



ת"פ 32060/10/20 - חיים מלכה הפצה ושינוע בע"מ, חיים מלכה נגד הועדה המקומית לתכנון ובניה קרית מלאכי

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 32060-10-20 חיים מלכה הפצה ושינוע בע"מ ואח' נ' ועדה לתו"ב קרית מלאכי

בפני כבוד השופט אלון אינפלד

מערערים

1. חיים מלכה הפצה ושינוע בע"מ

2. חיים מלכה ע"י ב"כ עו"ד ליאור קצב

נגד

משיבה

הועדה המקומית לתכנון ובניה קרית מלאכי ע"י ב"כ עו"ד

משה מליק

פסק דין

לפני ערעור על הכרעת דין מיום 17.07.2018, ועל גזר דין מיום 14.07.2020, אשר ניתנו על ידי בית המשפט השלום בקריית גת, בשבתו כבית משפט לעניינים מקומיים (כב' השופט משה הולצמן) (תו"ב 65331-12-16). בהכרעת הדין, זוכו המערערים מחמת הספק מהעבירה המרכזית לגביה נערכה ההתמודדות במשפט, שימוש בנכס באזור מסחרי למטרת מגורים, היינו בסטייה מהתכנית. עם זאת, הורשעו בעצם השימוש בקומה שנבנתה לפני שנים רבות בחריגה מהיתר משנת 1977, היינו שימוש בנכס הטעון היתר בניה, ללא היתר. בקשה לסיים ההליך בצו ללא הרשעה נדחתה, לאחר שנקבע שאין המערער עומד בתנאי הלכת **כתב**. לפיכך, גזר בית המשפט על כל אחד מן המערערים קנס בסך 25,000 ₪ אשר ישולם ב - 25 תשלומים שווים, וביחס למערער 2 (להלן: המערער) נפסקו גם עשרה ימי מאסר חלף הקנס. כן ניתן צו איסור שימוש שייכנס לתוקף לאחר שנתיים. צו הריסה - לא נתבקש ולא ניתן.

הערעור תוקף את הן הכרעת הדין והן את גזר הדין, במגוון טענות. אולם, השאלה העיקרית עליה יש לתת את הדעת בערעור זה נוגעת לפגמים בהתנהלותה של המשיבה במשך תקופה ארוכה לפני הגשת כתב האישום, אשר לא חקרה ולא נתנה התראה ביחס לעבירה בה הורשעו המערערים בסופו של יום. למעשה, המשיבה נתנה להבין כי אין איסור להשתמש בנכס של המערערים, והאיסור היחיד הוא שימוש בחריגה מהיעוד. פגמים נוספים התקיימו גם בשלב ניהול המשפט, בניסוח לקוי של כתב האישום בהקשר לטיבו של הנכס וטיב האיסור להשתמש בו, ואף הימנעות מחקירה נגדית לנאשם ביחס לכל שימוש אסור, למעט מגורים במבנה התעשייה. כך, שמתקבל הרושם שהמערער הורשע בעבירה, שלא היה ברור שהוא בכלל מואשם בה, עד שלבי המשפט האחרונים.

ההליכים לפני בית משפט קמא:

1. ביום 10.10.17 הגישה המשיבה כתב אישום נגד המערערים, ובו אישום בגין עבירה של שימוש במקרקעין ללא היתר ועבירה של שימוש במקרקעין בסטייה מתוכנית בהתאם להוראות חוק התכנון והבניה תשכ"ה - 1965 (להלן: "**החוק**"). זאת, בהתייחס לסעיפים 204 ו- 208 חוק, כנוסחו לפני תיקון 116. הצדדים לא העלו כל טענה לגבי משמעות התיקון, ולפיכך הדיון יתקיים בפסק דין זה בהמשך לדרך בה נקטו הצדדים, לפי הדין כניסוחו ערב התיקון.

2. על פי עובדות **כתב האישום**, המערער הינו מנהלה הפעיל של המערערת אשר הינה הבעלים והמחזיקה



של אולם תעשייה בגודל כ- 800 מ"ר הנמצא ברחוב חלוצי התעשייה בקריית מלאכי, שבתחום מרחב התכנון של המשיבה. על פי הטענה, בביקורת שנערכה ב"בנין" נמצא כי הוא נבנה ללא היתר כדן. עוד נמצא, כי "הבנין" חולק למספר יחידות מגורים וכי מיום 24.08.2015 עד למועד הגשת כתב האישום, שימש הבנין למגורים. זאת, בניגוד לתכנית החלה על המקרקעין, לפיה מותר להשתמש במקרקעין למטרות תעשייה בלבד. יאמר מיד, ויפורש בהמשך על כך עוד, כי לא ניתן להבין מכתב האישום כי מדובר בבנין שהוקם על פי היתר, וכי טענת המאשימה היא שחלק מהמבנה, בו מצוי האולם של המערער, בנוי בסטייה מאותו היתר.

3. ביום 04.07.2017 התקיים דיון המענה בעניינם של המערער, במסגרתו אישר המערער כי הוא הבעלים של המערער וכי המערער היא בעלת האולם, אף כי האולם הושכר לשימוש של אחר, ולפיכך נטען כי המערער לא היו בבחינת "מחזיק" במקרקעין בזמן הרלוונטי. המערער כפר מחוסר ידיעה בטענות המשפטיות לגבי הייעוד המוגדר על הקרקע ולענין קיומו של היתר בניה. לענין אחרון זה ציין כי הוא עצמו רכש את המבנה מאחרים.

4. בהמשך לכפירה שבאה כתגובה לסעיפי האישום הפרטניים, מסר הסנגור גרסה מפורטת ביותר (עמ' 3 עד 5 לפרוטוקול) והמערער עצמו הוסיף דברים (עמ' 5 עד 6). התשובה בעיקרה היא כי הנכס הושכר כמחסן, המתאים לייעוד התעשייתי, ולא ידוע למערער על שימוש אחר שנעשה בנכס. נטען כי, אמנם, העירייה פנתה אליו בטענה כי נעשה שימוש למגורים במקום. אולם, לפי בדיקת המערער עצמו בביקוריו במקום, לא נעשה בנכס שימוש למגורים, ולכל היותר הוכן מקום התרעננות לעובדים. נטען עוד כי, נוכח לחץ העירייה, הביא המערער לפינוי השוכר דאז, שנחשד כי הלן עובדים זרים במקום, והנכס הושכר לשוכר חדש.

5. התובע הגיב לתשובה, בטענה כי להערכת העירייה השוכר היה פיקטיבי, וביקש להפוך נטל הראיה במשפט. במסגרת דיון המענה, אף צד לא התייחס באופן מפורט לנושא היתר הבניה. למעט הטענה בכתב האישום לפיה "אין היתר" מחד גיסא, וכפירת "מכחיש מחוסר ידיעה" מאידך גיסא. בניגוד לתשובה המורכבת וחילוּפִי הטענות בנוגע לשאלת השימוש למגורים, אף אחד מהצדדים לא הבהיר את עמדתו העובדתית לגבי קיומו של היתר בניה ביחס לבנין בכלל, והיתר לקומה של האולם בפרט. כך, גם התובע לא הבהיר כי מדובר במבנה מורכב, בו יש היתר לקומה אחת, עם היתר עקרוני ליתר הקומות, אך ללא היתר פורמאלי ליתר הקומות, כפי שנטען בשלבים מאוחרים יותר.

6. בימים 07.11.17, 16.01.2018 התקיימו דיוני הוכחות בפני בית משפט קמא. בפתח דיוני ההוכחות, העלה המערער טענה מקדמית בדמות הגנה מן הצדק, בטענה כי נכון היה להעמיד לדין את השוכר שלכאורה ביצע את העבירות, ולא את המערער לבדם. התובע ביקש שוב להפוך את נטל הראיה והשכנוע, בהתאם לסעיף 208 כנוסחו אז. בית המשפט החליט כי יכריע בטענה המקדמית לאחר שמיעת הראיות במשפט.

עבירה של שימוש במקרקעין בסטייה מתכנית - שימוש במקרקעין לשם מגורים

7. עולה כי ההליך בבית משפט קמא, התמקד ונסוב בעיקרו על העבירה של שימוש במקרקעין בסטייה מהייעוד לפי התוכנית החלה על המקרקעין. היינו, שימוש במבנה באזור תעשייה למטרות מגורים. זאת, הן בשלב ההוכחות והן בשלב הסיכומים. לאחר שמיעת טענות הצדדים והליך הוכחות ממושך, זיכה בית המשפט את המערער בגין עבירה זו, מחמת הספק, ועל כך אין היום עוררין. לפיכך, על אף שעיקר הדיון התמקד בעבירה זו, אין מקום להרחיב יתר על המידה בענין זה. עם זאת, עיקר הדברים יובאו בתמצית, על מנת



להמחיש המשקל הרב אשר ניתן לעבירה זו הן ביחס לראיות והן ביחס לטענות הצדדים. זאת, בניגוד להתייחסות אשר ניתנה לעבירה בה הורשעו המערערים לבסוף.

8. באשר לעבירה זו, עיקר טענת המשיבה היה כי הוראות התכנון החלות על הבניין, מתירות להשתמש במקרקעין לתעשייה בלבד. אולם, מביקורת שנערכה במקרקעין ביום 24.8.15, 8.8.16 ו- 29.9.16, נמצא כי הבניין חולק למספר יחידות מגורים, אשר בהן קיימים שולחנות, כיסאות, תנור אפיה, מכונות כביסה וחבלי כביסה. לטענת המשיבה, פריטים אלו אשר נמצאו ביחידות המגורים מוכיחים לכאורה כי הבניין משמש למגורים. לפיכך, טענה המשיבה כי המערערים עשו שימוש שלא כדין במקרקעין, תוך סטייה מתכנית. זאת, החל מתאריך 24.8.15 לכל הפחות, ועד למועד הגשת כתב האישום.

9. על מנת לבסס טענותיה בהקשר זה, הציגה המשיבה בפני בית המשפט ראיות בכדי להוכיח כי נעשה שימוש בבניין למטרות מגורים ביניהם - תקנונים של תכנית מפורטת החלה על המקרקעין, על מנת להראות כי השימוש במקרקעין הינו לתעשייה בלבד (ת/1, ת/2); הזמנה של המערער למסירת עדות בגין שימוש במקרקעין בסטייה מהיתר או תכנית (ת/11, ת/4); תצלומים המתעדים הבניין בהם רואים את החפצים אשר לטענת המשיבה משמשים למגורים (ת/6, ת/8); חוזה שכירות בלתי מוגנת למבנה תעשייה של המערער מול השוכר של הבניין (ת/7).

10. כמו כן, **בדין ההוכחות מיום 07.11.2017** העידו עדים מטעם המאשימה במטרה לחזק ולהוכיח כי נעשה בבניין שימוש למגורים, זאת בסטייה מתכנית. **העד הראשון מטעם המאשימה לעניין זה היה מר יורי רחמן, בודק תכניות ומידען אשר מוסר מידע תכנוני בוועדה לתכנון ובנייה.** מעדותו עלה כי התכניות אשר חלות על המקרקעין אינן מתירות שימוש למטרות מגורים וכי "השימוש שמותר תעשייה, מלאכה, שירותים, אחסנה ומשרדים של המפעל". כן אישר העד בחקירה נגדית כי מעטפת הבניין קיימת "הרבה שנים". **העדה השנייה אשר העידה מטעם המאשימה היא הינה הגב' לירז כהן, מפקחת בניה במחלקת הנדסה.** עיקר עדותה של המפקחת מתמקד דווקא בעבירה של שימוש בבניין ללא היתר, ועל כך בפרק הבא. אולם, אף היא התייחסה בעדותה לעבירה של שימוש במקרקעין תוך סטייה מתכנית, וטענה כי בקומה השנייה אשר בבעלות המערערים ישנם "מגורים במקום".

