



ת"פ 51050/01/22 - ועדה מקומית לתכנון ובניה - רהט נגד חליל ירב אל כתנאני

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 51050-01-22 ועדה מקומית לתכנון ובניה נ' אל כתנאני

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מערערת
נגד
משיב
ועדה מקומית לתכנון ובניה - רהט
ע"י ב"כ עו"ד דנה כץ
חליל ירב אל כתנאני
ע"י ב"כ עו"ד ספיר שושן

פסק דין

המאשימה מערערת על קולת העונש שהוטל על מי שבנה בשטחו, המיועד למגורים, מבנה בן שתי קומות למגורי משפחתו, אך ללא היתר בניה כדין, והתגורר בנכס עם משפחתו תקופה ארוכה. טענתה היא כי הקנס הנמוך שהושת על המשיב, עקב מצבו הכלכלי הקשה, אינו הולם את הענישה המקובלת או הראויה, ומחטיא את מטרות הענישה.

ערעור זה מעלה, שוב, את נושא אופן היישום של כללי הבנייה הענישה בעבירות תכנון ובניה, ומקומם של שיקולי הענישה בעבירות תכנון ובניה בשני שלבי ההבניה. בין השאר נדרשת התייחסות לשאלת ההפעלה של סעיף 40 לחוק העונשין כאשר מדובר בבניה שעלתה ממון לא מועט, הרוחב הראוי למתחם ענישה המתבטא בקנס, אופן הוכחת נסיבות לקולה ולחומרה, משקל המאמץ שנכשל לקבל היתר, חלוף הזמן, והחומרה המצטברת של עבירת השימוש במבנה האסור לאחר הבניה.

ההליך בבית משפט קמא

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

2. **מפרק העובדות** בגזר הדין מיום 9.12.21 עולה כי המשיב הוא בעל זכויות הבניה והמקרקעין במגרש מסוים בעיר רהט, וכי בתאריכים מסוימים, בשנים 2014 עד 2016, התגלה כי הנאשם ביצע עבודות בנייה ושימוש ללא היתר, שכללו הקמת מבנה בן 2 קומות בשטח של כ- 350 מ"ר, המבנה משמש למגורים.

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



המשיב על ידי ביצוע העבירה. בסיכומו של דבר, ביקשה ב"כ המערערת לקבוע את מתחם הקנס בין 40,000 ₪ לבין 200,000 ₪, ולהעמיד את הקנס על 100,000 ₪. כן ביקשה המערערת להשית על הנאשם עונשים נלווים, בדמות התחייבות, צו הריסה, רישום הערת אזהרה ותשלום כפל אגרה.

4. **ב"כ המשיב** פתחה במצבו הכלכלי העגום של המשיב - בן 52 ואב ל- 17 ילדים שמרביתם סמוכים על שולחנו. זאת, כאשר אשתו לא עובדת והוא עובד בחצי משרה בשל מצבו הרפואי (שפורט). הסנגורית עמדה אף על חובותיו הכבדים, בסך 400,000 ₪ ועל הליך פשיטת רגל, אשר בוטל בעקבות שהייתו בכלא משנת 2019 עד 2020, ונפתח מחדש לאחר מכן. ב"כ המשיב הדגישה את חוב הארנונה בסך 120,000 ₪, וטענה כי אלמלא מצבו העגום היה משלמו, ואז תכנית הבניה הייתה מאושרת. לצד זאת, הזכירה את הודאת המשיב, ואת החיסכון בזמן השיפוטי. לאור כל האמור, ביקשה להתחשב בגובה הקנס ולחלקו לתשלומים שיחולו חודשיים החל ממועד הדיון.

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

6. **בגזר דינו, עמד בית משפט קמא על הערכים החברתיים** שנפגעו מביצוע העבירה, בהם שלום הציבור ובטחונו, פגיעה בשלטון החוק ובזכות המדינה להתוות מדיניות טכנונית נטולת אילוצים, כיבוד שלטון החוק ופגיעה בשוויון. בית משפט קמא קבע כי מידת הפגיעה בערכים אלה במקרים זה "לא מבוטלת", ואף ציין את היות 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' רובינשטיין ב-רע"א 5782/12 **רביבו נ' מדינת ישראל** (8.11.12)]. משכך יש לגזור קנס, ששיעורו יהיה גבוה מהרווח אותו הפיק הנאשם. קנס גבוה פוגע בכדאיות הכלכלית של ביצוע העבירות ומהווה מסר מרתיע לעבריינים בפועל ובכוח" (ההדגשה במקור, א"א).

8. לאחר בחינה של פסיקה רבה, לשם מציאת רמת הענישה הנוהגת, בחן בית המשפט את נסיבות ביצוע העבירות הקונקרטיות. בהקשר זה בית המשפט עמד על כך שמטבע הדברים בעבירות בניה מסוג זה קדם למעשה תכנון מוקדם, וכי המשיב הוא המבצע היחיד והעיקרי של העבירה. לעניין הנזק הצפוי הודגש כי ללא פיקוח הנדסי ואישורים מתאימים יכול מבנה לסכן משתמשים ואת הציבור כולו, ואף ייתכן שהמבנה דן מסכן בפועל את דייריו. עוד צוין כי עבירת בנייה בעלת נראות ציבורית מעודדת עבירות בניה אחרות. עם זאת, צוין כי במקרה זה המבנה נבנה על מקרקעין של הנאשם, בגבולות התכנית החלה בעיר וכי היתר הבניה מצוי באופק. עוד התחשב בית המשפט בכך שהנאשם משתמש בפועל בקומה אחת בלבד של המבנה.

9. בית משפט קמא שקל גם שחלפו כ- 7 שנים מביצוע העבירות וכ- 5 שנים מהגשת כתב האישום, וגם נשקל כי לאורך השנים המשיב עשה מאמצים להקטין את הנזק ולצמצם את תוצאות העבירה, אלא ש"הדבר לא עלה בידו בשל נסיבות שונות, לרבות כשלים בטיפול, כליאתו וגם בשל התפרצות נגיף הקורונה".

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



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

11. לבסוף, לעניין מתחם העונש ההולם, בית משפט קמא קבע כי "מתחם העונש ההולם מתחיל במאסר מותנה ועד מספר חודשי מאסר בפועל, אשר יכול שירוצו בעבודות שירות, קנס בסכום שבין 20,000 לִבין 200,000 ₪, התחייבות בסכום כפול מגובה הקנס וענישה נלווית".

12. בגזירת העונש המתאים למשיב, שקל בית משפט קמא את הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה: המשיב הודה בשלב מוקדם של ההליך מה שמגלם נטילת אחריות וחיסכון בזמן שיפוטי; המשיב ביצע את העבירות במקרקעין שמחזיק כדין לצורך מגוריו ומגורי משפחתו; המשיב בן כ- 52 ולו 17 ילדים שרובם סמוכים על שולחנו, כאשר אשתו לא עובדת והמשיב עצמו משתכר 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; למשיב נגרם נזק מביצוע העבירה כאשר הבניה הופסקה באמצע ונאלץ להצטמצם עם כל בני משפחתו לקומה אחת בלבד; חלוף הזמן: כ- 7 שנים מגילוי העבירות וכשנתיים וחצי מהכרעת הדין; לנאשם עבר פלילי ואף ריצה בגינו מאסר.

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

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

14. בכך, נדחתה למעשה עמדתה של המערערת בעניין גובה הקנס ההולם, ומכאן ערעורה.

ערעור, תשובה ודין

טענות המערערת

15. טענות המערערת רבות, אך שלובות הן אחת בשנייה. המערערת טוענת כי קולת העונש במקרה דנן לא משקפת את מטרת הענישה ביחס לעבירות בניה ללא היתר בכלל, ולא משקפת את חומרת המעשה שביצע המשיב במקרה דנן בפרט. הערעור כוון נגד קולת העונש המתבטא בגובה הקנס (בסך 20,000 ₪); סכום ההתחייבות (בסך 40,000 ₪); אי חיוב באגרה לבקשה להיתר (לדברי המערערת, היה מקום לחייב בכפל אגרה לפי סעיף 245 (1) ו-(2) לחוק התכנון והבניה); ונגד קביעת 20 ימי מאסר בלבד תמורת 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 מקלות בכך שמדובר בשימוש לצרכי מגורי המשפחה.נטען כי שגה בית משפט קמא בהתחשבו במצבו הכלכלי של המשיב, עקב היות המשיב "פושט רגל", בעוד שהמשיב רק פתח בהליכים ולא הוכרז ככזה. עוד הוסיפה המערערת פסיקה, לפיה גם אם היה פושט רגל, אין בכך כדי להצדיק חיוב בקנס כה נמוך. עוד נאמר, כי שגה בית משפט קמא שלא שקל את ההכרח בהרתעת הרבים בתקופות של מצוקת דיור



קשה, ונוכח הבניה הבלתי חוקית הרבה במגזר הבדואי בכלל, ובעיר רהט בפרט.

17. **לעניין ההיתר**, טענה המערערת כי שגה בית משפט קמא עת קבע שההיתר נראה באופק, ושהמשיב פעל להקטנת הנזק במהלך השנים. זאת, כאשר בעת מתן גזר הדין לא הייתה אפילו בקשה להיתר התלויה ועומדת בוועדה המקומית. לשם כך, טענה המערערת כי ביררה את סטטוס הרישוי מול הוועדה המקומית, ומצאה כי בשנת 2015 הוגשה בקשה להסדרת המצב הקיים במגרש. לדברי המערערת, אמנם הוועדה דנה בתכנית, אולם התוכנית לא קודמה ולא עברה למחוז. לימים הוגשה תכנית זהה על ידי אותו אדריכל, אך בתאריך 12.6.19 הוא ביקש להפסיק את הטיפול בה. עלה כי לא חלה מאז כל התקדמות. המערערת צירפה התכתבויות בעניין (כנספח ה' לכתב הערעור).

18. **לעניין הקנס**, טענה המערערת כי מדיניות הענישה הנהוגה שהביאה מטעמה מורה על עונש מינימלי של לפחות 70,000 ₪, וכן כי ערעורים על קלות העונשים בעבירות התכנון והבניה מתקבלים ומורים על החמרת הענישה בכלל; כי קיימת מגמת החמרה ענישה לאור תיקון 116, ויש ללמוד מהפסיקה המחמירה שהייתה עובר לתיקון מקל וחומר למקרה דנן; כי העונש שנקבע חורג לקולה מהקנס הקבוע לפי הוראות תקנות העבירות המנהליות (קנס מנהלי - תכנון ובניה) התשע"ח - 2018, אשר היו בתוקף גם בעת מתן גזר הדין. הוראות, אשר לשיטתה נועדו להתוות את היקף הקנסות מטעם בית המשפט, הקובעות כי על עבירת בנייה בהיקף העולה על 100 מ"ר, שנועדה לצרכי מגורים, ייקבע קנס בסך 50,000 ₪.

19. לעניין סעיף 40 לחוק העונשין ונסיבותיו הכלכליות של הנאשם, טענה המערערת שצריך לקחת בחשבון שהנאשם מצא את המשאבים הכלכליים לאפשר בניה בסדר גודל של 350 מ"ר. אם הוא יכול לעמוד בהוצאה זו, הרי שהוא יכול לעמוד גם בתשלום קנס הולם. עוד נטען כי ניתן משקל מוגזם למצבו הכלכלי, בכך שהוטל עליו קנס שהוא למעשה קנס סמלי. כך, למרות שבית המשפט עמד על חשיבות העיקרון שלא יצא חוטא נשכר, חוטא זה יצא נשכר.

20. **לעניין העונשים הנלווים**, טענה המערערת כי שגה בית משפט קמא בקביעת עונש חלופי לקנס בגובה 20 ימי מאסר בלבד. זאת, כאשר העונש איננו הולם את חומרת המעשה, וברי כי נאשמים רבים יעדיפו את עונש המאסר הנמוך. עוד צוין כי רכיב ההתחייבות שנקבע בסך 40,000 ₪ נמוך יחסית לחומרת המעשה ופוגע בהרתעה. נטען עוד כי שגה בית משפט קמא בכך שלא הורה על תשלום אגרת בניה, למרות בקשת המערערת להורות על כפל אגרה. המערערת הבהירה כי עמדתה היא לכפל אגרה, אך הצביעה על בעייתיות רבה בעצם ההימנעות מחיוב בסכום האגרה על ידי בית המשפט.

21. **לבסוף**, עתרה המערערת, על סמך פסיקה שהביאה מטעמה, **קנס בסכום שאינו נמוך מ- 100,000 ₪ אותו יפרע המשיב בלא יותר מעשרים תשלומים; בנוסף - עונש מאסר בפעול שלא יפחת משנה; התחייבות בסך 100,000 ₪; וכפל אגרה בסך 22,400 ₪.**

טענות המשיב

22. המשיב בטענותיו, באמצעות באת כוחו, ביקש להגן על פסיקת בית משפט קמא, הן על התוצאה העונשית הסופית והן על הדרך בה הגיע אליה. זאת, תוך אזכור ההלכה לפיה התערבות ערכאת הערעור בקביעות



הערכאה הדיונית, בייחוד בהתערבות לחומרה, תיעשה במקרים חריגים בלבד. נטען, כי אין זה המקרה המתאים לכך.

23. **ביחס לסטטוס הרישוי** שהציגה המערערת, טען המשיב כי מעבר לכך שהנספח איננו קריא, מדובר בראייה חדשה המובאת בפני ערכאת הערעור, אשר לא הובאה בפני הערכאה הדיונית, מבלי שבית המשפט התיר זאת. נטען גם שלא נכון להתיר את הראייה הנוספת, שכן המסמכים היו בהישג ידה של המאשימה בעת הדיון בבית משפט קמא. נטען כי עתה, בערכאת הערעור, אין למשיב דרך לסתור הראיות ולפיכך לא ראוי להביא ראיות אלה בחשבון.

24. **לגופו של עניין**, נטען שצדק בית משפט קמא, הן בקביעותיו ביחס למתחם העונש הראוי, והן בקביעת העונש לנאשם בתוך מתחם זה.

25. **ביחס לקביעת מתחם העונש ההולם**, התבקש לדחות את טענות המערערת ככל שהן נובעות מהוראות תיקון 116 לחוק התכנון והבניה. שכן, העבירות המיוחסות למשיב בוצעו בטרם נכנס התיקון לתוקף (ביום 25.10.17), ולא ראוי להחיל עליהן חקיקה מחמירה מאוחרת. הודגש שבית משפט קמא סקר פסיקה רבה, והעריך את מתחם הענישה על יסוד פסיקה זו. כן נטען, שלא הייתה כל חריגה ממדיניות הענישה המקובלת. בעיקר הודגשה החלטת בית המשפט העליון ברע"פ 4888/20 **הלון נ' הוועדה המרחבית לתו"ב רכס הכרמל** (16.7.20), ונטען כי בית המשפט העליון קבע כי המתחם שנקבע שם (70,000 עד 250,000 ₪ בגין בנייה של שני מבנים בסך כולל של 928 מ"ר) תואם את מדיניות הענישה, ממילא עניינו גם כן נגזר מכך. ב"כ המשיב ביקשה לאבחן פסיקה שאותה אזכרה המערערת בערעורה. זאת, כאשר לשיטתה פסיקה זו עסקה במקרים חמורים יותר, בניה בהיקפים גדולים יותר או בנייה בניגוד לייעוד הקרקע.

26. נטען כי מסקנות בית משפט קמא, בהערכתו את חומרת המעשה, היו נכונות והתבססו גם על נסיבות הקשורות בביצוע העבירה. היינו כי המקרקעין הם בבעלות המשיב, כי הבניה נעשתה בתוך גבולות תכנית של עיר מוסדרת, וכאשר היתר הבניה היה באופק. זאת לאחר שהמשיב ניסה לקבל היתר, אך קבלת ההיתר לא צלחה עקב כשלים שונים בטיפול, ועיכובים בשל משבר הקורונה.

27. **בגזירת העונש המתאים**, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, טען המשיב כי בית משפט קמא התחשב בצדק בהודאת המשיב, בנטילת האחריות ובחיסכון בזמן השיפוט. כן נכון היה להתחשב בכך שהמשיב מחזיק במקרקעין כדין, ומשתמש לצורך מגוריו ומגורי משפחתו, המונה 19 נפשות. זאת, בזמן שהמשיב המפרנס היחיד העובד בחצי משרה בשל מצבו הבריאותי. ב"כ המשיב טענה גם שיש להתחשב בחלוק הזמן המשמעותי ממועד ביצוע העבירות ומהגשת כתב האישום.

