

ע"פ 55704/02/15 - מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, מפקד כוחות צה"ל באיו"ש נגד שלמה חיים דב למפל, ורדה סולטן

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 55704-02-15 מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון נ' למפל
ע"פ 21653-05-15 מפקד כוחות צה"ל באיו"ש נ' סולטן

בפני כב' השופטת נאוה בן אור
כב' השופט משה יועד הכהן
כב' השופט ארנון דראל

המערער

המערער

מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון
ע"י ב"כ עוה"ד דניאל רובינס, תובע
מכוח מינוי של היועץ המשפטי לממשלה
מפקד כוחות צה"ל באיו"ש
ע"י ב"כ עוה"ד יאיר קורן, תובע
מכוח מינוי של היועץ המשפטי לממשלה

נגד

המשיב

המשיבה

שלמה חיים דב למפל
על ידי ב"כ עו"ד דניאל קרמר
ורדה סולטן

פסק דין

1. המערער הגיש כתבי אישום בעבירות בנייה נגד כל אחד משני המשיבים בערעורים שלפנינו. בכתב האישום נגד שלמה למפל (המשיב בע"פ 55704-02-15, שייקרא להלן: **למפל**), נטען כי עבודות בנייה שביצע בשני מגרשים שבבעלותו, שבתחומי המועצה האזורית "בנימין", בוצעו ללא היתר מאת הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, למרות שביצוען טעון היתר. עוד נטען כי העבודות שבוצעו באחד מן המגרשים חורגות מן התכניות שצירף למפל לבקשתו להיתר. כמו כן נטען, כי הוועדה המקומית הוציאה ללמפל התראות לביצוע ואלה נמסרו לו, אולם הוא לא הרס ולא תיקן את שבנה ללא היתר ולא השיב את המצב לקדמותו. למפל, מוסיף כתב האישום וטוען, משתמש בבית שבנה ובתוספות הבנייה שהוסיף לו, מבלי שניתן לו היתר בנייה. העבירות שיוחסו ללמפל הן אי קיום התראה וביצוע עבודה ו/או בנייה הטעונים רישיון, ללא רישיון או מתוך סטייה ממנו ועשיית שימוש בבנין שנבנה ללא רישיון, בניגוד לסעיפים 34, 37, ו- 38 לחוק תכנון ערים וכפרים ובניינים מס' 79 משנת 1966 (להלן: **החוק**).

בכתב האישום שהוגש נגד ורדה סולטן (המשיבה בע"פ 21653-05-15, שתקרא להלן: **סולטן**) נטען, כי היא מחזיקה

בבית מגורים במעלה אדומים, וכי בנתה לבית המגורים תוספת בנייה ללא היתר. גם אליה נשלחו התראות אולם היא לא השיבה את המצב לקדמותו. לסולטן יוחסו עבירות לפי סעיפים 37ב(א) ו- 37ב(ב) לחוק, וכן עבירה של אי ביצוע התראה לפי סעיף 38(8) וסעיף 38(10) לחוק.

2. בשני ההליכים קבע בית המשפט לעניינים מקומיים במעלה אדומים (כב' השופט מ' כדורי), כי לא הוכח שעבירות הבנייה בוצעו לאחר 2007 (על הרלוונטיות של מועד זה נעמוד בהמשך), ומשכך יש לזכות את המשיבים מעבירות אלה. בית המשפט קיבל את עמדת המערער לפיה סעיף 38 לחוק יוצר עבירה העומדת בפני עצמה, והיא אי ציות להתראה, ומשכך, אם נשלחה התראה לאחר 2007, העבירה שרירה וקיימת. עם זאת, בשני המקרים ראה לזכות את הנאשמים שלפניו, מן הטעם שסבר כי ההתראה לא הייתה מפורטת דיה.

על כך הערעורים שלפנינו, ומאחר שמתעוררות בהם שאלות משפטיות זהות, הורינו על שמיעתם במאוחד.

