

## ת"פ 58050/03/23 - אריה פרידמן מבנים והשקעות בע"מ נגד ועדה מקומית לתכנון תמר, רמת הנגב

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 58050-03-23 אריה פרידמן מבנים והשקעות בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון תמר,  
רמת הנגב

לפני מערכת	כבוד השופט אלון אינפלד	אריה פרידמן מבנים והשקעות בע"מ ע"י ב"כ עוה"ד דורית פרידמן
נגד משיבה		ועדה מקומית לתכנון תמר, רמת הנגב ע"י ב"כ עוה"ד שגב פלץ

### פסק דין

לפני ערעור על הכרעת הדין בשל בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופטת אורית קרץ), בתיק תו"ב 58827-06-21 (מיום 8.2.23, גזר הדין ניתן ביום 20.2.23), בה הורשעה המערערת, מכוח אחריותה כבעלת מקרקעין, בעבירת שימוש אסור במקרקעין, בגין אי מניעת השימוש האסור שביצעו בהם השוכרים.

### רקע

המערערת, חברת אריה פרידמן מבנים והשקעות בע"מ, היא בעלת המקרקעין, מרפסת של מסעדה בקניון עין התכלת בעין בוקק, אותם היא משכירה לשימוש מסחרי. שוכרי המקרקעין (הנאשמים 1 - 3 בכתב האישום), אשר הורשעו ונגזר דינם בבית משפט קמא, ביצעו עבודות בנייה ושימוש אסור במקרקעין, על ידי כך שבנו גשר להולכי רגל משטח ציבורי לשטח המרפסת בקניון עין התכלת, בר משקאות ושתי פרגולות. המערערת (הנאשמת 4 בבית משפט קמא) זוכתה מעבירות הבנייה כשלעצמן, אך הורשעה בעבירת השימוש. זאת, מכוח אחריותה כבעלת המקרקעין, לפי סעיף 243(ה) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן "חוק התכנון והבניה" או "החוק"), לאחר שלא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח כי עשתה כל שביכולתה כדי למנוע את השימוש האסור שביצעו השוכרים במקרקעין.

במסגרת הכרעת הדין, נדחתה טענת המערערת להגנה מן הצדק נוכח אכיפה בררנית, בהקשר לכך שלא הועמדה לדין חברה אחרת, שהיא בעלים של חלק אחר מהשטח ששכרו השוכרים (הכולל את שטח המטבח), אשר גם בשטחה בוצעו עבירות בניה, על ידי שינויים משמעותיים לכאורה במטבח הנכס. בית משפט קמא מצא כי אין מקום להשוות בין המערערת לבין החברה האחרת שלא עמדה לדין, לא לעניין כמות העבירות ולא לעניין איכותן.

הובהר כי המערערת עמדה לדין בגין עבירות בשטח של כ- 150 מ"ר, כאשר עבירה אחת (בניית גשר) גולשת לתחום המרחב הציבורי. זאת, כאשר לגבי המטבח כל אשר היה ידוע תחילה נגע לעבירה של שינוי בחזית המבנה על ידי חיפוי

חלונות ויטרינה וביצוע לוחות עץ. בית המשפט קיבל את דברי המפקח, לפיהם החלה אכיפה דחופה נוכח החשיבות המיוחדת באכיפה בהקשר לגשר, באשר יש בו היבטים ברורים של בטיחות. בהקשר לגשר זה גם הוצאו צווים שהופרו. אמנם חלק מהגשר הגיע לשצ"פ, שאינו שטח באחריות המערערת, אך חלקו כן היה בשטח המערערת, והאכיפה נעשתה לגבי המבנה כולו.

הובהר עוד כי אמנם, לפי היתר הבניה שקיבלו השוכרים בדיעבד, עלה שהיו גם שינויים פנימיים באזור המטבח שהיו טעונים היתר, כגון בהקשר לביוב וניקוז, ואין מדובר רק בשינוי חזיתות, כפי שסבר המפקח לכתחילה. אולם, עלה מהראיות שהמפקח לא היה מודע בכלל לעבירות אלה בתוך המבנה בשלבים הראשונים של האכיפה, ומכל מקום הוא לא נשאל על כך בחקירה נגדית.

מעבר לכך, נמצא שאף לו ידעה הרשות על העבירות הנוספות, לא היה בכך כדי להעמיד את שתי החברות במעמד שווה, במידה שהבחנה ביניהן תעמיד את האכיפה החלקית כאכיפה בררנית. בית המשפט מצא כי המפקח היה מודע בשלב מסוים לקיומן של עבירות אחרות בשטח, ולכך שיש בעלים אחרים לאותו שטח, אך מכיוון שהיה זה בשלב מתקדם, ומכיוון שמדובר בעבירות בהיקפים שונים לגמרי, אין בעובדה שלא ננקטה אכיפה ביחס לבעלי המטבח משום אכיפה בררנית המקימה הגנה מן הצדק.

