

## ת"פ 51050/01 - ועדה מקומית לתוכנית ובניה - רהט נגד חליל ירב אל כתנאי

בית המשפט המחויזי בבאר שבע

עתפ"ב 22-01-51050 ועדה מקומית לתוכנית רהט נ' אל כתנאי

בפני כבוד השופט אלון אינפלד  
מערערת ועדה מקומית לתוכנית ובניה - רהט  
ע"י ב"כ עוז דנה צץ  
נגד  
חליל ירב אל כתנאי  
ע"י ב"כ עוז ספייר שושן  
משב

### פסק דין

המאמינה מערערת על קולת העונש שהוטל על מי שבנה בשטחו, המיועד למגורים, מבנה בן שתי קומות למגורים משפחתו, אך ללא היתר בניה כדין, והתגורר בנכס עם משפחתו תקופה ארוכה. טענתה היא כי הקנס הנמור שהושת על המשיב, עקב מצבו הכלכלי הקשה, אינו הולם את העונשה המקובלת או הרואה, ומחייב את מטרות העונשה.

ערעור זה מעלה, שוב, את נושא אופן היישום של כללי הבניית העונשה בעבירות תוכנן ובניה, ומקומם של שיקולי העונשה בעבירות תוכנן ובניה בשני שלבי הבניה. בין השאר נדרשת התייחסות לשאלת הפעלה של סעיף 40ח לחוק העונשין כאשר מדובר בבניה שעלתה ממון לא מועט, הרוחב הרואוי למתחם עונשה המתבטא בקנס, אופן הוכחת נסיבות לקולה ולחותמרא, משקל המאמץ שנכשל לקבל היתר, חלוף הזמן, והחומרה המצטברת של עבירת השימוש במבנה האסור לאחר הבניה.

### ההילך בבית משפט קמא

1. המשיב הורשע על פי הודהתו בבית משפט קמא (כב' השופטה זוהר דולב להמן), בעבירה ביצוע עבודה ושימוש במרקען ללא היתר, בהתאם לסעיפים 145(א), 204(א), 205 ו-208 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבנייה" או "החוק").

2. **פרק העובדות** בגזר הדין מיום 9.12.21 עולה כי המשיב הוא בעל זכויות הבניה והמקרקעין בmgrsh מסויים בעיר רהט, וכי בתאריכים מסוימים, בשנים 2014 עד 2016, הtgtלה כי הנאשם ביצע עבודות בניה ושימוש ללא היתר, שככלו הקמת מבנה בן 2 קומות בשטח של כ- 350 מ"ר, המבנה משמש למגורים.

3. **במסגרת טיעוני הצדדים לעונש** (בפרוטוקול מיום 5.7.21), **עמדת המערערת על נסיבות ביצוע העבירה** - היקף הבניה הרחב של המבנה בשטח של כ- 350 מ"ר, אשר עומד על תלו במשך שנים, ואשר משמש למגורים הכל, ללא היתר בניה. כן עמדת המערערת על מדיניות העונשה הנהוגת, ובהדגישה גם את השימוש במבנה האסור, הזכירה כי בגין עבירת השימוש ניתן להטיל קנס יומי. עוד הזכירה המערערת את הרווח הכלכלי שהרווח

המשיב על ידי ביצוע העבירה. בסיכוןו של דבר, ביקש ב"כ המערערת לקבוע את מתחם הכנס בין 40,000 ל- 200,000 ₪, ולהעמיד את הכנס על 100,000 ₪. כן ביקש המערערת להשיט על הנאשם עונשים נלוים, בדמות התחייבות, צו הריסה, רישום הערת אזהרה ותשלום כפל אגרה.

.4. **ב"כ המשיב** פתחה במצבו הכלכלי העgom של המשיב - בן 52 ואב ל- 17 ילדים שמרביםם סמכים על שולחנו. זאת, כאשר אשתו לא עובדת והוא עובד בחצי משרה בשל מצבו הרפואי (שפורט). הסגנורית עמדה אף על חובותיו הכבדים, בסך 400,000 ₪ ועל הליך פשוט רגל, אשר בוטל בעקבות שהייתה בכלא משנת 2019 עד 2020, ונפתח מחדש לאחר מכן. ב"כ המשיב הדגישה את חוב הארנונה בסך 120,000 ₪, וטענה כי אלמלא מצבו העgom היה משלהו, אז תכנית הבניה הייתה מאושרת. לצד זאת, הזכירה את הودאת המשיב, ואת החיסכון בזמן השיפוט. לאור כל האמור, ביקש להתחשב בגובה הכנס ולחילקו לתשלומים שיחולו חודשיים החל ממועד הדיון.

.5. המשיב עצמו אמר כי הcin תכנית שנכנעה לפני מועד הדיון, שהתקבלה ונחתמה על ידי הוועדה בעירייה, אך המהנדס הפסיק את הטיפול בשל כניסה לבית הסוהר. לדבריו, לך מהנדס חדש, אך אין מקבלים את תכניותיו בשל חובותיו. כן ציין, כי הוא חידש את בקשתו לפשיטת רגל. המשיב הזכיר את היומו בן 52, אב ל- 17, אשר רובם סמכים על שולחנו, שאשתו לא עובדת ורק אחד מבניו מסיע כלכלית.

.6. **בגזר דיןו, עמד בית משפט קמא על הרכבים החברתיים** שנפגעו מביצוע העבירה, בהם שלום הציבור ובתוכנו, פגעה בשלטון החוק ובזכות המדינה להთווות מדיניות תכנונית נטולת אילוצים, כבוד שלטון החוק ופגיעה בשוויון. בית משפט קמא קבע כי מידת הפגיעה בערכים אלה במקרים זה "לא מבוטלת", ואף ציין את היוות העבירה מכת מדינה.

