", **וזאת מבליל לדריש כי התצהיר שיגש ליושב ראש הוועדה המחויזית, או מי שהוא הסמיכו לכך, יחתם בידי מהנדס, או אדריכל...**

...ואולם, המחוקק בחר שלא לחזור על הדרישה כי אותו אדם שיוסמך לכך (על ידי מתקנן המחווז) יהיה "מהנדס אחר או אדריכל", כפי שנדרש כאשר האצת הסמכות נעשית על ידי מהנדס הוועדה המקומית. הנה כי כן, פעמים נדרש המחוקק לעניין הסמכת מתקנן המחווז ליתן תצהיר לצורך הוצאה צו הריסה מנהלי, בדומה לסמוכות הקיימת למהנדס הוועדה המקומית, ופעמים בחר שלא לקבוע בהקשר זה תנאי של השכלה, או רישום, של מהנדס, או אדריכל.

מן המקבץ עולה כי הוראת סעיף 238א(ב1)(1) לחוק אינה מחייבת כי מתקנן מחוץ, או מי שהוא הסמיכו לכך - הפועל מכוח הסמכויות הנთונות למהנדס ועדה מקומית לעניין מתן צו הריסה מנהליים בתחום המחויז ובתחום מרחב תכנון מחויז - יהיה בהכרח מהנדס, או אדריכל (הדגשות אינן במקור- א.נ.ח.).

נראה כי אין להוסיף על קביעה זו של בית המשפט העליון, כי הוראות החוק אינן מחייבות שבמקרה שי"ר הוועדה המחויזית תחתמה על צו הריסה המנהלי לאחר שהוסמכה לכך, תتبסס על תצהיר של מי שהוא לאו דוקא אדריכל או מהנדס, כפי שגם קבעה כב' השופטת פולדמן-פרידמן בתיק 13-46691-04-13 בראע"פ 5326/13 לעיל:

"הוראות החוק עושות הבחנה מפורשת בין הוצאה צו על ידי יוש"ר הוועדה המקומית לבין הוצאה צו על ידי יוש"ר הוועדה המחויזית. בעוד שלגביו הוועדה המקומית צוין מפורשת כי נדרש תצהיר חתום על ידי מהנדס או אדריכל, לגבי הוועדה המחויזית קובע החוק כי הסמכות לחתום על תצהיר נתנה למתקנן המחויז או למי שהוא הסמיכו לכך. און כל דרישת כי יהיה זה מהנדס או אדריכל דוקא... לפיכך לא נפל כל פגם בחתימתה של גב' בולר על התצהיר שצורף לצו הריסה".

לאור האמור לעיל אני דוחה את טענתו הראשונה של המערער.

.9. בטענתו השנייה שב המערער והתייחס לטענה בדבר אכיפה סלקטיבית כשබסיס טענותיו כי טעה בית המשפט קמא שלא קיבל את הטענה, הן מושם שלטעמו הוכח בבית המשפט כי נגד מבנה הסמור למבנה נשוא צו הריסה כאן שהוקם ללא יותר ננקט הליך פלילי רגיל ולא יצא נגדו צו הריסה, כן צוין כי המדיניות הנהוגת ביחס למבנים שהוקמו על מקרקעין המיועדים לבניה לצרכי מגוריים "היא להמנע מהוצאה צויה הריסה מנהליים ו"להסתפק" בהלכים שיפוטיים רגילים" (סעיף 47 להודעת הערעור).

בית המשפט קמא קבע בהחלטתו כי המערער לא הרים את הנטול המוטל עליו להוכיח את הטענה, נטל המוטל

עליו מכוח הדין (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי), כך קבע כי המערער לא הציג לבית המשפט "מקרים דומים שאליים הרשות מתיחסת באופן שונה... מקרה בודד ויחיד לא מקום עילית אכיפה בררנית. יש להוכיח זהות בין המקרים בכך שמדובר באותו סוג מבנים המשתייכים לאותה קבוצת מבנים (סעיף 9 להחלטה).

10. עיון בפרוטוקול הדיון אכן מעלה כי המערער לא הוכיח את נסיבות המבנה היחיד שהציג כראיה לתמיכה בטעنته לאכיפה בררנית. כך עולה, כפי שקבע בית המשפט קמא כי "אין בפני בית המשפט בDEL ראייה ביחס למבנה אשר אודוטוי נחקר הפקח. לא צורפו נסיבות בניית המבנה אם הוא שלם אם לאו" (סעיף 10 להחלטה) ואוסיף ואומר כי אף אין לפניו בית המשפט ראיות אם המבנה הנדון שעיברת הבניה נתגלהה בעניינו כבר אוכלס במועד שבו גילתה הרשות את עבירות הבניה, ראיות רלוונטיות כדי שניית יהיה לאבחן ולהתיחס לאותו מבנה נתען.

משלא הובאו ראיות ומאהר שבהחלטה "תכן כי בתיק אלו מתייחס המערער לא התמלאו התנאים להוצאה צו הריסה מנהלי, ולא הוכח כי הייתה בפני הרשות האפשרות להוציא צו הריסה מנהלי, ככל שהתקיימו התנאים הקבועים בחוק, והוא העדיפה לנתקות בהלכים אחרים - מילא אין מקום לדבר על אכיפה בררנית.

