

ע"פ 9973/01/17 - אוויסון ישראל בע"מ, אווה צרפתי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי ירושלים

ע"פ 9973-01-17 אוויסון ישראל בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ע"פ 10908-04-17 אוויסון ישראל בע"מ ואח' נ' מדינת
ישראל

תיק חיצוני: ב"ש 9145/12

תיק חיצוני: ב"ש 7926/15

לפני כבוד השופטת חנה מרים לומפ

מערערות על ידי עו"ד חנה בר יוסף

1. אוויסון ישראל בע"מ

2. אווה צרפתי

נגד

משיבה על ידי עו"ד מירב הירש ועו"ד מוריה דודי- וייס

מדינת ישראל

פסק דין

לפני ערעור על שתי החלטות שניתנו על ידי בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כבוד השופטת סיגל אלבו) האחת מיום 21.11.16 בב"ש 9145/12 במסגרתה דחה בית משפט קמא את בקשת המערערות לביטול צו שיפוטי להפסקת עבודות שניתן ביום 10.12.12 כנגד ביצוע עבודות הנחת תבניות של קברים בהר המנוחות גבעת שאול והשנייה מיום 21.2.17 בב"ש 7926/15 (להלן **בית משפט קמא**) במסגרתה קיבל בית משפט קמא את בקשת המשיבה למתן צו הריסה נוכח בנייה בבית הקברות בגבעת שאול שבוצעה בניגוד להוראות צו הפסקת העבודות השיפוטי מיום 10.12.12.

עמוד 1

1. בבעלותן של המערערות שתי חלקות קרקע בשטח בית הקברות "הר המנוחות" בגבעת שאול בירושלים, הידועות כגוש 30259 חלקות 60 ו- 61 קואורדינטות 212708/633793 (להלן **החלקות**). חלקות אלה כפופות לתוכנית מתאר מס' 5246 א' של המרחב התכנוני המקומי ירושלים (להלן **התוכנית**).
2. ביום 10.12.12 הוציאה המשיבה נגד המערערות צו שיפוטי להפסקת עבודות לפי סעיף 239 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה- 1965 (להלן **חוק התכנון והבניה**), נוכח ביצוע עבודות בחלקות שבבעלותן, הכוללות, בין היתר, הנחת תבניות קבורה. הצו השיפוטי הודבק במקום ביום 11.12.12.
3. ביום 31.12.12 הגישו המערערות בקשה במסגרת תיק ב"ש 9145/12 לביטול צו הפסקת העבודות, במסגרתה טענו שהעבודות שביצעו לא היו טעונות היתר, שכן מדובר בעבודות של קבורת שדה שאינן טעונות היתר ונעשו מכוח תוכנית מתאר מפורטת החלה במקום.
4. ביום 24.3.13 הורה בית המשפט לעניינים מקומיים בב"ש 9145/12 (כב' השופטת רות זוכוביצקי) על ביטול צו הפסקת העבודות השיפוטי שניתן, תוך שקבע כי העבודות שבוצעו לא היו טעונות היתר, שכן הן נעשו מכוח תוכנית מתאר החלה במקום, שהייתה מפורטת דיה על מנת לאפשר את ביצוען (בהתאם לתקנה 1(2)(ב) לתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז- 1967 (להלן **התקנות**)). בנסיבות העניין מדובר בעבודות מקדימות, לשם הכנת המקרקעין לקבורת שדה עתידית להבדיל מקבורה בפועל, עבודות המסתכמות בחפירה ובהטמנת תבניות קברים.
5. על החלטה זו הוגש ביום 8.4.13 ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים (ע"פ 14113-04-13) וכן בקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה עד להכרעה בערעור. במסגרת הערעור הורה בית המשפט ביום 9.4.13 על עיכוב ביצוע ההחלטה לביטול צו הפסקת העבודות השיפוטי.
6. ביום 19.5.13 קיבל בית המשפט המחוזי (כב' השופטת רבקה פרידמן- פלדמן) את הערעור וקבע כי התוכנית שחלה במקום לא מפורטת דיה לאפשר ביצוען של העבודות שבוצעו בשטח ללא היתר. התוכנית אמנם מתייחסת למכלול התוכניות והעבודות הנדרשות לבניית בית העלמין ובהן טיפול ושיקום נופי וכו', אולם התוכנית עצמה אינה מפרטת היכן וכיצד תבוצענה העבודות, לרבות הכנת הקברים עצמם. כמו כן אינה כוללת הוראות בדבר ביצוע עבודות החפירה, המילוי או היישור ולא עומדת בתנאי הבסיסי לפטור מהיתר, כאמור בסעיף 1(2)(ב) לתקנות. משכך, בית המשפט המחוזי הורה שצו הפסקת העבודות השיפוטי יוותר על כנו עד שהמערערות תקבלנה היתר כדין ותעמודנה בכל תנאי התוכנית החלה במקום.
7. בקשת רשות הערעור שהגישו המערערות לבית המשפט העליון (רע"פ 4731/13) נדחתה בהחלטה מיום 28.10.13, כאשר נקבע כי קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה התוכנית המדוברת לא מפורטת די הצורך היא קביעה מנומקת דיה ואין להתערב בה. בית המשפט העליון הוסיף וציין, כי עיון בהוראותיה של התוכנית מוביל למסקנה ברורה, כי היא נועדה לשמש כשלב מכין לקראת הנפקת היתרי בניה, וכי תנאי לקבלת אותם היתרים הוא קיום תנאייה של התוכנית, קודם לכן.
8. בשנת 2014 הוגש כנגד המערערות כתב אישום בגין ביצוע עבודות הבניה מושא הצו השיפוטי ללא היתר ובגין הפרת הצו (ת"פ 2097/14) (להלן **ההליך הפלילי**) הליך זה נדון בפני כבוד השופט שטרק.

9. כמו כן, הגישה המשיבה כנגד המערערות ביום 3.8.15 בקשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט בגין הפרת הצו. בקשה זו נידונה בבית משפט השלום (ב"ש 5356/15).
10. ביום 1.11.15 הגישה המשיבה בקשה למתן צו הריסה שיפוטי לפי סעיף 241 לחוק התכנון והבנייה במסגרת ב"ש 7926/2015. בתמצית, המשיבה טענה כי לאחר מתן הצו השיפוטי להפסקת עבודות הפרו המערערות צו זה, הניחו כ- 216 תבניות קבורה, ביצעו עבודות הכשרת השטח הכוללות בניית קירות תמך, גדרות וסלילת כביש גישה. כן בוצעה קבורה בחלק מתבניות הקבורה ואף הוקמו מצבות.
11. ביום 31.12.15 קיבל בית המשפט לעניינים מקומיים במסגרת ב"ש 7926/2015 (כב' השופטת תמר נמרודי) את הבקשה בחלקה והורה על מתן צו הריסה לפי סעיף 241 לחוק התכנון והבנייה, בקובעו שהצו לא יחול על קברים הכלולים בכתב האישום שהוגש בת"פ 2097/14 וכן על קברים שבוצעה בהם קבורה.
12. המערערות הגישו בקשה לביטול ההחלטה מיום 31.12.15 ובמסגרתה טענו שהבקשה למתן צו הריסה שיפוטי לא הומצאה לידיהן ואף לא ההזמנה לדין.
13. הבקשה נדונה בפני כב' השופטת תמר נמרודי ביום 4.2.16. בהחלטה מיום 29.5.16 דחתה כב' השופטת נמרודי את הבקשה לביטול ההחלטה בה ניתן צו ההריסה השיפוטי, תוך שנדחתה טענת המערערות כי לא ידעו על המועד שנקבע לדין בבקשה. כן ציין בית המשפט בהחלטתו כי טענת המערערות שהעבודות שביצעו אינן מצריכות היתר נידונה והוכרעה בהליכים קודמים וסיכויי הצלחת המערערות אינם גבוהים.
14. על החלטה זו הגישו המערערות ערעור (ע"פ 60823-06-16) וביום 1.8.16 קיבל בית המשפט המחוזי (כב' השופט משה יועד הכהן) את הערעור וקבע שלא בוצעה המצאה כדין של הבקשה וההזמנה לדין לידי המערערות ועל כן היה מקום לביטול ההחלטה מיום 31.12.15. לפיכך, הורה על קיום דיון מחודש בבקשה למתן צו הריסה שיפוטי במעמד הצדדים. עם זאת, ציין בית המשפט בהחלטתו, כי אין לביטול ההחלטה משום היתר למערערות לבצע עבודות נוספות או לשנות מהמצב הקיים בשטח ערב הגשת הבקשה למתן צו שיפוטי.
15. בעקבות בקשה שהגישו המערערות לפסול את כב' השופטת נמרודי מלדון בבקשה, ומשהמשיבה לא התנגדה לכך, הורתה כב' השופטת נמרודי בהחלטה מיום 10.10.16 על העברת התיק לדין לפני כבוד השופטת סיגל אלבו.
16. בין לבין, ניתנה ביום 8.6.16 החלטת בית משפט השלום (כב' השופט דוד שאול גבאי ריכטר) בבקשה לפי סעיף 6 לפקודת ביזיון בית המשפט (ע"א 16972-12-15 מדינת ישראל נ' אוויסון בע"מ). בהחלטה זו נקבע שהמערערות הפרו את צו הפסקת העבודות השיפוטי, תוך שבית המשפט דחה את טענת המערערות שהצבת תבניות הקבורה לא מהווה פעולה המנוגדת לצו. כן הושת על מערערת 1 קנס יומי בסך ₪ 10,000 אם תבצע החל מיום 8.6.16 אחת מהעבודות הבאות: עבודות בנייה, הנחת תבניות לקברים, שינוי פני הקרקע, מילוי תבניות וביצוע קבורה בפועל.
17. למרות החלטה זו, המערערות המשיכו בהנחת תבניות קבורה ועל כן כב' השופט גבאי ריכטר קבע בבית משפט השלום ביום 16.8.16 שהמערערות יחויבו בקנס בגין הנחת שתי תבניות בסכום של ₪ 50,000 וכן הוגדל סכום הקנס בגין הפרה עתידית.

