

א. 1. מאיר פינטו

2. עליזה פינטו

נגד

1. עיריית חיפה

ב. 2. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה

בבית-המשפט העליון

[1.12.2004]

לפני השופטים מ' חשין, ד' ביניש, ס' ג'ובראן

בעקבות ביצוע עבודות בנייה ללא היתר על-ידי המבקשים הוציא יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה צו הריסה מינהלי, שציווה על הריסתה לאלתר של הבנייה. הצו הוצא מכוח סעיף 238א(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן – החוק). המסמך יושב-ראש של ועדה מקומית לתכנון ולבנייה לצוות כי בניין שנבנה שלא כדין ייהרס, יפורק או יסולק. המבקשים הגישו בקשה לביטולו של צו ההריסה. בית-המשפט לעניינים מקומיים קבע כי החלקים בצו ההריסה המצריכים ביצוע פעולות בנייה לשם השבת המבנה לקדמותו הינם חסרי תוקף היות שיושב-ראש הוועדה אינו מוסמך להוציא צו הריסה מינהלי הכורך למעשה הוראה על בנייה. בית-המשפט המחוזי קיבל את ערעור המשיכים וקבע כי צו ההריסה הוצא בסמכות מלאה, לרבות אותם חלקים בו המצריכים ביצוע פעולות בנייה. מכאן הבקשה לרשות ערעור.

בית-המשפט העליון פסק:

- (1) תכליתה העיקרית של הוראת סעיף 238א לחוק היא לתת בידי הוועדה המקומית כלי יעיל וקל למיגורה של הבנייה הבלתי חוקית בעודה בחיתוליה. תכלית זו באה לידי ביטוי בהיקפה הרחב והעמוק של הסמכות אשר הופקדה בידי של יושב-ראש ועדה מקומית, סמכות שמכוחה יכול הוא להורות על פגיעה משמעותית ומיידית בקניינו של הפרט ללא כל צורך בצו שיפוטי. תכלית זו שולטת גם בנושא היקף התערבותו של בית-המשפט בצו הריסה מינהלי, המוגבלת לעילות ביקורת מצומצמות (1590ג – ד, 591א – ב).
- (2) עם זאת המחוקק קבע בסעיף ערובות וסייגים מינהליים שייעודם להבטיח כי יישמרו עיקריו של המשפט המינהלי לעת פגיעה בקניין הזולת (1591ד – ו).
- (3) הן על-פי תכליתו של סעיף 238א, שנועד – מראשיתו ומעיקרו – להשבת המצב לקדמותו על דרך ביטולו ומחיקתו של המעשה הבלתי חוקי, הן על-פי לשונו, יש לקבוע כי יושב-ראש ועדה מקומית לתכנון ולבנייה מוסמך לצוות בצו הריסה מינהלי על השבת המצב

לקדמותו הן בהריסה – כהוראתו והמצומצמת של המונח – הן בבנייה. פעולת הבנייה תיעשה רק לצורך השבת המצב לקדמתו ובהיקף סביר ומידתי (594ג – ה, ז – 595א).

א

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, סעיפים 204, 205, 205(1), 205(3), 206, 224, 238א, 238א(א), 238א(ח), 239, 241, פרק י'.
- חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיף 18.
- חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 25), תשמ"ח-1987.
- חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 38), תשנ"ד-1994.
- חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 43), תשנ"ה-1995.

ב

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

ג

- [1] בג"ץ 28/50 מינצר נ' הוועדה המקומית לבנין ובנין ערים, ת"א, פ"ד ד 492.
- [2] רע"פ 4357/01 סבן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "אונו", פ"ד נו(3) 49.
- [3] ר"ע 23/83 פור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 533.
- [4] ר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים ויושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פ"ד לח(1) 494.

ד

- [5] ר"ע 273/86 פרק נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פ"ד מ(2) 445.
- [6] רע"פ 5086/97 בן חור נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נא(4) 625.
- [7] עע"מ 3518/02 רג'בי נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(1) 196.

ה

- [8] ע"פ 10505/03 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 625.
- [9] רע"פ 47/92 סיר נ' יושב-ראש הוועדה המקומית – ירושלים, פ"ד מו(1) 699.
- [10] רע"פ 6034/99 כהן נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נד(1) 438.

ו

- [11] רע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו נ' עורקבי, פ"ד מח(2) 397.

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שאוזכרו:

ז

- [12] ע"פ (י-ם) 1027/99 יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' כהן (לא פורסם).
- [13] ע"פ (חי') 2614/01 אלפנד נ' יו"ר הוועדה לתכנון ולבנייה חיפה (לא פורסם).
- [14] ע"פ (ב"ש) 566/96 טאלס נ' הוועדה המחוזית (לא פורסם).

רע"פ 5584/03
פינטו נ' עיריית חיפה
פ"ד נט(3) 577

[15] ב"ש (י-ם) 4744/03 אלהאם נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה של עיריית ירושלים (לא פורסם).

[16] ע"פ (י-ם) 2373/00 עטון נ' יו"ד הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים (לא פורסם). א

פסק-דין של בתי-המשפט לעניינים מקומיים שאוזכרו:

[17] עמ"ק (ת"א) 10667/03 מאנע נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה ת"א יפו (לא פורסם). ב

ספרים ישראליים שאוזכרו:

[18] נ' בן תור צווים נגד בנייה בלתי-חוקית (תשנ"ז).

מאמרים ישראליים שאוזכרו: ג

[19] י' הורביץ "אכיפת חוקי התכנון והבנייה – צווי הריסה" הפרקליט לז (תשמ"ז) 387.

מקורות המשפט העברי:

[א] קהלת, ג, ג. ד

בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בחיפה (השופטים ח' פזום, א' רזי, ש' שטמיר) מיום 8.5.2003 בע"פ 2291/01, 2630. הבקשה נדונה כערעור. הוערעור נדחה. ה

עודד רומנו – בשם המבקשים;

מיכאל קרשן, סגן לפרקליט המדינה – בשם המשיבים.

פסק-דין

השופט מ' חשין

פלוגי ביצע במבנה עבודות בנייה שונות בניגוד להוראות חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (חוק התכנון והבניה או החוק). חוק התכנון והבניה, בסעיף 238 א שבו, מסמיך יושב-ראש של ועדה מקומית לתכנון ולבניה לצוות – בכפיפות לתנאים מסוימים – כי אותו חלק מבנה אשר נבנה שלא כדין "ייהרס, יפורק או יסולק" (ההדגשה

579

פסק-דין, כרך נט, חלק שלישי, תשס"ה/תשס"ו 2005

א שלי – מ' ח'). צו זה קרוי "צו הריסה מינהלי". האם מכוח הסמכה זו רשאי הוא יושב-ראש ועדה מקומית לצוות לא אך על הריסת הבנייה אשר בוצעה בניגוד לחוק – הריסה במוכנו המצומצם של המושג – אלא גם על "הריסה" הכרוכה בביצוע פעולות בנייה להשבת מצבו של המבנה לקדמתו? זו היא השאלה המונחת לפתחנו, ואותה נישא עמנו עד לסיום חוות-דעתנו.

ב עיקרי העובדות וההליכים שלעניין

ב 2. המבקשים שלפנינו, מאיר ועליזה פינטו (המבקשים או פינטו), הם בעליה של דירה בחיפה ובה הם מתגוררים. הדירה שוכנת בבניין בן שלוש קומות הרשום כבית משותף, והוצמד לה מחסן הממוקם בקומת המסד שמתחתיה.

