

# ת"פ 64499/02 - הכנסת אורחים ר' שמעון בר יוחאי זע"א מירון נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בנצרת שבתו כבית-משפט לעערורים פליליים

עתפ"ב 22-02-64499 הכנסת אורחים ר' שמעון בר יוחאי זע"א מירון (ע"ר) נ' מדינת ישראל  
תיק חיזוני:

בפני כבוד השופט עינב גולומב  
מעוררת הכנסת אורחים ר' שמעון בר יוחאי זע"א מירון (ע"ר)  
נגד מדינת ישראל  
משיבה

## פסק דין

לפני עורך על החלטת בית משפט השלום בصفת (כב' השופט דוניא נסאר) מיום 15.2.22, שניתנה בשש בקשות למתן צווי הריסה ללא נקיטת הליך פלילי מכוח סעיף 239(א) לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה - 1965 (להלן - **החוק**), אשר נדונו במאוחذ.

## רקע:

1. עניינו בבקשתו שהגישה המדינה לבהמ"ש קמא למתן צווי הריסה לפי סעיף 239(א) לחוק, ביחס לשישה מבנים המצוים במרקען היודעים כגוש 13688, חלקה 70, בתחום קבר רב שמעון בר יוחאי בהר מירון (להלן - **מתחם קבר הרשב"י**).

2. המערערת מחייבת בששת המבנים האמורים.

3. המבנים המדוברים, כפי שסומנו בהליך בבהמ"ש קמא, הם כדלקמן; **מבנה מס' 47**, בניי מתחת לפני הקרקע, בשטח שגודלו המדוקדק לא ברור; **מבנה 106**, בגודל כ- 67 מ"ר, עשוי פאנל מבודד; **מבנה 108**, בשטח 38 מ"ר, מרפסת מקונסטרוקציית ברזל; **מבנה 110**, הבניי מקונסטרוקציית ברזל ופאנל מבודד; **מבנה 30**, בשטח 91 מ"ר, הבניי ממכולות ואיסכוריית, המשמש כמחסן; **מבנה 111**, בשטח כ- 37 מ"ר, בניי מקונסטרוקציית ברזל ואיסכוריית, ומשמש כמחסן.

4. שניים מבין המבנים, מבנים 47 ו- 110, הם חלק מתחם מרכזי שmployה המערערת באתר. הם כוללים שטח, שגודלו המדוקדק אינו ידוע, הבניי מתחת לפני הקרקע. המבנים האחרים כוללים מרפסת הנתמכת

על קונסטרוקציה ברזל, שני מחסנים ושני חדרים (המשמשים לטענת המערערת לילנית מתנדבים בהילולת ל"ג בעומר).

5. בבקשתו נטען כי המבנים כולם הוקמו ללא היתר בנייה, ו邏אך הם בגדר "עובדת אסורה" כמשמעות המונח בחוק. המדינה פירטה כי הרקע להגשת התביעה על-ידה נעוץ בהחלטת רשות האכיפה במרקען, בתיאום עם היועץ המשפטי לממשלה, לפועל כנגד כל עבירות הבניה באתר קבר הרשב". זאת, בדחיפות ולאחר האסון הכבד שאירע בתחום בהילולת ל"ג בעומר אשתקד, בשום לב להמלצות הבניינים של ועדת החקירה הממלכתית שהוקמה לחקירת האסון בראשותה של כב' הנשיאה בדים מרים נאור ז"ל, ולקראת אירועי ל"ג בעומר בשנה הנוכחית.

6. המדינה טענה בבקשתו כי במקרה דין מתקיימים כל התנאים הנדרשים לפי סעיף 239(א) לחוק, לממן צווי הריסה לבניינים; מדובר במבנים שנבנו ללא היתר בנייה, לא ניתן לאתר את הגורם שביצעו את הבניה לצורך העמדתו לדין/חללה התישנות על חלק מהubarות, וכיים עניין ציבורי מיוחד ביצוע הריסתה. בהקשר האחרון נטען כי העניין הציבורי המיוחד בענייננו נובע מעצם העובדה המבנים מצויים בתחום קבר הרשב", אלו מגיעים מדי שנה, ובפרט במהלך חגיגות ל"ג בעומר, מאות אלפיبني אדם, ואשר מאופיין בצליפות רבה בתוך תא שטח קטן יחסית, דבר המחייב סילוק מבנים שנבנו שלא חוק ומפריעים לסדר הציבורי. עוד נטען, כי לנוכח לקחי האסון שארע בתחום שנה שעברה, יש צורך דחוף בסילוק מהיר של כל הבניה הבלתי חוקית באתר על מנת לסייע למופקדים על האירוע השנה זו בתכנון מיטבי שלו ולא מגעים ומכשול בטיחות.

7. המערערת התנגדה לממן הכוונים שהתקשו, וזאת על יסוד מספר טענות. ראשית טענה היא להבטחה שלטונית שניתנה ע"י סגן מנהל מחוז הצפון ברשות האכיפה במרקען, לפיה לא תבוצע הריסה באתר אלא בתיאום מראש וב הסכמת מנכ"ל "וועדת החמישה", היא הגורם הממונה על הפעלת האתר, דבר שנטען כי לא נעשה. שנית, נטען כי ניתן להכשיר את המבנים שנבנו ללא היתר, וזאת בהתאם לתכנית מתאר מקומית חדשה שאושרה לאחרונה למתחם (תכנית מס' 0263913-209, להלן - **התב"ע החדש**). בהקשר זה הפנתה המערערת לדברי יועמ"ש הוועדה המחויזת לטו"ב במחוז צפון, כפי שפורטו בפרוטוקול ישיבת ועדת החקירה הממלכתית לאסון מירון, אשר לאפשרות הקימית לפי התב"ע החדשה לקבל היתר בנייה לבני ציבור קיימים. שלישיית, נטען להיעדר סמכות של המדינה לפעול להוצאה צווי הריסה, ושל בהמ"ש קמא ליתן צוים כאמור, בטענה לתחולת חוק השמירה על המקומות הקדושים התשכ"ז - 1967, ודבר המלך במוועצה על א"י (המקומות הקדושים), 1924.

