



## ע"פ 4985/12/15 - זבולון צופייב נגד מדינת ישראל - עיריית ירושלים

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4985-12-15 צופייב נ' מדינת ישראל

לפני כבוד השופט משה יועד הכהן  
המערער זבולון צופייב  
ע"י ב"כ עו"ד יוסי אבישי  
נגד  
המשיבה מדינת ישראל - עיריית ירושלים  
באמצעות הלשכה המשפטית בעיריית ירושלים  
ע"י נציג היועמ"ש, ב"כ עו"ד מוריה דודי וייס

### פסק דין

1. לפני ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו בבית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כב' השופטת ת' נמרודי) בת"פ 4436/12, בימים 5.8.2015 ו- 26.10.2015.

### ההליך בבית משפט קמא

2. ביום 18.6.2012 הוגש כתב אישום כנגד המערער, זבולון צופייב ובתו, ינוקא מרב (להלן: "**המערער**") ו"**הבת**" או "**בתו של המערער**" וביחד: "**הנאשמים**"), בעבירה של ביצוע שימוש הטעון היתר לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**") ותקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967 (להלן: "**התקנות**"), עבירה לפי סעיפים 145(א) ו-204(א) לחוק.

3. על פי הנטען בכתב האישום, בין התאריכים 31.1.2011 ל- 5.12.2011 או בסמוך לכך, השתמשו הנאשמים בנכס הנמצא בירושלים ברחוב פישל אהרון 30, סנהדריה גוש 30103 חלקה 59 כמסומן בתרשים סביבה שצורף לכתב האישום, באדום, כדלקמן (להלן: "**השימוש החורג**"):

א. משתמשים בחלל למגורים בשטח של כ- 140 מ"ר ללא היתר כמסומן בתרשים בצבע אדום מקווקו ובמספרים 1-11-10-9-8-7-6-5-4-3-2-1.

ב. משתמשים בעבירות בניה של חפירת שטח/ריצוף ללא היתר, בשטח של כ- 18 מ"ר כמסומן בתרשים בצבע כחול ובמספרים 10-11-12-13-10.



4. בהמשך כתב האישום נטען, כי השימוש החורג בוצע בלא היתר מאת הועדה המקומית לתכנון ולבניה למרחב תכנון מקומי ירושלים, למרות שהוא טען היתר כאמור, ובסטייה מתכנית המתאר המקומית לירושלים מס' 3086 המיועד למגורים בלבד (להלן: "תוכנית המתאר").

5. במסגרת כתב האישום, הואשמו הנאשמים בביצוע השימוש החורג בלא היתר ובסטייה מתכנית מתאר בהיותם: המערער - בעל הנכס, בתו - משתמשת בנכס. צוין, כי המבנה הנ"ל נמצא בתוך תחום מרחב תכנון מקומי ירושלים.

6. המערער כפר במיוחס לו ולחילופין טען, כי העבירה הנטענת, אם יקבע כי בוצעה, בוצעה לפני קום מדינת ישראל, ובשנת 1967 ניתנה חנינה כללית לעבירות בניה שבוצעו קודם לכן. בנוסף נטען, כי נוכח העובדה שהוגש כתב אישום בשנת 2001 (ת"פ 8359/01) בגין אותה מסכת עובדתית נשוא אותו אישום, לא מן הנמנע שעסקין במקרה של "סיכון כפול".

7. לאחר ניהול הוכחות, הרשיע בית המשפט קמא את המערער וקבע כי ביצע את המיוחס לו בכתב האישום. ביום 26.10.2015 נגזר עונשו של המערער, בהתאם להסדר אליו הגיעו הצדדים, וכובד על ידי בית המשפט קמא. על המערער הוטל קנס בסך 48,000 ₪, שישולם ב-60 תשלומים חודשיים, התחייבות בסכום של 48,000 ₪ להימנע מעבירה על פי הוראות סעיפים 145, 204 או 210 לחוק, בתוך תקופה של 24 חודשים החל מיום מתן גזר הדין והתאמה של הבנייה לתוכניות ולהיתרי בנייה החלים באזור, לרבות בדרך של הריסה.

8. אשר לבתו של המערער, בדיון בבית משפט קמא ביום 7.9.2014, הודתה כי השתמשה בנכס בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, אך טענה כי אביה מסר לה כי השימוש בנכס מותר ולאחר סכסוך שהתגלע בין השניים, עזבה את הנכס בחודש ספטמבר 2014. בכך הודה גם המערער. לאור זאת, הודיעה המשיבה כי תבדוק את טענות הבת ותגיש הודעה לעניין המשך ההליכים לגבי שני הנאשמים תוך 30 ימים. ביום 26.10.2015 חזרה בה המאשימה מכתב האישום לגבי בתו של המערער וכתב האישום נגדה בוטל על ידי כב' השופטת קמא.

### פסק דינו של בית משפט קמא

9. בהכרעת הדין של בית המשפט קמא בעניינו של המערער מיום 5.8.2015 צוין, כי המערער כפר במיוחס לו בכתב האישום בדיון ביום 12.5.2014. ביום 8.12.2014 התקיים דיון הוכחות בנוכחות המערער ובא כוחו. מטעם המשיבה העידו המפקחים - מר יוסי בן ארוש ומר דוד דהן ומטעם ההגנה העיד המערער עצמו. בנוסף, המשיבה הגישה תמונות (אשר סומנו מ/1-מ/22).

10. כפי שפורט בהכרעת הדין קמא, המערער טען כי הוא הבעלים של הנכס מאז שנת 2000. לטענתו,



הוא לא עשה כל שימוש בנכס בתקופה האמורה בכתב האישום. בנוסף, טען כי אין עבירת בניה ולחילופין, גם אם בוצעה עבירת בניה, הרי שמדובר בבניה אשר בוצעה לפני קום המדינה ובשנת 1967 ניתנה חנינה כללית לעבירות בניה. עוד לטענתו, הוגש נגדו כתב אישום במסגרת ת"פ 8359/01, אולם המשיבה חזרה בה מכתב האישום ולכן לטענתו, עומדת לו טענת "סיכון כפול" שכן זוכה בעבר מעבירות הבניה נשוא האישום דנן. כפי שצוין בהכרעת הדין, כיוון שההודעה נמסרה למערער לאחר שכפר בעובדות אותו אישום, זוכה ביום 15.3.2006 מבלי שהתקיים דיון לגופו של עניין.

11. מנגד, המשיבה טענה כי המערער הודה כי עשה שימוש בנכס ובמסגרת תשובתו לכתב האישום בדיון מיום 21.1.2013 הודה כי הוא בעל הנכס. עוד לטענתה, המערער טען כי 7 שנים קודם לכן, פנה לאדריכל לצורך קבלת היתר ובכך הודה כי קיימת עבירת בניה במקום. באשר לעניין החנינה טענה, כי המערער לא הציג מסמך כלשהו בעניין זה ואם אכן ניתנה חנינה, לא ברורה טענתו כי ביקש להכשיר את העבירה. לכן לטענתה, אין לקבל את הטענה כי אין צורך בהיתר בניה. באשר לטענת הסיכון הכפול ביקשה המשיבה לדחותה, מאחר שאין מדובר בעבירות זהות. עוד לטענתה, עדות המערער בבית המשפט אינה אמינה נוכח טענותיו הסותרות, מחד, כי לא קיימת עבירה ומאידך, כי ניסה להכשירה.