ג 3. בשנת 1997 החלו פינטו מבצעים פעולות בנייה, ללא היתר בנייה, לניצול שטח המחסן הממוקם תחת לדירתם. פינטו פתחו פתח ברצפת דירחם ובנו גרם מדרגות באורך של כשלושה מטרים המוביל מן הדירה אל-עבר המחסן. המחסן – אשר חובר כאמור לדירה – נחלק בקירות בלוקים לשלושה חדרים. קירותיה החיצוניים של היחידה – אשר עד אותה עת היו במעבה האדמה – נחשפו באמצעות חפירה סביבם והוצאת הקרקע בסמוך להם, ובקירותיה של היחידה אשר כך נחשפו קרעו פינטו פתחים לחלונות. כן אטמו בני-הזוג את המעבר בין חדר המדרגות למבוא למחסן (שכן הגישה אל המחסן הייתה דרך חדר המדרגות המשותף) בעזרת קיר בלוקים ובנו קיר נוסף ובו פתח לדלת. כן הוסו פינטו קיר קיים ששימש חוצץ בפתח המחסן. עבודות אלו, אשר בוצעו ללא היתר בנייה, הביאו להגדלת שטח הדירה בכ-48 מ"ר.

ד 4. ביום 10.8.1997 ציווה ראש-עיריית חיפה ויושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה בחיפה, מר עמרם מצוע, צו הריסה מינהלי לבנייה שתוארה לעיל. צו זה צוין מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 238א(א) לחוק התכנון והבניה. הצו ציווה על הריסתה לאלתר של הבנייה האמורה.

ה 5. פינטו פנו לבית-משפט השלום בחיפה בבקשה לביטולו של צו ההריסה המינהלי, ולאחר הליכים אחדים שאינם לענייננו עתה עלה הנושא לדיון לפני בית-המשפט לעניינים מקומיים בחיפה (ב"ש 23/99, לפני השופטת ר' וילנר). טען בא-כוחם של פינטו לפני בית-המשפט כי הוראת סעיף 238א לחוק התכנון והבניה מסמיכה יושב-ראש של ועדה מקומית לצוות על הריסה, על פירוק או על סילוק של בנייה בלתי חוקית, בעוד אשר בענייננו נדרשות לשם ביצוע הצו לא אך פעולות הריסה אלא פעולות בנייה

גם-כן. הנה-כ-כן, נדרשות פעולות בנייה לשם אטימת פתחי החלונות שבקירות המחסן, לסגירת הפתח אשר נפער ברצפת הדירה ולכיסוי קירות המחסן באדמה. משידענו כך, הוסיף וטען בא-כוחם של פינטו, נוסף ונדע כי צו ההריסה הוצא בהיעדר סמכות ושלא-כדין, למצער לגבי אותם חלקים בו המצריכים ביצוע פעולות בנייה להשבת המצב לקדמתו. המבקשים העלו טענות נוספות כנגד הצו, אך אלו אינן לענייננו עתה.

א

6. בית-המשפט לעניינים מקומיים נענה לטענה כי צו ההריסה הוצא בהיעדר סמכות בקובעו כי מילות הסעיף 238א: "ייהרס, יפורק או יסולק", על-פי פירושן הטבעי, אינן כוללות סמכות להורות על בנייה. סמכותו של יושב-ראש הוועדה המקומית, כך קבע בית-המשפט, סמכות קיצונית היא הפוגעת באורח דרסטי בזכות הקניין של האזרח, ומשכך – יש לפרשה בצמצום. בית-המשפט קבע אפוא כי יושב-ראש הוועדה אינו מוסמך לצוות צו הריסה מינהלי הכורך למעשה הוראה על בנייה. לגופו של עניין הבחין בית-המשפט – על-פי עקרון העיפרון הכחול – בין חלקיו השונים של צו ההריסה בקובעו כי החלקים המורים על ביצוע פעולות בנייה הינם חסרי תוקף. כך הורה בית-המשפט כי יש להרוס את גרם המדרגות, את קירות הבלוקים ששימשו לחלוקת חלל המחסן ואת קיר הבלוקים שסגר את המעבר בין חדר המדרגות למבוא למחסן; בה-בעת הוסיף וקבע כי אין הצו תקף לגבי האדמה שנחפרה סביב לקומת המחסנים ולגבי פתחי החלונות שנקרעו בקירות המחסן. לגבי עבודות אלו, כך קבע בית-המשפט, ייוותר המצב הקיים על כנו.

ב

ג

ד

7. הן המבקשים הן עיריית חיפה לא השלימו עם הכרעתו של בית-המשפט לעניינים מקומיים – אלה על הצו שבו, אלה על הלא-צו שבו – ולפיכך ערערו על פסק-הדין לפני בית-המשפט המחוזי בחיפה (ע"פ 2291/01 ו-רע"פ 2630/01). בית-המשפט המחוזי (מפי השופטת ש' שטמנר ובהסכמת השופטים ח' פיוס וא' רזי) דן בערעורים במאוחד, קיבל את ערעור העירייה והחליט כי צו ההריסה הוצא בסמכות מלאה, לרבות אותם חלקים בו המצריכים ביצוע פעולות בנייה. השופטת שטמנר קבעה כי "הריסה" לדידי בהחלט סובלת פירוש של השבת מצב לקדמותו, שכן כל פירוש אחר יביא לתוצאות בלתי הגיוניות אשר אינן עולות בקנה אחד עם תכלית הסעיף, דהיינו מתן פתרון מהיר ויעיל לבנייה בלתי חוקית. כך למשל כאשר אדם חופר יסודות למבנה חורג, הריסת החפירות תיעשה באמצעות מילוין בעפר; זוהי אמנם פעולה אקטיבית, אך אין הוועדה המקומית נעדרת סמכות להורות על ביצועה. לדעת בית-המשפט, תומך האינטרס הציבורי במסקנה זו, שכן הותרת פתחים ובורות תהווה פיתוי לעבריינין להמשיך בבנייה הבלתי חוקית, ובה-בעת מהווה היא סיכון ממשי לציבור. בית-המשפט

ה

ו

ז

הוסיף וציין כי הפעלת הסמכות על-ידי הוועדה המקומית תיעשה – כמקובל – באופן מידתי, בהיגיון ובשכל ישר. אין הוועדה מוסמכת להורות על בנייתו מחדש של מבנה אשר נהרס כליל, אך מוסמכת היא להורות על בנייה נקודתית – כאטימת חלונות ודלתות וכיסוי בעפר של חלקי מבנה או של יסודות שנחשפו – ככל שזו נדרשת לסילוקה, לפירוקה או להריסתה של חריגת בנייה. לסוף קבע בית-המשפט כי צו ההריסה מחייב את המבקשים במלואו, וכי עליהם לבצעו בתוך 60 ימים.

8. לא נחה דעתם של פינטו, ומכאן פנייתם לבית-משפט זה בבקשה כי תותן להם רשות לערער על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. ההכרעה בבקשה הועברה למושב שלושה, וביצועו של צו ההריסה המינהלי עוכב עד למתן החלטה אחרת. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים החלטנו ליתן למבקשים רשות ערעור ולראות בבקשתם כערעור שהוגש לאחר מתן רשות. רשות הערעור ניתנה אך באשר לשאלה (כניסוחו של בית-המשפט המחוזי) "האם ניתן להורות בצו הריסה מינהלי על החזרת המצב לקדמותו בבנייה אקטיבית". עוד הוחלט כי שאלה זו וזידון על-פי עובדות המקרה כפי שנקבעו בפסק-דינו של בית-משפט קמא.

