

עפ"א 4652/03 - יעקב וולר, פרידה זיסל וולר נגד ועדת מקומית לתוכנן ובניה ערד

בית המשפט המחויזי בבאר שבע

עפ"א 4652-03-18 וולר ואח' נ' ועדת מקומית לתוכנן ובניה ערד

בפני	כבוד השופט אלון אינפלד
מערערים	1. יעקב וולר
	2. פרידה זיסל וולר עי"ב "כ עוז רעות אבטל (ס.צ.)
נגד	ועדה מקומית לתוכנן ובניה ערד עי"ב "כ עוז חיים שימן
משיבה	
פסק דין	

זהו פסק דין בערעור נוסף במסגרת סדרת הליכים שעוניים בעבירות תוכנן ובניה, בהקשר להתקנה ראשונית של בלוני גז ניידים לשימוש ביתוי, בעיר ערד. השיקולים המשפטיים העיקריים הנוגעים לעניין זה פורטו במסגרת עתפ"ב 19-02-58010-58010-145(א)(2) ו- 145(א)(3) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "החוק" או "החוק" או "החוק והבנייה"). פסק דין זה מישם את העקרונות המשפטיים שנקבעו שם על עובדות המקירה דין.

האישום וההלו:

- המערערים מתגוררים בדירה בבניין מגוריים, אשר בו 16 דירות בעיר ערד. השניים הואשנו יחד עם חברת חורה גז בע"מ, בכתב אישום אשר ייחס להם עבירות בנייה ושימוש במרקען ללא היתר כנדרש בסעיפים 145(א)(2) ו- 145(א)(3) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "החוק" או "החוק והבנייה"). כן ייחסה להם עבירה על חוק עזר עירוני, אשר נזנחה בשלב מאוחר יותר.
- בכתב האישום נטען כי חברת חורה גז, אזי הנואשת 3, התקינה בלוני גז במרקען, מעבר פרטיא משותף, ללא היתר. נטען כי נעשה שימוש בהתקנה זו, בבלוניים המוצבים שם, לפחות מיום 13.8.21 עד התגלתה העבירה, ועד הגשת כתב האישום. יוער כי בהמשך הוסכם כי אין מדובר ב"מעבר" משותף, אלא בשטח משותף, וכי למעשה ההתקנה בוצעה בקומה העמודים בבניין, בסמוך למעין חדר או ארון, בו היו שעוני הגז של דיירי הבניין.
- יובהר מיד כי בפתח דין ההוכחות, ביום 16.2.2022 הודיעה המשיבה כי היא חוזרת בה מהאישום כלפי חורה גז והודיע בהסכמה כי האישום ימחק במסגרת סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי. בו במקומו, זיכה בית המשפט את הנואשת 3 חורה גז (עמ' 19 לפירוטוקול). אולם, בהמשך תוקן פסק הדין בהסכמה ל"מחיקה" כפי שהתבקש, תחת הזכיו (החלטה מיום 16.2.2022). לא ניתן נימוק מפורט בפירוטוקול להחלטת המאשימה שלא להמשיך בהליך נגד חורה גז, למעט האמירה הכללית לפיה ההחלטה התקבלה "לאחר בחינת הראיות ביחס לנואשת 3".

4. ביום 15.4.30 ניתנה תשובה המערערים לaioshom, עם פירוט טענות מקדימות. נטען כי למעשה עד אשר לא ניתנה החלטה מפורשת בבית משפט השлом לפיה התקנה לראשונה בלוני גז הייתה illegal היתר מהוועה עבירה, לא ניתן היה לדעת כי מדובר בעבירה. תחילת נטען כי למעשה כלל לא היה עבירה לפני שנפסק כי הדבר אסור בהליך אחר בבית משפט השлом, אך נכון העורות בית המשפט חזרה בה הסגירות מטעון קיצוני זה. תחת זאת ניתנו טענות שעיקרן הגנה מן הצדוק.
5. במסגרת טענות הגנה מן הצדוק, הסגירות התקיימה לכך שלא מוגשים כתבי אישום בעבירות דומות באף רשות אחרת ובכך יש אכיפה ברורנית; כי האישומים בנושא זה מוגשים רק נגד מבני מבנים ולא נגד מבנים מסחריים ואף בכך יש אכיפה ברורנית; נתען שיש מעין זר בהגשת האישומים שהוא האינטראס הכלכלי של חברת הגז המקומית; כן נתען כי כתוב האישום הוגש מבל' שהמערערים הזמינים לחקירה. טענת האפלה ביחס לחורה גז הושמעה לראשונה רק בסיכון ההגנה.
6. בתשובה לaioshom, אושרו הפרטים הכלליים. מבחינה עובדתית המערערים אישרו כי פנו לחברת חורה גז על מנת שתספק גז זול יותר مما 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 שנעשהה טוענה יותר לפי החוק. יער כי נאשמה 3 הוספה כי לא הייתה מודעת לעצם קיום האיסור. בית המשפט החליט כי הטענות המקדימות טענות בירור בריאות, ולפיכך יוחלט בהן לאחר פרשת הראיות.
7. כאמור, ביום ההוכחות (2.2.16), הודיעה המאשימה כי היא חוזרת בה מהאישום כלפי הנואמת 3, חורה גז בע"מ. במסגרת פרשת התביעה העידה מפקחת הבניה, אודות תהlixir גלו' העבירה, ההתראה, בדיקות חוזרות במקום בהם הבלונים לא הוסרו ולבסוף הוסרו. הוגש מוצגים המלמדים על תכנית הchèלה על המקום, ההתראה שקיבלו המערערים, בלוני הגז, מקום ואופן חיבורים ועוד.
8. ביום 2.6.16, במסגרת פרשת ההגנה, העיד המערער. הוסכם כי הימנעות המערערת מעדות לא תיזקף לחובת המערערים, והוא לא העידה. המערער העיד כי גם ד"יר קודם לו התקין בלוני גז, אך הוא לא השאירם במקום ולפיכך היה צריך להתקנים מחדש. לדבריו לא העלה על דעתו שיש בעיה חוקית בעת שהתקין. לדבריו המערער לא שעה להזמנה שקיבל להגיע לחקירה, על פי הנחיתתו של רב הקהילה, בנסיבות חסיד גור. לדבריו הבלונים הוסרו כנה (או מעט יותר) לאחר הגשת כתוב האישום, על פי עצמה של הסגירות הציבורית שמנתה לו. אולם, הוא לא הסירם קודם לכן, למרות שקיבל את כתוב האישום, שכן "הוא" לא מבין את החוקים" וביקש את הנחיתת רבו.
9. הצדדים סיכמו בכתב, והכרעת הדין ניתנה ביום 29.5.17.

