|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט לענינים מקומיים בירושלים** | | |
|  | | |
| מדינת ישראל נ' גולדשמיט ואח' | | 27 ינו 2019 72623-09-16, 72784-09-16 |
|  | | |
| **השופטת** | סיגל אלבו | |
|  | | |
| **מאשימה** | מדינת ישראל | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נאשמים** | 1. אברהם גולדשמיט 2. בתיה גולדשמיט 3. טובה בן דוד סוקניק | |

**החלטה**

|  |
| --- |
|  |

לפני בקשה להורות על ביטול כתב האישום בשל אכיפה בררנית, וזאת מכוחה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

**רקע כללי**

1. בשני התיקים שבכותרת הוגש כנגד המבקשים - הנאשמים כתב אישום המייחס להם עבירות לפי סעיף 145 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, בשל בניית תוספת בשטח של 25 מ"ר וכן בניית פיר בשטח של 18 מ"ר בנכס ברח' הקבלן 37 בירושלים (להלן: "הנכס" או "הבניין"). בכתבי האישום נטען, כי העבירות בוצעו בין התאריכים 1.6.10 - 30.2.11.
2. הנאשמים בתו"ב 72623-09-16 (להלן: "גולדשמיט") מתגוררים בקומה הראשונה בבניין, והנאשמת בתו"ב 72784-09-16 (להלן: "סוקניק") מתגוררת בקומה שמעל גולדמישט.**טענות הנאשמים**
3. הנאשמים טוענים לקיומה של אכיפה בררנית. כך, טוענים הנאשמים, כי בבניין בו הם מתגוררים בוצעו עבירות בנייה נרחבות. כך, למשל, בדירה שמתחת לדירת הנאשמים בוצעה עבירת בנייה דומה על ידי משפחת בוסו, ודיירים אחרים בבניין ביצעו עבירות חמורות יותר, כגון: בניית מחסנים ויחידות דיור בלובי הבניין. חרף זאת, לא הוגשו כתבי אישום נגד אותם דיירים.
4. עוד טוענים הנאשמים, כי למרות העובדה שהמאשימה נדרשה לבדוק את קיומן של אותן עבירות לא נעשה דבר. כך, הוועדה המחוזית, אשר דנה בתכנית שהגישה סוקניק הורתה לוועדה המקומית לבדוק את עבירות הבנייה בבניין. חרף זאת לא נעשה דבר והוועדה המקומית לא הפעילה את סמכויות האכיפה, וזאת ללא הסבר מניח את הדעת. מכאן, שמדובר באכיפה בררנית, היוצרת תחושת עוול וקיפוח ופוגעת באמון הציבור.**טענות המאשימה**
5. המאשימה מתנגדת לבקשה וטוענת, כי הנאשמים לא הוכיחו כי בוצעו עבירות דומות בבניין, אשר לא נאכפו. העבירה הנטענת שבוצעה על ידי משפחת בוסו אינה זהה לעבירת הבנייה שביצעו הנאשמים, שכן מדובר בשימוש בחלל שנוצר בעקבות הבנייה מעל דירתם. גם בניית קיר על ידי משפחת בוסו אינו עבירה זהה.
6. עוד נטען, כי מפקחי הבנייה אינם יכולים לזהות עבירות בנייה, מבלי שמוגשות תלונות לגביהן, ותלונות שהוגשו במשך השנים טופלו.
7. עוד טענה המאשימה, כי לאחר שהתקבלה בידיה החלטת הוועדה המחוזית שלחה את מפקחת הבנייה לבדוק את העבירות בבניין, ובכוונתה לבדוק עבירות אלה.**דיון והכרעה**
8. ביום 26.11.18 התקיים דיון בבקשה שלפני. בסיומו של הדיון הוסכם, כי ב"כ המאשימה תודיע, בתוך 60 יום, האם בכוונתה לאכוף את עבירות הבנייה הנוספות בבניין. עוד הסכימו הצדדים, כי ככל שלא יינקטו הליכי אכיפה, תינתן החלטה בשאלת האכיפה הבררנית על יסוד הדיון שהתקיים.
