



עפ"א 9774/09/15 - ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב נגד לוינסקי 69 בע"מ, אורלי נובל, אליאס נובל, אברהם נובל, יעקב מגרפה

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

עפ"א 9774-09-15 ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' לוינסקי 69 בע"מ ואח'

בפני כבוד השופטת טלי חיימוביץ

ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב באמצעות ב"כ עו"ד
אתי לוי

נגד

1. לוינסקי 69 בע"מ

2. אורלי נובל

3. אליאס נובל

4. אברהם נובל

5. יעקב מגרפה

באמצעות ב"כ עו"ד אהוד פורת

פסק - דין

ערעור המדינה על קולת העונש, בגזר דין של בית המשפט לעניינים מקומיים בתל-אביב-יפו (כב' השופט א. ברקאי) מיום 19.7.15 בתיק 01/14/0003944.

המשיבים (חברה בע"מ ומנהליה הפעילים) הורשעו, על פי הודאתם, בכתב אישום מתוקן, בעבירות של שימוש חורג, לפי סעיפים 145, 204(א) ו-204(ב) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 ותקנות התכנון והבניה (עבודות ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967, בכך שעשו שימוש בנכס המשתרע על שלוש קומות, ו-694 מ"ר, לצורך 27 יחידות דיור, בניגוד להיתר, המייעד אותו לשימוש כבנק ומשרדי בנק. השימוש נעשה, כאמור בכתב האישום המתוקן, החל מיום 8.11.12 בקומה א' והחל מיום 18.6.13 בקומות ב' ו-ג'.

על המשיבים נגזרו קנסות כספיים (משיבה 1 - 50,000 ₪, ומשיבים 2 - 5 - 25,000 ₪ כל אחד), והם חוייבו בתשלום כפל אגרה בסך 9,083 ₪ כל אחד.

בית המשפט קמא שקל בגזר הדין, לחומרה, את העובדה שמדובר בשימוש חורג נרחב ב-27 יחידת דיור. לקולא שקל את הפנמתה המיידית של העבירה על ידי המשיבים, שבאה לידי ביטוי בהודיה מהירה בעובדות כתב האישום, הפסקת השימוש החורג בסמוך לינואר 2015 וביצוע עבודות לצורך התאמת הנכס להיתר.

בית המשפט קמא ראה בחודש ינואר 2015 את המועד הקובע להפסקת השימוש החורג, ולא בחודש יולי 2015, כטענת המערער, שכן בינואר השלימו הנאשמים "כמעט לגמרי" את התאמת המבנה להיתר. על כן חושבה תקופת

עמוד 1



השימוש החורג כדלקמן:

קומה א', 79 מ"ר - 26 חודשים.

קומה ב' + קומה ג', 327 מ"ר ו-288 מ"ר בהתאמה - 17 חודשים.

הודגש, כי המשיבים לא הואשמו בבניה בניגוד להיתר ולכן לא ניתן להענישם בשל כך.

המערערת עתרה לקנס כאמור, מיום הכרעת הדין (1/15), עד למועד הביקורת לפני האחרונה, שנערכה בחודש יוני 2015. נקבע, כי אין מקום לחייב את המשיבים בקנס יומי ממועד הכרעת הדין היות והשימוש החורג נפסק אף הוא בינואר 2015.

כן שקל בית המשפט קמא לקולא, את הקושי הכספי שמקורו בכך שהנכס עומד ריק, והעובדה שהמשיבים פעלו הן לתיקון הליקויים המופיעים בכתב האישום והן ליקויים בהם לא הואשמו.

בית המשפט קמא התייחס לטענת המערערת, לפיה המשיבים הורשעו בעבירה לפי סעיף 204(א), ולכן יש להשית עליהם את הקנס הקבוע בסעיף זה (75,300 ₪ לנאשם יחיד ו-150,600 ₪ לנאשם שהוא חברה), וקבע, כי המשיבים הורשעו בשימוש חורג בנכס, ולא בבנייה עצמה. קנה המידה לחישוב הקנס יהיה לכן, בהתאם לסעיף 204(ב) לחוק.

מתחם העונש ההולם ביחס למשיבה 1 (התאגיד) הועמד על 40,000-50,000 ₪, וביחס למשיבים 2-5 - 20,000-25,000 ₪. נקבע, כי אין מקום לחרוג לקולא או לחומרא מהמתחמים.

הערעור

המערערת מבקשת להחמיר בעונשם של המשיבים, לגזור עליהם קנס יומי, לבטל את התשלומים הרבים ומועד כניסתם המאוחר לתוקף, ולהטיל על משיבים 2-5 מאסר חלף הקנס. ב"כ המערערת מעלה טענות כדלקמן:

1. דיוני ההקראה נדחו מפעם לפעם בעטיים של המשיבים, שביקשו לפנות את היחידות השונות ולהרסן.
2. ביום 4.1.15 הודו המשיבים בכתב האישום והורשעו. הטיעונים לעונש נקבעו ליום 27.5.15 וביום 3.5.15 הודיע ב"כ המשיבים, כי כל היחידות פונו והחלו הפעולות הראשוניות לביצוע ההריסה. מאז 4.1.15 נערכו מספר ביקורות בבניין, ונמצא כי הריסת יחידות הדיור בוצעה טיפין-טיפין.
3. בית המשפט קמא התעלם מסעיף 204(א) לחוק, שעניינו בנייה ושימוש ללא היתר, וגזר את העונש בהסתמך על סעיף 204(ב) לחוק בלבד, בהתעלם מהעובדה שקיומן של 27 יחידות הדיור הוא תוצאה של בניה ללא היתר.
4. בית המשפט קמא לא התייחס לטענות המערערת באשר להיקף הנרחב של הנכסים שהפכו ליחידות דיור והרווח שהופק מהן, לאור קביעתו שהאישום אינו כולל בניה ללא היתר. מדובר בחריגות יוצאות דופן בהיקפן - ייעודו של השטח העצום שונה ממסחר למגורים, ונעשה בו שימוש לצורך 27 יחידות דיור נפרדות ועצמאיות.
5. הקנסות שנגזרו נמוכים וזעומים, אינם מתחשבים בחומרת העבירה, בתקופת השימוש הארוכה, יוצאים



מהנחה כי מדובר בעבירת שימוש חורג הקלה יחסית לעבירת בנייה ללא היתר, וחורגים מפסיקת ביהמ"ש העליון. לא היה מקום לפרוס את הקנסות למספר רב של תשלומים, לדחות תשלומם, ולא היה מקום להימנע מפסיקת מאסר חלף תשלום הקנס. בנוסף, הקנסות לא נגזרו בהתאם לנסיבותיו האישיות של כל משיב.

6. היה על בית המשפט קמא לראות באי-התאמת מצב הנכס להיתר הבניה, כאי-הפסיקת השימוש החורג, ולא לראות בפניו הדיירים בינואר 2015, הפסיקת השימוש החורג. על פי הפסיקה, רק החזרת הנכס למצבו עפ"י ההיתר תיחשב להפסיקת השימוש החורג.

7. טעה בית המשפט קמא בהימנעו מגזירת קנס יומי. התביעה הסכימה להטלת קנס יומי ממתן הכרעת הדין ועד להפסיקת השימוש החורג בפועל, בעוד שעפ"י דין ניתן לבקש קנס יומי מהרגע בו ניתנה ההודעה לנאשמים ועד להפסקתו בפועל.

8. ביהמ"ש קמא קיבל את טענות הנאשמים ללא כל אסמכתא - לא הוכח ע"י הנאשמים כי קנו את הנכס במצבו המחולק, לא הוצגו חוזי השכירות ולא הובאו עדים.

תשובת המשיבים

ב"כ המשיבים טען, כי מטרת תיקון כתב האישום, והוספת סעיף 204(ב) לחוק, היתה להעמיד את הדברים על דיוקם, ולהודות בעבירה של שימוש במקרקעין ללא היתר, ולא בבנייה בניגוד להיתר. מכל מקום, הכוונה היתה להקל ולא להחמיר, שכן היה ברור כי החלוקה הפנימית בוצעה עוד על ידי הבעלים הקודמים, והמערערת לא הגישה כתבי אישום, כל עוד משרד הביטחון החזיק בשכירות בנכס. רק ברגע שמשרד הביטחון פינה את המקום, והמשיבים הכניסו שוכרים אחרים, הוגש כתב האישום. המערערת גם יודעת היטב שאת השינויים במבנה ביצעו הבעלים הקודמים, שכן היא גבתה ארנונה למגורים ממשרד הביטחון.

בהעדר כל טענה בכתב האישום לבניה בלתי חוקית, אלא רק לשימוש, צדק בית המשפט קמא כאשר קבע, שאמת המידה לא יכולה להיגזר מהעונש החמור יותר שבסעיף 204(א) לחוק, אלא מהעונש הקבוע בסעיף 204(ב) התואם את עובדות כתב האישום.

לטענתו, בית המשפט קמא הביא בחשבון את הריסת הקירות הפנימיים והחזרת המצב לקדמותו. הפסיקה שהוצגה על ידי ב"כ המערערת, אינה רלוונטית, בהיותה עוסקת בעניינם של אנשים שביצעו את חלוקת הדירות בעצמם, וגם הורשעו בעבירות של בניה ללא היתר.

ב"כ המשיבים עותר לאמץ את המתחם שנקבע על ידי בית המשפט קמא, בהיותה ברף המחמיר, הן לחברה והן לכל אחד מהמשיבים.

המשיבים לקחו אחריות ופינו מיידית את הנכס, ובכך הפסיקו את ביצוע העבירה. לכן, צדק בית המשפט קמא בכך שראה בהתנהגותם, משום הפנמה ולקיחת אחריות.

ב"כ המשיבים הפנה גם לנסיבות המיוחדות של המקרה, לפיהן רכשו המשיבים נכס שהיה בשימוש משרד הביטחון, ולכן סמכו על חוקיות המבנה. מספר חודשים לאחר הרכישה, משרד הביטחון הפסיק את השכירות במבנה וכשהמשיבים ביקשו להשכירו באופן פרטי, הסתבר להם דבר אי החוקיות והוגש נגדם כתב האישום.



בפועל, כיום המקום עומד ריק מזה שנתיים, המשכנתא הצטברה לסכום של מיליון ₪, הכשרת הנכס לשימוש מחדש תגרור הוצאות של 2.8 מיליון ₪, נוכח הריסתו הכמעט מוחלטת של המבנה. קבלת ההיתר בהישג יד, בהיות האיזור מיועד למגורים. חטאם העיקרי של המשיבים הוא העובדה שעורך הדין שיצג אותם בזמנו בעת רכישת הנכס לא בדק היטב את סוג ההיתר.

ב"כ המשיבים הפנה לפסיקה ביחס לעבירות של שימוש בניגוד להיתר ללא בניה, שם נקבע כי המועד להפסקת השימוש הוא מועד הפסקת חוזה השכירות. עוד טען כי משעה שקיים ממצא לפיו השימוש על ידי הדיירים הופסק בחודש ינואר, יש לראות את הפסקת ביצוע העבירה ממועד זה, שכן שימוש חורג הוא ענין אקטיבי ואין בהיותם של אסלה, כיור ומקלחת כשלעצמם, ללא דיירים, כדי לקיים שימוש חורג.

ב"כ המשיבים גם עמד על הקושי הכלכלי של המשיבים כטעם להשארת התשלומים על כנם. גם לא הוגשה חוו"ד כלכלית להוכחת רווחים שהגיעו לידי המשיבים, מהטעם שהפסידו ולא הרוויחו.

ב"כ המערער טענה שסעיף 204(ב) מדבר אף הוא על ביצוע עבודות בסטיה מההיתר, כי הפסדי המשיבים אינם רלוונטיים, והם גם לא עמדו בפני בית המשפט עובר למתן גזר הדין. לטענתה, טעה בית המשפט בפרשנות לא נכונה של המועדים. היא הפנתה לטיעונים לעונש, שם נאמר כי למרות שבביקורת מיום 21.6.15 טרם הוחזר הנכס למצבו החוקי לגמרי, מסכימה המערער לראות כבר במועד זה את יום הפסקת השימוש החורג. היא הפנתה לפסיקה לעניין מועד הפסקת השימוש החורג, שהוא המועד בו הנכס הושב למצבו עפ"י ההיתר. רק בסוף יוני 2015 נהרסו כל האלמנטים שאפשרו את עשיית השימוש החורג. עוד נטען, כי בקשות להיתר נדחו ועתה לא תלויה ועומדת כל בקשה.

