



עפ"א 28577/02/18 - רפאל ביטון, גליה ביטון נגד ועדה מקומית לתכנון קרית גת

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"א 28577-02-18 ביטון וביטון נ' ועדה מקומית לתכנון קרית גת

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מערערים

1. רפאל ביטון
2. גליה ביטון ע"י ב"כ עו"ד דוד בן חיים

נגד
משיבה

ועדה מקומית לתכנון קרית גת ע"י ב"כ עו"ד דנה כץ

פסק דין

האישום וההליך

1. לפני ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בקרית גת (כב' השופט מ. הולצמן). הערעור מתייחס להכרעת הדין שניתנה ביום 17/10/2017, בה הורשעו המערערים בעבירות שימוש בנכס ללא היתר, והנאשם 3 זוכה. הערעור מתייחס גם לגזר הדין שניתן ביום 09/01/2018, לפיו הושתו על המערער 1 (הוא הנאשם 1 בכתב האישום, להלן: "המערער") קנס בסך 6,000 ₪ והתחייבות עצמית בסך 10,000 ₪ ועל המערער 2 (היא הנאשמת 2 בכתב האישום, להלן: "המערערת") הושתו קנס בסך 4000 ₪ והתחייבות עצמית בסך 10,000 ₪. חריגות הבניה בנכס הוסרו במלואן ביום 25/08/2015 ולפיכך לא ניתן צו הריסה.
2. עניינו של כתב האישום הינו קיוסק, אשר הוקצה בשנת 1970 לאביהם של המערערים מר מאיר ביטון ז"ל, לשם שיקום. האב המנוח החזיק בקיוסק עד לפטירתו בשנת 2005.
3. על פי כתב האישום, המבנה המקורי היה בשטח של כ-25 מ"ר, עליו נוספו מרפסת של כ-15 מ"ר ומחסן בגודל של כ-11.5 מ"ר, במסגרת היתר הבניה. למבנה האמור נוספו, במשך הזמן, ללא היתר, גגון ברזנט על קונסטרוקציית מתכת בשטח של כ-34 מ"ר, אשר מצוי בחלקו על הכביש ובחלקו על שטח ציבורי פתוח. כן נבנה מבנה נוסף בשטח של 26 מ"ר בשטח ציבורי פתוח. המבנה שימש לסחר כקיוסק.
4. עוד נטען בכתב האישום כי המערער הפעיל את הקיוסק במבנה, החל מיום 01/01/2011 ועד לשנת 2014 או בסמוך לכך. ביום 26/02/2014 נשלח אל המערער מכתב התראה על בניה בלתי חוקית והוא הוזמן לחקירה. בפגישה שהתקיימה בין המערער לבין מפקח הבניה, ביום 11/03/2014 ביקש המערער ארכה לצורך פירוק עבירות הבניה והוסכם כי ההריסה תתבצע עד ליום 13/04/2014. אולם, ההריסה לא בוצעה עד מועד זה. התראה נוספת שנשלחה לא נענתה.
5. עוד נטען בכתב האישום כי אדם בשם רוני אוחנה, שהיה הנאשם 7 בכתב האישום, התקשר בהסכם



שכירות עם המערער אשר ייצגה את אחיה, יורשי האב המנוח (המערער וכן ארבעה אחים נוספים אשר היו גם כן נאשמים בכתב האישום). על פי ההסכם מר אוחנה הפעיל את הקיוסק במבנה תמורת דמי שכירות החל מיום 15/04/2015.

6. ביום 20/05/2015 נמצא כי המבנה פורק בחלקו וביום 25/08/2015 נמצא כי כל חריגות הבניה פורקו.
7. בשלב מסוים הנאשם 7, מר אוחנה, נמחק מכתב האישום לבקשת ב"כ המאשימה לאחר שהמאשימה שוכנעה שהוא אשר עשה בפועל להסרת הבנייה הבלתי חוקית. בהמשך, לאחר שמיעת הראיות וערב הגשת הסיכומים בכתב מטעם התביעה, בוטל האישום ביחס לחלק מהאחים, הנאשמים 4, 5 ו-6. זאת, בהודעה המוסכמת על נאשמים אלה ועל התביעה, לאחר שהמאשימה הגיעה למסקנה כי לאחים אלה, בניגוד לנאשמים 1-3 (ובהם המערערים) עומדת ההגנה לפי סעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה.

פסק הדין

8. לאחר שמיעת הראיות בית המשפט הגיע למסקנה כי אכן הוכח שנבנתה לקיוסק תוספת בניה שלא כדין. זאת, למרות שהמפקח מטעם העירייה לא הצליח בחקירתו הנגדית להצביע על גבולות השטח הציבורי. הממצא נקבע על יסוד הפער בין המבנה כפי שהוא אמור להיראות על פי היתר הבניה (ת/2) לבין מצבו של המבנה על פי עדות המפקח והתמונות שהוא צילם (ת/9).
9. לענין אשמת המערער, הצביע בית המשפט על כך שאין מחלוקת שהפעיל את הקיוסק לפחות שנה (לפי התשובה לאישום), כי המערער עצמו העיד כי שכר את המקום מאחיו (הנאשם 6) בשנים 2011-2012 וכי בנו של המערער הפעיל את הקיוסק עד שנת 2013. כן הצביע בית המשפט על מכתב שנשלח למערער על ידי אחיו, הנאשם 6 בשם כל האחים בחודש אוקטובר 2013, המזכיר לו שעליו לפנות את הקיוסק עד סוף אותו חודש (ת/18).
10. כן הצביע בית המשפט על עדויות האחים, הנאשם 4 והנאשם 6, לפיהן המערער ניהל את הקיוסק עוד בתקופה שההורים היו בחיים ולאחר מכן שכר את הנכס בעצמו או באמצעות בנו. נוסף על כך, הצביע בית המשפט על עדות המערער לפיה הוא טיפל בהשכרת המקום לצד ג', עבור הוריו עוד בשנת 2007.
11. בית המשפט ייחס גם משמעות לעובדה שהמערער הגיע לחקירה באזהרה בפני המפקח לאחר שהוזמן. אמנם, המערער הכחיש את הטענה כי התחייב לפרק את תוספות הבניה הבלתי חוקיות, אך בית המשפט העדיף בעניין זה את גרסת המפקח בשים לב לדו"חות הביקור שהוצאו על ידו בזמן אמת (ת/6 ות/7).
12. לענין אשמת המערער, הצביע בית המשפט על הסכם השכירות שנחתם ביחס לקיוסק בינה (באמצעות אחיה הנאשם 6) לבין המערער אודות שכירות בשנים 2011-2012, עם אופציה לשכירות לשנה נוספת (ת/16 ות/17). בית המשפט ייחס משקל רב לעובדה כי המערער היא זו אשר השכירה את המקום למערער לשם הפעלת הקיוסק וכי דמי השכירות שולמו לה.
13. בית המשפט התייחס לטענת המערערים והנאשם 3 לפיה לא היה בידם לפרק את הבניה החריגה, באשר אין הם הבעלים של הנכס. זאת, משום שבעלת הזכויות במקרקעין היא העירייה, ובטרם מונו מנהלי עיזבון



למנוחים לא ניתן היה לבצע כל פעולה משפטית. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי אמנם הבעלות הייתה של העירייה, אולם האב המנוח החזיק את המקום במעמד של "בר רשות" (לכל הפחות), במשך עשרות שנים. המערער אף השכיר את הנכס עבור האב עוד בחייו. נוכח רמת שליטה זו, ניתן היה לפרק את הבניה הבלתי חוקית, בוודאי לאחר דרישת המפקח, תוך ידוע יתר בני המשפחה. בהקשר זה ציין בית המשפט כי כאשר פעלו מנהלי העיזבון להשכיר את הנכס למר אוחנה בתנאי שיפרק את הבניה החריגה, כפי שעשה, הרי עשו זאת המנהלים מכוח זכויות האחים. מכאן, שלא הייתה מניעה אמתית להסיר את הבניה החריגה קודם לכן.

14. בית משפט השלום הנכבד דחה את טענת המערערים לפיה לא הוכח שנעשה שימוש כלשהו בתוספות הבניה, אלא רק בשטח המקורי של הקיוסק. בית המשפט הצביע על כך כי המבנה הנוסף והגגון נבנו צמוד לשטח הקיוסק המקורי, נועדו לשמש את קהל הלקוחות וכך להגדיל את התשואה הכלכלית מן העסק. בית המשפט קבע כי הגגון, לפי מיקומו, שימש בהכרח את באי המקום. בית המשפט דחה כבלתי סבירה את גרסתו של המערער לפיה לא נעשה שימוש בתוספת למבנה, וכי שולחנות וכיסאות הוצבו רק בשטח המקורי. זאת, במיוחד לאחר שהמערער אישר כי בפועל יכול היה קונה ליטול כיסא ולשבת בשטח המוסף.

