

ע"פ 19084/08/14 - זכריא מוסא נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 19084-08-14 מדינת ישראל נ' מוסא
ע"פ 28880-07-14 מוסא נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: עניינים מקומיים ב"ש 14/3387

בפני כב' השופטת אסתר נחליאלי היאט
מערערים זכריא מוסא ע"י ב"כ עו"ד תאופיק דראושה
נגד מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד אסף שטרן
משיבים

פסק דין
28880-07-14 תיק

1. הערעור דנא הוא על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כב' השופט פאול שטרק) מיום 30.6.14 בב"ש 3387/14 ובה נדחתה בקשת המערער לבטל צו הריסה מנהלי שנחתם ע"י יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, ביום 2.4.14 ובו נאמר כי הצו מתייחס לבנין שהוקם על מקרקעין בשכונת א-טור בירושלים בנצ. כמפורט בצו וכי יש להרוס את משטח הבטון בשטח של כ-306 מ"ר (להלן: "צו ההריסה").

2. גם בפני בית משפט קמא, כמו גם בערעור צמצם המערער את טענותיו לשתי טענות, וסבר כי די בקיומה של כל אחת מהטענות כדי להביא לביטול צו ההריסה, ולקבלת ערעורו.

הטענה האחת היא כי יש לבטל את צו ההריסה מחמת פגם מהותי היורד לשורש הצו מאחר שהתצהיר שצורף לצו ההריסה נחתם על ידי מר חן פרנקל שאינו מוסמך לחתום על התצהיר כי איננו מהנדס או אדריכל, כדרישות החוק;

הטענה השנייה היא לאכיפה בררנית, קרי כי לגבי מבנה סמוך למבנה נשוא הצו פעלה הרשות בדרך של הגשת כתב אישום וננקטו הליכים פליליים ולא הליכים מנהליים כמו בעניין דנא. כך גם טען כי הוועדה נקטה נגד מבנים אחרים באותה סביבה בהליכים פליליים ולא בגדר של צו מנהלי שהוא "צו הרסני ודרסטי מאין כמותו" (סעיף 36 להודעת הערעור). לטענת המערער פעולת הוועדה בדרך של הוצאת צו מנהלי המפלה אותו לרעה לעומת מבנים אחרים שנגד בעליהם פעלה הרשות בדרך של הליכים פליליים.

3. בית המשפט קמא דחה את טענות המערער וקבע כי לא הוכיח את טענתו לאכיפה בררנית, כי לא צורפו נסיבות בניית המבנה שלגביו נטענת האפליה וגם כי אין ראייה ביחס לפעולות של המשיבה נגד המבנה הנטען (סעיף 10 להחלטה). לענין סמכות מר חן פרנקל לחתום על התצהיר - לא התייחס בית

המשפט קמא.

על החלטת בית המשפט קמא- נסב הערעור.

4. בדיון שהתקיים לפני חזר המערער על טענותיו ואף זימן צד ג' שלטענתו מתגורר בבניין נשוא צו ההריסה ולטענתו הוא עלול להפגע מהצו; ולחלופין עתר לאפשר למערער לקדם את הליכי היתר כדי לא להחפז ולבצע את צו ההריסה ולגרום נזק בלתי הפיך.

ב"כ המשיבה **הסכים** לדחות את ביצוע הצו כך שהמועד ימנה החל מיום 1.1.15 ככל שבית משפט זה ידחה את הערעור, כדי לאפשר למערער להגיע להסדר ו/או לקדם את ההיתר למבנה.

5. המשיבה חזרה על טענותיה וציינה כי החלטת בית המשפט קמא ראויה וכי אין להתערב בה ועוד ציין כי זימון צד ג' 'כלשהו' מהווה הוספת ראיות חדשות בשלב הערעור- דבר שאינו אפשרי אלא אם ניתן לכך היתר מפורש, וכי במועד הוצאת הצו לא התגורר איש במבנה שלא היה גמור ולא מאוכלס וגם כי צדדי ג' שלגביהם נטען כי עלולים להפגע מהצו- כלל לא הגישו כל בקשה לביטול הצו, לא הגישו כל מסמכים וממילא אין לדעת מתי רכשו את הדירות, אם בכלל, ומכל מקום עובדות אלה, ככל שנטענות היו לאחר שהוצא צו ההריסה מנהלי ולאחר צו הפסקה שיפוטי ואין טענות אלה ממין העניין בערעור זה, שכל מהותו מתייחסת לצו ההריסה במועד הוצאתו.