דין

בשאלה, האם היה על בית המשפט קמא לגזור את הדין לפי הוראות סעיף 204(א) או (ב), דעתי כדעת בית המשפט קמא.

מדובר אמנם בהרשעה בשני הסעיפים, אולם עובדות כתב האישום אינן מייחסות למשיבים את עבירת הבניה בניגוד להיתר, ולכן, נכון עשה בית המשפט קמא, שעה שבחר לשים את הדגש על ענישה לפי סעיף 204(ב), שהוא הסעיף המתאים יותר לעובדות האישום. עם זאת, לא היה מקום לטעמי להגביל עצמו לרף עליון במתחם העונש ההולם, לפי הקנס המקסימאלי שנקבע בסעיף זה, שעה שהמשיבים הורשעו גם בסעיף החמור יותר.

בנסיבות אלה, השאלות שיש לשאול, האם צדק בית המשפט קמא, כאשר קבע כי בינואר 2015 הופסק השימוש החורג, ולכן, אין מקום להשית קנס יומי, והאם הקנס שנקבע לעבירה, מצוי אכן בתחומי מתחם העונש ההולם.

אשר למועד הפסקת השימוש החורג, המערער טוענת שעצם פינוי הדיירים, אינו מהווה הפסקת השימוש החורג, אלא רק החזרת המצב לקדמותו, פיזית, על דרך הריסת הבניה המאפשרת שימוש בנכס למגורים. היא מפנה לת.פ 1784/11 עיריית תל אביב יפו נ' שמאי חיים ונלי של בית המשפט לעניינים מקומיים בתל אביב יפו, לערעור שהוגש בעפ"א 50012-04-14 והחלטת בית המשפט העליון ברע"פ 7214/14, וכן לרע"פ 4502/10 יום טוב והבה נ' מדינת ישראל.

איני סבורה כי מפסיקה זו ניתן ללמוד, כי בכל מקרה הפסקת השימוש החורג כרוכה בהחזרת המצב לקדמותו על פי



ההיתר, והדבר הוא תלוי נסיבות.

בעניין שמאי הנ"ל, רק בית המשפט לעניינים מקומיים, מכל שלוש הערכאות, דן בשאלה זו, כך שלבטח אין מדובר בתקדים מחייב. בנוסף, לא ברור מגזר הדין וגם לא מהטיעונים לעונש שלפניו, האם במסגרת ההליך המשפטי הופסקה השכרת הדירה. לכן, יחס בית המשפט לעניינים מקומיים חשיבות לשאלת מועד החזרתה לתנאי ההיתר. כאמור, בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון, כלל לא נידונה שאלה זו. גם בעניין והבה הנ"ל לא עלתה שאלה זו לדין במסגרת הערעורים, ונסיבות המקרה שם היו שונות מענייננו.

לטעמי, בנסיבות מסוימות ניתן לראות בפניו כשלעצמו, משום הפסקת השימוש החורג. כך גם סברו בית המשפט לעניינים מקומיים ובית המשפט המחוזי בעפ"א 8251-09-14 חשוב מאד ואח' נ' עיריית תל אביב יפו, שאושר ברע"פ 7337/14 חשוב מאוד בע"מ נ' מדינת ישראל (19.1.15), כאשר בדקו את מועד פינוי רוב הדיירים, לצורך קביעת מועד הפסקת השימוש החורג.

לפיכך, איני מתערבת בקביעת בית המשפט קמא, לפיה, מועד פינוי כל הדיירים, בינואר 2015, הוא מועד הפסקת השימוש החורג. בהקשר זה אפנה לפרוטוקול הדין בבית המשפט קמא, מיום 19.7.15, עת נחקרה נציגת המערערת גב' יעל אלפסי, ואישרה כי המקום לא היה מאוכלס מחודש ינואר, ובהמשך נהרס לחלוטין, כך שלא ניתן לחשוד כי אוכלס לאחר ינואר, או כי ניתן היה לאכלסו.

