



עפ"א 47039/06/18 - עזרא שאול, שלמה שאול נגד ועדה מקומית לתכנון ובנייה עכו

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 47039-06-18 שאול ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה עכו

בפני מערערים	כבוד השופט שמואל מנדלבוים
	1. עזרא שאול
	2. שלמה שאול
	ע"י ב"כ עו"ד צביקה אייזנברג
נגד משיבה	ועדה מקומית לתכנון ובנייה עכו
	ע"י ב"כ עו"ד לירז אלהרר כהן

פסק דין

1. לפני ערעור על הכרעת הדין שניתנה ביום 14.01.2018 וגזר הדין שניתן ביום 06.05.2018 על ידי בית משפט השלום בעכו (כב' השופטת אביגיל זכריה) בתו"ב 19705-02-15.

רקע עובדתי והכרעת הדין של בית המשפט קמא

2. כנגד המערערים הוגש בבית משפט קמא כתב אישום מתוקן ביום 03.08.2016 ושוב נטען כי בתאריך 15.11.2013 לערך, או בסמוך לתאריך זה ביצעו המערערים עבודות בנייה הכוללות הריסת סככה ללא היתר ובניית מבנה ללא היתר במקום הסככה שהייתה כבר קיימת, בנכס בעיר העתיקה בעכו (להלן: "המבנה").

3. בכתב האישום פורטה הבנייה שבוצעה ונטען כי המערערים (המערער 1 היה במועדים הרלוונטיים המשתמש בפועל במבנה ואילו המערער 2 היה במועדים הרלוונטיים מי שביצע בפועל את עבודות הבנייה נשוא כתב האישום), הרסו סככה ישנה מאיסכורית בשטח של כ- 94 מ"ר הצמודה למבנה מסעדה שמנהלים המערערים, ובמקומה בנו המערערים מבנה חדש באותו שטח עם גג פח, קירות גבס וחלונות מאלומיניום וזכוכית, ואין חולק על כך כי המערערים לא קיבלו היתר בנייה לביצוע העבודות במבנה.

4. בכתב האישום טענה המשיבה כי השימוש במבנה לצורך מסעדה הינו בניגוד לתכנית ג/10895- תוכנית



מתאר עכו העתיקה (להלן: "תוכנית המתאר"), שסעיף 3.1.24 בה ייעד את האיזור בו מצוי המבנה ל"מרינה ונמל דייגים..", וכי הריסת הסככה הישנה והקמת המבנה טעונים היתר על פי דין.

5. בהתאם הואשם המערער 1 בעבירות על פי סעיפים 204(א), 208(2)(א), 208(6), 208(א)(7), ו-208(א)(8) **לחוק התכנון והבנייה** התשכ"ה-1965, בנוסחו לפני תיקון 116 (החוק בנוסחו הקודם ייקרא להלן: "**לחוק התכנון והבנייה**") וכן בעבירה על תקנה 1(1) **לתקנות התכנון והבנייה (עבודה ושימוש הטעונים היתר)** תשכ"ז-1967, והמערער 2 הואשם בעבירה על פי סעיף 204(א) **לחוק התכנון והבנייה**.

6. המערערים הודו בפעולות הבנייה שבוצעו ושימוש שנעשה במבנה, אך כפרו באשמה ובהתאם נשמעו ראיות בתיק, ויוקדם ויצוין כי בית המשפט קמא דחה טענה של המערערים אשר ביקשו לפסול הודעות שמסרו המערערים בחקירתם למשיבה, והודעות אלו הוגשו כראיות מטעם המשיבה (מוצגים ת/10 ות/11 בבית המשפט קמא).

7. בבית המשפט קמא נשמעה עדותם של מספר עדים מטעם המשיבה אשר העידו על פעולות הבנייה ועל החומרים מהם בוצעה בניית המבנה, על החשיבות של המקום בו מצוי המבנה אשר הוכרז כשטח עתיקות וכן על כך שבמהלך ביצוע עבודות הבנייה נשאל המערער 2 על ידי מרכז חופי ים ביחידה הארצית לאכיפת דיני תכנון ובנייה במשרד האוצר, האם יש לו היתר בנייה למבנה והוא השיב כי אין לו, וכן הובאו עדויות על הצורך בקבלת היתר בנייה לביצוע העבודות במבנה.

8. מטעם המערערים העיד המערער 1 אשר טען כי הסככה הישנה שנהרסה על ידו, נבנתה על ידי החברה לפיתוח עכו לאחר שאותה חברה קיבלה היתר בנייה כדין לבנייתה, והמערער 2 הסביר כי המבנה הינו בדיוק אותו מבנה של הסככה הקודמת שנהרסה, ולדבריו "**הוא חודש אחד לאחד ... חוץ מהקימור כל דבר אחד לאחד. כל העמודים מסומנים אותו הדבר, אין חריגה במ"מ**" והוא אף טען כי הסככה הקודמת לא נהרסה אלא "**הגג הוחלף. העמודים נשארו, הסככה חודשה**" (עמ' 35 לפרוטוקול).

9. בית המשפט קמא לאחר שבחן את טיעוני הצדדים ואת הראיות שהוצגו בפניו קבע כי הוא נותן אמון מלא בעדויות עדי המשיבה, אשר לעמדתו נתמכות בחלקן בעדויות המערערים עצמם, ועל בסיס עדויות אלה והראיות שהוצגו בפניו קבע בית המשפט קמא כי המערערים הרסו את הסככה הישנה וביצעו בנייה חדשה וזאת ללא קבלת היתר כדין.

10. בהקשר זה קבע בית המשפט כי העבודות שביצעו המערערים אינן בגדר "שינוי פנימי" הפטור מהצורך בקבלת היתר בניה, ואינן בגדר פעולות תחזוקה שגרתיות ושוטפות אשר אינן נכללות במונח "תיקון" המחויב בהוצאת היתר בנייה על פי הוראות סעיף 145(א)(2) **לחוק התכנון והבנייה** שכותרתו



"עבודות טעונות היתר", אלא מדובר בעבודות של הקמת מבנה כמעט חדש לגמרי וכי העבודות שבוצעו על ידי המערערים שינו את מרכיבי המבנה הקונסטרוקטיביים, נגעו בשלד המבנה בחזיתו ומדובר לפיכך בשינויים מהותיים הטעונים היתר בנייה.

11. בית המשפט קמא אף הפנה לפסיקה לפיה החלפת גג, גם אם לא שונו ממדיו של הגג המקורי טעונה היתר בנייה (רע"פ 10730/03 **אילן יצחק נ' מדינת ישראל** (18.11.2004, פסקה 5) וכן עפ"א 40245-10-16 **קפה מטינה בע"מ ואח' נ' עיריית תל-אביב-יפו** (11.01.2017)), ובית המשפט קמא קבע כי הדברים מקבילים משנה תוקף מאחר ומדובר בשטח שהוכרז כאתר עתיקות שבו על פי תכנית המתאר החלה במקום, נדרש לא רק אישור של הוועדה המקומית אלא גם אישור של **"וועדה מקצועית לשימור ופיתוח"** וכן של מנהל רשות העתיקות.

12. בנוסף דחה בית המשפט קמא את טענות המערערים לפיהן העבודות שבוצעו נכללות במסגרת **תקנות התכנון והבנייה** (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר) תשע"ד-2014 (להלן: **"תקנות הפטור"**) וקבע כי המערערים לא הוכיחו שהבנייה שבוצעה עומדת בתנאי תקנות הפטור ובכלל זה נקבע כי הבנייה אינה בגדר **"סגירה עונתית"** ו/או **"החלפת רכיבים בבניין"** אשר על פי תקנות הפטור אינם מחייבים הוצאת היתר בנייה, ובעניין זה הפנה בית המשפט קמא גם לתנאי הסף הנדרשים לצורך החלת **תקנות הפטור** ואשר אינם מתקיימים לעמדתו במקרה שלפניו וכן קבע כי **"משהועלתה טענת הגנה, כאמור, היה על הנאשמים להוכיח כי היא עומדת בתנאי הפטור, דבר שלא נעשה על ידם. במקרה דנן, הוכח כי הוקם מבנה ללא היתר ומחומר הראיות שהוצג בפניו - ולא נסתר - אין מקום לקביעה כי הנאשמים עומדים בתנאים הקבועים בתקנות הפטור"** (עמ' 62 לפסק הדין).