15. בית המשפט דחה את הטענה לפיה עומדת למערערים הגנה מכוח סעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה (לפי נוסחו ערב תיקון 116). בית המשפט קבע כי המערערים לא הצליחו להוכיח כי העבירה בוצעה שלא בדיעתם וכי נקטו בכל האמצעים הניאותים לקיום החוק. הרי המערער לא פעל להסרת הבניה החריגה אפילו לאחר שקיבל מכתב התראה ולאחר שפגש את המפקח. המערער בחרה שלא להעיד וממילא לא הרימה את הנטל הבסיסי להראות כי מתקיימים בה התנאים הקבועים בחוק.

16. לעניין הנאשם 3 - בית המשפט זיכה אותו לאחר שלא הובאו כל ראיות כי עשה שימוש בפועל בנכס או כי היה "מעורב הלכה למעשה" בהסכמים שנקשרו בין המערער לבין המערער בעניין השכרת הקיוסק וקבלת התשלום. אמנם, הנאשם 3 היה זכאי לחלקו בדמי השכירות, לפחות לאחר מרץ 2015 בהתאם להסכם שנחתם בין האחים בבית המשפט לענייני משפחה (ת/12), ואמנם, הנאשם 3 בחר שלא להעיד. אולם, מאחר שבעניינו של הנאשם 3 לא הוצגו ראיות ישירות בדבר מעורבות קונקרטית, לא די בשתיקתו כדי להוכיח את ידיעתו על המתרחש בקיוסק לפני שנת 2015, שנה בה פעלו מנהלי העיזבון להסרת הבניה החריגה. בהקשר זה, ציין בית המשפט את התנאי להרשעת בעלי מקרקעין בעבירות בניה לפי תיקון 116 לחוק התכנון והבניה ועל פי סעיף 243(ו) לנוסח המתקון. תנאי, לפיו רק מי שהוא בעל שליטה במקרקעין בשעת העבירה, יחשב כבעלים ורק בהעדר בעל שליטה אותו ניתן לאתר, יש לראות כבעלים רלוונטי את מי שרשום בפנקסי המקרקעין.

17. בית המשפט דחה טענות להגנה מן הצדק שהעלו המערער ונאשם 3. צוין כי לא הייתה חובת שימוע בעניינם באשר אין מדובר בעבירה מסוג פשע. בית המשפט התייחס לאי הבהירות המשפטית בשאלה אם יש חובה לקיים חקירה טרם הגשת כתב אישום ולפסיקה הנוגעת לעניין זה. בית המשפט קבע כי אין מקום לקביעה גורפת לפיה העדרה של חקירה על ידי המפקח תגרום לביטול כתב האישום ויש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו. זאת, למרות שבוודאי נכון מלכתחילה לזמן כל חשוד לחקירה על מנת לשמוע את גרסתו. בהקשר זה התייחס בית המשפט להלכה שנקבעה בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** פד נט(6) 776 (2005) (להלן: **הלכת או פרשת בורוביץ**) וקבע כי אין בכך שהמערער לא זומנה כדי "פגיעה



חריפה בתחושת הצדק וההגינות" ולפיכך לא מצא לנכון לזכות את הנאשמת מחמת הגנה מן הצדק.

18. לענין העונש, סקר בית המשפט את הענישה הנוהגת וקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין 3,500 ₪ לבין 50,000 ₪ בגין עבירות של שימוש בבניה חורגת בדרך כלל. בנסיבות העבירות הקונקרטיות, לקח בית המשפט בחשבון כי המערער טיפל במבנה כמויפה כוח של הוריו במשך מספר שנים, ולאחר מכן הפעיל את הקיוסק בעצמו, ואף אפשר לבנו להפעיל את הקיוסק לתקופה מסוימת. בית המשפט ציין כי המערער התבקש להסיר את חריגות הבניה על ידי המפקח אך לא עשה כן. נלקח בחשבון שהמערער העביר דמי שכירות להפעלת הקיוסק למערער. המערער קיבלה את דמי השכירות ולפיכך השניים נהנו הנאה כלכלית מהנכס לאורך זמן. בית המשפט נתן משקל להנאה כלכלית זו.

19. בית המשפט דחה את הטענה שלא ניתן היה לפרק את תוספות הבניה לאחר פטירת ההורים עד אשר מונה עיזבון. זאת, משום שהמערער שלט בפועל במבנה ויכול היה בקלות להיענות לדרישת המפקח, תוך ידוע יתר בני המשפחה.

20. בית המשפט ציין שלא נתן משקל לטענות אודות הבחנה פסולה בין הנאשמים שנמחקו והנאשם 3 לבין המערערים שהורשעו. עם זאת מצא בית המשפט שיש להשית קנס גבוה יותר על המערער בשים לב למעורבותו הרבה יותר והשימוש שלו בנכס. בית המשפט קבע לשני הנאשמים מתחם קנס הנע בין 10,000 ₪ לבין 35,000 ₪, וכן קבע שיש להחתימם על התחייבות עצמית.

21. לענין נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, לקח בית המשפט בחשבון את העובדה כי הבניה החריגה הוסדרה בסופו של דבר. בית המשפט דחה בתוקף את הטענות של הסנגור לפיהם נמחקו הנאשמים 4-6 מכתב האישום נוכח הבטחה סודית שנתנה להם התביעה, בתנאי שיעידו נגד המערער, וציין ביחס לטענה כי "ולטעמי טוב היה אלמלא נטענה. טענה זו - שאין להמעט בחומרתה ככל שהיה בה ממש - נטענה מהפה אל החוץ ללא כל תימוכין ראיתיים". כן ציין בית המשפט כי הטענה עצמה אינה מתיישבת עם התנהלות התביעה בעת המשפט.

22. סיכומו של דבר, בית המשפט השית על המערער קנס בסך 6,000 ₪ ואף התחייבות בסך 10,000 ₪ והשית על המערער קנס בסך 4,000 ₪ והתחייבות בסך 10,000 ₪.

הערעור והתשובה

23. בערעורו, קובל ב"כ המערערים על כך שבשלבם הראשונים נטען בכתב האישום כי המערערים ואחיהם בנו את הבנייה הבלתי חוקית, זאת למרות שידוע שהמבנה הבלתי חוקי נבנה עוד על ידי אביהם לפני שנים רבות ועבירה זו התיישנה.

24. נטען בערעור כי בית המשפט שגה בכך שלא נתן משקל ראוי להתנהלותה של המאשימה, שהיא, לדעת הסנגור, פגומה יען כי המערערים לא הוזהרו כראוי כדי לאפשר להם להסיר את עבירת הבניה בטרם הוגש כתב האישום; כי המשיבה כללה בכתב האישום את כל האחים יורשי הקיוסק מבלי להבחין ולסנן ביניהם; כי המשיבה צירפה תחילה שוכר (הנאשם 7 - מר רוני אוחנה), אשר מיד עם כניסתו לנכס החל בפעולות הסרת הבנייה החריגה; כי לא קוימה חובת השימוע על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה; כי כתב האישום הוגש



למרות שהנתונים מתאימים ל"עיכוב הליכים" על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה; כי המשיבה השתתה כל השנים שהקיוסק הוחזק על ידי ההורים ולא עשתה דבר ואף לאחר שפנתה, פנתה רק למערער ולא לכל האחים; כי לא ניתנה שהות מספקת להרוס את הבניה בטרם הוגש כתב האישום כמקובל; כי בפועל לא נעשה שימוש בחלק הבלתי חוקי של הקיוסק; ובשים לב להצטברות כל השיקולים האלה יחד.

25. עוד נטען, מעבר לכל השיקולים האמורים היוצרים פגם בכתב האישום עצמו לשיטת ההגנה, כי האחים כלל לא ידעו שסככת הברזנט בנויה שלא כדין, עד אשר המערער (בלבד) הוזנה בעניין זה.

26. ב"כ המערערים התייחס גם לכך שמדובר במשפחה אשר היה בתוכה סכסוך בין המערערים ונאשם 3 מחד גיסא לבין הנאשמים 4-6 מאידך גיסא. ב"כ המערערים טען כי המשיבה חזרה בה מהאישומים כלפי הקבוצה השנייה על מנת שאלה יעידו נגד הקבוצה הראשונה, וכך לא יעשה. זאת, במיוחד בשים לב לכך שהנאשמים 4-6 כלל לא היו רשומים כעדי תביעה אלא כנאשמים. בטיעונו על פה הוסיף הסנגור, כי אין למעשה כל הסבר אחר להחלטת המשיבה לוותר למחצית הנאשמים ולהשאיר את מחציתם רשומים בכתב האישום. לשיטת הסנגור, אין זאת אלא שנרקמה קונספירציה בין התביעה לבין הנאשמים 4-6, כי יתייצבו לעדות נגד אחיהם.

27. עוד נטען בהקשר זה, כי מדובר באפליה פסולה בין קבוצת נאשמים אחת לבין הקבוצה האחרת מבלי שהיה פער ממשי באיכות הראיות בין שתי הקבוצות. טענה זו חודדה במיוחד ביחס למידת האחריות של הנאשם 6 לעומת המערער, אשר הורשעה בעיקר על יסוד מעורבותה בחתימה על הסכם השכירות, אשר הנאשם 6 היה מעורב בה לא פחות הימנה.