9. בבקשה שלפנינו טוען בא-כוחם של המבקשים כי מבחינת הלשון לא ניתן לפרש את המונחים "הריסה", "פירוק" ו"סילוק" שבסעיף 238א(א) לחוק כמונחים המאפשרים השבת המצב לקדמתו באמצעות בנייה (אקטיבית). לא עוד, אלא מתוך שסמכויות הוועדה המקומית סמכויות מרחיקות-לכת הן, ממילא יש לפרשן על-דרך הצמצום. לחיזוק טענה זו חוזר בא-כוחם של המבקשים על ההשוואה שערך בית-המשפט לעניינים מקומיים בין לשון סעיף 238 לחוק לבין לשון סעיף 205 בו, ומכלל ההן לגבי סמכותו של בית-המשפט יש ללמוד לשיטתו על הלאו, קרא על היעדר סמכותו של יושב-ראש ועדה מקומית להורות על בנייה. לשיטת המבקשים, הסמכות להורות על פעולת בנייה נתונה אך ורק לבית-המשפט מכוח סעיף 205(3) לחוק. תשובת העירייה היא כי בנייה אסורה יכולה שתהיה בעלת יסודות "נגטיביים" (כפתיחת פתח בקיר), ו"הריסתה" של בנייה מעין-זו משמעותה היא בנייה מחדש של אותו מעשה אשר נעשה שלא-כדין. פירוש זה אינו סותר את לשון החוק, שכן המילים "ייהרס, יפורק או יסולק" עניינן בגורלה של הבנייה הבלתי חוקית ולא בתחימת סוגי הפעולות שעליהן מוסמך יושב-ראש ועדה מקומית לציות. המדינה מוסיפה וטוענת כי גם תכליתו של סעיף 238 לחוק מחייבת דחיית פירושם של המבקשים, שאם-לא-כך תסוכל האפשרות ליתן תשובה יעילה ומהירה לבנייה הבלתי חוקית.

10. מוסכם אפוא כי יושב-ראש הוועדה המקומית מוסמך להורות על הריסה, על פירוק או על סילוק של מבנה אשר נבנה שלא כדין. סלע המחלוקת הוא אם מוסמך יושב-ראש הוועדה להורות על פעולות אלו בדרך של בנייה מקום שבו נדרש הדבר לאור אופי הבנייה הבלתי חוקית. לשאלה זו ניפנה כעת.

המתווה הנורמטיבי

11. מיקומה הגאוגרפי של הסוגיה שלפנינו ימצא לנו בפרק י' שלחוק התכנון והבניה – בפרק העבירות והעונשין – המורה אותנו מה הם האיסורים לעניין בנייה שלא-כדין, ומה הם העונשים הקבועים בצדה של בנייה שלא-כדין. ראו הוראת סעיף 204 לחוק, ואולם, בשל אופיין הייחודי של עבירות בנייה – החשש להנצחתה של התנהגות עבריינית מקום שמבנה בלתי חוקי ממשיך לעמוד על תלו – אין די בענישה הפלילית המקובלת. נוסף על הסנקציה הפלילית הרגילה קיים צורך לסלק את הבנייה הבלתי חוקית, או לחלופין, להכשירה. לתכלית זו העניק החוק סמכויות לוועדה המקומית ולבתי-המשפט לפעול כנגד הבנייה הבלתי חוקית גופה, נוסף על גזירת-דינו של עבריין הבנייה במאסר או בקנס. כזו היא הסמכות הנתונה ליושב-ראש ועדה מקומית בהוראת סעיף 238א לחוק לצוות צו הריסה מינהלי. על-פי הוראה זו, אשר הוספה לחוק בשנת תשמ"א-1980, מקום שבו "הוקם בנין חורג, לרבות ללא היתר או בסטיה מהיתר או מתכנית, או הוחל בהקמתו של בנין כאמור...", מוסמך יושב-ראש ועדה מקומית לצוות בכתב כי הבניין או חלקו אשר הוקם שלא כדין "ייהרס, יפורק או יסולק". יושב-ראש הוועדה רשאי להפעיל סמכותו זו בהתקיים תנאים מוקדמים אלה ואחרים, והצו מכונה צו הריסה מינהלי. וכלשון הסעיף (בחלקו הנוגע לענייננו):

צו הריסה מינהלי 238א. (א) וקם בנין חורג, לרבות ללא היתר או בסטיה מהיתר או מתכנית, או הוחל בהקמתו של בנין כאמור, רשאי יושב ראש הועדה המקומית לצוות בכתב שהבנין, או אותו חלק ממנו שהוקם או הוחל בהקמתו ללא היתר או בסטיה מהיתר או מתכנית, ייהרס, יפורק או יסולק, ובלבד שהוגש לו תצהיר חתום ביד מהנדס הועדה המקומית או מהנדס הרשות המקומית או מהנדס אחר או אדריכל, שאחד מהם הסמיכו לכך, המציין כי –

(1) לפי ידיעתו הוקם הבנין ללא היתר או שהבנין חורג ובמה הוא חורג;

א (2) לפי ידיעתו לא נסתיימה הקמת הבנין או שנסתיימה לא יותר משישים ימים לפני יום הנשת התצהיר;

ב (3) ביום הגשת התצהיר, אין הבנין שלגביו מבוקש הצו מאוכלס או שהוא מאוכלס תקופה שאינה עולה על שלושים ימים;

ג לצו כאמור ייקרא "צו הריסה מינהלי".

הוראת-חוק זו היא שלענייננו עתה, ובה נהפוך ונהפך בהמשך דברינו להלן.

על לשונו של סעיף 238 לחוק

ג

ד 12. עיוננו יחל, כתחילתו של כל מסע-פרשנות, בלשונה של הוראת-החוק המיועדת לפרשנות. כהוראת סעיף 238 לחוק, מוסמך יושב-ראש ועדה מקומית לצוות כי בניין שנבנה שלא כדין "ייהרס, יפירק או יסולק". מוסכם על הכול כי מכוח הסמכה זו רשאי הוא יושב-ראש ועדה מקומית לצוות על הריסה ועל הסרה של בנייה בלתי חוקית, והשאלה שלענייננו היא אם צו להרוס, לפרק או לסלק יכול לשאת על גבו – ולא לקרוס – ציווי על השבת מצב לקדמתו בבנייה. למשל, על-דרך ציווי לאטום פתח שנפער שלא-כדין בקיר. המבקשים משיבים לשאלה זו בשלילה, שלטענתם הריסה, פירוק וסילוק מורים אותנו על הרס, וממילא אין אפשרות לגזור מהם סמכות לצוות על בנייה. וכפי שנאמר: "עַת לְפָרוֹץ וְעַת לְבָנוֹת" (קהלת, ג, ג א), ללמדך שלא הרי "לפרוץ" (לפרוץ פירצה) כהרי "לבנות", ולא עוד אלא ששני היפוכו של ראשון הוא.

