



עפ"א 33442/02/18 - ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל נגד סמיח דיאב, ופיק דיאב

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 33442-02-18 ועדה מקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל נ' דיאב ואח'
תיק חיצוני:
בפני כבוד השופט שמואל מנדלבוט
המערכת
נגד
המשיבים
1. סמיח דיאב
2. ופיק דיאב

פסק דין

1.

בפני ערעור הוועדה המקומית לתכנון ובנייה שפלת הגליל (להלן: "המערכת") על הכרעת דינו של בית המשפט השלום בעכו (כב' סגן הנשיא, השופט זיאד סאלח) במסגרת ת"ב 27096-09-15 שניתן ביום 21.1.18 ואשר במסגרתה זוכו המשיבים מעבירות ביצוע עבודות בניה ושימוש חורג במקרקעין, הטענות היתר ללא היתר, עבירות לפי סעיפים 204(א) ו- 204(ג) **לחוק התכנון והבניה**, התשכ"ה-1965 בנוסחו לפני **חוק התכנון והבניה** (תיקון מס' 116), התשע"ז-2017 (החוק בנוסח הקודם ייקרא להלן - "**חוק התכנון והבניה**").

ההליכים בפני בית משפט קמא

2. לבית משפט קמא הוגש ביום 9.9.15 כתב אישום המייחס למשיבים 1 ו- 2 (להלן - "**הנאשמים**" או "**המשיבים**") עבירות לפי סעיפים 204(א) ו- 204(ג) לחוק התכנון והבניה וזאת בגין ביצוע עבודות בניה ושימוש חורג במקרקעין שבבעלותם והידועים כחלקה 35 בגוש 18566 מאדמות העיר טמרה ואשר ייעודם חקלאי (להלן - "**המקרקעין**"), הכל ללא היתר. המעשים שיוחסו למשיבים בכתב האישום הן יישור קרקע ופיזור מצעים בשטח של כ-1,000 מ"ר ושימוש בשטח שהוכשר לעסק מכירת אבן ושיש.

3. בדיון שהתקיים בבית משפט קמא ביום 30.3.17 כפרו המשיבים בעובדות כתב האישום ואילו בדיון שהתקיים ביום 11.7.17 מסר הסניגור לפרוטוקול כי המשיבים אינם חולקים על עובדות יישור קרקע ופיזור מצעים בשטח של כ-1,000 מ"ר והשימוש באותו שטח שהוכשר לעסק למכירת אבן ושיש ואולם המחלוקת היא בשאלת ייעוד המקרקעין - כאשר לטענת המשיבים ייעודם הוא למגורים ומסחר ולא חקלאי כפי שנטען בכתב האישום, וזאת על פי תכנית המתאר החלה עליהם.

4. בהסכמת הצדדים הוגשו סיכומים בכתב ובית משפט קמא נדרש להכריע בשתי שאלות: "**האם פיזור מצעים של כורכר מהווה עבודות בניה המצריכים היתר וכן האם השימוש המסחרי שנעשה**



במקרקעין הינו על פי תוכנית מתאר המאשרת את הדבר אם לאו?"

הכרעת הדין של בית משפט קמא

5. בית משפט קמא כאמור זיכה את המשיבים מביצוע העבירות שיוחסו להם בכתב האישום ובפתח הדיון וההכרעה בהכרעת הדין במסגרת תיאור העובדות שאינן שנויות במחלוקת, ציין בית משפט קמא, בין היתר, כי ייעוד המקרקעין בעבר היה לחקלאות כאשר עוד לפני ביצוע העבודות נשוא כתב האישום שונה הייעוד על פי תוכנית מתאר ג/15756 למגורים ומסחר (להלן: "התוכנית") אשר אין חולק על כך כי פורסמה למתן תוקף ביום 19/11/13, וכי בתוכנית נקבע כי תנאי למתן היתרי בנייה על פי התוכנית הינו אישורה של תוכנית מפורטת, ותוכנית כאמור טרם אושרה.
6. בית משפט קמא קבע בהכרעת הדין כי פיזור מצעים על מקרקעין אינם בבחינת עבודות בנייה הטעונות היתר על פי סעיף 145 לחוק התכנון והבניה שקובע ומגדיר את העבודות אשר מחייבות קבלת היתר, שכן אינם נכללים באף אחת מהקטגוריות המנויות באותו סעיף.
7. בית משפט קמא קבע עוד כי אין בפיזור מצעים על המקרקעין כדי לשנות את פני הקרקע במובן תקנה 1(2) לתקנות התכנון והבניה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), התשכ"ז-1967, (להלן: "תקנות 1967").
8. בהקשר זה הפנה בית משפט קמא גם לתקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), התשע"ד-2014 (להלן: "תקנות 2014") כדי להצביע על נטיית המחוקק לפטור מקבלת היתר בנייה, בתנאים מסויימים, עבודות קלות כגון בניית קירות וריצוף חצרות.
- בית משפט קמא הוסיף וקבע כי אין להרחיב את חובת קבלת ההיתר גם על פיזור מצעים על קרקע אף אם זו קרקע חקלאית, לא כל שכן על מקרקעין המיועדים לבנייה או למסחר הואיל ויש בדבר משום הטלת חובה שאין הציבור יכול לעמוד בה.
9. לעניין עבירת "השימוש" בית משפט קמא ציין, תוך הפניה לסעיף 243(א)(ב) לחוק התכנון והבניה לפי נוסחו בעקבות תיקון 116 (בהכרעת הדין נכתב בטעות "תיקון 113") כי מדובר בעבירה שהיא בדרך כלל נגזרת מעבודות בנייה האסורות על פי דין וקבע כי בהעדר עבודות בנייה אסורות שבוצעו, לא יכולה להיות עבירת "שימוש" למעט עבירת "שימוש חורג" אשר מופיעה בתקנות 1967.
10. אשר לשאלה האם התקיים במקרה דנא "שימוש חורג" במובן תקנה 1(1) לתקנות 1967 והגדרת המונח "שימוש חורג" בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה (סעיף ההגדרות), בית משפט קמא קבע כי תכנית המתאר הרלוונטית לאישום (תכנית מס' ג/15756) קבעה כי השימוש המותר במקרקעין הוא למגורים ולמסחר וכי משלא הוצגו בפניו הוראות התוכנית, לא הוכח בפניו כי המדובר בשימוש חורג הנוגד את תוכנית המתאר



