

עפ"א 12469/03/19 - ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל נגד רסלאן המאם

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

עפ"א 12469-03-19 ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל נ' המאם
בפני כבוד השופט שמואל מנדלבוים
מערערת ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל
ע"י ב"כ עו"ד רן עמיאל
נגד המשיב רסלאן המאם
ע"י ב"כ עו"ד סאמר חג'אזי

פסק דין

1. בפני ערעור על גזר דינו של בית המשפט השלום בעכו (כב' השופט זיאד סאלח) מיום 30.1.19 בתו"ב 26093-09-15 (להלן: "**גזר הדין**"), שהוגש על ידי המערערת כנגד קולת העונש שנגזר על המשיב.

רקע עובדתי

2. ביום 9.9.15 הוגש בבית משפט קמא כתב אישום ובו יוחס למשיב עבירות של ביצוע עבודות בנייה ושימוש חורג הטעונים היתר, ללא היתר, עבירות לפי סעיפים 204(א) ו-204(ג) **לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965** בנוסחו לפני תיקון 116 (להלן: "**החוק**").

3. כמפורט בכתב אישום, המשיב ביצע בניה ללא היתר כדין ושימוש חורג במקרקעין שייעודם חקלאי, במסגרתם הקים מבנה בן 4 קומות בשטח כולל של 1,048 מ"ר, כששטח כל קומה עומד על 262 מ"ר (להלן: "**המבנה**"). עוד נטען בכתב האישום כי הנאשם לא הגיש, בכל מועד, בקשה לקבלת היתר כדין, הן עובר לביצוע עבודות הבנייה הנ"ל והשימוש החורג בהן, והן עד עצם היום הזה.

ההליך בבית משפט קמא

4. בדיון שהתקיים לאחר הגשת כתב האישום, לאחר דחיות רבות ולאחר קבלת חוות דעת של הפסיכיאטר המחוזי שאישר את כשירותו של המשיב לעמוד לדין, הוקרא למשיב כתב האישום, וזה כפר בעובדות המפורטות בכתב האישום.

5. בדיון שהתקיים ביום 26.12.18, הגיעו הצדדים להסדר חלקי, לפיו המשיב יחזור בו מכפירתו, יודה בכתב האישום ויורשע על פיו, כשהצדדים הסכימו על חלק ממרכיבי העונש: כפל אגרת בנייה בסך כולל

של 75,456 ₪, חיוב היטל השבחה בסך כולל של 175,000 ₪, וטיעון חופשי ביחס ליתר רכיבי הענישה. לאחר הודייתו, הורשע המשיב במיחוס לו בכתב האישום, ונקבע מועד לטיעונים לעונש.

6. לאחר שמיעת הטיעונים לעונש בדיון מיום 30.1.19, בית משפט קמא גזר על המשיב את העונשים הבאים:

6.1. קנס בסך 60,000 ₪ לתשלום בפריסה של ל-60 תשלומים חודשיים החל מיום 10.3.19.

6.2. כפל אגרת בניה בסך 75,456 ₪.

6.3. היטל השבחה בסך 175,000 ₪.

6.4. חתימה על התחייבות כספית בסך 50,000 ₪, לפיה המשיב ימנע מביצוע עבירות בנייה אסורות במשך 3 שנים.

6.5. כמו כן, בית משפט קמא חייב את המשיב להרוס את המבנה נשוא כתב האישום, וכן אסר עליו לבצע כל שימוש במבנה, אלא אם יקבל היתר כדיון, וזאת בתוך 24 חודשים ממועד גזר הדין. בנוסף נקבע כי באם הנאשם לא יקבל היתר בניה ולא יבצע את ההריסה הנדרשת, הוועדה תוכל לבצע את ההריסה ולחייב את המשיב בהוצאות ההריסה.

7. בגזר דינו ציין בית משפט קמא את נסיבותיו של המקרה, לפיהן בשנת 2013 נתקבלה תכנית מתאר המייעדת את המקרקעין בהם נמצא המבנה למגורים, אך לא אושרה מאז תכנית מפורטת שמכוחה ניתן ליישם את תכנית המתאר. בית משפט קמא הוסיף כי "**המצב כדלעיל חוזר על עצמו כמעט בכל תיק ותיק, במובן זה שהנאשם טוען כי הוא נאלץ לבנות כי אין לו ברירה אחרת ומצד שני המאשימה טוענת כי הנאשם נטל את החוק לידי וחקים, תוך הפרה בוטה של הוראות החוק, בניין שלא כדיון.**"

8. עוד הוסיף בית משפט קמא כי "**אותו עניין הינו בבחינת הביצה והתרנגולת, כאשר לא יודעים מה קדם למה. האם אכן התמהמהות הליכי התיכנון היא הגורם לכך כי אנשים ייטלו את החוק לידיהם, במובן זה שיבנו שלא כדיון, אף במחיר של משפט ותשלום קנסות או שאכן מדובר בעבריינים מטבעם אשר בוחרים לבנות ללא היתר כדיון**"

9. בנוסף ציין בית המשפט קמא: "**תוחלת החיים של אדם אינה בלתי מוגבלת. כן מטבע הדברים הזכות לדיור ולקורת גג הינה זכות בסיסית ואפשר להגדירה כחוקתית ויש מקום לצפות כי אכן הליכי תכנון ואישור תוכניות יתנהלו בקצב סביר.**"

לדעתו של בית משפט קמא, יש לזקוף את הליכי התכנון במחוזות אלו לחובת כל הרשויות, לרבות המערערת, המתנהלים בעצלתיים.

10. בהקשר זה, בית משפט קמא התייחס למצבו המשפחתי של המשיב, שהינו אב לחמישה ילדים שבגרו, ורוצים להקים משפחות, כשבאיזור מגוריו של המשיב אין כל בניה ציבורית שתוכל לאפשר להם לקנות דירות, ומשכך אין דרך אחרת מלבד הקמת מבנה על המקרקעין שבבעלותו.

כן ציין בית המשפט את מצבו הנפשי של המשיב כפי שפורט בחוות דעת אשר הוגשה לבית המשפט, אם כי מסקנתה הייתה שהמשיב כשיר לעמוד לדין.

11. כנגד האמור, בית משפט קמא התייחס לערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה ממעשיו של המשיב, ובניהם הפגיעה בשלטון החוק והפגיעה בהליכי התכנון, ובאיזון בין כל השיקולים והנתונים העובדתיים שהוצגו בפניו קבע בית המשפט קמא כי מתחם הענישה הראוי הינו קנס שינוע בין 50,000 ₪ ל-150,000 ₪ ובשים לב לכלל הנסיבות קבע את העונשים שפורטו לעיל.

12. יצוין כי לענין דחיית צו ההריסה השיפוטי לתקופה של 24 חודשים, קבע בית משפט קמא כי "אף כי תיקון 116 הגביל את בית המשפט לתקופת עיכוב של 12 חודשים.. דעתי היא כי הוראות תיקון 116 אינם חלים על העבירות שבוצעו לפני שנכנס החוק לתוקף, זאת אף כי גזר הדין ניתן לאחר מכן... קבעתי אורכה לאור טעמים מיוחדים והם כי קיימת תכנית מתאר המייעדת את המקרקעין לבנייה ועדיין יש להמתין לקבלת תכנית מפורטות אשר באחריות המאשימה עצמה".

טיעוני המערער

כללי

13. המערער מבקשת להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא ולהחמיר באופן מהותי את העונשים שהוטלו על המשיב.

14. בהודעת הערעור נטען כי מדובר בעבירה חמורה של בניית מבנה מגורים בהיקף עצום, ללא היתר, על קרקע חקלאית ומחוץ לתחום תכנית המתאר של היישוב; בעשיית דין עצמי ולקיחת החוק לידיים בעת ההחלטה לבנות ללא היתר בהיקף בנייה ושימוש הזועקים להטלת עונש מחמיר ומרתיע; בפגיעה חמורה בשלטון החוק ובאזרחים שומרי החוק, בעלי החלקות הסמוכות, הממתינים לאישורה של תכנית שתאפשר בנייה; בבנייה שמעידה על יכולת כלכלית; בבנייה שהאופק התכנוני העתידי שיכשיר אותה עוד רחוק.

15. לענין קולת העונש טוענת הועדה כי בית משפט קמא חרג באופן בלתי סביר ממתחם הענישה ההולם, ללא כל הצדקה. ראשית, מדובר במקרה בו הבניה, כאמור, עצומה, ואינה מצדיקה הקלה; שנית, נימוקיו של בית משפט קמא בנוגע למצבו של הנאשם ולגבי התנהלות הרשויות, אינם מגובים בחומר הראיות, אלא, לדעת המערער, נסמכים על עמדתו האישית של בית המשפט קמא המבוססת על ניסיונו. שלישית, לטענת המשיבה, היה על בית משפט קמא לתת משקל לעובדה שלא מדובר

באדם שהקים מבנה מגורים צנוע מחמת מצוקת דיור, שכן, כאמור, מדובר בעבירת בנייה בהיקף עצום; רביעית, מדובר בעבירת שימוש שנמשכת כ-4 שנים, שיש להתייחס אליה לעניין גזירת הענש; חמישית, שלא נמסר נימוק כלשהו להקלה בענישה הכספית, שחייבת להיות מחמירה ומכאיבה, לאור העובדה שהמשיב נהנה מפירות הבניה, בשים לב שאחת מתכליות הענישה המרכזיות הינה שלילת ההנאה מפרי העבירה. משכך, העונש המקל שולח מסר נרפה לציבור הרחב באשר לעבירות שהפכו למכת מדינה.

בטיעונים בפני ציין ב"כ המערערת כי המשיב השלים את הבנייה תוך כדי ההליכים המשפטיים, והוא וילדיו אף עברו להתגורר בבית המגורים על אף ההליכים המנהליים כנגדו, וללא קבלת היתר בנייה.