ה

ז 13. ואמנם כן הוא: בלשון היומיום משמעותם של הפעלים להרוס, לפרק ולסלק היא המשמעות שלה טוענים המבקשים, קרא משמעות של השמדה ושל הריסה. אלא ששני טעמים עיקריים הם לדחיית וזענתם של המבקשים כי יש לצמצם את תחום פרישתם של מושגים אלה – בהקשר הדברים – אך להרס ולהשמדה. ראשית, פעלים אלה נועדו לתאר את התוצאה הסופית של צו הרשות המוסמכת, דהיינו כי הבנייה הבלתי חוקית תיהרס, תפורק או תסולק, ואולם אין הפעלים הנזכרים ממצים את קשת הפעולות שניתן לבצע כדי להגיע לתוצאה המיועדת. עניינו של החוק הוא בכך שלסופו של הליך תיעלם כלא-הייתה הבנייה החורגת, וזו התוצאה שעליה ציווה המחוקק. אין עניינו של החוק באופן ההריסה. לשון אחר: הריסת בנייה, פירוק בנייה וסילוק בנייה

ך

ט

פירושה הוא – להלכה ולמעשה – השבת המצב לקדמתו, השבתו למצבו כשהיה קודם מעשה הבנייה. עמדה על כך השופטת שטמור בפיסקה 18 לפסק-דינה, ואנו עמה:

המילים "הריסה", "סילוק" ו"פירוק" מתארות מה יעלה בגורלו של הבניין החורג ולא דווקא, או לא באופן בלעדי, על אילו שינויים בבנין החורג ניתן להורות, על מנת להביא ל"פירוק", "סילוק" או "הריסתו". כוונת הסעיף היא כי לשם השבת המבנה למצבו החוקי, הבניין החורג יסולק, יפורק או יהרס, מבלי שהאמצעים לשם הגשמת מטרה זו מתוארים בגוף הסעיף. מה טעם יהיה לפרש, שאין להורות על סתימת החפירות לבניין, כיוון שזוהי פעולה אקטיבית, אולם כן ניתן יהיה להורות על הריסת הקירות שהגיעו לגובה של מחצית המטר. מה טעם ניתן יהיה להורות על פתיחת חלון חזרה, אם נסתם ללא היתר, אך לא ניתן יהיה להורות על סתימתו, אם נפתח ללא היתר.

שונית, סבורני כי המושג "סילוק" אינו מורה, בהכרח, על פעולת הריסה (במשמעותו המצומצמת של המושג). כך למשל סילוקו של מכשול או של אבן-גנף מעל דרך – כבור אשר נכרה באמצעה של דרך הומה אדם – ייעשה על-דרך של מילוי הבור באדמה או באמצעות גידורו לבל יתקרבו אליו (השוו בג"ץ 28/50 מינצר נ' הועדה המקומית לבנין ובנין ערים, ת"א [1], בעמ' 494 מול אות השוליים ז). האם לפעולות אלו לא ייקרא "סילוק"? והאין אלו פעולות של "בנייה"? קיימת אפוא אפשרות לשונית לפרש את המילה "סילוק" ככוללת הסמכה לעשיית פעולה (אקטיבית).

14. לשון סעיף 238 א עשויה אפוא לשאת על גבה ציווי על בנייה – כשם שעשויה היא שלא להכיל ציווי על בנייה – והשאלה אינה אלא איזה מן הפירושים נאמץ לנו. אכן, כפי ששינונו והוספנו, לשון החוק אינה אלא תחנת מוצא במסע הפרשנות. ענייננו, בעיקרו, הוא בתכלית החוק, שנשמטו של החוק – ככל שתכלית ונשמה אלו קוראות אלינו מתוך לשונו של החוק – ועל בית-המשפט לפרש את החוק להגשמה מיטבית של תכליתו. משימתנו הבאה היא אפוא לבחון את תכליתה של הוראת סעיף 238 לחוק, ונפתח את מסע-התכלית בתיאור הרקע לחקיקתה של הוראת-חוק זו.

לתכליתה של הוראת סעיף 238 שלחוק התכנון והבניה

15. כפי שצינו לעיל, הוראת סעיף 238 הוסיפה עצמה לחוק התכנון והבניה רק בשנת תשמ"א-1980, ואולם גם קודם לכן, ובצד העמדתם של עברייני בנייה לדין

פלילי, העניק המחוקק לרשויות המינהליות ולבתי-המשפט סמכויות אלו ואחרות להתמודדות עם עבירות בנייה למיניהן. כך הן למשל סמכויותיו של בית-המשפט שבהוראת סעיף 205 שלחוק התכנון והבניה. על-פי הוראת-חוק זו, מוסמך בית-המשפט לצוות, בשעת גזירת-הדין, כי בניין או חלק מבניין אשר נבנה ללא היתר או בסטייה מהיתר או מתכנית ייהרס, יפורק או יטולק על-ידי הנשפט או על-ידי הוועדה המקומית. עוד מוסמך בית-המשפט לצוות כל צו אחר שייראה לו, לרבות צו לשינוי מבנה, צו סגירה, צו איסור שימוש וצו להתאמת הבנייה או השימוש להיתר או לתכנית. ובלשון סעיף 205:

ב

אמצעים נוספים 205. הורשע אדם על עבירה לפי סעיף 204, רשאי בית המשפט, בשעת גזר הדין –

ג

(1) לצוות שהבנין או אותו חלק ממנו שנבנו ללא היתר או בסטייה מהיתר או מתכנית ייהרס, ינזרק או יסולק על ידי הנשפט או על ידי הוועדה המקומית, אם ביקשו על כך הוועדה המקומית או היועץ המשפטי לממשלה או נציגו, ולחייב את הנשפט בהוצאות הביצוע;

ד

(2) לצוות שאף אותו חלק מהבנין שלא נבנה כאמור בפסקה (1), ייהרס, יפורק או יסולק, אם יש בכיצוע צו לפי פסקה (1) בלבד כדי לסכן את הנפש או את בטיחות הציבור;

ה

(3) לתת לנשפט כל צו אחר שייראה לבית המשפט, בקשר לדרך או לבנין שבהם נעברה העבירה, לרבות צו לשינוי מבנה, צו סגירה, צו איסור שימוש וצו להתאמת הבניה או השימוש להיתר או לתכנית;

ו

(4) אם היתה העבירה לפי סעיף 204(ב) – לצוות על הנשפט להפסיק את העבודה או השימוש במקרקעין שבסטייה מהיתר או מתכנית, או לצוות על הנשפט או על הוועדה המקומית לפי בקשתה לבצע את הוראת התכנית אשר הופרה ולחייב את הנשפט בהוצאות הביצוע.

ז

הוראת סעיף 206 לחוק מוסיפה ומשלימה את הוראת סעיף 205. נוסף ונבהיר כי סמכויותיו של בית-המשפט לפי סעיף 205 באות במקביל לסמכותו של יושב-ראש הוועדה המקומית לפי סעיף 238א, ובנפרד ממנה.

א

16. יתר-על-כן: פרק העונשין שלחוק התכנון והבניה כולל סמכויות נוספות המיועדות למלחמה בבנייה הבלתי חוקית. כזו היא למשל הסמכות שבסעיף 239. וכך, משנעברה עבירה לפי סעיף 204 לחוק – בין שהוגש בגינה כתב-אישום לבית-המשפט בין שטרם הוגש כתב-אישום – רשאי בית-משפט לצוות על הפסקת העבודה או השימוש במקרקעין. צו זה קרוי "צו הפסקה שיפוטי". כאמור בסעיף 224 לחוק, גם הוועדה המקומית מוסמכת להורות על הפסקת בנייה, וזאת כל עוד לא הוגש כתב-אישום בגין העבירה. צו זה קרוי "צו הפסקה מינהלי". אם נמשכות פעולות הבנייה בניגוד לצו ההפסקה המינהלי או בניגוד לצו ההפסקה השיפוטי, וכהוראת סעיף 241 לחוק, רשאי בית-המשפט, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, נציגו או הוועדה המקומית, ואם ראה שמן הצדק לעשות כן, לצוות שהמבנה אשר הוקם בניגוד לצו ההפסקה המינהלי או השיפוטי ייהרס מיד. צו זה קרוי "צו הריסה שיפוטי". סמכויות אלו לצוות צווים לא לענישה נועדו הן. ייעודן הוא, בעיקרן, לבער את תופעת הבנייה הבלתי חוקית, ולתכלית זו צוידו הרשויות באותן סמכויות שהחוק הנורה עליהן. ומאליה צפה ועולה שאלה: משצוידו הרשויות – ובהן בתי-המשפט – בסמכויות כה רבות, מה היה לו למחוקק שביקש להוסיף סמכות על סמכויות ועשה לבריאתה של הוראת סעיף 238א לחוק התכנון והבניה?

ב

ג

ד

17. השאלה שאלה והתשובה בצדה. חרף כל אותן סמכויות לצוות צווים, פשתה והלכה בארצנו התופעה – שמא נאמר: המגפה – של בנייה בלתי חוקית. וכפי שנאמר ברע"פ 4357/01 טבן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "אוננו" [2], בעמ' 59: "אכן כן, תופעת הבנייה הבלתי חוקית הפכה מכת-מדינה – [ו]ברבות הימים והשנים צירפה עצמה מכה זו – בצד מכת גניבות רכב – לעשר המכות...". ראו עוד: רע"פ 23/83 פור נ' מזינת ישראל [3], בעמ' 535 וכן דבריו של השופט שמגר ברע"פ 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים ויושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה [4], בעמ' 500:

ה

ו

בנייה שלא כדין היא לא רק תופעה, החותרת תחת התכנון הנאות של הבנייה, אלא השלכותיה מרחיקות לכת יותר: היא בין התופעות הבולטות, הפוגעות בהשלטת החוק. מי שעושה דין לעצמו פוגע באופן הגלוי והברור בהשלטת החוק, והשיקול של בית-משפט השלום ובית המשפט המחוזי, כי

ז

יש למנוע עובדות מוגמרות, המעוגנות במעשה בלתי חוקי, אין לגלות בו פגם.

א

תופעה זו של בנייה פראית התעצמה והלכה חרף הכלים המשפטיים שיצר המחוקק למיגורה. אחד הטעמים לדבר היה זה שבתחילת המשפט הורשו להשתמש בסמכויות אלו רק בשעת גזירת הדין, דהיינו בתום ההליך המשפטי; לשון אחר: בחלוף זמן רב מעת הבנייה, כאשר המבנה עומד על תלו, אפשר אף מאוכלס הוא, ונקיטת אמצעים בעניינו עלולה לעורר קשיים חברתיים וציבוריים. גם יתר הכלים שבחוק לא נמצאו יעילים דיים. נתעורר אפוא צורך להמציא כלי משפטי חדש שיהיה בו כדי לתת מענה מעשי, מהיר, יעיל ומרתיע לבנייה הבלתי חוקית, וכך יוכל לסייע לרשויות – ולמערכת שלטון החוק כולה – לעמוד בפרץ הבנייה הבלתי חוקית. בראותו אפוא כי אין די בהסדר הקיים, הוסיף המחוקק בשנת תשמ"א-1980 את ההסדר שבסעיף 238 לחוק, ובו הוסמך יושב-ראש הוועדה המקומית לצוות זר הריסה מינהלי. צו זה יועד, מעיקרו, לתגובה על-אתר, תגובת-בזק, על מעשה של הפרת החוק בתחום הבנייה תוך שמירה על שלטון החוק בכלל ועל דיני התכנון והבנייה בפרט. יפים לכאן דבריו של השופט שמגר ב"ע 273/86 פרץ נ' י"ר הוועדה המקומית לזכרון ולבנייה (פרשת פרץ [5]), בעמ' 447-448:

ד

...המדובר בסמכות מיוחדת, שהרי נקודת המוצא הראשונית של המחוקק הייתה, כי אין הורסים אלא על-פי צו הריסה שיפוטי. הסמכות המינהלית ניתוספה כדי לאפשר תגובה על אתר וכדי למנוע קביעת עובדות בהסתמך על כך שההליכים המשפטיים הרגילים דורשים, לא אחת, זמן לא מועט, וכי גם קיימות דרכים, שאין תמיד אפשרות מעשית לחסמן, כדי למשוך הליכים באופן מלאכותי. על-כן הוספה, כאמור, הסמכות להורות על פעולה מינהלית, הבאה למנוע על אתר עובדה מוגמרת.

ה

18. על הצורך בחקיקתו של סעיף 238 לחוק ניתן ללמוד מתוך הדיון שנערך בו בקריאה הראשונה בכנסת (ד"כ 85 (זשל"ט) 1325 ואילך, ישיבה מיום 6.2.1979). הדברים הוסברו בהרחבה על-ידי חברי-הכנסת שלמה הלל, יושב-ראש ועדת הפנים ואיכות הסביבה, בעת הדיון בקריאות השנייה והשלישית (ד"כ 90 (תשמ"א) 270-271, ישיבה מיום 3.11.1980):

ט

החוק הזה נחוץ לנו, כללית, באותה מגמה של חוקים אחדים שקיבלנו לאחרונה. מצד אחד אנו באים למנוע סכנה של בנייה בלתי-חוקית, דבר הפוגע ברמותה של המדינה ובטיבם של החיים שלנו; מצד שני אנו באים

למנוע תקלה ובעיה קשה בכך שלא אחת עד שמבוצעים צווי הריסה על-ידי בית-המשפט ועד שמגיעים לכדי גמר טיפולם המשפטי, בניין הבית כבר הושלם, גרים בו האנשים, ואז יש בעיה... כדי להרוס את הבית צריכים לא רק להרוס מבנה אלא גם להוציא משפחה, דיירים, על מיטלטליהם. הדבר הזה כרוך גם בעגמת נפש, ולצד, לעתים קרובות גם בסכנת נפשות... התכלית של החוק הזה היא מצד אחד למנוע סכנה של בנייה בלתי-חוקית, ומצד שני, להבטיח או לתת בידי הרשויות סמכות שאם אמנם תהיה בנייה בלתי-חוקית, בניגוד לכל ההוראות והתקנות, תהיה אפשרות להרוס את המבנה בעודנו באבו, לפני שבנייתו תושלם תוך כדי המשפטים המתנהלים. ברגע שהרשות המוסמכת חיוכה שיש מבנה בלתי-חוקי, תהיה לה אפשרות להביא להריסתו, עוד לפני שיושלם.

א

ב

...

ג

אם הרשות לא תפעל, אין לכך תקנה. אני רק רוצה לתת לה את המכשיר, כדי שאם היא תגלה בנייה בלתי-חוקית ותרצה לפעול, שלא תצטרך לחכות לסיומה של מערכה משפטית ממושכת, כשבניתיים נוצרת עובדה קשה ומרה המחייבת להרוס בית שכבר הושלמה הקמתו ואולי אף גרים בו.

ד

לרקע לחקיקת הסעיף ולצורך בו ראו גם: רע"פ 5086/97 בן חור נ' עיריית תל-אביב-יפו [6], בעמ' 637-638; ע"פ (י-0) 1027/99 יו"ד הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' כהן [12]; עע"מ 3518/02 רג'בי נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים (פרשת רג'בי [7]), בעמ' 205-206; י' הורביץ "אכיפת חוקי התכנון והבנייה – צווי הריסה" [19]; נ' בן תור צווים נגד בנייה בלתי-חוקית [18], בעמ' 143-144.

ה

נסיים בדברים ראויים שאמר השופט י' דר בע"פ (חי) 2614/01 אלפנד נ' יו"ד הוועדה לתכנון ולבניה חיפה [13] (בסעיפים 26-27 לפסק-דינו) במענה לטענה כי צו הריסה ראוי לו שיצוה רק לאחר נקיטת הליך שיפוטי:

ו

במדינה אוטופיה, שבה אין בונים ללא היתר, אין צורך בהריסה ולכן אין הליך שיפוטי כלל. כשכנתה של מדינת אוטופיה, בה יש לעתים נדירות מקרים של בניה ללא היתר, אולם יש שם מספר מספיק של שופטים ובתי משפט וכל דיון מסתיים תוך זמן קצר, אין צורך בהליך של צו הריסה מינהלי, ודי בהליך שיפוטי.

ז

- במדינת ישראל, בה הפרת חוקי התכנון והבניה נעשית בריש גלי בהיקף עצום, מצד אחד, ובתי המשפט פועלים כל השנים במספר שופטים נמוך משמעותית מן הצריך, ואלה כירעים תחת הגטל, ההליכים מתמשכים, לא מצא המחוקק מנוס אלא מהוספת מכשיר של צו הריסה מינהלי.
19. סעיף 238א לחוק נולד אפוא מתוך צורך דוחק ליצירתו של כלי אכיפה יעיל, מהיר ואפקטיבי, אשר גם אם לא ימנע לחלוטין את תופעת הבנייה הבלתי חוקית, למצער יהיה בו כדי להביא לצמצום וממדיה על-דרך הרתעתם של עבריינים בכוח ועל-דרך מניעתם של עבריינים בפועל ליהנות מפרי עוולתם.
20. וזו היא אמנם תכליתה העיקרית של הוראת סעיף 238א שלחוק: ליתן בידי הוועדה המקומית כלי יעיל וקל למיגורה של הבנייה הבלתי חוקית בעוד היא בחיתוליה. ראו והשוו ע"פ 10505/03 אוולאי נ' מדינת ישראל [8]. צו הריסה מינהלי – מתחילתו ומעיקרו – נועד למנוע היווצרותן של עובדות מוגמרות בשטח ולקדם פני מצב של "נבנה ונשמע", קרא: נקבע עובדות נשטח ורק לאחר מכן נעשה – אם נעשה בכלל – להשגת היתרים ואישורי בנייה. מכאן סמכותו של יושב-ראש ועדה מקומית לתקוף כאשר הבנייה נמצאת בשלביה הראשונים. כך גם באשר למהירות שבה ניתן הצו לביצוע. אכן, תכלית צו ההריסה המינהלי באה לידי ביטוי בהיקפה הרחב והעמוק של הסמכות אשר הופקדה בידיו של יושב-ראש ועדה מקומית, סמכות שמכווחה יכול הוא להורות על פגיעה משמעותית ומיידית בקניינו של הפרט ללא כל צורך בצו שיפוטי.
21. היקש מתבקש לסמכותו של יושב-ראש ועדה מקומית לצוות צו הריסה מינהלי יימצא לנו בהיתר הניתן לבעל מקרקעין לעשות שימוש בכוח כדי למנוע הסגת גבול או שלילת שליטתו במקרקעיו מלא-כדין; ראו הוראת סעיף 18 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. אכן, בענייננו מדובר בסמכות שמתחום המשפט הציבורי, בעוד אשר היתר הניתן לבעל מקרקעין שוכן בדיק המשפט הפרטי – על כל המסקנות הנדרשות מהבדל זה – ואולם במהותם של דברים התכלית אותה תכלית היא: היתר הניתן להכות כברזל בעודו חם: במקרה האחד – בהיתר הניתן ליחיד – מדברים אנו בהגנת אינטרס הפרט, ואילו במקרה האחר – בסמכותו של יושב-ראש הוועדה המקומית – מדברים אנו באינטרס הכללי. ואולם עיקר לענייננו הוא כי גם במקרה האחד גם במקרה האחר מדברים אנו בהיתר ובסמכות הניתנים ליחיד ולרשות "לעשות דין לעצמם" בלא להידרש לעזרת בית-המשפט. הנה-כי-כן, לעתים אין לו למשפט מוצא – ולו בימינו – אלא לשים מבטחו בהליכים ובסעדינו שאפיינו את המשפט בימי קדם. ובאותו הקשר נזכיר ונזכור את דוקטרינת "המרדף הזם" (hot pursuit).

22. תכליתו של צו הריסה – התכלית של חיתוך חד ומהיר – שולטת גם בנושא היקף התערבותו של בית-המשפט בצו הריסה שצויה. כדברו של סעיף 238א(ח) לחוק, בית-משפט לא יבטל צו הריסה מינהלי "אלא אם הוכח לו שהבנייה שבגללה ניתן הצו בוצעה כדין או שביצוע הצו אינו דרוש לשם מניעת עובדה מוגמרת". הנהיג-כ"כ, התערבותו של בית-משפט בצו הריסה מינהלי מוגבלת אך לשתי עילות ביקורת, וצמצום סמכותו של בית-המשפט יש אף בו כדי להעיד על אופיו של צו ההריסה המינהלי (עם זאת נוסיף שהלכה היא כי בית-משפט יתערב-גם-יתערב בהליך של צו הריסה מינהלי מקום שהצו הוצא בלא שנתקיימו הנאים מוקדמים נדרשים להוצאתו או במקום שהצו הוצא תוך הפרת נורמות מקובלות של המשפט המינהלי. ראו למשל: רע"פ 47/92 טיר נ' יושב-ראש הוועדה המקומית – ירושלים [9], בעמ' 701; פרשת רג'בי [7] (לעיל, פסקה 18)). ולא אמרנו כל דברים שאמרנו אלא כדי להיוודע כי כל איבר מאיבריו של ההליך להוצאתו של צו הריסה מינהלי – לרבות הביקורת השיפוטית על ההליך – ספוגים בתכלית שביקש החוק להשיג. וגם ההלכה עמדה על כך לא אחת. ראו למשל: ע"פ (ב"ש) 566/96 סאלם נ' הוועדה המחוזית [14]; ב"ש (י-ם) 4744/03 אלהאם נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה של עיריית ירושלים [15]; עמ"ק (ת"א) 10667/03 מאנע נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ת"א יפו [17].

23. לְכָל ניסחף בתיאור תכונותיו התרומיות של צו ההריסה המינהלי – כצו חד, חותך ויעיל – נוסיף כי המחוקק הכיר בסיכונים הנלווים לצו שלקיומו אין הוא נדרש לאישור מוקדם של בית-משפט, ועל-כן ראה לתחום את גבולות הסמכות להוצאתו של צו מעין-זה, והליך הוצאתו של הצו רצוף ערובות וסייגים מינהליים שייעודם להבטיח כי יישמרו עיקריו של המשפט המינהלי לעת פגיעה בקניין הזולת (ראו ד"כ 90, לעיל פסקה 18, בעמ' 271; להסתייגויות שהושמעו בכנסת בעת הקריאה הראשונה בעניינו של סעיף 238א לחוק ראו ד"כ 85, לעיל פסקה 18, שם). ערובות וסייגים אלה באים לידי ביטוי במנגנון המפורט שנקבע בהוראת סעיף 238א – על שלוש-עשרה פסקאות המשנה שבו – ורק אם ילך בדרך שהתווה לפניו המחוקק יהא יושב-ראש ועדה מקומית מוסמך לצוות צו הריסה מינהלי ולהוסיף וליישמו. אין צורך שנפרט באותם סייגים וחובות שאין הם לענייננו עתה.