28. לעניין הראיות הדגיש הסנגור, כי הקיוסק לא היה בבעלותו של אף אחד מהנאשמים, כך שלא קיימת לגביהם החזקה בדבר הידיעה על המצב התכנוני בנכס. אמנם, בדיונים בבית המשפט לענייני משפחה הייתה התייחסות לזכויות בקיוסק, וכולם הניחו כי הקיוסק הוא בבעלותם, אך איש לא ידע שחלק מהמבנה נבנה ללא היתר. בהקשר זה הדגיש הסנגור בטיעון על פה, כי לפחות חלק מהבניה הבלתי חוקית קיים כבר 20 שנה. הרשויות מעולם לא פנו בטרניה אל אביהם המנוח של המערערים, ולא הייתה להם סיבה לחשוב שהבניה אינה חוקית.

29. הסנגור טוען שחוזי השכירות אינם מלמדים על כך שהיה ידוע למערערים או למי מהנאשמים על כך שחלק מהבניה היא בלתי חוקית, ומכל מקום, בוודאי שאין מקום להבחין בין המערערים לבין הנאשמים שזכו בהקשר זה. למעשה, לשיטתו, לא ניתן להוכיח ידיעה של המערערים בדבר הבניה הבלתי חוקית לפני פניית המפקח למערער ביום 25.02.2014. מועד, בו הקיוסק היה סגור ולא היה בו שימוש. משמע, כאשר היה שימוש בקיוסק, לא הייתה ידיעה בדבר עבירות התכנון והבניה, ובעת הידיעה, כבר לא היה שימוש.

30. על טענות אלה מוסיף הסנגור ומדגיש, כי למעשה המערערים לא יכולים היו לבצע את ההריסה עד שמונו מנהלים לעיזבון, בהתאם להחלטת בית המשפט לענייני משפחה. זאת, משום שהעיזבון טרם חולק ולאיש מבין האחים לא הייתה שליטה מספקת בקיוסק כדי לאפשר ביצוע שינויים, ללא ידיעת האחים האחרים והסכמתם.

31. עוד טוען הסנגור, כי אין הוכחה לכך שנעשה שימוש במרחבים שנבנו ללא היתר. עיקרו של הקיוסק נבנה



בהיתר ואין מחלוקת שהיו שולחנות ישיבה באזור המותר. לשיטת הסנגור, מן הראוי היה שהמפקח, אשר כבר היה במקום וצילם, יצלם מציאות של שימוש ללא היתר על ידי הצבת כיסאות ושולחנות באזור האסור. לשיטת הסנגור, בהעדר תיעוד ישיר לשימוש, לא ניתן להרשיע בעבירה זו. בהקשר זה סבור הסנגור שטעה בית המשפט, אשר קבע בהכרעת הדין שדי בכך "שהדעת נותנת כי התוספת שימשה את באי המקום", וכי "לא סביר בעיניי שאלה הגבילו עצמם רק לשטחו המקורי של הקיוסק". הסנגור סבור שמדובר בסברה שלא הוכחה ואינה יכולה לשמש כבסיס להרשעה בפלילים.

32. הסנגור התייחס עוד לחוזה השכירות שנחתם בין המערער והמערערת על פי הכרעת הדין, והדגיש כי תחילת החוזה בתקופה בה אם המערערים הייתה עדיין בחיים. משמע, היא הייתה המשכירה האמיתית ואף אם המערערת סייעה לאימה המנוחה בעריכת החוזה, אין הדבר מלמד, כי הייתה שותפה להחזקת המקום או לקבלת התמורה. מה גם, שהתמורה הייתה, לטענת הסנגור, תמורה עבור החלק המותר ולא דווקא של החלק האסור.

33. לעניין גזר הדין טוען הסנגור, כי הקנס שהוטל במקרה זה גבוה עד מאוד ועומד בניגוד לפסיקה המקובלת בעבירות דומות.

34. **המשיבה בתגובה** טענה, כי טענות ההגנה מן הצדק כלל לא הועלו בבית משפט השלום, ולא ראוי לדון בהן כאשר הן מועלות בפעם הראשונה במסגרת הערעור. ב"כ המשיבה קבלה על כך שב"כ המערערים ייחס לתביעה התנהלות שאינה ראויה וטענה כי ההחלטות שהתקבלו היו מקצועיות, כי כתב האישום הוגש נגד כל המעורבים וכי החזרה מכתב האישום נעשתה ביחס לחלק מהמעורבים לאחר שהוברר שאין די ראיות נגדם, ולא מכל טעם אחר. ב"כ המשיבה הדגישה, כי ההחלטה על מחיקת הנאשמים 3-6, התקבלה לאחר פניה מסודרת לפרקליטות לצורך קבלת אישור בעניין זה.

35. המשיבה הזכירה את הכלל, לפיו לא יתערב בית המשפט שלערעור בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם הטעות מהותית ובולטת.

36. הודגש כי המערערים לא הורשעו בעבירת הבנייה, אשר לא ברור מתי נעשתה. אולם, המערער שכר את הנכס לתקופה מסוימת והחזיק בו בפועל, אף אם לא היה הבעלים הראשון. במצב דברים זה, הייתה עליו חובה לקבל היתר לשימוש בכל חלקי הנכס שלא להם היתר על פי היתר הבניה. העובדה כי עבירת הבניה התיישנה, אינה רלוונטית לעבירת השימוש אשר בוצעה בפועל.

37. לעניין טענת הסנגור בשם המערערת, לפיה בעת שפעלה להשכרת הנכס לא ידעה על חריגות הבניה, מזכירה ב"כ המשיבה, כי המערערת בחרה שלא להעיד. המערערת בעדות יכולה הייתה להוכיח שלא הייתה מודעת ולהסביר מה בדיוק היו שיקוליה, אך משלא עשתה כן, ומשלא הוכיחה כי עומדות לה ההגנות לפי סעיף 208 לחוק התכנון והבניה, עומדת נגדה החזקה העומדת נגד מי ששולט בפועל בנכס.

38. לעניין העונש, הצביעה ב"כ המשיבה על פסיקה המלמדת כי בעבירות דומות הושתה ענישה חמורה יותר. מכאן ביקשה ב"כ המשיבה ללמוד, כי הענישה אשר הושתה במקרה זה הינה ענישה קלה, המתחשבת במכלול נסיבות העניין ולא נכון יהיה להקל עוד יותר.



39. לעניין טענת הגנה מן הצדק, הצביעה ב"כ המשיבה על התנאים המחמירים להחלת הגנה כזו, כפי שנקבעו בפסיקה לפני התיקון שהוסיף את סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי ולאחריו. המשיבה הצביעה על הכללים המחמירים להפעלת עיקרון ההגנה מן הצדק כפי שנקבעו בע"פ 2910/94 יפת נ' **מדינת ישראל** פ"ד נ(2) 221 (1996) וכן בדנ"פ 3099/02, **הר שפי נ' מדינת ישראל** פ"ד נו 337(4) (2002). בהפעלת מבחני הלכת **בורוביץ**, טענה ב"כ המשיבה כי לא נפלו כל פגמים בהליך המדובר וממילא אין פגיעה בצדק, קל וחומר שלא ניתן לומר שיש פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות וכי אף אם תתקבל הטענה לקיומו של פגם מסוים, בוודאי שמן הראוי לרפא את הפגם באמצעי מידתי אחר ולא בביטול ההליך כולו. עוד נטען, שלא ראוי להעניק את ההגנה מן הצדק למי שלא העיד במשפטו כדי לבסס את הטענות העובדתיות המצדיקות הגנה מן הצדק.

דין - עבירת הבניה והשימוש

40. לגבי עצם קיומה של חריגת הבניה בתקופה הרלוונטית והשימוש בה, אין ממש בטענות הערעור. אמנם, הבניה ישנה, אך המערערים הואשמו בשימוש ולא בבניה עצמה. לעניין עצם החריגה, בית המשפט הסתמך על עדות המפקח, תוך השוואה בין היתר הבניה לבין המציאות בשטח, כפי שצולמה על ידי המפקח. העובדה כי המפקח לא ידע בדיוק כיצד רשום השטח מבחינת הבעלות והיכן גבולות השצ"פ, פשוט לא רלוונטית, וטענת הסנגור בעניין זה שגויה. המפקח אינו מודד מוסמך, וידע את מה שאמור היה לדעת. המבנה אינו מתאים להיתר. בניה ללא היתר אסורה, ללא קשר לבעלות על השטח, ודי לו למפקח שיודע לזהות חריגות בניה.

