



עפ"א 4363/02/18 - ירון מאיר, עירית מאיר נגד ועדה מקומית לתכנון קרית טבעון

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 4363-02-18 מאיר ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון קרית טבעון
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט שמואל מנדלבוים
מעוררים 1. ירון מאיר
2. עירית מאיר

נגד
משיבה
ועדה מקומית לתכנון קרית טבעון

פסק דין

פתח דבר:

1. בפני ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט לעניינים מקומיים בקריית ביאליק (כב' השופט מרדכי ארגמן, שופט עמית) מיום 17.12.17 בתו"ב 24796-08-14 לפיה הורשעו המערערים בעבירה של עשיית שימוש אסור במקרקעין שבבעלותם ובהם הם מחזיקים, בניגוד להיתר ובניגוד לתוכנית, לפי סעיף 243(ה) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 בנוסחו לאחר חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 116), התשע"ז-2017 (החוק בנוסח הקודם) (שכפי שיפורט להלן הוא הנוסח הרלוונטי) ייקרא להלן - "חוק התכנון והבניה". הערעור מוגש גם על חלק מגזר דינו של בית המשפט קמא מיום 20.12.17 שבו ניתן צו להריסת/התאמת דירת מגורי המערערים להיתר הקיים כפי שיפורט בהמשך.

ההליך בבית המשפט קמא:

2. באוגוסט 2014 הגישה הוועדה המקומית לתכנון ובניה קרית טבעון (להלן - "המאשימה") לבית המשפט קמא כתב אישום (מתוקן) (להלן - "כתב האישום") המייחס למערערים את העבירות הבאות: שימוש במקרקעין ללא היתר כדין לפי סעיפים 204(א) יחד עם סעיף 208 לחוק התכנון והבניה; שימוש במקרקעין בסטיה מהיתר לפי סעיפים 204(ב) יחד עם סעיף 208 לחוק התכנון והבניה; שימוש במקרקעין בסטיה מתכנית לפי סעיף 204(ב) יחד עם סעיף 208 לחוק ותקנות התכנון והבניה (סטיה ניכרת מתכנית), התשס"ב-2002; שימוש חורג מתכנית לפי סעיף 204(א) יחד עם סעיפים 145 ו-208 לחוק ותקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967 ושימוש חורג מהיתר לפי סעיף 204(א) יחד עם סעיפים 145 ו-208 לחוק ותכנון התכנון ובניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967.



3. על פי העובדות המפורטות בכתב האישום, המערערים הם בעלי הזכויות והמחזיקים במקרקעין הרשומים כגוש 12678 חלקה 45 ברח' תמר 3 קרית טבעון, (להלן-"**המקרקעין**") ובתקופה הרלוונטית לכתב האישום חלה על המקרקעין תכנית טב/כמ/160 שעל פיה ייעוד המקרקעין הוא מגורים. עוד פורט כי למערערים ניתן ביום 7.5.2000, או בסמוך לכך, היתר מס' 990118 לבניית בית מגורים דו משפחתי בו שתי קומות במקרקעין (להלן בהתאמה: "**ההיתר**" ו- "**בית המגורים**"). לפי כתב האישום, במועד שאינו ידוע למאשימה, ביצעו המערערים, בעצמם או באמצעות אחרים, עבודות ושימושים במקרקעין הכוללים:

(1) סגירת קומת עמודים פתוחה בבית המגורים בשטח כ- 45 מ"ר והכשרתה כיחידת מגורים נוספת (להלן-"**יחידה א**") והחל מיום 27.3.14 או בסמוך לכך המערערים משתמשים בשטח זה, בעצמם או באמצעות אחרים, שימוש עסקי-מסחרי לאירוח ומלונאות (השכרה על בסיס שעת).

(2) סגירת חלל מתחת למשטח חניה בשטח של כ- 25 מ"ר (להלן-"**יחידה ב**") והחל מיום 27.3.14 המערערים, בעצמם או באמצעות אחרים, משתמשים בשטח זה למלאכה כבית מלאכה לייצור מוצרי קרמיקה;

(3) פיצול בית המגורים לשניים באופן שהתווספה לו יחידת מגורים נוספת (להלן-"**יחידה ג**") שבה עושים המערערים, בעצמם או באמצעות אחרים, שימוש עסקי-מסחרי לאירוח ומלונאות (אירוח על בסיס שעת) וזאת החל מיום 3.3.14 לכל הפחות.

בכתב האישום נטען כי המערערים, שעליהם מוטלת החובה להשיג היתר מכוח **חוק התכנון והבניה**, ביצעו מעשים אלו כשאין בידיהם היתר כדין על פי החוק ובניגוד להוראותיו, בניגוד להיתר הקיים והוראותיו ובסטייה ממנו, בסטייה ניכרת מהוראות התכנית החלה על המקרקעין ובניגוד **לתקנות התכנון והבניה (סטייה ניכרת מתכנית)** התשס"ב-2002, בניגוד לייעוד המקרקעין על פי התכנית החלה במקום, היינו-עושים שימוש חורג מתכנית ובניגוד לייעוד המקרקעין על פי ההיתר הקיים- היינו עושים שימוש חורג מהיתר.

4. אקדים ואציין כי ביום 20.10.13 הוגש נגד המערערים כתב אישום בתיק תו"ב 45605-10-13 (להלן-"**ההליך הקודם**") שתוקן בהמשך ובמסגרתו יוחסו למערערים בסיכומי של דבר העבירות שלהלן:

(א) עבירה של בניה ללא היתר לפי סעיף 204(א) **לחוק התכנון והבניה** וזאת בגין סגירת חניה בקדמת המקרקעין ושימוש בה.

(ב) עבירה של שימוש בלא היתר כדין, לפי סעיף 204(א) **לחוק התכנון והבניה**, וזאת בגין שימוש בקומת עמודים פתוחה שנסגרה ללא היתר בבית המגורים -**יחידה א'** בכתב האישום בתיק הנוכחי- וכן בגין שימוש בסגירת חלל מתחת למשטח החניה - **יחידה ב'** בכתב האישום הנוכחי.

בהכרעת הדין שניתנה בהליך הקודם ביום 45605-10-13 הורשעו המערערים בעבירה של בניה ללא היתר שעניינה סגירת החניה בקדמת המקרקעין וזוכו מעבירת השימוש החורג (בלא היתר) ביחידות א' ו-ב' כאשר



הזיכוי התבסס על העדר ראיות מטעם המאשימה לעבירת השימוש שיחוסה בהליך הקודם למערערים ביחידות א' ו-ב'.

5. בטרם הקראת כתב האישום העלה ב"כ המערערים טענות מקדמיות כדלקמן:

5.1. **טענת "סיכון כפול" וטענת "כבר זוכית";** במסגרת טענות אלה נטען כי כל

המעשים שיוחסו למערערים בכתב האישום נבחנו כבר בהליך הקודם והנאשמים זוכו מהעבירות שיוחסו להם בכתב האישום. לאור האמור, נטען כי יש לבטל את כתב האישום נשוא ההליך דנן. בהתייחס לטענה זו השיב ב"כ המאשימה כי העבירות המיוחסות למערערים בתיק הנוכחי שונות ואחרות ומתייחסות למועדים מאוחרים יותר מפסק הדין בהליך הקודם.

5.2. טענת "הגנה מן הצדק" שהינה למעשה טענה של אכיפה בררנית.

6. המערערים כפרו בעובדות כתב האישום ולאחר שמיעת ראיות הצדדים החליט בית המשפט קמא בפסק דין מפורט ומנומק להרשיע את המערערים בעבירות שפורטו בפתח פסק דין זה;

פסק דינו של בית המשפט קמא

7. אשר לייעוד המקרקעין שבהם נמצא בית המגורים של המערערים, בית המשפט קמא קבע כי מעדותה של סגנית מהנדס המאשימה שהעידה בבית המשפט ביחס לשימושים המותרים במקרקעין (במסגרתה הוגשה התכנית טב/במ/160) ובהעדר טענות כלשהן מטעם הצדדים בסיכומיהם בעניין הייעוד של המקרקעין, יש להסיק כי השימוש היחיד המותר לעשות במקרקעין, לבד ממגורים, הוא משרד לבעל מקצוע חופשי של בעלי הדירה בלבד ועל כן שימוש לעסקי אירוח ומלונאות הינו שימוש אסור בהחלט לפי התכנית החלה על המקרקעין. בית המשפט קמא הוסיף כי גם אם ניתן למערערים היתר לשימוש בשטחים האמורים לעסקי אירוח או מלונאות, מדובר בהיתר בטל בהיותו בניגוד לתכנית החלה על המקרקעין.

8. בית המשפט קמא קבע כי על פי ההיתר השימוש המותר למערערים לעשות במקרקעין הוא מגורים בלבד.

9. אי לכך, בית המשפט קמא קבע כי כל שימוש שנעשה במקום, שאיננו מגורים, הינו שימוש "חורג" ובתור שכזה הינו "שימוש אסור במקרקעין" הן מהיותו מנוגד לתכנית החלה על המקרקעין והן מהיותו מנוגד להיתר שהמערערים קיבלו.

