



עפ"א 29880/01/23 - אברהם מושינסקי נגד ועדה מקומית לתכנון קרית טבעון

בית המשפט המחוזי בחיפה

23 פברואר 2023

עפ"א 29880-01-23 מושינסקי נ' ועדה מקומית לתכנון קרית טבעון

בפני	כב' הנשיא רון שפירא
מערער	אברהם מושינסקי ע"י ב"כ עו"ד ישראל הרפז
נגד	ועדה מקומית לתכנון קרית טבעון ע"י ב"כ עו"ד טארק חטיב
משיבה	

פסק דין

בפני ערעור הנאשם (להלן: "המערער") על הכרעת הדין וגזר הדין של בימ"ש לעניינים מקומיים בקריית ביאליק (כב' השופט סמי פלג קימלוב), שניתנו במסגרת תו"ב 68790-07-17 ביום 06.04.22 וביום 30.11.22 (בהתאמה) ובגדרם הורשע המערער, לאחר שמיעת הוכחות, בביצוע עבירות של בניה במקרקעין ללא היתר כדין, עבירות לפי סעיף 204(א) + 208 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "החוק"); שימוש במקרקעין בלא היתר כדין לפי סעיף 204(א) + 208 לחוק התכנון והבניה (עבודות ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז - 1967 (עד ליום 24.10.17 באשר לכלל הרכיבים, החל מיום 25.10.17 רק על הרכיבים אשר אינם כלולים בחלקה הגובלת); שימוש במקרקעין בניגוד לתכנית (שימוש חורג מתכנית) לפי סעיף 204(א) לחוק יחד עם סעיף 145(א) לתקנות התכנון והבניה (עבודות ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז - 1967 (עד ליום 25.10.17 רק על הרכיבים שבחלקה הגובלת); ושימוש אסור במקרקעין מוגנים לפי סעיף 243(ד)+(ו) לחוק (החל מיום 25.10.17 רק בנוגע לרכיבים שבחלקה הגובלת). במסגרת גזר הדין נגזרו על המערער קנס בסך ₪ 45,000 או 2 חודשי מאסר תמורתו; כפל אגרה בסך ₪ 618; הפסקת השימוש והריסת המבנה שבנה בתום 6 חודשים ממתן גזר הדין, אלא אם ישיג היתר בניה כחוק; והתחייבות כספית בסך ₪ 20,000 למשך שנתיים שתיכנס לתוקפה בתום 6 חודשים.

הרקע לערעור:

המערער הוא בעל זכות חכירה במקרקעין בקרית טבעון שיעודם מגורים, אשר הורשע לאחר שמיעת ראיות בעבירות הנ"ל שיוחסו לו בכתב האישום. נקבע כי החל מיום 07.02.13 ועד ליום 02.04.14 ביצע במקרקעין עבודות פיתוח ובניה ללא היתר. כן נקבע כי החל ממועד סיום עבודות הבניה המערער עושה בהן שימוש וכן עושה שימוש פרטי למגורים בשטח של כ-90 מ"ר מהחלקה הגובלת בחלק אינטגרלי מחצר ביתו שיעודה שטח ציבורי פתוח. המערער הגיש ביום 11.02.13 בקשה להיתר לעבודה שביצע וביום 11.09.13 אושרה הבקשה בכפוף להעתקת הגדר לגבולות המקרקעין וביטול שביל הגישה החורג מתחומי המקרקעין. המערער הגיש ערר על החלטה זו וביום 05.03.15 נדחה



עררו. המערער הגיש עתירה לביהמ"ש לעניינים מנהליים (עת"מ 35374-04-15) אשר נמחקה על ידו בתאריך 06.07.15 לאור המלצת ביהמ"ש.

המערער טען בבימ"ש קמא כי מדובר בהתקנת אדניות לגינון והנגשה של שבילים, פעילויות מקובלות בחצר בית שאין דורשות קבלת היתר בניה. כן טען כי הגדר המוזכרת בעובדות כתב האישום היא החלפה של גדר בת 60 שנה שהתמוטט עליה עץ אורן גדול שגרם לקריסתה. נטען שהגדר החלופית הותקנה בדיוק בתוואי קודמתה עם שערים זהים להולכי רגל ולרכב ובמאפייני גובה וחומרים דומים ועם הבדלים מזעריים. המערער טען כי הקמת גדר שכזו אינה טעונה היתר וכך גם התקנת אדניות מבטון שהוצבו חלף טרסות קודמות ובין קירות תמך קיימים ללא כל שינוי בפני השטח. כן טען כי השטח שמוגדר בכתב האישום כשצ"פ איננו שצ"פ ושייך למגרש שלו.

