



ת"פ 30135/10/18 - דוד אביטן נגד ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 30135-10-18 אביטן נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד

בפני	כבוד השופט אלון אינפלד
מערער	דוד אביטן ע"י ב"כ עו"ד אבי (אברהם) הלוי
נגד	
משיבה	ועדה מקומית לתכנון ובניה אשדוד ע"י ב"כ עו"ד מאיר בירנבוים

פסק דין

המערער הורשע בעבירת בניה ללא היתר. המדובר בסככה על מרפסת הפטורה מקבלת היתר לפי "תקנות הפטור" החדשות, אך אסורה לבניה לפי ההנחיות המרחביות, אשר נכנסו לתוקף זמן מה לאחר תקנות הפטור, מספר שבועות לפני איתור המבנה. אין עדות ישירה על מועד בניית הסככה והמערער לא העיד להגנתו. המערער טוען כי האפשרות שהבניה נעשתה בתקופת הביניים, כאשר חלו התקנות אך לפני תחולת ההנחיות - צריכה להביא לזיכוי. המשיבה טוענת כי חזקה על מבנה שנבנה ללא היתר או פטור, ומשנמנע המערער מלהעיד - החזקה במקומה עומדת.

על איזה צד מוטלים נטל הראיה ונטל השכנוע לגבי מועד הבנייה?

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום באשדוד (כב' השופט י' ליבליין) מיום 12.9.18, בו הורשע המערער בבניית הסככה ללא היתר, הושתו עליו קנס כספי והתחייבות וניתן צו הריסה.

ההליך ופסק הדין

1. ביום 3.1.2017 הוגש נגד המערער כתב אישום ובו נטען, כי בביקורות שנערכו, נמצא שבדירתו בוצעו עבודות בניה הטעונות היתר. היינו שהנאשם בנה, ללא היתר כדיון, סככה מעל מרפסת פתוחה, עם גג מלוחות פוליגל, בשטח של כ-18 מטרים.

2. המערער כפר באמור בכתב האישום וטען שתי טענות מהותיות (עמ' 2 לפרוטוקול):

א. שטח הסככה הוא כ-15 מטרים ולא 18 מטרים כרשום בכתב האישום.

ב. הסככה פטורה מקבלת היתר, נוכח תקנות התכנון

עמוד 1



והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר) תשע"ד - 2014 (להלן - "תקנות הפטור")

3. מטעמה של המאשימה העידה גב' המר, מפקחת בניה בעיריית אשדוד, אשר העידה כי ערכה ביקורת במקום, אך לא נכנסה לדירה. במבט מבחוץ ראתה העדה כי במרפסת הדירה נבנתה סככה בגודל של כ-18 מטרים, וכי סככה זו איננה מופיעה בהיתר שניתן לדירה. העדה סימנה הסככה על גבי צילום מתוך היתר הבניה, וצילמה את הסככה שנבנתה מבחוץ. המערער חלק על עדותה של הגב' המר, לטענתו הגב' המר לא ביקרה בדירה ואיננה מודדת מוסמכת. מטעם המערער הוגש מסמך, ללא התנגדות של המשיבה, ובו שרטוט של המרפסת וסימון קווי מתאר של הסככה שהוצבה על ידו.
4. בית המשפט קבע כי לאור הודאתו של המערער כי בנה סככה בשטח של כ-14.8 מ"ר, אזי עובדה זו הוכחה מעבר לכל ספק סביר ואלמלא הודאתו של הנאשם באשר לגודל הסככה לא היה ניתן לקבוע ממצא כלשהו בהקשר זה על יסוד עדותה של הגב' המר. משהודה הנאשם בבניית הסככה ובשטחה, נדחתה טענתו שנדרשת מדידה ע"י מודד מוסמך.
5. הנאשם קבל על כך שהמסמך שערכה גב' המר נערך ללא כניסה לדירה וללא מדידה ישירה, וטען כי זהו "מסמך מזויף" ועריכתו מהווה עבירה פלילית. בית המשפט בצדק דחה את הטענה התמוהה הזו, וציין כי מדובר במסמך שהוכן על פי מראה עיניים לגבי העובדות כפי שנראו לעדה. העובדה שהמסמך נערך ללא מדידה בפועל וללא ביקור בדירה עצמה, מהווה אמנם מחדל חקירתי, אך רחוקה מלהיות "מסמך מזויף" כהגדרתו בחוק העונשין תשל"ז-1977.
6. בשלב הבא, בהעדר מחלוקת כי המערער בנה סככה בשטח של כ-14.8 מ"ר לפחות, וכי אין בידיו היתר בניה כדין, הוגדרה המחלוקת בשאלה: האם הסככה שבנה המערער עומדת בתקנות הפטור?
7. בית המשפט קבע כי לא יכולה להיות מחלוקת, שבניית סככה טעונה היתר באופן עקרוני. זאת, נוכח ההוראה בסעיף 145(א)(2) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 המונה בין הפעולות שאין לבצע ללא היתר "הקמתו של בנין, הריסתו והקמתו שנית, כולו או מקצתו, הוספה לבנין קיים וכל תיקון בו, למעט שינוי פנימי בדירה". וזאת בשים לב להגדרת "בנין" בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה ככל מבנה לרבות, בין השאר "כל חלק של מבנה כאמור וכל דבר המחובר לו חיבור של קבע". מכאן, הסיק בית משפט קמא כי המערער לא היה רשאי לבנות את הסככה, אלא אם ניתן לו היתר כדין או שיש בידו להראות כי הוא פטור מקבלת היתר.
8. בהקשר זה, המשיבה בסיכומיה הפנתה לעדותה של גב' רוזנבלט, מנהלת מחלקת הרישוי בעיריית אשדוד, אשר העידה כי הנאשם אינו זכאי לפטור. זאת, על יסוד סעיף 3.1.2 להנחיות המרחביות ("תנאים מרחביים" שהותקנו ע"י הועדה המקומית לתכנון ובניה אשדוד לעניין תקנות הפטור (להלן - "ההנחיות המרחביות")) המתלות את הפטור בקיומן של זכויות בניה מתאימות. הגב' רוזנבלט הסבירה בעדותה כי המערער אינו זכאי לפטור, משום שאין בידיו מספיק אחוזי בניה.
9. מכיוון שהמערער בחר שלא העיד, ולא טען לעניין אחוזי הבניה דבר, קיבל בית המשפט קמא עמדת המשיבה לפיה בניית הסככה טעונה ניצול זכויות בניה, וכי לא היו בידו המערער אחוזי בניה מספיקים. לכן נקבע שאין צורך להידרש למחלוקת בין הצדדים, בשאלה האם מבנה הסככה כשלעצמו מקיים את תנאי