10. בית המשפט קמא קבע כי אין בעצם מחלוקת של ממש בין הצדדים ביחס לעובדות שיוחסו למערערים בכתב האישום והמחלוקת שנתרה מתייחסת לטענת המערערים "כבר זוכית" בגין השימוש האסור במקרקעין בהליך הקודם;



11. לאחר שבחן את האישומים שיוחסו למערערים בהליך הקודם ואת ההליכים שהתקיימו, לרבות הכרעת הדין בהליך הקודם, בהשוואה לעבירות המיוחסות למערערים בהליך דנן, בית המשפט קמא הגיע למסקנה כי דין הטענה "כבר זוכיתי" להידחות; בית המשפט קמא קבע כי לטענת "כבר זוכיתי" אין ביסוס משפטי במקרה דנן וזאת נוכח אופייה של העבירה שעניינה שימוש אסור במקרקעין בניגוד לתכנית או להיתר שלדעתו הינה עבירה מתחדשת או נמשכת כך שכל אימת שהשימוש האסור מתבצע, העבירה מתבצעת באופן רצוף דקה אחר דקה ולכן, קבע בית המשפט קמא, אין נפקא מינה אם המערערים זוכו או הורשעו בהליך הקודם, ביחס לאישומים המיוחסים להם במועדים שלאחר מתן הכרעת הדין בהליך הקודם, המערערים אינם יכולים לטעון "כבר הורשעתי" או "כבר זוכיתי" וטענה זו תקפה אך ורק לגבי שימושים אסורים באותם מקרקעין שבוצעו בתקופה שלפני מתן פסק הדין בהליך הקודם, דהיינו עד ליום 26.3.14. בהליך הנוכחי המאשימה מייחסת למערערים שימושים אסורים שבוצעו מיום 27.3.14 ואילך.

12. לאחר בחינת הראיות, לרבות עדותה של המערערת 2, בית המשפט קמא הגיע למסקנה כי המערערים עושים שימוש אסור במקרקעין המיוחס להם בכתב האישום, בקשר לקיום וניהול בביתם עסק כלכלי של השכרת חדר לאירוח לפרקי זמן משתנים בתשלום וזאת ביחידה ג'. ונקבע כי שימוש זה הינו בניגוד לתוכנית ובניגוד להיתר שברשות המערערים.

13. לעניין יחידה א' בקומת העמודים, בית המשפט קמא קבע כי לא הוכח בפניו כי המערערים השתמשו גם בשטח זה למטרות אירוח, ולפיכך לא הוכח כי המערערים עושים שימוש ביחידה זו בניגוד לתוכנית, אך "נעשה בה שימוש אסור בעצם סגירתה בניגוד להיתר".

14. אשר לקומת העמודים ששטחה 25 מ"ר שמתחת למשטח החנייה, דהיינו יחידה ב', נקבע כי גם כאן לא הובאו ראיות מספיקות להוכחת שימוש למלאכת ייצור מוצרי קרמיקה אך גם ביחס ליחידה זו זה נקבע כי "נעשה בה שימוש אסור בעצם סגירתה בניגוד להיתר".

15. אשר לטענת האכיפה הבררנית/ההגנה מן הצדק, בית המשפט קמא, לאחר בחינת התנאים להוכחת הטענה כפי שהתוו בפסיקה, לא מצא כי המערערים הופלו לרעה על ידי המאשימה לעומת אחרים ולא מצא כי המאשימה חיפשה להתנכל דווקא למערערים במעשה נפסד ולהתעלם מאחרים. בית המשפט קמא קבע עוד כי במקרה הנוכחי עוצמת הראיות איתנה וכי קיומו של ההליך לא כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות.

16. להשלמת התמונה יצוין כי בית המשפט קמא בחן אף את הוראות תיקון 116 לחוק ומצא כי לאור הוראות סעיפים 4 ו-5 **לחוק העונשין התשל"ז-1977**, הוראות החוק הרלוונטיות לאחר התיקון שהינן הוראות מחמירות יותר אינן חלות על המקרה שבפנינו, ובכל זאת בפסק הדין הרשיע בית המשפט קמא בעבירות על פי סעיף 243(ה) **לחוק התכנון והבנייה** בנוסחו לאחר תיקון 116, **כאשר ביחס ליחידות א' ו-ב' הורשעו המערערים בשימוש בניגוד להיתר, וביחס ליחידה ג' בשימוש בניגוד להיתר ובניגוד לתוכנית.**



גזר הדין:

17. בגזר הדין מיום 20.12.17, הטיל בית המשפט קמא על כ"א מהמערערים קנס בסך 50,000 ש"ח או 5 ימי מאסר שישאו בנוסף לכל מאסר אחר שהוטל עליהם, התחייבות בסך של 20,000 ש"ח להימנע במשך שנתיים מלעבור עבירה בה נידון ויורשע בה. כמו כן בית המשפט קמא נתן צו להריסת תוספות הבניה אשר נבנו כמתואר ללא היתר וזאת בדרכ של התאמת דירת המגורים להיתר שניתן למערערים. בית המשפט קמא עיכב את ביצועו של צו ההתאמה של המבנה להיתר עד ליום 1.12.18 על מנת לאפשר למערערים למצות את הליכי הרישוי לקבלת היתר. אשר לשימוש, בית המשפט קמא הורה למערערים להפסיק באופן מיידי את השימוש לצורכי אירוח ומלונאות נשוא כתב האישום.

הודעת הערעור:

18. המערערים חוזרים בהודעת הערעור על טענת "הסיכון הכפול" שהעלו בפני בית המשפט קמא. לטענתם, העבירות נשוא שני ההליכים, הקודם והנוכחי, זהות לחלוטין ואף הראיות שהגישה המאשימה להוכחת טענותיה בתיק הנוכחי הן אותן ראיות שהוכנו לצורך ההליך הקודם. לטענת המערערים, מאז מתן פסק הדין בהליך הקודם, לא חל בנכס שום שינוי עובדתי ביחס ליחידות א' ו-ב'. לטענת המערערים, לגבי שטחים אלו הם כבר עמדו בסיכון של הרשעה באישומים שיוחסו להם בהליך הקודם, ועצם העובדה שהוגש כתב אישום בתיק הנוכחי בגין אותם מעשים נשוא כתב האישום בהליך הקודם, מהווה "סיכון כפול" שבו עמדו המערערים בהליך הנוכחי ומן הדין היה לזכות את המערערים מהאישומים נשוא ההליך הנוכחי המתייחסים ליחידות א' ו-ב'.

19. בהקשר זה המערערים מבקשים להבחין בין טענת "סיכון כפול" לטענת "כבר זוכיתי" או "כבר הורשעתי" כאשר שתי הטענות האחרונות עניינן בסיום הליך קודם ומתן פסק דין ולעומת זאת טענת "סיכון כפול" מתייחסת לעצם הגשת כתב האישום והעמדה לדין בשל אותו מעשה שניתן היה להרשיע בגינו- פעולה המהווה "סיכון כפול" ואינה מתייחסת לניהול ההליך או לפסק הדין שניתן או לא ניתן בהליך הקודם.

20. המערערים טוענים עוד כי בית המשפט קמא טעה בכך שדחה את טענת "כבר זוכיתי" שהעלו המערערים בנימוק שעבירת השימוש היא "עבירה נמשכת". לטענת המערערים, בית המשפט קמא עצמו קבע כי המערערים זוכו בהליך הקודם מהעבירות שיוחסו להם בגין אותם מעשים נשוא כתב האישום בהליך הנוכחי (לגבי יחידות א' ו-ב') והשינוי בנוסח שני כתבי האישום, בהליך הקודם ובהליך הנוכחי, לא נועד אלא לחפות על כך שהוגש כתב אישום חדש בגין מעשים שהמערערים כבר נדונו בגינם וזוכו בזיכוי מלא.

21. לטענת המערערים, טעה בית המשפט קמא שדחה את הטענה "כבר זוכיתי" מאחר



ולשיטתו מדובר בעבירה מתמשכת. במקרה דנן, טוענים המערערים, מדובר בזיכוי בהליך הקודם ולכן לא מדובר "בעבירה מתמשכת" שכן לשיטתם לא בוצעה עבירה ומאחר ולא היה שום שינוי עובדתי מאז מתן פסק הדין בהליך הקודם, עומדת למערערים טענת "כבר זוכיתי". לאור האמור, טוענים המערערים כי מן הדין היה לזכות אותם מהאישומים ביחס ליחידות א' ו-ב' מכוח טענת "כבר זוכיתי".

22. המערערים מבקשים להדגיש כי בית המשפט קמא הרשיע אותם בשימוש עסקי-מסחרי לאירוח ומלונאות ביחס ליחידת המגורים הנוספת שהתווספה לדירת המערערים - דהיינו יחידה ג'- בלבד, וההרשעה בשימוש זה אינה מתייחסת ליחידות א' ו-ב'.

