|  |  |
| --- | --- |
| **בית משפט השלום ברמלה** | |
| **תו"ח 47620-07-10 מדינת ישראל נ' סלומון ואח'** | **18 דצמבר 2013** |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בפני** | **כבוד השופט הישאם אבו שחאדה** | |
| **בעניין:** |  |  |
| **המאשימה** | **מדינת ישראל  ע"י ב"כ עוה"ד יעל מרמור** |  |
|  | **נגד** | |
| **הנאשמים** | **1. רחל סלומון**  **2. מישל זיתון גרינברג** |  |
|  | **שניהם ע"י ב"כ עוה"ד ענת מאירי** |  |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [40א](http://www.nevo.co.il/law/70301/40a), [40ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/40b), [40ג(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.a), [40ד](http://www.nevo.co.il/law/70301/40d), [40ח](http://www.nevo.co.il/law/70301/40h), [40ט(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.1), [-(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.2), [40ט(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.3), [4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.4), [40י(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40j.c), [61(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/61.c), [63(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/63.a), [40יא](http://www.nevo.co.il/law/70301/40ja), [40יג(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jc.b), [(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jc.c)

[חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965](http://www.nevo.co.il/law/91073): סע' [7(ב)](http://www.nevo.co.il/law/91073/7.b), [145(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/91073/145.a.2), [145(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/91073/145.a.3), [146](http://www.nevo.co.il/law/91073/146), [148](http://www.nevo.co.il/law/91073/148), [204](http://www.nevo.co.il/law/91073/204), [204(ב)](http://www.nevo.co.il/law/91073/204.b), [-(ג)](http://www.nevo.co.il/law/91073/204.c), [205](http://www.nevo.co.il/law/91073/205), [208](http://www.nevo.co.il/law/91073/208), [219](http://www.nevo.co.il/law/91073/219), [219(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/91073/219.a.1), [219(ג)](http://www.nevo.co.il/law/91073/219.c)

מיני-רציו:

\* בית המשפט עמד על המתודולוגיה בקביעת העונש בעבירות של בניה שלא כדין ושימוש חורג שלא כדין, וזאת תוך עשיית השוואה בין המתודולוגיה של גזירת הדין בדין האנגלי והמתודולוגיה בגזירת הדין על פי תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). נפסק, כי בעבירות של בניה שלא כדין ושימוש חורג שלא כדין, ישנן שלוש דרגות של אשם (גבוהה, בינונית ונמוכה) וחמש קטגוריות של נזק. כל אחת מדרגות האשם יכולה "להצטלב" עם כל אחת מקטגוריות הנזק, ובכל נקודת "הצטלבות" יהיה מתחם עונש הולם שונה.

\* תכנון ובנייה – ענישה – בנייה ושימוש ללא היתר

\* תכנון ובנייה – ענישה – מדיניות ענישה

.

כנגד שני הנאשמים, הוגש כתב אישום הכולל שני אישומים. הנאשמים כפרו בכתב האישום ועל כן נשמעו הראיות לגבי שני האישומים. באישום הראשון מיוחסת לנאשמים עבירה של ביצוע עבודה במקרקעין ללא היתר. באישום השני מיוחסת לנאשמים עבירה של ביצוע שימוש במקרקעין ללא היתר. בית המשפט הרשיע את הנאשמים בשני האישומים המיוחסים להם, ועתה הוא נדרש לגזור את דינם.

.

בית המשפט פסק כלהלן:

בעקבות תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm), מלאכת גזירת הדין מורכבת משלושה שלבים עיקריים.

בשלב הראשון, על בית משפט לקבוע את מתחם העונש ההולם. מתחם העונש ההולם הוא אמת מידה נורמטיבית המשכללת את הערך החברתי שנפגע כתוצאה מהעבירה, מדיניות הענישה הנהוגה ביחס לעבירה זו ונסיבות ביצועה, לרבות מידת אשמו של הנאשם.

בשלב השני, לאחר שנקבע מתחם העונש ההולם, על בית המשפט לבחון אם יש מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם, בין לקולא ובין לחומרא. אם בית משפט יגיע למסקנה שאין מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם אזי על בית משפט לעבור לשלב השלישי שבו יקבע את העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם.

מתחם העונש ההולם יקבע בהתאם לעיקרון ההלימות כפי שהוגדר [בסעיף 40ג(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm). על מנת ליישמו בית משפט יתחשב בשלושה אלה: ראשית, בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ובמידת הפגיעה בו; שנית, בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ומידת אשמו של הנאשם; שלישית, במדיניות הענישה הנהוגה.

בתיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) "מידת האשם" ו-"מידת הנזק" הם שני פרמטרים מרכזיים בהגדרת חומרתה של עבירה שבוצעה ומשמשים כקווים מנחים בקביעת הגבול העליון והגבול התחתון של מתחם העונש ההולם. שיקול נוסף שהינו רלוונטי לקביעת מתחם העונש ההולם, וזאת להבדיל מהעונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם, הוא הנזק שנגרם, או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה.

הרכיב של "מידת הפגיעה" בערך החברתי המוגן הוא שלוב ושזור ברכיב של "מידת הנזק" שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה ולמעשה רכיב "מידת הפגיעה" ורכיב "מידת הנזק" הם רכיב אחד ולא שני רכיבים נפרדים.

הביטוי "מידת האשם" בביצועה של עבירה, מבוסס על ההנחה שקיימות דרגות שונות של אשם בביצועה של עבירה. ניתן לחלק את דרגות האשם לשלוש קבוצות עיקריות: א. דרגת אשם גבוהה; ב. דרגת אשם בינונית; ג. דרגת אשם נמוכה.

הפרמטרים שנקבעו בפסיקה לצורך הבחנה בין דרגות האשם בביצוע עבירה של "בניה שלא כדין" או "שימוש חורג שלא כדין" הינם כדלקמן: א. הרווח שהנאשם הפיק בפועל מהבניה או מהשימוש החורג; ב. אורך התקופה שבה הבניה שלא כדין עמדה על תילה, או תקופת השימוש החורג; ג. הריסת הבניה הלא חוקית או הפסקת השימוש החורג בטרם מתן גזר הדין; ד. הפרת צווים שיפוטיים.

הביטוי "מידת הנזק" אוצר בחובו את הנחת היסוד שישנן דרגות שונות של נזק שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצועה של עבירה מסוימת. הפרמטרים המנחים בקביעת מידת הנזק שנובעת מעבירה של בניה שלא כדין או שימוש חורג שלא כדין, הינם כדלקמן: א. סוג הבניה – בעבירה של "בניה שלא כדין" סוג הבניה שבוצעה יהיה פרמטר רלבנטי בקביעת "מידת הנזק". לעומת זאת, בעבירה של "שימוש חורג שלא כדין" סוג השימוש החורג לא יהיה נתון רלבנטי בקביעת "מידת הנזק"; ב. היקף הבניה או היקף השימוש החורג – יהיה נתון רלבנטי בקביעת "מידת הנזק" לגבי שני סוגי העבירות.

הפרמטר של סוג הבניה או סוג השימוש החורג יש לדון בו בעבירה של בניה שלא כדין בנפרד מהעבירה של שימוש חורג, זאת מאחר וקיימים שיקולים שונים שרלוונטים לגבי שני סוגי העבירות.

הקמתו של בניין, הריסתו והקמתו שנית, כולו או מקצתו, הוספה לבניין קיים וכל תיקון בו, כולם טעונים היתר. עם זאת, ניתן לערוך הבחנה בין תיקון של מבנה קיים לעומת הקמה של מבנה חדש, כאשר התיקון יש לראות בו כנתון המצביע על מידת נזק נמוכה יותר. בנוסף, יש לתת את הדעת לאופי הבניה.

ככל שהשימוש החורג שמתבצע על ידי הנאשם קרוב יותר לסוג השימוש המותר על פי התוכנית שחלה על המקרקעין או על פי השימוש המותר בהיתר, הדבר יש בו בכדי להציב את העבירה שביצע נאשם בדרגת חומרה נמוכה יותר. על אותו משקל, ככל שהשימוש החורג הוא רחוק יותר מהשימוש המותר על פי התוכנית או ההיתר, אזי הדבר יש בו בכדי להציב את העבירה שבוצעה בדרגת חומרה גבוהה יותר.

הביטוי "עצימות השימוש החורג" מקורו בהחלטות שניתנו ע"י ועדות ערר שפועלות לפי [חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073) בעת בחינה של בקשות למתן היתר לשימוש חורג מכח [סעיף 146](http://www.nevo.co.il/law/91073/146) לחוק התכנון והבניה.

בעת קביעת מתחם העונש ההולם לגבי העבירה של שימוש חורג שלא כדין אין רלוונטיות לרמת הקרבה או הריחוק של השימוש שנעשה בפועל ביחס לשימוש המותר על פי התוכנית או ההיתר. היקף הבניה או היקף השימוש החורג הוא שיקול מרכזי לצורך הבחנה בין דרגות החומרה השונות בביצוע עבירה בניגוד לדיני התכנון והבניה.

היקף הבניה (או השימוש החורג), יש בו בכדי לתת לבית המשפט אינדיקציה ל-"כימות" הנזק שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה. "כימות הנזק" נותן ביטוי ל-"מידת הפגיעה" באינטרס החברתי המוגן שגלום בעבירה של "בניה שלא כדין" ובעבירה של "שימוש חורג שלא כדין".

בעבירות של בניה שלא כדין ושימוש חורג שלא כדין, ישנן שלוש דרגות של אשם (גבוהה, בינונית ונמוכה) וחמש קטגוריות של נזק (בהתאם לחמשת מתחמי שטח). כל אחת מדרגות האשם יכולה "להצטלב" עם כל אחת מקטגוריות הנזק, ובכל נקודת "הצטלבות" יהיה מתחם עונש הולם שונה. בעת קביעת גזר הדין על בית המשפט לקבוע תחילה את דרגת האשם ואת קטגוריית הנזק שבה מצוי הנאשם שבפניו וזאת על מנת לדעת באיזה מתחם עונש הולם למקם את הנאשם.

נאשמים שונים יכול שיימצאו באותו מתחם עונש, היינו באותה דרגת אשם ובאותה קטגוריית נזק, ולקבל עונשים שונים, כל אחד על פי הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה שביצע. בעת קביעת מתחם הקנס ההולם בית המשפט אמור לקחת בחשבון שני אלמנטים מרכזיים: הראשון, חומרת העבירה שבוצעה שמתבטאת בעקרון ההלימה; והשני, מצבו הכלכלי של הנאשם.

יכול שיהיו מתחמי קנס הולם שונים לנאשמים שונים שביצעו את אותו מעשה עבירה, וזאת בהתאם למצב הכלכלי של כל אחד מהם.

**ג ז ר ד י ן**

**א. כתב האישום**

1. כנגד שני הנאשמים, הוגש כתב אישום הכולל שני אישומים. הנאשמים כפרו בכתב האישום ועל כן נשמעו הראיות לגבי שני האישומים. באישום הראשון מיוחסת לנאשמים עבירה של ביצוע עבודה במקרקעין ללא היתר לפי [סעיפים 145(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/91073/145.a.2), [204](http://www.nevo.co.il/law/91073/204), [205](http://www.nevo.co.il/law/91073/205) ו- [208](http://www.nevo.co.il/law/91073/208) לפי [חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073) התשכ"ה – 1965 (להלן: **חוק התכנון והבניה**). על פי עובדות האישום הראשון בביקורים שנערכו במקרקעין הידועים כגוש 5633 חלקה 5 ביישוב שילת (להלן: **המקרקעין**) ב- 29.7.07, 1.1.08, 26.1.10 ו- 18.3.10, נמצא שבוצעו ללא היתר בנייה העבודות הבאות :

א. הצבת מכולה בשטח של כ- 15 מ"ר (להלן: **המכולה**);

ב. הקמת גדר באורך של כ- 175 מ' (להן : **הגדר**).