41. הטענה לפיה אין ראייה כי נעשה שימוש בפועל בשטח הסוכך שנבנה ללא היתר, שובה את הלב, אך חייבת להידחות. המדובר באזור פתוח לשימוש בהמשך לשטחי הישיבה המותרים של הקיוסק. אפילו לפי עדות המערער עצמו, יכול היה כל קונה בקיוסק לגשת לאזור מוצל זה ולשבת, אם רק רצה. לשאלת התובעת, המערער גם לא שלל האפשרות שהדבר התרחש מדי פעם. המערער לא טען כי מנע גישה לאותו שטח, שכן לטענתו כלל לא ידע על איסור השימוש בו. משמע, אדם השוקל לקנות במקום זה סיגריה, קפה או שתיה קרה, לוקח בחשבון את השטח המוצל, בו יוכל אולי לנוח וליהנות מקנייתו, או להחנות את האופניים בעת הצריכה. שטח מנוחה אפשרי זה, שלא היה חסום בכל דרך, בוודאי היה בו פוטנציאל היכול לעודד את הבאים לקנות. די בכך כדי להוות שימוש אסור במבנה שנבנה שלא כדין. משמע, בהעדר כל הפרדה או מניעה לעשות שימוש במקום, צדק בית המשפט עובדתית ומשפטית, שלא קיבל את גרסת המערער הכללית לפיה השטח לא נוצל. לפיכך, יש לדחות הטענה האמורה מכל וכול, ויש לקבוע כי אכן נעשה שימוש במבנה האסור.

דין - אחריות המערער

42. עם כל הכבוד לטענות הסנגור, איני רואה כיצד ניתן לחלוק על שאלת אחריות המערער לעבירות. המערער לא חלק על כך כי הפעיל בעצמו את הקיוסק החל משנת 2011 למשך כשנה וחצי, כי בנו הפעיל המקום מכוחו שנה נוספת, וכי סייע בהשכרת המקום עבור הוריו עוד בשנת 2007. המערער סבר, כפי



הנראה, שיש לו זכות קניינית במקום. זאת, כפי שכל האחים סברו, כפי הנראה בטעות, כי הם הבעלים של הקיוסק מכוח ירושה ורשאים להשכיר הזכויות זה לזה, כפי שאף עשו בפועל, כעולה מחוזי השכירות שהוגשו לבית המשפט, ומעדויות המערער ואחיו, נאשם 4 ונאשם 6.

43. עוד עלה מעדות המפקח, אותה קיבל בית המשפט על יסוד הדיווחים שרשם המפקח בזמן אמת, תוך דחייה של עדות המערער, כי המערער נהג מנהג בעלים במקרקעין במובן נוסף. המערער, בהגעתו לחקירה בשנת 2014, התחייב לבצע הריסה של החלקים האסורים תוך זמן מסוים. עצם יכולתו לקחת על עצמו התחייבות כזו, מבלי להיוועץ באחיו, מלמדת עד כמה ראה עצמו כמי ששולט במבנה הקיוסק.

44. על פי הדין ערב תיקון 116 לחוק התכנון והבניה, סעיף 208(א) לחוק הטיל אחריות פלילית לא רק על בעל ההיתר או בעל המקרקעין, אלא גם על מי ש"הוחזק כבעלים של המקרקעין", בעלים בבעלות משותפת וכן "המשתמש בפועל במקרקעין". המערער לכאורה נופל כאן לכמה קטגוריות מצטברות. אמנם, המערער טען כי חלה עליו ההגנה אשר בסעיף 208(ב) לחוק, משום שהעבירה נעברה "שלא בידיעתו", משמע שלא ידע כי הבניה נעשתה ללא היתר וממילא לא ידע כי השימוש אסור. אולם, אין בטענה זו כדי לסייע לנאשם, נוכח הפסיקה אשר קבעה בבירור כי מדובר באחריות קפידה, וכי אין צורך בידיעה בפועל אודות כל רכיבי העבירה, הן עצם הביצוע הפיזי של המעשה האסור, והן לגבי השאלה אם המעשה הקונקרטי נאסר או הותר על פי ההיתר הרלוונטי (ראו ד"נ 12/81 **שפירא נ' מדינת ישראל** פ"ד לו(3) 645 (1982) ובעיקר דברי הנשיא לנדוי בעמ' 658 מול האות ד).

45. אמנם, על פי הדין כנוסחו החדש, לאחר תיקון 116, היקף הנושאים באחריות צומצם במידת מה. אולם, ההגדרה עדיין מטילה בבירור אחריות על המערער. זאת, בשים לב לכך שסעיף 243 קובע באופן מפורש אחריות קפידה בעבירות שימוש אסור, בין השאר ביחס ל-"מי מהבעלים שהיה בעל שליטה במקרקעין בשעת ביצוע העבירה", "בעל השליטה במקרקעין בשעת ביצוע העבירה", "מי שמחזיק בפועל במקרקעין בשעת ביצוע העבירה" וכן "מי שביצע בפועל את השימוש". נראה כי אף אם יש מקום לספיקות לגבי החלופה הראשונה, אין מקום לספק כי המערער היה בעל השליטה במקרקעין, החזיק בפועל במקרקעין ואף עשה בפועל את השימוש האסור, וזאת על פי עדותו שלו כאמור לעיל.

46. כדי לעמוד בתנאים של אחריות קפידה, בין לפי הניסוח הקונקרטי של סעיף 208(ב) על פי הדין הישן, ובין לפי הניסוח הכללי הנובע מסעיף 22 לחוק העונשין, החל על הדין החדש, על המערער היה להראות כי "עשה כל שניתן למנוע את העבירה". בהקשר זה יוזכר כי "הטוען טענה כאמור - עליו הנטל".

47. המערער, בכניסתו לקיוסק, מן הסתם עשה את כל הנדרש כדי להקים עסק. מן הסתם דאג ליצור קשר עם ספקים; להתקין קופה רושמת כדין; לדאוג לריהוט, קירור ואביזרים תקינים ובטיחותיים; להסדיר את מעמדו מול רשויות מע"מ וכדומה. אולם, המערער לא ניגש לעירייה על מנת לברר את המעמד המשפטי המדויק של הקיוסק, דבר שיכול היה להיעשות בקלות וכפי שנדרש מכל מי שמתחיל בניהול עסק. בהקשר זה יוזכר כי הטוען שלא ידע על ביצוע העבירה או כי עשה ככל שניתן כדי למנוע ביצועה, צריך לעמוד בנטל הוכחה ושכנוע משמעותיים, כפי שנאמר בהקשר לעבירת אחריות קפידה אחרת "אכן, הנטל על המערער אינו קל. אך יש טעם לדבר. הטעם נעוץ במהות של אחריות קפידה" (ע"פ 1060/97 **בן עטר נ' מדינת ישראל** פ"ד נא(5) 321 (1997) בדברי השופט זמיר בעמ' 327).



48. נוכח כל האמור, הרשעת המערער כשלעצמה במקומה עומדת.

דין - אחריות המערער

49. אחריות המערער מכוח החוק אינה כה פשוטה כאחריות המערער. בניגוד למערער המערער לא פתחה עסק במקום, לא שלטה במקום בהיבט הפיזי ולא היא אשר עשתה את השימוש הישיר במקרקעין.

50. במסגרת הכרעת הדין החליט בית משפט קמא לזכות את הנאשם 3, למרות שהוא, כמו כל האחים, לכאורה נהנה מדמי השכירות בנכס מכוח הירושה, לפחות משלב מסוים. בית המשפט קבע שלא די בכך כדי להטיל עליו אחריות, למרות שלא העיד להגנתו. בהקשר זה, בית המשפט התייחס בצדק לסעיף 243(ו) לחוק התכנון והבניה, כניסוחו לאחר תיקון 116, למרות שהכרעת הדין ניתנה ימים אחדים לפני כניסת התיקון לתוקף. בית המשפט ציין, כי על פי התיקון, במקרה של ריבוי בעלים למקרקעין, יהיה אחראי על העבירה רק הבעלים שהוא בעל השליטה, אם ניתן לאתרו בשקידה סבירה. בית המשפט קבע בצדק כי לא די בכך שהנאשם 3 קיבל בשלב מסוים דמי שכירות, כאחד מרבים, כדי לראותו כבעל שליטה.

51. בניגוד לנאשם 3, המערער, הייתה מעורבת יותר. זאת, באשר היא אשר השכירה את הקיוסק לאחיה המערער, באמצעות אחיה הנאשמים 4 ו-6 (ת/16). בית המשפט ראה בעובדה זו, בשילוב עם העובדה שהמערער לא העידה, כמספקת על מנת להרשיעה. זאת, תוך התייחסות לכך שהנטל לשכנע בדבר התקיימות הסייג האמור בסעיף 208(ב) לחוק התכנון ובניה, על פי הנוסח הישן, מוטל על הנאשם. בית המשפט לא הסביר באופן מדויק כיצד הוא מבחין בין המערער לבין הנאשם 3 אשר גם כן לא העיד. אולם, בית המשפט התייחס לכך שלגבי נאשם 3 אין בשתיקתו די כדי להביא להרשעתו, שכן לא הונחה לגביו התשתית הבסיסית הקושרת בינו לבין הנכס. ממילא למדנו, כי התשתית אשר כן נמצאה בעניין המערער, אודות מעורבותה בהשכרה, הכריעה את הדין בעיני בית המשפט.

