

**עמותת בר קיימא לתרבות אמנות מוסיקה ושלום**

ע"ר 580450898

ע"י ב"כ עו"ד יוסי חביליו ו/או ב.קאופמן

מרח' הסורג 1 ירושלים 9414501

טל': 02-5334672; פקס: 02-5618506

**המערערות**

**נגד**

**עיריית ירושלים**

ע"י ב"כ עו"ד א. בר-עם ו/או עו"ד טל יקר

מרח' בן גוריון 1, בני ברק 5252141

טל': 03-5237942; פקס: 03-5221218

**המשיבה**

**הודעת ערעור מתוקנת ומקוצרת ובקשה להארכת אורך הודעת הערעור לתשעה עמודים**

בהתאם להחלטת כבוד השופט דראל להלן הודעת ערעור מתוקנת ומקוצרת על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים מפי כבוד השופט אמיר דהאן בת.א. 17-06-16739 עיריית ירושלים נ' עמותת בר קיימא לתרבות אמנות מוסיקה ושלום מיום 30.8.2018 (להלן: "פסק הדין")

העתק פסק הדין צורף להודעת הערעור המקורית וסומן א' והמערערת מפנה אליו.

על מנת לא להכביד על בית המשפט הרי הנספחים שצורפו להודעת הערעור המקורית רלוונטיים גם להודעת ערעור זו והמערערת מפנה את בית המשפט אליהם.

לאחר כל המאמצים הצליחה המערערת להקטין את הודעת הערעור לתשעה עמודים בלבד (במקום 30) ובית המשפט מתבקש לקבל את בקשת המערערת לתוספת של שני עמודים בלבד מעבר לשבעה שנקבעו.

בא כוח המערערת מודיע לבית המשפט כי בשל היבחרו לחבר מועצת עיריית ירושלים, לא יוכל להמשיך לייצג את המערערת בתיק זה.

בשל דחיפות הנושא, עקב החלטת בית המשפט, שקבע כי אם לא תוגש הודעת ערעור מתוקנת יימחק הערעור, מוגשת הודעת הערעור המתוקנת על ידי עורכת הדין בתיה קאופמן, כאשר בהמשך תבחן המערערת את נושא הייצוג שלה.

## כללי:

1. ביום 7.6.17 הוגשה לבית המשפט קמא תביעה לפינוי ולסילוק יד בסדר דין מקוצר כנגד הנתבעת (להלן גם: "המערערת" ו/או "גלריה ברבור" ו/או "הגלריה" ו/או "ברבור") ממבנה ברחוב שיריזלי 6 בנחלאות ירושלים (להלן: "המבנה" או "המקרקעין"). אין מחלוקת כי הגלריה קיבלה את החזקה במבנה מעיריית ירושלים ומחזיקה בו כדין משנת 2005.
  2. המערערות הגישה בקשת רשות להתגונן, במספר טענות, כאשר לשיטתה כל אחת מהן מבססת הגנה טובה כנגד התביעה. הבקשה לרשות להגן מטעם המערערות התקבלה במלואה וללא תנאי וניתנה לה רשות להגן בכל הטענות כפי שיפורט להלן.
  3. לאחר שניתנה רשות להתגונן ואף נקבעו מועדים להגשת תצהירים מטעם הצדדים, הוחלף המותב בתיק ונקבע קדם משפט. במסגרת קדם המשפט הדהים בית המשפט את הצדדים כאשר הודיע כי יש בכוונתו לעשות שימוש בסמכותו על פי תקנה 143(9) לתקנות סדר הדין האזרחי, כלומר ליתן פסק דין של פינוי ללא שמיעת הראיות. בית המשפט אפשר לנתבעת להגיב על כוונה זו.
  4. לאחר שהמערערות הגיבה התקיים דיון אשר בסופו – ומבלי שנשמעו ראיות הצדדים נעשה שימוש באותה תקנה וניתן פסק הדין המקבל את התביעה ומורה על פינוי הגלריה מהמבנה.
  5. המערערות טען כי שגה בית המשפט קמא מספר שגיאות עובדתיות ומשפטיות משמעותיות ולכן יש לקבל את הערעור, לבטל את פסק הדין ולהשיב את התיק לבית משפט השלום על מנת שישמעו הראיות בתיק. לחילופין טען המערערות כי בנסיבות העניין ולאור קביעת בית המשפט קמא כי הסיבה האמיתית לדרישה לפינוי הנכס הינה הרצאות שנויות במחלוקת שנשמעו בו, ייתכן וניתן במסגרת הערעור לדחות את התביעה כולה.
- נימוקי הערעור בתמצית:**
6. במסגרת הבקשה לרשות להתגונן נטען כי נערך בשנת 2015 הסכם בין הגלריה לבין עיריית ירושלים לפיו הגלריה תמשיך ותשהה בנכס למשך 10 שנים. בית המשפט נתן רשות להגן בטענה זו.
  7. בית המשפט קמא לא התייחס לטענה זו אלא קבע כי הנתבעת טוענת כי על התובעת לאפשר לה ללא מגבלת זמן את הפעילות בנכס, בית המשפט קבע כי לא ניתן לקבל טענה שכזו וכי זכותו של בעל המקרקעין לפנות ברשות בכל עת.
  8. המערערות טען כי אם אכן נערך הסכם בין הצדדים לפיו תמשיך הגלריה לעשות שימוש בנכס במשך 10 שנים – הרי הדבר מהווה הגנה מצוינת נגד התביעה. בכל מקרה, כאשר ניתנה רשות להגן בטענה זו בית המשפט אינו יכול לדחות את הטענה ללא שמיעת ראיות.
  9. במסגרת הבקשה לרשות להגן טענה המערערות כי ראש עיריית ירושלים מר ניר ברקת וכן סגנו מר עופר ברקוביץ התחייבו באופן רשמי ופומבי ובכתב, כי הגלריה תמשיך לפעול בנכס, ואף ניתנה בעניין הודעה רשמית של דוברות העירייה – לשיטת המערערים מדובר בהבטחה שלטונית מחייבת שככל שניתנה, היא מהווה הגנה מצוינת כנגד התביעה והעירייה אינה יכולה להפר הבטחה זו.
  10. המערערות טען כי באם אכן ניתנה התחייבות שלטונית כי הגלריה תמשיך לפעול בנכס הרי הדבר מהווה הגנה מצוינת כנגד התביעה בכל מקרה, משניתנה רשות להגן בטענה זו – על בית המשפט היה לשמוע ראיות בטענה זו.
  11. ניתן לומר כי מקריאת פסק הדין עולה כי הנימוק המרכזי מאחורי פסק הדין הינו כי בעל מקרקעין יכול לדרוש סילוק יד של משתמש ברשות בכל עת, המערערות טען כי נימוק זה אינו נכון – וכי האפשרות לסילוק יד ביזמת בעלי המקרקעין אינה מוחלטת וכי כאשר נערך הסכם בין הצדדים או התחייבות של בעלי המקרקעין שלא לפנות – לא יתכן כי לא תהיה לו כל מגבלה בפינוי הנכס. בית המשפט קמא לא נדרש לסוגיות אלה כלל וכלל.

