



רע"פ 21/19 - אויסון בע"מ, אווה צרפתי נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון

רע"פ 21/19

לפני: כבוד השופט ג' קרא

המבקשות: 1. אויסון בע"מ
2. אווה צרפתי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בתיק ע"פ 3732-03-18 מיום 10.12.2018 שניתן על ידי כב' השופטת חגית מאק-קלמנוביץ

בשם המבקשות: עו"ד ניר יסלוביץ
בשם המשיבה: עו"ד סבטלנה ז'ידרזיסקיה

החלטה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת ח' מאק-קלמנוביץ) בע"פ 3732-03-18 מיום 10.12.2018 בגדרו נדחו ערעורים הדדיים שהגישו הצדדים על פסק דינו של בית משפט לעניינים מקומיים בירושלים (כב' השופט פ' שטרק) בתו"ב 63150-03-14 מיום 11.9.2016 ומיום 18.1.2018. במוקד הבקשה עומדת טענת המבקשות, שהקימו

עמוד 1

בית עלמין ללא היתר בניה, לאכיפה בררנית מצד המשיבה.

הרקע לבקשה

1. המבקשות הן בעלות מקרקעין הנמצאים בהר המנוחות גבעת שאול בירושלים וידועים כגוש 30259, חלקות 60, 61 (להלן: החלקות). חלקות אלו כפופות לתכנית מתאר מס' 5246 א' אשר קיבלה תוקף בשנת 2008 (להלן: תכנית 5246 א'). בסמוך לחלקות מצויה חלקה 80, אשר כפופה גם היא לתכנית 5246 א' (להלן: חלקה 80). בשנת 2012 הגישו המבקשות בקשה להיתר בניה, ולאחר שבקשתן נדחתה, ביצעו עבודות בחלקות להקמת בית עלמין ללא היתר.
2. נגד המבקשות הוגש כתב אישום המחזיק שני אישומים. האישום הראשון ייחס למבקשות עבירה של ביצוע עבודה הטעונה היתר לפי חוק בלא היתר בניגוד לסעיפים 145(א) ו-204(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965(בנוסחו במועד הגשת כתב האישום, להלן: החוק). על פי האישום הראשון, המבקשות ביצעו עבודות בניה בחלקות ללא היתר. כך, המבקשות יישרו שטח והציבו 216 קברים מבטון, בנו שני קירות עם ציפוי אבן, יצקו רצפת בטון וסללו כביש גישה. האישום השני ייחס למבקשות עבירה של אי קיום צו שיפוטי, לפי סעיף 240 לחוק. על פי אישום זה, בשנת 2012 ניתן נגד המבקשות צו הפסקת עבודות שיפוטי ואף על פי כן המבקשות המשיכו, והן ממשיכות, להפר את הצו.
- בשלב זה יצוין, כי ראשית ההליכים בין הצדדים בשנת 2012, אז כאמור ניתן צו שיפוטי להפסקת העבודות שביצעו המבקשות בחלקות. בקשת רשות ערעור שהגישו המבקשות בגדרי ההליך בו ניתן צו הפסקת העבודות נדחתה על ידי בית משפט זה (רע"פ 4731/13 חברת אויסון ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (28.10.2013)). לאחר שהפרו את צו הפסקת העבודות, ניתן למבקשות בשנת 2015 צו הריסה שיפוטי. בקשת רשות ערעור שהגישו המבקשות במסגרת הליך זה נדחתה גם היא (רע"פ 7099/17 אויסון בע"מ נ' מדינת ישראל (20.12.2017)). עוד יוער, כפי שכבר ניתן להבין, כי הליך זה הוא אחד מבין רבים שהתנהלו, ועודם מתנהלים, בין הצדדים החל משנת 2012, והשתלשלות העניינים הובאה בפירוט בגדרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי.
3. טענותיהן המרכזיות של המבקשות, מתחילתו של ההליך ועד לבקשה שלפניי, הן כי העבודות שביצעו הן בגדר "קבורת שדה" ולכן כלל לא נדרש היתר בניה, וכי מדובר באכיפה בררנית והפליה ברישוי המקימות הגנה מן הצדק, שכן לשיטתן מעולם לא נדרש היתר לשם הקמת בית עלמין באף בית קברות בישראל. בפרט, טענו המבקשות להפליה בין לבין חלקה 80.
4. טענות ההגנה מן הצדק נדונו ונדחו על ידי בית המשפט לעניינים מקומיים. עוד בטרם שמיעת הראיות, קבע בית המשפט כי אין להעלות את הטענות ביחס להליך הרישוי כטענות להגנה מן הצדק במסגרת ההליך הפלילי, אלא לתקוף אותן תקיפה ישירה במסגרת הליך מנהלי. צוין, כי לא ניתן לקבל את גישת המבקשות, לפיה ניתן להפר את החוק ולאחר מכן לעתור לביטול כתב האישום מכיוון שהליך הרישוי לקוי. אשר לטענה בדבר אכיפה בררנית, נקבע כי יש לאפשר הזמנת עדים להוכחת טענה זו. לאחר שנתן למבקשות לנמק את הצורך בעדותם של כל אחד מהעדים שזימונם התבקש, הורה בית המשפט לעניינים מקומיים על זימונם של עשרה מתוך עשרים העדים, בקבעו כי יתר העדים אינם יכולים להועיל בבירור שאלה הנוגעת למשפט. לאחר הליך ההוכחות, הרשיע עמוד 2



