



עפ"א (מרכז) 54139-03-14 - אליהו שמעוני נ' ועדה מקומית לתכנון זמורה

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"א 54139-03-14 שמעוני נ' ועדה מקומית לתכנון זמורה

בפני כב' השופטת שירה בן שלמה	
המערער	אליהו שמעוני
נגד	ע"י ב"כ עו"ד שלומי סהר
המשיבה	ועדה מקומית לתכנון זמורה
	ע"י ב"כ עו"ד יאיר איתן

פסק דין

ערעור על פסק דין בית משפט השלום ברחובות (כב' הש' הבכירה עיריה מרדכי), בחע"מ 5138/09, מיום 4.3.14. המערער הורשע בעבירות של בניה ושימוש במקרקעין בלא היתר, תוך סטיה מהתכנית החלה על המקרקעין. הוא נדון לקנס בסך 300,000 ₪, לחתימה על התחייבות בסך 150,000 ₪ למשך 3 שנים בתנאים שנקבעו, הוצא צו הריסה שביצעו נדחה בשנה וניתן צו איסור שימוש חורג, שנכנס לתוקף באופן מיידי.

הערעור מכון כלפי הכרעת הדין וגזר הדין.

כתב האישום

- עפ"י עובדות כתב האישום, ביום 4.5.08, או בסמוך, ביצע המערער במקרקעין, הידועים כגוש 3871 חלקה 57, בגדרה, עבודות בניה הטעונות היתר ללא היתר כדלקמן:
 - יצק משטח בטון בשטח של כ - 118 מ"ר בחזית המערבית של המבנה הקיים.
 - בנה תוספת למבנה הקיים בהחליפו גג וחלונות מזכוכית בשטח של כ - 17 מ"ר.
 - הציב מכולה בשטח של כ - 15 מ"ר בחלקו האחורי של המבנה הקיים.
 - בנה תוספת מחסן בשטח של כ - 25 מ"ר.
 - הציב שלט בשטח של כ - 9 מ"ר בחזית המזרחית של המבנה.

עמוד 1



1. הניח משטח דק בשטח של כ - 40 מ"ר בחזית המזרחית של המבנה.
2. כן יוחס למערער כי מיום 28.1.09, או במועד סמוך, ולפחות עד למועד הגשת כתב האישום, הוא משתמש במקרקעין שימוש חורג בלא היתר, לשימוש מסחרי כמסעדה, במקום השימוש המותר במקרקעין - למגורים.
3. כתב האישום ייחס למערער אחריות לביצוע עבודות הבניה והשימוש במקרקעין, בהיותו המחזיק, מבצע העבודות והאחראי על ביצוען, ומי שמוטלת עליו החובה להשיג היתר והאחראי לשימוש המפורט לעיל. אחריות לביצוע העבירות יוחסה גם לנאשם 2, בהיותו בעל הזכויות במקרקעין והאחראי לשימוש שנעשה בהם.
4. כתב האישום הוגש במקור נגד השניים. במהלך שמיעת הראיות נפטר נאשם 2 וההליכים נגדו הופסקו.