הכרעת הדין

10. תחילת, התקיים בית המשפט לשאלת אם התקנת בלוני גז נידים מהוועה פעללה המצריכה היתר. אמנם, שאלת זו לא הייתה במוקד הסיכון, אך המחלוקת בין שופטי בית משפט זה אוזכרה, ולפיכך נדרש בית המשפט לשאלת. בהקשר זה נסקרו מספר החלטות של בית משפט השлом; שתי החלטות בבית משפט זה (עפ"א 58608-14-12 חורה גז בע"מ נ' וועדה מקומית לתכנון ובניה ער"ד 5.4.15 - מפי כב' השופט 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 ערדר** (4.2.16 - מפי כב' השופט). אלונ, אז נשיא בית משפט), בו נקבע כי הנחת בלוני גז אינה בגדר "עובדת טעונה היתר"; וכן אזכור הבהיר שהתקנים עקב בקשה המדינה לערער על עניינו של **זיסקינד**, שם, לאחר דין ממושך, על פי הצעת בית המשפט, נוכח דברי בית המשפט העליון לפיהם ראי לבקשת היתר, וכן התחייבות המשפט **זיסקינד** לפנות בבקשתה לקבלת היתר, חזרה בה המדינה מבקשתה למתן רשות ערעור (רע"פ 2262/16).

הועודה המקומית לתכנון ובניה ערדר נ' זיסקינד, ההפנייה היא בעיקר לפרוטוקול הדיון מיום 12.12.16.

11. לאחר סקירת פסקי הדין שניתנו בשאלת זו, ו尤ו בחקיקה עצמה, הגיע בית המשפט למסקנה כי התקנת בלוני גז אכן מחייבת היתר. מילא הסיק כי התקנותם ללא היתר מהוות עבירה. נוכח מסקנה משפטית זו, נפנה בית המשפט לבחון את הסכמאות והראיות בפרשנותם על מנת לקבוע ממצאים שבעובדתה. זאת, בשים לב לכך שאין מחלוקת כי בלוני גז הותקנו וכי לא ניתן היתר בניה לפועלה זו.

12. הודגש כי בחקירה הנגדית מפקחת הבניה התייחסה בעיקר לשאלת האכיפה הברורנית. למעשה, שיש לקבל את גרסתה לגבי אופן התקנה, כפי שהיא ראתה במקום, לאחר שהגיעה לבניין עקב תלונה. בית המשפט קיבל את עדותה, על יסוד המסמכים בכתב, לפיהם מערכת הגז אמורה הייתה להיות מרכזית, לפי היתר הבניה החל במקום. אולם, עליה מהעדות שדירת המערערים נזקקה למערכת הגז, וחוגבה לבלוני גז אשר הוצבו ליד פתח האוורור של מקלט הבניין. המערער בעדותו לא חלק על עובדות אלה, ציין 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, והתקנותם בוגרוד לתכנית הchallenge על האזוז, כדי להוות עבירה.

13. בית המשפט ראה את לב העבירה במיקום בלוני הגז, בוגרוד 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 שניי בבניין, מכוח סעיף 145(א)(2) לחוק. שכן, "אף שהוא שניי בדרך חיבור הצנרת לא ניתן לראות זאת כשניי משמעותי בבניין". בית המשפט ראה גם את עיקר החומרה במעשה במיקום בלוני הגז, שלא על פי התקנית, ולא בעצם החיבור. לשיטתו "לא עולה על הדעת כי אדם יכול להתקין בלוני גז כרצונו והדבר זו עוק במרקחה זה שבעתיים".

14. **לענין הגנה מן הצדק**, לאחר סקירת הפסיקה בעניין, עמד בית המשפט על הנתונים בתיק דן. טענת האכיפה הברורנית "ביחס לכל הציבור", נדחתה על יסוד עדות המפקחת אודות מדיניות האכיפה. אולם, עליה שיש מקומות בעיר ערדר בהם לא הייתה אכיפה, אך בית המשפט מצא שיש עקבות באכיפה, באשר האכיפה בוצעה בכל אזור מגוריים. מתוך אזור המגורים, האכיפה בוצעה רק מבנים בהם לא ניתן לקבל היתר לבלוני גז נידים, לפי התקנית הchallenge על האזוז, אך לא במבנים אשר בהם ניתן לקבל היתר לבלוני הגז, כגון בתים מגוריים פרטיים. נקבע, כי המערערים לא הביאו כל ראייה לסתור את עדותה של המפקחת בנושא זה.

15. בית המשפט היה מוטרד יותר מחלוקת האכיפה הברורנית ביחס לנשימת 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 בסיכון המערערים, ולא ניתנה הזדמנות נאותה למשיבה להתייחס לטענה. מעבר לכך, עליה 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 הבלוניים. לפחות, כפי שהדבר נראה בעת תחילת ההוכחות לפני עדות המערער. משיקולים אלה טענת האכיפה הברנית ביחס לחברת חורה גז בע"מ, הנאשמה נדחתה.

