

From: Hovav Artzi

Sent: Sunday, May 11, 2008 2:58 PM

Subject: שימוש במבנה שנבנה בלא היתר, גם כשהשימוש תואם תכנית הוא עבירה - הנחיה - 10782/07, עיאס ופסיקה - רע"פ 727/08, גוטליב; רע"פ 10782/07, עיאס

Importance: High

שלום לכולם,

מצ"ב לידיעתכם שתי החלטות מהעת האחרונה שניתנו בבית המשפט העליון בשני רע"פים שונים, שעניינם סוגיה דומה - האם שימוש תואם תכנית במבנה שנבנה ללא היתר מהווה עבירה פלילית?

בשתי החלטות נפרדות קבע בית המשפט העליון כי שימוש תואם ייעוד שנעשה במבנה שנבנה בלא היתר - הוא בבחינת עבירה.

א. החלטה של כב' הש' לוי ברע"פ 10782/07 אדיב אסמאעיל עיאס נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה גבעות אלונים (החלטה מיום 10.2.08).

ב. החלטה של כב' הש' ג'ובראן ברע"פ 727/08, 924/08 אייל גוטליב ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים (החלטה מיום 30.3.08).

דומה שלא ניתן להפריז בחשיבותן של שתי החלטות אלה, באשר ניתן בהן מענה סופי בעניין הטענה כאילו אין מדובר בעבירה.

במסגרת ההליכים האמורים נטען, כי על מנת ששימוש במבנה יחשב כעבירה, עליו להיות "שימוש חורג". ואולם, על פי אותה טענה, כאשר השימוש הנעשה בפועל במבנה שנבנה ללא היתר תואם את התוכנית החלה, הוא אינו עולה כדי עבירה וזאת, מן הטעם ששימוש כאמור אינו "שימוש חורג" באשר הוא לא נאסר על פי תוכנית ולא על פי היתר.

בית המשפט העליון (כבוד השופט לוי) קבע בהחלטה ברע"פ איסמעיל, כי הטענה האמורה כלל אינה מעוררת שאלה משפטיות, משום שכבר ניתן לה מענה בדיון. לגופו של עניין קבע בית המשפט העליון באותה החלטה כך -

"מקום שלא ניתן כלל היתר לבניין, כל שימוש בו, ואפילו הוא תואם את יעוד הקרקע, הנו שימוש חורג. הפרשנות לה טוען המבקש חותרת תחת תכליתו של היתר הבניה, והופכת הן את הבניה והן את השימוש לכשרים אף בלא היתר, ובלבד שהם עולים בקנה אחד עם התוכנית החלה על המקרקעין. עם כך אין להשלים."

בהחלטה ברע"פ גוטליב ואח' חזר בית המשפט העליון על שנקבע ברע"פ איסמעיל וקבע, כי הקביעות שנקבעו בפרשת אדיב איסמעיל עולות בקנה אחד עם תכלית דיני התכנון והבניה:

"דברים אלה עולים בקנה אחד עם תכלית דיני התכנון והבניה וברי, אפוא, כי הן הבנייה והן השימוש הנעשים במסגרת תכנית, חייבים להיעשות כדין, הן מבחינת המבנה והן מבחינת השימוש שנעשה במבנה. בית-משפט זה כבר קבע, כי המגמה הכללית שבחוק התכנון והבניה רואה בבנייה ובשימוש כעניינים האוחזים זה בזה, שאין מקום לנתק ביניהם וכי כל בנייה הינה לתכלית מסוימת. לא ניתן לנתק בין אופי הבנייה לבין השימוש. שניהם מהווים חלק מהתכנית והשניים נבחנים בעת קבלת ההיתר. כך, למשל, קבעה חברתי השופטת (כתוארה דאז) ד' ביניש בע"א 482/99, בלפוריה, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה - יזרעאלים, פ"ד נ(1) 895."

"...השימוש במבנה ייחשב כמותר אך ורק כאשר הוא יתבצע בתוך המסגרת החוקית. אם נעשה שימוש במבנה, על המבנה להיות חוקי ועל השימוש הנעשה בו להיות תואם את השימוש המותר שנקבע לאותו מבנה בהיתר הבנייה. שימוש המתבצע במבנה שאינו חוקי, אשר לא נקבע לו ייעוד בהיתר, מהווה עבירה פלילית."

בית המשפט העליון קבע, כי צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו, כי פרשנותם המוצעת של המבקשים מביאה למצב אבסורדי, לפיו אדם הפועל על-פי החוק, שפנה וקיבל היתר בניה, יהיה מוגבל לשימוש מסוים אשר הותר בהיתר הבנייה; ואם יחרוג מהשימוש, יהיה צפוי לעמוד בשל כך לדין. לעומתו, אדם המשתמש במבנה שנבנה ללא היתר כלל, יהא רשאי לעשות במבנה כל שימוש מותר אפשרי לפי התכנית החלה, ככל העולה על רוחו, ללא כל חשש מהעמדה לדין. בפרשנות זו, קובע בית המשפט העליון, נותנים המבקשים מעין חסינות מהעמדה לדין לכל שימוש במבנה בלתי חוקי. ברי, אפוא, כי מצב זה מביא לתוצאה מעוותת, הנוגדת לחלוטין את תכליתו של חוק התכנון והבניה.

