



בע"א (רמת גן) 6074-03-23 - שאול בן חורין נ' עיריית רמת גן

בית משפט לעניינים מקומיים ברמת גן

בע"א 6074-03-23 בן חורין ואח' נ' עיריית רמת גן

לפני כבוד השופטת כריסטינה חילו-אסעד

העוררים
1. שאול בן חורין
2. הלנה בן חורין
3. דליה בן חורין
4. דרור בן חורין
5. שרון גארט
6. יוסף פרימן
ע"י ב"כ

נגד

המשיבה
עיריית רמת גן
ע"י ב"כ עו"ד אילנה בראף שניר, עו"ד יונתן הראל
ועו"ד חגית הלמר

החלטה

לפני ערר לפי סעיף 9 לחוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1987.

עניינו של הערר הוא צו גינון שהוציאה המשיבה ביום 12.01.2023 ולפיו שטח שבבעלות העוררים ברחוב ביאליק 33 ברמת גן, הידוע כגוש 6127 חלקה 373 (להלן: **השטח**) הוא מגרש ריק הדרוש לציבור, ועל כן ישמש כמגרש מגוון לתקופה של חמש שנים (להלן: **צו הגינון**).

בשטח מושא הערר עמד בעבר בניין אשר כלל דירות מגורים ושטח מסחר. ביום 16.08.2021 הוציאה המשיבה צו פינוי מידי לבניין ולמחרת היום נחתם צו הריסה, לאחר שהמשיבה מצאה כי המבנה מסוכן ונמצא בסכנת קריסה והתמוטטות ממשית, ובהתאם לסמכותה לפי חוק העזר לרמת גן (מבנים מסוכנים), התש"ף-2020. **הבניין נהרס עוד באותו היום**. בין הצדדים מתנהל הליך משפטי הנוגע להוצאות הכספיות הקשורות בביצוע ההריסה.

ביום 07.09.2022, כשנה וחצי לאחר הריסת הבניין, הוציאה המשיבה לראשונה צו גינון למגרש (להלן: **צו הגינון הראשון**). ולאחר שהעוררים הגישו בעניינו ערר הודיעה המשיבה לבית המשפט כי היא חוזרת בה מהצו ויערך דיון במועצת העיר שיכלול זכות שימוע בכתב לעוררים (ע"א 25518-10-22). התיק נסגר ובהמשך נקבע כי החלטה בנוגע לתשלום הוצאות העוררים תתקבל לאחר שתינתן החלטה



בהליך שלפניי.

ביום 23.11.2022 התקיים דיון במועצת העיר והוחלט על הוצאת צו הגינון מושא הערר שלפניי. הצו נחתם ביום 12.01.2023 ותוקפו לחמש שנים.

הצדדים הציגו טיעוניהם בהרחבה, בכתב ובעל פה.

בתמצית שבתמצית, העוררים טוענים כי הצו ניתן בחוסר סמכות משלא התקיימו התנאים להוצאתו שכן אין מדובר ב'מגרש ריק' כדרישת החוק כיוון שבקרקע מבנה בנוי אשר הוצא מתחולת צו הגינון ומרתף תת קרקעי שנכלל בצו; עוד נטען כי ההחלטה בדבר הוצאת הצו אינה מידתית, והתקבלה משיקולים זרים ובחוסר תום לב ותוך פגיעה בזכות השימוע. על כן, עותרים העוררים לבטל את צו הגינון.

המשיבה טוענת כי הצו ניתן כדין ובסמכות, כי השטח עונה להגדרת 'מגרש ריק' בהתאם לפרשנות הנכונה של החוק ובהתאם לאמות המידה שהתגבשו בפסיקה; עוד נטען כי הקמת גינה ציבורית ארעית היא החלטה מידתית, וכי יש לדחות מכל וכל את טענות העוררים לשיקולים זרים ולחוסר תום לב מצד העירייה.

במהלך ההליך הועלו מצד שני הצדדים טענות רבות ונוספות שחשפו תמונה מורכבת אשר חלקה מצאה ביטוי בהתדיינות משפטיות נוספות. בהחלטתי דכאן אתייחס לסוגיות **החיוניות** הנדרשות להכרעה בהליך זה, כאשר טענות שלא הוכרעו במפורש אינן חשובות לצורך ההכרעה הסופית או שמדובר בטענות החורגות ממסגרת הדיון הספציפי והקונקרטי שעניינו בחינה שיפוטית של צו הגינון (והשוו: רע"א 478/88 **בקר נ' שטרן**, פ"ד מב(3) 681, 679: "אין כל אפשרות ממשית לדון בכתב בפרוטרוט בכל תג ובכל וריאציה המוצגים לפני בית המשפט, אם אלו אינם בעלי מהות המצדיקים זאת לפי מבחני החוק והשכל הישר").

לאחר שעיינתי בבקשה, בתגובות ובסיכומי הצדדים וכן שמעתי את טיעוני הצדדים בעל פה, מצאתי לקבל את הערר ולהורות על ביטול צו הגינון.

המסגרת הנורמטיבית - הפקעה זמנית של שטח פרטי לטובת הציבור שיש לפרשה בצמצום

1. חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרים ריקים), התשמ"ז-1987 (להלן: **החוק**) מאפשר לרשות מקומית ליטול לחזקתה מגרש ריק ולהשמישו כחניון או כגינה לטובת כלל הציבור. תוקפו של צו לשימוש ארעי במגרש כחניון או כגינה הוא לחמש שנים וניתן להאריכו על ידי הוצאת צו חדש.

2. סעיף 2 לחוק עוסק בהוצאת צו גינון למגרש וזו לשונו: "**סבורה הרשות כי מגרש ריק שבתחומה המאוכלס, דרוש לציבור כל עוד הוא ריק, רשאית היא לצוות כי על אותו מגרש ינקטו פעולות לגינון זמני של המגרש, הכל כפי שתפרט בצו (להלן - צו גינון).**"

3. "מגרש ריק" מוגדר בסעיף 1 לחוק כדלהלן: "**מגרש שאין עליו בניה למעט גדר, ושאינו משמש בפועל למטרה שלמענה מותר להשתמש במגרש על פי תכנית בת תוקף או על פי**



היתר. לאמור: נדרשים שני תנאים מצטברים להגדרת שטח כ"מגרש ריק" - העדר בניה, ואי-שימוש בפועל למטרה מותרת.

4. תכליתו של החוק היא למצוא פתרון לבעיות אשר עשויות להיגרם כתוצאה מקיומם של מגרשים העומדים ריקים ואשר עלולים להיות מקור למטרדים, לפלישה או לבניה בלתי חוקית. לפיכך, החוק מאפשר לרשות לעשות שימוש במגרשים ריקים על ידי הפיכתם לגינה או לחניון לשם הקלה על מצוקת החניה (הצעת חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1987, ה"ח 1819; ע"מ 9963/03 **זוהר נ' עיריית תל-אביב-יפו** (01.08.2006)).

5. לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועיגונה של זכות הקניין כזכות חוקתית שהפגיעה בה תיעשה בהתאם למגבלות שנקבעו בחוק היסוד - יש לפרש חקיקה שקדמה לחקיקת חוקי היסוד בראי העקרונות והאיזונים שנקבעו בהם. בבג"ץ 183/95 **גלים כפר נוער חיפה נ' ראש עיריית טירת הכרמל** (פ"ד נה(1) 481 (1998) התייחס בית המשפט העליון למתח שבין תכליות החוק לבין הפגיעה בזכות הקניין ולפרשנות הראויה וקבע את הדברים הבאים:

"צווי גיבון 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. עסזאת, 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".

6. לאמור, מדובר בתכלית ראויה אולם יש להקפיד על יישומה בזהירות ובצמצום.

לא התקיים תנאי הבסיס להוצאת צו הגיבון - השטח אינו "מגרש ריק"

7. מוסכם כי לאחר הריסת הבניין על ידי המשיבה נותרו בקרקע מבנה בשטח של כ-14 מ"ר (להלן: **המבנה**) ומרתף תת-קרקעי הממוקם מתחת לבניין שנהרס, וכי אלה נמצאים בבעלות העוררים. לטענת העוררים, קיומם של המרתף והמבנה אינם מאפשרים להתייחס אל המגרש כ"מגרש ריק". יודגש כי **צו הגיבון שהוצא אינו כולל את שטח המבנה** אולם כולל שביל גישה אליו היצוק בטון וכן את המרתף התת-קרקעי. המבנה לא נהרס במהלך הריסת הבניין כולו והעוררים מבהירים כי המבנה הושכר בעבר לבעלי מלאכה שונים וכי בכוונתם להשתמש בו כמחסן.

האם ניתן להחיל את צו הגיבון על חלק מהחלקה



8. העוררים טוענים כי לא ניתן לחלק את השטח באופן מלאכותי ולהחיל את צו הגינון על חלקו בלבד. לשיטת המשיבה, "מגרש" לפי החוק יכול להיות אף חלק מחלקה ואינו חייב לכלול את המגרש התכנוני במלואו או לחפוף את החלקה הקניינית ואין פגם אפוא בהוצאת צו על השטח הבנוי שאינו כולל את המבנה הקיים.

טענה נוספת של המשיבה היא כי מדובר בבינוי זניח, בשטח קטן מאוד מהשטח הכולל, שהתייחסות אליו ככזה ששולל את האפשרות להתייחס למגרש כריק תרוקן את החוק מתוכן. מנגד, לטענת העוררים, קביעה כי ניתן להפריד בין חלקיו של מגרש ולהחיל צו גינון על חלק ממנו - אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה והחוק, שכן היא תאפשר לרשות להפקיע כל חצר מוזנחת, אף אם היא שייכת לבניין בנוי ופעיל. כן, נטען כי צו הגינון חל על השטח הכולל את שביל הגישה למבנה. בהקשר זה הצהירה המשיבה כי אף אם יאושר צו הגינון תישמר זכות הגישה של העוררים למבנה (יצוין כי לא הועלתה הטענה כי שביל הגישה, כשלעצמו, מהווה אלמנט 'בניה').

