



ת"פ 27753/04/22 - האש שלי תוקד עד ביאת המשיח ע"ש רבי ישראל בר אודסר נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייט

עתפ"ב 27753-04-22 האש שלי תוקד עד ביאת המשיח ע"ש רבי ישראל בר אודסר נ' מדינת
ישראל
תיק חיצוני:
לפני כבוד השופטת אוסילה אבו-אסעד
המערערת:
האש שלי תוקד עד ביאת המשיח ע"ש רבי ישראל בר אודסר
ע"י ב"כ עוה"ד משה חנייא ואח'
נגד
המשיבה:
מדינת ישראל

ערעור על החלטתו של בית משפט שלום בצפת בשבתו בקרית שמונה (כב' השופטת דוניה נסאר) מיום 27.3.2022
בעמ"א 46042-01-22

פסק דין

לפני ערעור על החלטת בית משפט שלום בצפת (כב' השופטת דוניה נסאר) מיום 27.3.2022, שבמסגרתה נעתר בית
המשפט קמא לבקשת המשיבה, והורה על מתן צו הריסה נגד המבנה שמספרו 124 הבנוי בחלקות 26 ו- 103 גוש
13688 (להלן, בהתאמה: "**המבנה**" ו- "**המקרקעין**"). מדובר במבנה שמצוי בשמורת הר מירון, בסמוך לקבר
הרשב"י, עשוי מעץ ופאנל מבודד, ששטחו הכולל עומד על כ- 354 מ"ר, שמשמש לצרכי מסחר.

צו ההריסה הוצא מכוח הוראת סעיף 239(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה - 1965 (להלן: "**החוק**").

הרקע לבקשה לצו ההריסה:

1. המקרקעין בבעלות משותפת של המדינה והקרן הקיימת לישראל ושטחם הכולל עומד על כ- 20,455 מ"ר.
המקרקעין מוחזקים ע"י המרכז הארצי לפיתוח המקומות הקדושים מכוח חוזה הרשאה מיום 21.3.19.
המערערת עושה שימוש במבנה מזה שנים ארוכות.
2. מתחם קבר הרשב"י (להלן: "**המתחם**"), בעל חשיבות לאומית וציבורית שבשלה קיבל הכרה כאתר קדוש
מכוח הפרט הרביעי לתוספת בתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, התשמ"א - 1981. המתחם
משמש להתכנסות מאות אלפי אנשים לאורך השנה, ובמועדים ספציפיים בפרט.
3. בל"ג בעומר התשפ"א, 30.4.2021, מהלך ההתכנסות וההילולה המסורתית, מצאו את מותם בנסיבות
עמוד 1



טרגיות 45 אנשים עת שהו במתחם הקבר, ורבים נוספים נפצעו (להלן: "**אסון מירון**"). אסון מירון העלה על סדר היום הציבורי הצורך בנקיטת פעולות אכיפה כנגד בניה אסורה שבוצעה במתחם הקבר במשך שנים, ואינה מאפשרת הסדרת המקום לשם הבטחת בטחון ציבור המבקרים והמתפללים. מדובר בצורך דחוף בשים לב לאירועים הקרובים שהמתכננים להתקיים במתחם הקבר במהלך ל"ג בעומר שנופל השנה ביום 18.5.22.

4. בהינתן הצורך הדחוף האמור עתרה המדינה במספר בקשות להריסת מבנים שונים במתחם הקבר, ובין היתר המבנה נשוא הדיון דן.

5. למתחם שני בעלי שליטה מרכזיים, האחד - המרכז לפיתוח מקומות קדושים מכוח הרשאה שניתנה לו על ידי רשות מקרקעי ישראל שתוקפה עד ליום 6.5.23, והשני - 'ועדת החמישה' שמונתה ע"י בית המשפט העליון. שניים אלה אינם מתנגדים לפעולות האכיפה ואף ביקשו סיוע המשיבה בביצוע פירוק המבנים הבלתי חוקיים באתר.

6. בעניינו של המבנה מושא הערעור דן, המדינה טענה כי מדובר במבנה שמתקיימים לגביו כלל התנאים הנדרשים למתן צו הריסה, כנקוב בסעיף 239(א) לחוק. נטען כי המבנה הוקם לכל המאוחר במהלך שנת 2009, ללא היתר ובלא שידוע מי הקימו. לפיכך, חלה התיישנות על עבירת הבנייה. בנוסף, קיים עניין ציבורי מיוחד לסילוק מבנה זה שנבנה שלא כחוק, צורך שנלמד מנסיבות אירועי הילולת ל"ג בעומר, המתקיימים בצפיפות שיא של מאות אלפי אנשים בתוך תא שטח קטן יחסית. לאור אסון מירון קיים צורך דחוף בסילוק כל הבניה הבלתי חוקית במתחם כדי שניתן יהיה לתכנן באופן מיטבי את אירועי ההילולה הקרבה ובאה בחודש מאי 2022. עוד נטען כי לאחרונה אושרה תכנית 209-0263913 שהיא תכנית מתאר מקומית חדשה למתחם הקבר (להלן: "**התכנית המאושרת החדשה**"), שבה המבנה מסומן להריסה. היעוד שנקבע בתכנית החדשה לשטח עליו מצוי המבנה הוא שטחים פתוחים ומבנים ציבוריים. כמו כן, המבנה הוקם בכניסה המשמעותית והראשית של מתחם הקבר, ולכן מהווה מכשול בפני הנכנסים והיוצאים. לפי התכנית המאושרת החדשה ישנם שטחים מסוימים שיועדו לשטחים מסחריים.

7. טענה נוספת היתה כי בהותרת המבנה על כנו יש פגיעה בכל הערכים המוגנים שהמחוקק ביקש להגן עליהם במסגרת חוק התכנון והבניה.