3. על מנת שניתן יהיה להבין את גדרי המחלוקת בין הצדדים, יש להקדים ולהידרש למצב המשפטי השורר בשטחי יהודה ושומרון שבשליטת המפקד הצבאי, וכך נעשה עתה.

התשתית הנורמטיבית

4. החוק החל בשטחי יהודה ושומרון בנוגע לתכנון ובנייה מורכב משני רבדים. הרובד האחד הוא החוק הנ"ל, שהוא חוק ירדני מ-1966. על חוק זה התוספו צווי מפקד האזור, שהותקנו לאחר 1967.

סעיף 34 לחוק קובע כהאי לישנא:

"אין להתחיל בעבודה - בתוך אזורי התכנון המוכרזים - הדורשת קבלת רישיון, ואין לתכנן או לפתח קרקע או להשתמש בה שימוש הדורש קבלת רישיון, אלא לאחר שיתקבל רישיון עבור העבודה או התכנון או הפיתוח או השימוש, ואין להוציא רישיון כזה אלא כשהוא כפוף להוראות חוק זה ולתקנות שהוצאו על פי חוק זה וכן תוכנית התכנון הכללית והמפורטת או לתכנית חלוקה וכל הצווים וההוראות המהוות חלק בלתי נפרד מהן".

סעיף זה אינו קובע אחריות פלילית בגין האיסורים הקבועים בו. סעיף 38(1) לחוק קובע כי אם החלה עבודה ללא רישיון או בניגוד לו, תינתן התראה למפר. לאחר מתן ההתראה ניתן לנקוט צעדים לשם קבלת היתר (סעיף 38(9)), אולם אם תוכן ההתראה לא בוצע, מתגבשת אחריות פלילית, כאמור בסעיף 38(8):

"אם קבעה ההתראה כי יש להפסיק מיד את הפיתוח או הקמת בנין בקרקע כלשהי או אם קבעה שיש לנקוט בצעדים בכל הנוגע לשימוש או אי-שימוש בקרקע כלשהי... יש למסור את

ההודעה לבעל הקרקע העוסק בפיתוח הקרקע או אל מנהל העבודה, ואם הופר תוכן ההתראה יחשב כל אחד מהם כעובר עבירה ויוטל עליו עונש לאחר הרשעתו...".

5. שאלת היחס בין הסעיפים הללו נדונה בבג"ץ 4204/91 מקמילן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה (פ"ד מו(4), 597(1992)) ומסקנתו של בית המשפט העליון הייתה כי:

"...האחריות הפלילית על-פי חוק תכנון ערים אינה מתגבשת עם ביצוע העבודה ללא היתר. ביצוע עבודה ללא היתר הוא תנאי חיוני - אך לא בלעדי להשתכללות האחריות הפלילית. תנאי נוסף הוא מתן התראה למפרים והפרת ההתראה. אכן, לפנינו מגוון של פעולות מינהל, אשר רק בסופן מתגבשת האחריות הפלילית. ביצוע עבודה ללא היתר, כשלעצמו, אינו משכלל אחריות פלילית" (שם, עמ' 599).

ובמילים אחרות, עצם הבנייה או השימוש בלא היתר או בניגוד לו אינו משכלל עבירה לפי החוק הירדני. רק אם ניתנה התראה, וזו הופרה, מתגבשת האחריות הפלילית.

6. ב- 25.1.2007 נחקק צו מס' 1585, הלא הוא צו בדבר תכנון ערים, כפרים ובניינים (תיקון מס' 19) (להלן: **צו 1585**). צו זה קבע עבירות בנייה במתכונת הדומה לחוק הישראלי, היינו, עבירות המשתכללות עם ביצוען, בלא צורך בהתראה. זו לשונו:

**"(י) אחרי סעיף 37 לחוק יבוא:
עונשין**

37ב (א) המבצע עבודה או בינוי הטעונים רישיון לפי הוראות החוק, ללא קבלת רישיון כאמור, או העושה שימוש בבנין שנבנה ללא רישיון כאמור, דינו - קנס או מאסר שנתיים, ובעבירה נמשכת - קנס נוסף או מאסר נוסף שבעה ימים לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שנמסרה התראה להפסקת עבודה לפי סעיף 38 לחוק לאותה עבודה, אותו בינוי או אותו שימוש, לפי העניין.
(ב) המבצע עבודה או בינוי או עושה שימוש בקרקע כלשהי, הטעונים רישיון לפי הוראות החוק, לאחר קבלת רישיון כאמור אך בניגוד לקבוע בו או שלא בהתאם לתנאיו או שלא בהתאם לתכנית תכנון מאושרת, דינו - מאסר שנה אחת, ובעבירה נמשכת - קנס נוסף לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שנמסרה התראה להפסקת עבודה לפי סעיף 38 לחוק לאותה עבודה, אותו בינוי או אותו שימוש, לפי העניין."

אלא ששינוי זה חייב חקיקה נוספת, למניעת תחולה רטרואקטיבית של העבירה הפלילית. ומכאן צו מס' 1598, צו בדבר תכנון ערים, כפרים ובניינים (תיקון מס' 19)(תיקון) (ולהלן: **צו 1598**). צו זה, מ- 6.8.07, קובע כי על אף האמור בצו 1585 לעיל, לא יועמד אדם לדין בעבירות לפי סעיפים 37ב(א) או (ב) בהתקיים שלושה תנאים מצטברים: הבניין נבנה והשימוש בו החל לפני תחילת תוקפו של צו 1585 (ולהלן: **המועד הקובע**); שלא הומצאה ביחס לבניין, לעבודה

להקמתו או לשימוש בו התראה לביצוע לפי סעיף 38 לחוק לפני המועד הקובע; שלא נתווספה לבניין תוספת בנייה ללא רישיון לאחר המועד הקובע.

על רקע פרוט זה, נפנה עתה לפסקי הדין נשוא הערעורים שלפנינו.

פסקי הדין נשוא הערעורים

7. בעניין למפל הוסכם על הצדדים, כי לא הוכח שעבירות הבנייה בוצעו לאחר המועד הקובע, ולפיכך אין להרשיע אותו בעבירות של בנייה ללא רישיון או שימוש בבניין שנבנה ללא רישיון לפי סעיף 37 לחוק, כפי שתוקן בצו 1585.

8. בעניין סולטן חזר בו המערער מן האישום בעבירה של בנייה ללא רישיון, ועוד נקבע כי לא הוכח שתוספת הבנייה נתווספה לבניין לאחר המועד הקובע, ומכאן שיש להניח לטובתה כי בוצעה קודם לכן.

9. עם זאת, בשני המקרים אימץ בית המשפט את עמדתו של המערער וקבע, כי הוראות המעבר שבצו 1598 מתייחסות רק לעבירות של בנייה ללא רישיון ושימוש בבניין שנבנה ללא רישיון, שהתווספו לחוק בהוראות צו 1585, ולא לעבירה של אי קיום התראה, שהייתה קבועה בחוק עוד קודם לתיקונו בצו. לטעמו, לו ביקש המחוקק ליתן "מעין חסינות", כלשונו, לעבירה של אי קיום התראה בשל שימוש בבניין שנבנה ללא רישיון, לא היה הוא מסתפק בהוראה לפיה "לא יועמד לדין בגין מעשה שימוש בבניין לפי סעיף 37(א) או (ב) לחוק", והיה כולל גם חסינות מפני העמדה לדין בעבירה של הפרת התראה לפי סעיף 38 לחוק. משסוייגה תחולת התיקון אך ביחס לעבירה של שימוש, כשלעצמה, הרי שהעבירה של הפרת התראה בגין שימוש, לפי סעיף 38 לחוק, נותרה על כנה. בנוסף קבע בית המשפט, כי מאחר שהגדרת המונח "בינוי" בסעיף 34(4) לחוק כוללת גם שימוש במבנה שנבנה ללא רישיון, ניתן למסור התראה לביצוע גם כאשר החל אדם לעשות שימוש במבנה שנבנה ללא רישיון שנים רבות קודם לכן. צו 1598 - כך סבור בית משפט קמא - אינו מונע זאת.

