



## ע"פ 38091/02/15 - אסף כרסנטי נגד עיריית עפולה

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 38091-02-15 כרסנטי נ' עיריית עפולה  
בפני כב' השופטת הבכירה אסתר הלמן  
המערער אסף כרסנטי  
נגד  
המשיבה עיריית עפולה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט השלום בבית שאן, בתיק 14-09-43633, מיום 05/01/15

### פסק דין

1. זהו ערעור על החלטת בית משפט השלום בבית שאן, אשר במסגרתה נדחה ערר שהגיש המערער, כנגד צו שהוצא על ידי המשיבה **(להלן: "המשיבה" או "העירייה")**, לפי סעיף 5 לחוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1987 **(להלן: "החוק" או "חוק השימוש במגרשים ריקים")**.

### הרקע:

2. המערער הינו הבעלים הרשום של חלקת אדמה בשטח 4,328 מ"ר, השוכנת סמוך לקאנטרי קלאב בעפולה. במשך מספר שנים שכרה המשיבה חלק מן החלקה **(להלן: "המגרש")**, לצורך שימוש בו כמגרש חניה עבור באי הקאנטרי קלאב, אשר מופעל ומוחזק בתחומה על ידי החברה הכלכלית לפיתוח עפולה, וזאת תמורת סכום שהוסכם בין הצדדים.

בשלב מסוים, לאחר שהתגלעה מחלוקת בין הצדדים ובמסגרת הליך שיפוטי -

(ת.א. 11-11-56862), הושג ביניהם הסכם גישור, שקיבל ביום 16/05/12 תוקף של פסק דין.

במסגרת ההסכם הנ"ל התחייבה המשיבה להמשיך ולשלם למערער סך של 5,000 ₪ לחודש כדמי שימוש עבור שטח החניה.

3. בראשית שנת 2014 נחלקו הדעות בין הצדדים באשר להמשך תנאי השימוש במגרש. בין המערער והחברה הכלכלית החל להתנהל משא ומתן, לשם גיבוש תנאי השימוש והועברה טיוטת הסכם לחברה הכלכלית לבחינתה.

**4.** ביום 03/06/14 נשלחה למערער הודעה מטעם מזכירת הוועדה לתכנון ובנייה בעפולה, בה הודיעה לו על כוונת העירייה לעשות שימוש במגרש לצורך חניה ציבורית, בהתאם לחוק השימוש במגרשים ריקים.

בעקבות זאת הודיע המערער על התנגדותו לצעד זה בנימוק, שהכוונה לעשות שימוש בחוק באה תוך כדי כך שהוא מנהל משא ומתן עם נציג החברה הכלכלית, לגבי אופן השימוש במגרש וכל מטרתה הוא לעשות שימוש במגרש לצרכיה המסחריים של החברה הכלכלית.

המערער הודיע כי הוא מתנגד לכל שימוש של העירייה במגרש, מכוח הצו הנ"ל מבלי שיוסדר תשלום דמי השימוש.

**5.** ביום 26/06/14 החליטה מועצת עריית עפולה לאשר הוצאת הצו מכוח החוק **(להלן: "ההחלטה")**. על החלטה זו הוגש, כאמור, ערר לבית משפט השלום, אשר דחה אותו, ומכאן הערעור שבפני.

### **ההליך בבית המשפט קמא:**

**6.** בית המשפט קמא קבע, כי נקודת המוצא היא שמגרשים ריקים, אשר אינם משמשים את בעליהם, ואף אין בהם כל תועלת לציבור, עלולים להפוך מעזבות ומוקדים למפגעים סביבתיים, לכן התיר המחוקק לעירייה או למועצה המקומית, לעשות באותם מגרשים שימוש זמני לאחת משתי מטרות, גינה לציבור או חניה ציבורית. תכלית זו עולה מדברי ההסבר של הצעת החוק ומפסיקת בתי המשפט.

**7.** בית המשפט קמא דחה את טענת המערער, כי מטרת הצו בו עסקין איננה למצוא פתרון למצוקת החניה לציבור, אלא להפיק רווח כלכלי לחברה הכלכלית, מה שמעיד על שימוש לרעה בסמכות העירייה, וזאת מכמה טעמים:

**א.** לא הוכח, כי אין מצוקת חניה באזור. בית המשפט קמא קבע, כי פרט למפה שצורפה לערר, לא הביא המערער כל הוכחה. אמנם מן המפה עלה, שמבנה הקאנטרי העירוני עומד באזור של שטחים פתוחים, יחד עם זאת, במרחק לא רב מאותו אזור, ישנם מבנים ציבוריים ואחרים, אשר נדרשת חניה לפוקדיהם. גם העובדה שחלק מן המגרש שימש לאורך שנים כחניה, מוכיחה שקיים צורך במקומות חניה לפוקדי האזור, ואין נפקא מינא האם מדובר במשתמשי מתחם הקאנטרי או כל מתחם אחר.

בהקשר זה הפנה בית המשפט קמא לאמור ברע"פ 4958/11 **סיאם נ. עיריית ירושלים** (13/12/11), לפיו, מצוקת החניה הינה מן המפורסמות, שאין צריכות הוכחה כלשהיא נוכח היות מצוקת החניה נפוצה בערים.

**ב.** בית המשפט קמא היה ער לכך, שכתוצאה מהוצאת הצו נחסך מהעירייה או מהחברה הכלכלית הצורך לשלם דמי שימוש עבור החניה, כפי שעשתה עד הוצאת הצו, אך סבר כי אין בנימוק זה כדי להצדיק ביטול הצו.

נקבע, כי שיקול הדעת להתערב בהחלטות הרשויות לפי החוק מוגבל למקרים נדירים, בהם שיקול הדעת של הרשות נגוע בשיקולים זרים (ע"א 37996-08-11 **נאות מזרחי בע"מ נ. עיריית ראשון לציון**), ומקרה זה איננו נמנה עם אותם מקרים חריגים; ראשית - מאחר וקיים צורך בחניה ציבורית ושנית - מאחר ולא נגרמה למערער פגיעה קניינית. בפני המערער פתוחה הדרך לעשות שימוש עסקי או אישי במגרש, לרבות כמגרש חניה פרטי, ואז תגבר זכותו הקניינית על האינטרס הציבורי.