28. **לעניין מצבו הכלכלי של המשיב** נטען כי סך חובותיו עומד על 400,000 ₪, שחלקם שולמו במסגרת הליך פשיטת רגל שהופסק וחודש בעקבות משבר הקורונה. המשיב צירף ראיות מטעמו בשלב הערעור, את נספח ז', לפיו ביום 29/11/21 קיבל המשיב צו לפתיחת הליכי חדלות פירעון, וביום 20/3/22 התקבלה במשרדי הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תכנית חדשה. נטען כי אמנם אין מקום לפטור מעונש גם אדם עני, ו"יש לאזן בין היכולת המוגבלת לבין הענישה המקובלת", במיוחד בעבירות שנועדו למטרות כלכליות כעבירות תכנון ובניה. יחד עם זאת, נטען כי כאשר מדובר בעבירת בניה למטרות מגורים, יש ליתן משקל רב יותר לעונו של הנאשם, במסגרת סעיף 40 לחוק העונשין.



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

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

31. עוד טען המשיב כי **ההתחייבות להימנע מביצוע עבירה בסך 40,000 ₪ מגלמת את כפל הקנס שביקשה המערערת; וכי הענישה המצויה בפסיקה מתאימה לאדם בעל יכולות כלכליות ממוצעות, ואינה מתאימה למשיב דנן שהוא עני מרוד.**

הטענות בדיון

32. בדיון בבית המשפט, חזרו הצדדים על עיקר 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 בקנס הולם לחומרת מעשיו. ועוד, שלא ייתכן שכל המשקל יינתן למצבו הכלכלי של הנאשם, שהרי כך תיפגע הרתעת הרבים. לשאלת בית המשפט בעניין הוכחת ערך הבית והרווח הכלכלי מהעבירה, טענה ב"כ המערערת כי לא הסתמכה על חוות דעת שמאות לצורך כפל שווי, שכן מדובר בעלות לא מבוטלת לרשות, ולרוב הענישה בפועל אינה מצדיקה את ההוצאה.

33. לשאלת בית המשפט, מדוע טענה המאשימה למתחם ענישה המתחיל ב 40,000 ₪, אך ביקשה בנסיבות העניין קנס בסך 100,000 ₪ הרחוק מתחתית המתחם. ב"כ המערערת השיבה כי ענישה בסך 40,000 ₪, אינה מתאימה לנסיבות המקרה, נוכח היקף הבניה, ובשים לב לכך שהענישה לרוב נעה סביב 300 ₪ למ"ר בניה.

34. ב"כ המערערת הסכימה כי אין בידה לבקש מאסר בפועל בערעור משלא ביקשה זאת בערכאת הדיון, וחזרה בה מרכיב זה בהודעת הערעור.

35. **ב"כ המשיב** עמדה על טענותיה בתשובה בכתב, והפנתה לפסיקה. לתהיית בית המשפט כיצד התחשב בית משפט קמא בחלופי הזמן מאז ביצוע העבירה, בעוד עבירת השימוש נמשכת עד יום הדיון, ענתה ב"כ המשיב שבמהלך הזמן מהבניה המשיב הגיש תכנית מחודשת, ולא היה צריך להרוס את המבנה מידית. זאת, כיוון שבהריסת המבנה היה נותר להתגורר עם משפחתו ברחוב, וניתנה למשיב האפשרות להאריך את ההיתר, לכן הוגשה תכנית מחודשת.

דיון והכרעה

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



ולהטיל עונש חמור יותר, הרבה יותר. זאת, הן על מנת לקרב את העונש המוטל על המשיב אל העונש ההולם, לפחות באופן חלקי, והן על מנת להעמיד הלכה על מכונה. יאמר, שאני חולק על בית משפט קמא הן ביחס לניתוח הנתונים במקרה זה, והן ביחס להערכת הענישה הראויה.

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

קביעת מתחם העונש ההולם

38. מקובלים עלי שיקוליו של בית משפט קמא בעניין **הערכים המוגנים שנפגעו ממעשה העבירה ומידת הפגיעה בהם**. כך נקבע כי עבירות הבנייה והשימוש של מבנה בעל 2 קומות בהיקף נרחב של כ- 350 מ"רפוגעות בשלום הציבור ובטחונו, בשלטון החוק, בזכות הרשויות להתוות מדיניות תכנונית נטולת אילוצים, וכן בערך השוויון. 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 בביצוע העבירה**, ובכללן היות העבירות מבוצעות לאחר תכנון מוקדם מטבען, היות המשיב המבצע העיקרי, עצם קיומו של המצב הכלכלי הקשה של הנאשם כמשפיע על מתחם הקנס הראוי לפי סעיף 40 לחוק העונשין, והנזק הצפוי הנוגע ביכולת הרשויות לבצע תכנון ויעוד 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 לחוק העונשין. רוב הכללים מתייחסים למקרים בהם הורשע הנאשם על יסוד ראיות. אולם, אם הנאשם הודה בכתב האישום, הכלל הוא מאוד פשוט, כאמור בסעיף 40(ד): "הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה".

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

42. דא עקא, שבית המשפט הסתמך על "עובדות" שונות, במסגרת גזר הדין, שאינן עולות מכתב האישום שהנאשם הודה בו, ומבלי להצביע על הראיה אשר הוכיחה "עובדות" אלה, ומתי הותר להביאן.



43. אמנם, בהליכים לפי חוק התכנון והבניה הכירה הפסיקה באפשרות להביא ראיות עדכניות, מטעם שני הצדדים, לגבי פעולות שעשה הנאשם מאז הכרעת הדין, להכשרת הבניה או להריסתה. זאת, באשר בחלק מהמקרים ראיות אלה אינן נוגעות לנסיבות ביצוע העבירה אלא לנסיבות האחרות, ואף כאשר הן נוגעות לנסיבות ביצוע העבירה (כגון משך השימוש האסור עד הטיעון לעונש), מטבע הדברים לא ניתן היה להוכיח הדברים ביום הכרעת הדין.

44. למעשה, מצב המבנה, שימוש בו, הריסתו או הכשרתו, הוא בפועל אחד החריגים היחידים המאפשרים לקבל נתונים מאוחרים המשפיעים על הערכת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, לאחר הודאה בכתב אישום, נוכח הוראות סעיף 40 לחוק העונשין.

45. ככל חריג, יש לפרש אפשרות הבאת הראיות בשלב זה בצמצום, ולהחילו בהקשר הנדרש בלבד (ראו עתפ"ב 9953-02-20 **אבו אלעסל נ' ועדה מקומית לתכנון רהט** 26.7.20, אך יש דוגמאות קלאסיות נוספות להשפעת ראיה מאוחרת על הערכת נסיבות ביצוע עבירה, כגון תסקיר נפגע בעבירות אלימות המלמדות על היקף הנזק, או אפילו תסקיר נאשם אשר (במקרים חריגים מאוד) יכול להביא נתונים המשפיעים על הערכת מידת האשם הקונקרטי (ראו ע"פ 722-14 **מוחמד שנאו נ' מדינת ישראל** (12.11.14)). אמנם, מכיוון שההליך הוא אדוורסרי, בית המשפט לא יתעלם מעובדה מוסכמת, אם הודע מפורשות שיש הסכמה לגביה. אולם, בשום פנים ואופן אין לראות בטיעון עובדתי של צד אחד משום עובדה, מקום בו הצד השני לא הביע הסכמה מפורשת לעובדות הנטענות.

46. חשוב להדגיש כי **גם עובדות שאינן קשורות לביצוע העבירה, שיש בהן די להשפיע על העונש, לחיוב או לשלילה, טעונות הוכחה או הסכמה** מפורשת, אחרת אין לקבל הדברים כעובדה. כך לדוגמה, בתיק זה אין מחלוקת שהנאשם ריצה מאסר תקופה מסוימת, בזמן שהתיק היה תלוי ועומד. אולם, לא הוגש הרישום הפלילי, ולא גזר הדין באותו תיק. כך, שגם קביעת בית המשפט שיש לנאשם "עבר פלילי", הגם שהיא נכונה, היא בעלת משקל נמוך ביותר. שכן, בהעדר אינדיקציה לסוג העבירה, מהותה וחומרתה, קשה לדעת איזה משקל יש לתת לדבר בהקשר לפרשתנו.

47. משמעות הדברים מובהקת עד מאוד, משום שמתברר שבית המשפט קבע עובדות, 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 מהניסיון שלה להגיש ראיות נוספות בערעור, העובדות שונות לגמרי, היינו כי היו אמנם ניסיונות כלשהם, אך הדברים רחוקים משקידה ראויה. בית המשפט הפנה בהקשר זה לדברי התובעת בפרוטוקול 12.11.20 ו- 23.11.20. אולם, עיון בדברים מלמד שלא זה מה שנאמר. כל שנאמר שם הוא שהיו ניסיונות כלשהם להכשיר הבניה, כי אלו נעצרו כאשר המשיב נכנס לכלא, וכי באותה עת (23.11.20) הוא אכן "מטפל ולא מספר סיפורים". אולם, הגשת תכניות מבלי לקדמן, ומבלי לפעול כדי לעמוד בתנאים שהוצבו לקבלת היתר, אינה שקידה ראויה כלל וכלל. יש להצטער על כך שבית המשפט הבין מתוך דברי התובעת דברים שכלל לא נאמרו.

