

ע"פ 57628/10/13 - מיכאל נמליך נגד מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 57628-10-13
02 פברואר 2014

לפני: כב' השופט דוד חשין, נשיא
כב' השופט משה דרורי, סגן נשיא
כב' השופט עודד שחם

המערער: מיכאל נמליך
נגד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ע"י ב"כ עו"ד גלעד רוגל

פסק דין

הנשיא דוד חשין:

1. ערעור על הכרעת דין וגזר דין מיום 08.10.13 (להלן - **פסק הדין**), שניתנו על ידי בית משפט לעניינים מקומיים במעלה אדומים (כב' השופט כדורי), בת"פ 171/12.
2. המערער הורשע בעבירה של הפרת תוכן התראה על בנייה ללא היתר ואי ביצוע פסק דין, לפי סעיפים 34 ו-38(10) לחוק תכנון ערים כפרים ובניינים, חוק זמני (מס' 79) לשנת 1966. מדובר בחוק שנחקק בתקופת השלטון הירדני ביהודה ושומרון, והמשיך לעמוד בתוקפו, לאחר יוני 1967, מכוח המנשר שנחקק על ידי המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון. בית המשפט השית על הנאשם קנס בסך 70,000 ש"ח, ומאסר על תנאי לתקופה של שלושה חודשים, למשך שנתיים, שלא יעבור עבירה של אי קיום צו שיפוטי.

רקע

3. המערער הוא הבעלים והמחזיק של מגרש שעליו בנוי בית מגורים הנמצא ברחוב הברוש 5 (מגרש 60) בהר אדר (להלן - **הנכס**). הנכס נמצא בתחום התכנון של הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הר אדר שבאזור יהודה ושומרון (להלן - **הוועדה**) ורשות הרישוי שלה.
4. על-פי הנתען בכתב האישום, בתאריכים שונים בשנת 2005 ובשנת 2008 ביצע המערער, או מי מטעמו, עבודות בנייה בנכס שלא כדין ומבלי שניתן לו היתר בנייה מהוועדה. לפיכך, הוגשו לבית משפט קמא שני כתבי אישום: הראשון, ת"פ 492/07 שעניינו בשתי פעולות שבוצעו בנכס ללא רשיון: בניית גשר מעץ ממפלס הכביש לקומה א' בנכס, ופתיחת כניסה נוספת בגדר אבן. השני, ת"פ 328/08 שעניינו בשתי פעולות נוספות שבוצעו בנכס ללא רשיון: פריצת חללים בקומת המרתף בשטח של כ-55 מ"ר וקירוי מרפסת בשטח של כ-30 מ"ר. בכתבי האישום יוחס למערער גם שימוש בבינוי שנעשה ללא רשיון.
5. ביום 16.03.09 נערך דיון בת"פ 328/08. במסגרת הדיון, ונוכח הסכמת הצדדים, התיר בית משפט קמא (כב' השופט פולוק) את תיקונו של כתב האישום בת"פ 328/08 כך שלמערער תיחוס עבירה של שימוש בבינוי בלבד. עוד הורה בית המשפט על איחוד הדיון עם ת"פ 492/07. בתום הדיון הורשע המערער, על פי הודאתו, בעבירות שיוחסו לו בכתבי האישום (להלן - **פסק הדין הראשון**). בגזר הדין מאותו היום, אימץ בית המשפט את הסדר הטיעון אליו הגיעו הצדדים, לפיו על המערער להרוס את הבניה הלא חוקית או להתאימה בתוך שישה חודשים, כשבידי המערער לבקש ארכה בתוך התקופה האמורה לתקופה נוספת סבירה. עוד נקבע כי ככל

שתוגש בקשה ארכה, זו תיענה בחיוב על-ידי המשיבה (המאשימה שם).

6. על-פי הנטען בכתב האישום, שההרשעה בו היא מושא ערעור זה, המערער לא ביצע את האמור בפסק הדין הראשון משום שלא הרס את העבודות שביצע ללא היתר.