תסקרים, טיעונים וגזר דין

16. לאחר הרשות המערערים בעבירות לפি חוק התכנון והבנייה, באשר נעשתה פעולה הטעונה היותר לפי סעיף 145(א)(3) לחוק ללא היתר, נדחה הדיון לעונש, לשם מתן תסקרים לעונש בעניין המערערים.
17. **התסקרים** בעניין המערערים היו חיוביים וצוין כי אין להם מעורבות פלילית אחרת, אלא אירוע זה. צוין כי המערער לומד דיניות, ומוקווה להגיע למשרה כזו בעתיד, ולפיכך יש אינטנס שיקומי לבטל הרשותו. המערעת מורה בכירה במקצועה, מועמדת לתפקיד ניהול, והרשעה עלולה לגרום גם בקידום שלה. שני התסקרים עליה כי הפניה לתקנת בלוני גז ביתים נעשתה על פי המלצת ראש קהילת חסידי גור בעבר, אליה משתיכים המערערים, הרב ביאלוסטוצקי. זאת, ללא הבנה כי מדובר בעבירה על החוק. הרב עצמו שוחח עם שירות המבחן ואישר כי קר המלייז, משומם פעור המחייב המשמעותי בין שתי דרכי אספקת הגז, מבל' שהוא עצמו היה מודע לכך כי מדובר בעבירה על החוק.
18. שירות המבחן לא מצא נזקקות טיפולית אצל מי מבני הזוג, לפיכך לא המליך על מסלול טיפול. למורת זאת, נוכח הנתונים, הומלץ לסיים ההליך ללא הרשותה. לגבי המערעת הומלץ להסתפק בעניינה בהתחייבות בלבד, נוכח העובדה מטופלת בילדים (וערב לידיבה עת), לעניין המערער הומלץ לסיים ההליך בעבודות של י"צ בהיקף של 30 שעות, כעונש חינוכי ומוחשי.
19. במסגרת הטיעון לעונש ביקשה המשיבה לדוחות את המלצת שירות המבחן, בהעדר ראייה לנזק קונקרטי ושיר כתוצאה מההרשעה. נטען כי יש לראות עבירות תכנון ובניה בחומרה רבה באופן כללי, ונטען כי נסיבות המקירה חמורות באופן מיוחד. זאת, משומם שהבלוניים הושארו במקומות בשלבים הראשונים של ניהול ההליך באשר לא הוסרו עד יומ 4.2.15, בעוד כתוב האישום הוגש ביום 21.8.13, ובכך בטאו המערערים, לשיטת המשיבה, חוסר תום לב מוחלט. נטען כי יש לקבוע את מתחם הקנס הראי בין 100,000 ל-200 אלף (!), ונתבקש כי יושת קנס באמצעות של מתחם זה.
20. הסגנoriaת הביעה Zusau מהעמדה המשפטית של המשיבה, והזיכה כי במקרים דומים הוטלו קנסות הרבה יותר נמוכים. מכל מקום, נטען כי אכן במקרה זה לקבל את המלצת שירות המבחן, ולסיים ההליך ללא הרשותה. הסגנoriaת טענה, בהקשר של הלכת **תמר כתב**, כי מדובר בעבירה ברף הנמוך של החומרה, באשר המבצעים כלל הבינו כי מדובר בעבירה. נטען כי נסיבות אלה די בפוגעה אפשרית בעתידם כתוצאה מההרשעה. בהקשר זה הסתמכה הסגנoriaת בין השאר על רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי (10.9.13), שם נקבע כי בעבירות אסדרתיות של אחריות קפידה, ניתן לשים את הלכת **תמר כתב** בגמישות רבה יותר.
21. במסגרת גזר דין, דחה בית המשפט את המלצת שירות המבחן להימנע מההרשעה. זאת, בשים לב לכך כי העבירה אינה עבירה קלה, כי הימנעות מההרשעה היא בבחינת חריג שבחרים ובאשר אף אחד

המערערים אינם מועמד באופן קונקרטי למשרה כלשהי. אך, شأن המערערים צפויים להיפגע באופן ישיר מהרשעה, כנדרש כתנאי להימנוות מהרשעה, על פי הפסיכיקה. אגב כך הדגיש בית המשפט כי מרנות שמדובר בעבירה אסדרית, הצבת בלוני גז בינו לבין תכנית היא מעשה חמוץ, הפגעתו במרקם החיים ובסדר התכני. לפיכך אין זה מסוג המקרים היכול להצדיק הגמישה בכללים ואין להימנע מהרשעה בעבירה מסווג זה.

22. **לענין העונש עצמו**, דחה בית משפט השלום מכל וכל את עמדת המשיבה לפיה מתחם העונש הראו מתחיל בקנס של 100,000 ₪. הודה כי עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה המקובל בעבירות מסווג זה, ולמעשה בגין איוועים של הצבת בלוני ג' שלא על פי התכנית, לא נמצא שהוטל קנס הגבוי מ- 5000 ₪. מצד שני, צוין כי מקרה זה הוא בכל זאת חמור, בשימ לב לזמן הרוב שחלף בין הגשת כתב האישום לבין הסרת בלוני הגז. כן נלקחה בחשבון המחלוקת ה פוסקים בנוגע לטיב העבירה, כשייקול לקולה. עוד שקל בית המשפט את מצבם הכלכלי העגום של המערערים, ונוכח המצב הכלכלי קבוע כי מתחם העונש נע בין 500 ₪ לבין 2000 ₪. בסיכומו של דבר, נגזר על המערערת קנס בסך 500 ₪ (או 10 ימי מאסר תמורה) ועל המערער קנס בסך 1000 ₪ (או 20 ימי מאסר תמורה). כן חוויבו המערערים לחתום על התחייבות.

ערעור ותשובה

23. הצדדים טענו לערעור בכתב ובעלפה.

24.指出 מיד כי הערעור לא כוון לשאלת המשפטית שהעסיקה רבות את בית המשפט בתיקים אלה, אם נדרש היתר בניה לפוליה שנעשתה על ידי המערערים. הטענה לא הובאה בכתב הערעור, והובאה בפתח הדיון שלא לכך מכוון הערעור. הערעור נטען בשני מישורים בלבד. האחד, הטענה לקיומה של הגנה מן הצדק. השנייה, לשאלת הרשותה בגזר הדיון, תוך דוחית ההמליצה של שירות המבחן. עם זאת, במישור טענת ההגנה מן הצדק נטען שתי טענות עיקריות. נטען שאם הבahirות המשפטית הייתה קיימת עת בוצעה העבירה, מהו זה 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 הברנית, הטענה מוקדה במחיקת הנאשמה 3, חורה גז בע"מ, מכתב האישום. נטען כי בניגוד למערערים שפעלו בתום לב, הנאשמה 3 היא גורם מڪצועי ש策יר היה לדעת את הדיון. לשיטת ב"כ המערערים, היו גם ראיות טובות כי חורה גז היה אשר התקינה את הבלונים. הרויים עצם טענו זאת במפורש בפרוטוקול, בתשובתם לאישום, אשר ניתנה עוד לפני יציגם של הסגנוריה הציבורית. כן נטען, כי שםה של הנאשמה 3 מופיע על מיכלי הגז. טענת המערערת היא כי לא הייתה הצדקה להבחן בין הנאים 3 לבין המערערים במישור הראיות. טענת אפליה משנית כוננה בכך שההלך אחר, הסכימה המשיבה כי תבוטל הרשותה לנאים בעבירה דומה.

