



ע"פ 19455/09/19 - אחן נכסים בע"מ, אבנר חדד, נועם גוסלזון נגד עיריית חיפה

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

5 בנובמבר 2019

עפ"א 19455-09-19 אחן נכסים בע"מ ואח' נ' עיריית חיפה

בפני כבוד השופטת עפרה ורבנר

המערערים:

1. אחן נכסים בע"מ
 2. אבנר חדד
 3. נועם גוסלזון
- ע"י ב"כ עו"ד מוראד ביקי

- נגד -

המשיבה:

עיריית חיפה
ע"י ב"כ עו"ד שרה חן-כהן

פסק דין

1. ערעור על הכרעת-דין וגזר-דין שניתנו על-ידי בית-משפט לעניינים מקומיים בחיפה בתיק תו"ב 26434-11-18 (תיק ישן 233/11) על-ידי כב' השופטת ג'אדה בסול בתאריכים 1/4/19 ו-5/8/19.

רקע עובדתי

2. כנגד המערערים/הנאשמים הוגש כתב-אישום בתאריך 4/4/11.

בעובדות כתב-האישום נטען כי בתאריך 2/12/10 נמצא שהמערערים משתמשים ו/או אחראים לשימוש בסטיה מהיתר שמספרו 70073, בהתייחס לחלקה 25 בגוש 11586, כך שבמקום לנהל במקום חנות שכונתית, כפי שמתיר ההיתר, משתמשים בנכס לצרכי מסעדה-סושי-בר.

כתב-האישום מפנה להיתר שהוצא בתאריך 11/6/07.

בנוסף לעובדות אלה, מתייחס כתב-האישום להוראות החיקוק, שלפיהן הואשמו המערערים (ומפנה בהקשר לכך לסעיף 204(ב) לחוק), והמשיבה ביקשה כי בית-משפט יצווה על המערערים להפסיק את השימוש החורג במקום לצרכי מסעדה, ולהתאים את השימוש להיתר המקורי.

3. בתאריך 29/11/12 התקיים דיון בתיק לפני כב' השופטת ג'אדה בסול, ובאותו מועד התייצב המערער 3 וטען כי הוא זה ששכר את המקום לצרכי עסק, וכי הוא עזב את העסק, וכי כאשר שכר את המקום,

עמוד 1



בעל המקום ידע מה מטרת שכירת המקום, ואמר לו שניתן להפעיל את העסק במקום, וכי העסק נמצא בתהליך רישומי.

במהלך השנים מאז הוגש כתב-האישום, התקיימו מספר דיונים, שבהם הצדדים ביקשו דחיה, תוך הצהרה כי הוגשה בקשה להיתר שיכלול גם בתי-אוכל למיניהם, וכי הוועדה אישרה את הבקשה, ונותר להסדיר תנאים שונים שקשורים לחניה ולתשלום (עיין בפרוטוקולים מ-9/9/13, 27/1/14, 27/10/14, 19/10/15).

4. בתאריך 22/2/16 הודיעו המערערים כי הם כופרים בעובדות כתב-האישום, המערערים 1 ו-2 טענו להגנה לפי סעיף 208ב' לחוק התכנון והבניה, וכן נטען כי השימוש שבגינו הוגש כתב-האישום הופסק לפני 5 שנים (דהיינו, עוד במעמד דיון זה נטען על-ידי המערערים כי השימוש הופסק בשנת 2011!).

המשיבה לא הכחישה שהעסק שבגינו הוגש כתב-האישום (הסושי-בר) נסגר, וטענה כי קיים עסק אחר, אולם לא פירטה מהותו, ולא פירטה מתי בין השנים 2011-2016 נפתח העסק האחר.

לאור הצהרת המערערים בדיון מ-22/2/16 כי השימוש שבגינו הוגש כתב-האישום הופסק, וככל שהמאשימה/המשיבה היתה מעוניינת להוכיח המשך שימוש לאחר הגשת כתב-האישום בשנת 2011, ניתן היה לצפות כי המאשימה/המשיבה תביא ראיות לכך שבוצע המשך שימוש נוגד היתר, בשלב הבאת הראיות, אלא שהיא לא עשתה כן, ולא הביאה ראיות איזה שימוש נעשה בנכס מאז שנת 2011 לאחר עזיבתו של המערער 3.

5. ההוכחות בתיק נשמעו בתאריכים 5/6/17 ו-13/11/17.

מטעם התביעה, העיד מפקח הבניה מר אודלר ולדימיר, אשר בהתאם לעדותו, ביקר במקום בתאריך 2/12/10, וראה כי במקום מתנהל סושי-בר.

במסגרת עדותו של המפקח, הוגש המסמך ת/6 שהינו היתר הבניה שניתן, ואשר על-פיו ניתן לנהל בקומת הקרקע של המבנה חנויות, ולא בתי-קפה או מסעדות.

המפקח תיאר כי ראה שבתוך העסק מכרו סושי, היה שולחן קטן, ואנשים עמדו ואכלו, והוא ראה דלפק, דהיינו בהתאם לעדותו מכרו ואכלו סושי במקום.

המפקח, מר אודלר, לא ראה את שלב הכנת האורז והירקות, אולם ראה את חיתוך הסושי, וראה אנשים אוכלים.

המפקח, מר אודלר, לא בדק קיומו של מטבח או קיומם של שירותים, ואף ציין בעת עדותו ב-5/6/17



כי אינו יכול להעיד שהעסק של הסושי עדיין קיים, ובהתאם לעדותו:

"מה שראיתי לפני שבועיים, שבמקום סושי-בר יש שלט שכתוב 'מטבח אסיאתי', המקום היה סגור. היה רק שלט."

דהיינו, נכון לחודש 5/17 לא היתה אינדיקציה כי קיים עסק פועל של מזון במקום, שכן המקום היה סגור בעת שהמפקח הגיע.

המפקח אודלר, אף לא התייחס בעדותו לראיה כל שהיא כי במהלך כל התקופה משנת 2011 ועד שנת 2017 נוהל במקום עסק שמהותו סותרת את ההיתר.

6. המערער 3 העיד כי הפעיל את העסק של הסושי-בר במשך 9 חודשים.

אין מחלוקת כי המערער 3 לא הראה כי ניתן לו בשנת 2010 רשיון עסק לניהול עסק של סושי-בר.

המערער 3 העיד כי בעסק נמכר מזון מוכן, ובוצעו משלוחים, אולם לא היה בעסק מטבח, אלא רק מקום שבו היו מונחים המוצרים שהתקבלו, ובעסק היו מפשירים את המוצרים, חותכים אותם, ומגישים בקופסאות (וגם פעולות אלו של הפשרת מזון, חיתוכו, הוספת רוטב במידת הצורך, וכדומה, הינן פעולות של הכנת מזון).

עוד העיד המערער 3, כי לא היו שולחנות בעסק, שכן לא היה מקום להציב שולחן.

7. במסגרת חומר הראיות הוצג בבית-משפט קמא הסכם השכירות בין המערער 3 לבין המערערים 1 ו-2 - ת/11, וכן הוצגה הבקשה לרשיון עסק - ת/12, בבקשה זו נתבקש רשיון עסק למכירת מזון ובבקשה צוין "מסעדה ומשקאות משכרים".

8. הצדדים הסכימו ביניהם, כי המערער 2 לא יעיד בתיק זה, וכי שני הצדדים יסתמכו על חקירתו ב-ת"פ 236/11 וב-ת"פ 237/11, כאשר עדותו שם תהווה חלק מחומר הראיות בתיק זה.

9. בתאריך 22/3/18 ניתנה החלטת כב' השופטת בסול, כי לסיכומי המאשימה, לאחר שלב שמיעת הראיות, צורפו מסמכים שאינם כלולים בחומר הראיות, ושלא ניתן להגישם בלא קבלת רשות בית-המשפט.

הובהר בהחלטה, כי בית-המשפט יתייחס אך ורק לחומר הראיות, כפי שהוגש במסגרת ישיבות ההוכחות.



10. המשיבה טענה בסיכומיה כי כתב-האישום שהוגש ב-4/4/11, עניינו שימוש בסטיה מהיתר בניה, עבירה לפי סעיף 204(ב) לחוק התכנון והבניה.

בהתייחס למבנה צוין כי המבנה אושר תחילה לשימוש למשרדים בלבד, ולאור בקשת המערער 1, ניתן היתר שמספרו 70073 בתאריך 11/6/07 המאפשר שימוש לחנויות שכונתיות בלבד, ולא לעסקים מסחריים אחרים, וזאת בהתייחס לקומת הקרקע. ההיתר ניתן לשלוש שנים.

המשיבה פירטה את השתלשלות העניינים ואת ההחלטות השיפוטיות השונות שניתנו, בהתייחס למחלוקת בין הצדדים באשר לנוסח ההיתר ולמשמעותו בכל הקשור לאפשרות להפעיל בקומת הקרקע של המבנה בתי-אוכל, מסעדות, וכיו"ב.

בשנת 2006 החליטה וועדת ערר כי השימוש יהיה לחנויות שכונתיות בלבד, ולכן אושרה בקשת המערער 1 להיתר, בתנאי שהחנויות בקומת הקרקע תשמנה לחנויות שכונתיות בלבד, ולא לבתי-קפה או מסעדות וכדומה (החלטה מ-8/1/07).

עתירה מנהלית שהוגשה לבית-משפט לעניינים מנהליים על החלטת וועדת הערר, נדחתה בהחלטה מ-2/10/07 על-ידי כב' השופט סוקול, תוך ציון כי אם המערער 1 רצתה לקבל היתר למסעדות ובתי-קפה, היתה צריכה לציין זאת מפורשות בבקשה להיתר, ולא להגיש בקשה להיתר לחנויות.

