



עפ"א 10929/04/15 - אביגדור שמקה, יהודה שמקה נגד מדינת ישראל - הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"א 10929-04-15 שמקה ואח'

בפני כבוד השופטת גילת שלו

המערערים

1. אביגדור שמקה

2. יהודה שמקה שניהם ע"י ב"כ עו"ד ראובן פרנקו

נגד

המשיבה

מדינת ישראל - הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום

ע"י ב"כ עו"ד רועי בראונר

פסק דין

לפניי ערעור על גזר דינו של בית המשפט השלום בבאר שבע (כבוד השופט י.דנינו) בתיק תו"ח 18796-05-12, במסגרתו דן את המערער 1 לעונשים של 6 חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות, קנס בסך 280,000 ₪, מאסר על תנאי והתחייבות, ואת המערער 2 לעונשים של 5 חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות, קנס בסך 210,000 ₪, מאסר על תנאי והתחייבות.

רקע וההליכים בבית המשפט קמא

נגד המערערים, בעלי משק 92 במושב שדה עוזיה, ונגד מר שבתאי תייר, בעל משק 93 הצמוד למשק המערערים (להלן - הנאשם 3), הוגש כתב אישום במסגרתו יוחסו להם עבירות על חוק התכנון והבניה, תשכ"ה 1965.

המערער 1 הואשם בעבירה של אי קיום צו בית משפט, בנוגע לסככה בשטח של 1,500 מ"ר שבנה במשקו בשנת 1995 (להלן - הסככה), אשר למרות שנשפט פעמיים (בשנים 1996 ו-2006) וצווה להרוס אותה או להוציא לגביה היתר בניה, לא קיים את הצווים השיפוטיים, ולא הרס אותה.

בנוסף, הואשמו המערערים ב-6 עבירות של ביצוע עבודות ללא היתר, לגבי 4 מבנים שבנו במשקם (בשטח כולל של 416 מ"ר), לגבי משטחי אספלט בשטח של כ- 10,000 מ"ר (להלן - משטחי האספלט) וחומה היקפית באורך של כ- 300 מ' (להלן - החומה), שהוקמו בשני המשקים, וכן הואשמו בעבירה של שימוש ללא היתר בכל המבנים האמורים.

הנאשם 3 הואשם ב-3 עבירות של ביצוע עבודות ללא היתר, לגבי מבנה שבנה במשקו בשטח של 180 מ"ר, ולגבי משטחי האספלט והחומה, וכן הואשם בעבירה של שימוש ללא היתר במבנים אלו.

ביום 2.1.14, מועד בו היה התיק קבוע להוכחות, הוצג לבית המשפט קמא הסדר טיעון בנוגע למערערים, במסגרתו

עמוד 1



תוקן כתב האישום, כך שגודל הסכמה תוקן ל-1,000 מ"ר וגודל משטחי האספלט תוקן ל-3,000 מ"ר, המערערים הודו והורשעו, והדין בעניינם נדחה לטיעונים לעונש ולקבלת חוות דעת הממונה על עבודות השירות.

במסגרת ההסדר, הודיעה המשיבה כי לגבי המערער 1 היא תעתור להטלת מאסר בפועל למשך שנה, לקנס שבין 300,000 ₪ ל-600,000 ₪, מאסר על תנאי והתחייבות; לגבי המערער 2 הודיעה המשיבה שתעתור להטלת 6 חודשי מאסר שירוצו בעבודות שירות, קנס שבין 300,000 ₪ ל-600,000 ₪, מאסר על תנאי והתחייבות. לגבי שני המערערים סוכם כי הסנגור יטען לעונש באופן חופשי, וכי תנתן להם ארכה של שנה להתאים את כלל המבנים להיתרים הקיימים, או להרוס את מה שאינו כלול בהיתרים.

לאחר סיום הדיון בעניינם של המערערים, מסרו הנאשם 3 ובא כוחו מענה מתוקן לכתב האישום, וטענו כי המבנה המצוי במשק 93 ומשטחי האספלט לא נבנו על ידי הנאשם 3, אלא ע"י המערער 2,

וכי הנאשם 3 גם לא בנה את החומה, אלא רק חלק קטן ממנה שאינו עולה על 70 מ', בשטח הגובל עם משק 94 ולא עם משקם של המערערים.

עוד טענו, כי הנאשם 3 לא עשה כל שימוש במבנים המפורטים בכתב האישום, אלא המערערים.

הנאשם 3 הוסיף, כי לבקשת המערער 1 הוא נתן לו את השטח לצורך חניה למשאיות, וזה בנה את המבנה על דעת עצמו וללא אישורו, וביקש את אישורו רק לסלילת האספלט, בטענה שהדבר ישיב את ערך השטח, ועל כן הוא הסכים.

לאור דברים אלו, ביקש ב"כ המשיבה לתקן בשנית את כתב האישום, כך שצוין כי פרט לחלק החומה באורך 70 מ', שאר המבנים בשטחו של הנאשם 3 נבנו על ידי אחר, והשימוש בהם בוצע ע"י אחר, כך שהעבירות של בניה ללא היתר ושימוש ללא היתר יוחסו לו מכח היותו בעל המשק בלבד.

לגבי העונש עתר ב"כ המשיבה, כי יוטלו על הנאשם 3 מאסר על תנאי, קנס שלא יעלה על 50,000 ₪ (כאשר הוסכם שהסנגור יטען באופן פתוח לגבי רכיב זה), התחייבות וצו להתאמת המבנים להיתרים הקיימים, בתוך שנה.

יצוין, כי במעמד זה (בהעדר המערערים) הבהיר ב"כ המשיבה, כי ביחס למשטחי האספלט, מיוחסת לנאשם 3 עבירה בנוגע ל-3,000 מ"ר נפרדים מהמשטח בן 3,000 מ"ר שיוחס למערערים.

עוד יצוין, כי רק למחרת הוגש כתב האישום המתוקן בשנית לתיק בית המשפט.

