



עפ"א 41012/12/19 - הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה נגד אהן נכסים בע"מ, ח.פ., אבנר חדד, גיא אייל,

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 41012-12-19 ועדה לתכנון ובנייה חיפה מחוז חיפה נ' אהן נכסים בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט שמואל מנדלבוים
המערערת
הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה
ע"י ב"כ עו"ד שרה -חן כהן (דיין)

נגד
המשיבים
1. אהן נכסים בע"מ, ח.פ.
2. אבנר חדד,
3. גיא אייל,
ע"י ב"כ עו"ד מוראד ביקי

פסק דין

1. לפני ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה (כב' השופט ג'אדה בסול) מיום 3.11.2019 בתיק תו"ב 26554-11-18, שבו זיכה בית המשפט קמא את המשיבים מהעבירות שיוחסו להם בכתב האישום שהוגש כנגדם ע"י המערערת.

רקע עובדתי

2. כנגד המשיבים הוגש בשנת 2011 כתב אישום ובו יוחסו למשיבים עבירות של שימוש במקרקעין בסטייה מהיתר ואחריות לשימוש במקרקעין בסטייה מהיתר, עבירות לפי סעיפים 145(א)(2), 203(א), 204(ב), 208(א) ו-253 לחוק התכנון והבניה התשכ"ה-1965 (בנוסחו לפני תיקון 116) (להלן: "החוק").

3. על פי המפורט בכתב האישום, ביום 2.12.2010 נמצא שהמשיבים משתמשים ו/או אחראים לשימוש בסטייה מהיתר הבניה מס' 70073 (להלן: "ההיתר") בכך שבנכס נשוא ההיתר המצוי ברח' אח"י אילת 53 בקרית חיים (להלן: "הנכס") ואשר הותר בו שימוש על פי ההיתר ל"חנויות שכונתיות" בלבד, נעשה שימוש לצרכי גלידריה.

4. יוקדם ויצוין כי בהיתר שהוגש כמוצג בבית משפט קמא (ת/7) צוין: "השימוש יהיה לצורך חנויות שכונתיות בלבד, הואיל והתכנית לא מתירה עסקים מסחריים אחרים".

עמוד 1



5. עוד יוקדם ויצוין, כי לבית המשפט קמא הוגשה גם החלטת ועדת המשנה של המערערת מיום 8.1.2007 (ת/8) שם נידונה בדיון חוזר, בקשת המשיבה 1 להתיר, בין היתר, שימוש חורג בבנין בו מצוי הנכס (שכתובתו מצוינת כרח' חומה ומגדל 25), ובהחלטה אושר השימוש החורג המבוקש בכפוף לרישום הערה על המקרקעין בהם מצוי הנכס, בלשכת רישום המקרקעין ולפיה: **"החנויות שבמפלס קומת הקרקע תשמשנה לחנויות שכונתיות בלבד, לא לבתי קפה ולא למסעדות וכיו"ב, זאת על פי החלטת ועדת ערר מחוזית מיום 26.10.2006"**.
6. להשלמת התמונה יצוין, כי כנגד החלטת ועדת הערר מיום 26.10.2006 הנזכרת בהחלטת ועדת המשנה (ת/8), הוגשה עתירה מנהלית (עת"מ (חי') 4037/07 **אחן נכסים בע"מ נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה**) (2.10.2007), בה נטען ע"י המשיבה 1, כי על פי תכנית המתאר התקפה אין להגביל את השימוש המסחרי ולאסור פתיחת בתי קפה, מסעדות, פאבים וכדומה.
7. בית המשפט המחוזי (כב' השופט ר' סוקול) בחן את המצב התכנוני וקבע בתמצית כי התכנית הרלבנטית הינה תכנית A/2/62 אשר אינה כוללת הגדרה למונח "חנויות", ולפיכך בחן בית המשפט את הגדרת המונח בתכנית C-6 וקבע כי משתמע כי המונח "חנויות" כולל אך ורק חנויות המיועדות למסחר קמעונאי (retail trade) ומסעדות, בית קפה, פאבים וכדומה, אינם נכללים בהגדרת "מסחר קמעונאי" וכי המונח "קמעונאות" מתוחם לעסקים בהם נמכרים מוצרים לצריכה פרטית, כגון חנויות מכולת, הלבשה, הנעלה, ספרים וכדומה (סעיף 22 לפסק הדין).
8. בנוסף בחן בית המשפט טענות נוספות של העותרים לפיהן הגדרת המונח "חנויות", צריכה להיבחן בהתאם להוראות תכנית חפ/229, אך בית המשפט חזר על קביעתו לפיה התכנית הרלבנטית (A/62/2) **"התירה בנכס שימוש מסחרי לחנויות בלבד, ובלבד שחנויות אלו מותרות באזור מגורים B. התכנית לא התירה שימושים מסחריים שאינם חנויות, הואיל ומסעדות בתי קפה ופאבים אינם נכללים במונח חנויות, הרי שמתן היתה לשימוש כזה מהווה שימוש חורג לתכנית"** (סעיף 27 לפסק הדין) ובהתאם קבע בית המשפט המחוזי כי לא נפל פגם בהחלטת ועדת הערר שקבעה את המגבלה האמורה לעיל ביחס לאפשרות השימוש במקרקעין בהם מצוי הנכס לצרכים מסחריים.
9. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הגישה המשיבה 1 ערעור לבית המשפט העליון (עע"מ 9486/07), ובית המשפט העליון בפסק דינו שניתן ביום 10.12.09 מתח ביקורת נוקבת על התנהלות המשיבה 1, אשר לעמדתו פעלה שלא בתום לב כאשר הגישה בקשה לקבלת אישור לשימוש בבנין בו מצוי הנכס לצרכי "חנויות" בעוד שבפועל כוונתה היתה להפעיל בבנין מסעדות ופאבים.
10. בצד האמור קבע בית המשפט העליון כי המציאות התכנונית ביחס לשימוש המותר בבנין בו מצוי הנכס הינה מורכבת, במיוחד מאחר והתכנון הרלבנטיות הינן תכנון נוספות.... **מה גם שנדרשת בקיאות**