12. הטענה המרכזית בבקשה לרשות להגן היתה כי הסיבה האמיתית לדרישת הפינוי הינה הרצאות שנויות במחלוקת פוליטית (לא מפלגתית) שנשמעו בגלריה - באופן ספציפי הרצאה של ארגון שוברים שתיקה.
13. המערערת טענה בפני בית המשפט קמא כי על פי פסיקה ברורה ומפורשת של בית המשפט העליון וכן חוות דעת ברורות ומפורשות של היועץ המשפטי לממשלה, רשות מקומית אינה רשאית לאסור על פעילות כזו גם בנכס השייך לה וכי קיום פעילות כזו אינה יכולה להיות עילה לפינוי נכס מקרקעין שניתנה בו רשות שימוש כדין על ידי רשות מקומית. המערערת טענה כי בנסיבות אלו התלטת הרשות נגועה בשיקולים זרים, אינה סבירה ואינה כדין וכי די בכך כדי לדחות את התביעה. כפי שפורט לעיל גם בטענה זו ניתנה רשות להגן.
14. בית המשפט קמא קיבל עובדתית את הטענה כי הסיבה האמיתית לביטול רשות השימוש ולדרישת הפינוי היתה אותן הרצאות שנויות במחלוקת שנערכו בנכס – ולא הסיבה או הסיבות שהוצגו על ידי העירייה.
15. במצב זה טוענת המערערת כי יש לה הגנה מצוינת כנגד התביעה וכי על פי פסיקת בית המשפט העליון והנחיות היועץ המשפטי לממשלה היה על בית המשפט לדחות את התביעה כולה ובוודאי שלא לקבל את התביעה וליתן פסייד המורה על פינוי הנכס טרם שמיעת הראיות.
16. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי הדברים אינם רלבנטיים לתביעת פינוי כי לבית המשפט אין סמכות לדון בטענות אלה וכי הזירה המתאימה היא בית המשפט לעניינים מינהליים בלבד בתקיפה ישירה.
17. טענה נוספת במסגרת הבקשה לרשות להגן היתה כי לא נערך שימוע כדין לגלריה טרם ההחלטה על ביטול רשות השימוש ו/או הפינוי בעיקר כאשר הדבר נעשה בניגוד להסכם ובניגוד להבטחה השלטונית, גם בטענה זו התקבלה רשות להגן.
18. בית המשפט קמא לא התייחס גם לטענה זו בפסק דינו, למעט האמירה כי כל טענה בהתייחס למעשה המינהלי לא תשמע במסגרת תביעת פינוי בעילה קניינית.
19. המערערת תטען כי בקביעותיו אלו שגה בית המשפט קמא טעות משפטית מהותית שכן על פי הדין במדינת ישראל ועל פי פסיקה מפורשת של בית המשפט העליון אליה הפנתה המערערת את בית המשפט קמא - כאשר מוגשת תביעה של רשות כנגד גוף או אגודה הוא יכול במסגרת הגנתו כנגד התביעה להעלות גם טענות המתייחסות למעשה המינהלי – כלומר לתקוף אותו "תקיפה עקיפה".
20. המערערת תטען כי די בטעות משפטית קשה זו של בית המשפט קמא כדי להביא לקבלת הערעור ללא צל של ספק.
21. המערערת תוסיף ותטען כי השיקולים במתן פסק דין בקדם משפט ללא שמיעת ראיות אמורים להיות דומים לשיקולים בבקשה לרשות להגן – והם השאלה האם קיימת הגנה לכאורה ולו בדוחק מפני התביעה.
22. המערערת תטען כי כאשר ניתנה רשות בלתי מותנית להתגונן – מתן פסק דין בקדם משפט ללא שמיעת הראיות מהווה למעשה קבלת ערעור על ההחלטה לרשות להתגונן – כאשר ערעור כזה לא הוגש ולא יכול היה להיות מוגש. המערערת תטען כי לבית המשפט אין סמכות לעשות זאת וכי לחילופין עליו לעשות שימוש במשורה בסמכות זו שיש עמה פגיעה בזכות הטיעון וביומו של אדם בבית המשפט – שהן זכויות חוקתיות מוגנות. בכל מקרה מבחינת מראית הצדק ואמון הציבור בבתי המשפט התוצאה המתקבלת הינה תוצאה חמורה ביותר לנוכח הטענה שמדובר בהחלטה שהתקבלה על ידי הרשות בשל שיקולים פוליטיים זרים.

