|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו כבית-משפט לעניינים מנהליים** | | |
|  | | |
| אסנת קמינר נ' עיריית הרצליה | | 17 נוב 2020 30774-01-18 |
|  | | |
| **השופטת** | מיכל אגמון-גונן | |
|  | | |
| **העותרת:** | אסנת קמינר ע"י עו"ד רענן בר און עו"ד ורד כהן | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיבות:** | 1. עיריית הרצליה 2. הועדה מקומית לתכנון ובנייה הרצליה 3. המשיבים הפורמליים 3-20 - בעלי הזכויות האחרים  ע"י עו"ד אן ברלוביץ (בשם משיבה 2). | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

לפניי עתירת תושבת הרצליה שבבעלותה דירת מגורים בעיר, נגד עיריית הרצליה וועדת התכנון המקומית. במסגרת העתירה, מבוקש כי בית משפט זה יבטל הפקעה החלה על חלק משטח עליו מצוי כיום בית מגורים משותף, ובו דירתה של העותרת. עוד מבוקש, כי בית המשפט יורה לעירייה ולוועדת התכנון לשנות את ייעוד הקרקע באותו השטח, וכי ייתן צו עשה לפיו יעשו המשיבות כל הדרוש על מנת להכשיר את הקומה השלישית בבית המשותף – בה ממוקמת דירת העותרת – שנבנתה בשעתה, שלא על פי היתר הבנייה שניתן לבניין.

העותרת, אסנת קמינר, היא הבעלים של דירת מגורים בקומה השלישית, בבניין המצוי ברחוב מוהליבר 6 בהרצליה (להלן: הדירה). הבניין הוא חלק ממקרקעין הידועים כתת חלקה 10, חלקה 99, גוש 6537 (להלן: המקרקעין). המשיבות הן עיריית הרצליה (להלן: העירייה), והוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה (להלן: הוועדה המקומית) המשיבים הפורמליים, 17 במספר, הם בעלי הזכויות הנוספים במקרקעין (להלן: המשיבים הפורמליים).

**1. רקע עובדתי והשתלשלות העניינים**

חלקה 99 בגוש 6537, בתוכה מצויים המקרקעין, היא חלקה בשטח של כ- 1006 מ"ר הממוקמת ברחוב מוהליבר, במרכז העיר הרצליה (להלן: חלקה 99). חלקה 99 גובלת ברחוב מוהליבר ממזרח, ובשטח ציבורי פתוח (להלן: שצ"פ) המכונה "סמטת מקדש מלך" ממערב. במרכז השצ"פ ניצב בית כנסת "מקדש מלך". למעשה, משמש השצ"פ כשביל גישה, חניה המשרתת את הסביבה, וכן גינה ציבורית מפותחת (להלן: שצ"פ מקדש מלך).

**ביום 8.6.61,** נכנסה לתוקף תכנית 253א', תכנית המתאר למרחב התכנון הרצליה, בה נקבע ייעודם של המקרקעין לאזור מגורים א'. בשנת 1965, ניתן היתר לבניית בניין על המקרקעין. על פי ההיתר המילולי, אושרה בנייתו של "בנין בן שתי קומות על קומה מפולשת, הכולל 8 דירות בשטח של 475+117 מ"ר" (ראו ההיתר המילולי מיום 24.10.65 בנספח 1 לתגובת המשיבות לעתירה). מתשריט ההיתר, עולה כי הוא הוגש כאשר מופיעה בו קומה שלישית. ואולם, כלל התכניות בנוגע לקומה השלישית נמחקו מהתשריט: הקומה השלישית מחוקה בסימן "X" ולידה הכיתוב "מבוטל", לצד חתימתו של מבקש ההיתר, מר משה שטורכן. דבר הביטול מופיע בכל החתכים שבהיתר הבניה (**ראו העתק תשריט ההיתר, בנספח 2 לתגובת המשיבות לעתירה**).

**ביום 11.6.1966**, נרשם הבניין בפנקס הבתים המשותפים, וניתן צו רישום. בצו נרשם בית בן 3 קומות (ראו צו רישום בפנקס הבתים המשותפים, מיום 11.6.1966, בנספח ג' לעתירה). בשנת 1967, הושלמה בניית הבניין המצוי על המקרקעין עד היום, בן 3 קומות, והוא אוכלס בהתאם (להלן יכונה הבניין: הבניין או הבית המשותף).

**ביום 3.9.1971,** הופקדה בוועדה המקומית תכנית הר/1139. תכנית זו אושרה ביום 10.12.1973 ופורסמה למתן תוקף ביום 14.5.1975. התכנית חלה על 90.488 דונם, ובתוכם חלקה 99, המכילה את המקרקעין. מדובר בתכנית מפורטת, הקובעת, בין היתר, איחוד וחלוקה חדשה של החלקות הכלולות בה. תכנית זו, שינתה למעשה את שנקבע בתכנית המתאר 253א' לעניין המקרקעין: ייעודם של כ-750 מ"ר מתוך שטחה של חלקה 99 שונה ממגורים א' למגורים ב'. החלק הנותר, שטח של כ- 257 מ"ר, שונה ממגורים א' לשצ"פ. משמע, לפי התכנית 25 אחוזים משטח החלקה, לערך, הופרשו לצרכי ציבור. זאת, לצורך הרחבת שצ"פ מקדש מלך.

ואולם, העירייה מעולם לא מימשה את הפקעת חלק המקרקעין המיועד לשצ"פ. חלק זה נותר בבעלותם ובחזקתם של בעלי הזכויות בבית המשותף עד היום, ומשמש אותם כחניה.

**בתחילת שנת 2004** בדקה מחלקת הפיקוח על הבניה בעירייה את מבנה הבית המשותף. בעקבות הליקויים שנמצאו הוצא דו"ח מהנדס בודק (מבנים מסוכנים), ונשלחו פניות לבעלי הדירות (העתק ראו דו"ח הבדיקה מיום 19.2.2004 בנספח 4 לתגובת המשיבות לעתירה). בדו"ח המהנדס צוין כי ממצאי הבדיקה הופכים את המבנה ל"בעל רמת סיכון גבוהה מהמותר" ו"כי במידה ולא יטופלו הליקויים יכול להגיע למצב בו נכריז על המבנה כמסוכן לציבור". בחודש יולי 2006, בוצעה בדיקה חוזרת. בדיקה זו העלתה כי בוצעו עבודות חיזוק ושיקום קונסטרוקטיבי של עמודי קומת הקרקע, בהתאם לתקן. בעקבות תוצאות הבדיקה, הוצא דו"ח מעודכן לפיו במצב בנוכחי לא נשקפת סכנה למשתמשים ולציבור, ותיק המבנה המסוכן נסגר (העתק הדו"ח מיום 4.7.2006 בנספח 5 לתגובת המשיבות לעתירה).

**בשנת 2007,** רכשה העותרת את הדירה, כאמור – בקומה השלישית בבית המשותף. לטענת העותרת, טרם הרכישה היא בדקה את רישום הדירה בטאבו וכן פנתה לעירייה. על טענה עובדתית זו חולקות המשיבות, המניחות כי העותרת לא בדקה את תיק הבניין ולא הגישה בקשה לקבלת דפי מידע, וזאת לאור היעדר הצהרה מפורשת מצידה כי עשתה כן.

לטענת העותרת, ביום 2.6.2011 נחתם הסכם בין גלובלינקס אופק מוהליבר 6 בע"מ, ח.פ. 514517093 (להלן: היזם) לבין בעלי הזכויות בבית המשותף. מתוקף ההסכם, עתיד היה הבית המשותף לעבור עבודות חיזוק מפני רעידות אדמה, עבודות שיפוץ וכן עבודות לניצול זכויות בנייה על גג הנכס. המשיבות טענו כי העותרת לא הביאה כל ראיה לחתימת הסכם זה, ולכן טענתה זו לא הוכחה כדבעי. לטענה זו אתייחס בהמשך, אך לצורך הצגת העובדות, אניח כעת כי נכרת הסכם כאמור. העותרת טוענת כי לאחר כריתת ההסכם ובדיקת נתוני הנכס אצל המשיבות על ידי היזם, הוכנו והוגשו לעירייה תכניות לביצוע תמ"א 38, לחיזוק ושדרוג הבניין. דבריה נתמכים במכתבים שצורפו לסיכומי התשובה, מאת נציגת היזם לבעלי הזכויות בבית המשותף (ראו נספח 5 לסיכומי התשובה). המשיבות, מצידן טוענות כי לעירייה לא הוגשו כלל תכניות תמ"א 38 עבור הבניין, אלא רק מפה טופוגרפית ובקשה לקבלת מידע עבור המפה הטופוגרפית.

רק בשלב זה, בתגובה לפניית היזם אליה, טענה העירייה כי על החלקה חלה הפקעת קרקע, שכן קיימת תכנית להפקעת שטח של כ-257 מ"ר לצורך שצ"פ (היא תכנית הר/1139). עוד באותה העת, לטענת העותרת, טענה העירייה לראשונה כי היתר הבניה לבניין ניתן עבור 2 קומות בלבד, וכי הקומה השלישית – בה מתגוררת העותרת – נבנתה ללא היתר.

**ביום 2.4.2012,** נשלחה פנייה מטעם ב"כ היזם למהנדסת עיריית הרצליה, הגב' דניאלה סמיטס פוסק. בפנייתו טען שתי טענות: ראשית, כי לאור אי הפקעת השטח מצד העירייה, משך 37 שנים (באותה העת), זנחה העירייה את המטרה הציבורית שבהפקעה. שנית, כי שטח החלקה ללא השטח המופקע אינו מאפשר קיום הוראות ההסכם שנחתם בין בעלי הזכויות בבית המשותף לבין היזם, לחיזוק המבנה לפי הוראות תמ"א 38. ב"כ היזם ביקש לקיים פגישה דחופה עם מהנדסת העירייה, על מנת להגיע להסכמות שיאפשרו את ביצוע ההסכם וחיזוק הבית המשותף מכוח תמ"א 38.

**ביום 13.4.2012** פנתה גם נציגות הדיירים בבניין המשותף אל העירייה, במכתב, בו העלתה טענות זהות. הנציגות דרשה בפנייתה כי העירייה "תחזור בה מכוונת ההפקעה מיד ולאלתר" (ראו ההתכתבויות אשר צורפו בנספח ו' לעתירה). פנייה נוספת וזהה בתכנה נשלחה מטעם נציגות הדיירים גם ביום 13.6.2012, ונתקבלה (בחותמת "נתקבל") במשרד מהנדס העיר ביום 21.6.2012.

ביום 23.7.2012, נשלחה פנייה מטעם הורי העותרת, אריה ואתי קמינר (להלן: הורי העותרת), אל הגב' ביריה גרנות, נציבת תלונות הציבור בעיריית הרצליה (להלן: הגב' גרנות). במסגרת הפנייה, גוללו הורי העותרת את השתלשלות האירועים, וטענו בעיקר כי לו ידעו על דבר ההפקעה, לא היו רוכשים את הנכס עבור ביתם. לטענתם, בעת רכישת הדירה בדקו נסח טאבו, ושם לא נרשמה כל הערת אזהרה לגבי הנכס. על דבר ההפקעה, כך כתבו, גילו רק בעת פניית היזם לעירייה, לאחר ההתקשרות בהסכם עימו.

**כפי שעולה מפנייה נוספת שנשלחה לגב' גרנות בדואר אלקטרוני (להלן: דוא"ל), מיום 24.8.2012,** האחרונה אף נפגשה עם הורי העותרת בסמוך לשליחת הפנייה הראשונה אליה (כאמור, ב-23.7.2012). עוד עולה מהפנייה באמצעות הדוא"ל, כי בהמלצת גב' גרנות, נפגשו הורי העותרת, נציגות הבניין ונציגי היזם עם הגב' תמר פוריה, סגנית מהנדס העיר ומנהלת אגף רישוי והתחדשות עירונית (להלן: הגב' פוריה). הורי העותרת הביעו במסגרת הודעת הדוא"ל את חוסר שביעות רצונם מכך שסיכום הפגישה בכתב אינו תואם את רוח הדברים במסגרת הפגישה עצמה. הורי העותרת הזכירו שוב בעיות העולות לעניין התמ"א: היעדר מקום מספיק לחניות קיימות וחדשות, האילוץ לוותר על "קו בניין", ויתור על ממ"דים, ויתור על הכדאיות הכלכלית שבתמ"א עבור בעלי הזכויות עצמם ועבור היזם (מה שיביא להימנעות יזמים מלקחת את הפרויקט). הורי העותרת חזרו על הטענה כי לא היו רוכשים את הדירה לו ידעו על הפסד הכדאיות הכלכלית. בנוסף ביקשו הם התייחסות הגב' גרנות, לאחר קבלת חוות דעת מהיועצת המשפטית של העירייה, דבר שהובטח להם, לטענתם.

**בתשובתה מיום 3.9.2012,** התייחסה הגב' גרנות אך ורק לטענת הורי העותרת לפיה קנו את הנכס שבנידון בשל הכדאיות הכלכלית שצפו כתוצאה מפרוייקט תמ"א 38. הגב' גרנות ציינה כי הנחה בדבר כדאיות כלכלית ניתן לבסס רק לאחר בדיקה תכנונית, וכי היה מקום לבצע את הבדיקות מול מחלקת תכנון עיר קודם לרכישה, וכך לחשוף את הקשיים ביישום התמ"א בבית המשותף, כמו גם את דבר ההפקעה. הגב' גרנות כתבה כי לא נותר לה אלא להפנות את הורי העותרת למחלקת תכנון עיר, בכדי לתאם מולה "הגשת בקשה להרחבות עפ"י תמ"א 38".

**ביום 13.9.2012,** השיבו הורי העותרת לגב' גרנות וציינו כי התבססותם על האפשרות לתמ"א, נשענה על כך שהבניין עמד בשני קריטריונים: בנייה טרם שנת 1980 וזכויות בגג המשותף השייכות לכלל הדיירים. עוד כתבו כי היזם פנה למשרד מהנדס העיר לקבלת כל המידע הנוגע לבניין טרם ההתקשרות עם בעלי הזכויות, ועניין ההפקעה לא עלה אלא בשלב הגשת התכניות עצמן ע"י היזם. הורי העותרת הוסיפו כי ציפו לקבל את התייחסות הגב' גרנות גם להשגותיהם בנושאים נוספים: משך הזמן בו העירייה לא אכפה וטיפלה בהליכי ההפקעה; אי רישום הערת אזהרה; השלכות נוספות שעלו בפגישה עם הגב' פוריה. בסיכום ההודעה, ביקשו הורי העותרת לברר האם הגב' גרנות הסתמכה על חוות דעת של היועצת המשפטית לעירייה.

