

עפ"א 46972/10/13 - חיים בן יקר, גן תפוז בע"מ, גיל בן יקר נגד מ.י. מועצה אזורית חוף השרון

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"א 46972-10-13 בן יקר ואח' נ' מ.י. מועצה אזורית חוף השרון

בפני כב' השופטת הבכירה, נגה אהד

מערערים	1. חיים בן יקר 2. גן תפוז בע"מ 3. גיל בן יקר
נגד משיבה	מ.י. מועצה אזורית חוף השרון

פסק דין

לפניי ערעור על פסק הדין שניתן בבימ"ש שלום נתניה (כב' השופטת חנה קיציס) בתיק חע"מ 40121/06, מיום 8.9.13.

המערערת מספר 2 מפעילה גן אירועים בשם "גן תפוז" במושב רישפון מזה 18 שנים. כתב האישום הוגש בשנת 2006. בנימוקי הערעור מצוין ב"כ המערערים:

1. בימ"ש קמא ניהל את פרשת התביעה בניגוד לדין, בהיעדר המערערים, בהיעדר בא כוחם, בנוסח משפט שדה (ראה טיעוני המערערים בסעיף 2 להודעת הערעור).

2. טעה בית משפט משהסתמך על עדות המוצגת/ת 9 שהוגש במסגרת פרשת התביעה, אשר כאמור נוהלה בהיעדר המערערים ובא כוחם.

הועלתה טענת התיישנות עילת כתב האישום.

נטען בעניין זה כי אין לראות בעבירות תכנון ובנייה עבירות נמשכות, ויש לנקוט גישה המקלה עם הנאשם על פי הפסיקה, לפיה משחלק מהתקופה הנמשכת התיישן אין להעמיד נאשמים על כל חלק של תקופה שהינה יחידה אחת, מפנה לתיק פלילי 5834/83 **מדינת ישראל נ' רזניק אליעזר**.

לאור כך נטען, מכיוון שהמערערים הראו בעדויות ובמסמכים של ממש כי הגן קיים במתכונתו לכל הפחות 10 שנים ויותר טרם הגשת כתב האישום, כי אז ברור שלפנינו התיישנות ו/או שיהיו בפעולת המשיבה כנגד

המערערים ודי בכך כדי לאיין כתב האישום.

3. טעה בימ"ש קמא משלא קבע כי עניינם של המערערים נגוע בשיהוי חמור ביותר, שכן המעשים המיוחסים למערערים בוצעו לפני 18 שנים, כאשר מעשיהם נעשים בגלוי, באין מפריע ובשתיקת גורמי התכנון והאכיפה. ב"כ המערערים מפנה את ביהמ"ש לת"פ 1374/04 שניתן על ידי כב' השופט איתן מגן ז"ל **מדינת ישראל נ' מנשה מזרחי**, ובעניין מזרחי מדובר על שיהוי בן 3.5 שנים עד להגשת כתב האישום, בעוד שבעניין ערעור זה חלפו 12 שנים מתחילת ביצוע העבירות הנטענות.

4. עוד נטען כי למערערים עומדת ההגנה לפי סעיף 208 (ב) לחוק התכנון והבנייה תשכ"ה - 1965.

עד למועד הגשת כתב האישום סברו המערערים שיש בידיהם כל האישורים הנדרשים להפעלת הגן. אף גורם רשמי לא טרח לומר למערערים כי לא די ברישיון עסק.

עוד נטען, כי טעה בית משפט שקבע כי על פי מוצג נ/31 (עמוד 8 ממנו) גן אירועים אינו נכלל בשימושים העולים מהגדרת "בית קפה, צרכניה... מקומות לספורט ולבידור על כל שירותיהם". עוד נטען כי טעה בימ"ש כשהחליט כי תכנית מאוחרת גוברת על תכנית מוקדמת, שכן תכנית הינה "דין" והינה תקפה עד לביטולה המפורש. ועוד נטען כי בימ"ש קמא טעה משנתן פרשנות מצמצמת להלכה שנקבעה במסגרת ערעור פלילי 389/91 **מדינת ישראל נ' ישראל ויסמרק ואח'**, פד"י מט (5), 705.

