

## ע"פ 7761/02/16 - מדינת ישראל נגד רפיק שריתאח, דהוד עבאסי, חליל עבאסי, האני עבאסי, הישאם אבו תאיה, מוחמד דהאוד עבאסי

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייטים

ע"פ 7761-02-16 מדינת ישראל נ' שריתאח ואח'  
ע"פ 7514-12-15 אבו תאיה נ' מדינת ישראל  
ע"פ 17088-01-16 עבאסי נ' מדינת ישראל

לפני	כבוד השופט משה יועד הכהן
המערכת בע"פ 7761-02-16	מדינת ישראל
המדינה בע"פ 7514-12-15	ע"י נציג היועץ המשפטי לממשלה
המדינה בע"פ 17088-01-16	עו"ד מוטי סטי
נגד	
המשיבים בע"פ 7761-02-16	1. רפיק שריתאח
המערער בע"פ 7514-12-15	2. דהוד עבאסי
המערער בע"פ 17088-01-16	3. חליל עבאסי
	4. האני עבאסי
	הישאם אבו תאיה
	מוחמד דהאוד עבאסי
	כולם ע"י ב"כ עו"ד עבד אלרחמן מח'זומי

### פסק דין

1. לפני דיון מאוחד בערעור שהגישה המדינה (להלן: "המדינה") בע"פ 7761-02-16 נגד המשיבים 1-4 (להלן: "המשיבים") וכן בערעורים שהגישו המערער הישאם אבו תאיה (להלן: "אבו תאיה") נגד המדינה בע"פ 7514-12-15 והמערער מוחמד דהאוד עבאסי (להלן: "דהאוד") נגד המדינה בע"פ 17088-01-16. ("אבו תאיה" ו"דהאוד" ייקראו להלן יחד - "המערעים").

### ההחלטות מושא הערעורים

2. ערעור המדינה מופנה כנגד החלטות בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים שלהלן. החלטה בת"פ 11850/02 מיום 22.12.15 (כב' השופטת מ' אבגנים-ויינשטיין); החלטה בת"פ 11031/06 מיום 11.1.16 (כב' השופטת ת' נמרודי); החלטה בת"פ 5987/06 מיום 7.1.16 (כב' השופט פ' שטרק); החלטה בת"פ 11030/06 מיום 21.12.15 (כב' השופט פ' שטרק). בהחלטות אלה קיבל בית המשפט בקשות להארכת מועד ביצוע צווי הריסה שיפוטיים למבנים באזור עין אלוזה בסמיכות לשכונות ג'בל מוכבר, ראס אל-עמוד וסילוואן וזאת מטעמי עקרון השוויון והאחידות בענישה.

3. ערעורו של אבו תאיה מופנה כנגד ההחלטה בת"פ 12514/06 מיום 22.11.15 (כב' השופט פ')

שטרק) וערעורו של דהאוד מופנה כנגד ההחלטה בת"פ 8531/09 מיום 28.12.15 (כב' השופטת ת' נמרודי). שני הערעורים מופנים כנגד ההחלטה לדחות בקשות לפי סעיף 207 לעיכוב ביצוע צווי ההריסה שניתנו למבנים באותו אזור.

4. ההחלטות האמורות מסתמכות בעיקרן על החלטה שניתנה ביום 14.12.15, בת"פ 5297/12, על ידי כב' השופט פ' שטרק. באותה החלטה נאמר, כי "מדובר בתכנית מקיפה שכונתית, דבר אשר בפני עצמו מחייב תכנון מורכב. כמו-כן, עולה ממכתב האדריכל כי הוא פועל מול ובהתאם להנחיות הגורמים בעירייה. נכון הדבר כי מדובר בהליך בוסרי. עם זאת, מדובר בכתב אישום משנת 2012 ויש לבחון את התקדמות ההליך לפרק זמן כדי להיווכח אם מדובר בהליך אשר יוביל להכשרת המבנה בזמן סביר". לאור האמור, הוארך המועד לביצוע צו הריסה עד ליום 1.12.16. המדינה לא ערערה על החלטה זו במועד והיא הפכה לחלוטה ובעקבותיה ניתנו שורה של החלטות בתיקים אחרים המתייחסים למבנים באותו אזור בהתבסס על אותה החלטה (ת"פ 5297/12; ת"פ 11030/06; ת"פ 3539/91; ת"פ 10980/05; ת"פ 1172/05).