23. המערערת תשוב ותבהיר דבר זה, במקרה הנדון שופטת בתיק קבעה בהחלטה פורמלית ומפורטת כי לכאורה קיימת הגנה טובה בפני התביעה בכל אחת מהטענות שנטענו בבקשה לרשות להגן והתיק נקבע לשמיעת ראיות. נבהיר כי מדובר בארבע טענות נפרדות לפחות אשר קבלת כל אחת מהן צריכה היתה להוביל כשלעצמה לדחיית התביעה. התיק עובר למותב אחר באותה ערכאה ומותב זה קובע ללא שמיעת ראיות, וללא שהתווספה כל נסיבה חדשה או אף בקשה מטעם התובעת, כי אין בטענות אלה משום הגנה לכאורה כלשהי וכי בשלו התנאים למתן פסק דין של פינוי באופן מידי

24. מעבר לשאלה האם מוסמך בית המשפט לעשות כן, והמערערת טוענת שלא, שכן מדובר במעשה בקבלת ערעור על החלטת השופטת על מתן רשות להגן. עולה התהייה מה יחשוב האדם הסביר ומה יהא האמון שלו במערכת המשפט, בעיקר במקרה הנדון בו מדובר על נושא שנוי במחלוקת פוליטית ובו אין מחלוקת כי שרת התרבות והספורט וראש עיריית ירושלים הודיעו כי יפעלו לפינוי הגלריה.

25. המערערת טוען כי בתיק הנדון עולה סוגיה של חופש הביטוי שהיא זכות יסוד במדינת ישראל, ובאופן ספציפי האפשרות או הרצון של הרשות (לענייננו עיריית ירושלים) למנוע השמעת זעות שנויות במחלוקת פוליטית בשטחים ציבוריים. בית המשפט קמא בוחר במתכוון להתעלם מנושא זה למרות שעובדתית הוא מקבל את טענת המערערת – בנימוק שהדבר אינו בסמכותו. המערערת טוען כי בכך שגה בית המשפט טעות משפטית בסיסית ומהותית.

26. לאור כל האמור טוען המערערת כי אין ספק כי יש לקבל את הערעור. לנחותות בית המשפט מצ"ב הבקשה לרשות להתגונן שהוגשה ואליה מצורפים כל הנספחים – מסומנת נספח ב'

#### פירוט הנימוקים המשפטיים לטענות הערעור:

#### בין המערערת לבין העירייה נכרת הסכם לפיו תמשיך הגלרייה לפעול בנכס:

27. כאמור המערערת טענה כי בשנת 2015 נערך הסכם בין הגלרייה לבין עיריית ירושלים לפיו הגלרייה תמשיך לפעול במקומה הנוכחי כעשר שנים.

28. בית המשפט קמא קובע כי: "בכל המסמכים והטענות אשר עלו בפני בית המשפט לא נטען כי הרשות במקרקעין במקרה זה ניתנה לזמן קצוב, מדויק ומסוים שמועדו לאחר הגשת התביעה. נהפוך הוא אף בדיון שנטענו בעל פה מסגרות זמן מעורפלות ולא סופיות הן בפרוטוקול והן בכתבי הטענות ומסמך כתוב אין. רק טענה בעלמא כי נאמר על ידי אנשים בעלי השפעה שהגלרייה יכולה להישאר. לא נטענה כי הרשות ניתנה לנצח, ואין לעלות על הדעת כי תינתן שירות בלתי הדירה לעמותה שעושה שימוש בנכס מקרקעין ציבורי". לאור זאת קובע בית המשפט כי העירייה יכולה לפנות את הגלרייה בכל עת. בית המשפט מסתמך על מאמרה של נינה זלצמן "רישיון במקרקעין".

29. קביעות אלו של בית המשפט פשוט אינן נכונות, במסגרת הבקשה לרשות להגן נטען במפורש כי בשנת 2015 סוכם בין הגלרייה לבין עיריית ירושלים שהגלרייה תוכל להמשיך לפעול במקום לתקופה של עשר שנים, ולצורך זאת אף יערך בגלרייה שיפוץ על ידי העירייה. ראה למשל: סעיפים 13 עד 17 לבקשה לרשות להגן, וכן סעיפים 23,24 לתצהיר הגברת מאשה זוסמן. צורפו אף מסמכים בכתב והם חלופת מיילים שנערכה עם מר. יוסי שרעבי מנהל מנהל תרבות, חברה ופנאי, אז בעיריית ירושלים ועם גורמים נוספים בעירייה.

30. מעבר לכך כאמור, המערערת קיבלה רשות להתגונן בטענה זאת.

31. כלומר, הקביעה של בית המשפט שטענות כאלה לא נטענו אינה נכונה, בית המשפט גם לא יכול מבחינה משפטית, לאחר שנתקבלה רשות להתגונן לדחות את הטענות האלה ללא שנשמעו ראיות.

32. בנסיבות אלו הסתמכות בית המשפט על מאמרה של נינה זלצמן אינה רלוונטית ואינה נכונה. נינה זלצמן אינה מתייחסת למקרה בו קיים הסכם בין בעל הנכס למשתמש, שאז יש כמובן לפעול על פי ההסכם.

33. עוד תטען המערערת כי בית המשפט קמא הסתמך על מאמרה של המלומדת נינה זלצמן אולם באותו מאמר עצמו נקבע אף: "בר רשות" במקרקעין משמעו היתר או רשות שנתן בעל המקרקעין לאחר, להחזיק או להשתמש בנכס. יכול ותהא מעוגנת בחוזה שנקשר בין הצדדים... או תלמד משתיקתו ואי-מתאתו להחזקה או לשימוש שעושה אחר בנכס " במהלך השנים התגבשה ההלכה במשפט הישראלי המבוססת על דיני היושר ועקרון תום הלב, לפיהם יבחן בית המשפט את טיבה של מערכת היחסים בהתאם לשיקולי צדק ויימנע מפינוי בר רשות במקרקעין, כאשר הצדק מחייב השארתו בנכס.