2. באישום השני מיוחסת לנאשמים עבירה של ביצוע שימוש במקרקעין ללא היתר בניגוד [לסעיפים 145(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/91073/145.a.3), 204, 205 ו- 208 ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073). על פי עובדות האישום השני בביקורים שנערכו במקרקעין ב- 29.7.07, 1.1.08, 26.1.10 וביום 18.3.10 נמצא שנעשה במקרקעין שימוש ללא היתר כדלקמן :

א. בשטח של כ- 1,100 מ"ר נעשה שימוש למרכז ארצי למכירת אבני נוי ומוצרי נוי לגינות (להלן: **העסק**);

ב. בשטח של כ- 15 מ"ר נעשה שימוש למשרד (להלן: **המשרד**).

3. על פי האישום השני, התוכניות שחלות על המקרקעין הן גז/159 ו- תממ 7/3, על פיהן המקרקעין הינם קרקע חקלאית וכי השימושים שנעשו על ידי הנאשמים במקרקעין הם שימושים חורגים ללא קבלת היתר כדין.

4. בשני האישומים, הנאשמת 1 מואשמת בהיותה המחזיק ונאשם 2 מואשם בהיותו המחזיק ומי שביצע בפועל את הבניה והשימוש החורג שלא כדין. הנאשמת 1, על פי העדויות שנשמעו בתיק, השכירה את המקרקעין שעליהם התבצעו העבירות, לנאשם 2. הנאשמים כפרו בכתב האישום ובתום שמיעת הראיות, הרשעתי את שניהם בעבירות המיוחסות להם בשני האישומים.

**ב. טענות הצדדים לעונש**

5. באת כוח המאשימה הדגישה את אורך התקופה שהמכולה והגדר עמדו על תילם וכן את אורך תקופת השימוש. בנוסף, הדגישה את היקף הבניה באישום הראשון והיקף השימוש באישום השני. בנסיבות אלה, באת כוח המאשימה סבורה כי מתחם העונש ההולם לגבי שני האישומים מורכב מקנס והתחייבות כספית, כאשר מתחם הקנס ההולם נע בין 200,000 ₪ ל-400,000 ₪.

6. באת כוח הנאשמים טענה כי לגבי האישום הראשון מדובר במכולה בשטח מצומצם של 15 מ"ר ובגדר, ולגבי הגדר יש להבחין בינה לבין במבנה סגור. בנוסף, טענה כי לגבי האישום השני "עצימות השימוש החורג" הינה בדרגה נמוכה וזאת לאור הקרבה שבין השימוש בקרקע למכירת מוצרי חקלאות לבין הייעוד של הקרקע כקרקע חקלאית, וזאת כנסיבה לקולא. בנוסף, לגבי הנסיבות האישיות של הנאשמים, נאשמת 1 היא כיום בת 73 שנים, ניצולת שואה ומחזיקה בתעודת נכה. בנוסף, בעלה מצוי במצב רפואי קשה ולאור מצבו הרפואי, המאשימה, לפנים משורת הדין, החליטה שלא להעמידו לדין בגין העבירות נשוא כתב האישום. לגבי נאשם 2, מדובר בעסק עם רווחים נמוכים ואשר אינו כולל עובדים ומנוהל ע"י הנאשם ואשתו בלבד. בנוסף, טענה כי דמי השכירות שאותם משלם הנאשם 2 לנאשמת 1 עומדים על סך של 4,000 ₪ בחודש. יודגש כי חוזה השכירות לא הוצג בפני על מנת לעמוד על נכונותה של טענה זו.

**ג. המתודולוגיה בגזירת הדין**

7. בעקבות תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) תשל"ז – 1977 (להלן: **חוק העונשין**),השתנתה **המתודולוגיה** בקביעת גזר הדין. ודוק, השיקולים המנחים את בית המשפט בעת גזירת הדין, בין לקולא ובין לחומרא, לא השתנו. השינוי הוא **בדרך** קביעת העונש. בפרקים הבאים, אעמוד על המתודולוגיה בקביעת העונש בעבירות של בניה שלא כדין ושימוש חורג שלא כדין על פי תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). השוואה בין המתודולוגיה של גזירת הדין בדין האנגלי והמתודולוגיה בגזירת הדין על פי תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מלמדת על קיומם של **קווי דימיון** מובהקים בין שתי שיטות המשפט, וזאת על אף השוני ביניהן בדקויות שייחודיות לכל אחת משיטות המשפט. פתיחת אשנב לדין האנגלי אין משמעה שבית המשפט יכריע במקרה שבפניו במנותק מהדין החל בישראל, אך הדבר מטרתו לאפשר ראייה רחבה של המתודולוגיה החדשה בענישה בעקבות תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). בקליפת אגוז, קווי הדימיון הינם כדלקמן:

א. בשתי השיטות גזירת הדין נעשית על פי "מתחמי עונש" שיהיו רלוונטים לכל מעשה עבירה;

ב. בשתי השיטות, לכל סוג של עבירה ישנם מספר מתחמי עונש ולא מתחם עונש אחד, כאשר השוני בין מתחם אחד למשנהו מתבטא ב-"מידת האשם" בעת ביצוע העבירה ו-"מידת הנזק" שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצועה;

ג. בשתי השיטות, למתחם העונש יש "ציביון אינדיוידואלי" שנותן ביטוי לחומרת העבירה בנסיבות ביצועה בכל מקרה ומקרה;

ד. בשתי השיטות, קיים שיקול דעת לבית המשפט לסטות במקרים המתאימים ממתחם העונש ההולם, בין לקולא ובין לחומרא;

ה. בשתי השיטות, הצורך בקביעת "מתודולוגיה אחידה" בגזירת הדין נולדה בעקבות פערים בלתי מוסברים בענישה בין נאשמים שביצעו עבירות זהות בנסיבות דומות.

8. בדין האנגלי נצבר ניסיון רב שנים בקביעת מתחמי הענישה השונים ואשר יכול לשמש לעזר לעשיית אנלוגיות לאופן פרשנותו של תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), הכל כמובן בשינויים המחוייבים ובהתאמה למשפט הישראלי. במסגרת גזר הדין, אביא סקירה קצרה של המתודולוגיה של גזירת הדין בדין האנגלי, תוך דגש על הפרמטרים של "**מידת אשם**" ו-"**מידת נזק**" כפרמטרים מנחים בקביעת מתחמי ענישה. לאחר מכן, איישם את הפרמטרים הללו בעבירות שבפני שעניינם "בנייה שלא כדין" ו-"שימוש חורג שלא כדין", הכל במטרה לנסות לשרטט פרמטרים מנחים בגזירת העונש בעבירות תכנון ובניה על פי תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

**ד. המתודולוגיה בגזירת הדין באנגליה**

ד.1 הקמת מועצה לניסוח הנחיות ענישה

9. בדומה לישראל, במשך שנים רבות ניתן לשופטים באנגליה שיקול דעת רחב מאוד בקביעת העונש. מאז שנות השמונים של המאה העשרים ניתן למצוא פסקי דין מנחים של בתי משפט לערעורים הקובעים הנחיות לגזירת הדין בעבירות מסוימות. לימים הוקמו ועדות שונות שתפקידן לקבוע הנחיות ענישה לבתי המשפט לפי סוגי עבירות. ההנחיות היו בלתי מחייבות והותירו מרחב תמרון לבתי המשפט בגזירת הדין. המטרה של ההנחיות איננה להביא **לתוצאות ענישה אחידות** אלא להביא **לאחידות בדרך הקביעה של העונש.** לפי שיטה זו, השופט הבא לגזור את הדין פועל בהתאם להנחיות. הוא פועל לפי ההנחיות הכלליות הנוגעות לחומרת העבירה ולפי ההנחיות הנוגעות לעבירה שבה הוא דן. השופט שוקל את הנסיבות המנויות בהנחיות ומתחשב בעונשים הקבועים בהן, אולם הוא קובע את העונש בהתחשב במכלול הנסיבות והעובדות הנוגעות למקרה שבפניו, ואינו שואף להגיע לענישה אחידה. הענישה מותאמת למקרה שבפניו, על כל נסיבותיו, אולם דרך עבודתו מורכבת מהנחיות. להתפתחות הדין באנגליה בנושא הנחיות הענישה, ראו : רות קנאי "בין אמנות למדע : גזירת הדין כאומנות" **עלי משפט** ח' (תש"ע) 217, 229 – 231.

10. נושא ה- sentencing guidelines (להלן – **ההנחיות**) עבר שינויים שונים לאורך השנים והמצב המשפטי כיום הוא שהחל משנת 2009 קיימת **Sentencing Council** (להלן – **המועצה**) שהוקמה מכוח סעיף 118 ל- **Coroners and Justice Act 2009** (להלן – **החוק**) ניתן לעיין בנוסח המעודכן של החוק באתר שלהלן : [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk/).

11. בסעיף 120 לחוק נקבע מנגנון מפורט לאופן ניסוחם וקביעתם של הנחיות על ידי המועצה. כך למשל, יש לפרסם תחילה טיוטה של הנחיות (סעיף 120(5)) ולאחר מכן יש חובת התייעצות עם גורמים שונים (סעיף 120(6)). לאחר תום ההתייעצויות וגיבוש נוסח סופי יש לפרסמן כהנחיות סופיות וממצות (סעיף 120(7)) (definitive guidelines). המועצה רשאית לשנות ולתקן את ההנחיות (סעיף 120(9)). על המועצה להתחשב, בעת ניסוח ההנחיות, בענישה שניתנה בפסיקתם של בתי המשפט באנגליה ו-ווילס, וכן גם בצורך לקדם עקביות בענישה, ההשפעה של גזרי דין על קורבנות עבירה והצורך בקידום אמון הציבור במערכת המשפט הפלילית (סעיף 120(11)). המועצה מחויבת לנסח הנחיות לפי עבירות ספציפיות ועם קטגוריות משנה בתוך אותה עבירה (סעיף 121(1) ו- (2)). על ההנחיות לקבוע את "מתחם העבירה" (offence range) שמן הראוי להשית על נאשם שביצע עבירה מאותו סוג (סעיף 121(4)). על ההנחיות לכלול את עונש המוצא בתוך מתחם העבירה ) starting point in the offence range) (סעיף 121(5)). על ההנחיות לכלול את רשימת הנסיבות לקולא ולחומרה לכל סוג עבירה שבה ניתנו ההנחיות (סעיף121(6)).

12. ההנחיות שמתפרסמות על ידי המועצה יש ליישמן בעת מתן גזר הדין על כל העבירות שבוצעו החל מיום 6 לאפריל 2010 ואילך. מן הראוי להביא גם את הוראתו של סעיף 125(1) לחוק ואשר לפיו :

1. **Sentencing guidelines : duty of court** 
   1. Every court –
      1. must, in sentencing an offender, follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender’s case, and
      2. must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of the function,

unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so.”

יוצא מכך, כי מחד גיסא קיימת חובה (כפי שעולה מהמילה must ומהביטוי duty of court) על כלל בתי המשפט לפעול על פי ההנחיות הרלבנטיות לעבירה שביצע הנאשם שניצב שבפניהם ואשר בכוונתם לגזור את דינו. מאידך גיסא, לבית המשפט עדיין קיים שיקול דעת לסטות מההנחיות (ולכן גם ממתחמי העונש הקבועים בהם) במקרים שבהם בית המשפט שוכנע כי אם יינתן גזר הדין בהתאם להנחיות הדבר יהיה מנוגד לשיקולי צדק.

ד.2 חומרת העבירה תיקבע על פי "מידת האשם" ו-"מידת הנזק"

13. בסעיף 143(1) לחוק הנקרא  **Criminal Justice Act 2003**, נקבע כדלקמן :

“In considering the **seriousness** of any offence, the court must consider the offender’s **culpability in committing the offence** and any **harm** which the offence caused, was intended to cause or might foreseeably have caused.”

