



עפ"א 65965/05/20 - אבנר חדד נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 65965-05-20 חדד נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: 1454/17
לפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל
המערער
אבנר חדד ע"י ב"כ עוה"ד מוראד ביקי

נגד
המשיבה
מדינת ישראל

פסק דין

1. לפניי ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה (כב' השו' ג'אדה בסול) מיום 26.02.20, שניתן בתו"ב 28668-09-18 ולפיו הורשע המערער, על פי הודאתו, בעבירה של שימוש במקרקעין בסטייה מהיתר, במקרקעין שגודלם 85 מ"ר, הממוקמים ברח' משה שרת 40 חיפה, גוש 11582, חלקה 40, ושיעודם על פי ההיתר הוא למגורים, בעוד שהשימוש שנעשה בהם בפועל הוא לעסק סטודיו לספורט (להלן: "**הנכס**") ודינו נגזר. הערעור מכון נגד גזר הדין בלבד.

2. כתב האישום הוגש, נגד המערער שהוא הבעלים של המקרקעין (להלן: "**המערער**" או "**הנאשם**") ונגד שני נאשמים נוספים (**חברת "אי אמ אס קלאב בע"מ"**, ו-**מר רן רובין**), אשר שכרו את הנכס מהמערער, תמורת דמי שכירות חודשיים (להלן: "**השוכרים**"). הערעור הוגש רק על ידי המערער, ולא על ידי השוכרים.

3. על פי עובדות כתב האישום, החל מתאריך 08.05.2017, השתמש הנאשם (בהיותו הבעלים) במקרקעין המיועדים למגורים בסטייה מהיתר, תוך שהפך את המקום לעסק סטודיו לספורט. עוד נרשם בכתב האישום, כי הנאשם לא הפסיק את השימוש האסור, גם לאחר שנשלחה אליו התראה באותו היום (08.05.2017). כן צוין, שעוד ביום 31.07.2016, הוגשה בקשה ללגליזציה אך נכון למועד הגשת כתב האישום, טרם הוצא היתר.

4. בגין האמור לעיל יוחסו למערער בכתב האישום (שהוגש ביום 14.12.2017), עבירות של שימוש בסטייה מהיתר בנייה, ואחריות לשימוש בסטייה מהיתר, לפי סעיפים 204 (ב), 208(א)(1)+(2)+(3)+(7) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**").

5. יצוין, כי במועד תחילת העבירה (08.05.2017) טרם נכנס תיקון 116 לחוק לתוקפו (הוא נכנס לתוקף רק ביום 25.10.2017) ועל כן ההתייחסות בפסק דין זה, היא לסעיפי החוק, כפי שהיו לפני תיקון 116.

ההליך שהתנהל בפני בית משפט קמא

עמוד 1



6. בתחילת ההליך, ביקשו השוכרים האחרים לעכב את ההליכים נגדם. המאשימה תמכה בבקשתם והיא התקבלה. ביום 3.01.2019 ניתנה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, החלטה המעכבת את ההליכים נגדם בתיק זה. גם המערער הגיש בקשה לעיכוב הליכים, אך המאשימה התנגדה, ובקשתו נדחתה. המערער כפר בעובדות כתב האישום והתיק נקבע להוכחות, לגביו.

7. בישיבה שהתקיימה ביום 15.07.19, העיד המפקח אלכס קצבמן ולאחר שמיעת עדותו ובטרם תחילת דיון ההמשך שנקבע ליום 19.01.20, ולאחר ניהול דיון בלתי פורמלי, חזר בו המערער מכפירתו, והודה בעובדות כתב האישום.

8. בהתאם להודאתו ניתנה במועד הדיון (19.01.20) הכרעת דין המרשיעה אותו בעבירות שצוינו בכתב האישום (כפי שפורטו לעיל) והטעונים לעונש נקבעו למועד אחר.