הפטור, הקבועים בתקנות הפטור ובהוראות המרחביות. כך או כך, לשיטת בית משפט קמא, הסככה חייבת הייתה לעמוד בתנאי הפטור או לקבל היתר, בהעדר זכויות בניה.

10. יובהר כי עמדת המערער היא שהוא פטור מקבלת היתר, על פי תקנות הפטור, אף אם אין הוא עומד בהנחיות המרחביות. טענת המערער מבוססת על כך שתקנות הפטור נכנסו לתוקף כבר ביום 1.8.2014, ואילו ההנחיות המרחביות לעניין תקנות אלה נכנסו לתוקף רק ביום 10.9.2014, לאחר שנחתמו על ידי יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובניה. לשיטתו, מכיוון שהמשיבה לא הוכיחה את המועד המדויק של בניית הסככה, ובשים לב לכך שלפני הכניסה לתוקף של ההנחיות המרחביות היה המבנה פטור, הרי לא הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר.

11. בית משפט קמא דחה את הטענה כי לא הוכחה האשמה. הוסבר, כי בניית הסככה טעונה היתר, באופן עקרוני, מכוח החוק. קיומו של היתר, כמו גם קיומו של פטור מכוח הדין, אינו "יסוד שלילי" בהגדרת העבירה, אשר הוכחתו על התביעה. ממשיך בית משפט השלום וקובע: "לפיכך, היות והעדר קיומו של פטור איננו יסוד שלילי בהגדרת העבירה, אלא **טענת הגנה של הנאשם, אזי הנטל עליו להוכיח במאזן הסתברויות**, כי הוא עומד בתנאים למתן פטור מקבלת היתר" (ההדגשה נוספה, א"א).

12. ממשיך בית משפט קמא וקובע כי בכך שהנאשם לא העיד להגנתו, הוא לא הוכיח כי הוא עומד בתנאים המאפשרים קבלת פטור מהיתר, בהתאם לתקנות הפטור וההנחיות המרחביות שהותקנו מכוחן. מכאן החלטת בית משפט השלום להרשיע את המערער בביצוע עבירות בניה טעונות היתר ושימוש במקרקעין הטעון היתר, עבירה לפי סעיפים 204(א) - 204(ג) וסעיף 208 לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965.

13. ביום מתן הכרעת הדין נשמעו הטיעונים לעונש. הצדדים הגיעו להסכמה כי יוטל קנס בסך 3000 ₪, תוטל התחייבות וינתן צו ביחס למבנה. בית המשפט כיבד ההסכמה, הטיל קנס כאמור, התחייבות בסך 5000 ₪ וכן ניתן צו הריסה, אשר ייכנס לתוקף בחלוף זמן מה, כדי לאפשר למערער לקבל היתר.

14. הערעור מכוון נגד פסק הדין כולו, אך הנימוקים מכוונים נגד הכרעת הדין. טענות הערעור והתשובה באו לידי ביטוי בפרוטוקול הדיון ובכתבי בי דין אשר הוגשו לפני הדיון ואחריו.

טענות הערעור

15. לטענת המערער:

א. המערער מודה כי בנה סככה בשטח של 14.8 מ"ר. לטענתו, הסככה פטורה מהיתר בהתאם לתקנה 11(א) לתקנות הפטור, לפיה בניית סוכך, המחובר באחת מפאותיו לפחות, למבנה פטורה מהיתר. לכן שגה בית המשפט בהרשיעו את המערער.

ב. הסתמכות בית המשפט על הגדרת העבירה לפי סעיף 145 לחוק התכנון והבניה היא שגויה, שכן המערער בנה את הסככה בהתאם לתקנות הפטור, אשר תוקנו מכוח סעיף 145ג לחוק התכנון והבניה.



ג. עדותה של הגב' רוזנבלט מתייחסת לבניית גגון (ולא סככה) בעוד כתב האישום הוגש בגין בניית סככה. המערער הודה שבנה סככה ולא גגון.

