**בתי המשפט**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום באר שבע** | | **פ 003106/98** | |
|  | |
| **בפני:** | **כבוד השופט אריאל ואגו** | **תאריך:** | **19/12/2004** |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **בעניין:** | **מדינת ישראל** | |  |
|  | **ע"י ב"כ עוה"ד** | **ברקאי איתן** | המאשימה |
|  |  |  |  |
|  | נגד | |  |
|  | **אלאעסם חוסיין** | |  |
|  | **ע"י ב"כ עוה"ד** | **חודורוב יעקב** | הנאשם |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965](http://www.nevo.co.il/law/91073): סע' [205](http://www.nevo.co.il/law/91073/205), [205 (1)](http://www.nevo.co.il/law/91073/205.1), [212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212)

**גזר דין**

בהסכמת הצדדים אוחד הדיון בתיק זה באופן שכתב האישום נשוא ת.פ. 3106/98 נדון יחד עם בקשת הועדה המקומית בב.ש. 5222/98 – בקשה לפי [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212) ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073), תשכ"ה – 1965.

לפיכך, גזר דין זה הוא גם החלטה סופית – בפן האופרטיבי – בכל האמור בבקשה הנ"ל להבדיל מכתב האישום.

5129371

כתב האישום והבקשה שניהם עוסקים בקבוצת מבנים העשויים בד או פלסטיק מסביב לקונסטרוקציית עץ, שעל פי הגדרתם הרגילה הם בעצם אוהלים גדולים או סככות מקורות והמשמשים את הנאשם – המשיב למגורי משפחתו ולהלנת מקנהו (דיר).

כתב האישום הוגש בגין אחד המבנים, זה אשר הוקם באוקטובר 1997, והוא משמש כאוהל "שיג" לנאשם, ואילו הבקשה לפי [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212) עוסקת ביתרת המבנים שהוקמו לפני מועד זה, ובעת הגשת הבקשה כבר לא ניתן היה להגיש עליהם כתב אישום, בשל התיישנות.

הנאשם – המשיב (לשם הקיצור יכונה להלן: "הנאשם") ומשפחתו מחזיקים במקרקעין שעליהם הוקמו המבנים לפחות 40 שנה, והזכויות במקרקעין לרבות שאלת החזקתם על ידי הנאשם ומשפחתו היו וכנראה עדיין נושא להתדיינות בין המדינה, באמצעות ממ"י, לנאשם ומשפחתו בהליכים אחרים.

הרקע להגשת האישום והבקשה הוא בכך שמינהל מקרקעי ישראל חפץ להקים בשטח שבו בין השאר, שוכנת משפחת הנאשם, פארק שישמש לנופש וספורט ושמו "פארק חצרים", ובו גם מתחם המיועד לספורט מוטורי, והמאשימה סבורה, שכל עוד לא תפונה הבניה הבלתי חוקית שבתחום הפארק המיועד לא ניתן יהיה להקים את הפארק או יותר נכון לשווק את המתחמים השונים שבו ליזמים, אשר יקימו אותו בפועל. (כך מצינו בתעודת עובד ציבור של מר חגי סלע ראש ענף תכנון בממ"י, שהוגשה ביום 13/6/99, ובעדותו מיום 6/6/01).

מראשית ניהולו של התיק אין המדינה מסתירה, כי התכלית האמיתית של הגשת ההליכים מטעמה הינה, להביא לפינוי מהיר ככל האפשר של משפחת הנאשם מהאתר הנדון על מנת לזרז ולאפשר את תהליך הקמת הפארק שלשיטת המדינה יתרום לרווחת תושבי כל האזור, וכי החזקת הנאשם בקרקע ובמבנים – אוהלים הללו היא כמעין "עצם בגרון" והפרעה ליישום תוכניות הפיתוח הללו.

בכך מסבירה המדינה את התמיהה על עצם הגשת ההליכים, כאשר ידוע וברור, שאין המדינה פועלת כנגד מאהלים ואוהלים הפזורים ברחבי הנגב, להבדיל ממבנים קשיחים שעליהם אכן מוגשים כתבי אישום ובקשות לפי [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212) כדבר שבשגרה.

