|  |
| --- |
| **בית משפט לעניינים מנהליים בנצרת** |
|  |
|  פתחי ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון מבוא העמקים | 17 נוב 20191356-10-19 |
|  |
| **השופט** | אשר קולה |
|  |
| **העותרים** | 1. עלי מוסא מוחמד פתחי2. עלי פתחיע"י עו"ד יפעת כהן |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **המשיבה** | ועדה מקומית לתכנון מבוא העמקיםע"י עו"ד עביר אסדי ואח' |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |

1.האם המונח "מסחר שכונתי" מאפשר הקמת מסעדה על פי היתר בנייה רגיל או שמא נדרש היתר לשימוש חורג?

זו השאלה המשפטית שבמחלוקת בהתאם להסכמת הצדדים כאמור בפרוטוקול הדיון מיום 24.10.19.

**רקע והעובדות שבמחלוקת:**

2.העותר1 הינו הבעלים של המקרקעין המצויים בגוש 17394, חלקה 35, מגרש 265 בכפר כנא (להלן: "המקרקעין" ו "המגרש" בהתאמה), המצויים במרחב התכנון של הועדה המקומית לתכנון ובניה "מבוא עמקים" (להלן: "המשיבה" ו/או "הועדה המקומית").

3.ביום 01.08.1999 פורסם למתן תוקף אישור תכנית ג/8588 המהווה תכנית לשינוי תכנית המתאר של היישוב כפר כנא, בהתאם להוראות תכנית זו, ייעוד המקרקעין היה מסחרי בלבד.

4.ביום 28.11.12 פורסם למתן תוקף אישור תכנית גנ/18587, תכנית זו הוגשה ביוזמתו של העותר 1 ותכליתה היה לשנות את ייעוד המקרקעין ממסחר למסחר מעורב במגורים.

5.בסעיף 2 לתכנית תחת הכותרת "מטרת התוכנית ועיקרי הוראותיה נקבע:

**"2.1 מטרת התוכנית**

**שינוי יעוד ממסחר למסחר מעורב** **מגורים ושינוי בהוראות וזכויות בניה.**

**התאמת המגרש לתכנית הקצאת מגרשים מאושרת.**

**2.2 עיקרי הוראות התכנית**

**הגדלת זכויות בניה, שינוי בקווי בנין מתחת למפלס הכניסה שינוי יעוד ממסחר למגורים ומסחר.**

**קביעת 3 יח"ד במגרש וקביעת 150 מ"ר למסחר בקומת הכניסה. ביטל הרחבת דרך מאושרת.".**

בסעיף 4 לתכנית תחת הכותרת "יעודי קרקע ושימושים" נקבע:

**"4.1 שם ייעוד :מגורים ומסחר**

**4.1.1 שימושים**

**א. ישמש למגורים ומסחר שכונתי. המסחר יותר בקומת הכניסה במפלס הכביש.**

**4.1.2 הוראות**

**א. הקומה מתחת למפלס הכניסה מיועדת למגורים וחניה ורמפה המחברת את הקומה עם מפלס הכביש"**

6.היתרי הבנייה של המגרש –

ביום 30.12.08 ניתן היתר בנייה מספר 19219 לבניית מבנה על המקרקעין, הכולל קומת מגורים במרתף, קומת משרדים במפלס הקרקע ושתי קומות מגורים נוספות מעל.

בתאריך 06.12.12 ניתן היתר בנייה מס' 21138 שמהותו לגיטימציה לשינויים במבנה וקומה מסחרית על פי תב"ע ג/18587.

ביום 13.02.13 ניתן היתר בנייה מס' 21728 הכולל לגיטימציה למרפסות בקומות מגורים א' ו- ב' בלבד.

7.בסוף שנת 2018 ובמועד, אשר שנוי במחלוקת בין הצדדים פתחו העותרים בקומת הקרקע מסעדה בשם "פוסטוק" (להלן: "המסעדה").

8.ביום 20.03.19 הוצא על ידי המשיבה צו איסור שימוש למסעדה, שכן בהתאם לחוות דעתו של מהנדס המשיבה "מסחר שכונתי" אינו כולל מסעדה.

9.העותר 1 ביקש לבטל את צו ההפסקה במסגרת בקשה שהוגשה בב"נ 2844-04-19 בבית משפט השלום בנצרת. ביום 27.05.19 ניתן צו שיפוטי הנותן תוקף להסכמת הצדדים שכללו בין השאר הסכמה של העותר 1 לחזור בו מהבקשה לביטול צו הפסקה והתחייבות שלא לפתוח את המסעדה ללא היתר כדין.

10.העותרים הגישו בקשה להיתר בניה מספר 5973026808 שאינה כוללת בקשה לשימוש חורג מתכנית. ביום 04.04.19 קיבלו העותרים הודעה על אי עמידה בתנאים מוקדמים והפסקת טיפול. העותרים המשיכו בטיפול בבקשתם תוך תיקון תשריט ההיתר. לוועדה המקומית הוגשו התנגדויות לבקשה להיתר של מספר שכנים המתגוררים בסמיכות למסעדה ובהתנגדויות הועלו טענות כנגד בעיות חניה ותנועה שיוצרת המסעדה. המועצה המקומית כפר כנא הודיעה, כבעלת מגרש גובל, שאינה מתנגדת לבקשה והעותר 1 הגיש מכתב של תושבים בשכונה המבקשים, כי המסעדה תישאר פתוחה.

בהתאם לבקשת העותרים הבקשה להיתר נדונה במליאת הוועדה המקומית ביום 29.10.19 והוחלט, כי יש לסגור את תיק הבקשה להיתר בהתאם לרצון העותרים.

11.בחודש אוגוסט 2019 החליף העותר 1 ייצוג והוגשה בקשה לעיון מחדש, במסגרתה שב העותר 1 על טענותיו שיש לבטל את צו ההפסקה. בדיון שהתקיים ביום 18.09.19 חזר בו העותר 1 מבקשתו לעיון חוזר אך ביקש לעכב את צו ההפסקה למספר ימים לצורך הגשת העתירה המנהלית דנן. בית משפט השלום נעתר לבקשה והעותרים פתחו את המסעדה ביום 27.09.19. ביום 02.11.19 נסגרה המסעדה בהתאם להסכמות הצדדים כאמור בהחלטתי מיום 24.10.19.

**טענות העותרים**

12.לטענת העותרים, בעוד שלטענת המשיבה עליהם להגיש בקשה לשימוש חורג מתכנית ומהיתר הרי, שלטענתם לכל היותר עליהם להגיש בקשה לשימוש חורג מהיתר בלבד ולאור הוראות תיקון חוק התכנון והבניה משנת 2016- אף שימוש חורג זה כלל אינו דרוש.

13.בסיכומי העותרים ביקשו הם לעמוד על ההבדלים המהותיים שבין שימוש חורג מתכנית ובין שימוש חורג מהיתר. לדידם, בעוד שהמבקש שימוש חורג מתכנית חייב בהסבר לשינוי המבוקש וכפוף להוראות החוק וכן התקנות בדבר סטייה ניכרת, שימוש חורג מהיתר מעצם טבעו וטיבו אינו יכול להוות משום "סטייה ניכרת" שכן הינו תואם מלכתחילה את הוראות תכנית המתאר החלה וכל מטרתו שינוי הסיווג של חלק מהמבנה מסיווג א' לסיווג ב', כאשר שניהם כלולים תחת ה"מטריה" בדמות סוגי השימושים המותרים במבנה .כך, שנדירים המקרים בהם הועדה תוכל שלא לאשר שינוי כאשר המדובר בזכות קנויה ממש לבעל ההיתר לשנות תת סיווג המבנה כל עוד השימוש בו הינו תחת הסיווג הכללי שבתכנית המתאר ומשכך המחוקק קבע, כי שימוש חורג מהיתר לא יוגבל בזמן זאת להבדיל למגבלה החלה לגבי שימוש חורג מתכנית (שנים ספורות, עד לא יותר מ-5-4 שנים).

14.העותרים מוסיפים לעניין זה, כי בהתאם לתיקון 110 לחוק, המחוקק הגדיל וקבע, כי כאשר מדובר בשינוי שימוש הקבוע בהיתר וזאת לשם הפעלת עסק, ההליך יהיה קצר עוד יותר ולמעשה שולל את שיקול דעתה של הוועדה המקומית כאמור בסעיף 145ה.

15.בענייננו טוענים העותרים, עמדת המשיבה לעניין ההליך התכנוני בו יש לנקוט מהווה פרשנות שגויה של ההוראות התכנוניות החלות, עד כדי התעמרות בעותרים ממש.

16.לטענת העותרים, המקרקעין נשוא העתירה ממוקמים בשטח תכנית ג/8588 אשר הינה התכנית המתארית לגבי כפר כנא כולה, כאשר המקרקעין ממוקמים בשטח תכנית המתאר בתחום ייעוד "מגורים מסחרי מעורב".

