



ת"פ 37849/10/18 - הוועדה המקומית לתכנון ובניה נתיבות נגד פרץ סופר

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 37849-10-18 לתכנון ובניה נתיבות נ' סופר

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מערכת
הוועדה המקומית לתכנון ובניה נתיבות ע"י ב"כ עו"ד טל
שלומי ועו"ד עומר פרייס
נגד
משיב
פרץ סופר ע"י ב"כ עו"ד עודד זגורי
פסק דין

המשיב זוכה מעבירות בנייה ללא היתר, שיוחסה לו בגין מחסן גדול, שנבנה על ידי שוכרים של נכס אשר השכרתו הייתה בטיפול המשיב. זאת, לאחר שנקבע כי לא הוכח מעבר לספק סביר שהבניה נעשתה בידיעתו. המערערת טוענת כי לפי הדין, לפני תיקון 116 לחוק התכנון והבניה ולאחריו, הנטל על הנאשם להוכיח שלא ידע על העבירה וכי עומדת לו הגנה מאחריות קפידה, ולכן צריך היה להרשיע. טענת המשיב היא כי הגנתו הוכחה באופן פוזיטיבי, ולפיכך יש לדחות הערעור.

במוקד ההכרעה עומדת גם שאלה נוספת: האם ראוי לערכאת הערעור להרשיע נאשם שזוכה, על יסוד עובדות שהוכחו לכאורה במשפט, אך לא נטענו כלל בכתב האישום, ולא נבחנו בערכאת הדיון באספקלריה של סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי?

ההלך ופסק הדין בבית משפט קמא

1. כתב האישום המקורי הוגש נגד חמישה נאשמים:

- א. בעלת הזכויות בנכס בו בוצעו העבירות - חברת מ. ממו השקעות ומבנים בע"מ (להלן: "ממו השקעות" או "החברה המשכירה")
- ב. הבעלים של נאשמת 1 - מר ממו משה (להלן: "ממו משה")
- ג. מר פרץ סופר - (להלן: "המשיב")
- ד. השוכרת, המשתמשת ומחזיקת הנכס בו בוצעו העבירות - חברת אבני שוהם - מרכז הקרמיקה בע"מ (להלן: "מרכז הקרמיקה" או "החברה השוכרת")
- ה. המנהל בפועל של מרכז הקרמיקה - מר עשור משה (להלן: "עשור")

עמוד 1



משה" או "מנהל החברה השוכרת")

2. ביום 15.06.2017 הודיעה המערערת על מחיקת כתב האישום כנגד נאשמים ממו השקעות וממו משה, בטענה שלא עלה בידה לאחר ניסיונות רבים לאתרם. ביום 22.06.2017, במסגרת הסדר טיעון, הורשעו חברת מרכז הקרמיקה ועשור משה, בעבירות בניה ושימוש אסורים, אשר יוחסו להם בכתב האישום ודינם נגזר. באותו היום המערערת תיקנה את כתב האישום נגד המשיב כך שלאחר התיקון יוחסה למשיב עבירת בניה בלבד, אך לא עבירת השימוש. כמו כן, נוספו לכתב האישום המקורי שני עדי תביעה נוספים - מפקח מטעם המערערת ומר עשור משה. כתב האישום המתוקן מייחס למשיב, את היותו מנהל בפועל של ממו השקעות, שהיא בעלת הזכויות בנכס בו בוצעו עבירות הבניה, משכירת הנכס. לא יוחס למשיב כל מעשה או מחדל קונקרטי נוסף.

3. בכתב האישום המתוקן נטען כי "הנאשמים" ביצעו בניה של מחסן בגודל של 85 מטרים ללא היתר במקרקעין המצויים באזור התעשייה בנתיבות והושכרו למרכז הקרמיקה שמר עשור משה הוא מנהלה. בפסקת הסיכום המשפטית לפרק העובדות נטען כי "הנאשמים אחראים" מכוח חלופות שונות אשר בסעיף 208 הישן לחוק התכנון והבניה, מבלי לפרט כל עובדה קונקרטית הקושרת את המשיב אישית לחלופה קונקרטית.

4. **בית משפט קמא קבע כי אין מחלוקת** שחברת ממו השקעות הינה בעלת הזכויות במבנה תעשייה הנמצא באזור התעשייה בנתיבות וכי מר משה ממו הינו הבעלים והמנהל בפועל של חברת ממו השקעות. אין מחלוקת שהמחסן נבנה מבלי שהיה בידי מי מהנאשמים היתר כדין לבנייתו. לאחר הרשעת מרכז הקרמיקה ומנהלה מר עשור, כבר אין מחלוקת כי הם שהיו אחראים על בניית המחסן בפועל.

5. **בית המשפט הגדיר את יריעת המחלוקת** בשתי שאלות. האחת, היות המשיב מנהל בפועל או בכלל של חברת ממו השקעות. השנייה, ידיעת המשיב אודות בניית המחסן ושליטתו על מעשה זה.

6. טענתה העיקרית של **המערערת** בסיכומיה בבית משפט קמא הייתה שאחריות המשיב לעבירה נובעת מכך שנוכח פעולותיו יש לראותו כמי שהוחזק בפועל כבעלים של הנכס בשעת ביצוע העבירה והיה גם מנהל החברה המשכירה. נטען, כי מאלה נובעת אחריות המשיב בפלילים לבניה האסורה. המערערת ביססה טענות אלה על יסוד הנתונים הבאים:

א. המשיב הוא זה שהוסמך בפועל על ידי חברת ממו השקעות לביצוע עסקאות בשמה. ראיה לכך היא העובדה כי חתם על חוזה השכירות מטעמה והיותו של המשיב מורשה חתימה בחברת ממו השקעות.

