



עפ"א 36834/01/21 - שקיב עלי,הדיה עלי,נאיפה כיוף נגד מדינת ישראל - המחלקה לאכיפת דיני המקרקעין

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 36834-01-21 עלי נ' מדינת ישראל
עפ"א 39112-01-21 עלי ואח' נ' מדינת ישראל

לפני כבוד השופטת תמר נאות פרי

המערער בעפ"א 36834-01-21 שקיב עלי

ע"י ב"כ עוה"ד שלומי בלומנפלד ואח'

המערערות בעפ"א 39112-01-21 1. הדיה עלי

2. נאיפה כיוף

ע"י ב"כ עוה"ד שקיב עלי ועו"ד גדי עזה ואח'

- -

מדינת ישראל - המחלקה לאכיפת דיני המקרקעין

המשיבה

ע"י ב"כ עוה"ד בת-אור כהנוביץ

פסק דין

ערעורים על הכרעת הדין מיום 18.6.2020 וגזר הדין מיום 8.12.2020 של בית המשפט השלום בחיפה (כב' השופט שלמה בנג'ו) בתיק עמ"א 63706-06-15.

ההליך קמא ותמצית הרקע העובדתי -

1. המדובר בשני ערעורים אשר הדין בהם אוחד. המערער בערעור האחד הינו עו"ד שקיב עלי (עפ"א 36834-01-21, להלן: "**המערער**") ושתי המערערות בערעור השני (עפ"א 39112-01-21) הינן הגב' הדיה עלי (אשתו של המערער, להלן: "**המערערת 1**"), וגב' נאיפה כיוף (אחותו של המערער, להלן: "**המערערת 2**"). המערער הינו עורך דין ותיק, המתמחה - בין היתר - בתחום התכנון והבניה, ואף שימש כתובע מטעם הועדה המקומית לתכנון ולבניה "רכס הכרמל" (להלן: "**ועדת רכס כרמל**") במשך כמה שנים (1997-2000 ולאחר מכן 2010-2013), ואף שימש כיועץ משפטי של ועדת רכס כרמל במשך שנים.

2. נגד השלושה הוגש כתב אישום לגבי מבנה בגוש 19503 חלקה 41 (להלן: "**המקרקעין**" ו-"**המבנה**"), בתחום מרחב התכנון של הועדה המקומית לתכנון ולבניה "מעלה נפתלי" (להלן: "**ועדת מעלה נפתלי**"), בתחומי הישוב בית ג'אן.

3. כפי שעולה מכתב האישום קמא, עד שנת 2015 חלו על המקרקעין כמה תכניות מתאר, לרבות תכנית ג/685 (להלן: "**התוכנית**") הקובעת כי ייעוד חלק מהמקרקעין יהיה למגורים א' וייעוד חלק אחר מהם יהא לסלילתה של דרך (להלן: "**הדרך**").

4. המקרקעין היו בכל הזמנים הרלבנטיים בבעלות המנוחה הגב' סעדה סאלח עלי (להלן: "**המנוחה**"), אמם של המערער ושל המערערת 2, ולטובת המערערת 2 רשומה הערת אזהרה על המקרקעין. המקרקעין נרכשו על ידי האם המנוחה עוד בשנת 1998, כאשר בהסכם המכר צוין כי בהתאם לתוכנית, מתוכננת סלילת דרך החוצה את המקרקעין (להלן: "**חוצה המכר**").

5. בשנת 2000, ניתן היתר בניה לבניית בית מגורים במקרקעין, הכולל מרתף ושתי קומות מעל פני הקרקע, בשטח כולל של כ-516 מ"ר ובתנאי שבניית המבנה תהיה במרחק של כ-3 מטרים מצפון לתוואי הדרך המתוכננת



בהתאם לתכנית (להלן: "ההיתר המקורי").

6. בשנים 2000 עד 2002, נבנה המבנה, אלא שהוא כלל מרתף, קומת קרקע ושתי קומות נוספות (כלומר קומה נוספת מעבר למותר בהיתר המקורי), בשטח כולל של כ-988 מ"ר ובתוספת מרפסות לא מקורות בשטח של כ-80 מ"ר, כלומר, 1,068 מ"ר לערך, ובנוסף - המיקום של המבנה סטה מהמיקום על פי ההיתר המקורי, כך שכ-129 מ"ר משטח התכנית של המבנה, נבנו על תוואי הדרך (למרות שלפי ההיתר, המבנה היה אמור להיבנות תוך שמירת מרווח מהדרך המתוכננת).

7. בשנת 2002 התגלו החריגות לגבי גודל המבנה ונשלח למערערת 2 ולמנוחה מכתב התראה.

8. בשנת 2003 פעלה המערערת 2, בליווי המערער כמי שייצג אותה בהיותו עורך דין, להכשרת הבנייה - והוגשה מטעם האם המנוחה בקשה להכשיר בדיעבד את הבנייה. הבקשה נדחתה, ובין היתר צוין בהחלטה זו כי הסיבה לכך היא העובדה שהמבנה בנוי בחלקו על תוואי הדרך.

9. בשנת 2004 הוגש לבית המשפט בקריות כתב אישום נגד המערערת 2 ונגד האם המנוחה (עמ"ק 2001/12/04, להלן: "התיק משנת 2004"). במסגרת תיק זה יוחסו למנוחה ולמערערת 2 עבירות של בנייה ללא היתר ובסטייה מההיתר, לגבי קומה שלמה בשטח של 225 מ"ר, סגירת מרפסת בשטח של 10 מ"ר, ובניית תוספת בנייה בשלוש קומות בשטח של 70 מ"ר. המערער ייצג את האם המנוחה ואת המערערת 2 בתיק משנת 2004. במהלך ניהול התיק משנת 2004 - המנוחה נמחקה מכתב האישום, המערערת 2 הורשעה בהתאם להודאתה ודינה נגזר לתשלום קנס בסך 15,000 ₪, ואף ניתן צו איסור שימוש במבנה אלא אם יתקבל היתר כדין החל מיום 1.4.2005 (להלן: "צו איסור השימוש").

10. חלפו השנים, השימוש במבנה המשיך ולא ננקטו כל הליכים להכשרת הבניה.

11. בשנת 2013 נפתחה חקירה נגד המערערים בחשד לשימוש במבנה בסטייה ובניגוד להיתר המקורי ולתכנית. סיבת פתיחת החקירה תובא בהמשך.

12. לאחר תחילת החקירה, לקראת סוף שנת 2013, הוגשה תוכנית מפורטת (מספר ג/21336, להלן: "התוכנית המפורטת") על שם המערערת 2 והאם המנוחה, אשר מטרתה לאפשר קבלת היתר בדיעבד למבנה, על דרך של הגדלת זכויות הבניה וביטול תוואי הדרך המאושרת על פי התוכנית. בנוסף ובמקביל, אף הוגשה מטעם האם המנוחה באמצעות המערער, בקשה ללגליזציה ולאישור שימוש חורג במקרקעין (להלן: "בקשת הלגליזציה").

13. במהלך שנת 2014 הוחלט להפקיד את התוכנית המפורטת. למעשה התקיים דיון ראשון באפריל 2014 ובו הוחלט להפקיד את התוכנית, אך לאחר מכן התקיים דיון חוזר, ביוני 2014, ובו הוחלט להשאיר על כנה את ההחלטה לגבי הפקדת התוכנית, אך להוסיף לה תנאי לפיו היתר בניה מכוח התכנית המפורטת יינתן רק לאחר סיום התווית וסלילת הדרך (להלן: "התנאי"). האם המנוחה, באמצעות המערער, הגישה התנגדות לגבי התנאי.

14. בתחילת שנת 2015 ההתנגדות נדחתה, וכך גם ערר שהוגש בנדון. האם המנוחה, באמצעות המערער הגישו עתירה מנהלית לגבי הערר (עת"מ (מחוזי חיפה) 55618-04-15, להלן: "העתירה"), ובמקביל - גם המועצה המקומית בית ג'אן הגישה ערר לגבי התנאי (להלן: "הערר"). טרם התבררו שני הליכים אלו, למרבית הצער, האם המנוחה נפטרה.

15. בשלב זה, ביום 30.6.2015, הוגש כתב האישום בבית המשפט קמא, נגד המערער ושתי המערערות, ובו מיוחסות להם עבירות הנוגעות לשימוש במבנה, לפחות משנת 2008 ועד מועד הגשת כתב האישום בשנת 2015, כדלקמן: עבירת שימוש במקרקעין ללא קבלת היתר כדין - לפי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965



(להלן: "**חוק התכנון והבניה**" או "**החוק**", כנוסחו לפני כניסתו לתוקף של תיקון 116 לחוק); ושימוש במקרקעין בסטייה מהיתר ומתכנית - עבירה לפי סעיף 204(ב) לחוק התכנון והבניה.

16. באוקטובר 2015, התקבל הערר של המועצה המקומית, כך שבוטל התנאי, ותוך שנקבע כי לא היה מקום להתנות את האפשרות לקבל את היתר הבניה בכך שהדרך תיסלל **בפועל**, שעה שהמועצה המקומית הצהירה כי אין בידיה את המשאבים לסלילת הדרך והסלילה אינה בראש סדר העדיפות שלה. כנגזר מביטול התנאי, התייתרה העתירה שהוגשה מטעם האם המנוחה והיא נמחקה, וחשוב מכך - היות והתנאי לקבלת היתר הבניה **בוטל**, התקבלה בקשת הלגליזציה וכך, ביום 17.12.2015, ניתן בדיעבד היתר בניה למבנה (להלן: "**ההיתר המתוקן**").

פסק הדין קמא -

17. שלושת המערערים בתשובתם לכתב האישום כפרו בכל העובדות, כולל בשימוש האסור הנטען, כפרו בידעה המיוחסת להם לגבי כך שהמבנה בנוי על הדרך, העלו טענות להגנה מן הצדק, והמערער אף הוסיף וטען כי הוא אינו עושה כלל שימוש במבנה היות והוא גר בחיפה.

18. בבית המשפט קמא התנהל דיון במשך תקופה ממושכת של כחמש שנים, במהלכו נשמעו עדים רבים, מומחים ואחרים והוגשו עשרות מוצגים, כאשר בסופו של הליך מצא בית המשפט קמא לנכון להרשיע את שלושת המערערים בעבירות שיוחסו להם.

3. לאחר שמיעת טיעונים לעונש, ולאחר קביעת מתחמי הענישה הרלבנטיים (עמ' 18 לגזר הדין קמא), השית בית המשפט קמא על המערערים את העונשים כדלקמן:

על המערער, קנס בסך ₪ 50,000 או 5 חודשי מאסר תמורתו וחתימה על התחייבות כספית;

על המערער 1, קנס בסך ₪ 30,000 או 3 חודשי מאסר תמורתו וחתימה על התחייבות כספית;

על המערער 2, קנס בסך ₪ 20,000 או 2 חודשי מאסר תמורתו וחתימה על התחייבות כספית.

19. עוד בגזר הדין התייחס בית המשפט קמא לבקשתו של המערער לבטל את הרשעתו - בקשה מכוח סעיף 192א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד"פ**"), ומצא לנכון שלא לקבל את הבקשה.

הערעורים הנוכחיים -

20. המערער והמערערות הגישו שתי הודעות ערעור נפרדות בכל הנוגע להכרעת הדין וגזר הדין.

בהודעת הערעור מטעם המערער הועלו טענות לגבי כל אחת ואחת מקביעותיו של בית המשפט קמא, העובדתיות והמשפטיות, ובמיוחד טענות בכל הנוגע לשאלה אם הוכח שהמערער אכן היה שותף לשימוש במבנה ללא היתר וטענות בכל הנוגע לכך שבית המשפט קמא לא קיבל את טיעוני המערער להתנכלות ורדיפה כלפיו, אכיפה בררנית שננקטה לגביו, אי קבלת טענתו לגבי הגנה מן הצדק וכיו"ב טענות, לרבות אי קבלת בקשתו להורות על ביטול ההרשעה. באשר לגזר הדין, בפתיח של הודעת הערעור נטען כי הודעת הערעור מוגשת גם בהתייחס לגזר הדין ושיעור הקנס, אלא שעיון מפורט בהודעת הערעור הארוכה, האוחזת 218 סעיפים המשתרעים על פני 66 עמודים, מראה כי אין בהודעת הערעור טיעון באשר למתחם הענישה, שיעור הקנס וכו'.

בהודעת הערעור מטעם המערערות נטען כי הן מצטרפות לכל טענות המערער, ויש הרחבה לגבי אי קבלת טענות מקדמיות שהעלו שתי המערערות בבית המשפט קמא; טענת סיכון כפול; אי קבלת טענתן בכל הנוגע להגנה מן הצדק; פגמים בניסוח כתב האישום ועוד. אף כאן, למרות שנטען שהערעור מתייחס גם לגזר הדין, מוצאים אנו



התייחסות מינורית לסוגיה זו (בסעיפים 132 ו-133 להודעת הערעור מטעם שתי המערערות, ועל כך בהמשך).

21. נוכח היקף הכרעת הדין קמא (67 עמודים), גזר הדין קמא (21 עמודים), הודעת הערעור הארוכה מטעם המערער (66 עמודים) והודעת הערעור מטעם המערערות (16 עמודים), ביקשתי מהמשיבה להגיש תשובה בכתב לערעור לקראת הדיון שהתקיים בתיק - ותשובה אכן הוגשה.

במהלך הדיון חזרו הצדדים על עיקר הטענות כפי שבאו לידי ביטוי במסמכים שהוגשו, ולאחר הדיון, אף הוגשו השלמות בכתב לגבי נקודות מסוימות.

דין והכרעה -

22. לאחר ששקלתי את טיעוני הצדדים מצאתי לדחות את שני הערעורים.

האם המבנה נבנה בסטייה מההיתר המקורי ומהתכנית?

23. לא מצאתי כי נפל כל פגם או כי חלה כל טעות בקביעות העובדתיות שאליהן הגיע בית המשפט קמא בכל הנוגע לכך שהמבנה כפי שנבנה אכן סטה מההיתר המקורי ומהתכנית.

24. ראשית, המדובר בקביעה עובדתית "מובהקת", אשר ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בה (ע"פ 4626/20 גולדשטיין נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (4.4.2021)) - קל וחומר, במקרה זה, כאשר הקביעה מושתתת כדבעי על התשתית הראייתית הנרחבת שנפרסה בפני בית המשפט קמא ועל הניתוח המפורט של הממצאים בהכרעת הדין קמא. בהקשר זה אפנה, בין היתר, לסקירה הממצאה של בית המשפט קמא בעמ' 10-11 בהכרעת הדין קמא לגבי כל התכניות החלות על המקרקעין, לפירוט הממצאים העולים מתעודות עובד הציבור שהוגשו לתיק על ידי המהנדס אריאל טויטו ולאיימוץ עדותו בבית המשפט (לפיה המבנה נבנה בניגוד להיתר המקורי), ובדומה - לממצאים העולים מעדותו של המומחה מטעם המאשימה, המודד אוסמה סמעאן, לגבי חוות דעתו ת/1 ו-ת/2 (עמ' 12-13 להכרעת הדין, וראו כי בית המשפט קבע כי חוות דעתו הייתה מקצועית ועדותו הייתה מהימנה - עמ' 13, שלוש שורות לפני סוף העמוד). בדומה, בית המשפט קמא מנתח את עדותו של המהנדס יוסף לוי, אשר אף ממנה עולה כי המבנה היה ממוקם בחלקו על תוואי הדרך ונבנה בסטייה מההיתר המקורי, וזאת אף אגב השוואה בין המסמכים השונים, לרבות בקשת ההיתר המקורי למול בקשת הלגליזציה (עמ' 14 להכרעת הדין). בנוסף, בית המשפט קמא קובע כי אין כל משקל לחוות הדעת של המומחה מטעם המערער, מר לביב חלבי, אשר ניסה לטעון למצב דברים שונה (וראו את ההנמקות לאי קבלת עמדתו של מומחה זה בעמ' 34 להכרעת הדין), ואין כל סיבה להתערב בקביעה זו. עיינתי אף אני בחומר הראייתי (המצוי בארגז שעולה על גדותיו), הכולל - תכניות לרוב, חוות דעת ועדויות - ואין לי ספק כי בדין נקבע שהמבנה אכן נבנה בסטייה ובניגוד להיתר המקורי ולתוכנית.

25. שנית, הליכי התכנון הרבים שבהם נקטו האם המנוחה, המערערת 2 והמערער, במשך כל השנים, ואשר הובילו לבסוף לקבלת ההיתר המתוקן - מעידים אף הם על כך שהמבנה כפי שנבנה במועד שנבנה, סטה משמעותית מהיתר הבניה המקורי ומהתכנית.