התקפה במקום וזאת, קבע, אף בהתעלם כי עניין "השימוש החורג" אינו בנמצא בגדרי המחלוקת כפי שנקבעו בין הצדדים וכי הוראת החיקוק הרלוונטית האוסרת "שימוש חורג" (תקנה 1 לתקנות 1967) לא צוינה בכתב האישום.

11. בהקשר זה קבע בית משפט קמא כי בתעודת עובד ציבור של המהנדס מטעם המאשימה (אינג' מג'ד מולא), אשר צורפה לסיכומי ב"כ המאשימה מבלי שהמהנדס נמנה ברשימת עדי התביעה, אין כדי לשלול כי כל המצעים שפוזרו נמצאים בחלק המיועד למגורים ומסחר.

טענות המאשימה בערעור

12. לטענת המאשימה, הכרעת הדין של בית משפט קמא הנה הכרעה שגויה וכי היא עמדה בנטל להוכיח את אשמתם של המשיבים מעל לכל ספק סביר.

13. לטענת המאשימה, כל עבודת בנייה על מקרקעין באשר הם - ובענייננו אף יישור קרקע ופיזור מצעים - מצריכה היתר בניה, וזאת גם אם ייעוד המקרקעין מאפשר את השימוש נשוא כתב האישום. בהקשר זה מפנה המאשימה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בע"פ (מח' חיפה) 14280-02-10 **זיאד זראע נ' ועדת מקומית לתכנון שומרון** (11.2.10) אליו הפנתה את בית משפט קמא (להלן - "**עניין זראע**").

14. המאשימה מפנה לתקנה 1 לתקנות 1967 ושימוש וטוענת כי הואיל ובמקרה דנן הכשרת הקרקע נועדה לשימוש תעשייתי, עסקי ומסחרי, הרי שאין פעילות זו יכולה לזכות בחסותו של החרג לתקנה 1 לתקנות 1967 הקבוע בתקנה 1(2)(ד) ו/או תקנה 1(2)(ה), שעניין ביצוע עבודה בקרקע חקלאית.

15. לעניין עבירת השימוש, המאשימה טוענת כי בניגוד לקביעת בית משפט קמא ובהמשך לטענותיה בעניין עבירת הבנייה שיוחסה לנאשמים בכתב האישום, כל שימוש המבוצע בבניה שאין לה היתר כדן, מהווה שימוש אסור וזאת גם אם התכנית התקפה מתירה את השימוש המבוצע בין הוראותיה ולעניין זה מפנה המאשימה, בין היתר, לרע"פ 8986/06 **סוזה נ' מדינת ישראל** (18.2.20017). לאור האמור, המאשימה טוענת כי במקרה דנן מדובר בשימוש מסחרי/עסקי שלצרכיו בוצעה הבניה האסורה ודי היה בכך כדי להרשיע המשיבים בעבירות בניה ושימוש לפי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה. בעניין זה הפנתה המאשימה, בין היתר, לרע"פ 924/08, 727/08 **איל גוטליב ואח' נ' מ"י** (30.3.2008).

16. המאשימה מוסיפה וטוענת כי בית משפט קמא טעה משקבע כי לא קיימת עבירת שימוש נפרדת מעבירת בניה וכי משלא בוצעו עבודות בניה המצריכות היתר, הרי שלא נעשה שימוש "חורג". לטענת המאשימה, לא היה מקום להסתמכות בית משפט קמא על תיקון 116 לחוק התכנון והבניה (סעיף 243 לחוק התכנון בנוסחו היום) שטרם נכנס לתוקף במועדים הרלוונטיים לכתב האישום ומכל מקום טוענת כי המונח "שימוש חורג" הוגדר בחוק, בנוסחו לאחר תיקון 116, כשימוש במקרקעין הטעון היתר שנעשה בלא היתר, או בניגוד לתנאי היתר או שימוש במקרקעין בניגוד לתכנית.



