



עפ"א 49104/09/20 - הוועדה המרחבית לתכנון ולבניה-שפלת הגליל נגד ראיד נאסר דיאב

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

1 במרץ 2021

עפ"א 49104-09-20 ועדה מקומית לתכנון ובניה שפלת הגליל נ' דיאב
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופטת עפרה ורבנר

המערערת:
הוועדה המרחבית לתכנון ולבניה-שפלת הגליל
ע"י ב"כ עו"ד רן עמיאל

- נגד -

המשיב:

ראיד נאסר דיאב

ע"י ב"כ עו"ד ח'אלד פייסל

פסק דין

1. לפני ערעור על גזר-דינו של בית משפט השלום בעכו (כב' השופטת זהבה בנר) ב-תו"ב 24145-09-15 מ-17/8/20, אשר על-פיו נגזר על המשיב תשלום קנס בסך 280,000 ₪, חיוב בכפל אגרת בניה בסך 93,696 ₪, חתימה על התחייבות להימנע מביצוע עבירה מסוג העבירות בהן הורשע בתיק למשך 3 שנים, בסך של 100,000 ₪, וכן ניתנו צו איסור שימוש במבנה נשוא כתב-האישום וצו הריסה, שיכנסו לתוקפם בתום 6 חודשים ממועד מתן גזר-הדין, ככל שהמשיב לא ישיג היתר בניה כחוק למבנה.

בית-משפט קמא ציין כי הקנס שפסק בסך של 280,000 ₪ כולל את בקשות המערערת לגבי חיוב המשיב בקנס, בקנס יומי, בכפל היטל השבחה, בשווי עלויות בניה, ובתוספת הפרש שווי קרקע עליה נבנה המבנה, כפי שהתבקשו בסעיף 29ב,ג,ה,ו ו-ז לסיכומי המערערת.

2. כנגד המשיב הוגש ב-9/9/15 כתב-אישום בבית-משפט השלום בעכו, ובו הוא נאשם תחילה בהקמת מבנה בשטח של כ-369 מ"ר במקרקעין שיעודם שצ"פ בגוש 18579 חלקה 99 מאדמות העיר טמרה.

בכתב-האישום המקורי שהוגש צוין כי המשיב הינו המשתמש בפועל במקרקעין ואף האחראי לביצוע עבודות הבניה, והוא עשה כן בלא קבלת היתר.

לאחר מכן, ב-5/3/19 הוגש כתב-אישום מתוקן כנגד המשיב, ובמסגרתו נטען כי במהלך השנים 18-'14 ביצע המשיב עבודות בניה ושימוש הטעונים היתר, בלא היתר, כאשר בנה מבנה בן 3 קומות בשטח כולל של כ-1,464 מ"ר (כל קומה בשטח של כ-488 מ"ר), וכאשר בחלק מהתקופה שימשה



קומת הקרקע לצורך מסחרי והושכרה לצד ג'.

בכתב-האישום אין פירוט מהם התאריכים או מהי התקופה שבה שימשה קומת הקרקע לצורך מסחרי.

עוד צוין בכתב-האישום המתוקן, כי המקרקעין בגוש 18579 חלקה 99 מיועדים לשצ"פ לפי תכנית ג/2834, וכלולים במתחם תכנון 2 בהתאם לתכנית ג/15756, שהינה תכנית מתארית שלא ניתן להוציא מכוחה היתרי בניה עד שתאושר ותקבל תוקף תכנית מפורטת.

בכתב-האישום המתוקן צוין כי במהלך התקופה בה ביצע המשיב את הבניה, הוצא צו הפסקת עבודה מנהלי, ונמסר לידי המשיב, אולם חרף הוצאת צו זה, המשיך המשיב בביצוע הבניה.

בכתב-האישום המתוקן פורט שווי אגרת הבניה, כך שכפל אגרה עמד על-סך של 93,696 ₪, וכן צוין כי לפי חוות-דעת שמאית, היטל ההשבחה עומד על-סך של 305,000 ₪, שווי מרכיב הבניה עומד על-סך של 2,196,000 ₪, ותוספת הפרש שווי קרקע עומדת על-סך של 1,219,995 ₪.

במעמד הדיון ב-23/7/20 בבית-משפט קמא, הצהיר ב"כ המערער/ת/המאשימה, כי הוא מבקש לתקן את כתב-האישום על-ידי מחיקת סעיף 13 לכתב-האישום, דהיינו-מחיקת העבירה שעניינה הפרת צו הפסקה מנהלי (עיין ב-עמ' 11 ש' 16-18 לפרוטוקול בבית-משפט קמא).

המשיב חזר בו מכפירתו באישום והודה בעובדות כתב-האישום המתוקן בשנית, תוך שבא-כוחו ציין כי אין בהודאה זו כדי להוות הסכמה לתוכן חוות-דעת השמאי, והוא מבקש לחקור את השמאי.

ב-23/7/20 הורשע המשיב בעובדות כתב-האישום המתוקן.

המשיב ויתר על חקירת השמאי (עיין עמ' 14 ש' 9-10 לפרוטוקול בבית-משפט קמא), ועל-כן חוות-דעת השמאי הוגשה וסומנה ת/1.

3. הצדדים הגישו טיעונים לעונש בכתב לאור החלטת בית-משפט קמא מ-6/8/20, ולאחר שהמשיב לא התייצב לדיון בתאריך זה, ונטען על-ידי בא-כוחו כי המשיב חולה.

טיעוני הצדדים לעונש בבית-משפט קמא

4. המערער/ת טענה בבית-משפט קמא כי המשיב מזלזל בהוראות חוק התכנון והבניה, ואף לא התייצב לישיבות בית-המשפט שהיו קבועות בעניינו, ומסר הודאתו באמצעות בא-כוחו.