26. **ענין עקוץ והתקיר**, הוגשה הטענהikutן בין הופוקים (גביה השאה) את המעשה בכל צורה. ב"כ המערערים לא טענה במפגיע כי המעשה אינו דורש היתר. אולם, לשיטתה, נכון חלוקות, ובשים לב לכך שבעת מתן פסק הדין בבית משפט השלום, הפסקה האחרונה בבית המשפט המחויז הייתה כי אין המעשה דורש היתר המעשה לכואורה לא היה אסור בעת פסק הדין. אמנם, הייתה העירה

של בית המשפט העליון בפרשת **זיסקינד** כי המצב המשפטי צריך להיות אחר, אך הדבר לא הוכרע. לכן, יש לראות בפסקת בית המשפט בתיקו בבחינת חדש 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 34ט לחוק העונשין. כן הובהר שאין תקדים ישראלי שקיביל את הטענה לפיה חדש משפטי בבית המשפט אינם מאפשר הרשעה על המעשה שנדון בו. עם זאת, ב"כ המערערים ביקשה לקבל את התזה המשפטית בכל זאת, בินיקה ישירה מעקרון החוקיות, באשר הצדק הטבעיינו מאפשר הרשות אדם במעשה שהוא לכוראה מותר עד פסק הדין. עוד הודגש כי המערערים הסירו את הבולונים לאחר שקיבלו "יעוז משפטי" מטעם הסנגוגריה. משמע, כאשר הבינו את משמעות האיסור חדרו מן המעשה. לכן, יש לראות בהתנהלותם עד אותה עת התנהלות בתום לב.

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

29. נטען עוד, כי הימנעות מהרשעה במקרה זה מרכנת מתוכן את הלכת **שבתאי**, אשר קבעה כי בעבירות אסדרתיות, הנעברות בסוד נפשי של אחירות קפידה, ניתן להחיל את הלכת **תמר כתב** בغمישות רבה יותר. הודגש כי במקרה זה המערערים התקינו את בלוני הגז בתום לב, והסירו את הבולונים כאשר הבינו שיש בעיה המשפטי של ממש. בטיעון על פה הוסף כי אף אם נדחות הטענות לביטול כתוב האישום מחמת צדק, נכון לנקוט הדברים בחשבון בשקלות 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 הבולונים, שכן היבטים הבטיחותיים מוגנים על ידי חוקי הגז, ואין להכניס שיקולים אלה להערכת החמורה של עבירות תכנון ובניה.

30. **המשיבה** פתחה את תשובה בסיקירת המצב המיוחד מבחינת משק הגז בעיר עבר, היושבת על בארות מקומיות של גז טבעי, שאינו "גז הבישול" המשמש ברוב חלקיו הארץ. הוסבר כי לפי התב"ע הק"ימת בעבר מוחברים הבתים לגז המקומי, ואין מקום לחבריהם פרטיים. כן סקרה המשיבה את הפסיקה אליה תהיימה ב"כ המערערים, וצינה כי יש להסיק מפסקה 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, וכן 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 "יעוז משפטי" לפיו הדבר כדאי להם. תקופה, לגבהה בודאי לא ניתן לטעון כי לא ידעו על האיסור. עוד נטען כי טענות דומות כבר נדחו בפסקה בתיקים דומים.

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

הינו, אין מקום לטענה כי משתמשת כי האכיפה של העבירה הנוכחית נעשתה רק נגד **חסידי גור** המתגוררים בעיר, כאמור, וכי האכיפה נעשתה באופן שוווני, כלפי כל מי שנטאוני הקרקע והעבירה היו דומים.

- .32. לטענה כי המערערים הופלו ביחס לנאשמת 3, חורה גז בע"מ, נטען כי הובחר לבית משפט קמא בדיון מיום 2.2.16, כי החזרה מהאישום לגבייה הייתה עקב הערצת הראיות. בהקשר זה המשיבה הרחיבתה והבהירה כי בין הראיות נלקח בחשבון גם "העדר משלוח התרעעה או זימון לחקירה, ולאחר פסיקות בית המשפט העליון בעניין, לא היה מקום להמשיך בהליך כאשר סיכון ההרשעה היו נמוכים עד מאד, אם בכלל".
- .33. המשיבה התייחסה גם לערעור על **גזר הדין**, והאפשרות לסתם היליך **לא הרשעה**. נטען כי אמן פעם אחת תיק בעבירה דומה הסתיים ללא הרשעה (תו"ב 13-11-44194), אך מדובר בכך מי שהודה בתיק במסגרת הסדר בו תוקן כתוב האישום, ולקח אחריות על מעשיו. לעומתו, המערערים כפרו וניהלו הוכחות.
- .34. המשיבה הזכירה את הפסיקה המחייבת ענישה חמירה בעבירות תכנון ובניה. הודגשו נסיבות חמירות ביצוע העבירה הנוכחית, בהן חלוף הזמן עד תיקון המעוות, אף לאחר קבלת התראות ואפקטיבים הראשונים של המשפט. הזכרה העובדה כי מטרת ביצוע העבירה הייתה כלכלית. בדיון על פה הזכר כי הבלונים הונחו במקום מסוים ביותר - בתוך חדר שעוני הגז של בניין מגורים, ועוד. לעניין הנסיבות האישיות הזכר כי המערערים לא הודיעו ולא לקחו אחריות על מעשיהם. נטען עוד שאין מקום להימנע מהרשעה, בהעדר ראה על נזק קונקרטי, כנדרש בפסקה. הודגש כי גם בעבירות אסדרתיות, לפי הלכת **שבתאי עצמה**, הכלל הוא הרשעה והימנעות מכך היא בבחינת חריג.
- .35. בתום הדיון בערעור הודיעו הצדדים שאין להם התנגדות לכך שפסק הדין ינתן בכתב ויישלח לצדים.