11. **העד השלישי אשר העיד מטעם המאשימה הינו מר רפאל אבייב, מפקח בניה במחלקת הנדסה.** עיקר עדותו התמקד בהליכי החקירה שביצע מעת שקיבל את ההתראה כי מתקיים שימוש חורג בבניין למטרות מגורים. לאחר הבדיקה הראשונה, זימן את המערער שהגיע ביום 30.10.13, והזהירו "אמרתי לו שימוש חורג מתעשה למגורים". לדבריו, המערער מסר כי השכיר המקום לקירל וכי הוא "מטפל בזה" (עמ' 17). בהמשך עדותו תיאר את ניסיונותיו לזמן ולחקור את השוכר לכאורה (קירל); את ביקוריו החוזרים בנכס החל משנתיים לאחר הביקור הראשון מהם הסיק שהעבירה ממשיכה להתבצע; את הראיות שאסף בביקורים; את הזימונים החוזרים למערער בעקבות כך; העדכונים שמסר המערער בשלשה זימונים נוספים; פרטי הממצאים מהביקורים השונים ועוד.

12. בחקירה הנגדית נשאל מר אבייב לגבי העיכוב בהגשת כתב האישום, עד 3 שנים מגילוי העבירה, והשיב כי בזמן הזה ניסו לאתר את השוכר קירל ללא הצלחה. הוא נשאל מדוע זומן המערער פעמים נוספות, והעד השיב כי רצה להתעדכן בשאלה אם המערער השכיר שוב לקירל, שכן בכך מתבטאת אחריות המערער למעשי המשכיר. כן נשאל העד על פרטי הפרטים של הממצאים ומה ניתן להסיק מהם.

13. **המערער העיד ביום 16.01.2018,** במהלך חקירתו הראשית תיאר כי רכש את הבניין להשקעה בשנת



2013, ומיד לאחר מכן השכיר אותו למר קירל למטרות תעשייה לייבוא צעצועים. המערער טען כי שמע לראשונה שמתבצעת לכאורה עבירת בנייה, כאשר המפקח רפאל פנה אליו בעניין. המערער הבהיר כי כאשר שמע על כך, הוא ביצע ביקורים בבניין על מנת לוודא כי אינו משמש למגורים. לדברי המערער, בביקוריו לא הבחין בדבר אשר מצביע על שימוש למגורים, למעט מכונת כביסה. עוד סיפר המערער, כי כאשר המפקח פנה אליו בשנית כעבור שנתיים, הוא פנה לקירל בשנית על מנת להסדיר העניין, והשתמש בכל הכלים החוקיים שעמדו לרשותו, על מנת למנוע השימוש. זאת, הן בשליחת מכתב התראה והן בסופו של יום בפניו של קירל מן המושכר. במהלך החקירה הראשית, הוגשו לבית המשפט מסמכים רבים מטעם המערער לחיזוק טענתו כי הבניין לא שימש למגורים, ובעיקר כי לאחר ההתראות החוזרות, עשה ככל שיכול היה להביא להפסקת פעילותו של השוכר קירל במקום.

14. יודגש, כי בחקירתו הנגדית נשאל המערער שאלות רבות באשר לטענותיו השוללות שימוש בנכס לצרכי מגורים. המערער נשאל על החוזה עם קירל; על הבדיקה שערך בעסק לאחר ההתראה הראשונה; על דיווחיו למפקח; על ביקורים חוזרים בנכס לבחון אם יש שם מגורים או אחסון; על כך שהצליח להביא לפינוי של קירל; על טענתו בתביעת הפינוי שקירל עשה שימוש בניגוד להסכם (בניית מחיצות); הסברו לחידוש החוזה עם קירל בשנת 2015 (כי חלפו שנתיים מההתראה היחידה שקיבל ולכן הבין שהכל בסדר); ופרטי פרטים של נושאים אלה.

15. אולם, לא הוטחה במערער הטענה שלמרות שלבנין יש היתר, הקומה של האולם שלו נבנתה ללא היתר, ולכן כל שימוש בנכס הוא אסור, בין למגורים ובין לתעשייה. לא הוטחה במערער הטענה שעצם ההשכרה לשימוש, אפילו לאחסון, היה אסור. למעשה, המערער לא נחקר בגין העבירה של שימוש בנכס הטעון היתר בנייה ללא היתר, בה הורשע בסופו של יום, ולו שאלה אחת.

16. **בסיכומי הצדדים**, מיקדה המאשימה את טענותיה בעבירה של שימוש במקרקעין בסטייה מתכנית, ועמדה על כך כי המסמכים והתמונות שהציגה, ביחד עם העדים אשר הביאה מטעמה, מוכיחים מעל ספק סביר כי הבניין משמש למטרות מגורים, זאת בסטייה מהתכנית. מנגד, המערער בסיכומיהם עמדו על כך כי מהמסמכים והעדויות עולה שהמשיבה לא עמדה בנטל להוכיח שהמערער ביצע שימוש חורג בנכס.

17. **בהכרעת הדין**, בית המשפט זיכה את המערער בהקשר לעבירת השימוש למטרות מגורים. נקבע כי אמנם המשיבה הצליחה להוכיח, בעדים ומסמכים, כי ייעוד המקרקעין לתעשייה בלבד. עם זאת נקבע, כי המשיבה לא הוכיחה מעבר לספק סביר כי בוצע בפועל שימוש חורג לשם מגורים. שכן, אין די בהימצאותם של הפריטים אשר תועדו במקום, כדי לחייב המסקנה לפיה נעשה בנכס שימוש למגורים. זאת, במיוחד לאחר שקירל לא אותר ולא נשמע הסברו לממצאים, ונוכח אינדיקציות סותרות. כמו כן, **נמצא כי עדותו של המערער מהימנה**, כאשר טענתו לפיה בדק ומצא שלא היו במקום מגורים נתמכת אף בחשבון המים. יתרה מכך, נקבע כי למרות שהנאשם סבר בתום לב שאין מגורים במקום, הוא פעל כדי לרצות את גורמי העירייה שסברו אחרת, וכדי להימנע מעימות עם רשויות החוק. זאת, בכך שהוא ניצל הפרה אחרת של חוזה השכירות (בניית קירות פנימיים ללא אישור המערער), כדי לדרוש מהשוכר קירל לפנות את המושכר.

18. בית המשפט הוסיף הערת אגב, לפיה יש ממש בטענת המערער כי צריך היה להעמיד לדין גם את קירל. עם זאת, בית המשפט הביע ספק אם היה בטענה זו לבדה כדי למנוע את העמדתו של המערער, אלמלא זוכה ממילא מהעבירה המשותפת. הוער, כי סביר היה לשקול עניין זה בהקשר לעונש, אך בשלב הכרעת הדין לא נכון לקבוע מסמרות בשאלת משקלו של עניין האפליה.



עבירה של שימוש בנכס הטעון היתר בנייה ללא היתר

19. באשר לעבירה זו, טענה המשיבה כי המערערים עשו שימוש בנכס הטעון היתר בנייה ללא היתר. כך נטען, בסעיף 5 לכתב האישום, "בביקורת שנערכה במקרקעין נמצא כי הבניין במקרקעין נבנה ללא היתר כדין". כאמור לעיל, כתב האישום לא כלל כל פרט המלמד על מורכבות השאלה בדבר קיומו של היתר בניה ביחס לקומה בה נמצא הנכס של המערער. אפילו לא הובהר כי מדובר במבנה שיש לו היתר בניה, וכי הקומה הרלוונטית נבנתה בסטייה מאותו היתר, ואין מדובר במבנה שלם שנבנה ללא היתר.
20. על מנת לבסס הטענה **העידה מטעם המשיבה מפקחת הבנייה לירז כהן**, אשר העידה כי מתכנית הבנייה ומהיתר הבנייה משנת 1977, עולה כי קיים היתר לצורך הקמת קומת הכניסה בלבד, ואילו הקומה הראשונה והשנייה מתוכננות לקבלת היתר עתידי, אולם קומות אלו הוקמו ללא היתר כדין (ראה ת/3 הגרמושקא + היתר הבנייה). על כן, בכך שהמערערים השתמשו בקומה השנייה, הם ביצעו שימוש במקרקעין הטעון היתר בנייה ללא היתר. יוער, כי ב"כ המערערים התנגד להגשת המסכמים, שכן ראה אותם לראשונה במסגרת דיון זה (ראה עמוד 14 לפרוטוקול מיום 07.11.21017).
21. עוד יש לציין כי העדה עצמה, אשר הובאה לכאורה להוכיח את המצב התכנוני, אמרה בפתח הדברים שיש היתר רק לקומה אחת, ולא לשתיים נוספת שנבנו (עמ' 11 לפרוטוקול). אולם, לשאלת בית המשפט כיצד טענה זו עולה מהגרמושקא - ענתה תשובה לפיה ניתן לדעת זאת כי ההיתר הוא לשטח של 154 מ"ר בלבד, ואין מחלוקת שלא מכאן נלמדים הדברים וכי למעשה היא קראה את הגרמושקא באופן שגוי. לשאלות הסנגור בהמשך החקירה הנגדית, אישרה העדה כי לפי ההיתר מותר לבנות עוד שתי קומות מעבר לקומה הקרקע, בשטח של 152 מ"ר. רק בהמשך הבהירה כי נרשם בהיתר שהשטח לגבי שתי הקומות הנוספות היא "עתידי", היינו כי אין ההיתר מתיר לבנותם (ראו עמ' 13).
22. רק לאחר הפסקה, ובקשת התובע שהעדה תוחזר להבהיר עוד עדותה, משום שהתרגשה בעדות, ניתנה ההבהרה שהתקבלה גם בהכרעת הדין, לפיה שטחי 154 או 152 מ"ר מתייחסים למדרגות ומעברים וכלל אינם רלוונטיים; כי כל קומה מתוכננת לשטח מעל 900 מ"ר; כי ההיתר הוא לבניית קומת הקרקע; וכי אמנם משורטטים 3 קומות, כפי שנבנה בפועל, אולם "שתי הקומות האחרות עתידיות" (עמ' 16).
23. לא הובא כל עד אשר חקר את הנאשם או ביצע חקירה אחרת בהקשר לאיסור של כל שימוש בקומות שלכאורה נבנו ללא היתר. עוד יוער, כי בסוף עדותה של גברת כהן הצהירה ב"כ המאשימה (עו"ד עידית יפת לוי אשר ניסחה את כתב האישום) כי "אני לא מגישה כתב אישום על חריגות בניה. כתב האישום מדבר על שימוש במבנה ללא היתר". אמירה, שהקשרה אינו ברור, אך קשה לומר כי יש בה כדי להוסיף לבהירות האישומים בפרשה זו.
24. כאמור לעיל, המערער לא התייחס כלל לעניין העדר היתר הבניה בחקירתו הראשית, והוא **לא נשאל על כך בחקירתו הנגדית שאלה אחת**. נהפוך הוא, החקירה נפתחת באישור כי המערער הוא הבעלים, ומיד ממשיכה לחקירה על היחסים בינו לבין השוכר קירל. אז הוטח בו שקשה לאתר את קירל; שלא הוכיח כי השימוש היה באמת לאחסון באמצעות תמונות; טענות בהקשר לתביעה נגד קירל; ותמיהות על כך שקירל לא הוזמן להעיד. מכל השאלות השתמע כי החקירה ממוקדת באחריותו של המערער כבעלים, על מעשיו של קירל כשוכר. אבל, השאלה הבסיסית ביותר, על כך שאין זה משנה אם נעשה שימוש למגורים או לתעשייה, שהרי כך או כך אסור להשתמש בנכס לכל מטרה, לא נשאלה.



