

ע"א 1846/16

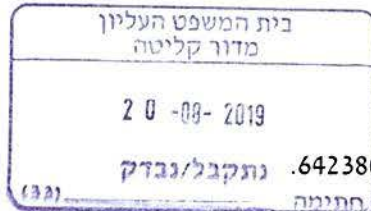
בבית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**בעניין:**

נתיבי ישראל – החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ
 ע"י ב"כ עוה"ד עודד בקרמן ואח'
 ממושרד שרקון, בן עמי, אשר ושות' & נאמן קינן ושות', עורכי-דין
 רח' בר כוכבא 23, בני ברק 5126002.
 טלפון: 03-5662808; פקס: 03-5662801

המעוררת

- נגד -

1. **יהונתן שסטוביץ ת.ז. 5224233**2. **דברב נכסים בע"מ ח.פ. 511869083**

ע"י ב"כ עוה"ד הלל איש-שלום ודוד הדר
 ממושרד שבלת ושות', עורכי-דין
 רח' ברקוביץ 4, מגדל המוזיאון, תל אביב 6423806.
 טל': 03-7778333; פקס: 03-7778444

המשיבים**היועץ המשפטי לממשלה****ובעניין:**

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה
 רח' קרית המדע 5, בניין 3B, הר חוצבים, ירושלים 9777605
 טל': 02-6362022; פקס: 02-6362050

המתייצב להליך**עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה**

בהתאם להחלטת בית-המשפט הנכבד מיום 7.3.2019 ובהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך, מוגשת בזאת עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה. הודעת היועץ המשפטי לממשלה בדבר התייצבותו להליך מצורפת **כנספח**

1.

א. פתח דבר

1. האם בעת חישוב פיצויי הפקעה של זכויות חכירה בקרקע חקלאית, שההכרזה על הפקעתן פורסמה בין השנים 1992-2002, יש להתחשב בפוטנציאל לשינוי ייעוד הקרקע, בהינתן שהחלטה מספר 727 של מועצת רשות מקרקעי ישראל שאפשרה לחוכרים חקלאיים ליהנות משינוי הייעוד טרם הוכרזה בטלה בבג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002) (להלן: "**הלכת הקשת המזרחית**").

2. בית המשפט קמא (כב' השופט בנימין ארנון) השיב לשאלה זו בחיוב כאשר קבע, כי לא ניתן "לתקן" בדיעבד את שווי השוק במועד הקובע על סמך מידע עתידי שלא היה קיים במועד זה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה שונה. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, יש לקבוע כי להלכת הקשת המזרחית יש השפעה רטרוספקטיבית על אופן חישוב הפיצויים גם בהפקעות שהוכרזו בטרם ניתנה הלכה זו. כתוצאה מכך, יש להתעלם ממרכיב הפוטנציאל לשינוי ייעוד שהעלה את שווי של זכויות החכירה בשנים 1992-2002 (התקופה שבה טרם הוכרז על בטלותן של החלטה מספר 727 וקודמותיה), וזאת חרף העובדה ששווי השוק של זכויות חכירה חקלאיות במועד הקובע גילם, לכאורה, את הסיכוי ליהנות משינוי ייעוד פוטנציאלי.

3. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תוצאה זו מתחייבת לנוכח התכליות העומדות בבסיס הלכת הקשת המזרחית, ובראשן עקרונות השוויון והצדק החלוקתי; לנוכח העובדה שהחלטה מספר 727 הוכרזה בטלה מעיקרא; ולנוכח הפרשנות המצמצמת שניתנה להחלטה מספר 727 ולהוראות המעבר שנקבעו לאחר הלכת הקשת המזרחית. כמו כן, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי ישנם מקרים נוספים בהם חישוב פיצויי הפקעה סוטה ממבחן "שווי השוק", בשל התחשבות בתכליות, עקרונות ורציונאליים נוספים, וכזה הוא המקרה הנדון; הכל כפי שיפורט להלן.

ב. רקע עובדתי

4. עסקינן בשתי תביעות לקבלת פיצויי הפקעה אשר הוגשו על-ידי מר יהונתן שסטוביץ וחברת דברב נכסים בע"מ (להלן: "המשיבים" או "הנפקעים") נגד חברת נתיבי ישראל (להלן: "נת"י"). המקרקעין המופקעים ידועים כחלק מחלקות 16, 19, 21 ו-23 בגוש 6341, או כמגרש מספר 6, ומצויים בחלקו הדרום-מערבי של מחלף מורשה (המחבר בין כביש 5 וכביש 4) (להלן: "המקרקעין").

5. ביום 27.12.1964 נכרת חוזה חכירה בין רשות מקרקעי ישראל (להלן: "הרשות" או "רמ"י") לבין יהודה ונחמה גפני, לפיו הוחכרו המקרקעין ל-49 שנים (עד ליום 31.8.2008) למטרות של שימושים חקלאיים. בחוזה ניתנה אופציה להארכה ל-49 שנים נוספות (להלן: "חוזה החכירה"). בסעיף 15 לחוזה החכירה, שהינו "סעיף שינוי ייעוד", נקבע כי במקרה של שינוי ייעוד תשוב הקרקע לידי רמ"י תוך מתן פיצוי לחוכר לפי שווי זכויותיו החקלאיות.¹

6. ביום 16.5.1995 כרתו ה"ה גפני חוזה מכר עם המשיבים, בו מכרו (ולמעשה המחו) את מלוא זכויותיהם במקרקעין בהתאם לחוזה החכירה (להלן: "חוזה המכר"). השטח שרכשו המשיבים הינו 9,695 מ"ר (ראו פסקה 4 לפסק הדין קמא). על שטח זה נסובה גם שומת השמאי המוסכם, אליה נתייחס להלן.

