

## ת"פ 57750/03/23 - שושנה מכלוף, צילה מימון, צורי מימון נגד ועדה מקומית לתכנון ובנייה - מצפה אפק

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עתפ"ב 57750-03-23 מימון ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה - מצפה אפק  
עתפ"ב 59639-03-23 ועדה מקומית לתכנון ובנייה - מצפה אפק נ' מכלוף ואח'

לפני כבוד השופט עידו דרויאן-גמליאל

1. שושנה מכלוף  
משיבה (1) בעתפ"ב 59639-03-23  
ע"י ב"כ עו"ד עידו ואראס
  2. צילה מימון  
מערערת (1) בעתפ"ב 57750-03-23 ומשיבה (2) בעתפ"ב 59639-03-23  
ללא ייצוג
  3. צורי מימון  
מערער (2) בעתפ"ב 57750-03-23 ומשיב (3) בעתפ"ב 59639-03-23  
ללא ייצוג
- נגד -

ועדה מקומית לתכנון ובנייה - מצפה אפק  
מערערת בעתפ"ב 59639-03-23 ומשיבה בעתפ"ב 57750-03-23  
ע"י ב"כ עו"ד מת'אקל סמארה

### פסק דין

#### מהות הערעורים:

1. לפני ערעורי הצדדים על גזר דינו של בית המשפט ברמלה (כב' הש' גלט), בתיק תו"ב 20700-04-20. המערערים 2 ו-3, שהם בני זוג [ושיכנו להלן יחד - המערערים], ונאשמת נוספת גב' שושנה מכלוף (משיבה 2), הורשעו ביום 22.6.22, **לפי הודאותיהם, במסגרת הסדר טיעון**, בעבירה של **שימוש חורג**, לפי סעיף 243 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה - 1965 (להלן - החוק). **המערערת וגב' מכלוף הורשעו גם בעבירה של אי קיום צו**, לפי סעיף 246 לחוק.
  2. העבירות מתייחסות למבנה מגורים שנעשה בו שימוש אסור לגן ילדים, במקרקעין הידועים כגוש 3831 חלקות 7, 81, ברחוב הרב קוק בבאר יעקב. גב' מכלוף הואשמה בעבירות המיוחסות לה, מכוח היותה בעלת המקרקעין. המערערים, הואשמו מכוח היותם המחזיקים והמבצעים בפועל של השימוש האסור.
  3. ביום 8.2.23 ניתן גזר הדין:
- א. על המערערת ועל גב' מכלוף הוטלו שני חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים שלא יבצעו עבירות שימוש חורג או הפרת צו וכן קנס בסך 18,000 ₪, שישולם ב-18 תשלומים, או 90 ימי מאסר תמורתו;

- ב. על המערער הוטל קנס כספי בסך 10,000 ₪ שישולם ב-18 תשלומים;
- ג. על המערערים וגב' מכלוף [להלן יחד - השלושה] הוטלה התחייבות בסך 40,000 ₪ לכל אחד, להימנע מעבירות למשך שנתיים;
- ד. יצוין כי במסגרת גזר הדין, ולפנים משורת הדין, ביטלה הש' קמא את החלטת הביניים, בה הטילה על השלושה הוצאות;
- ה. הש' קמא הורתה כי צו הפסקת שימוש למבנה ייכנס לתוקפו ביום 8.5.23; ביום 8.5.23 עיכבתי את כניסת הצו לתוקף עד ליום 22.5.23 - מועד בו התקיים דיון לפני. בתום הדיון הובהר על ידי, כי אין עתה כל עיכוב ביצוע החל על צו ההפסקה.
4. המערערים ערערו תחילה על הכרעת הדין, גזר הדין והחלטות הביניים של בית משפט קמא, אך בדיון לפני הבהיר המערער כי אין עוד בכוונת המערערים לחזור בהם מהודאתם במסגרת הסדר הטיעון, ולא מתבקש זיכוי. המערערים עותרים לביטול כתב האישום בנימוק של הגנה מן הצדק או להחזרת התיק לבית משפט קמא לצורך הבאת ראיות בעניין הגנה מן הצדק ולחלופין להסתפק ב"אי הרשעה" והקלה בעונש.
5. הוועדה המקומית [להלן - המשיבה] ערערה על קולת העונשים שהושתו על השלושה, אך בדיון לפני הבהירה המשיבה כי אין עוד בכוונתה לערער על סכומי הקנסות חזרה בה מהערעור על גובה הקנס וערעורה נסב על בקשתה להטלת כפל אגרת תשלומי חובה על גב' מכלוף, הטלת מאסר על תנאי על המערער, קביעת אורכי מאסר על תנאי ממושכים יותר למערערת ולגב' מכלוף והגדלת סכום ההתחייבות.

#### **כתב האישום:**

6. ביום 20.4.20 הוגש נגד השלושה כתב האישום, על פיו, ניתן היתר בנייה להקמת בית מגורים במקרקעין, ממ"ד ופרגולות בשטח של כ-165 מ"ר. המקרקעין מיועדים למגורים א' עפ"י התכנית, אך טרם ניתן אישור לחיבור המבנה לתשתיות (טופס 4) ולא ניתנה תעודת גמר. ביום 06.08.18 הוגשה על ידי המשיבה בקשה לבית המשפט למתן צו למניעת פעולות על פי סעיף 234 לחוק, למניעת המשך הכנות לפתיחת גן ילדים במקרקעין.
- א. על פי עובדות האישום הראשון, ביום 01.09.18, ביום 01.09.19 ובמועדים נוספים, נמצא כי במקרקעין נעשה שימוש אסור לגן ילדים, במבנה המיועד למגורים. בגין זאת יוחסה למערערים ולגב' מכלוף עבירת שימוש אסור.
- ב. על פי עובדות האישום השני, ביום 26.08.18 ניתן על ידי בית המשפט צו איסור שימוש נגד גב' מכלוף ו/או מי שפועל בשירותה (בב"נ 12012-08-18), לפיו יש להפסיק להשתמש במקרקעין כגן ילדים, החל מיום 28.02.19, אלא אם יהיה בידי המערערים היתר בניה כדין לשימוש חורג להפעלת גן ילדים. ביום 03.03.19 נדחתה כניסת הצו לתוקף בהסכמה עד ליום 08.08.19 בהתאם לבקשה להארכת מועד מטעם המערערים. לצורך קידום הליכי תכנון (בקשה לשימוש חורג). המערערים המשיכו את השימוש האסור גם לאחר כניסת הצו לתוקפו, זאת על אף שבקשות להארכת מועד כניסתו לתוקף של הצו נדחו ע"י בית המשפט, ובכך הופר הצו ותוך המשך שימוש אסור.
- מיום 01.09.19 ועד למועד הגשת כתב האישום, נמצא כי השלושה אינם מקיימים את הצו, והחלו בשנת לימודים חדשה בניגוד לתנאיו. ביצוע הצו הוטל על גב' מכלוף, כבעלת הזכויות במקרקעין, ועל המערערים, בהיותם המשתמשים.

**יודגש כי לאחר תיקון כתב האישום, בהסכמת הצדדים, מיוחסת העבירה של הפרת הצו למערערת ולגב' מכלוף**

**השתלשלות ההליך בבית משפט קמא:**

7. ביום 20.4.20 הוגש כתב האישום נגד השלושה, ביום 20.6.21 הודיעו השלושה דבר כפירתם במיוחס להם, וביום 8.2.23 תם ההליך בגזירת דינם של השלושה במסגרת הסדר. לא למותר להביא את מסכת הדחיות, שהיתה למאפיין מרכזי של ההליך על-אף מאמציו של ביהמ"ש קמא לקדמו, והרי פירוטה להלן.
  8. ביום 8.9.20 הוגשה בקשת דחיה על ידי עורך דינם דאז של המערערים, עוה"ד שלומי הלוי, בנימוק שהמערערים נדרשים לשהות בבידוד עקב חשיפה לחולה קורונה. הדיון נדחה ליום 27.12.20.
  9. בדיון מיום 27.12.20 הובהר כי בקשתם של המערערים לביטול כתב האישום נגדם נדחתה על ידי הפרקליטות. בכך תם חלקו של עו"ד הלוי בייצוג. הדיון נדחה לבקשת השלושה, לצורך פניה חוזרת על ידם לסנגוריה הציבורית, ונקבע ליום 7.2.21.
  10. ביום 27.1.21 הודיע עו"ד דניאל קליין כי לקח על עצמו את ייצוגם של השלושה וביקש דחיה בשל שירות מילואים. הדיון נדחה ליום 14.3.21.
  11. ביום 12.3.21 הוגשה בקשת דחיה מטעם השלושה, שכן בתם של המערערים חלתה בקורונה ועליהם להשגיח עליה ועל ילדיהם הקטינים. הדיון נדחה ליום 9.5.21.
  12. בדיון מיום 9.5.21 טען עו"ד קליין כי אין אפשרות לתת מענה לכתב האישום, בין השאר, מכיוון שנאספים עדיין חומרי חקירה ויועלו גם טענות מקדמיות. הדיון נדחה אפוא ליום 20.6.21.
  13. ביום 14.6.21 הגישו השלושה בקשה לפי סעיפים 108, 149 (10) לחסד"פ.
  14. בדיון מיום 20.6.21 כפרו השלושה במיוחס להם בכתב האישום, לבקשתם ובהסכמת התביעה הופנה התיק לגישור. מועד ההוכחות נקבע ליום 17.11.21 כשעל כל צד לזמן את עדיו. עוד צוין כי על השלושה לזמן את העדים מטעמם מבעוד מועד. ככל שנחוצה הזמנה באמצעות בית משפט, יש להגיש בקשה מתאימה, לפחות 60 ימים מראש.
  - בנוסף, נקבעה על ידי כב' הש' מנחם מזרחי ישיבת גישור ליום 4.10.21.
  15. ביום 10.10.21 הגישו השלושה בקשת לדחיית מועד ההוכחות. בקשתם נדחתה שכן הש' קמא לא מצאה עילה לדחייה.
  16. ביום 17.10.21 הודיעו השלושה על שחרורו של עו"ד קליין מייצוג, וביקשו לחזור בהם מהמענה לכתב האישום ולדחות את מועד ההוכחות מטעמים שונים, בהם הצורך במציאת ייצוג. בקשתם נדחתה.
  17. במועדים 3.10.21 ו-17.10.21 הגישו השלושה בקשה לעיון בתיקי בית משפט. לדברי השלושה מדובר בעיון בתיקים לגביהם הורה בית המשפט למשיבה להעביר לידיהם רשימת תיקים בהם הוגשו כתבי אישום כנגד מפעילי גני ילדים הפועלים ללא היתר לשימוש חורג. בית משפט קמא דחה את הבקשה וקבע כי זו לא הוגשה בדרך הנכונה, שהיא הגשת בקשה לפי סעיפים 74 או 108 לחסד"פ.
  18. ביום 24.10.21 הגישו השלושה בקשה לגילוי וקבלת מסמכים לפי סעיפים 74 ו-108 לחסד"פ. בקשתם נדחתה ביום 9.11.21, שכן הנתונים הניתנים להעברה, הועברו כבר לידיהם.
- בקשת הבהרה נוספת הוגשה על ידי השלושה אך בית המשפט הורה כי השלושה מתבקשים לחדול מהגשת הבהרות

שלא נתבקשו להן והעמדות יבוררו בדיון.

