



ת"פ 70670/03/22 - עמותת אור הזוהר ש הספרדי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עתפ"ב 70670-03-22 עמותת אור הזוהר שע"י הספרדי נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופטת אוסילה אבו-אסעד

מערכת עמותת אור הזוהר שע"י הספרדי

ע"י ב"כ עו"ד ניסן שריפי ועו"ד רפאל מושקוביץ

נגד

מדינת ישראל משיבה

ע"י ב"כ עו"ד ויסאם פארס

פסק דין

לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בצפת (כב' השופטת ד' נסאר), מיום 27.3.2022, בתיק עמ"א 23537-01-22, במסגרתה נעתר בית משפט קמא לבקשת המשיבה, והורה על מתן צו הריסה נגד המבנה, העשוי מקירות אבן ובטון וגג מבטון, בשטח כולל של כ- 98 מ"ר (נ"צ 765120/241438), המשמש כמטבח שסומן כמבנה 19 (להלן: "המבנה"), והבנוי בחלקה 29 גוש 13688 (להלן: "המקרקעין"), המצויה באזור מתחם קבר רבי שמעון בר יוחאי בהר מירון (להלן: "המתחם" / "מתחם הקבר"). הצו הוצא מכוח סעיף 239(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה - 1965 (להלן: "החוק").

הרקע לבקשה לצו ההריסה

1. המקרקעין, בשטח של כ- 17,748 מ"ר, מצויים בבעלות הקרן הקיימת לישראל, ומוחזקים ע"י המרכז הארצי לפיתוח המקומות הקדושים מכוח חוזה הרשאה מיום 21.3.19. המערכת עושה שימוש במבנה מזה שנים ארוכות.

2. מתחם הקבר הוא בעל חשיבות לאומית וציבורית, וקיבל הכרה כאתר קדוש מכוח הפרט הרביעי לתוספת לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, התשמ"א - 1981.

המתחם משמש להתכנסות מאות אלפי אנשים לאורך השנה, ובמועדים ספציפיים במהלכה.

3. בל"ג בעומר התשפ"א, 30.4.2021, מהלך ההתכנסות וההילולה המסורתית, נהרגו בנסיבות טרגיות 45 אנשים עת שהו במתחם הקבר, ורבים נוספים נפצעו (להלן: "אסון מירון"). בעקבות אסון מירון עלה ההכרח בנקיטת פעולות אכיפה כלפי בניה אסורה שבוצעה במתחם הקבר במשך שנים, בניה שאינה מאפשרת הסדרת המקום לשם הבטחת בטחון ציבור המבקרים והמתפללים, ומקשה על מתן מענה לאירועים הקרבים והמתוכננים ליום 18.5.22 בל"ג בעומר הקרב.



4. משכך פנתה המדינה בבקשות להריסת מבנים שונים במתחם הקבר, ובין היתר המבנה נשוא הדיון דנן.
5. המדינה טענה כי מדובר במבנה שמתקיימים לגביו כלל התנאים הנדרשים למתן צו הריסה מכוח סעיף 239(א) לחוק: המבנה הוקם ללא היתר ובלא שידוע מי הקימו; חלה התיישנות על עבירת הבנייה; וקיים עניין ציבורי מיוחד לסילוק מבנה זה שנבנה שלא כחוק. לעמדת המדינה, העניין הציבורי נלמד מנסיבות אירועי הילולת ל"ג בעומר, המתקיימים בצפיפות שיא של מאות אלפי אנשים בתוך תא שטח קטן יחסית, ולאור אסון מירון קיים צורך דחוף בסילוק כל הבניה הבלתי חוקית במתחם, בכדי שניתן יהיה לתכנן באופן מיטבי את אירועי ההילולה הקרבה ובאה בחודש מאי 2022. עוד נטען כי לאחרונה אושרה תכנית מתאר מקומית חדשה למתחם הקבר, שמספרה 209-0263913 (להלן: "**התכנית המאושרת החדשה**"), ובה המבנה סומן להריסה. טענה נוספת היתה כי המבנה הוקם מלכתחילה בקרקע חקלאית מוכרזת, שהוגדרה כשטח ציבורי פתוח, ובכך נפגעים כל הערכים המוגנים שהמחוקק ביקש להגן עליהם במסגרת חוק התכנון והבניה.
6. המערערת התנגדה למתן הצו, וטענה כי המבנה קיים משנת 1960, והינו חלק בלתי נפרד ממתחם הקבר. לטענתה, חוקי התכנון ובניה הינם משנת 1965, ומאז רשויות האכיפה לא נקטו כל פעולה כנגד המבנה עד לאסון מירון. כן טענה כי המבנה הינו מחסן/מטבח המשמש לאחסון ציוד להסעדת הישיבה והכולל, ופרט לעובדים אין מעבר או כניסה לאורחים לתוך המבנה. מהלך הסעודה מוציאים את הציוד מחוץ למבנה, והעמותה מספקת את הסעודה לכלל המבקרים והמתפללים, ללא תשלום וללא מטרות רווח, זאת בכדי לסייע למתפללים לקיים את פולחנם הדתי. המדובר לטענתה במצווה גדולה של אירוח וסעודה במסורת היהודית, לרבות קבלת האורח ודאגה לצרכיו, וכחלק מהפולחן הדתי המסורתי בכל ימות השנה עבור מי שעולים לקבר הרשב"י, וכידוע חופש הדת מוכר כזכות הלכתית. לעמדת המערערת המבנה נבדק ואושר בטיחותית ע"י מהנדס מבנים אזרחי, ולהוכחת עמדתה זו צרפה אישור בטיחות. לעומת זאת, כך נטען על ידה, יועץ הבטיחות מטעם המדינה לא התייחס בבדיקותיו באופן ספציפי למבנה נשוא הבקשה, אלא התייחס באופן כללי לאזור המתחם. כך גם תעודת עובד הציבור מטעם המדינה, שמתארת את המצב התכנוני נכון ליום 23.8.21, ואינה מתייחסת למבנה נשוא הבקשה. טענה נוספת מטעם המערערת היא הטענה שלפיה מפרוטוקול ועדת המשנה להתנגדויות מיום 29.3.18, עלתה במעמד הדיון הכוונה להכשיר את המבנה. לכן יש לאפשר הכשרת המבנה, שסומן להריסה רק מכיוון שהוא ללא היתר.

החלטת בית משפט קמא

7. כאמור, בית משפט קמא קיבל את הבקשה והורה על הריסה המבנה.
8. בית המשפט 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 נדרשה התקיימותם של תנאים דומים לשם מתן החלטה בדבר צו הריסה בלא הליך פלילי.
9. בית משפט קמא מצא כי אין מחלוקת כי המבנה הוקם לפני שנים רבות (ככל הנראה בשנת 1960), ללא היתר, וכי מבצע הבנייה האסורה אינו ידוע. משכך, העבירה התיישנה וכיום לא ניתן למצוא את עובר העבירה בשקידה סבירה, ולא ניתן להוכיח מי ביצע את העבודה האסורה.
10. בחינת התנאי השלישי הנדרש, קרי קיומו של עניין ציבורי מיוחד, הוא לב ליבה של ההחלטה. בית משפט קמא



סבר, כי יש עניין ציבורי מיוחד שמצדיק הריסת המבנה. בתוך כך קבע כי אין ספק שהתכנית המאושרת החדשה אינה מכשירה את המבנה והוא מסומן בה להריסה. כן, קבע שמדובר במקרקעין שייעודם להיום שטחים פתוחים, מבני ומוסדות ציבור. מכאן כי השימושים שנעשים במבנה (כלומר אירוח והסעדה), מנוגדים לייעוד המקרקעין.

בית משפט קמא לא קיבל את הטענה, כי התכנית המאושרת החדשה מאפשרת הכשרת המבנה, משני טעמים: א. לא הובאה כל ראיה המלמדת על היתכנות תכנונית שכזו, והמערערת לא הצביעה על נתונים רלוונטיים על היתכנות תכנונית אקטואלית בעניין המבנה. ב. לאחר שאושרה התכנית המאושרת החדשה, אין משמעות לאמור בפרוטוקול ישיבת ההתנגדויות, שהתקיימה טרם האישור, והתכנית שאושרה היא המחייבת.

טענות המערערת ביחס לבטיחות המבנה נדחו אף הן, תוך שבית משפט קמא התייחס למסמך שהמציאה המערערת לעניין זה, וקבע כי לא ברור שאכן מסמך זה מתייחס למבנה נשוא הבקשה, ואינו מלמד על בטיחות או יציבות המבנה. בנוסף אין מדובר בחוות דעת כוללת ומקיפה עליה ניתן להתבסס. ועוד באותו עניין קבע בית משפט קמא כי מחוות דעת הנדסית ושל יועץ בטיחות שהציגה המדינה, עלה כי משך שנים בוצעו במתחם הקבר עבודות בניה מאולתרות, ולאחרונה התגלו בהן ליקויי בטיחות חמורים לרבות ליקויי חשמל וקונסטרוקציה. בית משפט קמא בחן תמונות של המבנה, וסבר כי עולה מהן ספק רב לגבי שאלת יציבות ובטיחות המבנה. מכאן למד בית המשפט על מצב בטיחותי רעוע של המבנה.

11. בימ"ש קמא התייחס בהחלטתו לאסון מירון, שאירע ככל הנראה בשל כשל בטיחותי במקום. לכן קבע כי יש לנקוט בזירות המתבקשת תוך שמירה על חיי אדם, וזה הוא האינטרס שידו על העליונה מול 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' הדן בשיפור תשתיות והסרת מפגעי בטיחות ופרק ה' העוסק בלוחות הזמנים). במסגרת ההמלצות ניתן למצוא את ההמלצה ל - הסרת וסילוק כל המפגעים והמתקנים המסוכנים שבשטח ההר (סע' 25 למסקנות), ויש לעשות זאת לכל המאוחר חודש לפני אירוע ל"ג בעומר הצפוי להתקיים השנה (סע' 60 לפרסום). בית משפט קמא התייחס לעובדה, כי אמנם מדובר בהמלצות בלבד, אך נוכח אירועי העבר, ראוי שמסקנות ועדת החקירה יילקחו בחשבון במלוא תשומת הלב. בית משפט 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", ועל אחת כמה וכמה כשמדובר במבנה שמסומן להריסה בתכנית המאושרת החדשה.