5. עוד נטען כי טעה בית משפט משהתעלם מהלכה לפיה רשות מנהלית רשאית לשנות החלטתה רק במקרים חריגים ביותר, שכן זכות האזרח לדעת אם בידיו החלטה סופית ומחייבת, מפנה לבג"צ 707/81 **שוורץ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ת"א-יפו**, פד"י לו (2), 665, 666. מה גם שבענייננו לא היה שינוי נסיבות, לא הייתה תרמית, הונאה או הטעייה מצד המערערים שיש באלה כדי להביא המשיבה לחזור ממדיניותה ארוכת השנים להסתפק ברישיון עסק בלבד. ובעניין זה הוסיף וטען ב"כ המערער כי גם אם נפלה טעות בשיקול דעתם של נבחרי הציבור שאישרו פעילות הגן במתכונתו לאחר קבלת רישיון העסק, כבולה המשיבה בהחלטת הנבחרים והפקידים ואינה יכולה ואינה רשאית לשנות.

6. טוען ב"כ המערערים לחלופין, כי רישיון העסק ומדיניות המשיבה עד למועד הגשת כתב האישום מהווים הבטחה מנהלית מחייבת. רישיון העסק שהינו מסמך רשמי כדין, ברור ומפורש וניתן על ידי הגוף האמור ליתן מסמכים מסוג זה, ויש לראות בכך הבטחה מחייבת ולא בנקל תוכל רשות מוסמכת להתנער ממסמך שהנפיקה במו ידה.

7. עוד נטען כי למערערים הגנה על פי חוק העזר לחוף השרון, בדבר שימור רחובות, לפי סעיף 3 (א)

ממנו הקובע בזו הלשון: "ראש המועצה רשאי לתת היתר להעמיד ברחוב כיסאות ושולחנות לצרכי בית קפה וכן להצגת סחורה ברחוב בחזית החנות, לבטל היתר שניתן או להתלותו, וכן לכלול בו תנאים, להוסיף עליהם, לגרוע מהם, לשנותם או לבטלם".

על פי חוק זה, הגדרת "רחוב" הינה: "רחוב - דרך, נתיב להולכי רגל, מדרכה, גשר, רחבה או גינה שיש לציבור זכות מעבר בהם...". מכאן שיש לראות במתחם הגן של המערערים כ"רחוב".

8. נטען כי למערערים עומדת הגנת טעות במצב דברים על פי סעיף 34 י"ח לחוק העונשין ובימ"ש טעה משלא קבע כי המערערים האמינו בכנות כי ניתן להם היתר כדין להפעלת הגן. כמו כן, טוען ב"כ המערערים להגנת טעות במצב המשפטי על פי סעיף 34 י"ט לחוק העונשין, שכן המשיבה באמצעות פקידיה העניקו למערערים את ההנחה כי הינם אזרחים למופת הפועלים על פי חוק ומקפידים להמציא כל אישור שנדרש מהם כדי להפעיל את הגן.

9. ולעניין העונש, נטען כי טעה בית משפט משלא נתן משקל לעדות האדריכל אלישע מור, בעברו יו"ר הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית אשר אישר כי קיים סיכוי מאוד גבוה כי בתוך שנה וחצי עד שנתיים ניתן יהיה להוציא היתר לגן נשוא הערעור.

לא ניתן משקל לעובדה כי המערערים פעלו על פי הוראות המשיבה לאורך כל התקופה. לא ניתן משקל כי במשך שנים ארוכות היה לעסק רישיון עסק בר תוקף. טעה בימ"ש משלא נתן תקופת עיכוב ביצוע ארוכה ובענייננו לטענת ב"כ המערערים מן הראוי להורות על עיכוב ביצוע ל - 24 חודשים נוספים.

טעה בימ"ש משלא השית קנס סמלי בלבד על המערער 1 שהגיע לגיל גבורות ואין לו קשר לגן האירועים, וכן טעה בימ"ש בגובה הקנסות שהטיל על המערערים 2 ו - 3.

10. ב"כ המערערים מבקש לדחות כל הטענות בערעור הן לעניין הכרעת הדין והן לעניין גזר הדין. מדובר בבניה רחבת היקף ושימוש חורג במבנים ובקרקע חקלאית למטרת גן אירועים.

ב"כ המערערים עשה דין לעצמו ולא התייצב לדיון שהתקיים במועד על אף שביהמ"ש דחה בקשת ב"כ המערערים לדחיית הדיון. לדיון נשלח עו"ד שלטענת ב"כ המערערים אינו מכיר את התיק.

הקביעות בהכרעת הדין מבוססות על פי כלל העדויות, ראיות, מסמכים ומוצגים שהוגשו לביהמ"ש, ביהמ"ש בחן טענות ב"כ המערערים אחת לאחת ולא נפלה כל שגגה בבימ"ש קמא בקביעותיו.

11. לגופו של עניין, דין הערעור להידחות.

כל טענות ב"כ המערערים לעניין התנהלות בית משפט בדבר קיום משפט שדה, ללא נוכחות

המערערים ובא כוחם נדחות מכל וכל ומוטב היה אלמלא נטענו.

צדק בית משפט קמא משהחליט לדחות בקשות דחייה חוזרות ונשנות שהוגשו על ידי ב"כ

המערערים, תוך שהדגיש בימ"ש קמא, כי התיק המדובר הינו משנת 2006 ואין לדחותו עוד!

למקרא פרוטוקול ביהמ"ש, והמוצגים הרבים שהוגשו, מדובר בשמיעת ראיות כדבעי, תוך שביהמ"ש מקדיש זמן יקר וסבלנות אין קץ, לניהול ההוכחות, בתיק זה.

יש לזכור היטב כי המתואר בכתב האישום, ייחס למערערים ביצוע עבודות בנייה ללא היתר ושימוש חורג ללא היתר, במבנים ומקרקעין הידועים כגוש 7653 חלק מחלקה 208, מגרש 93 ב' במושב רישפון למטרת גן אירועים לעריכת שמחות ואירועים, וזאת במשך כמעט שני עשורים.

12. המערערים הורשעו בבית משפט קמא בעבירות על חוק התכנון והבנייה תשכ"ה - 1965, בעבירות של בנייה ושימוש חורג במקרקעין ללא היתר, על פי סעיפים 145 (א) + (ב), 204

(א) + (ב) וסעיף 208.

13. טענת ב"כ המערערים להתיישנות נדחית מכל וכל.

כך גם נדחית הטענה, כי בנסיבות בהן הגן הופעל 10 שנים בטרם הוגש כתב האישום, יש לקבוע כי תקופת ההתיישנות החלה מתחילת התקופה הנמשכת ולראות בתקופה כולה יחידה אחת שהתיישנה.

צדק בימ"ש קמא בקביעתו כי העבירה בוצעה טרם התיישנותה לאור מפת המדידה ת/9 שהוגשה בהיעדר התנגדות מצד המערערים ובתשריט זה לא הופיעו המבנים נשוא כתב האישום, ולאור אישור המערער 1 בחתימתו כי עד ליום 13.3.02 טרם נבנו המבנים נשוא כתב האישום. קביעת ביהמ"ש מבוססת בין היתר גם על עדות מערער 3 במסגרת חקירתו הנגדית.

צדק בימ"ש קמא בקביעתו כי עבירה של שימוש בניגוד לתכנית וללא היתר, הינה עבירה נמשכת, שניתן להגיש בגינה כתב אישום, כל עוד אותו שימוש קיים בפועל. עצם השימוש הנמשך מונע התיישנות העבירה.

קביעה זו הדוחה טענת התיישנות על כל היבטיה, נכונה היא ואין להתערב בה.

14. טענת ב"כ המערערים לפיה עניינם של המערערים, ונשוא כתב האישום נגועים בשיהוי חמור נדחית מכל וכל.

על פי הפסיקה, השתהות בהפעלת אמצעי אכיפה אינה יוצרת מניעות כלפי הרשות האוכפת אלא במקרים קיצוניים ביותר, חריגים ויוצאי דופן. אכיפת הוראות חוק התכנון והבנייה הינה אינטרס חשוב

במעלה וגובר על שיהוי בנקיטת הליכים.

"מכל מקום, בדרך כלל בנסיבות של אי חוקיות, ובייחוד כאשר אי החוקיות ברורה ומובהקת, הימנעות הרשות מלפעול אין די בה כדי לבסס אינטרס מוגן של הפרט כנגדה". ראה רע"פ 1520/01 יעקב ורות שוויצר ואח' נגד יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, פד"י נו (3), 595 ואילך.

מעשיהם של המערערים, הקמת המבנים בהיקף כה רחב כמפורט בכתב האישום ללא היתרי בנייה, ללא היתרים לשימוש חורג, אי החוקיות בולטת לעין, ואין לראות בתקופת השיהוי הסכמה בשתיקה, לבנייה ולשימוש הבלתי חוקי, שנעשה במקרקעין, ובוודאי שאין בו כדי למנוע מהמשיבה להפעיל סמכויותיה לאכיפת החוק.

מתוך כלל הראיות בתיק ובמיוחד עדות עד תביעה 1 ועד ההגנה סגן ראש המועצה, הרי שהמשיבה פעלה כנגד כל גני האירועים בתחום שיפוטה, כדי לבער תופעה פסולה זו. המשיבה לא פעלה משיקולים פוליטיים, אלא החלה בפעולות אלה בעקבות דוח ביקורת המדינה נ/29 וטוב שכך.

15. קביעתו של ביהמ"ש לפיה המשיבה הוכיחה טענתה כי המבנים נשוא כתב האישום הינם מבנים טיעוני היתר בנייה, והיתר כזה לא ניתן למערערים, נכונה.

קביעה זו מבוססת על עדות המפקח צור שדי, על התכנית המאושרת משמ/50 (ת/4 ו - ת/5), תשריט חלוקה (ת/6), שנערך על ידי מודד מוסמך מטעם מושב רשפון בשנת 1981, ואשר חילק החלקות החקלאיות שסומנו כיחידה אחת בתכנית משמ/50 למספר חלקות, והחלקה שהוקצתה למערער 1 סומנה במספר 93 ב' בת/6 ואף צוין השם "בן יקר".

המבנים שאותרו במקרקעין על ידי העד צור שדי, וסומנו בתשריט ת/1, לא היו קיימים במפת המדידה - הגרמושקה (ת/9) שצורפה לבקשת ההיתר שהגישו המערערים מיום 13.3.02.

זאת ועוד, המערערים עצמם לא הכחישו הטענה כי אין בידם היתר בנייה להקמת המפורט בכתב האישום. מערער 3 העיד כי רק בינואר 2013 הוגשה על ידו בקשה לקבלת היתר.

עוד עולה מעדות צור שדי כי מדובר במקרקעין בעלי ייעוד חקלאי והינם קרקע חקלאית מוכרזת (ת/7, ת/8).

השימוש המותר על פי תכנית משמ/50 באזור חקלאי הוא, אך ורק על פי ייעודו, כמפורט בתוספת הראשונה לחוק התכנון והבנייה. שימוש במקום כגן אירועים, אינו מטרה חקלאית והינו, שימוש החורג לתכנית.

בקביעה זו, לא טעה בימ"ש קמא.

16. צדק בימ"ש קמא בקביעתו כי הוראות תכנית משמ/50 הן אלה המחייבות.

התכנית הקודמת חש/2/10 שפורסמה בשנת 70, כ - 17 שנה טרם פרסום תכנית משמ/50, נדחית לאור קיומה של התכנית המאוחרת יותר, ראה בג"צ 882/79 **אלוש נגד הוועדה המחוזית מחוז הדרום**. אין צורך בהוראת ביטול מפורשת לתכנית חש/2/10.

על פי תכנית משמ/50 שימוש למטרות בידור או מזנון בשטח חקלאי אינו מותר, מה גם שאני מסכימה עם קביעת בית משפט קמא כי גן אירועים אינו בגדר מקום בידור או מזנון או בית קפה, ועל כן בוודאי ובוודאי שאיננו מותר.

המערערים לא הכחישו כי אין בידם היתר לשימוש חורג במבנים המתוארים בכתב האישום ולאור כך אכן המשיבה הוכיחה הטענה כי המערערים משתמשים במקרקעין נשוא כתב האישום בניגוד לתכנית וללא היתר.

17. לעניין אחריות המערערים לבצוע העבירות נשוא כתב האישום, בישיבת בית המשפט עוד ביום 19.6.06 הודה המערער 1 כי הוא בעל הזכויות במקרקעין, המערערת 2 הפעילה ומפעילה את גן האירועים "תפוז" והמערער 3 הודה כי הוא בעל הזכויות במשבצת, על אף שמערער 1 עדיין רשום כבעל הזכויות במקרקעין ואלה טרם עברו על שמו של מערער 3 במנהל מקרקעי ישראל.

אני מוצאת כי בימ"ש קמא צדק בקביעתו כי המערער 3 הוא בעל זיקה קניינית למקרקעין ועל כן גם הוא נכלל בסבב האחראים על פי הוראת סעיף 208 לחוק לעניין העבירה בסעיף 204 לחוק.

קביעתו הסופית של בימ"ש קמא כי ניתן לייחס לכל אחד מהמערערים את האשמה בגין ביצוע עבודות ובנייה, והשימוש במקרקעין מכוח היותם בעלי הזיקה הנדרשת למקרקעין, ו/או להיתר הבנייה והשימוש על פי סעיף 208 לחוק נכונה היא.

18. טענת המערערים כי סברו בכנות שהשימוש שעשו במבנים בהפעלת גן האירועים הוא שימוש מותר ועומדת להם ההגנה הקבועה בסעיף 208 (ב) לחוק התכנון והבנייה נדחית מכל וכל. על פי כלל הראיות שעמדו בפני בימ"ש קמא, הקביעה כי המערערים לא הרימו את הנטל להראות שלא ידעו על ביצוע העבירות המיוחסות להם בכתב האישום נכונה היא.

אני מפנה להכרעת הדין ולפירוט הדברים באריכות יתר, כאמור בסעיף 37-44 בהכרעת הדין.

19. טענת ב"כ המערערים בדבר קיומה של הבטחה שלטונית על ידי המאשימה נדחית מכל וכל. לא עולה מתוך חומר הראיות כי מאן דהוא ברשות המקומית או בוועדת התכנון פטר את מי מהמערערים מהצורך לקבל היתר לשימושים הנעשים במקרקעין על פי כתב האישום. חתימה על רישיון עסק זמני על ידי ראש המועצה מתוך מטרה לעזור לעסקים אינה בגדר הבטחה שלטונית. מהנדס הוועדה עצמו לא חתם על רישיון העסק הואיל ולא היה היתר למבנים ולשימוש בהם כגן אירועים, כך עולה מתוך חקירתו הנגדית

של עד ההגנה שלמה בנק, מי שהיה מנהל מחלקת רישוי עסקים.

זאת ועוד, לא תתקבל הבטחה שלטונית הנוגדת את החוק.