19. ביום 10.11.21 הגישו השלושה הודעה על כוונתם להגיש ערעור על החלטת בית משפט קמא מיום 9.11.21 שדחתה את בקשתם לקבל את תיקי בית המשפט הקשורים לעניינם. הוחלט כי הבקשה תידון בדיון.
20. ביום 15.11.21 הגישו המערערים הודעה שכותרתה "טיעונים ובקשות בכתב לדיון שיתקיים ב-17.11". בין שלל טענותיהם עתרו השלושה לכך שבטענות המקדמיות ידון מותב אחר או לחלופין שהש' קמא תפסול את עצמה מלדון בתיק. בהחלטה מפורטת ומנומקת דחתה הש' קמא את הבקשה להעברת התיק למותב אחר או לפסילת המותב, וקבעה שיתר הטענות יידונו בדיון. עוד קבעה הש' קמא כי "שמיעת ההוכחות תתקיים במועדה כמתוכנן, ובה ישמעו עדי הנאשמים להוכחת טענתם להגנה מן הצדק", על השלושה הוטלו הוצאות בקשה זו בסך 2,000 ₪.
21. ביום 16.11.23 הודיעה המשיבה כי המפקח לא יוכל להגיע לדיון הקבוע למחרת בשל מחלת בנו. דיון ההוכחות נותר על כנו.
22. בדיון מיום 17.11.21 הודיעו השלושה כי ברצונם להגיש בקשת פסלות. הש' קמא קבעה כי זו כבר הוגשה על ידם ומשכך אין היא מאפשרת לטעון את הטענה מחדש. בשלב זה הודיעו המערערים כי ברצונם לערער לבית המשפט העליון, משכך נדחה דיון ההוכחות ליום 26.12.21 וצוין כי השלושה רשאים לזמן כל עד שחפצה נפשמ לזמנו, באמצעות מזכירות בית המשפט, על מנת שיוגש אישור מסירה כדן. ביום 15.12.23 נדחה ערעור השלושה בעניין פסלות בית משפט קמא [ע"פ 8024/21].
23. ביום 16.12.21 הגישו השלושה בקשה לדחיית ההוכחות, עד קבלת החלטת בית המשפט המחוזי בערר שהוגש על ידם בעניין חומרי חקירה. לפני משורת הדין ומכיוון שהערר היה עדיין תלוי ועומד נדחו ההוכחות ליום 23.1.22.
24. ביום 3.1.22 ניתנה החלטתי בה דחיתי על הסף את טענות השלושה בערר בעניין חומרי החקירה [עתפ"ב 23237-12-21].
25. ביום 10.1.22 הגישו השלושה בקשה למתן הנחיות. בית משפט קמא החליט כי אכן קיימת חובת ייצוג, כטענת המערערים, והורה על מינוי סנגור ציבורי. מועד ההוכחות 23.1.22 נותר על כנו.
26. ביום 12.1.22 ביקשה הסנגוריה הציבורית דחייה לצורך לימוד התיק על ידי הסנגורים שמונו. ההוכחות נדחו ליום 27.2.22.
27. ביום 22.2.23 שלח עו"ד אבי דובין, שמונה לייצג את המערערים מטעם הסנגוריה הציבורית, בקשה להמיר את מועד ההוכחות בתזכורת. בין השאר ציין, כי לצערו המערערים לא הגיעו למשרדו לצורך ניהול התיק. על פי הנחיית הסנגוריה הציבורית במקרה שכזה עליו להתפטר מייצוג. בנוסף, לא נמצא עדיין סנגור מהסנגוריה הציבורית, לצורך ייצוג גב' מכלוף.
28. ביום 23.2.23 שלחו השלושה לבית משפט קמא "הבהרה דחופה בעקבות בקשת עו"ד דובין" וטענו, בין השאר, כי לעו"ד דובין "לא בא על התיק שלנו".
29. במקביל הודיע ב"כ המשיבה כי חלה בקורונה והדיון נדחה ליום 29.3.22. בהחלטת הדחיה ציינה הש' קמא, בין השאר, כי "גם לאורך רוחו של בית המשפט יש גבול ומידה". בית המשפט אינו מתיר לשלושה לפנות בהודעות ובקשות ללא רשות. בנוסף, עו"ד דובין מוכר היטב כסנגור מקצועי ומסור ולא ייתכן שהשלושה יטילו בו דופי בגסות כפי שנעשה.

30. ביום 27.2.23 מונה עו"ד ואראס מטעם הסנגוריה הציבורית לייצג את גב' מכלוף.
31. ביום 8.3.22 הוגשה בקשת דחיה על ידי עו"ד דובין, אליה הצטרף עו"ד ואראס והדיון נדחה ליום 22.6.22, תוך שהש' קמא מבהירה ששיבת ההוכחות לא תדחה שוב ועל הצדדים לזמן את עדיהם.
32. בדיון מיום 22.6.22 הודתה גב' מכלוף במיוחס לה. בהמשך לכך נוהל הליך הוכחות בעניינם של המערערים, אשר בשלב מתקדם לו, הגיעו הצדדים להסכמה. המערערים הודו איש איש בהתאם להסכמה בעניינו, כמפורט מעלה. הטיעון לעונש נקבע ליום 13.11.22 והתקיים כמתוכנן במועד זה וביום 4.1.23. בהמשך לכך, ניתן ביום 8.2.23 גזר הדין.

### השתלשלות ההליך בערעור דנן:

33. ביום 17.5.23 הגישה גב' מכלוף בקשה להארכת מועד להגשת ערעור אך בקשתה נדחתה על ידי שכן גב' מכלוף הודתה במיוחס לה במסגרת הסדר טיעון, בהיותה מיוצגת. בנוסף, לא ניתן על ידה הסבר לשיהוי בהגשת הערעור, מה גם שעל פניו סיכויי הערעור קלושים. עם זאת הוריתי, על פי בקשתה, על מינוי סנגור מהסנגוריה הציבורית במסגרת ערעור המדינה על קולת העונש, ואכן עו"ד ואראס מונה לייצג גם בערעור.
34. ביום 18.6.23 פנתה גב' מכלוף לבית משפט קמא, וביקשה שבית המשפט יחייב את השוכרים (הם המערערים) לפנות את הבית עם תום מועד השכירות - 31.7.23, שכן המערערים מסרבים להיענות לבקשתה לפינוי הנכס. אך הבקשה נדחתה, גם בשל קיומו של ערעור תלוי ועומד בעניין.
35. המערערים היו מיוצגים בהליך קמא על ידי עו"ד דניאל קליין ובהמשך על ידי עו"ד אבי דובין מטעם הסנגוריה הציבורית. בערעור הועלו טענות של כשל בייצוג, ולפיכך, בהתאם להלכה הפסוקה, אפשרתי לשני עורכי הדין להגיב בכתב לטענות שהועלו נגדם. בתגובותיהם דחו עו"ד המלומדים, באופן מפורט, את הטענות נגדם. השניים הבהירו, בין השאר, כי נהגו בנאמנות ובמקצועיות, בעוד שהמערער הוא זה שטוען טענותיו בידיים לא נקיות, תוך שהוא מגדיר עצמו "משפטן חובב", על אף שהוא אינו משכיל להבין את הקונסטרוקציות המשפטיות שהוא בודה מליבו.
36. ביום 18.4.23 הגישו המערערים בקשה לצירוף מסמך שכותרתו: "בקשה להיתר בניה או לשימוש במקרקעין". לטענת המערערים מדובר באישור עקרוני של מהנדס עיריית באר יעקב לפיצול הנכס, מה שיכשיר למעשה את פעילות הגן. בהחלטה שניתנה על ידי הוריתי על העברת הבקשה "לצירוף ראייה חדשה" לתגובת המשיבה. ביום 19.4.23 חזרו המערערים והגישו, בבקשה מתוקנת, את אותו מסמך וטענו כי אין המדובר בראיה חדשה, אלא בנספח חשוב שהתקבל רק ביום 18.4.23 והוא רלוונטי מאד לבקשתם להשהיית/ביטול צו הפסקת השימוש.
- ביום 20.4.23 ניתן מענה המשיבה לבקשה זו ובו נטען, בין השאר, שהמסמך הוגש בחוסר תום לב במטרה להטעות את בית המשפט. עוד טענה המשיבה כי עיון במסמך מראה כי מדובר בתדפיס מחשב ממערכת הרישוי של המערערת, שאין לו כל נגיעה למהנדס העיר באר יעקב, אשר חתם עליו כנראה בחותמת נתקבל ביום 17.4.23.
- מאפייני המסמך, תוכנו ונסיבות הגשתו אינם עונים כלל ועיקר על דרישות הדין לעניין ראיות חדשות או נוספות שמבקש צד להגיש בשלב הערעור, וראו תמצית הלכה בע"פ 1779/22 **משה נ' מ"י** (18.06.23), סעיף 32 ואילך, לאמור - הגשת ראיות חדשות בערעור היא בגדר חריג ולשם כך מקובל לבחון 3 שיקולים עיקריים: האפשרות להגיש את הראיות בהליך שהתקיים לפני הערכאה הדיונית; עקרון סופיות הדיון; טיב הראיות והסיכוי שהגשתן תוביל לשינוי מהותי בתוצאה שקבעה הערכאה הדיונית במובן של "הפיכת הקערה על פיה".