48. בית המשפט אף קבע כי "אלמלא מצבו העגום של הנאשם היה הנאשם משלם את חוב הארנונה, מקבל אישור לתכנית שהגיש והיה עולה בידו לקבל היתר למבנה" וקבע גם כי "ההיתר נראה באופק". אולם, לא מצאתי כל בסיס ראיתי לקביעות אלה. נכון, שאלה דברים שנאמרו על ידי באת כוח המשיב, אך **בית המשפט אמור לקבוע עובדות על יסוד נתונים המובאים לפניו, על יסוד ראיות, ולא על בסיס טיעוני צד אחד**



הנטענים בעלמא. בוודאי שלא היה מקום לראות דברי בא כוח צד אחד כמוסכמים, שהרי ב"כ המערערת אמרה בפרוטוקול באופן מפורש כי כפי שנמסר לה, הטיפול בהיתר הפסיק בין השאר משום "שנכנס לכלא ובעיות אישיות, הכל נעצר". משמע, אין מדובר בשאלה כלכלית בלבד.

49. אמנם, אין מחלוקת כי הנאשם ממשיך להשתמש במבנה עד יום הטיעון לעונש (ועד יום הדין 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 המערערת לא הודיעה כי זו עובדה מוסכמת, ולאחר שלא הופיעה בכתב האישום ולא הוצהרה בהסכמת הצדדים, איני יודע כיצד קבע בית המשפט כי טענה זו היא עובדה. מכל מקום, מכיון שלא היה ערעור ביחס לנקודה זו, אניח "עובדה" 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 הוגשו בערכאה הראשונה, ללא החלטה בדבר הגשת ראיות נוספות. אולם, אין לדבר משמעות רבה, מכיון שהעובדות שהניח בית המשפט לטובת המשיב, לפיהן עשה פעולות כלשהן לקבל היתר, לא היו מבוססות על ראיות גם כן, למעט העובדות המעטות מאוד שהמערערת הודתה בהן. בין השאר, העובדה כי בתקופה בה התנהל הטיעון לעונש, הנאשם אכן חידש, באופן זה או אחר, את בקשתו. כך, שיש לראות את הקביעות העובדתיות של בית משפט קמא, שלא הודע על הסכמה להן, ולא הוכחו, כעובדות שנקבעו בשגגה.

בין נסיבות לקולה לבין היעדר נסיבות מחמירות

51. אפילו בהנחה כי מקובלת הטענה העובדתית שהמשיב התגורר בקומה אחת (לפי טענתו משום שלא הצליח להשלים את הקומה השנייה), לא הבנתי כיצד בית המשפט שקל עובדה זו "כנסיבות לקולה". האם מי ששדד בנק והצליח לשאת רק שק אחד של כסף אך לא שתיים, יחשב הדבר כנסיבה לקולה? נכון, אין להחמיר עמו כאילו נשא שני שקים, אך המבט הנכון הוא שמדובר במי שגם שדד, וגם נשא ונטל 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 שזהו אדם רשע, שגם תקף וגם שבר עצמות! שבירת העצמות, אפילו אם "רק" שתי עצמות, היא נסיבה לחומרה, ולא לקולה.

52. אין מדובר בעניין של רטוריקה גרידא, שכן פעולת בית המשפט בגזירת הדין היא אומדן מידת האשם, ומתן ביטוי מילולי למידת הרשע במעשה, היינו הערכה נורמטיבית על מנת לגזור עונש "כדי רשעתו במספר". בהקשר זה לא ראוי לתאר נסיבות שיש בהן חומרה, גם אם חומרה חלקית, כנסיבות לקולה. כך, יש לזכור כי **עבירת השימוש מהווה עבירה נפרדת, בעלת משקל עצמאי** בהערכת מידת האשם של מי שגם בנה וגם השתמש במבנה, וממילא **משקלו לחומרה משמעותי מאוד בעיצוב המתחם**.

53. התיאור ההולם אינו שהנאשם השתמש רק בקומה אחת, מתוך שתיים, כשיקול לקולה. התיאור ההולם הוא שהנאשם, **המשיב דין, אשם בכך שבנה מבנה גדול מאוד, ובנוסף לכך הוא אשם גם בכך שהוא השתמש בכל חלקי הבניין שיכול היה להשתמש**. שימוש, שהגיע עד שליש שטחו של המבנה הגדול. אשמו גדל 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 ההתנהגות והנזק כתוצאה מהן נעשו בהיקף



קטן יותר ממה שנראה ממבט ראשון. אולם, אין זו נסיבה מקלה, כי אם תיחום החומרה כמידתה הנכונה.

54. נקודה זו נכונה גם ביחס "לנסיבות מקלות" אחרות שנרשמו. כך, נרשם כנסיבה לקולה שהמשיב **לא גזל ממקרקעי הזולת** אלא בנה על מקרקעין השייכים לו, וכן כי הבניה והשימוש היו למגורים בהתאם לגבולות התכנית ולא בניגוד לייעוד המקרקעין. נכון כי העדרם של רכיבים מחמירים אלה, מסייע לקביעה כי לא מתקיימת חומרה יתירה במעשיו של הנאשם. יש לציין פרטים אלה לצורך אבחון פסיקה שהתייחסה למקרים עוד יותר חמורים, בהם התקיימו נסיבות כאלה. אולם, תיאור פרטים אלה כ"נסיבות לקולה" הוא לטעמי שגוי מבחינה מושגית וחינוכית, בדומה לתוקף השובר שתי עצמות "בלבד".

55. לעניין הצורך של המשיב במבנה **מגורים למשפחתו המונה 19 נפשות**. בית משפט קמא בחן זאת כחלק מהנזק שגרם המשיב במעשיו, וראה בכך נסיבה להעריך הנזק שנגרם כמועט. אכן, זו באמת נסיבה לקולה. 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 ברוכת ילדים, בעל קשיים כלכליים, הנדרש לבית מגורים למשפחתו, כמו רבים מאוד בחברה הישראלית הסובלים ממצוקת דיור, למרבה הצער. בעבירות מסוג זה, כמו בעבירות רכוש, יש התחשבות במצוקה שהביאה למעשים. אולם, יש להדגיש תמיד, כי הפתרון הנכון למצוקה כלכלית הוא לפנות לרשויות הרווחה ולבקש עזרה, ואין ליטול את החוק לידיים. ואם תמצי לומר, שמצבו כה קשה עד כי הגיע למצב שעובר עבירה ובונה מבנה ללא היתר לשימוש המשפחה - אין בנסיבה זו כדי להקל רבות, כאשר עסקין בבנייה נרחבת של מבנה בן 2 קומות, ששטחו כ-350 מ"ר. שטח, בו יכלו לגור מספר משפחות.

ניסיון המשיב לקבל היתר - נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה

56. בית משפט קמא התחשב במאמצי המשיב להקטין את הנזק ולצמצם את תוצאות העבירה, בכך שהמשיב החל בהליך קבלת היתר בניה. בטרם אעמוד על טענות המערערת באשר לסטטוס הרישוי של המשיב, ועל טענות המשיב לגבי הוספת ממצאים עובדתיים חדשים במועד הערעור, אעיר מספר הערות.

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

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

לעומתו, מי שלא הרס ולא קיבל היתר בפועל, אך עשה מאמץ שלא הצליח, לקדם קבלת היתר או לקדם את ההריסה, ראוי להתחשבות בתוך מתחם הענישה בלבד, במסגרת סעיף 40ט לחוק העונשין. אבהיר הדברים.

58. עבירות הבניה מתייחסות להתנהגות הפסולה של בניה ללא היתר בניה. כחלק מבחינת הפסול שבהתנהגות בבסיס העבירה, סעיף 40ט לחוק העונשין, מורה לנו לבחון את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, ובתוכן את הנזקים שנגרמו כתוצאה מהעבירה - את ההשלכות של אותה התנהגות פסולה. אדם שביצע עבירה ותיקן את תוצאותיה, הקטין את הנזק שגרם, והדבר יכול להשפיע על הערכת החומרה שבמעשה, לפי סעיף 40ט(א)(4) חוק העונשין.