#### החלטה בהמ"ש קמא:

8. בהחלטתו מיום 15.2.22 קיבל בית משפט קמא את התביעה והורה על הריסת המבנים.

9. בית המשפט עמד על שלושת התנאים למתן צו הריסה לפי סעיף 239(א) לחוק, שהם: עבודה בניה אסורה שהתבצעה ללא היתר או בסטייה ממנה, התקיימות אחת החלופות המנויות בסעיף וקיים "ענין ציבורי מיוחד" המצדיק את הריסת המבנה. בהמ"ש קבע כי שלושת התנאים האמורים מקיימים במקרה דנן.

10. אשר להקמת המבנים ללא היתר - הרי שעניין זה לא היה שני במחלוקת בין הצדדים. אשר לתנאי השני - נקבע כי עפ"י הנחונים שהוצגו, שעליהם לא חלקה המערערת, חילק מעבירות הבניה התיישנו וכן לא ניתן לאתר בשקיידה ראייה את האדם שביצעה את העבירות.

11. לעניין התנאי השלישי בדבר קיום עניין ציבורי מיוחד בהריסת המבנים, הוא התנאי אשר עמד במקודם המחלוקת בין הצדדים, קבע בהמ"ש קמא כי עניין ציבורי כאמור קיים במקרה דנן. בהקשר זה ציין בהמ"ש קמא כי תכנית המתאר החדשה שאושרה למתחם איננה מכשירה את עבירות הבניה באתר, ושנים מהמבנים אף הוגדרו בה להריסה. בהמ"ש קמא הפנה גם לטענת המדינה בבקשתה, כי מדובר בקרקע חקלאית מוכרצת כר שהשימושים הנעשים במבנה מנוגדים ליעוד המקורקען. עוד הפנה בהמ"ש קמא לחוו"ד יועץ בטיחות ודוח מהנדס צצورو ע"י המדינה, המפרטים שורה ארוכה של ליקויים בטיחותיים באתר, לרבות ביחס לבניינים הכלולים בבקשת המדינה. בהקשר זה אף קבע בהמ"ש קמא כי מעין מתומות שהוצגו לו, ניתן להתרשם כי חלק מהמבנים בנויים מחומר קלים, לוחות אסכורת או פnel, חלקם נתמכים בקונסטרוקציות ברזל ושנים מהמבנים נבנו לאחר חציבה בקרקע ללא אישור ולאו דווקא כלשהו, באופן המעלה חשש לטביחותם. בהמ"ש עמד בהקשר זה על האסון הנורא שארע במתחם קבר הרשב"י במהלך הילולות ל"ג בעומר אשתקד, בו נהרגו 45 בני-אדם. הודגש כי לנוכח כמות המבקרים הפוקדים את האתר ואשר צפויים לפקד אותו בחגיגות ל"ג בעומר השנה, מתח"בת זירות בשמירה על חי אדם הגוברת על כל אינטרס פרטיא או ציבורי אחר, תוך שבמה"ש קמא הפנה להמלצות הבניינים של ועדת החוקיה הממלכתית לפיהן בין היתר מומלץ להסיר ולסלק את כל המפגעים הקיימים באתר עד לכל המאוחר חודש לפני אירוע ל"ג בעומר השנה הצפויים להתקיים בחודש Mai 2022.

12. בהמ"ש קמא דחה טענות שהעלטה המערערת במישור הסמכות ושיקול-הදעת של המדינה. לעניין הסמכות, נדחו טענות המערערת שהtabasco על חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז - 1967, ועל דבר המלך במוועצה על אי"י (המקומות הקדושים), 1924. כן נדחו טענותיה בדבר אכיפה מפללה ובררנית. יצוין כבר כתע כי על עיקר טענות אלה לא חזרה המערערת בערעור דנן.

#### תמצית טענות הצדדים:

13. כפי שכבר ציון, על חלק לא מבוטל מהטענות שהועלו בהמ"ש קמא לא חזרה המערערת בערעור (לאחר החלפת יציג), וחילק אחר (כגון הטענה להפרת הבטחה שלטונית) צינו על-ידה בלACIONיות ולא טיעון של ממש, ומסקך אני רואה להתעכב עליהם, תוך שאצין, מעבר לנדרש, כי נימוקי הערכאה קמא

בunningים אלה מקובלים עלי מלאם. טענותה העיקריות של המערערת בערעור הופנו נגד ההליך כי שה坦נה בבהם"ש קמא, ונגד ההחלטה לגופה, והן יובאו בתמצית להן.

.14 במשור ההליך בבהם"ש קמא טוענת המערערת שמדובר היה "בهلיך בזק", במסגרתו לא נחקרו עורכי חווות הדעת מטעם המדינה ולא ניתנה לה הזרמנות להביא ראיות משלה. במסגרת הערעור אף ביקש המערערת כי יותר לה לצלף ראיות שלא הוגש בערכאה קמא, הכוללות חוו"ד של מהנדס מטעמה בדבר האפשרות הקיימת לטענתה להוכיח את המבנים תכוניות, וכן מכתב (המופנה אליה) מאות הרב אברהם ישראל פרזיליך, נציג "עוד ההקדשות" (בעלט הזכויות במרקיען), וחבר "בוואדת החמישה". במכבת נאמר כי "עוד ההקדשות" מעוניינת בהורתה המבנים על תלם ובהשרותם, וכי לא יודע לכותב, חבר "וואדת החמישה", על החלטה של הוועדה הנ"ל על הריסת המבנים נשוא דינו. במהלך הדיון בערעור בע"פ אף הוסיף המערערת וביקשה לראשונה להוסיף ראיות הנוגעות לאישורים שהתקבלו לטענתה מרשות כבאות והצלחה ומחברת החשמל ביחס למבנים 47 ו- 110.