פסק דינו של בית משפט קמא

7. בהכרעת הדין עמד בית משפט קמא על כך כי המערער הודה בעובדת פסק הדין הראשון שניתן נגדו, אלא שלטענתו הוא פעל ככל שניתן כדי להתאים את הבנייה אך טרם קיבל תשובה מהוועדה. עוד צויין בהכרעת הדין כי המערער אינו חולק על כך כי הוא אינו מחזיק ברשיון לבנייה שפורטה בכתבי האישום, וכי משמעות הדברים היא "שהבנייה לא הותאמה כפי שהתאפשר לנאשם לבצע בפסק הדין הראשון כחלופה להריסת הבנייה" (שם, בעמ' 9 בשורות 27-28). כן נקבע כי טענתו של המערער, לפיה הוא הגיש (ביום 12.03.09) לוועדה המיוחדת לתכנון ולבניה תכנית שינויים, אינה יכולה לשמש הגנה מפני העבירה המיוחסת לו. זאת, בין היתר, משום שאין די בכך שהמערער פעל פעולה כלשהי לשם ביצוע ההתאמה, שכן היה עליו להתאימה בפועל. כן קבע בית משפט קמא כי ככל שהמערער סבר כי הוועדה לא פעלה כפי שהיה עליה לפעול, הרי שהיה עליו לפתוח בהליכים משפטיים ולא לשקוט על שמריו.

בגזר הדין דחה בית משפט קמא את טענת המערער לפיה פנייתו לוועדה בבקשה להכשיר את הבניה צריכה להוות שיקול לקולא בגזר הדין. בית משפט קמא חזר על הקביעה כי אין להפוך את היוצרות - בניה תחילה והכשרה לאחר מכן, כמו גם על החומרה שבאי קיום צו שיפוטי. בית המשפט קמא ציין כי צו ההריסה שניתן נגד המערער ביום 16.03.09 עומד בעינו. עם זאת, וכדי שהמערער לא יעבור עבירה נוספת של אי קיום צו שיפוטי מיד עם צאתו מאולם בית המשפט, עיכב בית המשפט את ביצוע הצו לשלושה חודשים, בקובעו כי במסגרת זמן זה יוכל המערער להתארגן לביצוע ההריסה, ולחלופין להגיש בקשה נוספת לעיכוב ביצוע הצו במסגרת תיק הבנייה. יתר על כן, וכאמור לעיל, בית משפט קמא השית על המערער לשלם קנס בסכום של 70,000 ש"ח.

טענות הצדדים בתמצית

8. כאמור, הערעור שבפנינו מופנה נגד הכרעת הדין וגזר הדין.

9. אשר להכרעת הדין, המערער טען כי בפסק הדין הראשון הועמדו בפניו שתי חלופות: הראשונה, הריסת הבנייה, והשנייה התאמת הבנייה. לטענתו של המערער, הוא עשה ככל שבידו כדי להתאים את הבנייה כהוראת פסק הדין הראשון, וזאת אף עובר למועד נתינתו. לדידו, האחריות לכך שביצוע פסק הדין לא הושלם רובצת לפתחה של הוועדה בלבד. המערער הציג לבית משפט קמא חמישה מסמכים המלמדים, לשיטתו, כי הוא עשה את כל הנדרש כדי להתאים את הבינוי. המערער ממשיך וטוען, כי הוא אינו יכול להתאים את הבנייה, שכן סמכות זו מוקנית למוסדות התכנון בלבד. המערער מלין גם על קביעת בית משפט קמא לפיה היה עליו לפעול בהליכים משפטיים ככל שהוא סבר כי הוועדה לא פעלה כפי שהיה עליה לפעול. זאת משום שאין כל חובה על תושב לפעול בהליכים משפטיים בשום נושא.