8. עוד הוסיפה המדינה כי בהתאם למידע מהמועצה המקומית מרום גליל, הוצא צו איסור פעילות וכולות במקום, כך שאם המערערת אוחזת ברישיון עסק, הרי שאין לו כל תוקף. כמו כן הליך הוצאת רישיון העסק מעוכב עד להכרעה שיפוטית בעניין הריסת המבנה.

9. ביחס לחוות דעת בטיחות שהמערערת צרפה, טענה המדינה שממנה עולים ליקויים חמורים שבהצטברותם יחד עם יתר הנסיבות יש כדי לאשר את צו ההריסה.

10. המערערת התנגדה למתן הצו, וטענה כי המבנה הוקם לפני 1965, ע"י חברת "סולל בונה", חברת בניה ציבורית גדולה שחזקה עליה שביצעה את עבודות הבניה על פי היתר. משך שנים המבנה שימש גב' שעונה על השם טלר כקיוסק, בהתאם להסכם חכירה שהיה לה עם קק"ל. המדובר בשטח פרטי שהועבר כדין לגב' טלר והיא ויורשיה מחזיקים בו כדין.



11. המבנה אינו מצוי במתחם קבר הרשב"י, אלא מנותק ומרוחק ממנו. זה הוא מבנה חיוני ממספר היבטים ציבוריים, שכן ניתן בו שירות לעולים למירון בשל הצורך לרכוש מים או כל ציוד חיוני אחר. המבנה משמש לפרנסת משפחות רבות. כמו כן מקומו אינו מפריע שכן הוא מצוי במסלול ההליכה לקבר וחזרה ממנו, בכביש רחב שהוא מדרחוב.

12. המערערת הוסיפה כי בידה רישיון לניהול עסק במקום, ומיום 1.1.80 הרישיון הינו רישיון לצמיתות, שהתחדש מידי שנה. רק בשנת 2020 הרישיון לא חודש בעקבות הקורונה. משפנתה המערערת לחדש את הרישיון בשנת 2021, הובטח לה כי יחודש, אולם לאחר אסון מירון לא ניתן לה רישיון העסק.

13. המערערת הציגה חוות דעת בנושא בטיחות המבנה, ובהתאם לאמור בה המבנה אינו מצוי במתחם קבר הרשב"י, וקיימים בו ליקויים קלים בלבד, שניתן לתקנם בתוך פרק זמן קצר. חלקם של אלה כבר תוקן. עוד הוסיפה המערערת כי חוות הדעת בנושא הבטיחות שצרפה המשיבה אינה מתייחסת כלל ועיקר למבנה ולכן אינה רלוונטית.

14. כמו כן, במסגרת דיון בוועדת משנה להתנגדויות מיום 29.3.18, הבהיר החוקר כי ראוי לתת עדיפות לשטחי מסחר שנועדו להוות תחליף לדוכנים הקיימים בשטח ובכדי לסייע בפינויים.

החלטת בית משפט קמא:

15. כאמור, בית המשפט קמא קיבל את הבקשה והורה על הריסה המבנה.

16. בית המשפט קמא ניתח את התשתית הנורמטיבית לקבלת החלטה בהתאם לסעיף 239(א) לחוק, ובכלל זאת התייחס למצב החוקי טרם תיקון 116 לחוק, אז עמד בתוקף סעיף 212 לחוק, משגם טרם תיקון 116 נדרשו התקיימותם של תנאים דומים לשם מתן החלטה בדבר צו הריסה בלא הליך פלילי.

17. בית משפט קמא מצא כי אין מחלוקת כי המבנה הוקם ללא היתר, לפני שנים רבות וכי מבצע הבנייה האסורה אינו ידוע. לפיכך, עבירת הבניה התיישנה, לא ניתן למצוא את עובר העבירה בשקידה סבירה, ולא ניתן להוכיח מי ביצע את העבודה האסורה.

18. בחינת התנאי השלישי הנדרש, קרי קיומו של עניין ציבורי מיוחד, הוא לב ליבה של ההחלטה. בית המשפט קמא סבר, כי יש עניין ציבורי מיוחד שמצדיק הריסת המבנה. בית המשפט קמא ציין כי המערערת לא חלקה על המסמכים שצרפה המשיבה לבקשה למתן צו הריסה, וגם לא ביקשה לחקור מי מעורכי המסמכים.

19. בית המשפט קמא לא קיבל את הטענה כי המבנה אינו חלק ממתחם הקבר ומרוחק ממנו, וקבע כי גם מחוות הדעת של מומחה הבטיחות מטעם המערערת עלה כי המבנה נמצא במרחק של כ- 120 מ' בלבד משער הכניסה למתחם ובסמוך לשבילי מעבר הולכי רגל.

20. ביחס לתוכנית המתאר החדשה נקבע שהמבנה מסומן בה להריסה, והמקרקעין עליהם מצוי המבנה מיועדים כ"שטח ציבורי פתוח ומבני ציבור". לפיכך, כך נקבע, השימושים שמבוצעים במבנה מנוגדים ליעוד המקרקעין. בית המשפט קמא הוסיף כי אכן ניתן להכשיר מבנים שסומנו להריסה בתכנית החדשה, אך הדבר רלוונטי למבנים שאינם חורגים לתחום השטח הציבורי או לתחומי הדרך, בניגוד המבנה דנן. בית המשפט קמא קבע על



סמך התמונות שצורפו לבקשה כי מוצרים שנמכרו במבנה הוצבו מחוץ למבנה, בשטח הציבורי, ומכיוון שהמדובר בדרך מרכזית שמובילה למתחם הקבר, הרי שיש במבנה כדי להפריע לשימוש שנעשה בדרך.

21. אשר לטענות הנוגעות לוועדת המשנה להתנגדויות מיום 29.3.18, קבע בית משפט קמא כי המערערת לא הציגה כל היתכנות תכנונית אקטואלית בנוגע למבנה; כי בתכנית המתאר החדשה הוכשרו שטחים למבני מסחר, והותרת המבנה תסכל את יישום התכנית ותנציח אנדרלמוסיה במתחם; משאזר המבנה להריסה במסגרת התכנית החדשה שאושרה, אין משמעות לדברי החוקר בפני הוועדה, ומה שמחייב הוא מה שיש בתכנית. בית המשפט קמא הפנה בהחלטתו לקביעה בעניין עתפ"ב 64499-02-22 בעניין הכנסת אורחים, שם נדון הצורך בהריסה שישה מבנים אחרים במתחם הקבר.

22. בית משפט קמא הפנה לאישורה של המערערת כי קיימים ליקויים במבנה שעולים מחוות הדעת שהמערערת עצמה צירפה. מדובר בליקויים המצויים בחלקם בחלקו החיצוני של המבנה ובחלקם האחר בחלק המבנה הפנימי. בנוסף, קיים צורך באישור של קונסטרוקטור בנוגע ליציבות גג המבנה.

23. ביחס לרישיון העסק קבע בית משפט קמא כי אין מחלוקת כי העסק פעל במבנה פעל ללא רישיון עוד טרם אסון מירון, וכי לא ניתן להשלים עם הנצחת עבירות בניה והפרת החוק. עוד הוסיף כי ניתן יהיה להקים עסק דומה בשטחים שיועדו למסחר בהתאם לתכנית החדשה, ולאחר קבלת האישורים המתאימים.

24. בית המשפט קמא התייחס בהחלטתו לאסון מירון ולגביו קבע שזה אירע ככל הנראה בשל כשל בטיחותי במקום, כשל שמחייב לנקוט בזהירות המתבקשת תוך הסקת מסקנות לשם שמירה על חיי אדם. זה הוא האינטרס שידו על העליונה, שמפניו נדחה כל אינטרס ציבורי או פרטי אחר. עוד נסמך בית משפט קמא על מסקנות והמלצות ביניים לצורך היערכות להילולה לשנת תשפ"ב של ועדת החקירה, שהוקמה לחקירת האסון במירון (פורסם בנבו ב- 11/21), ובעיקר פרק ב' שם שדן בשיפור תשתיות והסרת מפגעי בטיחות ופרק ה' שעוסק בלוחות הזמנים. במסגרת ההמלצות - הסרת וסילוק כל המפגעים והמתקנים המסוכנים שבשטח ההר (סע' 25 למסקנות), המלצה שיש לבצע לכל המאוחר חודש לפני אירוע ל"ג בעומר הצפוי להתקיים השנה (סע' 60 לפרסום). בית המשפט קמא היה ער לכך שמדובר בהמלצות בלבד, עם זאת, לנוכח אירועי העבר, נקבע על ידו שראוי שמסקנות ועדת החקירה יילקחו בחשבון במלוא תשומת הלב. בית המשפט קמא אף התייחס לקביעות שניתנו במסגרת עתפ"ב 64499-02-22 בבית המשפט המחוזי בנצרת לעניין מבנים אחרים במתחם הקבר, ולקביעה שם כי "האינטרס הציבורי בשמירת הסדר והביטחון באתר שאלה מאפייניו, הוא מובהק". בעניין זה נקבע על ידו שעל אחת כמה וכמה אמורים הדברים כשמדובר במבנה שמסומן להריסה בתכנית המאושרת החדשה.

25. בית המשפט קמא אף התייחס למחיקת המרכז הארצי לפיתוח המקומות הקדושים ו'ועדת החמישה' כמשיבים לבקשה, תוך שקבע כי לא מצא בכך כל פגם, ובענין זה פירט וקבע שעמדתם ידועה ובאה לידי ביטוי בבקשת המרכז מיום 8/11/201 לסיוע בפירוק מבנים לא חוקיים במתחם הקבר.

26. בנסיבות אלה, משמדובר בבניה שאינה חוקית, ללא היתרים ופיקוח, קבע בית המשפט קמא כי קיים חשש אינהרנטי ליציבות ובטיחות המבנה, והותרתו עלולה לסכל את יישום התוכנית המאושרת החדשה, שנועדה להסדרת המתחם כדי לאפשר לאלפי המבקרים לפקוד אותו מבלי לסכן את עצמם. משכך, נעתר בית המשפט קמא לבקשה והורה על מתן צו ההריסה למבנה.



תמצית טענות הצדדים בערעור:

טענות המערערת:

27. ראשית הציעה המערערת הצעה אשר לטעמה מאזנת את בקשות הצדדים ורצונותיהם. על פי אותה הצעה המבנה המקורי ההיסטורי, בשטח של 115 מ"ר (69.05 מ"ר מבנה מקורי + 22.36 מ"ר סככה + 24 מ"ר), לא ייהרס בעוד ששאר השטח שעומד על כ- 240 מ"ר יפורק. ככל שהצעה זו לא תתקבל עומדת המערערת על ערעורה.

28. לעמדת המערערת בית המשפט קמא קבע ללא כל נימוק כי מדובר במבנה שהוא חלק ממתחם הקבר במירון. בעניין זה נטען שאין כל דמיון בין המבנים שנדונו במסגרת עניין הכנסת אורחים ובין המבנה דן. לטענתה, המבנה אינו חלק מקומפלקס קבר הרשב"י, הוא מצוי ב"מתחם טלר" ואף מנהל אתר קבר הרשב"י (מר אלי פריינד) הודיע למנהלת רישוי העסקים במועצה האזורית כי אינו אחראי על מתחם טלר. עוד טענה המערערת כי ביקשה מבית המשפט קמא להגיע למקום ולהתרשם ממנו, אולם הבקשה לא התקבלה.

