

**עפ"א 28577/02/18 - רفال ביטון, גליה ביטון נגד ועדת מקומית לתוכנו
קרית גת**

בית המשפט המחויזי בבאר שבע

עפ"א 18-02-28577 ביטון וביטון נ' ועדת מקומית לתוכנו קריית גת

בפני	כבוד השופט אלון אינפלד
מערערים	1. רفال ביטון
נגד	2. גליה ביטון ע"י ב"כ עו"ד דוד בן חיים
משבנה	ועדה מקומית לתוכנו קריית גת ע"י ב"כ עו"ד דינה צ'

פסק דין

האישום וההלוין

1. לפני ערעור על פסק דיןו של בית משפט השלום בקריית גת (כב' השופט מ. הולצמן). הערעור מתיחס להכרעת הדיון שניתנה ביום 17/10/2017, בה הורשו המערערים בעבירות שימוש בנכס ללא היתר, והנאים 3 זוכה. הערעור מתיחס גם לנזר הדיון שניתן ביום 09/01/2018, לפיו הושתו על המערער 1 (הוא הנאים 1 בכתב האישום, להלן: "המערער") קנס בסך 6,000 ₪ ותחייבות עצמית בסך 10,000 ₪ ועל המערערת 2 (היא הנאים 2 בכתב האישום, להלן: "המערערת") הושתו קנס בסך 4000 ₪ ותחייבות עצמית בסך 10,000 ₪. חריגות הבניה בנכס הוסרו במלואן ביום 25/08/2015 ולפיכך לא ניתן צו הריסה.
2. עניינו של כתב האישום הינו קיוסק, אשר הוקצה בשנת 1970 לאביהם של המערערים מר מאיר ביטון ז"ל, לשם שיקום. האב המנוח החזיק בקיוסק עד לפטירתו בשנת 2005.
3. על פי כתב האישום, המבנה המקורי היה בשטח של כ-25 מ"ר, עליו נספו מרפסת של כ-15 מ"ר ומחסן בגודל של כ-11.5 מ"ר, במסגרת היתר הבניה. לבנייה האמור נוספת, במשך הזמן, ללא היתר, גגון ברזנט על קונסטרוקציה מתכת בשטח של כ-34 מ"ר, אשר מצוי בחלקו על הכביש ובחלקו על שטח ציבורי פתוח. כן נבנה מבנה נוסף בשטח של 26 מ"ר בשטח ציבורי פתוח. המבנה שימש לסחר קיוסק.
4. עוד נטען בכתב האישום כי המערער הפעיל את הקיוסק במבנה, החל מיום 01/01/2011 ועד לשנת 2014 או בסמוך לכך. ביום 26/02/2014 נשלח אל המערער מכתב התראה על בנייה בלתי חוקית והוא הזמין לחקירה. בפגישה שהתקיימה בין המערער לבין מפקח הבניה, ביום 11/03/2014 ביקש המערער ארוכה לצורך פירוק עבירות הבניה והוסכם כי ההריסה תבוצע עד ליום 13/04/2014. אולם, ההריסה לא בוצעה עד מועד זה. התראה נוספת נסافت שנשלחה לא עונתה.
5. עוד נטען בכתב האישום כי אדם בשם רוני אוחנה, שהיה הנאים 7 בכתב האישום, התקשר בהסכם

עמוד 1

שכירות עם המערערת אשר יציג את אחיה, יורשי האב המנוח (המערער וכן ארבעה אחים נוספים אשר היו גם כן נאשמים בכתב האישום). על פי ההצעה מר אוחנה הפעיל את הקיוסק במבנה תמורת דמי שכירות החל מיום 15/04/2015.

6. ביום 20/05/2015 נמצא כי המבנה פורק בחלקו וביום 25/08/2015 נמצא כי כל חירigkeit הבניה פורקן.

7. בשלב מסויים הנאשם 7, מר אוחנה, נמחק מכתב האישום לבקשת ב"כ המאשימה לאחר שהמאשימה שוכנעה שהוא אשר עשה בפועל להסרת הבניה הבלתי חוקית. בהמשך, לאחר שמייעת הראות וערב הגשת הסיכומים בכתב מטעם התביעה, בוטל האישום בגין חלק מהאחים, הנאים 4, 5 ו-6. זאת, בהודעה המoscמת על נאשמים אלה ועל התביעה, לאחר שהמאשימה הגיעו למסקנה כי לאחים אלה, בוגדים לנאים 1-3 (ובهم המערערים) עומדת ההגנה לפי סעיף 208(ב) לחוק התקנון והבנייה.

פסק הדין

8. לאחר שמייעת הראות בית המשפט הגיעו למסקנה כי אכן הכוח שנבנתה לקיוסק תוספת בינה שלא כדין. זאת, למורתו של המפקח מטעם העירייה לא הצליח בחיקירתו הנגדית להצביע על גבולות השטח הציבורי. הממצא נקבע על יסוד הapur בין המבנה כפי שהוא אמרו להיראות על פי היתר הבניה (ת/2) לבין מצבו של המבנה על פי עדות המפקח והתמונה שהוא צילם (ת/9).

9. לעניין אשמת המערער, הצבע בית המשפט על כך שאין מחלוקת שהפעיל את הקיוסק לפחות שנה (לפי התשובה לאיושום), כי המערער עצמו העיד כי שכר את המקום מאחיו (הנאים 6) בשנים 2011-2012 וכי בנו של המערער הפעיל את הקיוסק עד שנת 2013. כן הצבע בית המשפט על מכתב שנשלח למערער על ידי אחיו, הנאשם 6 בשם כל האחים בחודש אוקטובר 2013, המזכיר לו שעלו לפניו לפנות את הקיוסק עד סוף אותו חודש (ת/18).

10. כן הצבע בית המשפט על עדויות האחים, הנאשם 4 והנאים 6, לפיהן המערער ניהל את הקיוסק עוד בתקופה שההורים היו בחיים ולאחר מכן שכר את הנכס בעצמו או באמצעות בנו. בנוסף על כך, הצבע בית המשפט על עדות המערער לפיה הוא טיפול בהשכרת המקום לצד ג', עברו הוריו עוד בשנת 2007.

11. בית המשפט ייחס גם משמעות לעובדה שהמערער הגיע לחקירה באזורה בפני המפקח לאחר שהוזמן. אמנם, המערער הכחיש את הטענה כי התחייב לפרק את תוספות הבניה הבלתי חוקיות, אך בית המשפט העדיף בעניין זה את גרסת המפקח בשם לב לד"חות הביקור שהוצאו על ידו בזמן (ת/6 ות/7).

12. לעניין אשמת המערערת, הצבע בית המשפט על הסכם השכירות שנחתם בגין (באמצעות אחיה הנאים 6) לבין המערער אודות שכירות בשנים 2011-2012, עם אופציה לשכירות לשנה נוספת (ת/16 ות/17). בית המשפט ייחס משקל רב לעובדה כי המערערת היא זו אשר השכירה את המקום לumaruer לשם הפעלת הקיוסק וכי דמי השכירותשולמו לה.

13. בית המשפט התייחס לטענת המערערים והנאים 3 לפיה לא היה בידי לפרק את הבניה החריגה, באשר אין הם הבעלים של הנכס. זאת, משום שבעלת הזכיות במרקען היא העירייה, ובטרם מוננו מנהלי עיזובן

למנוחים לא ניתן היה לבצע כל פעולה משפטית. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי אמן הבועלות הייתה של העירייה, אולם האב המנוח החזיק את המקום במעמד של "בר רשות" (לכל הפחות), במשר עשרות שנים. המערער אף השכיר את הנכס עבור האב עוד בחיו. נוכח רמת שליטה זו, ניתן היה לפרק את הבניה הבלתי חוקית, בוודאי לאחר דרישת המפקח, תוך ידוע יתר בני המשפה. בהקשר זה ציין בית המשפט כי אשר פועל מנהלי העיזז להשכיר את הנכס למגר אוחנה בתנאי שיפרקל את הבניה החריגת, כפי שעשה, הרי עשו זאת המנהלים מכוח זכויות האחים. מכאן, שלא הייתה מניעה אמתית להסיר את הבניה החריגת קודם לכך.

14. בית משפט השלום הנכבד דחה את טענת המערערים לפיה לא הוכח שנעשה שימוש כלשהו בתוספות הבניה, אלא רק בשטח המקורי של הקישוק. בית המשפט הצבע על כך כי המבנה הנוסף והגנון נבנו כאמור לשטח הקישוק המקורי, נועדו לשמש את קהיל הלוקחות וכן להגדיל את התושואה הכלכלית מן העסוק. בית המשפט קבע כי הגנון, לפי מיקומו, שימש בהכרח את באי המקום. בית המשפט דחה כבלתי סבירה את גרסתו של המערער לפיה לא נעשה שימוש בתוספת לבנייה, וכי שולחנות וכיסאות הוצבו רק בשטח המקורי. זאת, במיוחד לאחר שהמערער אישר כי בפועל יכול היה ליטול כסא ולשבט בשטח המוסף.

