



ע"פ 3732/03/18 - אוויסון ישראל בע"מ, אזה צרפתי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3732-03-18 אוויסון ישראל בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופטת חגית מאק-קלמנוביץ

1. אוויסון ישראל בע"מ המערערות

2. אזה צרפתי ע"י ב"כ עו"ד ניר יסלוביץ

נגד

המשיבה

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד שרון מנדלבאום ועו"ד מירב הירש

פסק דין

1. לפני ערעורים שהגישו שני הצדדים על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כב' השופט פ' שטרק) בתיק תו"ב 63150-03-14. בהכרעת הדין מיום 11.9.16 הורשעו אוויסון ישראל בע"מ ואזה צרפתי (להלן: "המערערות 1" ו"המערערות 2" בהתאמה, וביחד: "המערערות") בעבירות של ביצוע עבודות ללא היתר, בניגוד לסעיפים 145(א) ו-204(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק") ואי קיום צו הפסקה שיפוטי, בניגוד לסעיף 240 לחוק. בגזר הדין מיום 18.1.18 נגזר דינו של המערערות, כך שמערערות 1 תשלם קנס בסך 3,600,000 ₪ וכן קנס בסך 224,500 ₪ ומערערות 2 תשלם קנס בסך 1,600,000 ₪ או 730 ימי מאסר תמורתו וכן קנס בסך 134,700 ₪ או 360 ימי מאסר תמורתו. בנוסף נדרשו שתי המערערות לחתום על התחייבויות בסכום של 75,300 ₪, להימנע מביצוע עבירה לפי פרק י' לחוק, למשך שנתיים ממועד מתן גזר הדין.

כתב האישום

2. כתב האישום כנגד המערערות הוגש ביום 4.3.14 בגין שני אישומים. האחד, ביצוע עבודה הטעונה היתר לפי החוק, בלא היתר כאמור, בניגוד לסעיפים 145(א) ו-204(א) לחוק. השני, בגין אי קיום צו שיפוטי, בניגוד לסעיף 240 לחוק. ביום 30.4.15 הוגש כתב אישום מתוקן, במסגרתו הוספו עבודות נוספות שבוצעו מיום הגשת כתב האישום ועד הגשת כתב האישום המתוקן (להלן: "כתב האישום").

3. על פי הנטען באישום הראשון, בנכס הנמצא בירושלים בשכונת גבעת שאול 1, בהר המנוחות גבעת שאול, גוש 30259, חלקות 60,61,62 ו-97, ביצעו המערערות בין המועדים 24.10.12 ל- 21.4.15 או בסמוך, עבודות כדלקמן:

א. בשטח המיועד לבית קברות ישרו שטח, הציבו 216 קברים מבטון ללא היתר, כשחלקן מולאו לחלוטין בבטון וחלקן באדמה ומאליהן, נבנתה קונסטרוקציה בטון מאחדת.



ב. בנו קיר עם ציפוי אבן באורך של כ-40 מ"א ובגובה של כ-1.80 מ'.

ג. יצקו רצפה מבטון ודיפון מאגרגטים בשטח של כ-462 מ"ר.

ד. בנו קיר עם ציפוי אבן באורך של כ-54 מ"א וגובה של כ-3 מ'.

ה. סללו כביש גישה מאספלט ודיפון מאגרגטים בשטח של כ-140 מ"ר.

4. בכתב האישום הודגש, כי מדובר במקום שהינו הר המנוחות הגדול והמרכזי ביותר בירושלים, אשר כל פעולה בשטחו, בייחוד קבורה ללא היתר, עלולה להסב נזק חמור ובלתי הפיך לשטח בית הקברות, שאין חולק על חשיבותו העירונית, הלאומית והדתית. בנוסף צוין כי בתחילת העבודות נמצאו 20 תבניות בטון שהונחו בשטח ללא היתר, כאשר בחלוף כשנה אחת בלבד, כמות הקברים הוכפלה פי 10 והגיעה ל- 216 תבניות בטון, אשר חלקן מלאות בבטון מלמעלה, ויש חשש כי נטמנו בהן גופות. נטען כי העבודות בוצעו בלא היתר מאת הועדה המקומית לתכנון ולבניה למרחב תכנון מקומי ירושלים, למרות שביצען טעון היתר כאמור. המערערת הואשמו בביצוע העבודות בלא היתר בהיותן בעלות הנכס, המשתמשות והאחראיות לביצוע העבודות.

5. על פי הנתען באישום השני, ביום 10.12.12 הוגשה בקשה לקבלת צו הפסקת עבודות שיפוטי ביחס לשטח המצוי בבית הקברות בגבעת שאול, בגוש 30259, חלקות 60 ו-61, בשל ביצוע עבודות של הנחת תבניות של קברים ללא היתר. בעת תפיסת העבודות ללא היתר, נמצאו 20 תבניות קברים מבטון.

6. עוד צוין בכתב האישום כי ביום 31.12.12 הגישו המערערת בקשה לביטול צו הפסקת העבודות בב"ש 9145/12. ביום 24.3.13 הורה בית המשפט על ביטול צו הפסקת העבודות השיפוטי, אך עיכב את החלטתו עד ליום 4.4.13, וצו הפסקת העבודות נותר בתוקף. נטען, כי לאחר הגשת עיכוב הביצוע, הוגש לבית המשפט המחוזי ע"פ 14113-04-13. ביום 19.5.13 קיבל בית המשפט המחוזי את הערעור, ביטל את החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים, וקבע שצו הפסקת העבודות השיפוטי יעמוד בתוקף עד לעמידה בתנאי ההיתר.

7. ביום 2.7.13 הגישו המערערת רע"פ 4731/13 לבית המשפט העליון, אשר נדחה ביום 28.10.13. נטען, כי למרות היות הצו בתוקף בכל התקופה האמורה, בביקורים מאוחרים של מפקחי הבניה נמצא כי המערערת מפרות באופן בוטה, חוזר ונשנה, את צו הפסקת העבודות השיפוטי. עוד נטען, כי בביקור המפקח ביום 28.8.13 נראה כי הונחו כמה עשרות תבניות בטון גדולות והחלו בבניית קיר אבנים לאורך כ-40 מ'. ביום 30.10.13 אף נמצא כי נוספו עוד כמה וכמה תבניות בטון והמשיכו בעבודות בניית הגדר ואף סללו כביש גישה.

8. ביום 8.1.14 נמצא כי כבר הונחו 216 תבניות שמולאו בחול ונוצקה עליהן מסגרת בטון נוספת. ביום 22.1.14 נצפו תבניות בטון, כשהן מלאות לחלוטין בבטון. מכאן, נטען בכתב האישום, שהמערערת החלו בקבירת גופות במקום. בנוסף נטען כי ביום 21.4.15, נצפו עבודות בניה נוספות של עבודות פיתוח שטח, בניית קיר תמך נוסף, סלילת קטע כביש ויציקת רצפת בטון ודיפון. לפיכך נטען, כי המערערת ממשיכות בעבודות הבנייה, חרף צו הפסקת העבודה.



9. עוד נטען, כי בתבניות הקברים שנבנו ללא היתר הוקמו 26 מצבות ולכן מדובר בהמשך ביצוע קבורת גופות בתבניות הקבורה ובהפרת צו הפסקת העבודה על ידי המערערות. לאור כל האמור, נטען כי המערערות הפרו וממשיכות להפר את צו הפסקת העבודות השיפוטי באופן בוטה ומזלזל, ומסבות נזקים חמורים ובלתי הפיכים, לסביבה ולציבור הכללי. לפיכך, ביקשה המשיבה לכוף את המערערות לציית לצו הפסקת העבודות.

ההליך בבית המשפט קמא

טענת ההגנה מן הצדק

10. כבר בדיון הראשון ביום 19.5.14 העלה ב"כ המערערות אז טענה של הגנה מן הצדק, והדיון נדחה לצורך דיון בטענה זו. מספר דיונים נוספים עסקו בהיבטים שונים של טענה זו, כאשר המשיבה טענה כי אין מדובר באכיפה בררנית וכי נפתחו תיקים נוספים נגד נאשמים אחרים בגין בניה בהר המנוחות, וב"כ המערערות ביקש נתונים נוספים לגבי הטענה. ביום 20.10.14 ניתנה החלטה בנושא זה במסגרת דיון לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד"פ**"). בית משפט קמא הורה למשיבה להמציא רשימה של כתבי אישום שהוגשו במגבלות שונות שפורטו בהחלטה. בדיון ביום 26.1.15 ניתנה החלטת ביניים נוספת בנוגע לעיון בתיקים.

11. בסיום הדיון שהתקיים ביום 25.3.15 ניתנה החלטה בטענה המקדמית של הגנה מן הצדק. בית משפט קמא קבע כי במסגרת הטענה המקדמית הועלו למעשה שתי טענות, האחת בעניין הדרישה לרישוי והשניה ביחס לאכיפת החוק, כלפי כל החלקות המצויות בהר המנוחות בכלל ובתב"ע הרלוונטית בפרט.

12. בנוגע לדרישה לרישוי נקבע כי מדובר בעניין מינהלי שלגביו קיים סעד משפטי של הגשת הליך מינהלי לתקיפת הדרישה לרישוי, ולפיכך אין בו כדי להיכנס לגדר הגנה מן הצדק. באשר לטענת האכיפה הבררנית נקבע כי יש לאפשר הזמנת העדים שיתבקשו להוכחת טענה זו. בדיון שלאחר מכן, ביום 15.4.15, במסגרת בקשה להזמנת עדים, נדרש בית המשפט בפעם נוספת לסוגיה ולשאלת נטל הראיה, וקבע כי בית המשפט יוכל להביע את דעתו בשאלת האפליה באכיפה רק לאחר שמיעת ראיות. ביום 15.7.15 נקבע התיק להוכחות.