9. **יש לקבל את עמדת העוררים, לפיה לא ניתן להפריד בין החלקים השונים של השטח ולקבוע כי החלק הבנוי יוחרג מתחולת הצו.** מסקנה זו מתיישבת עם לשון החוק ותכליתו ועם הצורך לפרשו בצמצום. החרגת המבנה שנמצא בקצה הקרקע נעשתה באופן מלאכותי כאשר מטרתה היחידה היא להכשיר את הפקעת הקרקע לטובת הקמת הגינה תוך הוצאת אלמנט בניה קיים אשר מבטל את הגדרת המגרש כ"מגרש ריק". זאת בעוד החוק מגדיר באופן מפורש מגרש ריק ככזה שאין עליו בניה וזאת ללא סייגים.

10. זאת ועוד, העובדה ששביל הגישה למבנה נכלל בצו הגינון מהווה אף היא טעם לפגם שכן המבנה עצמו נותר בהחזקת ובשימוש פוטנציאלי של העוררים בעוד ששביל הגישה אליו צפוי להפוך להיות נחלת הכלל וספק אם מדובר בפגיעה מידתית. כך או כך, 'גזירתו' של המבנה לבדו באופן 'כירורגי' נועדה לתכלית אחת ויחידה והיא הוצאתו מתחולת צו הגינון, על מנת שהצו יהלום, לשיטת המשיבה, את לשון החוק המפורשת. מדובר בניסיון להתגבר על הסדרה חוקית ברורה שאין ליתן לה יד מאחר שאינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה ועם החובה לפרש את הוראות החוק, המתירות בפגיעה בזכות הקניין החוקתית, בצמצום.

11. עיון בהחלטות שיפוטיות שניתנו מלמד כי זוהי גם רוח הפסיקה. בעת"מ (ת"א) 20952-09-22 **ריטרסקי נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב** (02.10.2022) ביטל בית המשפט המחוזי צו גינון כאשר אחת הטענות שנדונו היתה העובדה שצו הגינון חילק את הקרקע באופן שלא כלל שטחים בנויים. בית המשפט המחוזי קבע כך: **"אני סבור כי יש קושי בכך שהעיריה משרטטת קו צבעוני (במקרה זה צהוב) בין המבנים באופן שהמתחם עליו צו החניה לא מכיל מבנים (פסקה 99) וכי "והשאלה אינה של אחוזי בניה וזאת גם עקב הצורך במתן פרשנות מצמצמת לחוק המגרשים המפקיע את השימוש ופוגע בקניינו של הפרט" (פסקה 100);**

בע"פ (מחוזי חי') 38405-10-11 **חב' אטמר בע"מ נ' עירית עכו** (29.12.2011) קבע בית המשפט המחוזי כי גם כאשר קיים מבנה על הקרקע אך זה מיועד להריסה, אין לראות במגרש כמגרש 'ריק' וכי מדובר בפרשנות שאינה מקובלת ולא ניתן לראותה כפרשנות מצמצמת התואמת את מטרתו ותכליתו של החוק. גם במקרה זה הודגש כי קיומו של המבנה אינו מאפשר לקראות



במגרש כמגרש ריק וכי אין מדובר בשאלה של אחוזים;

בעמ"א (ק. ביאליק) 10125-06-08 **פסטנברג נ' עיריית קרית אתא** (19.04.2009) הודגש הצורך לפרש את המושג "מגרש" בצמצום לאור אופי הפעולה השלטונית - כאשר צו גינון הוא למעשה הפקעה זמנית של שטח - הכוללת פגיעה בקניינו של בעל המגרש. המשיבה מצדה ביקשה להפנות לקביעה בפסק הדין לפיה הגדרת שטח כ'מגרש' לצורך החוק תיעשה בהתאם לנסיבות, כאשר ניתנה דוגמה למצב בו השטח המנוצל הוא חצי דונם מתוך 10 דונם, שאז ניתן לשיטתה להגדיר את השטח הבלתי מנוצל כמגרש;

בעפ"א (מרכז) 41578-02-17 **קופ"ח מאוחדת אגו' עותמאנית נ' עיריית יהוד מונסון** (25.4.2017) ביטל בית המשפט המחוזי צו חניה שהוצא לקרקע שעליה בנויים שני מבנים, בין היתר מאחר שאינו מגרש 'ריק' תוך שנקבע כי הפקעת חלק מהמגרש, אף שהוא חלק הארי - אינה סבירה. נקבע כי **כאשר אין חולק שמדובר בחלק מחלקה הרשומה כיחידה עצמאית אחת מבלי שפוצלה או אוחדה לפי תכנית או תשריט הרי שמדובר בחלוקה מאולצת וכפויה שנועדה לנסות ולהכשיר את ההפקעה ותו לא**. הודגש כי הקביעה עולה 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**.

והדברים יפים גם לענייננו. האבחנה שמבקשת המשיבה לערוך בין החלטה זו לבין ענייננו, בטענה כי פיצול הקרקע של העוררים אינו מלאכותי שכן הנסיבות תומכות בחלוקה האמורה - אין לה על מה להתבסס.

12. לדעה אחרת ראו ע"א(שלום ירושלים) 35547-12-17 ג'מעית אלאקסא אלתעווניה ללאסכאן נ' מדינת ישראל (28.05.2018) שם קבע בית המשפט כי אין חובה שצווי הגינון יחולו על החלקה בשלמותה. באותו עניין דובר על צו גינון אשר הוצא במאוחד על שלוש חלקות, שייעודן משולב, כאשר מהצו הוחרג חלק מאחת החלקות המיועד למגורים.

13. יודגש כי גם לו ניתן היה להטות אוזן לטענת המשיבה כי ניתן "לפצל" את צו הגינון ולהחיל את צו הגינון על חלק מהחלקה או אף להחריג מתחולת הצו גם את שביל הגישה, בחינה תכליתית של החוק כמו גם נסיבותיו הפרטניות של העניין מובילים למסקנה שאין זה המקרה לעשות כן. אמנם היקפו של המבנה אינו גדול (כ-14 מ"ר) אולם כך גם היקפו של המגרש (576 מ"ר) ומדובר בחלקה אחת מבחינה תכנונית וקניינית לכל דבר ועניין. פיצול צו הגינון באופן שמוציא מתחולתו את המבנה הקיים ומבודד אותו נועד להתגבר על לשון החוק ועל תכליתו ואין לקבלו.

קיומו של מרתף תת קרקעי

14. לטענת העוררים, לאחר הריסת הבניין העילי, נותר מרתף בגודל של 30-40 מ"ר, אשר הירידה אליו, במקור, נעשתה מתוך החנות שנהרסה. המרתף עדיין קיים מתחת לפני הקרקע וניתן להכשירו לשימוש.

לשיטת המשיבה, המרתף ממילא אינו בנוי על השטח, ולכן, לאור לשון החוק ותכליתו - מניעת מפגע בשטח העילי של המגרש - אין רלוונטיות להימצאות המרתף בשטח.



15. אין בידי לקבל את הטענה. סעיף 11 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: **חוק המקרקעין**) קובע כי "**הבעלות בשטח מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע**". גם כאשר מדובר בבנייה תת קרקעית, בוודאי שזו רלוונטית לעניין הגדרת המגרש כמגרש 'ריק'. פרשנות זו עולה בקנה אחד לא רק עם לשון החוק אלא גם עם תכליתו והחובה לפרש את החוק בצמצום ותוך שמירה על קניינו של הפרט. שכן, צו הגינון למעשה מפקיע את זכותם ואפשרותם של העוררים לגשת למרתף ולעשות בו שימוש למשך חמש שנים, ובמובן זה אין נפקות ממשית לשאלה האם הבניה היא עילית או תחתית.

16. זאת ועוד, לא ניתן להתעלם מכך שמציאות זו בה נותר המרתף נטוע באדמת השטח נוצרה לאחר שהמשיבה הרסה את המבנה שהיה בנוי מעל הקרקע. המשיבה טוענת כי הגישה למרתף נחסמה מטעמי בטיחות, אולם שאלת השימוש בבניה אינה רלוונטית להליך זה ואינה משליכה על העובדה שאין לראות במגרש כמגרש ריק.

שאלת הבניה

17. מחלוקת נוספת בין הצדדים נוגעת להגדרת מגרש ריק ככזה שאין עליו 'בניה'. המשיבה טוענת כי אין היתר בניה למבנה הקטן ולמרתף התת-קרקעי. העוררים טוענים כי המרתף הופיע בהיתרים מוקדמים יותר וכי המבנה הקטן הוקם בעת בניית הבניין, בשנות ה-40 של המאה הקודמת. וממילא, טוענים העוררים, אין דרישה בחוק לפיה על הבניה להיות בהכרח לפי היתר. מנגד, לעמדת המשיבה, אין מדובר בהסדר שלילי אלא חסר הטעון השלמה, כאשר הכוונה ב'בניה' היא 'בניה בהיתר' וזו הפרשנות הנכונה של החוק.

18. עיון בסעיף החוק מלמד כי המחוקק התייחס לשאלת קיומו של היתר במקרים הרלוונטיים, ולכן יש קושי בקבלת עמדת המשיבה לפיה מדובר בהשמטה מקרית. כך למשל, לגבי הרכיב השני בהגדרת 'מגרש ריק' שעניינו העדר שימוש בפועל למטרה מותרת, מוגדר כשימוש בפועל "למטרה שלמענה מותר להשתמש במגרש על פי תכנית בת תוקף או על פי היתר". מכאן, שפרשנות המשיבה לפיה 'בניה' פירושה 'בניה בהיתר' בלבד אינה המסקנה היחידה המתבקשת. בנוסף, טענת המשיבה לפיה פרשנות אחרת תוביל למצב בו כל מי שיבנה בניה בלתי חוקית על מגרשו יוכל "להשתחרר מתחולת הוראות החוק ביחס אליו" מרחיקת לכת לטעמי, שכן כל מקרה נבחן על פי נסיבותיו הפרטניות וכאשר שאלת קיומו או העדרו של היתר אינה מעניינת של הליך זה. גם בחינה תכליתית של הוראות החוק והפרשנות המצמצמת המתחייבת מובילים למסקנה כי הבניה הקיימת היא כזו שיש להתחשב בה לצורך בחינה אם מדובר במגרש ריק. אין מקום אפוא להכרעה פוזיטיבית בשאלת קיומם או העדרם של היתרים בפועל למבנה ולמרתף, טענה שמצריכה בירור עובדתי משפטי מעמיק שדינו להיעשות, אם בכלל, בפלטפורמות משפטיות אחרות ומתאימות יותר.

19. **לסיום פרק זה - אין מדובר במגרש שניתן להגדירו כמגרש ריק שכן בקרקע קיימים מבנה עילי ומרתף תת קרקעי. די בכל אחד משני רכיבי הבניה הללו כדי להעיד כי לא מתקיים התנאי של 'מגרש שאין עליו בניה'. בוודאי שיש בהצטברות שניהם יחד, בצירוף הפגם שבהחלת צו הגינון על חלק מהקרקע בלבד - כדי להביא לבטלותו.**

20. ניתן היה לסיים את ההחלטה בנקודה זו, משקבעתי כי לא מדובר ב'מגרש ריק' ממילא נשמט עמוד 6



הבסיס החוקי לצו הגינון ועל פניו מתייחר הצורך לדון בטענות הנוספות של הצדדים - שאלת השימוש המותר, המידתיות והטענה בדבר שיקולים זרים. עם זאת לאור רוחב היריעה שפרסו הצדדים אני מוצאת להתייחס לדברים ולו בקצרה, כאשר מדובר בטענות שלובות.

העדר שימוש בפועל למטרה מותרת ושאלת המידתיות

21. הרכיב השני בהגדרת 'מגרש ריק' היא העדר שימוש במגרש למטרה מותרת. לטענת העוררים, בהתאם לפסיקה, די בכך שבעל המקרקעין יבקש לעשות שימוש במגרש, ובכוונתם להגיש בקשה להיתר תואם תכנית. מעבר לכך, נטען כי השטח נמצא כיום בשימוש - מושכר כמטה בחירות למועמד לראשות העיר. המשיבה טוענת בעניין זה כי ההשכרה לצרכי תעמולת בחירות נעשתה לאחר הוצאת הצו, כי מדובר בהשכרה זמנית וכי לא הוכח כי זהו שימוש מותר. כן, לעמדת המשיבה, לא בכדי קבע המחוקק כי רק היתר כדן יביא לביטול הצו, כמפורט בסעיף 10 לחוק, וכי לא די בהגשת בקשה להיתר כדי שהמגרש לא ייחשב כמגרש ריק. יצוין כי המשיבה אינה חולקת על כך כי לאחרונה **הניעו העוררים בקשה חדשה להיתר בניה** לבניית בניין חדש בן 9 קומות וקומת מסחר.

22. ברע"פ 1087/09 **עיריית חיפה נ' אדם טבע ודין** (18.01.2010) נדחתה בקשת רשות ערר על החלטה המורה על ביטול צו חניה. בית המשפט העליון הפנה לקביעת הערכאה הדיונית לפיה יש לבחון את המושג מגרש ריק בחינה תכליתית לרבות "השאלה האם משמשת החלקה לייעודה המופיע בתכנית הרלוונטית. מאחר שהשטח הציבורי הפתוח נוצל על פי ייעוד, לא היה ראש העיר מוסמך להוציא צו על פי חוק המגרשים" (פסקה 2).

23. בהקשר זה, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי עד ליום 17.08.2021 עמד על קרקע זו בניין שלם אשר כלל דירות ושטחי מסחר והיווה מקור פרנסה לעוררים. המבנה נהרס לאחר שהמשיבה מצאה כי הוא מסוכן. לאחר הריסתו פעלו העוררים על מנת לייצר אופציות חלופיות לשימוש בקרקע והגישו בקשה לשימוש חורג לאישור השימוש בשטח כחניון, בקשה אשר נדונה בוועדה המקומית ונדחתה. למעשה, **צו הגינון הוצא בעוד תלוי ועומד ערר בוועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה בנושא השימוש בקרקע כחניון**, קרי: המשיבה חתמה על צו הגינון כאשר העוררים פועלים בפועל ובזמן אמת במסגרת הליך תכנוני חלופי. ערר זה נמחק בסופו של יום ללא צו להוצאות (ערר רג/1122/1022).

24. ועוד, לאחר הריסת המבנה, התנהלו מגעים ישירים בין העוררים לבין ראש העיר במטרה להגיע להסכמות שיאפשרו לעירייה לשכור את הקרקע ולהשתמש בה כחניון לעובדי העיריה, תמורת תשלום כספי לעוררים. מגעים אלה לא הובילו להסכמות, צו הגינון הוצא ונדחתה בקשת העוררים לעשות בקרקע באופן זמני שימוש חורג כחניון. המשיבה טוענת כי חרף העובדה שראש העיר קיים מו"מ כאמור עם העוררים, בחינה מקצועית של הנושא הובילה למסקנה שלא ניתן מבחינה בטיחותית לאפשר את השימוש האמור.

25. העוררים פעלו במישור נוסף שעניינו תכנית להתחדשות עירונית רחבת היקף המקודמת על ידי חברה יזמית וכולל מקרקעין נוספים באזור וכן הבהירו כי בכוונתם להשמיש את המרתף לצרכי מסחר כפי שהיה לפני הריסת הבניין.



26. מדובר בעובדות שלא ניתן להתעלם מהן כאשר בוחנים את שאלת השימוש המותר בקרקע, כמו גם את הגדרתה כ"מגרש ריק" שכן, הריסת הבניין נכפתה על העוררים ומאז נראה שהם פועלים בשקידה ראויה וסבירה על מנת להשמיש את הקרקע בדרכים אחרות. אין מדובר אפוא בקרקע שנזנחה על ידי בעליה ונותרה חסרת כל שימוש. גם פרק הזמן הקצר יחסית אשר חלף מאז ההריסה ועד להוצאת צווי הגינון (הראשון והשני), ופעולות העוררים במהלך תקופה זו, יש בהם כדי לתמוך במסקנה כי **אין זה המגרש ה'ריק' שהמחוקק כיוון אליה.**

27. זאת ועוד, תמונות השטח שהוצגו לפני לא מותירות את הרושם שמדובר בקרקע מוזנחת המהווה מפגע תברואתי או בטיחותי ואינם מלמדות על הצטברות ושפיכת פסולת. תמונות מאוחרות יותר מצביעות על שימוש שנעשה בקרקע לטובת השכרה כמטה בחירות למפלגה המתמודדת בבחירות לרשויות המקומיות (ואין בכך בכדי להביע עמדה או קביעה באשר לתקינות השימוש). רוצה לומר, לא סברתי כי בעניינו של המגרש מושא הבקשה קיים חשש מפני פלישה או הפיכתו למטרד. מדובר במגרש שנמצא בהחזקת העוררים ובשימושם תוך שהם פועלים באופן אקטיבי על מנת לעשות בו שימוש לצרכי פרנסה לאחר שזו נגדעה עם הריסתו. גם פרשנות תכליתית, אפוא, אינה מובילה למסקנה כי מדובר במגרש ריק העומד 'שומם' ו'אינו משמש מהותית לדבר' (והשוו: רע"פ 4958/11 **סיאם נ' מדינת ישראל**, 13.12.2011).

28. בעפ"א (מחוזי מרכז) 57535-07-12 **נאות מזרחי בע"מ נ' עיריית ראשון לציון** (נבו) 04.02.2014; להלן: עניין **נאות מזרחי**) נדונה שאלת השימוש המותר בשטח ומידתיות ההחלטה כאשר בית המשפט הפנה להסדר דיוני שאומץ בעניין אחר: **"יתכן כי החלטת עיריית טבריה כפי שתוארה ברע"א 2896/06, חיים רוזנצוויג, עו"ד נ' עיריית טבריה, מיום 18.9.2006, (פורסם בנבו), נכונה יותר ומאזנת כראוי בין הזכות לקניין לעומת טובת הציבור. שם הסכים ראש העיר לבטל את הצו לשימוש ארעי במגרש אם תוגש בקשה להיתר בניה תוך זמן קצוב. כלומר, הצו יוסר עם עצם הגשת הבקשה להיתר ולא רק לאחר אישורה. הגם שהחוק אומר אחרת, נדמה שההסדר בפסק דין רוזנצוויג, מידתי יותר."**

29. ההשתלשלות המתוארת לעיל, ובפרט פרק הזמן הקצר אשר חלף מהריסת המבנה ועד להוצאת צו הגינון, והעובדה כי העוררים לא היו אדישים בפרק זמן זה - **מובילה למסקנה כי צו הגינון אינו מידתי ופוגע בזכותם החוקתית של העוררים במידה העולה על הנדרש. למעשה, לעוררים לא ניתנה הזדמנות נאותה להבטיח את השמירה על המגרש או להביא לכדי מיצוי את הניסיון לעשות בו שימוש מותר.**

30. המשיבה טוענת כי טובת הציבור מצדיקה הקמת גינה ציבורית במגרש בשל מיקומו המרכזי הסמוך לבניין העירייה וכי הצורך בשימוש מסוג זה לא נסתר על ידי העוררים. בעניין זה יש להפנות לדברים שנקבעו בעניין **נאות מזרחי** באשר לתכלית החוק: **"יודגש כי הן בית המשפט והן המחוקק הדגישו שאין המדובר בזכות קנויה של הציבור במגרש הריק. משמע, הזכות לצוות על שימוש במגרש ריק מקורה בצורך לשמור על המגרש מפני מטרדים, היא מטרת החוק, והיא אינה נולדת מכוח צורך הציבור בגינה פורחת או בשטחי חניה בתחומו" (פסקה 9).**



וכך בדברי ההסבר להצעת החוק: "רבים בערים ובעיירות של המדינה המגרשים הריקים המהווים מקור למטרדים ולסביבה והמזמינים שפיכת אשפה עליהם, ואף פלישות ובניה בלתי חוקית. הנסיון מראה שגינן שטח ריק הוא הדרך הטובה ביותר למניעת תפיסת שטח ושימוש בו למטרות הפוגעות בחוק ובאיכות הסביבה. לכן, מוצע להסמך את הערים והמועצות המקומיות לצוות על גינונים של מגרשים כאלה, כאשר כל מטרתו של הגינון לשמור על שלמות המגרש ומניעת מטרדים ואין בגינון כדי להקנות לציבור זכויות כלשהם במגרש או למנוע בניה או פיתוח המגרש לפי היתר כדין לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. לחלופין - תוכל הרשות לצוות על שימוש זמני במגרש ריק כמגרש חניה, כדי להקטין את מצוקת החניה הקיימת באזורים המאוכלסים בצפיפות".

31. ולבסוף, משפועלים העוררים לקבלת היתר תואם תכנית בשטח, נראה כי גם בענייננו, בדומה לעניין **נאות מזרחי**, ההסדר המידתי יותר הוא ביטול הצו. אשר לטענת העוררים כי החלטה מידתית היתה מובילה להשמשת השטח כחניון חלף צו הגינון ובכך גם היה ניתן מענה לטענות בדבר חשש מפני מטרדים או מפגעים סביבתיים - משנושא החניה נדון בוועדת הערר ובשים לב לכך שהחלטה זו נדונה באפיקים תכנוניים אחרים ומערבת שיקולים בטיחותיים, תחבורתיים ותכנוניים ולאור התוצאה הסופית אליה הגעתי בערר זה שעניינה ביטול צו הגינון מעיקרו - לא ראיתי צורך להרחיב בעניין.

32. **מכל הטעמים המפורטים לעיל, אני קובעת כי הוצאת הצו אינה מידתית ואינה מתיישבת עם תכליות החוק וגם נימוק זה מצדיק את ביטולו, אף ללא צורך להידרש לטענה בדבר הפגיעה בזכות השימוש.**

הטענות בדבר חוסר תום לב ושיקולי המשיבה

33. העוררים טוענים כי המשיבה מונעת משיקולים זרים וכי צו הגינון משמש כמהלך שנועד להכשיר השתלטות המשיבה על המגרש לאור מיקומו בסמוך למבנה העיריה וכן כי פעולות המשיבה נעשות ממניעים פוליטיים.

34. במהלך ניהול ההליך הציגו העוררים תמונות מהן עולה כי המשיבה הציבה, למעשה, בחלקו הקדמי של המגרש בעומק של 4 מטרים גדר דקורטיבית, דשא סינתטי, ספסלים, שמשיות וצמחיה ובכך, טענו העוררים, יישמה המשיבה בפועל את צו הגינון, כאשר דבר הקמת הגינה אף פורסם על ידי ראש העיר בדף הפייסבוק. זאת ועוד, העוררים טענו כי כאשר השכירו את המגרש לטובת תעמולת בחירות החליפה המשיבה את הגדרות (שהיא עצמה הציבה) בגדרות אטומים וגבוהים יותר וזאת כיוון שמדובר בשלטי תמיכה במועמד המתחרה לראש העיר. נטען לפיכך כי המשיבה פועלת משיקולים פוליטיים. המשיבה הבהירה כי הקמת גינה בחלקו הקדמי של המגרש נעשתה בהתאם לסמכותה בחוק העזר לרמת גן (שמירה על איכות הסביבה, מניעת מפגעים ושמירה על הסדר והניקיון), התשע"ח-2018 כאשר הגינה הוקמה בקו נסיגה ועל פי הקבוע בתכנית החלה על המקרקעין. עוד טענה המשיבה כי השלט הוצב בקרקע ללא היתר נדרש והוצא בגינו צו הריסה.

מחלוקת זו התבררה בת"א 7694-09-23 **עיריית רמת גן נ' בן חורין** במסגרת בקשה שהגישה



המשיבה למתן צו אשר ימנע מהעוררים להשיב לידיהם שטח זה במגרש, באמצעות סעד עצמי לפי סעיף 18(ב) לחוק המקרקעין. ביום 21.09.2023 דחה בית המשפט (כבוד סגן הנשיא טל חבקין) את בקשת המשיבה וקבע, בין היתר, את הדברים הבאים: **"השקפה מפוכחת על נסיבות העניין מובילה למסקנה הלכאורית, אשר בעניינו גוזרת את התוצאה הסופית, ולפיה מי שהפעיל סעד עצמי ונטל את ההחזקה באורח חד-צדדי, באמצעות הפעלת כוח ולכאורה ללא סמכות שבדין, היא העירייה" (פסקה 35); וכן: "... לכאורה קשה לחמוק מן הרושם שפעולות העירייה בוצעו על רקע הבחירות הקרובות ובאות לרשויות המקומיות והשימוש שהמשיבים החליטו לעשות במקרקעין. לכאורה קשה להסביר את מידת הדחיפות ליטול באופן חד-צדדי את ההחזקה בשטח של אותם 4 מטרים לעומק המגרש לצורך הקמת גדר דקורטיבית - שדרך מקרה חוסמת את קו הראות לשלטי תעמולה של מועמד המתחרה בראש העיר המכהן" (פסקה 41).**

35. זאת ועוד, העוררים מדגישים כי השיקולים אותם פירטה המשיבה בהרחבה לטובת הוצאת צו הגינון ובכלל זה הצורך בשטחים ירוקים ושטחי ציבור, נסתרים על ידי מהלכים תכנוניים אחרים שקודמו על ידה, בין היתר **תכנית רג/1868 המייעדת את השטח למבני ומוסדות ציבור תוך שינוי ייעודו של המגרש, ובכלל זה מתירה הקמת חניונים ציבוריים**. זאת, בעוד בקשתם של העוררים בעניין זה נדחתה משורה של טעמים הקשורים במיקום המגרש, אופן הגישה אליו ובטיחות משתמשי הדרך. העוררים טוענים לפיכך שתכליתו של צו הגינון חורגת מן הנימוקים שהוצגו ומהווה צעד זמני שיהפוך לקבוע, תוך ביסוס עובדות בשטח וכחלק מהליך הפקעת הקרקע מידיהם שתחילתה בהריסת הבניין (כאשר לשיטתם בהתאם לחוות דעת מקצועיות ניתן היה לשפצו ולתקן את ליקויי הבטיחות בו) וסופה בהשתלטות המשיבה על הקרקע וסיפוחה למבנה העירייה הסמוך.

36. העוררים גם מפנים לכך שאחד הנימוקים לדחיית בקשתם לשימוש חורג בקרקע נשען על המלצת אגף התכנון לפתח במגרש גינה ציבורית ארעית בהתאם לחוק, אף ששקילת שיקול זה מנוגדת לסעיף 10(א) סיפא לחוק הקובע כי רשות התכנון לא תימנע ממתן היתר או מאישור תכנית בשל סיבה הקשורה בשימוש הארעי במגרש.

37. לבסוף, העוררים טוענים כי תוך כדי ניהול הליך זה לפני קיבלה הוועדה המקומית החלטה להמליץ לוועדה המחוזית לתכנון ולבניה לפרסם הודעה על הכנת תכנית ותנאים מגבילים להוצאת היתר בניה במגרש כך שיימנע בפועל מהעוררים לקבל במגרש היתרי בניה גם מכוח תכניות תקפות.

38. המשיבה מבקשת לדחות טיעונים אלה מכל וכל. לעמדתה, טענות העוררים קשות ומשוללות יסוד, ורמת ההוכחה הנדרשת לטענות מסוג זה צריכה להיות גבוהה ביותר. לעניין ההחלטה בבקשה לצו מניעה נטען כי הבקשה הוגשה כשנה לאחר הוצאת צו הגינון, וקביעות בית המשפט במסגרת ההחלטה מתייחסות להקשר ספציפי של אירועי הבחירות המקומיות ואין להקיש מהן לענייננו. באשר למהלכי התכנוניים, נטען כי ייזום תכנית רג/1868 הוא מהלך לטובת כלל הציבור, שכן מדובר בהרחבת בניין העירייה המספק שירותים לכלל התושבים וטענות העוררים בעניינה דינן להתברר בפני הוועדה המחוזית.



39. סוגיית ייעודה העיתי של הקרקע נפרסת על פני יריעה רחבה בהרבה מעניינו של צו זה והתוצאה הסופית אליה הגעתי בדבר ביטול צו הגינון מייתרת את הצורך בבחינת חזקת התקינות המינהלית בפעולותיה של המשיבה והכרעה בשאלת מניעה, בפרט כאשר חלק מן הטענות כרוכות במהלכים תכנוניים רחבי היקף. עם זאת, ואף שאין בכך כדי לקבוע מסמרות ביחס לכל אחת מטענות העוררים - יש במשקלם המצטבר של האירועים כדי לעורר תחושה של חוסר נוחות הקשורה באופן שבו הופעל הכוח השלטוני כלפי האזרחים בסדרת האירועים מושא קרקע זו.

סוף דבר

נפלו פגמים בהוצאת צו הגינון. הצו סותר את לשון החוק ואת תכליתו ואינו מידתי ועל כן אני מורה על ביטולו.

המזכירות תעביר ההחלטה לב"כ הצדדים.

הצדדים יגישו טיעונים בכתב לגבי פסיקת ההוצאות בהליך זה ובע"א 25518-10-22.

ניתנה היום, י"א אדר א' תשפ"ד, 20 פברואר 2024,
בהעדר הצדדים.