סיכום הדברים הוא אפוא זה שהוראת סעיף 238א שלחוק התכנון והבניה נתנה בידי הרשויות כלי אפקטיבי ומהיר-ביצוע להילחם בבנייה הבלתי חוקית, אך בה-בעת טרח המחוקק לעטוף אותה סמכות בסייגים ובערובות לזכותו של היחיד לשמירה על הרשות שלא תחרוג מן התחומים הראויים שיועדרו לה.

24. בהקשר זה של קביעת איזון ראוי בין הכוחות המושכים לצדדים, נזכיר במיוחד את נושא הביקורת השיפוטית, והוא במישורין לענייננו. כפי שאמרנו וראינו, אחת מתכונותיו העיקריות של צו הריסה מינהלי – תכונה המעניקה לו את צביונו המיוחד והצובעת אותו בצבעו הייחודי – תימצא לנו בנושא הביקורת השיפוטית. הנה – כייכן, ביקורת רחבת-אנפין על הליך דוצאתו של צו הריסה מינהלי – כמו היה זה הליך מינהלי מן המניין – עלולה הייתה לפגום במאוד ביעילותו של הצו, ועלולים היינו למצוא עצמנו מקהים את חודו ואת כוחו של כלי חדש זה למלחמה בבנייה הבלתי חוקית (ראו למשל הורביץ, במאמרו הנ"ל [19], לעיל פסקה 18, שם, בעמ' 398-399). מן העבר האחר, לא היה ניתן להעלות על הדעת ויתור מכול-וכול על ביקורת שיפוטית. האיזון נמצא לו למחוקק בקיומה של ביקורת שיפוטית אך בצמצום עילות הביקורת.
25. הנה הם אפוא שני האינטרסים העיקריים לעניין: מזה, הצורך הדוחק במתן תגובה חזקה ויעילה לעבריינות הבנייה הבלתי חוקית, ומזה, זכותו של היחיד המבטאת עצמה בסייגים העוטפים את הסמכות להוצאתו של צו הריסה מינהלי. זאת נזכור ונשמור: גם אם נעשה כיכולתנו לשמור על זכותו של היחיד – ואכן נעשה כיכולתנו לשמור על זכותו של היחיד – נוסף ונזכור כי נחטא לתכליתו הראויה אם נפרש את החוק בדרך העלולה לשבש את פעולתו של יושב-ראש הוועדה המקומית בהוצאתם של צווי הריסה מינהליים. השופט זמיר היטיב להביע רעיון זה ברע"פ 6034/99 כהן נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים [10], בהדריכו אותנו כך (שם, בעמ' 446-447):
- התכלית העיקרית של סעיף 238 לחוק התכנון והבניה, שהקנה את הסמכות להוציא צו הריסה מינהלי, אינה הגנה על הקניין. אמנם זכות הקניין היא זכות יסוד, וכך הייתה גם לפני שנקבעה כזכות יסוד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיכך ראוי להתחשב בזכות הקניין, כתכלית כללית, לצורך פירוש החוק. אולם, כמו כל זכות יסוד, גם זכות הקניין מוגבלת באמצעות דינים והלכות שנועדו להגן על זכויות של אחרים ולשרת את טובת הציבור. טובת הציבור, כפי שבאה לידי ביטוי בחוק התכנון והבניה, מחייבת שבנייה תיעשה רק על-פי היתר...
- כדי למנוע בנייה ללא היתר, לא ראה המחוקק מנוס אלא להקנות סמכות קיצונית של הריסה מינהלית...

אכן, במתן פירוש לסעיף 238א, יש להיזהר שלא לשים את הסמכות להוציא צו הריסה מינהלי בסד, באופן שישבש את האפשרות להילחם ביעילות בבנייה בלתי חוקית.

א

ראו עוד: פרשת כהן בערכאה הראשונה [12] (לעיל, פסקה 18); ע"פ (י-0) 2373/00 עטון נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים [16]. ואלה דברים השמיענו השופט זמיר ברע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו נ' עורקבי [11], בעמ' 403:

ב

הסמכות להוציא צווי הריסה מינהליים לא הוענקה על-ידי המחוקק, אלא בשנת תשמ"א-1980... אותה עת נתברר כי בנייה בלתי חוקית פשתה כנגד ברחבי הארץ. כדי שניתן יהיה להילחם בנגע זה ביעילות, העניק המחוקק את הסמכות הקיצונית של הריסת בניין – סמכות שחוק התכנון והבניה בנוסח המקורי לא העניק אלא לבית המשפט – ליושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה. אכן, עדיין נזהר המחוקק והגביל את הסמכות בתנאים, קבע לה סייגים והכפיף אותה לביקורת שיפוטית, כדי שלא תופעל בטעות או בשרירות. עם זאת, ניכר מתוך הוראות החוק כי תכלית ברורה הייתה לנגד עיני המחוקק: שבמקרים המתאימים, שבהם נתקיימו התנאים והסייגים שנקבעו בחוק, ניתן יהיה להפעיל סמכות זאת במהירות וביעילות. יש בתכלית זאת כדי להשליך על הפרשנות הראויה של הוראות החוק בעניין זה.

ג

ד

ה

לא מן המותר יהא אם נוסף ונוכיר כי מאז נולד צו ההריסה המינהלי – בשנת תשמ"א-1980 – עשה המחוקק להרחבת סמכותה של הרשות, ועל דרך זו להעצמת יעילותו של כלי הצו המינהלי למלחמה בבנייה הבלתי חוקית. כך למשל בשנת תשמ"ח-1987 (חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 25), תשמ"ח-1987) הוענקה הסמכות לצוות צו לבעלי תפקידים אחרים לבד מיושב-ראש הוועדה המקומית; בשנת תשנ"ד-1994 (חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 38), תשנ"ד-1994) הוארכה התקופה שבה ניתן לצוות צו הריסה מינהלי; בשנת תשנ"ה-1995 (חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 43), תשנ"ה-1995) הורחב מעגל בעלי הסמכויות היכולים להיות מעורבים בהוצאת צו הריסה, ובית-המשפט הוסמך להאריך את התקופה לביצוע הצו. כל אלה ועוד מלמדים על מגמת המחוקק להרחיב את אפשרות השימוש בהליך צו ההריסה המינהלי.