בית המשפט לעניינים מקומיים את המבקשות בעבירות שיוחסו להן. בין היתר, נקבע כי העבודות שביצעו המבקשות אינן בגדר "קבורת שדה" בלבד, שכן הוכח בראיות כי החלקה נוצרה על ידי הקמת קיר תוחם מסביב, העמדת מבנים טרומיים, והגבהת פני השטח באופן המביא לשינוי מפלס פני הקרקע. עבודות אלו, נקבע, הן עבודות הטעונות היתר. בהמשך לכך, הורשעו המבקשות גם באישום השני. נקבע כי המבקשות ביצעו את עבודות הבניה ואף ביצעו קבורה במקום אף שידעו כי עומד נגדן צו להפסקת עבודות. אשר לטענת האכיפה הבררנית, נקבע כי לא הוכח שכתב האישום הוגש ממניעים שאינם כשרים וכי לא הוכח כי בחלקה 80 מתקיימת בניה ללא היתר.

5. בטרם מתן גזר הדין הגישו הצדדים חוות דעת שמאי להערכת שווי הקנס. בגזר דינו בחר בית המשפט לעניינים מקומיים שלא לקבל את חוות הדעת מטעם שני הצדדים, והעריך את שווי הקרקע בסך של 16,000,000 ש"ח, בהתבסס על מספר הקברים שהוקמו ועל עדות המבקשת 2 בנוגע למחיר חלקת קבר. בקביעת מתחם הענישה, עמד בית המשפט לעניינים מקומיים על חומרת העבירות וציין כי המבקשות המשיכו להכשיר את הקרקע להקמת קברים תוך הפרה בוטה של צו הפסקת העבודות השיפוטי וחרף ההחלטות השיפוטיות שניתנו בעניין בשלל הערכאות, והכל לשם השגת רווח כספי. עוד צוין כי המבקשות קבעו עובדה מוגמרת כשקברו בחלקות כ-100 נפטרים, והציבו את משפחותיהם במצב של חוסר וודאות נוכח הבניה הבלתי חוקית. בית המשפט הוסיף כי המבקשת 2, היא הבעלים של המבקשת 1, פעלה באופן מתוכנן ותוך לקיחת סיכון, לאחר שהליך הרישוי לא התקדם כפי שחשבה, וכי היא לא הביעה חרטה ביחס לביצוע העבירות והיא ממשיכה לדבוק בטענותיה חרף ההרשעה. עוד צוין בית המשפט כי העונש נקבע ברף התחתון של מתחם הענישה תוך התחשבות במצבה הכלכלי של המבקשת 2, שהצהירה כי נקלעה לחובות.

אשר על כן, נקבע כי בגין ההרשעה באישום הראשון, המבקשת 1 תשלם קנס בסך 3,600,000 ש"ח והמבקשת 2 תשלם קנס בסך 1,600,000 ש"ח או 730 ימי מאסר תמורתו. כן הורה בית המשפט לעניינים מקומיים על חתימה על התחייבות ועל הריסת הבניה. אשר לאישום השני, נקבע כי המבקשת 1 תשלם קנס של 500 ש"ח לכל יום הפרה (449 יום) ובסך הכל 224,500 ש"ח והמבקשת 2 תשלם קנס של 300 ש"ח לכל יום הפרה ובסך הכל 134,700 ש"ח.