אשר לגזר הדין, טוען המערער כי בהעדר הוראה מפורשת המורה לוועדה לפעול כדין, אין כל משמעות להחלטת בית המשפט קמא ליתן ארכה נוספת לקבלת ההיתרים. המערער ממשיך וטוען כי הקנס שהושת עליו אינו מידתי. זאת משום שפסקי הדין אליהם הפנה בית משפט קמא עוסקים בחברות בניה שביצעו עבירות בניה חריגות באלפי

מטרים רבועים, בעוד שבענייננו מדובר בבנייה ללא היתר של גשר עץ לשיפור הנגישות לבית. בדיון שהתקיים בפנינו ביום 19.01.14, טען המערער כי הסיבה לאי תשלום הקנס שהושת עליו על-ידי בית משפט קמא הוא העדר יכולת כלכלית. לטענתו, הוא מתקיים מקצבת ביטוח לאומי בלבד בסך של 1600 ש"ח בחודש, ואין לו כל הכנסה אחרת. עוד נטען, כי נוכח היקף הבינוי, יש להסתפק בקנס סימלי, אם בכלל.

10. המשיבה טוענת מנגד כי אין כל עילה להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא, בהיותו מבוסס בתשתית ראייתית ומשפטית. לטענת המשיבה, המערער אמנם פנה לוועדה בטרם הורשע במסגרת פסק הדין הראשון בבקשה להסדיר את דרך העץ, וזאת במסגרת "בקשה לעבודה מצומצמת". אלא שתגובה לבקשה זו נמסרה לו עוד ביום 04.05.08, במסגרתה ציין מהנדס המועצה המקומית הר אדר כי בנכס חלו שינויים מלבד דרך העץ, אשר לא ניתן להם היתר בניה. עוד הוסבר למערער כי לא ניתן להגיש את השינויים במסגרת "בקשה לעבודה מצומצמת" אלא במסגרת בקשה להיתר עבור כל השינויים שחלו בבניין ובפיתוח, ושנבנו בניגוד להיתר הבניה המקורי. חרף תשובה זו, בחר המערער לעשות דין לעצמו, ולא לפעול כפי שהוסבר לו. בהקשר זה טוען ב"כ המשיבה, כי אף אם המערער היה סבור כי בקשתו סורבה שלא כדין, הרי שהיה בידו לערער על כך. עוד נטען, כי ככל שהמערער סבר שטיפול הוועדה בבקשתו לא היה נאות, היה בידו לבקש ארכה.

אשר לגזר הדין, נטען כי מדובר בקנס מידתי, ואף מקל, וזאת בשים לב לקנס המירבי שנקבע בצו בדבר תכנון ערים כפרים ובנינים (תיקון מס' 19) (יהודה ושומרון) (מס' 1585), התשס"ז-2007, וכן בצו בדבר העלאת קנסות שנקבעו בתחיקת בטחון (תיקון מס' 6) (מס' 1597), התשס"ז-2007 (יוער כי מדובר בצווי המפקד הצבאי שיש להם תוקף של חקיקה ראשית על פי הדין החל באזור יהודה ושומרון). לטענת ב"כ המשיבה, אופן הפנמת הנורמות על-ידי המערער מדגימה כי זהו אינו המקרה המתאים להפחית את הקנס.

דיון והכרעה

11. שקלתי את טענות הצדדים, על רקע מכלול הנסיבות, ובאתי למסקנה כי דין הערעור על הכרעת הדין - להידחות.

