

ע"פ 53440/11/16 - רוסלייה סוקר, נביל אבו רמילה, מרוואן חשים, היאם אבו רגב נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 53440-11-16 סוקר ואח' נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופטת חנה מרים לומפ
מערערים
על ידי עו"ד חוסין ג'נאים
1. רוסלייה סוקר
2. נביל אבו רמילה
3. מרוואן חשים
4. היאם אבו רגב
נגד
משיבה
על ידי עו"ד מוריה דודי וייס
מדינת ישראל

פסק דין

לפניי ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כבוד השופטת תמר נמרודי) מיום 7.11.16 בת"פ 4126/2013 (להלן **בית משפט קמא**) במסגרתה דחה בית משפט קמא את בקשת המערערים לביטול החלטה שיפוטית בדבר מתן צו הריסה לפי סעיף 212(1) ו- (2) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן **החוק**) שניתנה בהיעדר המערערים מיום 12.1.16.

רקע

- ביום 12.6.13 הגישה המשיבה בקשה למתן צו הריסה לפי סעיף 212(2) לחוק. בבקשה נאמר כי במועד בלתי ידוע, בין תאריך 1.7.03 לבין 1.7.05, נבנה בשכונת ראס אל עמוד, מבנה בן שלוש קומות בשטח כולל של כ-725 מ"ר (להלן **המבנה**), ללא היתר והאחראי לביצוע העבודות אינו ידוע ואין דרך לאתר. לבקשה צורף תצהירו של מר שי, מפקח בניה, ושל מר משה, מנהל מרכז המידע התכנוני.
- לאחר שהבקשה הודבקה על קיר המבנה ולא הוגשו כל התנגדויות, ניתן ביום 4.8.13 צו ההריסה כמבוקש (להלן **הצו**).
- ביום 6.11.13, הגישו המערערים בקשה לביטול הצו. בהחלטת בית המשפט קמא (כב' השופטת תמר נמרודי) הובהר למערערים כי מדובר בבקשה לביטול צו הריסה ולא בהתנגדות ונקבע מועד לדיון.
- הדיון נדחה מעת לעת על מנת לשקול המרת צו הריסה בכתב אישום. המערערים התייצבו במחלקת הפיקוח על הבנייה ונטלו אחריות לעבירת השימוש בנכס וניהלו משא ומתן להסדר. ביום 11.2.15 הודיעו

עמוד 1

הצדדים לבית משפט קמא (כב' השופטת תמר נמרודי) שהגיעו להסדר ביניהם וביקשו לקבוע את התיק לדיון במעמד הצדדים בו יוצג ההסדר. נקבע דיון ליום 23.2.15.

5. אולם, בדיון ביום 23.2.15, המערערים סרבו להצעת המשיבה להסדר לעניין העונש ולבסוף לא הוצג הסדר הטיעון.

6. לבקשת המערערים הדיון נדחה מעת לעת על מנת להציג את הסדר הטיעון, אולם בסופו של יום המערערים לא התייצבו לדיון שנקבע ליום 12.1.16, הצדדים לא הציגו את הסדר הטיעון ובדיון ביום 12.1.16 נמחקה הבקשה לביטול הצו מיום 4.8.13 בבית המשפט קמא (כב' השופטת תמר נמרודי).

7. ביום 6.11.16 הגישו המערערים בקשה לביטול ההחלטה שניתנה ביום 12.1.16 בהיעדר התייצבותם, בטענה שהמשיבה לא הוכיחה כי במקרה דנן קיימת הצדקה להריסת המבנה לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה.

8. ביום 7.11.16 דחה בית המשפט קמא (כב' השופטת תמר נמרודי) את בקשת המערערים לביטול הצו משום שהמערערים לא צירפו לבקשתם תצהיר כדין המפרט את הנימוקים לאי התייצבותם לדיון בעניינם ואת הסיבה לאי הגשת הבקשה עד היום.

9. על החלטה זו הוגש הערעור דנן.

