

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

רע"פ 4679/10

בפני: כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל

המבקש: יוסי שמשון

נ ג ד

המשיבה: עיריית תל-אביב-יפו

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בעפ"א 3425-05-10 מיום 13.12.09 שניתן על ידי כבוד השופטת ע' צ'רניאק

תאריך הישיבה: כ"ט באייר התשע"א (2.6.11)

בשם המבקש: עו"ד ליאור אפשטיין

בשם המשיבה: עו"ד שלומי אבי-טל

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופטת ע' צ'רניאק) מיום 26.5.2010 בו נדחה ערעור המבקש על גזר דינו של בית המשפט לעניינים מקומיים בתל-אביב-יפו (השופטת ל' מרגולין-יחידי) ב-ב' 10119/08 מיום 13.12.2009.

הליכים קודמים

1. ביום 2.9.2009 הורשע המבקש בביצוע מספר עבירות של ביצוע עבודות הטעונות היתר בניה ללא היתר ובשימוש ללא היתר לכך [לפי סעיפים 145 ו-204(א)]

לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה) וכן באי קיום צו שיפוטי למניעת פעולות (לפי סעיף 249 לחוק התכנון והבניה).

2. על פי עובדות כתב האישום, המבקש, בעליה והמשתמש בפועל של דירה בתל-אביב, ביצע בין החודשים נובמבר 2007 ליוני 2008 שורה של עבודות בניה הטעונות היתר מבלי שהתקבל היתר לביצוען. בכלל זאת, הורשע המבקש בביצוע עבודות שהביאו לפיצולה של הדירה לשלוש יחידות דיור נפרדות. בנוסף, על אף שניתן ביום 11.11.2007 צו על ידי בית המשפט לעניינים מקומיים המורה למבקש להימנע מכל פעולה או שימוש שלא בהתאם להיתר, השלים המבקש את חלוקת הדירה לשלוש יחידות דיור ועשה בה שימוש כשלוש יחידות נפרדות למגורים.

3. בגזר הדין מיום 13.12.2009 השית בית המשפט לעניינים מקומיים על המבקש עונשים שונים ובכללם העונשים הבאים: קנס בסך של 150 אלף ש"ח או שישה חודשי מאסר תמורתו [לפי סעיף 63(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)] (להלן: הקנס) ותשלום היטל השבחה בסך 70 אלף ש"ח וכן אגרות בסך 603 ש"ח (לפי סעיף 218 לחוק התכנון והבניה).

את שיעורו של הקנס ואת גובה היטל ההשבחה קבע בית המשפט לעניינים מקומיים לאחר שהמשיבה הגישה שתי חוות דעת שמאיות לעניין ההשבחה של הנכס כתוצאה מפעולות הבניה והשימוש ללא היתר ולעניין שווי טובת ההנאה כתוצאה מן השימוש בנכס. המומחה מטעם המשיבה נחקר על ידי בא כוחו של המבקש אך לא הוגשה חוות דעת נגדית מטעמו.

בגזר הדין, עמד בית המשפט לעניינים מקומיים על הערכתו של המומחה מטעם המשיבה את שווי טובת ההנאה כתוצאה מביצוע עבירות הבניה, שווי אותו העריך בסך של 171,000 ש"ח. על יסוד הערכה זו, ולאחר ששקל את חומרת העבירות שביצע המבקש ואת נסיבות ביצוען העמיד בית המשפט לעניינים מקומיים את שיעור הקנס כנזכר לעיל. בגזר הדין קבע בית המשפט לעניינים מקומיים כי הבסיס לקביעת גובה טובת הנאה הוא טובת ההנאה הפוטנציאלית המקסימאלית שניתן להפיק מן העבירה ושהנאשם התכוון להשיג לעצמו או לאחר ולא גובה טובת ההנאה שנותרה בידי הנאשם בפועל.

באשר להיטל ההשבחה, קבע בית המשפט לעניינים מקומיים כי הוא מקבל את אופן חישוב היטל ההשבחה על ידי המומחה מטעם המשיבה ולפיו חושבה ההשבחה של הנכס לצמיתות, זאת מאחר שהמבקש לא מצא לנכון להפסיק את השימוש האסור לאחר מתן הכרעת הדין ולעתור לתחימת תקופת שימוש. יחד עם זאת, מצא בית המשפט לעניינים מקומיים כי אין מקום להטיל כפל היטל השבחה כפי שניתן לעשות על פי סעיף 218 לחוק התכנון והבניה.

4. המבקש הגיש ערעור על הכרעת הדין ועל גזר הדין לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. במהלך הדיון שהתקיים לפני בית המשפט המחוזי חזר בו המבקש מערעורו על הכרעת הדין. ביום 23.2.2011 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר קבע כי יש להחזיר את התיק לדיון לפני בית המשפט לעניינים מקומיים שכן מגזר הדין לא ברור על פי איזו חלופה מבין החלופות הקבועות בסעיף 63(א) לחוק העונשין בחר בהטלת הקנס על המבקש. בית המשפט המחוזי קבע כי על בית המשפט לעניינים מקומיים לבחור האם לבסס את הקנס על שווי טובת ההנאה או על הקנס הקבוע בחיקוק, לנמק את בחירתו ולנמק את הקביעות שעמדו ביסוד שיעור הקנס אותו השית.

5. בגזר דינו מיום 22.3.2010 קבע בית המשפט לעניינים מקומיים כי הוא מותיר את שיעור הקנס שהשית על המבקש על כנו. במסגרת גזר הדין קבע בית המשפט לעניינים מקומיים כי הוא אינו נדרש לטענות המבקש הנוגעות להיטל ההשבחה שהועלו בפניו שכן בעניין זה בחרה ערכאת הערעור שלא להתערב. באשר לקנס, קבע בית המשפט לעניינים מקומיים כי זה הושת על פי שווי טובת ההנאה, כאמור בסעיף 63(א) לחוק העונשין, ולא על ידי הטלת קנס שנקבע בחיקוק לעבירות הבניה בהן הורשע המבקש. בית המשפט לעניינים מקומיים עמד בגזר דינו על טענות המבקש לעניין אופי חישוב ההשבחה על אף שציין כי טענות אלה היו צריכות להטען עוד לפני מתן גזר הדין הראשון. בהקשר זה קבע בית המשפט לעניינים מקומיים כי אין בפניו כל נתון שיש בו כדי לכרסם בשווי טובת ההנאה כפי שהוצגה בחוות הדעת השמאית מטעם המשיבה ודחה את הטענה כי הוראת סעיף 63(א) לחוק העונשין הינה צופה פני עבר בלבד או חלה על טובת הנאה שהתקבלה בפועל. בית המשפט לעניינים מקומיים הוסיף וציין את טעמיו לאי פסיקת מלוא שווי טובת ההנאה ובהם השימוש שנעשה בחלק מיחידות הדיוור על ידי בן משפחה. לבסוף, התייחס בית המשפט לעניינים מקומיים להוראת סעיף 219 לחוק התכנון והבניה וקבע כי זו איננה רלבנטית שכן המשיבה יכולה לעתור, במקרים המתאימים, להטלת קנס על פי חוק העונשין. בהקשר זה הוסיף בית המשפט לעניינים מקומיים וציין כי אף על פי המסלול המתווה בסעיף

219 ניתן היה להשית על המבקש עד כפל שווי התוספת שנבנתה שלא כדין בעוד שבמקרה זה הקנס שהושת על המבקש אינו משקף את גובה טובת ההנאה שהופקה כתוצאה מהעבירות שביצע.

6. ערעור שהגיש המבקש על גזר הדין נדחה על ידי בית המשפט המחוזי בפסק דינו מיום 26.5.2010. במסגרת פסק הדין נקבע כי גזר הדין מנומק כדבעי וכי לבית המשפט לעניינים מקומיים הסמכות לחייב בהיטל השבחה בנוסף להטלת קנס על פי סעיף 63(א) לחוק העונשין והסמכות להחיל את סעיף 63(א) גם על עבירות לפי חוק התכנון והבניה. באשר לגובה הקנס שהושת נקבע כי זה אינו חורג מן הסביר וכי זה נקבע לאחר שנערך איזון נאות בין השיקולים הנוגעים לעניין. באשר לשיעור היטל ההשבחה שנקבע קבע בית המשפט המחוזי כי מאחר שהמבקש לא הגיש חוות דעת סותרת לחוות הדעת השמאית שהוגשה ולא חקר את המומחה מטעם המשיבה בבית המשפט על השיטה בה ערך את החישוב, הדבר מאיין את האפשרות להעלות את הנושא לראשונה בערעור ויש לדחותו בהעדר תשתית עובדתית נאותה.

מכאן בקשת רשות הערעור אשר על פי החלטת חברי השופט א' לוי, מיום 10.3.2011 הועברה לדיון לפנינו.

טענות המבקש

7. המבקש - באמצעות בא כוחו, עורך הדין ל' אפשטיין - טוען כי מקרה זה מעורר שלוש שאלות עקרוניות המקימות עילה למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי".

שתי השאלות הראשונות המתעוררות לטענת המבקש הן שאלת החלתו של סעיף 63 לחוק העונשין על עבירות שבוצעו על הוראות חוק התכנון והבניה ושאלת החלתו של סעיף 63 לחוק העונשין במקביל לחיוב בהיטל השבחה לפי סעיף 218 לחוק התכנון והבניה.

עמדת המבקש היא כי על אף שברע"א 7107/06 הועדה המקומית לתכנון ולבניה "בית הכרם" נ' אסדי (לא פורסם, 7.1.2009) (להלן: עניין אסדי) נקבע כי אין מניעה להחיל את הוראת סעיף 63 לחוק העונשין על עבירות לפי חוק התכנון והבניה, הרי שמאחר שקביעה זו נעשתה בהליך אזרחי ולא בהליך פלילי וכן מאחר שבאותו המקרה הקביעה ניתנה על רקע האפשרות שניתנה לצדדים להגיע להסכמה דיונית אין לראות בקביעה כהכרעה שיפוטית לגופם של דברים. לטענת המבקש, סעיפים 218 ו-219 לחוק התכנון והבניה הן הוראות דין מיוחדות (Lex Specialis) ועל כן לא ניתן

להחיל את הוראת סעיף 63 לחוק העונשין על עבירות לפי חוק התכנון והבניה וכן לא ניתן להטיל קנס על פיה במקביל להטלת היטל השבחה על פי סעיף 219 לחוק התכנון והבניה.

השאלה השלישית שהמבקש טוען כי מתעוררת במקרה זה היא באשר לפרשנות המונח "טובת הנאה" הנזכר בסעיף 63(א) לחוק העונשין. לטענת המבקש יש לקבוע, בניגוד לאופן בו קבע בית המשפט לעניינים מקומיים, כי שווי טובת הנאה לעניין סעיף 63(א) לחוק העונשין הוא טובת ההנאה המיידית והברורה אשר הושגה בפועל בעקבות ביצוע העבירה ולא שווי טובת הנאה ערטילאית או עתידית שלא הושגה ולא מומשה בפועל. בהמשך לכך, משיג המבקש על אימוץ חוות הדעת השמאית שהוגשה על ידי המשיבה שכן זו התבססה על היוון מחושב לצמיתות של טובת ההנאה מעבירת הבניה ולא על טובת ההנאה שהופקה בפועל.

תגובת המשיבה

8. המשיבה טוענת - באמצעות בא כוחה, עורך הדין ש' אבי-טל - כי בקשת רשות הערעור אינה מקימה כל עילה לדיון ב"גלגול שלישי". לטענתה, שתי השאלות הראשונות אותן הציג המבקש כמקימות עילה למתן רשות ערעור הוכרעו כבר בעבר על ידי בית משפט זה ואילו השאלה השלישית אינה חורגת למעשה מעניינו של המבקש בשים לב לכך שבשלב הטיעונים לעונש לא הציג המבקש כל חוות דעת נגדית מטעמו לעניין שווי טובת ההנאה ולא כרסם בשווי טובת ההנאה שנישומה על ידי המומחה מטעם המשיבה. לשיטת המשיבה, אין לפנינו אלא יישום של ההלכות הנוהגות.

9. באשר להחלת הוראת סעיף 63 לחוק העונשין על עבירות לפי חוק התכנון והבניה, טוענת המשיבה כי שאלה זו הוכרעה בעניין אטדי באופן מפורש. המשיבה עומדת על פסק הדין בגינו פנתה בבקשת רשות ערעור לבית משפט זה וטוענת כי בפסק הדין בעניין אטדי קיבל בית משפט זה את עמדתה כי הוראת סעיף 219 אינה הוראה מיוחדת (Lex Specialis) כמובנו המשפטי של המונח אלא הוראה ייחודית המרחיבה את סמכותו של בית המשפט והמוסיפה על הסמכויות הכלליות לחייב את העבריין בריבוע טובת ההנאה שהפיק מן העבירה לפי סעיף 63 לחוק העונשין, והכל כעולה באופן מפורש מפסק הדין. המשיבה מוסיפה וטוענת כי קבלת עמדת המבקש תחטיא את תכלית החקיקה ואת מטרת המחוקק ליצור הרתעה מפני ביצוע עבירות תכנון ובניה בעיקר ככל שהדברים נוגעים לפיצול דירות ליחידות דיור קטנות יותר והשכרתן.

באשר להחלת סעיף 63 לחוק העונשין לצד חיוב המבקש בהיטל השבחה לפי סעיף 218 לחוק התכנון והבניה, טוענת המשיבה כי טענת המבקש עומדת בניגוד ללשונו של סעיף 218 הקובע כי לבית המשפט סמכות לחייב את הנאשם בתשלום היטל השבחה "בנוסף לכל עונש שיטיל על עבירה לפי פרק זה". כן נטען כי פרשנות המבקש עומדת בניגוד לתכלית הוראת סעיף 218 רישא המבקשת למנוע מנאשם להיטיב את מצבו ביחס למצבו של אדם שומר חוק אשר קמה לו חבות לשלם היטל השבחה בשל עליית שוויים של המקרקעין בעקבות אישור תוכנית, מתן הקלה או קבלת היתר לשימוש חורג.

באשר למשמעותה של טובת ההנאה לעניין סעיף 63(א) לחוק העונשין, טוענת המשיבה כי יש לדחות על הסף את טענת המבקש בעניין זה שכן הוא לא הביא כל ראיה לסתור את חוות דעת המומחה מטעמה או ראיה לסתור את הנחות היסוד שעמדו בבסיס חישוב המומחה את טובת ההנאה שהושגה מביצוע עבירות הבניה. כן נטען כי יש לדחות על הסף טענה זו מאחר שהיא הועלתה לראשונה על ידי המבקש בערעור שהגיש על גזר הדין ונטענה בעלמא. לגופם של דברים טוענת המשיבה כי לא נפל כל פגם בגזירת עונשו של המבקש שכן בית המשפט לעניינים מקומיים שקל את הנסיבות המיוחדות של המקרה ועל אף שעל פי חוות הדעת השמאית שהוגשה ניתן היה להטיל על המבקש קנס בסך של עד 684 אלף ש"ח הטיל עליו קנס בסך של 150 אלף ש"ח בלבד. המשיבה מוסיפה וטוענת כי טענות המבקש לפיהן היה צריך לבחון האם קיבל טובת הנאה בפועל - קרי האם הצליח להשכיר את הדירות המפוצלות בפועל ומה רווחו שהפיק מכך - אינן רלבנטיות לצורך קביעת שיעור טובת ההנאה המקסימאלי אותה צפה להשיג מעצם ביצוע עבירת בניה של פיצול דירת המגורים. לעמדת המשיבה השאלה הרלבנטית היחידה לחישוב תקרת שווי טובת ההנאה המקסימאלי היא מה טובת ההנאה שציפה הנאשם להשיג במועד ביצוע העבירה. על יסוד האמור, טוענת המשיבה כי לא נפל כל פגם בהנחה שביסוד חוות הדעת השמאית לפיה במועד פיצול הדירה לשלוש יחידות דיור צפה המבקש כי ישיג רווח בגובה ההפרש בין שכר הדירה שהיה מתקבל מהשכרת שלוש יחידות הדיור לבין שכר הדירה שהיה מתקבל מהשכרת הדירה קודם לפיצולה כיחידת דיור אחת. לבסוף, טוענת המשיבה כי ממילא הקנס שהושת על המבקש נמוך משמעותית מהקנס שניתן היה לגזור עליו בגין כל אחת מן העבירות בהן הורשע ומהקנס היומי שניתן היה לגזור עליו בגין כל יום שבו נמשכה עבירת השימוש הבלתי חוקי בדירה.

10. לאחר עיון בכתבי הטענות שהגישו הצדדים ולאחר ששמענו את טענות הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו אציע לחבריי לדחות את בקשת רשות הערעור למעט באשר לשאלה השלישית אותה העלה המבקש. באשר לשאלה זו אציע לחבריי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה ולדחותו.

11. תחילה, ועוד קודם לדיון בשאלה זו, אציע לחבריי לדחות את חלקה של בקשת רשות הערעור שעניינה תחולת הוראת סעיף 63 לחוק העונשין על עבירות לפי חוק התכנון והבניה.

סוגיה זו נדונה על ידי בית משפט זה בעניין אטדי ונקבע באופן מפורש כי "כעקרון אין מניעה חוקית להחיל את הוראות סעיף 63 לחוק העונשין תשל"ז-1977 על עבירות שלפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965".

אכן, באותו המקרה לא התעוררה השאלה בדיוק כפי ההקשר שלפנינו שכן שם היה מדובר בהליך לפי סעיף 219(ה) לחוק התכנון והבניה שהינו הליך אזרחי לחיוב מי שהורשע בעבירה על חוק התכנון והבניה בקנס בגובה כפל שווי המבנה. ואולם, בקשת רשות הערעור עסקה בדיוק בשאלה אשר המבקש עותר כי נכריע בה והיא קביעתו של בית המשפט המחוזי בחיפה כי סעיף 219 מהווה הוראת דין ייחודית (Lex Specialis) ועל כן אין תחולה להוראת סעיף 63(א) לחוק העונשין על עבירות לפי חוק התכנון והבניה. אשר על כן, אני סבור כי יש ממש בטענה לפיה יש לצמצם את הקביעה בעניין אטדי לנסיבות המקרה הייחודיות דשם.

ואולם, ומאחר שפסק הדין בעניין אטדי ניתן בלא הנמקה, מוצא אני מקום להרחיב מעט את היריעה ככל שהדברים נוגעים ליחס בין הוראת סעיף 219 לחוק התכנון והבניה והוראת סעיף 63 לחוק העונשין.

12. בית משפט זה דן בעבר בשאלת תחולתו של סעיף 63 לחוק העונשין על עבירות לפי חוק התכנון והבניה וביחס בינו לבין סעיף 219 לחוק התכנון והבניה וקבע כי סעיף 63 לחוק העונשין חל על עבירות לפי חוק התכנון והבניה וכי סעיף 219 אינו עוסק במטריה זהה שכן החבות שנוצרת על פיו הינה חבות אזרחית [ראו: ע"פ 528/78 מדינת ישראל נ' מריבע, פ"ד לג(2) 382 (1979) (להלן: עניין מריבע)]; ע"פ 544/78 אחים א.מ.ש בכור להשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 653 (1979) (להלן: עניין אחים א.מ.ש בכור)]. יחד עם זאת, קביעה זו נעשתה ביחס לנוסחו של סעיף 219 לחוק

התכנון והבניה קודם לתיקון מספר 9 לחוק התכנון והבניה בו נוספה האפשרות להשית על העברייין קנס בגובה כפל שווי המבנה או התוספת שהוקמו שלא כדין במסגרת ההליך הפלילי ולא רק בהליך אזרחי כפי שהיה ניתן בנוסחו של סעיף 219 עובר לתיקון (ראו: חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 9), תשל"ח-1978, ס"ח 906). בית משפט זה ציין אף במפורש כי הקביעה לפיה סעיף 219 לחוק התכנון והבניה אינו עוסק במטריה זהה לזו של סעיף 63(א) לחוק העונשין אלא בתביעה אזרחית, נוגעת לנוסחו הישן של סעיף 219 ואין בפסק הדין משום הבעת דעה באשר למקומו של סעיף 63 לחוק העונשין לאור נוסחו החדש של סעיף 219 האמור (עניין מדביע, בעמ' 384; עניין אחים א.מ.ש בכור, בעמ' 655).

כפי שצינתי, בעניין אטדי קבע בית משפט זה כי לסעיף 63 לחוק העונשין תחולה על עבירות לפי חוק התכנון והבניה ובכך התקבל הערעור על קביעת בית המשפט המחוזי לפיה סעיף 219 מהווה הוראת דין ייחודית (Lex Specialis).

13. סעיף 63(א) לחוק העונשין 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."

תכליתו של סעיף זה הינה עונשית (ראו: עניין מדביע, בעמ' 386). הצמדת שיעור הקנס לנזק שאותו התכוון הנאשם לגרום בביצוע העבירה או לטובת ההנאה שהתכוון להשיג, נועדה לשרת תכלית הרתעתית באמצעות הוצאת בלעו של הנאשם מפיו וגרימת חסרון כיס. חקיקת סעיף זה נעשתה על רקע הכרה בכך שלעיתים הקנס הקבוע בחוק עשוי לעמוד ביחס בלתי סביר לשווי טובת ההנאה שהנאשם התכוון להשיג או לנזק שהתכוון לגרום, באופן שאין בשיעורו של הקנס כדי להרתיע (ראו: הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) (תיקון), התשכ"ב-1962, ה"ח 522).

לכאורה, נוכח הוראתו המפורשת של סעיף 63(א) לחוק העונשין לפיה השימוש בו מהווה חלופה להטלת הקנס הקבוע בחיקוק אחר, אין כל מניעה לשימוש שנעשה בסעיף 63 לחוק העונשין על עבירות לפי חוק התכנון והבניה. האם יש בלשונו

או בתכליתו של סעיף 219 לחוק התכנון והבניה כדי ללמד כי המדובר בהוראת חוק ייחודית הגוברת על ההוראה הקבועה בסעיף 63 לחוק העונשין? כפי שנקבע בעניין אטדי, התשובה לשאלה זו היא בשלילה.

14. סעיף 219 לחוק התכנון והבניה קובע כי:

"(א) הורשע אדם בעבירה לפי פרק זה, רשאי בית המשפט אם נתבקש לעשות כן להטיל עליו, בנוסף לקנס הקבוע בסעיף 204 או במקומו, קנסות כדלקמן:

(1) בעבירה בקשר לבניה הטעונה היתר לפי חוק זה – כפל שוויו של המבנה או של התוספת למבנה שהוקמו ללא היתר;

(2) בעבירה בקשר לבניה בסטיה מהיתר או מתכנית או בניגוד להוראה אחרת מכוח חוק זה – כפל הפרש בין שווי המבנה או התוספת למבנה כפי שהוקמו לבין שווים כפי שהיה אילו הוקמו בהתאם להיתר, לתכנית או להוראה האחרת.

(ב) לא הטיל בית המשפט קנס כאמור בסעיף קטן (א), רשאית הועדה המקומית או היועץ המשפטי לממשלה או נציגיהם לתבוע מהנשפט בדרך של תובענה אזרחית סכומים בשיעורים האמורים בפסקאות (1) ו-(2) לסעיף קטן (א).

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו אם הוכח לבית המשפט כי, לפני מתן גזר הדין, הרס הנשפט את המבנה או את התוספת למבנה שלגביהם נעברה העבירה; בית המשפט רשאי לדחות את מתן גזר הדין למועד שיקבע כדי לאפשר לנשפט לבצע את ההריסה.

(ד) לענין סעיף זה, 'שווי המבנה או התוספת' – שווים ביום ביצוע העבירה או ביום מתן החלטת בית המשפט, לפי הגדול שבהם, כשהם פנויים.

(ה) כל סכום שנפסק לפי סעיף זה ישולם לקופת הועדה המקומית."

סעיף זה קובע איפוא כי בנוסף לקנס אותו ניתן להטיל על פי סעיף 204 לחוק התכנון והבניה (קנס בסכום קבוע וכן קנס נוסף בגין עבירה נמשכת) או במקומו ניתן להטיל קנס בשווי כפל שווי המבנה או התוספת שנבנו שלא כדין. ככל שלא הוטל קנס כאמור במסגרת ההליך הפלילי ניתן לתבוע מן הנאשם סכום זה במסגרת תובענה אזרחית. ואולם, הדגש לדידי הוא על הסייג הקבוע בסעיף 219(ג) לחוק התכנון והבניה לפיו לא ניתן יהיה להשית קנס על פי סעיף 219 או לתבוע את סכום הקנס במסגרת הליך אזרחי כאשר הוכח שהמבנה או התוספת נהרסו קודם למתן גזר הדין. סייג זה מלמד כי הקנס על פי סעיף 219 הינו אמצעי לאכיפת הריסת הבניה הבלתי חוקית ולא

עונש טהור במישור הפלילי. ההיסטוריה החקיקתית מלמדת כי המדובר בכלי במישור האזרחי. אבאר את עמדתי זו.

15. כאמור, נוסחו של סעיף 219 המצוי לפנינו כיום נקבע בתיקון מס' 9 לחוק התכנון והבניה. בדברי ההסבר להצעת החוק צויין כי השינוי בסעיף זה מוצע על רקע הקשיים שהתעוררו בהפעלת הסעיף בנוסחו הקודם, נוסח שכאמור על פיו התאפשרה גביית הסכומים באמצעות הגשת תביעה אזרחית:

"בעת הפעלת הסעיף, התעוררו שני קשיים:
(1) את כפל השווי אפשר בדרך כלל לתבוע רק בבית המשפט המחוזי, בשל גובה הסכום. כידוע, בתי המשפט המחוזיים עמוסים בתביעות אזרחיות למכביר, ולכן איבדה ההוראה מכוח ההרתעה שבה;
(2) זכות התביעה ניתנה רק לועדה המקומית." (שם, בעמ' 381).

עוד צויין בדברי ההסבר כי:

"...סעיף 29(א) לחוק דיני העונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב], תש"ל-1970 (ס"ח תש"ל, עמ' 109) [שהוראתו עוגנה בשלב מאוחר יותר, בשינויים מסויימים, בהוראת סעיף 63 לחוק העונשין - י.ד.], מסמיך את בית המשפט להטיל על נאשם קנס פי שלושה מהנזק שנגרם או טובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה, ולאחרונה נתבעו אמנם מספר עברייני בניה לפי הסעיף האמור. עם זאת, בשל שוני הענין, מוצע לקבוע הוראה מיוחדת ומפורשת בחוק התכנון עצמו." (שם, בעמ' 382).

16. אני סבור כי "העניין" הנזכר בדברי ההסבר שלגביו יש שוני, נוגע למטרה שביקש המחוקק להשיג באמצעות קביעת האפשרות לחיוב עברייני בניה בתשלום כפל שווי הבניה הלא חוקית. האפשרות להשית קנס בגין בניה כאמור קיים רק במצב בו הבניה לא נהרסה על ידי הנשפט. במקום בו הבניה נהרסה על ידו פוקעת הסמכות להשית על העברייני את הסכומים הקבועים בסעיף 219 לחוק התכנון והבניה בהליך אזרחי ובהליך פלילי גם יחד. הסדר זה מלמד לדידי כי התכלית שביסוד הסמכות הנתונה על פי סעיף 219 לחוק התכנון והבניה הינה תכלית אכיפתית שאינה עונשית. האמצעי - חיוב העברייני בתשלום הסכומים הקבועים בסעיף 219 במסגרת ההליך הפלילי - לא שינה מאופיו האזרחי של כלי זה קודם לתיקון מס' 9 אלא רק ייעל את השימוש בו [ראו: ע"א 615/83 אלמרוז חב' להשקעות ולמימון בע"מ נ' מדינת ישראל,

פ"ד מא(3) 601, 605-606 (1987) (להלן: עניין אלמרוז). אוסיף כי העובדה שיש ביסוד כלי זה הקבוע בסעיף 219 לחוק התכנון והבניה תכלית הרתעתית ולא רק הבטחת הריסת הבניה הבלתי חוקית אינה מחייבת שינוי מסקנתי באשר לאופיו [השוו: בג"ץ 361/76 "המגדר-ברזלית" חוטי ברזל ורשתות בע"מ נ' רפאלי, רכז בקורת וחשבונות של אגף גובה המכס והבלו, פ"ד לא(3) 281, 286-289 (1977); ע"פ 758/80 יש לי בע"מ חברה פרטית נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 625, 628-631 (1981); ר"ע 277/82 נירוטטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 826, 830-831 (1983) (להלן: עניין נירוטטה); רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418, 433 (2002) (להלן: עניין אסף); ע"פ 4980/07 כהן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.11.2010), בפסקה 45; ולגישה שונה באשר למבחנים הקובעים לעניין אופיים של קנסות המבקרת חלק מפסקי הדין הנזכרים לעיל ראו: יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מַעְבָּר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489 (תשס"ט) ובפרט ראו בעמ' 530-542 (להלן: רוזן-צבי ופישר).

17. ער אני לכך כי סעיף 219 נכלל בפרק י' בחוק התכנון והבניה שכותרתו: "עבירות ועונשין", כי תנאי להפעלתו היא הרשעתו של אדם בעבירה לפי פרק י' האמור, וכי ניתן להשיתו לא רק בנוסף לקנס לפי סעיף 204 אלא במקומו - אינדיקציות שיכולות לחזק את העמדה כי המדובר בעונש ממש במישור הפלילי (השוו: עניין נירוטטה, בעמ' 830-831; עניין אסף, בעמ' 433-436). ואולם, סבור אני כי ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 219 לחוק התכנון והבניה, כמו גם בחינה תכליתית של מטרתו של הסעיף וההסדר הקבוע בו, מלמדים כי על אף שהשתת הקנס הקבוע בו אפשרית במסגרת ההליך הפלילי ומותנית בהרשעתו של אדם ועל אף האינדיקציות הנזכרות לעיל - מדובר בכלי אכיפתי במישור האזרחי שאין ספק שהוא נועד להרתיע אך בעיקר מכוון הוא לתמרץ עבריינים לפעול להריסת הבניה הבלתי חוקית. עסקינן באכיפה איפוא. אכיפה שאלמלא הקושי הנזכר בתיקון מס' 9 בדבר גביית הקנסות הייתה מוסיפה להתקיים במסגרת הליכים אזרחיים בלבד. אך בשינוי בסדרי הדין אין כדי לשנות מאופיה האזרחי (ראו: עניין אלמרוז הנזכר לעיל, בעמ' 605-606, והשוו: רוזן-צבי ופישר בעמ' הנזכרים לעיל).

18. מאחר שסבור אני כי הקנס הקבוע בסעיף 219 לחוק התכנון והבניה אינו אלא אמצעי אזרחי לאכיפת הריסת בניה בלתי חוקית, אין כל בסיס לטענה כי זה עומד בסתירה להוראת סעיף 63(א) לחוק העונשין שמהותה פלילית-עונשית. בהעדר סתירה בין שתי הוראות אלה, אין כל מקום לטענה בדבר הפעלת כללי "ברירת דין" על דרך של העדפת הוראת דין ייחודית על פני הוראת דין כללית [ראו: אהרן ברק פרשנות

במשפט כרך ראשון-תורת הפרשנות הכללית 545-540 (1992)] וכי יש להעדיף את ההוראה הקבועה בסעיף 219 לחוק התכנון והבניה על פני הוראת סעיף 63 לחוק העונשין.

19. אוסיף, כי אף אם סברתי כי אופיו וטיבו של הקנס על פי סעיף 219 לחוק התכנון והבניה השתנו עם כניסתו לתוקף של תיקון מס' 9 לחוק התכנון והבניה, כך שזה הפך להיות קנס בעל תכלית עונשית במישור הפלילי, עדיין איני סבור כי יש בכך כדי להוביל למסקנה כי הוראת סעיף 219 מהווה הוראת דין ייחודית העדיפה על הוראת סעיף 63 לחוק התכנון והבניה. ראשית, לא נמצא לדבר ביטוי כלשהו בלשון סעיף 219 לחוק התכנון והבניה; שנית, מדברי ההסבר לתיקון מס' 9 עולה במפורש כי התכלית המרכזית של שינוי המתווה המרכזי בו יושת הקנס מהליך אזרחי להליך פלילי הייתה ייעול ההליך ושמירה על אופייה ההרתעתי של סנקציה זו. עוד עולה מדברי ההסבר כי אמנם הייתה כוונה לקבוע הוראה מפורשת בחוק התכנון והבניה המבקשת להתאים את שווי הקנס לערך טובת ההנאה שהופקה אולם לא ניתן להסיק מכך כי הדבר נעשה במטרה לקבוע סנקציה במקום זו הקבועה בסעיף 63 לחוק העונשין. אף בהתעלם מדברי ההסבר, איני סבור כי תחת ההנחה שביסוד הוראת סעיף 63(א) לחוק העונשין וסעיף 219 לחוק התכנון והבניה תכלית זהה – עונשית-הרתעתית – יש כדי ללמוד כי זו האחרונה מדירה את פניה של זו הראשונה מתחום עבירות התכנון והבניה. למעשה, מהוראת סעיף 63 לחוק העונשין ההפך הוא שנלמד שהרי הוראה זו המהווה הוראה כללית מכירה בכך כי קיימות הוראות מפורשות בחיקוקים הקובעות קנסות, וכל שהיא קובעת לעניין זה היא כי יש לבחור באחת מן החלופות: קנס על פי סעיף 63(א) לחוק העונשין או קנס על פי החיקוק. העובדה כי בסעיף 219 נעשתה "הצמדה" של שיעור הקנס לשווי הבניה הלא חוקית בדומה למנגנון הקבוע בסעיף 63(א) לחוק העונשין בו מוצמד שיעור הקנס לערכה של טובת ההנאה שהתכוון העבריין להפיק, אין בה כדי לשנות ממסקנה זו בהעדר אמירה מפורשת המסייגת את תחולת סעיף 63(א) לחוק העונשין (וראו גם: סעיף 34 לחוק העונשין אשר נחקק לאחר כניסתו לתוקף של תיקון מס' 9 לחוק התכנון והבניה).

עד כאן באשר ליחס בין סעיף 219 לחוק התכנון והבניה לבין סעיף 63 לחוק העונשין - סוגיה בה לא ראיתי מקום ליתן רשות ערעור נוכח ההכרעה בעניין אסדי והדברים הנזכרים לעיל.

20. ככל שהדברים נוגעים לשימוש המקביל בסעיף 218 לחוק התכנון והבניה ולסעיף 63(א) לחוק העונשין, לא מצאתי כי יש ממש בטענות המבקש, זאת הן נוכח האמור לעיל בנוגע לתכליתו העונשית של סעיף 63 לחוק העונשין, והן נוכח קביעות בית משפט זה באשר למעמדו ולאופיו של הקנס המושת על פי סעיף 218 לחוק התכנון והבניה.

21. סעיף 218 לחוק התכנון והבניה קובע כי:

”בית המשפט יצווה על הנשפט, בנוסף לכל עונש שיטיל על עבירה לפי פרק זה ולחייב בהוצאות משפט, לשלם את האגרה או את תשלום החובה האחר הקשורים בעבירה ושהנשפט חייב בתשלוםם אותה שעה מכוח חוק זה וטרם שילם אותם, ואם היתה העבירה בקשר לעבודה או לשימוש הטעונים היתר לפי חוק זה – אותן אגרות או תשלומי חובה אחרים שהיו מגיעים ממנו מכוח חוק זה אותה שעה אילו ניתן ההיתר בית המשפט רשאי לחייב את הנשפט בתשלום נוסף, שלא יעלה על סכום האגרה או תשלום החובה הקשורים בעבירה.”

בית משפט זה קבע כי החיוב על פי סעיף 218 לחוק התכנון והבניה, בין אם מדובר באגרה, בתשלום החובה או בכפל האגרה ותשלום החובה, אינו בגדר קנס [ראו: ע"פ 474/65 מירומית מפעלי מתכת אשקלון בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 374 (1966); המ' 27/70 בית אל-על בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 253 (1970); יוער כי הקביעה בעניין מירומית נגעה להוראת סעיף 35 לפקודת בנין ערים, 1936 אך בעניין בית אל-על הוחלה הקביעה בעניין מירומית על הוראת סעיף 218 לחוק התכנון והבניה). מנגד, כפי שציינתי לעיל, קבע בית משפט זה כי הקנס המושת על פי הוראת סעיף 63 לחוק העונשין הינו עונש פלילי (ראו: עניין מרביע, בעמ' 386). נוכח שוני זה בין מהותם של הקנסות על פי הוראות שני סעיפים אלו, אין כלל מקום לטענה כי הוראת סעיף 218 מהווה הוראת דין ייחודית המלמדת כי לא ניתן לעשות שימוש בסעיף 63 לחוק העונשין שעה שמדובר בעבירות לפי חוק התכנון והבניה. כך אין מקום לטענה כי מקום בו נעשה שימוש בסעיף 63 לחוק העונשין לא ניתן לעשות שימוש, בנוסף, בהוראת סעיף 218 לחוק התכנון והבניה. הקנס על פי הוראת סעיף 218 מצוי במישור שונה - שאינו פלילי - מן המישור בו מצוי הקנס על פי סעיף 63 לחוק העונשין.

אשר על כן, אף בנקודה זו אין מקום ליתן רשות ערעור.

22. ומכאן, לשאלה השלישית שהעלה המבקש במסגרת בקשת רשות הערעור הנוגעת לשווי טובת ההנאה לפי סעיף 63(א) לחוק העונשין.

כאמור, עמדת המבקש היא כי בית המשפט לעניינים מקומיים טעה בקביעתו לפיה שווי טובת ההנאה לעניין סעיף 63(א) לחוק העונשין נוגע לטובת ההנאה הפוטנציאלית שהתכוון הוא להפיק. לדידו של המבקש, שווי טובת ההנאה על פי סעיף 63(א) לחוק העונשין נוגע לטובת ההנאה שהופקה בפועל, הא ותו לא. מנגד, עמדת המשיבה היא כי שווי טובת ההנאה נגזרת רק מן השאלה מהי טובת ההנאה שציפה הנאשם להשיג במועד ביצוע העבירה. לעניין זה מבקשת המשיבה להסתמך על פסק הדין בעניין מרביע בו נקבע כי לאירועים שהתרחשו לאחר מועד ביצוע העבירה ולאירועים שעשויים לקרות אין השפעה על קביעת טובת ההנאה המקסימאלית במסגרת סעיף 63(א) לחוק העונשין.

23. כאן המקום להביא בשנית את הוראת סעיף 63(א) לחוק העונשין:

”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.”

מלשוננו של סעיף זה עולה במפורש כי טובת ההנאה ממנה נגזר שיעורו המקסימאלי של הקנס שניתן להשית היא זו שהתכוון הנאשם להשיג (לו או לאחר) ואשר הושגה על ידי ביצוע העבירה. איני סבור כי הצדק עם המשיבה בטענתה כי על פי סעיף 63(א) לחוק העונשין, טובת ההנאה היא טובת ההנאה שציפה הנאשם להשיג במועד ביצוע העבירה. יחד עם זאת, איני סבור כי יש לקבל את טענת המבקש במלואה ולקבוע, כעמדתו, כי על המשיבה מוטל הנטל להוכיח מה היה היקף הכספים שהתקבלו אצלו בפועל כאשר אלו יהוו את התקרה לקנס על פי סעיף זה.

סבור אני כי טובת ההנאה לעניין סעיף 63(א) לחוק העונשין שווה לכספים, ליתרון ולחסכון שנהנה מהם העבריין כתוצאה מביצוע העבירה נכון למועד ביצוע העבירה או מועד מתן החלטת בית המשפט, לפי המועד בו ערכם של אלו גדול יותר (ראו: סעיף 63(ד) לחוק העונשין). כאשר מדובר בעבירות של בניה שלא כדין, העלייה

בערכו של הנכס כתוצאה מעבירה זו מהווה טובת הנאה שהושגה שכן ערכו של הנכס בו בוצעה בניה כאמור עלה.

