



עפ"א 41578/02/17 - קופ"ח מאוחדת אגו' עותומאנית נגד עיריית יהוד-מונוסו

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"א 41578-02-17 אגו' עותומאנית נ' עיריית יהוד-מונוסון

בפני	כבוד השופטת נאוה בכור
מערכת	קופ"ח מאוחדת אגו' עותומאנית
	ע"י ב"כ עוה"ד עדי גרינברג פרץ
נגד	עיריית יהוד-מונוסו
משיבה	ע"י ב"כ עוה"ד שרית קפלן

פסק דין

1. בפניי ערעור על פסק דינו של בימ"ש השלום בפתח תקווה בעמ"א 6662-08-16, מיום **5.2.17**, בערר שהגישה המערערת על החלטת המשיבה מיום **21.6.16** להוציא מכוח חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), תשמ"ז-1987 (להלן: "החוק") לשימושה מגרש הידוע כחלקה 89 בגוש 6693 שברחוב ויצמן 57 ביהוד לצרכי חניה (להלן: "המקרקעין" ו"צו חניה").

2. ביום **21.6.16** הוציאה המשיבה את צו החניה על המקרקעין מכוח החוק.

ביום **7.8.16** הגישה המערערת ערר על צו החניה לבימ"ש קמא.

ביום **5.2.17** דחה בימ"ש קמא (כב' הש' שטרנליכט) את הערר.

מכאן הערעור שבפניי.

3. מטיעוני המערערת עולה כי בית משפט קמא התעלם מטענותיה.

המשיבה פעלה משך שנים ארוכות בניסיונות להשתלט על המקרקעין של המערערת, תוך מניעים פסולים של קידום אינטרסים זרים.

בפסק דינו של בימ"ש נפלו טעויות רבות שהביאו להחלטה שגויה, ואלו מחייבות את ביטולה וקבלת הערעור תוך ביטולו של צו החניה המפקיע את זכויותיה של המערערת שלא כדין.



המערערת הינה בעלת זכויות החכירה לדורות של המקרקעין החל משנת 1960, כשהשלמת הרישום הפורמלי נעשתה בשנת 1995. בעבר ניהלה המערערת מרפאה במקום, כיום מנהלת טיפת חלב, ובכוונתה להקים על הנכס מרכז רפואי לרווחת תושבי העיר יהוד- שהינו בהתאם ליעוד המותר בנכס בהתאם לתב"ע.

במהלך שנות ה-60 לאחר הקצאת המגרש ממנהל מקרקעי ישראל, נבנתה מרפאה בהתאם לתב"ע, ולאור גידול מבוטחיה בעיר ביקשה להגדיל את נפח הבנייה של המרפאה באופן שהיה אמור להיות קצר וזמני, ובכדי לסיים את תכנון בנייתה של הגדלת המרפאה במגרש- הועברה הפעילות למבנה אחר ברחוב הרצל 37 בעיר.

המערערת פעלה לשם קבלת היתר בניה, ובמשך השנים הגיעו פולשים לנכס, דוגמת קיוסק, ללא הסכמת המערערת, כשביוני 2000 התקבל פס"ד לפינוי הפולש, וכשבמהלך השנים ניהלה המערערת תביעות משפטיות רבות נגד פולשים נוספים לנכס שפזנו בתום ההליכים.

לאחר האמור, גילה אדריכל המערערת באקראי כי המשיבה הפקיעה באופן לא חוקי שליש מהמגרש -באופן שטרפד את תכנון לבניית מרפאה חדשה.

מטרת ההפקעה כביכול הייתה שינוי ייעוד משטח בנייני ציבור לדרך ולשביל להולכי רגל.

רק לאחר שלוש שנים נוספות ומאמצים רבים - ביטלה הועדה המחוזית ע"פ בקשת המערערת את ההפקעה הנ"ל, ונקבע ע"י הועדה כי נחיצותו של שביל הולכי רגל אינה ברורה.

בשנת 2008 יזמה המערערת תוכנית לבניית מרכז רפואי על המגרש, ולאחר תשלום דמי היתר- חתם המנהל על בקשה להיתר בניה וכן פעלה המערערת לפינוי שני המבנים שבמקרקעין ולאיתומם כחלק מתוכניתה להריסתם ולבניית המרכז הרפואי במקום.

בשנת 2009 חתמה מהנדסת העיר על היתר הבנייה אז ראש העיר דאז שתפקד כיו"ר הועדה המקומית לתו"ב סירב לחתום על ההיתר.

בעקבות כך הציעה ההמשיבה חליפין כך שהמערערת תקבל מגרש אחר, אך לא הושגה הסכמה. המשיבה מחייבת את המערערת בארנונה על המבנה והוא מסווג כ"מרפאה ציבורית".

הוצאת הצו כפופה לביקורת מנהלית, וחלים עליה הכללים המקובלים של סבירות, הגינות, תום לב, והעדר אפליה.

כמו כן על הפעולה להיות בתוך ד' אמות החוק המסמיך ומהמטרות שביסודו, כאשר חריגה מסמכות עשויה להביא לבטלות הפעולה המנהלית.

בנסיבות אלה, לא בחן בימ"ש קמא את תקינות ההליך המנהלי ואת התנהלותה הקלוקלת של המשיבה, שפגעה פגיעה חמורה בזכות הקניין של המערער רק בשל מאווייה כרשות ציבורית שחפצה בהפקעת המגרש.



בשל הפגיעה הקשה בזכות הקניין בחוק, נקבע בפסיקה כי יש להפעיל סמכות זו בתבונה ותוך צמצום הפגיעה.

בהמשך לעיל, ביום **21.6.16** הוציאה המשיבה את הצו המצווה כי שימוש זמני במגרש בבעלות המערערת יהיה כמגרש ציבורי מכוח החוק.

המשיבה החליטה כי המערערת נטשה את המגרש, והחליטה כי המגרש ישמש כחניון ציבורי לאחר שהמשיבה היא שמנעה ממנה לממש את תוכניותיה לבניית מרכז רפואי במקום.