בית המשפט קמא הוסיף, כי אין באמור כדי לשלול מן המערער את האפשרות להגיש תביעה, אם הוא סבור, כי יש בידו עילה אזרחית בגין ההפסד או הנזק שנגרם לו, בעטיה של התנהלות הרשות.

**ג.** בית המשפט קמא דחה את הטענה כי השימוש בסמכות על ידי העירייה בהוצאת הצו נגועה בשיקולים זרים. נקבע כי הוצאת הצו הייתה משיקולים ענייניים ונועדה לשרת את הציבור.

**ד.** גם הטענה, כי העירייה מנועה הייתה מלהוציא את הצו בשל קיומו של הסכם ופסק הדין שאישר אותו, בו התחייבה העירייה להמשיך לשלם את דמי השימוש, נדחתה. ראשית, נקבע, כי המערער מושתק מלהעלות טיעון זה שלא העלה במכתב ההתנגדות ששלח לעירייה והועלה לראשונה במסגרת הערר. מעבר לנדרש, נדחתה הטענה גם לגופה.

למסקנה זו הגיע בית המשפט קמא לאחר שעיון בנוסח הסכם הגישור וקבע, כי מטרתו הייתה לקבוע הסדר לתקופה זמנית, עד לחתימת הסכם שכירות. ראיה לכך שימשה גם התנהלות הצדדים: העירייה שכרה את המגרש מאת המערער ושילמה לו את הסכום שסוכם ביניהם עד סוף שנת 2013, עת טענה כי הפסיקה את השימוש במגרש. הצדדים לא חתמו על הסכם שכירות ובשנת 2014 החלו לנהל משא ומתן על תנאי השכירות. משהפסיקה העירייה לעשות שימוש במגרש, ברי כי הסכם השכירות שמטבעו נועד לחול לתקופה מוגבלת, בא לסיומו ואין הוא כובל את ידיה של העירייה לעולם ועד.

**ה.** נימוק נוסף שהעלה המערער בנוגע לאופן קבלת ההחלטה על ידי מועצת העירייה, שלא בחנה לגופן את טענותיו, נדחה אף הוא.

בית המשפט קמא קבע, כי הוצאת הצו הינה בגדר פעולה מנהלית, הכפופה לכללי המשפט הציבורי. חובת הרשות לפעול בהגינות, בתום לב וכן ליישם את כללי הצדק הטבעי. על הצו לפגוע באופן מזערי בזכויות הקנייניות של בעל המקרקעין ועל הרשות לשמוע את טענותיו ולשקול אותן, בטרם יוצא הצו.

נקבע כי במקרה זה, לא הופרה זכות השימוש. המערער קיבל הודעה אודות הכוונה לעשות שימוש בחוק, ותוכן מכתב ההתנגדות הראשון של המערער הובא בפני חברי המועצה.

בית המשפט קמא היה ער לכך שמכתבו של המערער מיום 25/06/14 הובא לעיון המועצה רק בדיעבד, לאחר הוצאת הצו, אך סבר כי די בכך שניתנה למערער האפשרות להעלות את כל טיעוניו במסגרת ההליך המשפטי.

בהקשר זה נדחתה טענת המערער כי היה על המשיבה לזמנו כדי להשמיע טיעוניו בפני המועצה, בהעדר עיגון לזכות זו, ושעה שזכות הטיעון נענתה באמצעות העלאת טענות המערער בכתב.

1. לבסוף, קבע בית המשפט קמא, כי הפגיעה בזכויות המערער כבעל המקרקעין הינה מידתית. הוראות החוק עצמן מכילות נוסחת איזון בין האינטרס הציבורי לזה של הפרט (סעיפים 7, 8 ו-10 לחוק, למשל בנוגע לאורך תקופת הצו) ומבטיחות פגיעה מינימאלית בזכות הקניינית של בעל המקרקעין.

### נימוקי הערעור:

8. במסגרת הערעור שב וקובל המערער כנגד אופן הוצאת הצו, מבלי שעמדו בפני חברי המועצה כל טיעוניו. לטענתו, השימוש בסמכותה הסטטוטורית של העירייה לפי החוק, צריך להיעשות בזירות, במסורה ולמטרה העומדת בתכלית החקיקה. הליך הוצאת הצו צריך להיות תקין ועליו להתבצע בשקיפות מלאה כלפי חברי מועצת העיר, הפרט הנפגע מהוצאת הצו וכלל הציבור. העירייה איננה יוצאת ידי חובתה לתת זכות שימוש, אם הדיווח לחברי המועצה מתמצה בכך שבעל המקרקעין מתנגד להוצאת הצו, מבלי שפורטו בפניהם כל נימוקיו או נמסרו להם כל הנתונים הרלבנטיים, הנמצאים בידי העירייה.

9. לגופו של עניין, טוען המערער, כי גוף ציבורי איננו רשאי לעשות שימוש בצו לפי החוק לטובת עסק שנמצא כולו בבעלותו ובניהולו.

במקרה זה, הוצאת הצו לגבי מגרש שאיננו נמצא באזור מאוכלס בצפיפות ואין בו מצוקת חניה, מנוגדת לתכלית החוק. צו, כאמור, איננו תקף לגבי מגרש שהיה תפוס במועד הוצאת הצו, בפרט כאשר השימוש שנעשה בו ערב ההפקעה הוא זהה למטרות ההפקעה עצמה.

10. המערער טוען גם, כי העירייה איננה רשאית להפלות בין בעלי מגרשים שונים באזור בו מצוי המגרש ולהוציא צו רק כנגד מגרש מסוים מביניהם. בנוסף נטען, כי גוף איננו רשאי לעשות שימוש בצו בכדי

לעקוף פסק דין שניתן על ידי בית המשפט.