רכיב הקנס ופריסתו

16. לעניין רכיב הקנס טענה המערערת לחרیגה מהותית מרמת הענישה הנוהגת במקרים דומים. כך למשל הפנתה המערערת לפסק דינה של כב' השופטת שרון נתנאל בעפ"א 41205-06-15 **מדינת ישראל נ' רפיק חוסיין סלאמה** (31.12.2015) (להלן: "**עניין סלאמה**") אשר קבעה כי המטרה העיקרית של השתת הקנס על מי שמבצע עבירות בניה הינה כלכלית והרתעתית, ולכן קיבלה את ערעור המדינה וגזרה על הנאשם קנס בסך 120,000 ₪, בשל בניית בית מגורים בשטח של 272 מ"ר (בית משפט קמא הטיל קנס בגובה 45,000 ₪). לטענתה, בהתאם לחישוב שנעשה במקרה סלאמה, הקנס במקרה זה אמור לעמוד, לכל הפחות, על סך של 480,000 ₪. עוד מפנה המערערת **לעפ"א 211/08 ועדה מקומית לתכנון ובניה מחוז צפון נ' שמקה ואח' (26.02.2009)**, בו דובר על מבנה בשטח של כ- 483 מ"ר, שם בית המשפט שלערעור הטיל על הנאשמים קנס כולל בסך 135,000 במקום 36,000 ₪. בנוסף לכך טוענת המערערת כי לפני תיקון 116, גובה הקנס לצד עבירת הבניה עמד על 75,300 ₪, בתוספת של 1,400 ₪ עבור כל יום בו עבירות השימוש נמשכת (במקרה שלפנינו מדובר ב- 1460 ימים), ולכן במקרה דנן, הקנס יכול להגיע לסך של 2,044,000 ₪.

17. המערערת טוענת כי קנס על סך 60,000 ₪ מהווה **תוספת שולית וזניחה לעלויות הבניה**, ומשכך רחוק ממתחם הקנס ההולם בנסיבות המקרה, ומחטיא לחלוטין את מטרות הענישה, שכאמור לעיל, העיקרית מבניהן היא ההרתעה. בנוסף לכך טוענת כי פריסת הקנס לתקופה של 5 שנים מהווה מעין "פרס" לעברייני, הפוגע בהרתעה.

18. עוד טוענת מערערת כי הטלת תשלום אגרת בניה והיטל השבחה על המשיב, גם הכפלת הסכומים, אינם מהווים תשלומים המטיבים עם הנאשם לעניין גובה הקנס. הועדה מסתמכת על החלטתי בעפ"א 45733-03-18 **הועדה המקומית לתכנון ובניה "שפלת הגליל" נ' כנאני** (23.7.18) (להלן: "**עניין כנאני**") בה קבעתי שתשלומי אגרות ותשלומי חובה אינם בגדר קנס, שכן מדובר בתשלומים שעל הנאשם לשלם, אילו היה נוהג כחוק ומקבל היתרי בניה.

רכיב ההתחייבות הכספית

19. המערערת טוענת כי **על ההתחייבות להיות משמעותית ומרתיעה**. הועדה מפנה שוב לעניין "סלאמה" בו הנאשם חויב לחתום על התחייבות בסך 150,000 ₪. ובניגוד לכך, במקרה שלפנינו הנאשם חויב לחתום על התחייבות בסך 50,000 ₪.

פרק הזמן שניתן להריסת המבנה ולאיסור השימוש

20. המערערת טוענת כי בית משפט קמא שגה, ואף חרג מסמכותו העניינית, כשהורה על דחיית מועד ביצוע צו ההריסה וצו איסור השימוש לתקופה של 24 חודשים. לטענתה, בהתאם להוראות סעיף 16(ה) לחוק התכנון והבניה (תיקון 116), התשע"ז-2017 (להלן: "**תיקון 116**"), על העבירה המיוחסת לנאשם חלות הוראות החוק הישן. אולם, בהתאם להלכות שנקבעו, צו ההריסה וצו איסור השימוש אינם ניתנים כחלק מהעונש, שכן שכל מטרתם היא להסיר את המחדל ולשמור על המצב התכנוני שאמור היה להתקיים לולא בוצעו עבירות הבניה. לכן, לטענתה, המועד הרלוונטי לתחולתם ולתוקפם הוא מועד מתן הצווים בפועל, ללא קשר למועד ביצוע העבירה, ועקרון זה עוגן מפורשות בסעיף 16(ג) **לתיקון 116**.

21. המערערת טוענת, בהתאם לסעיף 254ד(א) **לתיקון 116**, כי המועד לביצוע הצווים הוא בתוך 30 ימים מיום מתן הצו, כשבית המשפט רשאי, מטעמים מיוחדים לדחות את מועד ביצועו לתקופה שאינה עולה על **שנה אחת**.

לטענתה של המערערת קיומה של תכנית מתאר כוללת לעיר אינה מהווה טעם מיוחד שבגיניו יש להקל בעונשו של המשיב ולהעניק לו אורכה בת שנתיים לביצוע צו ההריסה. לא קיים כל תכנון פעיל תלוי ועומד, ומשכך אין הצדקה לעיכוב ביצוע שאינה לצרכי התארגנות בלבד. המערערת הודתה כי תכנית המתאר אושרה עוד בשנת 2013, ואולם שני הצדדים לא הביאו נתונים עדכניים המגובים באסמכתאות בשאלת מצב ההליך התכנוני במסגרתו אמורה להיות מאושרת תכנית מפורטת מכוחה יוכל להמשיך להוציא היתר בנייה למבנה, אם כי ב"כ המערערת אישר כי תכנון המתחם בו נבנה המבנה מצוי בשלב מתקדם.

טענות המשיב

23. בדיון שהתקיים בפני טען ב"כ המשיב כי יש להתייחס אל המשיב כאל קורבן של עצלות הרשויות באישור התכנית, שכן תכנית המתאר אושרה בשנת 2013, ומאז אין התקדמות. לטענתו, המערער בנה, מכורח הנסיבות, מבנה שמאכלס מספר משפחות (ככל הנראה 5), כיוון שאין חלופה אחרת באזור.

ב"כ המשיב טוען כי היכולת הכלכלית של המשפחה דלה. האב, קרי המשיב, עמוד השדרה של המשפחה, קרס בשל מצבו הבריאותי והעסקי.

24. בנוסף טען ב"כ המשיב כי יש לתת את המשקל הראוי לסך של 175,000 ₪ שבו כבר חוייב המשיב בהיטל השבחה, ובהקשר זה יצוין כי ב"כ המערער טען כי סכום היטל השבחה בהתאם להערכת השמאי עמד על סך של 109,000 ₪, ובהתאם המרכיב "העונשי" המגולם בהיטל השבחה במקרה זה הינו אך ורק הפער בין הסך של 175,000 ₪ שבו חוייב המשיב לסכום הריאלי של היטל השבחה (סך של 66,000 ₪).

25. עוד טוען ב"כ המשיב כי בשל העובדה שעברה כמעט שנה ממועד מתן הצו, בשים לב שאין כל התקדמות בתכנית, יש להימנע מהתערבות בעניין מועד ביצוע הצו ולהשאיר את תוקפו כפי שקבע בית משפט קמא.

דין והכרעה

26. לאחר שעיינתי בטיעוני הצדדים אני סבור כי דין הערעור להתקבל ואכן יש להחמיר באופן משמעותי את העונשים אשר הוטלו על המשיב, אם כי לא בהיקף ובסכומים המבוקשים על ידי המערער.

27. בטרם אדון בטענות הועדה לגופן, אזכיר את קביעתו העקבית של בית המשפט העליון לפיה: **"כלל הוא שלא בנקל תתערב ערכאת הערעור במידת העונש שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שבהם העונש שנגזר חורג במידה ניכרת מרמת הענישה הנוהגת במקרים דומים או כאשר דבק פגם מהותי בגזר הדין.... הדברים נכונים ביתר שאת שעה שהערעור שלפנינו מכוון נגד קולת העונש ולא כלפי חומר, שכן כידוע ערכאת הערעור אינה נוטה למצות את הדין עם הנאשם...."**

ע"פ 5750/16 מדינת ישראל נ' ג'מאל חשאן (23.4.17, פסקה 10).

עוד נקבע כי:

"הלכה פסוקה היא שערכאת הערעור אינה גוזרת מחדש את דינו של מערער, ואינה נוטה להתערב בעונש שנגזר על-ידי הערכאה הדיונית, זולת בנסיבות חריגות שבהן נפלה טעות מהותית בגזר הדין, או במקרה שבו העונש חורג באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת.... בנדון דידן, אכן נפלה שגגה מלפני הערכאה הדיונית בכך שלא הגדירה באופן ברור את מתחם הענישה ההולם למעשים. יחד עם זאת, בית משפט זה פסק פעמים רבות כי זוהי אינה טעות המצדיקה כשלעצמה את התערבות ערכאת הערעור; "ערכאת הערעור בוחנת, בראש ובראשונה, את התוצאה העונשית הסופית, וגם אם נפלה שגגה באופן הפעלת מנגנון הבניית שיקול הדעת שעוגן בהוראות תיקון 113, אין בכך כדי להצדיק קבלת ערעור כאשר התוצאה העונשית אינה מצדיקה התערבות..." (ע"פ 248/18 אהרון גבאי נ' מדינת ישראל (02.7.18, פסקה 9).

28. במקרה שלפנינו אני סבור כי יישום העקרונות לעיל, מחייב התערבות בגזר דינו של בית המשפט קמא,

נוכח העובדה שתוצאתו העונשית הכוללת, בנסיבות העניין, אינה סבירה וחורגת באופן מהותי מרמת הענישה הנוהגת במקרים דומים, ויש בה אף כדי לשדר מסר של הבנה והצדקה ל"לקיחת החוק לידיים" במקרים של עיכובים בהליכי התכנון, וזאת בניגוד להלכתו של בית המשפט העליון.

29. כפי שפורט לעיל מגזר דינו של בית המשפט קמא עולה כי ניתן על ידו משקל מהותי לעיכוב בהליכי התכנון, למצוקת הדיור הקיימת באזור מגורי המשיב ובני משפחתו הגורמת לכך שלמשיב "... **אין כל דרך אחרת מלבד שהוא יקים את ביתם על המקרקעין אשר בבעלותו**".

30. אקדים ואדגיש כי ככלל אינני פוסל על הסף את האפשרות לפיה, בנסיבות מסוימות, יש בעיכוב בלתי סביר בהליכי התכנון אשר מונע כל אפשרות לקבלת היתר בנייה כדי לשמש כנסיבה מקלה בשאלת הענישה.

31. ואכן, במקרה שלפנינו תוכנית המתאר אושרה כאמור כבר ביום 19.11.13, ובכל זאת עד למועד הדיון שהתקיים בפני אף לא הופקדה תכנית מפורטת המתייחסת למתחם בו מצוי המבנה, וב"כ המערערת לא הביא בפני בית המשפט נתונים אשר יצביעו על השלב התכנוני שבו עומדת אם בכלל תוכנית מפורטת שמכוחה יוכל המשיב לקבל היתר בנייה למבנה, למעט אמירה כללית לפיה התכנון של המתחם שבו מצוי המבנה, ואשר בהתאם לתכנית המתאר מיועד למגורים ולשימוש מסחרי "מצוי בשלב מתקדם".

32. בהקשר זה אציין, כי ב"כ המשיב טען באופן כללי כי במרבית המקרים "**העיכובים נובעים ממעשי הרשויות המקומיות, אין לזה שום קשר לוועדה המקומית**" אלא שלא הובאו על ידו כל נתונים קונקרטיים בנושא, אשר יצביעו על גורם העיכוב בתכנון במקרה שלפנינו, ולעמדתו ככלל המערערת, ככל ועדה מקומית, נושאת אף היא באחריות לקידום הליכי תכנון, ואין היא רשאית להתנער מאחריות זו בטענה כללית שאינה נתמכת בראיה, בדבר אחריות הרשות המקומית או גורמים אחרים.

33. ואולם, לא די בהתמשכות הליכי התכנון לכשעצמה כדי להצדיק באופן אוטומטי הקלה בענישה בגין עבירות בניה, ולעמדתו, רק במקרה ובו תונח בפני בית המשפט תשתית עובדתית אשר תצביע על המתנה ממושכת של נאשם לקידום של הליכי תכנון, ועל התמשכות בלתי סבירה של הליכי התכנון אשר הובילה את הנאשם למצוקת דיור, שבגינה נדחק הנאשם לבנות ללא היתר מתוך רצון והכרח לספק קורת גג סבירה למשפחתו, אזי גם אם לא יהיה בכך כדי לפטור את הנאשם מאחריותו לביצוע עבירה של בנייה ללא היתר כדון, יהיה בכך כדי להפחית את החומרה שבמעשי הנאשם, ובהתאם לשמש כנסיבה מקלה בקביעת עונשו.

34. אלא שבמקרה שלפנינו לא הונחה על ידי המשיב תשתית עובדתית ראויה שתתמוך בטענותיו, והעובדות שהובאו בפני בית המשפט אינן עולות בקנה אחד עם קביעותיו של בית המשפט קמא.

35. ראשית יצוין כי הטיעונים בדבר העדר אפשרות בנייה חליפית למשיב ובניו, והעדר בנייה ציבורית כלשהי באיזור מגורי המשיב נטענו ללא כל תשתית ראייתית, והתקבלו על ידי בית המשפט ללא כל אסמכתא תוך

התבססות על "ידיעה שיפוטית" שמקורה אינו ברור של בית המשפט קמא.

36. זאת ועוד, בכל הנוגע לעיכוב הליכי התכנון, במקרה שלפנינו אושרה כאמור תוכנית המתאר ביום **19.11.13**, וכעולה מכתב האישום שבעובדות המצויינות בו **הודה המשיב**, המבנה הוקם על ידו כבר ביום **6.8.14**, **פחות מ-9 חודשים לאחר מועד אישורה של תוכנית המתאר!!!**, ובעובדה זו יש כדי להשמיט את הבסיס מהטענה לפיה המשיב "נאלץ" לבנות את ביתו ללא היתר, לאחר שלא חלה כל התקדמות בהליך התכנון. במקרה זה נראה דווקא שהמשיב בחר מרצונו שלא להמתין להתקדמות הליכי התכנון, ובנה את המבנה ללא היתר זמן קצר לאחר אישורה של תוכנית המתאר, **ובהתאם העובדה שעד היום לא אושרה תוכנית מפורטת, איננה יכולה לשמש כנסיבה מקלה לעצם ביצוע עבירות הבנייה על ידי המשיב, ובכל מקרה משקלה נמוך בהרבה מכפי שייחס לה בית המשפט קמא.**

37. עוד עומדת לחובתו של המשיב העובדה שכעולה מנתוני המבנה ומהתמונות שהוצגו בפני בדיון, אין מדובר כלל ב"קורת גג סבירה" שבנה המשיב לבני משפחתו, אלא מדובר בבנייה רחבת היקף **בשטח כולל של 1,048 מ"ר, המשתרעת על 4 קומות מגורים**, והמשיב לא הסתפק בבניית בית מצומצם למשפחתו, אלא בנה ללא היתר **קומת מגורים נפרדת לכל אחד מילדיו.**

זאת ועוד, לא נסתרה טענת ב"כ המערערת לפיה המשיב השלים את בנייה המבנה, תוך כדי ההליכים המשפטיים ועבר להתגורר בו עם בני משפחתו.

על האמור לעיל יש להוסיף ולהדגיש כי גם אם היה המשיב מוכיח (וכאמור לעיל הוא לא עשה כן), כי התקיימו במקרה זה אותן נסיבות המצדיקות הקלה ברמת הענישה, יש להעמיד כנגדם שיקולי נגד ובכלל זה העובדה שביצוע בנייה בלתי חוקית לאחר אישורה של תוכנית מתארית יש בו כדי לסכל אפשרות הכנתה של תוכנית מפורטת בכך שמכני התוכנית ימצאו עצמם בפני "עובדות מוגמרות" שיקבעו כל מבצעי הבנייה הבלתי חוקית, זאת תוך פגיעה בציבור שומרי החוק הממתין לאישורה של תוכנית מפורטת כדין.

38. כמו כן אין לשכוח את דבריו הברורים של בית המשפט העליון ברע"פ 2885/08 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ת"א יפו נ' מוסא דכה** (22.11.09) (פסקה ז'): :

"אין מרפאים רעה חולה ברעה חולה לא פחות, בפתיחת פתח להפקרות, ל'איש הישר בעיניו יעשה'; שהרי פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ברוחב יריעתו, ללמד - כביכול - על הכלל יצא. משמעות פסק הדין, אם יעמוד על כנו, הוא כי כל החפץ ליטול את השם ייטול. קרי, בכל מקום, ואין זה המקום היחיד בישראל, שבו ישנה איטיות (לעתים מרגיזה ואף מקוממת) בהליכי בניה, יבנה הבונה כחפצו, ומשתבוא גאולת הליכי התכנון יבוא גם יום 'עשיית סדר' בבניה הלא חוקית; ועד אז - כך עולה - ישגשו המבנים הבלתי חוקיים, גדולים וקטנים. אחריותו של בית המשפט גדולה מזה. על כן לא נוכל ליתן יד לכך. יתרה על אלה, זו עוד דוגמה, ואינה ראשונה כמובן, כיצד בדרך של הליכים בבתי המשפט לדרגותיהם במשך שנים, תהא הלגיטימיות שלהם אשר תהא, מונצחת בניה בלתי חוקית, וריבוי

ההליכים מאז 2001 לאורך שמונה שנים, כנמנה מעלה, יעיד".

39. סיכומו של דבר, אני סבור כי בית המשפט קמא נתן משקל מופרז במקרה זה להתמשכות הליכי התכנון, ושומה היה על בית המשפט ליתן דגש ראוי על החומרה שבמעשי המשיב כפי שבאה לידי ביטוי בהיקף הבנייה, באופייה, ובמועד בו בוצעה.

40. בהקשר זה מן הראוי לשוב ולהזכיר את קביעותיו הברורות של בית המשפט העליון באשר לצורך הענישה ראויה לעבירות בנייה, לנוכח הערך החברתי המוגן הנפגע מביצוע עבירות בנייה, כפי שנקבע על ידי של השופט (כתוארו אז) מ.חשין ברע"פ 4357/01 סבן נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה קרית אונו פ"ד(3) 49,59 :

" בנייה שלא כדין היא לא רק תופעה, החותרת תחת התכנון הנכון של הבנייה, אלא השלכותיה מרחיקות לכת יותר. היא בין התופעות הבולטות, הפוגעות בהשלטת החוק. מי שעושה דין לעצמו פוגע באופן הגלוי והברור בהשלטת החוק..."

וכן ראו רע"פ 5545/11 יאסין עאדל נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה לב הגליל (2.8.11, פסקה ו')
וכן רע"פ 9239/12 עבדאלקאדר אבו עראר נ' מדינת ישראל (2.1.2013, פסקה 12).

לאור עוצמת הפגיעה ביסודות שלטון החוק, ובאפשרויות התכנון בשל קיומן של עבירות בנייה בלתי חוקית, חזר בית המשפט העליון וקבע כי על בתי המשפט לנקוט בגישה מחמירה ותקיפה בכל הנוגע לענישה בגין בנייה בלתי חוקית וכך נקבע כי: "בהזדמנות זו, הנני מבקש להוסיף מספר מילים, לגבי חומרתן של העבירות בהן עסקינן. כפי שנקבע לא אחת, עבירות התכנון והבניה הפושטות בארצנו, הגיעו לכדי רמה של "מכת מדינה", דבר המחייב נקיטת יד קשה נגד העבריינים. יפים, לעניין זה, דברי השופט ס' גובראן ברע"פ 6665/05 מריסאת נ' מדינת ישראל (17.5.2006): "על העונש שנגזר על מי שמורשע בעבירות נגד חוקי התכנון ובניה לשקף את חומרת המעשים והפגיעה בשלטון החוק ולשמש גורם הרתעה נגדו ונגד עבריינים פוטנציאליים, במטרה להפוך את ביצוע העבירות לבלתי כדאיות מבחינה כלכלית. כבר נפסק בעבר, כי בתי- המשפט מצווים לתת יד למאבק בעבירות החמורות בתחום התכנון והבנייה, שהפכו לחזון נפרץ בימינו". הנני מצטרף לדברים נכוחים אלה." (רע"פ 189/14 מודלג' נ' מדינת ישראל (14.3.3), פסקה 5))