על פסק-דינו של בית-משפט לעניינים מנהליים הוגש ערעור לבית-המשפט העליון ב-ע"מ 9486/07, ונפסק (פסק-הדין מ-10/11/09) כי ככל שהמערער תגיש בקשה חדשה לגבי השימוש אותו היא מבקשת לעשות במקרקעין, אשר יכלול שימוש שעניינו מסעדות, בתי-קפה, וכדומה, תדון הוועדה מחדש בבקשה כזו, ולא תהא כבולה להחלטה קודמת שממנה עולה כי כביכול לא ניתן לעשות שימוש בנכס בקומת הקרקע לבתי-קפה או מסעדות.

בית-משפט עליון הדגיש, כי יש להגיש בקשה התואמת את העסקים שמבקשים בפועל לפתוח, ולא בקשה בהתייחס לעסקים מסוג אחד, כאשר רוצים לנהל עסקים מסוג אחר. דהיינו, אין מקום להגיש בקשה המתייחסת לחנויות, כשרוצים בפועל לנהל במקום מסעדות ופאבים.

גם ב-ע"מ 4485/07 (9/6/09), נפסק מפי כב' השופט קיסרי, כי מסקנתו הינה שעסקים בבניין במיקום הרלוונטי לעניינו, פועלים בניגוד לשימוש המותר בהתאם להיתר.

11. בסופו של יום, אין מחלוקת כי בהתאם לתכנית החלה, ניתן לנהל במקום בתי-קפה או מסעדות, זאת בכפוף לקיומו של היתר כנדרש. דהיינו, מהות העבירה שבגינה הוגש כתב-האישום הינה שימוש בסטיה מהיתר, ולא שימוש בסטיה מתכנית.



המשיבה טענה בסיכומיה, כי התכניות החלות מאפשרות בתי-קפה, מסעדות ומזנונים באזורי מגורים במקום שהתב"ע מתירה מסחר, אולם המדובר בזכות המותנית בהפעלת שיקול דעת על-ידי הוועדה, ולכן היתר לחנות אינו כולל היתר לבית-אוכל.

12. בשנת 2009 הוגשה בקשה לשימוש חורג מהיתר משרדים למסחר, שיאפשר שינוי שימוש מהיתר לחנויות שכונתיות לשימוש לבתי עסק למזון בקומת הקרקע (וקיימת התייחסות גם לקומה הראשונה, שאינה רלוונטית לערעור שלפני).

בתאריך 2/8/11 החליטה הוועדה לאשר את הבקשה בתנאים, והוגשו עררים לוועדה המחוזית, שהחליטה להחזיר את הדיון לוועדה המקומית.

בסופו של דבר, בשנים 2010-2011 לא היה היתר לניהול בתי עסק למזון בקומת הקרקע, הסיבה לכך לא היתה שהתכנית אינה מאפשרת זאת, אלא שהמערערים לא עמדו בתנאים להוצאת היתר, שכללו תשלום היטל השבחה, וכאשר בין הצדדים היתה מחלוקת בנוגע להצדקה לחיוב בהיטל השבחה.

המשיבה טענה בסיכומיה, כי העסק שהתנהל הינו בית-אוכל שמכר מוצרי מזון ומשקה ליחידים לצריכה מיידית, כמו מסעדה, בית-קפה, חנות פלאפל, ואין המדובר בחנות שכונתית, והפנתה בעניין זה להגדרת בית-אוכל בחוק ההגנה על בריאות הציבור (מזון) תשע"ו-2015.

בכל הקשור להגנת הבעלים המעוגנת בסעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה, נטען כי הנטל מוטל על המערער 2, וכי ברור שהוא ידע לאיזה צורך פותחים את העסק, כעולה מפורשות מהסכם השכירות, והמערער 2 ידע היטב מה החלטת הוועדה מ-8/1/07 המתירה חנויות שכונתיות בלבד, ולא בתי-אוכל.

בסעיף 89 לסיכומי המשיבה, אישרה המשיבה כי המערערת 1 הגישה מספר רב של בקשות לאחר פסק-דין של בית-המשפט העליון, שבהם כתבה מפורשות כי היא מעוניינת להשתמש בנכס בקומת הקרקע גם לבתי-אוכל, והוועדה אף אישרה בקשות אלה בתנאים, אלא שלא הוצא היתר בפועל, לגרסת המשיבה:

"ככל הנראה מסיבות כלכליות של הנאשמת 1."

13. המערערים טענו בסיכומיהם בבית-משפט קמא כי המשיבה לא הוכיחה שנוהלה מסעדה במקום, כאשר בכתב האישום צוין מסעדה-סושי-בר.



המערערים אף טענו לליקויים שנפלו בהתנהלות המפקח אודלר, אשר לא צילם את העסק אליו נכנס, וכאשר לטענתם בעסק לא היה מטבח ולא היו שולחנות.

לטענת המערערים, אין ראיות להכנת מזון בעסק, אלא רק למכירת מזון מוכן, והעסק עונה על הגדרת חנות שכונתית, כאשר המדובר בעסק קטן של כ-30 מ"ר שלא ניתן בכלל לנהל בו מטבח ולהכניס לתוכו שולחנות וכסאות.

המערערים אף טענו בבית-משפט קמא כי למשיבה עצמה אין הגדרה ברורה מהי חנות שכונתית.

המערערים 1 ו-2 טענו להגנה המעוגנת בסעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה, שכן לטענתם דרשו מהמערער 3 לבצע בדיקות מקדמיות בטרם החתימה על הסכם השכירות, בדיקות שמהותן הינה בחינת השאלה האם ניתן להשתמש במבנה לסוג העסק שהוא מעוניין לנהל.

לטענת המערערים 1 ו-2, הם סברו שהעיסוק המבוקש עונה על הגדרה של חנות שכונתית, ואינו נוגד את ההיתר, ומיד כאשר קיבלו את התראת המשיבה פנו למערער 3 לבירור העניין, וזה האחרון מסר להם כי קיבל אישור מהגורמים הרלוונטיים לפתיחת העסק.

עוד נטען, כי המערער 3 עזב את הנכס חודשים ספורים לאחר פתיחת העסק וסגר את העסק, ועל כן אף לא הספיקו לפעול כנגדו בהליכים של בקשה לפינוי מושכר.

הכרעת-הדין של בית-משפט קמא

14. בית-משפט קמא ציין כי המערערת 1 הינה הבעלים של הנכס המצוי ברח' אחי אילת 53 חיפה בגוש 11586 חלקה 25, והמערער 2 הינו מנהל המערערת 1, והמקום שימש כסושי-בר, כאשר המערער 3 היה המחזיק בנכס במועדים הרלוונטיים לכתב האישום.

בית-משפט קמא ציין כי בהתאם להיתר הבניה שמספרו 70073, היתר מ-11/6/07 (המועד בו נחתם ההיתר על-ידי מהנדס העיר), השימוש בנכס הותר לחנויות שכונתיות בלבד.

אציין, כי בית-משפט קמא לא התייחס לכך שההיתר, כמצוין בו, היה בתוקף למשך 3 שנים בלבד, כך שלמעשה בהתייחס למועד המפורט בכתב האישום - 2/12/10, פג תוקפו של ההיתר (האישור הקודם



בהתייחס לשימוש בנכס היה לשימוש עבור משרדים בלבד).

בית-משפט קמא הדגיש כי יש לבחון הטענות והראיות הספציפיות לגבי כל מושכר ומושכר במבנה, הגם שהאישום בהתייחס לאותו נכס ששימש כסושי-בר לא היה האישום היחיד בהתייחס לשטחים שהושכרו באותו בניין.

בית-משפט קמא ציין כי השימוש המקורי של הנכס היה למשרדים, וכי הוגשה בקשה לשימוש חורג ממשרדים לחנויות, והבקשה אושרה בתנאים, אלא שהיתה מחלוקת בין הצדדים בנוגע להיטל ההשבחה, ונוהלו הליכים שונים בבית-משפט לעניינים מנהליים ובבית-המשפט העליון, כאשר נכון למועד הגשת כתב-האישום, ההיתר שניתן לחנויות בקומת הקרקע במבנה היה לחנויות שכונתיות בלבד, ולא לבתי-קפה או מסעדות וכדומה.

בית-משפט קמא אף ציין כי הערכאות השונות שדנו בטענות של המערער 1, התייחסו לכך שאם המערער היתה מעוניינת לקבל היתר להשתמש בנכס לבתי-אוכל על סוגיהם השונים (בתי-קפה, מסעדות, מזנונים וכדומה) היתה המערער צריכה לציין זאת בבקשה להיתר, ולא לבקש היתר לחנויות, כשבפועל היא מעוניינת להשתמש בנכס או חלקו לבתי-אוכל.

עוד ציין בית-משפט קמא את האפשרות שהיתה למערער לאחר פסק-דינו של בית-המשפט העליון להגיש בקשה חדשה בנוגע לקבלת היתר לשימוש בנכס לצרכי בית-אוכל, ולכך שהערכאות השונות סברו כי חנות שכונתית אינה כוללת עסק של מזון כגון מסעדות, בתי-קפה, מזנונים וכדומה.

בית-משפט קמא סקר את עדותו של המפקח אודלר, ציין את הליקויים שנפלו בעדות זו, לרבות אי-צילום פנים הנכס, והאופן בו הופעל הסושי-בר, אולם סבר כי מחומר הראיות עולה שבנכס נוהל עסק שפעילותו העיקרית והיחידה היתה מכירת מזון שהיה מיועד לאכילה במקום או למשלוח, ובנסיבות אלה אין המדובר בחנות שכונתית, בהתאם להיתר, אלא בסוג של בית-אוכל.