בית המשפט בחן טענות נוספות להגנה מן הצדק, בהקשר לעיכובים ביחס למתן התרי בניה, ומפרט מעט מהטענות לעניין זה. עם זאת, מצא בית המשפט כי אין מדובר בסוג הטענות היכולות להקים טענה להגנה מן הצדק.

עוד בהכרעת הדין, **לגופה של ההאשמה, נדחתה חלקית טענת המערערת** כי הבעלים של החברה, מר אריה פרידמן, לא ידע תחילה על כל עבירה, ומיד משנודע לו על כך מהמפקח מטעם המשיבה ביקש המנהל מהמפקח להוציא צו הריסה נגדם, הורה לשוכרים להפסיק את ביצוע העבודות, עשה כל שלאל ידו להביא להפסקת ביצוע העבירה, ועמד באחריות הקפידה המוטלת עליו מכוח החוק.

בית המשפט קבע כי עבודות הבניה עצמן בוצעו תוך זמן קצר למדי, בחודש יוני 2020, בתקופת משבר הקורונה. בית המשפט קיבל את הטענה כי מנהל המערערת שהה בביתו בתקופה זו, ומיעט לצאת ככל הניתן, בשל מחלות רקע מהן סבל.

בית המשפט קיבל את עדות המנהל כי למרות שעבירות הבניה התגלו לרשות ביום 17.6.20, המנהל (שהוא תושב רמת גן) לא ידע על העבירות עד ליום 29.6.20. המנהל אף לא עודכן כלל על פעולות האכיפה הדחופות שבוצעו קודם לכן, אשר כללו הדבקה של אזהרות בשטח המקרקעין. בית המשפט קבע כי כל עבודות הבניה (למעטי הזזת הגשר מהשצ"פ לתוך שטח המגרש) כבר הסתיימו עד אותו מועד. אמנם, ככלל, בעל מקרקעין מחוייב להגיע למקרקעין ולבדוק אותם ישירות או באמצעות אחרים, וכי רק כך יוכל לשכנע שעשה כל שבאפשרותו לאתר עבירות בניה ולמנוע את ביצוען. אולם, בשים לב לכך שהעבירות עצמן בוצעו מהר מאוד, ובשים לב למצב המיוחד ששרר באותה תקופה, לא מצופה היה מהמנהל לעשות יותר. לפיכך - זוכתה המערערת מעבירות הבניה עצמן.

לעניין עבירות השימוש האסור - טענת ההגנה נדחתה.

בית המשפט עמד על כך שהשימוש האסור נמשך מחודש יוני 2020 ועד "היום", היינו יום מתן הכרעת הדין (8.2.23). בית המשפט נתן דעתו לכך שהמנהל מסר שהתקשר למפקח ביום קבלת הזימון לחקירה, הסביר שאינו יכול לצאת מן

הבית וביקש את המפקח בכתב ועל פה - "תוציא להם צו הריסה". בית המשפט קיבל את עדות המנהל לפיה הוא התקשר מיד לשוכרים ודרש מהם לפרק את הבניה האסורה, אך "הם הרגיעו אותי. אמרו לי הגשנו את הבקשה להיתר, אל תדאג הכל בסדר. אנחנו עומדים לקבל את ההיתר..."; כי נכלל בחוזה השכירות הוראה מפורשת האוסרת לבצע עבירות בניה; ואף הגיש תביעות אזרחיות (לפינוי ולפיצוי).

עם זאת, בית המשפט עמד על כך שהתביעות הוגשו לאחר הגשת כתב האישום (שהוגש ביוני 2021), כי המנהל ביקר פעם במקום וראה שהבניה לא הוסרה, וכי לא בדק בוועדה המקומית, ולו באמצעות אתר האינטרנט, מה סטטוס הבקשה להיתר בניה.

בית המשפט קבע כי בכך לא היה די כדי שהמערער תעמוד בחובתה לפי אחריות הקפידה. בית המשפט קבע כי "חובה היה על מנהל הנאשמת לנקוט בפעולות אקטיביות ונחרצות מול מבצעי העבירות מיד עם גילוי העבירה ולא להסתפק בפעולות בהן נקט". בית המשפט הצביע על פסיקה המלמדת כי לא די למשכיר בסעיף בחוזה האוסר עבירות בניה, ולא די במכתבי התראה. בית המשפט ציין עוד שלא די אפילו במכתב למפקח המורה לו להוציא צווי הריסה. שכן "האפשרויות העומדות לרשות המאשימה בהתמודדות עם עבירות בניה לרבות הוצאת צו הריסה מנהלי אינן גורעות מחובתו של בעל מקרקעין למנוע עבירות בניה במקרקעין שבבעלותו. המאשימה יכולה, אם היא מוצאת לנכון ומתקיימים התנאים הקבועים בחוק, להפעיל את הסמכויות הנתונות לה לרבות צו הריסה וביצוע הריסה. במקביל חובה על בעל המקרקעין לעשות כל שביכולתו למניעת עבירות הבניה".