41. בהתאם לעקרונות לעיל, יש לבחון את התוצאה העונשית במקרה שלפנינו ולעמדת בית המשפט קמא חרג באופן מהותי ממתחם הענישה המקובל והראוי בנסיבות העניין.

42. כך בעניין "כנעני" הוריתי על הגדלת קנס שהוטל על נאשם בגין בנייה למגורים בהיקף של כ-672 מ"ר, לסך של 80,000 ₪, בנסיבות דומות של בנייה במקרקעין הנכללים במתחם תכנון שאושר בתוכנית מתארית כמיועד בין היתר למגורים, אך ללא תוכנית מפורטת מכחה ניתן להוציא היתרי בנייה, וזאת לאחר שלקחתי בחשבון כי המשיב חויב לשלם סך של 100,000 ₪ בגין שווי בנייה, מה שלא נדרש כלל במקרה שלפנינו.

43. בנוסף בעניין "סלאמה" שם החמיר בית המשפט המחוזי בעונשו של נאשם שהורשע בבניית 272 מ"ר למגורים במקרקעין שהיו מוכרזים כשמורת טבע ובייעוד חקלאי, ועל אף העובדה שבמהלך ההליכים שונה ייעוד המקרקעין למגורים, בית המשפט הטיל על הנאשם קנס בסך של 120,000 ₪, אם כי יצוין כי בית המשפט נתן משקל גם להרשעת הנאשם באי קיום צו הריסה שיפוטי וזאת בשונה מהמקרה שבפנינו.

44. כמו כן, בע"פ 64416-12-14 **עבדאלולי ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה מעלה חרמון (23.3.15)** הפחית בית המשפט המחוזי קנס שהוטל על שני מערערים שביצעו במשותף עבודות בנייה בהיקף כולל שהועמד בערעור על 500 מ"ר, במקרקעין שיעודם מגורים, ובמסגרת הערעור אף הוצג היתר בנייה שניתן למערערים, אך עדיין בית המשפט חייב **כל אחד** מהמערערים בקנס בסך של **80,000 ₪**. בעניין זה יודגש כי במקרה שלפנינו לא הוצג היתר בנייה ואף לא הוגשה בקשה לאישור הבנייה.

45. כמו כן, בעפ"א (חי') 11955-01-19 **הועדה המרחבית לתכנון ובנייה שפלת הגליל נ' מוחמד יוסף עואד (7.3.19)**, החמיר בית המשפט המחוזי בעניינו של נאשם אשר הורשע בבניית מבנה מגורים בשטח כולל של 254 מ"ר במקרקעין שיעודם מגורים על פי תכנית מיתאר שלא ניתן להוציא מתוכה היתר בנייה בהיעדר תכנית מפורטת ובית המשפט העמיד את גובה הקנס על סך של **70,000 ₪**.

46. לעמדת, לנוכח נסיבות ביצוע העבירה, היקף הבנייה הנרחב שלא נועד רק לתת פתרון ל"מצוקת" דיור, אלא לאפשר מגורי נוחות לכל בני משפחתו המורחבת של המשיב, ולאור רמת הענישה בפסיקה בנסיבות דומות, יש להחמיר באופן מהותי את גובה הקנס שהוטל על המשיב.

47. בהקשר זה יצוין כי לא ניתן גם לקבל את טיעוני ב"כ המשיב בדבר היכולת הכלכלית הדלה של המשיב ומשפחתו, ובעניין זה "טוב מראה עיניים" ותמונות המבנה שהוצגו בפני מצביעות על יכולת כלכלית של ממש כפי שבאה לידי ביטוי במבנה רחב המימדים שנבנה על ידי המשיב.

48. מאידך, נתתי בכל זאת משקל למצבו הנפשי של המשיב שנתמך בחוות דעת רפואית, אשר גם אם לא היה בו די לפטרו מאחריות פלילית יש ליתן לו בכל זאת משקל בשאלת הענישה. כמו כן ובכל הנוגע

לעבירת השימוש ללא היתר כדון, יש ליתן משקל לכך שגם היום ובחלוף 6 שנים ממועד אישור תכנית המתאר, אין תוכנית מפורטת מאושרת, כך שלא עמדה למעשה למשיב אפשרות מעשית להכשרת בניית המבנה, לאחר השלמתו.