הכרעת הדין של בימ"ש קמא

5. בית משפט קמא פרט את השתלשלות העניינים בתיק. ישיבת הקראה ראשונה התקיימה ביום 14.6.09. רק בישיבה השמינית, שהתקיימה ביום 8.11.11, השיב המערער לאישום. בישיבה מיום 20.6.12 הוחלף הייצוג. בא כוחו החדש טען כי חלק מהדברים שמסר בא כוחו הקודם לא היו מדויקים, ובעקבות כך הופסק הייצוג. בתשובה לכתב האישום אמר: "... **כי הוא לא בנה את כל המבנים נשוא האישום הראשון, אלא מדובר במצב שהיה קיים, מלפני העברת החזקה לידי. כן, טען כי אינו נושא באחריות הפלילית המיוחסת לו, ככל שהוא אינו בעל המניות ואינו מנהל את החברה המפעילה את המסעדה ומחזיקה במקום. הנאשם הצטרף לטענות ההגנה מן הצדק שנטענו על ידי ב"כ הנאשם 2, כי המקום משמש כמסעדה שנים רבות ברציפות. כן, נטען כי מדובר באכיפה בררנית פסולה, הואיל ובאותו אזור ישנם מספר מבנים נוספים המשמשים לעסקים ולא למגורים, אשר לא ננקטו הליכים בגינם. בנוסף נטענה טענה להתיישנות ונטען כי הנאשם לא נחקר בטרם הגשת כתב האישום**". טענה נוספת אותה העלה במהלך ניהול ההוכחות היא, שהשימוש במקום לא מהווה "שימוש חורג", בהתאם להוראות התב"ע שבתוקף.
6. במסגרת פרשת התביעה העיד מפקח הבניה מטעם המשיבה, מר אלישע חובב. בימ"ש קמא התרשם כי: **"עדותו של המפקח אודות השימוש והשינויים מבחינת עבודות הבניה שהתגלו על ידו במקרקעין, הייתה מהימנה ונתמכה בצילומים שהוגשו"**. צילומים המתעדים את העבודות והשינויים משנת 2006 עד 2009. **"חלק מהרכיבים נבנו באופן הדרגתי, שעה שמלוח הזמנים עולים ממצאי השינויים שהתגלו, מביקור אחד למשנהו"**. לגבי טענת האכיפה הסלקטיבית, המפקח השיב כיאות, ואף הוברר כי ננקטו הליכים כנגד משתמשים חורגים אחרים בשטח.
7. בימ"ש קמא התייחס לטענת השיהוי. נקבע כי השימוש החורג נובע מתב"ע משנת 1995, בה נקבע ייעוד למגורים. והוברר כי בשעה שהוחלט על אכיפת הוראות התוכנית, ננקטו הליכים, ללא משוא פנים, כנגד מי שטרם התאים את החזקה והשימוש שלו בשטח להוראות התוכנית. דווקא בהתחשב בשימוש המסחרי רב השנים (למסעדה), אין לפרש את המתנת המשיבה במשך 10 שנים, מתחילת מתן תוקף לתב"ע החדשה, כשיהוי בלתי סביר, אלא כהתחשבות והענקת שהות להתארגנות.



8. בימ"ש קמא התייחס, בנוסף, לעתירת המערער לביטול כתב האישום בגין אי גביית עדותו בטרם הגשתו. צוין כי המפקח זימן את המערער באופן מפורש להתייבץ להיחקר וליתן גרסה יותר מפעם אחת, בעקבות ביקוריו בשטח. לבד מלשוחח עמו נשלחו אליו מכתבים. בהתאם לעדות המפקח, הוא לא טען באוזניו מעולם כי אינו קשור לנכס, לעבודות ולשימוש המתבצעים בו. כשנשאל המערער מדוע לא הגיב לזימונים למסור את גרסתו, השיב כי בחר שלא לעשות כן ב"תמימות". בימ"ש קמא קבע כי תשובה זו אינה אמינה, אלא "מיתממת" ורחוקה מלהיות "תמימה". בהמשך ציין **"אם לא היה די באמור, הרי שאותה 'היתממות', ככל הנראה הובילה לכך שגם לאחר הגשת האישום, הנאשם בחר לטעון במשך כשלוש שנים בדיונים שונים, כי הגיע לידי הסדר טיעון וכו', עד שבשתי הזדמנויות שונות הוא נתן שתי תשובות שונות לאישום (ללא זכר להסדר הנטען בזמנו), וטענותיו באשר ל'חברה' (כפי שיפורט להלן), נטענו לראשונה 'היתממות', אין כאן'".**

9. באשר להתרת הגשת מסמכי התב"ע, נקבע כי בעת הגשתם טרם החל המערער בהבאת ראיותיו. בימ"ש קמא קיבל את עמדת ב"כ המשיבה וקבע כי הוראות התב"ע שבתוקף לא היו במחלוקת, עד אשר בא כוחו החדש העלה את הטענה בשלב יותר מאוחר. בידי המערער היו את הכלים להביא בהגנתו כל ראיה לסתור, אולם, הוא לא כפר עובדתית בעצם הוראות התב"ע שבתוקף.

10. בימ"ש קמא התייחס לטענתו העיקרית בדבר העדר אחריות לבצוע העבירות, לאור טענתו לפיה מאז פברואר 2007 העסק מנוהל ע"י חברה בשם "שווארמה שמעוני בע"מ", בבעלות אחיו יניב. המערער טען כי מאז הקמת החברה, הוא משמש בה עובד שכיר בלבד, והלן על כך שהוא והחברה שבבעלותו, המעסיקה אותו, לא הועמדו לדין.