בימ"ש קמא במסגרת הכרעת הדין נתן אמון בעדותם ומקצועיותם של עדי התביעה ולעומת זאת לא נתן אמון בעדות המערער ושוכנע שהיא איננה עולה בקנה אחד עם חומר הראיות שהוצג. נקבע כי המאשימה עמדה בנטל ההוכחה והוכחה מעבר לספק סביר את אשמת המערער ואת העבירות המיוחסות לו. נקבע כי אין לקבל כאפשרות סבירה טענת המערער ביחס לזכויות ב"מרווח" וכי המערער לא הצליח לעורר ספק בעניין זה. התקבלה עדותו של המפקח לעניין היותו של השטח שצ"פ ונקבע כממצא עובדתי שהעבודות נעשו ללא היתר וחלקן נבנו בחלקה המוגדרת כשצ"פ. נקבע שהמערער לא הראה ולו בראשית ראיה שנפלה טעות במסקנה שאליה הגיע המפקח ויתר עדי התביעה וטענותיו של המערער אינן נסמכות על שום ראיה. בימ"ש קמא שוכנע שלמערער אין כל זכויות בתחום השצ"פ וכי ביצע פעולות בניה בתחום זה ומדובר בבניה חדשה שתועדה בשטח שאין לו זכויות בו והמערער אינו חולק שביצע את העבודות. מאחר שלמערער אין זכויות רישום כבעלים בחלקה נקבע שגם תקנות הפטור אינן חלות שכן אין להן תחולה לעבודה במקרקעין שאין לאדם זכות. נקבע כי נכונות המנהל למכור למערער את החלקה שהוא טוען לזכויות בה לא הוכחה והמערער נמנע מהבאת עדים לצורך הוכחת טענה זו ולכן הטענה נדחתה. צוין כי טענותיו אלו של המערער נדחו פעם אחר פעם במוסדות התכנון והעתירה אותה הגיש המערער נמחקה על ידו.

בימ"ש קמא קבע כי המערער במכתבים הרבים ששלח, בבקשה להיתר עבודה מצומצמת ובעדותו בביהמ"ש למעשה הודה בביצוע עבודות הבניה הטעונות היתר ואף אם היה מדובר בגדר שנבנתה לפני חמישים או שישים שנה בהיתר, הרי שבנייתה מחדש, כולה או חלקה, מחייבת קבלת היתר. כך גם ביחס ליתר העבודות המיוחסות למערער. נקבע גם כי לא היה בעדויות עדי ההגנה ובמסמכים שהוגשו באמצעותם כדי לתמוך בטענותיו של המערער.

באשר לטענת ההגנה מן הצדק שהעלה המערער קבע בימ"ש קמא כי פרט לאמירות בעלמא לא הובאה מטעם ההגנה שום ראיה לרדיפת המערער, להתעמרות בו או לקיומו של מניע פסול להגשת כתב האישום. מצד שני, התרשם בימ"ש קמא כי המערער מנהל מאבקים ומערכות משפטיות באפיקים שונים מול הוועדה המקומית ולא ניתן היה להתרשם באופן ברור כי מדובר במי שמצוי בעמדת חולשה דווקא. נקבע כי עדי התביעה הסבירו בפירוט את ההבדל בין מצבו של המערער למצבם של האחרים בקרית טבעון ואת מדיניות האכיפה במועצה המקומית. כן נקבע כי אין בפי המערער נתונים לגבי מועד ביצוע הבניה של אותן עבודות והאם המאשימה נמנעה מלנקוט הליכי אכיפה, בין במתכוון ובין ברשלנות. לכן לא ניתן להשוות בין המקרים. נקבע כי מעדויות עדי התביעה עלה כי לו המערער היה ממלא את התנאים לקבלת היתר ובהתאם למדיניות האכיפה, מבחינת האינטרס הציבורי, כתב אישום לא היה מוגש. נקבע כי במקרה זה



הוכח כי רשויות התביעה באו כברת דרך משמעותית לטובת המערער, כאשר תחילה הוחלט לדחות את הבקשה לקבלת היתר ובהמשך במסגרת דיון חוזר נהפכה אותה החלטה והוחלט לאשרה בתנאים, אך המערער דחה גישה זו של המאשימה, עמד על שלו, תוך העלאת טענות, ובכך, בהעדר כל אפשרויות אחרות ולאחר שנשקלו כל הנסיבות הוגש כתב האישום. נקבע כי המאשימה סיפקה הסבר ביחס למדיניות האכיפה ברשות המקומית והמערער לא הצליח להוכיח שמדובר בקבוצת שווים לגבי הדוגמאות שנתן. לכן נדחתה הטענה של אכיפה בררנית וסלקטיבית.

לגבי הטענה לזוטי דברים שהעלה המערער נקבע כי מדובר בכתב אישום המייחס למערער עבירות הרחוקות מאוד מהאופן המוצג על ידי המערער ואין מדובר בזוטי דברים אלא רחוק מכך. נקבע כי הנטל להראות כי עסקין במצב בו מדובר בזוטי דברים מוטל על הנאשם ולא הובאו כל ראיות שהן כדי להוכיח כי עסקין במצב בו תקום הגנה של זוטי דברים. מדובר בהפרה של הוראות דיני התכנון והבניה שמטרתם שמירה על שלטון החוק ועבודות הבניה נעשו בהתעלמות מהחובה המוטלת לדווח לרשויות התכנון והבניה ולקבל את האישורים הדרושים.

