



## עפ"א 23488/07/16 - מדינת ישראל נגד שמעון עמר, תקוה עמר

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 23488-07-16 מדינת ישראל נ' עמר ואח'  
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל  
מערערת מדינת ישראל  
נגד  
משיבים 1. שמעון עמר  
2. תקוה עמר

### פסק דין

1. לפניי ערעור המדינה על זיכויים של המשיבים מאישום, בת"פ 31988-10-14 בבית משפט השלום בחדרה (כבוד השופטת טל תדמור-זמיר), מעבירה של שימוש חורג בקרקע חקלאית, ללא היתר ובסטייה מתכנית - עבירה על סעיפים 204(א) ו-(ג) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**").

בכתב האישום, שהוגש לבית משפט קמא, הואשמו המשיבים בניהול מזנון בשטח של כ- 160 מ"ר, הנמצא בחלקות 14 ו- 21 שבגוש 10580 (להלן: "**המזנון**"). המזנון נמצא בסמוך למחלף אולגה, על כביש מס' 2 (להלן: "**המקרקעין**"). המזנון בנוי ממבנה עיקרי מבניה קלה בשטח של 115 מ"ר, דק עם גגון ברזנט בשטח של 18 מ"ר, מכולה ששטחה 15 מ"ר ופרגולה בשטח של 12 מ"ר (להלן: "**המבנים**").

חלקה 14 נמצאת בבעלות מדינת ישראל (להלן: "**מקרקעי המדינה**") ואילו לחלקה 21, ששטחה 19,488 מ"ר (להלן: "**המקרקעין הפרטיים**") מספר בעלים, במושע.

2. על פי כתב האישום, המקרקעין הוכרזו כקרקע חקלאית ביום 30.11.87. ייעודם הוא שצ"פ, על פי תכנית שפורסמה למתן תוקף ביום 11.5.14.

המבנים נמצאים בתחום קו בניין של כביש מס' 2, שהוא כביש ארצי. לפי התמ"א החלה במקום, קו הבניין הוא 150 מטר ואילו המבנה נמצא במרחק 13 מטר בלבד מקצה זכות הדרך המאושרת.

המשיבים הקימו את המבנים במועד בלתי ידוע למאשימה, לאחר שנת 1991 ומאז 14.1.09 הם עושים בו עמוד 1



שימוש, כאמור.

3. המשיבים מודים שהם עושים במבנים שימוש כמזנון, ללא היתר כדן, ככתוב בכתב האישום, אך טענו, כי הם קיבלו את זכות השימוש במקרקעין ובמבנים מעיריית חדרה (להלן: "העירייה"), בתחילת שנות ה-90 במסגרת שיקום המשיב 1, שהיה אז אסיר משוחרר ומאז הם מפעילים במקום מזנון.

#### טענת הגנה מן הצדק:

4. בבית משפט קמא, העלו המשיבים טענת הגנה מן הצדק, אשר התקבלה על ידי בימ"ש קמא אשר זיכה את המשיבים, מטעם זה, בקבעו, כי המשיבים אמנם השתמשו במקרקעין ובמבנה ללא היתר, אך קמה להם הגנה מהצדק בשל שלושה נימוקים, כדלקמן:

א. אכיפה בררנית, בשל כך שהמערערת נקטה הליכים נגדם ונמנעה מלנקוט הליכים נגד בעלי המקרקעין, מבלי לספק הסבר סביר לכך. נטען, כי ההסבר שנתנה המדינה, לפיו הבעלים לא הועמדו לדין מאחר שאפשרו את השימוש בשל חששם מהמשיבים, לא הוכח.

ב. הסתמכותם על מצג שיצרה העירייה לפיו פעילותם במקום כשרה לחלוטין. נטען, כי המשיבים, אשר קיבלו את המקרקעין מהעירייה לשם שיקומו של המשיב, הסתמכו על המצגים שהעירייה הציגה והפעילו במקום מזנון, ללא הפרעה, עד לשנת 2010.

ג. המדינה "התעוררה" והחלה לפעול נגד הנאשמים משיקולים זרים ובחוסר תום לב, לאחר שחברת דלק החליטה לפתוח במקום מרכז מסחרי, הכולל מסעדה, והמזנון שהמשיבים מנהלים (בשם "מפגש הנהגים") מהווה תחרות לאותה מסעדה.

ד. הבעלים של המקרקעין הפרטיים אינם מתנגדים להיותם במקום ואף השכירו להם את המקרקעין.

ה. המדינה נקטה שיהוי עצום בהגשת כתב האישום נגדם.

5. בימ"ש קמא קיבל את הטענה בקבעו, כי עוצמת כל אחד מהפגמים היא גבוהה וכי כל אחד מהם יכול להקים הגנה מן הצדק. בהצטברותם אלה לאלה, יש משום פגיעה קשה בהגינות ההליך כלפי הנאשמים ובתחושת הצדק והם גוברים על האינטרס הציבורי "אשר מהתנהלותה של המאשימה ניתן להסיק כי לא נפגע משך שני העשורים האחרונים".



לשיטת בימ"ש קמא, התנהלות המערערת "בהגישה כתב אישום בשיהוי כה רב, בנסיבות בהן הוגש - לאחר מצג הפוך מצדה לאורך שנים רבות; כנגד הנאשמים לבדם; לאחר שהנאשמים קיבלו מהרשות המוסמכת רשות להשתמש במקרקעין לצרכים עסקיים; בשים לב לכך שחלק מהמקרקעין הינם בבעלות המדינה - עומדת בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, כפי שאלה פורשו בפסיקה".

בימ"ש קמא קבע, כי "... לא זו בלבד שבמשך כל השנים אף אחד לא פנה אל הנאשמים בטענה שיש פסול פלילי במעשיהם, אלא שבכל פעם שמאן דהוא נקט נגדם הליכים אזרחיים, העיריה התערבה ועשתה כל שלאל ידה כדי להסיר כל מכשול אשר ימנע מהם הישארותם על המקרקעין והמשך עיסוקם במקום" וכי מדובר "...במקרה קיצוני ויוצא דופן עת הרשות - עיריית חדרה, שהעומד בראשה הינו גם יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה - יצרה בפני הנאשמים מצג לפיו פעילותם במקרקעין ובמבנה כשרה, מבלי לדרוש מהם רשיון עסק או היתרי בניה".

