



עפ"א 4652/03/18 - יעקב וולך, פרידה זיסל וולך נגד ועדה מקומית לתכנון ובנייה ערד

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"א 4652-03-18 וולך ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה ערד

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מעוררים

1. יעקב וולך
2. פרידה זיסל וולך ע"י ב"כ עו"ד רעות אביטל (ס.צ.)

נגד
משיבה
פסק דין
ועדה מקומית לתכנון ובנייה ערד ע"י ב"כ עו"ד חיים שימן

זהו פסק דין בערעור נוסף במסגרת סדרת הליכים שעניינם אישומים בעבירות תכנון ובניה, בהקשר להתקנה ראשונית של בלוני גז ניידים לשימוש ביתי, בעיר ערד. השיקולים המשפטיים העיקריים הנוגעים לעניין זה פורטו במסגרת עתפ"ב 58010-02-19 לפה ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ערד (מיום 29.3.20). פסק דין זה מיישם את העקרונות המשפטיים שנקבעו שם על עובדות המקרה דנן.

האישום וההליך:

1. המעוררים מתגוררים בדירה בבנין מגורים, אשר בו 16 דירות בעיר ערד. השניים הואשמו יחד עם חברת חורה גז בע"מ, בכתב אישום אשר ייחס להם עבירות בניה ושימוש במקרקעין ללא היתר כנדרש בסעיפים 145(א)(2) ו- 145(א)(3) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "החוק" או "חוק התכנון והבניה"). כן יוחסה להם עבירה על חוק עזר עירוני, אשר נזנחה בשלב מאוחר יותר.
2. בכתב האישום נטען כי חברת חורה גז, אז הנאשמת 3, התקינה בלוני גז במקרקעין, במעבר פרטי משותף, ללא היתר. נטען כי נעשה שימוש בהתקנה זו, בבלונים המוצבים שם, לפחות מיום 21.8.13 עת התגלתה העבירה, ועד הגשת כתב האישום. יוער כי בהמשך הוסכם כי אין מדובר ב"מעבר" משותף, אלא בשטח משותף, וכי למעשה ההתקנה בוצעה בקומת העמודים בבנין, בסמוך למעין חדר או ארון, בו היו שעוני הגז של דיירי הבנין.
3. יובהר מיד כי בפתח דיון ההוכחות, ביום 2.2.16 הודיעה המשיבה כי היא חוזרת בה מהאישום כלפי חורה גז והודע בהסכמה כי האישום יימחק במסגרת סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי. בו במקום, זיכה בית המשפט את הנאשמת 3 חורה גז (עמ' 19 לפרוטוקול). אולם, בהמשך תוקן פסק הדין בהסכמה ל"מחיקה" כפי שהתבקש, תחת הזיכוי (החלטה מיום 10.2.16). לא ניתן נימוק מפורט בפרוטוקול להחלטת המאשימה שלא להמשיך בהליך נגד חורה גז, למעט האמירה הכללית לפיה ההחלטה התקבלה "לאחר בחינת הראיות ביחס לנאשמת 3".



4. ביום 30.4.15 ניתנה תשובת המערערים לאישום, עם פירוט טענות מקדמיות. נטען כי למעשה עד אשר לא ניתנה החלטה מפורשת בבית משפט השלום לפיה התקנה לראשונה של בלוני גז ביתיים ללא היתר מהווה עבירה, לא ניתן היה לדעת כי מדובר בעבירה. תחילה נטען כי למעשה כלל לא היה זה עבירה לפני שנפסק כי הדבר אסור בהליך אחר בבית משפט השלום, אך נוכח הערות בית המשפט חזרה בה הסנגורית מטיעון קיצוני זה. תחת זאת נטענו טענות שעיקרן הגנה מן הצדק.
5. במסגרת טענות הגנה מן הצדק, הסנגורית התייחסה לכך שלא מוגשים כתבי אישום בעבירות דומות באף רשות אחרת ובכך יש אכיפה בררנית; כי האישומים בנושא זה מוגשים רק נגד מבני מגורים ולא נגד מבנים מסחריים ואף בכך יש אכיפה בררנית; נטען שיש מניע זר בהגשת האישומים שהיא האינטרס הכלכלי של חברת הגז המקומית; כן נטען כי כתב האישום הוגש מבלי שהמערערים הוזמנו לחקירה. טענת האפליה ביחס לחורה גז הושמעה לראשונה רק בסיכומי ההגנה.
6. בתשובה לאישום, אושרו הפרטים הכלליים. מבחינה עובדתית המערערים אישרו כי פנו לחברת חורה גז על מנת שתספק גז זול יותר ממה שסופק להם קודם לכן. נאמר כי הם אינם מומחים, אינם יודעים כיצד הותקן הגז וכי נציג החברה הוא אשר חיבר את הגז ב"חדר הגז" בבניין. עוד הוסף כי לא ברור כי הפעולה שנעשתה טעונה היתר לפי החוק. יוער כי נאשמת 3 הוסיפה כי לא היתה מודעות לעצם קיום האיסור. בית המשפט החליט כי הטענות המקדמיות טעונות בירור בראיות, ולפיכך יוחלט בהן לאחר פרשת הראיות.
7. כאמור, ביום ההוכחות (2.2.16), הודיעה המאשימה כי היא חוזרת בה מהאישום כלפי הנאשמת 3, חורה גז בע"מ. במסגרת פרשת התביעה העידה מפקחת הבניה, אודות תהליך גילוי העבירה, ההתראה, בדיקות חוזרות במקום בהם הבלונים לא הוסרו ולבסוף הוסרו. הוגשו מוצגים המלמדים על תכנית החלה על המקום, ההתראה שקיבלו המערערים, בלוני הגז, מקומם ואופן חיבורם ועוד.
8. ביום 2.6.16, במסגרת פרשת ההגנה, העיד המערער. הוסכם כי הימנעות המערער מעדות לא תיזקף לחובת המערערים, והיא לא העידה. המערער העיד כי גם דייר קודם לו התקין בלוני גז, אך הוא לא השאירם במקום ולפיכך היה צורך להתקנם מחדש. לדבריו לא העלה על דעתו שיש בעיה חוקית בעת שהתקין. לדברי המערער לא שעה להזמנה שקיבל להגיע לחקירה, על פי הנחייתו של רב הקהילה, בהיותו חסיד גור. לדבריו הבלונים הוסרו כשנה (או מעט יותר) לאחר הגשת כתב האישום, על פי עצתה של הסנגורית הציבורית שמונתה לו. אולם, הוא לא הסירם קודם לכן, למרות שקיבל את כתב האישום, שכן "הוא" לא מבין את החוקים וביקש את הנחיית רבו.
9. הצדדים סיכמו בכתב, והכרעת הדין ניתנה ביום 29.5.17.