ד. שגה בית המשפט בקבעו כי המערער לא עמד בתנאי תקנות הפטור, בהעדר זכויות בניה מספיקות. זאת, באשר אין ההקלות בתקנות הפטור מותנות באחוזי בניה, בהתקיים ספק אם ההנחיות המרחביות חלות על המבנה, נוכח ספק בדבר מועד בנייתו.

ה. הספק נובע מכך שתקנות הפטור נכנסו לתוקף ביום 1.8.2014 ואילו ההנחיות הפטור המרחביות, המתנות הקמת סככה באחוזי בניה, נחתמו ביום 10.9.2014 על ידי יו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה. המשיבה לא הוכיחה את מועד בניית הסככה וקיימת אפשרות שנבנתה בתקופת הביניים, בה בניית הסככה הייתה מותרת. לכן, לא ניתן לקבוע כי המשיבה הוכיחה את האשמה מעבר לכל ספק סביר.

ו. בית המשפט קמא לא בחן את מהימנות העדים שהעידו לפניו. לדעת המערער, עדותה של הגב' המר אינה מהימנה שכן היא העידה על בניית סככה בשטח של 18 מ"ר וזאת מבלי שביקרה בדירה ומבלי שנערכה מדידה פורמאלית.

16. מנימוקים אלה, ביקש המערער מבית המשפט לבטל חלק מקביעותיו של בית משפט קמא, עובדות ומשפטיות. כאמור, הטענה העיקרית היא כי הסככה עומדת בתנאי תקנות הפטור, שאין טענות אחוזי בניה, ולא הוכח כי הסככה נבנתה לאחר כניסה לתוקף של ההוראות המרחביות המתלות הפטור בקיום אחוזי בניה.

טענות תשובה

17. לעניין מהימנות עדי התביעה:

א. לגבי הגב' רוזנבלט, בית המשפט הסתמך על עדותה בצדק, שכן עדותה היא טכנית, בעיקר באשר לזכויות הבניה שלא הספיקו לבניית סככה. לטענה לפי הגב' רוזנבלט דיברה על גגון ולא על סוכך, מציינת המשיבה כי המערער עצמו סירב להעיד להגנתו, הגב' רוזנבלט כלל לא נחקרה על נקודה זו ואין סיבה לדחות עדותה.

ב. לגבי הגב' המר, אשר העידה על סככה שנבנתה בשטח של 18 מ"ר, הרי היא ציינה בעדותה שמדובר בהערכה בלבד. בהערכתה, אפשר ששגתה ב- 3.2 מ"ר, אך היא מסרה לבית משפט בהגינותה שהיא ערכה את הביקורת מבחון ולא הייתה בדירה של המערער, ואין פגם בעדותה. עוד הודגש כי בסופו של דבר, בית המשפט כלל לא הסתמך על דבריה בהכרעת הדין.

ג. המערער נמנע מלהעיד להגנתו. לפי סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982, הימנעות זו יכולה לשמש חיזוק לראיות התביעה



ואף סיוע במקום בו נדרש סיוע לצורך הרשעה. לפיכך, שילוב עדויות התביעה עם שתיקת המערער מחזקת המסקנה בדבר הרשעתו בדין.

18. לעניין נטל הבאת הראיות טענה המשיבה:

א. המשיבה תמכה יתדותיה בקביעת בית משפט קמא, לפיה מעיון בתקנות הפטור עולה שאין מדובר ביסוד שלילי של העבירה, אלא בטענת הגנה. על כן, הנטל הוא על כתפי המערער.

ב. המשיבה הפנתה לעפ"א (ת"א) 40245-10-16 **קפה מטינה בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו** (11.1.17) (להלן: **מטינה**) שנדון בפני כב' השופט מ' סוקולוב. שם נדונה פעולת בניה, אשר המערער טענה כי היא פטורה מהיתר, ונשאל על מי מוטלת חובת ההוכחה בעניין זה. לטענת המשיבה, נקבע בפרשת **מטינה** כי נטל הבאת הראיות הוא על הטוענים לעמידה בתקנות הפטור וכי רמת ההוכחה היא של תובע במשפט האזרחי (מאזן הסתברויות).

ג. לשיטת המשיבה, תקנה 2 לתקנות הפטור כוללת רשימת דרישות שעל מבנה לעמוד בהן כדי לזכות בפטור מהיתר. ניסוח הדברים כרשימה, לרבות תקנה 2(ד) אודות ההתאמה להוראות מרחביות, מלמד כי נטל ההוכחה מוטל על הבונה, ולא על הרשות.

ד. לפי תקנות הפטור המרחביות על המערער שטוען כי בנה סככה לוודא כי יש לו זכויות בניה בלתי מנוצלות. במקרה שלנו המערער לא הציג כל ראיה לכך.

ה. עוד טוענת המשיבה כי גם אם ייקבע שנטל ההוכחה הוא על המשיבה, יש לקבוע כי עמדה בנטל. שכן, לפי העדות שמסרה הגב' רזנבלט בעניינו של המערער אין למערער זכויות בניה מספיקות לבניית סככה זו. ומכאן שלא הביא המערער כל ראיה על מנת לסתור את עדותה של הגב' רזנבלט עמדה המשיבה בנטל ההוכחה.

19. עוד יאמר כי המשיבה טענה בתחילה טענה חלופית, לפיה גם אם אין עבירת בניה, הרי שקיימת עבירת שימוש אסור בסככה, שהיא עבירה נמשכת החלה בהכרח גם בתקופה בה התקנות המרחביות כבר חלות. אולם, במהלך הדיון חזר בו ב"כ המשיבה מטענה זו, בשים לב לכך כי אם לא היה איסור בבניית הסככה, ממילא לא נוצר איסור שימוש בה.

20. לאחר הדיון הוסיפה המשיבה טענה בכתב (מבלי לקבל רשות בית המשפט להוסיף טענות). על פי טענה זו, המערער לא הוכיח כי הוא עומד אפילו בתקנות הפטור, שכן בתשובתו לאישום הכחיש את הטענה כי הבניה נעשתה מהחומר "פולגל", אך לא הוכיח כי בנה בחומר אחר שהוא קל. כן נטען, כי לא הוכיח ש"פולגל"



הוא חומר קל.

21. יאמר מיד, שטענה אחרונה זו לא תכנס לפרק הדיון. שכן, לא נכון ולא ראוי למאשימה בפלילים להעלות טענות עובדתיות חדשות מסוג זה בערעור, בוודאי שלא לאחר הדיון, ובמיוחד לא נכון לעשות כן מבלי לקבל רשות. די בכך לדחות הטענה. למעלה מן הצורך, יוער כי תשובת המערער לאישום (עמ' 2 לפרוטוקול) הייתה כי הוא עומד בתקנות הפטור. הטענה כי הוא לא הוכיח אחרת מכתב האישום, הטוען לכאורה לחומר קל, היא טענה מתחכמת, הרי המאשימה אינה חוזרת בה מרכיב זה בכתב האישום. בדבריה, צריכה הייתה המשיבה לפחות לטעון באופן מפורש, אם כך היא סבורה, כי "פולילגל" אינו בבחינת "חומר קל", אפילו בהנחה שהנטל על הנאשם. אגב יאמר, מבלי לקבוע מסמרות, יש לשער כי הכוונה בביטוי "פולילגל" הייתה לבניה מפרופיל העשוי פוליקרבונט, המשמש בדרך כלל לבניה קלה דווקא. לכן, טענת המשיבה בהקשר זה, הבאה מאוחר, בלי הסבר מעמיק ובלי ראיות, נראית תמוהה על פניה ולא תבחן לגופה.

דין והכרעה

22. לאחר עיון, מתברר שיש לקבל את הערעור ולזכות את המערער.

23. יאמר מיד שלא מצאתי ממש בהשגות המערער על מהימנות עדי התביעה, ולא מצאתי כי זהו מקרה חריג בו יש להתערב בממצאי ערכאת הדיון בהקשר זה.

24. בית משפט שלום צודק, כמובן, כי מבנה הסככה נכלל בתוך האיסור הכללי על עבודות בנין, כאמור בסעיף 145(א) לחוק תכנון ובניה, שהרי מדובר בנורמה האוסרת, בין השאר, "הוספה לבנין קיים וכל תיקון בו למעט שינוי פנימי בדירה". זאת, "אלא לאחר שנתנה לו רשות הרישוי המקומית היתר", ובהתאם לתנאי ההיתר. לכן, הכלל הוא שלכל בניה יש לקבל היתר מראש, והחריג העיקרי בנוסח החוק במקור היה "שינוי פנימי".

25. כאמור, בשנת 2014 במסגרת תיקון 101 לחוק התכנון והבניה, נקבע חריג נוסף לחובת ההיתר כאשר הוסף סעיף 145ג הקובע כי:

(א) שר האוצר יקבע פטור מהיתר להקמתם של סוגי בניינים, לביצועם של סוגי

עבודות ולסוגי שימושים שיקבע, ובלבד שמתקיימים בהם כל אלה, לפי העניין:

(1) הם פשוטים מבחינה הנדסית;

(2) אין בהם כדי ליצור סיכון, הפרעה, מטרד או מפגע סביבתי של ממש;

(3) השפעתם על חזות הבניין, על הסביבה ועל אופיין ומאפייניהן, מעטה;

(4) הם לא פוגעים בשלד הבניין וביציבותו או במערכות הבניין ובתפקודיו.

(ב) קבע שר האוצר פטור כאמור בסעיף קטן (א), רשאי הוא לקבוע הוראות לעניין

עבודות ושימושים הפטורים מהיתר, לרבות סייגים ותנאים לתחולת הפטור, ובכלל זה

הוראות בעניינים אלה:

(1) חובת מסירת הודעה לרשות הרישוי המקומית על הקמת הבניינים, או על ביצוע

העבודות או השימושים הפטורים מהיתר, אופן מסירתה, פרטיה והמועדים למסירתה;

(2) מפרטים ותנאים שיבטיחו כי הקמת הבניינים, ביצוע העבודות או השימושים, הפטורים



מהיתר, ייעשו באופן מקצועי ובטיחותי ותוך השתלבות בסביבה.
(ג) לא ייקבע פטור מהיתר לעבודות התקנה לראשונה של מיתקני אכסון ואגירה של גז, נפט, דלק או חומרים מסוכנים אחרים.
(ד) אין בהוראות סעיף זה כדי לאפשר הקמת בניין, ביצוע עבודה או שימוש שלא בהתאם לתכנית, להנחיות מרחביות או להוראות לפי חוק זה.
(ה) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו בשטח כאמור בסעיף 62א(ו)(1) עד (3).

26. בתאריך 1.8.2014 יום כניסתו לתוקף של סעיף 145ג פורסמו, ונכנסו לתוקף מכוח הסעיף, תקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר) תשע"ד-2014 (המכונים בפי כל "תקנות הפטור").

27. תקנה 11 לתקנות הפטור קובעת פטור ל"גגון או סוכך" אם הוא מחובר באחת מפאותיו, אינו בולט מקיר המבנה יותר מ- 2 מטר ונבנה מחומרים קלים. לא נטען על ידי המשיבה כי תנאים אלה אינם מתקיימים בגגון של המערער, באשר המבנה לא נמדד ולא נבדק מקרוב (ולמעט הטענה שהוספה לאחר הדיון, אשר נדחתה על הסף, כאמור לעיל).

28. תקנה 2 לתקנות הפטור מגדירה חלק מהתנאים הכלליים לפטור מהיתר, לגבי כל סוג מבנה ונקבע בין השאר, בתקנה 2(4), כי על סוגי הבניה הפטורים להיות "מתאימים לתכניות ולהנחיות המרחביות החלות במקום, ואם ניתן היתר הקובע הוראות לגבי הקמתם, הם תואמים את הוראותיו". לענין "אחוזי הבניה", המשיבה מסתמכת, כאמור, על הוראה 3.1.2 בהנחיות המרחביות לענין תקנות הפטור, המבהירה כי על מנת לבנות "גגון", צריך שיהיו במגרש זכויות בניה מספיקות על פי התכנית.

29. יש להדגיש כי המשיבה לא טענה טענה משפטית אפשרית, לפיה בניית גגון או סוכך תלויה בקיומם של זכויות בניה מכוח התקנות עצמן, או מכוח החוק ישירות, בהיות זכויות אלה חלק מהתכנית "החלה על המקום". שאלה משפטית מעניינת היא אם כך יש לפרש את התקנות, בשים לב לכך שתנאי זכויות הבניה לא מוזכר במפורש בתקנות, למרות היות התקנות מפורטות מאוד. לכאורה, מסתבר כי התשובה לשאלת קיומו של איסור בנית סככה מעבר לזכויות הבניה צריכה להיות חיובית. זאת, נוכח הוראות החקיקה הראשית עצמה, בסעיף 145ג(ד) לחוק התכנון והבניה והיות זכויות הבניה חלק משאלת ה"תכנית". אולם, נוכח שתיקת התקנות בחלקים המתייחסים להרחבות לסוגיהן, טענה זו צריכה עיון וטיעון. בתיקנו המשיבה לא טענה זאת, ומשומע כי דעתה הפוכה. שכן, טענת המשיבה, לפיה כפיפות בניה של סככה לקיומן של זכויות בניה נובעת מההנחיות המרחביות בלבד, נטענה לא רק בערכאה הראשונה אלא גם בערעור (תגובת המשיבה: סעיף 10 לפרק "תגובת המשיבה", סעיף 14 ו- 15 לפרק "נטל הבאת הראיות"). נוכח האמור, בהעדר טיעון, יש להשאיר שאלה זו ב"צריך עיון" ואין לקבוע הלכה כללית לפיה בניה מרחיבה על פי תקנות הפטור אינה כפופה לזכויות בניה. מכל מקום, מכיוון שהטענה לא הועלתה בתיקנו, יש להניח לטובת המערער דנן (בלבד) כי תקנות הפטור פוטרות גגון או סוכך, אפילו אם נבנו תוך חריגה מ"אחוזי הבניה".

30. המשיבה גם לא טענה טענות משפטיות אחרות, אותן ניתן לטעון ביחס למבנים מסוג זה, כגון אי התאמה לתנאי החוק עצמו, בהיותו אולי מטרד או הפרעה של ממש, או כי מדובר במבנה שפגיעתו בחזות הבניין אינה מעטה. מובן מאליו כי כל טענה מסוג זה צריכה הייתה להטען בכתב האישום, או לפחות להטען כתגובה סדורה ורשמית לטענת הגנה אודות "פטור", ועליה להיות מוכחת עובדתית בערכאת הדיון. מכל מקום, המדינה התרכזה בטיעון



הנובע מההנחיות המרחביות ולא הניחה תשתית לטיעונים אפשריים אחרים. לפיכך, **מקרה זה יידון על יסוד עמדת המשיבה לפיה רק שאלת זכויות הבניה היא העומדת למערער לרועץ, וזאת אך רק מכוח ההנחיות המרחביות. מובהר שאין לראות בפסק דין זה כל אמירה ביחס לטענות המשפטיות שהמשיבה לא טענה.**

בניה בין השמשות

31. התקנות אינן מתנות את עצם כניסתן לתוקף בקיומן של הנחיות מרחביות. כדי שתהיה הגבלה על תקנות הפטור, מכוח הנחיה מרחבית, על הוועדה המקומית לנסח הנחיות מרחביות. כך אכן עשתה הוועדה המקומית באשדוד בהתייחס לתקנות הפטור. בתאריך 10.9.2014 חתמה הוועדה המקומית על הנחיות מרחביות אלה, והן חלות מיום זה ואילך.

32. במקרה שלפנינו, טוען המערער כי בין מועד כניסה לתוקף של תקנות הפטור (1.8.2014) לבין מועד כניסה לתוקף של ההנחיות המרחביות (10.9.2014), ישנו חלון זמן בו ניתן היה להישען על התקנות בלבד. שכן, בתקופה זו, עדיין לא חלו ההנחיות המרחביות אודות תנאי הפטור, אלא רק תקנות הפטור עצמן, אשר לכאורה אינן דורשות "אחוזי בניה" כתנאי להיתר. משכך, בהנחה שהתקנות אינן דורשות אחוזי בניה לגגון או סוכך, צודק המערער כי בתאריכים אלו, לכאורה, מותר היה לו לבנות מבנה הפטור על פי התקנות, גם ללא אחוזי בניה מספיקים.

33. בהנחה שהתזה האמורה נכונה, המשמעות היא שהמבנה נבנה תחת תחולה של פטור, והבניה לא הייתה אסורה למרות שלא היה היתר. ממילא, כאשר אין מדובר במבנה שנבנה באיסור, אף השימוש בו מאז הוא לכאורה שימוש מותר.

נטל ההוכחה

34. הצדדים חלוקים ביניהם בשאלה על מי מוטל הנטל להוכיח מתי נבנתה הסככה. המערער טוען שמכיוון שמדובר בהליך פלילי, ולמעשה מדובר ביסוד מיסודות העבירה, נטל ההוכחה הוא על המשיבה. המשיבה טוענת שעל המערער נטל ההוכחה ולדעתה נטל ההוכחה הוא כמו של תובע במשפט אזרחי. משמע, שלשית המשיבה על המערער היה לשכנע בדבר תחולת הפטור על המבנה מעבר למאזן הסתברויות. לשיטתה, מכיוון שהמערער לא העיד, לא עמד בנטל זה ובדין הורשע.

35. כאמור, בית משפט השלום קבע כי הטענה לפיה מדובר בבניה עליה חל פטור מהיתר אינה בבחינת יסוד שלילי של העבירה, אלא בבחינת טענת הגנה. כן קבע בית משפט השלום כי הנטל להוכיח טענת הגנה היא על הנאשם, וכי עליו לעמוד בנטל זה ולשכנע בה מעבר למאזן ההסתברות. אין בידי להסכים עם הניתוח של בית משפט השלום בהקשר זה.

36. ראשית, ההנחה של בית משפט השלום לפיה הנטל להוכיח טענת הגנה היא על הנאשם, מעבר למאזן ההסתברות, אינה נכונה עוד מאז תיקון 39 לחוק העונשין. נכון, שחזקה על מעשה עבירה שבוצע ללא סייג, כאמור בסעיף 34 לחוק העונשין "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". לכן, הנטל הראשוני להבאת ראיה בהקשר זה היא על הנאשם. אולם, לעניין נטל



השכנוע, נאמר במפורש בסעיף 34 כ"ה כי "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג". לכן, אפילו בהנחה כי שאלת תחולת הפטור היא טענת הגנה, מסתבר שבית משפט השלום מדד את השאלה העובדתית באמת מידה שאינה מתאימה.

37. חשוב להדגיש בהקשר זה כי המחוקק, אפילו בחוק התכנון והבניה עצמו, ידע להגדיר באופן מפורש מתי הנטל מועבר אל כתפי הנאשם. כך, לענין היסוד הנפשי של העבירה, נקבע כי זוהי עבירה של "אחריות קפידה", והנטל על הנאשם להוכיח שלא ידע על העבירה וכי נקט בכל האמצעים למנוע את ביצועה (סעיף 208(ב) לחוק לפני תיקון 116, סעיף 243(ז) לחוק על פי תיקון 116). אולם, בניגוד ליסוד הנפשי, לא מצאתי נטל השכנוע הועבר לנאשם באופן מפורש בכל הקשור ליסוד הפיזי של העבירה, היינו הנטל להוכיח כי הבניה מתאימה להיתר.

38. מעבר לכך, איני בטוח ששאלת תחולת תקנות הפטור היא אכן "טענת הגנה" כפי שהניח בית משפט השלום. לכאורה, מלשון החוק, משתמע כי מדובר ביסוד שלילי בעבירה. אף כי, מבחינה מעשית, אני מסכים שאם אין הנסיבות עולות מראיות התביעה, על הנאשם להביא ראיה ראשונית לטענתו בדבר תחולת הפטור אפילו בהנחה כי מדובר ביסוד שלילי של העבירה, כפי שאסביר בהמשך.

39. אגב יאמר, שני הצדדים הניחו, כדבר הברור מאליו, כי הנטל להראות קיומו של היתר בניה, היא על הנאשם, ולו כטענת הגנה, אם לא מעבר למאזן ההסתברות. אומר, כי אף בכך איני בטוח כלל וכלל. לכאורה, העדרו של היתר, על פי נוסח החוק, הוא בבחינת "יסוד שלילי", הטעון הוכחה על ידי המאשימה. אמנם, ככל יסוד שלילי, וככל עובדה שהיא בידיעה מיוחדת של נאשם, פשיטא שדי למאשימה להרים נטל מועט וראשוני, כדי להעביר הנטל להביא הוכחה נגדית אל הנאשם, אף אם נטל השכנוע, במצב ספק, יישאר כנראה על כתפי המאשימה. אולם, איני בטוח כלל שדי למאשימה, כדי להרים נטל ראשוני זה, בהוכחה כי "פלוגי בנה". נראה שיש צורך גם בעדות המציגה את תיק הבניה הרלוונטי, או ראיה ראשונית אחרת, כדי ללמד כי המבנה אינו מתאים להיתר או נבנה ללא היתר כלל (ראו עפ"א (חיפה) 31623-08-14 **חג'אזי נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה שפלת הגליל** (12.11.14, מפי כב' השופטת א' ויינשטיין, בפסקאות 44-48)).