דין - הערעור על הכרעת הדין

פסק דין בפרשת לפה

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

- .37. לאחר ששמעו הערעורים כולם, ולאחר שבקיים האחרון אף הושלמה הגשת כתבי טענות אחרים (ולאחר שהתפניתי מתפקיד בתיקים דוחפים יותר), נפנית ליtan את פסק הדין בערעורים אלה. פסק דין הראשון ניתן בעתפ"ב 19-02-58010 **לפה נ' מדינת ישראל** (29.3.20), בו אוחדו שני ערעורים על

הרשעתם של זוג ד"רים והחברה שהתקינה את בלוני ג' לדירות מגורים בערד, היא אותה חברת חורה ג' בע"מ, הנאשמת 3 דין, שם נוהל ההליך נגדה עד גמירה. בפסק הדין שלערעור בפרשת **לפה** נסקרו העמדות המשפטיות השונות שהוצעו בפסקה, ונקבעה עמדת ביחס לכל השאלות המשפטיות אשר עמדו באותה פרשה. יאמר כי רוב השאלות שעלו בפרשتنا, פרשת **וילך**, כבר נסקרו בפסק דין בעניין **לפה** בהרחבה. לפיכך, ביחס לשאלות שכבר נדונו, יכול להסתמך על המסקנות המשפטיות אלהן הגעתו שם, ולישמן על העניין דין, מבלתי לחזור על שקלא וטריא משפטיים, וכדי לא לחתוא בלהג הרבה ויגעת בשר. פסק הדין בערעור על החלטת השופט סולקון, בעטפ"ב 18-653, עדין לא ניתן.

קיומו ומקורו של האיסור להתקין בלוני ג' לראשונה ללא היתר

38. לעניין עצם קיומו של האיסור להתקין בלוני ג' ללא היתר (שאינו בחלוקת בפרשتنا) נקבעה מסקנה ברורה בפרשת **לפה**. שם, נדחתה העמדה המשפטית לפיה התקנת בלוני ג' בידיים לראשונה מחיבת היתר מכוח סעיף 145(א)(3) חוק התכנון והבנייה, באשר החובה לקבלת היתר אינה נובעת מתקנות מיוחדות שנחקקו לצורך סעיף זה, אלא מהיות המעשה מעשה בניין. אולם, **נקבע כי הפעולה כן מחיבת היתר בניה מכוח סעיף 145(א)(2) לחוק**, באשר התקנה בפועל של מגנון החיבור של בלוני הגז, אף הוסpta צינור, מהווים מעשה בנייה, הינו "הוספה לבניין קיימ או כל תיקון בו" כleshon הסעיף. זאת, באשר המנגנון והצינור מחוברים בחיבור של קבוע. נקבע, שנוכח היבטים הבטיחתיים, אין לראות בפעולת זו בבחינת "זוטי דברים". נקבע עוד כי תיקון 101 לחוק התכנון והבנייה, ו"תקנות הפרגולות" שבאו עמו, אינם פוטרים פעולה זו מהיתר בניה, באשר מדובר במנגנון אשר לו היבטים בטיחתיים, שהרי נועד לאכסון ג' שהוא חומר מסוכן.

39. חשוב לציין כי בפרשת **לפה** קבע בית משפט השלום כי המעשה דחתם חייב היתר, הן מכוח סעיף 145(א)(2) והן מכוח סעיף 145(א)(3) לחוק התכנון והבנייה. כך, שכאשר התקבלה טענת המערערים ביחס לסעיף 145(א)(3), לא הייתה לכך ממשמעות רבה. שכן, המעשה הצריך היתר בניה אך וכך, מילא התקנה ללא היתר התרברה בעבריה. אולם, במקרה דין קבע בית המשפט כי המעשה של בני משפחת **וילך** אינם מגיע לכל עבירה לפי סעיף 145(א)(2) "שכן אף שהיא שינוי בדרך חיבור הצנרת לא ניתן לראות זאת כשינוימשמעותי במבנה". למעשה, ניתן לטעון כי לאחר שפרשת **לפה** נשללה הגישה לפיה מדובר בעבריה לפי סעיף 145(א)(3) לחוק התכנון והבנייה, המסקנה היא זיכוי המערערים, ולא היא.

40. יש לקיים את הרשות המערערים בעבריה של בנייה ללא היתר, היא העבירה בה הורשו. זאת, אף שאני סבור שמקור החובה לקבלת היתר שונה מהמקור שונה בית משפט השלום, והיתה חובה לקבל היתר מכוח סעיף 145(א)(2) לחוק. שכן, אין ידיים לקבל את הנמקתו האמורה של בית משפט השלום בתיקנו, לפיה לא ניתן לראות שינוי במבנה "שינויי משמעות", ובמשתמע נפסק כי מדובר ב"זוטי דברים" או שינוי שאינו "משמעותי", אינו בבחינת "שינוי" כלל. כפי שהסביר בהרחבה בפרשת **לפה**, לפי החלטת רונן (ע"פ 600/68 מדינת ישראל נ' רונן פ"ד כ(1) 195 (1969)), מבחינת לשון החוק, כל **שינויי במבנה** לרבות חיבור "מסמר קטן", מצירק היתר. כפי שהסביר בפרשת **לפה**, למרות חלוף הזמן לא הועם זההה של החלטת רונן לפיה כל שינוי קטן במבנה מחייב היתר, אלא בשניIOCאים מן הכלל שנחקקו מАЗ. הח:rightים הם מעשים שהם בבחינת "זוטי דברים", ומערכות שהם בגדר פטור לפי "תקנות הפרגולות".