ב. על פי עדותו של משה עשור, המנהל של מרכז הקרמיקה, המשיב הוא שעמד עמו בקשר לגבי המושכר, ובכלל זה כשעלתה טענה בדבר בניה האסורה. כמו כן, את דמי השכירות עבור המושכר הוא שילם בפועל למשיב.

ג. המשיב נרשם ברשם החברות כמנהל של חברת ממו השקעות.

ד. המקום שבו נבנה המחסן, היה חלק בלתי נפרד מהמבנה שהושכר



על ידי חברת ממו השקעות.

7. **המשיב** דחה את טענות התביעה וביקש שבית המשפט יזכה אותו, על יסוד הטענות הבאות:

א. בחוזה השכירות בין הצדדים נכללו הוראות מפורשות האוסרות על ביצוע עבודות בניה או שימוש חורג בניגוד להיתר בניה.

ב. החלטת המאשימה למחוק האישום נגד בעלת הנכס חברת ממו השקעות ונגד מנהלה מר משה ממו, מבטאת גם החלטה ביחס לבירור אחריות המשיב.

ג. המשיב לא שימש כמנהל בפועל, אלא עשה פעולותיו בהתנדבות וכעזרה לבן דודו, מר משה ממו. הוא לא היה בעל סמכות להורות על ביצוע פעולות ולא היה אחראי למניעה של עבירות הבניה.

ד. מיד עם היוודע למשיב על העבירות שבוצעו על ידי חברת ממו הקרמיקה ומר עשוש הוא פנה אליהם, על מנת להסיר את חריגות הבניה, ופנייתו נשאה פרי.

ה. המשיב לא ידע על הבניה ללא היתר, והדברים עולים מעדותו של מר משה עשוש, אשר לא העיד על ביקור המשיב במקום, בו יכול היה ללמוד על קיום המחסן. המשיב לא יכול היה לראות העבירה בדרכו, בגלל מיקומו של המחסן בחלק האחורי של הנכס, שאינו נראה מהחזית והגישה אליו סגורה בשער. לדידו, גם המאשימה לא ידעה על המחסן אלא בעקבות סברה, ולא ערכה בדיקה דקדקנית כדי לוודא שבכלל מדובר בעבירה, ואין הבניה מתאימה לתכניות.

ו. עוד טען המשיב כי המאשימה ביצעה כלפי המשיב אכיפה בררנית, באשר לא פעלה בצורה דומה כלפי מאות בעלי נכסים אחרים באזור התעשייה, המבצעים עבירות דומות.

8. כאמור, בית המשפט זיכה את המשיב. **הנקודות העיקריות בהכרעת הדין** הן:

א. על סמך עדותו של מפקח הבניה נקבע כי חריגת הבניה אותרה בסמוך לתאריך 7.8.15 ולא ידוע למפקח מתי נבנה המחסן.

ב. מר משה עשוש, מנהלה של חברת ממו הקרמיקה, אישר כי הוא שכר את הנכס מהמשיב. מר עשוש אישר כי כאשר היה צריך דבר מה מסוים מהמשיב כמשכיר, היה מתקשר אליו או עובר בחנות ומשוחח עמו. בנוסף טען מר עשוש כי הוא לא ידע שיש צורך בהיתר למחסן ומשפנו אליו פירק את הבניה.

ג. מר עשוש מסר כי בנה את המחסן בערך בשנת 2010, אם כי אינו זוכר את מועד הבניה המדויק. בחקירה נגדית אף אישר כי יתכן והמחסן נבנה רק בשנת



2015. לדבריו, הוא בנה את המחסן ללא התייעצות עם הבעלים של הנכס.

ד. נדחו טענות המשיב לפיהן לא היה מנהל ולא היה מוסמך לדרוש דרישות מהשוכרים באשר לביצוע פעולות בנכס, שכן לא קיבל סמכויות מיוחדות ממשה ממו, ורק טיפל בגביית השיקים פעם בשנה, בהתנדבות. זאת, בשים לב לכך שהוא נרשם כדירקטור ומורשה חתימה ונוכח התנהלותו בפועל כעולה מעדות משה עשור. התנהלות, שבאה לידי ביטוי גם בחתימתו על החוזים מול השוכרת, וגם היותו כתובת המשכירה, לכל דבר ועניין. בית המשפט קבע כי ניסיון החיים מלמד כי זוהי דרך הפעולה של מנהל בפועל. מכאן, מסקנת בית המשפט כי המשיב אכן היה מנהל בחברה, וחב באחריות מנהל למעשי החברה.

ה. יחד עם זאת, בית המשפט קיבל את טענתו השניה של המשיב. הטענה לפיה ידע על הבניה רק לאחר שהוגש כתב אישום. שכן, טענה זו לא נסתרה בראיות המערערת. בהקשר זה קבע בית משפט קמא, כי השאלות הדורשות בירור הם: האם ידע המשיב על בניית המחסן ללא היתר כדין? והאם חב הוא בפלילים, נוכח לשון החוק בסעיף 253(2) לחוק התכנון והבניה?

ו. בית משפט קמא קבע כי עדותו של מר משה עשור, בשילוב עם עדות המשיב, מלמדים על קיומו של ספק סביר באשר למודעות של המשיב לעצם בניית המחסן, עובר להגשת כתב האישום. המערערת לא הוכיחה כי המשיב הגיע אי פעם למחסן, גם אם המשיב קיבל לידי את דמי השכירות. המאשימה לא הוכיחה כי התשלום של השכירות בוצע בסמוך למחסן, ולא כי שולמה בגין המחסן תוספת לדמי השכירות. מכאן, שאין ראיה כי המשיב היה מודע בפועל לקיומה של הבניה הבלתי חוקית.

ז. בית המשפט הצביע בפסק הדין על סעיף 7' לחוזה השכירות שנחתם על ידי המשיב עם חברת מרכז הקרמיקה. בסעיף זה השוכר מתחייב לפעול על פי התב"ע החלה על הנכס המושכר, וכל פעולה אחרת היא על אחריותו. בית המשפט קבע כי סעיף זה מלמד כי המשיב נקט באמצעים סבירים כדי להבטיח שלא יופר החוק על ידי השוכרים.

