

## עפ"א 21121/12/17 - הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - חיפה נגד מיכל מלכה, אברהם מלכה

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 21121-12-17 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - חיפה נ' מלכה ואח'  
תיק חיצוני: 387/15  
בפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל  
מערערת  
הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - חיפה ע"י ב"כ עוה"ד  
קובי מזרחי ואח'  
נגד  
משיבים  
1. מיכל מלכה  
2. אברהם מלכה ע"י ב"כ עוה"ד אמיר בר-דיין ואח'

### פסק דין

1. לפני ערעור על הכרעת הדין (מיום 30/10/17) שניתנה על ידי בית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה (כבוד השופטת ג'אדה בסול) בת"פ 387/15.

2. כתב האישום כלל שני אישומים, כדלקמן:

א. באישום הראשון הואשמו המשיבים בבנייה, ללא היתר של מדרגות פלדה הממוקמות בסמיכות לנכס שבבעלות המשיבים, ברחוב שילון 17, גוש 11880 חלקה 90 וכן בסלילה, ללא היתר, של שביל בטון עם ריצוף באורך של 20 מ' ברוחב של 1 מ'.

יובהר, כי השביל הנ"ל (להלן: "השביל") מוביל מהמדרגות הנ"ל (להלן: "המדרגות") אל שביל ציבורי העשוי מאבנים משתלבות [כפי שניתן לראות בתמונות שצולמו על ידי מפקח הבניה שביקר במקום והוגשו לבית משפט קמא] (סומנו ת/2).

ב. באישום השני הואשמו המשיבים בשימוש ללא היתר בבניה שנבנתה ללא היתר כמפורט בסעיף א' לעיל.

3. בגין כך הואשמו המשיבים, בגין שני פרטי האישום, בעבירות של ביצוע עבודות בבנין ללא היתר, אחריות לעבודה הטעונה היתר ושימוש ללא היתר בבנייה שנבנתה ללא היתר, עבירות לפי סעיף 204(א) ו-208(א)(7)(8) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: "החוק").

4. אין מחלוקת שהמדרגות והשביל נבנו ללא היתר. בתשובתם לכתב האישום הודו המשיבים, שהם עושים שימוש במדרגות ובדלת הכניסה, אך טענו כי המדרגות נמצאות בשטח המגרש ולא בשצ"פ וכי גם אחרים עושים שימוש

במדרגות ובשביל.

5. בהתייחס לעבירת הבנייה קבע בימ"ש קמא, בהכרעת הדין, כי אין בפניו ראיות ברמה מספקת במשפט פלילי לצורך הרשעה בעבירה זו, הן לעניין זהות המבצע והן לעניין מועד ביצוע הבנייה.

לעניין עבירת השימוש קבע בית משפט קמא, כי המשיבים עושים שימוש במדרגות ובשביל, אך חרף זאת, זיכה אותם גם מעבירת השימוש, זאת - לאחר שקבע כי עומדת להם "הגנה מן הצדק".

6. בית משפט קמא קבע, כי עצם העובדה שהמערערת החליטה להגיש כתב אישום רק נגד שניים מהבעלים, בעוד שקיימים בני משפחה נוספים אשר רשומים כבעלים בנכס ונגדם לא הוגש כתב אישום, היא התנהלות המצדיקה הסבר. לשיטת בית משפט קמא, לא ניתן כל הסבר או צידוק להתנהלות זו. דבר זה, בנוסף לכך שלדעת בית משפט קמא החקירה לא בוצעה באופן מקיף דיו ולכן גם לא הוכח מועד ביצוע הבנייה, ביסס, לשיטתו של בימ"ש קמא, את טענתם של המשיבים להגנה מן הצדק והצדיק זיכויים גם מהעבירה של שימוש בבנייה ללא היתר.

7. בית משפט קמא ציין, כי לא נעשתה כל חקירה רצינית בסוגיית זהות המשתמשים בשביל, וכי לא ניתן לקבל מצב בו בוחרת לה המאשימה את מי מבין מספר בעלי הזיקה יש להאשים, כשיתכן ואחריותם איננה פחותה מאחריות המשיבים, נגדם הוגש כתב אישום.

עוד נפסק, כי במצב דברים זה, כאשר בית המשפט מוצא עצמו במצב של גרסה מול גרסה היה על המפקח לברר מי כל האנשים אשר עושים שימוש בשביל. זאת, מאחר שבניגוד למפקח שטען בערכאה הדיונית, כי בשביל משתמשים רק דיירי דירת המשיבים, טענו המשיבים, כי מדובר בשביל בשטח ציבורי אשר נגיש לשכנים וגם הם עושים בו שימוש. בימ"ש קמא קבע, כי היה על המערערת לחקור את העניין ולתת הסבר כלשהו, לכך שדווקא המשיבים "נבחרו" להיות מואשמים בשימוש.

8. לאחר שעיינתי היטב בפסק דינו של בית משפט קמא ובפרוטוקול בית משפט קמא וכן נתתי דעתי לטיעוני הצדדים, סבורתני שיש מקום לדחות את הערעור ככל שהוא נוגע לאישום בבנייה ללא היתר, אך יש לקבלו ככל שהוא נוגע לעבירת השימוש, היינו - יש לקבל את הערעור בהתייחס לאישום השני, אשר בכתב האישום (להלן: "**עבירת השימוש**"). להלן נימוקיי:

9. בראשית הדברים אציין, כי המשיבה 1, הגב' מלכה מיכל (להלן: "**המשיבה**"), שהיא אמו של המשיב 2, מר אברהם מלכה (להלן: "**המשיב**"), לא התייצבה כלל לדיונים, בטענה כי היא איננה יכולה להגיע לדיוני בית המשפט בשל בעיות רפואיות (ראו פרוטוקול ישיבת יום 22/2/16, להלן: "**ישיבת ההקראה**"). נוכח טענה זו, נוהל המשפט בהיעדר המשיבה, תוך שהיא והמשיב מיוצגים, יחדיו, על ידי עו"ד בר דיין.

10. בית משפט קמא שמע ראיות ובהכרעת דינו ציין, בין היתר, כי בתשובתם לכתב האישום הודו המשיבים, כי הם

הבעלים (ביחד עם אחותו ואחיו של המשיב) של הנכס המתואר בסעיף 2 לפרט האישום הראשון אשר בכתב האישום (להלן: "הנכס"), הנמצא סמוך למקום בו נבנו המדרגות והשביל. המשיבים הכחישו את עבירת הבנייה, אך הודו שהם משתמשים מדי פעם במדרגות ובדלת הכניסה, אם כי, לטענתם, לא שימוש ייחודי.

בית משפט קמא קבע, כי לא הוכח מתי בוצעה הבנייה ועל ידי מי, שכן התיק נפתח לאחר שהתקבלה תלונה אנונימית, שבעקבותיה ביקר המפקח במקום וראה את הבנייה כפי שהיא. אומר, בקצרה, כי ערה אני לטענותיה של המערערת בעניין ביצוע הבנייה, אולם סבורה אני שאין די בהן כדי להצדיק התערבות בקביעת בית משפט קמא, בעניין זה.

שונה המצב לגבי עבירת השימוש.

11. בישיבת ההקראה, טען המשיב, כי הנכס עבר אל הבעלים בירושה מאביו וטען כי המשיבה גרה בנכס ואילו אחותו הגדולה גרה בחו"ל. הוא עצמו, כך טען בשלב זה, אינו גר בנכס. המשיב טען, עוד, כי במדרגות השתמשו כדי להעלות סחורה, בעת שיפוץ שהם עשו בנכס וכי בשביל יכול לעבור "כל הציבור".

אציין, כי על פי נסח רישום המקרקעין (מוצג ת/4), הנכס רשום על שמם של המשיבה, מיכל (3/4 חלקים) וילדיה - מרים מלכה (1/12 חלקים); המשיב (1/12 חלקים) ודניאל מלכה (1/12 חלקים). אין חולק שבית המשיבים נמצא ברח' שילון 17.

12. בית משפט קמא שמע (בישיבת יום 14/2/17), את עדותו של המפקח, מר גרגורי פלוטקין שהוא מפקח במחלקת הפיקוח על הבניה בעיריית חיפה (להלן: "המפקח"), אשר ביקר במקום והעיד, שבחלק האחורי של הבניין, בו נמצאת דירת המשיבים, קיים "פשפש" מברזל ומדרגות ירידה למפלס הקרקע. השביל בנוי מסוף המדרגות והוא מתחבר לשביל ציבורי, הנמצא במקום. בית משפט קמא ציין עוד את עדותו של המפקח, לפיה השביל, המדרגות והפשפש (השער) מובילים לקומת הקרקע בבניין בו מצויה דירת המשיבים ודירה נוספת, כאשר בין החצרות של הדירות קיימת מחיצת הפרדה. כן העיד המפקח, כי הגישה היחידה מהשביל ומהשער, היא אל דירת המשיבים בלבד וכי דיירים אחרים אינם יכולים לעשות שימוש בשביל ובמדרגות.

בימ"ש קמא קבע, בהכרעת הדין, כי השביל בנוי על שצ"פ ולא בשטח המגרש הפרטי. עוד קבע, כי שני המשיבים וכן דניאל מתגוררים בנכס וכי בעבר גרה עמם, בנכס, גם האחות, הנמצאת בחו"ל מזה 5 שנים.

13. לגבי עבירת השימוש קבע בית משפט קמא, כי בכל הנוגע לטענה לפיה גם השכנים עושים שימוש בשביל, מצויים אנו במצב בו קיימת גרסה מול גרסה - גרסת המפקח מול גרסתו של המשיב וכי אילו העניין היה נחקר טוב יותר, ניתן היה להבהיר עניין זה. בנסיבות אלה ולאור כך שהשכנים וכן דניאל והאחות (להלן: "בני המשפחה הנוספים") לא הועמדו לדין, סבר בית משפט קמא, כי יש להחיל על המקרה (כאמור) "הגנה מן הצדק". לטעמי יש להתערב במסקנתו זו של בית משפט קמא.

14. ראשית אעיר כי, כפי שציינה ב"כ המערערת, ובדין ציינה, טענת "הגנה מן הצדק" היא טענה **מקדמית** (ראו סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד"פ**)). אמנם, ניתן להעלות טענה זו גם בשלבים מתקדמים של המשפט (סעיף 151 לחסד"פ), אולם יש לעשות כן, במפורש, על מנת שהמערערת תדע שעליה להשיב לטענה. במקרה דנן, הטענה לא נטענה כטענה מקדמית ואף לא הועלתה במהלך שמיעת הראיות. אמנם, במהלך המשפט נשאל המפקח לגבי משתמשים אחרים ובסיכומיו הקשה ב"כ המשיבים מדוע לא הוגש כתב אישום גם נגד שכנים ובני המשפחה הנוספים, אך לא טען, במפורש, להגנה מן הצדק, כך שלא ניתנה למערערת הזדמנות, בפועל, להשיב לטענה, כפי זכותה על פי סעיף 150 לחסד"פ.

15. גם לגופו של עניין קיים קושי רב במסקנתו של בית משפט קמא, לפיה נפל פגם בהתנהלותו של המפקח או בהחלטת המערערת להגיש כתב אישום נגד שני המשיבים בלבד.

החובה להוכיח כי התמלאו התנאים לקבלת טענה של הגנה מן הצדק, מוטלת על הטוען, היינו- על המשיבים. אמנם, אין חולק שלא הוגשו כתבי אישום נגד השכנים או בני המשפחה האחרים, הרשומים כבעלים של חלקים בדירה, ולכן, לכאורה, עמדו המשיבים בנטל הראשוני המוטל עליהם, אולם, בשונה מבית משפט קמא, סבורה אני שהמפקח סיפק הסברים סבירים לכך.

בהקשר לכך יש לציין, כי המערערת טוענת ששני המשיבים הם בעלי הזיקה החזקה לנכס, כפי שעולה גם מתשובתם לכתב האישום וכי בעת הגשת כתב האישום דניאל היה כבן 20 וככל הנראה היה אז חייל, דבר המתיישב עם הגרסה הראשונה שמסר המשיב, בתשובתו לכתב האישום.

16. המפקח העיד, כי הגישה **היחידה** מהשביל ומהשער היא אל דירת המשיבים בלבד. בעדותו זו, כמו גם בעובדה שקיימת מחיצה בין גינת המשיבים לגינת השכנים, יש משום הסבר סביר לכך שהמפקח לא פעל נגד השכנים, המתגוררים בקומת הקרקע של הבניין. אמנם המשיב הכחיש שהגישה היחידה למדרגות היא מהגינה של המשיבים, אולם מדברים אחרים שאמר עולה שהשכנים עוברים במקום "בהסכמת" המשיבים, כלומר - כל צד מורשה לעבור בחצרו של הצד האחר (עמ' 3 לשיבת יום 26/9/17). ראו גם דברים שאמר ב"כ המשיבים, בישיבת ההקראה (ראו עמ' 2-1 לשיבת יום 22/2/16).

את העובדה שהוא לא פנה אל בני המשפחה הנוספים, הסביר המפקח בכך, שהמשיבים הם היחידים הרשומים בחשבון הארנונה (מוצג **ת/5**) ולכן הוא ראה אותם כאחראים, כבעלי הנכס וכמחזיקים בו.

17. בבחינת הטענה בדבר איפיה בדרנית, על בית המשפט לבחון את שיקול הדעת המנהלי, שהביא את המערערת שלא להגיש כתב אישום נגד אחרים (בענייננו- השכנים או בני המשפחה האחרים). ראוי להדגיש, כי במסגרת זו אין המאשימה צריכה להוכיח את הנתונים, עליהם היא ביססה את שיקול הדעת המנהלי, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי, אלא די בכך שהיא ביססה את האבחנה בין המשיבים לבין האחרים על שיקולים ראויים וסבירים, על פי הנתונים שהיו בפניה, **בעת הגשת כתב האישום**.

החלטות רשות מנהלית אינן צריכות להתקבל על פי רף ההוכחה הנוהג במשפט הפלילי. רף ההוכחה הנדרש לשם קבלת החלטה על ידי רשות מנהלית, נמוך מזה הנדרש בהליך פלילי ואף אינו זהה לזה הנדרש בהליך אזרחי. ראו, בעניין זה, דברי כבוד השופט זמיר בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני, פ"ד מח(5) 412 (16.11.1994): "כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראיה המינהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המינהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית-משפט, כגון עדות שמיעה. עם זאת, לא כל שמועה פורחת די בה כבסיס להשתית עליו ממצא. וכך הציג זאת הנשיא אגרנט בבג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(357) 'העדויות צריכה להיות - בשים לב לנושא, התוכן והאדם שמסר אותה - עדות כזאת, אשר כל אדם היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה במידה זו או אחרת'. זהו, אם כן, מבחן של סבירות: הרשות המינהלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לענין שאדם סביר (ואולי נכון יותר לומר: רשות סבירה) היה סומך עליהם לצורך קבלת החלטה בענין העומד על הפרק." (שם, בסעיף 11). (ההדגשה אינה במקור).

18. בענייננו, גם אם ניתן היה להוסיף ולחקור בעניין, בנוגע למעורבים אחרים - בני המשפחה הנוספים או שכנים, הלכה היא, כי לא כל מחדל חקירה מביא לביטול כתב אישום מחמת הגנה מן הצדק. בכל מקרה ומקרה על בית המשפט לבחון את מידת הפגיעה של מחדל זה בסיכויי הגנתו של הנאשם ובזכותו להליך הוגן. בחינה זו, יש לעשות על רקע מכלול הראיות שהובאו מטעם הצדדים ובשים לב לשיקול הדעת של הרשות, בעת הגשת כתב האישום ולא כחוכמה בדיעבד.

במקרה דנן, בעת הגשת כתב האישום, היו בידי הרשות (המערערת) ראיות למעורבותם של המשיבים בשימוש במדרגות ובשביל, אשר אין חולק שנבנו ללא היתר וכן היו בידיה הממצאים שמצא המפקח במקום, אשר הצביעו, לכאורה, על כך שהמשיבים הם, לכל הפחות, המשתמשים העיקריים וככל הנראה הבלעדיים, במדרגות ובשביל. את האחות, הנמצאת בחו"ל לא ניתן היה (באופן סביר) לחקור או להעמיד לדין וקשה לקבל את הטענה לפיה, המשיבים היו חפצים בהעמדתו לדין של דניאל, האח הצעיר, בנוסף אליהם אשר, על פי גילו היה אז בצבא.

19. בנסיבות אלה, היה על בית משפט קמא לקבוע כי לא נפל פגם בפעולות המפקח או בהחלטת הרשות, המצדיקים קבלת טענת "הגנה מן הצדק". לכל היותר היה על בית משפט קמא לתת לכך ביטוי בגזר הדין.

20. זאת ועוד - לעניין השימוש מדובר, אמנם, בגרסת המפקח מול גרסת המשיבים, אולם המפקח בדק את המצב בשטח וראה (כפי שהעיד) שהמדרגות מובילות לחצר המשיבים בלבד. המשיב אמנם טען (כאמור) שעל פי הסכם עם השכנים הם עוברים במקום, אולם לא הביא מי מהשכנים לתמוך בגרסתו ולאי הבאת עד יש, כידוע, משמעות ראייתית, הפועלת לרעת מי שהיה צפוי שהעד יעיד לטובתו, היינו - לרעת המשיבים.

מכל מקום, משקבע בית משפט קמא שהמשיבים עושים שימוש בשביל ובמדרגות שנבנו ללא היתר ונוכח כל האמור לעיל, היה על בית משפט קמא להרשיעם בדין.

21. סופו של דבר - אני מקבלת את ערעור המדינה בנוגע לעבירת השימוש **ומרשיעה** את המשיבים במיחוס להם בפרט האישום השני, היינו - בעבירה של שימוש ללא היתר בבנייה שנבנתה ללא היתר, עבירה לפי סעיפים 204(א) ו-208(א)(7)(8) לחוק (קודם לתיקון מס' 116).

התיק יועבר אל כבוד השופטת ג'אדה בסול, לשם גזירת הדין בגין האישום השני.

המזכירות תפעל כאמור לעיל ותסגור את התיק.

ניתן היום, י"ט אייר תשע"ח, 04 מאי 2018, בהעדר הצדדים.