12. בית משפט קמא עמד על כך שלא נטען שיש בהריסת המבנה משום חילול או פגיעה במקום קדוש, או פגיעה בחופש הגישה למתחם או פגיעה ברגשות בני הדת היהודית כלפי הקבר עצמו, וחידד כי אין בהוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים כדי לגרוע מסמכויות המשיבה לפנות לבימ"ש בבקשה למתן צווי הריסה נגד מבנה שאינו חוקי.

13. בימ"ש קמא התייחס גם לפעילות הנטענת במבנה נשוא הדיון, וקבע כי אמנם המדובר בפעילות מבורכת של מתן ארוחות חנים למבקרים ולמתפללים, אולם אירוע אסון מירון מחייב נקיטת משנה זהירות והכשרת מתחם הקבר לקראת ההילולה הקרבה, כך שיכיל את כמות המבקרים הצפויה באופן מיטבי ומבלי להעמידם בסכנת חיים ממשית.



14. בית משפט קמא אף מצא להתייחס לטענות המערערת הנוגעות למחיקת המרכז הארצי לפיתוח המקומות הקדושים כמשיבה לבקשה, תוך שקבע כי לא מצא בכך כל פגם, ופירט כי עמדת המרכז ידועה ובאה לידי ביטוי בבקשתו לסיוע בפירוק מבנים לא חוקיים במתחם הקבר. עמדת זו באה לידי ביטוי גם במכתב שיצא מתחת ידיו של מנכ"ל המרכז מיום 8.11.21, שממנו עלתה ההסכמה להריסת כל המבנים שנבנו ללא היתר בשטח ההרשאה.

15. בנסיבות אלה, ומשמדובר בבניה שאינה חוקית, ללא היתרים ופיקוח, קבע בית משפט קמא כי קיים חשש אינהרנטי ליציבות ובטיחות המבנה, והותרתו עלולה לסכל את יישום התכנית המאושרת החדשה, שנועדה להסדרת המתחם בכללותו, כדי לאפשר לאלפי המבקרים לפקוד אותו. נוכח נימוקיו אלה, נעתר בית משפט קמא לבקשה והורה על מתן צו ההריסה למבנה.

תמצית טענות הצדדים בערעור

טענות המערערת

16. המערערת היא המחזיקה במבנה, המשמש כמחסן או מטבח ובו ציוד להסעדת באי הישיבה והכולל, איש אינו נכנס למבנה פרט לעובדים. בזמן הסעדה, מוצא כל הציוד אל מחוץ למבנה, ושם מתבצע האירוח.

17. המערערת שבה וטענה כי המסמך שצרפה המשיבה, מאת יועץ הבטיחות, הינו מסמך כללי המהווה סקירת בטיחות כללית לכל אזור המתחם, ואינו מתייחס ספציפית למבנה נשוא הערעור. לכן, לטענתה, אין רלוונטיות למסמך זה לעניין הריסת המבנה. מנגד המערערת הפנתה אל אישור הבטיחות שהציגה בפני בית משפט קמא, ולפיו המבנה תקין, בטוח וראוי לשימוש, ולטענתה בית משפט קמא כלל לא התייחס בהחלטתו לעניין זה.

18. עוד טענה כי המרכז הארצי לפיתוח המקומות הקדושים לא נתן הסכמתו להריסת המבנה הספציפי נשוא הערעור, אלא הסכים לפירוק טריבונוט ומדרגות ארעיות בלבד, והדבר אף עולה ממסמכים שהמשיבה צרפה. כן פרטה כי קיימת מחלוקת בין הצדדים לעניין פרשנות הבקשות של המרכז הארצי לפיתוח המקומות הקדושים וועדת החמישה, ביחס לפירוק מבנים. כך גם המערערת יצאה כנגד מסמך מאת 'ועדת החמישה' שצרפה המשיבה לבקשתה, ובעניינו טענה שמדובר במסמך שמתייחס למקרקעין אחרים, שאינם אלה שבגדרם בנוי המבנה. לעמדתה, משנמחקו המשיבים הפורמליים מכתב האישום (ניתן להניח כי הכוונה היא לבקשה, א.א.א.), לא ניתן היה לחקור אותם על פשר האמור במסמכיהם.

19. המערערת הפנה אל התכנית המופקדת והמאושרת וטענה שהריסת המבנה תסכל את הליך ההסדרה כולו. שכן, ההריסה תגרום לפגיעה בזכויות, ויצירת עובדות תוך יצירת מצב בלתי הפיך שיסכל מתן אפשרות של קבלת היתר כדיון. עוד טענה ביחס לתכנית, כי טרם אישור התכנית לא היה בידה להגיש תכנית עתידית למבנה, וכעת לאחר אישור התכנית ניתן להכשיר את המבנה שכן פתוחה בפניה הדרך להגשת תכנית לרישוי המבנה. המערערת הדגישה כי אינה מזלזלת בהוראות החוק, והיא תפעל להכשרת המבנה.

20. המערערת אף התייחסה אל תעודת הציבור שהציגה המשיבה, וטענה כי התעודה אינה כוללת את המבנה נשוא הדיון, למרות שהדו"ח כולל את כל המבנים המיועדים להריסה.

