

עפ"א 66930/11/17 - דיאב אבו דיה, יוסף אבו סהיבאן נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"א 66930-11-17 אבו דיה ואח' נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מערערים 1. דיאב אבו דיה
2. יוסף אבו סהיבאן ע"י ב"כ עו"ד גלעד אבני
נגד מדינת ישראל ע"י פרקליטות המדינה המחלקה להנחית תובעים ע"י עו"ד אסף שטרן, נציג יועמ"ש

פסק דין

הרקע, המחלוקת וההחלטה

1. לפני ערעור על החלטת בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופט ג' אזולאי) מיום 27.11.17, בה דחה בית המשפט את בקשת המערערת לבטל צו הפסקה שיפוטי (מיום 19.9.17) האוסר כל שימוש בשטח אשר בחזקת המערערים באזור שגב שלום. שטח, אשר גודר בגדר ונכבש במצע של אספלט גרוס. שטח, בו קיימו המערערים שוק רוכלים.
2. עיקרה של טענת המשיבה הוא כי השימוש בשטח אסור, הן משום שה"מבנים", היינו הגדר ומצע המפוזר בשטח, הם מבנים שנבנו ללא היתר וממילא השימוש בהם אסור, והן משום שקיום שוק רוכלים במקום אסור, באשר אין מדובר בשימוש מותר בשטח. טענה נוספת של המשיבה היא כי בעת קיום שוק הרוכלים בונים הרוכלים דוכנים למכירה, וכי דוכנים אלה אף הם בבחינת בניה בלתי חוקית. לפיכך, קיימת הצדקה לקיומו של צו שיפוטי האוסר את המשך השימוש במקום, כל שימוש, ובמיוחד שוק הרוכלים.
3. עיקרה של טענת המערערים היא כי כל המבנים הם מבנים שאינם טעונים היתר, בהתאם להוראות תקנות התכנון והבניה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), התשע"ד - 2014 (להלן: "תקנות הפטור"). כן טוענים המערערים כי הדוכנים אף אינם חייבים בהיתר בהיותם מבנים זמניים, המוקמים למספר שעות בכל פעם, פעמיים בשבוע בלבד. מכאן, שאין איסור בשימוש במבנים, באשר אין הם בנויים שלא כדין. עוד נטען כי אין איסור על שימוש מסחרי בשטח. שכן, אין תכנית מפורטת החלה על השטחים הרלוונטיים, אלא תכנית מתאר כללית בלבד. תכנית זו, תיקון 23 לתמ"מ 4/14, מייעדת את השטח בכללותו לפיתוח פרברי. פיתוח, אשר יכלול בסופו של דבר ייעודים שונים, הכוללים גם מסחר. משמע, השימוש אינו סותר את התכנית המפורטת החלה, באשר אין תכנית כזו, והשימוש מתאים לתכנית המתאר הכללית, כך שאין בו פסול.
4. יש לציין כי ביחס למבנים האמורים, המצע והגדר, הוצא צו הריסה מנהלי. בקשה לביטול הצו תלויה

ועומדת בבית משפט השלום, במסגרת תיק בב"נ 50412-09-17. סיכומים בתיק דהתם הוגשו, אך טרם ניתנה בו החלטה. עניינו של הערעור דנן הוא בצו הפסקת השימוש בלבד. עם זאת, בשים לב לכך שאחת מטענות המשיבה לאי חוקיות השימוש נשענת על אי חוקיות המבנים, הרי ששאלת חוקיות המבנים עולה בתיק זה כשאלת אגב.

5. בית משפט השלום ציין בהחלטתו כי יש לדחות את בקשת המערערים לביטול הצו על יסוד מספר שיקולים מצטברים, בהם התנהגות חסרת תום לב של המערערים, העדר זכות קניינית בקרקע וממילא העדר זכות עמידה בבית המשפט, ובשל כך שהשימוש שנעשה בשטח הוא אסור.

6. לעניין העדר תום הלב, ציין בית המשפט כמה היבטי חומרה של התנהלות המערערים. זאת, בכך שהמבקשים היו מודעים לכך שעליהם לקבל היתר לפעילות אותה הם עושים, במיוחד לאחר שנחקרו בגין המעשים, ובשים לב לכך שמכתב התמיכה שקיבלו מהמועצה לפתיחת שוק הרוכלים ציין במפורש כי עליהם לקבל היתר לפעולה. למרות זאת, ולמרות שהיו מיוצגים, המערערים המשיכו את פעילותם בשטח ואף הפרו את צו ההפסקה השיפוטי שניתן. בית המשפט ציין כי ההליכים שננקטו על ידי המערערים מהווים למעשה ניצול לרעה של הזכויות הדיוניות, כאשר כל מטרתם להשהות ולסכל ביצוע של הצווים, צו ההריסה המנהלי וצו ההפסקה השיפוטי.

7. לעניין הזכות בקרקע, צוין בהחלטת בית משפט השלום כי המערערים עושים שימוש בשטח קרקע נרחב. אולם, החוזה שלהם לעשיית שימוש בקרקע, הוא עם אדם אחד. אדם, שהוא אמנם בעלים של חלק מן הקרקע, אך של חלק קטן ממנו בלבד. בהעדר זכות קניינית על הקרקע, ממילא אין זכות עמידה לפני בית המשפט לבקש את ביטול צו ההפסקה השיפוטי.

8. עוד נקבע, תוך הפניה לפסקאות המתאימות בסיכומי המשיבה, כי יש לדחות את הטענה כי העבודות במקום אינן טעונות היתר, נוכח תקנות הפטור המאפשרות הקמת מבנים זמניים. זאת, הן משום שהטענה הועלתה רק בסיכומים ולא בבקשת הביטול, והן משום שתנאי לקיומו של פטור, על פי תקנה 25 לתקנות הפטור, הוא כי המבנה נבנה בהתאם לתכנית החלה על המקום. כן נקבע כי, בכל מקרה, השימוש בשטח לקיום שוק רוכלים טעון היתר לשימוש חורג, ואין היתר.

טענות המערערים

9. הצדדים טענו בתיק זה במספר סבבים. בהודעת הערעור והתגובה, בהתייחסות לשאלת הסעד הזמני, בטיעון על פה ובשני סבבים של סיכומים.

10. עיקר טענת המערערים היא כי טעה בית המשפט הן בקביעתו כי מדובר במבנים הטעונים היתר, והן בקביעתו כי השימוש בשטח לשם שוק רוכלים הוא שימוש חורג. לשיטת המערערים, אין להורות על הפסקה שיפוטית של כל עבודה אשר אינה אסורה לפי סעיף 204 לחוק התכנון והבניה.

11. הודגש כי מדובר בקרקע פרטית, לא ציבורית, כאשר ההתנהלות העסקית של המערערים רצויה לרשות המקומית, אשר עודדה את פתיחת שוק הרוכלים, כעולה ממכתבו של ראש העיר מיום 7/12/17. מכתב, בו מובהר כי המועצה המקומית שגב שלום אינה מתנגדת להקמת שוק הרוכלים ואף "מעודדת יזמות עסקית

פרטית כדי להגדיל את מקורות התעסוקה וההכנסה לרווחת התושבים". ראש המועצה אף ציין כי "אבקש לבחון אפשרות למתן אישור זמני להפעלת שוק מקומי ביישוב וזאת עד לאישור התכניות העתידיות כדין". עם זאת, הודגש במכתב כי "אין במסמך זה כל כוונה לפעול שלא כחוק וכדין. עליך לפנות לוועדת נגב מזרחי ולקבל את הנחיותיהם". ייאמר כי מכתב דומה בניסוח קצר יותר, מיום 2/8/17, צורף כבר לבקשת המערערים לבית משפט השלום בבקשה לביטול צו ההפסקה השיפוטי. אף באותו מכתב נאמר כי אין התנגדות להקמת השוק "בכפוף לאישור ועדת נגב מזרחי" ואף הודגש, כי "עליך לפנות לוועדת נגב מזרחי ולקבל את הנחיותיהם".

12. עוד הדגישה המערערת בטיעוניה, כי אין בקיום השוק הפרעה לאיש, באשר היא מתבצעת פעמיים בשבוע בלבד, בשטח ריק, כאשר כל דוכן המוקם עבור השוק מפורק תוך מספר שעות. עוד נטען בהשלמת הסיכומים, כי פיתוח המסחר במקום משתלב עם תכנית המתאר הכללית החלה על המקום, תיקון 23 לתמ"מ 14/4. אמנם, התכנית מגדירה את אחת ממטרותיה כמניעת פיזור של מוקדי סחר על מנת שלא לפגוע במרכזי הערים. אולם העובדה שראש הרשות הסמוכה, ראש מועצת שגב שלום, אינו רואה בפיתוח זה אלא ברכה ליישוב שלו, מלמדת שאין כל בעיה בקיום השוק.

