

עפ"א 43765/02/21 - הוועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה נגד שיטת הגן של איתי בע"מ, ח"פ, איתי רוזנבליט,, נכסים ח. ו.ג. בע"מ ח"פ

בית המשפט המחוזי בחיפה שבתו כבית-משפט לעערורים פליליים

עפ"א 43765-02-21 ועדת לתכנון ובניה חיפה מחוז חיפה נ' שיטת הגן של איתי בע"מ
ואח'

בפני כבוד השופטת תמר שרון נתנהל

הוועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה
באמצעות השירות המשפטי בעיריית חיפה
ע"י ב"כ עוה"ד כרמית כורה /או עו"ד מור בירביר ואח'

נגד

המשיבים:

1. שיטת הגן של איתי בע"מ, ח"פ
2. איתי רוזנבליט,
ע"י ב"כ עוה"ד אבי קלינגהופר
3. נכסים ח. ו.ג. בע"מ ח"פ
ע"י ב"כ עוה"ד שי פינקלשטיין ואח'

ערעור על החלטת בית משפט לעניינים מקומיים (כב' השופטת ג'אדה בסול) בתיק תו"ב 69990-03-16 מ-21/1/2011.

פסק דין

1. לפני ערעור המאשימה - הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה (להלן: "המערעת"), על זכויות של המשיבים, אשר הושמו בבית משפט קמא (לאחר תיקון כתוב האישום) בעבירות [לפני כניסה לתקן מס' 116 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה- 1965, (להלן: "החוק")], של **שימוש במרקען בסטיה מתכנית וכן בסטיה מהיתר**, לפי הוראות סעיפים 204(ב), 208(א)(3)(7)(8) ו- 253 לחוק.

2. המשיבים הושמו בכרך, שבકורתה הקרווע של נכס (להלן: "הנכס") אשר מצוי בשדרות הנשיא 95 הידוע כגוש 10812 חלקה 104, חיפה (להלן: "החלוקת"), הם עושים שימוש (או אחריםaims לשימוש) לצרכיו גן ילדים, בעוד שיעודו של הנכס הוא למגורים.

שימוש זה נעשה על ידם החל מיום 17.6.2015, בסטיה מתכנית חפ/723 הchallenge על הנכס (להלן: "התכנית המפורטת"), וכן בסטיה מהיתר הבניה מס' 36/3400/3898 (להלן: "היתור").

3. בית משפט קמאקבע כי מכוח תכנית האב והתכנית המפורטת, ניתן לנוהל במקום גן ילדים, אם כי, יש צורך בקבלת היתר לשימוש זה וכי היתר לנוהל גן ילדים לא הוצג (סעיף 78 להכרעת הדיון).

בסעיפים 36-37 להכרעת הדיון, ציינה עדותה של גב' רפפורט (מנהלת המחלקה לתוכנונן עיר בעיריית חיפה, אדריכלית ומתכננת ערים בהשכלה) בדבר הצורך בהגשת בקשה לניהול גן ילדים בגין הנכס. בית משפט קבע במצבו: "36. גב' רפפורט השיבה, שוב וצינה, בעמ' 17 לפרוטוקול, כי גני ילדים מכוח תכנית האב והתכנית, הם מותרים, אך יש להגיש בקשה להיתר לאוטו שימוש".

37. מעודותה של גב' רפפורט ניתן ללמידה על תכנית האב, והכללים הקובעים את השימושים המותרים באזורי, אך אין בעודותה כדי לקבוע מה הם ההיתרים שניתנו בפועל, בין אם לנכס דן, ובין אם לנכסים אחרים, בין אם לשימוש גן ילדים ובין אם לשימוש אחר".

עם זאת, בסעיף 89-90 להכרעת הדיון, קבע בית משפט קבע, בפרש, כי "... עסקין בשימוש, שלא ברור כלל מה היה השימוש המקורי שאושר בהיתר הבניה המקורי, כאשר, כפי שכבר צוין, כל שהוצע הוא היתר השינויים 7/ שתווקפו היה למשך שנה, הוגש לתיק אותו מסמך של מהנדס העיר עוד משנת 1974, בדבר השימוש בפועל בחלק מהנכס כמוסך ומכווצה, מסמך של רשות התכנון עצמה, שיש בו כדי להפריך, על פניה, את הטענה כי הנכס יועד מלכתחילה, למגורים. 90. הנטול להוכיח את יסודות העבירה, מוטל על המאשימה, ולדאבוני, לא עליה בידי המאשימה לבסס יסודות אלו, ברמת ההוכחה הדרישה במשפט פלילי".

