



ת"פ 27232/12/18 - איחלאס אליאס חאיכ,,רביע רזקאללה חאיכ, נגד ועדה מקומית לתכנון הגליל המזרחי

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייט

עתפ"ב 27232-12-18 חאיכ ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון הגליל המזרחי

בפני כבוד השופטת תמר נסים שי
מערערים
1. איחלאס אליאס חאיכ,
2. רביע רזקאללה חאיכ,

ע"י ב"כ עו"ד יוסף סלימאן
ועדה מקומית לתכנון הגליל המזרחי
ע"י ב"כ עו"ד ענת באור-פרל

נגד
משיבים

פסק דין

1. לפניי ערעור על החלטת בית משפט השלום בבית שאן (כב' השופט י. נבון) מיום 30.9.2018, לדחות את בקשת המערערים לביטול צו שיפוטי להפסקת שימוש ולמניעת ביצוע עבודות ושימוש טעוני היתר ללא היתר, שניתן ביום 4.6.17.

רקע דרוש והחלטת בית המשפט קמא:

2. הצו נשוא הבקשה ניתן ביום 4.6.17 על פי בקשת המשיבה, בהתאם לסעי' 239 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (כנוסחו טרם תיקון מס' 116 ולהלן: "**חוק התכנון והבניה**" או "**החוק**"), וזאת ביחס לשלושה מבנים הנמצאים במקרקעין הידועים כגוש 15412 חלקה 28 בעיילבון. על פי הבקשה שביסוד הצו, המערערים הינם המחזיקים והמשתמשים במקרקעין להפעלת גן ילדים, מגרש משחקים ובית קפה, וזאת בניגוד לייעודים שנקבעו בהיתרים שניתנו למבנים - חנות, מחסן וחניה. יצוין כי הערעור עוסק אך ורק במבנה מס' 1, המשמש להפעלת גן ילדים, ולהלן אדרש אליו בלבד.

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

עמוד 1



הוצא בשיהוי ניכר, לאחר שבמבנה נעשה משך כעשור שימוש כגן ילדים, כך שנוצר מצג של הסכמה מאת המשיבה, וכעת נפגע אינטרס ההסתמכות של המערערים. עוד נטען, כי השימוש במבנים תואם את הייעוד המותר בתב"ע ובהיתרים, כי לא היה מקום לתיתו מלכתחילה, בשל חוסר עניין לציבור, וכי המשיבה לוקה באכיפה סלקטיבית.

4. ביום 28.9.2017, לאחר קבלת תגובות, נדחתה הבקשה. בהחלטה נקבע, כי עסקינן בהליך מנהלי מקדמי, אשר מטרתו מניעת המשך השימוש החורג במקרקעין ומניעת קביעת עובדות בשטח, כאשר בירור מעמיק יותר יעשה ככל שיוחלט על הגשת כתב אישום. לגופה של בקשה, דחה בית המשפט קמא את טענות המערערים ביחס לשיהוי באכיפה כאלמנט המביא למניעתה. בית המשפט קמא קבע כי שיהוי זה אינו בגדר אירוע חריג המצדיק התעלמות מהאינטרס הציבורי לאכוף את הדין ולמצותו עם עברייני הבנייה. עוד קבע, כי המערערים, שהיו מודעים לצו, לא עשו כדי להסדיר את השימוש במועד כנדרש וכי טענתם כי הינם פועלים בהיתר עומדת בסתירה לטענתם כי הם פועלים להכשרת השימוש. עוד זקף לחובתם את העובדה שהוכחה בפניו, לפיה התעלמו מהצו השיפוטי והוסיפו לנהל את הגן בבחינת "עסקים כרגיל" עד למתן ההחלטה.

5. על החלטה זו הוגש ערעור (ע"פ 19133-10-17), במסגרתו חזרו המערערים על טענותיהם. בדיון שהתקיים הוסיף ב"כ המערערים וטען, כי בידיו ראיות המעידות על כך שהמשיבה ידעה על הפעלת הגן למן פתיחתו בשנת 2004, ואף אישרה את פתיחתו והפעלתו באופן שאיפשר קבלת רישיון להפעלתו מטעם משרד החינוך. המשיבה חלקה על טענות אלה, ולאחר דין ודברים נמחק הערעור בהסכמה, תוך שהובהר כי המערערים יהיו רשאים להגיש לבית המשפט קמא בקשה על יסוד טענות עובדתיות חדשות שהשמיעו.

6. ביום 18.2.18 הגישו המערערים לבית המשפט קמא בקשה לעיון חוזר בבקשה לביטול צו ההפסקה השיפוטי. לבקשה צירפו מסמכים שונים, ובהם חוות דעת בדבר בקשה לרישיון להפעלת הגן מיום 11.7.2010 חתומה בידי מהנדסת המשיבה, הגב' הריאטה כרמלי, לפיה אין התנגדות לפתיחת/הפעלת הגן, ובקשה למתן מידע להיתר מיום 3.1.18, המלמדת כי המערערים כבר החלו בהכשרת הבנייה להיתר מתאים. המערערים טענו כי יש בראיות הנ"ל כדי להצביע על כך שהמשיבה ידעה על הפעלת הגן משך שנים רבות, ואף אישרה זאת.

עוד טענו לגופו של צו, כי הבעלים של הקרקע הינו אביו המנוח של המערער 2 (להלן: "**המנוח**") ולא המערערים, וכי הגן כלל אינו מופעל על ידם כי אם על ידי עמותה שהמערער הינו מנהלה. לפיכך, אין יריבות בינם לבין המשיבה, באופן המצדיק כי הצו כנגדם יבוטל. כמו כן חזרו על טענת השיהוי שהעלו קודם לכן ועל טענתם לקיומה של אכיפה בררנית. בנוסף טענו כי לא היה מקום ליתן את הצו מלכתחילה, וזאת משלא נתמך בתצהיר ולא צורפה אליו ראיה בדבר שימוש אסור, וכן כי לא היה מקום לזקוף לחובתם שימוש אסור לאחר הוצאת הצו, שכן הראיה שהובאה בהקשר זה על ידי המשיבה, עניינה בגן אחר אליו הועברו הילדים לאחר הוצאת הצו. עוד הוסיפו, כי האכיפה שננקטה נעדרת מידתיות. הטלת צו סגירה לגן ילדים בתחילת שנת הלימודים, לאחר רישום הילדים, הינה פעולה פוגענית יתר על המידה, במיוחד נוכח המחסור בגנים ביישוב



וקיומם של גנים אחרים הפועלים ללא היתר.

7. בדיון שהתקיים בבית המשפט קמא ביום 19.7.18, חזרו בהם המערערים מהבקשה על רקע התקדמות בהליכי התכנון (בבקשת המערערים לאישור שימוש חורג) וקביעתו של דיון קרוב בוועדה, תוך שנשמרה זכותם לחזור על טענותיהם במידת הצורך.

8. ואכן, ביום 22.8.18 הוגשה בקשה חוזרת לביטול הצו השיפוטי. במסגרתה נטען, כי הבקשה לשימוש 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 ממונה הבטיחות במוסדות חינוך כי המבנה ראוי לאכלוס גן ילדים, המצאת אישורים מטעם מהנדס המועצה המקומית בדבר קידום הליכים תכנוניים ע"י המועצה המקומית, כמפורט בהחלטת הוועדה, ואישור בדבר הגשת תכנית להסדרת חניה. נוכח ההתקדמות המשמעותית בהליכי התכנון ובהתחשב במצוקת הגנים ביישוב עיילבון, עתרו המערערים לביטול הצו טרם פתיחת שנת הלימודים.

9. בהחלטתו מיום 30.9.18 שב בית המשפט קמא על קביעותיו מיום 28.9.17 והוסיף, כי אף שקיימת התקדמות בהליכי התכנון וחלק מן התנאים שקבעה המשיבה כבר מולאו, אזי טרם הגיעה העת לביטול הצו, אשר משמעו למעשה הליך "עוקף וועדה" ומתן היתר, מקום שבו הותנה בתנאים שטרם קוימו. יתרה מכך, לעת הזו מדובר בבקשת אישור להפעלה מחודשת של הגן, לאחר שהשימוש הבלתי חוקי שנאסר הופסק כבר לפני למעלה משנה. בית המשפט הדגיש, כי התנאים הדרושים לקבלת היתר בכלל ולשימוש חורג בפרט, הינם תנאים אשר חלקם עוסקים בדיני נפשות, ובפרט אלה שנוגעים לסוגיית הבטיחות במקום, כאשר הוא צפוי לאכלס ילדים קטנים רבים ודרישות הבטיחות טרם מולאו. הטיפול בבקשה, כפי שהוזכר, מצוי בישורת האחרונה, וראוי שהמערערים ישקיעו את מרצם בהשלמת דרישות הוועדה. בשולי החלטתו אף נתן דעתו לטיעוני ראש המועצה שהועלו בדיון בנוגע למצוקת הגנים ביישוב, שלאורם עתר לאשר פתיחת הגן. גם טיעונים אלה נדחו נוכח אי השלמת תנאי ההיתר כנדרש.

על החלטה זו מבקשים המערערים להשיג לפניי.

טענות המערערים:

10. שגה בית המשפט קמא עת קבע כי המערערים מפרים את הצו השיפוטי בהסתמך על תמונות שהוצגו ע"י המשיבה, בהן מופיעים הורים המלווים ילדים לתוך המבנה. שכן, במבנה מופעל גן נוסף בהיתר כדיון, ואותן תמונות מתייחסות לגן הנוסף. בית המשפט אף התעלם מדו"ח פיקוח שהוגש ע"י המשיבה בעבר, בו צוין שהגן נושא הצו השיפוטי איננו פעיל.



11. עוד שגה בית המשפט עת דחה את הבקשה חרף ההתקדמות המשמעותית של הליך ההכשרה, כפי שנקבע אף בהחלטתו, בהתאם לאישורים שהוצגו 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 מתעכב נוכח דרישתו לצירוף 150 מ"ר למבנה, ונוכח הסכסוך הקנייני הקיים בין יורשי המנוח המתנהל בבית המשפט לענייני משפחה, באופן שמקשה על קיום הדרישה והשלמת התנאים. לטענתו, 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 שהצו יבוטל, תאות המשיבה ליתן למערערים ארכה להשלמת התנאים (תוך התרת חידוש השימוש).

12. עוד נטען, כי בית המשפט קמא התעלם מהוראות סעי' 239(א) לחוק, שעל אף שאינן מתנות הגשת בקשה למתן צו שיפוטי בהגשת כתב אישום, הרי שמשתמעת מהן דרישה לקיומה של כוונה כזו, כך שהליך מתן הצו יהיה בבחינת הליך ביניים, כוונה שלא התקיימה ולא התממשה בעניינים של המערערים. בנסיבות העניין, לא היה מקום לעשות שימוש בסעד החריג של צו שיפוטי, שתכליתו שימור המצב הקיים באופן שיבטיח ביצוע גזר הדין.

13. בית המשפט אף התעלם מהנסיבות המיוחדות של המקרה ומהשלכות סגירת הגן כמוסד חינוכי על הילדים הרשומים בו, שכל הנראה יישארו ללא מסגרת. בית המשפט גם לא נתן את הדעת למצוקת הגנים בכפר, תוך התעלמות מדברי ראש המועצה בהקשר זה. לאחר הפסקת פעילותו של הגן, הועברו ילדיו לגן הנוסף הפועל בהיתר, באופן שיצר עומס וצפיפות בגן זה. בנסיבות העניין, יש לבכר את האינטרס הציבורי שבהפעלת הגן, בפרט על רקע ההתקדמות המשמעותית בהכשרת השימוש.

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

15. המערערים שבים וטוענים כי מדובר בגן הפועל מזה 14 שנים בידיעת הרשויות, ובכללן המשיבה, כפי שעולה מראיות שצורפו לבקשה לעיון חוזר, לרבות ובפרט חוות דעת מהנדסת המשיבה משנת 2010, לפיה לא קיימת התנגדות להפעלת הגן. אף המשיבה איננה מכחישה כי חל שיהוי בהגשת הבקשה על ידיה, אולם היא (ובית המשפט בעקבותיה) נסמכת על פסיקה הקובעת שיהוי כשלעצמו איננו מונע נקיטת צעדים לצורך אכיפת החוק (רע"פ 3584/11 **יד שלום אלון נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה "חבל מודיעין"** (17.7.11) (להלן: "**עניין יד שלום**"), רע"פ 1520/01 **שוויצר נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה**, פ"ד נו(3) 595 (להלן: "**עניין שוויצר**)). פסיקה זו איננה רלוונטית לענייננו, שכן לא נעשה פה שימוש בלתי חוקי באופן מובהק, אלא שימוש ללא היתר מתאים, כשעל המקרקעין חלה תכנית מתאר הכוללת מספר ייעודים לרבות גני ילדים. המערערים מפנים לפסיקתו של בית משפט זה (כב' השופטת א. הלמן בע"פ (נצ') 17851-04-12 **חמת גדר בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה - מחוז צפון** (12.3.13)) (ולהלן: "**עניין חמת גדר**"), אשר קבעה כי יש לבחון את טענת השיהוי בכל מקרה על נסיבותיו, כאשר באותו עניין בוטל צו ההפסקה.



16. לעניין האכיפה הבררנית, המערערים הטעימו כי המשיבה נמנעת מנקיטת הליכי אכיפה כנגד שלשה גנים נוספים בכפר, אשר פועלים ללא היתר כדין, והקרקע עליה יושבים אף איננה מיועדת לגנים. לשיטתם, התנהלותה זו נובעת ממניעים זרים, ככל הנראה בעקבות תלונה שהוגשה אליה מטעם אחיו של המערער 2, המצוי בסכסוך מתמשך עמו מאז פטירת המנוח, בקשר לצוואתו. פניות מטעם המערערים למשיבה לבירור פעולות שננקטו כנגד הגנים האחרים, לא נענו. בהתאם לעדותו של ראש המועצה בפני ביהמ"ש קמא, לא קיים כל הבדל מבחינה תכנונית בין הגנים האחרים לבין הגן נושא ההליך.

17. המערערים טוענים עוד לקיומם של פגמים פרוצדוראליים בבקשה למתן הצו, אשר הוגשה ללא צירוף תצהיר או ראיות לעניין השימוש האסור. משכך, ואף משהוצגו ראיות המעידות על הפסקת פעילותו של הגן לאחר מתן הצו, הרי שהשימוש בסעד הקיצוני של צו שיפוטי נעשה בשגגה ובחוסר מידתיות.

18. בד בבד עם הגשת הערעור, הגישו המערערים בקשה להארכת מועד להגשת הערעור באיחור של כחודש. במסגרתה טענו כי איחרו את המועד, מאחר שסברו בתום לב כי יעלה 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 לידה, לא הוגש הערעור במועד. המערערים טענו כי סיכויי קבלת הערעור גבוהים, בשים לב לטענות הטובות המועלות בו.

טענות המשיבה:

19. המשיבה מבקשת למחוק את הערעור. ראשית, נוכח הגשתו באיחור ללא הצדקה. המשיבה התנגדה לבקשה, לאור משך האיחור, שאיננו מוצדק לטעמה, וכן נוכח סיכויי הערעור הקלושים, בהתחשב בעובדה שטרם התקבל היתר 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 ידיה על החלטתו של בית המשפט קמא. לטענתה, בקשת המבקשים להכשרת השימוש הועברה 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 בהליך, היינו, מה עמדת משרד הבריאות, מה עמדת הג"א וכדומה. זאת ועוד, בניגוד לטענות המערערים, הגן מופעל חרף הצו, כפי שעולה מדו"ח פיקוח מיום 24.1.19, בו צוין כי המערער 2 מסר למפקח שהגן מופעל בליט ברירה, ועל מנת שהילדים לא יישארו ללא מסגרת חינוכית. המערערים מבקשים למעשה שבית משפט זה יכשיר את השימוש הבלתי חוקי שהם עושים במבנה.



21. המשיבה מוסיפה כי אין זה המקום להעלות טענה לאכיפה בררנית, אך להשלמת התמונה מציינת ב"כ המשיבה כי נפתחו לאחרונה תיקי חקירה כנגד שלשת הגנים האחרים המופעלים בכפר ללא היתר. פעולות האכיפה במקרה של גני ילדים חיוניות לצורך הבטחת השמירה על כללי הבטיחות והתברואה בהם. לא ניתן להכשיר הפרת צו שיפוטי, וככל שלטענת המערערים הליכי ההכשרה מצויים בישראל האחרונה, אזי עליהם להפסיק את השימוש עד אשר יינתן היתר. המערערים אף לא הציגו אישור מטעם משרד החינוך המתיר להם הפעלת הגן בשנה הנוכחית. משכך, עמדתה של המועצה המקומית איננה רלוונטית, והאחריות להפעלת הגן בנסיבות אלה רובצת לפתחה.

דין והכרעה:

22. לאחר עיון בבקשה, בערעור, בהחלטת בית המשפט קמא ובתיק, ואף לאחר שמיעת הצדדים, נחה דעתי כי דין הערעור להידחות. להלן אפרט טעמיי.

23. ראשית, לא מצאתי צידוק לאיחור בהגשת הערעור. אכן, סעיף 201 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 מקנה לבית המשפט סמכות להאריך את המועד להגשת הערעור, ללא דרישה להצגת טעם מיוחד לשם כך ודי על פי הפסיקה ב"טעם ממשי מניח דעת" (ראה למשל בש"פ 6125/09 **רבין נ' מדינת ישראל** (11/08/09)). אולם, בעניין שלפניי אין בהסברי המבקשים כי ביקשו להשלים את התנאים בהיתר, ואף עשו מאמצים לשם כך תוך הידברות עם המשיבה (טענות שממילא נטענו בעלמא ולא גובו באסמכתאות), כדי להצדיק עשיית דין עצמי והגשת הערעור במועד הנוח להם. המערערים מיוצגים לאורך ההליך כולו, כמפורט לעיל הגישו שלל בקשות במהלך הדרך, ולא היה כל צידוק לארכה שנטלו לעצמם. די היה בכך לבד כדי לדחות את הערעור. אף על פי כן, אדרש להלן גם לערעור גופו.

24. כאמור, עניין לנו בבקשה לביטול צו שיפוטי, אשר ניתן בהתאם לסעי' 239(א) לחוק התכנון והבניה (טרם תיקון 116), שזו לשונו:

239. (א) נעשתה עבודה, או השתמשו במקרקעין, בדרך ובנסיבות שיש בהם משום עבירה לפי סעיף 204, בין שהוגש על העבירה כתב אישום לבית המשפט ובין שטרם הוגש, רשאי בית המשפט לצוות על הנאשם, או על מי שנראה לבית 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 מיועד רק למניעה דחופה ומיידית של יצירת עובדות בשטח, אלא תכליתו היא גם למנוע המשך שימוש החורג מהוראות החוק. אמנם, במקום אחר ציינתי ביחס לסעיף 239 לחוק כי "בבסיס הסעיף עומדת תכלית מניעתית הנוגעת להקפאת הבניה ומניעת מצב שבו יקשה להחזיר את הגלגל אחורנית." (רע"פ 47/07 תימור מור נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה גבעת אלונים (לא פורסם, 14.6.2007) (להלן: עניין מור)) אולם, אין בכך כדי לומר שזוהי תכליתו היחידה של הסעיף. התכלית המניעתית עליה עמדת בעניין מור, היא בהחלט התכלית למנוע "יצירת עובדות חדשות בשטח", אך לצידה עומדת גם התכלית למנוע המשך ביצוען של עבירות והמשך הפקת רווח כלכלי מהן".

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

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

26. בענייננו, עובדה שאין חולק עליה, הינה כי עד היום לא ניתן למערערים היתר לשימוש הנעשה במקרקעין. המערערים ציינו בריש גלי כי הם מבקשים לבטל את הצו על מנת שיתאפשר להם לחדש את הפעילות בגן, אף טרם קבלת היתר כדיון. לכך לא ניתן ליתן יד, ומקובלת עלי קביעתו של בית המשפט קמא כי משמעות הדבר הינה עקיפת הרשויות המוסמכות ללא צידוק ענייני. משנה תוקף מקבלים הדברים, בשים לב לכך שהגן מושבת כבר למעלה משנה. השבתו כעת לפעולה טרם הסדרת התנאים, אף בשים לב למצוקה הנטענת, נסוגה בפני האינטרס הציבורי להשלמת דרישות המשיבה להסדרת הפעילות כחוק.

27. טענתם העיקרית של המערערים (למעשה היחידה בבקשה נושא החלטת בית המשפט קמא) הינה כי הליכי התכנון מצויים בישורת האחרונה. בדיון בערעור אף נטען כי נותר להמציא אישור אחד בלבד מטעם משרד הבריאות. טענות אלה לא גובו בתצהיר ולא ניתן היה לבחון אותן לגופן בדיון (ראה דברי המשיבה). יתרה מכך, וזאת בבחינת עיקר, אפילו ניתן היה לקבל טענתם זו, הרי שבית המשפט אינו יכול לבחון את האישורים שהוגשו ולקבוע כי אלה עונים לתנאים שנקבעו ע"י הוועדה. כאמור בהחלטה קמא, זוהי מלאכתם של הגורמים המקצועיים 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, וניתן 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 הצו דווקא בשלב זה, כאשר מתן ההיתר נמצא על פי הנטען בהישג יד. מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט קמא אף בנקודה 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 גובו 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 לאיתור קרקע חלופית עליה ניתן להקים גן. כפי קביעתו של בית המשפט קמא, גורמים אלה, ובפרט המועצה המקומית, הם אשר אמונים על מציאת פתרון לסוגיית הגנים ביישוב. ככל שמצוקה כזו הינה בנמצא, ראוי כי יחישו 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. אציין תחילה שטענות אלה לא נדונו בהחלטתו זו של בית המשפט קמא, שכן אף שהמערערים שמרו לעצמם את הזכות לעשות כן, הם לא העלו טענות אלה בבקשה שהגישו. יחד עם זאת, אף בהקשר זה לא מצאתי לפטור עצמי ללא התייחסות כלשהי.

31. בתמצית אציין, 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 בבקשה שבמקור, המערערים הינם המחזיקים במקרקעין, ובבקשתם לביטול הצו אף אישרו כי הינם יורשי הבעלים המנוח. המערער 1 הינה אף מי שהגיש את הבקשה לשימוש חורג להיתר ורישיון העסק הוצא בשמו של המערער 2. משכך, ברי כי אין ממש בטענה.

32. עוד מצאתי לדחות את טענת השיהוי. לא נעלם מעיני אישור מהנדסת הוועדה (אף שכלל לא ברור כי התנאים שהעמידה קיומו) ממנו עולה כי המשיבה מודעת לשימוש המבוצע. יחד עם זאת, כאמור בהחלטה קמא, אף אם חל שיהוי בנקיטת פעולות אכיפה ע"י המשיבה (ובענין שלפניו שיהוי של ממש), כבר נקבע בפסיקה כי אין די בו בלבד כדי למנוע אכיפה **"כבר נאמר בהקשר זה כי 'כאשר הפעולה המנהלית שאותה אנו בוחנים נוגעת לאכיפת החוק, ההשתתות בהפעלת אמצעי האכיפה כשלעצמה לא תיצור מניעות כלפי הרשות האוכפת אלא במקרים קיצוניים ויוצאי-דופן' (עניין שוויצר, בעמוד 604).** בענייננו, על אף ההשתתות, אשר ככל הנראה איננה תקינה כלל, נכונה בעיני קביעתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה אין בנסיבות המקרה דין כדי לאפשר המשך 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 שבשימוש, וזאת בשונה מהעניין שלפניי, לגביו מחלוקת כזו אינה בנמצא. עוד, ובשונה מאותו עניין, ממילא לעת הזו הגן כבר מושבת מזה כמעט שנתיים. לפיכך, השבתו לפעילות כעת חרף העדר היתר, אינה עולה בקנה אחד עם הקביעה שם.

לאמור אוסיף, שהמערערים לא טענו ולא הבהירו איזה נזק קונקרטי נגרם להם, אם בכלל, כתוצאה מהשיהוי הנטען. סבורני, כי לא רק שלא נגרם להם נזק כלשהו, אלא שהם רק הפיקו רווחים משיהוי זה, אשר איפשר הפעלת הגן משך פרק זמן ממושך.

33. טענת האכיפה הבררנית נדחת אף היא. גם כאן, מלבד העובדה שהטענות בהקשר זה נטענו בעלמא,



ללא אסמכתאות וללא פירוט מניח דעת באשר לאופן בו פועלים אותם גנים אחרים והרכיבים הפסולים שבהתנהלותם (אף שגורמי המועצה אישרו אותן), הרי שהמערערים לא הצביעו על המניע הפסול באותה אכיפה, וממילא מדברי ב"כ המשיבה בדיון עולה כי המשיבה החלה לנקוט פעולות אכיפה כנגד הגנים הנוספים בכפר. בכך ניתן מענה לטענות המערערים בנקודה זו.

33. בשולי פסק הדין אציין כי גם מבקשת המערערים מיום 29.5.19 עולה כי טרם הושג היתר, אף בהתחשב במסמכים שצורפו לבקשה לתמיכה בטענת המערערים כי חלה התקדמות ממשית בהליך. ממילא, כאמור, מלאכת בחינת האישורים והמסמכים המוגשים ע"י המערערים לצורך קבלת ההיתר שמורה לגורמים המקצועיים האחראים לכך במוסדות התכנון.

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

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