ביום 2.4.14, במסגרת הדיון שנקבע לטיעונים לעונש לגבי כל הנאשמים, הבהיר ב"כ המשיבה כי לגבי האספלט יוחסה למערערים עבירה של בניה ללא היתר של 3,000 מ"ר, אך עבירת השימוש ללא היתר מתייחסת לאספלט בשטח 6,000 ₪, הכולל גם את האספלט שנבנה בשטחו של הנאשם 3, וטען: **"אני העברתי את כתב האישום המתוקן בשנית לפני כחודשיים, מיד לאחר הדיון, ולא שמעתי שום הסתייגות מצד חברי"**.



ב"כ המערערים התרעם על הדברים וציין "לא היה עולה בדעתי במסגרת הישיבה הקודמת, בה הסכמנו להסדר הטיעון, שהנאשמים 1 ו-2 יודו בשימוש במבנה מס' 7. היה בידי הסכם שכירות שהציג עו"ד שורק שהלקוח שלו, הנאשם 3, עשה הסכם עם חברת רמפה, כולל מכתבים והתכתבויות שאני מגיש, כולל דרישת פינוי של הנאשם 3 מחברת רמפה... כך שלא יכול להיות מצב עובדתי בכלל שאנו נודה במשהו שברור שמישהו אחר עושה בהם שימוש". לדבריו, בלית ברירה יבקשו המערערים לחזור בהם מההודאה.

באותו מעמד, טען ב"כ הנאשם 3 כי הוא אינו צד למחלוקת האמורה, כי אין מחלוקת בינו לבין המשיבה שהנאשם 3 לא עשה שימוש בשטח האספלט, וכי ההסדר הושג לאור העובדות שהיו בידי ב"כ המשיבה. לטענתו, ראוי היה שלא יוצגו המסמכים, ואם ב"כ המערערים מתכוון לעשות בהם שימוש, יהיה צורך לברר מי זו חברת רמפה הנזכרת לעיל.

לאחר הפסקה הודיעו ב"כ הצדדים כי הם לא מצליחים להגיע להסכמות בכל הנוגע לעבירת השימוש של המערערים במבנים המצויים במשקו של הנאשם 3, ועל כן הסכימו כי יישמעו ראיות רק בנוגע לכך, וכי בלי קשר להכרעת בית המשפט בסוגיה זו, יעמוד הסדר הטיעון על כנו.

בהמשך הדיון, נשמעו הטיעונים לעונש בעניינו של הנאשם 3, בהתאם להסדר שהוצג בישיבה הקודמת.

בית המשפט קמא התייחס בגזר דינו לחומרת העבירות ולפסיקת בית המשפט העליון בדבר הצורך להחמרה עונשית בגין, לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (כגון היקפה הרב של הבניה, משך השימוש והעובדה שעד עתה לא ניתנו היתרי בניה לגבי המבנים מחד, ומנגד העובדה שבינתיים הנאשם 3 הרס את המבנה בשטח 180 מ"ר, ושהוא לא הפיק הנאה כלכלית מהמבנים), ולנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (כגון הודאת הנאשם 3 ונסיבותיו האישיות, גילו המבוגר, היותו חולני ומשתכר מקצבאות נכי רדיפות הנאצים), לגביהן קבע כי יש בהן להביא להקלה ניכרת בעונשו, ביחס לרמת הענישה הנוהגת ככלל בעבירות מעין אלו. על כן, ולאחר שבית המשפט קמא קבע כי מתחם העונש ההולם לגבי הנאשם 3 הינו קנס שבין 10,000 ₪ לבין 50,000 ₪, דן אותו לקנס בסך 15,000 ₪, בחלוקה ל-30 תשלומים, התחייבות בסך 20,000 ₪ למשך שנתיים, וצו הריסה נדחה למשך שנה.

ביום 2.9.14, במסגרת ישיבת ההוכחות שהתקיימה בעניינם של המערערים, העידו מפקח הבניה מר אבי לוי והנאשם 3 (שהתווסף כעד תביעה נוסף לאחר גזר דינו).

במסגרת עדותו של המפקח התברר, כי גרסת הנאשם 3 בפניו היתה, כי המערער 2 עושה שימוש במשק שלו, וכי הנאשם 3 לא הציג בפניו הסכם שכירות ואחסנה, עליו חתמו הנאשם 3 ואשתו מול חברת רמפה שירותי הובלה (להלן-חברת רמפה), השוכרת ממנו את המקום ומשלמת לו תמורת כך. לדבריו, לו היה יודע על ההסכם, החקירה היתה מקבלת תפנית אחרת.

בנוסף, התייחס המפקח לתשריט שערך וצורף לכתב האישום, ואישר כי בשטחו של הנאשם 3 קיים גם מבנה בגודל של כ-1,500 מ"ר (להלן-המבנה המושחר). לדבריו, הוא לא ידע כי המבנה המושחר הושכר לחברת אמון סחר א.א. בע"מ, המשתמשת בו למכירת כלי כתיבה, הוא יודע שקיים צו הריסה נגד המבנה המושחר מאחר ואין לו היתר, אך הוא לא בדק זאת לעומק.



לדבריו "לא בדקתי מה מצבו של ההליך שננקט ע"י המוסד התכנוני בהקשר של סככה זו, מכיוון שראיתי היום שיש שם שימוש שאינו תואם את ייעוד הקרקע ושמתנהל הליך מול המועצה, אני מתכוון לבדוק זאת לעומק, וככל שיתגלו הפרות, ננקוט הליכים מתאימים".

המפקח אישר, כי הוא התעלם מהמבנה המושחר במשק הנאשם 3, וכי הוא לא נקט כל הליך לגביו.

בעדותו של הנאשם 3, זה חזר על גרסתו, אם כי טען כי כל המגעים בנוגע למבנים ולשימוש בשטח משקו, נעשו מול המערער 2, אשר פעל ביחד עם חברת רמפה השייכת לדודו, וטען כי קבלן מטעם המערער 2 הוא זה שהרס את המבנה שבשטחו.