לפי סעיף 4.3 לתקנונה השטח מיועד להקמת בנייני מסחר ובידור כגון בתי קפה ומסעדות.

בשנת 2008 הוגשה על ידי העותר 1 בקשה לבניית מבנה מגורים חדש הכולל קומת מרתף, מעליה מה שהוגדר כ"קומת משרדים" במפלס הכביש וכן 2 קומות מגורים מעליהן. מכוחו של ההיתר שניתן בדצמבר 2008 הוקם בפועל המבנה נשוא העתירה. אולם, מאחר ובעת הבנייה בוצעו מספר סטיות אל מול ההיתר המקורי ביקש העותר 1 להסדירן אלא שהדבר הצריך הכנת תכנית מתאר נקודתית חדשה, אשר הוכנה על ידו והידועה כ- גנ/18587. תכנית זו חלה על שטח בן כדונם אחד ובו המבנה. לדידם של העותרים, מטרת התכנית היתה התאמת הבנייה לקיים בשטח, לרבות שימוש למגורים אף בקומה שמתחת לקומת המסחר, שכן לפי תכנית ג/8588 המגורים היו מותרים רק מעל לקומת המסחר ולמעשה מבחינת היקפי השימוש המסחרי אין כל הבדל בין התכנית הנקודתית לתכנית המתאר ג/8588.

17.לטענת העותרים, ביום 13.02.13 ולאחר שהתכנית הנקודתית נכנסה לתוקף, ניתן להם היתר שמספרו 21728 אשר כלל לגיטימציה למצב הקיים לרבות סגירת 2 מרפסות בקומה א' ו-ב'. לטענתם, טענת המשיבה, כי ייעוד קומת מפלס הכביש נותר בעינו כ"משרדים" ולא שונה ל"מסחר שכונתי" שכן בהיתר מס' 21728 תקן החניה מחושב עדיין לפי משרדים-שגויה וכמוה כהודאה של הועדה המקומית, כי לא עשתה עבודתה כראוי. לדידם חזקה, כי הועדה המקומית מוציאה אך ורק היתרים חוקיים ומשכך הרי שעת הוצא ההיתר יש בו משום קביעה של הוועדה המקומית, כי המבנה כולו חוקי ותואם את היקפי הבניה והייעודים החוקיים הקבועים בתכנית המתאר ובתכנית הנקודתית. עמדת הוועדה שההיתר משנת 2013 אינו מסדיר את נושא השימוש המסחרי מהווה משום טענה של הועדה כנגד היתר אשר הנפיקה היא עצמה.

18.עוד טוענים העותרים, כי גם אם טענתם ולפיה, היתר מספר 21728 "מכסה" את השימושים המבוצעים כיום במבנה קומת הכניסה. בכל מקרה, עורך הבקשה רשם, כי בקומת הכניסה הפעילות תהיה מסוג "מסחר שכונתי" מאחר ואין בתכנית עצמה כל הגדרה לאותו "מסחר שכונתי" יש לפנות לגורמים חיצוניים כאשר הכלל הפרשני הברור הינו, כי בכל מקרה של ספק, הפרשנות צריכה להיות זו המקלה ולטובת האזרח. לטענתם, מאחר והמונח הספציפי "מסחר שכונתי" אינו קיים בחוק, לא בתקנות ואף לא בתכניות מתאר אחרות למיטב הידיעה, הרי שבחינת "כוונת המחוקק" מחייבת לכאורה פנייה אל עורך התכנית על מנת להבין כוונתו הראשונית. מאחר וזו הוכנה על ידי העותר 1 ולבקשתו, חזקה כי לא היתה כל כוונה לצמצם את היקפי הפעילות המותרים לעומת הקבוע בתכנית המתאר הכלילית ג/8588 ולו מן הטעם שלא סביר שבעל קרקע יכין תכנית הפוגעת בזכויותיו שלו.

19.עוד מוסיפים העותרים שגם השכל הישר מורנו שאותו "מסחר שכונתי" הינו זה הכולל את השימושים המנויים בתכנית ג/8588. לחלופין טוענים העותרים, כי המסעדה בהחלט יכולה להיחשב כ"מסחר שכונתי" לאור העובדה שמדובר במסעדה בהיקף מצומצם מאוד- כ-150 מ"ר אשר שטח הישיבה בה קטן יחסית והיא בנויה לארח כמות נמוכה של אורחים עד כ-60 איש לכל היותר.