אם כן, נקבע שלא די בהוצאת מכתבים, ובכך שהמנהל לא שמע עוד מהמפקח לאחר הפניות הראשוניות. כן נקבע כי התביעות האזרחיות, שהוגשו לאחר שהוגש כתב האישום, היו צריכות להיות מוגשות "זמן רב קודם לכן". בית המשפט עמד על הסברו של מנהל המערער לפיו "האמת היא שאני רוצה שיהיה להם את הפרגולה, שיהיה להם טוב, שישלמו לי שכירות. לכם לא טוב, תהרסו להם, תפרקו להם, תתבעו אותם. מה אתם רוצים ממני? אני עשיתי כל מה שיכולתי לעשות...". הסבר, ממנו עולה כי למעשה לא היה למנהל אינטרס לפעול מול השוכרים, וזו הסיבה שלא פעל. בית המשפט הדגיש כי "בעל מקרקעין חייב לפעול נגד עבירות בניה שמבוצעות במקרקעין שבבעלותו אף במחיר של לקיחת סיכון שהשוכרים לא ישלמו דמי שכירות!".

נוכח כל השיקולים האמורים, הורשעה המערער בעבירת השימוש האסור במקרקעין - ומכאן הערעור.

## **הטענות בערעור**

**המערער טוענת** כי שגה בית משפט קמא בהכרעת דינו, הן בכך שלא התקבלה הטענה לאכיפה בררנית והן לעצם ההרשעה לגופה.

המערערת סבורה שצריך היה לקבל את טענתה **לאכיפה בררנית**, אל מול הבעלים של שטח המטבח, שלא הועמדו לדין. הודגש כי המערערת היא בעלת מרפסת המסעדה בלבד, בעוד שטח המטבח הושכר לשוכרים (שהורשעו בדין) על ידי חברה אחרת. לשיטתה, משהוכח במשפט כי לפחות בשלב מסוים היה המפקח מודע לכך שהמטבח בבעלות שונה; כי בוצעו גם שם עבירות בניה; כי נודע תחילה אמנם רק על שינוי חזית, אך בהמשך נוגע כי במטבח נעשו גם שינויי צנרת וניקוז משמעותיים הטעונים היתר; כי בעלי המטבח לא נחקרו עד אשר המערערת העלתה טענת הגנה מן הצדק במשפטה; כי לא נעשה מאמץ בשלב הראשון לברר מי הם הבעלים של אזור המטבח; כי בעלי המטבח קבלו היתר בניה

לפני שהמערערת קיבלה את ההיתר שלה; הרי שמתברר כי הייתה אכיפה בררנית, וראוי להחיל על המערערת הגנה מן הצדק, לפי הלכות **בורביץ'** ו- **זקין** הידועות. הוטעם כי האפליה חמורה במיוחד משום שמדובר במקרה מובהק יותר מאשר עסקים שכנים, באשר מדובר באותו עסק ממש, המוקם של שטח השכור משתי בעלויות שונות, כאשר הבעלים של צד אחד עמד לדין, והבעלים של הצד האחר לא עמד.

עוד נטען, כי רק ימים ספורים בטרם מתן גזר הדין, ביום 15.2.2023, התקבל היתר הבנייה, לבקשה שהגישה המערערת בספטמבר 2020, וזאת רק לאחר שבהליך המשפטי המתנהל המערערת הודיעה כי היא שוקלת להגיש עתירה מנהלית בשל אפליה פסולה, בכך שהבעלים האחרים שהגישו בקשה להיתר יחד עם המערערת, קיבלו אותה באפריל 2022. וגם בכך, כך נטען, ניתן ללמוד על התנהגותה הפסולה של הרשות.

**לגופה של ההאשמה נטען** כי שגה בית משפט קמא בקביעה שהמערערת לא עמדה בנטל המוטל עליה, אך זאת מבלי שבית המשפט פירט מה הפעולות הנוספות שניתן היה לבצע. נטען כי מנהל המערערת עשה כל שביכולתו כדי למנוע את השימוש האסור שביצעו השוכרים. בכלל זה, הוסיף סעיף בחוזה השכירות האוסר על שינויים במרפסת ללא קבלת היתרים מתאימים; חתם על הבקשה היחידה להיתר שהובאה לידיעתו, אותה הגישו השוכרים; הורה למפקח מטעם המשיבה ביום 29.6.2020, בשיחת טלפון ובהודעת מייל להוציא צו הריסה, מיד לאחר שהודיע לו על עבירות הבנייה והשימוש; הורה ישירות לשוכרים, בשיחת טלפון באותו היום, להרוס המבנים האסורים; היה בקשר טלפוני רצוף עם השוכרים לוודא התקדמותם; שלח לשוכרים שני מכתבי התראה במועדים שונים (30.3.2021 ו- 28.5.2021), בדרישה להרוס המבנים האסורים, ולשלם את דמי השכירות אותם הפסיקו לשלם; והגיש באוגוסט 2021 שתי תביעות נגד השוכרים, האחת לפינוי מהנכס נוכח השימושים האסורים, והשנייה לתשלום דמי השכירות האסורים, לאחר שהשוכרים הפסיקו לענות לשיחותיו.