בהזדמנות זו אני חוזר ומרענן את ההנחייה שניתנה בעבר, לפיה בכל מקרה ומקרה בו הינכם שוקלים להגיש כתב אישום בעבירה של שימוש שלא כדין (א) בגין שימוש תואם תכנית, בבניה שנעשתה שלא כדין, ושעבירת הבנייה התיישנה בינתיים; או (ב) כשהעבירה טרם התיישנה, אך השימוש בה נעשה על ידי אחר, והעבירה אינה בוטה - הנכם נדרשים להתייעץ עם הפרקליט האחראי במחלקה ולקבל את אישורו מראש. וזאת, לצורך גיבוש מדיניות התביעה - מבחינת העניין לציבור - בשימוש בסעיף עבירה זה.

חובב ארצי

מנהל המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין

פרקליטות המדינה

קריית הממשלה תל אביב, דרך בגין 125 תל אביב

בבית המשפט העליון

רע"פ 727/08

רע"פ 924/08

בפני: כבוד השופט סי' גיבראן

המבקשים ברע"פ 727/08: 1. איל גוטליב
2. שרה גוטליב
3. יהושע ברוש
4. שושנה ברוש
5. משה קורדובה
6. סיון קורדובה
7. אפרים פרידלר
8. מרים פרידלר
9. יגאל מונדני
10. אפרת מונדני
11. אסף ויינריב
12. תמר ויינריב

המבקשים ברע"פ 924/08: 1. נדב פישר
2. דפנה פישר

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשות רשות ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים בע"פ 40223/07 וע"פ 40224/07 מיום 30.12.07, שניתן על-ידי כבוד השופטת גי' כנפי-שטייניץ

בשם המבקשים 1-4 ברע"פ 727/08: עו"ד ד"ר יחיאל פרוכטמן
בשם המבקשים 5-8 ברע"פ 727/08: עו"ד שרון אבני
בשם המבקשים 9-10 ברע"פ 727/08: עו"ד גיל רווה
בשם המבקשים 11-12 ברע"פ 727/08: עו"ד גר ויסקינד
בשם המבקשים 1-2 ברע"פ 924/08: עו"ד חיים כהן; עו"ד שירה זכריה
בשם המשיבה: עו"ד שלומי אבי-טל

החלטה

כנגד המבקשים הוגש לבית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים כתב אישום (ת.פ. 7470/05), המייחס להם עבירות של ביצוע שימוש הטעון היתר לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ח-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה) בלא היתר כאמור לפי סעיפים 145(א) ו-204(א) לחוק התכנון והבניה.

לפי הנטען בכתב האישום, המבקשים עשו שימוש למגורים בתקופות שונות בשנים 2004-2005, בדירות המצויות בבניין בן 7 קומות, אשר נבנה ללא היתר בכפר השילוח (סילוואן). כמו-כן נטען, כי המבקשים עשו שימוש משותף בקומת הקרקע של הבניין (קומת כניסה, עמדת שמירה ושטח חניה), בקומה השישית, אשר שימשה כבית כנסת ובקומה השביעית, אשר שימשה כעמדת שמירה. עוד נטען, כי השימוש בבניין נעשה ללא היתר, אף שהיה טעון היתר.

בית-המשפט לעניינים מקומיים (כבוד השופט ד"ר א' צ' בן-זמרה) הרשיע, ביום 17.1.07, את כל המבקשים במיוחד להם בכתב האישום וגזר על כל אחד מהם קנס בסך 3,500 ש"ח וחתימה על התחייבות בסכום של 5,000 ש"ח להימנע מעבירה לפי סעיפים 145, 204 ו-210 לחוק התכנון והבניה, למעט עבירת שימוש ללא היתר. עוד הורה בית-המשפט לעניינים מקומיים למבקשים להפסיק את השימוש בבניין, במישרין או בעקיפין, ולאטום את כל פתחי הגישה אליו. ככל שהאיטום לא יבוצע על-ידי המבקשים, הסמיך בית-המשפט את הועדה המקומית לתכנון ובניה לבצע את צו האיטום במקום המבקשים תוך חיוב המבקשים לשאת בעלויות הביצוע. בגזר-הדין, דחה בית-המשפט לעניינים מקומיים את בקשת המבקשים לדחות את ביצועו של צו הפסקת השימוש וצו אטימת הבניין לפרק הזמן הדרוש לשם קבלת היתר למבנה.

על הכרעת הדין וגזר-הדין של בית-המשפט לעניינים מקומיים ערערו המבקשים לבית-המשפט המחוזי בירושלים. בערעורם טענו המבקשים, כי טעה בית-המשפט כשרחה טענתם, כי כתב האישום אינו מגלה עבירה, שכן בהעדר תכנית, חקנה או היתר, השוללים את מטרת השימוש במקרקעין, שימוש כזה אינו מהווה עבירה. עוד טענו הם, כי בהליך שנוהל בעניינם נפלו פגמים חמורים, תוך שנשללה זכותם להליך הוגן וראוי, כמו למשל שנשללה מהם זכות העיון בחומר החקירה ונשללה זכותם לזמן עדים רלוואנטיים לדיון. לבסוף טענו המבקשים, כי שגה בית-המשפט לעניינים מקומיים ברחיית טענתם לביטול כתב האישום בשל טענת "הגנה מן הצדק" וכי ממצאיו העובדתיים אינם עולים בקנה אחד עם הראיות שבאו בפניו.

בית-המשפט המחוזי (כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ) דחה, ביום 30.12.07, את הערעורים, על כל חלקיהם. בית-המשפט המחוזי קבע, כי הגם שדרך התנהלותה של המשיבה בעניין העברת הנהלים למבקשים ראויה לביקורת, בפועל הגישה המשיבה כתבי אישום על עבירת השימוש, הן במועד הגשת כתב האישום והן שנים קודם לכן. כן נקבע, כי אין בנהלים שהוצגו כדי להביא לשינוי התוצאה אליה הגיע בית-המשפט לעניינים מקומיים. ממילא, נקבע, כי אין בנוהל זה כדי לתרום לטענת ההגנה מן הצדק שהעלו המבקשים. בית-המשפט המחוזי קבע, כי באשר למסמכים הנוגעים למתחם "גן המלך", אין בהם כדי להעיד על הנטען על-ידי המבקשים, שכן ממסמכים אלה עולה, כי המשיבה נקטה הליכים משפטיים שונים בהתייחס לעשרות בתים שנבנו שלא כחוק במתחם "גן המלך" בסילוואן, ביניהם הגשת 23 כתבי אישום והגשת בקשות לצווי הריסה.

מכאן בקשת רשות הערעור שבפני, בגדרה שבים המבקשים על טענותיהם כפי שהעלו בפני בית-המשפט המחוזי.

לטענת באי-כוח המבקשים ברע"פ 727/08, סוגיה משפטית חשובה במעלה, המתעוררת במקרה דנן, הינה השאלה האם קיימת עבירה פלילית עצמאית שעניינה שימוש במבנים שנבנו ללא היתר, שכן מחד לא קיימת הלכה מחייבת של בית-משפט זה בסוגיה זו ומאידך, כתבי אישום בגין עבירה נטענת זו, מוגשים לבתי המשפט לעניינים מקומיים בכל רחבי הארץ וקיימת פסיקה סותרת בשאלה האם שימוש במבנה שנבנה ללא היתר, כאשר השימוש עולה בקנה אחד עם התכנית החלה במקום הינו בבחינת עבירה.

לטענתם, מסעיפי חוק התכנון והבניה עולה, כי על-מנת ששימוש יחשב כעבירה, עליו להיות שימוש חורג. ואולם, כאשר שימוש במבנה שנבנה ללא היתר אינו נכנס להגדרת המונח שימוש חורג, שכן הוא לא נאסר על-פי תכנית או היתר, המסקנה המתחייבת מכך היא, שלא קיימת עבירה של שימוש במבנה שנבנה ללא היתר.

כמו-כן, טוענים באי-כוח המבקשים ברע"פ 727/08, כי בית-משפט זה קבע בשורה ארוכה של מקרים, כי הוצאת צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבניה תעשה רק כאשר יש אינטרס ציבורי בהריסה. ואולם, טענת המשיבה, אשר התקבלה על-ידי הערכאות הקודמות בענייננו, לפיה קיימת עבירה של שימוש במבנה שנבנה ללא היתר, מייתרת כמעט לחלוטין את סעיף 212 לחוק התכנון והבניה והופכת אותו לישים רק במקרה של מבנה שנבנה ללא היתר ועומד ללא שימוש, שהרי בכל מקרה בו יש

שימוש במבנה שנבנה ללא היתר, לדברי המשיבה, ניתן להגיש כתב אישום בגין השימוש.

לטענת באי-כוח המבקשים ברע"פ 727/08, לו רצה המחוקק לבטל את הגנת ההתיישנות בעבירות של בניה ללא היתר, חזקה עליו שהיה עושה זאת במפורש ולא בפרשנות יצירתית, כפי שעושה המשיבה, המקימה יש מאין עבירה של שימוש במבנה שנבנה ללא היתר, כל זאת שעה שעסקינן בפרשנות דין פלילי שאמורה להיעשות לטובת מי שעשוי לשאת באחריות פלילית. לסיכום עניין זה, טוענים הם, כי אם השימוש במבנה שנבנה ללא היתר תורג מהתכנית החלה במקום, אזי אכן יש לפנינו שימוש חורג וניתן להגיש כתב אישום, כאשר הרציונל הוא, ששימוש חורג מתכנית יש בו משום פגיעה בציבור בעצם השימוש. ואולם, אם השימוש במבנה שנבנה ללא היתר, תואם לתכנית החלה במקום, בדומה למקרה דנן, אזי הפגיעה לציבור, אם יש כזו, אינה נובעת מהשימוש אלא מעצם קיומו של מבנה שנבנה ללא היתר ולשם כך יש את סעיף 212 לחוק התכנון והבניה, המאפשר למדינה לפנות לבית-המשפט ולהפסיק את השימוש על-ידי קבלת צו להריסת המבנה.

עוד טוענים באי-כוח המבקשים ברע"פ 727/08 לקיומה של הגנה מן הצדק בגין שורה ארוכה של עובדות שהוכחו על ידם, כגון: הימנעות מנקיטת הליכים כנגד המשתמש הראשון במבנה, למרות הראיות שהיו בידי המשיבה; הימנעות מהגשת כתבי אישום בגין עבירת שימוש בשכונת סילוואן במשך שנים ארוכות; הימנעות מנקיטת הליכים כלשהם כנגד 12 בניינים בני מאות מטרים כל אחד, הבנויים בסמוך למבנה נשוא האישום; הימנעות מנקיטת הליכים כנגד בית ספר, הפועל בבניין ללא היתר, בסמוך למבנה נשוא האישום ועובדות רבות נוספות, שקצרה היריעה מלתארן בבקשה הנוכחית. בעניין זה מוסיפים הם, כי עצם שינוי המצב החקיקתי עיגון דוקטרינת ההגנה מן הצדק בחקיקה מפורשת במקום בהלכה פסוקה, יש בו כדי להביא להרחבת תחולתה של הגנה זו והחלתה על המקרה דנן.

עוד מוסיפים וטוענים באי-כוח המבקשים ברע"פ 727/08, כי בית-המשפט המחוזי התעלם מכך, שהבקשות והעררים לעניין חומר החקירה הוגשו תוך כדי שמיעת הראיות וגם לאחר שנמצאו מוצדקות וחומר חקירה נוסף נמסר למבקשים בעקבותיהם, לא הותר להם לשוב ולחקור את העדים הרלוואנטיים. חמור מכך לטענתם, התעלם בית-המשפט המחוזי מהעובדה, שהמשיבה הפרה את התלטתו בערר בעניין מסירת הנהלים והגדילה לעשות בכך שמסרה נהלים מתאריכים לא נכונים תוך הטעיית בית-המשפט והטעיית המבקשים.

לכסוף, טוענים באי-כוח המבקשים ברע"פ 727/08, כי הגם שבית-המשפט המחוזי קבע קביעה מחייבת, כי ניתן לקבל היתר בנייה המכשיר את הבניין נשוא האישום תוך 18 חודשים, לא מצא הוא לנכון לדחות את מועד כניסת הצווים לתוקף לפרק הזמן הנדרש על-פי ממצאיו שלו על-מנת לקבל היתר בניה.

בתגובתם מיום 24.3.08 לתגובת המשיבה, טוענים באי-כוח המבקשים 1-4 ו-11-12 ברע"פ 727/08, כי עצם השימוש התואם את התכנית החלה, אינו מהווה "איום" או פגיעה במצב התכנוני החל, שכן השימוש כשלעצמו בהיותו תואם את התכנית החלה, ככזה הוא גם תואם את התכנון הריכוזי ההירארכי ואת העניין הציבורי המגולם בו. לטענתם, כאשר אין בפעילות הפרט משום פגיעה בתכנון הריכוזי, במובן זה שאין בה כדי לפגוע בנורמה הקבועה בתכנית מסוימת, הרי שאין אינטרס ציבורי לאסור על פעילות בלתי פוגעת שכזאת. לטעמם, במקרה כזה, עקרון חופש הקניין המאפשר את השימוש, גובר, במובן זה, שפעילות הפרט אינה אסורה ואין לראות בה משום עבירה. במקרה כזה נשמר, לטעמם, האיזון שבין אינטרס הכלל לבין אינטרס הפרט, בכך שהחוק אינו רואה בפעילות הפרט הבלתי פוגענית כאמור, משום עבירה פלילית. מטעם זה, טוענים הם, כי יש לקבל את בקשת רשות הערעור, לקבל את הערעור ולהורות על זיכויים.

באי-כוח המבקשים 1-2 ברע"פ 924/08 חוזרים על עיקר טענותיהם של באי-כוח המבקשים ברע"פ 727/08. גם לטענתם, הרשעתם בעבירה של שימוש ללא היתר הינה הרשעה שגויה מבחינה משפטית. שכן שימוש במבנה שנבנה ללא היתר, כאשר השימוש עולה בקנה אחד עם התכנית החלה במקום, כמו במקרה של המבקשים, אינו נכנס להגדרת המונח שימשו חורג, בייחוד כאשר השימוש אותו מבצעים המבקשים כלל לא נאסר על-פי תכנית או היתר. לטעמם, לא תיתכן קיומה של עבירה כתוצאה מ"שימוש" במבנה שנבנה ללא היתר, כל אימת שהשימוש המבוצע בו אינו חורג מתכנית בנין עיר או תקנה. לפיכך, לטענתם, טעה בית-המשפט המחוזי בקובעו, כי באין היתר לשימוש שנעשה במקרקעין, השימוש בהם הינו שימוש חורג אסור והדבר יוצר פגיעה ממשית בעקרון החוקיות הקבוע בסעיף 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, לפיו "אין עבירה ואין עושה עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו".

גם לטענת באי-כוח המבקשים 1-2 ברע"פ 924/08, שגה בית-המשפט המחוזי עת דחה את טענתם להגנה מן הצדק. שכן, הם נרדפו באופן מגמתי ומכוון בניגוד למדיניות מוצהרת של רשויות עיריית ירושלים וכי בפועל נמנע בית-המשפט מלתת

התייחסותו למכלול טענות המבקשים בנושא זה. לטענתם, אין מחלוקת, כי מלבד הבנייה הבלתי חוקית השוררת באזור מגורי המבקשים, קיימים בעלי נכסים רבים אשר ביצעו בנייה בלתי חוקית ואשר הינם למעשה נאשמים פוטנציאליים, מהם הרשויות מעלימות עין תוך שהן קושרות קשר שבשתיקה, שלא לאכוף את החוק ביחס לגורמים אלה. לטענתם, אותם גורמים אשר זכו ל"הנחה" ונהנים מפירות עבריינותם נמנים על האוכלוסייה הערבית, וזאת להבדיל מהמבקשים, אשר הינם יהודים שומרי דת ומצוות.

בעניין זה מוסיפים וטוענים הם, כי הבניין נשוא כתב האישום נבנה טרם שנת 2003 בכפר השילוח – סילוואן וקימו לרשויות נודע במארס 2003. עד אפריל 2004 תושב ערבי עשה שימוש בכל הבניין ורק מאפריל 2004 שוכנו משפחות יהודיות בבניין. ממארס 2003 ועד אפריל 2004 לא ננקטו כנגד הבניין ושוכניו הליכים כלשהם על-ידי גורם כלשהו ואולם החל מאפריל 2004 החלו לנקוט כנגד הבניין ושוכניו הליכים שונים לרבות הטלת פיקוח על הבניין, ביקור של פקחים בתדירות גבוהה, בקשה לנתק את אספקת החשמל והמים לבניין ועוד. לטענת המבקשים 1-2 ברע"פ 924/08, תמוה עד מאוד מדוע רק לאחר ששוכנו משפחות יהודיות בבניין החל זוכה הבניין ליחס "מיוחד". לפיכך, אף התנהלות המדינה במקרה זה מחייבת את ביטול כתב האישום, שכן המדינה הגישה כתב אישום באופן מפלה, תוך שהיא עושה שימוש בכוח הנתון בידיה ונוקטת בהליכים אשר סופם עלול להסתיים בהטלת סנקציה וכתם פלילי.

לטענת באי-כוח המבקשים 1-2 ברע"פ 924/08, בית-המשפט המחוזי לא נתן דעתו לטענה, לפיה התביעה עשתה בכל מאורה על-מנת להעלים ולהסתיר כל אינדיקציה לקיומה של הסכמה ומדיניות זו בעיריית ירושלים, כאשר רק לאחר מתן פסק-דינו של בית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, נגלתה בפני המבקשים מסכת תכתובות ענפה בין גורמים שונים בעירייה, במשרדי הממשלה ובכנסת וכן נהלי אכיפה, אשר לא מותירים כל מקום לספק באשר למגמה שהתגבשה לטובת האוכלוסייה הערבית בירושלים.

כמו-כן, טוענים באי-כוח המבקשים 1-2 ברע"פ 924/08, כי מהמבקשים נמנעה האפשרות לנהל הליך הוגן וזאת בין היתר בשל העלמת חומר חקירה רלוואנטי; גרירת המבקשים להליכים מיותרים על-מנת לקבל חומר חקירה זה; סירוב בית-המשפט לעניינים מקומיים לדחות את מועד עדות העדים עד לאחר קבלת חומר חקירה זה; סירוב בית-המשפט לעניינים מקומיים לאפשר השלמת חקירה של עדים אלו לאחר קבלת מלוא החומר; קבלת התנגדות המדינה לשאלות רלוואנטיות במהלך חקירת עדים; סירוב בית-המשפט לעניינים מקומיים לאפשר למבקשים לזמן עדים אשר היו

שותפים במדיניות האכיפה ושותפים להתלטות האופרטיביות שנתקבלו. כל אלו, לטענתם, מנעו בהכרח מהמבקשים להוכיח כראוי את הגנתם.

מנגד, תומך בא-כוח המשיבה בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ומבקש לרחות את בקשות רשות הערעור. לטענתו, אין עילה למתן רשות ערעור בפני ערכאה שלישית, מאחר והטענות נשוא הבקשות אינן מעוררות כל סוגיה חדשה בעלת חשיבות משפטית או ציבורית, החורגת מעניינם של המבקשים. כן טוען בא-כוח המשיבה, כי נסיבותיו העובדתיות של המקרה דגן אינן מעוררות את השאלה האם קיימת עבירה של שימוש בלא היתר בה הורשעו המבקשים, וזאת מן הטעם, שהשימוש שנעשה במבנה הינו שימוש החורג גם מהתכנית החלה, שכן לפי התכנית החלה על המקרקעין, ניתן היה לכנות, לכל היותר, שתי קומות מעל קומת מסד ובשטח מרבי של 240 מ"ר. בפועל, עושים המבקשים שימוש במבנה בן 7 קומות בשטח של כ- 890 מ"ר. במצב דברים זה, השימוש הנעשה על-ידי המבקשים הינו שימוש שאינו עולה בקנה אחד עם התכנית ולכן הוא שימוש חורג מתכנית. עוד טוען בא-כוח המשיבה, כי בטענת המבקשים, לפיה נגרם להם עיוות דין, אין כל ממש והם אינם מבססים טענתם לטעויות הערכאות הקודמות בעניין זה.

לבקשת באי-כוח המבקשים, כיום 24.1.08 החלטתי לעכב את ביצוע פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי בירושלים, וזאת עד למתן החלטה אחרת.

לאחר עיון בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, בפסק-דינו של בית-המשפט לעניינים מקומיים, בבקשות רשות הערעור, בתגובת המשיבה, בכל תגובות המבקשים שהוגשו ובנספחים שצורפו, הגעתי לכלל מסקנה, כי דין בקשות רשות הערעור להירחות.

עניינם של המבקשים כבר נדון בפני שתי ערכאות. כידוע, הכלל הנוהג הוא, כי הרשות לערעור שני, אינה ניתנת כדבר שבשגרה, אלא מוגבלת למקרים המעוררים שאלה בעלת חשיבות משפטית או ציבורית, החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים. בענייננו, הבקשות אינן מעוררות כל שאלה משפטית עקרונית שכזו והמבקשים לא הצביעו על עילה המצדיקה דיון ב"גלגול שלישי" בעניינם בהתאם להלכת חניון חיפה (רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123).

באי-כוח המבקשים טוענים, כאמור, כי מקום שמבנה נבנה ללא היתר, לא ניתן לייחס למשתמש עבירה של שימוש ללא היתר רק מעצם העובדה שהוא עושה שימוש במבנה שנבנה באופן בלתי חוקי.

לאחרונה, קבע בית-משפט זה בעניין דומה, אשר אף בו נטען – כפי שטוענים המבקשים בענייננו – דבר קיומה של פסיקה סותרת של בתי משפט שלום ובתי משפט מחוזיים, כי הסוגיה אינה מעוררת שאלה משפטית או כללית המצדיקה מתן רשות ערעור. וכך קבע חברי השופט א' א' לוי ברע"פ 10782/07 אדיב אסמאעיל עיאס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.2.08) (להלן: פרשת אדיב אסמאעיל):

4. עתה עותר המבקש ליתן לו רשות לערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ובפיו אותם טעמים שהעלה בפני הערכאה קמא. בראשם של אלו מצויה הטענה, כי שימוש ההולם את יעוד הקרקע ואת התוכנית החלה עליה אינו שימוש הטעון היתר בניה.