הכרעת הדין

13. בהכרעת דין מיום 11.9.16, שניתנה לאחר שלוש ישיבות הוכחות, הרשיע בית המשפט קמא את המערערות בשני האישומים שיוחסו להן בכתב האישום, בעבירות של ביצוע עבודות בניה ללא היתר והפרת צו שיפוטי. הכרעת הדין פירטה את השתלשלות האירועים לפרטים והתייחסה למכלול הראיות שהוצגו בשלוש הישיבות שהתקיימו במסגרת ההליך.

14. באשר לאישום הראשון, בית המשפט ציין כי טענות המערערות סותרות זו את זו שכן מחד, נטען כי לא מדובר



בעבירות בניה וכי העבודות אינן טעונות היתר ומאידך, טענו המערערות כי העבודות פטורות מהיתר בהתאם לתקנות 1(2)(ב) ו-1(2)(יא) לתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967 ובתקנות 5 ו-31 לתקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), התשע"ד-2014 (להלן: "**התקנות**"). עוד נקבע כי תכנית התב"ע 5246' של מרחב התכנון במקומי בירושלים (להלן: "**התכנית**"), שאליה כפופות החלקות שבבעלות המערערות, אינה תוכנית מפורטת הפוטרת את העבודות נשוא האישום מהוצאת היתר בניה, וכי יש צורך בהיתר בניה בהתאם לתכנית זו.

בהכרעת הדין נדחתה גם טענת המערערות בדבר הפרשנות הראויה של התקנות, ונקבע כי תקנות אלו אינן מאפשרות בניה ללא היתר, ופרשנות אחרת מרוקנת מתוכן את הוראות החוק. בית המשפט לא קיבל את עדותו וחוות דעתו של העד המומחה מר אריה שילה בנוגע לחובה לקבל היתר בניה.

15. עוד פסק בית משפט קמא, כי יש לדחות את טענות המערערת 2 לפיה, על פי נספח הבינוי נ/9, תשרי התכנית, החלקות שבבעלותן ייעודן הוא קבורת שדה, שכן מעיון בתוכנית אין הוראה לכך. באשר לטענת המערערות לפיה בערר שהגישו בשנת 2001, קבעה ועדת הערר כי ספק בעיניה אם יש צורך בהיתר, נקבע כי מדובר בהערת אגב של הועדה שאינה מהווה קביעה משפטית וכי במעמד הדיון, הובהר למערערות כי הועדה אינה הגוף המחליט בנושא היתרי בניה.

16. בית משפט קמא קבע עוד כי אין מדובר ב"קבורת שדה" כהגדרתה בתוספת השניה לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971 (להלן: "**חוק שירותי הדת**"), ואימץ בעניין זה את עדותו של העד יצחק הנאו לפיה קבורת שדה נעשית ללא שינוי פני הקרקע ואינה חלה במקרה הנדון, בו נוצרה החלקה על ידי הקמת קיר תוחם מסביב, העמדת מבנים טרומיים והגבהה מעל פני השטח באופן המביא לשינוי מפלס הקרקע.

טענת מערערת 2 לפיה נסחטה והתבקשה לשלם שוחד נדחתה אף היא, ונטען כי מדובר בעדות כבושה וכי לא הובאו הראיות הנדרשות להוכחת הטענה.

17. באשר לטענת האכיפה הבררנית, בית משפט קמא דן בשאלה האם העיריה נוהגת להפעיל את סמכות אכיפת החוק כראות עיניה, או שהאכיפה מתבצעת על פי שיקול דעת ענייני, שוויוני וסביר. כנקודת מוצא לדיון קבע בית המשפט את חזקת התקינות המנהלית. הוא דן בפסיקה שקבעה כי אכיפה בררנית מתקיימת במקרים בהם אחרים לא הועמדו לדין בנסיבות דומות באותה עבירה מתוך שרירות, שיקולים זרים או לא סבירים או ממניעים פסולים. נקבע כי המערערות לא הוכיחו את הטענה בדבר אכיפה בררנית, שכן לא הוכח שכתב האישום נגדן הוגש ממניעים זרים שאינם כשרים, לא הובאו ראיות להוכחת טענתן וכן לא הוכח כי בחלקה הסמוכה, חלקה 80, מתקיימת בניה ללא היתר.

18. בהמשך דן בית המשפט בפירוט בעדויות עדי ההגנה יצחק הנאו, אלי ביר, אברהם גילה והעד אמנון ארבל מטעם המשיבה וקבע ממצאים לגביהן.

בסיום הכרעת הדין פירט בית משפט קמא את מסקנותיו: המערערות ביצעו עבודות בשטח הכרוכות בשינוי מפלסי בקרקע. חוות דעת מומחה מטעמן נשענת על פרשנות שאינה מתיישבת עם הוראות החוק והתכנית החלה. העבודות אינן לצורך קבורת שדה והן עבודות הטעונות היתר. לאור הראיות שהציגה המשיבה, נטל ההוכחה



בנוגע למהות וייעוד העבודות עבר למערערות, והן לא הוכיחו כי מדובר בעבודות לצורך קבורת שדה שאינן טעונות היתר. גם החוק אינו מתייחס לסוגי הקבורה. בנוסף קבע בית המשפט כי לא הוכחה טענה של אכיפה בררנית ואפליה, ולפיכך הגיע למסקנה שבוצעו עבודות ללא היתר.

19. בנוגע לאישום השני, קבע בית משפט קמא כי לנוכח הקביעה באישום הראשון כי בוצעו עבודות בניה ללא היתר, יש לצאת מהנחה שמדובר בעבודות הטעונות היתר. עוד קבע כי הצו עמד בתוקף בתקופה הרלוונטית, וכי הוא הוצא כדין ובסמכות ואין ביסוס לטענות בדבר אי-חוקיות הצו. עוד קבע בית המשפט כי עדות המפקח, הראיות והתמונות שהוצגו מצביעות על ביצוע עבודות בניה בקרקע, ולנוכח היותה של מערערת 2 בעלת הזכויות במקרקעין והמחזיקה בהן, והיקפן הגדול של העבודות, קיימת חזקה שהעבודות בוצעו ברשות המערערות. בהעדר ראיה אחרת, נקבע כי המערערות נושאות באחריות הפלילית לעבודות אלו. הובהר כי קביעה זו חלה גם על קיר תמך, שלגביו טענו המערערות שהוא שייך לחלקה 62. המערערות הורשעו, איפוא, גם בעבירה של הפרת צו שיפוטי באישום השני.

גזר הדין

20. גזר הדין בעניינן של המערערות ניתן לאחר שנשמעו ראיות לעונש ואף הוגשו חוות דעת שמאי מטעם הצדדים, להערכת שווי הקנס. גזר הדין פרט את טענות הצדדים, עדי ההגנה ומסקנות חוות הדעת השונות. מהשוואה בין חוות הדעת ונוכח הפערים והדעות הנוגדות שבהן, קבע בית משפט קמא כי אין להסתמך על אף אחת מחוות הדעת. זאת שכן, בעוד שהשמאי מטעם המערערות קבע כי השומה הראויה לשווי עבירת הבניה לאחר ניכוי הנתונים הרלוונטיים, עומדת על סך של 953,000 ₪ על פי השימוש בפועל ללא היתר בניה, בתוספת שווי השוק של המקרקעין על פי תכנון מאושר בסך 474,00 ₪. השמאי מטעם המשיבה, קבע שיש לאמוד את שווי השוק של הנכס שבו בוצעה העבירה בסך של 6,760,000 ₪, לא כולל מע"מ. עם זאת, שתי חוות הדעת הסכימו שיש יסוד לקביעת כפל שווי, בהתאם לסעיף 219 לחוק. לפיכך, חרף דחיית גובה השומות שבחוות הדעת, קבע שיש לפסוק "כפל שווי" לצורך קביעת הקנס, בהתאם לנתונים המונחים בפניו ובהתייחס לטיעונים לעונש שהגישו הצדדים.

21. בית המשפט קמא פרט לפרטים את הליך גזירת הדין בהתאם לשלבים ולעקרונות המנחים בתיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. תחילה, עמד על עבירות התכנון והבניה, כתופעה עבריינית, שהיא בגדר "מכת מדינה" שיש למגר. בהמשך, התייחס לערכים החברתיים שנפגעו מביצוע עבירות הבניה, הפקרת שלום הציבור בידי מפרי חוק, שעושים בקרקע שבבעלותם כאוות נפשם וכן, פגיעה בשלטון החוק, תוך הפרה בוטה של צו שיפוטי להפסקת הבניה. זאת, כשהמערערות המשיכו להכשיר את הקרקע שבבעלותן להקמת קברים. נוסף לחומרה היתרה בכך, שלמרות הצו, והגם כשניתנו החלטות שיפוטיות הן בבית המשפט המחוזי והן בבית המשפט העליון, במשך ארבע שנים המשיכו לאורך כל הדרך בבניה מסיבית להגשמת מטרתן, לרווח אישי וכספי, ולא בחלו באמצעים, אף בלתי כשרים, תוך קריאת תיגר על שלון החוק וביזוי המערכת המשפטית.

22. בית משפט קמא המשיך וקבע, כי במדובר בביצוע עבירות בניה במתחם בית העלמין, הר המנוחות בירושלים, הידוע כמקום רגיש. חומרת העבירה קבע, נובעת איפוא מחד, מקביעת עובדה מוגמרת על ידי המערערות נוכח הבניה



הבלתי חוקית וקביעת מציאות בהר המנוחות בקבורתם של כ-100 נפטרים ומאידך, הצבת לקוחותיהן, הנפטרים ומשפחותיהם, במצב שלא ברור מה יעלה בגורלם לאור הבניה הבלתי חוקית. בהמשך, עמד על מדיניות הענישה בעבירות תכנון ובניה, הציג פסיקה בנושא וגם באשר לסעיף 219 לחוק. הוא קבע כי בית המשפט רשאי, אך אינו חייב, להטיל קנס בגין כפל שווי, מעבר לקנס שייגזר על נאשם בגין הרשעה באותן עבירות או במקומו וכי במקרה זה, נכון להשית קנסות בגין כפל שווי הנכס ולהביא בחשבון את שווי המבנה או הרווחים שהפיקו המערערות מביצוע העבירה.

23. בית המשפט קמא הוסיף וקבע, כי המערערות למעשה זהות, שכן מערערת 2 היא הבעלים של מערערת 1, והיא שרכשה את הקרקע נושא כתב האישום. בנוסף קבע כי התקיים תכנון קודם לביצוע העבירה, בכך שהמערערות פנו לקבל חוות דעת ואף לעירייה, לקבלת היתר לבנייה בחלקות שבבעלותן. אולם, כשהליך הרישוי לא התקדם וכשהמערערת 2 סברה שקיים ניסיון סחיטה נגדה, החלו לפעול בשטח לפי הבנתן. הנזק שנגרם, כך קבע, מלבד בפן התכנוני, הוא למשפחות שהחליטו להיעזר בשירות המערערות לצורך קבורת יקיריהם, במקום שיש לגביו סימן שאלה ביחס להמשך הקבורה. זאת בנוסף, לנזק לרשות ולציבור, ביצירת אנדרלמוסיה תכנונית בשטח בית העלמין. בנוסף, עמד על היכולת של המערערות להבין את הפסול במעשיהן ולהימנע מביצוע העבירות, כשהן בחרו להמשיך במעשיהן, חרף צו הפסקת העבודה ומבלי להתאים את הבניה לדרישות הרשות והחוק. בנוסף במשך התקופה, החל מהוצאת הצו ביום 10.12.12, פנו בבקשה לביטול הצו ולעיכוּב ביצועו, אך המשיכו בעבודתן.

24. בית משפט קמא הוסיף כי המערערות מסרבות לקבל את הדין, והטענות שהעלו במסגרת הטיעונים לעונש רק מוכיחות את דבקותן במעשיהן, כשאינן כלל רלוונטיות לטענותיהן המתייחסות לקבורה בחלקה 80 הסמוכה לחלקותיהן. זאת, כיוון שהטענה לאכיפה בררנית נדחתה בהכרעת הדין עם שאר טענותיהן ונוכח דחייתן, הושתתה הרשעתן. בנוסף, התייחס לטענת המערערות לפיה לצורך רכישת הקרקע לקחו הלוואות ושיעבדו שטחים מהקרקע, תוך השקעת סכומי כסף נכבדים לביצוע עבודות הפיתוח, מתוך הבנה, ידיעה ומחשבה שמדובר בקבורת שדה שאינה דורשת היתר בנייה. בעניין זה קבע, יש לדחות את הטענה בהתבסס על העובדות בתיק, שעוד בראשית הדרך התברר להן כי הן נדרשות להוציא היתר בניה ואף על פי כן, החליטו לבצע את העבודות ללא היתר, תוך הפרה בוטה של הצו השיפוטי להפסקת העבודות. מכאן, שמבחירתן, בדרכן, לקחו את גורלן בידן והן האחראיות לתוצאות מעשיהן ולהשקעות הכספיות שירדו לטמיון.

25. בית המשפט קמא אף עמד על כך שהמערערת 2 לא הביעה חרטה ביחס לביצוע העבירות, נותרה בעמדתה כי נעשה לה עוול, והמשיכה לטעון טענות בדבר הפליית מהסיבה שהיא אישה. בנוסף, קבע כי מטרת הקנס היא הרתעת הנאשם והציבור וכן מניעת רווח לנאשם מביצוע העבירה. לבסוף, לאחר שהתחשב במצבה הכלכלי של המערערת 2 נוכח הצהרתה לפיה נקלעה לחובות, בהוצאות המערערות ובהודעה שמסרו הצדדים במהלך ההליך, כי בוצעה הריסה מנהלית בחלקה, גזר את דין של המערערות כמפורט בסעיף 1 לעיל.

טענות הצדדים בערעור

טענות המערערות



26. המערערות ערערו הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין של בית משפט קמא. הן ביקשו לזכות אותן מהמיוחס להן בכתב האישום ולחילופין, להורות על קיום דיון נוסף בבקשה לצו הפסקה בפני בית המשפט קמא, על מנת שישמע את העדים שנמנעה העדתם בהליך שהתנהל בפניו.

27. את עיקר הטענות מיקדו המערערות בטענה של אכיפה בררנית בהליכי הרישוי, בין לבין חלקה 80 המצויה באותה תב"ע. לטענתן, שגה בית משפט קמא שדחה את הטענה לפיה, המשיבה אינה דורשת או אוכפת היתרי בניה לקבורת שדה בתחומי התב"ע הרלוונטית, אלא מהן בלבד, תוך אפלייתן לרעה מול גורמים אחרים ובראשם חברת קדישא. לטענתן, מדובר בתקדים במדינת ישראל, בו מתבקש היתר בניה לחלקות קבר בקבורת שדה. נטען כי המשיבה, בניגוד להחלטות בית המשפט, התחמקה מלהמציא למערערות תיקי פיקוח, כתבי אישום או מידע על עבודות בניה המבוצעות מכוח היתרים.

28. המערערות טענו כי בחלקה 80 הנמצאת בבעלות חברת קדישא, שהיא בעלת היקף של עשרות דונמים ומשמשת אף היא לקבורה בהיקף גדול בהרבה מחלקתן שלהן, בוצעו עבודות רבות ללא קבלת היתר בשיטה דומה, ללא שניתן או נדרש להן היתר בניה, מלבד היתר יחיד שניתן לבניית גדר. המערערות ביקשו לדחות את ההבחנות להן טענה המשיבה, הנעוצות בכך שבחלקה 80 בנו קודם להוצאת התב"ע והמערערות החלו לבנות לאחר מכן, וכן בכך שלא מדובר בחלקה פרטית, שכן החוק חל באופן שווה הן על קרקע פרטית והן על קרקע שאינה פרטית, ובחלקה 80 המצב חמור אף יותר שכן היא הייתה שמורת טבע.

29. עוד טענו המערערות כי בית משפט קמא שגה בדחיית הטענה בדבר אכיפה בררנית בעניין הרישוי, ובכך מנע מהן אפשרות להוכיח שהמשיבה מעולם לא נקטה במדיניות אכיפה בנוגע להיתר בניה לקבורת שדה בהר המנוחות ובכלל במדינה. הן הוסיפו וטענו כי בית המשפט שגה גם שלא אפשר להזמין לעדות את מר קובי כחלון מעיריית ירושלים וכן עדים נוספים, שהזמנתם התבקשה בשלב מאוחר של ההליך לצורך הוכחת עבירת שוחד, וקבע כי לא הוצגה ראשית ראיה בעניין זה. לטענת המערערות תמלילי שיחות שהגישו מצביעים על ניסיון לביצוע עבירה זו. עוד טענו, כי בית המשפט אפשר למעשה למשיבה "לבחור" ולקבוע מי יהיו עדי ההגנה, ובכך נפגעה הגנתן באופן קיצוני. כתוצאה ממניעת העדתם של עדי ההגנה, נטען, נמנעה גם הוכחת הטענה של הגנה מן הצדק.

30. לטענת המערערות אין הבדל ואין עילה להבחנה בין חלקה 80 לחלקות 60, 61, כפי שטענה המשיבה, ואף עד התביעה אלפיה העיד כי מדובר במקרה ייחודי. מדובר בקבורת שדה שאינה מצריכה היתר בניה, ולא נעשה שינוי מפלסי, והממצאים שקבע בית משפט קמא בדבר שינויים מפלסיים שגויים. המערערות ציינו כי המשיבה "דיברה בשני קולות" כאשר הסכימה לצורך גזר הדין לומר כי מדובר בקבורת שדה, וכי בית המשפט התעלם מעדויות עדי ההגנה ובאופן תמוה ביסס את הכרעת הדין על עמדתו של העד יצחק הנאו.

31. טענה נוספת שהעלו המערערות היא טעות בדבר מצב דברים או מצב משפטי, שכן מערערת 2 ערכה בירורים ונועצה באנשי מקצוע, ונאמר לה כי אין צורך בהיתר בניה לצורך העבודות שבוצעו. כמו כן טענו, כי התכנית החלה היא תכנית מפורטת שלא היה צורך בהיתר בניה מכוחה, וגם בעניין זה שגה בית המשפט.



32. המערערות ערערו כאמור, גם על גזר דינו של בית משפט קמא. הן טענו כי העונש שהוטל עליהן חורג לחומרה מהמקובל, וכי היה על בית משפט קמא להתחשב בטענת ההגנה מן הצדק גם בגזירת העונש. המערערות אף טענו כי גובה הקנסות שהוטלו עליהן עלול המיט עליהן אסון שלא ניתן יהיה להתאושש ממנו, ועל בית המשפט להתערב בגזר הדין.

טענות המשיבה

33. המשיבה ערערה על גזר הדין של בית המשפט קמא. לטענתה, בית המשפט טעה במתחמי הענישה שקבע ובעונשים שהטיל על המערערות. לפיכך, לטענתה, יש לבטל את החלטת בית המשפט קמא לעניין גובה הקנסות שהטיל על המערערות ולהטיל עליהן קנסות בהתאם לחוות הדעת השמאית שהוגשה מטעמה לגבי האישום הראשון ו-1,400 ₪ קנס בגין כל יום הפרה, לגבי האישום השני.

34. אציין כי הגם שהערעור נסב על גזר הדין (שכן המערערות הורשעו במיוחד להן), ערעור המשיבה נסב גם על קביעותיו של בית משפט קמא, ובעיקר על הקביעה שקבורת שדה אינה טעונה היתר בניה. המשיבה ציינה כי המונח קבורת שדה בחוות הדעת שהוגשה מטעמה מתייחסת למונח "קבורת שדה" בהקשר לשווי הכלכלי של קבורת אדם בבית קברות, שבו הקבר פתוח כלפי השמיים, ולא דווקא בקשר למחלוקת נשוא התיק.

35. עוד טענה המשיבה כי בית המשפט שגה בגזירת העונש לפי סעיף 219 לחוק. לטענתה עמדו בפני בית המשפט שתי חוות דעת, האחת, מטעמה, שהתבססה על סעיף 219(א)(1) לחוק המתייחס לביצוע עבודות ללא היתר, והשנייה, מטעם המערערות, שהתבססה על סעיף 219(א)(2) לחוק המתייחס לבניה בסטייה מהיתר או מתוכנית. לטענתה, הפער הגדול בין חוות הדעת אין בו כשלעצמו לפסול את שתי חוות הדעת, כפי שסבר בית משפט קמא, ואם סבר שהפער גדול מידי, היה על בית המשפט להזמין חוות דעת שמאית מכריעה מטעמו.

36. עוד טענה המשיבה כי בית המשפט קמא קבע בגזר הדין כי יש לקבוע את שווי המקרקעין בפועל, כרווח שניתן להפיק ממכירת כל הקברים שנבנו - 16,000,000 ₪, בהתבסס על הצהרת המערערות 2 על שווי מכירת כל קבר, ולא ברור מדוע דחה את חוות הדעת מטעם המשיבה הנוקבת בסכום דומה. לטענתה, חוות הדעת מטעמה מנומקת ומבוססת ובית המשפט לא הסביר ולא נימק את קביעותיו ואף לא הטיל קנסות בגובה כפל השווי.

הליכים קודמים בין הצדדים

37. הרקע לערעור כאמור, הוא צו שיפוטי שהוציאה המשיבה ביום 10.12.12 נגד המערערות להפסקת עבודות לפי סעיף 239 לחוק. זאת, נוכח ביצוע עבודות בחלקות 60 ו-61 שבבעלותן, המצויות בשטח בית הקברות "הר המנוחות" בגבעת שאול בירושלים. חלקות הכפופות לתוכנית מתאר מס' 5246'א' של המרחב התכנוני המקומי בירושלים. בעקבות אותו צו, התנהלו מספר הליכים בין הצדדים, בבתי המשפט השונים, בקשר לחלקות שבבעלות המערערות



ובסוגיות משפטיות שונות. לצורך המשך הדיון והבנת המסגרת הדיונית, אחזור ואמנה את ההליכים, שכבר פורטו בהרחבה במסגרת פסק הדין של כב' השופטת ח' לומפ, בע"פ 9973-01-17 **אויסון נ' מדינת ישראל** (מיום 11.8.17).

א. **ב"ש 9145/12** - שהגישו המערערות ביום 31.12.12 לביטול צו הפסקת העבודות, במסגרתו טענו שהעבודות שביצעו לא היו טעונות היתר, שכן מדובר בעבודות של קבורת שדה שאינן טעונות היתר ונעשו מכוח תוכנית מתאר מפורטת החלה במקום. ביום 24.3.13 הורתה כב' השופטת ר' זוכוביצקי על ביטול צו הפסקת העבודות השיפוטי שניתן, תוך שקבעה כי העבודות שבוצעו לא היו טעונות היתר, שכן הן נעשו מכוח תוכנית מתאר החלה במקום שהייתה מפורטת דיה על מנת לאפשר את ביצוען. עוד פסקה, כי בנסיבות העניין מדובר בעבודות מקדימות לשם הכנת המקרקעין לקבורת שדה עתידית להבדיל מקבורה בפועל, עבודות המסתכמות בחפירה ובהטמנת תבניות קברים.

ב. **ע"פ 14113-04-13** - ערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים ביום 8.4.13, על ההחלטה בב"ש 9145/12 כולל בקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה עד להכרעה בערעור. ביום 9.4.13 ניתן עיכוב ביצוע ההחלטה לביטול צו הפסקת העבודות השיפוטי, עד למתן החלטה בערעור. ביום 19.5.13 קיבלה כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן את הערעור וקבעה, כי התוכנית שחלה במקום לא מפורטת דיה, לאפשר ביצוען של העבודות שבוצעו בשטח ללא היתר. התוכנית אמנם מתייחסת למכלול התוכניות והעבודות הנדרשות לבניית בית העלמין, ובהן טיפול ושיקום נופי וכו', אולם אינה מפרטת היכן וכיצד תבוצענה העבודות, לרבות הכנת הקברים עצמם. כמו כן, אינה כוללת הוראות בדבר ביצוע עבודות החפירה, המילוי או היישור ולא עומדת בתנאי הבסיסי לפטור מהיתר כאמור בתקנות. משכך, קבעה שצו הפסקת העבודות השיפוטי יוותר על כנו, עד שהמערערות תקבלנה היתר כדין ותעמודנה בכל תנאי התוכנית החלה במקום.

ג. **רע"פ 4731/13** - בקשת רשות הערעור שהגישו המערערות לבית המשפט העליון, שנדחתה בהחלטה מיום 28.10.13 על ידי כב' השופט א' שהם, שקבע כי קביעת בית המשפט המחוזי לפיה, התוכנית המדוברת לא מפורטת די הצורך, היא קביעה מנומקת דיה ואין להתערב בה. בנוסף, קבע שעיון בהוראות התוכנית מוביל למסקנה ברורה, כי היא נועדה לשמש כשלב מכין לקראת הנפקת היתרי בניה, וכי תנאי לקבלת אותם היתרים הוא קיום תנאיה של התוכנית קודם לכן.

ד. **ת"פ 2097/14** - נפתח בעקבות הגשת כתב אישום בשנת 2014 כנגד המערערות, בגין ביצוע עבודות הבנייה מושא הצו השיפוטי ללא היתר ובגין הפרת הצו ונדון לפני כב' השופט פ' שטרק. ביום 11.9.16 ניתנה על ידי כב' השופט פ' שטרק הכרעת הדין נשוא ערעור זה, במסגרת תו"ב 63150-03-14.

ה. **ב"ש 5356/15** - בקשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט שהגישה המשיבה נגד המערערות, בגין הפרת הצו שנידונה בבית משפט השלום.



ו. **ב"ש 7926/15** - בקשה למתן צו הריסה שיפוטי לפי סעיף 241 לחוק, שהגישה המשיבה. כב' השופטת ת' נמרודי קיבלה את הבקשה בחלקה והורתה על מתן צו הריסה לפי סעיף 241 לחוק. בנוסף, קבעה כי הצו לא יחול על קברים הכלולים בכתב האישום שהוגש בת"פ 2097/14 וכן על קברים שבוצעה בהם קבורה. המערערות הגישו בקשה לביטול ההחלטה, במסגרתה טענו שהבקשה למתן צו הריסה שיפוטי לא הומצאה לידיהן ואף לא ההזמנה לדיון. הבקשה נדונה בפני כב' השופטת ת' נמרודי, שדחתה בהחלטה מיום 29.5.16 את הבקשה לביטול ההחלטה ואף את טענת המערערות כי לא ידעו על המועד שנקבע לדיון בבקשה. בנוסף העירה בהחלטתה, כי טענת המערערות שהעבודות שביצעו אינן מצריכות היתר נידונה והוכרעה בהליכים קודמים וכי סיכויי הצלחת הערעור אינם גבוהים.

ז. **ע"פ 60823-06-16** - ערעור שהגישו המערערות על ב"ש 7926/15 לבית המשפט המחוזי ונדון על ידי כב' השופט מ' יועד הכהן שקיבל את הערעור, וקבע שלא בוצעה המצאה כדן של הבקשה וההזמנה לדיון לידי המערערות ולכן יש מקום לביטול ההחלטה מיום 31.12.15. לפיכך, הורה על קיום דין מחודש בבקשה למתן צו הריסה שיפוטי במעמד הצדדים. עם זאת ציין בהחלטתו, כי אין לביטול ההחלטה משום היתר למערערות לבצע עבודות נוספות או לשנות מהמצב הקיים בשטח ערב הגשת הבקשה למתן צו שיפוטי.

ח. בעקבות בקשה שהגישו המערערות לפסול את כב' השופטת ת' נמרודי מלדון בבקשה, ומשהמשיבה לא התנגדה לכך, הורתה כב' השופטת נמרודי בהחלטה מיום 10.10.16 על העברת התיק לדיון לפני כב' השופטת ס' אלבו.

ט. **ע"א 16972-12-15** - במסגרתו ניתנה ביום 8.6.16 החלטה בבית משפט השלום על ידי כב' השופט ד' שאול גבאי ריכטר, בבקשה לפי סעיף 6 לפקודת ביזיון בית המשפט. בהחלטתו קבע שהמערערות הפרו את צו הפסקת העבודות השיפוטי ואף דחה את טענתן, לפיה הצבת תבניות הקבורה לא מהווה פעולה המנוגדת לצו. בנוסף, השית על מערערת 1 קנס יומי בסך 10,000 ₪ אם תבצע החל מיום 8.6.16 אחת מהעבודות הבאות: עבודות בנייה, הנחת תבניות לקברים, שינוי פני הקרקע, מילוי תבניות וביצוע קבורה בפועל. למרות החלטה זו, המערערות המשיכו בהנחת תבניות קבורה. על כן, כב' השופט ד' שאול גבאי ריכטר קבע ביום 16.8.16 שהמערערות יחויבו בקנס בגין הנחת שתי תבניות בסכום של 50,000 ₪ וכן הוגדל סכום הקנס בגין הפרה עתידית.

י. **רע"א 59845-05-16 שנדון במאוחד עם ע"פ 27051-08-16** - במסגרתו טענו המערערות בין היתר, כי במהלך התקופה תוקנו התקנות ומהן עולה שהעבודות שביצעו לשיטתן, אינן טעונות היתר. בפסק הדין מיום 9.10.16 בבית המשפט המחוזי, דחו כב' השופטים נ' בן אור, ר' וינוגרד וא' דראל את הערעור וציינו כי עמדת המערערות לפיה, תיקון התקנות משנה את המצב המשפטי, אינה יכולה להצדיק את הפרת הצו. בנוסף פסקו כי החלטות ופסקי דין של בית משפט אינן מתאימות מאליהן, וכל עוד לא בוטלו על ידי בית משפט מוסמך הן מחייבות את מי שניתנו נגדו.

יא. **ע"פ 9973-01-17 ו-10908-04-14** - ערעור על שתי החלטות שניתנו על ידי בית המשפט לעניינים



מקומיים בירושלים על ידי כב' השופטת ס' אלבו. האחת, מיום 21.11.16 בב"ש 9145/12 במסגרתה דחתה את בקשת המערערות לביטול צו שיפוטי להפסקת עבודות שניתן ביום 10.12.12 כנגד ביצוע עבודות הנחת תבניות של קברים בהר המנוחות גבעת שאול. השנייה, מיום 21.2.17 בב"ש 7926/15, במסגרתה התקבלה בקשת המשיבה למתן צו הריסה נוכח בנייה בבית הקברות בגבעת שאול, בניגוד להוראות צו הפסקת העבודות השיפוטי מיום 10.12.12. בפסק הדין מיום 11.8.17 שניתן בבית המשפט המחוזי בירושלים דחתה כב' השופטת ח' מרים לומפ את הערעור והורתה כי צו ההריסה יישאר על כנו ויכנס לתוקפו ביום 20.8.17.

יב. **עת"מ 28794-07-16** - עתירה שנדונה בבית המשפט המחוזי בפני כב' השופטת נ' בן אור, שדחתה ביום 25.10.16 את עתירת המערערות להורות למשיבה לנקוט פעולות אכיפה כנגד ביצוע עבודות במקרקעי הר המנוחות, בתחום תב"ע 5246' וכן תמנע קבורה בתחומיה, עד להסדרת רישוי בנייה. בנוסף דחתה את עתירתן, להורות למשיבה להרוס או לעתור לצו הריסה והפסקת עבודה בקשר לעבודות בנייה המבוצעות או שבוצעו בתחומי התב"ע.

יג. **בג"ץ 3655/15** - בו דחו על הסף כב' השופטים י' דנצינגר, י' עמית וצ' זילברטל את עתירתן של המערערות להורות לבית המשפט לעניינים מקומיים לנמק מדוע לא יבוטלו או ישונו החלטותיו בת"פ 2097/14 (התיק נשוא ערעור זה). האחת, מיום 4.5.15, בו נדחתה בקשתן לזימון עדים מטעמן והשנייה, מיום 17.5.15, בגדרה נדחתה בקשתן לשקול מחדש את זימונו של עד ספציפי להוכחת טענותיהן המקדמיות.

אכיפה בררנית

38. הטענה העיקרית שהמערערות שבו וטענו לה, הן בהליך זה והן בהליכים קודמים, היא הטענה לפיה המשיבה נוקטת נגדן באכיפה בררנית. הטענה מתמקדת בעיקר בהשוואה בין חלקת המערערות לבין חלקה 80 הסמוכה, המצויה בבעלות חברה קדישא ומשמשת אף היא לקבורה, בה בוצעו במהלך השנים עבודות דומות ללא קבלת היתר (מלבד היתר יחיד שניתן לבניית גדר). לטענת המערערות מדובר באכיפה בררנית שיסודה במניעים זרים ופסולים, בכללן סירובן לשלם שוחד ורצון המשיבה להתישן ולמנוע מהן שימוש במקרקעין, על רקע היותה של מערערת 2 אישה יחידה בעלת קרקע במתחם, שרובו ככולו שייך לחברות קדישא. לטענת המערערות הגישה הנוהגת במשפט הישראלי ביחס לעילת האפליה, אינה מחייבת הוכחת מניע פסול, ודי בהוכחת תוצאה מפלה. כשבעניין אכן נוצרה תוצאה מפלה, מאחר שאף אחת מ-14 חברות קדישא, הפועלות בהר המנוחות, ולא אף אחת מהחברות הפרטיות המחזיקות בבתי עלמין פרטיים, לא נדרשו להיתר בנייה לצורך הנחת תבניות קבורה או בנייתן במקום, לצורך קבורת שדה. המשיבה מצידה טענה, שאין בסיס לטענה, מכיוון שחלקה 80 למעשה נבנתה קודם להוצאת התב"ע באזור, ולכן לא נדרשו היתרים לבנייה שבוצעה בה.

39. כפי שתיארתי בראשית פסק הדין, בהליך בבית משפט קמא הועלתה טענת האכיפה הבררנית כטענה מקדמית לפי סעיף 149 (10) לחסד"פ. ביום 17.6.14 הגישו המערערות את הבקשה לביטול כתב האישום וקבלת סעד של



הגנה מן הצדק כאמור, בשל אכיפה בררנית. זאת, לטענתן כשאיש ממבצעי העבודות בהר המנוחות לא נדרש להיתר בניה מלבדן, כך שמדובר בהתנכלות כלפיהן תוך ביצוע אכיפה בררנית. ביום 3.7.14 הגישה המשיבה תגובתה וטענה, כי מבירור שערכה עם מחלקת הפיקוח על הבניה עלה שאכן קיימים תיקי פיקוח שנפתחו בגין עבודות שבוצעו ללא היתר בהר המנוחות גבעת שאול. בנוסף טענה כי מתבצעות עבודות בניה המבוצעות מכוח היתרים, כך שאין ממש בטענות המערערות לאכיפה בררנית. כפי שפירטתי, התקיימו מספר דיונים בבקשה, כולל דיונים בנוגע לגילוי חומר לפי סעיף 108 לחסד"פ ובבקשות להזמנת עדים להוכחת הטענה.

40. ביום 25.3.15 ניתנה החלטת בית משפט קמא בטענות המקדמיות של הגנה מן הצדק. בהחלטה נדחה, כאמור, הפן של דרישת הרישוי, שלגביו קיימות אפשרויות לסעד חלופי, ונקבע כי הטענה תידון בהיבט של אכיפה סלקטיבית. ההחלטה הסופית בה נדחתה טענת ההגנה מן הצדק ניתנה במסגרת הכרעת הדין.

41. טענות המערערות נסובות הן על קביעת בית המשפט לגופו של עניין, בה נדחתה טענת ההגנה מן הצדק והן על החלטות הביניים השונות שניתנו במהלך הדרך.

לאחר ששקלתי את הטענות אני סבורה שיש לדחות את טענת ההגנה מן הצדק, על כל ראשיה והיבטיה, ככל שמדובר בטענה שיש בה כדי להביא לביטול כתב האישום או לזיכו המערערות, כפי שאפרט להלן:

42. סעיף 149(10) לחסד"פ קובע כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

נפסק ש"טענת ה"הגנה מן הצדק" הוכרה, כידוע, תחילה בפסיקה ... וכיום היא מעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי ... במסגרת הגנה זו יכול נאשם להעלות, במקרים מתאימים, טענת אכיפה בררנית. על-פי פסיקתו של בית משפט זה, לטענה של אכיפה בררנית יש להניח תשתית עובדתית מבוססת ... יצוין כי בית משפט זה נדרש אך לאחרונה לשאלה של רמת ההוכחה הנדרשת לצורך דיון בטענת אכיפה בררנית, ראו: ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ [פורסם בנבו] (10.9.2013). את הבקשה הנוכחית ובקשות דומות לה יש להבין על רקע זה" (ראו: ע"מ 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל -המשרד לביטחון פנים (20.11.13)).