הצדדים לא הגישו כל תיעוד לחילופי דברים ביניהם לאחר פנייה זו, וזאת עד לתאריך 4.1.2017.

**המסמך הבא באסופת מסמכי הפניות לעירייה שצירפה העותרת, הוא מיום 4.1.2017.** בראש המכתב, נכתב בכתב יד כי הוא הומצא לראש העיר ולמנכ"ל העירייה בעת פגישה שהתקיימה עמם בתאריך 4.1.2017 (להלן: הפגישה עם ראש העיר). במסגרת המכתב פורטו הסוגיות הקשורות הן בהפקעה והן בקומה השלישית שאינה כלולה בהיתר הבניה.

כפי שעולה מחלופת הודעות הדוא"ל שעקבה לאותה פגישה, ביום 7.3.2017 פנתה הגב' אתי קמינר, אמה של העותרת (להלן: הגב' קמינר), למנכ"ל העירייה, בבקשה לקבל מענה לטענות שהועלו בפגישה עם ראש העיר. מנכ"ל העירייה, מר יהודה בן עזרא (להלן: מר בן עזרא), העביר את פנייתה לגורמים נוספים בעירייה, וביקש התייחסותם על מנת שיוכל להשיב לגב' קמינר.

עוד באותו יום, השיבה למר בן עזרא עו"ד לאה סדובניק, מנהלת מחלקת נכסים וביטוח (להלן: עו"ד סדובניק), והפנתה אותו לתשובה ששלחה לו, לדבריה, ביום 25.1.2017. לתשובה כותבו גורמים נוספים בעירייה. וזה נוסח הדברים: "בהמשך לפניית אתי ואריה קמינר ולפגישה שהתקיימה אצל רה"ע, הרינו מאשרים את העובדות שהועלו במכתבם. למען הסדר הטוב, נציין כי רישום ההפקעות נעשה כשלב מקדים לתפיסת חזקה ע"י הרשות באמצעות פיתוח, לאור ההשלכות הקנייניות לרישום הפקעה והקניית המקרקעין לבעלות העירייה ללא תפיסת חזקה בפועל. ככל הנראה, זו הייתה גם המדיניות בעבר. עם זאת, רישום ההפקעה בפנקסי רשם המקרקעין אינו שורש הבעיה. המענה המקצועי הינו בסמכות ובתאום של הפונים עם רשות התכנון באגף הנדסה."

**בתאריך ה-20.3.2017** הועברה הודעה זו של עו"ד סדובניק על ידי מהנדס העיר, מר מייק סקה (להלן: מר סקה) לסגניתו, הגב' פוריה. מר סקה ביקש כי הגב' פוריה תשלים מידע להתייחסותה של עו"ד סדובניק, וכי תישלח תשובה למר בן עזרא. נזכיר כי הגברת פוריה נפגשה עם הורי העותרת בשנת 2012. וזה נוסח תשובתה, כפי ששלחה ביום 26.3.2017 למר בן עזרא, למר סקה ולבעלי תפקידים נוספים: "שלום רב, בניגוד לאמור במכתב לא מונחת בקשה לפרויקט מכוח תמ"א 38 בכתובת הנ"ל על שולחננו. עם זאת, בהתאם למצב התכנוני והסטטוטורי הקיים אין כל מניעה לחזק את המצב הקיים (כך במקור) ולהוסיף עליו תוספת מכוח תמ"א 38. אנו מציעים כי הפונים יגיעו לפגישה במחלקה להתחדשות עירונית עם מתכנן מטעמם על מנת שנוכל להציג בפניהם את החלופות הקיימות, בהתאם להוראות התכניות והחוק."

**ביום 26.3.2017**, העביר מר בן עזרא את תשובתה של הגב' פוריה לגב' קמינר, וציין כי הוא מקווה שההתייחסות תהיה לה לעזר. הגב' קמינר השיבה לו למחרת, ביום 27.3.2017, בזו הלשון: "שלום יהודה, שני יזמים ("גלובלינקס" ובהמשך "פז-נת") פנו לעירייה מטעמנו, בעניין ביצוע פרויקט תמ"א 38 בנדון. הגב' פוריה דבקה בעמדתה הנחרצת בדבר מימוש ההפקעה (ההדגשה במקור), דבר שאין להעלותו על הדעת בנסיבות שפורטו.".

הצדדים לא הציגו כל תיעוד לחילופי דברים ביניהם לאחר מועד זה, עד להגשת העתירה ביום 14.1.2018.

**2. הנושאים והסעדים המבוקשים במסגרת העתירה**

העתירה עוסקת בשני נושאים שונים, המשיקים זה לזה. הראשון, נוגע לעניין הפקעת חלק משטח הבניין לטובת שצ"פ (להלן: שאלת ההפקעה). העותרת מבקשת כי יינתן צו עשה לביטול ההפקעה והחזרת השטח המופקע לידי בעלי הזכויות. עוד מבקשת העותרת בעתירתה כי המשיבות יחויבו לשנות את ייעוד השטח בהתאמה, בעצמן ועל חשבונן, לרבות תיקון התב"ע.

הנושא השני, נוגע לקומה השלישית בבניין, שנבנתה כאמור ללא היתר (להלן: שאלת הקומה השלישית). העותרת מבקשת לעניין זה כי יינתן צו עשה לפיו המשיבות יעשו כל הדרוש, בעצמן ועל חשבונן, על מנת להכשיר את הקומה השלישית בבית המשותף, ויבצעו כל הדרוש על מנת שהיתר הבניה יכלול את כל השטחים הבנויים במקרקעין האמורים, לרבות הקומה השלישית.

בטיעונים העלו הצדדים טיעונים שונים בשאלת ההפקעה ובשאלת הקומה השלישית. כמו כן העלו המשיבות טיעונים שונים בנוגע לסילוק העתירה בשל קיומן של עילות סף, שחלקן נוגעות לשאלת ההפקעה וחלקן לשאלת הקומה השלישית.

אפתח בטיעוני הצדדים, ומיד לאחר מכן אדון בעילות הסף.

**3. טיעוני הצדדים**

3.א. טיעוני העותרת

העותרת מציינת כי תקנון תכנית הר/1139 קובע כי היה על העירייה לרשום על שמה, בלשכת רישום המקרקעין, את השטחים שיופקעו לטובתה בהתאם לחלוקה החדשה, במסגרת התכנית (ראו סעיפים 9-10 לתקנון התכנית, העתק התקנון בנספח ה' לעתירה). עוד מציינת העותרת, כי סעיף 22 לתקנון התכנית קובע כי היא תבוצע תוך 5 שנים מאישורה הסופי.

ואולם, כפי שטוענת העותרת – עד עצם היום הזה, ועל אף חלוף 40 שנה ממועד אישור התכנית – העירייה לא רשמה את השטח המופקע על שמה, וכן לא נרשמה כל הערה לעניין ההפקעה; לא נרשמה התכנית; לא נקבע או תוכנן בשטח האמור שימוש ספציפי; לא נתפסה חזקה במקרקעין המופקעים; לא הוגשה כל תכנית אופרטיבית או אחרת לגבי השטח המופקע; לא נעשה שימוש כלשהו בשטח המופקע; לא נאכפו ולא בוצעו כל הליכי הפקעה; לא שולמו פיצויי הפקעה ולא ניתנה כל טובת הנאה אחרת בעבורה.

עוד טוענת העותרת, כי דבר ההפקעה אף לא צויין במסמכים הפתוחים לעיון הציבור במשרדי העירייה. כפועל יוצא מאי רישום ההפקעה (או הערה לגביה) ואי הצגת המידע בדבר ההפקעה במשרדי העירייה, הדבר אף לא הובא לידיעת בעלי הזכויות במקרקעין או באי כוחם במסגרת עסקאות המכר שבוצעו במקרקעין במהלך השנים. וכך גם לגבי העותרת עצמה. העותרת טוענת כי אף היזם הוטעה על ידי העירייה, וזאת בעת שפנה למחלקת הנדסה בעירייה וסבר שקיבל את כל המידע המתבקש לצורך הכנת תכניות מפורטות לביצוע הפרוייקט. רק לאחר הכנתן, נדחו התכניות המפורטות שהגיש, בטענה כי קיימת הפקעה על השטח.

טענה נוספת של העותרת הינה כי תשריט ההפקעה סותר את תכנית ההפקעה עצמה: על פי הסימון בתשריט הסימון, העירייה לא הותירה, לאחר גריעת השטח בן כ-257 מ"ר, מרווח לקו בניין, שכן הבית המשותף ממוקם בעורף החלקה. על כן, לא ניתן כלל לבצע עבודות תמ"א בבניין, שכן לא נותר מקום למעטפת הממ"דים האמורה להתווסף במסגרת הבנייה. העותרת מדגישה כי מדובר בבניין בן מעל למעלה מ-50 שנה, שאינו עומד בתקן הנדרש להגנה מפני רעידות אדמה.

העותרת טוענת כי היא ובעלי הזכויות האחרים מוצאים עצמם בין הפטיש לסדן. מחד, גריעת השטח המופקע לא תותיר מרווח עבור קו בניין, ולמעשה תימנע כל אפשרות לביצוע עבודות תמ"א 38 בבניין. מאידך, השטח המופקע, המונע את עבודות התמ"א, אינו משמש כלל למטרת ההפקעה, שלא מומשה לעולם.

העותרת מוסיפה ומעלה טענות בדבר זניחת מטרת ההפקעה ובנוגע לקומה השלישית בבית המשותף, עליהן אעמוד כשאדון בנושאים אלו בהמשך.

3.ב. טיעוני המשיבות

בתגובה לעתירה, העלו המשיבות מספר טענות סף וכן טענות לגופו של עניין. אביא להלן את טיעוני המשיבות לגופו של עניין, כאשר את טיעוניהם לגבי טענות הסף, אביא בפתח הדיון באותן טענות סף.

אשר לביטול ההפקעה בשל שיהוי במימוש המטרה הציבורית, ובתשובה לטענת העותרת לפיה המשיבות זנחו את המטרה הציבורית שבהפקעה, מביאות הן בהרחבה את המסגרת הנורמטיבית, הרלוונטית לדידן לסוגיה זו וטוענות כי במקרה זה אין להורות על ביטול ההפקעה. אעמוד בהרחבה על טיעוניהן לגבי ביטול ההפקעה בפרק העוסק בעניין זה.

עוד טוענות המשיבות לעניין אחריות העותרת בעניין הקומה השלישית בבית המשותף – גם טיעונים אלו אביא בהרחבה להלן.

המשיבות מתייחסות לטענות שהעלתה העותרת בנוגע לאי ידיעתם של גורמים שונים אודות המצב התכנוני: דיירי הבניין לדורותיהם, הבנקים למשכנתאות והיזם עצמו. לטענת המשיבות, מדובר בהצהרות המהוות עדות שמיעה, ובנוסף, העותרת לא הביאה כל תצהיר מצד מי מאלה בכדי לתמוך בטענותיה.

באשר לטענת העותרת לפיה לא ניתן יהיה לבצע במקרקעין עבודות תמ"א 38, עונות המשיבות כי לא הוגשו באופן רשמי כל תכניות לביצוע עבודות שכאלה. כל שהוגש היה מפה טופוגרפית ובקשה לקבלת מידע למפה זו. אם כן, בניגוד לטענת העותרת, לא נדחו תכניות ולא נדונה כל בקשה בפני הוועדה המקומית. בנוסף, מציינות המשיבות כי לכשיוסדר העניין, בעת הוצאת היתר בניה לחיזוק הבניין לפי הוראות תמ"א 38, לא תבוא אמנם הקומה השלישית במניין השטחים הקיימים בהיתר, אך ניתן יהיה לבחון אפשרות להסדיר ולהכשיר הבניה קיימת, כחלק מתמריצי תמ"א 38.

**דיון והכרעה**

**4. העילות לסילוק העתירה על הסף**

המשיבות העלו שורה של טענות סף, שבשלהן, כך לטענתן, יש להביא לסילוק העתירה על הסף. להלן אדון בטיעונים אלו. פרק זה יחולק לשניים. תחילה אדון בטענות סף לעניין שאלת ההפקעה, ובהמשך בטענות הסף לעניין הקומה השלישית.

**4.1. טענות הסף ביחס לשאלת ההפקעה**

4.1.א. שיהוי

אפנה כעת לבחינת השיהוי בנוגע לסעד ביטול ההפקעה. המשיבות טוענות כי העתירה שבפניי נגועה בשיהוי ניכר. לטענתן, העותרת עצמה מאשרת בעתירתה כי קיומה של התכנית המפקיעה התגלה כבר בשנת 2011. בנוסף, טוענות המשיבות, באוגוסט 2012 הגישו בעלי הזכויות בבית המשותף, באמצעות היזם, מפה טופוגרפית לאישור הוועדה המקומית. אז, קיבלו הם דפי מידע למפה הטופוגרפית, כאשר בשני המסמכים צוינה עובדת היות שטח של כ-256 מ"ר מתוך שטח החלקה מיועד לשצ"פ. עוד מציינות המשיבות את פניית העותרת לעירייה בחודש ינואר 2017, באמצעות הוריה, במכתב נוסף, בו טענה כאמור לאי-מימוש המטרה הציבורית בהפקעה במשך 44 שנה. הורי העותרת טענו באותו מכתב כי לו ידעו בעת רכישת הדירה על אי קיומו של היתר בנייה, לא היו רוכשים את הדירה עבור העותרת. המשיבות טוענות כי גם אם נראה במועד הרלבנטי את תשובתן להורי העותרת בשנת 2017, הרי שחל שיהוי של כשנה בהגשת העתירה.

מנגד, טוענת העותרת, כי נקבע בפסיקה שבכל הנוגע להפקעה "אין כל שיהוי", וכי ככל שחולף זמן רב יותר מבלי שמומשה מטרת ההפקעה, מתחזקת טענת בעל המקרקעין. לדידה של העותרת, הכלל בפסיקה הוא כי משהופקעו המקרקעין חייבת הרשות לפעול למימוש ההפקעה במהירות הראויה. שיהוי בלתי סביר מצידה בהקשר זה, יהווה עילה לביטול מעשה ההפקעה, ולא ניתן לטעון בהקשר זה שיהוי מצידה של העותרת.