הוסיף בימ"ש קמא וציין, כי: "לאחר ששמעתי עדותו של המפקח, נותר בי הרושם כי לולא נכנסה המאשימה בנעלי הוועדה המקומית, אזי עד היום לא היו ננקטים נגד הנאשמים הליכים פליליים".

6. בימ"ש קמא קבע, כי הפגיעה באינטרס הציבורי ובמקרקעי המדינה, לה טוענת המערערת, צריכה הייתה להאיץ בה לפעול קודם לכן ואמר, כי התנהלותה הבעייתית של המערערת יצרה אצל המשיבים אינטרס הסתמכות: "20 שנה ישבה המדינה ושתקה. שתיקה זו מהווה אף היא מצג בפני הנאשמים, אשר לתומם סברו כי אין פסול במעשיהם".

כבוד השופטת קמא ציינה, כי היא איננה מתעלמת מהתביעה האזרחית שהוגשה נגד הנאשמים ומהעתירה המנהלית אשר הוגשה נגדם ונגד בעלי המקרקעין והעירייה, אולם הליכים אזרחיים אלה "באו על פתרונם בצורה זו או אחרת, מבלי שהנאשמים סולקו מהמקום ושנית, אין משמעותו של הליך אזרחי המתנהל בין אזרחים שונים להליך פלילי בו ניצבת המדינה אל מול האזרח, על כל המשתמע מכך".

עוד ציין ביהמ"ש קמא, כי המדינה "מדברת בשני קולות ומגישה כתב אישום בניגוד למצג קודם של אי העמדה לדין. מחד גיסא מתירה השימוש במבנה לאורך שנים תוך נקיטת פעולות אקטיביות להסרת כל מכשול העומד בפני הנאשמים ומאידך גיסא מגישה כתב אישום תוך 'עקיפת' סמכות הוועדה המקומית לתכנון ובניה".

בנסיבות אלה, כך קבע בימ"ש קמא, "נוצרת מניעות של המאשימה מהגשת כתב אישום וניהול הליך פלילי ביחס לאותו שימוש, בו גילתה חוסר ענין מוחלט במשך זמן כה רב, עד כדי יצירת מצג המעורר הסתמכות מצד הנאשמים".

כן קבע, בימ"ש קמא, כי לא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטול כתב



האישום. לפיכך, על אף שאין חולק שהמשיבים עושים שימוש במקרקעין ובמבנים ללא היתר, הורה בימ"ש קמא על ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק.

7. הוסיף בית משפט קמא וקבע, כי אין בתוצאה אליה הגיע, משום קביעה פוזיטיבית בדבר חוקיות השימוש במבנה ואף אין בה כדי לקבוע דבר באשר לזכויותיהם של בעלי המקרקעין או של הנאשמים במקרקעין או באפשרויות העומדות בפני הבעלים לנקוט הליכים על פי דין, כפי שימצאו לנכון.

### עיקר טענות המערערת בערעור:

8. המערערת ערערה, תחילה, הן על הזיכוי מעבירה של שימוש בקרקע חקלאית ללא היתר והן על הזיכוי מעבירה של שימוש במקרקעין בסטייה מתכנית, אך בפתח הדיון בערעור חזרה בה מערעורה בנוגע לסטייה מתכנית ועמדה על הערעור בכל הנוגע לשימוש בקרקע חקלאית ללא היתר.

המערערת טוענת, כי לא כל הפגמים שמצא בימ"ש קמא הם אמנם פגמים וכי חלק מהפגמים הם בעוצמה פחותה בהרבה מזו שקבע בית משפט קמא וכי, בכל מקרה, גם הפגמים אשר בית המשפט מצא, אינם מצדיקים זיכוי.

עוד נטען, כי העיריה התירה למשיבים להקים על המקרקעין סככת אבטיחים, אולם זו הפכה, ברבות השנים למבנים וכי בית המשפט הפך עצמו למוסד תכנון ואף התוצאה אליה הגיע איננה סבירה, שכן הוא התיר שימוש במקרקעין בניגוד לתכניות החלות עליהם ובניגוד לעמדת מוסד התכנון.

כן נטען, כי היה בסיס ראוי להחלטה שלא להגיש כתב אישום נגד הבעלים וכי בכל הנוגע לדיבור בשני קולות, המדינה ורשות מקומית, אינם אורגנים דומים. הוגשה הנחיית היועמ"ש בדבר הפעלת סמכות מקבילה (סומנה ע/1), תוך הדגשה, שאחד הקריטריונים להפעלת הסמכות המקבילה היא כאשר הרשות המקומית אינה פועלת.

המדינה הבהירה כי אין לה ענין בענישה מחמירה של המשיבים, אלא בהפסקת ביצוע העבירה.

### עיקר טענות המשיבים בערעור:

9. ב"כ המשיבים הדגיש, כי היום לא ניתן להעמיד לדין את הגורמים בעירייה, עליהם הסתמכו המשיבים, כך שהעירייה איננה נושאת באחריות נמשכת על מעשיה.

נטען, כי גורמי העירייה, ובכללם גם ראש העיר, סייעו למשיבים להקים את העסק וליוו אותם לאורך כל הדרך



וכי המשיבים הסתמכו על המצגים שהעירייה הציגה.

כן נטען, כי רק לאחר שחברת דלק החליטה לפתוח, בסמוך, מרכז מסחרי ובו גם מסעדה, אשר הקיוסק מהווה לה תחרות, ביקשו לפנות אותם מהמקום, כאשר עד לאותו רגע לא הייתה אליהם כל פנייה. לדידם, יש פסול בכך שאינטרס של גורם זר הביא להליך הפינוי נגד המשיבים ולא אינטרס ציבורי.

10. הוכחו גם אכיפה בררנית, שיהוי, ומחדלי חקירה. נטען, כי המדינה איננה יכולה להיתלות בתביעת הפינוי האזרחית, שהוגשה על ידי הבעלים וכי דווקא הגשת התביעה מוכיחה שלא היה חשש מצד הבעלים.

עוד נטען, כי המשיבים שילמו דמי שכירות, מדי חודש בחודשו, כפי שהעיד מר ברא"ז וכי היה מדובר באינטרס הדדי, שהמשיבים ישבו במקום, במקום שיפלו אליו פורעי חוק.