26. שלישית, ההרשעה של המערערת 2 בעבירת הבניה בהתייחס למבנה במסגרת התיק משנת 2004, וכאשר המבנה נשאר "אותו המבנה", והעובדה שניתן בשנת 2004 צו איסור השימוש - מחייבת אף היא את המסקנה לפיה המבנה חרג מההיתר, לפחות מבחינת מימדיו.

27. לכן, בדין נקבע כי המבנה נבנה בסטייה מההיתר המקורי ובניגוד לו ולתוכנית התקפה דאז, וכל שימוש שנעשה במבנה, עונה על הגדרת העבירות שבהן עסקין.

מי עשה שימוש במבנה בתקופה הרלבנטית?



28. השאלה השנייה אשר אליה נדרש בית המשפט קמא הייתה בכל הנוגע לטענת המערער לפיה הוא לא עשה שימוש במבנה ולכן לא ניתן היה להרשיע אותו בשימוש במבנה, שכן לטענתו הוא גר משנת 1996 בדירה חיפה, ברח' מנדל זינגר (להלן: "**הדירה**"), ולכן לא עשה שימוש במבנה בבית ג'אן בתקופה הרלבנטית.

29. נעצור לרגע את הדיון בשלב זה על מנת לדון בטענה נוספת שהועלתה מטעם המערער, לגבי התקופה בה עסקין. בסעיף 13(א) לכתב האישום קמא נטען כי התקופה אשר אליה מתייחס כתב האישום מתחילה חמש שנים לפני תחילת החקירה, בשנת 2013, כך שהמדובר על שימוש משנת **2008** ועד מועד הגשת כתב האישום בשנת 2015. המערער טוען (סעיף 66 להודעת הערעור, סעיף 54 בעמ' 32 ועוד) כי היות וכתב האישום הוגש רק בשנת 2015, ניתן לייחס למערערים שימוש שלא כדין רק במשך חמש השנים עובר להגשת כתב האישום, כלומר - רק משנת **2010** ולא משנת 2008, וחלה התיישנות לגבי התקופה משנת 2008 עד 2010, ולפני כן. המערער עוד טוען כי אמנם סעיף 9(ג)(1) לחסד"פ קובע כי ניתן להאריך את תקופת ההתיישנות בשנתיים, כך שתהא בת שבע שנים "אחורה" ולא חמש, ככל שבמניין התקופה נערכה חקירה על פי חיקוק ואז - "יתחיל מניין תקופות ההתיישנות מיום ההליך האחרון בחקירה", אלא שסעיף 9(ג)(1) תוקן במסגרת תיקון 87 לחסד"פ, בשנת 2019 ואינו רלבנטי לגבי כתב האישום שהוגש בשנת 2015.

טענה זו אינה מדויקת, שכן - אמנם סעיף 9(ג)(1) כנוסחו כיום תוקן בשנת 2019 (הצ"ח 1183, י"ד בטבת התשע"ח, 1 ינואר 2018, עמ' 192), אלא שלפני התיקון, הוראת סעיף 9(ג) לחסד"פ הייתה הבאה: "בפשע או בעוון אשר תוך תקופת התקופות האמורות בסעיף קטן (א) נערכה לגביהם חקירה על פי חיקוק ... יתחיל מנין התקופות מיום ההליך האחרון בחקירה ...", הכל לפי המאוחר". משמע, שבמועד הגשת כתב האישום, ניתן היה להגיש את כתב האישום בהתייחס לתקופה של עד חמש שנים עובר למועד החקירה. מכאן, שלא נפל פגם בכך שכתב האישום התייחס לשנים 2008 עד 2015, ובהתאם - לכך שההרשעה מתייחסת לתקופה זו. בכל מקרה, אף אם עסקין בתקופה שמשנת 2010 ואילך ולא משנת 2008, אין לכך משמעות קריטית לגבי המשך הדיון.

30. ונשוב להכרעת הדין עצמה ולשאלת השימוש במבנה.

בית המשפט קמא סוקר את הראיות בהקשר זה ומסקנתו הינה כי הוכח כדבעי שהמערער כן עשה שימוש במבנה והתגורר בו במשך תקופה ממושכת, ביחד עם המערער 1 (רעייתו) ומשפחתו, ונדחתה טענתו כי הוא אישית התגורר במשך **כל** התקופה בדירה בחיפה.

31. אף כאן המדובר בקביעה עובדתית אשר נטועה כדבעי בתשתית הראייתית הענפה שנפרשה בפני בית המשפט קמא ובמיוחד עדויות שנשמעו מפי המערער עצמו ושאר העדים באשר לשאלה היכן התגורר המערער בשנים הרלבנטיות, לרבות ממצאים לחובת מהימנות גרסת המערער, וכאשר בית המשפט קמא מדגיש כי המערערות 1 ו-2 נמנעו ממתן עדות, ויש לתהות מדוע רעייתו ואחותו של המערער לא מצאו לנכון להעיד לגבי המקום שבו הוא גר בתקופה בה עסקין.

32. מעבר לכך, עיון במסקנות של בית המשפט קמא, בטענות המופיעות בערעור בהקשר זה ובראיות עצמן, מראה כי אין כל מקום להתערב במסקנה זו.

33. ראשית, יש לראות כי במהלך הדיון בתיק משנת 2004, המערער **עצמו** טען לפרוטוקול כי במבנה גרים גם "האח של המערער 2" ומשפחתו, ואף פירט מי גר בכל קומה. כלומר, שהמערער **עצמו** מסר שהוא גר במבנה בשנת 2004, והדבר סותר את הטענה כי הוא גר בחיפה משנת 1996.

34. שנית, אפנה למכתב ששלח המערער למפקח פריד עזאם (להלן: "**המפקח עזאם**") ביום 16.1.2013, במענה למכתב התראה שנשלח מאת המפקח עזאם שהחל לחקור את החשד לגבי ביצוע העבירות נשוא ההליך קמא.



במכתב זה, המערער הפנה להיתר המקורי, טען כי "השימוש שהוא עושה" במבנה אינו מנוגד להיתר, ואף טען כי הוא עושה שימוש במבנה מסוף שנת 2003 ולכן לשיטתו (במכתב משנת 2013) עבירת השימוש התיישנה ולא ניתן להגיש לגביה כתב אישום (עמ' 30 להכרעת הדין, שורה 5).

35. שלישית, בחקירה הראשונה של המערער בשנת 2013 (ת/33), הוא הודה שהוא מתגורר במבנה משנת 2003 (עמ' 2, שורות 18-35). לאחר מכן, ביקש להיחקר בשנית, ובמהלך החקירה השנייה בשנת 2015 (ת/34) טען כי דבריו בחקירה הראשונה לא הובנו כהלכה ולא היו מדויקים, והוא מתגורר בחיפה ולא במבנה. טענת המערער (כגון למשל בסעיף 81 י"ב להודעת הערעור) הינה כי הוא קיבל איומים על חייו מטעם חלק מהנאשמים נגדם ניהל הליכים בהיותו תובע מטעם ועדת רכס הכרמל, אשר גרים בעוספיה ודלית אלכרמל, ולכן לא רצה להגיד בחקירתו הראשונה שהוא גר בחיפה "מחשש לחייו", ורק בחקירה השנייה, לאחר שהבין כי המאשימה ממשיכה ברדיפתו - הוא נאלץ לספר על מגוריו בחיפה. בעמ' 31 להכרעת הדין, בית המשפט קמא קובע כי מהשוואת החקירה הראשונה עם השנייה עולה בבירור שהמערער ניסה לחזור בו מדברים שמסר, היות והבין כי הם מפלילים אותו וכי החקירה בעניינו ממשיכה (עמ' 32, שורה 9), ובית המשפט קמא אינו מקבל את ההסבר שמסר המערער לגבי שינוי הגרסה בין החקירה הראשונה לשנייה.

36. רביעית, המפקח פבלו אספינו (להלן: "**המפקח אספינו**"), ביקר במבנה כמה פעמים בשנת 2014 והגיש דוחות לגבי ביקוריו במבנה, ומזכיר כי ראה על דלת הכניסה הראשית של המבנה שלט ועליו כתוב: "שקיב עלי, עורך דין". בדומה, המפקח עזאם, ביקר אף הוא במבנה בשנת 2013 בכמה מועדים, ותיעד בדוחות שהוגשו מטעמו כי המערער 1, אשת המערער, מסרה לו כי במבנה גרה "משפחת שקיב עלי" ואף הראתה לו באילו חדרים משתמשת "משפחת שקיב עלי" כדבריה. בית המשפט קמא קובע חד משמעית כי העדויות של שני המפקחים אמינות ומהימנות (עמ' 18 להכרעת הדין, שורות 7-8) ויש להן משקל מכריע.

37. חמישית, אפנה לכך שבית המשפט קמא אף מנתח את העדויות של שלושה שכנים הגרים בסמוך למבנה בבית ג'אן - אשר אף מהן עולה כי המערער גר במבנה עם משפחתו (מר רפיק זידאן (הודעתו ת/82), הגב' נדא זידאן (הודעתה ת/83), וגב' ראטיבה חסאן (ת/84)).

38. ששית, בית המשפט מתייחס באריכות לעדות של המערער בבית המשפט (במשך ארבע ישיבות), אשר במהלכה טען כי הוא מתגורר בחיפה ורק מגיע לביקורים אצל משפחתו במבנה. בית המשפט קמא קבע כי התשובות היו מתחמקות ובלתי מסתברות בעליל (עמ' 33, שורה 17), ובכל מקרה - אף לגרסתו של המערער, הוא הגיע מעת לעת לשהות עם משפחתו במבנה (וראו את עדותו בעמ' 247-249 ועמ' 281 לפרוטוקול קמא בשורה 25, שם הוא מעיד כי בסופי שבוע הוא נוסע למשפחה ולעיתים חוזר באותו היום, ואף את סעיף 79 י"ד להודעת הערעור שם טוען המערער כי בסופי שבוע הוא מבקר את המשפחה). כך, ששימוש חלקי במבנה היה גם לפי גרסתו.

כאן יוער כי המערער מלין על כך שבית המשפט קמא לא ערך דיון בשאלה אם בנסיבות שכאלו המערער נחשב "משתמש". בית המשפט קמא אכן לא התייחס לשאלת ה"שימוש החלקי" היות ולא קיבל עובדתית את הטענה לגבי השימוש החלקי, אך יש לומר כי גם שימוש חלקי כפי שטוען המערער (מגורים רק בסופי שבוע), נחשב שימוש במקרקעין ובמבנה.

39. עד כאן הראיות לגבי השימוש של המערער במבנה בבית ג'אן. **אמנם**, במקביל לראיות המפורטות מעלה - קיימות גם ראיות לגבי הדירה בחיפה, וראו כי המערער הציג מסמכים לגבי הבעלות על הדירה בחיפה ועל תשלום חשבונות ארנונה וחשבונות חלקיים שוטפים של חשמל וכו'. לתיק אף הוגש מוצג ת/35 שהינו מכתב של המפקח אספינו, מיום 16.6.2014, בו מצוין כי ביקר בכתובת של הדירה בחיפה, ושוחח עם שניים - שכן אחד שמסר שהמערער



גר בדירה הסמוכה לו ושכנה שנייה שמסרה כי היא מכירה את המערער ומשפחתו וכי המערער אף סייע בעבר לוועד הבית. בנוסף, המערער מלין על כך שביקש לזמן את השכנים מהדירה בחיפה אך בית המשפט סרב לזמנם. מעיון בתיק קמא עולה כי המערער ביקש לזמן עד בודד, מר צביקה הולצר, בהקשר זה, אך בקשתו נדחתה ביום 15.9.2019. יש לראות כי המדובר ב"שכן" בלשון יחיד ולא "שכנים" בלשון רבים כפי שטוען המערער, אך לגופם של דברים - יתכן והיה מקום לנמק ביתר הרחבה את ההחלטה לגבי אי זימונו של מר הולצר. עם זאת, נוכח מכלול הראיות - לא נפגעה ההגנה.

40. לפיכך, מצבור הראיות המפורט מעלה מבסס את הקביעה קמא לגבי השימוש שעשה המערער במבנה בתקופה הרלבנטית לכתב האישום, אף אם השימוש היה חלקי ואף אם במקביל לשימוש כאמור, עשה המערער גם שימוש בדירה בחיפה.

41. טרם נמשיך את הדיון, בשלב זה אתייחס בקצרה לארבע עדויות נוספות שנשמעו בבית המשפט קמא לגבי מגוריו של המערער - והכוונה היא לעדויות של המתלוננים אשר הגישו את התלונה נגד המערער ובעקבותיה נפתחה החקירה והוגש כתב האישום. נזכיר כאן כי המערער שימש בעבר כתובע מטעם ועדת רכס כרמל, ובמסגרת תפקידו זה, הגיש המערער כתבי אישום כנגד ארבעה - מר חאטר יוסף, מר גמיל חליל, מר ג'מאל כיוף ועו"ד וג'די כעביה (להלן: **"המתלוננים"**), בגין עבירות שהם ביצעו מכוח חוק התכנון והבניה. לטענת המתלוננים, הם גילו את הנתונים לגבי היותו של המבנה חורג מההיתר המקורי ואת השימוש שהמערער עושה בו - והם אלו אשר הגישו את התלונה שהביאה לפתיחת החקירה בשנת 2013, היות ומצאו טעם לפגם בכך שמי שניהל נגדם את ההליכים כתובע "חוטא בעצמו" בעבירות מכוח חוק התכנון והבניה. וכך, המתלוננים העידו בבית המשפט קמא כי ביצעו "ביקור" בבית ג'אן, הגיעו למבנה בו מדובר וכי על השער הייתה תיבת דואר ועליה רשום "שקבי עלי". בית המשפט קמא מציין (בעמ' 29 להכרעת הדין) כי הגם שיש משקל אפשרי לעדויות לגבי תיבת הדואר והכיתוב עליה - אזי שיש להתייחס בזהירות רבה לעדויות של המתלוננים אשר היו "נאשמים" בתיקים שניהל המערער כתובע, ויש להם אינטרס בהרשעתו, ולכן, משקל העדויות אינו רב. נוכח קביעה זו - אין צורך להרחיב את הדיון לגבי שלל הטענות שבפי המערער לגבי המתלוננים, שכן הלכה למעשה לא היה כל משקל לעדותם.

42. טענה נוספת לגבי השימוש הייתה כי בית המשפט קמא שגה בכך שלא קיבל את הטענה לפיה החלק היחידי שנבנה בחריגה מההיתר המקורי היה המרתף, אך למעשה אין כל שימוש במרתף בשנים הרלבנטיות וכי רק האם המנוחה בשעתו עשתה שימוש במרתף לצורך אחסון עצים (סעיף 79 ט"ו להודעת הערעור, סעיף 45 בעמ' 30 לגבי "שימוש עונתי" לשמירת עצים ועוד). גם טענה זו לא יכולה לסייע בידי המערער, שכן מהדוחות של המפקחים והתמונות עולה כי נעשה שימוש גם במרתף, כולל לאחסון ציוד, קלסרים וכו' ולא הוכח שהמדובר בשטח "ריק" שאינו משמש את דיירי הבית.

בדומה, יש לראות כי במבנה ישנם עוד 70 מ"ר החורגים מההיתר המקורי (בקומות שמעל קומת המרתף ומעבר לשטח המרתף). לגביהם (בהודעת הערעור, סעיף 43 בעמ' 30) טוען המערער כי "לא ניתן לדעת את מיקומם", כלומר, 70 המטרים "החורגים" אינם נפרדים בבירור מהשטחים "החוקיים" של שאר הקומות ולא הוכח בדיוק "מיקומם" בתוך המבנה. ברי כי אף טענה זו אינה יכולה לסייע בידיו. כאשר מוגש כתב אישום לגבי מבנה המשמש למגורים, המאשימה אינה צריכה להוכיח בנפרד את השימוש בכל חדר, מפלס, חלל או שטח, ולהראות אם המטבח למשל נכלל בתוך השטח שיש לגביו היתר, שמא המטבח נבנה באותם 70 מ"ר חורגים, מה גם שאם נבצע השוואה בין ההיתר המקורי לבין ההיתר המתוקן - ניתן לזהות בבירור את השטחים.

43. מכאן, שחוזרים אנו למסקנה כי אין להתערב בקביעה העובדתית הברורה של בית המשפט קמא לפיה המערער עשה שימוש במבנה, אף אם רק בחלק מימות השבוע לטענתו.