23. בהתייחס לטענת האכיפה הבררנית, המערערים טוענים כי טעה בית המשפט קמא משדחה טענתם זו; המערערים טוענים כי אמנם נכון הוא כי ביחידה ג' מדובר בחדר אירוח בבית מגורים, ואולם מן המפורסמות היא שתופעת השכרת צימרים ו/או חדרים למטרות Air B&B כפי שנעשה במקרה דנן היא תופעה נפוצה ביותר, לרבות אצל תושבים רבים אחרים בקרית טבעון ולמאשימה נמסרו שמות וכתובות של תושבים ברשימה המופיעה בפרוטוקול הדיון בפני בית המשפט קמא, ולא נהוג להגיש כתבי אישום בגין פעילות מעין זו ולטענת המערערים מדובר למעשה במקרים רבים אחרים ללא אכיפה. כמו כן, לשיטת המערערים, לאור השתלשלות העניינים שתוארה, לרבות הגשת כתב האישום בהליך הנוכחי בגין אותם מעשים שיוחסו להם בהליך הקודם, הם הופלו לרעה.

24. המערערים מוסיפים וטוענים כי בית המשפט קמא טעה בכך שדחה את טענת ההגנה מן הצדק שהעלו בפניו וזאת לאור העמדתם בסיכון כפול כנטען, הזיכוי בהליך הקודם והטענה לאכיפה בררנית.

25. המערערים עותרים לביטול צו ההריסה/צו ההתאמה ביחס לתוספת יחידת המגורים שכן לטענתם בית המשפט קמא לא היה מוסמך ליתן את הצו מאחר ובהתאם לסעיף 254(ב)(א) **לחוק התכנון והבניה**, הסמכות להוציא צו כאמור רק אם בית המשפט גזר את עונשו של אדם "בעבירה" ומכאן, טוענים המערערים, אם יזוכו מהאישומים בגין יחידות א' ו-ב' לא תהיה עוד סמכות לבית המשפט להורות על צווים כפי שעשה בית המשפט קמא.

השלמת טיעון מטעם המערערים

26. בהשלמת הטיעון שהגישו המערערים הם טוענים כי לפי ההלכה הפסוקה, אמנם הגשת כתב אישום חדש מנתקת "התמשכותה" של עבירה, אולם כאשר יש "זיכוי" נוצר "השתק פלילי" המונע התדיינות נוספת ואין הכרח בהכרעה פוזיטיבית בהליך הקודם כדי ליצור את ההשתק. לטענת המערערים, הלכה זו יפה גם לענייננו שכן משזוכו בהליך הקודם, לא ניתן לטעון שבוצעה עבירה בנסיבות העניין, כאשר היסוד העובדתי של העבירה בהליך הנוכחי זהה ליסוד העובדתי של העבירה שיוחסה למערערים בהליך הקודם.

27. המערערים מוסיפים וטוענים כי בתי המשפט נמנעו מהחלת הדוקטרינות של "סיכון



כפול" ו-"כבר הורשעתי" אך ורק במקרים **חמורים במיוחד** של עבירה נמשכת לפי **חוק התכנון והבניה** כגון במקרה של אי קיום צו שיפוטי, השונה במהותה וחומרתה מהעבירות שיוחסו למערערים במקרה הנוכחי שבו לאור הקביעות בהליך הקודם שהביאו לזיכוי המערערים נוצר השתק ולא ניתן לטעון כי המערערים ביצעו עבירה, בהעדר נסיבות חדשות המהוות חלק מהגדרת העבירה. בהקשר זה הפנו המערערים לע"פ 450/77 **בעל -טכסא נ' מ"י**, לב(2) 152, וכן פסיקה נוספת.

בקשת המערערים מיום 7.6.18:

28. ביום 7.6.18, לאחר הדיון שהתקיים בפני בערעור ולאחר שהוגשה השלמת הטיעון מטעם המערערים, עתרו המערערים בעצמם ושלא באמצעות בא כוחם בבקשה להמרת תשלום הקנסות שהוטלו על המערערים בגזר הדין מיום 20.12.17 בעבודות שירות, חלף מאסר, שתישא בהן המערערת.

טענות המאשימה:

29. המשיבה תומכת בפסק דינו של בית המשפט קמא, ולטענתה כתב האישום בהליך הנוכחי עניינו שימושים חורגים שונים, בלא היתר ובניגוד לייעוד המקרקעין על פי ההיתר ועל פי התכנית החלה במקום, שעושים המערערים בבית מגוריהם-אותו בית מגורים מכתב האישום הקודם ומאחר וחלק מהשימושים הללו נעשים ברכיבי מבנה אשר נדונו במסגרת ההליך הקודם, עבירת השימוש בלא היתר כדיון, לפי סעיף 204(א) **לחוק התכנון והבניה**, מיוחסת למערערים ביחס לרכיבים אלה, המכונים בהליך הנוכחי כיחידות א' ו-ב', **רק החל מיום 27.3.14- היינו לאחר הכרעת הדין המזכה בתיק הקודם.**

30. המאשימה שבה על עמדתה לפיה על פי הדין הקיים העבירות ממשפחת "עבירות השימוש" הן עבירות מתמשכות כך שמרגע שהתגבשו יסודות העבירה במלואן, העבירה הנמשכת מתחדשת מדי יום ביומו כל עוד הרכיב ההתנהגותי נמשך והנסיבות אינן משתנות והיא ממשיכה ומתקיימת כל עוד השימוש שלא כדיון במבנה אינו נפסק, ולחלופין- ניתן היתר למבנה שנעשה בו שימוש והעבירה חדלה איפוא בזאת להתקיים.

31. לטענת המאשימה, לא היתה כל מניעה מלייחס למערערים עבירת שימוש בלא היתר כדיון בגין השימושים הנעשים ביחידות א' ו-ב', **החל מיום 27.3.14 למחרת הכרעת הדין המזכה** שניתנה בהליך הקודם, ולהרשיעם בגינה בהתאם להלכה הפסוקה (בהקשר זה מפנה המאשימה, בין היתר, לרע"פ 1192/04 **נאיף נ' מ"י** (26.3.2007)).

32. המאשימה טוענת עוד כי מבחינת הדוקטרינה המשפטית הקיימת, אין מניעה עקרונית מלשוב ולהעמיד לדין את המערערים שוב ושוב בגין ביצועה של העבירה הנ"ל על פני תקופות מוגדרות שונות ולא תהיה כל מניעה מהרשעתם בגינה לו יוכח כי יסודות העבירה הנמשכת אכן מתגבשים בכל אחת מהתקופות וזאת עד שיחדלו מביצוע העבירה הנמשכת והעבירה תחדל מלהתקיים. לשיטת המאשימה, טענת המערערים לפיה לא ניתן להעמידם לדין לאחר שזכו בהליך הקודם, חסרת כל הגיון משפטי או חברתי ובהקשר זה מבקשת המאשימה להדגיש את העקרון שלפיו עבירות מתמשכות לא מתיישנות וזאת מאחר שלא קיימים הטעמים העומדים בבסיס החלת דיני ההתיישנות בהקשרן של עבירות מתמשכות מבחינת מדיניות משפטית וחברתית.



33. המאשימה מבקשת להדגיש כי עיקרו של כתב האישום הנוכחי הוא השימושים החורגים שעושים המערערים בדירתם בניגוד להיתר ולייעוד המקרקעין ואשר בעטיים הוגשו תלונות משכנים של המערערים שהעידו על פגיעה קשה מאוד באיכות החיים של תושבי השכונה ובאופייה השליו ועקב אותן תלונות נפתחה החקירה והחלה אכיפה נגד המקום ושבינו גם הועמדו המערערים לדין בהליך הנוכחי. לטענת המאשימה, התלונות הללו הן שהובילו לפתיחה בחקירה הנוכחית נגד המערערים ולאכיפה נגדם כאשר במרכז החקירה עמדה חקירת הפעילות הנעשית במקרקעין וזאת, לטענתה, להבדיל מחקירת עבירות בניה בגין הוגש כתב האישום בהליך הקודם.

34. המאשימה טוענת כי יש לבחון את מעשי המערערים נשוא ההליך הנוכחי באספקלריה של פעילותם הכלכלית של משפחת המערערים בשני התיקים שהתנהלו ומתנהלים עד לרגע זה במקביל-ההליך הנוכחי שבכותרת ובמקביל התנהל הליך אחר (תו"ב 14-08-24884) שעניינו פעילות זהה בדירה ששכרה המערערת ברח' השקדים 35 בקרית טבעון שהשימוש החורג בה יוחס למערערת ובתה. לשיטת המאשימה מדובר בפעילות זהה עם מאפיינים זהים המנוהלת בשני אתרים שונים בקרית טבעון על ידי בני אותה המשפחה ויש לראות את מכלול הראיות בכל תיק לכל הפחות כראיות אודות "מעשים דומים" ו-"שיטת ביצוע" המשמשים סיוע למכלול הראיות בתיק האחר.