בית-משפט קמא אף ציין כי מעדותו של המערער 3 עלה שבמקום נבנו שירותים לטובת לקוחות העסק, וכי ניהול בית-אוכל מסוג זה, מחייב התנהלות שונה, גם במסגרת הליכי הרישוי, וגם במסגרת בדיקת משרד הבריאות, ואין מקום להתייחס לעסק זה כחנות שכונתית.

בית-משפט קמא אף הפנה לבקשה לרשיון עסק שהוגשה על-ידי המערער 3 - ת/12, ולמבוקש בה, בקשה שממנה עולה כין אין המדובר בחנות שכונתית, אלא בבית-אוכל, וגם אם המדובר בעסק שנוהל כדוכן למכירת מזון מוכן לצריכה מיידית, המדובר בבית-אוכל ולא בחנות שכונתית.



בית-משפט קמא אף ציין כי כאשר מקבלים משלוח של חומרי גלם קפואים, צריך להפשיר אותם, לחתוך ולבצע פעולות נוספות ואז להגישם, ולצורך כך יש לקבל אישור משרד הבריאות, ואין המדובר בחנות שכונתית מהסוג לגביה ניתן ההיתר בשנת 2007.

בית-משפט קמא דחה את טענת המערערים 1 ו-2 בהתייחס להגנת בעלים, לפי סעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה, בנימוק כי השיטה שבה נקט המערער 2 להטיל את האחריות על שוכרי הנכס לברר מה השימוש המותר, מהווה היתממות או התחכמות, שכן המערער 2 היה מעורב בהליכי הגשת הבקשה לשימוש חורג, והמחלוקות היו ברורות לו לאורך כל הדרך, ומהסכם השכירות עולה מפורשות איזה עסק ניהל המערער 3.

בית-משפט קמא ציין כי היה ידוע למערערים שהמדובר בעסק של סושי - עסק של אוכל, ואין די בהפניית השוכר למחלקת רישוי עסקים, כדי להצביע על-כך שהמערערים לא ידעו על מה שנעשה בפועל בעסק, ושביצעו את המוטל עליהם על-מנת למנוע ביצוע עבירה, שעניינה שימוש בסטיה מהיתר.

בית-משפט קמא הדגיש כי המערערים 1 ו-2 הינם "שחקנים חוזרים", שבבעלותם נכסים מסחריים רבים, והם מודעים לצורך בקבלת היתר לשימוש הספציפי, ומתמצאים בהליכי התכנון.

הטיעונים לעונש בבית משפט קמא

15. לאחר שבית-משפט קמא הרשיע את המערערים בעבירה שיוחסה להם בכתב האישום, ושעניינה שימוש בסטיה מהיתר, בעסק ששימש לצרכי מסעדת סושי-בר, טענו הצדדים לעונש.

המשיבה/המאשימה הזכירה בטיעוניה לעונש את השתלשלות העניינים מבחינה תכנונית, וציינה כי הוגשו, מאז כתב-האישום, מספר בקשות הקשורות בקבלת היתר, ובהסדרת אפשרות שימוש בנכס, גם לעסקים העוסקים באוכל.

המשיבה טענה, כי בקביעת שיעור הקנס יש לקחת בחשבון את כניסתו לתוקף של תיקון 116 לחוק התכנון והבניה בתאריך 25/10/17 (כ-6 וחצי שנים לאחר הגשת כתב-האישום), ולהחמיר בענישה.

המשיבה הפנתה להוראות תקנות העבירות המנהליות, (הגם שהמדובר בתקנות שנכנסו לתוקף בסוף שנת 2018 ושאינן חלות בענייננו), וכן לגזר-דין של בית-משפט בתל-אביב, שלקח בחשבון את הסכומים המוזכרים בתקנות העבירות המנהליות, בכל הקשור בקנס מנהלי, כחלק משיקוליו.

המשיבה הפנתה ל-רע"פ 7338/14 אליהו שמעוני נ' מדינת-ישראל (24/2/15), וטענה כי המדובר



במקרה דומה לעניינם של המערערים, העוסק בשימוש חורג ובהפעלת מסעדה, והקנס אשר נפסק שם עמד על סך של 300,000 ₪.

המשיבה טענה, כי העסק של הסושי-בר הופעל במשך כשנה, וכי יש להטיל על המערער 3 קנס בשיעור של כ-20,000-30,000 ₪.

בכל הקשור למערערים 1 ו-2, נטען כי מ-11/11, שהינו הסכם השכירות שבין המערערת 1 למערער 3, ניתן ללמוד על שיעור דמי השכירות לנכס, וכי המערערים ידעו שהיו צריכים לדאוג להיתר לשימוש המאפשר השכרה לבתי-אוכל, כפי שעלה מפורשות מפסקי-הדין של בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט העליון, והשכרה לבית-אוכל אחרי פסקי-דין אלה, ומבלי שהוצא היתר לשימוש התואם את השימוש בפועל, אינה כדין.

לטענת המשיבה, יש לקחת בחשבון את הרווח שהפיקו המערערים 1 ו-2 ולהפוך את העבירה לבלתי משתלמת, והמשיבה העלתה טענות בהתייחס לכל השנים שחלפו משנת 2011 ועד 2018, מבלי שהביאה ראיות לכך שלאחר תום הסכם השכירות שבין המערערת 1 למערער 3, המשיך להתנהל במקום ברציפות במהלך כל השנים עסק מסוג בית-אוכל.

דהיינו, המשיבה טענה כי המדובר בשימוש חורג שנמשך משנת 2010 במשך 9 שנים מבלי להביא ראיות לעניין זה.

שיעור הקנס שביקשה המשיבה, היה בטווח של 300,000-400,000 ₪, בהתייחס לפרק זמן של 9 שנים.

16. המערערים הפנו בטיעוניהם לתיק נוסף, שמספרו 28091-11-18, שם נטען על-ידם כי על-פי רוב, כאשר מגישים כתבי-אישום על שימוש חורג, המדובר על שימוש חורג ממגורים למסחר, ולא על שימוש חורג המתיר שימוש לחנויות אך לא לבתי-אוכל.

עוד נטען בתיק הנוסף, כי הגורם לבעיה היתה הוועדה המקומית, שכן הוגשה בקשה לשימוש חורג מחנויות למסחר והתב"ע מאפשרת שימוש למסחר ולניהול בתי-אוכל, אלא שהוועדה המקומית דרשה לשלם היטל השבחה בסדר גודל של 634,000 ₪, והוגש ערר לוועדת ערר על עניין היטל השבחה.

זו הסיבה שקבלת ההיתר המאפשר ניהול בתי-אוכל התעכב שנים רבות.

בסופו של דבר נקבע, שאכן לא היה צורך בתשלום היטל השבחה, ווועדת הערר התייחסה לכך שהתב"ע



מתירה מסחר במקום, ולאחר החלטת וועדת הערר, ובשל חלוף השנים, היה צורך בהגשת בקשה חדשה, ולמעשה הבקשה לשימוש למסחר אושרה ומולאו התנאים, והיה אך ורק צורך בחישוב אגרות.

המערערים ציינו כי מהחלטת וועדת הערר עולה, שאין מדובר בהבדל ברווח הכלכלי בין השכרה לחנות לבין השכרה לבית-אוכל, ועל כן גם אין המדובר בהצדקה להטלת קנס בשיעור גבוה.

המערערים הדגישו, כי אין בסיס לטענה בדבר שימוש במשך 9 שנים, וכי כתב-האישום התייחס לשימוש בנכס לעניין ספציפי של סושי-בר, ואותו נכס בשטח של כ-30 מ"ר כבר לא קיים, כך שבאופן שגוי לקבל את טיעוני המשיבה על שימוש ממושך, ובמשך השנים חלק משטח הנכס ששימש לסושי-בר נהרס והותאם לחנויות למחסן וכדומה.

המערערים טענו, כי לא יתכן שעסק שאינו קיים יותר יוצא לגביו צו איסור שימוש.

המערערים ביקשו לאמץ את ההסדר שנעשה לגבי חנות סמוכה, שבה הוטל קנס של 1,000 ₪ על כל נאשם.

17. המשיבה הודיעה בחודש 7/19 כי לטענתה בנכס שבגינו הוגש כתב-האישום על ניהול סושי-בר, מתנהל בשנת 2019 עסק של מסעדה מקסיקנית.

המערערים טענו כי דווקא מהתמונה שהגישה המשיבה, עולה שאותן חנויות קטנות בשטח של כ-30 מ"ר, שאחת מהן שימשה לסושי-בר בשנת 2010, אין קיימות יותר, וכיום בשנת 2019 קיימת במקום מסעדה גדולה, אשר כנגדה לא הוגש שום כתב-אישום, ואין מקום ליתן צו מבלי לשמוע את טיעוני המשתמשים בנכס כיום, שעלולים להיפגע מפסק כזה, שמשמעותו צו איסור שימוש על חלק ממסעדה.

גם עובדתית נטען על-ידי המערערים, כי הודעת המשיבה שגויה, וכי המיקום הפיזי של אותו נכס ששימש לסושי-בר אינו מהווה היום חלק מהמסעדה המקסיקנית, אלא חלק ממסעדה אחרת.

לא נשמעו ראיות, ואין קביעה שיפוטית באשר לשאלה מה בדיוק נעשה באותו שטח מקרקעין שבעבר, בשנת 2011, שימש כסושי-בר, נכון לשנת 2019, ובמשך כל השנים, כך שאין קביעה עובדתית מי מבין הצדדים צודק בטיעוניו באשר לשימוש שנעשה באותו שטח נכון למועד גזר-הדין.