59. מי אשר הצליח עד מועד גזר דינו לקבל היתר, כמו מי שהרס את המבנה, אכן תיחם את הנזק שגרמה התנהגותו. לכן, מקבל ההיתר וההורס ייחשבו כמי שהקטינו את הנזק מהבניה. שכן, לעת קביעת מתחם העונש ההולם, יש להתחשב בזמן בו עמד המבנה ללא היתר עד הריסתו או קבלת ההיתר, כהערכה של היקף הנזק. לעומת זאת, אדם שבנה ללא היתר בניה, ובמועד גזר דינו טרם ניתן היתר, ולא הרס את המבנה, לא תחם את הנזק שגרמה התנהגותו הפסולה. במסגרת סעיף 40ט(א)(4) לחוק העונשין - אדם כזה יראה כמי שנזקו רב. שכן מעבר לבניה, הוסיף נזק בהמשך קיום הבניה האסורה. בעניינו יילקח בחשבון הנזק שגרם וימשיך להיגרם, עד הריסת המבנה או עד קבלת ההיתר (כמובן שאם הוסיף חטא על פשע וגם השתמש במבנה האסור, ובכך עבר עבירה נוספת, מתחם העונש משתנה לגמרי לחומרה, אך לא זו הנקודה כאן).

60. אכן, גם המאמץ של מי שעבר עבירה לתקן את תוצאות התנהגותו ולהקטין את הנזק שגרם, נלקח בחשבון לעניין העונש, אף אם לא הצליח בכך. אולם, המחוקק הורה במפורש לבחון זאת באמצעות סעיף 40יא(5) לחוק העונשין, היינו תחת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כחלק מהשיקולים הנשקלים בהעמדת העונש בתוך מתחם העונש ההולם.

61. מהכלל אל הפרט, מאמצי המשיב דן, וניסיונותיו החלקיים והכושלים לקבל היתר, אינם יכולים להיבחן במסגרת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

לפיכך אני חולק על בית משפט קמא אשר ראה בנסיבות אלה שיקולים לקביעת מתחם ענישה הנמוך מהראוי לעבירות שביצע המשיב (סעיף 3(6) לגזר הדין). יוזכר כי, במישור הנזק, נזק הבניה האסורה ממשיך להיגרם, ועד יום הדיון בערעור עמד הנזק הרב שעשה בבניה לעיני השמש ולעיני תושבי עירו של הנאשם. מעבר לכך, אף בתוך המתחם, לא נכון להפריז במשקלם של אותם מאמצים שכן נעשו. שכן, כאמור, כלל לא הוכח לפני בית המשפט כי היה בהם מאמץ של ממש, מאמץ המבטא תובנה כלשהי של חומרת המעשה או הבעה של חרטה.

חלופי הזמן, המשך השימוש וערך השימוש

62. בנקודה זו לא ירדתי לסוף דעתו של בית משפט קמא.

63. בית המשפט שקל, בין הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, גם כי "חלפו כ-7 שנים מגילוי העבירות וכשנתיים וחצי מהכרעת הדין". הדברים אינם מובנים. שכן מדובר לא רק במי שבנה, אלא במי שלאחר הבניה המשיך להשתמש באופן אסור בבניה הבלתי חוקית, עד יום הדיון בערעור (כפי שאישרה באת כוחו בדיון).

64. ממאי נפשך, אם מדובר בשיקול לקולה לפי סעיף 40יא(10) "חלופי הזמן מעת ביצוע העבירה", הרי שבכך טעה בית המשפט טעות עובדתית של ממש. שכן, מדובר במי שהתגורר באותה עת בבית. כך, שלא חלף אפילו יום אחד מאז ביצוע עבירת השימוש האסור, שכן השימוש האסור לא פסק, ובוודאי שאין כאן כל נסיבה לקולה.

אם מדובר בשיקול לחומרה, שנועד לבטא את העובדה כי המשיב ממשיך להעיז פניו אל מול החוק, ומשתמש במבנה כבר 7 שנים מאז שהתגלתה העבירה ואף שנתיים וחצי מאז שהורשע, הרי שמדובר בנסיבה מחמירה, מחמירה בהחלט, אך בהקשר ל**מידת אשמו** של הנאשם. לכן, נסיבה זו צריכה הייתה להישקל בשלב הראשון בעת קביעת המתחם, ולא במסגרת השיקולים שבתוך המתחם.



65. בהקשר זה יוזכר כי בגין השימוש ניתן להטיל קנס יומי, מעבר לקנס הבסיסי. **על פי הפסיקה מותר לקחת בחשבון את משך תקופת השימוש עד יום גזר הדין**, ולא רק ביום הגשת כתב האישום. אם כן, הקנס המרבי בגין שימוש למשך תקופה ארוכה כל כך, מגיע לסכום בן שבע ספרות. עונש מרבי זה הוא שיקול חשוב, שיש לקחת בחשבון בעת הערכת מתחם הקנס.

66. בית משפט קמא אזכר בצדק שיקול שיש לו משקל מיוחד בעבירות המתבצעות מטעמים כלכליים, היינו "שלא יצא חוטא נשכר". בית המשפט עצמו הסיק מכך בצדק כי **"יש לגזור קנס, ששיעורו יהיה גבוה מהרווח אותו הפיק הנאשם"**. קנס גבוה פוגע בכדאיות הכלכלית של ביצוע העבירות ומהווה מסר מרתיע לעבריינים בפועל ובכוח" (ההדגשה נוספה א"א).

המיקום ה"גיאוגרפי" של שיקול זה בהקשר של עקרונות הבניית הענישה, הוא בעקרון בהקשר לשיקולי הרתעה לפי סעיף 140 ו-140 לחוק העונשין, הרתעת היחיד והרבים. משמע, ככלל, זהו שיקול הנשקל בשלב השני, בתוך מתחם העונש ההולם.

אולם, בהקשר של עבירות תכנון ובניה יש משמעות נוספת לנושא זה, וכוונתי להוראת המחוקק אודות "קנסות נוספים" לפי סעיף 245, אותם ניתן להטיל "נוסף על כל עונש או תשלום אחר". בין השאר, מורה המחוקק לבתי המשפט, במקרים המתאימים, להטיל "כפל שווי" של רווחי הנאשם. אמנם, המחוקק בחר דרך מסוימת לחשב את הקנס לפי שיטה זו, ובאת כוח המערערת הסבירה כי אין לרשויות התכנון אפשרות ריאלית לעמוד בנטל שהטיל המחוקק בהקשר זה. אולם, בוודאי יש לראות בדברים הנחיה של המחוקק לקחת בחשבון את הרווח הכלכלי מביצוע העבירה! אם לא כתשלום נוסף, במסגרת סעיף 245 לחוק, בוודאי שמותר וראוי לשקול את השיקול הזה בעת הערכת מתחם העונש ההולם. הרי אין ענישה יותר "הולמת" מאשר למנוע רווחים מעברייני!

67. לכן, קשה עלי מאוד התוצאה אליה הגיע בית משפט קמא, אשר הטיל קנס בן 20,000 ₪ בלבד. זאת, כאשר בעבירת השימוש בלבד, הנאשם חסך עבור משפחתו בערך 7 שנים של דמי שכירות. דומני שככלל יש לראות דמי שכירות שנחסכו כרווח ברור וישיר שהרוויח עברין הבניה המשתמש במבנה שבנה באיסור, לצורך מגורים. צריך היה לקחת בחשבון את רווחי השימוש האסור, עבירת השימוש, בחישוב מצטבר לקנס הראוי בגין הבניה האסורה כשלעצמה. לטעמי, בית משפט קמא למעשה זיכה את הנאשם ברווח גדול מביצוע העבירה, והוציא את החוטא נשכר, בעליל. **הטלה של קנס כה נמוך מעודדת בניה אסורה, ומעודדת שימוש אסור כדרך לחסוך את הוצאות המגורים**, המכבידות על אזרחים רבים מאוד. אף מטעם זה אני חולק, חולק בכל תוקף, על התוצאה אליה הגיע בית המשפט הנכבד.

