

## ע"פ 63762/05/16 - צבי גמליאלי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 63762-05-16 גמליאלי נ' מדינת ישראל

לפני	כבוד השופט משה יועד הכהן
המערער	צבי גמליאלי ע"י ב"כ עו"ד עוז אלדד
נגד	
המשיבה	מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד מוטי סטי

### פסק דין

1. לפני ערעור על החלטתו של בית משפט לעניינים מקומיים ירושלים (כב' השופטת ת' נמרודי) מיום 29.12.13 (להלן: "**ההחלטה**"), לאשר צו הריסה ללא הרשעה לפי סעיפים 121(1), (4) ו-(5) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**") למבנה הנמצא ברח' שבזי בשכונת נחלת אחים, גוש 30109 חלקה 5154 (להלן: "**המבנה**").

2. יציין, כי ההחלטה לא טופלה ונשלחה לצדדים ביום 2.5.16 ובעקבותיה הוגש הערעור.

### **עיקרי ההחלטה קמא**

3. בית המשפט קמא, בהחלטתו, ציין כי סעיף 212 לחוק מסמיך את בית המשפט להורות על מתן צו הריסה או כל צו אחר הנזכר בסעיף 205 לחוק גם ללא הרשעה בהתקיים אחת החלופות הקבועות בסעיף 212. בית המשפט ציין כי מתן הצו אינו בגדר אמצעי ענישה אלא נועד לשמור על הסדר הציבורי ולמנוע מטרדים הנגרמים עקב קיומם של מבנים בלתי חוקיים. מטרת הסמכות לאפשר לבית המשפט לשמור על דיני התכנון והבנייה גם במקרים בהם לא ניתן מסיבות שונות לנקוט בהליכים פלייליים נגד העברין.

4. בית המשפט ציין כי מתן הצו מותנה בהוכחת שלושה תנאים מצטברים: ביצוע העבירה לפי הוראות פרק י' לחוק שאילו הורשע אדם בגינם היה בית המשפט רשאי לצוות כאמור בסעיף 205 לחוק; קיומה של אחת החלופות הקבועות בסעיף 212 לחוק; קיומו של אינטרס הציבורי המצדיק מתן צו ההריסה.

5. על אף עמדת המשיבה כי בסיכומי הצדדים צומצמה המחלוקת לשאלת קיומו של האינטרס הציבורי,

סבר בית המשפט כי המחלוקת קיימת לגבי שלושת התנאים המנויים בסעיף 212 ודן בקיומם של כל אחד מהם בסדרו. תחילה קבע, כי הנכס נשוא הבקשה נכנס לגדרו של "בניין שבחוק" ובהתאם להוראת סעיף 145, המבנה טעון היתר. משלא ניתן היתר בוצעה עבירה ובהתמלא התנאי הראשון לצורך מתן צו ההריסה לפי סעיף 212. בית המשפט התייחס לטענת ב"כ המערער לפיה במסגרת ת"פ 4653/95 הוגש כתב אישום נגד שלושה נאשמים שהם בני משפחתו של המערער בגין בניית המבנה, ועל אף הרשעתם לא הוצא נגדו צו הריסה. לטענתו הגשת הבקשה לפי סעיף 212 על ידי המשיבה הייתה שרירותית ונבעה בשל הפעלת לחצים וקשרים מצד אחיו של המערער, כדי להביא להריסת המבנה שבו השתמש. בית המשפט דחה את הטענה בהסתמך על חזקת התקינות המנהלית וכן על העובדה שב"כ המשיב לא ביקש להעיד את האח המדובר או מי מבני המשפחה האחרים ולא הציג ראיות להתנהלות בלתי תקינה או שרירותית מצידה של המשיבה.