ועוד נפסק:

"...אולם, החלטת רשויות התביעה להעמיד לדין פלוני ולהימנע מהגשת כתב אישום נגד אלמוני, החשוד במעורבות באותה פרשה, אינה מלמדת, בהכרח, על קיומה של אכיפה בררנית. על הטוען לכך להראות כי ההבחנה בין החשודים המעורבים באותו אירוע מבוססת על שיקולים זרים, גישה שרירותית, מטרה פסולה, וכיוצא באלה דברים ... ודוק: הטוען לאכיפה בררנית אינו חייב להצביע על מניע פסול, העומד ביסוד החלטתה של הרשות בנושא ההעמדה לדין, וגם אם הרשות התנהלה בתום לב, עשויה התנהלות מעין זו להיות נגועה באפליה פסולה ... יחד עם זאת, יש לזכור כי



שיקול דעתה של התביעה בשאלת ההעמדה לדין הוא רחב, גם אם עליה להפעילו בצורה שוויונית ככל הניתן... זאת ועוד. על המבקש לטעון לקיומה של אכיפה בררנית להציג תשתית עובדתית מבוססת, התומכת בטענתו זו, ואין מדובר בנטל פשוט ... גם אם הוכח קיומה של אכיפה בררנית, הרי שסעד קיצוני בדמות ביטול כתב האישום, שמור למקרים חריגים ביותר, בהם לא ניתן לרפא את הפגם באמצעים חריפים פחות, כגון תיקון כתב האישום, או הקלה במידת העונש ... (ע"פ 7659/15 הרוש נ' מדינת ישראל (20.4.16)).

43. המבחן לבחינת טענת הגנה מן הצדק הוא מבחן תלת שלבי:

"**בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שונקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות ... בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום... כן עשוי בית-המשפט לקבוע כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים**" (ראו: ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011) וההפניות שם. הדגשות אינן במקור).

וכן:

"...על פי ההלכה, החלטת גורמי התביעה להעמיד לדין את פלוני ובו בעת להימנע מהגשת כתב אישום נגד אלמוני, החשוד במעורבות באותה פרשה, אינה מלמדת בהכרח על אכיפה בררנית, ועל הטוען כך להראות כי ההבחנה בין החשודים היא פסולה או שרירותית ...בהקשר זה, אין הכרח כי הטוען יצביע על מניע פסול בבסיס ההחלטה להעמיד לדין, אלא די בתוצאה מפלה ... על המבקש לטעון לקיומה של אכיפה בררנית להציג תשתית עובדתית מבוססת, התומכת בטענתו, שיש בה כדי להפריך את חזקת החוקיות ממנה נהנית רשות התביעה ככל רשות שלטונית אחרת ... כמו כן, רק בהתקיים פגמים חמורים בהתנהלות הרשות תקום טענה לאכיפה בררנית "הגנה מן הצדק", ובמקרים בהם הפגם הוא בדרגה פחותה, ניתן לרפאו באמצעים מתונים יותר כגון הקלה..." (ראו: ע"פ 3371/17 כהן נ' מדינת ישראל (3.7.18)).

44. זאת ועוד, טענה של אכיפה בררנית יש לבחון על פי השאלה האם הפגיעה בשוויון מבחינה בין אנשים דומים, או מצבים דומים, לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקול זר או שרירותי. בעניין זה נפסק, כי

"אולם, אפשר שאכיפה חלקית תהיה אכיפה בררנית ובשל כך גם תהיה אכיפה פסולה. מהי אכיפה



כזאת? אפשר להגדיר אכיפה בררנית בדרכים שונות לצרכים שונים... אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט. הסמכות להגיש אישום פלילי היא סמכות חשובה וקשה. היא יכולה לחרוץ גורל אדם. כך גם הסמכות לאכוף חוק בדרך אחרת, כגון הסמכות לעצור אדם או הסמכות להחרים רכוש. היא חייבת להיות מופעלת באופן ענייני, שוויוני וסביר...". (ראו: בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג (3) 289 (1999). הדגשות אינן במקור).

45. ומן הכלל אל הפרט: אני סבורה כי המשיבה יצאה ידי חובתה, בכך שנימקה את השוני בין החלקות שבבעלות המערערות (חלקות 60 ו-61) לבין חלקה 80 בכך שלמעשה, הבנייה שהתבצעה בחלקה 80 בוצעה טרם להסדרת התב"ע באזור. לפיכך, לא ניתן להשוות בין המקרה של המערערות לחלקה 80 שבבעלות חברה קדישא משום שנקודת המוצא לגבי כל אחת מהחלקות היא שונה. בעוד שהתב"ע חלה על החלקות שבבעלות המערערות, ולכן העבודות שמתבצעות בהן דורשות היתר בניה על פי החוק הקיים, העבודות שבוצעו בחלקה 80 בוצעו טרם הסדרת התב"ע ולכן לא ניתן לדרוש מבעליה היתרי בנייה בדיעבד. אין מקום לדרוש מהמשיבה לבצע החלה רטרואקטיבית של החוק, בהתבסס על התב"ע החדשה, על חלקה 80.

46. זאת ועוד, בניגוד לטענות המערערות, המשיבה אכן הגישה לב"כ המערערות בהליך קמא רשימה מפורטת ובה מספרי תיקי פיקוח, תיקים פליליים ומספרי היתרים שיצאו בהר המנוחות (ראו דיון מיום 26.1.15). המערערות בעצמן בהגינותן, הזכירו היתר בנייה שהוצא לבניית גדר במתחם.

47. אמנם, כפי שטענו המערערות, אין הכרח כי הטוען יצביע על מניע פסול בבסיס ההחלטה להעמיד לדין, אלא די בתוצאה מפלה (כפי שנפסק בע"פ 3371/17 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם ביום 3.7.18)). ואכן, לכאורה, התוצאה בשטח מעוררת תמיהות ושאלות, שכן הבעלים של חלקה 80 נהנים מבניה שכיום הייתה מוגדרת כבלתי חוקית והם לא נדרשו להוצאת היתרים. אולם לא יהיה זה סביר לקבוע כי בשל העובדה שבעבר לא נדרשו היתרי בניה, יחול מצב דומה גם בעתיד ולא ניתן יהיה לקבוע חובת הסדרה תכנונית.

48. זאת ועוד, לצורך הוכחת טענתן בדבר לאכיפה בררנית, העלו המערערות טענה לפיה נדרש מהן שוחד בתמורה לקידום העניינים בחלקותיהן, ומשסירבו החלו להתנכל להן. לאחר שעיינתי בתמלילים אליהם הפנו המערערות ושקלתי את הטענות, מקובלת עלי עמדת בית משפט קמא לפיה אין בחומר זה כדי להוות ולו ראשית ראיה לעניין



השוחד. מה גם שהטענה הועלתה רק בשלב מאוחר של ההליכים.

49. באשר לטענת המערערת כי נמנעה מהן האפשרות להוכיח את טענותיהן בכך שנדחתה בקשתם לזימון עדים, אני סבורה כי דינה להידחות. לשאלה זו נדרש בית המשפט העליון בבג"ץ 3655/15, בו נדחתה עתירת המערערת להורות לבית המשפט קמא לנמק מדוע לא יבוטלו או ישונו החלטותיו, בהן בקשתן לזימון העדים. נקבע כי בג"ץ אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות ביניים המתקבלות בהליך הפלילי שעודנו מתנהל, ועל הצדדים להמתין לסיום ההליך הפלילי ולהעלות את השגותיהם במסגרת ערעורם. על אף שפסק הדין לא הכריע לגופו של עניין, לא ניתן להתעלם מהקביעה לפיה שיקול הדעת ביחס לזימון העדים הופעל על ידי בית משפט קמא בזהירות רבה, מה עוד שאושר זימוןם של 10 מבין 20 העדים שביקשו המערערות. בית משפט קמא ציין בהחלטתו כי הטענה בדבר דרישת השוחד היא טענה "כבושה", מכיוון שעלתה רק בעדותה של המערערת 2 ולא קודם לכן. אני סבורה, איפוא, כי לא נפלה טעות בהחלטתו של בית משפט קמא בעניין לזימון העדים, משלא הובאה תשתית ראייתית, ולו גם ראשונית ולכאורית, לביסוס הטענות.

50. באשר לפסק הדין בעפ"א (מרכז) 48057-03-10, **אולמי כינור דוד (נתניה) בע"צ נ' עיריית נתניה** (17.6.10) (להלן: "**פרשת כינור דוד**") שהגישו המערערות כדי לתמוך את טענתן, אכן, קיים דמיון בין המקרים במתאר העובדתי הכללי. באותו מקרה, נמנעה העדת עדים לצורך הוכחת טענת הגנה מן הצדק בקשר לאי קיום צו בבית המשפט, ובית המשפט של הערעור קיבל את הערעור והחזיר את הדיון לבית משפט קמא על מנת שיאפשר את העדתם וייתן למערערים יומם בבית המשפט להוכיח טענתם. הודגש שם כי למען מראית פני הצדק ועשיית צדק, לא ראוי היה לשלול את זכותם היסודית לזימון עדים לצורך הגנתם, כל עוד הבקשה בגבולות ההיגיון והדיון אינו חורג מתחומי ההגנה הצרה של "הגנה מן הצדק" בפלילים, וכל עוד אין כדי לסרב את ההליך הפלילי ולהפוך את בית המשפט הפלילי לזירת דיון במשפט המינהלי על כל היבטיו ומורכבותו. בפרשת כינור דוד הערכאה קמא דחתה את העדת כל עשרת העדים שנתבקשו, ולמעשה סגרה את הגולל בפניהם להוכיח את טענותיהם. ואילו בענייננו, בית משפט קמא דן בקשה, עיין בתמלילים ואף התיר העדה של 10 מתוך 20 עדים לאחר בחינה עניינית של הצורך בכל עד ועד. כמו כן, אפשר למערערות לפעול גם במישור המינהלי לצורך הוכחת טענותיהם, על ידי הגשת עתירת "חופש מידע" בנוגע לנתוני האכיפה. אף על פי כן, לא הצליחו המערערות לבסס ולו תשתית לכאורית להוכחת הטענה.