ח. לסיכום, בית משפט קמא ציין כי בהליך הפלילי הנטל להוכיח את רכיבי האשמה מוטלת על המאשימה. נקבע כי במקרה זה המערערת לא עמדה בנטל להוכחת אחריות המשיב. זאת, נוכח קיומו של ספק סביר ביחס למודעות המשיב לעבירות שבוצעו על ידי ההחברה השוכרת. מעבר לכך, נקבע כי המשיב הוכיח שנקט בכל האמצעים הסבירים על מנת שלא תתבצע בניה ללא היתר. משנקבע כי המאשימה כשלה בהוכחת האשמה, לא מצא בית המשפט צורך לדון בשאלת האכיפה הבררנית, וזיכה את המשיב "מחמת הספק".



טענות הצדדים בערעור

טענות המערערת

9. טענתה העיקרית של המערערת היא שבית המשפט שגה ביחס לנטל הראיה, עת זיכה את המשיב "מחמת הספק". שכן, הנטל להוכיח את הרכיבים לגביהם נקבע כי נותר ספק, הוא על הנאשם.

10. המערערת מצביעה על כך שבית המשפט קמא קבע כי המערערת לא הרימה את הנטל להוכיח את טענותיה, לפיהם המשיב ידע על קיומה של העבירה ולא עשה כל שניתן על מנת למנוע את ביצוע העבירה. זאת, בעוד סעיף 208(ב) לחוק, כמו גם סעיף 253(2) לחוק (בדבר אחריות מנהלים בתאגיד), בנוסחם לפני תיקון 116, הפכו אל הנטל. סעיפים אלה קבעו מפורשות כי, לאחר שהוכחו תנאי היסוד לאחריות, על הנאשם מוטל הנטל להוכיח את תנאי הגנתו, היינו כי לא ידע על העבירה וכי עשה ככל שניתן באופן סביר למנוע אותה.

11. לשיטת המערערת, אחריות המשיב נובעת הן מכוח היותו מנהל החברה שהיא הבעלים והמשכירה, והן משום שהוא היה בפועל המוציא והמביא בנכס. מהטעם האחרון, קיימת אחריות אישית במסגרת סעיף 208 לחוק כנוסחו הישן, אף אם אין אחריות כמנהל החברה המשכירה.

12. באופן קונקרטי, נטען כי הראיות מלמדות שהמשיב לא עשה ככל שיכול היה לעשות, אף כאשר ידע בפועל על העבירה. כך, נטען כי הוכח שהמשיב ידע על העבירה מיולי 2015, בזמן בו נתן את גרסתו במשרדי הפיקוח אצל המערערת, אך לא פנה מיד לשוכר בדרישות לעניין זה, ולכן חדל מלנקוט בכל אמצעי סביר. כן נטען כי המשיב חתם המשיב על הארכת הסכם השכירות מול המשתמשים בנכס, מבלי שנתן דעתו לעניין חריגות הבניה. זאת, למרות שכבר היה ער לקיומן.

13. המערערת הפנתה לעדות שוכר הנכס אשר העיד כי לאחר קבלת מכתב התראה מאת המערערת אודות קיומן של עברות בניה ושימוש, הלך לשוחח עם המשיב וזה ענה לו "שבדק והכל בסדר".

14. עם זאת, במסגרת הטיעון על פה הבהיר ב"כ המערערת כי "הערעור שלנו הוא משפטי גרידא. אני לא נכנס לקביעות העובדתיות" וכי מטרת הערעור היא להבהיר את העיקרון לפיו הנטל על הנאשם להוכיח את ההגנות, ולא כפי שקבע בית משפט קמא. זאת, בין השאר בשים לב לכך שיש עוד נכס במצב דומה, שעניינו תלוי ועומד. בכך, למעשה, חזר בו ב"כ המערערת מדרישתו לקבוע ממצאים עובדתיים שונים ממה שנקבע בהכרעת הדין, וביקש לשנות התוצאה על יסוד ניתוח משפטי בלבד.

15. מבחינה משפטית, המערערת טוענת שעל פי הנוסח הישן של סעיף 253(2) "נעברה עבירה לפי פרק זה על ידי תאגיד יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה מנהל פעיל" החוק מטיל על הנאשם את הנטל להוכיח שלא ידע ועשה כל שביכולתו. לכן, לשיטתה, שגה בית משפט קמא כאשר קבע כי המערערת לא הוכיחה מעבר לספק סביר שהמשיב לא ידע ולא פעל ככול יכולתו, שכן הנטל הוא על המשיב ולא על המערערת.

16. לעניין הדין לאחר תיקון 116 טענה המערערת כי, על פי סעיף 254, נושא משרה בתאגיד חייב לפקח ולעשות ככל שניתן למניעת עבירות לפי חוק זה בידי התאגיד או בידי מי מעובדיו. כמו כן נקבע בחוק כי



אחריות זו תתקיים "אלא אם הוכיח כי עשה כל שביכולתו למלא חובה זו". לכן, לשיטת המערערת, ניתן להאשים את המשיב גם בסעיף 254, בעבירה המוגדרת היום כעבירת אי פיקוח.

טענות המשיב

17. לטענת המשיב בית המשפט קבע קביעות רבות לצורך זיכוי של המשיב. כך, לצד הקביעה כי המערערת לא הצליחה להרים את נטל ההוכחה מעבר לכל ספק סביר, קבע בית משפט קמא כי המשיב צלח במשימתו להוכיח את הגנתו, היינו שלא ידע על ביצוען של עבירות ואף כאשר התגלו בפניו פעל לצורך הטיפול בהן. בהקשר זה הדגיש המשיב את עדותו של מר עשוש שאמר שלא התייעץ עם הבעלים בעניין בניית הסככה, וכי מיקום הסככה אינו גלוי לעינו של שמי שנמצא מחוץ לשטח הנכס.