5. בהחלטה בת"פ 11850/02 ובעקבות טענת המבקש שם, כי מדובר בשיקולים של אחידות בענישה ובגזרה בין שווים, קבע בית המשפט, כי לא הובהר די הצורך מדוע אין המדובר במקרה דומה, למרות שמידע מפורט בנדון מצוי בידי המדינה. לנוכח האמור, מטעמים של אחידות בענישה האריך בית המשפט את מועד ביצוע הצו עד ליום 1.12.16. יצוין, כי באותו עניין טענה המדינה כי הנטל להוכיח שמדובר בזהות בין התיקים והמבנים מוטל על המבקש הטוען לכך ונטל זה לא הורם.

6. בהחלטה בת"פ 11031/06 הוזכרה שוב ההחלטה מת"פ 5297/12 ונקבע כי לשם האחידות בענישה ועל אף התנגדות המדינה, מעוכב מועד הביצוע עד ליום 1.12.16.

7. בהחלטה בת"פ 5987/06 ציין בית המשפט, כי מדובר במבנה בשכונת סילוואן וכידוע קיים מאמץ לייצר תכנית שכונתית כאשר קיימת מחלוקת בין התושבים ובין העירייה על אופן ייזום תכנית תכנונית. לאור החלטות אחרות ביחס לאותן נסיבות ובעניין זה היפנה בית המשפט לת"פ 5297/12 וכדי לשמור על אחידות ביחס למבנים בשכונת סילוואן הוארך המועד עד ליום 10.11.16.

8. בת"פ 11030/06 מציין בית המשפט, כי מאחר ומדובר בתכנון כלל שכונתי ומאחר והעבירה בעניין דנן הינה שימוש ונוכח הצהרת האדריכל כי המבנה נמצא במתחם התוכנית 0304089, נעתר לבקשה ומאריך את המועד עד 1.12.16. בית המשפט הוסיף כי כל עיכוב אשר חל באישור התכנית נובע מהליכים טכניים בין התושבים לעירייה ועל התושבים לפנות לערכאה המתאימה כדי לקצר את התכנית. בהעדר פעולה מתאימה, דין כל בקשה נוספת להידחות.

9. בהחלטה בת"פ 12514/06 בעניינו של אבו תאיה, מציין בית המשפט, כי מדובר במבנה שאינו נכלל בפולגון. עוד מציין בית המשפט כי במכתב האדריכל שצורף לבקשה מיום 21.10.15 אין זכר למבנה נשוא הבקשה, כבעל סיכוי להכשרתו להיתר במסגרת התכנונית הקיימת. בית המשפט מציין, כי מאחר שמדובר באישום משנת 2006, די בחלוף הזמן כדי להקים עילה לדחיית הבקשה. בנוסף, מאחר שהמבנה אינו ממוקם בתוך הפולגון, לא קיים סיכוי בהכשרתו בהיתר ולאור האמור נדחת הבקשה כשביצוע הצו עוכב עד ליום 22.1.16.

10. בהחלטה בת"פ 8531/09 בעניינו של דהאוד, דחה בית המשפט את הבקשה בהתאם לנימוקי המדינה ותגובותיה וכן לנוכח היקף הבניה (כ-170 מ"ר), מועד ביצועה (1999-2006), ולאחר שלא חלה התקדמות ממשית בהליכי התכנון. בתגובת העירייה נטען כי המבקש מנסה להיתלות באמרה שאינה נוגעת אליו והכוונה לדבריה של הגב' רחל אשר הרוש במסגרת ת"פ 2568/94 ו-9 הליכים אחרים שבהם התייחסה לתכנית המוצעת לאזור ואדי קדום. עוד ציינה המדינה כי מדובר במבנה המצוי בלב ליבו של שטח ירוק, קרי שטח פארק גן ציבורי.

