



ת"פ 40771/12/18 - מדינת ישראל נגד אחמד קאק

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עתפ"ב 40771-12-18 מדינת ישראל נ' קאק
עפמ"ק 60968-02-19 בורקאן נ' מדינת ישראל
עתפ"ב 64576-12-18 בורקאן ואח' נ' מדינת ישראל

לפני כבוד השופטת חנה מרים לומפ
מערכת מדינת ישראל באמצעות הלשכה המשפטית עיריית ירושלים
על ידי עו"ד שרון מנדלבאום

נגד
משיב אחמד קאק על ידי עו"ד זיאד קעואר ועו"ד עומר סמרי

פסק דין

לפניי ערעור על שלוש החלטות שניתנו על ידי בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים. האחת, מיום 3.12.18 בתו"ב 61947-01-16 מדינת ישראל נגד אחמד קאק (להלן: **קאק**) במסגרתה קיבל בית משפט קמא (כבוד השופט פ' שטרק) את בקשת קאק להארכת מועד לביצוע צו ההריסה השיפוטי שהושת עליו. השנייה, מיום 24.2.19 בתו"ב 65730-05-16 מדינת ישראל נגד בורקאן (להלן: **בורקאן**) במסגרתה דחה בית משפט קמא (כבוד השופטת ס' אלבו) את בקשת בורקאן 1 להארכת מועד לביצוע צו ההריסה השיפוטי שהושת עליו. השלישית, מיום 15.12.18 בתו"ב 67863-06-16 מדינת ישראל נגד בורקאן ואח' (להלן: **בורקאן ואח'**) במסגרתה דחה בית משפט קמא (כבוד השופט ד' מ' דמביץ) את בקשת בורקאן 2 להארכת מועד לביצוע צו ההריסה השיפוטי שהושת עליו.

רקע

תו"ב 61947-01-16

1. ביום 24.2.16 הורשע קאק על פי הודייתו בעבירה לפי סעיפים 145(א) ו- 204(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה- 1965 (להלן **חוק התכנון והבניה**), בכך שבנה מבנה חד קומתי בשטח של 260 מ"ר, ללא היתר בשכונת סילוואן בירושלים כמפורט בכתב האישום. בגזר הדין בית משפט קמא (כב' השופטת ת' נמרודי) השית על קאק תשלום קנס בסך 106,000 ש"ח, התחייבות, הריסת הבניה ללא היתר, עד ליום 24.2.17. עוד הוסיף בית המשפט קמא בגזר דינו כי ככל שהמבנה לא ייהרס על ידי הנאשם, תוכל הוועדה המקומית לתכנון ובניה להרוס את המבנה בעצמה על חשבון הנאשם.

2. קאק הגיש מעת לעת בקשות להארכת המועד לביצוע צו ההריסה ומועד ביצוע הצו הוארך בהתאם עד ליום 1.6.19. בהחלטתו האחרונה מיום 3.12.18, נימק בית משפט קמא את החלטתו, בכך שמדובר בהליך תכנוני הכולל שכונה שלמה ובעבר ניתנו אורכות בהתאם לסעיף 207 לחוק.

3. ביום 17.12.18 הגישה המערערת ערעור על החלטה זו (עתפ"ב 40771-12-18).

תו"ב 65730-05-16

4. ביום 24.9.17 בורקאן הורשע על פי הודייתו בעבירה לפי סעיפים 145(א) ו- 204(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה- 1965 (להלן **חוק התכנון והבניה**), בכך שבנה מבנה חד קומתי בשטח של 130 מ"ר, ללא היתר



בשכונת סילוואן בירושלים כמפורט בכתב האישום. בגזר הדין בית משפט קמא (כב' השופטת ס' אלבו) השית על בורקאן תשלום קנס בסך 90,000 ש"ח, התחייבות, הריסת הבנייה ללא היתר, עד ליום 26.2.18. עוד הוסיף בית המשפט קמא בגזר דינו כי ככל שהמבנה לא ייהרס על ידי הנאשם, תוכל הוועדה המקומית לתכנון ובניה להרוס את המבנה בעצמה על חשבון הנאשם.

5. מועד ביצוע הצו הוארך עד ליום 20.1.19.