6. תחילה לציין כי עניינו של המערער בקשר לצו ההריסה מינהלי שהוצא **למבנה אחר** של המערער, כבר התברר בפני בית משפט קמא (ב"ש 2536/12) בו נדחתה התנגדות המערער לביצוע צו ההריסה (החלטת כב' השופט ד"ר א. גורדון מיום 8.4.13); החלטת בית המשפט קמא, הנזכרת, היא נשוא ערעור 46691-04-13, בו דחתה כב' השופטת פלדמן-פרידמן ביום 14.7.13 את הערעור ולמעשה אישרה את צו ההריסה המנהלי המתייחס למבנה האחר; המערער לא הסתפק בכך ופנה לבית המשפט העליון וביום 12.11.13 דחה בית המשפט העליון (כב' השופט ח' מלצר) את בקשת רשות הערעור (רע"פ 5326/13).

7. פרטתי את ההליך הקודם - רק כדי לציין כי תוצאת הליך זה אינה שונה מתוצאת ההליך הקודם, ודין הערעור כאן להדחות, כפי שנדחה הערעור בעניין צו ההריסה נשוא ב"ש 2536/12.

עיון בטענות שהעלה המערער בתיק זה - מצביעות על זהות לטענות שהועלו בהליך הנזכר, הועלו ונדחו!

8. גם כאן כמו בהליך האחר נחתם צו ההריסה על ידי יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, וגם בענייננו נחתם הצו על יסוד תצהיר שנחתם על ידי מי שאינו מהנדס או אדריכל. (שם נחתם על ידי הגב' בולר שאיננה אדריכלית או מהנדסת) וכך התייחס בית המשפט העליון ברע"פ 5326/13 **זכריא מוסא נ'**

עמוד 2

מדינת ישראל לטענת המערער שיוצג על ידי אותו ב"כ:

"עיננו הרואות: בעוד שלגבי הוצאת צווי הריסה מינהליים על-ידי יושב ראש הוועדה המקומית, מופיעה בסעיף 238א(א) לחוק דרישה מפורשת כי יושב ראש הוועדה המקומית יעשה כן על יסוד תצהיר חתום ביד "מהנדס הוועדה המקומית או מהנדס הרשות המקומית או מהנדס אחר או אדריכל, שאחד מהם הסמיכו לכך..." - הרי שלעניין הפעלת הסמכות למתן צווי הריסה מינהליים בתחום המחוז, על-ידי יושב ראש הוועדה המחוזית, הסתפק המחוקק באמירה כי "למתכנן מחוז או למי שהוא הסמיך לכך יהיו הסמכויות הנתונות למהנדס ועדה מקומית... בשינויים המחוייבים", **וזאת מבלי לדרוש כי התצהיר שיוגש ליושב ראש הוועדה המחוזית, או מי שהוא הסמיכו לכך, יחתם ביד מהנדס, או אדריכל...**

...ואולם, המחוקק בחר שלא לחזור על הדרישה כי אותו אדם שיוסמך לכך (על ידי מתכנן המחוז) יהיה "מהנדס אחר או אדריכל", כפי שנדרש כאשר האצלת הסמכות נעשית על ידי מהנדס הוועדה המקומית. הנה כי כן, פעמיים נדרש המחוקק לעניין הסמכת מתכנן המחוז ליתן תצהיר לצורך הוצאת צו הריסה מנהלי, בדומה לסמכות הקיימת למהנדס הוועדה המקומית, ופעמיים בחר שלא לקבוע בהקשר זה תנאי של השכלה, או רישום, של מהנדס, או אדריכל.

מן המקובץ עולה כי הוראת סעיף 238א(ב1)(1) לחוק איננה מחייבת כי מתכנן מחוז, או מי שהוא הסמיך לכך - הפועל מכוח הסמכויות הנתונות למהנדס ועדה מקומית לעניין מתן צווי הריסה מינהליים בתחום המחוז ובתחום מרחב תכנון מחוזי - יהיה בהכרח מהנדס, או אדריכל" (הדגשות אינן במקור - א.נ.ח).

נראה כי אין להוסיף על קביעה זו של בית המשפט העליון, כי הוראות החוק אינן מחייבות שבמקרה שיו"ר הוועדה המחוזית חתמה על צו ההריסה המנהלי לאחר שהוסמכה לכך, תתבסס על תצהיר של מי שהוא לא דווקא אדריכל או מהנדס, כפי שגם קבעה כב' השופטת פלדמן-פרידמן בתיק 46691-04-13 שדבריה אושרה ברע"פ 5326/13 לעיל:

"הוראות החוק עושות הבחנה מפורשת בין הוצאת צו על ידי יו"ר הוועדה המקומית לבין הוצאת צו על ידי יו"ר הוועדה המחוזית. בעוד שלגבי הוועדה המקומית צויין מפורשות כי נדרש תצהיר חתום על ידי מהנדס או אדריכל, לגבי הוועדה המחוזית קובע החוק כי הסמכות לחתום על תצהיר נתנה למתכנן המחוז או למי שהוא הסמיך לכך. אין כל דרישה כי יהיה זה מהנדס או אדריכל דווקא... לפיכך לא נפל כל פגם בחתימתה של גב' בולר על התצהיר שצורף לצו ההריסה".

לאור האמור לעיל אני דוחה את טענתו הראשונה של המערער.

9. בטענתו השנייה שב המערער והתייחס לטענה בדבר אכיפה סלקטיבית כשבבסיס טענותיו כי טעה בית המשפט קמא שלא קיבל את הטענה, הן משום שלטעמו הוכח לבית המשפט כי נגד מבנה הסמוך למבנה נשוא צו ההריסה כאן שהוקם ללא היתר ננקט הליך פלילי רגיל ולא הוצא נגדו צו הריסה, כן ציין כי המדיניות הנוהגת ביחס למבנים שהוקמו על מקרקרעין המיועדים לבנייה לצרכי מגורים "היא להמנע מהוצאת צווי הריסה מנהליים ו"להסתפק" בהליכים שיפוטיים רגילים" (סעיף 47 להודעת הערער).

בית המשפט קמא קבע בהחלטתו כי המערער לא הרים את הנטל המוטל עליו להוכיח את הטענה, נטל המוטל

עליו מכוח מכוח הדין (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי), כך קבע כי המערער לא הציג לבית המשפט "מקרים דומים שאליהם הרשות מתייחסת באופן שונה... מקרה בודד ויחיד לא מקים עילת אכיפה בררנית. יש להוכיח זהות בין המקרים בכך שמדובר באותו סוג מבנים המשתייכים לאותה קבוצת מבנים (סעיף 9 להחלטה).

10. עיון בפרוטוקול הדיון אכן מעלה כי המערער לא הוכיח את נסיבות המבנה היחיד שהציג כראייה לתמיכה בטענתו לאכיפה בררנית. כך עולה, כפי שאף קבע בית המשפט קמא כי "אין בפני בית המשפט בדל ראייה ביחס למבנה אשר אודותיו נחקר הפקח. לא צורפו נסיבות בניית המבנה אם הוא שלם אם לאו" (סעיף 10 להחלטה) ואוסיף ואומר כי אף אין לפני בית המשפט ראיות אם המבנה הנדון שעבירת הבנייה נתגלתה בעניינו כבר אוכלס במועד שבו גילתה הרשות את עבירת הבנייה, ראיות רלוונטיות כדי שניתן יהיה לאבחן ולהתייחס לאותו מבנה נטען.

משלא הובאו ראיות ומאחר שבהחלט ייתכן כי בתיק אליו מתייחס המערער לא התמלאו התנאים להוצאת צו הריסה מנהלי, ולא הוכח כי היתה בפני הרשות האפשרות להוציא צו הריסה מנהלי, ככל שהתקיימו התנאים הקבועים בחוק, והיא העדיפה לנקוט בהליכים אחרים - ממילא אין מקום לדבר על אכיפה בררנית.

11. טענת ההגנה מן הצדק הוכרה בתחילה בפסיקת בית המשפט העליון בע"פ 2910/94 יפת נ' **מדינת ישראל** פ"ד נ(2) 221 (1996) והפכה בשנת 1998 לטענה בגדר החוק שעה שהמחוקק חוקק את סעיף 149(10) לחסד"פ לפיו במידה שבית המשפט השתכנע כי "**הגשת כתב אישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית**" בכוחו להורות על ביטול כתב האישום.

12. בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** פ"ד נט(6) 776 (2005) נדונה טענת האכיפה הבררנית כחלק מטענת ההגנה מן הצדק וכך צויין:
"**החלטת בית-המשפט לבטל כתב-אישום מטעמי הגנה מן הצדק מותנית בכך שההחלטה להגישו פוגעת באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות של בית-המשפט. כאשר הסיבה להפליה נעוצה בהתנהגות מכוונת וזדונית של הרשות, דבר קיומה של פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות הוא לכאורה גלוי וברור, בעוד שדבר קיומה של פגיעה כזאת הוא פחות מובן מאליו מקום שהרשות פעלה בתום-לב. עם זאת איננו רואים מקום לפסול את האפשרות - שמטבעה תהא נדירה ביותר - שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים**" (שם, עמ' 814).

בעניין בורוביץ הנ"ל קבע בית המשפט העליון תהליך בחינה בן שלושה שלבים שעל בית המשפט לקיים כדי לבחון את קיומה של טענת ההגנה מן הצדק: תחילה, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך ואת עוצמתם. לאחר מכן, עליו לקבוע האם הותרת ההליך הפלילי על כנו חרף הפגמים שנפלו בו פוגעת בצורה קשה בתחושת ההגינות והצדק דרך בחינת חומרת העבירה, שיעור הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן, תום ליבה של הרשות וכיוצ"ב. בשלב האחרון, על בית המשפט לבדוק האם ניתן לרפא את הפגמים שנמצאו, שלא בדרך הדרסטית של ביטול כתב האישום.

13. נסיון ליישם את המבחנים שקבעה הפסיקה בעניין בורוביץ על עניינו של המערער מביא למסקנה אחת

- כי בדין דחה בית המשפט קמא את טענת המערער לאכיפה בררנית, שכן המערער לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח טענה זו (ראו ע"פ 8551/11 כהן סלכני נ' מדינת ישראל (12.8.12) -פס"ד של כב' השופטת ד' ברק-ארז), ממילא לא ניתן לבצע בחינה של השלבים הנזכרים בפסיקה לעיל.

14. בענייננו טען ב"כ המערער באופן סתמי כי "קיים מבנה סמוך אשר הוקם שלא כדין וכי נגד אותו מבנה פעלה עיריית ירושלים ונקטה בהליכים פליליים כנגד אותו מבנה" (סעיף 29 להודעת הערעור). בחומר הראיות אין ראייה לעניין אותו מבנה גם לא לנסיבותיו, ומשכך ראויה היתה החלטת בית המשפט כי לא נמצא "בדל ראייה למבנה אשר אודותיו נחקר הפקח"; אוסיף ואומר כי גם לעניין המדיניות הנוהגת לא הובאה כל ראייה, וברור כי ראיות לעניין 'מדיניות נוהגת' מחייבות הצגת מקרים נוספים וממילא אין להסתפק בהצגת מבנה אחד שכפי שנאמר לעיל, גם לגביו לא ברורות הנסיבות.

את הטענה של הגנה מן הצדק יש להוכיח ואין להעלותה באופן סתמי ולטעון כי "כך נוהגת הרשות" או כי "יש מבנה אחר סמוך שלגביו ננקט הליך אחר". בהעדר ראיות ובהעדר נסיבות המבנה הנטען כמו גם בהעדר ראיות לגבי המדיניות הנוהגת במקרים זהים - ממילא אין מקום לקבל את הטענה ואין מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא.

משכך- נדחית גם טענה זו.

15. מעבר לצורך אומר כי המערער לא נכח בדין ותחת זאת התייצב מאן דהוא שטען כי הוא מתגורר בבניין נשוא צו ההריסה.

מקובלות עלי טענות המשיבה כי מדובר בנסיבות חדשות, כי מדובר בראיות חדשות ואין מקום לקבל באופן סתמי דברי מי שזומן למקום, בוודאי אין לאפשר להוסיף בערכאת הערעור בשלב הדיון 'ראיות ספונטניות' של מי שנוכח במקום, רק אציין כי משנקבע כי בעת הוצאת צו ההריסה לא היה המבנה מאוכלס וכי צו ההריסה הוצא כדין ממילא אין מקום לדבר על נסיבות שנוצרו לאחר צו ההריסה, כשמשתמע מעצם תוקפו של הצו כי ככל שהמבנה מאוכלס כיום, אם בכלל, הרי האיכלוס בוצע לאחר צו ההריסה בבחינת 'עובדות בשטח' - ואולם כל זאת, כאמור, מעבר לנדרש בעניינו של ערעור זה.

16. מכל האמור אני דוחה את הערעור.

לבקשתו החלופית של המערער ולנוכח הסכמת המשיבה- יחל מניין הימים לביצוע צו ההריסה ביום 1.1.15.

ניתן היום, ג' חשוון תשע"ה, 27 אוקטובר 2014, בהעדר הצדדים.