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

- .41. יתרה מכך, עיון בראיות בתיקנו, בדו"חות מהתאריכים השונים אשר סומנו כולם במסגרת ת/8 ובתמונה מהמקום המשולבות בכךו אותן דוחות, וכן עיון בעדות המפקחת (כגון בעמוד 27), מלמדים שאין מדובר אך ורק בהנחת הבלונים במקום, ואין מדובר בשינוי שאינו ממשוני. מדובר בקביעת מתן של קבוע, אליו מתחברים הבלונים הנידים. כן מדובר בניתוק צינור קיימ ו לחבר צינור חדש, בין התקן לבין הבית. יתרה מכך, התקן כוללCisco מתכתי לבולונים מלמעלה, באופן שהוא בולט ונראה לעין, הרבה יותר מאשר אותו "מסמר קטן" שהוזכר בהלכת רונן.
- .42. חשוב להדגש שלא הובאה כל ראייה לאמירת הנאשם, שנשמעה לראשונה בפרשת ההגנה, לפיה דיר קודם התקן לראשונה בלוני גז לדירה. מכל מקום, בוודאי שלא נטען בשם מקום כי מתקני חיבור הגז, כפי שמצויה המפקחת (על יסוד תלונה עדכנית - ת/6), הורכבו פיזית עוד קודם לפניה המערערים לחברת חורה גז.
- .43. **המסקנה היא**, אפוא, שההרשעה בעבירה המדוברת "בנייה ושימוש במרקע עין הטוען היתר, ללא היתר", במקומה עומדת. אמן המקור לחובה לקבל היתר לבניה, ומילא לאיסור השימוש ללא היתר במשר, נבע מכך שמדובר בבניה לפי סעיף 145(א)(2), ולא משום שמדובר בפועלה המצrica היתר מכוח התקנות לפי סעיף 145(א)(3) לחוק. אולם, **למרות ההנחה השונה**, מסקנתו המשפטית של **בית משפט השלום** - לפיה מדובר בעבירה על חוק התקנון והבנייה בגין אותה פעולה שנעשתה **לא היתר - במקומה עומדת. ממילא**, גם השימוש במתן הגז האמור מהוועה עבירה נשכחת, על פני תקופה ארוכה.

טענות הגנה מן הצד מחייבת אפליה

- .44. בכלל, טענה הגנה מן הצד מחייבת אפליה טעונה ראייה מצד הטוען לה ביחס לתיק קונקרטי. יתכן כי, משהוכחה אפליה בעצם מדיניות האכיפה עליה מדובר, אפשר שניתן להסיק קיומה של אפליה גם בתיקים מקבילים הנובעים מאותה מדיניות לגיביה כבר נפסק, ביחס לאותה רשות. יחד עם זאת, העובדה כי טענה האפליה לא הוכחה בפרשת **לפה** לא שוללת את זכותו של הנאשם אחר, בתיק אחר, לנסות כזו בהוכחה עובדתית של הטענה בתיק דומה. מכל מקום כאן, כמו בפרשת **לפה**, לא נמצא כל ראייה לקיומה של הפליה עדתית נגד המערערים, בהיותם שייכים לקהילה חסידי גור בערד, ולכארה הטענות בעניין זה נשללו בעדות המפקחת, שלא נסתירה. טענה זו אף לא הייתה במרכז טיעוני הערעור דן, כאמור.

- .45. טענה אחרת שוטעה בפרשת **לפה**, היא טענה האפליה הנובעת מכך שרק בעיר עבר ערך מתקיימת אכיפה בגין התקנת בלוני גז ביתים. טענה זו אמנים לא עלתה בערעור דן, ואמנים נדחתה בפרשת **לפה** כתענט הגנה מן הצד אשר צריכה להביא מיניה ובה לביטול כתוב האישום. זאת, באשר נקבע כי המדיניות השונה לגיטימית שלעצמה, ובלבך שלא נעשית משיקולים זרים, ולא הוכחו שם שיקולים זרים. יחד עם זאת, נקבע שם כי המדיניות השונה כן מושילה על היבט אחר של הגנה מן הצד, באשר בשלבים הראשונים של האכיפה אפשר שהתוסבים יופטו ממנה, וכך יש השלכות כפי שIOSCAR מיד.

משמעות המחלוקת המשפטית והמדיניות המקומית החריגת

46. הטענה לביטול האישום מחתמת "עיקרון החוקיות", לא נטעה בפרשת **לפה** כתיעון משפטי ערטילאי. כפי שנטען כאן, אלא נטעה (על ידי עוז"ד רעות אבטל עצמה) באופן מדויק יותר מבחינה משפטית. אולם, נטענו שם (ונדחו) טענות שבעובדת לגבי התקיימות שם של ההגנה בדבר "טעות במצב משפטי" לפי סעיף 34 לחוק העונשין. אולם, באופן יותר משמעותי לעניינו, נטען להגנה מן הצדק כפועל יוצא מאירוע הביהירות המשפטית עצמה. אי בהירות, המוכחת מעצם העובדה שיש מחלוקת בין שופטים בשאלת אם התקינה לראשונה של בלוני גז היא אסורה. נטען עוד, שאזרוח מן השורה לא יכול היה לצפות כי תהיה אכיפה בעבירה מסווג זה, לא רק בשל עצם אי הביהירות המשפטית אם מדובר באיסור, אלא משום מדיניות האכיפה בעבר. שכן, מעשים אלה אינם נאכפים בעבירות תכנון ובניה בשום מקום אחר בארץ.מעט עדיף, ואף בערך מדובר במדיניות אכיפה שהיתה 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)) ור"ע 302/17 **הلجنة الشرعبي נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה קריות** (19.2.17), שאין בעצם קיומו של שינוי במדיניות האכיפה או החידוש המשפטי כדי להקדים הגנה מן הצדק, כך שיש לבטל את האישומים. אולם, אין זה אומר שאין כל השלכות משפטיות למדיניות חדשה או חריגה. ההשלכות באוטו לידי ביטוי בשני מישורים. המישור האחד, לעניין עונשו של מי שהורשע בדיון, ועל כך בהמשך, בשלב הדיון בעונש.
48. המישור השני של השלכות החידוש במדיניות האכיפה מרחק לכת יותר. המדבר בהטלה חבות 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 חבות מיוחדות לתקופת מעבר. חובה להתריע הציבור או להתראות 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 לידיית הציבור את השינוי במדיניות לפני ישומה. ניתן גם להתרותiami שמבצע עבירה, כדי שיחדול ממנה ואף יהרוס כל בנייה אסורה שנבנתה, בטרם פתיחה בהליכים פליליים**. בהדר התראה כללית או התראה אישית לגבי מדיניות חדשה או מפתחה, אפשר שלא ראוי יהיה זה ראוי להעמיד לדין, והtopicאה תהיה ביטול אישומים עקב הגנה מן הצדק. זאת, בתנאי שהדבר לא יביא להשارة בניה בלתי חוקית על כנה אך בשל שיקול הגנה מן הצדק, הכל כמפורט בהרחבה בפסק הדין בפרשת **לפה**.