נטען, כי המכתב **נ/3**, נכתב על ידי עו"ד שאוליאן, לאחר שהוא התבקש על ידי החוקר למסור עדות במשטרה לגבי השכרת הנכס לנאשמים, וכי עו"ד שאוליאן כתב את המכתב, על מנת להגן על עצמו, מאחר שהוא ידע כי מדובר בהשכרת נכס לשימוש שלא כדין. כל השותפים ידעו שנגבו דמי שכירות ושהכסף נמצא בפקדון. בית המשפט קמא התרשם מהעדים וקבע, כי מצטיירת תמונה של בעלים, אשר שיתפו פעולה עם המשיבים, ללא חשש, ללא פחד, ללא אילוף וללא כורח, ואין להתערב בממצאי התרשמותו.

אמנם, יש פסק דין שהורה על סילוק ידם של המשיבים מהמקרקעין, אך הם הגיעו להסדר פשרה וביקשו להסדיר את השימוש במבנה, בחוזה שכירות.

11. לעניין האכיפה הבררנית נטען, כי למבנה 21 בעלים, אך המאשימה לא חקרה איש מהם. לא חקרו מי קיבל כספים, לא דרשו את הסכם השכירות ולא חקרו את מעורבותה של העירייה בעניין. לא ננקטו הליכים נגד נושאי המשרה בעירייה.

המדינה מדברת בשני קולות, שהרי ראש העיר, העומד בראש העירייה, מוסמך לתת את האישורים. המשיבים הסתמכו על אותו מצג.

12. לגבי השיהוי - למשיבים לא היו תמרורי אזהרה, במשך למעלה מ-20 שנה. תביעת הפינוי, שהוגשה בשנות ה-90 על ידי הבעלים איננה תמרור אזהרה, מה גם שהמשיבים הגיעו להסדר עם הבעלים.

עוד נטען, כי לא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מידתיים אחרים אלא בביטולו של כתב האישום וכי הנזק האישי ותחושת חוסר הצדק שייגרמו למשיבים, עולים על המחיר החברתי שבביטול כתב האישום.



## דין:

13. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, את הראיות שהיו בפני בימ"ש קמא ואת פסק הדין שניתן על ידו, סבורה אני שיש לקבל את הערעור.

אף אני סבורה, כפי שסבר בימ"ש קמא, כי התנהלות הרשות הייתה פגומה, בכמה היבטים, אולם, בשונה מבימ"ש קמא, לא מצאתי כי מדובר באכיפה בדרגית, ובנוסף סבורה אני, כי באיזון הראוי בין הפגמים שנמצאו בפעולת הרשות ובין האינטרס הציבורי, תוצאה קבלת הטענה של הגנה מן הצדק איננה יכולה להיות ביטול כתב האישום, אלא יש לתת לה ביטוי לעניין העונש שייגזר על המשיבים.

אפרט את הטעמים לכך;

שיהוי בהגשת כתב האישום -

14. אין חולק, שהמשיבים עושים שימוש במקום, מזה למעלה מ- 20 שנה וכי מדובר במקום מרכזי.

כן אין חולק, כפי שהעיד המפקח מטעם המדינה, כי הוא ביקר במקום, לראשונה, בשנת 2010, בעקבות תלונה של חברת "דלק", ערך דו"ח ושלח אותו לוועדה המקומית וכי רק בשנת 2014 העניין הגיע לפרקליטות המדינה והיא החליטה לטפל בו (עמ' 18 לפרו' בש' 13-24).

15. בימ"ש קמא סבר, כי שיהוי זה מצדיק, כשלעצמו ובוודאי בהצטרפו לשאר הפגמים, ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, בסברו שיש לאבחן את המקרה דנן מהמקרה שנדון בעניין שוויצר - שוויצר נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, (18.3.2002) (להלן: "שוויצר") אליו הפנתה המערערת. האבחנה נעוצה, לדעת בימ"ש קמא, בכך שלנאשמים, שם, היו "תמרורי אזהרה" רבים, אשר לא נמצאו במקרה דנן, בו גם לא הוכח (לשיטת בימ"ש קמא), כי השימוש שעושים המשיבים במבנים עומד בסתירה לתכנית כלשהי.

כן אבחן בימ"ש קמא את פסה"ד בעניין טוויל - עמ"א 41686-01-12 (שלום חיפה) הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה צפון חיפה נ' טוויל (18.6.2014), (להלן: "טוויל"), אליו הפנתה המערערת. גם שם היה מדובר בשיקום אסיר משוחרר וברשות שנתנה לו עיריית חדרה להקים מבנה, אשר שימש אותו בחלקו למגורים ובחלקו לקיוסק ולכן הפריש ביהמ"ש בעניין טוויל, בהתייחסותו למבנה המגורים לעומת התייחסותו לקיוסק.

ב"כ המשיבים מצדד באבחנות אלה.

16. דעתי שונה. לטעמי, שני פסקי הדין הנ"ל, כמו גם אחרים, תומכים בעמדת המערערת.

בפסקי דין רבים נקבע, כי הכרעה בטענת שיהוי מצריכה בחינתם של שלושה יסודות: שיהוי סובייקטיבי, שיהוי אובייקטיבי וחומרת הפגיעה בשלטון החוק. ראו: בג"ץ 702/05 בצרה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (3.6.2007), שם הובהר:

"היסוד הסובייקטיבי מתמקד בהתנהגות העותר ובשאלה האם חלוף הזמן מלמד כי ויתר על



זכויותיו. היסוד האובייקטיבי עניינו שינוי המצב לרעה ופגיעה באינטרסים ראויים של הרשות המנהלית או של צדדים שלישיים, שנגרמה בעקבות האיחור בהגשת העתירה. היסוד השלישי עניינו חומרת הפגיעה בשלטון החוק המתגלה מתוך העתירה ואינטרס הציבור בשמיעת העתירה [...]. היחס בין שלושת היסודות הרלוונטיים לשיהוי נקבע על פי משקלו היחסי של כל אחד מהשיקולים בנסיבותיו של כל עניין. הכרעה בטענת שיהוי מבוססת, איפוא, על איזון בין האינטרס של העותר בביטול המעשה המינהלי; האינטרס של המשיב בקיומו; והאינטרס של הציבור בשלטון החוק".