והנה, במסמך לא נמצא בסיס וחיזוק לטענת המערערים, שכן לא מצויה בו אמירה נחרצת מצד מהנדס העירייה, קל וחומר שאין בו אישור עקרוני לפיצול הנכס. כל שניתן להבין הוא כי ביום 16.2.23, הגישו המערערים בקשה לפיצול הנכס. על הבקשה מופיעה חותמת מהנדס העיר וחתימתו לצד תאריך 17.4.23. זאת ללא כל אמירה נוספת כלשהי המצביעה כי הבקשה התקבלה באופן מהותי. לא נרשם כלל כי ניתן "אישור עקרוני", מה גם שממילא לא די באישור זה כדי להכשיר את הפעילות בגן.

מכאן, שהבקשה לקבלת המסמך נדחית.

37. עוד אפנה להחלטתי המפורטת מיום 21.5.23 בתיק דנן, לעניין טענתה של עמותת "מרחבי חינוך עמותה לחינוך לגיל הרך", כי היא מפעילת הגן לאחר שקנתה אותו מהמערערת, שמאז עובדת כגוננת ומנהלת הגן. בהחלטתי קבעתי כי העמותה אינה גוף עצמאי ונפרד מהמערערים ודחיתי את הבקשה למתן סעד זמני של עיכוב ביצועו של הצו להפסקת שימוש. **חרף זאת ממשיכים המערערים בהפעלת הגן.** המערער אף טען לפני בדיון מיום 10.7.23, תוך התעלמות מוחלטת מהחלטתי זו, כי הגן ממשיך להיות מופעל על ידי העמותה [עמ' 15 לתמליל מיום 10.7.23].

38. ביום 1.6.23 הגישו המערערים בקשה מפורטת לקבלת מידע ומסמכים לצורך גיבוש טענת "הגנה מן הצדק" וטיעונים מקדמיים נוספים שלא התאפשר להם לטענתם להעלות בדיון בבית משפט קמא. לאחר קבלת עמדת המשיבה ומטעמיה, לא מצאתי הצדקה בשלב מאוחר זה של ההליך להיעתר לבקשה שלכאורה כבר נדונה, בחלקה אף נענתה זה מכבר ובחלקה מתייחסת לעניינים הרחוקים מעניינינו [החלטתי מיום 25.6.23].

39. המערערים הגישו הודעות ועדכונים רבים עד אשר בתום הדיון לפני ביום 22.5.23, התרתי להם להגיש הודעת ערעור חדשה ומתוקנת הכוללת את כלל טיעוניהם לרבות טענות נוספות שעניינן הוגדר במהלך הדיון לפני. ביום 26.6.23 הגישו המערערים שלושה כרכים המכילים לדבריהם את הודעת הערעור הסופית והם מהווים את מסגרת הדיון עתה.

### גזר הדין - נימוקים והכרעה:

40. בית משפט קמא ערססקירה של מאגרי הפסיקה, אותם ציין בגזר הדין, וקבע כי מקום בו מדובר בשימוש חורג להפעלת גן ילדים בבית מגורים, מטיל בית המשפט קנסות משמעותיים. ניתן לראות בבירור כי היקף שטח השימוש האסור מהווה קריטריון מרכזי בקביעת גובה הקנס, וכך גם משך העבירה.

מסקירה זו ניתן ללמוד כי ככל שמדובר בעבירות שהתמשכו על פני שנים, והיו כרוכות בהפרת צווים, מוטלים עונשי קנס חמורים יחסית, בעוד ששימוש חורג לצורך ניהול פעוטונים כשלעצמו, גורר ענישה מחמירה פחות.

41. במהלך המשפט העלו המערערים טענות שונות ומשונות, כביכול רשאים היו להפעיל את גן הילדים כחוק ללא צורך בהיתר, מכוח הנחיות היועמ"ש ותיקונים לחוק התו"ב. המערערים טענו שוב ושוב כי נעשה להם עוול, והמערער חזר על הדברים גם בשלב הטיעונים לעונש. לפיכך, מצא בית משפט קמא כי יש להבהיר אחת ולתמיד, כי אין כל בסיס לטענות.

42. המערערים טוענים כי במקרקעין מתנהל "גן ילדים", ואף בבקשה להיתר שהוגשה מטעמם בשנת 2019, נכתב כי השימוש המבוקש הוא "לגן ילדים". אם כך הדבר, הרי השימוש המבוצע אסור באופן מובהק, שכן חוק התכנון והבניה אינו מאפשר קיומו של גן ילדים במבנה המיועד למגורים, מה גם שמדובר בניהול עסקי (עפ"א (מרכז) 6813-08-07 **נבו נ' עיריית נתניה** (9.7.08)). בהקשר זה, חשוב לציין כי המונח "גן ילדים" מוכר אך ורק במסגרת חוק הפיקוח על בתי ספר התשכ"ט-1969, שם נקבע "בית ספר- לרבות גן ילדים וכל מוסד חינוכי

אחר", ולא קיים פטור מהיתר לניהול בית ספר במקרקעין המיועדים למגורים.

43. בסתירה לטענה לפיה מדובר בגן ילדים, מסרה המערערת בהודעתה (ת/7) כי קיימות אצלה 3 קבוצות גיל, ומפרסום שעשו המערערים (ת/28) עולה כי מדובר ב"גן פעוטון ותינוקיה". נראה כי פעוטון ותינוקיה באים בגדר מעון יום לפעוטות שהוא מקום בו שוהים זאטוטים שטרם מלאו להם 36 חודשים ביום 31 לדצמבר של שנת הלימודים, או שטרם מלאו להם 49 חודשים ב-1 לספטמבר של אותה שנה, כהגדרת חוק הפיקוח על מעונות יום לפעוטות, התשע"ט-2018.

44. בשנת 2018 תוקן חוק התו"ב, על ידי הוספת סעיף 151ב (ב) המסדיר את סוגיית ניהול מעונות היום לפעוטות, במבנים המיועדים למגורים (תיקון 131 לחוק התו"ב), וזו לשונו:

151ב (ב) על אף ההוראות לפי פרק זה, על מעון יום לפעוטות שפועל בתוך דירה במבנה מגורים, שלפי התכנית החלה עליה או ההיתר לבנייתה, לא הותר בה שימוש לשם הפעלת מעון יום, יחולו הוראות אלה, לפי העניין:

(1) אם שוהים באותה דירה עד 6 פעוטות - המעון יהיה פטור מקבלת היתר לשימוש חורג או היתר להפעלת מעון לפי סעיף זה, ויראו את ייעוד הקרקע למטרת מגורים כאילו הוא מתיר שימוש להפעלת מעון יום לפעוטות;

(2) אם שוהים באותה דירה בין 7 ל-36 פעוטות - המעון יהיה פטור מקבלת היתר לשימוש חורג, ובלבד שקיבל היתר להפעלת מעון לפי סעיף זה והוא בעל רישיון או רישיון זמני להפעלת מעון יום כאמור.

45. מלשון הסעיף עולה בבירור כי מעון יום לפעוטות בבית מגורים, שבו שוהים מעל 36 פעוטות, אינו חוסה תחת הפטור כלל, כך שנדרש עבורו היתר לשימוש חורג, כדת וכדין. בענייננו, הודו המערערים בפה מלא כי במבנה שוהים מעל 50 זאטוטים (ראו ת/4), לפיכך אין שחר לטענתם לפיה הרפורמה בעניין מעונות יום לפעוטות שינתה את מצבם לטובה. ואמנם עולה כי ביום 13.11.22, נמסרה להם תשובת הוועדה המקומית לבקשתם לקבל היתר להפעלת מעון, בה נכתב כי עד עצם היום הזה לא ניתנה תעודת גמר לאכלוס המבנה, והוא מאוכלס ומחובר לתשתיות שלא כדין, ובנוסף שוהים בו למעלה מ-36 פעוטות, לפיכך לא חל עליו תיקון 131 לחוק התו"ב.

גם אילו שהו במעון פחות מ-36 פעוטות, עדיין היה על המערערים למלא אחר דרישת ס"ק (2), ולא הוכח בשום אופן כי מולאו הדרישות בענייננו, על דרך של קבלת היתר להפעלת מעון לפי חוק התו"ב.

46. במסגרת הראיות לעונש הגישו המערערים כראיה מטעמם "אישור ראשוני להפעלת מעון יום לפעוטות", שניתן להם ביום 30.6.21, ואולם אין באישור זה כדי להועיל, הן משום שניתן במועד המאוחר להתגבשות העבירות, הן משום שבהתאם לסעיף 76 לחוק הפיקוח, תוקפו של היתר ראשוני הוא למשך שנה בלבד, והן משום שבמקום שוהים מעל 36 זאטוטים כאמור. ושוב, בכל מקרה אישור זה אינו מייתר את הצורך בקבלת היתר מכוח חוק התו"ב.

47. המסקנה הברורה מכל האמור היא כי השימוש המבוצע, בין אם לצורך גן ילדים או מעון יום לפעוטות, חורג מן הייעוד למגורים, ולא ניתן לזקוף שום נסיבה של התנהלותו לטובת המערערים.

48. המערערים מנהלים במקרקעין גן ילדים או מעון יום, בשטח נרחב של כ-165 מ"ר, על פני שנים, בשעה שהמבנה ללא היתר איכלוס, טופס 4 ותעודת גמר, וללא היתר לשימוש חורג. השימוש האסור במקרקעין נמשך גם לאחר כניסת צווים שיפוטיים לתוקף בסוף שנת הלימודים של שנת 2019, והמקום עודנו פועל היום, בחלופי 4 שנים. גם לאחר שהחליטה הוועדה המקומית לאשר את בקשת המערערים להיתר בתנאים, לא פעלו

המערערים לקיום התנאים, ועל כן לא קודם הליך ההכשרה. התוצאה היא כי עדיין מתנהל השימוש האסור בעזות מצח, ובאופן המסכן את הזאטוטים השוהים במקום.

49. העבירות הנמשכות מבוצעות לשם בצע כסף, ויש להניח כי תשלומי ההורים מניבים רווחים נאים למערערים ולגב' מכלוף, שאם לא כן, היו נרתעים ומסירים את המחדל.