5. דין הבקשה להידחות, שכן היא אינה מגלה עילה למתן רשות ערעור. הלכה פסוקה היא כי הרשות לערעור שני, הניתנת במשורה, נועדה לברר שאלות משפטיות החורגות מעניינם של הצדדים לסכסוך, ואשר נודעת להן השיבות כללית (ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ פ"ד לו(3), 123 (1982)). הסוגיה בה תלה המבקש את יהבו נדונה בעבר על ידי בית משפט זה, ובנסיבות העניין אין מקום להתערב במענה שניתן לה בדין. באשר ליתר טענות המבקש, הרי שאלה נטענו בעבר, וכמו אז – גם עתה נוגעות הן לענייני הפרטני בלבד.

יפים דברים אלה אף למקרה שבפני.

מעבר לדרוש יוער, כי אף לגופו של עניין, דין בקשות רשות הערעור להידחות. בפרשת אדיב איסמאעיל קבע בית-משפט זה באופן מפורש, כי אם השימוש למגורים הולם את ייעוד המקרקעין על-פי תכנית הבינוי, שימוש שנעשה במבנה שנבנה ללא היתר, הוא בגדר מעשה עבירה. וכך נקבע:

"כאמור, לפרשנות המוצעת על ידי המבקש התייחס בית משפט זה בעבר, והיא נדחתה. נקבע, כי "אף אם השימוש מותר על-פי תוכנית בניין עיר, אין בכך די ועליו להתאים גם להיתר הבניה של הבית הנידון" (בג"צ 609/75 ישראלי נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו פ"ד ל(2) 304, 308 (1976); וכן ראו ע"פ 95/57 מארש נ' היועץ

המשפטי פ"ד יא(3) 1314, 1316 (1957); ר"ע 170/83 אורנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 276, 279 (1983)). לפיכך, מקום שלא ניתן כלל היתר לבניין, כל שימוש בו, ואפילו הוא תואם את יעוד הקרקע, הנו שימוש חורג. הפרשנות לה טוען המבקש חותרת תחת תכליתו של היתר הבניה, והופכת הן את הבניה והן את השימוש לכשרים אף בלא היתר, ובלבד שהם עולים בקנה אחד עם התוכנית החלה על המקרקעין. עם כן אין להשלים." [ההדגשה הוספה – ס.ג.].

דברים אלה עולים בקנה אחד עם תכלית דיני התכנון והבניה וברי, אפוא, כי הן הבנייה והן השימוש הנעשים במסגרת תכנית, חייבים להיעשות כדין, הן מבחינת המבנה והן מבחינת השימוש שנעשה במבנה. בית-משפט זה כבר קבע, כי המגמה הכללית שבחוק התכנון והבניה רואה בבנייה ובשימוש כעניינים האוחזים זה בזה, שאין מקום לנתק ביניהם וכי כל בנייה הינה לתכלית מסוימת. לא ניתן לנתק בין אופי הבנייה לבין השימוש. שניהם מהווים חלק מהתכנית והשניים נבחנים בעת קבלת ההיתר. כך, למשל, קבעה חברתי השופטת (כתוארה דאז) ד' ביניש בע"א 482/99 בלפוריה, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה – יזרעאלים, פ"ד נו(1) 895, בעמ' 907:

"המתחייב מן האמור הוא שהוועדה המקומית אינה רשאית לדחות את בחינת השימוש לשלב האכלוס. בדרך העניינים הרגילה, אם עולה מהבקשה להיתר בנייה שאלה הנוגעת לשימוש, חובה על הוועדה המקומית לבחון את שאלת השימוש בעת מתן היתר הבנייה עם השאלות הקשורות בבנייה עצמה ובייעודה, שכן מדובר בשני עניינים שלובים זה בזה. אין בנייה אלא לתכלית מסוימת, לשימוש מסוים, והקשר שבין אופי הבנייה ובין השימוש במבנים שהינו חלק מתכנית המיתאר חייב לקבל ביטוי גם בעת בחינת הבקשה להיתר ובעת מתן ההיתר עצמו." [ההדגשה הוספה – ס.ג.].

דברים ברוח זו נאמרו בהחלטתי ברע"פ 8986/06 אפרים סוזה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה (לא פורסם, 18.2.07):

"לשון הוראת סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה קובעת באופן ברור וחד-משמעי כעבירה גם את השימוש במבנה שנבנה לא היתר, זאת בנוסף לבניית המבנה עצמו ללא היתר. משמע, הוראת סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה כוללת בחובה שתי עבירות נפרדות, אשר האחת נוגעת לביצוע העבודה והאחרת נוגעת לשימוש הנעשה במקרקעין. מכך עולה, כי עבירת השימוש ללא היתר הינה עבירה נפרדת, העומדת בפני עצמה ולכן הגם שפעולת הבנייה ללא היתר מתיישנת, עבירת השימוש

החורג כעבירה נמשכת עומדת לחובתו של המשתמש ללא היתר במקרקעין. לפיכך, אין לומר, כי עבירת השימוש נבלעת בעבירת הביצוע של הבניה בהיותה "עבירה משנית" בלבד לעבירת הבניה ללא היתר.

משמע, השימוש במבנה ייחשב כמותר אך ורק כאשר הוא יתבצע בתוך המסגרת החוקית. אם נעשה שימוש במבנה, על המבנה להיות חוקי ועל השימוש הנעשה בו להיות תואם את השימוש המותר שנקבע לאותו מבנה בהיתר הבנייה. שימוש המתבצע במבנה שאינו חוקי, אשר לא נקבע לו ייעוד בהיתר, מהווה עבירה פלילית.

בית-המשפט המחוזי בצדק קבע (בעמ' 8-9 לפסק-הדין), כי פרשנותם המוצעת של המבקשים מביאה למצב אבסורדי, לפיו אדם הפועל על-פי החוק, פנה וקיבל היתר בניה, יהיה מוגבל לשימוש מסוים אשר הותר בהיתר הבנייה ואם יחרוג מהשימוש, יהיה צפוי לעמוד בשל כך לדין. לעומתו, אדם המשתמש במבנה שנבנה ללא היתר כלל, יהא רשאי לעשות במבנה כל שימוש מותר אפשרי לפי התכנית החלה, ככל העולה על רוחו, ללא כל חשש מהעמדה לדין. בפרשנותם זו, למעשה נותנים המבקשים מעין חסינות מהעמדה לדין לכל שימוש במבנה בלתי חוקי. ברי, אפוא, כי מצב זה מביא לתוצאה מעוותת, הנוגדת לחלוטין את תכליתו של חוק התכנון והבניה.

עוד מוסיפים וטוענים באי-כוח המבקשים, כאמור, כי עצם השינוי החקיקתי ועיגון דוקטרינת ההגנה מן הצדק בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 מצדיקה את הרחבת יריעת המקרים בהם תחול הגנה זו והחלתה על המקרה דנן. בעניין זה טוענים הם, כי עומדת להם הגנה מן הצדק מחמת אכיפה בררנית שנוקטה בעניינם.

דין טענה זו דחייה.

עצם העובדה, כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשר פותחה בפסיקה, עוגנה באופן נורמטיבי, אין בה כשלעצמה כדי לשנות את התוצאה. שכן, בית-המשפט לעניינים מקומיים דן ובחן את טענת המבקשים – לאחר ששמע את טענותיהם ובחן ראיותיהם - על בסיס המבחנים שקבעה הפסיקה בנוגע לדוקטרינה זו. בית-משפט זה קבע לאחרונה, כי המבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין דוקטרינת ההגנה מן הצדק ימשיכו להנחות את בית-המשפט בבואו לבחון האם יש לקבל טענה של נאשם לפי סעיף זה (ראו ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' אהרון לימוד (לא פורסם, 4.9.07)).

כמו-כן, כידוע, בית-משפט שלערעור אינו מתערב בממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, זאת במיוחד כאשר מדובר בבקשת רשות ערעור (ראו ע"פ 9147/01 בשן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.6.04); מ' קרמניצר, "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה (תשמ"ג-תשמ"ד) 407).

בענייננו, הן בית-המשפט לעניינים מקומיים והן בית-המשפט המחוזי רחו את טענת המבקשים בעניין זה וקבעו, כי נמצאו שיקוליה של רשות האכיפה תמי לב וכי לא נמצא עיגון ראייתי לטענותיהם בדבר אכיפה בררנית פסולה. גם מכתבו של היועץ המשפטי לעירייה מיום 10.7.05 מעיד, כי המשיבה לא שינתה עמדתה ביחס להליכים הפליליים שננקטו ובדעתה להמשיך ולפעול למניעת הבנייה הבלתי חוקית במתחם. כן נקבע, כי השיקולים שהדריכו את גורמי האכיפה בהעמדת המבקשים לדין היו סבירים והמבקשים לא הוכיחו, כי נפלו פגמים בהליכים פליליים (ראו בעמ' 16 לפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי). עוד קבע בית-המשפט המחוזי, כי הוכח בפניו שהמשיבה נקטה הליכים משפטיים כנגד עשרות מבנים בלתי חוקיים באותו אזור (ראו פסקאות 11-14 לפסק-הדין). ממילא נראה, כי אין מדובר במקרה חריג, המצדיק לקבל את טענת ההגנה מן הצדק. בנסיבות אלה, לא מצאתי מקום להתערבות בית-משפט זה בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ודין טענת ההגנה מן הצדק להידחות אף היא.

מטעמים אלה כולם, בקשות רשות הערעור נדחות.

החלטתי מיום 24.1.08 – בעניין עיכוב ביצוע פסק-הדין – מבוטלת בזאת.

ניתנה היום, כ"ג באדר ב' התשס"ח (30.3.2008).

שׁוֹפֵט

בבית המשפט העליון

רע"פ 10782/07

בפני: כבוד השופט אי' אי' לוי

המבקש: אדיב אסמאעיל עיאס

נגד

המשיבה: מדינת ישראל - ועדה לתכנון ובניה גבעות אלונים

בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה, מיום 7.11.07, בע"פ 2528/07, שניתן על ידי כבוד השופט ר' שפירא

בשם המבקש: עו"ד סמיר האג'

בשם המשיבה: עו"ד רנא ח'טיב – אבו עוכיד

החלטה

1. המבקש הודה בפני בית-משפט השלום בעכו, כי עשה שימוש במכנה שעל פי טענת המשיבה נבנה ללא היתר. עם זאת, הוא טען כי מגוריו באותו מכנה אינם מהווים עבירה, הואיל והוא כלל אינו זקוק להיתר מאחר והשימוש תואם את יעוד המקרקעין. עוד טען המבקש, כי יש לבטל את כתב-האישום הואיל ולא ניתנה לו זכות השימוע הקבועה בסעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. בית-המשפט דחה את הטענות האמורות, הרשיע את המבקש מכוח סעיפים 145(א), 204(א) ו-208 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, והואיל ובינתיים ניתן לו היתר כדין, הסתפק בגזירתו של קנס וחיוב המבקש לחתום על התחייבות להימנע מעבירה.