כן נדחו טענות המערער בדבר פגמים שנפלו במהלך הדיון בוועדה בבקשתו לקבלת היתר ונקבע כי אין בכך לשנות מהתרשמות בימ"ש מן הראיות שלפיהן המערער לא פעל כחוק. נקבע כי המערער לא הוכיח פעולות זדון מצד הוועדה ולא נמצא כי נפל פסול בפעולות שביצע המפקח מטעם המאשימה. ניתנה למערער הזכות למסור גרסתו ולא נשללה ממנו כל זכות מזכויותיו או נגרם לו עיוות דין. נקבע כי עובדות כתב האישום הוכחו מעל לכל ספק סביר ולכן הורשע המערער בעבירות שיוחסו לו כמפורט לעיל.

במסגרת גזר הדין נקבע כי העבירות שבוצעו על ידי המערער פוגעות בערכי התכנון ויש בהן גם פגיעה בשלטון החוק ובערך של כיבוד החוק והן חותרות תחת עקרונות התכנון והבניה. צוינה החומרה שבעבירות התכנון והבניה בהתאם לפסיקה. כן נקבע כי נסיבות העבירות מלמדות כי מדובר בפגיעה שאיננה מבוטלת בערכים החברתיים המוגנים וזאת נוכח העובדה שמדובר בעבירות שבוצעו תוך חריגה לתחום שטח ציבורי ולמקרקעין מוגנים. נסקרה מדיניות הענישה במקרים דומים ונקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין קנס כספי בסכום של 35,000 ₪ ועד 70,000 ₪ בנוסף לעונשים נלווים. באשר לעונשו של המערער בתוך המתחם נקבע כי המערער לא עשה מאמץ כלשהו לתיקון תוצאות העבירה. הוא הודה בשימוש אך לא נטל אחריות על מעשיו וניסה לגלגל אותה אל הרשויות. כן ניתן משקל לחלופי הזמן, לכך שהמערער נעדר עבר פלילי ומנהל חיים נורמטיביים. נקבע כי יש מקום לשיקולי הרתעה בתוך המתחם ועונשו של המערער אינו יכול להיגזר ברף התחתון של המתחם. בסיכומו של דבר, כאמור לעיל, נגזרו על המערער קנס בסך 45,000 ₪ או 2 חודשי מאסר תמורתו; כפל אגרה בסך 618 ₪; הפסקת השימוש והריסת המבנה שבנה בתום 6 חודשים ממתן גזר הדין, אלא אם ישיג היתר בניה כחוק; והתחייבות כספית בסך 20,000 ₪ למשך שנתיים להימנע מעבירה על פי פרק י' לחוק, שתיכנס לתוקפה בתום 6 חודשים.

טענות הצדדים:

המערער טוען כי דין כתב האישום בטלות מטעמים של הגנה מן הצדק, אכיפה בררנית, אי קיום חקירה ושימוע לפני הגשת כתב אישום, בהעדר אישור פרקליטות המהווה תנאי מוקדם להגשת כתב אישום בעבירת שימוש, הליכים פגומים וזוטי דברים. נטען כי כתב האישום הוא פרי התנהלות פסולה של המועצה המקומית והוועדה המקומית בטיפולן בעבודת פיתוח והנגשה בגינתו ולאחר מכן בבקשת היתר לעבודה מצומצמת שהוגשה לבקשת הוועדה המקומית. נטען כי



המאשימה היא שקבעה שעסקין בעבודה מצומצמת, שלחה את הטופס הרלוונטי למערער ובעוד שהדין היה אמור להיות בהליך רישוי, הופעל מנגנון ועדה. נטען כי המשיבה התכוונה לפגוע ולהתערער במערער. כן נטען כי המשיבה שגתה כאשר טענה כי שטח המרווח הופנם או הוכלל בחלקת המערער. נטען כי שטח המרווח הוסף לחלקה לאחר מועד הרישום הראשון בשנת 1955 כאשר היה תיקון להגדלת השטח במרשם והשטח לא השתנה מאז ועד היום וניתן לראות זאת בנסח החלקה. נטען כי המשיבה לא ביצעה תיקון והסדרה ברישומי המקרקעין בהתאם לחובתה החוקית והיה עליה לבצע השבת שטחים שנועדו לדרכים והסתבר שאין בהם צורך, למגרשי הבניה וליעוד מגורים. כן נטען כי בימ"ש קמא לא דן בעניין זה בהכרעת הדין והכרעה בסוגיה זו הייתה מביאה לזיכוי המערער.