נטען, כי כלל לא הובא לידיעת המערערת שהמשיבה הוציאה צו הריסה לבנייה הלא חוקית, שהצו הופר, ושהתנהלו הליכים משפטיים נגד השוכרים. נטען, כי במשך כל הזמן מנהל המערערת סבר שהשימוש האסור נמצא בטיפול הרשות.

עוד נטען, כי בפעולות אלה שתוארו ביצעה המערערת כל שביכולתה כדי למנוע השימושים האסורים. הרי משטרת ישראל והפיקוח בעצמם לא הצליחו לעצור השימושים, אף לאחר שהוצאו צווי הריסה, כאשר השוכרים התעלמו מהצווים, צעקו באלימות על המפקח מטעם המשיבה, ולא התייצבו לדיונים בבית המשפט עד אשר הוצא להם צו הבאה. לכן, לא ברורה הציפייה של בית משפט קמא לפעולות נוספות שיכול היה לבצע מנהל המערערת, אדם בן 75 מרמת גן בעוד הנכס בים המלח, במהלך מגפת הקורונה, כאשר הוא נמצא בקבוצת סיכון.

לקראת הדיון, הגישה המערערת בקשה להגשת ראיות נוספות בערעור. המדובר בשני מכתבי ההתראה ששלחה המערערת לשוכרים, מיום 30.3.21 ומיום 28.5.21.

**המשיבה** חזרה על עיקרי קביעותיו של בית משפט קמא, וטענה כי בניגוד לטענת המערערת בערעור, הוכח ונקבע בבית משפט קמא כי בין מועד גילוי העבירות בתאריך 29.6.2020, בו הורה מנהל המערערת למפקח ולשוכרים להפסיק העבודות, ועד למועד הגשת כתב האישום נגד המערערת - המערערת לא ביצעה פעולות ממשיות לצורך הפסקת השימוש במקרקעין האסורים, על אף שמנהל המערערת ביקר במקרקעין לפחות פעם אחת בזמנים אלה, וחזה בשימוש האסור.

נטען כי אפילו לא נבדק סטטוס הבקשה להיתר. עוד נטען, כי מנהל המערערת בעצמו העיד כי לא היה לו אינטרס בהריסת העבודות, שכן יכול להרוויח תשלום שכירות מוגדל בגיבן. כן נטען, כי לא די בפעולות שכן ביצעה המערערת, כמו הכנסת סעיף בחוזה האוסר על בניה ללא קבלת ההיתרים כדין, ואמירה למפקח להוציא צו הריסה.

המשיבה קבלה על כך שהמערערת צרפה לערעורה ראיות שלא הוגשו בבית משפט קמא, ללא רשות. בהם הסכם שכירות של בעלים אחרים, מכתבי התראה שנשלחו לשוכרים בפרק הזמן המדובר, והעתק התביעות האזרחיות שהוגשו. נטען כי ראיות אלו לא הובאו בבית משפט קמא, על אף שהיה בידי המערערת להביאן, ולכן ממילא אין להידרש להן (כאמור, בהמשך הוגשה בקשה להגשת ראיות בערעור). המשיבה טענה כי בכל מקרה אין בכוח הראיות הנוספות לשנות התוצאה. שכן, המכתב הראשון נשלח 9 חודשים מהמועד בו נודע למערערת על העבירות, ועיקרו נוגע לחובות כספיים של השוכרת. עוד נטען כי, לאחר שהיה הסדר כספי בין המערערת לשוכרת, התביעה בהוצאה לפועל נסגרה. דבר, המלמד על מטרתו הראשונית והעיקרית של ההליך - קבלת דמי השכירות.

עוד נטען, לגבי חובת האזרח לפעול כאשר הרשות פועלת במקביל, כי החובה לא נועדה לפצות על קשיי אכיפה של הרשות כפי שטוענת המערערת, דבר שלא רלוונטי לעניינו ממילא, אלא מדובר בחובה עצמאית למערערת. נטען גם, כי פעולה אפשרית של המערערת יכולה להיות, דרישה להפסיק העבירות במועד הרלוונטי, תוך שימוש בהליכים אזרחיים.

המשיבה טוענת כי צדק בית משפט קמא בדחיית הטענה להגנה מן הצדק ולאכיפה בררנית. נטען כי העבירות עליהן מצביעה המערערת שונות בהיקפן ואיכותן מאלה שביצעה המערערת, ואין האכיפה החלקית מקימה טענת אפליה. עוד נטען, כי גם טענה לאפליה בהליכי הרישוי אינה נכונה, באשר המערערת לא עמדה בתנאים הנדרשים למתן היתר, ואף עכבה הטיפול בו, ורק מטעמים אלה היתר הבניה התעכב.

## **דין והכרעה**

לאחר עיון, הגעתי למסקנה לפיה אין להתערב בקביעותיו המפורטות של בית משפט קמא, ויש **לדחות את הערעור**.

