



ע"פ 30216/10/17 - פאר לי חברה לבנייה והשקעות בע"מ, יחיה בן חמו נגד הועדה המקומית לתכנון ובניה אשדוד

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"א 30216-10-17 פאר לי חברה לבנייה והשקעות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מעוררים
1. פאר לי חברה לבנייה והשקעות בע"מ
2. יחיה בן חמו שניהם על ידי ב"כ עו"ד משה בן או"ן פלד
נגד
משיבה
הועדה המקומית לתכנון ובניה אשדוד ע"י ב"כ עו"ד מאיר
בירנבוים ועו"ד ליחן צרפתי

פסק דין

לפני ערעור על פסקי הדין שניתנו על ידי בית משפט השלום באשדוד (כב' השופט י' ליבליין). המערערת הורשעה, על פי הודאתה, בעבירות תכנון ובניה וביום 29/03/2016 נגזר דינה והושת עליה קנס כספי, התחייבות וניתן צו הריסה. המערער הורשע כמנהל המערערת, לאחר שמיעת ראיות, בגין אותן עבירות תכנון ובניה עצמן, דינו נגזר ביום 23/07/2017 והושת עליו קנס והתחייבות עצמית.

הערעור מכוון נגד גזרי הדין והכרעות הדין, לרבות הרשעת המערערת על פי הודאתה.

ההליך לפני בית משפט השלום

1. כתב האישום עוסק במרפאה אשר נבנתה כדין בקומת העמודים של בניין מגורים, בשד' הפרחים 11 באשדוד. אין מחלוקת כי המערערת הייתה הבעלים של המרפאה והמערער הינו הבעלים של המערערת. המרפאה נבנתה על יסוד היתר כדין משנת 1998 לבנית מרפאה ככזו. בביקורות שנערכו בשנת 2013 הוברר כי שטח המרפאה חולק לשתי יחידות דיור באופן שאינו מאפשר מעבר בין הדירות, נפתח פתח נוסף בבניין כדי לאפשר כניסה נפרדת, בוצעו שינויים באינסטלציה ובמטבח של כל אחת מיחידות הדיור ואף הותקנו מוני חשמל, גז ומים נפרדים לכל אחת מהיחידות. עוד נמצא כי, למרות שעל פי ההיתר השטח אמור לשמש כמרפאה, נעשה בדירות הנפרדות שימוש למגורים. מכאן כתב האישום המייחס למערערת ולמערער עבירות בניה ללא היתר וכן שימוש ללא היתר ושימוש חורג.
2. ביום 21/04/2015 בנוכחות עו"ד יפעת בן אבי בראון, אשר ייצגה את המערערים, אך ללא נוכחות המערער, הודע כי יש הסדר בין הצדדים. נאמר כי המערערת תודה בעובדות והטיעונים לעונש יידחו, על מנת לאפשר הסדרה. כן הוצהר כי בשלב זה המערער לא ישיב לכתב האישום, על מנת לאפשר לו להגיש בקשה להימחק מכתב האישום. זאת, מבלי שהמשיבה מתחייבת כי תיענה לבקשה זו. באותו מעמד



המערערת הודתה בכתב האישום, באמצעות עורכת הדין, והורשעה.

3. ביום 19/08/2015 הודע כי המערערים החליפו ייצוג ובאת כוחם החדשה, עו"ד רינת נחום, הגישה בקשה לבטל את הכרעת הדין. המשיבה הגישה תגובה מנומקת ובה ביקשה לדחות הבקשה. המערערים הגיבו לתגובה זו והוסיפו וביקשו לבטל האישום מחמת התיישנות. ביום 25.8.15 הוחלט כי הבקשה תידון ביום הדין. הדיון נדחה מפעם לפעם, מטעמים שונים, ואולם לקראת יום הדין שנקבע, הודע כי הצדדים מצויים במו"מ.

4. בדיון הבא, שהתקיים בסופו של דבר רק ביום 29/03/2016, במעמד עו"ד נחום והמערער בעצמו, הודיעו הצדדים על כך כי קיים הסדר טיעון חלקי. ממילא השתמע כי הבקשה לביטול הכרעת הדין נזנחה. הוסכם כי המערערת "תודה ותורשע באמצעות נאשם 2" (למרות שהמערערת כבר הורשעה) וכן הוסכם כי הצדדים יעתרו בהסכמה לקנס בסך 30,000 ₪, אשר יחולק לתשלומים, המערער יחתום על התחייבות עצמית (בשם החברה), וינתן צו הריסה שיכנס לתוקף לאחר שנה. כן הוסכם כי ישולם היטל ההשבחה אשר הנכס חייב. לעניין המערער עצמו, הסנגורית הודיעה כי במסגרת המו"מ "אחד התנאים העקרוניים שלנו היא שנאשם 2 יוסר מכתב האישום", הובהר כי נדרש אישור פרקליטות למחיקה ונציג המשיבה הודיע כי התחייב לנסות לשכנע את הפרקליטות בעניין זה. המערער עצמו הוסיף בסוף הדיון ואמר "כבר 9 שנים זה לא בידי".

5. בו ביום נגזר דינה של המערערת, היא חויבה בקנס והתחייבות ואף ניתן צו הריסה, כמוסכם. נקבע כי על הצדדים לטעון בכתב לעניין החיוב בהיטל השבחה. עניינו של המערער אישית נדחה למועד אחר, אך המערער חתם על התחייבות בשם החברה ביום גזר הדין.

6. ביום 7.7.16, למעלה מחודשיים לאחר גזר הדין שניתן בהסכמה, ולמעלה משנה לאחר הכרעת הדין, הגישה המערערת בקשה (נוספת) לביטול הכרעת הדין. זאת, באמצעות באת כוחה עו"ד נחום, כאשר הבקשה הוגשה בד בבד עם התגובה לעניין היטל השבחה. הבקשה נומקה בטענה שהמשיבה חרגה מההסכמות בהסדר הטיעון עם המערערת, הן בכך שלא חזרה בה מהאישום כלפי המערער והן בכך שעמדה על תשלום היטל השבחה, בניגוד להסדר. עוד נטען, כי למערערת "ראיות חותכות" כי בתקופה הרלוונטית לכתב האישום הם לא היו המחזיקים ולא הבעלים של הנכסים נשוא כתב האישום. המשיבה הגישה התנגדות מנומקת לבקשה לביטול הכרעת הדין.

7. ביום 7.8.16 ניתנה החלטת בית המשפט לפיה הבקשה לביטול הכרעת הדין נדחתה. זאת, משום שההודאה נעשתה עוד ביום 21.4.15, מבלי שהותנה דבר לעניין העונש ומבלי שהמשיבה התחייבה כי המערער יימחק. הטענה לקיומן של "ראיות חותכות" לכך שהמשיבה לא הייתה הבעלים או שולטת בדירה בעת ביצוע העבירה נדחתה, באשר לא פורטה כלל, אלא נטענה בעלמא. עוד צוין כי המערערת הייתה מיוצגת, הן בעת שהודתה ביום 21.4.15, והן בעת הטיעונים לעונש בשלב ההסדר מיום 29.3.16, ולפיכך אין לקבל את טענתה המאוחרת לחפות. לעניין החיוב בהיטל השבחה, קבע בית המשפט שאין דרישה זו חורגת מן ההסדר. שכן, מדובר בחיוב עצמאי שאינו חלק מן העונש. גזירת המחוקק היא, כי ישולמו החיובים בהם נדרש היה הבונה שלא כדין לשלם, אילו בנה כדין.

8. ביום 20/09/2016, הדיון נפתח בהודעה על קיומו של הסדר טיעון, אך תוך כדי דיבור הודיעה ב"כ



המערער כי המערער אינו מסכים להודות, וביקשה להתפטר מהייצוג. עו"ד נחום שוחררה מן הייצוג והוחלט לדחות את הדין. במהלך דין זה הסביר המערער כי הדירה נמכרה "לפני 11 שנה", כי נעשה חוזה בכתב עם הרוכשים וכי אף נרשמה הערת אזהרה. לדבריו, הקונים היו אמורים להעביר את הדירה על שמם, ומכל מקום לא הוא האחראי לעבירה שבוצעה לאחר שכבר העביר את השליטה הפיזית בדירה וכי "הדירה לא שלי, אני מכרתי ואני לא יודע את החוקים". המערער טען עוד כי הוא לא הודה בשם החברה ועורכת הדין הכשילה אותו. הדין נדחה על מנת לאפשר לנאשם לאתר לעצמו עו"ד חדש.