**11.**

המערער סבור, כי בהחלטתו של בית המשפט קמא נפלו טעויות המחייבות ביטול:

ביחס לטענה, כי לא הביא ראיות לצורך שלילת קיומה של מצוקת חניה במקום - טוען המערער, כי היוצרות התבלבלו, שכן על הגוף המוציא את הצו להראות את הנימוקים והתכליות בגין הוא פוגע בזכויות יסוד של הפרט. לכן העירייה היא שהייתה צריכה להוכיח את קיומה של מצוקת החניה.

העירייה לא טענה בפני מועצת העירייה או בפני בית המשפט כי קיימת מצוקת חניה ואף הודתה כי אין מצוקה כזו. בנוסף, המערער הציג בפני בית המשפט מפה של האזור, ממנה נראה בבירור מיקומם של המבנים והשטחים הפנויים באזור, וניתן לראות, כי לא מדובר באזור המיושב בצפיפות, כדרישת החוק והפסיקה.

המערער קובל גם כנגד התייחסות בית המשפט קמא למבני הציבור המצויים באזור, שכן הם מרוחקים מהקאנטרי העירוני ולידם ישנם מגרשי חניה המשמשים רק אותם.

החניה במגרשו של המערער נדרשת רק לצרכי הקאנטרי.

המשיבה הכשירה מגרשי חניה בחלקות אחרות הסמוכות לו, לכן אין מצוקת חניה, וכך עולה גם מהסברי בא כח המשיבה בפני בית המשפט קמא.

לטענת המערער, בית המשפט קמא קבע (בסעיף 26 להחלטתו), כי הפקעת מגרשו של המערער היא בעיקרה לשימוש הקאנטרי, מדובר בעסק מסחרי שבבעלות החברה הכלכלית עפולה, המנוהל על ידי או על ידי זכיינים פרטיים, ומכאן שמטרת ההפקעה האמיתית אינה פתרון למצוקת החניה לאזורים המאוכלסים בצפיפות אלא סיוע מסחרי לעסק פרטי אחד, המניב רווחים לאנשים פרטיים או לחברה הכלכלית של העיר עפולה.

טיעון נוסף בפי המערער, כי בית המשפט קמא שגה כאשר קבע כי העובדה שתצמח לעירייה תועלת כלכלית אינה מהווה שיקול זר. המערער קובל גם על כך שבית המשפט קמא קבע כי הוא מנוע מלהסתמך על ההסכם שנחתם בינו לבין העירייה, הסכם שקיבל תוקף של פסק דין, וזאת בשל כך שלא העלה טענה זו בהתנגדותו לצו. לטענתו, חובה היה על המשיבה לשיקול בין יתר שיקוליה, את העובדה שקיים פסק דין המחייב אותה לשלם למערער דמי שכירות, כל עוד נעשה שימוש במגרש לחניה, וזאת ללא קשר לשאלה האם המערער ציין בפניה עובדה זו, או לא. עובדות אלה לא פורטו בפני חברי המועצה לפני קבלת ההחלטה על הוצאת הצו, למרות שהיו בידיעת אנשי העירייה.

בנוסף, טענותיו כנגד הצו אינן מוגבלות לטענות שהעלה עובר למתן הצו.

המערער מדגיש את חובת המשיבה, כרשות מנהלית, לנהוג בתום לב וטוען כי בית המשפט קמא לא נתן משקל לכך, שהצו הוצא לאחר שמהנדס העירייה פנה אליו בבקשה להקלה בדמי השכירות, תוך שניהל מו"מ לגבי תנאי השכירות והמשיבה לא השיבה לטענותיו עובר למתן הצו והתעלמה מפסק הדין; בנוסף הסתירה מחברי המועצה את טענותיו כנגד הצו.

המערער שב וטוען, כי היה על המשיבה ליתן לו אפשרות לטעון בפני המועצה ואי הזמנתו לדיון במועצה מהווה פגיעה בזכות הטיעון המוקנית לו.

עוד מבקש המערער לקבוע, כי בית המשפט קמא שגה כאשר שחרר את העירייה מחובותיה על פי פסק הדין. המערער גם טוען, כי טעה בית המשפט קמא בקובעו, כי תוכן המכתב של המערער הובא לעיון חברי המועצה טרם הוצאת הצו, שכן הדבר נסתר מפרוטוקול הישיבה.

לעמדת המערער, בית המשפט קמא לא יישם נכונה את ההלכה; ראשית, בכך שלא נתן פרשנות מצומצמת לסמכויות הרשות, הפגיעה במערער לא הייתה מידתית, כפי שקבע, לא נשקלו כל השיקולים הרלבנטיים והוצאת הצו לא עמדה בתכלית החקיקה.

### **טיעוני המשיבה:**

**12.** בתגובה לטיעוני המערער, טענה המשיבה כי הודעת הערעור גדושה בטענות חדשות, שלא בא זכרן בערר וצורפו לו גם מסמכים שלא היו בפני הערכאה הדיונית ואין להיזקק לאלה.

**13.** העירייה מאשרת כי בשנת 2000 או בסמוך לכך, הגיעו הצדדים לסיכום בדבר שימוש של העירייה בחלק מן החלקה לצרכי חצר הקאנטרי קלאב בעפולה, אך לטענתה, במשך שנים לא דרש המערער דבר בקשר לכך. בשנת 2008 החל לבוא בטענות לגבי דמי שימוש ובשנת 2011 הגיש תביעה, בין היתר, לדמי שימוש עבור המגרש. במסגרת הסכם הגישור הוסכם כי העירייה תוסיף לשלם לו סך של 5,000 ₪ כל עוד הנתבעות עושות שימוש בשטח שהוגדר כ"חניה זמנית".

החל מיוני 2014 החל המערער לנהל מו"מ עם החברה הכלכלית לפיתוח עפולה להשכרת השטח תמורת סך של 3,000 ₪ לחודש והעביר טיוטת הסכם בהתאם.

**14.** ביום 03/06/14 שלחה לו העירייה הודעה על כך שהיא שוקלת להפקיע את המגרש לצורך שימוש כחניה, לפי סמכותה בחוק השימוש במגרשים ריקים, תוך שניתנה לו הזדמנות לפרט התנגדותו.

בתגובה שלח המערער מכתב ביום 11/06/14, כשטענתו היחידה הייתה כי נוהל עמו מו"מ וכי השימוש הוא לצרכים מסחריים, ולא יסכים לכל שימוש של העירייה במגרש, מבלי שיוסדר תשלום דמי השימוש.

העירייה מדגישה, כי המערער לא הזכיר במכתב ההתנגדות את הסכם הגישור או פסק הדין שאישר אותו ולא ביקש כלל להסתמך עליו.

**15.** לטענת העירייה, לאחר מכתב זה, התבקש המערער להמציא לב"כ העירייה עותק מטיטת הסכם השכירות עם החברה הכלכלית, אותו הזכיר במכתבו וגם במכתב התשובה מיום 20/06/14, אליו צירף את טיטת ההסכם, הוא לא הזכיר את הסכם הגישור או פסק הדין.

**16.** לאחר האמור, הודיעה העירייה למערער, כי לא נמצאו במכתבו טעמים או הסברים המצדיקים כי העירייה תמנע מלהשתמש בסמכותה על פי החוק.

כעבור 3 ימים, ב-26/06/14, בישיבת מועצת העיר עפולה אושר השימוש במגרש על פי החוק, לאחר שנמסר לחברי המועצה בפירוש, כי בעל המגרש מתנגד לשימוש, וכי הוא דורש תמורה עבור השימוש במגרש.

**17.** להשלמת התמונה, מוסיפה העירייה, כי המערער שלח מכתב נוסף, נושא תאריך 25/06/14 ישירות אל ב"כ העירייה. לא היה בידי העירייה לטפל במכתב זה שכן ישיבת המועצה התקיימה ביום 26/06/14.

למעלה מן הצורך, מוסיפה העירייה, כי גם במכתבו זה לא הועלתה כל טענה ביחס להליך הגישור או הסדר הפשרה.

**18.** לטענת העירייה, בערר הועלתה טענה אחת ויחידה, שהיא התוחמת גם את גדר המחלוקות בהן יש לדון בערעור, והיא שהסדר הגישור מבטל לצמיתות את סמכותה של העירייה לעשות שימוש בסמכויות שהוקנו לה על פי החוק, וכן נטען לגבי זכות הטיעון של המערער בהקשר זה.

**19.** המשיבה מבקשת לדחות את כל טענות המערער שלא הועלו בערכאה דלמטה וכן להתעלם מן המסמכים שצורפו על ידו לראשונה בשלב הערעור, כמו "תמונת האזור". בתגובתה פרטה העירייה את הנתונים והטענות, שלעמדתה הועלו לראשונה במסגרת הערעור ואין להתייחס אליהם.

**20.** המשיבה מדגישה את היקפה המצומצם של הביקורת השיפוטית על שיקול דעתה של הרשות, בהפעילה סמכותה על פי החוק (ע"א (רשל"צ) 37996-08-11 **נאות מזרחי בע"מ נ. עיריית ראשון לציון**), על אחת כמה וכמה כאשר מדובר ב"גלגול שלישי".

**21.** העירייה מדגישה כי המערער איננו מכחיש שהמגרש הוא "מגרש ריק" כמשמעותו בחוק ואף איננו טוען כי במגרש נעשה ו/או ייעשה שימוש שאינו לחניה. את טענותיו יש לדחות, לשיטתה, מן הנימוקים הבאים:

**א.** לגבי הפגיעה בזכות הטיעון - אין עילה להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא כי תוכן המכתב הראשון הובא לידיעת חברי המועצה. באשר למכתב השני, טענות המערער זכו להתייחסות במסגרת ההליכים המאוחרים.

בכל הנוגע לטענה, כי היה על המשיבה לזמנו לדיון במועצה, טוענת העירייה, כי המערער לא דרש זאת במכתבו ומעבר לכך, על פי פסיקת בית המשפט העליון, אין חובה לאפשר טיעון בעל פה (רע"א 2896/06). הטענה כי הסכם הגישור לא הוצג בפני חברי המועצה, הינה לפי הנטען, מקוממת, שכן המערער עצמו לא העלה טענה בהקשר זה במכתבו ולא הראה גם, כי הדבר היה מונע קבלת ההחלטה, שכן לעמדת המשיבה, הסכם הגישור לא מונע ממנה מלקבל החלטה לפי חוק השימוש במגרשים ריקים.

**ב.** העירייה טוענת כי יש לדחות את הטענה בנוגע להעדר מצוקת חניה. פרט לטענה סתמית וצירוף מפת האזור, לא הובאה כל הוכחה לכך.

העירייה סבורה, כי העלאת הטענה שעל העירייה להוכיח נתון זה הינה הרחבת חזית פסולה. שנית, הביטוי "מצוקת חניה" נטען על ידי המערער מן השפה ולחוץ, מבלי לבאר או להציע כיצד למדוד אותה.

לגופה של הטענה, סבורה העירייה, כי אין כל בסיס לקבוע, כי הנטל מוטל היה על העירייה להוכיח את מצוקת החניה. העירייה מפנה לנימוקיו של בית המשפט קמא ומוסיפה, כי ממילא אין החוק מחייב הוכחתה של "מצוקת חניה" אלא תכליתו, תפיסת מגרשים ריקים ושימוש בהם לצרכי גננות וצרכי חניה.

**ג.** באשר לטענה ל"שימוש מסחרי" במגרש, טוענת העירייה, כי החניה פתוחה לציבור ולא ברור איך ניתן לומר שהשימוש בה הוא מסחרי. לגישתה, טענת המערער כנגד השימוש מנוגדת לרציונל של החוק, כפי שנקבע ברע"א 2896/06 (עניין רונצוויג שאוזכר לעיל), מחד אי ביצוע שימוש מצד הבעלים ומאידך, שני הצדדים יוצאים נשכרים.

**ד.** המשיבה מפנה לנימוקי בית המשפט קמא בדחותו את ההסתמכות על הסדר הגישור, ומוסיפה כי החלטה זו מבוססת, בין היתר, על ממצאים המעוגנים בחומר שעמד בפניו, כך בעניין הפסקת השימוש במגרש והיות השימוש לפי החוק שונה מזה שהותר קודם לכן בהסכם השכירות.

**ה.** בית המשפט קמא קבע כי **"אכן ניתן לשער כי אילולא הוצאת הצו, היה העורר ממשיך להשכיר את המגרשים למשיבות או מי מטעמן, ברם לא מצאתי בנימוק כלכלי זה עילה לביטול הצו"** ובפני המערער עומדת האפשרות להגיש תביעה אם הוא סבור שיש לו עילה אזרחית לעשות כן. המשיבה מבקשת לקבוע, כי החלטתו של בית המשפט קמא לעיל עולה בקנה אחד במדויק עם מה שנקבע בהלכה שנפסקה ברע"א 2896/06.

המשיבה מדגישה, כי אין פגיעה קניינית במערער, ופתוחה בפניו הדרך לעשות כל פעולה על פי החוק. לפי הפסיקה, החוק תקף ושריר, למרות הפגיעה הנטענת בזכות הקניין והוא כולל את כל האיזונים הראויים.

**22.** המשיבה מוסיפה וטוענת, כי טענת המערער היא שהפגיעה בקניינו משתקפת באובדן דמי השכירות שהוא זכאי להם, אך טענה זו עומדת בניגוד לרציונל של החוק, הקובע שהשימוש יעשה ללא תמורה, בעוד המערער מנסה לכפות על העירייה לשלם לו תמורה.

### טיעוני התשובה:

**23.** המערער קובל על אי דיוקים, שלטענתו נפלו בתגובה. כך בעניין הפחתת דמי השכירות, הוא מציין, כי מהנדס העירייה הוא שפנה אליו בבקשה להפחיתם, וזאת בהיותו מודע לפסק הדין.

**24.** את עיקר התשובה ייחד המערער על מנת להראות, כי טענותיו הועלו בבית המשפט קמא, וכבר במסגרת התכתבויותיו עם העירייה טרם הוצאת הצו, ולא כנטען. מעבר לכך חזר והדגיש את טענתו, כפי שפורטו בהודעת הערעור.

### דין והכרעה

**25.** בטרם אדון בטענות המערער גופן, אתייחס למסגרת הדיונית בערעור, ואומר כי ברי הוא שהדין בערעור מתמקד אך בטענות שהועלו בפני בית המשפט קמא ונבחנו על ידו, או טענות שנועדו לתקוף את מסקנותיו וקביעותיו. כך גם אין מקום להיזקק לראיות, שלא הונחו בפני בית המשפט קמא ולא נתקבל היתר להביאם בפני ערכאה זו.

**26.** בנוסף, כידוע, ערכאת הערעור, ככלל, איננה נוטה להתערב בקביעות עובדתיות ובממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, בשל העדיפות הברורה שיש בדרך כלל לערכאה זו, נוכח התרשמותה הישירה מן העדים שהופיעו בפניה. במהלך השנים התפתחו בפסיקה חריגים לכלל אי-ההתערבות, ונקבעה רשימה ללא ממצא של מקרים חריגים, כגון, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהיגיון, או נשענים על ראיות בכתב ולא על התרשמותה הישירה של הערכאה המבררת מן העדים. במקרים אלו - אין לערכאה המבררת יתרון כלשהו על פני ערכאת הערעור (ע"פ 682/09

**27.** במקרה דנן, לא נשמעו עדים בפני בית המשפט קמא והחלטתו מבוססת כולה על טיעוני הצדדים וראיות בכתב, כמו גם על נימוקים משפטיים, כך שאין לערכאה הדיונית יתרון כלשהו על פני ערכאת הערעור.

### לגופו של עניין

**28.** חוק השימוש במגרשים ריקים מאפשר לרשות המקומית לצוות כי ב"מגרש ריק", כהגדרתו בחוק, הדרוש לציבור כל עוד הוא ריק, ינקטו פעולות לגינון זמני של המגרש (סעיף 2 בחוק), או לצוות שהמגרש ישמש באופן זמני כמגרש חניה ציבורי, ללא תשלום (סעיף 5 בחוק).

**29.** מטרת החוק, כפי שהיא משתקפת בהצעת החוק, בחוק עצמו ובפסיקה שבאה אחריו הינה משולשת; שמירה על איכות הסביבה, הקטנת מצוקת חנייה ופתרון לסיטואציה בה מגרשים ריקים הופכים למטרד לסביבה, בשל הצטברות פסולת, פלישות ובניה בלתי חוקית (ע"מ 9963/03 **זהר נ' עיריית תל אביב - יפו** (01/08/2006)). עמד על כך כב' השופט חשין בבג"צ 183/95 **גלים כפר נוער חיפה נ' ראש-עיריית טירת הכרמל**, פ"ד נה(1) 481 (להלן: "**פסק דין כפר גלים**"):

"כולנו ראינו וידענו כי רבים הם בערים ובכפרים מגרשים ריקים ההופכים מקור למטרדים. פירצה קוראת לגנב, כך לימדונו חז"ל (סוכה, כו, א [א]), ומגרש ריק קורא למפרי-חוק להפכו מקור למטרד-הציבור. קבלנים ישליכו עליו פסולת בנייה, תושבים יניחו בו מקרר ישן, ארון שזמנו חלף ואשפת-שיגרה של יומיום. וכך הופכות ערינו לערים ומזבלות בתוכן. אותם מגרשים ריקים אף קוראים לפולשים ולמפרי-חוק לתפוס חזקה בהם, ואם בפאתיהם ימצא בניין נטוש תרבה ותגדל הרעה."

**30.** ראה גם כיצד באו הדברים לידי ביטוי בהצעת חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), תשמ"ז - 1987:

"רבים בערים ובעיירות של המדינה המגרשים הריקים המהווים מקור למטרדים לסביבה והמזמינים שפיכת אשפה עליהם, ואף פלישות ובניה בלתי חוקית.

הניסיון מראה שגיבון שטח ריק הוא הדרך הטובה ביותר למניעת תפיסת שטח ושימוש בו למטרות הפוגעות בחוק ובאיכות הסביבה.

לכן מוצע להסמיך את הערים והמועצות המקומיות לצוות על גיבוןם של מגרשים כאלה כאשר כל מטרתו של הגיבון לשמור על שלמות המגרש ומניעת מטרדים [...] לחלופין - תוכל הרשות לצוות על שימוש זמני במגרש ריק כמגרש חניה, כדי להקטין את מצוקת החניה הקיימת באזורים המאוכלסים בצפיפות [...] הרשות המקומית חייבת להחזיר את המגרש לבעליו אם זה זקוק למגרש לצרכי בניה או שימוש חוקי אחר."

31. מהאמור לעיל עולה, כי טרם הוצאת הצו, על המשיבה לוודא קיומם של מספר תנאים, כאשר הראשון, והעיקרי שבהם, הינו שאלת השימוש שמבוצע במגרש - קרי, האם מדובר במגרש ריק כמשמעו בחוק. החוק מגדיר "מגרש ריק" כ"**מגרש שאין עליו בניה למעט גדר, ושאינו משמש בפועל למטרה שלמענה מותר להשתמש במגרש על פי תכנית בת תוקף או על פי היתר**". נפסק כי הפרשנות שיש לתת למונח "**מגרש ריק**" הינה פרשנות תכליתית (רע"פ 4958/11 **סיאם נ' עיריית ירושלים** (13.12.2011)).

שנית, על הרשות לבחון האם מדובר במגרש "**הדרוש לציבור כל עוד הוא ריק**" ורק אז קמה לה הסמכות להוציא צו גיבון או צו שימוש זמני במגרש חנייה.

32. למרות שההליך הנדון הוא ערעור פלילי, הרי הוצאת הצו הינה מעשה מנהלי, הנבחן על פי הכללים הרלוונטיים לפעילותה של הרשות המנהלית.

בדרך כלל נהנית הרשות מחזקת התקינות המנהלית, המניחה כי מעשים והחלטות של רשויות מנהליות נעשו והתקבלו כדין. מכוחה של חזקה זו מועבר הנטל על הטוען אחרת להביא ראיות לפגם שנפל בהחלטה המנהלית, ולהפריך את החזקה. (ראה ע"א 8880/13 **וינשל נ. מדינת ישראל משרד הביטחון**, (30.08.2016)). אם עלה בידי הטוען כנגד תקינות המעשה המנהלי לערער את חזקת התקינות, עובר הנטל אל כתפי הרשות המינהלית, להוכיח כי פעלה בסמכות, מטעמים עניינים ובסבירות וכי לא נפל פגם בהתנהלותה (ראה ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ**, רע"פ 6032/13 **אהרן נ. הועדה המקומית לתכנון ולבניה טבריה** (19.01.2014) ורע"פ 4385/14 **אילות השקעות בנכסים (רחובות מערב) 1992 בע"מ נ. מר ארז אייזנר - מהנדס עיריית כפר סבא** (24.06.2014)).

**33.** במקרה זה, סבורה אני כי עלה בידי המערער לעורר ספק בחזקת התקינות של המעשה המנהלי ואף להראות כי נפלו בו פגמים וככל שיש ספק בעניין זה, הוא פועל לחובת הרשות. מסקנה זו נעוצה, הן באופן קבלת ההחלטה על ידי המשיבה והן בתשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט קמא, ואשר היה בה להצביע על כך שהתנאים להוצאת הצו לא התקיימו ולכל הפחות, סוגיה זו לא זכתה לדיון ולליבון על ידי המשיבה, בטרם הוצא הצו, על יסוד כל הנתונים הרלוונטיים, הצריכים לעניין.

**34.** ראוי להפנות לעניין זה לדברים שנקבעו בפסק הדין שניתן בבג"ץ 8082/15 **עמותת הל"ה העמותה למען הקשיש נ. משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (10.07.2016):

"מושכלות יסוד הן כי כל החלטה של רשות מינהלית צריך שתתבסס על מלוא התשתית העובדתית הרלוונטית לשם קבלתה. לאחר איסוף התשתית על הרשות לבחון ולעבד את הנתונים שנאספו, ובסוף הליך זה לסכם ממצאיה ומסקנותיה בהחלטה מנומקת (ראו ע"א 1711/02 עיריית חולון נ' ארגון הקבלנים והבונים חולון, פ"ד נח(5) 933, 945-944 (2004); בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 49-48 (1983); ברק-ארז, בעמ' 270)... מכל מקום, בחינת המידע הרלוונטי על ידי הרשות צריכה להיות עניינית, הוגנת ושיטתית (עניין זיק דינור, פסקה 12). לעניין זה נודעת חשיבות. ההקפדה על תקינותו של ההליך המינהלי אינה טכנית גרידא, והיא נועדה להגדיל את הסיכוי שההחלטה תהיה ראויה גם לגופה (בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 35 (9.6.2011) (להלן: עניין פורום הערים העצמאיות)). בצד החובה האמורה, על הרשות המינהלית לאפשר זכות טיעון אפקטיבית למי שעשוי להיפגע מהחלטתה (בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 304-303 (1994)). חובה זו נגזרת מכללי ההגינות המינהלית, והיא אחד מסממניו המובהקים של הליך מינהלי הוגן. תכליתה להבטיח שהרשות תתייחס בהגינות לעניינו של האזרח (בג"ץ 3495/06 מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (30.7.2007)). ההקפדה על תשתית עובדתית ראויה וקיומה של זכות טיעון נאותה שלובות זו בזו, שכן באמצעות הליך השימוע הרשות יכולה לקבל לידיה מידע רב, שנמצא פעמים רבות בידי הפרט שעתידי להיפגע מן ההחלטה..."

**35.** בהפעלת הסמכות הנתונה לה על פי חוק מגרשים ריקים, על מועצת העריה לקבל את כל הנתונים הרלוונטיים להחלטה, לבחון האם התמלאו התנאים להוצאת צו גינון או צו חניה, ולהיות מודעת לכל הטענות הרלוונטיות, לרבות ובפרט, טענות בעל הקרקע, לו ניתנה זכות הטיעון.

**36.** בית המשפט קמא קבע כי זכות הטיעון איננה חייבת לבוא לידי ביטוי בזימון המתנגד לשיבה לשם העלאת טיעוניו בעל פה, וקביעה זו מעוגנת בהלכה הפסוקה. יחד עם זאת, טיעוני בעל הקרקע, שהועברו בכתב לנציג העיריה, צריכים להיות מוצגים בפני חברי המועצה במלואם, בצורה טובה ככל הניתן והמשקפת את תוכנם, (אם לא על ידי ציטוט מלא שלהם), על מנת שזכות הטיעון תהא בעלת תוכן ממשי ולא מן השפה ולחוץ.

**37.** פרוטוקול ישיבת המועצה מלמד כי בפני חבריה הוצג כי העירייה מבקשת לעשות שימוש במגרש ריק הסמוך לקאנטרי קלאב, וזאת על פי חוק שימוש במגרשים ריקים. עוד נאמר כי הודע על כך לבעלים והוא מתנגד **"ומבקש תשלום עבור השימוש במגרש. הכרזתו עד היום על מספר מגרשים בעיר ולא שילמנו לאף אחד. אין סיבה לשלם לו"**.

אין ספק כי תיאור זה איננו ממחיש בפני חברי המועצה את הייחודיות של המקרה ואת הרקע לדרישת התשלום מצד הבעלים. לא זו בלבד שלא הובאו בפני המועצה נימוקי ההתנגדות שהעלה המערער, אלא לא ניתן גם תיאור מלא ומפורט של השתלשלות העניינים, שקדמה להוצאת הצו והשימוש שנעשה במגרש עובר להוצאתו ואף נמשך, אולי, כפי שיפורט להלן, באותה עת בו הוצא הצו.

מדובר בנתונים שהיו בידיעת אנשי העיריה (התשלום עבור השימוש לצורך החניה, קיומו של משא ומתן לגבי המשך השימוש במגרש, והליכים משפטיים שנוהלו אגב שימוש זה). בהקשר זה, אינני מקבלת את הדעה, כי לא היה צורך לפרט ולהתייחס לקיומו של פסק הדין שנתן תוקף להסכם הגישור בין הצדדים, בשל כך שלא אוזכר במכתבו של המערער. על הרשות, השוקלת הוצאת הצו לבחון כל מידע שעשוי להיות רלוונטי, והידוע לה, גם מיוזמתה, וללא קשר לנימוקי ההתנגדות, בפרט כשמדובר במידע העלול להעלות חשש לניגוד עניינים.

**38.** מהצגת הדברים בישיבת המועצה משתמע כי המערער דורש לקבל תשלום עבור השימוש שיעשה במגרשו לאחר הוצאת הצו, אף שאיננו זכאי לכך לפי החוק, ומבלי שיש סיבה לערוך הבחנה כלשהיא

בינו לבין יתר בעלי המגרשים, שלגביהם הוצאו צווים דומים. תמונה זו איננה מבטאת כלל את שהיה על חברי המועצה לשקול טרם הוצאת הצו, במקרה הספציפי הזה, נוכח השימוש הקודם במגרש ומערכת היחסים שהתנהלה בין הצדדים.

**39.** מעבר לדרוש, אומר, כי לא מצאתי בתגובה טעם ענייני וממשי מדוע לא הובא לידיעת חברי המועצה תוכן המכתב השני שנכתב על ידי המערער, לגביו אין מחלוקת כי לא טופל עובר להוצאת הצו, למרות שנשלח לב"כ העירייה יום קודם להצבעה.

**40.** לגופו של עניין, המשיבה איננה יכולה ליהנות מחזקת התקינות, בנסיבות בהן, במשך שנים ועד מועד סמוך לפני הוצאת הצו שילמה למערער תמורה עבור השימוש שנעשה במגרשו כחניה עבור הקאנטרי העירוני, הייתה מודעת לכך שהוא מנהל מו"מ עם החברה הכלכלית על גובה ותנאי המשך השימוש, והוצאת הצו חסכה ממנה או מהחברה הכלכלית את ההוצאה המתבקשת עבור שימוש זה. נסיבות בהן קיים חשש טבוע לניגוד עניינים ולשיקולים זרים בהוצאת הצו.

**41.** נתונים אלה מעוררים גם ספק בהתקיימותו של התנאי הראשון, קרי, היות המגרש ריק, בעת הוצאת הצו, וזאת גם אם נקבל את עמדת המשיבה כי השימוש הופסק בסוף שנת 2013, נתון שהמערער חולק עליו.

**42.** המשיבה טענה לאורך ההליך כי המערער לא טען בשום שלב כי המגרש איננו "מגרש ריק", אולם עיון במכתבו הראשון מעלה כי המערער מציין את השימוש שנעשה במגרש עד לפני שהחל לנהל מו"מ ישירות מול החברה הכלכלית, לאחר שהופנה לעשות כן על ידי העירייה, מציין כי המו"מ מתנהל (ויש להזכיר כי רק חודשים ספורים קודם לכן עוד שולמו לו דמי שימוש על ידי העירייה), וכן קובל על כך שהעירייה או החברה הכלכלית **כבר החלו** להשתמש במגרש, למרות שלא הושג הסכם לגבי תנאי השימוש.

גם אם לא נקב בטיעון בלשון החוק, ברור מן המכתב, כי לטענת המערער המגרש כבר משמש כחניה עבור הקאנטרי קלאב, כפי ששימש בעבר.

**43.** אינני שותפה לדעתו של בית המשפט קמא, כי השימוש שתבצע המשיבה במגרש לאחר הוצאת הצו,

הינו שונה בתכלית מהשימוש שנעשה בו קודם לכן. המגרש שימש בעבר כחניה, שימוש המותר ככל הנראה על פי המצב התכנוני, והצו ניתן לשם שימוש זה, גם אם החוק יוצר מערכת יחסים שונה בין הרשות שהוציאה את הצו לבעל המקרקעין, לאחר הוצאת הצו.

**44.** בסעיף 31 להחלטתו קובע בית המשפט קמא כי "אכן ניתן לשער כי אילולא הוצאת הצו היה העורר ממשיך להשכיר את המגרש למשיבות או מי מטעמן, ברם לא מצאתי בנימוק כלכלי זה עילה לביטול הצו." קביעה זו קשה לקבל.

ראשית, הרישא של המשפט מלמדת ללא ספק על כך שאין המדובר ב"מגרש ריק", אלא במגרש ששימש כחניה, גם אם היה נתק של מספר חודשים, בהסדר החוזי או אפילו בשימוש עצמו. לא ניתן לדבר כאן במובנים של מגרש עזוב, נטוש ומוזנח, שעלול היה להפוך למטרד לרבים.

שנית, אם יש להניח כי אלמלא הצו, המשיבות היו שוכרות את המגרש תמורת כסף, הרי ברור שהוצאת הצו נועדה לחסוך הוצאה זו או לכל הפחות חסכה בפועל הוצאה כזו, שהייתה מוטלת על מי מהן, ולא למטרה זו הוסמכה הרשות להוציא צו מסוג זה.

**45.** האמור לעיל, שולל גם את הנימוקים לדחיית הטענה כי מדובר ב"שימוש מסחרי"- הגם שאין צורך להוכיח כי מדובר בשימוש מסחרי דווקא, הרי עצם העובדה שהמשיבות בערר (העירייה והחברה הכלכלית), חסכו הוצאה, שנדרשה מהן על מנת לאפשר חניה לבאי הקנטרי קלאב העירוני, משמעה כי הפיקו רווח כלכלי מהוצאת הצו.

**46.** 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** (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 האיזור.

**47.** גם ההיתלות במבני ציבור כלשהם, המצויים בסמוך לאותו איזור, במרחק לא ברור מן הקאנטרי קלאב,

איננה במקומה, כאשר אין מחלוקת שעד הוצאת הצו נעשה שימוש במגרש לצורך חניה לבאי קאנטרי קלאב וגם בעת ניהול המשא ומתן עם החברה הכלכלית, יעוד החניה היה עבור מבנה זה. לצד זאת, אין כל אינדיקציה כי המגרש היה דרוש לציבור למטרה אחרת. לכן, גם אם צודקת המשיבה בטענתה, כי החוק איננו דורש קיומה של "מצוקת חניה" דווקא, אחד התנאים הנדרשים הוא שהמגרש "דרוש לציבור" כשהוא ריק, ותנאי זה לא הוכח.

**48.** בהקשר זה יש לומר, כי בית המשפט קמא בחן את השאלה האם ישנה מצוקת חניה באזור, אולם לא ברור כלל מה נפקות הוצאת הצו לשם פתרון מצוקה זו, שעה שהמגרש שימש בפועל, בטרם הוצאת הצו, למטרות חניה.

**49.** גם אם ניתן היה לקבוע כי קיימת מצוקת חניה באזור, ספק בעיני, האם מדובר במגרש הדרוש **"לציבור"**, במצב דברים שבו הנהנים היחידים, (לפי התרשמותי מן החומר שהוצג בפני בית המשפט), הינם באי הקאנטרי קלאב, המנוהל על ידי החברה הכלכלית ו/או העירייה. על כל פנים סוגיה זו לא זכתה כאמור, לדיון ולשיקול דעת, בטרם הוצא הצו.

**50.** נוכח כל המפורט לעיל, לא שוכנעתי כי הוצאת הצו מקיימת את תכלית החוק ומבטאת את האיזון הראוי המתבקש מהוראותיו, וזאת גם בהתחשב בהיקף הפגיעה המצומצם, לכאורה, בזכויות המערער כבעל הקרקע. כפי שניתן לראות, המערער היה בעיצומו של משא ומתן עם החברה הכלכלית אודות תנאי השימוש במגרש. לכך הייתה המשיבה מודעת עוד בטרם נתקבלה ההחלטה ובית המשפט קמא אימץ את עמדתו, כי יש להניח שהיה משכיר את המגרש למי מן המשיבות, אלמלא הוצא הצו, כך שבהוצאת הצו נקטע השימוש שנעשה במגרש ונפגעו זכויות המערער, מבלי שהוכחה מנגד תועלת ממשית לציבור, זאת בפרט כאשר מדובר במגרש ששימש, ממילא לצורך חניה.

**51.** כפי שנקבע בפסק דין כפר גלים, יש לפרש את החוק בצמצום, בקפידה, ועל דרך שמירת קניינו של הפרט:

**"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" (סעיף 4 לפסק הדין).**

פרשנות כזו מביאה למסקנה כי דין הערעור להתקבל על ידי ביטולו של הצו - וכך אני מורה.

**המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.**

**ניתן היום, ה' אלול תשע"ו, 08 ספטמבר 2016, בהעדר הצדדים.**