לעניין הטענות **לאכיפה בררנית** - לא נתבקשה תשובת המשיבה בדיון, שכן לא מצאתי בטענות אלה ממש. בית משפט קמא ציין בצדק כי טענות לאכיפה בררנית בתחום התכנון והבניה יתקבלו במקרים חריגים בלבד, שכן קבלת הטענה תוביל להכשרת מבנים אסורים ולא בטיחותיים. אולם, לטעמי, לא זו הנקודה העיקרית בענייננו.

נקבע, ומסכים גם אני, כי בעת בחינה של שאלת האכיפה הבררנית, בית המשפט אינו מבקר את גורמי החקירה והתביעה במבחן של שוויון טכני פשוט. זאת, אף לאחר הפסיקה (במרכזה רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** (31.10.18)) לפיה ניתן לקבוע כי קיימת אכיפה בררנית גם במקרים בהם אין מניע פסול במעשי הרשות, במקרים חריגים ונדירים, אם התוצאה יוצרת ליקוי מהותי מאוד, כגון הפליה משמעותית הפוגעת בעקרונות של צדק והגינות משפטית. בית המשפט בוחן, בין היתר, את סבירות ההחלטות על רקע הנתונים שהיו בידי הרשות בשלבים השונים של ההליך ונותן משקל לשיקול הדעת שהופעל. אף אם בית המשפט מגיע למסקנה כי נפלה שגיאה, יבחן אם מדובר בשגיאה כה חמורה, עד כי היא מצדיקה הענקה של הגנה מן הצדק, אף אם השגיאה לא נעשתה בזדון.

במקרה זה, ההחלטה של הרשות לראות את לב העניין הציבורי, שהצדיק גם נקיטה בצווים בזמן אמת ולא רק אכיפה בדיעבד, נבעה מבניית גשר הולכי רגל. בנייה, אשר לה היבטים בטיחותיים משמעותיים, ואשר בשלב הראשון גם כללה בניה על שטח שצ"פ, שלא כדין. אכן, לעת הגשת כתב האישום המבט היה כולל יותר, והתבררו גם עבירות נוספות.

אולם, לגבי השאלה אם לכלול באישום, מעבר לעבריינים הישירים (השוכרים) גם את העבריינים העקיפים (הבעלים), החלטת התביעה מצויה עמוק בתוך מתחם הסבירות. ההבחנה בין הבעלים של שני חלקי המסעדה היא בהחלט סבירה, נוכח ההבדל בטיב העבירות. אכן, ייתכן שגם החלטה להעמיד לדין הבעלים של המטבח יכולה הייתה להיות סבירה, וגם החלטה שלא להעמיד לדין את המערערת אולי הייתה סבירה. התביעה החליטה כפי שהחליטה, במיקוד על בניית הגשר, והמשך השימוש בו, כאירוע חמור במיוחד. העובדה שבוצעו עבודות הטענות היתר מטעמים אחרים, כגון שינוי חזיתות או שינויים משמעותיים בצנרת ובניקוז, אשר התגלו במשך הזמן, לא מחייבת בהכרח להעמיד לדין גם את המבצע העקיף של אותן עבירות נוספות.

לא מצאתי רלוונטיות לטענות המערערת אודות עיכוב כזה או אחר, במתן היתר הבניה, או לגבי שוני בין המועד בו הצליחו השוכרים להוציא היתר בניה ביחס לשטח האחר לבין המועד בו הצליחו להוציא היתר בניה לגבי שטח של המערערת. תהליכים אלה החלו באיחור ניכר, כאשר עבירת השימוש כבר הייתה בעיצומה (הבקשה הראשונה מבין הבקשות שנדחו בשל אי עמידה בתנאים מוקדמים, הוגשה רק ביום 23.11.20, היינו חודשים לאחר שנודע למערערת על העבירה). כך, שמדובר בעובדות שכלל אינן רלוונטיות לזמן העיקרי בו חדלה המערערת מלמלא את חובתה. פגיעה אחרת, מאוחרת, של המשיבה במערערת, אינה יכולה להיות רלוונטית למשפט שלפנינו, ולכל היותר, לו נדרש צו הריסה אפשר שהיה עניין זה משפיע על מועד ביצועו. מעבר לכך, לא מצאתי שעלו טענות מובהקות היכולות ללמד על טעות כלשהי באישור בקשה זו או אחרת, וחזקה כי בקשות התקבלו או נדחו על יסוד נימוקים ענייניים. מה גם שבית המשפט הצביע על כך שמנהל המערערת הוא אשר הורה על הקפאת הבקשה בשלב מסוים (ת/11), ובכך בזבז זמן משמעותי.