18. נטען עוד כי טענת המערערת לפיה החוזה הוארך בידיעה שישנן חריגות בנייה אינה נכונה, בהעדר ראיה לכך שהמבנה עמד על כנו בעת הארכת החוזה. הטענה כי כתב האישום הוא זה שהוביל לפירוק הסככה, או שהסככה פורקה בסמוך להגשת כתב האישום איננה נכונה, שהרי לפי עדותו של שוכר הנכס, הוא פירק את הסככה יומיים לאחר הפניה אליו, עוד לפני הגשת כתב האישום.

19. המשיב טוען עוד כי שגה בית משפט קמא כאשר קבע כי המשיב הינו מנהל בפועל של חברת ממו השקעות. למשיב היה תפקיד מוגבל בחברה וכלל בעיקר איסוף השיקים וחתימה על חוזה עם השוכרים. המשיב מחזק טענותיו בכך שלא קיבל שכר מחברת ממו השקעות, לא קיבל סמכויות מיוחדות ולא היה מוסמך לשלוח מכתבים לשוכרים. כמו כן באותה התקופה הוא היה עובד כשכיר בחברה אחרת. לדעת המשיב, על פי הפסיקה, יש לפרש את הגדרת מנהל פעיל בצמצום, לכל הפחות נושא משרה שבכוחו למנוע או לצמצם בפועל את מעורבות החברה בביצוען של עבירות. נטען כי המשיב היה עושה דברו של מנהל החברה מר ממו, שהוא קבע את תנאי השכירות, ובהיותו של האחרון המנהל הבכיר ביותר בארגון היה על המערערת להעמידו לדין תחת המשיב.

20. מעבר לכך, הדגיש ב"כ המשיב כי סעיף האחריות כמנהל, אליו התייחסה המערערת בערעורה, סעיף 253 לחוק כניסוחו הישן, כלל לא הוזכר בכתב האישום.

21. נטען גם כי המערערת לא ציינה בכתב האישום טענה משפטית ברורה, על יסוד סעיף חוק מסוים, היכול לייחס למשיב אחריות ישירה לבניה, שלא כמנהל החברה המשכירה. כן נטען כי המערערת לא הוכיחה את ביצוע העבירות נשוא כתב האישום ואת עצם היות הבניה בנייה לא חוקית, באשר לא הוגשו היתרי הבניה הרלוונטיים, ולא הוצג מקור מוסמך לטענה בדבר הגבולות המדויקים של הנכס על פי הרישום הרשמי, כאשר למעשה המפקח העיד מכוח עדות שמיעה, שאת מקורה לא זכר.

22. מעבר לטענות לגופה של האשמה, חזר המשיב בתשובתו על טענותיו שלא נדונו בערכאה הראשונה, בדבר הגנה מן הצדק. בין השאר נטען כי ההליך הוגש בשיהוי ניכר. נטען גם כי ההליך הוא מעשה של אכיפה בררנית, הן משום שנגד מאות בעלי נכסים באזור לא הוגש כתב אישום והן משום שהמערערת שבחרה למחוק מכתב האישום את חברת ממו השקעות והבעלים שלה. נאשמים, אשר יכלו לשפוך אור על המחלוקת בדבר אחריותו של המשיב.



23. במישור המשפטי, לדעת המשיב נטל ההוכחה הוא על המערערת, ביחס לכל רכיבי העבירה. שכן, על פי סעיף 34 לחוק העונשין על המערערת להוכיח מעבר לכל ספק סביר את אחריותו של המשיב בעבירות הבנייה.

דין

24. לאחר עיון בטענות הצדדים, מתברר שיש לקבל את טענתה המשפטית המרכזית של המערערת. בכך תתקבל בקשתה להעמיד הלכה על מכוונה, לענין נטל הראיה. יחד עם זאת, בנסיבות המקרה הקונקרטי, אין בכך כדי להביא להרשעת המשיב בערכאת הערעור, אף מבלי להידרש לטענות הגנה מן הצדק. זאת, מחמת הפגם בכתב האישום, כאשר העובדות האמורות לבסס את אחריות המשיב כלל לא נרשמו בו.

אחריות קפידה, נטל ההוכחה ושינוי הדין

25. לב לבו של ערעור המערערת מכון נגד הניסוח בו נקט בית משפט קמא, לפיו יש לזכות את המשיב לאחר שנקבע כי המשיב "הצליח לשזור ספק כי ידע על הבניה של המחסן". כך נקבע, לאחר שסקירת הנתונים השונים בתיק הביאה את בית המשפט למסקנה כי "אלה נתונים המלמדים גם הם על קיומו של ספק באשר למודעות הנאשם 3 לעצם בניית המחסן". אמנם, לפני המסקנה בדבר זיכוי, הוסיף בית משפט קמא וקבע, כאמור, כי המשיב הצליח להוכיח כי עשה ככל שניתן למנוע את ביצוע העבירה. אולם, הערעור מתמקד בלשון "ספק" בה נקט בית המשפט. לשון, שהיא לשיטת המערערת שגויה בהקשר דנן, באשר הנטל להוכיח את העדר הידיעה, בעבירות מסוג זה, היא על הנאשם דווקא. זאת, מעבר למאזן ההסתברות.

26. יש לקבל את טענת המערערת לענין הנטל להוכחת היסוד הנפשי, וואלץ לחלוק על בית משפט קמא בהקשר זה. המאשימה לכאורה ייחסה למשיב אחריות לעבירות מכוח סעיף 208 או סעיף 253 לחוק התכנון והבניה, על פי הנוסח שלפני תיקון 116 (אי הבהירות בכתב האישום בהקשר זה תידון לקמן).