**טענות המשיבה**

20.לטענת המשיבה, שימוש של מסעדה הוא שימוש חורג מתכנית ולחלופין הוא שימוש חורג מהיתר ואין מדובר במצב בו ניתן לקבל אישור לשימוש לעסק עפ"י סעיף 145 ה' לחוק.

21.לטענת המשיבה, כיום חלה על מגרש העותרים תכנית גנ/18587, שצמצמה את שטח המסחר המותר לבניה במגרש ל- 150 מ"ר וצמצמה את השימושים המותרים במסחר למסחר שכונתי מצומצם הבא לשרת את תושבי השכונה הגרים בסמיכות לו בהתאמה לשימושים ולתכליות המותרים ביעוד מגורים א' לפי תכנית ג/8588. לדידה, גם לו תכנית ג/8588 היתה חלה על מגרש העותרים, מדובר היה ביעוד מסחרי שאין לו כל זכויות בניה ואין השימושים והתכליות שבו כוללים מסעדה. הטענה שמגרש העותרים הינו ביעוד אזור מגורים ומסחרי מעורב נסתרת מתשריט תכנית ג/8588.

22.לטענת המשיבה, במקרה דנן נדרש היתר לשימוש חורג מתכנית, היות שהמסעדה אינה שימוש הנכנס לגדר מסחר שכונתי על פי תכנית גנ/18587. לטענתה, אם וכאשר תבחן בקשה להיתר לשימוש חורג מתכנית גנ/18587 יהיה על הוועדה המקומית לבחון אם מדובר בשימוש חורג שניתן להתירו או שמדובר בשימוש חורג המהווה סטייה ניכרת מהתכנית בהתאם לתקנות התכנון והבניה (סטייה ניכרת מתכנית), תשס"ב -2002, שאסור להתירו, למשל מאחר שמדובר בשימוש המשנה את הסביבה הקרובה. אולם, בשלב זה כאשר אין בקשה להיתר קונקרטית ובקשה כזו טרם נבחנה על ידי הועדה המקומית, אין הועדה מביעה עמדה בשאלה זו.

23.המשיבה מוסיפה, כי תכליתה של תכנית גנ/18587 הינה לצמצם את השימוש המסחרי המותר במגרש העותרים ולהתאימו לשימושים המסחריים המותרים באזור מגורים א' לפי תכנית ג/8588 שהינם שימושים המאפיינים מסחר שכונתי כגון רכישת מצרכים בסיסיים במכולת שכונתית, קבלת שירותים אישיים מבעלי מקצוע חופשיים, מספרה וכד' תכלית צמצום שטח המסחר נועדה למנוע מטרדים וחיכוכים בין השימושים וכן נבעה מהעדר פתרונות חנייה בתחום מגרש העותרים.

24.לחלופין טוענת המשיבה, כי יש צורך בקבלת היתר בניה למסעדה בהליך של שימוש חורג מהיתר כאמור בסעיף 148 לחוק תוך מתן אפשרות לגובלים ולמי שעלול להיפגע ממתן ההיתר להתנגד ולהישמע בפני הוועדה כאמור בסעיף 149 לחוק. לדידה, היתר בניה למשרדים אינו היתר שיכול להתאים למסעדה. היתר הבנייה הקיים כיום מאפשר שטח מסחר לשימוש של משרדים בגודל 150 מ"ר ובהתאם לכך הותקנו 4 מקומות חניה, בשל שימוש זה, הנוספים למקומות החניה שנדרשו לשימוש למגורים. לדידה, שינוי השימוש מחייב לכל הפחות שינוי במספר מקומות החנייה הדרושים. שימוש מסחרי למשרדים מצריך מקום חניה אחד לכל 40 מ"ר ואילו שימוש מסחרי למסעדה מצריך מקום חניה אחד לכל 10 מ"ר. מדובר בשינוי מהותי המצריך בדיקה והסדרה ולכן קיים צורך מהותי בהליך של בקשה לשימוש חורג מהיתר. כמו כן, טוענת המשיבה, יש לבחון אם קיימות הוראות המיועדות להבטחת הנגשת המקום, להבטחת בטיחות הסועדים מבחינת כיבוי אש, פינוי במקרה הצורך, מניעת מטרדים משימוש המגורים, קיומו של ממ"ד ועוד.