51. זאת ועוד, טענת ההגנה מן הצדק עלתה ונדונה בעבר במספר הליכים קודמים, כפי שאפרט להלן. אמנם בחלק מהמקרים מדובר בהליכי ביניים או הליכים שאינם מחייבים, אך לא ניתן להתעלם מאותן החלטות קודמות ומהחשש שהעלאת הטענה פעם אחר פעם, מהווה מעין ניסיון ל"מקצה שיפורים".

52. אפרט את ההליכים הקודמים בהם נדונה טענת ההגנה מן הצדק בין הצדדים על בסיס העובדות והטענות שהועלו בהליך זה:

בב"ש 7926/15 פסקה כב' השופטת ס' אלבו בבית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים בהחלטה מיום 19.2.17, כי המערערות לא עמדו בנטל לבסס טענה של אכיפה בררנית ברמה העובדתית. עוד קבעה, כי פרט לטענה הכללית כי המשיבה אינה נוקטת בהליכי אכיפה נגד בעלי חלקות נוספים בהר המנוחות, לא הובאו ראיות לביסוס הטענה. נהפוך הוא, מפקח הבנייה העיד כי הוא מבצע אכיפה בכל שטחי הר המנוחות וטענת המשיבה, כי



קיימים תיקי פיקוח בנוגע לבנייה בהר המנוחות, לא נסתרה. היא ציינה, כי בית המשפט העליון קבע כי לצורך הוכחת אכיפה בררנית אין די בהוכחת הבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי, ועל הטוען להצביע על מניע פסול. כאשר במקרה זה נפסק, המערערת לא הוכיחה מניע פסול, שרירותיות או שיקולים בלתי ראויים והטענה כי מופעלים הליכי אכיפה רק כנגדן, בשל היות המערערת 2 אישה שאינה מקורבת לחברת קדישא, נטענה בעלמא, מבלי שהובאו ראיות לביסוסה. עוד פסקה בהתאם לפסיקה, כי אף אם מבוצעת אכיפה חלקית בהר המנוחות, הרי שאכיפה חלקית אינה בהכרח פסולה, בין השאר לנוכח המשאבים המוגבלים של הרשות, שאינה מקנה חסינות מפני אכיפת הדין כלפי המערערת. בנוסף קבעה, כי הקושי שבפני המערערת מתחדד, נוכח העובדה כי מדובר בעבירות על דיני התכנון והבניה. בתחום זה מצא בית המשפט העליון, בשל האינטרס הציבורי הדומיננטי בהסרת עבירות בניה, לדחות טענות אכיפה בררנית גם במצבים בהם כלל לא ננקטו הליכי אכיפה כלפי עבירות סמוכות. לפיכך קבעה, כי המערערת לא הראו כי הבקשה למתן צו הריסה שיפוטי בעניין היא שרירותית או מפלה. כך, גם לא הראו כי הבקשה סוטה ממדיניות של המשיבה. עוד ציינה, כי על טענת האכיפה הבררנית חולשת השאלה האם יש בקיום ההליך משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיון. כאשר בעניין של המערערת, מדובר בעבודות בניה בהיקף נרחב, שממועד מתן הפסקת צו העבודות השיפוטי הניחו למעלה מ-200 תבניות קבורה בניגוד לצו ואף ביצעו קבורה בפועל על מנת לקבוע עובדות בשטח. נוכח היקף הבניה הבלתי חוקית במקרה זה, קבעה כי האינטרס הציבורי שבהסרתה בצורה מהירה, והעובדה כי עבודות הבניה בוצעו תוך הפרת צו שיפוטי להפסקת עבודות, הרי שלא מתעוררת תחושה ברוח זו.

53. **בע"פ 9973-01-17 וערעור שכנגד 10908-04-17** פסקה כב' השופטת ח' מרים לומפ בבית המשפט המחוזי בירושלים, כי לא מצאה לשנות מהמסקנות אליהן הגיע בית המשפט קמא וכי אמנם, טענות המערערת שובות את הלב, אך אינן עולות כדי אכיפה בררנית. עוד פסקה, כי כידוע, על הטוען לאכיפה בררנית להראות כי מדובר באפליה פסולה בין דומים. עליו להראות תחילה כי מדובר באפליה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין ולאחר מכן, כי בבסיס האפליה ניצב מניע פסול, שרירות או שקילת שיקולים זרים או בלתי ראויים. עוד פסקה כי הסבר המשיבה בדיון לפיו העבודות בחלקה 80 הסתיימו טרם כניסתה לתוקף של תב"ע 5246' בשנת 2008, בעוד שהמערערת ביצעו עבודות בניה החל משנת 2012, מקובל עליה. ומכאן, שאין מדובר באפליה שכן אין דמיון בין החלקות בתב"ע, אלא באכיפה בתנאים שונים. עוד פסקה, כי לא רק שהמערערת לא הוכיחה קיומה של אפליה בין דומים, הן אף לא הניחו ראשיתה של תשתית ראיתית כדי ללמד שבפעולות האכיפה של המשיבה מצוי מניע פסול, שרירותי או זר. כשגם המפקח, העיד כי המשיבה מבצעת אכיפה נגד כל החלקות. עוד פסקה, כי הטענה לפיה המשיבה פועלת נגדן משיקולים זרים הועלתה בעלמא ונדחתה בבית משפט קמא. מאחר שהנטל מוטל על הטוען לאכיפה בררנית, להוכיח טענותיו, אין הוא יכול להסתפק באמירה כללית, לא מפורטת ולא מבוססת ולכן בדין, נדחתה טענתו.

54. **בעת"מ 28794-07-16** התייחסה כב' השופטת נ' בן אור מבית המשפט המחוזי בירושלים לטענה וקבעה, כי טענות שעניין אכיפה בררנית ושיקולים זרים, נדחו בהכרעת דין מנומקת ומפורטת של בית המשפט לעניינים מקומיים (הכוונה להכרעת הדין בענייננו). הוער, כי מכל מקום, הדרך להשיג עליה היא בערעור על הכרעת הדין ולא בעתירה. עם זאת הוסיפה ופסקה כי הטענות לפיהן, בכל יתר מרחבי התב"ע מבוצעות עבודות בניה או קבורה נרחבות ללא היתר בניה, הן כוללניות וכי המערערת לא הצביעו על עבודות קונקרטיות וגורמים קונקרטיים המבצעים ללא היתר.

55. **בבג"ץ 3655/15** התייחסו כב' השופטים י' דנציגר, י' עמית וצ' זילברטל, בדחייתם את עתירת המערערת להורות לבית המשפט לעניינים מקומיים במסגרת ת"פ 2097/14 נשוא ערעור זה, לנמק מדוע לא יבוטלו או ישונו שתי



החלטותיו בנוגע לדחיית זימון עדים מטעמם, לטענה בדבר אכיפה בררנית. במסגרת קביעתם פסקו, כי לא זה המקרה החריג בו בית המשפט הגבוה לצדק יישב כערכאת ערעור על החלטות ביניים בהליך פלילי, שעודנו מתנהל לפני הערכאה הדיונית. צוין, כי עיקרה של העתירה נוגע להחלטה שלא לזמן עדים שביקשו המערערות להעיד לצורך הוכחת טענתן בדבר אפליה בהליכי הרישוי, במסגרת טענת הגנה מן הצדק. מכאן פסקו, כי ככלל, ההחלטה מסורה לשיקול דעתה הרחב של הערכאה הדיונית ובנסיבות העניין, שיקול הדעת הופעל בזהירות רבה. מה גם, שבית המשפט אישר זימונם של 10 מבין 20 עדים שהתבקשו. עוד פסקו, באשר לקביעה כי הטענה בדבר אפליה בהליכי רישוי אינה נכללת במסגרת הטענה להגנה מן הצדק, כי מדובר בסוגיה מובהקת מהתחום המינהלי שאינה בסמכות בית המשפט, ואין מקם לדון בה במסגרת העתירה.

56. אני סבורה שיש לדחות את טענת ההגנה מן הצדק גם ככל שהיא נוגעת לבקשות להזמנת עדים, מטעמים אחדים.

עובדות הבסיס בעניין ההגנה מן הצדק למעשה אינן שנויות במחלוקת. אין מחלוקת על כך שהמערערות ביצעו עבודות הדרושות לצורך קבורה בחלקתן. אין מחלוקת גם על כך שבחלקה 80 הסמוכה, כמו גם בחלקות אחרות, בוצעו עבודות בניה ללא בקשה וקבלה של היתרי בניה. כך שהמחלוקת בנוגע להגנה מן הצדק ולטענת האכיפה הבררנית היא בעיקרה מחלוקת על הפרשנות והמסקנות שיש להסיק מן העובדות.

57. זאת ועוד, בית משפט קמא התייחס לבקשות להזמנת עדים במספר החלטות מפורטות ומנומקות, ולא מצאתי שנפלה טעות בהחלטות אלו. כך, הזמנתו של העד קובי כחלון, שהמערערות הרבו להתייחס אליה בערעורן, הועלתה תחילה כבקשה לזמנו בנוגע לשאלת האכיפה. רק לאחר שבקשה זו נדחתה, הועלתה הבקשה פעם נוספת, הפעם בנוגע לטענת השוחד. העלאת הבקשה בשתי הזדמנויות שונות מנימוקים שונים אינה עניין שבשגרה והיא עלולה לעורר תמיהה.

טענות נוספות

58. המערערות טענו כי לא בוצעה על ידן עבירת בניה. בנוסף טענו כאמור, כי יש לקבל את הערעור על הכרעת דינו של בית המשפט קמא מכיוון שבניגוד לקביעתו, הן לא עברו כל עבירת בניה שכן העבודות שביצעו הן בגדר "קבורת שדה", שאינה טעונה היתר בניה לטענתן.

