



עפ"א 22525/11/18 - אסעד סעדי, סלאח חוסין נגד ועדה מקומית לתכנון לב הגליל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייט

עפ"א 22525-11-18 סעדי ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון לב הגליל

בפני כבוד השופט נאסר ג'השאן

המערערים 1. אסעד סעדי

2. סלאח חוסין

נגד

המשיבה

ועדה מקומית לתכנון לב הגליל

פסק דין

1. לפניי ערעור על גזר דינו של בית משפט השלום בקריות (כב' השופטת איילת השחר ביטון פרלה), מיום 24.10.2018, בתיק תו"ב 2340-07-15 (להלן: "גזר הדין").

רקע ועובדות כתב האישום:

2. המערערים הורשעו על יסוד הודאתם בשלוש העבירות שיוחסו להם בכתב האישום המתוקן: ביצוע עבודות בניה ללא היתר בניגוד לסעיף 204 (א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק"); שימוש במקרקעין ללא היתר, בניגוד לסעיף 204 (א) לחוק, ושימוש חורג במקרקעין ללא היתר, לפי סעיף 204 (ג) לחוק.

3. על-פי עובדות כתב האישום המתוקן בהן הודו המערערים, ביצעו המערערים עבודות בניה ושימוש אסורים בשטח של כ-500 מ"ר, במקרקעין שיעודם חקלאי, הנמצאים בגוש 19376, חלקה 22 בעראבה (להלן: "המקרקעין") וזאת לצורך הפעלת עסק מסחר ברכבים וזאת ללא היתר (להלן: "העסק"), כאשר בין התאריכים 24.03.2013 עד ל-14.05.2015 ביצעו המערערים עבודות בניה אסורות להכשרת המקרקעין לצורך הפעלת עסק מסחר ברכבים, בין היתר, שינו את פני הקרקע החקלאית, עקרו עצי זית, הניחו מילוי ומצעים להידוק לרבות עיבוד אספלט בשטח של כ-500 מ"ר. עוד בנו המערערים גדרות רשת מסביב למגרש באורך של כ-90 מ"א ובגובה של כ-2 מ', וכן הניחו מבנה עץ בשטח של כ-30 מ"ר שיועד לשמש כמשרד.

על-פי כתב האישום, לפחות מיום 24.02.2015 ועד להגשת כתב האישום, השתמשו המערערים וממשיכיהם להשתמש במבנה ובמגרש לצורך עסק מסחר ברכבים וזאת במקרקעין שיעודם חקלאי,



בניגוד ובסטייה מהוראות התכנית המאושרת.

על-פי עובדות כתב האישום המתוקן, המערער 1 הוא המחזיק, הבעלים והמשכיר של המקרקעין, האחראי ומי שמוטל עליו החובה להשיג היתר כדן; ואילו המערער 2 הוא השוכר והמשתמש בפועל במקרקעין, האחראי לביצוע העבודה האסורה והשימוש החורג ומי שמוטלת עליו החובה להשיג היתר כדן.

גזר דינו של בית משפט קמא:

4. בישיבה שהתקיימה בפני בית משפט קמא ביום 20.12.2017, הודו המערערים בעובדות כתב האישום המתוקן והורשעו בעבירות שיוחסו להם, כאמור לעיל. בהסכמת הצדדים הגישו הצדדים טיעוניהם לעניין העונש בכתב. הראיות היחידות שהוגשו לעניין העונש היו מסמכים שהגיש המערער מס' 1 - מסמכים רפואיים ואישור על קבלת קצבאות מל"ל (ראו סעיף 2 לגזר הדין).

5. בגזר דינו, עמד בית משפט קמא על הערך החברתי המוגן שנפגע מביצוע העבירה, ומידת הפגיעה בו, לרבות הפגיעה החמורה בשלטון החוק, הסדר הציבורי "ובערכי התכנון על היבטיהם השונים". נקבע, כי הענישה בנסיבות שבהן העבירות מבוצעות לצורך עסקי מחייבות קשירת סוג העונש לטובת ההנאה שביקש הנאשם להצמיח לעצמו אגב ביצוע עבירות הבניה והשימוש. בית משפט קמא קבע, כי יש לקחת בחשבון את העובדה כי השימוש האסור החל ביום 24.02.2015 ולא הופסק במהלך ניהול ההליך ולמעשה ממשיך עד יום מתן גזר הדין.