ברוח זו מנמק ב"כ המאשימה את הדבר בטיעוניו לעונש באומרו: **"אנו לא פועלים כנגד אוהלים כל עוד שהמקום בו נמצאים אינו מיועד לאיזה שהיא מטרה ... בין ישוב או מטרה ציבורית אחרת".נ**

מכאן אנו שומעים בבירור שאכיפת חוקי התכנון והבניה כמטרה בפני עצמה אינה במקרה זה השיקול המרכזי, שלא לומר היחיד, לייזום ההליכים, אלא שבאמצעות מהלך זה, מנסה המדינה להגיע לתוצאה משנית של פינוי וסילוק משפחת הנאשם מהקרקע, שהרי מטבע הדברים, אם יפורקו ויהרסו האוהלים וסככות הדיר אזי, יקשה על המשפחה להוסיף ולשהות במקום.

קיימת תחושה של אי-נוחות במצב דברים זה, כאשר המדינה אינה הולכת "בדרך המלך" של נקיטת הליכים משפטיים העשויים לכך, כגון, צווי תפיסה או הפקעה או תביעת פינוי וסילוק יד וכיוצא באלה, כדי להשיג את התכלית "האמיתית" שביסוד ההליכים, אלא בוחרת בדרך עקיפה ועקלקלה להשגת יעד של פינוי וסילוק יד (שכמובן אינו סעד שניתן לברר או לתת במסגרת הסנקציות של [חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073)), זאת כאשר בית המשפט בהליך הנוכחי אינו יכול ואף אינו צריך להיזקק לשאלות "האמיתיות" שנוגעות לפינוי המשפחה – אלה של זכות הבעלות או החזקה במקרקעין עצמם.

אולם – משהוגשו ההליכים ומשהנאשם כפר בעובדות וטען טענות משפטיות שונות, ומשנוהל הליך ההוכחות עד תום, ומשנקבע בהכרעת הדין וההחלטה שניתנו כי האישום והבקשה בדין יסודם, הרי לפחות מן ההיבט של האישום בתיק הפלילי חובה לגזור את דינו של הנאשם, אף כי יש להתחשב, ולא במעט, בנסיבות המיוחדות של המקרה, שהרי המניע להגשת האישום יהא אשר יהא, אינו גורע מכך, שבית המשפט קבע שנעברה עבירה ושהוכחו יסודותיה.

טרם פירוט השיקולים לענין העונש הראוי אתייחס לשאלת הצו האופרטיבי המתבקש על פי [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212) לחוק.

המאשימה – המבקשת עותרת למתן צו על פי [סעיף 205](http://www.nevo.co.il/law/91073/205) לחוק ולפיו יחויב הנאשם – המשיב לפרק ולהרוס את הבניה הבלתי חוקית.

כזכור, סמכות כזאת מוקנית לבית המשפט מכוח [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212) לחוק, אשר קובע, כי בהתקיים הנסיבות נשוא סעיף זה (ולענייננו – נעברה עבירה של הקמת מבנה ללא היתר, אולם העבירה התיישנה), ניתן לתת צו המחייב את המקים להרוס את המבנה, לפי [סעיף 205](http://www.nevo.co.il/law/91073/205) לחוק, בדיוק כאילו הורשע המקים עפ"י כתב אישום שהוגש בגין אותה בניה.

אולם, לעניין השיקולים המנחים את בית המשפט במקרה זה, קיים הבדל משמעותי בין שני המקרים, זה שבו הורשע אדם בכתב אישום שהוגש בשל כך, וזה שבו הוגשה בקשה נגדו על פי [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212) לחוק.