(ההדגשה לא במקור)

14. יוצא מכך, ש-"חומרתה של עבירה" נמדדת לפי "מידת האשם" בעת ביצוע העבירה וכן לפי "מידת הנזק" שנגרם או שמבצע העבירה התכוון לגרום או שהיה צפוי להיגרם. ניתן לעיין בנוסח המעודכן של החוק הנ"ל באתר שלהלן: [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk/). על מנת לבאר את אופן יישומו של הסעיף הנ"ל, המועצה (באחד מגלגוליה הקודמים) פרסמה הנחיות ענישה כלליות (שהינן בתוקף עד היום) ואשר חלות על כל סוגי העבירות בנוגע לאופן הגדרת חומרתה של עבירה (seriousness of the offence). הנחיות אלה באות להבהיר את היחס שבין שני הפרמטרים המנחים בקביעת חומרת העבירה והם "האשם" (culpability) בביצוע העבירה ו"הנזק" (harm) שנגרם או שהיתה כוונה לגרום או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה. הנחיות אלה נקראות - **Overarching Principles : Seriousness** (להלן: **ההנחיות להגדרת חומרתה של עבירה**). ההנחיות פורסמו בשנת 2004 ועודכנו בשנת 2007. ניתן למצוא את ההנחיות באתר האינטרנט של המועצה בכתובת שלהלן: [www.sentencingcouncil.judiciary.gov.uk](http://www.sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/). מן הראוי לציין שהנחיות הענישה להגדרת חומרת העבירה, הן הנחיות כלליות שחלות על כל קשת העבירות הקיימות. בסעיף 1.38 להנחיות להגדרת חומרת העבירה נקבע כי חומרתו של כל אירוע עברייני תיבחן על פי נתוניו **הייחודיים** של אותו אירוע עברייני על פי "מידת האשם" ו-"מידת הנזק" ולא בהתבסס על תפישת כללית של פגיעה בערך המוגן. נביא את לשון סעיף 1.38 למען ההמחשה:

"the seriousness of an individual offence should be judged **on its own dimensions of harm and culpability rather that as part of a collective social harm**. It is legitimate for the overall approach to sentencing levels for particular offences to be guided by their cumulative effect. However, it would be woing to further penalise individual offenders by increasing length for committing an individual offence of that type."

(ההדגשה לא במקור)

ד.3 לכל סוג עבירה קיימים מספר מתחמי עונש ולא מתחם עונש אחד

15. בנוסף להנחיות להגדרת חומרתה של עבירה, המועצה ניסחה הנחיות ענישה מפורטות לסוגים שונים של עבירות (כגון עבירות סמים, עבירות מין, עבירות התפרצות, עבירות תקיפה ועוד). הנחיות הענישה כוללות פרמטרים ברורים לקביעת מידת האשם ומידת הנזק בכל סוג עבירה. ישנן קטגוריות שונות של אשם (בדרך כלל שלוש דרגות: דרגת אשם גובהה, בינונית ונמוכה) וקטגוריות שונות של נזק. בדרך זו, ניתן לקבל המחשה ל-"רמת חומרתו" של אירוע עברייני.

16. כך למשל, בעבירות סמים ישנן הנחיות מיוחדות עם הסבר נרטיבי לאופן הגדרת מידת האשם (שנקבעת על פי מעמדו של מבצע העבירה בשרשרת הפצת הסם) ומידת הנזק (שנקבעת על פי סוג הסם וכמות הסם). ראו: **Drug Offences Definitive Guidelines** שנכנסו לתוקף בפברואר 2012. בעבירה של ייבוא סמים נקבעו בהנחיות הנ"ל שלוש דרגות אשם (גבוהה, בינונית ונמוכה) בביצועה של העבירה וארבע קטגוריות של נזק, כאשר בכל קטגוריית נזק ישנו "מתחם כמויות" נפרד לפי סוג הסם שיובא. כל אחת מדרגות האשם יכולה להצטלב עם כל אחת מקטגוריות הנזק ובכל נקודת הצטלבות ישנו מתחם עונש הולם נפרד, כך שסך הכל ישנם שנים עשר (3x4) מתחמים לעבירה של ייבוא סמים. בדרך זו, יכול שיהיו **מתחמי עונש רבים בביצוע "סוג" מסויים של עבירה.** לדיון מפורט בהנחיות הענישה בעבירת ייבוא סמים בדין האנגלי עם ניסיון לעשות אנאלוגיה יישומית לדין בישראל ראו גז"ד שנתתי בעניין [ת"פ (רמ') 20928-07-12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?NEWPROC=תפ&NEWPARTA=20928&NEWPARTB=07&NEWPARTC=12) **מדינת ישראל נ' אתן** [פורסם בנבו] (9.5.13).

17. כפי שאראה בהרחבה בהמשך, המתודולגיה בגזירת הדין שאומצה בדין האנגלי לפיה לכל סוג עבירה ייתכנו מספר מתחמי עונש שונים ולא מתחם עונש הולם אחד, היא נכונה גם לגבי מתודולוגית גזירת הדין לפי תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). בפרקים הבאים אסביר כיצד הפרמטרים של "מידת אשם" ו-"מידת נזק" על פי תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) יכולים להוליד מתחמי עונש שונים לעבירות של "בנייה שלא כדין" ו-"שימוש חורג שלא דין".

**ה. המתודולוגיה בגזירת הדין בעקבות תיקון 113 ל**[**חוק העונשין**](http://www.nevo.co.il/law/70301)

18. בעקבות תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm), מלאכת גזירת הדין מורכבת משלושה שלבים עיקריים ([ע"פ 2918/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%202918/13) **דבס נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (18.7.13) פסקה 6 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן; [ע"פ 1903/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%201903/13) **עיאשה נ' מדינת ישראל**  [פורסם בנבו] (14.7.13) פסקאות 7 עד 9 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל; [ע"פ 1323/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%201323/13) **חסן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.6.13) פסקאות 6 – 9 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל). **בשלב הראשון**, על בית משפט לקבוע את מתחם העונש ההולם. מתחם העונש ההולם הוא אמת מידה נורמטיבית המשכללת את הערך החברתי שנפגע כתוצאה מהעבירה, מדיניות הענישה הנהוגה ביחס לעבירה זו ונסיבות ביצועה, לרבות מידת אשמו של הנאשם.

19**. בשלב השני**, לאחר שנקבע מתחם העונש ההולם, על בית המשפט לבחון אם יש מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם, בין לקולא ובין לחומרא. אם בית משפט יגיע למסקנה שאין מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם אזי על בית משפט לעבור **לשלב השלישי** שבו יקבע את העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם.

**ו. כמה עבירות המהוות כמה אירועים**

20. לניתוח מעט שונה של הבדיקה התלת שלבית בגזירת הדין, ראו [ע"פ 8641/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%208641/12) **סעד נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] 5.8.13 פסקאות 22 – 25 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג, ואשר בו נקבע שהשלב הראשון בבדיקה התלת שלבית הוא בדיקה אם מדובר בכמה עבירות המהוות אירוע אחד או שמא בכמה עבירות המהוות כמה אירועים. [סעיף 40יג(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jc.b) ו-[(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jc.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) קובע כדלקמן:

"40יג. (ב) הרשיע בית משפט נאשם **בכמה עבירות המהוות כמה אירועים**, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) **לכל אירוע בנפרד**, ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים; גזר בית משפט עונש נפרד לכל אירוע, יקבע את מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם.

(ג) בגזירת העונש לפי סעיף זה, יתחשב בית משפט, בין השאר, **במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה** בינהן, וישמור על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, באם גזר עונש מאסר – לבין תקופת המאסר שעל הנאשם לשאת".

(ההדגשה לא במקור)

21. במקרה שבפני, מדובר בשני אישומים נפרדים. באישום הראשון מדובר בעבירה של "בניה שלא כדין" ובעוד שבאישום השני מדובר בעבירה של "שימוש חורג שלא כדין". כמו כן, באישום הראשון, מדובר בהצבת מכולה בשטח של 15 מ"ר ובהקמת גדר באורך של 175 מטר. באישום השני מדובר בשימוש חורג במקרקעין שאותה הקיפה הגדר שהוקמה (ואשר הינה המשך של גדר אחרת שתוקנה בחלקים שונים ממנה). אומנם, מדובר באותם מקרקעין בשני האישומים ולכאורה ניתן לכלול את שני האישומים בגדר "אירוע אחד", אך לדעתי מן הראוי לראות בשני האישומים כשני אירועים נפרדים ולקבוע מתחם עונש הולם **לכל אחד** מהאישומים וזאת למען הבהירות והדיוק באופן קביעת העונש.

**ז. השלב הראשון בגזירת הדין: קביעת מתחם העונש ההולם**

22. מתחם העונש ההולם יקבע בהתאם לעיקרון **ההלימות** כפי שהוגדר [בסעיף 40ג(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm). על מנת ליישמו בית משפט יתחשב בשלושה אלה: ראשית, בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ובמידת הפגיעה בו; שנית, בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ומידת אשמו של הנאשם; שלישית, במדיניות הענישה הנהוגה ([ע"פ 8641/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%208641/12) **סעד נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.8.13) פסקה 23 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג). נעמוד להלן על מרכיביו השונים של מתחם העונש ההולם.

ז.1 האינטרס החברתי המוגן בעבירות תכנון ובניה

23. עבירות של תכנון ובניה (כגון בניה שלא כדין ושימוש חורג שלא כדין בקרקע חקלאית) חותרות תחת התכנון הנאות של הבניה ופוגעות בעיקרון שלטון החוק ([בר"ע 1/84 דוויק נ' ראש העיר ירושלים פ"ד לח](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=ברע%201/84&Pvol=לח) (1) 494, 500 (1984)). דיני התכנון והבניה תפקידם גם לשמור על הטבע, איכות הסביבה ואיכות החיים המסופקים לתושבים ([עע"מ 10277/06](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עעמ%2010277/06) **חברת פנינת אילת בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז דרום** [פורסם בנבו] (15.9.10) פסקה 9 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל). בנוסף, נקבע שעבירות בתחום התכנון והבניה הפכו לתופעה עבריינית שהיא בגדר "מכת מדינה" ושיש למגרה ([רע"פ 4357/01 סבן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה- אונו, פ"ד נו](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%204357/01&Pvol=נו) (3) 49, 59 (2002)).

ז.2 "מידת האשם" ו-"מידת הנזק"

24. בדומה לדין האנגלי, בתיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) "מידת האשם" ו-"מידת הנזק" הם שני פרמטרים מרכזיים בהגדרת חומרתה של עבירה שבוצעה ומשמשים כקווים מנחים בקביעת הגבול העליון והגבול התחתון של מתחם העונש ההולם. מטרתו של תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) תשל"ז –1977 הוגדרה [בסעיף 40א](http://www.nevo.co.il/law/70301/40a) [לחוק העונשין תשל"ז – 1977](http://www.nevo.co.il/law/70301) (להלן: **חוק העונשין**) ואשר קובע כדלקמן:

"מטרתו של סימן זה לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה"

25. העיקרון המנחה בענישה הוגדר [בסעיף 40ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/40b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm), ואשר לפיו:

"העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשי העבירה, בנסיבותיו **ומידת אשמו של הנאשם** ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה – העיקרון המנחה)".

(ההדגשה לא במקור)

26. הרכיב של "מידת אשמו של הנאשם" בביצוע העבירה הוא עיקרון מנחה בענישה ואשר קיבל ביטוי גם [בסעיף 40ט(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.1) ו[-(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) ואשר קובע:

"40ט. (א) **בקביעת מתחם העונש ההולם** למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של **נסיבות הקשורות בביצוע העבירה**, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשי העבירה **ועל אשמו של הנאשם**"

(ההדגשה לא במקור)

27. שיקול נוסף שהינו רלוונטי **לקביעת מתחם העונש ההולם**, וזאת להבדיל מהעונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם, הוא **הנזק שנגרם**, או **שהיה צפוי להיגרם** מביצוע העבירה. [סעיף 40ג(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) קובע כדלקמן:

"בית המשפט יקבע **מתחם עונש הולם** למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב **בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו,** במדיניות הענישה הנהוגה, ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט".

(ההדגשה לא במקור)

28. הרכיב של "מידת הפגיעה" בערך החברתי המוגן הוא שלוב ושזור ברכיב של "מידת הנזק" שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה ולמעשה רכיב "מידת הפגיעה" ורכיב "מידת הנזק" הם רכיב אחד ולא שני רכיבים נפרדים. [סעיף 40ט(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.3) ו-([4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) קובע כדלקמן:

40ט. (א) **בקביעת מתחם העונש ההולם** למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור [בסעיף 40ג(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.a), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על **חומרת מעשי העבירה** ועל אשמו של הנאשם:

1. **הנזק שהיה צפוי להיגרם** מביצוע העבירה;
2. **הנזק שנגרם** מביצוע העבירה".

29. ודוק, הפרמטר של "**מידת האשם**" של הנאשם בעת ביצוע העבירה וכן הפרמטר של "**מידת הנזק**" שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה קובעים את גבולות **"מתחם העונש ההולם",** וזאת להבדיל מ-"העונש המתאים" בתוך מתחם העונש ההולם. כל אחד מהפרמטרים הללו יכול להשפיע באופןעצמאי ונפרד על גבולותיו של מתחם העונש ההולם. ללמדך, כי יהיו **מתחמי עונש שונים** לנאשמים שונים שביצעו את **אותה עבירה**, ולא מתחם עונש אחד ויחיד לפי **סוג** העבירה שבוצעה, כאשר "מידת האשם" בביצוע העבירה ו-"מידת הנזק" שנגרם ושהיה צפוי להיגרם מביצועה, יבדילו בין מתחם אחד למשנהו (ראו: דברי כבוד השופט סולברג בפסקה 23 לפסק דינו ב-[ע"פ 8641/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%208641/12) **סעד נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.8.13); דברי כבוד השופט שוהם ב- [רע"פ 4088/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%204088/13) **הדרי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (11.6.2013); וכן דברי כבוד השופטת ארבל בפסקה 7 לפסק דינה ב-[ע"פ 1323/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%201323/13) **חסן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (13.5.2013) לגבי הצביון האינדיבידואלי של מתחם העונש ההולם).

30. בפרקים הבאים אעמוד על הפרמטרים בקביעת מידת האשם ומידת הנזק בעבירה של "בניה שלא כדין" וכן בעבירה של "שימוש חורג שלא כדין". פרמטרים אלה, אמורים לשמש **ככלי עזר** לבית המשפט בעת קביעת מתחם העונש ההולם לכל אחת מהעבירות. כאמור, אין מתחם עונש הולם אחד לסוג מסויים של עבירה, אלא מתחמי עונש שונים לאותו סוג עבירה, הכל בהתאם למידת האשם ומידת הנזק בביצוע העבירה. יוצא מכך, שיהיו מספר "מתחמי עונש" לעבירה של "בניה שלא כדין" וכן מספר "מתחמי עונש" לעבירה של "שימוש חורג שלא כדין". מן הראוי לציין כי הפרמטרים לקביעת מידת האשם ומידת הנזק לעבירה של בניה שלא כדין הם מאוד דומים לפרמטרים לקביעת מידת האשם ומידת הנזק לעבירה של שימוש חורג שלא כדין. על כן, בפרקים הבאים, אתייחס לפרמטרים בקביעת מידת האשם ומידת הנזק לשני סוגי העבירות בנשימה אחת, וככל שיהיה צורך בהתייחסות נפרדת לעבירה מסוימת, כך אעשה.

ז.3 הפרמטרים בקביעת "מידת האשם" בעבירות

של "בניה שלא כדין" ו-"שימוש חורג שלא כדין"

31. הביטוי "מידת האשם" בביצועה של עבירה, מבוסס על ההנחה שקיימות דרגות שונות של אשם בביצועה של עבירה. באנלוגיה מהדין האנגלי, ניתן לדעתי לחלק את דרגות האשם לשלוש קבוצות עיקריות:

1. דרגת אשם **גבוהה**
2. דרגת אשם **בינונית**
3. דרגת אשם **נמוכה**

32. הפרמטרים שנקבעו בפסיקה לצורך הבחנה בין דרגות האשם בביצוע עבירה של "בניה שלא כדין" או "שימוש חורג שלא כדין" הינם כדלקמן:

1. הרווח שהנאשם הפיק בפועל מהבניה או מהשימוש החורג;
2. אורך התקופה שבה הבניה שלא כדין עמדה על תילה, או תקופת השימוש החורג;
3. הריסת הבניה הלא חוקית או הפסקת השימוש החורג בטרם מתן גזר הדין;
4. הפרת צווים שיפוטיים.

נעמוד להלן על כל אחד מהפרמטרים שצוינו לעיל.

ז.3 (א) הרווח שהנאשם הפיק מהבניה או מהשימוש החורג-

33. ככל שנאשם הפיק רווח כספי גדול יותר מעבירת הבניה או עבירת השימוש החורג שביצע, אזי יש למקמו גבוה יותר במדרג האשם שקבעתי לעיל. הרווח הכספי יכול ללבוש צורות שונות כגון רווח בפועל שהפיק מהעבירה או חסכון בהוצאה כספית שהיה עליו להוציא אילולא ביצע את העבירה. פשיטא, שאין דינו של נאשם שהפיק רווח כספי בסך של 5,000 ₪   
מביצוע עבירה של בניה שלא כדין או שימוש חורג שלא כדין, כדינו של נאשם שביצע את אותה עבירה והפיק ממנה רווח כספי בסך של 100,000 ₪.

34. [סעיף 63(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/63.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קובע כדלקמן:

"בשל עבירה שנתכוון בה הנאשם לגרום נזק ממון לאחר או **להשיג טובת הנאה לעצמו או לאחר**, רשאי בית המשפט להטיל על הנאשם קנס פי ארבעה משוויים של הנזק שנגרם או של טובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה, או את הקנס שנקבע בחיקוק, הכל לפי הגדול שבהם."

(ההדגשה לא במקור)

35. ב- [רע"פ 4679/10](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%204679/10) **שמשון נ' עיריית תל אביב יפו** [פורסם בנבו] (1.8.2011) נקבע כי ניתן להחיל את סעיף 63(א) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) על עבירות לפי [חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073) (סעיף 13 לפסק הדין של כבוד השופט דנציגר) (להלן – הלכת **שמשון**).

36. כמו כן, בהלכת **שמשון** נקבע כי טובת ההנאה ממנה נגזר שיעורו המקסימלי של הקנס שניתן להשית לפי סעיף 63(א) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), היא לא טובת ההנאה שהתכוון הנאשם להשיג, לו או לאחר, אלא טובת ההנאה אשר הושגה **בפועל** על ידי ביצוע העבירה. כאשר מדובר בבניה שלא כדין, טובת ההנאה שהופקה כתוצאה מביצוע העבירה היא השבחת הנכס. השבחה זו נוגעת לשוויו של הנכס ואין נפקא מינה אם השבחה זו מומשה במלואה באמצעות מכירת הנכס או מומשה באופן חלקי באמצעות השכרתו. ערכו של הנכס, לאחר ביצוע אותה בניה שלא כדין עלה, ועלייה זו בערכו היא טובת ההנאה שהושגה בעקבות ביצוע העבירה (פסקאות 24 עד 26 להלכת **שמשון**).

37. כבוד השופט דנציגר סיכם את השיקולים המנחים בגזירת הדין בעבירות בניה (**שם**, פסקה 26):

"לאחר דברים אלו, מוצא אני מקום להדגיש כי הגם שזוהי עמדתי באשר לשווי המקסימאלי של טובת ההנאה המופקת, קביעתו של שיעור הקנס בכל מקרה ומקרה חייבת להיעשות לאחר שבית המשפט בחן את נסיבות המקרה לרבות את הסוגיות הבאות: (א) מה **היקף הכספים שהתקבלו** בפועל אצל העבריין או שהוצאתם נחסכה כתוצאה מביצוע העבירה; (ב) **האם בוצעה הריסה** של המבנה קודם למתן גזר הדין; (ג) האם במסגרת גזר הדין ניתן צו הריסה כך שיתכן ובמועד נראה לעין תיהרס הבניה הבלתי חוקית; (ד) האם הושתו על המבקש **קנסות נוספים** בהתאם להוראות השונות הקבועות ב[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073). מובן כי אין המדובר ברשימה סגורה וכי מנגד יש לשקול את חומרת המעשים שבוצעו ואת **היקפם,** כמו גם **נסיבות נוספות** שעשויות לשמש כשיקול לחומרה או לקולא בגזירת עונשו של העבריין.

אדגיש כי לדידי מקום בו מדובר בבניה שלא כדין אשר נהרסה קודם למתן גזר הדין או כאשר המדובר בבניה שלא כדין אשר צפוי כי תיהרס בזמן הקרוב, אין מקום להשית על העבריין את מלוא הקנס שניתן להשית על פי הוראות סעיף 63(א) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)."

(ההדגשה לא במקור)

38. במקרים שבהם המאשימה טוענת שהנאשם הפיק בפועל טובת הנאה מהבניה שביצע, או מהשימוש החורג, **עליה הראיה** ואת זאת תוכל לעשות ע"י הבאת חוות דעת מתאימה או מסמכים אחרים מתאימים. יוזכר כי, הפקה של טובת הנאה ע"י הנאשם כשיקול להחמרה בגובה הקנס שיוטל עליו, הינה נסיבה לחומרא שהמאשימה צריכה להוכיח בשלב הטיעונים לעונש, מעל לכל ספק סביר. ככל שהנאשם טוען שהפיק רווח נמוך מהעבירות שביצע וזאת כנסיבה לקולא, עליו להוכיח זאת במאזן ההסתברויות (ראו [סעיף 40י(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40j.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)).

ז.3 (ב) אורך התקופה

39. ברי, כי בניה שלא כדין שהמשיכה לעמוד על תילה תקופה של חמש שנים (או שימוש חורג שלא כדין לתקופה דומה) יש בה קריאת תיגר על עיקרון שלטון החוק יותר מאשר בניה שלא כדין (או שימוש חורג שלא כדין) לפרק זמן של חמישה חודשים. כמו כן, יוזכר כי העבירה של שימוש חורג הינה עבירה נמשכת ([רע"פ 8986/06](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%208986/06) **סוזה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (18.2.07)). על כן, התמשכות העבירה יש בה בכדי להוסיף נופך של חומרה לעבירה זו, ומשליכה על עלייתו של הנאשם במדרג האשם (ראו גם הוראות [סעיפים 204(ב)](http://www.nevo.co.il/law/91073/204.b) ו[-(ג)](http://www.nevo.co.il/law/91073/204.c) ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073) וכן הוראת [סעיף 61(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/61.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), לגבי האפשרות להטלת קנס יומי בגין כל יום שבו נמשכה העבירה). פרמטר זה מובילנו מעצמו גם לפרמטר הבא של הריסת הבניה או הפסקת השימוש החורג בטרם מתן גזר הדין.

ז.3 (ג) הריסת הבניה או הפסקת השימוש החורג בטרם מתן גזר הדין

40. בהלכת **שמשון** נקבע כי הריסה של הבניה הלא חוקית עובר למתן גזר הדין, או כאשר המדובר בבניה שלא כדין אשר צפוי שתיהרס בזמן קרוב, הדבר יכול לשמש כנימוק לקולא שלא להטיל על הנאשם את מלוא הקנס שניתן להטיל עליו לפי סעיף 63 (א) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (פסקה 26 לפסק הדין). בנוסף, [בסעיף 219(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/91073/219.a.1) ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073) נקבע כי אם הורשע אדם בעבירה של בניה שלא כדין ניתן להטיל עליו, בנוסף לקנס הקבוע בסעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה, קנס בגובה "כפל שוויו של המבנה או התוספת למבנה שהוקמו בלא היתר". [בסעיף 219(ג)](http://www.nevo.co.il/law/91073/219.c) ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073) נקבע שאם הנשפט הרס את המבנה או את התוספת למבנה, אזי סעיף 219(א)(1) לא יחול עליו. בהלכת **שמשון** נקבע כי סעיף 219(א)(1) תכליתו אכיפתית שאינה עונשית, היינו מדובר בכלי אזרחי שנועד להרתיע אך בעיקר מכוון הוא לתמרץ עבריינים לפעול להריסת הבניה הבלתי חוקית (**שם**, פסקאות 16 ו-17). [סעיף 219](http://www.nevo.co.il/law/91073/219) ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073) הינו דוגמא למרכזיותו של השיקול בדבר **הריסתה** של הבניה הבלתי חוקית או **הפסקת** השימוש החורג בעבירות תכנון ובניה בעת גזירת הדין.

ז.3 (ד) הפרת צווים שיפוטיים

41. במקרים שבהם לעבירת הבניה שלא כדין, או עבירת השימוש החורג שלא כדין, מתלוות עבירות של הפרת צו שיפוטי, הדבר הינו בבחינת נסיבה לחומרא ואשר יש בה בכדי להשפיע על מיקומו של נאשם במדרג האשם. בפסיקתו של בית משפט העליון קיים מסר צלול וברור שיש להחמיר עם נאשמים שמפרים צווים שיפוטיים בתחום התכנון והבניה, לרבות הטלת עונשי מאסר בפועל ([ע"פ 578/78 מדינת ישראל נ' עיסה פ"ד לו](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%20578/78&Pvol=לו) (1) 723, 724-725 (1978); [בר"ע 23/83 פור נ' מדינת ישראל פ"ד לח](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=ברע%2023/83&Pvol=לח) (1) 533, 536-537 (1983); [ע"פ 11920/04](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%2011920/04) **נאיף נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (26.3.07) פסקה 9 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ביניש).

ז.4 הפרמטרים בקביעת "מידת הנזק" בעבירה

של "בניה שלא כדין" ו"שימוש חורג שלא כדין"

42. הביטוי "מידת הנזק" אוצר בחובו את הנחת היסוד שישנן דרגות שונות של נזק שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצועה של עבירה מסוימת. הפרמטרים המנחים בקביעת מידת הנזק שנובעת מעבירה של בניה שלא כדין או שימוש חורג שלא כדין, הינם כדלקמן:

א. סוג הבניה – בעבירה של "בניה שלא כדין" סוג הבניה שבוצעה יהיה פרמטר רלבנטי בקביעת "מידת הנזק". לעומת זאת, בעבירה של "שימוש חורג שלא כדין" סוג השימוש החורג לא יהיה נתון רלבנטי בקביעת "מידת הנזק".

ב. היקף הבניה או היקף השימוש החורג – יהיה נתון רלבנטי בקביעת "מידת הנזק" לגבי שני סוגי העבירות.

ז.4 (א) סוג הבניה למול סוג השימוש החורג

43. הפרמטר של סוג הבניה או סוג השימוש החורג יש לדון בו בעבירה של בניה שלא כדין בנפרד מהעבירה של שימוש חורג, זאת מאחר וקיימים שיקולים שונים שרלוונטים לגבי שני סוגי העבירות.

### 44. לגבי העבירה של בניה שלא כדין - [בסעיף 145(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/91073/145.a.2) ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073) נקבע כי הקמתו של בניין, הריסתו והקמתו שנית, כולו או מקצתו, הוספה לבניין קיים וכל תיקון בו, כולם טעונים היתר. עם זאת, ניתן לדעתי לערוך הבחנה בין תיקון של מבנה קיים לעומת הקמה של מבנה חדש, כאשר התיקון יש לראות בו כנתון המצביע על מידת נזק נמוכה יותר. בנוסף, יש לתת את הדעת לאופי הבניה. כך למשל, אין דינו של מי שבונה גדר או גרם מדרגות כדינו של מי שבונה מבנה סגור.

45**. לגבי העבירה של שימוש חורג שלא כדין** – הנאשמים טענו שיש לעשות הבחנה בין סוגים שונים של שימושים חורגים על פי "עצימות השימוש החורג". הווה אומר, ככל שהשימוש החורג שמתבצע על ידי הנאשם קרוב יותר לסוג השימוש המותר על פי התוכנית שחלה על המקרקעין או על פי השימוש המותר בהיתר, הדבר יש בו בכדי להציב את העבירה שביצע נאשם בדרגת חומרה נמוכה יותר. על אותו משקל, ככל שהשימוש החורג הוא רחוק יותר מהשימוש המותר על פי התוכנית או ההיתר, אזי הדבר יש בו בכדי להציב את העבירה שבוצעה בדרגת חומרה גבוהה יותר. הביטוי "עצימות השימוש החורג" מקורו בהחלטות שניתנו ע"י ועדות ערר שפועלות לפי [חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073) בעת בחינה של בקשות למתן היתר לשימוש חורג מכח [סעיף 146](http://www.nevo.co.il/law/91073/146) לחוק התכנון והבניה (ראו למשל [ערר (י-ם) 474/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=ערר%20474/12) **איברהים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה "הראל"** [פורסם בנבו] (6.6.13) וההחלטות שמצוטטות בפסקות 47 ו- 48 להחלטה). מידת הקרבה או הריחוק של השימוש המבוקש ביחס לשימוש המותר על פי התוכנית שחלה על המקרקעין הינה אחד השיקולים המנחים אם לאשר את הבקשה להיתר לשימוש חורג, או לא. הנאשמים ביקשו לגזור גזירה שווה מההליך המנהלי של מידת הסבירות לקבלת היתר לשימוש חורג, לדרגות הענישה בהליך הפלילי עקב ביצוע עבירה של שימוש חורג. לענייננו, הנאשמים טוענים שהעובדה שהעסק שהופעל במקרקעין הוא מכירת מוצרי חקלאות, אזי, "עצימות השימוש החורג" היא בדרגה נמוכה בשל הקרבה לייעוד של המקרקעין כקרקע חקלאית, וזאת כנסיבה לקולא בשלב גזירת הדין. אין בידי לקבל טענה זו וסבורני כי בעת קביעת מתחם העונש ההולם לגבי העבירה של שימוש חורג שלא כדין אין רלוונטיות לרמת הקרבה או הריחוק של השימוש שנעשה בפועל ביחס לשימוש המותר על פי התוכנית או ההיתר. נתון זה, שעניינו "סוג השימוש", אין בו בכדי להשליך על אופן קביעת "מידת הנזק" בביצוע עבירה של שימוש חורג שלא כדין. להלן נימוקיי:

א. הלכה פסוקה היא שבכל הנוגע לקרקע חקלאית, יש לפרש בצמצום את הביטוי "דרוש במישרין לייצור חקלאי" שמופיע [בסעיף 7(ב)](http://www.nevo.co.il/law/91073/7.b) ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073), כך שרק שימוש הקשור בטבורו אל מלאכת הייצור החקלאי יחשב לשימוש מותר. כך למשל, עסק ליישום חומרי הדברה לחקלאות, לא נחשב לשימוש בקרקע הדרוש במישרין לייצור חקלאי ([ר"ע 30/86 פ.א.ב שירותים בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד מ](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רע%2030/86&Pvol=מ)(1) 249 (1986); כך גם, אחסון מזון לבעלי חיים במסגרת עסק מסחרי, איננו שימוש חקלאי ([רע"פ 252/04 שדות נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה – לודים פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%20252/04&Pvol=נח) (5) 871, 874 (2004); וגם עסק לסילוק בוצה והתאמתה לשימוש חקלאי, איננו מסוג העסקים שמותר להקים על קרקע חקלאית ([רע"פ 9585/09](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%209585/09) **הוועדה המקומית לתכנון ובניה שקמים נ' ראש המועצה האזורית שפיר** [פורסם בנבו] (3.9.12)). קבלת טענתם של הנאשמים על ידי קביעת קטגוריות משנה של נזק לפי "עצימות השימוש החורג" עלולה ליצור "**מדרון חלקלק**" של הקלה בעונשם של מי שמבצעים עבירות של שימוש חורג, בעוד שהמגמה העולה מפסיקתו של בית משפט העליון היא הפוכה, קרי, יש להחמיר בעונשם של אלה המבצעים עבירות של שימוש חורג שלא כדין, במטרה למגר את התופעה.

ב. בתקנה 6 לתקנות התכנון והבניה (סטיה ניכרת מתכנית) תשס"ב – 2002 נקבע שהעובדה שהבקשה למתן היתר לשימוש חורג אין בה "סטיה ניכרת מהוראות תכנית", אין בה בכדי לחייב מוסד תכנון לאשר את הבקשה. ללמדך, שגם בהליך המנהלי המבחן של "עצימות השימוש החורג" נתון לחישוקים שונים בהיות השימוש החורג בגדר נטע זר ב-"טריטוריה" של הליך מנהלי תקין. הדבר מחזק את המסקנה שאין לאמץ את מבחן "עצימות השימוש החורג" אל תוך ההליך הפלילי בשלב גזירת הדין.

ג. המושג של "שימוש חורג" בסטיה מתוכנית, זכה לביקורת של בית המשפט העליון וזאת בשל היותו חריג שעומד בניגוד לצורך לקיים סדר תקין בתחום של תכנון ובניה. על כן, יש לנקוט במשנה זהירות בעת מתן אישור לשימוש חורג ([עע"מ 4875/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עעמ%204875/12) **גרומר נ' וועדת הערער המחוזית לתכנון ובניה מחוז ת"א** [פורסם בנבו] (3.11.13) פסקאות 23 ו-28 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל (להלן: **עניין גרומר**)). כמו כן, בפסיקה נקבע כי התפיסה הראויה ביחס לכלי השימוש החורג מתבטאת במכתם "כבדהו וחשדהו" ([עע"מ 109/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עעמ%20109/12) **הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז נ' גבעת האירוסים גן אירועים בע"מ** [פורסם בנבו] (23.12.12) פסקה 23 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר). ואם זהו המכתם שלו זכה כלי "השימוש החורג" בהליך המנהלי לקראת קבלת היתר הרי שעל אחת וכמה וכמה בהליך הפלילי שדן במצב שלאחר עשיית דין עצמי על ידי ביצוע שימוש לא חוקי ללא קבלת היתר.

ד. אישור לשימוש חורג מיועד להיות לתקופה מוגבלת מראש ([סעיף 148](http://www.nevo.co.il/law/91073/148) ל[חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073)). לעומת זאת, האירוע הפלילי של שימוש חורג שלא כדין, הינו בגדר עבירה נמשכת ואשר ממשיכה להתקיים כל עוד לא מופסק השימוש. מדובר בשני מאפיינים מנוגדים שלא יכולים לדור בכפיפה אחר. ניגוד זה מוביל למסקנה שאין לעשות אנלוגיה מההליך המנהלי של דיון בבקשה למתן אישור לשימוש חורג להליך הפלילי לגבי רמת הענישה הראויה בגין ביצוע עבירה זו.

ה. הלכה פסוקה היא שבעת שבית המשפט בוחן את שיקול הדעת של מוסד תכנון אם להעניק אישור לשימוש חורג או לא, אין בית המשפט מעמיד את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות המקצועית (עניין **גרומר**, פסקה 37). על כן, אין זה ראוי שבית המשפט במסגרת ההליך הפלילי, בעת מתן גזר הדין, יביע דעה לגבי "עצימות" השימוש החורג, שמא יעשה שימוש בקביעותיו של בית המשפט בפני רשויות התכנון עוד בטרם שהעניין הגיע לדיון בפניהן.

ז.4 (ב) היקף הבניה או השימוש החורג

46. בפסיקה נקבע כי היקף הבניה או היקף השימוש החורג הוא שיקול מרכזי לצורך הבחנה בין דרגות החומרה השונות בביצוע עבירה בניגוד לדיני התכנון והבניה (הלכת **שמשון**, פסקה 26; [רע"פ 8701/08](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%208701/08) **וונש נ' המועצה המוקמית לתכנון ובניה לודים** [פורסם בנבו] (3.6.09)). היקף הבניה (או השימוש החורג), יש בו בכדי לתת לבית המשפט אינדיקציה ל-"כימות" הנזק שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה. "כימות הנזק" נותן ביטוי ל-"מידת הפגיעה" באינטרס החברתי המוגן שגלום בעבירה של "בניה שלא כדין" ובעבירה של "שימוש חורג שלא כדין". פשיטא, שאין דינו של מי שבנה מבנה לא חוקי או עשה שימוש במקרקעין בניגוד לתוכנית בשטח של 30 מ"ר, כדינו של מי שבנה מבנה לא חוקי או עשה שימוש במקרקעין בניגוד לתוכנית בשטח של 600 מ"ר. כאן ניתן לקבוע "**מתחמי בניה**" ו- "**מתחמי שימוש**", לפי העניין, אשר יבחינו בין קטגוריות הנזק השונות בביצועה של עבירת בניה שלא כדין ועבירת שימוש חורג שלא כדין.

# 47. "מתחם הבניה" ו-"מתחם השימוש", לפי העניין, לא אמור להיות רחב מידי וגם לא צר מידי, וזאת באנאלוגיה מהרעיון המנחה שמתחם העונש ההולם צריך שלא יהיה רחב מידי וגם לא צר מידי ([ע"פ 1323/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%201323/13) חסן נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (5.6.13) פסקה 8 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל). בפסיקה נקבע כי מן הראוי שמתחם העונש ההולם יהיה מספיק כללי כדי להכיל בתוכו מספר רב של מקרים ושלא יהיה מצומצם למקרה פרטני אחד וזאת על מנת לחסוך "המצאה של הגלגל" כל פעם מחדש לגבי מתחם העונש ההולם ([ע"פ 7655/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%207655/12) פייסל נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (4.4.13) פסקאות 7 ו-8 לפסק דינו של כבוד השופט ג'ובראן). כך גם, בקביעת "מתחמי הבניה" ו-"מתחמי השימוש" מן הראוי שכל מתחם לא יהיה רחב מדי וגם לא צר מדי, כאשר לכל "מתחם בניה" ו-"מתחם שימוש" יהיה מתחם עונש הולם משלו. המטרה היא לחסוך "להמציא את הגלגל" כל פעם מחדש לעניין עבירת הבניה שלא כדין ועבירת השימוש שלא כדין שבאות בפני בית המשפט. הגדרת "מתחם הבניה" ו-"מתחם שימוש" ומכאן גם מתחם עונש הולם שיהיה רלבנטי לאותו מתחם, תשמש ככלי עזר מנחה לבית המשפט בתיקים שיבואו בפניו בעתיד.

48. לדעתי, ניתן לקבוע חמש קטגוריות של נזק בעבירות של בניה שלא כדין ושימוש חורג שלא כדין, כאשר הקריטריון שמבחין בין הקטגוריות השונות הוא "מתחם הבניה" ו-"מתחם השימוש". הנתון שיבחין ביןם מתחם למתחם הוא גודל **השטח:** השטח שנבנה בעבירה של בניה שלא כדין והשטח שנעשה בו שימוש בעבירה של שימוש חורג שלא כדין. "כימות" הנזק בכל אחת מקטגוריות הנזק ייעשה ע"י הפניה לשטח במטרים רבועים. לפיכך, הנני קובע חמש קטגוריות של נזק, לפי החלוקה שלהלן:

1. קטגוריית נזק 1 – מתחם בניה או שימוש בין 0 ל- 100 מ"ר ;
2. קטגוריית נזק 2 – מתחם בניה או שימוש בין 101 ל- 500 מ"ר;
3. קטגוריית נזק 3 – מתחם בניה או שימוש בין 501 ל- 1,500 מ"ר;
4. קטגוריית נזק 4 – מתחם בניה או שימוש מ-1501 מ"ר ועד 4000 מ"ר;
5. קטגוריית נזק 5 – מתחם בניה או שימוש מ- 4001 מ"ר ומעלה.

49. הגבול העליון והתחתון של מתחמי הבניה והשימוש השונים מטרתם לתת קו מנחה לבית המשפט בעת הגדרת "מידת הנזק" שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מעבירת תכנון ובניה שלגביה עליו לקבוע את העונש. הדבר אמור לסייע לבית המשפט באיתור קטגוריית הנזק שרלבנטית לנאשם שבפניו. מיקומו של נאשם במתחם בניה מסוים או מתחם שימוש מסוים יגדיר את מתחם העונש ההולם שרלבנטי לאותו נאשם, כאשר לכל מתחם (בניה או שימוש) יהיה מתחם עונש הולם שונה. כמו כן, שטח הבניה המדויק יסייע לבית המשפט לדעת היכן למקם את הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם הרלבנטי לו. כך למשל, נאשם שיבצע עבירת בניה של 110 מ"ר יהיה בחלק התחתון של "קטגוריית נזק 2" ועל כן גם בחלק התחתון של מתחם העונש ההולם הרלבנטי לאותה קטגוריית נזק. לעומת זאת, נאשם שיבצע עבירת בניה של 480 מ"ר יהיה בחלק העליון של "קטגוריית נזק 2" ועל כן גם בחלק העליון של מתחם העונש ההולם הרלבנטי לאותה קטגורית נזק. קביעת הגבול העליון והתחתון של מתחמי הבניה השונים יתכן ויש בה מידת מה של שרירותיות, וזאת כפי שקיימת מידה מה של שרירותיות בכל "קביעת גבול" של מועדים, מידות, ומשקל, כגון בקביעת מועדי התיישנות של עבירות ועונשים, גיל אחריות פלילית, גיל בגירות (ראו בעניין זה דבריו של כבוד השופט עמית בפסקה 1 ב-[ע"פ 7781/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%207781/12) **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (25.6.13)). אלמנט השרירותיות בקביעתם של "קווי גבול" איננו עילה שלא לקבוע את קווי הגבול של "מתחם הבניה" או "מתחם השימוש", כפי שאיננה עילה שלא לקבוע את קווי הגבול של מתחם העונש ההולם. המטרה של "קווי גבול" היא לאפשר הבחנה מותרת בין מצבים שונים.

50. בעבירה של "בניה שלא כדין" קבעתי שתהיה חשיבות לסוג הבנייה, וזאת להבדיל מהעבירה של "שימוש חורג שלא כדין" שבה לא תהיה רלבנטיות לסוג השימוש. בעת שמדובר בסוג בנייה שלא ניתן למדוד אותה במטרים רבועים, כגון גדר או חומה שנמדדות לפי **"הגובה והאורך**" עדיין ניתן לעשות שימוש בקטגוריות הנזק שהגדרתי לעיל ולמקם את מהות הבניה שבוצעה באחת מקטגוריית הנזק שעניינם גודל ה-"**שטח**", על פי שיקול דעתו של בית המשפט, לפי היקף הבניה.

ז.5 סיכום ביניים אודות "מידת האשם" ו-"מידת הנזק"

51. ניתן לסכם את הסקירה שהובאה לעיל בעניין "מידת האשם" ו-"מידת הנזק" בעבירות של בניה לא חוקית ושימוש חורג שלא כדין, כדלקמן:

א. בסקירה שנעשתה לעיל קבעתי שבעבירות של בניה שלא כדין ושימוש חורג שלא כדין, ישנן שלוש דרגות של אשם (גבוהה, בינונית ונמוכה) וחמש קטגוריות של נזק (בהתאם לחמשת מתחמי שטח). כל אחת מדרגות האשם יכולה "להצטלב" עם כל אחת מקטגוריות הנזק, ובכל נקודת "הצטלבות" יהיה מתחם עונש הולם **שונה**. סך הכל חמישה עשר מתחמים (5x3). זהו בדיוק מהותו של "**הצביון האינדיבידואלי**" של מתחם העונש ההולם בביצועה של עבירה (על הצביון האינדיבידואלי של מתחם העונש ההולם ראו דברי כבוד השופטת ארבל בפסקה 7 לפסק דינה ב-[ע"פ 1323/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%201323/13) **חסן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (13.5.2013)). על מנת להמחיש את נקודות ההצטלבות השונות בעבירות בניה שלא כדין ושימוש חורג שלא כדין, ואשר נותנות ביטוי ל-"צביון האינדיבידואלי" של מתחם העונש ההולם, אביא את הטבלה שלהלן (להלן: **הטבלה**):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **מידת אשם /**  **מידת נזק** **ב-מ"ר** | **דרגת אשם גבוהה** | **דרגת אשם בינונית** | **דרגת אשם נמוכה** |
| **קטגוריית נזק 1 -**  0 עד 100 | מתחם עונש א' | מתחם עונש ב' | מתחם עונש ג' |
| **קטגוריית נזק 2 -**  101 עד 500 | מתחם עונש ד' | מתחם עונש ה' | מתחם עונש ו' |
| **קטגוריית נזק 3 -**  מ-501 עד 1,500 | מתחם עונש ז' | מתחם עונש ח' | מתחם עונש ט' |
| **קטגוריית נזק 4 -**  מ-1,501 עד 4,000 | מתחם עונש י' | מתחם עונש יא' | מתחם עונש יב' |
| **קטגוריית נזק 5 -**  מ-4,000 ומעלה | מתחם עונש יג' | מתחם עונש יד' | מתחם עונש טו' |

ג. בעת קביעת גזר הדין על בית המשפט לקבוע תחילה את דרגת האשם ואת קטגוריית הנזק שבה מצוי הנאשם שבפניו וזאת על מנת לדעת באיזה מתחם עונש הולם למקם את הנאשם. בדרך זו, תהיה אחידות "**בדרך**" קביעת העונש, כפי שבתי המשפט מצווים לעשות מכוח תכליתו של תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm). יוזכר כי הרעיון המרכזי מאחורי תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) הוא גיבוש "מתודולוגיה אחידה" בקביעת גזר הדין, וזאת על מנת לצמצם את האפשרויות של פערים בלתי מוסברים בתוצאות הענישה.

ד. נאשמים שונים יכול שיימצאו **באותו** מתחם עונש, היינו באותה דרגת אשם ובאותה קטגוריית נזק, ולקבל עונשים **שונים,** כל אחד על פי הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה שביצע (ראו רשימת הנסיבות, שאינן מהוות רשימה סגורה, שמופיעות [בסעיף 40יא](http://www.nevo.co.il/law/70301/40ja) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) תשל"ז -1977).

ז.6 איתור דרגת האשם וקטגוריית הנזק הרלוונטיות לנאשמים

52. **לגבי האישום הראשון**, הנאשמים ביצעו עבירה של בניה שלא כדין, שמורכבת מהצבת מכולה **בשטח** של 15 מ"ר וכן הקמת גדר **באורך** של 175 מטר. מידת האשם ומידת הנזק הם כדלקמן:

א. מידת אשם -

א.1 לגבי הפרמטר של הרווח שהפיקו הנאשמים מהבניה: לא הובאה בפני כל ראיה לגבי הרווח הכלכלי שהופק על ידי הנאשמים מהבניה שבוצעה (המכולה והגדר). לא הוצגה בפני חוות דעת שממנה ניתן ללמוד על השבחת המקרקעין בעקבות הבניה.

א.2 לגבי הפרמטר של אורך התקופה שהבניה עמדה על תילה: המכולה והגדר עומדים על תילם לכל הפחות ממחודש יולי 2007 (עת שנערך הביקור הראשון מטעם המפקח של המאשימה) ועד היום, היינו למעלה משש שנים, שהינו פרק זמן לא מבוטל ומצביע על נסיבה לחומרה.

א.3 לגבי הפרמטר של הריסת הבניה בטרם מתן גזר הדין: הבניה לא נהרסה וממשיכה לעמוד על תילה עד היום וגם זה שיקול לחומרא בעת הערכת מידת האשם.

א.4 הפרמטר של הפרת צווים שיפוטיים: במקרה שבפני, אין הפרה של צווים שיפוטיים, וזאת כנתון שיש בו בכדי להפחית ממידת האשם.

א.5 לסיכום, בשקלול מכלול הפרמרים שהובאו לעיל, הנני קובע כי לגבי העבירה של בנייה שלא כדין הנאשמים נמצאים **בדרגת אשם בינונית.**

ב. מידת הנזק -

ב.1 לגבי המכולה: מדובר בשטח של 15 מ"ר, היינו **קטגוריית נזק 1,** שהינה קטגוריית הנזק הנמוכה ביותר.

ב.2 לגבי הגדר: מדובר בגדר באורך של 175 מטר. סוג הבניה מתאפיין בחומרים ראשוניים, גדר רשת, וזאת להבדיל מחומה מבלוקים או בטון. בנסיבות אלה, יש לדעתי לראות בבניה של הגדר כשייכת גם היא **לקטגוריית נזק 1** (שטח של עד 100 מ"ר).

ב.3 לסיכום, לגבי העבירה של בניה שלא כדין הנאשמים נמצאים **בקטגוריית נזק 1.**

53. יוצא מכך, שלגבי האישום הראשון שעניינו עבירה של בניה שלא כדין, ניתן למקם את הנאשמים בדרגת **אשם בינונית** ו"**בקטגוריית נזק 1**". על פי הטבלה שהבאתי לעיל, מדובר **במתחם עונש ב'.**

54. **לגבי האישום השני,** הנאשמים ביצעו עבירה של שימוש חורג שלא כדין, שמורכבת כדלקמן: בשטח של כ-1,100 מ"ר נעשה שימוש למכירת אבני נוי ומוצרי נוי לגינות; בשטח של כ-15 מ"ר (המכולה) נעשה שימוש למשרד. להלן מידת האשם ומידת הנזק:

א. מידת האשם –

א.1 לגבי הפרמטר של הרווח שהפיקו הנאשמים מהבניה: גם כאן לא הונחה בפני חוות דעת מטעם המאשימה לגבי הרווח שהופק בפועל מהשימוש החורג. לגבי נאשמת 1, שהשכירה את המקרקעין לנאשם 2, נטען על ידי ההגנה שגובה דמי השכירות עומד על סך של 4,000 ₪ לחודש. חוזה השכירות לא הוצג בפני. העסק של נאשם 2 פועל במקרקעין לכל הפחות מחודש יולי 2007 ועד היום, סך הכל 77 חודשים. על כן, אם נלך לפי שיטת ההגנה, לנאשמת 1 היתה הכנסה של 308,000 ₪ (4,000 ₪ x 77 חודשים) מהשכרת המקרקעין לנאשם 2. בהעדר חוות דעת מטעם המאשימה לגבי עלות השכרת נכס דומה באזור אחר שבו מותר להפעיל עסק מהסוג שהופעל על המקרקעין, לא ניתן לבדוק מה הרווח שהיה לנאשם 2 מהעבירה של שימוש חורג. בנוסף, בהעדר חוות דעת מטעם נאשם 2 שתאמוד את החסכון הכספי האמיתי שהיה לו מכך ששכר את המקרקעין של נאשמת 1, לא ניתן להניח לטובתו שהחסכון הכספי שלו הוא קטן יותר מהרווח שהיה לנאשמת 1 מדמי השכירות שקיבלה. כאמור, בכל מקרה, לא הוצגו בפני ראיות להוכחת הרווח בפועל שהיה לנאשמים מהעבירה שבוצעה.

א.2 לגבי הפרמטר של אורך תקופת השימוש החורג: עסקו של נאשם 2 מתקיים לכל הפחות מחודש יולי 2007 ועד היום. מדובר בפרק זמן לא מבוטל שמשליך על מידת האשם של הנאשמים.

א.3 לגבי הפרמטר של הפסקת השימוש בטרם מתן גזר הדין: נכון למועד מתן גזר הדין השימוש לא הופסק.

א.4 לגבי הפרמטר של הפרת צווים שיפוטיים: במקרה שבפני לא היתה הפרה של צווים שיפוטיים.

א.5 לסיכום הנני קובע שהנאשמים נמצאים **בדרגת אשם בינונית.**

ב. מידת הנזק: השימוש החורג כולל מכולה של 15 מ"ר וכן 1,100 מ"ר של שטח ששימש את העסק, סך הכל 1,115 מ"ר. היקף השימוש מצוי **בקטגוריית נזק 3** (מתחם שימוש בין 501 ל-1500 מ"ר).

55. לפיכך, לגבי האישום השני, שעניינו עבירה של שימוש חורג שלא כדין, הנאשמים נמצאים בדרגת אשם בינונית ודרגת נזק 3. על פי נקודת ההצטלבות בין דרגת אשם ודרגת נזק בטבלה שהבאתי לעיל, הנאשמים נמצאים **במתחם עונש ח'.**

56. על פי [סעיף 40יג(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jc.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), לאחר שבית המשפט הרשיע נאשם בכמה עבירות המהוות כמה אירועים, עליו לקבוע מתחם עונש הולם לכל אירוע בלבד ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או לגזור עונש כולל לכל האירועים. במקרה שבפני, אקבע את מתחם העונש ההולם לגבי כל אחד מהאישומים, היינו אגדיר את **מתחם עונש ב'** ו-**מתחם עונש ח'** בטבלה. בעת קביעת העונש הסופי (מה שמכונה "העונש המתאים" בתוך מתחם העונש ההולם) אקבע עונש כולל לגבי שני האישומים (ולא עונש נפרד לכל אישום).

57. לגבי הגדרת שאר המתחמים שמופיעים בטבלה, הדבר יושאר להכרעה בתיק הרלבנטי לכשיתעורר הצורך לעשות כן. מכל מקום, על מנת לקבל המחשה נוספת לשמישותה של הטבלה שהובאה לעיל, לצורך הגדרת מתחם העונש ההולם בעבירות תכנון ובניה, אסתפק בכך שאומר כי דוגמא למדיניות הענישה הנוהגת לצורך קביעת **מתחם עונש יג',** ואשר לפיו מדובר בדרגת האשם הגבוהה ביותר וקטגוריית הנזק הגבוהה ביותר, ראו פסק הדין [רע"פ 1417/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%201417/12) **אחוזת הברון נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (24.6.12). מקרה זה ממחיש בצורה ברורה, על פי אמות המידה של מידת האשם (אורך תקופת השימוש והפרת צווים שיפוטיים) ומידת הנזק (היקף הבניה והיקף השימוש החורג) את הענישה הראויה במתחם עונש יג'. באותו עניין, הוטלו קנסות של כ-מיליון שקלים בגין בניה ושימושים חורגים בהיקף משמעותי. הדבר רק ממחיש את העדר הרלוונטיות של פסק הדין בעניין **אחוזת הברון** למקרה שבפני. כאמור, פסק דין זה יהיה רלוונטי במקרים שבהם יש ללמוד על מדיניות הענישה הנוהגת שרלבנטית למתחם עונש יג' בטבלה. מן הראוי לציין שקיימים יחסי גומלין בין גבולותיהם של מתחמי העונש השונים בטבלה וזאת מאחר ובעת קביעת גבולותיו של מתחם עונש אחד יש לחשוב במקביל מה יהיו גבולותיו של מתחם עונש אחר בטבלה.

ז.7 קביעת מתחם העונש ההולם לגבי רכיב הקנס

58. [סעיף 40ח](http://www.nevo.co.il/law/70301/40h) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) קובע כדלקמן :

"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."

59. בעת קביעת מתחם הקנס ההולם בית המשפט אמור לקחת בחשבון שני אלמנטים מרכזיים: הראשון, חומרת העבירה שבוצעה שמתבטאת בעקרון ההלימה (ראו סעיף 40ג(א) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm)); והשני, מצבו הכלכלי של הנאשם. ודוק, מצבו הכלכלי של נאשם, כאלמנט ייחודי וסובייקטיבי שמשתנה מנאשם לנאשם, יכריע על פי לשון סעיף 40ח את "מתחם הקנס ההולם" לאותו אירוע עברייני שבוצע על ידי נאשם ספציפי ולא את "הקנס המתאים" לאותו נאשם בתוך מתחם הקנס ההולם. במילים אחרות, יכול שיהיו מתחמי קנס הולם שונים לנאשמים שונים שביצעו את אותו מעשה עבירה, וזאת בהתאם למצב הכלכלי של כל אחד מהם.

60. יצויין כי בדין האנגלי קיים סעיף מקביל [לסעיף 40ח](http://www.nevo.co.il/law/70301/40h) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ואשר גם שם יש לקבוע את הקנס לפי שני הפרמטרים של "חומרת העבירה" מחד ו-"מצבו הכלכלי" של נאשם מאידך. קיימת חובה על בית המשפט לדרוש ראיות מנאשם לגבי מצבו הכלכלי מאחר וראיות אלה יש בהן בכדי להעלות או להפחית את גובה הקנס שיוטל על הנאשם.

(סעיף 164 ל- **Criminal Justice Act 2003**).

61. לכל אדם עומדת זכות חוקתית לקיום אנושי בסיסי שיבטיח תנאי מחייה מינימאליים בכבוד ([בג"צ 10662/04](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2010662/04) **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** [פורסם בנבו] (28.2.2012), ניתן בהרכב מורחב של שבעה שופטים). הקנס שיוטל על ידי בית המשפט צריך שיהיה לו אימפקט דומה על נאשמים שונים בהתאם למצבם הכלכלי. לא ניתן להשית קנס כספי על נאשם שיש בו להכביד עליו יתר על המידה ולגרוע מזכותו לקיום אנושי בסיסי (כגון קורת גג, מזון, מים, חשמל).

62. במקרה שבפני, הנאשמים לא הבהירו מה הוא מצבם הכלכלי ואשר ממנו ניתן לגזור את מתחם הקנס ההולם לגבי כל אחד מהם בנפרד. מובהר בזאת, כי "מצבו הכלכלי" של נאשם צריך להוכיח במסמכים תוך פירוט מלא של מקורות הכנסותיו, מכלול נכסיו, מכלול חובותיו והוצאותיו השוטפות. לגבי נאשמת 1, נטען כי הינה נכה ומקבלת קצבה ונתון זה כמובן ילקח בחשבון בעת קביעת מתחם הקנס ההולם. עם זאת, לא הוצג בפני הסכם השכירות שבין נאשמת 1 לנאשם 2 וגם לא הובא הסבר לגבי מכלול נכסיה. לגבי נאשם 2, לא הוגש בפני דו"ח רווח והפסד של עסקו, הסבר לגבי מכלול נכסיו, וכן מכלול הוצאותיו וחובותיו. בנסיבות אלה, אתייחס לשני הנאשמים כמקשה אחת ואקבע את מתחם הקנס ההולם לגבי שניהם באופן אחיד.

ז.8 מדיניות הענישה הנוהגת

63. בפסיקה נקבע שמדיניות הענישה הנוהגת הינה רכיב אחד מתוך מכלול של רכיבים שיש לשקול בעת קביעת מתחם העונש ההולם, ולא מדובר ברכיב בלעדי. בנוסף, מדיניות הענישה הנוהגת איננה חופפת את מתחם העונש ההולם, אלא מדובר בשני "יצורים" שונים. ככל שהמדיניות הנוהגת משקפת את עיקרון ההלימות היא מהווה אינדיקציה לקביעת העונש ההולם ואילו כאשר יש פער בינה לבין המדיניות הראויה, תועדף המדיניות הראויה (פסקה 9 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל ב[ע"פ 1323/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%201323/13) **חסן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.6.13)).

64. קיים קושי באיתור מדיניות הענישה הנוהגת על פי הפרמטרים של מידת אשם ומידת נזק כפי שהגדרתי אותם לעיל, וזאת לאור החידוש שבתיקון 113 במתודולוגיה של גזירת הדין. בנוסף, קיים קושי לאתר פסיקה שתתאים במדויק למתחם עונש ב' ושתתאים במדויק למתחם עונש ח' בטבלה. מכל מקום, נביא סקירה של פסקי דין שונים תוך ניסיון לסווג את השיקולים שהנחו את בית המשפט בקביעת העונש על פי הפרמטרים של "מידת אשם" ו"מידת הנזק" כפי שהובאו לעיל. ננסה לדלות את מדיניות הענישה הנוהגת וכן את מתחם העונש ההולם הרלוונטי לענייננו, הכל בכפוף לשינויים המחויבים בהתחשב בשוני בין עובדותיו של כל מקרה ומקרה.

65. **לגבי מתחם עונש ב'** שמתייחס לאישום הראשון ועניינו מידת אשם בינונית וקטגוריית נזק 1 (בניה או שימוש עד 100 מ"ר) אביא את פסק הדין שלהלן, על מנת ללמוד על מדיניות הענישה הנוהגת, לגבי מתחם זה: [רע"פ 3884/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%203884/12) **מרדו נ' עיריית אשקלון** [פורסם בנבו] (10.9.12). על מנת ללמוד על נסיבותיו של מקרה זה, יש לעיין גם בפסקי הדין של הערכאות דלמטה: מחוזי באר שבע, [עפ"א 43037-01-11](http://www.nevo.co.il/links/psika/?NEWPROC=עפא&NEWPARTA=43037&NEWPARTB=01&NEWPARTC=11) **מרדו נ' עיריית אשקלון** [פורסם בנבו] (21.3.12); שלום אשקלון, [חע"מ 1835/07](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=חעמ%201835/07) מיום 10.11.2010 (לא פורסם) [פורסם בנבו]. באותו עניין, המבקש הקים וניהל בחצר ביתו גן ילדים ללא היתר מתאים ולצורך זה אף בנה בחצר ביתו קונסטרוקציית ברזל ממתכת. הנאשם הורשע בבימ"ש השלום באשקלון בגין עבירה של בניה שלא כדין ושימוש חורג שלא כדין. גודל השטח היה של 120 מ"ר. הוטל עליו קנס בסך של 3,000 ₪ וכן התחייבות כספית בסך של 10,000 ₪.

66. על כן, הנני קובע כי לגבי מתחם עונש ב' (שעניינו מידת אשם בינונית וקטגוריי נזק 1, היינו בניה או שימוש עד 100 מ"ר) מתחם העונש ההולם לגבי רכיב הקנס נע בין 3000 ₪ ועד 15,000 ₪.

67. **לגבי מתחם עונש ח'** שמתייחס לאישום השני ועניינו מידת אשם בינונית וקטגוריית נזק 3, קרי היקף בניה או שימוש שנע בין 501 ל-1500 מ"ר, אביא את הפסיקה שלהלן שיש בה בכדי ללמד על מדיניות הענישה הנוהגת, הכל בשינויים המחויבים לעובדות המקרה שבפני:

א. [רע"פ 4380/12](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%204380/12) **מנשה אביב** נ' **מדינת ישראל** [פורסם בנבו], ניתן ביום 12.7.12, ע"י כבוד השופט ג'ובראן. המבקשים הפעילו עסק של גן אירועים באזור שייעודו הינו לשימוש חקלאי בלבד. בין השנים 2001 ל-2005 הנאשמים ביצעו שורה של עבודות בניה והכשרת קרקע בשטח שייעודו חקלאי, הם הסבו סככה בשטח של כ-1200 מ"ר לשימוש בפועל לאירועים ביום ובלילה ; בנו סככה בשטח של 45 מטר לשמש כחופה בגן האירועים; הכשירו שטח כמגרש חניה תוך ביצוע חציבה, עבודות עפר ושפיכת אספלט בשטח כולל של 2.5 דונם; וביצעו עבודות פיתוח הכוללות – שינוי פני הקרקע, מילוי האדמה, בנית מסלעות, הקמת קירות תמך, התקנת משטחי ריקודים ומעברים מעץ ועבודות ריצוף , בשטח כולל של כ-1.5 דונם. הנאשמים הורשעו גם בעבירות של אי קיום צו בימ"ש וניהול עסק ללא רישיון. לפירוט מלא של עובדות המקרה הנ"ל, ראו פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים [עפ"ג 49024-02-11](http://www.nevo.co.il/links/psika/?NEWPROC=עפג&NEWPARTA=49024&NEWPARTB=02&NEWPARTC=11) **מדינת ישראל הועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים נ' מנשה אביב** [פורסם בנבו] ניתן ביום 9.4.12, ע"י כבוד השופט נועם. במקרה זה היה מדובר בשני מבקשים אשר על אחד מהם הושת קנס בסך של 90,000 ₪ ועל השני קנס בסך של 30,000 ₪. בית המשפט לקח בחשבון את העובדה כי במסגרת הליך אזרחי שהתנהל בבית המשפט המחוזי המבקשים חויבו לשלם למנהל מקרקעי ישראל סכום של מיליון ₪ ואחד המבקשים איבד את המעמד של בר רשות במקרקעין עקב תביעה שהוגשה נגדו על ידי מנהל מקרקעי ישראל. בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון נדחתה. בית המשפט העליון אף העיר כי העונש שהושת נוטה לקולא ואיננו משקף את מדיניות הענישה הראויה.

ב. [רע"פ 5509/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעפ%205509/13) **סלימאן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא העמקים** [פורסם בנבו] (20.10.13). המבקש השתמש בקרקע חקלאית בשטח של כ-3,000 מ"ר כמגרש חניה למשאיות. בנוסף, המבקש הציב במקרקעין ארבעה מבנים בשטח כולל של 48 מ"ר ושני מכלי דלק. בית משפט השלום הטיל עליו קנס בסך של 50,000 ₪ וכן התחייבות כספית בסך של 80,000 ₪, תשלום כפל אגרה בסך 100,000 ₪. בנוסף ניתן צו הפסקת שימוש במקרקעין וצו סילוק המבנים. המבקש הגיש ערעור וכך גם המשיבה לבימ"ש המחוזי. ערעור המבקש נדחה וערעור המשיבה התקבל, כך שהקנס הועמד על 80,000 ₪. בקשת רשות ערעור שהוגשה ע"י המבקש לבית המשפט העליון נדחתה.

68. על כן, לגבי מתחם עונש ח', הנני קובע כי מתחם העונש ההולם, נע בין 30,000 ₪ ועד 80,000₪.

69. מן הראוי לציין כי בשני המתחמים, מתחם עונש ב' ומתחם עונש ח', יש לכלול גם צווים להסרת הבניה הלא חוקית וכן הפסקת השימוש תוך מתן אורכה לשני הנאשמים להתארגנות.

**ח. השלב השני בגזירת הדין: האם יש מקום לסטות ממתחם העונש ההולם**

70. במקרים המתאימים ניתן לסטות ממתחם העונש ההולם, בין לקולא מטעמי שיקום ובין לחומרא מטעמי הגנה על שלום הציבור. [סעיף 40ד](http://www.nevo.co.il/law/70301/40d) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/073_002.htm) מתיר חריגה לקולא ממתחם העונש ההולם במקרים שבהם בית המשפט השתכנע כי יש סיכוי של ממש כי הנאשם השתקם. ודוק, האפשרות לסטייה ממתחם העונש ההולם מטעמים של שיקום איננה מצומצמת רק למקרים "קלאסיים" של שיקום כגון כאשר מדובר בגמילה מסמים, אלא חלה גם באותם מקרים שבהם קיים סיכוי להיעדר הישנות ביצוען של עבירות מאותו סוג, במיוחד כאשר מדובר באדם ללא עבר פלילי (ראו פסק דינה של כבוד השופטת ארבל בעניין [ע"פ 1903/13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%201903/13) **עיאשה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (14.7.13)).

71. במקרה שבפני, לא מצאתי נסיבות אישיות מיוחדות אצל הנאשמים שיצדיקו סטייה ממתחמי העונש ההולם שקבעתי, לרכיביו השונים כפי שפורטו לעיל, וזאת בין לקולא ובין לחומרא.

**ט. השלב השלישי בגזירת הדין: העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם**

72. לאחר שהגדרתי את המתחם של האישום הראשון בגין בניה שלא כדין (מתחם קנס שנע בין 3000 ל-15,000 ₪) וכן את המתחם של האישום השני, בגין שימוש חורג שלא כדין (מתחם קנס שנע בין 30,000 ₪ ל-80,000 ₪), נותר כעת לקבוע את העונש הסופי המתאים לשני הנאשמים.

73. על פי תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), יתכן ויהיו נאשמים שיהיו בתוך **אותו** מתחם עונש הולם אך העונש שיוטל על כל אחד מהם יהיה **שונה**, בהתחשב בנסיבות האישיות של כל אחד מהם, וכך אעשה במקרה שבפני בין הנאשמת 1 לנאשם 2 וזאת לאור השוני ביניהם בנסיבות האישיות:

א. גיל : נאשמת 1 הינה בת 73 שנים בעוד שנאשם 2 הינו בחור צעיר.

ב. מצב רפואי : נאשמת 1 הציגה תעודת נכה, בעוד שלגבי נאשם 2 לא נטען שהינו סובל מבעיה רפואית כלשהי.

ג. סיעודו של אחר: נאשמת 1 סועדת את בעלה ואשר המאשימה, לפנים משורת הדין, שקלה שלא להגיש נגדו כתב אישום בשל מצבו הרפואי.

74. בכל מקרה, לקולא, לגבי נאשם 2, לקחתי בחשבון את העובדה שהינו אב לילדים קטינים ואשר פרנסתם עליו.

75. על כן, הנני מטיל על הנאשמים 1 ו- 2 את העונשים הבאים:

א. נאשמת 1 תשלם קנס בסך של 40,000 ₪, או 30 ימי מאסר תמורתו. הקנס ישולם ב- 25 תשלומים חודשיים שווים ורצופים, כאשר התשלום הראשון לא יאוחר מיום 1.2.14 והיתרה ב- 1 לכל חודש שלאחריו. היה ואחד התשלומים לא ישולם במועד אזי יעמוד מלוא סכום הקנס לפרעון מיידי.

ב. נאשם 2 ישלם קנס בסך של 50,000 ₪, או 40 ימי מאסר תמורתו. הקנס ישולם ב- 25 תשלומים חודשיים שווים ורצופים, כאשר התשלום הראשון לא יאוחר מיום 1.2.14 והיתרה ב- 1 לכל חודש שלאחריו. היה ואחד התשלומים לא ישולם במועד אזי יעמוד מלוא סכום הקנס לפרעון מיידי.

ג. כל אחד מהנאשמים יחתום על התחייבות כספית בסך של 50,000 ₪ להימנע במשך שלוש שנים מהיום מביצוע עבירה לפי [חוק התכנון והבניה](http://www.nevo.co.il/law/91073). ההתחייבות הכספית תיחתם עוד היום במזכירות בית המשפט. היה ואחד הנאשמים לא יחתום אזי ייאסר למשך 40 ימים.

ד. ניתן בזאת צו הריסה למכולה ול- 175 מטר מהגדר, כמתואר בכתב האישום. צו ההריסה ייכנס לתוקף ביום 1.9.14. ודוק, צו ההריסה איננו מתייחס לחלקים אחרים של הגדר מאחר והחלקים האחרים לא צוינו בכתב האישום.

ה. ניתן בזאת צו הפסקת שימוש במקרקעין נשוא כתב האישום בנוגע לפעילות העסקית הנוכחית שמתבצעת במקום. צו זה ייכנס לתוקף ביום 1.9.14.

זכות ערעור תוך 45 ימים לבית המשפט המחוזי במחוז מרכז.

5129371

54678313

ניתן היום, ט"ו טבת תשע"ד, 18 דצמבר 2013 במעמד הצדדים

5129371

512937154678313

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)

הישאם אבו שחאדה 54678313-/

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה