

## ת"פ 70661/03/19 - יוסי איבגי נגד ועדה מקומית לתכנון ובניה קרית גת

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עתפ"ב 70661-03-19 איבגי נ' ועדה מקומית לתכנון קרית גת

בפני	כבוד השופט אלון אינפלד
המערער	יוסי איבגי
	ע"י ב"כ עו"ד חן בן חיים
נגד	
המשיבה	ועדה מקומית לתכנון ובניה קרית גת
	ע"י ב"כ עו"ד אביחי שלום

### פסק דין

ערעור זה מעורר שתי שאלות משפטיות מהותיות. האחת, אם לא הגיעה העת שחומרתן של עבירות תכנון ובניה שהן בפועל גם עבירות רכוש חמורות, תתבטא בענישה הולמת על ידי מאסר בפועל כעניין של מדיניות שיפוטית נהגת. השנייה, כיצד נכון להעריך את הענישה הכלכלית בעבירות שנועדו לרווח כלכלי, לגבי נאשם שכיסו ריק, במסגרת סעיף 40 לחוק העונשין.

זהו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בקריית גת - בשבתו בבית המשפט באשדוד (כב' השופט משה הולצמן), מיום 14.02.19, אשר גזר על המערער, שביצע עבירות בניה ושימוש רחבות היקף ותוך פלישה לשטחים לא לו, קנס בסך של 250,000 ₪ או 6 חודשי מאסר תמורתו, התחייבות וצו הריסה.

### ההליך בבית המשפט קמא

1. כתב האישום המתוקן הוגש נגד ארבעה נאשמים:

- בעל זכויות השימוש בנכס בו בוצעו העבירות - איבגי יוסי (להלן: המערער).
- חברה בע"מ המחזיקה והשוכרת את הנכס בו בוצעו העבירות - צובי חומרי בניין בע"מ.
- בעלת המניות ומנהלה של נאשמת 2 - ש.ז.ת. יזמות ובניה בע"מ.
- הבעלים והמנהלת של נאשמת 3 והמנהלת של נאשמת 2 באמצעות נאשמת 3 - רויטל שבתאי

עמוד 1

אברג'ל.

2. נגד המערער הוגש כתב אישום מתוקן, המייחס לו אחריות להפרת הוראות חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק) אשר ביצעו נאשמות 2-4 של שימוש בנכס ובשטחים גובלים לצורכי מסחר, חנות לחומרי בניין, וזאת בסטייה מתוכנית בניין עיר החלה במקום, אשר מייעדת את האזור בו מצוי הנכס למלאכה ותעשייה בלבד. כמו כן, כתב האישום מייחס לו שימוש אסור, ללא היתר בניה כחוק ואי פיקוח כנדרש ובסטייה מתוכנית, בהיותו בעל הנכס ובעל השליטה בנכס בשעת ביצוע העבירות וכמי שחלה עליו החובה להשיג היתר בנייה ושימוש כחוק.
3. על פי עובדות כתב האישום, החל מיום 31.12.15 הנאשמים ביצעו עבירות שימוש בנכס הכוללות שימוש בשטח נרחב. יוער כי כתב האישום ייחס לנאשמים "הצבת מכולות" בפרק העובדות, אך האשים רק בעבירת השימוש שלא כדין. בערעור הובהר כי עבירת הבניה עצמה לא יוחסה לנאשמים, משום ספק התיישנות, לפיכך, על אף הנוסח הבעייתי של כתב האישום, למעשה הואשמו המערער והנאשמות השוכרות במעשים הבאים:
  - א. פלישה מחוץ לגבולות המגרש בחזית הצפונית, בשטח של כ-2461.81 מ"ר. כל זאת, כאשר חלק מהשטח אליו פלשו, מיועד לרכבת, שצ"פ ומלאכה ותעשייה.
  - ב. שימוש ב- 5 מכולות, אשר הוצבו שלא כדין, בשטח כולל של כ-102 מ"ר, בשטח הפלישה המתואר בס"ק א'.
  - ג. שימוש ב- 3 סככות, אשר הוצבו שלא כדין, בשטח כולל של כ-64 מ"ר, כאשר שתיים מהן הוצבו בשטח הפלישה המתואר בס"ק א'.
  - ד. שימוש ב- 5 סככות בגודל כולל של 263.26 מ"ר, שהוצבו שלא כדין.
  - ה. שימוש במבנה בגודל 83.41 שהוצב שלא כדין.
4. עוד צוין בכתב האישום כי הנאשמות 2-4 ידעו כי הן מבצעות עבירת שימוש בנכס לכל הפחות מיום 20.3.16 וביצוע עבירות אלו המשיך גם במהלך 2017 לפי בדיקות שבוצעו בשטח.
5. ביום 15.5.2018 המערער הודה במסגרת הסדר טיעון והורשע בביצוע עבודות בניה ושימוש ללא היתר כדין ובסטייה מתוכנית. כמו כן, הודה והורשע על פי הודאתו בעבירות שימוש במקרקעין הטעונים היתר ושימוש אסור. עוד הורשע הנאשם באי-פיקוח כנדרש.
6. ביום 23.1.18 נערכה הקראת כתב אישום בעניין נאשמות 2-4 ונקבע דיון הוכחות ליום 15.5.18. בתום דיון ההוכחות, הודיעו הנאשמות 2-4 כי הגיעו להסדר טיעון עם המשיבה שעיקרו הודאה בעבירות המיוחסות להן בכתב האישום המתוקן. עוד נקבע במסגרת הסדר הטיעון כי הנאשמות 2-3 ישלמו קנס בסכום כולל של 30,000 ₪, בערבות הנאשמת 4 ומאסר חלף תשלום הקנס על ידי הנאשמת 4. עוד הוסכם להתחייבות מצד הנאשמות בסך 60,000 ₪ למשך שנתיים כל אחת מהן לגבי העבירות בגינן הורשעו בהליך.
7. בהסבר של ב"כ המאשימה להסדר בעניין הנאשמות 2-4 נאמר כי ניתן משקל מתאים לכך שהנאשמת 2 שכרה את הנכס מהנאשם 1 וכן כי פינתה את המקום בתוך פרק זמן קצר יחסית לאחר שנודע להן על חריגות הבנייה.

8. **במסגרת גזר הדין בעניין המערער**, מיום 14.2.19 (המסווג בנט המשפט בשגגה כ"החלטה"), עמד בית משפט קמא עמד על שלושת היסודות הקבועים בס' 40ג(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), לשם קביעת מתחם הענישה, וביצע ניתוח זהיר ומעמיק, להבניית הענישה המתאימה בעניינו של המערער.
9. בית המשפט בחן את **הערך החברתי** שנפגע מביצוע העבירה באמצעות סקירת פסקי דין עיקריים בנושא. צוין כי עבירות תכנון ובניה הפכו ל"מכת מדינה" ובבחינת פגיעה של ממש בשלטון החוק, שיש לפעול באופן נמרץ על מנת למגרה. לכן, בית המשפט הגיע למסקנה כי מידת הפגיעה באינטרס הציבורי המוגן הינה בשיעור ניכר.
10. מבחינת **מדיניות הענישה הנהוגה**, בית המשפט סקר מספר לא מבוטל של פסקי דין אשר בהם עמדו לדיון עבירות דומות, פחות או יותר, למעשים המיוחסים למערער. העבירות אשר נסקרו בפסקי הדין כללו: ביצוע עבודות במקרקעין ללא היתר ושימוש בהם ללא היתר; שימוש במקרקעין לצורך הפעלת גן אירועים ללא היתר בשטח של כ-1,550 מ"ר וביצוע תוספת בנייה של 500 מ"ר ללא היתר; שימוש בסככות בשטח של כ-532 מ"ר, שימוש במגרש בשטח כולל של כ-2,345 מ"ר ושימוש חורג שאינו תואם את ייעודי הקרקע על פי תכנית המקרקעין. בית המשפט עמד בהרחבה על הפסיקה עליה הצביעה באת כוח המערער וקבע כי אין היא מתאימה לעניינו, באשר היא מתייחסת לעבירות קלות יותר. היינו, מקרים בהם אומנם דובר בבניה בהיקפים של מאות מטרים רבועים, אך המערער הורשע בשימוש חורג בשטח כולל של כ-2,500 מ"ר ובנייה חריגה בשטח של כ-512 מ"ר.
11. לכן, לענין קביעת מתחם העונש הראוי, נקבע כי מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות בנייה ושימוש חורג בשטח בהיקף שביצע המערער, הינה במתחם בין 150,000 ₪ ל-450,000 ₪. כמו כן, מדיניות הענישה הנוהגת לגבי השטח המבונה בגודל כ-500 מ"ר, ההיקף שביצע המערער, הינה במתחם בין 30,000 ₪ ל-80,000 ₪.
12. בעת בחינת **נסיבות ביצוע העבירה**, בית המשפט עמד על מספר **נסיבות מחמירות** בביצוע העבירה. האחת, כי מדובר בבעל נכס, אשר למעשה **פלט לשטח הצמוד** לו בהיקף של 2500 מטר רבוע. שטח, המיועד לשצ"פ, לרכבת ולמלאכה ותעשייה. על שטח זה בנה מבנים, כאמור, בשטח של 512 מ"ר. הנסיבה המחמירה השנייה היא **משך זמן ביצוע העבירה**. השימוש החורג בוצע החל מיום 31.12.15, ועד יום גזר הדין, ללא היתר, ומבלי שאפילו נטען כי נעשתה פעולה, או כי יש כוונה לעשות פעולה כלשהי על מנת לפנות את השטח ולהרוס את המבנים.
13. מעבר לכך, בית המשפט ציין כי המערער **הפיק טובת הנאה כלכלית** מהשימוש החריג בדרך של השכרת השטח לנאשמת 2. המערער השכיר לנאשמת 2 שטח של כ-1,000 מ"ר שהוא בבעלותו, ואשר לגביו לא נעברו עבירות תכנון ובנייה ובנוסף השכיר שטח של 2,500 מ"ר, עליו ביצע המערער את העבירות. על כן, נזקף לחובתו של המערער שיעור יחסי של שני שלישי מההטבה הכלכלית, שכן השליש הנותר היווה תשלום לגיטימי.
14. לאור נסיבות מחמירות אלו, בית המשפט קבע כי **מתחם הקנס ההולם למעשים של המערער** הוא בין 200,000 ₪ ל-400,000 ₪. בנוסף נקבע כי המתחם ההולם להתחייבות הכספית הינו בין 350,000 ₪ ל-550,000 ₪.

15. לאחר מכן, בחן בית המשפט את **הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה**. ראשית, נזקפה לזכות המערער העובדה כי חסך זמן שיפוטי יקר בכך שהודה כבר בדיון הראשון בביצוע העבירות שיוחסו לו. בנוסף, צוין כי הועלתה טענה מצד באת כוח המערער כי מצבו הרפואי אינו שפיר. כמו כן, צוין כי הועלתה טענה לקושי כלכלי אך לא הונחה תשתית ראייתית של ממש לתמוך בטענות אלו. הושם דגש על העובדה כי לא הועלתה טענה מצד ההגנה כי המערער ניסה להסדיר את הבנייה והשימוש החורג ולכן משתמע כי מצב דברים זה נותר ללא שינוי.

16. מעבר לכך, בית המשפט עמד על כך שלמערער עבר פלילי הנוגע לדיני תכנון ובנייה. הנאשם הורשע בשנת 2014 בביצוע עבודות ללא היתר כדין ובסטייה מהיתר והושת עליו קנס בסך 100,000 ₪ והתחייבות להימנעות מביצוע עבירה בסך של 150,000 ₪, למשך שנה מיום מתן גזר הדין. בית המשפט הדגיש כי ביצוע העבירות הנוכחיות החל כשנה לאחר הרשעתו בהליך הקודם, אף כי לא נטען כי המעשה היה בתקופת ההתחייבות.

17. עוד הוסיף בית המשפט, כי הוא לא מקבל את בקשת באת כוח המערער לעניין אחידות ענישה, ובקשתה להשוות עונש המערער לעונש שנגזר על הנאשמות, היינו 30,000 ₪, ממספר טעמים מצטברים. המערער הינו בעל הזכויות בנכס הצמוד לשטח אליו פלש ויש להחזיקו כמי שהיה מודע לביצוע הפעולות הסוטות מהוראות החוק על השטח אשר מהוות עבירות על החוק. בחוזה השכירות הצהיר המערער כי המבנה נבנה בהתאם להיתר בנייה, בניגוד לאמת שהייתה ידועה לו. בנוסף, בשונה מהנאשמות אשר נטען לגביהן כי פינו את המקום זמן קצר יחסית לאחר שנודע להן על חריגות הבנייה והשימוש החורג, המערער לא הביע רצון לשנות את המצב הקיים ולהפסיק לפעול ללא היתר בשטח. יחד עם זאת, ציין בית המשפט כי העונש הקל יחסית שהוטל על הנאשמות יכול "להשליך במידה מסוימת" על העונש הראוי לנאשם, במסגרת מתחם הענישה הראויה. שכן, יש להניח כי הנאשמות האחרות פעלו ביסוד נפשי של "עצימת עיניים", ולא אי ידיעה כלל.

18. בית המשפט השית על המערער קנס בסך 250,000 ₪ או 6 חודשי מאסר תמורתו, חתימה על התחייבות עצמית בסך של 350,000 ₪ להימנע מלעבור עבירה לפי פרק י' לחוק התכנון והבנייה למשך שלוש שנים ממועד מתן גזר הדין או ריצוי 60 ימי מאסר ככל שלא יחתום על ההתחייבות. עוד חויב המערער בגזר הדין להרוס את הבנייה הבלתי חוקית המתוארת בכתב האישום, וככל שלא יעשה כן, המשיבה תוסמך לבצע את צו ההריסה.

19. לאחר דיונים בבקשת המערער לעיכוב ביצוע תשלום הקנס, הוסכם כי הקנס שהושת על המערער יפרס ל-50 תשלומים חודשיים, שווים ורצופים, והתשלום הראשון ייפרע עד ליום 10.4.2019.

## **ערעור, תשובה ומסמכים נוספים**

### **טענות המערער**

20. הערעור כוון לגובה הקנס וגובה ההתחייבות. הטענות כוונו לשאלת אחידות הענישה, הערכת מתחם הענישה והעונש הקונקרטי בתוך המתחם, בשים לב לנסיבותיו של המערער.

21. באת כוח המערער חוזרת על הטענה שנטענה בבית משפט קמא לפיה, עקרון אחידות הענישה צריך

להביא למסקנה כי קנס המערער צריך להיות דומה לקנס שהושת על הנאשמות 2-4, ומכל מקום הפער בין העונשים לא צריך להיות כה גדול. שכן, נסיבות ביצוע העבירה של המערער דומות לשל שאר הנאשמות ונאמר על נאשמת 4 כי פעלה בעצימת עיניים. לגרסתה, יש לזקוף לזכות המערער את העובדה כי הודה בהזדמנות ראשונה, לעומת נאשמות 2-4 אשר חזרו מכפירתן רק לאחר ניהול הוכחות.

22. עוד נטען כי מתחם העונש ההולם שנקבע על ידי בית המשפט אינו מתאים למעשה, וכי לא היה מקום להשית קנס בגובה שהושת. באת כוח המערער ביקשה ללמוד ולהטיל עונש קל יותר ממה שהוטל בתו"ב (שלום עכו) 19070-10-11 **ועדה מקומית לתכנון ובנייה גליל מרכזי עכו נ' א.א.ל. צחר בע"מ** (08.03.2017) (להלן: פרשת **צחר**). שם הורשעה הנאשמת בשימוש חורג מייעודי הקרקע החקלאית, למשך 8 שנים. זאת, בשטח של כ-2,345 מ"ר ותוך שימוש בסככות בשטח של כ-532 מ"ר. על הנאשמת הוטל עונש חמור יותר, למרות שעניינו קל יותר, לשיטתה. לכן, לשיטתה, אפילו אם תדחה טענת אחידות הענישה, הצד התחתון של המתחם צריך היה להיות לכל היותר כמו ב**צחר**.

23. באת כוח המערער חזרה על הטענות לגבי **מצבו הכלכלי** של המערער. הודגש העיקרון המעוגן בס' 40 לפיו יש להתחשב במצבו הכלכלי של המערער בעת קביעת מתחם העונש, כאשר מדובר בקנס. ב"כ המערער הזכירה גם את מצבו הרפואי של המערער. לענין הרישום הפלילי, קבלה על על אופן הגשתו, וטענה שניתן לו משקל רב מדי, בשים לב לכך שלחובתו רק שלוש הרשעות, כאשר אחת התיישנה.

## תגובת המשיבה לערעור

24. המשיבה ביקשה לדחות את הטענות בדבר אחידות הענישה וטענה למספר **הבחנות בין המערער לבין הנאשמות**: המערער הינו בעל הנכס ומשכיר הנכס לעומת הנאשמות שהינן מחזיקות במעמד שוכר; המערער היה מודע למעשיו וביצע אותם בידיעה שהם אסורים, לעומת הנאשמות, שהוסתרה מהן אי-חוקיות השימוש בנכסים ששכרו; המערער לא ביצע פעולות כדי לתיקן הנזק שיצר אך הנאשמות פינו את המקרקעין לאחר שנודע להן שלא ניתן להסדיר את העבירות, ומעבר לכך המערער הוא בעל פלילי אך הנאשמות לא.

25. עוד טוענת המשיבה, כי פסקי הדין שהוצגו על ידי באת כוח המערער אינם רלוונטיים, שכן קיים שוני רב בנסיבות בין המקרים בפסקי הדין למקרה המערער. לעניין, פרשת **צחר** הנ"ל, הצביעה המשיבה על כך שנלקחו שם בחשבון נסיבות מיוחדות לקולה.

26. לגישת המשיבה, בית משפט קמא הקל עם המערער, המתחם ההולם צריך היה להיקבע על רף חמור יותר, ולעמוד בין 350,000 ₪ ל-2,000,000 ₪, ובתוך המתחם נכון היה להשית קנס בגובה 600,000 ₪. הוזכר, כי לא הובאו כל ראיות לעניין מצבו הכלכלי הנטען. המשיבה התייחסה להרשעותיו הקודמות של המערער, אך אישרה כי שגתה בצירוף רשימת תיקים פתוחים וסגורים, וכי מהם יש להתעלם.

## הדין בערעור והמסמכים שהוגשו לאחר הדין

27. בדיון בבית המשפט, חזרו הצדדים על עיקר טענותיהם. באת כוח המערער טענה כי חל שינוי מאז הדיון בבית משפט קמא וכי "...נכון להיום כל המחדלים הוסרו והמגרש למעשה עומד בכל התנאים, אין מבנה אחד לא חוקי, אין פלישה, נעשה קיר בטון שמפריד ואין אפשרות לפלישה, כפי שנדרש על ידי המפקח" (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 02.05.2019). הסנגורית ביקשה להתחשב בכך.
28. באת כוח המערער אישרה כי בבית משפט קמא לא הוכחו הנסיבות הכלכליות המורכבות של המערער. אולם, לשיטתה, בידה להוכיח זאת בשלב הערעור. הוסבר כי הסיבה בגינה לא הוגשו המסמכים לבית משפט קמא היא כי מצבור המסמכים הוחזקו אצל עורך הדין שמטפל בהליך פשיטת הרגל שהמערער נכנס אליו.
29. במעמד הדיון, המשיבה התנגדה להגשת המסמכים המוכיחים קושי כלכלי בטענה שהמסמכים היו צריכים להיות מוגשים בהליך בבית משפט קמא ולא כעת. כמו כן, התנגדה המשיבה להגשת דו"ח מפקח לעניין מצב הנכס היום. המשיבה לא התנגדה להגשת מסמכים רפואיים אשר נעשה ניסיון להגישם לבית משפט קמא, אך לא נסרקו שם בשגגה. אולם, לשיטתה אין מקום לערוך "מקצה שיפורים" על ידי הגשת ראיות חדשות לעניין העונש בשלב הערעור.
30. לשאלות בית המשפט, לגבי שגיאות משפטיות בגזר הדין בעניין הנאשמות, לא היו לב"כ המשיבה תשובות, והוא הסביר כי למעשה ניסו להגיע לתוצאה שנראתה הוגנת בנסיבות העניין, בשים לב לכך שהנאשמת 4 היא מחזקת מניות יחידה בנאשמת 3 וטען, למרבה הפלא, כי למעשה שני התאגידים והנאשמת 4 הם כולם "ישות משפטית אחת".
31. לשאלות בית המשפט מדוע לא נתבקש עונש מאסר בפועל בעניין המערער, בשים לב לכך שפלש לשטחים שאינם שלו, השיב לב"כ המשיבה כי "לפי מדיניות הענישה שנהוגה אצלנו" זה לא מקרה מתאים. לדבריו יש מקרים המתאימים לעונשי מאסר בפועל, אך זה לא אחד מהם. כן צוין כי לא הודע מראש בכתב האישום כי קיימת אפשרות שיתבקש מאסר בפועל, ולכן לא ניתן היה לבקש זאת בסוף ההליך.
32. בתום הדיון, מבלי להכריע בשאלה אם וכיצד נכון לקבל הראיות הנוספות, נקבע כי נכון להגיש הראיות מבחינה פיזית, ולאחר מכן תבחן השאלה במסגרת פסק הדין. לפיכך הותר לבאת כוח המערער להגיש לעיון בית המשפט את המסמכים הכלכליים ונקבע כי המשיבה תגיש דו"ח מפקח עדכני לגבי הסרת המחדלים, אשר יבחן אם קיים הצו אשר בגזר הדין. נקבע כי פסק הדין יינתן לאחר תגובות הצדדים לראיות הנוספות.
33. לאחר הדיון, בתאריך 21.05.2019, הוגשו **מסמכים** מטעם המערער המעידים על קשיים כלכליים שונים. המסמכים מציגים חובות שונים של המערער לרשויות כמו רשויות המס וביטוח לאומי, כמו גם בקשתו להכרזתו כפושט רגל העומדת לפי המסמך על סכום של מעל ל-10 מיליון שקלים. **בתגובה להגשת המסמכים** של המערער, הגישה המשיבה תגובתה. בעיקרה, מתנגדת המשיבה להגשת הראיות החדשות. לגישתה, הראיות אינן עומדות בהלכה המתירה הגשת ראיות חדשות בשלב ערכאת הערעור. מעבר לכך, הוסיפה המשיבה כי על אף ניסיונות חוזרים מצדה לתאם מועד לביקור בנכס המקרקעין עליו נעברו העבירות הנדונות בהליך זה, המערער לא אפשר את כניסת נציגות הפיקוח לשטח.
34. יחד עם זאת, בתאריך 25.06.19 הגישה המשיבה **דו"ח מפקח במקרקעין** הנדונים שבוצע ביום 18.06.2019. מהדו"ח עולה כי עבירות הבנייה המיוחסות למערער "הוסרו בצורה חלקית". כן נטען כי נתגלה במקום מבנה חדש גדול מאוד. צורף תשריט המסמן מה הוסר ומה לא, מתוך חריגות הבניה. ב"כ המשיבה העלה הסברה שמא מה שהוסר לא הוסר אלא על מנת לבנות משהו אחר תחתיו. תגובת ב"כ

המערער הגשה לאחר שבועות רבים ומספר ארכות. בתגובה לדו"ח המפקח, העלתה באת כוח המערער את הטענה כי בעת הביקור ניתן היה להבחין בחריגות בניה של השכן, אשר לגביהן לא נעשה דבר, מכאן שיש מקום לטענה בדבר אכיפה בררנית. לעניין הבניה הנוספת שדווחה בדו"ח נאמר כי "מי שפעל לבנייתה הינם השוכרים של המבנה, אשר מסרו למפקח ... כי הם פועלים במקביל להסדרת הבניה ולקבלת היתר ...". כן נטען שהחלק שבוצע מתוך גזר הדין "בוצע על ידי המערער על מנת לפרקם ותו לא", ואין סיבה לייחס לו כוונות זדון בהקשר הזה.

## ערכים מוגנים - תכנון, בניה וגזל

### **הערכים הנפגעים בבניה אסורה**

35. בית משפט השלום צעד כמצוות המחוקק בדרך הבניית הענישה לפי תיקון 113 לחוק העונשין. בהקשר זה, בעת בחינת טיב הערכים החברתיים שנפגעו ומידת הפגיעה בהם, עמד בצדק רב על **חומרת עבירות התכנון והבניה** בכלל, ועל עבירות הנעשות בהיקף גדול ולמטרה כלכלית בפרט. נאמר שבית המשפט העליון התבטא בחומרה רבה בעניין זה, בית משפט השלום ציטט דוגמאות מתוך הפסיקה הרבה, ואין צורך לחזור כאן על הדברים.

36. יחד עם זאת, חשוב להבהיר מהו בעצם "הערך החברתי שנפגע", כלשון סעיף 40ג לחוק העונשין. אין מדובר רק בפגיעה ב"שלטון החוק". עבירות התכנון והבניה משקפות מכלול ערכים חברתיים, הקשורים לחיינו בצוותא חדא, בעיר ובכפר, ומסדיר אותם. הפוגע בערכים אלה ראוי לעונש, וכאשר מידת הפגיעה רבה, הענישה ההולמת חמורה. אמנם, לעת בחינת נסיבות ביצוע העבירה אנו שואלים בעיקר על קיומו של "היתר בניה" ובוחנים התאמה של הבניה ל"תכנית" החלה על המקרקעין. מסיבה זו, ניתן לטעות ולחשוב שאין מדובר אלא בשאלה בבירוקרטיה, כאשר העבירה אינה פוגעת אלא ב"שלטון החוק" כמושג ערטילאי, ולא היא.

37. דיני התכנון והבניה מטפלים במכלול רחב מאוד של אינטרסים חברתיים, החל מבטיחות וכלה באיכות הסביבה. כך לדוגמה, המנגנונים שנקבעו נועדו להבטיח כי מבנה שנבנה אינו מסכן את הבאים בשעריו או את סביבתו, על פי מכלול רחב של שיקולים, לפי סוג המבנה ואופי המקום. בניה ללא היתר מתאים עלולה לאפשר סיכונים מגוונים, כגון היבטים של יציבות מבנית, סיכונים אש, מוגנות מטילים עוינים ועוד. בניה בניגוד לתכנית יכולה לפגוע בערכים חברתיים נוספים, בהעמסה על משאבים ציבוריים שאינם מספיקים. הדבר עלול להתבטא, לדוגמה, בעומסי תנועה וחניה שייוצרו במקום שלא תוכנן לכך. כך לדוגמה, הוספת מבנה יכולה ליצור אי התאמה של מערכות ניקוז הגשם או תשתית הביוב, על כל הסיכונים הכרוכים בכך. אופי השימוש יכול להשפיע על נזקי רעש, זיהום ועוד. עניינים אלה מצריכים תיאום ופיקוח מתאימים.

38. מעבר לכל אלה, אין לזלזל גם בשיקולים נוספים כגון אסתטיקה של הנוף העירוני וזכות התושבים לקבוע את מראה עירם, לרבות אופי אזורי התעשייה שבו. הפיקוח התכנוני כולל גם אפשרות להתנגד משום נזק הצפוי לשכנים, אשר זכותם להישמע. כמו כן, כדי לאשר בניה, מתבקש לוודא כי הבונה עושה זאת על קרקע שבקניינו, ואינו גוזל את נחלת חברו, ועל כך יורחב בהמשך.

39. מכל מקום, **הערכים החברתיים המוגנים בדיני התכנון והבניה הם רבים, רחבים ועמוקים. על מנת לשמור על ערכים אלה, אסר המחוקק לבנות ללא היתר או להשתמש במקרקעין בניגוד לתכנית,**

**וקבע עונשי מאסר וקנסות גבוהים לעבריינים.** מי שעובר על איסורים אלה מסכן את כל הערכים האמורים, ופעמים רבות גם פוגע בהם ישירות. כל הערכים האלה מקופלים גם הם במושג הקולע "שלטון החוק", שאף הוא ערך חשוב מאוד בפני עצמו. הענישה הראויה נגזרת מעוצמת הפגיעה או הסיכון של הערך המוגן. יש ליתן על כך את הדעת בשלב הראשון של הבניית הענישה בעבירות תכנון ובניה.

### **מתחם העונש הראוי - לבניה מודעת ורחבת היקף**

40. לטעמי, **מתחם העונש הראוי לעבירות תכנון ובניה בהיקפים משמעותיים, הנעשות ביסוד נפשי של מודעות, יכול בדרך כלל גם מאסר.** דברים אלה נכונים במיוחד בעבירות שנועדו למטרות כלכליות. יש לתמוה על המשיבה שלא ביקשה ענישה בדמות מאסר, ולו מאסר על תנאי, נוכח היקפי העבירה של המערער. בהקשר זה ראוי לציין, כי אפילו הסנגורית בטיעוניה לעונש ציינה כי מתחם העונש ההולם את העבירות של המערער כולל מאסר על תנאי (סעיף 11 לטיעוניה בכתב בבית משפט השלום).

41. מכל מקום, לטעמי, לעבירות התכנון והבניה שעבר המבקש, כשלעצמם, היינו מבלי להתייחס לכך שהבניה הייתה על אדמה ציבורית ובחריגה מייעוד, צריך היה לקבוע כי מאסר הוא חלק מהמתחם, ובהיקפים בהם מדובר במקרה זה המתחם נע בין 4 חודשי מאסר על תנאי לבין 6 חודשי מאסר בעבודות שירות. יודגש, זה היה המתחם המתאים, בשילוב עם ענישה כלכלית הולמת, לו דובר אך ורק על בניה ושימוש בהיקף כזה, על אדמתו של העברייין וללא שימוש החורג מייעוד הקרקע. כפי שיובהר בהמשך, המקרה דנן חמור עוד הרבה יותר.

42. כאמור, בית המשפט העליון, בפסיקה רבה, חוזרת ונשנית, דיבר על **הצורך להחמיר בענישה בעבירות תכנון ובניה.** פסיקה זו, הנשמעת כבר עשרות בשנים, לא התממשה בשטח. בפועל, רשויות התביעה וערכאות הדיון אינן "מרימות את הכפפה". כך, שפעמים רבות התביעה כלל אינה מבקשת מאסר, אפילו עבור מי שבונה ומשתמש בהיקפים נכבדים מאוד, למטרה כלכלית מובהקת ואפילו אם יש לו עבר פלילי. זאת, כפי הנראה, משום **נטייתן השגויה של התביעה וערכאות הדיון לחזור שוב ושוב ליישום מחדש של המדיניות הנוהגת, שכבר נאמר עליה שהיא שגויה, במקום ללכת אחר מדיניות הענישה הראויה לחומרת המעשה.**

43. חשוב לציין כי הנזק הכבד הנגרם מעבירות תכנון ובניה הוא בין הסיבות שבגינן נקבעו עבירות אלה כעבירות "אחריות קפידה". זאת, כדי להטיל אחריות רחבה על מי שקשור לעבירות תכנון ובניה, אחריות למנוע את ביצוען. ואמנם, אין מטילין עונש מאסר בעבירות שנעברו ביסוד נפשי של אחריות קפידה (סעיף 22(ג) לחוק העונשין). אולם, **המחוקק כן קבע עונשי מאסר לעבירות תכנון ובניה, ולא שיחת מילותיו לריק. העובדה שחלק מהעבירות נעשות ללא מודעות, או שלא ניתן להוכיח את המודעות, אינה צריכה למנוע הטלת עונש מאסר במקרים המתאימים, כאשר ניתן להוכיח כי העבירות נעשו במודעות מלאה.** מובן, שעניין זה צריך תשומת לב בשעת החקירה ובניסוח כתב האישום, אולם מן הראוי לעשות כן, במקרים המתאימים, שכן זוהי עמדתו של המחוקק.

44. בהקשר זה מן הראוי להזכיר עקרונות יסוד בהבניית הענישה לפי תיקון 113: **"אין לטעות ולזהות בין מתחם העונש ההולם לבין טווח הענישה הנהוג.** מדובר ב'יצורים' שונים. מתחם העונש ההולם מגלם, כאמור, הכרעה ערכית המבוססת על שיקולים שונים, כאשר מדיניות הענישה הנהוגה בעבירה הנדונה הוא



רק אחד מהם. טווח הענישה הנהוג בפסיקה, לעומת זאת, הוא נתון אמפירי-עובדתי, המורכב מהעונשים המקובלים בגין עבירה מסוימת בדין הנוהג" (ע"פ 1323/13 חסן ואגבריה נ' **מדינת ישראל** (5.6.13), מפי כב' השופטת ארבל, (ההדגשה נוספה - א"א)).

### ענישה הולמת בעבירות בניה ושימוש בגזל

45. המתחם שהוצע לעיל לעניין המאסר, מתייחס להיקף הבניה, לתקופה המדוברת, כאשר זו מבוצעת למטרה כלכלית מובהקת. אולם, **בעניינו יש שני רכיבי חומרה נוספים**. האחד חמור למדי והשני חמור עד מאוד. **הראשון** - מדובר בבניה ושימוש בניגוד ליעודו של הקרקע, כפי שהיה גם בפרשת **צחר**. זאת, באשר חלק מהקרקע נועד לשטח ציבורי פתוח, ולא נועד כלל לבניה, מה שנועד לבניה נועד למלאכה ולא למסחר. **השני** - מדובר **בבניה הפולשת מחוץ לתחום המגרש ושימוש בקרקע של אחרים**. חשוב להדגיש, כי מעבר לערכים המוגנים בעבירות תכנון ובניה בדרך כלל, הבניה תוך פלישה לשטח של אחר, לרבות לשטח ציבורי, היא מעשה גזל. **גזל, פשוטו כמשמעו**. מדובר באדמה שאינה שייכת לבונה, והבונה עושה בה כרצונו, תוך שלילתה מבעליה החוקיים. כאן, נכנס ערך מוגן נוסף, ערך מוגן פלילי קלאסי - ערך ההגנה על הרכוש. בהקשר זה נבדל עניינו מאוד מפרשת **צחר** - לחומרה.

46. יובהר כי **ערך השמירה על הרכוש הוא אחד הערכים המוגנים על ידי חוקי התכנון והבניה**. כאמור, כללי התכנון והבניה, והביקורת הביורוקרטית הכרוכה בהם, מפקחים גם על כך שהבניה נעשית במקום הראוי, על פי התכנית. לא ניתן לקבל היתר בחריגה משטח מגרש, ואפילו לא לבניה שאינה במרחק המתאים מגבול המגרש, אם כך מורה התכנית. פשיטא, שלא יקבל היתר מי שאין לו זכות קניינית מתאימה במקרקעין. לכן, במסגרת עקרונות הבניית הענישה, לפי תיקון 113 לחוק העונשין, כאשר בוחנים את טיב הערכים המוגנים שנפגעו מעבירת בניה קונקרטי, יתכן שנפגע עקרון ההגנה על רכוש הזולת.

47. מכל מקום, בעבירת בניה תוך פלישה לשטח שאינו שייך לבונה, הדברים פשוטים. במצבים אלה, יש ליתן משקל ממשי לפגיעה בערך ההגנה על הרכוש, בעת הבניית הענישה לעבירות על חוק התכנון והבניה. שכן, כאמור, זהו אחד הערכים המוגנים על ידי החוק. משמע, יש ליתן משקל לפגיעה בערך זה, גם אם כתב האישום אינו כולל עבירה לפי חוק העונשין, מתחום עבירות הרכוש, הסדר הציבורי או הבריונות. שכן, בניה ללא רשות על מקרקעי הזולת או מקרקעי הרבים, היא עבירת סדר ציבורי, הפוגעת ברכוש הזולת, ובדרך כלל מבטאת בריונות פשוטה, אף אם היא מסווגת "רק" כעבירת תכנון ובניה, מבחינת הנורמה האוסרת המאוזכרת בכתב האישום.

48. חשוב להדגיש, **הבניה בשטח פרטי של אחר או בשטח ציבורי הינה צורה חמורה במיוחד של גזל**. אין מדובר בגנב הנושא, נוטל, בורח ומתכסה בושה אם נמצא. בעת פלישה, הגזלן מבצע את הגזל ביד רמה, לעיני כל. הגזלן, הבונה על שטח של אחר או משתמש בו באופן קבוע, למעשה מכריז בריש גלי - כי זכויותיהם של אחרים אינם מעניינו. מעבר ל"חץ" בעיני הציבור בעצם הבניה הבלתי חוקית, גזלן הקרקעות אינו מתבייש להראות את התנהגותו הבריונית והרעה בעת נטילתו בזרוע את רכוש הזולת.

49. לכן, לטעמי, **לעבירת בניה שהיא גזל קרקע, בדרך כלל, נכון לקבוע מתחם ענישה הכולל מאסר דווקא**, כמו בעבירות רכוש אחרות, שאינן מהסוג הקל ביותר. זאת, בתנאי שהוכח שהעבירה בוצעה **במודעות** לכך שהבניה חורגת משטחו של העברין, היינו **במחשבה פלילית מלאה**. יוזכר שוב, הענישה

החמורה במאסר אינה הולמת למעשים שנעשו ביסוד נפשי של רשלנות, ואינה ישימה ביסוד נפשי של אחריות קפידה (סעיף 22(ג) לחוק העונשין). אולם, אם מתקיים היסוד הנפשי במדרג המתאים, אזי **במקרים הפחות חמורים** ינוע המתחם בין מאסר על תנאי למאסר קצר בעבודות שירות, מלבד הענישה הכלכלית וצו ההריסה. בקצה הנגדי של הסקלה, **במקרים החמורים במיוחד** עלול המתחם כולו להיות בטווח של עונש מאסר משמעותי, שאינו ניתן לריצוי בעבודות שירות, כאשר גבול העליון של המתחם עלול לעמוד על העונש המרבי לעבירה אחת (היינו, שנתיים מאסר לפי סעיף 204 לחוק התכנון והבניה לפני תיקון 116, או סעיף 243 לפי הנוסח היום). כמובן שאם מדובר במספר עבירות, כגון מספר מבנים, אף אם ב"אירוע" אחד, קיימת אפשרות תיאורטית שהגבול העליון של המתחם גם יעבור את תקרת השנתיים מאסר בפועל, אך עונש כולל, החמור מהעונש המרבי לעבירה אחת, יחשב כהולם רק למקרים חמורים באופן קיצוני.

50. ככל עבירה אחרת, בעת ההערכה של מידה החמורה של עבירת בניה שהיא גם גזל קרקע, יש לקחת בחשבון את מידת הפגיעה בערך המוגן, כמצוות המחוקק. בין השאר, יש לבחון את מכלול הנסיבות ובין השאר את היקף הפלישה מבחינת השטח; היקף הפלישה במישור הזמן; אם נגרם נזק למקרקעין; עד כמה יש בפלישה כדי להפריע בפועל לשימוש (אין דומה הקטנת מדרכה או גן משחקים לפלישה בשטח מדברי נידח); ייעוד הקרקע (אם לבניה שטרם הוקצתה, לשטח פתוח או ייעוד אחר לגמרי), ואין זו רשימה סגורה. שיקולים אלה נשקלים עם השיקולים הידועים והרגילים בעבירות תכנון ובניה, המקבלים משנה תוקף במצב זה, כגון סוג הבניה, אם המטרה מסחרית או "שימוש עצמי", אם כבר תוקן הנזק או הוכשר בעת מתן גזר הדין, וכיוצ"ב. אולם יודגש, כי **גם במקרים הקלים יחסית, קשה לדמיין עבירה של גזל קרקע, אשר נעשתה במודע, שלא תהיה ראויה למאסר כלשהו**, ולו מאסר על תנאי.

51. **לסיכום וליישום** - בבחינת נסיבות ביצוע העבירה על ידי המערער יש לקחת בחשבון מצד אחד כי מדובר בשימוש בשטח רחב מאוד, ושימוש במספר מבנים, חלקם גדולים, אשר נבנו בעבר שלא כדין. רק שליש מהשטח שהשכיר המערער היה בכלל שייך לו. השימוש שנעשה היה כלכלי ולמטרות רווח. העבירה בוצעה במודעות מלאה. חלק מהעבירות בוצעו תוך פלישה לשצ"פ וחלק תוך פלישה לשטח הרכבת. מצד שני, אין נתונים המלמדים כי מדובר בסוג הפלישות החמור ביותר, כאשר יש בפועל הפרעה קונקרטיה לשימוש הציבור בשטח השייך לו. היקף הבניה והמטרה המסחרית מחייבים ענישה כלכלית בקנה מידה רחב. כל אלה מעמדים מקרה זה ברמת חומרה גבוהה, אך לא גבוהה מאוד, בהעדר הפרעה קונקרטיה למאן דהו במעשה הפלישה.

52. בית משפט השלום ראה בעצם הפלישה משום נסיבה מחמירה, נוספת לאחרות, כאמור. אולם, **לטעמי, לא נכון היה לראות ברכיב הפלישה אך ורק "נסיבה מחמירה" לעבירת הבניה, בעת מדידת עוצמת הענישה הכלכלית. צריך היה לראות בפלישה פגיעה בערך מוגן נוסף, חשוב ועצמאי. זוהי עבירה מ"ליגה אחרת".** כעבירות רכוש - זו עבירה חמורה בהיותה גם עבירת תכנון ובניה רחבת היקף. כעבירת תכנון ובניה - זו עבירה חמורה, בהיותה גם עבירת רכוש רחבת היקף. **נכון היה שהמשיבה תבקש, ונכון היה גם לקבוע כי, מעבר ובנוסף לענישה הכלכלית, יוטל גם מאסר בפועל. לטעמי, מתחם עונש המאסר בעניינו של המערער צריך לנוע בין 5 חודשי מאסר בעבודות שירות לבין 15 חודשי מאסר בפועל, ועל כך להוסיף מאסר על תנאי, וענישה כלכלית מכבידה מאוד.** כאמור, התביעה לא ביקשה זאת וממילא לא הוטל עונש כזה. אולם, העונש הראוי למערער צריך ללוות את הבדיקה של יתר טענות המערער בערעור.

## הענישה הכלכלית המתאימה

53. כאמור לעיל, בית המשפט הנחה עצמו על פי פסיקה רבה, אותה סקר בהרחבה וניתח בפירוט רב. על פני הדברים, בחינה זו נעשתה היטב. כאשר אין אינדיקציה ברורה כי יש טעות במדיניות הענישה הנוהגת, הרי שהיא ראויה לשמש אמת מידה טובה לרמת הענישה המתאימה לעבירה קונקרטיית. לכן, על פני הדברים, טענת ב"כ המערער כי הענישה חורגת מהענישה הנוהגת אינה משכנעת, ולכאורה אין מקום להתערב ברכיב זה של הענישה.

54. יחד עם זאת, נכון להתייחס לשתי סוגיות משפטיות, אשר באי כוח הצדדים ייחסו להן משקל: האחת - הענישה הכלכלית הראויה בהשוואה של עניינינו לפרשת **צחר**, והשנייה - אופן התאמת הענישה הכלכלית לנאשם מעוט יכולת. לאחר בחינת השאלות המשפטיות בפרק זה, נבחן את אופן יישום הדברים על עניינו הקונקרטי של המערער בפרק הבא, שם ייבחנו גם טענות המערער לעניין אחידות הענישה, וייבחן אם נכון במקרה זה לאפשר קבלת ראיות נוספות בערעור על מנת להוכיח את הנסיבות הכלכליות.

### **המתחם הכללי בפסיקה והשוואת המקרה שלנו לעניין צחר**

55. שני הצדדים התייחסו לפרשת **צחר** מפי כב' השופטת זהבה (קאודרס) בנר, בו נקבע מתחם דומה למתחם שנקבע אצלנו, ואף בית המשפט אזכר פרשה זו וניתח אותה במסגרת גזר הדין. שם, דובר בחברה אשר שכרה קרקע חקלאית אשר עליה היו חממות בנויות כדין בהיקף מסוים. הנאשמת דחתם עשתה שימוש בחממות, ובשטח החקלאי שמסביב, לצורך מפעל שיש ואבן, וזאת לתקופה של כמעט 8 שנים עד מועד גזר הדין. נקבע קנס במתחם של 150,000 ₪ עד 450,000 ₪ ואף הוטל קנס בגובה 190,000 ₪.

56. בהקשר לתקדים זה, כאמור, הצביעה הסנגורית על כך שהיה שם שימוש ממושך יותר ושימוש בקרקע חקלאית שלא לפי הייעוד. לכן, לשיטתה, יש לגזור מתחם נמוך יותר בעניין שלנו. לעומתה, המשיבה הצביעה על נסיבות לקולה שהתקיימו באותו מקרה, כאשר העבירה בוצעה נוכח מצוקה אזורית, וההתנהלות חריגה של הרשות המקומית שם.

57. לאחר עיון באותו תקדים, נראה כי הנסיבות שם, מבחינת היקף הבניה, היקף השטח שנעשה בו שימוש ואף מבחינת טיב השימוש, דומות למדי לעניינינו. צודק ב"כ המשיבה כי נשקל שם שיקול משמעותי לקולה שלא נשקל בעניין שלנו. אולם, צודקת הסנגורית כי מדובר שם בתקופה ארוכה הרבה יותר של ביצוע העבירה. לכן "על הנייר", במבט על העבירה התכנונית במובן הצר, מובן מדוע בית משפט השלום ראה את פסק הדין הקולע שניתן בבית המשפט בעכו, כהלכה מתאימה לשמש כתקדים במקרה דנן.

58. אמנם מתחם הקנס שנקבע אצלנו גבוה יותר, אך אין להתעלם מכך שבית משפט השלום סקר פסקי דין **רבים מאוד**, ולא ראה בפרשת **צחר** פסק דין מרכזי, עליו יש להישען באופן בלעדי. יתרה מכך, בית משפט השלום יצא מהמתחם הכללי לסוג העבירה והיקפה, והתייחס לנסיבות מחמירות קונקרטיות בעניינינו, במרכזן העובדה כי העבירות עומדות על כנן ערב פסק הדין, וכי מדובר גם בפלישה של המערער לשטח שאינו שלו (סעיף 23 לגזר הדין). בהקשר זה, אני מסכים עם בית משפט קמא כי **הנסיבה החשובה ביותר לחומרה** בעניין דנן, **רכיב הגזל אשר במעשה הפלישה**, לא באה כלל לידי ביטוי בפרשת **צחר**. כזכור, **צחר** הייתה שוכרת חוקית בכל השטח. לשיטתי, ראוי היה לבטא את החומרה היתרה של מעשה הגזל במאסר בפועל. אולם, משלא ביקשה התביעה מאסר בפועל, החמיר בית משפט השלום במתחם הענישה

הכלכלית כדי לשקף את הפגיעה בערך נוסף זה. לכן, החמרה זו אינה שגויה, וודאי שלא שגויה לרעת המערער.

### **התחשבות במצב כלכלי של נאשם אשר הניב רווחים כלכליים מביצוע העבירה**

59. אין חולק כי העבירות אותן ביצע המערער הניבו רווח כלכלי ממשי, ויש להתחשב בכך בהתאם לעמדת המחוקק, בעת השתת הקנס על המערער. זהו **עקרון התאמת הקנס לכיס**. השאלה העומדת לדיון כעת היא כיצד מפרשים את סעיף 40 לחוק העונשין, כאשר מדובר בביצוע עבירה על רקע מסחרי, שנועדה להפיק רווח כלכלי. השאלה הממוקדת היא: **מהו האופן לפיו יש להעריך קנס ראוי, תוך התחשבות במצבו הכלכלי של הנאשם, כאשר מדובר בעבירה שכוונה להניב רווח לנאשם?**

60. נפסק כי: "בבואו לקבוע את מתחם העונש ההולם למעשה עבירה מסוים, יתחשב בית המשפט הן בנתוני העבירה והן בנתוני הנאשם. התחשבות בנתוני הנאשם לעניין השתת הקנס מביאה לידי ביטוי את שקילת מצבו הכלכלי. הוראה מפורשת זו עוגנה בסעיף 40 במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין לפיו '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' ... עם זאת, יכולת כלכלית איננה שיקול יחידי בקביעת גובה הקנס, ויש להתחשב בשיקולים נוספים כגון הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, נסיבות ביצועה ומדיניות הענישה הנהוגה (כאמור בסעיף 40ג(א) לחוק). כך, למשל, אפשר שיושת קנס כבד על מי שאינו בעל ממון או קנס קל על בעל ממון, והכל כמתחייב מעקרון ההלימה, הדורש יחסהולם ביןחומרתהעבירהבנסיבותיהואשמושלנאשםלביןחומרת העונש שהוטל עליו" (מדברי השופט עמית, בע"פ 4919/14 אזולאי נ' מדינת ישראל (6.3.2017) להלן: פרשת אזולאי).

61. במילים אחרות, תכלית הוראת 40 היא כי עוצמת הפגיעה שיגרם הקנס תעמוד ביחס הולם לעבירה. על מנת שעוצמת הכאב שבעונש תהיה שווה לעני ולעשיר, יש למוד את עוצמת המכה הכלכלית בהתאם לגודל הכיס של המוכה. ההנחה היא כי כאשר מדובר בעונש פיזי, כגון מאסר או של"צ, הפגיעה בכל נאשם דומה, פחות או יותר. לעומת זאת, כאשר מדובר בקנס, הפגיעה משתנה מנאשם לנאשם לפי מצבו הכלכלי. העני הסופר את פרוטותיו יושפע מכל קנס, ואפשר שעתיר הנכסים לא יחוש גם בקנס כבד יחסית.

62. עם זאת, חשוב להדגיש כי הוראת סעיף 40 לא מייצרת עקרון מתמטי חד, ולא מחייבת "חקירת יכולת" בכל מקרה של הטלת קנס. נאמר במפורש בסעיף כי ההתחשבות במצבו הכלכלי של הנאשם היא "נוסף על האמור בסעיף 40ג(א)". כלומר, יש לאזן את היכולת הכלכלית אל מול עקרון ההלימה הכללי. לכן, לא זו בלבד שאין אומדין את נכסיו של כל נאשם לפני הטלת קנס, אף אין קובעין את שיעור הקנס כאחוז מנכסיו הנאשם או כאחוז מהכנסותיו.

63. יש קנסות הנקבעים בתחילה על פי מפתח מנהלי, כגון קנס המוטל במסגרת דו"ח תנועה על פי נוהל כללי. קנסות אחרים, הניתנים בגזר דין על פי שיקול דעת בית המשפט, נידונים על פי הפסיקה הנוהגת והראויה, ובכפוף לקנס המרבי הקבוע בחוק. חזקה היא שהקנס "הרגיל", המצוי בפסיקה הנוהגת, מתאים למי שאמצעיו ממוצעים. רוצה המאשימה לטעון כי עסקינן בעשיר הראוי להחמרה - תוכיח. רצה הנאשם לטעון כי דל הוא, ואין ידו משגת לשלם קנס רגיל - יוכיח. המצב הכלכלי שיוכח יילקח בחשבון במסגרת סעיף 40 לחוק העונשין.

64. אולם, כאמור, המצב הכלכלי אינו השיקול היחיד, ועניין זה יקבל משקל שונה לפי סוג העבירה ומטרת הקנס, הכול מתוך מבט לעקרון ההלימה. וכאמור, אין זו שאלה מתמטית טהורה. בעבירות שלא נועדו להשאת רווח, כגון עבירת תכנון ובניה למטרת מגורים, יינתן יותר משקל ליכולת הכלכלית אל מול הקנס המצוי בפסיקה. אולם, לא כך הוא בעבירות שעיקר מטרתן מסחרית. בעבירות אשר כוונתן להשיג רווח כלכלי, ובוודאי בעבירות שהשיגו רווח, פוחת משקל המצב הכלכלי, וגובר משקלו של העיקרון הנגדי המצוין בסעיף 40ח "האמור בסעיף 40ג(א)", היינו עקרון ההלימה. שכן, בהבניית הענישה הראויה לעבירות מסוג זה, יש מקום לשקול את עקרון "מידה כנגד מידה", בהתאמת העונש ההולם את הפגיעה בערך החברתי. היינו, מי שרצה להרוויח, ובוודאי מי שהרוויח, ראוי לכך שלא ירוויח אלא יפסיד. זאת, לא רק משום שראוי שבלעו של העברין יילקח מפיו, אלא שזוהי הענישה המתאימה וההולמת מבחינה ערכית.

65. ודוק, ניתן היה לסבור כי ההחמרה במתחם הקנס נובעת גם משיקולי הרתעה בעבירות כלכליות. שהרי ידוע כי בעבירות כלכליות, בניגוד לעבירות אחרות, ההרתעה יעילה באופן מיוחד (ראו ע"פ 3927/16 **מדינת ישראל נ' בר זיו** (23.2.17), בפסקה 19 לחוות דעתו של השופט מזוז). בפרשת **אזולאי** אף נאמר במפורש כי "יש הגורסים כי בעבירות כלכליות כגון עבירות מס לא יינתן משקל לנסיבות אישיות ולמצוקה כלכלית משיקולי הרתעה" (תוך אזכור פסיקה מלפני עידן הבניית הענישה). עם זאת, בתיקון 113 לחוק העונשין, המחוקק הורנו כי מקומם של שיקולי ההרתעה הוא בקביעת העונש הקונקרטי, ולא בשלב קביעת המתחם (פרשת **בר זיו**, וראו סעיף 40 ו-40 לחוק העונשין). מכל מקום, גם אם שיקול ההרתעה אינו בר שקילה בשלב קביעת המתחם, שיקול ההלימה לפי סוג העבירה והמניע לה חייב להישקל.

66. בתיקון 116 לחוק התכנון והבניה, ביטא המחוקק עמדה הדוגלת בהחמרה בענישה הכלכלית בעבירות תכנון ובניה. העונש המרבי בגין עבירת השימוש האסור, שלא בנסיבות מחמירות, הועמד על כ-226,000 ₪ והקנס היומי של שימוש לא למגורים - 2,800 ₪. העונש המרבי בנסיבות מחמירות הוא כ-450,000 ₪ וקנס יומי של שימוש לא למגורים - 2,800 ₪. לפי הדין כפי שחל לפני תיקון החוק, וכפי שחל על ענייננו, העונש המרבי היה כ-75,000 ₪ וקנס יומי בסך 1,400 ש"ח.

67. בתיקון 116 לחוק התכנון והבניה, אשר נעשה לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, הותר המחוקק על כנה את אפשרות הענישה על ידי הוספת כפל שווי הבניה האסורה, מעל לסכום הקנס הנ"ל (סעיף 119 לחוק לפני התיקון, והיום סעיף 245 לחוק). משמע, המחוקק ביטא עמדתו כי בעבירות תכנון ובניה שהייתה בהן הנאה כלכלית, ראוי להשית ענישה כלכלית משמעותית. אם יש רווח, הענישה היא קנס רגיל בתוספת כפל הרווח. היינו, לא רק הוצאת בלעו של העברין מפיו, אלא פגיעה כלכלית שהיא כפליים על חטאות הנאשם. למעשה, בכך ביטא המחוקק עמדה ערכית כי בעבירות תכנון ובניה בכלל, גם עבירות "לצריכה עצמית" בהן יש רווח כלכלי (כגון חסכון של עלות הוצאות מגורים חוקיות), משקל הערך הכלכלי של העבירה מקבל משנה משקל לעומת עקרון התאמת הקנס לכיס, לפי סעיף 40ח לחוק העונשין. עם זאת, תמיד יש ליתן משקל מסוים, ולו משקל חלקי, לעקרונות סעיף 40ח לחוק העונשין.

68. להערכתנו, ומבלי לקבוע מסמרות, נוכח כל השיקולים שפורטו, **אילו היה בידי הנאשם להוכיח כי מצבו הכלכלי הוא אכן כשל פושט רגל, כפי שטוען, היה לכך משקל חלקי**. אמנם, משקל עקרון התאמת הקנס לכיס היה מופחת, בשים לב לכך שמדובר בעבירה שנועדה למטרות מסחריות ובשים לב לכך שמדובר בעבירות תכנון ובניה אשר יכולות להניב רווח כלכלי. אולם, בכל זאת היה למצב הכלכלי משקל. בנסיבות העבירה של המערער, **אלמלא מדובר היה בתיק בו העונש שהוטל קל יחסית לעונש הראוי, משום שראוי היה הנאשם למאסר בפועל, נכון היה להפחית את מתחם הקנס בערך בשליש או ברביע**.

69. **לסיכום ההלכה:** בעת הטלת קנסות, ההנחה היא שהענישה המצויה בפסיקה מתאימה לאדם בעל יכולות כלכליות ממוצעות. הטענה כי נאשם מסוים עשיר במיוחד או עני במיוחד טעונה הוכחה. הוכח כי הנאשם עני, בעבירות רגילות יש ליתן לכך משקל משמעותי, אך אין לבצע הפחתה מתמטית על פי הכנסות הנאשם מול הממוצע, אלא יש לאזן בין היכולת המוגבלת לבין הענישה המקובלת. בעבירות שנועדו למטרת רווח מסחרי, נכון ליתן משקל קטן יותר למצבו הכלכלי הדחוק של נאשם. בעבירות תכנון ובניה שהיה עמם הנאה כלכלית, מגמת המחוקק היא ליתן משקל נמוך יותר למצבו הכלכלי הדחוק של נאשם. לכן, בעבירות שהן גם בעבירות תכנון ובניה וגם נועדו לרווח מסחרי, המשקל של המצב הכלכלי של נאשם מופחת עוד יותר, והענישה הכלכלית לגבי נאשם דל אמצעים תהיה קרובה יותר לעונשו של בעל אמצעים ממוצעים. עם זאת, עקרון התאמת הקנס לכיס, לפי סעיף 40ח, עדיין יבוא לידי ביטוי מסוים. לכן, מי שהוא דל אמצעים ישלם קנס נמוך יותר מאדם ממוצע, אפילו בעבירת תכנון ובניה שנועדה למטרה מסחרית.

## **אחידות הענישה, ראיות נוספות והכרעה בעניינו של המערער**

### **אחידות הענישה**

70. טענת באת כוח המערער לעניין אחידות הענישה ביחס לנאשמות האחרות בתיק - צריכה עיון. בית משפט קמא התייחס לעניין בצורה מעמיקה וציין כי בעיקרו של דבר מדובר בהבחנה בין השונים ולא אפליה בין הדומים, וכי מתחם העונש הראוי לנאשם, הוא בקנה מידה אחר לגמרי. יחד עם זאת, בקביעת העונש בתוך המתחם ניתן משקל מסוים לקולה לעקרון השוויון אל מול נאשמת 4, אשר בכל זאת הייתה בה אשמה ועונשה קל מאוד, והפחית במידת מה במיקום העונש בתוך המתחם (פסקה 27). אין ספק שניתוח זה הוא בעיקרו נכון, ומונחה על פי הפרמטרים הנכונים.

71. צודקת המשיבה כי יש ליחס משקל רב לפער במידת המודעות לעבירה, היינו טיב היסוד הנפשי, בין המערער לבין נאשמות האחרות. פסק הדין בעניין הנאשמות האחרות הניח לטובתן, כפי שהוסבר בהסדר הטיעון, כי הוסתר מהן אי-חוקיות השימוש בנכסים ששכרו מהמערער. מודעתן התבטאה, לכל היותר, בעצימת עיניים. המערער, לעומת זאת, היה מודע היטב למצב החוקי בנכס ולכן מידת אשמו רבה הרבה יותר. ככלל, בעבירות תכנון ובנייה ניתן להרשיע גם בהתקיים יסוד נפשי של אחריות קפידה. אולם, כאשר מתקיים יסוד נפשי עוצמתי יותר, מחשבה פלילית שהיא מודעות בפועל לביצוע העבירה, מידת האשם במעשה העבירה מוגברת משמעותית. האשם המוגבר מביא לעונש מוגבר, וכך מתבטא עקרון ההלימה כפי שנקבע בסעיף 40ב לחוק העונשין: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו".

72. מעבר ליסוד הנפשי, הבדלים נוספים באו לידי ביטוי לעניין המעמד הקנייני של המערער ביחס לשטח, משך ביצוע העבירה והתגובה לגילוי העבירה. כאמור, כאשר הנאשמות השוכרות גילו כי מדובר בעבירה, פנו לתקן ולהפסיק את ביצוע העבירה בהקדם האפשרי. זאת, בניגוד למערער אשר עד מועד גזר הדין לא פעל לבצע כל שינוי. שילוב כל ההבדלים מעמיד את אשמו של המערער בקנה מידה אחר לחלוטין מהנאשמות.

73. יחד עם זאת, לאחר עיון, **מתברר כי נפלו שגיאות משפטיות ממשיות בגזר הדין של הנאשמות.** העונש הראוי לנאשמות הוטל על הנאשמות 2 ו-3 "ביחד ולחוד" ובכך הופחת עונשן בפועל, כאשר יש גם מקום לספק בדבר התוקף של קנס "יחד ולחוד". על הנאשמת 4 לא הוטל כל קנס אלא התחייבות בלבד, אך

נקבע כי היא ערבה לקנסות של הנאשמות האחרות, ואף הוטל עליה "מאסר חלף" הקנס שהוטל על הנאשמות האחרות! מדובר בשגיאות משפטיות קשות, והסבר קצר מדוע עונשים אלה לכאורה הוטלו שלא כדין, יובא בסוף פסק דין זה.

74. מבחינה עונשית, בית המשפט השלום התכוון להטיל קנס בן 30,000 ₪ על השוכרות כשוכרות. אילו הטיל על כל אחת מהן קנס זה, כמידת אשמתן של כל אחת מהן, הרי שבכך לא היה מפלה בין לבין המערער. שכן, כמוסבר לעיל, הפער בין מידת אשמתן למידת אשמו מצדיק פער כזה. במצב בו קיים הבדל משמעותי בנסיבות שבין כלל הנאשמים, אין להחיל את עקרון אחידות הענישה באופן פשטני, כיוון שתכליתו לא באות לידי ביטוי במצב שכזה, ויפים לענין זה דברי השופט הנדל: "לעקרון אחידות הענישה ישנה חשיבות רבה. הוא משקף את ערכי השוויון, ההגינות והצדק, ואף את האינטרס לשמור על אמון הציבור בהליך הפלילי ובמערכת המשפט. אלא שעקרון האחידות איננו כלל עיוור... שוויון מלאכותי פוגע בשוויון המהותי. הוא אף יוצר סוג אחר של אפליה. במלאכת גזר הדין נדרש בית המשפט לבחון את הנסיבות המיוחדות שמאפיינות כל נאשם, ולחתור לענישה ההולמת את העבירה על פי אמות המידה של המעשה והעושה" (עפ"א 6325/11 פחימה נ' מדינת ישראל (11.12.2012), פסקה 10 לחוות דעתו).

75. לטעמי, למרות שהקנס בן 30,000 ₪ לשוכרת שהוטעה הוא עונש ראוי, והפער בין הנאשם לשוכרות הוא בעקרון נכון, בכל זאת יש לתת יותר משקל לעקרון אחידות הענישה. שכן, השגיאה של בית משפט קמא בהטלת "עונש קולקטיבי" על שלוש הנאשמות כאחת, משל היה זה פיצוי אזרחי, ובניגוד לעקרונות דיני העונשין, יוצר פער קיצוני ולא ראוי. פער זה צריך להשפיע גם על המערער. **המשמעות היא שיש להפחית עוד בעונשו של המערער, לפחות במידה מסוימת ובגבולות המתחם.**

#### ראיות נוספות בערעור - המצב הכלכלי הפרטני

76. באת כוח המערער חזרה על טענתה כי יש להתחשב בנסיבות האישיות של המערער מבחינה רפואית וכלכלית ובדגש על מימוש עקרון התאמת הקנס לכיס, הקבוע בס' 40 לחוק העונשין. בתגובה, טען ב"כ המשיבה כי אין לקבל את הטענה כי יש להתחשב במצבו הכלכלי של המערער. זאת, מכיוון שקשיים אלו לא הוכחו בבית משפט קמא ואין המקרה עומד בתנאים הנדרשים בפסיקה להגשת ראיות חדשות בשלב הערעור.

77. כאמור, הסנגורית ביקשה כי יותר לה להגיש מסמכים כלכליים בשלב הערעור. הסנגורית הסבירה כי הראיות היו בידי עורך דין אחר של הנאשם, המטפל עבורו בהליכי פשיטת הרגל. אף במועד הדיון בערעור, עדיין לא היו המסמכים בידה. הסנגורית ביקשה כי תינתן לה ארכה להגישם. בתום הדיון הוחלט כי הסנגורית תגיש המסמכים עם טיעון, והתביעה תשיב, ובמסגרת פסק הדין יוחלט אם המסמכים יתקבלו כראיות. אם כן, בטרם הכרעה לגופו של עניין, יש לבחון אם ניתן לעבור המשוכה בדבר הגשת ראיות כלכליות בערעור.

78. הסנגורית הגישה מסמכים בדמות בקשת המערער למתן צו כינוס והכרזתו לפושט רגל, כן צורפו חלק מן הנספחים לאותה בקשה, בהם דרישות תשלום של הרשויות ותדפיסים מתוך תיקי הוצאה לפועל. על פני הדברים, המסמכים מלמדים על קיום חובות בגובה מיליוני שקלים למס הכנסה, וחובות מצטברים בגובה מאות אלפי שקלים לגורמים אחרים, בהם ביטוח לאומי ונושים פרטיים.

79. ב"כ המשיבה התנגד נחרצות להגשת מסמכים אלה. מעבר לכך שאלו מסמכים שניתן היה להגישם כבר בערכאת הדיון, הדגיש ב"כ המשיבה כי זוהי למעשה תמונה חד צדדית. אין לדעת מה מצבו הכלכלי של המערער לפי חובותיו בלבד, שכן אפשר שיש לו גם נכסים רבים. אין מדובר בקביעה שיפוטית בדבר מצבו, אלא טענה של המערער, שטרם נבחנה בהליך פשיטת הרגל, ולא אומתה.

80. הלכה היא כי "סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי בית המשפט הדין בערעור רשאי לגבות ראיות חדשות או להשיב את הדיון לערכאה הדיונית כדי שזו תגבה את הראיות, אם הוא סבור כי הדבר דרוש לשם עשיית צדק. הוראה זו מהווה חריג לכלל הרגיל, לפיו יש להביא את מלוא חומר הראיות בפני הערכאה הדיונית. בפסיקת בית משפט זה נפסק כי ישנם שלושה שיקולים עיקריים אותם נדרשת ערכאת הערעור לבחון, בבואה להכריע בבקשה להוספת ראיות בשלב הערעור, המוגשת על ידי הנאשם. **ראשית**, יש לבחון האם היה באפשרותו של הנאשם להשיג את הראיות אשר צירופן מתבקש במהלך הדין בערכאה הדיונית, וככל שהתשובה חיובית, מהי הסיבה לכך שלא הוגשו כאמור; **שנית**, יש לשקול את עיקרון סופיות הדיון - במובן זה שהאינטרס הציבורי מחייב כי להתדיינות הפלילית יהיה סוף, ועל כן, ככלל, אין זה ראוי שערכאת הערעור תרחיב את גדר המחלוקת בין הצדדים ותפתח את המשפט מחדש. **שלישית**, יש להעריך את משקלן הסגולי של הראיות שצירופן מתבקש, ולבחון את הפוטנציאל הגלום בהן לשינוי תוצאת המשפט" (ע"פ 2697/14 **חדאד נ' מדינת ישראל** (6.9.2016), ההדגשה במקור).

81. נבחן עתה את הדברים, על יסוד שלשת השיקולים האמורים בפסיקה. כאמור, לטענת באת כוח המערער לא הצליחה להשיג את הראיות המעידות על קשייו הכלכליים של המערער מכיוון שהמסמכים היו בידי עורך הדין של המערער המטפל בהליך פשיטת הרגל שנקלע אליו. הסבר זה אינו מניח את הדעת. המסמכים היו בידי ב"כ המערער. אף אם מדובר בעורך דין אחר, ולא מי שמטפלת בתיק הפלילי, המסמכים היו בשליטת המערער עצמו, ואין הצדקה לכך שלא הובאו לדיון בערכאה הראשונה.

82. אף מבחינת השיקול השני, סופיות הדיון, רואה אני את טענת ב"כ המשיבה. למעשה, לו הוגשו המסמכים מבעוד מועד לערכאת הדיון, היתה ניתנת למשיבה ההזדמנות לחקור בדבר, ואולי לסתור את הראיות. עתה, לא ראוי לקבל המסמכים בבחינת "כזה ראה וקדש", באשר זוהי תמונה חד צדדית. לא נכון גם להחזיר התיק לבחינה מחודשת בבית משפט השלום, שכן יש חשיבות לסופיות הדיון. הדברים נכונים במיוחד באשר הוצא צו הריסה במסגרת ההליך, ולא ראוי לעכב את ביצוע גזר הדין, עד אשר יתברר עניין זה, שניתן היה לבררו קודם לכן.

83. לעניין השיקול השלישי, מעיון במסמכים עולה כי יש בהם כדי להוכיח לכאורה שהמערער נמצא במצב כלכלי מורכב, וחובותיו הם גבוהים בהחלט. הטענה לא מוכחת בעצם הגשת המסמכים כאמור, שכן תוכן הבאת ראיות נגדית. אולם, לו יתאמת הטיעון, אחרי שיותר להביא ראיות נגדיות, אפשר שייקבע כי ראוי המערער לענישה כלכלית ברמה נמוכה יותר. מכל מקום, כאמור לעיל, כאשר עסקינן בעבירת תכנון ובניה, ובמיוחד בעבירת תכנון ובניה אשר נועדה להשגת רווח כספי, המשקל שיינתן למצב הכלכלי, בסוף הבדיקה, הוא נמוך יותר. כך, שאף אם היה בדבר כדי להשפיע על גובה הקנס, אין מדובר בהשפעה מכרעת המשנה התמונה מקצה לקצה, אלא בהפחתת הקנס, בערך ברבע או בשליש.

84. חשוב להדגיש כי **המצב הכלכלי לא יכול להשפיע על העונש במקרה קונקרטי זה** מטעם נוסף. כאמור לעיל, הנאשם היה ראוי לעונש מאסר משמעותי, במתחם שבין מאסר לריצוי בעבודות שירות לבין מאסר מאחורי סורג ובריה. כפי שיוסבר בהמשך, אם לוקחים בחשבון את הענישה הראויה למעשהו של הנאשם,



הרי שלמעשה הנאשם זכה בעונש מופלג לקולה, בכך שהוטל עליו קנס בלבד. לכן, לא ראוי הוא לכל הקלה נוספת, אף בהנחה שמצבו הכלכלי גרוע ממה שסבר בית משפט קמא. **המסקנה היא כי אין מקום לאפשר הגשת ראיות נוספות בערעור לגבי המצב הכלכלי, והמסמכים הכלכליים לא מקובלים כראיה.**

### **ראיות נוספות בערעור - ביצוע צו ההריסה עד מועד הדיון בערעור**

85. במהלך הדיון בערעור טענה הסנגורית כי הנאשם תיקן את כל חטאיו ובלשונה "כל המחדלים הוסרו והמגרש למעשה עומד בכל התנאים, אין מבנה אחד לא חוקי, אין פלישה, נעשה קיר בטון שמפריד ואין אפשרות לפלישה, כפי שנדרש על ידי המפקח". לשיטתה "השבת המצב לקדמותו הוא שיקול קריטי ולכן הוא בוודאי צריך להילקח בחשבון". לשאלת בית המשפט, התנגד ב"כ המשיבה להגשת דו"ח מפקח עדכני ביחס למצב הנכס היום. לשיטת ב"כ המשיבה אכן ראוי להתחשב בתיקון המעוות פני גזר הדין, לא ראוי בשלב מאוחר יותר לקחת עובדה זו בחשבון, לאחר שכבר הוטל הקנס הכבד.

86. למרות עמדת ב"כ המשיבה, הוחלט כי יוגש דו"ח מפקח עדכני, ועל משקלו יוחלט במסגרת פסק הדין. יאמר כי בשבועות הראשונים נמסר על ידי ב"כ המשיבה כי לא הוכן דו"ח מפקח בשל סירוב המערער לתת למפקחים להיכנס למקרקעין. לאחר מכן נמסר דו"ח מפקח, בו נמסר כי עבירות הבניה הוסרו חלקית, אולם דווח כי במקביל מבוצעות עבירות חדשות במגרש, שלא יפורטו כאן. ב"כ המשיבה ביקש שבנסיבות אלה לא ינתן משקל לכך שחלק מהעבירות פורקו. ב"כ המשיבה אף הביע חשד שמא הריסת המבנים על פי הצו לא נועדה אלא כדי לאפשר ביצוע עבירות בניה חדשות.

87. הסנגורית ביקשה מספר דחיות במתן תגובה לעניין זה, והגיבה רק לאחר חודשיים, כמעט. לסנגורית לא היה הסבר מדוע הצהרתה החגיגית בעת הדיון התבררה כשגויה מצד אחד, ולא טענה כי דברי המפקח שגויים מצד שני. עם זאת, הסנגורית טענה כי, בעת ביקור, המפקח יכול היה לראות עבירות בניה של שכנים ולא עשה דבר, ולכן יש בכך אכיפה סלקטיבית המקימה הגנה מן הצדק. נטען, כי הבניה שנעשתה, נעשתה על ידי שוכרים במקום וכי בכוונתם לבקש היתרים. עוד טענה שיש לזקוף לזכות הנאשם את החלקים אותם פרקו, ואין מקום לחשד לפיו עשה כן מטעמים פסולים.

88. יאמר מיד כי טענת הסנגורית לפיה כביכול קמה לנאשם טענת הגנה מן הצדק מחמת אכיפה בררנית, נטענה ללא כל בסיס בראיות, אין בה ממש, והיא נדחית.

89. לענין הדו"ח עצמו, לאחר עיון, ברי שלא נכון ליתן כל משקל לקולה לדו"ח המפקח. צודק ב"כ המשיבה כי אין דומה משקל תיקון לאחר גזר הדין, לתיקון לפני גזר הדין. אולם, מעבר לכך, לא ניתן ולא ראוי לעשות "פלגינן דיבוריה" בדו"ח הפקח, לקרוא את החלק הנוח לנאשם ולהתעלם מן היתר. למעשה, מדובר לכאורה בתיאור של עבירה חדשה, אשר ראויה למסגרת המשפטית המתאימה, ואין לשקול העבירות החדשות לכאורה במסגרת זו, כל עוד הנאשם לא הואשם והורשע. מכל מקום, על מנת שלא לראות בממצאים שנמצאו בבחינת נסיבה לחומרה, עדיף לנאשם שבית משפט זה יתעלם מהדו"ח כולו, בבחינת "שתיקותיך יפה ליך מדיבוריך" (משנה גיטין ד' ח').

### **טענות נוספות והכרעה**

90. טוענת הסנגורית כי לא נכון היה לתת משקל של ממש לעברו הפלילי של הנאשם, באשר יש לו רק שתי עבירות רלוונטיות מהתקופה האחרונה (עבירת תכנון ובניה משנת 2014 ועבירת רישוי עסקים משנת 2012), וכי העבירה הנוספת, תקיפת עובד ציבור משנת 2010 היא ממין אחר, התיישנה ואין לה משקל מצטבר. כן קבלה הסנגורית על כך שהוגש לבית המשפט רישום פלילי הכולל תקים פתוחים ותקיים סגורים, ולא רק הרשעות בבית המשפט.

91. כמובן שצודקת הסנגורית בטענתה האחרונה, כפי שאישר גם ב"כ המשיבה בדיון. מכל מקום, אין בידי להסכים שאין רלוונטיות לעבירה שהתיישנה. המדובר בעבירה של תקיפת עובד ציבור, התנהגות שיש בה ביטוי לזלזול בחוק ונציגיו. כידוע, מותר לקחת בחשבון גם עבירה שהתיישנה. אמנם, סעיף 14(א) לחוק המרשם הפלילי קובע, כי לאחר שעבירה התיישנה, אין למסור אודותיה לגופים המצוינים בס' 9-6 לחוק המרשם הפלילי. אולם סעיף 5(א) לחוק המרשם הפלילי קובע כי המשטרה תמסור מידע מן המרשם לרשויות המנויות בתוספת הראשונה, לרבות בית המשפט. אמנם, לעבירה ישנה יותר יש משקל פחות, אך אין פגם בעיון במרשם ויש לתת משקל מתאים גם לעבירות שהתיישנו, ככל שיש בהן רלוונטיות. בהקשר זה יש לציין שבית משפט קמא נתן משקל רק להרשעתו האחרונה של המערער, משנת 2014 בעבירה דומה, ובכך עשה עמו חסד (פסקה 26), שכן יש משקל גם לשתי העבירות האחרות.

92. לעניין מצבו הרפואי של הנאשם, ב"כ המשיבה לא חלק על כך שיש למשיב בעיות לב, ויש להתחשב בכך. בית משפט קמא אף ציין כי הוא נותן לעניין זה משקל, במסגרת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה ואין ליתן לכך משקל נוסף בשלב הערעור.

93. כאמור לעיל, מתחם הענישה הכלכלית כפי שקבע בית המשפט הוא נכון בעיקרו. בית המשפט לא נכון היה להניח כי לנאשם יש קשיים כלכליים, שכן לא הובאו לפני ראיות לעניין זה. לפיכך, לא הופחת המתחם בבית המשפט השלום במסגרת סעיף 40ח. כאמור לעיל, בקשת המערער להביא ראיות לעניין זה בשלב הערעור נדחתה, משום שניתן היה להגיש הראיות בערכאה הראשונה, ובין השאר גם משום שאין בדבר כדי להשפיע על התוצאה בסופו של יום.

94. יש להבהיר נקודה אחרונה זו. אילו היה המערער ראוי לעונש קנס בלבד, ואילו הוכחו הטענות הכלכליות, אפשר שהיה בכך כיד להפחית את גובה מתחם הקנס בשליש או ברבע. אולם, במקרה זה לא נכון יהיה להפחית כלל. שכן, כאמור, ראוי היה הנאשם לעונש משמעותי נוסף בדמות מאסר בפועל. העונש שהוטל, המתבטא במתחם קנס, התחייבות וצו הריסה, בלבד, ללא מאסר, הוא עונש קל מן הראוי. לכן, לא נכון היה להפחית מעונש זה, אפילו הוכחו הנסיבות הכלכליות, שכן אין בהן כדי להצדיק הקלה.

95. יחד עם זאת, כמסבר לעיל, למרות שהנאשם נהנה מעונש שהוא קל במידה משמעותית מהעונש הראוי לו, הצדק מחייב לבצע הפחתה מסוימת נוספת בעונשו, בשל עקרון אחידות הענישה, בשים לב לכך שהעונש שהוטל בפועל על הנאשמות, מופרז לקולה.

## הערות לפני סיום

96. הערה ראשונה נוגעת לעמדת התביעה בערעור - ככל הנראה חלה טעות בתגובת המשיבה לערעור בכך

שביקשה להחמיר עם עונשו של המערער על מנת שיבטא את מידת החומרה של מעשי הנאשם ומידת אשמו. כידוע, לפי סעיף 217 לחוק סדר הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, בית המשפט "לא יגדיל עונש שהוטל על נאשם, אלא אם הוגש ערעור על קולת העונש", אך ערעור כזה לא הוגש. יובהר כי ראוי היה הנאשם לעונש חמור הרבה יותר, מאסר בפועל כאמור, אך המשיבה לא ביקשה עונש זה, ואף לא ערערה על העונש שהוטל.

97. הערה שנייה נוגעת לעונשן של שוכרות הנכס. עניינן של הנאשמות האחרות בתיק נדון לפני, באשר אין ערעור לגביהן. אולם, עיינתי בגזר הדין בעניינן נוכח טענת האפליה של המערער. לאחר שעיינתי, יש לעמוד על מספר שגיאות מהותיות בגזר הדין שכבר אוזכרו לעיל. בית המשפט הורה לנאשמות 2 ו-3 לשלם קנס "יחד ולחוד", לא הטיל קנס על נאשמת 4 כלל, אך קבע כי הנאשמת 4 ערבה לקנס שהוטל על הנאשמות 2 ו-3, ותישא בעונש מאסר אם הקנס שלהן לא ישולם. יוער מיד, כי גזר הדין ניתן במתכונת זו על יסוד הסדר הטיעון. אולם, הסדר טיעון אינו מקנה לבית המשפט סמכות לתת עונש שאינו קיים בספר החוקים.

98. ראשית, חשוב להבין כי קנס פלילי הוא עונש. קנס אינו פיצוי. בהקשר לקנס שואלים מה על העבריין לשלם, לא שואלים מה ראוי שיקבל הנפגע. לכן, אין כל הגיון לחייב בקנס "יחד ולחוד", ואופציה זו אינה מופיעה בחוק העונשין. אמנם, מידת הנזק שגרם הנאשם והרווח שעשה, משפיעים על העונש, אך זאת להערכת מידת אשמו. ככל שיש מקום לפיצוי בהליך הפלילי, הרי זה במסגרת סעיף 77 לחוק העונשין, ולא כקנס.

99. עונש מוטל על כל נאשם ונאשם כפי רוע מעלליו. העונש מוטל על פי מידת אשמו של כל נאשם ונאשם "כדי רשעתו במספר" (דברים כה). זהו כלל היסוד בהבניית הענישה. לא מסתכלים על הנזק שנגרם וקובעים אחריות לכל הנאשמים יחד ולחוד. כך, עשרה נערים שאנסו נערה יחד, לא אומרים להם כי ישבו יחד במצטבר 20 שנות מאסר הראויות למעשה, שנתיים כל אחד. אלא, מטילים על כל אחד ואחד לפי מידת אשמו, אם יותר או פחות. אפשר גם, שעל כל אחד מהם יוטלו 20 שנות מאסר. הקנס גם הוא עונש, ואינו שונה מהמאסר מבחינה זו. כבר נפסק כי "אני חולק על בית משפט השלום אשר קבע כי יש לראות במערער ובמערערת יחידה כלכלית אחת לעניין הקנס, אף כי הדגיש את עקרון הענישה האינדבידואלית. שותפים לעסק חולקים רווחים והפסדים, אך שותפים לעבירה אינם חולקים את האחריות. כל אחד נענש כפי רוע מעלליו ובהתאם למידת אשמו. אין הקנס על האחד מקל על העונש הראוי לחברו" (עפ"א (ב"ש) 30216-10-17 פאר לי חברה לבנייה והשקעות בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה אשדוד (24.7.18)).

100. כבר הוער בעבר, במקרה בו נקבע מתחם והוטל על שני השותפים עונש אשר רק באופן מצטבר מגיע למתחם כי "בית המשפט התייחס לעונש הכולל על המעשה ככזה, וחילק את העונש הנראה לו ראוי, בין שני הנאשמים. אף כאן מדובר, לטעמי, בשגיאה משפטית. עונש מושת על כל נאשם לפי אשמתו שלו, זהו העיקרון המנחה בענישה. אין משיתים עונש קולקטיבי בגין העבירה בכללותה על כל המעורבים ואז מחלקים העונש ביניהם, משל מדובר היה בתובענה אזרחית בה הנזק הוא אחד, וחייב השיפוי מתחלק בין כל המעוולים לפי חלקם" (עפ"א (ב"ש) 28577-02-18 רפאל ביטון נ' ועדה מקומית לתכנון קרית גת (26.6.18), ההדגשה במקור).

101. לעניין הענישה הקונקרטי, לא מובן מדוע מידת האשם של התאגידים, הנאשמות 2 ו-3, גבוה יותר מאשר מידת האשם של הנאשמת 4. מדוע הן חויבו בקנס, ומדוע הנאשמת 4 לא חויבה? חשוב

להזכיר כי לפי הדין אסור לתאגיד לשלם קנס שהוטל על אחר וזהו אף איסור פלילי (סעיף 252א לחוק העונשין). לכן, בהנחה שנאשמת 4 אכן אשמה בפני עצמה (כפי שנאמר במפורש בפסק הדין בעניין המערער) לא ראוי להבנות העונש כך שקנס, שאמור היה להיות מוטל על הנאשמת 4, ישולם בפועל על ידי התאגידים.

102. יתרה מכך, כיצד ניתן להטיל על הנאשמת 4 עונש מאסר חלף ערבות? מנין הסמכות לכך? המאסר חלף קנס קבוע בחוק במילים "בית המשפט הדן אדם לקנס, רשאי להטיל עליו מאסר..." (סעיף 71א) לחוק העונשין, ההדגשה נוספה). אין מטילין על אדם מאסר חלף קנס שהוטל על חברו (וראה הניתוח של המפורט של מוסד המאסר חלף קנס ומטרותיו בפרשת **אזולאי**). ב"כ הצדדים הכשילו את בית המשפט עם הסדר הטיעון הקלוקל, אך האחריות היא גם על בית המשפט, ועליו היה להבהיר לצדדים כי הסכמתם אינה מקנה לבית המשפט סמכות לתת פסק דין, בוודאי פסק דין פלילי הכולל רכיב של מאסר, שלא על פי דין. זהו אחד המקרים בהם חובה היה על בית המשפט לדחות את הסדר הטיעון.

## סיכום ותוצאה

103. עבירות תכנון ובניה מגינות על ערכים חברתיים רבים ומגוונים. עבירת רחבות היקף אשר נעשו במחשבה פלילית, ראויות לעונש מאסר, ולו למאסר על תנאי. כאשר מדובר בעבירות שנעשו למטרה מסחרית הדבר מקבל משנה תוקף, **ויש לתמוה על מדינות התביעה שאינה מבקשת עונשי מאסר בגין עבירות כאלה כדבר שבשגרה**, ולו מאסר על תנאי. לא ניתנה תשובה מניחה את הדעת לעניין זה.

104. ההגנה על זכות הקניין בקרקע היא אחד הערכים המוגנים על ידי חוק התכנון והבניה. עבירות תכנון ובניה הכוללות רכיב של פלישה אל שטח בקניין הציבור או שטח השייך אחרים, הן למעשה עבירות רכוש, עבירות רכוש משמעותיות הפוגעות בערך הציבורי המוגן באופן חמור ובוטה. **אין לראות בפלישה רק "נסיבה מחמירה" לעבירת תכנון ובניה. אם המעשה נעשה במחשבה פלילית, במודע, הרי שהפגיעה המשמעותית ברכוש האחר הופכת להיות עיקר, מידת האשם היא רבה, וראויה בדרך כלל למאסר בפועל.** אופן ביצוע המאסר בפועל ותקופתו יושפע ממכלול הנסיבות בכל מקרה, בעיקר משך הפלישה, היקפה ועד כמה הפריעה בפועל לבעל הנכס או לציבור. לא מובנת מדיניות התביעה הכללית, הדורשת עונשי מאסר בפועל לעבירות רכוש חמורות הנחקרות על ידי המשטרה, אך אינה דורשת זאת בעבירות תכנון ובניה הכוללות פלישה, עבירות רכוש לא פחות חמורות, הנחקרות על ידי רשויות התכנון. נראה כי יש כאן **מדיניות אכיפה בלתי אחידה**, הנובעת מגורמים מוסדיים ולא מהכרעה ערכית מודעת.

105. יוזכר כי אין לטעות ולראות בענישה המצויה משום ענישה ראויה בהכרח. לפי תיקון 113, רמת הענישה המקובלת היא רק אחת האינדיקציות לענישה הראויה, ואם יש שגיאה במדיניות הענישה ראוי לתקנה. **הגיעה העת לבטא את המדיניות המחמירה לה קרא בית המשפט העליון פעמים רבות, בענישה מוחשית לעבריינים קונקרטיים, ולא רק ברטוריקה.**

106. המערער ביצע עבירות תכנון ובניה חמורות בשימוש בשטח רחב שלא על פי הייעוד ובמבנים שהיו בנויים שלא כדין, וזאת למטרה מסחרית. אולם, מעבר לכך, המערער פלש לשטח רחב, והשתמש תקופה משמעותית בשטחים שנועדו להיות שטח ציבורי פתוח ובשטחים השייכים לרכבת ישראל. בכך, ביצע לא רק עבירות הפוגעות בערכים המוגנים תדיר בתחום התכנון והבניה, אלא גם עבירת רכוש

גדולה וחמורה. לכן, ראוי המערער לענישה פיזית, בנוסף לענישה כלכלית מכבידה וקשה. ברכיב הענישה הפיזית, בשים לב לכך שדובר בפלישה רחבת היקף מחד גיסא, אך לא הוכח כי הפריעה למאן דהו בפועל מאידך גיסא, **מתחם העונש הראוי למערער נע בין 5 חודשי מאסר בעבודות שירות ל- 15 חודשי מאסר מאחורי סורג ובריח**. נוכח עברו הפלילי, ולאחר שלא הפסיק הפלישה נכון למועד גזר הדין, אף לא ראוי היה המערער לעונש המתקרב לתחתית המתחם.

107. בפועל, המאשימה לא ביקשה ובית המשפט לא הטיל עונש פיזי מוחשי, אלא ענישה כלכלית בקנס והתחייבות, מאסר חלף הקנס וצו הריסה בלבד. מכל מקום, **הענישה הכלכלית בקנה מידה של מאות אלפי שקלים מוצדקת בנסיבות העניין, והייתה מוצדקת גם אילו הוטל עונש מאסר בפועל ראוי, ובמצטבר לו**. זאת, בשים לב שמדובר בעבירה בהיקף רחב שנעשתה למטרה מסחרית.

108. מתחם עונש הקנס מושפע גם מהמצב הכלכלי של הנאשם לפי הוראות סעיף 40ח. **ככלל, חזקה על נאשם כי הכנסתו ממוצעת וראוי הוא לקנס בקנה המידה המקובל. הנטל להוכיח אחרת על הצד הטוען זאת**. הנאשם לא הביא ראיות כלכליות לבית משפט קמא, וטענתו כי מצבו הכלכלי בכי רע נדחתה. הבקשה להגשת ראיות נוספות בערעור בהקשר זה נדחתה, באשר לא הייתה סיבה מניחה את הדעת שהראיות לא הובאו לבית משפט קמא, הראיות שהתבקש להגישן בערעור היו מצריכות קביעת מועד להוכחות כדי לבחון אותן, ובעיקר משום שלא נכון בעניינו של המערער להפחית את מתחם העונש הכלכלי. זאת, באשר מתחם העונש קל מדי בכל מקרה, משום שאינו כולל עונש מאסר בפועל, כראוי לנאשם.

109. טענת האפליה ביחס לנאשמות האחרות נדחתה בעיקרה, באשר יש פער משמעותי במידת האשם בין המערער לבין השוכרות ומתחם הענישה הכלכלית משקף את הפער במידה נכונה. אולם, **בשים לב לכך שנפלו שגיאות משפטיות משמעותיות בגזר הדין של הנאשמות, כך שבפועל הענישה שהוטלה עליהן קלה בהרבה גם ממה שהיה ראוי למעשה שלהן, אפילו לפי שיטת בית משפט השלום, יש ליתן משקל לעקרון השוויון בענישה**. בית משפט השלום נתן ביטוי חלקי לפער, אך השגיאה ביישום ענישת הנאשמות, שהתבטאה בענישתן הקלה מדי, תתבטא בהפחתה מתונה נוספת של הענישה הכלכלית למערער, בתוך גבולות מתחם הקנס הראוי.

110. נוכח כל האמור, ולמרות שהמערער ראוי לעונש החמור משמעותית ממה שהוטל עליו, **משיקולי עקרון האחידות בענישה, הערעור מתקבל חלקית, כך שיופחת עונשו של הנאשם עד גבול התחתון של מתחם העונש הראוי, כפי שנקבע בבית משפט קמא. לפיכך, הקנס המוטל על המערער יעמוד על 200,000 ₪ או 5 חודשי מאסר תמורתו**. יתרת הקנס שטרם שולמה עד היום, תשולם ב - 40 תשלומים חודשיים, שווים ורצופים, החל מיום 10.2.20, ובעשירי לכל חודש לאחר מכן, עד הפירעון המלא של הקנס. איחור בתשלום, בן חודש ימים, יעמיד את הקנס כולו לפירעון מיידי. יתר רכיבי הענישה, יעמדו על כנם כפי שנקבע בבית משפט השלום.

בהתאם להסכמת הצדדים ניתן פסק הדין בהעדרם.

המזכירות תשלח עותק פסק הדין לב"כ הצדדים. הסנגורית תודיע למערער.

ניתן היום, כ"ה כסלו תש"פ, 23 דצמבר 2019, בהעדר הצדדים.