|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט לענינים מקומיים בבתל-אביב - יפו** | | |
|  | | |
| החלטה בטענה מקדמית בשאלת שימוש חורג להפעלת גן ילדים | | 12 אפר 2016 01-14-3465 |
|  | | |
| **השופט** | איתי הרמלין | |
|  | | |
| **המאשימה** | הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב יפו ע"י עו"ד מירי נתן עו"ד ענת סגל | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **הנאשמים** | 1. משה ווסרמן 2. אמ"ע 3. א"ס  ע"י עו"ד זאב פרבר | |

**החלטה**

1. הנאשמים מואשמים בהפעלת גן ילדים בדירת מגורים ללא היתר לשימוש חורג.

1. הנאשמים העלו טענה מקדמית לקיומה של הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית. הטענה הועלתה על ידי ההגנה בשל צירוף מקרים שהצמיד את תשובתם לאישום של הנאשמים בתיק זה (ביום 5.2.2015) לדיון בשני תיקים אחרים שבהם נדונה עבירה מאותו סוג. באותם שני תיקים אחרים הודיעה התביעה על הסכמה עם הנאשמים שאם ייסגר הגן בתוך מספר חודשים תחזור התביעה מן האישום.

1. לטענת ההגנה, בתיק הנדון כאן הוגשה בקשה להיתר זמן קצר אחרי פתיחת הגן, והואיל והבקשה נדחתה, נסגר הגן בסיום שנת הלימודים, כך שעניינם אינו שונה מן המקרים שבהם הציעה התביעה לחזור מהאישום אם יסגר הגן. עוד טען הסניגור כי במקום שבו הפעילו הנאשמים את גן הילדים, הפעיל אדם אחר גן במשך 30 שנה, ולא הועמד לדין.

1. התביעה השיבה לטענת הסניגור כי מדיניות העירייה בעניין שבו עוסק כתב האישום מפורטת באתר האינטרנט של העירייה, והעמדת הנאשמים לדין תואמת את המדיניות.

1. לנוכח החשש הראשוני לקיומה של אכיפה בררנית, שהתעורר עקב הסכמת התביעה עם הנאשמים בשני התיקים האחרים לביטולו של כתב האישום, הוריתי לתביעה לפרט את המדיניות בפועל בתיקים מעין זה (אם היא מקלה יותר מן המדיניות המפורסמת), ולהציג רשימה של התיקים שעסקו באותה עבירה והסתיימו בשנתיים שטרם הדיון.
2. תשובת התביעה בכתב הייתה כי המדיניות בפועל זהה למדיניות שפורסמה, שלפיה הוועדה המקומית תשקול אי נקיטת צעדי אכיפה בהתקיים כל התנאים הבאים כפי שהם מובאים להלן כלשונם במסמך המדיניות:

א. הגן מופעל במקום ובאזור שעל פי מדיניות גורמי התכנון הוא אינו מסוג האזורים והמקומות שלא ניתן לקבל בהם היתרים לשימוש חורג ועל פני הדברים, פעילותו אינה מעוררת סיכון הנדסי, תחבורתי או אחר ואינה גורמת הפרעה משמעותית לסביבה.

ב. הוגשה בקשה להיתר ביוזמת מפעילי הגן ובעלי הנכס בו הגן מתנהל, לא יאוחר מ-45 יום לאחר תחילת פעילות הגן, ובלא שקדמו להגשת הבקשה הליכי חקירה או אכיפה כלשהם בגין הפעלת גן.

ג. הבקשה להיתר מתאימה למציאות, היא מטופלת ומקודמת ע"י המבקשים ללא שהיות.

ד. פעילות הגן אינה גורמת הפרעה.

ה. מדי 3 חודשים ממועד הגשת הבקשה להיתר, תבחן התביעה את העניין הציבורי בנקיטת הליכי אכיפה לפי חוק התכנון והבנייה, בין היתר תוך הבאה בחשבון של סיכויי הבקשה להתקבל, התנהלות המבקשים בקידום הטיפול בבקשה להיתר ובמילוי דרישות הועדה המקומית ובמידת ההפרעה הנגרמת מפעילות הגן".

ו. החליטה הועדה המקומית לדחות את הבקשה להיתר – ופעילות הגן הופסקה לא יאוחר מ-45 ימים ממועד ההחלטה - תשקול התביעה את העניין לציבור בנקיטת הליך אכיפה בגין התקופה שעד להפסקת פעילות הגן. לא הופסקה פעילות הגן – ינקטו הליכי אכיפה מיידים, אלא אם ראתה התביעה, מטעמים מיוחדים שיפורטו בכתב, להימנע מנקיטת הליך מיידי והיא תשוב ותשקול את עמדתה תוך פרק זמן שלא יעלה על תשעים ימים.

1. לדברי התובעת, הואיל ובמקרה זה דחתה הוועדה המקומית לתכנון ולבניה את הבקשה להיתר ב-13.3.2014 והגן נסגר רק כעבור חודשים (אישור לכך בביקורת שנערכה מחוץ לגן כחלוף כחצי שנה בספטמבר 2014 ובביקורת בתוך הגן בדצמבר 2014) לא נכנס המקרה לגדר המקרים שבהם על התביעה לשקול הימנעות מנקיטת צעדי אכיפה על פי מסמך המדיניות.

1. ההגנה טענה בתגובה שהדרישה לסגור את הגן בתוך 45 יום מרגע החלטת הוועדה (באמצע שנת הלימודים) גם כאשר לא מתקיים סיכון הנדסי, תחבורתי או אחר (הנזכר כשיקול בפסקה א' של הנחיות האכיפה) היא בלתי סבירה ובלתי הגיונית לנוכח הפגיעה הצפויה בילדים הלומדים בגן ובהוריהם.

1. הואיל וגם בשני התיקים שבהם הסכימה התביעה לחזרה מאישום לא דובר בסגירת הגן בתוך 45 יום כאמור במסמך המדיניות, הוריתי לתביעה לנמק מדוע לא יבוטל כתב האישום שהוגש נגד הנאשמים בתיק זה.

1. התביעה השיבה כי בשני התיקים שבהם הסכימה לחזור מהאישום ניתן היה לקבל היתר לשימוש חורג להפעלת הגן, אך מפעיליו החליטו לסוגרו (באחד התיקים התקבלה החלטה חיובית של הוועדה המקומית ואילו בתיק השני התקבלה החלטה חיובית בערר). זאת, בניגוד למקרה הנדון כאן, שבו החליטה הוועדה לדחות את הבקשה להיתר. עוד מסתבר כי בפועל כלל לא בוטלו גם שני כתבי האישום הנוספים, כיוון שמפעיליהם העדיפו להמשיך להפעילם עד סיום שנת הלימודים. לעניין הטענה כי במשך 30 שנה פעל באותו מקום גן שהופעל על ידי מפעיל אחר, השיבה התביעה כי במשך תקופות שונות החזיקו מפעילים קודמים בהיתר לשימוש חורג, ובתקופות אחרות הוגשו נגדם כתבי אישום בגין הפעלת הגן ללא היתר לשימוש חורג.

1. עוד טענה התביעה כי אין לה אפשרות טכנית לפלח את כתבי האישום באופן התואם את החלטתי שהוזכרה לעיל להעביר רשימה של התיקים הדומים שהסתיימו בשנתיים שטרם הדיון. לפיכך, הוריתי למזכירות בית המשפט למסור לתביעה תדפיס של מספריהם של תיקים אלה על מנת שהתביעה תוכל למסור הסבר אודות כל אחד מן המקרים שבהם חזרה מן האישום (החתך המבוקש ניתן לביצוע בקלות במחשבי מזכירות בית המשפט).

1. ברשימה שנמסרה לתביעה נמצאו 40 כתבי אישום בעבירות דומות שב-6 מתוכם בוטלו כתבי האישום. לפי בדיקת התביעה, בשלושה מתוך ששת התיקים, שבהם בוטל כתב האישום, התקבל היתר לשימוש חורג. בתיק נוסף התקבלה החלטה חיובית של הוועדה המקומית, אך מפעילי הגן החליטו לסוגרו בלי להוציא היתר. בשני התיקים הנותרים לא התקבל היתר לשימוש חורג ואף לא המלצה להיתר של הוועדה המקומית (01/13/7095, 01/13/7038). התביעה הסבירה כי החזרה מן האישום באחד משני התיקים הוצדקה בכך שהגן נסגר באמצע שנת הלימודים לפי דרישת התביעה. יצוין כי מן הנתונים שמסרה התביעה עולה כי מדובר היה בשנת פעילותו השנייה של אותו גן. בתיק האחר הופסקה פעילות הגן בסיום שנת הלימודים, אך היה זה בטרם הגשת כתב האישום, וזאת בניגוד לעניין הנדון כאן, שבו נסגר הגן רק לאחר שהוגש כתב האישום ב-1.6.2014.

1. בתגובה לניתוח שערכה התביעה, טענה ההגנה כי בכל המקרים המדוברים כמו גם בשני התיקים שהביאו להעלאת טענת האכיפה הבררנית, חרגה התביעה מן המדיניות הכתובה או הייתה מוכנה לחרוג ממנה. מכך עולה לטענת ההגנה כי הנאשמים הופלו לרעה בהגשת כתב האישום נגדם. ההגנה שבה והדגישה כי הדרישה לסגור את הגן באמצע השנה תוך התעלמות מהנזק לילדים, להורים, לגננות ולמפעילי הגן, אינה סבירה.

1. לנוכח מצב הדברים שהבאתי לעיל הוריתי לתביעה להצביע על מקרים דומים לעניינם של הנאשמים, שבהם הוגש כתב אישום והוא לא בוטל על ידי התביעה.

1. התביעה התקשתה להצביע על מקרה שבו הוגש כתב אישום נגד מי שהפעיל גן וסגר אותו בתום שנת לימודים אחת. לבסוף נמצא תיק אחד כזה (01/15/2323), שבו צוין בפסק הדין מיום 26.10.2015, שהגן פעל לכל היותר 7 חודשים ונסגר בתום שנת הלימודים (2014-15). הסניגור הדגיש את העובדה כי מעיון בפרוטוקול הדיון באותו תיק ניתן להבין כי הנאשמת כלל לא הגישה בקשה להיתר, וזאת בניגוד לנאשמים כאן.

הכרעה:

טענת האכיפה הבררנית:

1. אין בראיות שהונחו בפני כדי לבסס את טענת האכיפה הבררנית. כפי שהראתי לעיל, העירייה קבעה הוראות אכיפה מפורטות, שלפיהן יש ככלל להגיש כתבי אישום נגד מי שהפעיל גן בדירת מגורים ללא היתר לשימוש חורג, אם לא סגר את הגן תוך 45 יום מעת שהוועדה המקומית לתכנון ולבניה דחתה את בקשתו להיתר (ראו להלן התייחסות לחריגים לכלל זה ולשיקולים הנוספים שעל התביעה לשקול בטרם החלטה להגיש כתב אישום).

1. אין מחלוקת כי הגן נושא כתב האישום נסגר אחרי תקופה ארוכה יותר מזו הקבועה בהנחיות ההעמדה לדין (כאמור לעיל, ראו התייחסות לתנאים נוספים להגשת כתב אישום בהמשך החלטתי זו).
2. עצם הפעולה לפי מדיניות ברורה ומפורסמת ברבים מקשה על קבלת טענה של אכיפה בררנית. במקרה הרגיל תתקבל הטענה דווקא במקום שבו אין מדיניות כתובה והאכיפה נעשית באופן אקראי או שיש מדיניות כזו והאכיפה נעשית תוך סטייה ממנה:

"קבלת טענה מקדמית של נאשם שלפיה הגשת כתב האישום בעניינו מהווה סטייה ברורה ממדיניות נוהגת של התביעה עשויה, במקרים המתאימים, להביא לביטול כתב האישום. משעה שקבעה הרשות מדיניות אכיפה בהתייחס להוראותיו של חוק מסוים, עליה לדבוק בה כל עוד לא התריעה שבכוונתה לשנותה. הפעלת החוק באורח אקראי – שלא על דרך מדיניות קבועה, ברורה ומבוקרת מראש – משמיעה שרירות, ושרירות הינה אויבת שלטון החוק (עניין תורג'מן, שם). סטייה מן המדיניות הנוהגת על דרך העמדתו לדין של אדם בניגוד לאותה מדיניות, יכולה לחייב – במקרה מתאים – השוואת מצבו של אותו אדם למצבם של מי שהמדיניות כן הוחלה עליהם (נקדימון, בעמ' 397)".

(ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (2013), פסקה 34).

1. גם אם בשני תיקים חרגה התביעה לטובתם של הנאשמים מן המדיניות (ואין זה ברור כי אמנם חרגה, ואף הנסיבות באותם תיקים אינן זהות לנסיבות בתיק זה), עדיין אין בכך כדי לבסס טענת אכיפה בררנית. זאת, שהרי אין מתקנים טעות בטעות. כלומר, ההכרה בכך שבמספר מקרים חרגה הרשות מן המדיניות הכתובה אינה מצדיקה בהכרח חריגה במקרה נוסף:

"ציינו כי כאשר מוכחת חריגה ממדיניות מבוררת של התביעה, ניתן – בנסיבות המתאימות – להורות על ביטולו של כתב האישום. מצב הדברים שונה מקום בו שגתה הרשות במקרים בודדים בלבד, עת נמנעה מלהעמיד לדין את פלוני ובחרה להעמיד לדין את אלמוני. במקרה כזה, ברי כי אין לסגור בפני גורמי האכיפה השער להגשת כתבי אישום במקרים דומים. אם טעתה הרשות בעניינו של פלוני – אין הדבר מונע את העמדתו לדין של אלמוני. כפי שנפסק כבר לפני שנים רבות, "שגגה שיצאה מלפני הרשות, אין היא חייבת לחזור עליה עוד ועוד אך ורק כדי לתת סיפוק לעיקרון של אי-אפליה" (בג"ץ 301/69 שמילביץ נ' עיריית תל-אביב-יפו,פ"ד כד(1) 302, 305 (1970))".

(פסק הדין בעניין פולדי פרץ, פסקה 35).

1. כפי שפירטתי לעיל, במהלך הדיונים בתיק זה הוטרדתי מהאפשרות שמדיניות האכיפה בפועל אינה זהה לזו המפורסמת אלא מקלה יותר, והנאשמים הופלו לרעה לעומת אותה מדיניות נוהגת בפועל. ואולם, חשש זה לא התבסס בפני ראייתית. בהיעדר מידע שלפיו התביעה סגרה תיקים דומים, חזקת תקינות פעילות המנהל עומדת לתביעה שהיא אמנם אוכפת את החוק בהתאם למדיניות שקבעה ופרסמה, והיא לא סגרה תיקים דומים מבלי להעמיד לדין. גם העובדה שנמצא מקרה דומה אחד בלבד שבו הורשעה הנאשמת, אין בה כדי להפריך את החזקה. זאת, שהרי אין לשלול כלל את האפשרות כי התמשכות הליכי התכנון והבנייה מביאה בדרך כלל תיקים אלה לטיפול גורמי התביעה לאחר שהגן סיים את שנת פעילותו הראשונה.

1. גם באשר לאכיפה כלפי מפעיליו הקודמים של הגן באותו מקום לא התבססה בפני ראייתית הטענה לאכיפה בררנית. גם אם בתקופות מסוימות פעל באותו מקום גן ללא היתר לשימוש חורג והמפעיל לא הועמד לדין אין בכך כדי לבסס טענת אכיפה בררנית, שהרי לפי המידע שמסרה התביעה גם בעבר הוגשו כתבי אישום בגין הפעלת גן במקום, ובתקופות מסוימות ניתן במקום היתר לשימוש חורג. בהקשר זה יש להזכיר כי אכיפה חלקית אינה שוות ערך לאכיפה בררנית.

שיקולי התביעה בהגשת כתב אישום בעבירה של הפעלת גן ילדים בדירת מגורים:

1. כידוע, הועברה סמכות הביקורת השיפוטית על ההחלטה להגיש כתב אישום מבג"ץ לערכאה הפלילית הדנה בתיק (כמובן, ההחלטה שלא להגיש כתב אישום כפופה עדיין לביקורת בג"ץ, כיוון שבמקרה שלא הוגש כתב אישום אין ערכאה פלילית הדנה בתיק) (ראו: בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (2006)). כך התווסף אפיק נוסף של תקיפת החלטה על הגשת כתב האישום במסגרתה של הערכאה הפלילית. כלומר, בצד האפיק של ביקורת שיפוטית על הגשת כתב אישום מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק נוסף אפיק מקביל של ביקורת שיפוטית על הגשת כתב האישום לפי הדוקטרינה הקלאסית של ביקורת שיפוטית על החלטות המנהל. זאת, שהרי העברת הביקורת השיפוטית מבג"ץ לערכאה הדיונית בתקופה שבה עלה מעמדה של הזכות למשפט הוגן לא כוונה לצמצם את היקפה של הביקורת למקרים הנכנסים לגדרה של ההגנה מן הצדק בלבד (ראו: פסקה 31 בפסק דין פולדי פרץ הנזכר לעיל, ומאמרו של רענן גלעדי, "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים", ספר אליהו מצא, 529 (2015)).
2. כמובן, הביקורת השיפוטית על ההחלטה להגיש כתב אישום היא ביקורת זהירה. כמו בכל ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית אין בית המשפט מחליף את שיקול הדעת של הרשות המנהלית בשיקול הדעת שלו עצמו. הביקורת השיפוטית על החלטותיה של התביעה היא אף מרוסנת במיוחד. עם זאת, ביקורת זו כוללת כיום את כל עילות הביקורת של המשפט המנהלי לרבות עילת הסבירות. לעניין זה ראו למשל: בג"ץ 425/89 ג'מאל עבד אלקאדר מחמוד צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי (1989), בג"ץ 935/89 אורי גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה (1990) ובג"ץ 7195/08 אשרף אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבליט הפרקליט הצבאי הראשי (2009), שבו כתבה השופטת פרוקצ'יה כך:

"שיקול הדעת של הפרקליט הצבאי הראשי בניהול ההליך הפלילי הוא אמנם רחב מאד, בדומה לזה של היועץ המשפטי לממשלה, אך הוא כפוף לחובה לקיים ולקדם את התכליות והערכים שהנורמות הפליליות מבקשות להגשים. שיקול דעתו צריך לעמוד גם במבחן העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי. על ראש התביעה לבסס את החלטתו על שיקולים הוגנים ותמי לב, לפעול ביושר ובהגינות, ועל פי שיקולים ענייניים בלבד. החלטתו צריכה לעמוד במבחן השוויון (עניין צופאן, בעמ' 735). שיקול דעתו צריך לעמוד גם במבחן הסבירות. סבירות בהקשר זה משמעה –

"שקילת מלוא השיקולים הרלבנטיים לענין, והם בלבד, וייחוס המשקל הראוי לכל אחד מהשיקולים הללו. סבירות ההחלטה נמדדת על פי המשקל הפנימי – היחסי שניתן לגורמים העיקריים המעצבים את ההחלטה"

(עניין גנור, בעמ' 513-514, פסק דינו של השופט ברק)

1. במסגרת דרישת הסבירות, על הפרקליט הצבאי לאזן את האינטרסים השונים הפועלים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על ידי המחוקק. איזון זה הינו סביר במקום שניתן משקל ראוי לאינטרסים הרלבנטיים השונים הפועלים בגדר הנורמה החקיקתית שעל הרשות המוסמכת ליישם (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421 (1987), פסק דינו של השופט ברק; פרשת קצב, פסקה 10 לפסק דיני)".

(ראו גם: דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי, כרך ב', פסקה 20.17, עמ' 750-757 (2010)).

1. מעיון בטיעוני התביעה בתיק זה עולה שבעת שהחליטה על הגשת כתב אישום, התביעה לא שקלה כל שיקול נוסף שמעבר לעצם הזמן שחלף מאז שהתקבלה החלטת הוועדה המקומית לדחות את הבקשה להיתר. לפי פרשנותה של התביעה להנחיות אין היא מחויבת לשקול כל שיקול נוסף במסגרת ההחלטה אם להגיש כתב אישום. התביעה כלל לא בחנה אפילו את הסיבה לדחיית הבקשה להיתר. כך למשל בפרוטוקול הדיון מיום 11.6.2015 נרשם מפי התובעת: "התנאי היחיד שהם לא עומדים בו הוא שצריך לסגור את הגן תוך 45 יום מהרגע שהועדה דוחה את הבקשה. זה גם למעשה הקריטריון היחיד המוזכר במסמך המדיניות במקרים שהבקשה נדחית". כך גם בתגובה שהגישה התובעת ביום 12.5.2015 נאמר בפסקה 8: "במפורש כתוב, כי אם פעילות הגן הופסקה תוך 45 יום ממועד החלטת הועדה – אזי תשקול התביעה את העניין לציבור בנקיטת הליך אכיפה, אולם אם לא הופסקה פעילות הגן וזהו המקרה שלפנינו – אזי ינקטו הליכי אכיפה מידיים" (דברים דומים נכתבו על ידי התביעה בפסקה 4 לתגובתה מיום 31.3.2015).

1. יצוין שאם בוחנים את הסעיף הרלבנטי בהנחיות האכיפה ניתן לראות כי בהוראות לא נקבע שיש להגיש כתב אישום בכל מקרה שבו לא נסגר הגן תוך 45 יום מרגע שנדחתה הבקשה להיתר. התביעה מוסמכת לפי הנחיות האכיפה להימנע מנקיטת הליך אכיפה מיידי ולשוב לשקול את עמדתה בהמשך וזאת מטעמים מיוחדים:

"ינקטו הליכי אכיפה מיידים, אלא אם ראתה התביעה, מטעמים מיוחדים שיפורטו בכתב, להימנע מנקיטת הליך מיידי והיא תשוב ותשקול את עמדתה תוך פרק זמן שלא יעלה על תשעים ימים".

1. כאמור לעיל, הסניגור תקף בפני את סבירותה של מדיניות האכיפה כפי שפירשה אותה התביעה בתיק זה. לדבריו, מדיניות אכיפה המאפשרת פתיחת גני ילדים ללא היתר לשימוש חורג, אך מחייבת סגירתם באמצע שנת הלימודים מייד לאחר החלטת הוועדה מבלי להתחשב בנזקים שסגירה זו תגרום לילדים ולהורים כמו גם לגננות ולמפעיל, ואף מבלי לשקול מהי הסיבה שלא ניתן לגן היתר לשימוש חורג, ובעיקר את השאלה האם נשקפה לילדים סכנה הנדסית או תחבורתית מהמשך פעילות הגן (קריטריון שנשקל לפי הנחיות האכיפה בעת פתיחת הגן ללא היתר לשימוש חורג), אינה סבירה כלל.
2. דעתי היא כי סגירת גן ילדים באמצע שנת הלימודים היא צעד פוגעני שאין להורות עליו או לכוון אליו כלאחר יד. במצב שבו בשל מחסור בגני ילדים העירייה מתירה בפועל פתיחת גנים בדירות מגורים ללא שקיבלו מראש היתר לשימוש חורג כל עוד בקשה להיתר מטופלת על ידי מפעיל הגן, אין להתפלא על הורים הרושמים את ילדיהם לגן שאין לו היתר לשימוש חורג. כלומר, לא רק שהילדים נעדרי אשם כלשהו, אלא כך גם הוריהם. קיומם של גני ילדים בעיר ואי גרימת נזק מיותר לילדי הגנים ולהוריהם היא אינטרס ציבורי שחשיבותו רבה. סגירה אוטומטית של הגן באמצע שנת הלימודים היא פגיעה חמורה ובלתי מוצדקת בילדים ובהוריהם.

1. מן האמור לעיל עולה כי לא בכל מקרה יש עניין לציבור בהעמדה לדין של מי שלא סגר את גן הילדים באמצע שנת הלימודים מייד לאחר שנדחתה בקשתו להיתר לשימוש חורג. קיומן של הנחיות אכיפה מיוחדות למקרים של שימוש חורג בדירת מגורים כגן ילדים מלמדת כי העירייה עצמה סבורה כי לא בכל מקרה שבו גן ילדים פועל ללא היתר לשימוש חורג יש עניין לציבור בהעמדה לדין. יתר על כן, כטענת הסניגור, ההחלטה אם להעמיד לדין מי שסגר את גן הילדים רק בסיום שנת הלימודים ולא באמצעה צריכה להתחשב בכך שבפועל אפשרו הרשויות את פעולת הגן ללא היתר לשימוש חורג (לפי הנחיות האכיפה עצמן). זאת ועוד, כפי שלפי ההנחיה בעת שנפתח הגן שוקלת התביעה האם נשקפת סכנה בטיחותית, תחבורתית או אחרת במסגרת בחינת העניין לציבור, גם בהחלטה האם להעמיד לדין את מי שלא סגר את הגן באמצע השנה אין להתחשב בקריטריון טכני בלבד שמשמעותו דרישה לסגור את גן הילדים באמצע שנת הלימודים בכל מחיר.

1. בעת החלטה אם להגיש כתב אישום כמו גם בעת החלטה אם לחזור מהאישום בעבירה של הפעלת גן ילדים בדירת מגורים ללא היתר לשימוש חורג, על התביעה (האמונה על שמירת האינטרס הציבורי) לשקול את הפגיעה שתיארתי לעיל בילדים ובהוריהם כתוצאה מסגירה של גן ילדים באמצע שנת הלימודים. זאת, אל מול הנזקים שגורם הגן בכך שהוא פועל לאחר שנדחתה הבקשה להיתר. לשם כך על התביעה לבחון את הסיבה לכך שהבקשה להיתר לשימוש חורג נדחתה – האם היה זה מסיבה טכנית, בשל היבט תכנוני כללי, בשל גרימת מטרד לשכנים, בשל סכנה בטיחותית וכו'. כך למשל, אין דינה של דחיית בקשה להיתר בשל פגם טכני כדין דחיית הבקשה בשל סכנה בטיחותית לילדי הגן. באותו אופן, במקרה שסיבת הדחיה היא המטרד הנגרם לשכנים, על התביעה לבחון האם החשיבות של מניעתו המידית של המטרד עולה על הנזק שיגרם לילדים ולהוריהם כתוצאה מסגירת הגן באמצע שנת הלימודים. כל זאת, כחלק מחובתה של התביעה ככל רשות מנהלית לשקול את כל השיקולים הרלבנטיים בטרם קבלת החלטה.

1. במקרה שבפני המדובר, אם כן, במקרה מובהק שבו, כמפורט לעיל, לא נשקלו כל השיקולים הרלבנטיים להחלטה אם להגיש כתב אישום (בהיבט של עניין לציבור). לפי הפסיקה, מדובר לכן במקרה של חוסר סבירות מהותי בהחלטת הרשות. יפים לעניין זה דבריה של פרופ' דפנה ברק-ארז: "מצב קיצוני במיוחד של החלטה פסולה המבוססת על שיקולים ראויים הינו התעלמות מוחלטת של הרשות משיקול מסוים" (משפט מנהלי, כרך ב', פסקה 20.3, עמ' 726 (2010). (ראו גם פסקה 19 בבג"ץ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות (1989) ודנג"ץ 3299/93 שמואל ויכסלבאום נ' שר הבטחון (1995) – ובמיוחד הערך המיוחד שנתנה השופטת דורנר לפגם זה בקבלת ההחלטה, שהיא רואה אותו כפגם נפרד מסוגיית אי סבירות ההחלטה).

1. עם זאת, עם עלייתה של דוקטרינת "הבטלות היחסית" או "התוצאה היחסית", אין הפגם המוזכר לעיל בהחלטת הרשות מחייב בהכרח ובכל המקרים ביטול מיידי של כתב האישום על ידי בית המשפט עוד בטרם שקלה התביעה מחדש את עמדתה.

1. הטעמים שאפרט להלן מצדיקים החזרת ההחלטה להגיש כתב אישום לבחינה מחודשת של התביעה והפעם תוך שקילת כל השיקולים הרלבנטיים. ראשית, לא התבררה בפני במדויק הסיבה לדחיית הבקשה להיתר (ככל הנראה בניה ללא היתר של חלק מהמבנה). שנית, ביטול של כתב האישום כעת, בטרם שקלה התביעה מחדש את עמדתה ולאחר הדיונים המשמעותיים שכבר התקיימו בו, שהתמקדו בטענת האכיפה הבררנית, עלול ליצור כפילות מיותרת. שלישית, בעת שהתקבלה ההחלטה להגיש כתב אישום הגן עדיין פעל, אך כיום ידוע שהוא נסגר זמן קצר אחר כך (כלומר, רק כיום ניתן לשקול את העובדה שהגן נסגר בסיום שנת לימודים אחת). רביעית, המנגנון של חזרה מהאישום הוא מנגנון תקף ואין כל מניעה שהתביעה תחזור מן האישום לאחר שתשקול את כלל השיקולים הרלבנטיים כולל אלה שלא נשקלו במקור.

1. לנוכח האמור לעיל, אני מורה לתביעה לשקול מחדש את ההצדקה לכתב האישום תוך מתן משקל ראוי לשיקולים שהזכרתי לעיל כשיקולים שחובתה לשקול. כלומר, על התביעה לבחון מה הסיבה לכך שלא ניתן לגן הילדים היתר לשימוש חורג, ולתת את המשקל הראוי לנזק שהיה נגרם לילדי הגן, להוריהם, ולגורמים אחרים, כתוצאה מסגירת הגן באמצע שנת הלימודים. זאת, בצד השיקולים הנוספים הנוגעים לעצם הפרת החוק, היקפה, משכה, העובדה שהגן נסגר בתום שנת לימודים אחת, מועד הגשת הבקשה לשימוש חורג, השאלה האם הבקשה לשימוש חורג טופלה במסירות וביעילות על ידי מגישי הבקשה וכל שיקול רלבנטי אחר.

1. התביעה תודיע בתוך 21 יום האם לאחר ששקלה את כלל השיקולים הרלבנטיים היא חוזרת מכתב האישום או עומדת עליו.

ניתנה היום, 12 באפריל 2016, בלשכה.

|  |
| --- |
| איתי הרמלין, שופט |