50. טענות המערערים לאכיפה בררנית לא הוכחו. בנוגע לבן זוגה של גב' מכלוף, הצהירה התביעה כי אין לו זיקה למקרקעין, זאת בשונה מהמערער שהפגין מעורבות רבה בהתנהלות השימוש האסור, והוביל את הקו הלוחמני של המערערים על פני השנים בהן נוהלו הליכי האכיפה נגדם. כמו כן, לא הוכחה אכיפה בררנית ביחס לגני ילדים ופעוטונים אחרים במרחב התכנוני של הוועדה מצפה אפק, ובעניין זה די להפנות למקרים שנסקרו בגזר הדין, אשר ביניהם דוגמאות לאכיפה שביצעה הוועדה כלפי גני ילדים.

51. מתחם הענישה בנוגע לעבירת השימוש כולל עונשים של קנס והתחייבות, ואילו בגין העבירות של הפרת הצו יש להטיל גם מאסר על תנאי.

52. נוכח התמשכות השימוש גם חרף צו בית המשפט, אין מקום לערוך אבחנה בין חלקה של גב' מכלוף לחלקה של המערערת, אשר שתיהן הורשעו גם בהפרת הצו. מתחם הקנס לגבי כל אחת מהן ינוע בין 15,000 ₪ ל-30,000 ₪. כמו כן יש צורך בהטלת התחייבויות ומתן צווים.

בעניינו של המערער, הגם שניתן להתרשם בבירור כי הוא היה הרוח החיה בניהול השימוש החורג, לא ניתן להתעלם מכך שלא הורשע בהפרת הצו. מתחם הקנס ההולם בעניינו ינוע בין 8,000 ₪ ל-20,000 ₪. כמו כן יש צורך בהטלת התחייבויות ומתן צווים.

53. קביעת העונשים הראויים במסגרת המתחמים: בעניין גב' מכלוף - אין זו הסתבכותה הראשונה, שכן הורשעה בשנת 2015 בעבירה של בנייה ללא היתר בנוגע למקרקעין אחרים (תו"ב 10-09-23713), אך לא היה בכך כדי להרתיעה ממעורבות בעבירות בנייה המתמשכות על פני שנים. נלקחה בחשבון העובדה שגב' מכלוף העבירה למערערים מכתב בקשה לפינוי הנכס והתראה בטרם נקיטת הליכים משפטיים מיום 18.07.22. ואולם, מדובר ב"מעט מידי ומאוחר מידי" ולא עלה כי עשתה מאמץ נוסף כלשהו להפסקת העבירה, אלא העדיפה לנקוט בשיטת "שב ואל תעשה", תוך הנאה מדמי השכירות. בעת קביעת הקנס בעניינה, יש להתחשב במצבו הרפואי של בן זוגה, שהוא נכה המקבל קצבת סיעוד ונסעד על ידה.

54. בעניינם של המערערים, נלקח בחשבון כי מדובר בבני זוג המקיימים משק בית משותף, כך שהקנסות שיוטלו יעיקו על כיס אחד, וכי המערער עבר הליך פש"ר והפטר. כמו כן, נלקחו בחשבון הדו"חות הכספיים, ודו"חות רווח והפסד, מהם עולה כי מצבם הכלכלי אינו יציב. המערער טען כי המערערת עברה פגיעה בצעירותה, אך בעניין זה לא הוגשה כל ראיה, פרט למכתב אישי מטעמו.

55. נטען כי עוד בשנת 2019 העבירה המערערת את חלקה בגן הילדים לידי "מרחבי חינוך - עמותה לחינוך לגיל הרך", וכי אין לייחס לה את השימוש החורג החל מאותו מועד. בעניין זה הוגש הסכם להעברת זכויות השכירות במבנה אל העמותה. אלא שעיון בהסכם מלמד כי המערערת כלל לא ניתקה עצמה מן השימוש האסור, וכי גם לאחר ההסכם היא ממשיכה לשמש כמנהלת הגן. בתוך כך, הצהירה כלפי העמותה אודות המצב התכנוני ופעילותה לקראת קבלת ההיתר, ואף התחייבה ללוות את הוצאת ההיתר עד השלמתו. לא זו אף זו, על פי התעודה לרישום העמותה (ת/29), המערערת היא ממייסדי העמותה, ונרשמה כאחת משלושת חברי הוועד.

56. בעניינם של השלושה מתקיימת נסיבה מחמירה ביותר, בכך שהעבירות עודן נמשכות, ולא הוצג לבית המשפט



אופק תכנוני כלשהו, בעתיד הנראה לעין. לא זו בלבד שהשלושה לא באו למעמד גזר הדין בידיים נקיות, אלא שלא טרחו להבהיר כי בכוונתם להפסיק את השימוש האסור סוף כל סוף. לפיכך, יש להטיל עונש על פי עקרון ההלימה.

57. למרות שהיה מקום להורות כי צו איסור השימוש ייכנס לתוקפו לאלתר, מצאה הש' קמא, לפני משורת הדין, לתת עיכוב ביצוע לצורך תקופת התארגנות, בעיקר מתוך התחשבות בקבוצת הורי ילדי המעון/גן.

### **עיקר טיעוני המערערים:**

58. בדיון לפני מיום 10.7.23 הבהיר המערער כי הערעור אינו נסוב על הכרעת הדין, המערערים אינם חוזרים בהם מהודאתם והתוצאה המתבקשת אינה זיכוי, אלא ביטול הכרעת הדין וגזר הדין, או אי הרשעת המערערים ומכל מקום הקלה בעונש (עמ' 9 לפרו' מיום 10.7.23) זאת לאור השתלשלות העניינים, בעיקר לאחר ההודאה, תוך מתן משקל גם לפגמים שאירעו לפני הכרעת הדין, ובעיקר להחלטות הביניים ולפגיעה בזכויות ייסוד. לחלופין התבקש להחזיר את התיק לבית משפט קמא לצורך שמיעת ראיות במחלוקות עובדתיות שעניין אכיפה בררנית.

### **כללי - שלילת זכויות מהותיות ודינויות:**

59. המערערים הפנו חיצי אשם אל כל גורם בהליך, סניגורים, תובע ובית המשפט עצמו, כמובא להלן, כשטענתם המרכזית בערעור היא שלילת זכותם להליך הוגן, שהובילה לעיוות דין חמור. כתוצאה מהתנהלותם הקלוקלת של גורמים אלו, שפעלו ברשלנות או במזיד, נשללו מהמערערים הזכויות להעלות טיעונים מקדמיים, להעלות את בקשתם לביטול כתב האישום מטעמי הגנה מן הצדק, לקבל מהמשיבה חומרים ומידע רלוונטיים ולהביא ראיות ועדים לבית המשפט הן במהלך ההוכחות והן בשלב הטיעון לעונש.

60. בהליך קמא היו מעורבים שלושה סניגורים. שני עוה"ד האחרונים - עו"ד קליין ובהמשך עו"ד דובין מטעם הסנגוריה הציבורית - לא חתרו באמת להצגת העובדות, הראיות והעדים, ואף חטאו בשמירת זכויות היסוד של המערערים.

שני עוה"ד הם שהובילו לעיוות הדין, בין השאר, במחדליהם בניהול התיק, אי הכנת התיק באופן מספק וחוסר עמידתם בקו ההגנה המסוכם. עו"ד דובין אף הטעה את המערערים טרם הודייתם במסגרת הסדר הטיעון, באמרו כי יתאפשר להם להביא ראיות נוספות ולהגיש את הבקשה להגנה מן הצדק בשלב הטיעון לעונש, אך לא כך קרה.

61. המערערים מלינים על התנהלות חד-צדדית של ביהמ"ש קמא, בניגוד לחוק, לנהלים ולפסיקה:

א. ניהול משפט לאורך זמן, ללא ייצוג ובניגוד לחוק ולתקנות - על פי סעיף 15 לחסד"פ, חלה חובת ייצוג נאשמים כאשר בכתב האישום מופיעה האפשרות כי יתבקש מאסר. בין המועדים 17.10.21 ועד 10.1.22 נוהל ההליך ללא ייצוג. בתקופה זו אירעו אירועים רבים וחשובים בתיק שאין ספק שהשפיעו על המשכו וצבעו את המערערים כמי שמנצלים את ההליך המשפטי לדחייה אין סופית של דיונים.

ב. איסור הגשת בקשות והבהרות בכתב - הש' קמא הורתה למערערים, בהיותם חסרי ייצוג, לחדול מהגשת הבהרות שלא נתבקשו להן והבהירה כי טענותיהם יישמעו במהלך המשפט בעל פה כנהוג במשפטיים פליליים. הש' קמא שגתה בכך שלא נתנה החלטות בבקשות ומנעה מהמערערים את זכות היסוד של הגשת בקשות, קל וחומר שעה שלא היו מיוצגים. כך גם נמנעה מהמערערים זכותם על פי חוק, להגשת טענות מקדמיות.

ג. קביעת הוצאות ללא בסיס חוקי.

62. התנהלות לא הוגנת מצד המשיבה בהליך הראשון ובהליך הפלילי:

א. החתמת המערערים על מסמך הסכמות מפליל מבלי שניתן למערערים להיוועץ בעורך דין, תוך פעולה הנוגדת את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. על פי הנחית היועץ חייבת להיות הפרדה מלאה בין הרשות החוקרת והמפקחת לבין התביעה. למרות זאת פעל ב"כ המשיבה כמנהל הפיקוח, כחוקר וגם כתובע, ולאחר ביצוע חקירה קצרה, החתים את המערערים על מסמך הסכמה, מבלי שניתנה להם הזכות להיוועץ בעו"ד.

ב. מסירת מידע מטעה ושקרי לבית המשפט - ב"כ המשיבה טען שהתלוננו נגד הגן מתלוננים רבים, אך מחומר החקירה עולה כי מדובר במתלונן אחד בלבד; המשיבה הכחישה קיומו של מסמך הנחיות של היועמ"ש משנת 2011, בעניין מדיניות האכיפה של המשיבה. רק כאשר הוגשה ראייה המצביעה על מדיניות האכיפה של המשיבה, הודה ב"כ המשיבה בקיומו של המסמך; בדיון הראשון טען ב"כ המשיבה טענה שקרית לפיה תוקף ההיתר בתנאים שניתן למערערים פג, טענה זו לא היתה נכונה בזמנו; בטיעונים לעונש טען ב"כ המשיבה כי בעלה של גב' מכלוף, לא נכח כלל בפגישה בה נחתם מסמך ההסכמה. טענה זו אינה נכונה.

