



עפ"א 36931/01/19 - עבדאללה סח, האחים סח חברה לעבודות בניין בע"מ נגד מדינת ישראל

בית-המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

10 באפריל 2019

עפ"א 36931-01-19 סח ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון לב הגליל
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופטת עפרה ורבנר

המעוררים:

1. עבדאללה סח

2. האחים סח חברה לעבודות בניין בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד טארק נעאמנה

- נגד -

המשיבה:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד עסאם ח'טיב

פסק דין

1. לפני ערעור על גזר-הדין שניתן על-ידי בית-משפט השלום בקריות (כב' השופט שלמה מיכאל ארדמן) בתיק תו"ב 40800-04-14 בתאריך 12/12/18.

כתב האישום וההליך בבית-משפט קמא

2. המערערים הורשעו על-ידי בית-משפט קמא בעבירות של ביצוע עבודות בניה ללא היתר, עבירה לפי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה" או "החוק"), ושימוש חורג במקרקעין ללא היתר, עבירה לפי סעיפים 204(א) ו-204(ג) לחוק התכנון והבניה, לרבות אחריות תאגיד לעבירות האמורות, בהתאם לסעיף 253 לחוק.

יש לציין, כי בכתב האישום המתוקן צוין בהתייחס לעבירות הבניה ללא היתר, כי המדובר ב-7 עבירות/מבנים, ובהתייחס לשימוש החורג במקרקעין, כי המדובר ב-8 עבירות.

עוד יש להדגיש, כי ייעוד המקרקעין בהם השתמשו המערערים לצורך עסק של חומרי בניין, היה ייעוד חקלאי.

3. הכרעת-הדין המרשיעה את המערערים ניתנה לאחר שקודם לכן המערערים כפרו בעובדות, אולם בדיון שהתקיים בתאריך 19/9/16, הגיעו הצדדים להסדר דיוני לפיו המשיבה תגיש לבית-משפט כתב

עמוד 1



אישום מתוקן, והמערערים הצהירו לפרוטוקול כי הם מודים בביצוע העבודות הנטענות בכתב האישום המתוקן, וכן הוצהר כי המערער מודה בשימוש חורג, כמפורט בכתב האישום.

באותה הצהרה של ב"כ המערערים, נאמר כי המחלוקת היחידה היתה לגבי היקף השטח שנטען בכתב האישום, וכי עניין זה צריך להיבדק.

דהיינו, המערערים הודו, הן בביצוע עבודות בניה ללא היתר, והן בשימוש החורג במקרקעין ללא היתר.

כתב אישום מתוקן הוגש בבית-משפט קמא בתאריך 6/10/16, ובדין מתאריך 19/4/17 חזרו בהם המערערים מכפירתם באשר לגודל השטח של המבנים, והודו בכל עובדות כתב האישום המתוקן, והורשעו על יסוד הודאתם בעבירות.

4. על-פי המתואר בכתב האישום המתוקן, במועדים שונים בין החודשים אוגוסט 2013 ועד מרץ 2014, או בסמוך לכך, ביצעו המערערים עבודות בניה ושימוש חורג במקרקעין הידועים כגוש 19353, חלקות 54 ו-55 מאדמות עראבה, בניגוד לייעוד המקרקעין וללא היתר כדן, וזאת לצורך עסק של חומרי בניין.

בכתב האישום המתוקן צוין כי מדובר במקרקעין שייעודם חקלאי, בהתאם לתכנית מתאר ג/6540, והמדובר במקרקעין הגובלים עם כביש ארצי שמספרו 805.

עוד צוין בכתב האישום המתוקן, שהמערערים הכשירו קרקע חקלאית בשטח של כ-2,300 מ"ר בסמוך לכביש 805, בנו גדר מבטון ומאסכורית, בחזית המזרחית של המגרש באורך של כ-56 מטר ובגובה של כ-7 מטר, כאשר חלק מהגדר נבנה בתוך שטח הכביש הארצי 805, וחלק בתוך דרך חקלאית.

גדר נוספת נבנתה על-ידי המערערים בחזית הצפונית של המגרש באורך של כ-90 מטר ובגובה של כ-7 מטר, בתוך דרך חקלאית, ובחזית הדרומית של המגרש מצויה גדר שנבנתה בתוך שטח הכביש הארצי 805.

בנוסף לכך, בנו המערערים סככה בשטח של כ-516 מ"ר, והחלק הדרומי של סככה זו, בשטח של כ-90 מ"ר חודר לתוך כביש ארצי 805, ולתוך חלקה 55.

קיימת סככה נוספת, בחלק הצפוני של המגרש, בשטח של כ-403 מ"ר, וחלק מהסככה חודר לשטח חקלאי.

עוד ובנוסף, נטען בכתב האישום כי המערערים בנו מבנה מעץ בשטח של כ-140 מ"ר, שחלקו חודר לדרך חקלאית.

העבירות בכתב האישום המתוקן יוחסו למערער 1, כמי שהיה הבעלים והמשתמש בפועל במקרקעין



ובמבנים שנבנו עליו, וכן כמי שהיה המנהל הפעיל של המערכת 2.

המערכת 2 היתה במועדים הרלוונטיים חברה בע"מ, שהשתמשה בפועל במקרקעין ובמבנים.

העבירות יוחסו למערערים, גם כמי שהיו אחראים לביצוע העבודות והשימוש שתואר בכתב האישום המתוקן, וכמי שעליהם היתה מוטלת החובה להשיג היתר כדין לכל עבודות הבניה והשימוש החורג, כאמור בסעיף 145 לחוק התכנון והבניה.

עוד צוין בכתב האישום המתוקן, כי המערערים ממשיכים לבצע עבירה של שימוש חורג במקרקעין ללא היתר, וכי עד להגשת כתב האישום המתוקן לא הוגשה על-ידי המערערים בקשה להכשרת הבניה והשימוש החורג (סעיף א(11) ו-12) לכתב האישום המתוקן, שהתיקונים בו בוצעו ב-16/9/16 ואשר הוגש לבית-משפט קמא ב-6/10/16).