15. בית המשפט דחה את הטענה לפיה עומדת לערערים הגנה מכוח סעיף 808(ב) לחוק התקנון והבנייה (לפי נוסחו ערב תיקון 116). בית המשפט קבע כי המערערים לא הצליחו להוכיח כי העבירה בוצעה שלא בידיעתם וכי נקטו בכל האמצעים הניאוטים לקיום החוק. הרי המערער לא פעל להסרת הבניה החריגת אפילו לאחר שקיבל מכתב התראה ולאחר שפגש את המפקח. המערערת בחרה שלא להעיד ומילא לא הרימה את הנintel הבסיסי להראות כי מתקיים בה התנאים הקבועים בחוק.

16. לעניין הנאשם 3 - בית המשפט זיכה אותו לאחר שהוא כל ראיות כי עשה שימוש בפועל בנכס או כי היה "מעורב הלכה למעשה" בהסכם שנקשרו בין המערער לבין השכרת הקישוק וקבלת התקנון. אמן, הנאשם 3 היה זכאי לחלקן בדמי השכירות, לפחות לאחר מרץ 2015 בהתאם להסכם שנחתם בין האחים בבית המשפט לענייני משפה (ת/12), ואמן, הנאשם 3 בחר שלא להעיד. אולם, מאחר שבעניינו של הנאשם 3 לא הוכיח ראיות ישירות בדבר מעורבות קונקרטית, לא די בשתיקתו כדי להוכיח את ידיעתו על המתוחש בקישוק לפני שנת 2015, שנה בה פועל מנהלי העיזז להסרת הבניה החריגת. בהקשר זה, ציין בית המשפט את התנאי להרשעת בעל מקרקעין בעבירות בניה לפי תיקון 116 לחוק התקנון והבנייה ועל פי סעיף 243(ו) לנוסח המתווך. תנאי, לפיו רק מי שהוא בעל שליטה במקרקעין בשעת העבירה, יחשב כבעליהם ורק בהעדר בעל שליטה אותו ניתן לאתר, יש לראות כבעלי רלוונטי את מי רשום בפנקסי המקרקעין.

17. בית המשפט דחה טענות להגנה מן הצדק שהעלו המערערת ונאשם 3. ציין כי לא הייתה חובת שימוש בעניינים באשר אין מדובר בעבירה מסווג פשע. בית המשפט התייחס לאי הבהיות המשפטית בשאלת אם יש חובה לקיים חקירה טרם הגשת כתב אישום ולפסיקת הנוגעת לעניין זה. בית המשפט קבע כי אין מקום לחייב גורפת לפיה העדרה של חקירה על ידי המפקח תגרום לביטול כתב האישום ויש לבחון כל מקרה על פי נסיבותו. זאת, למorate שבוואדי נכו מלכתחילה לזמן כל חשוד לחקירה על מנת לשמוע את גרסתו. בהקשר זה התייחס בית המשפט להלכה שנקבעה בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** פד נת(6) 776 (2005) (להלן: החלט או פרש**ת בורוביץ**) וקבע כי אין בכך שהמערערת לא זמנה כדי "פגיעה

חריפה בთხושת הצדק וההגינות" ולפיך לא נמצא לזכות את הנאשמת מחמת הגנה מן הצד.

18. לעניין העונש, סקר בית המשפט את הענישה הנוגעת וקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין 3,500 ל-50,000 ₪ בגין עבירות של שימוש בבניה חריגת בדרך כלל. בסביבות העבירות הקונקרטיות, לך בית המשפט בחשבון כי המערער טיפול במבנה כמיופה כוח של הוינו במשך מספר שנים, ולאחר מכן הפעיל את הקיוסק בעצמו, אף אפשר לבנו להפעיל את הקיוסק לתקופה מסוימת. בית המשפט ציין כי המערער התבקש להסיר את חריגות הבניה על ידי המפקח אך לא עשה כן. נלקח בחשבון שהמערער העביר דמי שכירות להפעלת הקיוסק למערערת. המערערת קיבלה את דמי השכירות ולפיך השני נהנו הנאה כלכלית מהנכס למשך זמן. בית המשפט נתן משקל להנאה כלכלית זו.

19. בית המשפט דחה את הטענה שלא ניתן היה לפרק את תוספות הבניה לאחר פטירת ההורם עד אשר מונו מנהלי עיזובן. זאת, משום שהמערער שולט בפועל במבנה ו יכול היה בקלות להיענות לדרישת המפקח, תוך ידוע יתר בני המשפחה.

20. בית המשפט ציין שלא ניתן משקל לטענות אודות הבדיקה פסולה בין הנאים שנמחקו והנאשם 3 לבין המערערים שהורשו. עם זאת מצא בית המשפט שיש להשית קנס גבה יותר על המערער בשים לב מעורבותו הרבה השימוש שלו בנכס. בית המשפט קבע לשני הנאים מתחם קנס הנע בין 10,000 ל-35,000 ₪, וכן קבע שיש להחטיים על התחייבות עצמית.

21. לעניין נסיבות שאין קשרו לביצוע העבירה, לך בית המשפט בחשבון את העובה כי הבניה החrigה הוסדרה בסופו של דבר. בית המשפט דחה בתוקף את הטענות של הסגנור לפיהם נמחקו הנאים 6-4 מכטב האישום נוכח הבטחה סודית שננתנה להם הتبיעה, בתנאי שייעדו נגד המערער, וכיון ביחס לטענה כי "ולטעמי טוב היה אלמלא נטעה". טענה זו - שאין להמעיט בחומרתה כלל שהיא בה ממש - נטעה מהפה אל החוץ ללא כל תימוכין ראייתיים". כן ציין בית המשפט כי הטענה עצמה אינה מתישבת עם התנהלות הتبיעה בעת המשפט.

22. סיכומו של דבר, בית המשפט השית על המערער קנס בסך 6,000 ₪ ואף התחייבות בסך 10,000 ₪ והshit על המערערת קנס בסך 4,000 ₪ והתחייבות בסך 10,000 ₪.

הURREUR והתשובה

23. בערעורו, קובל ב"כ המעררים על כך שבשלבים הראשונים נטען בכתב האישום כי המעררים ואחיהם בנו את הבניה הבלתי חוקית, זאת למراتות שידוע שהמבנה הבלתי חוקי נבנה עוד על ידי אביהם לפני שנים רבות ועבירה זו התישנה.

24. נטען בערעור כי בית המשפט שגה בכך שלא ניתן משקל ראוי להתנהלותה של המאשימה, שהיא, לדעת הסגנור, פגומה יعن כי המעררים לא הוזהרו כראוי כדי לאפשר להם להסיר את עבירת הבניה בטרם הוגש כתב האישום; כי המשיבה כללה בכתב האישום את כל האחים יורשי הקיוסק מבלי להבחן ולסנן ביניהם; כי המשיבה צירפה תחילת שוכר (הנאשם 7 - מר רוני אוחנה), אשר מיד עם כניסהו לנכס החל בפעולות הסרת הבניה החrigה; כי לא קיימה חובת השימוע על פי הנחיות הייעץ המשפטי לממשלה; כי כתב האישום הוגש

למרות שהנתונים מתאימים ל"עיכוב הליכים" על פי הנחיות הייעץ המשפטי לממשלה; כי המשיבה השתתה כל השנים שהקיויסק הוחזק על ידי ההורים ולא עשתה דבר ואף לאחר שפנתה, פנתה רק למערער ולא לכל האחים; כי לא ניתנה שהות מספקת להרוס את הבניה בטרם הוגש כתוב האישום כמקובל; כי בפועל לא נעשה שימוש בחלק הבלתי חוקי של הקיויסק; ובשים לב להצטברות כל השיקולים האלה יחד.

25. עוד נטען, מעבר לכל השיקולים האמורים היוצרים גם בכתב האישום עצמו לשיטת ההגנה, כי האחים כלל לא ידעו שסככת הברזנט בנזיה שלא כדין, עד אשר המערער (בלבד) הוזהר בעניין זה.

26. ב"כ המערערים התייחס גם לכך שמדובר במשפחה אשר היה בתוכה סכסוך בין המערערים ונאשם 3 מחד גיסא לבין הנאים 6-4 מאידך גיסא. ב"כ המערערים טען כי המשיבה חזרה בה מהאישומים כלפי הקבוצה השנייה על מנת שאליה יעידו נגד הקבוצה הראשונה, וכך לא יעשה. זאת, במיוחד בשים לב לכך שהנאים 6-4 כללו לא היו רשומים כדי תבעה אלא כנאים. בטיעונו על פה הוסיף הסגנור, כי אין למעשה כל הסבר אחר להחלטת המשיבה לאותר למחצית הנאים ולהשאר את מחציתם רשומים בכתב האישום. לשיטת הסגנור, אין זאת אלא שנrankמה קונספירציה בין התבעה לבין הנאים 6-4, כי יתריצבו לעודות נגד אחיהם.