17. המאשימה מוסיפה וטוענת כי אף ייעוד המקרקעין אינו מתיר למשיבים לבצע את השימוש נשוא כתב האישום. בהקשר זה חוזרת המאשימה על הטענות שהעלתה בפני בית משפט קמא ואשר לפיהן חלקם המזרחי של המקרקעין מצוי בתחום התכנית המייעדת את המקרקעין למגורים ומסחר ואולם זאת רק לאחר אישור תכנית מפורטת ועריכת איחוד וחלוקה לרבות טבלאות איזון ואילו חלקם המערבי של המקרקעין מצויים בשטח חקלאי ובתוך רצועת דרך מס 70. לאור האמור, המאשימה טוענת כי משטרם אושרה תכנית מפורטת לא ניתן עדיין לקבוע כיצד יתחלקו המקרקעין הכלולים מתחם התכנון ועד האישור של התכנית המפורטת לא ניתן איפוא לקבל היתרי בניה או לעשות שימוש בחלק זה של המקרקעין בהתאם לייעוד עתידי.

18. לטענת המאשימה אף לפי הוראות תכנית המתאר הכוללת שמכוונת לאישור תכנית למגורים ומסחר, אין התכנית מתירה או מאפשרת שימוש עתידי למפעל עיבוד שיש ואבן שכן לשיטתה, המונח "**מגורים ומסחר**" בתקנון תכנית ג/15756 הוגדר כשטח לתכנון מפורט המיועד לבנייני מגורים, מסחר קמעונאי, משרדים, הסעדה, מבני ציבור, שטחים ירוקים, דרכים ומגרשי חנייה ואילו שימושים הגורמים למטרד למגורים לפי שיקול דעת הוועדה המקומית והמשרד להגנת הסביבה, הינם שימושים אסורים על פי תקנון התכנית.

19. לאור האמור, המשיבה טוענת כי עבירת השימוש הוכחה, הן מכוח ביצוע השימוש על בנייה טעונה היתר שנבנתה ללא היתר והן באופן עצמאי עקב היותו שימוש שאינו תואם שימושים מותרים בתכנית תקפה.

טענות המשיבים

20. בדיון שהתקיים בפני בערעור ביום 6.6.18 המשיבים טענו כי פסק הדין ב"**עניין זראע**" עסק בצו הריסה של מבנה כאשר הנחת המצעים היתה חלק מהבנייה הטעונה היתר ואילו במקרה דנן מדובר בקרקע ריקה כך שפיזור המצעים לא שינה את פני הקרקע.

21. המשיבים מבקשים לאמץ את קביעתו של בית משפט קמא לפיה הנחת המצעים במקרה דנן אינה מהווה עבודת בנייה הטעונה היתר ומנימוקיה, לרבות ההפניה לגישת המחוקק היום הנוטה לפטור מקבלת היתר בנייה, בתנאים מסויימים, עבודות קלות כגון בניית קירות וריצוף חצרות כפי שנקבע **בתקנות 2014**.

22. המשיבים תומכים גם בקביעת בית משפט קמא לפיה משלא בוצעה עבירה של בנייה לא חוקית, לא ניתן לקבוע כי התקיימה עבירה של שימוש חורג.

23. בהתייחס לטענת המאשימה לפיה אף לפי הוראות תכנית המתאר הכוללת שמכוונת לאישור תכנית למגורים ומסחר, אין התכנית מתירה או מאפשרת שימוש עתידי למפעל עיבוד שיש ואבן, המשיבים טענו כי באותו מקום מבוצעת פעולת מכירה בלבד של השיש ואין עבודות עיבוד שיש. ב"כ המשיבים הדגיש בהקשר זה כי העסק של המשיבים, נשוא עבירת השימוש, נמצא בסמוך לכביש הראשי כך שלא ייתכן שהשימוש



המסחרי בו יוגבל רק למסחר שכונתי כפי שטוענת המאשימה.

התייחסות הצדדים לתחולתו של תקנות עבודות ומבנים הפטורים מהיתר משנת 2014 על המקרה דנן.

24. בהחלטתי מיום 15.7.18 הוריתי לב"כ הצדדים להגיש התייחסות קצרה מטעמם לשאלת תחולתן והשפעתן של **תקנות 2014** על העבודות נשוא המקרה בפנינו;

25. לשיטת המאשימה, כפי שנרשמה בהודעתה לתיק מיום 24.7.18, עבודות הבניה נשוא כתב האישום התגלו ביום 5.6.14 כך שבוצעו טרם כניסתן לתוקף של **תקנות 2014** (ביום 1.8.14) ולאור האמור בעת ביצוען ממילא לא היה קיים כל פטור מקבלת היתר לשם ביצוען. המאשימה מוסיפה וטוענת כי התקנות האמורות ממילא אינן רלוונטיות לעבירת השימוש העצמאית וזאת לאור היות השימוש נשוא כתב האישום בוצע הן בניגוד לתכנית התקפה והן בניגוד לתכנית העתידית כפי שפורט בהודעת הערעור.

26. לעומתם טענו המשיבים, כי העבודות נשוא כתב האישום נכללות בתקנה 31(א) **לתקנות 2014** וכי לפיזור המצע לא התלוותה שום בניה ולא חובר דבר לקרקע. בהתייחס לטענות המאשימה אודות התכנית החלה על המקרקעין המשיבים טוענים כי התכנית המפורטת (שטרם אושרה) היא פועל יוצר מתכנית מתאר ולא ההיפך כפי שטוענת המאשימה וכי ידוע להם היטב כי לשם קבלת היתרי בנייה הדבר יתבצע אך ורק אחרי אישור התוכנית המפורטת ועל כן הם לא מבצעים שום בניה הטעונה היתר.

דין והכרעה

27. לאור טענות הצדדים עלי ליתן את הכרעתי ולאחר שעיינתי בכל הטענות אני סבור כי לא התקיימה במקרה זה עילה להתערבותי בהכרעת הדין שניתנה על ידי בית משפט קמא ודין הערעור להידחות.

28. בטרם אתייחס לשאלות המשפטיות שבמחלוקת, אציין כי נקודת המוצא שעליה התבסס בית משפט קמא הייתה כי אין למעשה מחלוקת בין הצדדים בשאלות עובדתיות וזאת לאור הודאתו של ב"כ המשיבים בישיבה מיום 11.7.17, לפיה **"אני חוזר ואומר כי על העובדה הנטענת בכתב האישום, היינו כי: "יישור קרקע ופיזור מצעים בשטח של כ-1000 מ"ר ומשתמשים בשטח זה כעסק לממכר אבן ושיש" אין מחלוקת"**.

29. ואולם, לעמדתי ישנן בכל זאת שלוש נקודות עובדתיות שלהן ישנה חשיבות ואשר נתונות במחלוקת בין הצדדים ואליהן אבקש להתייחס תחילה.

30. **מהות העבודות שבוצעו על ידי המשיבים והשפעתן על פני הקרקע בחלקה 35-** בעניין זה נטען בפני על ידי ב"כ המשיבים כי העבודה היחידה שבוצעה על ידי המשיבים הייתה עבודה של פיזור



מצעים, וכי ישור הקרקע שבו מדובר הינו הישור הנובע מפיזור המצעים ומדובר ב"סנטימטרים בודדים" (הודעת ב"כ המשיבים מיום 30.7.18). לעומת זאת, מטעם המערערת לא הובאו ראיות כלשהן באשר למצב פני הקרקע במקרקעין בטרם בוצעו העבודות על ידי המשיבים, ובמצב דברים זה אין בפני בית המשפט מצג עובדתי ברור באשר למהות "**השינוי בפני הקרקע**" שנגרם עקב ביצוע העבודות, ואצין גם כי בית המשפט קמא הגדיר כאמור לעיל את העבודה שבוצעה על ידי המשיבים כעבודת "**פיזור מצעים**" בלבד.

31. **ייעוד המקרקעין שבו בוצע השימוש המסחרי** - בעניין זה קיימת מחלוקת בשאלה מהו ייעוד המקרקעין על פי התכנית המתארית ג/15756 (להלן: "**התכנית**"), וכעולה מכתב האישום, עניינו הוא **אך ורק** חלקה 35 בגוש 18566, ובמסגרת הדיון בפני בית משפט קמא לא ביקשה המערערת להביא לעדות את מהנדס המערערת, ואולם לסיכומים שהגישה המערערת לבית משפט קמא צורף מכתב ותעודת עובד ציבור של מהנדס הוועדה וכן תשריט של המקרקעין ובו נטען כי החלק המזרחי של המקרקעין על פי התכנית, הינו בייעוד של "מגורים ומסחר" ואילו חלקה המערבית מצוי בשטח חקלאי ובתוך רצועת דרך מס' 70.

32. כנגד טענה זו, צירף ב"כ המשיבים לסיכומיו בבית משפט קמא, צילום אוויר של חלקה 35 עליו חתום מהנדס עיריית טמרה ואשר לפיו "**החלקים בהם קיימים השימושים המסחריים בחלקה 35 מיועדים למסחר ומגורים על פי תכנית מתאר מאושרת ג/15756**", ויותר מכך לטענת ב"כ המשיבים החלק שלגביו נטען כי הוא שטח חקלאי ברצועת הדרך של כביש 70, מצוי בכלל בחלקה 33. להשלמת התמונה יצוין כי במסגרת הודעת המשיבים שהוגשה בפניי, צורף פעם נוספת צילום אוויר ברור וקריא וממנו עולה לכאורה כי כל השטח עליו ממוקמים לוחות השיש הנמכרים על ידי המשיבים מצוי בשטח חלקה 35.

33. למעט האמור לעיל, לא הוצגו על ידי המערערת מסמכים נוספים אשר יש בהם כדי להצביע על כך שהמשיבים אכן עושים שימוש מסחרי גם בחלקים מהמקרקעין שייעודם על פי הנטען הינו חקלאי ורצועת דרך, ובעניין זה אני מקבל את קביעתו של בית משפט קמא לפיה גם מתעודת עובד הציבור לא ניתן לשלול את הטענה שלפיה השימוש המסחרי שעושים המשיבים הינו רק בחלק המקרקעין המיועד למסחר ומגורים, ובנסיבות אלה אני קובע כי לא הוכח בפני מעבר לכל ספק סביר כנדרש על פי סעיף 34 כ"ב **לחוק העונשין, התשל"ז-1977** (להלן: "**חוק העונשין**"), כי המשיבים עושים שימוש מסחרי גם בשטח חקלאי, ולפיכך הנתון העובדתי שעליו אבסס את הכרעתי הינו הנתון המוסכם שלפיו המשיבים עושים שימוש מסחרי רק במקרקעין שייעודם על פי התכנית הינו "מגורים ומסחר".

34. לאור קביעתי לעיל, האישום שהגישה המערערת כנגד המשיבים והמבוסס על הוראות סעיף 204 (ג) **לחוק התכנון והבנייה**, איננו יכול לעמוד באשר אחד מיסודותיו הינו כי השימוש בו מדובר נעשה בקרקע חקלאית ויסוד עובדתי זה כאמור לעיל, אינו מתקיים, ולפיכך אין מקום להתערבות בפסק דינו של בית משפט קמא ביחס לסעיף זה והדיון יתמקד בשאלת האישום המבוסס על סעיף 204 (א) **לחוק התכנון והבנייה**.



35. **מהי הפעילות המבוצעת על ידי המשיבים**-בנוסף לאמור לעיל, עלה לכאורה כי קיימת מחלוקת עובדתית נוספת בין הצדדים בשאלה מהי הפעילות המבוצעת בפועל על ידי המשיבים במקרקעין ובענין זה נטען בסעיף 27 להודעת הערעור כי המשיבים עושים שימוש במקרקעין **כמפעל לעיבוד שיש ואבן**, ולעומת זאת נטען על ידי ב"כ המשיבים בדיון כי במקרקעין מבוצעת אך ורק פעולת מכירה של לוחות שיש ולדבריו: **"אין כלי חתיכה, אין עבודות עיבוד שיש ורק מוכרים את השיש. כך טענתי בהתחלה אין שום מכונה לשם עיבוד אותו השיש"**. טענ ב"כ המשיבים נתמכת גם בסעיף 1 לכתב האישום, שם נטען כי המשיבים **"משתמשים בשטח זה כעסק למכירת אבן ושיש"** ולפיכך ובהעדר ראיות כלשהן מצד המערערת לפעילות של עיבוד או חיתוך שיש, נקודת המוצא העובדתית תהיה כי המשיבים מבצעים במקרקעין אך ורק פעילות של **מכירת שיש**.

לאור הקביעות העובדתיות לעיל יש להכריע בשאלות המשפטיות נשוא הערעור.

האם עבודת הנחת מצעים טעונה קבלת היתר בנייה

36. בענין זה נטען בהודעת הערעור כי לאור הוראות סעיף 145 (א) (3) **"אין למאשימה אלא לחזור על המובן מאליו כי כל עבודת בנייה על מקרקעין באשר הם (ובענייננו אף יישור קרקע ופיזור מצעים) מצריכה היתר בנייה וזאת גם אם ייעוד המקרקעין מאפשר את השימוש נשוא כתב האישום"**.

37. נקודת מוצא זו של המערערת, איננה מקובלת עלי ובענין זה יש לקרוא את הוראות סעיף 145 (א)(3) הנ"ל אשר קובע כי: **"לא יעשה אדם אחד מאלה ולא יתחיל לעשותו אלא לאחר שנתנה לו רשות הרישוי המקומית היתר לכך ולא יעשה אותו אלא בהתאם לתנאי ההיתר"**:

...

(3) כל עבודה אחרת בקרקע ובבנין וכל שימוש בהם שנקבעו בתקנות כעבודה או כשימוש הטעונים היתר כדי להבטיח ביצוע כל תכנית".

38. מנוסחו הברור של הסעיף עולה כי בניגוד לטענת המערערת לא קיים צורך אוטומטי בקבלת היתר בניה לכל עבודה המבוצעת בקרקע, אלא הצורך בהיתר בניה הינו אך ורק במקרה ובו נקבע בתקנות הרלוונטיות חיוב בקבלת היתר בניה לצורך ביצוע אותן עבודות.

39. במקרה שבפנינו בזמן ביצוע העבודות נשוא כתב האישום, התקנות הרלוונטיות היו **תקנות 1967** ואשר בסעיף 1 (2) להן נקבע כי בין יתר העבודות הטעונות היתר בניה נימנות: **"כל חציבה, חפירה, כרייה, או מילוי המשנים את פני הקרקע, יציבותה או בטיחותה למעט..."**.



40. בנוסף, אין חולק על כך שכחודשיים לאחר מועד ביצוע העבודות נכנסו לתוקפן **תקנות 2014** ובתקנה 31 (א) לתקנות נקבע כי: **"ביצוע עבודות פיתוח, לרבות מסלעה, חיפוי קרקע וריצוף חצר פטור מהיתר, ובלבד שעבודות הפיתוח אינן כוללות מסלעות או קירות פיתוח בגובה העולה על 1 מטר ואינן פוגעות בניקוז הקיים ובערכי טבע"**. (דגש שלי ש.מ.)

בהמשך אתייחס לטענת המערער, לפיה אין **בתקנות 2014** בכדי לסייע למשיבים וזאת מאחר והשימוש שנעשה על ידם במקרקעין אינו תואם את הוראות התוכנית וגם תקנות 2014 אינן נותנות היתר לעשיית שימוש בניגוד להוראות תוכנית המתאר הרלוונטית, אך בשלב זה אקדים ואתייחס לצורך בהוצאת היתר בניה עבור עצם ביצוע עבודות הנחת מצעים.

41. לעמדת, העבודות אשר בוצעו על ידי המשיבים נכללות בעבודות המנויות בתקנה 31 **לתקנות 2014**, ואף המערער אינה חולקת על כך, וממילא פטורות כיום מהצורך בקבלת היתר בניה לצורך ביצוע, על אף האמור בתקנה 1 (2) **לתקנות 1967**. אלא, שהמערער טוענת כי תקנות אלו אינן רלוונטיות לענייננו הואיל והמשיבים ביצעו את העבירות **טרם** כניסתן של התקנות לתוקף.

42. טענה זו של המערער אינה יכולה להתקבל וזאת נוכח הוראות סעיף 5 (א) לחוק העונשין הקובע כי: **"נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה, "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה"**.

43. בשים לב לכך שעם כניסתן של התקנות לתוקף, טרם ניתנה הכרעת הדין בעניינם של המשיבים, ממילא לא ניתן היה להרשיעם בביצוע העבודה או שימוש ללא היתר כדין בהתבסס על הוראות תקנה 1 (2) **לתקנות 1967**, וזאת נוכח הפטור מהצורך בקבלת היתר על פי **תקנות 2014**.

44. בנוסף אציין כי לעמדתי קיים גם ספק האם עבודה של הנחת מצעים אשר כל השינוי בפני הקרקע הנגרם כתוצאה ממנה הוא שינוי של מספר סנטימטרים ספורים שנובע כולו מעצם הנחת המצעים נכלל בגדר העבודות הטעונות היתר בניה על פי תקנה 1 (2) **לתקנות 1967**.

45. בעניין זה מפנה המערער לפסק הדין בעניין **"זראע"** שם נקבע: **"ככל שהדבר נוגע לחוק התכנון והבניה, הרי שגם הוספת מצעים על קרקע ביצוע של פעולות המשנות את פני המקרקעין הן פעולות בניה..."**.

46. ראשית אציין כי פסק הדין בענין **"זראע"** אינו דן ישירות בשאלת הצורך בהוצאת היתר בניה לביצוע עבודה של הוספת מצעים, ובכל מקרה לעמדתי קיים ספק האם אכן כל שינוי בפני הקרקע נכלל בהוראת תקנה 1 (2) **לתקנות 1967**, וזאת נוכח העובדה שבתקנה מצוינות עבודות **ספציפיות** המחייבות הוצאת היתר בניה והן עבודות: **"חציבה, חפירה, כרייה או מילוי המשנים את פני הקרקע יציבותה או בטיחותה..."**.

47. נוכח פירוט העבודות הספציפיות ובהעדר חיוב כללי בתקנה בהוצאת היתר לכל עבודה המשנה את פני



הקרקע, ניתן לטעון לפרשנות סבירה נוספת של התקנה ואשר לפיה רק עבודות הדומות לעבודות חציבה, חפירה וכו' אשר המאפיין בהם הוא **יצירת שינוי מהותי בפני הקרקע**, רק הן עבודות הדורשות הוצאת היתר בניה ואילו כאשר מדובר בעבודות שאופיין שונה באופן מהותי מהעבודות המנויות בתקנה כגון עבודה של הנחת מצעים, גם אם ביצוע עבודה שכזו יוצר שינוי שאינו מהותי בפני הקרקע, לצורך ביצוע עבודות אלה **לא** יידרש להוציא היתר בניה.

48. בענין זה אפנה לבג"צ 288/00 **אדם טבע ודין- אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים פ"ד נ"ה (5) 673**, פסקה 40, שם מתייחס כב' השופט מ.חשין (כתוארו אז) לפרשנות הנדרשת להוראת תקנה 1 (2) **לתקנות 1967**, והוא מצוין כי: **"אם נפרש את הוראת תקנה 1 (2) רישה כלשונה וכפשוטה, כל חפירה שהיא בקרקע משנה את פני הקרקע ונצרכת היא להיתר. כך, למשל, חפירת גומה קטנה לשתילת שתיל, גם היא נצרכת לכאורה להיתר. פירוש זה לא יתקבל, כמובן, על דעתנו, ולא רק בשל הכלל של זוטי- דברים. אין להניח כי תכלית התקנות הייתה לאסור על מעשים מעין- אלה, וממילא לא יבואו אותם מעשים במסגרת הפטורים. מלכתחילה אין הם באים בגדרי האיסור וממילא לא יבואו בגדרי הפטור"**.

49. דברים אלה יפים ונכונים לעמדותי בשינויים המחוייבים גם לענייננו, על אף שנוסח תקנה 1 (2) ניתן לכאורה לפרשנות לפיה גם הנחת מצעים על גבי קרקע ללא ביצוע עבודות נלוות של חפירה, כרייה או מילוי יכולה להחשב לכשעצמה לכל הפחות כעבודת מילוי המשנה את פני הקרקע, וזאת גם אם השינוי הכרוך בה הינו מינימלי ואולם לעמדותי קיימת גם פרשנות סבירה אחרת שלפיה כוונת מתקין התקנות לא הייתה לחייב בקבלת היתר בניה בגין כל עבודה בקרקע ללא כל סייג אף אם מדובר בזוטי דברים, וכוונתו הייתה לצמצם את הצורך בקבלת היתר בניה רק לעבודות מהסוג המנוי בתקנה, ועבודת הנחת מצעים לכאורה על פי לשונה אשר לא מתלווה לה עבודה הכרוכה בשינוי של ממש בפני הקרקע בדומה לעבודות **"חציבה, חפירה, כרייה או מילוי"** אינה אחת מהעבודות האלה ולפיכך עבודה זו אינה נדרשת להיתר בניה.