59. בית משפט קמא דן בטענות השונות שהעלו המערערות, ואף ציין כי למעשה נטענו שלוש טענות העומדות בסתירה זו לזו. האחת, טענה שאין מדובר בעבודות בניה. השנייה, טענה שמדובר ב"קבורת שדה" שאין לגביה צורך בהיתר בניה, והשלישית, טענה שהעבודות פטורות מהיתר על פי התקנות. בהכרעת הדין התייחס בית המשפט לעדויות העיקריות שנשמעו בפניו ופירט את התרשמותו מהן. בסופו של יום קבע בית משפט קמא כי המערערות הכשירו את השטח בטרם ביצעו העבודות, מילאו את החלקות באדמה, הגבירו את הקרקע בשתי החלקות. עוד קבע, כי מדובר בעבודות שאינן לשם "קבורת שדה" בלבד, וכי הן טעונות היתר, לכל הפחות באשר לקירות התמך. בנוסף קבע בית המשפט כי המערערות ביצעו עבודות ששינו את פני הקרקע וכי קיים שינוי מפלסי בין הקרקע המקורית לבין שתי



החלקות לאחר ביצוע עבודתן.

60. מבלי להידרש במסגרת זו לשאלות שונות הנוגעות להגדרת המונח קבורת שדה, נראה כי העבודות המתוארות לעיל, הכוללות הכשרת השטח, מילוי והגבהה של חלקות, שינוי מפלסים, קירות תמך וכיוצ"ב, חורגות מגדר קבורת שדה. לא מצאתי כי קיימת עילה להתערב במסקנות אליהן הגיע בית משפט קמא, לא בנוגע לממצאים העובדתיים שנקבעו על ידו בנוגע לעבודות שבוצעו, ואף לא במסקנה המשפטית לפיה בנסיבות אלו לא ניתן לראות בעבודות שבוצעו קבורת שדה.

יתר על כן, לא שוכנעתי גם מטענת המערערות לפיה קבורת שדה פטורה מקבלת היתר בניה. הדיון בקבורה במסגרת חוק שירותי הדת, והגדרת המונח בתוספת השניה לחוק זה, אינם נוגעים כלל לענייני תכנון ובניה, ונראה כי מדובר בעירוב מין בשאינו מינו.

61. באשר לתקנות הפטור:

תקנה 1(2)(ב) לתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967 קובעות חובת היתר ל"כל חציבה, חפירה, כרייה או מילוי המשנים את פני הקרקע, יציבותה או בטיחותה, למעט... עבודה הנעשית בידי גוף המנוי בסעיף 261(ד) לחוק ולפי תכנית מפורטת מאושרת, ובלבד שהעבודות נעשות על פי תכנית פיתוח שאישר מהנדס הוועדה המקומית, הכוללת הוראות בדבר גובה פני הקרקע, ביצוע עבודות החפירה, המילוי או היישור, לפי העניין". בית משפט קמא קבע כי התכנית החלה בענייננו אינה תכנית מפורטת ומאושרת, ואינה עונה על הדרישות הקבועות בתקנה זו, ומסקנתו המנומקת מקובלת עלי.

ובנוגע לתקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), תשע"ד-2014, אלה קובעות פטור מהיתר בניה לגדר וקיר תמך העומדים בדרישות מסויימות המפורטות בתקנות, כולל הגבלות גובה, והבניה בה הורשעו המערערות, כמפורט בסיפא לסעיף 4 להכרעת הדין, אינה עומדת במגבלות אלו.

62. בעניין הצורך בהיתר, בית משפט קמא התייחס גם לניסיון שנעשה מטעם המערערות להוצאת היתר בניה. ניסיון שבעקבותיו נפתח תיק בניה 12/48, המעיד על כך שהמערערות היו מודעות לאפשרות של צורך בהיתר. באשר לטענות בעניין ביקור במקום, לאחר שבית המשפט דחה את הבקשה לבקר במקום עמדה בפני המערערות אפשרות להביא מודד מטעמן שיפריך את טענות המשיבה, אך הן בחרו שלא לעשות כן.

63. אני סבורה שיש לדחות גם את הטענה בדבר הבטחה שלטונית שניתנה למערערות בנוגע להעדר צורך בהיתר בניה. שכן על פי עדותו של מר אלי ביר שהעיד מטעם המערערות, ה"הבטחה" הנטענת מתבססת על שיחה בעל פה, מעין שיחת חולין אקראית כמעט שהיתה בינו ובין יו"ר ועדת התכנון והבניה. לא ניתן לראות בשיחה מזדמנת, מבלי שבעל הסמכות מתכוון להביע עמדה עקרונית ומחייבת, משום הבטחה שלטונית.



לסיכום סוגיית עבירות הבניה והצורך בהיתר, מקובלים עלי הממצאים העובדתיים ועיקרי המסקנות המשפטיות אליהן הגיע בית משפט קמא, ולא מצאתי מקום להתערב בהם.

בקשה לצירוף ראיות נוספות

64. המערערות הגישו ביום 6.3.18 בקשה לצירוף ראיות חדשות, וביקשו להוכיח כי עבודות דומות מבוצעות באותה שיטה ובאותו אופן בחלקה נוספת, ואף על ידי העיריה "בכבודה ובעצמה". המשיבה התנגדה לבקשה.

הגם שקיימת סמכות לעשות כן, קבלת ראיות נוספות במסגרת הליך הערעור נעשית במקרים נדירים בלבד. במקרה זה לא הובא טעם של ממש לכך שהראיות לא הובאו במועד לבית משפט קמא. בנוסף, לא מצאתי שיש בראיות שהוספתן התבקשה כדי לשנות באופן מהותי את תמונת המצב, שכן העובדה שבחלקה זו או אחרת מבוצעות עבודות אינה מביאה לשינוי כל עוד לא הוכחה זהות מבחינת המצב התכנוני, התב"ע החלה על אותה חלקה והחובה להוציא היתרי בניה. קבלת הבקשה היתה מביאה להארכה וסרבול של ההליכים, מבלי שהיתה לכך השפעה מהותית על התוצאות. לפיכך החלטתי לדחות את הבקשה לצירוף ראיות נוספות.

הערעור על הכרעת הדין - סיכום

65. ערעורן של המערערות על הכרעת דינו של בית משפט קמא נסובה למעשה על הרשעתן באישום הראשון. כפי שפירטתי לעיל, אני סבורה שלא נפלה טעות בהכרעת הדין של בית משפט קמא, וכי בדין הורשעו המערערות במיוחס להן. בנוסף לא מצאתי שיש במקרה זה תשתית לטענת הגנה מן הצדק שיש בה כדי להביא לביטול כתב האישום או לזיכו הנאשמות. אני דוחה, איפוא, את הערעור על הכרעת הדין.

הערעור על גזר הדין

66. כאמור, שני הצדדים ערערו על העונש שפסק בית המשפט קמא. עיינתי בגזר דינו של בית משפט קמא, בטענות המערערות ובחווות הדעת שהגישו הצדדים, ולא מצאתי לנכון להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא.

הלכה מושרשת היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שהוטל על-ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים של סטייה קיצונית ממדיניות הענישה במקרים דומים, או כאשר נפלה טעות מהותית בגזר דינה של הערכאה הדיונית.

67. העבירות נשוא תיק זה, עבירות בניה הנוגעות לקבורה בבית עלמין, אינן עבירות שכיחות, ומן הסתם הפסיקה הקיימת לגביהן מעטה וקיים קושי בקביעת רמת ענישה נהגת ומקובלת. גם האומדן הכלכלי של שווי העבירות מורכב יותר במקרה זה.



בית משפט קמא קיבל לעיונו שתי חוות דעת ובחר שלא לבסס את גזר הדין על אף אחת מהן. חוות הדעת השמאיות מהוות אבן בוחן, נקודת התייחסות, אולם בית המשפט אינו מחוייב לקבלן ככתבן וכלשונן. בית המשפט אף לא היה מחוייב לקבל חוות דעת מטעמו, אם לא סבר שיש צורך בכך.

בסופו של יום, העונש שגזר בית משפט קמא נראה בעיני סביר ומדוד, ומביא בחשבון את הנסיבות הספציפיות של המקרה ואף את חוות הדעת שהוגשו והרווח הצפוי למערערות ממכירת הקברים.

68. אציין עוד כי טענה של הגנה מן הצדק ואכיפה בדרנית, אף אם אין בה כדי להצדיק סעד קיצוני של ביטול כתב אישום, עשויה להביא להקלה בגזירת העונש (ראו: ע"פ 7659/15 **הרוש נ' מדינת ישראל** (20.4.16)). במקרה זה, הגם שניתן נימוק להבחנה בין המערערות לבין אחרים, קיימת אי נוחות מסויימת מהמצב בו נושאות המערערות באחריות פלילית ובעונש משמעותי בגין מעשים שאינם נחשבים כלל לעבירות בחלקות סמוכות, וגם עובדה זו יש להביא בחשבון בגזירת הדין.

לפיכך אני דוחה גם את הערעור על גזר הדין.

69. לאור כל האמור, אני דוחה את שני הערעורים. הכרעת הדין וגזר הדין של בית משפט קמא יעמדו בעינם.

משנדחה ערעור המערערות, ימשיכו לחול מועדי תשלום הקנסות כאמור בהחלטת בית משפט קמא ובכפוף להחלטתי מיום 7.10.18.

ניתן היום, ב' בטבת תשע"ט, 10 בדצמבר 2018.

תוצאת פסק הדין נמסרה לצדדים בדיון, המזכירות תשלח לצדדים את פסק הדין המלא.