27. פשיטא שניתן להרשיע כל מי שמעורב באופן ישיר בבניה, בתכנונה, בהזמנתה ובעשייתה. אולם, לגבי אחריות עקיפה, נוסח החוק, כפי שהיה אז, קבע למעשה כי ניתן להרשיע בעבירת התכנון והבניה את כל הגורמים המנויים בסעיף 208(א) לחוק, אלא אם כן הנאשם הוכיח, שני תנאים מצטברים המפורטים בסעיף 208(ב). היינו, כי העבירה נעברה ללא ידיעת הנאשם, וכי נקט בכל האמצעים הנאותים לקיום הוראות החוק. משמע, ספק לגבי ידיעת הנאשם אודות העבירה אינו יכול לפטור אותו מאשמה. נהפוך הוא, רק הוכחה מעבר למאזן ההסתברות כי הנאשם לא ידע על העבירה יכולה, וגם כי נקט בכל האמצעים הנאותים למנוע את ביצועה, יכול היה להביא לפטור. נוסח דומה של נטל הוטל גם על מנהל של חברה אשר עברה על החוק, במסגרת סעיף 253(2) לחוק לפי הנוסח הישן.

28. תיקון 116 שינה מעט את אופן הטלת האחריות העקיפה על עבירות בניה, אך העקרונות נשמרו. במסגרת סעיף 243(ג) לחוק המתוקן נמנים האחראים לביצוע עבירות תכנון ובניה, בהגדרות מעט שונות ממה שהיה קודם לכן. לגבי טיב האחריות עצמה והנטל, נקבע בסעיף 243(ז) כי "עבירה לפי סעיף זה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה". משמע, לפי סעיף 22 לחוק העונשין, שעדיין מדובר בעבירה אשר "אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות". ההגנה עדיין תלויה בתנאי הכפול לפיו הנאשם "נהג ללא



מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה". אף הנטל עדיין מוטל על הנאשם, שהרי "הטוען טענה כאמור - עליו הראיה" (סעיף 22(ב) לחוק העונשין).

29. עם זאת, לעניין אחריות מנהל בתאגיד נקבע הסדר חדש במסגרת סעיף 254 לחוק בנוסחו המתוקן. הסדר זה עדיין מטיל נטל על המנהל (או נושא משרה אחר) להוכיח "כי עשה כל שניתן כדי למלא את חובתו". אולם, במישור הדין המהותי של האחריות העקיפה, אחריות הקפידה, חל שינוי דרמטי. מנהל אינו נושא עוד באחריות של מעשה החברה בשל עצם היותו מנהל (כמובן מבלי לגרוע מאחריות ישירה של מנהלים שהיו מעורבים ישירות בעבירות בניה). תחת זאת, נקבעה עבירה חדשה, בדבר חובת הפיקוח של נושאי משרה, למניעת עבירה על ידי התאגיד.

30. אם כן, יש לקבל את טענת הערעור העיקרית במישור המשפטי ולעמיד הלכה על מכונה. הן לפי הדין הישן והן לפי הדין החדש, כאשר מדובר במי שאחראי מכוח הדין לביצוע עבירת תכנון ובניה (אותה לא בהכרח ביצע בעצמו), כגון בעל המקרקעין, הנטל עליו להוכיח את התנאי הכפול היכול לשמש לו כהגנה. על הנאשם להראות כי לא ידע על ביצוע העבירה וכי נקט בכל האמצעים הניאותים כדי למנוע את ביצועה.

הישום בעניינו של המשיב

אחריות המשיב מוכחת לכאורה

31. במהלך הדיון הודיע ב"כ המערער, כאמור, כי אין הוא מבקש מערכאת הערעור להיכנס "לקביעות העובדתיות", אלא מבקש הוא להסיק מסקנה אחרת מהעובדות שנקבעו, נוכח השגיאה ביחס לנטל ההוכחה.

32. כמפורט לעיל, המערער טענה לאחריות המשיב בשני מישורים - האחד, אחריות עקיפה על הקרקע של המשיב באופן אישי, במסגרת סעיף 208 הישן; השני, אחריות המשיב כמנהל החברה המשכירה את הנכס, כאשר אחריות החברה נובעת מהיותה בעלי הקרקע.

33. ביחס למישור השני, הבעייתיות היא כפולה. זאת, הן משום שהדין השתנה ואין עוד אחריות מנהל ביחס לעבירה שביצע התאגיד (ונוכח סעיף 5(א) לחוק העונשין), והן משום שאחריות מנהל לפי הדין הישן, סעיף 253, כלל לא אוזכרה בהוראות החיקוק אשר בכתב האישום. לאחר שהערת לב"כ המערער על נקודות אלה, הודיע כי המערער אינה מבקשת עוד להרשיע את המשיב מכוח אחריותו כמנהל, וטוב שכך.

34. נותר אם כן לדון בתחולת האחריות העקיפה, במסגרת סעיף 208 לדין הישן וסעיף 243(ג) לדין החדש. יש להדגיש, כפי שאישר גם ב"כ המערער בדבריו בערעור, כי המשיב אינו אחראי לביצוע העבירה באחריות ישירה. העבירה בוצעה על ידי מר עשוש, הנאשם 5, מנהל השוכרת, הנאשמת 4 "מרכז הקרמיקה". טענת המערער היא כי אחריות המשיב נובעת מהיותו המוציא והמביא בשם החברה המשכירה את הנכס, היינו אחריות הנובעת מכך ששלט בנכס בפועל, בשם הבעלים.

35. כאמור לעיל, המערער מבקשת לבסס את האחריות על העובדות שנקבעו על ידי בית משפט קמא. כך, נקבע כי המשיב הוא זה אשר חתם על החוזים להשכרת הנכס, הוא היה המטפל בכל בעיה שעוררו



השוכרים, הוא היה מקבל את דמי השכירות לידי עבד המשכירים והוא אף הורה על הסרת עבירת בניה אחרת (שער) אשר אכן הוסרה על פי הוראתו. על פי קביעות אלה של בית משפט קמא, טוענת המערערת כי המשיב אכן שלט בפועל בנכס, כעין בעלים.