סיכומי של דבר, יש פער משמעותי מאוד בין העבירה שביצעו השוכרים בשטח של המערערת לבין העבירה שביצעו השוכרים בשטח של הבעלים האחרים. על רקע פער זה, לא יכולה להתקבל כל טענה לאכיפה בררנית על ידי הרחבת כתב האשום למחדלי המערערת, מבלי להרחיבם למחדלי הבעלים האחרים. לפיכך, **אין ממש בטענות הערעור ביחס לאכיפה בררנית.**

שאלת **האחריות לגופו של עניין**, נראתה במבט ראשון מורכבת יותר. אולם, לאחר עיון, מקובלת עלי במלואה מסקנת בית משפט קמא לפיה רחוקה הייתה המערערת מלעמוד בנטל המוטל עליה להראות כי עשתה כל שביכולתה למנוע את השימוש האסור. זאת, אף אם לוקחים בחשבון את הראיות הנוספות שנתבקשה הגשתן בערעור (ויוער מיד שאין מדובר בסוג הראיות הראויות להגשה בערעור, באשר היו תחת ידי המערערת כל המשפט).

בהתאם לראיות, שהוגשו במועד ושלא הוגשו במועד, יש להניח לטובת המערערת: כי נכלל סעיף בחוזה השכירות האוסר על בניה ללא היתרים מתאימים; כי נודע לה על העבירה ביום 29.6.2020; כי בו ביום הורתה למפקח, בשיחת טלפון ובדואר אלקטרוני, שיוציא צו הריסה למבנים, והורה על פה לשוכרים שיסירו המבנים האסורים; כי נשלח מכתב התראה ממנהל המערערת לשוכרים ביום 30.3.2021 בו צוין עיכוב בהעברת שיקים לתשלום, צוינו גם עבירות הבניה כהפרת חוזה וכנוזק, דרישה לפיצוי והתראה לפני ביטול החוזה; כי יצא מכתב מעורכת הדין לשוכרים ביום 28.5.2021, שעיקרו נוגע להפרה היסודית באי תשלום שכירות, ומאוזכרת בו גם הבניה הבלתי חוקית כהפרת חוזה ונוזק, עם דרישה להפסיק לבצע שינויים ולתקן השינויים שבוצעו; וכי ביום 17.8.2021, כחודש וחצי לאחר מועד הגשת כתב האישום, הוגשו תביעות אזרחיות נגד השוכרים בקשר לפינוי המושכר ולתשלום דמי שכירות, וכאשר אחת מעילות תביעת הפינוי היא ההפרה הבאה לידי ביטוי בבניה בלתי חוקית.

כאמור, הבקשה להגשת ראיות נוספות אינה עומדת בקריטריונים לכך, באשר מדובר במסמכים שהיו תחת ידיה של המערערת כל העת, ובאשר אין בהם כדי לשנות את התוצאה. אולם, אין צורך לדון בעניין זה לעומק, שכן, אפילו מניחים לטובת המערערת את כל העובדות הנלמדות מהראיות הנוספות, אין הן מלמדות אלא על אשמת המערערת, וכי הייתה רחוקה מאוד מלעמוד בנדרש ממנה בחוק כבעלת המקרקעין אשר בהם בוצעה עבירת בניה.

צודקת המערערת שטוב עשתה כאשר "העבירה הטיפול" לרשויות האכיפה, בכך שדרשה מהם להוציא צווי הריסה (על פה ובכתב). אולם, צדק בית משפט קמא בקביעה כי פעולה זו רחוקה מלהיות מספיקה. מקובלת עלי לגמרי קביעתו המשפטית של בית משפט קמא לפיה "האפשרויות העומדות לרשות המאשימה בהתמודדות עם עבירות בניה לרבות הוצאת צו הריסה מנהלי אינן גורעות מחובתו של בעל מקרקעין למנוע עבירות בניה במקרקעין שבבעלותו". שכן, החוק אינו מסתפק בדיווח אלא דורש פעולה. הרי סעיף 243(ז) לחוק התכנון והבניה, קובע שעבירות הבניה והשימוש האסור הן עבירות "אחריות קפידה". לפי סעיף 22 (ב) לחוק העונשין, הפטור מאחריות קפידה מותנה בהוכחה כי עשה "כל שניתן" למנוע את העבירה: "לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור - עליו הראיה".

משמע - הנטל על הבעלים, הבעלים עצמם, לעשות כל שניתן. העברת העניין לפקיד הרשות, חשוב ככל שיהיה, או העברה לטיפול עורך דין, ידוע ככל שיהיה, אינה מספיקה. חובת הבעלים באמצעות המנהל, בעצמו, אישית, לעשות ככל הניתן, ולו על ידי הפעלה יעילה, נחושה ועקבית של אחרים. חובת הבעלים גם לעקוב אחר הפעולות שעשה (בעצמו ועל ידי אחרים) ולבחון אם הצליחו, ואם לא הצליחו לעשות עוד ועוד.