18. על החלטת בית משפט השלום מיום 8.6.16 (בע"א 16972-12-15) הגישו המערערות ערעור לבית המשפט המחוזי (רע"א 59845-05-16 שנדון במאוחד עם ע"פ 27051-08-16), בגדרו טענו, בין היתר, כי במהלך התקופה תוקנו תקנות התכנון והבנייה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר) התשע"ד- 2014 (להלן **תקנות הפטור**), ולפיהן העבודות שביצעו לשיטתן, אינן טעונות היתר. בפסק הדין מיום 9.10.16 דחה בית המשפט המחוזי (מפי כב' כ' השופטת נאוה בן אור, כב' השופט רם וינוגרד, כב' השופט ארנון דראל) את הערעור וציין כי עמדת המערערות לפיה תיקון התקנות משנה את המצב המשפטי, אינה יכולה להצדיק את הפרת הצו, וכי החלטות ופסקי דין של בית משפט אינן מתאיינות מאליהן, וכל עוד לא בוטלו על ידי בית משפט מוסמך, הן מחייבות את מי שניתנו נגדו.

19. ביום 11.9.16 ניתנה הכרעת הדין בהליך הפלילי על ידי כב' השופט פ' שטרק. בהכרעת הדין הורשעו המערערות בביצוע עבודות בנייה ללא היתר ובאי קיום צו הפסקה שיפוטי, בניגוד לסעיף 240 לחוק התכנון והבנייה. בהכרעת הדין קבע כב' השופט שטרק שהעבודות שביצעו המערערות הן עבודות בנייה הטעונות היתר. כן, נדחתה טענת המערערות כי התוכנית החלה על החלקות היא תוכנית מפורטת דיה, וכי הואיל ומדובר בקבורת שדה, אין צורך בהיתר על פי התוכנית. נקבע, כי ייעוד הקרקע בתוכנית הוא לקבורה רוויה וכי התוכנית אינה מפורטת הוראות המתייחסות לעבודות שבוצעו על ידי המערערות. כן נקבע שאף והתוכנית כוללת הוראות של תוכנית מפורטת, היא לא פוטרת את המערערות מלהוציא היתר בנייה לגבי העבודות שהוצאו, ואף כוללת הוראות ביצוע ספציפיות טרם הוצאת היתר וכתנאי להיתר. כך גם נדחתה טענת המערערות, כי העבודות שבוצעו על ידן אינן טעונות היתר, על פי הוראות תקנות התכנון והבנייה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז- 1967 וכן על פי הוראות תקנות התכנון והבנייה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), התשע"ד- 2014. נקבע, כי עבודות קבורה טעונות היתר, כי העבודות שביצעו המערערות אינן עבודות פיתוח בלבד, כי אם עבודות המשנות את פני הקרקע, וכי העבודות שבוצעו על ידי המערערות אינן תואמות את תקנות הפטור. כן דחה בית המשפט את טענת המערערות בעניין קיומה של אכיפה בררנית, וקבע, כי המערערות לא הוכיחו כי כתב האישום הוגש נגדן ממניעים זרים ופסולים וכי בחלקה סמוכה בונים ללא היתר כדין. בנוסף, קבע בית המשפט כי המערערות הפרו את צו הפסקת העבודות השיפוטי מיום 10.10.12, וכי לאחר מתן הצו ביצעו עבודות בנייה.

החלטת בית המשפט קמא בב"ש 9145/12

20. ביום 17.11.16, במסגרת בב"ש 9145/12, הגישו המערערות בקשה נוספת לביטול צו הפסקת העבודות השיפוטי שניתן ביום 10.12.12 לפי סעיף 239 לחוק התכנון והבנייה בטענה כי אין ולא היה צורך בקבלת היתר לביצוע העבודות.

21. ביום 21.11.16 קבעה כב' השופטת אלבו כי את הטענות אותן מעלות המערערות בבקשה זו, כי אין צורך בקיומו של היתר בנייה לצורך ביצוע העבודות, העלו המערערות במסגרת ההליך הפלילי שהתנהל בעניינן, וטענות אלה נידונו והוכרעו. כך, שאין מקום לאפשר למערערות לתקוף את הכרעת הדין שניתנה בעניינן במסווה של הגשת בקשה חדשה לביטול הצו השיפוטי להפסקת עבודות, שבמהותו הוא סעד זמני עד להכרעה בהליך הפלילי. המערערות טענו שהכרעת הדין שניתנה בעניין מוטעית, אולם נקבע שהדרך לתקיפת ההחלטה היא בהליכי ערעור העומדים לרשותן ולא בהגשת בקשות חוזרות ונשנות לביטול של צו

החלטת בית המשפט קמא בב"ש 7926/15

22. בעקבות הוראת בית המשפט המחוזי (ע"פ 60823-06-16) מיום 1.8.16, התקיים דיון מחודש ביום 2.1.17 בבקשה למתן צו הריסה שיפוטי במעמד הצדדים בהתאם לסעיף 241 לחוק התכנון והבנייה (ב"ש 7926/15) וזאת בגין ביצוע עבודות בנייה שבוצעו בניגוד לצו הפסקת העבודות השיפוטי שניתן ביום 12.10.12. בית המשפט קמא דחה את בקשת המערערות ובפסק דינו נדונו מספר סוגיות: האם לאחר מתן צו הפסקת העבודות השיפוטי המשיכו המערערות בהכשרת השטח ובהנחת תבניות קבורה, האם העבודות שביצעו המערערות ובכלל זה הנחת תבניות קבורה מהווה הפרה של הצו שניתן, האם מנועה המשיבה לנקוט בהליך לפי סעיף 241 לחוק התכנון והבנייה נוכח הגשת כתב אישום בעניין הבנייה נשוא הצו והאם הוכיחו המערערות קיומה של אכיפה בררנית.

23. בית המשפט קמא דן בכל הטענות שהעלו המערערות ודחה אחת לאחת את טענות המערערות כפי שיפורט להלן.