2. בעדעור שהגיש המבקש לבית-המשפט המחוזי בחיפה הוא טען, בין היתר, כי למגורים בבניין נשוא הערעור ניתן היתר מאת הוועדה המחוזית לתכנון ובניה (מכוח תוכנית ג/6550) והמועצה הארצית לתכנון ובניה (ערר 2/98 – תכנית ג/10159). עוד טען, כי טעה בית-משפט השלום משקבע כי כל שימוש בבניין הוא שימוש הורג הטעון היתר, אף אם הוא הולם את ייעודם של המקרקעין על-פי תוכנית הבינוי. כן טען לקיומם של פגמים בהתנהלות המשיבה, ובכלל אלה שיהוי בן עשרות השנים בהגשת כתב-האישום, והעובדה כי לא נערך לו שימוע בטרם הועמד לדין, אשר דינם לאיין את

שנטען נגרו. אף המשיכה ערערה בפני בית-המשפט המחוזי, והשיגה על קולת העונש שנגזר למבקש.

3. בית-המשפט המחוזי דחה את ערעור המבקש, בקובעו כי יעור הקרקע והתוכנית החלה עליה אינן מייתרות את הצורך בקבלת היתר בניה טרם השימוש בבנין. עוד ציין בית-המשפט המחוזי, כי החלטת המועצה הארצית אליה הפנה המבקש אינה עוסקת בהיתר בניה, וממילא – לא היא ולא הוועדה המחוזית מוסמכות להעניק היתרים. כן נקבע, כי החובה לירע נאשם כרכר הגשת כתב-אישום נגדו מתייחסת לעבירות מסוג פשע בלבד, ומשכך – לא נפל פגם בהתנהלות המשיבה. לבסוף נקבע, כי אף שהרשות השתתהה זמן רב בהפעלת סמכות האכיפה שבידה, אין היא מנועה מהגשת כתב-אישום, אף כי לעובדה זו חשיבות לעניין העונש – והדבר אכן הובא בחשבון עת נגזר עונשו של המבקש. כן דחה בית-המשפט המחוזי את ערעור המשיבה, וקבע כי לאור הנסיבות המקלות הקיימות בעניינו של המבקש, לא נפל פגם בעונש שהושת עליו.

4. עתה עותר המבקש ליתן לו רשות לערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ובפיו אותם טעמים שהעלה בפני הערכאה קמא. בראשם של אלו מצויה הטענה, כי שימוש ההולם את יעור הקרקע ואת התוכנית החלה עליה אינו שימוש הטעון היתר בניה.

5. דין הבקשה להירחות, שכן היא אינה מגלה עילה למתן רשות ערעור. הלכה פסוקה היא כי הרשות לערעור שני, הניתנת במשורה, נועדה לברר שאלות משפטיות החורגות מעניינם של הצדדים לסכסוך, ואשר נודעת להן חשיבות כללית (ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ פ"ד לו(3), 123 (1982)). הסוגיה בה תלה המבקש את יהבו נדונה בעבר על ידי בית משפט זה, ובנסיבות העניין אין מקום להתערב במענה שניתן לה בדין. באשר ליתר טענות המבקש, הרי שאלה נטענו בעבר, וכמו אז – גם עתה נוגעות הן לעניינו הפרטני בלבד.

סעיף 204 לחוק התכנון והבניה הוא הוראה עונשית, שנועדה לתת מענה למי שמבצע "עבודה או משתמש במקרקעין בלא היתר כשביצוע העבודה או השימוש טעונים היתר לפי חוק זה או לפי התקנות". סעיף 1 לתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967, קובע כי "שימוש חורג" טעון היתר. וכך מוגדר "שימוש חורג" בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה:

"שימוש חורג, בקרקע או בבנין – השימוש בהם למטרה שלא הותר להשתמש בהם, הן במיוחד והן מהיותם באזור או בשטח מיוחד, לפי כל תכנית או תקנה אחרת

שלפי חוק זה החלות על הקרקע או הבנין או לפי היתר
על-פי כל חוק הרן כתכנון ובבניה".

כאמור, לפרשנות המוצעת על ידי המבקש התייחס בית משפט זה בעבר, והיא נדחתה. נקבע, כי "אף אם השימוש מותר על-פי תוכנית בניין עיר, אין בכך די ועליו להתאים גם להיתר הבניה של הבית הנידון" (בג"צ 609/75 ישראלי נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו פ"ד (2) 308, 304 (1976); וכן ראו ע"פ 95/57 מארש נ' היועץ המשפטי פ"ד יא(3) 1314, 1316 (1957); ר"ע 170/83 אורנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 276, 279 (1983)). לפיכך, מקום שלא ניתן כלל היתר לבניין, כל שימוש בו, ואפילו הוא תואם את יעוד הקרקע, הנו שימוש חורג. הפרשנות לה טוען המבקש חותרת תחת תכליתו של היתר הבניה, והופכת הן את הבניה והן את השימוש לכשרים אף בלא היתר, ובלבד שהם עולים בקנה אחד עם התוכנית החלה על המקרקעין. עם כך אין להשלים.

לאור האמור, הבקשה נדחית.

ניתנה היום, כ"ה בשבט התשס"ח (01.02.08).

ש ו פ ט