6. בית המשפט הוסיף כי הצדדים אמנם אינם חלוקים על כך שעבירת הבנייה בנוגע למבנה התיישנה, אך דחה את הטענה כי מאחר שחלפו למעלה מ-15 שנה מאז מתן פסק הדין בת"פ 4653/95, שבו נמנע בית המשפט מהוצאת צו הריסה והמשיבה לא ערערה על כך, מדובר במעשה בית דין ואין בית המשפט יכול להיזקק לתביעה נוספת בין בעלי הדין. בית המשפט

הוסיף כי בת"פ 4653/95 לא הוטל צו הריסה משום שהוא לא ניתן היה לביצוע על ידי הנאשמת שם. יתר על כן, ב"כ המשיבה באותו הליך, הודיע לבית המשפט ביום 3.11.98 כי הוא בודק אפשרות לבקש צו לפי סעיף 212 נגד יתר בעלי הנכס, כולם או חלקם. זכות זו, שמורה למשיבה בכל עת וכך פעלה.

7. בית המשפט ציין, תוך הסתמכות על פסיקה, כי אין בשיהוי לכשעצמו כדי למנוע הפעלת סמכותה של הרשות ואין השיהוי כשמדובר באכיפה במצב בלתי חוקי, יכול לבסס אינטרס מוגן של הפרט. בנוסף ציין, כי התכלית של סעיף 212 אינה עונשית ואינה מכוונת כנגד מבצע העבירה שאינו בר עונשין, אלא כלפי הנכס שנבנה ללא היתר ולפיכך מתקיים התנאי השני.

8. באשר לקיומו של האינטרס הציבורי, ציין בית המשפט כי השיקולים בעניין זה מגוונים ומשתנים ממקרה למקרה ואין המדובר ברשימה סגורה. בית המשפט ציין כי המשיבה מבססת את הבקשה על חשיבותו ושמירת ערכו של האינטרס הציבורי. בית המשפט קבע, כי במקרה שלפניו קיים אינטרס ציבורי מובהק המצדיק את הריסת המבנה שכן מדובר בבניית שתי קומות בניגוד לתכנית מתאר וצו ההריסה מיועד לסילוק המפגע התכנוני והתאמת הבנייה לתכנית המתאר. בית המשפט הוסיף, כי העובדה שמדובר בקרקע בבעלות פרטית ובמבנה הקיים שנים רבות, אין בה כדי להכשיר את העבירה והיא אף אינה יכולה לגרום להעדפת האינטרס האישי על האינטרס הציבורי. לקביעתו, גם אם השתתה הרשות בהפעלת אמצעי אכיפה, אין בעובדה זו כשלעצמה כדי ליצור מניעות מצד הרשות אלא במקרים קיצוניים שאינם מתקיימים כאן.