13. באשר לשימוש במבנה קבע בית המשפט קמא כי המערער 1 הודה בעשיית שימוש במבנה וכן קבע כי הוכח בפניו שבניית המבנה והשימוש בו עומדים בניגוד לתכנית המתאר וכי המבנה מצוי באיזור מרינה ונמל דיגים שבו הותרה אך ורק בנייה שייעודה **"תפקוד מרינה, נמל דיגים והמתקנים המשרתים אותם"** ובית המשפט דחה את כפירת המערערים, אותה הגדיר כסתמית, בנתוני הגוש והחלקה של המבנה ולאור קביעות אלו והעובדה שהוכחו בפניו עבודות בנייה אשר לעמדת בית המשפט קמא חייבו הוצאת היתר, קבע בית המשפט כי המערער 1 מבצע שימוש אסור במבנה.

14. לאור כל האמור הרשיע בית משפט קמא את המערערים בכל העבירות שיוחסו להם, בכתב האישום המתוקן.

גזר הדין

15. לאור הרשעת המערערים, ולאחר שנשמעו טיעונים לעונש, בית המשפט קמא חייב את המערער 1 בקנס בסך של 18,000 ש"ח וחתימה על התחייבות כספית בסך של 30,000 ₪ ואת המערער 2 בקנס



בסך של 6,000 ₪ וחתימה על התחייבות כספית בסך של 15,000 ₪ ובנוסף נתן בית המשפט קמא צו הריסה ביחס לבנייה הבלתי חוקית אשר יבוצע עד ליום 06.05.2019 ככל שלא יעלה בידי המערערים לקבל היתר כדין עד לאותו מועד.

תמצית הודעת הערעור

16. בהודעת הערעור נטען כי טעה בית המשפט קמא כאשר דחה את טענת המערערים ביחס לאי הוכחת מיקום המבנה (הגוש והחלקה), וייעוד המקרקעין לפי התכנית התקפה והמערערים מצביעים על כך שהעדים מטעם המשיבה הבהירו בעדותם כי הם אינם מודדים, כי אין זה מתפקידם ומסמכותם לתאר את התכנית הרלוונטית החלה על המקום ובהתאם נטען כי הממצאים העובדתיים שפורטו בדוח הביקורת שערכו המפקחים מטעם המשיבה, ביחס למיקום המבנה הינם בגדר הערכה בלבד והם נגועים באי וודאות אשר אינה מאפשרת להרשיע את המערערים מאחר ולא הוכח מעבר לכל ספק סביר כי המבנה ממוקם במקרקעין שייעודם "**מרינה ונמל דיגים**" ייעוד שאינו מתיר שימוש של מסעדות, וכי ישנה אפשרות שהמבנה מצוי בתחום של חלקה אחרת שבה ניתן לעשות שימוש של מסעדות.

17. בהקשר זה נטען גם כי מאחר ואין חולק על כך שלמבנה הסככה המקורי ניתן היתר כדין, המשיבה נדרשה להוכיח כי המבנה נמצא בתחום המוגדר בתוכנית המתאר כמרינה ונמל דיגים שבו על פי הטענה אסורה בניית המבנה, והדבר לא נעשה על ידי המשיבה, אשר לא הביאה מודד מטעמה, ולא הציגה באמצעות עורך המסמך מסמכי G.I.S שיכלו להצביע על מיקום מדויק של המבנה.

18. בנוסף נטען כי טעה בית המשפט כאשר קבע כי מדובר בבנייה חדשה, וכן טעה בכך שקבע כי **תקנות הפטור** אינן חלות על המערערים מאחר והתקנות נכנסו לתוקף לאחר ביצוע הבנייה על ידי המערערים וכי הנטל להוכחת תנאי הפטור חל על המערערים, ולעמדת המערערים הנטל להוכחת התקיימותם או אי התקיימותם של תנאי **תקנות הפטור** חל על המשיבה.

19. בנוסף נטען כי צו ההריסה שנקבע בגזר הדין איננו מידתי וכי בית המשפט קמא הורה על הריסת כל המבנה, וזאת במקום להורות על הריסת תוספות הבנייה שנבנו ועל השארת החלקים של הסככה המקורית שלא נעשה בהן שינוי ואשר בגינם ניתן היתר בנייה בעבר.

20. בנוסף טענו המערערים כי בית המשפט קמא היה מחויב לפסול את ההודעות שמסרו המערערים בחקירתם וזאת מאחר והמערערים לא הוזהרו ולא קיבלו הודעה על זכותם להיוועץ בעורך דין בטרם נחקרו על ידי מפקחי המשיבה.

תמצית טיעוני המשיבה



21. המשיבה בטיעוניה מבקשת לדחות את הערעור ולהותיר את פסק דינו של בית המשפט קמא על כנו, ובא כוח המשיבה הבהירה בדיון כי למערערים כיום אין כל אפשרות לקבל היתר בנייה למבנה וזאת נוכח תכנית המתאר החלה על המקום בו מצוי המבנה ולאור הגישה התכנונית הקיימת כיום ביחס לאיזור המרינה וכי בכל מקרה משהרסו המערערים את הסככה הישנה והודו בכך, הם אינם יכולים להתבסס על היתר בנייה ישן שהיה בעבר.

22. ב"כ המשיבה הציגה תרשים שבו מופיע המבנה נשוא האישום ואשר ממנו עולה כי המבנה מצוי בתחום המרינה, וכן הפנתה לתקנה 2.6 **לתקנות הפטור** השוללת את תחולת התקנות במקום המצוי בתחום חוף ים ולטענתה זה הוא המקרה שבפנינו, ובנוסף הדגישה ב"כ המשיבה את העובדה שהמערערים עצמם חזרו ואישרו לנציגי המשיבה כי הם מבינים שעליהם לפעול לקבלת היתר בנייה וכי בכל מקרה אין בסיס לטענה לפיה יש מקום להשארת בנייה חדשה מאחר וכל הבנייה הישנה שהיתה נהרסה וכל המבנה הינו בנייה חדשה וב"כ המשיבה הפנתה לכך שגג הסככה הישנה היה מקומר ואילו כיום גג המבנה שטוח.

23. בנוסף הפנתה ב"כ המשיבה להודאות המערערים בביצוע הבניה וכן טענה כי המערערים בנו מבנה סגור לחלוטין עם דלת כניסה ושלט של המסעדה, וזאת בניגוד להוראות ההסכם שנערך בין המערער 1 לבין החברה לפיתוח עכו, אשר לפיו הוא היה מחויב להשאיר אפשרות מעבר לציבור במבנה, וכן הפנתה לחקירתו של המערער 2 שבה אישר כי באם לא יאשרו לו את העבודות שבוצעו במבנה "**אני לא אכפת לי להרוס**".

דיון והכרעה

24. לאור טיעוני הצדדים עלי ליתן הכרעתי ואקדים ואדגיש כי המערערים הציגו את טיעוניהם כטיעונים משפטיים, ואולם בפועל חלק לא מבוטל מטענות הערעור מופנות כלפי קביעות עובדתיות של בית משפט קמא, המבוססות בין היתר על התרשמותו של בית משפט קמא מהעדויות שנשמעו בפניו.

25. בעניין זה נקבע לא אחת:

"מושכלות ראשונים הם כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בקביעותיה העובדתיות של ערכאה דיונית, וזאת בהסתמך על התרשמותה הישירה והבלתי - אמצעית מהראיות והעדים שהובאו בפני הערכאה הדיונית... ביחס לקביעת מהימנות הגרסאות והערכת משקלן, הלכה היא כי עומד לערכאה הדיונית יתרון מובהק בקביעת ממצאים אלו, וערכאת הערעור תתערב בממצאים מסוג זה אך ורק במקרים חריגים בהם קביעות המהימנות אינן מתיישבות עם הממצאים האובייקטיביים המצויים בתיק."



ע"פ 3916/15 **יפרם אלישקוב נ' מדינת ישראל** (13/11/16 פסקה 19) וכן ראו ע"פ 7211/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (13/12/15 פסקה 26) וכן ע"פ 7376/02 **ירון כהן נ' מדינת ישראל פ"ד** (4) 558 פסקה 6 (2003).

26. העיקרון האמור לעיל נכון למקרה שלפנינו שבו ככלל מצאתי את קביעותי העובדתיות של בית המשפט קמא כמבוססות וכמעוגנות בראיות ובעדויות שהונחו בפניו, ובהתאם וכפי שיפורט להלן אין כוונתי להתערב בממצאיו העובדתיים של בית משפט קמא, למעט ביחס לשאל היקף הבניה שבוצעה.

קבילות הודעות המערערים בחקירותיהם

27. בנוסף ובטרם נדון בגוף הטענות, יש להסיר מדרכנו את טענת המערערים לפיה ההודעות שמסרו המערערים בחקירותיהם בפני נציג המשיבה (המפקח ברדוגו), אינן קבילות ובהתאם בית המשפט קמא לא היה רשאי לעשות שימוש בהכרעת הדין בהודעות אלו.

28. שאלת קבילותם של הודעות המערערים נידונה והוכרעה בהחלטתו המפורטת של בית המשפט קמא מיום 02/04/17, (להלן: "**החלטה**"), ואקדים ואציין כי לא מצאתי עילה להתערב בהחלטה שלפיה יש לדחות את עתירת המערערים לפסילת ההודעות.

29. כך מצאתי כמבוססת את קביעותי של בית המשפט קמא כי הודעות המערערים בחקירותיהם ובכלל זה הודאותיהם בדבר ביצוע פעולות הבנייה במבנה, ניתנו מרצונם הטוב והחופשי, וקביעה זו נסמכה על עדותם הברורה והמפורשת של שני המערערים בפני בית המשפט קמא (עמוד 41 להחלטה), ובהתאם צדק בית המשפט קמא כאשר קבע כי לא התקיימו במקרה זה הנסיבות המצדיקות את הפעלתו של כלל הפסילה החקיקתי של הודאת נאשם המבוססת על הוראות סעיף 12 **לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א - 1971**.

30. בנוסף, בחן בית המשפט קמא את שאלת התקיימותה של עילה לפסילת ההודעות מכוח "**דוקטרינת הפסילה הפסיקתית**", אשר נקבעה בערעור פלילי 5121/98 **רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (04/05/06) (להלן: "**עניין יששכרוב**"), ואשר לפיה: "... **לבית המשפט מסור שקול דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה...**" (פסקה 63 לחוות דעתה של כב' הנשיאה ד. ביניש).

31. בעניין זה טענו המערערים כי נפלו שני פגמים בדרך גביית הודעותיהם האחת בכך שהמערערים לא הוזהרו בדבר זכותם לשמור על שתיקה וזכותם שלא להשיב לאישומים, והשנייה בכך שלא ניתנה להם הודעה בדבר זכותם להיוועץ עם עורך דין בטרם חקירתם.



32. באשר לזכות השתיקה, לא מצאתי עילה להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא, אשר קיבל את עדותו של המפקח ברדוגו שלפיה הוא הזהיר את המערערים בראשית חקירתם כי כל דבר שיאמר על ידם עשוי לשמש כראיה נגדם וכי הם אינם חייבים להגיד דבר אלא אם כן רצונם בכך, וכי המערערים אישרו בחתימתם את קבלת האזהרה.

33. קביעה זו של בית המשפט קמא התבססה על התרשמותו של בית המשפט קמא מכנותו ואמינותו של המפקח ברדוגו, אשר באה לידי ביטוי בין היתר בכך שהמפקח לא ניסה לטעון כי הודיע למערערים על זכותם להיוועץ בעורך דין, ודבק אך ורק בדברים שנכתבו באופן מפורש בהודעות הכתובות של המערערים, והתרשמות זו נתמכה גם בכך שבשתי ההודעות, נרשם נוסח האזהרה שניתן למערערים הכולל ציון של זכותם שלא לענות לשאלות בחקירה, ושני המערערים חתמו בסמוך לנוסח האזהרה, ולאור העיקרון האמור לעיל בדבר אי התערבות בית משפט של ערעור בממצאים עובדתיים ובמיוחד בממצאי מהימנות, לא מצאתי עילה להתערבות בקביעה זו של בית המשפט.

34. באשר לאי מתן הודעה למערערים בדבר זכותם להיוועץ בעורך דין כפי שפורט בהחלטת בית המשפט קמא, אין מחלוקת על כך שבמהלך חקירתם של המערערים לא ניתנה להם הודעה כנדרש.

35. מאידך, בבית המשפט קמא הוצג מכתב הזמנה לחקירה שנשלח למערערים (ת/6 - ת/7), הכולל סעיף לפיו: "**הינך רשאי להתייעץ עם עו"ד לפני החקירה**", והמערער 2 הודה לאחר שעין באישור מסירה שהוצג בבית משפט קמא כי הוא קיבל את המכתב האמור.

36. בנסיבות אלו דן בית המשפט קמא בשאלה האם הפגם שנפל של אי מתן הודעה בדבר זכות ההיוועצות בעו"ד, צריך להוביל לפסילת ההודעות, ומסקנתו הייתה כי לאור מכלול נסיבות המקרה אין מקום לפסילת ההודעות, וגם בעניין זה לא מצאתי עילה להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא.

37. כפי שנקבע לא אחת בפסיקה: "**אשר לפגיעה בזכות ההיוועצות עליה ארחיב את הדיבור בפרק הבא, מקובלנו כי עצם הפגיעה בזכות זו אינו מובילה, מניה וביה, לפסלות ההודיה ויש לבחון כל מקרה לגופו, וכך סוכם הדברים בעניין יששכרוב: "סיכומם של דברים, אף שמקבלת אני את עמדתם של באי כוח המערער לפיה יש לפרש את הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות בהשראתו של חוק היסוד, יש לדחות את טענתם לפיה אי מתן הודעה כדין בדבר זכות השתיקה או זכות ההיוועצות בעורך דין, מחייבת בהכרח את פסילתה של ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל, יש לפסול מכוחה הודעה רק כאשר הפגיעה שלא כדין בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בעורך דין יצרה פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו. קיומה של פגיעה כאמור תיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו...**" (ע"פ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל (02/08/18), פסקה 99 לחוות דעתו של כב' השופט שוהם)).



38. לעמדת, בית המשפט קמא יישם נכונה את המבחן אשר נקבע בפסיקה, על המקרה שבפנינו שבו עלה מעדויות המערערים עצמם כי עדותם נמסרה באופן חופשי ללא כפייה כלשהי ומבלי שננקטו כנגדם "תרגילי חקירה" נוספים אשר מנעו מהם הפעלת שיקול דעת בחקירה ובהתאם אני סבור כי קביעתו של בית המשפט קמא לפיה **"אין לומר כי אי מתן ההודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות הובילה לפגיעה מהותית באוטונומיות הרצון ובחופש הבחירה של הנאשמים במסירת הודעותיהם"** (עמ' 42 להחלטה), הינה קביעה מבוססת שאין להתערב בה, ועל כך יש להוסיף את עובדת ההודעה שניתנה למערער 2 בדבר זכות ההיוועצות בעו"ד במכתב הזימון לחקירה.

39. לפיכך ולאור האמור לעיל, בית המשפט קמא היה רשאי להיתבסס להכרעת הדין על הודעות המערערים, שנמסרו בחקירתם (מוצגים ת/10 ו- ת/11).

40. למעלה מהדרוש אציין גם כי בכל מקרה, בתיק שלפנינו קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא בדבר אשמתם של המערערים, היו מבוססות היטב גם בעדויות נציגי המשיבה שנמסרו בפניו, ובתמונות שהוצגו כראיות, ואשר חלקם אף צולמו בידי המערערים עצמם כך שבכל מקרה הרשעת המערערים התבססה על מכלול ראיות, והודאות המערערים, לא היו מרכיב בלעדי, ובעיני אף לא מרכיב מהותי, בביסוס ההרשעה.

נטל ההוכחה במשפט הפלילי

41. בטרם אפנה לדון בטענות הצדדים, אבקש להקדים ולהתייחס לשאלות נטל ההוכחה במשפט הפלילי, וזאת בשים לב לכך שחלק מהותי מטענות המערערים הינו כי המשיבה לא עמדה בנטל ההוכחה הנדרש ממנה לצורך הרשעת המערערים.

42. אכן אין חולק על כך ש"נטל השכנוע" מוטל של המשיבה מראשית ההליך ועד לסיומו, להוכיח את כל יסודות העבירות שבהם הואשמו המערערים ברמת הוכחה של "למעלה מכל ספק סביר", ואולם לעמדתי המערערים בטיעוניהם לא נתנו את המשקל הנדרש לשאלת "נטל הבאת הראיות" (המכונה לעיתים "הנטל המשני").

43. בעניין זה אפנה לפסיקתו של בית המשפט העליון בה הובהרו הדברים כדלקמן:

"העקרון לפי על התביעה מוטל הנטל לשכנוע את בית המשפט מעבר לכל ספק סביר בהתקיימות יסודותיה של עבירה אותה היא מייחסת לנאשם הינו מושכל יסוד בשיטתנו המשפטית. נטל זה, המכונה נטל השכנוע (ויש שהוא מכונה החובה העיקרית או החובה מס' 1 של התביעה), נגזר מהחזקה בדבר חפותו של הנאשם וככלל ילווה הוא את התביעה מתחילתו של השמפט ועד לסופו. משמעות הנטל, שאם בתום המשפט יותר בליבו של שופט ספק סביר בדבר אשמו של הנאשם.



יפעל הספק לטובת הנאשם והוא יזוכה בדין.

לנטל השכנוע המוטל על התביעה מתלווה ומצטרפת חובה הראיה (המכונה גם החובה מהשנית או החובה מס' 2). לפי חובה זו, על התביעה להציג בפתחו של המשפט ראיות שיש בהן הוכחה לכאורה (Prima Facie) לאשמו של הנאשם. כלומר, עליה להציג ראיות שלו היה נותן בהן בית המשפט את מלוא האמון ומייחס להן את מלוא המשקל די היה בהן כדי להרשיע את הנאשם. ככל שהתביעה איננה עומדת בחובתה זו - יזוכה הנאשם מבלי שיחויב להשיב לאשמה (סעיף 158 לחסד"פ); ככל שהתביעה עומדת בחובתה זו - תועבר החובה, עם תמורה מסוימת לכתפי הנאשם. ומהן התמורות שחלות בחובת הראיה עת שהיא מועברת לכתפי הנאשם? ניתן להצביע על השתיים הבאות: ראשית, בניגוד לתביעה הנאשם איננו חייב למלא את חובתו על ידי הבאת ראיות עצמאיות מצידו, אלא שרשאי הוא להסתמך על הראיות שהוצגו בפני בית המשפט ולטעון על בסיסן מדוע לא הוכחה אשמתו. שנית, בעוד שכשלון של התביעה לעמוד בחובת הראיה איננה חורצת את גורלן. שכן, על התביעה עדיין מוטל נטל השכנוע וכעת, על בית המשפט להכריע - בין אם עמד הנאשם בחובת הראיה בין אם לא - מהו משקל של הראיות שהציגה התביעה בפניו והאם די בהן כדי להוכיח את קיום יסודות העבירה, מעבר לכל ספק סביר.

יוצא אם כן, שהנאשם יכול לבחור לעמוד בחובת הראיה ולהצביע על גרסה המשכנעת בחפותו או להעלות למצער ספק סביר באשמתו, ואז יכריע בית המשפט על בסיס כלל הראיות שהובאו בפניו. לחלופין יכול הנאשם שלא להרים את הנטל שהועבר אליו, ואז יכריע בית המשפט על בסיס הראיות שהביאה בפניו התביעה בלבד. ברי, כי אי עמידה בחובת הראיה מביאה את הנאשם לידי סיכון גדול יותר בהרשעה, כאשר לעיתים אף יהא לכך משקל ראייתי עצמאי לעניין ההרשעה (ראו סעיף 162 לחסד"פ). ("דגש שלי ש.מ.)

רע"פ 6831/09 פואד טורשאן נ' מדינת ישראל (18/07/11 פסקה 23) (להלן-"עניין טורשאן")

44. כפי שיפורט להלן, בחלק נכבד מהנקודות שהם טוענים המערערים כי המשיבה לא עמדה ב"נטל השכנוע", בחרו המערערים שלא להביא ראיות כלשהם מטעמם, ובהמשך אדון במשמעות הדבר.

45. עוד אני מוצא לנכון לחזור על מושכלות יסוד באשר למהותו של "הספק הסביר" שיש בו כדי לזכות את הנאשם וכפי שנקבע לא אחת: " **על רקע כללי יסוד אלה הוגדר "ספק סביר" המצדיק זיכוי, כספק המותיר, על פי מבחני שכל ישר, הגיון וניסיון החיים, שאלה אמיתית באשר לאשמת הנאשם. לא כל ספק שהוא, ויהא המרוחק ביותר והדמיוני ביותר, עונה למבחן זה. לצורך כך, על הספק לעלות תהיה אמיתי ביחס לאשמתו של הנאשם, על רקע מכלול הראיות הקיים נגדו...לעניין טיבו של הספק הסביר, אין מדובר בספק שהסתברות בדבר קיומו היא תיאורטית בלבד, אלא ספק ממשי שיש לו עוגן ואחיזה בחומר הראיות. הספק צריך להיות בעל משקל כזה**



שיש בו כדי לזעזע את המערך העובדתי - נסיבתי כפי שהוצג על - ידי התביעה, עד שמערך זה לא יוכל עוד לעמוד על רגליו, ולהניב מסקנה חד משמעית בדבר אשמת הנאשם, לצורך כך, אין די בהצבעה על קיום אפשרות חלופית לנסיבות המצביעות על אחריות, אלא נדרשת הוכחת אפשרות שהסתברותה סובסטנטטיבית. ספק סביר מתקיים כאשר ניתן להסיק מהראיות מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם שהסתברותה אינה אפסית אלא ממשית." (ע"פ 2295/05 אלי וקנין נ' מדינת ישראל (27/01/07, פסקה 47).

לאור עקרונות יסוד אלו אדון בטענות הצדדים.

העבודות שבוצעו-תוספות לקיים או הריסה ובניה מחדש?

46. כפי שפורט בפסק דינו של בית משפט קמא, למעשה אין מחלוקת של ממש באשר להיקף העבודות שביצעו המערערים, ואשר כללו פירוק מלא של גג המבנה, ובניית גג חדש הכולל קורות עץ וברזל וסגירת דפנות המבנה בקירות גבס וחלונות אלומיניום, אם כי יוקדם ויודגש כי אין חולק על כך שהמערערים לא הוסיפו שטח בניה כלשהו ושמרו על השטח של המבנה שהיה קיים (ראו ת/4 - דו"ח המפקח המציין כי "... נמצא שלא הוסיפו שטח לבנייה...").

47. אציין כי מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט קמא אשר דחה את נסיונות המערערים להמעט בהיקף הבניה שבוצעה ולהציגה "כחידוש" בלבד של המבנה שהיה קיים, ובעניין זה "אין טוב כמראה עיניים", ומכל התמונות שהוצגו בבית המשפט קמא עולה כי המבנה שנבנה על ידי המערערים, אינו דומה כלל למבנה הסככה שהיה קיים, ובעוד שהמבנה הקיים היה בסה"כ סככה פתוחה, המשתלבת עם הרחוב והמאפשרת מעבר חופשי דרכה מצד לצד, המבנה החדש הינו מבנה של ממש סגור מכל צדדיו בדלתות וחלונות, ובהתאם אין להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא לפיה: **"... די להשוות בין הצילומים המשקפים את המצב החדש לבין הצילומים המשקפים את המצב הקודם כדי להגיע למסקנה כי עסקין בבנייה מודרנית חדשה לעומת הבנייה הישנה, והדברים כבר צוינו לעיל."**

48. בהקשר זה יודגש כי ב"כ המערערים הקדיש חלק נכבד מטיעונו, להצגת עבודות הבניה שבוצעו על-ידי המערערים כתוספות בלבד לבנייה הקיימת בהיתר, ונטען על-ידו כי בית-המשפט נפל למלכודת שטמנה לו המשיבה, אשר הציגה בפניו מצג לפיו המערערים הרסו סככה קיימת ובנו במקומה סככה חדשה.

49. ב"כ המערערים הדגיש בעניין זה כי: **"בענייננו אנו עוסקים בתיק מהסוג הראשון של בניית תוספות למבנה קיים בהיתר, שכאמור אין למערערים כל התנגדות להסירם ולהתאימם להיתר המקורי, ולא בתיק מן הסוג השני של הריסה מוחלטת ובנייה מחדש של הפרגולה."**



50. בנקודה זו, אני סבור כי יש ממש אך ורק בחלק מטיעוני המערערים, ומחומר הראיות שהוצג בפני בית-המשפט עלה כי לכל הפחות קיים ספק סביר בשאלה האם המערערים הרסו באופן מלא ומוחלט את הסככה הקיימת, ובנו במקומה סככה חדשה לחלוטין, או שמא נעשה שימוש בחלקים מהסככה הקיימת ועליה הוסיפו המערערים תוספות בנייה שונות.
51. בכל הנוגע לגג הסככה, כאמור לעיל אין חולק על כך שגג המבנה פורק באופן מלא, ובמקומו הונח גג חדש לחלוטין. יותר מכך, בעוד שגג הסככה המקורי היה גג קמור, הגג החדש הינו גג שטוח בצבע שונה מהגג המקורי, ומצילומי האוויר אשר צורפו למוצג ת/5 עולה גם כי מידות הגג שונות.
52. מאידך, בכל הנוגע לסגירת דפנות המבנה, כאן הדברים אינם כה ברורים, ובפני בית-המשפט הובאו ראיות המבססות את טענת המערערים לפיה מעקה הברזל שתחם את שטח המבנה המקורי, וקורות העץ שהיוו את מסגרת המבנה המקורי ואשר החזיקו את גג המבנה המקורי נותרו ללא שינוי.
53. בעניין זה, הוגש מוצג ת/3 שהינו דו"ח ביקורת מפקח מיום 15.11.13 ושבנו מצין המפקח ברדוגו כי **"יש לציין שהמעקה ברזל שתחם את המקום נשאר כמו שהוא"**.
54. בנוסף הוגש מוצג ת/12 שהינו דו"ח של המפקח שמעון ביטון מיום 13.12.13 אשר ביקר במקום והוא מצין כי **"מצאתי במקום... סגירת פרגולה קיימת בקירות וחלונות אלומיניום, פירוק גג קיים ובניית גג חדש בשטח של כ-67 מ"ר"**.
55. וכן הוגש מוצג ת/4 שהינו דו"ח ביקורת נוסף של המפקח ברדוגו המציין: **"בוצעה ביקורת במקום ונמצא שהבעלים ביצעו סגירת חורף עם קירות מדפנות אלומיניום מצידי מעקה הברזל שהיה קיים ומעליו חלונות זכוכית..."**.
56. המפקח ברדוגו חזר ואישר ממצא זה גם בחקירתו: **"ש. אתה יכול לאשר שהיו מחסומים כחולים, מעקה שנשאר גם בסככה החדשה. ת. כן. לדעתי הוא קיים עד היום"** (עמ' 13 לפרוט', ש' 18-19).
57. בהקשר זה יצוין כי מראיות נוספות שהוגשו עלה כי משלב מסוים נעשה שימוש על-ידי נציגי המשיבה במונחים של **"הריסת סככה ישנה"** מאיסכורית בשטח כ-94 מ"ר **ובניית מבנה חדש** עם גג פח קירות, גבס וחלונות מאלומיניום וזכוכית" (ראו ת/18). אלא שהמפקח ברדוגו אישר בחקירתו ... ביחס לדו"ח שנערך על ידו ביום 24.12.13 (ת/5), כי תיקן את הניסוח בדו"ח לבניית "מבנה חדש" על סמך הנחיית היועצת המשפטית (עמ' 16 לפרוט', ש' 9-10).



58. בהקשר זה אציין כי בשונה מבית-המשפט קמא, אינני סבור כי ניתן לבסס קביעה עובדתית לפיה המבנה המקורי נהרס במלואו על דברי הנאשם 2 בהודעתו (ת/11) ולפיהם: **"פירקנו סככה קיימת עקב ליקויים, דליפות ועץ רקוב ובנינו סככה חדשה באותם מידות"**, וכנגד הודעה זו עומדים דברי המערער 2 בחקירתו בבית-המשפט שם נשאל: **"ש. הסככה נהרסה? ת. לא. הסככה לא נהרסה. ש. קודם אמרת לנו שהסככה המקומרת נהרסה. ת. היא לא נהרסה. הגג הוחלף. העמודים נשארו. הסככה חודשה"** (עמ' 35, ש' 32-33).

59. זאת ועוד, דברים דומים נאמרו על-ידי המערער 1 בהודעתו (ת/10) (ראה עמ' 57 להכרעת הדין שורות 22-25), ובכל מקרה הראיות המכריעות בעיני שלהן יש ליתן את המשקל המירבי, הן הדו"חות שהגישו נציגי המשיב **בזמן ביצוע העבודות** וכפי שפורט לעיל, באף אחד מהדו"חות הנ"ל לא הועלתה טענה לפיה המבנה (הסככה) שהיתה קיימת נהרסה בשלמות.

60. לעמדת, המסקנה המתחייבת מחומר הראיות שהוצג בבית-המשפט קמא היתה כי בשונה מהגג שלגביו הוכח כי הוא הוחלף באופן מלא, הרי שבכל הנוגע לעמודי המבנה הקיים, ומעקה המתכת שתאם את שטחו, לא הוכח כי אלו נהרסו, ואף הוצגו מספר ראיות התומכות בגרסת המערערים לפיה בכל הנוגע לציד המבנה, הרי שכל צידי המבנה שהיו קיימים נותרו על מקומם ועליהם נוספו קירות גבס וחלונות מאלומיניום וזכוכית.

61. בשים לב לכך, שלסככה שהיתה קיימת היה היתר בנייה (נ/1-נ/2), ישנה משמעות לאי הריסת שלד המבנה הקיים, ולכך אתיחס בהמשך.

האם ישנו צורך על ידי המערערים בהיתר בניה לעבודות שבוצעו

62. לאור התשתית העובדתית הנוגעת להיקף העבודות שבוצעו, לא מצאתי עילה להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא שלפיה העבודות שבוצעו אינן בגדר **"שינוי פנימי"** כהגדרתו בסעיף 145(א)(2) **לחוק התכנון והבנייה**, ובעניין זהדי בכך שהגדרת **"שינוי פנימי"** מחייבת כי מדובר בשינוי **"שאינו נוגע לצד החיצוני של הבניין"**, ואילו במקרה שלפנינו וכעולה בבירור מהצילומים שהוגשו, עבודות הבנייה שינו באופן בולט את צידו החיצוני של המבנה לרבות גג המבנה.

63. בנסיבות אלו עבודות הבנייה שבוצעו הינם בגדר עבודות הטעונות היתר וזאת בהתאם להוראות סעיף 145(א)(2) **לחוק התכנון והבנייה**, שלפיו קיים צורך בקבלת היתר בניה לעבודות שנועדו ל**"הקמתו של בניין, הריסתו והקמתו שנית, כולו או מקצתו, הוספה לבניין קיים וכל תיקון בו למעט שינוי**



פנימי בדירה..., ובהתאם עלה לכאורה בידי המשיבה לבסס את היסוד העובדתי של הצורך בקבלת היתר בנייה, הנדרש לצורך הרשעה על פי סעיף 204 **לחוק התכנון והבנייה**.

64. אלא שבכך לא די, וכפי שפורט לעיל, המערערים טוענים כי העבודות שבוצעו אינן טעונות היתר וזאת לאור הוראות תקנות 20(א) ו-26 **לתקנות הפטור**, החלות לעמדתם במקרה שלפנינו, ולא עלה בידי המשיבה להוכיח כי התקנות אינן חלות וטעה בית משפט קמא כאשר הטיל על המערערים את הנטל להוכיח את התקיימותם של תנאי תקנות הפטור.

