

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים**

**ע"ם 9316/05**

**ע"ם 9432/05**

בפני :  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ד' חשין

המערערות בע"מ 9316/05 :  
1. הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה  
2. עיריית הרצליה

נגד

המשיבים בע"מ 9316/05 :  
1-195. איתן בכור ואח'  
196-197. שרה וחיים כרפוט  
198-199. יהודה פוזיילוף ויורשי המנוח אפריים  
פוזיילוף ז"ל  
200-244. שרה בצלי ואח'  
245-249. מדלין קזמה ואח'  
250. מיכאל ניסים סמואל  
251. המועצה הארצית לתכנון ולבניה-ועדת  
המשנה לעררים  
252. ועדת המשנה לעררים והתנגדויות של הוועדה  
המחוזית לתכנון ולבניה – מחוז תל-אביב

המערערות בע"מ 9432/05 :  
1. המועצה הארצית לתכנון ולבניה – ועדת המשנה  
לעררים  
2. ועדת המשנה לעררים והתנגדויות של הוועדה  
המחוזית לתכנון ולבניה – מחוז תל-אביב

נגד

המשיבים בע"מ 9432/05 :  
1-195. איתן בכור ו-194 אח'  
196-197. שר וחיים כרפוט  
198-199. יהוד פוזיילוף ויורשי המנוח אפריים  
פוזיילוף ז"ל  
200-244. שרה בצלי ואח'  
245-249. מדלין קזמה ואח'  
250. מיכאל ניסים סמואל  
251. הוועדה המקומית לתכנון ובניה – הרצליה  
252. עיריית הרצליה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים  
בת"א-יפו מיום 21.8.05 בעת"מ 1146/02 שניתן על ידי  
כבוד השופטת ש' דותן

תאריך הישיבה :	כ"ח באלול תשס"ו	(21.9.06)
בשם המערערות בעע"מ : 9316/05	עו"ד צ' טויסטר ; עו"ד א' בראץ-שניר	
בשם המערערות בעע"מ : 9432/05	עו"ד ד' חורין	
בשם המשיבים 1-195 :	עו"ד עי' ישראלי	
בשם המשיבים 196-197 :	עו"ד גי' אליאב	
בשם המשיבים 198-199 :	עו"ד א' ציון	
בשם המשיבים 200-244 :	עו"ד סי' גלבווע	
בשם המשיבים 245-249 :	עו"ד פי' קניאל	
בשם המשיב 250 :	עו"ד א' סמואל	

### פסק-דין

השופט ד' חשין:

רקע

1. הערעוירים שבפנינו עניינם בתכנית מתאר מקומית הר/1941 (להלן – התכנית או תכנית הר/1941), החלה על שטח ב"באסה" (הביצה), שגודלו 717.6 דונם, התחום בין שדרות שבעת הכוכבים מדרום לבין רחוב הבריגדה היהודית מצפון, בין נתיבי איילון ממערב ורחובות ז'בוטינסקי ושירת דבורה ממזרח. יוזמת התכנית ומגישתה, הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (להלן – הוועדה המקומית), מבקשת לשנות את ייעודו של השטח מייעוד חקלאי לשטח ציבורי פתוח שישמש כפארק עירוני (וכן לשטח לצורכי ציבור: למרכז ספורט עירוני ולשטח למבני ציבור). לשם כך, מבקשת התכנית להפקיע את כל המקרקעין הפרטיים שבתחומה. לביצוע התכנית נקבעה תקופה של 20 שנים ממועד אישורה הסופי.

המערערות בעע"מ 9316/05 הן הוועדה המקומית ועיריית הרצליה. המערערות בעע"מ 9432/05 הן המועצה הארצית לתכנון ובניה – ועדת המשנה לעררים (להלן – המועצה הארצית) וועדת המשנה לעררים והתנגדויות של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז תל-אביב (להלן – הוועדה המחוזית). המשיבים כולם הם בעלי מקרקעין פרטיים בתחומי התכנית. המשיבים 245-249 (להלן – משפחת קזומה) הם בעלים של חלקה 42, שבה מצוי בית מגוריהם.

2. הקמת פארק עירוני בתחום "הבאסה" הוצעה ב"תכנית אב הרצליה" משנת 1974. במשך השנים אושרו מספר תכניות בחלקו הדרום-מזרחי של מתחם "הבאסה". תכנית הר/1581 ותכנית הר/1704 א ייעודו שטחים לצורכי ציבור - למרכז ספורט עירוני. בתכנית נוספת, הר/1704, שונה ייעוד חקלאי לייעוד למסחר, בנוסף לייעוד לבית מלון לצורכי מרכז הספורט. חלק משטחה של התכנית, שנרכש למטרת הרחבתו של מרכז הספורט העירוני נמכר (לאחר שינוי ייעודו למסחרי) ליזם שהקים במקום קניון.

3. תכנית הר/1890 היתה התכנית הראשונה למימושו של הפארק עצמו. התכנית, שחלה על שטח של כ- 220 דונם בחלקו הדרום-מערבי של מתחם "הבאסה", ביקשה לשנות את ייעודו החקלאי לשטח ציבורי פתוח - לפארק. חלק מהמשיבים שבפנינו היו בין המתנגדים לתכנית. לאחר שהתכנית אושרה על ידי ועדות התכנון, המקומית והמחוזית, עררו המתנגדים למועצה הארצית (7/98). במסגרת עררם הציעו חלופות של איחוד וחלוקה, שנועדו לאפשר בניה למגורים. בהחלטתה (מנובמבר '98) דחתה המועצה הארצית את הערר, על התכניות החלופיות שהוצעו בו.

בהחלטתה מתחה המועצה ביקורת על הקמת הקניון (במסגרת תכנית הר/1704), הביעה צערה על "שלא נעשה שימוש בתכנית הקניון כדי להגיע להסדר עם בעלי הקרקע – אם בדרך של איחוד וחלוקה ואם בדרך של העברת זכויות", והביעה תקווה כי "בעתיד תגיע הוועדה להסדר כגון זה עימם" (שם, בעמוד 2-3). על דברים אחרונים אלה של המועצה, בין היתר, מסתמכים המשיבים שלפנינו בטענם לתכנית לאיחוד וחלוקה. עם זאת, הבהירה המועצה הארצית את התנגדותה הנחרצת לכל קיצוץ נוסף בשטח הפארק. יוער, כי במועד מתן החלטת המועצה כבר החליטה הוועדה המחוזית (ביוני '98) על הפקדת תכנית הר/1941 (והחלטתה פורסמה ברשומות בדצמבר '98).

4. נגד החלטת המועצה הארצית הוגשו לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מספר עתירות (עת"מ (ת"א) 2004/99 איתן בכור ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה). כבוד הנשיא גורן דחה את העתירות, על התכניות החלופיות שהוצעו בהן, בקובעו, כי ההחלטה להקטין את הפארק, ועל ידי כך לפגוע באטרקטיביות שלו, היא החלטה בלתי סבירה. כך, משום שבהיעדר ריאה ירוקה משמעותית בעיר, נדרשת ריאה גדולה בכדי למלא את החסר, וכך גם לנוכח תכניות הפארק: המתקנים השונים והשטחים הפתוחים הירוקים (שם, בפסקה ט8).

על פסק דינו של השופט גורן הוגש ערעור (ע"א 931/01 בכור איתן ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה). בהמלצת בית משפט זה משפט זה משכו המערערים את ערעורם "תוך שמירה על זכויותיהם על-פי דין לנקוט בכל הליך שיראו לנכון", והערעור נדחה. במועד מתן פסק הדין

בבית המשפט העליון (19.5.02) כבר נודעה החלטת המועצה הארצית (מיום 21.2.02) לדחות את העררים על אישור תכנית הר/1941.

5. תכנית הר/1941 חלה, כאמור, על שטח של 717 דונם, והיא מבקשת לשנות את ייעודו של השטח מייעוד חקלאי לשטח ציבורי פתוח, לצרכי פארק עירוני. לשם כך, מתוכננת הפקעתם של כל המקרקעין הפרטיים שבתחומה. לאחר שגם הוועדה המחוזית אישרה את התכנית, הוגשו מספר עררים למועצה הארצית. במסגרת העררים הציעו המשיבים תכניות אלטרנטיביות לבנייה למגורים בשטח של כ-70 דונם משטחו של הפארק. המועצה הארצית דחתה את העררים בדעת רוב (תוך עשיית שימוש בסעיף 43 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, המקנה ליו"ר הוועדה זכות להכריע במצב שבו הדעות שקולות). את תכניות המשיבים דחתה המועצה בקובעה:

"דרך זו אמנם מונעת את הפגיעה בקניין, אך בד בבד היא מצמצמת את שטחו של הפארק ואף משביחה משמעותית את הקניין. באיזון הכולל של השיקולים, גם אם אנו נותנים משקל רב לקניינם של הפרטים, אשר רכשו במשך השנים קרקעות חקלאיות בהרצליה, והם מצפים לשנות את ייעודן – אין משקלו של שיקול זה גובר על משקלם של צרכי כלל הציבור באזור עירוני זה בריאה ירוקה גדולה ורצופה" (שם, בעמוד 3).

המיעוט בוועדה סבר, לעומת זאת, כי:

"ניתן להעתר לעוררים ולהחזיר את התכנית לוועדה המחוזית, על-מנת שתתכנן בה תכנית הכוללת מבני מגורים בכ-70-50 דונם מתוך שטח הפארק" (שם, בעמ' 4).

וזאת, משום שלדעתו:

"באיזון שבין הקטנתו המסויימת של פארק רחב ידיים זה לבין זכותם של בעלי הקרקעות, יש להעדיף שלא לפגוע בקניינם של בעלי הקרקעות, ולנהוג בקרקעותיהם כפי שנהגה עיריית הרצליה לגבי קרקעותיה שלה – מה גם שלהערכתם ללא איחוד וחלוקה בדרך זו, לא יקום הפארק הלכה למעשה, בשל היעדר אפשרות של העירייה לשאת בעלויות הכרוכות בכך" (שם, שם).

המועצה גם אישרה את החלטת הוועדה המחוזית לקבוע שימוש חורג לבית משפחת

קזמה (המשיבים 245-249).

בעקבות החלטת המועצה הארצית הוגשו שלוש עתירות לבית משפט קמא. בעתירותיהם ביקשו העותרים לבטל את ההחלטות של כל מוסדות התכנון ולהורות על ביצוע תכנית של איחוד וחלוקה, שבמסגרתה תתאפשר בנייה למגורים.

פסק דינו של בית משפט קמא

6. בפסק דינו קבע בית המשפט (מפי כבוד השופטת דותן), כי ההחלטה לייחד לפארק שטח של מאות דונמים באזור הבאסה היא החלטה סבירה. עם זאת, שאל עצמו בית המשפט, אם נבחנו לעומק האלטרנטיבות שהמשיבים הציעו, שיש בהן כדי להקטין את עוצמת הפגיעה בקניינם, ואם בחינת האפשרות לצמצם את שטח הפארק בכ-10% כדי להקים שכונת מגורים פוגעת בתכלית הציבורית של הקמתו. בית המשפט סבר, כי אין כל קדושה בשטח של 717 דונם דווקא: כך משום שלמעט טענה סתמית, לא הוצגה כל ראייה לכך שכל השטח המוצע להפקעה חיוני להגשמת התכנית; כך לנוכח דעת המיעוט במועצה הארצית; וכך משום שהקמת הקניון בשטח שהיה מיועד להיכלל בתחומי הפארק, מפחיתה מעוצמת הטענה שאין לשנות משטחו, ולו במעט.

בית המשפט הוסיף ואמר כי אילו היתה הקמת הקניון סטייה יחידה מ"הרצף התכנוני", לא היה מנוס מלקבוע כי עיקרה של התכנית עונה על דרישות הסבירות. אולם, קבע בית המשפט, מהראיות עולה כי "נושא הרצף התכנוני זוכה לפרשנות יחסית ומשתנה על פי מהותה של החריגה המוצעת" (שם, בעמ' 19). כך, לאחר אישור תכנית האב הוקמו בשטח הפארק המתוכנן (בנוסף לקניון) מבני ציבור: בית ספר, תחנת מכבי אש, קאונטרי קלאב, ועוד; וכך, על אף ששונה התוואי של נתיבי איילון, באופן שנלקחו כ-300 דונם משטח הפארק שעל פי תכנית אב, לא עשתה העירייה דבר. לעומת זאת, העירייה לא גילתה אותה הגמישות כלפי הצעת המשיבים שביקשה לגזור מהשטח 10%. בית המשפט הוסיף, כי לא הובאו עדויות של מומחים בתכנון גנים, ולא "הוזמו עניינית" התוכניות שהציעו המשיבים. בית המשפט הוסיף וקבע, כי התכנית האלטרנטיבית, שמיקמה את המגורים בחלק הצפוני-מזרחי של הפארק, איננה פוגעת ברצף יותר משפוגעים בו שדה התעופה ושכונת המגורים העתידה לקום בכפר שמריהו. לפיכך, סבר בית המשפט, כי אין לדחות את תכנית המשיבים בשל פגיעה ברצף התכנוני.

לאור הדברים האלה, שאל עצמו בית המשפט, האם הצעת המשיבים, שהתקבלה על דעת המיעוט במועצה הארצית, נשקלה על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה. מסקנתו היתה, כי לא היה מקום לדחות את התכנית שהציעו המשיבים ללא בחינה מעמיקה יותר, באומרו, כי מקום בו ניצבות, אלה מול אלה, זכויות קנייניות של פרטים ותכנית פארק שלא נראה כי נבחנו במידה מספקת כל היבטיה, ככל שהם נוגעים להפקעה, יש "להעדיף את החלופה המוצעת על ידי העותרים והיא החזרת התכנית לוועדות המקומית והמתוזזת לבחינה מחודשת כפי שהוצע

בדעת המיעוט של מחצית חברי ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ובניה" (שם, בעמ' 21-22 לפסק הדין). סיכומו של דבר הורה בית המשפט להחזיר את הדיון לוועדות המקומית והמחוזית "לבחינת ההצעות האלטרנטיביות" (שם, בעמ' 22).

7. בית המשפט קיבל גם את עתירתה של משפחת קזמה, שביקשה להוציא מהתכנית את חלקתה, ששטחה כ-8 דונם, על בית המגורים שבה. זאת לאחר שקבע כי:

"האפשרות שלא להפקיע את בית המשפחה כלל לא נדונה. המתכננים קיבלו כמובן מאליו כי כל השטח המיועד לפארק יופקע למימוש התוכנית מבלי להתחשב בסוג הזכויות של בעלי המקרקעין וזאת בניגוד ליחסם למבני ציבור המצויים בשטח כגון בית ספר, תחנת כיבוי, מחסן ציוד ועוד אשר ביחס אליהם הונחה הנחת עבודה לפיה אין להעתיקם ממקומם. נראה כי ליבם של פרנסי העיר גם זכויות המגורים של משפחת קזמה עד כדי כך שאיש לא טרח כלל לבחון את האפשרות של העתקת שער הכניסה באופן שימנע פגיעה בקניינם" (שם, בעמ' 12).

גם המועצה הארצית, ציין בית המשפט, אימצה את הפתרון שהציעה העיריה מבלי להתעמק בשאלת מידתיות הפגיעה בקניינם של משפחת קזמה, לעומת הפגיעה בתכנית הפארק.

לדעת בית המשפט, הפתרון של שימוש חורג לא נותן תשובה לבעיה. בנוסף, קבע, כי לא רק שלא הובהר פרק הזמן שבו יותר השימוש החורג (לנוכח תשובותיהן השונות של הרשויות השונות), אלא שהפקעתו הופכת את המשפחה לתלויה בחסדי הרשויות. ההצעה לאפשר שימוש חורג שומטת את הקרקע מתחת לטענה שלא ניתן לממש את הפארק מבלי להפקיע את החלקה, ואין סיבה שלא לאמץ את הפתרון הזמני - שינוי מבנה הכניסה לפארק - באופן קבוע. בית המשפט הגיע למסקנה, כי הפקעת החלקה, כדי ליישר את קו החזית הדרומית של התכנית, איננה מידתית, והורה על בטלות חלקה של התכנית הקובע זאת.

8. על פסק דינו של בית משפט קמא ערערו שלושת מוסדות התכנון והעיריה, בשני ערעורים שאוחדו. לאחר שבקשת המערערים לעכב את ביצוע פסק הדין נדחתה על ידי השופטת נאור, הגישו המשיבים תכנית חלופית - הר/1941א. התכנית נדחתה על ידי שלושת מוסדות התכנון (ראו הנספחים להודעות המעדכנות מטעם המערערות). בדיון שהתקיים בפנינו ביום 11.2.07 הודיעו המשיבים על כוונתם להגיש עתירה נוספת נגד דחיית התכנית הר/1941א.

עיקרי טענות הצדדים

9. המערערות טוענות נגד התערבותו של בית משפט קמא בהחלטתן, שאין לגרוע משטח הפארק ואין להקים בו שכונת מגורים. לטענתן, בהתערבו בהחלטה מקצועית חרג בית המשפט

מעקרונות הביקורת השיפוטית, ושם עצמו מוסד לתכנון-על. בית המשפט רשאי היה לבחון את הליכי קבלת ההחלטות, אך באלה, לטענתן, לא נפל כל פגם, משעה שנשקלו כל השיקולים הרלוונטיים ואף אוזנו כיאות.

לגופן של החלטותיהן, טוענות המערערות, כי צרכי ציבור מצדיקים את ייעוד השטח כולו לפארק. הקטנתו בעבר, לדבריהן, אינה מצדיקה את המשך הקטנתו, וגריעה נוספת של 70 דונם משטחו, על פי תכניות המשיבים, תפגע מהותית באיכותו הקשורה ישירות לגודלו – ככל שהוא גדול יותר ניתן לעשות בו יותר פעילויות. לטענתן, הצעות המשיבים נשקלו ונדחו משום שגורמי התכנון סברו שהן שגויות מבחינה תכנונית. לדבריהן, בניית שכונת מגורים בפארק תפגע קשות בתפקודו של הפארק המבודד ממגורים, ובשימושים המתוכננים בו: על השטח שיידרש על פי התכנית המוצעת להקמת שכונת המגורים, יידרש שטח נוסף לצורכי ציבור של השכונה; הגבלת הגובה שמטיל שדה התעופה של הרצליה תחייב חלופה שתגרע אף שטח גדול יותר; התכנית המוצעת תיצור "חומה" של בניינים בני 14-15 קומות על גבול הפארק ותפגע בניצפות; התכנית המוצעת תיצור בעיות קשות של תחבורה וחניה; נוכחות של מגורים במקום תגביל את שעות הפעילות המתוכננות בפארק, ועקב כך גם את אופיה.

המערערות טוענות, כי משעה שמוסדות התכנון החליטו שאין לשלב בתכנית הפארק ייעוד לצרכים פרטיים, לא היה מקום לתכנית של איחוד וחלוקה, המשלבת בין ייעודים, רק משום רצונם של בעלי המקרקעין לקבל פיצוי בדרך זו. דרך המלך, לדבריהן, היא במתן פיצויים כספיים, וקיומה של חלופה של איחוד וחלוקה, איננה מונעת בחירה במתן פיצויים, במיוחד, מקום שמדובר במקרקעין שייעודם לחקלאות. מהעובדה האחרונה נובע, לטענתן, כי החלטתן איננה בלתי מידתית - המשיבים לא עתרו לשמירה על זכויותיהם הקנייניות, אלא להשבחתן. עוד טוענות הן, כי בית המשפט שגה בהעדיפו למעשה את זכות הקניין של המשיבים על פני האינטרס הציבורי, ועמדתו זו איננה הולמת את הגישה הנוכחית של דיני התכנון והבניה.

אשר ליכולתה הכלכלית של העיריה לממש את התכנית, טוענות המערערות, כי עיריית הרצליה היא עירייה חזקה ויציבה מבחינה כלכלית, והיא הציגה מספר מקורות אפשריים למימון תכנית הפארק, שהקמתו ממילא תעשה בשלבים, שייקלו על כך.

10. המשיבים טוענים לעומתן, כי ההחלטה להפקיע את המקרקעין איננה עומדת במבחן המידתיות: אין התאמה רציונלית בין האמצעי למטרה, משעה שעיריית הרצליה לבדה מכל הערים השכנות מבקשת להפקיע לצורך הקמת הפארק, במקום לנקוט בהליך הרציונלי של איחוד וחלוקה; הפקעת כל הקרקעות איננה האמצעי שפגיעתו פחותה, אלא התכנית שהציעו

הם, באשר על הרשות לבחור בחלופה שנוקה לפרט הוא הקטן ביותר גם על חשבון פגיעה קלה בתועלת לציבור.

לטענתם, גריעה של 10% משטחו של הפארק עדיין תותיר פארק גדול דיו למימוש כל המטרות, ואין הבדל מהותי בין פארק בגודל הראשון לבין פארק בגודל השני. גם אין צורך בפארק בגודל כזה: כך משום שתכנית האב שייעדה את כל השטח לפארק התבססה על תחזית אוכלוסיה שלא התממשה, כך על פי "מדריך תכנון להקצאת קרקע לצרכי ציבור", וכך משום שהפארק איננו כנטען הריאה היחידה כמעט בתחומי העיר. לטענתם, התכנית המוצעת לא תפגע במהות הפארק, ברציפותו, בפונקציות שלו ובדומיננטיות של השטחים הירוקים. המשיבים דוחים את הטענות בדבר הבעיות שיוצרת תכניתם.

השיטה של איחוד וחלוקה, תוך מתן פיצוי לבעלי המקרקעין באמצעות אחוזי בניה עדיפה, לטענתם, כפי שקבעו המחקרים, שמסקנותיהם יושמו על ידי מוסדות התכנון מסביב להרצליה לצורך השגת שטחים לפארקים העירוניים.

עוד טוענים הם, כי לעיריית הרצליה אין יכולת כלכלית לבצע את התכנית, כפי שסברו שניים מחברי המועצה הארצית. קביעת המועצה הארצית שמצבה הכספי של העירייה איננו בתחום דיונה, אינו מתיישב עם ההלכה, וכך גם אין מתיישבת עימה הסתפקותה של הוועדה המחוזית בהצהרת העירייה כי תוכל לעמוד בתשלום הפיצויים, מבלי שבדקה את הדברים. כן טוענים הם, כי אומדן הפיצויים שעשתה העירייה שגוי ומוטה כלפי מטה, וכי לעלותם הכבדה של הפיצויים יש לצרף את העלויות הגבוהות הכרוכות בהקמת הפארק, והכל שעה שלעירייה גירעון של כ- 100 מיליון ₪. לדבריהם, עובר לקבלת ההחלטה לא היו בפני העירייה נתונים מדויקים לגבי עלות התכנית ולא תוכננו המקורות למימונה, ואלה גם לא הובהרו בהמשך לנוכח הראיות הסותרות.

המשיבים מוסיפים וטוענים, כי הצגת נתונים לא נכונים והיעדר נתונים בדבר היקף הפארקים המתוכננים, מגמות גידול האוכלוסיה, והמשאבים העומדים לרשות העירייה, ובנוסף אי שקילת החלופות על ידי הוועדות המקומית והמחוזית, הופכת את אישור התכנית לבלתי סביר באורח קיצוני. ההחלטות גם בלתי סבירות באופן קיצוני משום שהן מפלות אותם בהשוואה לבעלי הקרקעות הציבוריים – בעוד שמפקיעים את קרקעותיהם שלהם, בונים על קרקעות המדינה (בקיבוץ גליל ים ובקניון), וזאת, כאשר יש להקים פארקים על אדמות מדינה ורק אחר כך על אדמות פרטיות.



דיון

11. ראשון אדון בטענה לקיומו של מעשה בית דין. בפסק דינו דחה בית משפט קמא את הטענה, כי המשיבים מנועים מלשוב ולהעלות טענות שנטענו במסגרת הדיון בתכנית הר/1890 בפני הנשיא גורן. זאת בעיקר לנוכח פסק דינו של בית המשפט העליון, שהסכמת הצדדים בגדרו מעלה כי היו מודעים לתכנית הר/1941, ושמרו על זכותם לטעון טענותיהם במסגרתה. עוד קבע בית המשפט קמא, כי לא כל המשיבים היו צד להליך הראשון וכי התכנית החלופית שהוצגה כאן איננה זהה לתכנית שנדחתה על ידי הנשיא גורן. מסקנותיו אלה של בית המשפט מקובלות עלי.

ומכאן לגופו של עניין.

12. הלכה היא כי בביקורת החלטותיהן של רשויות המינהל, בית המשפט לא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המנהלית ולא יכפה דעתו עליה (ראו ע"א 311/57 י"מ נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג(2) 1026, 1039). וכך, בהידרשו להחלטות מקצועיות של רשויות התכנון לא ישים עצמו בית המשפט "מתכנן עליון", כפי שנאמר פעמים רבות בפסיקה (ראו בג"צ 10242/03 מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פ"ד נח(6) 673, 679; להלן – עניין מילובלובסקי). עילות הביקורת השיפוטית על החלטות הרשויות נגזרות מן החובות והאיסורים המוטלים עליהן: לנהוג בהגינות, בתום לב, בשוויון, ללא משוא פנים, בסבירות, במידתיות, וכיוצא באלה. הביקורת השיפוטית מופעלת הן לגבי הליכי קבלת ההחלטה והן לגבי תוכנה. בבחינת הליכי קבלת ההחלטה ייבדקו איכות הנתונים ששימשו בקבלתה (ראו בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5), 412, 423-426); טיבם של השיקולים על פי הם נתקבלה והאיזון שנעשה ביניהם (ראו בג"צ 7542/05 גל פורטמן נ' מר מאיר שטרית, שר התחבורה, ניתן ביום 11.2.07, בפסקאות 18-19). כדי שבית המשפט יתערב בתכנה של החלטה, צריך שזה יהיה בלתי סביר באורח קיצוני. החלטה בלתי מידתית, למשל, הפוגעת בזכויות מעבר למידה הנדרשת, היא החלטה בלתי סבירה (ראו בג"צ 4330/93 גאנס, עו"ד נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין במחוז ת"א, פ"ד נ(4) 221, 232-233).

13. הפקעת מקרקעין פוגעת קשות בזכות הקניין של הפרט, אלא שהיא רע הכרחי. הפקעת מקרקעין נדרשת במקרים רבים כדי לענות על הצורך הציבורי בדרכים, בפארקים, וכיוצא באלה. תכנית הר/1941 מבקשת להפקיע את כל המקרקעין הפרטיים המצויים בתחומה לצורך הקמתו של פארק עירוני בהרצליה. יוזמי התכנית, והגורמים המקצועיים שבתנו אותה בהמשך, החליטו להקים פארק עירוני שלא ישולבו בו מגורים בדרך זו או אחרת באמצעות תכנית לאיחוד וחלוקה, משום ששילוב מגורים ייצור פארק שונה מן הפארק אותו תכננו. זאת לא רק מבחינת

היקף הפעילות אשר יצטמצם עם הקטנת שטחו של הפארק (שלטענת המערערות יקטן גם מעבר לצמצום שהמשיבים טוענים לו), אלא אף מבחינת ההשפעה שתהיה לקירבת מגורים על אופי הפעילות בפארק - על האפשרות לקיים את הפעילויות המתוכננות ללא הפרעה מצד הדיירים לנופשים (ולהיפך) וללא הגבלת ימים ושעות, כמו גם על תחושת הנופשים בפארק - שאין דומה התחושה בפארק פתוח ו"משוחרר" מסמיכות של מגורים לתחושה בפארק שאיננו כזה. לכל אלה, נטען, תהיה גם השפעה על האטרקטיביות של הפארק. יש לזכור, כי התכנית שהוצגה בפני המועצה הארצית היתה לבניית שכונת מגורים בהיקף של כ-1,400 יחידות דיור, ב-16 בניינים בני 15 קומות (סע' 10 לתצהיר האדריכל מרסלו ברסטוביסקי, נספח ז לתגובת המשיבים 1-244 לבקשה לעיכוב ביצוע, עע"מ 9432/05), באופן שתיווצר חומה, לטענת המערערות, בשטחו הצפון-מזרחי של הפארק. החלטתם זו של מוסדות התכנון, ככל שהיא פוגעת בקניינם של בעלי המקרקעין, איננה יכולה להיחשב מבחינת תוכנה כהחלטה בלתי סבירה, ובוודאי שלא בלתי סבירה באורח קיצוני.

העובדה שבעבר נגזרו שטחים משטח הפארק המתוכנן לצרכים שונים של תחבורה, הקמת מוסדות עירוניים, ואפילו לצרכים מסחריים (כהקמת הקניון, עליה נמתחה ביקורת על ידי המועצה הארצית), לא הופכת את סירובם של מוסדות התכנון לגזור ממנו שטחים נוספים לצורכי מגורים, ולו רק בשיעור 10%, לבלתי סביר. גם העובדה שרשויות מקומיות אחרות מסביב להרצליה בחרו להקים פארקים באמצעות תכניות של איחוד וחלוקה, בפצותם את בעלי המקרקעין המופקעים על ידי הקצאת קרקעות לבנייה והגדלת אחוזי הבנייה, לא מחייבת את המסקנה שההחלטה בעניין פארק הרצליה היא בלתי סבירה. אף העובדה שבתחומה של העיר מצויים שטחים ירוקים נוספים בהיקף זה או אחר, וגם מתוכננים עוד שטחים כאלה, כמו גם העובדה שתחזיות האוכלוסיה לעיר לא התאמתו, ושהרצף התכנוני של פארקים לא נשמר, לא מחייבות את המסקנה שהתכנית איננה סבירה באופן המחייב את התערבותו של בית המשפט.

כפי שהסבירה ראש העיריה בעדותה במועצה הארצית, הרעיון של שילוב מגורים היה בפני יוזמי התכנית, ואף הופעל לחץ כבד לבחור בו (ראו עמ' 91 לפרוטוקול). הגם שהיה "קל" יותר לקבל את הרעיון של איחוד וחלוקה, שלא היה מקים נגד העיריה את מאות בעלי המקרקעין המופקעים, והיה נותן מענה לנושא המימון – חוסך את תשלום הפיצויים בגין הפקעה, ומסייע במימון הקמת הפארק ואחזקתו - יוזמי התכנית העדיפו תכנית אחרת, המפקיעה את כל השטח, על כל הקשיים הכרוכים בכך. לא שיקול זה הוא שגרם ליוזמי התכנית להעדיף דווקא תכנית המפקיעה בשלמותו את השטח על פני תכנית של איחוד וחלוקה. יש לזכור עוד, כי מדובר בקרקעות שיעודם חקלאי ושמעולם, כטענת המערערות וכעולה מהחומר שבפנינו, לא תוכננו בהן מגורים.

14. סבירות ההחלטה נבחנית כאמור לעיל גם על פי מידתיותה. בחינת המידתיות נדרשת במיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכות הקניין בדרך של הפקעתו (ראו בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 639; להלן – עניין קרטיק; ודנג"צ 4466/94 נוטייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68). כך, למשל, נקבעה אי מידתיות ההפקעה כאשר דובר בזניחת מטרתה (ראו עניין קרטיק), וכך גם במקרה של אי הגדרת המרחב המופקע (ראו ע"א 119/01 פרץ אקונס נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 22.1.03).

אלא שענייננו אנו בשאלת התערבותו של בית המשפט בהחלטה מקצועית של גורמי התכנון לממש תכנית בדרך של הפקעה ולא בדרך של איחוד וחלוקה, וזאת משיקולים מקצועיים. במקרה כזה, קבע בית משפט זה, אין מתערבים בהחלטת גורמי התכנון, והוא כל עוד לא נפל בה פגם אחר המחייב התערבות.

כך, בע"א 396/98 מדינת ישראל נ' פו חברת נפט בע"מ (פ"ד נח(3), 145), לאחר שקבע כי ההחלטה על ההפקעה צריכה להיבחן במבחן המידתיות, קבע בית המשפט:

"הכלל הוא כי תשלום הפיצויים בגין הפקעה נעשה בכסף, ואף כי ניתן לפצות גם על דרך של הקצאת קרקע חלופית, כאשר בעל הקרקע והרשות המפקיעה מסכימים על כך, הרי שאין הרשות מחויבת לעשות כן" (עמ' 157-156).

(וראו פרופ' נמדר הפקעת מקרקעין, עקרונות, הליכים ופיצויים (2005), בעמ' 65, ה"ש 74).

בדומה נקבע גם בע"מ 1137/04 הועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' ליבנד (מיום 24.11.05):

"על-פי סעיף 191 לחוק התכנון והבניה, פיצוי בעל המקרקעין הנפגע מתכנית, יכול שייעשה, במקום בתשלום כספי, בדרך של מתן מקרקעין אחרים בתחום התכנית או מחוצה לה. אולם, רשות התכנון אינה חייבת ליתן את הפיצוי דווקא בדרך של מתן קרקע חלופית" (בפיסקה 15).

(למקרה הפוך שבו נדחתה עתירה להפקיע את הקרקע וליתן פיצוי כספי במקום לבצע חלוקה מחדש, ראו בג"צ 26/70 בר נ' שר הפנים, פ"ד כד(1) 645, 647).

והכל, יש לחזור ולהזכיר, בתנאי שלא נפל בהחלטה פגם חמור המחייב את התערבותו של בית המשפט.

15. לאור הדברים האלה, לא היה מקום להתערבותו של בית משפט קמא בהחלטת העירייה וגורמי התכנון שלא לבצע תכנית איחוד וחלוקה, ובמקרה ספציפי זה - תכנית לאיחוד וחלוקה המשלבת מגורים בפארק תוך כדי הקטנתו. התנגדות המערערות לשלב מגורים בפארק, איננה מאפשרת תכנית לאיחוד וחלוקה שזו מטרתה. דא עקא, כטענת המערערות, בית משפט קמא התעלם מהתנגדותן לשלב מגורים בתכנית הפארק, ודן אך בהקטנת שטחו של הפארק. אפילו היה נקבע (ולא כך נקבע) כי ההחלטה שלא להקטין משטח הפארק איננה סבירה, כפי שקבע בית משפט קמא, הרי שלא היה בכך כדי לסייע למשיבים, שאין עניינם בהקטנת שטחו של הפארק אלא בהקטנתו לצורכי מגורים, מטרה שהמערערות מתנגדות לה נחרצות משיקולים תכנוניים, ואין מקום להתערב בה.

אלא שבכך לא מסתיים העניין.

16. הפקעת השטח בשלמותו, משמעותה הכלכלית היא שיהא על הוועדה המקומית לשלם את הפיצויים הכרוכים בהפקעה, ולשאת ממקורותיה שלה בעלויות הקמת הפארק ואחזקתו. המשיבים טוענים, כאמור, כי לעירייה אין את היכולת הכלכלית לממש את התכנית, כפי שסבר המיעוט במועצה הארצית, וכי בכל מקרה הנושא לא נבחן כיאות על ידי העירייה ועל ידי גורמי התכנון.

אישורן של תכניות מפקיעות, שאינן בנות ביצוע מבחינה כלכלית, פוגע לא רק בבעלי המקרקעין המופקעים, אלא גם בציבור, שלצרכיו הן נועדו, וכתוצאה מאלה נפגע גם אמון הציבור ברשויות. במקרה דנן, כעולה מהחומר שבפנינו, לא נבדק הנושא הכלכלי כפי שצריך היה להיעשות - לא על ידי העירייה והוועדה המקומית, אף לא על ידי הוועדה המחוזית (ראו ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית, פ"ד מו(4) 627). עיון בפרוטוקול הדיון במועצה הארצית, לעומת זאת, מעלה כי שם נדון הנושא. המיעוט במועצה סבר, כאמור, שלעירייה אין היכולת הכלכלית לבצע את התכנית. הרוב, שסבר כי מצבה הכספי של העירייה (העובדה שהיא מצוייה בגירעון) איננו מעניינו, ציין כי עלות התכנית היא אמנם שיקול רלוונטי, אך הוסיף כי התכנית איננה אמורה לאזן עצמה אלא האיזון יכול להיעשות על פני זמן.

המערערות המציאו לנו את החלטות הוועדה המחוזית והמועצה הארצית בתכנית הר/1941א (שהוגשה בעקבות פסק דינו של בית משפט קמא, שביצעו לא עוכב). הוועדה המחוזית מציינת בהחלטתה כי רשמה בפניה את הודעתה של ראש העירייה לפיה יכול כל בעל זכויות בתחום תכנית הר/1941 לפנות לאלתר כדי לקבל את הפיצוי המגיע לו (סע' 40). נראה אפוא כי לעניין זה ניתן מענה במסגרת החלטתה של הוועדה המחוזית.

17. הטענות הנוספות שהעלו המשיבים אין בהן כדי לשנות את התוצאה אליה הגעתי. כך, בין היתר, משום שאם ביקשו לבטל את פסק הדין של בית משפט קמא, שרק הורה על בחינה מחודשת של ההצעות האלטרנטיביות, שעה שהם עתרו, כזכור, לביטול החלטות מוסדות התכנון, היה עליהן לערער על פסק דינו. כך, למשל, לגבי טענת ההפליה, לפיה צריך היה להקים את הפארק באדמות המדינה שבקיבוץ גליל ים ולבנות למגורים בבאסה. בית משפט קמא לא קבע ממצא בנושא, וממילא גם לא נתן סעד מתאים לו. המשיבים לא ערערו על כך. גם אילו ערערו, לא היה לבית משפט זה, בשבתו כערכאת ערעור, הכלים להכריע בסוגיה זו משלא התבררה קודם לכן בערכאה הדיונית.

18. גם לא ראיתי מקום לקבל את הבקשות להגשת הודעות מבלי שמגישיהן ביקשו להצטרף כצדדים לערעורים. מעבר לצריך, אומר, כי אין בהן כדי להוסיף על הדברים שהביאו בפנינו הצדדים.

ועתה לעניינה של משפחת קזמה.

19. המועצה הארצית והוועדה המחוזית מסכימות עם קביעתו של בית משפט קמא בעניינה של משפחת קזמה, אך זאת רק לגבי שטחו של הבית עצמו, שהוא, לשיטתן, 60 מ"ר. הוועדה המקומית והעירייה, שממשיכות לדבוק בעמדתן לפיה הפתרון הראוי הוא זה של שימוש חורג, טוענות כי שטחו המקורי של הבית שנבנה ברישיון היה 60 מ"ר, ואילו הבית בשטחו הנוכחי (100 מ"ר) נבנה שלא כדין. לטענתן, עובדה זו מחלישה את זכותם של קזמה להגנה מוחלטת על ביתם. המערערות טוענות, כי אין להחיל את החלטת בית המשפט על כל שטחה של החלקה (8 דונם) שאיננו משמש באופן ישיר למגורי המשפחה, ואיננו שונה משטחים אחרים בפארק בהם נעשה שימוש חקלאי.

משפחת קזמה טוענת מנגד כי יש להותיר בידיהם את כל החלקה, כפי שקבע בית משפט קמא. לדבריהם, הטענה כי תחת הבית שנהרס נבנה בית בשטח של 100 מ"ר ללא היתר, לא הוכחה; ונהפוך הוא - הוכח ובית משפט קמא קבע כי הבית נבנה בהיתר כדין. עוד טוענים הם, כי מדובר בחלקה חקלאית מעובדת, המהווה יחידה אחת מגובשת שאין להפרידה, ואשר בה מצוי בית, בוסתן ושטח חקלאי המעובד באינטנסיביות, חלקה שאין דומה לה במתחם הבאסה.

20. קביעתו של בית משפט קמא, לפיה הבית נבנה בהיתר כדין מתייחסת להיתר הבניה משנת 1949 (נספח ב לעתירה בעת"מ 1161/02). אלא שמהחומר עולה, כי בשנת 1974 פנה קזמה וביקש רישיון לבנות בית תחת הצריף הקטן שבו התגוררה המשפחה. לאחר שהעירייה

סירבה תחילה לבקשה, קבע אחד ממהנדסי העיר שביקר במקום, כי אין מקום לשפץ את מבנה העץ, אלא יש להקימו מחדש (נספח ג במסגרת מוצג 8 למוצגי קזמה), וכך נעשה. לאור הדברים האחרונים, ולנוכח העובדה שעל פי החומר שבפנינו, לא נקטה העיריה בשום פעולה מאז, לא ניתן עתה, למעלה מ-30 שנה לאחר מכן, לקבל את הטענה כי מדובר אך במבנה ששטחו 60 מ"ר, באופן ש-60 מ"ר משטח הבית יוותרו על כנם ואילו ליתרת הבית תקבע תקופה לשימוש חורג, שבסיומה תיהרס. דעתי הינה אפוא כי שטחו של הבית הוא כפי שהוא במציאות (100 מ"ר). עם זאת, אין בכך משום מתן אישור לבנייה ללא היתר.

21. נותרה, אם כן, השאלה איזה שטח מן החלקה יש להותיר מעבר לשטחו של הבית עצמו, כדי לאפשר לבית ולדייריו מרחב קיום. בהתחשב בכך שמדובר בקרקע חקלאית, שעקרונית דינה כדין הקרקעות החקלאיות הפרטיות האחרות, לא ניתן להתייחס אליה באופן שונה לחלוטין ולהותירה כולה בידי קזמה. לאחר ששקלתי את הדברים, דעתי היא, כי שטח בגודל של 1 דונם (כולל שטח הבית) הוא השטח שיש להוציא מן התכנית.

22. לסיכום, בכפוף לאמור בפיסקה 20, אציע לחבריי לקבל את הערעורים על פסק דינו של בית משפט קמא ולבטלו. המשיבים (להוציא בני משפחת קזמה) ישלמו למערערות בעע"מ 9316/05 הוצאות בשתי הערכאות בסכום כולל של 40,000 ₪, וסכום זה ישלמו גם למערערות בעע"מ 9432/05.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' חשין.

ניתן היום, כ"ח באדר א' תשס"ח (5.3.08).

שופט

שופטת

שופט