

ע"פ 2400/09/14 - סימון ח'ורי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 2400-09-14 ח'ורי נ' מדינת ישראל
בפני כב' השופטת אסתר הלמן
המערער סימון ח'ורי
נגד
המשיבה מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט השלום בנצרת, [כב' השופטת ד. שרון-גרין], 22231-09-09

פסק דין

- 1.** המערער הורשע בשימוש במקרקעין הטעון היתר, ללא היתר, בניגוד לסעיפים 145 (א) + (ב) ו-204(א) + (ב) לחוק התכנון והבניה התשכ"ה - 1965 (להלן: "**חוק התכנון והבניה**"), לאחר שהודה כי הוא משתמש, שימוש הטעון היתר, בשטח תחום על ידי קירות ורצפות בטון, בגודל של 30 מ"ר.
- 2.** כתב האישום המקורי יחס למערער גם עבירה של בניה ללא היתר, אולם לאור תשובתו לאישום תוקן כתב האישום והמערער הודה בעובדות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן (כ/1), שהתייחס לשימוש בלבד. בכתב האישום המתוקן, צוין, בנוסף, כי ביום 6.5.09 שלחה המשיבה למערער התראה בדבר ביצוע העבודות ללא היתר וניתנה לו ההזדמנות למסור גרסתו, אולם המערער לא התייצב, ואף לא הסיר את הבנייה הבלתי חוקית.
- 3.** עם הודאתו בביצוע העבירה, ביקש המערער להימנע מהרשעתו, בנימוק שהוא שוטר במשטרת ישראל. בית המשפט קמא, קבע לפיכך את אחריותו לביצוע העבירה ונמנע מהרשעתו, עד לקבלת תסקיר שירות המבחן.
- 4.** לפני הטיעונים לעונש ולאחר קבלת התסקיר, הורה בית המשפט קמא על מינוי סנגור מן הסנגוריה הציבורית, לשם ייצוג המערער בהליך שבפניו. עם מינויו של סנגור, ומבלי שהסנגור שמונה היה ער לכך שהמערער כבר הודה בעבירה שיוחסה לו בכתב אישום מתוקן, הוגשה לבית המשפט בקשה למחיקת כתב האישום בשל אי עריכת שימוע.
- 5.** בדיון שהתקיים ביום 31/10/12, טען ב"כ המערער כי לא היה מודע לכך שהמערער כבר הודה בביצוע העבירה וביקש לשקול הגשת בקשה להתיר למערער לחזור בו מן ההודאה. בקשה כזו לא הוגשה, ובמקום זאת, בהמשך ביקש הסנגור לקיים דיון בבקשתו, כפי שהיא. ביום 17/07/14, דחה בית המשפט קמא את טענות

ההגנה בנוגע לבטלות כתב האישום, בשל אי עריכת השימוע, ובהחלטתו התייחס ודחה גם את האפשרות להתיר למערער לחזור בו מן ההודאה (**להלן: "ההחלטה"**).

.6 בסופו של דבר, מצא בית המשפט קמא לנכון להרשיע את המערער, וגזר עליו את העונשים הבאים:

א. קנס בסך 6,000 ₪ או 60 ימי מאסר כנגדו.

ב. חתימה על התחייבות בסך 5,000 ₪.

ג. ניתן צו המחייב את המערער להרוס את המבנה בתוך 5 חודשים ממועד גזר הדין, אלא אם כן, יתקבל היתר בנייה כדין ביחס אליו.

.7 הערעור שבפני מכוון כנגד הכרעת הדין וכנגד חומרת גזר הדין.

הערעור על הכרעת הדין:

.8 לטענת המערער, שגה בית המשפט קמא כאשר לא נעתר לבקשתו להורות על ביטול כתב האישום, בשל הפגם שנפל באי קיום השימוע. לחלופין, טוען הסנגור כי יש לזכות את המערער מן העבירה שיוחסה לו בכתב האישום המתוקן הואיל וזה איננו מגלה עבירה.

אי עריכת שימוע

.9 לטענת המערער היה מקום לבטל את כתב האישום שהוגש כנגד המערער מאחר ולא נערך לו שימוע, עובר להחלטה על הגשת כתב האישום כנגדו. לטענת הסנגור, מן הדין היה להיזקק לטענה זו גם אם הועלתה לאחר שהמערער כבר הודה בביצוע העבירה. בהודעת הערעור פירט ב"כ המערער את חשיבות השימוע, מקורו בכל הנוגע לעבירות דן מכוח הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, וטען כי אין בעובדה שלמערער ניתנה ההזדמנות להשיב לכתב האישום, כדי לרפא את הפגיעה בזכות זו.

.10 מנגד טענה המשיבה כי יש לדחות את הטענה, הואיל ובשל חלוף הזמן, עד שהועלתה הטענה נגרם לה נזק ראיתי, להוכיח שהמערער אכן זומן למתן גרסתו. לחלופין, לטענתה, הפגם באי עריכת השימוע נרפא כאשר המערער הודה בעובדות כתב האישום המתוקן במסגרת ההקראה. המשיבה סבורה כי ביטול כתב האישום לאחר הודאת הנאשם היא סנקציה חמורה המנציחה את עבירת הבנייה בשטח ואת השימוש האסור ללא היתר.

.11 טענתו של המערער בעניין זה דינה להידחות.

כאמור, הבקשה לבטל את כתב האישום מחמת הפגם שבאי עריכת שימוע הוגשה רק לאחר שהמערער הודה בעובדות כתב האישום המתוקן; **בכלל זה הודה בכך שביום 06/05/09 נשלחה לו התראה וזימון להשמיע גרסתו והוא בחר שלא להתייצב.**

בנסיבות אלה, וכאשר המערער בחר שלא להגיש בקשה לחזור בו מן ההודאה, ולא פירט מה הן הסיבות שבגינן יש להתיר לו לחזור מהודאתו, אינני רואה כיצד הוא יכול לטעון כי לא נערך לו שימוע, וכי נפל פגם בכתב האישום עקב כך.

12. בהודעת הערעור טוען הסנגור כי המערער (שלא היה מיוצג באותו שלב), העלה במהלך הדיון טענה כי לא זומן למסור גרסה, אך הדברים לא נרשמו בפרוטוקול.

אין באפשרותי לקבל טענה זו. פרוטוקול בית המשפט קמא לא תוקן, (דומה כי לא הוגשה כל בקשה לתקנו), וחזקה כי הוא משקף את מהלך הדיון. יתירה מכך, בעקבות דברי המערער (שכן נרשמו) תוקן כתב האישום, (הושמטה ממנו עבירה של בנייה שלא כדיון), והוא הודה בנוסחו המתוקן המשקף את גרסתו. רק לאחר שכל טענותיו קיבלו ביטוי בכתב האישום המתוקן, הודה המערער במה שיוחס לו, כך שאין כל בסיס להניח כי טענות אחרות שלו לא נרשמו בפרוטוקול ולא קיבלו ביטוי על ידי תיקון כתב האישום.

13. מן הנימוקים דלעיל, מן הדין היה לדחות את הטענה לגבי אי עריכת השימוע, על בסיס העובדות דלעיל, המפריכות אותה, וזאת מבלי להתייחס לשאלת הנזק הראייתי. בית המשפט קמא אף החמיר עם המשיבה, בקובעו כי משלא עלה בידיה להציג אישור מסירה בדבר משלוח המכתב בדואר רשום, נוצר ספק בעניין הזימון; כל זאת, כאמור, למרות שהמערער הודה, בכך שנשלח אליו מכתב כזה והוא לא התייצב.

14. מעבר לכך, יש טעם בטענת המשיבה, כי השיהוי בהעלאת הטענה גרם לה נזק ראייתי. לפי כתב האישום, ההודעה והזימון נשלחו למערער עוד ביום 06/05/09, ואילו טענתו הועלתה לראשונה ביום 17/09/12, לאחר שלוש ישיבות אליהן התייצב, בהן לא טען דבר בנוגע לאי זימונו להשמיע גרסה (ואף הודה בזימונו). בפני בית המשפט קמא הציגה המשיבה העתק ממכתב הזימון, אך לא נשמר אצלה אישור בדבר שליחתו. בית המשפט קמא קיבל את עמדת המשיבה, לפיה העלאת הטענה בשיהוי כה ניכר גרמה לה נזק ראייתי, למרות האמור, סבר כי נוצר ספק בעניין הזימון. בנסיבות העניין, עם זאת, לא שוכנע בית המשפט קמא כי מדובר בפגם המחייב ביטול כתב האישום. לא מצאתי סיבה להתערב בהחלטה זו.

15. כאמור, המערער הודה בכך שהמכתב נשלח אליו והוא לא התייצב. מעבר לדרוש, אומר, כי בנסיבות שהוכחו, והואיל ומדובר בהליך שימוע שהוא תוצאה של נוהג או נוהל ולא מכוח דרישה מפורשת בחוק, הרי גם אם יש ספק האם ניתנה למערער הזדמנות להשמיע טענותיו קודם להגשת כתב האישום, אין הוא מחייב ביטול כתב האישום. בעניין זה, ניתן להוסיף, כי המערער מסר בהזדמנות הראשונה בה הופיע בפני בית המשפט קמא את גרסתו וכתב האישום תוקן על פי גרסה זו, כך שלא נגרם לו כל נזק, גם בהנחה והופרה זכותו.

כתב האישום המתוקן איננו מגלה עבירה

16. טענה נוספת שהעלה המערער היא כי יש להורות על זיכוי, הואיל וכתב האישום המתוקן אינו מגלה עבירה; לטענת הסנגור, כתב האישום אינו מפרט מהו השימוש שהמערער עושה באותו שטח תחום, והאם שימוש זה נוגד את השימוש המותר במקרקעין לפי תכנית המתאר שחלה עליה.

גם טענה זו אין בידי לקבל. ראשית, יש לומר כי לא זו בלבד שהטענה לא הועלתה בפתח המשפט, אלא רק לאחר שהמערער הודה בביצוע העבירה, הרי ב"כ המערער בחר שלא להעלותה במסגרת הדיון בטענתו המקדמית הקודמת (גם לא בתגובה לטיעוני המאשימה, לאחר שכבר נודע לו שהמערער הורשע על פי כתב האישום מתוקן), והיא הושמעה לראשונה לאחר שנקבע כי אין להתיר לו לחזור בו מהודאתו. אף שצודק ב"כ המערער, כי סעיף 151 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 איננו מונע ממנו את האפשרות להעלות טענה מקדמית מסוג זה בכל שלב של הדיון, יש טעם לפגם בהתנהלות כזו. ייתכן ויש גם משקל לטקטיקה כזו בה נוקט הנאשם בהכרעה בטענתו, שכן הסנגור קובל על לשונו של כתב האישום **המתוקן** שהוא פרי תיקון שנעשה על אתר בהמלצת בית המשפט, מתוך נכונות לסיים את ההליך, כל זאת, על פי הגרסה שמסר המערער עצמו בדיון. אין חולק כי כתב האישום המקורי היה ברור ונהיר, ואין המערער יכול להיבנות מאי בהירות כלשהיא, גם אם נפלה, כתוצאה מתיקון כתב האישום, שמטרתו הייתה לאפשר לו להודות בעובדות המפורטות בו.

אף לגופו של עניין, אין ממש בטענה. נגד המערער הוגש כתב אישום אשר ייחס לו ביצוע עבודות בנייה ושימוש בהן ללא היתר כדיון. המערער טען כי לא בנה את המבנה והוא רק עושה בו שימוש. בהמלצת בית המשפט, חזרה בה המשיבה מן האישום שייחס למערער את ביצוע העבודות, ונותרה רק העבירה הנובעת מן השימוש שעושה המערער במבנה שנבנה ללא היתר, שימוש המהווה עבירה כשלעצמו (רע"פ 2904/13 גדרי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה בני ברק 11.6.2013). מהותו של שימוש זה ואי החוקיות שבו היו ברורים ומובנים למערער, אשר התייחס בטיעוניו למאמצי להכשיר את הבניה הלא חוקית.

פטור מקבלת היתר

17. לטענת ב"כ המערער יש לזכות את המערער מן האישום כנגדו מאחר ולאור תקנות התכנון והבנייה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), תשע"ד-2014 (להלן: "**תקנות הפטור**"), השימוש המיוחס לו בכתב האישום המתוקן, אינו מהווה עוד עבירה. לעמדתו, אף שתקנות הפטור נכנסו לתוקפן רק ביום 1.8.14, יש להחילן באופן רטרואקטיבי על עניינו של המערער, מכוח סעיף 5(א) לחוק העונשין קובע כי:

"נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה."

לעמדת המערער, השימוש המיוחס לו מהווה שימוש מותר הנכנס בגדרי תקנה 13 לתקנות הפטור בהיותו "שימוש נלווה וטבוע לבניין או לקרקע", והן בהיותו שימוש בתוצריהן של עבודות פיתוח לפי תקנה 31(א) לתקנות אלו.

18. דינה של טענה זו להידחות משני טעמים. ראשית, הטענה בצורתה זו לא הועלתה כלל בפני בית המשפט

קמא ומשכך אין להיזקק לה. בפני בית המשפט קמא אמנם עלתה טענה ביחס לתקנות הפטור והשלכתן על הרשעתו של המערער, אך במובן אחר - בדיון שנערך ביום 26.6.14, טען ב"כ המערער, שאילו נערך למערער שימוע כדון, יכול וכתב האישום לא היה מוגש כלל, וזאת נוכח תקנות הפטור שעתידות היו להיכנס לתוקף ב-1.8.14. בטענה זו לא ממש הואיל והמערער זומן לשימוע עוד בשנת 2009 וכתב האישום הוגש כבר בשנת 2010, כך שלא ניתן לומר שהיה בכוחן של תקנות הפטור למנוע הגשת כתב האישום בשעתו.

19. די בכך כדי לדחות את הטענה. מעבר לדרוש יאמר, כי גם אם תתקבל טענת המערער כי יש להחיל את תקנות הפטור באופן רטרואקטיבי, מכוח סעיף 5 לחוק העונשין, הרי שעיון בתקנות 13 ו-31(א) לתקנות הפטור, מעלה כי הן אינן רלוונטיות כלל לעניינו של המערער.

ראשית, לפי תקנה 2(1), התקנות חלות על סוגי בניינים, עבודות ושימושים המבוצעים בידי בעל זכות במקרקעין או בעל זכות לגביהם המאפשרת ביצוע עבודות, ולטענת המערער, אין הוא עונה על תנאי זה. על כל פנים, מדובר בסוגיה עובדתית, שלא נתבררה בבית המשפט קמא. שנית, תקנה 13 לתקנות הפטור קובעת בזו הלשון:

פרטי עזר

"הקמה, הצבה או התקנה של מצלמות, גופי תאורה, צופר אזעקה, מיתקן חניה לאופניים וכל רכיב עזר אחר מעין אלה, שהוא שימוש נלווה וטבוע לבניין, או לקרקע פטורה מהיתר, ובלבד שהתקיימו בו כל אלה:

(1) אין בו משום תוספת שטח בנייה;

(2) אינו כולל בניית מבנה נלווה לצורך הצבתו זולת עמוד נושא;

(3) אם הותקן על גבי מבנה, משקל רכיב העזר לא יעלה על 50 קילוגרמים;

(4) היה פריט העזר עמוד תאורה, גובהו לא יעלה על 6 מטרים."

עיון בלשון התקנה מעלה כי איננה חלה על שימוש מהסוג המיוחס למערער. השטח התחום בו השתמש המערער הינו בגודל של 30 מ"ר, שנוספו למבנה הקיים בלא היתר כדון.

20. על פני הדברים, השימוש המיוחס למערער אף אינו שימוש בתוצר של עבודות פיתוח הקבועות בתקנה 31 (א) שזו לשונה:

"ביצוע עבודות פיתוח, לרבות מסלעה, חיפוי קרקע וריצוף חצר פטור מהיתר, ובלבד שעבודות הפיתוח אינן כוללות מסלעות או קירות פיתוח בגובה העולה על 1 מטר ואינן פוגעות בניקוז הקיים ובערכי טבע."

בענייננו, אין המדובר בעבודות פיתוח אלא ביציקת רצפת בטון וקירות אשר לגביהן לא הונחה כל תשתית עובדתית כי הם מקיימים את הוראות התקנה.

"ייתכנו מקרים בהם תהא ערכאת הערעור נכונה לבחון טענה שלא הועלתה בערכאה קמא, אך זאת כאשר מדובר בטענה משפטית הנשענת על תשתית עובדתית שהוכחה (יעקב קדמי סדר הדין בפלילים ב 1906 (תשס"ט), ... לא כך כאשר מדובר בטענות עובדתיות או בטענות המשלבות פן עובדתי ופן משפטי המועלות לראשונה בערכאת הערעור" (סעיף 6 בפסק דינו של כב' השופט י. עמית ב ע"פ 7164/10 ג'אן נ' מדינת ישראל, (01/12/2011)).

21. כזהו המקרה שבפני, ולכן ולאור המפורט לעיל, אין מקום לקבל את הטענה כי עניינו של המערער חוסה תחת הפטור הקבוע בתקנות הפטור.

חזרה מן ההודאה

22. בהודעת הערעור לא טען המערער דבר כנגד החלטתו של בית המשפט קמא, שלא להתיר לו לחזור בו מן ההודאה. למעשה, אף שביקש ארכה להגיש בקשה כזו, הרי בסופו של דבר עתר ב"כ המערער בפני בית המשפט קמא, לקיים דיון בטענה המקדמית, מבלי לבקש קודם לכן, להתיר חזרה מהודיה.

במהלך הדיון בערעור, העלה ב"כ המערער לראשונה השגות על ההחלטה שלא לאפשר חזרה מהודיה וטען כי בקשה כזו הועלתה במהלך הדיון שהתקיים ביום 26/06/14. עיון בפרוטוקול מלמד, כי בשום שלב לא הועלתה בקשה מעין זו, ובית המשפט קמא דן בה אגב הכרעה בטענה המקדמית, מאחר והבין כי טענתו של המערער חותרת תחת ההודאה, אולם לא הונחה שום תשתית עובדתית וטיעון משפטי המבסס חזרה מהודיה.

23. גם לגופו של עניין, דינה של טענה זו להידחות. כידוע, חזרה מהודאה טעונה אישור בית המשפט, אשר ייעתר לה "מנימוקים מיוחדים" (סעיף 153(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982). בית המשפט יאפשר חזרה מהודיה רק במקרים נדירים בהם קיים חשש ממשי כי ההודאה לא באה מתוך הבנה ורצון אמיתי (ראו ע"פ 3013/11 מנסור מטר נ' מדינת ישראל (1.2.2012) (סעיף 8 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ. נאור); ע"פ 9145/11 עטא מרעי נ' מדינת ישראל (1.5.2013) (פסקה יא לפסק דינו של השופט א. רובינשטיין); רע"פ 5989/13 ניסים ביטון נ' מדינת ישראל, (4.3.2014) (סעיף 19 להחלטת השופט א. שהם). המערער איננו חולק גם היום על העובדה שהוא עושה שימוש במתחם שנבנה שלא כחוק. לא שוכנעתי כי למערער נגרם עיוות דין או כי לא הבין את משמעות הודייתו, אף שהודה בה בעת שלא שהיה מיוצג.

24. נוכח כל האמור, אני דוחה את הערעור על הכרעת הדין.

הערעור על גזר הדין

25. בית המשפט קבע כי מתחם העונש ההולם בעבירה שביצע המערער בנסיבותיה הוא קנס הנע בין 1,500 ₪ ל- 8,000 ₪ והחליט להטיל על המערער קנס בסך 6,000 ₪, בתוך מתחם זה, לצד התחייבות להימנע מביצוע עבירה. כמו כן, כאמור, הורה על הריסת המבנה בתוך 5 חודשים, אלא אם כן יתקבל היתר כדן. הערעור על גזר הדין מתמקד בשני נושאים עיקריים: ביטול צו ההריסה והמרתו בצו איסור שימוש והפחתת גובה הקנס.

26. לטענת ב"כ המערער מתחם הענישה שנקבע בגזר דינו של בית המשפט קמא אינו מנומק דיו, לא הובאה כל פסיקה ממנה ניתן ללמוד מהי מדיניות הענישה הנוהגת, ולא ניתנו נימוקים לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. בית המשפט קמא לא שקל את העובדה שלא מדובר בשטח פרטי ואת העובדה שמדובר במתחם שהיה קיים עובר לכניסתו של המערער לבית המשותף; כמו גם את כך שהבניה לא נועדה למטרה עסקית ולא למגורים, אלא משמשת כשטח התאווררות הנגיש לכל דיירי הבית המשותף; בית המשפט קמא התעלם גם מהסכמת המערער להפסיק את השימוש באותו השטח.

27. כן נטען, כי הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה בעניינו של המערער לא יושמו כהלכה בגזר הדין; מתקבל הרושם שבית משפט קמא הושפע מעברו הפלילי של המערער נוכח גיליון ההרשעות הקודמות שלו, אשר אסור היה להגישו כפי שהוגש, מאחר והוא מכיל הרשעות ישנות שהיו צריכות להימחק, מסיבה זו כשלעצמה יש לקבל את הערעור.