הכרעת הדין

10. תחילה, התייחס בית המשפט לשאלה אם התקנת בלוני גז ניידים מהווה פעולה המצריכה היתר. אמנם, שאלה זו לא הייתה במוקד הסיכומים, אך המחלוקת בין שופטי בית משפט זה אוזכרה, ולפיכך נדרש בית המשפט לשאלה. בהקשר זה נסקרו מספר החלטות של בית משפט השלום; שתי החלטות בית משפט זה (עפ"א 58608-12-14 חורה גז בע"מ נ' וועדה מקומית לתכנון ובניה ערד (5.4.15) - מפי כב' השופטת ג' שלו) בה נקבע כי מדובר בעבודה הטעונה היתר תוך הדגשת סעיף 145(א)(3) לחוק, וכן



פסק דין בעפ"א 64149-12-15 **זיסקינד נ' וועדה מקומית לתכנון ובניה ערד** (4.2.16 - מפי כב' השופט י. אלון, אז נשיא בית משפט), בו נקבע כי הנחת בלוני גז אינה בגדר "עבודה טעונה היתר"; וכן אוזכר ההליך שהתקיים עקב בקשת המדינה לערער על עניינו של **זיסקינד**, שם, לאחר דיון ממושך, על פי הצעת בית המשפט, נוכח דברי בית המשפט העליון לפיהם ראוי לבקש היתר, ונוכח התחייבות המשיב **זיסקינד** לפנות בבקשה לקבלת היתר, חזרה בה המדינה מבקשתה למתן רשות ערעור (רע"פ 2262/16 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה ערד נ' זיסקינד**, ההפניה היא בעיקר לפרוטוקול הדיון מיום 12.12.16).

11. לאחר סקירת פסקי הדין שניתנו בשאלה זו, ועיון בחקיקה עצמה, הגיע בית המשפט למסקנה כי **התקנת בלוני גז אכן מחייבת היתר**. ממילא הסיק כי התקנתם ללא היתר מהווה עבירה. נוכח מסקנה משפטית זו, נפנה בית המשפט לבחון את ההסכמות והראיות בפרשתנו על מנת לקבוע ממצאים שבעובדה. זאת, בשים לב לכך שאין מחלוקת כי בלוני גז הותקנו וכי לא ניתן היתר בניה לפעולה זו.

12. הודגש כי בחקירה הנגדית מפקחת הבניה התייחסה בעיקר לשאלת האכיפה הבררנית. משמע, שיש לקבל את גרסתה לגבי אופן ההתקנה, כפי שהיא ראתה במקום, לאחר שהגיעה לבנין עקב תלונה. בית המשפט קיבל את עדותה, על יסוד המסמכים בכתב, לפיהם מערכת הגז אמורה הייתה להיות מרכזית, לפי היתר הבניה החל במקום. אולם, עלה מהעדות שדירת המערערים נותקה ממערכת הגז, וחברה לבלוני גז אשר הוצבו ליד פתח האוורור של מקלט הבניין. המערער בעדותו לא חלק על עובדות אלה, וציין כי הפעולות נעשו על ידי חברת חורה גז, על פי הזמנתו, כאשר לדבריו, פעל בהקשר זה בתום לב. בית המשפט קבע כי די בהנחת בלוני הגז במקום שהונחו, והתקנתם בניגוד לתכנית החלה על האזור, ללא היתר, כדי להוות עבירה.

13. בית המשפט ראה את לב העבירה במיקום בלוני הגז, בניגוד לתקנות, שכן ראה את המעשה כטעון היתר לפי סעיף 145(א)(3) לחוק, היינו חובת היתר על פי הוראה מפורשת בתקנות. בית המשפט לא מצא כי התחייב היתר בניה כמעשה בניה ממש או שינוי בבניין, מכוח סעיף 145(א)(2) לחוק. שכן, "אף שהיה שינוי בדרך חיבור הצנרת לא ניתן לראות זאת כשינוי משמעותי בבניין". בית המשפט ראה גם את עיקר החומרה במעשה במיקום בלוני הגז, שלא על פי התכנית, ולא בעצם החיבור. לשיטתו "לא יעלה על הדעת כי אדם יוכל להתקין בלוני גז כרצונו והדבר זועק במקרה זה שבעתים".

14. לענין **הגנה מן הצדק**, לאחר סקירת הפסיקה בעניין, עמד בית המשפט על הנתונים בתיק דנן. טענת האכיפה הבררנית "ביחס לכלל הציבור", נדחתה על יסוד עדות המפקחת אודות מדיניות האכיפה. אמנם, עלה שיש מקומות בעיר ערד בהם לא הייתה אכיפה, אך בית המשפט מצא שיש עקביות באכיפה, באשר האכיפה בוצעה בכל אזורי מגורים. מתוך אזורי המגורים, האכיפה בוצעה רק במבנים בהם לא ניתן לקבל היתר לבלוני גז ניידים, לפי התכנית החלה על האזור, אך לא במבנים אשר בהם ניתן לקבל היתר לבלוני הגז, כגון בתי מגורים פרטיים. נקבע, כי המערערים לא הביאו כל ראיה לסתור את עדותה של המפקחת בנושא זה.

15. בית המשפט היה מוטרד יותר משאלת האכיפה הבררנית ביחס לנאשמת 3 שנמחקה, חורה גז בע"מ. שכן, על פי הראיות בתיק היא אשר התקינה את הבלונים של המערערים. אולם, בסופו של דבר גם טענת אפליה זו נדחתה, וזאת מכמה שיקולים. בין השאר נלקח בחשבון שהטענה עלתה רק בסיכומי המערערים, ולא ניתנה הזדמנות נאותה למשיבה להתייחס לטענה. מעבר לכך, עלה מהראיות בתיק כי



המערערים לא התייצבו לחקירה, מכאן שיש להניח כי הייתה חולשה ממשית בראיות המלמדות שחברת חורה גז בע"מ היא אשר התקינה את הבלונים. לפחות, כפי שהדבר נראה בעת תחילת ההוכחות לפני עדות המערער. משיקולים אלה טענת האכיפה הבררנית ביחס לחברת חורה גז בע"מ, הנאשמת 3, נדחתה.

תסקירים, טיעונים וגזר דין

16. לאחר הרשעת המערערים בעבירות לפי חוק התכנון והבניה, באשר נעשתה פעולה הטענה היתר לפי סעיף 145(א)(3) לחוק ללא היתר, נדחה הדיון לטיעון לעונש, לשם מתן תסקירים לעונש בעניין המערערים.

17. **התסקירים** בעניין המערערים היו חיוביים וצוין כי אין להם מעורבות פלילית אחרת, אלא אירוע זה. צוין כי המערער לומד דיינות, ומקווה להגיע למשרה כזו בעתיד, ולפיכך יש אינטרס שיקומי לבטל הרשעתו. המערער מורה בכירה במקצועה, מועמדת לתפקידי ניהול, והרשעה עלולה לפגוע גם בקידום שלה. משני התסקירים עלה כי הפניה להתקנת בלוני גז ביתיים נעשתה על פי המלצת ראש קהילת חסידי גור בערד, אליה משתייכים המערערים, הרב ביאלוסטוצקי. זאת, ללא הבנה כי מדובר בעבירה על החוק. הרב עצמו שוחח עם שירות המבחן ואישר כי כך המליץ, משום פער המחירים המשמעותי בין שתי דרכי אספקת הגז, מבלי שהוא עצמו היה מודע לכך כי מדובר בעבירה על החוק.

18. שירות המבחן לא מצא נזקקות טיפולית אצל מי מבני הזוג, לפיכך לא המליץ על מסלול טיפולי. למרות זאת, נוכח הנתונים, הומלץ לסיים ההליך ללא הרשעה. לגבי המערער הומלץ להסתפק בעניינה בהתחייבות בלבד, נוכח היותה מטופלת בילדים (וערב לידה באותה עת), לעניין המערער הומלץ לסיים ההליך בעבודות של"ץ בהיקף של 30 שעות, כעונש חינוכי ומוחשי.

19. במסגרת **הטיעון לעונש** ביקשה המשיבה לדחות את המלצת שירות המבחן, בהעדר ראיה לנזק קונקרטי וישיר כתוצאה מההרשעה. נטען כי יש לראות עבירות תכנון ובניה בחומרה רבה באופן כללי, ונטען כי נסיבות המקרה חמורות באופן מיוחד. זאת, משום שהבלונים הושארו במקומם בשלבים הראשונים של ניהול ההליך באשר לא הוסרו עד יום 4.2.15, בעוד כתב האישום הוגש ביום 21.8.13, ובכך בטאו המערערים, לשיטת המשיבה, חוסר תום לב מוחלט. נטען כי יש לקבוע את מתחם הקנס הראוי בין 100,000 ₪ לבין 200,000 ₪ (!), ונתבקש כי יושת קנס באמצעו של מתחם זה.

20. הסנגורית הביעה זעזוע מהעמדה המשפטית של המשיבה, והזכירה כי במקרים דומים הוטלו קנסות הרבה יותר נמוכים. מכל מקום, נטען כי נכון במקרה זה לקבל את המלצת שירות המבחן, ולסיים ההליך ללא הרשעה. הסנגורית טענה, בהקשר של הלכת **תמר כתב**, כי מדובר בעבירה ברף הנמוך של החומרה, באשר המבצעים כלל הבינו כי מדובר בעבירה. נטען כי בנסיבות אלה די בפגיעה אפשרית בעתידים כתוצאה מההרשעה. בהקשר זה הסתמכה הסנגורית בין השאר על רע"פ 3515/12 **מדינת ישראל נ' שבתאי** (10.9.13), שם נקבע כי בעבירות אסדרתיות של אחריות קפידה, ניתן ליישם את הלכת **תמר כתב** בגמישות רבה יותר.

21. במסגרת **גזר הדין**, דחה בית המשפט את המלצת שירות המבחן להימנע מהרשעה. זאת, בשים לב לכך כי העבירה אינה עבירה קלה, כי הימנעות מהרשעה היא בבחינת חריג שבחריגים ובאשר אף אחד



מהמעוררים אינו מועמד באופן קונקרטי למשרה כלשהי. כך, שאין המעוררים צפויים להיפגע באופן ישיר מההרשעה, כנדרש כתנאי להימנעות מהרשעה, על פי הפסיקה. אגב כך הדגיש בית המשפט כי למרות שמדובר בעבירה אסדרתית, הצבת בלוני גז בניגוד לתכנית היא מעשה חמור, הפוגעת במרקם החיים ובסדר התכנוני. לפיכך אין זה מסוג המקרים היכול להצדיק הגמשה בכללים ואין להימנע מהרשעה בעבירה מסוג זה.

22. לעניין **העונש עצמו**, דחה בית משפט השלום מכל וכל את עמדת המשיבה לפיה מתחם העונש הראוי מתחיל בקנס של 100,000 ₪. הודגש כי עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה המקובלת בעבירות מסוג זה, ולמעשה בגין אירועים של הצבת בלוני גז שלא על פי התכנית, לא נמצא שהוטל קנס הגבוה מ- 5000 ₪. מצד שני, צוין כי מקרה זה הוא בכל זאת חמור, בשים לב לזמן הרב שחלף בין הגשת כתב האישום לבין הסרת בלוני הגז. כן נלקחה בחשבון המחלוקת הפוסקים בנוגע לטיב העבירה, כשיקול לקולה. עוד שקל בית המשפט את מצבם הכלכלי העגום של המעוררים, ונוכח המצב הכלכלי קבע כי מתחם העונש נע בין 500 ₪ לבין 2000 ₪. בסיכומו של דבר, נגזר על המעוררת קנס בסך 500 ₪ (או 10 ימי מאסר תמורתו) ועל המעורר קנס בסך 1000 ₪ (או 20 ימי מאסר תמורתו). כן חויבו המעוררים לחתום על התחייבות.

ערעור ותשובה

23. הצדדים טענו לערעור בכתב ובעל פה.

24. יצוין מיד כי הערעור לא כוון לשאלה המשפטית שהעסיקה רבות את בית המשפט בתיקים אלה, אם נדרש היתר בניה לפעולה שנעשתה על ידי המעוררים. הטענה לא הובאה בכתב הערעור, והובהר בפתח הדיון שלא לכך מכוון הערעור. הערעור נטען בשני מישורים בלבד. האחד, הטענה לקיומה של הגנה מן הצדק. השנייה, לשאלת ההרשעה בגזר הדין, תוך דחיית ההמלצה של שירות המבחן. עם זאת, במישור טענת ההגנה מן הצדק נטענו שתי טענות עיקריות. נטען שאי הבהירות המשפטית שהייתה קיימת עת בוצעה העבירה, מהווה אחד היסודות לטענת ההגנה מן הצדק, באשר ענישה בגין מעשה שלא ידוע כי הוא אסור, פוגע בעקרון החוקיות. היסוד האחר לטענת ההגנה מן הצדק נוגעת לאכיפה בררנית.

25. לעניין **האכיפה הבררנית**, הטענה מוקדה במחיקת הנאשמת 3, חורה גז בע"מ, מכתב האישום. נטען כי בניגוד למעוררים שפעלו בתום לב, הנאשמת 3 היא גורם מקצועי שצריך היה לדעת את הדין. לשיטת ב"כ המעוררים, היו גם היו ראיות טובות כי חורה גז היא אשר התקינה את הבלונים. הרי המעוררים עצמם טענו זאת במפורש בפרוטוקול, בתשובתם לאישום, אשר ניתנה עוד בטרם קיבלו ייצוג של הסנגוריה הציבורית. כן נטען, כי שמה של הנאשמת 3 מופיע על מיכלי הגז. טענת המעוררת היא כי לא הייתה הצדקה להבחין בין הנאשם 3 לבין המעוררים במישור הראיות. טענת אפליה משנית כוונה לכך שבהליך אחר, הסכימה המשיבה כי תבוטל ההרשעה לנאשמים בעבירה דומה.

26. לעניין **עקרון החוקיות**, הודגשה המחלוקת בין הפוסקים לגבי השאלה אם המעשה בכלל דורש היתר. ב"כ המעוררים לא טענה במפגיע כי המעשה אינו דורש היתר. אולם, לשיטתה, נוכח המחלוקת, ובשים לב לכך שבעת מתן פסק הדין בבית משפט השלום, הפסיקה האחרונה בבית המשפט המחוזי הייתה כי אין המעשה דורש היתר המעשה לכאורה לא היה אסור בעת פסק הדין. אמנם, הייתה הערה



של בית המשפט העליון בפרשת **זיסקינד** כי המצב המשפטי צריך להיות אחר, אך הדבר לא הוכרע. לכן, יש לראות בפסיקת בית המשפט בתיקנו בבחינת חידוש משפטי, הצריך לחול ממנו ולהבא, ולא להרשיע בדבר אשר נחשב מותר בעת כתיבת פסק הדין.

27. בדיון על פה הובהר כי הטענה אינה לקיומה של "טעות במצב משפטי" בהתאם לסעיף 34 ל³⁴ לחוק העונשין. כן הובהר שאין תקדים ישראלי שקיבל את הטענה לפיה חידוש משפטי בבית המשפט אינו מאפשר הרשעה על המעשה שנדון בו. עם זאת, ב"כ המערערים ביקשה לקבל את התזה המשפטית בכל זאת, ביניקה ישירה מעקרון החוקיות, באשר הצדק הטבעי אינו מאפשר הרשעת אדם במעשה שהיה לכאורה מותר עד פסק הדין. עוד הודגש כי המערערים הסירו את הבלונים לאחר שקיבלו ייעוץ משפטי מטעם הסנגוריה. משמע, כאשר הבינו את משמעות האיסור חדלו מן המעשה. לכן, יש לראות בהתנהלותם עד אותה עת התנהלות בתום לב.

28. לעניין **גזר הדין**, נטען ששגה בית המשפט שלא אימץ את המלצת שירות המבחן להימנע מהרשעה, בשים לב לפסיקה המעלה על נס את החשיבות של המלצות שירות המבחן. נטען כי לפי שירות המבחן יש אפשרות כי ההרשעה תפגע במערערים. אמנם אין מדובר בפגיעה מוחשית מיידית, אך הפסיקה שהשתרשה בבתי משפט השלום בשנים האחרונות אינה מחייבת כי הפגיעה תהיה קונקרטית ומיידית דווקא. כן נטען, כי שני המערערים עומדים בכל תשעת הקריטריונים שנמנו על ידי המשנה לנשיא ליון בפסק הדין בפרשת **תמר כתב**. עוד נטען כי תיקון 113 לחוק העונשין שינה את מקומו של שיקול השיקום במסגרת הבניית שיקולי הענישה, באופן המחייב הרחבה של הלכת **תמר כתב**.

29. נטען עוד, כי הימנעות מהרשעה במקרה זה מרוקנת מתוכן את הלכת **שבתאי**, אשר קבעה כי בעבירות אסדרתיות, הנעברות ביסוד נפשי של אחריות קפידה, ניתן להחיל את הלכת **תמר כתב**, בגמישות רבה יותר. הודגש כי במקרה זה המערערים התקינו את בלוני הגז בתום לב, והסירו את הבלונים כאשר הבינו שיש בעיה משפטית של ממש. בטיעון על פה הוסף כי אף אם נדחות הטענות לביטול כתב האישום מחמת צדק, נכון לקחת הדברים בחשבון בשקילת אי הרשעה. שכן, מקרה זה אינו מסוג המקרים אליהם התכוונה הפסיקה באומרה שיש להחמיר בעבירות תכנון ובניה. כן נטען, כי אין לזקוף לחובת המערערים את מידת הסיכון הכרוכה במיקום הבלונים, שכן ההיבטים הבטיחותיים מוגנים על ידי חוקי הגז, ואין להכניס שיקולים אלה להערכת החמורה של עבירת תכנון ובניה.

30. **המשיבה** פתחה את תשובתה בסקירת המצב המיוחד מבחינת משק הגז בעיר ערד, היושבת על בארות מקומיות של גז טבעי, שאינו "גז הבישול" המשמש ברוב חלקי הארץ. הוסבר כי לפי התב"ע הקיימת בערד מחוברים הבתים לגז המקומי, ואין מקום לחיבורים פרטיים. כן סקרה המשיבה את הפסיקה אליה התייחסה ב"כ המערערים, וצינה כי יש להסיק מפסיקה זו, לרבות דברי בית המשפט העליון בפרשת **זיסקינד**, כי הצבת בלוני גז טעונה היתר. לפיכך, לשיטתה, יש לדחות הטענה לפיה המעשה היה מותר לפי הדין בעת כתיבת פסק הדין, ונכון היה שלא להרשיע, מחמת עיקרון החוקיות. בהקשר זה גם הוזכר כי המערערים לא הסירו את בלוני הגז תקופה ארוכה לאחר שהוגש נגדו כתב האישום, עד שקיבלו ייעוץ משפטי לפיו הדבר כדאי להם. תקופה, לגביה בוודאי לא ניתן לטעון כי לא ידעו על האיסור. עוד נטען כי טענות דומות כבר נדחו בפסיקה בתיקים דומים.

31. לעניין הטענה בדבר **אכיפה בדרנית**. הבהירה המשיבה שנוכח עדות המפקחת, ונוכח מסקנות בתי המשפט בתיקים אחרים, אין מקום לטענה כי מדובר באכיפה בדרנית בטענה לאפליה על רקע עדתי.



היינו, אין מקום לטענה כי משתמעת כי האכיפה של העבירה הנוכחית נעשתה רק נגד **חסידי גור** המתגוררים בערד, ככאלה, וכי האכיפה נעשתה באופן שוויוני, כלפי כל מי שנתוני הקרקע והעבירה היו דומים.

32. לטענה כי המערערים **הופלו ביחס לנאשמת 3**, חורה גז בע"מ, נטען כי הובהר לבית משפט קמא בדיון מיום 2.2.16, כי החזרה מהאישום לגביה הייתה עקב הערכת הראיות. בהקשר זה המשיבה הרחיבה והבהירה כי בין הראיות נלקח בחשבון גם "העדר משלוח התרעה או זימון לחקירה, ולאור פסיקות בית המשפט העליון בעניין, לא היה מקום להמשיך בהליך כאשר סיכויי ההרשעה היו נמוכים עד מאוד, אם בכלל".

33. המשיבה התייחסה גם לערעור על **גזר הדין**, והאפשרות לסיים ההליך **ללא הרשעה**. נטען כי אמנם פעם אחת תיק בעבירה דומה הסתיים ללא הרשעה (תו"ב 13-11-44194), אך דובר אז במי שהודה בתיק במסגרת הסדר בו תוקן כתב האישום, ולקח אחריות על מעשיו. לעומתו, המערערים כפרו וניהלו הוכחות.

34. המשיבה הזכירה את הפסיקה המחייבת ענישה מחמירה בעבירות תכנון ובניה. הודגשו נסיבות מחמירות בביצוע העבירה הנוכחית, בהן חלוף הזמן עד תיקון המעוות, אף לאחר קבלת התראות ואף בשלבים הראשונים של המשפט. הוזכרה העובדה כי מטרת ביצוע העבירה הייתה כלכלית. בדיון על פה הוזכר כי הבלונים הונחו במקום מסוכן ביותר - בתוך חדר שעוני הגז של בנין מגורים, ועוד. לעניין הנסיבות האישיות הוזכר כי המערערים לא הודו ולא לקחו אחריות על מעשיהם. נטען עוד שאין מקום להימנע מהרשעה, בהעדר ראיה על נזק קונקרטי, כנדרש בפסיקה. הודגש כי גם בעבירות אסדרתיות, לפי הלכת **שבתאי** עצמה, הכלל הוא הרשעה וההימנעות מכך היא בבחינת חריג.