של פותרי כתב חידה כדי להבין את המכלול (פסקה כג), ולכן בסיכומי של דבר בצד חיוב המשיבה 1 בהוצאות ולמרות קביעותיו של בית המשפט המחוזי, ניתן היתר למשיבה 1 להגיש בקשה חדשה לוועדה המקומית ביחס לבניין בו מצוי הנכס, ונקבע כי הועדה המקומית תדון בבקשה מחדש מבלי שתהיה כבולה לקביעות ועדת הערר בהחלטה מיום 26.10.06 או לקביעות בית המשפט המחוזי בפסק הדין שניתן בעתירה לעיל, ובהקשר זה יצוין כי בית המשפט העליון הסתייג מקביעותיו של בית המשפט המחוזי באשר להגדרה המצמצמת למושג "חנויות" בתכניות הרלבנטיות.

11. להשלמת התמונה התכנונית אציין כי לבית המשפט קמא הוגשו גם אסופת החלטות בוועדות השונות, ועיון בהם העלה בין היתר כי ועדת המשנה של הועדה המקומית ולאחריה מליאת הועדה המקומית, אישרה במועד מאוחר יותר מהמועד הנטען בכתב האישום **"שימוש חורג מחנויות שכונתיות לעסקי מזון בשטח כולל של 400.73 מ"ר"** בקומה הראשונה של הבניין בו מצוי הנכס, תוך שהיא מציינת **"כי מדובר בשימוש התואם את התכנית החלה על המקום המאפשרת חזית מסחרית לרבות שימוש בתי אוכל..."** (עמ' 9 למוצג ת/9).

ההליך בבית המשפט קמא

12. כתב האישום נשוא ההליך, מבוסס על דו"ח גילוי עבירה (ת/1) שנערך על ידי המפקח אודלר ולדימיר (להלן: **"המפקח"**), אשר ביקר בנכס ביום 2.12.10 וציין כי הוא מצא כי בנכס משתמשים בסטייה מהיתר בכך שנעשה במקום **"שימוש חורג מחנות לעסק גלידריה בקומת הקרקע במידות של כ- 3.3 מ' X 10.0 מ'."**

13. במסגרת ראיות המערערת הוגשו גם תמונות שצולמו ע"י המפקח ביום 19.12.10 בחזית הנכס (נספח "ה" להודעת הערעור), וכן נערך על ידו ביום 13.2.12 (לאחר מועד הגשת כתב האישום) ביקור נוסף בנכס (מזכר שערך המפקח אודות הביקור הוגש בבית משפט קמא וסומן-ת/4) ובו צוין:

"ביקרתי במקום וראיתי שמשתמשים במקום לגלידריה בתוך החנות ראיתי כסאות ושולחנות. גם בחוץ שמים שולחנות וכסאות. בתוך חנות מוכרים קפה."

להשלמת התמונה יצוין כי במזכר ת/4 צוין כי מצורפת תמונה, ואולם המפקח הודה כי אינו מוצא את התמונה (עמ' 3 לפר' מיום 19.6.2017), וב"כ המערערת ציינה בדיון שנערך בפני: **"אם אין תמונה כנראה שהוגש ללא תמונה"**.

14. במסגרת ההליכים בבית המשפט קמא נשמעה עדות של המפקח ועדות זו עומדת במוקד הכרעת הדין, וכמו כן נשמעו עדויות המשיבים 2-3 והוגשו סיכומי הצדדים.



הכרעת הדין

15. בהכרעת הדין ציין בית המשפט קמא, כי הנכס מהווה חלק ממבנה בו יש מספר נכסים, ושבינו מתנהלים בין הצדדים מספר הליכים משפטיים.

16. כמו כן הקדים בית המשפט קמא וציין כי המערערת הקדישה חלק נכבד מטיעוניה ל"היסטוריה" התכנונית והמשפטית של הנכס, ולהליכים הנוספים שנערכו ביחס לנכס ואשר לטענתה מבססים את הקביעה שלפיה לא הותר בנכס שימוש לצרכי "בתי אוכל" וגלידריה הינה "בית אוכל", ובהתאם מדובר בשימוש בסטייה מהיתר, ואולם בית המשפט הדגיש כי אין בהליכים הנוספים שהתקיימו ביחס לנכס כדי להכריע את גורל ההליך הנוכחי "ועל המאשימה מוטלת החובה לבסס את העובדות שבבסיס כתב האישום, ברמת ההוכחה הדרושה בהליך פלילי".

17. בהמשך סקר בית המשפט קמא, את ההליכים הקודמים שהתנהלו בין הצדדים במסגרתם נמתחה כאמור ביקורת קשה על התנהלות המשיבה 1, אשר ביקשה לקבל היתר לשימוש חורג עבור "חניויות" כאשר בפועל כוונתה היתה להפעלת מסעדות ובתי קפה בקומה התחתונה במבנה בו מצוי הנכס, ובסיכום הסקירה קבע בית המשפט קמא כי: **"...ההיתר שניתן לשימוש חורג ברור ואינו מותר מקום לטעות, שלא ניתן לנהל עסק של בית אוכל בנכס הספציפי דנן"** (סעיף 28 להכרעת הדין).

18. לאחר קביעות אלו התייחס בית המשפט קמא באריכות לעדותו של המפקח שהיה העד היחיד מטעם המערערת והתייחס לכך שהמפקח לא ערך צילומים של הנכס במועד הביקור בנכס המצוין בכתב האישום אלא רק ביום 19.12.2010, מועד שאינו מצוין בדו"ח גילוי העבירה.

19. כמו כן הפנה בית המשפט קמא לעדותו של המפקח אשר תאר את ממצאי ביקורו בנכס, וכן אישר כי נשלח ע"י הממונים עליו על מנת לערוך ביקורת בנכס, וכן אישר בעדותו כשנשאל מהי הגדרת "חנות שכונתית" כי **"לאחרונה התחלתי לשאול מה זה חנות שכונתית ברישוי עסקים ולא קיבלתי תשובה"** (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 19.6.17).

20. עוד ציין בית המשפט קמא כי **"העד השיב בחקירתו הנגדית כי הוא לא נכנס אל פנים העסק, לא דיבר עם מאן דהוא מהעובדים או גורם כלשהו מטעם העסק, הוא לא ביצע כל צילומים של פנים העסק..."** (פסקה 41 להכרעת הדין) ובנוסף הפנה בית המשפט קמא לעדותו של המפקח ביחס לכיסאות ושולחנות המצויים בחזית הנכס, והמופיעים בתמונות שצילם המפקח ביום 19.12.10 שבה אישר המפקח בין היתר **"...יכול להיות שהשולחנות בחוץ שרואים בתמונות מ- 19/12/10 שייכים לחנות שליד..."**

21. לאור כל האמור קבע בית המשפט קמא כי המפקח **"לא ביצע פעולות טריוויאליות פשוטות**



במהותן שהיה בהן כדי להביא בפני בית המשפט תמונה ברורה ומלאה אודות מהות הפעילות הקיימת במקום, כדי שניתן יהיה לקבוע האם אכן עסקינן בפעילות התואמת את השימוש המותר או שמא מדובר בפעילות המהווה שימוש בסטייה מההיתר הקיים, ובכך לבסס בצורה מספקת את העובדות הנטענות בכתב האישום ולבסס את הרשעת הנאשמים..." (פסקה 47 להכרעת הדין), ובית המשפט ציין את כל הפרטים המהותיים שאליהם לא ניתנה התייחסות המפקח כגון: האם בנכס בוצעו פעולות ייצור מזון, האם הוגש מזון ויועדו מקומות לשיבה ועוד'.

22. בהמשך קבע בית המשפט קמא כי עדותו של המפקח "היתה רחוקה מלהיות מושלמת, ודי בעייתית" (פסקה 47 להכרעת הדין), וכי הוא העביר תמונה עובדתית חסרה מאוד אשר אין בה די כדי לבסס את טיעוני המערער.

23. עוד קבע בית המשפט קמא כי "לא ניתן להשתחרר מתחושת חוסר הנוחות למשמע עדות המפקח המהוססת והלקונית, כאשר ניכר כי הנ"ל ביצע את המטלה שהוטלה עליו באופן "חפיפניקי" ללא הקדשת תשומת לב למה שנדרש ממנו, במיוחד עת בהסתמך על עדותו מבקשת המאשימה להרשיע נאשמים בפלילים" (פסקה 53 להכרעת הדין).

24. בית המשפט קמא סקר גם את עדויות המשיבים ובתוכם עדות המשיב 3 - שוכר הנכס, אשר הכחיש כי עסק בייצור גלידה, טען כי לא היו בעסק כסאות ושולחנות לשירות לקוחות העסק וביחס לשולחנות והכיסאות שהיו מצויים מחוץ לנכס טען כי "זה בכלל לא בצד שלי..." (עמ' 9 לפרוטוקול מיום 10.5.18).

25. לאור כל האמור קבע בית המשפט קמא כי לא ניתן לקבוע כי הוכח שבעסק נוהלה פעילות של "בית אוכל" ואמנם עלה מעדותו של המשיב 3 כי "ניתן לראות קיומם של אלמנטים של מכירת מזון בעסק..." אך לא די בראיות שהוצגו בפני בית המשפט כדי לבסס טיעון של פעילות "בית אוכל" החורגת מההיתר שניתן, והעובדות שבסיס כתב האישום לא הוכחו ברמת ההוכחה של מעבר לכל ספק סביר, ולפיכך זיכה בית המשפט קמא את המשיבים מהעבירות שיוחסו להם בכתב האישום.