28. המשיבה סבורה כי יש לדחות את הערעור על גזר הדין, היות ומדובר בענישה ראויה בהתחשב בחומרת המעשה, בהיות העבירה בשטח משותף, השייך לכל דיירי הבניין ולא בשטח פרטי של המערער, ובהתחשב בערך המוגן והפגיעה בו.

29. בהתאם לתיקון 113 בחוק העונשין, על בית-המשפט לערוך בחינה תלת-שלבית לצורך גזירת העונש (לניתוח מקיף של תיקון 113 והשלכותיו ראו ע"פ 8641/12 מוחמד סעד נ' מדינת ישראל (5.8.2013)). בית המשפט מחויב לנמק החלטתו בכל אחד משלבי גזירת הדין. דרישה זו איננה זניחה, יש בה חשיבות הן לתהליך קבלת ההחלטה ושקילת העונש והן לצורך מודעותו של הנאשם לנימוקים שהביאו לגזר הדין.

30. צודק ב"כ המערער בטעונו, כי גזר הדין לא נומק כהלכה, במתווה תיקון 113 לחוק העונשין. בית המשפט קמא קבע מתחם לעבירה בנסיבותיה, בהתייחסו באופן כללי לשיקולים הרלוונטיים לקביעת המתחם וגזר את העונש בשים לב למתחם שקבע, מבלי לנמק כיצד נקבע העונש הראוי. יחד עם זאת, אין בטעונו זה להביא בהכרח להתערבות בגזר הדין. (ראה ע"פ 2357/13 רוש נ' מדינת ישראל, (06/10/2013)).

31. מתחם העונש ההולם, נקבע על פי הערך המוגן על ידי העבירה, מידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

בענייננו- אין צורך להכביר מילים אודות הערך המוגן הנפגע מהמעשים המיוחסים למערער בכתב האישום ומידת

הפגיעה בו. במהלך השנים, חזר בית המשפט העליון והבהיר כי עבירות התכנון והבנייה מהוות מכת מדינה, שיש להילחם בה באמצעות ענישה מחמירה ומרתיעה, אשר בכוחה למגר את התופעה הפסולה. עוד נפסק, כי בתי המשפט מצווים לתת יד למאבק בעבירות החמורות בתחום התכנון והבנייה, שהפכו לחזון נפרץ בימינו (ראו: רע"פ 10636/06 **אבולקיען נ. מדינת ישראל, (29.4.2007)**, רע"פ 7978/06 **אוסמה עדוי נ. ועדה מקומית לתכנון ובניה הגליל המזרחי, (31.12.2006)**). באשר ל**נסיבות הקשורות בביצוע העבירה** יש להביא בחשבון כי מדובר בעבירה מתמשכת, המבוצעת לאורך מספר שנים, שבמהלכן המערער לא הכשיר את השימוש, העובדה שהמבנה הבלתי חוקי, בו עושה המערער שימוש הוא חלק משטח משותף של דיירי הבניין, הינה נסיבה לחומרא, לעומת זאת, טיב השימוש והעובדה שאיננו למטרה עסקית ואין לצדו הפקת רווחים, הינה נסיבה מקילה. מדיניות הענישה הנוהגת בעבירה של שימוש ללא היתר, הינה הטלת קנסות, שסכומם נע בין אלפי ₪ בודדים לעשרות אלפי שקלים, בהתאם לנסיבות הספציפיות.

32. נוכח כל האמור אני סבורה כי המתחם שנקבע בגזר הדין של בית המשפט קמא, נותן ביטוי לשיקולים אלה, והוא סביר ואף מקל ביחס אליהם, כך שאין מקום להתערב בו.

33. באשר ל**קביעת העונש הראוי למערער**. העונש נקבע בתוך המתחם, בהעדר נימוקים לסטות ממנו, ועל כך אין חולק.

34. לטענת המערער, הקנס שהושת עליו בגין עבירת השימוש, במשטח תחום בשטח של כ- 30 מ"ר, אינו עומד במבחן ההלימה, וחורג לחומרה מרמת הענישה המקובלת.

עונשו של המערער נקבע על פי הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. לעניין זה עמד בפני בית המשפט תסקיר שירות המבחן, אשר פירט את נסיבותיו האישיות של המערער, את היותו אדם נורמטיבי ככלל, אשר שירת שנים במשטרת ישראל, לצד העדר הפנמה של מלאה של הבעייתיות במעשיו. לזכות המערער יש לקחת בחשבון את הודאתו, אך להודאה זו משקל נמוך בהתחשב בכך שההליך נמשך שנים, בשל התנהלות המערער. לחובת המערער רישום פלילי (בעבירות אלימות). הטענה כי בפני בית המשפט הוצג רישום פלילי לא קביל, איננה עולה בקנה אחד עם הצהרתו של ב"כ המערער בטיעונו לעונש כי העבירה משנת 1993 התיישנה אך טרם נמחקה. מעבר לכך, ב"כ המערער גם לא התנגד להצגת הרישום הפלילי בפני בית המשפט קמא. על כל פנים, הואיל ומדובר בעבירות ישנות שאינן מאותו תחום, יש להניח כי משקלן בעונש היה מועט, אם בכלל.

35. על רקע האמור, נכון היה לקבוע את עונשו של המערער באמצעו של המתחם. לאור האמור, ובהעדר נימוקים בגזר הדין למיקומו של המערער במתחם אני מורה כי סכום הקנס יופחת ויועמד על 4,000 ₪ או 40 ימי מאסר כנגדם.

צו ההריסה

36. המערער סבור כי יש להמיר את צו ההריסה שניתן במסגרת גזר דינו של בית המשפט קמא לצו איסור שימוש, מאחר ולא ברור מהי ההצדקה המשפטית והמוסרית המחייבת את המערער בנשיאת העלויות הכרוכות בהריסת המשטח או בהכשרתו, הואיל ויוחסה לו עבירה של שימוש בלבד, והוא מוכן להפסיק שימוש זה.

37. לעניין זה, טענה המשיבה כי היא אינה מבצעת צווי הריסה ואין בידה הכלים לבצעם. המשיבה מפנה לרע"פ **3217/13 סאמר נגד מדינת ישראל** (20.5.2013), בו דחה בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור, תוך קביעה כי השאלה האם ניתן לחייב בהריסת מבנה, מי שהורשע בגין שימוש בו ללא היתר או בסטייה מהיתר, זוכה לתשובה בסעיפים 204, 205 ו-208 לחוק התכנון והבניה, המאפשרים להרשיע בדין, בין היתר, גם אדם המשתמש במקרקעין אף אם אינו הבעלים במקרקעין. כן נקבע, כי לבית המשפט ניתן שיקול דעת רחב לחייב גורמים שונים בהריסת מבנה שנבנה ללא היתר כדין או בסטייה מהיתר.

38. לא יכולה להיות מחלוקת כי בית המשפט מוסמך לחייב אדם שהורשע בשימוש במקרקעין שלא לפי היתר או ללא היתר, להרוס מבנה שהוקם ללא היתר, גם אם לא הורשע בבנייתו. סוגיה זו הוכרעה ברע"פ **3217/13** שאזכר לעיל. המערער קובל על שיקול הדעת שבחייב המערער להרוס את שנבנה ללא היתר, ועל מוסריות הדרישה. אכן לבית המשפט נתון שיקול הדעת האם לחייב אדם בביצוע ההריסה, אך עצם העובדה שלא הורשע בבניה ללא היתר, איננה הופכת את הצו ללא מוסרי או בלתי סביר. יש לזכור כי תכליתם של דיני התכנון והבניה, הינה, בין היתר, הסרת המפגע התכנוני, החזרת הסדר התכנוני על כנו ומניעת ההנאה והרווח משימוש שהוא פרי העוון. בנסיבות המקרה כאן, בהן מדובר בשימוש הנמשך לאורך שנים, ובהתחשב בכך שאין המדובר בבניה שהריסתה מורכבת או כרוכה בהשקעה רבה, אינני רואה סיבה להתערב בהחלטתו של בית המשפט קמא לחייב את המערער להרוס את שנבנה ללא היתר ומשמש אותו.

39. סוף דבר, אני דוחה את הערעור על הכרעת הדין ועל גזר הדין, למעט התערבות מסוימת בגובה הקנס, בשל הנימוקים שפורטו לעיל. הקנס יועמד על 4,000 ₪ או 40 ימי מאסר כנגדו. הקנס או יתרת הקנס ישולמו ב- 10 תשלומים חודשיים שווים ורצופים, החל מיום **1.1.15** ובכל 1 לחודש שלאחריו. אי תשלום אחד השיעורים יעמיד את מלא הקנס לפירעון מיידי.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים, בהקדם.

ניתן היום, י' כסלו תשע"ה, 02 דצמבר 2014, בהעדר הצדדים.