

בעניין שבין :

סלימאן נסאסרה ת.ז. 059443929

ע"י עוה"ד סוהאד בשארה ו/או עאדל בדיר ו/או חסן ג'בארין
ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעגיו ו/או נביל דכואר ו/או נור אלעטאונה

מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ת"ד 510 שפרעם 20200, טלפון 04-9501610, פקס : 04-9503140 **המבקש**

נגד

מדינת ישראל

ע"י עוה"ד ליאורה אפרתי

רח' הרצל 69 ראשון לציון

טל : 03-9509233 פקס : 03-9509234 **המשיבה**

בקשה לביטול צו הריסה שניתן על פי סעיף 212 ו- 213 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965

מוגשת בזאת בקשה לביטול החלטת בית המשפט הנכבד מיום 3.12.06 לפיה הוצא צו הריסה ללא הרשעה על פי סעיפים 212 ו- 213 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "החוק") במעמד צד אחד, להריסת בית המבקש בכפר אלסרה בני"צ 202976/572177 (להלן: "הבית" או "המבנה").

ואלה נימוקי הבקשה:

רקע עובדתי

1. המבקש הנו בעל המבנה הנ"ל והוא משמש אותו כבית מגורים יחיד לבני משפחתו ולו.
2. המבקש בן 39, עובד כמזכיר בית ספר, נשוי ולי 7 ילדים בגילאי 2 – 14 שנים.
3. כפר אלסרה הינו כפר ערבי בדואי אשר הוקם לפני שנים רבות, עוד לפני קום המדינה. בכפר זה מתגוררים כיום כ- 300 תושבים. אחרי קום המדינה, לא נתבקשו תושבי הכפר לעזוב את המקום והמדינה לא ביקשה לתפוס חזקה באדמותיהם מכל סיבה שתהא.
4. בתחילת שנות השבעים, נודע לתושבי הכפר אודות תחילתו של הליך הסדר קרקעות אשר מקיים אגף רישום והסדר המקרקעין במשרד המשפטים. הנ"ל הגישו תזכירי תביעה כמתחייב על פי חוק אך טרם הסתיים הליך ההסדר וטרם נרשמה האדמה על שםם.

מצ"ב העתק מתזכיר התביעה אשר הגישו בזמנו בעלי הקרקע, כנספח א.

5. בחודש מאי 2006, קיבלו חלק מתושבי הכפר "התראות" בהתאם לחוק התכנון והבניה, מטעם היחידה הארצית לפיקוח על הבניה. בעקבות משלוח ההתראות, בחרו תושבי הכפר ועד מקומי אשר הוסמך לבדוק נושא זה ולבוא במגע עם הרשויות לבירור משמעות העניין.

6. ביום 7.9.06, קיבלו רוב תושבי הכפר, "התראות" בהתאם לחוק התכנון והבניה, מטעם היחידה הארצית לפיקוח על הבניה. בעקבות משלוח ההתראות, פנו התושבים לוועד המקומי בכפר אשר הוסמך כבר בעבר, בעקבות התראות קודמות שהודבקו על חלק מהבתים, לבדוק נושא זה ולבוא במגע עם הרשויות לבירור משמעות העניין.
מצ"ב העתק אחת ההתראות כנספח ב'.

7. בעת הדבקת ההתראות, נכח במקום מר אילן שגיא. הנ"ל מיד הודיע לנציגי הועד ולתושבים, כי הוא ייזום פגישה עם המינהלת אחרי צום הרמדאן, על מנת לנסות להגיע לפתרון לבעייתנו.

8. בהמשך להבטחתו של מר שגיא, וימים ספורים אחרי הדבקת ההתראות, התקשרו נציגי הועד טלפונית למשרדו של מר אילן שגיא וביקשו ממזכירתו לקבוע להם פגישה עמו. הפקידה הודיעה להם אז כי מר שגיא חולה ואי אפשר להיפגש עמו. מאז טרם חזר אל נציגי הועד אף אחד ממשרדו של שגיא והפגישה טרם נקבעה.

9. הועד גם יצר קשר עם ארגון עדאלה, והפנה את התושבים לטיפולו. ארגון עדאלה פנה בשם תושבי הכפר, ביום 21.11.06, אל שר הפנים והיועמ"ש לממשלה בבקשה לבטל את ההתראות, בין היתר, מאחר ולא נשקלה כל אופציה תכנונית למציאת פתרון לתושבי הכפר, בטרם הוצאת ההתראות. בתגובה לפניה הנ"ל, נמסר ממשרד היועמ"ש כי העניין בטיפול, וטרם התקבל כל מענה ענייני בנושא. וממשרד הפנים נמסר, כי אין מקום להיעתר לבקשה, בין היתר, מאחר והאזור מופקע.

מצ"ב העתק המכתב מיום 21.11.06 כנספח ג'.

מצ"ב העתק תגובת היועמ"ש מיום 26.11.06 כנספח ד'.

מצ"ב העתק מכתב משרד הפנים מיום 22.1.07 צורף לבקשה כנספח ה'.

10. יצויין, כי כבר ממועד הדבקת ההתראות הראשונות במאי 2006, מיד החל הועד המקומי לפעול וביום 16.5.05 נשלח מכתב לממונה מחוז דרום, מר דודו כהן. בפנייתם הסבירו הנ"ל, כי הנם מתגוררים בכפרם מזה שנים רבות וכי נאלצו לבנות קורות גג בסיסיות למשפחותיהם בהעדר כל תכנון מטעם רשויות המדינה להסדרת מעמדו התכנוני של הכפר.

מצ"ב העתק המכתב מיום 16.5.06, כנספח ו'.

11. הממונה על המחוז הוזמן, באותה פניה, לביקור בכפר בכדי לעמוד מקרוב על קשיי היום יום ומצוקת המגורים של התושבים בישוב. לחילופין ביקש הוועד להיפגש עם הממונה לתיאור המצב בישוב ועל מנת להתעדכן לגבי התוכניות העתידיות באזור ואופן השתלבותם בהן.

12. בעקבות המכתב, נתבקשו חברי הוועד להיפגש עם מר אילן שגיא, ראש היחידה לפיקוח על הבניה. הפגישה עם מר שגיא התקיימה ביום 6.6.06 ובה הסביר האחרון לחברי הוועד, כי ההתראות הוצאו על מנת להפעיל לחץ על תושבי הכפר. מר שגיא הבהיר, כי לא ייפתחו תיקים להריסות למשך 3 חודשים, אך התנה זאת בהריסת מבנה אחר אשר אינו מאוכלס ואשר קיים לגביו צו הריסה מינהלי שהיה תלוי ועומד בבית משפט השלום בבאר שבע, במסגרת בקשה לביטולו. בנוסף, התנה מר שגיא זאת בתחילת מו"מ למציאת פתרון לתושבי הכפר והפנה אותם למר יעקב כץ, ראש ה"מנהלה לקידום הבדואים" (להלן: "המנהלה") במינהל מקרקעי ישראל.

13. הצדדים בתיק צו ההריסה המינהלי הנ"ל הגיעו להסכמה, והבית נהרס תוך 14 יום כמתחייב.
מצ"ב העתק החלטת בית המשפט מיום 1.6.06, כנספח ז'.

14. ביום 6.6.06 הוצא מכתבו של מר דודו כהן לפיו "השטח שבו אתם מתגוררים ידוע כשטח צבאי – "שטח אג"ת" שקם לקניין המדינה בשנת 1980 ומיועד להקמת בסיס צבאי." עוד הסביר מר כהן במכתבו, כי "ממנהלת הבדואים נמסר כי יש עבורכם פתרון בהרחבת רהט (פרוייקט דרום רהט)"
מצ"ב העתק המכתב מיום 6.6.06, כנספח ח'.

15. חברי הוועד פנו למר כץ, אשר הפנה אותם למר אלי יפרח, האחראי על אזור כסייפה מטעם המנהלה. בפגישה עם מר יפרח מיום 8.6.06 הסביר הנ"ל, כי אין הרבה אופציות לתושבי הכפר והוא ביקש, כי ילכו בעצמם למרעית ולרהט לבדוק אפשרויות העברה לשם.

16. בעקבות הפגישה עם מר יפרח ובעקבות הבנתם לאי רצינות הצעותיו, ביקשו ונפגשו הנ"ל עם מר כץ ביום 6.7.06. מר כץ חזר על אותם דברים של מר יפרח והסביר, כי אין אופציות מאחר הבדואים אינם משחררים שטחים. באותה ישיבה ביקש הוועד ממר כץ לשקול הקמת ישוב חקלאי לתושבי הכפר. תשובתו של כץ מיהרה לבוא תוך שניות והוא הסביר, כי תושבי הכפר אינם מבינים בחקלאות וכי אין לו אפשרות לתת שטחי חקלאות. מר כץ סיכם בכך שיבדוק אופציה בתוכנית עתידית של הישוב רהט.

17. מאז לא קיבלו תושבי הכפר כל מענה ענייני וכל אפשרות ריאלית ואמיתית לפתרון בעייתם. ביום 13.9.06 פנו אלה שוב בבקשה למר דודו כהן, הממונה על המחוז לשם קביעת פגישה דחופה עמו.

מצ"ב העתק המכתב מיום 13.9.06, כנספח ט'.

18. בחודש יוני 2007, ניגשו נציגי הועד המקומי למנהלת הבדואים בתקווה כי יוכלו להיפגש עם מי מהממונים במשרד. באותו ביקור נפגשו אלה באקראי וקצרות עם מר אילן ישורון, מנהל המנהלה כיום, והני"ל הודיע להם כי אין בינתיים פתרון לתושבים באלסרה ולכן לא ימהרו להרוס.

19. באשר לתוכנית מתאר מחוזית תמ"מ 4/14, כיום מופקדת תוכנית חדשה לאזור, הידועה כתוכנית מטרופולין באר שבע (תוכנית מתאר מחוזית חלקית 4/14 שינוי מס' 23) שמייעדת את האזור לאזור תעשייה. כיום פועלים תושבי הכפר, בליווי וסיוע ארגוני זכויות אדם, להכין ולהגיש התנגדות לתוכנית המטרופולין המופקדת. בהתנגדותם יבקשו התושבים לשנות את ייעוד הקרקע ולבדוק אפשרות תכנונית של הכרה בכפר וייעוד האזור למגורים.

20. יצויין, כי מאז הקמתו של הועד המקומי באלסרה, לפני יותר משנה, נציגי התושבים באו במגעים בלתי פוסקים על הרשויות, בשם התושבים, על מנת לברר את פשר הדברים ובניסיון להגיע להסכמות בעניין. כמפורט לעיל, לרשויות לא היה מה להציע לנו בהקשר הזה ואף פתרונות שהתושבים הציעו נדחו מיידית על ידם.

21. לכל אורך הדרך הועד המקומי ייצג את התושבים, ומעולם לא הוטל ספק בעניין זה. הועד הציג את עצמו כוועד נבחר, ומעולם לא היה נסיון מטעם מי מהממונים לברר מי הם בעלי הבתים ומי מתגורר בכל בית בכפר, אף לא בעת הדבקות ההתראות בספטמבר 2006.

בקשת המשיבה להוצאת צו הריסה:

22. ביום 25.6.06 הגישה המשיבה בקשות למתן צווי הריסה על פי סעיף 212 לחוק, במעמד צד אחד. בקשתה של המשיבה במעמד צד אחד נסמכה על ההסבר כי "אין בידי מפקחי המבקשת פרטים בדבר זהותו של בעל המבנה ו/או האחראי לבניה ולשימוש".