המבנים בקרקע משמשים את המערערת באופן שוטף כמחסן של חטיבת המוסדות, ומאוכסן שם ציוד יקר של מרפאות שיניים - עד לסיום ההליכים להשלמת המרפאות במגרש.

טעה בימ"ש קמא עת התעלם מהרקע העובדתי וניסיונותיה החוזרים ונשנים של המשיבה להפקעת המגרש.

טעה בימ"ש קמא עת התעלם מטענות מרכזיות רבות וטובות של המערערת, תוך זניחה מוחלטת של חובת ההנמקה.

כך, התעלם בימ"ש קמא מטענות המערערת בדבר שיקולים זרים מצד המשיבה בעת הוצאת הצו, כמו גם חוסר סבירות ותום לב, ובכלל זה טענות לפיהן ניסתה המשיבה להשתלט במשך שנים רבות על המגרש כנ"ל, אין התייחסות לטענה כי בצמוד למגרש יש מגרש נוסף בבעלות המשיבה שהינו ריק וגדול המשמש בפועל לחניה, אין התייחסות להסתרת מידע זה מתצהירה של המשיבה, ולהימנעותה מהבאת עדים רלוונטיים.

בימ"ש חייב לנמק בפסק דינו את קביעותיו, ולהתייחס לשאלות שעמדו להכרעה, כשבימ"ש העליון עמד לא אחת על חשיבותה של ההנמקה.

פס"ד אינו יכול לעמוד על כנו, כאשר חסרה התייחסות לשאלות מהותיות שבמחלוקת, וכשבימ"ש לא קיים את חובת ההנמקה המוטלת עליו.

טעה בימ"ש קמא בקובעו כי מדובר "במגרש ריק" לצורך הגדרתו בחוק לשם הוצאת הצו למרות שבנויים עליו שני מבנים, והמערערת משתמשת בו באופן פעיל ויום יומי. מדובר במגרש מתוחזק ושמור המשמש אותה בפעילותה השוטפת.

המגרש המדובר אינו בבחינת "ריק" בהתאם להגדרתו בחוק, הואיל ובנויים בו מבנים המשמשים את המערערת באופן שוטף וקבוע, ומכאן שאין סמכות לצוות על שימוש זמני בו כמקום חניה לציבור.

הגדרת סעיף 1 לחוק היא כי מדובר במגרש שאין עליו בניה ואינו משמש בפועל למטרה שלמענה מותר להשתמש בו על תוכנית בת תוקף.

לאור האמור, שגה בימ"ש כשקבע כי "**מדובר במגרש שאכן נראה ריק פרט למבנה המחסן המצוי בו**" -



שמהווה דבר והיפוכו כי אם קיים מבנה הרי הוא כבר יוצא מגדר הגדרת החוק.

שני המבנים הקיימים בנכס הם האחד- בשטח של 97 מ"ר ששימש בעבר כמרפאה טיפת חלב וכיום מחסן של המערער, והשני- בשטח של 28 מ"ר ששימש בעבר כקיוסק.

כעולה מהתמונות- המבנה שמור ומטופח והמערער התקינה על המבנה סורגים ומנעולים לשם שמירה על הנכס ועל הציוד יקר הערך בו, כשלצד המבנה יש סככה גדולה שהותקנה ושטח מרוצף לשם נוחות הכניסה והיציאה מהמבנה.

ישנו שטח חולי לצורך כניסתם ויציאתם של רכבים גדולים ומשאיות בעת פריקה או טעינה של ציוד רפואי במבנה.

עדותו של מר מנחם יוזנט לא נסתרה ולא הוכחה אודות השימוש כמחסן ואודות כניסת המשאיות.

טעה בימ"ש קמא בקובעו כי ניתן להוציא את הצו רק ביחס לחלק מהחלקה, תוך חלוקה מלאכותית שאינה עומדת בתכלית החוק וביסוד דיני הפרשנות.

יתרה מכך, בימ"ש קמא התעלם מהעובדה כי הותרת הצו על כנו מונעת הלכה למעשה מהמערער את השימוש גם בחלק שלא הופקע.

הקרקע המדוברת מהווה יחידה אחת לפי התוכנית המאושרת. שטחה של כל החלקה הוא 1728 מ"ר, בעוד ששטחו של החלק המופקע הינו 1110 מ"ר.

הוצאת צו החניה רק על חלק מהחלקה הינה פסולה, מלאכותית, ומנוגדת לחוק, ונועד כדי לאפשר את הפקעת המגרש חרף היות המהלך מנוגד לחוק.

בימ"ש קמא הסתמך על פס"ד פסטנברג באופן שגוי ובאופן נקודתי לגבי נסיבות שאינן רלוונטיות לענייננו.

בפס"ד פסטנברג קבע בימ"ש כי למונח "מגרש" יש לתת פירוש שיעלה בקנה אחד עם חוק התכנון והבניה ועם פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), כשהגדרה של מגרש לפי סעיף 20(1)(ב) לפקודה הוא "כלל הקרקע שבבעלות אחת המהווה שטח אחד", ולפי חוק התכנון והבניה "יחידת קרקע שנקבעה בתוכנית כתוצאה מפעולת חלוקה או איחוד אף אם נרשמה כחלקה בפנקסי רישום המקרקעין..." -היינו ההגדרה של מגרש היא יחידת רישום עצמאית או כזו שמיועדת לרישום עצמאי כתוצאה מאיחוד או חלוקה, אף אם טרם נרשמה.

בנסיבות אלה- המגרש המדובר הינו כבר יחידת רישום עצמאית.

בנוסף, בפס"ד פסטנברג נקבע כי יהיה זה מלאכותי לחלק חלקה לשני חלקים ולהגדיר כל חלק כמגרש, כדי שניתן יהיה להפעיל את הוראות החוק.



במקרים נוספים קבעה הפסיקה כי לא ניתן להחיל את החקיקה הנ"ל על "חלק מחלקה".