34. עוד נקבע בע"א 515/76 לוי נ' ויימן, פ"ד לא(2), 127, 132-134 (1977) יתכנו גם מקרים חריגים, בהם רישיון שלא ניתן בתמורה יוכר כרישיון אשר לא ניתן לביטול בכל עת. יש לבחון כל מקרה ומקרה לאור נסיבות העניין האם הצדק מחייב את המשך קיומו של הרישיון.

35. ועוד נקבע בע"א (מרכז) 14713-11-08 קאפי נ' מנהל מקרקעי ישראל: "רישיון במקרקעין יכול שינתן על פי חוזה בין הצדדים או מכללא... נסיבות המקרה שבמסגרתן נלמדת הסכמתו בשתיקה של בעל המקרקעין, עשויות למנוע את בעל המקרקעין מכוחו של דין ההשתק, או עקרון תום הלב, מלהביא את הרשות לסיומה באורח חד צדדי ומידי... ביטול הרישיון יכול שיותנה בתנאים שונים, מטעמי צדק, ולעתים יקבע בית המשפט כי הוא אינו ניתן לביטול... המסקנה לפיה דורש הצדק את קיום החוזה, צריכה להתבסס על נסיבותיו של כל עניין ועניין, ועל כן יש לבדוק את העובדות כדי ללמוד ולהסיק מהן אם אכן זו המסקנה המתבקשת. ..."

36. במקרה הנדון נטען כי אין מדובר בהסכם מכללא, אלא בהסכם מפורש ולכן לא נטען לבטל את רשות השימוש במקרקעין בכל עת, נציין כי גם לגבי הסכם מכללא מסייגים בית המשפט והמלומדת נינה זלצמן את האפשרות לפינוי חד צדדי בכל עת.

#### ניתנה על ידי העירייה הבטחה שלטונית לפיה הגלריה תמשיך לפעול בנכס:

37. הטענה השנייה של הגלריה הייתה כי ניתנה לה הבטחה שלטונית, לפיה תוכל להמשיך לפעול בנכס.

38. בית המשפט מתייחס לטענה זאת בקיצור נמרץ וקובע כי כל מה שיש הינה: "רק טענה בעלמא כי נאמר על ידי אנשים רבי השפעה כי הגלריה יכולה להישאר", ועוד הוא מציין בהקשר זה: " מסמך כתוב אין"

39. גם בעניין זה טעה בית המשפט טעויות עובדתיות וטעויות משפטיות בסיסיות.

40. ראשית נטען באופן מפורש כי גם ראש העירייה, מר. ניר ברקת, גם סגן ראש העירייה, עופר ברקוביץ, וגם עיריית ירושלים עצמה הודיעו במפורש כי הגלריה תישאר במקומה ותמשיך לפעול בנכס.

41. בניגוד לקביעת בית המשפט גם הוצגו מסמכים בכתב לרבות הודעות בדף הפייסבוק של ראש העירייה, מר ניר ברקת, של סגנו ומחזיק תיק התרבות מר עופר ברקוביץ, ולרבות הודעה רשמית בכתב של דובר העירייה. ראה סעיפים 18 עד 22 לבקשה לרשות להתגונן, ו 31 עד 39 לתצהיר גברת זוסמן.

42. יצוין גם כי הבטחות אלו לא ניתנו בעלמא, אלא לאחר דיון שהתקיים בנושא במועצת עיריית ירושלים.

43. יודגש כי גם בעניין זה של ההתחייבות וההבטחה השלטונית ניתנה רשות להגן על ידי כבי' השופטת אייכנשטיין שמלה.

44. אנו טוענים כי ראש העירייה, מוסמך גם מוסמך ליתן התחייבות לפיה לא תבוטל הרשות להחזיק במקרקעין וכי התחייבותו מחייבת את העירייה. כך גם התחייבות סגן ראש העירייה ומחזיק תיק התרבות, וכך גם הודעת דובר העירייה. אין מדובר בטענה בעלמא. אולם, גם אם יטען כי ראש העירייה אינו מוסמך לעשות כן, הרי גם אז עומדת למערערת הטענה של הבטחה שלטונית ובוודאי יש לשמוע ראיות בעניין ולהבין את נסיבות מתן ההתחייבות וההסתמכות עליה.

45. המערערת תפנה לפסק דין שניתן בעניין עיריית ירושלים, ע"א 6705/04 בית הרכב נ' עיריית ירושלים (להלן: "פסק דין בית הרכב"), באותה פרשה נטען כי נערך הסכם בין חברת בית הרכב לעירייה על השבת כספים, העירייה טענה כי מי שהתחייב בהסכם לא היה מוסמך לעשות כן. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה אולם בית המשפט העליון קיבל את הערעור וחייב את העירייה בהשבה חלקית. העולה מפסק הדין הוא, שגם שההבטחה השלטונית לא ניתנה על ידי הגורם המוסמך הרי פעמים רבות יש לכבדה. לאור זאת משנטען כי ניתנה הבטחה שלטונית על ידי ראש העירייה וניתנה רשות להגן בעניין זה, בוודאי היה מקום לשמוע ראיות בעניין כפי שקבעה השופטת אייכנשטיין שמלה באופן ברור ומפורש ולא להסתפק בקביעה שלא נערך נוהל הקצאות.

46. בית המשפט מפי כבוד השופטת נאור ניתח את הסוגיה הן במישור דיני החוזים והן במישור הדין המינהלי. במישור דיני החוזים "סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) מאפשר לצד לחוזה להתכחש מטעמים פורמליסטיים-צורניים להתחייבות חוזית שנטל על עצמו, אם צורה מסוימת היא תנאי לתוקפו של החוזה על פי חוק (גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 379 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים). סעיף 203 לפקודת העיריות כולל לענייננו דרישת צורה מסוימת..."

47. וממשיך ואומר בית המשפט באותה פרשה: "מסקנתנו, לפיה סעיף 203 אינו מחייב בטלות מוחלטת, מעוגנת גם במסלול המינהלי. כשם שהמסלול החוזי משקף בטלות יחסית של החוזה המינהלי דרך הפעלת סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים, כך גם המסלול המינהלי משקף בטלות יחסית של החוזה המינהלי דרך הפעלת דוקטרינת הבטלות היחסית, ולכך אתייחס בהמשך. החלת דוקטרינת הדואליות הנורמטיבית על החוזה המינהלי, בפן המינהלי שלה, עשויה להביא לאותה תוצאה. הדינים הולכים יד ביד, אף שהדרך שונה, התוצאה היא אחת. הטעם לכך הוא ששתי מערכות הדינים מטרתן אחת והיא, להביא לצדק."

48. ועוד נאמר שם: "במקרים מסוימים, כבמקרה שלפנינו, תוצאת הבטלות היחסית במשפט המינהלי באה להגן גם על הזכות האישית של המתקשר עם העיריה: "גם במשפט הציבורי יכולים להיות מקרים שבהם עקרון הבטלות היחסית יופעל לשם הגנה על אינטרסים של גורם פרטי, אך זה אינו המקרה הטיפוסי. הפעלה כזו של העיקרון היא אפשרית במצבים שבהם הרשות נוטלת על עצמה התחייבות (חוזית או אחרת) כלפי צד פרטי, והתחייבות זו היא פגומה, אף בשל חוסר סמכות" (דפנה ברק הבטלות היחסית 315, ה"ש 125; והשוו טמיר אכיפה סלקטיבית, 349-348). ועוד נאמר במפורש על ידי כבוד השופטת ארבל באותה פרשה:

"אני רואה תשיבות עליונה למנוע אפשרות שהעירייה כרשות מנהלית תעשה שימוש בסעיף 203 לפקודת העיריות באופן המקנה לה חומת מגן, מעין חסינות מפני הצורך לשקול את התנהגותה ולכלכל את צעדיה על-ידי שיינתן לה פטור מוחלט מחובת ההשבה. הפיתרון של השבה חלקית נראה לי נכון וראוי בנסיבות המקרה..."

לא ניתן לבטל את רשות השימוש בגין הרצאות שניות במחלוקת שנשמעו בנכס בנוסף, לא נערך שימוש כדין למערערת טרם ההחלטה על ביטול רשות השימוש – אלו טענות מינהליות טובות היפות גם להתגוננות בתביעת פינוי קניינית :

49. הטענה המרכזית של המערערת היתה כי הסיבה לביטול רשות השימוש ולהגשת תביעת הפינוי היא הרצאה של "שוברים שתיקה" שהתנהלה במקום – וכי על פי פסיקת בית המשפט העליון אין הדבר יכול להוות עילת פינוי. טענה נוספת הייתה כי לא נערך לנתבעת שימוע כדין לפני ההחלטה על ביטול רשות השימוש וגם דבר זה פוסל את ההחלטה.

50. המערערת תפנה את בית המשפט לפסק הדין המנחה בע"מ 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה האזורית משגב (פורסם בנבו), לפסיקה נוספת בעניין החשיבות של חופש הביטוי כפי שפורטה במסגרת הבקשה לרשות להגן, לחוות הדעת של המשנות ליועץ המשפטי לממשלה, דינה זילבר ואורית קורן, ולמכתב דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מיום ה-5.6.2017. המסמכים צורפו לבקשה לרשות להגן.
51. בית המשפט קמא קבע עובדתית כי אכן סיבת הפינוי היתה אותה הרצאה שנויה במחלוקת, ולכן אין לנו צורך להתייחס לנושא העובדתי.
52. הנה כי כן אנו רואים כי בית המשפט מקבל את הטענה כי הסיבה האמיתית לביטול רשות השימוש ותביעת הפינוי הינה הרצאות שנויות במחלוקת, על פי פסיקת בית המשפט העליון וכן חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה. לא ניתן במצב כזה לבטל את רשות השימוש או לפנות את הגלריה, ולכן למעשה המסקנה היחידה האפשרית הינה כי יש לדחות את התביעה.
53. יש לדחות את התביעה גם מן הסיבה כי לא נערך לגלריה שימוע כדין, לפני ההחלטה על ביטול רשות השימוש. בעניין זה תפנה המערערת ל בגץ 3379/03 אביבה מוסטקי ואח' נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865 (2004); עא 3678/13 פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף (2014); בגץ 7289/11 קרייזי וואו בולו בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר (פורסם בנבו, 9.5.2013).
54. למרות טענות הגנה מצוינות אלו המחייבות את דחיית תביעת הפינוי, ולמרות שלא נשמעו ראיות, נתן בית המשפט פסק דין של פינוי מן הטעם כי אין מקום לדון בתביעה קניינית בטענות אלו, ומן הדין לעלות אותם בתקיפה ישירה בהליך המתאים.
55. המערערת טוען כי על פי פסיקה ברורה ומפורשת, בתביעה של רשות כנגד אזרח או גוף, רשאים אותם אזרחים או גופים לעלות גם טענות במישור המנהלי כנגד המעשה המנהלי המהוות תקיפה עקיפה.
56. המערערת טוען כי הספק לעניין תקיפה ישירה או עקיפה עולה כאשר מוגשת תביעה אזרחית כנגד העירייה, ונטענת בה טענה מנהלית, שאז ניתן היה לומר שעל התובע היה לבצע תקיפה ישירה. הספק אינו עולה כאשר הטענה המינהלית הינה טענת הגנה. במקרה הנדון מי שיזם את ההליך הינה עיריית ירושלים והנתבעת היא הנאלצת להתגונן. במצב זה יכולה הנתבעת להעלות כל טענת הגנה שתבחר ולא נבחנת שאלת סמכות עניינית לדון בטענות הגנה. בעניין זה תפורט להלן פסיקה ענפה.
57. עוד טענה המערערת במקרה שלנו לטענת הנתבעת פעולת העירייה הינה בטלה מעיקרה.
58. עוד טענה המערערת כי במהלך הדיון בתיק פנתה עיריית ירושלים לבית המשפט בבקשות לצווי מניעה בגין קיום אירועים שנויים במחלוקת לטענתה בנכס. במסגרת בקשות אלה העלתה העירייה "טענות מנהליות" על כך שאסור לקיים בנכס עירוני אירועים מסוג זה. ברור כי במצב שכזה בו העירייה עצמה מעלה טענות כאלה בערכאה שבה היא מנועה מלהעלות טענת השתק כלפי הנתבעת. קבלת טענת התובעת תיצור מצב אבסורדי ואינו מתקבל על הדעת לפיו התובעת תוכל במסגרת ההליך האזרחי שיזמה להעלות טענות מנהליות ואילו הנתבעת לא תוכל לעשות כן.
59. פסיקה ענפה מהבהירה כי פעילות הרשות המינהלית כפופה לדין המינהלי אף בפועלה במסגרת הליכים אזרחיים או אחרים. אמור מעתה הכרעה אינסידנטלית בעניינים מנהליים דרושה גם דרושה בעת ביסוס טיעון אזרחי על ידי הרשות המינהלית.
60. באשר לתקיפה עקיפה וישירה בזירה המינהלית נעשית האבחנה – כפי שנקבע בפסיקה ענפה זה מכבר – על פי מבחן הסעד. בבחינה זו התובע הוא אשר מבקש את הסעד ומשרטט את גדרי ההליך ומכאן פונה לערכאה לה סמכות עניינית, אולם שאלה זו כמעט ואינה מתעוררת כאשר הנתבעת היא זו המעלה הגנה אשר יש לה ממשק לעניינים מנהליים שהרי אין היא זו שטבעה את גדרי הסמכות.
61. למעלה מן הדרוש טוען הנתבעת כי פסיקה ענפה מבססת את הסמכות לדון בהליך אזרחי במסגרת הסמכות הנגררת גם בתקיפה של המעשה המינהלי. ראשית נקבע ברע"א 6590/05 עיריית אשדוד נ'