29. בנוסף טענה המערערת כי המשיבה, צרפה דוחות המעידים כביכול על מסוכנות שמשקפת מן המבנה (תוך הפניה לדו"ח מאת מר שולץ והדו"ח מאת רשג"ד) אולם אלה הוגשו בתיק אחר בעניינים של מבנים אחרים, ואינם מתייחסים בכלל למבנה דן המצוי כאמור במתחם טלר. המערערת טענה כי המדובר בניסיון הטעיה של ממש.

30. עוד הוסיפה המערערת כי דו"ח הבטיחות שהיא עצמה צירפה מעיד כי המבנה מרוחק מקבר הרשב"י; המבנה בטיחותי ולא נשקפת ממנו מסוכנות; וכי "החנות אינה מהווה מכשול ו/או סכנה ממשית לעוברים ושבים". המשיבה לא ביקשה לחקור את כותב הדו"ח. אף זאת, על המשיבה חובת ההוכחה, אולם משהניחה דוחות שאינם מתייחסות לבטיחות המבנה ומנגד דו"ח המערערת מאשש את עמדתה של זו, הרי שהמבנה אינו מסוכן.

31. לעניין היתר הבניה, המערערת סבורה כי בית משפט קמא שגה כאשר קבע נחרצות כי המבנה נבנה ללא היתר. המערערת צירפה לתגובתה בפני בית משפט קמא החלטה שיפוטית של ועדת ערר (ערר 135/13 מיום 29.10.13), אשר קבעה כי "ראוי לקבוע כי ולו לכאורה, הוצא למבנה היתר בנייה כדין, אי שם בשנות החמישים של המאה הקודמת" (סעיף 10 להחלטה). עוד מפנה המערערת לקביעה באותה החלטת ועדת הערר כי בהתאם לחזקת התקינות מתחייבת המסקנה כי "המבנה אכן נבנה על פי היתר כדין" (רישת סעיף 10 להחלטה).

32. המערערת טענה כי ההחלטה מושא הערעור מהווה פגיעה קניינית ברכוש. הסכם החכירה מול רמ"י (אותו צרפה גם לבית משפט קמא) מצביע על מגרש של 275 מ"ר שעליו מבנה. ההסכם עדיין בתוקף ותמורת החכירה המערערת שילמה סך של ₪ 87,540.69 כשוויים בשנת 1997.

33. המערערת התייחסה לתשריט של המקום ולמלל שלצידו בתכנית המתאר החדשה. לטענתה לפי התכנית שאושרה מדובר במבנה גדול בשטח של 1600 מ"ר בן שתי קומות. בהתאם לאמור בדיון שהיה בוועדת ההתנגדויות לשם מיועדת המערערת לעבור, וכך גם בהתאם לנוסח המלל שליד התשריט. כיום אין כל מידע לגבי המבנה החדש שיבנה, וההיגיון נותן שיקח זמן עד שיבנה. לכן מבקשת המערערת שיניחו לה להישאר



במקומה עד שיבנה המבנה החדש. במקביל תפעל להגשת בקשה לשימוש חורג ועד שהמרכז המסחרי יהיה מוכן.

34. המערערת מחדדת וטוענת כי המלל שבתכנית החדשה מתייחס באופן ברור ל"מתחם טלר" וקובע כי פעילותו תעבור לתחום השטחים בהם מותרת הפעילות המסחרית. קרי - עניינו של המבנה הוסדר.

35. טענה נוספת שהעלתה המערערת היא שהריסת המבנה תפגע בפרנסתם של משפחות אשר עברו את גילאי ה- 50 וה- 60.

36. המערערת סבורה כי מן המקובץ עולה שאין כל עניין ציבורי מיוחד שמצדיק הריסת המבנה.

טענות המשיבה:

37. המשיבה סבורה כי אין מקום לקבל את הערעור.

38. המשיבה ציינה כי הבקשה מושא הערעור הוגשה בינואר 2022, ביחד עם בקשות נוספות ביחס למבנים שנבנו ללא היתר, שפועלים במתחם הקבר, וזאת כחלק מצורך לאומי ראשון במעלה לבצע פעילות אכיפה נרחבת ודחופה הנדרשת במתחם ובעיקר לאחר אסון מירון, אשר בעקבותיו הוקמה ועדת חקירה.

39. המשיבה הסבירה כי הבנייה האסורה שקיימת במתחם אינה מאפשרת את הסדרת המקום לטובת הבטחת בטחון ציבור המבקרים והמתפללים, ומקשה על מתן מענה לקראת אירועי ל"ג בעומר הקרוב (18.5.22), שמתוכננים להתקיים במתחם. נסיבות חריגות אלה חייבו מתן הצווים בדחיפות, על מנת להבטיח את שלום הציבור.

40. המשיבה מפנה אל ההחלטות שניתנו בשלוש הערכאות בעניין הכנסת אורחים, לגבי שישה מבנים אחרים, וכן בעניין פרשת "עמותת אור הזוהר" (עתפ"ב 70670-03-22), אשר לטענתה, עניינם אינו שונה מזה הנדון במסגרת ערעור זה. בית משפט קמא הורה שם על הריסת המבנים. החלטה זו נותרה על כנה גם לאחר בחינתה בבית המשפט המחוזי (עתפ"ב 64499-02-22) ואף בית המשפט העליון דחה את בקשה רשות הערעור שהוגשה על פסק דינה של ערכאה זו (רע"פ 2118/22). המשיבה סבורה כי כל הערכאות עמדו על קיומו של צורך לאומי להסדיר את פינוי הבנייה הבלתי חוקית במתחם, ולכן הותירו את החלטת בית המשפט קמא על כנה.