24. ראשית, יש לעמוד על ההלכה שנקבעה בעניין מרביע. באותו המקרה דן בית המשפט בשאלה כיצד יש לקבוע את שווי טובת ההנאה לפי סעיף 63(א) לחוק העונשין מקום בו ניתן צו הריסה בהתאם להוראת סעיף 205 לחוק התכנון והבניה. באותו העניין נקבע כי אין להתחשב באירוע שקרה או שעשוי לקרות לאחר מועד ביצוע העבירה במסגרת קביעת תקרת הקנס המקסימאלי [שם, בעמ' 387; וראו גם, בהקשר שונה ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, 548 (1982)]. הטעמים שעמדו ביסוד קביעה זו, הדוחה את העמדה כי יש להתחשב באירועים שהתרחשו או שעשויים להתרחש לאחר מועד ביצוע העבירה היו: הגשמת התכלית ההרתעתית שביסוד סעיף 63(א) לחוק העונשין (שם, בעמ' 387); הקושי הטמון בחישוב טובת הנאה תוך שקלול ההסתברות כי אירועים כאמור יתרחשו; ואי הוודאות שתתלווה לחישוב זה העומדת בניגוד לכללי המשפט הפלילי (שם, בעמ' 387-388). העמדה שאומצה בעניין מרביע הייתה כי לאירועים שקרו לאחר מועד ביצוע העבירה או שעשויים לקרות לאחריו יש לתת משקל במסגרת הטלת "הקנס האקטואלי" על הנאשם. בכלל זאת נקבע כי שיקול שניתן לשקול הוא כמה מתוך טובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה נשארה בידי העבריין ובפרט הוצאתו של צו הריסה (ראו: שם, בעמ' 388-389).

פסק הדין בעניין מרביע מנתח ומבאר את הוראות סעיף 63(א) לחוק העונשין, אך ההלכה הנזכרת לעיל אינה פותרת במלואה את השאלה מהי אותה "טובת ההנאה" שהושגה על ידי העבירה. בהקשר זה יש להדגיש כי לעמדת המשיבה לפיה הקריטריון אשר על פיו ייקבע שווי טובת ההנאה לעניין סעיף זה הוא בכוונת העבריין אין כל תימוכין בלשון הסעיף. בסעיף 63(א) לחוק העונשין נקבע במפורש כי המדובר בטובת הנאה שהושגה על ידי העבירה ועל כן אין די בציפייה של העבריין להשיג טובת הנאה אלא יש להוכיח את השגתה בפועל. לא הושגה זו בפועל - לא תובא היא בחשבון בקביעת גובה הקנס לעניין סעיף 63(א) לחוק העונשין. אציין כי בכך אין כל חידוש: "תחילתו של סעיף 63(א) לחוק העונשין בכוונתו של הנאשם, וסופו בטובת ההנאה שהושגה על-ידי העבירה" [ראו: עניין מרביע, בעמ' 385 וכן ראו: ע"פ 2576/93 מדינת ישראל נ' רוזנבלום, פ"ד נא(1) 610, 621 (1997)].

25. כאשר המדובר בטובת ההנאה לעניין סעיף 63(א) לחוק העונשין מדובר איפוא בטובת ההנאה שהושגה בפועל. ואולם, כאשר המדובר בבניה שלא כדין נשאלת

השאלה האם טובת ההנאה שהושגה בפועל היא דמי השכירות שהתקבלו בפועל אצל העברייין בגין השכרת הנכס או התוספת שנבנו שלא כדין כפי שטוען המבקש? אני סבור כי התשובה לכך היא בשלילה. 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. עריכת שומת הנכס תוך שימוש בשיטה של היוון ההכנסות אינה פסולה לצורך קביעת העלייה בערכו של הנכס כתוצאה מן הבניה שלא כדין (לשיטה זו ראו למשל אהרן נמדר מערכת המס בעסקאות נדל"ן, 179-180 (מהדורה שנייה, 2008); ולשיטות אחרות ראו שם, בעמ' 178 ו-180-181). ואולם, מוצא אני מקום להדגיש כי מאחר שהשומה אמורה לשקף את ההשבחה בפועל, חייב להינתן בה ביטוי לעובדה כי המדובר בבניה בלתי חוקית על כל המשתמע מכך. אני מדגיש נקודה זו נוכח האמור בקווים המנחים שפרסם אגף שומת מקרקעין במשרד המשפטים לעריכת שומות לצורך קביעת קנסות בגין עבירות בניה, מסמך אשר צורף כנספח ג' לתשובת המשיבה ואשר בו נקבע כי אחד העקרונות לביצוע השומה הינו התעלמות מן העובדה כי בוצעה בנכס עבירה. בפרט מצויין כי "לא תחושב הפחתה בגין היות הנכס בנוי שלא כדין". לדידי, עקרון זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 63(א) לחוק העונשין העוסקת בטובת ההנאה שהושגה בפועל.

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 העברייין 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 בחוק התכנון והבניה. 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 העברייין.

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 העבריינין את מלוא הקנס שניתן להשית על פי הוראות סעיף 63(א) לחוק העונשין.

27. ובחזרה לעניינו של המבקש. גזר הדין של בית המשפט לעניינים מקומיים, בו לא מצא בית המשפט המחוזי מקום להתערב, ניתן על יסוד העקרונות המובאים לעיל. הקנס בו חוייב המבקש נקבע על יסוד ההערכה השמאית מטעם המשיבה, הערכה שנעשתה על פי שיטת היוון הכנסות. בית המשפט לעניינים מקומיים לא השית על המבקש את הקנס המקסימאלי שיכול היה להשית עליו על פי הוראת סעיף 63(א) לחוק העונשין והתחשב בשיקולים נוספים הקשורים בנסיבות המקרה, ובהם השימוש בפועל בנכס וההכנסות שהתקבלו כתוצאה מכך וכן אי הריסתו של המבנה והמשך השימוש בו על אף הוצאת צו הפסקה שיפוטי. אכן, בחוות הדעת השמאית אין התייחסות לערכו של הנכס בשים לב לאי חוקיות הבניה. ואולם, כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי המבקש לא השיג על בסיס החישוב ולא חקר את המומחה על האופן בו בוצע החישוב והעלה טענות בעניין זה רק במסגרת הערעור על פסק הדין. משאלה נסיבות המקרה, איני סבור כי קמה עילה להתערבותנו בקנס שהושת על המבקש וכך אציע לחבריי כי נעשה.

28. לבסוף, אציע לחבריי כי לא נחייב את המבקש בהוצאות המשיבה, וזאת מבלי להפחית מחשיבותו של כלי זה ולאפשרות לעשות בו שימוש במקרים המתאימים (ראו: רע"פ 5399/10 סלאמה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.11.2010), ובפרט האמור בחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין).

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, א' באב התשע"א (1.8.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט