

## מדינת ישראל

### משרד המשפטים

פרקליטות המדינה

המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין

תאריך: ה' תשרי תשע"ה

29 ספטמבר 2014

מספרנו: 1682/13

אל: תובעי הוועדות המקומיות לתכנון ולבנייה  
התובעים מטעם המדינה בעבירות תכנון ובנייה

לתובעים שלום,

### הנדון: הנחייה בנושא תקיפה עקיפה של החלטה מנהלית במסגרת הליך פלילי

מצ"ב לעיונכם פסק דינו של בית המשפט העליון (כב' השופט שוחם) ברע"פ 3082/14 **ראתב אבו אלקיעאן ואח' נ' מדינת ישראל** (מיום 14/9/14) במסגרתו דחה בית המשפט בקשת רשות ערעור בנוגע לצווי הריסה ללא הרשעה (להלן "הצווים") שניתנו לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965 (להלן "החוק") על מבני מגורים מאוכלסים שנבנו ללא היתר.

המבקשים העלו נגד הצווים טענות, בין השאר, במישור החוקתי – מינהלי, בהן נתקפו החלטות של מוסדות התכנון והממשלה להקמת ישוב במקום בו מצויים המבנים הבלתי חוקיים.

בית המשפט קבע כי לא ניתן, במסגרת הליך לפי סעיף 212 לחוק, לתקוף בתקיפה עקיפה, את החלטות ועדת המשנה לעררים והחלטות הממשלה וכי על המבקשים היה לעשות כן בתקיפה ישירה בפני הערכאות המוסמכות:

"אשר לטענות במישור החוקתי והמינהלי, עמדה בפני המבקשים האפשרות לפנות לערכאות השיפוטיות המתאימות, ולהשיג בפניהן על החלטת ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית. עוד עמדה למבקשים האפשרות להשיג בפני בית המשפט המוסמך על החלטת הממשלה משנת 2002, להקים במקום את הישוב חירן. אף על פי כן, בחרו המבקשים להעלות, שוב ושוב, טענות במישור החוקתי והמינהלי, במסגרת תקיפה עקיפה, בהליך שעניינו ביטול צווי הריסה, במקום לעשות כן בתקיפה ישירה בפני הערכאות המוסמכות.... לא למותר הוא לחזור ולציין, כי לא ניתן במסגרת הליך זה לתקוף בתקיפה עקיפה את החלטות ועדת המשנה לעררים והחלטות הממשלה. יצוין, כי בהליכים מושא בקשה זו, בחנו הערכאות הקודמות- כנדרש בהלכה הפסוקה- את קיומו של האינטרס הציבורי במתן צווי ההריסה. במסגרת השיקולים הרלוונטים בחנו הערכאות הקודמות, בין היתר, נתונים אלה: בעלותה של המדינה על הקרקע והרשות ההדירה לשימוש במקרקעין שניתנה למבקשים; המצב

התכנוני העדכני בקרקע; וחלופות ההתיישבות המוצעות למבקשים. באיזון כלל השיקולים הצריכים לעניין, הגיעו הערכאות הקודמות לכלל מסקנה כי קיים אינטרס ציבורי במתן הצווים, הגובר על עניינם הפרטי של המבקשים. לא זו אף זו, תוך כדי בחינת האינטרסים המתנגשים, נזקקו הערכאות הקודמות, ולו בעקיפין, להיבטים מתחום המשפט המינהלי והחוקתי".

## **תקיפה עקיפה של החלטה מנהלית במסגרת ההליך פלילי**

### **הכלל**

1. סוגיית התקיפה העקיפה של מעשה מנהלי אגב הליך פלילי עולה לא אחת בתיקי תכנון ובניה ונכון לחדד כאן את עמדת המחלקה בנושא זה ואת הנחייתה.
2. ככלל, מטעמים של מדיניות משפטית ראויה, אין להרשות תקיפה עקיפה של הליכים מנהליים במסגרת ההליך הפלילי. שדה התקיפה הטבעי לבירורן של טענות מעין אלה הוא במישור המנהלי ולא בהליך הפלילי, ולא ניתן להפוך את הזירה הפלילית לזירה מנהלית.
3. ההחלטה המנהלית עניינה בהפעלת שקול דעת של הרשות המנהלית והיא מתמקדת בתהליך של איזון אינטרסים ושקילה של כל השיקולים הרלוונטיים שביסוד ההחלטה המנהלית. הערכאות המנהליות הן המיומנות בישומו של המשפט המנהלי ובבחינה מהותית של תוכן ההחלטה :

"דרך המלך לבחינתה של סוגיית המידתיות, מוליכה אל ערכאות המשפט המנהלי. שם, בדרך של תקיפה ישירה, נוח וטבעי לעסוק בשאלות אותן הציג חברי בסיפא לפסק-דינו.... באותן ערכאות, במבט הצופה פני עתיד, ניתן לברר כל צורכו את הפן העובדתי הכרוך בפעולתה של הרשות". (כב' השופט לוי ז"ל ברע"פ 7451/07 **מדינת ישראל נ' רון אהרונוביץ**, פסקה 4).

4. עם זאת, תקיפה עקיפה של הליכים מנהליים במסגרת ההליך הפלילי תתאפשר באופן חריג ובמשורה, ראו בג"צ 3326/05 **משה בן סנצ'ו ואח' נ' בית המשפט לעניינים מקומיים רמת השרון** (כב' השופט רובינשטיין) :

"בוודאי הגישה התומכת בתקיפה עקיפה של הליכים מינהליים במסגרת הליך פלילי תינקט – אם בכלל – במשורה; ככלל, לא לזאת נועד ההליך הפלילי, לא בסדרי הדין הנוהגים בו ולא במהותו. בענייננו, המדובר בכתב אישום משנת 2000, שבמהלך הטיפול בו היה בידי העותרים לתקוף בהליך מינהלי מתאים את נושא רשיון העסק.

על פניו אין מקום לסרב את ההליך הפלילי בטענות שיכלו להתברר כדבעי בפורום המתאים. גם מטעם זה אין מקום לעתירה....".

ראו עוד והשוו להחלטתה של כב' השופטת ארבל במ"ח 4179/11 **מקלופ ביטון נ' מדינת ישראל** :

"טענתו המרכזית שבגינה סבור המבקש כי יש להיעתר לבקשה ולערוך לו משפט חוזר, היא שהרשויות הנוגעות בדבר התרשלו כלפיו במסגרת הליך שינוי התביעה שחלה על נחלתו. טענות אלה אינן שייכות להליך הפלילי שנקט נגד המבקש בגין בנייתו הבלתי חוקית, אלא שייכות למישור המשפט המנהלי והאזרחי, הליכים בהם אכן נקט המבקש, וטרם הגיעו לסיומם"

5. התשובה באלו נסיבות ניתן יהיה לאפשר תקיפה עקיפה כחריג לכלל האמור עדיין לא הוכרעה בפסיקה וטרם נקבעו בסוגיה זו אמות מידה ברורות. **בפרשת אהרונוביץ** הנזכרת לעיל, הציע כב' השופט א' לוי ז"ל מבחן המשלב בין חומרת הפגם המנהלי הנטען ובין רמת הבירור העובדתי והנורמטיבי הנדרש :

"האם קיומו של מסלול זה של פניה לערכאות המנהליות, משמיע את חסימתה של הדרך האחרת, היא דרך התקיפה העקיפה של פעולת הרשות בגדרו של משפט פלילי? .... המעט שאוכל לומר על סוגיה מורכבת זו הוא, שהיא מעוררת שאלות סבוכות שטרם הוכרעו כל צורכן בפסיקתנו. גדר הספק נוגע למידת הפגם שנפל בפעולתה של הרשות, ולשאלה אם הוא עמוק דיו כדי להצדיק תקיפה עקיפה. בעבר, נדונו סוגיות מעין אלו על יסוד האבחנה בין פעולה בטלה מעיקרה לבין פעולה נפסדת, הניתנת לביטול על יסודה של הכרעה שיפוטית.... ברם, עם הזמן הרחיקה עצמה התפישה המשפטית, באמצעה את הרעיון שהשתרש בשם בטלות יחסית, ממודל דיכוטומי זה. במקומו נהוג כיום לדבר בסולם השוואתי, שעל יסודו מדורגת מידתו של הפגם ומשמשת, כשלצדה יתר הנסיבות והשיקולים הנוגעים בדבר, בקביעתו של הסעד המתאים וכמוהו גם של הדרך הראויה לעתור לקבלתו במקרה המסוים... **אך עד כמה צריך להיות הפגם חמור ומהן הנסיבות האחרות שיצדיקו תקיפה עקיפה, טרם קבעה הפסיקה. דומני, כי ככל שזיהויו של הפגם שנפל יצריך בירור עובדתי ונורמטיבי מקיף יותר, כך יקשה להפקיד את המלאכה בידי ערכאות שאינן מיומנות ביישומן של המשפט המנהלי, או שמסגרת הדיון בהן מקשה על קיומו של בירור כאמור**".

