

**אכיפת עבירות תכנון ובנייה בהליך של קנס מינהלי****(בעקבות פסק הדין ברע"פ 6621/23 מדינת ישראל נ' גרין)**

מאת

**קייס נאסר\*****מבוא**

ברע"פ 6621/23 מדינת ישראל נ' גרין<sup>1</sup> הכריע בית המשפט העליון בשאלה, האם בעת גזירת עונשו של נאשם שביקש להישפט בגין קנס מינהלי קצוב שהוטל עליו בגין עבירת תכנון ובנייה, ניתן לגזור על הנאשם קנס בסכום הנמוך משיעור הקנס המינהלי, או שסכום הקנס המינהלי הוא סכום המינימום של הקנס בגזר הדין. דעת הרוב, אותה הוביל השופט סולברג, קבעה כי סכום הקנס המינהלי הוא סכום מינימום, וככלל בית המשפט אינו רשאי לגזור על נאשם שביקש להישפט בגין הקנס המינהלי קנס הנמוך מסכום הקנס הקצוב, ככל שהוא עונש יחיד בגזר הדין. במקרים בהם הקנס אינו העונש היחיד, רשאי בית המשפט לחרוג מסכום הקנס "מטעמים מיוחדים"<sup>2</sup>. דעת המיעוט של השופט אלרון סברה כי על פי תיקון 113 לחוק העונשין בית המשפט רשאי להטיל על הנאשם קנס הנמוך מסכום הקנס המינהלי גם אם הקנס הוא העונש היחיד, אולם סכום הקנס המינהלי יהווה סמן מנחה בגזירת העונש.

שאלת גזירת העונש, שבה עוסקת דעת המיעוט של השופט אלרון, מדגישה את הקשיים הטמונים בהסדר המשפטי הקיים. על רקע זה, ברשימה זו אבקש לעמוד על מידת חריגותו של הסדר האכיפה הכלכלית בעבירות תכנון ובנייה באמצעות קנסות מינהליים, כפי שאושר במסגרת תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה, ועל הקשיים הנלווים לו, ובכלל זה אתמקד בהיבטים המעוררים שאלות לגבי סבירות ומידתיות האכיפה.

**קנסות מינהליים בעבירות תכנון ובנייה**

עבירות התכנון והבנייה בישראל הפכו ל"מכת מדינה"<sup>3</sup>, ובשנת 2017 חוקקה הכנסת את תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה. התיקון כלל שינוי מקיף לפרק "פיקוח, אכיפה ועונשין" בחוק.<sup>4</sup> השינויים עסקו באפיקי האכיפה הפליליים והמינהליים, ומטרתם הייתה לייעל את הליכי האכיפה כדי למגר את תופעת הבנייה הבלתי חוקית.<sup>5</sup> במסגרת תיקון 116 תוקן ס' 22 לחוק העבירות המינהליות, כך שיחיל את חוק העבירות המינהליות גם על עבירות תכנון ובנייה.<sup>6</sup> המטרה הייתה השתת קנסות

\* ד"ר קייס נאסר הינו שותף במשרד פירון, המומחה לדיני התכנון והבנייה, המקרקעין והמשפט הציבורי, ומרצה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.

<sup>1</sup> רע"פ 6621/23 מדינת ישראל נ' גרין (נבו 7.4.25).

<sup>2</sup> שם, בפס" 49 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>3</sup> רע"פ 4357/01 סבן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "אונו", פ"ד נו(3) 49 (2002); רע"פ 5584/03 פינטו נ' עיריית חיפה, פ"ד נט(3) 577 (2004); רע"פ 10571/08 מדינת ישראל נ' מלכיאל, (נבו 23.6.2011); הצוות להתמודדות עם תופעת הבנייה הבלתי חוקית דין וחשבון (2016).

<sup>4</sup> חוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 116), התשע"ז–2017 ס"ח 884 (להלן: תיקון 116).

<sup>5</sup> רע"פ 7316/21 אמאם נ' היחידה הארצית לאכיפה דיני תכנון ובניה (נבו 23.10.22).

<sup>6</sup> ס' 12 לחוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 116), התשע"ז–2017 ס"ח 884, 922 (תיקון עקיף של ס' 22 לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו–1985).

משמעותיים על החשודים ללא צורך בניהול הליך פלילי.<sup>7</sup> בהמשך פורסמו תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – תכנון ובנייה), תשע"ח-2018,<sup>8</sup> אשר קבעו את שיעור הקנס המינהלי בגין העבירות. מדובר בקנסות בסכומים עצומים בהשוואה לשיעור הקנסות המינהליים הקבוע בחוק העבירות המינהליות בגין עבירות מינהליות אחרות, ומטרתם היא להפוך את העבירה לבלתי כלכלית.<sup>9</sup>

סכום הקנסות המינהליים שהטילה רשות האכיפה במקרקעין מאז פרסום התקנות ועד למאי 2024 הוא 419,490,000 ₪.<sup>10</sup> בשנת 2022 הטלת קנסות מינהליים הביאה להפסקת 546 עבירות בנייה (בשטח של כ-924,783 מ"ר) של שימוש אסור במקרקעין (שימוש חורג) לפי חוק התכנון והבנייה. בנוסף, 76% מהעסקים שפתחה נגדם הרשות בהליכים להטלת קנס מינהלי בשנת 2020 נסגרו, ו-83% מהעסקים שנגדם נפתחו הליכי אכיפה בשנת 2021 נסגרו.<sup>11</sup> אי לכך, המדינה רואה את הקנס המינהלי ככלי אפקטיבי להתמודדות עם עבירות תכנון ובנייה.

### פרשת גרין

לפי חוק העבירות המינהליות, הנקנס רשאי להגיש בקשה להישפט בגין הקנס שהוטל עליו, ובעקבות כך מוגש נגדו כתב אישום בעבירות שבגינן הוטל עליו הקנס המינהלי. לפי סעיף 14 לחוק העבירות המינהליות, אם הנקנס הורשע, לא יפחת הקנס בגזר הדין, אם הוא העונש היחיד, מסכום הקנס המינהלי הקצוב. עם זאת, תיקון 113 לחוק העונשין מתווה את שיקול הדעת של בית המשפט בגזירת הדין בהליך פלילי ובכלל זה בקביעת שיעור הקנס בעונש.<sup>12</sup> בפרשת גרין ניצבה, אפוא, שאלת היחס בין סעיף 14 לחוק העבירות המינהליות לבין תיקון 113 לחוק העונשין בכל הקשור לגזירת עונשו של הנאשם.

השופט סולברג, אליו הצטרפה השופטת כנפי-שטייניץ, קבע כי במקרה והקנס הוא העונש היחיד, יש לנהוג בגזירת הדין לפי סעיף 14 לחוק העבירות המינהליות ולא לפי תיקון 113 לחוק העונשין, בהיותו הדין הספציפי לעבירות מינהליות, וגם מכיוון שגזירת קנס הפחות מסכום הקנס המינהלי פוגעת במאמץ להחמרת הענישה הכלכלית על עבירות תכנון ובנייה.<sup>13</sup> לפי השופט סולברג, במקרה בו גזר הדין כולל עונש נוסף מלבד עונש הקנס, אין חובה כי סכום הקנס לא יפחת מסכום הקנס המינהלי.

דעתו של השופט אלרון הייתה שונה. הוא קבע שסנקציה בדמות קנס מינימום עלולה להרתיע את הנקנסים המאמינים באמת ובתמים כי הצדק עמם וכי נעשה להם עוול מלהגיש בקשה להישפט, ובכך היא גם תמנע קיום ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של הרשות המינהלית שהטילה את הקנס המינהלי, ביקורת שיכולה להתקיים רק באמצעות הגשת בקשה להישפט. השופט אלרון הוסיף כי בהחלת חוק העבירות המינהליות על עבירות תכנון ובנייה לא התכוון המחוקק לכבול את שיקול הדעת השיפוטי בענישה לפי תיקון 113 לחוק העונשין. לכן, לפי השופט אלרון עונשו של נקנס

<sup>7</sup> רע"פ 4102/23 פ.מ. קולינג בע"מ נ' רשות האכיפה במקרקעין (נבו 6.7.23).  
<sup>8</sup> תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – תכנון ובנייה), התשע"ח-2018, ק"ת 2222 (להלן: תקנות העבירות המינהליות (תכנון ובנייה)).

<sup>9</sup> סי' 73 לתגובת המקדמית של הכנסת בבג"ץ 1047/19 עיריית טייבה נ' שרת המשפטים (נבו 28.10.21).  
<sup>10</sup> תשובת רשות האכיפה למקרקעין מיום 28.5.2024 לפניית ד"ר קייס נאסר לקבלת מידע לפי חוק חופש המידע.

<sup>11</sup> הרשות לאכיפה במקרקעין פעולות האכיפה בתחום התכנון והבנייה סיכום שנת 2022 (2023).  
<sup>12</sup> סי' 40 ו-40א לחוק העונשין, התשל"ז-1977.  
<sup>13</sup> עניין גרין, לעיל הי"ש 1, בפסק הדין של השופט סולברג.

שביקש להישפט והורשע בדין ייגזר בהתאם להוראות תיקון 113 כלשונן. ברם, לאור הצורך בהחמרת הענישה בעבירות תכנון ובנייה, סכום הקנס הקצוב יכול להוות מעין "סמן מנחה" בעת גזירת סכום הקנס בעונש.<sup>14</sup>

### הצורך בבחינה מחודשת של הסדר הקנסות המינהליים בעבירות תכנון ובנייה

אני מסכים לעמדת השופט אלרון. אוסיף, כי סוגיית גזירת העונש היא אחת הסוגיות הממחישות את הבעייתיות בהסדר הקיים של אכיפת עבירות תכנון ובנייה על ידי קנסות מינהליים. בעיני, בהסדר הקיים המטרה קידשה את האמצעים, ועל מזבח הגברת האכיפה וההרתעה הוקרבו עקרונות יסוד בחברה דמוקרטית, שמטרתם להגן על זכויות האזרח מפני השלטון, ובראשם – שלטון החוק והפרדת הרשויות, הזכות לביקורת שיפוטית על החלטות המינהל, מידתיות ושוויון בענישה. אבהיר את עמדתי בתמצית.

**מידתיות ההסדר של אכיפת עבירות תכנון ובנייה כעבירה מינהלית:** חוק העבירות המינהליות נועד לטפל בעבירות "קלות" לכאורה, שהמחוקק סבר כי יעיל וצודק יותר לאכוף אותן בצורה מינהלית מאשר במערכת הפלילית. הכוונה ל-"מעשים שלא היה מקובל לראות אותם כעבירה, ובדרך כלל אף לא במעשים שיש עמם פגיעה במוסר או קלון, עד שהמחוקק אסר אותם".<sup>15</sup> חוק העבירות המינהליות נועד להבטיח מסלול אכיפה אפקטיבי, מהיר, יעיל וסמוך ככל הניתן למועד ביצוע העבירה, והכל מבלי להכתים את מבצען בכתם של עבירה פלילית.<sup>16</sup> הליך האכיפה המנהלית אמור להיות פוגעני פחות מההליך הפלילי.<sup>17</sup> הדבר בא לידי ביטוי הן בסוג העבירות שבחוק העבירות המינהליות, שהן עבירות "קלות", והן בשיעור הקנסות המינהליים המוטלים, שהם בסכומים לא גבוהים יחסית.<sup>18</sup>

בסעיף 1 לתקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – תכנון ובנייה), תשע"ח–2018, נקבע שעבירה על סעיפים 243(א) ו-ו(ב) לחוק התכנון והבנייה – שעניינם בביצוע עבודה אסורה במקרקעין, סעיפים (ד) ו-ו(ה) לחוק שעניינם בשימוש אסור במקרקעין, וסעיף 246 לחוק שעניינו באיקיום צו שהוטל לפי החוק – היא עבירה מינהלית. התקנות הסדירו את סכום הקנסות בהתאם להיקף שטח השימוש או הבנייה, עם תוספת קנס יומי בעבירה נמשכת. התקנות קובעות מדרג לשיעור הקנסות בהתאם לשטח העבירה, כאשר הקנס משתנה בשטח של עד 100 מ"ר/אורך, והופך לקבוע בשטח עבירה של מעל 100 מ"ר.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> שם, בפסק הדין של השופט אלרון.

<sup>15</sup> דברי מבוא להצעת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ה–1985, ה"ח 62.

<sup>16</sup> Andrew Hessick & Carissa Byrne Hessick, *Nondelegation and Criminal Law*, 107 VA. L. REV. 281 (2021).

<sup>17</sup> בג"ץ 93/06 ד.נ. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (נבו 2.8.11); בג"ץ 149/08 רום גבס חיפוי וקירוי בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 18.2.08); רע"פ 2547/07 קלמנט נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (נבו 20.11.07).

<sup>18</sup> ראו תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – בטיחות גפ"מ), התשס"ג–2003 (סכום הקנס: 7,500 ₪); תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – מחלות בעלי חיים), התשס"ה–2005 (סכום הקנס: 5,000 ₪); תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – תוצרת לול), התשע"ט–2019 (סכום הקנס: 2,500 ₪); תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – החזקת קנאביס ושימוש בו לצריכה עצמית), התשפ"ב–2022 (סכום הקנס: 1,000 ₪); תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – יערות), התשע"ג–2012 (סכום הקנס: 10,000 ₪ ליחיד, 20,000 ₪ לתאגיד).

<sup>19</sup> לפי התוספת לתקנות העבירות המינהליות (תכנון ובנייה), הקובעות את הקנסות הקצובים בגין עבירות לפי חוק התכנון והבנייה, הקנס הקצוב המינימאלי בעבירת עבודה אסורה במקרקעין לפי ס'243(א) לחוק, בשטח של עד 10 מ"ר/אורך הוא 10,000 ₪, וסכום הקנס הקצוב בגין כל עבודה אסורה במקרקעין כאלה בשטח שמעל 100 מ"ר/אורך הוא 300,000 ₪; סכום הקנס המינימאלי בעבירה עבודה אסורה לפי סעיף 243(ב), במקרקעין שאינם מפורטים בסעיף 243(א) לחוק בשטח שבין 25–50 מ"ר/אורך הוא 25,000 ₪ וסכום הקנס הקצוב בגין כל עבודה אסורה במקרקעין כאלה בשטח שמעל 100 מ"ר/אורך הוא 150,000 ₪. הקנס הקצוב המינימאלי בגין עבירה של שימוש

מדובר בקנסות בסכומים עצומים, אשר לא הולמים את ההתייחסות לעבירות כעבירות "קלות" שראוי לאכוף אותן כעבירות מינהליות. הם גם סודקים את ההנחה כי באכיפה מינהלית נחסך לנקנס הנזק החמור של הרשעה פלילית. אמת, הנזק של הרשעה פלילית חמור. היא שולחת מסר של הוקעת העבריין מצד החברה מבחינה מוסרית, ויש לה גם השפעה שלילית על מעמדו החברתי של המורשע ועל המוניטין שלו. בהקשר זה הסנקציה הפלילית משמשת לא רק לצרכי גמול והרתעה אלא גם מבטאת גינוי מוסרי כלפי העבריין ומעשיו הפליליים.<sup>20</sup> עם זאת, הטלת קנס בסכום עצום על האזרח עלולה להביא אותו, במקרים רבים, לפשיטת רגל ולקריסה כלכלית של ממש. תוצאה כזו, בעיני, עשויה להיות שווה לנזק של הרשעה פלילית אם לא חמורה יותר.

**מדג הקנסות מביא לתוצאות בלתי סבירות, שרירותיות ומפלות:** באכיפה פלילית עונשו של נאשם נקבע לפי תיקון 113 לחוק העונשין המתווה את שיקול דעתו של בית המשפט בענישה. יכולתו של בית המשפט לבחון קשת רחבה של נסיבות הקשורות בעבירה, בעבריין ובחברה, ויכולתו של הנאשם להביא בפני בית המשפט נתונים וראיות להקלה בעונשו, מבטיחים את המידתיות והאחידות בענישה מבחינת גזירת העונש והבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה.

מערך שקילה זה מתבטל עם קביעת "העונש" בדמות של קנס מינהלי קצוב. באכיפה מינהלית בדרך של קנס מינהלי נקבע לעבירה "תעריף" קצוב וקבוע, ולא מוענק לרשות המינהלית שיקול דעת לבטל את הקנס או להפחית אותו בשל נסיבות פרטניות של הנקנס והעבירה. ההסדר האמור מוקשה אף יותר במקרים שבהם שיעור הקנס הקצוב אינו מגלם את האבחנות הראויות בין עבירה לעבירה. קושי זה בא לידי ביטוי ביתר שאת בתקנות הקנסות המינהליים בעבירות תכנון ובנייה. לפי התקנות, הקנס הקצוב נקבע בצורה גורפת וללא אבחנות והתאמות נדרשות בין עבירה לעבירה. אצביע להלן על חלק מהדוגמאות:

(1) **סוג השימוש:** התקנות לא מבחינות בין סוגי העבודה האסורה או השימוש האסור. הקנס בגין עבירה לפי סעיפי החוק המפורטים בתקנות תקבל אותו שיעור קנס, ככל שמדובר באותו שטח, בין אם מדובר בבניית בית מגורים, הקמת מפעל או גן אירועים. כל השימושים האלה זהים, מבחינת התקנות, מבחינת שיעור הקנס המוטל.

(2) **שטח העבירה:** התקנות לא מבחינות בין שטח העבירות כששטח העבודה האסורה או השימוש האסור הוא 100 מ"ר ומעלה. עבירה בשטח 101 מ"ר תקבל קנס קצוב בסך ₪300,000, בדיוק כמו עבירה בשטח 1,000 מ"ר! כלומר, מבחינת התקנות כל העבירות שמעל 100 מ"ר זהות מבחינת הקנס המוטל.

(3) **שיעור הקנס:** התקנות מחמירות את שיעור הקנס בין שטח מסוים לשטח גדול יותר, בצורה עצומה ובלתי הגיונית. לפי התקנות, עבירה לפי סעיף 243(א) בשטח 50 מ"ר/אורך תקבל קנס קצוב בסך 100,000 ₪, ואילו עבירה בשטח 51 מ"ר תקבל קנס קצוב בסך 200,000 ₪ (כלומר כפל הקנס בגין הפרש של 1 מטר). עבירה כזו בשטח 75 מ"ר/אורך תקבל קנס קצוב בסך 200,000 ₪, ואילו עבירה בשטח 76 מ"ר/אורך תקבל קנס בסך 300,000 ₪

<sup>20</sup> אסור במקרקעין לפי סעיף 243(ד) לחוק במקרקעין שאינם מפורטים בסעיף 243(א) לחוק בשטח של עד 10 מ"ר/אורך הוא 10,000 ₪, וסכום הקנס הקצוב בעבירה של שימוש אסור במקרקעין כאלה בשטח שמעל 100 מ"ר/אורך הוא 300,000 ₪. ככל שהמבצע הוא תאגיד, שיעור הקנס יהיה כפול. יששכר רוזן צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489, 501 (2009).

(כלומר, תוספת 100,000 ₪ בגין הפרש של 1 מטר בין העבירות). מצבים כאלה חוזרים על עצמם בתקנות ביחס לכל העבירות.

דוגמאות אלה מראות במידה רבה את חוסר הסבירות ואת שרירותיות ההסדר. תורת המידתיות דוחה הסדרים גורפים וחסרי אבחנות. מידתיות מתקיימת בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה כזו אינה מתקיימת בהסדר הקיים של קנסות מינהליים בתכנון ובנייה. ההסדר הקיים מוביל לתוצאות בלתי סבירות, בלתי הוגנות ואף שרירותיות. שכן, קשה לקבל הסדר שלפיו הקנס בגין עבירה המניבה רווח לעבריין תהיה זהה לעבירה אחרת רק בגלל שהן באותו שטח; קשה לקבל הסדר שלפיו עבירה בשטח מסוים, תהיה מבחינת שיעור הקנס, זהה לעבירה בשטח כפול רק בשל כך ששתי ההעבירות הן מעל לשטח שנקבע בתקנות; קשה לקבל הסדר שלפיו עבירה בשטח מסוים תקבל קנס כפול מעבירה ששטחה פחות ממנה בהיקף זעיר עד אפסי.

אמת, בשימוש בכלי של קנס מינהלי קצוב, קיים קושי לעצב את הקנס בהתאם לנסיבות של כל עבירה ועבירה. יתרה מכך, בכך אף טמונה היעילות של כלי הקנסות המינהליים, מכיוון שהרשות הקונסט פטורה מלקיים דיון בכל מקרה ומקרה. עם זאת, תקנות העבירות המינהליות המקבילות, שלא בתחום התכנון והבנייה, אמנם מבחינות בין אירוע לאירוע, אך הן עוסקות בסכומי קנסות פחותים בהרבה מסכומי הקנסות המינהליים בתכנון ובנייה, בצורה המכהה את הצורך באבחנות נוספות בין מקרה למקרה, מעבר לאבחנה שבין סכומי הקנסות.<sup>21</sup> בעיני, השיעור העצום של קנסות מינהליים בתכנון ובנייה, וחומרת המעבר משיעור לשיעור, כפי שתואר קודם, מדגישים את הצורך באבחנות נוספות בין מקרה אחד לאחר ומראים כי בחוסר זה טמונים חוסר המידתיות וחוסר הסבירות של ההסדר.

זאת ועוד, הרבה מהעבירות של בנייה ושימוש מערבות זכויות יסוד כגון הזכות לדירה, הזכות לחיים בכבוד, הזכות לפרנסה וחופש העיסוק. הן עוסקות בניצול הקרקע לצרכים של הפרט. העבירות נחלקות בין עבירות שימוש ובנייה למגורים, שעניינן הבטחת קורת גג לאזרח המבצע, ועבירות שימוש ובנייה למטרות עסקיות אחרות, כגון מסחר, מלאכה, תעשייה ועוד, שעניינן בהבטחת לחמם ופרנסתם של האזרח המבצע ובני משפחתו. בכך, חלק מהעבירות מערבות שיקולים חברתיים והומניטריים. לא פעם אף הייתה לרשות המינהלית תרומה ביצירת העבירה או בהפיכת המבצע לעבריין "בעל כורחו", והכוונה בעיקר למצבים שבהם לא הבטיחו רשויות התכנון והבנייה ורשויות המדינה את התכנון הדרוש המאפשר למבצעים להוציא היתרי בנייה ולבצע את הבנייה והשימוש שלהם כחוק.<sup>22</sup> מכאן, הפקדת אכיפת כל העבירות בידי הרשות המינהלית, משלב קביעת העבירה עד לשלב הטלת הקנס המינהלי וגבייתו, ללא בדיקת כל מקרה לגופו, לרבות נסיבות העבירה והשלכותיו החמורות של הקנס על הנקנס, נגועה בשרירותיות, בחוסר הגינות ובחוסר מידתיות.

**שלטון החוק וביקורת שיפוטית:** הפיכת עבירות תכנון ובנייה מעבירות פליליות לעבירות מינהליות נועדה למנוע את התערבות בית המשפט בפעולות הרשות המינהלית. תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה נועד להפוך את הטיפול והאכיפה של עבירות תכנון ובנייה לכאלו הנשלטים

<sup>21</sup> ראו דוגמאות, לעיל הי"ש 18.

<sup>22</sup> לטיעון מסוג זה בהליכים פליליים ראו רע"פ 2885/08 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תל אביב יפו נ' דכה (נבו 22.11.2009); רעות כהן ומעין סודאי "בפרדס ליד השוקת השבורה – בעקבות פסק הדין בעניין מוסא דכה" הארת דין ו 58 (התשע"ב).

מראשיתם עד סופם על ידי הרשות המינהלית. יוזמי התיקון סברו שבית המשפט הוא "הבעיה" בהתמודדות עם עבירות התכנון והבנייה, ולכן התיקון מוציא את בית המשפט מתחום אכיפת עבירות התכנון והבנייה ומבטל את תפקידו העיקרי – הכרעה בסכסוך בין האזרח לרשות והבטחת זכותו של האזרח להליך הוגן.<sup>23</sup>

אמנם, בידי הנקנס האפשרות לפנות בבקשה לתובע המוסמך לביטול הקנס, אך הביקורת שמקיים התובע מוגבלת, והוא מוסמך לבטל את הודעת הקנס רק אם הוא נוכח כי "העבירה לא נעברה או שהיא לא נעברה בידי הנקנס, או שנסיבות המקרה בכללותן אינן מתאימות להמשך קיום ההליכים".<sup>24</sup>

אכן, הנקנס זכאי גם להגיש בקשה להישפט. או אז, הוא מועמד לדין ובית המשפט אמור לדון באשמתו ובעונשו בקשר לעבירת התכנון והבנייה שבגינה נקנס. ההליך מתנהל כהליך פלילי על כל הנגזר מכך מבחינת דיני הראיות ונטל הראייה והשכנוע המוטל על המאשימה, שעליה להוכיח כי העבירה נעברה "מעל לספק סביר". ייתכן, כמובן, שהנקנס יזוכה. עם זאת, יש בכך נטילת סיכון רב מצד הנקנס, בשל פערי הכוחות והמשאבים שבין המאשימה לנאשם, כאשר מה שעומד על הכף הוא הרשעה פלילית וקנס כספי עצום.

בנוסף, אחרי הרשעת הנאשם, בית המשפט אינו מוסמך להתערב בשיעור הקנס המינהלי הקצוב שנקבע בתקנות, ולמעשה, לפי הלכת גרין הוא גם לא יוכל לפסוק עונש קנס הנמוך מסכום הקנס המינהלי. דבר זה יכול להניא אזרחים שנקנסו מלהגיש בקשה להישפט מחמת החשש שיוטל עליהם קנס הגבוה יותר מסכום הקנס המינהלי. מכאן, ניתן להסיק כי מעורבות בית המשפט והביקורת המינהלית שהוא יכול להפעיל בקשר לקנס מינהלי בתכנון ובנייה, החל משלב קביעת הקנס, הטלתו ומימושו, מוגבלות למדי, ומשכך גם יכולתו להושיט סעד לאזרח הנפגע.

ביקורת שיפוטית על מעשי המנהל היא חשובה ביותר, ובפרט בתחום העבירות המינהליות.<sup>25</sup> בלי ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל לא מתקיים עקרון שלטון החוק.<sup>26</sup> בביקורת שיפוטית ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון.<sup>27</sup> אך, בהסדר הקיים כיום, קביעת סוג העבירה, קביעת הקנס בגינה, הטלת הקנס וגבייתו נשלטים באופן מלא על ידי הרשות המינהלית הקונסט – רשות האכיפה במקרקעין. בהסדר הקיים רואה עצמה הרשות המינהלית חופשית לפעול כרצונה בתחום האכיפה המינהלית של עבירות התכנון והבנייה, והיא אינה נזקקת לכל אישור שיפוטי מוקדם לפעולותיה, ולא רק זאת אלא שביקורת שיפוטית על מהלכיה כמעט ולא קיימת. בהסדר הקיים הרשות המינהלית היא בה בעת הרשות המבצעת והרשות השופטת.

גם מטעמים אלו, ההסדר הקיים נגוע, בעיני, בחוסר מידתיות, חוסר סבירות ואף שרירותיות, ומוצדק לפסול אותו, או למצער למתן אותו בצורה המבטיחה את שלטון החוק, הגנה על זכויות האזרח ואכיפה מידתית.

<sup>23</sup> Nathan S. Chapman & Micheal W. McConnell, *Due Process as Separation of Powers*, 121 YALE L. J. 1672 (2012).

<sup>24</sup> ס' 8 לחוק העבירות המינהליות.

<sup>25</sup> Mark D. Alexander, *Increased Judicial Scrutiny for the Administrative Crime*, 77 CORN. L. REV. 612 (1992).

<sup>26</sup> דני"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פס' 34 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 15.12.2021).

<sup>27</sup> בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, פ"ד סב(3) 445, פס' 33 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2007).

## סוף דבר

פרשת גרין חשפה נדבך אחד בהסדר של אכיפת עבירות תכנון ובנייה באמצעות קנסות מינהליים קצובים לפי חוק העבירות המינהליות. ברשימה זו ביקשתי להוסיף הסתכלות לתמונה הרחבה של ההליך המינהלי של הטלת קנסות מינהליים בעבירות תכנון ובנייה, והראיתי את חוסר הסבירות והמידתיות בשימוש בכלי של קנסות מינהליים בעבירות תכנון ובנייה. ההסדר הקיים פוגע בשלטון החוק ובזכויות האזרח יתר על המידה. הוא לא הולם חברה דמוקרטית. לעמדותי, הגיעה העת לערוך בחינה מחודשת של הסדר הקיים ולמתן אותו לשם שמירה על זכויות יסוד של האזרח, שלטון החוק, הפרדת רשויות ודמוקרטיה.