עמוד 2



המערערת הדגישה את גודלו של המבנה שנבנה על-ידי המשיב ללא היתר על קרקע בייעוד שצ"פ, וציינה כי אין היתכנות להכשרת המבנה בעתיד, וכן הדגישה כי כאמור בסעיף 5 לכתב-האישום, שבו הודה המשיב, קומת הקרקע במבנה אף הושכרה לצד ג' לצורך הפעלת עסק.

המערערת פירטה את הפגיעה בערכים המוגנים, את הפסיקה המחייבת למנוע מעברין ליהנות מפרי העבירה, ואת המטרה שעברין בניה שבנה ללא היתר לא ישיג יתרון משמעותי על פני רעהו שומר החוק, הממתיין לקבלת היתר, הן בהיבט הכלכלי, והן בהיבט לוחות זמנים.

על-מנת שהבניה בלא היתר לא תהא כדאית מבחינה כלכלית, נטען כי יש להשית קנסות כבדים על המשיב, ולחייבו לא רק בכפל היטל השבחה, אלא גם בכפל שווי מרכיב הבניה, וכפל שווי קרקע.

המערערת הדגישה כי ייעוד המקרקעין היה לשצ"פ-שטח ציבורי פתוח, שנועד לשמש לרווחת הציבור, כגון לגינה ציבורית או גן משחקים לילדים, והמשיב הקים בשטח זה מבנה ענק שבו אף נעשה שימוש מסחרי.

המערערת ציינה כי מרבית הפסיקה אינה עוסקת במבנים בסדר גודל כה גדול, והביאה דוגמאות לפסיקה בהיקפים קטנים משמעותית מההיקף שבנה המשיב, תוך שציינה שצריך לקחת בחשבון את גודל המבנה, שהינו פי 2 או פי 3 ממבנים בפסקי-דין אחרים, בעת שגוזרים את הקנס שיש להטיל על המשיב.

בנסיבותיו של המשיב, נטען כי אין להסתפק בתשלומי חובה, אלא יש להטיל מעבר לכך.

המערערת הבהירה כי היטל השבחה, כמו גם אגרת בניה, הינם תשלומים בהם מחויב כל אדם הבונה את ביתו כדין, ומשכך על מי שבנה את ביתו שלא כדין יש להטיל תשלומים העולים על התשלומים בהם מחויב כל אחד שבונה כחוק, וזאת כעולה מלשונו של סעיף 218 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לפני תיקון 116 לחוק.

המערערת הבהירה כי שיקול הדעת של בית-המשפט הינו אך ורק האם לחייב בכפל אגרות, אולם אין ספק שיש לחייב בסכום האגרות הבסיסי, ואין נימוק מדוע לא לחייב את המשיב בתשלומי כפל.

המערערת הדגישה כי הוגשה חוות-דעת שמאית מטעמה, לא הוגשה חוות-דעת נגדית, והשמאי מטעמה לא נחקר.

המערערת אף הפנתה לכך שתשלומי החובה האחרים, המוזכרים בסעיף 218 לחוק התכנון והבניה



כנוסחו לפני תיקון 116, אינם בגדר קנס, וכן הפנתה לפסיקה מתי יוטלו על אדם שבנה שלא כחוק ובלא היתר, הקנסות הנוספים לפי סעיף 218, וזאת במיוחד במקרה בניה חריגה בהיקפה, אשר אף משמשת למסחר.

המערערת טענה בטיעונים לעונש בבית-משפט קמא כי יש לחייב את המשיב בקנס במתחם שנע בין 250,000 ₪ ל-300,000 ₪, בקנס יומי בהתאם להוראות סעיף 61(ג) לחוק העונשין לתקופה ממועד הגשת כתב-האישום ב-9/9/15 ועד ל-9/8/20, בכפל אגרות בניה בסכום של 93,696 ₪, בכפל היטל השבחה בסך של 710,000 ₪, בשווי עלויות בניה בסך של 2,196,000 ₪, בתוספת הפרש שווי קרקע בסך של 1,219,995 ₪.

כמו-כן, ביקשה המערערת להטיל על המשיב מאסר על-תנאי של 6 חודשי מאסר, שעניינו הימנעות מביצוע העבירות בהן הורשע למשך 3 שנים ממועד גזר-הדין, וכן חתימה על התחייבות בסכום שלא יפחת מ-400,000 ₪ להימנע מביצוע עבירות בהן הורשע למשך 3 שנים, ומתן צו הריסה וצו איסור שימוש.

5. המשיב טען כי המבנה שנבנה הינו למטרת מגורים ולא למטרה אחרת, וכן טען כי בעתיד ניתן יהיה להוציא היתר למבנה לאחר אישור תכנית מפורשת, וזאת לאור תכנית חדשה החלה על המקרקעין.

המשיב טען כי המקרקעין כלולים בתכנית תמ"ל/1101-"רובע דרומי", שפורסמה להפקדה ב-27/12/19, ובהקשר לכך צירף אישור של הוועדה המרחבית לתכנון ובניה שפלת הגליל, שצורף כנספח א' לטיעוני המשיב לעונש בבית-משפט קמא.

המשיב אף טען כי בהתאם לאישור עיריית טמרה, הייעוד של השטח הספציפי שעליו בנה את המבנה ללא קבלת היתר יהא לתעסוקה ומסחר, בהתאם ל-תמ"ל/1101, ולא לשצ"פ.

עוד טען המשיב, כי המדובר במבנה שנבנה על קרקע בבעלות פרטית, כי הבניה הינה במצב שלד ולא הושלמה, והמבנה לא אוכלס, ורק בחלק מהתקופה שימשה קומת הקרקע לצורך עסק מסחרי.

המשיב טען כי המדובר בשימוש שנעשה במשך ימים בודדים בלבד, והעסק נסגר, ולטענתו אף מפקח המערערת ביקר בביתו של השוכר, ומצא כי השוכר חולה ומרותק למיטתו.

עוד הדגיש המשיב, כי בהתאם לכתב-האישום המתוקן בשנית, הוא לא מואשם בהפרת צו הפסקה מינהלי.



לטענת המשיב, הענישה אותה מבקשת המערערת אינה מידתית ואינה סבירה, ומאחר והמדובר בבניה שבוצעה בתוך מתחם תכנון, אין הצדקה לפסיקת כפל שווי או כפל היטל השבחה.

המשיב טען להעדר קריטריונים ברורים של המערערת, מתי יש לחייב בכפל אגרה או בכפל היטל השבחה, ומתי אין לעשות כן, ולגרסתו אין מקום לחייבו בקנסות שביקשה המערערת, כאשר היא לא מבקשת קנסות כאלה על בניה בקרקע חקלאית, ואין מקום להטיל עליו קנסות כאלה, כשבנה מבנה במתחם תכנון.

בהקשר לכך הפנה המשיב בסעיף 29 לטיעוניו לעונש למספר דוגמאות בפסיקה, בהם לא ביקשה המערערת את אותם רכיבי ענישה כפי שביקשה בעניינו.

עוד טען המשיב כי הוא מתקיים מגמלת הבטחת הכנסה, וצירף לכך אישורים של המוסד לביטוח לאומי על-כך שהמשיב מקבל גמלת הבטחת הכנסה בשנים '18-'20.

המשיב אף טען למצב בריאותי שאינו תקין, ולכך שאינו מסוגל לעבוד, וכן טען כי הוא מסובך בחובות, וכי הבניה שביצע, נעשתה מכספי הלוואות, לרבות הלוואות שניתנו לבנו.

המשיב טען להעדר הרשעות קודמות, וכן הדגיש כי יש לקחת בחשבון את תקופת הקורונה הגורמת אף היא, כשלעצמה, לקשיים כלכליים.

6. לאחר שהוגשו טיעוני הצדדים בכתב, ביקש ב"כ המערערת להתייחס לטיעוני המשיב, וציין כי תכנית המתאר המתייחסת למתחם 2 מצויה בשלבים של הכנה לתכנון של איחוד וחלוקה של החלקות, כך שגם לאחר איחוד וחלוקה, החלקה הספציפית עליה בוצעה הבניה תיחשב כשצ"פ, ואין סיכוי להכשרת המבנה שנבנה למגורים, במיקומו הנוכחי.

המערערת עמדה על טענותיה כי המדובר במבנה שנבנה על מקרקעין שמיועדים לשמש כ-שצ"פ.

המשיב עמד על טענותיו כי בהתאם למסמך מעיריית טמרה, ניתן יהיה בעתיד לקבל היתר בניה.

גזר-הדין שניתן על-ידי בית-משפט קמא

7. בית-משפט קמא עמד על חומרת תופעת הבניה ללא היתר, הפוגעות בסדר הציבורי, בשלטון החוק, בבטיחות הציבור ובהיבטים תכנוניים, ועל-כך שיש למנוע מהבונה ללא היתר להרוויח מבניה כזו.



בית-משפט קמא לא קבע מהו מתחם הענישה ההולם באשר לעבירה בה הורשע המשיב, אך ציין במסגרת גזר-הדין, כי לאחר הגשת כתב-האישום המקורי, המשיך המשיב בבניה והגדיל את המבנה עד להיקף של 1,464 מ"ר, שהינו בניין רחב מימדים.

בית-משפט קמא אף ציין כי במסגרת המצב במועד מתן גזר-הדין, לא קיימת אפשרות קרובה לקבלת היתר לבניה שבוצע המשיב, ושיקולים אלה של המשך בניה לאחר שהוגש כתב-אישום, היקף הבניה, והעדר אפשרות לקבלת היתר בזמן הקרוב, הינם שיקולים לחומרא.

עוד ציין בית-משפט קמא, כי הוא לוקח כשיקולים לקולא את היות המבנה במצב שלד, את הפסקת השימוש המסחרי, ואת מצבו הבריאותי והכלכלי של המשיב, וכן את חזרתו מהכפירה.

לאור זאת, גזר בית-משפט קמא את דינו של המשיב, בכל הקשור בעבירות בהן הורשע, כפי שפורט בסעיף 1 לפסק-דין זה.

על המשיב הוטל:

- מאסר על-תנאי ל-4 חודשים למשך 3 שנים, שהמשיב לא יבצע את העבירות בהן הורשע במסגרת תיק זה;
- תשלום קנס בסך 280,000 ₪ שבית-משפט קמא מציין בגזר-הדין שסכום קנס זה כולל את המבוקש על-ידי המערערת בסעיף 29ב,ג,ה,ו,ז לטיעוניה לעונש, וזאת ב-50 תשלומים חודשיים ושווים;
- כפל אגרת בניה בסך 93,696 ₪;
- חתימה על התחייבות בסך 100,000 ₪ שלא לבצע עבירות מהסוג בהן הורשע בתוך 3 שנים ממועד מתן גזר-הדין;
- צו הריסה וצו איסור שימוש, שייכנסו לתוקפם בתוך 6 חודשים ממועד מתן גזר-הדין, ככל שלא התקבל היתר כדין.

8. על גזר-הדין שהוטל על המשיב על-ידי בית-משפט קמא הגישה המערערת את הערעור שלפניי.

בהודעת הערעור נטען כי הערעור מתייחס לאי-לקיחה בחשבון של הצורך לחייב את המשיב בקנס יומי,



בכפל היטל השבחה, בשווי עלויות בניה, בתוספת הפרש לשווי קרקע, וכן מתייחס לצורך בהגדלת סכום ההתחייבות העצמית עליה חתם המשיב, אולם אינו מתייחס ליתר רכיבי גזר-הדין, שהינם חיוב בכפל אגרה, צו ההריסה, וצו איסור השימוש.

המערערת הדגישה כי הקנס שהוטל על המשיב מצוי במתחם הסבירות לו היה מדובר בקנס כשלעצמו, אולם לא כאשר בית-משפט קמא ציין בגזר-הדין כי הוא כולל את כל המרכיבים והקנסות הנוספים, בהתאם לסעיפים 218 ו-219 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לפני תיקון 116.

המערערת הצביעה על האבסורד בקביעה כזו, כאשר היטל ההשבחה שהמשיב היה צריך לשלם, לו היה בונה כדין, היה עומד על-סך של 305,000 ₪, כך שהיטל זה כשלעצמו כבר עולה בשיעורו על סכום הקנס שהוטל על המשיב.

משכך, סברה המערערת שיש להוסיף את הקנסות אותם היא מבקשת, או לחלופין להגדיל משמעותית את שיעור הקנס, כך שיגלם בתוכו גם את הרכיבים שעד כה לא באו לידי ביטוי.

המערערת חזרה על טיעוניה בבית-משפט קמא בנוגע לזלזול המשיב בחוק, בנוגע להמשך ביצוע הבניה כשכתב האישום תלוי ועומד כנגדו, בנוגע להיקף הניכר של הבניה, ובנוגע לבניה על שטח המיועד לשצ"פ, וכן על השימוש בקומת הקרקע לצורך השכרתה למסחר בחלק מהתקופה.

המערערת טענה כי לאור הצטברות האמור לעיל, הרי המדיניות שלה הינה לדרוש חיוב בכפל קנסות הקבועים בסעיפים 218 ו-219 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לפני תיקון 116, ועל-כן הוגשה חוות-דעת שמאית מטעמה, והמשיב לא הגיש חוות-דעת נגדית, ולא חקר את עורך חוות-הדעת השמאית.

המערערת הדגישה את רמיסת הערכים החברתיים, ואת היכולת הכלכלית העולה מבניית מבנה בהיקף כה נרחב של 1,464 מ"ר, כאשר בהתאם לחוות-הדעת, עלויות הבניה עולות על 2,000,000 ₪, והקנס שהוטל על-ידי בית-משפט קמא הינו בשיעור של קצת למעלה מ-10% מעלויות אלה, כך שהוא אינו יותר מ"מכה בכנף" (כלשונה של המערערת בסעיף 17.6) עבור המשיב, שלא הפסיק את הבניה הבלתי חוקית לאחר שהוגש נגדו כתב-האישום ב-15'.

המערערת טענה כי מדובר במקרה מובהק בו על ערכאת הערעור להתערב בגזר-דין החורג באופן קיצוני לקולא ממתחם הענישה הראוי, בלא הצדקה.

המערערת אף הצביעה על-כך כי בית-משפט קמא כלל לא קבע מהו מתחם הענישה ההולם עבירה



מסוג זה, וזאת בניגוד להוראות הדין (עיין סעיף 27 להודעת הערעור).

עוד הדגישה המערערת, כי בית-משפט קמא שקל שיקולים אישיים, אלא שאלה אינם אמורים לבוא בחשבון בקביעת מתחם הענישה ההולם, אלא רק בקביעת העונש המתאים בתוך מתחם הענישה.

בנסיבות אלה, סברה המערערת כי בנימוקים לקולא שלקח בית-משפט קמא בחשבון, בעת קביעת המתחם, הוא חרג מסמכותו.

9. המערערת הפנתה לפסקי-דין שונים, בהם הוטלו קנסות משמעותיים, ואשר מהם עולה, בשים לב להיקף הבניה של המשיב, כי הקנס שהוטל מצוי במתחם הענישה על בניה בהיקף כזה.

10. המערערת הפנתה לכך כי המשיב לא חויב כלל בהיטל השבחה, וכי לבית-המשפט יש שיקול דעת רק בנוגע לשאלת כפל הסכום, אולם אין מקום שלא לחייב את המשיב בהיטל ההשבחה, שהינו תשלום חובה, שבו היה מחויב אילו ניתן לו היתר כדין, ונסיבות המקרה מצדיקות בחיוב בכפל היטל ההשבחה, וכן בכפל קנס בשיעור שווי הבניה בהתאם לסעיף 219 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לפני תיקון 116.

בהקשר לכך, הפנתה המערערת לפסק-הדין ב-ע"פ 24261-02-10 **טלאל קחיזי נ' מדינת-ישראל - וועדה מקומית לתכנון ובניה גבעות אלונים** (3/6/10) (להלן: "**עניין קחיזי**").

המערערת הדגישה כי לא יתכן שסכום הקנס שהוטל על המשיב הינו בשיעור הדומה לאגרות והיטלים שמחויבים בהם מי שבונים כדין.

11. המשיב טען כי אין מקום שערכאת הערעור תתערב בגזר-הדין ובשיעור הקנס, וזאת מאחר וערכאת הערעור אינה ממצה את הדין עם הנאשם.

המשיב שב וטען כי אותו שטח מקרקעין עליו בנה המשיב את המבנה, ואשר בתחילה הוגדר כ-שצ"פ, מצוי כיום במתחם תכנון, ועל-כן לגרסתו ניתן יהיה להוציא בעתיד היתרי בניה למבנה.

המשיב טען כי קיימת בעייתיות של העדר מדיניות אחידה וקריטריונים מנחים בכל הקשור לעונש המוטל בכל מקרה ומקרה של בניה שלא כדין, והמשיב הפנה לפסק-דין לדוגמא שבו הוטל קנס של 200,000 ₪ בהיקף בניה דומה לזה שביצע המשיב, אולם שם לא נדרשו רכיבי ענישה נוספים מעבר לקנס, היטל השבחה ואגרת בניה, בעוד שבעניינו של המשיב דורשת המערערת רכיבים נוספים של שווי בניה והפרש שווי קרקע.



המשיב טען כי בכל הקשור לשימוש, הרי שימוש בקומה הראשונה נעשה לתקופה קצרה מאד, והמשתמש חלה בסרטן, והפסיק את השימוש, ומעבר לכך לא נעשה שימוש במבנה, והמערערת גם לא הביאה ראיות על-כך שהמשיב המשיך לעשות שימוש במבנה.

המשיב ביקש להתחשב במצב הקשה ובמצבו הכלכלי הקשה, וכן במצב הקשה בשל תקופת הקורונה.

דיון והכרעה

12. בית-משפט קמא, בגזר-הדין, לא יישם את הוראות חוק העונשין, ולא התייחס לשאלה מהו מתחם הענישה בהתייחס לעבירות בהן הורשע המשיב.

ב-ע"פ 4815/13 מדינת ישראל נ' מחמוד אלעוקבי (1/1/14) נפסק מפי כב' השופט שהם כדלקמן:

"בהתאם לסעיף 40ג'(א) לתיקון 113, שומא על בית-המשפט לקבוע, בשלב ראשון, את מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם, וזאת בהתאם לעיקרון המנחה, הוא עיקרון ההלימה. בשלב זה על בית-המשפט להתחשב בערך החברתי שנפגע כתוצאה מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בערך זה, במדיניות הענישה הנהוגה, כמו גם בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה... לאחר קביעת המתחם, על בית-המשפט לגזור את עונשו של הנאשם בתוך מתחם הענישה שנקבע, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, בהתאם לסעיף 40ג'(ב) לתיקון 113.... בית-משפט קמא לא נהג כך...הפגם שעליו עמדנו ביישומו של תיקון 113 אינו מחייב, בהכרח, התערבות בתוצאה העונשית שאליה הגיע בית-משפט קמא, ויש עדיין להידרש לשאלה האם יש בעונש שהושת על המשיב משום סטייה קיצונית מרמת הענישה הראויה..."

בהקשר לכך, אחזור ואציין את הפסיקה באשר להתערבות ערכאת הערעור במידת העונש שנקבעה:

**"כלל הוא שלא 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 למשל: ע"פ 2715/15 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (20/9/15), בפסקה 6; ע"פ 5889/16 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (8/1/17), בפסקה 9).
הדברים נכונים ביתר שאת שעה שהערעור שלפנינו מכון נגד קולת העונש ולא כלפי חומרתו, שכן כידוע ערכאת הערעור אינה נוטה למצות את הדין עם הנאשם...."
ע"פ 5750/16 מדינת ישראל נ' ג'מאל חשאן (23.4.17, פסקה 10)**

עוד נפסק על-ידי בית-המשפט העליון:



"הלכה פסוקה היא שערכאת הערעור אינה גוזרת מחדש את דינו של מערער, ואינה נוטה להתערב בעונש שנגזר על-ידי הערכאה הדיונית, זולת בנסיבות חריגות שבהן נפלה טעות מהותית בגזר-הדין, או במקרה שבו העונש חורג באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת.... בנדון דידן, אכן נפלה שגגה מלפני הערכאה הדיונית בכך שלא הגדירה באופן ברור את מתחם הענישה ההולם למעשים. יחד עם זאת, בית-משפט זה פסק פעמים רבות כי זוהי אינה טעות המצדיקה כשלעצמה את התערבות ערכאת הערעור; "ערכאת הערעור בוחנת, בראש ובראשונה, את התוצאה העונשית הסופית, וגם אם נפלה שגגה באופן הפעלת מנגנון הבניית שיקול הדעת שעוגן בהוראות תיקון 113, אין בכך כדי להצדיק קבלת ערעור כאשר התוצאה העונשית אינה מצדיקה התערבות"
(ע"פ 8109/15 אהרון אביטן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 8 (9/6/16))."

13. לאור האמור לעיל, והגם שבית-משפט קמא לא התייחס כלל לשאלה מהו מתחם הענישה הראוי בנסיבות העבירות שבהן הורשע המשיב, הרי עדיין מוטלת עלינו החובה לבחון האם שיעור הקנס שהוטל על המשיב חורג באופן קיצוני מהמתחם הראוי באופן המצדיק התערבות ערכאת הערעור.

לא אחת נפסק על-ידי בית-המשפט העליון, כי תופעת הבניה הבלתי-חוקית בישראל הפכה להיות "מכת מדינה" המחייבת נקיטת יד קשה:

"כפי שנקבע לא אחת, עבירות התכנון והבניה הפושות בארצנו, הגיעו לכדי רמה של "מכת מדינה", דבר המחייב נקיטת יד קשה נגד העבריינים. יפים, לעניין זה, דברי השופט ס' ג'ובראן ב-רע"פ 6665/05 מריסאת נ' מדינת ישראל (17/5/06):
'על העונש שנגזר על מי שמורשע בעבירות נגד חוקי התכנון והבניה 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."
(רע"פ 189/14 מודלג' נ' מדינת ישראל (3/3/14)).

הפסיקה התייחסה לכך שבניינים הנבנים שלא כחוק, לעתים על קרקע, שבנסיבות אחרות היה צורך להשתמש בה לצרכי ציבור, קשה מאד לפנותם ולסלקם, ובכך נוצר קושי להשתמש בקרקע לאותם צרכים שלפי התכניות, היה צורך להשתמש בהם.

עין לדוגמא, ב-רע"פ 5986/06 מלכיאל נ' מדינת ישראל (25/7/06).

בעניינו של המשיב, המערערת אינה טוענת כי שיעור הקנס שהוטל הינו בלתי סביר או חריג באופן קיצוני, המצדיק את התערבות ערכאת הערעור, ואכן אין מקום להתערב בשיעור הקנס שהוטל כשלעצמו, גם אם נפלו ליקויים באי-קביעת מתחם הענישה.



אולם, הליקוי הינו בערוב מין בשאינו מינו, דהיינו-בערוב הקנס הפלילי המוטל על העבירה עם מרכיבים נוספים שאינם בגדר קנס פלילי (תשלום היטלים), ושכית-משפט קמא ציין בגזר-דינו כי אלה כלולים בשיעור הקנס שקבע, ובקביעה כי מרכיב של היטל השבחה, ששיעורו כשלעצמו עולה על שיעור הקנס בו חויב המשיב, נכלל בקנס שהוטל על המשיב.