11. בימ"ש קמא קבע כי הוא ואחיו מקבלים משכורת מהחברה. כי בעלי זכויות החתימה על שיקים של החברה הם האח מחד ואשת המערער, מאידך. המערער נמנע מלהעיד את אשתו ואת אחיו על מנת לתמוך בטענותיו בכל הקשור לתפקידו ולסמכויותיו בחברה, ובימ"ש קמא זקף זאת לחובתו. המערער הסתייג בעדותו מטענת ב"כ המשיבה כי חברת "שווארמה שמעוני בע"מ" היא חברה משפחתית. ואולם, בימ"ש קמא התרשם כי כל העובדות בהן הודה מצביעות על כך שאכן מדובר בחברה משפחתית, לכל דבר ועניין. הוא הודה ששכר את הנכס ושעד שנת 2007, מועד הקמת ה"חברה", הוא ואחיו הפעילו את המסעדה כשותפים. בשנת 2006 נאשם 2 ז"ל תבע את פינויים מהנכס, ואין מחלוקת שבשנת 2011 ניתן פס"ד מוסכם לפינוי בפועל.

בימ"ש קמא קבע כי גם לאחר שהופנה אל המערער צו להפסקת ביצוע העבודות (ביום 18.1.07), הוא לא פנה אל המפקח או אל המשיבה וטען כי אינו משמש אלא כשכיר העובד במקום, ולכן אין להפנות אליו צווים. אדרבא, ימים ספורים לאחר המצאת הצו לידי הוקמה החברה. בימ"ש קמא קבע כי **"במקרה דנן, שתיקתו של הנאשם והראיות שלא הוצגו מטעמו (עדות אחיו, עדות רעייתו, חוזי השכירות), הם הזועקים דרשני, ומלמדים על כך שהנאשם מבקש להציג גרסה שהינה בבחינת גילוי טפח וכיסוי טפחיים. מדובר בגרסה מגמתית וחלקית שאין ליתן לה משקל רב".**

12. מעבר לכך הוסיף בימ"ש קמא שבחקירתו הודה המערער כי מהות וסוג עבודתו במקום לא השתנו כלל בעקבות הקמת החברה. מהעדות עלה כי חלוקת העבודה בינו לבין אחיו הייתה ונתרה שוויונית, כאשר המערער, מבחינת מעמדו בחברה, מצוי מעל עובדים אחרים ונמצא בעסק כל יום,



כמו אחיו.

בימ"ש ציין, בהסתמך על הפסיקה, כי: **"... לצורך הטלת אחריות לביצוע עבודה או שימוש במקרקעין ללא היתר, התווה המחוקק את מבחן הזיקה הקרובה ביותר לנכס, ודי בהחזקה פונקציונאלית, ואין צורך כי המחזיק יהא בהכרח מי שמוקנות לו הזכויות המשפטיות המקיפות ביותר, לגבי הנכס".** כאן הוכח ששכר את המקום עם אחיו והחל להחזיק ולהפעיל בו מסעדה משפחתית, כפי השלט שהוצב במקום. העסק התנהל תחילה כ"שותפות" ולאחר מכן הוקמה החברה.

תפקידו המהותי ופעולותיו בשטח לא השתנו עם הקמתה. בהקמת החברה, לו היה מגלה את קיומה לפני התשובה לאישום מיום 8.11.11, יתכן ויש, כדי להוסיף אחראי נוסף לביצוע העבירות. אולם, אין בכך כדי לגרוע מאחריותו. נקבע כי **"הוכח, במידת הראיה הנדרשת, שהנאשם, הן בכובעו הקודם כשותף של אחיו והן בכובעו הנוכחי הנבחר כ'שכיר' של החברה המשפחתית, החזיק בפועל במקרקעין, והיה בעל יכולת שליטה על כל אשר נעשה בו. הוא ניהל עם אחיו את המסעדה והוא שלט עימו בנעשה בשטח ובמבנים שהוצבו בו".** לאור האמור, הורשע בכל העבירות אשר יוחסו לו בכתב האישום.

גזר הדין של בימ"ש קמא

13. בימ"ש קמא עמד על חומרת העבירות. בהקמת המבנים ללא היתר, אף כי אינם מבנים רחבי היקף מבחינת גודלם, נטל המערער את החוק לידיו. בימ"ש קמא עמד על התעוזה מצדו, הבאה לידי ביטוי בהשלמת משטח הבטון, בגינו הוצא צו הפסקת עבודה מנהלי. באשר לעבירות השימוש החורג, קיבל את עמדת המשיבה וקבע כי עבירות אלו מתבצעות מלכתחילה לצורך הפקת רווחים כלכליים, תוך הצבת עובדות בשטח, בבחינת הכלל של "כל דאלים גבר". בימ"ש הפנה לקביעה בהכרעת הדין לפיה נוקט הוא בגישה מיתממת כלפי המשיבה ואף כלפי ביהמ"ש וההליוך, ולא נותר אלא להצטער על כך.

14. בימ"ש קמא הזכיר שבעבירות מסוג זה נסוגות הנסיבות האישיות בפני האינטרס הציבורי. לצד זאת ציין כי הנסיבות האישיות נטענו בצורה כללית ביותר. בימ"ש קמא קיבל את טענת ב"כ המשיבה לפיה בביצוע העבירות חומרה נוספת וכי ביצוען מחבל בהוראות התכנון, עליו עמלו רשויות התכנון רבות, לרווחת כלל תושבי האזור. הובהר שהמערער לא השלים עם המצב התכנוני והחליט כי אינטרסים אישיים שלו ושל בני משפחתו גוברים. צוין, בנוסף, כי: **"... כבש את טענות הגנתו, שעה שנמנע להתייבב עפ"י זימון בפני המאשימה למתן גרסה, ואף המתין שנים רבות לאחר נקיטת ההליכים בתיק זה, טרם הציג אותה גרסה".**

15. נקבע כי באם אכן עזב את השטח, כטענתו, ואינו קשור לנעשה בו, מבחינה מעשית פיזית או משפטית, הרי שאין כל סיבה שלא להיעתר לבקשת המשיבה, ליתן לו צו איסור שימוש מידי. באם אינו נמצא בשטח, כנטען, עדיין ראוי ליתן צו, על מנת למנוע חזרה על אותן העבירות והישנות המעשים על ידו. באשר לבקשה למתן צו הריסה, נקבע כי גם לפי גרסתו בחר הוא להותיר את העסק בידי בני משפחה אחרים, מבלי להרוס או לסלק את אותם פרטי בניה שהוא נמצא אחראי עליהם, כל זאת בעוד הליכי תיק זה בעיצומם.

16. בימ"ש קמא התרשם באופן חד משמעי כי המערער לא הפנים כל לקח, וגם במועד גזירת הדין



עומדים לו תעוזתו והעדר מורא מההליכים המשפטיים ומהפסול במעשיו, כפי שמוכיחות העובדות בשטח.