ההבדל בין שני המקרים הוצג והוברר על ידי בית המשפט העליון **ב**[**ע"פ 3490/97 אליהו יצחק נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא, פד"י נב**](http://www.nevo.co.il/case/5898832) **(1), 136** וניתן לתמצת ולומר, שכאשר מדובר בהריסה מכוח הרשעה בהליך פלילי הכלל יהיה לצוות על הריסת המבנה הבלתי חוקי, ורק במקרים יוצאי דופן ימנע מכך בית המשפט, ואילו בהליך לפי [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212) לחוק על המדינה להוכיח כי בנסיבות הענין יש הצדקה לתת צו הריסה מטעמים של ענין ציבורי חשוב, ורק כאשר אותם שיקולים גוברים על אינטרסים ושיקולים שהמתנגד להריסה יכול להציג.

בית המשפט העליון מפרט וקובע:

**"כאשר מדובר בהריסה מכוח הסמכות שבסעיף 205 לחוק התכנון, די לה לתביעה בקיומה של הרשעה בהקמת מבנה ללא היתר, והכלל שקבע בית-משפט השלום כנקודת מוצא למתן צו ההריסה במקרה דנן – "אכן, בדרך כלל בנין שנבנה ללא היתר דינו להיהרס" – כוחו יפה בעניין זה.**

**ברם, 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. העובדה שהמבנה נושא הבקשה הוקם ללא היתר, מהווה תנאי יסודי לסמכותו של בית-המשפט לפי סעיף 212 לחוק התכנון ומקובל עליי שעצם הקמתו של המבנה שלא כחוק מהווה שיקול נכבד להריסתו. ברם, ככלל, לא יהיה די בשיקול זה לבדו כדי להכריע את הכף בזכות מתן צו הריסה, ועל בית-המשפט לבחון אם בנסיבות העניין מחייב העניין הציבורי את הריסת המבנה".** (עמוד 141 – 142).

הלכה זו נתאשרה בימים אלה ממש בבית משפט העליון בגדר [רע"פ 10730/03](http://www.nevo.co.il/case/6174034) אילן יצחק נ' מדינת ישראל, החלטה מיום 18/11/04 (טרם פורסם).

בעניין שלפני, בעוד שהמדינה אכן הוכיחה, כי "נתקיימו התנאים המקימים את הסמכות לצוות על ההריסה", כפי שפורט בהכרעת הדין שהיא גם החלטה לענין הבקשה הנדונה, הרי לטעמי, המדינה לא הראתה, כנדרש, "כי בנסיבות העניין ישנה הצדקה ליתן צו כזה מטעמים של "עניין ציבורי" חשוב", כפי שההלכה הפסוקה דורשת.

יתכן שיש עניין ציבורי בפינוי הנאשם ומשפחתו מן הקרקע, כדי לסלול את הדרך, תרתי משמע, להקמת הפארק הנדון, אולם, לא אוהלי הדיר העלובים הם שעומדים בדרכה של המדינה להקמת הפארק, אלא, אם בכלל, עצם תפיסת הקרקע על ידי הנאשם והחזקתו בה, עניינים שלא נדונו ולא נתבררו כלל בהליך זה. מכלאות העזים הרעועות והדלות הללו, בין שיסולקו ויפורקו ובין אם יעמדו על תילן עד להכרעה בזכויות הקנייניות, לא יפגעו מחד גיסא, ב"עניין ציבורי חשוב" ולא יקדמו מאידך גיסא, "עניין ציבורי חשוב" כלשהו.

אין לבית המשפט ידיעה, האם בכלל ובאיזה שלב מצויים הליכי הקמת הפארק הנדון, כאשר חלפו (אמנם, למרבה הצער ומסיבות שונות ומשונות) למעלה מ- 6 שנים מהגשת ההליכים, אולם אין בפני כל ראיה או טענה כי אותה דחיפות ובהילות שאפיינה את הרצון דאז לסלק את המבנים מן השטח, כדי לאפשר את הקמת הפארק עדיין בעינה עומדת וכי אותו תכנון דאז רלוונטי גם כיום.

לגבי דידו של הנאשם – המשיב - ברור שיש לו אינטרס מיידי ומובהק בכך שמשפחתו ומקנהו יהיו תחת מחסה, עלוב ודל ככל שיהיה, מגן מפני פגעי מזג האויר וחיית השדה.