אותה קביעה, לפיה לא הוכח שמדובר בשימוש חורג, בסתייה מתכנית או מהיתר, עולה גם מסעיף 91 להכרעת הדיון.

אולם - כך נקבע, אין חולק כי על אף שלטענת המאשימה הבניין אמר לשמש כולו למגורים, הדבר לא הוכח; היתר הבניה המקורי כלל לא הוגש ומהמסמכים שהוגשו לא ברור מה השימוש המותר על פי היתר המקורי. בנוסף, אין בבניין... ולודירת מגורים אחת לרפואה, וכל הבניין, במשך שנים על גבי שנים, משמש לעסקים, ובכללם גן ילדים עסקין".

בית משפט קבע כי הנטול להוכיח את יסודות העבירה, מוטל על המאשימה, וכי לא עליה בידה לבסס יסודות אלו, ברמת ההוכחה הדרישה במשפט פלילי.

4. מעבר לאמור - התקבלה טענת הגנה מן הצדק שהעלו המשיבים, תוך שנקבע, כי "גם אם היה מוכח כי אכן עסקין בשתייה מהיתר או מתכנית, הרי שדין טענת הגנה של הגנה מן הצדק להתקבל, וזאת הן לאור העובדה שלפי דבריו עדי הגנה, בכל הבניין מתנהלת פעילות עסקית, ולא למגורים, אך כתוב האישום הוגש אך ורק נגד הנכס בו מתנהל גן ילדים, ולא נגד כלל השימושים בכל הנכס".

תמצית נימוקי הערעוץ

5. המשיבים הודיעו בשימוש, אלא שלטענתם אין הוא שימוש אסור. המערערת טענת כי שגה בית משפט קבע בקביעו כי לא הוכח, במידה הנדרשת בפלילים, כי השימוש בגין גן ילדים הוא שימוש אסור, המונוגד לתכנית הchnala. לטענותה, סלע המחלקה אינם עובדי, אלא משפטים ובית משפט קמא טעה בהבנתו את עדותה של הגב' רפפורט מטעם המערערת, אשר תיארה את התכנית הchnala על מקרקי הנקס והסבירה מדוע השימוש מונוגד לתכנית.

6. בדיעון שהתקיים בערעור, הסבירה באת כוח המערערת, כי אילולא חששה שפסק הדיון של בית משפט קמא לא אפשר להם להסדיר את השימוש בנכס, לא היה מוגש הערעור, אך הועדה איננה יכולה להשלים עם קביעת בית משפט קמא לפיה אין השימוש חורג מתכנית. לטענתה, קיים שימוש חורג אשר ניתן להסדירו, באמצעות קבלת היתר לשימוש חורג, לפי בקשה שיש להגיש. עוד הוסיפה, כי אין לערערת התנגדות שכותב האישום יבוטל מחמת הגנה מן הצדק.

לאור לכך סברתי כי ניתן יהיה להסכים שכותב האישום יבוטל, והמשיבים יגישו בקשה לשימוש חורג, אולם ב"כ משיבה 3 סירב לכך.

תמצית טיעוני משיבה 3

7. ב"כ משיבה 3 טען, כי הودעת הערעור מתייחסת לסעיף 243 (ה) לחוק בלבד ומכאן - שהערעור הוגש על זיכוי המשיבים מעבירה של שימוש חורג בסטייה מהיתר, אך לא על זיכוי מעבירה של סטייה מתכנית.

לטענתו, המסמן הייחודי שהוצג בתיק, בקשר להיתר הוא היתר לשימוש בקומת הגג למגורים, למשך שנה אחת בלבד וכי בעצם כך שהוא צריך בהיתר לשימוש למגורים, יש להסיק דוקא, כי השימוש שהיה בבניין לא היה למגורים, שהרי אחרת לא היה צריך במתן היתר למגורים.

עוד טען, כי, מכתבו של מהנדס העיר משנת 1974, לפיו השימוש שנעשה בבניין היה למוסך ולמכבסה עולה, שמאז הקמתו, בשנות השלושים ולאורך עשרות שנים, הבניין לא שימש למגורים.

לדבריו, גן ילדים אינם שונה לעניין זה ממוסך או McMabsha, אשר מותרים בתכנית האב.

תמצית טיעוני משיבים 1-2

8. ב"כ משיבים 1-2 טען, בנוסף, כי גני ילדים נמצאים בתחום שכונות למגורים ולקן לגבייהם אין צורך בהגשת בקשה לשימוש חורג.

לטענתו, התכנית המפורטת איננה מבטלת את תכנית האב. אין צורך שהתוכנית המפורטת תציין גני ילדים כי תוכנית האב עדין חלה וכן שבסעיף 7 מצוינים שימושים ספציפיים, חריגים לאזרם למגורים.

דין והכרעה

9. לאחר ש שקלתי בדבר החלטתי כי, בנסיבות העניין, בהן בנכס מתנהלים בנכס, מזה שנים, עסקים שונים ובפועל הוא אינו משמש למגורים, אך כתוב אישום הוגש רק נגד המשיבים, **נכון נהג בית משפט קמא כאשר קיבל את טענת עמוד 3**

המשיבים להגנה מן הצדק {על פי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982} אך התוצאה של קבלת הטענה צריכה הייתה להיות **ביטול** כתוב האישום ולא **זכוי** המשיבים מהעבירות המיויחסות להם [ראו סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי]. אולם, קבלת טענה הגנה מן הצדק יכולה לבוא לידי ביטוי גם בענישה (לא שיפוטל כתוב האישום) אך מפסק דין של בית משפט קמא עולה שכונתו הייתה לבטול האישום ולא לענישה מופחתת ולאור עמדת המדינה, אשר הסכימה כי התוצאה הסופית תיוותר על כנה, אינני רואה מקום להזכיר אליו את העניין רק על מנת להבהיר עניין זה.

10. באשר לזכוי מעבירה של שימוש בסטיה מתכנית אומר, רק כדי להעמיד דברים על מוכנם (שהרי אורה, כאמור, על ביטול כתוב האישום) כי לו לא עמדה למשיבים טענה הגנה מן הצדק, היה מקום להרשעם בעבירה זו.

11. השאלה אם שימוש בנכס כגון ילדים (עליו אין חולק) מהו זה שימוש בסטיה מתכנית, היא שאלה משפטית ולא עובדתית - שאלה של פרשנות שתי התקנות - תכנית האב והמפורטת והיחס ביניהן.

על החלקה חלה תכנית מתאר חפ/229, אשר אושרה בשנת 1934 (להלן: "**תכנית האב**") ומכוונה הוצאה **התקנית המפורטת** ח.פ. 723, אשר אושרה בשנת 1950 ואשר בשימוש ממנה הושמו המשיבים בכתב האישום.

על פי **תכנית האב**, מותרים בתחום התקנית שימושים מסחריים שונים ואילו על פי תשריט התקנית **המפורטת** (ሞץג ת/3 בביב"ש קמא) החלקה מיועדת למגורים וסעיף 7.ו. בתחום הדפורטת מתר שימוש בחלוקת גם למסעדות ובתי קפה, אך לא לשימושים מסחריים אחרים וגם לא לגן ילדים.

12. מסקنتי הבוראה היא, כי שימוש בנכס כגון ילדים מהו שימוש בסטיה מתכנית. בעניין זה אצין, כי איני מקבלת את טענת ב"כ משבה 3 לפיה הערעור לא הוגש על זכוי מעבירה של שימוש בסטיה מתכנית. במבוא להודעת הערעור בכתב, במפורש, כי הودעת הערעור מוגשת **"על זכויות של הנאים מעבירת השימוש בסטיה מתכנית ומהיתר הבניה"** (עבירות בהן הושמו על פי כתב אישום מתוקן שהוגש בישיבת קמא מיום 11.3.2019) והעובדה שנזכר במבוא להודעת הערעור רק סעיף 243(ה) לחוק התקנון והבנייה, אינה מגבילה את הטענה הערעורית.

