



ע"פ 24529/10/14 - עבדל עזיז עותמאן, סמירה עותמאן, המערער בע"פ 24529-10-14, המערער בע"פ 24561-10-14 נגד מדינת ישראל - היועץ המשפטי לממשלה, המשיבה

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 24529-10-14 עותמאן נ' הועדה המחוזית
לתכנון ובניה - מחוז ירושלים
ע"פ 24561-10-14 עותמאן נ' הועדה המחוזית
לתכנון ובניה - מחוז ירושלים
לפני כב' השופטת גילה כנפי-שטייניץ
כב' השופט ד"ר יגאל מרזל
כב' השופט אריה רומנוב
בעניין: עבדל עזיז עותמאן
ע"י ב"כ עו"ד סאמי ארשיד
סמירה עותמאן
ע"י ב"כ עו"ד סאמי ארשיד

המערער בע"פ 24529-10-14
המערער בע"פ
24561-10-14

נגד

מדינת ישראל - היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד רועי בראונר

המשיבה

פסק דין

1. לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט ד"ר אוהד גורדון) שניתן בת"פ 58472-11-10 ות"פ 58459-11-10 (הכרעת דין מיום 17.6.14 וגזר דין מיום 7.9.14).

כתבי האישום

2. בכתבי האישום שהוגשו נגד המערערים יוחסה להם עבירה של ביצוע שימוש במקרקעין הטעון היתר ללא היתר, לפי ס' 204(א) ו-208 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. האישומים התייחסו למבנים שונים המצויים במקרקעין הידועים כ"גבעה 405" מדרום לכביש מספר 1 ובסמוך לכפר אבו-גוש. נטען כי המבנים נבנו ללא היתר, וכי המערערים עושים בהם שימוש חורג למגורים מיום 7.7.03 ללא היתר. לפי הנטען בכתבי האישום, על השטח חלה תוכנית המייעדת אותו לשימוש חקלאי (להלן - התכנית), והשימוש שעושים המערערים הוא שימוש חורג במקרקעין ובמבנים שנבנו ללא היתר ובניגוד לתכנית. יצוין כי למערער יוחסה העבירה הנ"ל בנוגע למבנה למגורים בשטח כ-120 מ"ר; שתי אורוות בשטח כ-192 מ"ר ו-80 מ"ר; ושתי מכולות בשטח כ-14.4 מ"ר כל אחת. למערער יוחסה העבירה הנ"ל בנוגע למבנה למגורים בשטח של כ-188 מ"ר.



3. יצוין כי נגד כל אחד מהמערערים הוגש כתב אישום נפרד, ואולם בשים לב לכך שהמבנים השונים מושא שני כתבי האישום מצויים באותו מתחם; שהמערערים הם קרובי משפחה; ושהסוגיות העולות בשתי ההתדיינות הן זהות, בחר בית משפט קמא לנהל את שני ההליכים במאוחד. בסופו של יום ניתנו על ידי בית משפט קמא הכרעת דין אחת וגזר דין אחד בעניינם של שני המערערים. לפיכך, גם הדין בערעורים התקיים במאוחד.

פסק דינו של בית משפט קמא

4. המערערים כפרו במיוחס להם בכתבי האישום ובית משפט קמא קיים הליך הוכחות. בהכרעת דין מיום 17.6.14 הרשיע בית משפט קמא את המערערים בביצוע העבירות שיוחסו להם בכתבי האישום. במסגרת הכרעת הדין ועל יסוד הראיות שהובאו לפניו, קבע בית משפט קמא, עובדתית, כי שני מבני המגורים מושא כתבי האישום נבנו לאחר שנת 1966 ולפני שנת 1981 (מועד בו נקבע, כי התוכנית קיבלה תוקף); כי המבנה הנוגע למערערת הורחב באמצעות תוספת בנייה לאחר שנת 1981 ולפני שנת 2011; כי שתי האורוות (מושא כתב האישום בעניינו של המערער) נבנו לאחר שנת 1981 ולפני שנת 2011; וכי שתי המכולות הונחו על ידי המערער, אשר עשה בהן שימוש, מבלי שנטען כי היה לכך היתר. עוד נאמר בהכרעת הדין, כי אין חולק על כך שנטען למועד הרלבנטי עשה כל אחד מהמערערים שימוש במבנים השונים הנוגעים לו, וכך גם היום.