.7. בית המשפט הדגיש עקרון נוסף וקבע: "בפסיקה נקבע לא אחת, כי אין מקום כי חוטא רב שנים יצא נשכר [ראו סעיף ז' להחלטת כב' הש' רוביינשטיין-ברע"א 5782/12 רביבו נ' מדינת ישראל (8.11.12)]. משכך יש לגזר קנס, ששיעורו יהיה גבוה מהרוחאות אותו הפיק הנאשם. קנס גבוה פוגע בצדויות הכלכלית של ביצוע העבירות ומהויה מסר מרתייע לעבראים בפועל ובכוח" (ההדגשה במקור, א"א).

.8. לאחר בחינה של פסיקה רבה, לשם מציאת רמת הענישה הנוגעת,בחן בית המשפט את נסיבות ביצוע העבירות הקונקרטיות. בהקשר זה בית המשפט עמד על כך שמטבע הדברים בעירות בניה מסוג זה קדם למעשה תכnon מוקדם, וכי המשיב הוא המבצע היחיד והעיקרי של העבירה. לעניין הנזק הצפוי הודהש כי לא פיקוח הנדסי אוישורים מתאימים יכול לבנה לסקן משתמשים ואת הציבור כולו, ואף יתכן שהמבנה Dunn מסכן בפועל את דיריו. עוד ציין כי עבירות בניה בעלת נראות ציבורית מעודדת עבירות בניה אחרות. עם זאת, ציין כי במקרה זה המבנה נבנה על מקרקעין של הנאשם, בגבולות התכנית החלה בעיר וכי היתר הבניה מצוי באופןם. עוד התחשב בית המשפט בכך שהנאשם משתמש בפועל בקומה אחת בלבד של המבנה.

.9. בית משפט קמא שקל גם שחלו-כ- 7 שנים מביצוע העבירות וכ- 5 שנים מהגשת כתוב האישום, וגם נشكل כי לאחר השנים המשיב עשה מאמצים להקטין את הנזק ולצמצם את תוצאות העבירה, אלא ש"הדבר לא עולה בידו בשל נסיבות שונות, לרבות כשלים בטיפול, כליאתו וגם בשל התפרצויות נגיף הקורונה".

.10. מעבר לכך, שקל בית משפט קמא את יכולתו הכלכלית של המשיב, בהתאם להוראות סעיף 40 לחוק

העונשין חלק מהשיקולים לקביעת מתחם העונש הראוי, כאשר מדובר בקנס. בהקשר זה עמד בית המשפט על כך שהנאשם "פושט רgel הנושא חובות כבדים וקשה השתכרות נוכח מצבו הרפואי".

11. לבסוף, לעניין **מתחם העונש הולם**, בית משפט קמא קבע כי "מתחם העונש ההולם מתחילה במאסר מותנה ועד מספר חדשני מאסר בפועל, אשר יכול Shirouzu בעבודות שירות, קנס בסכום שבין 20,000 לביין 200,000 ₪, התחייבות בסכום כפול מגובה הקנס וענישה נלוית".

12. בגזרת **העונש המתאים למשיב**, שקל בית משפט קמא את הנسبות שאינן קשורות בבחירה העבירה: המשיב הודה בשלב מוקדם של ההליך מה שמגלם נטילת אחריות וחיסכון בזמן שיפוט; המשיב ביצע את העבירות במרקען שמצוין כדין לצורכי מגורי ומגוריו משפחתו; המשיב בן כ- 52 ולו 17 ילדים שרובם סמוכים על שולחנו, כאשר אשתו לא עובדת והמשיב עצמו משתמש בחצי משרה בשל בעיות בריאותיות; מצבו הכלכלי הקשה של המשיב אשר חובותיו עומדים על סך 400,000 ₪; המשיב היה משלם את חוב הארנונה אלמלא מצבו הכלכלי, מקבל אישור לתכנית שהגיש והיה יכול לקבל היתר; לממשיב נגרם נזק מביצוע העבירה כאשר הבניה הופסקה באמצע ונאלץ להצטמצם עם כל בני משפחתו לקומה אחת בלבד; חלוף הזמן: כ- 7 שנים מגילו העבירות וכשנתים וחצי מהרכעת הדין; לנאשם עבר פלילי ואף ריצה בינוי מאסר.

13. לאחר דיון במלול השיקולים, בית משפט קמא העמיד את עונשו של המשיב על חדש מאסר על תנאי למשך שנתיים, שלא יעבור כל עבירה לפי חוק התקנון והבנייה; קנס בסך 20,000 ₪ או 20 ימי מאסר תמורתו; ו- 40,000 ₪ התחייבות למשך שנתיים, שלא יעבור כל עבירה לפי חוק התקנון והבנייה.

כן הורה בית המשפט על הרישת המבנה, תוך שנה מיום גזר הדין.

14. בכך, נדחתה מעמדה של המערערת בעניין גובה הקנס הולם, ומכאן ערעורה.

### ערעור, תשובה ודיוון

#### **טענות המערערת**

15. טענות המערערת רבות, אך שלובות הן אחת בשניה. המערערת טוענת כי קולת העונש במרקחה דין לא משקפת את מטרת הענישה ביחס לעבירות בניה ולא היתר בכלל, ולא משקפת את חומרת המעשה שביצע המשיב במרקחה דין בפרט. הערעור כoon נגד קולת העונש המתבטאת בגובה הקנס (בסך 20,000 ₪); סכום התחייבות (בסך 40,000 ₪); אי חיוב באגרה לבקשתה להיתר (לדברי המערערת, היה מקום לחיב בכפל אגרה לפי סעיף 245 (1) ו-(2) לחוק התקנון והבנייה); וכן קביעת 20 ימי מאסר בלבד תמורה הקנס. כל זאת, כאשר מדובר בבניית מבנה מגורים בן שתי קומות בשטח של כ-350 מ"ר שעד יום הגשת הערעור לא קיבל היתר בניה.