12. בית המשפט קמא, הרשיע את המערער וקבע כי ביצע את המיוחס לו בכתב האישום. באשר לטענת הסיכון הכפול, צוין כי מדובר במצב משפטי בו אדם מועמד פעמיים לדין על אותה עבירה תוך קיום מערכת עובדות זהות. עוד נפסק, כי סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד"פ**") המסדיר את עקרון הסיכון הכפול, קובע כי אין להעמיד אדם למשפט פלילי בגין אותה עבירה יותר מפעם אחת ומדובר בזכות הנאשם להליך פלילי ראוי והוגן. בנוסף נפסק, כי עקרון הסיכון הכפול מקורו בין השאר, בדוקטרינת מעשה בית דין שעיקרה איסור שינוי התוצאה של ענין שכבר נדון. כאמור, בהנחה שהנאשם זוכה או הורשע בגין עבירה פלונית, לא ניתן להגיש כתב אישום נוסף בגין אותה עבירה המבוססת על אותן עובדות של אותו מקרה. עם זאת, נפסק, כי אין בכך כדי להשליך או לקבוע מסמרות ביחס להליך אחר המתנהל נגד הנאשם ו/או נגד הנכס. עוד נפסק, כי ההליך הפלילי אשר התנהל נגד המערער במסגרת ת"פ 8359/01 הסתיים בזיכוי טכני, כאשר לאחר שתיק הבניין לא נמצא, המשיבה הודיעה על חזרתה מכתב האישום. עוד נפסק כי בעיון בכתבי האישום עולה, כי מדובר בשני אישומים שונים. האחד, בגין עבירות בניה ובגין אי קיום צו הפסקה שיפוטי והשני, בגין שימוש. מכיוון שלא מדובר בעבירות זהות ובאותה מסכת עובדות, האישומים שונים ואין מדובר בסיכון כפול. בנוסף נפסק, כי לא הייתה הכרעה ביחס לאישום הקודם. עוד נפסק, כי המערער זוכה כאמור במסגרת הדין בת"פ 8359/01, אך אין באמור כדי להוות סוף התדיינות ביחס לשימוש הנעשה בנכס, כאשר מסכת העובדות שונה. לפיכך, דחה בית המשפט קמא את טענת הסיכון הכפול.

13. בית המשפט קמא הוסיף והכריע לגוף הוכחת האישומים, כי המפקח יוסי בן ארוש (להלן: "**בן ארוש**") העיד, כי ביקר במקום ואף עיין במסמכים שונים, שהופקו ממחשב העיריה. בן ארוש מצא כי המערער בעלים של הנכס משנת 2002 וכן כי במקום בניה וחפירה בהן נעשה שימוש, מבלי שנמצא היתר לכך. בנוסף טען בן ארוש, כי לא הוגשה בקשה להכשרת החלל שבקומת המרתף למגורים וכן מצא, כי הוגש כתב אישום בנוגע לעבודות ואף הוצא צו הפסקת עבודות ולכן הוגש כעת אישום בגין שימוש ללא היתר.



עוד נפסק, כי המפקחים הגישו תמונות שצילמו בביקור בנכס, המעידות על שימוש בנכס. בנוסף, המערער הודה, כי הוא הבעלים של הנכס במשותף עם אשתו וכי השתמש בו בעבר ואף הודה כי ביצע עבודות, אך טען כי מדובר בשיפוצים. עוד טען המערער, כי פנה לאדריכל לצורך הכשרת הבניה, לצורך רישום בטאבו. נפסק, כי בכך למעשה הודה המערער כי ידע שהוא משתמש בנכס ללא היתר. עם זאת, המערער טען כי לא מדובר בעבירה, מאחר שמדינה נתנה חנינה לעבירות בניה שהתבצעו לפני קום המדינה. אולם נפסק, כי המערער לא הציג ראיות, כי הבניה נשוא האישום היא מלפני קום המדינה וגם לא צרף ראיות לחנינה שניתנה, כביכול, גם לבניה נשוא האישום. לפיכך, דחה בית המשפט קמא גם טענה זו.

14. עוד נפסק בהכרעת הדין קמא, כי המשיבה באמצעות שני עדיה, אשר אף הגישו תמונות שצילמו במקום, הצליחה להרים את נטל ההוכחה מעל לספק סביר ביחס לאשמתו של המערער בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום. לעומת זאת, נפסק, כי המערער טען טענות חלופיות ו/או טענות הסותרות אחת את השנייה. כמו כן, לא הפריך את טענת המשיבה לכך שעשה שימוש בנכס או היה אחראי לשימוש על ידי אחר. נפסק כי גם אם כדבריו, אשתו מסר את הנכס לשימוש בתו ולאחר מכן הוא, הסכים שתישאר שם, יש לו אחריות לביצוע העבירה.

15. כאמור, לעניין העונש, הגיעו הצדדים להסדר טיעון שאושר על ידי בית המשפט קמא ביום 26.10.2015, כפי שפורט בפסקה 7 לעיל.

### עיקרי טענות הצדדים בערעור

#### טענות המערער

16. המערער באמצעות בא כוחו, עו"ד יוסי אבישי, ביקש לקבל את טענות המערער לעניין הכרעת הדין ולזכותו מכל אשמה. לחילופין, ביקש לקבל את טענת המערער באשר לאכיפה בררנית, כשיקול להקל בעונשו.

17. לטענתו, שגה בית המשפט קמא בכך שהרשיע את המערער, חרף העובדה שגם אם בוצעה עבירת הבניה, הרי שמדובר בבניה שבוצעה לפני קום המדינה או למצער, עובר לשנת 1967 בה ניתנה חנינה כללית על פי חוק החנינה, התשכ"ו-1967 (להלן: "**חוק החנינה**"). בין היתר, לעבירות בניה שבוצעו עובר ל-5 ביוני 1967 בהתאם לסעיף 5(א) לחוק החנינה. לתמיכה בטענתו הציג כתב אישום בת"פ 1848/67 שהוגש בשנת 67 נגד נאשם אחר, כך שבשנת 1965 בעת ביצוע עבודה, לא פינה את קומת המרתף ולא התאימה למקלט, מחסן וחדר כביסה. האישום שעסק בעבירות שבוצעו באותו מפלס/קומה מושא אישום ת"פ 8359/2001 והתיק מושא ערעור זה (4436/2012). לטענתו, מסמך זה מעיד שבעניינו של המערער, עסקין בבניה שבוצעה עובר לשנת 1967 וממילא חוק החנינה חל על המקרה. בנוסף טען, כי משעה שהחנינה חלה על עבירות הבניה, הרי שקל וחומר חלה החנינה על עבירת



השימוש, שאם לא כן, הדבר מאיין את האמור בחוק החנינה. לטענתו, לשון אחר היא, כי עבירת ה"שימוש" מוכלת בעבירת ה"בניה" ומשעה שהחנינה חלה על עבירת הבניה, הרי שהיא חלה גם על עבירת ה"שימוש". עוד לטענתו, גם אם ימצא כי קיים ספק באשר לשאלת מועד ביצוע עבירת הבניה, הרי שנטל ההוכחה חל על התביעה ומשעה שלא הוכחה את מועד ביצוע עבירת הבניה, הרי שזיכויו של המערער מתבקש מאליו.