27. עוד נטען בהקשר זה, כי מדובר באפליה פסולה בין קבוצת נאים אחד לבין הקבוצה האחראית מבלתי שהיא פער ממש באיכות הראיות בין שתי הקבוצות. טענה זו חוזהה במיוחד במקרים מיידת האחירות של הנאשם 6 לעומת המערערת, אשר הורשעה בעיקר על יסוד מעורבותה בחתימה על הסכם השכירות, אשר הנאשם 6 היה מעורב בה לפחות הימנה.

28. לעניין הראיות הדגיש הסגנור, כי הקיויסק לא היה בבעלותו של אף אחד מהנאים, כך שלא קיימת לגביהם החזקה בדבר הידיעה על המצב התכונני בנכס. אולם, בדיונים בבית המשפט לענייני משפחה הייתה התייחסות לזכויות בקייסק, וכולם הניחו כי הקיויסק הוא בבעלותם, אך איש לא ידע שחלק מהמבנה נבנה ללא יותר. בהקשר זה הדגיש הסגנור בטיעון על פה, כי לפחות חלק מהבנייה הבלתי חוקית קיים כבר 20 שנה. הרשות מעולם לא פנו בטרוניה אל אביהם המנוח של המערערים, ולא הייתה להם סיבה לחשב שהבנייה אינה חוקית.

29. הסגנור טוען שחווי השכירות אינם מלמדים על כך שהיה ידוע לערערים או למי מהנאים על כך שחלק מהבנייה היא בלתי חוקית, ומכל מקום, בוודאי שאין מקום להבחן בין המערערים לבין הנאים שזווכו בהקשר זה. למעשה, לשיטתו, לא ניתן להוכיח ידיעה של המערערים בדבר הבניה הבלתי חוקית לפני פניה המפקח לערער ביום 25.02.2014. מועד, בו הקיויסק היה סגור ולא היה בו שימוש. משמע, כאשר היה שימוש בקייסק, לא הייתה ידיעה בדבר עבריות התכונן והבנייה, ובעת הידיעה, כבר לא היה שימוש.

30. על טענות אלה מוסיף הסגנור ומדגיש, כי למעשה המערערים לא יכולים היו לבצע את החרישה עד שמוני מנהלים לעיזבון, בהתאם להחלטת בית המשפט לענייני משפחה. זאת, משום שהעיזבון טרם חולק ולאיש מבין האחים לא הייתה שליטה מסוימת בקייסק כדי לאפשר ביצוע שינויים, ללא ידיעת האחים האחרים והסכמתם.

31. עוד טוען הסגנור, כי אין הוכחה לכך שנעשה שימוש במרקבים שנבנו ללא יותר. עיקרו של הקיויסק נבנה

בහיתר ואין מחלוקת שהוא שלוחנות ישיבה באזר המותר. לשיטת הסגנון, מן הראו היה שהמפקח, אשר כבר היה במקומ וצילם, יצלם מציאות של שימוש ללא היתר על ידי הצבת CISOTHS ושלוחנות באזר האסור. לשיטת הסגנון, בהעדר תיעוד ישיר לשימוש, לא ניתן להרשיע בעבירה זו. בהקשר זה סבור הסגנון שטעה בית המשפט, אשר קבע בהכרעת הדין שדי בכך "שהדעת נוותנת כי התוספת שימושה את באי המקום", וכי "לא סביר בעניין שאללה הגבילו עצם רק לשטחו המקורי של הקיוסק". הסגנון סבור שמדובר בסברת שלא הוכחה ואני יכולה לשמש כבסיס להרשעה בפלילים.

32. הסגנון התייחס עוד לחוזה השכירות שנחתם בין המערער והמעעררת על פי הכרעת הדין, והדגיש כי תחילת החוזה בתקופה בה אם המערערים הייתה עדין בחים. משמעו, היא הייתה המשכירה האמיתית ואף אם המערערת סייעה לאימה המנוחה בעריכת החוזה, אין הדבר מלמד, כי הייתה שותפה להחזקת המקום או לקבלת התמורה. מה גם, שהתמורה הייתה, לטענת הסגנון, תמורה עבור החלק המותר ולאו דווקא של החלק האסור.

33. לעניין גזר הדין טוען הסגנון, כי הכנס שהוטל במקרה זה גבוה עד מאד ועומד בניגוד לפסיקה המקובלת בעבירות דומות.

34. **המשיבה בתגובהה** טוענה, כי טענות ההגנה מן הצדך כלל לא הועלו בבית משפט השלום, ולא ראוי לדון בהן כאשר הן מועלות בפעם הראשונה במסגרת העreau. ב"כ המשיבה קבלה על כך שב"כ המערערים "חס לتبיעה התנהלות שאינה רואיה וטענה כי החלטות שתתקבלו היו מקצועיות, כי כתוב האישום הוגש נגד כל המעורבים וכי החזורה מכתב האישום נעשתה ביחס לחלק מהמעורבים לאחר שהגורר שאין די ראיות נגדם, ולא מכל טעם אחר. ב"כ המשיבה הדגישה, כי ההחלטה על מחיקת הנאים 6-3, התקבלה לאחר פניה מסודרת לפרקליטות לצורך קבלת אישור בעניין זה.

35. המשיבה הזכירה את הכלל, לפיו לא יתרבע בית המשפט שלערעור בנסיבות עובדתיות של הערכאה הדינית, אלא במקרים חריגים בהם הטעות מהותית ובולטת.

36. הודגש כי המערערים לא הורשו בעבירות הבניה, אשר לא ברור מתי נעשתה. אולם, המערער שכר את הנכס לתקופה מסוימת והזיך בו בפועל, אף אם לא היה הבעלים הראשון. במצב דברים זה, הייתה עליו חובה לקבל היתר לשימוש בכל חלקו הנכס שלא היה להם היתר על פי היתר הבניה. העובה כי עבירה הבניה התישנה, אינה רלוונטית לעבירות השימוש אשר בוצעה בפועל.

37. לעניין טענת הסגנון בשם המערערת, לפיה בעת שפולה להשכרת הנכס לא ידעה על חריגות הבניה, מזכירה ב"כ המשיבה, כי המערערת בחרה שלא להעיר. המערערת בעדות יכולה היה להוכיח שלא הייתה מודעת ולהסביר מה בדיקת הי שיקוליה, אך משלא עשתה כן, ומשלא הוכחה כי עומדות לה ההגנות לפי סעיף 208 לחוק התכנון והבנייה, עומדת נגדה החזקה העומדת נגד מי ששולט בפועל בנכס.

38. לעניין העונש, הצביע ב"כ המשיבה על פסיקה המלמדת כי בעבירות דומות הושטה ענישה חמורה יותר. מכאן ביקשה ב"כ המשיבה ללמידה, כי הענישה אשר הושטה במקרה זה הינה ענישה קללה, המתחשבת במכלול נסיבות העניין ולא נكون יהיה להקל עוד יותר.

39. לעניין טענת הגנה מן הצדוק, הצבעה ב"כ המשיבה על התנאים המחייבים להחלטת הגנה כזו, כפי שנקבעו בפסקה לפניה תיקון שהוסיף את סעיף (10) לחוק סדר הדין הפלילי ולחמו. המשיבה הצבעה על הכללים המחייבים להפעלת עיקרון ההגנה מן הצדוק כפי שנקבעו בע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל** פ"ד נ(2) 221 (1996) וכן בדי"פ 3099/02, **הר שפי נ' מדינת ישראל** פ"ד מו (4) 337 (2002). בהפעלת מבחני ה肺癌 בורוביץ, טענה ב"כ המשיבה כי לא נפלו כל פגמים בהליך המדבר וממילא אין פגעה מצדוק, קל וחומר שלא ניתן לומר שיש פגעה חריפה בתחום הצדוק וההגינות וכי אף אם תתקבל הטענה לקיומו של פגם מסוים, בוודאי שכן הרاوي לרפא את הפגם באמצעות מידתי אחר ולא בביטול ההליך כולו. עוד טוען, שלא ראוי להעניק את ההגנה מן הצדוק למי שלא העיד במשפטו כדי לבסס את הטענות העובדיות הצדדים הבודדות הגנה מן הצדוק.

דין - עבירות הבניה והשימוש

40. לגבי עצם קיומה של ח:rightגמת הבניה בתקופת הרלוונטיות והשימוש בה, אין ממש בטענות הערוור. אמנם, הבניה ישנה, אך המערערים הושמו בשימוש ולא בבנייה עצמה. לעניין עצם הח:rightגמת, בית המשפט הסתרמן על עדות המפקח, תוך השוואתו בין היתר הבניה לבין הממציאות בשטח, כפי שצולמה על ידי המפקח. העובדה כי המפקח לא ידע לבדוק כיצד רשם השטח מבחינת הבעלות והיכן גבולות השטח, פשוט לא רלוונטיות, וטענת הסגנור בעניין זה שגויה. המפקח אינו מודד מוסמך, וידע את מה שאמור היה לדעת. המבנה אינם מתאימים להיתר. בניית ללא היתר אסורה, ללא קשר לבעלות על השטח, ודיו לו למפקח שיעד לזהות ח:rightגות בניה.

41. הטענה לפיה אין ראייה כי נעשה שימוש בפועל בשטח הסוכך שנבנה ללא היתר, שובה את הלב, אך חיבת להידחות. המדבר באזרע פתווח לשימוש בהמשך לשטחי היישוב המותרים של הקיוסק. אפילו לפי עדות המערער עצמו, יכול היה כל קונה בקיוסק לגשת לאזרע מוצל זה ולשבות, אם רק רצה. לשאלת התובעת, המערער גם לא שלל האפשרות שהדבר התרחש מדי פעם. המערער לא טען כי מנגע גישה לאותו שטח, שכן לטעنته כלל לא ידע על איסור השימוש בו. משמעו, אדם השוקל לקנות במקום זה סיגריה, קפה או שתיה קרה, לוקח בחשבון את השטח המוצל, בו יוכל אולי לנוח ולהנחות מKENINTO, או להchnerות את האופנים בעת הצורך. שטח מנוחה אפשרי זה, שלא היה חסום בכל דרך, בוודאי היה בו פוטנציאלי יכול לעודד את הבאים לקנות. די בכך כדי להוות שימוש אסור במבנה שנבנה שלא כדין. משמע, בהעדר כל הפרדה או מניעה לעשות שימוש במקום, צדק בית המשפט עובדתית ומשפטית, שלא קיבל את גרסת המערער הכללית לפיה השטח לא נotel. לפיכך, יש לדחות הטענה האמורה מכל וכל, ויש לקבוע כי אכן נעשה שימוש במבנה האסור.

דין - אחריות המערער

42. עם כל הכבד לטענות הסגנור, אני רואה כיצד ניתן לחלק על שאלת אחריות המערער לעבירות. המערער לא חלק על כך כי הפעיל בעצמו את הקיוסק החל משנת 2011 למשך שנה וחצי, כי בנו הפעיל המקום מכוחו שנה נוספת, וכי סייע בהשכרת המקום עבור הוויו עוד בשנת 2007. המערער סבר, כפי

הנראה, שיש לו זכות קניינית במקום. זאת, כפי שכל האחים סברו, כפי הנראת בטעות, כי הם הבעלים של הקיוסק מכוח ירושה ורשאים להשכיר הזכיות זה לזה, כפי שאף עשו בפועל, כעולה מחויז השכירות שהוגשו לבית המשפט, וمعدויות המערער ואחיו, נאשם 4 ונאשם 6.

43. עוד עליה מעדות המפקח, אותה קיבל בית המשפט על יסוד הדיווחים שרשם המפקח בזמן אמת, תוך דחיה של עדות המערער, כי המערער נהג מנהג בעליים במרקען במובן נוסף. המערער, בהגעתו לחייבה בשנת 2014, התחייב לבצע הрисה של החלקים האסוריים תוך זמן מסוים. עצם יכולתו לקחת על עצמו התחייבות זו, מבלי להיוועץ באחיו, מלמדת עד כמה ראה עצמו כמי ששולט במבנה הקיוסק.

44. על פי הדיון ערב תיקון 116 לחוק התקנון והבנייה, סעיף 208(א) לחוק הטיל אחריות פלילית לא רק על בעל ההיתר או בעל המקרקעין, אלא גם על מי "חזק בעליים של המקרקעין", בעליים בבעלות משותפת וכן "המשתמש בפועל במקרקעין". המערער לכארה נופל כאן לכמה קטגוריות מצטברות. אמנם, המערער טוען כי חלה עליו ההגנה אשר בסעיף 208(ב) לחוק, משום שהעברית נဟירה "שלא בידעת", משמע שלא ידע כי הבניה נעשתה ללא היתר ומילא לא ידע כי השימוש אסור. אולם, אין בטענה זו כדי לסייע לנאים, שכן ההחלטה אשר קבעה בבירור כי מדובר באחריות קפידה, וכי אין צורך בדיעה בפועל אודות כל רכבי העירה, הן עצם הביצוע הפיזי של המעשה האסור, והן לגבי השאלה אם המעשה הקונקרטי נאשר או הותר על פי היתר הרלוונטי (ראו ד"נ 12/81 **שפירא נ' מדינת ישראל** פ"ד לו(3) 1982) ובעיקר דבריו הנשייא לנדיי בעמ' 658 מול האות ד).

45. אמנם, על פי הדיון המקורי החדש, לאחר תיקון 116, היקף הנושאים באחריות צומצם במידה מה. אולם, ההגדירה עדיין מטילה בבירור אחריות על המערער. זאת, בשים לב לכך שסעיף 243 קובע באופן מפורש אחריות קפידה בעבירות שימוש אסור, בין השאר ביחס ל- "מי מהבעליים שהיה בעל שליטה במקרקעין בשעת ביצוע העירה", "בעל השליטה במקרקעין בשעת ביצוע העירה", "מי שמחזק בפועל במקרקעין בשעת ביצוע העירה" וכן "מי שביצע בפועל את השימוש". נראה כי אף אם יש מקום לספיקות לגבי החלטה הראשונה, אין מקום לספק כי המערער היה בעל השליטה במקרקעין, החזק בפועל במקרקעין ואף עשה בפועל את השימוש האסור, וזאת על פי עדותו שלו כאמור לעיל.

46. כדי לעמוד בתנאים של אחריות קפידה, בין לפי הניסוח הקונקרטי של סעיף 208(ב) על פי הדיון הישן, ובין לפי הנוסח הכללי הנובע מסעיף 22 לחוק העונשין, החל על הדיון החדש, על המערער היה להראות כי "עשה כל שנitin למונע את העירה". בהקשר זה יזכיר כי "הטעון טענה כאמור - עליו הנטול".

47. המערער, בכניסתו לקיוסק, מן הסתם עשה את כל הנדרש כדי להקים עסק. מן הסתם דאג ליזור קשר עם ספקים; להתקין קופה רשותת כדין; לדאוג לריהוט, קירור ובזירים תקנים ובטיחותיים; להסדיר את מעמדו מול רשותות מע"מ וכדומה. אולם, המערער לא ניגש לעירייה על מנת לברר את המועד המשפטי המדויק של הקיוסק, דבר שיכל היה להיעשות בקלות וכי שנדרש מכל מי שמתחיל בניהול עסק. בהקשר זה יזכיר כי הטעון שלא ידע על ביצוע העירה או כי עשה ככל שנitin כדי למונע ביצועה, צריך לעמוד בנטול הוכחה ושכנוע משמעותיים, כפי שנאמר בהקשר לעבירות אחריות קפידה אחרת "אכן, הנטול על המערער אינו קל. אך יש טעם לדבר. הטעם נועז במקרים של אחריות קפידה" (ע"פ 97/1060 **בן עטר נ' מדינת ישראל** פ"ד נא(5) 321 (1997) בדברי השופט זמיר בעמ' 327).

48. נכון כל האמור, הרשות המערערת כשלעצמה במקומה עומדת.

דין - אחריות המערערת

49. אחריות המערערת מכוח החוק אינה כה פשוטה כאחריות המערער. בנווגוד לערער המערערת לאفتحה עסק במקומם, לא שלטה במקומם בהיבט הפניו ולא היא אשר עשתה את השימוש הישיר במרקען.

50. במסגרת הכרעת הדין החליט בית משפט קמא לזכות הנאשם 3, למרות שהוא, כמו כל האחים, לכואורה נהנה מדמי השכירות בנכס מכוח היורשה, לפחות משלב מסוים. בית המשפט קבע שלא די בכך כדי להטיל עליו אחריות, למרות שלא העיד להגנתו. בהקשר זה, בית המשפט התייחס בצדק לסעיף 243(ו) לחוק התכנון והבנייה, כניסוחו לאחר תיקון 116, למרות שהכרעת הדין ניתנה ימים אחדים לפני כניסה לתוקף. בית המשפט ציין, כי על פי התקיקון, במקרה של ריבוי בעליים למרקען, יהיה אחראי על העבירה רק הבעלים שהוא בעל השליטה, אם ניתן לאתו בשקייה סבירה. בית המשפט קבע בצדק כי לא די בכך שהנאשם 3 קיבל בשלב מסוים מדמי שכירות, כאחד מרבים, כדי לראותם כבעל שליטה.

51. בנווגוד לנאשם 3, המערערת, הייתה מעורבת יותר. זאת, באשר היא אשר השכירה את הקיוסק לאחיה המערער, באמצעות אחיה הנאים 4 ו-6 (ת/16). בית המשפט ראה בעובדה זו, בשילוב עם העובדה שהמעערערת לא העידה, כמספקת על מנת להרשעה. זאת, תוך התייחסות לכך שהנטול לשכנע בדבר התקיימות הסיג האמור בסעיף 208(ב) לחוק התכנון והבנייה, על פי הנוסח הישן, מוטל על הנאשם. בית המשפט לא הסביר באופן מדויק כיצד הוא מבחין בין המערערת לבין הנאשם 3 אשר גם כן לא העיד. אולם, בית המשפט התייחס לכך שלגבי נאשם 3 אין בשתיתו די כדי להביא להרשעתו, שכן לא הונחה לגבי התשתיות הבסיסית הקשורת ביניהם לבני הנכס. ממילא למדנו, כי התשתיות אשר כן נמצאה בעניין המערערת, אודות מעורבותה בהשכלה, הכריעה את הדין בעניין בית המשפט.

52. לעניין פרשנותו של סעיף 243(ו)(2) לחוק התכנון והבנייה בנוסחו המקורי, המivid מבין כל הבעלים השותפים דזוקא את "מי מהבעליים שהיה בעל שליטה במרקען", מקובלת עלי הבנתו של בית משפט השלום. המדובר למעשה בפרשנותו לחוק, לפיה די בעצם העיסוק של הבעלים בהשכלה המרקען בפועל כדי להיחשב "בעל שליטה", במובן שלו התכוון המחוקק בסעיף 243(ו)(2) לחוק. עדמת המחוקק, לפיה מעמדו של המשcir כבעל שליטה משמעותית, לעיתים יותר מאשר השוכר המשמש בפועל, נלמדת מהפטור בעבירות שימוש אסור לשוכר (למטרות מגוריו בלבד) בפתח של סעיף 243(ו) לחוק.

53. אם כן, אף המערערת שלטה במרקען כבעל משותפים המטפלת בהשכלה,DOI בכך כדי להביא להרשעתה בעבירות התכנון והבנייה שboveaux במרקען. זאת, אם לא עומדת לה ההגנה לפי סעיף 22(ב) לחוק העונשין או לפי סעיף 208(ב) לחוק התכנון והבנייה בנוסח הישן, או הגנה מן הצדקה. המערערת לא העידה. ממילא, לא במידה על עצמה בכל דרך כי עשתה ככל הנדרש כדי שלא תבצע העבירה. לכואורה, נכון נתון זה, אין מנוס מהשarter הרשעתה על כנה כפי שהחליט בית משפט השלום.

54. לעניין חזה השכירות, יש לזכור כי הנאשם 4 והנאשם 6 היו גם כן מעורבים בחזה השכירות. אם כי הם, בנווגוד לערערת, העידו להגנתם, ואף הצליחו לשכנע את הتبיעה עצמה בכך שלא ידעו על עבירות

התכנון והבנייה. כאמור, המדינה הודיעה, ערבות הגשת סיכומיה, כי בעינה חלה על נאים אלה הגנה, לפי סעיף 208 לחוק התכנון והבנייה. זאת,abis לב לכך שדבר העבירה נודע להם, כמובן, רק בעת הדיון בבית המשפט לעניין משפחחה וסמור לאחר מכן העבירה הוסרה. יאמר כי המדינה כאן הינה כי נדרשת מודעות בפועל לבניה האסורה, וכי ספק בעניין זה עומד לזכות הנאים. דא עקא, שכפי שהמדינה עצמה מדגישה במקום אחר בדבריה, אין צורך במידעות בפועל לכל יסודות העבירה, כאשר מדובר בעבירה של אחריות קפידה. שהרי ציריך הנאים להוכיח גם את תנאי המצטבר השני, כי "נקט בכל האמצעים" (לפי סעיף 208(ב)(2)) או "עשה כל שניתן" (לפי סעיף 22), בין השאר גם כדי לדעת על עצם העבירה. כאמור, פשיטה, שמוטל על מי שימוש נכס לדעת כי הבניה בו היא אכן לפני ההשכלה. למעשה, למרות שלכאורה התקיים רק תנאי אחד מן השניים, המדינה החליטה להסכים לזכויים של הנאים 4 ו-6. עניין זה מביא אותנו לבחון את שאלת הגנה מן הצד.

דין - הגנה מן הצד

55. כאמור, הסגנור טען להגנה מן הצד בכמה מישורים. בחלק מן המישורים אין ממש, ואלה יוברו מיד. לאחר מכן יש לבחון את הטענות שאפשר שיש בהן ממש.

56. הסגנור טען למעשה כי המאשימה נקטה צד בסכום המשחתי, החלטה שהיא עומדת "לצד" הנאים 4-6 ונגד יריביהם לסכום, המערערם ונאים 3. הסגנור טען לקיומה של **كونספירציה כלשהי בין התובעת לבין הנאים 4 ו-6**, כך שהם ייעדו נגד הנאים האחרים "מטרם התביעה", במסווה של נאים, ובתמורה ישוחררו מההילך הפלילי. כל זאת, תוך הסתרת המניעים האמתיים וההסכם הסודי מבית המשפט, ואף תוך יצירת מצג שווה בעל פה ובכתב. הכל, על מנת להביא להרשעתם של המערערם והנאים 3, מסיבה עולומה כלשהי.

57. יאמר מיד, שלא מצאתי שמצ' של ממש בחשד כלשהו כלפי מי מבין התובעים, אשר ננגף גם על ידי בית משפט השלום על העלאת טענות מסווג זה ללא כל בסיס. כל **טענות הסגנור אינן אלא היסקים שגויים והשערות תמהות**, כאשר לכל תמיינות הסגנור יש הסברים פשוטים וברורים המתישבים היטב עם התנהגותו אתיית וראיה של התביעה, אף אם ניתן לחלק על עמדה או החלטה כזו או אחרת, כפי שיוסבר בהמשך. הסגנור הטיח האשמות חמורות מאוד כלפי חברי למקרה, וביעיקר כלפי חברותו אשר טיפולה בתיק זה מטעם התביעה. תמהני על עורך דין ותיק המעד להאשים חברי למקרה ביצוע מעשים פליליים, מבלתי שהוא תומך ותdotio בראיות חדות וברורות, אם לא מחמת הגינות בסיסית, לפחות על מנת להגן על עצמו אם יתקיים הילך ממשעתי נגדו.

58. הסגנור הטיח את טענותיו בכתביו הטענות בשלב האחרון של הדיון בבית המשפט השלום ובערכאה זו. אולם יזכיר כי התובעת עצמה העידה בתיקנו לבקשת הסגנור, אשר חקר אותה בשאלות אחרות הנוגעות להגנה מן הצד, כגון מדיניות העמדה לדין בדרך כלל והעובדה שלא ניתן זכות שימוש למי מהנאים בלבד נאים 1). הנאים 4 גם כן חקר את התובעת בחקירה נגדית תוך שהוא מתייחס בה שכן היה לסגנור את התיק נגדו כחותם דברים והתובעת הסבירה מדויק עדזה זו נוגדת את מדיניותה. מכל מקום, הסגנור, ע"ד בן חיים, לא הטיח בה כל שאלה הנוגעת לתיאוריות הקונספירציה שהוא מעלה בהודעת העורור (עדותה מעמ' 43 עד עמ' 49 לפרוטוקול). הדבר פשוט, שכן הנאים האחרים היו עדין בגדיר נאים באותו

שלב. אולם, גם בשלב מאוחר יותר, הסגנור לא ניסה להוכיח את התיאוריה שלו בכל דרך.

59. כמובן שלו היה שמצ' של ממש בדברי הסגנור הרי שהיה בתהנוגות שערוריות מעין זו כדי להביא להגנה מין הצדוק, לפि כל מבחן, לרבות המבחן המחייב האמור בהלقت בורוביץ המוזכר לעיל. אולם, כאמור, אין בסיס לתיאורית הקונספירציה של הסגנור, ואין שמצ' פסול בתהנוגות התביעה. אם כן, אנו נותרים עם שאלות הגנה מין הצדוק ואכיפה בררנית מהסוג הרגיל והמצוי, במצבות שנוצרה עקב החלטות רגילות של התביעה, החלטות שהתקבלו בתום לב, כעולה לכאורה ממהלך הדברים.

60. העובדות הבנליות הן שהמערער החזיק בפועל בקיוסק ונרג במנהג בעליים ולפיכך בכתב האישום הראשון שהוגש, ביום 1.1.15, היה הוא הנאשם היחיד. בדיון שהתקיים ביום 26.5.15 הינה ב"כ המאשימה "шибש עוד אחים בתמונה ولكن צריך לתקן את כתב האישום". לאחר דוחות, דיונים ובירורים נוספים, כתב אישום מתוקן הוגש בהתאם ביום 1.3.16. על פני הדברים, המאשימה נירה את התביעה בתום לב נגד כל הנאשמים, אשר בຄולם ראתה אשמה. ביום ההוכחות, לפי סדר הדברים הרגיל, העידו הנאשמים שבחרו להעיד, המערער והנאשמים 4 ו-6. האחרים בחרו שלא להעיד, לאחר שהוסבירה להם זכותם. הנאשמים חקרו זה את זה, בין השאר באמצעות הסגנור של המערערים כאן אשר יציג את חלקם, וגם התובעת חקרה את הנאשמים בחקירה נגדית.

61. ההחלטה שלא לעמוד על הרשותה הנאשמים 6-4 נמסרה בהודעה מנומקת يوم אחד לפני סיכון התביעה. הסביר כי "ובעת כתיבת הסיכומים המאשימה הגיעו למסקנה לפיה... מתברר כי חלה עליהם הגנה הקיימת בסעיף 208 לחוק התקנון והבנייה". אין כל סיבה שלא קיבל את הצהרות התביעה בעניין זה ובמיוחד נוכח הנימוק הקצר שנותן לאחר מכן, המסביר כי מה שכנוו הוא גרסתם העקבית, המחויזקת בפרוטוקול מבית המשפט למשפחה.

62. כאמור, נראה כי נפלה שגגה לפני התביעה כאשר סבירה כי די בהעדר מודעות בפועל של הנאים לבניה האסורה כדי להביא לזיICI. עולה מדברי התובעת לפני בית משפט זה, בעמ' 5, כי מבחינתה די בכך שהם "הלו ספק במישור של סעיף 208". אין כל סיבה שלא להאמין ל התביעה שמחמת שגיאה זו החלטתה לחזור בה מהאישום. אולם שיקול זה, ככלצמו, לכואורה שגוי משפטית. זאת, מבלתי גורע מכך שיש כמובן הבדל גדול מאוד לעניין מידת האשם בין מי שמבצע עבירה פלילית מתוך מודעות בפועל, לבין מי שמבצע ברשנות ולבן מי שאחראי מתוך אחריות קפידה, ללא רשנות ולא מודעות בפועל. דבר העולה גם מהוראת סעיף 22 לחוק העונשין, לפיו אין להטיל עונש מאסר בפועל על מי שאשmeta נובעת מאחריות קפידה בלבד. עניין זה ישירות בהכרח על העונש במקרים המתאים, יוכל גם להשילך על מידת העניין הציבורי בהעמדה לדין, לפי רמות המודעות השונות ויכול גם להצדיק חזרה מאישום אף ללא קיום מלאו התנאים של סעיף 208(ב) הישן, אם התביעה סבירה כי זו העמדה ההגונה והנכונה לעניין הציבורי. אולם, אין בשאלת המודעות לבדה, שעליה העידו הנאשמים 4 ו-6 כדי להבחין בין המערערת, אלא אם כן יש ראייה שהמערערת ידעה בפועל יותר מאהיה, לעניין חריגות הבניה.

63. בתשובה לטענה אודות העדר האבחנה בין המערערת לבין הנאשמים 4 ו-6 אשר היו מעורבים שלושתם בהשכרת הקיוסק לumarur, מצבעה המשיבה בערעור על כך שהמערערת לא העידה. כן טענה ב"כ המשיבה נקודה עובדתית נוספת, אשר לא באה לידי ביטוי בהכרעת הדין והוא כי על פי עדויות הנאשמים 4 ו-6, המערערת בלבד נהנתה מדמי השכירות בתקופה בה המערער טיפול בקיוסק. ב"כ המשיבה מצבעה

על כך שהמערערת לא העידה ולא טענה שלא קיבלה את הכספיים, ואף לא טענה כי קמה לה ההגנה לפי סעיף 208, היינו כי לא ידעה על העבירות. לשיטת ב"כ המשיבה, בהעדר עדות מטעמה, הרי שהחזקה לגיביה במקומה עומדת.

64. יובהר כי לעניין מעורבות הנאים 4 ו-6 בהסכם השכירות עם הנאים 1, יש חשיבות בכך שהנאים עצם מאשרים את המעורבות שלהם, אף כי הנאים 4 טען כי הטיפול העיקרי נעשה על ידי המערערת, אשר גם קיבלת את התמורה העיקרית. מכל מקום, הנאים 6 אישר כי הייתה לו מעורבות ממשית בעריכת ההסכם עם הבן של המערער ובಹקנת האופציה להארכה עבור המערער, והוא אף חתום בכתב ידו על חלק מהמסמכים, בנגדו לנאים 4 (ראו עדות נאים 4 בעמ' 57-60 ועודות נאים 6 בעמ' 60-64). אם כן, אף אם ניתן לטעון כי קיים פער בין המערערת לבין הנאים 4 לעניין מידת המעורבות בעריכת החוזה, ולפיכך יש הבדל במידה בה יש לראותו "בעל שליטה", בהנחה שגרסתו מתקבלת, קשה לומר שיש פער ממשי בין המערערת לבין הנאים 6, אף אם היא הנהנתה מדמי השכירות תקופה מסוימת בלבד, עד פרוץ הסכסוך. קר **שלא היה בעדות הנאים 4 ו-6 כדי להקים הגנה מאחריות הקפידה**, לא לפני הדיון הישן ולא לפני הדיון חדש.

65. המשיבה מינהה כי לאחר שהמערערת בחרה שלא להעיד נותרת על כנה החזקה כי ידעה בפועל על עבירות התכנון והבניה. אמן, לפי החוק בגרסה הישנה, יש חזקה של ידיעה לפי סעיף 208, אלא אם כן הוכח אחרת. אולם, הניסוח של סעיף 243 הוא אחר. נקבעת אחריות קפידה, כאמור, אך אין חזקת הידיעה כתובה באופן מפורש בחוק. כל שנקבע הוא שיש אחריות במסגרת סעיף 22 לחוק העונשין. סעיף 22 לחוק העונשין אינו מינה שיש חזקת ידיעה אלא קובע אחריות אף אם הידיעה אינה מוכחת, או אם ידוע שלא הייתה מודעות בפועל. משמע, כדי לקבוע שהייתה מודעות בפועל, כנסיבה מחייבת לעונש לפחות לפחות, יש להוכיח יסוד זה מעבר לספק סביר ולא די בהוכחת התנאים לאחריות קפידה. שכן, כאמור, למרות שאין מדובר ביסוד מיסודות העבירה, כדי לקחת בחשבון נסיבה של המעשה לחומרה אפילו לעניין העונש, הרי שעיליה להיות מוכחת מעבר לספק סביר, כעולה מסעיף 40(ג) לחוק העונשין. המסקנה היא, אפוא, שלא ניתן להסיק את המודעות בפועל של המערערת לעבירות מהחלטתה שלא להיעיד, ושגתה המאשימה כאשר הינחה עובדה זו נגדה, לפחות בשלב של טיפולו המאשימים שבאו לאחר תיקון 116.

66. לסיקום נקודה זו, עמדת התביעה, לפיה נcoin היה להבחן בין מי שהיעיד ועורר ספק לגבי מודעותם בפועל להריגות הבניה לבין מי שלא העיד, שגיה משפטית, באשר לא היה די בהעדר מודעות להביא לזכוי הנאים 4 ו-6. יתרה מכך, ההנחה כי המודעות בפועל של המערערת הוכחה באמצעות חזקה, נוכח החלטתה שלא להיעיד, שגיה גם כן, לפחות לאחר תיקון 116 לחוק התכנון והבניה. יש פער מסוים לעניין מעורבות הנאים 4, אך אין פער בעניין זה בין הנאים 6 לבין המערערת. **نمיצנו למדים כי הבדיקה שעתה המשיבה בין הנאים 6 לבין המערערת שנייה, ודינם ציריך היה להיות דין אחד.**

67. כאמור, **ההחלטה המשיבה להבחן בין הנאים 6 לבין המערערת נעשתה מתוך שגיאה ולא מתוך מניעים של שחיתות קטנטנו התמורה של הסגורו**. השאלה היא האם, בנסיבות אלה, כאשר הבדיקה נעשתה בתום לב ובסוגה, אך מדובר בכל זאת בשני נאים באוטו תיק עצמוני, כמה הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי? ואם לא קמה הגנה מלאה, האם יש מקום להתחשב בפגיעה

מסויימת בצדק, ولو לעניין העונש? כבר למדנו כי "לא הרי טעות כהחלטה מכוונת. בכל מקרה, לא תמיד נכון לתקן טעות שלא אי העמדה לדין בטעות נוספת בדמות אי העמדה לדין של גורם אחר. אף, האינטרס הציבורי בעל משקל הוא בכךון דא" (ע"פ 7621/14 **גוטסдинר נ' מדינת ישראל** (1.3.17), בדברי השופט הנדל סעיף 46).

68. בעת בדינה של טענת הגנה מן הצדק יש לבחון **שלושה שלבים** בהתאם להלכת **בורוביץ**. יש לבחון את עצמת הפגיעה, יש לבחון אם נפגעה תחותמת הצדק וההגינות המשפטית וכן יש לבחון אם ניתן לרפא את הפגם על ידי אמצעי מותן ומידתי יותר. לעניין עצמת הפגם, אין מדובר בפגם חמור מאוד, באשר אין מדובר בזדון או רשלנות חמורה, אלא טעות משפטית פשוטה. תחותמת הצדק אכן נפגעת לא מעט. זאת, משום שמדובר בכל זאת בשני נאים שנתנויהם דומים מאוד והتوزאה, על פי עמדת הטבעה ופסקת בית משפט השלום, שונה מאוד. יחד עם זאת, כאמור, לא נכון לתקן טעות בטעות. הנאשמה, על פי מצאיו בבית משפט השלום פוללה להסביר את הנכס ולקבל דמי שכירות, מבלתי לחת את דעתה לשאלת אם הפעולות מתבצעת כדין ואם לא נעשה שימוש חריג במבנה, כפי שהזואה היה עליה לעשות. התזואה של זיכוי, כפי שמציע הסנגור, היא תזואה קיצונית מיד.