5. לאחר הכרעת-הדין שניתנה בתאריך 19/4/17, ביקש ב"כ המערערים לדחות את שמיעת הטיעונים לעונש, וב"כ המשיבה ציין כי במסגרת הראיות לטיעונים לעונש, בכוונת המשיבה להגיש חוות-דעת שמאית לעניין היטל ההשבחה.

בדין שהתקיים ב-14/9/17, ובהסכמת הצדדים, מונה השמאי מר גדעון קרול, כשמאי מטעם בית-משפט לצורך הערכת שווי היטל ההשבחה.

השמאי קרול ציין בשומה שהוגשה לבית-המשפט ב-4/6/18, כי בתאריך 17/1/18 הוא ביקר במקרקעין הרלוונטיים, ועיין בשומות של הצדדים.

השמאי קרול אף ציין, כי המדובר בשימוש חורג במקרקעין שמשמשים לעסק, וקבע את תקופת השימוש החורג, כאמור בכתב האישום המתוקן מ-19/11/13 (כנראה התאריך נרשם בטעות, שכן תקופת השימוש בכתב האישום החלה בחודש 8/13), ועד מועד עריכת השומה.

השמאי קרול העריך את שווי היטל ההשבחה בגין השימוש החורג ב-153,457 ₪, ואת ההשבחה של הנכס ב-306,914 ₪.

6. במסגרת הטיעונים לעונש בבית-משפט קמא, הדגישה המשיבה כי מדובר במקרה בו יש ריבוי עבירות וכי יש לקבוע מתחם ענישה שייקח בחשבון את ריבוי העבירות ואת חומרתן.



המשיבה טענה כי על המערער 1 יש להטיל קנס בטווח שנע בין 200,000 ₪ ל- 400,000 ₪, במצורף לכפל אגרה ולהתחייבות בסך 150,000 ₪, להימנע מלעבור עבירה כל שהיא לפי פרק י' לחוק התכנון והבנייה, למשך שלוש שנים.

בהתייחס למערער 2, טענה המשיבה כי יש להטיל עליה קנס בטווח של 400,000 ₪ ל- 600,000 ₪ וכן חתימה על התחייבות בסכום של 250,000 ₪.

המשיבה לא פירטה במסגרת טיעוניה לעונש מה סכום הקנס המכסימלי שניתן לטענתה להטיל על המערערים, וכיצד הגיעה לסכום קנס זה, ואף לא ציינה במסגרת טיעוניה לעונש איזה חלק מהקנס אותו היא מבקשת להטיל, מתייחס לקנס המוטל לפי סעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**"), ואיזה חלק היא מייחסת, אם בכלל, לקנס יומי לפי סעיף 61(ג) לחוק העונשין.

המשיבה גם לא טענה במסגרת טיעוניה לעונש בבית-משפט קמא ואף לא הוכיחה יש מקום להחיל בעניין המערערים את הוראות סעיף 63(א) לחוק העונשין.

בנוסף לאמור לעיל, ביקשה המשיבה כי יוצא צו הריסה למבנים שנבנו על-ידי המערערים בתוך 30 יום, כי יוצא צו הפסקת שימוש במקרקעין או במבנים הרלוונטיים, וכן יוטל על המערערים כפל היטל השבחה, כפי שנקבע בחוות-דעתו של השמאי קרול, וזאת בהתאם להוראות סעיף 218 לחוק הבנייה.

המשיבה הדגישה בטיעוניה, כי המדובר בהקמת מבנים בשטח נרחב לשימוש עסקי, תוך הפרת החוק והפקת רווח, ותוך פגיעה באמון הציבור ובמערכת אכיפת החוק.

המשיבה ציינה כי קיימת תכנית חדשה לשינוי ייעוד המקרקעין, אולם זו לא תוכל להכשיר את בניית המערערים, שכן הבניה חודרת בחלקה לתוואי כביש ארצי 805.

המשיבה הביאה דוגמאות למדיניות הענישה, בהתייחס להקמת מתחמים מסחריים על שטח ניכר.

7. המערערים טענו בטיעוניהם לעונש בבית-משפט קמא, כי מאחר והמדובר בעבירות שקשורות לשימוש מסחרי, יש להטיל את חלק הארי ברכיב הקנס על המערער 2, וכן טענו כי המדובר באותה מסכת עובדתית שבה הורשעו המערער 1 והמערער 2, ולטענתם יש להטיל עליהם קנס נמוך, ולא בשיעור שביקשה המשיבה.

באשר לעבירת השימוש, נטען על-ידי המשיבים בבית-משפט קמא, כי מדובר בשימוש בשטח של 500 מ"ר לשנתיים בלבד (ולא ברורה התקופה המפורטת בסעיף 9 לטיעוני המערערים בבית-משפט קמא, והתאמתה לאמור בסעיף 4 לכתב האישום המתוקן), ושימוש כזה נמצא ברף הנמוך של עבירת השימוש.



המערערים טענו בבית-משפט קמא, כי אין לקבל את טיעוני המשיבה על שימוש מתמשך מאז חודש 3/13 (אולי צריך להיות 8/13 - הערה שלי, ע.ו.) ועד מועד הגשת הטיעונים שכן טענה זו, לגרסת המערערים אינה עולה בקנה אחד עם האמור בכתב האישום, ולטענתם אם היה בכוונת המשיבה לטעון לתקופת שימוש ארוכה יותר מאשר זו המפורטת בכתב האישום, היה עליה לתקן את כתב האישום.