מאידך, מצאתי מקום להתערב בסכום הקנס, שהינו ללא ספק סכום שנקבע על הצד הנמוך.

עיון בפסיקה מעלה כי הקנס אינו עומד בפרופורציה לקנסות שהושתו במקרים דומים.

בעפ"א 50012-04-14 שמאי ואח' נ' עיריית תל אביב יפו שאוזכר לעיל, מדובר היה בדירה בבעלות בני זוג, אשר חולקה לשתי יחידות דיור, בניגוד להיתר. גם שם הורשעו המערערים רק בשימוש בחריגה מהיתר, לפי סעיפים 145 ו-204(ב) לחוק, ולא בבניה עצמה. בגזר הדין (שניתן לאחר שמיעת ראיות), חוייב כל אחד מבני הזוג בקנס כספי בסך 27,000 ₪. בית המשפט המחוזי בערעור, הפחית את הקנס שהושת על האשה ל-10,000 ₪, בנימוק שמדובר במשק בית אחד. הקנס שהושת על הבעל נותר על כנו, ומדובר היה בדירה אחת בגודל 65 מ', ובמשך שימוש של שלוש וחצי שנים.

אמנם, התגוררו בדירה בין 8-15 איש, והמערערים ניהלו הוכחות, ולא הודו ולקחו אחריות, אולם ברי כי ענישה זהה כמעט, לנכס שגדול יותר מפי עשרה, אינה סבירה.

רע"פ 7337/14 חשוב מאוד בע"מ נ' מדינת ישראל (19.1.15) - מדובר בקוטג' דו משפחתי, בן שתי קומות, אשר הותר בו שימוש לשתי יחידות דיור, שפוצל, ל-18 יחידות דיור עצמאיות.

המבקשים הורשעו בעבירה של שימוש חורג ללא היתר, לפי סעיף 145 וסעיף 204(ב) לחוק התכנון והבניה. גם כאן, לא הורשעו בעבירת הבניה.



בית המשפט לעניינים מקומיים גזר קנס בסך 90,000 ש"ח על כל אחד מן המבקשים, היטל השבחה, ביחד ולחוד (לרבות המבקש 4), בסך 280,000 ש"ח; ותשלום האגרה.

ביהמ"ש המחוזי הפחית את הקנס, והעמידו על סכום של 60,000 ש"ח, לכל אחד מהמבקשים, לאחר שמצא כי תקופת השימוש החורג אינה שנתיים כפי שסבר בית המשפט לעניינים מקומיים, אלא שנה בלבד. והיטל ההשבחה הועמד על סך של 220,000 ₪.

ביהמ"ש העליון דחה את בקשת רשות הערעור, וקבע, כי העונש שהושת על המבקשים, ובפרט לאחר שבית המשפט המחוזי הקל עימם, איננו חורג ממדיניות הענישה המקובלת והראויה במקרים דומים. על פני הדברים, ונוכח היקפו הנרחב של השימוש החורג, אף לא מדובר בעונש שהוא על הצד הגבוה.

בהשוואת מקרים אלה לענייננו, וגם לאחר שהבאתי בחשבון כי המשיבים לא ניהלו הוכחות ומיהרו ודאגו לפינוי הדירות, ותקופת השימוש בינונית באורכה, אין פרופורציה בין הקנסות שהושתו כאן, לקנסות אותם אישר בית המשפט העליון בפסקי הדין שהובאו לעיל, בשים לב למספר הרב של יחידות הדיור, על פני שטח גדול יותר.

בשים לב לכל אלה, אני סבורה כי מתחם העונש ההולם אשר נקבע על ידי בית המשפט קמא נקבע על הצד הנמוך, והיה מקום לקבוע סכום גבוה יותר.

הואיל וערכאת הערעור אינה ממצה את הדין, אני מעמידה את סכום הקנס שיושת על כל אחד מהמשיבים 2-5 ע"ס 40,000 ₪, או 200 ימי מאסר תמורתם. הקנס ישולם בתשלומים חודשיים בסך 5,000 ₪ לחודש החל מיום 15.3.16 ואילך.

יתר רכיבי גזר הדין ישארו על כנם.

ניתן היום, ט"ו אדר א' תשע"ו, 24 פברואר 2016, בהעדר הצדדים.