21. טענה נוספת בפי המערערת היא הטענה שהמבנה קיים משנת 1960. בשנת 1965 הוסדרו חוקי התכנון



והבנייה, ומאז רשויות האכיפה לא פעלו במאומה, זאת עד לאסון מרון, שאז החלו לפעול להריסה כוללת תוך פריסה מורחבת לכלל המבנים, והחילו על המבנים את התכנית המאושרת החדשה לקידום הסדרת המתחם.

22. המערערת אף התייחסה לפסיקה קיימת בדבר חופש דת ופולחן, והציגה את מצוות האירוח וההסעדה במסורת היהודית כחלק מהפולחן הדתי המסורתי המתקיים בכל ימות השנה עבור העולים לרגל לקברו של הרשב"י. לעמדתה הריסת המבנה, המהווה חלק בלתי נפרד ממתחם הקבר, תפגע בעקרון יסוד של חופש הדת והפולחן.

23. המערערת טענה כי כל עוד המשיבה מצויה בהליכי תכנון במשך פרקי זמן בלתי סבירים, ואינה מאפשרת להגיש בקשות להיתרי בניה ולבנות כחוק, אין מקום לביצוע צווי הריסה. כך, עיכוב הסדרת המצב התכנוני במקום מביאה ליחס שוויוני, בלתי הוגן מצד רשויות התכנון, ובאופן שמצד אחד הופקדה התכנית ואושרה, ומהצד השני רשויות התכנון פועלים ביד קשה להענישם על בניה בלתי חוקית משנת 1960. לעמדתה ככל שהיה מוגש כתב אישום, נראה כי ניתן היה לטעון להגנה מן הצדק.

24. עוד הוסיפה וטענה, כי אין זה סביר להוציא צווי הריסה מנהליים או להגיש כתבי אישום מקום בו למעשה אנשים מממשים את זכות הקניין שלהם, בהעדר כל אפשרות מעשית להוציא היתר בזמן סביר. יש בכך לטעמה לפגוע בשלטון החוק, ומשגם אילו הייתה מבקשת היתר הרי שבקשתה הייתה נדחית.

25. כן טענה כי הרשות פעלה בחוסר תום לב ובהעדר הגינות, וכי על הרשות החובה לפעול בסבירות ולהתעלם משיקולים זרים. חובה זו לעמדת המערערת, מקבלת משנה תוקף כשמדובר בהרשעה פלילית, וחשובה עוד יותר כאשר אל מול האזרח הקטן המתמודד עם צווי הריסה וכתבי אישום, עומדת הרשות המחזיקה בכל המידע ולה הכוח אם ליתן או לא ליתן היתרים. לטענתה ועדת התכנון והבניה פעלה משיקולים זרים, בלתי ענייניים ופסולים ובמטרה להעניש את תושבי מירון ובאי קבר הרשב"י בכלל על פועלם למען אישור תכנית המאתר בהתאם לתכנית החדשה המאושרת, בנימוק כי התרחש אסון מירון. כן, התנהלות הועדה גובלת בחוסר סבירות קיצוני כאשר היא פועלת בכל מרצה למנוע קידום תכנית מתאר, ובכך פועלת לסיכול האפשרויות להיתרים בהתאם לתכנית החדשה.

26. המערערת אף מצאה לטעון כי אל מול הרשות עומדת אוכלוסייה קשת יום, אוכלוסייה דתית חרדית משכונות עוני, ולאחלה מכשולים רבים בפניה לרשויות. זוהי אוכלוסייה מוחלשת, חסרת משאבים כלכליים, והם רוצים לבנות. ברם הינם חסרי ידע ומשאבים לפנות לרשויות ולבתי משפט. לכן האוכלוסייה אליה המערערת משתייכת מחייבת התייחסות אחרת.

27. עוד טענה שהעלתה הינה בדבר אכיפה בדרגית, שכן מסרה כי ידוע לה שבאותם מקרקעין מצויים מבנים דומים אשר עליהם המשיבה חסה.

טענות המשיבה

28. המשיבה סבורה כי אין מקום לקבלת הערעור.

29. המשיבה מסרה כי הבקשה נשוא ערעור זה הוגשה בינואר 2022, כחלק ויחד עם בקשות נוספות ביחס למבנים שנבנו ללא היתר, ופועלים במתחם הקבר, וזאת כחלק מצורך לאומי ראשון במעלה לבצע פעילות אכיפה נרחבת ודחופה הנדרשת במתחם ובעיקר לאחר אסון מירון, אשר בעקבותיו הוקמה ועדת חקירה.



30. המשיבה הסבירה כי הבנייה האסורה במתחם אינה מאפשרת את הסדרת המקום לטובת הבטחת בטחון ציבור המבקרים והמתפללים, ומקשה על מתן מענה לקראת אירועי ל"ג בעומר הקרוב המתוכננים להתקיים ביום 18/5/22 במתחם. נסיבות חריגות אלה חייבו מתן הצווים בדחיפות, ובכדי להבטיח את שלום הציבור.

31. המשיבה מפנה אל ההחלטות שניתנו בשלושת הערכאות בעניין הכנסת אורחים, לגבי שישה מבנים אחרים, 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 בקשת רשות הערעור (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 בדבר הריסת המבנים בעינה.