41. המשיבה דחתה את טענת המערערת כי המבנה אינו חלק ממתחם קבר הרשב"י. המדובר לטענתה במבנה המצוי במרחק של 120 מ' משער הכניסה למתחם, בסמוך למעבר הולכי רגל. כן נטען שהמערערת סותרת את עצמה, שכן מחד טענה זו לניתוק המבנה מהמתחם ומאידך מבנה זה עמד במוקד התנגדות שהמערערת הגישה לכלל תכנית המתאר למתחם הרשב"י, תוך שטענה כי המבנה הוא חלק בלתי נפרד מהמתחם ומשרת את מבקרו במכירה של תשמישי קדושה, וקיומו חיוני כחלק מהפולחן הדתי במקום. עוד הוסיפה המשיבה כי הטענה בדבר ניתוק מלאכותי מהמתחם אינה מהווה טענת הגנה מפני התקיימות תנאי סעיף 239 (או קודמו סעיף 212) לחוק התכנון והבניה. המשיבה מפנה לדברי ב"כ המערערת בפני בית המשפט קמא מהם עלה כי לעמדת המערערת אין המדובר רק בקיוסק, אלא זה הוא חלק מהמתחם בו מוכרים תשמישי קדושה "ואין דבר כזה קבר קדוש בלי שיהיה בו את הדברים האלה".



42. לעניין קיומו של היתר בנייה, טענה המשיבה כי אין חולק שלמבנה ההיסטורי לא נמצא היתר בניה. המערערת מנסה להיבנות מקונסטרוקציה משפטית שנקבעה בהחלטת ועדה הערר ולגבי המבנה ההיסטורי בלבד. המשיבה מדגישה כי המבנה ההיסטורי נשרף בשנת 2012, ותחתיו ביקשה המערערת היתר בניה למבנה הנוכחי. אולם, אותה החלטת ערר, עליה נסמכת המערערת, קבעה כי לא ניתן להוציא היתר בניה למבנה, שכן קיימת מניעה תכנונית ברורה מלהוציא היתר בניה למבנה החדש. ומכאן שאין היתר בניה למבנה דנן.

43. אשר להסכם החכירה שהוצג - המשיבה סבורה כי לא הוצגה הזכות הקניינית של המערערת במבנה. הסכמי החכירה שהמערערת הציגה הינם בין רמ"י ובין המנוחים חנה ויצחק טלר, ואילו למערערת הסכם פנימי בינה ובין יורשי טלר למתן רשות שימוש במקרקעין. המשיבה מצביעה כי שני הסכמי החכירה שהוצגו (האחד משנת 1997 והשני משנת 2010), מתייחסים לחכירת שטח של 275 מ"ר כאשר מטרת החכירה היא מזנון. בנוסף, תנאי הסכם החכירה כפופים לתנאי החכירה הכללים שפורסמו ביום 4.11.99 (י"פ 4818), שקובעים איסור מוחלט על העברת זכויות ללא הסכמת המחכיר מראש ובכתב. המערערת לא הציגה אסמכתא בדבר העברת זכות המנוחים טלר במקרקעין לידי יורשיהם, וכן לא הוצג אישור זכויות או הסכם חכירה המלמד כי אכן היורשים קיבלו את זכות המוריש ובאפשרותם להעבירה הלאה.

44. לעמדת המשיבה ההסכם למתן רשות שימוש שהציגה המערערת הינו מפוקפק. ההסכם נחתם בין יורשי טלר ובין עמותה אחרת שאינה המערערת ("קרן רבי ישראל - האש שלי"). לא הוצג אישור זכויות מאת רמ"י המעיד כי הזכויות הועברו ליורשי טלר. לא הוצג אישור המאשר את ההסכם למתן רשות השימוש, ומשכך ההסכם נחתם בניגוד לתנאי החכירה מרמ"י וכפי הנראה ללא ידיעתה.

45. המשיבה מתייחסת גם למטרת החכירה בהתאם להסכמי החכירה, ובעניינה של זו נטען כי בהתאם למסמכים שהציגה המערערת, המבנה אינו משמש כמזנון אלא כעסק לייצור וממכר תשמישי קדושה ויודאיקה.

46. ביחס לטענה לקיומו של אופק תכנוני למבנה וכי אין להרוס אותו עד שלא יוקם מבנה מסחרי חלופי, טענה המשיבה כי אין בכך ממש. לעמדתה טענת המערערת אינה מלווה בתימוכין או באסמכתא למאמץ כלשהו שנגקט להכשרת המבנה, כאשר ידעה כבר משנת 2015 שעליה לבקש היתר או לנסות ולהכשיר את המבנה. הוראות התכנית החדשה המאושרת הן הקובעות, וכפי שאף פסק בית המשפט קמא, ספק רב אם המערערת תצליח בעתיד להכשיר את המבנה, נוכח ההוראות הקפדניות של תכנית המתאר החדשה. עוד מוסיפה המשיבה, כי המערערת אפילו לא ניסתה להראות מדוע ניתן לדעתה להכשיר את המבנה. בנוסף טענה כי אף אם ניתן להכשיר את המבנה, הרי שהמערערת לא הראתה כי קיימת היתכנות למתן היתר בהישג יד, וכפי שנדרש עת בוחנים אופק תכנוני. המשיבה מקישה מההלכה לעניין עיכוב ביצוע של צווי הריסה, כי ניתן לשקול עיכוב ביצוע במצב בו היתר הבניה מצוי בהישג יד, ותנאי זה אינו מתקיים בענייננו. המשיבה סבורה כי הצורך הציבורי בעטיו ניתנה החלטת בית משפט קמא, לא מאפשר המתנה למערערת עד שתפעל להכשרת המבנה.

47. עוד טענה המשיבה כי יש לדחות הטענות שעניינן אי שייכות של המבנה לחלקות עליהן אחראית ועדת החמישה. לעמדתה המסמכים שצרפה בפני בית משפט קמא מאת ועדת החמישה נועדו לשקף את עמדת הגורם האמון על ניהול האתר, ולהציג את העמדה הקוהרנטית של אותו גוף למתן סיוע בפינוי המבנים הבלתי חוקיים שבאתר. ובכל מקרה הסמכות ליתן צו בהתאם לסעיף 239 לחוק נובעת מהוראות הדין ולא על סמך מכתב או בקשה רשמית של ועדת החמישה או כל גוף אחר.