24. אין מחלוקת כי ביום 10.10.12 ניתן צו הפסקה שיפוטי המורה על הפסקת העבודות שביצעו המערערות בהר המנוחות בגבעת שאול. אין ואף לא יכולה להיות מחלוקת כי צו זה נותר על כנו בעקבות פסק דינו של בית המשפט המחוזי מיום 9.4.13 שאושר על ידי בית המשפט העליון.

25. בית המשפט קמא קבע שהמערערות המשיכו בביצוע עבודות והנחת תבניות קבורה לאחר מתן צו הפסקת העבודות השיפוטי נוכח עדויות מפקח הבנייה, מר עמית אלפייה (להלן **המפקח**). המפקח העיד כי ביקר במקום במועדים שונים בשנים 2012-2015, וכי בכל פעם נוכח בתבניות קבורה נוספות שהונחו. כך, העיד המפקח, כי בביקורו במקום ביום 24.10.12, טרם הוצאת הצו ראה שישנן 20 תבניות קבורה. בביקורו במקום בחודש 11/12 הבחין המפקח ב- 40 תבניות קבורה וביום 30.12.12 נוכח המפקח כי ישנן 80 תבניות קבורה. כן העיד המפקח כי בביקורו ביום 28.3.13 ראה שהונחו במקום תבניות בטון גדולות והוחל בבנייתן של קיר אבנים גדול לאורך 40 מטרים. בביקורו מיום 30.10.13 ראה המפקח שנוספו מספר תבניות בטון והמשיכו בעבודות על גדר האבן וסללו כביש גישה מאספלט. ביום 8.1.14 נמצא שהונחו 216 תבניות שמולאו בחול ונוצקה עליהן מסגרת בטון נוספת, והוחל לכסותן באדמה ליישור הקרקע לגובה התבניות. ביום 22.1.14 נצפו שתי תבניות בטון, כשהן ממולאות לחלוטין בבטון וברור היה שנקברה בכל אחת מהן גופה. כן העיד המפקח, כי ביקר במקום ביום 21.4.15 ונוכח לדעת כי המערערות המשיכו בביצוע עבודות בנייה נוספות הכוללות: עבודות פיתוח שטח, בניית קיר תמך נוסף וסלילת כביש גישה. כמו כן, בתבניות הקברים שנבנו הוקמו 26 מצבות. ביום 8.10.15 ביקר המפקח במקום ונוכח לראות שנבנו 48 תבניות קבורה נוספות. עוד העיד המפקח שביום 11.7.16 בוצעה הריסה חלקית על ידי העירייה ובביקורו שערך המפקח ביום 13.11.16 ראה המפקח שנבנו 17 תבניות קבורה נוספות. עדות המפקח נתמכת בתמונות שצילם במהלך ביקוריו והציגם, מהן ניתן לראות כי החל מיום 30.12.12 ועד היום, נוספו מעת לעת, תבניות קבורה נוספות ובוצע יישור של חלק מהשטח בחלקה 61. לסיכום, מעדותו של המפקח ומהתמונות שהציג עולה, כי המערערות המשיכו בעבודות יישור השטח והנחת תבניות קבורה חרף קיום צו

הפסקת העבודות השיפוטי. אף המערערת 2, גב' אווה צרפתי הודתה בעדותה שלאחר מתן צו הפסקת עבודות השיפוטי המשיכו המערערות בהנחת תבניות קבורה, כי בוצעה עבודה של יישור השטח וכן כי "שפכה" אספלט גרוס על כביש הגישה המוביל לחלקות, על מנת לאפשר מעבר לחלקות. מכאן, שישנה אף הודאת בעל דין כי המערערות ביצעו עבודות ובעיקר הנחת תבניות קבורה לאחר מתן צו הפסקת העבודות השיפוטי.

26. בית המשפט קמא דחה את הטענה כי עבודות של הנחת תבניות לקברים לא מהוות הפרה של צו הפסקת עבודות השיפוטי, שכן לשיטתן מדובר בעבודות שאינן טעונות היתר משום שלא מדובר בעבודות חציבה, כרייה או מילוי המשנות את פני הקרקע. כן נדחתה הטענה שהעבודות מתבצעות מכוחה של תוכנית מפורטת, החלה על המקרקעין בהתאם להוראת תקנה 1(2)(ב) לתקנות התכנון והבנייה הקובעת שעבודה הנעשית בהתאם לתוכנית מפורטת מאושרת הכוללת הוראות בדבר ביצוע עבודות החפירה, המילוי או היישור פטורות מהיתר. כן טענו שמאז מתן צו הפסקת העבודות השיפוטי, השתנה המצב המשפטי ובשנת 2014 נכנסו לתוקפן תקנות הפטור לפיהם יישור הקרקע ופיתוח בניית קירות תמך פטורים מהיתר. מכאן, שאין בביצוע העבודות הפרת צו הפסקת העבודות השיפוטי ועם כניסת תקנות הפטור לתוקף פג תוקפו של צו הפסקת העבודות השיפוטי. בית המשפט קמא ציין שצו הפסקת העבודות השיפוטי הוצא, בין היתר, כנגד ביצוע עבודות של הנחת תבניות קבורה, ומכאן שכאשר המערערות המשיכו בהנחת תבניות קבורה, הם הפרו את הצו השיפוטי, שכן ביצעו עבודות שנאסרו בצו זה. בית המשפט קמא לא קיבל את טענת המערערות כי תוקפו של הצו פקע אוטומטית עם כניסת תקנות הפטור לתוקף וקבע שצו השיפוטי שריר וקיים כל עוד הוא לא בוטל בהחלטה שיפוטית אחרת. לפיכך, כל עוד עמד צו הפסקת העבודות השיפוטי על כנו ולא בוטל, הרי שהמערערות לא היו רשאיות להמשיך בביצוע עבודות שנאסרו מכוחו של צו זה, ומשהמשיכו בהנחת תבניות קבורה, הפרו את צו הפסקת העבודות השיפוטי. מכאן עולה שהמערערות הפרו את צו הפסקת העבודות השיפוטי וכי מתקיימים התנאים למתן צו הריסה לפי סעיף 241 לחוק התכנון והבנייה.

עוד דחה בית המשפט קמא את הטענה, כי עבודות של הנחת תבניות קבורה אינן טעונות היתר, שכן בית המשפט קמא קבע שעבודה של הנחת תבניות קבורה היא עבודת מילוי המשנה את פני הקרקע, והוסיף כי אף לשיטת המערערות הן מודות שמדובר בתבניות קברים שגובהן 70 ס"מ. על כן אין לקבל את הטענה שעבודות אלה אינן טעונות היתר. כן נקבע שאין מדובר בעבודות של הנחת מיטלטלין שהרי תבניות קבורה מעצם טיבן אינן דומות למיטלטלין, המיועדים להזזה ממקום אחד למשנהו כאשר כאן מדובר בתבניות המחוברות חיבור של קבע למקרקעין. כן הפנה בית המשפט קמא להחלטת בית המשפט המחוזי מיום 19.5.13 שניתן בערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים (ע"פ 14133-04-13) בו נקבע, כי הכשרת השטח שנעשתה על ידי המערערות, הכוללת הנחת תבניות בטון על השטח ומילוי תבניות וכיסוין, תוך הגבהת פני הקרקע, טעונה היתר בנייה. כן דחה בית המשפט המחוזי את טענת המערערות שמדובר בעבודות הנעשות בהתאם לתוכנית מפורטת מאושרת הכוללת הוראות בדבר ביצוע עבודות החפירה, המילוי או היישור לפי העניין וקבע שהתוכנית החלה על השטח היא אכן תוכנית מפורטת, אולם בחלקים גדולים ממנה היא אינה מפורטת דיה, ולא ניתן לבצע עבודות על פיה, והיא אינה כוללת הוראות בדבר ביצוע עבודות החפירה. עוד נקבע שנוסח התוכנית לא מהווה תחליף להיתרי בנייה ספציפיים בכל עבודה שתיעשה וכי התוכנית מתייחסת בסעיפיה השונים להיתרי בנייה. כן נקבע שמעיון בתוכנית עולה שהכנת שטחי הקבורה היא השלב האחרון בפיתוח האזור, וכי בטרם הכשרת שטחי הקבורה יש להשלים את הפיתוח הסביבתי. אף בית המשפט העליון, שדן בבקשת רשות הערעור, דחה את טענת

המערערות וקבע שמסקנת בית המשפט המחוזי, לפיה התוכנית המדוברת אינה מפורטת די הצורך כדי לאיין את הדרישה לקבלת היתרי הבנייה עבור העבודות המדוברות, נומקה כדבעי ואין מקום להתערב בה. בית המשפט העליון ציין, כי עיון בהוראותיה של התוכנית מוביל למסקנה ברורה, שהיא נועדה לשמש כשלב מכין לקראת הנפקת היתרי הבנייה וכי תנאי לקבלת אותם היתרים הוא קיום תנאיה של התוכנית קודם לכן. מכאן, שקיימת קביעה שיפוטית סופית ומחייבת בנוגע לתוכנית לפיה עבודות של הנחת תבניות קבורה בתחום עליו חלה התוכנית טעונה היתר.

עוד ציין בית המשפט קמא שבחוות דעת השמאי שהוגשה על ידי המערערות, פורטו עיקרי הוראות התוכנית, בה צוין, בין היתר, שמטרת התוכנית היא קביעת תנאים למתן היתר בניה, וכי תנאי להיתר בניה יהיה מילוי התנאים וההוראות המחייבות לביצוע בתוכנית זו. בשלבי ביצוע התוכנית אף נקבע שלא ינתן היתר לביצוע קבר ראשון בשטח התוכנית אלא לאחר השלמת השלב המקדמי. מכאן, שהתוכנית עצמה קובעת שמילוי הוראותיה הוא תנאי למתן היתר בנייה וקובעת שלצורך הנחת קברים יש צורך בקבלת היתר בנייה. כמו כן קובעת התוכנית את התנאים למתן היתר בנייה ואין זה סביר שנקבעו תנאים למתן היתר בנייה, כאשר אין צורך כלל בהיתר כפי שטוענות המערערות. לפיכך, המערערות אינן יכולות להיבנות מהוראת תקנה 1(2)(ב) הקובעת שעבודה שנעשית בהתאם לתוכנית מפורטת מאושרת, הכוללת הוראות בדבר ביצוע עבודות החפירה, המילוי או היישור, פטורות מהיתר.

בית המשפט קמא דחה את טענת המערערות כי עבודות של הנחת תבניות קבורה אינן טעונות היתר לפי תקנה 1(2)(יא) לתקנות משום שהמערערות לא טענו לקיומו של רישיון לפי סעיף 8 לפקודת בריאות העם ולא הציגו קיומו של רישיון. זאת ועוד, מלשון התקנה עולה כי רישיון לפי סעיף 8 לפקודת בריאות העם ינתן במידה שפעולות אלה טעונות היתר על פי כל חיקוק אחר והיתר כזה ניתן. כאמור, במקרה זה לא ניתן היתר. כן דחה בית המשפט קמא את טענת המערערות כי העבודות שבוצעו על ידן אינן טעונות היתר מכוח הוראות תקנה 5(א) ותקנה 31(א) לתקנות הפטור שנכנסו לתוקף בשנת 2014. תקנה 5(א) קובעת פטור להיתר בהקמת גדר או קיר תמך וידוע כי העבודות שבוצעו המערערות אינן מסתכמות בהקמת קיר תמך או גדר בלבד, כי אם בהנחת תבניות קבורה, כך שהמערערות אינן יכולות להיבנות מהוראות הפטור הקבוע בתקנה 5(א) לתקנות הפטור. כן קובעת תקנה 31(א) לתקנות הפטור שביצוע עבודות פיתוח, לרבות מסלעה, חיפוי קרקע וריצוף חצר, פטור מהיתר, אולם בית המשפט קמא קבע שהעבודות שבוצעו המערערות אינן בבחינת עבודות פיתוח בלבד- יישור השטח והצבת תבניות קבורה מבטון כאשר חלק מתבניות הקבורה מולאו בבטון וחלקן באדמה ומעליהן נבנתה קונסטרוקציית בטון. יתר על כן, מעדות המפקח והמערערת 2 עולה שבוצעה גם עבודה של סלילת כביש המצריכה היתר בנייה. עוד ציין בית המשפט קמא, כי גם לו הייתה נכונה הטענה שלפי תקנות הפטור אין צורך בקיומו של היתר בנייה, הרי שתקנות אלה נכנסו לתוקף בשנת 2014 ואינן יכולות להכשיר בדיעבד עבודות שבוצעו עובר לכניסתן לתוקף או עבודות שבוצעו בניגוד לצו הפסקת עבודות שיפוטי, כל עוד לא בוטל הצו.

בית המשפט קמא דחה את טענת המערערות שהגשת כתב אישום ונקיטת הליכים נוספים מונעת הגשת בקשה לצו הריסה לפי סעיף 241 לחוק. נקבע כי סעיף 243 לחוק מורה מפורשות שצו הריסה יכול להינתן בין שהוגש כתב אישום בגין עבירה לפי סעיף 240 לחוק ובין שלא הוגש. מכאן, שהגשת כתב אישום בגין אי קיום צו שיפוטי להפסקת עבודות אינה שוללת את סמכותו של בית המשפט להורות על מתן צו הריסה שיפוטי לפי סעיף 241 לחוק. כן הפנה בית המשפט קמא לפסיקת בית המשפט העליון שצו הריסה לפי סעיף 241 לחוק נועד ליתן

מענה לאלתר להריסת בנייה שנבנתה תוך הפרת צו שיפוטי וכן נועד למצות את הדין עם מי שהפר ברגל גסה צו שיפוטי. לעומת זאת צו הריסה שניתן בעקבות הגשת כתב אישום נועד למצות את הדין עם מי שביצע עבודות בנייה ללא היתר בניה בלבד. עוד קבע בית המשפט קמא, שגם נקיטה בהליך לפי פקודת ביזיון בית המשפט בגין הפרת צו הפסקת עבודות השיפוטי לא שוללת מהמשיבה קבלת צו הריסה לפי סעיף 241 לחוק, משום שההליך לפי פקודת ביזיון בית המשפט צופה פני עתיד ומטרתו של ההליך הוא הפסקת עבודות הבנייה על ידי המערערות. מנגד, מטרתו של צו הריסה לפי סעיף 241 לחוק הוא השבת המצב לקדמותו והריסת מבנים שנבנו בניגוד לצו הפסקת עבודות שיפוטי.

בית המשפט קמא אף דחה את טענת המערערות לקיומה של אכיפה בררנית נוכח עבודות בנייה אינטנסיביות ועבודות קבורה המתבצעות בחלקה סמוכה- חלקה מס' 80 בגוש 30524. בחלקה זו בוצעו עבודות הכוללות בניית כביש וסלילתו, הנחת תבניות קבורה והנחת מבנים של קבע. עבודות אלה בוצעו ללא היתר בנייה כדן. הנטל להוכיח טענת אכיפה בררנית מוטל על המערערות, ואולם, המערערות לא עמדו בנטל לבסס טענה זו ברמה העובדתית, פרט לטענה כללית שהועלת, לפיה המשיבה לא נוקטת בהליכי אכיפה נגד בעלי חלקות נוספים בהר המנוחות ולא הובאו ראיות לביסוס הטענה. נהפוך הוא, המפקח העיד כי הוא מבצע אכיפה בכל שטחי הר המנוחות וטענת המשיבה כי קיימים תיקי פיקוח בנוגע לבנייה בהר המנוחות לא נסתרה. זאת ועוד, בית המשפט העליון קבע שלצורך הוכחת אכיפה בררנית אין די בהוכחת הבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי ועל הטוען להצביע על מניע פסול. במקרה זה המערערות לא הוכיחו מניע פסול, שרירותיות או שיקולים בלתי ראויים. הטענה כי מופעלים הליכי אכיפה רק נגד המערערות בשל היותה של מערערת 2 אישה שאינה מקורבת לחברת קדישא, נטענה בעלמא מבלי שהובאו ראיות לביסוסה. זאת ועוד, אף אם מבוצעת אכיפה חלקית בהר המנוחות, הרי שאכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה, בין השאר, לנוכח המשאבים המוגבלים של הרשות ואין היא מקנה חסינות מפני אכיפת הדין כלפי המערערות. המערערות לא הראו כי הבקשה למתן צו הריסה שיפוטי בעניינן היא שרירותית או מפלה, כך גם לא הראו המערערות כי הבקשה סוטה ממדיניות המשיבה. בית משפט קמא ציין, כי מדובר בעבודות בנייה בהיקף נרחב כאשר ממתן מועד הפסקת צו העבודות השיפוטי הונחו למעלה מ- 200 תבניות קבורה בניגוד לצו, ואף בוצעה קבורה בפועל וזאת על מנת לקבוע עובדות בשטח. נוכח היקף הבנייה הבלתי חוקית במקרה זה והאינטרס הציבורי שבהסרתה בצורה מהירה והעובדה כי עבודות הבנייה בוצעו תוך הפרת צו שיפוטי להפסקת עבודות, לא מתעוררת תחושה לפגיעה בעיקרי הצדק וההגינות.

בית המשפט קמא דחה את טענת המערערות כי צו ההריסה בוצע ביום 11.7.16 במהלך התקופה הקצרה בה בוטל עיכוב ביצוע ההחלטה. שהרי, ביום 11.7.16 בוצעה הריסה חלקית של מספר תבניות קבורת הבנייה מושא בקשה זו וכן של קיר תמך, וכי לא הוכח שכל תבניות הקבורה שהריסתן התבקשה נהרסו. לפיכך אין למערערות עילה להתנגד להריסה שכבר בוצעה. ככל שכל עבודות הבנייה, לרבות תבניות קבורה נהרסו זה מכבר, הרי שאין צורך בהריסתן מחדש, וצו ההריסה יבוצע בנוגע למה שנבנה בניגוד לצו הפסקת העבודות וטרם נהרס.

בית המשפט קמא דחה את טענת המערערות לקשיים מצד העיריה במהלך הליכי ההכשרה, שכן גם אם נכונה טענתם, הרי שאין בה כדי להכשיר את עבודות הבנייה שבוצעו תוך הפרת צו הפסקת עבודות שיפוטי.

לפיכך, דחה בית המשפט קמא את טענת המערערות כנגד מתן הצו והורה על מתן צו הריסה לפי סעיף 241 לחוק של עבודות הבנייה שבוצעו לאחר יום 11.12.12 והבהיר שהצו לא יחול על קברים שבוצעה בהם קבורה בפועל.

27. בהודעת הערעור, שבה וחזרה ב"כ המערערות על החלק הארי של הטיועונים שהועלו על ידה בבית משפט קמא.

28. לטענת המערערות, שגה בית המשפט קמא בכך שהסתמך בהחלטתו על הכרעת הדין במסגרת ת"פ 2097/14. הכרעת הדין לא חלוטה, וטרם ניתן בה גזר הדין.

29. לטענת המערערות, לא נמצא ולו היתר בנייה אחד לעבודות הנחת תבניות קבורה בישראל ואף בירושלים, וזאת נוכח העובדה שאין צורך בהיתרים כאלו, וככל שהמשיבה תטען שקיימים היתרי בנייה לביצוע עבודות אלה, עליה הנטל להביא היתר שכזה. לדידן, לא קיים מקור חוקי מכוחו נקבע שהעבודות שבוצעו הן עבודות בנייה המחייבות בהוצאת היתר בנייה. מפקח הבנייה שהעיד מטעם המערערות לא ידע להשיב לשאלה זו והמשיבה לא הוכיחה כי יש צורך בהיתר בנייה. המערערות טענו, כי הנחת תבניות קברים בגובה של 70 ס"מ אינה מהווה עבודות חציבה, כרייה או מילוי של הקרקע הטעונות היתר לפי תקנה 1(2) לתקנות התכנון והבנייה. הנחת תבניות קברים היא הנחת מיטלטלין שלא משנה את פני הקרקע בכלל ובאופן מהותי בפרט. כך שלא מדובר בשינוי מהותי של פני הקרקע שנדרש עבורו היתר בנייה ולכל היותר מדובר בעבודות פיתוח שאינן טעונות היתר. ואולם, גם אם ייקבע שמדובר בעבודות המשנות את פני הקרקע, הרי שבשנת 2014 נכנסו לתוקפן תקנות התכנון והבנייה הקובעות בסעיף 31(א) פטור מפורש לביצוע עבודות פיתוח, חיפוי קרקע וריצוף ובלבד שאלה אינן כוללות מסלעות או קירות פיתוח בגובה העולה על מטר אחד. מכאן, שהנחת תבניות קבורה בגובה 70 ס"מ, מילוי בחול ויציקת שבילי מעבר ביניהן הן עבודות הפטורות מהיתר. זאת ועוד, סעיף 1(2)(ב) לתקנות קובע, כי עבודה הנעשית בהתאם לתוכנית מפורטת הכוללת הוראות בדבר ביצוע חפירה, מילוי או יישור אינן טעונות היתר ותב"ע 5246'א היא תוכנית מפורטת. נטען, כי בית המשפט קמא שגה בכך שקבע כי התוכנית שקובעת שלצורך הנחת תבניות קבורה יש צורך בהיתר, כי אין כל קביעה כזו בתוכנית.

30. זאת ועוד, סעיף 21(יא) לתקנות מסייג את הצורך בהיתר בנייה אם המילוי, החפירה או החציבה נעשו לצורך קבורה, כפי שארע בענייננו.

31. לטענת המערערות, בשנת 2014 נכנסו לתוקפן תקנות חדשות, תקנות הפטור אשר פוטרות את העבודות המנויות במסגרתן מן הצורך לבקש ולקבל היתר בנייה כך שאין לראות בזריקת אספלט גרוס כסלילה חדשה של כביש הדורשת היתר. זריקת אספלט גרוס לא דורשת היתר. כך שכל צו שניתן על ידי בית משפט לעניינים מקומיים ושאינו בעניין עבודות הטעונות היתר, איננו בסמכותו העניינית של בית המשפט לעניינים מקומיים וממילא צווים אלו אינם ברי אכיפה כך שבית המשפט לא יכול לאסור הנחת תבניות קבורה או בניית קיר תמך שגובהו עד מטר או זריקת אספלט גרוס על הכביש. עוד טענו המערערות, כי לנוכח קיומו של דבר חקיקה חדש הפוטר את העבודות מן הצורך בהיתר, יש לבחון האם המערערות הפרו את צו ההפסקה השיפוטי.

32. טענה נוספת אותה העלו המערערות היא ביחס לקיומה של אפליה, שכן בחלקות אחרות מבוצעות

עבודות דומות ולא ננקטים נגד המבצעים הליכים. כך למשל בחלקה הסמוכה, חלקה 80, שחלה עליה אותה תב"ע, מבוצעות עבודות בנייה כך שנבנו עשרות קירות תמך לגובה 9-12 מטר והונחו אלפי קברים ולא ננקטים בחלקה זו הליכי אכיפה. המערערות טענו כי הדרישה להוציא היתר בנייה רק מהם מהווה אפליה על רקע היות המערערת 2 אישה שאינה חובשת כיפה, ציציות ולא לובשת שחורים או נמנית על "חברה קדישא", כך שאישה מנהלת בית עלמין כדת וכדין. מדובר בקבורת שדה בתחום התב"ע 5246א', לגביה מעולם לא נדרש היתר בנייה שהוא ולא מבוצעת פעולה אכיפה בחלקות נוספות- לא נתבקשו צווי הריסה, כך שלא נתבקשו היתרי בנייה לקברים נוספים בחלקות אחרות באותה תב"ע בדיוק ולדידם המשיבה אף הודתה בכך. כמו כן לטענתם אין צורך בהיתר בכל בית עלמין במדינת ישראל שהוא לקבורת שדה.