6. ביום 20.1.19 בורקאן הגיש בקשה נוספת להארכת מועד לביצוע צו ההריסה. בית משפט קמא דחה את הבקשה להארכת המועד בנימוק, כי דחיית מועד ביצוע הצו תיעשה במקרים חריגים ויוצאי דופן כאשר היתר בנייה מצוי בהישג יד. בענייננו, הליכי התכנון עדיין בשלבים הראשונים, רק לאחרונה אושרה פתיחת התב"ע, טרם אושרה תוכנית שמכוחה ניתן להוציא היתר בניה, הדרך להכשרת הבנייה עודנה ארוכה, ולא ניתן לומר כי ההיתר הוא בהישג יד. לפיכך, בהיעדר אופק תכנוני ברור וקרוב להכשרת המבנה, משלא הוכחה התקדמות ממשית בהליכי הכשרת הבניה, האינטרס הציבורי המחייב ביצוע צווי הריסה לאלתר, גובר על האינטרס הפרטי, זאת כדי למגר עבירות של בנייה בלתי חוקית ולאכוף את צווי בית המשפט.

7. ביום 25.2.19 הגיש בורקאן ערעור על החלטה זו (עתפ"ב 60968-02-19).

תו"ב 67863-06-16

8. ביום 26.2.17 בורקאן ואח' הורשעו על פי הודייתם בעבירה לפי סעיפים 145(א) ו- 204(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה- 1965 (להלן **חוק התכנון והבניה**), בכך שבנו כל אחד מהם מבנה ללא היתר בשכונת אבו טור בירושלים כמפורט בכתב האישום. בגזר הדין בית משפט קמא (כב' השופט ד' מ' דמביץ) השית על כל אחד מהם תשלום קנס, התחייבות, הריסת הבנייה ללא היתר, עד ליום 24.9.18. עוד הוסיף בית המשפט קמא בגזר דינו, כי ככל שהמבנה לא ייהרס על ידי הנאשמים, תוכל הוועדה המקומית לתכנון ובניה להרוס את המבנה בעצמה על חשבון הנאשמים.

9. ביום 28.8.18 בורקאן ואח' הגישו בקשה להארכת מועד לביצוע צו ההריסה. בית משפט קמא דחה את הבקשה להארכת המועד בנימוק שמדובר בבניה בשטח אשר אין לגביו היתר, אין לגביו בקשה להיתר, אין לגביו תב"ע ואין לגביו בקשה לתב"ע. בית משפט קמא מצא שההיתר לבנות אינו בהישג יד ורחוק מאוד מכך.

10. ביום 27.2.19 הגישו בורקאן ואח' ערעור על החלטה זו (עתפ"ב 64576-12-18).

טענות הצדדים

11. כאמור, בורקאן ובורקאן ואח' ערערו על החלטות בית משפט קמא שדחו את בקשתם להארכת מועד ביצוע צו ההריסה השיפוטי במסגרת עתפ"ב 60968-02-19 ובמסגרת עתפ"ב 64576-12-18 בהתאמה. המערערת ערערה על החלטת בית משפט קמא שקיבלה את בקשת קאק להארכת מועד ביצוע צו ההריסה השיפוטי במסגרת עתפ"ב 40771-12-18.

12. קאק, בורקאן ובורקאן ואח' ביקשו לקיים דיון בערעור במיוחד נוכח השאלה המשפטית הזוהה שבנדון, והמשיבה-המערערת לא התנגדה לכך.



13. הערעור נסוב סביב תוכנית בניה חדשה שהגישו תושבי שכונת ואדי יאסול ביום 19.2.19 (תוכנית מספר 728303). השאלה הנשאלת היא האם התוכנית עומדת בתנאי היתר הבנייה או האם קיים "אופק תכנוני" שיאפשר לקבל היתר בנייה לבנייה הבלתי חוקית שנבנתה באיזור המיועד להיות שטח נוף פתוח ציבורי, שהוא בהישג יד ממשי, והאם יש השפעה לכך שמדובר בהריסה של מבנה אחד או שמדובר במספר רב של בתים, כך שנדרש תכנון של שכונה שלמה.
14. בורקאן ובורקאן ואח' טענו במסגרת עתפ"ב 60968-02-19 ובמסגרת עתפ"ב 64576-12-18, כי נעשתה דרך ארוכה ומשמעותית בהליכי התכנון. מדובר בשכונה שלמה, שכונת ואדי יאסול, המאוכלסת במאות נפשות לכל הפחות, אשר הוזנחה ונעדרה כל השקעה בה ובתושביה על ידי העירייה. הם פירטו במסגרת ערעורם את הליכי התכנון שהם מקדמים בשיתוף עם עיריית ירושלים ולשכת התכנון המחוזית, מה שמעיד על התקדמות תכנונית ברורה וממשית בהליכי התכנון. עוד הפנו לתוכנית מספר 728303 אשר הגישו תושבי השכונה ואשר נועדה להכשיר את מלוא החריגות בבנייה, וניתן אישור על פתיחתה ביום 19.2.19. מכאן עולה לשיטתם, כי הם לא ישבו בחיבוק ידיים אלא פעלו ושקדו על הכשרת המבנה, אולם בשל התארכות ומורכבות הליכי התכנון טרם עלה בידיהם לעשות כן. הם עשו כברת דרך משמעותית בהליכי התכנון כך שניתן יהיה להכשיר את מלוא החריגות בבנייה תוך פרק זמן קצר יחסית.
15. המערערת טענה במסגרת עתפ"ב 40771-12-18, כי שגה בית משפט קמא בהחלטתו לפיה קאק מקדם הליך תכנוני יחד עם שכונה שלמה, על כן יש להיעתר לבקשה למתן ארכה. גם בהתייחס לגופו של עניין סברה המערערת שלא הוכח, כי קיים הליך תכנוני תקף כך שאין היום הליכי תכנון מהותיים המקודמים, תחילתו של הליך התכנון אינו נראה באופק ואף לא סופו וסיכויי ההכשרה שואפים לאפס. מכאן, שהיתר הבניה אינו בהישג יד ואין הצדקה לעכב את ביצוע צו ההריסה.