### החלטות ביניים שגויות:

63. ערעור על החלטות ביניים בבקשות טרם דיון ההוכחות:

א. ההחלטה מיום 17.10.22 בעניין בקשת המערערים לחזור מהמענה לכתב האישום, דחיית מועד הוכחות ומתן זמן למצוא ייצוג חלופי - טיעונים כבדי משקל בטענות מקדמיות היו יכולים לסייע למערערים, אך אלו לא נטענו ברובם, ואף לא הוגשה בעניינם בקשה ראויה, הגם שהדבר סוכם עם עו"ד קליין. מיד כשפוסט הסנגור ביום 17.10.22, הוגשה בקשה לחזור מהמענה לכתב האישום, לדחיית מועד הוכחות ומתן זמן סביר למציאת ייצוג. הש' קמא לא נתנה החלטה לגופו של עניין ולא נימקה את החלטה, אלא רק קבעה כי דיון ההוכחות יישאר במועד שנקבע, למרות שלא היתה אפשרות בזמן כה קצר להיערך לזימון עדים ולבצע מהלכים נוספים מחויבי המציאות. המערערים לא נתנו תשובה מפורטת לכתב האישום כמתחייב מנוהל מס' 2-13 של נשיא בית המשפט העליון שכותרתו "שמיעה רציפה של תיקים פליליים". נוהל זה מחזק את צדקת הבקשה לתקן ולשנות את המענה לכתב האישום ולהעלות טיעונים מקדמיים.

ב. ההחלטה על אי מתן אפשרות לקבלת מסמכים ומידע המצוי בידי המשיבה לצורך ביסוס הבקשה לביטול כתב האישום מטעמי הגנה מן הצדק

ג. החלטת ביניים לפסיקת הוצאות בסך 2,000 ₪ - אמנם מדובר בעניין תאורטי שכן הש' קמא ביטלה, במסגרת גזר הדין, את רכיב ההוצאות שהושת על המערערים בהחלטת הביניים, אלא שבהחלטת ביניים, כפי שנקבע גם בערר שהוגש על החלטה זו, לא היתה לש' קמא הסמכות להטיל הוצאות שנועדו להטלת מורא על נאשמים לא מיוצגים. הוצאות ניתן להטיל רק כחלק מהעונש. מתבקשת התייחסות בית המשפט לכך.

64. ערעור על החלטות ביניים בבקשות בעת דיון ההוכחות והכרעת הדין:

א. החלטה בבקשה לפיטורי עורך הדין המייצג - הש' קמא לא נענתה לבקשת עו"ד דובין ולבקשת המערערים לשחררו מייצוג. על החלטה זו ניתן היה לערור. הש' קמא שגתה בכך שלא ציינה כי יש זכות לערור על החלטתה זו, ובכך פגעה בזכות המערערים להליך הוגן.

עמוד 10

ב. הכרעת הדין ניתנה לאחר שהוסכם שהמערער יודה רק בעבירת שימוש חורג, אך כתב האישום לא תוקן כראוי. לא תוארו נסיבות ביצוע העבירה, משכה וכו'.

ג. אי דחיית הכרעת הדין עד למתן החלטה בבקשה לעיכוב הליכים - מדובר במחדל של עו"ד דובין. הן המשיבה והן בית המשפט לא פעלו לדחיית מתן הכרעת הדין, עד שתתקבל החלטה בעניין המערער בבקשה לעיכוב הליכים שהגיש, ובכך שגו.

65. ערעור על החלטות ביניים בבקשות בעת הטעון לעונש:

החלטה מתאריך 20.10.22 הדוחה את בקשת המערערים להגשת טיעונים וראיות נוספות בכתב לעניין העונש, לרבות אלו הנוגעות לבקשה להגנה מן הצדק - בשל חילוקי דעות עם המייצג הגישו המערערים בקשה להגיש טיעונים לעונש בכתב בנוסף לטיעוני עורך הדין ובקשה הנוגעת לתיקי בית משפט שלא ניתן אישור לקבל חומר מהם. לא ניתן היה לשלול מהמערערים זכות זו ושגתה הש' קמא שלא אפשרה זאת.

66. ערעור על החלטת ביניים בנוגע למסירת מידע ומסמכים:

א. החלטת ביניים מיום 9.11.21, הדוחה באופן גורף את בקשת המערערים לקבלת מסמכים ומידע הנדרשים להגנתם. החלטת הש' קמא אינה מנומקת. ההנמקה היחידה היתה כי פרטי המידע המבוקשים אוטריים ולא חשובים. ראוי להחזיר את הבקשה לש' קמא לצורך מתן הנמקה ברורה. החומר המבוקש נמצא בידי המשיבה והוא ציבורי במהותו (כתב אישום, ההליך שננקט, כיצד נסגר התיק, הסטטוס הנוכחי בטיפול). ביום 17.11.22 שלחה הש' קמא שוב את המערערים לחפש את המידע במאגרים, למרות שהמערערים הודיעו לה כי החומר אינו במאגרים.

ב. המערערים הגישו לבית משפט קמא טבלה מפורטת מה נדרש ומה החשיבות להגנה. על המשיבה היה להעביר את המידע למערערים.

### **הכרעת הדין - כפייתו של הסדר הטיעון, הטעיית המערערים, שלילת הזכות לטיעון מלא וחופשי:**

67. הסדר הטיעון הוצע על ידי הש' קמא לאחר דיון הוכחות, ללא סיכומים - יש טעם לפגם שלאחר דיון ההוכחות שנכפה על המערערים, והם הגיעו אליו לא מוכנים, ועם עו"ד שהגיע לדיון לא מוכן ולא זימן עדים, הוצע הסדר טיעון טרם שמיעת הסיכומים, רק כדי לחסוך כתיבת הכרעת דין מנומקת. המערערים היו בשלב זה מיואשים וניתלו בהבטחה לטיעון חופשי לעונש כמשהו שיכול לשרתם ולכן הודו. המערערים לא ידעו כי כתב האישום לא ישונה בפועל בכל הנוגע למערער, פרט לסעיף האישום. בית המשפט לא כיבד את הסדר הטיעון שהציע שכן לא אפשר לטיעון בצורה חופשית ולכן דינו להתבטל.

### **גזר הדין:**

68. מדובר בעבירה ראשונה של המערערים; למערערת חובות כבדים והעסק שלה נהרס; אין הלימה בין גובה הקנס לבין המצב הכלכלי; ניסוח כתב האישום מבטא את הרוח החד צדדית ששרתה על כל ההליך ואת חוסר רצונה של הש' קמא לראות את האמת; ההתחייבות שהוטלה על המערער כבדה.

69. בסיף 15 לגזר הדין נקטה הש' קמא במונח "גן ילדים". מדובר בטעות בסיסית בכתב האישום, שכן אין המדובר בגן ילדים אלא במעון יום, ולכן החוק הנוגע אליו הוא חוק הפיקוח על מעונות היום ולא כפי שצוין על ידי הש' קמא.

70. בס' 18 קובעת הש' קמא שהמערערים הודו בפה מלא שבמבנה שוהים 50 זאטוטים (ת/4), אלא שהש' קמא

התעלמה כליל מהעובדה שמדובר על נתון משנת 2018 ומאז עבר הגן לניהול עמותת "מרחבי חינוך", וכן מתעלמת מגרסת המערערת. המשיבה לא הוכיחה את שנקבע בס' 18 לגזר הדין, כי במעון שהו מעל ל-36 ילדים. הדבר לא נבדק על ידי הפקח, שפקד את הגן בפעם האחרונה ב-2019.

71. הש' קמא קבעה שמצבם הכלכלי של המערערים "בלתי יציב", אלא שהמצב חמור יותר. המערערים עומדים על סף פינוי מדירת המגורים. המערערת שקועה בחובות כבדים של מעל 400,000 ₪. רמת השתכרות המערער נמוכה לאחר סיום הליכי פשיטת הרגל נגדו. בנסיבות אלו הקנס שהוטל גבוה.

72. הש' קמא שגתה כשקבעה שהמערערת ממשיכה לשמש כמנהלת הגן, דבר שאינו עולה מההסכם עם עמותת מרחבי חינוך.

73. הש' קמא שגתה משלא קיבלה את הטענה לאכיפה בררנית ללא הנמקה מספקת ובניגוד גמור לראיות שהוגשו על ידי המשיבה עצמה.

74. ב"כ המשיבה טען כי המשך הפעלת הגן נעשתה לצורך הפקת רווחים ותועלת אישית, מבלי שהביא לכך כל אסמכתא או ראייה, ומבלי לסתור את הראיות להוכחת הפסדים שנגרמו למערערת בשנים בהם הפעילה את הגן.

75. ניתנה הכרעת דין למרות שבאותו זמן היתה תלויה ועומדת בקשה לעיכוב הליכים. על פי הנחיית היועמ"ש מס' 4.3030 ס' 4.3.5 היה על התובע לוודא שלא תינתן הכרעת דין טרם החלטת היועמ"ש בבקשה, דבר שהתובע לא עשה.

76. האישום שונה לעבירת שימוש חורג בלבד והיה ראוי שהמשיבה תציע למערער הסדר מותנה כפי שנעשה במקרה של נטלי גורביץ מגן כוכבים.

77. העונש שהוטל על המערער חורג משמעותית מענישה שנפסקה במקרים דומים אחרים ואף חמורים מהמקרה דנן. לא ניתן משקל לכך שהמערערים הם בני זוג, מה גם שעל גב' מכלוף הוטל חצי מהסכום שהוטל על המערערים כי בעלה, שלא בצדק, לא הואשם כלל.

78. הפגם המשמעותי והחמור ביותר בגזר הדין הוא התעלמות הש' קמא מהעובדה שהגן מנוהל שנים רבות על ידי עמותת מרחבי חינוך. הש' קמא היתה אמורה להורות למשיבה לבצע השלמת חקירה בנוגע לעמותה.

### **טענות מקדמיות ובקשה לביטול כתב האישום מטעמי הגנה מן הצדק ומטעמים נוספים:**

79. החל משנת 2019 מופעל הגן על ידי עמותה שהמערערת היתה חלק ממייסדיה. המערערת לא היתה פעילה בניהול הגן בעת הגשת כתב האישום ועד שנת 2021.

80. המערער אמנם הודה במסגרת הסדר טיעון, אך גם עתה ימשיך לטעון כי לא היה לו חלק בניהול הגן ואין ראיות הקושרות אותו לניהול או להנאה מרווחי הגן או אחריות לחובות שייצר הגן, עקב הפרדה רכושית מוחלטת. המערער רק סייע לאשתו המערערת.

81. הבקשה להגנה מן הצדק לא נועדה לבחון את אשמת המערערים בתיק, אלא את מידת הצדק בניהול הליך משפטי נגדם.

82. למרות שהכותרת היא ביטול כתב אישום מטעמי הגנה מן הצדק, בית המשפט מתבקש לראות לחלופין, בקשה זו, כבקשה לאי הרשעה או כחלק מהטיעונים לעונש.

83. המערערת התעקשה שבהסכם השכירות יירשם במפורש "גן ילדים" ולא מגורים בלבד. המשכירה והמערערת

התייעצו עם מספר אנשי מקצוע ופעלו בהתאם להנחייתם, לרבות המחלקה לרישוי עסקים בבאר יעקב, ראש המועצה מר נסים גוזלן, מהנדסים ואדריכלים. חלק מאנשי המקצוע הפנו את המערערת למסמך "מדיניות האכיפה שימוש חורג בגני ילדים" שפורסם על ידי היועמ"ש ויינשטיין בשנת 2011. כולם, ללא יוצא מן הכלל, אמרו שאם תוגש בקשה לשימוש חורג לא ינקטו הליכים כנגד הגן, ובלבד שהבקשה תטופל בצורה מיטבית.

עומדת למערערים טענת הסתמכות והגנת טעות במצב דברים, שכן הם פעלו בתום לב על פי הנחיות שקיבלו מגורמי מקצוע ומגורמים נוספים האמונים על החוק ועל הנהלים, בטרם פתחה המערערת את הגן כמפורט בהודעת הערעור (סעיפים 9 עד 23.7).

84. ראש המועצה תמך בפתיחת הגן והציע את עזרתו ואף פנה לתובע ותיאם פגישה עמו עבור המערערים. המערערים הגיעו למשרדי התביעה כשהם אינם מיוצגים. התובע הראה להם מסמך הסכמה שיאפשר דחיה של הוצאת הצו בחצי שנה והבהיר כי כל עוד יקדמו המערערים את התכנית, לא תהיה בעיה. דבריו אלו נאמרו בחוסר תום לב שכן התובע ידע מראש שאין סיכוי להוציא היתר בטווח זמן כה קצר. בלי להבין, נפלו המערערים למערבולת משפטית, שבשיאה נכנס לתוקף צו הפסקת שימוש, מבלי שהתקיים דיון אחד פורמלי לשמיעת טענותיהם. הדבר הוביל להגשת כתב האישום.

85. קיימת אפליה בהעמדה לדין בין המערער לבין מר אילן מכלוף, בעלה של גב' מכלוף. אין זיקה בין המערער לנכס ואילו מחומר הראיות עולה כי למר מכלוף יש זיקה ברורה לנכס.

86. ב"כ המשיבה קיים חקירה בניגוד לחוק ולהנחיות, שכן בפגישתו עם המערערים פתח בחקירה כדי להבין את מעורבותם בעניין ובהמשך שימש כתובע; הפגישה התקיימה פחות משנה מהכניסה לתוקף של תיקון 116. עובדה זו מחמירה את מצב המערערים ומגבירה את מחויבותו של ב"כ המשיבה להסביר את המשמעויות של מסמך ההסכמות ולא לגבות הודאה בעבירה פלילית מבלי לתת למערערים זכות להיוועץ עם עו"ד. מסמך ההסכמות כמוהו כהודאה פלילית והגעה להסדר טיעון. קיימת הנחיה מפורשת של היועמ"ש לא לערוך הסדרי טיעון עם לא מיוצגים. אילו לא היו מגיעים המערערים לפגישה עם התובע או שהיו מיוצגים, היה מצבם טוב.

87. חשש למשוא פנים, טיפול החורג מנהלים - היה רק מתלונן אחד, מר ניסן חונה, שהציע למערערים את שירותי אחיו, אורי חונה. למר חונה קשרים חזקים ביישוב, גם עם התובע, מר סמארה. מר סמארה היה צריך להעביר את התלונה כמקובל למחלקת הפיקוח ולא לטפל בה בעצמו, כפי שעשה.

88. פגמים בכתב האישום טרם הסדר הטיעון - כתב האישום אינו מבטא את המצב העובדתי כפי שהוא ובכך פוגם בהגנת המערערים. לא ברור מה חלקו של המערער ומה הראיות הקושרות אותו לביצוע העבירה. לא ברור מדוע הואשמו המערערים בהפרת צו והאם הואשמו כמנהלים או כעובדים בתאגיד.

89. תום הלב, וניקיון הכפיים בעניין העמותה - העברת הפעילות לעמותה נעשתה בשל המצב הכלכלי הקשה אליו נקלעה המערערת. תחילת ההתעסקות בנושא העברת הניהול לידי העמותה החל תשעה חודשים טרם שנכנס הצו לתוקף. מבחינת היסוד הנפשי, עקב ההסתמכות, היו המערערים בטוחים שהצו לא ייכנס לתוקף. הכל נעשה בתום לב מוחלט וללא קשר להליך המשפטי. העובדה שהעמותה אינה מוזכרת בכתב האישום פוגעת בזכויות המערערת. אילו נערכה חקירה בעניין היה מתגלה כי אמרה אמת בטענתה כי לא הפרה צו, מאחר ובמועד הפרת הצו לא עבדה המערערת בעמותה.

90. אכיפה בררנית, לא שוויונית, ללא מדיניות ומנוגדת לאינטרס הציבורי וחשד לאכיפה ממניעים זרים - טענה זו נטענה מיד בתחילת ההליך. הש' קמא החליטה שהמשיבה תעביר למערערים נתוני אכיפה מחמש השנים האחרונות. ואכן הוגשה רשימה מפורטת ובה 11 מקרי אכיפה כנגד גני ילדים. מדובר במיעוט מקרים, 11 מתוך

100 גנים באזור הרלוונטי. רק נגד גן אחד בוצעה אכיפה בחמש השנים האחרונות. בשלושה גנים לא בוצעה אכיפה של צו הפסקת שימוש (פירוט בסעיפים 32.16 עד 32.18 להודעת הערעור). בדיון מיום 10.7.23 פירט המערער שמות של גנים ספציפיים וטען כי ביחס אליהם בוצעה אכיפה בררנית.

91. אי אכיפה כנגד גנים הפועלים בחסות המועצה המקומית - הגן נבנה בהיתר, בפיקוח ועם כל האישורים ההנדסיים והבטיחותיים הנדרשים. מצד שני המשיבה אינה פועלת לאכוף צווי סגירה נגד גנים שבחלקם נמצאו ליקויי בניה ועבירות בניה חמורות. התנהלות זו מובילה לפגיעה אנושה בזכות הקניין ובזכות למוניטין.

92. האינטרס הציבורי במקרה דנן הוא קיומם של גני ילדים פרטיים. עו"ד ניסן חונה שהתלונן בתיק, הוא שדחף את התובע לניהול הליכים נגד הגן ויחד עם זאת הציע את שירותיו המשפטיים למערערים בעלות של 40,000 ₪.

93. המערערים, בניגוד לטענת המשיבה, החלו בפעולות לקבלת היתר כבר ביולי 2018, מועד בו הגישה המערערת בקשה להיתר לשימוש חורג. ביולי 2020 מוגשת לראשונה הבקשה לאישור משרד הבריאות. ההליכים מול משרד הבריאות נמשכים מעל שנה. כדי לתת אישור דורש משרד הבריאות שינויים מבניים בעלות כוללת של כ-70,000 ₪. במקביל לכך התקבל שינוי חקיקתי, המאפשר הפעלת גנים עד 36 ילדים, ללא דרישה להיתר שימוש חורג. השיקול הכלכלי הנחה את המערערים לעבור לבקשה להיתר שימוש ולזנוח את הבקשה להיתר שימוש חורג, משכך, הגישה המערערת ביום 21.9.22 בקשה להיתר שימוש על פי סעיף 151ב.

94. התנהלות תמוהה הגובלת באי חוקיות בטיפול בבקשה להיתר שימוש כמו כן צו ההפסקה הקיים היה אמור להתבטל והצו הנוכחי אינו תקין -סעיף 151 ה1 לחוק קובע שהוועדה המקומית תטפל בבקשה להיתר שימוש. הסעיף מבהיר במפורש כי אם לא תינתן החלטה יראו את הבקשה כמאושרת לאחר 45 ימים מיום הגשת הבקשה. הבקשה הוגשה ב-21.9.22, ב-6.11.22 לא התקבלה תשובת הוועדה ועל פי חוק נחשב הגן כפועל בהיתר. בטיעון לעונש טען ב"כ המערערים, לבקשת המערערים, שהגן נחשב כגן שקיבל היתר. עו"ד המייצגים, כמו גם בית משפט קמא, לא הכירו את החוק והטיעון נדחה ללא נימוק. חמור מכך, ב"כ המשיבה הצהיר שרק במועד הדיון נודע לו על הבקשה ויש לוועדה עוד מספיק זמן לענות עליה, דבר שאינו נכון עובדתית. באותו יום התקבל מייל מהוועדה ולפיו אין בכלל אפשרות להגיש בקשה להיתר שימוש כשלא קיים טופס 4. נראה שלב"כ המשיבה היתה מעורבות פסולה בהוצאת מייל זה.