33. טענה נוספת אותה העלו המערערות היא שבחלקה 80 בוצעו העבודות טרם כניסת תב"ע 5246א' לתוקף, היינו, כשהייתה בתוקף תב"ע הקובעת כי המקרקעין בחלקה 80 ייעודם הוא של שמורת טבע. לדידן, הקמת בית קברות בתב"ע המאשר שמורת טבע היא חמורה פי כמה מונים והמשיבה לא אכפה ואין בכוונתה לאכוף את חוקי התכנון והבנייה בחלקה 80, רק משום שמי שפועל בה היא "חברה קדישא". ברי, כי אם חלקה 80 הייתה בבעלות המערערות, היו ננקטים הליכים נגדן.

34. לטענת המערערות קיימת סתירה בטענותיה של המשיבה ביחס להיתרי הבנייה בחלקה 80 בתב"ע 5246א', כך שפעם אחת טענה כי יש היתרי בנייה בחלקה 80, פעם אחרת טענה כי אין צורך בהיתרי בנייה בחלקה 80 כי נבנתה בתב"ע לשמורת הטבע, ופעם נוספת טענה כי חלקה 80 לא נמצאת בתב"ע 5246א'. טענות סותרות אלה יש בהן כדי להעביר את הנטל על המשיבה להוכיח שהיא מבצעת פעולות אכיפה נגד חלקה 80 ונגד הנחת קברים בפרט.

35. על סמך האמור ביקשו המערערות לבטל את החלטת בית המשפט קמא ולבטל את צו ההריסה.

טענות המערערות בע"פ 9973-01-17

36. בהודעת הערעור, שבה וחזרה ב"כ המערערות על החלק הארי של הטיעונים שהועלו על ידה בבית משפט קמא ולטענתן כי התנהלותה של המשיבה מלווה בחוסר תום לב קיצוני ובוטה.

37. לטענת המערערות, בית המשפט במסגרת ההליך הפלילי לא דן לגופו של עניין בשאלת חוקיות הצו וטעה בית המשפט קמא בכך שקבע כי הטענות שהועלו במסגרת הבקשה לביטול צו הפסקת עבודה נידונו והוכרעו במסגרת הכרעת הדין שאיננה חלוטה.

38. לטענת המערערות, בעת חקירת אמנון ארבל ראש מחלקת תכנון עיר אצל המשיבה, במסגרת התיק הפלילי, הוא הודה בכך שהתוכנית היא מפורטת לכל דבר ועניין, כך שהמשיבה הטעתה את בית המשפט המחוזי על יסוד טיעון עובדתי בכך שטענה כי התוכנית אינה מפורטת בניגוד למה שעולה מעדותו של מר אמנון ארבל כפי שטענו המערערות בכל עת. על יסוד הטיעון העובדתי שאינו אמת ניתן צו הפסקת עבודה.

39. לדידן, מר יצחק הנאו, ראש מחלקת מבני הדת אצל המשיבה שיקר במהלך עדותו בהליך הפלילי שבעיקרון, קבורת השדה לא מצריכה היתר בנייה, אולם הקבורה אצל המערערות היא לא קבורת שדה נוכח הכשרת בנייה שהייתה בשטח והרי הרב רוז'ה אישר בחוות דעתו שמדובר בקבורת שדה לכל דבר ועניין. לא זו אף זו, לדידן, חלק גדול מחלקה 80 נמצאת בתב"ע 5246'א' ובוצעה בה קבורה, בניית קירות תמך, מדרגות, מבנים וכיוצא בזה אשר בוודאי דורשים היתר בנייה, ולא כשם שטענה המשיבה.
40. נוכח הליכים שונים שנוהלו בין הצדדים כדוגמת עתירה לצווי הריסה, בזיון בית המשפט נקבע כי המערערות הפרו את הצו, כאשר בתי המשפט שבו והדגישו שדרך המלך היא הגשת בקשה לביטול הצו.
41. לטענתן, יש לבטל את הצו ואין מקום להמשך קיומו של צו הפסקת העבודה, גם אם היה לו מקום בעבר, דבר שמוכחש על ידי המערערות. הן סומכות טענותיהן על תקנות הפטור הקובעות שאין צורך בהיתר בנייה לא רק מחמת העובדה שהתוכנית היא מפורטת (כפי שהעיד מר אמנון ארבל), אלא גם מפאת העובדה שהתקנות פוטרות הגשת בקשה להיתר בנייה בכל העבודות אשר בוצעו או שבכוונת המערערות לבצע.
42. נטען, שהמשיבה מתעלמת מהוראות הדין העדכני וכן מעדות הגורם המקצועי בעירייה, ממשיכה ומנצלת לרעה את צו הפסקת העבודה השיפוטי, וכל זאת על מנת למנוע מהמערערות ביצוע עבודות שאינן טעונות היתר בין על פי התקנות ובין מכוח התוכנית.
43. לפיכך, המערערות ביקשו מבית המשפט להורות על ביטולו של צו הפסקת העבודה וזאת נוכח קיומה של תוכנית מפורטת ונוכח הוראות התקנות החלות בעניין זה. כן הדגישו כי בית המשפט מוסמך להורות על ביטול צו הפסקת העבודה נוכח שינוי נסיבות עובדתיות, עובדות שלא היו ידועות או קיימות בעת מתן הצו וכך למנוע פגיעה בקניין כאשר נמנע מהן לבצע עבודות שעל פי הוראות הדין אינן טעונות היתר.
44. ב"כ המערערות, חזרה בדיון לפני על עיקרי הטענות בערעור שלהלן: אכיפה בררנית- מסביב לחלקה הנדונה אלפי קברים שעשויים בצורה דומה לקברים בענייננו. לדידה, בדרך כלל אין היתר בנייה להנחת קברים. כן ציינה את תקנות הפטור לפיהם לא נדרש היתר בנייה להנחת הקברים בענייננו. בחלקה 80 לא רק שביצעו הנחת תבניות קברים, אלא חצבו בהר, הקימו טרסות, הקימו קירות תמך בגבהים, כאשר מדובר בשטח של 700-800 מטר אורך קירות וגובה של 6-12 מטרים.
45. אשר לתיק ב"ש 9145/12, טענה ב"כ המערערות שצו הפסקת העבודה ניתן על בסיס מסגרת מאוד צרה של טענות וראיות. ההחלטה התמקדה בשאלה האם התוכנית מפורטת וניתן לחסות תחת הפטור של בנייה מכוח תוכנית מפורטת, ולא נדונו שאר השאלות שעלו בבקשה לביטול צו הפסקת עבודה. הבקשה לביטול צו הפסקת עבודה הוגשה בעקבות החלטת בית המשפט המחוזי במסגרת ערעור שהוגש על החלטת בית המשפט השלום על פסק הדין לפי פקודת בזיון בית המשפט במסגרתה נקבע שהדרך הנכונה היא הגשת בקשה לביטול צו הפסקת עבודה. בקשה כזו הוגשה לכבוד השופטת אב-גנים וינשטיין והיא קבעה שיש לדון בבקשה זו לפני המותב בהליך

הפלילי. במסגרת ההחלטה בתיק הנדון כב' השופטת אלבו קבעה כי הסוגיות בבקשה לביטול צו הפסקת העבודות נדונו בהכרעת הדין. לטענת ב"כ המערערות, טענותיהם לא נדונו בהכרעת הדין ואף הפנתה לעמודים 38-39 בהכרעת הדין שם קבע כב' השופט שטרק שאינו דן בסוגיות חוקיות צו הפסקת העבודה כיוון שאין זה המקום לדון בהם.

46. אשר לבקשה למתן צו הריסה, ב"כ המערערות טענה לחוקיותו שלא נבחנה ולשאלה האם ההוראה לצו הריסה מקום בו צו הפסקת העבודות כבר לא ניתן לאכיפה לאור התקנות החדשות, כאמור, היא צודקת. לפיכך, ב"כ המערערות עתרה להורות על ביטול צו הפסקת העבודות וכפועל יוצא מכך, לביטול מתן צו ההריסה שניתן על בסיס הטענה להפרת צו הפסקת עבודות.