25. **בסיכומי הצדדים**, מתייחסת **המשיבה** באופן מפורט, בפעם הראשונה, לעניין עבירה זאת. המשיבה מסבירה כי עדותה של המפקחת לירז, יחד עם תכנית הבנייה והיתר הבנייה (ת/3), מוכחים מעל לספק סביר כי אין היתר בנייה לקומה השנייה והשלישית שנבנו, וממילא השימוש "בין לאחסנה בין למגורים נעשה במבנה שנבנה ללא היתר כדון" (סעיף 9 לסיכומי המאשימה). סיכומי **המעוררים** נוגעים בעיקר לשאלת השימוש החורג במקרקעין, אך יש תשובה גם לעניין השימוש במבנה שנבנה ללא היתר, שעיקרה כי דברי העדה לירז כהן לא היו ברורים. כן נטען כי, מכל מקום, אף אם ההיתר המקורי משנת 1977 לא כיסה את הקומות הנוספות, אין עדות שלא ניתן היתר מאוחר יותר למה שנבנה בפועל לאחר שנים רבות. כן נטען, שנוכח עצם קיום האישור להעברת הזכויות משנת 2015, עולה שלא היו חריגות בניה בנכס, ומכל מקום לא המערערים הם שבנו את החריגה.

26. **בהכרעת הדין**, בית המשפט הרשיע המערערים בגין עבירה זו וקבע כי יש ממש בטענת המשיבה כי המערערים עשו שימוש בנכס הטעון היתר בנייה ללא היתר. בית המשפט בהחלטתו שם דגש על עדותה של המפקחת לירז כהן באשר להיתר הבנייה משנת 1977. כמו כן, מבהיר כי מתכנית הבנייה עולה שהיתר הבנייה ניתן רק לקומת הקרקע. זאת, משום "בתכניות שצורפו להיתר צוין היקף הבנייה של שלוש קומות, 926.55 מ"ר לקומת הכניסה, ו- 923.55 מ"ר לכל אחת מהקומות הראשונה והשנייה. בסמוך לקומות א' ו-ב' צוין 'בעתיד'. היקף הבנייה הכולל שצוין בשורת הסיכום עומד על 926.55 מ"ר, שהינו השטח שהוקצה לקומת הכניסה. בתכנית צוין עוד כי גודל המגרש/החלקה עומד על 1,540 מ"ר ואחוז הבנייה המותר עומד על 60%, ויוצא שהיקף הבנייה עומד על 924 מ"ר". לפיכך, נקבע שבכך שהמערערים עשו שימוש בבניין בקומה השנייה אשר נבנה ללא היתר, והשכירו אותה לקירל, הם עשו שימוש בנכס ללא היתר. ומשכך, הורשעו בגין עבירה זו.

27. לאחר הכרעת הדין, במסגרת ה**טיעונים לעונש** במהלך הדיון מיום 23.10.2018 הביע ב"כ המערערים פליאתו על הרשעת המערערים בעבירה זו, והעלה מספר טענות בעניין. נטען, כי המערער כלל לא נחקר לגבי קיומו של היתר למבנה וכי עיקר דיוני ההוכחות התמקדו בגין העבירה של שימוש חורג וסטייה מתכנית. "כאשר מנהלתה נאשמת והנאשם עצמו נחקר ונתבקש למסור גרסה בעיריה הוא לא נשאל אפילו לא שאלה אחת על כך שהמבנה נבנה ללא היתר. כל השאלות וכל החקירות וכל ההליך נגדו נוהל בעניין השכנת עובדים למגורים במקום ולא לשימוש לתעשייה. כל הליך ההוכחות בפני בית המשפט או רובו העיקרי התייחס לעובדה האם שכנו במקום, האם התגוררו במקום עובדים זרים כן או לא, ובאחריות מי". לפיכך, נטען כי הרשעתם של המערערים בעבירה של שימוש במבנה ללא היתר בניה כדון, הינה בבחינת "זוטי דברים".

28. עוד נטען, כי המערערים רכשו את המבנה מחברת "אשיל" בתום לב, ובידיעה כי המבנה קיבל את האישור וההיתרים, הרי העירייה עצמה נתנה האישורים להעברת הזכויות על שם הרוכשים. יתרה מכך, נטען כי המשיבה כלל לא הוכיחה בראיות של ממש שנבנתה קומה שנייה ללא היתר. שכן, נטען כי יש לזכור שמדובר במבנה שנבנה בשנות השבעים, וכי תיק הבנייה בעירייה לא הכיל את כל המסמכים הנדרשים להוכחה. ב"כ המערערים הוסיף וטען, כי אירע מקרה דומה לעניינו במבנה סמוך לבניין הנדון, אף כי שם לא הוגש כתב אישום בסוף. משכך, נטען כי יש לבטל ההרשעה בשימת לב לנסיבות העניין.

29. בנוסף לזאת, ב"כ המערערים חזר והדגיש את נסיבותיו האישיות של המערער, ואת העובדה כי סיים לימודי המשפטים והחל להתמחות בעריכת דין. הסנגור הפנה לפסיקה בה בית המשפט ביטל הרשעתו של סטודנט למשפטים אשר ביצע עבירה בנסיבות דומות של שימוש ללא היתר. זאת, בשל העובדה שהרשעה יכולה לפגוע



משמעותית בשיקומו של הנאשם (ראה תו"ב (ק' גת) 63697-11-14 **מדינת ישראל נ' יוסף אביעד אירני** (17.10.17)). ב"כ המערערים הדגיש שהבקשה לביטול ההרשעה היא הינה בעניין המערער בלבד. יוער, כי בעקבות טענות אלו של ב"כ המערערהוגשו בעניינו של המערער תסקיר מיום 9.9.2019 ותסקיר משלים מיום 20.11.2019, בכדי לבחון את נסיבותיו ואת האפשרות לבטל הרשעתו.

30. ביום 22.11.2018 ב"כ המשיבה הגישה סיכומים מטעמה, לעניין הבקשה לביטול ההרשעה. בסיכומים אלו, טענה המשיבה שניתן להידרש לביטול הרשעה בהתאם לתנאים שנקבעו בפסיקה בע"פ 2083/96 **תמר כתב נ' מדינת ישראל** פ"ד נב(3) 337 (1997). נטען כי, בעניינו אין מקום לבטל ההרשעה בשים לב לאינטרס החברתי המוגן ולנסיבות העניין.

31. יוער כי באשר להלכת **כתב**, ב"כ המערערים טען כי יש לפרשה באופן גמיש ככל שמדובר בעבירות של אחריות הקפידה מסוג זה, זאת בהתאם לרע"פ 3515/12 **מדינת ישראל נ' דוד שבתאי** (10.9.13).

32. **בגזר הדין**, נדחתה בקשת המערער לבטל את ההרשעה. זאת, משום שנקבע כי לא הוכח שהותרת הרשעתו של הנאשם על קנה, תגרום לפגיעה חמורה בשיקומו או בעתידו המקצועי. מעבר לכך, נקבע שקיים קושי בביטול הרשעתו של הנאשם בעבירה של שימוש בנכס שנבנה ללא היתר, בשל חומרת העבירה. בכך, נדחתה טענתו של ב"כ המערערים כי מדובר בעבירה קלה עד כי היא בבחינת "זוטי דברים", כלשון הסנגור. זאת, בשים לב להלכה הפסוקה לפיה עבירות תכנון ובניה הן בבחינת "מכת מדינה" שיש להתייחס אליה בכובד ראש, וחובה להקפיד על הליכי האכיפה שתכליתם בין השאר ליצור הרתעה מביצוע עבירות מסוג זה.

33. כמו כן, בית המשפט התייחס בהחלטתו לפסקי הדין אליהם הפנו הצדדים ולטענת המערער כי יש מקום לפרש את הלכת **כתב** באופן גמיש, וקבע כי בעניינו לא הוצגו בפניו ראיות של ממש לגבי הפגיעה שתיגרם לנאשם בשל ההרשעה. לפיכך, בשל הערך החברתי המוגן אשר נפגע, מדיניות הענישה וטענות הצדדים, גזר בית המשפט על כל אחד מן המערערים קנס בסך 25,000 ₪ אשר ישולם ב - 25 תשלומים שווים. ואילו, למבקש 2 כחלופה כנגד הקנס, נגזר ריצוי מאסר של 10 ימים בגין כל תשלום שלא ייפרע. המשיבה לא ביקשה כל צו הריסה. המשיבה ביקשה צו איסור שימוש בנכס, אך מראש ביקשה כי צו זה ייכנס לתוקף רק בעוד שנתיים.

הערעור

34. המערערים מערערים הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין. **הטיעונים בכתב** נפתחו בטענה כי לעניין העבירה של שימוש לשם מגורים הובאו ראיות למכביר, אך מעבירה זו המערערים זוכו. הוסבר שבית המשפט בחר לקבל רק את הטענה לפיה שתי הקומות מעל קומת הקרקע נבנו ללא היתר, וכי הנאשם ביצע עבירה בעצם השכרת הנכס שלו, הנמצא בקומה האמצעית לצד שלישי. אולם, לפי טענת המערערים, אין ראיות לעבירת השימוש במבנה ללא היתר. ראשית, לא המערערים בנו את המבנה אי אז בשנת 1977, והאולם בתוך המבנה נקנה על ידם רק בשנת 2013. עדותה של המפקחת, לטענת ב"כ המערערים, אינה מספקת לבסס המסקנה המרשיעה.

35. בהקשר זה, מוסיף וטוען ב"כ המערערים כי העירייה היא זו אשר נתנה למערערים האישורים להעברת הזכויות בנכס, ואילו היו חריגות בנייה, העירייה לא הייתה נותנת האישורים המתאימים. יודגש כבר כעת, כי במהלך ההתדיינות בערעור הגיש ב"כ המערערים בקשה לצרף מסמך, טופס 4 לבניין, במסגרת הערעור.



זאת, במטרה להראות כי המבנה נבנה על פי היתר שהיה קיים, ומשכך לא ניתן לבוא ולהאשים כי הנכס נבנה ללא היתר, וכי בוצע שימוש שלא כדין בנכס. המשיבה בתגובה, לא התנגדה במישור הטכני להגשת המסמך, אולם התנגדה לעצם ההגשה כראיה נוספת בערעור, בטענה כי אין הראיה עומדת בתנאים לכך.

36. בהחלטה מיום 14.12.2020 התקבלה בקשת המערערים והותרה הגשת הטופס כראיה נוספת בערעור, לאחר שנקבע כי המסמך לא הוגש בשגגה, מטעמים טכניים בלבד, כאשר הוגשה האסופה של כל המסמכים מטעם המערערים. המערערים מבקשים ללמוד מכך שלמעשה העיריה אישרה כי אין במבנה כל חריגות בניה.

37. המערערים מדגישים כי שגה בית המשפט כאשר התעלם מכך שהמערער כלל לא נחקר באשר לעבירה בה הורשע, ודי בכך היה לבטל את האישום המשני, בו הורשע בסופו של דבר, **"שגה בית משפט קמא שהתעלם מכך הנאשם לא נחקר כלל וכלל לגבי קיומו של היתר למבנה, ובשל כך, יש לבטל את כתב האישום מעיקרו"** (ראה סעיף 45 לכתב הערעור). בהקשר זה, עומד ב"כ המערערים על כך כי הרשעתם של המערערים, בעבירה של שימוש ללא היתר בנייה כדין, הינה בבחינת "זוטי דברים" ביחס לאישום העיקרי אשר הופיע בכתב האישום וסביבו התמקדו דיוני ההוכחות וההליכים בבית משפט קמא.

38. עוד טוענים המערערים, כי שגה בית המשפט שדחה טענותיהם בדבר הגנה מן הצדק ואכיפה בררנית. שכן, לטענתם שגתה המשיבה כאשר בחרה לא להגיש כתב האישום כנגד קירל אשר שכר הנכס וביצע השימוש בפועל. זאת, למרות שאף מפקח הבנייה מר רפאל אביב אשר העיד מטעמה, העיד כי לדעתו היה מקום להגיש כתב אישום כנגד קירל.

39. ב"כ המערער טוען, כי בית המשפט שגה בכך שלא נתן משקל לעובדה שמעת הכרעת הדין פעלו המערערים על מנת להכשיר הבנייה באמצעות היתר בנייה כדין. וכן, מכך שהמערער לאורך כל ההליך מסר גרסה אמינה, עקבית ונחרצת. משכך, נטען כי שגה בית משפט קמא אשר דחה את בקשת המערער לביטול ההרשעה נוכח הפגיעה החמורה בעתידו כעורך דין, בשל הרשעתו. בעניין זה, חוזרים המערערים על הפסיקה והטיעונים, אשר להם טענו במהלך הטיעונים לעונש בבית משפט קמא, כפי שתומצת לעיל.

40. כמו כן, לאורך הערעור העלו המערערים טענות רבות באשר לעבירה של שימוש במקרקעין בסטייה מתכנית - היינו שימוש במקרקעין לשם מגורים. עם זאת, אין להידרש לפרטיהן, שכן המערערים זוכו מביצוע עבירה זו, ואין עורר על כך.

41. **בטיעוני המערערים בעל פה, חזר ב"כ המערערים על עיקר הטיעונים בכתב, וטען כי לא נמצאו בחומר הראיות אסמכתאות לכך שאין היתר בנייה, וכי בית המשפט הסתמך על עדותה של מפקחת הבנייה הגב' לירז כהן בלבד.** עוד טען, כי המערער כלל לא היה מודע לכך כי הבניין נבנה ללא היתר, והבהיר כי הוא כלל לא נחקר ונשאל בגין עבירה זו **".. אף אחד לא אמר לו שאין היתר בנייה ולא הוזהר, גם כשהוזמן לשימוע בעירייה אף אחד לא חקר אותו בשאלה אחת על העובדה של הבניין יש היתר בנייה או אין"**. עוד טען ב"כ המערערים, כי במבנה סמוך לבניין אירע מקרה דומה בו נטען כי המבנה נבנה ללא היתר, אולם מהנדס העירייה הקודם קבע כי אין מקום להגיש כנגד הבעלים כתב אישום.

42. בנוסף לזאת, חזר הסנגור ופירט את נסיבותיו של המערער, ואת טענותיו באשר לביטול ההרשעה בשל הפגיעה בעתידו של המערער.



טיעוני המשיבה

43. **בתגובה בכתב**, ביקשה המשיבה לדחות הערעור על הסף. לטענתה, היא הרימה את נטל ההוכחה אשר היה מוטל עליה, באשר לעבירה בה הורשעו המערערים. המשיבה טענה, שאף המערערים עצמם הודו בכתב הערעור בכך שבניגוד לקמת הקרקע, הקומה הראשונה והשנייה בבנין נבנו ללא היתר. זאת, בכך שטענו כי מעת הכרעת הדין פועלים על מנת להשיג היתר כדן (ראה סעיף 66 לכתב הערעור). לטענת המשיבה, בהודאת המערערים כי השכירו הנכס לקירל, הן בדיוני ההוכחות והן בכתב הערעור, הם הודו כי ביצעו שימוש בנכס. על כן, הוכח מעל ספק סביר כי המערערים ביצעו שימוש אסור בנכס הטעון היתר.

44. עוד טוענת המשיבה, כי בית המשפט שלערעור לא מתערב בממצאים עובדתיים אשר נקבעו על ידי בית משפט קמא. לטענת המשיבה, טענות המערערים הינן בבחינה של ממצאים עובדתיים אשר נקבעו ביסודיות ובקפידה על ידי בית המשפט, ומשכך אין מקום לדחותן.

45. באשר לנטל ההוכחה, טוענת המשיבה כי בהתאם לסעיפים בהם הורשע המשיב, סעיף 204 וסעיף 208 לחוק, מהעת שהוכח כי הנאשמים הם בעלי המקרקעין, נטל ההוכחה להוכיח כי לא ידעו על ביצוע העבירה מוטל עליהם. שכן, מדובר בעבירה של אחריות קפידה. טענת המשיבה היא, כי עולה בבירור שהמערערים היו מודעים לכך שמתבצעת עבירת בנייה, ויתרה מכך הם הודו שהיו מודעים למצב התכנוני של הנכס בעת ביצוע העבירה.

46. באשר לטענות המערערים ביחס לביטול ההרשעה, טוענת המשיבה כי עבירה של תכנון ובנייה מהסוג בה הורשעו המערערים אינה מאפשר ביטול הרשעה, זאת אף אם הפגיעה והנזק הצפויים לנאשם מן ההרשעה חמורים. המשיבה לעניין זה תומכת יתדותיה בנימוקי בית משפט קמא.

47. המשיבה מתייחסת בתגובתה, לטענות המערערים באשר להגנה מן הצדק ואכיפה בדרנית, ולכך כי לא הוגש כתב אישום כנגד קירל. עם זאת, אין להרחיב בטיעון המפורט בעניין זה, שכן כפי שפורט המערערים זוכו מהעבירה העיקרית, אשר אותה ביצע קירל באופן ישיר, לכאורה, בהלנת פועלים במבנה תעשייה. כמובן שבהקשר לעבירה של שימוש בנכס שנבנה שלא כדן, הרי אין היתר לעשות בו כל שימוש מכל סוג, לכן השוכר הוא לרוב המבצע המשיב, ביחס למשכיר, וממילא משקל טענת האפליה אינו גדול.

48. **בטיעונים על פה מיום 29.11.2020**, התבקשה המשיבה להבהיר היכן בכתב האישום מופיעות העובדות אודות העבירה בה הורשע המערער, שימוש בבנין ללא היתר. נציג המשיבה הפנה לסעיף 5 לכתב האישום בו מפורט כי בביקורת שנערכה במקרקעין נמצא שהבנין נבנה ללא היתר. נציג המשיבה אישר כי בכתב האישום אכן לא מפורטות העובדות במדויק, ולשאלה היכן בכתב האישום מופיעה ההבחנה בין קומת הקרקע לקומות מעליה, לא באה תשובה.

49. באשר לטופס 4 ולמצב התכנוני של הנכס, טוענת המשיבה כי חלה על המערערים החובה לבדוק את המצב התכנוני של הנכס, לפני שהם רוכשים אותו. ב"כ המשיבה מוסיף וטוען, כי קיימת סתירה בטענות המערער. שכן, מצד אחד טוען כי המשיבה לא עמדה בנטל ההוכחה להוכיח כי אין היתר לבנין ומציג את טופס 4 כראייה לכך שאף העירייה אישרה לו הקנייה. עם זאת, מצד שני בכתב הערעור מודה כי הבנין נבנה ללא היתר והוא פועל על מנת להשיג אישורי בנייה לכך.

50. באשר לראיות המצביעות על כך כי הקומות העליונות נבנו ללא היתר, חוזר ב"כ המשיבה על האמור בכתב התשובה, ומבהיר כי עדותה של המפקחת לירז, יחד עם תכניות הבנין וההיתר, מוכחים מעל לספק סביר כי



נעברה העבירה.

51. בדיון נכח גם **מהנדס העיר**, אשר קיבל את רשות הדיבור, כדי להשיב לשאלות שהפנה בית המשפט לב"כ המשיבה. לשאלת בית המשפט, אישר המהנדס כי העבירה בה הורשעו המערערים לא הייתה בסדרי העדיפויות של אכיפה, וכי התיק דן נפתח עקב תלונה אודות הלנת עובדים זרים. מהנדס העיר אישר עוד, כי המערערים למעשה רכשו קומה שלמה שמבחינה תכנונית לא קיימת כלל, ולדבריו אף הקניין עצמו לא רשום אלא כזכויות בגג. לשאלה כיצד אושרה העברת בעלות מסוג זה, השיב המהנדס כי אסור לגורמי העירייה לעכב רישום העברה של נכס שנרכש.

52. **בדיון המשך, שנערך ביום 27.12.20**, התייחסה המשיבה בהרחבה לשאלות בית המשפט באשר לפגמים בניסוח כתב האישום, ובאשר לחקירתו של המערער בכל הקשור לעבירה של שימוש בבניין שנבנה ללא היתר.

53. באשר לפגמים בכתב האישום, ב"כ המשיבה עמד על כך כי לא נפל פגם בכתב האישום, שכן לטענתו מעובדות כתב האישום עולה בבירור שהבניין בבעלות המערער, בעוד שהמערער הוא מנהלה הפעיל. עוד חזר על כך, כי בכתב האישום כתוב מפורשות שהמערערים עשו שימוש במקרקעין הטעון היתר ללא היתר. ב"כ המשיבה טוען, כי אף אם לא רשום מפורשות שהקומה השנייה נבנתה ללא היתר, העניין היה ברור למערערים לאורך דיוני ההוכחות והסיכומים. בעניין זה ב"כ המשיבה טוען, כי המערערים כלל לא העלו את הטענה לפגם בכתב האישום, לא בבית משפט קמא והן לא בערעור. לשיטתו, לפי החוק והפסיקה, יש לעלות טענה מקדמית מיד בתחילת המשפט, אלא אם ניתנה רשות מבית המשפט לטעון זאת בשלב מאוחר יותר. לטענתו, המערערים כלל לא העלו הטענה ולא ביקשו רשות לכך, ועל כן טוען כי אין זה ראוי שבית המשפט ידון בטענות שהמערערים כלל לא העלו.

54. בהקשר זה, ב"כ המשיבה מוסיף ואומר כי אף אם אכן היה נופל פגם מהותי הנובע מהעדר עובדות, בית משפט קמא היה רשאי להרשיע המערערים מתוקף סעיף 184 לכתב האישום, כאשר לנאשם נתנה ההזדמנות להגן על עצמו. בעניינו, טוען ב"כ המשיבה כי למערערים ניתנה ההזדמנות להגן על עצמם.

55. באשר לחקירתו של המערער בטרם הואשם, טען ב"כ המשיבה כי עולה מעדותו של המפקח רפאל אבייב כי המערער זומן לחקירה פעם נוספת אך לא התייצב, אם כי בהמשך הוברר שטענה זו שגויה, וכי קירל היה זה שלא התייצב. ב"כ המשיבה הפנה לפסיקה לפיה לא בכל מקרה שהנאשם לא נחקר יש בכך לבטל כתב אישום. האישום יבוטל רק במקרים בהם נגרם עיוות דין ולנאשם לא ניתנה הזמנות נאותה להגן על עצמו. לשיטתו, תנאים אלה לא מתקיימים כאן. באשר לחקירתו הנגדית של המערער, הבהיר ב"כ המשיבה שהמאשימה לא ראתה צורך לחקור המערער על השימוש בנכס ללא היתר. שכן, לשיטתו, די למשיבה שהוכחה שהנכס בו נעשה שימוש היה בבעלות המערערים, אך הוקם ללא היתר כדי להרשיע בעבירה.

56. **בתשובה לטענות אלו, ב"כ המערערים** חזר על כך כי הן כתב האישום, הן דיוני ההוכחות והן סיכומי המאשימה התמקדו בעבירה של שימוש חורג לשם מגורים, ולא סביב העבירה שבגינה הורשעו המערערים. ב"כ המערערים הדגיש שבשל כך, המערערים התגוננו ככל שנדרש מול האישום של שימוש בנכס למגורים, אך לא היה ניתן להבין מכתב האישום שהדיון מתקיים גם על עבירה נוספת. עוד מוסיף ב"כ המערערים, כי טענו בעבר לפגמים בכתב אישום ואכיפה בררנית, ולכן אין מקום לטענה כי טענות מקדמיות לא עלו.

דיון והכרעה



57. כאמור, המערערים זוכו מעבירה של שימוש במקרקעין בסטייה מתכנית - שימוש במקרקעין שיועדו לתעשייה לשם מגורים. אולם, המערערים הורשעו בעבירה של שימוש בנכס הטעון היתר בנייה ללא היתר. זאת, לאחר שנקבע כי המאשימה הוכיחה מעל לספק סביר כי הקומה, בה מצוי הנכס אותו השכירו המערערים, נבנה ללא היתר. לאחר עיון בפסק דינו של בית משפט קמא, בראיות שהוצגו לפניו, בפרוטוקולים, בסיכומים ובטיעוני הצדדים מתברר שאין מנוס מקבלת הערעור כמפורט להלן.

אחריות קפידה ונטל ההוכחה

58. המערערים הורשעו בעבירות לפי סעיף 204 וסעיף 208 על פי נוסח החוק שלפני תיקון 116. כאמור לעיל, אף צד לא טען לשינוי רלוונטי בדיון, ולמען הנוחות הדיון כאן יתקיים לפי הנוסח הישן, כפי שעשו הצדדים. נוסח החוק, כפי שהיה אז, קבע למעשה כי ניתן להרשיע בעבירת התכנון והבניה לפי סעיף 204 את כל הגורמים המנויים בסעיף 208(א) לחוק. זאת, אלא אם כן הנאשם הוכיח שני תנאים מצטברים המפורטים בסעיף 208(ב). היינו, כי העבירה נעברה ללא ידיעת הנאשם, וכי נקט בכל האמצעים הנאותים לקיום הוראות החוק. משמע, לא די בקיומו של ספק לגבי ידיעת הנאשם אודות ביצוע העבירה בנכס שלו, כדי לפטור אותו מאשמה. נהפוך הוא, רק הוכחה מעבר למאזן ההסתברות כי הנאשם לא ידע על העבירה יכולה, וגם כי נקט בכל האמצעים הנאותים למנוע את ביצועה, יכול היה להביא לפטור.

59. לפיכך, עבירות לפי סעיפים אלו הינן עבירות מסוג של אחריות קפידה, כמשמעו בסעיף 22 לחוק העונשין, מדובר בעבירה אשר "אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות". משמע, משהוכח כי מבחינה פיזית העבירה בוצעה, ההגנה תלויה בתנאי הכפול לפיו הנאשם "נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה". משהוכח עצם ביצוע המעשה, הנטל לשלול אחריות מוטל על הנאשם, שהרי "הטוען טענה כאמור - עליו הראיה" (סעיף 22(ב) לחוק העונשין).

60. אם כן, על בעלי המקרקעין בהם בוצעה עבירה הנטל להוכיח את התנאי הכפול, היכול לשמש לו כהגנה. אם הוכח כי העבירה בוצעה, על הנאשם להראות כי לא ידע על ביצוע העבירה, וכי נקט בכל האמצעים הניאותים כדי למנוע את ביצועה.

היישום בעניינם של המערערים - אחריות המערערים הוכחה לכאורה

61. ב"כ המערערים חוזר וטוען בטיעונו בערעור, כי שגה בית משפט קמא שקבע שקיימות ראיות הקשורות המערערים לביצוע העבירה ומסירות כל ספק בדבר האשמה. טענה זו, כפשוטה, נדחית. כפי שהסביר בית משפט קמא היטב, המאשימה הוכיחה כי הקומה השנייה אשר אין חולק כי שייכת למערערת, וכי המערער הינה מנהלה הפעיל, נבנתה ללא היתר כדיון. אמנם, עדותה של המפקחת לירז כהן הייתה מבולבלת עד מאוד. אולם, בסופו של יום, דין ההסבר שלה להיתר הבניה (כפי שבא לידי ביטוי בגרמושקא) להתקבל, כפי שהסביר בית משפט קמא. יוער בדרך אגב, שאין בעצם הפנייה של המערערים לקבלת היתר, לאחר הכרעת הדיון, משום הוכחה להעדרו של היתר. שהרי רשאי אדם לטעון כי ניתן היתר בניה שהכשיר בעבר את המבנה, ובמקביל לפעול לקבל היתר בדיעבד, נוכח עמדתה החולקת של הועדה לתכנון ובניה, כדי למנוע מחלוקות וסיכונים משפטיים וכלכליים.

62. לאחר שהוכח לכאורה שאין היתר בניה לתוספת הבניה וכי נעשה שימוש באותה תוספת; ולאחר שהמערער



הודה כי הינו המנהל הפעיל של המערערת בעלת הבניין, והינו המחזיק בפועל של המקרקעין; עבר הנטל למערערים. נטל, להפריך העדות לפיה אין היתר בניה חדש אשר ניתן מאז ההיתר משנת 1977, או להוכיח כי לא ידעו שמתבצעת עבירה וכי נקטו בכל האמצעים הניאותים כדי למנוע את ביצועה. לכאורה המערערים לא עמדו בנטל זה, שכן הם מודים שהשכירו את המבנה לשימוש, טענו כי הסתמכו על המצגים של העירייה, בהם אותו "טופס 4" ומתן האישור להעברת בעלות במבנה, והמערער לא העיד על היסוד הנפשי שלו ביחס לעבירה. על כן, **לאחר הוכחת הבסיס לקיום אחריות, ובהעדר טענה לשלול אחריות קפידה, לכאורה המסקנה בדבר הרשעה נכונה. אולם, זוהי תמונה חלקית בלבד. שכן, כפי שיוסבר מיד, גם בעבירות אחריות קפידה, זכויות הנאשם ככזה במקומן עומדות. לכן, אם התנהלות המאשימה שוללת מהנאשם אפשרות סבירה להתגונן על ידי הרמת הנטל המוטל עליו, אפשר שתקום לו הגנה מן הצדק.**

63. עם זאת, עולה השאלה האם התנהלותה של המשיבה, במרכז מיקוד פעולות האכיפה, החקירה והמשפט בעבירה אחת בלבד בשילוב הפגם בניסוח כתב האישום, פגמה ביכולתם של המערערים להגן על עצמם ולעמוד בנטל המוטל עליהם.

המחדלים בשלב החקירה

64. ב"כ המערערים טען, הן במסגרת הטיעונים לעונש והן במסגרת הערעור, מספר פעמים, כי המערער לא נחקר בגין העבירה של שימוש במבנה הטעון היתר, שנבנה ללא היתר. זאת, בניגוד לעבירה של שימוש בסטייה מתכנית לשם מגורים, אשר בעניינה זומן המערער לחקירה, ונחקר עליה בהרחבה בחקירה נגדית בבית משפט. מנגד, ב"כ המשיבה עומד על כך כי המערער זומן לחקירה נוספת ולא התייצב, ולפיכך מה לו כי ילין על תוכן החקירה.

65. עולה מחקירתו של המערער (נ/14) כי הוא נחשד אך רק בגין "שימוש חורג מתעשייה למגורים - ללא היתר". עיון בטופס חקירה זה מלמד כי הטופס (המודפס מראש) כולל שאלות לקונויות המנוסחות באופן כוללני ביותר. שאלות המכוונות לעבירת בניה, ואינן מתאימות לחקירת חשוד בעבירת שימוש אסור, כלל ועיקר. כך לדוגמה, לשאלה המודפסת בטופס "מתי בוצעה הבניה?" נרשמה תשובה בכתב יד "2013". זאת, כאשר אף אחד לא סבר או טען שזו שנת הבניה, וכאשר המערער כלל לא היה חשוד בבניה. תשובה זו מתייחסת למעשה לשנה בה נקנה הנכס על ידי המערער. לשאלה המודפסת "על ידי מי בוצעה הבניה?" באה כתשובה בכתב יד שמו של השוכר קירל, אשר אין חולק שלא בנה.

66. עיון בטופס התמוה הזה, מעלה כי הגרסה העניינית נמסרה רק בסוף, בקיצור נמרץ ביותר, במסגרת "הערות נוספות". שם, נכתבו מספר מילים לגופו של עניין. המערער טוען כי השוכר התחייב להשתמש בנכס לייצור והחסנה בלבד, ולאחר שנודע למערער שהשוכר משתמש בנכס למגורים "פנינו אליו והוא יטפל בהיתרים אשר צריך למגורים". כן טען המערער כי "אין לנו כל קשר לעבירה הנ"ל". **קשה מאוד להתייחס לחקירה עקומה ושלדית שכזו כאל חקירה פלילית, ויש לתמוה על רשויות החקירה שמגישות כתבי אישום על יסוד חקירה כה שטחית.** אולם, ככל שניתן לראות בנ/14, משום חקירה פלילית בעבירה של שימוש בשטח תעשייה למגורים ולו בדוחק, אין בו חקירה של כל עבירה אחרת (למעט בניה אסורה, לגביה לא נחשד). עיון במסמך מגלה שאין בו כל התייחסות לכך שהמבנה, או חלקו, נבנה ללא היתר או בסטייה מהיתר.

67. אין מקום לקבל את טענת המשיבה כי המערער לא התייצב לחקירת המשך על אף שזומן. אין ראייה לכך כי



המערער זומן לחקירה ולא הגיב כלל, זאת בניגוד לאסמכתא שיש בעניינו של מר קירל כאשר לא התייצב לחקירה (ראו נ/17). בהקשר זה חשוב לציין כי גם עד התביעה, המפקח רפאל אביב העיד כי הנאשם הגיע מספר פעמים נוספות למשרדו לאחר החקירה נ/14. פעם אחת, לבקשת המפקח "אבל רק דיברנו ולא רשמנו כלום" (עמ' 20 לפרוטוקול). למותר לציין שאי רישום דברי חשוד שמתייצב ומשוחח עם מפקח על העבירה מעוררת תדהמה. שהרי, מדובר במי שמוסר גרסה לגבי עבירה, וגרסתו לא נרשמה. אף בהנחה שמדובר בדברים כלליים שלא חייבו רישום הודעה מפורטת, ככל שיש תוכן הנוגע לעניין, בשיח בין חוקר לנחקר, חובה היה לערוך לפחות מזכר מסודר אודות מפגש זה, אשר יכלול כחלק מחומר החקירה.

68. פעם לאחר מכן, בה לטענת ב"כ המשיבה המערער לא התייצב, הוא כן התייצב. כפי שהעיד מר אביב אודות נ/15 "הוא הגיע בחדש דצמבר 2015 ואמר לי שכבר נתן גרסה ולא נותן גרסה שניה, ויש חוזה עכשיו חדש" (שם). דברים אלה נרשמו מפי המערער, על טופס ההודעה הדומה לנ/14, אם כי לא מולאו מרבית הפרטים ודברי המערער נרשמו בסגנון של ציטוט עקיף. אם כן, המערער נכח, ניתן היה להזהירו כדין, וראוי היה להטיח בו כל ראיה חדשה וכל טענה משפטית בדבר אחריותו לעבירה, אך הדבר לא נעשה. לכן, **בהעדר רישום ראוי של מכלול ההתנהלות, בהעדר אינדיקציה כי הייתה כוונה מוחשית לשאול את המשיב לגבי קיומו של איסור גם באותו "חוזה חדש" ובהעדר אמריה מפורשת על שמירה על זכות השתיקה נוכח שאלה קונקרטיות, אין לייחס כל משקל לכך שהמערער לא מסר גרסה באותו מועד.**

69. יתרה מכך, מר אביב העיד (עמ' 22-23) כי המערער זומן ברביעית ביום 5.4.16 (ת/11). כאן, שוב זומן בחשד "שימוש חורג מהתעשייה למגורים (מלונית)", בלבד. בתגובה לזימון זה הגיע המערער למשרדי גוף האכיפה ומסר אסופת מסמכים הנוגעת לחשדות נגדו, בעיקר לגבי פעילותו להרחיק את קירל מהנכס (ת/10). אולם, גם כאן, לכאורה לא נגבתה גרסתו של המערער, ולו גרסה טכנית לגבי המסמכים. למעשה, **בכל השלבים, לא תועד השיח בין המפקח לבין המערער, למעט בגביית אותה "הודעה" על פי שאלות לקוניות מודפסות מראש, שלא התאימו לחשד הקונקרטי. ה"שיח" המועט המתועד בין החוקר לנחקר, הבא לידי ביטוי רק באותה הודעה לקונית ובכותרות הזימונים לחקירה, מתייחס אך ורק לעבירה של שימוש חורג למטרת מגורים בנכס שיעודו תעשייה, ותו לא.**

70. בהקשר זה חשוב ממצא המהימנות החיובי של בית משפט השלום, אודות המערער (תחתית עמ' 3 להכרעת הדין). בית המשפט האמין למערער כי בעקבות הפנייה של המפקח בשנת 2013, המערער בדק במקום ולא מצא שימוש למגורים, וכי הוא הודיע על כך למפקח. המערער העיד כי "הוא אמר לי בסדר וזהו המשכנו רגיל" (עמ' 31). וכן "האשמת אותי עכשיו, לא בשנת 2013, 2014, 2015. שאלתם בדקתי, פניתי לרפאל אמרתי לו מה ראיתי והוא קיבל את זה ואמר לי הכל בסדר" (עמ' 37). נוכח ממצאי המהימנות של בית משפט קמא, יש להאמין למערער כי הוא הבין מהמפקח רפאל, שהוא נדרש רק לוודא שאין מגורים במקום. לאחר שדיווח שאין מגורים במקום לפי בדיקתו, המפקח רפאל נתן לו להבין כי "הכל בסדר". במשתמע, המפקח רפאל העביר לו מסר לפיו השימוש לאחסון מותר, או לפחות לא יאכף.

71. נראה בעיני טבעי כי בנסיבות כאלה, כאשר המפקח אמר לו כי "הכל בסדר", ולא חזר אל הנאשם עד שנת 2015, שהמערער יניח שהכול בא על מקומו בשלום, וכי (אם אין מגורים במקום) לא מתבצעת עבירה, לפחות לא עבירה העוברת את סף האכיפה של ועדת התכנון והבניה. לפיכך, חידש המערער את החוזה עם קירל בשנת 2015.

72. ודוק, כאשר המפקח שב ופנה אליו, פעל המערער במישור המשפטי להוציא את קירל מהנכס. זאת, למרות



שסבר שאין באמת מגורי עובדים במקום, והכל כדי לרצות את הועדה לתכנון ובניה. שכן, כדבריו "לפי מיטב ידיעתי לא היו מגורים במקום. לא ראיתי, אם הייתי רואה הייתי פועל. כשהעירייה לחצה ... אני הכלתי וטיפלתי בו, .. הייתי אזרח טוב, עשיתי מה שביקשו ממני" (עמ' 34).

73. חשוב להדגיש, כי גרסת המערער בהקשר זה אינה נובעת רק מדבריו, שנמצאו מהימנים בבית משפט קמא. כזכור, המפקח רפאל אביב לא חקר את המערער ולא הזהיר אותו כי הוא חשוד בעצם השימוש במבנה בשימוש כלשהו, ללא קשר לייעודו. זאת, לא בחקירה היחידה, ולא באף אחת מההזמנות לחקירה. עובדה זו, מלמדת על **הלך החשיבה של המפקח עצמו, בזמן אמת, שלא ראה בשימוש לאחסון משום עבירה, לפחות לא עבירה בת אכיפה.**

74. העולה מכל האמור הוא שאין מדובר "רק" בפגם של אי חקירת המערער על העבירה בה הואשם. למעשה, **המפקח נתן למערער להבין ששאלת המגורים של אזרחים זרים בנכס היא הבעיה היחידה המטרידה את הרשות.** שכן, רק לגבי זה המערער נשאל ונחקר. וכן, כאשר המערער מסר למפקח כי בדק הנכס ונעשה שימוש "תעשייתי" בנכס, המפקח אישר לו שזה "בסדר", ולא חזר אליו למשך שנתיים. זאת, עד אשר קיבל מידע חוזר על שימוש בנכס למגורים.

75. זווית אחרת של אותן עובדות עצמן, עולה מדברי מהנדס העירייה בערעור, כפי שהובא לעיל (וראו עמוד 6 לפרוטוקול הדיון בערעור). האכיפה בקרית מלאכי, אכן לא הייתה מכוונת לעניין עצם השימוש באותו חלק של הנכס התעשייתי, אשר נבנה בחריגה מן ההיתר. החקירה התפתחה אך ורק בהקשר למגורי העובדים הזרים.

76. ודוק, אין מדובר במציאות בה מתקבלת תלונה על עבירה אחת, אך בחקירה מתגלה עבירה נוספת, אשר החשוד נחקר גם לגביה, ולבסוף גם מואשם ומורשע בה. גילוי עבירה נוספת אגב חקירה היא טבעית ולגיטימית. פשיטא, שניתן להעמיד לדין גם בעבירה החדשה, לאחר חקירה ראויה. אולם, כאן המערער לא נשאל מילה על העבירה האחרת, כאמור. להפך, הרשות עצמה, בהתנהלותה ובאמרות כמעט מפורשות של המפקח, נתנה למערער להבין כי הרשות מקפידה עמו על הלנת עובדים זרים, אך אינה מוצאת (או אינה אוכפת) כל עבירה הנובעת מעצם השימוש בתוספת בניה שנעשתה ללא היתר.

77. המבט אל סוף ההליך, הטיעון לעונש, מגלה לכאורה גם כן כי הבניה ללא היתר והשימוש בנכס שנבנה ללא היתר, אינם בראש מעייניה של המשיבה. שהרי צו הריסה כלל לא נתבקש. לגבי צו איסור השימוש, מראש התבקש כי ייכנס לתוקף רק שנתיים לאחר גזר הדין (עמ' 43 לפרוטוקול). משמע, כרשות אכיפה, המשיבה אכן הוטרה מהשימוש באזור התעשייה לשם מגורים, אבל פחות הוטרה מהשימוש בקומה שנבנתה ללא היתר, לפחות ביחס לבניין זה.

78. אם כן, הפגם במישור הצדק משמעותי הרבה יותר מאשר "רק" אי מתן האפשרות להציג גרסה בחקירה על עבירה, לגביה הורשעו המערערים בסופו של יום. הפגיעה במישור הצדק היא שהמערער הוזרז ביחס לעבירה אחת. המערער נתבקש לטפל רק בעבירה אחת. במקביל הועבר המסר כי, מעבר לאותה עבירה אחת אין כל פגם בהתנהלותו. משום כך, פעל המערער למנוע את ביצוע של העבירה לגביה הוזרז, ודאג שלא תהיה הלנת זרים במקום. אולם, המערער המשיך בביצוע השימוש התעשייתי במבנה, ואף הציג את השימוש הזה כטענת הגנה, בחקירתו ובמסמכים שהגיש. הכל, תוך אמירה שאין במעשיו כל פגם. אמירה, שלא זו בלבד שהרשות לא מחתה עליה, היא עצמה העבירה לו מסר לפיו אין כל בעיה בשימוש תעשייתי.



79. בתו"ב (רמלה) 55745-05-15 **מדינת ישראל נ' אלשמאלי** (17.7.16), בפסקה כ"ז, סיכמה כב' השופט גלט את עיקר הפסיקה בעניין הזכות לחקירת נאשם, כך שאין צורך לחזור על הדברים כאן. מובהר שם כי מדובר בזכות של נאשם אך לא בזכות מוחלטת. יהיו מקרים בהם הפגיעה בזכות תביא לבטלות ההליך, אך אין זו בהכרח התוצאה (ראו לאחרונה יישום חד של ההלכה, בבית המשפט המחוזי בירושלים, בדחיית ערעור על ביטול כתב אישום בעפמ"ק 24402-06-21 **מדינת ישראל נ' מטור נזירה** (29.6.21)). אמנם, לפי הפסיקה, אם אין אינדיקציה לכך שנגרם עיוות דין, לא יהיה בהעדר חקירה מראש, כלשעצמה, כדי להביא לבטלות ההליך (רע"פ 1030/05 **ברקו נ' מדינת ישראל** (3.2.05) (להלן: "**הלכת ברקו**")). אולם, נראה כי במקרה זה הפגיעה בזכויות הדיוניות רחבה הרבה יותר מאשר "רק" העדר חקירה בעבירה המתאימה.

80. זכות המערערים לחקירה בעבירה בה הואשמו, נפגעה. אמנם כפי שעולה מהפסיקה אין מדובר בזכות מוחלטת, וכפי שב"כ המשיבה טען יש לבחון האם ישנן אינדיקציות לכך שבגין זאת נגרם למבקש עיוות דין. משמע, אילו מחדל אי החקירה בעבירה הנוספת היה המחדל היחיד, ייתכן שלא די היה בכך כדי לבטל את כתב האישום. שכן, עיון רחב בפסיקה מלמד כי בתי המשפט המחוזיים נטו להסתמך על הלכת **ברקו**, ונמנעו מלבטל כתב אישום אף אם לא נגבתה חקירתו של נאשם, אם התקיימו תנאים מתאימים. כך, ראו לדוגמה עפ"א (חיפה) 49315-05-19 **חג'אזי נ' ועדה לתכנון ובניה שפלת הגליל** (16.8.19) (לאחר שהמערערים בחרו לא להעיד במשפט), עפ"א (חיפה) 21769-06-19 **מדינת ישראל נ' פרץ** (17.7.19) (לאחר שניתן אמצעי אחר להביע עמדה ביחס לחשד), עפ"א (ב"ש) 28577-02-18 **ביטון נ' וועדה מקומית לתכנון ובניה קרית גת** (26.6.18) (המערערת התייחסה לאישום במסגרת משפטית בטרם הואשמה, ולא העלתה טענה בעניין עד סוף המשפט).

81. עם זאת, כפי שצוין לעיל, אין זה הפגם היחיד בעניינו. הפגם הנוסף העולה כבר משלב החקירה, יצירת מצג לפיו אין כל בעיה להשתמש בקומה של המערערים לשימוש מסחרי, שהוא למעשה הצד השני של אותו עניין, חמור לא פחות. מעבר לכך, עיון בכתב האישום ובדרך ניהול המשפט, מלמד כי הפגם בהתנהלות בשלב החקירה, המשיך במידת מה בהתנהלו התביעה בהגשת כתב האישום ובניהול המשפט. למעשה, כפי שמיד יוסבר, הניסוח המעורפל של כתב האישום היה אחד הגורמים שמנע אפשרות סבירה להעלות הטענה המקדמית, בשלב המקדמי.

פגמים בכתב האישום

82. ב"כ המערערים חזר וטען הן בשלב הטיעונים לעונש והן בהודעת הערעור כי הרשעת המערערים בגין העבירה של שימוש במקרקעין הדרוש היתר ללא היתר, הינה בבחינת "זוטי דברים". פשיטא שאין העבירה של שימוש בקומה מסחרית שנבנתה שלא כדין מהווה מעשה "קל ערך", אשר אינו בר עונשין לפי סעיף 34 לחוק העונשין, וברור שלא לכך כיוון הסנגור המלומד. אף בית משפט קמא לא בא בטרפוניה עם הסנגור על שימוש לא מדויק במושג משפטי מוגדר. בית משפט קמא הבין כי טענת הסנגור היא שהעבירה, שימוש מסחרי בתוספת בניה שנעשתה ללא היתר, אינה חמורה במידה שאינה מאפשרת ביטול הרשעה לפי הלכת **כתב**. טענה, אותה דחה בית משפט השלום.

83. בהודעת הערעור הובהר כי טענת הסנגור היא אחרת, טענתו היא כי העבירה בה הורשעו המערערים היא "בבחינת זוטי דברים בהתייחס לאישומים העיקריים שהופיעו בכתב האישום(ש), ועליהם נסובו כל דיוני ההוכחות" (סעיף 46 להודעת הערעור). יאמר מיד, כי אף טענת ערעור זו אינה יכולה לעמוד בפני עצמה, כטענת ערעור



ביחס להרשעה. הטענה "זוכיתי מהעבירה העיקרית, ויש להתחשב בכך לענין העונש בעבירה המשנית" יכולה לקבל משקל כלשהו בשלב הבניית הענישה, בהקשר לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, אך לא משקל רב.

84. יחד עם זאת, בנסיבות של התיק דנן, טענה זו של הסנגור מתקשרת לפגם בניסוח כתב האישום. הפתעתו של הסנגור בשלב הטיעונים לעונש מההרשעה בעבירה המשנית, מהווה אינדיקציה למשמעות הפגם בנסיבות הענין. עיון בכתב האישום מלמד כי הנקודות העיקריות, והעובדות הרלוונטיות שאמורות היו להקים את העבירה בה הורשעו המערערים, ניתנות להבנה על דרך הרמז או הדרש, אך לא עולות מפשוטו של כתב האישום.

85. כאמור לעיל, מעיון בתיק בית המשפט, רק בשלב עדותה של לירז כהן, או ביתר בהירות בשלב ניתוח הדברים בסיכומי התביעה, ניתן להבין מה בעצם טוענת המשיבה ביחס לעבירה בה הורשעו המערערים. מכתב האישום עצמו, משתמע לכאורה כי לכל הבניין כולו אין היתר בניה כלל. נאמר בסעיף 1 כי למערערת אולם הנמצא ברח החלוצי התעשייה 5. צוין גוש וחלקה, והוגדר "להלן: 'הבנין', 'המקרקעין' - לפי הענין". לאחר הבהרת הקשר למאשימה ולנאשם 2, צוין כי תכנית מספר 2010/מק/18 חלה על המקרקעין, ומתירה שימוש לתעשייה בלבד. בסעיף 5 נאמר "בביקורת שנערכה במקרקעין נמצא כי הבנין במקרקעין נבנה ללא היתר בניה". פשט הדברים, כי הבנין כולו, היינו המבנה כולו, נבנה ללא היתר.

86. ודוק, כתב האישום מזכיר תכנית עירונית קונקרטית החלה על המקרקעין, אך לא מזכיר כלל שהוצא היתר למבנה עוד בשנת 1977. ממילא לא נאמר כי אותו היתר בניה, לא היה אלא לקומת הקרקע וכל מה שנבנה מעבר נבנה באיסור. בוודאי שלא הובהר כיצד הדברים עולים מהגרמושקא, הכוללת אמנם תכנית לשלוש קומות, אך רק אחת מותרת למעשה בהיתר הבניה, והיתר סומנו בו כ"עתידיות", כמוסבר לעיל. ממילא, תשובת הנאשם לסעיף זה "מוכחש מחוסר ידיעה. הנאשמת 1 רכשה את הבנין לפני מספר שנים, מאליאל עזרא או חברה בשליטתו" (עמ' 3 לפרוטוקול בית משפט קמא) גם כן לא ברורה דיה. פשיטא, שאין טענה שהנאשם רכש את כל הבנין, אך כלל לא עולה שיש הבחנה בין חלקי המבנה השונים, לא באישום ולא בתשובה.

87. נכון, שלאחר היכרות עם חומר הראיות שהוגש לבית המשפט, ניתן לפענח למה התכוונה התובעת שניסחה כתב האישום. לגופן של הראיות, כב' השופט הולצמן ניתח הדברים ביסודיות, כדרכו, ולכאורה לא ניתן לחלוק על מסקנתו לגבי המשמעות של חומר הראיות שהוגש לבית המשפט. אולם, מסקנה זו מהחומר שעמד לפני בית המשפט, לא עלתה בבירור מכתב האישום וגם לא מחוקר החקירה, שלא כלל חלק חשוב מהמסמכים שהוגשו לבית המשפט. כאמור, יש לזכור שלא כל החומר עמד לפני הסנגור לקראת המשפט. הרי, בעת ניהול פרשת התביעה, בעת הגשת המסמכים מתוך תיק הבנין (התכנית החלה על המקרקעין, הגרמושקא והיתר הבניה) התלונן הסנגור שלא ראה כלל את המסמכים האלה (עמודים 10 ו- 12 לפרוטוקול). התובעת בדיון השיבה שאין חובה להמציא חומר זה, באשר "תכניות זה דין, כמו חוק" וכי "חובתו היתה לגשת לתיק הבנין ולצלם החומרים".

88. מבלי לקבוע מסמרות בטענת התובעת בדיון לפיה הוראות סעיפים 74, 75 ו- 77 לחסד"פ לא חלות על מסמכים מתוך תיק הבנין (וטענה זו אינה פשוטה כלל ועיקר), יש לקחת בחשבון שהסנגור לא היה מוכן להגשת מסמכים אלה. אפילו בהנחה שצודקת התובעת, ואפילו אם נניח שאין אפילו חובה להודיע מראש על המסמכים שיש כוונה להגשים מתוך תיק הבנין (וזו טענה קשה ביותר, שהרי אפילו סעיפי העבירה מחייבים



אזכור בכתב האישום, לפי סעיף 85(5) (לכתב האישום), לא ניתן לומר כי מדובר בטעות של הסנגור, במקרה זה. שכן, הוא לא חלק על כך שמותר לעשות שימוש תעשייתי בלבד במקרקעין, והוא הגיש או התכוון להגיש את כל המסמכים שהיו בידו, כולל טופס 4, המלמד בעקיפין על קיומו של היתר בניה למבנה.

89. כאמור, **מעין בכתב האישום, סנגור סביר היה מתקשה להעלות על דעתו כי הביטוי "נמצא כי הבנין במקרקעין נבנה ללא היתר בניה כדין", כוונתו שהבנין נבנה עם היתר בניה כדין, אלא שאותו חלק בו מצוי האולם של המערערים, נבנה בסטייה מאותו היתר.** ממילא, כאשר יש היתר למבנה, הסנגור לא היה צריך להעלות על דעתו כי התביעה סבורה שאין היתר לחלק מהמבנה, למרות שיש היתר למבנה, אם הדבר לא נכתב במפורש בכתב האישום.

90. כשהתבקש ב"כ המשיבה להגיב לנקודה זו במסגרת הדיון בערעור, הסכים ב"כ המשיבה כי אכן לא צוין בכתב האישום אילו קומות נבנו ללא היתר, וכי הקומה של המערערים נבנתה ללא היתר כדין, בניגוד לקומת הכניסה. עם זאת, ב"כ המשיבה טען כי עובדות אלו עלו מהדיונים בבית משפט קמא, וכי המערערים יכלו ללמוד על כך מהמסמכים, העדויות והסיכומים בשלב המשפט.

91. הטענה לפיה לא נגרם עיוות דין, גם אם היה פגם בכתב האישום, אם הצדדים הבינו היטב את יריעת המחלוקת מלכתחילה, נכונה במקרים מסויים. בפועל, כאשר מתברר שיריעת המחלוקת שונה ממה שסברו בתחילה, חובת ב"כ שני הצדדים להבהיר זאת מיד, ואז אפשר שניתן יהיה לתקן את הפגם, ככל שניתן, כל עוד מתנהל המשפט. אולם, כאשר הנקודה הלא מובנת נתפסת על ידי הצדדים כנקודה שולית, הדבר לא יקרה בפועל. בעניין דנן, כמעט כל השיח במשפט התנהל סביב שאלת ההלנה של עובדים במבנה. לכן, נוכח הפגם בכתב האישום, המשתמע כטוען טענה עובדתית אחרת לגמרי, לא ניתן היה לצפות שנאשם או סנגור ישכילו להגיע לתובנה שהבנתם את האישום המשני היה שגוי, ואף לייחס לדבר חשיבות.

92. ב"כ המשיבה טוען כי אם המערערים סברו שקיים פגם בכתב האישום עליהם היה לעלות זאת כטענה מקדמית, או בשלב מאוחר יותר באישור בית המשפט. לשיטתו, מכיוון שהטענה לא הועלתה, לא נכון לדון בה לראשונה בערכאת הערעור. לטעמי, יש בטיעון זה מידה של לעג לרש. הרי אין מדובר בכתב אישום שהוא לגמרי לא ברור, המגלה טענה מקדמית על פניו, אותה ניתן להעלות מיד. הנקודה היא שכתב האישום נראה כאילו הוא ברור, וטוען שאין היתר לכל הבניין כולו. הטיעון הסותר את ההבנה הזו נובע מתיק הבניין, שהסנגור כלל לא ראה, כי לא הבין שצריך להסתכל עליו. במצב דברים זה, כיצד מצופה שהנאשם יעלה טענה לפגם? אילו עדותה של העדה לירז הייתה בהירה יותר, אפשר שהפגם בכתב האישום היה בולט יותר ואולי אז ניתן היה לטעון הטענה. אולם, למעשה, הטענה העובדתית של המאשימה הוגדרה בברור רק בשלב הסיכומים.

93. כתב אישום אשר לא כולל את העובדות המבססות האחריות לעבירה עצמה - יימחק, בהתאם להוראות סעיף 149(4) לחוק סדר הדין הפלילי. אומנם, לא פעם, בעבירות מסוגים שונים, ובהתקיים נסיבות שונות, די בתיאור כללי של מעשי העבירה, כאשר הפרטים המדויקים אינם ידועים למאשימה (ראו לדוגמה ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל (8.12.15) בפסקה 32 או רע"פ 4484/92 סיריה נ' מדינת ישראל פ"ד מו(5) 176 (1992) בפסקה 5). עם זאת, יובהר כי אין בכך בכדי לפטור את המאשימה מכתיבת עובדות רלוונטיות שכן ידועות לה, ואשר אותן ביכולתה להוכיח. זאת, על פי ההוראות הברורות של סעיף 85(4) לחוק סדר הדין הפלילי לפיהן יש לכלול בכתב האישום "תיאור העובדות המהוות את העבירה, בציון הזמן והמקום במידה שאפשר לבררם".

94. בעפ"א (מחוזי ב"ש) 7574-04-17 **אולשק ושות' מיחזור בע"מ נ' מדינת ישראל עיריית אשדוד**



(14.08.2017), נקבע כי "על כל כתב אישום לכלול תיאור עובדתי ברור של הנסיבות המיוחדות של המקרה הקונקרטי, דבר שיש בו משנה חשיבות. מבחינת המדינה, יש חשיבות בדבר כדי להשפיע גם על הענישה, במסגרת שיקולי תיקון 113, אם תהיה הרשעה. אולם, החשיבות העיקרית היא מבחינת הנאשם. זכותו של הנאשם לדעת בדיוק באילו מעשים מאשימים אותו". **ניסוח לקוני וכוללני, שיש בו כדי להטעות הנאשם בדבר הטענה העובדתית המדויקת, הוא פגם חמור בכתב האישום.** אם הוא מתגלה בשלב שבו עוד ניתן לתקן, הרי טוב. אולם, במקרה זה נראה כי הפגם המתבטא בערפול בכתב האישום, המצטרף לכך שהנאשם לא נחקר על העבירה היחידה בה הורשע בסופו של יום, ואף הועבר לו מסר לפיו "זה בסדר" במשך שנים, אכן הביא לעיוות דין. לפיכך, אין מנוס מביטול האישום בדיעבד, אף אם המשמעות היא זיכוי.