95. טופס האכלוס והתנהלותה השערורייתית של הוועדה המקומית - בחודש יולי הוגשו לוועדה כל האישורים הנדרשים לקבלת טופס אכלוס לנכס. המפקח שהגיע לנכס סירב לקיים את הביקורת מאחר וראה את ההכנות לפתיחת הגן. בהמשך הסכימה מהנדסת הוועדה לקדם את הוצאת טופס האכלוס ואת הבקשה להיתר שימוש. מדוע אם כן מסר המפקח, מר דני לוי, לגב' מכלוף כי לא ניתן להוציא טופס 4? מי נתן לו את ההוראה לפעול כך? בשיחה עם המפקח הבהיר המפקח מה נדרש כדי לקבל טופס 4 וההליך הושלם. יש להניח שבימים הקרובים יתקבל טופס 4. במקביל הגישה העמותה בקשה מחודשת להיתר שימוש לגן עד 36 ילדים.

96. אכיפה לא שוויונית נגד גני ילדים ברמה הארצית: קיימת מדיניות אכיפה שונה בערים השונות, טענה זו אף היא מצדיקה מתן הגנה מן הצדק. מבקשים פסיקה תקדימית שתבטל את האפליה בין גני ילדים לעסקים אחרים, טעוני רישוי בישראל.

### עיקר טיעוני המשיבה בערעורה על קולת העונש:

97. בדיון לפני חזרה בה המשיבה מהטיעון להחמרה בגובה הקנס.

98. הענישה שנגזרה על המערערים ועל גב' מכלוף אינה מבטאת את חומרת המעשה ואת הזלזול המופגן בשלטון החוק שעה שלא מקיים צו שיפוטי.

99. שגה בית משפט קמא שלא התייחס בגזר הדין לעתירת המערערת לחייב את גב' מכלוף בכפל תשלומי החובה ובכך יצא חוטה נשכר. אגרת בניה היא אגרה הקבועה בסימן ד לתוספת השלישית לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר תנאים ואגרות), תש"ל - 1970, הנאמדת בסכום של 25,000 ₪. כפלה 50,000 ₪. אין חולק שהמשיבים עשו שימוש חורג נרחב בנכס וככל ששימוש זה היה נעשה כדין, היה מוטל על גב' מכלוף, אשר הגישה את הבקשה להיתר לשימוש חורג, לשלם אגרה, בהתאם לתקנות הנ"ל.

100. המשיבה עותרת להחמרת הענישה הן לעניין ההתחייבויות והמאסרים על תנאי והן לעניין חיובה של גב' מכלוף בכפל אגרה, אשר לא מצא כל התייחסות בגזר הדין, וכן להטלת מאסר על תנאי על המערער.

### **עיקר טיעוניה של גב' מכלוף נגד ערעור המשיבה, העותרת להחמרת עונשה:**

101. גב' מכלוף רק השכירה את הנכס למערערים וקיבלה דמי שכירות, הא ותו לא. היא קיבלה את עונשה, לאחר שכבר בהזדמנות הראשונה בחרה להודות ולחסוך מזמנו של בית המשפט.

102. בעניין תשלומי החובה שמבקשת המשיבה לגזור על גב' מכלוף הרי אלו לא הוכחו בראיות. על פי תיקון 113, יש להוכיח, במסגרת הטיעון לעונש, קיומם וגובהם של חיובים נוספים. בכתב האישום לא כתוב על תשלומי חובה ועל שווים. הסכום בסך 25,000 ש"ח אותו מבקשת המדינה להטיל על הגב' מכלוף לא הוכח.

### **דין והכרעה (1) - הרשעתם של שני המערערים ודחיית טענותיהם המקדמיות:**

103. עסקינן בשני ערעורים שהוגשו, האחד על ידי המערערים והשני על ידי המשיבה. ערעור המשיבה מתמקד בטיעוניה להחמרה בעונש בלבד. המערערים מצדם, הגישו תחילה ערעור גם ביחס להכרעת הדין, אך בדיון לפני הבהיר המערער, כי אין בכוונת המערערים לחזור בהם מהודאתם לפני בית משפט קמא, ואין בכוונתם לטעון לזיכוי, אלא למקד את הדיון במה שקרה לאחר ההודאה. המערערים עותרים לבטל את כתב האישום נגדם, בנימוק שעליהם לחסות תחת כנפיה של הגנה מן הצדק שכן הם חשים שנעשה להם עוול, או לחלופין לקבוע "אי הרשעה" ולהקל בעונשם. אמנם לאור אמירות ברורות אלו נראה כי אין עוד הכרח להתייחס לטיעונים שמקומם יפה לערעור על הכרעת הדין, ולמה שקדם לה, אם מצאתי בכל זאת להתייחס לטיעונים אלה, הרי זה משום שהמערער התמיד וחזר עליהם גם באזני.

104. המערערים פעלו ולמעשה פועלים עדיין בלא היתר, זאת חרף הוראתי המפורשת כי אין עיכוב ביצוע לצווים שהוטלו עליהם. הגן אמור היה לשבות מכל פעילות לכל המאוחר ביום 21.5.23. המערערים לא הנידו עפעף עת טענו לפני שהגן ממשיך לפעול באמצעות עמותת "מרחבי חינוך עמותה לחינוך לגיל הרך", זאת שעה שכבר נקבע על ידי שעמותה זו אינה גוף עצמאי ונפרד מהם.

105. חרף הודאתם במיוחס להם, מצאה הש' קמא - אשר בפניה נוהלו ההוכחות טרם ההודאה - להתייחס בגזר דינה, בהרחבה ותוך הנמקה מפורטת, לטענות המערערים באשר לחוקיות המעשים המיוחסים להם. בגזר הדין ניתן למצוא את נימוקי הש' קמא לאי חוקיות מעשיהם של השלושה, ומצרף אני דעתי לדעתה, בכל הקשור להרשעתם. המערערים מבצעים לאורך שנים שימוש אסור בגן ילדים, ללא ההיתרים הנדרשים. בהודעת הערעור אף נכתב על ידי המערער, כי בימים הקרובים אמור להתקבל טופס

4. קרי: המערערים מודים כי גם עתה אין בידיהם היתר איכלוס לגן, המונה כ-50 פעוטות, שעה שהם ממשיכים ומפעילים את הגן.

106. פרטתי בהרחבה רבה את השתלשלות האירועים ואת שלל טענות המערערים. מעיון בטיעוני המערערים עולה כי לא מועלית על ידם מחלוקת עובדתית ביחס לנטען כלפיהם בכתב האישום. המערערים טוענים כי הוטעו, הסתמכו, הופלו, אך אינם טוענים כי המיוחס להם אינו נכון. והרי בסופו של יום אף בחרו להודות, במסגרת הסכמה אליה הגיעו עם המשיבה. זה המקום להבהיר כי בית המשפט מצווה לפסוק במחלוקות שהונחו לפתחו ולא בהגיגים תאורטיים. כך למשל בעניין ההוצאות. בעקבות אחת מבקשותיהם, הטיל בית משפט קמא הוצאות משפט על המערערים, אלא שבגזר הדין, לפני משורת הדין, החליט לבטלן. חרף ביטול ההוצאות, מבקשים המערערים את התייחסות ערכאת הערעור לנושא הטלת ההוצאות, על אף שגם לדבריהם מדובר בעניין תאורטי. מכיוון שההוצאות בוטלו, ממילא אין מקום לדון בנושא. עם זאת, לא אוכל שלא להעיר במאמר מוסגר, כי הטלת ההוצאות היתה מוצדקת נוכח משיכת הזמן מצד המערערים. הטעמים לביטול ההוצאות לא הובהרו, ונראה שאף הסכום שהוטל בזמנו [2,000 ₪], הוטל במשורה.

107. המערערים אינם בוררים מילים בתארם את יחסו של בית משפט קמא אליהם, וכעולה מדבריהם, לא ניתן להם יומם, אלא שעיון בתיק בית משפט קמא מעלה שבית משפט קמא, באדיבותו, כרה אופן לטיעוני המערערים וגילה אורך רוח לרצונותיהם. המערערים הגישו בקשות רבות, פעמים אף באופן יומיומי, תוך שהם מתעלמים מהעובדה שמשלב מסוים, משתכפו הבקשות והלכו, הורה להם בית משפט קמא, לחדול ממנהג זה ולהעלות טיעוניהם בדיון. החלטות אלו לא גרמו לפגיעה בזכויות המערערים. ההפך הוא הנכון, חרף מהמורות שניסו המערערים להציב בדרך, עולה בבירור ניסיונו של בית משפט קמא לקדם את ההליך שלפניו. המערערים אף הגישו בקשה לפסילת הש' קמא וזו נדחתה על ידה ובהמשך על ידי נשיאת בית המשפט העליון.

108. המערערים מלינים על כך שבית משפט קמא לא התיר את שחרורו של עו"ד דובין מייצוג. סבור אני שבית משפט קמא עשה כן מסיבות מובנות. לא ניתן היה להיעתר עוד לבקשות המערערים במאמציהם למשוך זמן. למערערים עצמם לא אצה הדרך לקדם את ההליך, שעה שכל אותו זמן ממשיך הגן לפעול ולהכניס רווחים. עוד יצוין כי טענת המערערים שעל בית משפט קמא היתה מוטלת חובה ליידע אותם כי זכותם לערור על ההחלטה שלא לפטר את עו"ד דובין מייצוג, אין לה על מה לסמוך.

בהקשר זה יצוין כי המערערים שופכים קיתונות של רותחין על באי כוחם דאז, דובין וקליין, אך עיון בתגובות שני עורכי הדין המלומדים לנטען כלפיהם, מלמד כי הדברים אינם כמתואר על ידי המערערים. עו"ד דובין הסביר, בין השאר, שהמערערים הבינו שעובדות כתב האישום הוכחו. לא דובר על אי הרשעה שכן על פי הלכת **כתב**, לא עמדו המערערים בתנאים הנדרשים.

109. טענתם העיקרית של המערערים היא כי בוצעה אכיפה בררנית כנגד הגן ולא התאפשר להם לפרוש טיעוניהם בעניין, אלא שזו לא התמונה העולה מהתיק קמא. בית משפט קמא דחה את הדיונים מעת לעת, **והזכיר וחזר והזכיר** למערערים, כי עליהם לפעול כנדרש כדי לזמן את עדיהם וכדי להוכיח את טענתם להגנה מן הצדק. הבחירה כיצד לפעול היתה נתונה בידי המערערים, כמו גם החלטתם להודות במיוחס להם, בתום שמיעת הראיות. בשלב הטיעון לעונש היו המערערים מיוצגים על ידי עו"ד דובין. המערער אף הוא קיבל את רשות הדיבור, ולא נראה כי קופחה זכות הטיעון בעניינו. מכל מקום תימוכין לאכיפה בררנית לא הובאו.



110. המערער ציין לפניי שמות של גנים בהם לא בוצעה אכיפה נדרשת וביקש להחזיר את התיק לבית משפט קמא לבחינת העניין. ב"כ המשיבה הבהיר כי המערערים קיבלו אורכות מספר להסדרת ההיתרים, הרבה מעבר למקובל. לדבריו, קיימת אכיפה ואף אם היא חלקית, היא אינה מכוונת כנגד גן זה או אחר.

המפקח נחקר בעניין האכיפה בחקירתו הנגדית, והסביר: "בכלים ובזמן שיש לי, אני מנסה ככל יכולתי" (עמ' 27 לפרו' מיום 22.6.22, ש' 24-26).

אציין כי הדין וההלכה הפסוקה מתירים לרשויות מרחב תמרון נכבד בהיבטים הנוגעים לאכיפה הפלילית, כך עשויה הרשות לבכר להימנע מלהעמיד לדין אדם זה או אחר מטעמים טובים ועניינים [רע"פ 3823/19 פלוני נ' המחלקה לחקירות שוטרים (2019)]. בנוסף, יש להתחשב במוגבלות המספרית של העוסקים במלאכה לאכוף את הדין ולפקח על כל העסקים ואפילו הם קרובים גאוגרפית. מכל מקום אין באי אכיפה על עסקים אחרים כדי להוריד מאחריות המערערים, אלא דווקא כדי להורות למשיבה לאכוף את הדין בנוגע לכל העסקים הדומים למערערת.

למערערים ניתנו בהסכמה אורכות רבות, ולפנים משורת הדין, להסדרת פעילות חוקית בגן. אלו לא הובילו לתוצאה לה יחלו המערערים, אך נראה כי ב"כ המשיבה דווקא נטה חסד לבקשות המערערים למתן אורכות, לצורך הסדרה, דבר הסותר טענות בדבר התנכלות מצד המשיבה.

111. המערערים מלינים על החלטת בית משפט קמא שלא להעביר לידיהם מסמכים לביסוס אכיפה בררנית. בית משפט קמא דווקא נענה לבקשת המערערים והורה למשיבה להעביר לידי המערערים את שבקשו. בהתאם לכך, העבירה המשיבה, לידי המערערים רשימה של תיקים המפרטת מידע על אכיפת החוק נגד גני הילדים שגזר הדין בהם התקבל בחמש השנים האחרונות. בהמשך לכך, ביקשו המערערים לעיין בתוכן התיקים, ולבקשה זו לא נעתר בית משפט קמא בקבעו שהדבר טעון קבלת תגובת הצדדים להליך, ואינו נדרש כלל במסגרת טענות הגנה מן הצדק, שבהן בית המשפט בוחן אך ורק את קיומה של אכיפה שוויונית ולא את פרטיו האוזטרניים של כל מקרה ומקרה לגופו [החלטת בית משפט קמא מיום 9.11.21]. לא מצאתי כי נפל פגם כלשהו בהחלטת הש' קמא בעניין זה.

112. עוד טענו המערער וב"כ עו"ד דובין, בשלב הטיעון לעונש, כי קיימת אפליה בין המערער לבין בעלה של גב' מכלוף אשר נגדו לא הוגש כתב אישום. ב"כ המשיבה הצהיר כי הבעלים הרשום הוא רק גב' מכלוף ולא בעלה. אם כך, לא ניתן להשוות בין שונים. המערער היה אחראי על השימוש החורג ואף הודה בכך כך שאין מקום להשוואה בינו לבין בעלה של גב' מכלוף שלא היה מעורב בשימוש ואף אינו רשום כבעל המקרקעין (פרו' מיום 4.1.23, עמ' 30, ש' 18-19).

113. באשר לטענת המערערים כי היתה חובת ייצוג, והם בניגוד לכך לא היו מיוצגים בחלק מההליך. טענה זו הפכפכה משהו. מחד גיסא טוענים המערערים כי היו חסרי ייצוג, ומאידך גיסא הם מלינים על החלטת בית משפט קמא שלא לפטר את עו"ד דובין. טענה והיפוכה. כך או כך, בדיון המשמעוטי והעיקרי בתיק, בו נוהלו ההוכחות והמערערים הודו, כמו גם בעת הטיעון לעונש, היו המערערים מיוצגים. גם קודם לכן פעלו לדבריהם בהנחיית עו"ד שלומי הכהן. סה"כ שלושה עו"ד עסקו במלאכת ייצוג המערערים. העובדה שהמערערים נוטים לפטר את באי כוחם אינה יכולה להוות מכשלה מקידום ההליך, מה גם שיכלו לבחור שירותיו של עו"ד אחר מטעמים שייצגם כרצונם. מכל מקום ובזה העיקר, הדיונים בהם לא היו המערערים מיוצגים לא גרמו להם במקרה זה כל נזק.

114. באשר לטענת המערערים כי לא היה מקום לתת הכרעת דין בעניינם, קודם שניתנה החלטה בבקשתם לעיכוב הליכים ועל ב"כ המשיבה היה לנהוג בהתאם להנחיה זו, הרי שלפי הנחית יועמ"ש מס' 4.3032, הנוגעת לתיקי תכנון ובניה, אין לעכב דיונים בשל בקשה תלויה ועומדת של עיכוב הליכים, כאשר הבניה או השימוש הבלתי חוקיים עומדים בעינם, לפיכך לא חטאה המשיבה בהתנהלותה.

115. וגם זאת יש לומר, המערערים מלינים על הסתמכותם על הנחייתם גורמים מסוימים, לרבות זו של ב"כ המשיבה, בעלי מקצוע, גורמים בעיריה, פרסומים, הנחיות היועמ"ש/נייר עמדה, אשר מהם הבינו המערערים כי הדברים יסודרו. תלונות אלו לא נתמכו בכל ראייה, ומכל מקום אין בהם כדי לפגוע בהתקיימות יסודות העבירות הנדונות. יוזכר כי המערערים בחרו להודות במיוחס להם בדיון בבית משפט קמא, ואין בטיעוני ההסתמכות על דברים, שכאמור לא הוכחו כלל לפני, כדי להשליך על ביטול כתב האישום וגזר הדין, בפרט לאור החלטת המערערים שלא לחזור בהם מהודאתם גם בשלב הערעור. אף לפני הבהיר המערער שצריך לראות מה קרה לפני ואחרי ההודאה "ובאמת אולי שמה זה צריך להתמקד מה קרה אחרי" (עמ' 18 לתמליל, ש' 9-8). בתלונות של הסתמכות על גורמים שונים, כמו גם בטענות על החלטות הביניים, טרם ההודאה, אין כדי להשליך, במקרה שלפני, על שארע לאחר ההודאה ועל גזר הדין.

### **דין והכרעה (2) - גזרי הדין שהוטלו על השלושה ובקשת שני המערערים לביטול הרשעתם:**

116. לא מצאתי מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא אשר התייחס בגזר דינו לכלל הפרמטרים הרלוונטיים - בהם מצבם הכלכלי של המערערים והיותם בני זוג - ואיזן נכונה ביניהם. הש' קמא הדגישה ובצדק את העובדה שהעבירות עדיין נמשכות. אף עתה, בעת הדיון לפני, עדיין מתנהל במקום גן הילדים חרף החלטה מפורשת והטלת צווים לאי שימוש במבנה. למעשה ניצבים המערערים לפני חסרי תום לב, שעה שהם טוענים טענות "צדק" שונות ובו בזמן אינם מקיימים את פסיקת בתי המשפט בעניינם. בנסיבות אלו, אין מקום להקל עמם עוד. יחד עם זאת לא מצאתי להכביד את אורך המאסר על תנאי שהוטל על המערער ועל הגב' מכלוף, אשר בהתחשב בנסיבות המקרה והעושה, תואמים את העונש.

117. המשיבה עותרת להטלת עונש מאסר על תנאי על המערער. מעיון בטיעוני המשיבה לעונש, בבית משפט קמא, עולה כי תחילה טענה המשיבה בין השאר, להטלת עונש מאסר על תנאי על המערער אך הסכימה עם הערת בית משפט קמא כי בדרך כלל לא עותרת התביעה למאסר על תנאי בעבירת שימוש חורג, ולבסוף השאירה את ההכרעה בעניין לשיקול דעת בית המשפט (פרו' מיום 4.1.23, עמ' 28, ש' 18-16). נראה כי המשיבה שינתה עמדתה בערעור, אך לאור הסכמתה-למעשה בבית משפט קמא אין הצדקה לדיון חדש בעניין.

118. בקשת המערערים לביטול הרשעה נדחית על ידי, לאור הלכת כתב ע"פ 2083/96 **תמר כתב נ' מ"י** (21.8.97). על פי הלכת כתב הימנעות מהרשעה אפשרית בהצטבר שני גורמים, שאינם מתקיימים בענייננו - פגיעה חמורה בשיקום הנאשם וסוג עבירה, המאפשר לוותר על ההרשעה, בלי לפגוע מהותית בשיקולי הענישה האחרים.

119. בקשת המשיבה לחיובה של גב' מכלוף בכפל אגרה תידחה, מחמת אי-בהירות הנוגעת לחישוב השטח הרלוונטי וגיבוש הסך הנטען. כך עולה גם מדברי ב"כ המלומד של המשיבה, בעת הדיון לפני, כשאמר בהגינותו ש"אין פה פירוט איך התגבש הסכום", וכשלא אוכל לקבל את הנחתו, ש"זה עדיין לא מונע מבית המשפט לבקש את זה" [ע' 35, ש' 5-7].

## **סוף-דבר:**

120. הערעורים נדחים.

121. על-אף שבניהול ההליך על-ידי שני המערערים נפלו פגמים של-ממש, לרבות "אופי טענות מופרך וטרדני", לא ביקשה המשיבה לחייבם בהוצאות ולפיכך אמנע מכך.

פסק הדין יישלח לצדדים.

ניתן היום, י"א אלול תשפ"ג, 28 אוגוסט 2023, בהעדר הצדדים.