13. התקנון על פי חוקי התקנון במדינת ישראל, נעשה על פי מדרג - מהכללי אל הפרטי. תכנית מתאר ארצית נמצאת "מעל" לתקנית מתאר מחויזת, הנמצאת "מעל" לתקנית מקומית וזה "מעל" לתקנית מפורטת. כל תכנית "גזרת" מזו הנמצאת מעלה במדד, ומפרטת (בין היתר) מהם השימושים המותרים באזורי כזה או אחר שבתחומי התקנית שמעליה.

ראו בעניין זה - ע"א 7654/00 ועדת ערער מחויזת, חיפה נ' חברה לבניין הירדן בע"מ, פ"ד נ(2), 895 (13.03.2003) (להלן: עניין "hiridan"), שם נאמר: "מושכלות ראשונים הם כי תשתיות התקנון בנויה ממדרג היררכי בן ארבעה סוגים תכניות: תכנית מיתאר ארצית, הקובעת את התקנון של שטח המדינה כולה (סעיף 49 לחוק התקנון

והבניה); תכנית מיתאר מחוזית, שתפקידה לקבוע את הפרטימ הנדרשים לביצוע תכנית המיתאר הארץית במחוז (סעיף 55 לחוק); תכנית מיתאר מקומי, שמטרתה לפקח על פיתוח הקרקע במרחב התכנון המקומי, להבטיח תנאי חיים נאותים על-ידי תכנון הקרקע ושימוש בה תוך **"יחוד אזרחים"** למטרות שונות (סעיף 61 לחוק) **ותכנית מפורשת האמורה** **לקביע פירוט של תנאי תכנון נקודתיים בנושאים שונים** (סעיף 69 לחוק) [...] תכנית המיתאר על-פי טיבה קובעת נורמות תכניות כללוות לגבי האזור שהוא עליו על דרך קביעת מסגרת כללית לפיתוח הקרקע ושימושה. ההנחה בקביעת מסגרת זו היא כי היא תמולא תוכן פרטני לגבי כל משבצת קרקע המצוי בתחוםה [...]. תכנית המיתאר קובעת כמקובל את העקרונות והקווים המנחים לעניין אףיו של האזור, חלוקתו, הדריכים העיקריים שבו וכו', הכל כאמור בסעיף 63; תכניות מפורשות שיבואו למלא, כאמור, בצורה מלאה יותר כל משבצת ומשבצת מן האזור עליו חלה תכנית המיתאר, יהיו כפופות למסגרת שנוצרה על-ידי העקרונות והכללים שבתכנית המיתאר".

כן הובהר, כי: "היתר הבניה הוא האקט האחרון בהיררכיית התכנון המרחבי, המבקש להוציא מן הכוח אל הפועל את התכנון המקומי... הדעת נתנת כי עליו להיגזר מתכנית שיש בה פירוט מספיק על-מנת שתשמש תשתיות נורמטיבית נאותה לביצוע הבניה... היתר הבניה אינו יכול למלא את החסר בתכנון מפורט, אלא עליו להיגזר ולנבוע מתכנון מפורט של השטח אשר נעשה במסלול תכוני תקין קבוע בחוק. מכך עולה כי בטרם יצא היתר הבניה, יש צורר בקיים תכנית בדרגת פירוט סבירה אשר תקבע את הפרטימ הנוגעים לבניה על המקרקעין ולשימוש בהם... הדישה לקיום תכנון מפורט לגבי המקרקעין נשוא בקשת ההיתר מצאה את ביטוי הסטטוטורי בהוראה זו, והיא משתלבת בתפיסה הכללית בדבר קיומ היררכיה של הסדרי תכנון הוהלים מן המפורט ומסתיימים בכך היתר לביצוע עבודות הנסマー על התכנון המפורט במשבצת הקרקע" הדברים יפים ונכונים גם לגבי היתר **לשימוש** במקרקעין.

ראו גם ע"מ 1446/06 הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מרכז נ' השתתפות בנכסים בישראל בע"מ (21.09.2010).