ברי, שיש גבול סביר גם לעניין זה. לכן, זוכתה הנאשמת מעבירת הבניה, בשים לב למהירות הבניה, למשבר הקורונה ולמצב בריאות מנהלה. אולם, השימוש המשך תקופה ארוכה לפני הגשת כתב האישום. והמערערת, שעד מועד כתב האישום פנתה לרשות פעם אחת, פנתה על פה לשוכרים (אך נחה דעתה כי הם פועלים להיתר), הוציאה שני מכתבים לשוכרים שאזכרו את העבירה משלא היה היתר, ממש לא עשתה הרבה. הפעולות המעטות שעשתה המערערת קיבלו משקל בשלב גזר הדין, משקל רב הרבה יותר מדי, לטעמי, אך בהעדר ערעור מאשימה על העונש לא ארחיב. מכל מקום, לענין עצם ההרשעה, המערערת בוודאי לא עשתה "ככל הניתן", ולא קרוב לכך.

טוענת המערערת כי שגה בית משפט קמא בכך שלא אמר מה היה על המערערת לעשות אשר לא עשתה. אין בידי לקבל טענה זו נגד בית משפט קמא. בית המשפט אינו נותן יעוץ משפטי, ולרוב תפקידו מתבטא בהערכה בדיעבד של פעולות ומחדלים, במיוחד בהליכים פליליים. לטעמי, בית המשפט הסביר היטב מדוע הפעולות שננקטו לא היו קרובות להיות מספיקות.

אולם, על מנת לשבר את האוזן, אפשר שאילו היה מוכח שננקטות פעולות סבירות למעקב אחר הנעשה במקרקעין; שיצא מכתב ראשון לשוכרים תוך יום או יומיים מגילוי העבירה עם דרישות חד משמעיות להפסיק לאלתר את ביצוע העבירות; מכתב נוסף מעורך דין תוך שבוע או שבועיים; והליך משפטי אגרסיבי וחד משמעי בבית המשפט תוך שלשה או ארבעה שבועות; אפשר, שבנסיבות מסוימות היה זה נחשב לפעולה מספקת. בוודאי בתקופה בה המנהל לא יכול היה לצאת מהבית, ונאלץ לפעול באמצעות הטלפון והמקלדת בלבד. כמובן, שהכל היה תלוי בקצב הבניה; בתוכן המכתבים; בהוכחת מעקב מתמיד אחר הנעשה בנכס; בשכנוע בית המשפט הפלילי שאין מדובר במכתבים הנרשמים בקנוניה עם מבצעי העבירה בפועל; בכך שההליך המשפטי היה מכוון למתן צווים אזרחיים מיידים להריסה בפועל (כסעד זמני או

קבוע), לפינוי מידי של המושכר לאפשר לבעלים להרוס או למצער צו בהול להפסקת כל שימוש; וכאשר שאר הנסיבות היו מלמדות על השתדלות כנה ועשיית "ככל הניתן", באמת "ככל הניתן", למנוע, להפסיק ביצוע ולתקן פיזית עבירות בנייה שבוצעו במושכר.

אולם, מכתב מידי למפקח אינו משכנע, כאשר המכתב שהוצא לשוכרים היה 8 חודשים לאחר גילוי העבירה כאשר עיקר המכתב מתייחס לשיקים שחזרו; כאשר מכתב מעורכת הדין נשלח רק 11 חודשים לאחר גילוי העבירה שגם כן מתייחס בעיקר לשאלות הכספיות; והתביעות לבית המשפט 14 חודשים לאחר גילוי העבירה (ואחרי הגשת כתב האישום). תביעות, שאין בהן דרישה לצווי עשה לתיקון הנזק או למצער הפסקת שימוש לאלתר. פעולות סמליות אלה מהוות דוגמה טובה לאי עשייה, ולמחדל פלילי ברור!

יוער בדרך אגב, שתוכן המכתבים מלמד לכאורה כי עבירות הבניה לא היו אלא מנוף לחץ משפטי שכוון בעיקר לדרישות הכספיות. דבר, המחזק את הרושם שקיבל בית המשפט, לפיו מעדות מנהל עולה כי "מנהל הנאשמת למעשה אישר שלא היה לו אינטרס לפעול מול השוכרים, ולכן לא פעל" (סעיף 74 להכרעת הדין).

אולם, גם ללא שיקול זה, ואפילו היה בית המשפט משתכנע כי גרירת הרגליים הייתה בתום לב, אין זו "פעילות" אלא מחדל מתמשך. אין זה מקרה גבולי, ולא מקרה המתקרב להיות גבולי, בהקשר להערכת חובות בעלים ביחס למקרקעין בבעלותו.

יצוין, טענת המערערת, לפיה לא ידעה על צו ההריסה שיצא ושלא בוצע על ידי השוכרים, אינה באה לטובתה כי אם לחובתה. למערערת נודע שמבוצעות עבירות בשטחה. המערערת, בתור בעלת השטח, מחויבת לברר מיד את המצב המשפטי לאשורו, ולפעול להסרת העבירות.

מובהר שוב, **שחובת הבעלים לפעול להפסקת עבירות שמבוצעות בשטחו, היא חובה עצמאית, שאינה תלויה בהתנהלות הרשות.** החובה היא אינה להביא את קיום העבירות לידיעת הרשות שתפעל להסרתן. בעלים שגילה שבשטחו מבוצעות עבירות, צריך לפעול בעצמו להסיר העבירות, מבלי להמתין לרשות שתעשה כן. זאת, מתוך אחריותו האישית של הבעלים (או מנהל התאגיד שהוא בעלים) כאזרח שומר חוק, ומתוך הנחה שהבעלים הוא הגורם היעיל ביותר למנוע ביצוע עבירות. זאת, לעומת הרשות, שאמונה על היקף רחב יותר של שטח, ולה סדרי עדיפויות שונים באכיפה בפועל.

למעשה, הפרשה הנוכחית מעלה בעיני קושי אחד בלבד - שאלה אפשרית בדבר **חוסר התוחלת בפעולות של המערערת**, אשר נטען כי גם אם אילו נקטה בהן, ספק אם היו עוזרות. בהקשר זה, המערערת מצביעה על כך שבכל התקופה האמורה המשיבה ידעה על העבירות, ניסתה למנוע אותן על ידי צווים, ולא הצליחה בכך. למעשה, פעולת האכיפה כלפי השוכרים שהצליחה בפועל הייתה כאשר הוצאו צווי הבאה נגדם, לאחר הגשת כתב האישום. נשאלת השאלה, אם הרשות, כאשר כל כוח השלטון עומד מאחוריה, לא הצליחה לעצור את ביצוע העבירות, מה ניתן היה לצפות מהמערערת וממנהלה המתגורר רחוק בתקופת משבר הקורונה?



במישור המשפטי, הטענה היא כי כשלון התביעה במניעת הבניה, בביצוע צו הריסה מידי או במניעת שימוש בפועל, מלמדת כי כל פעולה שהייתה המערערת נוקטת הייתה נדונה גם כן לכשלון. משמע, **לפי טענה זו, המערערת כן עשתה "ככל שניתן" לעשות, כי לא היה בכל פעולה נוספת כדי להועיל.**

לאחר עיון, אין בידי לקבל טיעון זה. ראשית, לא ניתן לדעת אם איום משפטי נחוש ומוחשי, לבטל החוזה ולהוציא לאלתר את השוכרים מהנכס, שהיה נמסר מיד עם גילוי העבירה, לא היה בו כדי להועיל. פעמים רבות, יש לצדדים אזרחיים כוח רב יותר מאשר לרשות, ואין לזלזל ביכולת של בעלים במקרקעין למנוע עבירות בניה בשטחו, בהתאם לחובתו בדיון. אולם, גם במישור המשפטי, השאלה הנשאלת אינה אם היום, במבט בדיעבד, ניתן להעריך כי פעולות מסוימות היו מצליחות או אולי לא היו מצליחות. אין אנו עוסקים בעבירת תוצאה, אלא בעבירת התנהגות, אף אם במחדל ולא במעשה. **המבחן אם נאשם באחריות קפידה עשה "ככל שניתן" הוא מבחן ביחס לטיב חובתו לפעול - בזמן המחדל.** האם הנאשם נמנע מעשיית המעשה משום שהוא ידע בוודאות שאין בדבר כדי להועיל? ייתכן תיאורטית שאם עולה בידי הנאשם להראות כי בזמן אמת ידע שאין במעשה מסוים כדי להועיל, לא יואשם בגין אי ביצוע אותו מעשה. הרי חובתו לעשות פעולות שיש בהן כדי לנסות למנוע, ולא לעשות פעולות סתמיות. אולם, אם אין בידו להראות כי ידע בבטחון שאין תוחלת במעשה, כל פעולה שראוי היה שיעשה במסגרת אותה חובה לעשות "ככל הניתן" - תיחשב כחלק ממחדלו.

כאן, מדובר בפעולות שהמערערת עשתה בסופו של יום. ממילא, בכך הראתה שסברה שיש בהם תוחלת כלשהי. אלא שפעולות אלה היו מאוחרות מדי, חלשות מדי ומעטות מדי. אין הפעולות משקפות שקידה להשיג תוצאה, אלא גרירת רגליים תמוהה ואף חשודה. נוכח האיחור, מיעוט הפעולות והעדר הנחישות בעשייתן, אין בהן כדי לקיים את "כל יכולתו" של מנהל המערערת, וממילא לא של המערערת.

**סיכומו של דבר**, לא מצאתי שגיאה בפסק דינו המקיף, המפורט, הזהיר והמדויק של בית משפט קמא. לפיכך **הערעור נדחה.**

בשולי הדברים, **אתנצל בפני הצדדים על האיחור במסירת פסק דין זה.** האיחור הרב לא מוצדק, אף בשים לב להודעת הצדדים שאין דחיפות בפסק הדין בהעדר צו הריסה, לא בשים לב למצב החירום הבטחוני, ואף לא בשים לב לצורך להקדים פסקי דין של עצורים.

בהסכמת הצדדים, פסק הדין ניתן בהעדרם.

המזכירות תעביר עותק פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, כ"ו שבט תשפ"ד, 05 פברואר 2024, בהעדר

הצדדים.

עמוד 9