44. לגבי המערערת 1, אשת המערער - לא הייתה מעולם טענה לפיה היא לא מתגוררת במבנה. נהפוך הוא - קו ההגנה של המערער היה שרק היא והילדים גרים במבנה כל השנים. לכן - ברור שהיא עושה שימוש במבנה, ולכן - יש לראותה, יחד עם המערער, כעושה שימוש במבנה מכוח האמור בסעיף 208(א)(4)+(7) לחוק התכנון והבניה - כפי שקבע בדיון בית המשפט קמא.

45. לגבי המערערת 2, האחיות - אין חולק כי מערערת 2 עזבה את המבנה שנים לפני תחילת התקופה אשר בכתב האישום ומתגוררת במקום שונה. בית המשפט קמא קבע כי יש לראותה כאחראית לשימוש שנעשה במבנה שכן היא בעלת ההיתר המקורי, אשר בסטייה ממנו בוצע השימוש החריג במשך כל השנים (כולל לאחר ההליכים בתיק משנת 2004), וזאת מכוח האמור בסעיף 208(א)(1)+(2) לחוק התכנון והבניה. גם במסקנה זו אין להתערב, והעובדות המבססות את הקביעה לגבי כך שהמערערת 2 חתומה על המסמכים מעולם לא היו שנויות במחלוקת, כאשר יש לראות כי גם על המסמכים המאוחרים היא חתומה, ולמעשה גם ההיתר המתוקן משנת 2015 הוצא על שמה. כך, שמעורבותה ואחריותה נמשכו, למרות שהיא הפסיקה להתגורר במבנה בשלב מסוים (וראו כי בית המשפט קמא התחשב בנתון זה בעת קביעת מתחם הענישה לגביה ובעת קביעת העונש בתוך המתחם).

46. עוד נטען כי סעיף 208(א) לא מוזכר בכתב האישום ולכן לא ניתן ליחס למערערת 2 אשמה בהתבסס על סעיף זה, אלא שאין בטענה זו ממש. בסעיף 14(ב) לכתב האישום נכתב במפורש כי המערערת 2 אחראית לשימושים במבנה בהיותה בעלת ההיתר אשר בסטייה הימנו בוצעו עבודות הבניה, בהיותה מי שמוחזקת כבעלת המקרקעין בעת ביצוע העבירות ובהיותה מי שמוטלת עליה החובה להשיג היתר למבנה ולשימושים בו. מקובלת עלי בהקשר זה עמדת המשיבה (עמ' 22 לתשובתה לערעור) כי סעיף 208(א) אינו סעיף שיש חובה לציין בכתב האישום ואפנה כאן לרע"פ 5978/04 **פלוני נ' מדינת ישראל**, ס(4) 594 (2006), שם נקבע כי:

"מאז שחוקק חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, הדגש בהתייחסות אל כתב האישום אינו על הוראות החיקוק אלא על תיאור העובדות. כך בדרך ניסוח כתב האישום, כך בטענה לפגמים בו, כך בפרשנותו";

ואפנה אף לע"פ 9612/10 **קוגמן נ' מדינת ישראל** (27.4.2014), שם הועלתה טענה דומה לגבי פגם לכאורי בניסוח כתב האישום, הטענה נדחתה, ונפסק כך:

"למעלה מן הצורך אומר כי איני רואה כי קופחה הגנתם של המערערים בשל אי אזכור הוראת סעיף 29 בכל אישום ואישום, וככל שנדרש אחיל את הוראת סעיף 215 לחסד"פ המאפשרת לבית המשפט לדחות ערעור, אף אם נתקבלה טענה שנטענה, אם מצא בית המשפט כי לא נגרם עיוות דין."

47. אם כך, המסקנה עד כה הינה שאין כל מקום לטענות הערעוריות המתייחסות לנדבך המרכזי בהכרעת הדין והוא שהוכח ברף הנדרש שהמדובר במבנה שנבנה בסטייה מההיתר המקורי ובניגוד לתכנית, והוכח ברף הנדרש שיש לראות בשלושת המערערים כמי שאחראיים לשימוש שנעשה במבנה בתקופה הרלבנטית.

סעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה -

48. החלק השלישי של הכרעת הדין עוסק בטענת ההגנה לתחולת סעיף 208(ב) לחוק, כאשר לפי סעיף זה הגנה אפשרית קמה לנאשם, אם יוכיח שני תנאים מצטברים: (1) שהעבירה נעברה **ללא ידיעתו**, ו-(2) שהוא **נקט בכל האמצעים** הנאותים לקיום הוראות החוק.

49. נתחיל בדיון לגבי התנאי הראשון של ההגנה, המתייחס לשאלה אם הנאשם ידע או שלא ידע על כך שמתבצעת עבירה, ונדון בשלב הראשון בשאלה זו בזיקה למערער.



50. בית המשפט קמא מנתח את התנאי הראשון ומגיע למסקנה עובדתית ברורה ולפיה העבירה נעברה בידיעתו של המערער. בית המשפט קמא מפרט שישה נימוקים אשר מחייבים את המסקנה אודות ידיעתו של המערער את הנתונים הנדרשים, ומסקנתו היא כי המערער ידע שהבנייה בוצעה בניגוד להיתר ובסטייה מההיתר ומהתכנית.
51. ראשית, בית המשפט קמא מפנה למסמכים אשר המערער היה מעורב בהכנתם ואשר מהם עולה שהמבנה חורג מההיתר המקורי, כי הדרך המיועדת עוברת במקרקעין ואשר לפיהם המבנה נבנה בחלקו על התוואי המיועד של הדרך (וראו את פירוט המסמכים בעמ' 37 להכרעת הדין קמא).
52. שנית, בית המשפט קמא מפרט את הנתונים אשר עולים מעדותו של המודד עלי יוסף מטעם המערער ואשר מהם עולה בבירור שמהמדידות שהוא ביצע ניתן לדעת שהמבנה נבנה בסטייה מההיתר ועל תוואי הדרך ועוד עולה בבירור מעדותו כי הוא היה בקשר עם המערער ואחת מהמערערות בכל הנוגע לנתונים אשר שימשו אותו לצורך עבודתו, כמו גם באשר לתוצרים של עבודתו (עמ' 38 להכרעת הדין).
53. שלישית, בית המשפט קמא מציין כי אנשי המקצוע אשר פעלו מטעם האם המנוחה, המערער והמערערת 2, העידו באשר לכך שהמסמכים שהם הכינו הוכנו בידיעת המערער, לרבות הגשת תכנית מפורטת בתמיכה לבקשה שהוגשה לאישור שימוש חורג, בקשה לקבלת היתר, בקשת הלגליזציה בכל הנוגע למבנה וכיוצא ב"מסמכים".
54. ראשונה הינה האדריכלית אשר תכננה את המבנה, הגב' ג'וזפין מרעי (להלן: "האדריכלית"), אשר אף העידה בבית המשפט בכל הנוגע לכך שהמערער ואשתו, המערערת 1, היו מעורבים בתכנון המבנה ובקשר רציף איתה בכל הנוגע לתכנון ולהגשת המסמכים המוזכרים מעלה, כאשר בשלב מסוים המערער ביקש להגיש בקשה לקבלת היתר בנייה מעודכן על פי המצב הקיים והיה בקשר גם עם בעלה של האדריכלית, אשר באותה עת היה המהנדס המועצה המקומית. עוד קובע בית המשפט קמא כי מהעדות עולה בבירור שהמערער ידע שהמבנה נבנה בחלקו על תוואי הדרך המתוכננת וביקש ממנה להגיש בקשה מיוחדת בכל הנוגע לנושא - וראו את הציטוטים מהמסמכים הרלבנטיים ומהעדות של האדריכלית כפי שמפורטים בעמ' 39-40 להכרעת הדין, לרבות הפניה להודעה של האדריכלית, ת/81, אשר הוגשה בהסכמת הצדדים חלף עדות ראשית.
55. עדה שנייה היא מתכננת נוספת אשר הייתה מעורבת בבניית המבנה, הגב' שריהן חרב (להלן: "המתכננת"), אשר מסרה הודעה שהוגשה בהסכמה - ת/80, וכאשר מהודעה זו עולה כי המערער היה מעורב בכל הבקשות שהוגשו לקבלת היתר, להגשת התכניות, להגשת התכניות המעודכנות המתייחסות לעובדה שהמבנה נמצא על תוואי הדרך המיועדת ובית המשפט אף מפנה לכך שבמסגרת ההודעה ת/80 המתכננת העידה כי כאשר המערער סיפר לה על המבנה הוא מסר לה במפורש שהמבנה "בשימוש חורג" וביקש להגיש תכנית מפורטת הכוללת בקשה להזזת תוואי הדרך המיועדת (וראו את הציטוטים אשר בעמ' 42 להכרעת הדין מתוך ת/80).
56. רביעית, בית המשפט קמא מפרט את התכתובות שבין המערער לבין גורמים שונים (כגון: תשובת המערער למכתב שנשלח אליו מפריד עזאם ב-2013 ובו קיימת התרעה לגבי כך שמתבצע שימוש ללא היתר - ת/54 ו-ת/56; מכתבו של המערער למהנדס הוועדה מר יוסי לוי - ת/33), ומפרט כי במסמכים אלה אשר שלח המערער יש כדי ללמדנו על כך שהוא ידע שהמבנה נבנה בסטייה מההיתר (ואף הודה בכך שעשה בו שימוש, כפי שכבר מוזכר מעלה).
57. חמישית, בית המשפט קמא חוזר ומזכיר כי המערער היה מעורב בהליכים במסגרת התיק משנת 2004, כאשר ייצג שם את המערערת 2 - אחותו, ומזכיר כי במסגרת אותו הליך נקבע בבירור כי מדובר בבנייה בלתי חוקית ואף מפנה למסמכים רלבנטיים מתוך העתירה המנהלית, כאשר גם ממסמכים עולה כי המערער ידע שהמדובר במבנה בלתי חוקי בחלקו.
58. שישית, בית המשפט קמא מפנה לקטעים מעדותו של המערער בבית המשפט ומגיע למסקנה כי הגרסה



של המערער, לפיה הוא לא ידע את הנתונים הרלבנטיים עד שנת 2013, הייתה גרסה בלתי מהימנה, וכי המדובר ב"היתממות" מצדו, לרבות בשל העובדה שהמדובר בעורך דין המתמחה בתחום התכנון והבנייה - ולכן לא ניתן לקבל גרסה זו.

59. במסגרת הערעור, תוקף המערער את הקביעה מעלה וטוען כי שגה בית המשפט קמא שעה שקבע שהוא אישית ידע על עבירות הבנייה לגבי המבנה, אם כי החלק הארי של הטיעון מופנה לגבי הידיעה המיוחדת לו לגבי כך שהמבנה בנוי על תוואי הדרך המיועדת, כלומר שקיימת סטייה מההיתר המקורי בשל מיקום המבנה במגרש (להלן: **"הסטייה בשל המיקום"**), במובחן מהידיעה לגבי כך שהמבנה כולל קומה נוספת בשטח של כ-250 מ"ר ועוד שטחים חורגים בשטח מצטבר של כ-70 מ"ר, כלומר שקיימת סטייה מההיתר המקורי בשל גודל המבנה והיקפו (להלן: **"הסטייה בשל ההיקף"**). בהקשר זה מעלה המערער טענה נוספת שעניינה הסתמכות על ההיתר המקורי כפי שניתן (והטענה היא שהוא לא היה חוקי מלכתחילה) והסתמכות על האופן שבו נוסח כתב האישום בתיק משנת 2004. אתיחס עתה לטענות אלו על פי סדרן.

60. האם יש מקום להתערב בקביעה קמא כי המערער ידע על הסטייה בשל ההיקף? דומה כי המערער עצמו בחלק מסעיפי הודעת הערעור חוזר בו מטענה זו במובן מסוים, ובכל מקרה הקביעה בדיון, ודי אם נפנה לכך שהמערער ייצג את המערערת 2 בתיק בשנת 2004 וידע את תוצאתו, כך שלא יכול להיות ספק שהוא ידע, לפחות משנת 2004, על הסטייה בשל ההיקף.

61. האם יש מקום להתערב בקביעה קמא כי המערער ידע גם על הסטייה בשל המיקום? טענת המערער כאן הינה כי אף אם ידע משנת 2004 שחלק מהמבנה אינו חוקי בשל גודל המבנה, אזי שהוא לא ידע - עד תחילת החקירה בשנת 2013 - שהמבנה ממוקם בחלקו על תוואי הדרך. המערער טוען (כגון בסעיף 46 להודעת הערעור ואף בהמשך) כי אין כל ראיות לגבי כך שהוא ידע לפני 2013 שהמבנה נבנה על תוואי הדרך המיועדת, וכי הוא למד לדעת על טענה זו של הרשויות רק בעת שהחלה החקירה בשנת 2013 - ואז פעל מידית וללא לאות להסדת תוואי הדרך (מהלך שהושלם בהצלחה בשנת 2015). לטענתו, כל המסמכים אשר אליהם מפנה בית המשפט קמא, ובהם התייחסות לסטייה בשל המיקום - הם משנת 2013 ולא לפני כן, ולכן היה צריך להגיע למסקנה כי לא ידע על "הבעיה עם הדרך" עד שנת 2013.

62. בחינת הראיות מראה כי לא נפלה שגגה בהכרעת הדין בהקשר זה.

ראו לדוגמא, את הפניית בית המשפט קמא לכך שהמערער היה מעורב בניסוח הסכם המכר (נ/68) אשר מכוחו רכשה האם המנוחה את המגרש, עוד בשנת 1998 וכבר שם צוין במפורש כי בחלקה הנרכשת עוברת דרך לפי התוכנית שהייתה בתוקף באותה העת, וראו את סעיף "והואיל" השני, שם כתוב כי "על פי תוכנית המתאר החלה במקום מתוכנן בנכס כביש החוצה אותו לכל אורכו ברוחב של 10 מטר ושטח הכביש המתוכנן נוגס מהנכס שטח של 758 מ"ר - מצ"ב תשריט". המערער אף אישר בחקירתו כי ידע שבחלקה עוברת דרך מתוכננת (עדותו בעמ' 270 לפרוטוקול קמא), אם כי שם טען המערער כי רק ידע שאמורה להיות דרך באופן כללי, אך לא ידע את מיקומה המדויק בתוך המגרש, היות ולא עסק בפרטים הקשורים בהוצאת ההיתר - אלא שגרסה זו נדחתה עובדתית על ידי בית המשפט קמא.

בנוסף, יש לראות כי כבר בהיתר המקורי משנת 2000 קיים תנאי ולפיו יש חובה לשמור מרחק מסוים מתוואי הדרך המיועדת, ובעקבות הוצאת ההיתר, במאי 2000 האם המנוחה והמערערת 2 חתמו על הצהרת בפני המערער, כעורך דין, ולפיה הן מוותרות, באופן בלתי חוזר וללא תמורה, על חלק מהמקרקעין המיועד לסלילת הדרך בהתאם לתוכנית התקפה.

זאת ועוד. בשנת 2002 התגלו חריגות הבניה ונשלח מכתב בהקשר זה לאם המנוחה ולמערערת 2. המערער



השיב בשם שתיהן כי מיד יחל טיפול בחריגות הבנייה, והוא אכן פנה לאדריכלית לצורך הגשת תוכנית לשינויים. בקשה זו נדחתה בהחלטת ועדת מעלה נפתלי בשנת 2003 (החלטה מיום 17.7.2003) שם נכתב כי "הבניין ממוקם בתוואי דרך מאושרת ובסטייה מהיתר בניה שהונפק על ידי הוועדה בשנת 2000...". בסעיף 4(ה) לכתב האישום נכתב כי החלטה זו הומצאה בין היתר אישית למערער ביום 14.4.2005 (בהסתמך על אישור שליחת פקסימיליה למספר שאותו אישר המערער כשייך למשרדו באותה העת). המערער טוען בסעיף 60 בעמ' 33 להודעת הערעור, כי לא ידע על החלטה זו, אך בית המשפט קמא אינו מקבל גרסה זו, ואין להתערב בה, ולו מן הטעם שהמערער לקח על עצמו לייצג את האם המנוחה והמערערות 2 בתיק משנת 2004 ולא סביר שלא עבר על כל החומר הקיים לגבי המבנה לפני שנת 2004, כולל החלטת הוועדה משנת 2003 בבקשה שהוא עזר לאמו ולאחותו לנסח ולהגיש.

דוגמא נוספת הינה תוכנית החלוקה שהוכנה בשנת 2006 לגבי החלוקה, אשר אף עליה מופיע שהמבנה בנוי בחלקו על תוואי הדרך, האם המנוחה חתומה על תוכנית חלוקה זו והמערער אישר את חתימתה. כאשר המערער נשאל לגבי נושא זה בבית המשפט, טען כי העובדה שהוא אישר את החתימה של האם המנוחה על תוכנית החלוקה אינה מלמדת על כך שהוא ראה הדרך ואת העובדה שהמבנה "עולה על הדרך", אך בית המשפט קמא קבע כי גם תשובתו זו הייתה לא מהימנה בעיניו.

לכן, המערער לא הוכיח כי לא ידע גם על הסטייה בשל המיקום, מעבר לסטייה בשל ההיקף.

63. עוד טוען המערער בהקשר זה (סעיפים 16-19 להודעת הערעור, סעיפים 194 ואילך), כי הוא הסתמך על כתב האישום בתיק משנת 2004 לגבי היקף "הבעיה". ולמה הכוונה? בכתב האישום משנת 2004 דובר **רק** על הסטייה בשל ההיקף ואין אזכור של הסטייה בשל המיקום, כך שטענת המערער היא כי נוכח ניסוח כתב האישום, הוא לא היה יכול לדעת שיש "עוד בעיה" עם המבנה מעבר לשטחו, והסתמך על המצג המגולם בכתב האישום לפיו כל "הבעיה" היא ההיקף. המערער אף מפנה (בסעיף 197 להודעת הערעור) לכך שכאשר מהנדס ועדת מעלה נפתלי נשאל בחקירתו מדוע לא נכלל נושא הסטייה בשל המיקום בכתב האישום משנת 2004 הוא השיב שאינו יודע, ואכן, אף אני תמנה לגבי נושא זה. עם זאת, נוכח הראיות לגבי הידיעה הפוזיטיבית, לא שוכנעתי כי יש באופן ניסוחו של כתב האישום משנת 2004 כדי לשנות מהמסקנה האמורה.

64. בנוסף, טוען המערער כי שגה בית המשפט קמא עת לא קיבל טענה עוד יותר מרחיקת לכת שהועלתה מצדו (כגון בסעיף 46 ג'ד' להודעת הערעור, סעיפים 68-74, סעיפים 189-194 ועוד) והיא כי למעשה היתר הבניה המקורי ניתן מלכתחילה בטעות, אך ועדת מעלה נפתלי לא עשתה דבר על מנת לתקן את הטעות. ואסביר. לטענת המערער, כבר בעת הוצאת היתר הבניה המקורי, ועדת מעלה נפתלי ידעה, או שהייתה צריכה לדעת, כי לא ניתן לבנות את המבנה כפי שאושר, ולכן "עם מתן ההיתר היה על הוועדה המקומית לדעת כי לא ניתן להנפיק היתר למבנה המתוכנן", וממשיך וטוען כי "ככל הנראה ידעה אותה ועדה כי ההיתר לא היה חוקי וכן העדיפה להחריש במקום לעשות לעצמה סקנדל", ובמקום אחר טען כי "הדירה נבנתה ממש בהתאם לבקשת ותשריט ההיתר שהוגש לוועדה המקומית בשנת 1999 וכי וועדת התכנון טעתה כאשר הנפיקה את ההיתר שעה שהמגרש עליו תוכננה הדירה להיבנות, לא יכל להכיל את הדירה לפי המידות שתוכננו בבקשת ההיתר". משמע, שלטענתו, היה על ועדת מעלה נפתלי להבין כי ההיתר המקורי "בעייתי", כי לא ניתן לבנות את המבנה על יסוד ההיתר המקורי ללא פלישה לתוואי הדרך - אך היא לא עשתה דבר, למרות שהייתה יכולה שלא להעניק מלכתחילה את ההיתר או לבטל את ההיתר בדיעבד. אלא, שהיא לא עשתה דבר, ולכן - הוא רשאי היה להסתמך על ההיתר, עומדת לו טענת "הצידוק", ושגה בית המשפט קמא שלא קיבל את הטענה.

לשיטתי, טענה זו של המערער אינה נתמכת בתשתית הראייתית כפי שנקבעה על ידי בית המשפט קמא ולא ניתן לקבל את גישת המערער לפיה, למעשה אין כל פסול בשימוש במבנה שכן הוא אמנם נבנה בניגוד להיתר המקורי אך



ההיתר המקורי ממילא לא צריך היה להינתן כפי שניתן.

65. המערער אף טוען כי בכל הנוגע לידיעתו אודות התאמת המבנה לתוכניות ולהיתר - לא ניתן "לייבא" (כלשונו) קביעות שקשורות לידיעה בכל הנוגע לבנייה אל תוך הדיון לגבי עבירת השימוש, שכן עבירת הבנייה שונה מעבירת השימוש, וטוען כלפי כב' השופט קמא כי "תמוה הדבר מדוע מייבא מרכיבים מעבירת הבנייה ומטמיע אותם בעבירת השימוש? ... וככל שמוגש כתב אישום נגד המשתמש שאינו הבונה בפועל, הרי שלא ניתן לייבא ידיעות הקשורות לבונה ולהשליך אותן על המשתמש בפועל" (סעיף 46 ו' להודעת הערעור, ובהמשך בסעיף 54 ועוד). אף טענה זו אינה יכולה לסייע למערער, שכן נקבע עובדתית (ובדין) כי המערער היה גם "הבונה" וגם "המשתמש", ולכן כל הנתונים העובדתיים מהשנים 2000 עד 2004, הם נתונים רלבנטיים, הן לצורך הדיון בשאלת הידיעה של המערער אודות הסטייה בשל ההיקף והסטייה בשל המיקום, והן לצורך הדיון ב"נסיבות ביצוע העבירה".

66. כך, שלא מצאתי להתערב בקביעה העובדתית של בית המשפט קמא לפיה המערער ידע שהמדובר במבנה שנבנה בחריגה ובסטייה מההיתר המקורי ומהתוכנית, הן בשל ההיקף והן בשל המיקום, ולא מתקיים התנאי הראשון של ההגנה לגבי המערער.

67. ויובהר. אף אם היה מקום לקבל את טענת המערער לגבי המועד שבו ידע לראשונה על הסטייה בשל המיקום, אזי שאף לשיטתו הוא ידע עוד לפני 2004 על הסטייה בשל ההיקף, וידע פוזיטיבית ובוודאות שהמבנה עצמו חורג בהרבה מהגודל המותר על פי ההיתר המקורי, כך שהידיעה גם לגבי הסטייה מהמיקום מתווספת ממילא לידיעה לגבי הפרת ההיתר בהיבט ההיקף, והמדובר בסטייה משמעותית ביותר (בניית 988 מ"ר, ועוד 81 מ"ר מרפסת, למרות שההיתר מאפשר רק 516 מ"ר, אגב הוספת קומה שלמה). רק הידיעה לגבי נתון זה, והשימוש במבנה שכזה במהלך שנים רבות, מצדיקה את ההרשעה בשימוש בניגוד להיתר כפי שנקבע בהכרעת הדין קמא.

68. באשר למערערת 2 - אחותו של המערער, יש לראות כי הקביעה מעלה לגבי הידיעה אודות הנתונים הרלבנטיים מתייחסת גם למערערת 2 שהרי היא הייתה הנאשמת בתיק שהתנהל בשנת 2004, נקבע באותו הליך לחובתה כי המבנה נבנה ללא היתר ואף ניתן צו איסור שימוש המופנה כלפיה באופן ספציפי, היא יזמה חלק מההליכים לקבלת לגליזציה לגבי המבנה וחתומה על מסמכים רלבנטיים ולכן לא יתכן להעלות מטעמה טענה לגבי כך שלא ידעה את הסטטוס של המבנה, את היותו חורג, את היותו בנוי בחלקו על תוואי הדרך המיועדת וכו'. זה השלב לחזור ולהדגיש שהמערערת 2 בחרה שלא להעיד, כך שאפילו לא ניסתה להציג בבית המשפט קמא גרסה בכל הנוגע לשאלת ידיעתה או אי ידיעתה ולא ניסתה לספק הסברים לתמונה הראייתית אשר עולה מהראיות כפי שמוזכרות.

69. באשר למערערת 1 - אשתו של המערער, אמנם אין מסמכים אשר עליהם היא חתומה ואשר הוגשו לרשויות, אך כפי שקבע בית המשפט קמא, הוכח שהיא הייתה מעורבת בתכנון המבנה, בהליכים אל מול האדריכלית והמתכננת - וקשה להניח שהיא לא ידעה על הקושי הקיים בכל הנוגע לעובדה שהמדובר במבנה אשר נבנה בניגוד ובסטייה מההיתר. אף כאן, נזכיר כי המערערת 1 לא מסרה גרסה בבית המשפט ולכן למעשה מעולם לא טענה שהיא לא ידעה מהם הנתונים הרלבנטיים (והנטל בהקשר זה רובץ על שכם הנאשם אשר מבקש לטעון לתחולת ההגנה שבסעיף 208(ב) לחוק).

70. לגבי התנאי השני - בשים לב לאמור, בית המשפט קמא קובע כי היות ולא הוכח התנאי הראשון לתחולת ההגנה מכוח סעיף 208(ב) לחוק, אזי שלמעשה אין צורך לבחון את התקיימותו של התנאי השני (היות והם מצטברים). למרות זאת, קיימת התייחסות קצרה לגבי התנאי השני, כלומר לגבי השאלה האם המערערים נקטו בכל האמצעים האפשריים לקיום הוראות החוק, ומסקנתו של בית המשפט קמא הינה ששלושתם לא עשו את כל אשר ניתן היה לעשות.



אין כל מקום לסטות מקביעה זו. שהרי, אף אם נתייחס "רק" לסטייה בשל ההיקף ונתעלם מהסטייה בשל המיקום, אזי שכל השלושה ידעו על פסק הדין בתיק משנת 2004 ועל צו איסור השימוש, ולא פעלו להכשרת המבנה בכל השנים שחלפו משנת 2004 ועד 2013. המערער מעלה טענות לגבי אזלת ידה של ועדת מעלה נפתלי, שלא הגישה כתב אישום לגבי השימוש האסור עד שנת 2015 (ויש ממש בטענות אלו), אלא שהוא אינו מתמודד עם אזלת ידם "המקבילה" שלו ושל המערערות, אשר ידעו כי מתבצע שימוש מאז 2004 במבנה לא חוקי ולא עשו דבר, עד 2013 שאז החלה החקירה - וכפי שניסח זאת בית המשפט קמא "החישו את צעדיהם רק כאשר אימת הדין ריחפה מעל לראשם" (עמ' 49 להכרעת הדין). ועוד לגבי הסטייה בשל המיקום - יאמר כי אף אם ניתן היה לקבל את גרסת המערער לגבי אי הידיעה שלו **בפועל** אודות הסטייה בשל המיקום עד שנת 2013, אזי שבוודאי שלא הוכח שהוא (או המערערות) "נקטו בכל האמצעים לשמירה על הוראות החוק", היות והם ידעו כי אמורה לעבור דרך במגרש וידעו כי היתר הבנייה המקורי כולל תנאי שמתייחס לשמירה על מרחק מהדרך - והיה עליהם להראות כי עשו את כל המאמצים להבטיח שבקשת ההיתר משקפת את התנאי ושהבנייה בפועל תואמת את הנתונים - ולא הוכח שכך היה (ונזכיר כי המדובר בשני תנאים מצטברים).

הטענות לגבי עצם הגשת כתב האישום וניהול ההליך -

71. הרובד הנוסף של הטענות אשר הועלו בבית המשפט קמא - ונדחו, ואשר עולות שנית בהרחבה במסגרת הודעת הערעור, הינן טענות הנוגעות לעצם הגשת כתב האישום, לטענות בכל הנוגע לתחולת דוקטרינת ההגנה מהצדק, טענותיו של המערער בדבר רדיפה אישית והתנכלות אשר הובילה להגשת כתב האישום ולהמשך ניהול ההליכים וכיו"ב טענות.

72. בית המשפט קמא דן בטענות ומצא לדחותן. לאחר ששקלתי את הטענות במסגרת הודעת הערעור בכל הנוגע למכלול הטענות, מצאתי כי אין מקום להתערב בקביעותיו של בית משפט קמא גם בהיבט זה ואתייחס לטיעונים השונים במובחן.

אכיפה בדרנית והגנה מן הצדק -

73. מטעם המערער (והמערערות בעקבותיו) נטען בבית המשפט קמא כי ננקטה כנגד המערער אכיפה בדרנית היות והמתלוננים (כפי שהוגדרו מעלה) וכמה מפקחים מטעם ועדת רכס הכרמל חטאו אף הם בעבירות מכוח חוק התכנון והבנייה, אך לא ננקטו נגדם הליכים אלו או אחרים. ביתר פירוט, המערער טוען כי **המתלוננים** ביצעו עבירות חמורות בהרבה מהעבירות המיוחסות לו מכוח חוק התכנון והבנייה ולמרות זאת לא ננקטו כנגדם הליכים; טוען כי ישנם שלושה מפקחים (להלן: "**המפקחים**") שביצעו עבירות ללא שננקטו נגדם צעדים; טוען כי המועצה המקומית עוספיה עושה שימוש במבנה שאין לגבי היתר בניה לצורך פעילות בית ספר (להלן: "**בית הספר**"), וזאת כאשר המבנה שייך לאחד המתלוננים, ואף מפנה למכתב שקיבל בהיותו תובע מטעם ועדת רכס הכרמל, מאת הגב' פרידמן מהמחלקה לאכיפת דיני המקרקעין (היא המשיבה, ולהלן: "**מחלקת האכיפה**"), ובו היא מנחה אותו שלא להגיש כתבי אישום כנגד 160 חשודים שהקימו דירות מגורים ללא היתרים שכן יש לאפשר להם לנסות להכשיר את הבניה ככל שיש אופק תכנוני (מוצג נ/4, להלן: "**160 החשודים**"). לטענת המערער, אי נקיטת הליכים נגד המתלוננים, המפקחים, בית הספר ו-160 החשודים, לעומת נקיטת ההליכים נגדו - עולה כדי אכיפה בדרנית, אשר בבסיסה רדיפה אישית וניסיון להתנכל לו משיקולים זרים.

74. בית המשפט קמא מנתח את דוקטרינת ההגנה מן הצדק, הסומכת על הוראות סעיף 149(10) לחסד"פ, כפי שהתפתחה בפסיקה ובספרות הרלבנטית ומציין כי עיקרה של הדוקטרינה מחייב לבחון את הטענות על פי המבחן התלת-שלבי (שנקבע בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ'**, פ"ד נט(6) 776 (2005)), כאשר בשלב הראשון -



יש לבחון אם היה פגם בהליך, ואם כן - מהי עוצמתו, בשלב השני - ככל שאכן קיים פגם, יש לבחון האם ניהול ההליך, למרות הפגם, עולה כדי פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות אגב איזון בין אינטרסים שונים, ובשלב השלישי - ככל שמצא בית המשפט שקיים פגם ושקיומו של ההליך כרוך בפגיעה בתחושת הצדק וההגיונות, יש לבדוק מהו הסעד הראוי, ביטול כתב האישום או אמצעים מידתיים אחרים (וראו את הסקירה אשר בעמודים 51-53 להכרעת הדין).

75. השלב הראשון - בית המשפט קמא מתחיל את הדיון בכך שהוא בוחן אם אכן הייתה אכיפה בררנית, כאשר תחילה מתבררת השאלה למי יש להשוות את המערערים, ובמיוחד את המערער - לתובעים נוספים מטעם ועדות לתכנון ובניה או לכל "אזרח רגיל" אשר מיוחסות לו עבירות של שימוש בניגוד או בסטייה מהיתר או מתכנית. בית המשפט קמא מגיע למסקנה שיש לבחון את מעשי המערער בהתייחס לכל מי שביצע עבירות דומות "במרחב התכנוני הרלבנטי", וקובע כי מרחב זה הינו תחומה של ועדת רכס הכרמל, וכי בשלב זה אין לייחס משקל לנתונים הפרטניים של המערער ולכך ששימש כתובע מטעם ועדת רכס הכרמל.

76. בהמשך, קובע בית המשפט קמא כי לגבי שלושת המפקחים קיימים הנתונים הבאים: ראש מדור הפיקוח במועצה המקומית, מר איהב כיוף, מתגורר בדירה שלגביה יש חריגות בנייה; המפקח מטעם המועצה המקומית מר ענאן חלבי, מתגורר בדירה שלא היה לה היתר בניה עד מרץ 2016; והמפקח מטעם המועצה המקומית מר סנד חוסייסי, הורשע בעבירה על פי חוק התכנון והבנייה, הוגשה נגדו עתירה וכתוצאה מכך הופסקה עבודתו כמפקח והוא הועבר מתפקידו, ונכון לשנת 2019 ניתן לו היתר לשימוש חורג.

ממשיך בית המשפט קמא וקובע כי האמור מלמד על התנהלות חמורה ביותר, כי אין הסבר לאי נקיטת הליכים או אי מיצוי ההליכים נגד שלושת המפקחים, וכי אין לקבל את עמדת המשיבה לגבי אבחנה אפשרית בין שלושת המפקחים לבין המערער (וראו את הניתוח בעמ' 58 ו-59 להכרעת הדין). בית המשפט קמא אף מוסיף וקובע כי הנתונים שהתבררו מלמדים על אוזלת ידה של מערכת האכיפה, על עצימת עיניים ועל התנהלות בלתי תקינה, ולכן - יש בכך כדי להפריך את חזקת התקינות לגבי התנהלות הרשות (ואף מובעת ביקורת חריפה לגבי כך שלמרות שהטענות האמורות התבררו במשך כל תקופת ניהול ההליך בבית המשפט קמא, אזי שגם בסוף ההליך מסרה המשיבה שעדיין לא נפתחו הליכים כנגד שלושת המפקחים).

77. לכן, המסקנה של בית המשפט קמא לגבי השלב הראשון הינה שהוכח שננקטה אכיפה בררנית בכך שנפתחו ההליכים כנגד המערערים למרות שלא ננקטו הליכים כנגד שלושת המפקחים, והדבר עולה כדי פגם.

78. באשר לשלב השני - בית המשפט קמא בוחן את השאלה אם קיום ההליך הפלילי חרף הפגם האמור, כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות. בית המשפט קמא מתייחס למבחנים אשר הותוו בפסיקה בהקשר זה לרבות חומרת העבירה המיוחסת למערערים, עוצמת הראיות המבססות את האשמה, נסיבות המקרה, מידת הפגיעה ביכולת של המערערים להתגונן נוכח הפגם וחומרת הפגיעה באופן כללי בזכויות המערערים; ומסקנתו הינה כי ניהול ההליך, חרף הפגם, אינו כרוך בפגיעה חריפה עד כדי כך שהיא מחייבת את ביטול כתב האישום. בית המשפט קמא מפנה לפסיקה בכל הנוגע לכך שעבירות מכוח חוק התכנון והבנייה הפכו ל"מכת מדינה" ומונה את שאר השיקולים, לרבות לגבי עוצמת הראיות. באשר לנסיבות הפרטניות - לגבי המערער, מודגש כי המערער הוא זה שהוביל את המהלכים התכנוניים וכי עשה שימוש ארוך שנים במבנה הבלתי חוקי בידיעתו המפורשת כי כך הם פני הדברים וכי דווקא בהיותו תובע בתקופה מסוימת ובבחינת עובד ציבור, אזי שמעמדו מחייב את המסקנה כי אין מקום לומר שקיום ההליך הפלילי נגדו פוגע בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות רק בגלל שהוכח שקיימים שלושה מפקחים אשר חטאו ככל הנראה (לכאורה, ועם הזהירות המתחייבת) בחטאים דומים ונגדם לא ננקטו הליכים. בית המשפט קמא מדגיש כי הוא ער לכך שהעבירות אשר בהן עסקינן בתיק הנוכחי אינן עבירות הבנייה אלא "רק" עבירות הכרוכות בשימוש במבנה, אך אין בכך כדי לשנות מהמסקנה ולפיה המדובר במעשים חמורים, וניהול התיק אינו כרוך בפגיעה חמורה בתחושת הצדק עד כדי



הקמת הגנה מן הצדק.

79. לגבי השלב השלישי - בית המשפט קמא מסיים את הדיון בנושא זה בכך שאף אם היה מגיע למסקנה ולפיה המקרה "עבר את השלב השני", אזי שהוא לא היה מורה על ביטול כתב האישום אלא נותן משקל לטיעונים רק בשלב העונש (עמ' 63, שורות 17, 18).

80. שקלתי את טיעוני הצדדים בכובד ראש, ואני מסכימה עם המסקנה הסופית קמא.

81. לגבי המחלוקת שבין הצדדים באשר לקבוצה "להשוואה", אומר כי קביעת בית המשפט קמא אולי מעוררת קושי מסוים. ככל שבית המשפט קמא קבע כי ההשוואה הינה לכל "תושב רגיל" (בהתעלם מתפקידו של המערער) - השאלה היא אם היה מקום להשוות בין המערער לבין כל תושב בארץ אשר עושה שימוש דומה או שהיה מקום להשוואה רק עם תושבים במרחב התכנוני "הרלבנטי", ושאלה נוספת היא מדוע ההתייחסות הינה למרחב התכנוני של ועדת רכס כרמל, ששם נמצאים המבנים של שלושת המפקחים ושם שימש המערער כתובע בעבר, ולא למרחב התכנוני של ועדת מעלה נפתלי, שם נמצא המבנה בו עסקינן. השאלה מורכבת, ויש לראות כי הלכה למעשה ההשוואה בוצעה בין שלושה שעושים שימוש במבנה לא חוקי בבית ג'אן לבין שלושה שביצעו עבירות בניה אחרות בעוספיה; ואם זו ההשוואה, אזי שלמעשה "עצם קיומם" של שלושת המפקחים מעוספיה, אשר נגדם לא ננקטו הליכים, יכול לשמש לביסוס טענת אכיפה בררנית נגד כל תושב, בכל שטח המדינה, בכל עבירה שהיא מכוח חוק התכנון והבניה - ובכך טמון הקושי.

82. אלא, שכפי שמציינת אף המשיבה בתשובתה לערעור - לא הוגש מטעמה ערעור לגבי קביעה זו אשר בהכרעת הדין (וספק אם ניתן היה לעשות כן), כלומר - שאין צורך לדון בערעור זה במסקנה קמא לגבי הקבוצה להשוואה ובמסקנה הנגזרת ממנה - והיא, שאכן הוכחה אכיפה בררנית. לכן, אאמץ את עמדת המשיבה לפיה יש להמשיך את הדיון על בסיס הקביעה קמא לפיה קבוצת ההשוואה הינה כפי שקבע בית המשפט קמא ועל בסיס הקביעה כי אכן הייתה אכיפה בררנית בתוך קבוצת השוואה זו, נוכח אי נקיטת הליכים נגד שלושת המפקחים. היות וכך - אני מסכימה עם עמדת בית המשפט קמא כי אין באמור, בנסיבות, כדי לחייב את ביטול כתב האישום.

83. טרם נמשיך בדיון - יש לומר עוד כמה מילים לגבי המתלוננים, בית הספר ו-160 החשודים. נזכיר כי המתלוננים הגישו את התלונה נגד המערער לאחר שנגדם המערער עצמו היה זה אשר נקט בהליכים פלייט, ולפיכך לא ניתן לטעון שלא ננקטו נגדם הליכים. באשר לבית הספר - בית המשפט קמא קובע כי מהמסמכים שהוגשו עולה כי בית הספר אכן פועל במבנה אשר גם לגביו אין היתר, אגב עבירות מכוח חוק התכנון והבניה, אלא שסבורני כי אין מקום להשוות בין מוסד חינוכי והגשת כתבי אישום אפשריים כנגד כל מי שמעורב בבנייתו והפעלתו, לבין הגשת כתב אישום כגון זה אשר בו עסקינן כנגד אנשים פרטיים בהתייחס לבית מגורים. לגבי 160 החשודים - לא ניתן לדעת מהם הנתונים המדויקים לגבי אותם "160 חשודים", מהו טיב "החשד", ואף לא נדע מה נעשה לגביהם בהמשך, כך שאין בעצם הצגת המכתב כדי ללמד על אכיפה בררנית בהשוואה להם.

84. בהתאם, נמשיך את הדיון על יסוד הקביעה כי הוכחה אכיפה בררנית לגבי שלושת המפקחים, והשאלה היא האם הנתונים לגבי המפקחים, החמורים כשלעצמם, מחייבים את ביטול כתב האישום נגד המערער. כפי שצוין, אני מסכימה עם עמדת בית המשפט קמא בהקשר זה.

דומה כי אין צורך להכביר מילים אודות עקרונות דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שכן אין מחלוקת בין הצדדים לגבי ההלכות אלא אך באשר ליישומן (ואפנה לסקירת ההתפתחות של הדוקטרינה, ברע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם**, פסקאות 26-33 (5.5.2020)).

במקרה הנוכחי, צר מאוד לראות את ההתנהלות שמשתקפת מהתיק קמא כמכלול, ואת אזלת היד של רשויות



האכיפה במקרה הנוכחי. "השורה התחתונה" היא שללא התלונות מצד המתלוננים - לא היו מתבררים הנתונים לגבי המערערים, וללא הטענות מצד המערער - לא היו מתבררים הנתונים לגבי המפקחים. עם זאת, השאלה שעל הפרק בשלב זה הינה האם הפגיעה בתחושת הצדק - נוכח אי נקיטת ההליכים נגד שלושת המפקחים בהשוואה למערערים - היא קשה עד כדי כך שיש להורות על ביטול כתב האישום, וסבורני שהתשובה שלילית, על יסוד נימוקיו של בית המשפט קמא (ואוסיף על הנימוקים קמא כי ברור שקיומו של ההליך נגד המערערים, כאשר במקביל לא ננקטו הליכים נגד המפקחים, לא יכולה לפגוע בדרך זו או אחרת ביכולתם של המערערים להתגונן (סגל וזמיר, ההגנה מן הצדק כיסוד לביטול אישום, **הפרקליט** מ"ז, חוברת א', תשס"ד-2003, בג"צ 6396/96 **זקין נ' עירית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289).

85. ועוד לגבי המערערות - טוענות המערערות כי לגביהן, לא מתקיימות הנסיבות המחמירות אשר בית המשפט קמא שקל לגבי המערער והיה מקום לקבל את טענת ההגנה מן הצדק לפחות בהתייחס אליהן. לטענתן, היות ובית המשפט קמא קבע בשלב הראשון כי אכן הייתה אכיפה בדרנית, היה מקום לקבוע בשלב השני כי תחושת הצדק לגביהן נפגעה באופן כה חמור עד כדי ביטול כתב האישום, אף אם לא כך הוא המצב לגבי המערער. ובמילים אחרות - נטען כי לחובת המערער נזקפה העובדה כי שימש כתובע אשר ייצג את ועדת רכס הכרמל והעובדה כי הוא נמנה על גורמי האכיפה, ולכן הפגיעה באמון הציבור תהא משמעותית וקשה לו יבוטל נגדו כתב האישום, אך שיקולים אלו אינם יכולים לשמש "נגדן", בהיותן "אזרחיות רגילות". בדומה, טענתן היא כי בית המשפט קמא מיקד את הדיון רק באיזונים המתחייבים לשיטתו לגבי המערער, אך אין הנמקה מספקת לגבי אי יישום דוקטרינת ההגנה מן הצדק לגבי שתיהן.

86. טענה זו אכן מעוררת מחשבה, אך מצאתי שלא אוכל לקבלה.

בית המשפט קמא **כן** מנמק מדוע גם לגבי המערערות אין מקום למחוק את כתב האישום, למרות האכיפה הבררנית. נכון הוא כי עיקר ההנמקות (בעמ' 61-63 להכרעת הדין) מתייחסות למערער, אך בית המשפט קמא כותב במפורש כי האמור מתייחס גם למערערות, כי גם לגביהן המדובר בעבירה חמורה, לאורך זמן, ביוזעין, וכי למרות מה שהתברר לגבי שלושת המפקחים - תחושת הצדק אינה מביאה למסקנה שיש לבטל את כתב האישום לגבי שתי המערערות. מכאן, שעת שוקלים אנו את הנסיבות הכוללות של המקרה, המשך ניהול ההליך נגד המערערות, למרות הפגם בהליך הנובע מהאכיפה הבררנית שאליה התייחס בית המשפט קמא, אינו כרוך בפגיעה קשה בתחושת הצדק וההגינות, עד כדי ביטול כתב האישום.

הגנה מן הצדק בשל שיהוי בהגשת כתב האישום -

87. עוד טוענים המערערים כי המשיבה ידעה על השימוש במבנה החל משנת 2004, כאשר התנהל התיק משנת 2004, ולמרות זאת השתתה במשך שנים רבות ומצאה לנכון להגיש את כתב האישום בתיק קמא רק בשנת 2015 וזאת בהתייחס לעבירת השימוש בלבד. לשיטתם, יש בכך כדי להצדיק את ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, ושגה קמא שלא קיבל את הטענה.

88. בית המשפט קמא דחה טענה זו, עת קבע כי אכן קיימות סיטואציות שבהן שיהוי משמעותי בהגשת כתב אישום יעלה כדי פגם אשר מצדיק את החלתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שכן נגרם נזק ממשי ומהותי ליכולתו של הנאשם להתגונן, אלא שאין מקום לעשות כן במקרה הנוכחי. בית המשפט קמא מנמק כי אמנם לא ברורה התנהלותה של המשיבה אשר נקטה בעמדת "שב ואל תעשה" במשך השנים שבין 2004 ועד 2015, ולא ברור מדוע המשיבה לא המשיכה לעקוב אחר המבנה עד אשר הוגשו התלונות כנגד המערער בשנת 2013, שרק אז נפתחה החקירה. כך שהמדובר בשיהוי של כ-10 שנים ולא סופק הסבר מניח את הדעת מטעם המשיבה להתנהלותה התמוהה. עם זאת, בית המשפט ממשיך ובוחן אם חלוף הזמן כשלעצמו קיפח את ההגנה של המערערים או הביא לכך שנפגם ההליך



באופן שמקים הגנה מן הצדק, ומסקנתו הינה כי לא הוכחה פגיעה כאמור (עמ' 66 להכרעת הדין, שורה 9).

89. אני מסכימה עם עמדה זו. אכן, התנהלות המשיבה אינה ראויה, והיה עליה לעקוב אחר ההתפתחויות לגבי המבנה, לאחר שניתן פסק הדין משנת 2004 וניתן צו איסור השימוש - וככל שהיה נמצא שממשיך השימוש האסור, היה עליה לנקוט בצעדים בשנים הסמוכות לכך. טענת המשיבה כי היא - בתור מחלקת האכיפה - לא ידעה על ההתנהלות בשנים 2004 ובסמוך לכך, שכן המידע הרלבנטי אז היה רק בידעת ועדת מעלה נפתלי, היא טענה שמעוררת קושי (וראו את הטענה בסעיף 16 לתשובת המשיבה לערעור). אף אם עובדתית יש הבדל בין המידע שקיים אצל גורמי האכיפה בוועדת מעלה נפתלי המקומית לבין המידע שקיים אצל הגורמים הרלבנטיים ביחידה האכיפה הארצית - הדבר אינו מצדיק את השיהוי המשמעותי. מבחינת המערערים - השיהוי אחד הוא, בין אם הדבר נובע ממחדלי ועדת מעלה נפתלי ובין אם ממחדלי גורם אחר.

90. אלא, שלאחר שהוגש כתב האישום, ולאחר שהתברר מה שהתברר, יש עתה לשאול בדיעבד אם השיהוי מצדיק את ביטול כתב האישום (בין אם כשלעצמו ובין אם בהצטבר לשאר הנתונים), ותשובתי כתשובת בית המשפט קמא - בשלילה.

91. הגם שמדובר בשיהוי משמעותי, הוא כשלעצמו אינו מספיק על מנת לחייב את המסקנה אודות ביטול כתב האישום במקרה הנוכחי (וזאת לאור יישום המבחנים שנקבעו בהקשר זה בע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** (31.10.2018)), ולגבי השיהוי שבין מועד פתיחת החקירה ועד הגשת כתב האישום - אוסיף עוד כי החקירה התמשכה בין היתר לאור שפע המידע שהציג המערער לחוקרים ובקשתו להיחקר בשנית.

92. האמור מקבל משנה תוקף במיוחד שעה שעסקינן בעבירת השימוש (ולא עבירת הבנייה), שכן המדובר בעבירה מתמשכת, וכל עוד היא נמשכת - יש קושי להעלות טענות לגבי שיהוי בהגשת כתבי אישום לגביה כעילה לביטול כתב האישום, ואפנה לרע"פ 8986/06 **סוזה נ' מדינת ישראל** (18.2.2007), לאמור:

"הלכה היא, שעבירת השימוש הינה עבירה נמשכת, אשר ניתן להגיש בגינה בכל עת כתב אישום כל עוד השימוש לא הופסק או ניתן היתר כדין לאותו שימוש חורג ... בעבירה נמשכת מתאפיין הרכיב ההתנהגותי בהתמשכותו מבחינת הזמן וכל עוד העבירה לא הופסקה, מהות העבירה הנמשכת אינה מאפשרת התיישנותה.

עוד טוען המבקש, כאמור, כי מקום שעבירת הבניה ללא היתר מתיישנת - מתיישנת גם עבירת השימוש ללא היתר באשר האחרונה הינה משנית לעבירה העיקרית, היא עבירת הבניה. אף דינה של טענה זו להידחות מכל וכל. לשון הוראת סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה קובעת באופן ברור וחד-משמעי כעבירה גם את השימוש במבנה שנבנה לא היתר, זאת בנוסף לבניית המבנה עצמו ללא היתר. משמע, הוראת סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה כוללת בחובה שתי עבירות נפרדות, אשר האחת נוגעת לביצוע העבודה והאחרת נוגעת לשימוש הנעשה במקרקעין. מכך עולה, כי עבירת השימוש ללא היתר הינה עבירה נפרדת, העומדת בפני עצמה ולכן הגם שפעולת הבניה ללא היתר מתיישנת, עבירת השימוש החורג כעבירה נמשכת עומדת לחובתו של המשתמש ללא היתר במקרקעין. לפיכך, אין לומר, כי עבירת השימוש נבלעת בעבירת הביצוע של הבניה בהיותה "עבירה משנית" בלבד לעבירת הבניה ללא היתר".

ראו בנוסף בהקשר זה אף את ע"פ 7391/19 **כהן נ' מדינת ישראל** (25.8.2020), שם הועלתה טענה להגנה מן הצדק מחמת שיהוי, שכן העבירות שם בוצעו בשנת 2004, אך כתב האישום הוגש בחודש אוקטובר 2013 ותוקן בחודש ספטמבר 2015. נקבע כי פרק זמן ממושך זה מעורר קושי של ממש וכי שיהוי בהגשת כתב אישום עשוי להקים לנאשם הגנה מן הצדק, גם בעדר כוונת זדון מצד הרשות, ויחד עם זאת, הדבר יתאפשר במקרים חריגים בלבד, שבהם לא רק שחלף זמן משמעותי מאז ביצוע העבירות אלא שנגרמה פגיעה ממשית ומוחשית להגנת הנאשם, לחירותו ולנסיבות חייו, ללא טעם מניח את הדעת להתנהלות הרשות - ובסופה של הכרעה, הבקשה לביטול כתב האישום



נדחתה ונקבע כי הסעד הראוי בנסיבות המקרה, הוא בהקלה בדין ולא בביטול כתב האישום.

עוד אפנה לרע"פ 1520/01 **שוויצר ואח' נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ואח'** (18.3.2002) ורע"פ 2463/09 **שוורצמן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חוף הכרמל** (8.9.2009); אשר אף בהם נקבע כי גם כאשר הרשות משתהה בפעולותיה, האינטרס הציבורי שבאכיפת דיני התכנון והבנייה גובר וכי על אף עיכובים, שייתכן וחלו בהתנהלות הרשויות, עדיין קיים אינטרס ציבורי משמעותי למצות את הדין עם מי שביצע עבירה מכוח חוקי התכנון והבניה; וניתן לפנות על דרך ההיקש אף לרע"פ 10571/08 **מדינת ישראל נ' מלכיאל** (23.6.2011).

93. בנוסף, יש לראות כי באופן פרטני, המערערים טוענים (בסעיף 5 להודעת הערעור של המערער) כי השיהוי גרם לנזק ראייתי בשל פטירתו למרבית הצער של המודד שסימן בשעתו את גבולות המבנה בתוך המגרש, ועקב כך שהקבלן הראשי ומהנדס הקונסטרוקציה שהיו מעורבים בבניית המבנה חלו במחלות שונות ולא יכלו להעיד מטעם המערערים; אלא שעדותם של השלושה ממילא לא הייתה יכולה לסייע, שהרי כל המסמכים הרלבנטיים שהוכנו ממילא הוגשו כראיה, כך שאף אם נבצרה העדתם בשל חלוף הזמן - לא הוכח שנגרם להגנה כל נזק, קל וחומר נזק המצדיק את ביטול כתב האישום.

94. היבט נוסף של נזק שנגרם למערער - לטענתו - עקב השיהוי, הינו הפגיעה הקשה בשמו הטוב ובמוניטין הרב שצבר כאיש מקצוע. לטענתו, נוכח חלוף הזמן והעובדה שהבניה מזמן כבר הוכשרה, הפגיעה בו הייתה כה קשה, עד כדי כך שהיה על בית המשפט קמא להגיע למסקנה לפיה לא היה כל אינטרס בניהול ההליך הפלילי נגדו, והיה מקום להורות על ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק (סעיף 6 להודעת הערעור). אף טענה זו לא אוכל לקבל. הפגיעה במערער קשה, ללא ספק, אך לא שוכנעתי כי יש הבדל משמעותי בין מצב בו הפגיעה התרחשה עתה, לאחר שצבר מוניטין רב, לבין מצב בו הפגיעה הייתה מתרחשת בשנת 2005 או 2006, וכו', עת היה בשלבים אחרים בדרכו המקצועית, לטענתו. כך שלא הוכח הקשר בין היקף הפגיעה לבין עיתוי הגשת כתב האישום, ואף אם יש קשר כאמור, אין בו כשלעצמו כדי לחייב את ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק הסומכת על השיהוי בהגשת כתב האישום.

העדר אישור היועץ המשפטי לממשלה לצורך העמדה לדין -

95. המערער (בסעיף 21 להודעת הערעור, ולאחר מכן בסעיפים 56 ואילך, סעיפים 71 בעמ' 35 ועוד) מלין על כך שבית המשפט קמא לא קיבל את טענתו כי הגשת כתב האישום הייתה בניגוד להנחיות של המחלקה לאכיפה, המשיבה (אשר פורסמו בשנת 2011 ותוקנו בשנת 2014, להלן: "**ההנחיות**"). אין מחלוקת כי ההנחיות קובעות כי ככל שבמועד שבו נשקלת הגשת כתב אישום - השימוש במבנה הבלתי חוקי **תואם למטרת התוכנית התקפה** וככל שמדובר בהליך הכשרה **פשוט**, יש לקבל אישור של המשיבה מראש לצורך הגשת כתב האישום.

96. לטענת המערער, התוכנית המפורטת, המשנה את התכנית (המקורית) ומבטלת את תוואי הדרך, כבר אושרה ופורסמה בחודש מאי 2015, ולכן - בעת הגשת כתב האישום ביוני 2015, המבנה והשימוש בו תאמו את ייעוד המקרקעין. משכך, ולפי ההנחיות, היה צורך באישור מראש של המשיבה להגשת כתב האישום, אלא שאין אישור שכזה - וממילא, לא ניתן היה להסתפק באישור של המשיבה עצמה, המחלקה לאכיפה, היות והיא המאשימה קמא, ולא יכולה "לתת לעצמה" אישור, כך שהיה צריך לקבל אישור של היועץ המשפטי לממשלה או של גורם אובייקטיבי חיצוני אשר ימונה מטעמו לבחינת השאלה אם יש מקום להגשת כתב האישום. בנוסף, נטען כי בכל מקרה, לגופם של דברים, לא היה מקום לתת אישור להגשת כתב האישום בנסיבותיו של המקרה הנוכחי, שכן, תכלית ההנחיות הינה לתת לכל חשוד בעבירה של שימוש בניגוד או בסטייה מהיתר, הזדמנות סבירה להכשיר את הבנייה, במקרים בהם הבניה עצמה התיישנה, אך במקרה הנוכחי - כתב האישום הוגש חודש לאחר פרסום התוכנית המפורטת המבטלת את הדרך, כך



שלא ניתן למערער פרק זמן סביר להסדיר את הלגליזציה של המבנה (והראיה היא כי ההיתר המתוקן התקבל בדצמבר 2015, כלומר שהמדובר בפרק זמן של כמה חודשים שנדרשים לקבל היתר).

97. בעמ' 66 להכרעת הדין בית המשפט קמא מנתח טענה זו ומוצא לדחות אותה. נקבע כי אף אם על פי ההנחיות יש לשקול אם להגיש כתב אישום במקרים דומים, אזי שההחלטה להגיש כתב אישום במקרה זה סומכת על נסיבות המקרה, המלמדות על חומרה יתרה, ולכן, לא היה פגם בהפעלת שיקול הדעת בכל הנוגע להגשת כתב האישום.

98. בחנתי את טענות הצדדים בהקשר זה ומצאתי כי אין מקום להתערב אף בקביעה קמא בהקשר זה. ראשית, מקובלת עלי עמדת המשיבה (בעמ' 14 לתשובתה לערעור) לפיה ההנחיות מתייחסות למקרים בהם לאורך **כל הזמן** שבו נעשה השימוש במבנה הלא חוקי, השימוש היה תואם לתוכנית התקפה, אך לא למקרים בהם לאורך הזמן השימוש היה בניגוד לתוכנית. במקרה הנוכחי, במשך תקופה ארוכה של שנים - השימוש היה בניגוד לתוכנית (שהרי הייעוד של חלק מהשטח היה "הדרך"), ורק חודש לפני הגשת כתב האישום - אושרה התוכנית המפורטת, הדרך הוזזה (היות והמבנה כבר קיים בשטח) וכך השימוש הפך להיות "תואם תוכנית". קרי, השימוש היה "תואם תוכנית" רק במשך חודש מתוך כל השנים אשר בהן הוא היה בניגוד לתוכנית, ולכן - ההוראה אשר עליה סומך המערער מתוך ההנחיות אינה חלה. שנית, מקובלת עלי גם טענת המשיבה לפיה אף אם היה צורך באישור להגשת כתב האישום, אזי שהוא ניתן בפועל על ידי באת כוחה של המשיבה (החתומה על התשובה להודעת הערעור), ואין לקבל את טענת המערער לפיה צריך להיות אישור של גורם אחר, חיצוני, שאינו נמנה על מחלקת האכיפה, בשל ניגוד עניינים מובנה, ואין כל בסיס בחוק או בהנחיות אלו או אחרות לגבי הצורך באישור של היועץ המשפטי לממשלה בעצמו או מי מטעמו. אשר על כן, אף טענה זו נדחת - וראו את רע"פ 5305/20 **אליהו נחום נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב יפו** (11.8.2020).

התנכלות ורדיפה -

99. טענה נוספת שהעלה המערער בבית המשפט קמא הייתה כי הוא נרדף על ידי הרשויות במשך שנה וחצי, היות ולאחר שהחלה החקירה נגדו (בשנת 2013) הוא עשה ככל אשר לאל ידו להכשיר את הבנייה, לשנות את ההחלטה לגבי תוואי הדרך ולקבל היתר בדיעבד, אך הרשויות "פעלו בכל דרך אפשרית כדי להכשיל את התוכנית המפורטת" שהוא הגיש. לשיטתו, הוא נאלץ לנקוט ב-37 הליכים תכנוניים ולהגיש את העתירה המנהלית המוזכרת מעלה - ורק כך, הצליח בשנת 2015 לקבל את ההיתר המתוקן. לטענתו (בסעיף 15 להודעת הערעור) גם ההתנכלות והרדיפה האמורות עולות כדי הגנה מן הצדק ובית המשפט קמא לא התייחס לטענה זו בהכרעת הדין.

100. לשיטתי, לא הוכחה הרדיפה או ההתנכלות הנטענת, כפי שקבע בית המשפט קמא, ולא שוכנעתי כי ההתנהלות של הרשויות אשר מולן פעל המערער בנוגע להכשרת המבנה הייתה שערורייתית כפי שהוא טוען.

טענות נוספות של המערערות -

101. כפי שעולה מהודעת הערעור של המערערות, וכפי שהובהר בדיון - הן "סומכות" את טענותיהן על הטענות שמעלה המערער. לפיכך, כל האמור מעלה, בשינויים המתחייבים, רלבנטי גם לגבי המערערות. המערערות עוד טוענות במסגרת הערעור מטעמן כי "חטאן" היחיד הינו קרבתן למערער - אך ברי כי אין בטענה זו כל ממש, נוכח כל האמור מעלה, וראו כי המערערות הן אלו אשר החליטו לבסס את הגנתן על הגנת המערער.

עוד נטען בשם המערערות כי הן נקלעו שלא בטובתן לסיטואציה (סעיף 20 להודעת הערעור מטעמן), וכי אם היה מדובר רק בהן - לא היה מוגש כתב אישום מלכתחילה או שהיה מושג עמך הסדר טיעון מקל, אך המשיבה "סירבה לשחרר" את המערערות על מנת להפעיל לחץ על המערער (שם, סעיפים 21-22, 31 ועוד). יתכן מאוד שהיה אפשר



להגיע להסדר זה או אחר, בין אם רק לגבי המערערת ובין אם לגבי כל התיק. מעיון בתיק קמא עולה שהיו מגעים בין הצדדים לגבי אפשרות שכזו, והייתה אף המלצה של בית המשפט (אשר את תוכנה לא אדע, וראו את הפרוטוקול קמא מיום 10.7.2017). אלא, שכפי שקורה בהרבה מקרים, ההידברות לא הביאה לכדי הבנות, ועמדת המערערת כפי שבאה לידי ביטוי בתיק הייתה כפירה מלאה בכל עובדות כתב האישום והעלאת כל הטענות שהמערער העלה, כולל, רדיפה, התעמרות, הגנה מן הצדק, שיהוי, אפליה, סיכול האפשרות להוצאת היתר מטעם המשיבה ועוד (וראו את הכפירה בפרוטוקול מיום 24.2.2016, עמ' 9, שורות 9 ואילך). שתי המערערות יחדיו היו מיוצגות על ידי עורך דין נפרד מאשר עורך הדין שייצג את המערער, וככל שהיה ניתן להגיע להסדר טיעון והדבר לא הסתייע - הרי שעובדה זו אינה יכולה לסייע בידי המערערת בשלב זה.

102. **טענת "סיכון כפול" לגבי המערערת 2** - המערערת 2, שהורשעה בתיק משנת 2004, טוענת לסיכון כפול, ולטענתה - לא ניתן היה להגיש נגדה כתב אישום לגבי עבירת השימוש שעה שכבר הורשעה בעבירת הבניה בשנת 2004. בהקשר זה היא אף חוזרת על הטענה כי ככל שהייתה סטייה מהתוכנית בשל המיקום של המבנה, היה צריך לכלול נושא זה בכתב האישום משנת 2004, ומשלא נעשה כן - לא ניתן היה להגיש נגדה כתב אישום בשנת 2015 בהקשר זה. טענות אלו נדחו על ידי בית המשפט קמא, ובערעור מטעם המערערת נטען כי בכך שגה בית המשפט קמא (סעיפים 37 ואילך) וכי הוא לא פירט את החלטתו בהקשר זה.

103. אין לקבל את טענת "הסיכון הכפול". האישום בתיק משנת 2004 היה לגבי עבירת הבניה, והוא אינו יכול להתייחס לעבירת השימוש, נשוא ההליך קמא, אשר בוצעה לאחר מכן, בניגוד מפורש לצו איסור השימוש שניתן בשנת 2004. לגבי אי ההתייחסות לסוגית הסטייה בשל המיקום בכתב האישום משנת 2004, כפי שנכתב מעלה - לא הובהר עד תום מדוע הנושא לא נכלל בכתב האישום, אך היות שכך - בוודאי שאין הדבר בבחינת "סיכון כפול".

104. מכאן, שיש לדחות את כל טענות המערערים לגבי הכרעת הדין.

הערעור על גזר הדין - בקשתו של המערער להורות על ביטול הרשעתו -

105. ההלכה בכל הנוגע לביטול הרשעה (ע"פ 2083/96 **כתב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 337, להלן: "**הלכת כתב**") ידועה ולפיה הימנעות מהרשעה אפשרית בשני תנאים מצטברים: האחד, כי ההרשעה תפגע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם, והשני, כי סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים. עוד נפסק כי כאשר עסקינן בעבירות של אחריות קפידה (כגון עבירות מכוח חוק התכנון והבניה), יש מקום לשקול את הגמשת המבחנים שנקבעו בהלכה (רע"פ 3515/12 **מדינת ישראל נ' שבתאי** (10.9.2013), להלן: "**עניין שבתאי**").

106. בית המשפט קמא דן תחילה בתנאי הראשון, כלומר בשאלה אם ההרשעה תפגע פגיעה חמורה בשיקום המערער, והבהיר כי טענת המערער הייתה כי הותרת ההרשעה תגדע את מטה לחמו היות ותצטמצמה האפשרויות שלו לעבוד כעורך דין, יהיו מכרזים שהוא לא יוכל לגשת אליהם ויהיו תפקידים שהוא לא יוכל לאייש. המערער ביסס את טענתו זו, ביו היתר, על שלושה מכתבים, מאת ראשי המועצות המקומיות בית ג'אן, מג'אר ודלית אלכרמל (להלן: "**המכתבים**") אשר מהם עולה כי ככל שההרשעה תישאר על כנה יהא קושי להמשיך להעסיק את המערער כיועץ משפטי או כתובע, ובאחד המכתבים אף צוין כי באם בית המשפט יבטל את ההרשעה תהיה בכך "אמירה ציבורית" לפיה אין לזקוף לחובת המערער את מעשיו בהיבט הציבורי, ואז - לא תהיה מניעה לשקול את מועמדותו לתפקידים ציבוריים. בית המשפט קמא קבע כי המוסדות המוסמכים להחליט באשר להשלכות של ההרשעה על עיסוקיו של המערער הינם מוסדות לשכת עורכי הדין ולא בית המשפט (עמ' 8 לגזר הדין), ולכן אין הוא מביע עמדה לגבי השאלה מה אמורות להיות ההשלכות האמורות. יחד עם זאת, בית המשפט קמא הביע עמדתו לפיה היותו של המערער עורך



דין העוסק בתחום התכנון והבניה, מהווה נסיבה לחובת המערער בהקשר זה, ואף נקבע כי דווקא לאור המכתבים - יש להותיר את ההרשעה על כנה, שהרי המסר העולה מהמכתבים הינו שביטול ההרשעה במקרה זה יתפרש בציבור כאמירה של בית המשפט לפיה הוא אינו רואה כל פסול בהתנהגות המערער וכי לא הייתה כל פגיעה בנורמות החברתיות כתוצאה מהתנהלותו.

107. עוד מתייחס בית המשפט בהקשר זה לשני התסקירים של שירות המבחן למבוגרים שהוגשו לגבי המערער - הראשון מיום 4.11.2020 (להלן: "**התסקיר הראשון**"), והשני מיום 30.11.2020 (להלן: "**התסקיר השני**"). משני התסקירים עולה שלמערער אין כל הרשעות קודמות, הוא בעל מוסר עבודה גבוה ורמת תפקוד גבוהה, נורמטיבית ותקינה במהלך השנים, ועוד עולה משני התסקירים כי המערער חווה את העמדתו לדין כסוג של אפליה וקיפוח, והוא מחזיק בדעה כי פעלו נגדו ממניעים אישיים בניסיון להדיח אותו מתפקידו כתובע של הועדה המקומית הרלבנטית. בתסקיר הראשון, מצוין כי המערער מתקשה לראות במעשיו כפגיעה בציבור ובחברה, שולל נזקקות טיפולית, מחזיק בעמדה נוקשית לגבי נסיבות התיק וקיבל אחריות חלקית בלבד - כך שאין לגביו המלצה שיקומית. לגבי שאלת ביטול ההרשעה - בתסקיר הראשון מצוין כי למרות שלמערער אין עבר פלילי, הרי שלאור נטילת האחריות החלקית, והיעדר ראיות לגבי נזק קונקרטי שעלול להיגרם למערער בעקבות ההרשעה, אין המלצה לביטול ההרשעה. בתסקיר השני, נכתב כי "חלה תזוזה" בעמדותיו של המערער, הוא מכיר בחומרת מעשיו, הביע צער על מעורבותו באירוע ומסתכל על התנהלותו באופן ביקורתי - הגם שהוא ממשיך לקחת אחריות רק באופן פורמלי ושולל נזקקות טיפולית. בתסקיר המשלים משנה שירות המבחן את התייחסותו לשאלת ההרשעה, וכותב כי נוכח החשש שההרשעה תגרום לפגיעה בתעסוקתו של המערער ובעתידו המקצועי, ונוכח ההליך המשפטי אשר חידד מבחינתו את הגבולות - נקבע כי הותרת ההרשעה על כנה תהווה גורם פוגע יותר מאשר משקם את מאמצי התפקוד והשיקום של המערער, ולכן - סיומו של התסקיר השני הינו המלצה לבטל את ההרשעה ולהסתפק בצו של"צ.

108. בית המשפט קמא מנתח ארוכות את שני התסקירים (עמ' 9-11) ומגיע למסקנה כי אין מקום לקבל את ההמלצה שבתסקיר השני. קיימת הפניה לפסיקה לפיה המדובר בהמלצה אשר אינה מחייבת, קיימת התייחסות לשינוי העמדה של שירות המבחן לגבי שאלת ההרשעה והבעת עמדה לפיה אין בסיס לשינוי זה, קיימת התייחסות לכך שאין אינדיקציה לפגיעה בהליך שיקומי שכן אין בכלל הליך שיקומי רלבנטי, וניתן דגש לכך שמצוין בשני התסקירים שנטילת האחריות מצד המערער פורמלית בלבד. לכן, בית המשפט קמא מצא שלא הוכח התנאי הראשון בהלכת כתב.

109. לגבי התנאי השני, קרי - האם סוג העבירה בנסיבותיה מאפשר לוותר על ההרשעה בלי לפגוע מהותית בשיקולי הענישה, קובע בית המשפט קמא כי גם עבירות מכוח חוק התכנון והבניה חמורות הן, עולות כדי "מכת מדינה" ואין לראותן כ"קלות" או כ"לא משמעותיות", לרבות לצורך בחינת שאלת האפשרות לביטול הרשעה. עוד חוזר בית המשפט קמא על כך שבמסגרת נסיבות ביצוע העבירה יש לתת משקל לזהותו של המערער כאיש מקצוע בתחום וכמי ששימש כתובע מטעם ועדה מקומית, כמו גם למשך תקופת השימוש במבנה עד הסדרתו, ולהתנהלותו של המערער למול הרשויות, ממועד ניהול התיק בשם המערער 2 בשנת 2004 ובמהלך כל השנים בהן בוצע השימוש, לרבות בשנים 2013-2015, מאז החלה החקירה לפני הגשת כתב האישום ועד שהתקבל ההיתר למבנה (וראו את ההדגשים בעמ' 12 לגזר הדין), התנהלות אותה מכנה בית המשפט קמא כ"פתלתלה", "בעייתית" ועוד. בנוסף, נכתב כי אמנם, על פי פסק הדין **בעניין שבתאי**, יש להגמיש את יישומם של מבחני הלכת כתב כאשר עסקין בעבירות אסדרתיות, ועם זאת, כמכלול - במקרה הנוכחי המדובר בעבירה שבוצעה בנסיבות חמורות, אגב רשלנות מוגברת ואדישות להשלכות המעשים ואגב אשם מוסרי גבוה (בניגוד למקרה **בעניין שבתאי**, שם הנימוק המרכזי לקביעה בדבר הגמשת הכללים היה העדר אשם מוסרי מובהק הכרוך בביצוע העבירה). לכן, נקבע כי גם לא מתקיים התנאי השני של הלכת כתב.

110. בערעורו - המערער טוען כי בית המשפט קמא שגה שעה שלא אימץ את המלצת שירות המבחן ואף לא נתן



משקל לטענות לגבי ההגנה מן הצדק בזיקה לאפשרות לבטל את ההרשעה, למרות שבית המשפט קמא עצמו קבע כי אף אם אין לבטל את כתב האישום, יהיו לטיעונים לגבי ההגנה מן הצדק משקל בשלב העונש.

111. בחינת נתוני המקרה הנוכחי הפרטני מביאה למסקנה כי אין להתערב בהחלטה קמא.

112. טרם פירוט עמדתי, אקדים ואציין כי המערער ביקש להורות על עריכת תסקיר נוסף של שירות המבחן - אך לא מצאתי כי יש מקום להורות על עריכת תסקיר שכזה. ואבהיר: שני הערעורים היו קבועים להשמעת פסק הדין ליום 18.4.2021 ופסק הדין הוכן לקראת מועד זה. במהלך הדיון, ועוד טרם הושמע פסק הדין, הערתי כי עיקרי מסקנתי היא כי יש לדחות את הערעורים, אך אז - ועוד טרם ניתן פסק הדין - התפתח שיח בין הצדדים, אשר בעקבותיו הוחלט שלא להשמיע את פסק הדין באותו המועד אלא לדחות את מועד הדיון על מנת לאפשר לצדדים לשוחח ביניהם. עוד באותו היום, מיד לאחר הדיון, הגיש המערער בקשה להורות לשירות המבחן להגיש תסקיר שלישי במספר, אך דחיתי בקשה זו והערתי כי מטרת דחיית מועד השימוע הייתה הידברות. כמה ימים לפני המועד הנדחה, הגיש המערער שוב בקשה להורות על הכנת תסקיר כאמור. בבקשה זו הוא הבהיר כי הצדדים לא הגיעו להבנות וכי היות ולהרשעה תהא השפעה קשה על המערער, בהיותו עורך דין במקצועו, יש להיעתר לבקשה ולהורות על עריכת תסקיר נוסף של שירות המבחן אשר יתייחס לשאלת ההרשעה של המערער.

113. אינני סבורה כי יש צורך בהגשת תסקיר משלים נוסף בשלב זה. תחילה, יש לראות כי גם התסקיר השני מסתיים בהמלצה לבטל את ההרשעה. בנוסף, העובדה שלהרשעה תהא השלכה משמעותית מבחינת המערער אינה חדשה, והרי הדברים ברורים, ועוד אתייחס אליהם. המערער נפגש פעמיים עם שירות המבחן ופירט את עמדותיו לגבי האישומים והנסיבות האישיות שלו באריכות (וראו כי התסקיר השני נערך לבקשתו, על מנת להשלים את הצגת הדברים, ואכן - סיכומי שונה מהתסקיר הראשון). זאת ועוד. יש משקל לכך שהבקשה לעריכת תסקיר שלישי עלתה רק לאחר הדיון אשר במהלכו ניתן היה להבין שלא אוכל להיעתר לבקשת המערער לביטול ההרשעה, ולא בשל נסיבות שהשתנו או עובדות חדשות רלבנטיות או בשל סיבה אחרת אשר לעיתים יכולה להצדיק עריכת תסקיר נוסף בשלב הערעור. לכן, אינני מוצאת להורות על הפניית המערער פעם נוספת לשירות המבחן, ואמשיך את פסק הדין בזיקה לשני התסקירים הקיימים.

114. ננחזור לשאלת ההרשעה. הלכת כתב נותרה במשך השנים על כנה (רע"פ 6819/19 סרוסי נ' מדינת ישראל, פסקה 13 והאסמכתאות שם (18.10.19); ע"פ 3554/16 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל (11.6.2017); ע"פ 5446/15 חנימוב נ' מדינת ישראל (3.3.2016) (להלן: "עניין חנימוב"); רע"פ 8215/16 יצחק נ' מדינת ישראל (29.3.2017), ועיקרה הוא כי הכלל יהא הרשעה והימנעות מהרשעה תיוחד למקרים חריגים שבחריגים, בהתקיים שני המבחנים המצטברים שבהלכת כתב, וכאשר הנטל להוכחתם רובץ על שכמם הטוען לחרג (רע"פ 1240/19 בר לוי נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (24.3.2019)).

115. לגבי המקרה הנוכחי, ראשית, יש לראות כי אין למעשה "הליך שיקום" שעלול להיפגע, אלא רק טענות לפגיעה בתעסוקה. נזכור כי **הלכת כתב** "המקורית" התמקדה בכך שיש מקרים שבהם להותרת ההרשעה על כנה תהא פגיעה בהליך השיקום הכולל של הנאשם, וחשיבותו של הליך השיקום בנסיבות מסוימות גוברת על שיקולים אחרים, עד כדי שיש צורך לבטל את ההרשעה לטובת הצלחת הליך השיקום, כך שהנאשם יחזור למעגל חיי המשפחה, הקהילה, התעסוקה וכו'. כאן, הטענות לגבי "פגיעה בשיקום" הן למעשה רק "פגיעה בתעסוקה", וזאת כאשר אף אין כל תשתית לקשר שבין התעסוקה לבין השיקום. אמנם, ישנם מקרים שבהם הערכאות הסתפקו בהוכחת פגיעה בתעסוקה בלבד, לצורך תחולת **הלכת כתב**, אך סבורני כי כאשר אנו בוחנים את התנאי הראשון, וכאשר הטענה היא **רק** לפגיעה בהיקף התעסוקה - יש להקפיד עוד יותר בבחינת התנאי, ואזכיר כי אין בתסקירי שירות המבחן, קביעה לגבי היבט שיקומי אשר יפגע אם ההרשעה לא תבוטל. ההיבט היחידי האפשרי הינו שהמערער הדגיש גם בפני שירות



המבחן, שהוא חשש "רודפים אותו" ו-"מחפשים אותו" וכי אין כל הערכה לפועלו המקצועי במשך כל השנים, ובהיבט הזה - בוודאי שביטול ההרשעה יסייע למערער לבטל את תחושת "הנרדפות", אלא שאינני סבורה כי "רדפו" אחר המערער או שהתנכלו לו כפי שהוא סבור, ולכן - אין סיבה לבטל את ההרשעה רק על מנת לסייע לו להתמודד עם תחושותיו הסובייקטיביות.

116. שנית, גם בהיבט התעסוקתי - אין ראיות לגבי פגיעה **כללית גורפת** עתידית בתעסוקה כעורך דין, אלא רק פגיעה מצומצמת, ובוודאי שיש ראיות לכך שהמערער לא יוכל להמשיך לשמש כתובע מטעם ועדות מקומיות לתכנון ולבניה. אלא שכל שזו הפגיעה הנטענת, אזי שיתכן והיא מוצדקת. ודוקו. **אין** נתונים באשר לאפשרות שהמערער ימשיך לשמש כעורך דין באופן כללי, ימשיך לטפל בתיקים אלו או אחרים בכל תחומי המשפט, כולל התכנון והבניה, תחום מומחיותו, מבחינת לקוח זה או אחר. המכתבים לא מתייחסים לנושא זה, ולא הוצגו כל נתונים בערכאה קמא לגבי הנושא. ובמילים אחרות - קיימות רק ראיות לגבי נזק קונקרטי במישור הצר ביותר, ונזק אפשרי שכזה, אין בו די כדי להצדיק את ביטול ההרשעה.

117. זה השלב להוסיף כי במהלך הדיון שהתקיים בפני לצורך שמיעת טיעוני הצדדים, ולמעשה לאחר שכבר הסתיים הדיון, ביקש ב"כ המערער להציג מסמך המורה על זימונו של המערער ללשכת עורכי הדין, על מנת להמחיש את טענתו לפיה עלול להיגרם לו נזק מוחשי וקונקרטי אם לא תבוטל ההרשעה. המשיבה התנגדה להגשת המסמך - וקבעתי כי אתייחס למסמך ולאפשרות להגשתו בפסק הדין. המדובר במכתב מיום 13.12.2020 (כלומר, כמה ימים לאחר גזר הדין קמא), ולא הייתה כל סיבה לכך שלא הוגשה בקשה לצרף את המסמך כראיה בשלב הערעור, עת הוגשה הודעת הערעור בינואר 2021, ובוודאי שלא מצאתי סיבה לכך שהגשת המסמך התבקשה רק בסוף הדיון, לאחר שנשלמו הטיעונים. מעבר לכך, במכתב נטען כי הוגשה כנגד המערער תלונה, צוין כי התלונה מצורפת (אך היא לא צורפה לעיוני) - ולא אדע כלל מה כוללת התלונה (מעבר לכך שהיא קשורה בתיק קמא). עוד צוין כי בכוונת הקובל להגיש כנגד המערער בקשה לפי סעיף 78(ב) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 (להלן: "**חוק לשכת עורכי הדין**") וכי המערער זכאי להגיש תשובה בתוך 14 יום. תקופה זו חלפה מן הסתם לקראת סוף דצמבר 2020, עוד לפני שהוגשה הודעת הערעור - אך אף את תשובת המערער או החלטות משלימות לא צירף המערער למסמך אותו ביקש להגיש. לכן, יש קושי להגיש את המסמך כראיה נוספת בשלב הערעור - נוכח האמור מעלה.

118. מעבר לכך, אמנם סעיף 78 לחוק לשכת עורכי הדין מאפשר נקיטת הליכים כגון השעיה זמנית מלשכת עורכי הדין, אך אני בספק אם עצם שליחת המכתב האמור יכולה ללמד על נזק קונקרטי ברמת הוודאות כפי שיש צורך להוכיח (ולגבי רף הוכחת הנזק הקונקרטי - ראו את רע"פ 5860/15 **פלונית נ' מדינת ישראל** (7.9.2015)).