14. יש לקחת בחשבון כי פסיקת הקנס בלבד, בלא חיוב בהיטל השבחה, מחטיאה את המטרה שהינה מניעת הנאה כלכלית הנובעת מביצוע עבירה, לרבות חסכון בתשלום שכירות, וחסכון בזמן בהשוואה לאותם אזרחים בעלי קרקע שומרי חוק הממתינים עד לאישור תכנית מפורטת, ולאפשרות להוצאת היתר בניה מכוחה, ומשלמים את כל התשלומים כחוק על-מנת לקבל היתר.

15. כפי שצוין לעיל, העונש שנקבע לעבירה הינו כמפורט בסעיפי כתב-האישום, בעוד שחיוב בהיטל השבחה או בכפל היטל השבחה, מכוח הוראות סעיף 218 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לפני תיקון 116, הינם בגדר "סנקציה אזרחית" שבית-המשפט מוסמך להוסיף על כל עונש שנקבע בגזר-הדין, ואין המדובר בקנס.

עיין לעניין זה ב-ע"פ 474/65 מירומית מפעלי מתכת אשקלון בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (13/2/66), ו-רע"פ 4679/10 שמשון נ' עיריית תל-אביב יפו (1/8/11).

יש לציין כי גם לאחר תיקון 116 לחוק התכנון והבניה, מוסמך בית-המשפט לצוות על מורשע בעבירה לשלם כל אגרה או תשלום חובה אחר, וכן להטיל קנסות בנוסף לכל עונש או תשלום אחר, כעולה מהוראות סעיף 254(א) ו-245 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לאחר תיקון 116.

16. בכל הקשור בחיוב בשווי מבנים לפי סעיף 219 לחוק התכנון והבניה, נוסח הסעיף (לפני תיקון 116) הינו כדלקמן:

" מיום 10.8.2004 עמ' 503 (ה"ח 109)

218. בית המשפט יצווה על הנשפט, בנוסף לכל עונש שיטיל על עבירה לפי פרק זה ולחיוב בהוצאות המשפט, לשלם את האגרה או את תשלום החובה האחר הקשורים בעבירה ושהנשפט חייב בתשלומם אותה שעה מכוח חוק זה וטרם שילם אותם, ואם היתה העבירה בקשר לעבודה או לשימוש הטעונים היתר לפי חוק זה - אותן אגרות או תשלומי חובה אחרים שהיו מגיעים ממנו מכוח חוק זה אותה שעה אילו ניתן ההיתר; בית המשפט רשאי גם לחייב את הנשפט בתשלום נוסף שלא יעלה יעלה על סכום האגרה או תשלום החובה הקשורים בעבירה. (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 שוויו של המבנה או של התוספת למבנה שהוקמו ללא היתר;
- (2) בעבירה בקשר לבניה בסטיה מהיתר או מתכנית או בניגוד להוראה אחרת מכוח חוק זה - כפל הפרש בין שווי המבנה או התוספת למבנה כפי שהוקמו לבין שווים כפי שהיה אילו הוקמו בהתאם להיתר, לתכנית או להוראה האחרת.
- (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.
- (ד) לעניין סעיף זה, 'שווי המבנה או התוספת' - שווים ביום ביצוע העבירה או ביום מתן החלטת בית המשפט, לפי הגדול שבהם, כשהם פנויים.
- (ה) כל סכום שנפסק לפי סעיף זה ישולם לקופת הועדה המקומית."

כיום ההוראות באשר לכפל שווי עבודות הבניה וכפל הפרש בין שווי המקרקעין מצויות בסעיף 245(2) ו-(3) לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לאחר תיקון 116, והמדובר בקנס שהינו בשיקול דעת בית-המשפט.

17. ב-עפ"א 68158-12-18 נדיה נסאר נ' וועדה מקומית לתכנון ובניה לב הגליל (19/11/19) (להלן: "עניין נסאר"), עמד כב' השופט ג'השאן על תכלית ההוראה שבסעיף 219 לחוק התכנון והבניה, שהינה גם אכיפתית וגם עונשית, וכן התייחס לכך שמן הראוי שתהא לוועדה מדיניות ברורה מתי לדרוש שווי מבנה או כפל שווי מבנה.

כב' השופט ג'השאן התייחס לכך שסעיף 219 אינו מגדיר באילו מקרים ראוי לנקוט בחיוב בכפל שווי בנוסף לקנס הקבוע בסעיף 204 לחוק התכנון והבניה, אולם ברור כי המדובר בדרישה שנתונה לשיקול דעת, ואין חובה לדרוש חיוב כזה.

בהקשר לכך, הפנה כב' השופט ג'השאן הן ל-ע"פ 2701/07 וועדה מקומית לתכנון ובניה שפלת הגליל נ' שמא (24/2/08), והן לעניין קחיזי ולפסקי-דין נוספים.

וכך נפסק על-ידי כב' השופט שפירא (כתוארו אז) בעניין קחיזי:

"מכאן, שהשאלה העולה היא, באילו סוג של עבירות יורה בית המשפט על תוספת הקנס בגין כפל שווי מבנה שנבנה שלא כחוק, זאת מעבר לקנס הנגזר בגין הרשעה באותן עבירות.



לא ניתן לקבוע רשימה סגורה של מקרים בהם יחויב נאשם בתשלום קנס נוסף בשיעור של כפל שווי המבנה נשוא כתב אישום. עם זאת, ומאחר ומדובר בסכומים גבוהים במיוחד, הדעת נותנת כי ראוי לעשות שימוש בהוראת חוק זו, כאשר ההפרה של הוראות חוק התכנון והבניה היא הפרה חמורה בנסיבותיה. כך למשל, סבור אני שיש לעשות שימוש בענישה הקבועה בסעיף 219 לחוק התכנון והבניה, במקרים בהם מורשע נאשם בעבירה של אי קיום צו בהתאם להוראות סעיף 210 לחוק התכנון והבניה. כמו כן, ראוי לעשות שימוש באמצעי עונשי זה במקרים של בניה רחבת היקף, כאשר הבניה משמשת שימוש מסחרי, כל זאת כדי למנוע כדאיות כלכלית לבניה מסוג זה ללא היתר. על זאת יש להוסיף מקרים בהם מבוצעת הבניה בניגוד לצווים מנהליים ושיפוטיים או שמדובר בבניה במקום בו ידוע היה מלכתחילה כי לא ניתן יהיה לקבל אישורי בניה. כמו כן, ניתן להביא שיקולים לחומרא ובמסגרת זו גם את האפשרות לגזור קנס בהתאם להוראות סעיף 219 לחוק העונשין, וזאת כאשר נאשם מנהל את הדין בבית המשפט באופן שמאריך את הדין שלא לצורך, וזאת במקרים מתאימים וחריגים. כאמור, הרשימה אינה סגורה ועל בית המשפט יהיה לבחון כל מקרה לגופו על-פי אמות מידה אלו ובמקרים בהם נסיבותיו של המקרה חמורות במיוחד, ראוי לעשות שימוש בסעד העונשי החריג של גזירת קנס בשיעור של כפל שווי הבניה. ראה לעניין זה דברים שכתבתי בע"פ (מחוזי חי') 1117/06 ו.מ.לתכנון ובניה גבעות אלונים נ' עואלי רביע, [פורסם בנבו] (2007) ופסקי הדין שאזכרו שם."

המערערת לא הציגה לפני בית-משפט קמא, ואף לא בעת הדיון בערעור, הנחיות פנימיות או מסמך מדיניות, הקובע מתי יבקש תובע מטעם הוועדה המרחבית הפעלת סעיף 219 לחוק, והמשיב טען בטיעונו כי אין מדיניות אחידה וברורה בהקשר לכך.

המשיב הפנה למקרה אחר, ובו היקף בניה בסדר גודל דומה לזה של המשיב, אשר בו ניתן גזר-דין המחייב בקנס, בכפל אגרה, ובהיטל השבחה, אולם לא היה חיוב בשווי בניה, והמערערת לא הגישה ערעור (המדובר ב-תו"ב 26635-12-15 וועדה מקומית לתכנון ובניה שפלת הגליל נ' עדנאן חיג'אזי (10/5/20), שבו חויב נאשם שביצע בניה בהיקף של 1,279 מ"ר במאסר על-תנאי ל-3 חודשים למשך שנתיים, בקנס כספי בסכום של 200,000 ₪, בכפל אגרה, בהיטל השבחה, ובחתימה על התחייבות, וכן ניתן צו הריסה).

בעניינו של המשיב, כאשר כתב-האישום המתוקן, שבו הודה, לא כלל הפרת צו שיפוטי או מנהלי, כאשר בית-משפט קמא קבע כי המדובר במבנה המצוי בשלב שלד, וכאשר המערערת לא הפנתה למדיניות ענישה אחידה, ובהינתן גם האמור בעניין זה בפסק-דינו של כב' השופט ג'השאן בעניין נסאר, אינני מוצאת מקום במסגרת ערעור, לחייב המשיב בכפל שווי בניה או בתוספת הפרש שווי קרקע.

18. גם אם יש למשיב טענות בעניין הימשכות הליכי התכנון, הרי אלה אינן מצדיקות עשיית דין עצמי, ו-וודאי שלא בניה בהיקף של 1,400 מ"ר על קרקע שאמורה לשמש כ-שצ"פ.

ב-רע"פ 2885/08 הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב יפו נ' מוסא דכה (22/11/09),



נפסק מפי כב' השופט רובינשטיין (כתוארו אז) כי גם אם הליכי תכנון ובניה מתמשכים, אין מקום לתקן פגם בעבודתן של וועדות התכנון בקלקול, שהוא לא פחות מכך ואף גרוע ממנו, שהינו בניה בלא היתר בבחינת 'איש הישר בעיניו יעשה'.

ובלשונו של כב' השופט רובינשטיין:

"...המשמעות היא - ולו מבלי משים, מתן יד להפקרות; עוול ההשתהות של הרשויות יוליד עוול לא פחות ממנו של השתוללות... כללם של דברים: בניה בלתי חוקית, גם במקום שיש בו קשיים לעניין היתר בניה, היא רתימת העגלה לפני הסוסים. אין לבעל נכס זכות מוקנית להיתר בניה בהעדר תב"ע המאפשרת זאת"

ובהמשך:

"...אך קרוב ללבנו לא פחות כיבוד החוק, כעיקרון שבלעדיו לא יכובדו גם זכויות. חובתנו היא למנוע מצב של 'איש הישר בעיניו יעשה', והשלכות הרוחב הבלתי נמנעות..."

19. בכל הקשור בקנס יומי, הרי לא היתה מניעה שבית-משפט קמא יכלול עניין זה בסכום הקנס שנגזר על-ידו בהתייחס לעבירות בהן הורשע המשיב (בניגוד להכללת עניין היטל ההשבחה).

בהקשר לכך, יש לשקול חיוב בקנס יומי כאשר המדובר בעבירה מתמשכת, שעניינה שימוש שלא כדין ובלא היתר, או הפרת צו שיפוטי לאורך זמן, אלא שבענייננו אין פירוט של משך הזמן שבו ביצע המשיב את השימוש ללא היתר, שכן בסעיף 5 לכתב-האישום המתוקן שבו הודה המשיב, צוין רק שבחלק מהתקופה הרלוונטית לכתב-האישום שימשה קומת הקרקע לצורך עסק מסחרי שהושכר לצד ג', אולם לא צוין מה משך התקופה שבה נעשה שימוש שלא כדין ובלא היתר, והמשיב בטיעונים לעונש טען כי המדובר בימים בודדים, וכי השימוש הנטען הופסק לאחר שהשוכר חלה במחלה ממארת והעסק נסגר (סעיפים 11 ו-12 לטיעוני המשיב בבית-משפט קמא).

משאלה הם פני הדברים, ואין המדובר במקרה בו הוכחה המערערת/המאשימה את תקופת השימוש המתמשך המדויקת, ואף בכתב-האישום המתוקן בשנית נמחק סעיף 13 שעניינו הפרת צו הפסקה מנהלי, כך שאין מדובר בהפרת צו מתמשכת, אינני סבורה כי יש מקום להתערב בשיעור הקנס שהוטל על המשיב, על-ידי בית-משפט קמא, ולהוסיף עליו סכומים נוספים בגין קנס יומי, מעבר לסכום הקנס שנפסק על-ידי בית-משפט קמא, ואשר לקח בחשבון גם קנס יומי.

20. הגם ששיעור הקנס שהוטל על המשיב, בהתייחס לעבירות בהן הורשע, אינו חורג באופן קיצוני מהקנסות המוטלים בעת הרשעה בבניה שלא כדין בהיקף כפי שבנה המשיב, ואף המערערת מודה בכך (סעיף 3 להודעת הערעור), הרי טעותו של בית-משפט קמא הינה, שלגרסתו, כלל בסכום הקנס מרכיבים נוספים, כפי שציין בסיפא לגזר-הדין, הגם שלא עשה כן בפועל, והגם שאין מקום לעררב בין



הטלת קנס עונשי לבין חיוב באגרות ובהיטלים.

מקובלת עלי טענת המערערת כי יש לחייב את המשיב שבנה שלא כדין בהיטל השבחה, ולא יעלה על הדעת כי המשיב לא חויב ולו בסכום של היטל ההשבחה עצמו על אותה בניה שלא כדין שביצע.

היטל ההשבחה עצמו, בהתאם לחוות-הדעת השמאית שהגישה המערערת, ואשר לא נסתרה, הינו בסך של 305,000 ₪.

21. בעניינו של המשיב, בניה בלתי חוקית בהיקף נרחב, כפי שביצע, עלולה לגרום לסיכול האפשרות להכין תכנית מפורטת התואמת את צרכי הבניה וצרכי הציבור, לרבות צורך ב-שצ"פ, ואף עלולה לעכב אישור תכנית מפורטת, וזאת על חשבון אותו ציבור ששומר על הוראות החוק, וממתין עם ביצוע הבניה עד לאישור התכנית.

22. בכל הנוגע לחיוב בהיטל השבחה, היה מקום לחייב את המשיב בהיטל זה, ויש לציין כי בהתאם לסעיף 218 לחוק, כנוסחו לפני תיקון 116, בית-המשפט רשאי לחייב גם בתשלום נוסף מעבר להיטל השבחה, עד לשיעור כפל ההיטל, אולם בכל הקשור בחיוב בשיעור ההיטל עצמו, נוקט הסעיף בלשון:

"בית-המשפט יצווה על המשפט... לשלם את האגרה או את תשלום החובה האחר הקשורים בעבירה..."

ברור כי אין להשלים עם תוצאה שאדם הבונה כדין יידרש לשלם את כל האגרות וההיטלים, בעוד שמי שמבצע בניה שלא כדין, לא יחויב באגרות ובהיטלים, או במי מהם, ואין ליתן למבצע העבירה הטבה לעומת שומרי חוק, ונהפוך הוא - מן הראוי להטיל עליו תשלום העולה על התשלום שהוא היה מחויב בו, לו היה בונה בהיתר וכחוק.

על האמור לעיל יש להוסיף כי בהתאם להוראות סעיף 254(ב) לחוק התכנון והבניה, כנוסחו כיום, הרי ככל שיינתן למשיב היתר למבנה, הוא לא יידרש לשלם פעם נוספת היטל השבחה.

23. לאור האמור לעיל, הנני מחייבת את המערער בתשלום היטל השבחה בסכום של 305,000 ₪, וזאת בהינתן כי ערכאת הערעור אינה ממצה את הדין, ובהתחשב בסכום הקנס שהוטל על המשיב, בכפל האגרה, ובכך שצוין כי המדובר במבנה המצוי במצב שלד, ולמעט פרק זמן קצר, שלטענת המשיב הינו ימים ספורים, לא נעשה שימוש במבנה.

24. בנוסף לאמור לעיל, יש מקום להתערב בסכום ההתחייבות להימנע מביצוע עבירה, ולהעמיד סכום זה על-סך של 150,000 ₪.



המשיב יחתום על ההתחייבות בסכום המתוקן עד ל-5/4/21, שאם לא כן ייאסר המשיב למשך 60 ימים.

יתר פרטי ההתחייבות, כפי שנקבעו על-ידי בית-משפט, בעינם יעמדו.

25. לאור האמור לעיל, הערעור מתקבל בחלקו, כך שבנוסף לסכום הקנס והחויב בכפל אגרה שבהם חויב המשיב על-ידי בית-משפט קמא, יחויב המשיב אף בחיוב בהיטל השבחה בסך של 305,000 ₪, וכן בחתימה על התחייבות בסכום של 150,000 ₪ להימנע מלעבור עבירה מסוג העבירות בהן הורשע במסגרת תו"ב 24145-09-15, כנוסחן לאחר תיקון 116 לחוק תכנון ובניה, בתוך 3 שנים ממועד מתן גזר-הדין על-ידי בית-משפט קמא.

יתר פרטי גזר-הדין של בית-משפט קמא יעמדו בעינם.

ניתן היום, י"ז אדר תשפ"א, 01 מרץ 2021, בהעדר הצדדים.