



עפ"א 18505/05/16 - הועדה מקומית לתכנון ולבניה אשקלון נגד רונן טבקול

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"א 18505-05-16 ועדה מקומית לתכנון אשקלון נ' טבקול
תיק חיצוני:

בפני המערער
כבוד השופט ישראל פבלו אקסלרד
הועדה מקומית לתכנון ולבניה אשקלון ע"י ב"כ עו"ד שני
שטרן ויעל מרמור, המחלקה המשפטית, עיריית אשקלון
נגד
המשיב
רונן טבקול ע"י ב"כ ש. הררי, משרד עורכי - דין

פסק דין

על חוף ימה של העיר אשקלון קיים היה מבנה שהיה ידוע בשם "**הסוכה הלבנה**". זה כוסה בחול ובעפר במהלך השנים. בשלב מסוים, נרכשו המקרקעין על ידי המשיב והוא ביצע בהם עבודות פיתוח ובניה. גם על ידי החברה לפיתוח חוף אשקלון בוצעו בסמוך עבודות נרחבות.

המערער הגישה נגד המשיב כתב אישום האוחז, למעשה, עשרה אישומים בעבירות על סעיפים 204(א) ו-208 לחוק **התכנון והבניה**, תשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק התכנון והבניה**"), בתיק תו"ב 35136-01-13. זהו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום באשקלון (כב' השופט ע. כפכפי) מיום 29.03.16, במסגרתו זוכה המשיב מרוב העבירות שיוחסו לו, וכן הורה בית משפט קמא הנכבד על ביטול כתב האישום כולו, מטעמים של הגנה מן הצדק. מכאן הערעור.

רקע

1. ביום 20.01.13 הוגש כתב אישום נגד המשיב ושני נאשמים נוספים. בהתאם להחלטת בית המשפט קמא מיום 03.07.13, הופרד ההליך וביום 16.10.13 הוגש כתב אישום מתוקן כנגד המשיב בלבד. בהתאם לכתב האישום המתוקן, המשיב הינו בעל הזכויות במקרקעין הידועים כגוש 1937 חלק מחלקה 48 הנמצאים בחוף ימה הצפוני של אשקלון, עליהם הוקם, לפני כ-40 שנה, מבנה הידוע בשם "הסוכה הלבנה". על פי כתב האישום, המבנה נבנה על פי היתר בניה משנת 1976 וברבות השנים נהרס עקב שריפה, פגעי הזמן ואיתני הטבע, וכל שנותר ממנו היו עמודים וחלקי רצפות, ללא חיפוי וללא קירות חיצוניים. המשיב שיקם את המבנה לחלוטין והתוצאה הסופית הינה מתחם שנחזה להיות כמסעדה עם מרפסת לים. כתב האישום כנגד המשיב אוחז, למעשה, עשרה אישומים. כתב האישום לא חולק לאישומים כמקובל, אך כל "מקבץ" של עבודות בניה על פיו, נרשם בסעיף נפרד. למען הנוחות והקלת הקריאה, אתייחס לכל סעיף כזה כ"אישום": על פי **האישום**



הראשון, ביצע המשיב עבודות חפירה בצדו הצפוני של הנכס; על פי **האישום השני**, בוצעו עבודות עפר, במהלכן פונה עפר בנפח של כ-2,500 מ"ק ונשלפו "כלונסאות דיפון" מהמצוק; על פי **האישום השלישי**, נבנו קירות חוץ במעטפת המבנה, מלוחות סמנטבורד, בניה אשר יצרה מבנה סגור ושלם שבסגירתו גדל שטח הקומה התחתונה בכ-10 מ"ר. כן בוצעה יציקת בטון של כ-5 מ"א בקיר הצפוני של המבנה; על פי **האישום הרביעי**, בוצעו עבודות גבס והותקנו תקרות אקוסטיות בתוך המבנה, שנוצר עקב סגירת המעטפת; על פי **האישום החמישי**, המשיב המשיך בביצוע העבודות בחלל שנוצר עקב סגירת מעטפת המבנה; על פי **האישום השישי** נבנו מסלעות בשטח של כ-500 מ"ר בצד הצפון - מזרחי של הנכס, נוצקו קיר בטון באורך של כ-15 מ"ר ומשטח בטון בשטח של כ-50 מ"ר בצדו המערבי של הנכס; על פי **האישום השביעי**, רוצף משטח הבטון ובוצע חיפוי אבן של מעטפת המבנה; על פי **האישום השמיני** רוצף שטח של כ-240 מ"ר בחלק המערבי של הנכס, נוצק משטח בטון בשטח של כ-400 מ"ר בחלק הצפוני של הנכס, הוקמו מהלכי מדרגות בין שני מפלסי הקרקע - האחד ממתכת בכיוון דרום - מערב והשני מעץ מכיוון צפון - מערב, רוצף גג המבנה בשטח של כ-150 מ"ר, הוצבו פילרים (גומחות לחשמל ותקשורת) בגודל של כ-2 מ"ר בצדו המזרחי של המבנה, ונבנה מהלך מדרגות מבטון וקורות עץ, בשטח ציבורי, באורך של כ-15 מ', לכיוון צפון המגרש; על פי **האישום התשיעי** הוקמה פרגולה בשטח של כ-20 מ"ר בחלק המערבי של המגרש והוקמו מעקות זכוכית סביב גג המבנה; על פי **האישום העשירי**, נבנו במבנה מטבח, משרד ואזור מגורים.

2. במסגרת המענה לכתב האישום טען המשיב להגנה מן הצדק בשל אכיפה בדרגות והתעמרות; הגנה לפי סעיף 208ב' לחוק התכנון והבניה; הגנה לפי סעיף 22 לחוק העונשין; הגנה לפי סעיף 34(יא) לחוק העונשין; הגנה לפי סעיף 34(יג) לחוק העונשין; והגנה לפי סעיף 34(יח) לחוק העונשין. **בהתייחס לאישום הראשון והשני** כפר המשיב בעובדות ובטענות. בהתייחס לשליפת הכלונסאות טען, כי פעל בהתאם להנחיית העירייה וכי בדיעבד התברר, כי פעולה זו אף נדרשה לצורך הגנה על החוף; **בהתייחס לאישום השלישי** טען המשיב, כי פעל על פי היתר שחודש ובהתאם להנחיות מומחים שמונו מטעם בית המשפט בהליכים שהתנהלו כנגדו; **בהתייחס לאישום הרביעי** טען המשיב, כי מדובר בעבודות שאינן טעונות היתר וככל ונדרש היתר, מדובר בעבודות שבוצעו על פי צו של בית המשפט, לאחר ששני מומחים מטעם בית המשפט חיוו דעתם לגבי עבודות אלה; **בהתייחס לאישום החמישי והשישי** טען המשיב, כי מדובר בעבודות שבוצעו על ידי הבעלים הקודמים של הנכס (גב' מגירוב) וכי אלה נכללו בכתב האישום שהוגש כנגדה. כן טען להגנת הצורך בנימוק כי מדובר בצורך דחוף להגנה על החוף והמבנה; **בהתייחס לאישום השביעי והשמיני**, כפר המשיב במיקום הנטען של העבודות, טען כי כל העבודות בוצעו על פי היתרים שחודשו וכי חלק ניכר מהעבודות בוצע על ידי הבעלים הקודמים וחלק על ידי העירייה. בנוגע לריצוף נטען, כי אינו מחייב היתר בניה. כן נטען שחלק מהעבודות נעשה על פי הוראת רשויות כיבוי אש; **בהתייחס לאישום התשיעי** טען המשיב, כי המדובר במצללה שאינה דורשת היתר; **בהתייחס לאישום העשירי** טען המשיב, כי העבודות אינן טעונות היתר וככל שנדרש היתר, העבודות בוצעו בהתאם להיתרים שחודשו.

פסק הדין של בית משפט קמא

3. לאחר שנפרשה בפני בית משפט קמא התשתית הראייתית ונשמעו טיעוני הצדדים, ניתן ביום 29.03.16 פסק הדין בו זיכה בית משפט קמא הנכבד את המשיב מחלק הארי של העבירות שיוחסו לו וכן הורה לבטל את כתב האישום, מן הטעם שעומדת למשיב הגנה מן הצדק.

עמוד 2



בית משפט קמא סקר את ההשתלשלות העובדתית ועיקר ההליכים המשפטיים שהתנהלו בעניין הסוכה הלבנה וקבע, כי ההליכים המנהליים שהתקיימו, שזורים בהליך הפלילי דנן ובפועל הם שהובילו להגשת כתב האישום.

4. בפסק דין מקיף ומפורט, התייחס בית משפט קמא הנכבד לאחריותו של המשיב לעבירות שבכתב האישום וקבע כי **"הנאשם היה אחראי על מתחם ביצוע העבודות, כמי שרכש את המקרקעין ופעל לביצוע העבודות בו"** (סעיף 8 עמוד 8 לפסק הדין), תוך שהוא דוחה את טענת המשיב לפיה אין הוא נכנס בגדר הגורמים שניתן להגיש נגדם כתב אישום. בית המשפט מצא כי טענתו של המשיב בעניין זה היא "מיתממת ומתחכמת". יחד עם זאת, לאחר שקבע את לאחריותו הכללית של המשיב לעבודות במקרקעין, פנה בית המשפט לדון בכל סעיפי כתב האישום ובסופו של יום, מצא כי יש לזכות את המשיב מרוב העבירות המיוחסות לו וכן להורות על ביטול כתב האישום כולו, מן הטעם כי נהגו במשיב בשירותיות וכי קיומו של ההליך הפלילי נגדו, פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.

5. בית משפט קמא קבע כי המערערת לא נהגה בהגינות עם המשיב ופעלה באמצעים שונים למנוע את הבניה ולסכל את האפשרות לקבל היתר. כן נקבע כי מדובר ב"נסיבות חריגות" ו"מקרה חריג ביותר" אשר הובילו את בית משפט קמא למסקנה כי **"לא ניתן לנקוט בצעד מידתי יותר מאשר ביטול כתב האישום בנסיבות האמורות"** (סעיף 65 עמוד 55 לפסק הדין). נוכח קביעתו זו, זיכה בית משפט קמא את המשיב מרוב העבירות המפורטות בכתב האישום. ביחס לעבודות בהן לא מצא לזכותו - בוטל כתב האישום. בשולי פסק הדין צוין כי בהליך אחר, בב"נ 10508-08-12 [טעות סופר, צ"ל 10505-08-12], ניתן צו להפסקת השימוש בנכס עד לקבלת היתר בניה כדין, אולם לאור מסקנת בית משפט קמא כי הבניה תואמת בעיקרה להיתרים ישנים, נקבע כי אין הצדקה לקיומו של צו הפסקת השימוש הגורף התלוי ועומד והוא הורה על ביטולו.

טענות המערערת בתמצית

6. טוענת המערערת כי פסק דינו של בית משפט קמא מתעלם לחלוטין מאופיו המיוחד של הנכס, אשר מצוי בתוך מצוק (ולא על המצוק), על קו החוף ממש, במקרקעין שמושפעים מתופעות הטבע הכרוכות בקרבה לים ולטבע איתן. נטען, כי בשים לב לנדירותו של משאב חוף הים, ברי כי על גוף התכנון לשמור עליו ולהגן על שלום הציבור, באמצעות בחינת בקשות למתן היתר תוך התחשבות בסוג הייחודי של המקרקעין ובהשפעות סביבתיות שונות, באופן שלא יסכן את הציבור הבא בשערי המבנה המבוקש. כן טוענת המערערת, כי בית משפט קמא שגה באופן בו יישם את ההלכות בעניין הגנה מן הצדק, כשלא הפעיל את "המבחן המשולש" ובעודו מתבסס על עובדות שגויות; עוד טענה המערערת כי חרג בית המשפט מסמכותו, עת קבע קביעות בנושאים שבסמכותה הבלעדית של וועדת ערר; ועוד נטען, כי שגה בית משפט קמא כשלא מצא לנכון להתייחס בפסק דינו לשתיקת הנאשם, שלא העיד, ולמשמעויות הדבר בהליך הפלילי. מוסיפה המערערת וטוענת כי פסק דינו של בית משפט קמא רצוף סתירות מהותיות, היורדות לשורשו של עניין, וכן קביעות עובדתיות שגויות, אשר הביאו למסקנות שגויות ובחלקים רבים בפסק הדין קיים חוסר התאמה בין ממצאי בית המשפט לבין התוצאה הסופית של פסק הדין. עוד נטען כי שגה בית משפט קמא עת זיכה את המשיב מן העבירות המיוחסות לו, כפי שפורט בהרחבה בכתב הערעור ובעיקרי הטיעון שהגישה המערערת. המערערת עותרת לביטולו של פסק דינו של בית משפט



קמא, להרשעת המשיב בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום ולגזירת עונשו.