כן הובהר, שם:

"כטענת המשיבות, הטעמים שמביאה העותרת אינם מצדיקים את האיחור הרב בהגשת העתירה. ואולם, כאמור, לא חלוף הזמן כשלעצמו, כי אם העובדה שעקב חלוף הזמן עלולים להיפגע אינטרסים ראויים להגנה, היא המשמשת יסוד לדחיית עתירה שהוגשה באיחור. וכך נפסק, כי 'אין טענת השיהוי נשענת בעיקרה על מידת תום לבן וטיב התנהגותן של העותרות, אלא על מידת הפגיעה באינטרסים של העותרות אל מול הנזק הצפוי לאינטרסים אחרים כתוצאה מהשיהוי בהגשת העתירה. האיזון הראוי בין הפגיעות הצפויות לכל אחד מבעלי הענין כתוצאה מקבלת העתירה או דחייתה יכריע את גורל הטענה".

ראו עוד והשוו: ישגב נקדימון, **הגנה מן הצדק** (מהדורה שניה, 2009) בעמ' 268-307 בג"ץ 1898/06 משרד הפנים נ' בית הדין הארצי לעבודה י-ם ואח' (24.3.2008); רע"פ 1498/07 הרשברג נ' מדינת ישראל (18.3.2007); ע"פ (מחוזי מרכז) 262-09-07 עוז נ' ועדה מקומית לתכנון לודים (1.9.2008).

17. לעניין המשקל שיש לתת לאינטרס הציבורי, אל מול שני השיקולים האחרים, ראו: רע"פ 2463/09 זיו שוורצמן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חוף הכרמל (8.9.2009), שם קבע ביהמ"ש העליון, כי יש לדחות את טענת המבקש להגנה מן הצדק, על אף שבמשך שנים רבות המדינה לא נקטה נגדו כל צעד להפסקת השימוש החורג, זאת - שעה שהמועצה המקומית והמועצה לשימור אתרים נתנו לו תחושה כי פעולתו מבורכת ותקינה.

ביהמ"ש העליון הבהיר, כי גם כאשר הרשות משתהה בפעולותיה, האינטרס הציבורי שבאכיפת דיני התכנון והבניה גובר וכך אמר:

"... בית משפט זה עמד על כך כי יש למצות את הדין עם אלו אשר לא מקיימים את חוקי התכנון ובניה, בענין זה ציינתי במקום אחר: 'כבר נפסק בעבר, כי בתי-המשפט מצווים לתת יד למאבק בעבירות החמורות בתחום התכנון והבניה, שהפכו לחזון נפרץ בימינו' (רע"פ 6665/05 מריסאת נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 17.5.2006) ראו גם רע"פ 2809/05 גבריאלי טסה נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 22.5.2005)). על אף עיכובים, שייתכן וחלו בהתנהלות הרשויות מול המבקש, עדיין קיים אינטרס ציבורי משמעותי למצות את הדין עם פורעי חוקי התכנון והבניה (ראו רע"פ 1520/01 שוויצר נ' יושב ראש הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד נ"ו (3) 595, 604 (2002); רע"פ 10023/07 יעקב סבן ציוד לבניה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה 'אונו' ([פורסם בנבו], 20.12.2007)). בעניינו המבקש עשה דין לעצמו ובמשך זמן ארוך פעל שלא בהתאם לחוק, ולא עשה דבר לשם הסדרת השימוש במקרקעין".



18. העולה מכל האמור לעיל הוא, כי האינטרס בקיום תכניות החלות על מקרקעין וכן האינטרס במיצוי החוק עם פורעי חוקי התכנון והבנייה גובר, בדרך כלל, על שיהיו המדינה בנקיטת הליכים. רק במקרים קיצוניים, בהם השיהוי גרם לפגיעה ממשית באינטרס סובייקטיבי, היינו - כאשר שיהוי הזמן מלמד כי המשתתף ויתר על זכויותיו ו/או כאשר נפגע אינטרס אובייקטיבי, היינו - כאשר הצד האחר (או צד שלישי), שינה מצבו לרעה באופן משמעותי, תשתנה נקודת האיזון ויהיה מקום לתת לשיהוי משקל מכריע.

אבהיר, כי כל מקרה יש לשקול לגופו, תוך מתן משקל ראוי לכל עובדות המקרה ונסיבותיו.

לא זה המקרה אשר בפנינו.

19. ראשית אומר, כי אין להסיק מפסק הדין שניתן בפרשת שוויצר, כי בכל מקרה יש צורך בקיומם של "תמרורי אזהרה". אמנם, נאמר, שם, כי היו לנאשמים "תמרורי אזהרה" רבים ועובדה זו שימשה את ביהמ"ש בהכרעתו. אולם, בעניין שוויצר היה צורך של ממש בקביעה כזו, שכן המדינה פנתה לביהמ"ש רק לאחר שהיזמים מכרו חלק מהדירות ושש מתוך 7 הדירות כבר אוכלס. היזמים בנו פרויקט מגורים ומכרו בו דירות, בעוד שעל פי תכנית המתאר הותרה במקום רק בנייה למלונאות. לא היה חולק שהיזמים ידעו שהם בונים בניגוד להוראות תכנית המתאר, אולם ברי שמתן צו הריסה, בנסיבות כאלה, פוגע גם ברוכשי הדירות.

לגבי הרוכשים נקבע, כי היו להם "תמרורי אזהרה" בדמות חוזה המכר, מהם ניתן היה להבין, כי אין מדובר בחוזה סטנדרטי לרכישת דירת מגורים, שכן צוין בו כי הדירות נבנות במסגרת "שכונת נופש" והקונים הצהירו כי ידועות להם הוראות תכנית המתאר וויתרו על טענות בעניין זה. בהמשך גם הגישה החברה להגנת הטבע עתירה מנהלית. ביהמ"ש העליון קבע כי, אמנם, בשלב זה שילמו הרוכשים כבר שני שליש מערך הדירות, כי גם אם היו תמי לב מבחינה סובייקטיבית, אין מדובר בהתנהגות סבירה של קונים זהירים וכי גם אם הם הוטעו על ידי היזמים או עורכי דינם, אין בכך כדי לסייע להם (אם כי ייתכן שיש להם עילת תביעה נגד גורמים אלה).

על אף שנקבע, כי פעילות הרשויות הייתה רחוקה מלהיות תקינה, כאשר, בין היתר, הוועדה המקומית העניקה היתר לבניית קוטג'ים רחבי ידיים, על אף שהרוכשים שינו, באופן מהותי ביותר, את מצבם לרעה, עקב התנהלות הרשות והשתתפות המדינה, אשר התעוררה לאחר שנמכרו רוב הדירות ועל אף שביהמ"ש העליון היה ער לכך שהמשמעות של דחיית טענת ההגנה מן הצדק היא, כי הרוכשים לא יוכלו להמשיך ולהתגורר בדירות שרכשו במיטב כספם, קבע ביהמ"ש העליון, כי אין מנוס מדחיית טענת ההגנה מן הצדק, באמרו כי "אין להשלים עם הזלזול בחוקי התכנון ובהליכים הנדרשים על-פיהם - זלזול שהפך כמעט לנורמה מקובלת בחברתנו".

ביהמ"ש העליון הבהיר, כי טענת שיהוי זו, נגד הרשות, נבדלת מטענה נגד אזרח אשר אינו ממהר להגיש עתירה נגד הרשות, על אף שהשיקולים לבחינת הטענה דומים הם והבהיר, כי:

"... עיקר ההבדל נעוץ בכך שכאשר דנים אנו בהשתתפות של הרשות בפעולותיה, בוחנים אנו למעשה טענה מהותית הנוגעת לפגם בפעולת המינהל. מטעם זה, במסגרת הביקורת השיפוטית שאנו מפעילים על הרשות המינהלית נבחן בין היתר את דרכי פעולתה, את הימנעותה מלקיים את חובותיה במהירות הראויה ואת התוצאה המתחייבת מהימנעות זו. כך למשל נבחן אם יצרה התנהגות הרשות מצג כלפי הפרט, אם הקימה התנהגותה אינטרס הסתמכות ואם אינטרס זה ראוי הוא להגנה בעומדו אל מול אינטרסים אחרים של הציבור ובהם האינטרס של שמירת החוק, כך



בדרך-כלל. (השוו: בג"ץ 135/71 פרסמן נ' המפקח על התעבורה [2], בעמ' 539-541; בג"ץ 465/93 טריידט ס.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה [3], בעמ' 629-633). אולם כאשר הפעולה המינהלית שאותה אנו בוחנים נוגעת לאכיפת החוק, ההשתתפות בהפעלת אמצעי האכיפה כשלעצמה לא תיצור מניעות כלפי הרשות האוכפת אלא במקרים קיצוניים ויוצאי-דופן. רשות החייבת לבצע פעולות על-פי דין, ובייחוד רשות הממונה על אכיפת חוק, אינה יכולה להשתחרר מחובתה עקב העובדה שלא נקטה אמצעים למילוי החובה במועד. מכל מקום, בדרך-כלל, בנסיבות של אי-חוקיות, ובייחוד כאשר אי-החוקיות ברורה ומובהקת, הימנעותה של הרשות מלפעול אין די בה כדי לבסס אינטרס מוגן של הפרט כנגדה (השוו: בג"ץ 5992/97 ערער נ' ראש-עיריית נתניה, פולג [4], בעמ' 655-656; י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב) [5], בעמ' 724-732).

20. בשונה מעניינם של הרוכשים בפרשת שוויצר - שם נקבע שהרוכשים היו צריכים להבין את אי החוקיות ולהסיקה מתוך החוזים, כפי שאולי לא הבינו ולא הסיקו, בפועל - בענייננו, הפרת החוק ברורה על פניה ולא יכולה להיות עליה מחלוקת. אין חולק על כך שבנייה ללא היתר היא בנייה בלתי חוקית. "אישורים" או אף תמיכה בפעילות הבלתי חוקית, על ידי גורמים כאלה ואחרים בעירייה ואף על ידי ראש העירייה איננו היתר כדין. ראש העיר הוא אמנם יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, אולם הוא איננו הוועדה ואין הוא מוסמך לתת היתרי בנייה.

חזקה על אדם שהוא יודע את החוק הפלילי ובענייני תכנון ובנייה חזקה שהוא יודע את הצורך בהיתר בנייה כדין. עניין זה, מן המפורסמות הוא ואין כל ספק שהמשיבים ידעו, כל העת, שאין בידם היתר בנייה כדין, כפי שעולה גם מהודעת המשיבה בפני הרשות (ת/21). במקרה בו אי החוקיות כה ברורה, אין כלל צורך ב"תמרורי אזהרה". אלה נדרשים מקום בו יכול להיות ספק שמא היו מפרי החוק ערים לכך שאמנם מדובר בהפרה, כפי המקרה אשר נדון בעניין שוויצר.

21. מעבר לצריך אומר, כי מסקנת בימ"ש קמא, לפיה תביעת הפינוי שהגישו הבעלים נגד המשיבים בשנת 1996, בה נטען שהמשיבים פלשו למקרקעין והקימו בה מבנה ללא היתר (גם אם לאחר מכן הושגה פשרה בין חלק מהבעלים לבין המשיבים) ופגישת המשיבים בעירייה (נ/4), בה הובהר שיש צורך בהסכמת כל הבעלים (הסכמה שלא הושגה) אינם מהווים "תמרורי אזהרה", איננה יכולה לעמוד. לא יכול היה להיות ספק למשיבים, כי פעולתם במקרקעין איננה פעולה חוקית, גם אם העירייה תמכה בכך ועשתה כל שביכולתה כדי לאפשר להם פעילות זו. כאמור - הסכמתה של רשות ואף עידודה, אינם יכולים לבוא במקום היתר הנדרש על פי חוק, והדברים ידועים.

22. אשר לעניין טווייל - גם פסק הדין שניתן בפרשה זו, תומך בקבלת הערעור באופן האמור לעיל.