18. עוד נטען, כי שגה בית המשפט קמא בכך שהרשיע את המערער חרף העובדה כי המערער זוכה בעבר מעבירת הבניה נשוא האישום דנן, וממלא העמדתו לדין עומדת בניגוד לסעיף 5 לחסד"פ, אשר קובע כי לא ניתן להעמיד לדין אדם פעמיים בגין אותו מעשה, אם לפני כן הורשע או זוכה במשפט שהתנהל נגדו בגין אותו מעשה. כלל זה דומה לדוקטרינת הסיכון הכפול, שמטרתו בין היתר, לשמור על זכויות נאשם והליך פלילי הוגן ולמנוע עיוות במשפטם. לטענתו, כלל זה נקלט במערכת המשפט הישראלית בירושה מהמשפט הבריטי בסעיף 21 לפקודת החוק הפלילי 1936. לטענתו, השינוי בין נוסחו במשפט המקובל לזה הישראלי, הינו הרחבת האיסור בדין הישראלי, כך שבעוד שבמשפט הבריטי האיסור היה על העמדה כפולה לדין בגין "אותה עבירה", הרי שבמשפט הישראלי האיסור מתייחס להעמדה לדין בגין "מעשה זהה". לטענתו, חשיבות הכלל איננה דיונית בלבד, אלא בעלת נפקות מהותית הקשורה לזכויות נאשמים להליך הוגן ומניעת עיוות דין במשפטם, כפי שניתן ללמוד מסעיף 149(5) לחסד"פ אשר קובע כי נאשם יכול להעלות טענה מקדמית, מיד בתחילת המשפט, לפיה "כבר נשפט". משמעות קבלת טענה זו הינה מחיקת כתב האישום. לטענתו, קבלת הטענה "נשפטי כבר" מחייבת כי שני כתבי האישום עוסקים באותו מעשה וקיימת "זהות מעשים", בדומה לנדרש בטענת הסיכון הכפול. לטענתו, מעשים זהים פירושם שכל רכיבי העבירה העובדתיים, למעט אלו הנמנים על היסוד הנפשי שבעבירה, כלולים האחד בשני, גם אם השני כולל יותר רכיבים מאשר הראשון. בנוסף, הפנה לפסיקה התומכת בטענתו זו. לטענתו, הואיל והמערער הועמד לדין במסגרת ת"פ 8359/01 בגין אותה מסכת עובדתית נושא אישום דנן וזוכה, הרי שהעמדתו לדין פעם נוספת בגין עבירת שימוש, עומדת בניגוד להוראות סעיף 5 לחסד"פ, שקובע כי לא ניתן להעמיד אדם לדין בגין מעשה שזוכה.

19. עוד לטענת ב"כ המערער, שגה בית המשפט קמא בכך שקבע כי במקרה דנן לא מדובר ב"סיכון כפול", נוכח העובדה ש"לא הייתה הכרעה ביחס לאישום הקודם" וכי זיכויו של המערער במסגרת ת"פ 8359/01 היה "זיכוי טכני". זאת, שכן הוראות הסעיף אינן מבחינות בין "זיכוי טכני" ל"זיכוי מהותי" והבחנה כזו סותרת את רציונל הסעיף ואת טענת הסיכון הכפול, שבבסיסו טמון האיסור לחשוף נאשם יותר מפעם אחת למבוכה ובושת פנים, למאבק ולהוצאות הכרוכות בהתדיינות נוספת ולחיים בצל דאגה, אי וודאות ואי בטחון. משכך לטענתו, אין נפקא מינה האם הייתה הכרעה ביחס לאישום הקודם לגופו או לאו.

20. בנוסף, לטענתו, שגה בית המשפט קמא בכך שהרשיע את המערער חרף העובדה כי אשמתו לא הוכחה כדבעי. לטענתו, על פי סעיף 4 לכתב האישום, המערער מואשם רק בשל היותו בעל הנכס ולא מואשם שממש השתמש בנכס. בעוד, שכנגד בתו של המערער, זו שלא התנהלו נגדה הליכים, בוטל האישום כיוון שהמשיבה חזרה בה מכתב האישום, והיא זו שמלכתחילה הואשמה בשימוש בנכס.



לטענתו, בתו של המערער אף הודתה שעשתה שימוש בנכס. לפיכך לטענתו, ברמה העובדתית והמשפטית, נותר כתב האישום ללא משתמש בנכס. לטענתו, ניתן להסיק כבר עתה, שלא התבצע כל שימוש בנכס, שכן המשתמשת הבלעדית בנכס על פי כתב האישום, אחרי שבוטל האישום נגד בתו של המערער, לא קיימת. לטענתו, תשתית או בסיס האישום נגד המערער הוא השימוש של בתו ומשבוטל האישום נגדה, אין משתמש בנכס ולכן לא ניתן לייחס למערער עבירת שימוש.

21. עוד טען, כי הרשעתו של המערער עומדת בסתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגנות המשפטיות. לטענתו, נוכח העובדה שהמשיבה חזרה בה מכתב האישום נגד בתו של המערער אף שהודתה בשימוש בנכס והותירה את האישום נגד המערער, שאין חולק שלא השתמש בנכס, מהווה אפליה פסולה שמקימה טענה של "הגנה מן הצדק" שיש בה כדי להוביל לביטול ההליך נגדו או לזיכויו. בנוסף, הפנה לסעיף 149(10) לחסד"פ ולפסיקה התומכת בטענתו זו וסוקרת את סמכות בית המשפט לבטל אישום או לזכות נאשם, מטעמים של "הגנה מן הצדק". לטענתו, בהתאם לפסיקה שהציג, גם בעניינו של המערער ניתן להסיק כי מדובר באכיפה בררנית ובאפליה כשהוחלט למצות את הדין רק ביחס למערער ולא ביחס לבתו, ויש בכך כדי להצדיק את ביטול ההליך או זיכויו של המערער. לטענתו, אף אם יקבע כי הפגיעה שנגרמה למערער אינה מצדיקה את ביטול כתב האישום, הרי שלכל הפחות, יש להתחשב בכך לעניין העונש. עוד לטענתו, נוכח העובדה שהמשיבה חזרה בה מכתב האישום לגבי בתו של המערער, נמנעה מננו האפשרות להעלות טענה זו הן ביחס לביטול ההליך נגדו והן ביחס להקלה משמעותית בעונשו, דבר שאף עולה כדי חוסר תום לב של המשיבה. לפיכך לטענתו, אף שלעניין העונש הציגו הצדדים הסדר מוסכם שכן, משעה שמחיקת בתו של המערער נעשתה לאחר שנגזר דינו, והעובדה שבוצעה אכיפה בררנית נודעה לו רק לאחר מכן, ניתן להפחית מגובה הקנס שהוטל על המערער.

22. בנוסף נטען, כי המערער זכאי להגנה משעה שהראיות שהוצגו בפני בית המשפט קמא, אינן מספיקות לצורך הרשעה ואשמתו לא הוכחה כדבעי. לטענתו, המשיבה לא הוכיחה מתי בוצעה, כביכול, עבירת הבניה מושא האישום המיוחס למערער. בנוסף לטענתו, שגה בית המשפט קמא שהשתית את הכרעת דינו על עדותו של בן ארוש, שהעיד כי הגיע למקום ביום 5.12.2011 ומצא בו את בתו של המערער אשר טענה "...שהמקום נמצא ללא שינוי מבחינת הבניה כ-15 שנה. בעקבות כך, הפקנו כתב אישום בגין עבירת השימוש". לטענתו, גם אם יתקבלו דברי בתו של המערער כראיה לאמיתות התוכן, שהרי מדובר בעדות שמיעה, הרי שאין בדברים כדי לשלול את טענת המערער כי עבירת הבניה בוצעה עובר לשנת 1967. עוד לטענתו, בן ארוש ציין כי על פי מידע שבידו, בשנת 2001 נערך על ידי פקחי העירייה ביקור במקום, כאשר על פי אותם פקחים הייתה במקום חפירה. אולם, בן ארוש לא ראה במו עינו כל חפירה ואף העיד כי לא נכח בזמן החפירה. בנוסף, הדגיש כי הוא עובד כפקח בניה "למעלה מ-8 שנים" ולא ציין כי ביקר באתר בנכס לפני שנת 2010.

23. עוד לטענתו, המשיבה, מטעמים השמורים עמה, החליטה שלא להעיד את הפקחים שביקרו בנכס בשנת 2001 ויתרה מכך, לא הציגה כל דו"ח ביקור בנכס מאותה תקופה. עוד ציין כי אף אם היה מוצג דו"ח כזה, לא ניתן היה להגישו ללא העדת המפקחים. לכן לטענתו, משלא הוצגו ראיות קבילות המלמדות על ביצוע עבירת בניה לאחר שנת 1967 הרי שטענת המערער, לפיה זכאי להגנה מכוח חוק



החנינה לא נסתרה. בנוסף טען, כי המסמך היחיד שמלמד, כביכול, על הנכס של המערער, הינו תשריט שצורף לאישום, ממנו לא ניתן ללמוד דבר באשר למידותיו וכשרותו כמסמך המייצג את "ההיתר". היתר שכאמור, לא הוצא מעולם, שכן הנכס נבנה לפני שנת 1948. עוד לטענתו, בן ארוש העיד כי הסתמך בהכנת התשריט על היתר בניה של שכן באותו בניין. לטענתו, אין מדובר בעד מומחה שיכול להעיד שאכן מדובר באותם קווי בניין, באותה מעטפת, באותה דירה ולשם כך, דרוש היתר אותנטי, מקורי, של הדירה, שאין חולק שאינו בנמצא, או לחילופין, עדות מומחה שהוא אדריכל או מודד מוסמך שאינו בנמצא.

24. לסיכום טען, כי שגה בית המשפט קמא שקבע שפניית המערער לאדריכל מהווה הודאה בעבירה. שכן, המערער העיד כי לא עבר עבירה שכן ניתנה חנינה ופנה לאדריכל, על מנת שיוכל לרשום את הנכס בטאבו.

25. בדיון שהתקיים לפני ביום 27.1.2016 שב בא כוח המערער על טענותיו וחידד את עיקריהן.

#### טענות המשיבה

26. ב"כ המשיבה, עו"ד מוריה דודי-וייס, ביקשה לדחות את הערעור, לקבוע כי לא נפל פגם בהחלטת בית המשפט קמא ולהותיר את החלטתו בעינה. לכך ביקשה להוסיף את העובדה, שבפני בית המשפט קמא העידו מפקחי הבניה בעדות מהימנה ואמינה וככלל אין בית המשפט של ערעור מתערב בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה קמא.

27. לטענתה, כפי שניתן לראות, כתב האישום מתייחס לעבירת שימוש שנעשתה בנכס בשנת 2011. לכן לטענתה, בהתאם למועדים בכתב האישום ולסעיף העבירה בו מואשם המערער, יש לדחות את טענתו לעניין החנינה. עוד לטענתה, ההבדל בין עבירת שימוש לעבירת בניה קיים גם בחוק התכנון והבניה עצמו. בעבירת שימוש, כפי שמופיע בכתב האישום, כלל אין התייחסות למי בנה את המבנה ומתי הוא נבנה, ללא היתר, האם ראו המפקחים את הבניה בפועל או לא ולכל אלה, אין רלוונטיות לעבירת השימוש.

28. עוד לטענת המשיבה, עבירת "שימוש" הנה עבירה נמשכת, בהתאם לפסיקה שהגיש לבית המשפט. כך למשל לטענתה, בפסק הדין בעניין אפרים סוזה, נקבע שעבירת השימוש היא עבירה נמשכת ובפסק הדין בעניין יצחק כהן, נקבע שהמשמעות של עבירה נמשכת היא שניתן להגיש בגינה כתב אישום למעשה בכל יום מחדש ולכן, משנעשה שימוש במבנה שנבנה ללא היתר, הואשם המערער בשימוש בלבד, שנעשה במבנה ללא היתר.



29. לטענתה, אמנם המערער טען כי בתו היא שבפועל עשתה "שימוש" בנכס. אך מאחר והמערער הנו בעלים של הדירה, כפי שהצהיר בדיון בבית משפט קמא ביום 8.12.2014, הוא למעשה מודה כי הוא הבעלים של הנכס. עוד לטענתה, במצב כזה, גם אם ייתכן מצב שבו הנכס בפועל ריק ממשתמשים, מדובר על אחריות של הבעלים, לאור הפוטנציאל הגלום בשימוש בנכס גם אם לא מתבצע בו שימוש בפועל. עם זאת לטענתה, במקרה זה אכן בוצע שימוש בפועל וכפי שהעידה בתו של המערער בזמנו, היא אף שילמה למערער בגין השימוש דמי שכירות.

30. ב"כ המשיבה הוסיפה וטענה, כי בהתייחס לזיכוי, מלבד העניין שמדובר ב"זיכוי טכני", מדובר בעבירת שימוש, שהיא עבירה נמשכת ומתייחסת לשימוש במועדים שונים, כאשר כתב האישום הקודם, לא ייחס למערער עבירת שימוש.

31. לשאלת בית המשפט השיבה ב"כ המשיבה, שברגע שהתקבל חוק החנינה נוצר חוסר איזון וייתכן שבחוק החנינה קיימת לקונה. עוד לטענתה, מדובר במועדים שהם כ- 40 שנה אחרי שנת 1967. מה שקרה בפועל, הינו שכל אותן שנים נעשה שימוש באותו נכס שנבנה ללא היתר, שימוש שמבחינת חוק התכנון והבנייה הוא אסור. עוד טענה, כי לטעמה, ככל שמתרחקים המועדים ביחס לעבירת ה"שימוש", העלאת טענת החנינה אינה רלבנטית. לשאלה נוספת של בית המשפט, הוסיפה כי המשיבה אינה יודעת אם נעשו שינויים במבנה לאחר שנת 1967, שעה שמדובר במבנה שאין מחלוקת שנבנה ללא היתר.

## דיון והכרעה

32. ארבע שאלות עיקריות לפניי בערעור זה.

**האחת**, האם עומדת למערער ה"חנינה" לה הוא טוען ביחס לעבירת הבניה, בהתאם לחוק החנינה ומשכך, עבירת ה"שימוש" מוכלת בעבירת ה"בניה" ולפיכך יש "להפסיק את ההליך" ולמעשה לבטל את כתב האישום בעניינו; **השנייה**, האם עומדת למערער טענת "סיכון כפול" המחייבת את ביטול כתב האישום בעניינו; **השלישית**, האם עומדת למערער דוקטרינת "הגנה מן הצדק" המצדיקה את זיכוי ולחילופין, הקלה בעונשו; **הרביעית**, לגופו של עניין, האם די בראיות שהוצגו בבית המשפט קמא, לצורך הרשעתו.

יצוין, כי במידה והתשובה לשאלה הראשונה או השנייה, תהא חיובית, הרי שאין צורך להידרש לשאלות השלישית והרביעית.

אדון להלן בשאלות לגופן:

## **האם עומדת למערער ה"חנינה" לה הוא טוען**

33. על פי סעיף 5(א) לחוק החנינה: **"לא יינקט הליך פלילי בבית משפט בשל עבירה שנעברה לפני**



כ"ו באייר תשכ"ז (5 ביוני 1967) זולת עבירה מן המנויות בסעיף 1(ג), ואם ננקט הליך כזה-  
**יופסק**. אין מחלוקת כי קיימת עבירת ה"שימוש" בנכס ללא היתר והן עבירת ה"בניה" ללא היתר, אין  
עבירות המנויות בסעיף 1(ג) לחוק החנינה.

34. משתמע מלשון סעיף 5(א) לחוק החנינה, כי אם נעברה עבירת בניה, קודם למועד 5 ביוני 1967, לא  
ניתן לנקוט בהליך פלילי כנגד עובר העבירה. זאת למעשה טענתו של המערער, לפיה אף אם עבר  
עבירה עומדת לו הזכות ל"חנינה" ולהפסקת ההליך בעניינו.

35. לצורך תמיכה בטענתו של המערער, הגיש כתב אישום כנגד נאשם אחר, ששמו יעקב משה דננברג  
(להלן: "**הנאשם האחר**"), שהואשם במסגרת ת"פ 1878/67 בבית המשפט העירוני בירושלים. לפי  
כתב האישום, בגין נכס ברח' אהרון פישל 30, הנכס הנטען של המערער, עבר הנאשם האחר עבירות  
של ביצוע עבודה הטעון היתר לפי החוק בסטייה ניכרת מתנאי היתר- לפי סעיפים 145(א) ו-204(ב)  
לחוק; או בצוע עבודה הטעון היתר לפי החוק מבלי לקיים תנאי שהותנה בהיתר-לפי סעיפים 145(א)  
ו-204(ג) לחוק וכן עבירה של אי קיום צו הפסקה שיפוטי שניתן לפי סעיף 239 לחוק ושהומצא לנאשם,  
לפי סעיף 240 לחוק.

36. המערער הציג כתב אישום זה להוכחה, כי עבירות הבניה למעשה, בוצעו קודם ל-5 ביוני 1967. אולם  
למעשה, לימד על כך, שכבר בעבר, הוצא צו הפסקה שיפוטי לבניה הטעונה היתר באותו נכס. כפי  
שפורט בעובדות אותו כתב אישום: "ביום מתן הצו היה מצב הבניה כדלקמן" נבנה שלד של שתי קומות  
ומחיצות בקומה א'", "בנגוד לצו הפסקה האמור והמשיך הנאשם בבניה ועד יום 13.1.67 השלים את  
הבניה ע"י טיוח הדירות, ריצופן, התקנת חלונות ובניית גג רעפים".

מה עלה בגורל הנאשם האחר, אין לדעת.

37. כאן המקום להפנות גם לסעיף 7 לחוק החנינה, לפיו: "**אין בחוק זה כדי לגרוע מכל תוצאה של  
עבירה, הרשעה או גזר דין, זולת אם נאמר הדבר במפורש בחוק זה, ואין בו כדי לגרוע מכל  
אחריות משמעתית או אזרחית; אולם פסול מלהחזיק או מלהשיג רישיון נהיגה הנובע מהרשעה  
לפי סעיף 4(2) לפקודת ביטוח כלי רכב של מנוע (סיכוני צד שלישי), 1947, והעומד בתקפו  
ערב תחילת חוק זה, ייפסק ביום תחילת חוק זה**" (הדגשות שלי מ"ה).

38. כמו כן, אפנה לה"מ 560/67 **זילברשלג נ' מדינת ישראל**, פ"ד פ"מ כ"א (2) 797 (1967) שם נפסק  
כי "צו הריסה" הוא בגדר "תוצאה של עבירה" ולכן, לפי סעיף 7 לחוק החנינה, עומד הוא בתוקפו על  
אף חוק החנינה, ועל כן אין סעיף 5(א) לחוק החנינה חוסם את הדרך להמשכת ההליך בפני בית  
המשפט לערעורים (להלן: "**עניין זילברשלג**"). כן, אפנה לע"פ 874/78 **סואעד נ' הוועדה המקומית  
לתכנון ובניה, הגליל המרכזי**, פ"ד לה (1) 678 (1980) בו נפסק, כי סעיף 5(א) לחוק החנינה וסעיף  
7(א) לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, אינם הופכים את "המעשה הבלתי חוקי" ל"חוקי", אלא



מונעים הרשעת הנאשם והענשתו בגין ביצוע העבירה (להלן: "עניין סואעד").

39. מהאמור לעיל ניתן להסיק לטעמי, שני דברים עיקריים. ראשית, אף אם היה מקום לבחון את קיומה של הגנת החנינה, הרי שהיה צורך לעשות כן בעניינו של הנאשם האחר, לגביו הציג המערער את כתב האישום בת"פ 1878/67. לנאשם האחר יוחסה עבירה של בניה במועד הקודם ל-5 ביוני 1967, זאת שעה שלמערער בתיק דנן, על פי עובדות כתב האישום, מיוחסת עבירה של "שימוש" בין המועדים 31.1.2011 לבין 5.12.2011. שנית, בהתאם לפסקי הדין בעניינם של זילברשלג וסואעד, מקום שבוצעה עבירת בנייה שלא כדין וניתן צו הריסה, הרי שסעיף 5(א) לחוק החנינה אינו מכשיר את עבירת הבנייה ואינו הופך את "המעשה הבלתי חוקי" ל"חוקי", אלא רק מונע את הרשעת וענישת הנאשם בגין ביצוע אותה עבירה, אך אינו מבטל את הצורך ב"הריסת" המבנה הלא-חוקי. כתב האישום שהגיש המערער לצורך תמיכה בטענתו, מוכיח למעשה את אי-החוקיות לכאורה של הנכס שבבעלותו, ואינו שולל את הגשת האישום בנוגע לשימוש באותו נכס בשלב שלאחר כניסת החנינה לתוקף.

לפיכך, הטענה לפיה למערער עומדת הגנת ה"חנינה", דינה להידחות.

#### האם עומדת למערער טענת "סיכון כפול"

40. כידוע, משמעותה של טענת "הסיכון הכפול" היא שהנאשם עמד כבר בעבר ב"סיכון" של הרשעה בשל אותו "מעשה", אך בשל טעם כלשהו "שאינו קשור בתביעה", הדיון לא הסתיים בפסק דין מרשיע או מזכה. בסיס הטענה סומך על העיקרון שאין להעמיד לדין אדם פעמיים בסכנה של הרשעה בפלילים. טענה זו עומדת בצד ובנוסף לטענה "כבר נשפטתי" הסומכת על העיקרון של "מעשה בית-דין" (ראו: יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני א 1335-1336 (מהדורה מעודכנת, 2009)).

41. טענת הסיכון הכפול, מעוגנת בסעיף 5 לחסד"פ, לפיו: **"אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה; "הרשעה", לענין סעיף זה - לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה"**.

42. בע"פ 532/93 מנינג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(4)25(1993) נפסק, כי טענת "הסיכון הכפול" הינה ענף אחד של הכלל הקיים מקדמת דנא, שאין להעמיד אדם לדין פלילי באותו עניין יותר מאשר פעם אחת. עוד נפסק, כי בעוד שהטענה "כבר הורשעתי" או "כבר זוכיתי" נסמכת על מעשה בית-דין, איסור "הסיכון הכפול" נשען על סכנת ההרשעה בעבירה שהייתה נשקפת לנאשם בדיון קודם. בנוסף נפסק, כי טענה זו תעמוד רק אם הועמד הנאשם לדין בהליך הראשון על פי כתב אישום "כשר", ולפני בית-משפט מוסמך, שרק אז היה נתון בחזקת סיכון להיות מורשע. עוד נקבע, כי העלאת הטענה של "סיכון כפול" אין לה דבר עם שלילת הפלילויות ואין הנאשם תוקף את העובדות שבכתב האישום, או



טוען כי אלה אינן מגלות עבירה פלילית. ההנחה שבטענה זו היא, כי הפלילויות שבמעשה אכן קיימת לכאורה, אלא שעל אף זאת, אין להעמיד את הנאשם שנית בסיכון של הרשעה, לאחר שההליך הראשון נפסק ללא הכרעה באשמתו.

43. כפי שנפסק בבג"ץ 4162/93 פדרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 309 (1993), לצורך הדיון בטענת "סיכון כפול" אין זה חשוב אמיצא פסק דין במשפט הראשון אם לאו. בע"פ 244/73 רב נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 798 (1974), אף הובהר, כי אין להעמיד אדם לדין פלילי באותו ענין יותר מאשר פעם אחת וכי יסודה של הטענה "כבר נשפטתי", שביטוייה בסעיף 21 לפקודת החוק הפלילי ולאחר מכן בסעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי, הוא קיומו של פסק דין קודם, מזכה או מרשיע, שניתן בשל אותו ענין המשמש יסוד לאישום הנוסף. זאת בעוד, שטענת "סיכון כפול" אינה מבוססת על הכרעת דינו של הנאשם במשפט קודם, אלא על העובדה שהוא עמד בסכנה של הרשעה במשפטו הראשון.

44. פרשנות הכלל "אותו מעשה", משותפת הן לטענה "כבר נשפטתי" והן לטענת "סיכון כפול". תחולת הכלל מותנית אפוא בקיום "זהות" בין ה"מעשה" שבגינו נשפט כבר הנאשם בעבר לבין ה"מעשה" המיוחס לו בכתב האישום הנוסף. "מעשה" לענין זה משמעו ה"יסוד הפיזי" שבעבירה-"אקטוס ריאוס" כולו, ולא רכיב ההתנהגות שבו בלבד. דהיינו, כל רכיבי העבירה, כולל היסוד הנסיבתי, למעט הנתונים הנוגעים ליסוד הנפשי שבה.

45. כאן המקום להתייחס בקשר לפרשנות הכלל - "אותו מעשה" לשני סוגי עבירות, הן לעבירה ה"נמשכת" והן לעבירה ה"מתחדשת".

**עבירה "נמשכת"** - היא עבירה שהתגבשה והושלמה במועד נתון, אך ממשיכה "להתקיים", בתור שכזאת, עד ל"סיומה". לאמור, עד שהיא מפסיקה להתקיים. עבירה "נמשכת" מהווה עבירה אחת "ממושכת" לכל אורך תקופת קיומה. בגין עבירה "נמשכת" ניתן להעמיד לדין פעם אחת בלבד, ואין להעמיד לדין בגינה פעם נוספת בשל קטע נוסף של קיומה, גם אם העבירה "נמשכת" לאחר ההעמדה לדין הראשונה. כן יש לציין, את העבירה ה"מתחדשת", החוזרת ומתגבשת מחדש מדי יום ביומו, עד להפסקת "ביצועה", וכל עוד היא "רצופה", רואים אותה כאילו היתה עבירה "נמשכת" סתם. דוגמאות לעבירות "נמשכות": החזקת רכוש החשוד כגנוב, החזקת נשק ללא היתר, החזקת טובין מוברחים וכיוצ"ב.

46. **עבירה "מתחדשת"** - היא עבירה המבטאת צרור רצוף של עבירות נפרדות, החוזרות ומתבצעות מדי יום לכל אורך תקופת קיומן. בגין עבירה "מתחדשת" מהווה כל קטע מתקופת קיומה של העבירה "עבירה נפרדת" ואין בהרשעה לגבי קטע אחד כדי למנוע העמדה לדין נוספת בשל קטע אחר. דוגמאות לעבירות "מתחדשות": אי קיום חובת התייצבות לפי חוק שירות ביטחון, אי קיום חובת הגשת דו"חות לפי פקודת מס הכנסה, אי קיום צו הריסה לפי החוק וכיוצ"ב (ראו: יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני א 1305-1309 (מהדורה מעודכנת, 2009)).



47. מן הכלל אל הפרט, באשר לטענת המערער ל"סיכון כפול".

אין מחלוקת, כי המערער זוכה בעבר בבית משפט לעניינים מקומיים בירושלים בגין עבירת של ביצוע עבודות הטעון היתר, לפי חוק ואי קיום צו הפסקה שיפוטי.

כנגד המערער הוגש כתב אישום ביום 14.11.2001 בת"פ 8359/2001.

48. עובדות כתב האישום שיוחסו לנאשם הן כדלקמן:

באישום הראשון, נטען כי בנכס הנמצא בירושלים בשכונת הבוכרים ברח' פישל אהרן מס' 30 הידוע כגוש 30103 חלקה 59, כמסומן בתרשים הרצ"ב בצבע אדום (להלן: "**הנכס**"), ביצע המערער בתאריך בלתי ידוע בין 25.8.2001 לבין 13.11.2001 או בסמוך לכך את העבודות כדלקמן (להלן: "**העבודות**"):

במפלס קומת המרתף:

(א) הרס קיר תמך מבטון כמסומן בתרשים בצבע צהוב ובמספרים 2-1.