טענות הצדדים

17. **ב"כ המערער** התמקד בשלוש טענות עיקריות. האחת, כי המערער שימש כעובד שכיר בחברה בע"מ החל משנת 2007, עובר למועדים הנקובים בכתב האישום, לכן שגה בימ"ש קמא בהרשיעו בדין. הפנה לעדות יועץ המס של החברה, חלף עדות האח והאשה. טען למחדלי חקירה מצד המפקח, אשר לא השתמש בסמכויות המוקנות לו בכדי לבדוק את מעמדו המשפטי של המערער בטרם הגשת כתב האישום.
18. שנית, שגה בימ"ש קמא בהחלטה להורות, מיוזמתו, במהלך החקירה הנגדית, על הבאת הראייה היחידה מכוחה הורשע המערער. טען כי התביעה לא ציינה בעובדות כתב האישום את הוראות התב"ע ואף לא הגישה אותה במסגרת החקירה הראשית של עד התביעה, הגם שמשלב ההקראה נטען שעובדות כתב האישום אינן מהוות עבירה. לדבריו, אלמלא החלטת בימ"ש קמא וצירוף התב"ע לא ניתן היה להרשיע את המערער בעבירות השימוש החורג.
19. שלישית, טען כי כתב האישום הוגש נגד המערער בלבד, ללא צירוף החברה ומנהלה, הגם שחשף, כבר בישיבת ההקראה, מי היא ומי מנהלה. לדבריו, העניין מהווה עיוות דין ואכיפה בררנית פסולה, שיש בה כדי להוביל לזיכוי.
20. באשר לעונש, טען כי הקנס חורג באופן משמעותי ממדיניות הענישה הנוהגת. ציין כי התב"ע אושרה בשנת 1995 והוראות המעבר של סעיף 178 לחוק מאפשרות את התרת השימוש הקודם לתקופה של 10 שנים. לאור האמור, המועד הרלוונטי לבצוע העבירה הוא שנת 2005 בעוד כתב האישום הוגש בשנת 2007. הגיש פסיקה לפיה הענישה המקובלת בעבירות של שימוש חורג, נעה בין 10,000 ל - 60,000 ₪ בלבד, כאשר השימוש המותר מיועד למגורים ומדובר במסעדה שהחלה לפעול לפני קום המדינה. עתר לזיכוי המערער, ולחלופין, במידה וההרשעה תוותר על כנה, ביקש להפחית מגובה הקנס.
21. **ב"כ המשיבה** טען כי העורר העלה טענות משפטיות בכדי לזכות ב"במה" בערכאת הערעור, בעוד שמאחורי כל טענה משפטית מסתתרת קביעה עובדתית ברורה וחד משמעית. הפנה להכרעת הדין המנומקת, להתרשמות בימ"ש קמא מהעדים ולהתרשמותו השלילית מהמערער. טען כי ערכאת הערעור ככלל אינה מתערבת בממצאי עובדה ובממצאי מהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים נדירים, ורק אם הגרסה העובדתית שנקבעה אינה מתקבלת על הדעת. הפנה לקביעות הרלוונטיות של בימ"ש קמא בהכ"ד.
22. באשר לטענה כי בימ"ש קמא הורה מיוזמתו על הגשת התב"ע, הפנה לפרוטוקול מיום 8.11.11 ולהודעה מיום 1.3.12, מהם עולה כי המערער ידע מה ייעוד הקרקע. לעניין הטענה כי היה עובד שכיר בחברה והועמד לדין בעוד אחיו לא הועמד, הפנה לקביעות בימ"ש קמא.
23. ציין כי בטיעונים לעונש טען המערער שאינו שולט עוד בנכס ואינו יכול להפסיק את השימוש בו. טען לחוסר ניקיון כפיים מצדו. לדבריו, לצורך אכיפת הצו התקשר המפקח אל המסעדה ונענה ע"י אחד העובדים כי המערער הוא "בעל הבית הגדול". ב"כ המערער התנגד וטען כי שיחת הטלפון היא עדות מפי השמועה ולכן אין להעניק לה כל משקל, ואכן כך.



24. באשר לטענות בדבר גובה הקנס, טען כי בבימ"ש קמא עתר לרף ענישה נמוך יחסית וכי הפסיקה שב"כ המערער הגיש אינה רלבנטית. פסק הדין היחיד שעוסק בשימוש חורג למסחר אינו דומה בהיקפו לתיק זה. לאור האמור, עתר לדחות את הערעור, על שני חלקיו.

דין והכרעה

25. לאחר עיון בהודעת הערעור על נספחיה, שמיעת טיעוני הצדדים ועיון בתיק בימ"ש קמא על מוצגיו, דין הערעור להידחות.

26. הטענה ולפיה שגה בימ"ש קמא משהרשיע את המערער בהיותו עובד שכיר בחברה נדחתה עובדתית. אשת המערער מורשית חתימה על שיקים של החברה. מידת השליטה שלו בעסק נלמדה מעדותו. כן זקף בימ"ש קמא לחובתו את העובדה שלא הביא לעדות את האשה ואת האח, ונמנע מלצרף את חוזי השכירות להוכחת הטענה ולפיה משנת 2007 החברה משלמת את דמי השכירות. אין בעדות יועץ המס של החברה, מר יצחק וקנין, כדי להועיל ולהוות תחליף לעדויות החסרות, באשר אינו מעורה במרקם המשפחתי. בימ"ש קמא ציין כי מדובר בגרסה כבושה, שכן לא פנה אל המשיבה וטען כי עקב תפקידו אין לשלוח אליו צווים, מעבר לעובדה כי החברה הוקמה ימים ספורים לאחר קבלת הצו. בית משפט קמא התרשם שלא חל שינוי בתפקידו לאחר הקמת החברה, וכי גם לאחר הקמתה הוא החזיק בפועל במקרקעין והמשיך לשלוט בעסק. מדובר בקביעה עובדתית ולפיה, עניין לנו בחברה משפחתית. קביעה המבוססת על עדויות או העדרן ואין מקום להתערב בה.