בחקירתו הנגדית, התחמק הנאשם 3 ממתן תשובות לגבי ההסכם עם חברת רמפה, טען שלא קיבל כל תמורה להשכרת השטח, שהיה אמור לקבל 1,500 ₪ אך הסכים שלא לקבל תמורה זו, בשל סלילת האספלט. באמצע החקירה, עזב הנאשם 3 על דעת עצמו את האולם, וכשחזר הודה לראשונה שלמרות שבחווה נרשם סך של 1,500 ₪, הוא קיבל מפועל של חברת רמפה סך של 5,000 ₪ לחודש, וב-9 החודשים האחרונים קיבל 8,000 ₪ לחודש, אך טען שהמערער 2 אמר לו שלא לספר זאת.

לגבי המבנה המושחר, אישר הנאשם 3 כי הוא מחזיק בו, ולאחר התחמקות אישר כי הוא משכיר אותו לחברת אמון סחר א.א בע"מ, מזה 8-9 שנים, ומקבל תמורתו סך של 27,000 ₪ לחודשיים. עוד אישר כי מדובר במבנה שבנוי ללא היתר, שהיה לו משפט לגביו בשנת 1996, אז נדון לקנס של 2,500 ₪ ולצו התאמה, אך הוא לא הצליח לשנותו.

לגבי הטענה שהוא שיקר לבית המשפט באמרו שלא הפיק הנאה כלכלית מהמבנים, טען הנאשם 3 שוב כי המערער 2 אמר לו מה להגיד, כי סנגורו לא שאל אותו בעניין, וכי הוא לא אמר לו מיוזמתו שיש לו הכנסות גם מהמבנים.

בעקבות העדויות האמורות, ולאחר הפסקה, הודיע ב"כ המשיבה כי לאור הספק, לא ייוחסו למערערים עבירות שימוש ביחס למשק 93, אך כי העתירה העונשית של המשיבה נותרת בעינה.

יצוין, כי במעמד דיון זה, הציגו המערערים היתרי בניה לגבי כל המבנים שבכתב האישום.

בדיון שהתקיים ביום **1.12.14**, הודיע ב"כ המערערים כי בכוונתו לטעון להגנה מן הצדק, לצורך הקלה בעונשם של המערערים, בשל אכיפה בררנית שנקטה המשיבה ביחס אל המערערים לעומת הנאשם 3. ב"כ המערערים הפנה לעדות המפקח אשר התעלם מהמבנה המושחר, ובעקבות כך לא הוגש כתב אישום נגד הנאשם 3 בנוגע לכך, וכן הפנה להתעלמות המשיבה מההסכם בין הנאשם 3 לבין חברת רמפה, אותו לדבריו הציג לב"כ המשיבה עוד לפני תחילת ההליך, אך הוא התעלם מכך והזדרז לסיים את ההליכים כנגד הנאשם 3.

ב"כ המשיבה טען, כי המבנה המושחר לא טופל ע"י המפקח, מאחר והוא ידע שהוא מצוי בטיפול של הוועדה המקומית, ולא בטיפול הוועדה המחוזית, אשר טיפלה בעניינו של המערער 1, מאחר והוא הפך לחבר מועצה. עוד טען, כי ב"כ המערערים אכן אמר לו שיש הסכם עם חברת רמפה, אך לא הציג אותו בפניו, וכי "**כל הרמפה הזו המצאה שנולדה שחיכו איתה אחרי שסיימו עם תייר... חיכו שתיר יוצא מהתמונה, ואז הביאו את רמפה**", שכן חברת



רמפה לא הוזכרה בהודעות המערערים או בהסדר הטיעון, אלא אחרי שהנאשם 3 יצא מהתמונה.

יצוין, כי בסיום הדיון, כמו גם בדיון מיום 2.9.14, המליץ בית המשפט קמא לב"כ הצדדים לבוא בדברים ולנסות להגיע להסכמות לאור מכלול הנסיבות.

ביום 15.2.15 נשמעו טיעוני הצדדים לעונש.

ב"כ המשיבה טען, כי העבירות שביצעו המערערים מצויים ברף העליון של חומרה, לאור היקף הבניה, משך השימוש והיקף טובת ההנאה שקיבלו מהשימוש, כעולה מעדותו של הנאשם 3, אשר למעשה הופך את ביצוע העבירות לכדאי כלכלית. עוד טען ב"כ המשיבה, כי לאור השימוש הממושך, אין בהוצאת היתרי בניה רק לאחרונה, כדי להקלות מחומרת העבירות.

אשר לעונש שהוטל על הנאשם 3, טען ב"כ המשיבה כי אין לגזור גזירה שווה בינו לבין המערערים, שכן השקר היחיד שזה שיקר עובר לגזר דינו, היה בנוגע לטענה שלא קיבל תמורה עבור השימוש.

לטענתו, נסיבותיו האישיות הקשות של המערער 1 כבר נלקחו בחשבון בגזר דינו הקודם, ואין מקום להתחשב בהן פעם נוספת. לאור הפרת הצו השיפוטי משך זמן רב, לאור הפסיקה בנוגע לענישה הראויה בעבירה של הפרת צו, ולאור ההקלה לה זכה בגזר דינו הקודם, עתר להטיל עליו מאסר בפועל ממש וקנס המצוי ברף העליון של המתחם.

לגבי המערער 2 טען, כי הוא הרוח החיה בעבירות, כעולה מהודעתו שהוגשה לבית המשפט, ועל כן עתר להשית עליו 6 חודשי מאסר בעבודות שירות וקנס ברף העליון של המתחם.

ב"כ המערערים חזר על טענותיו להגנה מן הצדק, בעיקר בנוגע למבנה המושחר, כעולה מעדויות המפקח והנאשם 3, והפנה לפסיקה במסגרתה בוטלו כתבי אישום, כתוצאה מאכיפה בררנית, אם כי לא עתר לבטלות כתב האישום, אלא להקלה בעונשם של המערערים.