13. טענתה המרכזית של המערערת היא כי על כל המבנים שבמתחם חלים תקנות הפטור, תקנה 7 ותקנה 25(א). הגדר ההיקפית פטורה, לפי תקנה 7, באשר לשיטת המערערת "גובהה אינו עולה על מטר וחצי גובה והיא מצויה בשטח חקלאי והגדר אינה אטומה ואינה מפריעה למעבר מי נגר עיליים" (סעיף 18 להודעת הערעור). כן נטען כי פיזור של אספלט גרוס כלל אינו "בנין", וכי זוהי הסיבה בגינה רשויות השלטון אינן נזקקות להיתר בניה לצורך סלילת דרכים. לשיטת ב"כ המערערים, אף אם תאמר כי יש בפיזור האספלט משום מעשה של בנייה, עדיין מדובר בבנייה שהיא בגדר תקנות הפטור, ולפיכך אינה אסורה. ב"כ המערערים הדגיש בהשלמת הסיכומים מטעמו, כי שוגה המשיבה בטענתה לפיה יש מגבלה כלשהי על הפטור הנתון בתקנות הפטור. זאת, משום שאין תקנות כשלהן הקובעות סייגים ותנאים למתן פטור, במסגרת סעיף 145 לחוק התכנון והבנייה ולפיכך, חלות הוראות תקנות הפטור כפשוטן.

14. נטען עוד כי שוק הרוכלים פטור מהיתר הבניה, נוכח הוראות תקנה 25 (א)-(1)-(4) לתקנות הפטור. זאת, משום שמדובר במבנים זמניים אשר אינם מחוברים למים, ביוב או תשתיות אחרות. המבנים מופעלים לסירוגין כ- 96 יום בשנה בלבד. הבאסטות אף עונות על הוראות התקנות בכך שאינן גדולות מ- 50 מטר כל אחת ואינן גבוהות משתיים וחצי מטר. לפיכך, נוכח תקנות הפטור, אין כל איסור בהפעלת שוק הרוכלים.

15. בהקשר זה הפנה ב"כ המערערים לבג"צ 868/86 טרודלר נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון פ"ד מא (1) 694 (1987), שם נקבעו מבחנים להבחנה בין מבנים הפטורים מהיתר מחמת ארעיותם ובין מבנים שייראו כמבנים קבועים. שם נקבע כי סככות למסחר בתוצרת חקלאית חסות בגדר פטור, כמבנה ארעי. טוען ב"כ המערערים שכל שכן לענייננו, כאשר מדובר בבאסטות המוקמות לחצי יום ומפורקות מיד, כ- 90 פעמים בשנה.

16. כן נטען כי שגה בית המשפט כאשר קבע שהמערערים פעלו שלא כדין, תוך הסתרת עובדות מבית המשפט. שכן, מעת שהחלו להיות מיוצגים על ידי בא כוחם הנוכחי, לא הסתירו דבר, ופעלו בדיוק בהתאם לדיון. עוד טוענים המערערים כי המשיבה היא אשר הטעתה את בית המשפט, כאשר ביקשה מבית משפט השלום צו הפסקה שיפוטי תוך התעלמות מתקנות הפטור. זאת, כאשר הפעילות היא למעשה מותרת.

17. במישור המשפטי הטעים ב"כ המערערים, כי העדר תכנית מפורטת אינו מלמד כי כל שימוש בקרקע הוא מותר. אולם, לשיטת ב"כ המערערים, עד להכנת תכנית מפורטת, אכן מותר לעשות שימוש בקרקע בהתאם לייעודים המפורטים בתכנית המתאר הכללית החלה. במקרה זה, כאשר מדובר בתכנית תמ"מ 4/14, תיקון 23, הרי שהתכנית מייעדת את השטח לפיתוח פרברי ולתעסוקה. משתמע אם כן, כי השימוש המסחרי הוא חלק מייעודו של הקרקע. לפיכך, לא ניתן לומר כי השימוש בשטח כשוק רוכלים מהווה שימוש הנוגד את הייעוד.