23. לגופו של עניין נטען בבקשה, כי המבנה הוקם ללא היתר ואין אפשרות להכשירו וכי האזור מיועד לאזור תעשייה והא מצוי בבעלות המדינה, מכוח חוק רכישת מקרקעין בנגב (חוזת שלום עם מצרים), התש"מ – 1980.

החלטת בית המשפט הנכבד שניתנה במעמד צד אחד:

24. בהסתמך על האמור בתצהיר המפקח התומך בבקשה למתן צו ההריסה, קבע בית המשפט הנכבד, כי "בתצהיר שצורף לבקשה, נטען כי המבקשת אינה יכולה להוכיח מי ביצע את העבירה, או למצוא אותו וכי אף לאחר הדבקת התראה על המבנה, לא פנה את המבקשת כל גורם לטעון כנגד ההריסה."

25. ולגופו של עניין קבע בית המשפט הנכבד, בין היתר, כי אינטירס ציבורי שיכול להוביל למתן צו הריסה על פי סעיף 212 לעיל "יכול להיות, בין היתר, בכך שבאי ביצוע ההריסה יוצא חוטא נשכר ולמניעת תוהו ובוהו שיוצרת הבניה הבלתי חוקית וכן בשל החשש, כי אי מתן צו ההריסה עלול להתפרש כמתן היתר בפועל, דבר שאין לו מקום במדינת חוק מתוקנת."

המסגרת הנורמטיבית:

26. סעיף 212 לחוק התכנון והבניה קובע:

"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."

27. הסעיף הנ"ל מניח שלוש הנחות יסוד, עליהן ישתית בית המשפט את שיקוליו למתן צו הריסה ללא הרשעה:

- א. קיומה של עבירת בניה;
- ב. מבצע הבניה היה צפוי להרשעה בגין העבירה;
- ג. בית המשפט היה רשאי לצוות על הריסת הבניין לפי סמכויותיו על-פי סעיף 205 לחוק.

28. בהתקיים שלוש היסודות הנ"ל, בית המשפט רשאי לעבור לשלב השני של בחינת המקרה המובא בפניו ובאם הוא עונה על אחת הנסיבות המפורטות בחמש החלופות של סעיף 212 הנ"ל. ואם התקיימה אחת החלופות, אזי רשאי בית המשפט לעבור לשלב השלישי של בחינת האם מן הראוי, בנסיבות המקרה, להוציא צו הריסה אם לאו.

ראה לעניין זה :

ד"ר שמואל רויטל, "דיני התכנון והבניה", הוצאות סדן, כרך שני עמ' 950.
נחמיה בן תור, "צווים נגד בניה בלתי-חוקית", בורסי הוצאה לאור של ספרי משפט 1997,
עמ' 95-96.

אי קיום אחת החלופות של סעיף 212 לחוק:

29. המבקש יטען, כי לא התקיימה אחת החלופות של סעיף 212 לחוק. כאמור, בבקשת המשיבה למתן צו הריסה במעמד צד אחד נטען, כי מאחר ולא התייצב מאן שהוא לחקירה ביחס למבנה הנ"ל, אין למבקשת פרטים ביחס לזהות הבונה ו/או המשתמש.

30. בתצהירו, התומך בבקשה למתן צו הריסה, מפרט המפקח, בין היתר, כי, אנשים שנכחו במקום סרבו לשתף פעולה. וכי, על גבי המבנה הדבקתי הזמנה/התראה בשפה העברית והעברית להתייצב ולהיחקר במשרדי המבקשת בחשד לביצוע עבירות בניה. איש לא הגיב להזמנה.

31. המבקש יטען, כי פרטים אלה אשר פורטו בבקשת המשיבה אינם נכונים הם, בלשון המעטה. כמפורט לעיל, מיד עם קבלת ההתראות פנו הנ"ל, באמצעות נציגיהם, הן בכתב והן בעל פה, למר אילן שגיאל ולמר דודו כהן, אך על אף כל מאמציהם לא הצליחו לקבוע עמם כל פגישה לאחר הדבקת ההתראות בספטמבר 2006. יתירה מכך, התושבים אף פנו באמצעות עו"ד, בנובמבר 2007, אל הממונים, אך טרם קיבלו כל מענה ענייני מכל הגורמים המכותבים. כך טרם קיבלו את עמדת היועמ"ש לממשלה בנושא זה.

32. יצויין, כי במהלך השנה שעברה (2006) ובעקבות הדבקת התראות על מספר בתים בכפר במאי 2006, קיימו נציגי הכפר פגישות רבות עם הממונים להבהרת פשר ההתראות ובניסיון למצוא פתרון הולם לבעייה, אך טרם נמצא פתרון כזה. ההתכתבויות בעניין זה אף מוכיחות, כי לתצהירו של המפקח אין היאחזות במציאות והוא נסמך על עובדות לא נכונות.

33. המבקש יטען, כי המשיבה ידעה ו/או היה ביכולתה לדעת את זהות בעלי הבתים בעת פנו אלה באמצעות נציגיהם אל הרשויות מיד עם קבלת ההתראות. על כן, לא התקיימה חלופה (1) בסעיף 212 ולכן לא היתה סמכות לבית המשפט הנכבד, ליתן צו הריסה על פי אותו סעיף, ולא היתה סמכות לבית המשפט הנכבד ליתן צו הריסה, כאמור, במעמד צד אחד.

34. לעניין זה יטען המבקש, כי אין הדבקת ההתראה יכולה להיחשב כהזמנה לצורך העניין. כך, אין בהתראה נמצא כל תיאור של המבנה, מיקומו המדוייק ואין אף נקודת ציון של המבנה האמור. יתירה מכך, אין ההתראה מפרטת שהיא הליך מקדמי לבקשה על פי סעיף 212 לחוק,

אין בה פירוט לפעולות אשר רשאיות הרשויות לנקוט במידה ובעל המבנה לא יתייצב בפני המפקח, וחשוב מכל, אף לא סומנו על גבי ההתראה הסעיפים הרלוונטיים לבניין הספציפי או לבעליו. כך למשל ההתראה כוללת מספר אופציות עובדתיות, הניה ללא היתר, בניה בסטיה מהיתר, שימוש בסטיה מתוכנית וכד', ההתראות שהודבקו לא כללו סימון של הסעיפים הרלוונטיים מבחינת המשיבה. המסקנה היא, כי ההתראה הינה עמומה, איננה ברורה מספיק ואי אפשר ללמוד ממנה דבר בנושא הבניין עליו היא הודבקה.

