



ת"פ 64499/02/22 - הכנסת אורחים ר' שמעון בר יוחאי זיע"א מירון נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייט

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

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

פסק דין

לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בצפת (כב' השופטת דוניה נסאר) מיום 15.2.22, שניתנה בשש בקשות למתן צווי הריסה ללא נקיטת הליך פלילי מכוח סעיף 239(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה - 1965 (להלן - **החוק**), אשר נדונו במאוחד.

רקע:

1. ענייננו בבקשות שהגישה המדינה לבהמ"ש קמא למתן צווי הריסה לפי סעיף 239(א) לחוק, ביחס לשישה מבנים המצויים במקרקעין הידועים כגוש 13688, חלקה 70, במתחם קבר רבי שמעון בר יוחאי בהר מירון (להלן - **מתחם קבר הרשב"י**).

2. המעוררת מחזיקה בששת המבנים האמורים.

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

4. שניים מבין המבנים, מבנים 47 ו- 110, הם חלק ממתחם מרכזי שמפעילה המעוררת באתר. הם כוללים שטח, שגודלו המדויק איננו ידוע, הבנוי מתחת לפני הקרקע. המבנים האחרים כוללים מרפסת הנתמכת



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

5. בבקשות נטען כי המבנים כולם הוקמו ללא היתרי בניה, ומשכך הם בגדר "עבודה אסורה" כמשמעות המונח בחוק. המדינה פירטה כי הרקע להגשת הבקשות על-ידיה נעוץ בהחלטת רשות האכיפה במקרקעין, בתיאום עם היועץ המשפטי למשלה, לפעול כנגד כלל עבירות הבניה באתר קבר הרשב"י. זאת, בדחיפות ולאחר האסון הכבד שאירע במתחם בהילולת ל"ג בעומר אשתקד, בשים לב להמלצות הביניים של ועדת החקירה הממלכתית שהוקמה לחקירת האסון בראשותה של כב' הנשיאה בדימוס מרים נאור ז"ל, ולקראת אירועי לג בעומר בשנה הנוכחית.

6. המדינה טענה בבקשות כי במקרה דנן מתקיימים כל התנאים הנדרשים לפי סעיף 239(א) לחוק, למתן צווי הריסה למבנים; מדובר במבנים שנבנו ללא היתר בניה, לא ניתן לאתר את הגורם שביצע את הבניה לצורך העמדתו לדין/חלה התיישנות על חלק מהעבירות, וקיים עניין ציבורי מיוחד בביצוע ההריסה. בהקשר האחרון נטען כי העניין הציבורי המיוחד בענייננו נובע מעצם היות המבנים מצויים במתחם קבר הרשב"י, אליו מגיעים מדי שנה, ובפרט במהלך חגיגות ל"ג בעומר, מאות אלפי בני אדם, ואשר מאופיין בצפיפות רבה בתוך תא שטח קטן יחסית, דבר המחייב סילוק מבנים שנבנו שלא כחוק ומפריעים לסדר הציבורי. עוד נטען, כי לנוכח לקחי האסון שארע במתחם בשנה שעברה, יש צורך דחוף בסילוק מהיר של כל הבנייה הבלתי חוקית באתר על מנת לסייע למופקדים על האירוע בשנה זו בתכנון מיטבי שלו ללא מפגעים ומכשולי בטיחות.

7. המערערת התנגדה למתן הצווים שהתבקשו, וזאת על יסוד מספר טענות. ראשית טענה היא להבטחה שלטונית שניתנה ע"י סגן מנהל מחוז הצפון ברשות האכיפה במקרקעין, לפיה לא תבוצע הריסה באתר אלא בתיאום מראש ובהסכמת מנכ"ל "ועדת 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' 209-0263913, להלן - **התב"ע החדשה**). בהקשר זה הפנתה המערערת לדברי יועמ"ש הוועדה המחוזית לתו"ב במחוז צפון, כפי שפורטו בפרוטוקול ישיבת ועדת החקירה הממלכתית לאסון מירון, באשר לאפשרות הקיימת לפי התב"ע החדשה לקבל היתרי בניה למבני ציבור קיימים. שלישית, נטען להיעדר סמכות של המדינה לפעול להוצאת צווי הריסה, ושל בהמ"ש קמא ליתן צווים כאמור, בטענה לתחולת חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז - 1967, ודבר המלך במועצה על א"י (המקומות הקדושים), 1924.

החלטת בהמ"ש קמא:

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



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

10. אשר להקמת המבנים ללא היתר - הרי שעניין זה לא היה שנוי במחלוקת בין הצדדים. אשר לתנאי השני - נקבע כי עפ"י הנתונים שהוצגו, שעליהם לא חלקה המערערת, חלק מעבירות הבניה התיישנו וכן לא ניתן לאתר בשקידה ראוייה את האדם שביצע את העבירות.