36. יאמר, כי במישור המשפטי "הטהור" טענות המערערת בדין יסודן. עובדות אלה, כפי שנקבעו בבית משפט קמא, יכולות היו לבסס אחריות במסגרת סעיף 208(א)(4) לחוק בנוסחו הישן, שכן מדובר למעשה ב"מי שהוחזק בעלים של המקרקעין בשעת ביצוע העבירה". עובדות אלה יכולות גם לבסס אחריות במסגרת סעיף 243(ג)(3) לחוק בנוסחו החדש, שכן מדובר ב"בעל שליטה במקרקעין בשעת ביצוע העבירה".

37. יובהר שאין ממש בטענות ב"כ המשיב במישור הראיות והמסקנות בהקשר זה. מסקנותיו של בית משפט קמא מבוססות היטב על עדותו של השוכר מר עשוש ולמעשה, גם על דברי המשיב עצמו. אמנם, בית המשפט, בעקבות סיכומי המערערת, בחן את הדברים בעיקר באספקלריה של היות המשיב מנהל בתאגיד, אך הקביעות העובדתיות עצמן ולגופן, במקומן עומדות.

38. משמע, למרות שבית המשפט קבע כי המשיב עמד בתנאי השני לתחולת ההגנה, היינו כי "נקט באמצעים סבירים כדי להבטיח שלא יופר החוק", לכאורה לא יוכל המשיב ליהנות מן ההגנה, משלא עמד בתנאי הראשון, אלא רק עורר לגביו ספק. לכן, לכאורה, על יסוד הממצאים שנקבעו בדבר הבסיס לאחריות העקיפה, ולאחר קבלת הטענה המשפטית בדבר הנטל, היה מקום לקבל את הערעור.

39. למרות האמור, אין מנוס מדחיית הערעור משני טעמים מצטברים, ראיתי ודיוני. בהמשך יוער בהערת אגב, כי יש מקום לספק אם העובדות שנקבעו ביחס לתנאי השני מספיקות כדי לקיים את אותו תנאי.

הטעם הראיתי - אין בסיס מספיק לקביעה שההגנה לא הוכחה

40. **השיקול הראיתי** הוא שאמנם בית המשפט קבע כי המשיב "רק" הטיל ספק ביחס למודעותו בדבר הבנייה. אולם, איני בטוח שהממצאים מאפשרים לערכאת הערעור לקבוע כי עובדה זו לא הוכחה גם מעבר למאזן ההסתברות. שאלה, אשר לא נבחנה כלל על ידי בית משפט השלום ולכן חייבת להבחן כאן. בית המשפט הניח כי המבחן לעניין המודעות הוא אפשרות להקים "ספק סביר", וזו השאלה אשר נבדקה. עם זאת, יש לקחת בחשבון שבית המשפט לא קבע שאינו מקבל את גרסת המשיב, לפיה משנודע לו על המבנה הורה על הריסתו תוך יומיים. יתרה מכך, בית המשפט קיבל באופן מפורש את גרסתו של מר עשוש, לפיה המשיב מעולם לא ביקר בצד האחורי של הנכס, וממילא לא ראה את המחסן האסור, וכי הוא עצמו לא סיפר לו על כך. ייתכן שדי בדברים אלה כדי להוכיח את הטענה להעדר מודעות מעבר למאזן ההסתברות. אם מקבלים את קביעת בית משפט השלום, לפיה המשיב אכן נקט בפועל באמצעים נאותים למנוע את ביצוע העבירה (וספק בעניין זה יובע בהמשך כאמור), הרי שההגנה הוכחה במידה מספקת.

41. בתי המשפט לערעורים פליליים נוהגים בזירות רבה בערעורים על זיכוי, למרות קיומה של סמכות להכריע בעובדות לחובת נאשם. במקרה זה יש לקבוע כי הממצאים בענין דן אינם ברורים במידה מספקת, כדי לאפשר קבלה של ערעור עובדתי מטעם המאשימה.



הטעם הדיוני - העובדות המבססות אחריות לא נטענו בכתב האישום

42. השיקול השני לדחיית הערעור הוא **שיקול דיוני**. בהקשר זה, יש להזכיר מושכלות ראשונים. הבסיס להרשעת הנאשם, הוא הוכחת העובדות שנטענו בכתב האישום. למרבה ההפתעה, עיון בכתב האישום מגלה שאף לא אחת מהעובדות הרלוונטיות למשיב, אשר נקבעו בהכרעת הדין, נטענו בכתב האישום. כל שנטען ביחס למשיב הוא כי "נאשם 3 הינו המנהל בפועל של הנאשמת 1".

43. אכן, נטען כי הנאשמת 1 היא הבעלים של הקרקע ולפי הדין הישן ניתן היה להאשים מנהל. אולם, כאמור, בסעיפי החיקוק לא אוזכר הסעיף הרלוונטי לאחריות מנהל. אמנם, בסעיף המסכם מבחינה משפטית, נאמר כי האחריות לעבירה נובעת מכך ש"הנאשמים" הם, בין השאר "מי שמחזיקים כבעלים בשעת ביצוע העבירות". אולם, בגוף העובדות אין עובדה המייחסת זאת למשיב אישית. יתירה מכך, פסקת הסיכום המתייחסת לכל הנאשמים שהיו מנויים בכתב האישום המקורי, וכוללת גם טענות חלופיות, אשר בעליל לא מתייחסות למשיב, כגון "בעלי הזכויות במבנה", "המבצעים בפועל את העבודות" או "המשתמשים בפועל במחסן". אם כן, מדובר בפסקת סיכום משפטית, שנוסחה באופן לא ברור, כעין טענות עובדתיות חלופיות, ביחס לנאשמים השונים. אין בפסקת הסיכום טיעון עובדתי קונקרטי ביחס למשיב.