אין בראיה הנוספת, בהעתק תעודת ההתאגדות החדשה הנושאת את שמו, לפיה מפעיל הוא עסק בנס ציונה, כדי ללמד כי נטש את ניהול העסק האמור. מסמך רואה החשבון שצורף בתגובה לתגובת המשיבה, מבלי שניתן לכך היתר, גם לא יכול לסייע בידיו. כל שנרשם, שעובד הוא בחברה מחודש נובמבר 2013. על העסק החדש אף העיד בבימ"ש קמא.

27. באשר לטענה בדבר אכיפה בררנית, צדק בימ"ש קמא שאין בהקמת החברה כדי להפחית מאחריותו לביצוע העבירות, אלא, לכל היותר, להטיל אחריות גם על אחרים. הפסיקה אכן קבעה כי מטרתו של סעיף 208(א) לחוק להרחיב את מעגל האחראים, כפי קביעת בימ"ש קמא.

28. בהתייחס לטענה שלא נגבתה עדותו בטרם הגשת כתב האישום נגדו, העדות אמנם לא נגבתה, אך, ההזדמנות למסור את גרסתו, בשנים 2006 ו- 2008, ניתנה לו והוא בחר באופן "מיתמם", כהגדרת בימ"ש קמא, שלא למוסרה, ודי בכך.

29. דין הטענה ולפיה בימ"ש קמא הורה מיוזמתו על הגשת התב"ע, ובכך התערב בהליך לטובת המשיבה, להידחות. במענה לכתב האישום, מיום 20.6.12, לא נטען כי הבניה אינה מהווה שימוש חורג. אמנם נטען בעלמא כי עובדות כתב האישום אינן מהוות עבירה, תוך הסתייגות מהמענה לכתב האישום מיום 8.11.11, מבלי לפרט. במענה מיום 8.11.11 דווקא ציין בא כוחו הקודם כי הוא יודע שהתב"ע קובעת ייעוד למגורים, כל שביקש, לקבלה. התייחסות אליה ניתנה בתגובת המאשימה מיום 1.3.12. באותו מענה גם נמסר שהדבר היחיד שביצע, הנחת משטח דק מעץ, אשר, ברגע שפנו אליו, פורק, עוד לפני שסיים את הביצוע. קרי, פנו אל האדם הנכון.

30. לאור המענים לכתב האישום, תוכן התב"ע הוצא אם כך מגדר המחלוקת ופרשת התביעה נוהלה



בהתאם. לאחר שבתום עדות המפקח טען ב"כ המערער, לראשונה, כי הבניה אינה מהווה "שימוש חורג", הורחבה יריעת המחלוקת, ובצדק השתמש בימ"ש קמא בסמכותו והורה על הגשתה, בכדי לברר את הטענה החדשה. המערער אינו יכול לאחוז במקל משני קצותיו. מחד, לטעון טענת הגנה חדשה במהלך פרשת התביעה, ומאידך, להביע תרעומת על כך שבימ"ש קמא הורה על הגשת ראיה לצורך בירורה.

31. לעניין גובה הקנס, לא התרשמתי כי חורג הוא באופן קיצוני לחומרה ממדיניות הענישה הנוהגת ביחס לנסיבות המקרה ולרווח הכלכלי שהפיק מביצוע העבירות. בימ"ש קמא נימק היטב את הסכום שהושת, ואין בפסיקה שהוצגה, חלקה בעקבות הסדר או הודיה, מבלי להתייחס להיקף ולשנות השימוש, כדי להשפיע.

אשר על כן, הערעור, על שני חלקיו, נדחה.

פסה"ד יישלח אל הצדדים.

ניתן היום, ח' תשרי תשע"ה, 02 אוקטובר 2014, בהעדר הצדדים.