

## עפ"א 49336/01/14 - עודד גבע, עו"ד, אמיר משה גבע, אריאלה גלמן נגד עיריית תל-אביב

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 49336-01-14 גבע ואח' נ' עיריית תל-אביב

|                   |                     |
|-------------------|---------------------|
| בפני              | כב' השופטת ארנה לוי |
| מעוררים           |                     |
| 1. עודד גבע, עו"ד |                     |
| 2. אמיר משה גבע   |                     |
| 3. אריאלה גלמן    |                     |
| נגד               |                     |
| משיבה             | עיריית תל-אביב      |

### פסק - דין

1. לפני ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מקומיים (כב' השופט היימן), בגדרו הורשעו המערערים בהכרעת - דין מיום 30.10.13 בעבירה של שימוש חורג, עבירה על פי סעיפים 145 ו 204 (ב) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה - 1965 (להלן: "**החוק**") והוטלו עליהם קנסות ואמצעים נוספים בגזר - דין מיום 9.12.13.
2. כנגד המערערים וכנגד שניים נוספים הוגש ביום 13.1.10 כתב אישום בגין שימוש חורג. בכתב האישום נאמר כי ביחידה ברחוב רוטשילד מס' 35 בתל - אביב, אשר על פי היתר הבניה הותר להשתמש בה כדירת מגורים אחת בשלמות, נעשה באוקטובר 2007 ובמרץ 2009 שימוש כשלוש יחידות עצמאיות ונפרדות למגורים. לכל אחת מהיחידות כניסה נפרדת מתוך מבואה משותפת, מטבח נפרד וחדר שירותים ורחצה נפרד. לשימוש זה לא ניתן היתר ולכן הוא מהווה שימוש חורג. בהתאם לכתב האישום המערערים, שהיו הנאשמים 1,2, ו - 4, יחד עם נאשמת נוספת, הנאשמת 3, הגב' גולדברג מרים, היו בעלי הנכס. הנאשם מס' 5, פרל אייל, נרשם כמשתמש במקרקעין והאחראי לשימוש במועדים הרלוונטיים.
3. בתיק התקיים מספר רב של ישיבות לצורך קבלת תשובת הנאשמים לאישום, בעיקר עקב אי איתורו של מר פרל. המערערים טענו בבית משפט קמא כי, אמנם, הם בעלי הנכס אך מר פרל, אשר שכר מהם את היחידה, בצע את עבודות הבניה שהביאו לפיצול היחידה והיה המשתמש בפועל. מר פרל לא אותר על ידי המשיבה ולא התייצב לדיונים. ארבעה צווי הבאה שהוצאו כנגדו לא בוצעו על ידי המשטרה בגין אי איתורו, גם בכתובת הנכס. כל אותה העת טען ב"כ המערערים כי המערערים נמצאים בקשר רציף עם מר פרל וכי זה ממשיך לשלם למערערים דמי שכירות. בפברואר 2012 הודיע ב"כ המערערים כי הגב' גולדברג מרים נפטרה. ההליכים כנגדה הופסקו. ביום 18.3.13, לאחר יותר משלוש שנים ממועד הגשת כתב האישום, נעתר בית המשפט לבקשת המשיבה להתלות ההליכים כנגד מר פרל, לאחר שלא אותר על ידה. ההליך נמשך כנגד המערערים בלבד.

4. בתיק נשמעו ראיות. במסגרת הכרעת הדין תוארו העובדות הרלוונטיות אשר התבררו בפני בית המשפט: מר פרל שכר את הנכס, יחידה בת 130 מ"ר, מבעליו, חמישה בני משפחה, הם המערערים וכן הגב' גולדברג שרה המנוחה והגב' גולדברג מרים המנוחה. המערער 1 ריכז את נושא ההשכרה מטעם הבעלים וטיפל בנכס. הוא היחיד שהעיד מטעם המערערים וציין בעדותו שמר פרל ביקש לשנות את השימוש בדירה ממשרדים למגורים ושיפץ את הדירה לאחר שהציג לו תכנית שיפוץ שאושרה על ידו, בכפוף לבדיקה הנדסית ורישוי במידת הצורך. מר פרל פנה לעיריית תל - אביב לצורך הסדרת שינוי השימוש למגורים, נציג מחלקת ארנונה ביקר במקום ובעקבות ביקור זה נרשם מכתב שהיחידה פוצלה לשלוש יחידות. מר פרל הודיע לבעלים כי נוכח מכתב זה ויתר על כוונתו להשכיר יחידות לדיירי משנה וכי הוא יתגורר במקום לבדו. המערער 1 ביקר במקום מספר פעמים ומצא, כך טען, שמר פרל אכן מתגורר במקום לבדו.

5. המערערים טענו בפני בית משפט קמא מספר טענות. האחת, כי לא הוכח שנאסר שימוש לשלוש יחידות, כיון שהיתר הבניה מדבר על שמונה חדרים בקומה. השנייה, כי לא הוכח שבפועל נעשה במקום שימוש לשלוש יחידות נפרדות. השלישית, כי הם אינם אחראים לשימוש שנעשה וכי אישומם נגוע באכיפה בררנית.

6. בהתייחס לטענה הראשונה, בית משפט קמא התייחס להיתר הבניה ולתשריט שצורף אליו (ת/5) וקבע כי מאלו עולה שבאותה הקומה הותרו שתי יחידות דיור בלבד, היחידה אליה מתייחס כתב האישום ויחידה נוספת, שאינה קשורה לכתב האישום. לכל אחת מהיחידות כניסה ראשית מחדר המדרגות המשותף של הבניין, מטבח אחד וחדר אמבט ושירותים. בכל יחידה ארבעה חדרים. בנוסף, קבע בית משפט קמא, גם אם הייתה מתקבלת גרסת המערערים, כי מדובר בשמונה חדרים נפרדים בקומה ושמונה יחידות דיור, אין המצב בפועל תואם את ההיתר, שהרי קיימים שלושה חדרים ושלוש יחידות בלבד.

7. בהתייחס לטענה השניה, בית משפט קמא דן בראיות שהוצגו. הוא מצא כי בהתאם למצבו הפיסי של הנכס, מדובר בשלוש יחידות נפרדות, עם כניסות נפרדות, בכל יחידה מטבח ושירותים. בהתייחס לשימוש שנעשה בפועל - בית משפט קמא ציין כי אין להסתפק במאפיינים הפיסיים של פיצול אלא יש לבחון אם הוכח שימוש בשלוש היחידות, שהרי האישום הוא בעבירה של שימוש חורג. בית משפט קמא בחן לעמקן את התמונות שהציג המהנדס שביקר במקום מטעם המשיבה ותיאר באופן מפורט את הממצאים העולים מהתמונות. מהתמונות עולה כי בכל יחידה התקיים שימוש נפרד: מוצרים נפרדים בכל מטבח, זוגות נעליים שונים בכל יחידה, מוצרים נפרדים בחדרי הרחצה והשירותים, כאשר באחד מהם מוצרים השייכים לאישה, מיטות מוצעות בכל יחידה, באחת היחידות שני מקררים וארבעה תנורי חימום וסממנים נוספים המעידים על שימוש פעיל ונפרד בשלוש היחידות.

8. בית משפט קמא התייחס בהרחבה לעובדה שמר פרל לא הובא להעיד מטעם המערערים. ציון כי, אמנם, המשיבה ובית המשפט לא הצליחו לאתר את מר פרל, אך המערערים, נוכח הודעתם כי הם בקשר רצוף עמו, מקבלים ממנו דמי שכירות ואף שוחחו עמו ערב דיון ההוכחות, יכלו לעשות יותר. בית משפט קמא ציין כי כישלונם החוזר ונשנה של מאמצים לאתר את מר פרל בכתובת הנכס, במגוון של דרכים ולאורך תקופה ממושכת, מעיב על גרסת המערערים על פיה מר פרל מתגורר במקום לבדו ומחליש את עדות המערער 1 כי לפי מיטב ידיעתו המקום משמש את מר פרל לבדו מאז ששכר אותו בשנת 2007. לעדות המערער 1 לא נמצאה כל תמיכה חיצונית. בכל

אלו וכן בהימנעות המערערים 2 ו-3 להעיד מצא בית משפט קמא חיזוק לראיות המשיבה.

9. בהתייחס לאחריות המערערים, קבע בית משפט קמא כי בהתאם לסעיף 208 לחוק קמה אחריותם כבעלים, אלא אם יוכיחו כי לא ידעו על השימוש האסור וכן, כי נקטו כל האמצעים הנאותים להבטחת קיום הוראות הדין. בית משפט קמא קבע כי המערערים 2 ו-3 משכו ידם מהנכס וכלל לא נקטו אמצעים כלשהם על מנת להבטיח קיום הוראות החוק. גם המערער 1, אשר טיפל בנכס, לא מיצה הצעדים אשר היה מצופה שיקוט. מצופה היה, לאחר שהתגלה לו, בהפתעה, כי הנכס פוצל לשלוש יחידות, וכמי שדיני התכנון והבניה אינם זרים לו, כי יקפיד שבעתיים בהתנהלות השוכר, אך לא כך היה. המערער 1 ביקר בנכס מאז שנת 2007 לא יותר מארבע - חמש פעמים בסך הכל, על פי עדותו. לא כך מצופה לנהוג מי שמשכיר נכס לאחר ולא כך מצופה לנהוג מי שידע שקיים קושי בהתנהלות השוכר, קושי אשר עלה ממכתב גורמי הרשות המנהלית, אותו קיבל לידיו. לא כך מצופה לנהוג ממי שגילה פער גדול בין תכנית השיפוץ שהוצגה לו ובין מצבו של הנכס בפועל. לפיכך, קבע בית משפט קמא, המערערים אינם זכאים ליהנות מהגנת סעיף 208 (ב).

10. המערערים העלו טענות בדבר אכיפה בררנית, זאת בשל אי העמדתו לדין של מר פרל וכן של יורשי המנוחה שרה גולדברג. בהתייחס למר פרל, ציין בית משפט קמא, יש לפעול לחידוש ההליכים בהתאם להוראות סעיף 94 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 ובכל מקרה אין באי איתורו ואי הבאתו לדין כדי להקים הגנה למערערים ולהפחית ממידת אחריותם כבעלי הנכס. בהתייחס להוספת יורשי המנוחה גולדברג שרה, אשר נרשמו כבעלי זכויות בנכס בינואר 2009, כנאשמים בתיק, ציין בית המשפט כי, אפילו היה מקום, עובר להגשת כתב האישום, לבדוק עדכניות הנתונים, אין בכך כדי להביא למסקנה כי מדובר בהתנהלות העומדת בסתירה מהותית לעקרונות צדק והגינות משפטית. בהקשר זה צוין כי כתב האישום מתייחס לעבירות משנת 2007 ו- 2009 כאשר בשנת 2007 יורשי המנוחה שרה גולדברג עדיין לא נרשמו כבעלים. בית משפט קמא ציין כי אם חשו המערערים מופלים לרעה יכולים היו להעלות טענותיהם בפני המשיבה מיד עם פתיחת ההליך, ולא כך היה.

11. המערערים חוזרים במסגרת הערעור שלפני על הטענות אותן טענו בפני בית משפט קמא. המערערים טוענים כי לא הוכח שההיתר אסר שימוש לשלוש יחידות, כי לא הוכח שימוש בפועל לשלוש יחידות וכי נעשתה בעניינם אכיפה סלקטיבית המקימה להם טענת הגנה מן הצדק. נטען כי עומדת למערערים הגנה בהתאם להוראות סעיף 208 (ב) לחוק. הם לא הסכימו ולא התירו למר פרל לפצל את הדירה. המערער 1 בדק את הדירה וראה שמר פרל מתגורר לבדו. נטען כי לא היה מקום להתלות ההליכים כנגד מר פרל שהרי ניתן היה לאתר אותו, הוא היה בקשר עם המערערים לאורך כל הזמן ושילם להם שכר דירה. לא היה מקום לזקוף אי הבאתו כעד הגנה כנגד המערערים. המערערים 2 ו-3 לא יכלו כלל לסייע בפרשת ההגנה, שהרי המערער 1 טיפל בנכס והיה בקשר עם מר פרל, לכן, גם את אי העדתם אין לזקוף כנגדם.

12. לאחר שבחנתי טענות הצדדים מסקנתי היא כי דין הערעור להידחות. הכרעת דינו של בית משפט קמא מנומקת ומפורטת, מבוססת על הראיות שנשמעו בפניו ולא מצאתי מקום להתערב בה.

13. בהתייחס לטענת המערערים כי לא הוכח שנאסר שימוש לשלוש יחידות ביחידה נושא כתב האישום, הרי שקביעותיו

של בית משפט קמא מקובלות עלי במלואן. מהיתר הבניה והתשריט אשר צורף לו, המהווה חלק בלתי נפרד ממנו, עולה כי באותה הקומה אמורות להיות שתי יחידות, זו נושא כתב האישום ויחידה נוספת, שאינה קשורה לכתב האישום. בכל יחידה ארבעה חדרים, מטבח אחד, חדר אמבטיה אחד וחדר שירותים אחד. התשריט תואם את ההיתר המילולי לגבי מספר החדרים בקומה. היחידה נושא כתב האישום היא יחידה אחת בה הותר השימוש כיחידה אחת ולא יותר. כל שימוש המנוגד לכך מהווה שימוש חורג.

14. גם בהתייחס לטענת המערערים כי לא הוכח שנעשה בפועל שימוש לשלוש יחידות, קביעותיו של בית משפט קמא מקובלות עלי. בית משפט קמא תיאר באופן מדויק ומפורט את הממצאים שנמצאו בביקור המהנדס המפקח במקום, כפי שעולה מהתמונות שצולמו על ידו, מהם עולה כי מדובר בשימוש נפרד ופעיל ביחידות. מדובר בכניסה נפרדת לכל יחידה דרך מבואה. כל יחידה מאובזרת באופן נפרד ושונה וביחידה אחת אף סממנים של מגורי אישה, מה שמנוגד לעדות המערער 1 על פיה מר פרל מתגורר שם לבדו. בכל יחידה שירותים נפרדים ומטבח, כאשר מהתמונות עלה כי נעשה בכולם שימוש בפועל. ככל שהיה חסר מקרר או תנור במי מהיחידות, הוא נמצא ביחידה אחרת. בהקשר זה יש לציין כי עצם מצבן הפיסי של היחידות מקים, לטעמי, בענייננו, חזקה של שימוש נפרד. מדובר, כאמור, ביחידות נפרדות, לכל אחת כניסה נפרדת ועצמאית, מטבח נפרד, שירותים וחדר אמבטיה נפרדים. ההיגיון והשכל הישר מלמדים כי אם דירה חולקה בפועל לשלוש יחידות דיוור נפרדות ועצמאיות, כאשר הכניסה לכל אחת מהן היא כניסה נפרדת וניתן להתגורר בה באופן נפרד, הרי שהשימוש תואם את המצב הפיסי והמצב הפיסי משרת את השימוש שנעשה בפועל ולא שימוש אחר. ההיגיון והשכל הישר מלמדים כי אם קיימת יחידה בת כ- 130 מטרים במרכז העיר תל - אביב, אשר מפוצלת לשלוש יחידות נפרדות, הרי שהמסקנה הסבירה היא כי אכן מתבצע שימוש נפרד בכל יחידה ואין מדובר באדם אחד אשר עושה שימוש בכל היחידות בעת ובעונה אחת, כאשר הוא נזקק לשלושה מטבחים, שלושה חדרי אמבטיה ושלושה חדרי שירותים, בה בעת. כמובן, שחזקה זו ניתנת להפרכה. כך, למשל, אם לא היו נראים כלל סממני שימוש פעיל בשתיים מהיחידות והן היו ריקות מאבזור ומחפצים. כך, אם היה מובא לעדות המשתמש בפועל והיה מסביר מהו השימוש שנעשה בשלוש היחידות והיה משכנע את בית המשפט בגרסתו. לא כך בענייננו. הראיה היחידה שניצבה כנגד המצב הפיסי של היחידה המחולקת וכנגד התמונות שצולמו, שלימדו על שימוש בפועל - היא עדותו של המערער 1, אשר ציין כי ביקר בנכס כ- 4-5 פעמים במהלך השנים מאז שנת 2007, כי פגש במר פרל וכי זה אמר לו כי הוא מתגורר לבדו במקום. בכך אין די. בהקשר זה אציין כי אכן היה מקום לייחס משקל לאי הבאתו של מר פרל לעדות על ידי המערערים, מקום בו הם מצויים בקשר רציף עמו ומקום בו יכלו לפנות אליו ולנקוט נגדו סנקציות על בסיס חוזה השכירות. לא נעשה כל ניסיון על ידי המערערים לזמן את מר פרל לעדות במסירה אישית על - ידם ולא נעשה ניסיון להמציא למשטרה פרטים מדויקים אודות מקום המצאו, על מנת לממש את צווי ההבאה שלא בוצעו.

15. מקובלת עלי מסקנתו של בית משפט קמא כי המערערים אינם זכאים ליהנות מהגנת סעיף 208 (ב) לחוק. המערערים 2 ו- 3 לא עשו דבר בעניין הטיפול בנכס וממילא לא נקטו אמצעים כלשהם למניעת הפרת החוק. המערער 1 ידע על עבודות הפיצול משנת 2007 ולמרות זאת לא פעל להורות למר פרל לבטל את הפיצול ולהחזיר המצב לקדמותו. הוא הסתמך על דבריו של מר פרל בלבד, סמך עליו ואף לא ביקר בנכס לעיתים תכופות על מנת לברר מהו השימוש שמתבצע בפועל. בפעולותיו של המערער 1 אין די. המערערים אינם זכאים גם ליהנות מהגנה מן הצדק בשל אכיפה סלקטיבית, כנטען על ידם. בכל הנוגע למר פרל - המשיבה ניסתה לאורך תקופה ארוכה לאתרו, גם באמצעות צווי הבאה - וללא הצלחה. בכל מקרה, התליית הליכים אינה סוף פסוק. בית משפט קמא

הורה למשיבה להמשיך ולפעול כנגד מר פרל ויש להניח כי כך יעשה. יוער, כי למערערים עומדות, לכאורה, עילות תביעה במשפט האזרחי כנגד מר פרל. יורשי שרה גולדברג אמנם נרשמו כיורשים בינואר 2009, כך שניתן היה לצרפם לכתב האישום בכל הנוגע לעבירה ממרץ 2009, אך אין בכך כדי לפגום בכתב האישום שהוגש כנגד יתר הבעלים ולהפכו להיותו עומד בסתירה מהותית לעקרונות צדק והגינות משפטית. אכיפה חלקית אינה מביאה באופן ישיר למסקנה של אכיפה סלקטיבית. כתב האישום הוגש בהתאם לממצאים שהיו באותה עת בידי המשיבה. אי עדכון שמות היורשים, כשלעצמו, אינו מביא למסקנה של אפליה ולנסיבות חריגות בהן יש לבטל את כתב האישום כולו. בהקשר זה יוער כי המערערים העלו טענה בדבר בעלים נוספים רק בישיבת יום 21.9.11, בעוד שכתב האישום הוגש עוד ביום 13.1.10. בית משפט קמא ציין כי הנושא יזכה להתחשבות במסגרת גזר - הדין וכך אכן נעשה.

16. ובאשר לגזר הדין. בעת מתן גזר הדין הסכימה המשיבה לכך שהשימוש החורג הופסק במאי 2013, בהסתמך על ביקור שמאי מטעמה בנובמבר 2013, בו נמצא כי בוטלה המבואה ונוכח עדות המערער 1 כי השימוש הופסק במאי 2013. בית משפט קמא ציין כי לא הוכח שהמערערים הפיקו רווח נוסף מפיצול היחידה. הוא קבע כי יש מקום לגזור, בנסיבות העניין, קנס יומי בגין התקופה בה התבצע השימוש החורג. בית משפט קמא ציין כי המערערים נקטו פסיביות יתרה, גם לאחר הכרעת הדין, שהרי מצופה היה מהם כי יביאו ראיות להפסקת השימוש, וזאת לא נעשה על ידם. המערערים אף לא נקטו אמצעים למניעת שימוש אסור בעתיד. בית משפט קמא קבע כי אין חלקם של המערערים 2 ו-3 לזה לזה של המערער 1, שהרי האחרון היה הציר המרכזי בטיפול המשפחתי בהשכרת הנכס. נקבע כי מתחם הענישה לגבי המערער 1 עומד על קנס שבין 40,000 ₪ ובין 70,000 ₪, ולגבי המערערים 2 ו-3 עומד על קנס בין 10,000 ₪ ובין 30,000 ₪. בית משפט קמא כי בחלק מהזמן חלקו הנאשמים באחריות עם בעלים נוספים, אשר לא צורפו לכתב האישום. כמו כן יש לקחת בחשבון את העובדה שההליכים כנגד מר פרל הוטלו. על המערער 1 הוטל קנס בשיעור 45,000 ₪ ועל כל אחד מהמערערים 2-3 הוטל קנס בשיעור 12,000 ₪. עוד חויבו המערערים לחתום על התחייבות וצוו לחדול מידית משימוש חורג. המערערים טוענים כי מדובר בעונש חמור וכן טוענים שלא היה מקום להחמיר עם המערער 1 יחסית למערערים 2-3. איני סבורה כי נפל משגה בגזר הדין וכי מדובר בענישה החורגת ממתחם הענישה הראוי לעבירה זו, בגינה על בית משפט זה להתערב. בית משפט קמא שקל היטב את השיקולים לקולא, ובהם העדר רווח כלכלי נוסף מפיצול היחידה, אי הבאת חלק מהבעלים לדין, התליית ההליכים כנגד מר פרל והעובדה שהשימוש החורג הופסק. מול שיקולים אלו שקל את משך השימוש, כשש שנים, ואת העובדה שהמערערים, גם לאחר הכרעת הדין, לא נקטו כל פעולה אקטיבית על מנת למנוע השימוש. עם המערערים 2-3 בחר בית משפט קמא להקל עד מאד, אך אין בכך כדי לגרוע מסבירות הקנס שהוטל על המערער 1, אשר טיפל בפועל בשימוש בנכס והיה באפשרותו למנוע השימוש החורג.

לאור כלל האמור, הערעור נדחה.

ניתן היום, כ"ו אייר תשע"ד, 26 מאי 2014, בהעדר הצדדים.