25.לטענת המשיבה, סעיף 145 ה' לחוק אינו חל במקרה דנן, מאחר שלא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 145ה(א)(1) ו- (5). לטענתה, על מנת שיחול סעיף 145ה לחוק צריכים להתקיים כל התנאים. בענייננו, טוענת המשיבה, לא מתקיים התנאי הראשון באשר השימוש אינו תואם את התכנית החלה על המקרקעין וגם התנאי הקבוע בסעיף 145ה(א)(5)לחוק הקובע ש"השימוש המבוקש למטרת עסק אין בו כדי לפגוע בסביבה, בבריאות הציבור או בבטיחותו, או לשנות משמעותית את אופי הסביבה" אינו מתקיים במסעדה. מסעדה הינה עסק שבמסגרת הליך רישוי העסק שלו יש לקבל אישור משרד הבריאות, אישור רשות הכבאות ובמקרים מסוימים אף אישור המשטרה. היינו על פי דין מדובר בעסק שיש בו סיכונים לפגיעה בבריאות, בבטיחות אש ושלום הציבור במקרים מסוימים על כן לא ניתן לאשר שימוש לעסק של מסעדה לפי סעיף 145ה לחוק.

26.באשר להיקף שיקול הדעת של הועדה המקומית בעת שתדון בבקשה לשימוש חורג מתכנית לעומת שימוש חורג מהיתר הרי, שסוגיה זו אינה תלויה ועומדת בפני בית המשפט, שעה שהעותרים משכו את בקשתם להיתר והוועדה המקומית טרם דנה בעניין וטרם הופעל שיקול דעתה. כך, שהמדובר בשאלה תיאורטית.

**דיון**

27.מסקנתי, לאחר העיון בטענות הצדדים, הנה שפרשנות המשיבה למונח "מסחרי שכונתי" בתכניות החלות על המגרש היא הנכונה, וכי יש לדחות את פרשנותם של העותרים.

28.ב"כ הצדדים האריכו בטענותיהם זה בכה וזה בכה ולמרבית הצער מרבית הטענות אינן רלוונטיות להכרעה שעליי לתיתה.

29.עסקינן בשאלה פרשנית אחת ויחידה מה פירושו של המונח "מסחר שכונתי" שבהוראות תוכנית ג"נ 18587, שהיא התוכנית הרלוונטית החלה כיום על המבנה הרלוונטי.

30.טרם שאדון בשאלה זו, אבקש להסיר את עניין הטענה החלופית של העותרים בדבר שימוש חורג מהיתר. לטענה זו לכאורה, וגם זאת על דרך החליפין מסכימה גם המשיבה, אלא שנכון לנקודת זמן זו, אין לעותרים היתר בנייה בר תוקף, שכן ההיתר האחרון שעניינו מסחר, ניתן בשנת 2012 (6.2.12) והיתר נוסף שעניינו לגיטימציה לסגירת מרפסות ניתן בשנת 2013 (13.2.13). גם בהיתר זה הייתה התייחסות לקומה מסחרית המשמשת כמשרדים אלא שהיתרים אלו תוקפם לשלוש שנים בלבד, וכך נכתב בהם מפורשות – "היתר זה יפקע תוקפו בתום 3 שנים מיום נתינתו".

31.אין מחלוקת, כי המסעדה מושא ההליך נפתחה בחודש 12/18 (ראה למשל סעיף 17 לתגובת המשיבות) משכך מיום קבלת ההיתרים חלפו יותר משלש שנים, ולא היה לעותרים היתר בר תוקף ביום פתיחת המסעדה.

לפיכך אפוא, הדיון בטענה החלופית של העותרים למתן היתר לשימוש חורג מהיתר הינו תיאורטי בלבד.

32.עוד אבקש להסיר מעל סדר יומנו את הטענה בדבר תחולתו של סעיף 145ה' לחוק התכנון והבניה וזאת על שום 3 סיבות מצטברות וכדלהלן:

א.טיעון זה לא עלה בעתירה לגופה ומשכך מדובר בהרחבת חזית אסורה.

ב.גם לגופם של דברים צודקת המשיבה, כי אין תחולה להוראות סעיף 145ה' הנ"ל, שכן אם נכונה הקביעה, ועל כך להלן, שמסעדה אינה בגדר "מסחר שכונתי", אזי ממילא לא חל התנאי הקבוע בסעיף 145 ה' (א)(1) הקובע כאמור:

**"השימוש המבוקש למטרת עסק הותר בתוכנית החלה למגרש ותואם אותה ואת** ההנחיות המרחביות".

ג.הוראת ס"ק (ג) שם קובעת, כי רשות הרישוי תחליט בבקשה לפי סעיף זה...