טענות המשיבה

47. ב"כ המשיבה טענו שהמערערות לא עמדו בהוראות התב"ע החדשה שמטרתה היא קבורה רוויה, בקומות, במכפלות והקבורה הייתה של יחידים ולא מלאו את ההנחיות בתב"ע זו. עוד טענו כי קיים אינטרס ציבורי חשוב באי ביטול הצו להפסקת עבודה. ב"כ המשיבה דחו את הטענות בדבר אכיפה בררנית, שכן לדבריהן על חלקה 80 חלות תוכניות שונות, וותיקות יותר מהחלקה הנדונה בענייננו, ולא התבקש היתר בחלקה 80 משום שהיא נבנתה טרם אושרה תב"ע 5246 א' ולפניה הייתה תב"ע לשמורת טבע. אשר לטענה ביחס לתקנות הפטור משנת 2014, ב"כ המשיבה טענו כי גם במסגרת ההליך הפלילי וגם במסגרת ההליך בענייננו נקבע שהעבודות אינן נכללות בתקנות הפטור והן טעונות היתר. תקנות הפטור מחייבות שהעבודות יבוצעו בהתאם לתוכנית והעבודות אינן תואמות לתוכנית החלה ואינן פטורות מהיתר. לדידן, בניגוד לטענת המערערות שהשטח הוא בתולי ללא שינוי מפלס הקרקע, מדובר בשינוי מפלס הקרקע. כן ניתנו החלטות שיפוטיות שונות בערכאות השונות שם נקבע כי מדובר בעבודות הטעונות היתר ולכן תקנות הפטור לא חלות. נוכח מהות התב"ע החלה במקום כאמור המייעדת את השטח לבית הקברות באופן מסודר, הרי שהפרת הצו פוגעת בתב"ע החלה במקום ובאינטרס הציבורי.

48. בתגובה לטענות ב"כ המערערות כי לא בוצעה בנייה חדשה לאחר החלטת בית המשפט השלום בבקשה לביזיון בית המשפט מחודש יולי 2016, הציגו ב"כ המשיבה תמונות מדצמבר 2016 המלמדות כי בוצעה בנייה חדשה.

דין והכרעה

49. לאחר שעיינתי במכלול המסמכים שבתיקי בית משפט קמא ובחנתי את החלטותיו, ולאחר ששמעתי את טענות ב"כ הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה שלא נפל פגם בהחלטות בית משפט קמא ועל כן דין הערעורים להידחות.

50. בית משפט קמא בהחלטתו המנומקת, אשר פורטה בהרחבה לעיל, ניתח באופן נכון ומדויק את מסכת הראיות והנתונים, אשר הובאה בפניו ועל כן אינני מוצאת לנכון להתערב בהחלטה זו, לרבות בקביעותיו העובדתיות ובהתרשמותו מהעדויות ומגרסת המערערות. מקובלת עלי קביעתו

שהמערערות המשיכו בעבודות הנחת תבניות ועבודות תשתית אחרות, לאחר מתן צו הפסקת העבודות השיפוטי. עקרון ידוע הוא, כי בית המשפט שלערעור לא ייטה, בדרך כלל, להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו לאחר שמיעת ראיות בפני הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם נפלה טעות המצדיקה תיקון במסגרת הערעור. כך למשל, כאשר נקבעו ממצאים שאינם עומדים במבחן ההיגיון ושיש לראותם כמופרכים, או מקום שאין לעובדות שנקבעו בסיס נאות בחומר הראיות (ע"פ 3952/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 646; ע"פ 117/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(4)408).

51. אשר לשאלה האם הנחת תבניות קבורה היא עבודה הטעונה היתר בהתאם לסעיף 1(2) לתקנות, אם לאו, מקובלת עליו מסקנתו של בית משפט קמא, שעבודה של הנחת תבניות קבורה היא עבודת מילוי המשנה את פני הקרקע ועל כן אין לקבל את הטענה כי עבודות אלה אינן טעונות היתר. תבניות הקבורה מעצם טיבן אינן דומות למיטלטליו, להיפך הן קבועות יותר אף ממבנים המחוברים לקרקע, שכן לאחר שיקבר בהן המת מדובר באחוזת קבר, שהיא בגדר אחוזת עולם, שאין להיזזה או להרסה אלא בנסיבות יוצאות דופן.

52. עוד מקובלת עליו מסקנתו של בית המשפט קמא, כי טענת המערערות לכך שהעבודות פטורות מהיתר לפי תקנה 1(2)(ב) לתקנות, נוכח העובדה כי העבודות מבוצעות בהתאם לתוכנית 5246 א' שהיא תוכנית מפורטת, נדונה כבר בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מיום 19.5.13 שניתן בערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים (ע"פ 14133-04-13), כאמור, הטענה נדחתה ואף בית המשפט העליון שדן בבקשת רשות הערעור שהגישו המערערות על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, אישר את החלטת בית המשפט המחוזי ודחה את טענות המערערות לכך שהתוכנית מפורטת ולא נדרשים היתרי בנייה (רע"פ 4731/13 **חברת אוויסון ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל** (28.10.13)). כך שקיימת קביעה שיפוטית מחייבת של בית המשפט העליון לפיה עבודות הנחת תבניות קבורה טעונות היתר.

53. יודגש, כי חוקיותו של צו הפסקת העבודה נבחן בבית המשפט השלום, המחוזי והעליון, שם נקבע שהצו ניתן כדין וכי הוא עומד בתוקפו. משכך, אין בידי לקבל את טענות המערערות בדבר שינוי נסיבות נוכח ניהול ההליך העיקרי. סבורני שטענות אלה הן בגדר מסווה לחזרה על אותן טענות שכבר נטענו על ידן ובית המשפט על ערכאותיו השונות דחה אותן.

54. על כן אבחן אך ורק את הטענות הנוגעות לתקנות חוק התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), התשע"ד-2014, שחוקקו לאחר שהתקבלו החלטות אלה, וכן את הטענות בדבר אכיפה בררנית.

האם הנחת תבניות קבורה טעונה היתר בנייה.

55. ב"כ המערערות טענה כי העבודות שבוצעו על ידן אינן טעונות היתר מכוח הוראות תקנה 5(א) ותקנה 31(א) לתקנות הפטור שנכנסו לתוקפן בשנת 2014, מאחר שיש לראות בעבודות משום

הקמת גדר או עבודות פיתוח דוגמת מסלעה. אין בידי לקבל טענה זו, שכן "גדר" בסעיף 5 לתקנות, תכליתה להפריד בין חלקות שונות, על מנת ליצור חיץ ביניהן ולקבוע את גבולותיהן. מסלעה שבסעיף 31 לתקנות היא חלק מעבודות פיתוח סביבתי וזאת ניתן ללמוד מכותרת הסעיף. תבניות לקברים המונחות זו לצד זו לא עומדות בתנאים של הוראות אלה, והחלת הוראות אלה עליהן היא מלאכותית ואינה מתיישבת עם התכלית שלשמן תוקנו התקנות. על כן גם מטעם זה לא היה מקום לבטל את צו הפסקת העבודה.

אכיפה בררנית

56. אשר לטענת ב"כ המערערות לאכיפה בררנית, כאמור, לא מצאתי לשנות מהמסקנות אליהן הגיע בית המשפט קמא. אמנם, טענות המערערות שובה את הלב, אולם לא שוכנעתי שניתן לומר כי מדובר באכיפה בררנית.

57. כידוע, על הטוען לאכיפה בררנית להראות כי מדובר באפליה פסולה בין דומים. דהיינו, עליו להראות תחילה כי מדובר באפליה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין; ושנית, כי בבסיס האפליה ניצב מניע פסול, שרירות או שקילת שיקולים זרים או בלתי ראויים (ראו למשל בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3), 289, ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** [פורסם בנבו] (31.3.05) וע"פ 3215/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (4.8.08)).

58. ב"כ המשיבה הסבירה בדיון, ודבריה מקובלים עלי, שהעבודות בחלקה 80 הסתיימו טרם כניסתה לתוקף של תב"ע 5246 א' בשנת 2008, בעוד שהמערערות ביצעו עבודות בנייה החל משנת 2012. מכאן, שאין מדובר באפליה שכן אין דמיון בין החלקות בתב"ע, כאמור, וכי מדובר באכיפה בתנאים שונים.

59. בעניינינו, לא רק שהמערערות לא הוכיחו קיומה של אפליה בין דומים, הן אף לא הניחו ראשיתה של תשתית ראייתית כדי ללמד שבפעולות האכיפה של המשיבה מצוי מניע פסול, שרירותי או זר.

60. אף המפקח, מר עמית אלפיה, בחקירתו החוזרת בדיון מיום 2.1.17 העיד כי המשיבה מבצעת אכיפה נגד כל החלקות (שם, עמ' 11).

61. המערערות טענו לאכיפה בררנית, שבעטיה פועלת נגדן המשיבה, משיקולים זרים. טענה זו הועלתה בעלמא ונדחתה בבית משפט קמא. מאחר שהנטל מוטל על הטוען לאכיפה בררנית להוכיח את טענותיו, אין הוא יכול להסתפק באמירה כללית, לא מפורטת ולא מבוססת, ועל כן בדיון נדחתה טענתן של המערערות.

צו הפסקה השיפוטי

62. אשר לאינטרס הציבורי המחייב מתן צו הפסקה השיפוטי, מקובלת עליי הכרעתו של בית המשפט קמא.

63. על פי סעיף 239(א) לחוק התכנון והבנייה, תנאי ראשון להוצאת צו הפסקה שיפוטי הוא, כי

נעשתה עבודה או שימוש במקרקעין, בדרך ובנסיבות שיש בהם משום עבירה לפי סעיף 204 לחוק התכנון והבנייה.

64. סעיף 239(א) לחוק מורה כדלקמן:

"נעשתה עבודה, או השתמשו במקרקעין, בדרך ובנסיבות שיש בהם משום עבירה לפי סעיף 204, בין שהוגש על העבירה כתב אישום לבית המשפט ובין שטרם הוגש, רשאי בית המשפט לצוות על הנאשם, או על מי שנראה לבית המשפט אחראי לביצוע העבירה, ועל כל מי שעובד בשירותם – להפסיק את העבודה או את השימוש (להלן – צו הפסקה שיפוטי) ותקפו של הצו יהיה עד לביטולו או שינויו על ידי בית המשפט."

סעיף זה מעניק לרשויות התכנון כלים מגוונים לאכיפת דיני התכנון והבנייה. הטלת אחריות בהתאם לסעיף זה מעדיפה את האינטרס הציבורי בדבר הפסקת הפעולות שנעשות בניגוד לדיני התכנון והבנייה על פני האינטרס האישי של הפרט.

65. מטרתו של סעיף 239 לחוק התכנון בוארה ברע"פ 47/07 מור נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה גבעת אלונים (פורסם בנבו, 14.6.07): **"להקפיא את הבניה בעודה באיבה כשנעשית חריגה מההיתר או מהתכנית עד אשר יתברר הענין לגופו בתיק העיקרי שענינו כתב אישום על בניה שלא בהתאם להיתר או לתכנית"** (ראו ע"פ 377/87 קלקא נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 673, 682-683).

66. מכאן, שבבסיס הסעיף עומדת תכלית מניעתית הנוגעת להקפאת הבנייה ומניעת מצב שבו יהיה קשה להשיב את הגלגל לאחור.

67. סעיף 241 לחוק התכנון והבנייה מסמך את בית-המשפט ליתן צו הריסה שיפוטי לאלתר, כנגד מבנה שהוקם בניגוד להוראות צו הפסקה שיפוטי או צו הפסקה מינהלי. וכך מורה הסעיף:

"נמשכו פעולות הבנייה בניגוד לצו הפסקה מינהלי או בניגוד לצו הפסקה שיפוטי, בלי היתר לפי חוק זה או בסטייה מהיתר או מתכנית, רשאי בית המשפט, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, או נציגו, או הוועדה המקומית, ואם ראה שמן הצדק לעשות כן, לצוות שכל מבנה או כל חלק ממנו שהוקמו בניגוד להוראות צו הפסקה המינהלי או השיפוטי יהרסו מיד."

68. תכליתו העיקרית של צו הריסה השיפוטי הוא מתן מענה אפקטיבי ומידי למניעת יצירת עובדות מוגמרות כאשר מופר צו הפסקת עבודה וזאת בנוסף לאפשרות הענישה הפלילית ובנפרד ממנה:

"כך גם לגבי סעיף 241 לחוק. נפסק, כי סעיף זה "נועד ליתן מענה לאלתר להריסת בנייה שנבנתה תוך הפרת צו שיפוטי, וכן נועד למצות את הדין עם מי שהפר ברגל גסה צו שיפוטי"; וזאת, נוכח הפגיעה החמורה של "אי-קיומם של צווים שיפוטניים, בציבור כולו, במעמדה של הרשות השופטת, ובתשתית החברתית המביאה לכיבוד החוק", ובפרט כאשר מדובר בעבירות בנייה שבעניינן "קיימת חשיבות יתרה להפסקת הבנייה בעודה באָבה, בכדי למנוע יצירת

עובדות מוגמרות בשטח" (רע"פ 10896/04 בענין אג'ברייה, לעיל בפסקאות 5 ו-6). כן צוין בפסיקה, כי מי ש"בוחר לבצע בנייה בלתי חוקית ללא היתר כדין, תוך התעלמות בוטה מצו שיפוטי, ראוי שיביא בחשבון את האפשרות לפיה לא יאפשר בית-המשפט להותיר בנייה כזו על תילה, אלא יורה על הריסתה, מתוקף סעיף 241 לחוק התכנון והבנייה" (רע"פ 2387/03 אלדין נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה (אוזכר ברע"פ 10986/04 לעיל). בית-המשפט העליון דחה את הטענה, כי מן הראוי ששאלת ההריסה תתברר במסגרת ההליך הפלילי על-פי כתב-אישום, זאת בהדגישו, כי מדובר "בשאלות המוסדרות בהליכים שונים, בסמכויות המופעלות לתכליות שונות, ובשלבים שונים של ההליך המשפטי" (רע"פ 10896/04 לעיל) "ר' ע"פ (י-ם) 40332/07 מ"י נ' לוי ואח', (ניתן 10/8/08).

69. מכאן, שמטרת סעיף 239 לחוק היא הפסקת קיומה של הפרה מתמשכת של הוראות החוק, הפסקת ביצוע עבירות ומניעת יצירת עובדות מוגמרות בשטח, עוד טרם בירור האשמה, ובענייננו, מכלול הדברים מעיד על כך שהצו להפסקת עבודות ניתן כדין ובעקבותיו הצו למתן הריסה. לא נעלם מעיני כי צו להפסקת עבודות פוגע בחופש העיסוק ובפרנסתן של המערערות, אך מול זכויותיהן אלה, כאמור, ניצב אינטרס מובהק של הסרת עבירות בניה במיוחד נוכח העובדה שעבודות הבנייה המשיכו תוך הפרת צו שיפוטי להפסקת עבודות. מכאן, משניתן הצו כדין והוא מופר ברגל גסה, כפי שנעשה על ידי המערערות, הרי שיש מקום למנוע עובדה מוגמרת, ולפעול במקביל להליך הפלילי, באמצעות צו הריסה.

70. נוכח כל האמור לעיל, אני דוחה את הערעור ומורה כי צו ההריסה יישאר על כנו, והוא יכנס לתוקפו ביום 20.8.17.

המזכירות תשלח את פסק הדין לב"כ הצדדים ותודא קבלתו.

ניתן היום, י"ט אב תשע"ז, 11 אוגוסט 2017, בהעדר הצדדים.