11. לעניין התנאי השלישי בדבר קיום עניין ציבורי מיוחד בהריסת המבנים, הוא התנאי אשר עמד במוקד 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, ושניים מהמבנים אף הוגדרו בה להריסה. בהמ"ש קמא הפנה גם לטענת המדינה בבקשותיה, כי מדובר בקרקע חקלאית מוכרזת כך שהשימושים הנעשים במבנים מנוגדים לייעוד המקרקעין. עוד הפנה בהמ"ש קמא לחו"ד יועץ בטיחות ודו"ח מהנדס שצורפו ע"י המדינה, המפרטים שורה ארוכה של ליקויים בטיחותיים באתר, לרבות ביחס למבנים הכלולים בבקשות המדינה. בהקשר זה אף קבע בהמ"ש קמא כי מעיון מתמונות שהוצגו לו, ניתן להתרשם כי חלק מהמבנים בנויים מחומרי קלים, לוחות אסכורית או פנל, חלקם נתמכים בקונסטרוקציות ברזל ושניים מהמבנים נבנו לאחר חציבה בקרקע ללא אישור וללא ליווי מקצועי כלשהו, באופן המעלה חשש לבטיחותם. בהמ"ש עמד בהקשר זה על האסון הנורא שארע במתחם קבר הרשב"י במהלך הילולת ל"ג בעומר אשתקד, בו נהרגו 45 בני-אדם. הודגש כי לנוכח כמות המבקרים הפוקדים את האתר ואשר צפויים לפקוד אותו בחגיגות ל"ג בעומר השנה, מתחייבת זהירות בשמירה על חיי אדם הגוברת על כל אינטרס פרטי או ציבורי אחר, תוך שבהמ"ש קמא הפנה להמלצות הביניים של ועדת החקירה 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 מאי 2022.

12. בהמ"ש קמא דחה טענות שהעלתה המערערת במישור הסמכות ושיקול-הדעת של המדינה. לעניין הסמכות, נדחו טענות המערערת שהתבססו על חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז - 1967, ועל דבר המלך במועצה על א"י (המקומות הקדושים), 1924. כן נדחו טענותיה בדבר אכיפה מפלה ובררנית. יצוין כבר כעת כי על עיקר טענות אלה לא חזרה המערערת בערעור דנן.

תמצית טענות הצדדים בערעור:

13. כפי שכבר צוין, על חלק לא מבוטל מהטענות שהועלו בבהמ"ש קמא לא חזרה המערערת בערעור (לאחר החלפת ייצוג), וחלק אחר (כגון הטענה להפרת הבטחה שלטונית) צוינו על-ידה בלאקוניות וללא טיעון של ממש, ומשכך אינני רואה להתעכב עליהן, תוך שאציין, מעבר לנדרש, כי נימוקי הערכאה קמא



בעניינים אלה מקובלים עלי במלואם. טענותיה העיקריות של המערערת בערעור הופנו נגד ההליך כפי שהתנהל בבהמ"ש קמא, ונגד ההחלטה לגופה, והן יובאו בתמצית להלן.

14. במישור ההליך בבהמ"ש קמא טוענת המערערת שמדובר היה "בהליך בזק", במסגרתו לא נחקרו עורכי חוות הדעת מטעם המדינה ולא ניתנה לה הזדמנות להביא ראיות משלה. במסגרת הערעור אף ביקשה המערערת כי יותר לה לצרף ראיות שלא הוגשו בערכאה קמא, הכוללות חו"ד של מהנדס מטעמה בדבר האפשרות הקיימת לטענתה להכשיר את המבנים תכנונית, וכן מכתב (המופנה אליה) מאת הרב אברהם ישראל פרזיליך, נציג "ועד ההקדשות" (בעלת הזכויות במקרקעין), וחבר "בוועדת החמישה". במכתב נאמר כי "ועד ההקדשות" מעוניינת בהותרת המבנים על תילם ובהכשרתם, וכי לא יודע לכותב, כחבר "ועדת החמישה", על החלטה של הוועדה הנ"ל על הריסת המבנים נשוא דיונו. במהלך הדיון בערעור בע"פ אף הוסיפה המערערת וביקשה לראשונה להוסיף ראיות הנוגעות לאישורים שהתקבלו לטענתה מרשות כבאות והצלה ומחברת החשמל ביחס למבנים 47 ו- 110.

15. לגופם של דברים, טענתה העיקרית של המערערת היא כי לא מתקיים במקרה דנן התנאי בדבר "צורך ציבורי מיוחד" בצווי ההריסה. זאת, לפי הטענה, נוכח המצב התכנוני העדכני בשטח, לאחר אישורה של התב"ע החדשה למתחם (אשר קיבלה תוקף ביום 7.2.22, יום לאחר הדיון בבהמ"ש קמא ובטרם מתן פסה"ד), לפיה ייעוד המקרקעין 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 להכשיר מבנים קיימים בייעוד האמור. שניים מהמבנים מושא הבקשות דנן, אשר סומנו להריסה בתכנית, ניתנים אף הם להכשרה מכוחה, משאין הם מצויים בתוואי דרך, ובהתאם לסעי' 6.12(ג) לתקנון התכנית. לטענת המערערת, המדינה הטעתה את בהמ"ש קמא בכך שלא עמדה במסגרת תעודת עובד ציבור שהגישה, על קיום הוראות התכנית העדכנית, אלא הפנתה להוראות תכניות קודמות ואף ציינה כי מדובר בשטח בייעוד חקלאי שאיננו ניתן לפיתוח. על בסיס טענות אלה, קבע בהמ"ש קמא כי מדובר בקרקע חקלאית מוכרזת, כי השימושים שעושה המערערת מנוגדים לייעוד המקרקעין וכי התב"ע התקפה איננה מכשירה את עבודות הבניה הקיימות, קביעה שהינה שגויה. באותו הקשר מוסיפה המערערת וטוענת, כי גם הטענה לליקויים בטיחותיים לא הוכחה ע"י המדינה. לטענתה, חוות הדעת שצירפה המדינה אינן ממליצות על הריסת המבנים, אלא רק על נקיטת פעולות לאיתור, בדיקה ונקיטת אמצעי בטיחות נדרשים.