69. **האיוזן הנכון יהיה, אם כן, לחתת ביטוי לחוסר השווון בין המערערת לנואם 6 על ידי התיחסות בגורם זה כشيخול המצדיק הקלה בעונש**, עד כי הענישה תחרוג אל מתחת למתחם העונש הראווי.

70. לא לモותר להציג כי **شيخולים אלה, להקלת בעונשה של המערערת, אינם רלוונטיים לעניינו של המערער, משומם שמידת אחוריותו ועצמת אשמו של המערער הן בקנה מידה אחר לחלווטין**. אמנם, גם לגביו, אין ראייה בדבר מודעות בפועל לכך שהיא חריגת בניה וכי השימוש מרחב כלו אסור, אולם, עצמת ההפרה של אחוריותו של המערער לברר את הדברים גדולה הרבה יותר. כאמור, המערער אינו רק אחד מבולי השיטה המשכיר הנכס, המערער הוא בבחינת מחזיק בפועל ומשתמש בפועל, כאשר השימוש החורג נעשה על ידו באופן ישיר ולאורך תקופה. לכן, אין כל מקום לטענת הפליה ביןו לבין מי מהנאשמים האחרים, ופשיטה שלא חלה על המערער הגנה מן הצדק בשל אפליה.

71. טענה נוספת כהגנה מן הצדק נתענה על ידי הסנגור בהקשר לכך **שלא ניתנה אזהרה לנאים**, מלבד המערער, בטרם הוגש כתוב האישום. טענה זו רלוונטית למעשה רק למערערת, עתה משוכן הנאים האחרים. יש להציג כי אין חובה פורמלית לתת אפשרות שימוש במסגרת סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי, אשר אין מדובר בעבירה פשע, והפניה הסנגור להנחיות הייעץ המשפטי למשלה בהקשר זה, שוגיה. (שוגיה לא פחות גם הפניה הסנגור להנחיות יועמ"ש בענייןVICOB הליכים, כאשר הליך זה כלל לא הוגש, אך אין צורך להיכנס לכך נוכח פשטות הדברים). יחד עם זאת, כפי שהתוועת הדגישה בהגנותה, בתשובהה לעורעור, ישנן גישות שונות בinati המשפט לגבי השאלה אם אין חובה לגבות גרסה מחשוד בטרם יוגש כתוב אישום. ישנן דעות לפיהן ניתן, בתנאים המתאים, להורות על ביטול כתוב אישום אך בשל כך שלא נגבהה גרסה מראש.

72. בהקשר זה הפניה התובעת בתשובהה לטו"ב (רמלה) 15-05-55745 **מדינת ישראל נ' אלשמאלי** (17.7.16, מפי השופטת ר' גלט). שם, בפסקה כ"ז מפנה כב' השופטת גلت לעיקר הפסקה בעניין זה, בנסיבות בהר ויעיל, ואין צורך לחזור על הדברים כאן. בצדק סוכם שם כי מדובר בזכות של נאים אך לא בזכות מוחלטת. יהיו מקרים בהם הפגיעה בזכות תביא לבטלות ההליך, אך אין זו בהכרח התזואה. עם זאת,

הלכה היא כי כאשר אין אינדיקציה לכך שנגרם עיוות דין, לא יהיה בהעדר חקירה מראש, כלעצמו, כדי להביא לبطلות ההליך (על פי רע"פ 1030/05 ברקו נ' מדינת ישראל (3.2.05)).

73. במקרה זה, אני סבור שנגרם עיוות דין ואני סבור שראוו לחת לעניין זה משקל ממשמעותי מאוד, וזאת הנסיבות הקונקרטיות של תיק זה. ראשית, הגם שמדובר בטענה מקדמית, היא לא הועלתה בשלב התשובה לאיושם. הטענה נטונה לראשונה באופן ישיר בעיקר בסיכומים, היינו לאחר שכבר התקיים כל ההליך. נכון שלפי סעיף 151 לחוק סדר הדין הפלילי ניתן להעלות טענה מקדמית אודות הגנה מן הצדκ בכל שלב של המשפט. אולם, כאשר בית המשפט שוקל אם ראוי לחת סעיף 151 מן הצדκ, רשאי הוא גם לשקל את השלב שאליו הגיע המשפט, ואת המשמעות המعيشית של קבלת הטענה בשלב מתקדם, כאשר ניתן היה לטעון אותה קודם. כך, לו הטענה הייתה נטuenta ומתקבלת בשלב הראשון וההליך היה נמחק, יכולה הייתה היתה המשימה לתקן את הפגם על ידי חקירה באותה עת והגשת כתוב האישום מחדש, וכך האינטרס הציבורי היה נפגע אך במידה מסוימת. דבר שאין מעשי בשלב מאוחר של המשפט.

74. עוד יש לזכור בחשבון, כי המערערת הייתה מודעת לאפשרות שיוגש נגדה כתוב אישום עוד לפני הוחלט על כן. מפרטוקול הדיון מיום 29.9.15 עולה כי המערער, בעודו נאשם היחיד, טען לאפליה בין לבני אחיו. זאת, כאשר אחותו, המערערת, נכחה אף היא בדיון, אף התייחסה בדבריה לאחד הנושאים העובדיים (עמוד 5 שורה 16). מילא, מבחינה מעשית, המערערת שמעה את דברי ב"כ המשימה לפיהם שוקלים להוסיף אותה ואת אחיה לכתב האישום ואף התייחסה. יודגש כי אין בכך קיום של החובה לקיים חקירה, רחוק מכך. אולם העובדה כי לערערת היו במה ומיקורו לטעון טענותיה, עוד לפני הוחלט אם להגיש נגדה כתוב אישום, מקטינה מאוד את עצמת הפגיעה בה, בוודאי לא במידה המצדיקה ביטול האישום.

75. נכון מכלול הנתונים האלה, ובנסיבות המוחדות של תיק זה, אין לקבל את הטענה של הגנה מן הצדκ בשל כן שלא נגבה גרסה של המערערת לפני האשמה. זאת, מבלתי גרווע מהחoba הכללית לגבות גרסה והמשמעות הנכבדות שיכולה להיות למחדל בדרך כלל. ניתן לחת לעניין זה משקל מה בהקשר לעונש, אך אין להפריז במשקל גם בהקשר זה.

דין - גזר הדין

76. כאמור, עיקר הערעור כוון נגד הכרעת הדיון. לעניין העונש, טענת הסגנור היא כי במקרה זה הוטל קנס בגין באופן מיוחד, שאינו משתלב עם הענישה המקובלת לעבירות מסווג זה. הסגנור הדגיש כי על שני הנאים יחד הוטל קנס של 10,000 ל"נ, אשר במקרה דומה עליו הצביע, הוטל קנס בסך 2,000 ל"נ בלבד והסגנור אף הצביע על מקרה בו לא הוטל קנס כלל.

77. המשיבה טוענת כי הנקשות שהוטלו הינם במסגרת המקביל, ומציגה פסיקה במקרים דומים בה הושתו עונשים דומים.

78. אקדמי ואצין כי, לעניות דעתו, קיימות מספר שגיאות בגזר הדין, מבחינות כללי הבניה הענישה על פי תיקון 113 לחוק העונשין. טענות לעניין זה לא נטוונו על ידי הצדדים ובדוואן שאין בהם כדי להכריע בתוצאה כפי שיבואר. עם זאת, יש לעמוד עליהם בקצחה, על מנת להבהיר את הדיון.

79. ראשית, בפרק העוסק בנסיבות ביצוע הUberה עמד בית המשפט על כך שיש להבחן בין המערער לבין המערערת, ולהשิต על המערער קנס גבוה יותר נוכח מעורבותו המשמעותית יותר בהUberה. לאחר מכן, קבע מתחם זהה לשני הנאשמים. בכך, סתר בית המשפט את עצמו. שכן, מתחם העונש הרأוי לבחון על פי נסיבות המעשה ומידת האשם של כל עונה, כפי שהסביר בית המשפט עצמו בגזר הדין. **אם יש הבדל בנסיבות המעשה בין הנאשמים לפי חלקם, ואם יש פער לעניין מידת האשם בין הנאשמים, לא יתכן שמתחם העונש הרأוי לגבי שניהם יהיה אחד.**

80. בית המשפט נתן ביטוי להבדל בין השנים דואק אמסגרת התוצאה, הינו הענישה שבתווך המתחם, ובכך שוב שגה. זאת, משומש שלא הצביע על הבדל בין השנים לעניין הנסיבות שאינן הקשורות לביצוע הUberה. הנכון היה לקבוע לכל אחד מתחם אחר ואז לקבוע לגבי שניהם את המקום הייחסי בתחום המתחם (כגון נקודת האמצע של המתחם או בשליש התוחטן). אז, התוצאה הייתה שונה מהטעם הנכון, מחמת מידת האשם של כל אחד מהם. כך הושגה הבדיקה נכונה בין השנים, אך בדרך שגואה, לדעתנו.