119. שלישית, וכאן העיקר, כפי שקבע בית המשפט קמא, יש לצאת מנקודת ההנחה שמוסדות הלשכה יפעלו כמיטב שיקול דעתם, בשים לב לכל השיקולים ויבוצעו האיזונים המתאימים. סקירת הפסיקה לגבי מקרים בהם התבקש ביטול הרשעה מטעמים של עורכי דין (או סטודנטים למשפטים), אשר העלו טיעונים לגבי פגיעה אפשרית ביכולתם לשמש כעורכי דין, מראה כי הערכאות חזרו על הקביעה לפיה יש להותיר את שיקול הדעת בהקשר זה למוסדות הלשכה. כלומר, שלשכת עורכי הדין היא שתבחן בבוא היום את הנסיבות ותפעל על-פי סמכותה תוך הדגשה כי בבסיס ההחלטות של וועדות הלשכה עומדים שיקולים אחרים מאלו העומדים בפני בית המשפט במסגרת הדין הפלילי - וראו את רע"פ 5478/19 **לוי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 8 (25.8.2019); רע"פ 3515/09 **פדאל נ' מדינת ישראל**, בפסקה ח' (21.5.2009); רע"פ 923/19 **פלונית נ' מדינת ישראל**, בפסקה 8 (2.4.2019), ע"פ 3336/10 **דכוור נ' מדינת ישראל** (10.3.2011); רע"פ 2460/09 **לשם נ' מדינת ישראל** (25.6.2009) (להלן: "**עניין לשם**"); רע"פ 737/11 **אביטן נ' מדינת ישראל** (9.5.2011). רע"פ 654/13 **אבו בכר נ' מדינת ישראל** (26.2.2013); מ"ח 2088/14 **רז נ' מדינת ישראל**, (20.8.2014); רע"פ 5100/14 **מסארווה נ' מדינת ישראל** (28.7.2014); ע"פ



(מחוזי חי') 2794/07 סלים נ' מדינת ישראל (21.2.2008); ע"פ (מחוזי חי') 38693-12-20 רשות הגנים הלאומיים ושמורות הטבע נ' עבאס (25.1.2021); עפ"ג (מחוזי חי') 9046-09-15 אגבריה נ' מדינת ישראל (19.11.2015); ת"פ (מחוזי ת"א) 31235-05-16 מדינת ישראל נ' חדד (30.11.2020); וראו בנוסף בהקשר זה את על"ע 6038/04 ג'ורג'י נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, פ"ד נט(6) 202, והשוו למקרה דומה בנוגע לסטודנט לרפואה - רע"פ 5018/18 בוזגלו נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (21.10.2018).

120. לפיכך, יש להותיר את ההכרעה לגבי ההשלכות של פסק הדין למוסדות המוסמכים, ואין מקום לבקש מבית המשפט - בשלב זה ובמסגרת זו - לקבוע עמדה בהקשר זה.

121. רביעית, יש משקל לעמדת המערער לגבי כתב האישום. ברי, כי זכותו של המערער לטעון לחפותו ולנהל את התיק קמא כפי ראות עיניו, וכך גם את ההליך הערעורי; ואף נפסק כי נטילת אחריות אינה תנאי הכרחי לעת שקילת ביטול הרשעה, כך שניתן באופן עקרוני להעלות על הדעת מקרים בהם למרות כפירה ואי קבלת אחריות, יהא מקום לשקול ביטול הרשעה. כאן אפנה לרע"פ 3602/17 כהן נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה טייבה, פסקה 9 (2.8.2017) שם נפסק כי העובדה שהמבקש סירב להכיר באחריות למעשיו אינה שוללת עקרונית את האפשרות לביטול הרשעתו, אך היעדר ההכרה באחריות היווה שיקול במסגרת יישום הדין באותו המקרה, ובכך לא היה פסול, תוך הפניה לרע"פ 755/17 מוסא נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - ירושלים (30.1.2017); רע"פ 3187/15 (22.2.2016); ורע"פ 737/11 מלכיאלי, משרד עורכי דין נ' מדינת ישראל (9.5.2011).

122. עם זאת, יש לראות כי במקרים אשר אליהם הפנו הצדדים - ביטול ההרשעה התאפשר רק כאשר הייתה הכרה מהותית בכשל, הבעת חרטה אמיתית, הפנמת ההרשעה וכו', לרבות בשל שהכרה שכזו הינה חלק מהליך השיקום, אשר נקבע שעלול להיפגע במידה וההרשעה תישאר על כנה. בנוסף, אינדיקציה לחשיבות ההתייחסות של הנאשם למהות המעשים קיימת גם בעניין חנימוב, שם נפסק כי יש לתת משקל גם לשאלה אם הנאשם מבין את הפסול שבמעשיו, מתחרט ומצר עליהם, וראו עוד כי עוד בפרשת כתב, מנה השופט ש' לוי מספר קווים מנחים שישמשו את השופטת השוקלת אם להימנע מהרשעה, ובהם - בין היתר - יחסו של הנאשם לעבירה ומידת נכונותו להכיר בפסול שבמעשיו (שם בעמ' 344, וראו אף את רע"פ 5579/10 קריה נ' מדינת ישראל, (2.8.2010)).

123. לכן יש לדברים משקל מסוים, ועל רקע זה יש צורך לחדד את הנתונים במקרה של המערער. בתסקיר המשלים נכתב כי הגם שהמערער עדיין בהרגשה "שהפרקליטות מחפשים אותו" - הוא "הצליח להתבונן באופן ביקורתי יותר על התנהלותו", הראה "יכולת מסוימת להתבונן בכשלויו בהתנהלותו", הראה "יכולת להתחבר ולהבין את חומרת מעשיו", ו"הביע צער על מעורבותו באירוע". נכתב כי המערער "מבין כיום שעשה טעות חמורה, הן בשל תפקידו כיועץ משפטי בוועדות והן מאחר והוא עו"ד ידוע, ומצופה ממנו לנהוג בחומרה יתרה לגבי ענייני האישיים" (עמ' 2 פסקה ראשונה). עוד נכתב כי המערער מבין שהוא "כשל שלא עקב אחר עבודת המהנדס ולא דאג לקבל היתר" (שם, פסקה שנייה), וכי הוא "הביע הבנה לפגיעה מסוימת באמות המוסר בחברה מעצם התנהלותו, לדבריו, שהציבור יראה שעו"ד במעמדו שעושה עבירת בניה, עלול להיות דוגמא שלילית ולחקות אותו, ובזה יש השפעה רוחבית על הציבור". לכן, בתסקיר המשלים נכתב כי "יש תזוזה" בעמדת המערער לגבי העובדות אשר בכתב האישום, ביחס לתסקיר הראשון, אך שוב - אין המדובר בהבעת חרטה מלאה ואמיתית אלא בנטילת אחריות פורמלית בלבד.

124. לאחר הגשת התסקיר השני האמור (הכולל, כזכור, המלצה לביטול ההרשעה), נשמעו הטיעונים לעונש בבית המשפט קמא, אך בדבריו של המערער בתום הטיעונים לעונש (המפורטים בעמ' 6 לגזר הדין, 10 שורות אחרונות), המערער לא הביע כל חרטה, לא טען ולו לרגע כי כשל במעשיו, ובחר שוב להתמקד בטענות בדבר הרדיפה וההתנכלות כלפיו.



125. אף מעיון בהודעת הערעור עולה כי אין לקחת אחריות ובוודאי שלא מהותית ואין הבעת חרטה, והמערער אף חוזר ומדגיש כי הוא נרדף על ידי רשויות האכיפה (עמ' 4), כי המשיבה עשתה הכל על מנת "לתפור" את כתב האישום (עמ' 34), כי הגשת כתב האישום מקורה בשיקולים זרים וברדיפה פוליטית (עמ' 41) ועוד. אף במהלך הדיון שהתנהל בפני חזר המערער על כל טיעוניו לגבי כך שמן הראוי לזכותו **לחלוטין** מהעבירות שיוחסו לו, ורק טען כי חטאו היחיד היה "בשנת 2004, כשהתגלה לי העניין של תוספת החריגה, הייתי צריך להגיש תוכנית וחבל שלא עשיתי זאת" (עמ' 4 שורה 12 ואילך), ובהמשך - אמר לגבי התסקיר השני כך: "הודיתי באופן חלקי, מה הכוונה, קצינת המבחן לא פירטה זאת, שבשנת 2004 הייתי צריך לפעול להכשרה" (עמ' 5 שורה 16).

126. מכאן, שלמקרא הודעת הערעור והטיעונים בערעור - אין בסיס לסבור כי המערער מבקש לקחת אחריות, ובוודאי שלא מלאה וכנה גם בשלב זה.

127. לכן, אמנם הייתה "תזוזה" בעמדה שהציג המערער, ועל סמך תזוזה זו קיימת ההמלצה של שירות המבחן - אך אני מסכימה עם עמדת בית המשפט קמא כי אין די באותה תזוזה, ואף אם הייתה משמעותית יותר, יש קושי לקבל את המלצת שירות המבחן (מעבר לכך שאכן, כפי שקבע בית המשפט קמא, המדובר בהמלצה אשר אינה מחייבת - וראו לדוגמא את המקרים הבאים, שם נקבעה עמדה בניגוד לעמדת שירות המבחן: רע"פ 923/19 **פלונית נ' מדינת ישראל** (2.4.2019); רע"פ 3602/17 **כהן נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה טייבה** (2.8.2017); רע"פ 9118/12 **פריגין נ' מדינת ישראל** (1.1.2013)).

128. חמישית, אמנם, כאשר בוחנים את נסיבות ביצוע העבירה - יש לקחת בחשבון גם נסיבות אשר נושקות להגנה מן הצדק, אך "ביטול הרשעה" אינו סוג של אמצעי ענישה, או יותר נכון לומר ש"הרשעה" אינה סוג של עונש, משמע - שאף אם יש מקום להקל בעונשו של המערער בשל טיעוני ההגנה מן הצדק, אזי ש"הקלה בעונש" אינה יכולה להיות ביטול הרשעה (וראו כי בשלב גזירת העונש, בית המשפט קמא כן נתן משקל לנתונים שהתבררו בדבר האכיפה הבררנית בעת קבע את העונש בתוך מתחמי הענישה שנקבעו, וראו את ההתייחסות המפורשת לנושא כשיקול לקולה, אשר בעטיו הענישה תמצא ברף הנמוך ביותר של המתחמים, למרות שקיימים גם שיקולים לחומרה - עמ' 19 לגזר הדין, שתי הפסקאות האחרונות).

כאן אפנה לרע"פ 3195/19 **אגוזי נ' מדינת ישראל** (4.7.2019), לאמור:

"אי הרשעה אינה עונש. האפשרות להימנע מהרשעה אינה מנויה בפרק ו' לחוק העונשין, שכותרתו "דרכי ענישה" אלא בחוק סדר הדין הפלילי. השיקול המרכזי המנחה את בימ"ש בהחלטה שלא להרשיע את הנאשם הוא יחס בלתי מידתי בין התועלת שבהרשעת הנאשם לבין הנזק שעתיד להיגרם לו כתוצאה מכך. שיקול זה אינו חלק ממערך השיקולים המנחה את השופט בקביעת מתחם העונש ההולם. מהאמור מתבקשת המסקנה כי גם שאלת אי הרשעה אינה חלק ממתחם העונש ההולם. שאלת אי הרשעה היא שאלה עצמאית ונפרדת אשר נבחנת בהתאם לתנאי הלכת כתב".

129. ששית, לגבי סוג העבירה - אני מסכימה עם עמדת המשיבה כי העבירה בה עסקין אינה עבירה "קלה" כפי שטוען המערער, וראו את פסק הדין **בעניין לשם**, שם נפסק בהקשר זהה כך:

"אינני יכול לקבל את ההנחה כי עבירות תכנון ובניה הינן מטבען עבירות "קלות" המצדיקות מבחן מקל כאמור. נהפוך הוא, כשם שנקבע לא אחת, גם מלפני בית משפט זה, עבירות אלו הינן מסוג העבירות אשר הפכו לתופעה רחבת היקף הדורשת את התייחסותה המחמירה של מערכת השפיטה ומשכך גבר האינטרס הציבורי בהרשעה אשר תעביר מסר חד משמעי באשר לאיסור".

130. עם זאת, ככל שעסקין בהגדרה של שתי העבירות שבהן הורשע המערער, השימוש במקרקעין בניגוד



ובסטייה מההיתר ומהתכנית, אזי שבנסיבות אחרות, יתכן והיה ניתן לשקול ביטול הרשעה ואין מדובר בעבירות חמורות עד כדי כך שלעולם לא ניתן יהא להחיל לגביהן את הוראות סעיף 192א לחסד"פ. אלא, **שהלכת כתב** אינה מתייחסת להגדרה "היבשה" של העבירה והדגש הוא על נסיבות הביצוע. וכאן, אמנם, המדובר בעבירת "שימוש" בהשוואה לעבירת "הבנייה"; אמנם המדובר בתקופה מוגבלת (שנת 2008 עד שנת 2015 לפי כתב האישום); אמנם המדובר בתקופה שהסתיימה לפני 6 שנים; ואמנם עוד בתחילת תקופת ניהול התיק קמא כבר ניתן היתר הבניה המיוחל (ונזכיר כי התיק קמא החל ביוני 2015 וההיתר המתוקן ניתן בדצמבר 2015), ועם כל זאת, לא מצאתי להתערב בהחלטת בית המשפט קמא לפיה העבירה דכאן, בנסיבותיה הקונקרטיות, אינה מאפשרת ביטול של הרשעה.

131. לכן, כבית המשפט קמא, אף אני בדעה כי היחס בין הנזק הצפוי למערער כתוצאה מההרשעה לבין חומרת העבירה בנסיבותיה והתועלת של ההרשעה לאינטרס הציבורי אינו יחס בלתי סביר. משכך סבורני כי אין מקום להתערב בהחלטה שלא להורות על ביטול ההרשעה במכלול הנסיבות בתיק זה.

הערעור לגבי גזר הדין לגופו -

132. **לגבי המערער -** כפי שכבר צוין, בכל הנוגע לגובה הקנס שהושת על המערער - אין טיעון מטעמו (למעט טענה לפיה היה מקום שלא להטיל על המערער קנס בכלל (סעיף 55 להודעת הערעור)), וכל טענותיו בנוגע לגזר הדין מתמקדות בשאלת ביטול ההרשעה. היות ואין טיעון לגבי מתחם הענישה, גובה הקנס וכיו"ב, לא מוזכרים פסקי דין דומים לגבי רף הענישה וכו' - אין עוד צורך להמשיך בדיון, מה גם שהענישה סבירה ואין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בענישה, אלא במקרים שבהם המדובר בחריגה קיצונית מהנהוג או במקרה ונפלה טעות משמעותית בהליך גזירת הדין (ע"פ 6404/20 **עבאסי נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (5.4.2021); ע"פ 5765/20 **אבו בכר נ' מדינת ישראל**, פסקה 3 (22.3.2021); ע"פ 4039/19 **נחמני נ' מדינת ישראל**, פסקה 91 והאסמכתאות שם (17.3.2021)).

133. **לגבי המערערות -** המערערות לא ביקשו להורות על ביטול ההרשעה בהתייחס אליהן והסתפקו בנטען בסעיף 132 ו-133 להודעת הערעור.

134. בסעיף 132 נטען כי בית המשפט קמא לא התחשב בכך שבמסגרת התיק משנת 2004 נשאה המערערת 2 בתשלום קנס ואם מצרפים את הקנס ששולם במסגרת התיק משנת 2004 (לרבות כפל אגרה בה חויבה המערערת 2), לקנס שהושת עליה בתיק הנוכחי, אזי שהיא חויבה "בסך הכל" בתשלום קנס כולל של 50,000 ₪, אשר הינו גבוה יותר מאשר הקנס שהוטל על המערערת 1, וזאת למרות שהמערערת 2 לא עושה שימוש במבנה ולא גרה בו. טענה זו יש לדחות שכן הקנס שהוטל עליה במסגרת התיק משנת 2004 התייחס לעבירת הבניה, ועתה מוטל עליה קנס בשל עבירת השימוש, אשר נקבע ברף נמוך מאשר הקנס שהוטל על המערערת 1, והוא סביר כשלעצמו.

135. בסעיף 133 נטען כי הקנס שהוטל על המערערת 1 לא מצביע על התחשבות של בית המשפט בטענות הרבות שנטענו מטעמה, כגון שיהיו והגנה מן הצדק. אף טיעון שכזה אין בו כדי לסייע בידי המערערת 1, שכן בגזר הדין הודגש כי כל הנתונים הרלבנטיים נלקחו בחשבון והקנס כשלעצמו, בהתחשב בהיקף הבניה ותקופת השימוש, סביר ובוודאי שאין מקום להתערב בו, במיוחד שעה שלא הוצגו מטעם המערערות כל מקרים להשוואה או פסיקה לגבי רף הענישה הנוהג.

סיכום -

136. נוכח האמור מעלה במצטבר, אני מורה על דחיית שני הערעורים, על כל ראשיהם.

ניתן היום, כ"ט אייר תשפ"א, 11 מאי 2021, במעמד הצדדים ובאי כוחם.