**עיקר טענות הצדדים**

## טענות המערער

9. לטענת ב"כ המערער, שגה בית המשפט קמא בקבעו כי מתמלא התנאי הראשון לפיו ניתן, בנסיבות המקרה, להוציא צו הריסה לפי סעיף 205 לחוק. זאת לנוכח העבודה שבית המשפט אשר דן בהליך הפלילי (ת"פ 4653/95) קבע באופן פוזיטיבי כי המבנה נשוא כתב האישום לא ייהרס. לטענתו, כאשר לא ניתן כנגד המבנה צו הריסה במסגרת אמות המידה של סעיף 205 אשר 'מחמיר' עם העברין, גם כאשר הבנייה אינה מהווה מטרד, ודאי שלא ניתן צו הריסה בתנאים אלו לפי סעיף 212 אשר 'מקל' עם העברין ודן רק במבנה 'לגופו'.
10. מעבר לאמור, לטענת ב"כ המערער, בהתאם להסכמת הצדדים מיום 7.3.13 על בית המשפט קמא היה לבחון רק אם בנסיבות העניין מחייב האינטרס הציבורי את הריסת המבנה ולא להכריע בהתאמת המקרה דנן לסעיף 205 לחוק.
11. ב"כ המערער מוסיף וטוען כי חרף הסכמת הצדדים האמורה, בחר בית המשפט קמא להכריע בשאלות אחרות בהן הסכימו הצדדים שלא לעסוק (וממילא לא ניהלו הוכחות בקשר אליהן). משכך פעל, הרי לטענתו נפגעה זכות הטיעון של המערער ונשללה ממנו האפשרות להתייחס לשאלות אלו. לטענת ב"כ המערער, בנסיבות אלו אף נשללה ממנו הזכות לקבל את יומו בבית המשפט, זכות אשר הוכרה כבעלת אופי חוקתי.
12. עוד לטענת ב"כ המערער היה בראיות שהובאו בפני בית השפט קמא כדי לסתור את חזקת התקינות המנהלית ודי בראשית ראייה כדי לבדוק את חזקת התקינות. לדבריו, על רקע העובדה שהמשיבה השתתה בהגשת הבקשה לצו הריסה למעלה מעשרים שנה, על אף עמדתה שהאינטרס הציבורי נפגע כביכול יש כדי לסתור את חזקת התקינות המנהלית עליה נסמכת המשיבה. בשל כך נטל ההוכחה כי מעשיה של המשיבה אינם לוקים בחוסר תקינות מנהלית עבר לכתפיה ולדבריו היא לא עמדה באותו נטל.
13. ב"כ המערער מוסיף וטוען כי שיהיו בהגשת הבקשה נושא כתב האישום מונע את הפעלת סמכותה של הרשות וכי שיהיו בהגשת הבקשה מבטא יחס אדיש של הרשות 'למטרד' כביכול. לטענתו, פרק זמן של עשרים שנה לאחר מתן פסק הדין בהליך הפלילי אינו מתיישב עם הרציונל של 'זמן סביר ומהירות ראויה' ויש להגיע לכלל מסקנה ולפיה לא קיים אינטרס ציבורי כלל ועל כן אין להיעתר לבקשה לפי צו 212. לחילופין, המדובר בשיהוי בלתי סביר של רשות מנהלית אשר מונע ממנה להפעיל את סמכותה.
14. עוד טוען ב"כ המערער כי לא התקיימה אף לא אחת מן החלופות הקבועות בסעיף 212 לחוק, שכן אין חולק כי לא ניתן צו הריסה למבנה למרות ההרשעה וכי על פי לשון אותו סעיף המשיבה יודעת את זהותו של האדם שביצע את העבירה, ניתן למסור לו הזמנה לדין, לא השתנתה הבעלות בנוגע למבנה או לשטח שעליו הוקם והמערער הצהיר כי הוא זה שביצע את העבירה וכי הינו בר עונשין.

15. ב"כ המערער מוסיף וטוען, כי בתיק זה האינטרס האישי גובר על האינטרס הציבורי וכי בקשת רשות למתן צו הריסה ללא הרשעה תבוא רק כאשר ההליך הפלילי המקובל לא צלח. לדבריו, בקשות לפי סעיף 212 מוגשות בנוגע לבנייה ישנה (ולא אחת, ישנה מאוד) וזאת בניגוד לדיני ההתיישנות אשר ניצב מאחוריהם אינטרס ציבורי הקובע כי לא ניתן לטעון טענות ישנות כפי שמבקשת המשיבה לעשות עתה. מעבר לכך, לטענתו יש להוסיף את האינטרס האישי של המערער אשר עשוי למצוא עצמו יחד עם בנו ללא קורת גג. אינטרס אישי זה, לדברי ב"כ המערער, יש להעדיף על פי האינטרס הציבורי שהציגה המשיבה לפיו הקמת המבנה מנוגעת לתב"ע.

16. ב"כ המערער מוסיף וטוען כי החלטת בית המשפט קמא אף לא נומקה; עסקינן בהחלטה בעלת חשיבות וכי בית המשפט קמא לא התייחס למרבית טענותיו של המערער ואלו לא קיבלו כל ביטוי בהחלטת בית המשפט קמא ומעבר לכך, הקביעות אשר קיבלו ביטוי, נומקו בלאקוניות.