טיעוני המערער

26. בהודעת הערעור נטען כי בית המשפט קמא טעה בקביעתו לפיה המפקח לא ביקר בתוך הנכס וכי מעדותו עלה כי הוא העיד על מה שקורה גם בתוך הנכס, והעובדה שלא צולמו תמונות על ידו אינה צריכה לפגום בעדותו, וכן נטען כי עדות המפקח היתה מהימנה ואף בית המשפט קמא סמך על עדות המפקח אשר ערך שלוש ביקורות בנכס, בחן את הפעילות הקיימת במקום וקבע כי במקום מתנהלת פעילות של גלידריה.

27. לאור עדות המפקח נטען כי ניתן לקבוע מעבר לכל ספק סביר כי בנכס נוהל "בית אוכל" ובהתאם בית



המשפט היה מחוייב לקבוע כי הפעילות בנכס איננה נכנסת לגדר "חנות שכונתית".

28. כמו כן נטען כי די בעדות המשיב 3 עצמו, כדי לבסס הרשעה מאחר ובית אוכל משמעותו עסק לממכר מזון, בדומה לדוכן פלאפל, מזנון לממכר כריכים וכיו"ב, וזאת גם אם יתקבלו טענות המשיבים לפיהן לא היתה פעילות ייצור גלידה בנכס, ולא היתה אפשרות ישיבה ללקוחות העסק בנכס.

29. בעניין זה הפנתה המערערת להגדרת "בית אוכל" **בחק ההגנה על בריאות הציבור (מזון) תשע"ו - 2015 ובצו רישוי עסקים (עסקים טעוני רישוי) תשע"ג - 2013** פריט 4.2 מהם עולה כי כל מקום בו מוגש מזון לצריכה מיידית, נכנס לגדר "בית אוכל".

30. בנוסף נטען כי משקבע בית המשפט קמא כי מותר לנהל במקום רק חנות שכונתית עבר הנטל למשיבים להראות כי בנכס נוהל עסק שהינו בגדר "חנות שכונתית".

31. בדיון שהתקיים בפניי אישרה ב"כ המערערת כי התב"ע הרלוונטית מאשרת שימוש בנכסים ל"בתי אוכל" אך טענה כי בהיתר צוין "חנויות שכונתיות בלבד" ובהתאם ברגע שבעסק מוכרים אוכל מוכן לאכילה במקום, אזי מדובר "בבית אוכל" שהפעלתו אינה מותרת על פי ההיתר.

32. יצוין כי חזרתי ושאלתי את ב"כ המערערת היכן בהיתר נקבע באופן גורף כי לא ניתן לקיים "בית אוכל" כלשהו בנכס, או היכן נקבע שהגדרת "חנויות שכונתיות" שוללת באופן גורף כל בית אוכל מכל סוג שהוא ונטען בפני כי קיימת פסיקה ענפה בעניין והופנית לעת"מ 1356-10-19, וכן נטען כי תועבר לעיוני פסיקה בתיקים אחרים אך בהחלטה שניתנה על ידי קבעתי כי מאחר ואין מדובר בפסיקה של בתי משפט מחוזיים או בית המשפט העליון, אינני נדרש לפסיקה זו.

33. בנוסף נטען כי משנקבע בהיתר "חנות שכונתית" אזי עפ"י הכלל הידוע "שמה שלא הותר במפורש, אסור. לא רק בתב"ע אלא גם מה שלא הותר במפורש בהיתר, אסור", הנטל הוא על המשיבים להוכיח כי הגלדריה הינה בגדר חנות שכונתית.

טיעוני המשיבים

34. ב"כ המשיבים בטיעוניו עמד על הפגמים בהתנהלותו ובעדותו של המפקח אשר ביקר במקום בעת שהחנויות בנכס היו סגורות, לא צילם את פנים העסק, לא חקר באופן יסודי את המצב העובדתי ולמעשה פעל רק עפ"י הנחית הממונים עליו להגשת דו"ח ואף הודה כי לו עצמו לא ברורה ההגדרה של "חנות שכונתית".



35. בנוסף נטען לפסיקה בה זוכה נאשם בנסיבות דומות של עסק למכירת סנדוויצ'ים, ונקבע כי מדובר "בחנות שכונתית" וכן הודגש כי המושג של "חנות שכונתית" אינו **קיים בחוק התכנון והבנייה** אלא אך ורק אצל עיריית חיפה.

36. בנוסף נטען כי המשיבים 1-2 ניהלו מאבק משפטי בעניין היטל ההשבחה וזכו בו מהטעם שהתב"ע הרלבנטית מאפשרת הפעלת בתי אוכל בבנין בו מצוי הנכס.

37. בנוסף נטען כי ההגדרה בצו רישוי עסקים אינה נכונה לעניין תכנון ובנייה, שבו לצורך הגדרת "בית אוכל" נדרש "הכנה והגשה".

38. בנוסף נטען כי המערערת לא הביאה עדים לסתור את טענת המשיב 3 אשר העיד כי בטרם החל בהפעלת העסק של הגלידריה פנה למחלקת רישוי עסקים ושם נמסר לו כי אין מניעה להפעיל את עסקו, וחזקה על צד שאינו מביא עד שבשליטתו, שעדות עד זה היתה לרעתו, וכמו כן חזר ב"כ המשיבים על הקביעה לפיה בית משפט של ערעור לא יתערב בקביעות עובדתיות וממצאי מהימנות של הערכאה הדיונית.

דין והכרעה

39. **לאחר שעיינתי בכל טיעוני הצדדים הגעתי למסקנה כי דין הערעור להידחות.**

40. כפי שנקבע לא אחת: "כחוט השני שזור בפסיקתו של בית משפט זה הכלל, לפיו ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בממצאי מהימנות ועובדה, אשר נקבעו על ידי הערכאה הדיונית. הטעם להלכה מושרשת זו נעוץ בעובדה, כי ערכאת הערעור אינה שומעת את העדים המופיעים בפני הערכאה הדיונית, ומשום כך היא חסרה את הכלים לעמוד, באופן בלתי אמצעי, על מידת מהימנותם, ובהתאם לכך לקבוע את התשתית העובדתית על פי עדותם" (ע"פ 5569/12 אמיר אבו שמאלה נ' מדינת ישראל (24.7.13), עמ' 9 לפסק הדין).

לעקרון האמור לעיל נקבעו מספר חריגים ובכלל זה התערבות בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית המבוססות אך ורק על מסמכים בכתב, התערבות בקביעות המבוססות על מסקנות מסתברות שהסיק בית המשפט מעובדות שנשמעו בפניו, או כאשר מוצגות לערכאת הערעור עובדות ממשיות לפיהן לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שאותם קבעה ועוד' (ראו ע"פ 420/09 **פלוני נ' מדינת ישראל** (23.11.09, פסקה 67) ואולם לא מצאתי במקרה שלפנינו כי התקיימו החריגים האמורים ובהתאם אין בכוונתי להתערב בקביעותיה העובדתיות של בית המשפט קמא.

41. לעמדת, קביעות העקרוניות של בית המשפט קמא שלפיה המפקח שהיה העד היחידי מטעם



המערערות, לא הניח תשתית עובדתית ראויה בפניו , נתמכת היטב בחומר הראיות אשר היה בפני בית המשפט קמא.

42. עיון בכתב האישום מעלה כי העבירה אשר יוחסה למשיבים הייתה כי בתאריך ספציפי - 2.12.10 עשו שימוש בנכס לצרכי גלידריה במקום המותר לשימוש על פי ההיתר רק ל"חנויות שכונתיות", אלא שעיון בעדותו של המפקח ובראיות שהובאו על ידו , מעלה כי חלק נכבד מהם התייחס בכלל לתאריכים אחרים, וביחס לתאריך המצוין בכתב האישום הונחה על ידי המפקח בפני בית המשפט קמא תשתית עובדתית דלה ביותר.

43. כך בחר המפקח ללא כל הצדקה או הסבר מתקבל על הדעת , להימנע מעריכת צילומים בעת ביקורו בנכס ביום 2.12.2010 , ובדו"ח גילוי העבירה (ת/1) שנערך במועד האמור , למעט ה"כותרת" - "גלידריה" אין כל פירוט של המפקח ביחס לפעילות אותה ראה בביקורו בנכס, והמפקח גם אישר כי לא ערך בירור כלשהו עם מפעיל העסק בנכס באשר לפעילות המבוצעת על ידו.

44. ויודגש כי המפקח ניסה להשלים את התשתית הראייתית החסרה באמצעות צילומים שצולמו על ידו ביום 19.12.2010 , אלא שצילומים אלו אינם יכולים לבסס את ביצוע העבירה ביום 2.12.2010 , ואף אין בהם כדי לשמש ראיה להפעלת הגלידריה בנכס , לאור העובדה כי הצילומים נעשו בעת שהעסק המופעל בנכס היה סגור.

45. אותם הדברים נכונים ביחס למזכר שהוגש על ידי המפקח והמתייחס לביקור שערך בנכס בשנת 2012 (ת/4), לאחר שהוגש כתב האישום, שבו קיים פירוט חלקי של ממצאי המפקח אלא שגם כאן ולמרות שבמזכר צוין כי מצורפת תמונה, בפועל התברר כי זו אינה קיימת.

זאת ועוד , עיון בפרוטקול עדותו של המפקח מעלה כי לא ברור כלל האם דבריו לפיהם "בחנות מוכרים גלידה ויושבים שם ואוכלים" מתייחסים לביקורו בשנת 2012 שנערך כאמור לאחר הגשת כתב האישום, או לביקורו בתאריך נשוא כתב האישום.