גזר-הדין שנפסק על ידי בית משפט קמא

18. בגזר-הדין פירט בית-משפט קמא את טיעוני הצדדים, וציינו כי אין מקום להחיל באופן רטרואקטיבי את רמת הענישה בהתאם לתיקון 116, אלא יש לבחון את מידת הענישה שיש להטיל על הנאשמים בהתאם למצב החוקי שהיה בעת ביצוע העבירה - בשנת 2010.

עמוד 10



בית-משפט קמא ציין כי המדיניות המקלה של המשיבה, שהיתה נהוגה בשנת 2010 השתנתה, וכי בבחינת מתחם הענישה יש לבחון את היקף ומהות העבירה (בעניינו, השכרת נכס בשטח של 30 מ"ר לצרכי חנות לממכר מזון מוכן), את משך ביצוע העבירה (בעניינו, מספר חודשים ופחות משנה), את נסיבות ביצוע העבירה, את הרווח הכלכלי המופק ממנה, ואת חשיבות ההרתעה והערך החברתי המוגן.

כן ציין בית-משפט קמא, כי יש לבחון האם השימוש בניגוד להיתר, כפי שנעשה בעבר בעת ביצוע העבירה, הותר כיום, וכן יש לקחת בחשבון כי המערערים 1 ו-2 הינם בגדר "שחקנים חוזרים".

בית-משפט קמא ציין כי אינו רואה פסול בכך שהמשיבה שינתה את מדיניותה, אולם לא התייחס בהנמקתו במסגרת גזר-הדין לשאלה מה משך הזמן של ביצוע העבירה שעל-פיו הוא גוזר קנס, והאם הוא מקבל או דוחה את טיעוני המשיבה כי המדובר בעבירה שנמשכה לאורך שנים, גם לאחר הגשת כתב-האישום, ועל יסוד איזו ראיה, אם בכלל, הוא קובע שימוש לאחר הגשת כתב-האישום?

בית-משפט קמא הדגיש, כי בעניינו מדובר בשימושים מסחריים שונים, ולא בסטיה משימוש מותר למגורים לשימוש מסחרי (דהיינו, עוצמת פגיעה פחותה בערך החברתי המוגן), וכן ציין כי הוא לוקח בחשבון שההיתר לשימוש חורג נמצא בשלביו הסופיים.

לא הובאו פסקי-דין, שמהם ניתן ללמוד על מתחם הענישה.

בית-משפט קמא גזר על כל אחד מהמערערים 1 ו-2 קנס בשיעור 50,000 ₪ וחתימה על התחייבות עצמית בסך 250,000 ₪ בתוקף לשנתיים להימנע מביצוע עבירה על הוראות חוק התכנון והבניה, וכן נתן צו הפסקת שימוש בסטיה מהיתר החל מ-30/11/19 תוך ציון כי הצו יפקע אם וכאשר יתקבל היתר.

את המערער 3 חייב בית-משפט קמא בקנס בשיעור 4,000 ₪, ובחתימה על התחייבות עצמית בסך 30,000 ₪.

טענות הצדדים בערעור

19. הערעור שלפני, הינו הן על הכרעת-הדין והן על גזר-הדין של בית-משפט קמא, כאשר המערערים טוענים כי הסושי-בר שנוהל אינו בגדר מסעדה, והוא כלול בהגדרה של חנות שכונתית, וכי לא היה מקום לייחס להם חוסר תום-לב, על-מנת לחמוק מתשלום היטל השבחה, כשבסופו של דבר טענתם התקבלה על-ידי וועדת הערר, ונקבע כי אין הם צריכים לשלם היטל השבחה, ואין הבדל מבחינת היטל השבחה בין



חנות שכונתית לבין מסעדה/מזנון/בית-אוכל.

עוד טענו המערערים לליקויים שנפלו בחומר הראיות שהוגש מטעם המשיבה, לרבות העדר צילום של ביקור המפקח בנכס, טעויות באשר לבלבול בין מספר תיקים ולכך שבהתייחס לנכס הרלוונטי בוצע ביקור אחד בלבד.

כן נטען להעדר מטבח בעסק, דבר המוכיח שאין המדובר במסעדה, ונטען כי מקום המוכר מזון מוכן דומה במהותו לחנות מכולת, ולא למסעדה.

המערערים הפנו לעניינו של נכס אחר באותו מבנה, שאף לגביו הוגש כתב-אישום על-פיו נעשה בנכס שימוש למזנון, ובסופו של דבר ניתן פסק-דין של זיכוי, שכן נקבע שאין המדובר במזנון.

המערערים חזרו על טענתם בדבר הגנת הבעלים מכוח סעיף 208(ב) לחוק התכנון והבניה, וטענו כי לא יכלו לדעת מתוך הסכם השכירות איזה פרשנות תינתן לפעילות העסק על-ידי המשיבה, ובהחלט ניתן היה להתייחס לעסק כחנות שכונתית המוכרת מוצרים מוגמרים בצורה קמעונית, וללא ישיבה במקום.

בכל הקשור לגזר-הדין, הערעור הוגש בהתייחס לגזר-הדין באשר למערערים 1 ו-2 בלבד, שכן נטען כי הקנס שנגזר עליהם הינו חמור, וכי היה מקום לגזור עליהם קנס בהתאם למצב החוקי במועד ביצוע העבירה, דהיינו בשנים 2010-2011.

המערערים הפנו לכך שבית-משפט קמא ציין בגזר-דינו כי בתקופה בה נטען כי בוצעה העבירה, הטלת הקנסות היתה במדרג נמוך משמעותית.

המערערים טענו, כי המדובר באישום פלילי, שיש בו תאריך של עבירה מיוחסת, וכאשר התקופה הרלוונטית הינה מאותו תאריך ועד מועד הגשת כתב-האישום, והמשיבה אינה יכולה לבוא ולטעון כי המערערים המשיכו באותו שימוש לאחר מועד הגשת כתב-האישום, מבלי שהביאה הוכחות לכך (עיין עמ' 5 רישא לפרוטוקול הערעור).

עוד נטען על-ידי המערערים, כי המשיבה לא הוכיחה הפקת טובת הנאה, השונה מסוג טובת ההנאה שהיתה מופקת לו הנכס היה מושכר לחנות שכונתית, דבר שהיה תואם את ההיתר.

בעניינו, אין המדובר בעבירת בניה שלא כדין, שטובת ההנאה המופקת ממנה הינה השבחת הנכס, אלא בשימוש בסטיה מההיתר שניתן, כאשר אין הבדל בין השימוש שהיה נעשה לפי ההיתר לבין השימוש שבוצע בפועל, בכל הקשור בטובת ההנאה למשכיר הנכס.



על-כן הרווח הכלכלי שהמשיבה טענה לו, ושהנחה את בית-משפט קמא בעת קביעת סכום הקנס בגזר-הדין, מקורו בטעות.

המערערים ציינו כי הובאה לפני בית-משפט קמא החלטת וועדת הערר מ-10/12/18, שניתנה לפני הכרעת-הדין, ושיש בה כדי ללמד כי המערערים לא התחמקו סתם מתשלום היטל השבחה, אלא צדקו בטענתם שלא היתה הצדקה להטיל עליהם היטל השבחה, אולם בית-משפט קמא לא התייחס לעניין זה, במסגרת הכרעת-הדין או גזר-הדין.

לטענת המערערים, כאשר לוקחים בחשבון את היקף השימוש ואת משך התקופה, הרי מתחם הענישה בשנת 2011 נע בין 1,000 ₪ ל-10,000 ₪ לכל היותר.

בנסיבות העניין, מדובר בשימוש בניגוד להיתר בשטח של 30 מ"ר במשך פחות משנה, כך שלא ניתן להשוות עניין זה למקרה של מי שבנה מבנה בלתי-חוקי או עשה שימוש במקרקעין בניגוד לייעוד המקרקעין, בשטח של מאות מ"ר.

המערערים הפנו לפסיקה שהתייחסה למתחם ענישה בהתאם לגודל השטח, וצינו כי המדובר במתחם הנמוך ביותר, ועל זאת יש להוסיף גם את העובדה שבקשה להיתר, בהתאם לאותו שימוש בתקופה לגביה הוגש כתב-האישום, אושרה ועומדת בישורת האחרונה לפני הוצאת ההיתר.

העיקוב במשך שנים נבע, כך לטענת המערערים, מהיטל ההשבחה שדרשה המשיבה שלא כדון, וכאשר ערעור על החלטת המשיבה התקבל בסופו של יום על-ידי וועדת הערר, וגם לכך יש ליתן את המשקל הראוי.

המערערים המציאו מספר גזרי-דין, המתייחסים לשימוש במקרקעין בסטיה מהיתר, ב-ת"פ 234/11, ת"פ 474/13, ת"פ 908/14, בתיק 19873-10-18 וב-ת"פ 571/14, אשר בכולם היו גזרי-דין נמוכים משמעותית, שנעו בין 1,000 ₪ ל-15,000 ₪.

המערערים אף הפנו בהודעת הערעור לגזרי-דין שונים, אשר כללו עבירות של בניה ו/או שימוש בהיקפים נרחבים משמעותית מזה שבוצע על-ידם באותו שטח של 30 מ"ר, וכאשר שיעורי הקנס שנפסקו נעו בין 1,500 ₪ ל-18,000 ₪ (כאשר המדובר היה גם בבניה ובשטח גדול משמעותית פי 6 מהשטח שבו נעשה שימוש בעניינו).

בנסיבות אלה, טענו המערערים כי בית-משפט קמא סטה סטיה משמעותית ממתחם הענישה המקובל באופן המצדיק את התערבות ערכאת הערעור, מעבר לכך נטען שבית-משפט קמא ביצע אפליה



במסגרת גזר-הדין בין הקנס שהוטל על המערער 3 לבין הקנס שהוטל על המערערים 1 ו-2, הגם שהמערער 3 הוא זה שביצע את עבירת השימוש בפועל.