6. בית משפט קמא מצא לדחות את טיעוני המערער 2, לפיהם יש לתחום תקופת השימוש בבניה האסורה מיום בו החל ועד למועד כתב האישום, וזאת לאור הודאת המערערים בעובדות כתב האישום המתוקן, ובעיקר בסעיף 3 לעובדות כתב האישום, וכן לאור קביעת בית המשפט העליון ברע"פ 10571/08 **מדינת ישראל נ' מלכיאל** (23.06.2011) (להלן: "**עניין מלכיאל**") אשר בגדרו נקבע, בין היתר, כי הגשת כתב האישום אינה מהווה אירוע המנתק את רצף העבירה הנמשכת.

7. באשר לנסיבות ביצוע העבירות נקבע כי מדובר בבניה בשטח של כ-500 מ"ר, במקרקעין שייעודם חקלאי, לשם הפעלת עסק מסחר ברכב, כאשר השימוש החורג מזה כשלוש שנים ועודנו ממשיך מבלי שהוצגה כל ראיה שיש בה לבסס מאמץ מצד המערערים לתיקון תוצאות העבירה ולו על דרך הפסקת השימוש. לאור כל האמור, ובהתחשב במדיניות הענישה הנהוגה שהפנה אליה בית משפט קמא, נקבע כי מתחם הענישה ההולם את העבירות לפי נסיבותיהן נע בין הטלת קנס בין 150,000 ₪ ל-300,000 ₪ על כל אחד מן הנאשמים, והתחייבות בין 100,000 ₪ ל-200,000 ₪. בית משפט קמא קבע כי לא הונחה בפניו תשתית שיהא בה לאבחן בין שני המערערים, כך שייקבעו שני מתחמים שונים.

8. בבואו לגזור את עונשם של המערערים התחשב בית משפט קמא בנטילת האחריות בהזדמנות



הראשונה והחיסכון שנבע מכל במן השיפוט ובכספי הציבור. בית משפט קמא התחשב בגילו של המערער 1 לעומת גילו של המערער 2, וכן בעובדה "שפרות העסק אמורים להנביע טובת הנאה גדולה יותר מאשר השכרת המקרקעין" למערער 2.

9. על כן ובהתחשב ביתר טיעוני הצדדים לעונש, דן בית משפט קמא את המערערים לעונשים כדלקמן:

מערער 1:

א. קנס כספי בסך 150,000 ₪ או 10 חודשי מאסר תחתיו.

ב. התחייבות כספית בסך 100,000 ₪ להימנע מלעבור אחת העבירות המנויות בפרק י' לחוק התכנון והבניה במשך שנתיים.

מערער 2:

א. קנס כספי בסך 200,000 ₪ או 13 חודשי מאסר תחתיו.

ב. התחייבות כספית בסך 100,000 ₪ להימנע מלעבור אחת העבירות המנויות בפרק י' לחוק התכנון והבניה במשך שנתיים.

עוד חויבו שני המערערים בכפל אגרת בנייה בסך של 20,000 ₪.

בגזר הדין ניתן צו הריסה וצו איסור שימוש למבנה שיבוצע על-ידי המערערים, אשר ייכנסו לתוקף תוך 30 ימים, אלא אם ישיגו המערערים היתר כחוק.

נימוקי הודעת הערעור:

10. לפי המערערים גזר דינו של בית משפט קמא חורג לחומרה באופן המצדיק ומחייב את התערבות ערכאת הערעור. נטען כי מתחם העונש ההולם שנקבע על-ידי בית משפט קמא אינו הולם את מדיניות הענישה המקובלת ואת העונשים המוטלים בעבירות נשוא הדיון. על כן עתרו המערערים להורות על הפחתת גובה הקנס, האגרה וגובה ההתחייבות הכספית.

11. המערערים הפנו בהודעת הערעור למדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים וטענו, כי במקרים בהם נעשו שימושים ואף בוצעו עבודות הכשרת קרקע ועבודות בניה, בשטחים הגדולים פי שלושה ואף פי שישה מהשטח בו המערערים עשו שימוש, נגזרו קנסות בסכומים הנעים בין 20,000 ₪ עד 55,000 ₪ וכפל אגרה בסכומים שבין 510 ₪ עד 1,928 ₪ בלבד. נטען כי הטלת קנס בסך 350,000 ₪ על שני



המערערים, חורגת מהרף העליון של מתחם הענישה ההולם שקבע בית משפט קמא.

12. לטענת המערערים לא הוכח שהיה תכנון מתוחכם בביצוע העבירה שכן המדובר לכל היותר בעקירת עצי זית והנחת מבנה קטן. ועוד נטען כי לא הוכח שנזק שצפוי להיגרם מביצוע העבירה הנו נזק משמעותי, לא הוכח שעבודות אשר ביצעו המערערים יש בהן, כדי לחבל או לגרום נזק לתכנית הקיימת, ועוד לא הוכח שישנו נזק שנגרם מביצוע העבירה. נטען כי נסיבות ביצוע העבירה אינן חמורות ולא נטען במסגרת ההליך, כי מדובר בנסיבות חמורות אשר גורמות נזק רב לציבור, ואף לא הוכח כי המערערים הפיקו רווח כלכלי גדול.

13. באשר לנסיבותיהם של המערערים נטען כי המערער 1 נכה, מצבו הבריאות קשה מאד והוא משתכר כ-1,800 ₪; באשר למערער 2 נטען כי הוא ירש את המגרש מאחיו, אשר חלה במחלה קשה והלך לעולמו בגיל צעיר, כאשר על שולחנו של המערער 2 סמוכים בנוסף לבני משפחתו, אף בני משפחת וילדי אחיו המנוח. נטען כי שני המערערים הודו, חסכו זמן שיפוטי יקר, לקחו אחריות על מעשיהם והביעו חרטה עמוקה.

עמדת המשיבה:

14. המשיבה עתרה להורות על דחיית הערעור. נטען, כי גזר דינו של בית משפט קמא נכון ומנומק ולא הוכחה כל עילה המצדיקה התערבות בו. ב"כ המשיבה הפנה לתכלית מדיניות הענישה בעבירות כגון דא, וטען כי הסיבות לביצוע העבירות על-ידי המערערים הן כלכליות בלבד, כאשר המערערים ביצעו עבירות בניה ושימוש עסקי חורג ללא היתר, תוך התעלמות בוטה מגורמי האכיפה. ועוד הפנה ב"כ המשיבה למדיניות הענישה, שלשיטתו, דומה בנסיבותיה למקרה דנן.

15. באשר לגובה הקנס נטען כי בהתאם להוראות סעיף 204 לחוק התכנון והבניה ולהוראות סעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**"), העונש שהושת על המערערים תואם את הוראות החוק, שכן ניתן להשית על כל אחד מהמערערים קנס בסך 75,300 ₪ בגין כל אחת מהעבירות. וכן כעולה מהוראות סעיף 61(ג) לחוק העונשין, ניתן להשית על המערער קנס נוסף לכל יום של עבירה בסך 1,400 ₪.

תמצית טיעוני הצדדים בדיון:

16. במעמד הדיון חזר ב"כ המערערים על האמור בהודעת הערעור. נטען כי בהתאם לדרישת החוק באשר לקנס יומי נדרשת המצאה בכתב לנאשם לכך שהוא ממשיך בביצוע העבירה, דרישה אשר לא נמצאת בחומר הראיות. ככל וב"כ המשיבה סבר, כי יש מקום לחרוג מהקנס המקסימלי מן הראוי היה לתת למערערים את הזכות להתמודד עם טענה זו.



17. באשר לקנס היומי נטען כי בכתב האישום נטען לתקופת שימוש לפחות מאז 03/2013, עניין אשר נטען בטיעונים לעונש, על כן מאחר ומדובר בתקופת שימוש מתמשכת לפחות כחמש שנים (1,800 יום) מיום הגשת כתב האישום, אז ניתן להשית על המערערים קנס בסך 2,520,000 ₪. נטען כי הדרישה "להודעה בכתב מהועדה המקומית על אותה עבירה", כמתחייב מהוראת סעיף 204 לחוק התכנון והבניה מתקיימת על-ידי המצאת ההזמנה לחקירה בגין עבירה הבניה והשימוש, שנשלחה למערערים בדואר רשום ביום 25.04.2014.