בימ"ש שגה בקובעו כי לפי סעיף 10(ב) לחוק במקרה בו ניתן היתר לעבודה מותרת במגרש-יכול שיתבטל הצו בשטח לגביו ניתן ההיתר ולא לגבי כל המגרש, והצו יוותר בתוקפו גם על חלק מהמגרש.

גם בהנחה כי ישאר שימוש חלקי במגרש- עדיין אין בכך כדי להתיר מלכתחילה הטלת צו על חלק בלבד. הפיצול מראש אינו מעוגן בחוק, ופיצול בדיעבד אינו מקנה סמכות לפיצול מלכתחילה.

בימ"ש המחוזי כבר דחה את קביעת בימ"ש בפס"ד פסטנברג לפיה סעיף 10 לחוק מחזק את הקביעה כי כוונת המחוקק במונח מגרש אינה לחלקה בשלמותה, וגם בימ"ש העליון קבע בבג"צ כפר גלים כי הצו כולו יפקע ולא קונסטלציה של חלקיות הצו.

בנוסף, כיוון שחישוב זכויות הבנייה נעשה תמיד בהתאם לשטח של המגרש כולו, אזי אילו היתר הבנייה עצמו יינתן רק ביחס לחלק מהחלקה - הרי שזכויות הבנייה לא יהלמו את השטח בו הם נבנים.

כך, זכויות הבנייה למרפאה צריכות להתאים לשטח המגרש הכולל שלגביו הן ניתנות.

טעה בימ"ש קמא בקובעו כי ניתן להפקיע את המגרש רק בשל צרכי חניה תוך פרשנות שגויה למטרת החוק ותכליתו.

כמו כן שגה בימ"ש קמא בקובעו כי המערערת לא הוכיחה כי אין מצוקת חניה באזור, ומשקיבל את הטענה כי קיימת מצוקת חנייה במקום.

מטרת החוק היא לנצל שטחים בלתי מתוכננים ונטושים כפי שעולה בדברי ההסבר לחוק, ובאמצעות גינון של מגרשים או הפיכתם למגרשי חניה- נמנעת כניסת פולשים למגרש נטוש.

כלומר, הזכות לצוות על שימוש במגרש ריק מקורה בצורך לשמור על מגרש מפני מטרדים, ולא בשל צורך הציבור בשטח חניה.

יש לציין כי בניגוד להודעה ששלחה המשיבה לנכס אחר -לפיה תהא העירייה רשאית לבצע את ניקוי המגרש בעצמה ולגבות מהבעלים את ההוצאות על כך- הרי שלמערערת מעולם לא נשלחה הודעה כזו.

גם בחקירתה של הגב' שפיר- לא ידעה לתת פרטים או אסמכתאות להיותו של המגרש "מוזנח" או לניקיונה של המשיבה את המגרש על חשבונה.

דברים אלה מעידים כי לאורך כל השנים הקפידה המערערת לשמור על ניקיון המקום ותחזקה אותו, כיוון שהוא משמש אותה ונחוץ לה.



רשות ציבורית הפוגעת בקניינו של הפרט צריכה להציג נימוקים בגין עורכת פגיעה זו, והמשיבה לא עשתה כן.

בימ"ש קמא השתית החלטתו על הנאמר ברע"פ 4958/11 לפיו "מצוקת החניה הינה מן המפורסמות שאינה צריכה הוכחה".

ואולם, לא כל מגרש מצביע בהכרח על מצוקת חניה באזור, ולא הופכו למועמד אוטומטית להפקעתו לטובת הציבור. המערערת אף צרפה לבימ"ש קמא תמונות ומפות של מקומות חנייה רבים פנויים הצמודים למגרש דן, כמו גם מגרש חולי ריק הצמוד למגרש המערערת ופתוח לכל דורש חניה, מהם נראה בברור מיקום של המבנים במגרש והשטחים הפנויים באזור, ובאופן המעיד כי לא מדובר באזור מיושב בצפיפות כדרישת החוק והפסיקה.

בימ"ש קמא התעלם מכך שהמשיבה העלימה קיומו של מגרש צמוד השייך לה, ורק במהלך ההליכים המשפטיים החלה להכשירו לחניה ואף לא גילתה זאת בתצהירה.

עוד נטען כי המגרש הריק הינו בבעלות המשיבה, הגדול באופן ניכר ממגרשה של המערערת ועומד ריק במשך שנים ופנוי לחנייה, ותושבי האזור השתמשו בו בפועל לחניה. המשיבה לא מצאה לנכון להפוך מגרש זה לחניון, ואף לא ביצעה את עבודות הפיתוח הנדרשות לשם כך.

חרף האמור, בימ"ש קמא קבע באופן שגוי כי המערערת לא הביאה ראיות שיש בהן לסתור את החזקה בדבר עומס החניה באזור המגרש.

נקודה נוספת היא כי בכל הנוגע לטענה אליה התייחס בימ"ש קמא, לפיה מצוקת החנייה היא בשעות הערב - הרי שהמשיבה לא העלתה טענה זו בעצמה בשום שלב, בכלל זה אף לא בסיכומיה, ולא ניתנה למערערת הזדמנות להשיב לטענה זו.

גם בשעות הערב אין מצוקת חנייה באזור, אולם הואיל ולמערערת לא ניתנה הזדמנות להתגונן - נגרם לה עיוות דין גדול שעה שבימ"ש קמא התייחס לטענה עובדתית זו כ"ראה וקדש" באופן מהותי בפס"ד.

טעה בימ"ש קמא בכך שלא ייחס כל משקל לטענות המערערת בדבר אי מתן היתר בנייה. בשנת 2008 חתם המנהל על בקשתה להיתר בנייה, ואף מהנדסת העיר חתמה על ההיתר אולם יו"ר הועדה - ראש העיר דאז - סרב לחתום, ככל הנראה על הרקע של רצונה של המשיבה להעביר את המגרש לידיים אחרות.

מדובר בהיתר שלא נמסר למערערת מעולם.

ידי המערערת הוכחות טובות כדי להעלות ספקות בדבר ההיתר שצורף והתאריך שעליו - **3.9.09**, כשהאסמכתאות מגוללות את המשך ההתנהלות עם העירייה לאחר התאריך האמור.

בתכתובת בין הצדדים - בספטמבר - אוקטובר 2009 שלחה המערערת בקשה להשלמת חתימת ההיתר ע"י מורשה החתימה השני של העירייה, וביום 20.10.09 חודשיים כביכול לאחר מכן ההיתר - שלחה מהנדסת העיר



מכתב למערערת וביקשה השלמת נספח החנייה- באופן שאינו מתיישב עם הטענה כי ההיתר כבר קיים.

בתכתובת רבה לאחר מכן ניסתה המערערת לקבל את ההיתר ולמלא אחר כל הנדרש והתקיימו פגישות שבמהלכן הציעה העירייה חליפין, אולם לא הושגה הסכמה.

טעה בימ"ש קמא בקובעו כי לא נפגעה זכות השימוע של המערערת.

אין בהעלאת טענות בבימ"ש משום ריפוי זכות השימוע.

חובת השימוע היא מכללי הצדק הטבעי, ויש להקפיד עליו ביתר שאת, עת מדובר בפעולות של הרשות שיש בהן כדי לפגוע בזכויות קנייניות של הפרט.

במקרה זה לא קיום שימוע, והוצא צו מכוח חוק המגרשים הריקים, שעניינו הפקעה זמנית של זכויות קניין.

בנסיבות אלה, מדובר בהחלטה לא סבירה ונגועה בשיקולים זרים.

קביעתו של בימ"ש קמא לפיה ככל שמדובר בטענות משפטיות אין צורך בשימוע - עומדת בסתירה להלכה בנושא בפסיקה.

מתן זכות שימוע לאחר קבלת ההחלטה עומדת בניגוד לתכלית של הזכות, ויכול שיתקיים רק במקרים חריגים ונדירים מקום בו יש בשימוע כדי לסכל את התפקוד התקין של הרשות המנהלית או לפגוע באינטרס חשוב.

טעה בימ"ש קמא מכך שלא נתן משקל להימנעותה של המשיבה מהבאת עדים רלוונטיים.

המשיבה צרפה תצהיר של הגב' חבצלת שפיר שרובו המוחלט של תשובותיה הסתכמו בחוסר ידיעה, ומאידך- לא צורף תצהיר של גורם אחר היכול לענות על השתלשלות האירועים בעניין המגרש והשימוש שנעשה בו ובמגרש הפנוי הצמוד אליו.

הלכה היא כי צד שנמנע מהבאת עדים רלוונטיים מטעמו -נזקף הדבר לחובתו, שכן מעורר חשד כי נמנע מהבאתם בשל חשש מחקירתם הנגדית.

בנסיבות אלה בהן קבע בימ"ש קמא כי עיקר המחלוקת בין הצדדים היא בשאלה משפטית -הרי שאין לו יתרון על פני ערכאת ערעור, ויש להתערב בהחלטה השגויה.

במעמד הדיון נטען כי עשו הפקעה והמציאו אותה למערערת רק לאחר מכן, בניגוד לכל הליך מנהלי תקין.

באשר לטענה לפיה אפשר להפקיע חלק ממגרש ריק- הרי שקופת חולים מאוחדת נמצאת בשליש העליון של המגרש ולא בפאה. משאיות נכנסות מהשער על מנת לפרוק ציוד ולהעמיס ציוד ולא יכולות לדלג מעל המכוניות בחניה -ומדובר בהיבט הפרקטי שהוא לא אפשרי.



בית משפט קמא טעה בפרשנות שנתן לפסק דין פסטנברג המתייחס לשני מצבים - אחד - שבו הרישום מוסדר, והשני - כשהרישום לא מוסדר.

בענייננו מדובר ברישום מוסדר ובעניין פסטנברג בית המשפט מחוזי קובע שאי אפשר לעשות חלוקה מלאכותית. יתרה מכך- שם הנסיבות היו שלא היו איחוד וחלוקה ולא היה רישום של מגרש, ובכל זאת בית המשפט קבע שלא ניתן לעשות הפקעה של חלק מהמגרש, בעוד שמכוח קל וחומר- בענייננו מדובר בחלקה מסודרת באזור בנוי ומפותח ובמגרש אחד שעליו עומד מבנה.

הפקעה במקרה זה היא בניגוד ללשון החוק לפיה לצורך הפקעה יש צורך שהמגרש יהיה ריק למעט גדר.

בחלק הפרקטי של תכלית ההפקעה, יש התעלמות ממגרש העירייה הצמוד.

במגרש יש מבנה המשמש כמחסן שלא יכולה להיות שום דרך אחרת להיכנס אליו, אלא דרך השטח המופקע, כדי להעמיס ולפרוק ציוד.

יש שני מבנים במגרש.

הטענה שהשטח לא מיועד לאחסון לפי התב"ע לא נטענה עד כה, ויתרה מכך, קופת חולים היא גוף ציבורי והמחסן משמש גוף ציבורי, ויש פסקי דין לפיהם כל עוד זה משמש לגוף מלכ"רי - המטרה מתממשת.

ההסדר משנת 2015 עם העירייה בקשר לארנונה ולמגרש מראה שניתן למקום פטור כנכס ציבורי לפי פקודת הפיטורין.

לא מתקיימת תכלית החוק, והיא לא יכולה להיות כזו הפוגעת בזכות הקניין באופן שלא נסתר.

לאור כל האמור, מדובר בהפקעה שנעשתה מתוך שיקולים זרים ובלתי סבירים בעליל, בחוסר תום לב ובניגוד לחוק, ויש לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בימ"ש קמא, לבטל את צו החניה ולחייב את המשיבה בהוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

4. מאידך - לטענת המשיבה כי פסק הדין של בית משפט קמא מנומק ומבוסס, ומסתמך על הראיות שהוצגו לו, ומתייחס לכל הטענות הרלבנטיות שהועלו לצורך מתן פסק הדין ועל הוראות החוק ועל פסיקה.

בין היתר התייחס בימ"ש קמא לטענת המערערת לפיה עשתה שימוש במגרש לאחסון אולם ציין כי שימוש זה אינו תואם לתב"ע.

המגרש מצוי ברח' מרכזי וראשי ביהוד מונסון. בבית משפט קמא הוצגו תמונות של המגרש ששימש בפועל חניית רכבים של עובדי אורח. המגרש מוזנח ולא מטופח, ולא משמש בפועל למטרה שנקבעה בתוכנית החלה עליו, היינו- בניית ציבור וקופת חולים.



המערערת טוענת לשימוש במבנה קטן שנמצא שם לצורך אחסנה במשך שנים, באופן שמרוקן מתוכן את הטענה כי אם העירייה תכשיר את הקרקע ותייפה את המגרש- משאיות לא יוכלו לעבור, כשלא עשו כך כל השנים.

משמעות צו חניה היא לא כי העירייה תכשיר את הקרקע במצע ולא באספלט ואף תשפר את דרכי הגישה של המערערת. הקרקע עצמה שימשה לחניית עוברי אורח במשך שנים, והקלה על מצוקת החניה באזור.

צילום מגמתי של המערערת של מקומות חניה פנויים בבוקר לצורך הגשת הערר, לא יכול להפריך חזקה לגבי מצוקת חניה ברחובה הראשי של העיר, ואף יש בו בניינים ישנים שדייריהם חונים ברחוב.

המערערת עצמה הציעה לעירייה מספר חודשים עובר להוצאת הצו להעמיד את המגרש לרשות העירייה בתשלום.

מדובר בחוק שמתיר לעיריות ולרשויות מקומיות להטיל צו זמני ולהחיל שימוש זמני של גיבון וחניה על מגרשים שאין בהם שימוש. תוקף הצו מיום 21/6 למשך 5 שנים - או עד אשר המערערת תוציא היתר בניה.

בית משפט המחוזי קבע מפורשות שניתן להוציא צו חניה רק על חלק מחלקה לפי נסיבות העניין - בפסק דין פסטנברג דובר במבנה בן 2 קומות, 5 חנויות שהושכרו ודירה על מגרש של 600 מטר, בעוד שבעניינו - מדובר במגרש של 1,782 מ"ר עליו מבנה קטן פחות מ- 100 מטרים והמגרש הוגדר על ידי הצו בשטח של כ- 1,100 מטרים, שלא מונע גישה ליתר חלקי החלקה.

לכן - פרשנות זו לא מביאה לפגיעה בשימוש המערערת במגרש אלא עונה על תכליות החוק.

מצוקת החניה זו בעיה שחוזרת בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון, ועדה מטעם משיבה העידה על מצוקת חניה בערב, ולא הובאה ראיה לסתירה.

פסק דין פסטנברג קובע שהגדרת שטח מסוים כמגרש לצורך החוק יש לקבוע לפי הנסיבות, כך שלפעמים מגרש הוא כל החלקה, ולפעמים לא.

סעיף 10ב' לחוק מדבר באופן מפורש על מצב שבו הצו יחול על רק חלק ממגרש. ברגע שניתן היתר בניה, יבוטל הצו לגבי השטח שלגביו ניתן ההיתר.

לעניין השימוע - הפסיקה קבעה חובת שימוע, אולם בית משפט קמא צדק כשקבע שחובה זו נרפאה כאן, הואיל ורוב הטענות הן משפטיות, ועלו בטיעוני המערערת.

ב 4958/11 - ניסים סיאם נ' עיריית ירושלים נקבע שאין בנושא השימוע כשלעצמו כפי שציין בית המשפט



לעניינים מקומיים סיבה מספקת לביטול הצווים מאחר ולמבקשים ניתנה הזדמנות להעלות טענותיהם במעמד ההליך המשפטי, ובית המשפט אימץ הלכה זו במספר פסקי דין.

ברע"א 2896-06 חיים רוזנצוויג נ' עיריית טבריה - בית המשפט חזר ואימץ החלטה זו.

במקרה דנן הייתה חלופת מכתבים לגבי מגרש זה בין הצדדים וחובת השימוע נרפאה בעצם קיום ההליך.

5.

דין והחלטה

לאחר שנדרשתי למכלול הטיעונים והשיקולים דנן, מצאתי כי דין הערעור להתקבל.

הלכה פסוקה היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעת ממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות של בית משפט קמא, למעט מקרים מיוחדים וחריגים בהם מסקנות הערכאה הדיונית מופרכות על פניהן, או לוקות בטעויות גסות שהיה בהן כדי להביא לשינוי התוצאה המשפטית אליה הגיעה.

עם זאת, מצאתי כי בנסיבות שבפני התוצאה אליה הגיע בימ"ש קמא- לפיה הכשיר את פעולת המשיבה בהפקעה חלקית של מגרש המצוי בבעלות המערערת - לצרכי חניה, ללא מתן זכון טיעון כדון, ובניגוד להוראות החוק - אינה סבירה, ומצדיקה התערבותה של ערכאת הערעור, כפי שיפורט להלן.

חוק המגרשים הריקים מקנה למשיבה את הסמכות להוציא צו לשימוש ארעי ב"מגרש ריק".

"מגרש ריק" - מוגדר בסעיף 1 לחוק-

"מגרש שאין עליו בניה למעט גדר, ושאינו משמש בפועל למטרה שלמענה מותר להשתמש במגרש על פי תכנית בת תוקף או על פי היתר".

סעיף 5 לחוק מורה לאמור-

"הרשות רשאית במקום לתת צו לפי סעיף 2, לצוות על השימוש הזמני במגרש ריק כמגרש חניה ציבורי; ציוותה הרשות כך, ירשה בעל המגרש לציבור להחנות כלי רכב במגרש ללא תשלום, אולם הוצאות הכשרת המגרש לצרכי חניה והחזקתו התקינה יחולו על הרשות."

בהתאם לפרשנות מילולית ותכליתית של החוק (ראו: רע"פ 4958/11 נסיים סיאם נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, מיום 13.12.11), לא מדובר בענייננו ב"שטח ריק" כיוון שעליו בנויים שני מבנים, שלמצער אחד מהם משמש את המערערת לאחסנה של ציוד רפואי רב ויקר.

בנוסף, עיון בתמונות שבתיק מעלות כי מדובר בשטח נקי ומסודר, המוקף גדר מברזל לכל אורכו, מאובטח עמוד 10



במצלמות אבטחה ומסורג, באופן שלא רק מעיד כי המערערת מתחזקת היטב את המקום ומשתמשת בו, אלא אף עולה בקנה אחד עם הטענה כי במבנה שבמגרש מאוחסן ציוד רפואי יקר כאמור (נספח 14 לערעור).

טענותיה של המשיבה בדבר ניקוי השטח על חשבונה - כפי שהובאו בעדותה של נציגת המשיבה, הגב' חבצלת שפיר- לא הוכחו כלל ועיקר, לא הומצא כל מסמך התומך בטענה זו, ולא ננקב הסכום שנטען כי הוצא.

בבג"צ 183/95 גלים כפר נוער חיפה נ' ראש-עיריית טירת הכרמל, נ"ה (1) 481 התייחס בימ"ש למטרותיו של החוק, ועמד על הצורך לפרשו בצמצום נוכח הפגיעה בקניינו של הפרט, כדלקמן-

"צווי גינון וצווי מגרש חניה הינם, להלכה ולמעשה, הפקעת השימוש במגרשים ריקים; הפקעה-לשעה היא, אמנם - אם הכינוי "שעה" יפה לחמש שנים - ובכל- זאת הפקעה היא. אותה הפקעה-לשעה נעשית לטובת הכלל והפרט, ובנסיבות שבהן מוחזק בעל-המגרש כי הסכים להוצאת הצו או, למצער, כי הינו אדיש לו. אכן, אם אין נעשה כל שימוש במגרש - בין שהמגרש ריק אין-בו-דבר ובין שמשמש הוא כמזבלה-לשעה - מה מן הבעלים יהלך אם יהפוך לגינה פורחת או למגרש חניה? בייחוד כך, שעה שהבעלים יכול בנקל להחזיר את המגרש להחזקתו אם אך יקבל על עצמו לנהוג כראוי. עם זאת, וגם אם הכול נעשה לטובה, שומה עלינו לפרש את החוק - ואת סמכויותיהן של הרשויות בנות-הסמך על-פיו - כראוי לו: החוק ייעד עצמו לפגוע בקניינו של הפרט, ועל דרך זו יפורש: בצמצום, בקפידה ועל דרך שמירת קניינו של הפרט. עם זאת נוסף ונאמר, כי בהשקיפנו ממעוף-הציפור דומה בעינינו כי נמצא בו בחוק, לכאורה, איזון ראוי והולם בין זכויות הקניין של הפרט לבין טובת הציבור והפרט."

גם בע"פ (חי') 3786-06-09 עיריית קרית אתא נ' פסטנברג שרה (פורסם בנבו, מיום 11.9.09)) (להלן: "עניין פסטנברג") עמד בימ"ש המחוזי על הפרשנות המצמצמת לחוק נוכח הפגיעה בפרט-

"הוצאת צו מכוחו של חוק המגרשים הריקים הינה, בפועל, הפקעה זמנית של זכויותיו הקנייניות של הבעלים של המגרש הריק לטובת הכלל...מכאן שהוראות החוק בנוגע להוצאת צו לשימוש ארעי צריכות להתפרש בצמצום, תוך פגיעה פחותה ומידתית בזכות הקניין ותוך שקילת כל השיקולים הענייניים הרלוונטיים. הפרשנות צריכה להיות לפי תכלית החקיקה ... תכלית חקיקת חוק המגרשים הריקים הינה, כמצוין לעיל, שמירה על איכות הסביבה ומתן פתרון למצוקת החניה, וכן מתן פתרון למגרשים המהווים מטרד, זאת לפי דברי ההסבר לחוק."

ברע"א 2896/06 חיים רוזנצויג, עו"ד נ' עיריית טבריה (פורסם בנבו, מיום 18.9.06) (להלן: "עניין רוזנצויג") שוב התייחס בימ"ש לתכליות החוק בהקשר של מצוקת חניה וקבע-

"גם בפרשת זוהר קבע בית משפט זה שהחוק אמנם מתייחס לשתי תכליות מפורשות - שיפור פני העיר ושמירת איכות הסביבה (צו גינון) ופתרון מצוקת



החניה (צו חניה) - אך ביסודו תכלית נוספת "פתרון לבעיות שונות העולות מקיומם של מגרשים ריקים, ובהן הצטברות אשפה במגרשים מסוג זה, פלישות ובניה בלתי חוקית" (ע"מ 9963/03 זוהר נ' עיריית תל אביב - יפו (טרם פורסם) - השופטת ארבל). בהתחשב בניתוח זה אין לראות במצוקת החניה באזור חזות הכל כרקע להטלת הצו.

נוכח האמור - תמוהה היא מסקנתו של בימ"ש קמא לפיה "בנסיבות עניינינו, מתן הצו עונה על תכליות החוק: שמירה על איכות הסביבה, פתרון מצוקת חניה ומניעת מפגעים" (פס"ד עמ' 5 ש' 4-5), כאשר מחומר הראיות לא הוכח דבר מהנ"ל, וכל זאת- בחוק שממילא פוטנציאל הפגיעה באמצעותו בפרט הוא גבוה, ושומה כי יפורש בצמצום.

יש לציין כי בעניינינו- המשיבה כלל לא הרימה את נטל ההוכחה בדבר קיומה של "מצוקת חניה" באזור.

אף בעניין זה שגה בימ"ש קמא בקובעו כי קיימת חזקה בדבר קיומה של מצוקת חניה אינהרנטית וטבועה, באופן שהנטל על כתפי המערער לסותרה.