.15 לגופם של דברים, טענתה העיקרית של המערערת היא כי לא מתקיים במקרה דנן התנאי בדבר "צורך ציבורו מיוחד" בצווי ההריסה. זאת, לפי הטענה, מוכח המצב התכוני העדכני בשטח, לאחר אישורה של התב"ע החדשה למתחם (אשר קיבלה תוקף ביום 7.2.22, יום לאחר הדיון בבהם"ש קמא ובטרם מתן פסה"ד), לפיה "עוד המרקיען בהם קיימים המבנים הוא "שטחים פתוחים ומבנים ומוסדות ציבור", הגדרה הכוללת בתוכה קשת רחבה של שימושים ציבוריים, כולל מבנים לצורכי התכנסות ותפילה, חדרי אוכל, מחסנים, מתקני שירות ועוד. בהתאם לתב"ע, ניתן להוכיח מבנים קיימים בייעוד האמור. שניים מהמבנים מושא הבקשות דן, אשר סומנו להריסה בתכנית, ניתנים אף הם להכרה מכוחה, משאן הם מצויים בתוואי דרך, ובהתאם לסע' 6.12(ג) לתקן התכנית. לטענת המערערת, המדינה הטעה את בהם"ש קמא בכך שלא עמדה במסגרת תעוזת עובד ציבור שהגיעה, על קיום הוראות התכנית העדכנית, אלא הפנתה להוראות תכניות קודמות ואף צינה כי מדובר בשטח בייעוד חקלאי שאיננו ניתן לפיתוח. על בסיס טענות אלה, קבע בהם"ש קמא כי מדובר בקרקע חקלאית מוכרצת, כי השימוש שעשויה המערערת מנוגדים לשימוש המרקיען וכי התב"ע התקפה איננה מכירה את עבודות הבניה הקיימות, קבעה שהינה שוגה. באותו הקשר מוסיף המערערת וטענת, כי גם הטענה לליקויים בטיחותיים לא הוכחה ע"י המדינה. לטענתה, חוות הדעת שিירפה המדינה אין ממליצות על הריסת המבנים, אלא רק על נקיות פעולות לאיות, בדיקה ונקיות אמצעי בטיחות נדרשים.

.16 במסגרת הדיון לפני העיטה המערערת טענה נוספת, שעניינה חוסר סמכות המדינה לפעול להוצאה צווי ההריסה. לפי הנטען, לנוכח פסה"ד שנייה ביום 27.1.20 בג"ץ 516/14 **ב"כ הקדש הצדיק הרשב"י של העדה הספרדי בפתח ובמירון ואח' ב' שר האוצר** (להלן - **בג"ץ 516/14**), בו אושר הסדר גישור בין המדינה לבין העותרים שם (נציג הקדשות/בעל זכויות במרקיען במתחם הקבר), הרי שהסמכות הבלעדית לנקט בצדqi אכיפה לרבות לפי חוק התכנון והבנייה, נתונה בידיה של "וואדת החמישה", ואין בלהה.

.17. המדינה טענה כי יש לדחות את העrüור, וכן התנגדה היא לצירוף ראיות חדשות שלא הוגש בבמה"ש קמא.

.18. בטיעוניה הכירה המדינה בטעות בבקשתו לצווי הריסה, בכל הנוגע לאמירה שם בדבר "יעוד חקלאי/שמורת טבע של המקרקעין והיותם בלתי ניתנים לפיתוח, ובקביעת בהמ"ש קמא באשר לייעוד המקרקעין על בסיס האמור. עם זאת טענה היא, כי במסגרת הבקשה ונספחיה ובדיוון בבמה"ש קמא, אינן הובאו הנתונים באשר לייעוד המקרקעין עפ"י התב"ע החדשה. לטענתה, כפי שקבע בבמה"ש קמא, אין בתב"ע החדשה כדי להכשיר בנייתו ללא היתר במקרקעין, אלא כל שהוא מאפשר הוא הגשת בקשה להיתר. אין בכך לשנות את נקודת המוצא לפיה עניינו במבנה לבניין לבניין תחת סעיף 239(א) לחוק.

.19. באשר לעניין הציורי המזוהה בהריסת המבנים, המדינה הפנתה לייחודה ורגישתו של מתחם קבר הרשב", לעובדה כי מאות אלפי בני אדם פוקדים אותו מדי שנה ולאISON הנורא שאירע בו במהלך ל"ג בעומר אשתקד. המדינה פירטה את הפעולות הנמרצות המבוצעות לטענתה כוון לסלוק בניה לא חוקית ומפגעים במתחם, במבט צופה פנוי עתיד ובפרט נוכח הילולת ל"ג בעומר הצפוי במתחם בקרוב, ועל מנת למנוע כל חשש לפגיעה בשלום המבקרים במתחם. עוד צינה המדינה, כי על-אף שאין מדובר בהילך המזוהה בהריסת מבנים מסוימים, אלה המזוהה הוא סילוק בניה בלתי חוקית, הרי שבעניינו קיים גם השיקול הבטיחותי, חלק מהאינטרס הציבורי הרחב, ובקשר זה הפנתה היא לחוות הדעת שצורפו לבקשתה, כמו-גם למסקנות האינהרנטית הגלומה במבנה ללא היתר המבוצעת ללא פיקוח ולא ביקורת. המדינה צינה כי בתקופה זו ננקטים צעדי אכיפה נגד כל הבניה הלא חוקית במתחם קבר הרשב", לרבות בדרך של הוצאה צווי הריסה מנהליים, ביצוע פעולות מכוח חקיקת עזר בעניין מבנים מסוימים באמצעות הרשות המקומית, פעולות סילוק עצמאיות שנעשו על-ידי מוחזקים, וכן הגשת בקשנות לצווי הריסה לפי סעיף 239(א) לחוק כפי שנעשה במקרה דן. עוד עמדה המדינה על הדחיפות בנקיטת הפעולות האמורות, נוכחה הילולת ל"ג בעומר העומדת בפתח, והוצרך לאפשר לגורם המופקדים על ניהול היררכות מיטבית.

#### דין והכרעה:

#### הבקשה להוספת ראיות בעrüור:

.20. בתחלת הדברים יש להידרש לבקשת המערערת לצרף ראיות חדשות במסגרת ערעורה, אשר לא הוגש בהילך בבמה"ש קמא. כפי שצוין לעיל, בכתב העrüור התבקשה הוספה חוות'ד של מהנדס מטעם המערערת וכן מכתב של הרוב אברהם ישראל פרזיליך מיום 23.2.22. במהלך הדיון הוספה לכך בקשה להגיש אישורים שנייתנו לטענת המערערת ביחס לחלק מהמבנים מרשות כבאות והצלה וחברת החשמל.

.21 לא ראייתי לקבל בקשות אלה להוספת ראיות.\_CIDOU, הכלל הוא כי על בעלי הדיון להביא כלל ראיותיהם בפני הערכאה הדיונית. חריג לכלל מותנה בהתקיימות שני תנאים: האחד, כי לא היה בדי המבקש להביא את הראייה בפני הערכאה כאמור, והשני - כי הראייה החדשה נושאת כוח לגורם לשינוי של ממש בהחלטה (ראו: רע"פ 216/2013 **יוסף זלוב נ' מ"י** (14.1.13), והאסמכתאות שם).

.22 בעניינו, לא שוכנעתי כי מתקיימים תנאים אלה. טענת המערערת כי חוו"ד המהנדס ומכתו של הרב פרזיליך נערכו רק לאחר שניתן פסה"ד ומשך לא היה בידי להגיש בבהמ"ש כאמור, לאו טענה היא. מדובר במסמכים הממעוניים למערערת עצמה, ויש להניח (בוואודאות כך לגבי חוו"ד) שלפי יוזמתה ובקשהה. לא הייתה כל מניעה להיערך "ליצירת" והגשת מסמכים אלה בערכאה כאמור, ולא הובא כל נימוק בעל משקל למחדלה של המערערת מלעתות כן. אוסיף כי אף התנאי השני לא מתקיים, משайн בראיות האמורות כדי לשנות לטעמי את התוצאה בעניינו. אשר לחוו"ד, הרי שיעון בה מעלה כי מדובר בחוו"ד לאקוונית ביותר, נעדרת פירוט וביסוס של ממש, מבלי שמנחת בה תשתיית קונקרטית באשר לדרישות ולמשוכות שיש לעמוד בהן לצורך "הכשרת" הבניה, כמו-גם ללוחות זמינים מוערכים להליך כאמור, ולא ניתן ללמידה ממנה מסקנה של ממש בעניין זה. אשר למכתו של הרב פרזיליך, הרי שכך שהדברים מכונים לעמדת "ועדת החמשה", נשוא לו אדרש בהמשך, ממילא אין מדובר במסמך מושם הגורם הנ"ל, אלא של אחד מחבריה בלבד, שאין בו ללמד עמדתה המוסמכת של הוועדה.

.23 ומכאן לטענות המערערת לגופן. אלא נסבות על שלושה מישורים עיקריים; טענות כנד אופן ניהול ההליך בבהמ"ש כאמור, טענות באשר להיעדר סמכות של המדינה להגשת בבקשות לצווי הריסה וטענות בעניין אי-התקיימות תנאי סעיף 239(א) לחוק, כאשר הדברים אמרוים בתנאי של קיום "עניין ציבורי מיוחד" בהריסה. ATIICHES להלן לטענות אלה כסדרן.

#### הטענות בעניין ההליך בבהמ"ש כאמור:

.24 אשר לטענות המערערת לעניין ההליך בבהמ"ש כאמור, לפיהן עורכי חוות הדעת מטעם המדינה לא נחקרו בבהמ"ש ולא התאפשר לה להביא ראיות מטועמה, הרי שדין להידחות.

.25 עיון בפרוטוקול הדיון שנערך בבהמ"ש כאמור מעלה כי המערערת כלל לא ביקשה לחקור את עורכי חוות"ה מטעם המדינה, או את עורכת תעודת עובד הציבור שהוגשה, ובנסיבות אלה לא ברורה טרוניתה כי הדבר לא נעשה. המערערת, אשר הייתה מיוצגת בהליך בבהמ"ש כאמור, העולמה טענותיה לגופם של דברים והציגה ראיות שמצויה לנכון, מבלי שביקשה בשלב כלשהו להגיש ראיות אחרות, או שהות כזו או אחרת להגשת ראיות נוספות, ובנסיבות אלה, הרי כי אין כל עילה להטעבות ערכאת הערעור בהקשר האמור.