דהיינו, המערערים מכחישים בטיעוניהם לעונש שימוש מעבר לאותה תקופה המפורטת בכתב האישום, ואשר בה הודו, ובנסיבות אלה היה על בית-משפט קמא להתייחס לשאלה על איזו תקופה הוא מחייב בשימוש, והאם הוא מחייב בשימוש על בסיס קנס יומי, או רק כעבירה אחת של שימוש, בהתאם לסעיף 204(א) ו-(ג).

המערערים הביאו דוגמאות שונות על-מנת לבסס את טענתם כי מתחם הענישה נמוך מהנטען על-ידי המאשימה, וכי אין הצדקה לחייבם בסכומים שביקשה המשיבה.

כן טענו המערערים, כי הדוגמאות אליהם הפנתה המשיבה אינן דומות לעבירות שביצעו המערערים.

המערערים אף טענו, כי יש לקחת בחשבון כי למערער 1 אין עבר פלילי, וכי הוא הודה וחסך זמן שיפוטי יקר.

8. בית-משפט קמא בגזר-הדין מ-12/12/18, התייחס לרמת הענישה בעבירות מהסוג שבוצע על-ידי המערערים, וציין כי חלק ממטרת הענישה היה לשלול את הכדאיות הכלכלית בעבירות אלה באמצעות הטלת קנסות כבדים שישללו את הרווח הכלכלי כפי שנפסק ב-רע"פ 2330/09 **נוסטרדמוס מסעדות בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה-חבל מודיעין** (9/6/09) (להלן: "**עניין נוסטרדמוס**").

9. בית-משפט קמא ציין, כי בהתייחס לתקופת השימוש הבלתי חוקית אותה יש לקחת בחשבון בעת מתן גזר-הדין, יש להתחשב גם בתקופה ממועד הגשת כתב האישום ועד למועד גזר-הדין וזאת בהתבסס על רע"פ 10571/08 **מדינת-ישראל נ' מלכיאל** (23/6/11) (להלן: "**עניין מלכיאל**").

בהתייחס לקביעה זו, לא פירט בית-משפט קמא האם הוכח לפניו עובדתית כי המערערים המשיכו בביצוע העבירה, גם לאחר הגשת כתב האישום, וגם לאחר מתן הכרעת-הדין, כפי שנדרש בסעיף 204 לחוק העונשין.

בית-משפט קמא סבר כי התחשבות במצבו הכלכלי של נאשם, אין בה כדי להפחית מגורם ההרתעה הנדרש, ולעיתים גובר גורם ההרתעה על לקיחה בחשבון של מצבו הכלכלי של הנאשם, מה-גם שבעניינם של המערערים לא הובאה הוכחה למצב כלכלי קשה, ואישור רואה-החשבון שהוגש על-כך שלא קיבל חומר הנוגע לפעילות העסקית של החברות שבבעלות המערער 1, אינה מוכיחה מצב כלכלי קשה.

בית-משפט קמא הדגיש את החומרה בעניינם של המערערים, הן בהיבט של גודל השטח שנבנה, והן בהיבט של חדירת המבנים לשטח כביש ארצי ולשטח דרכים ציבוריות.

עוד נקבע, כי אין להפחית באחריות המערערים, וכי המדובר בבניה בלתי חוקית שאין אפשרות להכשירה, שכן היא מצויה בתוואי דרך.



בית-משפט קמא סבר כי מתחם הענישה בהתייחס לעבירות שביצוע המערערים הינו קנס בשיעור שנע בין 200,000 ל-300,000 ₪, תוך חיוב נוסף באגרה, חיוב בהיטל השבחה, מתן צו הריסה וצו איסור שימוש, וחיוב המערערים לחתימה על התחייבות להימנע מביצוע עבירות.

10. בית-משפט קמא גזר על כל אחד מהמערערים קנס בשיעור של 300,000 ₪ או 9 חודשי מאסר תמורתו, וזאת ב-20 תשלומים חודשיים שווים ורצופים החל מ-15/01/19.

כמו-כן, חייב בית-משפט קמא את המערערים בתשלום אגרת בניה, היטל השבחה, וחתימה על התחייבות בסך 150,000 ₪ להימנע מביצוע עבירות לפי פרק י' לחוק התכנון והבניה למשך 3 שנים.

ניתן צו איסור שימוש וצו הריסה, לביצוע בתוך 60 יום, על-מנת לאפשר למערערים להתארגן ולהעביר את העסק למקום אחר.

בית-משפט קמא לא התייחס בפסק דינו לטענות המערערים בטיעוניהם לעונש על-כך שתקופת השימוש קצרה מזו העולה מטיעוני המשיבה.

טיעוני הצדדים בערעור

11. המערערים טענו כי בית-משפט קמא החמיר בשיעור הקנס שהוטל עליהם, כאשר שני המערערים יחדיו חויבו לשלם 600,000 ₪, בעוד הרף העליון של מתחם הענישה הועמד על-ידי בית-משפט קמא על 300,000 ₪, ולמעשה המערער 1, שהינו הבעלים של החברה המערערת 2, הוא שיצטרך לשאת במלוא סכום חיוב הקנס, מאחר והחברה אינה פעילה.

עוד טענו המערערים, כי בית-משפט קמא התעלם מתקופת שימוש מצומצמת, שעלתה מכתב האישום.

12. המערערים אף טענו, כי מתחם הענישה שנקבע על-ידי בית-משפט קמא הינו שגוי, והביאו דוגמאות לסכומי קנס נמוכים משמעותית מאלה שנגזרו על-ידי בית-משפט קמא, גם כאשר נעשה שימוש בשטחי קרקע גדולים מהשטח בו עשו המערערים שימוש.

בהתייחס למתחם הענישה, המערערים הפנו לפסקי-דין שונים, ביניהם ע"פ 32286-10-10 **מוסלם נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא העמקים** (1/12/10) (להלן: "**עניין מוסלם**"), תו"ב 3337-05-10 **וועדה מקומית לתכנון מבוא העמקים נ' סלימאן סאלח** (13/2/13) (להלן: "**עניין סלימאן**"), ע"פ 3304/08 **אדרים נ' וועדה מקומית לתכנון ובניה גבעות אלונים** (11/9/08) (להלן: "**עניין אדרים**"), ו-עפ"א 18363-11-17 **ג'נאים נ' וועדה מקומית לתכנון לב הגליל** (3/2/17) (להלן: "**עניין ג'נאים**").



לטענת המערערים, הפסיקה אליה הפנתה המאשימה אינה רלוונטית, ואינה מתאימה לעניינם של המערערים, שכן בה דובר על שימוש באלפי מטרים ובבניה בשטח נרחב משמעותית מהשטח שבנו המערערים, ומהשטח שבו עשו המערערים שימוש.

עוד טענו המערערים, כי נסיבות ביצוע העבירה בעניינם אינן חמורות, ולא נגרם נזק לציבור.

המערערים ציינו כי מעבר להטלת הקנס, הטיל עליהם בית-משפט קמא תשלום אגרה והיטל השבחה בסכום של 228,322 ₪, ולעניין זה נטען כי במקרים אחרים לא ביקשה המשיבה הטלת היטל השבחה.

לטענת המערערים, יש לקחת בחשבון אף את היטל ההשבחה בגדר מתחם הענישה.

13. המערערים טענו כי בית-משפט קמא לא התחשב בכך שמערער 1 נעדר עבר פלילי, ולטענתם למערערת 2 חובות, ואין היא פעילה.

במעמד הדיון מתאריך 7/3/19, העלו המערערים אף טענה בנוגע לסכום הקנס, בהשוואה לסכום אותו ניתן לפסוק כסכום מכסימלי לאור הוראות סעיף 61 לחוק העונשין, וניתנה אפשרות לצדדים להשלים טיעונים בכתב בעניין זה.

14. המערערים השלימו טיעונים בכתב, וטענו כי שילוב של הוראות סעיף 204 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו במועד הרלוונטי, בשילוב עם הוראות סעיף 61 לחוק העונשין, מביא לכך שבית-משפט קמא חרג מסמכותו בעת שהטיל על כל אחד מהמערערים קנס בשיעור 300,000 ₪.

המערערים סברו, כי בהתאם לחוק, ניתן היה לחייב אותם בקנס מכסימלי של 75,300 ₪ לכל עבירה, ובכל הקשור בעבירת שימוש, שהינה עבירה מתמשכת, שעליה ניתן להטיל קנס בשיעור יומי של 1,400 ₪ עבור כל יום בו נמשכת העבירה, לא התקיימו התנאים להטלת קנס יומי כזה.

המערערים טענו, כי המשיבה היתה צריכה להראות לבית-משפט קמא כי הם קיבלו הודעה בכתב מהוועדה המקומית על העבירה, וטענו שבית-משפט לא התייחס בגזר-דינו לעניין זה, ואף לא התייחס לתקופת השימוש המוזכרת בכתב האישום, אלא התייחס, באופן כללי, לשימוש ממועד הגשת כתב האישום ועד מועד גזר-הדין, אולם לא ציין מהי הראיה לכך שהם ממשיכים להשתמש במקרקעין, שעליה ביסס את חיובם.

עוד טענו המערערים, כי המשיבה לא טענה, במסגרת הטענות לעונש, טענות על שימוש לאחר הכרעת-הדין, ולא הצביעה על ראיותיה לשימוש כזה.



לטענת המערערים, אין הם משתמשים כיום בעסק, והעסק נמכר.

עוד טענו המערערים, כי המשיבה לא טענה כלל שיש להפעיל בעניינם את הוראות סעיף 61(ג) לחוק העונשין, שכן לו היתה מפנה לסעיף זה, היו המערערים יכולים להגיב בעניין.

15. המשיבה, בתגובתה, טענה כי המערערים הורשעו על-פי הודאתם, הן בעבירת ביצוע עבודות בניה ללא היתר, והן בעבירה של שימוש חורג במקרקעין ללא היתר, וזאת בהתייחס לתקופה מ-8/13 ועד 3/14.

לטענת המשיבה, לטיעונים לעונש שהוגשו על-ידה בבית-משפט קמא, צורפו תמונות מתאריך 28/3/14, המוכיחות את השימוש, ובטיעונים לעונש נטען כי השימוש נעשה בתקופה התואמת לכתב האישום.

באשר לגובה הקנס, נטען כי ניתן לחייב בקנס של 75,300 ₪, הן על עבירת הבניה ללא היתר, והן על עבירת השימוש החורג במקרקעין ללא היתר.

מעבר לכך ניתן לחייב, בהתאם לסעיף 61(ג) לחוק העונשין, בקנס של 1,400 ₪ לכל יום של עבירה, ובכתב האישום נטען לשימוש לתקופה מ-8/13 ועד 3/14, שהינה תקופה של 240 יום, כך שרק שימוש זה כשלעצמו, כבר עולה על סכום הקנס שנפסק לכל אחד מהנאשמים/המערערים.

בכל הקשור לתקופה שעד גזר-הדין, מדובר בתקופה של מספר שנים.

בטיעוני ב"כ המשיבה בעל-פה במעמד הדיון בערעור, נטען כי יש לקחת בחשבון את תקופת השימוש עד ליום מתן גזר-הדין, לאור טיעוני המשיבה כי המערערים המשיכו להשתמש במקרקעין שימוש אסור לצרכי עסק עד גזר-הדין.

כמו-כן, נטען על-ידי המשיבה כי לו היה מדובר בעבירה מנהלית ובקנס מנהלי, הסכומים היו גבוהים עשרות מונים.

16. באשר לדרישת סעיף 204 לחוק התכנון והבניה, כנוסחו במועד ביצוע העבירות, דרישה שעניינה מתן הודעה בכתב מהוועדה המקומית על ביצוע עבירה, נטען על-ידי המשיבה כי למערערים הומצאה הזמנה לחקירה בגין עבירת הבניה והשימוש, והם נחקרו בפועל על עבירה זו, וכל החומר מצוי בידם.

הזימון לחקירה הינו מתאריך 17/3/14.

המשיבה לא טענה בטיעוניה בכתב, כי הגישה זימון זה כחלק מראיותיה במסגרת הטיעונים לעונש



בבית-משפט קמא.

בכל מקרה, הזימון מ-17/3/14 הינו לאחר תקופת השימוש שבה הודו המערערים במסגרת כתב האישום, שהינה בין החודשים 8/13 ועד 3/14.

17. באשר למתחם הענישה, טענה המשיבה כי המתחם שנקבע על-ידי בית-משפט קמא מוצדק, בהתחשב בערכים המוגנים ובמידת הפגיעה בהם, כמו גם בתכלית הענישה, שמטרתה שמירה על מדיניות תכנונית, הסיכון הנשקף משימוש במבנים שהוקמו ללא היתר, והרתעת עבריינות כלכלית, כאשר בעניינם של המערערים, המדובר במבנים ובשטח גדול שהוכשר לשימוש עסקי, ולהפקת הרווח.

המשיבה הפנתה למספר דוגמאות, שלטענתה ממחישות את מדיניות הענישה הנהוגה ביחס להקמת מתחמים מסחריים בהיקפים גדולים, וביחס לשימוש בקרקע חקלאית.

דין והכרעה

18. בבוא בית-המשפט לגזור את העונש, לרבות בכל הקשור במרכיב הקנס, ועוד בטרם הינו בוחן את מתחם הענישה על מרכיביו השונים, על בית-המשפט לשאול עצמו מהי הענישה המכסימלית שניתן להטיל על העבירות בגין הורשעו הנאשמים, בהתאם להוראות החוק.

על בית-המשפט לבחון מה נטען על-ידי המאשימה בנוגע לענישה מכסימלית זו, ומהן הראיות שהביאה המאשימה להוכחת התקיימות תנאי הסעיפים הרלוונטיים בחוק, המאפשרים הטלת אותו עונש מכסימלי.

19. בהקשר לכך, יש לציין, כפי שנקבע לא אחת בפסיקה, כי:

"עקרון יסוד הוא במשפטנו כי לא ישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן הוכחה אחריותו לביצועה מעבר לספק סביר (ראו סעיף 34(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977). "מידת ההוכחה הנדרשת במשפט הפלילי אינה אפוא של ודאות מוחלטת, אלא של שכנוע מעל ספק סביר. ספק זה מתגבש כאשר 'ההסתברות לחפות, העולה מן הראיות, היא ממשית ואינה אך בגדר אפשרות רחוקה תיאורטית'..." ע"פ 150/09 פלוני נ' מדינת ישראל (6.5.10), עמ' 18 לפסק הדין"

לכך יש להוסיף כי אין עונשין, אלא אם כן מזהירין, וצריך להיות ברור מטיעוני המאשימה מה היא טוענת לעניין גובה הקנס המכסימלי, וכיצד היא מגיעה לכך, על-מנת שתהיה אפשרות לנאשם להגיב ולהתייחס כראוי לטיעוניה, לא רק בהתייחס לעצם ההרשעה, אלא גם בהיבט של גזר-הדין וגובה הקנס (או תקופת



המאסר) שיוטלו על הנאשם לאחר הרשעתו.

20. ב-רע"פ 1057/08 **מדינת-ישראל נ' מלכאל** (23/6/11), שהינו פסק-דין מנחה בעניין עבירת השימוש, ואשר הוזכר גם על-ידי בית-משפט קמא בגזר-הדין, נפסק מפורשות, ולא אחת, כי יש צורך בהוכחה כדבעי בבית-המשפט הדין את הנאשם, שהעבירה נמשכה לאחר הגשת כתב האישום, ושהימשכות העבירה מוכחת היטב מעבר לספק סביר, על-מנת שניתן יהיה להתייחס גם לתקופה לאחר הגשת כתב האישום, כתקופת שימוש.

וכך נפסק בעניין מלכאל:

"אין פסול בכך שהתביעה תוכיח במשפט את התמשכות ביצוע העבירה, כל עוד המשך ההתנהגות העבריינית מוכח כדבעי במהלך המשפט ולנאשם ניתנת הזדמנות להתגונן ולהעלות טענותיו"

(עין סעיף 12 בפסק-הדין בעניין מלכאל).

ובהמשך נפסק:

"אם תוכח הימשכותה של העבירה בזמן ההליך הפלילי מעל לכל ספק סביר, יהיה על בית-המשפט לתת לכך משקל בעת גזירת-דינו של הנאשם... שלב גזירת הדין הינו השלב בו ראוי לשקלל רובד זה בהימשכות העבירה, ובו ראוי להביא בחשבון, לצד יתר הנתונים הרלוונטיים, את משקלה האנטי-חברתי של העבירה, שהולך וכבה ככל שזו הולכת ותופחת"

(עין סעיף 13 לפסק-הדין בעניין מלכאל)

בעניין מלכאל נפסק, נוכח נוסח כתב האישום, כמו גם הראיות שהובאו, ועל-פיהם הוכחה המאשימה שם כי הנאשם המשיך להפר צו שיפוטי במועדים מאוחרים לכתב האישום, כי יש מקום להתייחס להימשכות העבירה.

פסק-הדין אזכר את אותן עדויות רלוונטיות, המצביעות על הימשכות העבירה, וקבע כי בית-משפט רשאי להיזקק לעדויות, באשר להמשך ביצוע עבירה נמשכת, ככל שאלה מצביעות על הימשכות העבירה לאחר מועד הגשת כתב האישום.

פסק-הדין בעניין מלכאל אף הדגיש כי ניתנה הזדמנות לנאשם להתגונן כראוי בפני טענה של הימשכות העבירה, לאחר הגשת כתב האישום.