20. בכל הקשור לרכיב ההתחייבות הכספית, נטען כי התחייבות בסך 250,000 ₪ אינה בסמכות בית-משפט לעניינים מקומיים, וכי ניתן היה להטיל התחייבות כספית עד לסכום מכסימלי המעוגן בחוק, שכן מקור הסמכות להטיל התחייבות הינו סעיף 72 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, הקובע כי ההתחייבות תהיה בסכום שלא יעלה על סכום הקנס שמותר להטיל בשל העבירה שבה הורשע הנדון.

בכל הקשור בצו הפסקת השימוש, נטען כי העסק של הסושי-בר אינו קיים בפועל יותר, וכי כיום אותו שטח פיזי הינו חלק ממסעדה בשטח גדול יותר, ולא ניתן ליתן צו הפסקת שימוש על חלק מעסק, מה גם שהמשתמשים בעסק החדש לא הוגש נגדם כתב-אישום, ולא היו צד להליכים.

המערערים טענו, כי בית-משפט קמא לא התייחס בגזר-הדין לטענתם, כי השטח הפיזי סופח כבר לפני מספר שנים לעסק אחר, שלא מתנהל נגדו הליך משפטי, והמדובר בצו הפסקת שימוש שלא היה מקום לתיתו.

21. המשיבה אישרה כי ניהול עסק מסוג בית-אוכל במיקום הפיזי שבו נוהל הסושי-בר בגינו הוגש כתב-האישום, תואם את התב"ע (שהינה תב"ע מתקופת המנדט הבריטי), אולם נדרש היתר ספציפי, וכזה לא היה בתקופה לגביה הוגש כתב-האישום.

המשיבה אישרה בטיעוניה כי המערער 3 הפעיל עסק מסוג סושי-בר חודשים ספורים אלא שלטענתה גם לאחר שנסגר העסק של הסושי-בר, המשיכה העבירה של שימוש בניגוד להיתר.

המשיבה לא הצביעה בטיעוניה לפני, ולא הפנתה לראיות שהוגשו על-ידה בבית-משפט קמא, באשר למהות השימוש וזהות המשתמש, לאחר שעסק הסושי-בר נסגר בשנת 2011 (עיין עמ' 2 ש' 6-8 לפרוטוקול).

המשיבה הודתה כי לאחר הגשת כתב-האישום, לא בוצעו השלמות חקירה, ואין פירוט אלו עסקים, אם בכלל, נוהלו באותו מקום פיזית בו היה העסק מסוג סושי-בר משנת 2011 ואילך.

לטענת המשיבה אין מקום להתערב בהכרעת-הדין משהיתר ניתן לחנויות שכונתיות, והשימוש שנעשה בפועל היה לעסק של מזון - סושי-בר, והמשיבה הפנתה לבקשה לרשיון עסק, שהגיש המערער 3.



כמו-כן, נטען על-ידי המשיבה שאם המערערים סברו שעדות המפקח שהיה עד המשיבה/המאשימה לא הצביע על קיום מסעדה/סושי-בר, הרי לא ברור מדוע לא נטען על-ידי המערערים בתום שמיעת עדות המפקח, כי אין להשיב לאשמה?

המשיבה מודעת לכך שהעיקוב במתן היתר לצרכי מסחר, לרבות בתי-אוכל, התעכב בשל כך שלוועדת הערר לקח שנים רבות ליתן החלטתה, אלא שלטענת המשיבה - אין מקום לקחת זאת בחשבון, כאשר עובדתית השימוש שנעשה בשנים 2010-2011 לא היה בהתאם להיתר.

22. באשר לשיעור הקנס, נטען על-ידי המשיבה כי המדובר בעונש מידתי הנמוך מהקנס המכסימלי שבית-משפט קמא יכול היה להטיל, וכי יש להתייחס לפסק-הדין בעניין אליהו שמעוני כקריטריון באשר לשיעור הקנס.

המשיבה הפנתה לדמי השכירות החודשיים שקיבלה המערערת 1 מהשכרת הנכס, וטענה כי ניתן היה לחייב את המערערת 1 גם בחיוב ששוויו פי 4 מטובת ההנאה, והתחייבה להמציא לתיק בית-המשפט דוגמאות של פסיקה שבה חויבו נאשמים במסגרת גזר-דין בתשלום פי 4 משווי טובת ההנאה, על-מנת לעמוד על הנסיבות בהן מבוצע חיוב כזה (עמ' 9 ש' 32-33 לפרוטוקול), אלא שדוגמאות כאלו לא צורפו.

המשיבה, בטיעוניה, לא הסבירה כיצד לטענתה עומד שיעור החיוב בהתחייבות עצמית בהוראת החוק, ובכל הקשור לצו איסור השימוש נטען כי כיום באותו שטח פיזי שבו נוהל הסושי-בר, קיימת מסעדה בשם "המסעדה המקסיקנית".

דין והכרעה

23. אין מקום להתערב בהכרעת-הדין של בית-משפט קמא, שכן אין מחלוקת כי בהתייחס לתקופה הרלוונטית לכתב האישום, ההיתר שהיה בתוקף (אם אכן היה בתוקף, שכן חלפו 3 שנים ממועד הוצאתו בשנת 2007), היתר כי החנויות שבמפלס קומת הקרקע תשמשנה לחנויות שכונתיות בלבד, ולא לבתי-קפה, מסעדות וכדומה.

גם אם ההיתר בנוסח שניתן היה מבוסס על תפיסה שגויה של הוועדה, באשר לשימושים שניתן לעשות בהתאם לתב"ע, הרי זהו ההיתר שהיה בתוקף, והדרך לתקוף את החלטת הוועדה איננה באמצעות סטייה ופעולה בניגוד להיתר, אלא בהגשת עתירה.

שימוש חורג, כהגדרתו בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה, כולל גם שימוש למטרה שלא הותר להשתמש



בה, בהתאם להיתר על-פי כל חוק הדין בתכנון ובבניה, דהיינו - גם שימוש שהינו תואם תב"ע, אך שלא בהתאם להיתר שניתן, הינו שימוש חורג.

סעיף 204 לחוק התכנון והבניה קובע עבירה של שימוש בקרקע בלא היתר, כאשר השימוש טעון היתר, ושימוש טעון היתר נקבע בהתאם להוראות סעיף 145 לחוק התכנון ובניה, ובתקנה 1 לתקנות התכנון והבניה (עבודה בשימוש הטעונים היתר) תשכ"ז-1967.

בענייננו, ההיתר ציין מפורשות כי הוא ניתן לחנויות שכונתיות, וכי אינו ניתן לבתי-אוכל.

עובדתית, מפסקי-הדין שדנו בעתירה המנהלית על החלטת וועדת הערר המחוזית מ-26/10/06, ובערעור על העתירה המנהלית, עולה כי המערערת 1 הגישה בקשה להיתר לשימוש חורג משרדים, אולם לא ציינה בבקשתה הספציפית כי מעוניינת לאפשר פתיחת מסעדות, בתי-קפה ובתי-אוכל באותו נכס המצוי בגוש 11386 חלקות 25 ו-26.

מפסקי-הדין עולה, כי בית-המשפט לא סבר שבתי-אוכל מסוג מסעדה/בית-קפה/פאב וכדומה, נכללים במונח חנויות שכונתיות, שלגביו ניתן היתר למערערת.

בפסק-דינו של בית-המשפט העליון, ב-ע"מ 9486/07 (פסק-הדין מ-10/11/09), נפסק כי ככל שהמערערת תגיש בקשה חדשה לגבי השימוש במקרקעין, ותבקש בבקשה ספציפית אפשרות שימוש במקרקעין גם לצרכי בתי-אוכל, ייבחן העניין מחדש על-ידי הוועדה.

דהיינו, לא התב"ע מנעה מתן אישור לשימוש במקרקעין גם לצרכי בתי-אוכל, אלא נוסח הבקשה, כפי שהוגשה על-ידי המערערת, ונוסח ההיתר שניתן בהתייחס לבקשה זו.

המערערת הגישה בקשה חדשה בשנת 2010, שבמסגרתה ביקשה שינוי מההיתר לחנויות שכונתיות להיתר לבתי-עסק למזון בקומת הקרקע, ובהחלטת הוועדה צוין כי הבקשה תואמת מדיניות ציר אח"י אילת, המתירה עסקי מזון במפלס קומת הקרקע, וכן כי השימושים המוצעים בבקשה תואמים את התכנית החלה על המקום המיועד לשמש כמבנה ציבור בעל אופי מסחרי.

בכל מקרה, הובהר כי המדובר במבנה קיים שהמסגרת הדיונית שעל הוועדה לדון בה הינה שימוש חורג מהיתר, כאשר השימוש תואם תב"ע.

הוועדה החליטה כי היא נעתרת לבקשה לשימוש חורג בקומת הקרקע לבתי אוכל, ובקומה העליונה



לא יותר שימוש לעסקים הכוללים מזון, וחלק מהתנאים היו גם תשלום היטל השבחה בגין שימוש חורג מחנויות שכונתיות לעסקי מזון (עיין החלטת הוועדה מ-25/7/11).

בנסיבות אלה, אין ספק כי המערערים 1 ו-2 היו מודעים בעת שחתמו על חוזה השכירות עם המערער 3 (11/ת), כי כל עוד לא יינתן היתר המתייחס לבקשה ספציפית להשתמש במקרקעין לצרכי בתי-אוכל, קיימת בעייתיות בעניין.

בסעיף 4 לחוזה השכירות ת/11 צוין כי מטרת השכירות הינה הפעלת עסק לייצור, עיבוד, מכירה, שווק והפצה של מזון אסייתי.

הבקשה לקבלת רשיון עסק, שהוגשה על-ידי המערער 3, התייחסה למהות העסק כמסעדה ומשקאות משכרים, מקום לצריכתם (12/ת).

במועד הגשת הבקשה לרשיון עסק ניתנה החלטה כי הבקשה נדחתה בהתאם להחלטת וועדה מקומית, שאין לאשר במקום מסעדות או בתי-קפה.

בנסיבות אלה, במצורף לעדות המפקח מר אודלר, אשר ראה לקוחות אוכלים בתחום העסק, וגם אם המוצר בעיקרו מגיע קפוא, הרי הכנתו בעסק לצרכי הגשתו ללקוחות, בין אלה האוכלים במקום, ובין אלה המקבלים את המוצר באמצעות משלוח, מהווה ניהול עסק של בית-אוכל, ובהיתר צוין מפורשות כי הוא ניתן לחנות שכונתית ולא לבתי-אוכל, מסעדות, בתי-קפה וכדומה, ואינני סבורה כי מכירת הסושי ללקוחות דומה במהותה לחנות מכולת.

לאור האמור לעיל, אינני סבורה כי נפלה טעות בהכרעת-הדין, כפי שניתנה על-ידי בית-משפט קמא, והמערערים 1 ו-2 אף לא הרימו את הנטל להוכיח הגנת בעלים.

24. אשר על כן, הערעור על הכרעת-הדין נדחה.

25. יחד עם זאת, הנני סבורה כי דין הערעור בכל הקשור בגזר-הדין להתקבל.

26. ראשית, אציין באשר לסכומי הקנס - כי בכתב האישום צוין מועד ספציפי שבו נמצא שהמערערים עושים שימוש או אחראים לשימוש בסטיה מהיתר.

בכתב-האישום לא צוינה תקופת שימוש, ותקופת השימוש של שנים רבות, שנטענה על-ידי המשיבה



בטיעוניה לעונש בבית-משפט קמא, הינה תקופה שנטענה באופן סתמי, בלתי מעוגן בחומר הראיות.

הוראות החיקוק המפורטות בכתב האישום מפנות לסעיף 204(ב) לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לפני תיקון 116 (כתב-האישום הוגש ב-4/4/11), הקובעות:

"המבצע עבודה או משתמש במקרקעין בסטיה מהיתר או מתוכנית, דינו - מאסר שנה אחת, ובעבירה נמשכת - קנס כאמור בסעיף 61(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, לכל יום שבו נמשכת העבירה לאחר שנמסרה לנאשם הודעה בכתב מהוועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו".

בכתב האישום, ואף במסגרת הטיעונים לעונש, לא צוין מתי נמסרה לנאשמים הודעה בכתב מהוועדה המקומית, ועד מתי נמשכה העבירה, ואין בחומר הראיות כפי שהוגש לבית-משפט קמא, ראיות על שימוש שנעשה באותו עסק לצורכי בית-אוכל/מסעדה, לאחר הגשת כתב-האישום, או לאחר ההרשעה.

יש לציין, כי בהתאם לעדות המערער 3, העסק אשר הושכר ב-15/7/10 לא היה קיים מעבר ל-9 חודשים.

גם ב"כ המשיבה ציינה בטיעוניה, כי למיטב ידיעתה, עסק הסושי-בר פעל כ-9 חודשים, ואינו פועל לאחר שנת 2011.

ב"כ המשיבה אף הודתה כי לא הוצגו ראיות לבית-משפט קמא על מהות העסקים שנוהלו לאחר סגירת הסושי-בר במהלך התקופה מאז חודש 4/11, ואילך.

אין די לטעון כי במקום המשיך להתנהל עסק של בית-אוכל, מבלי להביא ראיות, ולאפשר לנאשם להתמודד עם ראיות אלה, ולהביא ראיות מטעמו, ולא כך נעשה במקרה זה.

בעבירה נמשכת יש להבחין בין מועד ביצוע העבירה לבין היקפה ופרק הזמן שהיא נמשכה, כאשר ברור כי פרק הזמן בו נמשכת העבירה מהווה אמת מידה לשיעור הקנס שיוטל בגינה.

על המשיבה היה להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי עבירת השימוש באותם מקרקעין ששימשו לצרכי סושי-בר נמשכה לאחר הגשת כתב-האישום, ובמשך כל השנים, עד להכרעת-הדין, והמשיבה לא עשתה כן.

בנסיבות אלה, לא יכול היה בית-משפט קמא לקחת בחשבון את הימשכות העבירה, כפי שנטען בטיעונים לעונש על-ידי המשיבה.



מעת שהמערערים הבהירו כבר בדיון הראשון בסמוך לאחר הגשת כתב-האישום, כי העסק של הסושי-בר לא קיים יותר, היה ברור למשיבה כי עליה להביא ראיות על-כך שבאותו מקום מנוהל עסק אחר, והיא לא עשתה כן.

אציין כי גם בהתאם להנחיות מנהל המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין בפרקליטות המדינה, ככל שטוענים לעבירה נמשכת, יש לנסח את כתב-האישום בלשון שממנה יעלה בבירור שהעבירה עודנה נמשכת, ושם יורשע הנאשם תבקש התביעה לגזור את עונשו בהתאם לתקופת ההפרה, כפי שתוכח בעת הכרעת-הדין או בעת הטיעון לעונש.

27. בהקשר לכך אין לי אלא להפנות לנפסק על-ידי ב-עפ"א 36931-01-19 **עבדאללה סח ואח' נ' מדינת-ישראל** (10/4/19):

"בבוא בית-המשפט לגזור את העונש, לרבות בכל הקשור במרכיב הקנס, ועוד בטרם הינו בוחן את מתחם הענישה על מרכיביו השונים, על בית-המשפט לשאול עצמו מהי הענישה המכסימלית שניתן להטיל על העבירות בגין הורשעו הנאשמים, בהתאם להוראות החוק. על בית-המשפט לבחון מה נטען על-ידי המאשימה בנוגע לענישה מכסימלית זו, ומהן הראיות שהביאה המאשימה להוכחת התקיימות תנאי הסעיפים הרלוונטיים בחוק, המאפשרים הטלת אותו עונש מכסימלי.

בהקשר לכך, יש לציין, כפי שנקבע לא אחת בפסיקה, כי:

"עקרון יסודי הוא במשפטנו כי לא ישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן הוכחה אחריותו לביצועה מעבר לספק סביר (ראו סעיף 34(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977). "מידת ההוכחה הנדרשת במשפט הפלילי אינה אפוא של ודאות מוחלטת, אלא של שכנוע מעל ספק סביר. ספק זה מתגבש כאשר 'ההסתברות לחפות, העולה מן הראיות, היא ממשית ואינה אך בגדר אפשרות רחוקה תיאורטית'..." ע"פ 150/09 פלוני נ' מדינת ישראל (6.5.10), עמ' 18 לפסק-הדין "

לכך יש להוסיף כי אין עונשין, אלא אם כן מזהירין, וצריך להיות ברור מטיעוני המאשימה מה היא טוענת לעניין גובה הקנס המכסימלי, וכיצד היא מגיעה לכך, על-מנת שתהיה אפשרות לנאשם להגיב ולהתייחס כראוי לטיעוניה, לא רק בהתייחס לעצם ההרשעה, אלא גם בהיבט של גזר-הדין וגובה הקנס (או תקופת המאסר) שיוטלו על הנאשם לאחר הרשעתו.

ב-רע"פ 1057/08 מדינת-ישראל נ' מלכיאל (23/6/11), שהינו פסק-דין מנחה בעניין עבירת השימוש, ואשר הוזכר גם על-ידי בית-משפט קמא בגזר-הדין, נפסק מפורשות, ולא אחת, כי יש צורך בהוכחה כדבעי בבית-המשפט הדין את הנאשם, שהעבירה נמשכה לאחר הגשת כתב האישום, ושהימשכות העבירה מוכחת היטב מעבר לספק סביר, על-מנת שניתן יהיה להתייחס גם לתקופה לאחר הגשת כתב האישום, כתקופת שימוש.



וכך נפסק בעניין מלכיאל:

"אין פסול בכך שהתביעה תוכיח במשפט את התמשכות ביצוע העבירה, כל עוד המשך ההתנהגות העבריינית מוכח כדבעי במהלך המשפט ולנאשם ניתנת הזדמנות להתגונן ולהעלות טענותיו"
(עין סעיף 12 בפסק-הדין בעניין מלכיאל).

ובהמשך נפסק:

"אם תוכח הימשכותה של העבירה בזמן ההליך הפלילי מעל לכל ספק סביר, יהיה על בית-המשפט לתת לכך משקל בעת גזירת-דינו של הנאשם... שלב גזירת הדין הינו השלב בו ראוי לשקלל רובד זה בהימשכות העבירה, ובו ראוי להביא בחשבון, לצד יתר הנתונים הרלוונטיים, את משקלה האנטי-חברתי של העבירה, שהולך וכבה ככל שזו הולכת ותופחת"

(עין סעיף 13 לפסק-הדין בעניין מלכיאל)

בעניין מלכיאל נפסק, נוכח נוסח כתב האישום, כמו גם הראיות שהובאו, ועל-פיהם הוכיחה המאשימה שם כי הנאשם המשיך להפר צו שיפוטי במועדים מאוחרים לכתב האישום, כי יש מקום להתייחס להימשכות העבירה.

פסק-הדין אזכר את אותן עדויות רלוונטיות, המצביעות על הימשכות העבירה, וקבע כי בית-משפט רשאי להיזקק לעדויות, באשר להמשך ביצוע עבירה נמשכת, ככל שאלה מצביעות על הימשכות העבירה לאחר מועד הגשת כתב האישום.