46. בנסיבות אלו לא מצאתי כל עילה להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא כי עדותו של המפקח בעייתית, וכי הלה ביצע את תפקידו בצורה רשלנית ("חפיפניקית" כדברי בית המשפט קמא), ולא נקט בפעולות מינימליות המתבקשות לצורך הבאת תשתית עובדתית ראויה בפני בית המשפט , כגון צילומים של חלקו הפנימי של הנכס , או צילומים של הנכס בזמן פעילותו , או עריכת בירור ומתן פירוט של אופי הפעילות העסקית המבוצעת בנכס ומהן הפעולות המבוצעות על ידי מפעיל הנכס (כגון: האם נעשה ייצור מזון בנכס, האם מבוצעות פעולות בישול , חימום ועוד').

47. כנגד עדותו הפגומה של המפקח עמדתה עדותם של המשיבים ובכלל זה המשיב 3 , אשר הכחיש קיומם של כסאות ושולחנות בתוך הנכס המיועדים ללקוחות , וטען כי הכסאות הנראים מחוץ לעסק



בתמונות מיום 19.12.2010, אינם שייכים לנכס, וכן טען כי לא מבוצעת על ידו פעילות ייצור כלשהי בנכס אלא רק מכירה של גלידה מוכנה ללקוחות שאינם יכולים לשבת בנכס, אלא נוטלים את הגלידה וממשיכים לדרכם ולטענתו "אנשים גם יכלו לשבת בתחנת האוטובוס ולאכול גלידה".

בהקשר זה יצוין כי גם המפקח אישר כאמור בחקירתו כי ייתכן שהשולחנות והכסאות המופיעים בצילומים שייכים לנכס אחר.

48. לאור כל האמור לעיל, אני סבור כי אין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא לפיה אין בעדותו של המפקח שהינה כאמור עדות יחידה, כדי להוכיח מעבר לכל ספק סביר את הנטען בכתב האישום זאת בנסיבות בהן בשל מחדלי המפקח לא ברור כלל מה בדיוק ראה המפקח בתאריך המצוין בכתב האישום 2.12.10, ומה בדיוק הייתה הפעילות שבוצעה בתאריך האמור בנכס, ובהתאם לא ניתן לבחון האם פעילות זו תואמת את ההיתר או לא.

49. באופן קונקרטי אני סבור כי לא עלה בידי המערערת להוכיח ברמה הנדרשת כי בנכס נוהלה פעילות ייצור או הכנה כלשהי הכרוכה בבישול, חימום, וכיוב' של מוצרי מזון כלשהם, או כי לקוחות הנכס יכלו לשבת בתוכו ולאכול את הגלידה שנקנתה על ידם או כי היו כסאות ושולחנות בחזיתו שיועדו ללקוחות העסק.

50. אלא שבשונה מבית המשפט קמא, אינני סבור כי די באמור לעיל כדי להביא לזיכוי המשיבים ועדיין נדרש דיון בטענת המערערת שלפיה די בעובדות הבסיסיות שבהן הודה המשיב 3, דהיינו כי בנכס התקיימה פעילות של מכירת גלידה מוכנה, ללקוחות שנטלו את הגלידה והמשיכו לדרכם, כדי לבסס במידה הנדרשת את הטענה בדבר ביצוע עבירה של שימוש במקרקעין בסטייה מהיתר, מאחר ודי בעובדות אלו כדי לקבוע כי השימוש שנעשה בנכס במועד הרלבנטי אינו שימוש מותר של "חנות שכונתית", ומהווה בהתאם שימוש בנכס בסטייה מההיתר.

האם הוכח במידה הנדרשת כי בנכס נעשה שימוש בניגוד לתנאי ההיתר

51. המערערת מבקשת כאמור להרשיע את המשיבים בעבירות שיוחסו להם בכתב האישום, וכפי שנקבע בסעיף 34(א) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן-"חוק העונשין"), נאשם יורשע בדיון רק אם הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר.

באשר למהותו של ה"ספק הסביר" כבר נקבע לא אחת... ספק סביר מתקיים כאשר ניתן להסיק מהראיות מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם שהסתברותה אינה אפסית אלא ממשית (ע"פ 6295/05 אלי וקנין נ' מדינת ישראל (25.1.07, פסקה 49)).

52. לעמדת, לאור התשתית הראייתית לעיל, קיים ספק סביר בשאלה האם השימוש שנעשה בנכס לצרכי גלידריה, בהתאם לקביעותי לעיל, דהיינו רק פעילות של מכירת גלידה מוכנה ללא מתן אפשרות



שיבה ללקוחות הנכס, מהווה סטיה מהיתר .

53. את מסקנתי זו אני מבסס על בחינת "ההיסטוריה" התכנונית אשר הובילה למגבלה הקבועה בהיתר לפיה ניתן להפעיל בנכס רק "חניות שכונתיות", ואקדים ואדגיש כי אינני מקבל את טענת המערערת שלפיה ההגבלה של "חניות שכונתיות בלבד" משמעותה היא איסור גורף על קיום כל עסק של מכירת מזון ללקוחות המיועד לאכילה מיידית.

54. כעולה מכלל המסמכים שהוצגו בפני, מקורו של המונח "חניות שכונתיות" הינו בהחלטת ועדת הערר המחוזית מיום 26.10.06 אשר קבעה בהחלטתה כי "...כמו כן **אנו סבורים כי יש לקבוע תנאי מפורש בהיתר , לפיו השימוש יהיה לצורך חניות שכונתיות בלבד, זאת הואיל והתכנית לא מתירה עסקים אחרים...**" (סעיף 42 להחלטת ועדת הערר).