ייתכן כי בבואה של המשיבה להפקיע זכות קניינית של הפרט עקב מצוקת חניה- והפרט מתקומם נגד החלטתה זו - הנטל עליה להביא ולו ראשית ראיה לכך שמצוקה כזו אכן קיימת. פסיקת בימ"ש העליון אליה התייחס בימ"ש קמא בקביעתו זו (רע"פ 4958/11 הנ"ל) וממנה למד על "חזקה" בדבר קיום מצוקת חניה כוללת- אינה רלוונטית לעניינינו, כשעצם היותה של מצוקת חניה כאינטרס ציבורי- היא זו שאינה צריכה ראיה, אולם יש לבחון האם מתגבשת במקום ספציפי.

כל פרשנות אחרת - תרוקן מתוכן את תכליות החוק לאפשר הפקעה כזו רק במקרים ספציפיים כנ"ל.

סוגיית מצוקת החניה תלויה במקום המדובר, באופיו של היישוב, בשעות הרלוונטיות ובצפיפות האוכלוסין בסביבה, ואינה בבחינת מצוקה אחידה בכל ערי ישראל כל ימות השנה.

טענה זו מתחדדת בעיקר נוכח מציאות בה לעיתים באותה עיר - קיימת מצוקת חניה באזור מסוים, בעוד שבאזור אחר- המצב שונה לחלוטין, ועל כן טענת המשיבה בדבר מצוקת חניה באזור נשוא הערעור אינו בבחינת "ידיעה שיפוטית" או חזקה ההופכת את נטל הבאת הראיות לעבר המערער.

באופן דומה קבע בימ"ש המחוזי בנצרת בע"פ (נצ') 38091-02-15 אסף כרסנטי נ' עיריית עפולה (פורסם בנבו, מיום 8.9.16) לעניין זה-

"אשר לשאלה האם מדובר במגרש הדרוש לציבור, מקובלת עלי עמדת המערער כי לא ניתן היה להקיש במקרה דנן, מן האמור בפסק הדין שניתן ברע"פ 4958/11 סיאם נ. עיריית ירושלים [פורסם בנבו] (13.12.2011), על קיומה של חזקה לגבי מצוקת חניה בערים. האמור שם, בהסתמך על הצעת החוק



**שכוונה אל מצוקת חניה באיזורים מאוכלסים בצפיפות, איננו דומה וישים לאזור
בו עסקינן, כפי שהוכח בפני בית המשפט קמא בתשריט האזור.**

זאת ועוד, למרות שבימ"ש קמא מתייחס להעדר מצוקת חניה באזור (פסק הדין עמ' 5 ש' 22-28) הרי הוא לא התייחס כלל לטענות המפורטות של המערער, בכל הנוגע לקיומו של מגרש ריק בסמוך למגרש נשוא הערעור המצוי בבעלות המשיבה והמשמש לחניה חופשית לציבור ושתמונותיו אף צורפו כראיה (נספח 16 לערעור).

ככל שטענה זו נכונה- הרי שיש בה כדי לרוקן כליל את המניע בדבר "מצוקת חניה" העומדת בבסיס הצו שהוציאה המשיבה.

יש לציין כי לא זו בלבד שטענות אלו לא נסתרו ע"י המשיבה, אלא שעיון בעדותה של הגב' חבצלת שפיר רק מחזקת טענות אלה של המערער - מקום בו מודה בקיומו של המגרש הריק הנ"ל הנמצא בבעלות המשיבה, הכפול בגודלו מהמגרש נשוא הערעור, והצמוד למגרש הסופרמרקט שצמוד למגרש דן (על כן-לא רחוק ממגרש המערער), ובכך שעבודות פיתוח להכשרתו לחניה ציבורית החלו רק בשבוע בו העידה בבימ"ש(!)- כשהיא מנסה להכחיש כל קשר בין עבודות אלה לערר שהגישה המערער לבימ"ש קמא אודות הצו (פרו' עמ' 5 ש' 24-33; עמ' 6 ש' 1-10).

נשאלת השאלה: מדוע הזרזה המשיבה להפקיע מגרש בבעלות פרטית של המערער בעוד שמגרש כפול בגודלו מצוי בסמוך לו, ואף מוכשר על ידה לחניה במועד שמיעת הערר של המערער בבימ"ש?

התנהלות זו של המשיבה מעוררת חשד ממשי בכל הנוגע למניעים שעומדים בבסיס התנהלותה בהפקעת מגרש המערער ל"צרכי חניה", מעידה על חוסר תום לב במידה מסוימת, ומעמידה את סבירות ההחלטה על הוצאת הצו- בספק.

יש לציין כי מלבד העובדה כי אין מדובר ב"מגרש ריק", הפקעה של חלק מהמגרש בנסיבות אלה, שהינו אף חלקו הארי של המגרש, אינה סבירה.

בעניין פסטנברג נקבע כי את המונח "מגרש" יש לפרש בהרמוניה עם חקיקה הסובבת את החוק, היינו- עם חוק התכנון והבניה ועם פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943. סעיף 1 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 מגדיר "מגרש" - כ"יחידת קרקע שנקבעה בתכנית כתוצאה מפעולת חלוקה או איחוד או איחוד וחלוקה, או בתשריט חלוקה או איחוד, אף אם טרם נרשמה כחלקה בפנקסי רישום המקרקעין...", היינו- שבענייננו, כשאין חולק כי מדובר בחלק מחלקה הרשומה כיחידה עצמאית אחת (נספח 2 להודעת הערעור), מבלי שפוצלה או אוחדה לפי תוכנית או תשריט (והדבר אף לא נטען), הרי שמדובר בחלוקה מאולצת וכפויה שנועדה לנסות ולהכשיר את ההפקעה. זאת ותו לא.

למותר לציין כי דברים אלה אף עולים בקנה אחד עם הפרשנות שנתן המחוקק למונח "מגרש" בסעיף



20(1)ב) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 לפיה מדובר בכלל הקרקע שבבעלות אחת המהווה שטח אחד.

