



עפ"א 18117/06/21 - יאיר מאירפלד, מלון מרום חיפה בע"מ נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 18117-06-21 מאירפלד ואח' נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופטת אילת דגן

מערערים

1. יאיר מאירפלד

2. מלון מרום חיפה בע"מ

-נגד-

משיבה

מדינת ישראל

פסק דין

1. לפני ערעור על פסק דינה של כב' השופטת ג'אדה בסול מיום 26/4/21 שניתן בתו"ב 65211-01-19 במסגרתו הורשע המערער בעצמו והחברה שהוא בעל שליטה בה, בעבירות לפי חוק התכנון והבניה התשכ"ה-1965.

על המערער הושת קנס בסך 8,000 ₪ ועל המערערת בסך 12,000 ₪; התחייבות ע"ס 100,000 ₪ להימנע מביצוע עבירה לפי חוק התכנון והבניה וכן צו הפסקת שימוש והריסה.

הערעור נסב על עצם ההרשעה ועל חומרת העונש.

טענות הצדדים

2. המערערים טוענים לכשל בייצוג שהביא להרשעתם. בתחילת ההליך יוצגו המערערים על ידי עו"ד אלדד בן הרוש. נטענו טענות הגנה מן הצדק והוצגו ראיות ותמונות. עקב מחלוקות בין המערער לבין עורך דינו החליף המערער את הייצוג לעו"ד רון ברנט. לטענת המערער עו"ד ברנט לא עשה מאמץ לייצגו כשורה שעה שלחץ עליו לוותר על טענת האכיפה הבררנית ולהסכים להסדר דיוני מבלי שהסביר לו את משמעותו.

3. לטענת המערערים כתב האישום הוגש שלא כדין. הוא הוגש בניגוד להנחיות משרד המשפטים מיום 2/1/11 ולא נופל בגדר החריגים שבריענון ההנחיות מיום 23/6/14. המערער טוען שבהתאם להנחיה, על תובע המבקש להגיש כתב אישום בעבירת שימוש שלא כדין בבניה שלא כדין שהתיישנה, לקבל מראש ובכתב אישור המחלקה, דבר שלא נעשה בענייננו.

4. המערער טוען כי לא נערך לו שימוע ולא נשקל הסדר מותנה לפי תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982. ובכלל הנכס הוא בבעלות מאירפלד השקעות ניהול ויזום בע"מ ועל כן לכל היותר ניתן היה להורות על הפסקת שימוש אך לא על הריסה.

חלק מהכשל בייצוג הוא אי העלאת טענות אלו.



5. המערערים טוענים כי בית המשפט התעלם בפסק דינו מהטענה בדבר הגנה מן הצדק, שיהיו ניכר ואכיפה בררנית.

לטענת המערער עמדו בפני בית המשפט צילומים שתומכים בטענה של אכיפה בררנית בהשוואה למלונות אחרים בעיר. כך למשל הוצגו תמונות של מלון וילה כרמל עם חריגות ועבירות בניה אך שם לא נעשה דבר, לפי הטענה כך גם לגבי מלון דן כרמל, מלון קולוני. בית המשפט לא התייחס בפסק הדין לאכיפה הבררנית שהייתה צריכה להביא לביטול האישום.

6. אשר לגובה הקנס, נטען שהמערער והמערערת הם אותו כיס והסכום גבוה וחריג ביחס למתחם הענישה המקובל.

7. המשיבה סומכת ידיה על פסק הדין דלמטה. חלק מהטענות כאן הן טענות חדשות שלא הועלו בבית משפט קמא ולא נבחנו שם ועל כן לא ניתן להעלותם לראשונה בערעור.

בדיון שהתקיים ב-15/1/18 הודו המערערים בכל העובדות המפורטות בכתב האישום אך העלו טענה של הגנה מן הצדק הנוגעת לאכיפה בררנית כאשר בדיון מיום 26/4/21, לאחר שמיעת אשת המערער ולאחר ביקור במקום של בית המשפט, ולאחר שנועצו בבא כוחם ביקשו לסיים את ההליך תוך שויתרו מרצונם ולאחר ששקלו בדבר, על טענת ההגנה מן הצדק ובהתאם בית המשפט לא הכריע בה.

בית המשפט של ערעור צריך לבחון אם יש טעויות בפסק הדין ולא להחליף את בית המשפט ולהכריע במה שלא התבקשה הכרעה.

דין והכרעה

8. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים וההשלמות בדיון מיום 11/7/21, דין הערעור להידחות והכל מהנימוקים שלהלן.