7. בהתייחס להחלטת בית משפט קמא על ביטולו של צו הפסקת השימוש שניתן במסגרת תיק בב"נ 10505-08-12, טוענת המערערת כי יש לבטל את ההחלטה כאמור שכן, לשיטתה, ביטול צו הפסקת השימוש במקרקעין מתיר למשיב, דה פאקטו, לעשות שימוש ללא היתר במקרקעין, תוך סיכון הציבור וחופי הים.

טענות המשיב בתמצית

8. טוען המשיב כי אין זה המקרה החריג והקיצוני בו יתערב בית משפט של ערעור בממצאי עובדה, ודי בכך כדי לדחות את הערעור. נטען, כי בדין קבע בית משפט קמא שעומדת למשיב הגנה מן הצדק. כן טוען המשיב כי היה על בית משפט קמא לבטל את כתב האישום מן הטעם ש"אין להשיב לאשמה" שכן, לטענתו, המפקחים מטעם המערערת, אשר על בסיס דוחותיהם הוגש כתב האישום, פעלו ללא הסמכה כדין ומשכך - תוצריהם בטלים. לעניין זה דחה בית משפט קמא את בקשת המשיב והמשיב עותר כי תתקבל טענתו בדבר "אין להשיב לאשמה" במסגרת ערעור זה. בנוסף, במענה לערעור, עותר המשיב כי יכריע בית משפט זה בשתי טענות נוספות - האחת, סוגיית מיקום העבירות (בהתייחס לחלקה 416) והאחרת, סוגיית האחריות לביצוע העבודות (שבגינה נמצא כי המשיב בא בגדר גורם שניתן להגיש נגדו כתב אישום). לגופן של העבירות המיוחסות למשיב, נטען כי בצדק קבע בית משפט קמא כי יש לזכות את המשיב ולבטל את כתב האישום כנגדו, על בסיס כמה וכמה טעמים שונים וכבדי משקל, אשר פורטו בפסק הדין, כשכל טעם, כשלעצמו, מהווה טעם מספק ומקל וחומר, על בסיס משקלם המצטבר של הטעמים. המשיב, במענה לערעור, שב וחוזר על טיעוניו שהובאו בהרחבה בפני בית משפט קמא, לרבות כי פעל בהתאם להיתרים קודמים; כי חלק מן העבודות לא הצריך היתר; כי פעל בהוראת רשות; וכי חלק מן העבירות המיוחסות לו יוחסו כבר קודם לבעלים שקדמו לו, בכתב אישום אחר. כן טען המשיב טענות כלליות על אכיפה בררנית והתעמרות, במסגרת בקשתו להגנה מן הצדק. לעניין שתיקתו טוען המשיב כי זו באה כתוצאה מניתוח מוח שעבר ואשר מנע ממנו להעיד בבית משפט קמא. עוד הוסיף וטען, כי ממילא מסר גרסתו בעשרות דיונים שונים ואין בהיעדר עדותו כדי ליצור ראיות למאשימה, מקום בו לא הוכיחה את העבירה.

9. בסיכומיו, כמו גם בבקשה נפרדת שהוגשה במסגרת ערעור זה, עותר המשיב למחיקת הערעור דנן על הסף בטענה כי הוא הפך לאקדמי. המשיב תולה בקשתו זו בעובדה כי לאחר שניתן פסק דינו של בית משפט קמא, קיבל ביום 23.06.16 היתר בניה מצבי למבנה הסוכה הלבנה וביום 08.01.17 ניתן היתר בניה ליתרת שטח הפיתוח של הסוכה הלבנה. טוען המשיב כי בנסיבות אלו, בהן כיום מצוי בידיו היתר בניה לכלל מתחם הסוכה הלבנה, הערעור הפך אקדמי גרידא ויש למחקו על הסף.

בקשת המשיב למחיקת הערעור על הסף

10. בטרם אדרש לפסק דינו של בית משפט קמא לגופו, מצאתי לדון ולהכריע תחילה בבקשת המשיב למחיקת הערעור בטענה כי הפך אקדמי. אין חולק, כי ניתן ביום 23.06.16 היתר בניה מצבי למבנה הסוכה הלבנה וכן ניתן ביום 08.01.17 היתר בניה לפיתוח בגבולות המגרש, הכולל מסלעה למבנה הסוכה הלבנה. בנסיבות אלו,



בהן אוחז המשיב בהיתר כאמור, עותר הוא למחיקת הערעור. המערערת מתנגדת למחיקת הערעור מן הטעם כי אין בטענות שהעלה המשיב כדי לאיין את הערעור, שכן הערעור עוסק בעבירות שנעשו בעבר ומאמציו להכשיר את הנעשה בדיעבד, אינו רלוונטי להרשעה בעבירות בהן הואשם. מוסיפה המערערת וטוענת, כי בכל הנוגע לתקנות הפטור, יש לקיים תנאים, ומשאלה טרם קוימו, הרי כי לא ניתן לקבוע כי הנעשה במקרקעין הוסדר לחלוטין.

11. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים בסוגיה זו, לרבות טענת המשיב על כי התנגדות המערערת למחיקת הערעור נועדה אך ורק כדי להמשיך ולהתעמר בו ומהווה משנה תוקף לטענתו על התעמרות, מצאתי כי אין להורות על מחיקת הערעור כבקשת המשיב. כתב האישום ופסק דינו של בית משפט קמא עוסקים בביצוע עבירות על חוק התכנון והבניה, במועדים שקדמו להוצאת ההיתרים עליהם סומך המשיב בקשתו למחיקה על הסף. סבורני כי מחיקת הערעור על הסף במקרה הזה, עשויה להתפרש כאילו כל אימת שעברין בניה "מכשיר את השרץ" בדיעבד, הוא יהיה זכאי מהעבירות שיוחסו לו עובר לכך. אין זאת הפרקטיקה ותוצאה זו וודאי איננה רצויה ואין להסכין עמה, שכן עמדת הפסיקה, כמו גם של מותב זה, היא שיש ליתן משקל ראוי לחומרה הטמונה בעבירות תכנון ובניה ולפגיעה בשלטון החוק הכרוכה בביצוען.

אשר על כן, הבקשה למחיקת הערעור על הסף נדחית.

מבנה פסק הדין והכרעות בשוליים

12. מצאתי לנכון לדון תחילה בטענות המערערת בנוגע להחלת ההגנה מן הצדק, שהרי משהתקבלו טענות המשיב בעניין זה, הורה בית משפט קמא על ביטול כתב האישום כולו. באם ימצא כי בדין קיבל בית משפט קמא את טענת ההגנה מן הצדק, יתייתר הדיון כאן בנוגע לשאלת ביצוען של העבירות עצמן. מנגד, באם אמצא כי שגה בית משפט קמא בהחלטתו על ביטול כתב האישום, יהא עליי לדון בטענות המערערת כנגד זיכויו של המשיב בכל אחת מן העבירות בהן, לטענתה, נכון להרשיע את המשיב. בנוסף ובמובחן מסוגיית כתב האישום, אתייחס לטענות המערערת כנגד החלטתו של בית משפט קמא בנוגע לביטולו של צו הפסקת השימוש, שניתן במסגרת בב"נ 10505-08-12.

13. מעבר לאמור, אתייחס תחילה, בתמצית, לבקשת המשיב בתשובתו לערעור, במסגרתה ביקש שתינתן החלטת בית משפט של הערעור בשלוש טענות בהן לא דן או לא התקבלו טיעוני המשיב בבית משפט קמא, כטענתו (עניין הסמכת המפקחים וטענת "אין להשיב לאשמה"; עניין מיקום העבירות בחלקה 416; ועניין האחריות לביצוע העבודות שבגינה נמצא המשיב בגדר גורם שניתן להגיש נגדו כתב אישום).

14. המשיב תולה בקשתו זו על סעיף 213(3) לחוק סדר הדין הפלילי אשר, לשיטתו, מקנה לבית משפט של ערעור סמכות לא רק לשנות את פסק דינו של בית משפט קמא, אלא גם לקבוע קביעות שבית משפט קמא מוסמך לקבוע. אמנם, סעיף 213(3) לחוק סדר הדין הפלילי והסמכויות המוקנות לבית המשפט של ערעור מכוחו, מאפשרים ליתן בקשר לפסק הדין כל החלטה אחרת שהערכאה הקודמת היתה מוסמכת לתת, אולם



הבקשה לקבוע קביעות חדשות, שבית משפט קמא מוסמך היה לקבוע אך לא קבע - מקומה בכתב ערעור. מטבע הדברים, המשיב איננו המערער, ולפיכך אין למשיב זכות קנויה לבקשה כאמור. לגופו של עניין, לא מצאתי לשנות מהחלטתו של בית משפט קמא בכל הנוגע לאותן שלוש טענות אותן העלה המשיב, שכן בשלושתן דן בית משפט קמא ובשלושתן ניתנו החלטות שלא מצאתי בהן כל פגם.

15. אתיחס להלן לשלוש הטענות, בתמצית:

א. בנוגע לטענה כי בית משפט קמא לא הכריע בטענה כי "אין להשיב לאשמה" לאחר שמיעת מלוא הראיות - לא מצאתי בטענה זו ממש. המשיב תלה טענת "אין להשיב לאשמה" בסוגיית הסמכת המפקחים, שעל בסיס דוחותיהם הוגש כתב האישום. בפסק הדין התייחס בית משפט קמא לטענות המשיב בעניין הסמכת המפקחים תוך התייחסות מפורשת לבחינת ראיות. בית משפט קמא קבע כי **"מהראיות עלה כי שלב ההסמכה של המפקחים כולל הסמכה מהוועדה המקומית לעבודת הפיקוח ושלב נוסף המאפשר למפקח לגבות הודעה מנאשם לאחר הזהרתו. אכן המפקחת קקון טרם קיבלה את ההסמכה האחרונה במועד ביקוריה בשטח אולם לא מצאתי כי הדבר מונע בעדה מלהעיד על אמירות ספונטניות של הנאשם בעת הביקורים. הנאשם לא הניח תשתית מספקת לפסילת אמירות אלו ולא מצאתי כי יש למנוע מהמפקחת להעיד אודות הדברים שמסר לה הנאשם מיוזמתו..."** (עמוד 6 סעיף 7 לפסק הדין). לאור האמור, הטענה "אין להשיב לאשמה", ככל ונסמכה על סוגיית הסמכת המפקחים, נשקלה והוכרעה בפסק דינו של בית משפט קמא. בנסיבות אלו, לא מצאתי בסיס לטענת המשיב כי בית משפט קמא לא הכריע בה לאחר שמיעת מלוא הראיות.

ב. בנוגע לטענה שעניינה איתור מקום העבירות, טוען המשיב כי כתב האישום מתייחס לחלקה 48 בלבד אולם במסגרת ההליך, הייתה התייחסות לעבירות בהקשר לחלקה נוספת שלא בא זכרה בכתב האישום - חלקה 416. אמנם, כתב האישום מתייחס לחלקה 48, מבלי לציין את חלקה 416, אולם במסמכים שהוגשו במסגרת ההליך, מופיעה חלקה 416 בכל הרישומים הרלוונטיים, לרבות על גבי תכנית הבניה משנת 1976 וכן על גבי תכנית הבניה משנת 2005 - עליהן, יש לומר, סמך המשיב את רוב הגנתו. בנסיבות אלו, מוטב היה אילולא הועלתה הטענה המרמזת כאילו הסוכה הלבנה איננה חלק מחלקה 416, הגם שבפסק דינו של בית משפט קמא קיימת התייחסות לחלקה 416 בהקשר של ניתוק הסוכה הלבנה מחשמל (סעיף 58 עמוד 49 לפסק הדין) וכן קביעה, שלא מצאתי בה כל פגם, לפיה לא נמצא כי מחדל המאשימה להוכיח במדויק את מספרי החלקה ושטחה, מונע את הוכחת הקשר בין המשיב לעבודות (סעיף 8 עמוד 6 לפסק הדין).

ג. בנוגע לטענה השלישית לפיה המשיב לא היה המחזיק במקרקעין ופעל בהתאם לייפוי כוח מאת הבעלים הקודמים (גב' מגירוב) ומשכך, אינו בין הגורמים שניתן להעמידם לדין - טענה זו נדחתה בפסק דינו של בית משפט קמא בהחלטה מפורטת ומנומקת. בין הנימוקים נקבע כי **"מדובר בפועל בסעיף רחב המאפשר לתפוס ברשתו כל מי שיש לו נגיעה מהותית לעבודות, גם אם אינו הבעלים הרשום של המקרקעין"**; **"עמדתו של הנאשם**



בטענה זו מיתממת ומתחכמת"; "הנאשם לא העיד, לא צירף את ההסכם עם מגירוב או את יפוי הכוח אשר מכוחו פעל לטענתו, לא סתר את ראיות המאשימה מהן עולה כי נכנס הוא לגדר הגורמים שניתן להגיש נגדם כתב אישום..." "היתה לו השליטה בשטח והיה לכל הפחות האחראי לביצוע העבודות" (עמודים 5 ו-6, סעיף 7 לפסק הדין). איני סבור כי נפלה שגגה כלשהי בהחלטה זו של בית משפט קמא. לאור האמור, בדין נקבע כי המשיב נכנס בגדר אותם גורמים שניתן להגיש נגדם כתב אישום.

אסכם נקודה זו ואומר כי אותן שלוש טענות אותן העלה המשיב במענה לערעור, הוכרעו בבית משפט קמא, בהחלטות אשר לא מצאתי שיש מקום להתערב בהן.

ביטול כתב האישום - טענת ההגנה מן הצדק

16. המשיב ביסס את עיקר הגנתו על טענות לאכיפה בדרנית והתעמרות בו, ממניעים פסולים של מהנדס העיר (דאז) וטען כי הוא זכה ליחס שלילי במיוחד עד כדי רדיפה של ממש. בית משפט קמא קבע בפסק דינו כי **"מדובר במקרה חריג ביותר ממנו עולה כי קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגנות. לא מצאתי כי ניתן לנקוט בצעד מידתי יותר מאשר ביטול כתב האישום בנסיבות האמורות"** (עמוד 55 סעיף 65 לפסק הדין). לטענת המערער, בית משפט קמא התבסס על עובדות שגויות ושגה באופן יישום ההלכות בעניין ההגנה מן הצדק במקרה דנן. לשיטתה, המשיב החל בביצוע העבירות באוקטובר 2010, מועד בו עשה דין לעצמו ולא ניתן היה להעלות כלל טענות של ההגנה מן הצדק. בנוסף טענה, כי המשיב לא מסר עדות בפני בית המשפט וטענותיו להגנה מן הצדק במענה לכתב האישום השתנו מפעם לפעם על פי הצורך.

בשאלת ההגנה מן הצדק מתמקד הערעור בשלוש טענות מרכזיות: האחת - שגיאה בעובדות וביישום ההלכות שנקבעו בסוגיית ההגנה מן הצדק; השניה - מועד ביצוע העבירות ; השלישית - שתיקת הנאשם. אתייחס לשלוש הטענות המרכזיות, להלן.

ההלכות בסוגיית ההגנה מן הצדק

17. באשר למהותה של ההגנה מן הצדק, הפנתה המערער לע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נגד בורוביץ'** (31/3/20015, פורסם בנבו) וטענה כי "המבחן המשולש" שנקבע בהלכה זו לא הופעל ומשכך הגיע בית משפט קמא לתוצאה שגויה.

לטענת המערער, נקבעו בפרשת בורוביץ', 3 מבחנים לתחולת ההגנה:

א. זיהוי הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינם של הנאשמים וניתוח עוצמת הפגם.

ב. עריכת איזון בין הנזק שיגרם מקיום ההליך, לבין הנזק שיגרם לציבור מאי העמדתו לדין של

הנאשם.



ג. בדיקת דרכים חלופיות, קיצוניות פחות מביטול כתב אישום לריפוי הפגם.

המערערת טוענת כי במקרה דנן, לא מתקיים אף לא אחד מן התנאים הנ"ל, ומשכך - שגה בית משפט קמא עת ביטל את כתב האישום מטעמי הגנה מן הצדק.

18. באשר למבחן הראשון, טענה המערערת כי בית משפט קמא שגה בזיהוי הפגמים שנפלו כביכול בנקיטת ההליך כנגד המשיב, שכן לא נפל כל פגם בהתנהלותה. באשר למבחן השני, נטען כי בית משפט קמא לא נתן משקל ראוי למאזן הנזקים ולמעשה התעלם משאלה זו לחלוטין, אף שמדובר בשאלה רלוונטית וחשובה ביותר בנסיבות העניין. כן נטען כי קבלת טענת המשיב לפיה קיימת הצדקה לביטול כתב האישום נגדו בשל התנהלות המערערת כלפיו, הינה החלטה מרחיקת לכת. בעניין זה הפנתה המערערת לע"פ (י-ם) 9847/05 **מדינת ישראל נ' אורה מושב עובדים להתיישבות ואח'** 9/3/2006, פורסם בנבו (להלן: "**פרשת אורה**"). באשר למבחן השלישי, טענה המערערת כי ביטול כתב האישום הינו מהלך קיצוני וקיימות דרכים אחרות לריפוי הפגם, דוגמת ענישה ברף הנמוך, מתן אורכה לביצוע צווי הריסה ועוד.

19. מנגד, טוען המשיב כי בית משפט קמא יישם כראוי את המבחן המשולש, ובדין קבע כי למשיב עומדת הגנה מן הצדק. נטען כי בית משפט קמא זיהה את הפגמים שנפלו בהתנהלותה של המערערת, איזן את האינטרסים שעניינם חומרת העבירה, עוצמת הראיות, האשם הרובץ על הרשות והתנהגותה של הרשות בזדון ובחוסר תום לב. כן נטען כי יש לדחות את ניסיונה של המערערת להסתמך על פרשת אורה מן הטעם שנסיונותיו שונות בתכלית, שכן שם היה מדובר בבניה רחבת היקף, ללא שום היתרים, בשטחים חקלאיים. המשיב סיכם וטען כי בדין עומדת לו הגנה מן הצדק.

הגנה מן הצדק - שרירותיות

20. בחוק סדר הדין הפלילי **[נוסח משולב]**, התשמ"ב-1982 מעוגנת כיום דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שטרם חקיקתה הוחלה כדוקטרינה הלכתית. עם עיגונה בחוק, בסעיף 149(10), נקבע כך:

"לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן -

(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

21. דוקטרינת ההגנה מן הצדק נותנת בידי בית המשפט את הסמכות להורות על ביטולו של כתב האישום, אם הוא משתכנע שהגשתו או בירורו פוגעים בעקרונות צדק והגינות משפטית, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם (פרשת בורוביץ, עמ' 803). בפסק הדין בעניין בורוביץ קבע בית המשפט העליון מבחן תלת שלבי להחלטה של הגנה מן הצדק. בית המשפט העליון קבע כי "**בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט**" (שם, עמוד 806). בית המשפט חזר והדגיש כי "**ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר**" (שם, עמוד



807). אף כי ברוב המקרים תהיה סוגיית ההגנה מן הצדק קשורה להתנהגות הרשות, נקבע כי יש לבחון הדברים תוך הסתכלות כוללת על נסיבות ההליך, ובלשון בית המשפט:

"אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנות, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקרן, אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר" (פרשת בורוביץ, עמ' 807).

22. קשת המקרים בהם עשויה להתעורר סוגיה של הגנה מן הצדק הינה רחבה והנסיבות עליהן משתרעת ההגנה עשויות להיות קשורות, הן לשלב ביצוע העבירה והן לשלב החקירה וההעמדה לדין. עם זאת, גם כאשר יש אינטרס באי ניהול ההליך הפלילי, יש לבחון מהם השיקולים שמגד המצדדים בהעמדה לדין. על הערכים והאינטרסים ביניהם מבקשת דוקטרינת הגנה מן הצדק לאזן, עמד בית המשפט העליון בעניין הורוביץ:

"מן העבר האחד ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר האחר ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכי הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; שמירת אמון הציבור בבית-המשפט" (פרשת בורוביץ, עמ' 807).

23. כאמצעי להגשמתו של האיזון האמור, קבע בית המשפט בפרשת בורוביץ מבחן תלת שלבי לבחינתה של טענת הגנה מן הצדק:

"בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו על נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך למשל ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין, וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר, ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים



שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראייה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים" (פרשת בורוביץ, עמודים 807-808).

הפסיקה נוהגת, לשם בחינת טענת ההגנה מן הצדק, להפעיל את המבחן התלת שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ, הגם שפסק הדין ניתן עוד לפני התיקון לחוק והכללתה של ההגנה כחלק מן הטענות המקדמיות על פי חוק סדר הדין הפלילי. בעניין זה אפנה גם לע"פ 5672/05 5679/05 **טגר ואח' נ. מדינת ישראל** (21/10/2007, פורסם בנבו), מפי כב' השופטת ד' ברלינר:

"עם כניסתו לתוקף של התיקון לחוק, הפכה ההגנה מן הצדק מדוקטרינה הילכתית לדוקטרינה המוכרת ומעוגנת בספר החוקים. מהלך זה מעורר את השאלה כיצד משפיע התיקון לחוק על היקפה ואופיה של ההגנה מן הצדק, כפי שזו עוצבה בפסיקה עד כה. לעניין פרשנותו של המבחן שנקבע בתיקון לחוק, נכוננו לנו, ללא ספק, עוד עלילות רבות והדעת נותנת כי הפסיקה תאמר את דברה. עיגונה של ההגנה מן הצדק בחוק מפורש והעדפת מבחן ה"סתירה המהותית" על פני מבחנים מצמצמים יותר, אפשר ויסמנו נכונות להרחיב במידת מה את תחומה של ההגנה. עם זאת, נראה כי המחוקק לא התכוון להביא לשינוי דרמטי באופיה של ההגנה. מבין ההצעות השונות שעמדו בפני הוועדה כמפורט לעיל, מבחן "הסתירה המהותית" שאומץ בסופו של דבר בתיקון לחוק הוא הקרוב ביותר באופיו למבחן "הפגיעה הממשית" שנקבע בפרשת בורוביץ. לא פגיעה חמורה, ואף לא קיצונית, אלא פגיעה מהותית שהולמת כאמור את "הרף המרוכך" שבפרשת בורוביץ. לפיכך, ספק אם יש בכניסתו של התיקון לחוק משום מהפכה בהשוואה למצב הקיים מאז הלכת בורוביץ. הגנה מן הצדק, כך נראה, הייתה ונותרה טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד. עם זאת, אין בדעתי לקבוע מסמרות בשאלה האם הביא עימו התיקון לחוק שינוי בנקודת האיזון, שכן, כפי שנראה, אין הדבר נצרך לענייננו. אבקש להותיר שאלה זו לעת מצוא, אשר אני מניחה שאינה רחוקה. באשר לשלבי הבחינה בהם יש להעביר את טענת ההגנה מן הצדק, נראה שאין סיבה לשנות מהמבחן התלת שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ."

24. אפנה עתה לבחון את טענותיה הקונקרטיות של המערערת, שבגינן סבורה היא שבנסיבות העניין אין תחולה להגנה מן הצדק.

25. בשלב ראשון, יש לקבוע מהם הפגמים שנפלו בטיפול בעניינו של המשיב ומה חומרתם, במנותק משאלת אשמתו או חפותו. טענתה של המערערת היא שלא נפל כל פגם בהתנהלותה. מנגד, טענתו המרכזית של המשיב היא לאכיפה בררנית והתעמרות בו, כשהגורם להתעמרות בו הוא מהנדס העיר (דאז), מר ירון דוד, עד כדי רדיפה אישית. אכיפה בררנית, התעמרות ורדיפה אישית זו, כך סבור הוא, מקנים לו הגנה מן הצדק. בית משפט קמא בחן את התנהלות המערערת אל מול טענותיו של המשיב בסוגיה זו. לאחר שנבחן מכלול העדויות שהובאו בפניו, לא מצא בית משפט קמא להישען על הטענה לאכיפה בררנית, כסיבה לביטול כתב האישום (סעיף 50 עמוד 53 לפסק הדין) וכן שלל הוא את הטענה בדבר רדיפה אישית בקבעו כי "אין די בראיות



שהוצגו בכדי להוכיח רדיפה אישית כלפי הנאשם על ידי מי מהגורמים בעירייה ואף לא של מהנדס העיר" (סעיף 48 עמוד 41 לפסק הדין).

26. על אף שלא נתקבלה טענת הגנה מן הצדק מן הטעם של אכיפה בררנית וכן נשללה הטענה על רדיפה אישית, בא בית משפט קמא למסקנה כי ההחלטות בעניינו של המשיב היו שרירותיות. חיזוק למסקנה זו מצא בית משפט קמא בהחלטות וועדת הערר ובהליכי התכנון אשר **"סובבים סביב צירם ללא התקדמות, מעל לחמש שנים מבלי שניתן לראות סוף להליך התכנון"** (סעיף 48 עמוד 41 לפסק הדין). בכל הכבוד, לא אוכל להסכים עם קביעה זו שכן, יש לבחון את טענת השרירותיות ביחס לאותו מועד בו בוצעו העבירות שבכתב האישום. לעניין זה הוכח כי המשיב החל בביצוע עבודות חפירה ובניה כבר באוקטובר 2010, עוד בטרם פעל לחידוש היתר 76. די בקביעתו של בית משפט קמא כי **"הנאשם החל לבצע עבודות במקום טרם הגשת בקשה לחידוש היתר 76"** (סעיף 64 עמוד 54 לפסק הדין) על מנת לשמוט את הקרקע תחת טענת השרירותיות, המבוססת על אי התקדמות הליכי הרישוי במשך שנים, שהרי הנאשם דנא לא המתין להתקדמותם של הליכי הרישוי - למעשה, הוא החל בפעולות בניה ללא היתר אף לפני שהחל הוא לנקוט בהליכי רישוי. על כן, לפחות לגבי אותן העבירות אשר בוצעו לפני שהוחל בהליכי רישוי, לא ניתן לקבלת טענה של הגנה מן הצדק מהנימוקים שהיא התקבלה.

27. זאת ועוד, עיון מדוקדק בפסק הדין מעלה כי בית משפט קמא קבע כי הרשות נהגה בשרירותיות בהישען בעיקר על טיעון עיקרי אחד - דרישה לסקר ימי כתנאי לחידוש היתר הבניה. בעניין זה קבע בית משפט קמא, מצד אחד, כי הדרישה לסקר ימי **"נחזית במבט ראשון כדרישה סבירה אשר חיונית לצורך הבטחת שלום הציבור מפני קריסת המצוק"**, אולם מצד שני קבע כי עלה בידי המשיב להוכיח שהעבודות שביצע **"שיפרו לאין ערוך את התמיכה במצוק לעומת המצב שהיה טרם תחילת העבודות..."** ומשכך - העביר את הנטל למערערת, שתוכיח כי הדרישה **"אכן נחוצה ולא מהווה הכבדה מכוונת"** (סעיף 63 עמוד 53 לפסק הדין). בשים לב לעובדה שהסקר הימי נדרש עוד בטרם התגבשה המסקנה העתידית כי העבודות לכאורה **"שיפרו לאין ערוך את התמיכה במצוק"**, הרי שלא ניתן לומר שהדרישה לסקר ימי, בעת בה נקבעה, לא היתה סבירה. יתרה מזאת, בשים לב לכך שהדרישה לסקר ימי נולדה לאחר שארעה סופה גדולה (11.12.10) שגרמה לנזק ולהתמוטטות חלק מהמבנה והסובב לו, ושבעקבותיה נחשפו הגורמים הרלוונטיים לסכנה שבמצוק, ברי כי אין הצדקה לקבוע כי הדרישה לסקר ימי, באותה עת, לוקה בחוסר סבירות, אי נחיצות או הכבדה מכוונת. בכל מקרה, אין על בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו הוא, במקום שיקול דעתם של גופי התכנון האמונים לדבר. בפרשת בורוביץ עמד בית המשפט העליון בהרחבה על השאלה מתי אכיפה בררנית מצדיקה הענקת הגנה מן הצדק (פרשת בורוביץ, עמודים 813-816). נקבע שבדרך כלל, ולמעט במקרים נדירים ביותר, תקום וטיפול טענת אכיפה בררנית על השאלה האם פעלה הרשות ממניעים ענייניים או על יסוד שיקולים זרים ושרירותיים (שם, עמוד 814). בעניינו, הסבירה המערערת כי הסופה הגדולה שארעה בדצמבר 2010 והשפעותיה על המקרקעין, הם שהביאו לנקוט משנה זהירות בבחינת מתן היתר למתחם הסוכה הלבנה. שיקול דעת זה - בין אם הוא נכון לגופו ובין אם לאו, וגם אם הסתבר בדיעבד כי המשיב ביצע שם עבודות שחיזקו את המבנה והמצוק - אינו בבחינת שיקול זר או שרירותי.

28. החלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק בעבירות על חוק התכנון והבניה מחייבת משנה זהירות, לטעמי. המדובר



הוא בעבירות אשר מבוצעות, לא אחת, על ידי אזרחים "מן השורה", נורמטיביים כביכול, מתוך נקודת מוצא כי אין בהן פגיעה באדם אחר או ברכושו. אך לא כך הם פני הדברים, שכן עבירות אלה פוגעות בפגיעות קשות במרקם התכנוני, באינטרס הציבור למגר עבירות מסוג זה, בשלטון החוק אשר מופר בריש גלי, ולא אחת גם בבטיחותו של הציבור (ראה גם פרשת מושב אורה, פסקאות 9 ו-10 לפסק הדין). מתן הגנה מן הצדק בעבירות הנדונות, שלא במקרים חריגים ממש, בלית ברירה ורק כאשר תחושת הצדק אינה מאפשרת, בשום אופן ופנים, קיום הליך פלילי נגד הנאשם, תשדר מסר מוטעה לציבור בנוגע לחומרתן של העבירות מסוג זה, ותהא בבחינת "רוח נגדית" למסר שנתקבל מבית המשפט העליון לא אחת, בדבר הצורך להחמיר עם עברייני בניה, משהפכה התופעה של בנייה בלתי חוקית ל"מכת מדינה".

29. מאחר וקבעתי כאמור, כי שיקול הדעת של הרשות לא היה שיקול זר או שרירותי, הרי שמתיתר הדיון בהשוואה שנערכה בבית משפט קמא בין מבנה הסוכה הלבנה לבין מבנים אחרים בעיר אשקלון, בקשר עם דרישות למתן היתר. יתרה מזאת, בנסיבות העניין, אין מחלוקת ביחס לסוג המקרקעין וייחודו. סמיכותו הממשית של המבנה לקו חוף הים והיותו בתוך מצוק לא הוכחה והעובדה כי אין דומה לו בעיר אשקלון (או בישראל בכלל) לא הופרכה. אשר על כן, אין מקום להיעתר לטענת השרירותיות, ככל שהיא מבוססת על השוואה למבנים אחרים.

30. בהקשר זה, יש לציין כי בשאלת האכיפה הבררנית ביחס למבנה הסוכה הלבנה עצמו, לא יכולה לבוא כל טענה, שכן כתב אישום הוגש בעבר כנגד הבעלים הקודמים של המקרקעין, עוד בטרם רכישת הבעלות על ידי המשיב. הגשת כתב האישום כנגד הבעלים הקודמים מחזקת היטב את המסקנה, שאין מדובר בהפליה כלשהי והטענה לאכיפה בררנית גופה, אין לה במה להיאחז.

31. אף בסוגיית ניתוק הסוכה הלבנה מתשתיות מים וחשמל וסגירת דרכי הגישה, לא מצאתי כל אחיזה שתצדיק הגנה מן הצדק. בית משפט קמא התייחס לסוגיה זו בהקשר של רדיפה אישית באומרו "**כהמחשה לטענתו לרדיפה אישית הפנה הנאשם לכך כי המאשימה או עירית אשקלון באמצעות מהנדס העיר לא הסתפקו במניעת מתן היתר אלא ביצעו פעולות פיזיות להפסקת השימוש במקום**" (סעיף 58 עמוד 48 לפסק הדין). יוזכר כי הטענה על רדיפה אישית, על מרכיביה, נדחתה על ידי בית משפט קמא. לחילופין, נקשרה בפסק הדין סוגיית ניתוק המים, החשמל וסגירת דרכי הגישה עם טענת השרירותיות. בית משפט קמא קבע כי "**הוכח שנעשו על ידי המאשימה פעולות חריגות להפסקת העבודות**" והעביר את הנטל למערערת שתוכיח כי לא נפל פגם בהתנהלות גורמי האכיפה (סעיף 49 עמוד 43 לפסק הדין). מעין בטענות הצדדים עולה כי קיימת מחלוקת שבעובדה בשאלה האם הסוכה הלבנה אכן נותקה מתשתיות חשמל ומים, כנטען. המערערת טוענת כי שגה בית משפט קמא עת קבע כי המשיב נותק מתשתיות מים וחשמל - דבר שלא היה ולא נברא. מנגד טוען המשיב כי עדים מטעמה של המערערת הודו כי החשמל, המים ודרכי הגישה נותקו בהוראת מהנדס העיר. אף מבלי להידרש לשאלה העובדתית ניתן לקבוע, כי בבסיס טענת השרירותיות עומדת בעניין זה שאלה אחרת: האם ניתוק מתשתיות החשמל, המים וחסומת דרכי הגישה, ככל ובוצעו, הן פעולות חריגות העולות כדי פגם בהתנהלות גורמי האכיפה? בנסיבות העניין, הוחזק המשיב כמי שפועל במקרקעין ללא היתר. בנסיבות אלו, לא מצאתי כי פעולות אלו, אשר באות בגדר הליכי אכיפה, הן חריגות ולא עלה בידי המשיב להוכיח כי מעולם לא ננקטו הליכים מעין אלו בעיר אשקלון. מכאן, שאין לקבל את טענת השרירותיות בסוגיית ניתוק התשתיות.



32. מן המקובץ עולה, כי בהפעלת המבחן התלת שלבי שבהלכת בורוביץ, לא עומדת למשיב הגנה מן הצדק, כבר ביישום הכללים בשלב הראשון. לא מצאתי כי קיימים במקרה הזה פגמים אשר יצדיקו בחינה של תחולת ההגנה. יוזכר, בית משפט קמא מצא לדחות את הטענה בדבר אכיפה בררנית כסיבה לביטול כתב האישום וכן שלל את הטענה בדבר קיומה של רדיפה אישית. הפגם שבגינו מצא בית משפט קמא כי יש לבטל את כתב האישום נעוץ, לשיטתו, בקביעה שהייתה שרירותיות בהתנהלות המערערת, בקביעת הדרישה לסקר ימי ובהימשכות ההליכים. אינני שותף למסקנה זו. כאמור, מצאתי כי שיקול הדעת שהפעילה המערערת בענייננו - בין אם נכון הוא לגופו ובין אם לאו - אינו שיקול זר או שרירותי. בנסיבות אלו, משאין תחולה למבחן הראשון בנושא הנדון, אין מקום להיעתר לטענת ההגנה מן הצדק.

הגנה מן הצדק - מועד ביצוע העבירות

33. באוגוסט 2010 רכש המשיב מבנה הרוס. באוקטובר 2010 כבר החל בעבודות חפירה ובנייה במקום, מבלי שהגיש בקשה להיתר. בצדק טוענת המערערת כי עשה המשיב דין לעצמו עת החל בעבודות בטרם ניתן לו היתר ובנסיבות אלו לא יוכל להעלות טענה של הגנה מן הצדק. אשוב על האמור דלעיל, משקבע בית משפט קמא כי **"הנאשם החל לבצע עבודות במקום טרם הגשת בקשה לחידוש היתר 76"** (סעיף 64 עמוד 54 לפסק הדין) הרי כי המסקנה המשפטית המתבקשת מקביעה זו היא דחיית הטענה להגנה מן הצדק. השתלשלות העניינים, כפי שבאה לאחר מכן, ארוכה, בירוקרטית ומסורבלת ככל שתהא, אין בה כדי לאיין את העובדה כי המשיב פעל ללא היתר. לא בגלל הימשכות ההליכים פעל המשיב כפי שפעל, שהרי מלכתחילה מעשיו היו בעבירה.

34. בשולי הדברים יצוין כי טענת המשיב, לפיה לא היה בעל הזכויות במקרקעין במועדים הרלוונטיים לכתב האישום (סעיף 24 לסיכומי), בדין נדחתה על ידי בית משפט קמא. העמימות שנסובה סביב המועד בו רכש המשיב את זכויותיו במקרקעין, מעלה אי נוחות בכל הנוגע להתנהלותו, שכן, הגם שבנקל יכול היה המשיב לפזר את הערפל בסוגיה זו, נאלץ בית משפט קמא לעמול ולדלות את המידע מתוך העדויות והמסמכים שהובאו בפניו, עד אשר מצא בפרוטוקול ישיבת ועדת משנה לתכנון ובניה שהתקיימה ביום 26.10.10 עדות לכך שהמשיב רכש את המבנה באוגוסט 2010 (באותו פרוטוקול הצהיר המשיב מפורשות: **"שמי רונן טבקול, אני רכשתי את הסוכה הלבנה לפני כחודשיים בערך, באוגוסט האחרון"**).

הגנה מן הצדק - שתיקת הנאשם - המשיב

35. המערערת טענה כי המשיב סמך את טענותיו לקיומה של הגנה מן הצדק על עובדות המצויות בידיעתו והוא הגורם המתאים ביותר להעיד עליהן. ב"כ המשיב טען מנגד כי על מנת להוכיח טענת הגנה מן הצדק אין כל הכרח כי הנאשם בעצמו יעיד.

36. סבור אני כי המבקש מבית המשפט כי יעשה צדק עמו ויגן עליו מפני הרשויות המתעמרות בו, למרות שהוא עצמו ביצע עבירות פליליות, מן הראוי כי יתייצב על דוכן העדים, יישיר מבטו מול בית המשפט ויצגי את גרסתו ללא חת, בעדות אותנטית וממקור ראשון. במיוחד הדברים אמורים כאשר הטענה היא פרסונלית - טענה של התעמרות. כשלעצמי אני סבור, כי נאשם הטוען לקיומן של עובדות המקימות לו הגנה מן הצדק והוא נמנע,



מסיבות השמורות עמו, מלהעיד עליהן במשפטו, אינו ראוי לקבלת ההגנה, אלא אם כן הימנעותו מלהעיד מוצדקת היא, בהצדקה עניינית של ממש. המבקש הגנה מן הצדק, מבקש לבטא כי הוא חש שנעשה עמו עוול של ממש, וראוי כי את תחושתו זו ינסה להעביר למותב הדין בעניינו, באופן ישיר וגלוי. לחילופין, ניתן להלך בדרך מקלה יותר, והייתי אומר כי לכל הפחות, הימנעותו של המשיב מלהעיד, מעלה באופן משמעותי את הרף הנדרש להצדקת ביטול כתב האישום. ברף גבוה זה המשיב לא עמד כלל וכלל.

37. ב"כ המשיב טען במענה לערעור כי בית משפט קמא התיר למרשו להעיד בסוף פרשת ההגנה אולם לאור ניתוח מוח שעבר המשיב, נמנע ממנו להעיד. עיניתי בטענות הצדדים בסוגיה זו, ומצאתי קושי ליישב בין הימנעות המשיב מלהעיד לבין הניתוח הנטען. ראשית, הטענה לפיה נמנע מן המשיב מלהעיד בבית משפט קמא מסיבות רפואיות כלשהן - אין לה כל זכר בהכרעת הדין המפורטת של בית משפט קמא. שנית, לא הובאה כל אסמכתא רפואית שתתמוך בטענה זו. שלישית, מצד אחד טען ב"כ המשיב בסיכומיו כי המשיב **"ויתר על עדותו כדי לא להאריך את ההליך עוד"** (גישה תמוהה כשלעצמה) אולם מצד שני, במענה לטענת המערערת על כי המשיב נכח בכל הדיונים, נטען כי המשיב לא נכח בכל הדיונים אלא במרביתם ו**"כמי שעל ראשו עומד כתב אישום, אשר השלכות הכרעת הדין עבורו הן עצומות, היה חשוב להיות נוכח בדיונים..."** (סעיף 55 לסיכומי המשיב). שני טיעונים אלה אינם יכולים לדור בכפיפה אחת, שכן אם עמדת המשיב היא שהשלכות הכרעת הדין הן עצומות עבורו, הרי שאין זה סביר שהתארכות ההליך היא שתגרום לו לוותר על עדותו, ויזכר - ממילא מדובר בהליך שהתנהל משך קרוב לשלוש שנים. לאור האמור, ומשלא הובא בדל ראיה להוכיח כי נבצר מהמשיב מלהעיד בשל מצבו הבריאותי, אין מניעה כי שתיקתו בהליך תעמוד לחובתו.

38. בנסיבות אלו, יש לזקוף לחובת המשיב את שתיקתו, אף באופן השולל ממנו הגנה מן הצדק, כפי ראייתי אני, אליה התייחסתי לעיל.

דחיית הטענה להגנה מן הצדק

39. נוכח הטעמים המקובצים לעיל, אינני שותף לקביעת בית משפט קמא בדבר פגיעה בתחושת הצדק וההגנות. ראשית, מאחר ומצאתי כי טיעוניו של המשיב אינם צולחים, תרתי משמע, את המבחן הראשון, בבדיקה התלת שלבית שבהלכת בורוביץ. מכאן גם כי מתייתר הצורך לדון במבחנים השני והשלישי. שנית, ההגנה תישלל מן המשיב כאן, משנמנע מלהעיד במשפטו. שלישית, סבורני כי בעניינו יש לייחס משקל לחומרת העבירות המיוחסות למשיב. המדובר בנכס למטרת מסחר, שתוכן להביא בשעריו את הציבור הרחב ומן הראוי היה שתכנונו יהיה מושכל, וודאי מפוקח, לבטיחות ולרווחת אותו הציבור. הפסיקה עמדה, לא אחת, על החשיבות שבאינטרס הציבורי שבהעמדה לדין בגין בעבירות תכנון ובניה.

40. מוקד הבדיקה הוא שאלת הצדק שבניהול ההליך הפלילי. גם אם מוצא הייתי פגמים אשר מצדיקים בחינה שמא קמה למשיב ההגנה, ולא הייתה עומדת למשיב למכשול העובדה כי בחר להימנע מלהעיד, הרי כאשר מדובר בטענה שהרשות פעלה בשרירותיות, יש לבדוק האם ניהול ההליך הפלילי, על אף שרירותיות זו, יעמוד בסתירה מהותית לעקרונות צדק והגנות משפטיות. יש לערוך איזון בין הנזק שייגרם מקיומו של ההליך, מול הנזק שייגרם לציבור מאי העמדתו לדין של נאשם. ובעניינו, אף אם הייתי מקבל את הקביעה כי הרשות פעלה



בשרירותיות, ברי כי התנהלות הרשות איננה בהכרח הפרמטר היחיד. יש מקום לבחון נתונים נוספים, כגון מידת המעורבות של המשיב עצמו ועוצמת התלות בין פעולותיו לבין פעולות הרשות. טענת ההגנה מן הצדק תתקבל, אם כלל הנתונים מצביעים על כך שניהול ההליך הפלילי עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית ולאחר עריכת האיזון האמור. עיון בפסק דין בית משפט קמא הנכבד מעלה כי איזון מהסוג האמור, לא נעשה כנדרש. טענתה של המערערת בעניין זה דינה להתקבל.

41. בהתאם למסכת האירועים שבענייננו, אינני סבור כי העמדתו של המשיב לדין פלילי תעמוד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. אין מדובר במקרה בו הרשות יזמה את הפעילות העבריינית או הדיחה את המשיב לביצועה. ההיפך הוא הנכון, הרשות ניסתה, באמצעים שונים, למנוע מהמשיב מלבצע את העבודות אולם התרשמתי היא, כי המשיב סיגל לעצמו דפוס פעולה של מי שעושה דין לעצמו. מהתנהלות חסרת תום לב זו ניתן ללמוד בראש ובראשונה מן העובדה שהמשיב החל לבצע עבודות עוד בטרם פנה למערערת בבקשה להעניק לו היתר. בסופו של יום, ובשקלול הנתונים הנזכרים, אני סבור שהעמדתו של המשיב לדין הייתה ראויה. לאור העובדה שהמשיב פעל באופן שיטתי לביצוע עבודות ללא היתר (חדש או מחודש), נחלשת ביותר הטענה שהתנהלות הרשות בעניינו גורמת להעמדתו לדין, ולהיותה בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות.

בנסיבות אלו - התנהלות הרשות, גם אם הייתה יוצרת חוסר נוחות וחוסר נחת, אינה עומדת "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

אשר על כן, אני מקבל את הערעור בנושא זה במובן כי טענת ההגנה מן הצדק נדחת וההחלטה על ביטול כתב האישום מבוטלת בזאת.

האישומים בכתב האישום

משדחיתי את טענת ההגנה מן הצדק ומשעומד כתב האישום בעינו, יש לדון בטענות המערערת בקשר עם העבירות המנויות בו.

42. סעיף 1 לכתב האישום

בסעיף זה מיוחסת למשיב עבירה בגין ביצוע חפירה בצד הצפוני של הנכס.

אציין כי בית משפט קמא התייחס לסעיפים 1 ו-2 שבכתב האישום במאוחד. גם המשיב, במענה לכתב האישום, התייחס לסעיפים 1 ו-2 במאוחד ובמענה לשניהם כפר במיקום המצוין, בתיאור המקרקעין ביחס לגוש ולחלקה וכן כפר בתיאור העובדות.

להלן אתייחס לכל אחד מסעיפים 1 ו-2, במופרד.

ביחס לעבירה המיוחסת למשיב בסעיף 1 לכתב האישום עולה, כי המשיב לא הכחיש את עצם ביצוע החפירה אלא



שמבחינת הראיות בבית משפט קמא, התברר כי בסביבת מבנה הסוכה הלבנה בוצעו עבודות עפר, גם במסגרת מכרז לפיתוח הטיילת הסמוכה. באותו מכרז זכתה חברה בבעלות המשיב והעבודות התבצעו במקביל באותה תקופה. למעשה, טענתו של המשיב הייתה כי לא הוכח הקו המפריד בין הטיילת לבין מבנה הסוכה הלבנה ומשכך, עבודות בוצעו בכל המתחם עד כי לא ניתן להפריד בין אלה במובחן מאלה. בית משפט קמא קבע כי "**ממכלול העדויות עולה כי הוכח שבוצעו עבודות עפר שחשפו במידה מסוימת חלק מהמבנה שהיה קבור בעיקר בחלקו המזרחי. הנאשם הוכיח כי העבודות בוצעו בחלקן לצורך עבודות הטיילת, אם כי ניתן להתרשם כי רובן בוצעו לצורך עבודות הפיתוח בסוכה הלבנה. בנוסף לא הוכחה המאשימה את הגבול בין השטח הפרטי שרכש הנאשם למתחם עבודות הטיילת... לא הוכח כנדרש היקף וטיב העבודות. עלה בידי הנאשם להראות ספק סביר ביחס לעבודות עפר אלו בכך שניתן לייחס לפחות חלק מפינוי העפר לעבודות הטיילת"** (סעיף 10 עמוד 9 לפסק הדין, ההדגשה הוספה - י.פ.א.).

בשים לב לכך שאין מחלוקת על היסוד העובדתי שבעבירה, לפיו אכן בוצעה חפירה בצד הצפוני של הנכס, אלא שזיכוי המשיב מעבירה זו נסמך על העמימות שבגבול שבין שטח הסוכה הלבנה לבין מתחם עבודות הטיילת, סבורני כי שגה בית משפט קמא עת זיכה את המשיב מעבירה זו. די בקביעת בית משפט קמא כי עבודות העפר (חפירה ופינוי העפר) בוצעו ברובן לצורך עבודות הפיתוח במבנה הסוכה הלבנה, כשהדבר נעשה עוד בטרם הוגשה בקשה להיתר, על מנת שיוורשע המשיב בעבירה זו, גם אם היקף החפירה לא הוכח, דבר שניתן יהיה לתת לו ביטוי, בבוא העת, במסגרת גזר הדין בעניינו של המשיב.

אשר על כן, מצאתי להרשיע את המשיב בעבירה המנויה בסעיף 1 לכתב האישום.

43. סעיף 2 לכתב האישום

בסעיף זה מיוחסת למשיב עבירה בגין ביצוע עבודות עפר נוספות, שבמסגרתן פונה עפר בנפח של כ-2,500 מ"ק ונשלפו "כלונסאות דיפון" מהמצוק שהיו פרושות לאורך של כ-25 מ'.

א. ביחס לפינוי עפר בנפח של כ-2,500 מ"ק: בית משפט קמא התייחס לרכיב זה במאוחד עם קביעתו ביחס לעבירה שבסעיף 1 בכתב האישום. בהקשר של פינוי העפר קבע בית משפט קמא כי "**לא הוכח כנדרש היקף וטיב העבודות**" ו"**ניתן לייחס לפחות חלק מפינוי העפר לעבודות הטיילת**" (סעיף 10 עמוד 9 לפסק הדין, ההדגשה הוספה - י.פ.א.). קרי, בית משפט קמא מצא לזכות את המשיב מרכיב זה של העבירה מן הטעם שלא הוכח כנדרש היסוד הכמותי. אין בידי לקבל עמדה זו. לטעמי, משהוכח כי המשיב ביצע את העבירה המיוחסת לו, קרי - ביצע פינוי עפר, אין נפקא מינה האם פונה עפר בנפח של כ-2,500 מ"ק או בנפח אחר. הכמות המדויקת של העפר שפונה איננה מעלה או מורידה מעצם העבירה לפי חוק התכנון והבניה, אשר לעניין זה אינו מגדיר רף כמותי. בנסיבות אלו, די בקביעת בית משפט קמא כי אכן בוצעו עבודות עפר ללא היתר על מנת להרשיע את המשיב בעבירה זו.

לאור האמור, מצאתי להרשיע את המשיב ברכיב זה של כתב האישום.



ב. ביחס לשליפת הכלונסאות: המשיב הודה שהסיר את הכלונסאות שהיו קבורים (כלונס - לשון זכר - י.פ.א.) באדמה אולם טען כי פעל בהוראת רשות מוסמכת. סוגיה זו נדונה בהרחבה בפסק דין של בית משפט קמא, לאור העובדה כי המשיב סמך טענתו על מכתב מאת מנהל מחלקת הפיקוח בעיריית אשקלון מיום 30.09.10 שעניינו "גידור אתר הסוכה הלבנה וביצוע הריסה", בעוד שהמערערת טענה כנגד אמיתותו של אותו מכתב וייחסה לכותבו קשירת קשר לזיוף מסמך ומתן עדות שקר. בית משפט קמא בחן את הראיות והעדויות בסוגיית מהימנות המסמך וקבע **"לא מצאתי כי המאשימה עמדה בנטל להוכיח כי המסמך זויף... על כן עלה בידי הנאשם להוכיח כי ביצע את עבודות שליפת הכלונסאות ועבודות העפר הנלוות להוצאת הכלונסאות בהתאם לדרישות העירייה"** (סעיף 16 עמוד 14 לפסק הדין).

ככלל, לא יתערב בית המשפט לערעורים, למעט בנסיבות חריגות, בקביעתו של בית משפט קמא בעניין שבעובדה, וזאת נוכח היתרון הרב שיש לערכאה הדיונית בהתרשמותה הישירה מן העדים והעדויות הנשמעים בפניה. במקרה דנן, יתרון זה מתקיים, שכן, העובדות שנקבעו על ידי בית משפט קמא, נקבעו מתוך התרשמות ישירה מהעדויות שהובאו בפניו ומעיון במסמכים רבים שהוצגו בפניו, לרבות משמיעתם של עורכי אותם מסמכים. בנסיבות שבענייננו, משנפרשה בפני בית משפט קמא מלוא המסכת העובדתית והמשפטית בעניין כשרותו של המסמך, לא מצאתי להתערב בקביעתו. יתרה מזאת, אף אם היה המסמך כוזב, ובהנחה שלא הופק במסגרת העבודה והסמכויות של כותבו - מנהל הפיקוח העירוני - הרי שאין בכך לשנות מהמצג שנוצר בפני המשיב. המחלוקת בשאלת זיפו של המסמך אינה יורדת לשורשו של עניין מכיוון ששאלת הסמכות או היעדר הסמכות להורות כאמור באותו מכתב אין בה, כשלעצמה, לשלול את המצב העובדתי לפיו הייתה בידי המשיב הוראה מפורשת מאת העירייה לביצוע העבודה שביצע. מאחר והמכתב מכשיר למעשה את עבודת שליפת הכלונסאות שביצע המשיב ומאחר והוכח כי זה פעל בהסתמך על אותו מכתב, שהינו מסמך מטעם גורם רשמי בעיריית אשקלון, הרי כי עלה בידו להוכיח ספק סביר ואין להרשיעו ברכיב זה של העבירה.

סוף דבר, בדין קבע בית משפט קמא כי יש לזכות את הנאשם מרכיב זה של כתב האישום.

בשולי הדברים מצאתי לאחד ולבאר את סוגיית עבודות עפר ופינוי העפר עם שליפת הכלונסאות. בית משפט קמא קשר חלק מעבודות העפר עם שליפת הכלונסאות כפעולה נלווית וקבע **"עלה בידי הנאשם להוכיח כי ביצע את עבודות שליפת הכלונסאות ועבודות העפר הנלוות להוצאת הכלונסאות בהתאם לדרישות העירייה"** (סעיף 16 עמוד 14 לפסק הדין, ההדגשה הוספה - י.פ.א.).

מקביעה זו ניתן ללמוד שזיכויו של המשיב ממרכיב עבודות העפר ופינוי העפר נסמך בחלקו על אותו מכתב מיום 30.09.10 מטעם העירייה ולא רק על עמימות הגבול ועל היסוד הכמותי (כפי שפורט לעיל). לצערי, אין בידי להסכים עם קביעה זו. אמנם המכתב מיום 30.09.10 מורה על "פינוי אשפה" אולם הכוונה היא לפסולת בניין כתוצאה מהריסת הבניה הבלתי חוקית שנעשתה בסוכה הלבנה על ידי הבעלים הקודמים. מעדויות שנשמעו בפני בית משפט קמא עולה, כי אותן כלונסאות שנשלפו ושהיו בבחינת בניה בלתי חוקית, נחפרו בעומק קטן וברובם היו חשופים או נפלו. בנסיבות אלו, לא נראה כי ניתן לייחס לשליפת הכלונסאות **"עבודות ופינוי עפר"** כמיוחס למשיב בכתב האישום. יתרה מזאת, לאחר שהמשיב פירק את הכלונסאות, ניתן לו ביום 19.12.10 אישור מאת עיריית אשקלון לפיו בוצע פינוי "פסולת הבניין" לשביעות רצונם. בהתאם לאמור, התרשמתי כי לא ניתן לקשור בין שליפת הכלונסאות לבין עבודות העפר ופינוי העפר, המיוחסים למשיב בכתב האישום.



סוף דבר, ביחס לפינוי עפר יש להרשיע את המשיב ברכיב זה של כתב האישום, אולם ביחס לשליפת הכלונסאות - יש לזכות את הנאשם, כקביעת בית משפט קמא.

44. סעיף 3 לכתב האישום

סעיף זה חולק בכתב האישום לשני תתי סעיפים:

סעיף 3א: מיוחסת למשיב עבירה בגין בניית קירות חוץ במעטפת המבנה, בשטח של כ-150 מ"ר, מלוחות סמנטבורד, בצד דרום מערב של המבנה. בכך, יצר מבנה סגור ושלם שבסגירתו הגדיל את שטח הקומה התחתונה בכ-10 מ"ר.

סעיף 3ב: מיוחסת למשיב עבירה בגין יציקת יסוד בטון של כ-5 מ"א בקיר הצפוני של המבנה.

סעיף 3 בכתב האישום, על תתי סעיפיו, מייחס למשיב עבירות שהתגלו ביום 14.11.10. במועד זה **טרם התכנסה** ישיבת הוועדה המקומית לתכנון ובניה ובקשת המשיב לחידוש היתר 76 **אף טרם הוגשה**. המשיב הודה בביצוע סגירת המבנה אולם בית משפט קמא זיכה אותו מעבירה זו וקבע, כי המשיב הסתמך על היתר 76 כדין. בעניין הגדלת שטח הקומה התחתונה קבע בית משפט קמא כי לא הוכחה ההגדלה הנטענת וזיכה את המשיב גם ברכיב זה. בהתייחס ליציקת יסוד בטון זוכה המשיב מעבירה זו מאחר ובית משפט קבע ממצא עובדתי לפיו לא הוכח יסוד הבטון שבעבירה.

בטרם אדרש לסעיף 3 לכתב האישום, יש לדון תחילה באותו היתר 76, שמכוחו זוכה המשיב מעבירה זו וכן מעבירות נוספות שבכתב האישום.

היתר 76 - בתמצית:

תחילה, ולשם שלמות התמונה, יובאו דברי בית משפט קמא, בפתח פסק דינו: "**...בטרם ביצוע העבודות באתר היה מבנה נטוש... במצב שלד ורובו ללא קירות... היה למעשה מפגע בטיחותי. לאחר העבודות... המבנה המקורי חודש לגמרי... התוצאה הסופית הינה מתחם שנחזה להיות כמסעדה עם מרפסת לים... קשה להלום תוצאה לפיה עבודות מהותיות אלו יבוצעו מבלי שמבצע העבודות יחזיק בהיתר בניה חתום טרם תחילת ביצוע העבודות. עם זאת, במקרה הנדון חברו יחדיו נסיבות מיוחדות... מכלול נתונים אלו... הביא אותי למסקנה כי לא ראוי להרשיע את הנאשם בהליך זה**" (סעיף 2 עמוד 2 לפסק הדין, ההדגשות הוספו - י.פ.א.).

המשיב רכש את הסוכה הלבנה באוגוסט 2010, כאשר המבנה היה נטוש ובמצב שלד. המבנה נבנה במקור בהתאם להיתר היסטורי משנת 1976, שתוקפו פג. בשנת 2005, לאחר שארעה שריפה במבנה, ניתן למבנה היתר בניה מצבי, שגם תוקפו פג. היתר 2005 הוא ההיתר האחרון שניתן למבנה, נכון למועד הגשת כתב האישום. בית משפט קמא דן בהרחבה בשני היתרים אלו וקבע את הקביעות הבאות:



א. "ככלל, תוקפו של היתר בניה הוא למשך שלוש שנים" (סעיף 41 עמוד 35 לפסק הדין) ;

ב. "יש קושי עיוני לקבוע כי בפועל חודש היתר 76 והנאשם לא נדרש להחזיק היתר מעודכן לצורך בניית המבנה, מאחר והנאשם עצמו פעל בהליכי התכנון וערר כדי לקבל היתר זה" (סעיף 37 עמוד 32 לפסק הדין) ;

ג. "הנאשם החל לבצע עבודות במקום טרם הגשת בקשה לחידוש היתר 76" (סעיף 64 עמוד 54 לפסק הדין) ;

ד. "אכן בשטח הנדון לא הוכח שהיו פעולות בניה מתמשכות על בסיס היתר 2005" (סעיף 41 עמוד 36 לפסק הדין).

למרות קביעות עובדתיות אלו, מצא בית משפט קמא הנכבד, במספר אישומים, לזכות את המשיב מבלי שיש תוקף להיתרים 76 ו-2005, מטעמים שונים, ביניהם: נוהג הוועדה לאפשר בניה מכוח היתרים ישנים, מעשה שאינו חריג בעיר אשקלון (סעיף 41 עמוד 35 לפסק הדין) ; הכלל לפיו "אין זה נדיר כי נאשמים מתחילים לבנות ותוך כדי בניה פועלים ומקבלים היתר בניה" (סעיף 36 עמוד 32 לפסק הדין); הסתמכות המשיב לפיה "היה לנאשם יסוד להאמין כי החלטת הוועדה לאשר את היתר 76 על בסיס הליך של חידוש היתר למבנה שנשרף, מספקת" (סעיף 37 עמוד 32 לפסק הדין) ; והתרשמות כי "הנאשם פעל על בסיס ההנחה כי רשאי להביא את השטח למצב המצבי בהיתר 2005" (סעיף 41 עמוד 36 לפסק הדין, ההדגשות הוספו - י.פ.א.).

סבורני כי אין בטעמים שלעיל כדי להקנות למשיב זיכוי באותן עבירות בהן הואשם, בהן פעל ללא היתר. בית משפט קמא בעצמו קבע כי היתרים 76 ו-2005 אינם בתוקף וכבר בפתח פסק דינו נאמר כי "קשה להלום תוצאה לפיה עבודות מהותיות מעין אלו יבוצעו מבלי שמבצע העבודות יחזיק בהיתר בניה חתום טרם תחילת ביצוע העבודות". משלא מצאתי כי בנסיבות העניין מתקיימות נסיבות חריגות המצדיקות הגנה מן הצדק, מקום בו כתב האישום נסמך על ביצוע עבודות ללא היתר, עמדתי היא שיש להרשיע את המשיב - הכל לפי ההקשר והעניין.

משקבעתי כאמור ביחס להיתרים, אשוב לדון בסעיף 3 לכתב האישום:

סעיף 3א: בהתייחס לסגירת המבנה - המשיב הודה בביצוע סגירת המבנה אולם זוכה מעבירה זו עת קבע בית משפט קמא כי המשיב הסתמך על היתר 76 כדן. כפי שפורט לעיל, היתר 76 לא היה בתוקף במועד בו בוצעה העבירה המיוחסת למשיב. אין בידי לקבל את הקביעה כי ההסתמכות על היתר 76 הייתה כדן. בנסיבות אלו, הריני מרשיע את המשיב בבניית קירות חוץ וסגירת המבנה ללא היתר. בהתייחס להגדלת שטח הקומה התחתונה - בית משפט קמא קבע כי לא הוכחה הגדלת הקומה התחתונה. לא מצאתי להתערב בקביעה עובדתית זו, מה גם שבכתב הערעור זנחה המערערת טענתה בקשר עם הגדלת השטח. בנסיבות אלו, הריני מותיר על כנו את זיכוי המשיב ברכיב הגדלת השטח אך מרשיע אותו ברכיב הגדלת המבנה.

סעיף 3ב: באשר לאישום בגין יציקת בטון קבע בית משפט קמא כי לא הוכח "יסוד הבטון". בית משפט קמא קבע במפורש, על בסיס ראיות שהובאו בפניו, כי "מעין במוצגי התביעה ניתן לראות בבירור את הקיר הצפוני של המבנה אולם לא ניתן להבחין ב"יסוד הבטון", לא הובאו ראיות אחרות להוכחת סעיף זה" (סעיף 18 עמוד 56



לפסק הדין, ההדגשה הוספה - י.פ.א). בנסיבות אלו, לא מצאתי להתערב בקביעה עובדתית זו ואותיר על כנו את זיכוי המשיב מסעיף זה בכתב האישום.

45. סעיפים 4 ו-5 לכתב האישום

סעיף 4 לכתב האישום מייחס למשיב עבירה בגין ביצוע עבודות גבס ותקרות אקוסטיות בתוך המבנה שנוצר עם סגירת המעטפת ללא היתר - כמפורט בסעיף 3א.

סעיף 5 לכתב האישום מייחס למשיב עבירה בגין המשך ביצוע העבודות שבסעיף 4, בחלל שנוצר עקב סגירת מעטפת המבנה.

לאור העובדה כי מדובר למעשה באותן עבודות, להלן אדון בסעיפים אלו במאחד, כפי שעשה בית משפט קמא הנכבד.

עניינם של סעיפים 4 ו-5 בעבודות פנים אשר מטיבן, בדרך כלל, אינן מחייבות היתר. המערערת לא הפנתה בכתב הערעור לאסמכתא כלשהי שתצביע על מקור החיוב עליו נסמכים סעיפים 4 ו-5 לכתב האישום, המייחסים למשיב ביצוע עבירה פלילית. אינני שותף לעמדת המערערת לפיה "הקמת קירות גבס ותקרה אקוסטית במבנה אשר נסגר בבניה ללא היתר ודאי מהווה עבירה" (סעיף 85 עמוד 24 לכתב הערעור). בדין קבע בית משפט קמא כי "**העבודות בסעיפים 4 ו-5 לכתב האישום מטיבן הן עבודות פנים שאינן מחייבות היתר**". יוער כי לאור קביעה זו, מתייתר הדיון בשאלה האם ניתנה הסכמת המערערת לביצוע העבודות דנן במסגרת הליך אחר שהתנהל בין הצדדים שכן, השאלה הרלוונטית לעניינו היא האם העבודות שבוצעו עולות כדי עבירה פלילית לפי חוק תכנון ובניה.

לאור האמור, זיכוי של המשיב מסעיפים 4 ו-5 לכתב האישום יעמוד בעינו.

46. סעיף 6 לכתב האישום

סעיף זה חולק בכתב האישום לשלושה תתי סעיפים:

סעיף 6א: מיוחסת למשיב עבירה בגין בניית מסלעות בשטח של כ-500 מ"ר בצד הצפון מזרחי של הנכס.

סעיף 6ב: מיוחסת למשיב עבירה בגין יציקת קיר בטון באורך של כ-15 מ"ר בצד המערבי של הנכס.

סעיף 6ג: בסעיף זה מיוחסת למשיב עבירה בגין יציקת משטח בטון בשטח של כ-50 מ"ר בצד המערבי של הנכס.

תחילה אדון בסעיפים 6ב ו-6ג במאחד: בהתייחס לסעיפים אלו קבע בית משפט קמא כי מדובר בעבודות שבוצעו בעבר והוגש בגין כתב אישום כנגד הבעלים הקודמים. בית משפט קמא הגיע לקביעה זו לאחר שבחן את הראיות שהובאו בפניו, לרבות עיון בתמונות ובחינת כתב האישום שהוגש כנגד הבעלים הקודמים, מהם התרשם כי "**ניתן לקבל טענת הנאשם כי עבודות יציקת המשטח וקיר הבטון בסעיף זה היו קיימות קודם לכן והוגש בגין**



כתב אישום (סעיף 23 עמוד 20 לפסק הדין). הלכה פסוקה היא שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאים העובדתיים הנקבעים על ידי הערכאה הדיונית. בית משפט קמא רשאי היה להגיע אל המסקנות אשר הסיק מתוך פרשת העובדות והנסיבות שהוכחו לפניו. לאור זאת, איני נוטה להגיע למסקנה שונה. המערערת לא הביאה טיעון מיוחד אשר יצדיק התערבות בקביעה העובדתית הנ"ל.

מאחר ולא מצאתי להתערב בקביעה זו, הרי שזיכוי של המשיב מסעיפים 6ב ו-6ג יעמוד בעינו.

באשר לסעיף 6א - בניית מסלעות: בית משפט קמא סקר בהרחבה את סוגית בניית המסלעות וקבע כי זו נעשתה לצורך הגנה על המבנה ובאישור גורם מקצועי מטעם העירייה. המערערת טענה כי המסלעות כלל לא נבנו לצורך הצלת המבנה, וודאי שלא לצורך הגנה דחופה. לאחר שבחנתי את ממצאי בית משפט קמא ומסקנותיו, סבורני, בכל הכבוד, כי הקביעה בעניין זה אינה יכולה להיוותר על כנה. ראשית, מצאתי ליתן משקל להימנעותו של המשיב מלהעיד, שכן לא ניתן ללמוד על הלך רוחו במועד בו סבר כי קיים צורך דחוף להגנה על המבנה. שנית, בדיון בוועדה לתכנון ובניה מיום 28.06.11, נשאל המשיב בנוגע למסלעות שבנה ללא אישורים ובמענה השיב כי פעל בהתאם להמלצה של יועץ קרקע, ולא טען כי המסלעות נבנו לצורך הגנה דחופה על המבנה. שלישית ועיקר, מפסק דינו של בית משפט קמא עולה כי העבודות "**בוצעו שעה שהצדדים נמצאים מספר חודשים בהליך שיפוטי שנועד לאשר בצו שיפוטי את צו הפסקת העבודות המנהלי**" (סעיף 25 עמוד 22 לפסק הדין). בנסיבות אלו, ככל והיה אכן צורך דחוף בהגנה על המבנה על מנת להצילו, יכול היה המשיב לעתור במסגרת אותו הליך שיפוטי שהתנהל אותה עת, בבקשה להתיר לו לבצע את העבודות הדחופות. משלא נעשה כן, נוטה הכף שלא לקבל את טענת הכורח שהעלה המשיב. אשר על כן, מצאתי כי יש להרשיע את המשיב בסעיף 6א לכתב האישום.

47. סעיף 7 לכתב האישום

בסעיף זה מיוחסות למשיב עבירות בגין ריצוף משטח הבטון, המפורט בסעיף 6ג לכתב האישום, וביצוע חיפוי אבן של מעטפת המבנה שנבנתה ללא היתר, כמפורט בסעיף 3א לכתב האישום.

באשר לריצוף חוץ: בית משפט קמא זיכה את המשיב מרכיב זה של העבירה משני טעמים. האחד, "מדיניות המאשימה" שלא נהגה להגיש כתב אישום בגין ריצוף בשטח פרטי. השני, הפטור שבסעיף 31 **לתקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר)**, תשע"ד-2014. בית משפט קמא היה ער לכך שתקנות הפטור אליהן הפנה, הותקנו רק לאחר ביצוע העבירות כנטען, אולם חרף האמור, מצא לזכות את המשיב לאחר **שמסילובם של שני הטעמים שנמנו לעיל, מצא כי "מדובר בדיון מקל שחל גם על הליכים תלויים ועומדים"** והסיק כי אין להרשיע את המשיב. כן קבע בית משפט קמא בעניין זה כי "**מאחר שמצאתי כי אין להרשיעו ביציקת משטח הבטון ממילא לא ניתן להרשיעו בריצוף אותו משטח**" (סעיף 29 עמוד 24 לפסק הדין).

לצערי, לא אוכל להסכים עם קביעות אלו. אין תחולה לתקנות הפטור בענייננו, מאחר והעבירות המיוחסות למשיב בוצעו קודם להתקנתן, ודי בטעם זה כדי שלא להחיל "דין מקל" בהליך דין.

בנוסף, שגויה בעיניי הקביעה כי לא ניתן להרשיע את המשיב בריצוף משטח הבטון. ריצוף משטח הבטון ויציקת משטח הבטון הן שתי עבודות נפרדות ואין כל תלות ביניהן לעניין הרשעה או זיכוי. משפעל המשיב לריצוף משטח הבטון ללא היתר, הרי כי בוצעה עבירה, אף אם המשטח עצמו בדין נוצר.



לאור האמור, מצאתי כי יש להרשיע את המשיב בגין ריצוף משטח הבטון.

באשר לחיפוי אבן: המשיב הודה בחיפוי אבן של מעטפת המבנה אולם זוכה מרכיב זה שבעבירה, בין היתר מן הנימוק שאת עבודת החיפוי הוא נדרש לבצע כתנאי לחידוש היתר 76, טענה אשר לא נסתרה על ידי המערער. בנוסף, קבע בית משפט קמא כי עבודות החיפוי עצמן הן עבודות שלפי גישת המערער אינן מחייבות היתר. המערער כלל לא ערערה בכתב הערעור על זיכוי המשיב בגין רכיב זה. בנסיבות אלו, ומאחר ובכתב הערעור טענה המערער כנגד זיכוי של המשיב מעבודות ריצוף חוץ בלבד, ברי כי יש להותיר על כנו את זיכוי של המשיב מעבודות חיפוי אבן המיוחסת לו.

48. סעיף 8 לכתב האישום

סעיף זה חולק בכתב האישום לשישה תתי סעיפים:

סעיף 8א: מיוחסת למשיב עבירה בגין ריצוף שטח של כ-240 מ"ר בחלק המערבי של הנכס.

סעיף 8ב: מיוחסת למשיב עבירה בגין יציקת משטח בטון בשטח של כ-400 מ"ר בחלק הצפוני של הנכס.

סעיף 8ג: מייחס למשיב עבירה בגין הקמת מהלכי מדרגות בין שני מפלסי קרקע - האחד ממתכת בכיוון הדרום מערבי והשני מעץ מכיוון הצפון מערבי.

סעיף 8ד: מייחס למשיב עבירה בגין ריצוף גג המבנה בשטח של כ-150 מ"ר.

סעיף 8ה: מיוחסת למשיב עבירה בגין הצבת פילרים בגודל של כ-2 מ"ר בצדו המזרחי של המבנה.

סעיף 8ו: מיוחסת למשיב עבירה בגין בניית מהלך מדרגות, בשטח ציבורי, מבטון וקורות עץ באורך של כ-15 מ"ר לכיוון צפון המגרש.

בית משפט קמא התייחס בפסק דינו לכל ששת תתי הסעיפים דלעיל במאוחד. להלן אתייחס, לפי ההקשר והעניין, בנפרד:

סעיפים 8א ו-8ד: ריצוף שטח בחלק המערבי וריצוף גג המבנה. בית משפט קמא קבע כי מאחר ומדובר בעבודות ריצוף, יש להחיל את תקנות הפטור. בנוסף קבע כי ריצוף הגג "דומה לחיפוי מבנה קיים" (סעיף 31 עמוד 26 לפסק הדין). אינני שותף לקביעות אלו. ראשית, ריצוף הגג שונה במהותו ובתכליתו מחיפוי מבנה. שנית, תקנות הפטור נכנסו לתוקף כשנתיים לאחר המועד בו בוצעו העבודות המיוחסות למשיב בסעיפים אלו. לאור האמור, הריני מרשיע את המשיב מהעבירות המיוחסות לו בסעיפים 8א ו-8ד בכתב האישום.

סעיפים 8ב, 8ג, 8ה: יציקת משטח בטון, הקמת מהלכי מדרגות בין שני מפלסי הקרקע והצבת פילרים. באשר לעבודות אלו קבע בית משפט קמא כי העבודות תואמות להיתר המצבי משנת 2005 ומשכך - זיכה את המשיב מהעבירות המיוחסות לו בתתי סעיפים אלו שבכתב האישום. כפי שהובהר דלעיל (בפרק הדין בהיתר 76) ההיתר המצבי משנת 2005 לא היה בתוקף עת ביצע המשיב את העבירות המיוחסות לו. אף אם היה בידי לקבל הטענה כי הרשות לא אוכפת חריגה מהיתר **במצב של לוח זמנים המתארך כתוצאה מ"עבודות מתמשכות"** הרי שבענייננו



לא מצאתי כל אסמכתא שיש בה להביאני למסקנה כי היתר 2005 תקף. העבודות המיוחסות למשיב בסעיף 8 לכתב האישום בוצעו בשנת 2012, קרי - שנים רבות לאחר שפג תוקפו של ההיתר המצבי משנת 2005. בנסיבות אלו, משלא מצאתי שהוארך תוקפו של היתר זה כדין ובהינתן העובדה כי העבודות לא היו עבודות מתמשכות במהלך השנים הרלוונטיות, הריני מרשיע את המשיב מהעבירות המיוחסות לו בסעיפים 8, ג ו-8 בכתב האישום.

סעיף 8: בניית מהלך מדרגות בשטח ציבורי. בית משפט קמא זיכה את המשיב מעבירה זו מן הטעם "**לא הוכח כי העבודות בוצעו בשטח ציבורי ולכן לא הוכחה במלואה עבירה זו**" (סעיף 31 עמוד 26 לפסק הדין). בנוסף הוטעם כי בניית המדרגות בשטח הציבורי בוצעה בהתאם לדרישה של כיבוי אש כתנאי לקבלת אישורם (כאמור בהחלטה לחידוש היתר 76). סבורני כי שגה בית משפט קמא עת זיכה את המשיב בסעיף זה. ראשית, בניית מהלכי מדרגות המיוחסת למשיב טעונה היתר - בין אם מדובר בשטח פרטי ובין אם מדובר בשטח ציבורי. שנית, אף אם בניית המדרגות נעשתה על פי דרישה של כיבוי אש - אין הדרישה מאיינת את הצורך בקבלת היתר לביצוע העבודה.

משלא אחז המשיב בידו היתר בניה כדין במועד ביצוע העבירה, מצאתי כי יש להרשיעו בסעיף 8 לכתב האישום.

מן המקובץ לעיל עולה כי יורשע המשיב בסעיף 8 לכתב האישום, על תתי סעיפיו.

49. סעיף 9 לכתב האישום

סעיף זו חולק בכתב האישום לשני תתי סעיפים:

סעיף 9א: מיוחסת למשיב עבירה בגין הקמת קונסטרוקציה מקורות עץ גושני (פרגולה) בחלק המערבי של המגרש בשטח של כ-20 מ"ר.

סעיף 9ב: בסעיף זה מיוחסת למשיב עבירה בגין הקמת מעקות זכוכית סביב גג המבנה.

אין חולק כי גם בניית הפרגולה וגם הקמת מעקות הזכוכית טעונות היתר בניה. המשיב לא כפר בעובדות אולם זוכה משני הסעיפים שבעבירה זו עת קבע בית משפט קמא שעבודות אלו "**ניתן להגדירן כזוטי דברים**" ו"**אין בגדר עבודה משמעותית**" (סעיף 32 עמוד 27 לפסק הדין). איני שותף לקביעתו זו של בית משפט קמא הנכבד בעניין זה, לפיה הקמת פרגולה בשטח של כ-20 מ"ר והקמת מעקות זכוכית סביב גג המבנה יכול ויבואו בגדר "זוטי דברים". המדובר הוא בבניה חיצונית למבנה, בניה של פריטים קבועים ומשמעותיים. בנסיבות אלו, ובין היתר משקבעתי כי אין תחולה להגנה מן הצדק, הריני מורה על הרשעתו של המשיב בסעיפים 9א ו-9ב לכתב האישום.

50. סעיף 10 לכתב האישום

בסעיף זה מיוחסת למשיב עבירה בגין בניית מטבח, משרד ואזור מגורים במבנה. המשיב זוכה מעבירה זו מן הטעם שהמערערת והמשיב הסכימו להחריג עבודות אלו מצו הפסקת העבודות שניתן בהליך אחר שהתנהל בין הצדדים. המערערת טענה בכתב הערעור כי ההסכמה בין הצדדים בוטלה ובמועד ביצוע העבירות לא הייתה בתוקף כלל (סעיף 86 עמוד 24 לכתב הערעור). מאחר ובמענה לכתב האישום טען המשיב כי העבודות אינן טעונות היתר, ואכן



סבור אני כי מדובר בעבודות פנים שאינן טעונות היתר, הרי כי ביצוען אינו עולה כדי עבירה פלילית ויש להותיר על כנו את הזיכוי מסעיף 10 לכתב האישום.

ביטול צו הפסקת השימוש במקרקעין

51. עניין זה ראוי כי ייבחן שוב על ידי בית משפט קמא, לאור טענתו של המשיב כי קיים כיום היתר בניה לכל המצוי על המקרקעין.

סוף דבר

52. עבירות התכנון והבניה חותרות תחת המרקם התכנוני הנאות וההשלכה הניכרת של עשיית דין עצמי בתחום זה, היא הפגיעה בשלטון החוק. זיכויים של נאשמים מחמת הגנה מן הצדק עלולה לתמרץ אותם, כמו גם אחרים, להימנע בעתיד מהסדרת ההליך התכנוני החוקי באמצעות קבלת היתר ולנקוט במסלול "עוקף מוסדות תכנון". פגמים בהתנהלות הרשויות, ככל והוכחו, ישוקללו ויילקחו בחשבון במסגרת הענישה בדרך כלל - להבדיל מזיכוי מוחלט. הגנה מן הצדק תעמוד מקום שתתבסס המסקנה כי במקרה הנתון, לא ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגנות. מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר. הלכה זו נקבעה באינספור פסקי דין כאשר הבולט שבהם - הלכת בורוביץ. ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר, ולא כך הם פני הדברים בענייננו. הטעמים שהובאו בהרחבה דלעיל, הביאוני למסקנה כי יש לבטל את ההגנה מן הצדק ולהרשיע את המשיב בחלק מן העבירות שיוחסו לו, הכל כפי שבואר ופורט לעיל.

ההליך יושב לבית משפט קמא לצורך שמיעת טיעונים לעונש או ראיות וטיעונים לעונש, לפי העניין, ולגזירת ענשו של המשיב.

ניתן היום, ג' אדר תשע"ז, 01 מרץ 2017, במעמד הצדדים.