35. יתירה מזו, המבקש יטען, כי, בנסיבות העניין, מן הדין ומן הראוי היה אילו בית המשפט הנכבד היה מורה על הדבקת העתק הבקשה לצו הריסה יחד עם הזמנה לדין על הבניין שהריסתו מבוקשת.

36. בסמכותו של בית המשפט הנכבד היה לקבוע, כי העתק הבקשה למתן צו ההריסה יחד עם הזמנה לדין, תודבק על המבנה נשוא הבקשה מבעוד מועד, וכך לתת אפשרות לבעלי הבניין לבוא ולהתגונן מפני הוצאת צו הריסה כמבוקש. עניין זה מקבל משנה חשיבות לאור העובדה, כי צו הריסה הנו צו דרסטי במהותו והשלכותיו על בעלי הבתים והמתגוררים בהם הנה גורלית. המשפחות המתגוררות בבתיים אלה עלולות לאבד את קורת הגג היחידה שלהן ועלולות למצוא את עצמן מתחת לכיפת השמיים.

37. אמצעים אלה מתבקשים הם מפרשנותו התכליתית של סעיף 212 לחוק, ברוח חוקי היסוד בכלל, ובפרט חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה, כל פגיעה בזכות יסוד אמורה לעמוד במבחן המידתיות. בענייננו, אי נקיטת כל אמצעים לאיתור בעלי הבניין המבוקש הריסתו הופכת את החלטת בית המשפט הנכבד כלא מידתית, בייחוד כאשר זו ניתנת במעמד צד אחד.

לעניין פרשנותם התכליתית של חוקים לאחר חקיקת חוקי היסוד ראה: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589; ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (פסק דין מיום 4.5.2006).

38. המבקש יטען, כי היות והוגשה לבית המשפט הנכבד בקשה למתן צו הריסה במעמד צד אחד, היה על בית המשפט הנכבד לנקוט בכל האמצעים על מנת לאתר את בעל הבניין המבוקש הריסתו או לוודא, כי ננקטו כל האמצעים לעשות כן אך ללא כל הועיל. אין מקום, בנסיבות העניין, להסתפק בהצהרה מטעם מי מפקידי הפיקוח, כי לא יכול היה לאתר את בעל הבניין, אלא עליו לפרט ולהוכיח, כי עשה את כל שביכולתו ונקט בכל האמצעים הדרושים לאיתור בעל הבניין.

39. במידה והמשיבה איננה עומדת בנטל זה, בסמכותו של בית המשפט להורות על נקיטה באמצעים ספציפיים, כאמור, לאיתור בעל הבניין. ואם לא כן, דין הבקשה להידחות על הסף בשל אי קיום אחת החלופות של סעיף 212 לעיל, וכן בשל אי קיום התנאים לדיון בבקשה במעמד צד אחד.

40. מתן צווי הריסה, ללא הרשעה ובמעמד צד אחד, שאמור להיות החריג שבחריג, הופך, בנסיבות ההחלטה בתיק דנן, לתופעה מדאיגה לפיה, כל שני וחמישי יכולים נציגי המשיבה לגשת לבית המשפט עם בקשות סיטונאיות למתן צווי הריסה ללא הרשעה, ובית המשפט ייענה לבקשות אלה ויוציא צווי הריסה כמבוקש. תופעה זו, לא רק שתחרוג היא ממסגרת חוק התכנון והבניה ומתכליתו של סעיף 212 שבו, אלא תהווה הפרה בוטה לזכויות יסוד של בעלי הבתים, גם לכבוד, גם להגנה וגם לקבל את יומם בבית המשפט.

41. המבקש יטען, כי בנסיבות העניין, החלטת בית המשפט הנכבד חורגת אף מעקרונות השיטה המשפטית. זהו הליך אשר, ככלל, אמור להתקיים בפני הצדדים, שבו המשיבה צריכה להוכיח את כלל טענותיה ולעמוד בנטל ההוכחה והשכנוע מדוע יש מקום ליתן צו הריסה ללא הרשעה. עוד, זהו הליך שאמור ליתן לבעל הבניין המבוקש הריסתו אפשרות לשכנע את בית המשפט מדוע אין מקום להוצאת צו הריסה. לעומת זאת, הליך זה הופך, בנסיבות העניין, להליך חד צדדי שהמשיבה איננה עומדת בו בשום נטל הוכחה או שכנוע ושכנוע נחרץ גורלו של בית המאכלס משפחה עם ילדים ללא מדור חלופי.

חוסר תום לב וניצול הליכים לרעה:

42. המבקש יטען, כי המשיבה מנצלת את חוק התכנון והבניה לרעה על מנת להפעיל לחצים על תושבי כפר אלסרה לנטוש את המקום ולעבור להתגורר באחד מריכוזי הבדואים הקיימים. כאמור, הכפר קיים עוד מלפני קום המדינה, ולא חל כל שינוי במצב הקיים, כך שאין הסבר להגשת הבקשות במועד זה, אלא הפעלת לחץ פסול על תושבי הכפר לעזוב את כפרם ואת אדמתם ולעבור לריכוזים הקיימים.