#### הטענה לחוסר סמכות:

טענה של המערערת במישור הסמכות אף היא דינה להידחות, וזאת מספר טעמים. **ראשית**, טענה זו כלל לא נטעה ע"י המערערת בהליך בבהמ"ש קמא - לא בתגובה לבקשת המדינה (כפי שהוגשה במאוחד בתיק עמ"א 22-01-45796), ולא בדיון שנערך בפני בהמ"ש קמא. זאת ועוד, היא אף נפקחת מכתב הערעור עצמו, והוועלהה לראשונה רק בעת הדיון בעל-פה בערעור. ברוי כי קיים קושי ממשי בקבלת התנהלות דיןונית מעין זו. **שנייה**, אף בהנחה שנייה היה להישמע מכתב החתום ע"י עו"ד אלן פרינדר, מנכ"ל ועדת החמישה, הנושא תאריך 29.8.21 (נספח ג' לבקשת המדינה) לפיו **"הועדה מבקשת מהרשות לאכיפה לשיע בהסרת המבנים הלא חוקיים"**. כן הוצאה מכתב נוסף מיום 25.1.22 (ת/8) המופנה ליחידה לאכיפה במרקען, חתום ע"י שאול בטיש, תחת התואר "מרכז ועדת החמישה לניהול קבר הרשב"י", בו מובהרת עדמת הוועדה כי היא אינה תומכת בשום בניה בלתי חוקית במתחם. בנסיבות אלה, הטענה לחוסר סמכות, הנועצה בהסכמה לגבי סמכויות "וועדת החמישה", מאבדת מעוקצת. **שלישית**, לגופם של דברים סבורני כי דין הטענה להידחות, "וועדת החמישה" יוסדה מכוח פסק-דין של בית המשפט העליון ברא"ע 10029/07 **היוזם"ש נ' הקדש הוועדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון** (14.5.08) (להלן - **רע"א 07/10029**), בו נקבע כי תוקם ועדה בת חמישה חברים, הכוללת את נציגי ההקדשות וכן נציג המדינה שישמש כיו"ר, אשר **"תהייה מוסמכת להחליט בכל עניין הנוגע לניהולו של האתר לרבות, בין היתר, בתחוםים של בנייה ושיפוץ, קופות הצדקה, ניהול כספי התרומות והשימוש בהם. במילויים אחרים, סמכיותה של הוועדה לא יוגבלו לסמכויות פיקוח"**. במסגרת בג"ץ 516/14 לעיל, אושר הסדר גישור לפיו, בין היתר, יתמנה לוועדת החמישה יועץ משפטי אשר יטפל בפינוי פולשים, סילוק מבנים בלתי חוקיים והגשת תביעות נגד על המחזיקים שלא דין. מכאן טענת המערערת כי הסמכויות בכל הנוגע לנקייה צעדי אכיפה בעניין בניה בלתי חוקית באתר קבר הרשב"י - נתנות לוועדת החמישה בלבד. אולם כפי שנקבע אך לאחרונה ברא"ע 21/2997 **רב שמואל רבינוביץ ואח' נ' דודו בוסקילה ואח'** (15.11.21), הסדר הגישור האמור: **"מתיחס למנגנון המוסכם להפעלת סמכויות אלו, האotto לא"**.

**האמור בגב"ץ 516 לא התימר לשנות - ומילא לא שינוי - את אשר נקבע בפסק הדין המכונן (רע"א 07/10029 הנ"ל, ע.ג.) בעניין סמכיותה של ועדת החמישה".** אין בפסחה"ד ברא"ע 10029/07 הנ"ל, כמו גם בפסחה"ד המאשר את הסדר הגישור בגב"ץ 516/14, כל קביעה בדבר סמכויות בלעדות של "וועדת החמישה" בכל הנוגע לדיני התכנון והבנייה וاقיפתם, המאייניות סמכויות סטטוטוריות הנთונות למדינה או לגוף תכנון לפי חוק התכנון והבנייה.

#### **הטענות בעניין סעיף 239(א) לחוק:**

סעיף 239 (א) לחוק קובע בזה הלשון:

"**(א) בית המשפט המוסמך כהגדרתו בסעיף 234(ג) רשאי, לבקשת טובע, לצוות על הריסת עבודה אסורה אף אם לא הוגש כתב אישום בשלה, ובלבך שיש עניין ציבורית מיוחד במתן הצו ומתקיים אחד מכללה:**

- (1) לא ניתן למצוא את האדם שביצع את העבודה האסורה, בשקידת סבירה;**
- (2) לא ניתן או שאין זה מישי למסור לאדם הזמנה לדין, בשקידת סבירה;**

- (3) לא ניתן להוכיח מי ביצע את העבודה האסורה;  
(4) מי שביצע את העבודה האסורה נפטר או אינו בר-עונשין, לרבות בשל התישנות  
שחלה על עבירות העבודה האסורה;

(תיקון מס'

(121)

תשע"ח-2018

- (5) התובע החליט כי נסיבות המקרה בכללותן אינן מתאימות להמשך חקירה או  
להעמדה לדין פלילי לפי סימן ו'.

שלושה תנאים נדרשים בהתאם לסעיף הנ"ל להוצאה צו הריסה על-ידי בהמ"ש: האחד - קיומה של עבודה אסורה, שנייה - בנייתו ללא היתר. השלישי - התקיימות אחת הנסיבות הקבועות בסעיף, אשר בהתקיימן לא ניתן להעמיד לדין פלילי בגין ביצוע העבודה האסורה. השלישי - קיומם "ענין ציבורי מיוחד" במתן הצו.

28. בעניינו לא הייתה מחלוקת בפני בהמ"ש קמא בדבר התקיימות שני התנאים הראשונים לעיל, קרי - כי המבנים מושא הביקשות נבנו ללא היתר בנייה, וכי מתקיימות הנسبות המנוונות בסעיף הן לעניין התישנות (ביחס לחלק מהמבנים) והן לעניין היעדר אפשרות לאתר בשקידה סבירה את מבצעי הבניה. עיר בעניין זה, כי טענת המערערת בדבר האפשרות לבקש מתן היתריה בניה לבנים הקיימים במרקען, בהתאם להוראות התב"ע החדשנה, אינה מאינת את העבודה, ש כאמור איננה במחלוקת, כי המבנים נבנו ללא היתר בנייה, ומשןם הם בגדר התנאי המקדמי הקבוע בסעיף.

29. המחלוקת בין הצדדים מתמקדת בתנאי בדבר קיומם "ענין ציבורי מיוחד" במתן החלטים, ובכך דן בהמ"ש קמא בהרבה, תוך שיקוע כי מתקיים תנאי זה. לאחר שבחןתי את מכלול טענות הצדדים, מסקנה זו מקובלת עלי, וזאת מהנימוקים עליהם עמדו להלן.

30. ההלכה הפסוכה עמדה על כך שהסמכות להורות על צו הריסה למבנה לא חוקי שלא בהליך פלילי לפי סעיף 239(א) לחוק (ובנוסחו המקורי של החוק - סעיף 212), שונה, מבחינת נקודת המוצא, מהסמכות להורות על הריסת מבנה לאחר הרשעה פלילתית. לעניין זה נפסק בע"פ 340/97 אליהו יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא, פ"ד נב(1) 136, 141, כי:

" כאשר מדובר בהרישה מכוח הסמכות שבסעיף 205 לחוק התכנון, די לה לתביעה בקיומה של הרשעה בהקמת מבנה ללא היתר, והכלל שקבע בית-משפט השלום נקודת מוצא לממן צו ההריסה במרקח דן - "אכן, בדרך כלל בנין שנבנה ללא היתר דין להיארס" - כוחו יפה בעניין זה. ברם, כאשר מדובר בבקשת למתן צו הריסה ללא הרשעה - לפי סעיף 212 לחוק התכנון - שונים פניו הדברים. בעניין זה, אין די לה למדינה בהוכחה כי נתקיים התנאים המקיימים את הסמכות לצוות על הרישה, ועליה להוכיח כי בנסיבות העניין ישנה הצדקה ליתן צו צזה מטעמים של "ענין ציבורי" חשוב; כאשר בפני המתנגד למתן הצו פתוחה אפשרות להציג שיקולים התומכים בהתנגדותו.

צו הרישה ינתן רק מקום **שיעור** ה"ענין הציבורי" גוררים על השיקולים האחרים שמציג המתנגד".

על הלכה זו חזר בהמ"ש בפסקה מאוחרת יותר בرع"פ 124/01 **זאב ניקר נ' מדינת ישראל** (21.2.02), תור שצווין כ:

"**על ענין סעיף 212 - להבדיל מסעיף 205** לחוק - לא די למדינה להראות כי הבניה היא ללא יותר. עליה להראות "הצדקה" להרישה. למtanegד dazu לפי סעיף 212 האפשרות להראות מדוע לא "מצדק" הוא להرسות את המבנה, ובית המשפט - יכריע".

לצד זאת הודגש כי: "**לעתים השיקולים התומכים** במתן צו הרישה **עליל** מנסיבות המקרה והנטול המוטל על המדינה הוא נטול כל מאד". (שם, שם).

31. עיון בהלכה האמורה ובפסה"ד שיישמו אותה, מעלה קשת רחבה של נתונים ושיקולים רלוונטיים לבחינות קיומו של "ענין ציבורי מיוחד" במתן צו הרישה במקרה נתון העומד לדין. אלה כוללים הן שיקולים המצויים במישור הכללי והן שיקולים המעוגנים בנסיבות פרטיקולריות. כך, באשר לסוג הראשוני, נקבע בפסקה יש להבaya בחשבו את האינטרס הציבורי כי חוטא לא יצא נשכר (בע"פ 340/97 הנ"ל, שם בעמ' 142); את הצורך במניעת "האנדרלמוסיה" שוצאה הבניה ללא יותר (שם, שם); את הפגעה באינטרס הציבורי הנובעת מעצם הותרתו על כנו של מבנה בלתי חוקי בהיקף ממשמעותי (רע"פ 6136/12 **בן זקן נ' מדינת ישראל** (4.9.12)). באשר לשיקולים מהרובד השני, ניתן משקל גדול והיקף הבניה הלא חוקית (רע"פ 3407/03 **ירושלמי נ' מ"** (10.6.03)); לסוג/מאפייני הבניה, כגון בניית מאולתרת/מחומרים קלים, וקיים סיכון בטיחותי הגלום במבנה הבלתי חוקי (רע"פ 1684/06 **אורן נ' מ"** (13.7.06)); להיות הבניה מנוגדת לתקינות תקפה, כגון - מוקמת על שטח בייעוד ציבורי (רע"פ 8309/07 **עבאסי נ' מ"** (29.11.07)); למקומם הבניה מבנית רגשות מיוחדת של הסביבה בה מדובר (רע"פ 8025/09 **אלדבעאת נ' מ"** (26.1.10), שם - בניה בעיר העתיקה ב-ים); האם הבניה יוצרת מטרד ציבורי או לייחיד (ע"פ 3490/97 הנ"ל, שם, שם, וכיו"ב).

32. בעניינו, טענתה העיקרית של המערערת היא כי לפי הتب"ע החדשה שאושרה למתחם כבר הרשבי, "יעוד המקרקעין הוא "שטחים פתוחים ומבני ומוסדות ציבור", ולפיכך טעה בהמ"ש קמא עת קבוע כי מדובר בקרקע חוקלאית, כי השימוש במבנים המذكورون נוגד את יעוד המקרקעין וכי לא הוצאה היתכנות תכנונית להשרותם. המערערת מצינית כי רק שניים מתוך המבנים סומנו להרישה בתב"ע, וכי גם אולם אפשרות התב"ע להכשיר. בנסיבות אלה, כך נטען, אין כל אינטרס ציבורי בהריסה המבנים עצם.

33. בהקשר זה指出 תחילת כי אכן קביעת בהמ"ש קמא בדבר הייעוד החוקלאי של המקרקעין איננה עומדת, ועל כך אף המדינה לא חולקת. אין חולק כי הتب"ע החדשה למתחם מגדרה את יעוד המקרקעין בעניינו לשטחים פתוחים ומבנים ומוסדות ציבור, ומכוונה ניתן לבקש היתרין בניה להקמת מבני ומוסדות ציבור, לרבות, בגין

היתר, מבני ציבור לצרכי תפילה והתנסות, חדרי אוכל, ממחנים ומתקני שירות. התב"ע אושרה למתן תוקף בסמוך לאחר הדיון בבהמ"ש קמא, אולם בר依 כי הוראותיה היו ידועות היטב למדינה בעת הדיון בבהמ"ש קמא, כמו-גם העובדה כי התכנית "על סוף" כניסה לתוקף. חרף זאת, בבקשת המדינה לצוין הרישה צוין בין היתר כי מדובר ב- "בשטח המועד לשמורת טבע ואינו מיועד ואינו ניתן לפיתוח" (סע' 55 לבקשתה) ו- "מרקען המוכרזים כקרקע חקלאית המוגנים מפיתוח וייעודם כשטח ציבורי פתוח" (סע' 50 לבקשתה). מארך עין המוכרזים, דבר קיומה של התכנית החדשה צוין הן בבקשת המדינה (סעיף 13 לבקשתה) והן בתעודת עובד לצד זאת, דבר קיומה של התכנית החדשה צוין הן בבקשת המדינה (סעיף 13 לבקשתה) והן בתעודת עובד ציבור שצורפה לבקשתה ובנספח לצורך לה. התכנית עצמה הוגשה בבהמ"ש קמא, אולם זאת לא בנוסח המעודכן, אלא בנוסח שהופקד. אופן הצגת המצב התכנוני בבקשת המדינה היה אפוא, לכל הפחות, בלתי מדויק ותו록 יצירת תמונה מעורפלת ושגואה. יש להזכיר שהדברים נכתבו באופן זה, דבר שהביא לקביעה בפסקה"ד בדבר י"ען המארך עין, שאף המדינה אינה חולקת כי איננה נכונה.

34. אולם סבורני כי אין בטיעות האמורה בפסקה"ד להביא למסקנה כי לא מתקיים התנאי בדבר עניין ציבוררי מיוחד במתן הכוונים. עניין ציבוררי כאמור קיימם בענייננו, ולטעמי מסקנתו הסופית של בבהמ"ש קמא בעניין זה עומדת בעינה.

35. המערערת מתמקדת כאמור בטענה כי במצב התכנוני העדכני, ניתן להכשיר את הבניה ללא חוקיות, ובכך לטענתה נשמטה הבסיס תחת קיומם עניין ציבוררי בהרישה המבנים. מקובל עלי כי שאלת קיומה של התכניות תכנונית, היא בוגדר שיקול שיש להביאו בחשבון במסגרת בחינת העניין הציבורי במתן צו הרישה, שכן ברגיל, הדעת נתנת כי ככל שבידי הפרט לקבל היתר בניה בגין בנייה קיימת, יפחית האינטרס הציבורי במתן צו הרישה. אולם אין מדובר בשיקול ייחיד או בלעדיו, יש לראותו ולשקלו בתמונה הכלולת ולצד שיקולים נוספים. כפי שפורט לעיל, בהקשר זה יש לבחון את מכלולנסיבות המקירה ותו록 שיקילת קשת רחבה של שיקולים, הן בהיבט הכללי והן בהיבט הפרטני, ואלה מולייכים לטעמי למסקנה בדבר קיומם עניין ציבוררי כאמור במקרה דנן. זאת, מספר טעמים מצטברים עליהם עומד להלן.

36. **ראשית**, טענת המערערת בדבר התכניות, לא בוססה בצורה משכנעת דיה. המערערת הסתפקה בהפניה להוראות התב"ע, אולם לא הציבור על כל נתון רלוונטי המעיד על התכניות **אקטואלית**, הממוקדת במבנים בהם מדובר ומפנייהם הספציפיים. בית משפט קמא לא הגישה המערערת כל חוות'ץ מקצועית בעניין זה, המתיחסת למאפייני המבנים, לליקויים הבטיחותיים עליהם הציבור המדינה ולהיתכנות להכשיר הקיימם תוך עמידה בדרישות הקבועות בתב"ע לצורך מתן היתרים. בנסיבות המקירה Dunn, נכון ייחדיות ורגשות השטח בו מדובר, ובהתאם לכך מאפייני הבניה והליקויים הקיימים בה, לא די בהצבעה על האפשרות העקרונית לבקש יותר היתר בניה למבנים הללו חוקיים, כדי להוכיח התכניות ששיש בה להוות משקל נגד לטענת הציבור בהרישה. בהקשר זה יש ממשמעות אף למשור **הזמן** הנדרש "להכשרה" כאמור, הליר שמטבעו עלול לחתן זמן רב ואחריתו לא ידועה. בהינתן רגשותיו היתרתו של האתר בו מדובר, האינטרס הציבורי במקרה Dunn שלוב הצורך בפועלה **דחוופה** בהקשר של הבניה הבלתי חוקית במקום. כפי שצוין לעיל, לא הונחה מטעם המערערת ولو ראשית של תשתיות בהקשר זה של ציפוי אקטואלי ולוחות-זמןים ביחס להסדרת אי-החוקיות הקיימת.

**37. שנית,** יש משקל בעניינו לייחדו של האתר בו הוקמו המבנים הלא חוקיים. כבר הרשבי' הוא אתר בעל חשיבות דתית, לאומיות וציבורית רבה ביותר, ומואופיין ברגשות גבואה במגון של היבטים. מדי שנה בכלל, ובל"ג בעומר בפרט, מגעים רבים אלפי בני אדם לאתר. האינטראס הציבורי בשמיירת הסדר והבטיחון באתר שאליה הם מאפיינויו, הוא מובהק. האסון הנורא שארע בו בל"ג בעומר אשתקד, המכיש, למולבה הצער, את החשיבות היתרה לשמור הסדר הציבורי במקום. במאפייניהם ייחודיים אלה, החשש הנבע ממציאות מתמשכת של "אנדרלמוסיה תכנונית", ומפוטנציאלי פגיעה הרעה באינטראס הציבורי ובשלום הציבור, הוא בדרגת עוצמה גבואה ביותר.

**38. שלישיית,** האינטראס הציבורי במתן הצעים נתמך אף בחשש הבטיחותי עליו הצביעה המדינה. עיון בחווה"ד של יועץ הבטיחות והמהנדס רמי שמש, שצורפה כנספה יא' לביקשות המדינה, אשר כאמור לא נסתירה בדבר ע"י המערערת, מעלה קיומם של ליקויי בטיחות קשים. כך, ביחס למבנים 47 ו- 10, שנראה כי הם המבנים המרכזיים העומדים במקודם המחלוקת בין הצדדים. מהפירות בחווה"ד עולה כי מדובר במעשה במתחם תת-קרקעי ברובו. הוא גבנה תוך ביצוע עבודות חפירה נרחבות אל תוך צלע ההר, במסגרת נצקו عمודי בטון/קורות/תקרות, וכל זאת מבלי שיש במבנה תכניות בניה כלשהן או אישור הנדסי מכל סוג. נזהה כי הבניה נעשתה "בטלים" בתקופות שונות, ע"י גורמים שונים ולא תכנון מקייף. נצפו ריקבונות בפלדה/מעיכות בדופן פרופילים/ישענות קורות פלאה בצורה רשלנית/ריתוכים לא מלאים ולא תקין, וליקויים נוספים. מסקנת חוות"ד היא כי יש חשש ליציבות המבנה, וכי המתחם התת-קרקעי המוחזק ע"י המערערת מסוכן ביותר ובעל פוטנציאלי גבוה לכשל. ליקויים בטיחותיים חמורים עולים אף מדו"ח המהנדס יוסף שולץ מיום 19.8.21, אשר צורף כנספה יב' לביקשות המדינה. התמונה המתקבלת היא של סיכון בטיחותי ממשי, הנובע הן מעצם העובדה כי בוצעו עבודות בניה במקום כה רגש ללא היתר ולא פיקוח, והן מהנתונים הספציפיים שפורטו בחווה"ד.