מהכלל אל הפרט

49. ישום העיקרון המשפטי האמור לעונה של שתי השאלות הנוגעות להגנה מן הצדק שהוצעו בערעור דין. ראשית, לא מתקיימת בעניינו הגנה מן הצדק באופן קונקרטי לגבי המערערים. זאת, באשר המערערים קיבלו מכתב הזמן אותם לחקירה, עוד לפני הגשת כתב האישום. נמסר, כי מי שתיקון המעוותות תוך זמן סביר לא הועמד לדין. אולם, המערערים התעלמו ממכתב זה ולא תיקנו את המעוותות לפני הגשת כתב האישום. לכן, גם בהנחה שמדובר במדיניות העמدة לדין מפתחה, רשאית הייתה המשיבה להעמיד לדין את המערערים לאחר שהתעלמו מזמן 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 רbm, לפי עדות המערער, במקום לפי החוק. די בהתנהלות זו כדי לדחות כל טענה של הגנה מן הצדק, בהקשר למדיניות האכיפה.

.50. למעשה, נוכח תשובה המשיבה לערעור, מתרבר כי חשיבות ההתראה מקבלת משמעות גם בהקשר לטענת האפילה ביחס לנאשמת 3, חורה גז בע"מ. המשיבה הסבירה כי חברת חורה גז לא קיבלה זימון לחקירה או התראה אחרת לפני ההחלטה, שהיא חד פעמי. אם כן, המשיבה יכולה הייתה לצפות לאפשרות כי לחברה זו תוענק הגנה מן הצדק. לכן, מובן גם מדוע החלטה המאשימה לחזור מן האישום לפני הנסיבות. בפועל, העניין לא התברר בבית המשפט, לכן קשה לדעת אם אכן הייתה הנאשمت 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 הגנה מן הצדק מחמת אפילה.

.51. נוכח כל האמור, **יש לדחות את טענות הגנה מן הצדק, ולהשאיר את הכרעת הדין על כנה.**

דין - הערעור על גזר הדין

.52. כאמור, בשים לב לטיב העבירה ומכלול הנסיבות, לרבות המצב הכללי של המערערים, נקבע כי מתחם העונש נع בין 500 ל-2000 נ"נ. על המערערות הושת קנס בגין 500 נ"נ ועל המערער קנס בסך 1000 נ"נ. כן חוובו המערערים לחותם על התcheinות. לא יכולה להיות מחלוקת כי מדובר בקנס נמוך מאוד, המתחשב בנטווי המערערים, למשעה קנס סמלי.

.53. כאמור, הערעור לעניין העונש מכון לעצם הסטיגמה הנובעת מההרשעה. טענת ב"כ המערערים היא כי נכוון היה להוראות על ביטול הרשעה, ולחיב את המערערים בתcheinות בלבד, או בתוספת של שעות של"צ, כהמלצת שירות המבחן. בהקשר זה, המחלוקת בין הצדדים היא כיצד לישם את הלוות **תמר כתב ו- שבתאי על עניינו**.

הערה מקדימה על התנהלות התביעה

.54. לפני הדיון לגופו של עניין, אני חייב להזכיר בית משפט השלום ואף לתודהמת הסנגוריית, נוכח הטיעון לעונש מטעם המשיבה בבית משפט קמא. העמדה שהובעה בבית משפט קמא, בדבר קנס המתחיל ב- 100,000 נ"נ ומגיע עד פי שניים, אינה עמדה רואה לנציג הייעץ המשפטי לממשלה.

.55. אמנם, הענישה הנהוגה אינה בהכרח הענישה הראوية (ע"פ 13/13 **חسن ואגרביה נ' מדינת ישראל** (5.6.13)), ורשאית המאשימה לבקש מבית המשפט לשנות את מדיניות הענישה ולהחמיר. לפיכך, מובנת עמדת המשיבה בטיעון בערעור לפיו הকנס צרי היה להיות גבוה יותר, כדי לשקוף את טיב הסיכון לציבור מהנחה בלוני הגז בקומת העמודים של בניין מגוריים, ואת הזדון שבא לידי ביטוי באירוע הסרת מתקני הגז לשורך תקופה ארוכה אף לאחר הגשת כתב האישום. אולם, כאשר באותה פרשה (במבחן הרחוב - פרשת בלוני הגז בערד) לא נמצא ענישה העולה על 5000 נ"נ, עתירה לקנס הגדל בשני סדרי גודל מוקוממת. העובדה שהמשיבה לא ערערה על קולות העונש מלבדה שאף אם היא סבורה שכן היה להטיל עונש חמור יותר, הרי לשיטתה לא טעה בית המשפט באופן קיצוני.

.56. למוטר לציין שלא ראוי למאשימה להעלות דרישות מופרכות בטיעון לעונש, כען נקודת פתיחה למשא וממן ודרך התගרים בשוק, שהרי בדי נפשות עסקין. ודוק, מקובלת עלי העמדה לפיה הגעה

העת להחמיר יותר בעבירות תכנון ובניה, להזדרז בצווי הрисה, להכבד בקנסות ולהטיל עונשי מאסר במוגן רחב יותר של מקרים (ראו עפ"א (ב"ש) 19-03-20661 **איבגי נ' ועדת מקומית לתכנון ובניה קריית גת** (23.12.19)). אולם, כאשר החוקך ובתי המשפט ביקשו להחמיר, לא התקוו שיש להכפיל בבת אחת את הענישה עד פי עשרים או פי ארבעים מהענישה המצויה, עד לענישה החורגת בעיל מעקרון ההלימה.

האם נכון לבטל הרשותה?

57. בחזרה **לגפו 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 המלצה שירות המבחן בדבר ביטול הרשותה**.

58. לטעמי, נימוקיו של בית משפט השלים לדחית המלצה של שירות המבחן נכוןים בעיקרם. לפי הlacת **תמר כתב הכלל** הוא הרשותה והימנעות מכך היא בבחינת חריג, התלויה הן בשיקולי שיקום מוחשיים ומוכחים, והן בכך שמדובר בעבירה אשר אינה חמורה בנסיבותיה, ומאפשרת "ויתור" על רכיב הסטיימה, הבאה לידי ביטוי בהרשותה.