### עיקר טענות הצדדים

11. יצוין, כי הן ערעור המדינה והן ערעורי המערערים מתייחסים למבנים המצויים באותו שטח גיאוגרפי. המדינה טוענת כי גלגולן של הבקשות החל מהסתמכות על התוכנית 14338 שנפתחה לפני כ-5 שנים, אולם מעולם לא קודמה למעט פתיחת תיק תב"ע ביום 2.2.11. לטענתה בשל חוסר מעש מצד התושבים ובשל אי שיתוף פעולה מצידם נגנזה התכנית ביום 29.12.13. לאחר מכן, הוגשו למדינה בקשות למתן אורכה בהסתמך על תכנית 101-0304089. לדברי המדינה, בעקבות החלטת בית המשפט בת"פ 5297/12, ניתנו הארכות בתיקים נשוא הערעור בנימוק של עקרון השוויון ואחידות הענישה מבלי להתייחס לעובדה שלא קיים הליך תכנוני וכי לא ייתכן שבשל החלטה שגויה אחת, שכונה שלמה תזכה לאורכות בניגוד גמור לפסיקה.

12. המדינה מוסיפה, כי עקרון אחידות הענישה הינו רק שיקול אחד מתוך מכלול השיקולים שיש לאזנם כדי להגשים את תכלית הענישה וכי המותבים שנתנו את ההחלטות שגו בהתעלמם משיקולים נוספים כגון שנת הבנייה של כל מבנה, ייעוד הקרקע, היקף הבניה וכיו"ב. כך למשל, מפנה המאשימה להבדל שבין המשיב 1, הנאשם בת"פ 11850/02 שהורשע בבניית מבנה בשטח של 78 מ"ר בשנת 2002, זאת שעה שהמשיב 2, הנאשם בת"פ 11031/06 שהורשע בבניית שתי קומות בשטח כולל של 268 מ"ר ומרפסות בשטח כולל של 56 מ"ר שנבנו לכל המאוחר בשנת 2006 ואף על פי כן לא נתן בית המשפט דעתו להבדלים ביניהם. בנוסף, מפנה המדינה לכך שנגד המשיב 3 הנאשם בת"פ 5987/06 שהורשע בבניית מבנה חד קומתי בשטח של כ-218 מ"ר שנבנה בשנת 2004 וכנגד המשיב 4, הנאשם בת"פ 11030/06, שהורשע בבניית מבנה בן שתי קומות בשטח כולל של 174 מ"ר ומרפסות בשטח כולל של כ-50 מ"ר.

13. המדינה מוסיפה, כי המותבים האמורים בהחלטותיהם התעלמו מכך שלא קיים אופק תכנוני להכשרת המבנים נשוא הערעור ולא מונחת כל תכנית ממשית להכשרת העבירות, שעה במדובר במבנים המצויים ב"שטח פתוח". בנוסף, אותם מבנים הם רחבי היקף ועומדים על תילם שנים רבות ללא היתר. עוד נטען, כי התכנית שנפתחה במשרד הפנים 101-0304089, היא בגדר הליך טכני שאינו מעיד על התקדמות כלשהי. בנוסף, מפנה המדינה לכך שלמעלה מעשור מאז נבנה המבנה האחרון מבין המבנים נשוא הערעור, אין כל התקדמות תכנונית ואף לא נפתח תיק תב"ע בעיריית ירושלים. לטענת המדינה משהיתר הבנייה אינו נראה באופק הענקה אורכה במצב דברים זה, מהווה פגיעה באינטרס הציבורי ומעבירה מסר שגוי לציבור הרחב לפיו ניתן להפר את דיני התכנון והבניה תוך דחיית צווי ההריסה מפעם לפעם עד אין קץ. עוד נטען, כי על בית המשפט היה להטיל על המבקשים הוצאות בשל שימוש לרעה בהליכי המשפט והשחתת זמן שיפוטי לריק.