מדיניות הענישה הנהוגה

68. בית משפט קמא בחן 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 הפסיקה שהובאה על ידי בית משפט קמא מתייחסת לתקדימים שנפסקו עובר לתיקון 116 (ראו למשל: רע"פ 2464/15, עפ"א 54139-03-14, עפ"א 8960-03-13). בפרשתנו, אמנם, מעשה הבניה היה



לפני תיקון 116, אך רוב השימוש היה לאחר התיקון. יתרה מכך, כבר נאמר בפסיקה לא פעם כי ההחמרה של המחוקק במדיניות הענישה אמנם אינה משפיעה על העונש המרבי עצמו למקרה קונקרטי שנעשה לפני התיקון (נוכח הוראות סעיף 5 לחוק העונשין), אך משפיעה בהחלט על מדיניות הענישה, גם על מעשים שנעשו לפני התיקון.

המערערת הפנתה לפסיקה שחלקה התייחסה למקרים עדכניים שהיו יותר חמורים, וניתן לאבחן ביחס אליהם, כגון עפ"א 39991-02-19. אולם, איני סבור שגזירת בית המשפט מאותם מקרים הייתה מתאימה לנסיבות העניין. בית המשפט הפנה לקנס שהוטל במקרה דומה יחסית, אותו אבחן מענייננו, בעפ"א 11955-01-19 **וועדה מקומית שפלה הגליל נ' עואד** (7.3.19), בו הוחמר העונש והוטל בערעור קנס בן 70,000 ₪, אך חשוב להדגיש ששם נאמר מפורשות שהמתחם שנקבע בבית משפט השלום היה שגוי, והודגש העיקרון לפיו אין ערכאת הערעור ממצה את הדין.

70. המערערת הפנתה לפסיקה רבה מטעמה, ואין כאן מקום להביא את כולה. חלק מהמקרים חמורים יותר מענייננו, אך טענת המערערת היא כי במקרים חמורים יותר הוטלו קנסות בני מאות אלפי שקלים, ונכון היה לקבל את עתירתה במקרה זה ולהטיל קנס בן 100,000 ₪. כן הצביעה על מקרים דומים למדי בהם הוטלו קנסות בקנה המידה המבוקש בערעור. לדוגמה, עפ"א (חיפה) 29747-03-19 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה-שפלת הגליל נ' פריד אבו רומי** (5.6.19), בו דובר בהיקף בניה רחב מעט יותר (483 מ"ר) והפרת צו הפסקה מנהלי שהוצא באמצע העבודות. אם כי, השימוש האסור שם היה לתקופה קצרה בהרבה (פחות משלוש שנים עד הדין בערעור). שם, בית משפט השלום הטיל קנס בן 50,000 ₪ או 250 ימי מאסר תמורתו, וכן הטיל השבחה בסך 48,750 ₪, וכפל אגרה בסך 29,270 ₪, כמו גם התחייבות כספית בסך 10,000 ₪. בית המשפט המחוזי בחיפה, כדרכו היסודית, בחן פסיקה רבה, ועמד על כך שבפועל רכיבי התשלום בגזר הדין עומדים על כ- 130,000 ₪, ובכל זאת סבר שאין הענישה מתאימה לענישה המקובלת והראויה, והחמיר ברכיב הקנס ל- 90,000 ₪, תוך הדגשת שערכאת הערעור אינה נוהגת למצות את הדין.

71. בעתפ"ב (מחוזי ב"ש) 9953-02-20 **וליד אבו אלעסל** (המאוזכר לעיל) נידון ערעור המערער על גובה הקנס בגזר דינו, בעבירות עבודה ושימוש במקרקעין, בסטייה מהיתר ובסטייה מתכנית. זאת, בגין תוספת של שתי קומות למבנה מגורים קיים, בשטח כולל של כ-520 מ"ר. במסגרת הערעור התקבלה טענת המערער לפיה היה על בית משפט קמא להתעלם מהנסיבות שנטענו אודות הפרת צו שיפוטי בעניינו. לעניין העבירה דהתם נקבע מתחם עונש הולם בין 150,000 ₪ לבין 400,000 ₪, כאשר הקנס הועמד על 200,000 ₪, חלף מתחם עונש חמור יותר שקבע בית משפט קמא, והקנס שם הועמד על 300,000 ₪.

72. אמנם הנסיבות דהתם חמורות מהנסיבות דנן, בכך ששם מדובר בסטייה מהתוכנית, ובעבודה בשטח רחב יותר. ועוד, שם לא הוכח מצבו הכלכלי של המערער בהקשר לסעיף 40 לחוק העונשין. אולם, שם מדובר היה בתקופת שימוש אסור בת שנתיים (!) בלבד כאשר בסופה ניתן היתר. זאת, בניגוד לענייננו. בשני המקרים מדובר בהרשעה על סמך הודאה, שנוגעת לבניית 2 קומות לבית מגורי משפחה. עם זאת, המקרה שלפנינו חמור יותר בכך שלמערער דנן עבר פלילי (שמשקלו מוגבל כאמור), ובכך שעבירת השימוש נמשכה כ- 7 שנים, לפחות עד יום הדין בערעור, בהיעדר היתר בנייה, בעוד שבמקרה דהתם מדובר בשנתיים בלבד של שימוש שלא כדין, שבסופן ניתן היתר בנייה.

מצבו הכלכלי של המשיב (סעיף 40 לחוק העונשין)

עמוד 13



73. כחלק מהשיקולים הנדרשים בקביעת מתחם העונש ההולם, סעיף 40 לחוק העונשין קובע הסדר כללי לפיו בקביעת מתחם ענישה הכולל קנס, בכל עבירה שהיא, נדרש בית המשפט להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם. אולם, לצד זאת, סימן ו' לחוק התכנון והבניה קובע הסדר ספציפי, לפיו עונשו של הנאשם בעבירות הבניה והשימוש, עשוי להתבטא במספר חלופות, יחד או לחוד: מאסר, כפל הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, כפל שווי, וכפל אגרה לפי סעיף 245 לחוק התכנון והבניה, וכן קנסות יומיים נוספים כפי שיקבעו על ידי בית המשפט.

74. עונשים אלה חמורים הם, אך מבטאים את עמדתו המחמירה של המחוקק ביחס לעבירות תכנון ובניה. עיון בפסיקה ממחוז חיפה, אליו מרבים צדדים להפנות, מלמד כי כדבר שבשגרה בתי המשפט שם מחייבים ברכיבי הענישה הכלכלית במצטבר. בתי משפט השלום במחוז הדרום אינם נוהגים תמיד לפסוק רכיבים אלה במצטבר. לטעמי, בהעדר הנמקה מיוחדת, יש להטיל את כל הסנקציות הכלכליות כפי שנקבעו על ידי המחוקק. זאת, תוך התחשבות במכלול הנתונים, ובין השאר יש להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם לפי סעיף 40 לחוק העונשין.

75. סעיף 40 מורה: "קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב, נוסף על האמור בסעיף 40ג(א), במצבו הכלכלי של הנאשם, לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם". אולם, הפסיקה הדגישה כי המצב הכלכלי אינו חזות הכל, היינו כי "לא מדובר בפרמטר היחיד בעת קביעת גובה הקנס, ולכן אין בהכרח מתאם מלא בין יכולתו הכלכלית של הנאשם לגובה הקנס שיש לגזור עליו" (רע"פ 7621/15 מוסרי נ' **מדינת ישראל** (1.7.21)). כן נפסק כי "יכולת כלכלית איננה שיקול יחידי בקביעת גובה הקנס, ויש להתחשב בשיקולים נוספים כגון הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, נסיבות ביצועה ומדיניות הענישה הנהוגה" (ע"פ 4919/14 **אזולאי נ' מדינת ישראל** (6.3.17)).

76. המחוקק בחוכמתו קבע כלל של ענישה כלכלית משמעותית לעבירות הבניה והשימוש האסורים, בהיותן עבירות כלכליות, מובהקות. זאת, הן במובן זה שמטרת העבירה היא לרוב כלכלית, היינו השגת מבנה לשם שימוש בו, תוך "זירוז" הבניה, על ידי "דילוג" על ההליכים הנדרשים לשמירה על האינטרסים הציבוריים המגולמים בחוק התכנון והבניה (וזה במקרים ה"קלים", בהם לא מדובר בבניה בניגוד לתכנית החלה על האזור, או בכלל בגזל קרקע על ידי בניה בשטח שאינו של הנאשם). לכן, **העונש ההולם את העבירה הכלכלית של בניה אסורה ושימוש אסור, הוא לרוב קנס כבד ומשמעותי**. אם כן, בהתאם לכללי הבניית הענישה, **שאלת היכולת הכלכלית אינה אלא שיקול אחד מבין השיקולים, ויש לאזנו אל מול השיקולים האחרים המצדיקים ענישה מחמירה, ובמישור הכלכלי דווקא**.