דין והכרעה

16. לאחר שעיינתי בהודעות הערעור, ובתיקי בית משפט קמא, ושמעתי את טענות ב"כ הצדדים בדיון לפני, הגעתי למסקנה כי אין מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא בגדרי עתפ"ב 60968-02-19 ועתפ"ב 64576-12-18, בעוד שבערעור בגדרי עתפ"ב 40771-12-18, מצאתי שיש מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא, כפי שיפורט בהמשך.
17. כידוע, עבירות מכוח חוק התכנון והבניה הן עבירות שפגיעתן קשה בשלטון החוק ובסדר הציבורי. בתי המשפט נאבקו לא אחת לביעורן על ידי מתן צווי הריסה וקביעת מועד לביצועם (ע"פ 8915/08 מדר נ' עיריית נתיבות (3.12.2008), ע"פ 4650/08 ברנס נ' מדינת ישראל (19.6.2008), ע"פ 11000/07 פלוני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה אשדוד (1.1.2008)).
18. סעיף 207 לחוק התכנון והבניה קובע כי בית משפט רשאי להאריך מועד שקבע לביצוע צו הריסה, אם ראה טעם לעשות כן. בבואו להחליט אם ליתן צו הריסה, בית המשפט יכול במסגרת שיקוליו את אינטרס הפרט ואת אינטרס הכלל ויאהז ביניהם:

"אף בחוק התכנון והבניה עצמו מצוי איזון בין האינטרס הציבורי לאינטרס הפרטי. כך קובע סעיף 207 לחוק כי גם במקרה שבו נותן בית המשפט צו הריסה, רשאי הוא 'לקבוע את המועד



לביצועו ורשאי הוא להאריך מועד שקבע, אם ראה טעם לעשות כן. משמע, שבית המשפט רשאי לעשות 'איזון לשעה', בין הצורך לעמוד על קיומו של החוק ובין צרכיו של הפרט" (רע"פ 5086/97 בן חור נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נא(4) 625, 45. עוד ראה בעניין זה רע"פ 4357/01 יעקב סבן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה אוננו, פ"ד נו (3) (29.4.07), רע"פ 3146/07 חוסין ג'דיר נ' מדינת ישראל הועדה המחוזית לתכנון ובניה (12.4.07)).

19. במסגרת איזון זה נכללים, מחד גיסא, שיקולים תכנוניים, שיקולים הקשורים בבטיחות הבנייה, קיום שלטון החוק ומניעת הנאת הנאשם מפרי העבירה, ומאידך גיסא, אינטרס הפרט של הנאשם, חומרת העבירה, צרכי הנאשם בקיום המבנה והעלויות הכרוכות בביצוע צו ההריסה.

20. השאלה המרכזית שיש לשאול היא, האם קיים "אופק תכנוני" שיאפשר לקבל היתר בנייה לבנייה הבלתי חוקית, שהוא בהישג יד ממשי. לא נקבעו קריטריונים חד משמעיים בפסיקה לגבי משך הזמן הצפוי לקבלת היתר שייחשב כסביר. ככל שהשגת ההיתר רחוקה, כך משקלו של האינטרס הציבורי, שעיקרו אכיפת החוק גובר. (רע"פ 5607/07 יעקב סבן ציוד לבניה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה "אוננו", [פורסם בנבו] (2007), רע"פ 3146/07 ג'דיר נ' מדינת ישראל - הוועדה המחוזית לתכנון ובניה [פורסם בנבו] (12.4.07)).

21. בהחלטה ברע"פ 4007/14 ספיר קדמת עדן בע"מ ואח' נ' מ"י, [פורסם בנבו] (12.6.14) נקבע:

"בפסיקה הובהר, כי יש חשיבות מרובה לביצוע צו הריסה במועדו, ולפיכך, היעדרות לבקשת ארכה תיעשה רק במקרים "חריגים ויוצאי דופן", כאשר הדגש המרכזי יינתן לשאלה האם היתר הבנייה נמצא 'בהישג יד מיידי' של המבקש...".

22. מצב בו היתר הבנייה הבלתי חוקית נמצא בהישג יד ממשי מתקיים בדרך כלל, כאשר לא צפוי קושי עקרוני תכנוני באישור תוכנית הבנייה וכל שנותר למבקש ההיתר לבצע בכדי להשיגו הוא הליך פורמאלי קצר ופשוט שמחייב עמידה בתנאים פשוטים, שאין קושי לעמוד בהם (ראה רע"פ 9035/16 מחמוד דאוד נ' מדינת ישראל (24.11.16) ורע"פ 8220/15 כפאיה נ' מדינת ישראל (27.12.15) הנזכר שם):

"הכלל הנוהג בפסיקה הוא כי ככלל, צו הריסה יבוצע במועדו, ואילו היעדרות לבקשה לדחיית המועד לביצוע הצו תיעשה רק במקרים "חריגים ויוצאי דופן", בהם היתר הבנייה מצוי בהישג יד ורק עיכוב פורמלי מעכב את קבלתו [...] יוטעם, כי הנטל להוכיח כי קבלת ההיתר קרובה מוטל על המבקש את עיכוב ביצוע צו ההריסה".

23. ההלכה היא, כי צווי הריסה ניתנים במקרים חריגים ובנסיבות מיוחדות, וזאת כחלק מהמאבק בעבריינות הבניה, שהיא ללא ספק מכת מדינה, ראה ע"פ 563/14 יניב נ' עיריית תל אביב, [פורסם בנבו] (2.2.14), שם נקבע:

"בניה ללא היתר, היתה מכבר לחזון נפרץ במחוזותינו, ורבים המבקשים להכשיר את השרץ לאחר פתיחת הליך פלילי. הוראות החוק אינן בגדר "המלצה", בבחינת כל הרוצה יבוא ויקיימן, וכל החפץ ירמסן. נזדמן לי להידרש מזה זמן למקרה דומה בע"פ 6720/06 דהרי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (2006) ולהליכים הממושכים לגביו. ציינתי שם: "אכן זכותו של כל אדם לנסות להעביר את רוע הגזירה השיפוטית, אך חובתו של בית המשפט לומר, במקרה



המתאים, עד כאן ... חסד עצום עשו בתי המשפט עם המערערים שאיפשרו להם להמשיך שנים על שנים בהתרסה נגד החוק, בהקמת מערכת בניה ענפה, וטחנות הצדק אכן טוחנות לאט, ומהחלטה להחלטה" (פסקה ח(5)). ובע"פ 10778/05 עבאסי נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה [פורסם בנבו] (2005) נאמר: "דומה שאין ספק כי המדובר בניסיון למשוך הליכים בתקוה שבמועד עתידי תבוא בשורה ותוכשר הבניה הבלתי חוקית, שעל אי חוקיותה אין חולק. המערער עושה שימוש בפתחים שפתח לו הדין, מתוך הנחה שטחנות הצדק טוחנות לאט ובינתיים אולי רווח והצלה יעמדו ממקום אחר".

24. הנטל להוכחת קיומו של אופק תכנוני רובץ על שכמו של המערער (ע"פ 654/10 אורה מושב עובדים נ' מדינת ישראל (9.2.10) ואין די בעצם התקדמותם של הליכי תכנון כדי להוות עילה לביצועו של צו הריסה (רע"פ 2341/14 סלים נ' הוועדה המחוזית (28.5.14)). בנוסף, במקרים בהם אין תוכנית מתאר או תוכנית מפורטת, אין מקום להאריך את מועד כניסתו לתוקף של צו ההריסה, הן כיוון שהסיכוי לאישור תוכניות מסוג זה אינו גבוה והן מפני שגם לאחר שיאושרו התוכניות, הליך הוצאת היתר הבניה הפרטני ארוך (רע"פ 1067/07 שומאן נ' הוועדה המקומית (12.2.08)).

25. במקרה שלפניי, אין בטענות בורקאן ובורקאן ואח', או במסמכים שצירפו כדי להצביע על אופק תכנוני, המצדיק קבלת הערעור. מדובר בבניה ללא היתר משנת 2014-2015 בהיקפים נרחבים. על אף הזמן הרב שחלף ממועד ביצוע העבירות, לא הוצגה התקדמות ממשית בהליכי התכנון. מעבר לכך, גם תוכנית הבינוי החדשה שהוגשה (תוכנית מספר 728303) לא אושרה, והיא נמצאת בשלב ראשוני בעקבות התארגנות של כל תושבי השכונה, כך שלא ניתן לומר שעולה התקדמות ממשית מתוכנית זו, שכן עוד שנים רבות לפנינו בטרם יתקבל היתר בנייה. כמו כן, מדברי הגברת אוסנת סופט (אדריכלית האמונה על תוכנית זו) בדיון לפניי, היא אישרה שהתוכנית שהוגשה היא התחלתית ומטרתה לנסות למצוא פתרון לתושבים שגרים שם לא מעט שנים על מנת לא להרוס את בתיהם בשטח המיועד לאזור ירוק ולא לבנייה, וכך לאזן בין ייעוד השטח לבין הריסת מבנים רבים בהם מתגוררות משפחות שנים לא מעטות. לא עלה מדבריה לפניי, כי המבנים נושא הערעור נמצאים בשטח המיועד לבנייה או להריסה במסגרת התוכנית החדשה, אלא אך ורק כי הם נמצאים בשטח התוכנית. כך שבהחלט יתכן שגורל מבנים אלה להריסה בכל מקרה, אף לאור תוכנית מספר 728303.

26. יתרה מזו, ממסמך שנשלח בדואר אלקטרוני בתאריך 19.2.19 מאת גב' הילה בכר מ"מ ראש צוות אזורי ואדי ואסול, אגף תכנון העיר עולה, כי התוכנית החדשה ליבנוי שהוגשה נוגדת את מדיניות הוועדה המחוזית משום שמדובר בשטח שהוועדה המחוזית קבעה שלא ניתן לאשר בו בינוי ומגורים, ואם רוצים לקדם תכנית, נדרש להציע תכנון המבוסס על עקרונות ברורים ומוסכמים ולא תכנית אשר מטרתה היא הנצחת המצב הקיים.

27. במצב דברים זה, לא ניתן לקבוע שהיתר בנייה למבנה הלא חוקי מצוי בטווח הנראה לעין, "בהישג יד" המצדיק העתרות לבקשה לאורכה לביצוע צו ההריסה. ניסיון החיים מלמד שלעיתים חולפות שנים רבות עד לסיום מלוא ההליכים הנדרשים לאישור של תוכנית מתאר.

28. לפיכך, צדק בית משפט קמא עת החליט בהחלטתו נושא הערעור, כי אין מקום להיעתר לבקשות בורקאן ובורקאן ואח' למתן ארכה לביצוע צו ההריסה, זאת בהינתן המצב התכנוני הקיים, אשר על כן אני דוחה את ערעורם. בהתאם, משלא קמה עילה למתן ארכה מצאתי ששגה בית משפט קמא בהחלטתו נושא הערעור, כי יש מקום להיעתר לבקשת קאק למתן ארכה לביצוע צו ההריסה, בהינתן המצב התכנוני הקיים, אשר על כן אני



מקבלת את ערעור.

29. בשולי הדברים אוסיף, שלא נעלם מעיני כי שלושת ערעורים אלה משקפים מצב של מבנים רבים ופסק הדין עלול להשפיע על גורלם של מאות אנשים, וכי מדובר בתוצאה קשה. עם זאת, דיני התכנון והבנייה בהתאם לחוק ולפסיקת בית המשפט העליון ברורים בסוגיה זו, ומי שבחרו לבנות מבנים ללא היתר ושלא בהתאם לייעוד המקרקעין, מבלי להמתין לשינוי המצב התכנוני, אין להם אלא להלין על עצמם, כשבחרו לעשות דין עצמי. בה בעת, המערערת יכולה לפעול לפני משורת הדין, כאשר מדובר במבנים שיש להניח שימצאו בפולגון ככל שתאושר התוכנית.

30. הצווים המפורטים בגזר הדין יכנסו לתוקפם ביום 14.4.19.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"ד אדר ב' תשע"ט, 31 מרץ 2019, בהעדר הצדדים.