14. ב"כ המשיבים וכן באי כוחם של המערערים טוענים, כי היצמדות לעקרון אחידות הענישה מצדיקה את דחיית ערעור המדינה ואת קבלת הערעורים כנגד ההחלטות שדחו את הבקשות לאורכה. לדבריהם, המשותף לכל המבנים הינו הימצאם מחוץ לגבולות הפולגון של תכנית המתאר (ירושלים 2000), לעיתים במרחק של מטרים בודדים. כאשר המבנה של המערער דהאוד אף נמצא בחלקו בתוך שטח הפולגון. לדבריהם, עצם ההסתמכות על תכנית שלא הופקדה, לא הועמדה להתנגדויות התושבים וממילא לא אושרה מעולם, הוא בעייתי. אך מכל מקום, הגבול של הפולגון איננו קו קדוש, כפי שצוין בדבריה של הגב' רחל הרוש בת"פ הנ"ל. עוד היפנו להחלטתה של כב' השופטת אב-גנים ויינשטיין בת"פ 7700/06 מיום 4.2.16 שבה קיבלה בקשה של המבקש שם למתן אורכה עד ליום 1.12.16, אף זאת בהסתמך על החלטה בת"פ 5297/12. באותה החלטה פרט בית המשפט את ההליכים התכנוניים שננקטו באזור, כולל תכנית 12772 בשטח של 78 דונם שהוגשה בשנת 2007 וניתן לה אישור עמידה בתנאי הסף בחודש אוקטובר 2009. באותו עניין, משנקבעו עקרונות התכנית החדשה בירושלים והתעורר הצורך בהרחבת התכנית לשטח של 380 דונם, נערכו פגישות בין נציגי העירייה במשרדו של האדריכל המקדם את התכנית והוחלט שהעירייה תגיש את התכנית אשר ניתן לה אישור עקרוני בשנת 2011.

15. אף על פי כן וחרף ההבנות עם התושבים, חזרה בה העירייה, לטענתם, מההסכמות בנוגע לכך שהתכנית תוגש ותקודם באמצעותה ובסופו של דבר נקבע כי המנהל הקהילתי בעין אלוזה הוא זה שימשיך במלאכת קידום התכנית, בהסתמך על ההנחיות אותן קיבל האדריכל. כפי שנאמר בהחלטת כב' השופטת אב-גנים ויינשטיין, תכנית 101-0304089 הוגשה לפי נוהל מבא"ת 2006, אך לנוכח המורכבות התכנונית, טרם עלה בידי המבקש ושכניו להשלים את הנדרש לצורך קבלת היתר הבניה. כנאמר בהחלטה, מדובר שם במבנה בהיקף של 95 מ"ר שבבנה לפני 11 שנה בטרם הוכשר ולפי הסברה של המדינה בהתאם לתכנית המתאר 2000 ירושלים, המבנה מצוי במתחם המיועד לשטח ירוק שלא ניתן להכשירו. בית המשפט ציין באותו עניין, כי אין מחלוקת כי ההחלטה בת"פ 5297/12 ניתנה ביחס לנכס סמוך שגודלו ומצבו התכנוני זהים לנכס נשוא ההחלטה שבפניו והמדינה טענה, כי לא הוגש לגביה ערעור בשל טעות, טענה זהה לזו המועלית בערעור שבפניו.

16. בית המשפט ציין את הכלל, לפיו צו ההריסה יבוצע במועדו ודחיית מועד ביצוע הצו תיעשה רק במקרים חריגים ויוצאי דופן בהם היתר הבניה מצוי בהישג יד ורק עיכוב פורמאלי מונע אותו. עם זאת, ציין כי בהתאם להלכת סבן (רע"פ 4357/01 **סבן נגד הועדה המקומית לתכנון ובניה אוננו**, פ"ד נו(3)49, 59-60). לבית המשפט נתון שיקול דעת להחליט באילו מקרים יעכב ביצוע צווי הריסה וידחה את מועד ביצועם, תוך מתן שיקול דעת רחב ועמוק לבית המשפט ולו כדי למנוע מסיבות כאלה ואחרות תוצאות קשות ובלתי צודקות, כאשר לעניין זה נדרש לבית המשפט "טעם טוב" כדי להיעתר למתן האורכה.

17. בית המשפט הוסיף, כי התנגדות המדינה מתבססת בעיקרה על פסיקת בית המשפט העליון ברע"פ כפאיה (רע"פ 8220/15 **כפאיה נ' מדינת ישראל** (27.12.15)). אולם, לקביעתו, בעניין כפאיה לא נקבעה הלכה חדשה, אלא רק חזרה על הלכות שכבר נקבעו בעבר והיו ידועות בעת מתן החלטתו של כב' השופט שטרק. כב' השופט שטרק נתן החלטתו תוך התייחסות מפורשת לנתונים שבמחלוקת ותוך קביעה כי בנסיבות הייחודיות של השכונה בה עסקינן ולמורכבות התכנונית יש לאשר אורכה לצורך בחינת ההתקדמות.

18. במסגרת הדיון בעל פה בערעורים, חזרו הצדדים והרחיבו את טענותיהם. המשיבים והמערערים נסמכו כאמור על הנקבע בהחלטה בת"פ 5297/12 וכן בהחלטתה של כב' השופטת אב גנים בת"פ 11850/02 וטענו, כי עמדת המדינה מאיינת את עיקרון אחדות הענישה. בנוסף טענו, כי מדובר בשטח, שבו במרחק של עשרות מטרים זה מזה חיים, מצד אחד, אנשים במאה ה-21 ובצדו השני חיים אנשים "בעידן החושך". לדבריהם, מדובר בשטחים נרחבים שלגביהם צריך להסדיר בעלויות, כבישים ופרמטרים נוספים וכי כל המבנים של המשיבים והמערערים יוכשרו בדרך זו. לעומת זאת, טענה ב"כ המדינה, כי על סמך החלטה אחת שניתנה בניגוד לפסיקה של בית המשפט העליון, כאשר ההליך התכנוני רחוק מסיום וסופו אינו נראה לעין, נמצאה שיטה לקבל באותה שכונה, בהתייחס לעשרות מבנים ולעשרות עבירות, אורכה שיפוטית או דחייה שיפוטית לביצוע צווי הריסה. ב"כ המדינה הוסיף, כי ערעורי המדינה לא הוגשו לגבי מבנים שנבנו בתוך הפוליון, אלא רק לגבי מבנים שהוקמו בשטח ירוק שבו אין סיכוי לקבל היתר בניה.

## דין והכרעה

19. עקרון האחידות בענישה הוא עיקרון חשוב הנגזר מעיקרון השוויון בפני החוק החולש על כל תחומי המשפט. יחד עם זאת, אין הוא עיקרון בלעדי בתחום הענישה ויש תנאים וסייגים להחלתו. כפי שנפסק שוב ושוב, אותו עיקרון מהווה רק שיקול אחד במכלול השיקולים שיש לאזנם, כדי להגשים את תכלית הענישה (ע"פ 2580/14 **חסן נ' מדינת ישראל** (23.9.2014)). יתירה מכך אין בו כדי לחייב את בית המשפט לגזור עונשים לפי שוויון אריתמטי מקום ששיקולים אחרים, דוגמת נסיבותיהם האישיות של נאשמים, תומכים בהבחנה ביניהם לעניין העונש (ע"פ 10370/02 **סויסה נ' מדינת ישראל** (27.5.2003)). לא זו אף זו, תיתכן סטייה מעיקרון אחדות הענישה אף כאשר קיימת זהות בנסיבותיהם האישיות של הנאשמים, אם מצא בית המשפט כי שיקולי ענישה כלליים גוברים על עיקרון אחדות הענישה. כפי שציין השופט א' מצא, (כתוארו אז) בע"פ 5450/00 **שושני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו (2) 817, 821 (2002): "עקרון אחדות הענישה נועד למנוע הפליה בין נאשמים שפשעו יחדיו ובנסיבות דומות, אך לא בא לכפות על בית-המשפט אמת-מידה עונשית מוטעית רק מפני שהיא ננקטה במקרהו של אחד הנאשמים המשותפים".

20. במסגרת יישומו של הכלל לתחום בו עסקינן, תחום עבירות הבנייה ובאופן ספציפי בדיון בבקשות לפי סעיף 207 לחוק התו"ב, בין השיקולים שיש לשקול בהיעתרות לבקשה לדחיית ביצועו של צו הריסה על סמך אותו שיקול, יש לבחון באופן פרטני קיומו של דמיון או שוני בין המבנים המושוים, כולל גילו של כל מבנה, משך הזמן שחלף מאז ניתן גזר הדין לגבי המבנה הנדון, היקף הבניה האסורה, המיקום היחסי של שניהם וכן הבדלים אפשריים מבחינת הייעוד התכנוני. בנוסף יש לבחון את הדמיון או השוני בהליכים שננקטו להכשרת הבניה ואת האופק התכנוני הקיים לגבי כל מבנה. אבחנה כזו לא נעשתה במסגרת ההחלטות מושא ערעור המדינה. לצד זאת, יש לשקול את האינטרס הציבורי החשוב שבהסרת בנייה אסורה ובציות לחוק. בהקשר זה על בית המשפט לשים לנגד עיניו תדיר את דברי בית המשפט העליון מפי כב' השופט א' רובינשטיין (כתוארו אז) ברע"פ 2885/08 **הוועדה לתכנון ובניה ת"א נ' דכה**

(פורסם בנבו, 22.11.09) לפיהם מתן אורכות חוזרות לביצוע צווי הריסה בשל גרירת רגליים של הרשויות בהליכי התכנון הינו בגדר ריפוי רעה חולה אחת באמצעות רעה אחרת, חולה לא פחות, ומשמעו פתיחת פתח להפקרות ולגישה של "איש הישר בעיניו יעשה". במתן החלטות מן הסוג האמור, בהסתמך על עקרון האחידות, על בית המשפט גם לשקול היטב את השלכות הרוחב שלהן. **"הנה איפוא דומינו; מה יהא על שכנו של המשיב ושכן שכנו והאיש ברחוב השני? לכל אלה אין בית המשפט המחוזי נותן תשובה, והאמירה כי הנושא יהא תלוי ועומד עד להסדרה מזמינה עוד ועוד בונים לא חוקיים, והפעם בהכשר בית המשפט רחמנא ליצלן"** (שם בפסקה י' לפסק הדין).

21. מעבר לכך בנסיבות עניינו, התכנית עליה נסמכים המשיבים והמערערים היא תכנית בוסרית הנמצאת בשלב התחלתי ואין לדעת מתי, אם בכלל, תאושר. במצב דברים זה בוודאי לא ניתן להעריך אם ומתי ניתן יהיה להוציא היתר בניה פרטני לכל אחד מהמבנים שנבנו ללא היתר. זהו מצב שבו על פי הנחיות הפסיקה אין מקום למתן ארכה שיפוטית. רע"פ 3774/04 אלסנאע נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו 6.7.04) וכן רע"פ 8220/15 **כפאיה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 22.7.15). בנוסף, לא הוצבע כאמור על נסיבות זהות לגבי כל אחד מהמבנים למעט הימצאם באזור גיאוגרפי אחד והנתונים עליהם הצביע ב"כ המדינה מלמדים כי לכל אחד מהם מאפיינים שונים. זאת למעט הטענה הכללית, שהתכנית הנמצאת בשלבי עיבוד ודיון אך טרם הוגשה בצורה פורמאלית, תהווה בסופו של יום פתרון לכולם. זוהי הבטחה ערטילאית שאינה יכולה לכשעצמה להצדיק מתן ארכה לביצוע צו הריסה שניתן כחוק.

22. מטעמים אלה אני מוצא לנכון לקבל את ערעור המדינה ולבטל את ההחלטות מושא הערעור שניתנו כמפורט בפסקה 2 לעיל. בנוסף אני דוחה מאותם טעמים את ערעורי המערערים על ההחלטות מושא ערעוריהם שניתנו כמפורט בפסקה 3 לעיל.

23. למשיבים בערעור המדינה וכן למערערים ניתנת ארכה של 30 יום לצורך התארגנות.

24. המזכירות תעביר פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, ז' אדר ב' תשע"ו, 17 מרץ 2016, בהעדר הצדדים.