



ת"פ 47870/12/17 - מדינת ישראל נגד רמי דויטש

בית משפט השלום בנתניה

ת"פ 47870-12-17 מדינת ישראל נ' דויטש
בפני כבוד השופט עודד מורנו

בעניין:

המאשימה: מדינת ישראל

נ ג ד

הנאשם: רמי דויטש

ב"כ המאשימה- עו"ד עופרה אורנשטיין

ב"כ הנאשם- עו"ד אורן אלפנדרי ועו"ד נדב גרינולד

הנאשם בעצמו

הכרעת דין

מבוא

1. כנגד הנאשם הוגש ביום 24.12.17 כתב אישום המייחס לו עבירה של שימוש חורג במקרקעין- עבירה לפי סעיף 204 (א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה- 1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה"). המדובר הוא על נוסח חוק התכנון והבניה לפני תיקון 116 שנכנס לתוקפו ביום 25.10.17.

2. על פי האמור בכתב האישום, הנאשם החזיק כדין במקרקעין הידועים כחלקה 46 בגוש 9147 במשק



מספר 8, ברחוב החרוב 8, במושב אודים, בנצ. 185399/685808. המספר הישן של הגוש הינו 7705 חלקה 4 מגרש 8 (להלן: "המקרקעין").

3. ייעוד המקרקעין על פי תוכנית מש"מ 1/49 הינו חקלאי. בהתאם לכך, הרי שבאזור חקלאי יהיה מותר שימוש אך ורק לפי ייעודו כמפורט בתוספת הראשונה לחוק התכנון והבניה.

4. על המקרקעין נמצאים שני מבנים שנבנו במועדים שאינם ידועים למאשימה. האחד, מבנה מאסכורית בשטח של 174 מ"ר, אשר נבנה ללא היתר (להלן: "האסכורית"). השני, ששטחו 300 מ"ר, לו היתר לשימוש כלול עופות שקירותיו וחלק מגגו הוחלפו ללא היתר, במועד שאינו ידוע למאשימה (להלן: "הלול" וביחד עם האסכורית- "המבנים").

5. אסתר וסולומון מסרי (להלן בהתאמה: "אסתר וסולומון" וביחד: "השוכרים") היו בזמנים הרלוונטיים בעלי מניות ומנהלים פעילים של חברת מ.ג.א סחר ועיצוב פנים בע"מ (להלן: "החברה"), היא חברה פרטית המייבאת ומשווקת כלי בית ומתנות למסעדות ובתי מלון.

6. החל ממועד שאינו ידוע למאשימה, אך בערך משנת 2002 ועד סוף יולי 2017, השתמשה החברה, באמצעות אסתר וסולומון, במבנים תמורת דמי שכירות לצורכי אחסנה עבור החברה. ביום 31.7.17 פינו השוכרים את המקרקעין. ברם, ולנוכח דיני ההתיישנות, מיוחסת לנאשם עבירה של שימוש חורג במקרקעין בלבד, בין התאריכים 28.3.12 ועד 31.7.17.

השתלשלות העניינים וטענות הצדדים

7. ביום 8.11.18 התקיימה ישיבת הקראה בתיק וב"כ הנאשם הגיעו מלאי טענות כרימון ובפיהם שורה של טענות מקדמיות. תחילה, טענה לפגם או פסול בכתב האישום, בהתאם לסעיף 149 (3) לחוק סדר הדין פלילי, [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ). בעניין זה הפנו לכך כי בסעיף 5 לפרק העובדות בכתב האישום, רשומים השוכרים, אסתר וסולומון, כ- "נאשמים 2 ו- 3" וזאת לצד רישומים כעדי תביעה בפרק עדי התביעה.

בהמשך ישיר לכך, וכנגזרת מעובדות אלו, טענו, כי עומדת לנאשם טענה להגנה מן הצדק לפי סעיף 149 (10) לחסד"פ וזאת בדמות אכיפה בררנית, במספר מישורים. האחד, סגירת התיק כנגד סולומון ואסתר-השוכרים- בעוד שהנאשם עומד לדין לבדו בגין אותה עבירה בדיוק- שימוש חורג במקרקעין. שנית, הנאשם הנו בן ממשיך בנחלה ואימו, הגברת טוני דויטש ז"ל (להלן: "טוני") היתה בזמנים הרלוונטיים לביצוע העבירות בעלת הנחלה בה נמצאים המקרקעין, כך גם ביום 28.3.17, היום בו הגיע הפקח מר נועם וולנר (להלן בהתאמה: "יום גילוי העבירה" ו- "הפקח וולנר") למקרקעין. עוד הטעו ב"כ הנאשם כי לא בוצעה ולו פעולת חקירה אחת על מנת לחקור את טוני בעניין, למרות הממצאים הקיימים בתיק לפיהם היא היתה בעלת הנחלה. כמו כן, טענו בעניין נטילת הסמכות על ידי המדינה



מהמועצה המקומית חוף השרון כך שהתבצעה שלא כדין.

לצד טענות אלו, הוסיפו ב"כ הנאשם טענות בדבר חיפוש לא חוקי ביום גילוי העבירה על ידי הפקח וולנר, טענה לפי סעיף 149 (4) לחסד"פ, כך שלטעמם, עובדות כתב האישום אינן מגלות עבירה לאחר תיקון 116 לחוק התכנון והבניה; טענה לביטול כתב האישום בשל העדר שימוע; טענה לביטול כתב האישום בשל העדר שקילת הסדר מותנה לפי תיקון 66 לחסד"פ.

את כל אלו עיבו בתגובה בכתב שהוגשה, בהוראת בית המשפט, ביום 15.11.18, כך שחזרו על הטענות לעיל, והוסיפו כי אין כל מניעה במישור התכנוני להקמת עסק במקום עד לגודל של 500 מ"ר; טוני היתה בעלת הנחלה וזכויותיה קדמו לזכויותיו.

8. עוד באותו דיון שנערך ביום 8.11.18, הגיבה ב"כ המאשימה לטענות המקדמיות אותם העלו ב"כ הנאשם כך שבכל הנוגע לטענה בדבר פגם או פסול בכתב האישום הרי שמדובר ב"טעות הקלדה" כך שהשוכרים נרשמו בעובדות כתב האישום כנאשמים 2-3. עוד הוסיפה, לענין הטענה בדבר אכיפה בררנית כנגד הנאשם בכך שהתיק נסגר נגד השוכרים, כי חלקו של הנאשם בעבירה גדול יותר, הוא מקבל טובת ההנאה; **שוכר שיוצא מהנכס לפני הגשת כתב אישום "אנו נמנעים מלהגיש"** וכך הפכו השוכרים לעדי תביעה בתיק דנא ולא ישבו על ספסל הנאשמים, כך שבפועל נסגר נגדם התיק בעילה של נסיבות הענין בכללותן אינן מצדיקות העמדה לדיון. בענין הטענה לאכיפה בררנית כנגד טוני, השיבה כי אימו של הנאשם היתה סיעודית והנאשם היה בעל הזכויות במקרקעין וכי "אף אחד לא מנע ממנה" למסור גרסה.

בהתייחס לנטילת הסמכות הפנתה להנחיית היועץ המשפטי הממשלה, "הפעלת סמכות האכיפה של המדינה בעבירות תכנון ובניה במרחבי תכנון מקומיים" הנחייה 8.1101 (להלן: "הנחיית היועץ" בדבר נטילת סמכות"), כך שקיימת סמכות מקבילה; החיפוש ביום גילוי העבירה היה חוקי שכן מדובר בנוסח חוק התכנון הבניה לפני תיקון 116; לגבי הסדר מותנה הרי שהיקף השימוש החורג בתיק זה, העומד על כ- 474 מ"ר במשך קרוב ל- 15 שנים לערך, אינו מתאים להסדר מותנה והדבר נמצאה במסגרת שיקול דעתה של התביעה. את הטענות בדבר העדר שימוע דחתה מאחר והמדובר בעבירות מסוג עוון ולא פשע כך שאין חובה לקיים שימוע לפי סעיף 60 א לחסד"פ (ראו בענין זה תגובת ב"כ המאשימה במסגרת הסיכומים בעמ' 34 שורות 23-24 לפרוטוקול).

9. לאחר ששמעתי את טענות הצדדים הוריתי לב"כ המאשימה להגיש כתב אישום מתוקן בענין הטענה לפגם או פסול בכתב האישום כך שהשוכרים, עדי התביעה, רשומים גם כנאשמים בעובדות כתב האישום. בנוגע לייתר הטענות, סברתי כי יש תחילה להיחשף למארג הראייתי הקיים בתיק, טרם מתן הכרעה. ביום 8.11.18 הוגש כתב אישום מתוקן.



ראיות המאשימה

10. מטעם המאשימה, ביום 3.12.18 העידו אסתר וסולומון השוכרים. כמו כן העיד הפקח וולנר והוגשו בהסכמה המסמכים הבאים: דו"ח ביקור ותמונות מאת הפקח וולנר מיום הגילוי - ת/א'1-ת/1"א; הודעת הנאשם מיום 10.5.17 - ת/2; דו"ח רשם החברות לגבי החברה - ת/3; אישור הועדה המקומית על מצב הזכויות במשק - ת/א'4-ת/4; בקשה להיתר הסבת מבנה שהגיש הנאשם - ת/5; גרמושקה של הבקשה להיתר - ת/6; תוכנית רלוונטית שחלה מש"מ 49/1 - ת/7; אישור מנהל מקרקעי ישראל להעברת זכויות לנאשם - ת/8.

11. אסתר העידה בחקירה ראשית וסיפרה (בעמ' 7-11 לפרוטוקול) כי שכרה יחד עם בעלה סולומון מחסן ביישוב אודים כדי לאחסן סחורות אותן הם מייבאים ומשווקים לבתי מלון ומסעדות. לשאלת התובעת, אישרה אסתר כי החל משנת 1999 או שנת 2000 שכרו את המחסן עד שנאלצו לעזוב בשנת 2017. עותק החוזה אינו בידה או בנמצא אך התשלום החודשי עמד על כ- 15,000 ₪ בהמחאה לפקודת המושב השיתופי "אודים". לשאלת בית המשפט השיבה כי לא היו שוכרים נוספים במקום וב"כ המאשימה הוסיפה כי אין טענה כגון דא. כן אישרה כי המחזור העסקי השנתי של החברה עמד על כ- 4-5 מיליון שקלים (עמ' 7 שורות 1-13 לפרוטוקול).

זאת ועוד, בהמשך עדותה של אסתר מסרה כי החוזה היה מול טוני, שאמנם היתה סיעודית אבל הבינה מצוין את הנעשה סביבה (עמ' 8 שורות 1-4 לפרוטוקול); בתשובה לשאלות ב"כ המאשימה ועת הוצגו לה תמונות בצבע מהמחסן ת/1 וד' ות/1 י"ג אישרה כי שכרה מחסן בגודל 297 מ"ר, כי היה במקום גם משרד אך השטח עליו רשום 150 מ"ר- מבנה האסכורית, לא נשכר על ידה (עמ' 8 שורות 18 ואילך). יחד עם זאת, בהמשך עדותה בחקירה ראשית ולאחר רענון זכרון מחקירתה תחת אזהרה, אישרה כי החברה עשתה שימוש באסכורית אך רק בין החודשים מרץ ועד שעזבו ביולי 2017 (עמ' 9 שורות 1-10 לפרוטוקול). בנוסף, העידה אסתר כי הבינה שיש בעיה עם המקום כבר בדצמבר 2017 אז חיפשו מקום חלופי בכפר קאסם מאחר והנאשם נתן להם להבין שהם צריכים לעזוב. הנאשם, עמו היתה חברות אישית, גם פנה אליהם בענייני גובה השכירות במהלך השנים (עמ' 9 שו' 21-31 לפרוטוקול).

בחקירה נגדית (בעמ' 10-11 לפרוטוקול) מסרה אסתר, בתשובת לשאלת הסנגור, כי הרגישה מאוימת על ידי הפקח וולנר שנכנס ביום גילוי העבירה למקום מאחר והוא נשא אקדח (אך אישרה בחקירה חוזרת כי האקדח היה בנרתיק ולא נעשה בו כל שימוש (עמ' 11 בשורות 15-18 לפרוטוקול)); כי ביקשה שהפקח וולנר יעזוב את המקום ולאחר שהגיע לחקירה תחת אזהרה בחדר החקירות בו נכחו 4 אנשים. עוד הוסיפה כי בנה אבי מנהל יחד איתה את החברה (עמ' 11 בשו' 6-7 לפרוטוקול).

12. סולומון העיד בחקירה ראשית (בעמ' 12 לפרוטוקול) ואישר כי בעלת המשק היתה טוני אך לאחר רענון זכרון מחקירתו תחת אזהרה אישר כי אמר באותה חקירה כי הוא מכיר את רמי ורוזי דויטש, אשתו של הנאשם (להלן: "רוזי") ושהוא בעל המשק (עמ' 12 שו' 8-10 לפרוטוקול). כן הוסיף כי שילם כ-



15,000 ₪ שכירות באודים ושכר שטח של כ- 250-270 מ"ר ועוד מבנה זמני של כ- 150-200 מ"ר.

בתשובה לשאלות הסנגור בחקירה נגדית השיב כי בנו ואשתו מנהלים את העסק; החוזה התנהל מול טוני, רמי לא היה קשור לחוזה; ניתן לראות את המחסן מהכביש הראשי באודים אך לא פעילות עסקית וכי לא אישרו לפקח וולנר להיכנס למקום אך הוא נכנס (עמ' 12-13 לפרוטוקול).

13. הפקח וולנר העיד בחקירה ראשית בעניין המבנים הקיימים במקרקעין נשוא כתב האישום וזאת לעניין שהמבנה הוא משולב (תוך התייחסות לת/1 י"ג) מבנה של כ- 500 מ"ר המורכב ממבנה של 297 מ"ר המסומן באדום ולצידו מבנה אסכורית של 150 מ"ר עם מעבר ביניהם (עמ' 14 שורות 1-22 לפרוטוקול).

הסנגורים חקרו את הפקח וולנר ארוכות בחקירה נגדית (עמ' 14-24). וזאת במספר נושאים מרכזיים. לנוכח העובדה כי הפקח וולנר אישר עובדתית את מרבית השאלות אותן נשאל ועיקר המחלוקות בין הצדדים מפנה את הזרקור לשאלות משפטיות הטעונות את הכרעת בית המשפט, ניתן לסכם את תשובותיו כדלקמן: כניסתו של הפקח וולנר לנחלה היתה ללא כל סמכות שכן לא היה כל חשד סביר לביצוע עבירה ולכך השיב כי אכן היה מדובר בחלק מסיור אקראי על פי תוכנית עבודה ואין לו כל צורך בקבלת צו שכן יום הגילוי הנו ביום 28.3.17- טרם תיקון 116 לחוק התכנון הבניה; שהגיע למקום ראה בחוץ ארגזים שלא מעידים על פעילות חקלאית; בעניין הטענה כי לא המתין בחוץ למרות שנדרש על ידי אסתר והנוכחים במקום (אין מחלוקת כי הנאשם לא נכח במקום ביום הגילוי - ע.מ) השיב שהגיע למקום הציג את תעודת המינוי שלו, כן המתין בחוץ לבוא המשטרה ורק לאחר מכן המשיך בפעולותיו. חלק מהתמונות אולי צולמו קודם לכן.

בכל הנוגע לזימון טוני לחקירה השיב כי לדעתו טוני כן זומנה אך לאחר מכן השיב שיתכן כי הוא טועה. מבירור אמר הפקח וולנר כי הבינו שטוני מבוגרת מאוד ונמנעו מלזמן אותה לחקירה מ"הסיבות הטובות והלא טובות" (עמ' 16 שו' 20-23 לפרוטוקול). כן אישר הפקח וולנר כי אסתר אמרה בחקירה כי טוני היתה צלולה אך לנוכח המסמכים בדבר העברת המשק לידו של הנאשם והדבר חיזק את כיוון החקירה כנגדו. כן הוצג לו מסמך רפואי של טוני לפיו היתה צלולה עד יום מותה נ/2 (עמ' 18 שו' 13-16 לפרוטוקול).

לעניין המדידה של המבנים במקרקעין, אישר כי לא מדד פיזית את השטח והדבר נבע מהתנגדות במקום והדבר נעשה על פי ניתוח התצ"א, למשל ת/1 י"ג, הגם שהדבר לא נרשם בדו"ח שערך ת/1 א' (עמ' 24). כן נחקר לעניין העובדה כי המבנים נמצאים בהיתר אך השיב כי גם אם הלול קיים בהיתר הרי שכל שינוי בו הופך את המבנה ללא חוקי. כן השיב בשלילה לגבי מבנים נוספים ב"אודים" הבנויים ללא כל היתר ולא מתבצעת כנגדם כל פעולת אכיפה שכן הוא עושה את המיטב. כך גם לעניין נטילת



הסמכות וסרטון המתעד חלק מהאירוע של יום הגילוי (הסרטון לא הוגש כראיה לבית המשפט).

ראיות ההגנה

14. הנאשם העיד להגנתו וכן הוגשו מטעמו המסמכים הבאים: זימונים לחקירה עבור הנאשם, רוזי, אסתר וסולומון - נ/1 א'-נ/1ד; מסמך רפואי של טוני - נ/2; הודעה על הפעלת סמכות מקבילה - נ/3; מזכרים שהיווה בסיס לדו"ח הפקח וולנר - נ/4 א'-נ/4ד; בקשות להיתר משנת 1979 ו- 1973 - נ/5 ו- נ/6; מכתב עו"ד גרינולד מיום 17.4.17 בעניין חריגה מסמכות - נ/7; מכתב תשובה של עו"ד אסף שטרן מיום 26.4.17 - נ/8; צוואה של טוני - נ/8א; תעודת פטירה של טוני אשר נפטרה ביום 2.10.17 - נ/9; דרישה ממחלקת גבייה עבור טוני ומנדל מאת המועצה האזורית חוף השרון, מיום 2.8.17 - נ/10; וחשבונית של המועצה האזורית חוף השרון עבור טוני ומנדל מיום 26.10.16 - נ/11.

15. הנאשם העיד בחקירה ראשית ומיקד את טענתו כי הוא בן ממשיך, לא היה מעורב בכלום, ואימו, טוני, טיפלה בהכל עד יומה האחרון שרק לאחר מכן קיבל את הזכויות בנחלה, בהתאם לנ/8 א- הצוואה של טוני מיום 4.7.88, על כך ידע, רק לאחר שפתח את הצוואה לאחר מותה. (עמ' 15-24 לפרוטוקול). עוד הוסיף כי הוא עבד בלולים לפני שנים רבות ומאחר ולא היתה פרנסה, יצא לעבוד בחוץ לפני 35 שנים והיום הוא נהג אוטובוס. הנאשם העיד כי אמר זאת בחקירתו תחת אזהרה כי אימו מנהלת את המקום (ת/2 שורות 29 ואילך); הנאשם מסר כי אין לו חשבוניות או עוסק מורשה (עמ' 26 שו' 18-20 לפרוטוקול).

בחקירה נגדית השיב הנאשם לשאלות התובעת כי יש לו אח נוסף בכור; אביו נפטר לפני 30 שנים; שהוטח בו כי בהתאם לת/8 הזכויות הועברו אליו עוד בשנת 1995 כי הזכויות לא הועברו אליו בכלל אך אולי אימו כן העבירה אותן אבל שום זכות מעבר לבן ממשיך לא היה שינוי בשום דבר (עמ' 27 שו' 1-10 לפרוטוקול); כן הוסיף כי "הרגיש" שהזכויות עבור אליו רק לאחר פטירת טוני; כאשר הופנה למוצגי התביעה (ת/4 א' בדבר זכויות בניה במשק - בדיקה אותה הזמין הנאשם, דף בקשה למידע תכנוני- ת/4 ב', קבלה באותו עניין על שמו, ת/4 ג', מזכר בקשה נוספת באותו עניין ת/4 ד' ופרוטוקול הועדה המקומית לתכנון ובניה מיום 14.6.09 שם הוא רשום כמגיש הבקשה בעניין הסבת שני מבנים לשימוש פל"ח- פעילות לא חקלאית בנחלה, ת/5 בקשה להיתר, ת/6 הגרמושקה ו- ת/7 פרטים על תכנון התוכנית עליה הוא רשום כאחראי, השיב הנאשם תחילה כי הכל נעשה עבור אימו, לה עזר בכל מה שיכל (עמ' 27-28 לפרוטוקול). כמו כן, אישר הנאשם בהמשך שידע על פעילות החברה במקום והיה פעיל בעניין גובה דמי השכירות וכי ידע שהשימוש אינו חוקי ופנה בנושא לשוכרים (עמ' 29 שורות שו' 7-25 לפרוטוקול). לטענתו, נושא הסדרת החוקית של המבנים ירד מסדר היום בגלל האדריכלית אשר חלתה ועקב כך נאלצו לשכור אדריכלית אחרת והדבר לא בוצע (עמ' 30 שורות 1-6 לפרוטוקול).

דין והכרעה



16. בכל הנוגע לטענות הנאשם בדבר העדר שימוע והעדר קיומו של הסדר מותנה בתיק דנא הרי שאני סבור כי יש לדחות את טענותיו. בהתאם לתיקון 66 לחסד"פ וסימן א' 1 לפרק י', קיים לתובע שיקול דעת האם לערוך קיומו של הסדר מותנה, בהתאם לנסיבותיו הקונקרטיות של כל תיק ותיק והכל לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בענין נוהל והנחיית הפעלת הסדר מותנה, הנחייה 4.3042. בהנחיית פרקליטות המדינה בענין נוהל עבודה ביחס לתיקונים 66 ו- 68 לחסד"פ מיום 29.7.14 הרי שנקבע כי ההסדר נועד לחול על עבירות קלות, שבוצעו בנסיבות מקלות כגון הצבת מחסן, בניית פרגולה או תוספת בניה קלה שאינה משמעותית. בעניינו, כתב האישום מיחס לנאשם שימוש חורג בהיקף של כ- 474 מ"ר ואין הדבר עולה בקנה אחד עם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בהקשר זה כך שלא נפל כל פגם היורד לשורשו של ענין בהיבט זה והחלטת המאשימה בדבר הגשת כתב אישום הנה יותר מסבירה.
17. אלו הם פני הדברים גם בהתייחס לטענה בדבר העדר שימוע טרם הגשת כתב אישום שכן המדובר בעבירה לפי סעיף 204 (א) לחוק התכנון והבניה, עבירה מסוג עוון, ולא מסוג פשע המחייבת את ידוע הנאשם והליך שימוע לפי סעיף 60 א לחסד"פ.
18. בכל הנוגע לטענה בדבר נטילת הסמכות על ידי המדינה מהמועצה האזורית חוף השרון, הרי שלא מצאתי פגם בהתנהלות המדינה בהקשר זה, שכן בהתאם להנחיית היועמ"ש בדבר נטילת הסמכות, והן כפי שהוכר בפסיקת בית המשפט העליון (ראו: רע"פ 9321/03 אדרת נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים]; עפ"א 52857-07-15 מדינת ישראל נ' אונגר ואח' [פורסם במאגרים]), הסמכות הנה מקבילה ומסורה למדינה גם מכוח הוראות החסד"פ.
19. באופן דומה, יש לדחות את טענת ב"כ הנאשם לפי סעיף 149 (4) לחסד"פ כי כתב האישום אינו מגלה עבירה שכן מדובר בעבירה של שימוש חורג במקרקעין טרם תיקון 116 לחוק התכנון והבניה והנאשם מואשם בעבירה של שימוש חורג בלבד. כמו כן, יש לדחות את טענת ב"כ הנאשם בדבר חיפוש אינו חוקי ולקבל את טענותיו כי הנחלה כולה הנה מקום מגורים שהכניסה אליו אסורה. בהתאם לנוסח סעיף 257 לחוק התכנון והבניה טרם תיקון 116 יכל הפקח וולנר להיכנס בכל עת סבירה למקרקעין ולבצע כל פעולת אכיפה המותרת לו, כגון מדידה, סקירה ובדיקה. בעניינו, אף למעלה מן הצורך, הפקח אף המתין מחוץ למקום עד להגעת המשטרה, ויש לקבל את עדותו בהקשר זה.
20. בכל הנוגע לטענה כי במישור התכנוני אין כל מניעה להקמת עסק בנחלה עד לגודל של 500 מ"ר, הרי שהדבר סותר את התנהלות הנאשם עצמו אשר פעל, גם אם לטענתו, בשם טוני, לקבלת היתר בניה בעניין, (ראו: ת/2 עד ת/7). כמו כן, לא הוצג על ידי ב"כ הנאשם כל היתר כדון, גם לא למבנה האסכורית בעניינו מואשם הנאשם רק בעבירה של שימוש חורג. בהתייחס לגודל המבנים הרי שהגם שלא בוצעה מדידה בשטח, ניתן להסתמך על עדות השוכרים בהקשר זה, ועדות הפקח וולנר בעניין ניתוח התצ"א ת/1 י"ג, כך שהמדובר בשטח כולל של כ- 500 מטר. כך גם ניתן לקבוע כי מבנה האסכורית נבנה ללא היתר שכן לא הוצג לבית המשפט כל היתר בניה בעניינו.



21. כאמור, העבירה המיוחסת לנאשם הנה עבירה לפי סעיף 204 (א) לחוק התכנון והבניה בדבר שימוש חורג במקרקעין לפי תיקון 116:

"המבצע עבודה או משתמש במקרקעין בלא היתר כשביצוע העבודה או השימוש טעונים היתר לפי חוק זה או תקנה על פיו, דינו - קנס, מאסר שנתיים, ובעבירה נמשכת - קנס נוסף, מאסר נוסף שבעה ימים לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שקיבל הנאשם הודעה בכתב מהועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו".

• **ההדגשות בכל הציטוטים בהכרעת הדין אינן במקור**

המדובר הוא בעבירה מסוג אחריות קפידה אשר בעבר היתה אחריות מוחלטת, כך שביצוע העבירה אינה מותנה בקיומה של מחשבה פלילית (ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות' חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 645, 657-656 (1982); יעקב שקד, "בית המשפט לעניינים מקומיים, הלכה למעשה", התשע"ז-2016).

22. סבור אני כי מבחינת קיומו של היסוד העובדתי בעבירה, הוא היסוד הקיים בעבירה של אחריות קפידה, הרי שיסוד זה בוצע על ידי הנאשם- לעניין השטח הכולל של המבנים (ראו: עדות אסתר וסולומון מסרי בעמ' 10 שורות 1-11 ובעמ' 12 בשורה 13 לפרוטוקול). כך גם לעניין הבניה הבלתי חוקית של האסכורית. מכלול הראיות בתיק ובעניין זה אני מפנה לחקירתה היסודית של ב"כ המאשימה המפורטת בסעיף 15 לעיל ומוצגי התביעה שהוטחו בנאשם - מובילים למסקנה אחת לפיה הזכויות בנחלה הועברו לנאשם, אם עוד בשנת 1995 כפי שנטען בת/8 לפי רישום המנהל, או לאחר מכן כפי שהנאשם עצמו מאשר במקומות שונים (ראו ת/2 שורה 34; עמ' 27 שו' 1-28 לפרוטוקול). אכן, היה מקום לכל לפחות לזמן את טוני לחקירה אך אי זימונה, באופן דומה לאי זימונו של מר אבי מסרי, בנם של אסתר וסולומון שניהל את החברה בפועל, מהווה פגם ומחדל חקירתי אשר רובץ במידה מסוימת גם לפתחו של הנאשם שיכל לדאוג לענין מיוזמתו ככל שחפץ בכך. כך או אחרת, המארג הראייתי שנאסף הוביל את החוקרים לנאשם ובאופן מובן.

23. יחד עם זאת, אני סבור כי יש לבטל את כתב האישום מחמת הטענה להגנה מן הצדק ואכיפה בררנית וזאת בכך שהוגש כתב אישום כנגד הנאשם בלבד בעוד שמנגד החליטה המאשימה לסגור את התיק כנגד אסתר וסולומון השוכרים בעילה של "חוסר עניין לציבור" אשר היום שונתה ל"מכלול הנסיבות אינן מתאימות להעמדה לדין". תחת כנפי טענת הגנה זו, אדון גם בעובדה לפיה השוכרים, אשר נהנו מסגירת התיק כנגדם, אף הופכים לעדי תביעה כנגד הנאשם.



הגנה מן הצדק- המסגרת הנורמטיבית

24. לסקירת הנרטיב בו פסעה דוקטרינת ההגנה מן הצדק או בשמה האנגלי "Abuse Of Process" קיימת חשיבות על מנת להבין את הילוכה של יישומה על המקרה הפרטני שבפני. בשיטת המשפט במקומותינו זכתה הדוקטרינה לביטוי "הגנה מן הצדק" ונקלטה לאחר מספר פרשות בהן דן בית המשפט העליון, בסופו של יום בע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2), בעמ' 370 (להלן: "פרשת הבנקאים") שם נקבע כי לבית המשפט:

**" שיקול דעת לעכב הליכים, משאין באפשרותו להעניק
לנאשם משפט הוגן ו/ או משיש בניהול המשפט משום
פגיעה בחוש הצדק וההגינות"**

25. בפרשת הבנקאים נקבע כי בית המשפט יפעיל סמכות זו במקרים בהם ימצא כי הגשת כתב האישום ופעולות הרשות בהקשרו עלו כדי התנהגות בלתי נסבלת, שערורייתית, שיש בה משום רדיפה , דיכוי והתעמרות בנאשם.

בשלבי קליטת הטענה בשיטת המשפט הישראלית, בפרשת הבנקאים, קבע כבוד השופט דב לוין ז"ל את הכללים ליישומה של הדוקטרינה במשפט הישראלי, ובהם **ראשית, כי תוצאות הפעלת "הגנה מן הצדק" והשלכותיה פירושן כי אין עוד מקום להעמיד את החשוד לדין פלילי, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו**. לפיכך, על בית המשפט לשקול בהחלטתו לא רק שיקולים הנוחים לנאשם או לבית המשפט עצמו כי אם, ובאופן דומה, **שיקולים של צדק ציבורי** (ראו: גם המלומד ד"ר ישגב נקדימון בספרו "הגנה מן הצדק" תשס"ט 2009 מהדורה שניה, עמ' 60 (להלן: "נקדימון")).

26. יודגש, רשויות השלטון מחזיקות בידם כוח אדיר באשר לחיי האזרחים על ניהול אורח חיי מדינתם היא מופקדת. כנובע מכך, יש להקפיד עמן הקפדה יתרה, לבחון את סבירות פעילותם תוך כדי הפעלת אותו כוח על מנת למנוע פגיעה בלתי מידתית בזכותו של הפרט להליך הוגן.

ריכוך טענת ההגנה מן הצדק ע"י הפסיקה

27. במרוצת השנים הועברה ביקורת רבה על המבחן המחמיר שנקבע בפרשת הבנקאים, וזאת על ידי אנשי אקדמיה ובתי המשפט. כידוע המבחן הפנה ל"התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה דיכוי והתעמרות בנאשם..." ביקורת זו נסקרה והמבחן רוכך בסופו של יום, בפרשת בורוביץ' (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ, תק-על 2005(1), 4756) (להלן- הלכת או



פרשת בורוביץ , בפסק דין מנחה בעניין זה, הקל בית המשפט את המבחנים ליישום ההגנה מן הצדק וקבע כי:

"פרשת יפת מהווה דוגמה לשורת הזהירות הנדרשת בכגון-דא: משטענו הנאשמים, כי הרשות היא זו שעודדה אותם לבצע את העבירה, קבע בית-המשפט כי עליהם להראות שהתנהגות הרשות בעניינם הייתה "שערורייתית" או "בלתי נסבלת". אמת-מידה זו אכן יאה למקרים מסוגה של פרשת יפת; אך לא מן הנמנע שבמקרים מסוגים אחרים תבוא דרישת הזהירות לכלל ביטוי בקביעתה של אמת-מידה שונה."

ובמקום אחר בהלכת בורוביץ:

" על רקע הדברים הללו, רואים אנו טעם להעיר: עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא בהטחת קיומו של הליך פלילי רואי והוגן. מטרת החלתה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים."

בטרם קובע בית המשפט העליון בהלכת בורוביץ את המבחן החדש לפיו יש לנהוג, מציין בית המשפט כי:

" ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו, אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות הנפסדת של הרשויות, לבין הפגיעה בזכויותיו, עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחוס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל עיקר, אך המחייבות ומבססות בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות..."

בית המשפט העליון קבע בהלכת בורוביץ מבחן תלת שלבי לתחולת ההגנה מן הצדק:

" בשלב הראשון, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם, ולעמוד את עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם בקיומו של הליך פלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה נדרש בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו על נסיבותיו הקונקרטיות של ההליכים שלפניו. בתוך כך עשוי בית המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו. לנסיבותיו האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה, למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן.... למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה האם הרשות פעלה בזדון או בתום לב...."



בשלב השלישי, מששוכנע בית המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות, עליו לבחון האם ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים יותר ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום".

28. ביום 15/5/07 תוקן החסד"פ. במסגרת התיקון, תיקון מספר 51, נוספה לסעיף 149 פסקה 10 - "המאמצת" את טענת ה"הגנה מן הצדק" אשר פותחה בפסיקה, וזו לשון הסעיף:
"לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגיונות משפטית".
סעיף 149 (10) לחסד"פ שלעיל מעגן בחוק את הדוקטרינה שהוכרה זה מכבר בפסיקה, דוקטרינת ההגנה מן הצדק. תורה זו, מכירה בסמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל כתב אישום בשל פגיעה בעקרונות ההגיונות והצדק.
יודגש כי במהלך הדיון בכנסת הוצגו שתי גישות, גישה אחת מצמצמת נקטה לשון של "פגיעה חמורה", וגישה אחרת מרחיבה יותר נקטה לשון של "פגיעה מהותית". בסופו של יום התקבלה הגישה המרחיבה.
29. כמו כן אין חולק על כך כי מאז חקיקת חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו ניתן להציב בבסיסה העיוני של ההגנה מן הצדק מודל חוקתי. הסעד החוקתי הניתן לנאשם במסגרת מודל זה יוכרע על ידי היקף זכות האדם החוקתית שלו העומדת על הפרק ובאמצעות קביעת מידת הגנתה. תחילה יבצע בית המשפט הנכבד איזון פנימי האם הופרה זכותו של הנאשם למול תכליות אחרות שבשיטתנו, ואחר כך יבצע איזון חיצוני בין זכות האדם שנפגעה לבין האינטרס הציבורי. איזון זה הוא שיקבע את מידת ההגנה שיש להעניק לנאשם (נקדימון, עמ' 121).

לאחר תקומת "המהפכה החוקתית" שהתרחשה במקומותינו, הרי שגם ענף המשפט הפלילי חוסה תחתיה ויש לבחון את כל כליו ותכליותיו באספקלריה חוקתית. כיום זכויותיו של הנאשם, וכל אדם לחירות וחופש, קיבלו מעמד חוקתי, ובמידה וברצון התביעה לפגוע בו עליה להוכיח כי הדבר נעשה מכוח חוק, ולשם תכלית ראויה אשר עומדת בפסקת ההגבלה של חוק היסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק. נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), אהרון ברק, ציין בע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל , פ"ד נג (1) 518, 505 כי:

" עצם ההעמדה לדין מהווה פגיעה בחלק ניכר מזכויות היסוד של הפרט. פתיחת ההליך הפלילי פוגעת בפרטיותו של הנאשם.... יש בה לרוב כדי להביא לפגיעה בקניינו ולעיתים אף לפגיעה בחופש העיסוק שלו. מקום שבו הנאשם נעצר, נשללת חירותו. שמו הטוב של הנאשם עומד אף הוא בסכנת פגיעה עקב ההליך".

30. סבורני כי לעניין זה יפים דבריו גם של כב' השופט לזין בפרשת הבנקאים :

"חוק יסוד כבוד האדם וחירותו יוצר אף הוא מתחם חדש של הליך ראוי לתוך המערכת הקיימת, ומחזק את ההנחה כי יש מקום לטענה מסוג של השתק גם במשפט פלילי. זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד המשפיעות גם על הוראות סדרי הדין הפלילי, כל עוד הדבר נעשה לתכלית ראויה במידה ובהתאם לכללים הקבועים בדין".



31. זאת ועוד, לעניין זה מן הראוי להפנות למאמרם של כב' השופט אוקון והרשם עודד שחם "הליך ראוי לעיכוב הליכים שיפוטי" פורסם בהמשפט (1996) כרך ג', שם נכתב:

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שינה את מערך הזכויות הפליליות מיסודו... ותוך כך הוכרה זכותו של אדם להליך ראוי... הדוקטרינה של הגנה מן הצדק מציגה כלל גמיש, שתכליתו להביא לשמירת הגינותם של ההליכים הפליליים במובנו הרחב של מונח זה... ניתן לומר שהדוקטרינה משמשת מפגש לסדרי הדין הפליליים עם העקרונות החוקתיים. מה שנראה דרך המנסרה החוקתית כהליך בלתי ראוי יתפס דרך העדשות של סדרי הדין הפליליים כטענה מוקדמת המצדיקה עיכובו של ההליך... תכליתם של דיני ההליך הראוי היא למנוע ניהול של הליך פלילי, מקום בו רשויות התביעה פועלות באופן הסותר את עקרונות ההליך ההוגן".

32. ועוד בעניין המודל החוקתי, הדוקטרינה של הגנה מן הצדק יכולה לשמש בסיס לטענה שעניינה בשמירת הזכות החוקתית להליך ראוי. דומה, כי המשפט הישראלי קבל תזה זו. כך למשך, פרופ' א' רובינשטיין בספרו: המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהד' חמישית מאת א' רובינשטיין וב' מדינה, ישראל, תשנ"ז-1996, חלק ב', 959) רמז לאפשרות זו:

"ההכרה בזכותו של הנאשם להליך הוגן' עשויה להרחיב את היקפה של דוקטרינת ה'הגנה מן הצדק'..."

33. הסוגיה האם חקיקת ההגנה מן הצדק בספר החוקים אכן הרחיבה את תחולתה עלתה בע"פ 5672/05 **טגר נ' מדינת ישראל (נבו- מאגרים)** שם כבוד השופט ד. ברלינר (כתוארה אז), ביקשה להשאיר זאת בצריך עיון, הגם שציינה כי קיימת אפשרות שבעיגון החקיקתי כדי לסמן נכונות להרחיב במידת מה את תחומי ההגנה, אם כי נראה שהמחוקק לא התכוון להביא לשינוי דרמטי באופייה.

אכיפה בררנית

34. השופט יצחק זמיר עמד על הקריטריונים לאכיפה בררנית בבג"ץ 6396/96 **סימונה זקין נגד עיריית באר שבע [פורסם במאגרים]:**

"אולם, אפשר שאכיפה חלקית תהיה אכיפה בררנית ובשל כך גם תהיה אכיפה פסולה. מהי אכיפה כזאת? אפשר להגדיר אכיפה בררנית בדרכים שונות לצרכים שונים. ראו. K.C. DAVIS DISCRETIONARY JUSTICE [24], AT PP. 162-187. ללא יומרה הציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני,

עמוד 12



על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוגי. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט. הסמכות להגיש אישום פלילי היא סמכות חשובה וקשה. היא יכולה לחרוץ גורל אדם. כך גם הסמכות לאכוף חוק בדרך אחרת, כגון הסמכות לעצור אדם או הסמכות להחרים רכוש. היא חייבת להיות מופעלת באופן ענייני, שוויוני וסביר.

35. בפרשת בורוביץ נבחנה מהותה של האכיפה הבררנית, בהקשר בו עסקין. גם כאן עמד בית המשפט העליון על ההבחנה בין אכיפה חלקית לבין אכיפה בררנית, וכך נקבע:

"נמצא, כי ההכרעה בשאלה, אם העמדתם לדין של חלק מן המעורבים בביצוע עבירה הינה בבחינת אכיפה חלקית מותרת או שמא בבחינת אכיפה בררנית פסולה, תהא לרוב תלויה (כפי שצוין בפרשת זקין) בבירור השאלה, אם הרשות הבחינה בין המעורבים על-יסוד שיקולים ענייניים או שמא פעלה "... לשם השגת מטרה פסולה, או על-יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא" (שם, בעמ' 814).

36. לא למותר לציין כי עניינה של הטענה לאכיפה סלקטיבית מקורה בפגיעה בשוויון וכי בהתאם להלכה דלעיל אין כל חובה להצביע על הפליה מכוונת וזדונית, אלא גם פעולת הרשות בתום לב יכולה לצקת תוכן משפטי לביטול כתב האישום מחמת הטענה להגנה מן הצדק (ראה גם נקדימון, בעמ' 397).

37. במסגרת פ"פ 2551/11 יצחקנהסלכגי נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים] (להלן: "עניין סלכגי") חודדו הפרמטרים על בסיסם יבדוק בית המשפט האם מדובר באכיפה בררנית:

" באופן עקרוני את טענת האכיפה הבררנית ישלבחון תוך התייחסות לשלוש שאלות: השאלה הראשונה היא מהיקבוצת השוויון שעמה הנמנהי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית... השאלה השנייה היא באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אכופות אלא אכופות באותהמידה הכלכלית למי שנמנהעם אותה קבוצת השוויון כיצד יש לאבחן מצבים שלאכיפה בררנית פסולה ממציבים רגילים ולגיטימיים שלאכיפה חלקית. תמטעמים של מגבלת משאבים וסדר יעדיו פיות. השאלה השלישית היא מהו הנטל הראיתי המוטל על מי שמעלה טענה שלאכיפה בררנית באופן כללי, ובמשפט פלילי בפרט. יודגש, כישלוש השאלות שהוצגוהן נפרדות, אך בחינתן צריכה להתקיים בזיקה הדוקה זו לזו".

לגביהשאלה השניה נקבע בפ"פ 1142/18 כנאנה נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים] כי:

"אכיפה היא בררנית, להבדיל מאכיפה סלקטיבית או חלקית,

עמוד 13



רקאסה הבחנה היא שרירותית וחסרת הצדקה.
ולהדגיש, כפי שנקבע בעניין סלכני:
"הגישה הנוהגת במשפט הישראלי ביחס לעילת ההפליה אינה מחייבת הוכחת מניע פסול,
אלא מסתפקת בהוכחת תוצאה מפלה".

38. ביום 31.10.18 ניתן פסק דין בבית המשפט העליון ברע"פ 1661/16 מדינת ישראל נ' ורדי ואח' (להלן: "עניין ורדי"), שם סקר השופט ח. מלצר את תולדותיה של ההגנה מן הצדק תוך שהוא דוחה את טענת המדינה לפיה ההגנה הורחבה לבלי שיעור עד כדי "טענות אווירה" לקיומה של הגנה זו, כך שיש לשוב ולהחיל את המבחן המחמיר שנקבע בפרשת הבנקאים (פסקה 63 לפסק הדין).

עוד הוסיף בית המשפט כי הלכת בורוביץ אינה עומדת בחלל ריק "אלא יש לראות בה משום העמקת השורשים שנקבעו כבר בהלכת יפת ובשכלול הדוקטרינה כפיתוח פרי פסיקת בית המשפט הפלילי בישראל" (ראו גם ע"פ 6328/12 פרץ נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים] (להלן: "עניין פרץ")).

לא זו אף זו, נקבע בעניין ורדי כי גם אכיפה מפלה שאינה מכוונת יכולה להוות בסיס להפעלת הדוקטרינה בדבר הגנה מן הצדק (פסקה 66):

"הפסול שבהפליה בהעמדה לדין, כמו כן הפליה באשר היא, מובהר הוא וברור:
בפגיעה בעקרון השוויון, יסוד מוסד של שיטתנו; בסדיקת אמון הציבור במערכת
אכיפת החוק ובפגיעת יכולתו של הפרט להשליך יהבו על מקצועיות ויושרן של
רשויות האכיפה, החקירה והעמדה לדין (ראו: נקדימון, בעמ' 414-388)"

ובהמשך נקבע (פסקה 78):

"מסקירת בית משפט זה בסוגיה הנדונה לפיה אין זה מן הנמנע כי הגנה מן
הצדק חלה גם כאשר החלטת התביעה נבעה מרשלנות, או מטעות שנפלו בשיקול
הדעת של הרשות או בהתנהלותה".

מן הכלל אל הפרט

39. מתשובת ב"כ המאשימה עולה כי במקרה הנוכחי, הוחלט על סגירת התיק כנגד השוכרים וזאת מן הסיבה כי הם פינו את המקרקעין טרם הגשת כתב אישום. העובדה כי מלכתחילה נרשמו השוכרים כנאשמים 2-3 בעובדות כתב האישום המקורי, מקורה בטעות הקלדה. לשיטתה, הנאשם הוא הנהנה



העיקרי (עמ' 3 שורות 21 ואילך לפרוטוקול).

במסגרת סיכומיה לאחר שמיעת ההוכחות בתיק, הפנתה ב"כ המאשימה באותו עניין לפסיקת בית המשפט העליון לפיה קיימת אבחנה בין שוכר ומשכיר; הנאשם יזם את ההשכרה; המדובר הוא על כ- 15,000 ₪ במשך 15 שנים; השוכרים לא תמיד יודעים אם זה חוקי, צריכים לברר את הנושא וטענה:

"אנו מעודדים שוכרים שמיד משתפים פעולה, מודים ומיד עוברים פרק זמן של חודשיים שלושה למקום אחר, אנחנו מעודדים. אם לא מדובר בעבירות חמורות של אי קיום צו ושטח לא מאוד גדול אז אנחנו לא מגישים כתב אישום. השטח פה הוא לא קטן, אנחנו שוקלים את הנסיבות. אני סבורה שהביטוי צריך לבוא בחומרת הענישה. צריך לזכור שאנו גם צריכים להרתיע".

40. בכל הכבוד הראוי לא אוכל להצטרף לעמדתה של המאשימה במקרה זה. אני סבור כי המדובר הוא בפגם משמעותי בהליך הפלילי המתקיים כנגד הנאשם בלבד בנסיבות המקרה שהובאו בפני, פגם חמור אשר קיום הליך פלילי לצידו אף מהווה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות או לכל הפחות פגם בשיקול הדעת והתנהלות המאשימה, כאשר במסגרת איזון האינטרסים שנקבע בעניין ברוביץ הדבר מוליק למסקנה לפיה לא ניתן לנקוט באמצעי מידתי יותר מביטול כתב האישום.

41. **ראשית,** העבירה המיוחסת לנאשם והעבירה המיוחסת לשוכרים הנה אותה עבירה - שימוש חורג במקרקעין.

שנית, המדובר במחדל שבמהותו הוסר טרם הגשת כתב האישום בכך שהמבנים פונו עוד בחודש יולי 2017 ולא הושכרו לאחרים.

שלישית, אין המדובר במקרה בו הנאשם השכיר את המבנים למספר גורמים שונים במקביל או שלא במקביל, במרוצת השנים. השוכרים היו השוכרים היחידים מזה כ- 18 שנים (ראו עדותה של אסתר בעמ' 7 שו' 8 לפרוטוקול לפיה נכנסו למקרקעין בשנת 1999-2000).

רביעית, בבעלות השוכרים חברה בע"מ בעלת מחזור כספי משמעותי העומד על כ- 4-5 מיליון שקלים בשנה שהמבנים נשכרו לטובת פעילותה העסקית (עדות אסתר בעמ' 7 שורה 31 לפרוטוקול) כך שהחברה נהלה עסקים בהיקפים כלכליים נכבדים ונהנתה משכירות בשימוש חורג למשך שנים רבות במיקום גאוגרפי ובזמן אותו רצתה.

חמישית, איני יכול לקבל את טענת המדינה לפיה יש לעודד שוכרים לעזוב את הנכס לאחר גילוי העבירה ובטרם



קבלת החלטה על הגשת כתב אישום. התנהלות המדינה באופן כגון דא תעודד הלכה למעשה שוכרים רבים לשכור נכנסים בשימוש חורג, לבצע בהם שימוש כאוות נפשת למשך תקופת זמן בלתי מוגבלת, תוך שהם יודעים כי תשמר להם הזכות להימלט מן הדין כך שכל שידרשו לעשות לאחר שדבר העבירה ייחשף יהא לפנות את הנכס. המדובר הוא בשיקול דעת מוטעה שאינו סביר וגורם לאכיפה בררנית והפליה אסורה.

אכן, כדברי ב"כ המאשימה לעניין שאלת העונש, מוכן אני לקבל כי קיים הבדל בין חלקו של השוכר למשכיר, אך לא ניתן לקבל עמדה לפיה השוני בין השניים הינו כה חד ממדי ומהותי, עת מיוחסות להם אותה עבירה על פני כמעט שני עשורים, כך שהאחד, המשכיר יעמוד לדין פלילי, והשני, השוכר, יצא פטור בלא כלום ואף ישמש כעד תביעה במשפטו של השוכר.

השוכר הינו חוליה מרכזית בשרשרת ביצוע העבירה בלעדיה לא יכלה להשתכלל העבירה המוגמרת. מוכן אני לקבל כי לא בכל מקרה ובכל מקום יש להעמיד לדין את השוכר לצדו של המשכיר. יחד עם זאת, בנסיבות המקרה שהובאו בפני בו מדובר על תקופה הקרובה ל- 20 שנים, הנכס הושכר לשוכר אחד בלבד והמדובר הוא בשוכרת הפועלת במסגרת חברה בע"מ בהיקפי פעילות כספיים נרחבים, בשטח של כ- 474 מ"ר, הרי שמדובר באכיפה בררנית פר אקסלנס, מאחר וזו אכיפה כנגד פלוני ולא כנגד אלמוני ללא כל טעם טוב להבחין בניהם (ראו עניין פרץ).

סגירת התיק כנגד השוכרים אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו בהנחיית פרקליט המדינה מספר 1.1 בדבר אי פתיחה בחקירה או סגירת התיק בעילה של חוסר עניין לציבור/ נסיבות העניין אינן מתאימות בכללותן להעמדה לדין/ פתיחה בחקירה. במקרה זה, לא היתה כל בעיה של דיות ראייתית והשאלה שעמדה לפתחה של המאשימה התמקדה בנושא מכלול הנסיבות. כפי שניתן לראותה באותה הנחייה הרי שהשוכרים כלל אינם עומדים במרבית הפרמטרים להם מפנה פרקליט המדינה בפרק ג' בסעיף 11: לא לעניין חומרת המעשה, משך הזמן בו בוצעה העבירה ושכיחות ההתנהגות המגלה את העבירה. מושכלות יסוד הן כי יסודה של טענת אכיפה בררנית בהפעלה שלא כדין של שיקול הדעת התביעתי - שהוא הלכה למעשה שיקול דעת מינהלי - באופן המביא להבחנה לא ראויה בין מקרים דומים (ראו: **מיכל טמיר**, אכיפה סלקטיבית, **152 (2008)**). המדובר הוא בעבירה של אחריות קפידה ואין כל טענה לפיה השוכרים הוטעו לחשוב שניתן לבצע שימוש כדין במבנים בהתאם לצורכיהם.

שישית, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי השוכרים, נגדם נסגר תיק החקירה ובאופן מעשי זכו לטובת הנאה בשל כך, משמשים במשפט כעדי תביעה כנגד המשכיר ועל מנת להביא להרשעתו בדין. סבורני, כי יש בהתנהלות זו על מנת להעצים את תחושת הפגיעה בזכויותיו של הנאשם להליך הוגן ובוודאי שהילוך מסוג זה מהווה פגיעה אינהרנטית בתחושת הצדק וההגינות כך שהשוכרים, כמי שקיבלו טובת הנאה בדמות סגירת התיק וביצעו את העבירה המיוחסת למשכיר, מעידים כנגדו בהליך פלילי על כל נגזרותיו בדמות הרשעה והענישה הנלוות לכך.

42. לאור כל האמור לעיל, אני מורה על ביטולו של כתב האישום כנגד הנאשם וזאת מחמת קבלת הטענה לאכיפה בררנית במסגרת הגנה מן הצדק. משקבעתי כי יסודות העבירה התקיימו ובשים לב להוראות סעיף 254 ב (ג) לחוק התכנון והבניה, ניתן בזאת צו איסור שימוש והתאמה להיתר בנוגע ללול שמועד



כניסתו לתוקף תוך 30 ימים. כמו כן, ניתן צו איסור שימוש לאסכורית שמועד כניסתו לתוקף תוך 15 ימים וצו הריסה שמועד כניסתו לתוקף תוך 30 ימים.

ניתנה היום, ט' טבת תשע"ט, 17 דצמבר 2018, במעמד הצדדים