בעניין טווייל, הדומה מאד למקרה שבפניי, נטען, כי כתב האישום הוגש בשיהוי רב וכי פעולות הנאשם נעשו, בכללותם, בתיאום עם גורמי העירייה השונים, בעידודם ובאישורם. בימ"ש קמא מצא טענות אלה מבוססות עובדתית (לגבי מבנה הקיוסק, להבדיל ממבנה המגורים - לגבי נדחתה הטענה מכל וכל) ועל אף זאת, דחה את טענת הנאשם לפיה יש להורות על ביטול כתב האישום וקבע, כי הטענה תובא בחשבון לעניין העונש שייגזר עליו.



אכן, ביהמ"ש הבחין בין הקיוסק - לגביו נתנו גורמי העירייה אישור לא רשמי "על דרך המעשה" ובין דירת המגורים, לגביה לא ניתן אישור, גם לא "בלתי רשמי", אך התוצאה של קביעותיו לגבי הקיוסק לפיהן, סמך הנאשם על מצגיה של העירייה ועל בסיס פעולותיה השקיע את כספו, לא הביאה את ביהמ"ש לבטל את כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, אלא רק להתחשבות בכך לעניין גזירת הדין וכך אמר בית המשפט: "... ניתן וראוי לרפא את הפגמים שהוצגו באמצעות איזון שונה, אשר אין בו כדי ביטול האישום לחלוטין בגין הקמת מבנה הקיוסק, כי אם מתן אפשרות למרחב פעולה של ממש בעת גזירת הדין, תוך התחשבות מרבית בנסיבות שהובילו את הנאשם להצבת מבנה הקיוסק במקום שהוצב". בדין ובצדק הפנה ביהמ"ש, בעניין טוויל, אל ע"פ (מחוזי חיפה) 2079/02 חלבי נ' מדינת ישראל(9.5.2002), שם נאמר: "[...] כל אדם בר דעת יודע, שאסור לו לבנות בלי היתר" (שם, פסקה 8). פרשת טוויל, בכל הנוגע לקיוסק, דומה מאד לעניינו.

23. אציין, כי ע"פ 42889-08-15 (מחוזי-נצרת) הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז צפון נ' יוסי יוסף ורדי (11.1.2016) אליו הפנה ב"כ המשיבים, אינו דומה לעניינו, שכן שם ניתנו היתרים, לכאורה על ידי הגוף המוסמך.

בעפ"א 359/08 (מחוזי-נצרת) הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז צפון נ' דיאגו גודלפארב (22.4.2009) נדון עניין שונה לחלוטין ולא ניתן להקיש ממנו למקרה דנן.

24. בעניינו, העירייה חפצה בשיקום המשיב והתירה למשיבים להקים במקום סככת אבטיחים. בימ"ש קמא קבע, כי במהלך השנים התפתח העסק והפך לעסק של "מכירת פירות וירקות, דברי מתיקה ושאר מיני טובין" (כפי שנכתב בתביעת הפינוי שהגישו הבעלים - ת/20) וכי הרשות הייתה מודעת לכך ושתקה. אין מקום להתערב בממצא זה.

אלא שאין בכך כדי להועיל למשיבים אשר, כאמור, הקימו את המבנים ואת העסק ללא היתר. אמנם, התנהלות גורמי הרשות (אשר איש מהם לא נתן על כך את הדין), לקויה ומטרידה ביותר, אולם יש לזכור כי פעולותיה נעשו למען המשיבים ועלו בקנה אחד עם האינטרסים שלהם. המשיבים הם שנהנו, כל השנים, מהעסק שהקימו על מקרקעין לא להם, ללא ההיתרים הנדרשים על פי דין. במקרה זה גם לא נפגעה יכולתם של המשיבים להתגונן, שכן אין חולק שמעולם לא היה בידם היתר בניה.

#### שיקולים זרים ו"דיבור בשני קולות" -

25. בימ"ש קמא קבע, כי לולא עוררה חברת דלק את העניין, מן הסתם לא היה מוגש כתב האישום. מדובר בממצא עובדתי שאין כל עילה להתערב בו, אולם לטעמי, גם עובדה זו איננה מצדיקה ביטולו של כתב האישום. מן המפורסמות הוא שאין בכוחה של המדינה לפעול בנוגע לכל המבנים המוקמים ללא היתר. כך, בוודאי, כאשר הרשות המקומית, אשר בתחומה נמצאים המקרקעין והיא זו האמונה על אכיפת דיני התכנון והבניה במרחבה העירוני, איננה פועלת נגדם וכפי שקרה במקרה זה - אף תומכת בקיומם ופועלת אצל אחרים (כגון הבעלים הפרטיים), על מנת שלא יפעלו נגדם.

גם בעובדה שמדובר במבנים המצויים סמוך לכביש מס' 2, אין כדי לשנות מכך. כתב האישום הוגש על ידי



המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין בפרקליטות המדינה, לאחר שהמצב בשטח הובא לידיעתה.

פעמים רבות, אזרח הוא זה אשר מניע את הרשות לפעולה ואין בכך כל פסול, כל עוד אין בכך משום הטיית שיקוליה של הרשות ולא זה המקרה שבפניי, בו הפרת החוק ברורה ובוטה ולמעשה חייבה הגשת כתב אישום.

#### אכיפה בררנית -

26. קביעת בימ"ש קמא, לפיה נקטה המערערת אכיפה בררנית בכך שלא העמידה לדין גם את הבעלים של המקרקעין הפרטיים, איננה יכולה לעמוד, לא מבחינה עובדתית ולא מבחינה משפטית.

בבחינת הטענה בדבר אכיפה בררנית, יש לבחון את שיקול הדעת המנהלי, שהביא את המערערת שלא להגיש כתב אישום נגד הבעלים. ראוי להדגיש, כי במסגרת זו אין המדינה צריכה להוכיח את הנתונים, עליהם היא ביססה את שיקול הדעת המנהלי, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי, אלא די בכך שהמדינה ביססה את האבחנה בין המשיבים לבין הבעלים על שיקולים ראויים וסבירים, על פי הנתונים שהיו בפניה, בעת הגשת כתב האישום.

27. 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"צ 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 להשטית עליו ממצא. וכך הציג זאת הנשיא אגרנט בבג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו (357) 'העדות 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).

