

ת"פ 27232/12 - איחלאס אליאס חייכ, רבע רזקאללה חייכ, נגד ועדה מקומית לתוכנן בגליל המזרחי

בית המשפט המחוזי בנצרת שבתו כבית-משפט לערערים פליליים

עתפ"ב 18-12-2018 חייכ ואח' נ' וועדה מקומית לתוכנן בגליל המזרחי

בפני כבוד השופטת תמר נסימ ש'
מערערים 1. איחלאס אליאס חייכ,
2. רבע רזקאללה חייכ,

ע"י ב"כ עוזף סלמאן

ועדה מקומית לתוכנן בגליל המזרחי
ע"י ב"כ עוזף ענת באור-פרל

נגד
משיבים

פסק דין

1. לפניו ערעור על החלטת בית משפט השלום שבו (כב' השופט י. נבו) מיום 30.9.2018, לדחות את בקשה המערערים לביטול צו שיפוטי להפסקת שימוש ולמניעת ביצוע עבודות ושימוש טעוני היתר ללא היתר, שניית ביום 4.6.17.

רקע דרוש והחלטת בית המשפט קמא:

2. הצו נשוא הבקשה ניתן ביום 4.6.17 על פי בקשה המשיבה, בהתאם לסע' 239 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 (כנסחו טרם תיקון מס' 116 ולהלן: "חוק התכנון והבנייה" או "החוק"), וזאת ביחס לשולשה מבנים הנמצאים במרקע עניין הידועים כגוש 15412 חלקה 28 בעילבון. על פי הבקשה שביסודות הצו, המערערים הינם המחזיקים והמשתמשים במרקע עניין להפעלת גן ילדים, מגרש משחקים ובית קפה, וזאת בנגד ליעודים שנקבעו בהיתרים שניתנו לבניינים - חנויות, מחסן וחניה. יצוין כי הערעור עוסק אף ורק במבנה מס' 1, המשמש להפעלת גן ילדים, ולהלן אדרש אליו בלבד.

3. עוד ביום 5.7.2017 הגיעו המערערים בקשה לביטול הצו. המערערים טענו, בין היתר ובעיקר, כי הצו

עמוד 1

הוצא בשיהו ניכר, לאחר שבמבנה נעשה משך כעשור שימוש כגן ילדים, כך שנוצר מצג של הסכמה מאת המשיבה, וכתען נפגע אינטראס הסתמכות של המערערם. עוד טען, כי השימוש במבנה תואם את הייעוד המותר בתב"ע ובהתירים, כי לא היה מקום לתייתו מלכתחילה, בשל חוסר עניין לציבור, וכי המשיבה לוקה באכיפה סלקטיבית.

4. ביום 28.9.2017, לאחר קבלת תגבות, נדחתה הבקשה. בהחלטה נקבע, כי עסקינו בהליך מנהלי מקדמי, אשר מטרתו מניעת המשך השימוש במרקען ומונעת קביעת עובדות בשטח, כאשר בירור עמוק יותר יעשה ככל שיווהל על הגשת כתוב אישום. לגופה של בקשה, דחה בית המשפט קמא את טענות המערערם ביחס לשיהוי באכיפה אלמנט המביא למניעתה. בית המשפט קבע כי שיהוי זה אינו בגדר אירוע חריג מצדיק התעלמות מהאינטראס הציבורי לאכוף את הדין ולמצותו עם עבריני הבניה. עוד קבע, כי המערערם, שהיו מודעים לכך, לא עשו כדי להסדיר את השימוש במועד כנدرש וכי טענתם כי הינם פועלים בהיתר עומדת בסתרה לטענתם כי הם פועלים להכשרת השימוש. עוד זקף לחובתם את העובדה שהוכחה בפנוי, לפיה התعلמו מהמצו השיפוטי והוסיף לנו להן את הגן בבחינת "עסקים כרגע" עד למתן ההחלטה.

5. על החלטה זו הוגש ערעור (ע"פ 17-10-19133), במסגרתו חזרו המערערם על טענותיהם. בדיון שהתקיים הוסיף ב"כ המערערם וטען, כי בידיו ראיות המעידות על כך שהמשיבה ידעה על הפעלת הגןמן פтиיחתו בשנת 2004, ואף אישרה את פтиיחתו והפעלתו באופן שאפשר לקבל רישיון להפעלתו מטעם משרד החינוך. המשיבה חקרה על טענות אלה, ולאחר דין ודברים נמחק הערעור בהסכם, תוך שהובהר כי המערערם יהיו רשאים להגיש לבית המשפט קמא בקשה על יסוד טענות עובדיות חדשות שהשミニעו.

6. ביום 18.2.18 הגיעו המערערם לבית המשפט קמא בקשה לעיון חוזר בבקשת לביטול צו ההפסקה השיפוטי. בבקשתו צירפו מסמכים שונים, בהם חוות דעת בדבר בקשה לרישיון להפעלת הגן מיום 11.7.2010 חתומה בידי מהנדסת המשיבה, הגבר הריאטה כרמל, לפיה אין התנגדות לפтиיחה/הפעלת הגן, ובקשה למתן מידע להיתר מיום 3.1.18, המלמדת כי המערערם כבר החלו בהכשרת הבניה להיתר מתאים. המערערם טענו כי יש בריאות הנ"ל כדי להצביע על כך שהמשיבה ידעה על הפעלת הגן משך שנים רבים, ואף אישרה זאת.

עוד טענו לגופו של צו, כי הבעלים של הקרקע הינו אביו המנוח של המערער 2 (להלן: "המנוח") ולא המערערם, וכי הגן כלל אינו מופעל על ידם כי אם על ידי עמותה שהמערער הינו מנהלה. לפיכך, אין יריבות בין בין המשיבה, באופן מצדיק כי הצו כנגדם יבוטל. כמו כן חזרו על טענת השהייה שהעלו קודם וועל טענתם לקיומה של אכיפה ברורנית. בנוסף טענו כי לא היה מקום ליתן את הצו מלכתחילה, וזאת משלא נתמך בתצהיר ולא צורפה אליו ראייה בדבר שימוש אסור, וכן כי לא היה מקום Zukof לחובתם שימוש אסור לאחר הוצאת הצו, שכן הראייה שהובאה בהקשר זה על ידי המשיבה, עניינה בגין אחר אליו הועברו הילדים לאחר הוצאת הצו. עוד הוסיף, כי האכיפה שננקטה נעדרת מידתיות. הטלת צו סגירה לגן ילדים בתחילת שנות הלימודים, לאחר רישום הילדים, הינה פעולה פוגענית יתר על המידה, במיוחד נוכח המחסור בגנים ביישוב

וקיומם של גנים אחרים הפעילים ללא היתר.

.7. בדיעו שהתקיים בבית המשפט קמא ביום 18.7.19, חזו בהם המערערים מהבקשה על ריקע התקדמות בהליך התכנון (בבקשת המערערים לאישור שימוש חורג) וקבעתו של דין קרוב בוועדה, תוך נשמרה זכותם לחזור על טענותיהם במידת הצורך.

.8. ואכן, ביום 22.8.18 הוגשה בקשה חוזרת לביטול הצו השיפוטי. במסגרת נטען, כי הבקשת שימוש חורג אושרה ע"י המשיבה לתקופה של 3 שנים, בכפוף לקיום מספר תנאים. המערערים טענו כי קיימו חלק ניכר מהתנאים, בכלל זה הפקדת ערבות בנקאית, המצאת אישור בדבר הסדרת חובות המוטלים על המקרקעין מול המועצה המקומית, המצאת אישורים מטעם מהנדס המועצה המקומית בדבר קידום הליכים המבנה ראוי לאקלוס גן ילדים, המצאת אישורים מטעם מהנדס המועצה המקומית בדבר הגשת תכנית להסדרת חניה. תנונאים ע"י המועצה המקומית, ממפורט בהחלטת הוועדה, ואישור בדבר הגשת תכנית להסדרת חניה. נוכח ההתקדמות המשמעותית בהליך התכנון ובהתחשב במצבת הגנים ביישוב עילבון, עתרו המערערים לביטול הצו טרם פתיחת שנת הלימודים.

.9. בהחלטתו מיום 30.9.18 שב בית המשפט קמא על קביעותיו מיום 17.9.20 והוסיף, כי אף שקיימת התקדמות בהליך התכנון וחלק מן התנאים שקבעה המשיבה כבר מולא, אזי טרם הגיע העת לביטול הצו, אשר משמעו למעשה הלין "עוקף וועדה" ומתן היתר, מקום שבו הותנה בתנאים שטרם קיימו. יתרה מכך, לעת זה מדבר בבקשת אישור להפעלה מחדש של הגן, לאחר שהשימוש הבלתי חוקי שנאסר הופסק כבר לפני מעלה משנה. בית המשפט הדגיש, כי התנאים הדרושים לקבלת היתר בכלל לשימוש חורג בפרט, הינם תנאים אשר חלkom עוסקים בדייני נפשות, ובפרט אלה שנוגעים לסוגיית הבטיחות במקום, כאשר הוא צפוי לאקלוס ילדים קטנים רבים ודרישות הבטיחות טרם מולאו. הטיפול בבקשת, כפי שהוזכר, מצוי בישורת האחونة, וראו שהמערערים ישקיעו את מרצו בהשלמת דרישות הוועדה. בשווי החלטתו אף נתן דעתו לטיעוני ראש המועצה שהוצעו בדיון בנושא למצוקת הגנים ביישוב, שלאורם עתר לאשר פתיחת הגן. גם טיעונים אלה נוכח אי השלמת תנאי הריתר כנדרש.

על החלטה זו מבקשים המערערים להציג לפני.

טענות המערערים:

.10. שגה בית המשפט קמא עת קבע כי המערערים מפרים את הצו השיפוטי בהסתמך על תМОנות שהוצגו ע"י המשיבה, בהן מופיעים הורים המלאים ילדים לערך המבנה. שכן, במבנה מופעל גן נוסף בהיתר כדין, אותן תМОנות מתיחסות לגן הנוסף. בית המשפט אף הタルם מדו"ח פיקוח שהוגש ע"י המשיבה בעבר, בו צוין שהגן נושא הצו השיפוטי אינו פעיל.

עוד שגה בית המשפט עת דחה את הבקשה חרף ההתקדמות המשמעותית של הליך ההכשרה, כפי שנקבע אף בהחלטתו, בהתאם לאיושרים שהוצעו בפניו מטעם המערערים ואף בהתאם לדברי ב"כ המשיבה. בדיון בערעור הבהיר ב"כ המערערים, כי כל התנאים שנקבעו ע"י הוועדה לצורך הכשרת השימוש מולאו, למעט אישורו של משרד הבריאות, אשר מתעכבר בכך דרישתו לצירוף 150 מ"ר לבניה, וכן חסכון הכספי הקיים בין יורשי המנוח המתנהל בבית המשפט לענייני משפחה, באופן שמקשה על קיום הדרישת והשלמת התנאים. לטענותו, הוגשה בקשה לאישור צירופו של השטח האמור והוגשה תגובה מטעם יתר הצדדים אשר לא התנגדו לה, אך טרם ניתנה החלטתו של בית המשפט. ב"כ המערערים סבור כי ככל שהצוו יבוטל, תאوت המשיבה ליתן למערערים ארכה להשלמת התנאים (תוקת חידוש השימוש).

עוד נטען, כי בית המשפט קמא התעלם מהוראות סע' 239(א) לחוק, שעלה אף שאין מתחנות הגשת בקשה למתן צו שיפוטי בהגשת כתוב אישום, הרוי שימושה מהן דרישת לקומה של כוונה צו, קר שהליך מתן הצו יהיה בבחינת הליך בגיןם, כוונה שלא התקיימה ולא התממשה בעניינים של המערערים. בנסיבות העניין, לא היה מקום לעשות שימוש בסעד החיריג של צו שיפוטי, שתכליתו שימור המצב הקיים באופן שיבתיich ביצוע גזר הדין.

בית המשפט אף התעלם מהנסיבות המיעילות של המקירה ומהשלכות סגירת הגן כמוסד חינוכי על הילדים הרשומים בו, שככל הנראה ישארו ללא מסגרת. בית המשפט גם לא נתן את הדעת למצוקת הגנים בכפר, תוך התקלמות מדברי ראש המועצה בהקשר זה. לאחר הפסקת פעילותו של הגן, הועברו לידי לגן הנוסף הפועל בהיתר, באופן שייצור עומס וצפיפות בגן זה. בנסיבות העניין, יש לבctr את האינטרס הציבורי שבהפעלת הגן, בפרט על רקע ההתקדמות המשמעותית בהכשרת השימוש.

לצד אלה, בית המשפט קמא התעלם מטענות המערערים להיעדר יRibot ולאכיפה בררנית.

המערערים שבים וטווענים כי מדובר בגין הפועל מזה 14 שנים בידיעת הרשות, ובכללן המשיבה, כפי שועלה מראיות שצורפו לבקשת לעיון חוזר, לרבות ובפרט חוות דעת מהנדסת המשיבה משנת 2010, לפיה לא קיימת התנגדות להפעלת הגן. אף המשיבה איננה מכחישה כי חל שיוי בהגשת הבקשה על ידיה, אולם היא (ובית המשפט בעקבותיה) נסמכת על פסיקה הקובעת שיויו כשלעצמם איננו מונע נקיטת צעדים לצורך אכיפת החוק (רע"פ 3584/11 יד שלום אלון נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה "חבל מודיעין" (17.7.11) (להלן: "ענין יד שלום"), רע"פ 01/1520 שווייצר נ' יווש-ראש הוועדה המחויזת לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 595 (להלן: "ענין שווייצר"). פסיקה זו איננה רלוונטית לעניינו, שכן לא נעשה פה שימוש בלתי חוקי באופן מובהק, אלא שימוש ללא יותר מתאים, כשל המקרא Kun חלה תכנית מתאר הכלולת מספר ייעודים לרבות גני ילדים. המערערים מפנים לפסיקתו של בית משפט זה (כב' השופטת א. הלמן בע"פ (נצח') 17851-04-12 חמת גדר בע"מ נ' הוועדה המחויזת לתכנון ובניה - מחוז צפון (12.3.13)) (להלן: "ענין חמת גדר"), אשר קבעה כי יש לבחון את טענת השימוש בכל מקרה על נסיבותו, כאשר באותו עניין בוטל צו הפסיקה.

.**16.** לעניין האכיפה הברורנית, המערערים הטיעמו כי המשיבה נמנעת מנקיית הליכי אכיפה כנגד שלשה גנים נוספים בכפר, אשר פועלם ללא היתר כדין, והקרקע עליה יושבים אף איננה מיועדת לגנים. לשיטתם, התנהלותה זו נובעת ממניעים זרים, ככל הנראה בעקבות תלונה שהוגשה אליה מטעם אחוי של המערער 2, המצוι בסכסוך מתmesh עמו מאז פטירת המנוח, בקשר לצוואתו. פניות מטעם המערערים למשיבה לבירור פעולות שננקטו כנגד הגנים האחרים, לא ענו. בהתאם לעודתו של ראש המועצה בפניו בימה"ש קמא, לא קיים כל הבדל מבחינה תכוננית בין הגנים האחרים לבין הגן נושא herein.

.**17.** המערערים טוענים עוד לקיומם של פגמים פרוצדוראליים בבקשת מתן הצוו, אשר הוגשה ללא צירוף תצהיר או ראיות לעניין השימוש האסור. משכך, אף שהוצעו ראיות המעידות על הפסקת פעילותו של הגן לאחר מתן הצוו, הרוי שהשימוש בסعد הקיצוני של צו שיפוטי נעשה בשגגה ובחוסר מידתיות.

.**18.** بد בבד עם הגשת הערעור, הגיעו המערערים בקשה להארכת מועד להגשת הערעור באיחור של חודש. במסגרת טענו כי איחרו את המועד, מאחר שסבירו בתום לב כי עליה בידם להשלים את התנאים שנקבעו בהחלטת הוועדה טרם חלוף תקופת הערעור, באופן שייתר הגשתו. משלא עלה בידיהם להשלים את יתר התנאים, וכן נוכח ההידברות בין הצדדים ויציאתה של עוה"ד המטפלת בתיק מטעם ב"כ המערערים לחופשת לידי, לא הוגש הערעור במועד. המערערים טוענו כי סיכון קבלת הערעור גבוהים, לשם לב לטענות הטובות המועלות בו.

טענות המשיבה:

.**19.** המשיבה מבקשת למחוק את הערעור. ראשית, נוכח הגשתו באיחור ללא הצדקה. המשיבה התנגדה בבקשתו, לאור משך האיחור, שאיננו מוצדק לטעמה, וכן נוכח סיכון הערעור הקלושים, בהתחשב בעובדה שטרם התקבל ההחלטה מטעם הוועדה ואף טרם קוימו התנאים שנקבעו על ידה לצורך קבלתו. לשיטתה, לא נפל כל פגם בהחלטתו של בית המשפט קמא המצדיק התערבותו של בית משפט זה.

.**20.** לגופו של עניין, המשיבה סומכת יידה על החלטתו של בית המשפט קמא. לטענתה, בבקשת המבקשים להכשרת השימוש הועבירה לגורמים המקצועיים צורך בחינתה, והמשיבה איננה מקבלת עדכון שוטף באשר לקיומם של התנאים שנקבעו ע"י גורמים אלה. משכך, ובהיעדר תצהיר מטעם המערערים לתמיכה בטענותיהם, בשלב זה ב"כ המשיבה איננה יודעת מהי מידת ההתקדמות בהילך, הינו, מה עמדת משרד הבריאות, מה עמדת הג"א וכדומה. זאת ועוד, בגין טענות המערערים, הגן מופעל חרף הצוו, כפי שעולה מדו"ח פיקוח מיום 24.1.19, בו צוין כי המערער 2 מסר למפקח שהגן מופעל בלית ברירה, ועל מנת שהילדים לא ישארו ללא מסגרת חינוכית. המערערים מבקשים למעשה שבית משפט זה יכשיר את השימוש הבלתי חוקי שהם עושים במבנה.

.21 המשיבה מוסיפה כי אין זה מקום להעלות טענה לאכיפה ברורנית, אך להשלמת התמונה מצינית ב"כ המשיבה כי נפתחו לאחרונה תיקי חקירה כנגד שלושת הגנים האחרים המופעלים בכפר ללא היתר. פעולות האכיפה במקורה של גני ילדים חיוניות לצורך הבטחת השמירה על כללי הבטיחות והתברואה בהםם. לא ניתן להכשיר הפרת צו שיפוטי, וככל שلتעננת המערערים הילכי ההכשרה מצויים בשירות האחראנה, אזי עליהם להפסיק את השימוש עד אשר ינתן היתר. המערערים אף לא הציגו אישור מטעם משרד החינוך המתיר להם הפעלת הגן בשנה הנוכחית. משכך, עמדתה של המועצה המקומית אינה רלוונטית, והאחריות להפעלת הגן בנסיבות אלה רובצת לפתחה.

דין והכרעה:

.22 לאחר עיון בבקשתה, בערעור, בהחלטת בית המשפט קמא ובתיק, ואף לאחר שמייעת הצדדים, נחה דעתך כי דין הערעור להידחות. להלן אפרט טעמי.

.23 ראשית, לא מצאתи צדוק לאיוח בהגשת הערעור. אכן, סעיף 201 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 מKENA לבית המשפט סמכות להאריך את המועד להגשת הערעור, ללא דרישת הציגת טעם מיוחד לשם כך וכי על פי ההחלטה ב"טעם ממשי מניה דעת" (ראה למשל בש"פ 6125/09 **רBIN נ' מדינת ישראל** (11/08/09)). אולם, בעניין שלפני אין בהסבירות המבקשים כי ביקשו להשלים את התנאים בהיתר, ואף עשו מאמצים לשם כך תוך הידברות עם המשיבה (טענות שמילאנו בעלים ולא גבו באסמכתאות), כדי להצדיק עשיית דין עצמי והגשת הערעור במועד הנוח להם. המערערים מוצגים לאורך ההליך כלו, כמפורט לעיל הגיעו של בקשה במהלך הדרכו, ולא היה כל הצדוק לארכה שנטלו לעצם. די היה בכך כדי לדחות את הערעור. אף על פי כן, אדרש להלן גם ערעור גופו.

.24 כאמור, עניין לנו בבקשתה לbijtol צו שיפוטי, אשר ניתן בהתאם לסע' 239(א) לחוק התקנון והבנייה (טרם תיקון 116), שזו לשונו:

.239 (א) נעשתה עבודה, או השתמשו במרקעין, בדרך ובנסיבות שיש בהם משום עבירה לפי סעיף 204, בין שהוגש על העבירה כתוב אישום לבית המשפט ובין שטרם הוגש, רשיי בית המשפט לצוות על הנאשם, או על מי שנரאה בבית המשפט אחראי לביצוע העבירה, ועל כל מי שעובד בשירותם - להפסיק את העבודה או את השימוש (להלן - צו הפסקה שיפוטי) ותקפו של הצו יהיה עד לביטולו או שינויו על ידי בית המשפט.

.25 על תכליתו של צו הפסקה השיפוטי, עמד בית המשפט העליון בעניין יד שלום, וכך קבע:

"לא ניתן לומר שסעיף 239 מועד רק למניעה דחויפה ומידית של יצרת עבודות בשטח, אלא תכליתו היא גם למניעת המשך שימוש החורג מהוראות החוק. אמןם, במקומות אחר צינתי ביחס לסעיף 239 לחוק כי "בבסיס הסעיף עומדת תכלית מניעת הנזק העשוי להקפת הבניה ומניעת מצב שבו יקשה להחזר את הגליל אחורנית". (רע"פ 47/07 תימור מ/or נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעת אלונים (לא פורסם, 14.6.2007) (להלן: עניין מ/or) אולם, אין בכך כדי לומר שהוועדה תכליתו היחידה של הסעיף, התכלית המניעת עלייה עמדתי בעניין מ/or, היא בהחלטת תכלית למניעת "יצרת עבודות חדשות בשטח", אך לצידה עומדת גם התכלית למניעת המשך ביצוע של עבודות והמשך הפקט רוח כלכלי מהן".

(ראו גם רע"פ 1098/18 יוסף רפפורט נ' ועדת מקומית לתכנון ובניה דרום השרון (7.6.18)).

אם כן, תכלית מניעת המשך ביצוע העבירה עומדת בפני עצמה ומצדיקה מתן הצעו.

26. בעניינו, עובדה שאין חולק עלייה, הינה כי עד היום לא ניתן למעערירים היתר לשימוש הנעשה במרקען. המערערים ציינו בריש גלי כי הם מבקשים לבטל את הצעו על מנת שייתאפשר להם לחפש את הפעולות בגין, אף טרם קבלת היתר כדין. אך לא ניתן ליתן יד, ומקובל על קביעתו של בית המשפט קמא כי משמעות הדבר הינה עקיפת הרשות המוסמכות ללא צידוק ענייני. משנה תוקף מקבלים הדברים, בשים לב לכך שהגן מושבת כבר לעלה משנה. השבתו כעת לפוליה טרם הסדרת התנאים, אף בשים לב למצוקה הנטענת, נסoga בפני האינטרס הציבורי להשלמת דרישות המשיבה להסדרת הפעולות כחוק.

27. טענתם העיקרית של המערערים (למעשה היחידה בבקשתו נושא החלטת בית המשפט קמא) הינה כי הליכי התכנון מצויים בישורת האחורה. בדיון בערעור אף נטען כי נותר להמציא אישור אחד בלבד מטעם משרד הבריאות. טענות אלה לא גבו בתצהיר ולא ניתן היה לבחון אותן בגלוף בדיון (ראה דברי המשיבה). יתרה מכך, וזאת בבחינת עיקר, אפילו ניתן היה לקבל טענותם זו, הרי שבית המשפט איננו יכול לבחון את האישורים שהוגשו ולקבוע כי אלה עונים לתנאים שנקבעו ע"י הוועדה. כאמור בהחלטה קמא, זהה מלאכם של הגורמים המڪצועים של המשיבה. יש אם כן להביא את אלה בפניהם על מנת שיקבעו אם די בהם.

28. זאת ועוד, ככל שהכשרת השימוש נמצאת בשלבים כה מתקדמים, ונitin להניח שמאז הדיון בערעור ועד היום חלה התקדמות נוספת בהליך (וכך אכן נטען בבקשת המערערים מיום 29.5.2019), הרי שלא ברור מדוע יש לבטל את הצעו דווקא בשלב זה, כאשר מתן היתר נמצא על פי הנטען בהישג יד. מקובלת עליי קביעתו של בית המשפט קמא אף בנזודה זו. יצוין כי הדברים נאמרים ביתר שאת לנוכח סופה המתקרב של שנת הלימודים.

29. אינני מתעלמת מטענות המערערים לעניין מצוקת הגנים ביישוב ובאזור בכלל, אשר גבו ע"י המועצה. לצד זאת, לא זו הדרך להביא את המצוקה לידי פתרון. בהקשר זה אפנה לדברי ב"כ המערערים בדיון.

לפיהם נעשו ניסיונות מטעם המועצה ומשרד החינוך לאיטור קרקע חלופית עליה ניתן להקים גן. כפי קבעתו של בית המשפט קמא, גורמים אלה, ובפרט המועצה המקומית, הם אשר אמורים על מציאת פתרון לסוגיית הגנים בישוב. ככל שמצוקה כזו הינה בנמצא, ראוי כי ייחשו ויעמידו לה פתרונות חוקיים.

.30. הטענות הנוספות שבפי המערערים לעניין היעדר היריבות, השיהוי בהגשת הבקשה לצו שיפוטי וקיומה של אכיפה בררנית כנגד המערערים, נדחות אף הן. אצין תחילה טענות אלה לא נדונו בהחלטתו זו של בית המשפט קמא, שכן אף שהמערערים שמרו לעצם את הזכות לעשות כן, הם לא העלו טענות אלה בבקשתה שהגיבו. יחד עם זאת, אף בהקשר זה לא מצאתי לפטור עצמי ללא התייחסות כלשהי.

.31. בהתמצית אצין, כי המערערים טוענים שהם אינם הבעלים של הקרקע עליה מצוי הגן אלא המנוח, וכן כי הגן מופעל ע"י עמותה שהמערער 2 הינו מנהלה. על פי האמור בבקשתה המקורי, המערערים הינם המחזיקים במרקען, ובבקשתם לbijוטו הצביעו אף אישרו כי הינם יורשי הבעלים המנוח. המערערת 1 הינה אף מי שהגישה את הבקשה לשימוש חריג להיתר וירושו העסק הוצאה בשם של המערער 2. משכך, ברוי כי אין ממש בטענה.

.32. עוד מצאתי לדוחות את טענת השיהוי. לא נעלם מעניין אישור מהנדסת הוועדה (אף שככל לא ברור כי התנאים שהעמידה קיימו) ממנה עולה כי המשיבה מודעת לשימוש המבוצע. יחד עם זאת, כאמור בהחלטה קמא, אף אם חל שיוי בנכיתות פעולות אכיפה ע"י המשיבה (ובעניין שלפנינו שיוי של ממש), כבר נקבע בפסקה כי אין די בו בלבד כדי למנוע אכיפה "כבר נאמר בהקשר זה כי "כאשר הפעולה המנהלית שאotta אנו בוחנים נוגעת לacicfat החקק, ההשתנות בהפעלת אמצעי האכיפה כשלעצמה לא תיצור מניעות כלפי הרשות האוכפת אלא במרקם קיזוניים ויזואו-דופן." (עניין שווייצר, בעמוד 604). בענייננו, על אף ההשתנות, אשר ככל הנראה אינה תקינה כלל, נconaה בעניין קביעתו של בית המשפט המחויז, שלפיה אין בנסיבות המקרה דין כדי לאפשר המשר שימוש בלתי חוקי בקרקע ולמנוע את פעולות האכיפה". (ראה עניין יד שלום).

ראוי לציין כי גם בעניין חמת גדר, אליו מפנים המערערים, אין כדי לסייע להם. באותו עניין נסמכה ההכרעה, בין היתר, על המחלוקת שהתקיימה בנוגע לעצם אי החוקיות בשימוש, וזאת בשונה מהעניין שלפני, לגבי מחלוקת כזו אינה בנמצא. עוד, בשונה מאותו עניין, מילאל לעת הזו הגן כבר מושבת מזה כמעט שנתיים. לפיכך, השבתו לפעולות CUT חרב היתר, אינה עולה בקנה אחד עם הקביעעה שם.

לאמור אוסיף, שהמערערים לא טוענו ולא הבהיינו איזה נזק קונקרטי נגרם להם, אם בכלל, כתוצאה מהשיוי הנטען. סבורני, כי לא רק שלא נגרם להם נזק כלשהו, אלא שהם רק הפיקו רוחחים משיהוי זה, אשר אפשר הפעלת הגן מזמן פרק זמן ממושך.

.33. טענת האכיפה הברנית נדחתת אף היא. גם כאן, מלבד העובדה שהטענות בהקשר זה נטענו בכלל,

לא אסמכתאות ולא פירוט מינich דעת באשר לאופן בו פועלם אותם גנים אחרים והרכיבים הפסולים שבהתנהלותם (אף שגורמי המועצה אישרו אותו), הרי שהמערערים לא צביו על המneau הפסול באותה אכיפה, ומילא בדברי ב"כ המשיבה בדיון עולה כי המשיבה החלה לנוקוט פעולות אכיפה כנגד הגנים הנוספים בכפר. בכך ניתן מענה לטענות המעעררים בנקודה זו.

.33 בשולי פסק הדין אצין כי גם מבקשת המעעררים מיום 29.5.19 עולה כי טרם הושג היתר, אף בהתחשב במסמכים שצורפו לבקשת לתמיכה בטענת המעעררים כי חלה התקדמות ממשית בהליך. ממילא, כאמור, מלאכת בחינת האישורים והמסמכים המוגשים ע"י המעעררים לצורך קבלת היתר שומרה לגורם המקצועים האחראים לכך במוסדות התקנון.

.34 מכל הטעמים האמורים על משקלם המצטבר, דין הערעור להידוחות.

ניתן היום, ח' סיון תשע"ט, 11 יוני 2019, בהעדר הצדדים.