

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

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 65965-20-05 חדד נ' מדינת ישראל

תיק חיזוני: 1454/17

לפני כבוד השופטת תמר שרון נתנהל

אבנר חדד ע"י ב"כ עוה"ד מורה ביה' המערעך

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

פסק דין

1. לפני ערעור על פסק דיןו של בית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה (כב' השו' ג'אדה בסול) מיום 20.02.2026, שניתן בתו"ב 18-09-28668 ולפיו הורשע המערעך, על פי הודהתו, בעבירה של שימוש במרקען בסטייה מהיתר, במרקען שגודלם 85 מ"ר, הממוקמים ברח' משה שרת 40 חיפה, גוש 11582, חלקה 40, ושיעודם על פי היתר הוא למגורים, בעוד שהשימוש שנעשה בהם בפועל הוא לעסוק סטודיו לספורט (להלן: "הנכס") ודינו גזר. הערעור מכoon נגד גזר הדין בלבד.

2. כתוב האישום הוגש, נגד המערעך שהוא הבעלים של המרקען (להלן: "המערעך" או "הנאשם") ונגד שני נאים נוספים (חברת "אי אם אס קלאב בע"מ", ו-מרן רון רוביו), אשר שכרו את הנכס מהמערעך, תמורה דמי שכירות חודשיים (להלן: "השוכרים"). הערעור הוגש רק על ידי המערעך, ולא על ידי השוכרים.

3. על פי עובדות כתוב האישום, החל מתאריך 08.05.2017, השתמש הנאשם (בחיותו הבעלים) במרקען המועדים למשך מגורים בסטייה מהיתר, תוך שהפך את המקום לעסוק 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 לגליזציה אך נכונ למועד הגשת כתב האישום, טרם הוצאה היתר.

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

5. צוין, כי במועד תחילת העבירה (08.05.2017) טרם נכנס תיקון 116 לחוק לתקופו (הוא נכנס לתקופ ר' ביום 25.10.2017) ועל כן ההתייחסות בפסק דין זה, היא לסעיפי החוק, כפי שהוא לפני תיקון 116.

ההליך שהתנהל בפני בית משפט כאמור

עמוד 1

6. בתחילת ההליך, ביקש השוכרים האחרים לעכב את ההליכים נגדם. המאשימה תמכה בבקשתם והיא התקבלה. ביום 3.01.2019 ניתנה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, החלטה המעכמת את ההליכים נגדם בתיק זה. גם המערער הגיע בקשה לעיכוב הליכים, אך המאשימה התנגדה, ובקשתו נדחתה. המערער כפר בעבודות כתוב האישום והתיק נקבע להוכחות, לגבי.

7. בישיבה שהתקיימה ביום 15.07.19, העיד המפקח אלכס קצברמן ולאחר שמייעת עדותו ובטרם תחילת דיון המשך שנקבע ליום 19.01.20, ולאחר ניהול דיון בלתי פורמלי, חזר בו המערער מכפירותו, והואודה בעבודות כתוב האישום.

8. בהתאם להודאותו ניתנה במועד הדיון (19.01.20) הכרעת דין המרשעה אותו בעבורות שציינו בכתב האישום (כפי שפורטו לעיל) והטייעונים לעונש נקבעו למועד אחר.

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

נזר דין של בית משפט קמא ונימוקין

10. בית משפט קמאקבע בסעיף 41 לגור דין מתחם ענישה, לגבי המערער, הנע בין קנס בסך 20,000 ל' לבן קנס בסך 70,000 ש"ח וגור-ul המערער את העונשים כדלקמן:

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

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

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

12. עם זאת, הובהר בסעיף 14 לגור הדיון, כי אין כל פגם בשינוי גישת המאשימה שבבעבר הייתה מתונה יותר וכיום מחמירה יותר, ובעתירתה לרף ענישה גבוהה יותר מעבר זו זאת, ללא קשר לתיקון 116 לחוק.

13. בית משפט קמא קיבל את טענת המאשימה כי יש להחמיר עם הנואשם (המאשימה עתירה בתיק זה, לרף עונשה הנע בין 70 ל- 80 אלף ₪), לאור העובדה, שמדובר ב"שחקן חוזר" שבקיא בתחום התכנון והבנייה, ושאין זה הילך היחיד או הראשון אשר מתנהל בעניינו, תוך שבאופן שיטתי הוא פועל, תחילתו, באופן בלתי חוקי ורק לאחר מכן, הוא פונה בבקשתו לרישי והיתרים.