הקביעה לפיה מדובר בפרשנות סבירה אפשרית של תקנה 1 (2) מקבלת לעמדותי חיזוק נוכח **תקנות 2014**, אשר פטרו כאמור במפורש עבודות אלו מהצורך בקבלת היתר.

50. כאמור לעיל, המערערת לא הביאה ראיה לשינוי שנעשה בפני הקרקע, למעט השינוי המוסכם הנובע מעצם הנחת המצעים, ולפיכך זכאים המשיבים להינות מהספק, באופן שיקבע שהעבודות שבוצעו על ידם לא היו כרוכות בשינוי פני הקרקע כפי שכרוכות העבודות המנויות בסעיף 1(2) **לתקנות 2014**.

51. בנסיבות אלה ולאור הספק הקיים לעמדותי הן בשאלה העובדתית של היקף ביצוע העבודות והן בשאלת פרשנות התקנה, אני סבור כי בהתאם לכלל הקבוע בסעיף 34 כ"א **לחוק העונשין**, הספק בפרשנות הקיים במקרה זה צריך לחול לטובתם של המשיבים והם זכאים **"להנות"** מהפירוש המקל האפשרי שלפיו לא היה צורך במקרה זה בהוצאת היתר בניה.

שימוש בניגוד להוראות התכנית

52. בנוסף לטענות המשיבה ביחס לעבודות שביצעו המשיבים, מועלית על ידי המערערת



הטענה לפיה בכל מקרה השימוש המסחרי אותו עושים המשיבים במקרקעין הינו בניגוד להוראות התכנית, וגם בעניין זה נדרש להעמיד תחילה דברים על דיוקם.

53. המערערת בטיעוניה, תקפה את קביעתו של בית משפט קמא לפיה **"עבירת השימוש היא בדרך כלל נגזרת מעבודות בנייה האסורות על פי דין"** והמערערת טענה, כי קביעתו זו של בית משפט קמא שלפיה שימוש בהתאם לייעוד המקרקעין אינו יכול להוות עבירת **"שימוש"**, גם אם לא ניתן היתר בניה, הינה קביעה שגויה.

54. לעמדתו, קביעתו של בית משפט קמא, שאליה אני מצטרף, הייתה שונה ולפיה לא ניתן להרשיע בעבירת **"שימוש"** על פי הוראת סעיף 204(א) **לחוק התכנון והבניה**, כאשר **אין צורך** בהיתר בניה וזאת מאחר ועל פי נוסחו של הסעיף, איסור השימוש חל על: **"...המשתמש במקרקעין ללא היתר, כשביצוע העבודה או השימוש טעונים היתר לפי חוק זה..."**.

55. ויודגש, כי טענת המערערת לפיה המשיבים עושים שימוש במקרקעין בניגוד לתוכנית, יכולה הייתה לשמש כבסיס לאישום על פי הוראת סעיף 204(ב) **לחוק התכנון והבניה**, אך סעיף זה, כאמור, לא נכלל בכתב האישום.

56. עם זאת, לטענת המערערת לפיה השימוש אותו עושים המשיבים במקרקעין מנוגד להוראות התוכנית, ישנה השפעה והשלכה גם לעניין האישום על פי סעיף 204 (א) **לחוק התכנון והבניה**, וזאת מאחר ואם אכן צודקת המערערת בטענותיה, הרי שהשימוש אותו עושים המשיבים במקרקעין הינו בגדר **"שימוש חורג"** כהגדרתו בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה (בנוסחו לפני תיקון 116), ובהתאם **לתקנות 1967** (תקנה 1(1)) **"שימוש חורג"** מחייב הוצאת היתר בניה, ולפיכך ומאחר והמשיבים לא הוציאו כאמור היתר בניה, ניתן להרשיעם בעבירה על פי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבניה, ובעניין זה אין **בתקנות 2014** כדי לסייע למשיבים, וזאת נוכח הוראות סעיף 145ג **לחוק התכנון והבניה**, ותקנה 2 **לתקנות 2014**.

57. בעניין הטענה לשימוש בניגוד להוראות התוכנית, הופנית על ידי המערערת לתקנון התכנית הקובע בפרק 3 הדין ברשימת התכליות ושימושים, כי שטח המקרקעין שייעודו "מגורים ומסחר" הינו: **"שטח לתכנון מפורט המיועד לבנייני מגורים, מסחר קמעונאי, משרדים, הסעדה, מבני ציבור, שטחים ירוקים, דרכים ומגרשי חניה, אין להתיר שימושים שייגרמו למטרד למגורים לפי שיקול הוועדה המקומית והמשרד להגנת הסביבה"**.