16. במסגרת הדיון לפני העלתה המערערת טענה נוספת, שעניינה חוסר סמכות המדינה לפעול להוצאת צווי ההריסה. לפי הנטען, לנוכח פסה"ד שניתן בבג"ץ 516/14 **ב"כ הקדש הצדיק הרשב"י של העדה הספרדית בצפת ובמירון ואח' נ' שר האוצר** (להלן - **בג"ץ 516/14**), בו אושר הסדר גישור בין המדינה לבין העותרים שם (נציג הקדשות/בעלי זכויות במקרקעין במתחם הקבר), הרי שהסמכות הבלעדית לנקוט בצעדי אכיפה לרבות לפי חוק התכנון והבניה, נתונה בידיה של "ועדת החמישה", ואין בלתה.



17. המדינה טענה כי יש לדחות את הערעור, וכן התנגדה היא לצירוף ראיות חדשות שלא הוגשו בבהמ"ש קמא.

18. בטיעוניה הכירה המדינה בטעות בבקשותיה לצווי הריסה, בכל הנוגע לאמירה שם בדבר ייעוד 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 ובדיון בבהמ"ש קמא, הובאו הנתונים באשר לייעוד המקרקעין עפ"י התב"ע החדשה. לטענתה, וכפי שקבע בהמ"ש קמא, אין בתב"ע החדשה כדי להכשיר בניה ללא היתר במקרקעין, אלא כל שהיא מאפשרת הוא הגשת בקשה להיתר. אין בכך לשנות את נקודת המוצא לפיה ענייננו במבנים שנבנו ללא היתר ובאים תחת סעיף 239(א) לחוק.

19. באשר לעניין הציבורי המיוחד בהריסת המבנים, המדינה הפנתה לייחודו ורגישותו של מתחם קבר הרשב"י, לעובדה כי מאות אלפי בני אדם פוקדים אותו מדי שנה ולאסון הנורא שאירע בו במהלך ל"ג בעומר אשתקד. המדינה פירטה את הפעולות הנמרצות המבוצעות לטענתה כיום לסילוק בניה לא חוקית ומפגעים במתחם, במבט צופה פני עתיד ובפרט נוכח הילולת ל"ג בעומר הצפויה במתחם בקרוב, ועל מנת למנוע כל חשש לפגיעה בשלום המבקרים במתחם. עוד ציינה המדינה, כי על-אף שאין מדובר בהליך הממוקד בהריסת מבנים מסוכנים, אלא המוקד הוא סילוק בניה בלתי חוקית, הרי שבענייננו קיים גם השיקול הבטיחותי, כחלק מהאינטרס הציבורי הרחב, ובהקשר זה הפנתה היא לחוות הדעת שצורפו לבקשתה, כמו-גם למסוכנות האינהרנטית הגלומה בבניה ללא היתר המבוצעת ללא פיקוח וללא ביקורת. המדינה ציינה כי בתקופה זו ננקטים צעדי אכיפה נגד כל הבניה הלא חוקית במתחם קבר הרשב"י, לרבות בדרך של הוצאת צווי הריסה מנהליים, ביצוע פעולות מכוח חקיקת עזר בעניין מבנים מסוכנים באמצעות הרשות המקומית, פעולות סילוק עצמיות שנעשו על-ידי מחזיקים, וכן הגשת בקשות לצווי הריסה לפי סעיף 239(א) לחוק כפי שנעשה במקרה דנן. עוד עמדה המדינה על הדחיפות בנקיטת הפעולות האמורות, נוכח הילולת ל"ג בעומר העומדת בפתח, והצורך לאפשר לגורמים המופקדים על ניהולה היערכות מיטבית.

דין והכרעה:

הבקשה להוספת ראיות בערעור:

20. בתחילת הדברים יש להידרש לבקשת המערערת לצרף ראיות חדשות במסגרת ערעורה, אשר לא הוגשו בהליך בבהמ"ש קמא. כפי שצויין לעיל, בכתב הערעור התבקשה הוספת חו"ד של מהנדס מטעם המערערת וכן מכתב של הרב אברהם ישראל פרזיליך מיום 23.2.22. במהלך הדיון בערעור הוספה לכך בקשה להגיש אישורים שניתנו לטענת המערערת ביחס לחלק מהמבנים מרשות כבאות והצלה וחברת החשמל.



21. לא ראיתי לקבל בקשות אלה להוספת ראיות. כידוע, הכלל הוא כי על בעלי הדין להביא כלל ראיותיהם בפני הערכאה הדיונית. חריג לכלל מותנה בהתקיימות שני תנאים: האחד, כי לא היה בידי המבקש להביא את הראיה בפני הערכאה קמא, והשני - כי הראיה החדשה נושאת כוח לגרום לשינוי של ממש בהחלטה (ראו: רע"פ 216/13 יוסף זלוב נ' מ"י (14.1.13), והאסמכתאות שם).