44. בהעדר טענה עובדתית פשוטה וברורה בכתב האישום, לפיה המשיב היה המוציא והמביא, מי שטיפל בפועל בהשכרה, מי שטיפל בדרך כלל בנכס, או כל טענה עובדתית ברורה אחרת שיש בה כדי לבסס את אחריותו, יש לומר כי, למעשה, כתב האישום לא ייחס למשיב עבירה לפי סעיף 208 הישן. ניתן היה לטעון זאת בכתב האישום, כפי שהדברים הוכחו במשפט ונטענו בסיכומים. ודוק, אין מדובר בראיות שאין להביאן בכתב האישום, אלא בעובדה נטענת, כי המשיב ניהל השכירות בפועל מטעם החברה המשכירה והיה בפועל המוציא והמביא השולט בנכס.

45. לא ראוי לקבל ערעור ולהרשיע נאשם שזוכה, על יסוד עובדות שנקבעו במשפט, אך אינן מופיעות כלל בכתב האישום. זאת, במיוחד כאשר בית המשפט בערכאה הראשונה, כלל לא נתבקש להשתמש בסמכותו לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי ולא הונחה השתית הדינית לכך.

46. אמנם, אין לכחד כי דווקא בהקשר לאחריות העקיפה בתכנון ובניה, אין התביעה יכולה לדעת תמיד את כל פרטי העובדות. למעשה, זו אחת הסיבות העיקריות לקיומה של האחריות העקיפה. כך, כאשר מפקח בניה מגלה עבירת בניה, ניתן וראוי להאשים את הבעלים והמחזיקים השונים בקרקע, אף אם אין העובדות ברורות כל צרכן, ואף אם חקירה ראויה לא הצליחה לברר את העובדות המדויקות, מעבר לעצם קיום הבניה. לא פעם, בעבירות מסוגים שונים, ובהתקיים נסיבות שונות, די בתיאור כללי של מעשי העבירה, כאשר הפרטים המדויקים אינם ידועים למאשימה. כלל זה נכון בכל סוגי העבירות, החל מעבירות התעללות מתמשכת וכלה בעבירות תעבורה (ראו לדוגמה ע"פ 7704/13 **מרגולין נ' מדינת ישראל** (8.12.15) בפסקה 32 ורע"פ 4484/92 **סיריה נ' מדינת ישראל** פ"ד מו(5) 176 (1992) (בעמ' 181 בדברי הנשיא שמגר)).

47. אולם, אין בכך כדי לפטור את המאשימה מכתובת עובדות רלוונטיות שכן ידועות לה, ואשר אותן ביכולתה להוכיח, ובכל מקרה עליה לטעון פוזיטיבית את העובדות המקימות את האחריות העקיפה, כגון בעלות או שליטה במקרקעין. זאת, על פי ההוראות הברורות של סעיף 85(4) לחוק סדר הדין הפלילי לפיהן יש לכלול



בכתב האישום "תיאור העובדות המהוות את העבירה, בציון הזמן והמקום במידה שאפשר לבררם". הדברים חשובים במיוחד היום, לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, כאשר מתחם העונש הראוי נגזר מנסיבות ביצוע העבירה, כאשר לגבי נאשם שמודה, הן תלמדנה אך ורק מכתב האישום עצמו (סעיף 40(ד) לחוק העונשין).

48. יודגש כי חובה על המאשימה לכתוב בכתב האישום את העובדות המבססות את האחריות העקיפה עצמה. כך, אם נטען כי מאן דהו הוא מי ש"מוטלת עליו החובה לקבל היתר" (סעיף 243(ג)(1) לחוק בנוסח המתוקן), יש לציין את העובדות אשר מכוחן נלמדת החובה האמורה; כך, אם נטען כי מאן דהו הוא "הקבלן הראשי" (סעיף 243(ג)(7)), יש לרשום את העובדות העיקריות בהן מתבטאת הטענה כי מדובר ב"קבלן ראשי"; וכך אם נטען כי הנאשם הוא "בעל השליטה", בין כשותף לפי סעיף 243(ג)(2) ובין בעל שליטה בפועל לפי סעיף 243(ג)(3), יש לפרט את העובדות בהן מתבטאת שליטה זו.

49. כתב אישום אשר לא כולל את העובדות המבססות את האחריות לעבירה עצמה, או למצער את העובדות המבססות את האחריות העקיפה - יימחק, בהתאם להוראות סעיף 149(4) לחוק סדר הדין הפלילי. בהקשר זה חשוב להדגיש שכאשר יש מספר נאשמים, יש לרשום אילו חלופות רלוונטיות לכל אחד הפני עצמו. לא די בהעתקת נסיבות מהסעיף עם טענה כללית ביחס לכל הנאשמים.

50. יש להניח כי כתב האישום יוכל לטעון לקיומה של אחריות הנובעת מכמה סעיפים במקביל (כגון מי שהוא גם בעלים, גם שולט וגם מחזיק במקרקעין). אולם, כדי לטעון זאת, יש לבסס כל טענה וטענה על יסוד עובדה קונקרטית. אם לא כן, כיצד ידע הנאשם מפני איזו טענה עליו להתגונן במשפט?