עוד הובהר, בעניין הירדן הנ"ל, כי "בידי התכנון והבניה הכלל הואCIDOU כי מה שלא הותר במפורש הוא למעשה אסור. במקרים אחרים, כאשר עסוקין במאטריה תכניתית כדי להתרIOR יעוד מסוים נדרש הדבר להיות במפורש. כפי שנקבע: אין תכנון ואין בנייה ואין זכויות בנייה או שימוש לפיהן אלא לפי הוראות התכניות השונות לדרגותיהן. מותר לבנות רק במסגרת המותרת בתכנית, ומה שאין תכנית מיתאר מרשה במפורש - אינו מותר". וכן: **"על התכנית להתרIOR שימוש מסוים כדי שה יהיה מותר. כל שאינו מותר מפורשת - אסור"** - ע"א 1216/98 אבוטבול נ' ועדת ערר מחוז המרכז, פ"ד נה(5) 130, 114 (11.07.2001).

14. דברים אלה הוסבו, למעשה, בקצרה, על ידי גב' רפפורט בעדותה (עמ' 14 לפרטוקול) באופן ברור ביותר. לדבריה, בתכנית האב נמצאת רשימת שימושים אותן אפשר לעשות באיזורי המגורים, כגון בתים חולמים, בתים תפילה ועוד, אולם, מאחר שלא ניתן שבעל האיזורי ניתן לעשות את כל השימושים, צריכות להיות תכניות מפורשות, אשר קובעות אילו שימושים מותרים בכל חלקה.

היררכיה זו - הסדר זה, מאפשר לרשות המקומית מידת שליטה בקיום בתים עסק באיזור ובפיזורם הנכון, בהתאם לצרכי האוכלוסייה.

15. במקורה דן, התכנית המפורטת קבעה, שניתן לעשות בחלוקת שימוש לבית קפה וمسעדת, אך לא קבעה שמותר לעשות בה שימוש לגן ילדים.

לכן - כל שימוש אחר (שהוא לא בית קפה ולא מסעדת)AIN שימוש מותר על פי התכנית המפורטת, אם כי, לאור כך שהוא מותר בתכנית האב, ניתן להוציא עבورو **היתר לשימוש חורג**.

16. ואמנם, בית משפט קמא קבוע, תחילת, כי משתי התכניות עולה כי יש צורך בהיתר לניהול גן ילדים בנכס וכן קבוע כי היתר זה לא הוכח (סעיפים 79-78 להכרעת הדין).

כל מה שנאמר על ידי בית משפט קמא בהמשך, לגבי ההיתר (ובכך אין בעדתי להתערב) יכול לחול רק על עבירה של שימוש בסטייה **מהיתר** ואני רלבנטי לשאלת אם השימוש בנכס כן ילדים הוא שימוש בסטייה **מתכנית** - בסטייה מהתכנית המפורטת. לכן, ככל הנראה, נפללה שגגה בסעיף 91 להכרעת הדין, אשר יש לתקן בהמסגרת ערעור זה.

17. אמרו מעתה - על פי התכנית המפורטת לא ניתן לעשות שימוש בנכס כן ילדים, אך ניתן להגיש בקשה להיתר לשימוש חורג שכזה, שכן מדובר בשימוש מותר לפי תכנית האב. אין חולק שהיתר לשימוש חורג יכול להינתן רק לתקופה מוגבלת בזמן וכי אין בידי המשיבים כל היתר לשימוש חורג. המסקנה היחידה המתבקשת מכך היא, שלא יותר שימוש חורג בנכס וכן השימוש בו הוא שימוש בסטייה מתכנית.

סוף של דבר

18. התוצאה היא שאני מקבלת את הערעור במוסון אחד בלבד; אני קובעת, כי לשם שימוש בנכס כן ילדים, יש צורך להגיש בקשה לשימוש חורג וכי שימוש בנכס כן ילדים, ללא היתר שימוש חורג, מהוות שימוש בסטייה מתכנית - מהתכנית המפורטת.

19. בשולי הדברים אומר, כי צודקים המשיבים בטענתם, לפיה התוצאה של קבלת הטענה להגנה מן הצדק היא ביטול כתוב האישום ולא זיכוי המשיבים. יש לתקן טעות זו וכן אני מורה.

המציאות תמציא את פסק הדין לצדים ותשגור את התקיק.

ניתן היום, ג' תשרי תשפ"ב, 09 ספטמבר 2021, בהיעדר
הצדדים.