22. בענייננו, לא שוכנעתי כי מתקיימים תנאים אלה. טענת המערערת כי חו"ד המהנדס ומכתבו של הרב פרזיליך נערכו רק לאחר שניתן פסה"ד ומשכך לא היה בידה להגישם בבהמ"ש קמא, לאו טענה היא. מדובר במסמכים הממוענים למערערת עצמה, ויש להניח (בוודאות כך לגבי חוה"ד) שלפי יוזמתה ובקשתה. לא היתה כל מניעה להיערך "ליצירת" והגשת מסמכים אלה בערכאה קמא, ולא הובא כל נימוק בעל משקל למחדלה של המערערת מלעשות כן. אוסיף כי אף התנאי השני לא מתקיים, משאין בראיות האמורות כדי לשנות לטעמי את התוצאה בענייננו. אשר לחוה"ד, הרי שעיון בה מעלה כי מדובר בחוה"ד לאקונית ביותר, נעדרת פירוט וביסוס של ממש, מבלי שמונחת בה תשתית קונקרטית באשר לדרישות ולמשוכות שיש לעמוד בהן לצורך "הכשרת" הבניה, כמו-גם ללוחות זמנים מוערכים להליך כאמור, ולא ניתן ללמוד ממנה מסקנה של ממש בעניין זה. אשר למכתבו של הרב פרזיליך, הרי שככל שהדברים מכוונים לעמדת "ועדת החמישה", נושא לו אדרש בהמשך, ממילא אין מדובר במכתב מוסמך מטעם הגורם הנ"ל, אלא של אחד מחבריה בלבד, שאין בו ללמד על עמדתה המוסמכת של הוועדה.

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

הטענות בעניין ההליך בבהמ"ש קמא:

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

25. עיון בפרוטוקול הדיון שנערך בבהמ"ש קמא מעלה כי המערערת כלל לא ביקשה לחקור את עורכי חו"ד מטעם המדינה, או את עורכת תעודת עובד הציבור שהוגשה, ובנסיבות אלה לא ברורה טרוניתה כי הדבר לא נעשה. המערערת, אשר היתה מיוצגת בהליך בבהמ"ש קמא, העלתה טענותיה לגופם של דברים והציגה ראיות שמצאה לנכון, מבלי שביקשה בשלב כלשהו להגיש ראיות אחרות, או שהות כזו או אחרת להגשת ראיות נוספות, ובנסיבות אלה, ברי כי אין כל עילה להתערבות ערכאת הערעור בהקשר האמור.

הטענה לחוסר סמכות:



26. טענתה של המערערת במישור הסמכות אף היא דינה להידחות, וזאת ממספר טעמים. ראשית, טענה זו כלל לא נטענה ע"י המערערת בהליך בבהמ"ש קמא - לא בתגובתה לבקשות המדינה (כפי שהוגשה במאוחד בתיק עמ"א 45796-01-22), ולא בדיון שנערך בפני בהמ"ש קמא. זאת ועוד, היא אף נפקדת מכתב הערעור עצמו, והועלתה לראשונה רק בעת הדיון בעל-פה בערעור. ברי כי קיים קושי ממשי בקבלת התנהלות דיונית מעין זו. שנית, אף בהנחה שניתן היה להישמע בטענה האמורה בערעור, ואף אם היתה היא מתקבלת לגופה, הרי שבמקרה דנן הציגה המדינה מכתב החתום ע"י עו"ד אלי פריינדר, מנכ"ל ועדת החמישה, הנושא תאריך 29.8.21 (נספח ג' לבקשות המדינה) לפיו **"הועדה מבקשת מהרשות לאכיפה לסייע בהסרת המבנים הלא חוקיים"**. כן הוצא מכתב נוסף מיום 25.1.22 (ת/8) המופנה ליחידה לאכיפה במקרקעין, חתום ע"י שאול בטיש, תחת התואר "מרכז ועדת החמישה לניהול קבר הרשב"י", בו מובהרת עמדת הועדה כי היא אינה תומכת בשום בנייה בלתי חוקית במתחם. בנסיבות אלה, הטענה לחוסר סמכות, הנעוצה בהסכמות לגבי סמכויות "וועדת החמישה", מאבדת מעוקצה. שלישית, לגופם של דברים סבורני כי דין הטענה להידחות. "ועדת החמישה" יוסדה מכוח פסק-דין של בית המשפט העליון ברע"א 10029/07 **היועמ"ש נ' הקדש הקדש הועדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון** (14.5.08) (להלן - **רע"א 10029/07**), בו נקבע כי תוקם ועדה בת חמישה חברים, הכוללת את נציגי ההקדשות וכן נציג המדינה שישמש כיו"ר, אשר **"תהיה מוסמכת להחליט בכל עניין הנוגע לניהולו של האתר לרבות, בין היתר, בתחומים של בניה ושיפוץ, קופות הצדקה, ניהול כספי התרומות והשימוש בהם. במילים אחרות, סמכויותיה 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 כדין. מכאן טענת המערערת כי הסמכויות בכל הנוגע לנקיטת צעדי אכיפה בעניין בנייה בלתי חוקית באתר קבר הרשב"י - נתונות לוועדת החמישה בלבד. אולם כפי שנקבע אך לאחרונה ברע"א 2997/21 **הרב שמואל רבינוביץ ואח' נ' דודו בוסקילה ואח'** (15.11.21), הסדר הגישור האמור: **"מתייחס למנגנון המוסכם להפעלת סמכויות אלו, הא ותו לא. האמור בבג"ץ 516/14 לא התיימר לשנות - וממילא לא שינה - את אשר נקבע בפסק הדין המכונן (רע"א 10029/07 הנ"ל, ע.ג.) בעניין סמכויותיה של ועדת החמישה"**. אין בפסה"ד ברע"א 10029/07 הנ"ל, כמו גם בפסה"ד המאשר את הסדר הגישור בבג"ץ 516/14, כל קביעה בדבר סמכויות בלעדיות של "ועדת החמישה" בכל הנוגע לדיני התכנון והבניה ואכיפתם, המאיינות סמכויות סטטוטוריות הנתונות למדינה או לגוף תכנון לפי חוק התכנון והבניה.

הטענות בעניין סעיף 239(א) לחוק:

27. סעיף 239 (א) לחוק קובע בזו הלשון:

"(א) בית המשפט המוסמך כהגדרתו בסעיף 234(ג) רשאי, לבקשת תובע, לצוות על הריסת עבודה אסורה אף אם לא הוגש כתב אישום בשלה, ובלבד שיש עניין ציבורי מיוחד במתן הצו ומתקיים אחד מאלה:

- (1) לא ניתן למצוא את האדם שביצע את העבודה האסורה, בשקידה סבירה;**
- (2) לא ניתן או שאין זה מעשי למסור לאדם הזמנה לדין, בשקידה סבירה;**

עמוד 7



(3) לא ניתן להוכיח מי ביצע את העבודה האסורה;

(4) מי שביצע את העבודה האסורה נפטר או שאינו בר-עונשין, לרבות בשל התיישנות שחלה על עבירת 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 להוצאת צוו הריסה על-ידי בהמ"ש: האחד - קיומה של עבודה אסורה, קרי - בנייה ללא היתר. השני - התקיימות אחת החלופות הקבועות בסעיף, אשר בהתקיימן לא ניתן להעמיד לדין פלילי בגין ביצוע העבודה האסורה. השלישי - קיום "עניין ציבורי מיוחד" במתן הצו.

28. בענייננו לא היתה מחלוקת בפני בהמ"ש קמא בדבר התקיימות שני התנאים הראשונים לעיל, קרי - כי המבנים מושא הבקשות נבנו ללא היתר בניה, וכי מתקיימות הנסיבות המנויות בסעיף הן לעניין התיישנות (ביחס לחלק מהמבנים) והן לעניין היעדר אפשרות לאתר בשקידה סבירה את מבצעי הבניה. אעיר בעניין זה, כי טענת המערערת בדבר האפשרות לבקש מתן היתרי בניה למבנים הקיימים במקרקעין, בהתאם להוראות התב"ע החדשה, איננה מאיינת את העובדה, שכאמור איננה במחלוקת, כי המבנים נבנו ללא היתר בניה, ומשכך הם באים בגדר התנאי המקדמי הקבוע בסעיף.

29. המחלוקת בין הצדדים מתמקדת בתנאי בדבר קיום "עניין ציבורי מיוחד" במתן הצווים, ובכך דן בהמ"ש קמא בהרחבה, תוך שקבע כי מתקיים תנאי זה. לאחר שבחנתי את מכלול טענות הצדדים, מסקנה זו מקובלת עלי, וזאת מהנימוקים עליהם אעמוד להלן.

30. ההלכה הפסוקה עמדה על כך שהסמכות להורות על צו הריסה למבנה לא חוקי שלא בהליך פלילי לפי סעיף 239(א) (לחוק (ובנוסחו הקודם של החוק - סעיף 212), שונה, מבחינת נקודת המוצא, מהסמכות להורות על הריסת מבנה לאחר הרשעה פלילית. 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 בהריסה מכוח הסמכות שבסעיף 205 לחוק התכנון, די לה לתביעה בקיומה של הרשעה בהקמת מבנה ללא היתר, והכלל שקבע בית-משפט השלום כנקודת מוצא למתן צו ההריסה במקרה דנן - "אכן, בדרך כלל בנין שנבנה ללא היתר דינו להיהרס" - כוחו יפה בעניין זה. ברם, כאשר מדובר בבקשה למתן צו הריסה ללא הרשעה - לפי סעיף 212 לחוק התכנון - שונים פני הדברים. בעניין זה, אין די לה למדינה בהוכחה כי נתקיימו התנאים המקימים את הסמכות לצוות על הריסה, ועליה להוכיח כי בנסיבות העניין ישנה הצדקה ליתן צו כזה מטעמים של "עניין ציבורי" חשוב; כאשר בפני המתנגד למתן הצו פתוחה האפשרות להציג שיקולים התומכים בהתנגדותו.



צו הריסה ינתן רק מקום ששיקולי ה"עניין הציבורי" גוברים על השיקולים האחרים שמציג המתנגד."

על הלכה זו חזר בהמ"ש בפסיקה מאוחרת יותר ברע"פ 124/01 זאב ניקר נ' מדינת ישראל (21.2.02), תוך שצוין כ:

"לעניין סעיף 212 - להבדיל מסעיף 205 לחוק - לא די למדינה להראות כי הבניה היא ללא היתר. עליה להראות "הצדקה" להריסה. למתנגד לצו לפי סעיף 212 האפשרות להראות מדוע לא "מוצדק" הוא להרוס את המבנה, ובית המשפט - יכריע."