48. לעמדת המשיבה, חוות הדעת שצירפה המערערת לעניין בטיחות המבנה תומכת במסקנה כי המבנה אינו בטיחותי. יתרה מכך, מהפן המשפטי שאלת מסוכנות מבנה נדרשת כחלק נרחב בדיון בשאלת קיומו של עניין ציבורי מיוחד למתן צו בהתאם לסעיף 239. כך גם אם המבנה אינו מסכן את שלום הציבור אין הדבר מקנה לו חסינות מפני מתן צו לפי סעיף 239. המשיבה מפנה בעניין זה לפרשת הכנסת אורחים. המשיבה מדגישה עוד כי המדובר במבנה המשרת את קהל המבקרים במתחם, וזאת לפי גרסת המערערת. משכך, ומשמדובר במבנה שלא ניתן לו היתר, ולאור לקחי אסון מירון, קיים עניין ציבורי מיוחד להותיר את הצו על כנו כשמדובר במבנה שלא עבר הליך פיקוח ובקרה. לעמדתה גם אם יתקבלו טענות המערערת בעניין בטיחות המבנה, הרי שאלה אינן מספיקות לשינוי החלטת בית משפט קמא לנוכח קיום העניין הציבורי. המשיבה סבורה כי ניתן להקיש מהנדרש לעיכוב ביצוע לפי 254ט(ד1) לחוק הקובע כי אפילו מדובר במבנה שאינו מסכן את שלום הציבור, לא יעוכב צו ההריסה ככל שהעבודה האסורה אינה תואמת את הוראות התכנית.

49. לסיום התייחסה המשיבה לטענת המערערת בעניין הפגיעה בפרנסה, וטענה כי טענה זו נטענה בעלמא וללא תימוכין ואף אינה יכולה לשמש הגנה לפעילות בלתי חוקית. יש לתת משקל לייחודו של האתר בו הוקמו המבנים הבלתי חוקיים ולא ינטרס הציבורי המובהק בשמירת הסדר והביטחון, וכפי שנקבע בעניין "הכנסת אורחים" הן מפי בית המשפט המחוזי והן מפי בית המשפט העליון.

דין והכרעה:

50. ביום 26.4.22 התקיים בפניי דיון בערעור (להלן: "הדין") בו נכחו מלבד באי כוח הצדדים, נציג המערערת וסגן מנהל המחוז ברשות האכיפה מר פבלו אספיו. הצדדים שבו על טענותיהם אשר פרסו בכתובים.

הבקשה להוספת ראייה בערעור

51. אדון תחילה בבקשת המערערת להוסיף ראייה חדשה במסגרת ערעורה, ראייה שלא הוגשה במסגרת ניהול ההליך בבית משפט קמא. מהלך הדיון ביקשה המבקשת לצרף תצ"א, המלמדת לעמדתה כי מדובר במבנה שהוקם בשנת 1949. לעמדתה פרק הזמן הקצר שעמד לרשותה לא איפשר לה לקבל את המסמך, וכי המסמך מהווה חיזוק להחלטת ועדת הערר כי למבנה יש היתר. מנגד טענה המשיבה כי היה למערערת ד" והותר זמן מינואר 2022 למצוא ולהציג הראייה. עוד טענה כי אין תועלת אמיתית מצירוף הראייה, שכן לא ניתן ללמוד דבר הקשור להליך דנן מצילום האוויר ובוודאי ללא כל הסבר.

52. כידוע, הבאת ראיות בפני ערכאת הערעור הינן חריג המתאפשר רק לאחר שקילת שלושה שיקולים: א. האם המבקש יכול היה להשיג את הראיות הנוספות מהלך הדיון אצל הערכאה הדיונית. ב. בחינת אינטרס השומר על עקרון סופיות הדיון. ג. בחינת טיב הראייה הנוספת והסיכוי שהגשתה תביא לשינוי (ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד' 857; ע"פ 1742/91 עמי פופר נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו, 4.12.97).

53. בענייננו המערערת לא סיפקה הסבר של ממש בדבר האיחור בהצגת הראייה ולא הסבירה מה היו הפעולות שעשתה כדי לאתר את הראייה ומתי. אף זאת, לא מצאתי כי יש בראייה אותה מבוקש להוסיף כדי להביא לשינוי תוצאת פסק הדין, ומשאין ספק כי למבנה נשוא הערעור אין היתר בניה, וכפי שאפרט להלן. משכך אני דוחה את הבקשה לצירוף ראייה.



54. מאותם נימוקים מצאתי כי אין מקום לקבלת בקשת המערערת לקיום ביקור במקום וזאת משמיקום המבנה בתוך המתחם ובהשוואה למיקום הקבר שם, עולה בצורה ברורה ממקבץ התמונות שהוגשו לעיוני על ידי המערערת. מסקנה זו מתבקשת אף בשים לב לכך שביקור כאמור לא נערך על ידי הערכאה הדיונית עצמה. בעניין זה יצוין שאף שמוטב היה כי הערכאה הדיונית תערוך ביקור כאמור, הרי שלא מצאתי כי יש באי קיום הביקור משום טעם שמצדיק התערבות בהחלטתו של בית המשפט קמא.

הערעור גופו

55. הלכה היא, כי בית משפט היושב כערכאת ערעור לא יתערב בקביעת ממצאים עובדתיים ויעשה זאת רק במקרים מיוחדים וחריגים בהן מסקנות הערכאה הראשונה מופרכות על פניהן, לוקות בטעויות גסות, או שהן מתעלמות מגורמים רלוונטיים שהיה בהם כדי להביא לשינוי התוצאה אליה הגיעה הערכאה הראשונה (ע"פ 9141/10 **אברהם סטואר נ' מ"י** (פורסם בנבו, 28.4.2014)).

56. התערבות ערכאת הערעור שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם ערכאת הערעור מוצאת, כי המסכת העובדתית שנקבעה על ידי הערכאה קמא אינה מתיישבת עם חומר הראיות ואינה מתקבלת על הדעת.

57. במסגרת ההליך שהתקיים בפני בית משפט קמא לא נשמעו עדויות מטעם מי מהצדדים ואף לא הוגשו בקשות לעניין זה. מכאן שאין עסקינן בממצאים עובדתיים הנובעים מהתרשמות ישירה מדברי עדים. עם זאת, לאחר שבחנתי את מכלול הראיות, לא מצאתי להתערב במסקנות בית המשפט קמא וזאת מן הנימוקים שלהלן.

58. שאלת מיקומו של המבנה: אין מקום לקבל את טענת המערערת כי המבנה אינו חלק ממתחם הקבר. מהלך הדיון בפניי, ובמענה לשאלת הבהרה מאת בית המשפט, הסביר ב"כ המערערת כי מצאו לנכון להתנגד לתכנית התכנון המתייחסת למתחם הקבר טרם אושרה התכנית - "זימנו ונתנו הזדמנות **לכל אלה שיש להם חלק ונחלה במתחם הרשב"י** לבוא ולהגיש התנגדות כולל אותם, והם רצו לשפר עמדה" (עמ' 2 ש' 10-11 לפרוטוקול). בנוסף עיון בפרוטוקול ישיבת ועדת המשנה להתנגדויות מיום 29.3.2018, אשר הוצג גם בפני בית משפט קמא, מלמד כי המערערת הלינה על כי התכנית החדשה תרחיק אותם ממתחם הקבר וביחס למקומם כעת. המערערת אינה יכולה לטעון כעת טענה הפוכה, ולהציג עצמה כמי שמצויה במתחם אחר ושונה. כמו כן בהתאם לתכנית המאושרת החדשה, המבנה נשוא הערעור מצוי בתחום מתחם הקבר. לכך יש להוסיף כי בהחלטת ועדת ערר מחוזית (ערר 135/13) מיום 29.10.2013 (להלן: "**החלטת ועדת הערר**"), שצורפה ע"י המערערת, ובמסגרתה עררו יורשי המנוחה חנה טלר ז"ל על החלטת ועדת המשנה שאין להוציא היתר בנייה למבנה, נקבע באופן ברור בסעיף 13 כי "הקיוסק נמצא, כאמור, בתוך מתחם קבר הרשב"י...".

59. השימוש במבנה והטענות לעניין רישיון עסק: כאמור, ואף לשיטת המערערת, המבנה משמש לממכר תשמישי קדושה ויודאיקה, ואינו משמש רק כקיוסק או מזנון, וכפי שהותר במסגרת הסכמי החכירה שהוגשו. כמו כן אין חולק כי הרשויות לא חידשו את רישיון העסק ולא מצאתי ממש בטענות המערערת בעניין זה.

60. שאלת הזכות הקניינית של המערערת במבנה: זכויותיה הקנייניות של המערערת במבנה לא הובררו די צרכם, ומעיון במסמכים שהונחו בפני בית משפט קמא ואף בפני, עולה כי למערערת אין זכות קניינית במבנה, ולכאורה היא מחזיקה בו שלא כדין. הוצגו הסכמי חכירה מאת רמ"י, כאשר החוכרים הינם ה"ה טלר המנוחים. בהתאם לתנאי החכירה כל העברת זכויות, ובכלל זאת (ולא רק) הענקת הזכויות, הסבתן, החכרת משנה, מחייבת קבלת



הסכמת רמ"י מראש ובכתב. כך על פי סעיף 14 לתנאי החכירה הכלליים החלים על הסכמי החכירה שהוצגו בפניי. המערערת הציגה בנוסף צילום של "חוזה בר רשות שנערך ונחתם ביום 1/9/2009" בין גב' טלר ז"ל ובין "קרן רבי ישראל - האש שלי" והציגה צילום נוסף של "חוזה בר רשות בלתי מוגן שנערך ונחתם ביום 1/08/10" בין אותם צדדים. במענה לשאלת בית המשפט מהלך הדיון, הסביר ב"כ המערערת כי "קרן רבי ישראל - האש שלי" והמערערת - "זה אותו הדבר" (עמ' 2 ש' 1). ברם לא ניתן הסבר למספרי העמותה השונים לכל אחד מהגופים, וכידוע, השמות השונים ומספרי זהו העמותות השונות מלמדים על ישויות משפטיות אחרות ונפרדות, ולא הובהר בשום שלב קשר כלשהו בין שתי העמותות.

לכך יש להוסיף כי מאחר שהחוכרים ה"ה טלר ז"ל נפטרו, לא ידוע מי הם יורשיהם והאם אותם יורשים ממשיכים את הסכמי החכירה אל מול רמ"י, וככל שכן, מה הוא הקשר בין יורשי ה"ה טלר ז"ל ובין המערערת.

הנה כי כן רב הנסתר על הגלוי בכל הנוגע לטענות המערערת לזכויות קנייניות במבנה, ואלה לא הוכחו כדבעי.

61. בחינת התנאים הנדרשים למתן צו הריסה ללא הרשעה:

א. טענת המערערת לקיומו של היתר בניה: המערערת נסמכת בטענתה לקיומו של היתר בניה על החלטת ועדת הערר. אולם עיון בהחלטה מלמד, כי גם אם למבנה המקורי הוצא היתר בניה כדן בשנות החמישים של המאה הקודמת (ואף זאת כנובע מחזקת תקינות המינהל, שכן ההיתר המקורי לא אותר), הרי שלמבנה הנוכחי, שהוקם לאחר שריפת המבנה המקורי, אין היתר בניה ונקבע בהחלטה - "אין ספק כי הוצאת היתר בניה חדש כיום, אינה אפשרית ... על מנת שניתן יהיה להוציא היתר בניה, יש לבחון האם קיימת מניעה תכנונית אשר אינה מאפשרת לעשות כן. אנו סבורים כי זהו המצב במקרה זה". ובהמשך - "בנסיבות הללו, גם הפרשנות המקלה, המאפשרת הוצאת היתר בניה בשל אי איתורו, אינה יכולה להועיל לעוררים, שכן קיימת מניעה תכנונית ברורה מלהוציא היתר בניה". כאמור התנאי הראשון הנדרש למתן צו הריסה ללא הרשעה - מתקיים, ואין חולק בדבר התקיימות התנאי השני.

ב. במסגרת בחינת התנאי השלישי הנחוץ, הוא העניין הציבורי המיוחד, העלתה המערערת מספר טענות:

1. טענות לעניין אי מסוכנות המבנה - כפי שכבר קבעתי במסגרת עתפ"ב 70670-03-22 **עמותת אור**

הזהר שע"י הספרדי נ' מ"י (פורסם בנבו, 19.4.22), בעניין מבנה אחר במתחם הרשב"י, ההחלטה ליתן צו הריסה כגון זה המבוקש, נסמכת על מכלול שיקולים ועניין הבטיחות הוא רק אחד מהם. לכן גם אם המערערת היתה מוכיחה כי המבנה דנן הינו בטיחותי, הרי שזהו רק אחד מכלל השיקולים שעל בית המשפט להביאם בחשבון בעת מתן החלטתו בבקשה למתן צו הריסה ללא הרשעה. יתרה מזאת, על פי חוות הדעת שהציגה המערערת עצמה, ישנם במבנה ליקויים המצריכים תיקון וכן קיימת אף המלצה לבדיקת יציבות ע"י קונסטרוקטור. לא הוצג כי הליקויים תוקנו. כמו כן לא הוצגה כל התייחסות למוגנות מפני אש בהתאם לדרישות כיבוי אש, ואזכיר כי המבנה המקורי נשרף כליל. בהינתן העובדה שמבקרים וקונים פוקדים את בית העסק, ובהיותו ממוקם בסמוך לרחבת שביל כניסה ראשי ועיקרי למתחם, יש קושי לשלול מסוכנות המבנה. נתונים אלה משתלבים עם חוות הדעת מטעם המשיבה שהונחו בפני בית משפט קמא, ונשקלו במכלול שיקוליו, ובנוסף יש לזכור כי המערערת לא ביקשה לחקור איש מהמומחים ובכלל. כל אלה מביאים למסקנה כי אין לקבל טיעוני המערערת לעניין בטיחות המבנה.



2. השתלבות עם התכנית החדשה והיעדר אופק תכנוני - כיום חלה על המבנה תכנית מתאר חדשה מאושרת, בהתאם לה יש להרוס את המבנה דנן. אמנם בהתאם לתכנית החדשה, קיים שטח מיועד למבנה מסחרי גדול, אך מבנה זה אינו מיועד לקום במקום בו קיים המבנה דנן, והימצאותו של המבנה במקומו יכול ועלול לפגוע בתכנון הקונקרטי לבניה העתידה להיות במתחם. אף זאת, וכפי שקבע בית משפט קמא, המערערת לא הראתה כל היתכנות תכנונית למבנה, ולא ביצעה פעולות מקדימות הנדרשות לשם כך. משכך, הותרת המבנה במקומו יש בה כדי לפגוע בהחלת התכנית החדשה, ובכך הוא פוגע באינטרס הציבורי להסדרת מתחם הקבר.

3. טענות לעניין פגיעה בפרנסת העובדים בבית העסק שבמבנה - העובדים לגביהם נטען כי פרנסתם תפגע, מועסקים בעסק שהינו ללא רישיון, ובמבנה שהוא ללא היתר בנייה, המיועד על פי תכנית המתאר החדשה להריסה. אין מקום כי בית משפט ייתן ידו ויתעלם או אף יאשר המשך קיומו של עסק ללא רישיון ובמבנה ללא היתר, ובוודאי כאשר קיים ועומד מנגד האינטרס הציבורי להסדרת כלל מתחם הקבר, שמירת הסדר הציבורי במקום ובין היתר כלקחי אסון מירון, ולקראת אירועי ל"ג בעומר הקרבים. לכן במאזן שבין פרנסת אותם עובדים ובין האינטרס הציבורי, יגבר האינטרס הציבורי. מעבר לנדרש אציין כי הטענה לעניין זה נטענה בעלמא וללא כל תימוכין.

62. מצאתי לנכון להוסיף, כי העובדה שהמערערת מפעילה כיום עסק במתחם הרשב"י, אינה מבטיחה לה כטענותיה המשכיות בהפעלת עסק לממכר דברי יודאיקה או אחר במסגרת הבניין החדש שיוקם במיקום החדש המיועד לכך במסגרת התכנית החדשה. כפי שהסביר ב"כ המשיבה מהלך הדיון, בבוא העת יוצאו מכרזים מתאימים לאיכלוס מבנה המסחר שיוקם, ובאפשרות המערערת להגיש מועמדותה ככל אדם או עמותה אחרת.

63. הנה כי כן, המערערת לא הצליחה לבסס טענתה כי אין למבנה עניין ציבורי מיוחד המחייב הריסתו, ולעניין זה אף אפנה לקביעותיו של בית המשפט העליון במסגרת רע"פ 2118/22 בעניין המבנים במתחם השייכים ל"הכנסת אורחים" ולקביעה שם בעניין האינטרס הציבורי המובהק.

סיכום של דברים:

64. לאור כל המפורט - הערעור נדחה.

בנסיבות, איני עושה צו להוצאות.

ניתן היום, ד' אייר תשפ"ב, 05 מאי 2022, בהעדר הצדדים.