55. ויודגש כי בהחלטה האמורה דנה ועדת הערר בטענות העוררים שם כנגד התרת שימוש בקומה התחתונה של המבנה בו מצוי הנכס לחניות , ובסעיף 2 להחלטה פירטה ועדת הערר את טיעוני העוררים לפיהם התוכנית החלה על המקרקעין בהם מצוי הבנין אינם מאפשרים את הקמת מבנה מסחרי , וכי שינוי הייעוד בבנין יגרום למטרדי רעש , לכלוך, מצוקת חנייה ופגיעה בערך הדירות וכן טענות לפיהן הבניה המבוצעת בפועל מעוררת חשד שמא יעשה שימוש בחניות לצורך מסעדות ובתי קפה הפועלים בשעות מאוחרות ומהווים מטרד חמור במיוחד , וכן נטען כנגד מתן אישור שימוש בחצר הבנין לצרכי חניה בשל המטרד הבריאותי ומפגע הרעש הנוצר עקב כך , וכן נטען לחוסר שטחי חנייה.

56. ועדת הערר דחתה כעקרון את טענות העוררים וקבעה כי לאור המצב התכנוני הקיים "...**אין אפשרות לקבל את הטענות הנוטעות לגבי המטרדים הנוצרים עקב השימוש במקום , לשימוש של חניות**" (סעיף 37 להחלטה).

57. עם זאת ועל רקע טענות העוררים למפגעים ומטרדים ומצוקת חניה קבעה ועדת הערר כי "**השימוש המסחרי המותר הוא חניות בלבד. אין המדובר במסעדות, בתי קפה וכיו"ב...**" (סעיף 40 להחלטה) ובהתאם קבעה הועדה את התנאי האמור לעיל בהיתר.

58. החלטת ועדת הערר אומצה בהחלטת ועדת המשנה מיום 8.1.2007 אשר הורתה כאמור על רישום הערה בלשכת רישום מקרקעין לפיה "**החניות שבמפלס קומת הקרקע תשמשנה לחניות שכונתיות בלבד , לא לבתי קפה ולא למסעדות וכיו"ב , זאת על פי החלטת ועדת ערר מחוזית מיום 26.10.06 , ובהמשך נקבעה גם בהיתר ההגבלה לפיה השימוש המותר הוא לחניות שכונתיות בלבד.**"

59. מכל האמור לעיל עולה כי תכלית המגבלה של "חניות שכונתיות" והרציונאל העומד בבסיסה הוא



הצורך והרצון לאפשר מחד שימוש מסחרי לצרכי חנויות בקומת הקרקע בבנין בו מצוי הנכס , **זאת בהתאם לשימוש המותר על פי התוכנית החלה במקום**, ומאידך להגן על זכויות השכנים לבנין בכך שלא ייווצרו מפגעי רעש, לכלוך ומצוקת חניה הנובעים מפעילותם של עסקים דוגמת מסעדות ובתי קפה.

60. לפיכך , בבואנו לבחון את השאלה האם ההיתר אוסר על הפעלת גלידריה בנכס , עלינו לבחון , האם עסק כאמור דומה באופיו ובאופן פעולתו למסעדות ובתי קפה וכיו"ב , ובמילים אחרות האם פעילות הגלידריה יוצרת מפגעים דוגמת המפגעים שאת קיומם ביקשה ועדת הערר למנוע במגבלה שנקבעה על ידה , או שמא פעילות הגלידריה , אינה יוצרת מפגעים כאמור , והיא דומה באופיה ל"סתם" חנות שכונתית אחרת המוכרת מוצרים אחרים לקהל הרחב , שפעילותה הותרה בהיתר.

61. ויודגש כי האמור לעיל , נטען מפורשות אף על ידי ב"כ המערערת עצמה אשר הבהירה בסיכומיה בבית המשפט קמא כי:

62. מכל מקום , יישום העקרונות לעיל על המקרה שלפנינו מצביע לעמדתנו על כך שלא התקיימו ביחס לגלידריה אותן הנמקות המצדיקות הכללתה ביחד עם מסעדות ובתי קפה שלגביהם נקבע בהחלטת ועדת הערר ולאחר מכן על ידי ועדת המשנה כי הם אינם בגדר "חנויות שכונתיות" ובהתאם הפעלתם אסורה על פי ההיתר.

63. כאמור לעיל, לא הוכח ביחס לגלידריה כי מבוצעות בה פעילויות הכנה , ו/או ייצור של הגלידות הכרוכות בפעולות בישול , טיגון , חימום וכל כיו"ב , פעולות האופייניות לבתי קפה ומסעדות וממילא לא הוכח קיומם של מפגעי רעש , לכלוך , ריחות וכיו"ב כתוצאה מפעילות הגלידריה.