49. עוד לקחתי בחשבון, את העובדה שבהסכמה אליה הגיעו הצדדים ביחס לתשלום היטל השבחה על ידי המשיב גולם מרכיב "עונשי" בסכום של **66,000 ₪**, וב"כ המערערת אישר כאמור כי סכום היטל ההשבחה עמד על סך של 109,000 ₪ על פי שומה. ובכל זאת סוכם כי המשיב ישלם סך של 175,000 ₪ בגין היטל השבחה.

50. בשים לב לכל האמור לעיל, ותוך מתן דגש על כך שאין דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין עם הנאשם, אני מורה על הגדלת סכום הקנס לסך של **120,000 ₪** במקום הסך של **60,000 ₪** שנקבע על ידי בית משפט קמא, כך שסך הקנס בפועל המוטל על המשיב (כולל המרכיב העונשי בהיטל ההשבחה) יעמוד על סך של כ-180,000 ₪ שהינו קנס הולם בנסיבות העניין.

כמו כן אני מורה על הגדלת סכום ההתחייבות עליה יחתום המשיב ביחס לעבירות שהוגדרו על ידי בית המשפט קמא (עבודות בנייה אסורות) **לסך של 100,000 ₪**, וכתב התחייבות מתוקן יחתם על ידי המשיב לא יאוחר מיום 20.12.2019. ואם לא יעשה כן יחולו הוראות גזר הדין ולפיהן המשיב יאסר ל-30 ימים.

51. מאידך, אינני מתערב בקביעתו של בית המשפט קמא באשר לדרך תשלום הקנס ובהתאם ישולם הקנס על ידי המשיב ב-60 תשלומים בסך של 2,000 ₪ כל אחד, ובניכוי כל סכום שכבר שולם על ידו, וזאת החל מיום 10.1.2020 ובכל 10 לחודש שלאחריו, והמשיב יקבל את שוברי התשלום מאת המערערת.

52. כמו כן תיוותר על כנה הוראת בית המשפט קמא לפיה תמורת סכום הקנס יעמדו 600 ימי מאסר, ככל שהקנס לא ישולם על ידי המשיב, וכן ההוראה לפיה אי עמידת המשיב ב-2 תשלומים עוקבים תעמיד את כל סכום הקנס לפירעון מיידי עם כל המשתמע מכך.

53. ביתר מרכיבי גזר הדין לא יחול שינוי למעט בסוגיית עיכוב ביצוע הריסת המבנה לתקופה של שנתיים שעליה הורה בית המשפט קמא.

54. בעניין זה נתפס בית המשפט קמא לכלל טעות משפטית, ובסעיף 16(ג) להוראות המעבר לתיקון 116, נקבע באופן ברור כי הוראות סימן "ז" בפרק "י" של החוק בנוסחו **לאחר תיקון 116**, הכוללת גם את סעיף 254(א)(1) (א) שעניינו ציווי על הריסת "עבודה אסורה" במסגרת גזר דין "**יחולו על צווים שניתנו מכוח הסימנים האמורים ביום התחילה ואילך**", ומכאן שבניגוד לקביעת בית המשפט קמא על צו ההריסה עליו הורה בית המשפט קמא, יחולו הוראות **תיקון 116**.

55. בהתאם, יחולו גם הוראות סעיף 254ד(א) **לחוק** בנוסחו **לאחר תיקון 116**, על צו ההריסה, ולפיכך בית המשפט קמא לא היה מוסמך כלל להורות על עיכוב ביצוע לתקופה העולה על שנה, וגם זאת אך ורק בהתקיים "טעמים מיוחדים".

56. נוכח הצהרת ב"כ המערערת לפיה התכנון המפורט במתחם התכנון שבו נבנה המבנה, מצוי בשלב מתקדם, ובהעדר טיעון מטעם ב"כ המערערת שלפיו מיקומו של המבנה לא יאפשר את הכשרתו גם במסגרת תכנית מפורטת, או כי מדובר בבנייה מסכלת תכנון, ונוכח עמדתי לעיל לפיה המערערת אינה יכולה להתנער מאחריותה לקידום הליכי התכנון, זאת בצד עמידתה על אכיפת דיני התכנון ותוך מתן משקל גם לכך שמאז מועד גזר הדין כבר חלפו כ-10 חודשים, אני מורה על עיכוב ביצועו של צו ההריסה עליו הורה בית המשפט קמא עד ליום 31.1.2020 ולאחר מועד זה ככל שלא יעלה בידי המשיב להצביע על קיומו של "אופק תכנוני" המצדיק, בהתאם לפסיקה, עיכוב נוסף של ביצוע ההריסה (ובענין ה"אופק התכנוני הנדרש" ראו פסקה 51 לעפ"א (חי') 56170-08-19 **עאידה נ' היחידה הארצית לאכיפת דיני התכנון והבנייה**(21.11.2019)) יהיה עליו להרוס את המבנה, וככל שלא יעשה כן המערערת תהיה רשאית לבצע את ההריסה במבנה באופן עצמאי ולהשית על המשיב את הוצאות ההריסה.

57. **למען הסר ספק, בקשה לעיכוב ביצוע נוסף של צו ההריסה תוגש לבית משפט קמא.**

ניתן היום, י' כסלו תש"פ, 08 דצמבר 2019, בהעדר הצדדים.