לצד זאת הודגש כי: **"לעיתים השיקולים התומכים במתן צו הריסה עולים בעליל מנסיבות המקרה והנטל המוטל על המדינה הוא נטל קל מאוד"**. (שם, שם).

31. עיון בהלכה האמורה ובפסה"ד שיישמו אותה, מעלה קשת רחבה של נתונים ושיקולים רלוונטיים לבחינת קיומו של "עניין ציבורי מיוחד" במתן צו הריסה במקרה נתון העומד לדיון. אלה כוללים הן שיקולים המצויים במישור הכללי והן שיקולים המעוגנים בנסיבות פרטיקולריות. כך, באשר לסוג הראשון, נקבע בפסיקה יש להביא בחשבון את האינטרס הציבורי כי חוטא לא יצא נשכר (בע"פ 340/97 הנ"ל, שם בעמ' 142); את הצורך במניעת "האנדרלמוסיה" שיוצרת הבניה ללא היתר (שם, שם); את הפגיעה באינטרס הציבורי הנובעת מעצם הותרתו על כנו של מבנה בלתי חוקי בהיקף משמעותי (רע"פ 6136/12 בן זקן נ' מדינת ישראל (4.9.12)). באשר לשיקולים מהרובד השני, ניתן משקל לגודל והיקף הבניה הלא חוקית (רע"פ 3407/03 ירושלמי נ' מ"י (10.6.03)); לסוג/מאפייני הבניה, כגון בניה מאולתרת/מחומרים קלים, וקיום סיכון בטיחותי הגלום במבנה הבלתי חוקי (רע"פ 1684/06 אורן נ' מ"י (13.7.06)); להיות הבניה מנוגדת לתכנית תקפה, כגון - ממוקמת על שטח ביעוד ציבורי (רע"פ 8309/07 עבאסי נ' מ"י (29.11.07)); למיקום הבניה מבחינת רגישות מיוחדת של הסביבה בה מדובר (רע"פ 8025/09 אלדבעאת נ' מ"י (26.1.10), שם - בניה בעיר העתיקה ב-ים); האם הבניה יוצרת מטרד לציבור או ליחיד (ע"פ 3490/97 הנ"ל, שם, שם), וכיוצ"ב.

32. בעניינו, טענתה העיקרית של המערערת היא כי לפי התב"ע החדשה שאושרה למתחם קבר הרשב"י, ייעוד המקרקעין הוא "שטחים פתוחים ומבני ומוסדות ציבור", ולפיכך טעה בהמ"ש קמא את קבע כי מדובר בקרקע חקלאית, כי השימוש במבנים המדוברים נוגד את ייעוד המקרקעין וכי לא הוצגה היתכנות תכנונית להכשרתם. המערערת מציינת כי רק שניים מתוך המבנים סומנו להריסה בתב"ע, וכי גם אותם מאפשרת התב"ע להכשיר. בנסיבות אלה, כך נטען, אין כל אינטרס ציבורי בהריסת המבנים כעת.

33. בהקשר זה יצוין תחילה כי אכן קביעת בהמ"ש קמא בדבר הייעוד החקלאי של המקרקעין איננה עומדת, ועל כך אף המדינה לא חולקת. אין חולק כי התב"ע החדשה למתחם מגדירה את ייעוד המקרקעין בעניינו לשטחים פתוחים ומבנים ומוסדות ציבור, ומכוחה ניתן לבקש היתרי בניה להקמת מבני ומוסדות ציבור, לרבות, בין



היתר, מבני ציבור לצרכי תפילה והתכנסות, חדרי אוכל, מחסנים ומתקני שירות. התב"ע אושרה למתן תוקף בסמוך לאחר הדיון בבהמ"ש קמא, אולם ברי כי הוראותיה היו ידועות היטב למדינה בעת הדיון בבהמ"ש קמא, כמו-גם העובדה כי התכנית "על סף" כניסתה לתוקף. חרף זאת, בבקשות המדינה לצווי הריסה צוין בין היתר כי מדובר ב- "בשטח המיועד לשמורת טבע ואינו מיועד וניתן לפיתוח" (סע' 55 לבקשה) ו- "מקרקעין המוכרזים כקרקע חקלאית המוגנים מפיתוח וייעודם כשטח ציבורי פתוח" (סע' 50 לבקשה). לצד זאת, דבר קיומה של התכנית החדשה צוין הן בבקשת המדינה (סעיף 13 לבקשה) והן בתעודת עובד ציבור שצורפה לבקשה ובנספח שצורף לה. התכנית עצמה הוגשה לבהמ"ש קמא, אולם זאת לא בנוסח המעודכן, אלא בנוסח שהופקד. אופן הצגת המצב התכנוני בבקשות המדינה היה אפוא, לכל הפחות, בלתי מדויק ותוך יצירת תמונה מעורפלת ושגויה. יש להצר שהדברים נכתבו באופן זה, דבר שהביא לקביעה בפסה"ד בדבר ייעוד המקרקעין, שאף המדינה איננה חולקת כי איננה נכונה.