51. כאמור, במקרה דנן, לא נטענה כל טענה קונקרטית בכתב האישום שיש בה כדי לבסס אחריות מכוח סעיף 208 הישן, או מכוח סעיף 243(ג) החדש. לכן, למרות שהוכחו טענות עובדתיות אשר יש בהן לכאורה כדי לבסס אשמה לפי סעיפים אלה, לא ניתן לבסס עליהן הרשעה. שכן אין להרשיע נאשם במעשה שלא הואשם בו, אלא במסגרת סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, דבר שלא נעשה כאן, ולא ראוי לעשותו במסגרת ערעור על זיכוי, ביוזמת בית המשפט, ומבלי שהתקיימו התנאים המקדימים לכך. **לפיכך המסקנה היא שאין מנוס מדחיית הערעור.**

תוכן החובה לעשות "כל שניתן"

52. אעיר בדרך אגב, כי שאלה נכבדה היא אם יכול משכיר לצאת ידי חובת אחריות הקפידה למעשי השוכר, על ידי הכנסת תניה האוסרת עבירות על החוק בחוזה השכירות בלבד, כפי שקבע בית משפט קמא. יתכן בהחלט, והדבר תלוי במכלול נסיבות, לרבות סוג הנכס, מטרת השכירות ומשכה, שקיימת חובה על המשכיר לוודא ששוכר מקיים את חוקי התכנון והבניה לעיתים מזומנות, למצער בעת חידוש החוזה. פשיטא, שמיד עם גילוי העבירה, יש לנקוט באמצעים נמרצים למנוע את המשך ביצועה, כדי לצאת ידי החובה לעשות "כל שניתן למנוע את העבירה". אולם, אין לקבוע מסמרות בשאלה זו, ואסתפק בהצבת סימן שאלה על קביעתו של בית משפט קמא בהקשר זה (ראו בהקשר זה יעקב שקד, **בית משפט לעניינים מקומיים הלכה למעשה**, מהדורה שניה, התשע"ט - 2019, עמ' 97 - 100 והפסיקה המובאת שם).



סיכום

53. התקבלה טענת המדינה לפיה שגה בית המשפט לכאורה שגיאה משפטית, כאשר בחן את שאלת מודעות הנאשם לביצוע העבירה באספקלריה של "ספק". הן לפי הדין החדש והן לפי הדין הישן, לפני תיקון 116, משהוכחו תנאי הבסיס לאחריות עקיפה לעבירת תכנון ובניה, חלה לאחריות קפידה. משמע, הנטל לשכנע כי התקיימו התנאים להשתחרר מאחריות זו, העדר מודעות בפועל, העדר רשלנות ועשיית כל שניתן כדי למנוע את העבירה - היא על הנאשם.

54. המאשימה חזרה בה מבקשתה להרשיע המשיב כמנהל בחברה המשכירה את הנכס, באשר סעיף האישום הרלוונטי לא אוזכר בכתב האישום, למרות שהעובדה היחידה שצוינה לגבי המשיב היא כי היה מנהל בחברה המשכירה. כן נלקחו בחשבון השינויים בדין ביחס לאחריות מנהלים בתיקון 116.

55. בפועל, המערערת הוכיחה ובית המשפט קבע מספר עובדות, אשר יכולות להקים לאחריות עקיפה לעבירות תכנון ובניה, כמי ששלט בפועל בנכס מטעם החברה המשכירה. זאת, לא כמנהל בתאגיד, אלא כמי שהיה בעל השליטה בפועל בנכס, בהשכירו את המבנה בשם החברה המשכירה. עובדות אלו יכולות באופן תיאורטי לבסס לאחריות קפידה, אשר בהעדר הגנה יכולות להביא להרשעה. למרות זאת, הערעור נדחה משני טעמים.

56. הטעם הראשון הוא במישור הראיות בדבר ההגנה. לאחר שבית המשפט קבע כי המשיב עשה כל שניתן למנוע העבירה, הנטל אמנם על המשיב לשכנע כי לא ידע על העבירה. אולם, למרות שבית המשפט נקט בלשון "ספק", לא ברור כי לכך התכוון בית המשפט. שכן, בית משפט קמא תאר העובדות בעניין זה, על יסוד עדויות שהיו מקובלות עליו, אשר מלמדות לכאורה כי המשיב לא ידע על ביצוע העבירה. לכאורה בקבלת העדויות יש קביעה פוזיטיבית כי המשיב לא ידע על העבירה. בנסיבות אלה, לא יהיה נכון לקבוע בערכאת הערעור כי עובדות הגנה אלה לא הוכחו מעבר למאזן ההסתברות.

57. הטעם השני הוא שהעובדות המבססות את עצם האחריות העקיפה כבעל השליטה בקרקע, כלל לא נטענו בכתב האישום. שכן, עובדות כתב האישום מייחסות למשיב רק את היותו "מנהל" בחברה המשכירה, ולא אוזכרו אף אחת מהעובדות שנטענו והוכחו בבית המשפט, אשר ביססו לכאורה את היות המשיב בעל השליטה בנכס. בנסיבות אלה, כתב האישום למעשה אינו מייחס למשיב עבירה.

58. הפגם בכתב האישום, בו יוחסו עובדות המקימות אחריות לפי סוג אחד של אחריות קפידה (מנהל תאגיד) אך אוזכרו סעיפי עבירה המקימות אחריות קפידה מסוג אחר (אחריות בעל שליטה בנכס), הנו פגם יסודי שצריך היה להביא למחיקת כתב האישום בנוסח זה. מכל מקום, אין מקום להרשיע המשיב בערכאת הערעור, על יסוד העובדות שנקבעו בהכרעת הדין, אך לא נכללו בכתב האישום. שכן לא ראוי להרשיע בערעור במסגרת סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, מבלי שהתקיימו התנאים המקדימים לכך.

59. עקב דחיית הערעור, טענות ההגנה מן הצדק שהעלה הנאשם התייתרו למעשה, ואין צורך לגבש עמדה לגביהם.

הערעור נדחה.



פסק הדין ניתן בהעדר הצדדים, בהתאם להסכמתם בדיון.

המזכירות תעביר עותק מפסק הדין לב"כ הצדדים. הסנגור יודיע לנאשם.

ניתן היום, י' אייר תשע"ט, 15 מאי 2019, בהעדר הצדדים.