דין והכרעה:

18. לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים ועיינתי בגזר דינו של בית משפט קמא, שוכנעתי כי בנסיבות העניין יש מקום להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא ולהורות על הפחתת העונש אשר הוטל על המערערים.

19. המערערים הורשעו, כאמור, בביצוע עבודות בניה ושימוש חורג ללא היתר בשטח של כ-500 מ"ר, לצורך עסק מסחר ברכבים וזאת במקרקעין שייעודם חקלאי. המערערים שינו את פני הקרקע על-ידי הכשרתה, עקירת עצי זית, הנחת מילוי ומצעים והידוק ועיבוד אספלט בשטח של כ-500 מ"ר, בנו גדרות רשת מסביב למגרש באורך של כ-90 מ"א ובגובה של 2 מ' וכן הניחו מבנה עץ בשטח של כ-30 מ"ר אשר שימש אותם למשרד. בעניין זה צדק בית משפט קמא בקביעתו, כי מדובר בעבירות אשר פוגעות בשלטון החוק, פוגעות באינטרסים תכנוניים, ועל כן יש להתייחס אליהן בחומרה. כפי שקבע בית משפט קמא, הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר העבירות בוצעו על רקע עסקי כלכלי. בעניין זה ראוי להפנות למדיניות שנקבעה בפסיקת בית המשפט העליון בעניין תופעת הבניה הבלתי חוקית בישראל, עליה נאמר שהפכה **"למכת מדינה"** אשר מחייבת נקיטת יד קשה נגד העבריינים:

"כפי שנקבע לא אחת, עבירות התכנון והבניה הפושות בארצנו, הגיעו לכדי רמה של "מכת מדינה", דבר המחייב נקיטת יד קשה נגד העבריינים. יפים, לעניין זה, דברי השופט ס' גובראן ברע"פ 6665/05 מריסאת נ' מדינת ישראל (17.5.2006): 'על העונש שנגזר על מי שמורשע בעבירות נגד חוקי התכנון ובניה לשקף את חומרת המעשים והפגיעה בשלטון החוק ולשמש גורם הרתעה נגדו ונגד עבריינים פוטנציאליים, במטרה להפוך את ביצוע העבירות לבלתי כדאיות מבחינה כלכלית. כבר נפסק בעבר, כי בתי-המשפט מצווים לתת יד למאבק בעבירות החמורות בתחום התכנון והבניה, שהפכו לחזון נפרץ בימינו'" (רע"פ 189/14 מודלג' נ' מדינת ישראל (03.03.2014) (להלן: "עניין מודלג").

20. כאמור בעניין מודלג' המצוטט לעיל, וכפי שנקבע לא אחת בהלכה הפסוקה, כי המטרה של הטלת קנס בעבירות תכנון ובניה הנה הרתעת העברייני באמצעות גרימת חיסרון כיס וכן על מנת להפוך את העבירות לבלתי כדאיות מבחינה כלכלית, כפי שנקבע ברע"פ 6665/05 מריסאת נ' מדינת ישראל (17.05.2006):



"על העונש שנגזר על מי שמורשע בעבירות נגד חוקי התכנון ובניה לשקף את חומרת המעשים והפגיעה בשלטון החוק ולשמש גורם הרתעה נגדו ונגד עבריינים פוטנציאליים, במטרה להפוך את ביצוע העבירות לבלתי כדאיות מבחינה כלכלית. כבר נפסק בעבר, כי בתי-המשפט מצווים לתת יד למאבק בעבירות החמורות בתחום התכנון והבנייה, שהפכו לחזון נפרץ בימינו".

21. בגזר דינו של בית משפט קמא, נשקלו כדבעי נסיבות ביצוע העבירה, בין היתר חומרת העבירות והערכים שנפגעו מביצוען, בשים לב למהות עבודות הבניה, היקפן והשימוש המסחרי במשך תקופה ניכרת באופן לא חוקי לשם הפקת רווח כלכלי, ומנגד התחשב בית משפט קמא בנסיבות המקלות בנסיבות העניין. אך יחד עם האמור, סבורני כי מתחם הקנס ההולם שנקבע על-ידי בית משפט קמא סוטה לחומרה בשים לב לנסיבות העניין, אף שלא נלקח בחשבון מצבם הכלכלי של המערערים.

22. בשונה מקביעת בית משפט קמא, סבורני כי בנסיבות העניין יש מקום לקבוע שני מתחמים שונים למערערים, זאת בשים לב לחלקו של כל אחד מהמערערים בביצוע העבירות ונסיבות ביצוען, בין היתר הנזק שנגרם מביצוען. כתב האישום עצמו הבחין היטב בין שני המערערים ולא התייחס אליהם בשווה. המערער 1 הוא **המשכיר** של המקרקעין ואילו המערער 2 הנו **השוכר והמשתמש בפועל במקרקעין**. לא נטען בשום מקום כי המערער 1 היה שותף של המערער 2 בהפעלת עסק, על כן ניתן להניח כי הפעילות הכלכלית הכרוכה בשימוש (להבדיל מהשכרה) נעשתה על-ידי המערער מס' 2 והרווח מפעילות זו הופק על ידיו. יתרה מזאת, בקביעת מתחם העונש ההולם למערער 1 יש להתחשב במצבו הכלכלי של המערער 1 כפי שנטען על-ידי בא כוחו, כמצוות סעיף 40 לחוק העונשין. נטען כי מדובר באדם נכה, חולה ומבוגר, בעלים בקרקע, שהכנסתו מסתכמת בסך 1,800 ₪ וכי הוא השכיר את הנכס על מנת להוסיף על הכנסתו הצנועה (ראו לעניין זה המסמכים שהוגשו ע"י המערער מס' 1 לבית משפט קמא).

23. על כן, בנסיבות העניין, בהתחשב במדיניות הענישה הנהוגה בעבירות נשוא הדיון, כאשר מדובר בעבודות בניה ושימוש חורג ללא היתר בשטח של כ-500 מ"ר, במקרקעין שייעודם חקלאי, כאשר שני המערערים יחדיו, עקרו עצי זית, הכשירו את הקרקע, בנו גדרות רשת מסביב למגרש באורך של 90 מ"א ובגובה 2 מ', והניחו מבנה עץ בשטח של כ-30 מ"ר, בהתחשב בערכים המוגנים שנפגעו מביצוע העבירה ובהתחשב בכך שגבול הקנס המקסימלי של שלוש העבירות בהם הורשעו המערערים על-פי סעיף 204 (א) ו-(ג) לחוק (בנוסחו לפני תיקון 116) בצירוף סעיף 61 לחוק העונשין העומד על-סך 179,800 ₪, מתחם הענישה ההולם למערער 1 הנו קנס בסך 30,000 ₪ עד 80,000 ₪ והתחייבות כספית באותו מתחם; ואילו מתחם הענישה ההולם את מעשיו של המערער 2, אשר הפעיל עסק מסחר ברכבים ללא היתר, במקרקעין שייעודם חקלאי, ובהתחשב במשך התקופה במהלכה נעשה שימוש מסחרי בעסק וברווח שהפיק, מתחם הענישה ההולם נע בין קנס בסך 70,000 ₪ עד 170,000 ₪ והתחייבות כספית באותו מתחם; לעניין זה ראו: עפ"א (חי') 18363-11-17 **ג'נאים נ' ועדה מקומית לתכנון לב הגליל** (03.12.2017); ע"פ (נצ') 32286-10-10 **מוסלם נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא העמקים** (01.12.2010); ע"פ (חי') 3304/08 **אדריס נ' ועדה מקומית לתכנון והבניה**



גבעות אלונים (11.09.2008).

24. מבלי להקל ראש בחומרת העבירות שביצעו המערערים, השימוש החורג בקרקע החקלאית ללא היתר והיקף השימוש, אולם בנסיבות העניין סבורני, כי מדובר במקרה ייחודי ויש להתחשב בנסיבותיהם האישיות של המערערים ולגזור את דינם בהתאם לכך.

25. בקביעת עונשו של המערער 1 בתוך המתחם, יש להתחשב בהודאתו בהזדמנות הראשונה, החיסכון בזמן שיפוטי, היעדר עבר פלילי, גילו המבוגר ומצבו הרפואי הקשה, כאשר מדובר בנכה המתפרנס מקצבת נכות בסך 1,800 ₪; בקביעת עונשו של המערער 2 בתוך המתחם יש להתחשב בהודאתו בהזדמנות הראשונה, החיסכון בזמן שיפוטי, היעדר עבר פלילי וכן בעובדה שהוא מפרנס את משפחתו ומשפחת אחיו המנוח כפי שטען בא כוחו.

26. סופו של דבר, בהתחשב באמור לעיל, בחלקו של כל אחד של המערערים, בגיל המערער מס' 1, מצבו הבריאותי והכלכלי, הערעור מתקבל אפוא באופן הבא:

א. במקום הקנס שהוטל על המערער 1, יוטל עליו קנס בסך 40,000 ₪ או 50 ימי מאסר תחתיו. הקנס, בניכוי סכומים ששולמו, ככל ששולמו, ישולם ב-30 תשלומים חודשיים רצופים ושווים החל מיום 15.04.2019 ובכל ה-15 לחודש שלאחריו.

ב. חלף הקנס שהוטל על המערער 2, יוטל קנס בסך 120,000 ₪ או 80 ימי מאסר תחתיו. הקנס, בניכוי סכומים ששולמו, ככל ששולמו ישולם ב-30 תשלומים חודשיים רצופים ושווים החל מיום 15.04.2019 ובכל ה-15 לחודש שלאחריו.

ג. חלף ההתחייבות הכספית שהוטלה בגזר דינו של בית משפט קמא, אני מחייב את המערער מס' 1 לחתום התחייבות כספית בסך 40,000 ₪ להימנע למשך תקופה של שנתיים מהיום מלעבור אחת מהעבירות המנויות בפרק י' לחוק התכנון והבניה. לא מצאתי לשנות מסכום ההתחייבות שעל המערער מס' 2 לחתום.

יתר רכיבי גזר הדין יעמדו על כנם.

27. לפני סיום ובבחינת למעלה מן הצורך, מצאתי להעיר, כי ספק בעיני אם היה מוסמך בית משפט קמא להטיל קנס יומי על המערערים מקום ולא הונחה בפניו תשתית המצדיקה הטלת קנס יומי ואבהיר את דברי בקצרה, זאת מבלי לקבוע מסמרות בנקודה זו.



28. בית משפט קמא היה מוסמך להתחשב בעובדה כי מדובר בעבירה נמשכת לצורך קביעת המתחם לרבות בהתנהלות הנאשם אף לאחר הגשת כתב האישום כפי שנקבע בעניין מלכיאלי. יחד עם זאת, על מנת להטיל על נאשם קנס יומי בגין עבירה על החוק או על מנת להשתמש ב-"קנס היומי" לשם קביעת מתחם ענישה, על המאשימה למלא אחר התנאים האמורים בחוק לעניין העבירה הספציפית.

29. סעיף 204 (א) ו-(ג) לחוק בנוסחו לפני תיקון מס' 116, קובע כדלקמן:

"(א) המבצע עבודה או משתמש במקרקעין בלא היתר כשביצוע העבודה או השימוש טעונים היתר לפי חוק זה או תקנה על פיו, דינו - קנס, מאסר שנתיים, ובעבירה נמשכת - קנס נוסף, מאסר נוסף שבעה ימים לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שקיבל הנאשם הודעה בכתב מהועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו.

...

(ג) המשתמש בקרקע חקלאית בניגוד להוראות התוספת הראשונה או השניה, דינו - קנס מאסר שנה אחת ובעבירה נמשכת - קנס נוסף לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שקיבל הנאשם הודעה בכתב מהועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו."

30. עיון בסעיף 61 לחוק העונשין מעלה, כי הקנס לצד כל עבירה מאלה המנויות בסעיף (א) הוא ₪ 75,300 ובגין העבירה האמורה בסעיף קטן (ג) הוא ₪ 29,200. על כן, לפי המצב המשפטי לפני תיקון מס' 116, הקנס המקסימלי שניתן להטיל על כל אחד מן המערערים, ללא הקנס היומי, הוא סך ₪ 179,800 בגין שלוש העבירות. לאחר תיקון מס' 116 הוחלף סעיף 204 בסעיף 243 לחוק והקנס בגין עבירות מן הסוג הנדון הועלה בצורה ניכרת.

31. מכאן לקנס היומי: על-פי הוראות החוק, כנוסחו לפני תיקון מס' 116. הכלל הוא כי **"אין מענישין אלא אם כן מזהירין"**. הוראות החוק קובעות, כי ניתן להטיל מאסר בגין עבירה נמשכת או קנס יומי בשני מקרים: הראשון הוא שהנאשם קיבל **"הודעה בכתב מהועדה המקומית על אותה עבירה"** והתנאי השני הוא שהנאשם המשיך לבצע אותה עבירה לאחר הרשעתו. יצוין עוד כי לאחר תיקון מס' 116, תוקן סעיף 204 בנוסח הישן וכיום ניתן להטיל קנס יומי בגין עבירה נמשכת לאחר מילוי תנאים חלופיים, לרבות **"המצאת התראה בכתב על ביצוע אותה עבירה"** או **"מיום שהומצא לו צו לפי פרק זה או מיום הגשת כתב האישום, לפי המוקדם"** (ההדגשה אינה במקור, נ.ג.) (ראו סעיף 243(ד) לאחר תיקון 116 לחוק התכנון והבניה).

32. ב"כ המשיבה הפנה להזמנה לחקירה שנשלחה למערערים וביקש לראותה כהודעה אשר עונה על דרישת הוראת סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה. אף אם אניח, כי ניתן לראות בהודעה זו כ-"הודעה" לפי סעיף 204 (כפי שנקבע לדוגמא בעפ"א 43331-02-14 **שאוילאן נ' מדינת ישראל**, פסקה



53(17.07.2014)) הרי אין מחלוקת בין הצדדים, כי הודעה זו לא הונחה בפני בית משפט קמא והיא לא נמנתה על הראיות לעונש שהגישה המאשימה, על כן במקרה דנן, לא מתקיימת הדרישה להודעה בכתב, בהתאם סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה.

33. לעניין ביצוע העבירות לאחר ההרשעה, עינתי בטיעוני המשיבה לעניין העונש, ולא מצאתי כי הוגשו לבית המשפט ראיות המוכיחות, כי המערערים המשיכו לבצע את העבירה לאחר ההרשעה ועד ליום גזר הדין. כל אשר נטען בטיעונים לעונש בכתב כי ובאופן כללי כי השימוש נמשך "עד היום" מבלי להוכיח טענה זו ולו בבדל ראיה. כמו-כן, לא מצאתי הודאה בעובדה זו בטיעוני המערער מס' 2. על כן, נראה, כי לא הונחו בפני בית המשפט ראיות מספיקות לקביעה כי העבירה נמשכה לאחר הרשעתם.

34. אצין עוד, כי ספק אם בעובדה כי בכתב האישום נטען כי הנאשמים עשו שימוש אסור מיום 24.2.2015 ועד ליום הגשת כתב האישום (סעיף 3 לכתב האישום) וכי המערערים הודו בעובדה זו, כדי לשנות ממסנתקתי. סבורני, כי עובדה זו אינה ממלאת אחר אחד התנאים האמורים בסעיף 204 לפי נוסחו לפני תיקון 116 להטלת מאסר או קנס יומי בגין עבירה נמשכת. מודע אני לקביעת בית המשפט העליון ברע"פ 7579/13 **אבו קוידר נ' מדינת ישראל** (26.01.2014), יחד עם זאת, הדברים נאמרו שם בקביעת יחיד במסגרת בקשת רשות ערעור ו-"מעבר לנדרש".

35. הערתי לעניין הטלת קנס יומי נאמרו, כאמור, למעלה מן הצורך על מנת להבהיר, כי הטלת קנס יומי, לצורך קביעת מתחם ענישה או לצורך קביעת עונש בתוך המתחם, אמורה למלא אחר הוראות החוק, מאחר ומדובר בהטלת עונש (הכולל מרכיב מאסר בגין עבירה מתמשכת). כאמור, מאחר ומדובר בהטלת עונש מאסר או קנס יומי, יש להצמד להוראות החוק. החוק קבע כי עונש זה, המצטבר על העונש שנקבע לצד העבירה, יוטל בשני מקרים עליהם עמדתי לעיל. יש להקפיד כי מאסר או קנס בגין עבירה נמשכת יוטלו, רק אם התמלאו התנאים שקבע המחוקק ואם המאשימה הוכיחה כי התמלאו תנאים אלה.

36. סוף דבר, הערעור מתקבל אפוא, כאמור בסעיף 26 לעיל.

ניתן היום, כ"ח אדר ב' תשע"ט, 04 אפריל 2019, בהעדר הצדדים.