16. **ראשית**, טענה המערערת כי שגה בית משפט קמא בהתעלמו מהשימוש בפועל שנעשה במבנה שלא כדין, ובכך שראה נסיבות מוקלות בכך שמדובר בשימוש לצרכי מגורי המשפחה. נטען כי שגה בית משפט קמא בהתחשבו במצבו הכלכלי של המשיב, עקב היות המשיב "פושט רgel", בעוד שהמשיב רק פתח בהליכים ולא הוכרז כצדקה. עוד הוסיפה המערערת פסיקה, לפיה גם אם היה פושט רgel, אין בכך כדי להצדיק חיוב בקנס כה נזק. עוד נאמר, כי שגה בית משפט קמא שלא שקל את ההכרח בהרטעת הרבים בתקופות של מצוקת דיוור





29. נטען כי מצבו הכלכלי של המשיב הוחמר עקב משבר הקורונה ועקב מצבו הרפואי, ובצדק קבע בית משפט קמא קבע כי "אלמלא מצבו העgom של המשיב, היה משלם את חוב הארנונה ומקבל אישור לתוכניות שהגיש, וכן היה עולה בידו לקבל היתר לבנה".

30. **לבסוף** טען המשיב כי בצדק לאחרג בית משפט קמא ממתחם העונש ההולם, אך בצדק העמידו ברף התחתון. כן טען לפגם בהתנהלות המערערת שלא ביקשה מסטר בפועל בבית משפט קמא וכעת עותרת לכך בערעור.

31. עוד טען המשיב כי **ההתחייבות להימנע מביצוע עבירה בסך 40,000 ₪ מגלמת את כפל הकנס שבקשה המערערת; וכי הענישה המוציה בפסקה מתאימה לאדם בעל יכולות כלכליות ממוצעות, ואיןה מתאימה למשיב דן שהוא עני מרוד.**

### **הטענות בדיעון**

32. בדיעון בבית המשפט, חזרו הצדדים על עיקרי טענותיהם. **ב"כ המערערת** הוסיפה לעניין מצבו הכלכלי של המשיב, כי ההנחה היא שאדם שבנה בהיקף כה גדול, מבנה בעל שלוש קומות, יכול וצריך לעמוד בכנס הולם לחומרת מעשייו. ועוד, שלא יתכן שככל המשקל ינתן למצבו הכלכלי של הנאם, שהרי כך תיפגע הרעתה הרבים. לשאלת בית המשפט בעניין הוכחת ערך הבית והרווח הכלכלי מהעבירה, טענה ב"כ המערערת כי לא הסתמכה על חוות דעת שמאורót לצורך כפל שווי, שכן מדובר בעלות לא מבוטלת לרשות, ולרוב הענישה בפועל אינה מצדיקה את הוצאה.

33. לשאלת בית המשפט, מדוע טענה המאשימה למתחם עניינה המתויל ב 40,000 ₪, אך ביקשה בנסיבות העניין קנס בסך 100,000 ₪ הרחוק מתחתיות המתחם. ב"כ המערערת השיבה כי עניינה בסך 40,000 ₪ איןנה מתאימה לנسبות המקרה, נוכח היקף הבניה, ובשים לב לכך שהענישה לרוב נעה סביבה 300 ₪ למ"ר בנייה.

34. **ב"כ המערערת הסכימה כי אין בידי** לבקש מסטר בפועל בערעור משלא ביקשה זאת בערכאת הדיעון, וחזרה בה מרכיב זה בהודעתה הערעור.

35. **ב"כ המשיב** עמדה על טענותיה בתשובה בכתב, והפנטה לפסיקה. לתחיית בית המשפט כיצד התחשב בית משפט קמא בחלוֹף הזמן מאז ביצוע העבירה, בעוד עבירת השימוש נשacht עד יום הדיעון, ענתה ב"כ המשיב שבסמוך בזמן המבניה הגיע תכנית מחודשת, ולא היה צריך להרים את המבנה מידית. זאת, כיוון שההריסת המבנה היה נותר להtaggor עם משפחתו ברחווב, וניתנה למשיב האפשרות להאריך את ההיתר, لكن הוגשה תכנית מחודשת.

### **דין והכרעה**

36. לאחר עיון בתיק בבית משפט קמא, עיון בטענות הצדדים בבית משפט זה וסקירת המצב המשפטי הקיים, חוששתי כי ערעור זה נופל בגדר המקרים החרגים בהם שומה על בית המשפט שלערעור להתערב בעונש

ולהתיל עונש חמור יותר, הרבה יותר. זאת, הן על מנת לקרב את העונש המוטל על המשיב אל העונש ההולם, לפחות באופן חלק, והן על מנת להעמיד הלהקה על מכונה. יאמר, שאני חולק על בית משפט קמא הן ביחס לנינוח הנתונים במקרה זה, והן ביחס להערכת העונשה הרואה.

37. נוכח הניתוח היסודי והמפואר שנעשה בבית משפט קמא, אין צורך לחזור ולפרט את כל נסיבות המקירה, ואף אין צורך לחזור ולהפנות לפסיקה הרבה אותה אזכיר בית משפט קמא בצדק רב. לא נותר לי אלא להסביר מה הן הנקודות העיקריות של הסקמה לעומת הנקודות בהן אני חולק על בית משפט קמא, ולהסביר כיצד מחלוקת זו מביאה לתוצאה שונה שונה.

### **קבעת מתחם העונש ההולם**

38. מקובלים עלי שיקולי של בית משפט קמא בעניין **הערכים המוגנים שנפכו ממעשה העבירה ומידת הפגיעה בהם**. כך נקבע כי עבירות הבניה והשימוש של מבנה בעל 2 קומות בהיקף נרחב של כ- 350 מ"ר פגעות בשלום הציבור ובתחומו, בשלטון החוק, בזכות הרשות להtauות מדיניות תכנונית נטולת אילוצים, וכן בערך השווין. חומרת הפגיעה נקבעה כגדולה, בין השאר בהיות העבירה "מכת מדינה", ובכך צודק מאוד בית משפט קמא.