9. ביום 27.1.19 הודיעה המאשימה כי בוצע ביקור של מפקחת הבנייה בבניין, הושארו הזמנת לחקירות וכי עד עתה התייצב אדם אחד לחקירה, אך מסיבות טכניות טרם נחקר.
10. לנוכח הודעה זו, תוכרע שאלת האכיפה הבררנית על יסוד הדיון מיום 26.11.18.
11. דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, ומקנה
12. לבית המשפט סמכות להורות, בין היתר, על ביטול כתב אישום מקום בו הגשתו או ניהולו של ההליך הפלילי, עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.
13. הדין מכיר בטענת אכיפה בררנית כבסיס אפשרי להגנה מן הצדק (ראו למשל ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל, פיס' 13, פורסם בנבו, 12.8.12. להלן: "עניין סלכגי" או "פרשת סלכגי"). הקריטריון החולש על טענה זו, ככל טענה להגנה מן הצדק, הוא השאלה האם יש בקיום ההליך משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, וכיצד ניתן לרפאה (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ''ד נט(6) 776).
14. כאשר הטוען להגנה מן הצדק מבסס את טענתו על אי נקיטת הליכים כנגד אחרים, עליו לעמוד במבחן משולש. תחילה, עליו להראות כי עניינם של אותם אחרים דומה מבחינה עובדתית לעניינו, באופן המצדיק התייחסות מקבילה בשאלת הגשת כתב אישום נגדם. מצב זה כונה בפסיקה "קבוצת שוויון". בשלב השני, עליו להראות כי אי-נקיטת הליכים כנגד האחרים באותה קבוצת שוויון היא בבחינת אכיפה בררנית פסולה, להבדיל מ"מצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות" (עניין סלכגי, בפיס' 14). לבסוף, ככל שהוכחו שני השלבים הראשונים, יש לבחון האם הדבר מחייב את ביטול האישום או זיכוי הנאשם, או שמא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר, כגון התחשבות במישור הענישה (שם, פיס' 15; עניין בורוביץ' הנ"ל, 807-808).
15. יישומו של הדין, כפי שתואר לעיל, מוביל למסקנה כי עומדת לנאשמים הגנה מן הצדק, בטענה לאכיפה בררנית.
16. אשר לשלב הראשון, הוכח בפני כי בבניין בו מתגוררים הנאשמים ישנן עבירות בנייה שלא נאכפו.
17. כך, מר גולדשמיט העיד כי הוא, סוקניק וכן משפחת בוסו בנו במשותף בפיר הבניין בעקבות בעיה של לשלשת של יונים. הבנייה בוצעה באופן שיצקו רצפה בדירה של משפחת גולדשמיט המהווה את התקרה של משפחת בוסו, וכי הדברים נעשו בשיתוף עם משפחת בוסו, אשר השתתפה בעלויות הבנייה. עדות זו היתה מהימנה ולא נסתרה.
18. קיומן של עבירות בנייה נוספות בבניין עולה בבירור גם מעדותה של מפקחת הבנייה, הגב' אפרת מזרחי. מפקחת הבנייה העידה כי בדירה של משפחת בוסו הוקם קיר בניגוד להיתר שגובל בין הדירה של משפחת בוסו לבין פרוזדור היצירה (עמ' 6 לפרוטוקול ש' 6-8). כן העידה המפקחת כי בעקבות ממצאים אלה פתחה בשנת 2011 תלונה כנגד משפחת בוסו והעבירה את התלונה ללשכה המשפטית. המפקחת העידה כי אינה יודעת מה עלה בגורל התיק.
19. עוד העידה מפקחת הבנייה כי מאז שנת 2010 לא קיבלה פנייה מגורם כלשהו לבדוק קיומן של עבירות בנייה נוספות, כי אינה מודעת להחלטת הועדה המחוזית מחודש מרץ 2017 לפיה יש לבצע פעולות אכיפה בבניין.
20. מפקחת הבנייה העידה כי רק בעקבות פנייה של ב"כ המאשימה שבוע לפני מועד הדיון, ביצעה ביקור במקום ביום 21.11.18, ונוכחה לדעת כי יש עבירות בנייה נרחבות בבניין. כך, למשל, בלובי הבניין נבנו מחסנים או חדרים, שכנים נוספים סגרו נישות, בוטלו גרמי מדרגות וכן במפלס התחתון בעמודה של בוסו בנו קיר ללא היתר. המפקחת ציינה בעדותה כי ישנן עבירות דומות במהותן לאלה שביצעו הנאשמים (עמ' 7 לפרוטוקול ש' 31- 31).
21. עוד עולה מעדותה של מפקחת הבנייה כי מאז שנת 2010 הוכנו טיוטות כתבי אישום נגד הנאשמים וכנגד דייר נוסף (משפחת שור) בלבד.
22. מעדותה של מפקחת הבנייה עולות המסקנות הבאות: האחת, בבניין בו מתגוררים הנאשמים קיימות עבירות בנייה בהיקף נרחב, חלקן דומות במהותן לאלה שבוצעו על ידי הנאשמים וחלקן חמורות יותר, כגון: בניית מחסנים או יחידות דיור בלובי הבניין. שנית, מפקחת הבנייה היתה מודעת לקיומן של עבודות בנייה שבוצעו ללא היתר בדירת משפחת בוסו בשנים 2010- 2011, ואף פתחה תלונה בנוגע לעבודות אלה, אשר הועברה לטיפול הלשכה המשפטית.
23. בעניין זה איני מקבלת את טענת המאשימה כי אין מדובר בעבירה דומה ועל כן אין מדובר בקבוצת השוויון של הנאשמים. מעדותו של הנאשם 1 וכן התמונות שהוצגו (נ/1 ונ/2) עולה, כי יציקת רצפת משפחת גולדשמיט שימשה תקרת משפחת בוסו ונעשתה בשיתוף פעולה עם משפחת בוסו. עוד עולה, כי בדירת משפחת בוסו נבנה קיר ללא היתר אשר חוצץ בין דירתם לבין פרוזדור היציאה. העובדה כי בדירת משפחת בוסו הנמצאת בקומת הקרקע לא בוצעה סגירה של החזית נובעת כפי הנראה מכך שהחלל מוביל לגינת משפחת בוסו, אך אין בכך לשלול את המסקנה כי בוצעה עבירת בנייה דומה להכשרת חלל לשימוש. כמו כן, אין כל הכרח כי יהיה מדובר בעבירה זהה בדיוק לזו שביצעו הנאשמים ודי בכך כי מדובר בביצוע עבודות בנייה ללא היתר דומות במהותן.
24. המסקנה כי ישנם דיירים נוספים בבניין שבוצעו עבירות דומות עולה גם מהחלטת הוועדה המחוזית, אשר דנה בתכנית שהוגשה על ידי חלק מדיירי הבניין, ואשר צורפה לבקשת הנאשמים. בהחלטה מיום 21.3.17 ציינה הוועדה המחוזית כי בבניין קיימות עבירות בנייה בהיקף גדול בתחום התכנית. בסעיף 7 להחלטה זו קראה הוועדה המחוזית לוועדה המקומית להפעיל את סמכויות הפיקוח בתחום התכנית.
25. משהוכחו קיומן של עבירות דומות בבניין, עובר הנטל אל המאשימה להוכיח כי נקטה הליכי אכיפה נגד אותם דיירים. המאשימה לא הוכיחה כי מאז שנת 2010 הוגשו כתבי אישום נגד דיירים נוספים בבניין, ואף לא נתנה הסבר מניח את הדעת מדוע לא בוצעו הליכי אכיפה כנגד משפחת בוסו.
26. המסקנה היא, אם כן, כי כנגד דיירים נוספים שביצעו עבירות דומות בבניין בעבר לא הוגשו כתבי אישום.
27. אשר לשלב השני, המאשימה לא נתנה הסבר מניח את הדעת מדוע לא הוגשו כתבי אישום נגד דיירים נוספים בבניין.
28. חוסר השוויון שבהתנהלות המאשימה מתחדד לנוכח העובדה שעוד בחודש מרץ 2017 קראה הועדה המחוזית לוועדה המקומית להפעיל את סמכויות הפיקוח והאכיפה בבניין, לאור קיומן של עבירות בנייה בהיקף נרחב. מכאן, שהמאשימה אינה יכולה לטעון כי לא ידעה על קיומן של עבירות הבנייה.