9. בדיון שלאחר מכן, ביום 10/01/2017, היה המערער מיוצג על ידי בא כוחו הנוכחי, עו"ד בן-און. לבקשתו, הדין נדחה לצרכי משא ומתן.

10. בדיון שהתקיים ביום 15/02/2017 שוב הודיעו הצדדים כי הגיעו להסדר טיעון, אשר במרכזו קנס בסך 5,000 ₪ אשר יוטל על המערער, מעבר לקנס שהוטל על המערער, למרות שלדעת המדינה המתחם הוא בגבולות 15,000 ₪. בית המשפט העיר לצדדים כי אין בכוונתו לכבד הסדר כזה החורג מן המתחם. הסנגור ביקש לדחות את הדין, נוכח התפתחות זו ובקשתו נדחתה. במצב דברים זה, הודיע הסנגור כי הוא כופר בכתב האישום וביקש לקבוע את התיק להוכחות. עוד ביקש הסנגור כי לכתב האישום יצורפו גם רוכשי הדירה כנאשמים, על מנת שהתמונה כולה תתבהר. אולם, בית המשפט פסק כי עניין זה הוא בסמכות המאשימה ולא נתן הוראה מסוג זה.

11. המשפט עצמו התקיים ביום 02/04/2017, נשמעו עדויות, הוגשו ראיות והצדדים סיכמו.

12. ביום 28/05/2017 ניתנה הכרעת הדין בעניינו של המערער. לא הייתה מחלוקת כי מבחינה פיזית עבירת הבניה התבצעה, במובן זה שהמרפאה חולקה לשתי יחידות דיור, אשר נעשה בהן שימוש למגורים. המחלוקת הייתה אם ניתן לייחס אחריות למערער. זאת, נוכח טענתו העובדתית לפיה המערער (שכבר הורשעה על פי הודאתה) לא הייתה הבעלים בתקופה הרלוונטית. זאת, לאחר שהמקרקעין נמכרו על פי הסכם משנת 2002 לעו"ד מור כהן, אשר שימש כנאמן. המערער טען כי מאז אותה עסקה אין הוא אחראי לאשר התרחש בדירה.

13. בית המשפט הרשיע את המערער לאחר שדחה את טענת ההגנה וקבע כי המערער הייתה הבעלים של הנכס והמערער עצמו היה מודע לביצוע העבירות, ומכל מקום לא התקיימו בו תנאי הסייג בחוק לאחריות בעלים לביצוע עבירה ולפי סעיף 208 לחוק התכנון והבניה. כזכור התנאים הם שהעבירה נעברה "שלא בידיעתו" וכי "נקט בכל האמצעים הניאותים לקיום הוראות חוק זה", בהקשר לעבירה.

14. בית המשפט ביסס את מסקנתו על מספר אינדיקציות בחומר הראיות. בית המשפט הצביע על כך שעל פי רישום המקרקעין, הזכויות בקומת הקרקע הועברו מהמערער לגב' מזל אביחסרה, על פי שטר מכר, רק ביום 17/04/2016; המפקח בביקורת בשנת 2012 מצא חשבון גז על שם חברת "י.ש יגדל" שהיא חברה אשר מוזגה עם המערער; המערער עצמו בבית המשפט הודה בשם החברה בעבירות; המערער (בכינויה י.ש יגדל) הגישה בשנת 2008 בקשה לשינוי ייעוד המרפאה לדיור שהוא השינוי שבוצע בסופו של דבר ללא היתר; חשבון היטל ההשבחה יצא על שם המערער (בשם י.ש יגדל); חשבונות הארנונה והגז יצאו גם כן על שם המערער (בשם י.ש יגדל); המערער אישר בעדותו שאין הבדל בין י.ש יגדל לבין המערער; המערער אישר כי ידע שהחשבונות בדירה יוצאים על שם החברה ואפילו פנה לקונים לשנות



את זה, אך לא פנה לבית המשפט או למנפיקי החשבונות לבקש סעד; המערערת קיבלה התראות לפני אישום בשנת 2013 ואף המערער הוזמן למסור גרסה, אלא שכלל לא נטען לפני הגשת כתב האישום כי המערערת אינה הבעלים.

15. בית המשפט תמה על הסברו של המערער לכך שלא עשה דבר בהקשר לכך שהקונים לא העבירו את הדירה על שמם במשך כל השנים. הסבר המערער, שניתן רק בחקירה החוזרת, היה כי הקונה הוא למעשה בעלה של גב' אביחסרה, הרב יקותיאל אביחסרה וכי "זה רב מכובד ממשפחת אבוחצירה ולפעמים קשה לסרב שלא לעזור לו". מהסבר זה הבין בית המשפט כי "מכאן, שהנאשמים היו מוכנים לעצום עיניהם מביצוען של העבירות, וזאת לנוכח העובדה שאת המקרקעין קנה אדם שעל-פי טענתם הוא רב מכובד, אשר הלכה למעשה עולה מן הטענה הוא עצמו ביצע את העבירות המיוחסות, על אף מכובדותו". בית המשפט קבע שאין לקבל את "ניסיונם להטיל אחריות על אחרים". זאת, במיוחד כאשר המערער לא זימן כעדי הגנה, לא את עו"ד מור כהן הנאמן, לא את רוכשת המקרקעין הפורמלית גב' אביחסרה ולא את בעלה אשר נטען כי הוא רב מכובד וכי הוא הרוכש האמתי. בית המשפט ציין כי "ההימנעות מהבאת עדים רלבנטיים פועלת לחובת הנאשם, ויש בה כדי לחזק את ראיות המאשימה".

16. על יסוד האמור, נקבע כי הוכח מעבר לספק סביר כי המערערת ביצעה את העבירות המיוחסות לה מכוח היותה הבעלים של המקרקעין, ובהעדר מחלוקת כי המערער הוא המנהל הפעיל במערערת הוחלט להרשיע גם את המערער.

17. לאחר שמיעת הטיעונים לעונש ביום 04/07/2017 גזר בית המשפט את עונשו של המערער ביום 23/07/2017. בגזר דינו עמד בית המשפט על השתלשלות העניינים בתיק, על הערכים המוגנים שנפגעו ועל מדיניות הענישה. לעניין הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, ציין בית המשפט כי מדובר בעבירה מתוכננת שהרי הוגשה בקשה למתן היתר בניה, על ידי המערערת, בקשה שלא התקבלה. עוד נקבע כי מדובר בעבירה שמטרתה הפקת רווח כלכלי, שכן שתי היחידות הושכרו לאחרים, כעולה מעדות הפקח שערך ביקורות במקום. נקבע כי מתחם העונש ההולם, במישור הקנס - נע בין 20,000 ₪ לבין 80,000 ₪.

18. לעניין הנסיבות האישיות - עמד בית המשפט על כך שהמערער בן 73, נעדר עבר פלילי ושכל את בנו במהלך שירותו הצבאי. עם זאת, בית המשפט לקח בחשבון שהמערער לא לקח אחריות במישור האיש, לא עשה דבר כדי לתקן את חריגות הבניה, לא נקט כל הליך משפטי כדי לכפות על האחרים אשר לטענתו שלטו בנכס לשמור על החוק, ואף ניסה לגלגל את האחריות לפתחם.

19. בית המשפט לקח בחשבון כי קיימת חפיפה באינטרסים הכלכליים בין החברה לבין מנהל החברה, שהם לענין העבירה כיחידה כלכלית אחת. לפיכך קבע כי "יש לקבוע את הקנס הכולל שיוטל על היחידה הכלכלית ככזה יהיה מצוי במתחם הענישה הנוהג", אך זאת תוך שמירה על ענישה אינדיבידואלית. נקבע כי אמנם הקנס שהוטל על החברה מצוי בתוך מתחם הענישה, אך עדיין נכון להטיל על המערער קנס נפרד, בהיותו הרוח החיה בחברה. בקשת המערער להתחשב בכך שהחברה שילמה את הקנס בתוספת ריבית פיגורים של 15,000 ₪, נדחתה. בנסיבות אלה, גזר בית המשפט על המערער קנס בסך 15,000 ₪ לתשלום ב-15 תשלומים וכן חייבו בהתחייבות כספית בסך של 25,000 ₪.



הערעור

20. הערעור הוגש בשם המערער והמערערת, כאמור. הערעור הוגש באיחור וביחס למערערת הוגש באיחור חריף מאוד. מכיוון שנכון היה בנסיבות העניין, להאריך את המועד להגשת הערעור בעניין המערער, הוחלט להאריך את המועד גם עבור המערערת. זאת, למרות שהמערערת לא הייתה ראויה לארכה מצד עצמה, בשים לב לחלוף הזמן הממושך. אולם, בשים לב לכך שהרשעת המערערת והרשעת המערער כרוכות זו בזו, ולו בשל כך שההודיה בעניין המערערת נלקחה בחשבון במסגרת הכרעת הדין בעניין המערער, ניתנה ארכה אף ביחס למערערת (החלטה מיום 02/11/2017).
21. הטענה המרכזית בערעור היא שהנכס נמכר בפועל בשנת 2002 וכי העבירה התגלתה בשנת 2013, בביקורת שהתקיימה בחלוף 11 שנה מהמכירה. אכן, נמצא כי הדירה חולקה לשניים והושכרה. אולם, הפקח יכול היה ללמוד כי הדירה נמכרה בפועל על ידי עיון ברישום המקרקעין, שכן נרשמה הערת אזהרה כבר בשנת 2005 לטובת עורך החוזה, עו"ד מור כהן והקונה גב' מזל אסתר אביחסרה. לשיטת הסנגור, הגשת כתב אישום בנסיבות שכאלה עומדת בניגוד להלכה שנפסקה ברע"פ 10308/09 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה ת"א נ' ספטון** (19/01/2012).
22. ב"כ המערער טען כי טעה בית המשפט שנתן משקל לכך שעו"ד מור כהן, הנאמן, לא הגיע להעיד כעד הגנה. זאת, בשים לב לכך שהמערער הזמין את עו"ד כהן והלה לא התייצב.
23. עוד נטען כי טעה בית המשפט אשר בפועל הפך את נטל הבאת הראיות. נטען כי הוכח שהמערערים לא היו הבעלים של הדירה ומכל מקום בוודאי שבנסיבות העניין, לא חלה חזקה לפיה יש להם אחריות למעשים שבוצעו על ידי אחרים, ולא התקיים לגביהם היסוד הנפשי לביצוע העבירה. בהקשר זה הזכיר ב"כ המערער כי גם ספק סביר צריך לפעול לטובת הנאשמים.
24. לעניין העונש נטען שבית המשפט החמיר עם המערער בשים לב לנסיבות חייו. עוד נטען כי בית המשפט צריך היה להתחשב בריבית הפיגורים ששולמה על ידי החברה ובמיוחד לאחר שהמשיבה לא התנגדה להפחתת סכום זה מהקנס שהושת על המערער. כן נטען כי צריך היה לקחת בחשבון את העובדה שההסדר עם המערערת נעשה מתוך תקווה כי המערער ימחק מכתב האישום.
25. טענה נוספת לעניין העונש היא שבית המשפט צריך היה לכבד את הסדר הטיעון, אליו הגיעו הצדדים מלכתחילה. המדובר בעמדה עונשית של המאשימה לפיה, בשים לב לקנס ששילמה החברה, הקנס המידתי הנכון הוא 5,000 ₪.
26. לעניין המערערת נטען כי הודאת המערערת נעשתה שלא כדין. זאת, כאשר ב"כ המערערת כשלה בייצוג. המערער, לאחר ששמע על ההודיה בשם המערערת, ביקש מיד לשחרר את כוחם דאז. בהקשר זה טוען ב"כ המערערים כי הדברים מקבלים משקל מיוחד, לאחר שבמשפט הוברר, לשיטתו, כי לא המערער ולא המערערת ביצעו את העבירה המיוחסת להם על פי כתב האישום.
27. בטיעון על פה הודגש כי אין מדובר בעסקה למראית עין. המדובר בעסקה אמיתית, בה ניתנה תמורה והשליטה בפועל בנכס הועברה. הוסבר כי אמנם החשבונות היו על שם המערערת, אולם הוסכם כי הקונה



ישלם את החשבונות וכך אף נעשה בפועל כל השנים. היטל ההשבחה אשר הושת בשלב מסוים כלל לא שולם, ויתר החשבונות שולמו בפועל על ידי הקונה.

28. ב"כ המערער טען כי, מבחינת המערער, המדובר למעשה במצב של "טעות במצב המשפטי" ובהקשר זה הפנה לע"פ 389/91 **מדינת ישראל נ' ויסמרק ז"ל** פ"ד מט (5) 705 (1996), לדעת הרוב של כב' השופט בר. לשיטת הסנגור, המדובר במצב בו המערער לא הבין כי לא די בכך שהוא קיבל את התמורה, חתם על המסמכים והעביר את השליטה בנכס. המערער לא הבין כי הוא עדיין הבעלים וכי חלה עליו חובה לדאוג שלא יבוצעו עבירה באותו נכס. לשיטת ב"כ המערער, על המשיבה היה לצרף לכתב האישום גם את הנאמן וגם את הקונים, על מנת שהתמונה העובדתית תתברר במלואה.

29. לעניין העובדה שהנאמן, עו"ד כהן, לא העיד בבית המשפט, הסביר הסנגור כי העד עצמו סיכל את זימונו והודיע כי לא יצליח להתייצב במועד שנקבע להוכחות. לשאלת בית המשפט מדוע לא ביקש צו הבאה כדי להעידו במועד אחר, השיב ב"כ המערער כי הוא אינו סבור שהיה בדבר כדי להעלות או להוריד, וזאת משום שבכל במקרה המערער חתם על יפוי בלתי חוזר והוא ממילא יצא ידי חובתו. כך, שכל שעו"ד כהן יכול היה להעיד הוא שלא העביר את הבעלות על שם הרוכשים, דבר הידוע ממילא. עוד נטען כי לא ניתן היה לזמן את הרב או את אשתו, שהם הבעלים האמתי של הנכס, וזאת נוכח מציאות החיים בעולם החרדי. למעשה לקונים היה אינטרס שהנכס לא יעבור על שמם, ומבחינה זו המערער הוא תמים. מן הטעם הזה נכון היה שהמשיבה הייתה רושמת את כל הצדדים לעסקה כנאשמים וכך האמת הייתה מתבררת.

30. לעניין העובדה שהמערער חתם על בקשה להיתר בשנת 2008, הסביר הסנגור כי זהו חלק מהטעות שלו ביחס למצב המשפטי. המערער סבר שהוא עושה טובה לקונים בכך שחתם עבורם ולא הבין שהוא בהכרח משתתף באיזה אופן בעבירה שביצע רוכש הנכס.

31. לעניין הודאת המערער בשם המערערת, טען הסנגור כי הודאת המערערת נעשתה תוך חריגה מהרשאה. אמנם, היה מו"מ ונבדקה האפשרות שהמערערת תודה והמערער ימחק, אך המערער לא נכח ביום שהמערערת הודתה. לדבריו, בקשתה של המערערת לחזור מההודיה נדחתה בהחלטת בית המשפט. לדבריו, רק בשל נסיבות אלה הגיעו הצדדים להסדר המסתמך על הרשעת המערערת.

32. ב"כ המערערים טען כי המשיבה התרשלה בשלב שלפני הגשת כתב האישום. לשיטתו, חובת המשיבה הייתה לברר את זהות הבעלים באמצעות נסח טאבו ואילו הדבר היה נבדק הייתה נראית הערת האזהרה המלמדת על כך שהבעלות עברה. עוד לשיטתו, בעת הגשת הבקשה להיתר, בשנת 2008, צריכה הייתה המשיבה לברר מי הבעלים ולא להניח את המערער להישאר בטעות במסגרת המערערת חותמת על בקשות, למרות שאינה הבעלים. לדבריו, לא ראוי היה לסמוך על העובדה שהמערערת רשומה במחלקת הגביה של העירייה כמשלמת החשבונות.

33. לעניין העונש, הדגיש ב"כ המערערים, כי המערער לא הרוויח באופן אישי דבר מהעבירות שבוצעו בנכס. לפיכך, נכון היה להתחשב בו ולהטיל עליו את העונש, אשר המשיבה הסכימה לו לכתחילה. עוד טען בהקשר זה, כי אין טעם בקיום צו הריסה באשר הנכס אינו בשליטת המערערים.

34. **ב"כ המשיבה** הסכים לביטול צו ההריסה. לדבריו, לאחר שהנכס עבר על שם הרוכשים אין עוד מקום



שהצו יוטל על המערערת. לדבריו, המשיבה תפתח בהליך מתאים מול המשתמשים בפועל ואכן "ראוי למחוק את זה מגזר הדין".

35. לגופו של עניין, טען ב"כ המשיבה כי הכרעת הדין מבוססת על הראיות שהוגשו לבית המשפט. בפועל, לא התקבל הסבר מניח את הדעת מדוע לא דווח לעירייה שהמערערת אינה הבעלים. המערער לא עשה פעולה שניתן לעשותה בקלות, וזאת להודיע לעירייה על שינוי הבעלות ועל הצורך לרשום את החשבונות על שם הקונים, בהתאם לחוזה. לו הדבר היה נעשה, יתכן שהעירייה הייתה יודעת על קיומם של אחרים בדירה. אולם, בפועל האינדיקציה היחידה לבעלות הייתה הערת אזהרה. אף הערה זו לא נרשמה עם ביצוע העסקה בשנת 2002, אלא רק לאחר 3 שנים, דבר המעורר תמיהה בפני עצמו. בהקשר זה הזכיר ב"כ המשיבה כי הערת אזהרה אינה העברת בעלות, אלא רק אזהרה שקיימת עסקה ולא אינדיקציה כי הבעלות הועברה בפועל.

36. ב"כ המשיבה קבל על כך שנשמעות טענות עובדתיות רבות שניתן היה להוכיחן בעדים או בראיות, אך הדבר לא נעשה. כך לדוגמה, הנאמן יכול היה לשפוך אור, ולהסביר כיצד הועברה הבעלות ובדיוק לידי מי. גב' אביחסרה, הקונה לכאורה, יכולה הייתה אולי להעיד מתי בוצעו חריגות הבניה ומי ביצע אותן. אולם, המערער לא טרח להביא שום ראיה או עד למרות שיש ראיות נגדו. ב"כ המשיבה הזכיר שיש משקל לכך שעד אינו מובא על ידי נאשם לסתור את ראיות התביעה.

37. ב"כ המשיבה הסכים שיתכן שנכון היה שהפקח ישאל את השוכרים למי הם משלמים את דמי השכירות. אולם, בדיעבד אין הוא סבור שיש בחסר זה כדי להשליך על הכרעת הדין. אף העובדה כי בסופו של דבר נרשמה העסקה, אינה מלמדת מה היה המצב כל השנים. לשיטתו, אפילו אם המערער לא החזיק בנכס, יש אחריות לבעלים הרשום, אם לא מתקיים הסייג הקבוע בחוק. זאת, הן לפי הדין הישן והן לפי הדין כפי שתוקן במסגרת תיקון 116.

השלמת טיעון בכתב - נוכח תיקון 116

38. במהלך כתיבת פסק הדין ועיון בטענות הצדדים ובדין, הוברר לבית המשפט כי חסרה התייחסות הצדדים לסוגיה חשובה, הנובעת מכניסתו לתוקף של תיקון 116 לחוק התכנון והבניה. זאת, לעניין אחריות המערער כמנהל המערערת. שכן, הצדדים התייחסו לאחריות המערערת כבעלים של המקרקעין, הן לפי הדין הישן והן לפי הדין החדש, ועל כך נסוב חלק נכבד מן הדין. אולם, סוגית אחריות מנהל בתאגיד, אשר השתנתה באופן מהותי בתיקון 116, לא נדונה. לפיכך, בהחלטה מיום 4.6.18 הופנתה שימת לב הצדדים לשינוי בדין, הנובע מכך שבניגוד לדין הקודם, לפיו אחריות מנהל, הנובעת מאחריות תאגיד, היא לעבירה המהותית (סעיף 253(2) לחוק לפי ניסוחו הישן). אולם, לפי הדין החדש, אחריות מנהל, הנובעת מאחריות תאגיד, היא לעבירת מחדל מיוחדת בשל כישלון חובת הפיקוח (סעיף 254 לחוק לפי ניסוחו החדש). התבקשה תגובת הצדדים בכתב.

39. לאחר עיון, המשיבה הסכימה כי נוכח הוראות סעיף 5 לחוק העונשין בדבר שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה הרי חל "החיקוק המקל עם העושה". לפיכך, יחול על המערער הדין החדש שהוא קל יותר ויש להרשיעו אם כן לפי סעיף 254(א) לחוק התכנון והבניה על פי הניסוח המתוקן. שכן, אין עוד אחריות ישירה



למנהל לגבי עבירות שביצע התאגיד. אחריותו של המנהל היא בגין הפרה של חובת הפיקוח בלבד, החובה לוודא כי התאגיד אינו מבצע עבירה. אולם, לענין הענישה, סבורה המשיבה שאין להקל בעונשו של המערער, המתאים לנסיבות המעשה, ובשים לב לכך שהקנס שהוטל עדיין מצוי בתוך הענישה האפשרית לפי הדין החדש.

40. ב"כ המערער סבור כי אין מדובר בשינוי העונש בלבד. לשיטתו, מדובר למעשה בעבירה חדשה, אחרת, ובמקום שאלת האחריות על מעשה העבירה של התאגיד צריך היה בית המשפט לבחון, לפי הדין החדש, האם המעשה של המערער קיים את יסודות העבירה בהגדרתה החדשה, היינו, הפרה של חובת הפיקוח.

41. בהקשר זה הזכיר ב"כ המערער כי, לשיטתו, העבירה התגלתה 11 שנים לאחר מכירת הנכס ובוצעה למעשה על ידי הקונה. זאת, ללא ידיעת המערער וללא אפשרות פיקוח מעשית של המערער. מכאן, שלא הייתה אפשרות למערער לקיים חובת פיקוח וממילא הוא לא ביצע את העבירה. מכאן, לשיטת ב"כ המערער, הוראות סעיף 4 ו-5 לחוק העונשין מחייבות את זיכויו של המערער. נוכח הזיכוי מתחייב ממילא, לשיטתו, ביטול הקנס שהוטל.

42. יצוין ששני הצדדים הודיעו בכתב כי אין צורך להשלים טיעון על פה בשאלה זו וניתן להכריע בערעור על יסוד הטיעונים בדיון המקורי וההשלמה בכתב.

אחריות המערער - ביטול הודיה

43. אחריות המערער נובעת למעשה מהודייתה בעבירה לפני בית המשפט. זאת, לא פעם אחת אלא מספר פעמים, כפי שפורט לעיל בהרחבה. זאת, לא בהיסח הדעת, אלא בהיותה מיוצגת על ידי עורכי דין.

44. על פי הפסיקה, לא בנקל יאפשר בית המשפט לנאשם לחזור מהודיה במסגרת הוראות סעיף 153 לחוק סדר הדין הפלילי. הדבר יעשה רק כאשר נמצא שיש פגם יסודי בהודיה, כגון אי הבנה של ההליך או האישום, הודיה שנעשתה מתוך לחצים לא הוגנים, מתן רמז לא ראוי מצד בית המשפט, או אם מוכח כי עורך הדין פעל בניגוד עניינים. נאמר בפסיקה כי בקשה המועלית לאחר מתן גזר הדין, או לאחר הבנה כי העונש עלול להיות חמור ממה שהיה צפוי, לא תתקבל בנקל. עם זאת, צוין כי היות הבקשה לפני גזר הדין או לאחריה אינה אלא מבחן עזר בשאלות העיקריות. הודגש לא פעם בפסיקה כי, מעל הכול, עומד העיקרון כי מעבר לקיום פגם בהודיה, על בית המשפט להתרשם כי קיימת טענה כנה לחפות (ראו לדוגמא ע"פ 5763/10 תורג'מן נ' מדינת ישראל (3.2.11), רע"פ 445/16 בן זקן נ' מדינת ישראל (20.1.16) וכן ע"פ 3524/17 פלונית נ' מדינת ישראל (3.10.17) והפסיקה המוזכרת פסקי דין אלה, ראו גם הדיון המפורט בע"פ 6028/13 פלוני נ' מדינת ישראל (20.3.14)).

45. כפי שהסביר בית משפט השלום בהחלטתו מיום 7.8.16, לענין הבקשה לביטול הרשעת המערער, המערער העלתה את טענותיה לענין קיומם של פגמים בהסדר רק לאחר שחויבה בהיטל השבחה. בית המשפט באותה החלטה לא מצא כל פגם בהודיה, ואף לא מצא כל פגם בהתנהלות עורכת הדין בן-אבי בראון אשר ייצגה את המערער בשלבים הראשונים.