(ב) פרץ פתח בקיר תמך מבטון, ליצירת דלת כמסומן בתרשים בצבע צהוב ובאות "א".

(ג) חפר שטח מילוי בשטח כולל של כ- 110 מ"ר כמסומן בתרשים בצבע כחול מקווקו ובמספרים 1-12-13-9-8-7-6-4-3-2-1.

(ד) יצק רצפה מבטון בשטח כולל של כ-110 מ"ר כמסומן בתרשים בצבע כחול מקווקו ובמספרים 1-12-13-9-8-7-6-4-3-2-1, ובנה בשטח זה קירות מבולקים כמחיצות, עם פתחים לדלתות וחלונות.

(ה) בנה חגורת בטון לפתח אשר פרץ בקיר תמך כמסומן בתרשים בצבע צהוב ובאות "ג".

(ו) ריצף שטח רצפה שאינו מקורה, כמסומן בתרשים בצבע אדום וכחול מקווקו ובמספרים 10-13-12-11-10.

ע"י העבודות הנ"ל מכשיר השטח שנבנה כאמור לעיל, למגורים.

נטען, כי העבודות הנ"ל בוצעו בלא היתר מאת הועדה המקומית לתכנון ולבניה למרחב תכנון מקומי ירושלים- למרות שביצוען טעון היתר כאמור.

המערער הואשם בביצוע העבודות הנ"ל בלא היתר בהיותו המוחזק כבעל הנכס והאחראי לביצוע העבודות.

עוד צוין בכתב האישום, כי הנכס נמצא בתוך תחום מרחב תכנון מקומי ירושלים.

בגין האישום הראשון, יוחסה למערער עבירה של ביצוע עבודות הטעון היתר לפי החוק בלא היתר כאמור. עבירה לפי סעיפים 145(א) ו-204(א) לחוק.



49. באישום השני, נטען כי ביום 1.11.2001 ניתן על ידי בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים בתיק ב"ש 7939/01 צו הפסקה שיפוטי לפי סעיף 239 לחוק, בו ציווה בית המשפט על הנאשם ועל כל מי שעובד מטעמו להפסיק את עבודות הבניה במבוצעות בנכס שבגוש 30103 חלקה 59 בשכונת הבוכרים ברח' פישל אהרן מס' 30 כמסומן וכמפורט בצו שניתן בב"ש 7939/01 הנ"ל כדלקמן: "להפסיק כל עבודת בניה בנכס מכל סוג ומין שהוא".

עוד נטען באישום השני, כי בניגוד לצו הפסקה שיפוטי הנ"ל שהומצא למערער ביום 4.11.2001 או בסמוך לכך, המשיך המערער או מטעמו (צ"ל: "מי מטעמו") בביצוע עבודות הבניה בין התאריכים 5.11.2001 לבין 11.11.2001 כדלקמן:

(א) כמתואר בסעיפים (ה) ו-(ו) שבאישום הראשון לעיל;

(ב) סיים חיפוי קירות המסומנים בתרשים במספרים 12-11, 13-12, 10-13 בקרמיקה, וכן חיפוי קירות חדרי האמבטיה והשירותים בקרמיקה.

(ג) ביצע עבודות טיח וצבע בכל השטח שנחפר כמתואר באישום הראשון בסעיף (ג) לעיל.

50. בגין האישום השני, יוחסה למערער עבירה של אי קיום צו הפסקה שיפוטי שניתן לפי סעיף 239 לחוק, עבירה לפי סעיף 240 לחוק.

51. אין מחלוקת, כי ביום 15.6.2006 זוכה המערער מהעבירות שיוחסו לו בת"פ 8359/01. כפי שקע כב' השופט ראובן זיו, "מאחר והתביעה חזרה בה מהאישום לאחר שהנאשם (המערער) כפר בעובדות, אני מזכה את הנאשם (המערער) מהעבירות שיוחסו לו בתיק זה".

52. ראשית, יצוין כי שותף אני לעמדת ב"כ המערער, לפיה מקום בו "זוכה" המערער בהליך קודם, אין נפקא מינה אם דובר בזיכוי שהוא תוצאה של טעות "טכנית", כפי שקרה בעניינו של המערער שכן תיק התביעה אבד ועל פי הוראות התובע הראשי, ביקש להפסיק את הדיונים בתיק או שמדובר בזיכוי, לאחר ניהול הוכחות ודין לגופו של עניין. כידוע, החוק אינו מבחין בין סוגי "זיכוי". העובדה שלא נוהלו הוכחות ולא התברר העניין לגופו, אין משמעה כי מדובר ב"זיכוי טכני". "זיכוי" הוא "זיכוי" הוא "זיכוי" באשר להשלכותיו בקשר לאותו אדם שזוכה. העובדה שהמערער כבר נשפט בבית משפט לעניינים מקומיים וזוכה, לאור התרשלות התביעה שאיבדה את תיק התביעה, אין בה כדי להשליך על תוצאת ה"זיכוי" ביחס למערער. בהקשר זה, אין לתביעה להלין אלא על עצמה, ואין היא יכולה לעשות שימוש לרעה בנימוק של "זיכוי-טכני" כנגד המערער.

53. מהחוק, הספרות והפסיקה, ניתן להבין כי אין להעמיד את המערער לדין בגין "אותו מעשה" ואין משמעות לשאלה, אם זוכה או הורשע בהליך קודם שהתנהל נגדו. אולם, השאלה הנשאלת, היא האם אכן הועמד המערער לדין בגין "אותו מעשה". עיון בכתב האישום הנוכחי, כולל העבירות והעובדות



המיוחסות לו אל מול, כתב האישום הקודם, העבירות והעובדות מהן זוכה המערער, מעלה כי אין המדובר ב"אותו מעשה".

54. למעשה, בתיק הקודם זוכה המערער מעבירות של ביצוע עבודות הטעון היתר לפי החוק בלא היתר כאמור ואי קיום צו הפסקה שיפוטי. אי לכך בגין זיכוי של המערער בתיק הקודם, לא ניתן להעמידו לדין בשנית בשל אותן עבירות.

אולם, בתיק זה, מואשם המערער בעבירה אחרת והיא ביצוע שימוש הטעון היתר לפי החוק, בלא היתר כאמור. על אף שגם עבירת השימוש בלא היתר וגם עבירת ביצוע עבודות הטעון היתר, בלא היתר, נכללות שתיהן בסעיף 204(א) לחוק, מדובר במעשים שונים ובעבירות בעלות מאפיינים שונים ולא ניתן לומר שמדובר ב"אותו מעשה". על פי ההשוואה בין עובדות כתבי האישום וכן על פי ההשוואה בין יסודות עבירת השימוש לבין יסודותיה של עבירת הביצוע, ניתן לקבוע כי במקרה זה לא קיימת זהות ברכיבי העבירות מבחינת ה"יסודות הפיזיים" שלהן, שכאמור הם יסודות שונים.

55. די בכך, כדי לקבוע, כי למערער לא עומדת טענת "סיכון כפול".

למעלה מן הצורך, אוסיף, כי עבירת ה"שימוש" לכשעצמה, היא עבירה "נמשכת". כפי שנקבע בפסיקה. לפיכך, כל עוד השימוש בנכס לא הופסק או שלא ניתן היתר לשימוש החורג, ניתן להגיש כתבי אישום כנגד המערער, שוב ושוב בגין עבירה זו.

56. כך למשל, פסק כב' השופט ס' ג'ובראן ברע"פ 8986/06 סוזה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.7.2007) שהגישה המשיבה, "...הלכה 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 גלמובצקי, פ"ד נח(5) 34). בעבירה נמשכת מתאפיין הרכיב ההתנהגותי בהתמשכותו מבחינת הזמן וכל עוד העבירה לא הופסקה, מהות העבירה הנמשכת אינה מאפשרת התיישנותה" (הדגשות שלי מ"ה).

57. דומה הדבר לטעמי, לעובדה שה"חנינה" לא באה להכשיר בנייה לא חוקית, ולא ביטלה צווי הריסה שיפוטיים. ההצדקה לקיומן של הוראות אלו, היא שלא להתיר שימוש בנכס שנבנה ללא היתר, או להתיר את קיומו של הנכס או חלק בו, שנבנה ללא היתר. זאת, בעיקר, מהסכנה הגלומה, בדרך כלל, בנכס שנבנה ללא ההיתר ובקיומו, מלבד היותו לא חוקי.

58. לאור האמור, טענת המערער ל"סיכון כפול", נדחית בזאת.

**האם עומדת למערער דוקטרינת "הגנה מן הצדק"**



59. אין מחלוקת, כי כתב האישום המקורי שהוגש בתיק קמא, ייחס למערער ולבתו את עובדות כתב האישום המקורי. בתו של המערער אף הודתה כי השתמשה בנכס בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, אך טענה כי אביה, המערער, מסר לה כי השימוש בנכס מותר. עוד טענה, כי לאחר סכסוך שהתגלע ביניהם, עזבה את הנכס בחודש ספטמבר 2014. בדברים אלו, הודה גם המערער. לאור זאת, הודיעה המשיבה כי תבדוק את טענות הבת ותגיש הודעה לעניין המשך ההליכים לגבי שני הנאשמים תוך 30 ימים. ביום 26.10.2015 חזרה בה המאשימה מכתב האישום לגבי הבת וכתב האישום נגדה בוטל על ידי כב' השופטת קמא.

60. כאמור, ב"כ המערער כי עומדת למרשו טענת "הגנה מן הצדק" המבוססת על האפליה שננקטה לכאורה, בינו לבין בתו.

61. כידוע, משמעותה של דוקטרינת "הגנה מן הצדק", היא כי לבית המשפט סמכות אינהרנטית ליצור עיכוב הליכים שיפוט, מקום שהוא סבור שהגשת הליך פלילי אינה צודקת. מכוחה דוקטרינה זו, מוצדק להימנע מקיומו של משפט כדי לתת מענה לשני סוגי חששות. האחד, שהנאשם לא יזכה למשפט הוגן, או אפילו הוגן הוא, יש בו משום פגיעה בחוש הצדק וההגנות. כאשר, קשת המקרים רחבה והנסיבות עשויות להיות קשורות הן לשלב ביצוע העבירה והן לשלב החקירה וההעמדה לדין. שני המבחנים העיקריים לבחינת הדוקטרינה, הם "התנהגות שערורייתית" של הרשות ו/או ש"בקיום ההליך פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות". אחת מהטענות העולות במסגרת דוקטרינה זו, היא הטענה ל"אפליה" או "אכיפה בררנית". עוד ידוע, כי טענה זו תתקבל במקרים נדירים והפסקה קבעה סטנדרטים מחמירים לשימוש בה לצורך ביטול כתב אישום (ראו: יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני א 1341-1352 (מהדורה מעודכנת, 2009) וההפניות שם וגם: ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פריץ** (פורסם בנבו, 10.9.2013)).

62. בעניינו של המערער, אין כל מקום להעלאת הטענה בדבר קיומה של דוקטרינת "הגנה מן הצדק". המערער לא הכחיש כי הוא הבעלים של המקום ואף לא הכחיש כי מסר לבתו עת השתמשה בנכס, כי השימוש בו מותר. לפיכך, אין הוא יכול לאחוז בחבל משני קצותיו, מחד לטעון, כי הוא הבעלים ולא בתו ומאידך, לדרוש כי יינקט דין זהה לגבי שניהם.

63. לפיכך, דין הטענה כי למערער עומדת דוקטרינת "הגנה מן הצדק", להידחות ובוודאי, אין מקום לביטול כתב האישום מכוחה. בנוסף לטעמי, אין מקום להקל בעונשו של המערער בהסתמך על הגנה זו, שקבעתי כי כלל אינה עומדת למערער.

### האם די בראיות שהוצגו בבית המשפט קמא, לצורך הרשעת המערער

64. אשר לטענות ב"כ המערער, כי המערער זכאי להגנה, משעה שהראיות שהוצגו בפני בית המשפט



קמא, אינן מספיקות לצורך הרשעה גם היא, דינה להידחות.

כלל ידוע הוא, כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעת ממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה קמא. אולם למעלה מן הצורך אפרט את הדברים הבאים.

65. בענייננו, פירטה כב' השופטת ת' נמרודי בהכרעת הדין קמא, כי בן ארוש, שביקר במקום ועיין במסמכים השונים, מצא כי המערער הוא הבעלים משנת 2002 ואף מצא, כי במקום בניה וחפירה המוכיחות שימוש בנכס, מבלי שנמצא היתר לכך ואף הוגשו תמונות להמחשת עבירת ה"שימוש". בן ארוש העיד, כי לא הוגשה בקשה להכשרת החלל שבקומת המרתף למגורים. למול זאת, נפסק כי המערער הודה כי הוא הבעלים של הנכס במשותף עם אשתו וכי השתמש בו בעבר ואף ביצע עבודות, לדבריו "שיפוצים" ואף כי פנה לאדריכל לצורך הכשרת הבניה. מכאן נפסק, כי בכך למעשה הודה כי ידע שהוא משתמש בנכס ללא היתר.

66. המערער לא חזר בו מהטענה שהוא בעל הנכס, השתמש בו ואף הותר לבתו להשתמש בו בתאריכים המפורטים בכתב האישום, והיא לא ידעה אודות אי חוקיות הנכס. בנוסף, המערער לא חזר בו מהטענה כי פנה לאדריכל לצורך הכשרת הבניה. די בהודאות אלו, כדי לקבוע כי הוכח מעבר לכל ספק סביר, הרשעתו בעבירה של "שימוש" בנכס ללא היתר.

67. לאור כל האמור, הערעור נדחה. אציין, כי לא מצאתי כל טעם להקל בעונשו של המערער, שנגזר בהתאם להסכמות בין הצדדים כאמור לעיל.

**המזכירות**תשלח עותק פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, ל' באדר א' תשע"ו, 10 מרץ 2016, בהעדר הצדדים.

**משה יועד הכהן, שופט**