פסק-הדין בעניין מלכיאל אף הדגיש כי ניתנה הזדמנות לנאשם להתגונן כראוי בפני טענה של הימשכות העבירה, לאחר הגשת כתב האישום.

בנסיבות אלה, המאשימה צריכה לטעון מפורשות בטיעוניה לעונש, בטרם גזר-הדין, כי היא מבקשת לגזור קנס על בסיס יומי לכל יום שבו העבירה נמשכת, תוך הפניה להוראות סעיף 61(ג) לחוק העונשין, לפרט מהי התקופה לגביה היא מבקשת לפסוק קנס נוסף על בסיס יומי, ולטעון ולהוכיח כי התמלאו תנאי הסף של הסעיף הרלוונטי בחוק התכנון והבניה, המאפשר גזירת קנס בהתאם לסעיף 61(ג).

בית-משפט אינו אמור לנחש, ואינו אמור להטיל ביוזמתו קנס לפי 61(ג) לחוק העונשין, אם המאשימה אינה מבקשת זאת מפורשות, ואינה מצביעה על התמלאות כל התנאים על-מנת להטיל קנס כזה.

רק לאחרונה נפסק מפי חברי, כב' השופט ג'השאן, ב-עפ"א 22525-11-18 אסעד סעדי ואח' נ' וועדה מקומית לתכנון לב הגליל (4/4/19), כי ספק בעיניו אם בית-משפט קמא היה מוסמך להטיל קנס יומי על המערערים שם, מקום בו לא הונחה לפניו תשתית המצדיקה הטלת קנס יומי.

בהקשר לכך, הפנה כב' השופט ג'השאן להוראות סעיף 204(א) ו-61(ג) לחוק התכנון והבניה, כנוסחו לפני תיקון 116, שזו לשונם:

"(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 מהוועדה 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 מהוועדה המקומית על אותה עבירה או לאחר הרשעתו"

אוסף ואצין כי קיימת החמרה בענישה בהתאם להוראות סעיף 234 לחוק הבניה, כנוסחו לאחר תיקון 116, כאשר בכל הקשור לשימוש אסור במקרקעין המפורטים ב-243(א), נקבעה ענישה של מאסר שנתיים או כפל קנס, האמור בסעיף 61(א)(4), כך שהמדובר בהעלאה משמעותית של רף הענישה. יחד עם זאת, גם בנוסח החוק, לאחר תיקון 116, נדרשת התראה בכתב על ביצוע העבירה על-מנת לפסוק קנס נוסף על כל יום של עבירה נמשכת או המצאה של צו מכוח חוק התכנון והבניה או הוכחת המשך העבירה לאחר הגשת כתב האישום. עולה מהאמור לעיל, כי גם לאחר תיקון 116 יש צורך בכך שהמאשימה תוכיח המצאת התראה לנאשם, או המצאת צו והמשך שימוש אסור במקרקעין לאחר המצאות אלה, או המשך שימוש אסור לאחר הגשת כתב האישום."

בנסיבות אלה, כאשר המאשימה/המשיבה לא טענה מפורשות לענין הטלת קנס נוסף לכל יום של עבירה בהתאם לסעיף 61(ג), לא הבהירה בהתייחס לאיזו תקופה היא מבקשת הטלת קנס זה, ולא הוכיחה בראיות כי אכן נעשה שימוש בסטיה מהיתר בהתייחס לכל התקופה לגביה היא טוענת (בשנים 2011-2019), אין מקום להטלת קנס המבוסס על הוראות סעיף 61(ג) לחוק על תקופה שלא הוכחה.

28. סעיף 61 לחוק העונשין, קובע קנס בשיעור 29,200 ₪ לעבירה שעונש המאסר עליה הינו למעלה מ-6 חודשים ולא יותר משנה, ועונש המאסר בהתאם לסעיף 204(ב), שהינו הסעיף שהמשיבה הפנתה אליו בכתב האישום, הינו של מאסר שנה, כך שהמאשימה היתה צריכה להבהיר בטיעוניה כיצד היא מגיעה לסכום קנס העומד בהוראות החוק, והדברים רלוונטיים אף לענין גובה ההתחייבות שהוטלה על המערערים 1 ו-2 שאינה יכולה להיות מעבר לסכום הקנס שניתן להטיל בשל העבירה שבה הורשע הנאשם, כמפורט בסעיף 72(ג) לחוק העונשין.

אדגיש, שמעבר לטענה סתמית של המשיבה במסגרת הטיעונים לעונש, כי במהלך כל התקופה שלאחר כתב-האישום שהוגש ב-4/4/11, ועד שנת 2019, נעשה שימוש בסטיה מהיתר, לא הובאו ראיות לכך, בוודאי לא ברור האם במהלך כל התקופה הנכס היה מושכר, האם היו חודשים שבהם הנכס לא היה מושכר, לאיזו מטרה היה מושכר הנכס, וכדומה, והמדובר בתקופה ארוכה של כ-8 שנים!!!

בית-משפט קמא בגזר-הדין לא התייחס כלל לשאלה האם הקנס אותו הטיל מתייחס לתקופת שימוש נמשכת כל שהיא, מעבר לאותו שימוש שנטען בכתב האישום והמתייחס לתאריך ספציפי, ושלגביו קיימת



הרשעה.

29. בגזר-הדין קיים שוני בין שיעור הקנס שהוטל על המערער 3 - 4,000 ₪, לשיעור הקנס שהוטל על המערערים 1 ו-2, כשההנמקה להבדל הינה היותם של המערערים 1 ו-2 "שחקנים חוזרים".

אין פירוט במסגרת הטיעונים לעונש לאיזה עבר פלילי של המערערים 1 ו-2 מתייחסת המשיבה ולכל היותר ניתן להיווכח ממכלול החומר שבתיק בית משפט קמא כי הוגשו כתבי אישום בהתייחס לשימוש שנעשה בנכסים נוספים באותו בנין בו נוהל הסושי-בר בעבר, וכי מחלק מהאישומים המערערים זוכו ובחלק מכתבי האישום המערערים 1 ו-2 הורשעו.

30. אין בגזר-הדין הנמקה והבאת פסיקה התומכת בטווח הענישה שנקבע.

בהקשר לכך אציין, כי אותו פסק-דין אליו הפנתה המשיבה - רע"פ 7338/14 אליהו שמעוני נ' **מדינת-ישראל** (24/2/15) אינו דומה כלל לענייננו.

בעניין שמעוני, הורשע מר שמעוני בעבירות של בניה ושימוש במקרקעין בלא היתר, בסטיה מתוכנית שחלה על המקרקעין, כאשר המדובר היה ביציקת משטח בטון, בשטח העולה על 100 מ"ר, בהצבת מכולה בשטח, בבניית תוספת מחסן, בהצבת שלט, בהנחת דק בשטח של כ-40 מ"ר, ובשימוש מסחרי כמסעדה בשטח שהשימוש המותר בו הינו למגורים.

עובדות אלה שונות מהותית מכתב האישום בענייננו, שעניינו שימוש בסטיה מהיתר, אין בו אישום של בניה ללא היתר, ואין בו אישום של סטיה מתוכנית מתאר, והמדובר בנכס שניתן היה להשתמש בו לצרכים מסחריים, אלא שההגבלה באותה עת בה הוגש כתב-האישום היתה בקיומו של היתר לחנויות, ולא היתר לבתי-אוכל.

יש כמובן הבדל, גם מבחינת הפקת רווחים כלכליים בין בניה ושימוש מסחרי, במקום שמיועד למגורים, לבין שימוש מסחרי לבית-אוכל במקום שימוש מסחרי לחנות שכונתית.

המדובר בהבדל מהותי בין המקרים, לרבות מידת הפגיעה באינטרס המוגן.

גם בפסק-דינו של בית-משפט לעניינים מקומיים, ב-בב"נ 66670-05-17, המצוי בתיק בית-משפט לעניינים מקומיים, ואשר ניתן להניח כי הוא פסק-הדין אליו הפנתה המשיבה בטיעוניה לעונש, המדובר היה בעבירה של בניה ללא היתר ושימוש חורג בשלושה מבנים בשטח של 95 מ"ר, ובבניית סככה בשטח של 54 מ"ר, כך שאין המדובר בעבירת שימוש בלבד, אלא גם בעבירת בניה ללא היתר, והמדובר בשטח גדול יותר מהשטח הרלוונטי לאישום בתיק זה.



שיעור הקנס על עבירה לפי 204(א) לחוק התכנון והבניה גבוה משיעור הקנס שניתן להטיל על עבירה לפי 204(ב), ומתחמי הענישה שפורטו באותו פסק-דין מתייחסים לבניה ללא היתר, במצורף לשימוש ללא היתר, וגם שם ניתן לראות מהדוגמאות שהובאו, כי כאשר המדובר היה בשטח בניה של עד 30 מ"ר, הקנסות היו נמוכים משמעותית.

31. מאידך גיסא, המערערים המציאו מספר גזרי-דין המתייחסים להטלת קנסות בשיעור שבין 1,000 ₪ ל-15,000 ₪, בהתייחס לשימוש ללא היתר.

ב-ת"פ 908/14 נפסק על-ידי בית-משפט לעניינים מקומיים חיפה על שימוש בסטיה מהיתר למקום שיועד למחסן, ושימש למסעדה ולעריכת אירועים, קנס של 15,000 ₪ (שם היה מדובר בשטח גדול משמעותית מאשר בעניינו - שטח של 551 מ"ר).

ב-ת"פ 234/11 פסק בית-משפט לעניינים מקומיים בחיפה קנס בשיעור של 1,000 ₪ לכל אחד מהנאשמים (הן בעלי הנכס והן השוכר), על שימוש בנכס לצרכי מספרה במקום שהיה מיועד למשרדים (המדובר היה בשימוש לשלושה חודשים).

