

בג"צ 28/50

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

א לפני השופטים דונקלב לום, אסף זילברג

בבקשת:

המבקש יוליוס מינצר

ב נגד

המשיבה הועדה המקומית לבנין ובנין ערים ת"א

ג

פקודת בנין ערים, 1936 — פקודת החנינה הכללית השיט"ט 1949 —
מבנה שנבנה ללא רשיון העירייה — האם צו ההריסה הוא בגדר צונזש ואם חלה עליו פקודת
החנינה — הסחירה הרעיונית שבין סעיף 135(1) של פקודת בנין ערים לבין סעיף 35(7) שבה
— החקון הרצוי de lege ferenda.

ד

התנגדות לצו-על-תנאי, מתאריך 1.3.50, המכוון אל המשיבה והדורש ממנה
לבוא וליתן טעם מדוע לא תימנע מבצוע הריסת צריף הפח הנמצא בחצר הבית
ברחוב שינקין מס' 11, תל-אביב, ומדוע לא תימנע מכל צעדים לבצוע פסק הדין
של בית משפט השלום בתל-אביב בתיק פלילי מס' 5324/48 מיום 23.8.48. הצו-
על-תנאי בוטל.

טענו:

למבקש: ג. האוזנר
למשיבה: מ. הנדלסמן

יום שמיעת הבקשה ומתן הצו-על-תנאי בהרכב הנשיא (זמורה), והשופטים אסף ואגרנט — 1.3.50;
תשובה לצו-על-תנאי — 28.4.50, 20.6.50; יום מתן הצו — 12.10.50.

צ

השופט זילברג: זו היא התנגדות לצו-על-תנאי של בית משפט זה, המצוה על המשיבה ליתן טעם, אם יש בידה, מדוע לא תמנע מלבצע את פסק הדין של שופט השלום, תל-אביב, מיום 23.8.48, הגוזר על הריסת הצריף שנבנה, ללא רשיון העיר-ריה, בחצר הבית אשר ברחוב שינקין 11, תל-אביב. יסוד למתן הצו-על-תנאי שימשה הטענה, כי עקב פקודת החנינה הכללית, תש"ט-1949, פג תקפו של צו ההריסה ואין לבצעו עוד. וזה לשון סעיף 2 לפקודה הנ"ל:—

א

ב

2. אדם שלפני יום י"א בשבט תש"ט (10 בפברואר 1949) עבר עבירה, לא יאסר ולא ייעצר עליה, לא יובא עליה לדין, ואם הובא יתבטל הדיון, ולא ייענש...".

ג

2. שאלה אחת ויחידה עומדת לדין לפנינו, והיא: מה טיבו של צו ההריסה, אשר ניתן על ידי שופט השלום כאמור? ובוהו חלוקים בעלי הדין שלנו. בא-כח המבקש אומר: צו זה — עונש הוא, על עבירת הבניה ללא רשיון, וממילא חלה עליו החנינה האמורה; ובא-כח המשיבה אומר: לא כי, אלא — "מצוה" הוא, — הטלת חובה מסוימת על ידי השופט, לטובת הכלל ולא להענשת הפרט, ולכן אין חנינה תופסת בו, ויש לבצעו על אף פקודת החנינה.

ד

3. אציין מיד בפתח דברי, כי שאלה זו אינה קלה כל עיקר, ויש למצוא פנים לכאן ולכאן בהוראות השונות של החוק. כונתי: לפקודת בנין ערים, 1936, כפי שתוקנה מפקידה לפקידה, הנה, למשל, הוראת סעיף 135(1) המתוקן, אשר בא כח המבקש מצביע עליה, מלמדת לכאורה על אופיה ה"ענשי" של ההריסה; שכן קובע סעיף זה יחס ברור ומוצק בין הרשעת העבריין לבין הריסת הבנין. רק לאחר שהורשע האיש, בעבירת הבניה-ללא-רשיון (או שלא בהתאם לרשיון, וכדומה), צפוי הוא למתן צו הריסה, ולא — לא! לעומת זה מצביע בא-כח המשיבה על הוראה אחרת, בסעיף 73(7) לפקודה, אשר ממנה יש להסיק הפוכו של דבר. סעיף-קטן זה מיפה את כחו של בית המשפט לצוות על הריסת בנין של עבריין בלתי ידוע, או של עבריין אשר "התגצל את בעלותו מעליו" (has divested himself of the ownership) לאחר בצו העבירה. למשל: ראובן בנה בית ללא רשיון, ומכרו לשמעון, יכול בית המשפט, בלי להזמין אדם לדין כלל, לצוות על הריסת הבית (עין שם). כאן לוקה אדם שלא חטא כלל, והיכן מצינו עונש במקום שאין עבירה? ולא עוד אלא שבמקרה זה, כפי שראינו, אין הזמנת אדם לדין, ואין אף דיון בעבירה.