39. כן מקובלות עלי חלק מקביעות בית משפט קמא לגבי **הנסיבות הקשורות ביצוע העבירה**, ובכללן היות העבירות מבוצעות לאחר תכנון מוקדם מטריען, היות המשיב המבצע העיקרי, עצם קיומו של המבצע הכלכלי הקשה של הנאשם ממשיע על מתחם הכנס הראו לפי סעיף 40 לחוק העונשין, והנזק הצפוי הנוגע ביכולת הרשות לבצע תכנון וייעוד של המקרקעין אם תתאפשר בניה שלא כדין. יחד עם זאת, אני חולק על חלק ממסקנות בית המשפט ביחס לנסיבות ביצוע העבירה.

### **המסד העובדתי לקביעת נסיבות ביצוע העבירות**

40. דרך קביעת המסד העובדתי לצורך הערכת נסיבות ביצוע העבירה, קבועה בסעיף 40*(ד)* לחוק העונשין. רוב הכללים מתייחסים לקרים בהם הורשע הנאשם על יסוד ראיות. אולם, אם הנאשם הודה בכתב האישום, הכליל הוא מאד פשוט, כאמור בסעיף 40*(ד)*: "הודה הנאשם בעבודות כתוב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכול כתב האישום שבו הודה את כל העבודות והנסיבות הקשורות ביצוע העבירה".

41. בפרקטייה מקובל לעיתים שבד בבד עם הודהו של הנאשם, מודיעים הצדדים לבית המשפט על עבודות מוסכמות נוספות. אולם, לאחר הודהו של הנאשם, אי אפשר לקבוע עבודות נוספות, לגבי נסיבות ביצוע העבירה, אלא אם בית המשפט התיר באופן מפורש הבאת ראיות לגבייהן, במסגרת הסמכות המצוומצת המופיעה בסעיף 40*(ב)(2)* לחוק העונשין. עבודות חדשות תיקבענה רק בהתקיים אחד משני תנאים חריגים מאוד, שהם כמעט כהבאתי ראיות נוספת בשלב הערעור, היינו "אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגבייהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין".

42. דא עקא, שבית המשפט הסתמן על "עובדות" שונות, במסגרת גזר הדין, שאין עלות מכתב האישום שה הנאשם הודה בו, ומבליל הצביע על ראייה אשר הוכיחה "עובדות" אלה, ומתי יותר להביאן.

43. אמנם, בהלכים לפי חוק התכנון והבניה הכריה הפסיקה באפשרות להביא ראיות עדכניות, מטעם שני הצדדים, לגבי פעולה שעשה הנאשם מАЗ הכרעת הדין, להכרת הבניה או להריסתה. זאת, באשר בחלוקת מהמרקם ראיות אלה אין נוגעות לנסיבות ביצוע העבירה אלא לנסיבות האחרות, אף כאשר הן נוגעות לנסיבות ביצוע העבירה (כגון מושך השימוש האסור עד הטיעון לעונש), מטבע הדברים לא ניתן היה להוכיח הדברים ביום הכרעת הדין.

44. למעשה, מצב המבנה, שימוש בו, הריסתו או הכתרתו, הוא בפועל אחד החריגים היחידים המאפשרים לקבל נתונים מאוחרים המשפיעים על הערכת הנזירות הקשורות ביצוע העבירה, לאחר הודהה בכתב אישום, נכון הוראות סעיף 40 לחוק העונשין.

45. ככל חרג, יש לפרש אפשרות הבאת ראיות בשלב זה במצטצום, ולהחילו בהקשר החדש בלבד (ראו עתפ"ב 20-2053-02-אבו אלעל נ' ועדת מקומית לתכנון רהט 26.7.20, אך יש דוגמאות קלאסיות נוספות להפעלת ראייה מאוחרת על הערכת נזירות ביצוע עבירה, כגון תסוקיר נפגע בעבורות אלומות המלמדות על היקף הנזק, או אפילו תסוקיר נאשם אשר (במקרים חריגים מאוד) יכול להביא נתונים המשפיעים על הערכת מידת האשם הקונקרטית (ראו ע"פ 722-14 מוחמד שנאו נ' מדינת ישראל (14.11.12))). אמנם, מכיוון שההליך הוא אדוארטרי, בית המשפט לא יתעלם מעובדה מוסכמת, אם הודיע מפורשת שיש הסכמה לגביה, אולם, בשם פנים ואופן אין לראות בטיעון עובדתי של צד אחד מושם עובדה, מקום בו הצד השני לא הביע הסכמה מפורשת לעובדות הנטענות.

46. חשוב להזכיר כי גם עובדות שאין קשרות לביצוע העבירה, שיש בהן די להשפיע על העונש, לחוב או לשילוח, טענות הוכחה או הסכמה מפורשת, אחרת אין לקבל הדברים כעובדת. כך לדוגמה, במקרה, בתיק זה אין מחלוקת שהנאשם ריצה מסטר תקופה מסוימת, בזמן שהתיק היה תלוי וועוד. אולם, לא הוגש הרישום הפלילי, ולא גזר הדין באותו תיק. כך, גם קביעת בית המשפט שיש לנאשם " עבר פלילי", הגם שהוא נכוונה, היא בעלת משקל נמוך ביותר. שכן, בהעדר אינדיקטיה לסוג העבירה, מהותה וחומרתה, קשה לדעת איזה משקל יש לדבר בהקשר לפרשתנו.