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

15. בית משפט קמא הבHIR, כי אין לקבל את טענת המאשימה כי מדובר בעבירה שנמשכה 19 חודשים כולל חודשים נוספים לאחר מועד הגשת כתב האישום, וכי בסעיף 30 לנזר הדיון, כי תקופת העבירה מוגבלת עד למועד הגשת כתב האישום ולא לאחר מכן (ממאי 2017 עד דצמבר 2017). נקבע, כי המאשימה לא הוכיחה להודיע שהעבירה נמשכה מעבר למועד זה, וכי היא אינה יכולה להסתמך על עדותו של המפקח מיום 15.07.2019 שהuid 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 הדיון, 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, והuid כי באותו החודש לא ראה שם עסק, אלא דירות מגורים, איננה אומرت, שככל 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 הנואשם שטען כי השימוש האסור בנכס בוצע רק בהיקף ובחלק קטן מהנכס (12 מ"ר בלבד, מטר 85 מ"ר) תוך שבשאר הנכס גר השוכר الآخر. נקבע, כי לאור הודהתו של הנואשם בעבודות כתב האישום כפי שנרשמו בגין מלאה השימוש בנכס (85 מ"ר) ומבלילו שהזוכה כל ראייה הסותרת את האמור בעבודות כתב האישום, לא ניתן לקבל את טענתו של הנואשם בגין היקף שימוש נמוך מזה שנרשם בכתב האישום.

טייעוני הצדדים בערעוץ

טייעוני המערעוץ

18. המערעוץ טוען, כי טעה בית משפט קמא, כאשר הטיל עליו קנס בסך 30,000 ₪, והתchiaיות בסך 120,000 ₪. לדידו, מאחר שתיקון 116 לחוק, אינו חל במקרה זה, העונשים שהוטלו עליו חריגים באופן קיצוני מדיניות העונשה הנוגגת לפני תיקון 116 והם אינם מידתיים, ובניגוד לפסיקה הנוגגת.

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

רטוראקטיבי, בפועל הוא גזר את הדין כאילו התייקון חל.

20. עוד טען המערער, כי העונשים שהוטלו עליו, אינם עולמים 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 רבו על הרוח שצמיח 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 נוצר שיעורו המקסימלי של הקנס שניtan להשיית לפי סעיף 63 (א) לחוק העונשין, היא טובת ההנאה אשר הושגה בפועל על ידי ביצוע העבירה, ולא טובת ההנאה פוטנציאלית שיכל היה הנאשם להציג. לדידו, טובת ההנאה שהופקה כתוצאה מביצוע העבירה היא השבחת הנכס.

22. עוד טען המערער, כי התנהלותה של המאשימה במקורה Dunn, היא התנהלות תמורה, מפללה ובלתי צודקת, שכן, מצד אחד, המאשימה תמכה בבקשת השוכרים לעיכוב הליכים והסכמה שלא יוטל עליהם כל קנס ושההליכים בגיןם יבוטלו, תוך שקיבלה את טענותיהם שמדובר בעסק מצער, שה坦נהלה 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 שעתה להטלת עונשים כבדים עליו, וזאת תוך אפליתו לעומת השוכרים, למורת שהמערער עצמו הוא שפעל לצורך הפסקת העבירה בנכס, שלח התראה לשוכרים והבהיר להם שעלייהם לחודל ממעשייהם ולפנות את הנכס.

23. נטען, כי התנהלות מפללה זו, אף שומרת את הקרקע תחת טענתה השקנית של המאשימה, כי העבירה נמשכה בנכס חודשים רבים, גם לאחר מועד הגשת כתב האישום, וברci, כי מדובר בטענה חסרת שחר שנטענה בחוסר תום לב, ולא בצד סייבה המאשימה לצרף לתיק את חוות הדעת שהוכנה מטעה, לצורך בחינת עיכוב ההליכים נגד השוכרים.

24. המערער הדגיש, כי עצם סיובה של המאשימה לצרף חוות הדעת לתיק בית המשפט, למורת שהוא ביקש במפורש שהמאשימה תצרף חוו"ד זו, פועלת לחובת המאשימה, ותומכת בטענתו בהתאם לדיני הראיות, ועל בית משפט קמא היה להביא זאת בחשבון לפחות בחלוקת שיקולי.

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, והוא 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 לפחות במקורה Dunn, לא התחשב בכך שמדובר בשימוש בנכס קטן מאוד מבחינת גודלו שנמצא ברף הנמוך של הענישה בהתאם לפסיקה, ובכך שיש לעשות הבדיקה בין נכסים שגודלם מעל 100 מ"ר לבין נכסים שגודלם מתחת ל-100 מ"ר נוכח השוני הרב ברווח הכלכלי שניתן להפיק בגיןם.

27. המערער הדגיש, שהמואשימה לא המציאה חוו"ד שמאו לצורך הוכחת הרוח שהופק מהעירה, ולא הוכחה את רכיב הנזק, וטען כי בית משפט קמא הטיל עליו עונשים שרירתיים ובלתי סבירים, שאינם בקנה אחד עם ההחלטה הנוגעת, מבל' שהונחה בפניו כל תשתיית עובדתית, ומבל' שנימק כיצד חישב את הסכומים הכספיים שהושתו עליו. כן נטען כי בית משפט קמא חרג מסמכותו, כאשר הטיל עליו התחייבות בסך 120,000 ל"נ, בעוד שהकנס המקסימלי שניתן להטיל לפי סעיף 72 לחוק העונשין הוא 79,900 ל"נ בלבד.

טייעוני המאשימה

28. המאשימה סומכת ידה על גזר דין של בית משפט קמא, וטענת כי לא נפל בו כל פגם, וכי העונשים אשר הוטלו על המערער, הם מידתיים; אינם חריגים ממתחם העונש הסביר; ומדובר בקנה אחד עם ההחלטה, ובמידיות העונשה, כפי שבאה לידי ביטוי עוד לפני נכנס תיקון 116 לחוק לתקופו.

29. לטענותה, צדק בית משפט קמא, כאשר הביא בחשבון את ההחמרה בגין המשמעה לעונשה בעבירות מסווג זה, תוך שהתייחס בנסיבות הספציפיות לכך שמדובר ב"שחקן חזיר" שהוא הבעלים של מספר נכסים, אשר מבצע עבירות כאלה, באופן שיטתי, בנכסים נוספים שבבעלותו, ללא מORAה מפני החוק. נגד המערער נפתחו מספר רב של הליכים דומים, ולדידה יש להזכיר עם המערער בטוחן מתחם העונש ההולם, וזאת במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין, ללא כל קשר לתיקון 116 לחוק התקנון והבנייה.

30. המאשימה חזרה על טענותיה כפי שנטענו במסגרת תיקים עפ"א 65990-05-20 ועפ"א 66011-05-20 והבהירה, בהתייחס לחוות הדעת שהגישה ליום"ש, בנוגע הבקשה לעיקוב הליכים של השוכרים, אותה סייבת למציא, כי מדובר במסמר פנימי שאינו חלק מחומר החקירה ואין רלוונטי לעניינו של המערער.

31. הוסיף המאשימה וטענה, כי אין כל בסיס לטענותו של המערער כי היקף השימוש בעבירה הוא 12 מ"ר בלבד. הבהיר, כי במסגרת הליכים שהתנהלו נגד השוכרים, לא נטען על ידי השוכרים, כי מדובר בהיקף שימוש קטן מ-85 מ"ר, וכיינה כי על פי הסכם השכירות, כל הדירה הושכרה לשוכרים לצורך ניהול עסקם, תמורת דמי שכירות בסך 8,500 ל"נ לחודש.

דין והכרעה:

32. לאחר ש שקלתי את כל אשר בפניי ואת טיעוני הצדדים הגעתי למסקנה כי יש לקבל את הערעור בחלוקת.

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

ינוהל עסק ואון "למדוד" ולהביא בחשבון רק חדר אחד בו מתבצעת פעילות ספורטיבית, כפי שניסה המערער לעשות, בנגדו לאמור בכתב האישום הוא הודה.

34. חלק ניכר מהטייעונים שהעלו על ידי ב"כ המערער בערעור זה העלו על ידו גם בשני ערעורים נוספים שהוגשו על ידו ואשר נדונו על ידי, ביום 24.6.20 [עפ"א 20-65990-05-20 ועפ"א 66011-05-20]. טיעוני המערער, שם, נדונו על ידי למעט לעניין גובה התתחזיות העצמית.

35. צדק בית משפט קמא בקבעו, כי המערער הוא "שחקן חוזר" ולכן יש להחמיר בעונשו. אין חלק שהמעערער הוא בעליים של נכסים רבים וכי, שוב ושוב, הוא עושה בהם שימוש בניגוד לחוק התקנון והבנייה וכי כתבי אישום רבים שהוגשו נגדו, בעבירות דומות וגורם דין קלים שניתנו בגנים, לא הרתיעו אותו מלשוב ולנהוג באותו אופן.