### **חריגים לכלל**

6. כחריג לכלל האמור נאשם רשאי להעלות במסגרת ההליך הפלילי טענות כנגד התנהלות הרשות בתקופה שקדמה להגשת כתב האישום. ברם, טענות אלו מצומצמות לעניינו של ההליך הפלילי המסויים וניתן להעלותן נגד התנהלותם של גורמי התביעה או גורמי החקירה בלבד. עמד על כך כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס בבג"צ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל** :

"... בית הדין, בדונו בהליך הפלילי, וככל בית משפט פלילי, רשאי ומוסמך לדון לא רק בטענות המכוונות ישירות כנגד האישום הפלילי, אלא אף בהשגות על התנהלותן של רשויות המינהל **טרם** הגשתו של כתב האישום. כוללים אנו במסגרת זו הן את שלב החקירה והן את ההתנהלות של התביעה עד להגשתו של כתב האישום".

7. כמו כן, במקום בו ההחלטה המנהלית היא אחד מיסודות העבירה ניתן לתקוף את חוקיותה של ההחלטה בהליך הפלילי, מהטעם שיש בכך להשליך על אופן התנהלותה של התביעה. ראו רע"פ 1057/99 **טור' יעקב יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי**:

"הלכה ישנה ומבוססת היא, כי גם בהליך פלילי חלה חזקת החוקיות של החלטה מינהלית, וגם בהליך פלילי רשאי בית-המשפט לבדוק את החוקיות של החלטה מינהלית, ככל שחוקיות ההחלטה היא אחד מיסודות העבירה, בדרך של תקיפה עקיפה, על-פי העילות של המשפט הציבורי".

8. לאור האמור, בהליך לפי סעיף 237 לחוק שעניינו כתב אישום בגין עבירה של אי קיום צו הפסקה מנהלי, רשאי נאשם לתקוף את ההחלטה המנהלית ולטעון, דרך משל, שהצו הוצא בלא סמכות.

9. בנוגע לצו הריסה מנהלי המוצא לפי סעיף 238א לחוק, כבר נפסק ע"י בית המשפט העליון, שאף כי עילות ההתערבות לביטול הצו צומצמו בחוק לשתי עילות מוגדרות, סעיף 238א(ח) לחוק, אין בכך כדי לשלול טענות מתחום המשפט המנהלי, ובלבד שמדובר בפגמים חמורים של המעשה המנהלי ובטענות הנוגעות לשורש הסמכות לקיים את אותו האקט:

"על רקע זה אנו קובעים היום כי בית-המשפט לעניינים מקומיים יכול לדון בכל טענה התוקפת את צו ההריסה המינהלי המצביעה על **"פגמים חמורים** העלולים להביא את בית-המשפט בסופו של ההליך להצהרה על בטלות צו ההריסה" (כבוד הנשיא ברק בע"מ 3518-02 **רמזי יוסף רגבי נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים**).

10. ברם, בית המשפט מדגיש בדבריו שיש להבחין בין טענה כנגד מעשה מנהלי קונקרטי לבין טענה כללית כנגד מדיניות אכיפה שאז המקום הנכון להעלותה הוא בבית המשפט לעניינים מנהליים:

"... עם זאת יהיה חשוב להדגיש כי פסק-דינו מתייחס למצבים שעולות בהם טענות כנגד **צו הריסה מינהלי קונקרטי**. במקרים שהטענה בהם הינה כללית כנגד מדיניות רשויות התכנון במקום, המקום הנאות להעלותה הוא בבית-המשפט לעניינים מנהליים,

שהוא בית-המשפט המוסמך לדון בטענות אלה. כך, למשל, טענה מצד המתגורר באזור מסוים כי אין רשויות התכנון אוכפות את החוק ואינן מוציאות צווי הריסה כנדרש, יש להעלות בפני בית-המשפט לעניינים מינהליים (ראו בג"ץ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, אולם אם בעל בית שהוצא כנגדו צו הריסה מינהלי טוען כי יש לבטל את צו ההריסה מטעמים שבאכיפה סלקטיבית, יש להעלות את הטענה בפני בית- המשפט לעניינים מקומיים, המוסמך לדון באותם "פגמים חמורים העלולים להביא את בית-המשפט בסופו של ההליך להצהרה על בטלות צו ההריסה" (שם).

## **סיכום**

ככלל על התובעים להתנגד להעלאתן של טענות שמהותן היא תקיפה עקיפה של ההליך המנהלי, למעט במקרים הבאים :

א. מקרים בהם הפגם הנטען בהליך הוא חמור ויורד לשורשו של עניין.

ב. מקרים בהם ההחלטה המנהלית היא יסוד מיסודותיה של העבירה.

במקרים אלו, או במקרים בהם התובע סבור כי יש בסיס של ממש לטענות שיש בהן כדי להשליך על ההליך הפלילי, על התובע להתייעץ עם הפרקליט האחראי במחלקה טרם הבעת עמדה.

בברכה,



**ציון אילוז**

**מנהל המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין**

**בפרקליטות המדינה**

העתק : היועץ המשפטי לממשלה

פרקליט המדינה

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי).

המשנה לפרקליט המדינה (פלילי).