9. יש לציין, כי בהכרעת הדין נרשמה גם הרשעה לפי סעיף 145 (א)(2), על אף שסעיף זה אינו מופיע בכתב האישום, הצדדים לא טענו בעניין סעיף זה, ונראה כי נפלה, בעניין זה, טעות סופר בהכרעת הדין. כמו כן, בהכרעת הדין, נרשמה הערה לפיה הסעיפים המופיעים בה, הם לפי מספורם לפני תיקון 116 לחוק.

גזר דינו של בית משפט קמא ונימוקיו

10. בית משפט קמא קבע בסעיף 41 לגזר דינו מתחם ענישה, לגבי המערער, הנע בין קנס בסך 20,000 ₪ לבין קנס בסך 70,000 ש"ח וגזר על המערער את העונשים כדלקמן:

א. קנס בסך 30,000 ש"ח או 300 ימי מאסר תמורתו.

ב. התחייבות כספית על סך 120,000 ₪, בתוקף לשנתיים החל ממועד חתימתה, להימנע מביצוע עבירה על הוראות חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 בהן הורשע בתיק זה.

11. בסעיף 13 לנימוקי גזר הדין, הדגיש בית משפט קמא, כי אין לקבל את טענת המאשימה כי המועד הקובע לבחינת תוקפו של תיקון 116, הוא מועד הגשת כתב האישום (14.12.17), אלא ברי כי המועד הקובע לבחינת החוק, הוא מועד ביצוע העבירה (08.05.17) ונוכח כך, תיקון 116 לא חל במקרה דנן, ואין להחילו באופן רטרואקטיבי.

12. עם זאת, הובהר בסעיף 14 לגזר הדין, כי אין כל פגם בשינוי גישת המאשימה שבעבר היתה מתונה יותר וכיום מחמירה יותר, ובעתירתה לרף ענישה גבוה יותר מבעבר וזאת, ללא קשר לתיקון 116 לחוק.



13. בית משפט קמא קיבל את טענת המאשימה כי יש להחמיר עם הנאשם (המאשימה עתרה בתיק זה, לרף ענישה הנע בין 70 ל- 80 אלף ₪), לאור העובדה, שמדובר ב"שחקן חוזר" שבקיא בתחום התכנון והבנייה, ושאינ זה ההליך היחיד או הראשון אשר מתנהל בעניינו, תוך שבאופן שיטתי הוא פועל, תחילה, באופן בלתי חוקי ורק לאחר מכן, הוא פונה בבקשות לרישוי והיתרים.

14. בית משפט קמא הוסיף והדגיש, כי תיקון 113 לחוק העונשין, שמטרתו הלימה בין חומרת מעשה העבירה על נסיבותיה ואשם הנאשם, לבין חומרת העונש שיוטל עליו אשר מבטא את עיקרון הגמול, מאפשר להחיל עונשים ברף הגבוה של המתחם וזאת גם טרם תיקון 116, הכל בהתאם לנסיבות המקרה.

15. בית משפט קמא הבהיר, כי אין לקבל את טענת המאשימה כי מדובר בעבירה שנמשכה 19 חודשים כולל חודשים רבים נוספים לאחר מועד הגשת כתב האישום, וציין בסעיף 30 לגזר הדין, כי תקופת העבירה מוגבלת עד למועד הגשת כתב האישום ולא לאחר מכן (ממאי 2017 עד דצמבר 2017). נקבע, כי המאשימה לא הצליחה להוכיח שהעבירה נמשכה מעבר למועד זה, וכי היא אינה יכולה להסתמך על עדותו של המפקח מיום 15.07.2019 שהעיד כי הגיע למקום העבירה שוב רק בחודש יולי 2019, וראה כי במקום **אין** כבר עסק, אלא דירה יפה ומשופצת למגורים.

16. כן נקבע, במסגרת גזר הדין, כי עדותו של המפקח מחודש יולי 2019, איננה מחזקת את טענות המאשימה בדבר הימשכות העבירה לאחר הגשת כתב האישום, והעובדה שהמפקח הגיע לבקר במקום שוב רק בחודש יולי 2019, והעיד כי באותו החודש לא ראה שם עסק, אלא דירת מגורים, איננה אומרת, שבכל החודשים מאז ביקורו הקודם בשנת 2017 ועד חודש יולי 2019 היה במקום עסק שפעל בניגוד להיתר.

17. בהתייחס להיקף השימוש, נפסק, כי אין לקבל את טענתו של הנאשם שטען כי השימוש האסור בנכס בוצע רק בהיקף ובחלק קטן מהנכס (12 מ"ר בלבד, מתוך 85 מ"ר) תוך שבשאר הנכס גר השוכר האחר. נקבע, כי לאור הודאתו של הנאשם בעובדות כתב האישום כפי שנרשמו בגין מלוא השימוש בנכס (85 מ"ר) ומבלי שהוצגה כל ראיה הסותרת את האמור בעובדות כתב האישום, לא ניתן לקבל את טענתו של הנאשם בגין היקף שימוש נמוך מזה שנרשם בכתב האישום.

טיעוני הצדדים בערעור

טיעוני המערער

18. המערער טען, כי טעה בית משפט קמא, כאשר הטיל עליו קנס בסך 30,000 ₪, והתחייבות בסך 120,000 ₪. לדידו, מאחר שתיקון 116 לחוק, אינו חל במקרה זה, העונשים שהוטלו עליו חורגים באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת לפני תיקון 116 והם אינם מידתיים, ובניגוד לפסיקה הנוהגת.

19. לטענתו, על אף שבית משפט קמא קבע כי תיקון 116 לחוק אינו חל על המקרה דנן ואין להחילו באופן



רטרואקטיבי, בפועל הוא גזר את הדין כאילו התיקון חל.

20. עוד טען המערער, כי העונשים שהוטלו עליו, אינם עולים בקנה אחד, עם משך ביצוע העבירה, שכן, מדובר בעבירה שבוצעה במשך שבעה חודשים בלבד (עד ליום הגשת כתב האישום), והיה על בית משפט קמא להתחשב ולהביא בחשבון נתון משמעותי זה, אשר משפיע רבות על הרווח שצמח לו מביצוע העבירה.

21. לטענתו, העונשים שהטיל עליו בית משפט קמא, אינם סבירים ביחס לדמי השכירות שקיבל מהנכס. ובית המשפט לא התחשב בכך שטובת ההנאה ממנה נגזר שיעורו המקסימלי של הקנס שניתן להשית לפי סעיף 63 (א) לחוק העונשין, היא טובת ההנאה אשר הושגה בפועל על ידי ביצוע העבירה, ולא טובת הנאה פוטנציאלית שיכול היה הנאשם להשיג. לדידו, טובת ההנאה שהופקה כתוצאה מביצוע העבירה היא השבחת הנכס.

22. עוד טען המערער, כי התנהלותה של המאשימה במקרה דנן, היא התנהלות תמוהה, מפלה ובלתי צודקת, שכן, מצד אחד, המאשימה תמכה בבקשת השוכרים לעיכוב הליכים והסכימה שלא יוטל עליהם כל קנס ושההליכים בגינם יבוטלו, תוך שקיבלה את טענותיהם שמדובר בעסק מזערי, שהתנהל בהיקף מצומצם מאוד, בסטודיו שהיקפו חדר אחד בלבד, מתוך דירת המגורים, וכי מיד לאחר הגשת כתב האישום הנאשמים עזבו את דירת המגורים ועברו למקום אחר, ומנגד, התנגדה לעיכוב ההליכים נגד המערער עצמו, תוך שעתרה להטלת עונשים כבדים עליו, וזאת תוך אפלייתו לעומת השוכרים, למרות שהמערער עצמו הוא שפעל לצורך הפסקת העבירה בנכס, שלח התראה לשוכרים והבהיר להם שעליהם לחדול ממעשיהם ולפנות את הנכס.