"עבירה נוספת", "היפוך הנטל" ואי בהירות טענת הערעור

95. טוען ב"כ המשיבה היא כי בהתאם לסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, אף אם סעיף העבירה לא היה נכלל בכתב האישום, רשאי היה בית המשפט להרשיע בגין העבירה, ובלבד שהיה לנאשם הזדמנות נאותה להתגונן. אף טענה זו נכונה בעיקרה, אך לא מתאימה לנסיבות המקרה, משני נימוקים. האחד, אין מדובר בעבירה שנתגלתה תוך ניהול המשפט, המדובר בעבירה אשר המדינה כיוונה אליה לכתחילה, אך לא השכילה לנסח כראוי את כתב האישום, כך שהשתמע שהאישום העובדתי הוא אחר לגמרי. הנימוק השני, באשר למערערים דן לא התקיים התנאי שקבע המחוקק באותו סעיף "שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן". הרי, כלשונו של השופט אדמונד לוי בהקשר לסעיף 184 "תנאי יסודי ליכולתו של נאשם לגבש ולהציג קו הגנה הוא ידיעה בדבר האישומים המיוחסים לו, שהרי אין אדם יכול להתגונן אם אין הוא יודע מפני מה" (ע"פ 9256/04 נוי נ' מדינת ישראל (10.08.2005), פסקה 11). למעשה, נכון במקרה זה להחיל את אותו עקרון, רק בכיוון ההפוך. שכן, גם בהנחה שהטענה אכן כתובה בכתב האישום, מטעמי צדק לא נכון להרשיע נאשם, באשר ערפול הניסוח לא העמידה לפני המערערים הזדמנות סבירה להתגונן.

96. ב"כ המשיבה ביקש להזכיר כי עסקינן במצב דברים בו ביצוע העבירה הוכח, והנטל עבר אל המערערים, להראות שהתקיימו שני התנאים לפטור מאחריות קפידה. לכן, לפי שיטה זו, אין חשיבות רבה לכך שהנאשם לא נחקר נגדית אודות העבירה הקונקרטית בה הורשע בסופו של יום. אין לקבל טענה זו. להפך, דווקא כאשר מועבר הנטל אל הנאשם, קיימת חובה מוגברת להבהרת הנסיבות המקימות החזקה נגדו, להזהירו כי הנטל עליו, ולהבהיר לו את טיב הנטל, כדי שיכול להרימו. החקירה שערך המפקח ואזהרותיו כללו מסר לפיו אם לא הייתה לינה במקום, לא בוצעה כל עבירה. אבל, עדות הנאשם בחקירה ובמשפט, לפיה בדק ולא מצא לינה במקום, כלל אינה תשובה לשיטת המשיבה. שהרי, גם השכרת המקום לאחסון היא עבירה. על המשיבה היה לשאול את הנאשם את השאלה הזו, בחקירת המפקח, ולכלל המאחר בחקירה הנגדית. זאת, כדי לאפשר לנאשם להסביר את עצמו ואת הלך חשיבתו. נכון, שהנטל על הנאשם, אך ניהול הגון של ההליך מחייב ליתן לנאשם הזדמנות להתגונן מפני הטענה המהותית נגדו, הן בחקירה ביחס לכל העבירות, הן בכתב אישום בהיר, והן בהצבת השאלה בחקירה הנגדית של הנאשם. כאן, המשיבה נכשלה בכל המישורים. לא ניתן לבוא בטרוניה למי שלא העלה טענת הגנה, כאשר לא הובהר לו במה הוא מואשם, ומה הנטל המוטל עליו.



97. טוען ב"כ המשיבה כי המערערים כלל לא העלו באופן מפורש בהודעת הערעור את הטענה כי האישום בעבירה המשנית לא הייתה ברורה בחקירה, ובמשפט ולא הייתה הזדמנות להתגונן בפניה. לשיטת ב"כ המשיבה, לא ראוי שבית המשפט ידון בעניין. אכן נכון, ככלל, בית המשפט שלערעור לא ידון בטענה שלא הועלתה כלל. אולם, לא ניתן לומר שהטענה לא הועלתה. אמנם, הטענה לא הועלתה באופן חד ובהיר כפי שנוסח לעיל, אך הטענה עולה ממכלול טענותיו של הסנגור. טענות הערעור הועלו כנקודות קטנות של טרזנה על חוסר צדק בניהול המשפט, בעניינים ובשלבים שונים. אולם, אין בכך שהטענה המקיפה והמצטברת לא נטענה בבירור, כדי לפטור את בית המשפט מחובתו. שכן, חובת בית המשפט להבין את היסוד המונח במכלול הטרזניות הקטנות, לשים האצבע על הנקודה המנחה, לבקש תגובה לגופו של עניין, ואז לבחון אם יש ממש בטענה ולהכריע. בית המשפט אינו רשאי להתעלם מחובתו לדון בטענת נאשם שיש בה ממש, אך ורק משום שהטענה לא נוסחה בבירור, לא מוקדה היטב, או לא נומקה באופן מלומד.

הגנה מן הצדק וסיכום

98. ב"כ המערערים טען להגנה מן הצדק, במישור של אכיפה ברתנית, בשל כך שלא הוגש כתב אישום בגין העבירה של שימוש בסטייה מתכנית כנגד השוכר, קירל. בית משפט קמא דן בטענה זו, וקבע כי נראה כי היה נכון להגיש כתב אישום ולכלול בגדרו את קירל, אולם לא הכריע בשאלה האם אי הכללתו של קירל גוררת בהכרח את המסקנה של ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. זאת, משום שממילא זיכה בית המשפט המערערים בגין העבירה הרלוונטית, מחמת הספק. עם זאת, טענות אלו נשמעו מצד המערערים גם בערעור, זאת על אף שזוכו בגין עבירה זו ואין עורר על כך. צודקת המשיבה שאין להידרש ולהכריע בטענה זו, שכן אינה רלוונטית לגדר המחלוקת אודות בהרשעת המערערים בגין העבירה של שימוש בחלק של בנין, שנבנה ללא היתר.

99. עם זאת, טענת ב"כ המערערים באשר לאי חקירתו של המערער בעבירה בה הורשע, המסר שהעבירה הוועדה המקומית באמצעות המפקח לפיה אם אין לינה במקום אין כל עבירה בת אכיפה, בשילוב הפגם המצויים בכתב האישום כפי שפורט בהרחבה, מחייבים בחינה של טענת הגנה מן הצדק.

100. בע"פ 4855/02 מ"י נ' דר' איתמר בורוביץ', פד"י נט' (6) 776, נקבע מבחן תלת-שלבי להחלת ההגנה מן הצדק - "בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות ... בשלב השלישי, משוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום."

101. לא אקבע מסמרות בשאלה אם בכל אחד מהפגמים שנקבעו לעיל היה מספיק, בנסיבות העניין, כדי להביא לביטול האישום מחמת הגנה מן הצדק. אולם, אין מנוס מן המסקנה לפיה הצטברות הפגמים במקרה זה מנעה מהנאשם הזדמנות נאותה לערוך את הגנתו, ובכך נגרם אי צדק של ממש בניהול ההליך המשפטי.

102. חשוב להדגיש שאין מדובר רק בפגמים המצטברים זה לזה, אלא בפגמים המשתלבים זה בזה, המשפיעים זה על זה, ומעצימים זה את זה. המערער, שנקבע כי גרסתו מהימנה, סבר שאין עבירה



בשימוש בקומה השייכת לו למטרות תעשייה, על ידי השכרתה לאחסון צעצועים. הדבר לא נאמר על ידו באופן מפורש בשום מקום, משום שלא הוטח בו מעולם אחרת, עד שלבי המשפט המתקדמים. אולם, הדבר עולה בבירור מכל התנהלותו, הן בזמן אמת, הן בשלבי החקירה והן במשפט.

103. העובדה שהמפקח אמר למערער שאם אין לינה במקום "הכל בסדר", משתלבת עם העובדה שהוא לא הוזהר ולא נחקר על עבירה זו. המערער, בשם עצמו ובשם המערער, התגונן לכל אורך החקירה והמשפט מפני הטענה "השכרת הנכס להלנת פועלים" בטענה "השכרתי לאחסון צעצועים". הוטח בו "אתה משקר, כן השכרת למגורים" אבל איש לא אמר לו "אבל גם אחסון אסור". הדבר לא נאמר לו אפילו פעם אחת, מבין ארבעת המפגשים שלו עם המפקח. הדבר לא הוטח בו בחקירה הנגדית. החמור ביותר הוא, שהנקודה אמנם עולה במידה זו או אחרת בכתב האישום, אך נטענת בערפול רב, ובהקשר לעובדות שגויות.

104. כתב האישום כאמור כולל טענה כי כל הבניין נבנה ללא היתר. אין מחלוקת כי טענה זו שגויה. יש היתר בניה, אלא שהנכס של המערער בקומה שמעל קומת הכניסה נבנה בחריגה מאותו היתר. הנאשם כמעט לא התגונן מול הטענה כי אין היתר לבניין. אולם, נוכח קיומו של היתר, ממנו היתה חריגה, אין לדעת איזה קו הגנה ניתן היה לנקוט, אילו כתב האישום היה ברור יותר. כך לדוגמה, ייתכן שהסנגור היה בודק לעומק את תיק הבניין לפני הדיון. ייתכן שהייתה נטענת טענת אכיפה בדרנית רלוונטית לאישום זה, כגון ביחס לאכיפה אודות שימוש בנכסים אחרים באותו בניין עצמו, אם יש. ייתכן שהסנגור היה מראה בחקירה הנגדית של המפקח כיצד המערער הוטעה על ידי המפקח. ייתכן שהמערער היה מעיד בבירור ובפירוט על היסוד הנפשי, ואולי אף מעלה טענה של "טעות במצב משפטי", או טענה להטעיה או הבטחה שלטונית, או טענה אחרת. הלו כבר נאמר כי "אין חקר לתבונת סנגור מוכשר" (ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד ד' 429 (1950)). אולם, תנאי בסיסי לכך הוא שהסנגור ידע בפני איזה אישום עומד מרשו.

105. כאמור לעיל, יש לדחות את ניסיונות המשיבה להטיל האחריות על המערערים, שלא העלו טענות הגנה מן הצדק בשלבים המתאימים, ולא הביאו ראיות כדי לעמוד בנטל המוטל עליהם. שכן, הערפל אשר יצרה המשיבה במחדליה לא אפשר להגנה לראות בזמן אמת, כיצד אישום צדדי אורב למערערים מאחורי האישום העיקרי, האישום היחיד ממנו התגוננו בפועל.

במצב דברים זה, לא ניתן לומר כי ניתנה אפשרות הוגנת למערערים להתגונן במשפטם, ואין מנוס מביטול ההליך מחמת הצדק.

התוצאה

התוצאה היא אפוא, שהערעור מתקבל, האישום וההליך כולו מבוטלים משיקולי צדק.

המערערים מזוכים מכל העבירות שיוחסו להם בהליך זה, לרבות מהעבירה בה הורשעו בבית משפט קמא.



שימת לב הצדדים, כי אין בזיכוי זה קביעה שמותר לעשות שימוש בקומה שנבנתה ללא היתר. נהפוך הוא. לכאורה, הוכח במשפט שהקומה נבנתה ללא היתר, וממילא לכאורה אסור לעשות בה כל שימוש.

הזיכוי מההליך הנוכחי מחמת הגנה מן הצדק, אינו מונע מהמשיבה לנקוט בכל הליך אכיפה חדש, כדי למנוע השימוש בנכס, או כדי להעמיד לדין בגין שימוש בתקופות עליהן לא חל הזיכוי הזה, ובלבד שיתקיימו התנאים לכך, והחקירה והליך המשפטי ינוהלו כראוי.

בהסכמת הצדדים, פסק דין זה ניתן בהעדרם.

המזכירות תשלח עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ט"ו אלול תשפ"א, 23 אוגוסט 2021, בהעדר
הצדדים.