35. המאשימה תומכת במסקנת בית המשפט קמא לפיה יש לדחות את טענת המערערים בדבר רדיפה ואכיפה בררנית וטוענת כי המערערים לא הוכיחו את יסודות הטענה ולא עמדו בנטל הראייה וההוכחה, אף לא הראשוני, להוכחת פעילותם של המקומות שהם טענו לקיומם, מאפייני פעילותם, האם הם פועלים בהיתר אם לאו, האם הפעילות מותרת על פי התכנית החלה על המקום אם לאו ואם לאו- האם הם מוכרים למאשימה והיא לא פעלה נגדם ובכלל האם הופעלה נגדם אכיפה כלשהי אם לאו.

36. המאשימה מוסיפה כי בחנה את השימושים בכל 17 המקומות שהמערערים הצביעו עליהם ובאף אחד מהמקרים לא היה מקרה אשר דומה באופן כלשהו במאפייניו לעסקם של המערערים שהיה מוכר למאשימה ומשום מה לא טופל אכיפתית על ידיה ויתרה מכך נמצא כי בחלק מהמקומות אין כל שימוש עסקי, בחלקם השימוש שונה באופן מהותי מאוד ממה שמיוחס למערערים וממה שטענו לו בטענותיהם ולגבי חלק נוסף נמצא שיש שימושים חורגים כלשהם ומבוצעת נגדם אכיפה. לאור האמור, המאשימה טוענת כי המערערים לא הוכיחו בפני בית המשפט קמא קיומה של "קבוצת שיוויון" בינם לבין מקומות אחרים כלשהם בקרית טבעון וכי קיימים כלל מקומות אחרים כדוגמתם אשר המאשימה יודעת על קיומם ואינם מטופלים אכיפתית.

37. בהתייחסם לטענות המערערים באשר לגזר הדין, המאשימה טוענת כי למעשה הערעור מוגש רק על הכרעת הדין ועתירתם של המערערים לבטל את צו ההריסה/ההתאמה מיותרת מאחר וטענותיהם של המערערים בעניין אינן מופנות בכל מובן שהוא כלפי העונש שנגזר עליהם ומובן מאילו שלו ערכאה זו תמצא לנכון לזכות את המערערים מכל מה שהורשעו בגינו בבית המשפט קמא, הרי ממילא יבוטלו כל העונשים שהוטלו עליהם, לרבות צו ההריסה.

38. אשר לבקשת המערערים מיום 7.6.18 להמרת הקנס בעבודות שירות, המאשימה



טוענת כי על הבקשה לרצות מאסר חלף הקנס להיות מופנית לערכאה הדיונית אשר הטילה את גזר הדין ולא לערכאת הערעור. המאשימה גם מביעה את תמיהתה לאור העובדה כי הבקשה הוגשה שלא באמצעות ב"כ המערערים.

דין והכרעה

39. לאור טיעוני הצדדים עלי ליתן הכרעתי ולאחר שעיינתי בכל טענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל בחלקו בכל הנוגע ליחידות א' וב' ולהלן אנמק עמדתי.

טענת "סיכון כפול", "כבר זוכיתי", ו"השתק פלילי"

כללי

40. כפי שפורט לעיל, הטענות המקדמיות שעניינן "סיכון כפול", "כבר זוכיתי", ו"השתק פלילי" מתייחסות אך ורק לחלקים בבית המגורים של המקרקעין אשר הוגדרו כ"יחידה א'" וכ"יחידה ב'", ואינן מתייחסות לשימוש האסור שבו הורשעו המערערים ב"יחידה ג'" במקרקעין.

41. מכל מקום, בטרם אדון בטענות המשפטיות שהועלו על ידי ב"כ המערערים, אבקש להדגיש את העובדות שלהן קיימת חשיבות לצורך הדיון שבפנינו.

41.1. פסק הדין שבו זוכו המערערים מעבירות שימוש אסור ביחידות א' וב' ניתן ביום **26.3.14** ובכתב האישום הנוכחי מיוחסות כאמור למערערים, עבירות של שימוש ללא היתר ו/או בניגוד להיתר ו/או בסטייה מתכנית ו/או שימוש חורג מתכנית בגין יחידות א' וב' לתקופה מיום **27.3.14**, דהיינו בתקופה **לאחר** מועד הכרעת הדין המזכה.

41.2. זיכויים של המערערים מכתב האישום הקודם ביחס ליחידות א' וב', התבסס על קביעתו של בית המשפט שם, כי בכתב האישום הראשון לא פורטו כנדרש העובדות הנוגעות לשימוש אותו עושים המערערים ביחידות א' וב', ומאחר ובכתב האישום לא הוזכרה "תכנית" או "תקנה אחרת" לפיכך האישום היחידי האפשרי הוא שימוש בניגוד להיתר, אך גם בעניין זה לא הובאו ראיות על ידי המאשימה ולפיכך זוכו המערערים מאישום זה.

42. לאור העובדות לעיל יש לדון בטענתה של ב"כ המערערים לפיה זיכוי המערערים מכתב האישום הקודם מונע את הגשת כתב האישום הנוכחי מהטעמים שפורטו לעיל.

מהותה של עבירת השימוש על פי סעיף 204 (סעיף 243(ה) כיום) כעבירה נמשכת.



43. כפי שנקבע לא אחת בפסיקה, עבירת השימוש המפורטת בסעיף 204 לחוק התכנון והבניה הינה "עבירה נמשכת" וכך נקבע ברע"פ 8986/06 אפרים סוזה נ' מדינת ישראל (18.2.07, עמ' 4 לפסק הדין) (להלן - "עניין סוזה"):

"... קביעת הערכאות הקודמות - לפי ההלכה היא שעבירת השימוש הינה עבירה נמשכת, אשר ניתן להגיש בגינה בכל עת כתב אישום כל עוד השימוש לא הופסק או ניתן היתר כדין לאותו שימוש חורג - בדין יסודה. (ראו ע"א 7210/01 עיריית נתניה נ' עזבון המנוחה רחל גלמבוצקי פ"ד נח (34(5))."

44. כאשר למהותה של "עבירה נמשכת" כבר נאמר כי: "דוקטרינת העבירה הנמשכת מתייחסת לעבירה המחייבת קיום משך זמן כלשהו עד להשלמתה התחילית, ועם זאת היא הולכת ונמשכת עד להשלמתה הסופית, מבלי שהיא חדלה להיות עבירה אינטגרלית אחת...

... לצורך התגבשותה של עבירה נמשכת, נדרשת התמדה של עושה העבירה בביצועה במשך זמן מסוים. לאחר שהתגבשה העבירה בשלב הראשוני, נתמלאו יסודותיה של העבירה, ובסיסה ה"איכותי" הושלם; כל עוד היסוד ההתנהגותי של העבירה נמשך, יש לראותו כמתמזג בעבירה שבוצעה והופך להיות חלק אינטגרלי ממנה; התמדה נוספת בהתנהגות העבריינית אינה משפיעה עוד על עצם קיום העבירה אלא רק על היקפה. ככל שחולף הזמן והעברייני אינו ממלא את החובה המוטלת עליו, הולכת העבירה ותופחת מבחינה "כמותית", עד להתערבות גורם המנתק את רצף העבירה, או עד להפסקתה של ההתנהגות (פלר, בעמ' 171, 185-186). ודוק: בעוד שהשלב הראשון, "האיכותי", הינו הכרחי להתהוותה של עבירה מושלמת, השלב השני, "הכמותי", הוא אפשרי בלבד ואינו מוגבל בזמן."

רע"פ 10571/08 מדינת ישראל נ' אהרון מלכיאלי (23.6.11, פסקה 6). וראו גם ש.ז. פלר "שאלות ותשובות בסוגיית העבירה הנמשכת" פלילים ב' תשנ"א-1991 עמ' 7,9.

45. ההגדרה לעיל של "עבירה מתמשכת" כעבירה אחת, אשר תנאי הכרתי לקיומה הוא גיבוש של המרכיב "האיכותי" של העבירה ולאחר מכן כל עוד נמשך ביצוע העבירה, נוסף לה אך ורק מרכיב "כמותי", אשר יכול להוסיף לה מימד של חומרה. מעלה לכאורה את השאלה, האם רשאית המאשימה להגיש מספר כתבי אישום בגין אותה עבירה מתמשכת אחת.

46. זאת ועוד, המקרה שבפנינו מעלה גם את השאלה, האם הזיכוי בהליך הקודם מעבירת השימוש, שלל מהמאשימה את האפשרות לטעון פעם נוספת בהליך הנוכחי, לקיומו של המרכיב "האיכותי" בעבירה הנמשכת של שימוש על פי סעיף 204 לחוק התכנון והבניה.

הגשת מספר כתבי אישום בגין אותה עבירת שימוש

47. שאלת הגשת מספר כתבי אישום בגין אותה עבירת שימוש על פי סעיף 204 לחוק התכנון והבניה, עמוד 10



זכתה לדיון מקיף ומפורט ברע"פ 797/07 **יצחק כהן נ' מדינת ישראל** (29.7.13) (להלן - "**עניין כהן**"), אשר עסק בעבירה של הפרת צו שיפוטי על פי סעיף 210 **לחוק התכנון והבניה**, אך קביעותיו יפות ונכונות בעיני אף לדיון בעבירת שימוש על פי סעיף 204 **לחוק התכנון והבניה**.

48. בעניין "**כהן**" הוגש כתב אישום ראשון כנגד המערער בגין עבירה של אי קיום צו שיפוטי אשר הורה על הריסת בנייה בלתי חוקית שנבנתה על ידי המערער וזאת על פי סעיף 210 **לחוק התכנון והבניה**, ובעת שמיעת ראיות התביעה התברר כי המפקח אשר ערך את דו"ח הביקור במבנה שהה בחו"ל במועד שמיעת הראיות, ולפיכך ביקשה המאשימה להעיד מפקח אחר, אלא שבית המשפט לא התיר לאותו מפקח להסתמך על דו"ח הביקור, והמפקח נדרש להעיד מזיכרונו אך הוא לא זכר דבר, ובנסיבות אלו נקבע **בהסכמה** כי כהן אינו נדרש כלל להשיב להאשמה, והוא **זוכה** מהעבירה שיוחסה לו של אי קיום צו שיפוטי, וזאת ביום **8.7.2003**.

49. ביום **4.8.2003**, הוגש נגד כהן כתב אישום **נוסף**, ובו יוחסה לו עבירה **זוה** על אי קיום צו שיפוטי, בגין אותו צו ואותה מסכת עובדתית.

50. כנגד כתב האישום הנוסף הועלתה טענת כבר "זוכיתי" המבוססת על הוראות סעיף 5 (**לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]**), תשמ"ד-1982 (להלן - "**החסד"פ**") הקובע כי: "**אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו**" ובית המשפט העליון בדונו בבקשת רשות ערעור שהגיש כהן קבע באופן ברור כי:

"טענתו זו של המערער דינה להידחות. נוכח אופיה של העבירה הקבועה בסעיף 210 **לחוק התכנון והבניה**, ניתן היה להעמידו לדין פעם נוספת, **שכן השוני בין התקופות אליהן התייחסו כתבי האישום מביא לכך שאין מדובר "באותו מעשה"**. אבהיר את מסקנתי זו להלן..." (פסקה 10 דגש שלי ש.מ.). ובהמשך נימק בית המשפט את מסקנתו (פסקה 12) כך:

"...עם זאת העובדה שהגדרנו את העבירה כנמשכת - אין משמעותה שניתן להתעלם מן הקבוע בסעיף 5 לחסד"פ. גם עבירה נמשכת - היא עבירה אחת, המבוססת על יסוד עובדתי מסוים. ואולם, בפסיקה ובספרות המשפטית נקבע לא אחת בהקשר זה כי ניתן "לחלק" את העבירה הנמשכת למספר גורמים, ולהעמיד נאשם לדין בגין כל "מקטע" בנפרד - ובלבד שהתרחש "אירוע מנתק", אשר הבדיל את החלק האחד של העבירה מחלקה האחר. אותו "אירוע מנתק", אשר "מחלק" את הפרות הצו לתקופות זמן נפרדות, מהווה גם הפרדה בין המעשים השונים. כלומר, כאשר מדובר במעשה עבירה מתמשך, ניתן באמצעות הגשת כתב אישום מבדל - "לחלק" את המעשה למספר מעשים נפרדים, שכל אחד מהם שונה מן האחר, באופן המוציא את תכולתו של סעיף 5 לחסד"פ. בהתאם, בית משפט זה פסק לא אחת כי כאשר עסקינן בעבירה נמשכת של אי-קיום צו שיפוטי, הרי שאף אם הוגש כבר כתב אישום נגד אותו אדם בגין הפרת צו שיפוטי במשך פרק זמן מסוים - אין כל מניעה להגיש כנגד אותו אדם כתב אישום נוסף ביחס לתקופה מאוחרת, שבה המשיך הנאשם להפר אותו הצו"



51. להשלמת התמונה יצוין כי בית המשפט בעניין **"כהן"** הדגיש כי לאפשרויות להגשת מספר כתבי אישום בגין אותה עבירה ישנן מספר מגבלות קשיחות, ובכלל זה כתב אישום המאוחר **"איננו יכול להתייחס לתקופה אליה מתייחס כתב האישום המוקדם, שכן אז מדובר ב"אותו מעשה" ממש, וחל עליו סעיף 5 לחסד"פ"** (שם פסקה 12). וכן נקבע כי באם בגזר הדין שניתן בהליך הראשון, גזר בית המשפט קנס גם בגין כל יום נוסף של הפרת הצו השיפוטי, אזי לא ניתן להגיש כתב אישום נוסף בגין אותה מסכת עובדתית אשר נכללה כבר בגזר הדין בהליך הראשון.
52. יישום הלכתו של בית המשפט העליון בעניין **"כהן"**, אשר נסיבותיו דומות ביותר למקרה שבפנינו, מובילות לעמדתו לדחיית טענות המערערים בדבר "סיכון כפול" או "כבר זוכיתי".
53. כפי שפורט לעיל, כתב האישום נשוא ההליך הנוכחי, מתייחס לתקופה **שלאחר** הכרעת הדין המזכה שניתנה בהליך הראשון, וממילא וכפי שנקבע בעניין **"כהן"**, **"המעשה"** שבגינו הועמדו המערערים בדין ההליך הנוכחי **איננו אותו "מעשה"** שבגינו נידונו המערערים בהליך הקודם.
54. בהתאם אין המערערים יכולים לטעון כי הם כבר עמדו בעבר ב"סיכון" של הרשעה ב"אותו מעשה" שבגינו הם הועמדו לדין בהליך הנוכחי, שהרי כאמור לאור השוני בתקופות שבהן מדובר בשני ההליכים, אין מדובר ב"אותו מעשה", וממילא גם אין תחולה להוראותיו של סעיף **5 לחסד"פ**, מקום בו הזיכוי שניתן בהליך הראשון אינו מתייחס ל"מעשה" בגינו הועמדו המערערים לדין בהליך הנוכחי.
55. בהקשר זה יודגש כי ב"כ המערערים מבקשת להיבנות מהלכתו של בית המשפט העליון בעניין **"רבר"** (ע"פ 244/73 **אורי רבר נ' מדינת ישראל** פ"ד כח(1)748), שלפיה "מעשה" יחשב כזה גם כאשר לעבירות יסודות עובדתיים חופפים, ולאחת מהן יסוד או יסודות נוספים, ונטען כי האישום הנוכחי **זהה** ביסודותיו העובדתיים לאישום בהליך הקודם.
56. אלא שאין לקבל טענה זו וכפי שנקבע בעניין **"כהן"**, עבירה מתמשכת ניתנת לחלוקה למספר מעשים **נפרדים**, באמצעות הגשת כתב אישום המבדיל בין המעשים וכך במקרה שבפנינו, כתבי האישום בהליך הקודם והנוכחי יצרו הבדלה והפרדה בין **שני מעשי עבירה נפרדים. הראשון** - שימוש בבנייה שנבנתה ללא היתר, בתקופה עד למועד הכרעת הדין המזכה בהליך הראשון, **השנייה** - שימוש בבנייה שנבנתה בניגוד להיתר, ובניגוד לתכנית ובחריגה מתכנית בתקופה **שלאחר** מועד הכרעת הדין בהליך הראשון.
57. "החלוקה" שבוצעה לאור כתבי האישום יצרה **שני מעשי עבירה נפרדים**, שבהם קיים שוני ביסוד העובדתי הנוגע **לתקופה** בה בוצע השימוש האסור, ובהתאם אין "זהות במעשה הפלילי" בעבירה, ובעניין זה יש לפנות להלכתו של בית המשפט העליון בעניין **"נכט"** (ע"פ 132/57 **נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד יא(3)1544) (להלן - **"עניין נכט"**) שם נקבע מבחן מתמטי פשוט לכאורה, אשר עומד בתוקפו עד היום ולפיו:



"כשעבירה אחת מכילה יסודות א', יכולה העבירה השנייה להכיל יסודות א'+ב' וגם לזה נקרא "זהות המעשים". אולם כאשר בעבירה הראשונה קיימים יסודות א'+ב', ובשנייה יסודות א'+ג', זאת איננה זהות המעשים..." (שם עמ' 1551).

58. כך הם פני הדברים במקרה שבפנינו, שבו התקופות **השונות** שאלהן מתייחס כל אחד מכתבי האישום מהוות יסוד עובדתי **מהותי** הנדרש לצורך הקמת יסודות בעבירה ששונה בין שני האישומים, ולפיכך אין מדובר ב"אותו מעשה".

59. להשלמת התמונה אציין כי ב"כ המשיבה טען גם כי למעשה לא קיימת זהות בין האישומים, כאשר האישום הראשון ייחס למערערים שימוש בבנייה ללא היתר, ואילו כתב האישום הנוכחי מייחס להם שימוש בסטייה **מהיתר**, ובניגוד לתכנית או בחריגה מתכנית, אך אינני נדרש להכריע בטענה זו לאור מסקנתי לפיה גם אילו הייתה המאשימה מגישה כתב אישום **זהה לחלוטין** כנגד המערערים, שבו כל השוני בין כתבי האישום היה מתמזה **בתקופת השימוש האסור** שאלה מתייחס כתב האישום, גם אז לא ניתן היה לקבל את טענות המערערים בדבר "סיכון כפול" או "כבר זוכיתי".

60. עוד אבקש להתייחס לטענת ב"כ המערערים לפיה יש להגביל את הלכתו של בית המשפט העליון רק לעבירות חמורות "יותר" כגון הפרת צו שיפוטי ואין לעשות בו שימוש בעבירה של שימוש על פי סעיף 204 **לחוק התכנון והבנייה**.

61. גם בטענה זו לא מצאתי ממש. דחיית הטענה בדבר "סיכון כפול" ו"כבר זוכיתי" נובעת מהשוני ב"מעשה" שבנינו הועמדו המערערים לדין, ובעניין זה אין נפקות לדרגת החומרה הקיימת בעבירה נשוא האישומים. יותר מכך, וגם לגופו של עניין לא מצאתי יסוד להבחנה זו, וכפי שנקבע לא אחת עבירות על חוק התכנון והבניה הינן בגדר "מכת מדינה" שבית המשפט מחויב להילחם בהן באמצעות ענישה מחמירה (ראו לדוגמא רע"פ 189/14 **מודלג' נ' מדינת ישראל** (14.3.15, פסקה 5)), ובהתאם וגם ביחס לעבירות על פי סעיף 204, אין מקום לגישה סלחנית של בית המשפט לפיה תינתן "חסינות" למערערים במסגרתה הם יוכלו להמשיך ולבצע שימוש ביחידות א' וב', בניגוד לתכנית החלה על המקרקעין ובניגוד להיתר.

62. בהקשר זה אפנה גם לקביעתו של בית המשפט בעניין "**סוזה**" לפיה גם כאשר עבירה של בנייה ללא היתר התיישנה, ולא ניתן להעמיד יותר לדין בגינה, עדיין בית המשפט לא יעניק "חסינות" למבצע העבירה, ביחס לאפשרות השימוש בבנייה שנבנתה ללא היתר, ובהתאם נקבע כי בהיות עבירת השימוש עבירה מתמשכת אשר אינה מתיישנת, היא עומדת **בפני עצמה** כעבירה נפרדת מעבירת הבנייה ללא היתר, וניתן להעמיד לדין בגינה.



השתק פלילי - השתק פלוגתא

63. בצד הטענות לעיל, יש לבחון גם את טענת המערערים בדבר "השתק פלילי", וב"כ המערערת טענה כי בכל פסקי הדין שהובאו על ידי ב"כ המשיבה, שבהם ננקטו שני הליכים לכאורה בגין אותה עבירה, "באירוע הפותח" היה הליך ראשון שבו **הורשע** הנאשם, ולפיכך אין מקום ליישום אותם פסקי דין בענייננו, ובהתאם נוצר במקרה שבפנינו "השתק פלילי" המונע דיון מחודש בעבירת השימוש ביחידות א' וב'.

64. כאמור לעיל, בעניין "כהן" נדון מקרה זהה למקרה שבפנינו של **זיכוי** בהליך ראשון, והגשת כתב אישום **זהה** בגין אותה עבירה המתייחס לתקופה שונה, ובית המשפט העליון דן באריכות בשאלת קיומו של "**השתק פלוגתא**" בהליך הפלילי (פסקה 25) וקבע כי:

"כסיכום ביניים, ניתן איפוא לקבוע כי עקרונותיו של השתק הפלוגתא בהליך הפלילי, כפי שאלה מוצעים על ידי כאן, הינם כדלקמן:
(א) השתק פלוגתא פלילי איננו הדדי, והוא יכול לחול אך ורק לטובת הנאשם, ולעולם לא לחובתו.

(ב) אין חובה כי הממצא, מושא השתק הפלוגתא, יוכרע באופן פוזיטיבי.

(ג) לעת הזו, יש לקבוע כי ככלל רק ממצא אשר הוכרע בהליך פלילי "קלאסי" - הוא יוכל לשמש כבסיס להשתק פלוגתא.
(ד) השתק פלוגתא פלילי יחול רק ביחס לממצא שהוכרע בהליך פלילי קודם.
(ה) יתר היסודות של השתק הפלוגתא "האזרחי" יחולו אף הם פה, בשינויים המחוייבים, כלומר: נדרש שהתקיים דיון בפלוגתא, ושהחלטה בפלוגתא היתה חיונית לצורך ההכרעה במשפט.

65. לאור עקרונות אלו, ניתן היה לכאורה לטעון כי גם במקרה שבפנינו העובדה שזיכוי המערערים בהליך הקודם, לא התבסס על ממצא פוזיטיבי, אלא על העדר ראיות מצד המאשימה, אינה מונעת יצירתו של "השתק פלוגתא", אשר יכול למנוע מהמאשימה לשוב ולהאשים את המערערים בעבירה של שימוש אסור על פי סעיף 204 **לחוק התכנון והבניה**.

66. אלא שבעניין "כהן" דחה בית המשפט את טענת "השתק הפלוגתא", והנמקתו שם יפה ונכונה גם למקרה שבפנינו ולפיה כל שניתן היה להסיק מהזיכוי בהליך הראשון הוא **שבתקופה נשוא כתב האישום הראשון** לא הוכח קיומה של העבירה הנטענת, ואולם אין בכך כדי להשתיק את המאשימה מלטעון כי בתקופה **מאוחרת יותר** ביצע הנאשם את העבירות המיוחסות לו (**שם**, פסקה 31).

67. האמור לעיל, נכון ויפה למקרה שבפנינו שבו משמעות זיכוי המערערים בהליך הקודם היא שנוצר



"השתק פלוגתא" שלפיו בכל התקופה שעד למועד מתן פסק הדין בהליך הראשון, **לא הוכח** כי המערערים ביצעו שימוש ביחידות א' וב' בבנייה שנבנתה ללא היתר, או בניגוד לתכנית או חריגה מתכנית, ואולם קביעה זו אינה יוצרת השתק כלשהו כלפי המאשימה, המונע ממנה לטעון כי בתקופה **שלאחר** פסק הדין הראשון בוצעו על ידי המערערים עבירות של שימוש בניגוד להיתר ו/או תכנית על פי סעיף 204 לחוק התכנון והבנייה **באותן יחידות** ולפיכך יש לדחות גם את טענת ה"השתק הפלילי" שהועלתה על ידי ב"כ המערערים.

האם הוכח שימוש בתקופה החל מיום 27.3.14

68. קביעתנו לעיל שלפיה כל טענות המערערים בדבר "סיכון כפול", "כבר זוכיתי" ו"השתק פלילי" נדחות בשל העובדה שכתב האישום בתיק הנוכחי עניינו בתקופה **שלאחר** מועד פסק הדין בתיק הראשון, **מחייבת כי הראיות אשר יוצגו על ידי המאשימה יבססו שימוש של המערערים ביחידות א' וב' בתקופה שלאחר מתן פסק הדין**, ולטענת המערערים המאשימה לא הציגה ראיה כלשהי המתייחסת לתקופה הרלוונטית אלא חזרה והציגה בדיוק את אותן ראיות מההליך הקודם.

69. בית המשפט קמא קיבל חלקית את טענות המערערים וקבע כי בכל הנוגע ליחידות א' וב' **לא עלה** בידי המאשימה להוכיח את העובדות הנטענות בכתב האישום דהיינו כי ביחידה א' נעשה שימוש בניגוד לתכנית למטרות אירוח, וכי ביחידה ב' נעשה שימוש למטרה אסורה של ייצור מוצרי קרמיקה ואולם ביחס לשתי יחידות אלו קבע בית המשפט קמא כי **"לא למותר לחזור ולציין כי קומה זו שעל פי ההיתר ת/11, הינה קומה מפולשת, נעשה בה שימוש אסור בעצם סגירתה בניגוד להיתר"**.

70. בקביעתנו זו נתפס בית המשפט לעמדתו לטעות משפטית מהותית המצדיקה את התערבות בית משפט של ערעור, ולצורך הרשעת המערערים **בשימוש** בניגוד להיתר, לא די בהוכחת קיומה של בנייה שנבנתה בניגוד להיתר, אלא שעל המאשימה היה מוטל הנטל להוכיח "מעבר לכל ספק סביר", כנדרש על פי הוראות **סעיף 34 (א) לחוק העונשין תשל"ז-1977**, כי המערערים עשו שימוש **בפועל** בשטחים ש"נסגרו" על ידם בניגוד להוראות ההיתר (יחידות א' וב'), **בתקופה נשוא כתב האישום הנוכחי**.

71. כפי שנקבע בעניין **"סוזה"**, עבירת השימוש הינה עבירה **נפרדת** המופרדת ומובדלת מעצם עבירת הבנייה ללא היתר או בסטייה מהיתר, ולפיכך לצורך הרשעה בה נדרשת המאשימה לבסס את **כלל** יסודותיה העובדתיים של העבירה. וכלשון הסעיף המאשימה נדרשת להוכיח כי המערערים הינם בגדר... **משתמש** במקרקעין בסטייה מהיתר..." **בתקופה הרלוונטית** לכתב האישום.

72. אינני נדרש לקבוע מסמרות באשר למידת השימוש בפועל שנדרשת המאשימה להוכיח לצורך הוכחת



היסוד העובדתי של "משתמש במקרקעין בסטיה מהיתר..", אך בכל מקרה על המאשימה להציג ראיות בדבר שימוש שנעשה **בפועל על ידי המערערים בתקופה הרלוונטית ביחידות א' וב'.**

ראו פסיקה דומה ת"ב 9009-10-08 **ועדה מרחבית תכנון מעלה נפתלי נ' עבד ואח'** (17.10.10) וכן ע"פ (מחוזי ת"א) 71057/05 **קרסנטי משה נ' מדינת ישראל** (23.10.07) וראו גם עפ"א 21821-11-11 **יואב פרישתא נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה שמעונים** (30.4.12).

73. במקרה שבפנינו, עיון בהכרעת דינו של בית המשפט קמא, מעלה כי כאמור בית המשפט קמא קבע **ובצדק** לא עלה בידי המאשימה להוכיח את העובדות שנטענו על ידיה בכתב האישום, ביחס לשימוש אותו עושים המערערים ביחידות א' וב'.

74. למעשה, עיון בכלל הראיות שהביאה המאשימה מעלה כי כמעט ולא הובאו על ידיה ראיות כלשהן, המתייחסות לתקופה הרלוונטית לכתב האישום, בשאלת השימוש הנעשה ביחידות א' וב'. ומעט הראיות שהובאו, אין בהן כדי לבסס טענת שימוש בפועל על ידי המערערים, בתקופה נשוא כתב האישום הנוכחי **(מיום 27.3.14 ואילך).**

75. כך החוקר אלעד שלום, אשר ביצע חקירה בנושא השימוש המבוצע בבית המערערים, התייחס בעדותו לפעולות חקירה שביצע **עד ליום 4.3.14!!** ואישר כי מאז מועד זה הוא לא ביקר בבית המערערים.

76. כך הם פני הדברים ביחס לעד שלומי מלול אשר הגיש תמונות שצולמו על ידו **לפני** מועד פסק הדין הראשון, אך לא הציג תמונה כלשהי המתייחסת ל**שימוש** הנעשה ביחידות א' וב' לאחר המועד הנקוב בכתב האישום וכל שנאמר על ידו הוא כי: **"בפעם האחרונה שהייתי שם בהמשך לתלונות אחרות שהיו, לפני כחצי שנה, קומת העמודים הייתה סגורה זה משתקף בתמונה שהוגשה בת/4" (עמ' 25 לפרוטוקול הדין בבית משפט קמא),** ואולם מלול אשר לא יכל אפילו לציין את התאריך שבו ביצע את הביקור במקום לא ידע למסור מידע כלשהו על השימוש שנעשה ביחידות א' וב' במועדים הרלוונטיים, ובית המשפט קמא עצמו לא מצא בעדותו של מלול בדבר זוג שיצא מבית המגורים בעת שביקר שם כראיה שעליה ניתן לבסס שימוש לצרכי אירוח בבית המגורים ככלל ובמי מיחידות א' וב' בפרט.

77. כמו כן בית המשפט קמא עצמו לא קיבל את עדות השכן בועז לביא שהעיד על פעילות תנורים ביחידה א' והמסקנה המתחייבת היא שלפי קביעותיו של בית המשפט קמא עצמו, לא עמדו בפניו ראיות כלשהן של המאשימה ביחס לשימוש הנעשה בפועל על ידי המערערים ביחידות א' וב'.

78. ויודגש כי כפי שקבעתי לעיל, בהתאם להלכת **"כהן"**, קיים "השתק פלוגתא" כלפי המאשימה בנוגע לשימוש האסור ביחידות א' וב' בתקופה שעד למועד מתן פסק הדין בהליך הראשון (26.3.14), ולפיכך אין מקום לאפשר למאשימה "לעקוף" השתק זה, בדרך של עשיית שימוש בראיות המתייחסות



לתקופה לגביה קיים "השתק", כבסיס להוכחת היסוד העובדתי הנדרש ביחס לתקופה נשוא כתב האישום.

במילים אחרות, אין לקבל את טענת ב"כ המאשימה לפיה מחומר החקירה שנאסף בשנת 2013, עולה שימוש אסור ביחידות א' וב', ומאחר והמערערת אישרה כי לא חל שינוי במצב הבנייה ביחידות אלו, גם לאחר פסק הדין המזכה, ניתן לראות בכך "הודאה" בהמשך השימוש האסור.

במקרה שבפנינו לאור הכרעת הדין המזכה בהליך הראשון היה מוטל על המאשימה הנטל לבסס מחדש שימוש אסור בתקופה שלאחר מועד פסק הדין המזכה, ולא ניתן היה לראות בהעדר שינוי במצב הפיסי, כהוכחה להמשך שימוש אסור מתקופות קודמות.

79. להשלמת התמונה יצוין כי בית המשפט קמא ציטט בפסק דינו את עדות המערערת 2, אשר טענה ביחס ליחידה א' כי: **"היחידה נעולה, סגורה ומוגפת, יש שם מחסן"** וכן אישרה כי **"הדלת שם"**, וכי **"לא נהרס שום דבר בחלון שם"**. (עמ' 40 לפרוטוקול בדיון בבית משפט קמא)

כך הם פני הדברים ביחס ליחידה ב' שלגביה טענה המערערת 2 כי: **"...ביחידה מתחת לחניה כפי שהצגתם זה מה יש, לא השתנה בה מאומה"** (עמ' 40 לפרוט'), אך הכחישה את הטענה בדבר השימוש לצורך ייצור כלי קרמיקה.

80. לעמדתו, וכפי שצינתי לעיל, לא ניתן לראות בהודאתה של המערערת 2, **בכך שלא חל שינוי במצב הפיסי של הבנייה האסורה**, כהודאה בשימוש שנעשה **בפועל** ביחידות א' וב' אשר יש בה כדי להספיק לצורך קביעה בדבר הוכחת אשמתם של המערערים בשימוש אסור ביחידות א' וב' "מעבר לכל ספק סביר" וכאמור לעיל אף בית המשפט עצמו לא סבר כי דברי המערערת 2 ' מספיקים לצורך הוכחת השימוש הספציפי ביחידות א' וב' לאירוח או לייצור כלי קרמיקה.

81. כפי שנקבע לא אחת בפסיקה:

"עקרון יסוד הוא במשפטנו כי לא ישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן הוכחה אחריותו לביצועה מעבר לספק סביר (ראו סעיף 34(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977).
"מידת ההוכחה הנדרשת במשפט הפלילי אינה אפוא של ודאות מוחלטת, אלא של שכנוע מעל ספק סביר. ספק זה מתגבש כאשר 'ההסתברות לחפות, העולה מן הראיות, היא ממשית ואינה אך בגדר אפשרות רחוקה תיאורטית'..."

ע"פ 150/09 פלוני נ' מדינת ישראל (6.5.10), עמ' 18 לפסק הדין)

עמוד 17



82. במקרה שבפנינו בית המשפט קמא עצמו קבע כי המאשימה **לא הוכיחה** את עובדות כתב האישום ביחס ליחידות א' וב', וכאמור לעיל עמדתו לא די בעצם קיומה של בנייה בסטייה מהיתר כדי לבסס את עבירת השימוש וכאשר אל מול זה עומדת טענת המערערת 2 ביחס ליחידה א' לפיה: **"היחידה נעולה, סגורה ומוגפת..."**, טענתה שאינה נסתרת בראיה כלשהי, לא ניתן לקבוע כי אשמת המערערים לפיה הם עושים שימוש **בפועל** ביחידה זו בניגוד להיתר, כהוכחה מעל לכל ספק סביר. ואינני סבור כי אמירתה של המערערת 2 לפיה "יש שם מחסן", מספיקה כדי להוות **הוכחה** לשימוש **בפועל**, וכך הם פני הדברים גם ביחס ליחידה בו יוחס למערערים שימוש לצרכי ייצור כלי קרמיקה שם למעט הכחשתה של המערערת 2 שהתקבלה על ידי בית המשפט קמא, אין כל ראייה לשימוש שנעשה על ידי המערערים בפועל ביחידה זו.

83. ויודגש כי המאשימה יכלה ללא כל קושי לבסס את האישומים הנטענים על ידה אילו הייתה עורכת דו"ח חקירה עדכני, ובמסגרתו היה המפקח מטעמה טורח לערוך דו"ח ביקור עדכני, במועד הרלוונטי לכתב האישום הנוכחי שבו היה נבחן השימוש הנעשה בפועל ביחידות א' וב', אלא שלא כך נעשה על ידי המאשימה, אשר בחרה להתבסס באופן כמעט בלבדי על ראיות המתייחסות לתקופה לא רלוונטית שלגביה קיים "השתק פלוגתא" בדמות זיכוי בהליך קודם.

84. לפיכך ולאור כל האמור לעיל, אני סבור כי יש מקום להתערב בהכרעת דינו של בית המשפט קמא ביחס ליחידות א' וב', וזאת מאחר ולא הובאו על ידי המאשימה ראיות לביסוס אשמתם של המערערים בשימוש בפועל ביחידות אלו, ובית המשפט קמא עצמו קבע כי המאשימה **לא הוכיחה** את השימוש הספציפי שנטען על ידי המאשימה בכתב האישום **ובהתאם אני מורה על ביטול סעיף 14 (ב) לפסק דינו של בית המשפט קמא ועל זיכויים של המערערים מעבירות השימוש בסטייה מהיתר ביחידות א' וב'.**

שימוש ביחידה ג' בסטייה מתכנית - טענת הגנה מן הצדקה ואכיפה ברחנית.

85. משנדחו כאמור כל טענות המערערים ביחס לעצם העמדתם לדין בגין יחידות א' וב', הטענה היחידה שנותרה עומדת למערערים ביחס להרשעתם בעבירה של שימוש בניגוד לתכנית ביחידה ג' היא הטענה לאכיפה ברחנית.

86. בעניין זה ואחר שעיינתי בכל טיעוני הצדדים, לא מצאתי מקום להתערבות בקביעותיו של בית המשפט קמא, אשר שמע את כלל העדויות, בחן את כל הראיות שהוצגו בפניו, ומסקנתו הייתה כי: **"ממכלול הראיות שהוצגו בפני בית המשפט, לא מצאתי כי הנאשמים הופלו לרעה על ידי המאשימה לעומת אחרים ולא מצאתי כי המאשימה חיפשה להתנכל דווקא לנאשמים במעשה נפסד ולהתעלם מאחרים..."**

87. כבר נקבע לא אחת כי :



"מושכלות ראשונים הם כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית, וזאת בהסתמך על התרשמותה הישירה והבלתי אמצעית מהראיות והעדים שהובאו בפני הערכאה הדיונית..." (ע"פ 3916/15 יפרם אלישקוב נ' מדינת ישראל (13.11.16)).

88. במקרה שבפנינו לא עלה בידי ב"כ המערערים להצביע לעמדתו על טעות מהותית של בית המשפט קמא בניתוח הראיות שהובאו בפניו, או במסקנה אותה הסיק בית המשפט קמא מעובדות אלו ובהתאם לא קיימת מלכתחילה עילה להתערבות בקביעותיו של בית המשפט ביחס להרשעת הנאשמים בגין השימוש האסור ביחידה ג'.

89. למעלה מהדרוש, יצוין כי אף המערערים אינם מכחישים כי הם לא המציאו למאשימה את פרטי דוחות החקירה שעל פי טענתם בוצעו על ידי חוקר מטעמם, ואשר מהם עולה כי קיימים 3 מקומות נוספים לפחות בהם נעשה שימוש בבית מגורים לצרכי אירוח על בסיס שעת, וכן לא עלה בידי המערערים לסתור את טענות המאשימה לפיה המערערים העבירו להם בסה"כ פרטים של 17 מקומות נוספים בהם נעשה לכאורה שימוש בבית מגורים לצרכי אירוח וכי המאשימה **בדקה בפועל** את כל אותם מקומות והגיעו למסקנה כי קיימת חומרה מיוחדת בשימוש שעושים המערערים בביתם לצרכי אירוח על בסיס שעות, וזאת בשל המפגע החמור לסביבה שיוצרת פעילות האירוח בבית המערערים, כפי שבאה לידי ביטוי ברור בעדותו של השכן בועז לביא שבית המשפט קמא מצא אותה כמהימנה (עמ' 66 להכרעת הדין).

90. כבר נקבע לא אחת בפסיקה כי:

"כידוע לרשות המינהלית עומדת חזקת התקינות המינהלית שלפיה מוחזקת היא כמי שפעלה כדין - כל עוד לא הוכח אחרת... על מנת להפריך חזקה זו, על הנאשם הטוען לאכיפה בדרגות ולסותרת ולהוכיח כי בוצעה לכאורה הבחנה לא ראויה בין מי שנתונים הרלוונטיים שווים. משעה שהוצג בסיס ראיתי כאמור, מתערערת חזקת התקינות והנטל יעבור אל כתפי הרשות המינהלית, אשר תתבקש להוכיח כי האכיפה - אף שהיא נחזית בדרגות על פני הדברים - התבססה על שיקולים עניינים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטתה..."

ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (10.9.13, פסקה 38).

91. במקרה שבפנינו, לא מצאתי בסיס להתערבות בקביעותו העובדתיות של בית המשפט קמא לפיה לא עלה בידי המערערים להוכיח כי אכן קיימת אכיפה בדרגות בעניינם, ובכל מקרה וגם אם לכאורה נראה כי המאשימה לא העמידה לדין את כל בעלי בתי המגורים אשר עשו שימוש בחדרים בבתייהם לצרכי "צימר", עדיין אני סבור כי עלה בידי המאשימה לבסס טיעון **ענייני** המצביע על החומרה המיוחדת הקיימת בעניינם של המערערים הנובעת הן מאופי פעילות האירוח שהינה אינטנסיבית ובעלת פוטנציאל ליצירת מפגע וחוסר נוחות לסביבה באופן העולה על המפגע הטמון בשימוש לצורך אירוח "רגיל" בצימר, כפי שעלה מהתלונות שהתקבלו בגין פעילות זו, והן בשל העובדה שהמערערים ניסו להסוות את



פעילותם, וגם לא חדלו ממנה אף לאחר שקיבלו התראות ברורות לפיהן עליהם לחדול מפעילות זו.

92. כמו כן אציין כי מקובלות עלי קביעותיו של בית המשפט קמא לפיהן אין מקום להתערבות בשיקול דעתה של המאשימה בקביעתה מדיניות אכיפה הנראית על פניו כסבירה ועניינית, שבה ניתנת **עדיפות** לאכיפת דיני התכנון והבניה, ביחס לשימוש בבתי מגורים לצורך אירוח על בסיס שעת. בהתאם מקובלות עלי גם יתר קביעותיו של בית המשפט קמא לפיהן לא התקיימו במקרה זה התנאים הנדרשים להחלת "הגנה מן הצדק" שטענת אכיפה בררנית נכללת בגדרה, וזאת בהתאם לעקרונות שנקבעו בפסיקה. (ע"פ 4855/02 מ"י נ' **בורוביץ** (31.3.05), ענין "**פולדי**" לעיל ועוד, וזאת במיוחד בשים לב לראיות שהוצגו ואשר ביססו באופן ברור את אשמת המערערים ביחס ליחידה ג', ולאור העובדה שהמערערים המשיכו בפעילותם גם לאחר קבלת ההתראות מהמאשימה.

93. לפיכך ולאור כל האמור לעיל, אני מורה על דחיית טענת המערערים ל"הגנה מן הצדק" - אכיפה בררנית ביחס ליחידה ג' ובהתאם אני קובע כי הרשעתם בנושא זה נותרה בעינה.

סיכום

94. כפי שפורט לעיל, ערעורם של המערערים התקבל באופן חלקי ובוטלה הרשעתם בשימוש בניגוד להיות ביחידות א' וב' כמפורט בסעיף 14 (ב) לפסק דינו של בית המשפט קמא.

95. בגזר הדין אשר ניתן ביום 20.12.2017, לא ערך בית המשפט קמא הפרדה בין ההרשעות השונות, והעונש שהוטל על ידי בית המשפט קמא היה עונש כולל עבור כל האישומים בהם הורשעו המערערים.

96. בנסיבות אלו לא ניתן לדעת מהו המשקל היחסי אשר נתן בית המשפט קמא בעונש להרשעתם של המערערים ביחס ליחידות א' וב', אשר בוטלה כאמור על ידי.

97. בנסיבות אלו ובהתאם לסמכותי על פי סעיף 213 (1) לחסד"פ אני מורה על החזרת הדיון לבית המשפט קמא בשאלת השינוי שיחול בעונש שיוטל על המערערים (אם בכלל) נוכח פסק הדין בערעור, ובית המשפט קמא, יקבע בהתאם לסמכותו את דרך הדיון שיתקיים בשאלת העונש, וכן ידון- אם ימצא לנכון לעשות כן- בטענות שהועלו בפני באופן ישיר על ידי המערערים ביחס להמרת עונש הקנס שהוטל בעניינם לעונש מאסר.

99. בשים לב לתוצאת פסק הדין, אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ג תשרי תשע"ט, 02 אוקטובר 2018, בהעדר הצדדים.

עמוד 20