18. לשיטת ב"כ המערערים, לא ניתן לטעון כי ניתן לממש את הייעוד של הקרקע, על פי תיקון 23 לתמ"מ 4/14, רק במסגרת תכנית מפורטת. זאת, משום שמגבלה זו לא נאמרה במפורש בתכנית. לפיכך, בהעדר תכנית מפורטת, הרי שמותר לעשות שימוש בכל הייעודים המפורטים בתכנית הכללית. לענין נוסח סעיף 11 לתכנית, לפיו "לא ינתן היתר בניה על-פי תכנית זאת ולא יותר שימוש בקרקע או בבנין על-פיה, אלא על פי תכנית מקומית", טוען ב"כ המערערים כי פסקה זו אינה חלה על מבנים החוסים תחת תקנות הפטור. זאת, משום שתקנות הפטור חלות גם במקום בו אין תכנית. מכאן, שכשם שבנייה זו הייתה פטורה לו חלה תכנית מפורטת על המקום, כך היא פטורה אף בהעדר תכנית מפורטת.

טענות המשיבה

19. המשיבה בתגובתה הדגישה, כי השימוש שנעשה במקום אסור, בראש ובראשונה משום השימוש בבנייה האסורה. בנייה, המתבטאת בגדר ההיקפית, בפיזור האספלט הגרוס בשטח המוגדר ובבניית הדוכנים לקיום שוק הרוכלים. דוכנים, שאמנם מפורקים בסוף כל יום עבודה אך נבנים מחדש בכל פעם שמופעל השוק.

20. לענין הדוכנים, מבהירה המשיבה, כי מדובר בבנייה לכל דבר וענין ולפיכך טעוניה מבנים אלה היתר. בהקשר זה, לשיטת המשיבה, לא ניתן להסתמך על תקנה 25 לתקנות הפטור שכן בהעדר תכנית מפורטת, לא ניתן להוציא היתר בנייה. מקום בו לא ניתן להוציא היתר בנייה, אף תקנות הפטור אינן מתירות את הבנייה.

21. מכיוון שהדוכנים נבנים בכל פעם ללא היתר, ממילא השימוש בהם הוא בגדר שימוש חורג המצריך היתר. ללא היתר שכזה, הרי אסור להשתמש בדוכנים וממילא הפעילות המסחרית אסורה. זאת, אפילו אם ניתן היה לפרש את התכנית הכללית החלה על השטח, כתכנית המתירה שימוש מסחרי בשטח.

22. עוד טוענת המשיבה, כי בפועל גידור המקרקעין ופיזור האספלט יוצרים מתחם סגור. מתחם, בו משתלבים הדוכנים הנבנים מדי פעם בפעם. בניית הגדר מחייבת היתר כמו גם פיזור האספלט (לפי תקנה 1(2) לתקנות התכנון והבנייה (עבודה ושימוש הטעונים היתר), תשכ"ז-1967). משמע, השימוש בשטח בו בוצע פיזור האספלט והגידור מהווה שימוש חורג, המחייב היתר.

23. המשיבה אף הפנתה לכך כי תקנות הפטור כפופות להנחיות המרחביות החלות על מקרקעין. ההנחיות המרחביות של הועדה המרחבית לתכנון ובנייה נגב מזרחי, קובעות שלא ניתן להקים מבנים מסחריים לתקופה העולה על 30 יום. לפיכך, אפילו מותר היה לבנות את המבנים הזמניים במקום, לא ניתן היה להשאירם על כנם למשך יותר מ-30 יום.

24. עוד הודגש בהשלמת הטיעון שטען ב"כ המשיבה, כי סעיף 11 לתכנית המתאר (תמ"מ 4/14, תיקון 23 הנ"ל), קובע באופן מפורש כי "לא יינתן היתר בניה על פי תכנית זו ולא יותר שימוש בקרקע או בניין על פיה, אלא על פי תכנית מקומית". מכאן מסיקה המשיבה, כי כל בנייה או שימוש בקרקע מצריכה תכנית מקומית. דבר, השומט את הקרקע תחת טיעון המערערים, לפיו השימוש מותר באשר הוא תואם את התכנית המחוזית.

25. עוד נאמר כי אחת ממטרות התכנית היא מניעה של פיזור מוקדי מסחר. למרות עמדת ראש המועצה הסמוכה, הרי יצירת מוקד מסחר חדש, העלול להתחרות עם מוקדי המסחר הקיימים והמתוכננים, עלול לפגוע במטרות התכנית. לפיכך, לא נכון לאפשר פתיחת מוקד מסחרי חדש בטרם יוחלט על כך במסגרת תכנית מפורטת.

דין

26. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים ועיון בכתבי הטענות, אין מנוס מן המסקנה שיש לדחות את הערעור.

27. על פני הדברים, השימוש של המערערים בקרקע למטרות מסחריות מהווה שימוש חורג ואסור. איסור, אשר הצדיק את הוצאת צו ההפסקה השיפוטי וחייב את השארת הצו על כנו. זאת, הן משום השימוש במבנים האסורים בשטח והן משום עצם השימוש בשטח בשימוש מסחרי, בניגוד לייעוד הנוכחי.

28. תקנות הפטור הותקנו מכח הוראות סעיף 145ג לחוק התכנון והבנייה. סעיף, אשר הסמיך את שר האוצר ליתן פטור מהיתר בניה. זאת, לסוגי בניינים מסוימים שהם פשוטים מבחינה הנדסית, שאין בהם סיכון או מטרד, שאינם משפיעים על חזות הבניין והסביבה ולא פוגעים בשלד או יציבות המבנה. יחד עם זאת, הודגש בחוק כי "אין בהוראות סעיף זה כדי לאפשר הקמת בניין, ביצוע עבודה או שימוש שלא בהתאם לתכנית, להנחיות מרחביות או להוראות לפי חוק זה" (סעיף 145ג(ד)).

29. על הוראות אלה מוסיפות תקנות הפטור וקובעות (תקנה 2), כי "עבודות ושימושים המפורטים בתקנות אלה פטורים מהיתר ובלבד שיתקיימו בהם, נוסף על האמור בסעיף 145ג לחוק, כל אלה:": כאן, מונה התקנה ששה תנאים, כדי שעבודה או שימוש יהיו אכן פטורים מהיתר. בין השאר, נקבע כי הפטור מותנה בקיומה של זכות במקרקעין (תקנה 2(1)). כן הותנה הפטור בכך שהמבנים "מתאימים לתכניות ולהנחיות המרחביות החלות במקום, ואם ניתן היתר הקובע הוראות לגבי הקמתם, הם תואמים את הוראותיו" (תקנה 2(4)).

30. משמע, בין לפי החוק ובין לפי התקנות, אין תחולה לפטור של תקנות הפטור אלא במקום בו העבודה שבוצעה מתאימה לתכניות, ואין היתר לשימוש בקרקע שלא בהתאם לתכנית או להנחיות מרחביות. הפטור אף תלוי בקיומה של זכות במקרקעין.

31. אין מחלוקת בין הצדדים כי על השטח המדובר חלה התכנית 4/14, תיקון 23. התכנית, כדרכה של תכניות מתאר כלליות, קובעת מטרות, יעדים ומדיניות כללית וכן קובעת ייעודים כלליים של השטחים השונים עליה היא חלה. אולם, התכנית גם כוללת הוראות כלליות נוספות, אשר על פניהן חלות בפועל על השטח והינן

בנות פועל תחיקתי ברור. יאמר, כי התכנית אף מתייחסת במפורש לתקופה שלפני כניסה לתוקף של תכניות מקומיות.

32. התכנית קובעת באופן מפורש בסעיף כי "לא יינתן היתר בנייה על-פי תכנית זו ולא יותר שימוש בקרקע או בבניין על-פיה, אלא על-פי תכנית מקומית". אם כן, הדברים מפורשים. לא ניתן לקבל היתר לבנייה או לשימוש אלא על פי תכנית מקומית.

33. טענת ב"כ המערערים לפיה כל עוד אין תכנית מקומית אמנם לא ניתן לקבל היתר בנייה, אך מותר לעשות שימוש בקרקע ובנייה מהסוג הפטור מהיתר, היא טענה מתחכמת, אשר אינה מתיישבת עם ההגיון הפנימי של חוקי התכנון והבנייה. יש לזכור, כי עד התקנת תקנות הפטור בשנת 2014, היו כל הפעולות המפורטות בתקנות, טעונות היתר. היתר, המוצא על פי תכנית מקומית ובהתאם לה. תקנות הפטור נועדו להקל במישור הפרוצדורלי, כדי לאפשר בנייה מבלי להטריח את האזרח בבירוקרטיה הנדרשת לקבלת היתר עבור כל בנייה פשוטה ומועטה. אולם, תקנות הפטור לא נועדו לעשות שינוי בדין המהותי, הקובע שאין בנייה אלא בהתאמה לתכנית החלה על השטח, ולפיכך אין כל בניה מותרת כאשר אין כל תכנית החלה על השטח. הטענה, לפיה בנייה אשר קודם לתקנות הייתה אסורה לגמרי, בהעדר תכנית, הופכת להיות מותרת מהותית, אך משום הפטור מהצורך בקבלת היתר, שגויה. מדובר בפרשנות שאינה מתיישבת עם תכלית החקיקה, שעקרה הקדמת תכנון לבניה. כל פרשנות אחרת עלולה לפגוע קשות בכל שטח במדינה לגביה אין עדיין תכנית מקומית בתוקף, והיא חייבת להדחות.

34. יתרה מכך, תכנית המתאר, בהוראותיה הכלליות, מתייחסות לאפשרות של שימוש בקרקע בטרם תתקבל תכנית מקומית. כך, נאמר כי "שטח מיועד לפיתוח בתכנית זו יכול לשמש לעיבוד חקלאי כל עוד לא הוכנה בו תכנית מקומית" (סעיף 11.4). בדיני תכנון ובנייה מכלל הן שומעין את הלאו. שטח היכול לשמש לעיבוד חקלאי, אינו יכול לשמש למגורים, תעשייה, מסחר או כל ייעוד אחר. מכאן, שאין מנוס מן המסקנה, לפיה השימוש בשטח לצרכי מסחר, אסור.

35. לעניין הבניה הקונקרטי, יש לתמוה עוד על המערערים הטוענים כי הגדר פטורה מהיתר, מכוח תקנה 7 לתקנות הפטור, המתירה הקמת גדר חקלאית. זאת, כאשר התקנות מתנות זאת בכך שהשטח יהיה מעובד, כאשר פוזר אספלט המונע אפשרות לעבד את השטח, וכאשר המערערים עצמם אינם טוענים כי מדובר בגדר למטרות חקלאיות, אלא כי מטרתם היא בכלל מסחר.

36. הטענה, לפיה כיסוי הקרקע באספלט גרוס כמצע אינה עבודה הטעונה היתר, שגויה. זאת, בשים לב לתקנה 1(2) תקנות התכנון והבניה (עבודה ושימושים הטעונים היתר), התשכ"ז - 1967. תקנה הקובעת במפורש כי מילוי קרקע באופן המשנה את פני הקרקע מהווה עבודה הטעונה היתר (השוו רע"פ 4731/13 **חברת אויסון ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל** (28.10.13)). קושיית ב"כ המערערים בטיעוניהם לפיה הרי גם המדינה והרשויות עושות עבודות סלילה ללא היתר, אינה קושייה. זאת, באשר רשויות אלה הוחרגו במפורש מהחובה לקבל היתר, במסגרת תקנה 1(2)(ב) לאותן תקנות. העובדה כי מתקין התקנות ראה לנכון להחריג באופן מפורש "עבודה חקלאית רגילה באזור חקלאי", מלמדת כי כל עבודה אחרת מסוג זה, של כיסוי הקרקע באופן המשנה את פניו, שאינה עבודה חקלאית מובהקת, מהווה עבודה הטעונה היתר.

37. לעניין הדוכנים המוקמים ומפורקים תוך יום, ב"כ המערערים הפנה לבג"ץ **טרודלר נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון**, הנ"ל, ולמד משם כי מבנה זמני אינו טעון היתר, ולא היא. באותו עניין נדונה השאלה אם הסככות האמורות הן "בנין של קבע", בהקשר לדיני הרישוי ולא הבניה. זאת, בהקשר להגדרה של "רוכלות" הטעונה רישיון מיוחד. אולם, נאמר שם, כדבר הברור מאליו, כי הסככות הזמניות שהוקמו באותו מקרה הן אכן "בנין", לעניין חוק התכנון והבניה. שאלת הזמניות רלוונטית רק בהנחה כי תקנות הפטור חלות, אך אין הן חלות במקרה זה, כאמור. מכאן, שאין לפסק הדין בעניין **טרודלר** כל רלוונטיות לעניינו.