28. לא נעלמה מעיני ההלכה הנזכרת ברע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (2.5.2012) לפיה:

"כאשר ההחלטה המנהלית עלולה לפגוע בזכויות אדם, מקבלים המבחנים השלישי (מבחן אמינות הנתונים) והרביעי (מבחן הראיות המהותיות) גוון נוקשה יותר, ועל הרשות המנהלית להציג תשתית ראייתית מוצקה ומשכנעת יותר. כך נקבע בעניין יורונט כי: "מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המנהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד".



גם בשים לב לכך שהרשעת המשיבים עלולה להביא לסגירת עסקם, אין מנוס מלקבוע, כי לא נפל פגם בשיקול הדעת המנהלי אשר הביא את המערערת להחלטה שלא להגיש כתב אישום נגד הבעלים הפרטיים.

בפני המדינה היו נתונים, לפיהם יכולה הייתה המדינה להסיק, כי המשיבים עשו שימוש במקרקעין במהלך כל השנים, לכאורה, מבלי לשלם, ברציפות, דמי שכירות לבעלים, כי הבעלים הגישו נגדם תביעת פינוי (ת/20) וגם אם הגיעו עמם לפשרה, היו בפני המדינה ראיות (מוצג נ/3), מהן יכולה הייתה להסיק, כי הבעלים לא רצו לפעול נגד המשיבים בשל חששם מהם.

לפיכך, אין מדובר באכיפה בררנית.

29. ערה אני לקביעת בימ"ש קמא, בהכרעת הדין, לפיה בעדויות שנשמעו בפניו "**לא נמצא רמז לחשש מפני הנאשמים. מר ברא"ז ומר שאוליאן, שניים מבעלי המקרקעין, לא ציינו חשש מהנאשמים ואף המפקח, אשר ניהל את החקירה בתיק, לא הזכיר כי נתקל בחשש של מי מהבעלים, מהנאשמים**" (עמ' 63 לפרו' קמא שו' 12-14. ההדגשה איננה במקור).

על כך יש לומר שני דברים.

30. האחד וזה העיקר - כפי שהוסבר לעיל, הקביעה אם מדובר באכיפה בררנית איננה יכולה להסתמך על ממצאי בימ"ש קמא, מתוך הראיות שהובאו בפניו. כמוסבר לעיל - יש לבחון את שיקול הדעת המנהלי, על פי הנתונים שהיו בפני הרשות המנהלית, בעת שהיא קיבלה את ההחלטה נשוא הדיון ועל פי מבחני הראיות המנהליות.

בבחינה זו, כאמור - אין לבוא בטרזניה אל המדינה אשר החליטה שלא להגיש כתב אישום נגד הבעלים.

31. השני - קביעתו הנחרצת של בימ"ש קמא לפיה לא היה אפילו רמז לקיומו של לחץ על הבעלים הפרטיים, מתעלמת מחומר ראיות שהיה בפני בימ"ש קמא ואף מכך שבימ"ש קמא מנע מהמאשימה מלחקור בעניין זה את עו"ד זאב ברא"ז, אשר הובא כעד הגנה, ויש מקום להתערב בה.

אמנם, ככלל, אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו ע"י הערכאה הדיונית ובמיוחד הדבר כך, לגבי ממצאים שנקבעו לאחר שמיעת ראיות והתרשמות מהעדים. עם זאת, כלל אי-ההתערבות איננו הרמטי. במקרים חריגים, תתערב ערכאת הערעור בממצאים ובמסקנות של הערכאה הדיונית. כך תעשה, למשל, כאשר נפל פגם ממשי בקביעות הערכאה הדיונית, כגון התעלמות מסתירות מהותיות בעדויות, טעות בהסקת המסקנות מהראיות שהובאו, ייחוס משקל ראייתי שגוי לראייה מסוימת, אי ייחוס משקל ראוי לראייה אחרת וכיוצ"ב. ראו, למשל: ע"א 734/76 פלוני נ' אלמונים, פ"ד לב(2) 661 (14.06.1978); ע"א 640/85 קופר נ' איגוד המוסכים בישראל, פ"ד מד(1) 594 (08.03.1990); ע"א 188/89 עזאזיה נ' המועצה המקומית כפר דבוריה, פ"ד מז(1) 66 (02.03.1993); ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון המנוח זלמן בראשי, פ"ד נב(2) 582, 594 (11.06.1998); ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל (מיום 23.6.10).

32. במקרה דנן, הוגש לבימ"ש קמא מוצג נ/3 (הנזכר לעיל), שהוא מכתב שנכתב ביום 2.9.14, על ידי אחד מהבעלים הפרטיים, עו"ד ניסן שאוליאן אל ראש ענף הפיקוח על הבניה במשרד הפנים, בתגובה



להזמנתו לחקירה בעניין המזון.

במכתב מציין הכותב, שהוא רכש את המקרקעין (מכונס נכסים) לאחר שהמשיב כבר ניהל בו מזון, כי הוא לא הפיק שום הנאה כספית או אחרת משימוש של המשיב בנכס וכי למיטב ידיעתו יש נגד המשיב צו פינוי מכוח הליכים שנקטו שאר הבעלים, אך צו הפינוי לא יושם "בשל לחץ כבד שהופעל על הבעלים בעבר מצד הרשויות ובשל החשש מאופיו המיוחד של מר עמר" (ההדגשה אינה במקור).

מוסיף הכותב ומציין, כי: "אין לי כמובן התנגדות שתחלו בהליכי פינוי נגד עמר. אולם כפי שהבהרתי לך בשיחותינו, מצופה מכם שתבינו את החשש הגדול שלי (ושל יתר הבעלים) להגיע עמו לעימות" (ההדגשה במקור).