עוד טען, כי למרות שהפנה את תשומת לבו של ב"כ המשיבה לעניין מעורבותה של חברת רמפה בתחילת הדרך והציג מסמכים, עוד לפני הטיעונים לעונש של הנאשם 3, המשיבה התעלמה מכך ולא עשתה כל נסיון לברר את העניין, כדי להשתמש בנאשם 3 כעד תביעה נגד המערערים, תוך אפלייתם.

עוד הפנה ב"כ המערערים להודאתם המיידית של המערערים, כאשר נשמעו ראיות רק בשל גרסתו השקרית של הנאשם 3, כשבסופו של דבר המשיבה חזרה בה מכתב האישום בסוגיה שבמחלוקת, וכן לעובדה שהשימוש בכל המבנים פסק לאחר הוצאת צו הפסקה שיפוטית ואף הוצאו היתרים.

לטענתו, וכעולה ממסמכים שהגיש, המערער 1 נקט בהליכים להכשרת המבנים עוד משנת 1997, אך חדל מהטיפול כתוצאה מהקושי שלו להתמודד עם מחלת הקשה של בתו ופטירתה בשנת 2003, עד לכניסתו של המערער 2 לתמונה ונסיונו לטפל בדברים. עוד הפנה לגילו ולמצבו הרפואי המורכב של המערער 1.



עוד טען, כי בשונה מהנאשם 3 שהשכיר את המבנים, המערער 2 לא השכיר אותם, אלא עשה בהם שימוש לעבודתו. הסנגור הפנה למסמכים לגבי מצבו הכלכלי הקשה של המערער 2, ומצבו הרפואי לאחר שעבר אירוע לב וצנתור, ולאחר תאונת עבודה שעבר.

ב"כ המערערים עתר להפחית ככל הניתן בקנס שיוטל על המערערים, ובמידת הצורך להטיל עליהם מאסר בעבודות שירות לשם איזון רכיבי הענישה.

בגזר הדין **מיום 19.2.15** פירט בית המשפט קמא באריכות את השתלשלות ההליכים בתיק, ואת טיעוני הצדדים לעונש.

עוד התייחס בית המשפט קמא לערכים המוגנים ולפסיקת בית המשפט העליון, אשר לצורך להלחם בעבירות התכנון והבניה באמצעות ענישה מחמירה ומרתיעה, ובין היתר באמצעות הטלת עונשי מאסר בפועל (יצוין, כי פסיקה דומה נסקרה גם בעניינו של הנאשם 3), ובפרק נפרד התייחס לפסיקה בנוגע לעבירות של הפרת צו שיפוטי, במסגרתה לרוב מוטלים עונשי מאסר בפועל.

בנוסף, ניתח בית המשפט קמא את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות, ובכלל זה היקף הבניה, ההנאה הכלכלית הרבה שצמחה למערערים כתוצאה מהעבירות, משך הפרת הצו ע"י המערער 1, ומנגד, העובדה שבינתיים ניתנו היתרים לכלל המבנים, נסיונותיו של המערער 1 לקדם את ההליכים התכנוניים זמן רב, והכרסום שחל בהיקף האישומים כלפי המערערים.

בהתייחסו להשתלשלות העניינים בנוגע לנאשם 3, ציין בית המשפט קמא, בין היתר:

"לאחר חקירת המפקח מטעם המאשימה, ובפרט לאחר חקירתו של מר שבתאי תייר (שהיה עד אותה עת הנאשם 3), התחוור כי המצג העובדתי, אשר על בסיסו הגיעה המאשימה להסדר מקל באופן משמעותי עם הנאשם 3, איננו תואם מציאות כהווייתה, בלשון המעטה... הסתבר, בין היתר, כי בניגוד למצג ששימש יסוד להסדר הטיעון בדיון מיום 2.4.14, הלכה למעשה, מר תייר היה ער למתרחש במקרקעין שבבעלותו, תוך שקיבל סכומי כסף משמעותיים בגין עבירות הבניה שבוצעו במשק 93".

עם זאת, ציין בית המשפט קמא בהמשך, כי אין מקום ליתן משקל ממשי לעובדה שהעונש שנגזר על הנאשם 3, היה מקל באופן משמעותי, מאחר וקיבל את עמדת ב"כ המשיבה כי **"נוכח המצג העובדתי שהוצג בפניו, ואשר פורט באריכות ע"י בא כוחו של הנאשם 3... באה המאשימה לכלל מסקנה כי נוכח סברתה ביחס לחלקו המזערי בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, כמו גם בהתחשב בנסיבותיו האישיות, כי יש מקום להגיע עימו להסדר מקל באופן משמעותי".**

בנוסף, דחה בית המשפט קמא את טענת המערערים לאכיפה בררנית כלפי הנאשם 3, בכל הנוגע למבנה המושחר, ואת הטענה כי יש בכך כדי להקל באופן משמעותי בעונשם של המערערים.



בהחלטתו זו ציין בית המשפט קמא, כי הגם שלא ננקטו הליכים כלפי הנאשם 3 בנוגע למבנה המושחר למרות משך ההפרה הרב, ולמרות שהמפקח היה מודע לאי חוקיות המבנה המושחר, הרי שהמפקח הצהיר כי בכוונתו לבחון את העניין לעומק ולנקוט הליכים מתאימים במידת הצורך, ועל כן סבר בית המשפט קמא כי פעולתה של הרשות לא בוצעה מתוך שיקולים זרים או שרירות.

עוד ציין בית המשפט קמא, כי מאחר והמשיבה הגישה כתב אישום גם נגד הנאשם 3, לא הוכחה התנהלות מבחינה ובלתי ראויה מצידה, וחזקה כי לו היו בידה מלוא העובדות לגבי המבנה המושחר, היא היתה פועלת בעניין זה נגד הנאשם 3.

בית המשפט קמא הוסיף וציין, כי החלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק בדיני תכנון ובנייה, מעוררת שאלות לא פשוטות, שכן הדבר יכול לתת הכשר או "תמריץ שלילי לאחרים לעקוף את ההליך התכנוני, באמצעות מסלול 'עוקף מוסדות תכנון'... ואין צריך לומר כי הדבר סותר באופן חזיתי את האינטרס הציבורי", וכי "כאשר הרשות מממשת את חובתה על פי דין ופועלת להגיש כתבי אישום נגד בנייה בלתי חוקית, כי אז אין בעובדה שהיא פעלה באופן חלקי עד הנה, כדי להתעלם מחובתו של בית המשפט לעודד את הרשות להמשיך לעשות מלאכתה, בפרט שעה שלא הוכח כי מדובר באכיפה סלקטיבית המונעת משיקולים זרים או ממניעים פסולים".

בהתחשב בכל השיקולים שנסקרו בגזר הדין, ולאור מצבם הכלכלי של המערערים, קבע בית המשפט קמא כי מתחם העונש ההולם ביחס למערער 1 נע בין 5 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות ועד 8 חודשי מאסר, ובנוסף קנס שבין 200,000 ₪ לבין 500,000 ₪; ולגבי המערער 2 בין 3 ל-6 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות, וקנס שבין 150,000 ₪ לבין 400,000 ₪.

לאחר סקירת כלל הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירות, לרבות הודאת המערערים ונסיבותיהם האישיות, הטיל עליהם בית המשפט קמא את העונשים כפי שצוינו לעיל.

טיעוני הצדדים

ב"כ המערערים חזר על טענותיו בפני בית המשפט קמא בכל הנוגע לאכיפה הבררנית כלפי המערערים, יחסית לנאשם 3, ובכלל זה העדר אכיפה בנוגע למבנה המושחר, וקבלת טענותיו של הנאשם 3 כי הוא אינו אחראי לבניה ולשימוש החורג שבוצעו בשטח משקו, כבסיס להסדר הטיעון שנערך עימו.

בהקשר זה הפנה ב"כ המערערים לעקרונות אחידות הענישה, ולחוסר הפרופורציה שבין עונשו של הנאשם 3 לבין העונשים שהוטלו על המערערים.

ב"כ המערערים טען, כי בית המשפט קמא טעה בכך שהתעלם מהטיעונים האמורים, וכי היה מקום שבית המשפט ירפא את הפגמים שהתעוררו, בדרך של הקלה בעונש שהוטל על המערערים.

עוד טען ב"כ המערערים, כי בית המשפט קמא לא שקל כראוי את מכלול הנסיבות לקולא, ובין היתר: העובדה



שהשימוש החורג הופסק עוד בשנת 2013, ואף ניתן היתר לכל הבניה עובר לגזר הדין, ואת הודאת המערערים בעבירות בהן הורשעו כבר מתחילת ההליכים (כאשר בעניין בו כפרו, המשיבה בסופו של דבר חזרה בה מכתב האישום).

לטענתו, מתחמי הענישה שנקבעו ע"י בית המשפט קמא מחמירים יחסית לפסיקה הנוהגת בבתי המשפט השונים, בעיקר בכל הנוגע למערער 2, שנדון לענישה מכבידה, הכוללת מאסר בפועל, על אף העדר עבר פלילי, והעובדה שמדובר במעמד משפטי ראשון.

עוד טען ב"כ המערערים, כי הענישה שהטיל בית המשפט קמא בתוככי המתחמים האמורים הינה מחמירה ולא נתנה משקל מתאים למכלול הנסיבות האישיות של המערערים.

במעמד הדיון שהתקיים בפניי, טען ב"כ המערערים, כי המערערים ריצו את מרבית המאסר שהוטל עליהם לריצוי בעבודות שירות, וכי לאור מצבם הכלכלי הם מעוניינים להשלים את ריצוי עונשי המאסר, על מנת שמשכם יובא בחשבון בעת שקילת הערעור לגבי הקלה משמעותית בגובה הקנסות שהוטלו עליהם.

ב"כ המשיבה עתר לדחיית הערעור, ובכלל זה דחיית טענות המערערים לגבי אכיפה בררנית.

לטענתו, על סמך התשתית הראייתית שהיתה בפני המשיבה, המערערים בנו גם את המבנים בשטחו של הנאשם 3, ואף עשו בהם שימוש, ולאור טענותיו של הנאשם 3, הגיעו עמו להסדר טיעון מקל, כאשר המערערים לא אמרו דבר אותה עת, אלא באופן מכוון, בשל טקטיקה משפטית, המתינו והעלו את טענותיהם ואת הראיות שבידיהם רק לאחר גזר דינו של הנאשם 3, במסגרת ישיבת ההוכחות.

עוד טען ב"כ המשיבה, כי הדבר היחידי שהתברר כשקרי בטענות הנאשם 3, הוא טענתו כי לא קיבל כל טובת הנאה מהשכרת המבנים, שכן עדיין אין מחלוקת כי הוא לא זה שבנה את המבנה ולא השתמש בו, וזאת בשונה מעניינם של המערערים.

אשר להעדר האכיפה כנגד הנאשם 3 בנוגע למבנה המושחר, טען ב"כ המשיבה, כי העניין נתון לטיפול של הועדה המקומית, כאשר כתב האישום בעניינו, לגבי מכלול המבנים הקשורים למערער 1, הוגש ע"י הוועדה המחוזית, מאחר והמערער 1 היה חבר המועצה המקומית. לדבריו, יתכן והועדה המקומית תעמיד את הנאשם 3 לדין בנפרד.

עוד טען ב"כ המשיבה, כי המשיבה לא היתה מודעת לכך שלנאשם 3 היה רישום קודם, ב"כ המערערים לא עדכן אותה לגבי כך, והיא הסתמכה על דברי המפקח שהמבנה המושחר לא קשור לתיק זה.

ב"כ המשיבה השיב לשאלות בית המשפט, כי הוא לא סבור שגזר דינם של המערערים אינו פרופורציונלי לגזר דינו של הנאשם 3, הגם שהמשיבה סבורה כי הנאשם 3 זכה מן ההפקר, וכי לו היה ידוע מראש שהוא קיבל כסף תמורת השימוש, יתכן שהקנס שהוטל עליו היה חמור יותר. לטענתו, בית המשפט קמא אף התייחס לעניינו של הנאשם 3 במסגרת גזר הדין.

ב"כ המערערים השיב, כי הוא הביא לידיעת ב"כ המשיבה את ההסכם בין חברת רמפה לנאשם 3 וטענות נוספות



הקשורות בבניה במשקו, עוד לפני הסדר הטיעון עם הנאשם 3, באולם בית המשפט ומחוצה לו, אך המשיבה התעלמה מכך, והתנהלה מתוך להיטות להגיע להסדר טיעון עם הנאשם 3 ולהביאו כעד תביעה נגד המערערים.

דין והכרעה

לאחר שעיינתי בכתבי הטענות ושמעתי את טיעוני ב"כ הצדדים, הגעתי למסקנה כי דין הערעור להתקבל, וכי יש מקום להתערב לקולא במידת העונש שהוטלה על המערערים.

אמנם, גזר דינו של בית המשפט קמא הינו מפורט ומנומק, וניכר כי הוא בחן ביסודיות את כל הטענות שהועלו בפניו, לקולא ולחומרא. עם זאת, נראה לי כי נפלו שתי טעויות מרכזיות בגזר הדין- האחת בנוגע למתחם העונש ההולם שנקבע למעשיו של המערער 2, והשניה בנוגע לאי מתן משקל למכלול ההתרחשויות הקשורות בנאשם 3, במסגרת הטענה של אכיפה בררנית.

מתחם הענישה שנקבע בנוגע למערער 2

אין חולק, כי בעניינו של המערער 1, שהורשע בין היתר בעבירה של הפרת צו שיפוטי, מתחם העונש ההולם אמור לכלול עונש מאסר בפועל, אף כי לטעמי היה מקום לקבוע מתחם רחב יותר (הן ברף התחתון והן ברף העליון), ולא בכדי הפנה בית המשפט קמא לפסיקה ענפה בעניין זה.

יחד עם זאת, לא ברור מגזר הדין מדוע סבר בית המשפט קמא, כי מתחם העונש ההולם בעניינו של המערער 2 מתחיל ונגמר בעונש מאסר לריצוי בעבודות שירות.

אמנם מדובר בעבירות בניה נרחבות (מבנים בשטח של 416 מ"ר, אספלט בשטח של כ- 3,000 מ"ר וגדר באורך 300 מ') ובשימוש חורג ממושך, ואולם, על פי מדיניות הענישה הנוהגת, לרוב לא מוטלים עונשי מאסר בפועל במקרים דומים, כשמדובר בנאשם שזה מעמדו המשפטי הראשון, ואף במרבית פסקי הדין שסקר בית המשפט קמא, הוטלו קנסות וצווים שונים בלבד, ולכל היותר מאסר על תנאי.

וכך למשל, ברע"פ 6665/05 **מריסאת נ' מדינת ישראל** (17.5.06), בעניינו של נאשם שהורשע בעבירות של עבודות ושימוש ללא היתר, שימוש חורג במקרקעין ואי קיום צו שיפוטי, לאחר שעשה שימוש בקרקע חקלאית לבניית **בית מגורים** בשטח של כ- **250 מ"ר**, ואשר אף בנה קומה נוספת בשטח של כ- **300 מ"ר**, בניגוד לצווי הפסקה שיפוטי ומנהלי שהוצאו לו, אושר פסק דינו של בית המשפט המחוזי שהכפיל את הקנס שהוטל עליו ל-**200,000 ₪**. יצוין כי בנוסף, הטיל בית המשפט השלום רכיבי ענישה נוספים ובהם **מאסר מותנה** של 3 חודשים, אך על כך לא ערערה המדינה.

בע"פ (מחוזי ב"ש) 7206/06 **אבולקיעאן נ' מדינת ישראל** (9.11.06) (אשר אושר במסגרת רע"פ 10636/06 **אבולקיעאן נ' מדינת ישראל** (29.4.07)), בעניינו של נאשם אשר הורשע בעבירות של בניה ושימוש ללא היתר, לאחר



שבנה **בית מגורים** בשטח של **225 מ"ר** והשתמש בו תקופה של כשלוש שנים (גם במעמד מתן פסקי הדין), אושרו עונשים של **מאסר מותנה** למשך 3 חודשים, קנס בסך **50,000 ₪** וצו הריסה נדחה. יצוין, כי לא הוגש ערעור ע"י המדינה לגבי העונש.

בע"פ (מחוזי ב"ש) 4551/07 **אלסאנע נ' מדינת ישראל** (28.1.08), בעניינו של נאשם שהורשע בעבירות של בניה ושימוש ללא היתר, לאחר שבנה מספר מבנים **למגורים** בשטח כולל של **כ-403 מ"ר**, וכן גדר באורך של **כ-260 מ'**, אישר בית המשפט עונשים של קנס בסך **100,000 ₪** והתחייבות (ללא כל רכיב מאסר). יצוין, כי בית המשפט דחה את הטענה כי הקנס גבוה מדי, והתייחס לפסיקה במסגרתה הוטלו קנסות שבין 20,000 ₪ ל- 250,000 ₪ לגבי מבנים גדולים.

בעפ"א (מחוזי ב"ש) 3898-07-13 **אבו גודה נ' מדינת ישראל** (17.9.13), בעניינו של נאשם שבנה מבנה בשטח של **100 מ"ר** והשתמש בו **למגורים**, בשטח שייעודו התכנוני כרייה וחציבה, אושרו עונשים של **מאסר מותנה**, התחייבות, צו הריסה נדחה וקנס בסך **30,000 ₪**, אך נקבע כי בית המשפט השלום קבע קנס המצוי בתחתית רף הענישה הראויה לעבירה.

בעפ"א (מחוזי ב"ש) 15248-06-13 **נסאסרה נ' מדינת ישראל** (17.9.13), בעניינו של נאשם שהורשע בעבירות של שימוש ללא היתר, לאחר שעשה שימוש ב-5 מבנים בשטח כולל של 635 מ"ר, כדירים לכבשים ולעיזים בלב שכונת מגורים, על מקרקעין המיועדים לבניית מבני ציבור, אושרו עונשים של **מאסר מותנה**, התחייבות, צו הריסה נדחה וקנס בסך **60,000 ₪**, אם כי נקבע כי הקנס נמוך משמעותית מהקנס שניתן היה להטיל, וכי הוא מגלם את התחשבות בית המשפט בטיעוני הנאשם.

בעפ"א (מחוזי ב"ש) 4405-08-13 **אבו קוידר ואח' נ' מדינת ישראל** (22.10.13), בעניינם של שלושה נאשמים שהורשעו, כל אחד בנפרד בעבירות של בניה ושימוש ללא היתר, לאחר שכל אחד מהם בנה מבנה למגורים, בשטח של כ-150 מ"ר, על קרקע שיעודה חקלאי, והשתמש בו במשך שנים, אושרו עונשים של צווי הריסה נדחים וקנסות שבין **26,000 ₪ עד 28,000 ₪**, אם כי צוין כי הקנסות מצויים ברף הנמוך ביותר של מתחם העונש הראוי, וכי הם נוטים במובהק לקולא.

במקרה דומה ואף חמור מעניינו, שנדון ברע"פ 2809/05 **טסה נ' מדינת ישראל** (22.5.05), בעניינו של נאשם שהורשע בעבירות של בניה ללא היתר, שימוש חורג במקרקעין ואי קיום צו שיפוטי, לגבי בניית מבנים בשטח כולל של כ- **2,700 מ"ר** וסלילת משטח אספלט בשטח של כ- **13,000 מ"ר**, על קרקע חקלאית, ולאחר שהוצא צו הריסה שיפוטי, בניית מבנים נוספים בשטח של כ- **994 מ"ר**, גדר באורך כ- **86 מ'** וסלילת משטח אספלט בשטח של כ- **70 מ"ר**, וכן שימוש חורג בשטח כולל של כ- **1,000 מ"ר**, אושרו עונשים של **6 חודשי מאסר** בפועל, **מאסר מותנה** למשך 6 חודשים וקנס בסך **89,800 ₪**.

ברע"פ 11920/04 **נאיף נ' מדינת ישראל** (26.3.07), בעניינו של נאשם שהורשע בעבירה של הפרת צו שיפוטי, לאחר שהפר **3 צווים שיפוטניים**, שהורו לו להרוס מסגריה בשטח של **276 מ"ר**, שנבנתה שלא כדין, ונעשה בה שימוש



שלא כדין **למעלה מ-40 שנה**, אושרו עונשים של 8 חודשי מאסר בפועל, מאסר מותנה למשך 4 חודשים, קנס בסך 25,000 ₪, חילוט התחייבות בסך 25,000 ₪, והתחייבות. ערעוריו של הנאשם נדחו, כאשר אף צוין כי הוא סרב להקלה בעונש בתמורה להריסת המבנה.

מכל האמור עולה, כי מתחם העונש ההולם שנקבע בעניינו של המערער 2 מחמיר יתר על המידה, ונראה לי, כי היה מקום לקבוע לגביו מתחם ענישה שבין מאסר מותנה לבין 6 חודשי מאסר בפועל, ומתחם קנס המתחיל בסכומים נמוכים יותר מאלו שנקבעו בגזר הדין.

הטענות של אכיפה בררנית ביחס לנאשם 3

לא ברור מדוע החליט בית המשפט קמא לתת בגזר דינו משקל לקולא להשתלשלות העניינים הבעייתית בעניינו של הנאשם 3, הגם שמהחלטותיו עובר לגזר הדין (במסגרתן הפנה את הצדדים פעם אחר פעם לבוא בדברים ולנסות להגיע להסכמות), ברור כי דעתו לא היתה נוחה מהדברים.

אכן, צדק בית המשפט קמא, כי יש מקום להתייחס בזהירות לטענות של אכיפה בררנית בדיני תכנון ובניה, ולא בכדי הפנה בית המשפט קמא לפסיקה בעניין זה, ואולם, אין בכך כדי למנוע אפרוירית קבלת טענות מעין אלו. בעניינו, לא הועלתה טענה ערטילאית או כוללנית לגבי אכיפה בררנית, אלא הטענה התייחסה לשותפם של המערערים לכתב האישום, שהוא גם שכנם.

לטעמי, התנהלות המשיבה בתיק היתה בעייתית מאד, מבחינת היחס השונה שנקטה כלפי הנאשמים השונים בתיק, הן בשלבי החקירה והגשת כתב האישום, והן בשלבי ניהול התיק.

וכך, התברר כי המפקח ידע שהמבנה המושחר הגדול בשטחו של הנאשם 3, נבנה על ידו שלא כדין, ואף שניתן בעניינו צו הריסה, אך הוא לא טרח לבדוק האם ננקטו נגדו הליכים בגין הפרת הצו, או האם מתבצע בו שימוש חורג, ולמעשה התעלם ממנו, על אף שבעניינו של המערער 1, הוא פתח תיק גם בנוגע להפרת הצו. גם ב"כ המשיבה שיכול היה לבדוק את עברו הפלילי של הנאשם 3 טרם הגשת כתב האישום, לא עשה כן, ובשל התנהלות זו של נציגי המשיבה, הוגש נגד הנאשם 3 כתב אישום קל באופן משמעותי מזה שהוגש נגד המערער 1, למרות הדמיון הרב שבין מעשיהם, ולמרות שממילא כתב האישום התייחס לעבירות שבוצעו בשני המשקים.

קשה לקבל את הנמקתו של בית המשפט קמא, לפיה לאור הצהרת המפקח שיבדוק את הדברים, הרי שלא הוכח שפעולתה של הרשות בוצעה מתוך שיקולים זרים או שרירות, וכי בשל כך אין מקום לתת לכך משקל לטובת המערערים.

והרי, על פי הפסיקה, כיום אין עוד צורך להוכיח קיומה של התנהגות שערורייתית של הרשות, לצורך דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק", וייתכנו מקרים בהם הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לרשלנותה של הרשות (ראו למשל ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ'**, פד"י נט(6) 776).



בעניינו, לא יכול להיות חולק על כך, שהאבחנה המהותית בין המערערים לבין הנאשם 3 בכתב האישום, נבעה מרשלנותו של המפקח בעת עריכת החקירה, כך שהיה מקום לקבוע כי מתקיימים נימוקים של הגנה מן הצדק, המצדיקים הקלה בעונשם של המערערים.

יתרה מכך, מצאתי כי בית המשפט קמא שגה גם בכך שקיבל את הסברו של ב"כ המאשימה, כי הסדר הטיעון המקל שנערך עם הנאשם 3 נבע מהצגת מצג עובדתי (כוזב) ע"י הנאשם 3, אשר התברר רק בעת חקירתו הנגדית, לאחר שנגזר דינו.

כאמור, מעיון בתיק עולה, כי בעת העלאת גרסתו של הנאשם 3 ותיקון כתב האישום לגביו, המערערים כבר לא נכחו באולם. יתרה מכך, כתב האישום המתוקן שהוגש למחרת היה שונה ומחמיר יותר מזה שהוסכם עם המערערים ולגביו הודו (לגבי שטח האספלט), מבלי ליידע אותם בכך, ולא בכדי, בישיבה שלאחר מכן הוחלט לנהל הוכחות לגבי עניינים אלו.

זאת ועוד, ביום 2.4.14, עוד טרם שמיעת הטיעונים לעונש בעניינו של הנאשם 3, הפנה ב"כ המערערים את בית המשפט ואת ב"כ המשיבה להסכם השכירות של הנאשם 3 עם חברת רמפה, ולמכתבים שכתב בא כוחו בעניין זה (דברים העומדים בניגוד גמור לטענות ב"כ המשיבה בפניי, כי הוא הופתע מהטענות, או כי המערערים בכוונה הסתירו את הראיות שבידיהם עד אחרי גזר דינו של הנאשם 3). למרות זאת, ב"כ המשיבה לא ביקש שהות לבדוק את הדברים, או להמתין עם הטיעונים לעונש בעניינו של הנאשם 3 עד לאחר עדותו, ולמעשה התעלם מהנתונים החדשים שהובאו בפניו.

אם כך, בית המשפט קמא עמד בפני מצב בו בשל התנהלות המשיבה, שהיא לכל הפחות רשלנית, עמדו בפני המערערים כשהם מצויים בחוסר שוויון מהותי יחסית לנאשם 3, אשר נדון בהסדר טיעון מקל על עבירות שביצע במשק הסמוך למשקם של המערערים, בהיקפים משמעותיים (מבנה בשטח של 180 מ"ר, אספלט בשטח 3,000 מ"ר וחלק מגדר, גם אם נתעלם מהמבנה המושחר).

במצב דברים זה, וגם אם על פני הדברים, הוטלו על המערערים קנסות המשקפים מדיניות ענישה ראויה, ביחס לחומרת העבירות בהן הורשעו, נראה לי כי לאור הנסיבות המיוחדות של תיק זה והשתלשלות העניינים בו, שלא היתה קשורה בהתנהלות המערערים, היה על בית המשפט קמא להתחשב משמעותית בעונש שהוטל עליהם.

עם זאת, יוער, כי למרות הצורך בהקלה משמעותית, לא ניתן להתעלם מחומרת העבירות בהן הורשעו המערערים, ולא ניתן לשקול בעניינם ענישה הדומה לזו שהוטלה על הנאשם 3, הן לאור השוני בחומרת העבירות בהן הורשעו ונסיבותיהן, והן לאור העובדה שגזר דינו של הנאשם 3 מקל באופן מופלג.

לסיכום

מהנימוקים שהובאו לעיל, אני מקבלת את הערעור.



לגבי המערער 1, לאור העבירות בהן הורשע ועברו הפלילי, ולאור מכלול הנסיבות אליהן התייחס בית המשפט קמא, עונש המאסר שהוטל עליו הינו סביר והולם את הנסיבות, אך לאור הפסיקה שהבאתי לעיל, ובעיקר לאור טענות האכיפה הבררנית, אני מורה על **הפחתת הקנס בעניינו לסך של ₪100,000 או 4 חודשי מאסר תמורתו**.

הקנס, לאחר קיזוז סכומים ששולמו עד כה, ישולם ב-40 תשלומים חודשיים, שווים ורצופים, החל מיום 1.12.15.

לגבי המערער 2, לאור עברו הנקי ולאור הפסיקה שהבאתי לעיל, אני סבורה כי לא היה מקום להטיל עליו עונש של מאסר בפועל, אלא להסתפק במאסר מותנה.

בנוסף, לאור הפסיקה שהבאתי לעיל ולאור טענות האכיפה הבררנית, אני סבורה כי היה מקום להטיל על המערער 2 קנס מופחת, על אף חומרת והיקף העבירות בהן הורשע.

בהבאת נתונים אלו בחשבון, יחד עם מכלול הנסיבות אליהן התייחס בית המשפט קמא, והעובדה שלבקשת המערער 2 הוא סיים לרצות את עונש המאסר שהוטל עליו, מצאתי להפחית את הקנס בעניינו באופן משמעותי, ועל כן **אני מורה כי ישלם סך של ₪40,000, או 40 ימי מאסר תמורתו**.

הקנס, לאחר קיזוז סכומים ששולמו עד כה, ישולם ב-20 תשלומים חודשיים, שווים ורצופים, החל מיום 1.12.15.

שאר רכיבי הענישה שבגזר הדין, יעמדו על כנם.

המזכירות תעביר העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"ז תשרי תשע"ו, 10 אוקטובר 2015, בהעדר הצדדים.

גילת שלו, שופטת