ה

ו

ז

4. הגענו, איפוא, בסעיפיו הקטנים של סעיף 35, ל"שני הפכים בנושא אחד": מצד אחד, אם אדם הוא בעל בנין, והוא בנה אותו ללא רשיון — או נחשב כאילו

בנהו, על פי ההגדרה האמורה בסעיף 35(9) — אין לצוות על הריסת הבנין, אלא אם כן הורשעו הבעלים בעבירה. לא הגיע הדבר לידי הרשעה, מאיזה טעם שהוא — אין הורסים את הבנין; מצד שני, אם העבריין אינו בעל הבנין עוד, יכול בית המשפט, ללא הרשעה ואף ללא כל דיון באשמה, לצוות על הריסת הבנין. וגשאלת השאלה: הכיצד? ממה נפשך: אם צו ההריסה עונש הוא, איך אפשר (במקרה השני) להעניש אדם שלא עבר עבירה? ואם אינו עונש — מדוע לא יצווה (במקרה הראשון) על ההריסה, גם אם אין מקום או אפשרות להרשעת הנאשם? עינינו הרואות, ואין מפלט מן המסקנה, כי בכל אחת משתי הברירות תשאר "קושיא" ללא תירוץ, והשאלה היא, איפוא, את מי להעדיף, ומה היא הדרך אשר נבור לנו בקביעת אופיו של הצו הנדון.

5. נראה לי, כי אחרי ככלות הכל צדק באיכח המשיבה, וכי צו ההריסה אינו "עונש" במובן המקובל של המלה. קשה מאד לקבוע — אם לא מן הנמנע — מה הוא מובנו המדויק של המונח "עונש", וכיצד אפשר להבחין, ללא שיוך, בינו לבין סנקציות אחרות; וכבר ישבו על מדוכה זו, ולא הכריעו, גדולי חכמי המשפט. ואולם דבר אחד ברור על כל פנים, ואין איש חולק עליו (חוץ מן הגרמנים): כי אין עונש אלא במקום שיש עבירה, ואין הטלת עונש אלא לאחר ההרשעה. ואם המחוקק שלנו, באותו סעיף 35 גופא, מניח מקום למתן צו הריסת בית של אדם שלא חטא כלל — "מעניש" את קונה הבנין תחת בונה הבנין — כלום אין זה מוכיח כמאה עדים, כי ההריסה אינה חלק מן העונש, אפילו במקום שיש הרשעה בצדה? נראה לי, כי מטרת המחוקק כאן, בהתירו את מתן צו ההריסה, היא לא רק המטרה "המסורתית", המקובלת, של החוק הפלילי: "למען ישמעו ויראו" במקרים העלולים להתרחש לעתיד לבוא, אלא גם, ובעיקר, למנוע תקלה מרבים באותו מקרה קונקרטי גופו, העומד לדיון לפני השופט. יתכן מאד, כי פקודת בנין ערים באמת לוקה בחסר, וכי *de lege ferenda* מוטב לאפשר את מתן צו ההריסה, גם כאשר נתפס העבריין ואין משום-מה אפשרות להרשיעו בעבירה, ואולם ליקוי זה, המצוי בחוק הקיים, אינו צריך לגרור אחריו ליקויים נוספים, ואינו מחוייב להוביל אותנו לקראת המסקנה האבסורדית, כי כאשר המדינה, ביום חג ושמחה, מחליטה לתת חנינה לעבריינים, ומסכימה לותר על הענשת הפרט, היא בעת ובעונה אחת תעניש את הכלל, ותגזור עליו לעמוד בסכנה הנובעת מבניה פרועה ואסורה. וכשם שיום הכפורים — יום החנינה הדתית — אינו מכפר על עבירות שבין אדם לחברו, "עד שירצה את חברו" (יומא, דף פ"ה ע"ב), כך גם החנינה החילונית, להבדיל, לא תפייע את העבריין מן החובה שהוטלה עליו כלפי הצבור. והריסת בנין, שהוקס ללא רשיון, על ידי מי שנצטוו לכך, היא בדיוק מלוי חובה שכזאת, שכן כל מבנה מסוג זה הוא "מטרד" בכוח, מין "בור ברשות הרבים", אשר חופרו מצווה לסתמו ולסלקו, וביעור מטרד ודאי לא "עונש" הוא, ואין חנינה תופסת בו, כפי שנקבע בפסק דין אנגלי ישן נושן, ב-Rex v. Wilcox (1690) המובא בדייג'סט, כרך 36, ע'

242, סימן 806, והנמוק שניתן הוא, כי דבר זה (הצו לביעור המטרד) «אינו הענשת הנידון, אלא סלוק דבר המהווה פגיעה באנשים אחרים».