23. נטען, כי התנהלות מפלה זו, אף שומטת את הקרקע תחת טענתה השקרית של המאשימה, כי העבירה נמשכה בנכס חודשים רבים, גם לאחר מועד הגשת כתב האישום, וברי, כי מדובר בטענה חסרת שחר שנטענה בחוסר תום לב, ולא בכדי סירבה המאשימה לצרף לתיק את חוות הדעת שהוכנה מטעמה, לצורך בחינת עיכוב ההליכים נגד השוכרים.

24. המערער הדגיש, כי עצם סירובה של המאשימה לצרף את חוות הדעת לתיק בית המשפט, למרות שהוא ביקש במפורש שהמאשימה תצרף חו"ד זו, פועלת לחובת המאשימה, ותומכת בטענתו בהתאם לדיני הראיות, ועל בית משפט קמא היה להביא זאת בחשבון לקולא במסגרת שיקוליו.

25. עוד טען המערער, כי המאשימה עצמה הסכימה בבית משפט קמא, בהתייחס לשוכרים כי העבירה בוצעה ב-12 מ"ר בלבד מתוך 85 מ"ר מהנכס, והיה על בית משפט קמא להתייחס ולהתחשב גם בכך, לצורך הדיון בעניינו הוא.

26. המערער הוסיף וטען, כי בית משפט קמא לא איזן ולא שקל כראוי את הנסיבות לקולא במקרה דנן, לא התחשב בכך שמדובר בשימוש בנכס קטן מאוד מבחינת גודלו שנמצא ברף הנמוך של הענישה בהתאם לפסיקה, ובכך שיש לעשות הבחנה בין נכסים שגודלם מעל 100 מ"ר לבין נכסים שגודלם מתחת ל-100 מ"ר נוכח השוני הרב ברווח הכלכלי שניתן להפיק בגינם.



27. המערער הדגיש, שהמאשימה לא המציאה חו"ד שמאי לצורך הוכחת הרווח שהופק מהעבירה, ולא הוכיחה את רכיב הנזק, וטען כי בית משפט קמא הטיל עליו עונשים שרירותיים ובלתי סבירים, שאינם עולים בקנה אחד עם הפסיקה הנוהגת, מבלי שהונחה בפניו כל תשתית עובדתית, ומבלי שנימק כיצד חישב את הסכומים הכבדים שהושתו עליו. כן נטען כי בית משפט קמא חרג מסמכותו, כאשר הטיל עליו התחייבות בסך 120,000 ₪, בעוד שהקנס המקסימלי שניתן להטיל לפי סעיף 72 לחוק העונשין הוא 79,900 ₪ בלבד.

טיעוני המאשימה

28. המאשימה סומכת ידה על גזר דינו של בית משפט קמא, וטוענת כי לא נפל בו כל פגם, וכי העונשים אשר הוטלו על המערער, הם מידתיים; אינם חורגים ממתחם העונש הסביר; ועולים בקנה אחד עם הפסיקה, ועם ההחמרה במדיניות הענישה, כפי שבאה לידי ביטוי עוד בטרם נכנס תיקון 116 לחוק לתוקפו.

29. לטענתה, צדק בית משפט קמא, כאשר הביא בחשבון את ההחמרה בגישת המאשימה לענישה בעבירות מסוג זה, תוך שהתייחס בנסיבות הספציפיות לכך שמדובר ב"שחקן חוזר" שהוא הבעלים של מספר נכסים, אשר מבצע עבירות כאלה, באופן שיטתי, בנכסים נוספים שבבעלותו, ללא מורא מפני החוק. נגד המערער נפתחו מספר רב של הליכים דומים, ולדידה יש להחמיר עם המערער בטווח מתחם העונש ההולם, וזאת במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין, ללא כל קשר לתיקון 116 לחוק התכנון והבנייה.

30. המאשימה חזרה על טענותיה כפי שנטענו במסגרת תיקים עפ"א 65990-05-20 ו-עפ"א 66011-05-20 והבהירה, בהתייחס לחוות הדעת שהגישה ליועמ"ש, בעניין הבקשה לעיכוב הליכים של השוכרים, אותה סירבה להמציא, כי מדובר במסמך פנימי שאינו חלק מחומר החקירה ואינו רלוונטי לעניינו של המערער.

31. הוסיפה המאשימה וטענה, כי אין כל בסיס לטענתו של המערער כי היקף השימוש בעבירה הוא 12 מ"ר בלבד. הובהר, כי במסגרת ההליכים שהתנהלו נגד השוכרים, לא נטען על ידי השוכרים, כי מדובר בהיקף שימוש קטן מ-85 מ"ר, וציינה כי על פי הסכם השכירות, כל הדירה הושכרה לשוכרים לצורך ניהול עסקם, תמורת דמי שכירות בסך 8,500 ₪ לחודש.

דין והכרעה:

32. לאחר ששקלתי את כל אשר בפניי ואת טיעוני הצדדים הגעתי למסקנה כי יש לקבל את הערעור בחלקו.

33. ראשית אומר, כי בדין נדחתה טענת המערער לגבי שטח הנכס בו נעשה שימוש חורג. טענה זו מנוגדת לאמור בכתב האישום, בו הודה המערער ולא ניתן לקבלה. מעבר לכך אציין, כי גם הובהר עובדתית, כי אין בה ממש, שכן כל הדירה (על פי החוזה - בשטח של 100 מ"ר) הושכרה לשוכרים ולא רק חלק ממנה. בהסכם השכירות נכתב כי בדירה



ינוהל עסק ואין "למדוד" ולהביא בחשבון רק חדר אחד בו מתבצעת פעילות ספורטיבית, כפי שניסה המערער לעשות, בניגוד לאמור בכתב האישום הו הודה.

34. חלק ניכר מהטענות שהועלו על ידי ב"כ המערער בערעור זה הועלו על ידו גם בשני ערעורים נוספים שהוגשו על ידו ואשר נדונו על ידי, ביום 24.6.20 [עפ"א 65990-05-20 ו-עפ"א 66011-05-20]. טיעוני המערער, שם, נדחו על ידי למעט לעניין גובה ההתחייבות העצמית.

35. צדק בית משפט קמא בקבעו, כי המערער הוא "שחקן חוזר" ולכן יש להחמיר בעונשו. אין חולק שהמערער הוא בעלים של נכסים רבים וכי, שוב ושוב, הוא עושה בהם שימוש בניגוד לחוק התכנון והבנייה וכי כתבי אישום רבים שהוגשו נגדו, בעבירות דומות וגזרי דין קלים שניתנו בגינם, לא הרתיעו אותו מלשוב ולנהוג באותו אופן.

לפיכך, היה מקום לגזור על המערער עונש מרתיע, כפי שקבע בית משפט קמא. ראו לעניין זה, סעיף 40' לחוק העונשין, הקובע כי **"מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם"**.

36. בית משפט קמא ציין, בצדק, שאין פסול בכך שהמאשימה שינתה את רמת הענישה לה היא טוענת. המאשימה רשאית לדרוש החמרה של מדיניות הענישה ובית המשפט רשאי להיעתר לכך אם הנסיבות מצדיקות זאת ובלבד שלא תהא החמרה **יתירה**, לעומת הענישה שנהגה קודם לכן.

37. על בית המשפט הגוזר את הדין לתת דעתו לרף הענישה המקובל ולעיקרון אחידות הענישה, שמטרתו היא להבטיח (ככל שניתן) שיוויון בין נאשמים בפני החוק ושמירת אמון הציבור בהליך הפלילי. עם זאת, בית המשפט לעולם אינו כבול לרף הענישה הנוהג. לעיתים מתעורר הצורך להעלות את רף הענישה ובית המשפט מוסמך לעשות כן, אולם יש לעשות זאת באופן הדרגתי.