11. טענת ההגנה מן הצדק הוכרה בתחילת בפסקת בית המשפט העליון בע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל** פ"ד נ(2) 221 (1996) והפכה בשנת 1998 לטענה בגדיר החוק שעה שהמחוקק חוקר את סעיף 149(10) להסדר פ"פ לפיו במידה שבית המשפט השתכנע כי "**הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית**" בכוונה להוורות על ביטול כתב האישום.

12. בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** פ"ד נט(6) 776 (2005) נדונה טענת האכיפה הבררנית חלקן מטענת ההגנה מן הצדק וכן צוין: "**החלטת בית-המשפט לבטל כתב-אישום מטעמי הגנה מן הצדק מותנית בכך שההחלטה להגישו פוגעת באופן חריף בתחשורת הצדק והגינות של בית-המשפט**. כאשר הסיבה להFelicia נעוצה בתנהגות מכוננת וזרונית של הרשות, דבר קיומה של פגיעה חריפה בתחשורת הצדק והגינות הוא לכורה גלו וברור, בעוד שדבר קיומה של פגיעה עצת הוא פובן מallow מקום שהרשויות פוליה בתום-לב. עם זאת איננו רואים מקום לפטול את האפשרות - שמתבעה תאה נדירה ביותר - שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסוליה תיגזר מניסיבות מיוחדות אחרות, ולא דזוקא מן הקביעה שההחלטה המתבססת על מניע זרוני או על שיקולים פסולים מובהקים" (שם, עמ' 814).

בעניין בורוביץ הנ"ל קבע בית המשפט העליון תחילה בחינה בן שלושה שלבים שלל בית המשפט לק"י'ם כדי לבחון את קיומה של טענת ההגנה מן הצדק: תחיליה, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך ואת עצמותם. לאחר מכן, עליו לקבוע האם הותרת ההליך הפלילי על כלנו חרף הפגמים שנפלו בו פוגעת בצורה קשה בתחשורת הגינות והצדק דרך בחינת חומרת העבירה, שיעור הפגיעה יכולתו של הנאשם להתגונן, תום ליבת הרשות וכיוצא ב. בשלב האחרון, על בית המשפט לבדוק האם ניתן לרפא את הפגמים שנמצאו, שלא בדרך הדרסטית של ביטול כתב האישום.

נסו נסיון ליישם את המבחנים שקבעה ההחלטה בעניין בורוביץ על עניינו של המערער מביא למסקנה אחת

- כי בדיון דחה בית המשפט קמא את טענת המערער לאכיפה בerrerנית, שכן המערער לא עמד בנטול המוטל עליו להוכיח טענה זו (ראו ע"פ 8551/11 **כהן סלכני נ' מדינת ישראל** (12.8.12) -פס"ד של כב' השופטת ד' ברק-ארץ), ממילא לא ניתן לבצע בדיקה של השלבים הנזכרים בפסקה לעיל.

14. בעניינו טען ב"כ המערער באופן סתמי כי "קיים מבנה סמוך אשר הוקם שלא כדין וכי נגד אותו מבנה פעולה עירית ירושלים ונתקטה בהליך פליליים כנגד אותו מבנה" (סעיף 29 להודעת הערעור). בחומר הראיות אין ראייה לעניין אותו מבנה גם לא לנסיבותיו, ומשכך ראייה הייתה החלטת בית המשפט כי לא נמצא "בדל ראייה למבנה אשר אוזתו נחקר הפקח"; אוסיף ואומר כי גם לעניין המדיניות הנוהגת לא הובאה כל ראייה, וברור כי ראיות לעניין 'מדיניות נוהגת' מחייבות הצגת מקדים נוספים וממילא אין להסתפק בהצגת מבנה אחד שכפי שנאמר לעיל, גם לגבי לא ברורות הנסיבות.

את הטענה של הגנה מן הצדיק יש להוכיח ואין להעלotta באופן סתמי ולטעון כי "כך נוהגת הרשות" או כי "יש מבנה אחר סמוך אליו ננקט הליך אחר". בהעדר ראיות ובHUDR נסיבות המבנה הנטען כמו גם בהעדר ראיות לגבי המדיניות הנוהגת במקרים זהים - ממילא אין מקום לקבל את הטענה ואין מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא.

משכך - נדחית גם טענה זו.

15. מעבר לצורך אומר כי המערער לא נכח בדיון ותחת זאת התייצב מאן דהוא שטען כי הוא מתגורר בבניין נשוא צו ההרישה.

מקובלות עלי טענות המשיבה כי מדובר בנסיבות חדשות ואין מקום לקבל באופן סתמי דברי מי שזומן למקום, בוודאי אין לאפשר להוסיף בערצת הערעור בשלב הדיון 'ראיות ספרונטניות' של מי שנוכח במקום, רק אצין כי משנקבע כי בעת הוצאת צו ההרישה לא היה המבנה מאוכלס וכי צו ההרישה יצא כדין מילא אין מקום לדבר על נסיבות שנוצרו לאחר צו ההרישה, כמשמעותו של הculo כי ככל שהמבנה מאוכלס כו, אם בכלל, הרי האיכלוס בוצע לאחר צו ההרישה בבחינת 'עובדות בשטח' - ואולם כל זאת, כאמור, מעבר לנדרש בעניינו של ערעור זה.

16. מכל האמור אני>Dוחה את הערעור.

1.1.15. לביקשתו החלופית של המערער ולנוכח הסכמת המשיבה- יחול מנין הימים לביצוע צו ההרישה ביום

נitan היום, ג' חשוון תשע"ה, 27 אוקטובר 2014, בהעדר הצדדים.