5. בית משפט קמא דחה את הטענה לפיה ניתנו היתרים לחלק מן המבנים קודם כניסתה של התוכנית לתוקף, וקבע כי לא ניתן היתר בנייה לאף אחד מן המבנים הנדונים.

6. בית משפט קמא הוסיף ודחה גם את טענת המערערים ולפיה בתקנון התוכנית נקבעה הוראת מעבר שיש בה כדי "להכשיר" את המשך השימוש שעושים המערערים במבנים שנבנו לפני כניסתה של התוכנית לתוקף. בהוראת המעבר נקבע, שמקום בו במועד כניסת התוכנית לתוקף נעשה שימוש בקרקע לתכלית שונה מזו המותרת על פי התוכנית החדשה, כי אז ניתן להמשיך באותו השימוש עד שיחול שינוי בהחזקה או בבעלות על הקרקע או הבנין. בית משפט קמא קבע, כי הפרשנות הראויה שיש ליתן להוראת המעבר היא, שהיא חלה רק במצב שבו ערב אישור התכנית נעשה שימוש כדין במבנים על פי היתר שהתקבל, והתכנית שינתה את ייעוד השטח באופן שהמשך השימוש במבנה חורג מדרישותיה. במצב דברים זה, כך קבע, החליטו מתקיני התכנית לאפשר את המשך השימוש עד להחלפת הבעלות או החזקה במבנה, "קביעה, שיש בה רציונל ברור של הוגנות כלפי מי שעבר כניסת התכנית לתוקף פעל בצורה חוקית". לפי קביעתו של בית משפט קמא, תנאי זה לא התקיים בענייננו. בית משפט קמא הוסיף וציין בהקשר זה, כי הפרשנות שביקשו המערערים ליתן להוראת המעבר היא פרשנות בלתי סבירה "החותרת תחת הרציונלים של משטר ההיתרים אותו קבע חוק התכנון והבניה", וכי "אין זה סביר שמתקין התכנית ביקש לדלג על כל אלה, ולאשר באופן גורף וללא הליך מסודר של בדיקה ובחינה את כל המבנים הבלתי חוקיים שבתחום התכנית".

7. בית משפט קמא הוסיף ודחה גם את הטענה ולפיה יש לפסול את הודעות המערערים מהטעם שהם לא יודעו על זכותם להיוועץ עם עורך דין; כן דחה טענת התיישנות שהעלו המערערים; וכן את טענתם כי יש בשיהוי שבהגשת כתבי האישום נגד המערערים כדי להביא לביטול כתבי האישום.



8. לאחר שהצדדים טענו לעונש גזר בית משפט קמא על המערערים את העונשים הבאים: על המערער - קנס בסך של ₪ 22,000 או 110 ימי מאסר תמורתו, וצו להתאמת הבנייה מושא הרשעתו למצב התכנוני, לרבות בדרך של הריסה, אשר ייכנס לתוקפו ביום 1.4.16. על המערער - קנס בסך של ₪ 13,000 או 65 ימי מאסר תמורתו, וצו להתאמת הבנייה מושא הרשעתו למצב התכנוני, לרבות בדרך של הריסה, אשר ייכנס לתוקפו ביום 1.4.16.

טענות המערערים

9. במסגרת הערעור שלפנינו משיגים המערערים הן על הכרעת הדין והן על גזר דינו של בית משפט קמא. ביחס להכרעת הדין טוען ב"כ המערערים, כי היה על בית משפט קמא לזכות את המערערים מן האישומים שיוחסו להם. נטען כי סעיף האישום הנכון, בכל המתייחס לעבירה של "שימוש חורג" הוא ס' 204(ב) לחוק התכנון והבניה ולא ס' 204(א) לחוק. עוד נטען כי טעה בית משפט קמא משקבע כי בניית המבנים השונים מושא כתבי האישום נעשתה ללא קבלת היתר בנייה, וזאת על סמך עדותו של מפקח הבנייה שהעיד על כך. בהקשר זה נטען, כי לא היה מקום להסתפק בעדות זו אלא היה על המשיבה להגיש לבית המשפט את הראייה הפיזית שהיא תיק הבניין, אך הדבר לא נעשה. עוד נטען, כי טעה בית משפט קמא משדחה את הפרשנות שהוצעה על ידי המערערים להוראת המעבר שנקבעה בתקנון התוכנית, כפי שצוין לעיל, וזאת משום שבהליך פלילי יש לאמץ את כלל הפרשנות המקל עם הנאשם ולא המחמיר עימו. נטען עוד, כי המשיבה לא הציגה את ילקוט הפרסומים בו פורסמה התכנית כמקבלת תוקף, וכי התוכנית קיבלה תוקף בשנת 1989 ולא בשנת 1981 כפי שקבע בית משפט קמא, וכי די בכך כדי לקבוע שבניית המרפסת בביתה של המערער נעשתה לפני שהתוכנית נכנסה לתוקף. מכל מקום, נטען, כי לא היתה הצדקה להרשיע את המערער בשימוש בכל המבנה אלא לכל היותר בשימוש בשטח המרפסת בלבד. לבסוף נטען, כי לנוכח השיהוי הרב בהגשת כתבי האישום היה מקום לביטולם מחובת הצדק. בהתייחס לגזר הדין נטען, כי הטלת צו הריסה מהווה חריגה ממדיניות הענישה המקובלת, כי יש בכך משום התעלמות מצורכי הדיור של המערערים וזכותם לקורת גג, וכי מטעם זה יש להורות על ביטולם של צווי ההריסה.

10. בעת הדיון לפנינו, טען ב"כ המערערים כי "כל הערעור עומד על נקודה אחת והוא פרשנות סעיף 11 לתקנון התכנית" (בע' 2 לפרוטוקול). בהמשך לכך הוסיף וטען טענה חדשה ולפיה תכנית המיתאר המקומית מ/113 קובעת, למעשה, כי גם קיבוץ צובה, על בתי המגורים שבו, וכן ישובים נוספים, כלולים באזור החקלאי בתחום התכנית. ב"כ המשיבה חלק על כך, ובתום הדיון ניתנה לצדדים אפשרות להגיש טיעונים משלימים והם עשו כן. המשיבה הודיעה כי לאחר שבחנה את טיעוני המערערים מצאה כי אין לטענותיהם אחיזה במציאות, כי לקיבוץ צובה תכנית מיתאר נפרדת, וכי התכנית בענייננו אף אינה גובלת בתחום של קיבוץ צובה. עוד נטען כי תכניות המיתאר המחוזיות, זו הקודמת וזו העדכנית, החלות על השטח, קבעו כי מדובר בשטח חקלאי פתוח, ולכן ככל שהתכנית המקומית עשתה ניסיון להכשיר בניה בתחום התכנית, אזי היא סותרת תכנית מחוזית. בעקבות הודעת המשיבה, חזר בו ב"כ המערערים מטענתו והסכים כי קיבוץ צובה אינו כלול בתחום התכנית. יחד עם זאת, עמד על טענתו כי הוראת המעבר מתירה את השימושים שהיו קיימים ערב אישורה של התכנית, ללא התנאה אם שימוש זה היה בהיתר בניה אם לאו, זאת גם בהינתן הוראות תכניות המיתאר המחוזיות.

דין והכרעה



11. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעורים להידחות.