77. מעבר לכך שאחת המטרות של עבירת הבניה היא רווח כלכלי, יש לקחת בחשבון שיקול כלכלי נוסף. יש ליתן משקל משמעותי לעובדה שהבניה עצמה דורשת משאבים כלכליים. זאת בשני מישורים, ראיתי וערכי. במישור הראיתי, עצם קיומה של השקעה כספית בביצוע העבירה מלמדת שלנאשם יש כסף (או היה בעת ביצוע העבירה) ולכן הטענות לדלות כלכלית, לחור בכיס ואפילו לפשיטת רגל, צריכות להישמע עם קב של חומטין, ולהיבחן בהירות. בפועל, נטל הראייה על הנאשם לשכנע בדבר דלות כלכלית ביום גזר הדין תהיה משמעותית יותר, ככל שהבניה עצמה דרשה השקעה כלכלית משמעותית יותר.

78. המישור השני הוא מישור ערכי. אלמלא עקרונות הבניית הענישה המחייבים התחשבות במצב הכלכלי של הנאשם, ניתן היה לומר כי הנאשם אשר השקיע כספים בבניה אסורה "מושתק" מלטעון שאין לו כסף לשלם קנס. האם לבנות היה לו כסף ולשם תשלום הקנס אין לו כסף? יודגש, מבחינה משפטית אין השתק פורמאלי



כזה, ועל בית המשפט ליתן את הדעת למצב הכלכלי במסגרת סעיף 40ח. אולם, בכל זאת, משקלה של הטענה לדלות כלכלית פוחת, ככל שההשקעה הכלכלית במקור הייתה משמעותית יותר.

79. בענייננו, יש לדחות בעקרון את טענות המערערת לפיהן המשיב אינו כה דל, משום שלא הוכרז כפושט רגל אלא רק פתח בהליכים לכך. זאת, נוכח המסמכים שהוגשו המלמדים על מצבו הרעוע. מכל מקום, נוכח כל השיקולים האמורים לעיל, על בית המשפט היה ליתן משקל רב לא רק לכסף הרב שהנאשם הרוויח בכך שחסך דמי שכירות למגורי משפחתו על פני שנים, אלא גם לעובדה שהבניה עצמה עולה כסף, ועסקין בבניה נרחבת שבנה המשיב, בשטח של כ- 350 מ"ר. עובדות אלה חייבות היו לאזן את המשקל הרב שניתן למצבו הכלכלי של המשיב, יחד עם יתר השיקולים העולים מסעיף 40ג(א) לחוק העונשין.

80. המסקנה היא שאין בהתחשבות במצבו הכלכלי של המשיב דן כדי להצדיק את רף הענישה הנמוך כפי שנקבע בבית משפט קמא, קנס בסך 20,000 ₪ או 20 ימי מאסר תמורתם, לאור הנסיבות החמורות הקשורות בביצוע העבירה ולאור מדיניות הענישה הנוהגת.

81. זאת, למרות שיש ממש בממצאים שנקבעו בבית משפט קמא אודות דלות המשיב, נוכח מוצג ה-1 (אישור תשלום אגרה לפתיחת תיק פשיטת רגל (הדגשות שלי: א"א)), ה-2 (דוח תיקים לחייב מעוקל), ה-3 (מצב חשבון בעיריית רהט), ה-4 (תלוש משכורת לחודש פברואר 2021) ו-ה-5 (מצב חשבון במי רהט). על אף הקושי בקביעת יכולתו הכלכלית של המשיב בתלוש משכורת אחד ויחיד כפי שהובא מטעם המשיב, ממצאים אלה בכללם אכן מעידים על קשייו הכלכליים של המשיב, ועל כן תהיה התחשבות בכך בקביעת מתחם העונש ההולם, אך זאת לצד הכלל לפיו "לא יהא חוטא נשכר" והעקרונות שפורטו לעיל.

מתחם העונש ההולם

82. יש להעיר כי **נפלו שגיאות משפטיות בטיעון המערערת** לעניין מתחם העונש הראוי לפני בית משפט קמא. לדעתי, היה בטיעון שגוי זה כדי להתעות ולהטעות את בית משפט קמא, ואסביר. ראשית, המערערת בטיעונה כלל לא התייחסה לשאלת המצב הכלכלי של הנאשם. לא במישור הראייתי ולא במישור המשפטי. זאת, למרות שנושא זה עלה בדיונים קודמים, והיה צפוי לעלות בטיעון לעונש של הנאשם. צריך היה להביע עמדה ביחס לטענה העובדתית לגופה, ואם אין הסתייגות מהטענה אודות המצב הכלכלי, צריך היה להתייחס להשלכותיו על הענישה במישור המשפטי.

83. מעבר לכך, טענת המבקשת במישור הבניית הענישה לא הייתה ברורה. הרי נטען למתחם מתחם עונש ראוי בין 40,000 ₪ לבין 200,000 ₪. אולם, בתוך המתחם התבקש קנס בסך 100,000 ₪. היינו כמעט באמצעו של המתחם. לשאלתי בדיון בערעור מדוע נתבקש עונש כמעט באמצעו של המתחם, השיבה ב"כ המערערת "אני משיבה כי בהתאם לפסיקה אנחנו ראינו שמתחם הענישה נע בין 300 ₪ למטר כפול גודל העבירה ולכן לא יכולתי להיות ברף התחתון כי זה 350 מטר, לא מדובר בעבירה קטנה שיכולתי לרדת. בכל מקרה אני סברתי שעבירת השימוש משמעותית ומדובר בעבירה משנת 2016 ועד היום אין היתר, סברנו שזה צריך להיות יותר לכיוון הסכום שביקשתי". זו כמובן שגיאה משפטית. שכן, כל השיקולים שפרטה התובעת, בהם הפסיקה בדבר גובה הקנס למטר, קיומה של עבירת השימוש המשמעותית ומשך הזמן בו הבניה עומדת ללא היתר, הם כולם שיקולים בעיצוב המתחם עצמו, ולא שיקולים בתוך המתחם. למעשה, אם זו עמדתה המשפטית של ב"כ



המערערת, צריכה הייתה לטעון כי מתחם העונש הראוי מתחיל במאה אלף ₪, או קרוב לכך.

84. עוד ראוי לציין, כי המתחם שהוצע על ידי התביעה, בין 40,000 ₪ לבין 200,000 ₪, הוא **מתחם רחב מדי**. העבירה עצמה (והמצב הכלכלי) קובעים את גבולות המתחם מבחינה נורמטיבית. נסיבות אישיות, קלות או חמורות ככל שיהיו, לא יביאו לפער ענישה היכול להכפיל העונש פי חמש. כבר נפסק כי "מתחם רחב מדי, המסוגל להכיל שלל מעשים ונסיבות, כך שכל תוצאה עונשית 'תיתפס' בתוכו, איננו מתחם ראוי, שכן הוא ירוקן מתוכן את תכלית החוק" (ע"פ 1323/13 **חסן נ' מדינת ישראל** (5.6.13), ראו גם ע"פ 1079/16 **מדינת ישראל נ' נחמן** (1.8.16), לעומתם ראו ע"פ 1077/22 **עבדל קאדר נ' מדינת ישראל** (1.6.22), החוזר על הכלל שאין לקבוע מתחם רחב יתר על המידה, אך מדגיש כי דווקא ככל שהעבירה חמורה יותר, ממילא יינתן משקל פחות לנסיבות האישיות, והדבר יתבטא במתחם עונש צר יותר. במשתמע - בעבירות פחות חמורות ניתן להרחיב המתחם, במידת מה).

85. אם המתחם שהציעה התביעה, בו הרף העליון של הקנס גבוה פי חמש מהרף התחתון, הוא רחב מדי. כל שכן שרוב המתחם שנקבע על ידי בית משפט קמא בגזר הדין, בו הרף העליון גבוה פי עשר מהרף התחתון, הוא רחב מדי, ואין בו כדי לבטא ענישה הולמת לעבירה הקונקרטית.

86. מכל מקום, לטעמי שגתה התביעה לקולה בהערכת מתחם העונש הראוי, בשים לב לכך שהתעלמה מהמצב הכלכלי. משמע, אני חולק גם על המסקנה של בית משפט קמא, אשר אימץ את עיקרו של המתחם שהוצע על ידי המערערת, ואף קבע רף נמוך עוד יותר בצד התחתון.