12. עיקר טענותיו של המערער עסקו בשאלת האחריות לאי ביצועו של פסק הדין הראשון, כאשר המערער טוען כי זו רובצת לפתחה של המשיבה. דומה כי טיעון זה של המערער טומן בחובו גם את ההכרעה בערעורו. זאת משום שהמערער מודה, הלכה למעשה, באי ביצועו של פסק הדין הראשון, שכזכור העמיד בפניו שתי אפשרויות: הריסת הבנייה או התאמתה. יש לזכור את מה שדומה כי נשתכח מהמערער - הוא זה שבנה שלא כחוק, ולפיכך, במישור זה, אין לו להלין אלא על עצמו. לצד דברים אלה, הרי שיש ממש בטענתו של המערער לפיה ביצוע התאמה (שהינה הלכה למעשה הוצאת היתר) אינו אפשרי ללא אישור מוסדות הרישוי והתכנון הרלוונטיים. אלא שבדיוק לשם כך ניתנה למערער האפשרות להגיש בקשה להאריך את המועד שנקבע בפסק הדין הראשון להסדרת הבנייה, ואף נקבע כי ככל שתוגש בקשה כזו - היא תענה בחיוב. המערער העדיף, מטעמיו שלו, לא לנצל את ההזדמנות שניתנה לו ובחר ב"שב ואל תעשה". הצדדים גם הרחיבו על אודות אופן הסדרת הבנייה-האם במסגרת הגשת "בקשה לעבודה מצומצמת" או שמא במסגרת תכנית שתכלול את כל השינויים במבנה. מדובר בפולמוס שאינו רלוונטי לענייננו, שכן אף אם סבר המערער כי בקשתו נדחתה שלא כדין, היה בידו למצות הליכים אל מול הרשות הרלוונטית. אלא שהעותר בחר שלא לעשות כן, וכאמור, אף לא לבקש להאריך את המועד לביצועו של פסק הדין הראשון.

13. נוכח האמור לעיל לא מצאתי כל מקום להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא בכל הנוגע להכרעת הדין.
14. שונים הם פני הדברים באשר לגזר הדין. כזכור על המערער הושת קנס בגובה של 70,000 ש"ח בגין אי ביצוע פסק הדין הראשון, בו הושת עליו קנס בגובה 2000 ש"ח בגין הבנייה והשימוש הלא חוקי.
15. על אף שהעבירה בוצעה בתחום אזור יהודה ושומרון, הצדדים, וגם בית משפט קמא, התבססו על פסיקה ישראלית, שעניינה עבירות על חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, החל בישראל, ולא באזור יהודה ושומרון. אולם, בהעדר טיעון מפורט בסוגיה זו, אני מניח - מבלי לקבוע מסמרות - כי ניתן ליישם את הפסיקה הישראלית, לרבות שיקולי הענישה, על עבירות בניה לפי החוק המקומי משנת 1966 (שהוזכר בפסקה 2 לעיל). כמו כן, אינני מביע עמדה, בהעדר טיעון, בשאלה, האם היה מקום - או שמא חובה - לערוך את גזר הדין על פי עקרונות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, כפי שנחקקו בחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012. על בסיס הנחות אלה, יערך הדין בשאלת העונש במסגרת הדין בערעור על גזר הדין.
16. מקובלת עליי העמדה העקרונית שבאה לידי ביטוי בגזר הדין, לפיה עבירה של אי קיום צו שיפוטי היא עבירה חמורה. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שעסקינן בצו שיפוטי שנולד כתוצאה מבנייה בלתי חוקית, אשר הוגדרה על-ידי בית המשפט העליון כ"מכת מדינה", שאינה רק חותרת תחת עקרונות התכנון והבניה, אלא שיש לראותה כאחת התופעות הבולטות של פגיעה בצווי בתי-המשפט וזלזול בשלטון החוק (ראו רע"פ 5545/11 יאסין נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה לב הגליל (2.8.2011)).
17. אלא שלצד היבט החומרה, עליו עמדתי, יש להביא בחשבון במקרה זה גם נתונים הפועלים בכיוון של הפחתת העונש.
18. לעניין העבירות הבסיסיות ונסיבות ביצוען, בלא להקל בהן ראש, הרי שמדובר ברף הנמוך של עבירות דיני התכנון והבניה. אין מדובר בבנייה למטרת רווח, או בניה במטרים רבועים רבים, כי אם בגשר עץ קטן מידות שנועד להקל על הגישה לביתו של המערער. גם העבירות האחרות, שעניינן שימוש בבנייה שנעשתה שלא כדין, אף הם נעשו בהיקפים מצומצמים. בית משפט קמא הפנה בגזר הדין לשני פסקי דין על-פיהם יש להטיל על נאשם שלא מקיים צו שיפוטי עונש של מאסר, ולו מאסר על תנאי. אלא שאין הנדון דומה לראיה. כך למשל ברע"פ 2809/05 טסה נ' מדינת ישראל (23.05.05) היה מדובר בעבירות שכללו "בניה בשטח כולל של כ- 2,700 מ"ר וסלילת משטח אספלט בשטח של כ- 13,000 מ"ר - כל אלה על קרקע חקלאית ללא היתר, ובהמשך, לאחר צו הריסה שנתן בית משפט השלום, הקמת מבנים נוספים בשטח של כ- 994 מ"ר, גדר באורך כ- 86 מ' וסלילת משטח אספלט בשטח של כ- 70 מ"ר; ועוד כעבור זמן, שימוש חורג בשטח כולל של כ- 1,000 מ"ר למטרות משרד, איחסון עצים ומסגריה" (שם, בפסקה ב'). ואילו ברע"פ 2197-13 ג'מאל נ' מדינת ישראל (17.04.13) היה מדובר על בניה ללא היתר של "תוספת עם גג רעפים, בשטח של 36 מטרים רבועים; קומת מרתף בשטח של 121 מטרים רבועים; תוספת לקומת המרתף בשטח של 151 מטרים רבועים..." (שם, בפסקה 2).
19. נתון נוסף הדוחק לכיוון מיתון העונש הוא מצבו הכלכלי של המערער. לטענתו, אין לו פנסיה, הוא אינו עובד, אלא מתקיים מקצבת ביטוח לאומי בלבד בסך של 1,600 ₪ בחודש. עיון בפרוטוקול הדין בבית משפט קמא מלמד כי טיעון זה כלל לא הועלה על ידי המערער שם, ודומה כי בשל כך הדבר אף לא נלקח בחשבון במסגרת גזר הדין. עם זאת, משנתונים אלה הועלו בפניי ערכאה זו, וב"כ המשיבה לא הביע התנגדות לעצם העלאתם,

הרי שגם בהם יש להוות שיקול לקולא.

20. לכל האמור יש להוסיף כי אף המשיבה עצמה סבורה שניתן להתאים את הבנייה, בכפוף לכך שהדברים ייעשו במסגרת בקשה מתאימה.

21. בסופו של יום, נוכח מכלול שיקולים אלה, הגעתי למסקנה כי יש להקל בעונשו של המערער, ולהפחית מגובה הקנס שהושת עליו, והכל כפי שיפורט להלן:

א. המערער ישלם קנס בסך של 30,000 ש"ח. התשלום הראשון יהיה על סך של 8,000 ש"ח, וישולם לא יאוחר מיום 01.03.14. יתרת הסכום (22,000 ש"ח), תשולם ב-22 תשלומים חודשיים שווים ורצופים, החל מיום 01.04.14.

במקרה של אי תשלום אחד משיעורי הקנס במועד, תעמוד כל יתרת הקנס לתשלום מייד. כמו כן, במקרה של אי תשלום הקנס, ייאסר המערער למשך שלושה חודשים.

ב. ניתנת בזה ארכה נוספת למערער להרוס את הבנייה או להתאימה, וזאת עד ליום 02.08.14. ככל שתידרש למערער ארכה נוספת, יוכל להגיש בקשה מתאימה לבית משפט קמא, בתוך התקופה האמורה.

ג. ביתר פרטי גזר הדין לא יחול כל שינוי.

דוד חשין, נשיא

סגן הנשיא משה דרורי:

אני מסכים.

משה דרורי, סגן נשיא

השופט עודד שחם:

אני מסכים.

עודד שחם, שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא חשין.

ניתנה היום, ב' אדר
תשע"ד, 02 פברואר
2014, במעמד
הצדדים.

עודד שחם, שופט

**משה דרורי, סגן
נשיא**

דוד חשין, נשיא

עמוד 5