34. אולם סבורני כי אין בטעות האמורה בפסה"ד להביא למסקנה כי לא מתקיים התנאי בדבר עניין ציבורי מיוחד במתן הצווים. עניין ציבורי כאמור קיים בענייננו, ולטעמי מסקנתו הסופית של בהמ"ש קמא בעניין זה עומדת בעינה.

35. המערערת מתמקדת כאמור בטענה כי במצב התכנוני העדכני, ניתן להכשיר את הבניה הלא חוקית, ובכך לטענתה נשמט הבסיס תחת קיום עניין ציבורי בהריסה המבנים. מקובל עלי כי שאלת קיומה של התכנות תכנונית, היא בגדר שיקול שיש להביאו בחשבון במסגרת בחינת העניין הציבורי במתן צו הריסה, שכן ברגיל, הדעת נותנת כי ככל שבידי הפרט לקבל היתר בניה בגין בניה קיימת, יפחת האינטרס הציבורי במתן צו הריסה. אולם אין מדובר בשיקול יחיד או בלעדי, ויש לראותו ולשקלו בתמונה הכוללת ולצד שיקולים נוספים. כפי שפורט לעיל, בהקשר זה יש לבחון את מכלול נסיבות המקרה ותוך שקילת קשת רחבה של שיקולים, הן בהיבט הכוללני והן בהיבט הפרטני, ואלה מוליכים לטעמי למסקנה בדבר קיום עניין ציבורי כאמור במקרה דנן. זאת, ממספר טעמים מצטברים עליהם אעמוד להלן.

36. **ראשית**, טענת המערערת בדבר התכנות תכנונית, לא בוססה בצורה משכנעת דיה. המערערת הסתפקה בהפניה להוראות התב"ע, אולם לא הצביעה על כל נתון רלוונטי המעיד על התכנות תכנונית **אקטואלית**, הממוקדת במבנים בהם מדובר ומאפייניהם הספציפיים. בבית משפט קמא לא הגישה המערערת כל חוו"ד מקצועית בעניין זה, המתייחסת למאפייני המבנים, לליקויים הבטיחותיים עליהם הצביעה המדינה ולהיתכנות להכשיר הקיים תוך עמידה בדרישות הקבועות בתב"ע לצורך מתן היתרים. בנסיבות המקרה דנן, נוכח ייחודיות ורגישות השטח בו מדובר, ובהצטרף לכך מאפייני הבניה והליקויים הקיימים בה, לא די בהצבעה על האפשרות העקרונית לבקש היתר בניה למבנים הלוא חוקיים, כדי להוכיח התכנות תכנונית שיש בה להוות משקל נגד לטענת הצורך בהריסה. בהקשר זה יש משמעות אף למישור **הזמן** הנדרש "להכשרה" כאמור, הליך שמטבעו עלול לקחת זמן רב ואחריות לא ידועה. בהיתן רגישותו היתרה של האתר בו מדובר, האינטרס הציבורי במקרה דנן שלוב בצורך בפעולה **דחופה** בהקשר של הבניה הבלתי חוקית במקום. כפי שצוין לעיל, לא הונחה מטעם המערערת ולו ראשית של תשתית בהקשר זה של צפי אקטואלי ולוחות-זמנים ביחס להסדרת אי-החוקיות הקיימת.



37. **שנית**, יש משקל בענייננו לייחודו של האתר בו הוקמו המבנים הלא חוקיים. קבר הרשב"י הוא אתר בעל חשיבות דתית, לאומית וציבורית רבה ביותר, ומאופיין ברגישות גבוהה במגוון של היבטים. מדי שנה בכלל, ובל"ג בעומר בפרט, מגיעים מאות אלפי בני-אדם לאתר. האינטרס הציבורי בשמירת הסדר והביטחון באתר שאלה הם מאפייניו, הוא מובהק. האסון הנורא שארע בו בל"ג בעומר אשתקד, המחיש, למרבה הצער, את החשיבות היתרה בשמירת הסדר הציבורי במקום. במאפיינים ייחודיים אלה, החשש הנובע ממציאות מתמשכת של "**אנדרלמוסיה תכנונית**", ומפוטנציאל פגיעתה הרעה באינטרס הציבורי ובשלום הציבור, הוא בדרגת עוצמה גבוהה ביותר.

38. **שלישית**, האינטרס הציבורי במתן הצווים נתמך אף בחשש הבטיחותי עליו הצביעה המדינה. עיון בחוה"ד של יועץ הבטיחות והמהנדס רמי שמש, שצורפה כנספח י' לבקשות המדינה, אשר כאמור לא נסתרה בדבר ע"י המערערת, מעלה קיומם של ליקויי בטיחות קשים. כך, ביחס למבנים 47 ו-10, שנראה כי הם המבנים המרכזיים העומדים במוקד המחלוקת בין הצדדים. מהפירוט בחוה"ד עולה כי מדובר למעשה במתחם תת-קרקעי ברובו. הוא נבנה תוך ביצוע עבודות חפירה נרחבות אל תוך צלע ההר, במסגרתן נוצקו עמודי בטון/קורות/תקרות, וכל זאת מבלי שיש בנמצא תכניות בניה כלשהן או אישור הנדסי מכל סוג. נחזה כי הבניה נעשתה "בטלאים" בתקופות שונות, ע"י גורמים שונים וללא תכנון מקיף. נצפו ריקבונות בפלדה/מערכות בדופן פרופילים/הישענות קורות פלדה בצורה רשלנית/ריתוכים לא מלאים ולא תקינים, וליקויים נוספים דומים. מסקנת חוה"ד היא כי יש חשש ליציבות המבנה, וכי המתחם התת-קרקעי המוחזק ע"י המערערת מסוכן ביותר ובעל פוטנציאל גבוה לכשל. ליקויים בטיחותיים חמורים עולים אף מדו"ח המהנדס יוסף שולץ מיום 19.8.21, אשר צורף כנספח יב' לבקשות המדינה. התמונה המתקבלת היא של סיכון בטיחותי ממשי, הנובע הן מעצם העובדה כי בוצעו עבודות בניה במקום כה רגיש ללא היתר וללא פיקוח, והן מהנתונים הספציפיים שפורטו בחוה"ד.

39. חוה"ד שצירפה המדינה מתייחסת למבנים שצוינו לעיל (47 ו-110). כפי שכבר צוין, נראה כי מבנים אלה הם העומדים במוקד המחלוקת בין הצדדים, נוכח השימוש המרכזי הנעשה בהם ע"י המערערת. ביחס למבנים הנוספים (שני מחסנים, מרפסת הבנויה על קונסטרוקציית ברזל, שני חדרים), הוגשו לבהמ"ש קמא תמונות, מהן ניתן ללמוד על בניה מבוססת על חומרים קלים, אסכורית ופאנלים מבדדים וקונסטרוקציות ברזל. הרושם המתקבל למקבץ כמכלול הוא של בניה מאולתרת על בסיס טלאי על טלאי. בנסיבות אלה, ומשדובר בבניה בלתי חוקית, שבוצעה ללא היתרים וללא פיקוח, קיים חשש אינהרנטי ליציבותם ובטיחותם של המבנים, כפי שהתרשם וקבע בהמ"ש קמא, קביעה בה אינני רואה יסוד להתערב.

40. המערערת הפנתה לדברי ב"כ המדינה בדיון בבהמ"ש קמא, לפיהם מוקד הבקשות הוא בבניה בלתי-חוקית ושלא בשאלת הבטיחות, ומכאן, לטענתה, שסוגיית הבטיחות אין בה לשקול ממשיכה בהליך דנן. טענה זו אין לקבל. סוגיית אי-הבטיחות ושאלת אי-החוקיות, אינן "אחיות חורגות", ואף שניתן לטפל בכל אחת מהן בנפרד ועל יסוד מערכת דינים נפרדת, בהחלט עשויה להתקיים זיקה ביניהן, לרבות כאשר סוגיית הבטיחות מתעוררת כחלק מבחינת "העניין הציבורי המיוחד" הנדרש לפי סעיף 239(א) לחוק, כפי שהדבר בענייננו. לא למותר לציין בהקשר זה, כי תפיסת המחוקק בדבר זיקה המתקיימת בין אי-חוקיות הבניה לשיקולי בטיחות, נלמדת מהוראות חוק התכנון והבניה, ולעניין זה נפנה למשל להוראות בפרק האכיפה בחוק (פרק י') המתנות עיכוב ביצוע של צווי הריסה (מנהליים ושיפוטיים), הן בערכאה הדיונית והן בשלב הערעור, בין



היתר בכך שבהמ"ש נוכח כי העבודה האסורה/השימוש האסור "אינם מסכנים את שלום הציבור או את בטיחותו" (סע' 254ח(א) וסע' 254ט'(ד)(1) לחוק התכנון והבניה.

41. מכלול השיקולים שפורטו לעיל, בהצטברותם והשתלבותם, מבססים לטעמי עניין ציבורי במתן הצווים בענייננו, בהתאם לדרישת סעיף 239(א) לחוק. טענות המערערת בדבר הפעילות הציבורית שהיא מבצעת במבנים, התמיכה והסיוע שהיא מעמידה באמצעותם למבקרים באתר, פעילות שהיא עצמה בוודאי מבורכת, אין בה לטעמי להטות את הכף בתמונה הכוללת, כפי שפורטה לעיל, וידו של האינטרס הציבורי גוברת.

42. בטרם סיום יש להעיר, כי במסגרת כתב 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 נטענו, לא כל שכן הוכחו, בבהמ"ש קמא. כך, בתגובתה לבקשות המדינה בבהמ"ש קמא ובדיון שנערך בו, טענה המבקשת כי היא מעניקה במתחם ארוחות ושתייה חינם ואפשרות התרעננות לכל למבקרים באתר, מבלי שנטען כלל לקיום בית מדרש במקום. בבקשה לצו הריסה טענה המדינה כי המבנה משמש להכנסת אורחים, ובחווה"ד הבטיחותית שצורפה לבקשה צוין כי מדובר בחלל המשמש בין היתר כאולם כנסים להתקהלות ולשמחות. כאמור, המערערת לא טענה אחרת בבהמ"ש קמא. אף עיון בתמונות שהוגשו כראיות איננו מלמד על סממנים של שימוש מהסוג הנטען כעת ע"י המערערת. נוכח זאת, הרי שדין טענות המערערת להידחות במישור העובדתי, ואין צורך להידרש להביט הנורמטיבי של טענותיה בעניין זה.

סיכום של דברים:

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

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