

ת"פ 8709/01/20 - ועדה מקומית לתכנון ובניה באר שבע נגד צבי גנות, סוזן גנות בעצמם

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 8709-01-20 הועדה לתכנון ובניה באר שבע נ' גנות ואח'

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מערערת
ועדה מקומית לתכנון ובניה באר שבע
ע"י ב"כ עו"ד עידו דליות

נגד
משיבים
1. צבי גנות
2. סוזן גנות בעצמם

פסק דין

לפני ערעור המאשימה על פסק דינו של בית משפט השלום בבאר שבע, בשבתו כבית משפט לעניינים מקומיים (כב' השופט צ' פורר) מיום 25.11.19, בו זוכו המשיבים מאישום בעבירות בנייה ללא היתר. זאת, לאחר שנקבע כי ניתן לראות בפעולות הבניה מושא האישום ככאלה אשר חוסות תחת "תקנות הפטור", ולו מחמת הספק.

השאלות שיש לבחון הן: האם המשיבים הרימו הנטל לטיעון ראשוני לפטור, לשם הטלת נטל על המערערת כמאשימה לשלול הטענה? האם המערערת הצליחה להוכיח את העובדות שביקשה להוכיח? האם, על פי הראיות שהובאו לפני בית משפט קמא, ניתן לקבוע, ולו מחמת הספק, כי תוספות הבניה עומדות בדרישות המפורטות בתקנות הפטור, ומשכך לא היו טעונות היתר בניה? האם ההנחיות המרחביות חלות על מעשי המשיבים, כטענת המערערת, ואם הן חלות כיצד יש בכוחן להשפיע חוקיות על החריגות שנבנו? האם יש ממש בטענות ההגנה מן הצדק?

יוער כי המשיבים, בני זוג שבנו התוספות במרפסת ביתם, לא היו מיוצגים. המשיב העיד בשם שני המשיבים, שלח המכתבים בשמו ובשם בת זוגו, חקר נגדית ואף טען בערעור. לכן, טענות שטען המשיב בשם שני המשיבים יכוננו לא פעם "טענת המשיב". אגב ריהטא, גם פעולות שעשו שני המשיבים, כגון הבניה עצמה, ומחדליהם המשותפים, כגון אי מתן הודעה כדיון, מוזכרים בפסק דין זה, לא פעם, בלשון יחיד בהתייחס למשיב. מובהר עם זאת, שאין כל חזית בין המשיב למשיבה, המשיבה לא ביקשה לטעון כל טענה נוספת או נפרדת מהמשיב, וכל אשר נאמר אודות המשיב, נכון ממילא גם לגבי המשיבה.

ההליך לפני בית משפט קמא

1. ביום 5.9.17 הגישה המערערת כתב אישום נגד המשיבים, ובו שלושה סעיפי אישום בגין בניה ללא היתר בהתאם להוראות חוק התכנון והבניה תשכ"ה - 1965 (להלן: "החוק"), בהתייחס לסעיפים 145(א), 204 ו-208 לחוק, כנוסחו לפני תיקון 116.

2. על פי עובדות כתב האישום, במהלך שנת 2014 ביצעו המשיבים עבודות בניה בנכס שבבעלותם מבלי

שקיבלו היתר בנייה כדין כמפורט להלן:

- א. בנית תוספת על מרפסת, עשויה אלומיניום, בשטח של 46 מ"ר, וזאת עם גג הבולט מקו הבניין לכיוון מעבר בין בתים (להלן: "חריגה א").
- ב. קירוי פרגולת בטון קיימת, באמצעות פנל מבודד, בשטח 12 מ"ר (להלן: "חריגה ב").
- ג. הצבת מחסן פלסטיק בשטח של 4 מ"ר (להלן: "חריגה ג").

ההליכים לפני בית משפט קמא ותמצית הראיות:

3. ביום 9.11.17 הגיש המשיב "כתב הגנה ובקשה למחיקת התביעה על הסף". למסמך זה צורפו כמה מסמכים, בהם מכתב מיום 26.11.15 (אשר בהמשך ההליך סומן כת/18) ובו טיעון מפורט לגבי תחולת תקנות הפטור על תוספות הבניה. בית משפט קמא הבהיר למשיב כי אין מדובר בהליך אזרחי המצריך כתב הגנה, אלא בכתב אישום פלילי שהוגש נגדו, ובנסיבות העניין ראה בתשובה זו את כפירתו של המשיב, הכוללת גם טענות מקדמיות.
4. בדיון המענה מיום 25.12.17 הודו המשיבים, **מפי המשיב 1, בעצם ביצוע העבודות בנכס**. יחד עם זאת, נטען כי הבניה אינה כמפורט בכתב האישום, אלא בהיקף קטן יותר, במהות שונה ובהגדרה המשפטית אחרת. המשיב הזכיר את **תיקון 101, וטען בכלליות כי בהסתמך על התיקון, בניה זו הייתה פטורה מהיתר בניה**. לדבריו, למרות האמור, ומעבר לצורך, פנה בבקשה לקבלת היתר, שלא נענתה, "זרקו אותנו מהמדרגות, לא נתנו לנו תשובה, לא זכות ערעור", וטען כי התנהלות המערערת לאורך כל הדרך לא הייתה תקינה. המשיב ציין עוד כי "הכל מפורט במסמכים שהוגשו".
5. **ביום 13.12.18 העידה מטעם המערערת, הגב' ספקטורוב**, אשר בזמנים הרלוונטיים לאישום שימשה כ**מפקחת בניין** בעיריית באר שבע, ואשר "פתחה תיק" אודות החריגות בדירתם של המשיבים. זאת, במסגרת מבצע אכיפה ברחוב בו מתגוררים המשיבים, ואשר במסגרתו נפתחו עשרות תיקים.
6. המפקחת העידה באשר לחריגה א' כי מדובר בתוספת מאלומיניום, חלונות, גג וגם עמודים על מרפסת פתוחה. באשר לחריגה ב', העידה כי מדובר בפרגולה מאושרת מבטון שבנה הקבלן, אשר עליה הוסיפו המשיבים קירוי. באשר לחריגה ג', ציינה שהמשיבים הציבו במרפסת מחסן בגודל של 4 מ"ר, או קרוב לכך. העדה ציינה כי הזמינה בכתב את המשיבים למסירת עדות, אך הם לא הגיעו להיחקר, למרות החתימה על אישורי המסירה.
7. כעולה מהראיות, ביום 14.2.16 הוצא למשיבים דו"ח על עבירות בניה ללא היתר אודות החריגות המפורטות בכתב האישום (ת/1). כן הוצגו הזמנות למשיבים למסירת פרטים, לרבות אישורי מסירה (ת/3 ו-ת/4). העדה אישרה כי צילמה תמונות ורשמה דו"חות בשני מועדים, יום 17.9.15 (תמונות ת/5-ת/9, ודיווח בעמוד שני של דו"ח המעקב - נ/3) ויום 7.1.16 (תמונות ת/11-ת/16, דו"ח ת/10). בדו"ח שכתבה המפקחת במועד השני צוין כי כל החריגות עדיין קיימות בשטח (ת/10).

8. העדה מסרה כי המשיבים הגישו בקשה להיתר בדיעבד לאישור תוספות הבניה, ביום 31.3.16 (ת/17). היינו כמעט שנה לאחר "פתיחת התיק" בעת גילוי העבירות על ידי העדה, אם כי זהו כחודש וחצי לאחר הוצאת הדו"ח למשיבים, ת/1.
9. המשיבים לא היו מיוצגים במשפט, כפי הנראה מחמת חסרון כיס, אך המשיב חקר את המפקחת בחקירת שתי וערב יעילה ביותר. בין השאר, הוצג לעדה תצהירה (שהוכן, כפי הנראה, לצורך הליך הריסה שיפוטי) בו הצהירה כי העבירות התיישנו, לעומת דו"ח בו רשמה, כי התוספות לא נעשו לפני שנת 2013, לפי תצלום אוויר. העדה השיבה כי מדובר בטעות בתצהיר, שכן הבניה בוודאי לא נעשתה לפני האכלוס בשנת 2012, או לפני צילום האוויר האמור, והתצהיר נכתב בשנת 2016, בטרם חלף מועד ההתיישנות. יאמר מיד, שאין לקבל את טענת המשיב כי הדבר מלמד על חוסר מהימנות של העדה, ונראה כי מדובר ברשלנות בלבד. נראה כי כך הבין גם בית משפט קמא.
10. המשיב הטיח עוד, כי לא ניתנה לו הזדמנות הוגנת לפנות לוועדה המקומית לתכנון ובניה לקבל היתר, בטרם הוגש ההליך לבית המשפט. זאת, למרות ששלח לעדה מכתב, המודיע על כוונתו לפנות בבקשה להיתר. העדה הסבירה כי אין זה מתפקידה, לא לנהל את הועדה ולא להגיש ההליך לבית המשפט. אין פעולות אלה בשליטתה, ולא תוכל להסביר מחדלים נטענים. שכן, תפקידה רק לאסוף ראיות ולדווח. העדה דחתה הטענה כי היא אמרה למשיב שבקשתו להיתר לא תטופל. וזאת, באשר אין היא עובדת רישוי, אלא עוסקת בפיקוח.
11. לעניין הטענה לפי קורות התוספת (חריגה א) בולטות מעבר לקו המרפסת, אישרה העדה שלא בחנה זאת מקרוב, אף כי כך נראים הדברים בצילום מבחוץ. אולם, נוכח הצגת הצילום נ/11, אישרה העדה כי ייתכן ששגתה לעניין זה (עמוד 9 למטה).
12. לעניין פסי האלומיניום, שהם הקירוי לכאורה לתוספת זו, הציג המשיב לעדה תמונות, בהן רואים מרווחים אנכיים בין פסי האלומיניום (נ/8, נ/9 צילום עם סרגל מדידה ונ/10 שרטוט), והטיח בפניה כי יש מרווחים בין הפסים, בניגוד למה שרשמה, והכל עניין של זווית הראייה. העדה השיבה כי התמונה שהוצגה צולמה בזווית של 45 מעלות לפחות, אך אין שם שום מקום שפתוח לשמים. לשיטתה, צריך לקבל מרווח של 40% כאשר מרימים את הראש כלפי מעלה, שכן לפי התקנות, 40% צריך להיות פתוח לשמים. לשאלת בית המשפט, האם מדדה קיומם של 40 אחוז, השיבה כי לא ראתה בכלל שמש, ואישרה כי "אם היה 40% זו הייתה פרגולה ואז לא היו צריכים היתר".
13. באשר לחריגה ב', הסבירה העדה כי פרגולת הבטון נבנתה על ידי הקבלן כדין, מה שנבנה באיסור הוא הקירוי מעליה. מכיוון שלפי ההיתר הפרגולה היא בגודל של 2.5 מטר, או לפחות 2.25 מטר, והקירוי מכסה את כולו, ממילא, הקירוי שנעשה חורג מרוחב 2 מטר שמותר בהם להניח קירוי. מה גם, שלא הוגשה כל הודעה לוועדה כדין, ובכך ממילא לא קוימה הוראות התקנות. הראיה כי מדובר באיסור - שהדבר לא הותר אפילו כאשר הוגש על ידי המהנדס לקבלת היתר בניה.
14. באשר לחריגה ג', המחסן, הופנתה העדה לתקנה 29, וציינה כי על פי הנחיות עיריית באר שבע, אסורה הצבת מחסנים בכל גודל, ולא משנה באיזו חזית, שכן הדבר קבוע בהנחיות המרחביות, האוסרות הצבת מחסנים בבנייה רוויה. יוער, כי העדה לא הראתה כל צילום או ראייה אחרת לקיומו של מחסן נוסף בדירה, עניין שחשיבותו התבררה בהמשך.



15. **המשיב העיד ביום 30.5.19**, בהסכמת התביעה נרשמה עדותו כעדות יחידה מטעם שני המשיבים. בחקירתו הראשית טען, כי הבניה המרפסת נעשתה בתום לב, ועל פי מיטב הבנתו את תיקון 101 החדש, שפורסם בתחילת שנת 2014, שזהו המועד שלמעשה הוקמו המבנים. היינו, עוד בטרם פורסמו ההנחיות המרחביות בחודש נובמבר אותה שנה.