10. אין חולק היום, כי הבנייה נעשתה והשימוש החל לפני המועד הקובע, וכי המשיבים קיבלו התראה לאחר המועד הקובע. אולם לנוכח המסקנה אליה הגיע בית המשפט, ולפיה הפרת ההתראה היא עבירה העומדת בפני עצמה, לא הייתה מניעה, לשיטתו, להרשיע את המשיבים. אלא שהם זוכו לאחר שבית המשפט הגיע לכלל דעה, כי נוסח ההתראה לא היה מפורט כראוי. בהקשר זה הפנה להוראת סעיף 38(3) לחוק, המורה כי יש לציין בהתראה את סוג עבודת הבינוי שנעשתה ללא רישיון. לפיכך, כשנמסרת התראה בשל בינוי מסוג שימוש במבנה שנבנה ללא רישיון, לא ניתן להסתפק בציון חריגות הבנייה. זאת ועוד. בניגוד לסיפא של ההוראה האמורה ההתראות לא כללו דרישה להפסקת השימוש. מכאן מסקנתו של בית המשפט כי ההתראות נערכו שלא על פי דרישת החוק ואין מקום, בנסיבות אלה, להטיל על המשיבים אחריות פלילית מכוחן.

דין והכרעה

11. לאחר שבחנו את טענות הצדדים או סבורים כי צו 1598 אינו מאפשר מתן התראה בגין בנייה שנעשתה קודם למועד הקובע, או בגין שימוש שהוחל בו לפני מועד זה. ממילא מתייתר הדין בסוגיה כיצד יש לנסח את ההתראה. להלן נבחר את מסקנתנו.

12. כפי שראינו, סעיף 34 לחוק קובע רשימת איסורים, ואין קבועה בציודם אחריות פלילית בגין הפרתם. ככל שמתברר כי איסור מן האיסורים הופר, ניתנת התראה למפר, מכוחו של סעיף 38(1). תוכן ההתראה עשוי לכלול הוראה בגין הפסקה מיידית של הפיתוח או של הבנייה במקרקעין, או צעדים שיש לנקוט בנוגע לשימוש או אי שימוש במקרקעין. הסעיף ממשיך וקובע כי "אם הופר תוכן ההתראה יחשב כל אחד מהם כעובר עבירה ויוטל עליו עונש לאחר הרשעתו...".

היוצא מפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין מקמילן הנ"ל, כי בנייה או שימוש ללא היתר כדין, כשלעצמם, אינם מהווים עבירה לפי החוק, וכי האחריות הפלילית מתגבשת רק לאחר שבוצעו הפעולות המינהליות המפורטות בסעיף 38, ובכללן מתן התראה.

על מנת לתקן מצב דברים זה, התקין המפקד הצבאי את צו 1585, וקבע בו עבירות של ביצוע בנייה ללא רישיון, או שימוש במבנה שנבנה ללא רישיון וכן בנייה או שימוש שלא על פי תנאי הרישיון. מאוחר יותר קבע, בצו מתקן (צו 1598), הוראת מעבר, לפיה תחולתן של עבירות אלה הוא ממועד כניסתו לתוקף של צו 1585 (הלא הוא המועד הקובע). ראינו, כי הוראת המעבר תחול רק בהתקיים שלושה תנאים מצטברים, והם שהבניין נבנה, והשימוש בו החל לפני המועד הקובע; שלא הומצאה התראה ביחס לעבודות הבנייה או ביחס לשימוש בו לפני המועד הקובע, ושלא נתווספה לבניין תוספת בנייה ללא רישיון לאחר המועד הקובע.

13. על רקע האמור לעיל, מתבהרת המחלוקת בין הצדדים. המערער סבור, כי תחולת העבירה של הפרת התראה - להבדיל מעבירות הבנייה שנחקקו בצו 1585 - אינה מסוייגת למועד הקובע ואילך, שכן אין היא מוזכרת כלל בצו 1598. מכאן, לשיטתו, שניתן להוציא התראה בגין מעשי בנייה או שימוש שלא על פי רישיון או בחריגה ממנו, גם אם אלה נעשו לפני המועד הקובע. מטענה זו נובע, כי הגם שלא ניתן להעמיד לדין בגין עבירת בנייה שבוצעה לפני המועד הקובע, או בגין שימוש שהוחל בו לפני המועד הקובע, עדיין פתוחה הדרך למיצוי הדין עם עברייני בנייה כזה על ידי הוצאת התראה, שאם תופר - ניתן יהיה להעמידו לדין בגין ההפרה. כל כך, משום שאין הוועדה המקומית מוגבלת בזמן באשר למועד הוצאת ההתראה (קרי, אין "התיישנות" על היכולת להוציא התראה). לפיכך, מקום שהוצאה התראה וזו הופרה - משתכללת עבירה פלילית של הפרת התראה, על פי סעיף 38 לחוק, שלא בוטל בצו 1585, והוא שריר וקיים.

14. ב"כ המשיב סבור, מנגד, כי דין אחד לבנייה ולשימוש ולא ניתן להעמיד לדין בגינם אם המדובר בבנייה שקדמה למועד כניסתו לתוקף של צו 1585 או בשימוש שהוחל בו קודם למועד האמור, בלא שניתנה התראה קודם למועד האמור. כל כך, משום שעל פי פסק הדין בעניין מקמילן אין עבירה במצב דברים זה (עד לכניסתו לתוקף של צו 1585). צו 1598 משתלב עם תפיסה זו ויוצר "חסינות" מפני אישום פלילי גם בגין שימוש נמשך, ובלבד שהוחל בו קודם למועד הקובע. לטענת ב"כ המשיב, תכליתה של הוראת "החסינות" - וזו גם משמעותה הלשונית - להתחשב במצב שנוצר בשל מחדלן של הרשויות, שנמנעו מלתת התראות מבעוד מועד. מחדל זה אפשר שימוש מתמשך של אנשים בבתיים - על

אף שנבנו בלא רישיון או בחריגה ממנו - מבלי שהשימוש היווה עבירה על פי החוק, בהיעדר התראה. בנסיבות אלה, לא ניתן לתת התראה מאוחרת על פעולה שלא הייתה עבירה עד למועד הקובע, והמחוסנת מפני העמדה לדין על פי הוראת המעבר שבצו 1598.

15. כפי שאמרנו בפתח הדיון לעיל, אנו סבורים כי הדין עם ב"כ המשיב. נדגיש, כי בפרשנות נורמה פלילית עסקינן, על כל המתחייב מכך. משמעותה של עמדת ב"כ המערער עיקור הוראת החסינות שבצו 1598 מתוכן. משנקבע בצו כי אין להעמיד לדין בגין שימוש שהוחל בו לפני המועד הקובע, כפי שאין להעמיד לדין בגין בנייה שנעשתה לפני המועד הקובע, לא ניתן לעקוף את מכשול החסינות בדרך של הוצאת התראה, ויצירת מסלול מקביל של עבירה אחרת - הפרת התראה - בגין מעשים שנעשו קודם למועד הקובע. אם צודק ב"כ המערער בטיעונו, מה משמעות יש ליתן להוראת החסינות האמורה? שהרי לשיטתו, במתן התראה ובהפרתה - יהיה אשר יהיה מועד ביצוע העבירה, משתכללת עבירה פלילית, בניגוד גמור ללשון הצו הקובע כי לא יועמד אדם לדין בגין עבירת בנייה שנעברה לפני המועד הקובע או שימוש שהוחל בו לפני מועד זה.

לא זו אף זו. תכליתו של צו 1585 הייתה להתגבר על הקושי שבחוק, שלא ניתן היה לשכלל מכוחו עבירת בנייה בלתי חוקית אלא בדרך של מתן התראה והפרתה. כל עוד לא ניתנה התראה - לא היה הבונה בלא היתר או המשתמש בבניין שנבנה שלא בהיתר, בחזקת מי שעבר עבירת בנייה (ובכללה עבירת שימוש). בא הצו, וביטל את הצורך במתן התראה ובכך השווה את התפיסה הנורמטיבית של עבירות בנייה בשטחי יהודה ושומרון לזו שבתחומי מדינת ישראל. היינו שהעבירה היא בעצם הבנייה או השימוש שלא כדין, ולא בהפרת התראה. והנה, בהוראת סעיף 2(2) לצו 1598 נאמר כי אחד מן התנאים המצטברים לתחולתה של הוראת המעבר הוא שלא הומצאה ביחס לבניין, לעבודה להקמתו או לשימוש בו התראה לביצוע לפי סעיף 38 לחוק לפני תחילת תוקפו של הצו. משמע, שבהיעדר התראה לביצוע שקדמה למועד הקובע, ובהתקיים שני התנאים הנוספים (שהבנייה בוצעה או שהוחל בשימוש קודם למועד הקובע ושלא נתווספה לבניין תוספת בנייה מאוחרת למועד האמור), חלה הוראת המעבר ולא ניתן להעמיד לדין. תנאי זה "מתכתב" עם המצב המשפטי שקדם לצו 1585 ועם הנובע ממנו, היינו שמי שלא קיבל התראה לא נחשב כעובר עבירה. כיצד ניתן, אפוא, לעקוף הוראה זו באמצעות הוצאת התראה לביצוע לאחר המועד הקובע?

16. בנסיבות אלה, גם אין בידינו לקבל את הטענה לפיה מותר סעיף 2(ג) לצו 1598 "מרווח" פעולה לגבי עבירות בנייה ושימוש שקדמו לצו 1585 בדרך של הוצאת התראה לפי סעיף 38 לחוק. אכן סעיף זה מורה כי אין באמור בהוראת המעבר כדי לגרוע מאחריות פלילית לפי כל דין או תחיקת הביטחון, אולם בצדק טוען ב"כ המשיב שאין לקבל שהכוונה היא לאותן עבירות תכנון ובנייה לפי החוק, היינו שניתן "להחיותן" על ידי הוצאת התראה חדשה. אם לא תאמר כן, המדובר בהוראה "מעגלית", המאיינת מתוכה את הוראת המעבר.

כך גם אין לקבל מטעם זה את ההפנייה שהפנה אותנו ב"כ המערער לסעיף 26(ב) לחוק הפלילי הירדני (כפי שתוקן בצו בדבר החוק הפלילי, מס' 16 לשנת 1960 (תיקון מס' 3)(יהודה והשומרון)(מס' 1008), התשמ"ב-1982. הוראה זו יוצרת עבירה פלילית כללית ולפיה "המפר הוראה שבדין, במעשה האסור על פי אותו דין או בהימנעות ממעשה שעשייתו נדרשת על פי אותו דין, דינו - מאסר שנתיים...". אכן, בהערת אגב העיר בית המשפט העליון בעניין מקמילן כי ייתכן שהצירוף של סעיף 34 לחוק עם הוראת סעיף 26 הנ"ל עשוי ליצור תשתית מספקת להרשעת המערער שם. בית

המשפט העליון לא ראה להכריע בסוגיה זו, מן הטעם שלא יוחסה למערער עבירה כזו. בענייננו, איננו סבורים כי ניתן לשקול אפשרות כזו, לא רק משום שהעבירה האמורה לא יוחסה למשיבים, אלא משום שלגופו של עניין משמעות הדבר ריקון מתוכן של הוראת המעבר שבצו 1598, בדיוק כמו איונה על דרך של הוצאת התראה חדשה.

נוכח כל אלה, דין הערעור להידחות.

המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ט"ז סיוון תשע"ה, 03 יוני 2015, בהעדר הצדדים.

ארנון דראל, שופט

משה יועד הכהן,
שופט

נאוה בן אור, שופטת