43. יתירה מזו, המבקש יטען, כי ניצול חוק התכנון והבניה בנסיבות העניין, בא גם בכדי לפגוע באפשרויות המבקש לזכות בתביעות הסדר המקרקעין שיש למשפחות בכפר על הקרקע. שכן, זכויותיהם של האחרונים בקרקע נובעות, בין היתר, מכוח חזקה ממושכת בה. הריסת הבתים ופינוי תושבי הכפר ממקום מושבם יפגע בסיכוייהם לזכות בתביעות הסדר התלויות ועומדות משנות השבעים, כפי שפורט לעיל.

44. לעניין זה נקבע בפרשת פלאח :

"הפירוש הנכון [...] הוא, כי הרשות מנסה להיעזר בצו הריסה כמנוף, על מנת לדרבן את המערער לנטוש את המקום ולעבור להתגורר בריכוז הבדואי בפרוש רומנה, שם ייהנה המערער מתשתית אורבנית ומתנאי קידמה. מאידך גיסא, לא שמענו מפי העד, האם ולאיזה צורך נזקקת הרשות לשטח עליו נמצא המבנה, ומכל מקום, צורך או "נחיצות" כזו (בלשון בא-כוח המשיבה), לא הוכחו. כזכור, לא חלה בשטח כל תכנית ואף תכנון אין בנמצא שם.

לא נראה לנו, כי השימוש שמבקשת כאן הרשות לעשות בצו ההריסה על פי ההוראה הרלוונטית הוא שימוש נכון ולגיטימי, שאנו נוכל לאשרו. יכולים אנו להעריך, כמובן, את רצונן של הרשויות להיטיב עם המערער ולהעמיד לרשותו קרקע חלופית ביישוב אחר, מסודר ובעל שירותים עירוניים, אך לא לכך נועדה הסמכות הנדונה כאן."

ע"פ 91 / 224 מוחמד סאלח פלאח נ' מדינת ישראל נב (3) 332, עמוד 337

נטל הוכחת עבירת בניה והעדר אינטרס ציבורי המצדיק הוצאת צו הריסה:

45. המבקש יטען, כי תנאי סף יסודי להפעלתו של סעיף 212 לחוק הוא, כי על המבקשת להוכיח כי נעברה עבירה בגינה ניתן היה ליתן צו הריסה. מידת ההוכחה של יסוד זה של הסעיף הנה שווה למידת הוכחה המוטלת על התביעה בתיק בגין עבירת בניה ללא היתר לפי החוק. על כך פורט ב- ת"פ 87 / 4 כלהלן:

"הליך לפי סעיף 212 לחוק אינו אמנם הליך פלילי. ברם, מידת ההוכחה להוכיח שנתמלאו יסודות האמור בסעיף המוטלת על המבקש סעד על-פיו, אינה נופלת ממידת ההוכחה המוטלת על התביעה בבואה להוכיח עבירה לפי פרק י"א לחוק; למסקנה זו הגעתי הן מנוסחו של סעיף 212 והן מאופיו של הסעיף.

הוראות סעיף 212 לחוק הינן יוצאות דופן ומרחיקות לכת ביותר במסגרת הדין. ניתן להטיל על-פיהן צו אשר אדם עשוי להפגע פגיעה קשה מתוצאותיו מבלי שהועמד לדין בעבירה, בעוד שאילו היה עומד לדין - שכן הרשעה בו היתה מביאה להטלת הצו - יכול היה לעורר טענות המשמשות מחסום והגנה מלאה כלפי העמדתו לדין, שהוא ההסדר החוקתי הנורמטיבי והרגיל."

46. בענייננו, לא הביאה המשיבה כל ראיה להוכחת טענתה בדבר הבניה ללא היתר. לעניין זה אין די באמירה ו/או בהנחה של המשיבה, כי הבניה נעשתה ללא היתר, על המשיבה להניח את מלוא התשתית הראייתית לכך שהבניה נעשתה ללא היתר, ואף אין די לעניין זה באמירה ו/או הצהרה סתמית של מי מטעם המשיבה שהבניה נעשתה ללא היתר.

47. הסתמכות בית המשפט הנכבד על האמירות הכלליות בתצהיר התומך בבקשת המשיבה, כי "המבנה הוקם ללא היתר ואין אפשרות ליתן היתר במקום" כמוה כהרשעה פלילית במעמד צד אחד וללא מתן אפשרות לנאשם להתגונן. תוצאה זו, יטען המבקש, אין שיטת המשפט יכולה לסבול, בנסיבות העניין.

48. המבקש יוסיף ויטען, כי לא התקיים בענייננו אינטירס ציבורי חיוני המאפשר מתן צו הריסה על פי החוק.

49. כאמור, בית המשפט הנכבד קבע לעניין זה כלהלן:

"אינטירס ציבורי כאמור, יכול להיות, בין היתר, בכך שבאי ביצוע ההריסה יוצא חוטא נשכר ולמניעת תוהו ובוהו שיוצרת הבניה הבלתי חוקית וכן בשל החשש, כי אי מתן צו ההריסה עלול להתפרש כמתן היתר בפועל, דבר שאין לו מקום במדינת חוק מתוקנת."

50. לצורך בחינת שאלת קיומו או העדרו של אינטירס ציבורי המצדיק הוצאת צו הריסה על פי סעיף 212 לחוק, נבחן תחילה את תכליתו של סעיף 212 לחוק בהשוואה לסמכות בית המשפט על פי סעיף 205 לחוק (הריסה לאחר הרשעה).

51. ובכן, קיים הבדל גדול ביותר בין תכליתו של צו הריסה לפי סעיף 205 לחוק התכנון והבניה לבין צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק. על כך עמד כבוד השופט קדמי בפרשת **יצחק** באומרו:

"לשיטתי, יש להבחין בין סמכותו של בית המשפט להורות על הריסה לפי סעיף 205 לחוק התכנון-בעקבות הרשעה באחריות להקמת מבנה ללא היתר - לבין הסמכות הנתונה לבית המשפט בסעיף 212 לחוק התכנון להורות על הריסת מבנה שהוקם ללא היתר, ללא קשר להרשעה. תכליתו של צו

הריסה לפי סעיף 205 הנ"ל היא, להחזיר את המצב לקדמותו ולסלק מבנה שהוקם תוך הפרת החוק לבל ימצא חוטא נשכר; בעוד שתכליתו של צו הריסה לפי סעיף 212 הנ"ל היא, שמירת הסדר הציבורי ומניעת מטרד מן הציבור בשל עצם קיומו של מבנה בלתי חוקי. לא בכדי מדבר סעיף 205 הנ"ל ב"אמצעים נוספים" לענישתו של עבריין בנייה; ואילו סעיף 212 האמור מדבר ב"הריסה ללא הרשעה", לאמור - שאין בה משום נקיטה באמצעים כנגד עבריין בנייה, אלא בהסרת "מכשול" לרבים במובן הרחב של המושג. צו הריסה לפי סעיף 205 לחוק התכנון מכון כנגד העבריין; בעוד שצו הריסה לפי סעיף 212 לחוק האמור מכון כנגד ה"מבנה" שהוקם שלא כחוק."

ע"פ 97 / 3490 אליהו יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה כפר סבא, פ"ד נב(1) 136, 141.

ראה לעניין זה גם:

רע"פ 124/01 זאב ניקר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 151.

52. המבקש יטען, כי אף אם נניח לצורך העניין, כי המבנה דן נבנה ללא היתר, הרי עובדה זו אינה מצדיקה הריסה ללא הרשעה על פי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה. המבקש יטען, כי פרשנות זו מרוקנת מתוכן את הוראות סעיף 212 לחוק וחוטאת את כוונת המחוקק. הרי אם התכוון המחוקק ליתן הצדקה להריסה על פי סעיף 212 לחוק, בכל מקרה של בניה ללא היתר היה קובע חובה על בית המשפט ליתן צו הריסה כאמור ללא כל שיקול דעת.

53. כך נקבע בפרשת פלאח כלהלן:

"ומאידך גיסא, ברי וברור הוא, שבעצם העובדה שהמבנה נבנה בלא היתר היא כשלעצמה אין בה די, שאם לא כן, צו ההריסה בנסיבות המתוארות בסעיף 212 היה בגדר צו מנדטורי ולא מסור לשיקול דעתו של בית המשפט, כפי שהדבר בפועל."

ע"פ 91 / 224 מוחמד סאלח פלאח נ' מדינת ישראל נב(3) 332, עמוד 336.

54. ובפרשת יצחק נקבע לעניין זה, כי:

"כאשר מדובר בבקשה למתן צו הריסה ללא הרשעה - לפי סעיף 212 לחוק התכנון - שונים פני הדברים. בעניין זה, אין די לה למדינה בהוכחה כי נתקיימו התנאים המקימים את

הסמכות לצוות על ההריסה, ועליה להוכיח כי בנסיבות העניין ישנה הצדקה ליתן צו כזה מטעמים של "עניין ציבורי" חשוב; כאשר בפני המתנגד למתן הצו פתוחה האפשרות להציג שיקולים התומכים בהתנגדותו. צו הריסה יינתן רק במקום ששיקולי ה"עניין הציבורי" גוברים על השיקולים האחרים שמציג המתנגד."

ע"פ 97 / 3490 אליהו יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר סבא נב (1) 136, עמוד 141-142.

55. ובפסק דין מאוחר יותר בפרשת **ניקר**, נקבע:

"לעניין סעיף 212 - להבדיל מסעיף 205 לחוק - לא די למדינה להראות כי הבנייה היא ללא היתר. עליה להראות "הצדקה" להריסה. למתנגד לצו לפי סעיף 212 האפשרות להראות מדוע לא "מוצדק" הוא להרוס את המבנה, ובית- המשפט - מכריע."

רע"פ 01 / 124 זאב ניקר נ' מדינת ישראל נו (3) 151, עמוד 155.

56. יתירה מזו, הלכה פסוקה היא כי כאשר עניין לנו בבניה ישנה, על בית המשפט לנקוט במשנה זהירות בעניין הוצאת צו הריסה ללא הרשעה, אשר יינתן אך בהימצא אינטרס ציבורי חשוב שיש להגן עליו. כך נקבע על ידי בית המשפט המחוזי בפרשת **פלאח**:

"שעה שהמדובר הוא על מתן צו הריסה כלפי נאשם שלא הורשע בדין ואף זוכה ולוא בשל טענת התיישנות, הרי נראה לנו, שיש לעשות שימוש במשורה ובזהירות בסמכות של מתן צו הריסה; לדעתנו, נועדה הסמכות המיוחדת הזו הקבועה בדין וכזיקה למהות בה אנו עוסקים כאן, על מנת להגן על אינטרס ציבורי חשוב. באותם מקרים בהם השארת המבנה חסר ההיתר גורמת לתקלה ציבורית חמורה וקשה, הרי שעל מנת לסלקה מאפשר הדין נקיטת צעדים גם כלפי נאשם שזוכה בדין. רוצה לומר, הסמכות הזו נועדה בעיקרה על מנת להגן על הכלל, כאשר שלוחיו ומשמשי טעו ולא נקטו צעדים משפטיים בעוד מועד נגד עברייני הבנייה. באספקלריה זו יש לקבוע, כי השימוש בסמכות הנדונה ייעשה, בעיקרו של דבר, שעה שהבנייה הנדונה גורמת לתקלה ציבורית. כגון, שהיא גורמת למיטרד לרבים, כמו בע"פ (ב"ש 271/75) [5], שם דובר במבנה שהוקם שלא כדין על מדרכה ציבורית, או שעה שהבנייה הזו מסכלת או מפריעה למימושה ולביצועה של כל

תכנית חשובה או חיונית, שאושרה גבי השטח בו מצוי
המבנה."

ע"פ 91 / 224 מוחמד סאלח פלאח נ' מדינת ישראל (לא פורסם)

57. המבקש יטען, כי הפעלתו של סעיף 212 לחוק ומתן צווי הריסה ללא הרשעה על פיו, צריכה להיות במקרים חריגים בלבד. אין בכוונתנו כאן כמובן לתקוף את חוקתיותו של אותו סעיף, אך נטען, כי אף שבפסיקה הנוכחית, כמפורט לעיל, נתפרש סעיף 212 לחוק כחריג שיש להפעילו בזהירות רבה, יש מקום אף לבחינה מחודשת של תכליתו לאור חוקי היסוד, כאמור לעיל ולקבוע אף עקרונות נוקשים יותר לצורך הפעלתו.

58. עניין לנו, כאמור בצו הריסה בעל השפעות דרסטיות וגורליות על בית המבקש המאכלס אותו יחד עם בני משפחתו, משבאה המדינה בבקשה ליתן צו הריסה כנגד אותו בית ובמעמד צד אחד, על בית המשפט לפעול במשנה זהירות לפני מתן צו הריסה כאמור.

59. פרשנותו של בית המשפט הנכבד לסעיף 212 לחוק, קובעת, הלכה למעשה, זהות בין תכליתו של אותו סעיף לבין תכליתו של סעיף 205 לחוק. כאשר המחוקק ביקש להבחין באופן מפורש בין הסמכויות בשני הסעיפים.

60. המבקש יטען, כי אי מתן צו הריסה, אין משמעותו כמתן היתר בפועל לבית. שכן הרשויות יכולות להגיש בקשות מחודשות, בהתקיים נסיבות חדשות, המצדיקות לטעמן, הוצאת צו הריסה כאמור. לעניין זה נקבע מפורשות בפרשת **ניקר** :

"הימנעות ממתן צו הריסה לפי סעיף 212 איננה שקולה למתן היתר. אם יסתבר בעתיד כי הקיר מסוכן, או יתגלה נתון נוסף, כגון פגיעה באחוזי בנייה של שכנים, או כל נתון אחר ה"מצדיק" צו הריסה - אין מניעה להגשת בקשה חדשה למתן צו זה."

רע"פ 01 / 124 זאב ניקר נ' מדינת ישראל נו (3) 151, עמוד 156.

61. המשיבה לא פירטה בבקשתה כלל טעמים מיוחדים כלשהם למתן צו ההריסה. כך למשל לא הוזכרו כלל טעמים של מטרד לרבים, תוכנית מתאר מאושרת אשר בלתי ניתנת לביצוע כתוצאה מהימצאותו של הבית, פגיעה באינטירס ציבורי ספציפי וחשוב כגון הקמת מבנים או הרחבת שכונה וכד'. כל אשר הזכירה המשיבה בבקשתה היה, כי המבנה הוקם ללא היתר וכי האזור מיועד כאזור תעשייה על פי תוכנית המתאר המחוזית. נהפוך הוא, המשיבה מסבירה בסעיף 11.3 לבקשה למתן צו הריסה, כי תוכנית המתאר המחוזית מורה על הצורך בקיומה

של תוכנית מתאר מקומית ותוכנית מתאר מפורטת, אשר אינן קיימות, דבר המורה על העדר הצורך, ברגע זה, לכל שימוש בקרקע עליה בנוי המבנה.

62. יתירה מזו, המשיבה לא נימקה מדוע הריסת המבנה דרושה בשלב ספציפי זה ומדוע לא פעלה משך שנים רבות. המשיבה גם הציגה עובדה לא נכונה בדבר היות הקרקע עליה בנוי המבנה בבעלות המדינה, כביכול. בנסיבות העניין, הבקשה שהוגשה איננה יכולה להוות בסיס להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט דלמטה להוצאת צו הריסה כנגד המבנה. האמור לעיל מקבל משנה תוקף לאור העובדה כי תמ"מ 4/14 קיבלה תוקף לפני שנים רבות, מאז היא לא בוצעה, כאמור, והיא נעשתה בידיעה על קיומו של הכפר.

63. המשיבה אף לא הצביעה על שינוי נסיבות כלשהן אשר יש בהן כדי להסביר מדוע החליטו הרשויות לפעול במועד בו החליטו לפעול ולאחר חלוף זמן מביניית הבית. בפרשת ד"ר, קיבל בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ערעורו של מר ד"ר בגין הוצאת צו הריסה ללא הרשעה, בגין בניה ישנה על פי סעיף 212 לחוק, וזאת מחמת חלוף זמן רב עד אשר החליטו הרשויות לפעול בעניין, ושם נקבע:

"בהעדר ראיות לכך בבית-משפט קמא - בהעדר טעון בבקשה - אין הסבר, מדוע, מה שלא הפריע לרשויות התכנון והפיקוח, הממונות על מדיניות הבניה ואכיפת חוקי התכנון והבניה, במשך שנים כה רבות, אף שקיומו של המבנה הלא חוקי היה בידיעתן - מפריע כעת; האם מדובר בפיקוח ובאכיפה שיטתיים או שמא בגחמות, הקמות ונופלות מדי כמה שנים, או בניעור אבק מקרי של התיק. בשל סיבה זו - ורק בשלה, הייתי מציע לקבל את הערעור ולבטל את צו ההריסה."

ע"פ (תל-אביב-יפו) 98 / 3832 יפה ד"ר נ' מדינת ישראל, תק-מח 98 (4), 2334.

64. לעומת זאת קיימים, בענייננו, שיקולים רבים שיש בהם כדי למנוע הוצאת צו הריסה כמבוקש כגון, אין הבית מונע ביצוע תוכנית כלשהי, אין הבית גורם למטרד כלשהו, אין הבית פוגע בצד ג' כלשהו, הקרקע עליה בנוי הבית נמצאת בהליכי הסדר, העובדה כי הכפר קיים מזה עשרות שנים, עוד מלפני קום המדינה, ולבסוף נסיבותיו האישיות של המבקש ובני משפחתו, כפי שאלה פורטו בתצהירו.