לטענת המערער, הוכח בראיות שכלל לא נדונו על ידי בימ"ש קמא שמאז הבניה המקורית של הבית ובוודאי שמאז תכנית 222/ג המרווח סופח בפועל אל ומוחזק בידי כל השכנים שמגרשיהם מדרום לחלקה 26, לרבות בשל ההיבט הקנייני המובהק, למצער כזכות שביושר ומכוח זיקת הנאה, וכך הם הדברים למעלה משישים שנה. נטען כי המהנדס מטעם המשיבה חזר בו בחקירתו הנגדית מגרסתו לגבי ההכללה או ההפנמה. כן נטען כי שגה בימ"ש קמא כאשר לא דן בהשלכות של הודעת הוועדה המקומית שפורסמה ביום 08.06.1995 על כוונתה להפקיע שטח, כוונה שלא מומשה עד היום. נטען כי מדובר בהודעה שמצד אחד כוללת הסתמכות והגדרת שטחים לפי 222/ג ומצד שני לא בוצעה ולכן תוקפה פג עקב חלוף שנים רבות על פי ההלכות בעניין זה. נטען כי בתכנית טב/34 אין שינוי מהוראת 222/ג לכך שדין המרווח להעברה באחריות המועצה המקומית לחלקות המגורים בייעוד מגורים. נטען כי בימ"ש קמא שגה כשהתעלם מהשקר של מהנדס הוועדה המקומית בעת הדין בוועדת הערר כשטען ששטח המרווח הוחזר לחלקה, טענה שהוכחה כלא נכונה, לא נבדקה על ידי בימ"ש קמא ולא קיבלה התייחסות בהכרעת הדין.

המערער טוען כי בימ"ש קמא התעלם מכך שהמשיבה לא הגישה מדידות בעניין סוגיית היקפי השטח. כן נטען כי בימ"ש קמא טעה כשלא התייחס לשינויים שחלו בדיני התכנון והבניה בהקלת תנאים לנגישות וביטולי חובה בהיתרים. נטען כי בימ"ש קמא טעה כשסירב לערוך ביקור בשטח לשם השוואה לחלקות סמוכות ולצורך היזקקות לטענת המערער לסעד מן הצדק. נטען כי בימ"ש קמא התעלם מאפליית המערער לעומת שכניו ומנקיטת דין שונה כלפיו לעומת שכנתו החולקת את אותה חלקה בבית דו משפחתי, שבקשת היתר מטעמה אושרה ללא העמדת תנאים שננקטו כלפי המערער באכיפה סלקטיבית בררנית. כן נטען כי בימ"ש קמא התעלם מעדיו של המערער אשר מעדותם עלה כי החלקה לא שינתה שטחה וגבולותיה מזה שנים רבות וכי אין צורך בהיתר לעבודות פיתוח השטח שבוצעו. נטען כי אף המהנדס הודה בעדותו בביהמ"ש כי שטח המרווח כפי שכתוב מוגדר כמגורים ולא כשצ"פ. נטען כי עדות זו שוללת את האישום בשימוש בשטח המיועד לשצ"פ ובימ"ש קמא לא התייחס לכך. נטען כי הפקח מטעם המשיבה הגיש תשריט "נטול סימונים" שלא הוא ערך והודה שלא ביצע מדידה מדויקת. לכן נטען כי לא ניתן היה להסיק נתונים מתשריט זה כפי שעשה בימ"ש קמא. נטען כי הוכח בעדות המהנדס וסגניתו שהשטח הוגדר כשטח פרטי בייעוד למגורים ולא כציבורי. בימ"ש קמא התעלם מהעדר סמכותו של הפקח לחקור וקיבל את עדותו למרות סתירות והעדר ביסוס או קבילות לכל נתון או מידה ולמרות שלא הוגשה מטעם המשיבה מדידה המתייחסת לשאלה האם מדובר בשטח בייעוד ציבורי או לא ומהם גבולותיו.

עוד טוען המערער כי בימ"ש קמא התעלם מעדותו של עד ההגנה גדעון רוזנברג שהעיד על מיקום הגדר בחלקתו שהיא במיקום זהה לגדר של המערער, אשר העיד שרכש את המגרש בשנת 1973 כשגדר רשת תוחמת את חלקה בצדה הצפוני כולל המרווח, החליף את הגדר הישנה בשנת 1980 לגדר חדשה, זהה בהרכבה לגדר המערער, בהמשך קו רציף משני צדדיה לגדרות המגרשים הסמוכים. נטען כי דברי העד מאשרים את קיומה של הגדר מקדמת דנא ואת הזיקה



הקניינית והחזקה רבת השנים. נטען כי בימ"ש קמא התעלם מעדות נועה טל, אדריכלית נופ מומחית, שביקרה בשטח טרם שתכננה ועדותה תמכה בגרסת המערער למצב הדברים בשטח וכן במיקום הגדר בדומה למיקומה במגרשים סמוכים. נטען כי שגה בימ"ש קמא כאשר קבע שאינו נותן אמון בעדות המערער, אשר נסמכת על ראיות ומסמכים התומכים ומאשרים את גרסתו. נטען כי אין מדובר בשצ"פ וחלה תב"ע ג'222 לתיקון עיוותי עבר שלא בוטלה. נטען כי מדובר בעבודות פיתוח והנגשה פטורות מהיתר בחלקת המערער שיעודה כמגורים הוכח. נטען כי משהתגלעה מחלוקת ולבקשת הוועדה המקומית נאות המערער להגיש למעלה מן הצורך בקשת היתר לעבודה מצומצמת. הבקשה נדונה בוועדה ולא בהליך רישוי ואושרה בוועדה. נטען כי אין מדובר בתקיפה עקיפה ובימ"ש קמא טעה בפירוש ההלכה הפסוקה. נטען כי הוכח יחס שונה לשווים ואפליה שמצדיקה סעד מן הצדק. נטען כי הן חברי הוועדה המקומית והן ועדת הערר הוטעו על ידי המהנדס וסגניתו שקבעו כנגד חיקוקים ברורים ונסחי רישום מהם עולה ששטח המרווח נכלל במגרש המערער פורמלית ומזה זמן רב. המערער טוען לזכות שביושר לאחר שנים רבות, לזיקת הנאה לאור חזקה רבת שנים שלא הופרעה ולא שונתה באמצעות תכנון, לא בהפקעה ולא בהודעת בעלים.

באשר לגזר הדין טוען המערער כי בימ"ש קמא החמיר עמו וקבע רף ענישה גבוה הן בקביעת גובה הקנס הכספי והן בציווי להרוס את אשר נבנה. נטען כי לא הוצא נגד המערער מאז שנת 2013 ועד הכרעת הדין צו הפסקת עבודה, לא הוצא צו הפסקה מנהלי, לא הופר צו שיפוטי והוחלו הוראות מקלות רבות הפטורות מהיתר של העבודות. המערער בן 72, נשוי ואב לשתי בנות וסב לשני נכדים, ללא עבר פלילי, מנהל חיים נורמטיביים, עו"ד במקצועו ובעל תואר בתכנון ערים. לא הייתה לו כל כוונה פלילית במעשים. המצב העובדתי בשטח היה כך מאז תחילת שנות ה-50 של המאה הקודמת, טרם רכש המערער את הבית, ולא נעשתה על ידי המשיבה במשך כל השנים פעולה יזומה נגד אותם בעלי חצרות או חליפיהם לגבי הגדרות. עצי אורן גדולים ממדים שנפלו בחורף 2011 מוטטו את הגדר התוחמת את חצרו של המערער והוא הקים את הגדר תחת הגדר הישנה בדיוק באותו מקום בו עמדה הגדר הישנה ובאותם מאפיינים שהיו בגדר שהתמוטטה. באשר לריצופים והאדניות בתוך החלקה וכלל עבודות הפיתוח נטען כי לא נדרש היתר ולמרות זאת בחרה הוועדה להוסיף עבודות אלו כחלק מסעיפי האישום. צו איסור השימוש במעבר לחלקה פוגע במערער ומבוקש לסייג ולבטל את איסור השימוש והמעבר לצרכי כניסה מצד צפון לחלקת המערער ולביתו. מבוקש להורות על צמצום צו ההריסה ואיסור השימוש שלא יחולו על כל עבודות הפיתוח, שבילי ההנגשה, אדניות, ריצופים וכלל עבודות פיתוח שבוצעו בתחומי החלקה של המערער ואת איסור השימוש בהם. אם לא תבוטל הכרעת הדין מבוקש לקבוע קנס הולם לקולה ובסכום שולי ומזערי בלבד ללא צווי הריסה וללא איסור שימוש.

המשיבה טוענת כי טענות המערער נשמעו באריכות גם לפני הוועדה המקומית, גם לפני ועדת הערר, גם בעתירה שהוגשה מטעמו, גם בבימ"ש קמא וכעת שוב בערעור. המערער כבר ביקש למחוק עתירה מנהלית שהוגשה מטעמו במסגרתה טען את אותן טענות. ועדת הערר התייחסה לטענות וכתבה כי לא מצאה ממש בטענות המערער, לפיהן תכניות ג'222 וג'84 שינו את פני הדברים. ועדת הערר קבעה כי התכנית הרלוונטית היחידה היא תכנית ט"ב34 וביחס אליה אין חולק כי השטח בו מבוקשת בניית הגדר מיועד לשצ"פ. מדובר בשטח ציבורי ואין מקום להתיר בניית גדר אשר מספחת חלק מאותו שטח ציבורי לתוך מגרש פרטי. כך קבעה ועדת הערר וטענות המערער נדונו לעומק בפני כל הערכאות השונות. המערער לא מעלה טענות חדשות. מדובר באותם נתונים שכבר הוצגו וניתנה דעתם של אנשי המקצוע בנושא. בית המשפט המחוזי כבר העיר במסגרת העתירה המנהלית שהוגשה שלמערער אין זכות קניינית בחלקה שבה נבנתה הגדר והעתירה נמחקה לבקשתו. גם בימ"ש קמא התרשם מהראיות שהוצגו והעדים שהעידו, שהם בעלי תפקיד, מהנדסים ואדריכלים, התייחס ובחן את כל הטענות. כל טענות המערער נדונו והוכרעו במסגרת הכרעת



הדין של בימ"ש קמא תוך ניתוח הראיות והעדויות שהוצגו בפניו. גם טענות המערער לאכיפה בררנית התבררו בבימ"ש קמא ובימ"ש קמא התרשם מהעדים והגיע למסקנה ברורה. באשר להזדהות המפקח החוק אינו דורש זאת מהמפקח. המפקח אמור להגיד ולהזדהות כמפקח מטעם ועדת תכנון ובניה והוא נמצא בתוך משרדי הוועדה. לכן אין בסיס לטענות שהמפקח אמור להציג את הרשומות המסמיכות אותו.

לטענת המשיבה, המערער לא ביסס את טענתו לאכיפה בררנית ביחס לקבוצת השווין שהוא משתווה אליה. במקרה הזה הגדר נהרסה. שכנו לא הרס את הגדר והיא קיימת מאז ומתמיד. חרף זאת חייבו אותו. במקרים עתידיים שבהם ירצו לעשות שם פיתוח תהיה חובה להרוס אותה. במקרה של המערער הגדר נהרסה והוקמה מחדש ולא בגבול החלקה שהוא טוען לזכויות קנייניות בה אלא הוא גולש החוצה. אי אפשר להשוות בין בניה ישנה משנת 52' או 67' לבניה חדשה. נתנו לו הזדמנות להכשיר את הגדר והוא לא הכשיר. אין לו הכשרה לבניית הגדר והוא בכל זאת לא סילק אותה ולא הרס. המערער גם לא הוכיח את הפטור שהוא טוען לו. הביקורת המשפטית על פסק דינו של בימ"ש קמא בעניין קביעות מהימנות וממצאים עובדתיים היא מצומצמת ואין מקום להתערב בקביעות העובדתיות. הכרעת הדין של בימ"ש קמא היא מפורטת ונדונו כל טענות המערער. גם לעניין גזר הדין המגמה היום מחמירה בנושא תכנון ובניה, על אחת כמה וכמה כשמדובר בשטח שהוא שצ"פ. גזר הדין הוא מאוד מקל בנסיבות המקרה ואין מקום להתערב בו. על כן, יש לדחות את הערעור על שני רכיביו.

דין ומסקנות:

לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, את תיק בימ"ש קמא, את הכרעת הדין וגזר הדין של בימ"ש קמא הגעתי למסקנה כי יש לדחות את הערעור נגד הכרעת הדין, שכן אין מקום להתערב בממצאים ובקביעות שקבע בימ"ש קמא, אך יש לקבל באופן חלקי את הערעור נגד גזר הדין של בימ"ש קמא וזאת מהנימוק של אכיפה בררנית שיש לקבלו באופן חלקי בנסיבות העניין, כפי שיפורט.

בכל הנוגע לטענות המערער נגד הכרעת הדין של בימ"ש קמא יש לקבוע כי מדובר בטענות בדבר קביעות עובדתיות וקביעות מהימנות שנקבעו במסגרת הכרעת הדין של בימ"ש קמא, לרבות לגבי השאלה האם מדובר בבניה על שטח שמוגדר כשצ"פ ולגבי השאלה האם הליך הרישוי היה מנוגד לדין. מדובר בממצאים שנקבעו במסגרת הכרעת הדין על ידי בימ"ש קמא אשר התרשם מהראיות והעדויות באופן ישיר, שביהמ"ש שלערעור אינו נוטה להתערב בהם [רע"פ 3154/11 כמיס אליאס נ' מדינת ישראל (15.05.2011); רע"פ 7789/18 מיכאל דהאן נ' מדינת ישראל (06.12.2018)]. אין זה המקרה המצדיק התערבות, מה גם שבמקרה שבפני סוגיות אלה נבדקו על ידי מוסדות התכנון השונים, על דרגותיהם השונות, ואין מקום להידרש להן כעת בגלגול שלישי ורביעי, לאחר שנבחנו הן על ידי הוועדה המקומית, הן על ידי ועדת הערר מחוז חיפה והן על ידי בימ"ש קמא (ואף במסגרת עתירה מנהלית שהמערער החליט לחזור בו מהגשתה בהמלצת ביהמ"ש). גם לגופו של עניין, ולאחר שבחנתי את תיק בימ"ש קמא והראיות והעדויות שהוצגו במסגרתו, אינני סבור כי במקרה זה יש מקום להתערב בקביעותיו של בימ"ש קמא לעניין הקביעה כי מדובר בבניה על שטח שמוגדר כשצ"פ, שאינו שייך למערער, ולעניין הקביעה שלא נפל פגם בהליך הרישוי מכיוון שמדובר במקרקעין שאין למערער זכויות בהם.

על כן, לאור האמור לעיל, אינני סבור כי נפל בהכרעת הדין פגם המצדיק התערבות ואני דוחה את הערעור נגד הכרעת



הדין של בימ"ש קמא.

יחד עם זאת, בנוגע לערעור על גזר הדין אני סבור כי יש להתחשב באופן חלקי בטענת האכיפה הבררנית שהעלה המערער. לאחר ביקור שערכתי במקום, ראיתי שאכן כטענת המערער בכל הבתים הסמוכים לביתו של המערער קיים מצב דומה, כאשר הגדר שנבנתה ככל הנראה לפני שנים רבות מסיגה את גבול חלקתם ופולשת לשצ"פ. טענות המשיבה לעניין זה, לפיהן בשל ריבוי מקרי הפלישה והעובדה שהגדרות נבנו לפני שנים רבות, הוועדה המקומית פועלת כנדרש כאשר היא דורשת פינוי פלישות ובניה בלתי חוקית במסגרת בקשות להיתר בניה חדשים ואינה פועלת נגד בניה ישנה אינן מקובלות. אוסיף עוד כי גישה זו, לפעול רק כנגד מי שמבקש היתר, היא גישה בלתי סבירה. כי הרי יש בה כדי לעודד בניה שלא כדין בלא לבקש היתרים כחוק. יודגש כי ב"כ המשיבה הצהיר כי המשיבה עושה מאמצים להתחיל לאכוף את החוק והתכניות החלות על המקרקעין גם כנגד תושבים המבצעים עבירות באמצעות בניה ישנה. העובדה שהחוק נאכף רק כלפי תושב אשר מבקש היתר כדין ואינו נאכף כלפי תושבים רבים אחרים אשר מסיגים גבול ומחזיקים בשטחי שצ"פ בניגוד לדין איננה מקובלת ואיננה ראויה. זו לא הדרך שעל רשות שלטונית לפעול לאכיפת החוק.

אמנם מקובלת עלי הטענה כי אין בכך שעד כה בוצעה אכיפה בררנית כדי להוות טעם מספיק להוצאת היתר למערער אשר נוגד את התכניות החלות. יחד עם זאת, אין זה ראוי ואין זה סביר כי החוק והתכניות החלות ייאכפו דווקא על תושב אשר מבקש היתר ולא ייאכפו על תושבים אשר מחזיקים בבניה בלתי חוקית ועושים שימוש בשטח שאינו שלהם ומיועד לשצ"פ ואינם מבקשים להכשיר את השרץ, מכיוון שבמקרה שלהם הגדר הישנה לא נהרסה על ידי עצים שנפלו והם לא נאלצו לבנות אותה מחדש.

יש לציין כי בימ"ש זה אינו תומך בביצוע עבירות על חוק התכנון והבניה ובניית מבנים ללא היתר ובניגוד לתכנית החלה על המקרקעין, לא משנה באיזה נסיבות או מתי העבירות בוצעו. כידוע, עבירות על חוק התכנון והבניה הינן עבירות הפוגעות במרקם התכנוני, בשמירה על שלטון החוק והסדר הציבורי, עבירות המוגדרות כ"מכת מדינה" וזלזול בשלטון החוק. אי אכיפה של החוק גורמת לפגיעה באמון הציבור בשלטון החוק ובאכיפת החוקים וכך פוגעת באינטרס הציבורי. בפסיקה נקבע כי אל לו לבית המשפט ליתן יד לבניה בלתי חוקית, בוודאי לא להניח לה להימשך עד אין קץ. הכלל הוא שצו ההריסה שנגזר על נאשם יבוצע במועדו וכי בית המשפט לא ייעתר לבקשה לדחיית המועד לביצוע, אלא במקרים חריגים ויוצאי דופן, כגון שהיתר הבניה מצוי בהישג יד ועיכוב פורמלי הוא שמעכב את קבלתו [ראו: ע"פ 4450/20 אגבריה נ' מדינת ישראל הוועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה (14.10.2020); רע"פ 4877/18 אלאטרש נ' מדינת ישראל (04.09.2018)].

בענייננו, המערער אכן ביצע עבירות על חוק התכנון והבניה ובנה מבנה ללא היתר ובניגוד לתכנית החלה על המקרקעין, כפי שקבע בימ"ש קמא במסגרת הכרעת הדין. יחד עם זאת, העובדה שהתושבים בבתי הסמוכים מבצעים את אותן עבירות והחוק והתכניות החלים על המקרקעין אינם נאכפים כלפיהם רק משום שמדובר בבניה ישנה, צורמת מאוד לבית המשפט בבואו לאכוף את החוק והתכניות על המערער, אשר ניסה להכשיר את הבניה באמצעות הגשת בקשה לקבלת היתר. עם זאת, כאמור, כפי שהצהיר ב"כ הרשות, בכוונת הרשות להתחיל לאכוף את החוק והתכניות החלות גם על התושבים שהבניה שלהם היא בניה ישנה.



על כן, אני סבור כי לעניין הערעור על גזר הדין יש לקבל באופן חלקי את טענת האכיפה הבררנית שמעלה המערער, שכן לאחר ביקור במקום ושמיעת טענות הצדדים התרשמת בית המשפט כי המשיבה לא נהגה לפעול נגד אחרים באותו ישוב ובבתים השכנים באותו הרחוב, אשר מבצעים עבירות דומות, רק משום שהבניה שלהם הושלמה לפני שנים רבות, זאת למרות שהבניה שלהם נעשתה ללא היתר והם עושים שימוש במבנים שנבנו ללא היתר ובשטח שאינו שייך להם. האכיפה בוצעה כלפי המערער רק משום שניסה להסדיר את הבניה בצורה חוקית.

כפי שנקבע בפסיקה, למרות ההכרה כי אין באפשרותה של הרשות לאכוף את הדין באופן מוחלט כלפי כולי עלמא, ועל אף הותרת מתחם רחב של שיקול דעת לרשות באשר לסדרי העדיפויות באכיפה, הוכר בישראל האיסור על אכיפה בררנית, היא אכיפה חלקית המבוססת על מטרות פסולות, שיקולים זרים או שרירותיות. איסור זה נובע מהחובה המוטלת על הרשות לפעול בשוויון ובהגינות כלפי הציבור, ובשל פגיעתה הקשה של האכיפה הבררנית באמון הציבור בשלטון החוק [ראו: ע"א 6132/16 יורם פרדקין נ' מדינת ישראל (10.04.2018); ע"פ 3507/19 עבד אלסמד בורקאן נ' מדינת ישראל (03.12.2020)]. עוד נקבע בפסיקה בשנים האחרונות כי די בתוצאה המפלה כדי להקים טענת אכיפה בררנית ואין צורך בהוכחת מניע או כוונה פסולים בכדי להעביר לרשות את נטל ההוכחה כי פעלה מטעמים ענייניים וסבירים [ע"א 6132/16 הנ"ל; ע"פ 3507/19 הנ"ל; ע"פ 6833/14 נפאע נ' מדינת ישראל (31.08.2015); ע"פ 8551/11 סלכני נ' מדינת ישראל (12.08.2012)].

בע"פ 8551/11 הנ"ל נקבע כי בחינת טענה לאכיפה בררנית תיעשה באספקלריה של שלוש שאלות, שאין מנותקות בהכרח האחת מהשנייה: ראשית, יש לבחון מהי קבוצת השוויון עמה נמנה מי שהעלה את טענת האכיפה הבררנית; שנית, כיצד יש להבחין בין אכיפה בררנית פסולה לכזו הנשענת על שיקולים לגיטימיים; לבסוף, יבחן הנטל הראייתי המוטל על כתפי הטוען לאכיפה בררנית [ראו גם ע"א 6132/16 הנ"ל]. הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית שמורה למקרים חריגים והנטל המוטל על כתפי נאשם/מבקש הטוען לקיומה הוא כבד, שכן לרשות עומדת חזקת תקינות מנהלית ביחס לפעולותיה. אין די בטענה בעלמא ויש להניח תשתית ראייתית מספקת. תחילה יש להניח תשתית ראשית ולהראות כי לכאורה בוצעה אבחנה בלתי ראויה בין שווים ואז עובר הנטל לסתור לכתפי הרשות (ע"פ 3507/19 הנ"ל).

במקרה דנן אני סבור כי המערער הראה כי התקיימה אכיפה בררנית כאשר הרשות לא אוכפת את הדין על כל דיירי הרחוב, אך לא באופן המצדיק ביטול כתב האישום או הכרעת הדין שניתנה בעניינו. הרשות טענה כי בעבר לא בוצעה אכיפה כלפי התושבים הרבים שביצעו עבירות דומות, מכיוון שהבתים שבהם בוצעה בניה ישנה בניגוד לחוק ולתכניות היו רבים ולרשות לא היו המשאבים המתאימים לפעול נגד כל מבצעי העבירות. לכן בוצעה אכיפה רק לגבי בניה חדשה. עם זאת, בכוונת הרשות להתחיל ולאכוף את החוק והתכניות על כל התושבים וראוי שכך ייעשה.

כאמור, למרות העובדה שעד כה לא נעשתה אכיפה כלפי כל התושבים שביצעו עבירות דומות, רק משום שמדובר בבניה ישנה, עובדה שאינה ראויה כפי שהבהיר בימ"ש זה ויש לקוות כי הרשות אכן תתחיל לאכוף את החוק והתכניות החלות על המקרקעין כלפי כל התושבים באופן שווה כפי שהוצהר בפני בימ"ש זה, עדיין לא ניתן לקבוע כי הבניה שביצע המערער בניגוד לחוק ולתכניות החלות על המקרקעין היא כשרה ולא ניתן לקבוע כי יש מקום להתערב בקביעות העובדתיות שנקבעו על ידי בימ"ש קמא בהכרעת הדין. על כן, הערעור על הכרעת הדין נדחה.



עם זאת, הערעור על גזר הדין מתקבל באופן חלקי, לאור העובדה שהמשיבה לא פעלה נגד תושבים רבים נוספים שביצעו עבירות דומות, במובן זה שהקנס שהוטל על המערער יופחת לסכום של 10,000 ₪ או 60 ימי מאסר תמורתו. צו הפסקת השימוש והריסת המבנה (הגדר וסלילת דרך הכניסה בחלקו העליון/צפוני של החצר, בסמוך לשער הכניסה הצפוני) שבנה ייכנס לתוקף בתום 12 חודשים בהמועד שבו תודיע הוועדה המקומית לתכנון ובניה לכל בעלי הבתים הגובלים במגרשים הסמוכים לביתו של המערער, כי עליהם להשיג את הגדרות לקו הנטען של קצה השטח הציבורי שלטענת הוועדה קיימת בו פלישה, אלא אם ישיג המערער עד אז היתר בניה כחוק. במילים אחרות - הצו יכנס לתוקף לאחר שיובהר כי צעדי האכיפה אינם כלפי המערער בלבד, כמפורט לעיל. יתר רכיבי גזר הדין יישארו על כנם ללא שינוי.

המזכירות תעביר עותק לצדדים ולתיק בימ"ש קמא.

ניתן היום, ב' אדר תשפ"ג, 23 פברואר
2023, בהעדר הצדדים.
רון שפירא, נשיא