נטל הראיה ביחס לתקנות הפטור

65. טענת המערערים מחייבת דיון בשאלה על מי מוטל הנטל להוכיח האם **תקנות הפטור** חלות במקרה שלפנינו, ולמען הסר ספק יודגש כי על אף העובדה **שתקנות הפטור** נכנסו לתוקף לאחר ביצוע העבודות על-ידי המערערים הן רלוונטיות לדיון בתיק זה נוכח הוראות סעיפים 4-5 **לחוק העונשין** המחילים הוראות דין מקל חדש, גם על עבירות שבוצעו בטרם נכנס הדין המקל לתוקף, ובלבד שטרם ניתן פסק דין חלוט לגבי העבירה.

66. מכל מקום, בשאלת נטל הראיה קיימים חילוקי דעות בפסיקת בית המשפט המחוזי ובעפ"א (ת"א) 40245-10-16 **קפה מטינה בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו** (11/01/17, עמ' 3 לפסק הדין) הביע בית המשפט (כב' השופטת סוקולוב) את העמדה לפיה: **"אם טוענים המערערים כי לבנייה אין צורך בהיתר בניה על פי תקנה 31(א) לתקנות (תקנות הפטור ש.מ.)... נטל ההוכחה מוטל עליהם וכידוע עליהם להוכיח את טענות ההגנה הללו ברמת ההוכחה של תובע במשפט האזרחי (מאזן ההסתברויות) דהיינו, ספק לא יפעל לזכותם במקרה זה"**. (וראו גם עפ"א 31600-06-17 אהוד שי נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב (17.7.17)).

67. עמדתו בעניין זה, שונה בכל הכבוד, ואני מצטרף לעמדתו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט אלון אינפלד) בעתפ"ב 30135-10-18 **אביטן נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד** (13/02/19), שם בחן בית המשפט באופן מקיף את סוגיית נטל ההוכחה בשאלת החלתם של **תקנות הפטור** והגיע למסקנה לפיה: **"לכן, ניתן לראות בתקנות הפטור, מבחינה מעשית, מעין טענת הגנה משמעת מי שמבקש לטעון כי המבנה שבנה פטור מהיתר משום שהוא "גדר", "מצללה", "סורגים", "החלפת רכיבים" או כדומה, עליו הנטל לטעון זאת. אם הדברים אינם עולים בבירור מראיות התביעה, על הנאשם הנטל גם להביא ראיה ראשונית להוכיח את טענתו. אולם, כך או כך, נטל השכנוע הוא על כתפי המאשימה. על המאשימה לשלול כל ספק סביר שעולה ביחס לאפשרות כי תקנות הפטור חלות על המבנה"** (פסקה 45 לפסק הדין).

68. בהקשר זה אציין, כי כפי שקבע בית המשפט בעניין **"אביטן"**, המסקנה האמורה לעיל אינה מובנת



מאליה, ומנוסח הוראת סעיף 204 לחוק התכנון והבנייה שעניינה בנייה או שימוש במקרקעין ללא היתר עולה לכאורה כי אחד מיסודות העבירה שנדרש להוכיחם הוא כי "... כשביצוע העבודה או השימוש טעונים היתר לפי חוק זה או תקנה על פיו...", ויצוין כי המשיבה עצמה ציינה בכתב האישום המתוקן כי: "הריסת הסככה, הקמת המבנה והשימוש במבנה טעונים היתר על פי דין", ובהתאם ניתן לכאורה לטעון כי בכדי להוכיח שאכן קיים הצורך בקבלת היתר במקרה שלפנינו על המשיבה מוטל הנטל להוכיח כי תקנות הפטור אינם חלות במקרה זה ועל פי עמדה זו המערערים - הנאשמים, אינם נדרשים לכאורה להעלות מיוזמתם טיעון בדבר תחולת של תקנות הפטור.

69. אלא שעמדה לכאורית זו אינה יכולה להתקיים באופן מעשי, שהרי אין זה מתקבל על הדעת שלצורך הרשעה בעבירה של בנייה ללא היתר, יידרש הגורם המאשים לשלול במסגרת כתב האישום את התקיימותן של כל אחת מעשרות רבות של תקנות המאפשרות פטור מקבלת היתר בנסיבות מסוימות.

70. לפיכך אני סבור כי לצורך עמידה בנטל הבאת הראיות הראשוני, אשר לאחריו יידרש הנאשם להשיב לאשמה, די בכך שהגורם המאשים יצביע על קיומה של הוראה חוקית ממנה עולה כי העבודה נשוא כתב האישום טעונה היתר בנייה, כך במקרה שלפנינו וכפי שפורט לעיל, עלה בידי המשיבה להצביע על כך שהעבודות שבוצעו נכללות במסגרת הוראותיו של סעיף 145(א)(2) לחוק התכנון והבנייה ובהתאם טעונות היתר בנייה ובשלב זה יחול הכלל הקבוע בסעיף 35(ה) לחוק העונשין לפיו: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית".

לפיכך באם הנאשם לא יצביע על מקור חוקי המחריג את העבודות שבוצעו מחובת קבלת ההיתר, תראה המשיבה כמי שעמדה בנטל השכנוע הנדרש, של מעבר לכל ספק סביר, ביחס לעבירה של ביצוע עבודות ללא היתר בנייה הנדרש על פי דין.

71. בהקשר זה יצוין, כי לעניין זה אין זה משנה לעמדתו, אם נראה את שאלת אי תחולתן של תקנות הפטור, כיסוד מיסודות העבירה שמוטל על המשיבה להוכיח, או שנראה את תחולתן של תקנות הפטור כטענת הגנה שעל המערערים להוכיח.

72. גם אם נראה את אי תחולתן של תקנות הפטור, כחלק מיסודות העבירה הטעונות הוכחה על-ידי המשיבה, הרי שעדיין מדובר ב"יסוד שלילי" בעבירה וכפי שנקבע לא אחת:

"... גם כאשר ביסוד שלילי עסקינן, מוטלים על התביעה נטל השכנוע וחובת הראיה. עם זאת, בניגוד ליסודות חיוביים, הלכה היא לעניין יסוד שלילי בעבירה, כי על דרך הכלל די בכמות הוכחה מועטה על מנת שתעמוד התביעה בחובת הראיה, וזו תועבר לכתפי הנאשם..." (עניין "טורשאן" (פסקה 25)).



73. בהתאם, אני סבור כי גם אילו יקבע כי על המשיבה להוכיח את אי תחולתן של **תקנות הפטור** במקרה זה, הרי שהמשיבה עמדה בחובת הראיה הראשונית בכך שהוכיחה כי העבודות מחויבות בקבלת היתר על פי הוראות **חוק התכנון והבניה**, ובהתאם עבר נטל הבאת הראיות אל המערערים, להוכיח את תחולתן של **תקנות הפטור**.

74. ואולם, בכל מקרה, יודגש כי גם אם **תקנות הפטור** הינן טענת הגנה שהוכחה מוטלת על המערערים, ובין אם תקנות הפטור הינן חלק מיסודות העבירה, נטל השכנוע הנדרש הינו **זהה**, וכפי שנקבע בסעיף 34(ב) **לחוק העונשין: "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית והספק לא הוסר, יחול הסייג" ובהתאם די בכך שבסיכומו של דבר נותר ספק סביר בשאלת תחולתן של תקנות הפטור, בכדי להוביל לזיכוי המערערים מעבירה של בניה ללא היתר.**

תחולתן של תקנות הפטור במקרה שלפנינו

75. לאור כל האמור לעיל יש לבחון, אם לאור מכלול הראיות שהוצגו נותר ספק סביר בדבר תחולתן של **תקנות הפטור**, ולעמדתו לא נותר ספק כזה, ומחומר הראיות שהוגש ניתן לקבוע כי אין תחולה **לתקנות הפטור** ככלל על המקרה שלפנינו, ואין תחולה גם לתקנות הספציפיות אליהן הפנו המערערים.

76. ראשית, וכפי שקבע בית-המשפט קמא, על פניו **תקנות הפטור** אינן חלות באתר המיועד לשימור, וזאת בהתאם להוראות תקנה 2(5) לתקנות, לפיה לצורך החלת **תקנות הפטור** נדרש כי המבנה בו מבוצעות העבודות אינו בתחום מגרש, אתר, מתחם או בניין המיועדים לשימור לפי תוכנית מאושרת.

77. במקרה שלפנינו, הובאו ראיות לפיהן המבנה מהווה חלק ממבנה היסטורי בשם "חאן אל עומדן", והוא מצוי במתחם המיועד לשימור (ראו סעיף 6 לתצהיר ת/16).

78. זאת ועוד, ב"כ המערערים הקדיש חלק נכבד מטיעונו, לטענה לפיה המשיבה לא הוכיחה כי המבנה מצוי בחלקה שייעודה "מרינה ונמל דיגים" וכי קיימת אפשרות כי מדובר בחלקה שייעודה "מלונאות" אלא שבכך אין כדי לסייע למערערים וזאת מאחר ובהוראות תוכנית המתאר (ת/14) צוין גם ביחס לשטח שייעודו "מלונאות" כי "הבניה בייעוד זה תהיה ע"פ ובהתאם לתוכניות מפורטות בתוקף **ובכפוף להוראות השמור**" (סעיף 3.1.7), וכן נקבע ביחס **לכלל** המבנים הקיימים בתחומי התוכנית כי כל תוספת בניה בהם תהיה בכפוף לנספח השימור (ראה סעיף 3.5.2).

79. זאת ועוד, בהתאם לתקנה 2.6 **לתקנות הפטור**, אין תחולה **לתקנות הפטור** "בתחום חוף הים" המוגדר על פי **חוק שמירת הסביבה החופית**, תשס"ד-2004 כתחום של 100 מטרים שיימדד מקו החוף לכיוון היבשה, ומתמונות התצ"א והתשריט שהוצגו בפני בבית-המשפט עולה שהמבנה מצוי ממש



בסמוך לקו המים של המרינה במרחק אשר נחזה באופן ברור כמרחק קטן מ-100 מ', אם כי יצוין כי לא הוצג נתון מדידה מדויק בעניין זה, ובהקשר זה יצוין גם כי גם בנושא זה אין חשיבות לשאלה האם החלקה בה מצוי המבנה ייעודה "מלונאות" או "מרינה ונמל דיגים".

80. גם אילו היו המערערים מתגברים על דרישות הסף להחלת **תקנות הפטור**, עדיין הייתי סבור כי התקנות הספציפיות אליהן הפנו המערערים אינן חלות במקרה שלפנינו.

תקנה 20(א) לתקנות הפטור - החלפת רכיבים

81. תקנה 20(א) **לתקנות הפטור**, שעניינה החלפת רכיב בבניין, יכולה אם בכלל להתייחס אך ורק לעבודת החלפת הגג, והיא אינה יכולה להתייחס להקמת קירות הגבס והתקנת חלונות האלומיניום, אשר לא היו קיימים במבנה המקורי.

82. אלא שלעמדתי, אין בתקנה זו כדי לסייע למערערים. **ראשית**, התקנה דורשת כי הרכיב המותקן יהיה בעל מידות זהות, ותנאי זה לא התקיים במקרה שלפנינו שבו גג הסככה הקיימת היה גג קמור, ואילו הגג החדש הינו גג שטוח, וכאמור לעיל, הוגשו בתיק צילומי אוויר מהם עולה כי מידות הגג החדש שונות מהמידות של הגג שנהרס, וגם אם בסיכומי של דבר הגג החדש, אינו חורג בסה"כ מהשטח שבו היה ממוקם הגג הקודם, הוא אינו עומד בדרישת "המידות הזהות" שנקבעו בתקנה לאור מבנהו השונה. יותר מכך, אינני סבור כי ניתן לפרש את התקנה כמתייחסת לפעולה של הריסת חלק שלם במבנה ובנייתו מחדש באופן מלא כפי שנעשה בגג שלפנינו, והתקנה על פי לשונה מתייחסת **לרכיב** בבניין כגון "רעפים", ולא לחלק שלם במבנה, שאחרת ניתן יהיה לטעון כי ניתן להרוס את מלוא הקירות של מבנה קיים, ולבנות קירות חדשים במקומם, וכי פעולה זו הינה בגדר "החלפת רכיב".

83. בקביעתי זו אני מסתמך גם על הוראות סעיף 145ג(3) **לחוק התכנון והבניה** שהינו החוק המסמך והקובע כי **בתקנות הפטור** נדרש כי יתקיימו מספר תנאים ובכלל זה כי העבודות שתהיינה פטורות מהיתר: **"השפעתם על חזות הבניין, על הסביבה ועל אופיין ומאפייניהן, מעטה"**, ובמקרה שלפנינו החלפת מלוא גג המבנה תוך שינוי מהותי בצורתו ההנדסית אינה ממלאת את התנאי האמור, ויש בה כדי להשפיע באופן מהותי על חזותו של המבנה.

84. עוד אציין בהקשר זה את עמדתה העקבית של הפסיקה, אשר אמנם נקבעה בטרם הותקנו **תקנות הפטור**, אך יש בה כדי להשליך גם על פרשנות **תקנות הפטור** ואשר לפיהן הריסת גג קיים ובנייתו מחדש מחויבת בהיתר בנייה, ובעניין זה אפנה לדברים הברורים שנאמרו על-ידי כב' השופט זילברג עוד בע"פ 223/66 **תיק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כ(2) 558, 559 לפיהם:

"אין אנו מייחסים כל ערך לעובדה כי לפני שנהרסו הדלתות ההן היו שמה דלתות אחרות,



והדלתות האחרונות שנבנו בשנת 1962 אינן אלא "תחליף" לדלתות הראשונות. שאם תאמר כן, היינו אם תאמר כי כל מבנה הבא "במקום" אינו טעון רישיון, יצא כי גם הבנייה מחדש של קיר שנפל לא תצריך רישיון בנייה. ודבר זה אינו מתקבל על הדעת".

וראו גם רע"פ 5278/02 דליה סבלסון נ' מדינת ישראל (27.6.07, פסקה 4); תע"מ (רחובות) 5521/05 מדינת ישראל, וועדה מקומית לתכנון ובניה זמורה רחובות נ' שלמה ברזילי, 11.11.10, פסקה 8 ואילך)).

תקנה 26 - סגירה עונתית

85. בעניין זה נסמכים המערערים על דו"ח המפקח ברדוגו (ת/4) אשר קבע כי: **"נמצא שהבעלים ביצעו סגירת חורף..."**.

86. כמו כן, נראה לכאורה כי החומרים בהם עשו המערערים שימוש הינם בגדר "חומרים קלים" כהגדרתם **בתקנות הפטור** (אלומיניום, זכוכית, עץ).

87. אלא שכנגד עובדה זו, עומדת העובדה שבבסיס תקנה 26, עומדת ההנחה לפיה מדובר בסגירה זמנית **ועונתית** ועל פי טענות המערערים עולה כי היא מיועדת לחודשי החורף בלבד, אלא מהתמונות אשר הוצגו בבית-המשפט קמא עולה בבירור כי מדובר בבניית קבע שאינה מיועדת לפירוק.

88. אף המערער 2 טען בחקירתו בבית-המשפט כי: **"הכל נשאר אותו דבר, לקראת הסוף שמנו חלונות. החלונות אפשר לפרק אותם בקיץ אנחנו מפרקים אותם ובחורף שמים אותם"** (עמ' 34, ש' 17-18), והנה על פי הודאת המערער 2 עצמו, קירות הגבס שנבנו בצידו המבנה אינם מיועדים לפירוק, וממילא אינם עונים להגדרת סגירה עונתית, המיועדת להגן אך ורק "בחלק מחודשי השנה".

זאת ועוד, בבית המשפט קמא העידה מפקחת מטעם רשות העתיקות, כי על פי דרישות רשות העתיקות החלות על כל העסקים בעיר העתיקה בעכו, **"סגירת חורף צריכה להיות בקיץ מפורקת לחלוטין"** (עמ' 8 לפרוטוקול), וכאמור, אף לפי עדות המערער 2 עצמו המבנה אינו מפורק בקיץ;

89. לאור נתונים עובדתיים אלו, אני סבור כי נטל הבאת הראיות עבר על המערערים, אשר נדרשו להביא ראיות לכך **שבפועל** בחודשי הקיץ אכן פורקו חלונות המבנה, וכי התקיימו יתר דרישות תקנה 26, כגון עמידת הבנייה במועדים הקבועים בחוק העזר להקמת סגירה עונתית וכיו"ב, ומשלא עשו כן, ומשאיין חולק כאמור על כך שקירות המבנה אינם עומדים בהגדרת סגירה עונתית והם משמשים את הבסיס עליו נבנו חלונות המבנה, אזי לא נותר ספק סביר לכך שגם תקנה 26 **לתקנות הפטור** אינה חלה במקרה



שלפנינו.