מזה מספר שנים שאין בידי המערערים רישיון עסק. תוקפו של הרישיון שהוצג כנ/2 פג ביום 28.6.05, רישיון העסק - נ/3 היה בתוקף בין התאריכים 15.3.05 ל - 30.6.05 ומתאריך זה ואילך אין רישיון עסק בידי המערערים.

מכאן בימ"ש קמא לא טעה משדחה טענות ההגנה של המערערים בדבר הבטחה שלטונית והסתמכות.

המערערים ידעו את מצבם המשפטי, התעלמו לחלוטין ממצב זה ולא עשו דבר בעניין קבלת היתר בנייה ו/או רישיון עסק לאחר שנת 2005. התעלמו מזימונם לחקירה, דחו התייצבותם לחקירה כפי שהעיד המערער מספר 3 ובוודאי שידעו על הצורך בקבלת היתר מעת שהוצא צו הפסקה מנהלי על ידי כב' השופטת טלמור ביום 7.8.07 במסגרת תיק 40121/06. ממועד זה ואילך ידעו המערערים כי השימוש שמבוצע על ידם במקרקעין ובמבנים למטרת גן אירועים אינו כחוק.

20. במסגרת גזר הדין הורה בימ"ש על תשלום קנס בסך 60,000 ₪ למערער מספר 1, על תשלום קנס בסך 375,000 ₪ למערערת 2, על תשלום קנס בסך 375,000 ₪ למערער 3, צו הריסה לבנייה המתוארת בכתב האישום עד ליום 10.12.13 והתחייבות למערערים 1 ו - 3 על סך 100,000 ש"ח למשך שנתיים שלא יעברו עבירה לפי חוק התכנון והבנייה.

21. גזר הדין ארוך, מנומק ומפורט כדבעי. ביהמ"ש נתן משקל למהות העבירה, למשך העבירה, להיקף הבנייה, לעובדה כי המערערים פעלו להגשת תכנית בחלוף שנים ארוכות לאחר תחילת השימוש, למעלה מ - 6 שנים לאחר שהוגש כתב האישום, וצדק ביהמ"ש בקביעתו כי אין לאפשר למערערים להמשיך ולהשתמש במקום עד אשר תאושר התכנית אם תאושר.

גזר הדין המנומק עונה על מטרות הענישה ויש בו כדי להוות גורם מרתיע לעברייני הבנייה. גזר הדין המנומק מתיישב עם הפסיקה, ראה רע"פ 2330/09 **נוסטרדמוס מסעדות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חבל מודיעין**, פורסם בנבו.

אורכה לניהול המתואר בכתב האישום בנסיבות הקיימות, תינתן, מקום שיש סיכוי, והוכח סיכוי ממשי לקבלת היתר בתוך תקופת זמן קצרה. בענייננו, המסמכים שהוצגו על ידי המערערים - תכנית שהוגשה לאחרונה לשימוש בקרקע לגן אירועים אשר הומלצה על ידי הוועדה המקומית, הינה ראשית הדרך בהליך ארוך של קבלת היתר המצריך את אישור הוועדה המחוזית ואישור הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית ואישור המועצה הארצית. דהיינו, מדובר בדרך ארוכת שנים ולכך ביהמ"ש לא יתן יד. ראה לעניין זה רע"פ 1417/12 **אחוזת הברון נ' מדינת ישראל**.

22. לאור כל האמור לעיל, לא מצאתי כי נפל פגם או טעות המצדיקה התערבות ערכאת הערעור בחומרת העונש שהוטל על ידי בימ"ש קמא.

אני מוצאת כי ביהמ"ש לא סטה ממדיניות הענישה הראויה.

הערעור על כל חלקיו נדחה.

המזכירות תשלח עותק פסה"ד לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"ג שבט תשע"ד, 24 ינואר 2014, בהעדר הצדדים.