**39.** חוות"ד שצייפה המדינה מתייחסת למבנים שצוינו לעיל (47 ו- 110). כפי שכבר צוין, נראה כי מבנים אלה הם העומדים במקודם המחלוקת בין הצדדים, נכון השימוש המרכזי הנעשה בהם ע"י המערערת. ביחס למבנים הנוספים (שני מחסנים, מרפסת הבניה על קונסטרוקציה ברזל, שני חדרים), הוגשו להם"ש קמא תמונות, מהן ניתן ללמוד על בניה מבוססת על חומרים קלים, אסגוריות ופאנלים מבודדים וקונסטרוקציות ברזל. הרושם המתתקבל למקבץ כמלול הוא של בניה מאולתרת על בסיס טליי על טלי. בנסיבות אלה, ומשודubar בבנייה בלתי חוקית, שבוצעה ללא היתירים ולא פיקוח, קיים חשש אינהרנטי לציבורם ובטיחותם של המבנים, כפי שהתרשם וקבע בהם"ש קמא, קביעה בה איני רואה יסוד להתערב.

**40.** המערערת הפנתה לדברי ב"כ המדינה בדיון בהם"ש קמא, לפיהם מוקד הבקשות הוא בבנייה בלתי-חוקית ושלא בשאלת הבטיחות, ומכאן, לטענתה, שסוגיות הבטיחות אין בה לשקל ממשית בהליך דין. טענה זו אין לקבל. סוגיות אי-הבטיחות ושאלת אי-החוקיות, איןן "אחוות חרוגות", ואף שניתן לטפל בכל אחת מהן בנפרד ועל יסוד מערכת דין נפרדת, בהחליט עשויה להתקיים זיקה ביניהן, לרבות כאשר סוגיות הבטיחות מתעוררת חלק מבחןת "הענין הציבורי המיעוד" הנדרש לפי סעיף 239(א) לחוק, כפי שהדבר בעניינו. לא מותר לציין בהקשר זה, כי תפיסת החוקן בדרכו זיקה המתקיים בין אי-חוקיות הבניה לשיקולי בטיחות, נלמדת מהוראות חוק התכנון והבנייה, ולענין זה נפנה למשל להוראות בפרק האכיפה בחוק (פרק י') המתנות עיכוב ביצוע של צו הריסה (מנהלים ושיפוטים), הן בערכאה הדינונית והן בשלב העreauו, בין

היתר בכך שבמה"ש נכון כי העבודה האסורה/השימוש האסור **"אין מסכנים את שלום הציבור או את בטיחותו"** (סע' 4254ח(א) וסע' 425ט'(ד)(1) לחוק התקנון והבניה.

41. מכלול השיקולים שפורטו לעיל, בהצטברותם והשתלבותם, מבססים לטעמי עניין ציבורי במתן החלטים בענייננו, בהתאם לדרישת סעיף 239(א) לחוק. טענות המערערת בדבר הפעילות הציבורית שהיא מבוצעת במבנים, התמוכה והסיווע שהיא ממשידה באמצעות מבקרים באתר, פעילות שהיא עצמה בוודאי מבורכת, אין בה לטעמי להטות את הcpf בתמונה הכלולית, כפי שפורטה לעיל, וידו של האינטראס הציבורי גוברת.

42. בטרם סיום יש להעיר, כי במסגרת כתוב הערעור טענה המערערת כי אחד המבנים, הוא מבנה 47 (שנבנה כאמור תת-קרקעית) משמש כבית מדרש לצרכי תפילה ולימוד, וטענה כי גם בשל שימוש זה יש להימנע מהריסתו. אולם טענות אלה של המערערת כלל לא טוענו, לא כל שכן הוכחו, בבהמ"ש קמא, קר, בתגובה לבקשת המדינה בבהמ"ש קמא וב דין שנערך בו, טענה המבוקשת כי היא מעניקה במתחם ארוחות ושתייה חינם ואפשרות התרענותו לכל מבקרים באתר, מבליל שנטען כלל לקיום בית מדרש במקום. בבקשתו לצו הרישה טענה המדינה כי המבנה משמש להכנסת אורחים, ובחווא"ד הבטיחותית שצורפה לבקשת צוין כי מדובר בחלל המשמש בין היתר כאולם כניסה להתקהלות ולשםחות. כאמור, המערערת לא טוענה אחרת בבהמ"ש קמא. אף עיוון בתמונות שהוגשו כראיות איננו מלמד על סמנים של שימוש מהסוג הנטען כתע"ז המערערת. נכון זאת, הרי שדין טענות המערערת להידוחות במישור העובדתי, ואין צורך להידרש להביט הנורומטי של טענותיה בעניין זה.

**סיכום של דברים:**

43. נכון כל המפורט, הערעור נדחה.
44. בנסיבות, אין צו להוצאות.
45. לבקשת המערערת בדיון שנערך, ולאחר ששלקתי עמדת המדינה בהקשר זה, אני מורה על עיכוב ביצוע צווי ההריסה עד יומן 21.3.22.

ניתן היום, י"ג אדר ב' תשפ"ב, 16 מרץ 2022, בהעדר  
הצדדים.