### **טענות המשיבה**

17. בדיון שנערך בפני ביום 5.10.16 טען נציגה של המשיבה, כי בהודעת הערעור התייחס ב"כ המערער לפרמטרים נוספים למרות שעל פי הסכמתם הדיונית של הצדדים בבית המשפט קמא המחלוקת התמקדה בשאלת האינטרס הציבורי וכן בעובדה שמדובר במבנה לא חוקי שחורג מתכנית המתאר; זאת ועוד, בית המשפט קמא הוציא תחת ידו פסק דין מנומק ומפורט ודן בשאלות נוספות שחרגו אף מעבר להסכמת הצדדים ביחס לאינטרס הציבורי.

18. בתשובה לכך ציין ב"כ המערער כי כאשר בודקים אם יש או אין אינטרס ציבורי, בית המשפט צריך להיכנס לשיקולים הנוספים שנטענו על ידו בהודעת הערעור וכי הודעת הערעור נוסחה באופן שבו נוסחה, בשים לב לכך שבית המשפט קמא דן בטענות נוספות מעבר לשאלת האינטרס הציבורי.

### **דין והכרעה**

19. בענייננו, אין מחלוקת בין הצדדים כי המבנה נשוא תיק זה נבנה ללא היתר ועל פי הסכמתם הדיונית של הצדדים בבית המשפט קמא, עומדת על הפרק שאלת האינטרס הציבורי בלבד.

20. בית המשפט קמא אימץ במקרה זה את טענות ב"כ המשיבה כי בענין הנדון מתקיים אינטרס ציבורי מובהק המצדיק את הריסת המבנה. בנקודה זו, לענין התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית, במקרים חריגים בלבד, יפים דבריו הבאים של בית המשפט העליון בע"פ 8805/15 פלוני נ' מדינת ישראל (02.04.2017): "הלכה היא מלפני בית משפט זה כי ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי מהימנות ובממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים כאשר קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות התערבות זו, או כאשר הגרסה שנתקבלה אינה מתקבלת על הדעת (ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקאות 38-36

(25.1.2017); ע"פ 2960/14 חזן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 14 (18.1.2017); ע"פ 7532/12 איטל נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקאות 133, 137 (11.12.2016)).

21. המקרה דנן אינו מצדיק, כאמור, התערבות בקביעתו של בית משפט קמא כי למבנה של המערער אין היתר כדין ואשר כדברי ב"כ המשיבה אף לא ניתן יהא להכשיר את הבנייה שבוצעה.

22. פסיקת בית המשפט העליון פירשה בשורה של פסקי דין את תכליתו של סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה, תוך הדגשה כי הסעיף הנ"ל בא במטרה לשמור על הסדר הציבורי ומניעת מטרד מהציבור בשל עצם קיומו של מבנה בלתי חוקי, זאת כחלק מאכיפת דיני התכנון והבניה, במובן הרחב. כך נקבע לענין זה בע"פ 8338/09 **דן כדר נ' מדינת ישראל** (31.01.2010) "תכליתו של סעיף 212 לחוק התכנון ובניה היא אפוא אכיפת דיני התכנון והבניה, במובן הרחב, במטרה לשמור על הסדר הציבורי ומניעת מטרד מן הציבור בשל עצם קיומו של מבנה בלתי חוקי (ראו: ע"פ 3490/97 יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר סבא, פ"ד נב(1) 136 (1998) (להלן: פרשת יצחק)). עינינו הרואות שסעיף 212 לחוק התכנון והבניה מעניק לבית המשפט סמכות ליתן צו הריסה, ללא הרשעה, אשר עלול להביא לפגיעה בזכויותיו של אדם שעל המקרקעין שברשותו קיים מבנה שנבנה ללא היתר בניה כדין ובפרט בזכות הקניין שלו.... הלכה פסוקה היא כי על הרשות להוכיח, לצורך מתן צו הריסה מכוח סעיף 212 לחוק התכנון והבניה, שבנסיבות המקרה מתעורר עניין ציבורי חשוב בהריסת המבנה שנבנה ללא היתר ואילו למתנגד לצו תינתן הזדמנות לשטוח את השיקולים להתנגדותו. נטל הוכחה זה נקבע מתוך ההבחנה בין צו הריסה מכוח סעיף 205 שעניינו השבת המצב לקדמותו והריסת המבנה לבל ייצא חוטא נשכר, לסעיף 212 שעניינו הסכנה או המטרד הטמונים במבנה עצמו, הואיל שהוא אינו גורר בעקבות הפעלתו הרשעה פלילית. היינו, ככלל השיקול העומד לנגד בית המשפט במתן צו הריסה מכוח סעיף 212, יהיה הסכנה או המטרד הטמונים במבנה עצמו, במנותק משאלת אחריותו הפלילית של המתנגד להריסה." (הדגשים לא במקור-מ.ה.)

23. הנה כי כן, על התביעה להוכיח, לצורך מתן צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה, מעבר לאי קיומו של היתר כדין, כי קיים "עניין ציבורי חשוב", המצדיק את הטלת הצו, אשר יוטל רק מקום שהשיקול הנעוץ בקיומו של העניין הציבורי, גובר על שיקולים אחרים שיוצגו על ידי המתנגד לצו (ראו לענין זה: ע"פ 3490/97 **יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה כפר-סבא**, פ"ד נב(1) 136). עוד נקבע ע"י בית המשפט העליון ברע"פ 124/01 **ניקר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 151, כי: "...לעיתים השיקולים התומכים במתן צו הריסה עולים בעליל מנסיבות המקרה, והנטל המוטל על המדינה הוא נטל קל מאוד. כך, למשל, בע"פ (ב"ש) 271/75 טייב נ' מדינת ישראל [2] ניתן צו הריסה מכוח סעיף 212 לחוק לגבי דוכן שנבנה ללא היתר שעמד על מדרכה שיועדה לשמש מעבר להולכי רגל, ובע"פ (ת"א) 518/68 יחזקאל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה מחוז תל-אביב [3] הוצא צו הריסה למבנה שהוקם שלא כדין שעמד בניגוד מוחלט לתכנית הבינוי במקום, כשהמבנה עיכב הקמתו של אולם התעמלות בבית ספר סמוך. לגבי מבנה זה צוין שם כי אין שמץ סיכוי שאי פעם יינתן היתר" (שם פסקה 11).

במקרה זה עסקינן במבנה הממוקם, על פי התוכנית התכנונית, על פני שטח המיועד לדרך ואזור מגורים, כפי שעולה מעדויות המצהירים מטעם המשיבה, אשר הובאו בפני בית משפט קמא. לפיכך, מעבר לכך שלמבנה אין היתר כדין, הרי שהוא נבנה בניגוד לתכנית תכנונית ומפריע להגשמתה ולפיכך אין סיכוי להכשרת בנייתו כדין.

25. באיזון הראוי בין האינטרס הציבורי שעניינו סילוק המפגע התכנוני והתאמת הבנייה לתוכנית המתאר לבין האינטרס האישי של המערער, הגיע בית המשפט קמא לכלל מסקנה, ובצדק, כי גובר האינטרס הציבורי במקרה דנן. בנוסף, אין לראות בכך שהמשיבה לא ביקשה במהלך השנים את מתן צו ההריסה לגבי המבנה, כטעם המצדיק את דחיית הבקשה.

26. סיכומו של דבר, לא נפל פגם בהחלטת בית המשפט קמא לפיה הוא נעתר לבקשת המשיבה והורה על הוצאת צו ההריסה לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה.

27. לפיכך, נדחה ערעורו של המערער בתיק זה והצו ההריסה שניתן יותר על כנו. החלטתי מיום 11.7.16 המורה על עיכוב ביצועו של הצו- מבוטלת.

28. המערער יפעל לביצוע צו ההריסה תוך 30 ימים מיום המצאת פסק הדין לידי בא כוחו שאם לא כן, תהיה רשאית המשיבה לבצע אותו, תוך חיוב המערער בגין הוצאות ביצוע ההריסה.

**המזכירות** תמציא העתק מפסק הדין לבאי כוח הצדדים.

ניתן היום, כ"א אב תשע"ז, 13 אוגוסט 2017, בהעדר הצדדים.