ראו, בעניין זה, דברים שנאמרו בע"פ 2247/10 שלום ימיני נ' מדינת ישראל, סד(2) 666 (2011) (12.01.2011), כדלקמן: "מובן הדבר שאין בית המשפט כבול לעולם לרף הענישה הנוהג, ופשיטא כי רשאי בית המשפט, כשהשעה צריכה לכך, להחמיר ולהעלות את רף הענישה. יש מהפכות המתחילות מלמטה, ופעמים שהעלאת רף הענישה בעבירה כזו או אחרת נעשית על ידי הערכאות הדיוניות וזוכה בדיעבד לגושפנקא של בית משפט זה. ככלל, העלאת רף הענישה צריכה להיעשות בהדרגתיות, תוך בחינה כפולה של רף הענישה הנוהג, הן ביחס לעבירות הקונקרטיות שבפניו, והן ביחס לעבירות אחרות בדיני העונשין. הצורך בבחינה כפולה מעין זו הוא ברור: הבחינה האחת נדרשת על מנת לשמור על עקרון אחידות הענישה, למען יושתו עונשים דומים על אלה המבצעים עבירות דומות (בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה). הבחינה השניה נדרשת על מנת לשמר קיומו של מדרג ענישה הגיוני בין העבירות השונות, כך שלא ייווצר מצב בו פלוני אשר הורשע בעבירה מסוימת, ישא בעונש כבד מאלמוני אשר הורשע בעבירה חמורה יותר". כן ראו: ע"פ 8279/11 טל מור נ' מדינת ישראל (01.07.2013).



38. לא כך נהג בית משפט קמא במקרה זה. הקנס שהושת על המערער במקרה זה וכן סכום ההתחייבות, גבוהים מאלה שנגזרו על המערער בשני התיקים האחרים, זאת - על אף שלא מצאתי כי מתקיימות כאן נסיבות חמורות יותר מאשר בשני התיקים האחרים.

גם בהתחשב בצורך להחמיר בענישת המערער, נוכח כלל הנסיבות, הרי במקרה זה, החמיר בית משפט קמא עם המערער יתר על המידה.

זאת - הן לאור הקנסות שהוטלו בשני התיקים האחרים (אותם מצאתי סבירים) והן נוכח כך שבמקרה זה עוכבו ההליכים נגד השוכרים, דבר היוצר פער ניכר יותר בינם לבין המערער.

39. בנסיבות אלה אני מקבלת את הערעור, באופן שגזר הדין שניתן על ידי בית משפט קמא ישונה, כדלקמן:

א. במקום קנס בסך 30,000 ₪ יבוא קנס בסך 15,000 ₪ או 150 ימי מאסר תחתיו.

הקנס ישולם ב- 10 תשלומים שווים ורצופים בני 1,500 ₪ כ"א החל מיום 1.8.20.

ככל ששולם סכום כלשהו על חשבון הקנס שהושת על ידי בית משפט קמא, הוא ינוכה מהתשלומים האחרונים.

אי תשלום אחד התשלומים, במלואו ובמועדו, יעמיד את יתרת הקנס לפרעון מיידי.

ב. במקום התחייבות על סך 120,000 ₪ תבוא התחייבות על סך 40,000 ₪.

ההתחייבות עליה חתם המערער בתיק זה תבוטל ובמקומה יחתום המערער על התחייבות בסך 40,000 ₪. שאר תנאי ההתחייבות כפי שנקבעו על ידי בית משפט קמא, יישארו בעינם.

ככל שלא יחתום - ייאסר למשך חמישה ימים.

המזכירות תמציא פסק דין זה לצדדים ותסגור את התיק.

ניתנה היום, כ"ד תמוז תש"פ, 16 יולי 2020, בהעדר הצדדים.