32. ביחס לטענה לקיומו של אופק תכנוני למבנה, טענה המשיבה כי אין בכך ממש. היא אינה מלווה בתימוכין או באסמכתא למאמץ כלשהו שננקט להכשרת המבנה. הוראות התכנית החדשה המאושרת הן הקובעות, וכפי שאף פסק בית המשפט קמא, וספק רב אם המערערת תצליח בעתיד להכשיר את המבנה, נוכח ההוראות הקפדניות של תוכנית 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, כפי שנדרש עת בוחנים אופק תכנוני. המשיבה אף 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 כי תפעל להכשרת המבנה.

33. אשר לטענות בעניין המסמכים שעמדו בפני בית משפט קמא, ובכלל זאת תעודות עובד ציבור וכן מכתב מאת ועדת החמישה, טענה המשיבה כי אין מחלוקת ולא היתה מחלוקת כי המבנה נשוא הערעור נכלל במסגרת פעולות האכיפה, והוא מופיע במזכר מאת מר רון קורן שצורף כחלק מהחומר התכנוני שעמד בפני בית משפט קמא, אליו נוספה הודעת המשיבה מ- 2/22 המתייחסת למצב התכנוני החדש לאחר אישור תכנית המתאר החדשה, ובה כאמור המבנה מסומן להריסה. לעניין המכתב מאת ועדת החמישה, נטען כי טענות המערערת גובלות בהטעיה ופרשנות שגויה של המערערת בלבד. במכתב הוצגה עמדת קוהרנטית לבקשה לסיוע לפירוק כלל המבנים הבלתי חוקיים ללא יוצא מן הכלל.

34. המשיבה הוסיפה וטענה כי יש לדחות את הטענות שעניינן בטיחות המבנה. לעמדתה, בדיון נתן בית משפט קמא החלטתו כי לא ניתן להסתמך על חוות הדעת שהציגה המערערת ושהוגשה על ידה במסגרת הדיון קמא. אך עיקרם של דברים, כי דיון בשאלת מתן צו לפי סעיף 239 אינו מוכרע אך ורק בשאלת מסוכנות או בטיחות מבנה, אלא כחלק נרחב במסגרת שאלת העניין הציבורי במתן הצו. כך, אף עם מבנה אינו מסכן את שלום הציבור, הרי שלא מוקנית לו חסינות מפני צו לפי סעיף 239.

35. המשיבה מפנה גם בעניין זה לעתפ"ב 64499-02-22, ולקביעה כי סוגיית הבטיחות הנה משנית לדיון בעניין הציבורי, וכי כל בניה ללא היתר הנה באופן אינהרנטי מסוכנת משום שלא עברה את הליכי הבקרה והפיקוח על הבניה. כך, לטענת המשיבה, גם אם יתקבלו טענות המערערת ביחס לבטיחות המבנה, אלה אינן מספיקות לשינוי החלטת בית המשפט קמא, כל אימת שהן נוגעות למבנה שסומן להריסה מחד ומאידך לנוכח קיום העניין הציבורי שאין חשוב ממנו כחלק מלקחי אסון מירון. גם לעניין טענה זו מפנה המשיבה לשאלה בנוגע לעיכוב



ביצוע לפי סעי' 254ט(ד)(1) לחוק, וטענה כי ניתן ללמוד מסעיף זה כי גם אם מבנה אינו מסוכן, צו הריסה לא יעוכב כל אימת שהעבודה האסורה אינה תואמת להוראות התכנית.

36. כנגד טענות המערערת שנסובו סביב אופיו המיוחד של המקום וחופש הפולחן במתחם, טענה המשיבה כי טענות אלה נדונו בפני בית משפט קמא ונדחו. אל מול טענות אלה עומד האינטרס הציבורי המובהק בשמירת הסדר והביטחון, ביחוד באתר מתחם הקבר, וכפי שכבר נקבע בעניין הכנסת אורחים, וכפי שקבע בית המשפט העליון באותו עניין בדבר צורך השעה.

37. מכאן, לעמדת המשיבה, הצורך המידי להסרת אלמנטים שאינם חוקיים מן המתחם ובכדי שניתן יהיה לארגן באופן מיטבי את אירועי ל"ג בעומר הקרובים ולשמור על שלום הציבור.

דין והכרעה

38. בדיון אשר התקיים בפני ביום 13.4.22, הוסיפה המערערת על טיעוניה, וביקשה להפריד בין מרכיב ההריסה ובין מרכיב השימוש (בהסתמך על החלטה שניתנה בתיק עתפ"ב 44627-02-22), ובאופן שבית המשפט יורה על איסור השימוש במבנה, תוך קביעת ערבות, וקבלת ארכה בכדי שניתן יהיה להגיש בקשה להכשרת המבנה (לעניין זה הפנה ב"כ המערערת לבצה"מ 34408-12-18). המערערת מסרה, כי כיום המבנה מגודר ואין כניסה אליו. כמו כן תיארה כי המבנה מרוחק פיזית ממתחם הקבר. המערערת הפנתה אל צ"ה (נת') 40777-02-20 **מדינת ישראל נ' ראמי סלמה ואח'** מיום 28.12.21 (להלן: "**עניין סלמה**"), שם נדחתה בקשה למתן צו הריסה לפי סעיף 239. עוד ביקשה המערערת, לקבל את הראיה החדשה שברצונה לצרף, ולהורות על השבת הדיון לבית משפט קמא על מנת שידון בראיה.

39. מנגד טענה בפני המשיבה, כי הפסיקות שהציגה המערערת אינן רלוונטיות שכן הן מתייחסות ברובן לעיכוב צווי הריסה באופן כללי. עוד הוסיפה כי גידור המקום נשוא הערעור, אינו מגשים את האינטרס הציבורי שעניינו סילוק כל מבנה שמוקם שלא על פי היתר כדן. המשיבה אף חידדה התייחסותה לטענת המערערת, כי מדובר במבנה שנבנה קודם לחיקוק חוק התכנון והבניה, ומסרה כי גם עובר לחקיקת חוק התכנון והבניה היה צורך להקים מבנים לפי היתר מכוח פקודת בנין ערים ומכוח הפקודה הממזגת ומתקנת את חוק בנין ערים וכפרים, ולא קיים פטור מהיתר למבנים שהוקמו טרם חקיקת החוק. עוד טענה כי המערערת לא הציגה היתר בניה, ולמעשה המדובר בטענה ללא תימוכין, שכן המדובר בראיה שלילית. ביחס לטענה כי יש לאפשר למערערת להכשיר את המבנה, השיבה המשיבה כי לא הוגשה כל בקשה להכשרת המבנה מיד עם אישור תכנית המתאר החדשה, ובין היתר משום שהבעלות של הקרקע היא של קק"ל. המשיבה חזרה על טיעוניה אותם מסרה בכתב, והדגישה את החשיבות העליונה לעיתוי סילוק המבנה טרם הילולת ל"ג בעומר הקרובה, ובהתאם למסקנות הביניים של ועדת החקירה.

הבקשה להוספת ראיה בערעור

40. אדון תחילה בבקשת המערערת להוסיף ראיה חדשה במסגרת ערעורה, ראיה שלא הוגשה במסגרת ניהול ההליך בבית משפט קמא. במסגרת בקשה נוספת (השלישית במספר) לעיכוב ביצוע ובמעמד צד אחד, צרפה המערערת חוות דעת הנדסית מיום 10.4.22 מאת המהנדס אלי כהן. המערערת לא ביקשה את צירוף הראיה



ולא הסבירה מדוע היא מצרפת אותה לבקשה לעיכוב ביצוע. רק בתגובה להחלטת בית המשפט מיום 11/4/22 ביקשה את צירופה, תוך שהיא מנמקת, כי בתי משפט הדנים בערעור פלילי מקלים על המבקש להוסיף ראיה בשלב הערעור כאשר יתכן שעל פי ראיה נוספת זו תוצאת פסק הדין תהיה שונה. לעמדתה, יש בראיה זו כדי להשפיע על תוצאת ההליך.

41. מנגד טענה המשיבה כי המערערת נקטה בחוסר תום לב דיוני בעת שצרפה את הראיה בטרם אושר הצירוף על ידי בית המשפט. עוד טענה כי אין תועלת אמיתית מצירוף הראיה, וכי המערערת הציגה ראיה דומה בהליך קמא, ולא הסבירה מדוע נבצר ממנה להביא הראיה הנוכחית במסגרת ההליך קמא.

42. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים בבקשה להוספת ראיה נחה דעתי כי דין הבקשה דחייה.

כידוע, הבאת ראיות בפני ערכאת הערעור הינה בגדר חריג המתאפשר רק לאחר שקילת שלושה שיקולים: א. האם המבקש יכול היה להשיג את הראיות הנוספות מהלך הדיון אצל הערכאה הדיונית. ב. בחינת האינטרס השומר על עקרון סופיות הדיון. ג. בחינת טיב הראיה 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).

43. בענייננו המערערת לא מצאה להסביר ולא הביאה כל נימוק מדוע לא הציגה הראיה הנוספת בפני הערכאה קמא ומדוע הלכה למעשה מבקשת היא להחליף ראיה אחרת, דומה, שהציגה בפני בית משפט קמא בדמות מכתב/חוות דעת מאת המהנדס איליה קפלן. אף זאת, לא מצאתי כי יש בראיה אותה מבוקש להוסיף כדי להביא לשינוי תוצאת פסק הדין, ומשנושא הבטיחות הינו חלק מכלל השיקולים וכפי שיובהר להלן. משכך אני דוחה את הבקשה לצירוף ראיה.

44. מצאתי להוסיף כי ראוי היה שהמערערת לא תצרף את הראיה המבוקשת טרם החלטה וכפי שנהגה, אלא היה עליה רק להתייחס לעיקריה הראיה במסגרת בקשתה, ותו לאו (יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים 1365 (חלק שלישי, 2003); ע"פ 10221/06 ג'ורן נ' מדינת ישראל, (17.1.2008)).

הערעור גופו

45. 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)).

46. 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.

47. 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. ואנמק.

48. בערעורה העלתה המערערת טענות כלליות לעניין העדר תום לב והגינות מאת הרשות וכן פעולות במסגרת



הסבירות ושיקולים זרים - הגם כי מדובר בטענות אשר מקומן במסגרת עתירה מנהלית ולא במסגרת ערעור פלילי, שקלתי טענות אלה ולא מצאתי בהן ממש. נוכח התרחשות האסון במירון, אין ספק כי התנהלות הרשויות סבירה, ודומה כי טענות אלה הועלו בעלמא.

49. כך נראה כי גם הטענות לעניין היות המערערת משתייכת לאוכלוסייה קשת יום, מוחלשת אשר לה מכשולים רבים בפנייה לרשויות - אין בהן ממש. המערערת ידעה גם ידעה לפנות לוועדת ההתנגדויות לתכנון ובניה; ידעה לשכור בא כוח שיטפל בעניינה ואף להחליפו בהתאם לרצונה.

50. גם טענות המערערת ביחס לחופש הפולחן נדונו בפני בית משפט קמא ונדחו. מסקנותיו וקביעותיו של בית המשפט קמא בעניין זה מקובלות עלי. בענייננו מצאתי להוסיף כי לפי גרסת המערערת המבנה משמש כמחסן/מטבח ולא נכנסים אליו אורחים ומבקרים. לכן גם לשיטתה אין המדובר במבנה המשמש לפעילות דתית מכל סוג שהוא.

51. אשר לטענת המערערת כי המדובר במבנה שנבנה בשנת 1960 טרם שחוקק חוק התכנון והבניה, ולכן אין להחיל את הנדרש בחוק על המבנה ואין צורך בהיתר בניה - המערערת לא הציגה כל ראיה בפני בית משפט קמא התומכת בטענתה, כי המבנה אכן נבנה טרם חוק התכנון והבניה. (ראו לעניין היעדר חזקה עובדתית לפיה מבנה שלא נמצא לו היתר, יחשב כמבנה שהיה לו היתר אך אבד, את החלטתו של כבוד השופט רניאל בעת"מ (חי') 12931-05-21 **הימנותא בע"מ נ' וועדת ערר לתכנון ובניה מחוז חיפה** (פורסם בנבו, 11.11.21)). יצוין כי תלוי ועומד הליך ערעורי על החלטה זו בפני בית המשפט העליון).

למעשה אין מחלוקת בין הצדדים, כי המבנה הינו מבנה ללא היתר, ונוכח ראיות שהציגה המשיבה בדמות צילומי אוויר, אין חולק כי הוקם לפני שנים ארוכות. אף זאת, אין ספק כי גם טרם חקיקת חוק התכנון והבניה נדרשו הוצאת היתרי בניה למבנים, בהתאם לחקיקה שהיתה בתוקף טרם חוק התכנון והבניה, קרי פקודת בנין ערים, 1936, אשר דרשה הוצאת היתרי בניה למבנים.

52. לעניין הטענות השונות כנגד תחולת סעיף 239 לחוק :

א. למען הסדר הטוב, והגם כי אין בכך בכדי לשנות את התוצאה הסופית של פסק הדין, ראיתי לנכון להעמיד על דיוקו את המקור החוקי להחלת צו ההריסה נשוא תיק זה.

טרם תיקון 116 לחוק התכנון והבניה, הסמכות ליתן צו הריסה ללא הרשעה נבעה מסעיף 212 לחוק (כנוסחו הקודם). סעיף 16(ד) לחוק התכנון והבניה (תיקון 116), התשע"ז-2017 קבע כחלק מהוראות המעבר התייחסות ספציפית לעניין צו הריסה ללא הרשעה, ובהתאם נקבע כי - "ככל שלא מדובר במקרקעין המפורטים בסעיף 243(א) לחוק התכנון והבניה, דהיינו קרקע חקלאית, גן לאומי וסוגים דומים כמפורט בסעיף זה, וככל שהעבודה אסורה בוצעה לפני יום תחילת התיקון, יחול סעיף 212 לחוק התכנון והבניה בנוסחו הקודם טרם התיקון ושאר הוראותיו של פרק י' לחוק טרם תיקון 116" (יעקב שקד, **בית משפט לעניינים מקומיים הלכה ומעשה**, הוצאת בורסי מהדורה שנייה, בעמ' 31).

משהעבודה האסורה, כלומר בניית המבנה, בוצעה שנים רבות טרם תחילת תיקון 116 על מקרקעין הנכללים בסעיף 243(א) כאמור, הרי שהמקור החוקי לצו ההריסה הינו סעיף 212 לחוק כפי נוסחו הקודם, ולא סעיף 239



לחוק בנוסחו הנוכחי.

כידוע, וכפי שאף הביא בית משפט קמא בפסק דינו, נוסחו של סעיף 212 לחוק ובשילוב עם דרישות הפסיקה דאז, מביאות אותנו לבחינת תנאים הדומים לאלה שיש לבחון על פי נוסחו של סעיף 239 לחוק.

ב. כאמור אין חולק כי מתקיימים שני התנאים הראשונים הנדרשים - התקיימה עבודה אסורה שהתבצעה ללא היתר בנייה כדין, לפני שנים רבות כאשר זהות מבצע העבודות אינה ידועה ולא ניתן למצוא אותו כיום. אשר לתנאי השלישי - קיומו של עניין ציבורי מיוחד למתן הצו - דומה כי נוכח קביעת בית המשפט העליון, שניתנה לאחרונה ביום 28.3.22, בעניינם של מבנים אחרים באותו מתחם במסגרת רע"פ 2118/22, האינטרס הציבורי הינו ברור ומובהק: שמירה על הסדר הציבורי במקום, בין היתר לשם היערכות לקראת אירועי "ג בעומר שיערכו בחודש הבא, וכלקחי אסון מירון, כפי שבא לידי ביטוי גם בהמלצות הביניים של ועדת החקירה הממלכתית לאסון מירון שהמליצה על סילוק כל המבנים שהינם ללא היתר בניה כדין.

ג. לא מצאתי כי פסה"ד בעניין סלמה, שהציגה המערערת, יש בו כדי לשנות מן ההחלטה, שכן אין כל דמיון בינו ובין המקרה דנן. אף זאת בעניין סלמה, הרשויות לא הוכיחו קיומו של אינטרס ציבורי במידת ההוכחה הנדרשת בהליך פלילי, ואילו בענייננו כאמור, עניינו של המתחם והמבנים בו נבחן תחת עיניהם של חברי ועדת החקירה הממלכתית, בית המשפט העליון, חברי ועדת התכנון והבניה (שאישרו את תכנית המתאר החדשה) וכמובן בית משפט קמא.

ד. אשר לטענות ביחס לבטיחות המבנה - בית משפט קמא קבע כי למבנה מצב בטיחותי רעוע, תוך הסתמכות על חוות דעת הנדסית וחוות דעת של יועץ בטיחות מאת המשיבה. כן בחן תמונות

של המבנה שהוגשו לעיונו, מהן הסיק גם כן כי המבנה רעוע. לעמדתי לא ניתן להסיק מסקנות בעניין מצב בטיחותו של המבנה אך מתוך עיון בתמונות. זאת, ולו משום כך שבית המשפט אינו בעל מומחיות בתחום זה. עם זאת, המסמכים שהגישה המשיבה, ובכללם עמדתו של מהנדס בניין מוסמך ד"ר שטיינברג דוד, תוך התייחסות ספציפית למבנה 19, צירוף תמונות המדגימות את מסוכנותו והמלצתו בין היתר "יש להרוס מיידית את כל הקונסטרוקציות והמבנים מברזל ובטון שמופיעות בתמונות המצורפות" - מביאים למסקנה בדבר מסוכנות המבנה. אוסיף כי כפי קביעת בית משפט קמא, אכן במסמך שהציגה המערערת מאת איליה קפלן, המתייחס כביכול לבטיחות המבנה, אין ממש, וכאמור כלל לא מובן כי המסמך מתייחס למבנה נשוא הערעור. עוד יש לזכור כי המערערת לא ביקשה לחקור את ד"ר שטיינברג ובכלל - לא ביקשה לחקור איש.

ה. ויודגש - גם אם היה מתברר בסופו של יום, כי המבנה הינו בטיחותי, ההחלטה באם ליתן צו הריסה למבנה אינה נסמכת אך ורק על נימוק זה אלא על מכלול שיקולים, וכפי שבאו לידי ביטוי בהחלטת בית משפט קמא.

ראוי להביא לעניין זה את האמור בחוות דעת יועץ הבטיחות המהנדס רמי שמש, שביצע סקר בטיחות לכלל מתחם הקבר, והסביר כי תפוסת הקהל המותרת באירועים כגון ההילולה הינה 1 מ"ר לאדם. מהלך אירועי ההילולה פוקדים את מתחם הקבר כולו קהל רב מאד, והשטח הקיים אינו מאפשר עמידה בדרישות הבטיחות לאירועים המוניים, ומביא לצפיפות גדולה. מכאן כי האתר כפי מצבו כיום צר מלהכיל את הקהל הרב שפוקד אותו (ראו סעיפים 11-12 לחוה"ד). בהתייחס למבנה נשוא הערעור - גם אם נכונה היא טענת המערערת שלפיה איש



מהמבקרים אינו נכנס אל תוך המבנה, והמבקרים שוהים וסועדים בחצרי המבנה וסביבותיו, עדיין יש בכך כדי להביא לכדי צפיפות המתוארת על ידי יועץ הבטיחות, ומשהמקום והמתחם כולו טרם הוסדר בפועל.

עוד אדגיש כי כיום קיימת תכנית מתאר חדשה מאושרת, והימצאותו של המבנה במקומו, וללא היתר, יכול ועלול לפגוע בתכנון הקונקרטי לבניה עתידית במתחם. בוודאי כאשר המערערת לא הראתה כל היתכנות תכנונית למבנה, ואף לא ביצעה כל פעולה מקדימה לפעולה שכזו.

53. נוכח התוצאה אליה הגעתי, הרי שאין מקום לדון בבקשת המערערת להפרדת הוראות צו ההריסה והשימוש במבנה.

סיכום של דברים

54. לאור כל המפורט - הערעור נדחה.

בנסיבות איני עושה צו להוצאות.

ניתן היום, י"ח ניסן תשפ"ב, 19 אפריל 2022, בהעדר הצדדים.