6. המבקשות ערערו על הכרעת הדין וגזר הדין לבית המשפט המחוזי, והמשיבה מנגד ערערה על קולת העונש. בפסק דינו התייחס בית המשפט המחוזי בהרחבה לטענת האכיפה הבררנית על ראשיה השונים ודחה אותה. נקבע, כי אמנם בעליה של חלקה 80 נהנים מבניה שכיום הייתה מוגדרת כבלתי חוקית והם לא נדרשים להוצאת היתרים, אך תוצאה זו נובעת מכך שעבודות הבניה בחלקה 80 נעשו בטרם התקבלה תכנית 5246 א', בתקופה בה לא נדרשו היתרי בניה. בית המשפט המחוזי צוין כי לא יהיה סביר לקבוע כי בשל העובדה כי בעבר לא נדרשו היתרי בניה, יחול מצב דומה גם בעתיד ולא ניתן יהיה לקבוע חובת הסדרה תכנונית. אשר להחלטה שלא להותיר למבקשות לזמן את כל עדיהן, צוין כי המבקשת עתרה לבג"צ נגד החלטה זו (בג"ץ 3655/15 אויוסון בע"מ נ' בית המשפט השלום - עניינים מקומיים ירושלים (1.9.2015)) ועתירתה נדחתה על הסף, תוך ציון כי שיקול הדעת ביחס לזימון העדים הופעל בזירות רבה. עוד צוין בית המשפט המחוזי, כי אין מחלוקת לגבי העובדות בבסיס הטענה להגנה מן הצדק - כי בחלקות הסמוכות לחלקות המבקשות בוצעה בניה בלא היתר - והמחלוקת נוגעת למסקנות שיש להסיק מעובדות אלה. בנוסף, צוין כי המבקשות שבו והעלו את טענתן להגנה מן הצדק במסגרת ארבעה הליכים קודמים שהתקיימו בעניינן, מה שמעלה חשש כי מדובר בניסיון "מקצה שיפורים". נוכח כל האמור, מצא בית המשפט המחוזי לדחות את הערעור על הכרעת הדין.



בהמשך, דחה בית המשפט המחוזי את הערעורים ההדדיים על גזר הדין. צוין, כי אין עסקנן באירועים שכיחים, מה שמקשה על קביעת רמת הענישה ועל קביעת אומדן כלכלי. בית המשפט המחוזי התרשם כי העונש שנקבע הוא סביר ומדוד, ומביא בחשבון את נסיבות המקרה הפרטני, את חוות הדעת שהוגשו ואת הרווח הצפוי למבקשות ממכירת הקברים. לבסוף צוין, כי על אף הנימוק להבחנה בין המבקשות לבעלי חלקות אחרים, המצב מעורר מעין אי נוחות מסוימות, מה שהובא בחשבון בגזר הדין.

הבקשה, תגובת המשיבה והתשובה לה

7. הבקשה שלפניי ארוכה ומפורטת, אך בבסיסה עומדים שלושה ראשים: ראשית, טענו המבקשות כי בעניינן עולה השאלה העקרונית האם דרוש היתר בניה לצורך "קבורת שדה". שנית, נטען כי נגרם למבקשות עיוות דין, הן בשל האכיפה הבררנית כלפיהן, הן בשל הפנייתן להליך מנהלי לשם העלאת טענותיהן בנוגע למדיניות המשיבה, והן בשל ההחלטה שלא להותיר להן להעיד חלק מהעדים שביקשו להעיד. שלישית, טענו המבקשות כי הקנסות שהושתו עליהן חסרי תקדים בחומרתם, ומהווים סטייה ניכרת ממדיניות הענישה הנוהגת. מטעמים אלו, נתבקשתי ליתן למבקשות רשות ערעור.