לפייך, היה מקום לגזר על המערער עונש מרתייע, כפי שקבע בית משפט קמא. ראו לעניין זה, סעיף **40ז'** לחוק העונשין, הקובע כי **"מצא בית המשפט כי יש צורך בהרטעת הנאשם מפני יצוע עבירה נוספת, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרטעתו, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואה לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבך שהעונש לא יחרוג ממתוחם העונש הולם."**

36. בית משפט קמא ציין, בצדק, שאין פסול בכך שהמאמישה שינתה את רמת העונשה לה היא טעונה. המאמישה רשאית לדרוש החמרה של מדיניות העונשה בבית המשפט רשאי להיעתר לכך אם הנסיבות מצדיקות זאת ובלבך שלא תהא החמרה **יתירה**, לעומת העונשה שנגנה קודם לכן.

37. על בית המשפט הגוזר את הדין לתת דעתו לרף העונשה המקובל ולעיקרונו אחידות העונשה, שמטטרתו היא להבטיח (כל שניתן) שיוויון בין נאים בפני החוק ושמירת אמון הציבור בהליך הפלילי. עם זאת, בית המשפט לעולם אינו כبول לרף העונשה הנוגה. לעיתים מתעורר הצורך להעלות את רף העונשה בבית המשפט מוסמך לעשות כן, אולם יש לעשות זאת באופן הדרגתי.

ראו, בעניין זה, דברים שנאמרו בע"פ 2247/10 שלום ימי נ' מדינת ישראל, סד(2) 666 (2011) (12.01.2011), כדלקמן: "МОВН הדבר שכן בית המשפט כבול לעולם לרף העונשה הנוגה, וPsiטיא כי רשאי בית המשפט, כשהשעה צריכה לכך, להחמיר ולהעלות את רף העונשה. יש מהפכות המתחילות מלמטה, ופעמים שהעלאת רף העונשה בעבירה צזו או אחרת נעשית על ידי הערכאות הדיוניות וחוכה בדיעד לגושפנקא של בית משפט זה. ככל, העלת רף העונשה צריכה להיעשות בהדרגות, תוך בדיחה כפולה של רף העונשה הנוגה, הן ביחס לעבירות הקונקרטיות שבפניו, והן ביחס לעבירות אחרות בدني העונשין. הצורך בבדיקה כפולה מעין זו הוא ברור: הבדיקה האחת נדרשת על מנת לשמר על עיקרונו אחידות העונשה, למען יושטו עונשים דומים על אלה המבצעים עבירות דומות (בהתאם לנסיבותו של כל מקרה). הבדיקה השנייה נדרשת על מנת לשמור קיומו של מדרג עונשה הגיוני בין העבירות השונות, כך שלא ייווצר מצב בו פלוני אשר הורשע בעבירה מסוימת, יש בעונש כבד מאלמוני אשר הורשע בעבירה חמורה יותר". כן ראו: ע"פ 8279/11 תל מор נ' מדינת ישראל (01.07.2013).

38. לאvr נהג בית משפט קמא בנסיבות זה. הקנס שהושת על המערער במקרה זה וכן סכום התחיהות, גבויים מלאה שנגזרו על המערער בשני הנסיבות האחרים, זאת - על אף שלא מצאתי כי מתקיימות כאן נסיבות חמורות יותר מאשר בשני הנסיבות האחרים.

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

זאת - אין לאור הקנסות שהוטלו בשני הנסיבות האחרים (אותם מצאתי סבירים) והן נוכחהvr שבסמקרה זה עוכבו ההליכים נגד השוכרים, דבר היוצר פער ניכר יותר ביןם לבין המערער.

39. בנסיבות אלה אני מקבלת את הערעור, באופן שגור הדין שניתן על ידי בית משפט קמא יונה, כלהלן:

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

הकנס ישולם ב- 10 תשלוםמים שווים ורצופים בני 1,500 ₪ כ"א החל מיום 20.8.2018.

כל תשלום סכום כלשהו על חשבו הקנס שהושת על ידי בית משפט קמא, הוא יונכה מהתשלומים האחרונים.
אי תשלום אחד התשלומים, במלואו ובמועדו, יעמיד את יתרת הקנס לפרעון מיד.

ב. במקומות התchiaות על סך 120,000 ₪ תבוא התchiaות על סך 40,000 ₪.

התchiaות עליה חתום המערער בתיק זה תבוטל ובמקומה יחתום המערער על התchiaות בסך 40,000 ₪.
שאר תנאי ההchiaות כפי שנקבעו על ידי בית משפט קמא, ישארו בעינם.

כל שלא יחתום - יאסר למשר חמישה ימים.

המציאות תמציא פסק דין זה לצדים ותשגור את התק.

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