59. אין זה נכון שב.swaggerות המוגדרות אסדרתיות הכלל האמור תמיד גמיש יותר. שכן, לפי הlacת **שבתאי** הכלל גמיש יותר כאשר מדובר בעבירה אסדרתית, **המתבצע בסוד נפשי של אחרים קפידה**. לו הרשותה המערערים Dunn הייתה מבוססת על יסוד נפשי של אחריות קפידה בלבד, הרי שהיא חלה עליהם הlacת **שבתאי**. ניתן היה לקבוע כי די בפוטנציאלי היותר רחוק של פגעה במערערים, בסיסי הקידום המוצע שליהם לפי המסלול בו הם נמצאים בעת, כדי להימנע מהרשותה. זאת, אף אם אין מדובר באפשרויות קידום קרובות ומוחשיות מאוד, כנדרש לכואורה על פי הlacת **תמר כתב**.

60. אולם, במקרה Dunn, המערערים לא הורשו אף ורק על פי יסוד נפשי של אחריות קפידה. המערערים הורשו גם **בשימוש** במרקען בוגד להיתר. שימוש זה נמשך זמן רב לאחר הגשת כתב האישום, ובכך בא לידי ביטוי יסוד נפשי של מודעות, כפי שהודה המערער למעשה בחקירתו. צצו, המערער אישר כי הבין ש"יש בעיה" כאשר הוגש כתב האישום. לשאלת מדוע לא הסיר את הבלונים מיד לאחר הגשת כתב האישום השיב בפשטות "בעצת הרב". יסוד נפשי מסווג זה אינו מהסוג המוגן על פי הlacת **שבתאי**. לכן, שיקולי בית המשפט במקרה Dunn הם בערך נכונים.

61. למורת האמור, דומה כי ניתן לשקל במקרה זה **הימנעות מהרשותה**, אך זאת לא **שירות בשל הlacת שbatai**, אלא בשל **הנסיבות חריגה של נימוקים**, אשר כולם יחד אפשרים להגעה לתוכהה שתפגע פחות במערערים. ראשית, במקרה זה חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה ממשועורי (בין השאר בשל תקופה הדיון בערעור). הבלונים הוסרו ובכך תוקן המעוות כבר לפני מעלה ארבע וחצי שנים. לכן, האנטרכס הציבורי בימי הדיון פחת עד מאד. שנית, יש ליתן משקל לאי הבוחרות המשפטית אשר הייתה קיימת בשלבים הראשונים של האכיפה. אמנם, אין באי הבוחרות כדי להקים הגנה מן הצדק נתען נגד הרשותה, אך לא ניתן לומר שאין לדברים משקל בשלב העונש. שלישיית, בכל זאת יש ליתן משקל לכך שבעת ביצוע העבירה המקורית, היוו בעת ההתקנה עצמה, מדיניות האכיפה עוד לא הייתה ידועה. אמנם ההתקשרות שלא לכת לחקירה ולא להסיר הבלון במשך מעלה משנה שללה הגנה מן הצדק, אך בכל זאת יש משקל למצוות הדברים בתחילת הדרכם. דברים אלו עולים מהפסיקה שאזכרה לעיל,

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

אין די באחד השיקולים האמורים כדי להביא לתוצאה של ביטול הרשעה. אולם, נוכחות הנסיבות כל השיקולים אלה אחד, על רקע העבר הנקי וההתרשומות החיויבות של שירות המבחן, דומה שדי בפגיעה העתידית האפשרית מההרשעה, כמתואר בתסaurus, כדי לאפשר תוצאה של ימנעות מהרשעה. עם זאת, מובהר שאין לקבל את הצעת שירות המבחן לפיו העונש שיושת על המערכת יתבטא בהתחייבות בלבד. מובהר כי, ככל שיש מקום לביטול הרשעה, הדבר תלוי בбиוץ עבודות של"צ, ولو במספר שעות מוצמצם יחסית. זאת, כדי לשמש ענישה מוחשית בגין החלטה המודעת להשאיר את החיבור לבולונים הנידים על כנו, למטרת הידיעה על האיסור.

63. **סיכום של דבר**, יש להחזיר היליך לשלב הטיעונים לעונש. אולם, נוכחות חלוף הזמן, יש לבחון את מצב הדברים העדכני, בהם העדר רישום פלילי ולקבל הערכה עדכנית של שירות המבחן. כן יש לבחון אם המערכתים עדין מעוניינים בתוצאה של ימנעות מהרשעה ומוכנים לשם כך להתחייב לבצע של"צ בקנה מידה של עשר עד שלושים שעות, תחת הקנס הסמלי שהוטל עליהם.

התוצאה

התוצאה היא אפוא, **שערור המעעררים נגד הכרעת הדין, בטعنות הגנה מן הצדק השונות - נדחה**. אולם, הערעור ביחס **לגור דין מתקין**, במובן זה **שנקבע כי באופן עקרוני ניתן לסיים היליך ב- הרשעה**. משמע, גזר הדין בטל. התקיק מוחזר, אפוא, להשלמת טיעונים לעונש לפני בית משפט השלום אשר יחליט, על פי הנמנעים העדכניים והשיקולים האמורים לעיל, אם לגור דין מחדש כפי שהוא, או לבטל הרשעה תוך מתן צו של"צ והתחייבות.

בית משפט השלום יחליט בהתאם על אופן ערכית הבדיקה העדכנית בדבר ההתאמה של"צ, הזמן המתאים להגשת תסקיר ואופן המשך הדיון. הכל, בשים לב במצב החירום בימי קורונה אלה ועמדות הצדדים בעניין.

בשולוי הדברים, אבקש להתנצל על העיכוב הגדול במתן פסק הדין בפרשה זו, אשר היה מעבר למידה הראיה, אף בהתחשב בהסכמה הצדדים לשמיית הערעורים האחרים בפרשה טרם הכרעה בתיק זה.

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

המציאות בעבר עותק מפסק דין לב"כ הצדדים, אשר יעדכו את הצדדים.

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