ב-ת"פ 103/15 המדובר היה באישום בשימוש בסטיה מהיתר, כך שבמקום שיועד למבנה תעשייה השתמשו לצרכי פאב, אולם יש לציין כי באותו עניין נוסח כתב-האישום, ציין מפורשות כי עד למועד הגשתו לא הוצא היתר בניה, ונמשך השימוש בנכס מאז 15/10/13, דהיינו באותו מקרה דאגה המאשימה לציין מפורשות בכתב האישום את משך תקופת השימוש בסטיה מהיתר.

על הנאשמים הוטלו קנסות בשיעור 15,000 ₪ והתחייבות כספית בסך 25,000 ₪.

מהדוגמאות אותן הביאו המערערים, עולה בבירור כי מתחם הענישה בנוגע לשיעור הקנס המוטל בגין עבירת השימוש שיוחסה למערערים על שטח של כ-30 מ"ר למשך תקופה של פחות משנה, הינו נמוך משמעותית מהסכום שנפסק על-ידי בית-משפט קמא.

בנסיבות אלה, כאשר מתחם הענישה נמוך משמעותית, אין רלוונטיות לפסק-הדין שצורף על-ידי המשיבה בהודעתה מ-31/10/19, שכן אין בעניינו תוצאה עונשית סופית מוצדקת, שלא נומקה כראוי, כפי שהיה באותו ענין, אלא יש שיעור קנס החורג ממתחם הענישה המקובל, באופן משמעותי.

אדגיש, כי פסק-דינו של בית-משפט קמא אינו מתייחס למספר עבירות של שימוש בהתייחס למספר עסקים שנוהלו בלא היתר שימוש על-ידי המערערים, אלא לעסק ספציפי אחד, ובסופו של דבר ניתן על-ידי בית-משפט קמא מספר גזרי-דין בהתייחס למספר עסקים שנוהלו באותו מבנה, שכל אחד מהם



מתייחס לעסק ספציפי אחר, כך שבהקשר לגובה הקנס - יש לקבוע את מתחם הענישה לפי העבירה הספציפית בהתאם לכתב-האישום ובהתאם להכרעת-הדין, ורק בתוך מתחם הענישה ניתן לקחת בחשבון הרשעות קודמות בגין עבירות תכנון ובניה, ככל שאלה קיימות.

בית-משפט קמא לא גזר את עונש הקנס בשיעור 50,000 ₪ לכל אחד מהנאשמים 1 ו-2 על מכלול עבירת השימוש בנכסים שנעשה בהם שימוש לצרכי בתי-אוכל בתחום הבניין הרלוונטי, אלא נתן את גזר-הדין לכל עסק ועסק בנפרד, ועל כן אין מקום לקביעת מתחם ענישה, הכולל מספר אירועים (דהיינו, בית-משפט בהתייחס לאותה עבירה ספציפית צריך להתייחס למתחם הענישה לפי עקרון ההלימות ולבחון את מידת הפגיעה בערך החברתי המוגן, מדיניות הענישה הנוהגת ונסיבות ביצוע העבירה. ואין מדובר בענייננו במקרה עליו חל סעיף 40יג לחוק העונשין).

ע"נ גם ב-ע"פ 8641/12 מוחמד סעד נ' מדינת-ישראל (5/8/13).

32. לאור הפסיקה שפורטה לעיל, וכאשר לוקחים בחשבון שהמדובר בסטיה מהיתר ולא בסטיה מתכנית, בהתייחס לנכס בשטח של 30 מ"ר, ששימש כסושי-בר (שטח קטן), ותוך לקיחה בחשבון שתקופת השימוש שהוכחה הינה תקופה של פחות משנה (תקופה לא ארוכה), וכאשר המשתמש בפועל - המערער 3, חויב בקנס בשיעור 4,000 ₪, לא היה מקום לחייב בקנס בשיעור 50,000 ₪ כל אחד מהמערערים 1 ו-2, והמדובר בחריגה משמעותית ממתחם הענישה.

גם אם היה מקום להחמיר עם המערערים 1 ו-2 לעומת המערער 3, מאחר והם היו מודעים לפסקי-הדין שניתנו על-ידי בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט העליון בעתירה המנהלית ובערעור עליה, והיה ברור להם כי יש להגיש בקשה חדשה ומדויקת להיתר לשימוש חורג ספציפית לגבי בית-אוכל, הרי שהם עשו כן, אלא שלא המתינו להיתר סופי, דבר המצדיק החמרה בעונשם לעומת המערער 3, אולם בוודאי שלא בשיעור של למעלה מפי 10.

לכך מצטרפים הנתונים כי בבקשה חדשה להיתר שהוגשה על-ידי המערערת, לאחר פסק-דין של בית-המשפט העליון, הובהר על-ידי הוועדה כי אין מניעה להשתמש בנכס לצרכי בית-אוכל, בכל הקשור בקומת הקרקע של המבנה הבנוי, אלא שנדרשו מספר תנאים, ובהם תשלום היטל השבחה, וזה לא שולם על-ידי המערערת מנימוקים ענייניים, ומאחר והיא סברה כי אינה צריכה לשאת בתשלום כזה, ובסופו של יום הסתבר כי צדקה (ע"נ גם ב-בר"מ 2283/18 הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב נ' נכסי יד חרוצים בע"מ [1/1/19]).

יש להניח כי אלמלא אותה מחלוקת על היטל השבחה, היתה יכולה המערערת לקבל היתר לשימוש חורג בקומת הקרקע לצרכי בתי-אוכל שונים, עוד בשנת 2011 או בסמוך לכך.

מתחם הענישה, בהתאם לפסיקה המתייחסת למקרים דומים של שימוש לתקופה קצרה, בשטח קטן,



בסטיה מהיתר, אולם בהתאמה לתב"ע, נע בין 1,000 ₪ ל-20,000 ₪.

אשר על כן, הנני מפחיתה את שיעור הקנס שהוטל על המערערים 1 ו-2, ומעמידה את שיעור הקנס על סך של 10,000 ₪ לכל אחד מהמערערים 1 ו-2, או חודש מאסר תמורתו, וכן מפחיתה את שיעור ההתחייבות העצמית שהמערערים 1 ו-2 חויבו לחתום עליה, ומעמידה אותה על סך של 25,000 ₪ לכל אחד מהמערערים.

לא הוגש ערעור באשר לגזר-הדין בהתייחס למערער 3, וגזר דינו יעמוד בעינו.

33. באשר לצו הפסקת שימוש, ראשית אציין כי לפני בית-משפט קמא הובאו ראיות כי העסק של הסושי-בר נסגר 9 חודשים לאחר פתיחתו, דהיינו - הוא סגור משנת 2011.

לא הובאו ראיות באשר לשימוש שנעשה באותו מיקום פיזי של העסק מאז נסגר העסק של הסושי-בר, ובמשך 8 שנים.

לגבי השאלה מה בדיוק נעשה באותו שטח מקרקעין שבו נוהל בעבר בשנים 2010-2011 העסק של הסושי-בר, נכון למועד הטיעונים לעונש, היתה קיימת מחלוקת בין הצדדים במעמד הטיעונים לעונש, והעניין לא הוכח לפני בית-משפט קמא, וככל שהמדובר בעסק אחר או בחלק מעסק אחר או במקום המשמש לחניה או למחסן עבור עסק אחר (עניין בטיעוני ב"כ המערערים לעונש בעמ' 20 ש' 12-13 לפרוטוקול בית-משפט קמא), מן הראוי היה לצרף כצד את המשתמש הנוכחי באותו שטח, בטרם יינתן צו איסור שימוש.

לעניין זה, הנני מפנה, בין היתר, גם ל-רע"פ 10308/09 הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב נ' יוסף ספטון ואח' (19/1/12), שם נדון אמנם צו הריסה ולא צו איסור שימוש, ובהקשר אליו צוין כי:

"דומני שמן המעמד המפורש שהקנה המחוקק לצדדים שלישיים העלולים להיפגע מצו ההריסה בשלב הערעור - נובע גם שאם הועלתה בפני הערכאה הדיונית טענה לפיה הנכס נשוא צו ההריסה הועבר לצד שלישי- עליה לשמוע אותו בטרם יכריע אם ליתן את הצו..."

הדברים יפים בשינויים המחויבים, גם לענייננו, כאשר עולה בבירור מחומר הראיות שהיה לפני בית-משפט, כי עסק הסושי-בר שבגין הפעלתו הוגש כתב-האישום, נסגר עוד בשנת 2011, אין כל ראיות מה נעשה באותו שטח שבו הופעל העסק במהלך כל התקופה משנת 2011 ועד שנת 2019, והיתה מחלוקת בין הצדדים שלא נשמעו לגביה ראיות, ושלא הוכרעה, בכל הקשור בשאלה מה מתנהל בשטח זה בשנת 2019.

ככל שיש משתמש אחר בשטח זה, מן הראוי היה לשמוע אותו בטרם יינתן צו איסור שימוש.

אשר על כן, מתקבל הערעור בעניין זה, והצו מבטל. המשיבה רשאית כמובן לפעול בכל דרך חוקית העומדת לרשותה, ככל שכיום נעשה שימוש בסטיה מהיתר, באותו שטח מקרקעין, על-ידי משתמש אחר.

34. לסיכום - הערעור על הכרעת-הדין נדחה, והערעור על גזר-הדין מתקבל, כמפורט לעיל.

35. תיק הנייר של בית-משפט לעניינים מקומיים יוחזר על-ידי מזכירות בית-המשפט לבית-המשפט לעניינים מקומיים.

ניתן היום, ז' חשוון תש"פ, 05 נובמבר 2019, בהעדר הצדדים.