אמנם, הצורך בקורת גג, וקשיי דיור, כשלעצמם, אינם בבחינת נסיבות מיוחדות והצדק למנוע מתן צו הריסה למבנה בלתי חוקי, כאשר מדובר בצו הבא אחרי הרשעה פלילית, וכך מצינו בפסיקה הענפה שעסקה בנושא, אולם, בהקשר הספציפי של שקלול האינטרסים לצורך צו לפי [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212) לחוק, ובהעדר הוכחה לעניין ציבורי חשוב שיצדיק את ההריסה, גובר האינטרס המיידי והמובהק הזה ופועלו האופרטיבי יהיה הימנעות ממתן הצו המבוקש.

משום כך, אף שבמישור העובדתי נמצא כי התמלאו התנאים למתן צו לפי [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212), החלטתי שלא להעתר לבקשה לצוות על המשיב להרוס ולסלק את המבנים שהבקשה מתייחסת אליהם.

למותר לציין, שאם וככל שהמדינה תבחר להלך "בדרך המלך" כפי שראוי וצריך, ואם תפעל לפינויו וסילוקו של המשיב מן המקום, ככל שעומדת לה הזכות לעתור לכך, ברור שהחלטתי זו אינה מונעת סעד כזה ואינה מכשירה מכל היבט את חוקיות המבנים, לא כל שכן, את זכות המשיב או מי מטעמו להחזיק במבנים או להשתמש בהם מההיבטים הקנייניים ומהיבט דיני המקרקעין השונים.

אשר לאישום הפלילי ולהרשעת הנאשם בהקמתו שלא כדין של "אוהל השיג", יש לגזור דינו של הנאשם, אך גם כאן יש מקום להתחשב בנסיבות המיוחדות.

מצינו שככלל אין המדינה מגישה כתבי אישום בגין מאהלים ואוהלים, ומזלו הרע, של הנאשם הספציפי, היה אך זה שאוהל השיג מצוי בעיבורו של מתחם המיועד להיות פארק נופש. אלמלא כן ובסבירות גבוהה, וכפי שאישר ב"כ המאשימה בהגינותו, לא היה הנאשם כלל מועמד לדין בשל כך.

גם על פי אופי המבנה והחומרים מהם הוא עשוי מדובר במתקן שרק בדוחק משתבץ להגדרת "בניין" עפ"י החוק, ולעניין זה הרחבתי בהכרעת הדין. לא ברור כלל, אם זהו המבנה שבו נוצקה רצפת בטון (ויש אחד כזה בין המבנים השונים), ולא נקבע ממצא פוזיטיבי על ידי לעניין זה, ומה שהכריע את הכף היה קיום קונסטרוקציית עץ – עמודים התומכים בגג העשוי מניילון ושקים (עמ' 3 להכרעת הדין שורות 21-25).

משמע – אין מדובר בהקמת מבנה מסיבי מחומרים קשיחים באופן הקורא תיגר על שלטון החוק ומתריס כנגד חוקי התכנון והבניה והצורך בקבלת היתר לכך, אלא במעט יותר מאוהל ארעי, ובמינימום האפשרי ליתן מחסה ליושב תחת אותו "גג".

הנאשם עצמו אדם מבוגר, בעל משפחה ענפה, שירת בצה"ל כגשש, חסר כל עבר פלילי, והוא ומשפחתו שוהים במקום ומחזיקים את עדריהם שם מזה עשרות בשנים.

נסיבות אישיות אלה אין בהן להצדיק בניה ללא היתר, או להכשיר את הבניה הקיימת, אולם לעניין העונש יש לכך משקל ממשי.

מכל היבט – עבירת הבניה שעליה הורשע הנאשם מצויה במדרג הנמוך ביותר מהפן של חומרה, כאשר מתייחסים לאיסורים שב[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073), ונסיבותיו האישיות של הנאשם אין בהן כל אלמנט מכביד ומחמיר.