12. לענין סעיף העבירה, לא ראינו לקבל את טענת המערערים. בענייננו מדובר בעבירה שמהותה היא, שימוש שנעשה במבנים שנבנו ללא היתר (גם אם השימוש שנעשה תואם את ייעוד המקרקעין על פי התכנית החלה), ההולם את הוראת ס' 204(א) לחוק התכנון והבניה. לגבי הוראה זו נקבע כי "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" (רע"פ 8986/06 סוז'ה נ' מדינת ישראל, 18.2.07, ור' גם רע"פ 924/08 גוטליב נ' מדינת ישראל, 30.3.08, רע"פ 2904/13 גדרי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה בני ברק, 11.6.13).

13. המערערים מוסיפים וטוענים כי טעה בית משפט קמא משקבע כי בניית המבנים השונים מושא כתבי האישום נעשתה ללא קבלת היתר בנייה, וזאת על סמך עדותו של מפקח הבניה שהעיד על כך. בהקשר זה נטען, כי לא היה מקום להסתפק בעדות זו אלא היה על המשיבה להגיש לבית המשפט את הראייה הפיזית שהיא תיק הבניין, אך הדבר לא נעשה. יש לדחות טענה זו. המשיבה הגישה לבית משפט קמא תעודת עובד ציבור של מפקח הבניה ולפיה לא קיים היתר בניה לאף אחד מן המבנים הנדונים. מפקח הבניה נחקר ומסר בעדותו כי מסקנתו מבוססת על בדיקה שערך בתיקי הבניין הרלוונטיים. בתום עדותו של מפקח הבניה, ולבקשת ב"כ המערערים, הורה בית משפט קמא לוועדה המקומית להעמיד לעיונו של ב"כ המערערים את תיקי הנכסים הנוגעים להליך. כפי שצוין בפסק דינו של בית משפט קמא, ב"כ המערערים לא מסר לבית המשפט מה היו תוצאות בדיקותיו ולא ביקש להגיש ראיה הסותרת את מסקנתו של מפקח הבניה. יתר על כן, וכפי שצוין בפסק דינו של בית משפט קמא, איש מן המערערים לא טען כי ניתן היתר בניה לאיזה מן המבנים, ובהודעותיהם שנגבו ע"י היחידה לפיקוח על הבניה מסרו, כי לא ניתן היתר בניה למבנים. יש בכל אלה משום ראיה מספקת, אם לא למעלה מכך, כדי לקבוע כי לא ניתן היתר בניה למבנים.

14. טענתם העיקרית של המערערים נעוצה, כאמור, בהוראת ס' 11 לתקנון תכנית מיתאר מקומית מי/113 הקובעת כדלהלן:

"לא ישמשו שום קרקע או בנין, הנמצאים באזור המסומן בתשריט לשום תכלית אלא לתכלית המפורטת ברשימת התכליות המותרות באזור שבו נמצאים הקרקע או הבנין, מלבד מקום משתמשים בקרקע או בבנין בשעת מתן תוקף לתכנית שימוש כל שהוא שונה משימוש המצוין ברשימת התכליות לגבי האזור שבו הם נמצאים - אפשר להמשיך ולהשתמש בקרקע או בבנין לאותה תכלית עד שיחול שינוי בהחזקתם או בבעלות על הקרקע או הבנין"

על יסוד הוראה זו טוען ב"כ המערערים שתכנית המיתאר מתירה מפורשות את השימושים שהיו קיימים ערב אישורה של התכנית, ללא התנאה אם שימוש זה היה על פי היתר אם לאו. עוד נטען כי יש לאמץ את כלל הפרשנות המקל עם הנאשם ולא המחמיר עימו, ולדחות את פרשנות המשיבה שלפיה רק מבנים שהוכח שהיה להם היתר לפני התכנית



ימשיכו לשמש למגורים אחרי אישור התכנית. נטען שמטרת הוראה זו היתה שלא לפגוע בשימושים קיימים בעת כניסת התכנית לתוקף, ולהגן על השימוש במקום המגורים.

15. גם דינה של טענה זו להידחות. מקובלת עלינו עמדתו של בית משפט קמא ולפיה פרשנותה הנכונה של ההוראה שבמחלוקת היא, כי התכנית מתירה המשך שימוש שנעשה ערב התכנית, רק מקום שימוש זה היה **שימוש כדין** על יסוד היתר שניתן למבנה, ואין בה כדי להכשיר שימוש שערב התכנית היה שימוש בלתי חוקי. על פי ההלכה, כל עוד לא ניתן היתר כדין למבנה, גם השימוש בו איננו כדין (זאת גם אם מדובר בשימוש התואם את התכנית החלה):

"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" (ענין גוטליב, שם).

וכן-

"ס' 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"... 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" (רע"פ 10782/07 עיאס נ' מדינת ישראל, 1.2.08).

אם כן, על פי הוראות החוק, כפי שפורשו, שימוש במבנה שלא ניתן לו היתר יהיה לעולם שימוש בלתי חוקי, כל עוד לא ניתן היתר למבנה התואם את השימוש. לפיכך, וכפי שקבע בית משפט קמא, השימוש במבנים ערב כניסת התכנית לתוקף היה בגדר עבירה על החוק. טענת המערערים כי יש בהוראת ס' 11 לתקנון התכנית כדי להכשיר כל שימוש, אפילו שימוש שנעשה שלא כדין במבנה שנבנה ללא היתר, ולמעשה להעניק חסינות מפני העמדה לדין לגבי כל שימוש במבנה בלתי חוקי בתחום התכנית, היא תוצאה המנוגדת לא רק לתכליותיו של חוק התכנון והבניה כפי שציין בית משפט קמא, אלא מנוגדת, למעשה, להוראות החוק, ואין לקבלה.

16. לחיזוק מסקנה פרשנית זו ניתן להפנות לסעיף 1.25 לתכנית העוסק ב"אזור חקלאי" (שהוא האזור שעליו בנויים הבתים) שקובע ש"לא תאושר כל בניה בשטח המוגדר בתכנית כאזור חקלאי. כל בקשה לשינוי יעוד של אזור חקלאי תובא לאישור הועדה לשמירה על קרקע חקלאית" (תוספת בכתב יד). כן ניתן להפנות לסעיף 27 לתכנית הקובע ש"לא יוקם בנין על קרקע שאינה מגרש בניה פרט למתקנים כגון...". הוראות אלה מחזקות את המסקנה שלא הייתה כל כוונה להכשיר בתכנית את כל השימושים הבלתי חוקיים שהיו קיימים ערב כניסת התכנית לתוקף חרף היעדרו של היתר בניה.



17. יש לדחות גם את יתר טענות המערערים. לענין מועד פרסום תכנית המיתאר המקומית, הגישה המשיבה את ילקוט הפרסומים ובו פורסמה הודעה בדבר אישור תכנית המיתאר, ביום 3.1.1980, ולא כנטען ע"י ב"כ המערערים. יש לדחות גם את טענות המערערים בכל המתייחס לביטול כתבי האישום מחובת הצדק בשל שיהוי שחל בהגשת כתבי האישום וזאת מן הטעמים שפורטו בפסק דינו של בית משפט קמא.

18. ולבסוף יש לדחות גם את טענות המערערים בכל המתייחס לצו ההריסה שניתן במסגרת גזר הדין. משהורשעו המערערים בעבירות של שימוש שלא כדין במבנים שנבנו ללא היתר, הורה בית משפט קמא על התאמת הבניה למצב התכנוני, אם בדרך של הריסה ואם בדרך של הכשרת המבנים. לצורך כך אף עיכב את ביצוע צו ההריסה לתקופה ממושכת של למעלה משנה וחצי, עד ליום 1.4.16. לא מצאנו בסיס להתערב בגזר הדין שנתן.

19. שני הערעורים, על שני ראשיהם, נדחים אפוא.

מזכירות בית המשפט תמציא פסק הדין לב"כ הצדדים ותוודא טלפונית קבלתם.

ניתן היום, ה' תמוז תשע"ה, 22 יוני 2015, בהעדר הצדדים.

אריה רומנוב, שופט

**ד"ר יגאל מרזל,
שופט**

**גילה כנפי שטייניץ,
שופטת**