לאמור על מנת שאפשר יהיה להיכנס כלל לתחולתו של סעיף 145 ה', היה צורך בהגשת בקשה... וזו כידוע כלל לא הוגשה!

יתר על כן גם אם הייתה מוגשת בקשה ונדחית, או לא נדונה כלל, אזי תרופתם של העותרים הינה בהגשת ערר, ולא בטיעון בהליך מינהלי.

33.כך או כך, לגופה של עתירה המחלוקת שעליי להכריע בה, כך בהתאם להסדר הדיוני, הינה מה משמעותו של הביטוי "מסחר שכונתי".

34.לעניין זה אין פרשנות בתוכנית או בתקנון ומשכך עליי להכריע בה, על פי כללי פרשנות של דברי חקיקה, ותוכנית לעניין זה הינה דבר חקיקה (ראה לעניין זה ע"א 3213/97 יחזקאל נקר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה, נג(4) 625 (31.08.99)).

35.הפרשנות המילולית הפשוטה וכך בא הדבר לידי ביטוי גם במילון אבן-שושן הינה, כי מסחר-

" קניה ומכירה- מסחר הוא חליפין מרצון של סחורות ושל שירותים. המנגנון שמאפשר את המסחר נקרא שוק. בראשיתו, המסחר היה סחר חליפין, כלומר החלפה ישירה של סחורות ושל שירותים".

לאמור מסחר אינו כולל בחובו בתי אוכל וכדו'.

אולי ראיה ניצחת לזה, הינה השוואה לתוכניות קודמות שבהן נכתב מפורשות עסקי אוכל ובתי קפה (ראה תוכנית ג/4394 ותכנית ג/8588) בתוכנית החלה לא הוזכר ולא בכדי, כל הנושא של עסקי אוכל.

36.זאת ועוד דבר חקיקה יש לפרש על פי תכליתו. כל היתר לכל שימוש זוקק כמובן גם מקומות חניה. אין חולק שאין דין מקומות חניה לעסק קטן של מסחר, כדין מקומות חניה לעסק מסוג מסעדה.

היתר אשר ניתן לעותרים (ובהתעלם מכך שפג תוקפו) כלל בחובו 4 מקומות חניה. ואילו מספר מקומות התוכנית במסעדה הינן פי 4 (ראה סעיף 84 לסיכומי המשיבה).

לעניין פרשנות דבר חוק בהתאם לתכליתו ראה דרך משל דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ (14.07.11).

עוד ראה עע"מ 1446/06 הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מרכז נ' השתתפויות בנכסים בישראל בע"מ (21.9.2010):

**"בדיני התכנון והבניה הכלל הוא כידוע כי מה שלא הותר במפורש הוא למעשה אסור. במילים אחרות, כאשר עסקינן במאטריה תכנונית כדי להתיר יעוד מסויים 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" (ע"פ 377/87 קלקא נחום בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 673, 681 (1987)). וכפי שקבע חברי השופט ריבלין: "על התכנית להתיר במפורש שימוש מסוים כדי שזה יהיה מותר. כל שאינו מותר מפורשות – אסור" (ע"א 1216/98 אבוטבול נ' ועדת ערר מחוז המרכז, פ"ד נה(5) 114, 130 א (2001) (להלן: עניין אבוטבול))."**

37.סוף דבר אפוא ש"מסחר שכונתי" אינו כולל בחובו הפעלת מסעדה.

אין בכך כדי לסתום את הגולל על רצונם של העותרים לפתוח מסעדה, וכל שעליהם לעשות הוא לחזור לסדר הילוכם הרגיל, דהיינו, בקשה להיתר, כפי שאכן נעשה על ידם מלכתחילה.

בנסיבות העניין לא ראיתי לנכון ליתן צו להוצאות.

38.בשולי פסק-דיני זה אבקש להוסיף, כי העותרת הגישה בקשה למתן סיכומי תשובה לטיעוני המשיבות (הליך שאינו מוכר בעתירה מנהלית) ושעה שההסדר הדיוני היה שפסק הדין יינתן עד היום, ושעה שהמשיבות התנגדו לכך, לא נעתרתי לבקשה. על כך אוסיף שלכאורה לפחות, מתשובת המשיבה לבקשה עולה, כי העותרים פתחו את המסעדה שלא כדין!!!

**ניתן היום, י"ט חשוון תש"פ, 17 נובמבר 2019, בהעדר הצדדים.**

|  |
| --- |
| **Picture 1** |
| **אשר קולה, שופט**  |