

תאריך: יום ראשון 23 מאי 2021

חוות דעת – הקפאת הליכי אכיפת היתר שימוש חורג למעונות היום והגנים

הפרטיים המקיימים פעילות במבנה מגורים

1. במהלך השנים האחרונות, בעלי גנים ומעונות פרטיים מוצאים עצמם במצב בלתי אפשרי, כאשר הפעלת גן ילדים בדירת מגורים על פי החוק הקיים כיום אינה מוגדרת כ"מגורים", ובמציאות התכנונית הישראלית, בה הליכי אישור ותיקון התוכניות אורכים זמן רב, הגנים הפועלים בדירות מגורים, נדרשים לעבור תהליך ארוך ויקר של קבלת אישור חורג בהתאם לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 (להלן: "החוק").

2. אין חולק על החשיבות של קיום גן ילדים/מעון/פעוטונים בתוך מרקם חיי קהילה בריאה. עמד על כך בית המשפט המחוזי בעתמ (ת"א) 98/14 נח אוסקר נ' לוריא סיגל שם קבע בית המשפט כי תפעול פעוטונים היו שירות קהילתי חשוב, החייב מטבע ברייתו להימצא בקרבה לסביבות מגורים.

3. מתוך הכרה בצורך והחשיבות שבהפעלת מעונות היום והגנים הפרטיים, ממשלת ישראל קיבלה החלטה להכליל בחוק ההסדרים 2020 שינוי חקיקה אשר יאפשר להפעיל מעונות וגנים פרטיים במבני מגורים באמצעות היתר ייעודי שינתן על ידי רשות הרישוי, חלף ההסדר של מתן היתר לשימוש חורג. שינוי זה הוכלל בטיוטת החוק, כפי שהופצה, אך עקב הנסיבות המובנות לכל, החוק טרם עבר את תהליך החקיקה.

4. כידוע, סעיף 62(א) לחסד"פ מסמיך תובע להימנע מלהעמיד לדין חשוד, גם אם קיימת תשתית ראיתית מספיקה לשם הגשת כתב אישום, וזאת בשל העדר עניין לציבור בפתיחה בהליך פלילי. הקווים המנחים לפרשנות סמכות זו המוקנית לתובע הונחו בפרשת גנור, שם ציין השופט (כתוארו אז) א' ברק כי "עניין לציבור אינו ההתעניינות שמגלה הציבור בשאלת ההעמדה לדין. 'עניין לציבור' אינו עניין דסקריפטיבי, אלא עניין נורמטיבי. משמעותו של 'עניין לציבור' היא הכרעה ערכית באשר לתועלת שתצמח לקיום המסגרת החברתית על-ידי העמדה לדין לעומת הנזק שייגרם למסגרת זו על-ידי העמדה לדין ולתועלת שתצמח לה באי-העמדה לדין (בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 509-510).

5. סמכות זו כרוכה בשיקול-דעת, ושיקול-דעת זה של היועץ המשפטי הוא "נרחב ביותר" (הנשיא י' כהן בבג"ץ 650/82 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לו(4), בעמ' 218).

ירושלים:
רח' עם ועולמו 3 (בית
הראל) קומה 4
ירושלים, 9546303
טל. 02-6523322
פקס. 02-6522202

תל אביב:
רח' ברקוביץ' 4 (מגדל
המוזיאון) קומה 7
ת"א, 6423806
טל. 03-9651548
פקס. 02-6522202

6. ככל שיקול-דעת שלטוני, גם שיקול-דעתו של תובע בהחלטה על העמדה לדין, צריך להיות סביר. מושג הסבירות הוא מושג נורמאטיבי שמשמעותו שקילת כל השיקולים הרלוואנטיים ומתן משקל ראוי לשיקולים אלה (השופט שמגר בבג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2), בעמ' 105).
7. כך לדוגמה, עובר לחקיקת התיקון לחוק הסמים המסוכנים (עבירת קנס מיוחדת - הוראת שעה), התשע"ח-2018 (להלן: החוק החדש), פורסמה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה שכותרתה "מדיניות התביעה - סמים: אחזקה ושימוש לצריכה עצמית" אשר קבעה כי בשל האופי המיוחד של עבירת השימוש בקנאביס, ראוי למצוא את האיזון בין הצורך בהרתעה לבין ההתחשבות בעבריו.
8. בדומה לכך, גם חקיקתו של החוק החדש לפיו עבירת השימוש בקנאביס סווגה כ"עבירת קנס מיוחדת" (בשימוש ראשון), הושתתה על התפיסה שמדיניות האכיפה עובר לתיקון לא הייתה אפקטיבית, ואף גם עלולה הייתה לפגוע בשלטון החוק.
9. ומן הכלל אל הפרט, במסמך רשמי שפורסם כבר בשנת 2011 תחת הכותרת: "מדיניות התביעה בעניין נקיטת הליכי אכיפה לפי חוק התכנון והבניה בגין שימוש חורג בגן ילדים", נקבע כהאי לישנא:
- "תשקול התביעה של הוועדה המקומית להימנע מנקיטת הליכי אכיפה בגין שימוש חורג למטרת גן ילדים וזאת בהתקיים התנאים המצטברים הבאים:

- 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 והבניה, בין היתר תוך הבאה בחשבון של סיכויי הבקשה להתקבל, התנהלות

המבקשים בקידום הטיפול בבקשה להיתר ובמילוי דרישות הועדה המקומית ובמידת ההפרעה הנגרמת מפעילות הגן.....”

10. המדובר אפוא במדיניות "אי אכיפה", הקובעת הלכה למעשה, כללי משחק לפיהם כל אימת שקיימת התקדמות במרוץ הרישוי של גן הילדים המופעל בדירת מגורים, התביעה תמנע מנקיטת הליכי אכיפה בגין שימוש חורג למטרת גן ילדים.

11. מדיניות ייחודית מוצהרת זו מצאה את ביטויה הרשמי גם בגדרם של הליכים אזרחיים שונים בהם ביקשו שכנים של גן ילדים למנוע את הפעלתו. כך לדוגמה, בפסק הדין בת"א (ת"א) 15064-07-12 יואב גולוב ו-4 אח' נ' אורן נגל (2012) [פורסם בנבו], הועדה המקומית הדגישה את גישתה, התואמת את זו של היועץ המשפטי לממשלה, שלא לפעול לסגירת גני ילדים שהוקמו ללא היתר, כל עוד אלו פועלים לקבלת היתר כדין.

12. העדר רשימת מסודרת של קריטריונים לבחינת בקשה להיתר שימוש חורג להפעלת גני ילדים, יוצר חוסר וודאות והעדר אחידות, ומביא למנגנון שרירותי ולהתננייתו של ההיתר בתנאים בלתי סבירים תכנונית, שאינם רלבנטיים לאיכות הסביבה, רווחת דיירי המקום, סדרי תנועה, חנייה וביטחון, וכדומה.

13. דרישותיהן של הרשויות המוניציפליות לקבלת אישורים שונים כדוגמת אישור הג"א למרחב מוגן, אישור משרד הבריאות, וכיו"ב, כתנאי למתן היתר "שימוש חורג", עומדות בסתירה מוחלטת להוראותיו של חוק הפיקוח על מעונות יום לפעוטות, תשע"ט-2018 (להלן: "חוק הפיקוח") הכולל בתוכו את מכלול הוראות המחוקק שנועדו להגן על הפעוטות השוהים במעונות, ועל שלומם ובטיחותם. אין בין דרישות אלה דבר וחצי דבר שלא ניתן ליישם בהתאם להוראותיו של חוק הפיקוח עצמו, מבלי לגבות היטלים וקנסות ומבלי לגרור נשות חינוך לבתי המשפט ו/או להיות עברייניות ו/או לקחת סיכון לגירעונות שימוטטו את המעון עד לסגירתו.

14. כך לדוגמה, כתנאי לקבלת אישור משרד הבריאות, משרד הבריאות משית עצמו למבקר סטנדרטים ומבנים שהמעונות מחויבים לעמוד בהם, וזאת בנוסף לדרישות חוק הפיקוח, כך שהמעונות הפרטיים נאלצים לעמוד בדרישות בלתי הגיוניות - כגון מטבח בגודל 25 מ', גובה תקרה 2.5 מטר, רוחב פתחים 1.2 מטר, כיורים צמודים לשידות החתלה, אסלות נוספות לפי כמות ילדים, כניסת ספקים נפרדת, 8 מטר רץ של שיש במטבח – דרישות שלעיתים נמצאות בסתירה לדרישות העיריות ו/או משרד החינוך ו/או חוק הפיקוח ולבטח אינן ניתנות ליישום במבנה שיעודו המקורי מגורים שם נמצאים רוב המסגרות הפרטיות בישראל.

15. גם נושא המקלטים שעד כה הוסדר בין השאר באמצעות ויתור של בעלי מעונות היום הפרטיים על פתיחת המעון בעת מצב חירום לאומי, ויתור אותו אישרו ראש הרשות המקומית ומהנדס העירייה מתוך הבנה כי גני הילדים ומעונות היום אינם פועלים בעתות חירום, זוכה אף הוא להתעוררות מחודשת בחודשים האחרונים

16. לא יעלה על הדעת כי שוכרי מבנים או בעלי דירות פרטיות ישקיעו מאות אלפי שקלים להתאמות/ הקמת מקלטים ציבוריים. כך או אחרת, העיריות והג"א "מגלגלים" את אחריות המדינה לספק מרחבים ציבוריים מוגנים אל בעלי מעונות היום הפרטיים שמצידם לא יכולים לשאת נטל זה על כתפיהם.

17. לסיכום, את החלל שנוצר בתחום גני הילדים המיועדים לגיל הרך ממלאים יזמים מהשוק הפרטי, אשר נאלצים להתמודד עם דרישות הזויות ובלתי הגיוניות המושתות עליהם בשל פעילותם במבני מגורים פרטיים.

18. בעת החלטה אם להגיש כתב אישום בעבירה של הפעלת גן ילדים בדירת מגורים ללא היתר לשימוש חורג, על התביעה (האמונה על שמירת האינטרס הציבורי) לשקול בכובד ראש את הפגיעה בילדים ובהוריהם כתוצאה מסגירה של גן ילדים באמצע שנת הלימודים ויש להביא בחשבון כי מסגרות פרטיות אלו מקיימות את חיי החברה, הכלכלה והחברה ושומרים על יכולתה של קהילת ההורים והזוגות הצעירים לקבל את השירות החשוב מבלי הצורך לחפש אותו במקומות מרוחקים משכונות המגורים דבר שאף עלול להזיק להם בעבודתם ובפרנסתם.

19. לאור כל האמור לעיל, אין ספק כי יש להקפיד כל נקיטת הליכי אכיפה לפי חוק התכנון והבניה בגין שימוש חורג בגן ילדים, ואין לפעול לסגירת גני ילדים שהוקמו ללא היתר, שכן התיקון במסגרת חוק ההסדרים העתיד להסדיר פעילותם של גני ילדים שהוקמו בדירות מגורים באמצעות היתר ייעודי שינתן על ידי רשות הרישוי, מהווה התקדמות משמעותית במרוץ הרישוי, המהווה עילה להקפאת כל אכיפה בגין שימוש חורג, בהתאם למסמך מדיניות אי האכיפה המצוטט לעיל.

20. יש לפעול להתאים את הסעיף בחוק ההסדרים למגבלות מרחב לילד ולאפשר קיומם של מסגרות גדולות יותר מ 20 ילדים כפי שמוצע כיום בהתאם לגודל המבנה וליכולתו לספק את צרכי הילדים בו.

בכבוד רב,

גיל אפרתי, עו"ד

כל הזכויות שמורות למשרד גיל אפרתי ושות'