29. יתר על כן, עוד בדיון שהתקיים ביום 26.11.17 טען ב"כ הנאשמים לקיומן של עבירות בנייה שבוצעו על ידי דיירים נוספים בבניין, וביקש כי המאשימה תבצע בדיקה בשטח. באותו דיון הודיעה ב"כ המאשימה כי הפיקוח יבדוק את טענות הנאשמים ויודיע תוצאות בדיקתו בתוך 45 יום. חרף זאת, מעדותה של מפקחת הבנייה עולה, כי רק שבוע לפני מועד הדיון בטענת האכיפה הבררנית (26.11.18), היינו בחלוף כשנה, היתה פניה מצד המאשימה אל מפקחת הבנייה כי תבקר בשטח על מנת לבדוק קיומן של עבירות בנייה נוספות.
30. מכאן, שהמאשימה בחרה ביודעין להתעלם מקיומן של עבירות בנייה נוספות שבוצעו על ידי דיירים נוספים בבניין, אף כי אלה הובאו לידיעתה הן על ידי הוועדה המחוזית והן על ידי ב"כ הנאשם, וזאת ללא הסבר המניח את הדעת.
31. הואיל ומדובר בדיירים באותו בניין, שחלקם ביצעו עבירות דומות וחלקם ביצעו עבירות חמורות מאלה שביצעו הנאשמים, חוסר ההגינות וחוסר השוויון זועק לעין.
32. לא אחת נפסק, כי העובדה שלא מבוצעות פעולות אכיפה זהות על ידי הרשות כלפי מקרים דומים ומוגש כתב אישום רק כלפי אחד, מצביעה על פגיעה בעקרונות הצדק וההגינות. אכן, יש מקום לקבל טענה כי הרשות אינה אוכפת חריגות בנייה המבוצעות על ידי כלל "עברייני הבנייה" משיקולים של מחסור בכוח אדם, אך הדעת אינה סובלת הגשת כתב אישום כלפי שני דיירים בבניין כאשר ישנם דיירים נוספים באותו בניין שביצעו עבירות דומות או חמורות יותר (ראו והשוו: עפא (מרכז) 32016-11-09 ריינר מלאכי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה (פורסם בנבו, 29.12.10)).
33. במקרה זה, התנהלות המאשימה מגלה שרירותיות שאין לה כל הסבר מניח את הדעת בעיני, והתנהלות זו עומדת בסתירה מהותית לעקרונות צדק והגינות משפטית, כלשונו של סעיף 149 (10) לחסד"פ, ודומה כי די בטעם זה לבדו כדי להקים לנאשמים טענת הגנה מן הצדק (ראו והשוו: עפא (ת"א) 14701-09-11 דב נסיס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.12.11)).
34. אשר לשלב השלישי, הגעתי למסקנה כי אין מקום לרפא את הפגם בדרך אחרת, מלבד ביטול כתב האישום. גם העובדה שרק כעת, ובעקבות הדיון שנערך, החלה המאשימה בהליכי חקירה נגד דיירים נוספים בבניין, אינה מרפאת את הפגם. בהקשר זה, אציין, כי אי נקיטת הליכי אכיפה נגד כל דיירי הבניין הביאה לפגיעה קשה בנאשמים, שכן הנאשמים מבקשים לקדם הליכים להכשרת הבנייה, אך נתקלים בחוסר שיתוף פעולה מצד דיירי הבניין, מה שמונע אפשרות להכשיר את העבירה. יש להניח שלו היתה נוקטת המאשימה בהליכי אכיפה נגד דיירים נוספים בבניין, אשר ביצעו עבירות בנייה, לא היו הנאשמים נתקלים בקשיים אלה.
35. לפיכך, אני מורה על ביטול כתבי האישום לנוכח האכיפה הבררנית מצד המאשימה.
36. יצוין, כי אין באמור למנוע מהמאשימה להגיש כתב אישום חדש כנגד הנאשמים לאחר שתרפא את הפגם שנפל בהליך ותנקוט בהליכי אכיפה נגד דיירים נוספים בבניין, שביצעו עבירות בנייה. ניתנה היום, כ"א שבט תשע"ט, 27 ינואר 2019, בהעדר הצדדים. 