בענייננו מדובר בקרקע בבעלות אחת המהווה יחידה אחת שעניינה חלקה 89 בגוש 6693, כפי שאף עולה מניסוח הצו עצמו בדבר "**חלק מחלקה**" (נספח 10 להודעת הערעור), ועל כן כל ניסיון לחלקה בהעדר כל נסיבה המצדיקה זאת- הינו מלאכותי.

העובדה לפיה בהתאם לצו מדובר על **הפקעה של 1,100 מ"ר מתוך מגרש בשטח של 1,728 מ"ר**, בהתאם לצו, רק מחדדת את חוסר הסבירות שבחלוקה זו, שעה שהמשיבה הותירה בידי המערערת הלכה למעשה רק את השטח עליו מצויים שני המבנים הנ"ל, וזאת- מבלי להתייחס למשל לטענותיה של המערערת בנוגע לגישת המשאיות למקום-שלא תתאפשר עקב חסימת הדרך ע"י כלי רכבים רבים החונים בחניון, טענה שאף לא קיבלה התייחסות ע"י בימ"ש קמא.

אף בכל הנוגע להתנערותה של המשיבה ממתן זכות טיעון למערערת מצאתי טעם לפגם.

יש לציין כי בעניין רוזנצויג שלעיל עמד בימ"ש העליון אף על חובת השימוע בכל הנוגע להפקעת קניינו של הפרט בהתאם לחוק דנן, הגם שהחוק עצמו אינו מחייב עריכת שימוע, אולם קבע כי אופן קיומו של שימוע יכול שתעשה בדרכים רבות, ובלבד שניתנה הזדמנות מהותית להעלאת הטענות. וכך קבע -

"אכן, חוק השימוש במגרשים אינו מחייב עריכת שימוע עובר להוצאת הצו, אך בלי ספק מן הראוי לערוך שימוע כאמור, וכשלעצמי סבורני כי הדבר הוא בגדר חובה. חובת השימוע הוכרה כאחד מעקרונות הצדק הטבעי ... ולפיכך ככלל יש להחילה גם ללא דרישה מפורשת בחוק. אכן, דומה כי במקרה שלפנינו לא שונה מצבו של המבקש לרעה עקב הוצאת הצו, אך עדיין "צווי-גיוון וצווי מגרש חניה הינם, להלכה ולמעשה, הפקעת השימוש במגרשים ריקים; הפקעה - לשעה היא, אמנם - אם הכינוי "שעה" יפה לחמש שנים - ובכל-זאת הפקעה היא" (פרשת גלים, עמ' 483).

"דעלך סני - לחברך לא תעבד", "מה שעליך שנא, לחברך אל תעשה" (בבלי שבת לא ע"א, מדברי התנא הלל הזקן); זכויות קנייניות של אדם שמבקשים לפגוע בהן בצורה זו או אחרת, זכותו להישמע בטרם תינקט הפעולה לגביהן. לפיכך, היה מקום כי הדברים שהוחלפו בין המבקש למשיבה בכתב ..לאחר מתן הצו, היו נעשים על דרך שימוע, ולא בכתב, בטרם הוצא הצו. לעניין דרכי השימוע כבר נאמר "זכות השימוע והטיעון העומדת למי שזכויותיו עלולות להיפגע כתוצאה ממעשה מינהלי, משמעותה מתן הזדמנות הוגנת להשמעת טיעונים. אין משמעותה בהכרח מתן זכות טיעון בעל פה וכבר נפסק כי דרכי השמיעה בהקשר זה רבות, מגוונות ומשתנות על פי הנסיבות..."

אין חולק כי בנסיבות אלה, **לא** נערך כל שימוע למערערת ולא ניתנה לה אפשרות להעלות טענותיה כדבעי.



קביעתו של בימ"ש קמא לפיה פגם זה "נרפא" בשל העובדה כי עיקר המחלוקת בין הצדדים היא בשאלה משפטית בנוגע לשאלה האם ניתן להוציא צו ביחס לחלק מיחידת רישום בלבד, הינה שגויה, הואיל וקיימת מחלוקת עובדתית לא מבוטלת בין הצדדים בכל הנוגע לאופן השימוש במגרש, קיומו של היתר בנייה ומועד חתימתו (ראו פרו' עמ' 8), קיומה של מצוקת חניה באזור, ועוד.

באופן דומה, אף קביעתו של בימ"ש קמא לפיה משניתנה למערערת הזדמנות להעלות כל טענותיה במסגרת ההליך המשפטי בפניו- אינה סבירה בנסיבות אלה, הואיל ומדובר בשלב מאוחר להליך, לאחר שהצו כבר הוצא, שעה שלמערערת טענות עובדתיות ומשפטיות של ממש, ובאופן שמרוקן מתוכן את תכלית זכות הטיעון, ומצדיק את ביטול הצו.

יש לציין כי הפסיקה הכירה בחובת שימוע אף מקום בו דובר בהארכת הצו, ועל כן בעניינו, עת מדובר בהוצאת הצו מלכתחילה- קמה חובת שימוע מכוח קל וחומר (ראו עניין פסטנברג שלעיל).

בנסיבות אלה, נפגעה זכות השימוע של המערערת באופן ממשי- קל וחומר מקום בו נפגעה זכותה הקניינית של המערערת באופן דומה, הואיל ולטענתה עשתה שימוש במגרש הן באמצעות אחסון ציוד רפואי יקר ערך והן באמצעות גישה למשאיות לצורך פריקת ציוד במקום.

העובדה כי מדובר בהפקעה זמנית- אינה מעלה ואינה מורידה מעצם הפגיעה החמורה בקניין, לא כל שכן מקום בו לא הוכח כי הדבר נעשה לצורך ולתכליות שבחוק(!).

5. **לאור כל האמור, דין הערעור להתקבל, במובן זה שפסק דינו של בית משפט קמא- בטל, כמו גם צו החנייה נשוא פסק דין זה.**

ניתן והודע היום כ"ט ניסן תשע"ז, 25/04/2017 במעמד הנוכחים.

נאוה בכור , שופטת