9. אבהיר תחילה מושכלות יסוד לפיהן בית המשפט לערעור אינו משמש זירה לניהול "משפט חוזר" תחת בית משפט קמא. על בית המשפט שלערעור לבחון אם נעשו טעויות בקביעת המסקנות על סמך הממצאים שהוכחו בפני הערכאה המבררת. אין מקום להעלאת טענות חדשות שניתן היה להעלות והמערערים לא העלו ולא נבחנו על ידי בית המשפט.

אלו הם פני הדברים בענייננו.

רקע עובדתי



10. ביום 5/9/16 הוגש כתב אישום בגין שני אישומים. האחד עבירת שימוש בסטייה מהיתר הבניה מס' 47/70/1 והשני עבירת שימוש ללא היתר במבנים שנבנו ללא היתר ברח' פלמ"ח 51, מלון מרום.

מדובר בשימוש בסטייה מהיתר בחצר מפולשת בשטח כ-80 מ"ר לצרכי חדר ישיבות, שימוש במקלט בשטח 24 מ"ר לצרכי חדרי שירותים לאורחי בית המלון, שימוש ללא היתר במבנה שנבנה ללא היתר בשטח 6 מ"ר לצרכי מחסן, שימוש ללא היתר במבנה שנבנה ללא היתר בשטח 18 מ"ר לצרכי חדר מקררים וסגירה ללא היתר של אדנית פתוחה כך שצורך שטח של מרפסת פתוחה ללובי בית המלון.

כך, המערערים עושים שימוש בסטייה מהיתר ושימוש ללא היתר בשטח כולל של כ-173 מ"ר לצרכי בית המלון (שימוש עסקי).

11. המערערים היו מיוצגים על ידי עורך דין מתחילתו של ההליך ועד סופו הגם שהחליפו את המייצג במהלך ניהול התיק.

12. בדיון מיום 15/1/18 הודו המערערים בעובדות כתב האישום. הם אישרו שהמצב העובדתי הוא זה המתואר לעיל אלא שהעלו טענת הגנה מן הצדק הנוגעת לאכיפה בררנית.

בפברואר 2018 הגיש ב"כ המערערים בקשה לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. המשיבה הגישה תגובה מפורטת ובית המשפט קמא נתן החלטה ביום 27/1/19 בה קבע את התיק להוכחות (לעניין האכיפה הבררנית).

בישיבת הוכחות בעניין זה, מיום 10/9/19 העידה גב' מרינה מאירפלד, רעייתו של המערער, על נסיבות ביצוע עבירות הבניה וטענה כי לדעתה לא בוצעה אכיפה דומה ביחס למלון וילה כרמל. במהלך הדיון הובהר למערערים על ידי בית המשפט כי לטעמו (ומתוך שטיפל בתיק והכירו) נראה כי מדובר בנכסים בהן בוצעה אכיפה מלאה ורוחבית באמצעות צווים מנהליים וקנסות וכתבי אישום.

לאחר הישיבה ולאחר החלפת עורך דינם, התנהל דין ודברים בין הצדדים.

ביום 6/8/20 ערך בית המשפט ביקור במקום שתאר בפרוטרוט את עבירת השימוש בסטייה מהיתר ושימוש בבנייה ללא היתר מלכתחילה. ב"כ המערערים ביקש לחקור את ארבעה מפקחי הבניה (שניים מהם שטיפלו במלונות אחרים, לצורך ביסוס טענת האכיפה הבררנית) וכך, התייצבו כולם לישיבת 26/4/21

במועד הישיבה, לאחר דיון לא פורמאלי החליט בא כוחם, בהתייעצות עמם מחוץ לאולם, לא לנהל את המשך ההוכחות כך שהתיק יסתיים באופן שהמערערים יפסיקו את השימוש בסטייה ויתאימו את השימוש להיתר הקיים בפועל.

במעמד הדיון הגיעו הצדדים להסכמה רק לגבי צו ההריסה שיעוכב לשנה כדי לאפשר למערערים להתארגן



להריסה עצמית ואת עניין האדנית - השאירו לשיקול דעת בית המשפט. לאחר הפסקה נוספת להתייעצות, ביקש בית המשפט מהמערער לאשר בעצמו שהוא אכן מבקש לסיים את התיק בדרך זו, וכך היה.

המצב הנורמטיבי ויישומו על ענייננו,

13. טענת הכשל בייצוג- זו למעשה הטרוניה העיקרית של המערערים וממנה מסתעפים שאר הטענות.

14. הפסיקה קובעת כי שימוש בעילת הכשל בייצוג ייעשה במשורה לצורך בחינה מחודשת של ההליך במקום שהוכח כי קיים חשש לעיוות דין.

היעתרות לטענה בערכאת ערעור עלולה להתיר את הרסן בניהול מחודש של כל הליך שהמפסיד בו לא משלים עם פסק הדין על דרך גלגול האשם על עורך דינו (מבלי שעורך הדין המוכפש הוא צד לערעור ויכול להישמע). מן הדין שהשימוש בטענת הכשל ייעשה בשום שכל ויתקבל רק במקרים חריגים במיוחד.

כך, על הטוען שנגרם לו עיוות דין בשל ייצוג משפטי לא הולם מוטל להוכיח ברף הוכחה גבוה כי אלמלא מהלך מוטעה, אפשר שבית המשפט היה מגיע לתוצאה שונה. במילים אחרות, האם קיים חשש סביר כי הפגיעה בזכות הנאשם השפיעה על שיקול הדעת השיפוטי כך שגדלה הסבירות להרשעת שווא.

כמו כן על בית המשפט לשאול עצמו האם השגת צדק ומניעת עוות דין מחייבים את תיקון המשגה. הפסיקה קובעת כי לא די בהעלאת הטענה בדבר האופן בו נוהלה ההגנה בערכאה הדיונית,

בהתאם לפסיקה, על הטוען לאכיפה בררנית לעמוד במבחן משולש. תחילה עליו להראות כי עניינם של אותם אחרים דומה עובדתית לענייניו באופן המצדיק התייחסות מקבילה בשאלת הגשת כתב אישום נגדם. מצב זה כונה בפסיקה קבוצת שוויון. בשלב השני, עליו להראות כי אי נקיטת הליכים כנגד האחרים באותה קבוצת שוויון היא בבחינת אכיפה בררנית פסולה, להבדיל ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. ככל שהוכחו שני שלבים אלו, יש לבחון אם הדבר מחייב את ביטול האישום או זיכוי הנאשם או שמא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר, כגון התחשבות במישור הענישה. ראו ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 775.

15. בענייננו, טענת ההגנה מן הצדק נטענה בהשוואה למלונות אחרים תוך שהראיות שהומצאו על ידי המערערים היו צילומים ספורדים של מלונות אחרים בחיפה. המערערים לא הוכיחו באלו חריגות מדובר, מה היקפם, איזה שימוש נעשה, לאיזה תקופה, ומה התמונה המלאה של ההליכים שננקטו ביחס לכל אחת מהחריגות הנטענות. בתשובת המשיבה לבקשה לביטול כתב האישום מחמת אכיפה בררנית, ניתן פירוט ביחס לכל אחד מהמלונות הנטענים. המשיבה השיבה כי לפי בדיקות מפקחי הבנייה, נגד חלקם לא נמצאו עבירות או תלונות ונגד אחרים הוגשו כתבי אישום באופן שלא הוכחה אכיפה בררנית.

לשם ביסוס הטענה ביקשו המערערים לחקור את המפקחים ולשם כך נועדה ישיבת 21/4/21 אלא שבאותה ישיבה נמלכו בהם המערערים וביקשו לסיים את התיק.



16. באותה ישיבה מיום 21/4/21, הצהיר ב"כ המערערים לפרוטוקול כי: **"לאחר הדין הלא פורמאלי ולאחר דין ודברים מול חברתי ומנהלת התביעה וכן לבעלי התפקידים במחלקה לפיקוח ורישוי על הבנייה ועל אף תחושת בטן קשה מאד של מרשי כי הם קרבן לאכיפה בררנית וכי כלפי מלונות אחרים בעיר לא נקטת יד קשה כפי שננקטה כלפיהם, נסכים לסיים את התיק היום, כך שהנאשמים יפסיקו את השימוש בסטייה מהיתר ויתאימו את השימוש להיתר הקיים בפועל."**

לאחר דברים אלו, לא הסתפק בית המשפט בהצהרת עורך דינם וביקש לשמוע את הנאשם עצמו. הנאשם אמר: **"אני מאשר את דברי ב"כ, על אף התחושה הקשה שבמקומות אחרים המאשימה לא נוקטת ביד קשה כפי שהיא מדקדקת אתנו. מדובר בבנייה שקימת 50 שנה וזה משהו שהיה מהתחלה. זה היה תמיד מוסכם ופתאום לא והשתנה המצב. היתה ישיבה ופתאום בא ולא מצא חן בעיניו ומרגע זה פתאום לא הוסכם"**

17. מהאמור לעיל עולה כי אין מדובר בייצוג כושל בו לא עמד המערער על זכויותיו או כי עורך דינו פעל בניגוד לעמדתו. להיפך. המערער היה מעורב בהליך, הביע עמדתו בקולו כי קשה לו עם התחושה (הסובייקטיבית) שמתבצעת אכיפה בררנית. מדובר באדם בוגר עם שיקול דעת שבחר לסיים את ההליך לא מתוך חוסר מודעות לזכויותיו אלא מתוך ויתור מודע על טענת ההגנה מן הצדק, בין אם האמין בה או בין אם הבין את המצב המשפטי שהוסבר לו, בתקווה שבית המשפט יתחשב בגזירת העונש בטענותיו.

הטענה בדבר לחץ שהופעל לכאורה על המערער לסיים את התיק היא טענה עובדתית. היא לא באה לידי ביטוי ולו ברמז בפני בית משפט קמא בכל שלב. הטענה שהועלתה בפניי בישיבת הערעור מיום 11/7/21 לפיה לכאורה ביקש המערער שהות של שלושה ימים לשקול בעניין, היא טענה כבושה שאין לה זכר בפרוטוקול בבית משפט קמא (ואף לא בכתב הערעור). להיפך בישיבה בבית משפט קמא, כפי שפורט, יצאו הצדדים פעמיים להתייעצויות. בית המשפט כאמור לא הסתפק בהודעת בא כוח המערערים אלא רצה לשמוע מהמערער עצמו כי הוא מוותר על טענת האכיפה הבררנית. המערער הצהיר שהוא מוותר בלב כבד מתוך שקילת הדברים והעדפת האופציה של סיום התיק בענישה מדודה יותר.

ואכן בפועל, בית משפט קמא התחשב באופן סיום התיק בדרך זו בעת שגזר את העונש (ומחל על ענישה בגין האדנית במרפסת וסגירתה). כך, נראה כי טענת הכשל בייצוג נולדה מאכזבה מאחרת מתוצאות פסק הדין או חרטה בדיעבד על בחירתם של המערערים לסיים את התיק בדרך זו ולא מתחושה כנה של כשל בייצוג או לחץ שלא איפשר לשקול את הדברים מתוך בחירה חופשית, בזמן אמת.

מכל מקום ומבלי להתווכח עם תחושות סובייקטיביות, המערערים לא צלחו את דרישות הפסיקה לצורך קבלת הטענה.

18. לעניין הגשת כתב אישום בחוסר סמכות או בניגוד להנחיות, הדבר לא נטען ולכן גם לא נבחן בבית משפט קמא. ודוקו, המערערים מלינים על הייצוג שניתן להם על ידי עו"ד ברנט אבל הם היו מיוצגים תחילה על ידי עורך דין אחר וגם אז לא העלו טענה זו שהיא טענה מקדמית במהותה בדבר היעדר סמכות להגשת כתב אישום. אילו היו מעלים את הטענה היתה המשיבה יכולה להתייחס להנחיות ולדין ולהביא ראיותיה, ובית המשפט היה אומר את דברו באופן שניתן היה להעבירו תחת שבט ביקורת משפטית ברם כאמור, הטענה כבושה והועלתה לראשונה בערעור.



למעלה מהצורך להבנת, ההנחיה מבהירה כי מדובר במקרה של בניה שלא כדין שהתיישנה כאשר השימוש המבוצע בפועל תואם את ייעוד המקרקעין. בעניינו, לא הוכח שהשימוש תואם כיום את המצב התכנוני, כך שאין להנחיות רלוונטיות.

19. גם ביחס לזכות שימוע לכאורה, המערערים לא הצביעו על המקור שבדין לפיו היה על המשיבה לקיים שימוע לפני הגשת כתב אישום. לא מיותר להזכיר בהקשר זה, כפי שהדגיש בית משפט קמא, כי ריבוי העבירות, השטח בו מדובר והשימוש המסחרי, מדברים בעד עצמם במובן זה שאין עסקין בזוטי דברים או דבר שאין לציבור עניין בו.

20. לעניין גובה הקנס, בית משפט קמא התרשם בעצמו מעבירות השימוש בעת ביקורו במקום והטיל קנס נמוך ממתחם הענישה המקובל. מדובר בעונש מאוזן ומידתי. יש להזכיר בהקשר זה כי הפסיקה מחמירה בענישה שעה שעסקין בהפקת רווח כלכלי מסחרי וזאת להבדיל משימוש למגורים.

לא מצאתי, אפוא, חריגה המצדיקה התערבות ברכיב זה.

בית המשפט אף התחשב ונתן ארכה של שנה להריסת השימושים האסורים או התאמתם להיתרים והמצב התכנוני. בכך ודאי אין להתערב ולהשאיר את השימוש הנוגד את המצב התכנוני על כנו בבחינת ייצא החוטא נשכר.

21. אני דוחה אפוא את הערעור. אין צו להוצאות.

ניתן היום, ט' אב תשפ"א, 18 יולי 2021, בהעדר הצדדים.