תקנה 3(ב) לתקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), תשס"א-2000 (להלן: תקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים) קובעת, לעניין המועד להגשת עתירה כך:

*"3. (א) עתירה תוגש במועד שנקבע לכך בדין.*

*(ב) לא נקבע מועד כאמור, תוגש העתירה בלא שיהוי, לפי נסיבות הענין, ולא יאוחר מארבעים וחמישה ימים מיום שההחלטה פורסמה כדין, או מיום שהעותר קיבל הודעה עליה או מיום שנודע לעותר עליה, לפי המוקדם."*

אכן, כפי שטוענות המשיבות, כבר בשנת 2011 התוודעה העותרת לקיומה של התכנית המפקיעה. גם אם נתייחס למועדים המאוחרים יותר שצוינו בכתבי הטענות – פניית היזם לעירייה בשנת 2012 ופניית הורי העותרת בינואר 2017 – ברי כי חלפו 45 הימים הנקובים בסעיף.

אולם, כאשר מדובר בהפקעה, יש לבחון מהי עילת התקיפה של ההפקעה - האם מדובר בהשגה על חוקיות החלטת ההפקעה המקורית, או בהשגה על ההפקעה בשל נסיבות המאוחרות. שכן, לקביעה באשר לאופן התקיפה ישנה נפקות בנוגע לבחינת טענת השיהוי בהגשת העתירה ברע"א 5664/04 מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל נ' יואב בן גרא, מנהל עיזבון המנוחה שרה לוי ז"ל, נט(6) 193 , 198 (2005)נקבע:

*"תקיפתו של מעשה הפקעה עשויה ללבוש שתי צורות עיקריות. צורת התקיפה האחת הינה השגה על חוקיותה של החלטת ההפקעה המקורית. כך למשל, ניתן לטעון כי החלטת ההפקעה התקבלה בחוסר סמכות, או כי שיקול דעתה של הרשות המוסמכת לא הופעל כהלכה..... סוג התקיפה השני הינו השגה על מעשה ההפקעה בשל נסיבות אשר אירעו לאחר קבלת ההחלטה המקורית. הטענה על פי חלופה זו היא, כי אף אם החלטת ההפקעה המקורית התקבלה בשעתה כדין, הרי שבשל התרחשויות מאוחרות כלשהן יש לקבוע כי אין עוד תוקף להחלטה זו. כך ניתן לטעון, בין היתר, כי יש לבטל את ההפקעה בשל שיהוי בנקיטת הליכי ההפקעה או במימוש מטרות ההפקעה."* ***(ההדגשה שלי מ' א' ג')***

***בענייננו, מבוקש כי אבטל את ההפקעה*, בהתבסס על הטענה כי מטרת ההפקעה נזנחה ובכל אופן כי העירייה משתהה במימוש מטרות ההפקעה. מדובר בסוג התקיפה השני. הפסיקה קבעה, כי בסוג תקיפה זה, דווקא חלוף הזמן הוא שגורם להתגבשות העילה ומאפשר לבעל הזכויות להעלות את טענת זניחת מטרת ההפקעה (ראו: פס' 9 לפסק דינו של כבוד השופט סלים ג'ובראן בעע"מ 319/05 יחזקאל בונשטיין נ' המועצה המקומית זיכרון יעקב (פורסם בנבו, 2007, להלן:** עניין בונשטיין):

*"איני רואה מקום לדחות טענה זו של המערערים על הסף, וזאת מן הסיבה הפשוטה: עילה זו - הנוגעת לשיהוי במימוש הצורך הציבורי - אשר מכוחה דורשים המערערים את ביטול ההפקעה הינה מטבע הדברים עילה שמתגבשת אך עם חלוף הזמן. במקרים מעין אלו, התקופה הארוכה שחלפה למן ביצוע ההפקעה היא שמאפשרת לבעל הזכויות בקרקע להעלות את הטענה כי הרשות זנחה את המטרה שעמדה בבסיסה".*

לא ניתן לקבל טענת שיהוי מפי עירייה, שבמשך עשרות שנים נמנעה מלממש את מטרת ההפקעה. כפי שנקבע, ומאותן הסיבות, גם אני איני רואה מקום לדחות טענה זו של העותרת על הסף. מאותם נימוקים אין מקום, בהקשר זה להתייחס לטיעוני המבקשות בנוגע ליסודות עילת השיהוי.

על כן אני דוחה את טענת השיהוי של המשיבות ביחס לסוגיית זניחת ההפקעה.

4.1.ב. עתירה מוקדמת

ביחס לשאלת ההפקעה, מוסיפות המשיבות וטוענות כי העתירה הינה עתירה מוקדמת. זאת, שכן, אין מחלוקת כי ההפקעה טרם בוצעה וכי המשיבות טרם נתנו הודעות לפי סעיפים 5 ו-7 לפקודת הרכישה. בהיעדר הפקעה, הן טוענות, אין כל מקום לביטולה.

העותרת טוענת כי המשיבות אינן רשאיות לטעון במקביל טענות של שיהוי ושל היות העתירה מוקדמת, שכן מדובר בטענות סותרות. לטענתה, המשיבות לא מאפשרות חיזוק הבניין מכוח תמ"א 38 בבניין בשל רישומי העירייה המעידים על הפקעת השטח האחורי בחלקה, ובעניין זה טוענות לשיהוי. מאידך, המשיבות טוענות כי השטח כלל לא הופקע ומשכך לא ניתן לתקוף משפטית את ההפקעה, וטוענות להיות העתירה מוקדמת.

את הטענה לגבי היות העתירה מוקדמת בהקשר לביטול ההפקעה אין בידיי לקבל. זאת שכן התכנית המפקיעה אושרה כבר לפני מעל למעלה מ-45 שנים. כפי שטוענת העותרת, המשיבות אינן יכולות לטעון מחד לשיהוי, ולא לאפשר דיון בשאלת ההפקעה, ובמקביל לטעון כי העתירה מוקדמת כיון שההפקעה לא בוצעה. להפקעה (בין אם הוכרזה ובין אם לאו) השלכות מעשיות ומיידיות לעניין אפשרויות לחיזוק הבנין מכוח תמ"א 38. על כן, העובדה שההפקעה לא מומשה במהלך למעלה מחמישים שנה, לא יכולה לחסום עוד את דרכם של העותרים, שכן אני סבורה שהדבר יהווה עוול חמור כלפיהם. וארחיב על כך בחלק שידון בשאלת זניחת מטרת ההפקעה.

4.1.ג. העדר סמכות עניינית ואי מיצוי הליכים בנוגע לשנוי ייעוד הקרקע

במסגרת העתירה, מבקש העותרת כי בית המשפט יורה על ביטול ההפקעה, ובהמשך לכך, יורה על שינוי ייעוד הקרקע משצ"פ, לכך נועדה ההפקעה, למגורים. המשיבות טוענות כי בית המשפט אינו מוסמך לדון בשאלה זו. לטענתן, מדובר בהחלטה תכנונית, המצויה כל כולה בסמכותם הבלעדית של מוסדות התכנון, כאשר, שינוי ייעוד מייעוד ציבורי לייעוד "למגורים" הינו בסמכות הוועדה המחוזית. המשיבות טוענות כי אל לו לבית המשפט לכבול שיקול דעתם של מוסדות התכנון והרישוי הללו.

המשיבות טוענות לחוסר סמכות, אך לטעמי מדובר בטענה של אי מיצוי הליכים. המשיבות אינן טוענות כי בית המשפט אינו הערכאה המתאימה לבחינת שיקול דעתן של רשויות התכנון, אלא שזהו אינו השלב המתאים שכן, לצורך שינוי ייעוד יש לעבור הליך תכנוני, שניתן יהיה לנקוט במקרה זה רק אם תבוטל ההפקעה.

בעע"מ 2914/03הוועדה המקומית לתכנון ולבניה השומרון נ' רבקה חונוביץ לבית גרטן (פורסם בנבו, 2010, להלן: עניין חונוביץ), הבחין כב' השופט, לימים הנשיא אשר גרוניס בין סעד של ביטול הפקעה בשל זניחת מטרתה, לבין סעד של שינוי ייעוד הקרקע. נקבע כי סעד ביטול ההפקעה נדון במישור הקנייני, ובגדרו בוחן בית המשפט את תקינות פעולת הרשות ביחס למקרקעין הנדונים בהקשר לטענה לזניחת מטרת ההפקעה. לעומתו, סעד שינוי ייעוד הקרקע שהפקעתה בוטלה, והמסווגת לצורכי ציבור – מעלה שאלה תכנונית בדבר קיום צורך ציבורי במקרקעין, והיא עניין למוסדות התכנון (ראו גם: עת"מ (מינהליים י-ם) 3728-09-11ע'אלב מחמוד ג'מיל אבראהים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הראל (פורסם בנבו, 11.05.2014, להלן: עניין אבראהים). בעניין חונוביץ נקבע כי בית-המשפט מוסמך להורות על ביטול הפקעה אם נמצא שהרשות זנחה את מטרת ההפקעה, זאת במסגרת דיני הקניין, ומבלי להתערב בשאלות תכנוניות. ואולם, ביטול ההפקעה לא ישפיע על ייעוד הקרקע, המסווגת לצורכי ציבור, ולצורך כך על העותר לפנות למוסדות התכנון (ראו פס' 10-11 לפסק דינו של כב' השופט גרוניס):

*"ביטול ההפקעה אינו גורר אחריו את שינוי ייעוד הקרקע. הביטול אף אינו מחזיר את ייעוד הקרקע לזה שהיה קיים טרם יועדה הקרקע לשימוש ציבורי. ביטול ההפקעה מחזיר את מצב הדברים שהיה עובר להודעת ההפקעה, היינו הקרקע חוזרת לבעליה המקוריים. עם זאת, ייעודה נותר כפי שהיה על-פי התוכנית החלה, שהרי ביטול ההפקעה אין משמעו ביטול ההוראה בתוכנית שקבעה את הייעוד הציבורי. לשון אחר, קרקע שיועדה לשימוש כשטח ציבורי נותרת כקרקע שזה ייעודה, אף אם חזרה לידי בעליה. ההחלטה בדבר שינוי ייעוד קרקע הינה החלטה תכנונית, אשר בית המשפט אינו המוסד המתאים לקבלה... מכאן, כי על בעל קרקע אשר מעוניין בשינוי הייעוד לפנות לרשויות התכנון וליזום תוכנית חדשה... ההבחנה בין ביטול ההפקעה לבין שינוי התוכנית שבתוקף אשר קבעה ייעוד ציבורי זכתה לעיגון לאחרונה במסגרת החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010...התיקון של הפקודה שנתקבל לאחרונה מבהיר כי ביטול ההפקעה אינו גורר עימו ביטול של הייעוד הציבורי".*

על קביעה זו חזר בית המשפט גם בעע"מ 9554/10הוועדה המקומית לתכנון ובניה חדרה נ' חליפיו של יעקב רויכמן ז"ל (פורסם בנבו, 2013, להלן: עניין רויכמן).

בענייננו כאמור מבוקשים שני הסעדים: ביטול ההפקעה ושינוי ייעוד הקרקע. לאור האמור, בכל הנוגע לשינוי ייעוד הקרקע, אין מקום לדיון בסעד זה, בטרם פנתה העותרת לוועדת התכנון המחוזית, שכן יש צורך בשינוי תכנית איחוד וחלוקה, שהינה בסמכותה של וועדה זו.

לאור האמור, אני דוחה על הסף, את עתירת העותרת לעניין שינויי ייעוד בשל אי מיצוי הליכים.

**4.2. טענת סף בנוגע להכשרת הקומה השלישית - אי מיצוי הליכים**

לטענת המשיבות, העתירה נגועה באי מיצוי הליכים, בשאלת הקומה השלישית. זאת, שכן, לטענתן, תחת הגשת עתירה מנהלית, היה על העותרת לפנות לערכאות התכנון המוסמכות, ולהגיש התכניות או בקשות מתאימות. המשיבות טוענות כי אין חולק על כך שהעותרת טרם פנתה למוסדות התכנון כאמור.

העותרת מציינת כי העובדה שהמשיבות "מעיזות" להורות לבעלי הזכויות לפעול בעצמם להכשרת הקומה השלישית בבניין, אינה מתקבלת על הדעת, כיוון שחטא הקומה השלישית רובץ לפתחן. הן שאחראיות, לטענת העותרת, למצב הנוכחי - בכך שאישרו רישום הבניין, אפשרו אכלוסו והסתירו מידע במהלך השנים, תוך יצירת מצג שווא כאילו הכל תקין ורשום כנדרש. העותרת חוזרת בהקשר זה על טענות שהועלו על ידה בעתירה, לעניין בדיקתה את מצב הנכס טרם רכישתו והבדיקות שביצעו גם בעלי הזכויות האחרים, הבנקים למשכנתאות והיזם.

בעניין זה הדין עם המשיבות. אחד הטעמים לדרישת מיצוי ההליכים, הוא שבלא מיצוי כזה, עשוי להיווצר חוסר בתשתית העובדתית המונחת בפני בית המשפט. חלק מן הטעמים הנוספים הם צמצום המחלוקת רק לעניינים המצדיקים הכרעתו של בית המשפט, ומתן הזדמנות לרשות להפעיל סמכותה ולגבש עמדתה (ראו: אדם שנער, על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות, (24.8.2020, ניתן לצפייה ב- [https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2020/08/24/%D7%A2%D7%9C-%D7%97%D7%95%D7%A1%D7%A8-%D7%94%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%94-%D7%A9%D7%9C-%D7%94%D7%93%D7%A8%D7%99%D7%A9%D7%94-%D7%9C%D7%9E%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%99-%D7%94%D7%9C%D7%99%D7%9B%D7%99%D7%9D/](https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2020/08/24/על-חוסר-הגיונה-של-הדרישה-למיצוי-הליכים/)). כל הטעמים הללו מצדיקים את דחיית העתירה בשל אי מיצוי הליכים בכל הנוגע להכשרת הקומה השלישית בבניין.