21. בנסיבות אלה, המאשימה צריכה לטעון מפורשות בטיעוניה לעונש, בטרם גזר-הדין, כי היא מבקשת



לגזור קנס על בסיס יומי לכל יום שבו העבירה נמשכת, תוך הפניה להוראות סעיף 61(ג) לחוק העונשין, לפרט מהי התקופה לגביה היא מבקשת לפסוק קנס נוסף על בסיס יומי, ולטעון ולהוכיח כי התמלאו תנאי הסף של הסעיף הרלוונטי בחוק התכנון והבניה, המאפשר גזירת קנס בהתאם לסעיף 61(ג).

בית-משפט אינו אמור לנחש, ואינו אמור להטיל ביוזמתו קנס לפי 61(ג) לחוק העונשין, אם המאשימה אינה מבקשת זאת מפורשות, ואינה מצביעה על התמלאות כל התנאים על-מנת להטיל קנס כזה.

22. רק לאחרונה נפסק מפי חברי, כב' השופט ג'השן, ב-עפ"א 22525-11-18 **אסעד סעדי ואח' נ' וועדה מקומית לתכנון לב הגליל** (4/4/19), כי ספק בעיניו אם בית-משפט קמא היה מוסמך להטיל קנס יומי על המערערים שם, מקום בו לא הונחה לפניו תשתית המצדיקה הטלת קנס יומי.

בהקשר לכך, הפנה כב' השופט ג'השן להוראות סעיף 204(א) ו-61(ג) לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לפני תיקון 116, שזו לשונם:

"(א) המבצע עבודה או משתמש במקרקעין בלא היתר כשביצוע העבודה או השימוש טעונים היתר לפי חוק זה או תקנה על-פיו, דינו-קנס, מאסר שנתיים, ובעבירה נמשכת-קנס נוסף, מאסר נוסף שבעה ימים לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שקיבל הנאשם הודעה בכתב מהוועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו

...

(ג) המשתמש בקרקע חקלאית בניגוד להוראות התוספת הראשונה או השניה, דינו-קנס מאסר שנה אחת ובעבירה נמשכת-קנס נוסף לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שקיבל הנאשם הודעה בכתב מהוועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו"

אוסף ואצין כי קיימת החמרה בענישה בהתאם להוראות סעיף 234 לחוק הבניה, כנוסחו לאחר תיקון 116, כאשר בכל הקשור לשימוש אסור במקרקעין המפורטים ב-243(א), נקבעה ענישה של מאסר שנתיים או כפל כנס, האמור בסעיף 61(א)(4), כך שהמדובר בהעלאה משמעותית של רף הענישה.

יחד עם זאת, גם בנוסח החוק, לאחר תיקון 116, נדרשת התראה בכתב על ביצוע העבירה על-מנת לפסוק קנס נוסף על כל יום של עבירה נמשכת או המצאה של צו מכוח חוק התכנון והבניה או הוכחת המשך העבירה לאחר הגשת כתב האישום.

עולה מהאמור לעיל, כי גם לאחר תיקון 116 יש צורך בכך שהמאשימה תוכיח המצאת התראה לנאשם, או המצאת צו והמשך שימוש אסור במקרקעין לאחר המצאות אלה, או המשך שימוש אסור לאחר הגשת כתב



האישום.

23. בעניינו, ובהתאם לנוסח כתב האישום המתוקן, שבו הודו המערערים, הפנתה המאשימה/המשיבה להוראות סעיף 204(א) ו-(ג) לחוק התכנון והבניה, בהתייחס לשימוש החורג במקרקעין ללא היתר, ולסעיף 204(א) בהתייחס לביצוע עבודות בניה ללא היתר.

עיון בסעיף 61 לחוק העונשין, מעלה כי הקנס לצד כל עבירה מאלה המנויות בסעיף 204(א), הינו 75,300 ₪, ובגין עבירה על סעיף 204(ג) - 29,200 ₪.

24. בכל הקשור לקנס היומי, טענה המשיבה כי ההתראה בכתב מהוועדה המקומית על ביצוע העבירה, הינה אותה הזמנה לחקירה שנשלחה, והחקירה לגופה, אלא שאותה הזמנה לא צורפה לתיק בית-משפט קמא כחלק מחומר הראיות במסגרת הטענות לגזר-הדין, וצורפה לראשונה במסגרת טיעוני המשיבה בערעור.

מכל-מקום, אותו מסמך מ-17/3/14, המזמין את המערער לחקירה, אינו יכול להוות בסיס לחיוב בקנס על בסיס יומי לתקופה הקודמת לו, דהיינו-לתקופה מ-8/13 ועד 3/14, אלא רק לתקופה שלאחר-מכן.

המשיבה לא הפנתה לראיות אותן הגישה בתיק בית-משפט קמא במסגרת טיעוניה לעונש, המקימות תשתית לכך שניתן להטיל קנס נוסף בגין עבירה נמשכת לכל יום, דהיינו-לא הפנתה לראיות שהמציאה בבית-משפט קמא לכך שהמערערים קיבלו הודעה בכתב מהוועדה המקומית, או לכך שהמציאה ראיות להמשך שימוש לאחר ההרשעה, ומהן ראיות אלה.

אם נעיין בטיעונים לעונש של המשיבה/המאשימה בבית-משפט קמא, נראה כי במסגרת הטענות לעונש צירפה המשיבה תמונות להמחשת הבניה והשימוש, והמדובר בתמונות מ-28/3/14, שהינו בגדר התאריכים המפורטים בסעיף א(4) לכתב האישום, דהיינו-תקופת השימוש שבה הודו המערערים, אולם לא לאחר מכן.

המשיבה/המאשימה לא טענה ברחל בתך הקטנה כי היא טוענת לתקופת שימוש לאחר הכרעת-הדין, מה משך תקופת השימוש הנוספת, ומהן ראיותיה בעניין זה, ומאידך, הדגישה כי המדובר בריבוי עבירות.

במאמר מוסגר אצין, כי חוות-דעת השמאי קרול לקחה בחשבון חישוב ההשבחה לעניין היטל ההשבחה שהוטל על המערערים בהתייחס לתקופה שעד למועד עריכת חוות-הדעת, אולם המאשימה/המשיבה



לא טענה בטיעוניה לעונש בבית-משפט קמא, כי חוות-דעת זו מהווה ראיה להמשך שימוש לאחר הכרעת-הדין, ויש לטעון טענות אלה באופן מפורש, על-מנת לאפשר לנאשם להגיב עליהן.

בנסיבות אלה, כאשר המאשימה/המשיבה לא טענה מפורשות לעניין הטלת קנס נוסף לכל יום של עבירה בהתאם לסעיף 61(ג), לא הבהירה על איזה תקופה היא מבקשת הטלת קנס זה, לא הוכיחה קיום החלופה הראשונה של הימשכות העבירה, דהיינו כי המערערים קיבלו הודעה בכתב מהוועדה המקומית, ולא הוכיחה קיום החלופה השניה של המשך שימוש לאחר הרשעה, אין מקום להטלת קנס המבוסס על הוראות סעיף 61(ג) לחוק.

25. אשר על כן, העונש אותו ניתן לגזור הינו בגין עבירת הבניה ללא היתר לפי סעיף 204(א), כאשר בכתב האישום מודגש כי המדובר ב-7 עבירות/מבנים, והמאשימה/המשיבה הדגישה בטיעוניה לעונש את עניין ריבוי העבירות, וכן בגין שימוש חורג במקרקעין ללא היתר, עבירה לפי סעיפים 204(א) ו-61(ג) לחוק התכנון והבניה, כאשר בכתב האישום מודגש כי המדובר ב-8 עבירות, ולאחר שהמערערים הודו בעובדות כתב האישום המתוקן.

המשיבה הדגישה בטיעוניה לעונש בבית-משפט קמא את מרכיב ריבוי העבירות, כמרכיב שצריך להילקח בחשבון לעניין הענישה.

26. באשר לנפקות ריבוי העבירות לעניין גובה הקנס וחומרת הענישה, אפנה ל-רע"פ 9354/07 הרב אבנר טוניק נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה שמעונים (11/3/08), להחלטת כב' השופט ג'ובראן (כתוארו אז), כי:

"מנוסח הכרעת הדין עולה בבירור כי בית-משפט השלום הרשיע את המבקש בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. הלכה היא כי יש בחלק העובדתי שבכתב האישום כדי להבהיר את סעיפי האישום וכי יש לקרוא את כתב האישום כחטיבה אחת, כשהדגש הוא על העובדות (ראו רע"פ 5978/04 פלוני נ' מדינת-ישראל (לא פורסם, 2/5/05); מ"ח 8827/06 מלול נ' מדינת-ישראל (לא פורסם, 14/5/07)). המבקש הודה בעובדות שיוחסו לו בכתב האישום ואשר פירטו את המבנים הבלתי חוקיים שהוא הקים בזה אחר זה. זאת ועוד, בזמן הדיון בטיעונים לעונש הובהר על-ידי המשיבה כי היא מבקשת לחשב את גובה הקנס לפי מספר הבניינים שהוקמו על-ידי המבקש, קרי, לפי מספר העבירות בהן הוא הורשע".

וכן ל-רע"פ 8701/08 מלכה וונש ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה-לודים (3/6/09), שבו נפסק:

"בית-משפט זה כבר עמד על-כך בעבר, כי ניתן לחשב את גובה הקנס בגין עבירה על חוקי התכנון והבניה לפי מספר המבנים אשר נבנו או נעשה בהם שימוש ללא היתר,



כמפורט בכתב האישום, ולא כמספר האישומים המופיעים בו... מכאן שהקנס שהוטל עליהם אינו חורג מגובה הקנס שניתן היה להטיל עליהם לו הורשעו... בגין כל שימוש שנעשה ללא היתר במקרקעין. ודוק, יש לציין כי המבקשים הודו במיוחס להם בכתבי האישום ובכלל סעיפי העבירות..."

אשר על כן, התייחסות בית-משפט קמא לכך שיש מקום לקחת בחשבון את מספר המבנים הבלתי-חוקיים שנבנו, ואת השימוש במכלול הבניה הבלתי-חוקית, הינה התייחסות נכונה וראויה, וכאשר לוקחים בחשבון עניין זה אל מול עובדות כתב האישום המתוקן, לא ניתן לומר שהקנס בו חויבו המערערים במסגרת גזר-הדין, חרג מהסכום שניתן לפסוק במסגרת החוק בהתייחס למכלול הבניה הבלתי-חוקית שנבנתה, והשימוש שנעשה בה.

מרכיב ריבוי העבירות מביא לכך שהסכום שנפסק אינו חורג מהמכסימום החוקי (גם אם מתעלמים מקיום מרכיב של קנס בגין שימוש יומי מתמשך).

27. באשר למתחם הענישה, אשר לו טענו המערערים, תוך שהפנו לגזר-הדין בעניין מוסלאם, אדרי, וג'נאים, הרי באותם מקרים המדובר היה בשטח קטן יותר, או בעבירות שונות מהעבירות בהן הורשעו המערערים.

בעניין סלימאן, יוחסה לנאשם עבירה של שימוש במקרקעין ללא היתר בלבד, ובית-המשפט אף לקח בחשבון את נסיונו להסדיר שימוש זה.

בעניינו, המדובר בבניה רחבת-היקף החודרת לשטח כביש ארצי 805, ושאין בכוחה של תכנית המשנה את ייעוד המקרקעין להכשיר בניה זו, הפולשת לכביש.

28. בהתאם לסעיף 40'ב' לחוק העונשין, העקרון המנחה בענישה הינו הלימה בין חומרת העבירה ונסיבותיה, מידת אשמו של הנאשם, והעונש שיוטל עליו.

בכל הקשור בחומרתן של עבירות התכנון והבניה, אשר הפכו למכת מדינה, הדגיש עניין זה בית-משפט קמא, והעניין אף עולה מפורשות מ-רע"פ 2809/05 **גבריאלי טסה נ' מדינת-ישראל** (23/5/05) ו-רע"פ 189/14 **מחמוד ג'אבר מודלג' נ' מדינת-ישראל** (3/3/14).

כאשר המדובר בשימוש למטרות מסחריות וכלכליות, הרי מטרת הענישה הינה להפוך את ביצוע העבירות לבלתי-כדאיות מבחינה כלכלית, כפי שהודגש בעניין נוסטרדמוס, שהוזכר לעיל, וכן בדברי כב' השופט ג'ובראן ב-רע"פ 6665/05 **מריסאת נ' מדינת-ישראל** (17/5/06).



כאשר המדובר בבניה ללא היתר, ובשימוש בקרקע חקלאית, תוך חריגה מתכנית ובלא-היתר, הרי מתחם הענישה הינו רחב ביותר, ומשתנה בהתאם לנסיבות העבירה.

ב-רע"פ 7579/13 אבו קוידר עבד אל-רחמן נ' מדינת-ישראל (26/1/14), נקבע מתחם ענישה שבין 90,000 ₪ ל-400,000 ₪, והקנס שהוטל היה 110,000 ₪, בהתחשב בהיקף הבניה בשטח של כ-320 מ"ר, והאופי המסחרי של השימוש החורג.

בעניין נוסטרדמוס, הקנס שהוטל היה בשיעור 250,000 ₪ בגין ביצוע עבודות במקרקעין ללא היתר, שימוש במקרקעין ללא היתר, ועשיית שימוש מסחרי בקרקע חקלאית, תוך שהודגש על-ידי בית-המשפט העליון כי יש להיאבק בתופעה הפסולה של בניה בלתי-חוקית ושימוש פסול בקרקע שייעודה חקלאי, לצרכים מסחריים, ולשם כך יש להטיל קנסות כבדים שיאיינו את הרווח מההתנהגות האסורה.

29. בכל הקשור לטענות על מצב כלכלי קשה, הרי מצב זה לא הוכח, כפי שנקבע על-ידי בית-משפט קמא, והאמור בעניין זה מקובל עלי.

ככלל, יש לציין כי בית-משפט של ערעור לא יתערב בנקל בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית או בממצאי המהימנות, אלא אם כן הוא ייווכח שבית-משפט קמא שגה בהערכת העדויות או הסיק מסקנות שאינן עומדות במבחן השכל הישר.

30. על-אף האמור לעיל, מקובלת עלי טענת המערערים כי בית-המשפט הטיל עליהם קנס המצוי ברף העליון של מתחם הענישה, ולא לקח בחשבון לקולא את העובדה שהודו בביצוע העבירה.

כמו-כן, לא לקח בית-משפט קמא בחשבון שהמדובר בעבירה ראשונה, וכי יש להתחשב בכך בעת קביעת גובה הקנס בתוך מתחם הענישה.

ב-ע"פ 6538/16 מדינת-ישראל נ' פלוני (5/2/17), נפסק מפי כב' השופטת ברון:

"יוזכר כי ענישה היא לעולם אינדיווידואלית, ואין לקבל טענה כי בשל היקפה של תופעה חברתית שעיקרה בעבריינות מסוג מסוים, שומה על בית-המשפט לבטל את הנסיבות הקונקרטיות של המקרה שלפניו-הגם שבהחלט יש לכך השפעה על נקודת האיזון בין השיקולים השונים..."

אשר על כן, ותוך לקיחה בחשבון של שיקולים נוספים אלה, הנני סבורה כי יש לקבל את הערעור, ולהעמיד את שיעור הקנס, שעל כל אחד מהמערערים לשלם, על סך של 240,000 ₪ או 7 חודשי מאסר תמורתם.



מסכום הקנס יש לנכות את הסכומים ששולמו עד כה על-ידי המערערים, ככל ששולמו.

סכום הקנס ישולם ב-20 תשלומים חודשיים שווים ורצופים, כפי שנקבע על-ידי בית-משפט קמא.

31. באשר לחיוב המערערים באגרת בניה ובהיטל השבחה, איני מוצאת מקום להתערב בפסק-דינו של בית-משפט קמא, וככל שהמערערים היו מבצעים עבודות בניה כדין, היו הם נדרשים לשלם אגרה כחוק.

בנוסף, אין לקבל את טענת המערערים על-פיה יש לכלול במתחם הענישה, מעבר לקנס שהוטל עליהם, גם את מרכיבי היטל ההשבחה והאגרה, שכן מתחם הענישה מתייחס אך ורק לרכיב הקנס והחיוב באגרה, כמו גם החיוב בהיטל השבחה, אינם חלק מרכיב זה.

ע"ן לעניין זה ברע"פ 4679/10 **שמשון נ' עיריית תל אביב יפו** (1/8/11).

גזר-הדין בכל הקשור להיטל ההשבחה מעוגן בשומתו של השמאי קרול, שמונה כמומחה מטעם בית-המשפט, והמערערים בחרו שלא לחוקרו.

32. סוף דבר, אני מקבלת את הערעור באופן חלקי, ומפחיתה את סכום הקנס בו חויב כל אחד מהמערערים, כך שסכום הקנס יעמוד על סך של 240,000 ₪.

יתר רכיבי גזר-הדין יעמדו בעינם.

ניתן היום, ה' ניסן תשע"ט, 10 אפריל 2019, בהעדר הצדדים.