שמעון צרפתי בע"מ כי תביעה כספית יחידה לה הוסמך בית המשפט לעניינים מינהליים היא זו הנובעת ממכרז- ומכלל הן אתה למד לאו.

62. ברע"א 7987/10 מדינת ישראל משרד החינוך נ"י עמותת מוסדות חזון ישעיה נפסק כי על בתי המשפט לבחון היטב תביעות בהן מתבקש סעד כספי ואשר בגדרן משיג התובע על ההחלטה המינהלית – הסמכות לדון בתובענה במהותה נתונה לערכאה האזרחית כאשר נתבע סעד כספי אשר לערכאה המינהלית אין סמכות להעניקו.

63. בפרשת ע"א (י-ם) 870/09 פראות חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע"מ נ"י יעקב שאול נקבע כי סכסוך בין הפרט לבין הרשות בשאלה האם יש לו זכויות מכח זכויות הדייר הוא עניין מינהלי עלפי סעיף 19א לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים – בהליך זה מבחין בית המשפט ואומר: "לטעמי אין מדובר בשאלה של סמכות עניינית במובנו המקובל של מונח זה (שהוא מונח המתייחס בדרך כלל לסמכות בית המשפט לדון בתביעה ולא לסמכות לדון בטענות הגנה) אלא בשאלה של היקף זכותו של בעל דין לטעון טענות כשזכות זו יכולה להיות מוגבלת מכח עקרונות משפטיים שונים כמו כללי מעשה בית דין או מכח הוראות דין הקובעות כי מחלוקת מסוימת תתברר לפני ערכאה מסוימת ורק לפניו" – ואין זה המקרה בענייננו.

64. בתא (שלום – אש) 578/07 אלופר נ"י עמיגור נקבע כי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים מגדיר רק את דרך התקיפה הישירה אך לא מונע אפשרות של העלאת טענות בדרך עקיפה.

65. עוד נקבע בפרשת פראות האמורה:

"כלל מקובל במשפט המינהלי הישראלי הוא שניתן לתקוף החלטה מינהלית בתקיפה ישירה בבג"צ או בתקיפה עקיפה במסגרת הליכים אזרחיים או פליליים, כלל זה חל גם על החלטות שחוק בתי משפט לעניינים מינהליים קבע כי דרך ההשגה עליהן היא תקיפתן התקיפה ישירה תהיה בפני בתי משפט אלו ולא בפני בג"צ. בית המשפט העליון פסק כי בחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים קובע את דרך התקיפה הישירה אך לא בא להגביל את אפשרות התקיפה העקיפה. המבחן בדבר סמכות הערכאה האזרחית לדון בטענות מינהליות יהיה מבחן הסעד כלומר האם הסעד המבוקש הוא בסמכות בית המשפט האזרחי להכריע נדרשת הכרעה בגרדא שבדב תקפה של ההחלטה (רע"א 4879/05 עיריית חדרה נ"י חגג אמריקה ישראל בע"מ וכן רעא 7852/05 חברת פרטנר תקשורת נגד מדינת ישראל).