העותרת לא מיצתה את ההליכים בנוגע לקומה השלישית במוסדות התכנון, ומההתייחסות הדלה לנושא במסגרת המסמכים וההתכתבויות שהגישו הצדדים – עולה כי העותרת פנתה לעירייה בלבד ולא למוסדות התכנון המקצועיים (הוועדה המקומית/מחוזית). למעשה, מאז שעודכנה העותרת, גם לדבריה שלה, על היעדר היתר לקומה השלישית בשנת 2011, אין כל תיעוד לפניית העותרת לעירייה בנושא, וזאת עד לפגישת הורי העותרת עם ראש העירייה בינואר 2017.

לאור האמור, וכיון שהנושא לא נדון, ממילא חסרה התשתית העובדתית, והאפשרות למצוא חלופות שונות להסדרת הנושא. דיון שכזה, יכול היה להביא לצמצום המחלוקת ואולי אף להביא לפתרון מוסכם. כמו כן, עולה כי לא נתגבשה כל עמדה מסודרת של הרשות בנושא, בהיעדר תכנית או בקשה שהוגשו מצד העותרת להכשרת הבנייה. ללא דיון בין הצדדים, או בכלל – פניה של העותרת בערוצים המתאימים – אין ביכולתי לדון בסעד לו עתרה.

זאת ועוד, ממילא מדובר בנושא בו כרוכים שיקולים תכנוניים מקצועיים, שהכלל הוא שאין בית המשפט נוטה להתערב בהם, כאשר מתקבלת החלטה בידי רשויות התכנון. קל וחומר בענייננו, כאשר מוסדות התכנון עצמם טרם קיבלו החלטה בעניין (ראו לעניין זה, בין רבים: עע"מ 2418/05 צ'רלס מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, בפס' 9 לפסק דינה של כב' השופטת, כיום הנשיאה, אסתר חיות (פורסם בנבו, 2005, להלן: עניין מילגרום); בג"ץ 1135/93טריידט ס.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"ד מח (2) , 622, פסקה 19 לפסק דינו של כב' השופט יצחק זמיר (1994, להלן: עניין טריידט); לעניין הכשרת בנייה בדיעבד בהקשר זה ראו: עע"מ 6738/13מדינת ישראל נ' ש.י. שפץ וקנין קבלני בניין בע"מ(פורסם בנבו, 2014)).

אני סבורה כי החלטה בשאלת הכשרתה של בנייה בדיעבד יכולה להתקבל רק לאחר תהליך סדור, במסגרתו רשויות התכנון יחליטו מהם השיקולים הרלבנטיים במקרה נתון, ויאזנו ביניהם. על כן על העותרת למצות הליכים בהקשר זה בטרם הפנייה לבית המשפט.

עם זאת, אדגיש ואציין כי למרות החלטתי להפנות את העותרת למוסדות התכנון, אני סבורה כי התנהלות העירייה וועדת התכנון בטיפול בנושא רחוק מלהיות מיטבית, בלשון המעטה. כפי שטוענת בצדק העותרת, האחריות למצב הקומה השלישית, נופלת, לכל הפחות בחלקה, על העירייה. הקומה השלישית נבנתה ללא היתר כשנבנה הבניין במקור, בשנות ה-60 של המאה הקודמת. במהלך כל השנים התעלמה העירייה מעובדה זו, והבניין אף נרשם כבית משותף בן שלוש קומות. גם אם נניח כי כלל בעלי התפקידים הרלבנטיים התחלפו, הרי לכל הפחות, ידעה העירייה על קיום הקומה הלא חוקית מאז 2011, עת עדכנה היא את העותרת בדבר אי החוקיות. גם אם לא ננקטו הליכי תכנון ע"י בעלי הזכויות, ועל כן לא ניתן בשלב זה לדון בשאלת הקומה השלישית במסגרת עתירה זו, העוול נותר על כנו, בעיקר כלפי בעלי הדירות בקומה השלישית. העותרת, שהוריה רכשו עבורה במיטב כספם דירה (מצרך בעל ערך רב בוודאי בימינו אנו), נאלצים ועוד יאלצו בדיעבד להשקיע כסף ומשאבים בהכשרת בניה שנעשתה בחסות העירייה עשרות שנים קודם לכן. הימנעות העירייה מטיפול בהכשרת הבניה (או לחילופין- החלטה על הריסתה), ביודעה כי בקומה מתגוררים דיירים שרכשו את הדירות, אינה ראויה. יפים לעניין זה הדברים שנקבעו על ידי כב' השופט יצחק זמיר בבג"ץ 4140/95 סופר-פארם (ישראל) בע"מ ואח' נ' מינהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 49, 69 (1999):

*"התפקיד והסמכות לקדם את האינטרס הציבורי מוטלים, לפי החוק, על הרשויות המוסמכות. בידיהן המומחיות והנסיון; הן המוסמכות לקבוע מדיניות ולהן הכלים לבצע את המדיניות; הן הנושאות באחריות לאינטרס הציבורי בפני הציבור הרחב..."*

הדברים נכתבו אמנם בהקשר לחלוקת הסמכויות בין רשויות התכנון לבית המשפט, אך בחרתי להביאם שכן הם מדגישים כי התפקיד לדאוג לאינטרס הציבור, ובכללו לאזרח "הקטן" הוא בראש ובראשונה של הרשות.

מן הטעמים שפירטתי לעיל, ובעיקר לאור העובדה שהרשות טרם דנה בעניין, לא ניתן בעתירה זו להורות לרשות להכשיר את הבנייה בקומה השלישית. אין לי אלא להצר על המצב אליו נקלעו העותרת ושאר בעלי הזכויות, ולהפציר ברשות כי תפעל כעת לטובת ולמען התושבים, בעיקר בשים לב שהבנייה הבלתי חוקית בוצעה לפני כ מעל ל-50 שנים. כפי שנזכר בהתכתבות בין הצדדים, יתכן כי האפשרות לעשות כן היא במסגרת אישור תכנית לפי תמ"א 38. מן הראוי כי הגורמים המתאימים בעירייה יפעלו כעת במלוא מרצם לטיפול בנושא, וידריכו את העותרת ושאר בעלי הזכויות בהליך הנכון להגשת בקשה או תכנית מצידם, עד למציאת פתרון הולם, התואם את הוראות החוק.

משנדחו על הסף הסעדים של שינוי ייעוד הקרקע והכשרת הקומה השלישית, אפנה לדיון בסעד הנותר, והוא ביטול ההפקעה בשל טענת העותרת לזניחת מטרתה מצד העירייה, ולחילופין בשל שיהוי ניכר במימוש ההפקעה. לבחינה זו אפנה כעת.

**5. ההפקעה והדרישה לביטולה**

**5.1. טיעוני הצדדים לעניין ההפקעה**

5.1.א. טיעוני העותרת לעניין ההפקעה

העותרת טוענת כי מטרת ההפקעה נזנחה, וכי ניתן ללמוד על זאת מעצם העובדה שהעירייה לא מימשה את מטרת ההפקעה, חרף הזמן הרב שחלף מאז אישור תכנית הר/1138. על כן, טוענת העותרת כי על בית המשפט להורות על ביטול ההפקעה והחזרת השטח המופקע לבעלי הזכויות בבניין המשותף.

העותרת טוענת, כי כיוון שמדובר בהפקעה לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 הרי שייעודם של המקרקעין להפקעה בתב"ע אינו מהווה אקט של הפקעה לכשעצמו. ההפקעה מקבלת תוקף רק עם נקיטת ההליכים הקבועים בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943 (להלן: פקודת הרכישה). הליכים אלה, כאמור, לא ננקטו: לא פורסמה הודעה ברשומות, לא נרשמה הערת אזהרה והעירייה לא תפסה חזקה בשטח המופקע. כל זאת, לטענת העותרת, בשל היעדר הצורך בשטח המופקע למטרות שלשמן הופקע, ובשל זניחת העירייה את המטרה הציבורית.

בהקשר זה מציינת העותרת, כי כאשר רצתה העירייה לעשות שימוש בשטחים אחרים שהופקעו במסגרת תכנית הר/1139, היא עשתה זאת בהליך מוסדר. למשל, לגבי חלקה 89 באותו הגוש פורסמה הודעה בילקוטים על פי סעיפים 5 ו-7 לפקודת הרכישה. ולאחר מכן פרסמה הודעה בהתאם להוראות סעיף 19 לפקודת הרכישה. בענייננו, מוסיפה העותרת, לא רק שלא בוצעו כל הפעולות כאמור, אלא שהעירייה פעלה באופן המנוגד להפקעה, עת אישרה הטמנת צובר גז על שם הבעלים בשטח המופקע.

העותרת אף טוענת כי לפי ההלכה הפסוקה, כאשר לא ננקטו צעדים כלשהם למימוש ההפקעה, ובוודאי בחלוף פרק זמן בן עשרות רבות של שנים, יש בכך משום שיהוי בלתי סביר בעליל בנקיטת הליכי ההפקעה, וממילא יש לבטל את ההפקעה ולהחזיר את המקרקעין לידי הבעלים. בהמשך לכך, טוענת העותרת כי הרשות הפרה את חובתה לנהוג בשקידה ראויה, אשר על פי הפסיקה מחייבת אותה להגשים את הצורך הציבורי שבגינו הופקעו המקרקעין תוך זמן סביר. אי מימוש המטרה הציבורית שעומדת ביסוד ההפקעה, מהווה לדידה של העותרת, הפרה של חובת הנאמנות המוטלת על הרשות, וכן פגיעה בזכות הקניין, העשויה להיחשב לבלתי מידתית. העותרת נשענת בהקשר זה על שנקבע בעע"מ 1369/06 הלל הלביץ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה חדרה, סב(4) 634 (2008) (להלן: עניין הלביץ).

5.1.ב. טיעוני המשיבות לעניין ההפקעה

המשיבות טוענות כי הסעד של ביטול הפקעת מקרקעין שהופקעו לצורך ציבורי, הינו סעד חריג שניתן בתנאים ונסיבות ייחודיות, וכאשר הרשות השתהתה לכל הפחות באופן קיצוני במימוש ההפקעה. עוד הן טוענות כי לפי הפסיקה, יתכנו מקרים בהם גם שיהוי של עשרות שנים לא יביא לביטול מעשה ההפקעה.

עוד טוענות המשיבות כי המועד לביצוע ההפקעה שנקבע בסעיף 22 לתקנון התכנית, אינו מועד מחייב שאין לסטות ממנו אלא במועד מנחה בלבד. זאת, בהיעדר כל הוראה אחרת בתכנית הקובעת את השלכותיה של חריגה זו.

המשיבות ממשיכות וטוענות כי לפי הפסיקה, בחינת השיהוי במימוש ההפקעה תיעשה תוך ראייה כוללת של כל המקרקעין הכלולים בתכנית, ולא של החלקה מושא העתירה בלבד. לדבריהן, נפסק, כי כאשר העתירה מתייחסת לחלק קטן מתוך שטח גדול שהופקע, לא ניתן לבודד את השימוש בחלק הספציפי, וכי הרשות לא חייבת לעשות שימוש בכל מטר ומטר מהשטח המופקע. בהקשר זה מפנות המשיבות להחלטת בימ"ש העליון בה נדחתה הטענה לפיה פיתוח שצ"פ בחלקה סמוכה, מעיד בהכרח על זניחת ההפקעה במקרקעין מושא העתירה, וקבע כי ההיפך הוא הנכון. המשיבות מציינות בהקשר זה, כי מרבית השטחים הציבוריים בתכנית הר/1139 פותחו זה מכבר. בפרט, רוב שצ"פ מקדש מלך הינו בבעלות העירייה ומשמש את הסביבה בפועל, בשימושים שצוינו לעיל.

עוד טוענות המשיבות כי מסעיף 10 לתקנון התכנית, לפיו לא ינתן היתר בניה בטרם יובטח ביצוע רישום השטחים ע"ש עירית הרצליה – ניתן ללמוד כי הוראות התכנית קושרות בין מתן היתר לבניה בחלקות לבין רישום השטחים הציבוריים ע"ש העירייה (ללא תמורה). מדיניות זו עולה בקנה אחד, לדידן, עם שנקבע בעע"מ 7879/16 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקוה נ' מרים בראל (פורסם בנבו, 2018, להלן: עניין בראל). המשיבות טוענות כי התנהלותן באשר לכלל השטחים המופקעים בתכנית מעידה, לתפיסתן, על אופן פרשנותן את הוראות תכנית הר/1139 ביחס להפרשות לצרכי ציבור. הן מזכירות כי נקבע לא פעם בפסיקתנו, כי יש לתת משקל רב לפירוש שנתנה הוועדה המקומית להוראות התכנית. לדידן, מדובר בהתנהלות סבירה של הרשות, שכן כל עוד בעלי החלקה אינם מבקשים לבנות בשטח המיועד להפקעה, היא מאפשרת להם ליהנות ממנו עד להוצאת ההיתר מצידה. העותרת השיבה לעניין זה וטענה כי המשיבות הנפיקו היתר בניה להטמנת צובר גז בשטח המופקע. משמע, גם כאשר התבקש היתר, הוא לא הותנה ברישום ההפקעה.

המשיבות עמדו על אמות המידה המנחות שנקבעו בפסיקה לצורך בחינה האם מדובר במקרה המצדיק ביטול הפקעה. ביניהן: משך הזמן שחלף מביצוע ההפקעה, גובה הנזק שנגרם לבעל החלקה בעקבות השיהוי, דרך התנהלות הרשות המפקיעה, הסיבות בעטיין מתעכב מימוש יעדי ההפקעה, היקף השטח המופקע, מידת המורכבות והקשיים הכרוכים בהליכי התכנון, וקצב התקדמות יישומן של מטרות ההפקעה בחלקות אחרות המצויות במתחם של המקרקעין המופקעים. בהקשר זה, טענת המשיבות היא כי העותרת ושאר בעלי הזכויות בבניין עודם מחזיקים ומשתמשים בשטח המיועד לשצ"פ בפועל, ללא כל הפרעה, ולכן ברי כי לא נגרם להם כל נזק מחלוף הזמן. ההיפך הוא הנכון- הם ממשיכים ליהנות מחצר גדולה יותר.

המשיבות מוסיפות וטוענות כי כאשר מדובר בהפקעה, על בית המשפט לשקול את האינטרס הציבורי (במאזן הנזקים שייגרם לאינטרס זה מול הנזק לנפקע), וזאת גם אם הגיע למסקנה כי חל שיהוי בלתי סביר במימוש תכלית ההפקעה. לדידן, שקילת האינטרס הציבורי של קיום שצ"פ מקדש מלך לתועלת השכונה כולה, ממילא מחייבת דחיית העתירה, גם לו השתהתה הרשות במימוש ההפקעה. העותרת משיבה לטענה זו כי הימנעות המשיבות ממימוש ההפקעה משך יובל שנים מלמדת כי לא קיים אינטרס ציבורי בהפקעה. כמו כן, לטענתה, למול האינטרס הציבורי בהפקעת הקרקע והחזקתה ללא מימוש, עומד האינטרס הציבורי שהרשות תפעל בשקידה ראויה ובזמן סביר. העותרת סבורה כי המשיבות רומסות אינטרס זה ברגל גסה. חובה זו של הרשות אף קיבלה משנה תוקף עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וההכרה במעמדה החוקתי של זכות הקניין. האינטרס הציבורי חולש לא רק על הפקעת קרקע לצורך הציבור, אלא גם על החובה שלא לפגוע בזכויות הקניין של היחיד. העותרת מצטטת מעניין הלביץ, שם נקבע כי כאשר הרשות זנחה את מטרת ההפקעה או כאשר היא משתהה מעל לזמן סביר, תבוטל ההפקעה והמקרקעין יוחזרו לבעליהם המקוריים.

כן נטען באשר להפקעות לשצ"פ, כי לא מצופה מהרשות המפקיעה לגדר את השטח שהופקע או ליצור באופן מלאכותי סממנים חיצוניים להדגשת החזקה, על מנת לעמוד על כך שמטרת ההפקעה לא נזנחה.

עוד טוענות המשיבות כי כשמדובר בהעברה מרצון או בתמורה, ולא בהפקעה שבוצעה בכפייה – לנפקע לא תעמוד כל טענה של שיהוי במימוש ההפקעה. בהקשר זה, טענת המשיבות היא כי העותרת ובעלי הזכויות בבניין הושבחו על ידי התכנית, בהיותה תכנית איחוד וחלוקה שהעניקה להם זכויות בנייה לעומת המצב הקודם (לטענת המשיבות - מדובר בזכויות "אנכיות" המהוות תחליף לפיצויי הפקעה). המשיבות תומכות טענתן זו בתצהירו של שמאי העירייה, מר אבירן חן. לדידן, אין כל מקום לבחון את שאלת השיהוי במצב דברים זה. העותרת השיבה לכך כי גם טענה זו של המשיבות אינה נכונה עובדתית. העותרת מציינת את הנזק הממשי שנגרם לה לאור משיכת ידם של יזמים ומתעניינים אחרים מביצוע תמ"א בבניין. בנוסף, העותרת טוענת כי טענת המשיבות לפיה ניתנה תמורה כלשהי עבור ההפקעה –הינה טענה בעלמא. המשיבות לא הוכיחו אותה ולא הציגו ראשית ראיה לה. בפרט, מציינת העותרת כי לא הוענקו לה מעולם כל זכויות בניה חדשות, וכל זכויות הבניה נוצלו עת בנה הקבלן את הבניין, טרם הוחלט על הפקעת המקרקעין. עוד היא טוענת כי לא ניתן כל פיצוי הפקעה למי מבעלי הזכויות, לרבות לא "תחליף פיצוי".

**5.2. הפקעה - על קצה המזלג**

דברי חוק שונים מקנים למדינה או למי מטעמה סמכות להפקיע קרקע מרשות היחיד (ראו עניין הלביץ בפס' 41, 43), כאשר המרכזי שבהם הוא פקודת הקרקעות. ההפקעה משמעה רכישה כפויה של זכויות פרטיות במקרקעין למטרה ציבורית מוגדרת, בדרך כלל כנגד תשלום פיצויים לנפקע (אהרן נמדר, הפקעת מקרקעין, 115-117 (2011). הפסיקה הכירה זה מכבר הן בצורך להענקת סמכות זו למדינה – לרווחת הכלל – ובהיותה "רע הכרחי" (בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001), פס' 12 לפסק דינו של כבוד השופט, לימים המשנה לנשיא, מישאל חשין (להלן: בג"ץ קרסיק)), הן בפגיעה הקשה שגורמת ההפקעה לזכויות הקניין של הפרט (עניין הלביץ, פס' 40). לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע ב כי יש לפרש הן את פקודת הקרקעות, הן את חוק התכנון והבניה לאורו של חוק זה (ראו: בג"ץ 4146/95 עיזבון המנוחה לילי דנקנר ז"ל נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 787 (1998) (להלן: בג"צ דנקנר)).

אין מחלוקת כי במקרה שלפניי סמכות ההפקעה ניתנה לעירייה לפני למעלה מחמישים שנה, ומאז לא נעשה דבר בעניין זה. בפתח דבריי בנוגע להפקעה אביא מדבריו של כב' השופט, לימים המשנה לנשיאה, אליקים רובינשטיין בעע"מ 1369/06 הלל הלביץ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה חדרה, סב(4) 634 פס' ד' לפסק דינו (2008, להלן: עניין הלביץ)).

**"... גם בידענו, כי תכנון אינו בחינת "ויהי ערב ויהי בוקר" (פרשת זיטמן), אינו יכול אף להיות הלכתא למשיחא. "דעלך סני לחברך לא תעביד" – "מה שעליך שנוא לחברך לא תעשה", אמר התנא הלל הזקן (בבלי שבת, ל"א). תיתן כל רשות את אלה אל ליבה, ויחשבו העומדים בראשה, מה היו הם חשים אילו רכושם הקרקעי הפרטי היה נם את שנתו, שנת חורף וקיץ, חורף וקיץ, וכך י"ט פעמים, בידי הרשות, ללא הופכין."**

במקרה שבפניי, בוצעה ההפקעה מכוח הוראות פרק ח' לחוק התכנון והבניה. ואפרט בקצרה את הליך ההפקעה הקבוע שם: סמכות הוועדה המקומית להפקיע מקרקעין שיועדו לצרכי ציבור במסגרת תכנית, קבועה בסעיף 188. סעיף 188(א) קובע את הסמכות ואילו סעיף 188(ב) מגדיר מהם "צרכי ציבור". לפי סעיף 189, אם בתכנית האמורה נועדו המקרקעין להפקעה, אין ההפקעה טעונה הסכמה של הועדה המחוזית (ראו פס' 46 בעניין הלביץ). סעיפים 5 ו-[7](http://www.nevo.co.il/law/72915/7) לפקודת הקרקעות, החלים על הפקעה לפי סעיפים 188-189 לחוק התכנון והבניה, מסדירים את אופן הפרסום בדבר ההפקעה ובדבר מסירת החזקה לרשות. לאחר פרסום ההודעות לפי סעיפים 5 ו-7 לפקודת הקרקעות, מוקנים המקרקעין לרשות הציבורית בהתאם לסעיף 19 לפקודת הקרקעות.

**5.3. האם מדובר בהעברה מרצון**

בטרם אדון בשאלת ההפקעה וביטולה אתייחס בקצרה לטענת המשיבות לפיה במקרה שלפניי, אין כלל מדובר בהפקעה, אלא בהעברה מרצון או בתמורה, ובכל אופן לא בהעברה בכפייה. לדידן, לטענה זו נפקות, שכן במצב של העברה מרצון, לא ניתן לבטל את ההעברה בשל אי מימוש המטרה הציבורית.

*בעניין חונוביץ* ***נקבע לעניין זה (ראו פס' 8 לפסק דינו של כב' השופט אשר גרוניס):***

**"כאשר מדובר בהעברה רצונית של קרקע לרשות הציבורית ולא עקב כפייה, אין זה משנה עוד האם הייעוד הציבורי מומש או נזנח. הבעלים אינו יכול להשיג ביטול של ההעברה, אך משום שהמטרה הציבורית לא מומשה".**

לשון הוראות תכנית הר/1139 מלמדת כי מדובר בהפקעה, שכן הן מפנות לרישום החלקות לצרכי ציבור לפי פרק ח' לחוק התכנון והבניה בו דנתי לעיל. אין כל ספק כי תכנית הר/1139 הפקיעה חלק משטח המגרש של חלקה 99, ועל כן ההלכות בעניין העברה מרצון אינן רלוונטיות.

שנית, אין מקום לדון במסגרת העתירה שלפניי בטענה לפיה העותרת או מי מבעלי הדירות "הושבחו" כתוצאה מתכנית הר/1139, שכן העירייה מעולם לא העלתה טענה זו. ומכאן לשאלת ההפקעה.

**5.4. המבחנים המרכזיים בשאלת תוקף ההפקעה**

5.4.א. תקיפת ההפקעה - ראשונית או בדיעבד

בפסיקה נעשתה הבחנה בין שתי תקופות בחיי ההפקעה: התקופה הראשונה היא תקופת הליכי ההפקעה או "תקופת הלידה", כפי שהגדיר אותה כבוד המשנה לנשיא חשין. התקופה השנייה היא "תקופת חייה וחדלונה של ההפקעה" - משמע, התקופה שלאחר הליכי ההפקעה (ראו בג"צ קרסיק, פס' 12 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא, מישאל חשין). מהבחנה זו נגזרת גם ההבחנה בין תקיפת הליכי ההפקעה עצמם, לתקיפת ההפקעה בדיעבד. השוני מתבטא בסוג הטענות שאותן ניתן להעלות במסגרת כל אחד מן השלבים, ועשוי להתבטא גם בנטל השכנוע. על שוני זה עמד כב' השופט אליעזר גולדברג בדנג"ץ 4466/94 מאזן חסן זכי נוסייבה נ' שר האוצר, מט(4) 068 78-79 (1995) (להלן: דנג"ץ נוסייבה):

*"בתקיפה "ראשונית" של ההפקעה, הנטל על שר האוצר להראות כי ההפקעה הייתה כדין וכי החלטתו מבוססת על שלושה יסודות שמנתה הפסיקה..... דהיינו: 'קיומו של צורך ציבורי מסוים ומוגדר; זיקתו של הצורך הציבורי המסוים למקרקעין המסוימים המיועדים להפקעה; וקיום צורך בהפקעת המקרקעין המסוימים כדי לממש את הצורך הציבורי' (...); ואילו כשמבקש בעל המקרקעין שהופקעו לבטל את ההפקעה (שנעשתה כדין) בדיעבד (טרם שתפש שר האוצר חזקה בהם, וטרם שהוקנו לו המקרקעין), מן הטעם כי אירעו בינתיים נסיבות חדשות המחייבות עתה את הביטול, עליו הנטל להראות כי אותן נסיבות קיימות וכי יש בהן לערער את היסודות שעליהם הייתה מושתתת ההחלטה מלכתחילה. בכך למעשה מתריס הוא כנגד שר האוצר על שאינו מפעיל, עקב שינוי הנסיבות, את סמכותו לפי סעיף 14 לפקודה, ולפיה רשאי הוא (בתנאים המפורטים בסעיף) לחזור בו מרכישת הקרקע."*

***(ההדגשה שלי מ' א' ג')***

בענייננו, כאמור, העותרת אינה תוקפת את חוקיות ההפקעה מלכתחילה, אלא טוענת כי יש לבטל את ההפקעה, שבוצעה כדין, בשל שיהוי בלתי סביר במימושה מצד הרשות המעידה על זניחת מטרתה. להלן אעמוד על השאלות המתעוררות בהקשר זה.

5.4.ב. על הצורך הציבורי בהפקעה להתקיים לכל אורך חיי ההפקעה

כאמור, על ההפקעה להיות לצורך ציבורי. בכך לא ארחיב, ואפנה לסקירת הדין בהקשר זה, שבוצעה בעניין הלביץ (פסקאות 52-54). החשוב לענייננו, הוא כי על הצורך הציבורי שלשמו הופקעו המקרקעין להתקיים לאורך כל חיי ההפקעה (ראו עניין קרסיק, עמ' 647, 701-702). בבג"ץ 2739/95סליבא סלימאן מחול נ' שר האוצר נ(1) 309 (1996, להלן: עניין מח'ול הראשון), ציין כב' השופט אליעזר גולדברג כי מבחינה רעיונית, תנאי זה הופך את זכות המדינה בקרקע שהופקעה ל"זכות מותנית" (ראו פס' 12 לפסק דינו):

*"בין הפקעת הקרקע לבין צורכי הציבור קיים קשר בל-יינתק, עד כי ניתן לומר שמבחינה רעיונית זכות הקניין שרוכשת המדינה בקרקע שהופקעה מן הפרט - אף אם הושלמו הליכי ההפקעה - היא זכות "מותנית", והתנאי הוא נחיצות הקרקע להגשמת צורך ציבורי."* ***(ההדגשה שלי מ' א'-ג')***

במקרה שלפניי טענה העותרת כי לעירייה אין עוד צורך בשטח למטרות שלשמן הופקע. העותרת מבקשת כי נסיק זאת מהתנהלותה השונה של העירייה בעניין חלקות אחרות בתכנית, אותן ביקשה להפקיע. למשל, לגבי חלקה 89 באותו הגוש פורסמה הודעה בילקוטים על פי סעיפים 5 ו-7 לפקודת הרכישה, ולאחר מכן פרסמה הודעה בהתאם להוראות סעיף 19 לפקודת הרכישה. בענייננו, מוסיפה העותרת, לא רק שלא בוצעו כל הפעולות כאמור, אלא שהעירייה פעלה באופן המנוגד להפקעה, עת אישרה הטמנת צובר גז על שם הבעלים בשטח המופקע. לדידה של העותרת, כאמור, יש להסיק מכך כי לעירייה אין עוד צורך בקרקע.

5.4.ג. המועדים הקבועים בתקנון לעניין ההפקעה

סעיף 22 לתקנון תכנית הר/1139 קובע כי היא תבוצע בתוך 5 שנים מאישורה הסופי. התכנית אושרה ביום 10.12.1973 פורסמה למתן תוקף ביום 14.5.1975. אין כל ספק כי חמשת השנים שנקבעו בתקנון חלפו לפני זמן רב. ואולם, יש צורך לבחון האם מדובר במועד "קשיח" ממנו לא ניתן לסטות, או מועד משוער.

סעיף 84 לחוק התכנון והבניה, שכותרתו "שלבי ביצוע" קובע לעניין תכנית בניה כי שלבים ומועדים לביצוע הינם משוערים:

*"84. כל תכנית תציין את התאריך המשוער לביצועה, ואם יש צורך תקבע שלבים לביצוע והתאריכים לביצוע כל שלב."*

בפסיקה נקבע כי ההכרעה אם מועד שנקבע בחיקוק הוא בגדר הוראה "מחייבת" או הוראה "מנחה" תיעשה על-פי תכלית החקיקה (בג"ץ 5992/97 ערער נ' ראש-עיריית נתניה, פ"ד נא(5) 649, 655-656 (1997)):

*"כבר נפסק בבית משפט זה, כי ההכרעה אם מועד שנקבע בחיקוק הוא בגדר 'הוראה מנחה' או 'הוראה מחייבת' תיעשה על-פי תכליתה של הוראת החוק. כך למשל, מועד שנקצב כדי להבטיח הגנה על זכות יסוד של האדם, כל סטייה ממנו עשויה לרדת לשורש הסמכות (כך הדבר לדוגמה באשר למועד המתייחס לתקופות מעצר). בדרך-כלל, כאשר אין החוק מנוסח באופן השולל סמכות בחלוף המועד או כאשר אין הוא מטיל סנקציה מפורשת עקב האיחור, ואין פירוש כזה מתחייב מתכליתו, תהא ההוראה מן ההיבט של תוצאת הפעולה שהתבצעה שלא במועד הוראה 'מנחה' בלבד ... ככלל, ניתן לקבוע כי כאשר הסמכות המוענקת לרשות היא מסוג הסמכויות שהרשות חייבת במילוין אין היא יכולה להימנע מלמלאה בשל איחור במועד, ואין לומר שפטורה היא מלמלא חובתה בשל כך בלבד שחלף המועד שנקבע בחיקוק לעשיית המעשה בידי הרשות. חיוניות הפעולה שעל הרשות לבצע והאינטרס הציבורי הכרוך בה, או החשש מכך שאי-מילוי הפונקציה המינהלית יפגע בזכות מזכויות הפרט, או החשש שתיפגע באופן משמעותי התכלית שלשמה הרשות פועלת, כל אלה הם טעמים שיש בהם כדי להצדיק מתן תוקף למעשה מינהלי, הגם שנעשה שלא בהתאם למועד הקבוע בחוק".*

***(ההדגשה שלי מ' א' ג')***

וראו גם הדברים המפורטים שקבע כב' השופט אליהו מצא בבג"צ 1636/92העמותה לשמירת איכות החיים והסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל-אביב, פ''ד מז(5) 573, בפס' 10 לפסק דינו:

*"השקפה פרשנית זו עומדת במבחן המקובל .... לסיווגו של המועד האמור כמנחה: בסעיף 84 לא נאמר, כי בחלוף המועד שנקבע בה לביצועה לא תהא עוד התכנית בת-ביצוע, ואין הסעיףקובע כל סנקציה על ביצועה של תכנית לאחר שחלף המועד המשוער. אך עיקרו של דבר הוא, שבהקשרו הענייני אין המועד האמור יכול להתפרש כמועד מחייב:סעיף 84 אינו קובע מה דינה של תכנית בניין עיר שהזמן המשוער שנקבע לביצועה חלף; וקבלת עמדת העותרים, שתכנית כזאת חדלה מלהתקיים, הייתה מחייבת להניח אפשרות לקיומו של חלל ריק תכנוני. זו תוצאה בלתי נסבלת, והדעת אינה נותנת כי לכך יכול היה המחוקק להתכוון. על כורחך אתה אומר, כי משלא הורה המחוקק מה דינה של תכנית שחלף הזמן שנקבע לביצועה, ומה ההסדר המשפטי שיתפוס את מקומה, מתחייבת המסקנה, שהמועד המשוער לביצועה של תכנית, הנקבע לפי הוראתו של סעיף 84, אינו אלא בגדר הנחיה לרשויות התכנון."*

***וכפי שסיכמה כב' הנשיאה אסתר חיות ב****עניין בראל* ***(ראו פס' 12*** *בעניין בראל* ***וההפניות שם):***

*"הכלל הפרשני אשר אומץ בהקשר זה קובע כי ככל שלא נקבעה הוראה מפורשת לגבי תוצאות החריגה מן המועד שנקבע או לגבי ההשפעה שתהיה לסטייה מן המועד על תקפות הפעולה המשפטית, חזקה היא כי מדובר במועד מנחה. עם זאת, לחריגה ממסגרת הזמנים עשויות להיות השלכות לעניין סבירות הפעולה".*

עוד ציינה כב' הנשיאה חיות, כי הלכה כללית זו חלה גם בכל הנוגע למועדים שנקבעו לביצוע תכניות מתאר לרבות תכניות הכוללות הוראות להפקעה, ומשנה תוקף לכך ניתן למצוא בסעיף 84 לחוק התכנון והבניה, שהוזכר לעיל.

בענייננו מדובר בתכנית איחוד וחלוקה החלה על שטח לא מבוטל (כ-90 דונם) והכוללת הוראות להפקעה ("רישום לצרכי ציבור"). אני סבורה אם כן כי יש להחיל על המקרה את ההלכה הכללית שהובאה לעיל לעניין פרשנות המועד שנקבע בתכנית. היינו, כיון שתקנון התכנית אינו קובע כל השלכות לחריגה מן המועד הקבוע בסעיף 22 ואינו מפרט דבר בנוגע להשפעה שתהיה לחריגה מהתכנית על תקפות הפעולות המשפטיות שבגדרה, ובתוכן ההפקעה, הרי שיש לפרש את ההוראה כהוראה מנחה בלבד ועל כן אי עמידה במועדים אלו אינה שוללת את יכולת העיריה להמשיך בהליכי ההפקעה.

אולם, בכך לא תמה הבחינה. שכן גם אם לא פקעה סמכות הרשות להפקיע את הקרקע מכוח תכנית הר/1139, ייתכן כי השתהותה לעשות כן הינו בלתי סביר. ייתכן גם כי הימנעותה מביצוע כל פעולה במקרקעין משך מעל ל-40 שנים, מצביעה על כך שזנחה את מטרת ההפקעה. כאמור, אלה הן טענות העותרת.

**5.5. על טענת השיהוי במימוש ההפקעה**

**5.5.1 הפן הראייתי והפן המהותי של טענת השיהוי**

לצורך המשך בחינת טענות העותרת, מצאתי לנכון להתעכב על שני הפנים של טענת השיהוי בשימוש במקרקעין - הפן הראייתי והפן המהותי – ולעמוד על ההבדל ביניהם. הראשון הוא הפן הראייתי, לפיו לעתים מצביע השיהוי כשלעצמו, על זניחת הרשות את מטרת ההפקעה (ראו בג"ץ 10784/02 קרן קיימת לישראל נ' אתרים בחוף ת"א חברה לפיתוח אתרי תיירות בתל-אביב-יפו, נח(3) 757 763 (2004, להלן: עניין אתרים)).

השני הוא הפן המהותי, המכונה פגם "השיהוי המנהלי" שמשמעותו, כפי שנקבע בעניין אתרים (עמ' 763):

*"הפן המהותי עניינו בכך שהפרת החובה המוטלת על הרשות לנהוג באופן סביר ובשקידה ראויה למימוש מטרת ההפקעה עלולה לעתים להקים עילה לביטול ההפקעה".*

**בדומה,** נקבע בעע"מ 10398/02אסתר זהבה וייס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציוןפס' 2 לפסק דינה של כבוד השופטת עדנה ארבל (פורסם בנבו, 2005), כי הפגם המהותי הינו:

*"פגם מנהלי של הרשות לממש את מטרת ההפקעה. קרי, מחדלה של הרשות להגשים את התכלית שעמדה בבסיס הפקעת המקרקעין מלמד על כך שהרשות לא נהגה ב"שקידה הראויה".*

הן השיהוי המנהלי במימוש ההפקעה, הן זניחת מטרת ההפקעה, עשויים להביא את בית המשפט להורות על ביטול ההפקעה ועל השבת המקרקעין לידי בעליהם (עניין וייס, שם; עניין מח'ול הראשון 326; בג"ץ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) (281) (1979)). ואולם, בפסיקה הודגש שוב ושוב כי מדובר בצעד חריג, בו ינקוט בית המשפט במקרים קיצוניים בלבד (ראו עע"מ 8499/16 מ.ו השקעות בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 2018, להלן: עניין מ.ו השקעות), בפס' 19 לפסק דינו של כב' השופט דוד מינץ):

**"הלכה פסוקה היא כי שיהוי בלתי סביר של הרשות במימוש מטרת ההפקעה, עשוי להצדיק את ביטול ההפקעה... ברם, ביטולה של הפקעה בגין השתהות של רשות במימושה, הוא צעד חריג ומרחיק לכת שיינקט רק במקרים שבהם השתהות הרשות עולה כדי השתהות קיצונית".**

***(וראו גם:*** *עניין וייס****, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ארבל; בג"ץ 174/88*** *אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, המרכז****, פ"ד מב(4) 89, 98 (1988) (להלן:*** *עניין אמיתי****); עע"מ 3202/05*** *עיריית רמת השרון נ' גנין****, פ"ד סג(3) 854, פסקה 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן (,2010,להלן:*** *עניין גנין*)).

**5.5.2. חובת הרשות לפעול בשקידה ראויה**

אחת מחובותיהן של רשויות המנהל מתוקף תפקידן כנאמנות הציבור, היא חובת ההגינות. על חובה זו להנחות את הרשות בכל פעולותיה (וראו הדיון הנרחב בבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, נב(1) 289 (1998)).

מחובת ההגינות נובעת חובת הרשות לפעול בשקידה ראויה וזו מתבטאת, בענייננו, בחובה להגשים את הצורך הציבורי שבגינו הופקעו והועברו לידיה המקרקעין, בתוך זמן סביר (עניין הלביץ בפס' 58-60; עניין וייס, פס' 8 לפס' דינו של כב' הנשיא אהרון ברק; עניין מח'ול הראשון, בעמ' 323). והשופטת עדנה ארבל הדגישה בעניין וייס, כי כאשר הרשות אינה בפועלת במהירות הראויה, מעבירה היא מסר לפיו אין לה עוד צורך בקרקע (סעיף 2 לפסק דינה):

*"דין הוא שהוצאתה לפועל של התכלית לשמה הופקעו המקרקעין תיעשה במהירות הראויה. רשות שהפקיעה קרקע למטרה ציבורית מסוימת ושנים ארוכות לא עושה שימוש בקרקע, משמיעה לציבור למעשה שאין היא זקוקה לקרקע שהופקעה, לא למטרה שלשמה הופקעה ולא בזמן שהופקעה. בנסיבות אלו מתעורר ספק באשר לצורך הציבורי ובאשר לעילה לנטילת הקרקע ואף מתחזק הרושם כי לא הייתה הצדקה לכתחילה לנטילת הקרקע מבעליה".*

כאמור, כבר נפסק כי השתהות בלתי סבירה עשויה להביא לביטול ההפקעה (ראו עניין הלביץ, בפס' 63):

*"השתהות בביצוע ההפקעה משך תקופה ארוכה מעוררת ספק אם אמנם היתה ההפקעה אמצעי מידתי בנסיבות העניין. מכאן המסקנה כי השתהות בלתי סבירה מטעם הרשות במימוש מטרת ההפקעה מקנה זכות לפרט לדרוש את ביטולה של ההפקעה".*

**5.5.3. האם השיהוי בענייננו מלמד על זניחת מטרת ההפקעה**

בעניין אמיתי סקר כב' השופט אברהם חלימה את הפסיקה עד לאותה עת, וקבע כי השאלה האם הרשות זנחה את מטרת ההפקעה תיבחן על פי נסיבותיו הקונקרטיות של כל עניין. כפי שהראה, טווח המקרים שנדונו בפסיקה היה רחב מאוד, ובתי המשפט לא קבעו זמן מסוים שלאחריו תיחשב הרשות כאילו זנחה את מטרתה (ראו עניין אמיתי, פס' 93-95). במסגרת המבחן שנקבע בפסיקה מאוחרת יותר, יש לבחון, בין היתר: האם השיהוי חרג מגדר הסביר; מהו הנזק שנגרם לבעל הזכויות במקרקעין שהופקעו כתוצאה מהשיהוי; מהו הנזק העשוי להיגרם לאינטרס הציבור כתוצאה מביטול ההפקעה (ראו: עניין טריידט, פס' 15; עניין הלביץ, פס' 65).

5.5.3.א הפן הראייתי – האם השיהוי חרג מגדר הסביר

נסיבות שונות הביאו את בתי המשפט לקבוע מועדים שונים כאלה שמהם והלאה ניתן לקבוע כי הרשות השתהתה במימוש ההפקעה. למשל, בדנג"ץ נוסייבה נקבע על ידי כב' השופט אליעזר גולדברג כי:

*"המועד לבדיקת הטענה בדבר זניחת מטרת ההפקעה הוא יום הגשת העתירה. אם נסתכל בענייננו אחורה ממועד זה, כי אז ישנן שתי תקופות רלוואנטיות: מיום ההפקעה ועד לאישור התכנית, ומיום אישור התכנית ועד להגשת העתירה".*

בעניין נוסייבה הראשון (בג"ץ 5091/91מאזן חסן זכי נוסייבה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 1994, להלן: עניין נוסייבה הראשון)), קבע כב' השופט דב לוין כי לצורך בחינת אורך התקופה יש לבחון מהו הזמן בו הייתה הקרקע מוקפאת, ואילו המועד הרלוונטי לחישוב תקופת ההשהיה, הוא המועד בו פורסמה הודעת ההפקעה. כב' השופט יורם דנציגר אימץ דעה זו בעניין הלביץ, שכן שם קדמה התכנית המפקיעה לפרסום הודעות ההפקעה. דנציגר קבע כי המועד ממנו יש לבחון את תקופת השיהוי הוא מועד פרסום התכנית שייעדה את החלקות לצרכי ציבור (ראו עניין הלביץ, פס' 69-70 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר).

במקרה שלפניי, כלל לא פורסמה הודעה ברשומות לפי סעיפים 5 ו-7 לפקודת הקרקעות. על כן, מועד פרסום תכנית הר/1139 אכן מהווה את המועד המתאים לחישוב תקופת ההשתהות של העירייה במימוש ההפקעה. התכנית פורסמה ביום 14.5.1975, משמע, כמעט 43 שנים חלפו בין פרסומה לבין הגשת העתירה.

האם 43 שנים מהוות פרק זמן המלמד על זניחת מטרת ההפקעה? ננסה להיעזר בדברים שכתב כב' השופט יורם דנציגר בעניין הלביץ:

*"השאלה האם 19 השנים שחלפו עד למועד הגשת העתירה, שבהן לא עושה הרשות דבר עם הקרקע שהופקעה, הינן פרק זמן המלמד על זניחת המטרה אין לה תשובה חד משמעית, והיא תלויה בנסיבות העניין. ניתן להצביע על מקרים שבהם נקבע שאף כאשר חלפו 30 שנים ויותר בהן לא מומשה מטרת ההפקעה אין מקום להורות על ביטולה (...); ומאידך, בפרשת אמיתי לדוגמא, נפסק כי גם תקופה בת 16 שנים של חוסר מעש מצדה של הרשות אינה יכולה להיחשב כתקופה סבירה (...). כאמור, השאלה היא מה אירע במהלך אותן שנים."*

אעיר כבר כעת, כי מסקירת הפסיקה עולה כי משך הזמן שחלף בענייננו הינו חריג ביותר. בכל אופן, בהיעדר כלל ברור, יש לבחון מה אירע במהלך השנים. אעבור לבחינת נסיבות המקרה שבפניי, על מנת לקבוע האם השיהוי שחל בפעולת העירייה מביא למסקנה כי יש לבטל את ההפקעה.

5.5.3.ב. הפן המהותי - הפרת חובת הרשות לנהוג באופן סביר ובשקידה ראויה למימוש מטרת ההפקעה

בפסיקה צוינו מגוון שיקולים בהם על בית המשפט להתחשב בבואו לבחון את הפן המהותי של עילת השיהוי במימוש ההפקעה (עניין בראל, פס' 14):

*"בהקשר זה, נקבע כי על בית המשפט להתחשב בשורה של שיקולים ובהם: משך השיהוי שנקטה הרשות בפעולתה; הנזק שנגרם לנפקע במהלך פרק זמן זה; דרך התנהלותה של הרשות המפקיעה; היקף המשאבים שעומדים לרשותה לטובת מימוש יעדי ההפקעה; היקף השטח המופקע; התכלית שעומדת בבסיס ההפקעה; מורכבותם של הליכי התכנון הדרושים למימוש תכלית ההפקעה; הסיבות שבעטיין טרם הושלם מימוש יעדי ההפקעה; והתקדמות יישום מטרות ההפקעה בחלקות אחרות שבמקרקעין המופקעים"*

במקרה שלפניי, בחרתי להתייחס למספר שיקולים שהעלו הצדדים בהקשר זה: אי פרסום ההודעה ברשומות בנוגע להפקעה; התנהלות המשיבות בעניין חלקות אחרות בתכנית, היעדר תכנית קונקרטית בנוגע לחלק המקרקעין שהופקע, הנזק לעותרת ולבעלי הזכויות הנוספים ואינטרס הציבור.

1. **מדיניות המשיבות בנוגע לפרסום הודעת ההפקעה**כפי שכבר צויין, עד היום לא פרסמה הוועדה המקומית הודעה בדבר ההפקעה ברשומות, לפי פקודת הקרקעות. בעניין בראל נדון מצב דומה, בו משך 40 שנים מאישור התכנית, לא פרסמה הוועדה המקומית כל הודעה ברשומות בנוגע להפקעה. גם שם טענה הרשות כי לא מצאה כל טעם לפרסם הודעה ברשומות אודות ההפקעה עד שתוגש בקשה להיתר בניה מטעם בעלי הקרקע. שופט בית המשפט המחוזי יעקב שינמן, לא קיבל טענה זו של הרשות וקבע כי "הועדה במחדלה, כשהיא אינה מבצעת אפילו את האקט הפורמאלי של ההפקעה, היא נוהגת באופן בלתי סביר, הפוגעת בעותר פגיעה קשה (...) הוועדה אינה יכולה לכפות על האזרח לבצע בנייה בחלקתו, כדי שרק אז, תתחיל בהליך ההפקעה, לה היא התחייבה כבר לפני 40 שנים" (ראו עת"מ (מינהליים מרכז) 7382-09-15 שלמה בראל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה פתח תקווהפס' 40 (פורסם בנבו, 08.09.2016). אולם, בבית המשפט העליון, נקבע אחרת והוחלט כי מדיניות זו של הרשות "אינה בלתי סבירה" (ראו פס' 19 לפסק דינה של כבוד הנשיאה אסתר חיות):*"במענה לשאלתנו לא ידעה הוועדה להצביע על המועד המדויק שבו יינקטו על ידה הליכי הפקעה למימוש הצורך הציבורי המתוכנן והיא ציינה כי בנקודת הזמן הנוכחית טרם בשלה העת להפקעת השטח. מענה זה אינו מעיד אמנם כי הוועדה זנחה את מטרת ההפקעה וכפי שצוין לעיל, העמדה העקרונית לפיה יש מקום לשלב את מימוש ההפקעה ופיתוח השטח הציבורי הפתוח – על כל העלויות הכרוכות בכך – עם מימוש זכויות הבניה בחלקה 77 – אינה בלתי סבירה."* יש לתת את הדעת לכך שהתכנית שנדונה בעניין בראל שילבה הפקעה לצרכי שצ"פ ובנייה רוויה. כב' הנשיאה חיות קבעה כי ישנו הגיון בהמתנה עם הליכי ההפקעה עד לתחילת הבנייה הרוויה בתכנית, שכן מהלך זה ישמר עתודת ריאה ירוקה עבור התושבים שיאכלסו בניה זו (ראו פס' 17 לחיות בעניין בראל). בענייננו, לא ברור האם שינוי ייעוד הקרקע ממגורים א' למגורים ב', יביא לגידול משמעותי של האוכלוסיה בסביבה. שכן, לרוב משמעות תוספת כזו היא הגדלתן של דירות קיימות. מכל מקום, לאור פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בראל, לפיו מדיניות כזו אינה בלתי סבירה, יש לקבוע כך גם במקרה שלפניי. המשיבות טענו כי אחת הסיבות לאי פרסום ההודעה בנוגע להפקעת החלקה, נבע מהרצון לאפשר לתושבים להמשיך וליהנות מהשטח, כל עוד הרשות אינה מפתחת אותו והתושבים עצמם אינם מבקשים כל היתר בניה בקרקע. למרות שטענה זו אינה בלתי סבירה, אני סבורה שעל המשיבות לשוב ולבחון מדיניות זו, שכן המקרה הנדון כאן משקף את הנזק האפשרי לתושבים מאי-פרסום ההודעות. ייתכן כי יש להעדיף את וודאות התושבים אודות מצב המקרקעין, על פני הימנעות מכל צעד שהוא רק כדי להעניק להם עוד תקופה של חסד, שספק אם מיטיבה עמם (וראו מקרים בהם הרשות פרסמה הודעות הפקעה ונמנעה מתפיסת חזקה בפועל, בהם נקבע כי אופן פעולתה היה סביר, למשל בעניין: עע"מ 4231/11הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ראשון לציון נ' יחזקאל מזובר (פורסם בנבו, 2012); להבדיל כמובן ממקרים, בהם הרשות תפסה חזקה בפועל ולא עשתה דבר עם הקרקע, כמו בעניין עע"מ 7946/16 הרץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקווה, פסקה 19 (פורסם בנבו, 2018,להלן: עניין הרץ)). ואם לסכם הדברים, ייתכן כי במצבים בהם לרשות ידוע כי ההפקעה לא תמומש בתוך שנים ספורות – ועל כן היא בוחרת לאפשר לבעלי המקרקעין ליהנות מהקרקע מבלי לתפוס בהם חזקה – תפרסם היא את דבר ההפקעה (כדרישת החוק) למען הוודאות וצמצום הנזק לבעלי המקרקעין. **(2) התנהלות המשיבות בעניין חלקות אחרות במסגרת התכנית**לבחינת התנהלות המשיבות בהקשר זה מספר נפקויות. ראשית, בהקשר לטענת העותרת לפיה פיתוח השצ"פ בחלקה סמוכה מעיד על זניחת המטרה ביחס לחלקה שבענייננו. שנית, בהקשר לטענת העותרת להיעדר תכנית קונקרטית בנוגע לחלק המופקע מחלקה 99. שלישית, כיוון שהיא עשויה להעיד באופן כללי על כוונת המשיבות ביחס למימוש ההפקעה. העותרת טענה כי בחלקה 89 הנמצאת באותו מתחם בוצעו עבודות לפיתוח השצ"פ ופורסמה הודעה בנוגע להפקעה. מכך ביקשה שאסיק כי לו הייתה רוצה הרשות לממש את ההפקעה גם בנוגע לחלקה 99, הייתה עושה כן. הימנעותה מעידה כי אין בכוונתה לממש את ההפקעה. אין לקבל טענה זו. ראשית, כיוון שבעניין בראל נקבע כי פיתוח חלקה סמוכה מעיד דווקא על כוונה למימוש ההפקעה (ראו פס' 16 לפסק דינה של כב' הנשיאה אסתר חיות):*"לדעתי, הפיתוח של השצ"פ בחלקה הסמוכה אינו מעיד בהכרח על זניחת מטרת ההפקעה במקרקעין מושא דיוננו. נהפוך הוא. קיומו של שצ"פ בחלקה סמוכה מעלה את חשיבות השצ"פ בחלקה 77, שכן איחוד השטחים בעתיד לכדי רצף של שטח ירוק אחד יוליד שטח ציבורי אפקטיבי ומרווח אשר יטיב עם כלל תושבי הסביבה, הן בבניינים שכבר נבנו והן באלה שעל פי התכנית עוד צפויים להיבנות, בייחוד בחלקה 77 עצמה.****"*** אמנם בענייננו לא מדובר בחלקות צמודות זו לזו, אך הן שייכות לאותו מתחם עליו חלה התכנית. דווקא ביצוע העבודות בחלקה 89 מעיד כי המשיבות מקיימות את הוראות התכנית וכי גובר הסיכוי למימוש ההפקעה גם בחלקה שבענייננו – שכן פיתוח החלקות במתחם ייצור רצף שצ"פ מפותח לרווחת תושבי הסביבה. בנוסף, בדנג"ץ נוסייבה קבע כב' השופט אליעזר גולדברג כי כיוון שהחלקה שנדונה שם הייתה אחת ממאות חלקות אחרות בשטח של מאות דונמים, שהופקעו למטרה ציבורית אחת, לא ניתן להתמקד בכל חלקה כדי לבדוק אם המטרה נזנחה (דנג"ץ נוסייבה, בפס' 9 לפסק דינו של השופט גולדברג). אלא, כך קבע, יש לבחון את השטח כ"יחידת הפקעה" אחת (שם, פס' 9-10 לפסק דינו של כב' השופט גולדברג):*"יש לראות בשטח המופקע כולו "יחידת הפקעה" אחת למטרה אחת...בראותנו את השטח המופקע "יחידת הפקעה" אחת, לא ניתן לומר כי המשיבים זנחו את כוונתם להוציא לפועל את המטרה הציבורית שלשמה באה ההפקעה. הפעולות שבוצעו ומתבצעות כיום בהתאם לתכנית מלמדות על הליכה של עקב בצד אגודל, וגם שעתו של המיתחם להגיע."* קביעה זו אומצה בשורה של פסקי דין נוספים, ביניהם: עניין מ.ו השקעות (פס' 22); בג"ץ 9332/01סימונה לוינהרט נ' מדינת ישראל - שר האוצר (פורסם בנבו, 2003, להלן: עניין לוינהרט). ובעניין וייס, כתב כב' הנשיא אהרן ברק את הדברים הבאים, המדגישים את הקושי בהבחנה בין החלקות השונות (פס' 9):*"אכן, החלקה מהווה נדבך אחד מתוך גוש שלם שהופקע במסגרת קידום תוכנית בניין עיר. הבחנה בין קיומה של שקידה ראויה בחלקה נשוא הערעור לבין שקידה ראויה בשאר חלקות הגוש היא מלאכותית. היא מתעלמת מן האופן שבו פועלת הרשות למימוש מטרת ההפקעה. כך, לא הרי גוש מקרקעין שדבר לא התרחש בו מאז הופקע כהרי גוש מקרקעין בו בכל החלקות נבנו המבנים המיועדים, להוציא חלקה אחת שבנייה בה היא השלב האחרון בהגשמת מטרת ההפקעה".*  במקרה שלפניי, כלל החלקות המיועדות להפקעה בתכנית מיועדות לשצ"פ, כך שלפי דנג"ץ נוסייבה, והפסיקה המאוחרת לו, לא ניתן להתמקד בכל חלקה בנפרד (והשווה לעניין הלביץ, בפס' 73, שם בשל שונות המטרות בין חלקה לחלקה, ופיזור החלקות על פני שני מתחמים שונים ונפרדים, קבע כב' השופט יורם דנציגר כי נזנחה המטרה בקשר לחלקה שנדונה שם). אם כך, יש לבחון את השטח כיחידת הפקעה אחת ולהסיק מהתנהלות העירייה בנוגע לחלקות הסמוכות האם זנחה את מטרת ההפקעה במקרקעין. במסגרת הבחינה, אתייחס הן להיבט הפורמלי (רישום, פרסום הודעות), הן לפיתוח שנעשה בפועל. המשיבות מצביעות על כך שהעירייה פעלה בחלק נרחב מהשטח המיועד בתכנית להפקעה. ופירטה: תכנית 1139 מפרישה שטחים מתוך כ-18 חלקות לצורך הרחבת שצ"פ מקדש מלך. שמונה מהחלקות הנ"ל (100, 98, 96, 93, 91, 89, 81, 80) פוצלו החלקות באמצעות תכנית לצרכי רישום (להלן: תצ"ר), והבעלות בחלקים המיועדים לצרכי ציבור נרשמה על שם העירייה. ביחס לארבע חלקות נוספות (97, 92, 84, 79) פורסמו הודעות לפי סעיפים 5 ו-7 לפקודת הקרקעות, בין אם מכוח תכנית אחרת (הר/1600 ששינתה את הר/1139) או בשל בקשת היתר בניה לגביהן (ראו סעיף 125 לסיכומי המשיבות). בחלקות 85 ו-86 לעירייה זכות חכירה ל-999 שנים בחלק המיועד לשצ"פ, ובתשריט היתרי הבנייה שניתנו ביחס לחלקות, סומן קו ההפקעה לשצ"פ לפי תכנית הר/1139. גם בהיתר שניתן ביחס לחלקה 83 סומן קו ההפקעה לשצ"פ על פי התכנית. למעשה, המשיבות מעידות כי רק ביחס ל-3 חלקות: 79, 90, ו-99 (החלקה בענייננו), היתר הבניה למבנה הקיים היום בחלקה ניתן לפני אישור תכנית הר/1139 – כך שכפי שפורט לעיל, טרם הגיע המועד למימוש ההפקעה. בנוגע לעבודות הפיתוח שבוצעו על פי תכנית הר/1139, טענה הרשות כך (ראו פס' 50-51 לתגובת המשיבות לעתירה): "למותר לציין, כי ממועד אישור התכנית, בוצעו עבודות פיתוח רבות בשטח התכנית. כך, פותחו ונסללו רחובות, שבילים ומדרכות באופן מלא. כן הוקם בית ספר יסודי (בית ספר שז"ר), לרווחת תושבי השכונה. כן פותח השטח שמסביב לבית כנסת שבסמטת מקדש מלך". עוד פירטה העירייה כי השטחים שהופקעו או נרשמו על שם העירייה, משמשים למילוי הייעודים הציבוריים בפועל: כדרך גישה לבית הכנסת, כחניה לתושבי השכונה, כגינה וחצר לבית הכנסת. עוד הוסיפה כי פותחו השבילים המובילים לשצ"פ ולבית הכנסת, והממוקמים בין חלקות 90 ו-91 ובין חלקות 95 ו-96. המשיבות מבקשות להדגיש אם כך, כי בין אם נבחן את שאלת השיהוי ביחס לשטח תכנית הר/1139 כולה, בין אם ביחס לעבודות בשצ"פ מקדש מלך בלבד, הרי שהתנהלות העירייה סבירה ואפילו אפשר לומר שהיא פעלה באופן נמרץ (ראו פסקאות 127-128 לתגובת המשיבות לעתירה). עוד הדגישו המשיבות כי לפי הפסיקה, אין הן מחויבות לעשות שימוש "בכל מטר מטר" משטח ההפקעה, על מנת שייחשב הדבר כאילו לא זנחו את מטרתה. אכן, כפי שנקבע בעניין מ.ו אחזקות, בפס' 24 לפסק דינו של השופט דוד מינץ:*"הרשות המנהלית אינה צריכה לעשות שימוש בכל מטר ומטר מהשטח המופקע ולכן העובדה שטרם נעשה שימוש בחלק קטן משטח שהופקע אינה יכולה להקים עילה לתקיפת ההפקעה בטענה להשתהות במימוש מטרת ההפקעה. ועוד, הליכי תכנון הם צופים פני עתיד מטבע הדברים וייתכן שמימוש ייעודה של קרקע שהופקעה יימשך זמן רב. לכן, מעיכוב במימוש מטרת ההפקעה אין להסיק בהכרח על היעדר שימוש עתידי בקרקע."* ***(הדגשה שלי - מ' א' ג')*** אני סבורה כי הדין עם המשיבות. התנהלות העירייה בנוגע להפקעה אמנם מצביעה על כך כי "דרכה לא אצה לה" (ראו עניין בראל), אך מנגד, לא ניתן להסיק ממנה השתהות קיצונית המעידה על זניחת מטרת ההפקעה. העירייה פעלה הן בשטח התכנית, הן בשטח השצ"פ. גם אופן פעולתה בעניין רישום שאר החלקות בתכנית משביע רצון, וזאת להוציא המלצתי לעיל לעניין מדיניותה בחלקה הנדונה במקרה שלפניי (לדבריה, מדיניות זו מיושמת לגבי שתי חלקות נוספות במתחם). אך כאמור לפי הפסיקה, לא ניתן לבודד את הטיפול בה מהטיפול בכלל החלקות, ובוודאי לא החלקות הסמוכות לה במתחם. **(3) היעדר תכנית קונקרטית בנוגע לחלק המקרקעין המופקע**טענה שחזרה שוב ושוב בכתבי הטענות הייתה כי לעירייה אין כל תכנית קונקרטית לגבי חלק המקרקעין שהופקע. משמע, מלבד תכנית ההפקעה הר/1139, ומאז אישורה, לא פרסמה או אישרה העירייה כל תכנית נקודתית לעבודות לפיתוח השצ"פ בנוגע לחלקה 99. המשיבות טענו כי מדובר בטענה "דחוקה" ואף כי לא נדרשת תכנית קונקרטית. **בעניין בראל**, העלה בעל המקרקעין טענה זהה, שנתקבלה על ידי בית המשפט המחוזי, אך נדחתה בערעור בבית המשפט העליון היא נדחתה. כב' הנשיאה אסתר חיות קבעה (פס' 17):*"לגישתי, העובדה כי הוועדה לא הציגה תכנית קונקרטית למימוש השטח האמור אין בה כדי להעיד על כך שזנחה את המטרה הציבורית שביסוד ההפקעה. שטח ציבורי פתוח, כשמו כן הוא, שטח פתוח לציבור בייעוד קונקרטי כללי, וזאת בשונה מייעוד ציבורי מסוים".* ***(ההדגשה במקור)*** אם כך, גם כאן הדין עם המשיבות, שכן אף במקרה שלפניי מיועד המתחם כולו לשצ"פ שלא נקבע לגביו ייעוד ציבורי מסויים (והשוו לעניין הלביץ בפס' 79 ו-83, שם נקבע ייעוד פרטני של הקמת מבני ציבור). **5.6. האינטרס הציבורי ומאזן הנזקים**5.6.א. הנזק שנגרם לעותרתשיקול נוסף שעל בית המשפט לבחון הוא הנזק שנגרם לבעל המקרקעין מאי מימוש ההפקעה על ידי הרשות. העותרת טענה כי הנזק שנגרם לה, נובע מכך שההפקעה אינה מותירה בידיה ובידי בעלי הזכויות האחרים דיי שטח לביצוע עבודות תמ"א 38 בבניין, בעוד שבאותה עת לא מממשת העירייה את ההפקעה. המשיבות טענו כי העותרת לא הצליחה להצביע על כל נזק שנגרם לה בשל חלוף הזמן. להיפך, בעלי הזכויות עודם מחזיקים בשטח המופקע ועשו שימוש בו לצורך חניה. עוד טוענות המשיבות כי הדיירים נהנים מחצר גדולה יותר. יש לתת משקל במקרה זה הן לטיעוני העותרת, הן לטיעוני המשיבות ולאזן ביניהם. מחד גיסא, השטח הופקע מבעלי המקרקעין ללא פיצויים (בשל שטח ההפקעה מתוך החלקה, הנמוך מ-40%, ראו סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה), ונראה כי אכן ההפקעה מונעת מהם ביצוע עבודות תמ"א 38 בבניין. ביצוע עבודות אלה ללא ספק יניב לבעלי הדירות רווח ממוני אך הוא גם נדרש מכוח החוק והכרחי למען יציבות הבניין הישן. מאידך, הנזק היחסי הינו מצומצם לעומת מקרים בהם תפסה הרשות חזקה בפועל בקרקע, שכן בעלי הזכויות אכן נהנים מהשימוש בו עד לעת זו (השוו לעניין הלביץ, פס' 81). כפי שקבעה כב' הנשיאה אסתר חיות בעניין בראל, שם כאמור לא פורסמה הודעה ולא נתפסה חזקה בקרקע (ראו פס' 20):*"אך מאז ועד סמוך למועד פטירתו המשיך המנוח לאורך עשרות שנים להחזיק במקרקעין ולעשות בהם שימוש לרווחתו תוך שהוא מפעיל במקום בית עסק ובלא שהלין על אי מימוש ההפקעה עד שנת 2015. בכך שונה המקרה שבפנינו מאותם המקרים אשר בהם הרשות פרסמה הודעה על הפקעת המקרקעין, תפסה בהם חזקה ולאחר מכן הותירה אותם בשיממונם מבלי לממש בהם את מטרת ההפקעה, בעוד בעל הזכויות המקורי צופה בהם ועיניו כלות (השוו למשל לעניין הרץ). במובן זה, הגם שאין להקל ראש בפגיעה שנגרמה למנוח לנוכח השיהוי המתמשך שבו לוקה פעולת הרשות במקרה שלפנינו, הפגיעה בזכותו לקניין מצומצמת יותר".* ***(ההדגשות במקור)*** זאת ועוד. במקרה שלפנינו, כפי שעלה מההתכתבות בין הצדדים, בהחלט ייתכן כי ניתן יהיה לאפשר חיזוק הבניין במסגרת תכנית תמ"א 38, תוך התחשבות בהפקעה. על המשיבות לעשות כל מאמץ לפעול בכיוון זה. 5.6.ב. הפגיעה באינטרס הציבורי אם תבוטל ההפקעההמשיבות טענו כי שקילת האינטרס הציבורי של קיום שצ"פ מקדש מלך לתועלת השכונה כולה, ממילא מחייבת דחיית העתירה, גם לו השתהתה הרשות במימוש ההפקעה. לגישת העותרת, הימנעות המשיבות ממימוש ההפקעה משך יובל שנים מלמדת כי לא קיים אינטרס ציבורי בהפקעה. כמו כן, לטענתה, למול האינטרס הציבורי בהפקעת הקרקע והחזקתה ללא מימוש, עומד האינטרס הציבורי שהרשות תפעל בשקידה ראויה ובזמן סביר. העותרת סבורה כי המשיבות רומסות אינטרס זה ברגל גסה. לטענתה, חובה זו של הרשות אף קיבלה משנה תוקף עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וההכרה במעמדה החוקתי של זכות הקניין. האינטרס הציבורי חולש לא רק על הפקעת קרקע לצורך הציבור, אלא גם על החובה שלא לפגוע בזכויות הקניין של היחיד. אכן, בקיום השצ"פ וברציפותו תועלת לשכונה כולה, ולא ניתן להתעלם ממנה. הרשות כבר פועלת למימוש התכנית, גם אם לא במסגרת החלקה עצמה וישנה חשיבות גם להסתמכות הציבור על השלמתה. ואולם, כפי שטענה העותרת, המשיבות חבות גם בחובת הגינות ובשקידה ראויה כלפיה וכלפי שאר התושבים. אני סבורה כי התעקשות על מימוש מטרת ההפקעה בנוגע לכל שטח החלקה המיועדת להפקעה כיום, חוטאת לחובה זו, ועל המשיבות לשקול גם את אינטרס דיירי מוהליבר 6 בחיזוק בניינם ולא רק את אינטרס "השכונה כולה". 5.6.ג. ההשלכות של איזון הנזקיםמאזן הנזקים בענייננו מוליך למספר מסקנות: ראשית, כי אין הצדקה לביטול כל ההפקעה שנקבעה לגבי המקרקעין. אינטרס הכלל בקיום השצ"פ אינו מאפשר ביטול גורף שכזה. אולם באותה נשימה, אינטרס הכלל לבדו אינו יכול לאפשר את הותרת מצב העותרת ושאר בעלי הזכויות במקרקעין כמות שהוא. לפי שעה, הנזק הנגרם להם בהיותם (כפי שתיארו בעצמם) "בין הפטיש לסדן" הוא אכן נזק משמעותי, ועל המשיבות לעשות כל שביכולתן לצמצום נזק זה. **6. סוף דבר**על אף קביעותיי לפיהן יש לדחות את העתירה בנוגע לקומה השלישית בבניין, וכי אין לבטל את ההפקעה על חלקה 99, מצאתי לנכון להדגיש בפני המשיבות, שוב, את חשיבות המשך הטיפול והליווי של העותרת ושאר בעלי הזכויות במקרקעין עד למציאת פתרון הולם. התנהלות המשיבות, על אף שעומדת, אם כי לא בנקל, במבחני הפסיקה, אינה מייצגת בעיניי התנהלות ראויה ומכבדת כלפי בעלי הזכויות במקרקעין. כוונתי היא למשך הזמן בו בחרה הרשות שלא לפרסם הודעה בדבר ההפקעה, והתנהלותה מאז פניית העותרת אליה לראשונה, ביודעה כבר מאז כי דבר ההפקעה מותיר את העותרת ב"מילכוד". אני סבורה כי הפתרונות שאציע ואמליץ על יישומם בשורות הבאות, יכלו היו להינתן על ידי המשיבות בנקל, ללא צורך בהתדיינות ובהימשכות ההליכים. **בהקשר לקומה השלישית -** כאמור, יש להדריך את העותרת בדבר הבקשות או התכניות שעליה להגיש. עוד יש לוודא כי כחלק מהשיקולים הנלקחים בחשבון בעת שקילת התכנית או הבקשה שתוגש – נלקחת בחשבון גם התנהלות העירייה במרוצת השנים והעובדה כי הבניין מאוכלס מזה כ-50 שנה, ללא היתר לקומה השלישית. עוד יש לקחת בחשבון את הסתמכות בעלי הזכויות שרכשו דירות בבניין, ובקומה השלישית בפרט. **בהקשר להפקעה -** אמליץ כי בהינתן המצב הנוכחי, בו לטענת העותרת לא ניתן לבצע עבודות תמ"א בבניין, המשיבות יבחנו פתרונות שונים, עוד בטרם הגשת בקשה מסודרת מטעם יזם כלשהו, כי לעת הזו ליזמים אין תמריץ לגשת לעניין. על המשיבות לבחון פתרון בדמות צמצום השטח המופקע לטובת יתרת המגרש שנותר בידי בעלי הזכויות, או מתן אפשרות תכנונית אחרת לביצוע תמ"א 38 (בהתחשב גם בקומה השלישית, באופן שיאפשר ביצוע העבודות). פתרון שכזה, על פניו ומבלי להיכנס לכלל שיקולי המשיבות, אמור להיות מידתי בפגיעתו באינטרס הכלל, אך גם להיטיב עם העותרת ושאר בעלי הזכויות בבניין. לאחר שיימצא פתרון עקרוני, יוכלו דיירי הבניין לפנות ליזמים בעניין התמ"א. לאור התוצאה – אין צו להוצאות. ניתן היום, א' כסלו תשפ"א, 17 נובמבר 2020, בהעדר הצדדים. 