35. בתום הדיון בערעור הודיעו הצדדים שאין להם התנגדות לכך שפסק הדין יינתן בכתב וישלח לצדדים.

דיון - הערעור על הכרעת הדין

פסק הדין בפרשת לפה

36. לאחר הדיון בערעור דנן, ניתנו עוד פסקי דין בבית משפט השלום העוסקים בבלוני הגז הניידים בעיר ערד. אחד מפסקי הדין נקט בעמדה דומה לעמדה שנקט בית המשפט כאן (אף שם מפי כב' השופט פורר) תוך הרשעת שלשה נאשמים. פסק דין אחר נקט בעמדה שונה (מפי כב' השופט סולקין), תוך החלטה לבטל את האישומים בעשרים הליכים כאחד. על שני פסקי הדין הוגשו ערעורים לבית משפט זה. הצדדים לערעור זה הסכימו כי ההכרעה בפסק דין זה תעשה לאחר הדיון בערעור על השופט סולקין. החלטתי שלא אתן פסק דין באף אחד מן הערעורים עד אשר ישמעו כולם, על מנת ללמוד את השאלות המשפטיות המגוונות בכל התיקים, ולשמע טיעונים מפי כל הצדדים בכל התיקים.

37. לאחר שנשמעו הערעורים כולם, ולאחר שבקיץ האחרון אף הושלמה הגשת כתבי טענות אחרונים (ולאחר שהתפנית מטיפול בתיקים דחופים יותר), נפנית ליתן את פסקי הדין בערעורים אלה. פסק הדין הראשון ניתן בעתפ"ב 58010-02-19 **לפה נ' מדינת ישראל** (29.3.20), בו אוחדו שני ערעורים על



הרשעתם של זוג דיירים והחברה שהתקינה את בלוני גז לדירת מגורים בערד, היא אותה חברת חורה גז בע"מ, הנאשמת 3 דנן, שם נוהל ההליך נגדה עד גמירה. בפסק הדין שלערעור בפרשת **לפה** נסקרו העמדות המשפטיות השונות שהוצגו בפסיקה, ונקבעה עמדה ביחס לכל השאלות המשפטיות אשר עמדו באותה פרשה. יאמר כי רוב ההשאלות שעלו בפרשתנו, פרשת **וולך**, כבר נסקרו בפסק הדין בעניין **לפה** בהרחבה. לפיכך, ביחס לשאלות שכבר נדונו, אוכל להסתמך על המסקנות המשפטיות אליהן הגעתי שם, וליישמן על העניין דנן, מבלי לחזור על שקלא וטריא משפטיים, וכדי לא לחטוא בלהג הרבה ויגיעת בשר. פסק הדין בערעור על החלטת השופט סולקין, בעתפ"ב 653-09-18, עדיין לא ניתן.

קיומו ומקורו של האיסור להתקין בלוני גז לראשונה ללא היתר

38. לעניין עצם קיומו של האיסור להתקין בלוני גז ללא היתר (שאינו במחלוקת בפרשתנו) נקבעה מסקנה ברורה בפרשת **לפה**. שם, נדחתה העמדה המשפטית לפיה התקנת בלוני גז ניידים לראשונה מחייבת היתר מכוח סעיף 145(א)(3) חוק התכנון והבניה, באשר החובה לקבלת היתר אינה נובעת מתקנות מיוחדות שנחקקו לצורך סעיף זה, אלא מהיות המעשה מעשה בנין. אולם, **נקבע כי הפעולה כן מחייבת היתר בניה מכוח סעיף 145(א)(2) לחוק**, באשר ההתקנה בפועל של מנגנון החיבור של בלוני הגז, ואף הוספת צינור, מהווים מעשה בניה, היינו "הוספה לבנין קיים או כל תיקון בו" כלשון הסעיף. זאת, באשר המנגנון והצינור מחוברים בחיבור של קבע. נקבע, שנוכח ההיבטים הבטיחותיים, אין לראות בפעולה זו בבחינת "זוטי דברים". נקבע עוד כי תיקון 101 לחוק התכנון והבניה, ו"תקנות הפרגולות" שבאו עמו, אינם פוטרים פעולה זו מהיתר בניה, באשר מדובר במנגנון אשר לו היבטים בטיחותיים, שהרי נועד לאכסון גז שהוא חומר מסוכן.

39. חשוב לציין כי בפרשת **לפה** קבע בית משפט השלום כי המעשה דהתם חייב היתר, הן מכוח סעיף 145(א)(2) והן מכוח סעיף 145(א)(3) לחוק התכנון והבניה. כך, שכאשר התקבלה טענת המערערים ביחס לסעיף 145(א)(3), לא הייתה לכך משמעות רבה. שכן, המעשה הצריך היתר בניה כך או כך, ממילא ההתקנה ללא היתר התבררה כעבירה. אולם, במקרה דנן קבע בית המשפט כי המעשה של בני משפחת **וולך** אינו מגיע לכלל עבירה לפי סעיף 145(א)(2) "שכן אף שהיה שינוי בדרך חיבור הצנרת לא ניתן לראות זאת כשינוי משמעותי בבנין". לכאורה, ניתן לטעון כי לאחר שבפרשת **לפה** נשללה הגישה לפיה מדובר בעבירה לפי סעיף 145(א)(3) לחוק התכנון והבניה, המסקנה היא זיכוי המערערים, ולא היא.

40. יש לקיים את הרשעת המערערים בעבירה של בניה ללא היתר, היא העבירה בה הורשעו. זאת, אף שאני סבור שמקור החובה לקבלת היתר שונה מהמקור עליו הסתמך בית משפט השלום, והייתה חובה לקבל היתר מכוח סעיף 145(א)(2) לחוק. שכן, אין בידי לקבל את הנמקתו האמורה של בית משפט השלום בתיקנו, לפיה לא ניתן לראות בשינוי בבנין "שינוי משמעותי", ובמשתמע נפסק כי מדובר ב"זוטי דברים" או בשינוי שאינו "משמעותי", אינו בבחינת "שינוי" כלל. כפי שהוסבר בהרחבה בפרשת **לפה**, לפי הלכת **רון** (ע"פ 600/68 מדינת ישראל נ' **רון** פ"ד כג(1) 195 (1969)), מבחינת לשון החוק, **כל שינוי בבנין** לרבות חיבור "מסמר קטן", מצריך היתר. כפי שהוסבר בפרשת **לפה**, למרות חלוק הזמן לא הועם זוהרה של הלכת **רון** לפיה כל שינוי קטן בבנין מחייב היתר, אלא בשני יוצאים מן הכלל שנחקקו מאז. החריגים הם מעשים שהם בבחינת "זוטי דברים", ומעשים שהם בגדר פטור לפי "תקנות הפרגולות".



אולם, התקנה לראשונה של מנגנון לחיבור בלוני גז ניידים אינו נכנס לאף אחד מהחריגים האמורים, בשים לב להיבטים הבטיחותיים שבו, כפי שהוסבר בהרחבה בפרשת **לפה**.

41. יתרה מכך, עיון בראיות בתיקנו, בדו"חות מהתאריכים השונים אשר סומנו כולם במסגרת ת/8, ובתמונות מהמקום המשולבות בתוך אותן דו"חות, וכן עיון בעדות המפקחת (כגון בעמוד 27), מלמדים שאין מדובר אך ורק בהנחת הבלונים במקום, ואין מדובר בשינוי שאינו משמעותי. מדובר בקביעת מתקן של קבע, אליו מתחברים הבלונים הניידים. כן מדובר בניתוק צינור קיים וחיבור צינור חדש, בין ההתקן לבין הבית. יתרה מכך, ההתקן כולל כיסוי מתכתי לבלונים מלמעלה, באופן שהוא בולט ונראה לעין, הרבה יותר מאשר אותו "מסמר קטן" שהוזכר בהלכת **רונן**.

42. חשוב להדגיש שלא הובאה כל ראיה לאמירת הנאשם, שנשמעה לראשונה בפרשת ההגנה, לפיה דייר קודם התקין לראשונה בלוני גז לדירה. מכל מקום, בוודאי שלא נטען בשום מקום כי מתקני חיבור הגז, כפי שמצאה המפקחת (על יסוד תלונה עדכנית - ת/6), הורכבו פיזית עוד קודם לפניית המערערים לחברת חורה גז.

43. **המסקנה היא**, אפוא, שההרשעה בעבירה המדוברת "בניה ושימוש במקרקעין הטעון היתר, ללא היתר", במקומה עומדת. אמנם המקור לחובה לקבל היתר לבניה, וממילא לאיסור השימוש ללא היתר בהמשך, נובע מכך שמדובר בבניה לפי סעיף 145(א)(2), ולא משום שמדובר בפועלה המצריכה היתר מכוח התקנות לפי סעיף 145(א)(3) לחוק. אולם, **למרות ההנמקה השונה, מסקנתו המשפטית של בית משפט השלום - לפיה מדובר בעבירה על חוק התכנון והבניה בגין אותה פעולה שנעשתה ללא היתר - במקומה עומדת. ממילא, גם השימוש במתקן הגז האמור מהווה עבירה נמשכת, על פני תקופה ארוכה.**

טענות הגנה מן הצדק מחמת אפליה

44. ככלל, טענת הגנה מן הצדק מחמת אפליה טעונה ראיה מצד הטוען לה ביחס לתיק קונקרטי. ייתכן כי, משהוכחה אפליה בעצם מדיניות האכיפה עליה מדובר, אפשר שניתן להסיק קיומה של אפליה גם בתיקים מקבילים הנובעים מאותה מדיניות לגביה כבר נפסק, ביחס לאותה רשות. יחד עם זאת, העובדה כי טענת האפליה לא הוכחה בפרשת **לפה** לא שוללת את זכותו של נאשם אחר, בתיק אחר, לנסות כוחו בהוכחה עובדתית של הטענה בתיק דומה. מכל מקום כאן, כמו בפרשת **לפה**, לא נמצאה כל ראיה לקיומה של הפליה עדתית נגד המערערים, בהיותם שייכים לקהילת חסידי גור בערד, ולכאורה הטענות בעניין זה נשללו בעדות המפקחת, שלא נסתרה. טענה זו אף לא הייתה במרכז טיעוני הערעור דנן, כאמור.

45. טענה אחרת שנטענה בפרשת **לפה**, היא טענת האפליה הנובעת מכך שרק בעיר ערד מתקיימת אכיפה בגין התקנת בלוני גז ביתיים. טענה זו אמנם לא עלתה בערעור דנן, ואמנם נדחתה בפרשת **לפה** כטענת הגנה מן הצדק אשר צריכה להביא מיניה וביה לביטול כתב האישום. זאת, באשר נקבע כי המדיניות השונה לגיטימית כשלעצמה, ובלבד שלא נעשית משיקולים זרים, ולא הוכחו שם שיקולים זרים. יחד עם זאת, נקבע שם כי המדיניות השונה כן משליכה על היבט אחר של הגנה מן הצדק, באשר בשלבים הראשונים של האכיפה אפשר שהתושבים יופתעו ממנה, ולכך יש השלכות כפי שיוסבר מיד.



משמעות המחלוקת המשפטית והמדיניות המקומית החריגה

46. הטענה לביטול האישום מחמת "עיקרון החוקיות", לא נטענה בפרשת **לפה** כטיעון משפטי ערטיילאי כפי שנטען כאן, אלא נטענה (על ידי עו"ד רעות אביטל עצמה) באופן מדויק יותר מבחינה משפטית. אמנם, נטענו שם (ונדחו) טענות שבעובדה לגבי התקיימות שם של ההגנה בדבר "טעות במצב משפטי" לפי סעיף 34 לחוק העונשין. אולם, באופן יותר משמעותי לענייננו, נטען להגנה מן הצדק כפועל יוצא מאי הבהירות המשפטית עצמה. אי בהירות, המוכחת מעצם העובדה שיש מחלוקת בין שופטים בשאלה אם התקנה לראשונה של בלוני גז היא אסורה. נטען עוד, שאזרח מן השורה לא יכול היה לצפות כי תהיה אכיפה בעבירה מסוג זה, לא רק בשל עצם אי הבהירות המשפטית אם מדובר באיסור, אלא משום מדיניות האכיפה בעבר. שכן, מעשים אלה אינם נאכפים כעבירות תכנון ובניה בשום מקום אחר בארץ למעט ערד, ואף בערד מדובר במדיניות אכיפה שהייתה אז חדשה, באשר החלה רק בשנת 2013.

47. צוין בפרשת **לפה** (בין השאר על יסוד ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (10.9.13)) ורע"פ 302/17 **הלנה שרעבי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה קריות** (19.2.17)), שאין בעצם קיומו של שינוי במדיניות האכיפה או החידוש המשפטי כדי להקים הגנה מן הצדק, כך שיש לבטל את האישומים. אולם, אין זה אומר שאין כל השלכות משפטיות למדיניות חדשה או חריגה. ההשלכות באות לידי ביטוי בשני מישורים. המישור האחד, לענין עונשו של מי שהורשע בדין, ועל כך בהמשך, בשלב הדיון בעונש.

48. המישור השני של השלכות החידוש במדיניות האכיפה מרחיק לכת יותר. המדובר בהטלת חובות על הרשות, בתקופת האכיפה הראשונה. למעשה, כדי שלא ליצור מצב בו האזרח עומד לדין על מעשה אשר לא יכול היה לדעת כי אפשר שתהיה אכיפה לגביו, מוטלות על הרשות חובות מיוחדות לתקופת מעבר. חובה להתריע בציבור או להתרות בעברין לפני אכיפה בפועל, אם סוג העבירה ומכלול הנסיבות מתאימים לכך ומאפשרים זאת. כך, בהתקיים מדיניות חדשה או חריגה בעבירות תכנון ובניה, אם הנסיבות מאפשרות זאת, **יש להביא לידיעת הציבור את השינוי במדיניות לפני יישומה. ניתן גם להתרות במי שמבצע עבירה, כדי שיחדול ממנה ואף יהרוס כל בניה אסורה שנבנתה, בטרם פתיחה בהליכים פליליים.** בהעדר התראה כללית או התראה אישית לגבי מדיניות חדשה או מפתיעה, אפשר שלא ראוי יהיה זה ראוי להעמיד לדין, והתוצאה תהיה ביטול אישומים עקב הגנה מן הצדק. זאת, בתנאי שהדבר לא יביא להשארת בניה בלתי חוקית על כנה אך בשל שיקולי הגנה מן הצדק, הכול כמפורט בהרחבה בפסק הדין בפרשת **לפה**.

מהכלל אל הפרט

49. יישום העיקרון המשפטי האמור למעשה עונה של שתי השאלות הנוגעות להגנה מן הצדק שהועלו בערעור דנן. ראשית, לא מתקיימת בענייננו הגנה מן הצדק באופן קונקרטי לגבי המערערים. זאת, באשר המערערים קיבלו מכתב המזמן אותם לחקירה, עוד לפני הגשת כתב האישום. נמסר, כי מי שתיקן המעוות תוך זמן סביר לא הועמד לדין. אולם, המערערים התעלמו ממכתב זה ולא תיקנו את המעוות לפני הגשת כתב האישום. לכן, גם בהנחה שמדובר במדיניות העמדה לדין מפתיעה, רשאית הייתה המשיבה להעמיד לדין את המערערים לאחר שהתעלמו מזימון לחקירה. יתרה מכך, הסרת הבלונים נעשתה תקופה ארוכה מאוד לאחר הגשת כתב האישום עצמו, כאשר המערערים ידעו היטב על האיסור.



אולם המערערים החליטו לפעול לפי הוראת רבם, לפי עדות המערער, במקום לפי החוק. די בהתנהלות זו כדי לדחות כל טענה של הגנה מן הצדק, בהקשר למדיניות האכיפה.

50. למעשה, נוכח תשובת המשיבה לערעור, מתברר כי חשיבות ההתראה מקבלת משמעות גם בהקשר לטענת האפליה ביחס לנאשמת 3, חורה גז בע"מ. המשיבה הסבירה כי חברת חורה גז לא קיבלה זימון לחקירה או התראה אחרת לפני מעשה ההתקנה, שהיה חד פעמי. אם כן, המשיבה יכולה הייתה לצפות לאפשרות כי לחברה זו תוענק הגנה מן הצדק. לכן, מובן גם מדוע החליטה המאשימה לחזור מן האישום לפני ההוכחות. בפועל, העניין לא התברר בבית המשפט, לכן קשה לדעת אם אכן הייתה הנאשמת 3 זוכה להגנה מן הצדק (שהרי בפרשת **לפה** לא זכתה לכך). אולם, עמדת המשיבה בעניין זה בוודאי לא מופרכת, ודי בכך כדי לדחות את טענת ההגנה מן הצדק מחמת אפליה.
51. נוכח כל האמור, **יש לדחות את טענות ההגנה מן הצדק, ולהשאיר את הכרעת הדין על כנה.**

דין - הערעור על גזר הדין

52. כאמור, בשים לב לטיב העבירה ומכלול הנסיבות, לרבות המצב הכלכלי של המערערים, נקבע כי מתחם העונש נע בין 500 ₪ לבין 2000 ₪. על המערערת הושת קנס בן 500 ₪ ועל המערער קנס בסך 1000 ₪. כן חויבו המערערים לחתום על התחייבות. לא יכולה להיות מחלוקת כי מדובר בקנס נמוך מאוד, המתחשב בנתוני המערערים, למעשה קנס סמלי.
53. כאמור, הערעור לעניין העונש מכוון לעצם הסטיגמה הנובעת מההרשעה. טענת ב"כ המערערים היא כי נכון היה להורות על ביטול ההרשעה, ולחייב את המערערים בהתחייבות בלבד, או בתוספת של שעות של"צ, כהמלצת שירות המבחן. בהקשר זה, המחלוקת בין הצדדים היא כיצד ליישם את הלכות **תמר כתב ו- שבתאי** על ענייננו.

הערה מקדימה על התנהלות התביעה

54. לפני הדין לגופו של עניין, אני חייב להצטרף לתמיהת בית משפט השלום ואף לתדהמת הסנגורית, נוכח הטיעון לעונש מטעם המשיבה בבית משפט קמא. העמדה שהובעה בבית משפט קמא, בדבר קנס המתחיל ב- 100,000 ₪ ומגיע עד פי שתיים, אינה עמדה ראויה לנציג היועץ המשפטי לממשלה.
55. אמנם, הענישה הנהוגה אינה בהכרח הענישה הראויה (ע"פ 1323/13 **חסן ואגבריה נ' מדינת ישראל** (5.6.13)), ורשאית המאשימה לבקש מבית המשפט לשנות את מדיניות הענישה ולהחמיר. לפיכך, מובנת עמדת המשיבה בטיעון בערעור לפיו הקנס צריך היה להיות גבוה יותר, כדי לשקף את טיב הסיכון לציבור מהנחת בלוני הגז בקומת העמודים של בנין מגורים, ואת הזדון שבא לידי ביטוי באי הסרת מתקני הגז למשך תקופה ארוכה אף לאחר הגשת כתב האישום. אולם, כאשר באותה פרשה (במובן הרחב - פרשת בלוני הגז בערד) לא נמצאה ענישה העולה על 5000 ₪, עתירה לקנס הגדול בשני סדרי גודל ממקוממת. העובדה שהמשיבה לא ערערה על קולת העונש מלמדת שאף אם היא סבורה שנכון היה להטיל עונש חמור יותר, הרי לשיטתה לא טעה בית המשפט באופן קיצוני.
56. למותר לציין שלא ראוי למאשימה להעלות דרישות מופרכות בטיעון לעונש, כעין נקודת פתיחה למשא ומתן וכדרך התגרים בשוק, שהרי בדיני נפשות עסקינן. ודוק, מקובלת עלי העמדה לפיה הגיעה



העת להחמיר יותר בעבירות תכנון ובניה, להזדרז בצווי הריסה, להכביד בקנסות ולהטיל עונשי מאסר במגוון רחב יותר של מקרים (ראו עפ"א (ב"ש) 70661-03-19 **איבגי נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה קרית גת** (23.12.19)). אולם, כאשר המחוקק ובתי המשפט ביקשו להחמיר, לא התכוונו שיש להכפיל בבת אחת את הענישה עד פי עשרים או פי ארבעים מהענישה המצויה, עד לענישה החורגת בעליל מעקרון ההלימה.

האם נכון לבטל ההרשעה?

57. בחזרה **לגופו של עניין**, הענישה שהוטלה היא בוודאי ענישה קלה יחסית למשך העבירה וטיבה, אין ערעור מצד המאשימה, **והשאלה היחידה העומדת על הפרק היא אם ראוי היה במקרה זה לקבל את המלצת שירות המבחן בדבר ביטול ההרשעה.**

58. לטעמי, נימוקיו של בית משפט השלום לדחיית ההמלצה של שירות המבחן נכונים בעיקרם. לפי הלכת **תמר כתב** הכלל הוא הרשעה וההימנעות מכך היא בבחינת חריג, התלוי הן בשיקולי שיקום מוחשיים ומוכחים, והן בכך שמדובר בעבירה אשר אינה חמורה בנסיבותיה, ומאפשרת "ויתור" על רכיב הסטיגמה, הבא לידי ביטוי בהרשעה.

59. אין זה נכון שבעבירות המוגדרות כאסדרתיות הכלל האמור תמיד גמיש יותר. שכן, לפי הלכת **שבתאי** הכלל גמיש יותר כאשר מדובר בעבירה אסדרתית, **המתבצעת ביסוד נפשי של אחריות קפידה**. לו הרשעת המערערים דנן הייתה מבוססת על יסוד נפשי של אחריות קפידה בלבד, הרי שהייתה חלה עליהם הלכת **שבתאי**. ניתן היה לקבוע כי די בפוטנציאל היותר רחוק של פגיעה במערערים, בסיכוי הקידום המקצועי שלהם לפי המסלול בו הם נמצאים כעת, כדי להימנע מהרשעה. זאת, אף אם אין מדובר באפשרויות קידום קרובות ומוחשיות מאוד, כנדרש לכאורה על פי הלכת **תמר כתב**.

60. אולם, במקרה דנן, המערערים לא הורשעו אך ורק על פי יסוד נפשי של אחריות קפידה. המערערים הורשעו גם ב**שימוש** במקרקעין בניגוד להיתר. שימוש זה נמשך זמן רב לאחר הגשת כתב האישום, ובכך בא לידי ביטוי יסוד נפשי של מודעות, כפי שהודה המערער למעשה בחקירתו. כזכור, המערער אישר כי הבין ש"יש בעיה" כאשר הוגש כתב האישום. לשאלה מדוע לא הסיר את הבלונים מיד לאחר הגשת כתב האישום השיב בפשטות "בעצת הרב". יסוד נפשי מסוג זה אינו מהסוג המוגן על פי הלכת **שבתאי**. לכן, שיקולי בית המשפט במקרה דנן הם בעקדם נכונים.

61. למרות האמור, דומה כי **ניתן לשקול במקרה זה הימנעות מהרשעה**, אך זאת **לא ישירות בשל הלכת שבתאי**, אלא בשל **הצטברות חריגה של נימוקים**, אשר כולם יחד מאפשרים להגיע לתוצאה שתפגע פחות במערערים. ראשית, במקרה זה חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה משמעותי (בין השאר בשל תקופת הדיון בערעור). הבלונים הוסרו ובכך תוקן המעוות כבר לפני למעלה מארבע וחצי שנים. לכן, האינטרס הציבורי במיצוי הדין פחת עד מאוד. שנית, יש ליתן משקל לאי הבהירות המשפטית אשר היתה קיימת בשלבים הראשונים של האכיפה. אמנם, אין באי הבהירות כדי להקים הגנה מן הצדק כנטען נגד ההרשעה, אך לא ניתן לומר שאין לדברים משקל בשלב העונש. שלישית, בכל זאת יש ליתן משקל לכך שבעת ביצוע העבירה המקורית, היינו בעת ההתקנה עצמה, מדיניות האכיפה עוד לא הייתה ידועה. אמנם ההתעקשות שלא ללכת לחקירה ולא להסיר הבלון למשך למעלה משנה שללה הגנה מן הצדק, אך בכל זאת יש משקל למצב הדברים בתחילת הדרך. דברים אלו עולים מהפסיקה שאוזכרה לעיל,



ונבחנה בהרחבה בפרשת **לפה**, שהרי בתחילת האכיפה של מדיניות אכיפה חדשה יש מקום להקלה בעונש. הדברים אולי עולים גם בהשראה עקיפה מפרשת **שבתאי**, אף שאינה חלה במקרה זה, כאמור.

62. אין די באחד השיקולים האמורים כדי להביא לתוצאה של ביטול ההרשעה. אולם, נוכח הצטברות כל השיקולים אלה כאחד, על רקע העבר הנקי וההתרשמות החיובית של שירות המבחן, דומה שדי בפגיעה העתידית האפשרית מההרשעה, כמתואר בתסקיר, כדי לאפשר תוצאה של הימנעות מהרשעה. עם זאת, מובהר שאין לקבל את הצעת שירות המבחן לפיו העונש שיושג על המערערת יתבטא בהתחייבות בלבד. מובהר כי, ככל שיש מקום לביטול ההרשעה, הדבר תלוי בביצוע עבודות של"צ, ולו למספר שעות מצומצם יחסית. זאת, כדי לשמש ענישה מוחשית בגין ההחלטה המודעת להשאיר את החיבור לבלונים הניידים על כנו, למרות הידיעה על האיסור.

63. **סיכומו של דבר**, יש להחזיר ההליך לשלב הטיועונים לעונש. אולם, נוכח חלוף הזמן, יש לבחון את מצב הדברים העדכני, בהם העדר רישום פלילי ולקבל הערכה עדכנית של שירות המבחן. כן יש לבחון אם המערערים עדיין מעוניינים בתוצאה של הימנעות מההרשעה ומוכנים לשם כך להתחייב לבצע של"צ בקנה מידה של עשר עד שלושים שעות, תחת הקנס הסמלי שהוטל עליהם.

התוצאה

התוצאה היא אפוא, **שערעור המערערים נגד הכרעת הדין, בטענות הגנה מן הצדק השונות - נדחה.**

אולם, **הערעור ביחס לגזר הדין מתקבל, במובן זה שנקבע כי באופן עקרוני ניתן לסיים ההליך בלי הרשעה.** משמע, גזר הדין בטל. התיק מוחזר, אפוא, להשלמת טיועונים לעונש לפני בית משפט השלום אשר יחליט, על פי הנתונים העדכניים והשיקולים האמורים לעיל, אם לגזור הדין מחדש כפי שגזר, או לבטל ההרשעה תוך מתן צו של"צ והתחייבות.

בית משפט השלום יחליט כחכמתו על אופן עריכת הבדיקה העדכנית בדבר ההתאמה לשל"צ, הזמן המתאים להגשת תסקיר ואופן המשך הדיון. הכול, בשים לב למצב החירום בימי קורונה אלה ועמדות הצדדים בעניין.

בשולי הדברים, אבקש להתנצל על העיכוב הגדול במתן פסק הדין בפרשה זו, אשר היה מעבר למידה הראויה, אף בהתחשב בהסכמת הצדדים לשמיעת הערעורים האחרים בפרשה בטרם הכרעה בתיק זה.

כאמור, הצדדים הודיעו כי אין התנגדות למתן פסק הדין בהעדרם, וכך נעשה.

המזכירות תעביר עותק מפסק הדין לב"כ הצדדים, אשר יעדכנו את הצדדים.

ניתנה היום, כ"ה ניסן תש"פ, 19 אפריל 2020, בהעדר הצדדים.