בתא - 59807-07-14 מ.א דרום השרון נ"י יחזקאל ואחי פרשה של תביעה לסכום קצוב אומר בית המשפט: "השאלה שלפנינו הינה בסכומו של דבר שאלת האפשרות לתקוף החלטה מינהלית הנתונה לתקיפה ישירה בבית המשפט לעניינים מינהליים דרך של תקיפה עקיפה במסגרת הליך המתנהל בבית משפט אזרחי... בהערת אגב יצויין כי ניתן אף להעלות את הטענה שכלל אין מדובר בשאלה של סמכות עניינית במובנו המקובל של מונח זה המתייחס בדרך כלל לסמכות בית המשפט לדון בתביעה ולא לסמכות לדן בטענות הגנה"

ונאמר שם כי:

"תכליתו של בימ"ש לעניינים מינהליים לא היתה הקמת ערכאה דיונית שתפקידה לקבוע ממצאים עובדתיים בסכסוכים שבין הפרט לרשות המינהלית... בהמצא סעד חלופי בדמות דיון בבית המשפט האזרחי הרגיל יש לבכר פתרון זה"

באותה פרשה נקבע כי חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים נועד להסדיר חלוקת תפקידים בין בג"צ לבתי הדין המינהליים ולא להגביל את סמכות בתי המשפט האזרחיים לדון במסגרת תקיפה עקיפה בטענות כנגד החלטות מינהליות ונאמר שם:

"... משום כך מוסמך ביהמ"ש לדון בתביעה יצויין כי לו היתה התוצאה כעמדת המשיבים הרי שמשמעות הדבר הינה כי למעשה במקרים כגון המקרה דנן לא יוכלו המבקשים להעלות

טענות הגנה כלל ועליהן להתגונן במסגרת נקיטת הליך נפרד בעתירה מינהלית – סבורני כי

הן מן הטעם הענייני והן מטעמי יעילות הדיון והסופיות התוצאה אין לו מקום...”

66. בנסיבות בהן על פי הדין הישראלי ובכללו פסיקות בג"צ אשר פורטה בבקשה וחוות דעת היועמ"ש פעולת העירייה נובעת ממניע פוליטי כאמור ומהווה פעולתה התערבות בלתי חוקית בחופש הביטוי, הרי מדובר בשיקול זר בהחלטת הרשות המצדיק לראות בהחלטה כבטלה מדעיקרא.

67. לאור כל האמור אין ספק כי שגה בית המשפט קמא בעניין זה ויש לקבל את הערעור.

שגה בית הדין משפרש את הוראת זרז הדיון כפחות דלת לסיום התיק ללא שמיעת הראיות:

68. בשורה 23 עמ' 61 לפסק הדין קובע בית המשפט: "בית המשפט המחוזי נדרש להליכי ערעור... ואגב אישור ההחלטות בסעדים הזמניים הסכים בית המשפט המחוזי עם בית משפט השלום כי ראוי שהתיק העיקרי יישמע בהקדם האפשרי ויוכרע לגופו בטרם הפגרה... הצדדים זומנו בהקדם האפשרי לשיבת קדם משפט לצורך קביעת סדרי דיון ומועדים חדשים והכל על מנת להגשים את דברי בית המשפט המחוזי הלכה למעשה" – עם כל הכבוד ברי כי בית המשפט המחוזי נתן הנחייתו לזרז ההליכים נוכח השלכתם על הבקשות לצווים זמניים – אולם ברי כי לא היתה לו כוונה כי הזרז יהא על חשבון יומה של הנתבעת בבית המשפט או על ברור האמת.

השימוש בתקנה 143(9) נעשה במקרים חריגים ונדירים ובודאי המקרה הנדון אינו המקרים המתאים לעשות שימוש בתקנה זו. יתרה מכך, שימוש בתקנה במקרה הנדון פוגע פגיעה אנושה באמון הציבור בבית המשפט.

69. תקנה 143(9) קובעת כי שופט בקדם משפט מוסמך ליתן פסק דין לרבות פסק דין חלקי בתובענה אם מתברר שאין לנתבע הגנה בפני התביעה.

70. בע"מ 680/87 המגן חברה לביטוח נ' אליהו פד מו(4) 154 אכן נעשה שימוש בסמכות זו אלא שם פני הדברים היו כי ניתנה תשובה וברורה על ידי מומחה שנתמנה בהסכמת הצדדים, ומכאן שלדעת המלומד אורי גורן בספרו סוגיות בסדר הדין האזרחי מהדורה שישית "כל שנותר לבית המשפט היה לפסוק את הדין על פי השווי שקבע המומחה שהיה אמין ומקובל עליו ועל פי שיקול דעתו שהרי במהלך קדם המשפט כל בעל דין אמר את דברו והבהיר את עמדתו".

71. אף כי באותה פרשה נעשה שימוש בתקנה נקבע שם ראשית כי "אכן כפי שנקבע לא אחת בבית משפט זה אין קדם המשפט מהווה את השלב הנכון של הדיון לגופו, אלא יש להותיר את הדיון הענייני והבאת העדויות למשפט עצמו – משמע קדם המשפט מהווה בעיקרו הליך מקדמי לשם הכנת הדיון בתובענה..."

72. עוד נקבע כבר כי המקרים בהם נעשה שימוש בסמכות זו הוא במקרים הנדירים ולא במקרים בהם יש מחלוקת עובדתית או הגנה לכאורה, ברע"מ 2508/99 מתן י מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ פד נג(3) 26 החליט כבוד השופט המלומד בערכאה דלמטה לדחות בקשה על פי מה שכינה "הניירות" – הערעור התקבל, באותה פרשה נקבע כי הזכות לחקירה הנגדית היא זכות בסיסית בשיטה המשפטית שלנו ובשיטה האדברסרית בכלל. היא אמורה לאפשר לבעל דין את שני אלו – גם לקעקע את גרסת היריב וגם לחזק את גרסתו שלו והכל מתוך שאיפה להגיע בדרך זו לחקר האמת, ועוד נקבע שם כי "הושטת סעדים בטרם בירור המשפט הינה סטייה מדרך המלך לשבילים צדדיים..."

73. הסמכויות הנתונות לשופט בקדם המשפט נוגעות לשיקולי יעלות הדיון אולם ברי כאשר קיים מתח בין יעילות הדיון לבין ברור האמת או מיצוי זכויותיהם המשפטיות של הצדדים תטה הכף לבחור את האמת ומיצוי הזכויות. עוד תטען הנתבעת כי זכות הגישה לערכאות היא זכות חוקתית מוגנת וראה 733/95 ארפל אלומוב בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ פד נא(3).

74. הדברים האמורים לעיל על כך ששימוש בתקנה יעשה במקרים נדירים, הינם מקל וחומר במקרה הנדון בו ניתנה רשות להגן בלתי מותנית בכל הטענות שהעלתה הנתבעת.

75. ההלכה בעניין מתן פסק דין בקדם משפט זהה להלכה בעניין מתן רשות להגן והיא כי פסק דין יינתן רק כאשר ברור מעל לכל ספק כי אין לנתבע כל סיכוי הגנה גם בהנחה שכל טענותיו תתקבלנה. הנתבעת סבורה כי אין ספק וצל צילו של ספק כי יש לה כמה אפיקי הגנה אפשריים אולם מעבר לכך בתיק הנדון ניתנה החלטה במסגרת הבקשה לרשות להגן ונקבע כי קיימת הגנה לכאורה במספר עניינים. הנתבעת תטען כי במצב כזה אין מקום בשום פנים למתן פסק דין במסגרת קדם המשפט דבר המנוגד לחלוטין להחלטת בית המשפט במסגרת הבקשה לרשות להגן.

76. המקרה שלפנינו למיטב שיפוט המערערת הוא סוג של עיון מחדש מבלי שהוגשה בקשה לעשות כן, מעבר לכך, בקשה שכזו ניתנת להגיש רק במקרים חריגים, בהם חל שינוי בנסיבות, או כאשר התברר כי ההחלטה הקודמת היתה מוטעית. החלטת ביניים אינה יוצרת מעשה בית-דין, ולפיכך הערכאה שהחליטה לגביה רשאית לעיין בה מחדש ואף לשנותה, כפי שקבע כב' השופט גרוניס בבר"ע 4015/02 אוקו נ' שמך, פ"ד (4) 505, 508: "נסיבות חדשות אשר התרחשו לאחר מתן ההחלטה המקורית פותחות פתח לשינויה על-ידי הערכאה שנתנה אותה. אולם אף אם לא חל שינוי בנסיבות, נתונה לערכאה שנתנה את החלטת הביניים הסמכות לשנותה, אם כי הדבר ייעשה אך במקרים נדירים, כאשר מתברר לבית-המשפט כי נתן החלטה מוטעית".

77. הנתבעת טענה כי לא חל כל שינוי בנסיבות בין קבלת הרשות להתגונן לבין הודעת המותב החדש, וכי אין זה מהמקרים החריגים אשר בהם אף אילו הוגשה בקשה לעיון מחדש ראוי היה לעשות כן.

78. עוד טענה כי כידוע אין הליך ערעור ברשות או בזכות באשר להחלטה ליתן רשות להתגונן להבדיל מן ההחלטה שלא ליתן רשות שכזו – דומה כי בית המשפט מנסה לאמץ הליך שכזה מבלי שאף התבקש על ידי התובעת תוך קיפוח זכותה הדיונית של הנתבעת ליומה בבית המשפט.

79. עוד הוסיפה המערערת כי מצב בו בית המשפט באותו תיק על ידי שופטת קודמת נתן רשות להתגונן במלוא הטענות המפורטות בתצהיר שצורף לבקשה, ולאחר מכן ומבלי שארע דבר שופט שהחליף אותה שופטת קודמת קובע כי יש מקום למתן פסק דין ללא שמיעת הראיות אינו סביר באופן קיצוני ופוגע קשות בתחושת הצדק כמו גם בזכות ליומו של צד בבית המשפט שהיא זכות חוקתית מוגנת, וכן פוגע באמון הציבור במערכת המשפט.

80. אפשר כמובן לטעון כי זכותו של שופט אחד לחשוב אחרת משופט קודם וגם בהליכי ערעור משנה לעיתים בית המשפט של הערעור את הפסיקה של ביהמ"ש קמא, אולם מצב בו ניתנה כבר רשות להגן בלתי מותנית ובלתי מסויגת במספר רב של טענות, התיק עובר מסיבות אלו ואחרות לשופט אחר, והשופט האחר קובע בניגוד מוחלט להחלטת השופטת הקודמת כי יש מקום למתן פסק דין ללא שמיעת הראיות הינו מצב בלתי נסבל, והוא פוגע פגיעה אנושה באמון הציבור במערכת המשפטית.

81. הדברים הללו הינם מקל וחומר וכן בנו של קל וחומר, כאשר מדובר בפגיעה בזכות יסוד של חופש הביטוי, וכאשר מדובר במקרה בו היוזמה להגשת תביעת הפינוי הייתה של שרת התרבות, מירי רגב, ושל ראש העירייה, ניר ברקת, משיקולים פוליטיים. האדם הסביר עלול לחשוב כי זה היה הגורם להחלפת המוטב וזה היה הגורם למתן פסק דין ללא שמיעת הראיות בניגוד מוחלט להחלטת המוטב הקודם. במצב זה הפגיעה באמון הציבור בבית המשפט כה קשה שאין ספק שעל בית המשפט הנכבד להימנע מכוונה זו, לשמוע את הראיות אף אם הדבר יארך זמן ורק אז להכריע.

לאור כל האמור, יש לקבל את הערעור ולחייב את המשיבה בהוצאות הערעור ושכר טרחת עורך דין.

  
בתיה קאופמן, עו"ד

ב"כ המערערת