47. ממשועות הדברים מובהקת עד מאוד, משומם שמתברר שבית המשפט קבעעובדות, אשר כלל לא היו מקובלות על המערערת. כך לדוגמה, הטענה לפיה הנאשם שקד באופן סביר על השגת היתר בנייה לא מקובלת על המערערת. לשיטתה, כעולה מהניסיונו שלה להגיש ראיות נוספות בערעור, העובדות שונות למגמי, היינו כי היו אמנים ניסיונות כלשהן, אך הדברים רוחקים משקידה רואיה. בית המשפט הפנה בהקשר זה לדרכי התובעת בפרוטוקול 12.11.20 ו- 23.11.20. אולם, עיוון בדברים מלמד שלא זה מה שנאמר. כל שנאמר שם הוא שהוא ניסיונות כלשהם להכשיר הבניה, כי אלו נערכו כאשר המшиб נכנס לכלא, וכי באותה עת (23.11.20) הוא אכן "מטפל ולא מספר סיפורים". אולם, הגשת תכניות מבלי לקדמן, ובבלתי פעולה כדי לעמוד בתנאים שהוצבו לקבלת היתר, אינה שקידה רואיה כלל וכל. יש להציג על כך שבית המשפט הבין מתוך דברי התובעת דברים שככל לא נאמרו.

48. בית המשפט אף קבע כי "אלמלא מצבו העוגם של הנאשם היה הנאשם משלם את חוב הארנונה, מקבל אישור לתוכנית שהגish והיה עולה בידי לקבל היתר למבנה" וקבע גם כי "ההיתר נראה באופק". אולם, לא מצאתי כל בסיס ראוי לקביעות אלה. נכון, שאלת דברים שנאמרו על ידי באותה כוח המшиб, אך **בית המשפט אמר רק בזאת עובדות על יסוד נתונים המובאים לפניו, על יסוד ראיות, ולא על בסיס טיעוני צד אחד**

**הנטענים בעלמא.** בוודאי שלא היה מקום לראות דברי בא כוחצד אחד כמוסכמים, שהרי ב"כ המערעתה אמרה בפרוטוקול באופן מפורש כי כפי שנמסר לה, הטיפול בהיתר הפסיק בין השאר משומן "שנכנס לכלא וביעות אישיות, הכל נעצר". משמעו, אין מדובר בשאלת כלכלית בלבד.

49. אולם, אין מחלוקת כי הנאשם ממשיר להשתמש במבנה עד יום הטיעון לעונש (ועד יום הדיון בערעור). אולם, הטענה כי המשיב מתגורר עם משפחתו בקומה אחת בלבד, לא מבוססת כראוי. הטענה נאמרה על ידי המשיב באחד הדיונים (12.11.20), אך המערעתה לא הודיעה כי זו עובדה מוסכמת, ולאחר שלא הופיעה בכתב האישום ולא הוצאה בהסכמה הצדדים, אני יודע כיצד קבע בית המשפט כי טענה זו היא עובדה. מכל מקום, מכיוון שלא היה ערעור ביחס לנזקודה זו, אנייך "עובדת" זו "לטובת" המשיב.

50. בהקשר זה יובהר מיד, **שאין מקום לקבל מטעם המדינה ראיות חדשות שנספחו להודעת הערעור**, כדי להראות שבית המשפט שגה בעובדות הנוגעות לעונש. שכן, צודקת ב"כ המשיב שאין לצרף ראיות שלא הוגש בערכאה הראשונה, ללא החלטה בדבר הגשת ראיות נוספות. אולם, אין לדבר ממשימות הרבה, מכיוון שהעובדות שהנחית בית המשפט לטובת המשיב, לפיהן עשה פעולות כלשהן לקבל היתר, לא היו מבוססות על ראיות גם כן, למעט העובדות המעות מאד שהמערעתה הודהה בהן. בין השאר, העובדה כי בתקופה בה התנהל הטיעון לעונש, הנאשם אכן חידש, באופן זה או אחר, את בקשתו. כך, שיש לראות את הקביעות העובדיות של בית משפט כאמור, שלא הודיע על הסכמה להן, ולא הוכחו, כעובדות שנקבעו בשגגה.

### בין נסיבות לקולה לבין היעדר נסיבות מחמירות

51. איפלו בהנחה כי מקובלת הטענה העובדיות שהמשיב התגורר בקומה אחת (לפי טענתו משומן שלא הצליח להשלים את הקומה השנייה), לא הבנתי כיצד בית המשפט שקל עובדה זו "נסיבות לקולה". האם מי שudad בנק והצליח לשאת רק שק אחד של כסף אך לא שניים, יחשב הדבר כנסיבה לקולה? כמובן, אין להחמיר עמו כאלו נשא שני שקלים, אך המבט הנכון הוא שמדובר במיל שגד, גם נשא ונטל רק שק אחד של כסף. האם מי שתקף את חברו ושבר שתי עצמות בלבד, אך לא את כל עצמות הגוף, ראוי שיתחשבו בכך כ"נסיבה לקולה"? התיאור הנכון הוא שהוא אדם רשע, שgam תקף וגם שבר עצמות! שבירת העצמות, איפלו אם "רק" שתי עצמות, היא נסיבה לחומרה, ולא לקולה.

52. אין מדובר בעניין של רטוריקה גרידא, שכן פועלות בית המשפט בגזירות הדין היא אומדן מידת האשם, ומתן ביטוי מילולי למידת הרשע במעשה, היינו הערכה נורמטיבית על מנת לגזר עונש "כדי רשותו במספר". בהקשר זה לא ראוי לתאר נסיבות שיש בהן חומרה, גם אם חומרה חלקית, נסיבות לקולה. כך, יש לזכור כי **עבירות השימוש מהוות עבירה נפרדת, בעלת משקל עצמאי** בהערכת מידת האשם של מי שgam בנה וגם השתמש במבנה, וממילא משקלו לחומרה משמעותית מאוד בעיצובה המתחכם.

53. התיאור ההולם אינו שה הנאשם השתמש רק בקומה אחת, מטור שתיים, כשייקול לקולה. התיאור ההולם הוא שההaint, **המשיב דן, אשם בכך שבנייה גדולה מאוד, ובנוסף לכך הוא אשם גם בכך שהוא השתמש בכל חלק הבניין שיכל היה להשתמש**. שימוש, שהגיע עד שלישי שטחו של המבנה הגדל. אשמו גדול עוד, בכך שעשה שימוש כזה **למשך תקופה ארוכה**. אם כן, אי השלמת המבנה, והשימוש האסור בחלק ממנו בלבד, משפיעים על הערכת היקפן של עבירות הבניה והשימוש, באשר התנהגות והנזק כתוצאה מהן נעשו בהיקף

קטן יותר ממה שנראה מבט ראשון. אולם, אין זו נסיבה מוקלה, כי אם תיחס החומרה כמידת הנכונה.

54. נקודה זו נcona גם ביחס "לנסיבות מוקלות" אחרות שנרשמו. כך, נרשם כנסיבה לקובלה שהמשיב **לא גזל** **ממרקע הוצאה** אלא בנה על מקרקעין השיכים לו, וכן כי הבניה והשימוש היו למגורים בהתאם לגבולות התכנית ולא בגיןו לייעוד המקרקעין. בכך כי העדרם של רכבים מחמורים אלה, מסיע לקבעה כי לא מתקיימת חומרה יתרה במעשהו של הנאשם. יש לציין פרטיהם אלה לצורך אבחן פסיקה שהתייחסה למקרים עוד יותר חמורים, בהם התקיימו נסיבות כאלה. אולם, תיאור פרטיהם אלה כ"נסיבות לקובלה" הוא לטעמי שגוי מבחינה מושגית וחינוכית, בדומה לטענה שטי עצמות " בלבד".

55. לעניין הצורך של המשיב במבנה **מגורים לשפחתו המונה 19 נפשות**. בית משפט קמא בחרן זאת כחלק מהנזק שגרם המשיב במעשהיו, וראה בכך נסיבה להעיר הנזק שנגרם כמורעט. אכן, זו באמת נסיבה לקובלה. אולם, נסיבה זו צריכה הייתה להיבחן תחת "הנסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה" (סעיף 40ט(5) *לחוק העונשין*), ולא בהערכת הנזק, שכן הנזק הוא רב, ולא קשור לנסיבות שגרמו למעשה.

אכן, המשיב דן הוא אב למשפחה ברוחת ילדים, בעל קשיים כלכליים, הנדרש לבית מגורים לשפחתו, כמו רבים מאוד בחברה הישראלית הסובלים מצוקת דירות, למרבה הצער. בערים מסווג זה, כמו בערים רוכש, יש התחשבות במצוקה שהביאה למשעים. אולם, יש להציג תמיד, כי הפתרון הנכון למצוקה כלכלית הוא לפנות לרשות הרווחה ולבקש עזרה, ואין ליטול את החוק לידיים. ואם תמצוי לומר, שמצוות כה קשה עד כי הגיעו למצב שעובר עבירה ובונה מבנה ללא היתר לשימוש המשפחה - אין בנסיבות זו כדי להקל רבות, כאשר עסקין בבניה נרחבת של מבנה בן 2 קומות, שטחו כ-350 מ"ר. שטח, בו יכולו לגור מספר משפחות.

#### **ניסיונו של המשיב לקבל היתר - נסיבות שאיבן קשריות ב揆יעה העבירה**

56. בית משפט קמא התחשב במאיצי המשיב להקטין את הנזק ולצמצם את תוכאות העבירה, בכך שהמשיב החל בהליך קבלת היתר בינוי. בטרם עמדו על טענות המערערת באשר לסתטוס הרישוי של המשיב, ועל טענות המשיב לגבי הוספה מצאים עובדיים חדשים במועד הערעור, עיר מס' 1000 העוראות.

57. **יש להבחין בין שני מצבים שונים ביום גזר הדין, ולא לבלבל ביניהם:**

**מי שבפועל הרס או קיבל היתר** - הקטין הנזק שגרם במעשה הבניה, וכך משפיע הדבר על **מתחם העונש ההולם**, במסגרת סעיף 40ט *לחוק העונשין*.

לעומתו, מי שלא הרס ולא קיבל היתר בפועל, אך **עשה מאיץ שלא לצורך**, קודם קבלת היתר או לפני כן את ההריסה, **ראו להתחשבות בתוך מתחם העונשה בלבד**, במסגרת סעיף 40א *לחוק העונשין*. אבהיר הדברים.

58. עבירות הבניה מתיחסות להתנהגות הפסולה של בניה ללא היתר בינוי. חלק מבחן הפטול שบทנהגות בסיס העבירה, סעיף 40ט *לחוק העונשין*, מורה לנו לבחון את הנסיבות הקשורות ב揆יעו העבירה, ובתוכן את הנזקים שנגרמו כתוצאה מהUBEIRA - את ההשלכות של אותה התנהגות הפסולה. אדם שביצע עבירה ותיקן את תוכאותיה, הקטין את הנזק שגרם, והדבר יכול להשפיע על הערכת החומרה שבמעשה, לפי סעיף 40ט(א)(4) *לחוק העונשין*.



65. בהקשר זה יזכיר כי בגין השימוש ניתן להטיל קנס יומי, מעבר לכנס הבסיסי. **על פי ההחלטה מותר לקחת בחשבון את משך תקופת השימוש עד יום גזירת הדין**, ולא רק ביום הגשת כתב האישום. אם כן, הכנס המרבי בגין שימוש למשך תקופה ארוכה כל כך, מגע לסכום בן שבע ספרות. עונש מרבי זה הוא שיקול חשוב, שיש לקחת בחשבון בעת הערצת מתחם הכנס.

66. בית משפט קמא אזכיר בצדק שיקול שיש לו משקל מיוחד בעבירות המתבצעות מטעמים כלכליים, הינו "שלא יצא חוטא נשכר". בית המשפט עצמו הסיק מכך בצדק כי "**יש לגזר קנס, ששיעורו יהיה גבוה מהרווח אותו הפיק הנאשם**". קנס גבוה פוגע בצדויות הכלכליות של ביצוע העבירות ומהוות מסר מרתיע לעבריניים בפועל ובכוח" (ההדגשה נוספת א"א).

המקום ה"גיאוגרפי" של שיקול זה בהקשר של עקרונות הבניית הענישה, הוא עקרון בהקשר לשיקולי הרתעה לפי סעיף 40 ו- 40 ז' לחוק העונשין, הרתעת היחיד והרבבים. למעשה, זה שיקול הנשקל בשלב השני, בתוך מתחם העונש ההולם.

אולם, בהקשר של עבירות תכונן ובניה יש שמעות נוספות לहוראת החוקק אודות "קנסות נוספים" לפי סעיף 245, אותם ניתן להטיל "נוסף על כל עונש או תשלום אחר". בין השאר, מורה החוקק לבתי המשפט, במקרים המתאים, להטיל "כפל שווי" של רוחי הנאשם. אולם, החוקק בחר דרך מסוימת לחשב את הכנס לפי שיטה זו, ובאות כוח המערערת הסבירה כי אין לרשותו הטעון אפשרות ריאלית לעמוד בנטול שהטיל החוקק בהקשר זה. אולם, בוודאי יש לראות בדברים הנחיה של החוקק לקחת בחשבון את הרוח הכלכלי מביצוע העבירה! אם לא כתשלום נוסף, במסגרת סעיף 245 לחוק, בוודאי שמותר וראו לשיקול את השיקול הזה בעת הערצת מתחם העונש ההולם. הרי אין ענישה יותר "הולמת" מאשר למנוע רוחים מעבריני!

67. لكن, קשה עלי מואוד התוצאה אליה הגיע בית משפט קמא, אשר הטיל קנס בגין 20,000 ₪ בלבד. זאת, כאשר בעבירות השימוש בלבד, הנאשם חסן עברור משפחתו במשך 7 שנים של דמי שכירות. דומני שכךulis לשראות דמי שכירות שנחسقو כרואה ברור ו燒ור שהרוויח עבריין הבניה המשמש במבנה שבנה באיסור, לצורך מגוריים. צרכיו היה לקחת בחשבון את רוחי השימוש האסור, עבירת השימוש, בחישוב מצטבר לקנס הראו בגין הבניה האסורה בשלעצמה. לטעמי, בית משפט קמא למשעה זיכה את הנאשם ברוח גדול מביצוע העבירה, והוציא את החוטא נשכר, בועליל. הטלה של קנס כה נמוך מעודדת בניה אסורה, ומעודדת שימוש אסור בדרך לחסוך את אליה הגיע בית המשפט הנכבד.

### **מדיניות הענישה הנהוגה**

68. בית משפט קמא בחר גם את **מדיניות הענישה הנהוגה**. לעניין זה, יש לקבל את טענת המערערת כי מדיניות הענישה שהובאה על ידה ונבחנה על ידי בית משפט קמא, אינה באה לידי ביטוי בתוצאה העונשית אליה הגיע בית המשפט.

69. חלק מן ההחלטה שהובאה על ידי בית משפט קמא מתייחס לתקדים שנפסקו עבור תיקון 116 (ראו למשל: רע"פ 2464/15, עפ"א 54139-03-14, עפ"א 13-8960). בפרשנותנו, אולם, מעשה הבניה היה









כי מאחר והמשיב לא הצליח לקבל היתר בניתה, הוא לא השלים את בניתה המבנה. כן קבע כי, על סמך דבריו המשיב, הממשלה השנייה עומדת ריקה כאשר כל המשפחה מצטמצמת לគומה אחת. אף אם נניח שאונן הממשלה השנייה לא הייתה בשימוש, חurf הקשיים הראיתיים שהעלתי בפרקious קודמים לעניין זה, אין בכך כדי למדוד על "נזק" שנגרם למשיב מביצוע העבירה. כאמור לעיל, הנאשם הרווח רוח כלכלי ממשמעותי מאוד מבוצע העבירה, לאחר שעשה שימוש שלא כדין במבנה, במשך שנים ארוכות.

90. אין מקום בשלב זה להתחשב שנית בכך שהמשיב מחזיק במרקען כדין, והמבנה נבנה לצורך מגורי ומגוריו משפטו, כעולה מנקודת בית משפט קמא. שיקול זה כבר נבחן חלק מהנסיבות הקשורות ביצוע העבירה, בתיחסן חומרת המעשה בהקשר לקביעת העונש ההולם.

91. ביחס ל"חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה", כאמור, קביעתו של בית משפט קמא לא ברורה בהקשר זה, ומכל מקום לא חלף ولو יום אחד מאז סיום ביצוע עבירת השימוש ועד גזר הדין, באשר העבירה עדין הتبצעה ביום גזר הדין. לפיכך, אין כאן כל שיקול ליקולה.

92. לעניין "מאਮצי המשיב לתקן תוצאות העבירה". בית משפט קמא קבע כי אכן, מדובר למי שהזודה במעשיו ועוד בעת ביצוע העבירה פועל לקבל היתר. כאמור, חלק מהנסיבות העובדיות של בית משפט קמא לטובת המבקש לא היו מבוססות דין. מכל מקום, אמן, אין מדובר למי שהתעלם לגמרי המשפט, ובתקופה שלפני מסרו עשה כמה פעולות בניסיון להכשיר המבנה, וכן חזר והחל לעשות פעולות נוספות לאחר שחרורו מהכלא, ולקראת גזר הדין. אולם, לא הוכח כי מדובר בפעולות נמרצות, אשר נכשלו מטעמים כלכליים בלבד, ולכן גזר הדין. משלים של מאמצים אלה - מוגבל.

93. בתוך מתחם העונש ההולם יש לבחון גם את **הרעתה היחיד והרתעתה הרבים**. יש להיות זהירים עם השימוש בשיקול הרעתה, לכואורה המקorra דין הוא אכן מהמרקם בהם יש להידרש לכך, אך ראוי כי המדידה תיעשה במסורת, וההשפעה הנוסף על העונשה תהיה מעטה. שכן, כמפורט לעיל, מדיניות העונשה בקביעת מידת האשם ומתחם הकנס הראו, כבר לקחה בחשבון את השיקולים הכלכליים, כהוראותו המיחודת של המשפט בעבירות תכנון ובנייה. בכר, למעשה, כבר בא לידי ביטוי אלמנט של הרעתה בעונשה, באופן עקיף, בקביעת המתחם, ואין לחתם משקל נוסף לשיקול עצמו. המשיב דין ביצע עבירה בניה ממשמעותית, בבנייה מבנה בהיקף נרחב בן 2 קומות שטחו כ-350 מ"ר, ואף השתמש בחלק ממנו. לאחר גלוי העבירה ופתיחה ההליכים נגד המשיב, הוא לא שב ממעשיו, אלא המשיך להשתמש במבנה שלא כדין לפחות תקופה ארוכה. התנהלות זו מטרידת, ולכואורה מצריכה הרעתה. אולם, בעיקרו של דבר, די בהרעתה המושגת על ידי הטלת העונש ההולם. בקשר להרעתה אישית, אותה הרעתה מעטה נוספת, הנדרשת בשלב זה, יכולה להיות מושגת גם במאסר על תנאי ובהתcheinות שנקבעה, ודומני שדי בכך במרקבה זה, מוביל להחמיר בעונשה בפועל.

94. **סיכון של דבר**, נכון מכול השיקולים היה נכון לקבוע את הকנס שיטול על המערער, על רביע המהלך בין תחתיות המתחם לבין הרף העליון. אולם, בשים לב לכך שאין דרך של ערכאת הערעור למצות את הדין, **יועמד ה<sup>ה</sup>קנס על 80,000 ₪**, הינו הרף התחתון של המתחם, או 100 ימי מאסר תמורתו.

95. כאמור, לא מצאתי סיבה שהצדקה שלא לחיב את המשיב בכפל אגירה. יחד עם זאת, בהתחשב בנסיבות האישיות, במצב הכלכלי, ובכך שאין ערכאת הערעור ממצאה את הדין, יחויב המשיב בסכום של אגירה אחת בלבד. לפי מחשבון האגירה הממשלתי, מדובר בסכום הגבוה מ- 12,000 ₪. אולם המערערת העמידה

הסכום על 11,200 ₪ לאגירה (כפי הנראה לפי הערכים שעמדו בעת הטיעון לעונש) יש להסתפק בכך. המשיב מחויב אם כן, בהתאם לסעיף 245 לחוק התכנון והבנייה ב"**כנס נוסף**" ב**11,200 ₪**, כגובה האגירה שלא שולמה, או 14 ימי מאסר תמורתו.

96. כאמור, המערערת בקשה בערעור להטיל מאסר בפועל, והמשיב היה ראוי למאסר בפועל, ولو בעבודות שירות. אולם, בקשה זו לא עלתה בערכאה הדינונית, ולפיכך בצדך חזרה בה ב"כ המערערת מדגישה זו בעת הדיון בערעור.

97. לעניין ההתחייבות, נקבע סכום של 40,000 ₪. אין זה סכום מבוטל, והוא חל על כל עבירה לפי פרק י' לחוק התכנון והבנייה, אך שאפשר שיופעל גם בעבירה קלה יחסית. לא ניתן להחמיר מאוד בהתחייבות, כאשר נסיבות הפעולה אינן ידועות מראש. הדברים נכונים במיוחד כאשר הוTEL גם מאסר על תנאי, שיש בו הרתעה נוספת. לפיכך, בבקשת המערערת להחמיר גם בגין התחייבות - נדחית.

#### התוצאה

**סיכוםו של דבר, הערעור מתקיים בעיקרו**, כאמור בסעיף 95 ו- 96 לעיל:

תחת הכנס שנקבע, יועמד הכנס על 80,000 ₪, או **100 ימי מאסר תמורתו**.

**בנוסף ובמצטבר ישם המשיב "כנס נוסף" ב**11,200 ₪**, כגובה האגירה שלא שולמה, או 14 ימי מאסר תמורתו.**

**יתר רכיבי גזר הדין, עם הוצאות הנלוויות, יעמדו על כנמם.**

**תשולם**: יתרת הकנסות (कन्सोट כפי שנקבעו היום, בניכוי חלקים שכבר שולמו, ככל ששולמו) תשולם ב- 30 תשלום**ים** חודשיים שווים ורצופים החל מיום 1.4.23, וב- 1 לכל חדש אחריו. תשלום שלא יבוצע במועדו יביא לעמידת שני הकנסות לפירעון מיידי.

המעערערת - **תעודא המזכה אישית של פסק הדין למשיב**, עם הנחיות טכניות כיצד לשלם את הकנס.

בהתאם להסכמה הצדדים - **פסק הדין ניתן בהעדרם**.

המציאות - **תעביר עותק פסק הדין לב"כ משיבם**. ב"כ המשיב תעדכן את המשיב.

ניתן היום, כ"ח שבט תשפ"ג, 19 פברואר 2023, בהעדר  
הצדדים.