8. המשיבה טענה כי יש לדחות את הבקשה, משאינה מעוררת כל סוגיה בעלת חשיבות כללית ואינה מעלה חשש לעיוות דין. לטענתה, טענותיהן השונות של המבקשות הן אותן טענות אשר נדונו ונדחו בידי בית המשפט לעניינים מקומיים ובית המשפט המחוזי, וכן בגדרי הליכים נוספים בערכאות שונות, לרבות בית משפט זה. אשר לטענת האכיפה הבררנית, נטען כי חלקות המבקשות וחלקה 80 הן החלקות היחידות בהן בוצעה קבורה מתוך כלל השטח הכפוף לתכנית 5246 א', וכי בדיון נקבע כי קיים שוני רלוונטי בין חלקה 80 לבין חלקות המבקשות. אשר לטענה כי "קבורת שדה" אינה מצריכה היתר, נטען כי טענה זו אינה מעלה כל סוגיה עקרונית והיא נדחתה לגופה בידי הערכאות הקודמות. אשר לגזר הדין, נטען כי נוכח מהות הבניה וכמותה, חומרת העבירות, הרווח הכלכלי העצום שהשיגו המבקשות והתעלמותן מהצווים שניתנו נגדן, העונש שהושת עליהן אינו חורג לחומרה ממתחם הענישה הראוי. המשיבה הוסיפה כי המבקשות ממשיכות להפר באופן שיטתי את ההחלטות והצווים שניתנו נגדן, וכי הן טרם שילמו את הקנסות שהושתו עליהן.

9. לאחר שניתנה הרשות, הגישו המבקשות תשובה לתגובת המשיבה, בה שבו וטענו כי הקמת בית עלמין אינה מצריכה היתר וכי ננקטת כלפיהן אכיפה בררנית. לטענתן, המשיבה לא הציגה ולו מקרה בודד בו הוגש כתב אישום בגין ביצוע בניה ללא היתר של בית עלמין. המבקשות הוסיפו כי המשיבה לא הציגה כל ראיה לתמיכה בטענתה כי המבקשות ממשיכות את הבניה בחלקות גם בעת הזו.

דין והכרעה

10. לאחר עיון בבקשה, בתגובה לה ובתשובת המבקשות, על צרפותיהן, סבורני כי דין הבקשה להידחות. רשות ערעור תינתן במקרים חריגים בהם עולה שאלה בעלת חשיבות ציבורית או כללית החורגת מעניינם הפרטי של הצדדים (ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לב(3) 123 (1982)), או במקרים יוצאי דופן בהם מתעורר חשש לאי-צדק מהותי או לעיוות דין (רע"פ 5066/09 אוהיון נ' מדינת ישראל (22.4.2010); רע"פ 8215/16 יצחק נ' מדינת ישראל (29.3.2017)). כפי



שיפורט להלן, הבקשה שלפני אינה עומדות באמות מידה אלו.

11. ראשית, הבקשה אינה מעלה סוגיה רחבה בעלת חשיבות כללית אלא נסבה על עניין הפרטני של המבקשות. בבקשה שבות המבקשות, באצטלה עקרונית, על הטענות שהעלו בפני הערכאות דלמטה, בנוגע לדרישה להיתר בניה ביחס לסוג העבודות שבוצעו בחלקות. טענות אלו כבר נדנו בפני בית משפט זה ונדחו במענה מפורט תוך התייחסות לטענות גופן במסגרת ההליך שהתקיים בעניין צו הפסקת העבודות (רע"פ 4731/13 חברת אויסון ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (28.10.2013)) ושוב בהליך בעניין צו ההריסה (רע"פ 7099/17 אויסון בע"מ נ' מדינת ישראל (20.12.2017)). אין לי אלא לשוב ולהפנות את המבקשות לאמור שם. עוד יוער, כי הכרעה בשאלה הכללית "האם 'קבורת שדה' מצריכה היתר בניה" כלל אינה נדרשת, שכן, כפי שציין בית המשפט המחוזי, נקבע כממצא שבעובדה כי העבודות המתוארות בכתב האישום, הכוללות הכשרת שטח, מילוי והגבהה של חלקות ושינוי מפלס הקרקע, חורגות מ"קבורת שדה" ומצריכות היתר.

12. שנית, ענייננו אינו נמנה על המקרים החריגים בהם מתעורר חשש לאי-צדק מהותי או לעיוות דין, המצדיק מתן רשות ערעור. בית המשפט המחוזי קיים דיון רחב בטענות השונות של המבקשות להגנה מן הצדק ונתן להן מענה מנומק והולם. משכך, איני סבור כי הטענות מצדיקות דיון ב"גלגול שלישי".

למעלה מן הצורך, אתייחס בקצרה לטענה בדבר אכיפה בררנית מצד המשיבה. בפסיקתנו נקבע כי שרירות באכיפה, גם אם בתום לב, עשויה להקים טענה להגנה מן הצדק (רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' יוסי יוסף ורדי, בפסקה 99 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (31.10.2018)); ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, בפסקה 55-57 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (1.3.2017)). עם זאת, אין לוותר על דרישת היסוד והיא הוכחת הפליה, קרי יחס שונה לגורמים שאין ביניהם הבחנה רלוונטית (ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל, בפסקה 14 (12.8.2012)).

בענייננו, קיים שוני מהותי בין החלקות הנמצאות בבעלות המבקשות לבין חלקה 80. הבסיס לדברים נמצא בתכנית 5246 א', בה נמצאות חלקות המבקשות וחלקה 80. כפי שמציינת המשיבה בתגובתה, התכנית "נועדה להסדיר את הקבורה בהר המנוחות על מנת שלא ישלך ישרור כאוס תכנוני ועל מנת ליתן פתרון למצוקת שטח הקבורה בירושלים ולניצול מירבי של הקרקעות". התכנית מייעדת את הקרקע ל"קבורה רוויה" (בשונה מ"קבורת שדה"), המאפשרת ניצול מקסימלי של השטח. הבניה בחלקה 80 בוצעה בטרם התקבלה תכנית 5246 א', ועל כן בעליה לא נדרשו להוציא היתרי בניה. המבקשות, לעומת זאת, החלו בבניה בשנת 2012, לאחר כניסתה לתוקף של התכנית. כפי שציין בית המשפט המחוזי, אין העובדה שבעבר לא נדרשו היתרי בניה מובילה לכך שלא ניתן להסדיר את הבניה כיום, ולדרוש היתרי בניה בהתאם. בהקשר זה לא למותר להזכיר כי המבקשות ידעו כי הן נדרשות לקבל היתר ולכן פנו תחילה למשיבה לשם קבלת היתר בניה, אך משבקשתן נדחתה, בחרו לעשות דין לעצמן והחלו לבנות במקום ובהמשך אף לבצע קבורה בשטח. עוד יוער, כי המבקשות שבות וטוענות כי הקבורה בחלקה 80 המשיכה גם לאחר כניסתה לתוקף של תכנית 5246 א', אך יש לשים לב כי עסקינן בעבודות להקמת החלקה, ולא בשימוש בחלקה לצרכי קבורה. משכך, אין בטענה זו, גם לו הוכחה, כדי להשליך על הטעם בבסיס ההבחנה בין החלקות. אשר ליתר החלקות בהר המנוחות, יודגש, כי אלו כפופות לתכנית מתאר אחרת, והמבקשות לא העלו כל טענה קונקרטית מדוע יש לגזור מהן גזרה שווה. אשר על כן, בדין נדחתה טענת המבקשות לאכיפה בררנית.



לבסוף, אעיר, כי בשים לב לאמור לעיל, מאחר שנקודת המוצא היא כי החלקות השכנות לא נדרשו לקבל היתר בניה, לא מצאתי כי היה ביזמונם של יתר העדים המוזכרים בבקשת רשות הערעור, שנתבקשו להעיד בנוגע למדיניות מתן ההיתרים, כדי להשליך על תוצאותיו של ההליך דנן.

13. מכאן לחלקה של הבקשה הנוגע לחומרת העונש. רשות ערעור הנסבה על חומרת העונש לא תינתן, אלא במקרים בהם ניכרת סטייה קיצונית ממדיניות הענישה המקובלת (רע"פ 9102/15 פאר נ' מדינת ישראל (26.1.2016); רע"פ 483/18 ברוכיאן נ' מדינת ישראל (14.2.2018)). המקרה שלפניי אינו נמנה על מקרים אלו. די בהכפלת הסכומים אותם העידה המבקשת 2 כי קיבלה בעבור הקבורה בחלקות במספר הקברים שהוקמו במקום כדי ללמוד כי הקנס שהושת על המבקשות נמצא בחלקו התחתון של מתחם הענישה הראוי בעניינה. לכך יש להוסיף כי בית המשפט היה רשאי להטיל קנס בגובה כפל שווי הבניה לפי סעיף 219 לחוק. המבקשות ביצעו את הבניה על אף שידעו על הצורך בהיתר בניה ובהמשך הפרו באופן שיטתי ולאורך שנים ארוכות את ההחלטות והצווים השיפוטיים בעניינן, ועליהן לשאת בתוצאות.

14. סוף דבר, הבקשה נדחית.

15. עיכוב ביצוע צו ההריסה, עליו הוריתי בהחלטתי מיום 4.2.2019, מבוטל בזאת.

ניתנה היום, ט' בניסן התשע"ט (14.4.2019).

ש ו פ ט