40. עם זאת, הדברים אינם כה פשוטים. כפי שהוסבר לעיל, בניגוד ליסוד הנפשי שנקבע כעבירת "אחריות קפידה", בענין היסוד הפיזי, המחוקק לא אמר במפורש כי הנטל להוכיח קיומו של היתר הוא על הנאשם. מהפסיקה עולה כי קשה לפעמים להבחין בין שלשת סוגי הסייגים לאחריות פלילית. היינו בין סייגים לעבירות שהם בבחינת "הגנה", לבין סייגים שהם בבחינת "יסוד שלילי", ולבין סייגים בהם המחוקק באמת הטיל את הנטל על הנאשם לשכנע מעבר למאזן ההסתברות, היינו כאשר קבע חזקה נגד הנאשם או עשה שימוש בלשון מפורשת המטילה נטל על נאשם (ראו קושי לדוגמה ע"פ 767/76 **מדינת ישראל נ' ממן** פ"ד לא(2) 673 (1977), וראו הדיון המפורט בע"פ 4961/97 **רוזוב נ' מדינת ישראל** פ"ד נג(4) 337 (1999), ביתוח המפורט של השופט חשין החל מפסקה 37, ובהערות השופטת בייניש והנשיא ברק שם). מכל מקום, אף שאלה זו, לענין ההיתר, אינה מונחת לפנינו ואין צורך לקבוע בה מסמרות, שהרי הצדדים השתמשו בענין זה לצורך ההיקש, ולא כטענה לגופו של עניין.

41. נחזור לענין תקנות הפטור. לטעמי, פשוט לגמרי שלא ניתן לראות ב"פטור" כהגנה מהסוג השלישי, החריג מאוד, בו נטל השכנוע מוטל על הנאשם להוכיח קיומה של ההגנה מעבר למאזן ההסתברות. זאת, לא רק משום שאין נוסח החוק מלמד מציין במפורש שהנטל על הנאשם, למעט בעקרון אחריות הקפידה ביסוד הנפשי,



אלא שגם משום שאין מדובר בסוג הדברים בהם יש קושי מיוחד בהוכחה, כגון יסוד נפשי חריג כמו מטרת ביצוע העסקה, כפי שהיה בעניין **רוזוב**.

42. אין מחלוקת, כי על המדינה להוכיח את טיבה של הבניה העומדת ביסוד כתב האישום. שאלת התחולה של הפטור תהיה בדרך כלל שאלה משפטית או מקצועית - פיזית, אם בניה זו, כפי שהוכחה על ידי התביעה, עומדת בתנאי פטור אם לאו. לכן, גם הטעמים עליהם עמדו השופטים חשין ובייניש בעניין **רוזוב** אינם מצדיקים הטלת הנטל על הנאשם, בוודאי שלא מבלי שהמחוקק הורה על כך במפורש.

43. המסקנה היא אפוא, כי מדובר באחת מן השתיים: או "יסוד שלילי" אשר הוכחתו על המאשימה ולו כנטל ראשוני, או "טענת הגנה" אשר הנטל על הנאשם להביא לגביו הוכחה ראשונית. אולם, כך או כך, **בסופו של יום נטל השכנוע מונח על כתפי המאשימה**. בעניין זה, עלי לחלוק על בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בפרשת **מטינה**, עליו מסתמכת המשיבה (ראו והשוו "לפטור" מתחום הגבלים עסקיים ת"פ (ירושלים) 49529-12-11 **מדינת ישראל נ' בן דרור** (30.4.17, מפי כב' השופט שחם, בפסקה 421)).

44. למעשה, מכיוון שנטל השכנוע הוא על הנאשם, השאלה אם הוראות סעיף 145 ותקנות הפטור הן בבחינת הגנה או יסוד שלילי בעבירה, משמעותית לשני עניינים. העניין האחד - החובה לכלול התייחסות לכך בכתב האישום, היינו כי יש לציין בכל כתב אישום לא רק שמבנה נבנה "ללא היתר", אלא גם "ללא פטור בדין". העניין השני - אם הנטל הראשוני, "חובת הבאת ראיה", בהקשר זה, הוא על המאשימה כיסוד שלילי, או על הנאשם כטענת הגנה.

45. בהעדר הנחיה ברורה של המחוקק בהקשר זה, ומטעמים מעשיים, דומה כי מן הראוי להטיל על הנאשם למצער את הנטל להעלות הטענה, וככלל גם את הנטל להביא ראיה ראשונית לתחולת הפטור. שכן, תקנות הפטור מרובות הן, ועוסקות במגוון מצבים רחב למדי. לפיכך, קשה לדרוש מן המאשימה בכתב האישום לשלול כל טענה אפשרית שניתן לטעון מכוח התקנות כרשימת מכולת. לכן, **ניתן לראות בתקנות הפטור, מבחינה מעשית, מעין טענות הגנה. משמע, מי שמבקש לטעון כי המבנה שבנה פטור מהיתר משום שהוא "גדר", "מצללה", "סורגים", "החלפת רכיבים" או כד', 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**.

46. לטעמי, במקרה דנן, מתוך הראיות שהוגשו לבית המשפט, עולה ספק מוחשי בשאלת מועד הבניה, וממילא ספק בדבר קיומו של פטור לפי הוראות סעיף 145 לחוק התכנון והבניה. מיד יוסבר כי ספק זה לא הוסר ומחייב את זיכוי הנאשם.

היישום

47. כזכור, התקיים חלון זמנים, מיום 1.8.14 ועד 10.9.14, בו בניית הסככה של המערער הייתה לכאורה מותרת, בין תחולת תקנות הפטור לבין תחולת ההנחיות המרחביות. נקודת הזמן המאוחרת ביותר בה ניתן לומר כי המבנה נבנה היא 23.10.14, אז נעשתה הפניה למוקד העירוני ביחס לסככה (נ/1). מסמך זה, שהתקבל ללא התנגדות (עמ' 5-6 לפרוטוקול), מלמד כי התלונה התקבלה עקב כך שהסככה חוסמת את מרזב מי הגשמים.



משמע לכאורה, התלונה לא הוגשה בהכרח ביום הבניה, אלא עקב הגשם המשמעותי הראשון שלאחר הבניה, ביום הגשם או בימים שאחריו, כאשר התברר שהמרזבים חסומים. המסקנה היא, שלא ניתן לדעת מתי נעשתה הבניה, אם בסמוך לתלונה אם לאו, אם כי סביר להניח כי בוצעה לאחר עונת הגשמים דאשתקד.

48. המשמעות היא, כי קיימת אפשרות מוחשית מאוד לפיה הבניה נעשתה בתוך 40 הימים בהם מותר היה לבנות המבנה. תקופה, אשר הסתיימה 43 ימים בלבד לפני הפנייה למוקד העירוני (לאחר הגשם). אפשרות מוחשית זו עולה לכאורה מראיות התביעה עצמה, ועל כן אין משמעות רבה לכך שהנאשם לא העיד. נכון, הימנעות נאשם מלהעיד מחזקת את ראיות התביעה, אך ראיות התביעה עצמן מקיימות בתוכן ספק עובדתי מוחשי. בשים לב לכך שנטל השכנוע הוא על המאשימה, לא די בחיזוק הפורמאלי, הנובע משתיקת הנאשם, כדי להסיר את הספק.

49. ב"כ המשיבה, בהגנותו, הסכים בדיון כי אם אכן מתברר שהמבנה נבנה בהיתר, אין איסור שימוש בו בתקופה שלאחר מכן, וכי המשיבה חוזרת בה מטענה זו. משמע, משנקבע שיש ספק סביר ביחס למועד הבניה, וייתכן שהמבנה נבנה בהיתר, בתקופת תחולה של "פטור", אין איסור שימוש במבנה גם בתקופה לאחר שנכנסו לתוקף ההנחיות מרחביות, אשר היו מביאות לאיסור על בנייתו.

סיכום

50. סיכומי של דבר, לאחר שהמאשימה לא טענה לאי התאמה של הסככה לתקנות הפטור עצמן, ולא טענה למקור אחר לאיסור הבניה, אלא מחמת אי עמידה בזכויות הבניה, ולאחר שהמאשימה טענה שנדרשות זכויות בניה מכוח ההנחיות המרחביות מבלי להתבסס על מקור נורמטיבי אחר, מתברר כי השאלה העובדתית החיונית היא - מתי נבנתה הסככה? שכן, זמן קצר לפני גילוי הסככה על ידי הרשות, הייתה תקופה בת 40 יום בה בנייתה הייתה מותרת, בין הכניסה לתוקף של תקנות הפוטורות הסככה לבין הכניסה לתוקף של ההנחיות המרחביות האוסרות אותה.

51. המערער לא העיד להגנתו. מטעם זה, הכריע בית משפט קמא כי המערער לא עמד בנטל השכנוע, מעבר למאזן ההסתברות, להוכיח כי בנה המבנה בתוך תקופת הפטור. אולם, לאחר עיון מתברר כי אין זה סוג המקרים בהם נטל השכנוע הוא על הנאשם להוכיח טענתו מעבר למאזן ההסתברות. אפילו בהנחה כי תחולת הפטור היא סייג לאחריות בפלילים, היינו "הגנה" ולא יסוד שלילי בעבירה, לא עובר נטל השכנוע אל הנאשם. אמנם, על הנאשם להביא ראיה ראשונית להוכיח את טענתו לפטור. אולם, בין עשה כן ובין אם לאו, כאשר מתוך ראיות התביעה עצמן עולה ספק מוחשי בדבר תחולת הפטור, והספק לא הוסר, יש לזכות את הנאשם.

52. במקרה זה, נוכח העובדה שהבניה התגלתה זמן קצר לאחר שבניית סככה מסוג זה חזרה להיות אסורה, לאחר תקופה לא קצרה בה הייתה לכאורה מותרת, נותר ספק מוחשי שמא נבנתה הסככה בתקופת "פטור". לפיכך, התוצאה היא שיש לזכות את המערער.

הערעור מתקבל.

המערער מזוכה מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

המזכירות תעביר עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.



הסנגור יעדכן את המערער.

ניתן היום, ח' אדר א' תשע"ט, 13 פברואר 2019, בהעדר הצדדים.