בהמשך מופיעה הפסקה שלפיה: **"מסחר שכונתי יכלול: מכולת, סופרמרקט מקומי, מסעדות, בית מרקחת, מספרות, חנויות לשירותי השכונה, מכשירי כתיבה וכו'."**

58. לאור ההוראות לעיל, טוענת המשיבה כי אין לאפשר למשיבים לעשות שימוש במקרקעין לצורך



מפעל לעיבוד שיש ואבן.

59. התייחסנו לעיל להעדר ראיות כלשהן מצד המערערת להוכחת הטענה שלפיה המשיבים מפעילים במקרקעין מפעל לעיבוד וחיתוך שיש ואבן, ולפיכך עלינו להתייחס רק לפעילות של מכירת לוחות שיש ובעניין זה אני סבור כי לא עלה בידי המערערת להוכיח כי פעילות שכזו אינה מותרת על פי התכנית.

60. כפי שפורט לעיל, המקרקעין מצויים באזור המיועד בין היתר לצורך "מסחר קמעונאי" ולא הוכח בפני כי פעילות המשיבים חורגת מהגדרה זו. יותר מכך, לעמדת, מאחר ובפסקה הדנה בשטח שייעודו "מגורים ומסחר" לא מצוי הביטוי "מסחר שכונתי", ביטוי אשר מצוי בפסקאות אחרות הדנות לדוגמא באזור המוגדר "כמגורים ג" (סעיף 3.1.4 לתכנית), קיים לעמדת ספק פרשני של ממש האם ההגדרה המפורטת של "מסחר שכונתי" המופיעה באותו פסקה, רלוונטית לשימוש המסחרי המותר באזור זה, והמוגדר כ"מסחר קמעונאי" ועל האמור יש להוסיף את מיקומם של המקרקעין בצמוד לכביש 70, וכן את העדר ראיה כלשהי מצד המערערת למפגע פוטנציאלי הקיים בעסק בו מדובר, ולפיכך, לא הוכח לעמדת על ידי המערערת במידה הנדרשת, כי השימוש אותו עושים המשיבים במקרקעין הינו בגדר "שימוש חורג" המנוגד להוראות התוכנית.

61. בהקשר זה יש לדון בטענה נוספת של המערערת, שלפיה כל עוד לא אושרה תוכנית מפורטת, וכל עוד לא נקבעה חלוקת מגרשים מדויקת, במסגרת תוכנית ייחוד וחלוקה, אזי לטענתה: **"עד אז לא ניתן לקבל היתרי בניה או לעשות שימוש בחלק זה של המקרקעין בהתאם ליעוד עתידי"** (סעיף 26 ה' להודעת הערעור).

62. גם טענה זו של המערערת איננה יכולה להתקבל. משאושרה התוכנית, ייעוד המקרקעין הינו ל"מגורים ומסחר", וכל שימוש למגורים או מסחר במקרקעין אינו יכול להיחשב כשימוש שמנוגד לתוכנית, כמובן כל עוד הוא אינו חורג מההגדרות שנקבעו בתוכנית למגורים ומסחר.

63. העובדה שלא ניתן להוציא היתרי בניה בהעדר תוכנית מפורטת, אין בה כדי לבטל את כניסתה לתוקף של התוכנית, ובהתאם, הייעודים שנקבעו לתוכנית, הינם בתוקף ביחס למקרקעין (ראה על דרך ההשוואה הדיון הקיים בסוגיית חיוב היטל השבחה בגין תוכנית מאושרת אשר האפשרות להוצאת היתרי בניה מכוחה מותנית בתנאים נוספים, לדוגמא ברע"א 3002/12 הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' אליק רון (15.07.2014)).

64. מבלי להידרש למשמעותה המשפטית המדויקת של תוכנית שאושרה, שבה הוצאת היתרי בניה מכוחה מותנית בקיומה של תוכנית מפורטת, בכל מקרה, ענייננו הוא בהרשעה פלילית שתנאי לקיומה הוא הוכחת יסודות העבירה ברמת הוכחה של **מעבר לספק סביר**, וכאשר אדם עושה



שימוש מסחרי במקרקעין שייעודם על פי תוכנית בתוקף הינו גם מסחרי, לא ניתן לקבוע כי הוכח מעבר לכל ספק סביר כי השימוש שנעשה על ידו עומד בניגוד להוראות התוכנית.

65. סיכומו של דבר, משלא הוכח כנדרש כי קיים צורך בקבלת היתר בניה לעבודות שבוצעו על ידי המשיבים, ומשלא הוכח כנדרש כי השימוש אותו עושים המשיבים במקרקעין הינו "**שימוש חורג**", המחייב קבלת היתר, לא עלה בידי המערערת לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש לצורך הרשעת המשיבים, בעבירות נושא כתב האישום, ובהתאם, לא נפל פגם בפסק דינו של בית משפט קמא המצדיק את התערבות ערכאת הערעור.

66. לפיכך אני מורה על דחיית הערעור, ואולם, בשל השאלות המשפטיות בעלות המשקל שהעלה הערעור, אינני עושה צו להוצאות.

ניתן היום, י"ז אלול תשע"ח, 28 אוגוסט 2018, בהעדר הצדדים.