טענות המערערים

10. בהודעת הערעור טענו המערערים שמעת שהתייצבו במחלקת הפיקוח ונטלו על עצמם את האחריות בגין השימוש במבנה, לא היה מבחינתם מקום להמשיך בהליכי הבקשה לביטול הצו, אלא היה מקום להמשיך את ההליך באמצעות הגשת כתב אישום נגד כל אחד מהמערערים, שבסופו יגובש הסדר טיעון שיתחשב בנסיבותיו האישיות של כל אחד ואחד מהם. עוד הוסיפו כי הם לא ידעו על החלטת בית המשפט קמא מיום 12.1.16 במסגרתו ניתן צו הריסה למבנה המאוכלס על ידם שהודבקה רק לאחרונה.

המערערים טענו שהמשיבה לא הוכיחה את התנאים להחלת סעיף 212 לחוק. בנוסף, המערערים טענו שהמשיבה לא הצביעה על הצדקה או טעם מיוחד להריסת המבנה מכוח סעיף 212 לחוק. בפרט נוכח התייצבותם של המערערים במחלקת הפיקוח על הבנייה ונוכח נטילת האחריות שלהם לביצוע העבודות, מתוך כך שהעריכו כי המשיבה תמחק את בקשתה לצו ותגיש נגדם כתב אישום. עוד טענו המערערים כי לא קיימת במקרה זה כל הצדקה להריסת המבנה מאחר שמדובר באזור הרווי בבניה (בין אם חוקית ובין אם לא), המבנה אינו מהווה מטרד לציבור וליחיד, ניתן להכשיר את המבנה על ידי הגשת בקשה להיתר בניה או ת.ב.ע נקודתית.

בדיון שנערך בבית המשפט הדגיש ב"כ המערערים כי טענתם העיקרית היא שלא היה מקום להגיש בקשה לפי סעיף 212 לחוק, אלא כי היה מקום לנקוט בהליך כתב אישום בגין עבירת אי ציות, שזו לטענתו 'דרך המלך' הראויה. המערער הפנה לתחילת ההליך המנהלי בב"ש 137/07 שהומר לכדי כתב אישום בת"פ 4083/07 שהוגש נגד פטמה אבו סננה ובנה מחמוד חסן בו הושת עליהם במסגרת הסדר

טיעון קנס בסך ₪300,000. והקנס משולם. ב"כ המערער הפנה לפירוט התשלומים. על כן, לדבריו לא ברור מדוע הושת נגדם צו זה.

11. ב"כ המשיבה טענה כי מדובר בחוסר שיתוף פעולה מצד פטמה אבו סנינה. היא לא התייצבה לדין במשך חמש שנים ולכן בשנת 2013 נקטה המשיבה בהליך לפי סעיף 212 לחוק וצורף תצהיר ממחלקת התכנון לפיו הייעוד של הקרקע הוא לבית קברות ועל כן כל בניה אחרת אסורה. היא הדגישה שעד היום לא ניתן כל נימוק לכך שלא היה שיתוף פעולה, וכי המערערים בעצמם סירבו להסדר כאשר במהלך התקופה משנת 2013 ועד היום הם יכולים היו להגיע להסכמות אולם המערערים סרבו לעשות כן.

דין והכרעה

12. לאחר שעיינתי בכל בתיק בית משפט קמא, בהודעת הערעור ושמעתי ברוב קשב את טענות ב"כ הצדדים, החלטתי לקבל את הערעור.

13. סעיף 212 לחוק קובע כי:

"נעברה עבירה בבנין לפי פרק זה, ואילו הורשע עליה אדם היה בית המשפט רשאי לצוות כאמור בסעיף 205, רשאי הוא לצוות כן אף ללא הרשעה, ובלבד שחלה אחת הנסיבות האלה: (1) אין למצוא את האדם שביצע את העבירה; (2) אי-אפשר או בלתי מעשי הוא למסור לו הזמנה לדין; (3) מי שהיה בעל הבנין בשעת ביצוע העבירה וביצע אותה איננו בעל הבנין עוד; (4) אין להוכיח מי ביצע את העבירה; (5) מי שביצע את העבירה מת או איננו בר-עונשין מסיבות שאין בהן כדי לעשות את פעולתו חוקית".

14. מעיון בהוראות סעיף 212 עולה כי בית המשפט יהיה רשאי להורות על הריסת מבנה במקרה שבו נעברה עבירה על פרק י' לחוק, גם אם לא הורשע אדם בגין אותה עבירה, וזאת בין היתר אם לא ניתן למצוא את האדם שביצע את העבירה או שבלתי מעשי למסור לו את ההזמנה לדין, או שלא ניתן להוכיח מי ביצע את העבירה. זאת בהוכחת קיומם של שלושה תנאים: האחד, שנעברה עבירה שאילו הורשע בגינה אדם היה ניתן לצוות כאמור בסעיף 205 לחוק. השני, שהתקיימה אחת מחלופות (1) עד (5) שבסעיף 212 לחוק. בית המשפט העליון קבע תנאי שלישי - הוכח כי צו ההריסה מוצדק מטעמים של עניין ציבורי. (ראה למשל: רע"פ 8025/09 אלדבעאת נ' מדינת ישראל, 26.1.10 [פורסם בנבו]).

15. צו שניתן בהתאם לסעיף 212 לחוק תכליתו שונה מצו הניתן לפי סעיף 205 או 206 לחוק. הפסיקה עמדה על ההבדלים בין השיקולים השונים העומדים ביסוד מתן הצווים, בקובעה:

"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 ולבניה, כפר סבא, פ"ד נב(1) 136 (1998) (להלן: פרשת יצחקי)). עינינו הרואות

סעיף 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. כל זאת, שעה שאותו אדם לא נמצא חייב בפלילים בגין הבניה נשואת הצו. הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, שעלולה להיגרם במתן צו לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה הביאה להבחנה שהתבססה בפסיקה בין השיקולים שיש להפעיל לצורך מתן צו הריסה מכוח סעיף 212, לשיקולים שיילקחו בחשבון בהחלטה על הוצאת צו הריסה מכוח סעיף 205 לחוק זה, המופעל בעקבות הרשעתו של אדם לפי סעיף 204 לחוק התכנון והבניה. 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" (ע"פ 8338/09 דן כדר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו)).

16. יחד עם זאת, ההוראה המאפשרת ליתן צו נגד מי שלא הורשע בפלילים, היא חלק ממערך האכיפה של חוקי התכנון והבניה, כדרך נוספת למנוע מצב שבו החוטא יוצא נשכר.

"אכן, מטרתם של צו הריסה לפי סעיף 212 אינה "עונשית". הם מכוונים כלפי המבנה ולא כלפי העבריין שהקימו. כבר נפסק לא אחת: "שתכליתו של צו הריסה לפי סעיף 212 הנ"ל היא, שמירת הסדר הציבורי ומניעת מטרד מן הציבור בשל עצם קיומו של מבנה בלתי חוקי... שאין בה משום נקיטה באמצעים כנגד עבריין בנייה, אלא בהסרת 'מכשול' לרבים במובן הרחב של המושג" (ע"פ 3490/97 יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, פ"ד נב(1) 136, 141 - השופט קדמי). ואולם, לא למותר לציין כי בעניין יצחק נאמר, כי בגדרי האינטרס הציבורי ניתן לשקול גם שיקולים מסוג "שלא יהא חוטא נשכר": "יהיו אפוא מקרים שבהם יגיע בית-המשפט לכלל מסקנה כי יש הצדקה ליתן צו הריסה לפי סעיף 212 הנ"ל בשל כך שבנסיבות המיוחדות למקרה, עומדת הותרת המבנה הבלתי חוקי על כנו בניגוד זועק 'לאינטרס הציבורי שחוטא לא יצא נשכר'; יהיו מקרים שבהם תהיה הצדקה למתן הצו במניעת ה'אנדרלמוסיה' שיוצרת בנייה ללא היתר ויהיו מקרים שבהם תימצא ההצדקה למתן הצו ב'מטרד' שיוצר המבנה שנבנה שלא כחוק" (עמוד 142). המחוקק הנחיל את סעיף 212 כדי להתגבר על המקרים שבהם אכיפה פלילית אינה אפשרית. על בתי המשפט לתת יד לרשויות כדי שההפקרות לא תשרור וכדי להבטיח שמרשת האכיפה ה"מעשית" לא יחמוק מבנה שלגביו ישנה "יתמות" אכיפתית, כעולה מחלופות הסעיף - קרי, חוסר אפשרות למצוא את מבצע העבירה או להזמין לדין, חילופי בעלי הבניין, חוסר אפשרות להוכיח מי ביצע את העבירה או שהלה הלך לעולמו, או אינו בר עונשין

מסיבות שלא יהפכו את פעולתו לחוקית" (רע"פ 3072/11 - אלעזר קרבסי ואח' נ' מדינת ישראל).

17. ברע"פ 6136/12 ימין בן זקן נ' מדינת ישראל (ניתן 4.9.12), הרחיב בית המשפט העליון (כב' השופט א. רובינשטיין), וקבע כי **"...יש ליתן משקל נכבד גם לפגיעה באינטרס הציבורי הנובעת מעצם הותרתו על כנו של מבנה בלתי חוקי בהיקף משמעותי. לטעמי שירוש בניה בלתי חוקית הוא הוא אינטרס ציבורי, ועל כן הנטל להראות שאין מקום להריסה מוטל על הטוען לכך. בבניה בלתי חוקית, על הריסה להיות הכלל והימנעות הימנה - החריג, שכמובן יתכן במקרים המתאימים."**

18. אם כן, תכלית סעיף 212 לחוק היא לאכוף את דיני התכנון והבנייה במטרה לשמור על הסדר הציבורי ולמנוע מטרד מהציבור בשל עצם קיומו של מבנה בלתי חוקי, שעה שלא ניתן לפנות לדרך המלך ולהעמיד לדין את מבצע העבירה מסיבות שונות המפורטות בסעיף זה.

19. יוער שמדובר בפגיעה קשה בזכות יסוד, שכן טרם מתן הצו לא נבדקו הדברים במסגרת ניהול הליך פלילים, ועל כן נקבע בפסיקה כי על הרשות להוכיח לצורך מתן צו הריסה מכוח סעיף 212 לחוק, כי בנסיבות המקרה מתעורר עניין ציבורי חשוב בהריסת המבנה שנבנה ללא היתר ולמתנגד לצו ניתנת הזדמנות לשטוח את השיקולים להתנגדותו - אם האינטרס הציבורי גובר על השיקולים שהוצגו על ידי בעל המבנה, אזי ניתן צו הריסה. (ראה לעניין זה: ע"פ 8338/09 דן כדר נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו], רע"פ 8025/09 אבו אלדבעאת נ' עיריית ירושלים [פורסם בנבו] תק-על 2010 (1) 1268, 1270, ורע"פ 124/01 זאב ניקר נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו]).

20. אמנם מהבקשה למתן צו הריסה ללא הרשעה עולה שיש עניין ציבורי חשוב בביצוע ההריסה, שכן מדובר בקרקע המיועדת לבית קברות, ומכאן שהתקיים התנאי השלישי בו רשאי בית המשפט להורות על הריסת המבנה ללא הרשעה כאמור. מעבר לכך מדובר בבניה של 3 קומות בהיקף נרחב של 725 מ"ר, עבירה המהווה מעצם היקפה מפגע שיש אינטרס ציבורי ראשון במעלה להביא להריסתו. אולם, לא התקיימו התנאים למתן הצו ללא הרשעה לפי סעיף 212 לחוק. המערערים אותרו בסופו של יום עוד בשנת 2013 ונטלו אחריות לעבירת השימוש בנכס וניהלו משא ומתן להסדר. למערערים לא ניתנה הזדמנות להוכיח שאין אינטרס ציבורי חשוב, המחייב את הריסת המבנה שנבנה ללא היתר, וכן לא ניתנה למערערים ההזדמנות לשטוח את השיקולים להתנגדותם לצו, ולא נשמעו טענותיהם כי על פי מצב הבניה הנוכחי לא ניתן יהיה לממש את יעוד הקרקע המקורי. לכך יש להוסיף את התנהלותה של המשיבה אשר בחרה לנהל משא ומתן ממושך עם המערערים ולא לבצע את הצו עוד בשלב שבו לא ניתן היה לאתר את הבעלים, והבקשה עמדה בתנאים הקבועים בחוק. דרך המלך במקרה זה, בו זהות מי שנטלים אחריות לביצוע העבירה ידועה, היא הגשת כתב אישום, והמשך ההליכים במסגרת תיק פלילי רגיל גם אם לא הושגה הסכמה לעניין העונש.

21. אשר על כן, אני מקבלת את הערעור לביטול ההחלטה שניתנה בהעדר המערערים מיום 12.1.16.

המזכירות תשלח פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, י"ג טבת תשע"ז, 11 ינואר 2017, בהעדר הצדדים.