בהינתן אלה, ועל רקע אי-הנוחות שצוינה ביחס לעצם הגשת האישום כמכשיר להשגת תכלית אחרת מלבד זו העונשית, אני נוטה לקבל את טענת הסניגור, כי יש להטיל על הנאשם עונש כמעט סמלי, אשר לא ישקף את רמת הענישה הרגילה המקובלת, והכמובן מוצדקת, בעבירות בניה אחרות הנפוצות, למרבה הצער, באיזור הדרום ואשר בגינן ראוי בדרך כלל ליתן עונשים מרתיעים ומשמעותיים.

לפיכך, במקרה מיוחד זה, אסתפק בהטלת קנס כספי של 1,000 ₪, אשר ישולמו בתוך 30 יום משימוע גזר הדין, ותחתם 14 ימי מאסר אם לא ישולם הקנס במועדו.

אשר לצו ההריסה המבוקש על ידי המדינה, כפי שפורט לעיל, בניגוד למצב הנוהג ביחס לבקשות לפי [סעיף 212](http://www.nevo.co.il/law/91073/212), הרי במקרה של צו המתבקש אחרי הרשעה הכלל הוא שיש לצוות על הריסת המבנה הבלתי חוקי ונדירים יהיו החריגים לכלל זה (ראה [רע"פ 10730/03](http://www.nevo.co.il/case/6174034) הנ"ל).

המבנה (אוהל) הנדון שעל הקמתו הורשע הנאשם אמנם משמש כ"שיג" העשוי הן למגורים והן לאירוח כמקובל במגזר הבדואי, אולם, בטיעוניו לעונש לא טען הסניגור, כי מדובר בקורת הגג הבלעדית והיחידה של משפחת הנאשם, אלא הוא מדגיש את הפן של שימור המסורת ואופי המגורים השורשי של הבדואים המצדיק לטעמו, קיום "השיג" והימנעות מסילוקו.

הגם שניתן להבין טענה זו, והגישה לשימור המסורת והשורשים של המגזר הבדואי מבורכת בפני עצמה, אין בכך להצדיק הימנעות מקיום הוראות החוק כלשונן ומעת שנקבע כי מדובר ב"בניין" הטעון היתר, אשר לא ניתן, ואשר אין חולק שלא ניתן לקבלו גם בעתיד באתר הספציפי, אינני רואה מנוס ממתן צו הריסה כפי שהתבקש, כאשר זה הכלל וזו גם מצוות הפסיקה שפירשה את החוק.

אולם, סעיף [205 (1)](http://www.nevo.co.il/law/91073/205.1) של החוק אינו מחייב שצו ההריסה, אף אם בית המשפט מוצא לתיתו, יבוצע דווקא על ידי הנאשם, אם כי זו אפשרות שהחוק מעמיד, וקיימת חלופה ולפיה ביצוע הצו יוטל על הועדה המקומית, על חשבון הנשפט.

סבורני, שאם אכן למאשימה אינטרס דחוף וחיוני, כפי שנטען בעבר, שהאוהל יפונה מן השטח פיזית, מעבר להטלת עונש על המקים, ראוי שהיא עצמה תפעל לשם כך באמצעיה ובעיתוי המתאים, כאשר אם תמנע מכך לעת עתה, או בכלל, לא יהא בכך הפרת צו שיפוטי על ידי הנאשם.

לפיכך, אני מורה כי המבנה נשוא כתב האישום (להבדיל מהמבנים נשוא הבקשה לפי [סעיף 212)](http://www.nevo.co.il/law/91073/212) יהרס, יפורק או יסולק על ידי הועדה המקומית המאשימה, זאת לא לפני חלוף 60 יום ממתן גזר דין זה.

זכות הערעור כחוק הודעה לצדדים.

הודע במעמד ב"כ המאשימה עו"ד ברקאי והנאשם עצמו בהעדר בא-כוחו.

**ניתן היום ז בטבת, תשס"ה (19 בדצמבר 2004) במעמד הצדדים הנ"ל.**

|  |
| --- |
| **אריאל ואגו – שופט** |

003106/98פ 134 אירית ו.

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה