



עפ"א 16521/10/19 - אחמד ח'טיב, אלפרח למסחר כללי בע"מ, פרג' עלי נגד ועדה מקומית לתכנון לב הגליל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 16521-10-19 ח'טיב ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון לב הגליל
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט שמואל מנדלבוים
מערערים 1. אחמד ח'טיב
2. אלפרח למסחר כללי בע"מ
3. פרג' עלי ע"י ב"כ עוה"ד חלאילה וואל
נגד משיבים
ועדה מקומית לתכנון לב הגליל ע"י ב"כ עו"ד עסאם חטיב

פסק דין

1. בפני ערעור על חומרת העונשים שנקבעו בגזר דינו של בית משפט שלום בקריות (כב' השופט מיכאל ארדמן) מיום 9.7.19 בתו"ב 17841-02-17 (להלן: "**גזר הדין**").

רקע עובדתי

2. מערער מס' 1 הינו הבעלים של מקרקעין הידועים כגוש 19427 חלקה 72 (חדש) 14 (ישן) בדיר חנא (להלן: "**המקרקעין**").

3. מערערת מס' 2 הינה חברה בע"מ, השוכרת והמשתמשת בפועל במקרקעין, לשם הפעלת עסק למכירה ולאחסון ברזל ושיש (להלן: "**העסק**") ומנהלה הפעיל הינו מערער מס' 3.

4. ביום 31.7.16 הוצא על ידי המשיבה צו הפסקה מנהלי, בהתאם להוראות סעיף 224 וסעיף 230 **לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965** (בנוסחו לפני תיקון 116) (להלן: "**החוק**") כנגד מערער מס' 3, לפיו נצטוו להפסיק את כל פעולות הבנייה שנעשו במקרקעין ללא היתר, כאשר השלב שבו הייתה הבניה היה שלב שינוי פני הקרקע (להלן: "**הצו המנהלי**").

5. בסמוך ליום 18.8.16 הפר מערער מס' 3 את הצו המנהלי בכך שבנה גדרות מאסכורית, סלל אספלט ובנה סככה מפרופילים ועמודי פלדה.



6. ביום 23.8.16 ניתן צו הפסקה שיפוטי וצו למניעת פעולות במסגרת ב"נ 52073-08-16, לפיו נצטוו מערער מס' 1 ומערער מס' 3 להפסיק את כל פעולות הבניה והשימוש החורג במקרקעין, כשהבניה הייתה בשלב של סלילת אספלט, בניית גדרות מאסכוריות והתחלת בניית סככה מפרופילים ועמודי ברזל ללא תקרה (להלן: "**הצו השיפוטי**").

7. משסיימו המערערים את בניית הגדרות והסככה, והשתמשו בסככה ובמגרש להפעלת העסק, הוגש נגדם ביום 8.2.17 כתב אישום בגין ביצוע עבירות של בניה ושימוש חורג ללא היתר, תוך הפרת צו הפסקה מנהלי ושיפוטי וצו למניעת פעילות (להלן: "**כתב האישום**").

ההליך בבית משפט קמא

8. ביום 4.6.18 המערערים הורשעו, על פי הודאתם, בביצוע עבירות של עבודות בניה ללא היתר, שימוש חורג במקרקעין ללא היתר, אי קיום צו הפסקה מנהלי, אי קיום צו הפסקה שיפוטי ואי קיום צו למניעת פעולות, ולרבות אחריות תאגיד ומנהל תאגיד, עבירות לפי סעיפים 204(א), 237, 240, 249, 253(1) ו-253(2) **לחוק**.

9. ביום 11.2.19 התקיים דיון ובו הודיע ב"כ המערערים כי מערערת מס' 2 מתכוונת לפנות את המקרקעין, וכי בוצע פירוק של חלק קטן מהסככה. עוד הודיע ב"כ המערערים כי מערערת מס' 2 אמורה לקבל בסוף חודש 2/2019 מגרש חליפי מטעם המשרד לכלכלה, במקום המיועד למסחר ותעשיה בדיר חנא. משכך, ביקש ב"כ המערערים דחייה של 3 חודשים בהם יודיעו הצדדים לבית המשפט האם המערערים פינו את המבנים ויגישו טיעונים לעונש מטעמם.

כמו כן סוכם בין הצדדים כי שווי כפל הבניה שביחס אליו יועלו טענות הצדדים יעמוד על סך של 290,000 ₪.

10. ביום 17.5.19 הוגשו טיעונים משלימים לעונש מטעם המשיבה, ובהם נטען כי המערערים לא הרסו ולא פינו את המבנים, והשימוש לעסק מכירת ואחסנת ברזל ושיש נמשך.

ביום 7.7.19 הוגשו סיכומים מטעם המערערים הכוללים הודאה בכך שהמקרקעין לא פונו, וכי הפעלת העסק במקרקעין נמשכת.

11. ביום 9.7.19, ולאור טיעוני הצדדים, בית משפט קמא גזר על המערערים את העונשים הבאים:

מערער מס' 1:

11.1. קנס בסך 180,000 ₪ שישולם ב-40 תשלומים חודשיים או 4 חודשי מאסר תמורתו,

11.2. 3 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור המערער עבירה על פי פרק י' לחוק במשך שנתיים.

11.3. תשלום כפל אגרת בנייה בסך 160,560 ₪.

עמוד 2



מערכת מס' 2:

11.4. קנס בסך 300,000 ₪ שישולם ב-40 תשלומים חודשיים.

11.5. חתימה על התחייבות בסך 200,000 ₪ למשך שנתיים להימנע מלעבור עבירה על פי פרק י' לחוק, שאם לא כן, יאסר מנהלה, מערער מס' 3, ל-15 ימים.

מערכת מס' 3:

11.6. קנס בסך 250,000 ₪ שישולם ב-40 תשלומים חודשיים או 5 חודשי מאסר תמורתו.

11.7. 3 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור המערער עבירה על פי פרק י' לחוק במשך שנתיים.

11.8. בנוסף לכך, בית משפט קמא חייב, **כל אחד מהמערערים**, לשלם את שווי המבנה בסך 145,000 ₪

11.9. כמו כן, בית משפט קמא חייב את המערערים להרוס את המבנים נשוא כתב האישום, וזאת בתוך 3 חודשים ממועד גזר הדין, על מנת לאפשר למערערים להשלים את העברת העסק למקום אחר. בנוסף, ניתן צו איסור שימוש במבנים, שיכנס לתוקפו 3 חודשים ממועד גזר הדין מטעמים זהים לצו ההריסה.

12. בגזר דינו ציין בית משפט קמא כי **"כאשר מדובר בעבירות תכנון ובניה שרווח כלכלי בצידן, ובמיוחד למטרות מסחריות, מטרת הענישה הינה לשלול מהנאשם את הרווח הכלכלי ולהרתיעו"** (עמ' 3, שורות 23-24 לגזר הדין). עוד הוסיף בית משפט קמא כי **"בעבירות מסוג ענייננו, הנעשות לשם רווח כלכלי, מתחשב בית המשפט באופן משמעותי יותר ברווח הפוטנציאלי לנאשם מביצוע העבירה, ופחות בנסיבותיו האישיות, לרבות מצבו הכלכלי"** (עמ' 4, שורות 1-3 לגזר הדין).

13. במסגרת שיקולי הענישה, התייחס בית משפט קמא לנסיבותיהם האישיות של המערערים: מצבם הכלכלי והרפואי של המערערים, שלאורו נמנע בית משפט קמא מלהתחיל עונש מאסר בפועל, למצבן הרפואי של בנות זוגם ולגילם של המערערים ובנות הזוג. עוד התחשב בית משפט קמא לעובדה שקיים קושי במציאת מקום לניהול העסק של המערערים, להודאתם בהזדמנות הראשונה, להיעדר עבר פלילי ולמצב התעסוקתי בכפר. אולם, ציין כי לא ניתן להתעלם מן העובדה שהעבירות שנעברו נעשו בשטח גדול מאוד, בניגוד לצווים מנהליים ושיפוטיים שהוצאו כנגדם.

14. לעניין אי הטלת קנס יומי, ציין בית משפט קמא כי **"עסקינן באישום המתייחס ל-4 מבנים נפרדים... הנאשמים אף מואשמים בעבירת שימוש ללא היתר בכל אחד מהם, כמו גם בעבירות נוספות של הפרת צו מנהלי, צו שיפוטי וצו למניעת פעולות. על פי ההלכה הפסוקה על בניית כל מבנה בנפרד ועל כל עבירת שימוש בכל מבנה ניתן לחייב בתקרה הקבועה בסעיף 61 לחוק העונשין... דומה על כן נוכח הסכום הניכר אליו ניתן להגיע, כי מתיתר הצורך לדון בשאלת הקנס היומי. למעלה מן הצורך, אני**



מקבל את טענת המאשימה, אשר הוכחה במסגרת הגשת ראיות לעונש, כי הזמנה לחקירה עומדת בתנאי ההודעה בכתב לנאשמים (סעיף 204 לחוק הישן) המאפשרת הטלת קנס יומי." (עמ' 5, שורות 17-26 לגזר הדין).

15. באיזון כל השיקולים והנתונים העובדתיים שהוצגו בפניו, קבע בית משפט קמא כי מתחם העונש הראוי למערער מס' 1 הינו קנס שנע בין 150,000 ₪ לבין 250,000 ₪, מאסר על תנאי בן 3 חודשים, כפל אגרה ושווי הנכס; למערער מס' 2 הינו קנס שנע בין 300,000 ₪ לבין 400,000 ₪, חתימה על התחייבות עצמית בסך 200,000 ₪ ושווי הנכס; למערער מס' 3 הינו קנס שנע בין 250,000 ₪ לבין 350,000 ₪, מאסר על תנאי ל-3 חודשים ושווי הנכס.

טיעוני המערערים

16. בהודעה הערעור נטען כי בית משפט קמא התעלם מהמצב התכנוני המיוחד בדיר חנא ומהעובדה שאין ליישוב זה אזור תעשייה מאושר המונע מתושבי הכפר לנהל עסק כלשהו, דבר הפוגע קשות בזכותם לעבוד ולהתפרנס מכוח חוק יסוד: חופש העיסוק (ולא על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שטענו). לחיזוק טענתם צירפו המערערים מכתבים מטעם מהנדס המועצה, מר' אומיה חוסין, לפיו לאור מחסור אזור תעשייה בכפר, הוקדש חלק באזור הדרומי של הכפר לצורך הקמת אזור תעשייה, שמגרשים ממנו ימסרו בסוף חודש 02/2019. המערערים טוענים כי לאור העובדה שהטיפול של רשויות התכנון והבניה נעשה בעצלתיים, תושבי דיר חנא לא זכו לאזור תעשייה זה, והשטחים טרם חולקו ליזמים.

עוד צירפו המערערים מכתב מטעם מחלקת השירותים החברתיים במועצה המקומית דיר חנא, לפיו ידוע לה כי מערער מס' 3 מפעיל עסק במגרש פרטי של אחד מתושבי הישוב, מפאת אונס, שכן אין בישוב מקום או מגרש המתאים לסוג העסק שהוא מפעיל. עוד נאמר במכתבה כי מערערת מס' 2 מעסיקה כ-16 עובדים, שחלקם נשים, ולכן יש לתמוך בעסק המופעל על ידה ולעודד את המשך הפעלתו, שכן, סגירתו עלולה לצרף עוד משפחות למעגל העוני והאבטלה בכפר.

17. לעניין ייעוד המקרקעין, המערערים טוענים כי הייעוד הינו בעייתי והזוי, ומשכך מהווה נסיבה מקלה לעניין גזר הדין. לטענתם, תכנית המתאר ג/15132 שהופקדה ביום 23.6.08 וניתן לה תוקף ביום 22.12.11 (להלן: "**תכנית המתאר**") ייעדה את המקרקעין, שבבעלותו הפרטית של מערער מס' 1, למרכז תחבורה. המקרקעין מצויים בתוך הכפר, וסביבם קיימים בתים, עסקים ותחנת דלק. לטענת המערערים, תכנית המתאר ייעדה רק את חלקת מערער מס' 1 למרכז תחבורה, כאשר רוב שטחה של תכנית המתאר יועד למגורים, ולמעשה, התכנית לא ייחדה שטחים כלשהם לתעשייה ומסחר, אלא הכשירה שטחים ששימשו עד לאותה שנה (שנת 2011) למטרות אלה ולא נוסף, ולו דונם אחד, לתעשייה ומסחר.

עוד טוענים המערערים כי ייעוד המקרקעין הינו למעשה ייעוד ציבורי יותר מאשר פרטי, ומשכך, מנוע מערער מס' 1 מלנצל את המקרקעין שבבעלותו.



משכך, טוענים המערערים כי הסטטוס התכנוני של המקרקעין אינו ישים ואינו מאפשר ניצול מטיבי ואף חלקי של המקרקעין.

כמו כן, נטען כי מעל המקרקעין ולאורכם עוברים קווי מתח גבוה של חברת חשמל- עובדה המונעת קבלת היתר בניה, וכי אף נעשה על ידם נסיון לקבל היתר לשימוש חורג אך הובהר להם שהדבר אינו אפשרי לנוכח קיומם של קווי החשמל.

18. לעניין התנהלות רשויות התכנון והבניה, לרבות המועצה המקומית, המערערים טוענים כי המשיבה אמונה הן על התכנון, הן על הבניה והן על האכיפה. אולם, לטענתם, על המשיבה להתמקד תחילה בפן התכנוני בטרם תפנה לפן האכיפתי והעונשי. לאור העובדה שעד ליום זה לא הופקדה תכנית מפורטת לתכנית המתאר, תכנית שמכוחה ניתן יהיה להוציא היתרי בניה, טוענים המשיבים, כי המשיבה לא מילאה את תפקידה כראוי, ומשכך אינה יכולה לדרוש להחמרה עם עברייני הבניה.

19. לעניין חיוב תשלום שווי המבנה, נטען כי בית משפט קמא שגה עת חייב את המערערים לשלם סך של 145,000 ₪ עבור שווי המבנה, שכן מדובר ברכיב שהיה על מערערת מס' 2 לשאת בו לבדה, וזאת מפאת שלושה טעמים: הראשון הוא שבהסכם השכירות שנערך בין מערער מס' 1 למערערת מס' 2, נקבע כי האחריות הבלעדית בגין הבניה ותוצאותיה תהיה מוטלת על מערערת מס' 2; השני הוא שמערערת מס' 2 היא זו שמפיקה או יכולה להפיק רווח מהבניה על המקרקעין; והשלישי הוא שמערער מס' 3 לא מקבל תועלת חומרית כלשהי מהקמת המבנים.

עוד טוענים המערערים כי מדובר בעונש שאין חובה להטילו, אלא במקרים מיוחדים, כשקיימות נסיבות כבדות משקל המחייבות זאת. לטענתם, נסיבות העניין מובילות אל המסקנה לפיה יש להימנע מהטלת עונש זה. כדי לבסס את טענתם, הציגו המערערים מקרים אחרים בהם בית המשפט לא הטיל תשלום שווי המבנה והמשיבה לא עתרה להטלת רכיב זה בגזר הדין.

20. לעניין מתחם הענישה ההולם, המערערים טוענים כי מתחם הענישה ההולם שנקבע לכל אחד מהם הינו בלתי סביר, מופלג בחמורתו ואינו מתיישב עם פסיקותיהם של בתי המשפט, לרבות פסיקותיו של כב' השופט ארדמן בבית משפט קמא. לחיזוק טענתם הפנו לגזר דינו של כב' השופט ארדמן בתו"ב 56193-05-14, בו סקר גזרי דין של עבירות בניה בהיקפים שונים.

המערערים הדגישו כי הם אינם חולקים על עצם הפגיעה בערכים המוגנים כתוצאה ממעשיהם, אולם על בית משפט קמא היה להתייחס לנסיבות המיוחדות של המקרה, לרבות "אשמתן" של רשויות התכנון והבניה.

21. לעניין חיובו של מערער מס' 1 בתשלום כפל אגרה, נטען כי בית משפט קמא שגה עת גזר על מערער מס' 1 תשלום כפל אגרת בניה, וזאת מכיוון שהמשיבה לא עתרה לעונש זה בכתב האישום או לפני הודאתו בעובדות



כתב האישום.

לחילופין, המערערים טוענים כי גם בהנחה שחייב כפל האגרה חל, הסכום שנתבע אינו נכון. לטענתם, לו מערער מס' 1 היה פונה אל המשיבה בבקשה לקבלת היתר, הרי היה משלם אגרה רק עבור הקמת הסככה והנחת הקונטיינר. אם כך, מדובר בשטח מבנים בסך 477 מ"ר, שסכום אגרת הבנייה בגינו עומד על 13,410 ₪.

לחילופי חילופין, טוענים המערערים כי יש להטיל תשלום בגובה האגרה בלבד, ולא כפל אגרה.

22. לעניין העונשים שהוטלו על מערערת מס' 2 (להלן: "**המערערת**") נטען כי בראש ובראשונה, מדובר במבנים שאינם מחוברים חיבור קבע לקרקע וניתן לסלקם מן המקרקעין בכל זמן נתון. לראייה, טענו כי מערערת מס' 2 פירקה את כל לוחות האסכורית מעל הסככה שהקימה, בהתאם להמלצתו של בית משפט קמא.

עוד טוענת המערערת כי היא אינה פורעת חוק, ולמעשה הגישה בקשה (שהתקבלה) לקבל מגרש באיזור התעשייה העתידי לקום בכפר. מאז קבלת הבקשה, המערערת נמצאת בקשר רצוף עם הרשויות המקומיות, אולם טרם קיבלה את המגרש המיועד.

יותר מכך המערערת 2 טענה כי עשתה ניסיון להעתיק חלק מפעילותה למגרש החליפי שהמיועד לה אך פקח של רשות מקרקעי ישראל איים בנקיטת הליכים משפטיים, תוך שהוא מבהיר כי כל עוד לא יושלמו התשלומים בגין המגרש החליפי ועבודות הפיתוח הנדרשות, המערערת 2 אינה רשאית לפעול במגרש החליפי ובנסיבות אלו נאלצה המערערת 2 להמשיך ולהפעיל את עסקה במקרקעין בכדי שלא תאלץ לפטר את כלל עובדיה.

בהקשר זה אקדים ואציין כי טיעונים אלו העלו ללא כל אסמכתא, ובהתאם קיים קושי ליתן להם משקל ראוי.

בנוסף לכך, טוענת המערערת כי הקמת העסק בשטח של כ-2,676 מ"ר, כששטח הסככה והקונטיינר עומד על 347 מ"ר, נעשה במטרה שלא להפריע לשאר האנשים באיזור או ליצור מטרד, וכן לאפשר את ניהולו התקין של העסק, הכולל כניסה ויציאה של משאיות מהשטח בו מצויה הסחורה של העסק, במקום העמדת המשאיות מחוצה לו.

עוד טוענת המערערת כי מצבה הפיננסי קשה, ונכון למועד הגשת הודעת הערעור, המערערת נמצאת בהפסד של 878,335 ₪ (נתון שיכול להשתנות). לכן, הקנסות שהוטלו עליה עלולים לגרום להפסקת פעילותה ולהכנסת 16 משפחות למעגל האבטלה.

23. לעניין הקנסות שהוטלו על מערער מס' 3 נטען כי כתב האישום שהוגש נגדו, הוגש מכוח היותו מנהלה של המערערת, קרי מבצעת העבירה העיקרית. לטענתו, בשל היותו הבעלים היחיד של המערערת, הרי שהטלת עונש עליו מהווה מעין ענישה כפולה ובקנסות שישולמו מאותו כיס, היות והנאתה, רווחיה ו/או הפסדיה של



המערערות מיוחסים אליו.

24. לבסוף מעלים המערערים טענות בדבר אכיפה בררנית הנוגעות לכל אחד מהמערערים, הן בנוגע לאכיפה עצמה, והן בנוגע לעונשים שנדרשו בעניינם.

טיעוני המשיבה

25. המשיבה טוענת כי העונש שהוטל על המערערים אינו סוטה באופן ניכר ממדיניות הענישה המקובלת בעבירות דומות, כי לא נפלה בגזר הדין שגגה, ומשכך אין כל הצדקה להתערב בו ויש לדחות את ערעורם של המערערים. המשיבה סומכת את התנגדותה לחומרת העונש על מקרים אחרים בהם הוטלו עונשים חמורים, כמו במקרה זה.

בנוסף לכך, המשיבה טוענת כי המערערים הגיעו לבית המשפט בחוסר ניקיון כפיים, שכן עיכוב ביצוע צו איסור שימוש פג תוקף מזה 3 חודשים.

26. עוד טוענת המשיבה באשר למידת הפגיעה בערכים המוגנים כתוצאה ממעשיהם של המערערים. לטענתה, התנהגות המערערים מהווה "קביעת עובדות בשטח" ופוגעת במרקם התכנוני ובאינטרסים כבדי משקל, שכן במקום "הליכי תכנון", שמטרתם להקדים חשיבה והסדרת שימושים בקרקע, תוך התחשבות במכלול האינטרסים, הרשויות נאלצות להיגרר אחרי המציאות המוכתבת ע"י הבנייה הלא חוקית.

כמו כן, המשיבה טוענת כי בין תכליות הענישה בתחום התכנון והבנייה, נמצא הצורך בשמירה על המדיניות התכנונית; הצורך בהקפדה על כל שכל בניה תעשה כנגזרת של תפיסה תכנונית רחבה; הצורך בשמירת הבטיחות, לאור הסיכון הנשקף למשתמשים במבנים שהוקמו ללא פיקוח מצד הרשויות; הצורך בשמירה והקפדה על קיום שלטון החוק ויישומו; הצורך בהלימה ובהרתעה מפני עבריינות כלכלית ומניעת הנראה מפירות העבירה, לבל ייצא חוטא נשכר.

27. לעניין רכיבי הקנס וההתחייבות, המשיבה טוענת כי השיקול של מניעת ההנאה מפירות העבירה, מתחדד במקרה זה, שכן מדובר במצב בו **המניע לביצוע העבירה הינו הפקת רווח כלכלי** ולא מצוקה אליה נקלעו המערערים.

עוד טוענת המשיבה כי העובדה שבקשתם של המערערים לשימוש חורג נדחתה, מהווה נסיבה מחמירה, שכן המערערים ממשיכים להפעיל את העסק בניגוד להחלטה זו.

28. לעניין שימושו של בית משפט קמא בסמכות המעוגנת בסעיף 219 **לחוק**, קרי הטלת תשלום שווי המבנה, הפנתה המשיבה לשני פסקי דין המלמדים על הנסיבות שבהן ניתן להשתמש בה. לטענתה, לאור העבודה שמעשיהם של המערערים נעשו ממניע של הפקת רווח כלכלי ולא ממצוקה אליה נקלעו, ישנה הצדקה לעשות



שימוש בסמכות זו.

29. לעניין כפל אגרת הבניה, המשיבה אינה מתנגדת כי רכיב זה יוטל על המערערת 2 ועל מערער מס' 3 ולא על המערער 1.

לעניין הכשל התכנוני, המשיבה טוענת כי אין זה הפורום הראוי שבו ידון העניין, וכי על המערערים להגיש עתירה מנהלית, באם ירצו.

30. לעניין טענת הכיס הזהה בין מערערת מס' 2 למערער מס' 3 טענה המשיבה כי החוק מבחין ומפריד בין החברה לבין מנהלה, ומשכך אין שום מניעה להטיל עונשים על כל אחד מהם בנפרד. בנוסף לכך, המשיבה טוענת כי מערער מס' 3 הוא אמנם ישות נפרדת ממערערת מס' 2, אולם הוא האישיות הדומיננטית בה והוא זה שמפעיל את העסק בפועל. לכן, אין מקום להטיל על מערער מס' 3 ענישה מקלה יותר.

דין והכרעה

31. בפנינו כאמור ערעור על העונש שהוטל על ידי בית המשפט קמא, ובטרם אדון בטיעוני הצדדים אפנה לכלל הידוע שלפיו לא בנקל תתערב ערכאת הערעור במידת העונש שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שבהם העונש שנגזר חורג במידה ניכרת מרמת הענישה הנוהגת במקרים דומים או כאשר דבק פגם מהותי בגזר הדין [ראו ע"פ 5750/16 **מדינת ישראל נ' ג'מאל חשאן** (23.4.17), פסקה 10 והאסמכתאות המפורטות שם וע"פ 248/18 **אהרון גבאי נ' מדינת ישראל** (2.7.18), פסקה 9]. זאת ועוד נקבע גם כי "**ערכאת הערעור בוחנת בראש ובראשונה, את התוצאה העונשית הסופית, וגם אם נפלה שגגה באופן הפעלת מנגנון הבניית שיקול הדעת שעוגן בהוראות תיקון 113 לחוק העונשין, אין בכך כדי להצדיק קבלת ערעור כאשר התוצאה העונשית אינה מצדיקה התערבות**" [ע"פ 8109/15 **אהרון אביטן נ' מדינת ישראל** (9.6.2016, פסקה 8)].

32. במקרה שלפנינו לאחר עיון במכלול טענות הצדדים הגעתי למסקנה לפיה דין הערעור להתקבל חלקית, ויש מקום להפחתת העונשים שנקבעו בגזר הדין.

33. אקדים ואציין, כי מקובלת עלי עמדת בית המשפט קמא לפיה ענין לנו בעבירות בתחום התכנון והבנייה לגביהן נקבע לא אחת כי הינן עבירות חמורות הפוגעות פגיעה מהותית בשלטון החוק, בסדר הציבורי ובמדיניות תכנונית ואפנה בענין זה לדבריו הברורים של השופט (כתוארו אז) מ.חשין ברע"פ 4357/01 **סבן נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה קרית אונו** פ"ד (3) 49,59: "**בנייה שלא כדין היא לא רק תופעה, החותרת תחת התכנון הנכון של הבנייה, אלא השלכותיה מרחיקות לכת יותר. היא בין התופעות הבולטות, הפוגעות בהשלטת החוק. מי שעושה דין לעצמו פוגע באופן הגלוי והברור בהשלטת החוק...**"

וכן ראו רע"פ 5545/11 **יאסין עאדל נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה לב הגליל** (2.8.11, פסקה ו') וכן



רע"פ 9239/12 עבדאלקאדר אבו עראר נ' מדינת ישראל (2.1.2013, פסקה 12).

34. לאור עוצמת הפגיעה ביסודות שלטון החוק, ובאפשרויות התכנון בשל קיומן של עבירות בנייה בלתי חוקית, חזר בית המשפט העליון וקבע כי על בתי המשפט לנקוט בגישה מחמירה ותקיפה בכל הנוגע לענישה בגין בנייה בלתי חוקית וכך נקבע כי: **"בהזדמנות זו, הנני מבקש להוסיף מספר מילים, לגבי חומרתן של העבירות בהן עסקינן. כפי שנקבע לא אחת, עבירות התכנון והבניה הפושטות בארצנו, הגיעו לכדי רמה של "מכת מדינה", דבר המחייב נקיטת יד קשה נגד העבריינים. יפים, לעניין זה, דברי השופט ס' גובראן ברע"פ 6665/05 מריסאת נ' מדינת ישראל (17.5.2006): "על העונש שנגזר על מי שמורשע בעבירות נגד חוקי התכנון ובניה לשקף את חומרת המעשים והפגיעה בשלטון החוק ולשמש גורם הרתעה נגדו ונגד עבריינים פוטנציאליים, במטרה להפוך את ביצוע העבירות לבלתי כדאיות מבחינה כלכלית. כבר נפסק בעבר, כי בתי-המשפט מצווים לתת יד למאבק בעבירות החמורות בתחום התכנון והבניה, שהפכו לחזון נפרץ בימינו". הנני מצטרף לדברים נכוחים אלה.**" (רע"פ 189/14 מודלג' נ' מדינת ישראל (3.3.14), פסקה 5).

35. באופן ספציפי הדגיש בית המשפט העליון את החומרה שבעבירה של הפרת צו שיפוטי, ואת הצורך בהחמרת הענישה בעבירות שכאלו וקבע ברע"פ 2448/14 **מנחם נחמיאס נ' מדינת ישראל הועדה המחוזית לתכנון ובניה (10/4/14, פסקה 11)** כי: **"בית משפט זה עמד לא אחת על החומרה שבהפרת דיני התכנון והבניה. בפרט הודגשה בפסיקת בית משפט זה חומרתה של העבירה לפי סעיף 210 לחוק התכנון והבניה, שביצועה - על דרך של אי-קיום הצו השיפוטי - מבטאת זלזול מופגן בשלטון החוק ובהחלטות שיפוטיות..."**

וראו גם עפ"א(חי') 20643-12-17 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה "שפלת הגליל" נ' מחמוד מוראד** (6.2.2018, פסקה 15).

36. עם זאת, וכנגד כל האמור לעיל יש לזכור כי בצד המשקל שיש לתת למאבק המשפטי הנדרש בעבירות בתחום התכנון והבניה, והפרת צו שיפוטי בתחום זה בפרט, יש גם ליתן משקל ראוי לנסיבות הספציפיות הנוגעות לכל מקרה, ובכלל זה הנסיבות לקולא, וכפי שנקבע לא אחת: **"יוזכר כי ענישה היא לעולם אינדיבידואלית, ואין לקבל טענה כי בשל היקפה של תופעה חברתית שעיקרה בעבריינות מסוג מסוים, שומה על בית המשפט לבטל את הנסיבות הקונקרטיות של המקרה שלפנינו- הגם שבהחלט יש לכך השפעה על נקודת האיזון בין השיקולים השונים..."** [ע"פ 6538/16 מדינת ישראל נ' פלוני (5.2.17, פסקה 14).

37. לעמדת, במקרה שלפנינו בצד החומרא שייחס בית המשפט קמא ובצדק, לעבירות שבהן הודו המערערים, ובמיוחד לאי קיום צווים מינהליים ושיפוטיים, בית המשפט קמא לא נתן את המשקל הנדרש לנסיבות המיוחדות שהוכחות בפניו, במיוחד בעניינו של המערער 1.

ייעוד המקרקעין



38. כפי שפורט לעיל , המערערים הקדישו חלק נכבד מטיעוניהם לכשל בקביעת הייעוד התכנוני של המקרקעין בתכנית המתאר , וכן לטענות בדבר העדר שטחי מקרקעין בייעוד תעשייה ומסחר בדיר חנא .

39. טיעונים אלו לא זכו למענה כלשהו של המשיבה בבית משפט קמא , ואף בית המשפט קמא עצמו למרות שציין בפסק דינו כי **"לקחתי בחשבון גם את טיעוני הנאשמים , לקושי במציאת מקום לעסקם...ולמצב התעסוקתי בכפר..." (עמ' 5 לגזר הדין)**, אך בפועל כעולה מהעונשים שנקבעו , שיקולים אלו לא קיבלו משקל של ממש.

40. גם בדיון בפני לא התייחס ב"כ המשיבה לגופן של טענות המערערים בנושא הכשל התכנוני והחוסר בשטחי מסחר ותעשייה בדיר חנא , והסתפק בטיעון כי את הטענות הנ"ל **"...יש לטעון במסגרות אחרות בפורום אחר בעתירה מנהלית בהליכים אחרים..."**. בנוסף נטען כי העובדה שהמבקשים הגישו בקשה לשימוש חורג וזו נדחתה אינה מהווה נסיבה לקולא אלא דווקא נסיבה לחומרא, וכן נטען כי **"מצד שני איזה שימוש יכול הוא לעשות במקרקעין אינה לענייננו"** (עמ' 3 לפרוט' מיום 24.12.2019).

41. גישת ב"כ המשיבה בסוגיית הייעוד התכנוני , על כל היבטיה אינה מקובלת עלי, ולעמדת הנסיבות התכנוניות שהוכחו בפני בית המשפט קמא , היו צריכות לשמש כנימוק מהותי להקלה בעונש המוטל על המערערים ובמיוחד אמורים הדברים ביחס למערער 1.

42. **ובמה דברים אמורים?** - כפי שטען ב"כ המערערים וטיעוניהם לא נסתרו בדרך כלשהי , למקרקעין נקבע בתכנית המתאר ייעוד של "מרכז תחבורה" לגביו נקבע בסעיף 3.1.20 בתקנון התכנית כי **"מרכז התחבורה ישמש את צרכי התחבורה העירונית . תותר הקמת מבני שירות הנובעים מפעילות מרכז זה. לאזור זה תוכן תכנית מפורטת הכוללת תוכנית בינוי "**.

43. מהאמור לעיל , עולה כי למקרקעין נקבע בתכנית המתאר, אשר אותה יזמה ועדת היגוי בינמשרדית של מספר משרדי ממשלה , **ייעוד ציבורי במהותו** , שיש בו כדי להגביל באופן מהותי את אפשרותו של המערער 1 להפיק הנאה כלכלית מהמקרקעין בבעלותו , זאת ביחס למקרקעין אחרים בתחומי תכנית המתאר והסמוכים למקרקעין, שאושרו למגורים , מסחר , תעשייה וכו'.

44. יותר מכך, הדרך **היחידה** בה יכול היה המערער 1 להפיק תועלת מהמקרקעין בהתאם להוראות התכנית, היא במקרה שבו אכן הייתה נערכת ומאושרת תכנית מפורטת ביחס למקרקעין הכוללת תכנית בינוי, ולמערער 1 הייתה ניתנת האפשרות לגבות דמי שכירות או תשלום אחר בגין השימוש שהיה נעשה במקרקעין לצרכי "מרכז התחבורה".

45. **אלא שבפועל , תכנית המתאר אושרה עוד ביום 22.12.11, והנה חלפו עד היום למעלה מ-8 שנים !!!!, ולא הוכנה תוכנית מפורטת כלשהי , ואף לא נטען ולא כל שכן שלא הוכח על ידי המשיבה כי**



ננקטו הליכים כלשהם להכנת תכנית מפורטת כלשהי.

46. בהקשר זה אציין כי בהתאם ל"חזקת התקינות המינהלית", קיימת הנחה עובדתית שלא נסתרה לפיה בעת שאושר ייעוד המקרקעין כ"מרכז תחבורה", נלקחה בחשבון עובדת קיומם של קווי מתח גבוה העוברים מעל המקרקעין וכן הוראות סעיף 4.4 לתקנון תכנית המתאר שבו נקבעו המגבלות על האפשרות לקבלת היתרי בנייה מתחת או בסמוך לקווי חשמל עיליים, ונקודת המוצא התכנונית הייתה כי ניתן יהיה במסגרת הכנת תכנית מפורטת ליתן מענה לסוגיה זו באופן שיאפשר הקמת מרכז תחבורה במקרקעין, ואין לייחס למוסדות התכנון וליזמי התכנית קביעת הוראות תכנוניות שיהיו בבחינת "אות מתה", דהיינו אין לייחס לעורכי או מאשרי תכנית המתאר כוונה לייעד את המקרקעין ל"מרכז תחבורה", מתוך ידיעה שאין שום אפשרות לממש ייעוד זה בשל חוסר אפשרות להוציא היתר בנייה ביחס למקרקעין.

47. עוד אציין בבחינת למעלה מהדרוש כי להבנתי לא יכולה להיות מחלוקת על כך, שהמערער 1 עצמו לא היה יכול ליזום הכנת תכנית מפורטת, נוכח הצורך בכך שתכנית כאמור תענה לצרכים הכוללים של התחבורה העירונית וממילא ברור כי הנתונים הנדרשים בענין זה מצויים בידי משרדי הממשלה, או הרשות המקומית או גורמי התכנון, ולא בידי המערער 1.

48. מהאמור לעיל עולה כי מהמערער עצמו נשללה האפשרות לעשות שימוש "פרטי" במקרקעין לצרכי מסחר או תעשייה או מגורים, זאת בשל הטענה לצורך "ציבורי" של "מרכז תחבורה" ואולם בפועל לא נעשה דבר לקידום מימוש ייעוד המקרקעין, על ידי כל הגורמים שבסמכותם להכין את התכנית המפורטת הנדרשת שמכחה ניתן יהיה להוציא היתרי בנייה, וכך נותר המערער 1 חסר כל יכולת להפיק תועלת כלשהי מהמקרקעין שבבעלותו, באופן הפוגע מהותית בזכות הקנין המהווה זכות יסוד של המערער, זאת שלא באשמתו ואך ורק בשל מעשי/מחדלי הרשויות השונות.

49. ויודגש כי גם המשיבה עצמה הינה גורם שהוקנתה לו הסמכות ליזום תכנית מפורטת כפי שנדרש במקרה זה, בהתאם להוראות סעיף 61א'(ב) לחוק, כדלקמן: "(ב)משרד ממשלתי, רשות שהוקמה לפי חוק, חברה ממשלתית שעיקר עיסוקה הוא בפיתוח מבנים ותשתיות, ועדה מקומית או רשות מקומית, כל אחת בתחום מרחבה, וכן בעל קרקע או מי שיש לו ענין בקרקע (להלן - מגיש התכנית), רשאים להכין תכנית מיתאר מקומית או תכנית מפורטת ולהגישה לוועדה המקומית; הייתה התכנית בסמכות הוועדה המחוזית, יעביר מגיש התכנית עותק לוועדה המחוזית". (דגש שלי ש.מ.).

50. אינני נדרש להכריע במסגרת התיק שבפני בשאלה האם הסמכות אשר הוקנתה למשיבה בחוק הינה סמכות רשות או סמכות חובה, אציין רק כי מקובלים עלי בענין זה דבריה של כב' השופטת ורבנר בעת"מ 14551-03-17 קורונל אינבסטמנט בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה חוף הכרמל (13.7.17, פסקה 24), שם נדחתה טענה לפיה קימת חובה של המשיבה ליזום הכנת תכנית מפורטת במקום הנדרש לכך, אך בצד זו קבעה כב' השופטת ורבנר "על רשות מנהלית המסרבת לעשות שימוש בסמכותה, גם אם מדובר בסמכות שברשות, מוטל הנטל לנמק את הסיבות לסירובה ולהראות כי הסירוב הינו סביר ולא שרירותי. ככל שהמדובר בסירוב שהינו בלתי סביר, שרירותי או מפלה, יש מקום להתערב בהחלטות



הרשות. בנוסף לכך, על רשות מנהלית מוטלת חובת ההגנות ועליה לפעול במהירות ראויה ובלוח זמנים סביר לקידום אותם עניינים שבסמכותה וזאת תוך התחשבות בנסיבות ובמשאבים העומדים לרשותה", ודברים אלו יפים ונכונים למקרה שלפנינו שבו לעמדת חלה חובה על המשיבה לכל הפחות ליתן מענה עובדתי לשאלה מדוע עד היום לא נעשה דבר לקידום הכנתה של תכנית מפורטת שתאפשר גם למערער 1 להפיק תועלת מהמקרקעין שבבעלותו.

51. כמו כן, אינני נדרש להכריע במסגרת תיק זה בשאלת היקף אחריותה של המשיבה לשיהוי הרב בהכנת תכנית מפורטת, אציין רק כי כפי שנקבע לא אחת, גם למשיבה כוועדה מקומית חובת זהירות כלפי בעלי מקרקעין העשויים להיפגע ממעשים או מחדלים שלה בתפקידה כמוסד תכנון, וכן נקבע כי עיכובים בלתי סבירים בהליכי תכנון עשויים בנסיבות מסוימות להטיל אחריות על גורמי התכנון שבסמכותם לקדם את התכנון הנדרש (ע"א 653/97 חברת מרכז ברוך וציפורה בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו פ"ד נג(5) 817(1999))

52. וכך במקרה שלפנינו, המשיבה אינה יכולה להסתפק בהפניית המערערים להליכים אחרים, ובהעדר כל מענה של המשיבה לכל הטענות בדבר ייעוד המקרקעין ואי הכנתה של תכנית מפורטת, **המסקנה המתחייבת היא שגם למשיבה אחריות מסוימת לאי קידום הכנתה של תכנית מפורטת שתאפשר למערער 1, הפקת תועלת מהמקרקעין שבבעלותו.**

53. לעמדת, לכל האמור לעיל, השפעה מהותית על רמת הענישה שיש לקבוע בעניינים של המערערים ובמיוחד בעניינו של המערער 1.

54. יוקדם ויודגש כי כל טיעוני המערערים ביחס למצב התכנוני במקרקעין, אינם יכולים לסייע להם בכל הנוגע לעצם הרשעתם בביצוע עבירות בנייה, ובענין זה נאמרו על ידי בית המשפט העליון דברים ברורים ברע"פ 2885/08 הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו נ' מוסא דכה (22.11.2009, פסקה ז) "אכן, **המצב של עצלתים בביצוע של תכניות, כמו במקרה זה, הוא רעה חולה, ונשוב לכך. אך אין מרפאים רעה חולה ברעה חולה לא פחות, בפתיחת פתח להפקרות, ל"איש הישר בעיניו יעשה"...**"

55. כמו כן בית המשפט העליון קבע כי: "ישאל השואל, מה הם הכלים העומדים לרשות מי שבשל בעיות הקשורות בדיני התכנון והבניה נמנע הימנו לקבל היתר לבנות בקניינו, אך אינו רוצה לפעול שלא כדין? התשובה לכך היא, מעבר לפניות ועתירות אינדיבידואליות אפשריות, שימוש בדרכים שזעיקו שמים וארץ באשר להתנהלות הרשות, ואלו ייתכנו הן במישור הציבורי, באמצעות תקשורת, חברי מועצת העיר וחברי הכנסת, והן במישור המשפטי בעתירות לבית המשפט. הפעולה הציבורית והשיפוטית כלפי הרשויות, דומה כי חזקה עליה שתעשה את שלה ברב או במעט, וביום שלא ירחק. אוסיף: ער אני לכך שלא כל אדם, בקרב אוכלוסיות חלשות למצער, יכול להרים את נס הפעולה - אך גורמים כמו האגודה לזכויות האזרח ודומיה, יוכלו להפנות מרצם דווקא לכגון דא"(פסקה כ').



56. בד בבד עם האמור לעיל, בית המשפט מתח ביקורת חריפה על התנהלותן האיטית של רשויות התכנון שיש בה כדי לגרום נזק של ממש וכלשונו: **"השכל הישר מתקומם כנגד הימשכותם של הליכי תכנון וביצוע במשך שנים כה רבות "משיכת העניין ללא מענה במשך שנים היא בגדר פגם מינהלי משמעותי הראוי לביקורת. במקרה שהשהיית הטיפול גורמת ללא הצדקה, נזק כספי, כגון חוסר יכולת להשתמש בקרקע כיעודה הקודם ואי תשלום פיצוי בעבור השקעה או בעבור שינוי ייעוד, עשוי בעל הקניין להיות זכאי לפיצוי כספי על הנזק שנגרם לו". (שם סע' כא' לפסה"ד).**"

57. לעמדת דברים נכונים ויפים אלו של בית המשפט, אינם יכולים להשאר בגדר דברי ביקורת בלבד, שאינם נושאים בצידם משמעות מעשית כלשהיא, ובהתאם אני סבור כי הטענות כנגד השתהות המשיבה ביחד עם גורמים אחרים, בהכנת תכנית מפורטת שתאפשר למערער 1 להפיק תועלת כלכלית מרכושו, וקביעת ייעוד ציבורי למקרקעין שאיננו ממומש צריכים לשמש כשיקולים בעלי משקל **לקולא** בכל הנוגע לחומרת הענישה, ואין באמור בענין "דכה", כדי לשלול את מתן המשקל הנדרש להתנהלות המשיבה בבואנו לגזור את עונשם של המערערים. **(לדעה דומה ראו עפ"א (מחוזי ת"א) 12246-04-11 דאקה נ' עיריית ת"א (22.06.2011) פסקה 5)**

58. וכך במקרה שלפנינו, יש מקום להקלה משמעותית בגזר הדין, וזאת ממספר טעמים.