64. זאת ועוד, לאור הקביעה שלפיה לא הוכח כי קיימת אפשרות לשיבת לקוחות בנכס או בחזיתו, ממילא גם לא הוכח כי הפעלת הגלידריה גורמת לעומס או לצורך מוגבר בחנייה , בשונה מכל חנות שכונתית אחרת שפוקדים אותה לקוחות , זאת בשונה מפעילות מסעדה ובתי קפה המחייבת מקומות חניה ללקוחותיהם אשר יושבים בהם .(וראו בענין הצורך המוגבר בחניה דווקא במסעדות ובתי קפה , אשר גורם לכך שהללו לא נכללים בגדר "מסחר שכונתי" בעת"מ 1356-10-19 **פתחי ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון מבוא העמקים** (17.11.19 , פסקה 36).

65. כמו כן לא הוכח ולא הובאו על ידי המערערת נתונים כלשהם באשר לשעות ההפעלה של הגלידריה וממילא לא הוכח כי הגלידריה פועל בשעות מאוחרות יותר מאשר כל חנות שכונתית אחרת הפועלת בהיתר בבנין בו מצוי הנכס.

66. לאור כל האמור מסקנתי היא כי לא הוכח ובוודאי שלא ברמה של מעבר לכל ספק סביר כי התקיימו



בגלדירה אותם מאפיינים המצדיקים הוצאתה מגדר "חנות שכונתית" והשוואתה לבתי קפה ומסעדות, זאת בשם לב לרציונאל העומד כאמור בבסיס הגדרתה של "חנות שכונתית" מלכתחילה, ולא מצאתי ביסוס או אסמכתא לטענתה של המערערת שלפיה הגדרת "חנות שכונתית" שוללת כל מכירה של מזון לצריכה מיידית.

67. לכל היותר ניתן לעמדת לקבוע כי במקרה זה קיים ספק בשאלה הפרשנית האם פעילותה של גלדירה (כפי שהוכחה במקרה שלפנינו) מאפשרת לראותה כ"חנות שכונתית", ובמקרה כזה אני סבור כי המשיבים זכאים להסתמך על הוראות סעיף 34כא' **לחוק העונשין הקובע כי "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין"**.

68. כפי שנקבע לא אחת...**משניתן היתר הבנייה לנכס מסוים רואים בו דיני התכנון והבנייה כהסדר ממצה לענין השימושים המותרים בנכס ואוסרים על כל שימוש אחר בו, גם אם שימוש זה הותר מלכתחילה בתכנית...** (בר"מ 991/16 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' בית ארלוזורוב חברה בע"מ (5.8.18, פסקה 23)), לפיכך במקרה שלפנינו הוראות היתר הבנייה הן ה"דין" שפרשנותו נדרשת לצורך שאלת הרשעת המשיבים, ומשנמצא כי גם האפשרות הפרשנית של המושג "חנות שכונתית" ככולל גם גלדירה, עולה בקנה אחד עם תכליתה של ההגבלה ל"חנויות שכונתיות" שנקבעה בהיתר, זכאים המשיבים להנות מן הספק, מכח הוראות סעיף 34כא' האמור לעיל, הנגזר מעיקרון החוקיות בדין הפלילי הקובע שאין מטילים אחריות פלילית על אדם בלא שיסודות העבירה והעונש הצפוי בגינה נקבעו בחוק או על פיו.

בהתאם יש לקבוע כי לא הוכחה במקרה זה אשמתם של המשיבים כנדרש בהליך הפלילי. (וראו בענין זה עפ"א (מחוזי מרכז) 14234-08-09 **יעקב פוזננסקי נ' מ.יו.ח לתכנון ובניה מרכז רמלה** (25.5.11)).

69. לקראת סיום אתייחס לטענתה של המערערת שלפיה הכלל בדיני התכנון והבנייה הינו כי **"מה שלא הותר במפורש הוא למעשה אסור"** (ראו ע"מ 1446/06 **הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה נ' השתתפויות בנכסים בישראל בע"מ** (21.9.10, פסקה 12)), ולפיכך כך נטען משלא הותר מפורשות להפעיל גלדירה בנכס הרי שהפעלה זו אסורה על פי ההיתר.

איני מקבל טענה זו מהטעם שהכלל האמור נכון וראוי במקום בו ברור מה הותר **"במפורש"**, ובמקרה כזה אכן כל מה שלא הותר - אסור. אלא שבמקרה שלפנינו קיימת שאלה פרשנית מה בדיוק הותר במסגרת "חנויות שכונתיות" ובמקרה כזה ובמיוחד כאשר עסקין בהליך פלילי לא ניתן לקבוע כי אשמתו של נאשם הוכחה כנדרש, מעבר לכל ספק סביר, רק מהטעם שלא נקבע במפורש שהגדרת "חנות שכונתית" כוללת גם גלדירה, אלא יחול הכלל האמור לעיל שלפיו נאשם בפלילים המצביע על פרשנות סבירה של הגדרת "חנות שכונתית" התואמת את תכליתה והמאפשרת הכללת גלדירה, יהיה זכאי להגנת הספק ולאי הרשעתו.



70. סוף דבר, לאור כל האמור, לא מצאתי עילה להתערב בזיכוי המשיבים מהמיוחס להם בכתב האישום כפי שקבע בית המשפט קמא ובהתאם הערעור נדחה.

ניתנה היום, ז' תמוז תש"פ, 29 יוני 2020, בהעדר הצדדים.