87. סיכומי דבר, על יסוד הפסיקה והשיקולים שפורטו לעיל, **הייתי מעריך מתחם הקנס הראוי לעבירות של הנאשם, עבור אדם בעל יכולת כלכלית "רגילה", על סכום שהוא בין 160,000 ₪ לבין 320,000 ₪**. אולם, בהתחשב בנתוניו הכלכליים של המשיב, בשים לב לכך שהוא לכאורה פושט רגל או על סף פשיטת רגל, יש לבצע הפחתה משמעותית, מסכום זה **והמתחם המותאם למשיב, לאחר הפעלת סעיף 40 לחוק העונשין, יעמוד על 80,000 ₪ עד 160,000 ₪**. מעבר לקנס, בשים לב למשך הזמן בו בוצעה עבירה השימוש נכון היה להטיל **מאסר בפועל**, לתקופה קצרה הניתנת לריצוי בעבודות שירות, בין חודשיים לבין 4 חודשי מאסר בפועל. מעבר לכך, ראוי ונכון להטיל על מי שמורשע בעבירות על חוק התכנון והבניה גם את התשלומים הנוספים כפי שנקבעו בחוק, אף אם לא כפל, נוכח המצב הכלכלי. כל זאת כמובן מבלי לגרוע מענישה מרתיעה בדמות מאסר על תנאי והתחייבות.

העונש המתאים בתוך מתחם הענישה

88. בתוך מתחם העונש ההולם יש לבחון את **הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה**. בתוכן, יש להתחשב בקביעותיו של בית משפט קמא לפיהן המשיב הודה בשלב מוקדם של ההליך, הודאה המגלמת נטילת אחריות מסוימת ובוודאי חיסכון בזמן שיפוטי; המשיב, כבן 52 ביום מתן גזר הדין, אב ל-17 ילדים שרובם סמוכים על שולחנו, כאשר אשת המשיב לא עובדת והמשיב משתכר בחצי משרה בשל בעיות בריאות מהן סובל; מצד שני המשיב בעל עבר פלילי אשר ריצה בגינו מאסר, אם כי לשיקול זה משקל מועט באשר טיב העבירה לא הוכח.

89. אין בידי להסכים עם קביעתו של בית משפט קמא כי למשיב נגרם נזק מביצוע העבירה. בית משפט קמא קבע



כי מאחר והמשיב לא הצליח לקבל היתר בניה, הוא לא השלים את בניית המבנה. כן קבע כי, על סמך דברי המשיב, הקומה השנייה עומדת ריקה כאשר כל המשפחה מצטמצמת לקומה אחת. אף אם נניח שאכן הקומה השנייה לא הייתה בשימוש, חרף הקשיים הראייתיים שהעליתי בפרקים קודמים לעניין זה, אין בכך כדי ללמד על "נזק" שנגרם למשיב מביצוע העבירה. כאמור לעיל, הנאשם הרוויח רווח כלכלי משמעותי מאוד מביצוע העבירה, לאחר שעשה שימוש שלא כדין במבנה, במשך שנים ארוכות.

90. אין מקום בשלב זה להתחשב שנית בכך שהמשיב מחזיק במקרקעין כדין, והמבנה נבנה לצורך מגוריו ומגורי משפחתו, כעולה מנימוקי בית משפט קמא. שיקול זה כבר נבחן כחלק מהנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, בתיחום חומרת המעשה בהקשר לקביעת מתחם העונש ההולם.

91. ביחס ל"חלופי הזמן מעת ביצוע העבירה", כאמור, קביעתו של בית משפט קמא לא ברורה בהקשר זה, ומכל מקום לא חלף ולו יום אחד מאז סיום ביצוע עבירת השימוש ועד גזר הדין, באשר העבירה עדיין התבצעה ביום גזר הדין. לפיכך, אין כאן כל שיקול לקולה.

92. לעניין "מאמצי המשיב לתיקון תוצאות העבירה". בית משפט קמא קבע כי אכן, מדובר במי שהודה במעשיו ועוד בעת ביצוע העבירה פעל לקבל היתר. כאמור, חלק מההנחות העובדתיות של בית משפט קמא לטובת המבקש לא היו מבוססות דיין. מכל מקום, אמנם, אין מדובר במי שהתעלם לגמרי מהחוק, ובתקופה שלפני מאסרו 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 משקלם של מאמצים אלה - מוגבל.

93. בתוך מתחם העונש ההולם יש לבחון גם את **הרתעת היחיד והרתעת הרבים**. יש להיות זהירים עם השימוש בשיקול ההרתעה, לכאורה המקרה דנן הוא אכן מהמקרים בהם יש להידרש לכך, אך ראוי כי המדידה תיעשה במשורה, וההשפעה הנוספת על הענישה תהיה מעטה. שכן, כמפורט לעיל, מדיניות הענישה בקביעת מידת האשם ומתחם הקנס הראוי, כבר לקחה בחשבון את השיקולים הכלכליים, כהוראת המיוחדת של המחוקק בעבירות תכנון ובניה. בכך, למעשה, כבר בא לידי ביטוי אלמנט של הרתעה בענישה, באופן עקיף, בקביעת המתחם, ואין לתת משקל נוסף לאותו שיקול עצמו. המשיב דנן ביצע עבירת בניה משמעותית, בבניית מבנה בהיקף נרחב בן 2 קומות ששטחו כ-350 מ"ר, ואף השתמש בחלק ממנו. לאחר גילוי העבירה ופתיחת ההליכים נגד המשיב, הוא לא שב ממעשיו, אלא המשיך להשתמש במבנה שלא כדין למשך תקופה ארוכה. התנהלות זו מטרידה, ולכאורה מצריכה הרתעה. אולם, בעיקרו של דבר, די בהרתעה המושגת על ידי הטלת העונש ההולם. בהקשר להרתעה אישית, אותה הרתעה מעטה נוספת, הנדרשת בשלב זה, יכולה להיות מושגת גם במאסר על תנאי ובהתחייבות שנקבעה, ודומני שדי בכך במקרה זה, מבלי להחמיר בענישה בפועל.

94. **סיכומי דבר**, נוכח מכלול השיקולים היה נכון לקבוע את הקנס שיוטל על המערער, על רבע המרחק בין תחתית המתחם לבין הרף העליון. אולם, בשים לב לכך שאין דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין, **יועמד הקנס על 80,000 ₪**, היינו הרף התחתון של המתחם, או 100 ימי מאסר תמורתו.

95. כאמור, לא מצאתי סיבה שהצדיקה שלא לחייב את המשיב בכפל אגרה. יחד עם זאת, בהתחשב בנסיבותיו האישיות, במצב הכלכלי, ובכך שאין ערכאת הערעור ממצה את הדין, יחויב המשיב בסכום של אגרה אחת בלבד. לפי מחשבון האגרה הממשלתית, המדובר בסכום הגבוה מ-12,000 ₪. אולם המערער העמידה



הסכום על 11,200 ₪ לאגרה (כפי הנראה לפי הערכים שעמדו בעת הטיעון לעונש) ויש להסתפק בכך. המשיב מחויב אם כן, בהתאם לסעיף 245 לחוק התכנון והבניה ב"קנס נוסף" בן 11,200 ₪, כגובה האגרה שלא שולמה, או 14 ימי מאסר תמורתו.

96. כאמור, המערערת ביקשה בערעור להטיל מאסר בפועל, והמשיב היה ראוי למאסר בפועל, ולו בעבודות שירות. אולם, בקשה זו לא עלתה בערכאה הדיונית, ולפיכך בצדק חזרה בה ב"כ המערערת מדרישה 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 והבניה, כך שאפשר שיופעל גם בעבירה קלה יחסית. לא נכון להחמיר מאוד בהתחייבות, כאשר נסיבות ההפעלה אינן ידועות מראש. הדברים נכונים במיוחד כאשר הוטל גם מאסר על תנאי, שיש בו הרתעה נוספת. לפיכך, **בקשת המערערת להחמיר גם ביחס להתחייבות - נדחית.**

התוצאה

סיכומו של דבר, הערעור מתקבל בעיקרו, כאמור בסעיף 95 ו- 96 לעיל:

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

בנוסף ובמצטבר ישלם המשיב "קנס נוסף" בן 11,200 ₪, כגובה האגרה שלא שולמה, או 14 ימי מאסר תמורתו.

יתר רכיבי גזר הדין, עם הצווים הנלווים, יעמדו על כנם.

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

המערערת - תוודא המצאה אישית של פסק הדין למשיב, עם הנחיות טכניות כיצד לשלם את הקנס.

בהתאם להסכמת הצדדים - פסק הדין ניתן בהעדרם.

המזכירות - תעביר עותק פסק הדין לב"כ משיבים. ב"כ המשיב תעדכן את המשיב.

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