65. שיקולים אלה מתחזקים, והאינטרסים הציבוריים עליהם צריכה הרשות להצביע להצדקת הוצאת צו הריסה ללא הרשעה, צריכים להיות כבדים יותר, חיוניים יותר ומיידים, ושוב

מאחר ומדובר בפגיעה חמורה ביותר בזכותו של המבקש ובני משפחתו לדיור, הנחשבת לזכות יסוד חוקתית.

66. הלכה פסוקה היא כי הזכות לדיור אף היא זכות חוקתית הנחשבת כחלק מזכות היסוד של האדם לכבוד. על חשיבותה של הזכות לדיור כחלק מכבוד האדם וחירותו נקבע בפרשת **גמזו**:

"כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע."

רע"א 4905/98 פרופ' יוסף גמזו נ' נעמה ישעיהו ואח' (טרם פורסם), תק-על 2001 (1) 1440, 1446.

ראה לעניין זה גם:

אהרן ברק, "פרשנות במשפט", נבו הוצאה לאור, חלק שלישי עמ' 422-423

67. הלכה פסוקה היא, כי חוקים יש לפרש תוך שמירה על ההרמוניה עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית. כך יש לפרש את הוראות חוק התכנון והבניה ואת התכליות העומדות מאחוריו. וכלשון כב' השופט גולדברג בפרשת **אזולאי**:

"[כיוון] ש"נקודת המוצא החוקתית הינה קיומן ושמירתן של זכויות היסוד במשטר דמוקרטי, ההנחה הינה, כי המחוקק (הראשי או המשני), שעה שהוא מוציא תחת ידו דבר חקיקה, מבקש לקיים ולשמר את זכויות היסוד. מכאן, שתכליתה של כל חקיקה היא לקיים ולשמר זכויות יסוד ולא לפגוע בהן"

"[...]"

כל יש לפרש גם את תכליתו של חוק התכנון והבניה, כבא להגשים את עקרונותיה של השיטה המשפטית [...]"

רע"פ 5086/97 בן חור ואח' נ' עיריית תל-אביב יפו ואח', פ"ד נא(4) 625, 645.

68. יתירה מכך, כלל יסוד הוא שחוקים או סעיפי חוק דרקוניים במהותם, כגון סעיף 212 לחוק, ואשר יש בהם פגיעה ישירה ודרקונית בזכויות חוקתיות, יש לפרש באופן מצמצם, בייחוד לאחר חקיקת חוקי היסוד.

69. המבקש יטען, כי דווקא בשל דרקוניות החוק בהקשר זה, מתבקשת פרשנות מצמצמת לסעיף 212 לחוק אשר תתיישב עם רוח העקרונות של חוקי היסוד ושתהלוט את מעמדה החוקתי של זכות הקניין והזכות לדיור. על השפעתם של חוקי היסוד במלאכת הפרשנות, נקבע בפרשת גנימאת כלהלן:

"אכן, בהוראות חוק היסוד אין כדי לפגוע בתוקפם של חיקוקים שהתקבלו לפניו (סעיף 10 לחוק היסוד). עם זאת, מחויבות כל רשויות השלטון – לרבות בית המשפט – לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל יסודם הן פועלות (סעיף 11 לחוק היסוד) [...] חובה זו על בית המשפט למלא הן במתן פירוש דווקני להוראות חוק הפוגעות בחירותו של אדם, והן בהפעלת שיקול-דעת שניתן לבית המשפט לפגוע בחירות באופן שזו לא תיפגע אלא במידה המזערית הנדרשת".

בש"פ 95 / 537 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פס"ד מט (3) 355, עמ' 375.

70. על עקרונות פרשניים אלה, המגשרים בין חקיקה ישנה לבין שינויים משפטיים, עמד אהרן ברק בספרו "שופט בחברה דמוקרטית" כלהלן:

"השופט עשוי לתת לחוק פירוש חדש. זהו פירוש דינמי, המבקש לגשר על הפער בין משפט למציאות חיים משתנה בלא שיהיה צורך לשנות את החוק עצמו [...]

[...]

שיקול הדעת השיפוטי נעשה במסגרת שיטת המשפט. הוא צריך להשתלב בה. השיטה המשפטית שבה משתלבת ההחלטה השיפוטי אינה גוף קפוא. השיטה המשפטית היא אורגניזם חי. שיקול הדעת השיפוטי הוא אחד הכוחות המפריים את תאיו. חייבת להיות התאמה בין הפעלת שיקול הדעת המפתח תאים מזה, לבין התפתחותו של האורגניזם החי של שיטת המשפט מזה [...]"

אהרן ברק "שופט בחברה דמוקרטית", כתר הוצאה לאור (2004), עמ' 64-57.

71. לאור עקרונות יסוד אלה יש לפרש את חוק התכנון והבניה בכלל וסעיף 212 לחוק בפרט. היות ועניין לנו בבקשה להריסה ללא הרשעה, כנגד בתים בכפר הקיים מזה עשרות רבות של שנים כאשר הרשויות מעולם לא פעלו כנגדו בכל אופן וכאשר למשפחות המתגוררות בו אין מדור במקומות אחרים, וכאשר קיים הליך הסדר מקרקעים במסגרתו תושבי הכפר בעלות

על הקרקע, כאשר לא קיים כלל אינטרס ציבורי חיוני ומיידים המצדיק את ההריסה, המבקש יטען, כי אין מקום בנסיבות העניין, להוציא צו הריסה כנגד הבניין.

לאור כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל בקשה זו ולבטל את צו ההריסה שהוצא כנגד הבית. כמו כן מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבה בהוצאות הבקשה.

עאדל בדיר, עו"ד
ב"כ המבקש

סוהאד בשארה, עו"ד
ב"כ המבקש