ראשית, בכל הנוגע לחומרת העבירות, אני מוצא מקום להבחין בין נאשמים פורעי חוק, אשר קיימת בפניהם אפשרות לפעול במסגרת הדין ולהגיש בקשה להיתר בנייה, אך הם בוחרים לנסות ולחסוך את העלויות וההליכים הכרוכים בהשגת ההיתר, ובונים ללא היתר, ובעניינם של אלו אכן יש מקום להחמרה יתירה על מנת שלא יצאו ציבור שומרי החוק נפגעים בשל מעשיהם של אלו.

לעומת זאת, במקרה שלפנינו, הרשויות עצמן, **ובכלל זה המשיבה**, מנעו מהמערערים כל אפשרות לקבלת היתר בנייה, בשל התנהלותן כפי שבאה לידי ביטוי הן בקביעת ייעוד ציבורי למקרקעין, שהשנים המרובות שחלפו מעידות לכאורה כי לא היה בו צורך של ממש, והן באי קידומה של תכנית מפורטת מכחה ניתן יהיה להוציא היתר בנייה, ודווקא המערער 1 ניסה כאמור להוציא היתר בנייה בדרך של בקשה לשימוש חורג אלא שזו נמנעה ממנו בשל סיבות שאינן כלל בשליטתו או באשמתו והנוגעות לקווי חשמל המצויים במקרקעין.

59. **שנית**, אני מוצא לנכון להבחין בין עניינם של נאשמים, אשר מבצעים בנייה בלתי חוקית, שיש בה כדי לפגוע הן באינטרס הציבור, והן באפשרויות התכנון, כגון מקרים בהם מבוצעות עבירות בנייה במקרקעין שייעודם גן לאומי, או בקרקע חקלאית שנתרה ביעודה, או שימוש שלא למטרת מגורים במקרקעין שייעודם מגורים, או בנייה המסכלת אפשרות של תכנון עתידי בדרך של קביעת עובדות בלתי הפיכות בשטח וכל כיו"ב ובענין זה אפנה רק לשם הדוגמא לענין **"שמעוני"** שהובא על ידי בית המשפט קמא כדוגמא לענישה המחמירה שנקבעה גם במקרים בהם נעשה שימוש חורג ללא היתר, בבנייה מועטה ולא במבנים קשיחים (רע"פ 7338/14 **שמעוני נ'** מדינת ישראל (24.2.2015)), ועיין בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בענין (עפ"א 54139-03-14 **שמעוני נ'**



ועדה מקומית לתכנון זמורה (2.10.14, פסקה 14) מעלה כי במקרה זה יוחסה חומרה יתירה למעשי המערער שם ונקבע שביצוע עבירות הבנייה "מחבל בהוראות התכנון עליו עמלו רשויות התכנון רבות, לרווחת כלל תושבי האיזור. הובהר כי המערער לא השלים עם המצב התכנוני והחליט כי האינטרסים האישיים שלו ושל בני משפחתו גוברים".

כמו כן יצוין כי מרבית הפסיקה אליה הפנה הן בית המשפט קמא והן ב"כ המשיבה עניינה בשימוש במקרקעין **שיעודן חקלאי** ליעוד אחר, **וכפי שנקבע לדוגמא ברע"פ 2330/09 נוסטרדמוס מסעדות בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה - חבל מודיעין** (9.6.2009, עמ' 6 לפסק הדין): **"בתי המשפט מחויבים להיאבק בתופעה פסולה זו של בנייה בלתי חוקית ושימוש פסול במקרקעין שיעודם חקלאי לשימושים מסחריים".**

60. כל העקרונות האמורים לעיל, אינם מתקיימים במקרה שלפנינו, שבו בוצעה על ידי המערערים בנייה קלה שפירושה אפשרי בקלות יחסית ואין היא מהווה, קביעת עובדות בלתי הפיכות שיש בהן כדי לסכל תכנון "מרכז תחבורה" במקרקעין, וביחס לעבודות הכשרת הקרקע שבוצעו במקרקעין, אף השמאי מטעם הועדה ציין כי "ניתן לעשות להן התאמה למרכז תחבורה".

זאת ועוד, בראייה ציבורית, השימוש שנקבע בתכנית למקרקעין הינו שימוש הטומן בחובו סיכון של מפגעי רעש, בטיחות, זיהום אוויר הכרוך בריכוז תנועה ציבורית, ולעומת זאת השימוש שנעשה על ידי המערערים היה שימוש מינורי, לצרכי אחסון בעיקר.

יותר מכך, אני דוחה את טיעוני ב"כ המשיבה בדבר הפגיעה שנגרמה במקרה זה לערכי תכנון מוגנים ולעמדת לא מתקיימת במקרה זה החומרה שיש לייחס למי שמבקש לפגוע ביעוד שנקבע בתכנית- "לצרכי ציבור", באופן המונע מהציבור את האפשרות לשימוש החיוני לו, זאת לאחר שמוכח כי הרשויות השונות **ובכלל זה המשיבה** אש קבעו את ייעוד המקרקעין, אין עושות דבר על מנת לקדם תכנית מפורטת שתאפשר את מימוש הייעוד הציבורי שנקבע למקרקעין, ובכך מעידות על החשיבות המועטה שיש בשמירת הייעוד שנקבע למקרקעין, ובהתאם עבירות הבנייה שנעשו הינן ברף החומרה הנמוך יותר.

61. **שלישית**, אני סבור כי לאור כל האמור לעיל ביחס להתנהלותה של המשיבה ואחריותה (שאת שיעורה כאמור אינני קובע) למציאות שבה נשללה מהמערער כל אפשרות שימוש במקרקעין, למעשה ללא הצדקה נראית לעין, יש ליתן משקל לעובדה שהקנסות הגבוהים שהוטלו על המערערים בבית המשפט קמא, ושבהם מבקשת המשיבה כיום שלא אתערב, משולמים לקופת המשיבה בהתאם להוראות סעיף 223 **לחוק** בנוסחו לפני תיקון 116 (סעיף 254א **לחוק** בנוסחו לאחר תיקון 116).

62. **לעמדתי**, בצד חובתה של המשיבה לשמש כרשות אכיפה, המצווה על מלחמה נחושה בעבירות בנייה, כפי שעושה המשיבה ובצדק במקרה זה, חלה עליה גם החובה להפעיל את הסמכויות המוקנות לה בחוק, ולפעול באותה נחישות בכך שלרשות בעלי מקרקעין המבקשים לממש את זכויותיהם במקרקעין שבבעלותם, בהתאם להוראות הדין, יעמוד מצע תכנוני שיאפשר להם לממש את הזכויות תוך שהם פועלים על פי דין.



63. במקרה שלפנינו, העובדות שהוצגו בבית המשפט מצביעות לכאורה על כך שהמשיבה לא פעלה כנדרש, ולא הותירה למערערים ובמיוחד למערער 1 כל אפשרות לממש את זכויותיו, ובנסיבות אלו, אין זה הוגן שהמשיבה, לא זו בלבד שלא תישא בכל אחריות לתוצאה זו, אלא שהיא גם תהנה מכך שקופתה תועשר בסכומי הקנסות הגבוהים שקבע בית המשפט קמא.

בענין זה אדגיש כי לעמדתו, בית המשפט קמא היה מחויב ליתן משקל מהותי לכל השיקולים לעיל, הן מכח הוראת סעיף 40 י"א(9) **לחוק העונשין התשל"ז-1977** (להלן-"**חוק העונשין**"), הכולל את "**התנהגות רשויות אכיפת החוק**" כאחד השיקולים שעל בית המשפט לשקול בקביעת העונש בתוך מתחם הענישה, והן מכח שיקולי "הגנה מן הצדק" היכולים לשמש גם כשיקול להקלה בעונש (ראו **ענין "דאקה"** לעיל), ובענין "הגנה מן הצדק" כבר נקבע כי:

"בהמשך, רוככה והורחבה הדוקטרינה - בפרשת בורוביץ' - שאז הומרו אמות המידה הצרות לתחולתה, במבחן גמיש ורחב - מבחן "הפגיעה הממשית בתחושת הצדק וההגינות". מעתה, הפכה הדוקטרינה לאמצעי רב עוצמה הנתון בידי בית המשפט, המאפשר לבקר את אופן פעולת רשויות האכיפה ולאזן בין ערכי הצדק, ההגינות וזכויותיו הדיוניות של הנידון בהליך הפלילי, לבין הערכים, השיקולים והאינטרסים העומדים בעצם ניהול ההליך. ההגנה המרחיבה שנקבעה בהלכת בורוביץ' מאפשרת לבית המשפט לערוך את האיזון האמור ביחס לכל שלבי ההליך הפלילי - בטרם מעשה העבירה, ועד לגזירת העונש - ואין היא ממוקדת דווקא בשאלת מעשי הרשות ברקע ההליך הפלילי, או להגשת כתב האישום. משכך, עקרון ההגנה מן הצדק איננו משמש עוד בגדר טענה מקדמית גרידא, אלא הוא עשוי לבוא לידי ביטוי בכל שלב משלבי המשפט.... ובתוך כך ניתן להתחשב בקיומם של טעמים מן הצדק בקשר לקביעת העונש..."(דגש שלי ש.מ.)

[ראו: רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' יוסי יוסף ורדי ואח'** (31.10.18) בפסקאות 58 ו- 59 לפסק הדין](להלן-"**ענין ורדי**"), וראו גם ע"פ 6238/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (להלן: "**ענין פרץ**") (ע"פ 914/17 **חכמן אהרון בע"מ ואח' נ' עיריית נתניה** (4.6.17, פסקה 6). ע"פ 7659/15 **הרוש נ' מ"י** (20.4.16, פסקה 36).

64. דברים אלו נכונים ויפים למקרה שלפנינו, שבו אני סבור כי תחושת הצדק וההגינות אינה יכולה להשלים עם מצב שבו מוטלת ענישה חמורה במיוחד, בין היתר על בעל מקרקעין, אשר כבר נפגע קשות בשל מעשי ומחדלי הרשויות השונות ובכלל זה המשיבה, ובמסגרת שיקולי הענישה לא ניתן משקל כלשהו לעובדה שהענישה מעשירה את קופתה של המשיבה אשר אף היא נושאת באחריות, למצב התכנוני הקיים.

65. **מכל הטעמים לעיל אני סבור כי נדרשת הפחתה משמעותית בגובה הקנסות שהוטלו על ידי בית המשפט קמא, לאור הנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו.**



66. להשלמת התמונה התכנונית אציין כי ב"כ המערערים העלה טענות נוספות שעניינן העדר שטחי תעסוקה, מסחר ותעשייה בדיר חנא, אלא שלטענות אלו לא מצאתי מקום ליתן משקל של ממש, הן בשל העובדה שלא הונחה בפני תשתית עובדתית מספיקה שיש בה כדי לקבוע כי קיימת בעייתיות בהתנהלותן של הרשויות השונות בנושא, ובכל מקרה לא מצאתי כי הונחה בפני תשתית עובדתית קונקרטית שיש בה כדי להצביע על אחריות של המשיבה לפתרון בעיות שטחי המסחר והתעשייה בדיר חנא.

רמת הענישה הנוהגת

67. בנוסף לכל הטיעונים האמורים לעיל, בדיקת רמת הענישה הנוהגת במקרים דומים, מעלה כי בכל מקרה מתחם הענישה וגובה הקנסות שהוטלו על ידי בית המשפט קמא מצויים ברף העליון ביותר של הענישה הקיימת, באופן שאינו תואם כלל את נסיבות המקרה שלפנינו.

68. בענין זה ב"כ המשיבה הפנה בטיעונו למספר פסקי דין בהם נקבעה לטענתו ענישה הדומה לענישה שנקבעה במקרה שלפנינו, וב"כ המערערים הצביע בטיעונו על השוני המהותי בין נסיבות אותם פסקי דין ובין המקרה שלפנינו.

ואכן, ורק לשם הדוגמא בענין "**אשכנזי**" שנזכר בטיעוני המשיבה (רע"פ 524/11), עיון בגזר הדין שניתן בבית המשפט לעניינים מקומיים שם (חע"מ 20012/07 בבית משפט השלום באילת, מיום 6.7.2010) מעלה כי מדובר בשימוש מסחרי רב היקף (שטח כולל של כ-10 דונם) שנעשה במקרקעין שהיו מיועדים למתקני טיהור עבור הציבור ובהתאם יוחסה על ידי בית המשפט חומרה יתירה לעבירות.

כמו כן בשני מקרים נוספים אליהם הפנתה המשיבה (ע"פ 4327/07 - "**פרשת קיבוץ להב**", תו"ב 30571-06-11 **פרשת "יהודה רביבו"**) בשני המקרים דובר בבניית מבנים של ממש בהיקף נרחב (בענין "רביבו" נבנה בית קירור בשטח של כ-1800 מ"ר), זאת בשונה מהותית מהמקרה שבפנינו שבו נבנתה אך ורק סככה אחת מחומרים קלים.

69. גם אם הייתי מקבל את טענת ב"כ המשיבה, והייתי מוצא בפסיקה שהובאה על ידו כדי להוות אסמכתא לקיומה של ענישה מחמירה, עדיין בצד הפסיקה האמורה קיימת פסיקה רבה שעניינה עבירות בנייה שבוצעו בקרקע חקלאית, בנסיבות דומות של בנייה קלה, שרמת הענישה בהם שונה בתכלית מהפסיקה שנקבעה במקרה שלפנינו ובתוכה גם פסיקה של בית המשפט קמא עצמו.

70. סקירה נרחבת של הפסיקה האמורה ניתן למצוא עפ"א 18363-11-17 **חמד גנאים נ' ועדה מקומית לתכנון לב הגליל (3.12.2017)**, שם דן בית המשפט המחוזי בעבירות של שימוש חורג במקרקעין שייעודם חקלאי לצורך עסק לפירוק רכבים, בשטח של 500 מ"ר לתקופה של למעלה משנה, ובית המשפט המחוזי הפחית את הקנסות שנקבעו בבית המשפט קמא, והעמיד את גובה הקנסות על **סך של 6,000 ₪ לאחד המערערים שהינו בן 75, וסך של 20,000 ₪ למערער השני.**



71. במסגרת פסק הדין פירט בית המשפט המחוזי פסיקה נרחבת שנוסחתה דומות למקרה שבפנינו ואביא את סקירתו כלשונוה וכדלקמן: "אפנה, אפוא, לפסיקה הרלבנטית, על מנת לבחון את מדיניות הענישה לעניין קנסות וכפל אגרה. להלן פסקי הדין אליהם הפנה בית משפט קמא בגזר הדין: - ע"פ (נצרת) 32286-10-10 חכמת מוסלם נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא העמקים (1.12.2010) בו נגזר עונש של קנס בסך 20,000 ₪ בגין שימוש חורג, ללא היתר (התואם את הייעוד, אך לא הוגשה בקשה להיתר), בשטח של 1,330 מ"ר בכפר כנא, לצורך עסק של מגרש גרוטאות ברזל וחלקי רכבים. - תיק תו"ב (בית שאן) 3337-05-10 הועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא העמקים נ' סלימן (13.2.2013) (להלן: "עניין סלימן") שם היה מדובר במקרקעין שיעודם חקלאי. הנאשמת, שהיא חברה המפעילה כ- 20 משאיות להובלות ברחבי הארץ, עשתה שימוש בשטח של כ- 3,060 מ"ר, מהמקרקעין, כמגרש לחניית משאיות. בנוסף, היא הקימה על המקרקעין 4 מבנים יבילים בשטח של כ- 12 מ"ר כל אחד והציבה עליהם שני מיכלי דלק. נעשה ניסיון להסדיר את השימוש. בית המשפט קבע מתחם קנס הנע בין 40,000 ₪ ל- 90,000 ₪ והשית על החברה קנס בסך 50,000 ₪, התחייבות על סך של 80,000 ₪ וחויב בתשלום כפל אגרה בסך 100,000 ₪. ערעור על גזר הדין ובקשת רשות ערעור, שהוגשה לבית המשפט העליון [רע"פ 5509/13 סאלח סלימן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה "מבוא העמקים" (20/10/13)] נדחו. להלן פסקי הדין אליהם הפנתה ב"כ המשיבה, לעניין מדיניות הענישה: - ע"פ (חי') 3304/08 ח'אלד אחמד אדריס נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה גבעות אלונים (11/9/2008), שם עשה המערער שימוש במגרש בשטח של כ- 1,800 מ"ר, שיעודו חקלאי. בנוסף, הוא ביצע עבודות של יסוד וחפירת קרקע במגרש בשטח של כ- 800 מ' ובכלל המקרקעין הוא ביצע עבודות בשטח של כ- 900 מ' ובעומק של כ- 2-4 מ'. בנוסף, הוא הניח חיפוי של קירצוף אספלט והכל - ללא היתר בנייה. המערער נטע במגרש 15 שתילי זית, כפי המותר נוכח ייעוד המקרקעין. הושת עליו קנס בסכום של 50,000 ₪ וכן כפל אגרה בסך 510 ₪. בנוסף, הוא חויב לחתום על התחייבות בסך 20,000 ₪ ולהשיב המצב במקרקעין לקדמותו וניתן צו איסור שימוש. - עמ"ק 21208/05 (שלום עכו) מדינת ישראל נ' נאסר מנסור עלי (נאשם 2) (3/5/2007), שם הורשע הנאשם בביצוע עבודות בנייה הטעונות היתר ושימוש בבניה ללא היתר, לפי סעיף 145 (א) וסעיף 204 (א), לחוק התכנון והבנייה. הבנייה בוצעה על קרקע חקלאית, המשמשת כמגרש לממכר מכוניות משומשות. העסק הופעל על ידי הנאשם במשך תקופה של כשנה וחצי. הושת עליו קנס בסך 55,000 ₪, סך של 45,000 ₪, המהווה חלק מכפל השווי (שהיה 130,000 ₪) התחייבות כספית ע"ס 20,000 ₪ ותשלום כפל אגרת בנייה בסך 1,928 ₪. כמו כן ניתן צווי הריסה ואיסור שימוש. - תו"ב (קריות) 31672-03-12 אימן מנסור נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה בקעת בית הכרם (8/1/2015), שם דובר בבקשה להארכת מועד לביצוע צו הריסה שיפוטי, שניתן במסגרת הרשעתו בעבירות של בניה ושימוש במקרקעין ללא היתר ובניגוד לייעוד במקרקעין. מדובר היה במבנה שהקים המבקש ואשר שימש כבית עסק לפירוק רכבים. המבנה כלל קירות מאבן ובטון מסביב לחלקה, באורך של 290 מ"ר ובגובה של 1 מטר ומעליהם גדר מברזל ואסכורית בגובה של 2 מטר לכל האורך. בנוסף הכשיר הנאשם את כל החלקה ופיזר חומר מסוג מחלוטה לצורך הקמת עסק ובנה סככה מקונסטרוקציות ברזל ואסכורית בשטח של כ- 150 מ"ר. על פני הדברים, מדובר במקרה חמור בהרבה מאשר המקרה דנן.

... עניינו הרואות - במקרים בהם נעשו שימושים ואף בוצעו עבודות הכשרת קרקע ועבודות בנייה והוצבו מבנים בקרקע חקלאית, בשטחים הגדולים פי שלושה ואף פי שישה מהשטח בו המערערים שבפני עשו שימוש, ללא כל שינו בפני הקרקע וללא בנייה, נגזרו על הנאשמים קנסות בסכומים של 20,000 ₪ עד



55,000 ₪ וכפל אגרה בסכומים של 510 ₪ עד 1,928 ₪ בלבד, למעט --- סוף עמוד 5 --- בעניין סלימאן, שם הושת כפל אגרה בסך של 100,000 ₪, אך גם שם, לא הושת מלוא כפל האגרה (שהיה 170,000 ₪) ויש לזכור, כי היה מדובר, שם, בשימוש בשטח של 3,000 מ"ר ובהקמת מבנים והצבת מיכלי דלק והנאשמת הייתה חברה המפעילה כ-20 משאיות להובלות ברחבי הארץ." (דגש שלי ש.מ.).

72. **דוגמא נוספת היא עפ"א (חי) 22525-11-18 אסעד סעדי נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה לב הגליל (4.4.19) (להלן-"ענין סעדי")**, שם הפחית בית המשפט המחוזי קנסות שהוטלו בגין שימוש במקרקעין שייעודם חקלאי, לצרכי סחר ברכב תוך ביצוע עבודות הכשרה בקרקע והנחת מבנה עץ בשטח של 30 מ"ר, והעמיד את גובה הקנס על בעל המקרקעין על סך של 40,000 ₪ ועל מפעיל העסק האסור על סך של 120,000 ₪.

73. כפי שפורט לעיל, במקרה שלפנינו התקיימו נסיבות מיוחדות שיש בהן אף כדי להפחית את החומרה שבעבירות שביצעו המערערים, אף פחות מעבירות של שימוש חורג ללא היתר במקרקעין יעודם חקלאי וכאמור בפסיקה לעיל, סכומי הקנסות שהוטלו בכל המקרים עמדו על סך של 20,000-55,000 ₪ ובענין **"סעדי"** על 120,000 ₪, בעוד שבמקרה שלפנינו הטיל בית המשפט קנסות בסכומים העולים פי 3-6 על רמת הענישה לעיל, ועוד הוסיף וחייב בכפל אגרה ושווי מבנה, זאת בשונה מהמקרים לעיל בהם לא הוטל חיוב כלל בגין שווי מבנה.

74. על כל האמור יש להוסיף את הודאת המערערים, את המצב הרפואי של המערער 1 ואשתו כפי שהוכח במסמכים רפואיים, את העובדה שהמערער 1 הינו אך ורק משכיר המקרקעין ולא מי שהפעיל את העסק בפועל (ראה בענין זה האבחנה שנעשתה **בענין "סעדי"** פסקה 22), את מצבה הכלכלי הנטען של המערערת 2, אשר נתמך בדוחותיה הכספיים ושלפיו ההחברה הרוויחה בשנים 2017-2018 סכומים לא משמעותיים מפעילותה, ובשנת 2019 היא מצויה בהפסדים, את הפגיעה העלולה להיגרם בעובדי החברה אשר יאבדו את מקום עבודתם באם תופסק פעילות המערערת 2 עקב הקנסות שהוטלו עליה, וכן את מצבו הרפואי של המערער 3 שנתמך במסמכים רפואיים, ואת בעיותיה הרפואיות של אשתו.

כמו כן יש לקחת בחשבון את העובדה שבית המשפט קמא ראה במערער 3 את "הרוח החיה" במערערת 2 ואף ערך זיהוי כלכלי ומשפטי מלא בין המערערים 2-3 בכך שקבע כי באם המערערת 2 לא תחתום על כתב התחייבות, המערער 3 הוא שיאסר ל-15 ימים, ומשמעות הדבר היא שבית המשפט קמא הטיל על אותו "כיס כלכלי" קנס כולל בסכום של **550,000 ₪**, וגם מטעם זה, מדובר בקנס אשר באופן מעשי חורג באופן קיצוני מרמת הענישה הנהוגה במקרים כגון אלו.

75. מאידך וכנגד כל האמור לעיל, עומדים השיקולים הכלליים לחומרא שפורטו לעיל, ובמיוחד העובדה שהמערערים כל אחד בהקשר שיוחס לו בכתב האישום, הפרו צווים מינהליים ושיפוטיים שניתנו בעניינם (המערער 3 צו הפסקה מינהלי וכן צו הפסקה שיפוטי וצו שיפוטי למניעת פעולות, ביחד עם המערער 1), ובענין זה יצוין כי מהדיון שהתקיים בפני עלה כי המערערים 2-3 מצויים לטענתם בהליך העברה של עסקם למגרש אחר שהוקצה להם, אך ניתן היה להבין כי לכל הפחות עד למועד הדיון השימוש האסור במקרקעין



טרם הופסק.

76. ואכן העבירה של אי ציות לצו שיפוטי מצדיקה החמרה אך בהקשר זה ורק לשם הדוגמא אפנה לתו"ב (קריות) 10709-12-15 **ועדה מקומית לתכנון ובנייה לב הגליל נ' תאופיק חלאילה** (8.1.19), שם הוטלו קנסות בשיעורים של 60,000 ₪ ו-90,000 ₪ בגין עבירות של בנייה ושימוש ללא היתר במקרקעין חקלאיים, תוך בניית מבנה בגודל של 400 מ"ר מבנייה קלה כמו במקרה שלפנינו לצורך עסק של תיקון משאיות, ותוך הפרה של צו הפסקה מינהלי ולמותר לציין כי גם רמת ענישה זו קלה באופן מהותי מרמת הענישה שנקבעה על ידי בית המשפט קמא.

77. בנוסף יש לקחת בחשבון כי בכל הנוגע למצב התכנוני שונה המשקל שיש לייחס לטיעונים בענין זה, ביחס למערער 1, וביחס למערערים 2-3, אשר לא הניחו תשתית עובדתית שתצביע על אילוץ לפעול דווקא במקרקעין ולא במגרש אחר.

78. סיכומו של דבר בכל הנוגע למרכיב הקנס אני סבור כי יש מקום להתערב בגזר הדין וכי מתחם הענישה התואם את מכלול הנסיבות ואת רמת הענישה בפסיקה היה צריך לנוע בין 50,000-150,000 ₪ ביחס למערער 1, ובין 80,000-200,000 ₪ ביחס למערערים 2-3 ובתוך מתחם הענישה אני מעמיד את הקנס אשר הוטל על המערער 1 על סך של 60,000 ₪ או 2 חודשי מאסר תחתיו. על המערער 2 סך של 120,000 ₪ ועל המערער 3 סך של 80,000 ₪ או 3 חודשי מאסר תחתיו.

סכומי הקנסות לעיל ישולמו ב-40 תשלומים חודשיים שווים ורצופים החל מיום 10.5.2020 ובכל 10 לחודש קלנדרי אחריו, וככל שלא ישולם אחד התשלומים במועדו תועמד יתרת התשלום לפירעון מיידי.

חוב בכפל שווי הבנייה-סעיף 219 לחוק

79. בענין זה סוכם כאמור בין הצדדים כי סכום כפל הבנייה יעמוד על סך של 290,000 ₪, והצדדים העלו טיעוניהם בשאלה האם יש מקום להטיל חוב זה במקרה שלפנינו.

80. בית משפט קמא התייחס לטענות אלה של המערערים בגזר דינו, הפנה לתיק בו דן ודחה בעבר טענה של אכיפה בררנית, וציין כי: "**ספק בעיני האם בכלל ניתן לטעון לאכיפה בררנית באשר לעצם מרכיבי הענישה, להבדיל משאלת הגשת כתבי האישום. לא זו בלבד, אלא שגם במקרה הנוכחי, בדומה למקרה שם, לא עמדו הנאשמים בנטל להוכיח אכיפה שונה בין שווים. לא הובאו כל ראיות בתיק זה לכך שבמקרים דומים לענייננו, לא התבקש כפל שווי. עם זאת, בדומה למקרה שם, אני סבור משיקולים עליהם אעמוד מיד כי יש להסתפק בחיוב חלקי, היינו בשווי ולא בכפל שווי בענייננו**" (עמ' 4, שורות 26-32 לגזר הדין; עמ' 5, שורות 1-2 לגזר הדין).



בית משפט קמא ציין כי בין שיקוליו להטלת **חיוב חלקי בסך 145,000 ₪** היו מצבם הרפואי של המערערים ובנות זוגם; גילם של המערערים ובנות זוגם; מצבה הכלכלי של המערערת; הקושי במציאת מקום לעסקם; הודאתם בהזדמנות הראשונה; היעדר עבר פלילי והמצב התעסוקתי בכפר. אך מנגד, לא התעלם מן העובדה שמדובר בשטח גדול ובעסק שממשיך להתקיים ולהתנהל למרות קיומם של צווים מנהליים ושיפוטיים.

81. לאחר שעיינתי בטיעוני הצדדים אני סבור כי יש מקום להתערב גם בחלק זה של גזר דינו של בית המשפט קמא

82. הסמכות לחיוב בגין שווי בנייה מוסדרת בסעיף 219 **לחוק**. כותרתו של הסעיף היא "קנס או תביעה לגביית רווחים מבניה בלתי חוקית" הקובע כדלקמן:

(א) הורשע אדם בעבירה לפי פרק זה, רשאי בית המשפט אם נתבקש לעשות כן להטיל עליו, בנוסף לקנס הקבוע בסעיף 204 או במקומו, קנסות כדלקמן:
(1) בעבירה בקשר לבניה הטעונה היתר לפי חוק זה - כפל שווי של המבנה או של התוספת למבנה שהוקמו ללא היתר;
(2) [...]

(ב) לא הטיל בית המשפט קנס כאמור בסעיף קטן (א), רשאית הועדה המקומית או היועץ המשפטי לממשלה או נציגיהם לתבוע מהנשפט בדרך של תובענה אזרחית סכומים בשיעורים האמורים בפסקאות (1) ו- (2) לסעיף קטן (א).
(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו אם הוכח לבית המשפט כי, לפני מתן גזר הדין, הרס הנשפט את המבנה או את התוספת למבנה שלגביהם נעברה העבירה; בית המשפט רשאי לדחות את מתן גזר הדין למועד שיקבע כדי לאפשר לנשפט לבצע את ההריסה.

83. לעניין תכליותיו של סעיף 219 נקבע כי: "ראשית, וכפי שניתן ללמוד מסעיף-קטן (ג), מהווה הסעיף תמריץ לנאשם לסלק את הבניה הבלתי חוקית, בטרם יינתן גזר דין בעניינו. שנית, נועד הסעיף למנוע התעשרות שלא כדין, כתוצאה מביצוע עבירה על חוק התכנון והבניה. שלישית, הוא מהווה סנקציה כלכלית למטרות גמול והרתעה מפני ביצוע עבירות בניה..."

רע"פ 1704/14 דוד סדן נ' עיריית תל אביב (13.4.14, פסקה 8) (להלן: "עניין סדן")

עוד נקבע כי: "הטלת קנס בגובה כפל שווי המבנה, היא סנקציה כלכלית כבדת משקל, ולפיכך עליה להיעשות במקרים אשר נסיבותיהם חמורות, במידה אשר מצדיקה סנקציה כזו. נסיבות חמורות מעין אלה, עשויות להימצא בבניה למטרות מסחריות..." (עניין סדן, פסקה 9).

84. באשר למקרים בהם קיימת הצדקה לעשיית שימוש בהוראות הסעיף נקבע לא אחת כי: "לא ניתן לקבוע רשימה סגורה של מקרים בהם יחוייב הנאשם בתשלום קנס נוסף בשיעור של כפל שווי המבנה, נשוא כתב האישום. עם זאת מאחר ומדובר בסכומים גבוהים במיוחד, הדעת נותנת כי ראוי לעשות שימוש



בהוראת חוק זו , כאשר ההפרה של הוראות חוק התכנון והבנייה היא הפרה חמורה בנסיבותיה..."(ע"פ 1117/06 ועדה לתכנון ובנייה אלונים נ' עואלי (4.1.2007, עמ' 9 לפסק הדין) וכן ראו ע"פ (מחוזי חי') 24261-02-10 קחיזי נ' מדינת ישראל (3.6.10).

85. כפי שפורט לעיל , במקרה שלפנינו מתקיימות שורת נסיבות המצביעות לכאורה על כך שהעבירות שבוצעו על ידי המערערים אינן מצויות ברף החומרה המצדיק הטלת חיוב בגין שווי בנייה , במיוחד בעניינו של המערער 1 ובמיוחד לאור העובדה שחיוב זה אף הוא ישולם לקופת המשיבה , בנסיבות אותן פירטתי לעיל שבהן גם למשיבה אחריות לכך שלא ניתן לעשות שימוש במקרקעין מבלי להפר את הוראות החוק, ונסיבות אלו גוברות לעמדתו על העובדה שהמערערים הורשעו גם בעבירות של אי קיום צו מינהלי ושיפוטי , נסיבות שהוכרו בפסיקה כמצדיקות הטלת חיוב בגין שווי בנייה.

86. בנוסף קיימת טענת האכיפה הבררנית שהועלתה על ידי המערערים ביחס למדיניות המשיבה בשאלת דרישתה לחיוב על פי סעיף 219 לחוק , שאלה אשר נידונה באופן מפורט בתו"ב (קריאות) 5761-09-13 ועדה מקומית לתכנון ובנייה לב הגליל נ' סאלח עסאלה (12.7.16) וכן ע"פ א (חי') 68158-12-18 נזיה נסאר נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה לב הגליל (פורסם בנבו, 19.11.19).

87. בשני פסקי הדין הנ"ל , פורטו מקרים שונים בהם בוצעו עבירות בנייה חמורות שבגינם לא ביקשה המשיבה הטלת חיוב כלשהו בגין שווי בנייה , ובשני פסקי הדין נקבע כי חלה חובה על המשיבה לגבש מדיניות אחידה, בנוהל פנימי מסודר, בשאלת החיוב האמור.

88. בענין "נסאר" בו בוטל חיוב מהטעם של העדר מדיניות , ומכח "הגנה מן הצדק", צויין בפסק הדין כי נמסר לבית המשפט מפי המשיבה כי ביום 28.3.19 קבעה המשיבה מדיניות ענישה באשר לתנאים בהם היא תדרוש הטלת חיוב בגין שווי בנייה.(פיסקה 47 לפסק הדין).

89. ואולם גם במקרה שלפנינו , ב"כ המשיבה לא הפנה את בית המשפט קמא או מותב זה למדיניות המשיבה, ולא הוצג מסמך מדיניות או נוהל פנימי, וב"כ המשיבה בדיון בפני אף לא היה נכון להציג מקרה נוסף שבו התבקש חיוב בגין שווי בנייה בדיר חנא, וכך נותרו בעינם כל התמיהות שהועלו בפסקי הדין הנ"ל בשאלת מדיניות המשיבה, שלפיהן גם במקרים חמורים בהרבה מהמקרה שלפנינו לא דרשה המשיבה הטלת חיוב בגין שווי בנייה.

90. כך ורק לשם הדוגמא אפנה לתו"ב 40800-04-14 לב הגליל נ' סח ואח' (12.12.18) שנזכר בטיעוני המשיבה , שם דובר בשימוש שנעשה בקרקע חקלאית לצרכי עסק של מסחר בחומרי בנין והנאשמים שם בנו 2 סככות ומבנה עץ בשטח כולל של כ-1100 מ"ר , שחלקים מהם חדרו לדרכים חקלאיות ולמרות נתונים אלו שחמורים בהרבה מהמקרה שלפנינו, לא עתרה המשיבה שם לחיוב בגין שווי הבנייה , אם כי יצוין כי היא דרשה שם כפל היטל השבחה, וגם בשל תמיהות אלו , היה מקום לביטול החיוב .



91. כנגד כל האמור לעיל, עומדת העובדה שאחת מתכליות סעיף 219 הינה לתמרץ מבצעי עבירות של בנייה בלתי חוקית, להרוס את הבנייה והדבר בא לידי ביטוי בהוראות סעיף 219 (ג) **לחוק** הקובע כי במקרה ובו טרם גזר הדין נהרסה הבנייה הבלתי חוקית בית המשפט אינו רשאי להטיל חיוב על פי הסעיף האמור.

92. במקרה שלפנינו, הצהירו המערערים 2-3 גם בבית המשפט קמא וגם בפניי כי בכוונתם להעתיק את עסקם למגרש חליפי, אשר טרם נמסר לידם בשל נסיבות שאינן בשליטתם וכאמור לעיל, אף ננקטו פעולות ראשוניות של פירוק הסככה.

93. אלא שבצד הצהרות אלו, בפועל הפעילות המהווה שימוש חורג נמשכה עד למועד הדיון שהתקיים בפניי בחודש דצמבר 2019, ולא הוגשה הודעת עדכון אחרת בנושא כך שיש להניח כי השימוש האסור נמשך עד היום.

94. בנסיבות אלו יש מקום להותרת חלק מהחיוב שקבע בית המשפט קמא כל כנו, תוך העמדת אפשרות למערערים עליהם יוטל החיוב, להשלים את ביצוע ההריסה או ההעתקה הנדרשת של הבנייה הבלתי חוקית שבגינה הם הורשעו.

95. בכל מקרה יצוין כי לא היה מקום להטלת חיוב על כל אחד מהמערערים בנפרד, חיוב שמשמעותו היא שהמערערים נדרשו לשלם בסך הכל **₪ 435,000** בגין שווי בנייה (₪ 145,000 לכל אחד מהמערערים), סכום העולה על שווי כפל הבנייה עליו סיכמו הצדדים עצמם.

96. לפיכך ולאור כל האמור לעיל, אני מורה על ביטול החיוב שהוטל על המערער 1 בגין שווי בנייה. כמו כן אני מעמיד את סכום החיוב בגין שווי הבנייה על סך של **₪ 70,000** וחיוב זה יוטל ביחס ולחוד על המערערים 2-3, ובהתאם לסמכותי על פי סעיף 66(א) **לחוק העונשין**, ונוכח מצב החירום במדינה, אני מורה כי סכום החיוב האמור ישולם ע"י המערערים 2-3 לא יאוחר מיום 1.8.2020 ואולם ככל שעד למועד האמור יוגש על ידי המערערים 2-3 למשיבה, אישור של מהנדס אזרחי שלפיו הסככה, והמבנה הנייד הנזכרים בעמ' 11 לחוות דעתו של השמאי סאלח קפורה, נהרסו או סולקו מהמקרקעין, וכי המערערים חדלו מפעילותם במקרקעין, יבוטל החיוב בגין שווי הקרקע.

97. בהקשר זה אציין כי לא מצאתי מקום להתנות את ביטול החיוב בגין שווי בנייה בהריסת כבישי האספלט שנשללו ומשטח הבטון או עבודות הכשרה נוספות שנעשו במקרקעין, מהטעם שאותו מציין גם השמאי בחוות דעתו שלפיו יתכן וניתן יהיה לעשות שימוש בכל עבודות אלו לצרכי "מרכז התחבורה" לכשיתוכן על ידי מי שבסמכותו לעשות כן (לרבות המשיבה), ולפיכך לא ברור בשלב זה האם קיים אינטרס ציבורי לתמרץ את המערערים 2-3 להרוס פריטים אלו.

חיוב מערער מס' 1 בכפל אגרת בנייה



98. גם בסוגיית החיוב באגרת בנייה מצאתי מקום להתערב בגזר דינו של בית המשפט קמא.

99. אקדים ואציין כי לא מצאתי ממש בטענות המערער 1 לפיהן לא ניתן היה להטיל עליו כפל אגרה מאחר והמשיבה לא פירטה בכתב האישום כי בכוונתה לעתור לחיוב כאמור ובענין זה צדק בית המשפט קמא כאשר דחה טענות אלו תוך הסתמכות על הוראות סעיף 85 **לחוק סדר הדין הפלילי התשמ"ב-1982**, ורע"פ 5558/07 **שלמה יהודה נ' מדינת ישראל** (1.7.2007).

כמו כן לא מצאתי כי נפלה טעות בתחשיבו של בית המשפט קמא ביחס לגובה האגרה, וכפי שנקבע **בתקנות התכנון והבנייה (בקשה להיתר תנאים ואגרות) תש"ל-1970**, פריט 3א' לתוספת השלישית מטיל חיוב באגרת בנייה גם על כל מטר קרקע שבו מבוקש שימוש חורג ולא רק על שטחי הסככות כנטען על ידי המערער 1.

100. כפי שכבר ציינתי בעפ"א (חי') 45733-03-18 **ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל נ' אחמד כנאני** (23.7.18, פסקה 55), הטלת חיוב אגרה עפ"י סעיף 218 **לחוק**, איננה מצויה בשיקול דעתו של בית המשפט, ומשחוייב נאשם בעבירת בנייה, **בית המשפט מחויב** גם להורות על חיובו בתשלום אגרת הבנייה שהייתה משולמת על ידו אילו קיבל היתר בנייה כדין.

101. מאידך הטלת חיוב בכפל אגרה מצויה בשיקול דעתו של בית המשפט, ומכל השיקולים שפורטו לעיל, וכן השיקול שהחיוב בגזר הדין הוטל דווקא על המערער 1 אשר איננו מי שהפעיל בפועל את העסק במקרקעין, מצאתי לנכון לבטל את החיוב בכפל אגרה, ובהתאם על המערער 1 לשלם בגין אגרות בנייה סך של **80,280 ₪ בלבד**, ואני מאריך את המועד לתשלום הסך האמור עד **ליום 1.8.2020**.

102. כמו כן אני מורה כי בהתאם להוראות סעיף 254(ב) **לחוק** (לאחר תיקון 116) כי ככל שהמערער יגיש בקש להיתר בנייה במקרקעין, ייזקפו אגרות הבנייה ששולמו על ידו על חשבון אגרות הבנייה שיידרשו מהמערער 1 לצורך קבלת היתר בנייה.

103. אציין לסיום כי המשיבה נתנה הסכמתה בדיון לכך שהחיוב באגרה יוטל רק על המערערים 2-3 אלא שלא ניתן להטיל חיוב זה עליהם בהעדר הודעת ערעור מטעם המשיבה בענין זה.

הארכת מועד להגשת ערעור

104. בנוסף לכל האמר לעיל, נטען על ידי המשיבה כי הערעור הוגש באיחור וכי ימי הפגרה נמנים במנין הימים להגשת ערעור פלילי.



105. בשים לב למהות הטענות בהן דנתי לעיל, ושבגין אני סבור כי באם ידחה ערעור המערערים על הסף יגרם להם עיוות דין של ממש, ובשים לב לכך שנראה כי האיחור בהגשת הערעור נבע מטעות בכך שימי הפגרה נמנים במנין הימים להגשת ערעור פלילי זאת בשונה מהליך אזרחי, ובשים לב לכך שהטענה בדבר איחור אמנם הועלתה על ידי ב"כ המשיבה בתגובה בכתב שהועלתה על ידו אך בדיון בפניי הטענה לא נזכרה פעם נוספת והמשיבה לא עמדה על דחיית הערעור על הסף מצאתי לנכון להאריך את המועד להגשת הערעור עד למועד בו הוגש הערעור בפועל דהיינו יום - 10.10.2019.

סיכום

106. לאור כל האמור לעיל, אני מורה על תיקון גזר הדין שניתן על ידי בית המשפט קמא כפי שפורט לעיל ובהתאם יוטלו על המערערים בגין העבירות שבהן הם הורשעו הקנסות כדלקמן:

המערער 1 - סך של 60,000 ₪ או 2 חודשי מאסר תחתיו.

המערער 2 - סך של 120,000 ₪.

המערער 3 - סך של 80,000 ₪ או 3 חודשי מאסר תחתיו.

סכומי הקנסות לעיל ישולמו ב-40 תשלומים חודשיים שווים ורצופים החל מיום 10.5.2020 ובכל 10 לחודש קלנדרי אחריו, וככל שלא ישולם אחד התשלומים במועדו תועמד יתרת התשלום לפירעון מיידי.

כמו כן ישלם המערער 1 עד ליום 31.7.2020 סך של 80,280 ₪ אגרות בנייה, במשרדי המשיבה.

כמו כן ישלמו המערערים 2-3 ביחד ולחוד, תשלום בגין שווי בנייה בסך של 70,000 ₪, עד ליום 1.8.2020, בכפוף לאפשרות ביטול מרכיב זה בגזר הדין בהתאם לתנאים שקבעתי בסעיף 96 לעיל.

לא יחול שינוי בהוראות גזר הדין ביחס לעונש המאסר על תנאי, וכן ביחס לכתב ההתחייבות עליו נדרשה המערער 2 לחתום, ובנסיבות אני מורה על הארכת המועד לחתימתו עד ליום 15.5.2020, ואם לא יחתם עד למועד זה, יאסר המערער 3 ל-15 יום כפי שנקבע בגזר הדין.

בנוסף לכל האמור, ומהטעמים שפורטו בגזר הדין, ובשים לב למצב החירום אני מורה כי עיכוב הביצוע עליו הורה בית המשפט קמא ביחס לצו ההריסה וצו איסור השימוש שנקבעו על ידו, יוארך עד ליום 31.5.2020.

ניתן היום, ט"ז ניסן תש"פ, 10 אפריל 2020, בהעדר הצדדים.