38. לעניין **הזכות במקרקעין**, לא מצאתי בהודעת הערעור כל התמודדות עם קביעתו של בית המשפט כי השטח אותו תופסים המערערים, באמצעות הגדר והנחת המצע, גדול בהרבה מהשטח אותו שכרו. בטיעון על פה הבהיר ב"כ המשיבה כי המשיבה עומדת על טענה זו, שכלל לא נסתרה. המסקנה היא, אפוא, כי **בהעדר זכות ברורה במקרקעין לא עומדים המערערים בתנאי הראשון מבין ששת התנאים לתחולת תקנות הפטור**, וממילא כל טענתם המשפטית לתחולת תקנות הפטור אינה עומדת. **די בשיקול זה כדי לדחות את הערעור**, אף מבלי להיזקק לכל הנימוקים האחרים שפורטו לעיל.

סיכום

39. מתברר כי הפטור שמבקשים המערערים ללמוד לגבי המבנים בשטח, מכוח תקנות הפטור, אין בו ממש. שכן, תנאי לקיום פטור על פי התקנות הוא התאמה הבניה לתכנית החלה על השטח. במקרה דנן אין תכנית מקומית החלה על השטח בלבד, ובשלב הביניים, על פי תכנית המתאר, אסור לעשות כל שימוש בשטח עד קבלת תכנית מקומית, למעט שימוש חקלאי. מכאן, שאין בתקנות הפטור כדי להושיע את המערערים. זאת, לא בהקשר לתקנה 7 והגדר, ולא בהקשר לתקנה 25 והדוכנים הזמניים. הטענה, לפיה שפיכת מצע של אספלט גרוס על פני השטח אינה פעולה הטעונה היתר - שגויה, באשר מדובר במילוי הקרקע באופן המשנה את פני השטח. מכאן, שכל המבנים שנבנו בשטח, ונבנים מדי פעם בשטח, נבנו בניגוד לחוק התכנון והבניה. ממילא, אסור כל שימוש בהם. די בכך כדי להצדיק את השארת צו ההפסקה השיפוטי על כנו.

40. מעבר לכך, מתוך תכנית המתאר למדנו כי אין לעשות כל עבודה או שימוש בשטח, ללא תכנית מקומית, למעט שימוש חקלאי. מכאן, שכל שימוש אחר בשטח הזה (שייעודו הזמני חקלאי, אף כי ייעודו לעתיד פיתוח פרברי) הוא שימוש חורג. ממילא אין להשתמש בו לשם פעילות מסחרית, ושוק רוכלים בכלל. זאת, מבלי לקבוע מסמרות בשאלה מה הם התנאים למימוש האפשרות לעשות בשטח שימוש חקלאי.

41. שיקול עצמאי ונפרד לדחיית הערעור הוא כי המערערים לא הניחו את הדעת כי יש להם זכות קניינית בשטח, באשר הם לכאורה תפסו שטח הגדול בהרבה מהשטח אותו שכרו. בהעדר זכות קניינית ברורה אין זכות עמידה לטעון נגד צו ההפסקה השיפוטי ואף אין לא מתקיים הבסיס הראשוני לטעון לתחולת תקנות הפטור.

42. התוצאה היא, אפוא, **שבדין הוצא צו הפסקת שימוש, ובדין הושאר הצו על כנו תוך דחיית הבקשה לביטולו**.

43. לעניין **הוצאות שנפסקו**, לא מצאתי אינדיקציה מספקת כדי לקבוע ששגה בית משפט השלום בקבעו כי המערערים נהגו שלא בתום לב בשלבים הראשונים של ההליך, ולו בשלבים שלפני שבא כוחם הנוכחי נכנס לתמונה. לפיכך, אין עילה להתערב בסכום הוצאות שנפסק נגדם, למרות שנפסק על הצד הגבוה.

44. **הערעור נדחה.**

45. המערערים ישלמו למשיבה את **הוצאות הערעור** בסך של 12,000 ₪.

המזכירות תעביר עותק ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ד' טבת תשע"ח, 22 דצמבר 2017, בהעדר הצדדים.