90. סיכומי של דבר, מכל האמור לעיל ומשהוכח כי המערערים ביצעו עבודות בנייה הטעונות היתר ללא קבלת היתר כדן, אין מקום להתערב בקביעתו של בית משפט קמא אשר הרשיע את המערערים בעבירה של ביצוע עבודות ללא היתר (סעיף 204(א) **לחוק התכנון והבניה**), וכמו כן, צדק בית משפט קמא בקביעתו לפיה: **"הלכה פסוקה היא, כי שימוש במבנה שנבנה ללא היתר בניה הינו שימוש גם אם הוא תואם את התוכנית החלה במקום"** (עמ' 66 לפסק הדין), ובהתאם אין גם מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא לפיה יש להרשיע את המערער 1 גם בעבירה של שימוש אסור בבנייה שנבנתה ללא היתר.

הוכחת מיקומו של המבנה

91. לאור האמור לעיל, מתייטר למעשה הצורך בדיון בטענותיו של ב"כ המערערים לפיהן המשיבה לא הוכיחה את מיקומו המדויק של המבנה, ואת יעוד המקרקעין שבהם נבנה המבנה, וכפי שפורט לעיל, הרשעתם של המערערים תעמוד בעינה, גם אם צודקים הם בטענתם לפיה יעוד המקרקעין בהם מצוי המבנה הוא "מלונאות".

92. עם זאת, ובבחינת למעלה מהדרוש יצוין כי בית המשפט קמא ביסס את קביעתו לפיה המבנה הוקם בחלקה שיעודה "מרינה ונמל דייגים", שבה "תותר בניה שיעודה תפקוד מרינה, נמל דייגים והמתקנים המשרתים אותם" (סעיף 3.1.24 לתוכנית המתאר), על מכלול ראיות.

93. כך בהסכם בין המערערים לחברה לפיתוח עכו העתיקה (נ/5) צוין מפורשות כי המבנה מצוי **"בחלק משטח הטיילת של המרינה..."**. והדבר צוין גם בסעיף 3(א) להסכם. זאת ועוד, עיון בכרטיס הסקר (נ/3) והתשריט (נ/4), מחייב מסקנה לפיה בניין "חאן אל עומדן" אכן מצוי בשטח המסומן ביעוד "מלונאות", אלא שקצהו צמוד לגבול השטח שיעודו מלונאות, ובהתאם המבנה שאין חולק על כך שהוא צמוד לבניין "חאן אל עומדן" מצידו הדרום מזרחי (ראה נ/3), מצוי כבר בשטח המסומן ביעוד "מרינה ונמל דייגים".

94. בנוסף, גם התמונות אשר הוגשו בתיק מצביעות בבירור על מיקומו של המבנה בתוך שטח הטיילת של המרינה, אשר על פי תשריט תוכנית המתאר מסומן **כולו** ביעוד "מרינה ונמל דייגים".

95. בנסיבות אלו, גם ללא צילומי האוויר שלהגשתם התנגדו המערערים, המסקנה המתחייבת הינה כי המבנה מצוי בחלקה שיעודה "מרינה ונמל דייגים", ומשלא הובאה ראייה כלשהי של המערערים לסתירת המסקנה המתחייבת כאמור, נטלו על עצמם המערערים את הסיכון, אשר התממש במקרה זה שלפיו בהיעדר ראיה פוזיטיבית מטעמם לסתירת ראיות המשיבה, השתכנע בית המשפט מעבר לכל ספק



סביר בטענות המשיבה.

96. בנוסף, ומבלי לקבוע מסמרות כלשהן, אבקש רק להעיר כי כפי שנקבע לא אחת, אין הכרח לצורך הגשת צילומי האוויר להעיד את עורך תצלומי האוויר, וקיימים מספר מסלולים שנקבעו בפסיקה להגשת תצלומי אוויר ללא צורך בעדותו של עורך הצילומים (ראו סקירה מקיפה בת"פ (חי) 13757-06-17 **מדינת ישראל נ' רמזי דקסה** (21/10/18) וכן ראו רע"פ 5709/06 **חנניה מוסרי נ' מדינת ישראל** (13/07/06)).

גזר הדין

97. משקבעתי כי אין מקום להתערב בהכרעת הדין, יש לפנות לגדר הדין, ובעניין זה טענתם היחידה של המערערים היא כי צו ההריסה שניתן על ידי בית המשפט הינו גורף ואינו מידתי.

98. לאחר שעיינתי בטיעוני הצדדים, אני סבור כי יש מקום להתערבות מצומצמת בהיקף צו ההריסה עליו הורה בית המשפט קמא.

99. לאור כל האמור לעיל, אין מקום להתערבות בחלקו העיקרי של צו ההריסה שניתן על ידי בית המשפט קמא, ואשר הורה על הריסת הבנייה הבלתי חוקית שביצעו המערערים, ובהתאם על המערערים להרוס את גג המבנה לרבות קונסטרוקציית הברזל והעץ החדשה שהוקמה על ידם ושעליה הונח גג המבנה, וכן עליהם להרוס את קירות הגבס והחלונות שהותקנו על ידם בצדי המבנה.

100. עם זאת, ולאחר שקבעתי כי לא הוכח שהמבנה המקורי נהרס בשלמותו ומשהוכח כי למבנה המקורי, ניתן היתר בניה, המערערים רשאים להותיר על כנם, **אך ורק** את גדר הברזל שתחמה את שטח המבנה המקורי ואת העמודים אשר היוו את מסגרת המבנה המקורי, ובלבד שמדובר בעמודים הממוקמים במקום בו היו עמודי המבנה המקוריים.

101. ויודגש, כי המערערים אינם רשאים לבצע עבודות של בניה מחודשת כלשהי, לרבות הנחת קרוי על המבנה ללא קבלת היתר מתאים והמערערים אינם רשאים להסתמך על היתרי הבניה המקוריים (נ/1, נ/2) וזאת בשים לב לכך שהיתרים אלו פקעו לפני שנים רבות (לדוגמא היתר הבניה נ/2 פקע שנה לאחר שניתן).

102. כמו כן יצוין, כי ככל שיתברר כי הותרת חלקים מהמבנה המקורי על מקומם עשויה לסכן את שלום הציבור ובטיחותו, לאחר ביצוע ההריסה, המשיבה תהיה רשאית לעתור לבית המשפט קמא בבקשה להפעלת סמכותו על פי סעיף 254ב(ב) **לחוק התכנון והבניה** בנוסחו לאחר תיקון 116 (סעיף



205(2) לחוק לפני תיקון 116), למתן צו אשר יורה גם על הריסת חלקי המבנה שביחס אליהם קיים היתר כדין.

103. מעבר לאמור, אינני מתערב בכל יתר רכיבי גזרי הדין של בית המשפט קמא.

104. בשים לב לגילו של המערער 1, ומצבו הבריאותי אליו התייחס בית המשפט קמא, ובשים לב למועד בו ניתן פסק דין זה, אני מאריך את המועד לביצוע צו ההריסה ועל המערערים לבצעו **עד ליום 06/06/19**, ככל שלא יעלה בידי המערערים לקבל היתר כדין עד לאותו מועד.

105. כמו כן, אני מורה כי לא יחול שינוי בהוראת בית המשפט קמא בדבר רישום הערה בלשכת רישום המקרקעין בדבר צו ההריסה וכי ככל שצו ההריסה לא יבוצע על ידי המערערים, המשיבה תהיה רשאית לבצעו לעצמה, והוצאות ההריסה יחולו על המערערים.

106. על אף שדחיתי את חלקם המכריע של טענות המערערים, לנוכח חיוב המערערים בביצוע הריסה, לא מצאתי מקום להוסיף ולחייב את המערערים בהוצאות המשיבה.

ניתן היום, כ"ח אדר ב' תשע"ט, 04 אפריל 2019, בהעדר הצדדים.