16. המשיב קבל על ההתנהלות האיטית של הוועדה בטיפול בבקשתו להיתר בניה, והסירוב הבלתי מוצדק, לשיטתו לאשר הבניה. המשיב ציין כי בוועדת הערר המחוזית ערעורו התקבל, מבלי להיכנס לנימוקים משפטיים ומתוך חתירה לפשרה, ולבקשת הוועדה התקיים ביקור נוסף בביתו, אם כי שוב לא נערכו מדידות וצילומים. לדבריו, הוועדה אישרה את הגגון ואת שתי הפרגולות ללא הנסיגה מקו מעקה המרפסת והוא נתבקש רק לפרק את החלונות ואת המחסן הקטן. יוער מיד, כי מעיון בפרוטוקול הוועדה ובדו"ח הסיוור בביתו (ת/19 ו - ת/20 בהתאמה), עולה תמונה שונה למדי. המשיב העיד כי הוועדה נסוגה מההסכמה שלה לפשרה בוועדת הערר, ולכן טרם קיבל היתר. בטענות אלה מבקשה המשיב לשכנע שלא ביצע עבירה, ויוער מיד כי בכך שוגה המשיב בשגיאה מהותית. שכן, העובדה כי הוועדה רשאית לאשר בניה כזו או אחרת, אינה מביאה למסקנה, מיניה וביה, כי ניתן היה לבנות גם ללא היתר, ולא בהכרח מלמדת על הפרשנות הנכונה של תקנות הפטור.

17. לאחר **סיכומי הצדדים** ניתנה הכרעת הדין.

הכרעת הדין המזכה

כללי:

18. בית משפט קמא זיכה את המשיבים מהעבירות המיוחסות להם בכתב האישום. בית המשפט התייחס לסוגיה המרכזית השנויה במחלוקת, הנוגעת לטענת המשיבים באשר לתחולתן של תקנות הפטור על תוספות הבניה. זאת, כאשר לטענת המערערת המבנים מושא האישום אינם עומדים בתנאי התקנות, ומשלא הוצא היתר בגינם יש להרשיע את המשיבים במיוחס להם בכתב האישום.

19. בהכרעתו, בחן בית המשפט את טענת המערערת, ובמכלול השיקולים הגיע למסקנה כי המערערת לא עמדה בנטל ההוכחה או השכנוע, כנדרש במשפט פלילי, בהתייחס לטענת ההגנה לפיה שלוש החריגות חוסות תחת תקנות הפטור. בנימוקיו, הסתמך בית משפט קמא על הוראות תיקון 101, בעיקר סעיף 145ג לחוק התכנון והבניה, הקובע קריטריונים לפטור מהיתר לביצוע סוגי עבודות בניה; תקנה 12 לתקנות הפטור, המתייחסת להקמת "מצללה" פטורה מהיתר; ולתקנה 29 הקובעת תנאי פטור בהקמת מחסן.

20. בית המשפט ציין כי המאשימה לא הגישה את ההנחיות המרחביות, וכי הראיה היחידה שהוגשה הייתה הדף המקדים של ההנחיות (נ/14), לצורך בחינת התאריך שבו פורסמו ההנחיות, ביום 5.11.14. מועד, המלמד כי בניית החריגות על ידי המשיב נעשתה קודם לפרסומן של ההנחיות המרחביות. עוד ציין, כי העדה היחידה שהעידה מטעם המערערת הינה, המפקחת ספקטורוב, אשר ערכה את הביקורים במקום ותייעדה את הבניה, אולם לא ערכה כל מדידה בשטח, למעט הערכה כללית, כעולה מהדו"חות שהגישה.

21. בית המשפט הביע תמיהה על כך שעיקר עדות עדת התביעה נגעה לעצם הבניה, שאינה שנויה במחלוקת,

ולא ניתנה התייחסות כלשהי במסגרת החקירה הראשית לטענות בדבר תחולת תקנות הפטור על הבניה. זאת, למרות שהמשיב העלה את טענותיו בעניין, זמן רב לפני הגשת כתב האישום.

החריגות הקונקרטיות:

22. באשר לחריגה א' סבר בית משפט קמא בטעות, כי "המחלוקת בין הצדדים נוגעת לבליטות המתוארות בשטח של 46 מ"ר". הכוונה לבליטות בקצה הקונסטרוקציה, שנטען כי הגיעו מעבר לשטח המרפסת, ובית משפט סבר כי על כך כל המחלוקת. הודגש, שכל שהוצג לבית המשפט לעניין זה הן תמונות ודו"חות, שנערכו שלא על סמך מדידה. צוין בהכרעת הדין, כי אכן התוספת לפרגולה "נראית כמו בליטה מסוימת", אם כי לא ניתן לדעת במידת הוודאות הנדרשת בפלילים, על סמך התמונות שצולמו, כי קיימת חריגה שאינה חוסה תחת תקנות הפטור.

23. אוזכרו גם דברי המפקחת לפיהם "צריך להיות 40% פתוח לשמים" ובית המשפט ציין כי "היא ראתה זאת אך לא מדדה", אך לא ברור מה בית המשפט אומר בהקשר זה. בית המשפט הוסיף כי "לטענתה, הדבר כתוב בתקנות, אך לא הביאה אסמכתא לכך". אף בהקשר זה, לא ברור מה בדיוק נפסק, באשר בית המשפט ציטט קטעים נרחבים מתוך התקנות, אך לא ציטט את ההגדרה של "מצללה", אליה התייחסה המפקחת. בית המשפט ציין כי לפי התמונות שהגיש המשיב המצללה "עומדת בדרישות הקבועות בתקנות", אך לא הסביר כיצד התמונות שהציג המשיב שוללות את טענתה המשפטית של המפקחת.

24. באשר לחריגה ב' קיבל בית המשפט את עמדת המשיבים, תוך הפניה לחקירתה הנגדית של המפקחת, לפיה הקירוי שבוצע לא צולם ולא נבדק אם הוא בכלל חורג בגודלו מהמותר. זאת, כאשר אין מחלוקת כי אם הקירוי נעשה עד טווח של 2 מטר מקיר הבניין, יחול פטור.

25. באשר לחריגה ג' ציין בית המשפט כי טענת המפקחת בדבר קיומן של הנחיות עיריית באר שבע, אשר אוסרות הנחת מחסן בכל גודל, לא הוכחו ולא נתמכו בראיות. בית המשפט דחה את טענת המערערת, לפיה קיומו של מחסן אחר אינו מאפשר הצבת מחסן במרפסת. זאת, הואיל והתקנות קובעות במפורש, כי ניתן להקים מחסן אחד בגודל של 6 מ"ר במרפסת, וכי גודל המחסן האמור בחריגה ג' הוא לכאורה בגודל של 4 מ"ר, אם כי גם לגביו לא בוצעה כל מדידה. עוד נימק בית המשפט, כי התקנות מאפשרות להקים מחסן אחד בהתאם לתקנות, ולא צוינה בהן התייחסות למחסן אחר, שממוקם במקום אחר בבית, ולמעשה נכלל בהיתר הבניה. מעבר לכך צוין, כי המאשימה לא הביאה ראיה לעניין מיקומו של המחסן האחר, וכל שידוע הוא המחסן היחיד, הנחזה מהתמונות כמבנה פלסטי ארעי הניתן לפירוק, וגודלו אינו ידוע, אך על פניו נראה כי הוא עומד בתקנות הפטור.

תחולת תקנות הפטור:

26. עוד העיר בית המשפט, כי המשיב העלה טענותיו לעניין תחולת תקנות הפטור כבר ביום 6.11.15. כך, שעל המאשימה היה לבחון טענותיו, ולציין בכתב האישום במפורש כי החריגות המפורטות בו אינן עומדות בתקנות הפטור. בית המשפט הפנה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעתפ"ב (ב"ש) 30135-10-18 אביטן נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה אשדוד (13.2.19), שם אמנם נקבע כי אין לצפות מהמאשימה לשלול כל

טענה אפשרית מכוח התקנות, שניתן להעלות בכתב האישום, וכי תקנות הפטור הן טענות הגנה שעל הנאשם לטעון. אולם, נקבע כי משהועלו הטענות כראוי, נטל השכנוע מונח על כתפי המאשימה, ועליה לשלול כל ספק סביר ביחס לאפשרות כי תקנות הפטור חלות על המבנה.

הערות נוספות בפסק הדין:

27. בית המשפט חזר וציין כי המערערת לא ערכה כל מדידה במקום; לא בדקה עניינית את הטענות שהמשיב העלה ביום 26.11.15 לעניין תחולת תקנות הפטור; לא הציגה את ההנחיות המרחביות ולא הביאה ראיה ישירה שנועדה לשלול את הטענה בדבר תחולת תקנות הפטור. לכן נקבע כי המערערת לא הוכיחה בסופו של יום, בהתאם למידת ההוכחה הנדרשת בפלילים, כי חריגות אינן עומדות בדרישות הקבועות בתקנות. נקבע, כי בסיכומו של דבר לא הוסר הספק שמא חריגות הבניה עומדות בתנאי תקנות הפטור. לפיכך, הורה בית המשפט על זיכוי המשיבים.

28. באשר לטענת ההגנה מן הצדק, קבע בית משפט קמא, שלא נמצא בסיס לטענה של אכיפה בררנית. עם זאת מצא כי התנהלותה של המערערת הייתה פגומה בהיבטים שונים, ואף יכולה להקים טענת הגנה מן הצדק, כאמור בפסקאות 55-58 להכרעת הדין. כך, שניתן אף היה לשקול את ביטולו של כתב האישום, אלמלא הוחלט על זיכוי.

הודעת הערעור

29. המערערת בערעורה נגעה בשאלות כלליות בהן עסק בית משפט קמא, בהן נטל הראיה בנסיבות העניין והגנה מן הצדק. אולם, עיקרו של הערעור התמקד בטיעונים פרטניים, ביחס לכל רכיב בניה קונקרטי שיוחס למשיבים בכתב האישום. עמדת המערערת היא שטעה בית משפט קמא ביחס לכל אחד ואחד מהם. יאמר מיד, ששני הצדדים הרחיבו בטיעוניהם, אך לא מצאתי לנכון להתייחס לטענות המערערת או המשיבים שלא היה בהן ממש, אלא לפי הצורך לשם הכרעה בשאלת האשמה, או בשאלות משפטיות נלוות מתבקשות. נפתח, אפוא, בטענות הקונקרטיות לקיומן של חריגות.

חריגה א':

30. באשר לחריגה א', טענה המערערת, כי הקונסטרוקציה שנבנתה אינה עומדת בדרישות תקנות הפטור כמופיע בתקנה 12 לתקנות תכנון ובניה (עבודות ומבנים פטורים מהיתר), תשע"ד-2014 (להלן: "**תקנות הפטור**"). באשר להגדרת "מצללה", במקום להפנות לתקנות שלנו, משום מה הפנתה המערערת לסעיף 1 לתקנות התכנון והבניה (היתר לעבודה מצומצמת), תשס"ג-2003 (אף כי שכחה לציין כי אלה בוטלו בשנת 2017), הקובע כי מדובר ב"מבנה ללא קירות". מכל מקום, הטענה המהותית היא שהמשיבים ביצעו תוספת בניה של ממש, הסגורה על ידי הצבת חלונות זכוכית על גבי מעקה המרפסת. משכך, אין חריגה יכולה לחסות תחת סעיף הפטור, ובכך לשיטת המערערת טעה בית משפט קמא.

31. עוד טענה המערערת לעניין זה, כי מדובר בתוספת בניה מאלומיניום בגודל של 46 מ"ר, אשר לה אמנם גם

בליטות לשטח הציבורי, ומשום כך לא תוכן לקבל היתר. אולם, בית משפט קמא שגה בקביעה לפיה המחלוקת לעניין חריגה א' נוגעת רק לבליטות שבתוספת הבניה. מדובר, לשיטתה בתוספת בניה שכל כולה נבנתה באיסור. תוספת, שהינה קונסטרוקציה המגיעה עד גבול המרפסת, הכוללת חלונות ועמודים על גבי הגדר, אשר במהותה הינה סגירת מרפסת על ידי עמודי אלומיניום, חלונות זכוכית וגג אלומיניום, הבולט מעבר לקו המרפסת לכיוון המעבר בין הבתים.

32. מעבר לכך, הודגש כי קיימת גם השפעה על חזות הבניין והסביבה, ולפיכך אין הבניה עומדת בתנאי סעיף 145ג(א)(3) לחוק. עוד הדגישה המערערת, שהמשיבים לא עמדו בתנאי תקנה 12(3) לתקנות הפטור, בדבר מסירת הודעה על ביצוע העבודה אשר הייתה אמורה להימסר למערערת תוך 45 יום ממועד ביצועה, בצירוף אישור מהנדס מבנים בדבר יציבותה. אף משני טעמים אלה, לשיטת המערערת, לא נכון היה לזכות המשיבים.

חריגה ב':

33. באשר לחריגה ב', טענה המערערת כי שגה בית משפט קמא בקבעו כי המפקחת, עדת התביעה, לא בדקה את הקירוי עצמו לרבות גודלו, ובכך הסתכמה אמירתו כי חריגה זו פטורה מהיתר. המערערת ציינה, כי מדובר בקירוי מפנל מבודד על גבי פרגולה קיימת מבטון, כאשר עדת התביעה הבהירה זאת. כך, שהמבנה נאטם, ואינו משמש עוד בהגדרתו כמצללה. נטען גם שהמבנה גם אינו עומד בתקנות הפטור, מכיוון שהגגון שנוצר בולט מהמבנה למרחק העולה על שני מטרים. עוד צוין, כי החריגה אינה עומדת בתקנות שכן לא הוגשה הודעה מתאימה לרשות. המערערת הפנתה לאמירות המשיב במסגרת וועדת הערר ולהמלצת הוועדה לשנות את הקירוי הקיים.

חריגה ג':

34. באשר לחריגה ג' המתייחסת להצבת מחסן פלסטיק בגודל של כ-4 מ"ר, טענה המערערת כי תנאי מקדים לקבלת פטור הינו עמידה בהנחיות המרחביות הקיימות במקום, אשר במקרה דנן אינן מתירות הצבת מחסנים במרפסות בבנייה רוויה (הנחיה מרחבית מס' 29.1.3). עוד טענה המערערת, כי הצבת מחסן הינה אף בניגוד להנחיה מרחבית נוספת לעניין החלת הפטור (במגרשים בהם מותרת הקמת מחסן בנפרד בהתאם לתב"ע) לפיה לא ניתן לאשר מחסן נוסף, מעבר למחסן קיים.

35. עוד לטענת המערערת, תכנית מתאר מקומית הינה בעלת מעמד סטוטורי, שאינו טעון הוכחה, והגשתה כמוה כהפניית בית משפט להוראת חיקוק. לפיכך, טעה בית המשפט שסבר שעליה להגיש תכנית חוקית או להגיש הנחיות מרחביות שפורסמו. עוד נטען, כי המשיב לא מסר הודעה למערערת אודות הקמת המחסן בהתאם לנדרש בתקנות.

36. עוד טענה המערערת בהקשר זה, כי במסגרת וועדת הערר (פרוטוקול- מוצג ת/19) ציין המשיב כי בביתו קיים מחסן נוסף, מעבר למחסן האמור בחריגה ג', ואילו סעיף 29 לתקנות הפטור מתייחס למחסן אחד בלבד, אשר קיים איסור להציבו במרפסת שאינה מקורה, אלא אם קיימת הנחיה מפורשת לכך, שלא כמו במקרה דנן.



נטלים:

37. לעניין נטל ההוכחה, טענה המערערת כי שגה בית משפט קמא שעה שקבע שעל המערערת היה לציין מפורשות בכתב האישום את הטענה לפיה החריגות אינן פטורות על פי התקנות. כן שגה לשיטתה, בקביעה שהמערערת לא הציגה כל ראיה לשלילת האפשרות כי על החריגות חלות תקנות הפטור, ובכך לא עמדה בנטל הנדרש בפלילים. המערערת הפנתה לעניין זה לפרשת **אביטן**, לפיה יש לראות בטענות הפטור כמעין טענת הגנה. אמנם נטל השכנוע בסופו של יום רובץ על כתפי המאשימה, שעליה לשלול כל ספק סביר בדבר תחולת הפטור, כפי שעשתה, לשיטתה. המערערת ציינה כי בדיון המענה המשיבים טענו באופן כוללני, אודות התנהלות הרשות ואודות שוני בין כתב האישום לבניה בפועל. אולם, לא נטענו טענות קונקרטיים אודות תחולת סעיפי פטור מסוימים. אף לא נטען כי עמדו בחובת מתן ההודעה כנדרש. המערערת ביקשה להבנות גם מפסיקה שניתנה באותה תקופה, בעפמ"ק 18567-08-19 **הועדה המקומית לתכנון ובניה באר שבע נ' מני לביא** (26.11.19) (להלן: פרשת או הלכת " לביא").

38. באשר לקביעת בית משפט קמא כי המערערת לא צירפה את ההנחיות המרחביות, הרי שלעניין חריגה א' ו-ב' אין צורך בכך, משום שהמשיבים כלל אינם עומדים בתקנות הפטור. באשר לחריגה ג', ציינה המערערת כי קיימת הנחיה מרחבית בדבר איסור הצבת מחסן במרפסות בבנייה רוויה (הנחיה 29.1.3). אולם, אף בהתעלם מההנחיה, הרי שהמשיבים אינם עומדים בתנאי תקנות הפטור, בשים לב לתקנה 29(4) + (5), משלא נתנו הודעה כדיון, ומשום שאין להציב מחסן במרפסת לא מקורה בחזית קדמית.

הליכי רישוי, צדק וראיות:

39. **לעניין הליכי הרישוי**, המערערת טוענת כי אמנם המשיב הגיש בקשה שנקלטה במערכת בשנת 2016, ואולם, לאחר הגשתה הונחה לתקנה. המשיב לא קידם את הטיפול בבקשה, הזניח את הטיפול בה וקיבל מענה לאורך כל התקופה עד למתן ההחלטה בשנת 2018, במסגרתה נדחתה בקשתו (מוצג נ/6). בטיעוניה על פה הוסיפה, כי המשיבים קיבלו מכתב מפורש, שעליהם לתקן את הבקשה, אך הם לא פעלו לשם כך.

40. מעבר לכך, לא הרחיבה המערערת את טיעוניה בעניין **הגנה מן הצדק**, וציינה כי בית משפט קמא מצא אמנם פגם בהתנהלותה, אך לא הכריע אם ראוי לבטל האישום בשל כך.

41. בטיעוניה על פה, ולשאלת בית המשפט בדבר מעמדם של דברי המשיב בפני הוועדה, השיבה המערערת כי היא אינה עומדת על טענתה לפיה ניתן להסיק עובדות מדבריו שם. לשאלת בית המשפט מדוע לא התבצעו מדידות מדויקות, השיבה כי מאז נעשה שינוי בדרכי העבודה, אך עדיין מסתמכים על הוותק והניסיון של המפקחים. לשאלת בית המשפט לגבי קיומן של ראיות אודות מחסן נוסף, השיבה המערערת כי ידוע מה אופי הדירה, שיש בה מחסן נוסף, והדבר אף נמסר מפי המשיב. לשאלה, אם לא צריך היה להוכיח שיש מחסן נוסף, ולהסביר מדוע המחסן האחר נחשב ל"מחסן" על פי התקנות, לא היה לב"כ המערערת מענה.

טיעוני המשיבים

42. בפתח הטיעונים בכתב, סקר המשיב (בשם שני המשיבים) את הסדר הכרונולוגי של התרחשות האירועים וטען



כי בניית החריגות (6-8/2014) נעשתה לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 101 לחוק (7.4.14) ובטרם כניסתם לתוקף של ההנחיות המרחביות בבאר שבע (5.11.14), שפורסמו בהתאם לתיקון 101.

43. עוד טען המשיב בכתב, כי הצילומים עליהם מתבססת המערערת מטעים. זאת, משום שצולמו ממרחק רב, למרות שבמהלך ביקוריה בנכס יכולה הייתה המפקחת, בנקל לבצע מדידות ולצלם מקרוב את התוספות. פעולות, שלשיטתו היו מייתרות את האישומים נגדו.

44. באשר לחריגה א' טען כי אין דרישה בחוק לפיה על תקרת המצללה להיות מישורית, ולא נטויה או משופעת. כן נטען, כי טענות המערערת באשר לבליטה החורגת מתחום המרפסת הופרכו בהעדר מדידות, ונבעו מהסתמכותה על צילומים שנעשו ממרחק ומזוויות מטעות. באשר לבניית החלונות, טען כי הוכיח בצילומים מטעמו כי הפרגולה וחלונות ההזזה נשענים על עמודים משלהם ולא על מעקה המרפסת. כן טען כי, בניגוד לטענת המערערת, אין שום קיר למצללה וכול שיש הוא "קטע קטן של 3 מטר מכלל החזית המערבית של המצללה בה הוספו חלונות זכוכית ארעיים ומתפרקים רק לצורך הגנת פינת ישיבה מגשמי החורף" (פסקה 7 לטיעוני המשיב בכתב). כן טען המבקש כי חוזק המצללה אושר במסגרת בקשת ההיתר, לה צורף אישור מהנדס.

45. באשר לחריגה ב' טען כי לתוספות האמורות אין כל זיקה לזכויות בניה, כטענת המערערת וכי הטענות על חריגה מעבר ל-2 מטר מעולם לא הוכחו. לטענתו, דבריו בוועדה המקומית הוצאו מהקשרם, באשר טען שם אמנם כי מדובר בשטח 2.5 על 2 מטר, אך 2.5 הוא הרחב, ולא הבליטה מהקיר. מכאן טען, כי אין מקום לטענה לפיה היה עליו ליתן הודעה לפי התקנות, משום שחובת מתן ההודעה חלה רק בגגון ששטחו עולה על 20 מ"ר.

46. באשר לחריגה ג' טען המשיב, כי מדובר בקיומו של ארגז המורכב ממספר חלקים פלסטיים בשטח שהוא פחות מ-2 מ"ר, המאושר להצבה בחלקה האחורי של המרפסת, כעולה מלשון סעיף 29 לתיקון 101. לדבריו, ההנחיות המרחביות, שנכנסו לתוקף רק לאחר הצבת הארגז, אינן רלוונטיות. עוד טען כי הטענה לפיה מדובר במחסן שני, לא עלתה מצד המערערת, אלא בשלב הסיכומים. כן הוסיף בהקשר זה, כי יש לפרש את תקנה 29 כמתירה הקמת מחסן אחד בלבד, כמתייחסת למחסן שהוא מעבר לזכויות הבניה. זאת, ללא קשר לקיומו או העדרו של מחסן אחר שהוקם על פי התכנית המאושרת. לעניין זה הרחיב על פה, וטען כי ברור מאליו שכל בניין שנבנה על ידי קבלן, ממצה את מלוא זכויות הבניה, שכן זהו אינטרס של הקבלן. לכן, בהכרח, יש לפרש את כל הפטורים לפי תיקון 101 ותקנות הפטור, כפטורים שהם מעבר לזכויות הבניה, אחרת אין בהם כל טעם.

47. בטיעוני המשיב על פה, הבהיר כי כתב האישום התבסס על לא אחרת מאשר על צילומים שנערכו על ידי המפקחת מגג של בניין אחר, המשקפים נקודת מבט שגויה, ללא מדידות וצילומים במקום. זאת, אף כי הייתה הזדמנות למפקחת לבצע מדידה וצילום מקרוב בעת ששהתה בדירה במסגרת הטיפול היותר מאוחר. כן הבהיר כי הצילומים של המרפסת שהוגשו מטעמו, הינם צילומים שהוא עצמו צילם.

48. עוד לדבריו, הגיש בקשה להיתר בניה רק כדי "לרצות את העירייה", אף כי סבר שתקנות הפטור פוטרות אותו מכך. למרות האמור, בקשה זו לא טופלה ולא נידונה, ולמעשה נזנחה במשך למעלה מ-30 חודשים. המשיב טען כי מכתבים רבים ששלח למערערת אשר לא נענו, ואף הוגש נגדו כתב אישום על בניה ללא היתר. מעבר

לכך, טען לאכיפה בררנית והצביע על אחד השכנים, שקיבל היתר לבניית חדר בגודל של 30 מ"ר.

49. המשיב חזר על טענותיו העובדתיות, ותמך טענותיו בקביעות בית משפט קמא בהקשר זה. במישור המשפטי, לענין **חריגה א'**, עמד על טענתו לפיה הפסים שהונחו לקיים המצללה הם אלכסוניים, ואין הוראת חוק המונעת זאת, כל עוד קיים מרווח התקני הנדרש בין הפסים. בהקשר זה, הפנה להגדרות השונות של מצללה באתרים שונים. המשיב דחה הטענה לפיה מדובר למעשה במבנה עם קירות שאינו יכול להיחשב כמצללה, וטען כי ניתן לפרק החלונות, וכי התחייב לפרקם. עוד ציין בהקשר לכך, כי הפרגולה אינה משנה את מראה הבניין, כטענת המערער, ולמעשה משתלבת עם הבניין. שכן, מדובר במרפסת יפה ומטופחת, והדבר נעשה ללא התנגדות השכנים.

50. לענין **חריגה ג'**, הרלוונטית לארון הפלסטיק של אמבין, בגודל 2 מ"ר שהונח בחלקה האחורי של המרפסת, התייחס המשיב להנחיות המרחביות, המאשרות הנחת ארון שכזה רק במבנים צמודי קרקע, וממילא מדובר לטענתו בהנחיות מאוחרות יותר. באשר ל**חריגה ב'**, לגגן שמעל למרפסת, טען המשיב, כי לא נערכה מדידה לגביו, והוא מותר על פי תקנות הפטור ולא נדרשות זכויות בנייה לצורך כך. לדבריו, דייר רוכש דירה מקבלן לאחר שמוצו כל זכויות הבניה, ולכן לא אמורים להישאר לו זכויות בנייה נוספים.

51. לשאלת בית המשפט באשר ל**חובת מסירת הודעה לרשות תוך 45 יום**, השיב המשיב כי באשר לפרגולה (הכוונה לחריגה א') היה עליו לעשות כן, אך לא ידע לפרש נכון את תיקון 101, שהיה אז בחיתוליו, ולא ידע כי חלה חובה כזו. לגבי הגגון (הכוונה לחריגה ב') טען כי אין צורך במסירת הודעה שכזו, נוכח שטחו הקטן. לדבריו, בעצם הגשת הבקשה להיתר, אף אם באיחור, ריפא את המחדל.

דין

52. כאמור, המשיבים זוכו מעבירות בניה ללא היתר, לאחר שנקבע כי המאשימה לא הוכיחה, בהתאם לנטל הנדרש בפלילים, כי חריגות הבניה אינן עומדות בדרישות הקבועות בתקנות הפטור. לאחר עיון בפסק דינו של בית משפט קמא, בראיות שהוצגו לפניו, בפרוטוקולים, בסיכומים ובטיעוני הצדדים **מתברר כי אין מנוס מקבלת הערעור ולו בחלקו, כמפורט להלן.**

המשיב העביר הנטל למערער

53. לפני בחינת הטענות לגופה של הבניה, יש להתייחס לטענה שעלתה מטעם המערערת באשר להתנהלות המשיב בהליך המשפטי. במישור המהותי נטען בתשובתו של המשיב לאישום כי המבנים פטורים מהצורך בקבלת היתר על פי תיקון 101 לחוק. אולם, לטענת המערערת, בתשובתו לא פורטו אותן העילות לפטור, ולא ניתנה הפניה ממוקדת לסעיפי הפטור מכוחם נטען לקיומו של פטור. כבר נפסק כי אם בכוונת נאשם לטעון לתחולת תקנות הפטור על בנייה שבנה, עליו לציין בתשובתו לאישום, באופן מפורש ומפורט, את העילה לפטור עליה הוא מסתמך, ולהסביר כיצד לשיטתו עמד בתנאים לפטור הקונקרטי. למרות שנטל השכנוע לעולם על התביעה במשפט פלילי, מבחינה מעשית, רק פירוט כזה בתחילת המשפט, או אם הטענה מזדקרת מאליה מראיות המאשימה, יכולה המאשימה להתמודד עם הטענה. רק לאחר משעלטה טענת פטור בהירה, יוטל נטל ההוכחה על המאשימה לשלול את טענת ההגנה ברמת שכנוע של מעבר לספק סביר (ראו הדין



המפורט והסייגים לכלל זה בפרשת **לביא**).

54. ואולם, טענת המערערת לפיה המשיב דן לא פירט את הגנתו בתשובתו לאישום, טענה ששבה ועלתה בטיעוני המערערת, נדחית מכל וכול. המשיב עצמו, בשלב מוקדם בהתנהלותו מול הרשות, והרבה בטרם הגשת כתב האישום נגדו, פנה ביום 26.11.15 במכתב תגובה למערערת (ת/18). כבר במכתב זה, ציין המשיב כי שלוש חריגות הבנייה שצוינו באישום עומדות בתקנות הפטור, ואף הפנה לתקנות הקונקרטיות (אף כי קרא לתקנות "חוק", בשגגה). כך, הפנה לסעיף 12 לתקנות לעניין חריגה א', לסעיף 11 לתקנות לעניין חריגה ב' וכן לסעיף 29 לתקנות לעניין חריגה ג'. אם כן, המערערת ידעה היטב מה טענותיו הרבה לפני הגשת כתב האישום.

55. יתרה מכך, מסמך זה גם צורף ל"כתב הגנה" שהגיש המשיב ביום 9.11.17 (נספח א2 לאותו "כתב הגנה"). ולכתב זה צורפו עוד כמה וכמה נספחים, המפרטים את טענות ההגנה בהרחבה רבה. בית המשפט בהחלטתו מיום 9.11.17 הסביר שאין מקום ל"כתב הגנה" במשפט פלילי, אך כן החליט, מפורשות, לראות באסופת המסמכים משום תשובה לאישום וטענות מקדמיות. אף המשיב עצמו התייחס לאסופת המסמכים, כאשר טען במענה באופן כללי, כי היה פטור לפי תיקון 101 "הכל כמפורט במסמכים שהוגשו".

56. נוכח טיעון מפורט כזה בכתב, ניתן היה לצפות מהמערערת שתגיב בתחילת המשפט, בכתב או בעל פה, לטיעון המשפטי; תציג לפני בית המשפט את העובדות והטענות המשפטיות עליהן היא מבססת את טענתה לפיה יש לדחות את ההסתכמות על תקנות הפטור; תשקול לבקש הוספת עדי תביעה לפי הצורך; ומכל מקום תביא, כבר בפרשת התביעה, ראיות לסתור את טענת ההגנה שעלתה באופן כה מפורט. אולם, בפועל המערערת, לא התמודדה באופן יזום עם הטענות, בהתאם לנטל שהוטל עתה על כתפיה. המערערת התמודדה עם הטענות, ככל שהתמודדה, בעיקר בתשובות המפקחת בחקירה הנגדית, בשאלות למשיב בחקירתו הנגדית ובסיכומים.

57. סיכומו של דבר, **טענת המערערת, לפיה המשיב לא הצביע על מקור הפטור בשלב המענה, פשוט לא נכונה!** המשיב ענה בהרחבה ובפירוט, הרבה מעבר לנדרש לפי התקדימים בפרשת **אביטן** ובפרשת **לביא**. בכך **המשיב הטיל בבירור את נטל הראיה אל המערערת, וכל שכן את נטל השכנוע**, שמעולם לא הוסר משכמה. לכן, במקרה זה, בניגוד לפרשת **לביא**, אני מצטרף באופן חד משמעי לתמיהת בית משפט קמא על המערערת, שלא ביקשה להתמודד בראיות עם טענות המבקש, אלא במעט. השאלה העומדת לפנינו עתה היא, האם הצליחה המערערת, כטענתה, לשלול את כל טענות ההגנה של המשיב.

מועד הבניה, הנחיות מרחביות ותכנית המתאר

58. המערער טוען כי הבניה נעשתה בין הכניסה לתוקף של תיקון 101 עם תקנות הפטור, לבין פרסום ההנחיות המרחביות. ברי, כי תחולת ההנחיות המרחביות, המפרטות ביחס לכל תקנה ותקנה מתקנות הפטור מה הם התנאים לפטור בבאר שבע, יכולה להשפיע באופן דרמטי על האשמה הקונקרטית ביחס לחריגות דנן. כך לדוגמה, לעניין תקנה 29, העוסקת במחסנים, עיון בהנחיה מלמד שיש צמצום משמעותי של הפטור לשם הקמת מחסן. בין השאר, קובעת הנחיה 29.1.3 באופן מפורש וברור כי "לא יותרו מחסנים במרפסות בבניה רוויה". אולם, אם הבניה נעשתה לפני פרסום ההנחיות, המגבלה אינה חלה על המבקש.



59. יאמר, כי לו המערערת הייתה מגישה תגובה מפורטת לטענות ההגנה של המבקש, וטוענת כי היא נסמכת על ההנחיות המרחביות, הייתה שאלת מועד הבניה המדויק "מונחת על השולחן" מתחילת המשפט. מכל מקום, גם לאחר שהמשיב העיד מפורשות כי הבניה נעשתה בתקופה שלפני פרסום ההנחיות המרחביות (עמ' 15 לפרוטוקול), לא ביקשה המערערת להזים טענה זו. לפיכך, **יש להניח לטובת המערער כי ההנחיות המרחביות טרם פורסמו בעת הבניה**, וממילא אין הוכחת אשמתו יכולה להבנות מכך.

60. המערערת טוענת כי טענותיה המשפטיות, הנובעות מכוח ההנחיות המרחביות, עולות גם מתוך התכנית החלה על האזור. לכן, בין אם פורסמו ההנחיות המרחביות ובין אם לאו, הרי האיסור היה קיים. המערערת אף טענה כי שגה בית המשפט שציפה ממנה להגיש את התכניות הרלוונטיות, שהרי תכניות מתאר הן "מפורסמות" שאינן טעונות הוכחה.

61. מבחינה דיני הראיות, ייתכן שהצדק עם המערערת, שאין חובה להגיש באופן פורמאלי תכנית רשמית, שאושרה ופורסמה כדיון, ולא אכנס לדיון בשאלה זו, משום שאין צורך לדון בה כעת. אולם, מעבר לראיה פורמאלית, הרי נטל השכנוע בוודאי מוטל על התביעה. למרבה ההפתעה, המערערת לא ניסתה לשכנע את בית המשפט, גם לא בערעור, על ידי הצבעה על פרט מסוים, מתוך תכנית מסוימת ועדכנית, החלה על המקום, והסתפקה בהפניה לתכנית באופן סתמי.

62. אמנם, צודקת המערערת כי תנאי לתחולת הפטור הוא שאין הבניה נוגדת "תכנית" כהגדרתה בחוק התכנון והבניה (סעיף 145ג(ד) לחוק). אולם, **אם נאשם טוען לקיומו של פטור מקבלת היתר, תוך הצבעה על תקנה קונקרטית מתקנות הפטור, והמאשימה טוענת כי הפטור לא חל משום שהבניה נוגדת "תכנית" או הנחיה מרחבית שהייתה בתוקף, חובה עליה לדייק ולפרט על מה בדיוק היא מסתכמת.** כפי שהוסבר בפרשת **אביטן** ובפרשת **לביא**, נאשם המבקש להעביר הנטל למדינה לשלול טענתו לפטור, צריך לציין במדויק, ככל שניתן כבר בחקירתו או בפתח המשפט, מהי הוראת הפטור עליה הוא מסתמך. אולם, משנטענה טענה כזו, על המאשימה מצדה להשיב, בהקדם האפשרי, מדוע פטור זה אינו מתקיים. אם בכוונתה לטעון כי הבניה סותרת הנחיה מרחבית או תכנית, עליה לפרט, להפנות, לצטט ולנמק. טענה כללית לפיה "קיימת תכנית שפורסמה כדיון, האוסרת בניה כזו", כפי שנעשה במקרה זה, אינה טענה, ולא זו הדרך לעמוד בנטל השכנוע.

תחולת הפטור על חריגה ב'

63. לעניין חריגה זו, המתייחסת לקירוי פרגולת בטון קיימת מפנל מבודד, ביקש המשיב להסתמך על תקנה 11 לתקנות הפטור וזה לשונה:

"11(א) הקמת גגון או סוכך, המחובר באחת מפאותיו לפחות, למבנה פטורה מהיתר ובלבד שיתקיימו בו תנאים אלה:

(1) לא יבלוט מקיר המבנה יותר משני מטרים;

(2) נבנה מחומרים קלים.

(ב) הקמת סוכך מתקפל (מרקיזה) פטורה מהיתר, ובלבד שהסוכך במצבו הסגור לא יבלוט מקיר המבנה למעלה מ-50 סנטימטרים.

- (ג) קירוי באמצעות אריג המגן מפני השמש והשפעת מזג האוויר (סככת צל) פטורה מהיתר, ובלבד שגובה הקירוי לא עולה על 3 מטרים, המפתח בין העמודים אינו עולה על 5 מטרים ומשקל הקירוי אינו עולה על 3.5 קילוגרמים למטר מרובע.
- (ד) הודעה על הקמת גגון או סוכך ששטחו עולה על 20 מ"ר, ערוכה לפי הטופס שבתוספת, תימסר לרשות הרישוי בתוך 45 ימים ממועד ביצוע העבודה ויצורף לה אישור מהנדס מבנים בדבר עיגון הגגון או הסוכך ויציבותו וכן כי כשל מבני בגגון או בסוכך לא יתרחש בנקודת העיגון למבנה ולא יגרום לכשל מבני במבנה."

64. אין מחלוקת כי המשיב הוסיף קירוי מעל פרגולת בטון חוקית, באמצעות פאנל מבודד. אין מחלוקת בין הצדדים כי יש לדון את התוספת הזו כ"גגון", משום היותו אטום ומחובר לקיר בצד אחד. אין מחלוקת כי הגגון נבנה מחומרים קלים. המחלוקת בין הצדדים נוגעת למדידות. אין מחלוקת ששטח החריגה הזו אינו עולה על 20 מ"ר האמורים בסעיף 11(ד) לתקנות (המחייב דיווח), שכן גם כתב האישום מייחס לחריגה זו שטח של 12 מ"ר בלבד. המחלוקת העובדתית היא, אם התקיים התנאי האמור בסעיף 11(א)(1) לתקנות, היינו שאין הוא בולט יתר על שני מטר מן הקיר.

65. באשר לחריגה זו העידה המפקחת, כי הבדיקה שנערכה ביחס לאותו קירוי נעשתה על סמך היתר הבנייה של הנכס שקיבל טופס 4, ובהתאם למידות המופיעות בו, וכי לא נערכה כל מדידה בפועל בשטח עצמו. המשיב עומד על כך שהבליטה היא פחות משני מטר, ופנה למערערת בטענות מפורשות לעניין זה כבר ביום 26.11.15 במסגרת ת/18.

66. בצדק קבע בית משפט קמא לעניין חריגה זו, כי בהיעדר מדידות מדויקות, יש לקבל את עמדת המשיבים, לפיה הבנייה אינה חורגת מהדרישות האמורות בתקנה 11 לעיל. בית המשפט הסביר היטב כי בפועל המחלוקת היא על פער מדידה של כ- 25 ס"מ. משמע, טענת המשיבים אינה מופרכת, כלל וכלל. לא ניתן לומר בביטחון מלא, כי המפקחת לא שגתה, לא בטביעת העין ולא בהסתמכות על מדידה שנעשתה על ידי אחר, אודות פרגולת הבטון העומדת בבסיס הגגון, עליה הסתמכה לצורך הערכת הבליטה מהקיר. המדובר במשפט פלילי. נדרשת רמת הוכחה מעבר לספק סביר. מכיוון שניתן היה למדוד - צריך היה למדוד, וזאת במדידה ישירה. ההימנעות מכך היא מחדל חקירה, כפי שציין בצדק בית משפט השלום. לפיכך, צדק בית משפט קמא בקביעתו: **יש לקבל את גרסת המשיב לפיה אין הגגון חורג משני מטר, ולכאורה חל הפטור הקבוע בתקנות.**

67. המערערת טענה עוד, כי קירוי זה חרג מאחוזי הבניה. אולם, לעניין זה לא הוגשה כל ראיה ישירה, והמערערת מפנה רק לפרוטוקול הוועדה לתכנון ובניה בהקשר זה. כאמור, בטיעון על פה בערעור, חזר בו ב"כ המערערת מבקשתו לסמוך על הנאמר בוועדה, ולפיכך אין צורך לדון בשאלת קבילות הדברים או משקלם. ממילא, יש לקבוע כי טענת החריגה מאחוזי בניה לא הוכחה. משלא הוכחה הטענה לחריגה מאחוזי הבניה, אין צורך לדון בשאלה המשפטית שעורר המשיב, אם גגון, הפטור מהיתר על פי הגדרות התקנות, כפופה לקיומם של אחוזי בניה.

68. המערערת טענה בהודעת הערעור כי, כך או כך, הייתה חובה להגיש הודעה לרשות לפי סעיף 11(ד) לתקנות. אולם על פני הדברים מדובר בשגגה, באשר לפי נוסח התקנות, חובת ההודעה אינה קמה ביחס לגגון

ששטחו קטן מ- 20 מ"ר.

69. סיכומו של דבר, ערעור המערערת ביחס לרכיב זה - נדחה.

תחולת הפטור על חריגה ג'

70. על פי כתב האישום, חריגה זו מתייחסת להצבת מחסן בגודל כ-4 מ"ר בשטח המרפסת של המשיב. אף ביחס למחסן זה טען המשיב כי הוא פטור מקבלת היתר בניה. הפעם, מכוח תקנה 29 לתקנות הפטור, המנוסחת כדלקמן:

"29. הקמת מחסן אחד לכל יחידת דיור, שמתקיימים בו תנאים אלה פטורה מהיתר:

- (1) המחסן יוקם מחומרים קלים בלבד;
- (2) גודלו אינו עולה על 6 מטרים רבועים וגובהו אינו עולה על 2.05 מטרים; אם המחסן בעל גג משופע, לא יעלה גובהו על 2.4 מטרים;
- (3) הוא לא יחובר לתשתיות לרבות מים וביוב וחשמל;
- (4) לא יוקם המחסן בשטח המיועד בהיתר לחניה, ולא יוצב במרפסת לא מקורה בחזית קדמית, אלא אם כן הותר במפורש בתכנית או בהנחיות המרחביות;
- (5) הודעה בדבר הקמת מחסן, ערוכה לפי הטופס שבתוספת, תימסר לרשות הרישוי בתוך 45 ימים ממועד הקמתו."

71. באשר לחריגה זו, עיקר טענות המערערת מבוסס על ההנחיות המרחביות השוללות כל אפשרות להציב מחסנים בבנייה רוויה. כאמור לעיל, יש להניח לטובת המשיב כי ההנחיות המרחביות פורסמו לאחר הבניה, וממילא, בעניינו של המערער דנן, לא ניתן לגזור מהן כללים השוללים פטור, בוודאי שלא בהליך פלילי.

72. אמנם המערערת טוענת לקיומו של איסור החל על המחסן, לפי התכנית החלה על האזור (תב"ע 131/102/02/5), הקודמת להנחיות המרחביות (ראו סיכומיה בערכאה קמא, סעיפים 13 ו-34). ואכן, בוודאי שכל בניה כפופה תמיד לתכנית החלה במקום, ולא יועיל פטור לפי תיקון 101, כאשר מדובר בבניה הנוגדת התכנית, כפי שהוסבר היטב בפרשת **לביא**. אולם, המערערת לא הפנתה לאזכור מדויק בתוך אותה תב"ע, לא צרפה צילום של הנוסח העדכני, לא ציטטה, ולא אזכרה התנאים להקמת מחסן. המערערת עשתה מלאכתה קלה, ורק הסתכמה לעניין זה על הנאמר בפרוטוקול הדיון לפני הוועדה לתכנון ובניה. כאמור לעיל, לא ניתן להסתמך על הפניה חלקית ועקיפה מסוג זה, והטענה נדחית.

73. לפיכך, טענות המערערת המצריכות דיון ענייני, הן רק הטענות הנובעות מתיקון 101 ומתקנות הפטור עצמן. הטענה האחת, כי הפטור האמור בסעיף 29 לתקנות, מתייחס ל"מחסן אחד" בלבד לכל יחידת דיור. זאת, כאשר ביחס למשיבים, חריגה ג' הינה בגדר מחסן שני, נוסף למחסן הקיים כבר בבית המשיבים. המערערת עוד טוענת כי מיקום המחסן עומד בניגוד לתנאי תקנה 29(4) המוציאה מכלל פטור, מחסן המוצב במרפסת שאינה מקורה. המערערת אף טוענת כי יש פגם בכך שלא נמסרה לרשות הודעה מתאימה בדבר הצבת המחסן לפי תקנה 29(5).

74. המשיב טוען לעומת זאת, כי אין מדובר כלל במחסן, אלא בארון פלסטיק, ולפיכך אין לראות בו בכלל מעשה בניה. נטען כי שטחו כ 1.4 X 1.4 מטר, ולא מדובר ב- 4 מ"ר. כן טען המשיב, כי המחסן ממוקם בחלק האחורי של המרפסת, וממילא לא מפר את התנאים שנקבעו בתקנות. לעניין הטענה כי מדובר במחסן שני בדירה, התרעם המשיב על כך שהטענה עלה רק בסיכומים, ולא בשלב מוקדם יותר במשפט, כדי שיוכל להתמודד עם הטענה כראוי.

75. לאחר עיון, יש לקבוע כי **אכן מדובר במחסן** שהוצב במרפסת. אין מדובר ברהיט, אלא במחסן פלסטיק, שאינו קטן, גם לפי המידות שמציע המשיב, העומד במקום אחד דרך קבע. זה בדיוק סוג המחסנים אליהם כיוון מתקין התקנות בהחלטתו לפטור בניית מחסן כזה, ובלבד שהוא עומד בתנאים שנקבעו, ומדווח כראוי. לפיכך יש לדחות את טענת המשיב לפיה אין מדובר במחסן. עם זאת, לעניין גדלו של המחסן, בהעדר מדידה ישירה על ידי המפקחת, יש להניח לטובת המשיב כי מדובר במחסן בגודל לו הוא טען, **היינו 1.4 X 1.4 מטר**.

76. לעניין קיומו של **מחסן נוסף**, צודק המשיב כי עניין זה לא עלה אפילו בעדות המפקחת. אשר כעולה מהחקירה הנגדית, הסתמכה על ההנחיות המרחביות לפיהן אסור להציב כל מחסן, ולא בדקה מעבר לכך. למעשה, לא הובאה כל ראיה לקיומו של מחסן נוסף, למעט המחסן המשורטט בתכנית הדירה - ת/2. אולם, אין לדעת אם תכנית זו עדכנית, ואם המחסן שנמדד אי אז לקראת מתן טופס 4, עוד היה קיים, שעה שהוצב מחסן הפלסטיק.

77. כאמור, המערערת לא נתנה בתחילת המשפט התייחסות מפורטת, עם עמדה ברורה כיצד מתכוונת היא להשיב לטענות הפטור, למרות שהתשובה לאישום פורטה באופן בהיר בכתב. לאחר שאפילו בשלב העדויות הדבר לא עלה, **יש לקבל את טענת המשיב לפיה לא ניתנה לו הזדמנות נאותה להתמודד עם הטענה לקיום מחסן נוסף**, ודי בכך לדחות את טענת המערערת. מבחינה מעשית, כאמור, אין ראיה ישירה לעניין עצם קיומו של המחסן האחר, או טיבו בעת הצבת מחסן הפלסטיק, לשם הגדרתו מבחינה משפטית כ"מחסן". לפיכך, **יש לדחות את דרישת המערערת לקבוע כי בדירת המשיבים היה מחסן נוסף. משמע, אין לראות במחסן המתואר בכתב האישום בבחינת מחסן שני**.

78. לגבי הטענה של המערערת המסתמכת על תקנה 29(4), נראה כי המערערת התייחסה רק למחצית הראשונה של ההגדרה "**ולא יוצב במרפסת לא מקורה**", אך לא התמודדה עם המשך המשפט "**בחזית קדמית**". המשיב היה ער לנקודה קריטית זו כאשר חקר את המפקחת, והטיח בה כי המחסן הוצב "בחלקה האחורי של המרפסת". המפקחת השיבה רק כי הדבר אסור בכל מקרה, בשל ההנחיות המרחביות, ולא התמודדה עם הטענה כי המחסן לא הוצב "בחזית קדמית". אף ב"כ המערערת לא התמודד עניינית עם טענה זו בסיכומיו או בערעור, ולא הסביר כיצד הוכח כי המחסן הוצב "בחזית קדמית". **לפיכך יש לקבוע כי המחסן לא מפר את התנאים שנקבעו בתקנה 29(4) לתקנות הפטור**.

79. לעניין **מתן הודעה לרשות לפי הוראת תקנה 29(5)**. המשיב מודה שלא נתן הודעה כנדרש, ומסביר בתשובתו להודעת הערעור "נכון שלא מסרתי הודעה בזמן אמת לגבי המצללה והמחסן, כי הוטענו מהפרסומים הרבים בתקשורת בהקשר כניסתו לתוקף של תיקון 101 בהם לא נזכרה חובה זו". למותר לציין שאין בכך תשובה, שהרי אין הגנה לטעות בדבר המצב המשפטי אלא כאשר "הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר" (סעיף 34 ל^טחוק העונשין). פשיטא, שכאשר אדם מסתמך על כללים חדשים, שיש בהם לשנות המצב המשפטי ולפטור מהצורך בהיתר בניה, יש לקרוא בזהירות הכללים, ולעמוד בהם.

80. הפתיח של תקנה 29 קובע במפורש כי "**הקמת מחסן אחד לכל יחידת דיור, שמתקיימים בו תנאים אלה פטורה מהיתר**". משמע, מתן ההודעה לפי תקנה 29(5) הוא תנאי לפטור מהיתר בניה. בהעדר הודעה המוגשת בעתה, נמצא כי בניית המחסן אינה פטורה מהיתר. ממילא, הבונה את המחסן מבלי להודיע אינו פטור מהיתר בניה, אף אם ראוי היה המחסן לפטור, מכל היבט אחר. לא ניתן לראות בחסר זה בבחינת זוטי דברים, באשר הוא תנאי מפורש בתקנות, ובמועד שליחת הדו"ח למשיבים עדיין לא הוגשה ההודעה, למרות שחלף הזמן זה מכבר. אמנם, ייתכן שיש לראות בבקשה למתן היתר שהוגש בדיעבד משום הודעה, ויש בכך נסיבה מקלה, כעניין שיבוא בחשבון לעניין העונש, אם המחסן אכן מוזכר בבקשת ההיתר שהגישו המשיבים. אולם, לצורך שלב זה, נוכח הודאת המשיבים למעשה, **אין מנוס מקבלת ערעור המערערת בנקודה זו, ואין מנוס מהרשעת המשיבים בבניה ללא היתר, אף ביחס לאותו מחסן**. מודגש עם זאת, לצורך שלב הטיעון לעונש, כי יש להניח לטובת המשיבים שהמחסן היה ראוי לפטור, מצד עצמו, והעבירה נובעת מהמחדל של אי דיווח לפי התקנות, בלבד.

תחולת הפטור על חריגה א'

81. הבניה שכונתה "חריגה א'", הוגדרה על ידי מפקחת הבנייה כתוספת בנייה מאלומיניום הכוללת גג, העשוי מאלומיניום בגודל של כ-46 מ"ר, וחלונות על מעקה המרפסת, עם חריגות לכיוון המעבר בין הבניינים. מבנה זה נראה היטב בצילומים שהוגשו מטעם שני הצדדים, דבר החשוב להבנת תפקיד החלונות שהוצבו, וטיב קירוי האלומיניום העליון. שטח המבנה, לפי טענת המערערת, מופיע בשרטוטים ת/2, בהם המפקחת השתמשה בתכניות הבית, וצבעה את החלק המכוסה, באופן המאפשר להבין את ממדיו. כאמור, המשיב טוען כי מדובר ב"מצללה", שאינה מחייבת קבלת היתר בניה, לפי תקנה 12 לתקנות הפטור.

82. לעניין זה, נראה שבית המשפט קמא שגה כאשר סבר שהמחלוקת היחידה היא אם הוכח כי הקונסטרוקציה בולטת מעבר לשטח המרפסת, וכי רק מטעם זה טענה המערערת כי לא הייתה הקונסטרוקציה פטורה מהיתר. כך, בית המשפט התייחס רק בדרך אגב לשאלת רווח 40%, בקירוי, כאמור. אולם, כתב האישום וסיכומי המערערת בבית משפט קמא מבהירים היטב כי טענת המערערת היא שהקונסטרוקציה כולה הייתה טעונה היתר. התייחסות המערערת לבליטה מעבר לשטח המרפסת, אינה אלא אחת התכונות האסורות של הקונסטרוקציה, אשר לשיטתה של המערערת יימנעו ממנה אפשרות לקבל היתר. למעשה זו התכונה היחידה אשר אוזכרה במפורש בכתב האישום, כפי הנראה משום היותה נסיבה מחמירה בביצוע העבירה. אולם, הובהר היטב, גם בעדות המפקחת, כי לשיטת המערערת אין מדובר כלל ב"מצללה" נוכח אופי הקירוי ועצם קיומם של החלונות. כן נטען בבירור, כי החלונות עצמם יוצרים בעיית בטיחות, אשר גם כן ימנעו מהקונסטרוקציה לקבל היתר. **לאחר שבית משפט קמא לא דן ברוב הסוגיות האמתיות שבמחלוקת ביחס למבנה זה, אין מנוס מלהידרש אליהן כאן באופן מפורט**.

83. תקנה 1 לתקנות הפטור מגדירה מצללה (פרגולה) - "**מבנה בלא קירות, הבנוי מחומרים קלים, שתקרתו משטח הצללה ובלבד שהמרווחים בין החלקים האטומים של משטח הצללה מחולקים באופן שווה ומהווים 40% לפחות ממנו**" (יוער כי זו ההגדרה המקורית בתקנות משנת 2014, וההגדרה תוקנה בקיץ 2020, אך לא השתנתה בחלק המהותי לענייננו).

84. כאמור, תקנה 12 לתקנות הפטור קובעת את התנאים לבניית מצללה באופן שאינו צריך הגשת בקשה להיתר



בניה, וזה לשונו:

12. "הקמת מצללה פטורה מהיתר, ובלבד שמתקיימים בה תנאים אלה:

- (1) שטחה אינו עולה על 50 מ"ר או על ¼ משטח הקרקע הפנוי ממבנים או הגג - הכול לפי הגדול יותר;**
- (2) המצללה תוקם על גבי הקרקע או גג המבנה, אלא אם כן נקבעה הוראה בהיתר, בהנחיות המרחביות או בתכנית שלפיה מותרת הקמת מצללה במקום אחר;**
(2א) כללה המצללה קירווי שקוף, הקירווי האמור יותקן בצמוד לתקרת המצללה ולא יחרוג מהיקף המצללה;
- (3) הודעה על ביצוע עבודה לפי תקנה זו ערוכה לפי הטופס שבתוספת, תימסר לרשות הרישוי בתוך 45 ימים ממועד ביצועה ויצורף לה אישור מהנדס מבנים בדבר עיגון המצללה ויציבותה וכן כי כשל מבני במצללה לא יתרחש בנקודת העיגון למבנה ולא יגרום לכשל מבני במבנה".**

85. לאחר עיון בטענות הצדדים, כמפורט לעיל, מתברר שיש לדחות חלק משמעותי מטענות המערערת, גם ביחס לחריגה זו. יחד עם זאת, הגעתי למסקנה כי מבנה זה, על פניו, אינו עומד בתנאי תיקון 101 ובתקנות הפטור, מכמה סיבות מצטברות, אפילו בהנחה שמתקבלת גרסת המשיב (המתקבלת נוכח מחדלי החקירה, כאמור).

86. לעניין **שטח המבנה**, כפי שציין בית משפט השלום בצדק, השטח לא נמדד כראוי. אף כי ניכר שמדובר בשטח נרחב, המכסה חלקים נכבדים מאוד של המרפסת הגדולה, **יש להניח לטובת המשיב כי השטח הוא 36 מ"ר**, כטענתו בסיכומים, ולא יותר. כמו כן, **מחמת הספק, יש להניח לטובת המשיב כי המבנה לא חרג מעבר לשטח המרפסת אל השטח הציבורי**. אמנם, החריגה נראית לכאורה מהתמונות שצלמה המפקחת, אך היא לא בדקה זאת מקרוב. מעבר לכך, אף דבריה של העדה בחקירתה הנגדית מלמדים על ספק מבחינתה לעניין זה "לגבי בליטה, מודה, יכול להיות שטעיתי וזה נראה לי יותר בולט מקו המרפסת, ככה זה נראה לי מהזווית שצילמתי" (עמ' 9 לפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא מיום 13.12.18, ש' 17-29).

87. יחד עם זאת, **מקובלות עלי עיקר הטענות המשפטיות של המערערת לעניין חריגה זו**. אפתח במימד **החזותי**. מדובר למעשה במעין גגון שנבנה, בשטח גדול יחסית, המגיע עד קצה המרפסת. מעבר לכך, באחד המפנים נוספו גם חלונות, אלומיניום גדולים, המגיעים מגובה המעקה ועד גג האלומיניום, על פני כמה מטרים. גודל הקונסטרוקציה כשלעצמה, ובוודאי בשילוב עם החלונות, משנה את חזות הבניין במידה ניכרת. לכן, עוד בטרם הדיון בתקנות הפטור, יש לקבוע שלא מתקיים התנאי המקדים למתן פטור למבנים. היינו, התנאי הקבוע בסעיף 145ג(א)(3) לחוק התכנון והבניה (בתיקון 101), כי "**השפעתם על חזות הבניין, על הסביבה ועל אופיין ומאפייניהן, מעטה**".

88. יובהר למען הסר ספק, שבית המשפט לא ייקבע אם התוספת יפה או מכוערת, אם ראוי לאשר בניה כזו שאין ראוי לאשרה. אף לא התעלמתי ממכלול השיקולים שהביא המשיב לעניין זה, לרבות קיומם של מבנים דומים, שצולמו על מרפסות השכנים. כל שבית המשפט קובע בזאת, הוא שהמשיב לא היה רשאי להחליט על שינוי כזה במראהו של הבניין על דעת עצמו, ועליו היה לבקש היתר מהוועדה המקומית לתכנון ובניה, וזאת לפני שהחל בכלל בבניה. תיקון 101 לא התכוון להעניק פטור מהיתר ביחס לשינוי כה מהותי.



משלא ביקשו המשיבים היתר בניה מראש, ביצעו עבירה של בניה ללא היתר, ואין מנוס מהרשעתם.

89. מעבר לכך, מקובלת עלי הטענה של המערערת כי מבנה זה אינו זכאי לפטור לפי נוסח תקנות הפטור. **המבנה אינו מצללה**, משום שנבנו חלונות באחת פיאותיו. מעבר לשינוי החזותי האמור לעיל, בניית החלונות במסגרת קבועה אסורה כשלעצמה. זאת, בין אם המסגרת מונחת על המעקה (כטענת המערערת) ובין אם הם מונחת על עמודים עצמאיים (כטענתו של המשיב). כך או כך, מסגרת החלונות מוציאה את הקונסטרוקציה מכלל "מצללה". הרי **מדובר בפועל בהשלמת המעקה לכלל "קיר", ובכך הוצא המבנה מכלל "מבנה בלא קירות"**, כהגדרת "מצללה" בתקנה 1.

90. אין מחלוקת כי המשיב **לא מסר הודעה אודות המבנה**, בהתאם להוראות תקנה 12(3) לתקנות הפטור, למרות שלטענתו הוא סבר כי מדובר היה ב"מצללה" על פי התקנות. ממילא, המשיב לא צירף להודעה **אישור הנדסי על בטיחות תוספת הבניה**. ייתכן שניתן לראות בהגשת הבקשה המאוחרת להיתר בניה, עם אישורים הנדסיים, משום הסרת המחדל. אולם, דבר זה נעשה זמן רב לאחר שנתגלתה העבירה, ורק לאחר שקיבל הדו"ח. ממילא, אפילו אם היה המבנה ראוי לפטור כ"מצללה", די במחדל כזה, שהוא גם מחדל במישור הבטיחות, כדי להצדיק כתב אישום, אם התביעה סבורה שיש בכך עניין לציבור. בשים לב להיבט הבטיחותי של חובה זו, גם לא יכול להיות ספק כי די במחדל כזה לבדו כדי להרשיע, ואין לראות בכך "זוטי דברים". זאת, אפילו היה מדובר ב"מצללה" הפטורה מהיתר, כדת וכדין, ולא היא.

91. עוד יאמר, כי המבנה אותו מכנה המשיב "מצללה" לכאורה נבנה בניגוד לתקנות, גם מסיבות נוספות. כך לדוגמה, המבקש טוען כי סבר שמותר לו להקים מצללה על המרפסת, נוכח נוסח התקנות. דא עקא, שכמצוטט לעיל, התקנות קובעות באופן מפורש כי **"המצללה תוקם על גבי הקרקע או גג המבנה, אלא אם כן נקבעה הוראה בהיתר, בהנחיות המרחביות או בתכנית שלפיה מותרת הקמת מצללה במקום אחר"**. המבקש טוען כי בנה את ה"מצללה" בטרם פורסמו הנחיות מרחביות, ולא הצביע על כל תכנית המתירה לבנות מצללה על מרפסת. אם כן, **מניין הפטור בעת בנייה של מצללה על מרפסת? די בכך, גם כשיקול יחיד, כדי לקבוע כי המבנה היה טעון היתר.**

92. לאחר עיון, לא אכריע בנקודה נוספת, עליה המערערת לא התעכבה בערעורה, הנוגעת לאופן קירוי **התוספת**. זאת, כאשר עדת התביעה, המפקחת, עמדה על כך שאין בשיטה זו לקיים היחס שנקבע בהגדרת "מצללה לפיה (ש) המרווחים בין החלקים האטומים של משטח ההצללה מחולקים באופן שווה ומהווים 40% לפחות ממנו". במקרה זה, הקירוי נעשה (כעולה מהשרטוט שהוגש נ/10) באמצעות פסי אלומיניום מכופפים, כך שחלק שטוח ומקביל לקרקע, וחלק מוטה באלכסון כלפי מעלה. זאת, תוך יצירת מרווח אנכי, למעבר אוויר ואור, בין הצד השטוח של פס אחד לבין הצד המורם באלכסון של הפס הסמוך. וזאת, למרות שבמבט ממעוף הציפור ישר כלפי מטה, אין למעשה רווח בין פס אחד למשנהו. בלשונו של המשיב בהסברו לשרטוט נ/10 - "המרווח בין פסי המצללה במרפסת שלי הוא יותר מ-60%. הפסים עשויים מפרופיל אלומיניום מכופף, הכולל בסיס של כ-4 ס"מ שממנו יוצא חלק משופע בזווית של כ-45 מעלות כלפי מעלה ביחס לבסיס. המרחק בין שני הבסיסים הוא יותר מ-60%".

93. המפקחת העידה כי לא ראתה בקירוי זה כל מקום ש"פתוח לשמיים", וכי לא ראתה כלל שמש. לכן, היא בכלל לא סיווגה את קירוי המבנה כ"פרגולה", אלא כ"גג". לענין התמונה נ/8, בו מראה הנאשם כי ניתן לראות השמיים דרך המרווחים, הסבירה העדה כי תמונה זו צולמה בזווית אלכסונית. אולם כדי שהקירוי יחשב



"מצללה", לשיטתה, "צריך לקבל 40% כאשר מרימים ראש למעלה". כאמור, לשאלת בית משפט קמא בדבר המקור לקביעה זו השיבה המפקחת כי "זה כתוב בתקנות". בית המשפט דחה את טענתה בהנמקה לא בהירה, וקבע כי היא "לא הביאה אסמכתא לכך". אולם, בית המשפט עצמו, בהכרעת הדין, לא ניתח את ההגדרה אשר בתקנה 1, אשר, כאמור, מציינת במפורש שצריך להיות מרווח של 40% לפחות בין החלקים האטומים, בדיוק כפי שהעידה המפקחת.

94. איני רואה צורך לקבוע מסמרות בשאלה אם מרווח אנכי בין פסי המתכת יחשב גם כן למרווח לשם הגדרת "מצללה". שכן, כך או כך, אין מנוס מהרשעת המשיב לגבי קונסטרוקציה זו, מכל הטעמים שפורטו לעיל. אין מקום לפסוק הלכה בשאלה זו, לאחר שהמערערת לא מצאה לנכון להביא הנמקה משפטית לעניין זה, ואף צד לא הצביע על פסיקה.

95. אעיר רק כי, על פני הדברים, אני מתקשה מאוד לקבל את ההנחה של המשיב לפיה פס המונח בזווית דינו שונה מפס המונח באופן ישר ומקביל לקרקע. לכאורה המחוקק מתנה הגדרת "מצללה" בקיום רווח של 40% בין חלק אטום אחד לבין משנהו, בעת בחינת "משטח ההצללה", ואני מתקשה לקבל הטענה כי רווח זה יכול להיות גם רווח אנכי. הרי ענייננו בבחינת "משטח", כאשר השאלה עד כמה "חמתה מרובה מצלתה" או "הפרוץ מרובה על העומד" צריכה לכאורה להבחן בהיטל על, שהרי זה משמעותו של "משטח", לכאורה.

96. אולם, המערערת לא הרחיבה בנקודה זו בנימוקי הערעור, בניגוד לפעולתה בערכאה הראשונה, ולא התקיים דיון מפורט בשאלה זו במעמד הצדדים. כמו כן, נתתי דעת לפסיקה שקבעה אחרת, תוך הדגשה שספק פרשני נכון להכריע לטובת הנאשם (כך לדוגמה ב(ת"א) 229-01-17 **מדינת ישראל נ' נמני** (25.4.18) (מפי השופטת רונית אופיר)). יתרה מכך, נתתי דעתי לכך שמתקין תקנות הפטור זנח פסוקית מתוך ההגדרה של "מצללה" לפי תקנות התכנון והבניה (היתר לעבודה מצומצמת), תשס"ג - 2003 (שעדיין היו בתוקף בעת התקנת תקנות הפטור). פסוקית לפיה הותנה לגבי מצללה "שתקרתו משטח הצללה מישורי ואינו משופע או נטוי". לכאורה, גם השינוי בהגדרה, בהשמטת דרישת המישוריות, נוטה לתמוך דווקא בעמדת המשיבים. לפיכך, **למרות הקושי הפרשני, בהעדר התייחסות מפורטת של המערערת, ומבלי לקבוע מסמרות או תקדים למקרים אחרים, יש להניח לטובת המשיבים דנן כי, לפחות ביחס לתכונה זו, לא חרג המבנה מלהיות "מצללה"**.

97. **סיכומו של דבר**, חריגה א', הכוללת קירוי אלומיניום וחלונות, לא הייתה פטורה מהיתר, ולפיכך בנייתה ללא היתר הייתה עבירה. נדחו חלק מטענות המערערת ומתקבלות טענות המשיב כי השטח אינו אלא 36 מ"ר ואין הבניה חורגת מקו המרפסת. השאלה המשפטית, אם רווח אנכי בפרגולה מקיים את חובת קיום רווח של 40% לפי התקנות, לא הוכרעה בערעור זה, בהעדר טיעון משפטי מסודר של הצדדים, ולפיכך, בשלב הטיעון לעונש, יש להניח לטובת המשיב כי ביחס לנקודה זו לא חרגו המשיבים מהגדרת "מצללה". כאמור, טענות המערערת הנובעות מההנחיות המרחביות נדחות, באשר לא הוכח כי היו בתוקף בשעת הבניה.

98. יחד עם זאת, **נקבע בכל זאת כי המשיבים לא היו פטורים מקבלת היתר**, הן משום השינוי החזותי המשמעותי לבניין שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות החוק; והן משום שהקמת החלונות, בין המעקה לתקרה, הוציאה את המבנה מכלל הגדרת "מצללה" בתקנות, באשר אין זה "מבנה בלא קירות". אף בהנחה כי מדובר ב"מצללה", המבנה לא הוקם בהתאם לתקנות, שאינן פוטרות "מצללה" מהיתר, אלא אם נבנה על גבי הקרקע או גג, אך ה"מצללה" דנן נבנתה על גבי מרפסת (והמשיב לא הצביע על מקור אחר המתיר

לעשות כן). יתרה מכך, אף לא הוגשה הודעה כדין עם אישור בטיחות הנדסית, תוך 45 יום מהבניה. **מכל הנימוקים המצטברים האלה, אין מנוס מן המסקנה כי "חריגה א'"** **אכן הייתה טעונה היתר, ומשבנו המשיבים את המבנה ללא היתר, אין מנוס מהרשעתם.**

הגנה מן הצדק

99. בית משפט קמא התייחס להגנה מן הצדק בכמה מישורים: לא מצא ממש באחת הטענות של המשיב (אכיפה בדרנית), אך מצא פגמים בהתנהלות המשיבה בשלשה מישורים אחרים (טיב החקירה, התייחסות לטענות המשיב בטרם האישום, וטיפול הוועדה המקומית בבקשה להיתר). אני מסכים לביקורת בית משפט קמא לגבי שניים מהם, אך חולק ביחס לשלישי. יתרה מכך, לעיל הוספתי ביקורת על התנהלות המערערת במשפט עצמו (העדר תשובה בהירה לטענות הפטור), אשר ראוי להזכירה כאן שוב.

100. ראשית, נקבע בבית משפט קמא, כי **אין אינדיקציה לאכיפה בדרנית**. אכן, נוכח עדות המפקחת כי ההגעה אל המשיבים הייתה במסגרת של מבצע אכיפה באותו אזור, לא נראה שיש ממש בחשש המשיב לאכיפה בדרנית.

101. בית משפט קמא עמד על פגמים משמעותיים בחקירת החשדות שיוחסו למשיב. זאת, בכך **שלא נערכו מדידות וצילומים בתקריב**, לסייע להבהיר ולהגדיר את מעשה העבירה הנטענת. זאת, למרות שהיו כמה ביקורים בדירה, לאחר החקירה הראשונה שהתקיימה. אף בביקורים הראשונים שנערכו, לא דווח על בקשה של המפקחת להיכנס לדירה, לצלם ולמדוד. הניסיון מלמד שיהיו מקרים בהם תהיה מניעה אובייקטיבית ממדידה וצילום מקרוב, אך גם במקרים כאלה ניתן לצפות למאמץ להגיע למידע באופן עקיף, או למצער איסוף ראיות נוספות לאחר הסרת המניעה. יחד עם זאת, אין מדובר בהתנהלות "שערורייתית", יש מקרים בהם לא יהיה ספק כי בוצעה עבירה, גם ללא מדידה מדויקת, כאמור לעיל לגבי חריגה א'. במקרים אחרים, יש לדון התקלה כשם שדנים בכל מחדל חקירה במשפט פלילי. היינו, שבכל מקרה של אי בהירות, או אי בדיקת טענה, יש להניח העובדות כטענת הנאשם, ובלבד שאין ראיות מכריעות המחייבות להגיע למסקנה אחרת. הפתרון המידתי, שנתן בית משפט קמא בצדק, הוא קבלת גרסת המערער בכל מקרה בו הייתה מחלוקת לגבי המדידה או מהות הבניה. אין מקום לכל תרופה נוספת בהקשר זה.

102. בית משפט קמא עמד גם על כך **שמכתבי המשיב עם טענותיו המשפטיות לא קיבלו מענה ענייני** בטרם פנה לקבל היתר. עניין זה הוא בשולי הכרעת הדין, ואינו מתקשר ישירות להליך הפלילי. בסופו של יום מתברר, כאמור לעיל, שניתן לקבוע מעבר לספק סביר, שלפחות חלק מהבניה נעשתה שלא בהתאם לתקנות הפטור. יחד עם זאת, נכון היה להשיב כראוי לטענות, ולו בתמצית ובכותרת. אולם, **ההשפעה על ההליך הפלילי מועטה**, ולכן אין ליתן משקל מופרז לעניין זה, והדברים רחוקים מלהגיע להגנה מן הצדק.

103. לעניין **התנהלות הוועדה המקומית, אין בידי לקבל את הביקורת של בית משפט קמא**. המשיב בנה לכאורה ללא היתר. לגבי חריגה א', בה יש לקבל הערעור ולהרשיעו, מדובר בבניה בהיקף לא מבוטל, תוך שינוי מוחשי של חזות המבנה. המשיב התיימר לבנות לפי תקנות הפטור, אך לא נתן הודעה לרשות על הבניה, לא על הקונסטרוקציה הגדולה (חריגה א') ולא המחסן, חריגה ג'.

104. רק לאחר הגשת הדו"ח נגדו, פנה המשיב לבקש היתר. לדבריו חשב שהוא עושה כן "לפנים משורת הדין". אולם, לאחר שלא הגיש דו"ח בדיעבד על הבניה כמתחייב בתקנות, לא היה זכאי לפטור. לכן, שורת הדין חייבה הגשת בקשה להיתר. המשיב לא עשה השינויים הנדרשים לאחר החלטת הוועדה המקומית, ואף לא קיים את מה שהתחייב במסגרת הפשרה אליה הגיעו הצדדים בוועדת הערר המחוזית. לטענתו, הצד השני חזר בו. אולם, הוא עצמו לא הסיר את הבניה, במשך תקופה ארוכה, לפחות עד מועד הדיון בערעור בבית משפט זה. זאת, למרות שהמשיב ידע כי עמדת הפיקוח, התביעה, הוועדה המקומית והוועדה המחוזית היא כי מדובר בבניה אסורה.

105. יובהר, לו היה מתברר בוועדת הערר המחוזית כי דין המבנים כולם להיתר מלא, היה טעם של ממש בטענה כי אף לאחר שבנו המשיבים בעבירה, לא דנה הרשות במהירות ראויה בבקשתו. אולם, לאחר שהתברר כי לא קיבל היתר מלא לכל אשר בנה, ולא הרס הבניה במשך כל התקופה אף לאחר שבקשתו נדחתה, קשה לקבל את זעקתו. זעקה, הבאה על התנהלות איטית נטענת של הוועדה המקומית, כטענה להגנה מן הצדק, שכן הוא עצמו פעל שלא כדין ולא כראוי, בעניין מבנים אלה ממש.

106. יובהר שאין לומר שאין מקרים בהם התנהלות איטית של וועדה מקומית לתכנון ובנייה תקים הגנה מן הצדק. אולם, המדובר במקרים קיצוניים ומובהקים הרבה יותר, של עוולה הנגרמת לאזרח, בדרך כלל לפני ביצוע העבירה או בהקשר ישיר להעמדה לדין פלילי, ולא זה המקרה. **טענות המבקש אודות תלאותיו יילקחו בחשבון לעניין העונש. אולם, אין לראות בהן עילה מספקת, או מתקרבת להיות מספקת, לביטול אישום מחמת הגנה מן הצדק.**

107. המשיבים טענו גם כי המערערת פעלה שלא כהוגן בכך שנקטה כלפיהם הליכים פחות פוגעניים מכתב אישום מלא, אך בהמשך הגישה כתב אישום. **על פני הדברים, אם הליכים פחות פוגעניים לא הסתיימו בהסכמה, אין זה מופרך כי תקום החלטה שהאינטרס הציבורי מחייב הגשת כתב אישום.** אין למצוא פגם בהחלטות התביעה בהקשר זה, בוודאי לא פגם המצדיק התערבות של בית המשפט בהחלטות תובע. התערבות שלא תיעשה אלא במקרים קיצוניים ביותר, ואין מקרה זה נמנה עמיהם (ראו המחלוקת על היקף ההתערבות בהקשר זה ברע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רפי רותם** (5.5.20)).

108. לעיל אוזכרה הביקורת כלפי התביעה, על כך שהתנהלה כאילו המשיב לא הגדיר את טענות הפטור שלו באופן בהיר. זאת, למרות שהגיש מכתבים לפני הגשת האישום, ולאחר מכן, בהם פירט באופן מדויק מאוד את טענותיו לפטור מהיתר בניה. **לאחר הגשת כתב אישום, ולאחר מסירת טענות קונקרטיים ובהירות לפטור לפי התקנות, מן הראוי היה להודיע באופן מסודר, לנאשם ולבית המשפט, כיצד בדיוק מתמודדת המאשימה עם הטענות לפטור מקבלת היתר.**

109. המערערת עמדה בטיעוניה על האמור בפרשת **לביא** (ראו בעיקר בפסקה 50). זאת, בעיקר על המשפט "לא טען הנאשם טענת פטור קונקרטי בשלב הראשון, לא יוכל להישמע בטענה כי טענתו לא נשללה בפרשת התביעה". אולם, כאמור לעיל, **המערער כן מסר טענת פטור קונקרטי. אולם, המערערת בכל זאת לא פעלה להפריך הטענות באופן ישיר. טענותיה העובדתיות באו לידי ביטוי חלקי בפרשת הראיות, וטענותיה המשפטיות באו לידי ביטוי בעיקר בסיכומים.** משמע, במקרה זה נמצא כי מסגרת המחלוקת הייתה מעורפלת בשלב הראיות, והתבהרה למעשה רק בסיכומים. אך הערפול לא נבע מהמשיבים אלא מהמערערת.

110. לטעמי, במקרים בהם הדברים אינם ברורים מאליהם, טוב יעשה בית המשפט אם לאחר קבלת תשובה לאישום, לרבות בהתקיים טענה בדבר תחולת הפטור, יקיים דיון קצר במסגרת סעיף 144 לחסד"פ. זאת, על מנת לברר אלו טענות מבין טענות הנאשם, המקימות לטענתו פטור, מקובלות על התביעה ועל אלו טענות היא חולקת, עובדתית או משפטית. לטעמי, גם אם בית המשפט לא יוזם זאת, ראוי לתביעה להבהיר, בתשובה על פה מידיית או בתגובה בכתב לטענות פטור, מה הן טענותיה נגד תחולת הפטור. כך, יוכל הנאשם לכלכל את צעדיו בתבונה, ויוכל בית המשפט לנווט את המשפט בדרך היעילה ביותר לקראת סיום. שהרי, לא פעם יתברר כי המחלוקת היא משפטית ולא עובדתית, וניתן לחסוך את פרשת הראיות. אם מדובר בשאלה עובדתית, אפשר שהיא ממוקדת מאוד, וניתן לבררה במהירות, במקום בהליך הוכחות מלא.

111. מכל מקום, במקרה זה, טענות התביעה כי הפטור אינו חל, לא נטענו לפני בית המשפט באופן בהיר. המשמעות הייתה שהנאשם הופתע מחלק מהטענות בסיכומים. אולם, בכל זאת מדובר במציאות חריגה יחסית. אין לומר כי התנהלות התביעה בהקשר זה הייתה לקויה באופן חמור. לכן, הדברים רחוקים מאוד מלהצדיק ביטול האישום מחמת הגנה מן הצדק.

112. לסיכום, במקרה דנן, לא היו פגמים בהתנהלות התביעה שהצדיקו הגנה מן הצדק באופן גורף וביטול כתב האישום, רחוק מכך. הפגמים קיבלו מענה מידיתי וראוי, על ידי מתן משקל נמוך או אפסי, לטענות שהובאו בשלב מאוחר, בהן המשיב לא יכול היה להתגונן ביעילות (כגון הטענה שהיה מחסן נוסף); או קבלת גרסת המשיב עצמו ככל שראיות התביעה לקו במחדלי חקירה, כמקובל ביחס למחדלי חקירה (כגון בשאלת המידות של החריגות). די בכך כדי למנוע כל עיוות דין למשיב.

סיכום ותוצאה

113. ערעור המערערת נגע לעניינים שבעובדה עם טענות לשגיאות של בית משפט קמא בדיני תכנון ובניה. כן נטען ששגה בית המשפט בנקודה קריטית בסדרי הדין ובדיני הראיות, כאשר הטיל את מלוא נטל הראיה על כתפי המערערת. הערעור כוון לטעון כי המבנים שבנו המשיבים על מרפסת ביתם לא היו פטורים מהיתר, ולפיכך המשיבים עברו עבירות של בניה ללא היתר.

114. נקבע כי, בניגוד לעמדת המערערת, המשיב מסר תשובה מלאה לאישומים, וטען במפורש ובאופן מפורט מדוע כל פריט ופריט היה ראוי לפטור מהיתר בניה, לפי תיקון 101 לחוק התכנון והבניה, ולפי תקנות הפטור. לכן, לא הייתה הצדקה לכך שלא נפרשה עמדת המערערת כמאשימה ביחס לטענות אלה מתחילת המשפט, ולא הייתה הצדקה לכך שלא באה התמודדות ישירה עם עיקרי הטענות כבר בפרשת התביעה, והדבר הושאר לסיכומים בלבד.

115. יתרה מכך, נמצא כי בהתנהלות התביעה נגרם נזק דיוני למשיבים. אמנם, אין מדובר בסוג הנזק היכול להקים הגנה מן הצדק שיתבטא בביטול האישום כולו. אולם, הדבר השליך על הערכת החסרים הראייתיים של שני הצדדים, והיטה את הערכת הראיות בחזקה לטובת המשיבים. זאת, בשים לב גם לכך כי נטל הראיה הועבר במלואו לכתפי מערערת, ונטל השכנוע מעבר לספק סביר מעולם לא הוסר מכתפיה, כמאשימה בפלילים.

116. נוכח הנטל, ונוכח מחדלי חקירה, טענות המערערת בעניינים שבעובדה נדחו בעיקרן. אומצה עמדתו של בית משפט קמא, לפיה המערערת כשלה בחקירת חלק מן העובדות. אמנם נקבע שאין בכך כדי להקים הגנה מן הצדק, אך הכשל קיבל את מלוא המשמעות של "מחדל חקירה", כאשר העובדות נקבעו, בכל עובדה רלוונטית, לפי גרסת המשיב. כך, טענת ערעור מרכזית, לפיה יש לבחון את מעשי הבניה לפי ההנחיות המרחביות החלות על האזור, נדחתה. שכן מדובר בהאשמה פלילית, בה לא הופרכה טענת המשיב, כי המעשים נעשו לפני שפורסמו ההנחיות המרחביות. וכך, היקף הבניה מבחינת שטח הגגון, שטח מבנה האלומיניום שכונה "מצללה" בפי המשיב וכן שטח המחסן נקבעו כגרסת המשיב. אף נקבע כי חריגה א' לא חרגה משטח המרפסת.

117. למרות שהתקבלו עיקר טענותיו העובדתיות של המשיב, ולמרות שהתקבלו חלק מטענותיו המשפטיות, לא היה בכך די כדי להצדיק זיכוי מלא, כפי שנקבע בבית משפט קמא. אף לפי העובדות המוסכמות, והנראה בתמונות עליהן אין חולק, מתברר כי בכל זאת חלק מהבניה לא הייתה ראויה לפטור מהיתר. אף לא ניתנו דיווחים לרשות כמתחייב לפי התקנות. לפיכך, ערעור המערערת התקבל ביחס לחלק מהעבירות שיוחסו למשיבים בכתב האישום.

התוצאה היא, אפוא, שהערעור מתקבל באופן חלקי כדלקמן:

הערעור ביחס לחריגה ב' - הנחת גגון מעל פרגולת הבטון - נדחה במלואו, והזיכוי ביחס לפריט זה נשאר על כנו.

הערעור ביחס לחריגה ג' - הצבת מחסן בקצה המרפסת - נדחה בעיקרו, אך מתקבל ביחס לפרט אחד. התקבלה טענה המערערת כי מדובר ב"מחסן", אך שטחו נקבע כטענת המשיב 1.4 X 1.4 מטר. המערערת לא שכנעה כי המחסן לא עמד בתנאים שנקבעו בתקנות כדי להיות ראוי מצד עצמו לפטור מהיתר בניה. עם זאת, **המשיבים מורשעים בכל זאת בבניית המחסן ללא היתר, לאחר שלא הוגשה במועד הודעה כדין על הצבתו.**

הערעור ביחס לחריגה א' - סגירת המרפסת הפתוחה על ידי מבנה עם חלונות וקירוי אלומיניום - מתקבל בעיקרו. המשיבים מורשעים ביחס לחריגה זו, לאחר שנקבע כי מבנה זה לא היה פטור מהיתר. זאת, נוכח **הצבת החלונות המוציאים המבנה מכלל "מצללה"** (מבלי לקבוע מסמרות בשאלה אם אופן ההצללה עומד בתקנות אם לאו). כן צוין, כי התקנות פוטרות "מצללה" אך ורק בהצבה על הקרקע א על גג, אך זו **הוצבה על מרפסת.** כן נקבע כי, תהא הגדרת המבנה אשר תהא, **מדובר בשינוי מהותי של חזות המבנה,** ולפיכך חייב היתר מראש מכוח החוק עצמו, בתיקון 101. מעבר לכך, גם אם סברו המשיבים שהמבנה פטור, **לא נתנו הודעה כנדרש בתקנות** (כאשר לגבי מצללה יש צורך גם באישור הנדסי מטעמי בטיחות), ואף משום כך לא ראויים היו המשיבים לפטור. עם זאת, לצורך הטיעון לעונש, **יש להניח לטובת המשיבים** ששטח המבנה הוא 36 מ"ר "בלבד", כי אין הוא חורג מעבר לשטח המרפסת, וכי שיטת ההצללה אינה מוציאה המבנה מכלל מצללה (באשר שאלה משפטית זו הושארה ב"צריך עיון").

118. נוכח ההרשעה החלקית, **התיק מוחזר לבית משפט השלום לשם ראיות לעונש, טיעון לעונש וגזר דין.** שימת לב בית משפט השלום לכך שהכלל, לפיו ערכאת הערעור אינה ממצה את הדין, חלה גם על ערכאת הדיון הפועלת בשליחותה של ערכאת הערעור.

119. התנצלותי שטוחה לפני הצדדים על האיחור המשמעותי במתן פסק דין זה. איחור, שנבע מטעות ניהולית ומהצורך ליתן עדיפות לתיקים דחופים יותר. יש לשער שחלוף הזמן, בין השאר באחריות בית משפט זה, ישפיע על הענישה.

120. בהתאם להסכמה, **המזכירות תשלח עותק פסק הדין לצדדים, ותסגור את התיק.**

ניתן היום, י"ב סיוון תשפ"א, 23 מאי 2021, בהעדר הצדדים.