33. בנוסף, מעדויות עד התביעה, עו"ד שאוליאן ועו"ד זאב ברא"ז (אשר הובא כעד הגנה) עלה, שלא נחתם חוזה שכירות עם כל הבעלים, שהמשיבים לא שילמו את דמי השכירות כסדרם וכי גם סכום שנצבר בפיקדון אצל עו"ד ברא"ז (עבור התקופה לפני שעו"ד שאוליאן רכש חלק מהמקרקעין), איננו מחולק. עו"ד שאוליאן העיד: "נאמר לי שיש פיקדון אצל בראז והוא לא מחולק, מה גם שהסכום היה לפני תקופתי כך שהוא לא שייך אליי" וכן הוסיף, כי לאחר חתימת הסכם השכירות על ידו: "לא התקבלו יותר דמי שכירות". עוד אמר, כי לאחר עריכת הסכם השכירות הוא ביקש מעו"ד ברא"ז שיטפל בעניין המיסוי, אך: "... הוא אמר לי שהוא מנוע מליצור עם הנאשמים קשר לאור איזה חקירה, והעניין רגיש, לקחתי צעד אחורה, ולא התעסקתי איתם מאז". עו"ד ברא"ז העיד, כעד הגנה, כי לפעמים המשיבים שילמו דמי שכירות ולפעמים לא: "... אנחנו לא עשינו מזה עניין גדול". אמנם, עו"ד ברא"ז הסביר, כי דמי השכירות היו סמליים, שכן היה לבעלים אינטרס שהמשיבים יהיו במקום ושלא יפלוש אליו פורעי חוק, שהם לא יוכלו לפנות, אך מהעדויות הנ"ל עולה, כי גם דמי שכירות אלה לא שולמו כסדרם. עוד ציין עו"ד ברא"ז, כי הוא הגיש את תביעת הפינוי בשנת 1996, אך העירייה התערבה וביקשה ממנו להימנע מכך והוא הסכים (הוגש אישור העירייה וסומן נ/4).

מהדברים הנ"ל עולה התנהלות בלתי שגרתית מצד בעלים של מקרקעין, עם מי שהקים ומנהל עסק על המקרקעין. לא בכדי (גם לאור המכתב נ/3), ביקשה ב"כ המאשימה לשאול את מר זאב ברא"ז, בחקירה נגדית, אם במגעיו עם המשיבים היו גם "אלמנטים של חשש או פחד". אלא, שב"כ המשיבים התנגד לשאלה ובימ"ש קמא לא התיר אותה, ללא כל נימוק.

ראוי היה להתיר שאלה זו, אשר כפי שעולה מהכרעת הדין, הייתה בנושא רלבנטי. עם זאת, בין כך ובין כך - די בחומר שהיה בפני המדינה בנוגע להתנהלות הנ"ל, בעת הגשת כתב האישום ולמעשה - די היה במכתב נ/3, שהיה בפניה, כדי להסביר מדוע המדינה בחרה שלא להגיש כתב אישום נגד הבעלים, אשר נראה כי לא נהנו מהשימוש שעושים המשיבים במקרקעין ובנסיבות העניין אף נמנעו מלפעול נגדם, על אף שהגישו תביעת פינוי.

אינני סבורה שהיה על המדינה להעמיק את החקירה ולחקור גם את שאר הבעלים, כפי שקבע בימ"ש קמא. אין מחלוקת, כי שאר הבעלים לא חתמו על הסכם שכירות עם המשיבים ותנאי הסכם השכירות, עליו חתום רק בעלים אחד, אינם מעלים ואינם מורידים, לעניין זה. גם אם מופקד סכום כסף כלשהו בחשבון הנאמנות,



המשיבים לא הביאו כל ראיה לגובה הסכום, על אף שהנאמן על החשבון, עו"ד זאב ברא"ז הובא כעד הגנה מטעמים והחוזים שנעשו בנוגע למזנון בין המשיבים לבין האחרים, צריכים להיות מצויים בידי המשיבים ובוודאי לא בידי המדינה, שלא הייתה צד להם.

34. נוכח כלל הנסיבות האמורות לעיל, אין באי הגשת כתב אישום נגד הבעלים משום אכיפה בררנית.

#### דיבור בשני קולות -

35. בימ"ש קמא קבע, כי המאשימה מדברת בשני קולות ו"מגישה כתב אישום בניגוד למצב קודם של אי העמדה לדין. מחד גיסא מתירה השימוש במבנה לאורך שנים תוך נקיטת פעולות אקטיביות להסרת כל מכשול העומד בפני הנאשמים ומאידך גיסא מגישה כתב אישום תוך 'עקיפת' סמכות הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה".

אכן, מצב בו רשות מרשויות המדינה מתירה את אשר התירה העירייה למשיבים, במקרה דנן, הוא מצב בלתי תקין בעליל. אולם, העירייה איננה הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה והיא איננה מוסמכת לתת היתר בנייה. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה היא המוסמכת לתת היתר בנייה, אולם מעולם לא נתנה למשיבים כל היתר. אין מדובר, אפוא, "בעקיפת" סמכותה של הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה - שהרי היא לא נתנה היתר, ובוודאי לא "בעקיפת" סמכות העירייה, הנעדרת כל סמכות בעניין זה.

בעובדה שהעירייה פעלה כפי שפעלה, אין כדי לכבול את ידי המדינה מלהפסיק את המצב הבלתי חוקי בשטח, על ידי הגשת כתב אישום, שאם נאמר כך - הרי נעניק לעירייה סמכויות שאינן מצויות בידה.

36. בנסיבות האמורות לעיל יש לקבל את טענת ההגנה מן הצדק, אך התוצאה אינה יכולה להיות ביטול כתב האישום. תוצאה כזו תפגע יתר על המידה באינטרס הציבורי שבקיום הוראות חוק התכנון והבנייה וכפי שפורט והוסבר לעיל, אין לה הצדקה בנסיבות המקרה דנן. על אף אי הנוחות הרבה (בלשון המעטה) אשר גורמת התנהלות העירייה ועל אף השיהוי הרב שנקטה המדינה בהגשת כתב האישום, אין מדובר במקרה קיצוני המצדיק ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. טענת ההגנה מן הצדק ראוי לה שתתקבל, במקרה זה, בכל הנוגע למידת העונש שייגזר על המשיבים.

נוכח כל האמור לעיל, אני מקבלת את הערעור, חלקית, באופן שטענת ההגנה מן הצדק שבפי המשיבים מתקבלת, תוך שנקבע, כי אין היא מצדיקה ביטול כתב האישום, אלא התחשבות בה לעניין גזירת הדין בלבד.

37. לפיכך, העניין מוחזר בזה לבית משפט קמא, על מנת שירשיע את המשיבים על פי הודאתם ויגזור את הדין, לאחר שישמע את טיעוני הצדדים ובשים לב לאמור לעיל.



המזכירות תמציא את פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, י"ד תשרי תשע"ז, 16 אוקטובר 2016, בהעדר הצדדים.