52. לעניין פרשנותו של סעיף 243(ו)(2) לחוק התכנון והבניה בנוסחו המתוקן, המייחד מבין כל הבעלים השותפים דווקא את "מי מהבעלים שהיה בעל שליטה במקרקעין", מקובלת עלי הבנתו של בית משפט השלום. המדובר למעשה בפרשנות לחוק, לפיה די בעצם העיסוק של הבעלים בהשכרת המקרקעין בפועל כדי להיחשב "בעל שליטה", במובן שאליו התכוון המחוקק בסעיף 243(ו)(2) לחוק. עמדת המחוקק, לפיה מעמדו של המשכיר כבעל שליטה משמעותית, לעיתים יותר מאשר השוכר המשתמש בפועל, נלמדת מהפטור בעבירות שימוש אסור אשר הוענק לשוכר (למטרות מגוריו בלבד) בפתיח של סעיף 243(ו) לחוק.

53. אם כן, אף המערער שלטה במקרקעין כבעלים משותפים מטפלת בהשכרה, ודי בכך כדי להביא להרשעתה בעבירות התכנון והבניה שבוצעו במקרקעין. זאת, אם לא עומדת לה ההגנה לפי סעיף 22(ב) לחוק העונשין או לפי סעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה בנוסח הישן, או הגנה מן הצדק. המערער לא העידה. ממילא, לא למדה על עצמה בכל דרך כי עשתה ככל הנדרש כדי שלא תתבצע העבירה. לכאורה, נוכח נתון זה, אין מנוס מהשאת הרשעתה על כנה כפי שהחליט בית משפט השלום.

54. לעניין חוזה השכירות, יש לזכור כי הנאשם 4 והנאשם 6 היו גם כן מעורבים בחוזה השכירות. אם כי הם, בניגוד למערער, העידו להגנתם, ואף הצליחו לשכנע את התביעה עצמה בכך שלא ידעו על עבירות



התכנון והבניה. כאמור, המדינה הודיעה, ערב הגשת סיכומיה, כי בעיניה חלה על נאשמים אלה הגנה, לפי סעיף 208 לחוק התכנון והבניה. זאת, בשים לב לכך שדבר העבירה נודע להם, לכאורה, רק בעת הדין בבית המשפט לענייני משפחה וסמוך לאחר מכן העבירה הוסרה. יאמר כי המדינה כאן הניחה כי נדרשת מודעות בפועל לבניה האסורה, וכי ספק בענין זה עומד לזכות הנאשמים. דא עקא, שכפי שהמדינה עצמה מדגישה במקום אחר בדבריה, אין צורך במודעות בפועל לכל יסודות העבירה, כאשר מדובר בעבירה של אחריות קפידה. שהרי צריך הנאשם להוכיח גם את תנאי המצטרב השני, כי "נקט בכל האמצעים" (לפי סעיף 208(ב)(2)) או "עשה כל שניתן" (לפי סעיף 22), בין השאר גם כדי לדעת על עצם העבירה. כאמור, פשיטא, שמוטל על מי שמשכיר נכס לדעת כי הבניה בו היא כדין לפני ההשכרה. משמע, למרות שלכאורה התקיים רק תנאי אחד מן השניים, המדינה החליטה להסכים לזיכויים של הנאשמים 4 ו-6. עניין זה מביא אותנו לבחון את שאלת ההגנה מן הצדק.

דין - הגנה מן הצדק

55. כאמור, הסנגור טען להגנה מן הצדק בכמה מישורים. בחלק מן המישורים אין ממש, ואלה יובהרו מיד. לאחר מכן יש לבחון את הטענות שאפשר שיש בהן ממש.

56. הסנגור טען למעשה כי המאשימה נקטה צד בסכסוך המשפחתי, החליטה שהיא עומדת "לצד" הנאשמים 4-6 ונגד יריביהם לסכסוך, המערערים ונאשם 3. הסנגור טען לקיומה של **קונספירציה כלשהי בין התובעת לבין הנאשמים 4 ו-6**, כך שהם יעידו נגד הנאשמים האחרים "מטעם התביעה", במסווה של נאשמים, ובתמורה ישוחררו מההליך הפלילי. כל זאת, תוך הסתרת המניעים האמיתיים וההסכם הסודי מבית המשפט, ואף תוך יצירת מצג שווא בעל פה ובכתב. הכל, על מנת להביא להרשעתם של המערערים והנאשם 3, מסיבה עלומה כלשהי.

57. יאמר מיד, שלא מצאתי שמץ של ממש בחשד כלשהו כלפי מי מבין התובעים, אשר ננזף גם על ידי בית משפט השלום על העלאת טענות מסוג זה ללא כל בסיס. כל **טענות הסנגור אינן אלא היסקים שגויים והשערות תמוהות**, כאשר לכל תמיהות הסנגור יש הסברים פשוטים וברורים המתיישבים היטב עם התנהגות איתת וראויה של התביעה, אף אם ניתן לחלוק על עמדה או החלטה כזו או אחרת, כפי שיוסבר בהמשך. הסנגור הטיח האשמות חמורות מאוד כלפי חבריו למקצוע, ובעיקר כלפי חברתו אשר טיפלה בתיק זה מטעם התביעה. תמנהי על עורך דין ותיק המעז להאשים חברים למקצוע בביצוע מעשים פליליים, מבלי שהוא תומך יתדותיו בראיות חדות וברורות, אם לא מחמת הגינות בסיסית, לפחות על מנת להגן על עצמו אם יתקיים הליך משמעתי נגדו.

58. הסנגור הטיח את טענותיו בכתבי הטענות בשלב האחרון של הדין בבית המשפט השלום ובערכאה זו. אולם יוזכר כי התובעת עצמה העידה בתיקנו לבקשת הסנגור, אשר חקר אותה בשאלות אחרות הנוגעות להגנה מן הצדק, כגון מדיניות העמדה לדין בדרך כלל והעובדה שלא ניתנה זכות שימוע למי מהנאשמים (מלבד נאשם 1). הנאשם 4 גם כן חקר את התובעת בחקירה נגדית תוך שהוא מטיח בה שנכון היה לסגור את התיק נגדו כזוטי דברים והתובעת הסבירה מדוע עמדה זו נוגדת את מדיניותה. מכל מקום, הסנגור, עו"ד בן חיים, לא הטיח בה כל שאלה הנוגעת לתיאוריית הקונספירציה שהוא מעלה בהודעת הערעור (עדוהה מעמ' 43 עד עמ' 49 לפרוטוקול). הדבר פשוט, שכן הנאשמים האחרים היו עדיין בגדר נאשמים באותו



שלב. אולם, גם בשלב מאוחר יותר, הסנגור לא ניסה להוכיח את התיאוריה שלו בכל דרך.

59. כמובן שלו היה שמץ של ממש בדברי הסנגור הרי שהיה בהתנהגות שערורייתית מעין זו כדי להביא להגנה מן הצדק, לפי כל מבחן, לרבות המבחן המחמיר האמור בהלכת **בורוביץ** המוזכר לעיל. אולם, כאמור, אין בסיס לתיאוריית הקונספירציה של הסנגור, ואין שמץ פסול בהתנהגות התביעה. אם כן, אנו נותרים עם שאלות הגנה מן הצדק ואכיפה בררנית מהסוג הרגיל והמצוי, במציאות שנוצרה עקב החלטות רגילות של התביעה, החלטות שהתקבלו בתום לב, כעולה לכאורה ממהלך הדברים.

60. העובדות הבנליות הן שהמערער החזיק בפועל בקיוסק ונהג בו מנהג בעלים ולפיכך בכתב האישום הראשון שהוגש, ביום 1.1.15, היה הוא הנאשם היחיד. בדיון שהתקיים ביום 26.5.15 הבינה ב"כ המאשימה "שיש עוד אחים בתמונה ולכן צריך לתקן את כתב האישום". לאחר דחיות, דיונים ובירורים נוספים, כתב אישום מתוקן הוגש בהתאם ביום 1.3.16. על פני הדברים, המאשימה ניהלה את התביעה בתום לב נגד כלל הנאשמים, אשר בכולם ראתה אשמה. ביום ההוכחות, לפי סדר הדברים הרגיל, העידו הנאשמים שבחרו להעיד, המערער והנאשמים 4 ו-6. האחרים בחרו שלא להעיד, לאחר שהוסברה להם זכותם. הנאשמים חקרו זה את זה, בין השאר באמצעות הסנגור של המערערים כאן אשר ייצג את חלקם, וגם התובעת חקרה את הנאשמים בחקירה נגדית.

61. ההחלטה שלא לעמוד על הרשעת הנאשמים 4-6 נמסרה בהודעה מנומקת יום אחד לפני סיכומי התביעה. הוסבר כי "ובעת כתיבת הסיכומים המאשימה הגיעה למסקנה לפיה... מתברר כי חלה עליהם ההגנה הקיימת בסעיף 208 לחוק התכנון והבנייה". אין כל סיבה שלא לקבל את הצהרת התביעה בעניין זה ובמיוחד נוכח הנימוק הקצר שניתן לאחר מכן, המסביר כי מה ששכנע הוא גרסתם העקבית, המחוזקת בפרוטוקול מבית המשפט למשפחה.

62. כאמור, נראה כי נפלה שגגה לפני התביעה כאשר סברה כי די בהעדר מודעות בפועל של הנאשמים לבניה האסורה כדי להביא לזיכוי. עולה מדברי התובעת לפני בית משפט זה, בעמ' 5, כי מבחינתה די בכך שהם "העלו ספק במישור של סעיף 208". אין כל סיבה שלא להאמין לתביעה שמחמת שגיאה זו החליטה לחזור בה מהאישום. אולם שיקול זה, כשלעצמו, לכאורה שגוי משפטית. זאת, מבלי לגרוע מכך שיש כמובן הבדל גדול מאוד לעניין מידת האשם בין מי שמבצע עבירה פלילית מתוך מודעות בפועל, לבין מי שמבצע ברשלנות ולבין מי שאחראי מתוך אחריות קפידה, ללא רשלנות וללא מודעות בפועל. דבר העולה גם מהוראת סעיף 22 לחוק העונשין, לפיו אין להטיל עונש מאסר בפועל על מי שאשמתו נובעת מאחריות קפידה בלבד. ענין זה ישליך בהכרח על העונש במקרים המתאימים, ויכול גם להשליך על מידת העניין הציבורי בהעמדה לדיון, לפי רמות המודעות השונות ויכול גם להצדיק חזרה מאישום אף ללא קיום מלוא התנאים של סעיף 208(ב) הישן, אם התביעה סבורה כי זו העמדה ההגונה והנכונה לעניין הציבורי. אולם, אין בשאלת המודעות לבדה, שעליה העידו הנאשמים 4 ו-6 כדי להבחין בינם לבין המערערת, אלא אם כן יש ראייה שהמערערת ידעה בפועל יותר מאחיה, לעניין חריגות הבניה.

63. בתשובה לטענה אודות העדר האבחנה בין המערערת לבין הנאשמים 4 ו-6 אשר היו מעורבים שלושתם בהשכרת הקיוסק למערער, מצביעה המשיבה בערעור על כך שהמערערת לא העידה. כן טענה ב"כ המשיבה נקודה עובדתית נוספת, אשר לא באה לידי ביטוי בהכרעת הדין והיא כי על פי עדויות הנאשמים 4 ו-6, המערערת בלבד נהנתה מדמי השכירות בתקופה בה המערער טיפל בקיוסק. ב"כ המשיבה מצביעה



על כך שהמערערת לא העידה ולא טענה שלא קיבלה את הכספים, ואף לא טענה כי קמה לה ההגנה לפי סעיף 208, היינו כי לא ידעה על העבירות. לשיטת ב"כ המשיבה, בהעדר עדות מטעמה, הרי שהחזקה לגביה במקומה עומדת.

64. יובהר כי לעניין מעורבות הנאשמים 4 ו-6 בהסכם השכירות עם הנאשם 1, יש חשיבות בכך שהנאשמים עצמם מאשרים את המעורבות שלהם, אף כי הנאשם 4 טען כי הטיפול העיקרי נעשה על ידי המערערת, אשר גם קיבלה את התמורה העיקרית. מכל מקום, הנאשם 6 אישר כי הייתה לו מעורבות ממשית בעריכת ההסכם עם הבן של המערער ובהכנת האופציה להארכה עבור המערער, והוא אף חתם בכתב ידו על חלק מהמסמכים, בניגוד לנאשם 4 (ראו עדות נאשם 4 בעמ' 57-60 ועדות נאשם 6 בעמ' 64-60). אם כן, אף אם ניתן לטעון כי קיים פער בין המערערת לבין הנאשם 4 לעניין מידת המעורבות בעריכת החוזה, ולפיכך יש הבדל במידה בה יש לראותו כ"בעל שליטה", בהנחה שגרסתו מתקבלת, קשה לומר שיש פער ממשי בין המערערת לבין הנאשם 6, אף אם היא נהנתה מדמי השכירות תקופה מסוימת לבדה, עד פרוץ הסכסוך. לא הנאשם 6 ולא הנאשם 4 העידו כי הלכו לעירייה לברר את מעמד הקיוסק לפני עריכת ההסכם השכירות, כך שלא היה בעדות הנאשמים 4 ו-6 כדי להקים הגנה מאחריות הקפידה, לא לפי הדין הישן ולא לפי הדין חדש.

65. המשיבה מניחה כי לאחר שהמערערת בחרה שלא להעיד נותרת על כנה החזקה כי ידעה בפועל על עבירות התכנון והבניה. אמנם, לפי החוק בגרסה הישנה, יש חזקה של ידיעה לפי סעיף 208, אלא אם כן הוכח אחרת. אולם, הניסוח של סעיף 243 הוא אחר. נקבעת אחריות קפידה, כאמור, אך אין חזקת הידיעה כתובה באופן מפורש בחוק. כל שנקבע הוא שיש אחריות במסגרת סעיף 22 לחוק העונשין. סעיף 22 לחוק העונשין אינו מניח שיש חזקת ידיעה אלא קובע אחריות אף אם הידיעה אינה מוכחת, או אם ידוע שלא הייתה מודעות בפועל. משמע, כדי לקבוע שהייתה מודעות בפועל, כנסיבה מחמירה לעונש לפחות, יש להוכיח יסוד זה מעבר לספק סביר ולא די בהוכחת התנאים לאחריות קפידה. שכן, כידוע, למרות שאין מדובר ביסוד מיסודות העבירה, כדי לקחת בחשבון נסיבה של המעשה לחומרה אפילו לעניין העונש, הרי שעליה להיות מוכחת מעבר לספק סביר, כעולה מסעיף 40(ג) לחוק העונשין. המסקנה היא, אפוא, שלא ניתן להסיק את המודעות בפועל של המערערת לעבירות מהחלטתה שלא להעיד, ושגתה המאשימה כאשר הניחה עובדה זו נגדה, לפחות בשלב של טיעוני המאשימה שבאו לאחר תיקון 116.

66. לסיכום נקודה זו, עמדת התביעה, לפיה נכון היה להבחין בין מי שהעיד ועורר ספק לגבי מודעותו בפועל לחריגות הבניה לבין מי שלא העיד, שגויה משפטית, באשר לא היה די בהעדר מודעות להביא לזיכוי הנאשמים 4 ו-6. יתרה מכך, ההנחה כי המודעות בפועל של המערערת הוכחה באמצעות חזקה, נוכח החלטתה שלא להעיד, שגויה גם כן, לפחות לאחר תיקון 116 לחוק התכנון והבניה. יש פער מסוים לעניין מעורבות הנאשם 4, אך אין פער בעניין זה בין הנאשם 6 לבין המערערת. **נמצאנו למדים כי ההבחנה שעשתה המשיבה בין הנאשם 6 לבין המערערת שגויה, ודינם צריך היה להיות דין אחד.**

67. כאמור, **החלטת המשיבה להבחין בין הנאשם 6 לבין המערערת נעשתה מתוך שגיאה** ולא מתוך מניעים של שחיתות כטענתו התמוהה של הסנגור. השאלה היא האם, בנסיבות כאלה, כאשר ההבחנה נעשתה בתום לב ובשגגה, אך מדובר בכל זאת בשני נאשמים באותו תיק עצמו, קמה הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי? ואם לא קמה הגנה מלאה, האם יש מקום להתחשב בפגיעה



מסוימת בצדק, ולו לעניין העונש? כבר למדנו כי "לא הרי טעות כהחלטה מכוונת. בכל מקרה, לא תמיד נכון לתקן טעות שלא אי העמדה לדין בטעות נוספת בדמות אי העמדה לדין של גורם אחר. אף, האינטרס הציבורי בעל משקל הוא בכגון דא" (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (1.3.17), בדברי השופט הנדל סעיף 46).

68. בעת בחינה של טענת הגנה מן הצדק יש לבחון **שלושה שלבים** בהתאם להלכת **בורוביץ**. יש לבחון את עוצמת הפגיעה, יש לבחון אם נפגעה תחושת הצדק וההגינות המשפטית וכן יש לבחון אם ניתן לרפא את הפגם על ידי אמצעי מתון ומידתי יותר. לעניין עוצמת הפגם, אין מדובר בפגם חמור מאוד, באשר אין מדובר בזדון או רשלנות חמורה, אלא טעות משפטית פשוטה. תחושת הצדק אכן נפגעת לא מעט. זאת, משום שמדובר בכל זאת בשני נאשמים שנתונים דומים מאוד והתוצאה, על פי עמדת התביעה ופסיקת בית משפט השלום, שונה מאוד. יחד עם זאת, כאמור, לא נכון לתקן טעות בטעות. הנאשמת, על פי ממצאי בית משפט השלום פעלה להשכיר את הנכס ולקבל דמי שכירות, מבלי לתת את דעתה לשאלה אם הפעילות מתבצעת כדין ואם לא נעשה שימוש חורג במבנה, כפי שחובה היה עליה לעשות. התוצאה של זיכוי, כפי שמציע הסנגור, היא תוצאה קיצונית מידי.

69. **האיזון הנכון יהיה, אם כן, לתת ביטוי לחוסר השוויון בין המערער לנאשם 6 על ידי התחשבות בגורם זה כשיקול המצדיק הקלה בעונש**, עד כי הענישה תחורג אל מתחת למתחם העונש הראוי.

70. לא למותר להדגיש כי **שיקולים אלה, להקלה בעונשה של המערער, אינם רלוונטיים לעניינו של המערער, משום שמידת אחריותו ועוצמת אשמתו של המערער הן בקנה מידה אחר לחלוטין**. אמנם, גם לגביו, אין ראייה בדבר מודעות בפועל לכך שהייתה חריגת בניה וכי השימוש במרחב כולו אסור, אולם, עוצמת ההפרה של אחריותו של המערער לברר את הדברים גדולה הרבה יותר. כאמור, המערער אינו רק אחד מבעלי השליטה המשכיר הנכס, המערער הוא בבחינת מחזיק בפועל ומשתמש בפועל, כאשר השימוש החורג נעשה על ידו באופן ישיר ולאורך תקופה. לכן, אין כל מקום לטענת הפליה בינו לבין מי מהנאשמים האחרים, ופשיטא שלא **חלה על המערער הגנה מן הצדק בשל אפליה**.

71. טענה נוספת כהגנה מן הצדק נטענה על ידי הסנגור בהקשר לכך **שלא ניתנה אזהרה לנאשמים**, מלבד המערער, בטרם הוגש כתב האישום. טענה זו רלוונטית למעשה רק למערער, עתה משזכו הנאשמים האחרים. יש להדגיש כי אין חובה פורמלית לתת אפשרות שימוע במסגרת סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי באשר אין מדובר בעבירת פשע, והפניית הסנגור להנחיות היועץ המשפטי לממשלה בהקשר זה, שגויה. (שגויה לא פחות גם הפניית הסנגור להנחיות יועמ"ש בעניין עיכוב הליכים, כאשר הליך כזה כלל לא הוגש, אך אין צורך להיכנס לכך נוכח פשטות הדברים). יחד עם זאת, כפי שהתובעת הדגישה בהגנותה, בתשובתה לערעור, ישנן גישות שונות בבתי המשפט לגבי השאלה אם אין חובה לגבות גרסה מחשוד בטרם יוגש כתב אישום. ישנן דעות לפיהן ניתן, בתנאים המתאימים, להורות על ביטול כתב אישום אך בשל כך שלא נגבתה גרסה מראש.

72. בהקשר זה הפנתה התובעת בתשובתה לתו"ב (רמלה) 55745-05-15 **מדינת ישראל נ' אלשמאלי** (17.7.16, מפי השופטת ר' גלט). שם, בפסקה כ"ז מפנה כב' השופטת גלט לעיקר הפסיקה בעניין זה, בתמצות בהיר ויעיל, ואין צורך לחזור על הדברים כאן. בצדק סוכם שם כי מדובר בזכות של נאשם אך לא בזכות מוחלטת. יהיו מקרים בהם הפגיעה בזכות תביא לבטלות ההליך, אך אין זו בהכרח התוצאה. עם זאת,



הלכה היא כי כאשר אין אינדיקציה לכך שנגרם עיוות דין, לא יהיה בהעדר חקירה מראש, כלשעצמו, כדי להביא לבטלות ההליך (על פי רע"פ 1030/05 **ברקו נ' מדינת ישראל** (3.2.05)).

73. במקרה זה, איני סבור שנגרם עיוות דין ואיני סבור שראוי לתת לעניין זה משקל משמעותי מאוד, נוכח הנסיבות הקונקרטיות של תיק זה. ראשית, הגם שמדובר בטענה מקדמית, היא לא הועלתה בשלב התשובה לאישום. הטענה נטענה לראשונה באופן ישיר בעיקר בסיכומים, היינו לאחר שכבר התקיים כל ההליך. נכון שלפי סעיף 151 לחוק סדר הדין הפלילי ניתן להעלות טענה מקדמית אודות הגנה מן הצדק בכל שלב של המשפט. אולם, כאשר בית המשפט שוקל אם ראוי לתת סעד מן הצדק, ראוי הוא גם לשקול את השלב שאליו הגיע המשפט, ואת המשמעות המעשית של קבלת הטענה בשלב מתקדם, כאשר ניתן היה לטעון אותה קודם. כך, לו הטענה הייתה נטענת ומתקבלת בשלב הראשון וההליך היה נמחק, יכולה הייתה המאשימה לתקן את הפגם על ידי חקירה באותה עת והגשת כתב האישום מחדש, וכך האינטרס הציבורי היה נפגע אך במעט. דבר שאינו מעשי בשלב מאורח של המשפט.

74. עוד יש לקחת בחשבון, כי המערערת הייתה מודעת לאפשרות שיוגש נגדה כתב אישום עוד בטרם הוחלט על כך. מפרוטוקול הדיון מיום 29.9.15 עולה כי המערער, בעודו נאשם יחיד, טען לאפליה בינו לבין אחיו. זאת, כאשר אחותו, המערערת, נכחה אף היא בדיון, ואף התייחסה בדבריה לאחד הנושאים העובדתיים (עמוד 5 שורה 16). ממילא, מבחינה מעשית, המערערת שמעה את דברי ב"כ המאשימה לפיהם שוקלים להוסיף אותה ואת אחיה לכתב האישום ואף התייחסה. יודגש כי אין בכך קיום של החובה לקיים חקירה, רחוק מכך. אולם העובדה כי למערערת היו במה ומיקרופון לטעון טענותיה, עוד בטרם הוחלט אם להגיש נגדה כתב אישום, מקטינה מאוד את עצמת הפגיעה בה, בוודאי לא במידה המצדיקה ביטול האישום.

75. נוכח מכלול הנתונים האלה, ובנסיבות המיוחדות של תיק זה, **אין לקבל את הטענה של הגנה מן הצדק בשל כך שלא נגבתה גרסתה של המערערת לפני האשמתה.** זאת, מבלי לגרוע מהחובה הכללית לגבות גרסה והמשמעות הנכבדות שיכולות להיות למחדל בעניין זה בדרך כלל. ניתן לתת לעניין זה משקל מה בהקשר לעונש, אך אין להפריז במשקל גם בהקשר זה.

דין - גזר הדין

76. כאמור, עיקר הערעור כוון נגד הכרעת הדין. לעניין העונש, טענת הסנגור היא כי במקרה זה הוטל קנס גבוה באופן מיוחד, שאינו משתלב עם הענישה המקובלת לעבירות מסוג זה. הסנגור הדגיש כי על שני הנאשמים יחד הוטל קנס של 10,000 ₪, כאשר במקרה דומה עליו הצביע, הוטל קנס בסך 2,000 ₪ בלבד והסנגור אף הצביע על מקרה בו לא הוטל קנס כלל.

77. המשיבה טוענת כי הקנסות שהוטלו הינם במסגרת המקובל, ומציגה פסיקה במקרים דומים בה הושטו עונשים דומים.

78. אקדים ואציין כי, לעניות דעתי, קיימות מספר שגיאות בגזר הדין, מבחינת כללי הבניית הענישה על פי תיקון 113 לחוק העונשין. טענות לעניין זה לא נטענו על ידי הצדדים ובדוואי שאין בהם כדי להכריע בתוצאה כפי שיובהר. עם זאת, יש לעמוד עליהן בקצרה, על מנת להבהיר את הדין.



79. ראשית, בפרק העוסק בנסיבות ביצוע העבירה עמד בית המשפט על כך שיש להבחין בין המערער לבין המערערת, ולהשית על המערער קנס גבוה יותר נוכח מעורבותו המשמעותית יותר בעבירה. לאחר מכן, קבע מתחם זהה לשני הנאשמים. בכך, סתר בית המשפט את עצמו. שכן, מתחם העונש הראוי נבחן על פי נסיבות המעשה ומידת האשם של כל עושה, כפי שהסביר בית המשפט עצמו בגזר הדין. **אם יש הבדל בנסיבות המעשה בין הנאשמים לפי חלקם, ואם יש פער לעניין מידת האשם בין הנאשמים, לא ייתכן שמתחם העונש הראוי לגבי שניהם יהיה אחד.**

80. בית המשפט נתן ביטוי להבדל בין השניים דווקא במסגרת התוצאה, היינו הענישה שבתוך המתחם, ובכך שוב שגה. זאת, משום שלא הצביע על הבדל בין השניים לעניין הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. הנכון היה לקבוע לכל אחד מתחם אחר ואז לקבוע לגבי שניהם את המקום היחסי בתוך המתחם (כגון נקודת האמצע של המתחם או בשליש התחתון). אז, התוצאה הייתה שונה מהטעם הנכון, מחמת מידת האשם של כל אחד מהם. כך הושגה הבחנה נכונה בין השניים, אך בדרך שגויה, לדעתי.

81. עוד יש להעיר כי בית המשפט קבע מתחם שנע בין 10,000 ₪ לבין 35,000 ₪, אך הטיל על כל אחד מהנאשמים עונש שהוא פחות מהרף התחתון. העונש המצטבר של שניהם מגיע בדיוק לרף התחתון של המתחם שקבע. זאת, מבלי שנימק מדוע חרג מהמתחם לגבי כל אחד מן הנאשמים. למעשה, בית המשפט התייחס לעונש הכולל על המעשה ככזה, וחילק את העונש הנראה לו ראוי, בין שני הנאשמים. אף כאן מדובר, לטעמי, בשגיאה משפטית. עונש מושת על כל נאשם לפי אשמתו שלו, זהו העיקרון המנחה בענישה. **אין משיתים עונש קולקטיבי בגין העבירה בכללותה על כל המעורבים ואז מחלקים העונש ביניהם,** משל מדובר היה בתובענה אזרחית בה הנזק הוא אחד, וחייב השיפוי מתחלק בין כל המעוולים לפי חלקם.

82. יאמר עוד כי, **בית המשפט לא מצא נסיבות מקלות או מחמירות מיוחדות. בתנאים אלה, אפילו עונש שהוא בדיוק על הרף התחתון של המתחם אינו מוצדק.** שכן, הרף התחתון של מתחם העונש שמור למקרים בהם יש נסיבות אישיות מקלות מיוחדות. משמע, מעבר להעדר עבר פלילי יש להראות נסיבות ממשיות לקולה כיד להגיע עד הרף התחתון עצמו, החל מנכות קשה וכלה בהתנהגות מיוחדת בחקירה כגון מי שחשף העבירה מיוזמתו וללא תמורה. נסיבות, המצדיקות הקלה עד כדי הגעה עד הרף התחתון שאין למטה ממנו (והרי רק במקרה של שיקום, הגנה מן הצדק או מקרי קיצון אחרים שהוכרו בפסיקת בית המשפט העליון, ניתן לחרוג לקולה מן המתחם).

83. הסנגור, במסגרת הבקשה לעיכוב ביצוע, טען אודות המצב הכלכלי של המערערים. אולם, **צריך היה הסנגור להביא ראיות לעניין זה.** על יסוד ראיות ניתן היה לקחת את הדבר בחשבון, ולעניין קנס ניתן לקחת בחשבון המצב הכלכלי בשני מישורים שונים: הן לעניין העונש האישי בבחינת "נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה", במסגרת סעיף 40א לחוק העונשין, והן לעניין קביעת המתחם עצמו. זאת, משום **שבעת בחינת מתחם הקנס הראוי, יש לקחת בחשבון את היכולת של הנאשם לשלם את הקנס.** הדברים מפורשים בסעיף 40ח לחוק העונשין "קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב, נוסף על האמור בסעיף 40ג(א), במצבו הכלכלי של הנאשם לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם".

84. **לעניין המתחם עצמו, איני מסכים עם בית משפט השלום,** אשר לדעתי הקל עם המערער. על פי החוזה בין המערער למערערת (ת/16) התחייב המערער לשלם למערערת סך של 4,000 ₪ לחודש. אפילו לפי גרסת המערער, הוא הפעיל את הקיוסק למשך שנה וחצי. יום יום הוא נכח בקיוסק וביצע העבירה



בעצמו, בהתנהגותו שלו. המערער נהנה הנאה כלכלית מתוספת הבניה, כאמור. חלק מתוספת הבניה נבנה על מדרכה ועל כביש, ובכך נהנה המערער משטח שאמור היה להיות מיועד לתנועה חופשית של הציבור. לו היה המערער בונה את התוספת בעצמו, הרי שמתחם העונש ההולם היה מתחיל בנקודה הגבוהה לפחות פי שלוש או ארבע ממה שקבע בית המשפט כצדו התחתון של המתחם, בשים לב למשך הזמן בו נמשכה העבירה.

85. אכן, בהתחשב בכך שהמערער לא בנה את התוספות הבלתי חוקיות, אלא רק השתמש בבניה חורגת שבנו אחרים, ובהתחשב בכך שלא הוכח באופן פוזיטיבי מודעות בפועל לקיומה של הבניה הבלתי חוקית, יש להקל עם המערער במידה רבה. אולם, הקביעה כי הקנס מתחיל ב- 10,000 ₪ מקלה מידי לטעמי, אלא אם יש נסיבות כלכליות מקלות באופן מיוחד המחייבות הקלה במסגרת סעיף 40 לחוק העונשין, כאמור. **בהעדר ראיות למצב כלכלי גבולי, נכון היה לקבוע מתחם שהוא גבוה יותר ממה שקבע בית המשפט, היינו על 14,000 עד 45,000 ₪.** לעניין הצבעת הסגור על שני מקרים חריגים בהם הוטל עונש קל יותר, מובהר היטב כי **ככל שיש ענישה נהגת במחוז זה שהיא מקלה יותר, לגבי מבנים מסחריים, הרי שענישה זו שגויה.**

86. נוכח האמור, בשים לב לכך שהמתחם שנקבע נמוך מן הראוי, ובשים לב לכך שהעונש חורג מן המתחם לקולה ללא נימוק המצדיק זאת, **אין מקום להקל בעונשו של המערער.**

87. **לעניין המערער המצב שונה מאוד.** אמנם, אף היא נהנתה הנאה כלכלית מהשימוש במבנה על חריגות הבניה שלו. אולם, מידת המעורבות שלה בביצוע העבירה נמוכה הרבה יותר. המערער שווה למערער בזכויות המשפטיות בנכס, אך שונה ממנו בכך שלא היא ביצעה את המעשה בפועל. לכן, לגביה, בהנחה שלא הייתה מודעת בפועל לחריגת הבניה (וכך יש להניח לטובתה נוכח עדויות אחיה, ובהעדר חזקה לעניין זה בדין החדש), ונהנתה אך משליטה עקיפה, הרי שמידת האשם שלה פחותה בהרבה מהאשם של המערער, למרות ההנאה הכלכלית. **המתחם הנכון לגביה צריך היה לעמוד על בערך מחצית המתחם שנקבע לגבי המערער, בהנחה שמצבם הכלכלי זהה, ואולי מעט פחות.** עם זאת, בהעדר ראיות על מצב כלכלי רעוע במיוחד, העונש שהוטל עליה, קנס בן 4000 ₪, חורג לקולה אפילו ממתחם מופחת זה. משמע, **אלמלא השיקול של הגנה מן הצדק, לא נכון היה להקל על המערער במסגרת הערעור.**

88. יחד עם זאת, כפי שנקבע, עומדת לנאשמת טענת הגנה מן הצדק, בעוצמה מוגבלת, נוכח האפליה שנוצרה בינה לבין הנאשם 6, עקב החלטת המאשימה, בשגגה, להבחין בין השניים שלא בצדק. כאמור, הטענה לא הצדיקה את זיכויה של המערער, אך כן מצדיקה הקלה בעונשה. כאמור, משקל מועט נוסף, המפחית מן העונש הקשר להגנה מן הצדק, ניתן בהקשר לאי קבלת גרסת המערער לפני קבלת כתב האישום. הקלות אלה, המשמעותית יותר והמשמעותית פחות תבאנה לידי ביטוי בעונש, למרות שבית המשפט, כאמור, כבר הקל מדי בהערכת העונש הראוי, במסגרת השיקולים הרגילים. **עונשה של המערער יפחת אפוא מתחם העונש הראוי, מחמת הגנה מן הצדק.**

89. סיכומי של דבר, האיזון הנכון בין השיקולים יימצא בהעמדת הקנס המושגת על המערער על סך של 2500 ₪. עם זאת, אין מקום להקל בהוראה בדבר ההתחייבות, שהיא ענישה מותנית ולא מוחשית.



התוצאה

90. התוצאה היא, אפוא, שערעורו של המערער נדחה על שני חלקיו. ערעורה של המערערת על הרשעתה נדחית, אך ערעורה על העונש מתקבל משיקולי צדק, והקנס אשר הושת עליה יעמוד על 2500 ₪ בלבד. יתר רכיבי גזר הדין, לעניין מספר התשלומים וההתחייבות, במקומם עומדים.

91. המזכירות תנפיק שוברים מתוקנים לתשלום הקנס של המערערת.

92. בהתאם להסכמת הצדדים, פסק הדין ניתן בהעדר הצדדים, ועותק פסק הדין יישלח.

ניתן היום, י"ג תמוז תשע"ח, 26 יוני 2018, בהעדר הצדדים.