יצוין דרך אגב, לא כאסמכתא חוקית, כמוכן, לגבי פקודת החנינה שלנו, אלא אך ורק לשם הדגמת הרעיון בלבד, כי על פי המשפט המקובל האנגלי, אין המלך יכול לחון כלל אדם שהורשע בקיום מטרד צבורי (common nuisance), כל עוד לא סולק המטרד (Kenny, Outlines of Criminal Law, 15 ed., p. 593). זה הוא אחד משני היוצאים מן הכלל, בהם אין הכתר רשאי להשתמש בפריורגריטבת החנינה שלו (ה"יוצא" השני הוא, על פי חוק ה"הביאס קורפוס", העברת אסיר אל מחוץ לגבולות המדינה). לא הצלחתי לברר, אם הלכה זו כבר פשטה בסוף המאה ה-17, ואם כן — מדוע לא השתמשו בה בפסק הדין האנגלי הנ"ל, כי גם שם המדובר הוא במטרד צבורי (עיין English Reports, כרך 91, ע' 396).

6. כי צו ההריסה אינו בגדר «עונש», יש לדייק גם — בחינת «אף על פי שאין ראיה לדבר, זכר לדבר» — מנוסחו של סעיף 35, ס"ק (8), של הפקודה. כאן קובע המחוקק, בין השאר, כי בעל רכוש, הנפגע על ידי צו הריסה, יכול לערער עליו מבית משפט השלום לבית המשפט המחוזי, או מבית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון, והרכב בית המשפט הדין בערעור יהיה כנו בשמיעת ערעורים פלי-ליים, ומועד הגשת הערעור יהיה כנו בערעורים פליליים. מלה קטנה זו — «כמו» — באה ללמדנו, כי לא בערעור פלילי ממש הכתוב מדבר, שאם לא תאמר כן — מה צורך היה בכלל לפרש את הדבר?

7. באיכח המשיבה הפנה את תשומת לבנו גם לפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט העליון (בתקופת דמנדט) ב-בג"צ 62/34 (2 פל"ר 208), שם נתעוררה השאלה, אם בית המשפט העירוני, נוכח סמכותו המוגבלת לגבי הטלת עונשין (סעיף 4 לפקודת בתי המשפט העירוניים, 1928), יכול לצוות על הריסת מבנה. ובית המשפט אומר: «אנו סבורים, כי על פי סעיף זה (הכוונה: לסעיף 38 לפקודת בנין ערים, 1921), העונש הוא הקנס, וצו ההריסה, אף על פי שהוא חלק של פסק הדין, אינו חלק של העונש, וכי, משום כך, היה מוסמך בית המשפט העירוני לתת צו כזה» (שם, ע' 209).

8. המסקנה שהגעתי אליה היא, איפוא, כי צו ההריסה דגן אינו בגדר עונש, ולכן לא חלה עליו החנינה הכללית. על יסוד האמור לעיל, סבור אני, כי יש לבטל את הצו-על-תנאי שניתן בתיק זה.

השופט דונקלבלום: אני מסכים.

השופט אסף: אני מסכים.

בג"צ 28/50 י. מינצר נגד הועדה המקומית לבנין ובנין ערים, ת"א

פסקי-דין, כרך ד', תשי"ח/תשי"א-1950 השופט זילברג

לפיכך החלט לבטל את הצו-על-תנאי שניתן בתיק זה, ולחייב את המבקש בהוצאות המשפט בסכום כולל של 10.— (עשר) ל"י.

ניתן על ידינו היום, יום א' בחשוון, תשי"א (12.10.50).
במעמד: עזר'ד ע. רוקת, ע"פ העברה מעוה"ד האוונגר, ובמעמד: מר מ. הנדלסמן, ב"כ המשיבה.

ב ערעור פלילי מס' 54/49

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

לפני השופטים דונקלבלום, אסף, זילברג

ג

בערעור של:

היועץ המשפטי לממשלת ישראל
נגד
סמיה בת סלמאן עטלה

ד

פקודת החוק הפלילי, 1936, סעיפים 18 (צורך) ו-12 (סעות שבעובדה) —
יסודי העבירה לערמת יסודי התגנה — האם חל הסעיף 12 גם על סעות ביחס ליסודי התגנה —
סיבה של הסליחה במובנו של סעיף 18 — הוראות החלק הכללי של החוק הפלילי לעומת הוראות
החלק המיוחד שבו — המותר להרכיב הוראה כללית אחת על הוראה כללית אחרת — יחסם
של הסעיפים 12 ו-18 זה לזה — התגוננות העוברת על מידת המותר.

ה

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, בחיפה, שניתן ע"י השופט
ד"ר מ. עזיוני בתיק פלילי מס' 72/49 ביום 28.9.49, שלפיו זוכתה המשיבה, מאשמת
הריגה לפי סעיף 212 לפקודת החוק הפלילי, הערעור נדחה ופסק הדין של בית
המשפט המחוזי אושר.

ו

טענו:

ז

למערער: ל. פורטונה
למשיבה: מ. שימל

יום שמייעת הערעור — 31.7.50; יום מתן פסק הדין — 12.10.50.