81. עוד יש להעיר כי בית המשפט קבע מתחם שנו בין 10,000 ל-35 אלף, אך הטיל על כל אחד מהנאשמים עונש שהוא פחות מהרף התחתון. העונש המציגר של שניהם מגיע בדיקת רף התחתון של המתחם שקבע. זאת, מבלתי שניימק מדובר חריג מהתחם לגבי כל אחד מן הנאשמים. למעשה, בית המשפט תהייחס לעונש הכלול על המעשה ככח, וחילק את העונש הנരאה לו ראוי, בין שני הנאשמים. אף כאן מדובר, לטעמי, בשגיאה משפטית. עונש מושת על כל נאשם לפי אשמתו שלו, זהו העיקרון המנחה בענישה. **אין משיתים עונש קולקטיבי בגין הUberה בכללותה על כל המעורבים ואז מחלוקת העונש ביניהם, مثل מדובר היה בתובנה אזרחית בה הנזק הוא אחד, וחיבור השיפוט מתחולק בין כל המעורבים לפי חלקם.**

82. יאמր עוד כי, **בבית המשפט לא מצא נסיבות מקרים או מחמירויות מיוחדות. בתנאים אלה, אפילו עונש שהוא בדיק על הרף התחתון של המתחם אינו מוצדק.** שכן, הרף התחתון של מתחם העונש שומר לקרים בהם יש נסיבות אישיות מקרים מיוחדות. למשל, מעבר להעדר עבר פלילי יש להראות נסיבות ממשיות לקופה כדי להציג עד הרף התחתון עצמו, החל מנוכחות קשה וכלה בהתנהגות מיוחדת בחקירה כגון מי שחשף הUberה מיזמתו ולא תמורה. נסיבות, המצדיקות הקלה עד כדי הגעה עד הרף התחתון שאין למטה ממנה (והרי רק במקרה של שיקום, הגנה מן הצדוק או מקרי קיצוץ אחרים שהוכחו בפסקת בית המשפט העליון, ניתן לחזור לקופה מן המתחם).

83. הסגור, במסגרת הבקשה לעיכוב ביצוע, טען אודוט המצב הכלכלי של המערערם. אולם, **צריך היה הסגור להביא ראיות לעניין זה.** על יסוד ראיות ניתן היה לקחת את הדבר בחשבון, ולענין קנס ניתן לקחת בחשבון המצב הכלכלי בשני מישורים שונים: הן לעניין העונש האישי בבחינת "נסיבות שעוניין קביעות לביצוע הUberה", במסגרת סעיף 40א לחוק העונשין, והן לעניין קביעות המתחם עצמו. זאת, משומש שבעת בוחנת מתחם קנס הרأוי, **יש לקחת בחשבון את היכולת של הנאשם לשלם את הקנס.** הדברים מפורטים בסעיף 40ח לחוק העונשין "קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב, נוסף על האמור בסעיף 40ג(א), במצבו הכלכלי של הנאשם לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם".

84. **לענין המתחם עצמו, אין מסכימים עם בית משפט השלום,** אשר לדעתי הקל עם המערער. על פי החוצה בין המערער לערערת (ת/16) התייחס המערער לשלים לערערת סך של 4,000 ל-4,500 לירות. איפואו לפי גרסת המערער, הוא הפעיל את הקיסוק למשך שנה וחצי. יום יום הוא נכון בקיוסק וביצוע הUberה

בעצמו, בהתנגדותו שלו. המערער נהנה הנאה כלכלית מהתוספת הבניה, כאמור. חלק מתוספת הבניה נבנה על מדרכה ועל כביש, ובכך נהנה המערער ממשח שאמור היה להיות מיעוד לתנועה חופשית של הציבור. לו היה המערער בונה את התוספת בעצמו, הרי שמתחם העונש ההולם היה מתייחס בנקודת הגבוהה לפחות פי שלוש או ארבע ממה שקבע בית המשפט לצד התחתון של המתחם, בשים לב למשך הזמן בו נמשכה העבירה.

85. אכן, בהתחשב בכך שהמערער לא בנה את התוספות הבלתיות בלבד, אלא רק השתמש בבניה חורגת שבנו אחרים, ובהתחשב בכך שלא הוכח באופן פוחיטיבי מודעות בפועל לקיומה של הבניה הבלתיות, יש להקל עם המערער במידה רבה. אולם, הקביעה כי הקנס מתייחס ב- 10,000 ₪ מיתה מיידי לטעמי, אלא אם יש נסיבות כלכליות מיוחדות מחייבת הקלה במסגרת סעיף 40 לחוק העונשין, כאמור. בהעדר **ראיות למצבכלכלי גבולי**, נכון היה **לקבוע מתחם שהוא יותר ממה שקבע בית המשפט**, היינו על 14,000 עד 45,000 ₪. לעניין הצבעת הסנגור על שני מקרים חריגים בהם הוטל עונש קל יותר, מובהר היטב כי **כל שיש עונשה נוגעת במקרה זה שהוא מקופה יותר, לגבי מבנים מסחריים, הרו שונישה זו שגואה**.

86. נוכח האמור, בשים לב לכך שהמתחם שנקבע נמוך מן הראוי, ובשים לב לכך שהעונש חורג מן המתחם לפחותה ללא נימוק המצדיק זאת, **אין מקום להקל בעונשו של המערער**.

87. לעניין **המעעררת המצב שונה** מאד. אמנם, אף היא נהנתה הנאה כלכלית מהשימוש במבנה על חריגות הבניה שבו. אולם, מידת המעורבות שלה ביציע העבירה נמוכה הרבה יותר. המערערת שווה למערער בזכויות המשפטיות בנכס, אך שונה ממנו בכך שלא היא ביצעה את המעשה בפועל. לכן, לגביה, בהנחה שלא הייתה מודעת בפועל לחירגת הבניה (וכך יש להניח לטובתה נוכחות עדויותacha, ובהעדר חזקה לעניין זה בדי החדש), וננהנתה אך משליטה עקיפה, הרי שמידת האשם שלא פחותה בהרבה מהאשם של המערער, למורות ההנאה הכלכלית. המתחם הנכוון לגביה צרייך היה לעמוד על ערך מחצי המתחם **שנקבע לגבי המערער, בהנחה שמדובר הכלכלי זהה**, ואולי מעט פחות. עם זאת, בהעדר ראיות על מצב כלכלי רעוע במיוחד, העונש שהוטל עליו, קנס בגין 4000 ₪, חורג לפחותה אפילו ממתחם מופחת זה. משמע, **אלמלא השיקול של הגנה מן הצדיק, לא נכון היה להקל על המערערת במסגרת הערעו**.

88. יחד עם זאת, כפי שנקבע, עומדת לנשפט טענת הגנה מן הצדיק, בעוצמה מוגבלת, נוכח האפליה שנוצרה בין הנאים 6, עקב החלטת המאשימה, בשגגה, להבחן בין השניים שלא בצדיק. כאמור, הטענה לאצדיקה את זכויותה של המערערת, אך אין הצדיקה הקלה בעונשה. כאמור, משקל מועט נוסף, המפחית מן העונש הקשר להגנה מן הצדיק, ניתן בהקשר לאירוע גรสת המערערת לפני קבלת כתב האישום. הקלות אלה, המשמעותית יותר והמשמעותית פחות תבאנה לידי ביטוי בעונש, למורות שבית המשפט, כאמור, כבר הקל מדי בהערכת העונש הראוי, במסגרת השיקולים הרגילים. **עונשה של המערערת יפחט אפוא מתחם העונש הראוי, מחמת הגנה מן הצדיק**.

89. סיכומו של דבר, האיזון הנכוון בין השיקולים יימצא בהעמדת הקנס המושת על המערערת על סך של 2500 ₪. עם זאת, **אין מקום להקל בהוראה בדבר ההתחייבות, שהיא עונשה מותנית ולא מוחשית**.

התוצאה

90. התוצאה היא, אפוא, שערעורו של המערער נדחה על שני חלקיו. ערעורה של המערערת על הרשותה נדחתה, אך ערעורה על העונש מתקבל משיקולי צדק, והקנס אשר הושת עליה יעמוד על 2500 ₪ בלבד. יתר רכיבי גזר הדין, לעניין מספר התשלומים וההתחיהבות, במקומם עומדים.

91. המזיכרות תנפיק שוברים מתווקנים לתשלום הקנס של המערערת.

92. בהתאם להסכמה הצדדים, פסק הדין ניתן בהעדר הצדדים, ווותק פסק הדין ישלח.

ניתן היום, י"ג تمוז תשע"ח, 26 يونيو 2018, בהעדר הצדדים.