ו

ז

ולענייננו שלנו

26. הפכנו, היפכנו ודשנו בתכליתו של צו ההריסה המינהלי. הארכנו ואפשר הארכנו ביתר. עשינו כל שעשינו לא אר לכבודה של תורה. עיקר ענייננו היה – והינו – לנסות להבין לעומקו את דרכו של הצו. עד היכן יכול הוא – ובעיקר: עד היכן ראוי הוא – כי ירחיק ויעמיק במלחמתו בבנייה הבלתי חוקית. מסקנתנו מדברינו מסקנה אחת היא: לו קיבלנו את פירושם של המבקשים לתחומיו של צו ההריסה המינהלי, כי-אז סיכלנו במודיענו את תכליתו, כי-אז השמטנו מידה של הרשות המוסמכת כלי יעיל וראוי למלחמה בבנייה הבלתי חוקית. הנה הוא עניינם של המבקשים: על-פי פירושם לחוק, אותם פתחים שנקרעו בקירות וזמחסן ראויים הם כי יוסיפו וייוותרו במקום עד יום גור-הדין והפעלתה של הוראת טעיף 205 שלחוק בידי בית-המשפט. את גרם המדרגות ניתן "להרוס", אך לא כן יהא דין החלונות. ואולם מה לי גרם מדרגות מה לי חלון, והרי גם-זה גם-זה נבנו בהפרת החוק. הכך ראוי ונכון כי נפרש את החוק? והרי הוראת סעיף 238א נועדה – מראשיתה ומעיקרה – להשבת המצב לקדמתו על-דרך ביטולו ומחיקתו של המעשה הבלתי חוקי. אכן, פירוש בדרכס של המבקשים ישים את החוק לאל, אם לא במלואו כי-אז בחלק ניכר בו.
27. כך הוא בלכתנו בדרך התכלית וכך בלכתנו בדרך הלשון: אין ספק שמוסמך הוא יושב-ראש הוועדה המקומית להורות על "הריסת" החלונות, ואולם כיצד ניתן "להרוס" חלון אם לא באטימתו? כך הוא חלון, כך הוא פתח לדלת, כך הוא בור שנכרה להקמת יסודות. ראו והשוו: פרשת פרוץ 51, לעיל, פיסקה 17. בה-בעת, כפי שציינו במקום אחר, סמכותו זו של יושב-ראש הוועדה המקומית יש לפרשה וליישמה – כדרכנו בפרשנות – בשכל ישר ובטענו. כך למשל אין לו ליושב-ראש הוועדה סמכות להורות על הקמתם של בניינים שלמים או על ביצוע עבודות רחבות-היקף. וכדברי השופט שטמר:
- משמעותו של צו הריסה איננה כוללת בנייה של מבנה שנהרס מחדש, אולם היא כן כוללת בניה כמו אטימת חלונות, דלתות, כיסוי בעפר, היכן שהעפר חשף קירות או מבנים שלא כדין וכיוצב' פעולות, הכל שאלה של מידה והגיון. איזון ראוי בין פרשנות שלא תרוקן מתוכן את הוראות צו ההריסה המינהלי ותעניק לו יישום העישוי להביא לתוצאות בלתי מתקבלות על הדעת, לבין פרשנות שלא תרחיב את גררי צו ההריסה המינהלי יתר על המידה, ותהפכו, הלכה למעשה, לצו בניה, מאפשרת להורות על בניה הנילוות לצו ההריסה, כל עוד זו: דרשת למימוש.

פירוש: פעולת הבנייה תיעשה רק לצורך השבת המצב לקדמתו ובהיקף סביר ומידתי.

א

28. בית-המשפט המתווי דחה את פירושו של המבקשים בהישענו על טעם נוסף והוא עניינו של הכלל כי חלקי בנייה, בורות, פתחים ופתירות לא ייוותרו חשופים בשטח להיתום מפגע סביבתי. וכלשונה של השופטת שטמר בפסקה 18 לפסק-דינה:

נראה שגם האינטרס הציבורי מטה לכונן הפירוש שאני מציעה: אם לא ניתן יהיה להורות בצו הריסה על הריסת חלקים במבנה, כמו חפירות, יצירת חללים, או פתיחת פתחים בקירות, הרי יהיה בהשארותם, לא רק משום השארת "פירצה הקוראת לגנב", דהיינו, פיתוי לעברייני שימשיך בבנייה הלא חוקית, אלא, לעתים, גם משום סיכון הציבור, שכן השארת פתחים ובורות מסכנים אותו.

ב

ג

ובהמשך:

השארת מפגעים בשטח מותירה אותם חשופים לחבות אזרחית כגין אותם מפגעים, באם חלילה מישהו יפגע מהם. גם אם יש בטענה זו מן הפטרנליזם, הרי שאין לאפשר הותרת מפגעים כתוצאה מבניה בלתי חוקית, וצו ההריסה יכול להורות לסלקם.

ד

השופטת שטמר אמרה את דברה, ואני עמה.

ה

29. דבר אחרון: המבקשים עורכים השוואה בין לשונה של הוראת סעיף 238א לבין לשונה של הוראת סעיף 205 שלחוק, ובהשוואה זו אומרים הם ללמוד מן ההנח על הלאו. כיצד כך? הנה-כיי-כן, כך טוענים הם, סעיף 205 מסמיך בית-משפט – לעת גזר-דין שהוא גוזר על עברייני בנייה – להביא להשבת המצב לקדמתו על דרך ציווי צו "שהבנין או אותו חלק ממנו שנבנו ללא היתר או בסטיה מהיתר או מתכנית ייהרס, יפורק או יסולק" (סעיף 205(1)), ובנוסף כך: "לתת לנשפט כל צו אחר שייראה לבית המשפט, בקשר לדרך או לבנין שבהם נעברה העבירה, לרבות צו לשינוי מבנה, צו סגירה, צו איסור שימוש וצו להתאמת הבניה או השימוש להיתר או לתכנית" (סעיף 205(3)). הוראת סעיף 238א שלחוק – לעניינו של צו הריסה מינהלי – כוללת אך את הסמכות הראשונה, ומסקנה נדרשת מכאן היא – כך טוענים המבקשים – כי סמכותו של יושב-ראש הוועדה המקומית אינה פורשת עצמה על ציווי של בנייה (כאטימת חלון).

ו

ז

- טענה זו אינה מקובלת עלינו ולו משום שהנושא נושא שונה הוא ; כאן – בעניינו של סעיף 205 – מדובר בבנייה שלא בהתאם להיתר ובציווי ל"התאמה", ואילו בעניינו מדובר בהריסה. ולא הרי זו כהרי זו. אכן, סמכותו של בית-המשפט רחבה מסמכותו של יושב-ראש ועדה מקומית, אך מתוך שהתכליות של שתי ההוראות מְפִנֵּן אל יעדים שונים, ממילא אין להשוות בין לשון ללשון. כל אחת מסמכויות אלו מולכת בממלכתה-שלה, זו ממלכה לעצמה וזו ממלכה לעצמה.
30. הגענו לסוף הדרך ועתה השכלנו וידענו תשובה לשאלה ששאלנו בתחילתה של הדרך. והתשובה היא זו: לעניינה של בנייה בלתי חוקית כהוראת סעיף 238 שלחוק התכנון והבנייה, מוסמך הוא יושב-ראש ועדה מקומית לתכנון ולבנייה לצוות בצו הריסה מינהלי על השבת המצב ליקדמתו הן בהריסה – כהוראתו המצומצמת של המושג – הן בבניה. אשר לצו ההריסה המינהלי שהוצא בעניינם של המבקשים ביום 10.8.1997, צו זה אין בו פגם או סירכה. ויש לבצעו כהחלטתו של בית-המשפט המחוזי (בפיסקה 29 לפסק-דינו). התיק יוחזר ל"בית-המשפט לעניינים מקומיים לקביעת מועד לביצועו של צו ההריסה כאמור.
- השופטת ד' ביניש
- אני מסכימה.
- השופט ס' ג'ובראן
- אני מסכים.
- הותלט כאמור בפסק-דינו של השופט מ' חשין.
היום, י"ח בכסלו תשס"ה (1.12.2004).