46. עוד יש לקחת בחשבון, כי הבקשה לביטול פסק דין הוגשה ולאחר מכן במשתמע נזנחה, והבקשה



הוגשה שנית זמן רב מאוד לאחר הכרעת הדין בעניין המערער ואף לאחר מתן גזר הדין. בנסיבות אלה, בדין דחה בית משפט השלום את הבקשה. עוד יש לקחת בחשבון, כי אף לאחר החלטת בית משפט השלום הדוחה את הבקשה, ב"כ הנוכחי של המערער ביקש להגיע להסדר טיעון בעניין המערער ביום 15.2.17 וממילא משתמע כי לא ראה פגם בהודיה של המערער אשר מכוחה נובעת אחריות המערער. כאמור, ההסדר לא התממש בסופו של דבר, לאחר שבית המשפט הזהיר מראש שאין בדעתו לכבד את ההסדר לעניין גובה הקנס. לפיכך, התנהלו הוכחות בעניין המערער וחלילה אין לקחת בחשבון עובדה זו לחובת המערער אישית, אשר נבחן בסופו של יום על יסוד הראיות. יחד עם זאת, יש בהתנהלות זו משום הבעת עמדה ביחס להרשעת המערער וכשרות הודאתה.

47. למעשה, בפי ב"כ המערער היום יש שתי טענות אפשריות. האחת, כי במשפטו של המערער הוכח עובדתית כי המערער לא ביצעה עבירה. טענה זו ראויה להישמע, אף כי בסופו של יום נדחית כפי שמוסבר בהמשך. מטעם זה ניתנה ארכה להגשת הערעור אף מטעם המאשימה נוכח חלוף הזמן הרב. הטענה השנייה היא כי היה כשל ייצוג של עורכי הדין הקודמים של המערער, אשר הודו בשמה באשמה, מבלי שקיבלו הנחייה מתאימה מטעם המערער.

48. אין לקבל את הטענות כנגד ב"כ המערער הקודמים ואין לקבל את הטענה כי הודו בשם המערער מבלי שקיבלו כל הסמכה לכך. ראשית, כעולה מפרוטוקול הדין מיום 29.3.16, הצדדים הודיעו כי ההסדר בעניין הנאשמת במקומו עומד. זאת, בנוכחותו של המערער עצמו. וזאת, שעה שבקשה לחזרה מהודיה הייתה תלויה ועומדת, כך שהצדדים, לרבות המערער ובאת כוחו, מודעים היטב לשאלת ההסכמה וההסכמה להודיה. אמנם, סוכם כי המערער והמאשימה ינסו לשכנע את הפרקליטות למחוק את המערער מכתב האישום, אך לא הודע על כול הסכמה ביחס למערער, למעט ההסכמה לפיה ייגזר עליה עונש מוסכם. אמנם, המערער אמר את המשפט העובדתי "כבר 9 שנים זה לא בידי", אולם הדברים נאמרו בהקשר לכוונה למחוק אותו מכתב האישום.

49. אם כן, המערער נכח, הבין, אמר את דברו ולא מחה על הרשעת המערער. זאת, למרות שטרם ניתנה ההחלטה בבקשה לביטול הכרעת הדין. ממילא, יש לקבוע כי הרשעת המערער הייתה מוסכמת על המערער ובאת כוחו, עו"ד נחום, פעלה על פי הנחיותיו.

50. עוד ייאמר כי על פי הפסיקה לא ניתן לבוא לערכאת הערעור בטענה כי עו"ד הקודם חטא ב"כשל ייצוג" מבלי לברר את עמדתו של אותו עורך דין, ולהביאה לפני ערכאת הערעור שכן "טענה על כשל בייצוג מחייבת מתן הזדמנות לעורך הדין המייצג הקודם לומר את דברו" (הלכת **פלוני** הנ"ל). אף יפים כאן הדברים שנאמרו מפי השופט דנציגר "טענה זו היא למעשה טענה של "כשל בייצוג", המחייבת מתן הזדמנות לעורך הדין המייצג הקודם לומר את דברו, והלכה היא כי אין מקום להידרש לבקשה לחזרה מהודיה בה נטען לכשל בייצוג מבלי שתוצג עמדתו של עורך הדין שייצג בראשונה" (הלכת **פלונית** הנ"ל). הדבר לא נעשה במקרה זה, ולפיכך, מעבר לדברים הפשוטים העולים מהפרוטוקול הסותרים את טענת ב"כ המערער, לא ניתן ולא ראוי לקבל את הטענה כי עורכות הדין שפעלו בשם המערער פעלו שלא כהוגן, מבלי שניתנה להן האפשרות להתייחס לכך. לטעמי, אף לא ראוי היה לעורך דין להעלות טענות מסוג זה כלפי חברותיו למקצוע, מבלי לצרף את תגובתן המפורטת בכתב.



51. לפיכך, **טענות הערעור הדינויות ביחס להודאת המערער - נדחות**. טענה אחת עדיין טעונה בירור והיא הטענה כי במשפטו של המערער הוכח בראיות שאין המערער אחראית לעבירה, ועל כך בפרק הבא.

אחריות המערער והמערער על פי הממצא העובדתי

52. כאמור, עיקר טענתו של המערער במשפטו היה כי עבירות הבנייה שבוצעו בנכס בוצעו לאחר המכירה. לטענת המערער, המרפאה אשר הייתה בבעלות המערער נמכרה בחוזה בשנת 2002 לעו"ד מור כהן אשר שימש נאמן עבור הקונה שנרשמה בדיעבד, גב' מזל אביחסרה (אשר נרשמה כבעלים בשנת 2016), כאשר הרוכש האמיתי היה בעלה של הקונה הרב יקותיאל אביחסרה. טענתו הייתה כי לא הייתה לו כל שליטה בנכס לאחר המכירה. ממילא, לא הוא ולא המערער אחראים לפיצול המרפאה לשתי דירות לשימוש בדירות לשם מגורים.

53. כאמור, בערעור נטען כי למרות כל האינדיקציות לאחריות המערער ובעלותה בנכס בתקופה הרלוונטית כעולה מהכרעת הדין, נכון היה לקבוע אחרת, ולו מחמת הספק. זאת, על יסוד החוזה משנת 2002, הערת האזהרה שנרשמה בשנת 2005, עדות המערער, הימנעות המאשימה מחקירת שוכרי הדירות והעובדה שעד ההגנה, עו"ד מור כהן, הוזמן אף כי לא התייצב. הודגש בערעור כי בית משפט השלום למעשה הפך את נטל הראייה וקבע שהנטל על המערער להוכיח את חפותו.

54. לשיטת הסנגור צריך היה בית המשפט לקבל, ולו מחמת הספק, את גרסתו של המערער, לפיה חלה אצלו "טעות במצב הדברים", ולמעשה טעות בהבנת המצב המשפטי. נראה כי כוונת הסנגור לטעון כי המערער סבר שדי בהעברת החזקה וקבלת התמורה כדי להסיר ממנו אחריות, למרות שהנכס היה רשום על שם החברה. זאת, כאשר לא יכול היה, כאדם חרדי, להתמודד מול רב מפורסם, לא לדרוש ממנו לרשום הנכס על שמו ולא לסרב לבקשתו לחתום חתימת בעלים על בקשות הנוגעות למקרקעין. וזאת, כאשר המערער לא הבין כי עצם עשיית הפעולות בשם המערער במקרקעין, לבקשת הקונה, מהווה בעצם ביטוי להמשך השליטה של המערער בנכס.

55. לאחר עיון, יש לקבוע שאין ממש בטענות הערעור. אלמלא השינוי בדין ביחס לאחריות מנהל למעשי תאגיד, כאמור לעיל, צריך היה לדחות את הערעור מכל וכל, נוכח הניתוח הנכון והמדויק של בית משפט השלום. מקרה זה אינו מתקרב למצבים של "טעות במצב הדברים המשפטי" בהתאם להלכת **ויסמרק** עליה מסתמך הסנגור, כאשר שם דובר במי שקיבל במו ידיו אישור מהעירייה לנגריה שהקים, ונקבע כי לא היה מודע לכך שחלים גם חוקים נוספים, על פיהם לא היה לו אישור, חוקי התכנון והבניה. יוזכר כי, במקרה דנן, מדובר במי שהיה מודע היטב לחוק הרלוונטי, שכן המערער הגיש בקשה להיתר בניה מכוח אותו חוק, כאמור לעיל וכפי שיוסבר להלן.

56. יוזכר כי הוכח מעבר לספק סביר כי המערער הייתה הבעלים של המקרקעין עד השלמת עסקת המקרקעין ברישום בספרים כדין. מכוח היות המערער הבעלים הרשום, ללא כל שותפים, אחראית היא לעבירות המתבצעות במקרקעין. זאת, מכוח אחריות הקפידה הקבועה בעבירות תכנון ובנייה, בין לפני תיקון 116 ובין לאחריו.



57. על פי הדין ערב תיקון 116 אחריות המערער לביצוע עבירות נבעה מסעיף 208 לחוק התכנון והבנייה, וזאת בכמה חלופות, ולכל הפחות בשל היותה "בעל המקרקעין בשעת ביצוע העבירה" (סעיף 208(א)(3)), ובהיותה "מי שמוטלת עליו חובה להשיג היתר" (סעיף 208(א)(2)). כפי שהוכח בבית משפט השלום, המערער היה מודע היטב למעמד המערער, בהתאם לכל אותן אינדיקציות שפורטו לעיל, ובעיקר בשים לב לכך שהמערער עצמו הגיש בשם המערער את הבקשה להיתר בנייה (ת'11) בשנת 2008, כעולה מדברי המערער לפרוטוקול (עמ' 37). לפי דברי המפקח המערער אף הגיש בקשה לביטול הבקשה להיתר הבנייה ביום 25.3.10 (עמ' 23 לפרוטוקול). הסברו של המערער לפיו "הקונה ביקש ממני לעזור לו לקבל את האישורים ואמרתי לו שיעשה את זה לבד, והוא ביקש וביקש ואני ניסיתי לעזור לו" אינו משכנע. בדברים אלה המערער למעשה מעיד שהוא מבין, והבין בעת המעשה, שמבחינה משפטית המערער היא הבעלים, וכי היא "מי שמוטלת עליו חובה להשיג היתר". זאת, מעבר לכל האינדיקציות הנוספות לבעלות המערער במקרקעין, כגון החשבונות שיצאו על שמה מגופים שונים, והרישום על שמה בכל מקום, ברישומים אשר המערער היה מודע להם בפועל.

58. אם כן העובדה היסודית, כי המערער הייתה הבעלים הרשום וכי המערער הבין שהאחריות מבחינת דיני תכנון ובנייה מוטלת עליו כמנהל התאגיד, הוכחה היטב. כידוע, לאחר הוכחת המודעות לתנאים המקימים את אחריות הקפידה, אין המאשימה חייבת להוכיח מודעות בפועל לכל רכיבי העבירה. כך, על פי הדין יכולה הייתה המערער להיות מורשעת אף אם לא ידעה כלל על הבנייה בפועל, אם לא נקטה בכל פעולה סבירה כדי למנוע עבירות (ראו ד"נ 12/81 **שפירא נ' מדינת ישראל** פ"ד לו(3) 645 (1982), בעיקר בדברי הנשיא לנדוי בעמ' 658). אולם המערער ידע גם ידע על הבנייה ועל השימוש שאינו כדן, או לפחות על הכוונה לבצע את הבנייה והשימוש שלא כדן, נוכח העובדה שהוא אשר הגיש את הבקשה למתן היתר. השאלה היא - אפוא - מה עשתה המערער כדי למנוע את הבנייה על פי אחריות הקפידה המוטלת עליה?

59. בהקשר זה יודגש כי גם לפי הדין החדש ישנה אחריות קפידה למנוע ביצוע עבירות. אחריות, המוטלת על הבעלים ועל מי שמוטלת עליו החובה לקבל היתר (סעיף 243(ג)(2) וסעיף 243(ג)(1)). היות האחריות מסוג אחריות קפידה מפורשת בסעיף 243(ז) ומוגדרת בסעיף 22 לחוק העונשין, כאשר על פי הדין על המערער היה להראות כי עשתה "כל שניתן למנוע את העבירה", וכי "הטוען טענה כאמור - הנטל עליו" (סעיף 22 לחוק העונשין). אם כן, חוזרת השאלה למקומה - מה עשתה המערער ומה עשה המערער כדי "למנוע את העבירה"?

60. עיון בעדות המערער מגלה כי המערער, ולמעשה המערער, לא עשו דבר מוחשי למנוע את ביצוע העבירה. המערער טוען כי ביקש ממי שהוא הקונה האמתי, לדבריו, הרב אביחסרה, להוציא היתר, אך מעבר לכך לא עשה דבר. המערער ידע כי במקרקעין מתבצעת עבירה פלילית והחליט שלא לעשות דבר מוחשי בעניין. המערער לא פנה לבית המשפט בשם המערער, לא ביקש צווי מניעה אזרחיים כדי למנוע את הבניה או את השימוש, לא הגיש תלונה בשם המערער לרשויות האכיפה של חוקי התכנון והבנייה ואפילו לא פנה במכתב אזהרה. להיפך, המערער שיתף את המערער עם הקונים במעשה, לגרסתו שלו. זאת, בכך שהצטרף לבקשה לקבלת היתר, אך לא מימש עניין זה עד תומו והניח לעבירות להתבצע למרות שהיתר לא התקבל. ההסבר שניתן לעניין זה, אשר ניתן רק בחקירה החוזרת, הוא כי מדובר ברב מוכבד, אשר המערער, כאדם חרדי, לא יכול היה לפעול נגדו.



61. טענה זו בדבר הקושי לפעול מול רב לא נטענה בבירות וכלל לא הוכחה. המערער לא טען כי מתקיימת הגנת "הצורך". המערער לא טען כי איום באיזשהו אופן. למעשה המערער טען כי פעולה נגד רב מכובד "קשה", מבלי להסביר כלל, וכפי הנראה כוונתו היא כי יש לדבר השלכות מבחינה חברתית. למותר לציין כי מבחינה משפטית אין בכך כל הגנה, כפי שקבע בית משפט השלום בצדק. שכן, המערער למעשה העדיף כי המערער תבצע עבירה ולא שהוא עצמו יכנס למצב של אי נעימות חברתית.

62. חשוב להדגיש כי, מעבר לכך שגרסת המערער אינה מקימה הגנה, הגרסה עצמה לא הוכחה. לא הוכח בשום דרך (מעבר לעדות המערער) כי החזקה בנכס עברה לקונים לפני פיצול המרפאה ליחידות מגורים! לא הוכח כלל כי הקונה היא אשתו של הרב יקותיאל אביחסירה. לא הוכח כי הבעלים האמתי היום הוא אותו רב יקותיאל אביחסירה, למרות הרישום על שם אשתו. ממילא, לא הוכח כי אותו רב, אשר המערער טוען כי הוא דמות מכובדת, הוא למעשה עבריין אשר פועל בזדון בניגוד לדיני התכנון והבניה, המנצל את מעמדו, כאשר אחרים נושאים באחריות הפלילית והכלכלית למעשיו. בהקשר זה יוזכר כי המערער לא העיד אף עד רלוונטי אחד להוכיח את טענתו. אמנם המערער הגיש מסמכים וזימן לעדות עורך דין. אולם כאשר העד לא התייצב, המערער אף לא ביקש להוציא צו הבאה נגדו, ולא זימן כל עד רלוונטי אחר להוכחת טענה מטענותיו.

63. המסקנה היא, אפוא, שבדין קבע בית משפט השלום שהמערער הייתה הבעלים של הנכס, שהנטל על המערער (ועל המערער) להראות כי המערער עשתה כל שניתן כדי למנוע את ביצוע העבירה, וכי המערער הייתה רחוקה מלעמוד בנטל זה.

64. המסקנה היא אפוא שלא זו בלבד שיש לדחות הטענות נגד הממצאים העובדתיים בעניין המערער, מתברר גם שלא זו בלבד שהודאת המערער בעבירה במקומה עומדת, כמפורט לעיל בהרחבה אלא שאחריותה של המערער הוכחה פוזיטיבית במשפטו של המערער, כפי שהוכחה אחריותו.

אחריות המערער כמנהל - נוכח שינוי בדין

65. השאלה היא עתה, נוכח שינוי הדין בדבר אחריות מנהל, אם יש להמיר את הרשעת המערער מהרשעה בעבירת התכנון ובנייה הישירה לעבירה הקלה יותר של הימנעות מפיקוח על התאגיד, כשיטת המשיבה, או שיש לפטור את המערער מאחריות לגמרי, כשיטת הסנגור.

66. על פי הדין הישן, כאשר בוצעה עבירה על ידי תאגיד, ניתן היה להאשים שניים לפי סעיף 253(2) לחוק התכנון והבניה כנוסחו לפני תיקון 116. ניתן היה להאשים "מנהל פעיל" וניתן היה להאשים "פקיד באותו תאגיד ואחראי לעניין הנדון". זאת אלא אם הוכיחו שעבירה נעברה שלא בידעתם או כי נקטו את כל האמצעים הסבירים להבטחת שמירת החוק.

67. כאמור לעיל, המערער היה הבעלים והמנהל הפעיל של המערער ומודע בפועל לעבירות המתבצעות בנכס הרשום על שם המערער. המערער בעצמו היה בקשר עם הקונה גם על פי גרסתו, ואף פעל כדי "לעזור לו", כאשר הגיש בשם המערער בקשה להיתר בשנת 2008. על פי הדין הקודם, אחריות המערער ברורה וחד משמעית, ובהקשר זה לא נפלה כל שגגה מלפני בית משפט השלום.



68. הדין החדש אינו רואה את האורגן של התאגיד כאחראי ישיר על העבירה, כעין האחריות של הבעלים של המקרקעין. הדין החדש, סעיף 254 לחוק התכנון והבנייה כפי שתוקן בתיקון 116 קובע אחריות מצומצמת יותר והעבירה מנוסחת באופן מדויק יותר כחובה פוזיטיבית. עם זאת, אף שהאחריות פחות עמוקה, היקף האחריות נראה דומה מאוד, מנוסח בניסוח דומה לדין הקודם ואולי מעט רחב יותר.
69. נקבע כי "נושא משרה בתאגיד חייב לפקח ולעשות כל שניתן למנוע עבירות לפי חוק זה בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו". בהקשר זה "נושא משרה" מוגדר כ"מנהל פעיל בתאגיד, שותף למעט שותף מוגבל או פקיד האחראי מטעם התאגיד על התחום שבו בוצעה העבירה". עוד קובע הדין החדש כי "נעברה עבירה לפי חוק זה בידי תאגיד או בידי עובד מעובדיו, חזקה היא כי נושא משרה בתאגיד הפר את חובתו...אלא אם כן הוכיח כי עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו".
70. אם כן, משנעברה עבירה בידי תאגיד חזקה על המנהל כי הפר את חובת הפיקוח, אלא אם הוכיח להפך. חובת הפיקוח היא לוודא שהתאגיד ועובדיו אינם מבצעים עבירות תכנון ובנייה.
71. חשוב להדגיש כי **במקרים בהם יש מעורבות ישירה של המנהל בביצוע העבירה על ידי התאגיד, הרי שאחריותו הפלילית אישית וישירה**. זאת, כאחריות מנהל לכל עבירה אחרת שהוא מבצע בעצמו בשם החברה, כגון מרמה או שוחד. אחריות זו למעשה נובעת מסעיף 243(ג)(5) לחוק כ"מי שביצע בפועל את העבודה". אף אם לא עשה את המעשה במו ידיו, אלא "רק" הזמין, תכנן, נתן הוראות תשלום, פיקח מטעם התאגיד וכדומה. אחריותו הפלילית של מנהל כזה נובעת מהיותו מבצע בצוואת של העבירה או מבצע באמצעות אחר, מכוח סעיף 29 לחוק העונשין. המשיבה לא ביקשה לתפוס את המערער במסגרת זו, ולא בכך אנו עוסקים. המשיבה ביקשה לראות את המערער כאחראי משני, מכוח סעיף 254 לחוק התכנון והבניה בלבד.
72. האחריות מכוח סעיף 254 לחוק תופסת גם את מי שאינו "צד לעבירה" לפי סימן ב' לפרק ה' לחוק העונשין. אחריותו של מנהל כזה היא במחדל בלבד, בכך שהפר את חובת הפיקוח, בהנחה שלא ביצע מעשה אקטיבי. חובה, הנובעת מהיותו מנהל פעיל או אחראי מטעם התאגיד על אותו תחום. יחד עם זאת, תיקון 116 הקל על אותם אחראים, אשר אחריותם היא למעשה אחריות קפידה בלבד. שכן, לפני התיקון, ניתן היה להאשים גם אותם בעבירת התכנון ובנייה עצמה ועתה לא ניתן להאשימם אלא בעבירה מיוחדת של הפרת חובת הפיקוח.
73. במקרה זה, כאשר אחריות המערער עצמה נקבעה מכוח אחריות קפידה בהיותה בעלים, ממילא אחריות נושא המשרה בתאגיד, המערער, נבעה גם כן מכוח אותה אחריות קפידה לפי הדין הישן. אמנם, הכרעת הדין כוללת אלמנטים שיכולים היו אולי לבסס טענה לאחריות ישירה מכוח סעיף 29 לחוק העונשין, כגון ההשתתפות בבקשה לקבלת היתר בנייה המבטאת מודעות בפועל, אולם המשיבה אינה מבקשת להסתמך על כך, כאמור. המשיבה סבורה כי יש להעמיד את אחריות המערער על המחדל באי קיום פיקוח, לפי סעיף 254 החדש, ולהסתפק בכך.
74. הסגור סבור שאפילו לכך אין מקום. לשיטתו, כאמור, משבוטלה האחריות לפי הדין הישן חל סעיף 4 לחוק העונשין, בדבר עבירה שבוטלה. במצב דברים זה אין מקום להרשיעו בעבירה שהיא, לשיטתו, עבירה חדשה, בהיעדר הוראה מפורשת בדבר תחולתה הרטרואקטיבית. לפיכך, לשיטתו, נכון להורות על זיכוי



המערער מכל אשמה.

75. אין בידי לקבל את טענת הסנגור. אין מדובר בעבירה שבוטלה כאמור בסעיף 4 לחוק העונשין, אלא בעבירה אשר לגביה "חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או לעונש שנקבע לה" בהתאם לסעיף 5 לחוק העונשין.

76. עבירות התכנון והבנייה עצמן, אישור הבניה והשימוש ללא היתר השימוש החורג, בוודאי לא בוטלו. אחריות התאגיד כבעלים לא בוטלה. אף אחריות נושא משרה בתאגיד לא בוטלה לגמרי. הערך המוגן לא השתנה וההיגיון החברתי בהטלת חובת פיקוח על מנהל, למנוע עבירות פליליות של התאגיד לא השתנה שכן הוא מושתת על עקרונות איתנים. עקרונות אלה, עיקרון אחריות קפידה בעבירות תכנון ובניה עם עיקרון אחריות קפידה של מנהל בתאגיד ביחס לעבירות התאגיד, לא השתנו.

77. השינוי הוא שינוי בטיב האחריות. נושא המשרה בתאגיד אשר אשם אך ורק באי פיקוח ואי מניעה של עבירת תכנון ובנייה, אינו אחראי לעבירה בשלמותה כאחריות התאגיד עצמו וכאחריות המבצע הישיר, כפי שהיה בעבר. אחריותו היא עתה מוגבלת יותר, אך היא עדיין קיימת. אותה הימנעות מפיקוח אשר השתמעה מהדין הקודם ואותה חזקה לפיה המערער הפר את חובתו אלא אם הוכיח אחרת, אשר הייתה קיימת בדין הקודם, במקומן עומדות. המעשים הם אותם מעשים. המחדלים הם אותם מחדלים. רק עומק האחריות, מידת האשם (כמשמעו בסעיף 40ב לחוק העונשין) וטיב העונש הם אשר השתנו. על פי הדין הישן הייתה האחריות בעומק מלא, אחריות אישית לעבירת התכנון והבנייה עצמה, ועתה מדובר באחריות פחותה, אחריות נגזרת בעבירה מיוחדת של הפרת חובת פיקוח בלבד.

78. אשר על כן אני מקבל את עמדת המדינה לפיה, משנדחו טענות הערעור האחרות, יש להרשיע את המערער בעבירה החדשה, שהיא עבירה קלה יותר מהעבירות שיוחסו לו ואשר בהן הוא הורשע, בהתאם להוראות סעיף 5 לחוק העונשין. נוכח האמור **הערעור מתקבל באופן חלקי במובן זה שהרשעת המערער בעבירות התכנון והבנייה עצמן בטלה והמערער מורשע בעבירה לפי סעיף 254 לחוק התכנון והבנייה לפי הנוסח החדש.**

79. אין בידי לקבל את טענת המדינה לפיה אין משמעות עונשית לשינוי הסעיף, משום שכך או כך מדובר בעוון ובקנס לפי סעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, כך שאין שינוי בעיצום הכספי. נהפוך הוא, יש הבדל גדול מאוד בענישה. ראשית, בעבירת הבנייה הבלתי חוקית והשימוש שלא כדין יש גם אפשרות לענישה במאסר בפועל, אך בעבירה לפי סעיף 254 החדש אין אפשרות כזו. אמנם, המאסר בפועל אינו מופעל במקרים בהם האחריות נובעת מאחריות קפידה בלבד (סעיף 22(ג) לחוק העונשין), אך הדבר מלמד על חומרת העבירה בעיני המחוקק. מעבר לכך, הקנס שניתן היה להטיל על המערער, אלמלא התיקון, היה גבוה בהרבה מהסכום האמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין. זאת, משום התוספות המיוחדות לקנס הקשורות לביצוע עבירה מתמשכת (כמו סעיף 204(א), סיפא 204(ב), סיפא 204(ה) כנוסחם בחוק הישן), האפשרות להטיל אמצעים נוספים (סעיף 205 לחוק בנוסחו הישן), חיוב בתשלומים (סעיף 218 לחוק בנוסחו הישן), קנס בגין רווחים (לפי סעיף 219 לחוק בניסוחו הישן) ועוד. אם כן, גם הקנס שניתן להטיל על נושא משרה בתאגיד, שאחריותו נובעת ממחדל ולא ממעשה, פחת בהחלט.

80. בשים לב לשינוי האמור בעמדת המחוקק ביחס למידת האשם, יש להפחית הפחתה משמעותית מגובה



הקנס. זאת, למרות שמעשהו של המערער נותר בעינו והוא עדיין עבירה. בהיעדר טיעון מסודר של הצדדים אודות מתחם העונש בעבירה מסוג זה, והיחס בין הקנס שהוטל על החברה לקנס המוטל על נושאי המשרה, אין מקום לקבוע מסמרות בדבר המתחם. הענישה המתאימה למצב המשפטי החדש תתגבש עם השנים והניסיון של בתי המשפט. לפיכך, במקרה זה, לצורך ערעור זה, ייגזר העונש החדש מתוך העונש הישן, בשים לב לחומרה הפחותה של סעיף האישום החדש. העונש ייגזר על הצד היותר קל שניתן להעלות על הדעת, בין השאר בשים לב לכך שבעת יישום ענישה בדין חדש, נוקט בית המשפט במתינות בענישה.

81. למעשה, הנכון היה להחזיר את הדיון לבית משפט השלום בעניין זה. אולם, שני הצדדים לא עמדו אפילו על טיעון בעל פה בבית משפט זה בעניין, ובשים לב לכך שמדובר בתיק שנפתח בבית משפט השלום לפני כ-4 שנים, לא נכון יהיה לענות עוד את הדיון, להוסיף הוצאות לצדדים ולהטיל עומס נוסף על בית משפט השלום העמוס לעייפה. לפיכך, אגזור את הדיון כאן, מתוך הנחה שראוי המערער להפחתה של ממש בגובה הקנס, נוכח שינוי הדיון, ומבלי לקבוע מסמרות בדין הראוי, כאמור.

82. מעבר לנדרש, יוער כי אין ממש בטענות המערער לפיהן צריך היה להתחשב בריבית פיגורים בה חויבה המערערת במסגרת השיקולים לענין גובה הקנס המוטל על המערער. צדק בית משפט השלום בדחותו טענה זו. ריבית פיגורים משולמת בשל האיחור, וראוי כי חברה אשר עליה מושת קנס תשלם את הקנס בזמן. יתרה מכך, אני חולק על בית משפט השלום אשר קבע כי יש לראות במערער ובמערערת יחידה כלכלית אחת לעניין הקנס, אף כי הדגיש את עקרון הענישה האינדיבידואלית. שותפים לעסק חולקים רווחים והפסדים, אך שותפים לעבירה אינם חולקים את האחריות. כל אחד נענש כפי רוע מעלליו ובהתאם למידת אשמו. אין הקנס על האחד מקל על העונש הראוי לחברו. יחד עם זאת, עתה, נוכח הוראת המחוקק בתיקון 116, אין המשיבה רואה במערער עוד שותף מלא לעבירה, ואחריותו מצומצמת יותר, כאמור. **נוכח שינוי הדיון החל על המעשה, ומטעם זה בלבד, תוך דחיית יתר טענות המערער לענין העונש, יש להקל בעונשו של המערער, כאמור.**

83. סיכומי של דבר, על דרך אומדנה אעמיד את הקנס על מעט פחות משליש הקנס שנקבע בבית משפט השלום. הקנס יעמוד אפוא על 4,000 ₪.

צו ההריסה

84. לא ניתן צו הריסה המחייב את המערער, למרות שהורשע בעבירת הבניה. זאת, כפי הנראה, בשים לב לכך שהנכס נרשם על שם אחרים בשנת 2016. למרות התנגדות המשיבה לכל הערעור על פסק דינה של המערערת, הסכימה המשיבה בדיון לביטול צו ההריסה המושת על המערערת, נוכח העברת הנכס לקונים. ב"כ המערערת הפנה בהקשר זה, כאמור, לפסק הדין בעניין **ספטון** המאוזכר לעיל.

85. עיון בהלכת **ספטון** אינו מגלה כי דין צו ההריסה להתבטל באופן אוטומטי עם העברת הנכס לאחרים. להפך, נקבע כי גישה גורפת כזו תפתח פתח מסוכן אשר יקשה על ביצוע צווי הריסה. יחד עם זאת, נקבע כי אין לצוות על הריסה מבלי לשמוע את הצד אשר עלול להפגע מההריסה. לכאורה, על פי הלכת **ספטון**, יכולה הייתה המשיבה כאן לבקש להחזיר הדיון לענין ביצוע צו ההריסה לבית משפט השלום על מנת לקיים דיון בנוכחות הקונים. שם היו נבחנים מכלול השיקולים, לרבות תום לבם של הקונים והאפשרות כי המוכר



יהיה חייב לפצותם על צו ההריסה. לכאורה, זוהי דרך המלך, שכן יש אי נוחות בביטול צו ההריסה כאשר בניה בלתי חוקית עדיין עומדת על כנה.

86. אולם, במקרה זה המשיבה אינה עומדת על קיום צו ההריסה על ידי המערער. נאמר כי המשיבה תפעל ישירות נגד הקונים בהקשר זה, ודי בכך, שכן, על בית המשפט לנקוט ריסון בהליך אדוורסרי, ולא בנקל ינקוט עמדה המחמירה מעמדת התביעה. בנסיבות אלה, **ונוכח עמדתה המפורשת של המשיבה** האמונה בסופו של יום על האכיפה, אין מקום לבחון אפשרות אחרת, **וצו ההריסה יבוטל.**

סיכום ותוצאה

87. סיכומי של דבר, טענות הערעור של המערער והמערערת נגד ממצאי הכרעת הדין בעניין המערער נדחו. טענות המערערת נגד הרשעתה על פי הודאתה נדחו מכל וכול.

88. טענת הסנגור לפיה השינוי בהגדרת אחריות מנהל בתאגיד צריכה להביא לזיכוי נדחתה גם כן. עם זאת, בהסכמת המשיבה תתוקן ההרשעה כך שהמערער יורשע בעבירה החדשה, הקלה יותר. יתרה מכך, בניגוד לעמדת המשיבה, אף עונשו של המערער יוקל נוכח עמדת המחוקק המפחיתה ממידת האשם.

89. המשיבה הסכימה לביטול צו ההריסה שהושת על המערערת, בשים לב לכך שהנכס אינו בשליטתה היום. נוכח עמדת התביעה יש לבטל את צו ההריסה. אין מקום להחזיר הדין בהתאם להלכת **ספטון**, אף שלכאורה היה זה נכון יותר בנסיבות העניין.

90. התוצאה היא אפוא **שהערעור מתקבל חלקית. פסקי הדין של בית משפט השלום נשארים על כנם למעט שלשה שינויים:**

א. צו ההריסה שהושת על המערערת - בטל.

ב. הרשעת המערער בעבירות הבניה שלא כדין, שימוש שלא כדין ושימוש חורג - בטלות. תחת זאת, מורשע המערער בעבירה של הפרת חובת הפיקוח של נושא משרה בתאגיד, לפי סעיף 254 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לאחר תיקון 116, ובעבירה זו בלבד.

ג. הקנס שהושת על המערער יעמוד על סך 4000 ₪ בלבד. ככל שסכום זה טרם שולם, במלואו או בחלקו, תשולם היתרה תוך 90 יום.

בהתאם להסכמה, פסק הדין ניתן בהעדר הצדדים, ועותק פסק הדין יישלח לב"כ צדדים.

ניתן היום, י"ב אב תשע"ח, 24 יולי 2018.