7. ביחס למקרקעין פורסמו שלשה צווי הפקעה מכוח פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 (להלן: "פקודת הדרכים"). הצו הראשון פורסם ביום 3.6.1982; הצו השני פורסם ביום 12.10.1993; והצו השלישי פורסם ביום 3.5.1999. לענייננו, חשוב בעיקר צו ההפקעה השלישי שבהתאם לקביעת בית המשפט קמא – הוא המועד הקובע לעניין שומת פיצויי ההפקעה (להלן: "המועד הקובע").

8. ביום 29.2.2002 ניתן פסק הדין בבג"ץ הקשת המזרחית, בו הוכרזה בטלותן של החלטות מספר 717, 727 ו-737 של מועצת רמ"י, שעניינן בשינוי ייעוד בקרקעות מדינה שייעודן חקלאי (להלן: "ההחלטות הִבְטָלוֹת").

9. החלטה מספר 727 קבעה, כי בעת שינוי ייעוד בקרקעות מדינה – מייעוד חקלאי לייעוד מגורים, תעשייה, מסחר, תיירות וקיט – יהיה זכאי חוכר חקלאי בתנאי נחלה, או חוכר חקלאי פרטי כהגדרתו באותה החלטה (ראו סעיף 3 להחלטה), לפיצוי הנע בין 27% ל-29%, כתלות באזור, לפי ערך הקרקע לאחר שינוי הייעוד. כמו-כן, החוכר

¹ בסעיף 15 לחוזה החכירה נקבע: "במקרה זה (של שינוי ייעוד – ב"מ) זכאי החוכר לפיצויים מלאים מהמחכיר עבור המוחכר כמטע של אדמה חכורה או חלקו, לגביה בוטלה החכירה – לפי מצבו של המוחכר ביום סיום תקופת החכירה כפי שנקבע בהודעת המחכיר ובהתחשב בזכות החכירה של החוכר בקרקע". הפיצוי לפי סעיף זה הוא בהתאם לשווי הזכות לעיבוד חקלאי, דבר המתיישב עם סעיפי שינוי הייעוד בחוזה החכירה הסטנדרטיים בקרקעות חקלאיות; ראו גם ע"א 221/89 וינושטין נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 3 (פורסם בנבו, 31.12.1989); רע"א 6797/12 פרדס בחיטכון נ' מדינת ישראל, פסקה ג' (פורסם בנבו, 15.11.2012).

החקלאי יכול היה לקבל במקום הפיצוי הכספי האמור (או חלקו) זכויות חכירה בקרקע שייעודה שונה בשווי האמור (27% עד 29%). הפיצוי לפי החלטה מספר 727 עמד בניגוד לסעיפים הסטנדרטיים שהופיעו במרבית חוזי החכירה החקלאיים אשר תלו את הפיצוי בערך הקרקע לפני שינוי הייעוד (כאמור, כך גם בחוזה החכירה בענייננו).

10. בקרקעות חקלאיות בהן קודמו תכניות לשינוי ייעוד, גרמה החלטה מספר 727 לעלייה בערך של זכויות החכירה בשוק החופשי עשרות מונים, וזאת בשל ההטבה הכלכלית המשמעותית שניתנה לחוכרים חקלאיים במקרה של שינוי ייעוד. גם בקרקעות שבהם לא קודמו תכניות לשינוי ייעוד, חלה עלייה בשווי השוק של זכויות החכירה בשל הפוטנציאל הספקולטיבי שיצרה החלטה מספר 727.

11. ביום 21.6.2011 תפסה נת"י חזקה במקרקעין, וביום 26.12.2011 ערכה שומת פיצויי הפקעה. לפי שומת נת"י, המשיבים זכאים לפיצויי הפקעה בגין אבדן זכויות לעיבוד חקלאי לפי שוויין במועד תפיסת החזקה במקרקעין. לפי השומה, זכאים המשיבים לפיצוי של 23 ש"ח למ"ר, וסה"כ ל- 222,985 ש"ח.

12. המשיבים חלקו על שומת הפיצויים, ולאחר כישלון משא ומתן בין הצדדים, הוגשו התביעות מושא ערעור זה, אשר הדיון בהן אוחד. במהלך הדיון בבית המשפט קמא ניתן תוקף להסכמת הצדדים על מינוי שמאי מוסכם אשר יעריך את שווי זכויות המשיבים בשתי חלופות – אבדן זכויות חכירה ואבדן זכויות לעיבוד חקלאי, ובשני מועדים שונים – מועד פרסום צו ההפקעה (שנת 1999) ומועד תפיסת החזקה (שנת 2011) (ראו פסקאות 9-10 לפסק הדין קמא).

13. הצדדים נחלקו בשלוש פלוגתאות מרכזיות:

א. **טיב זכויות המשיבים** – זכויות חכירה לדורות או זכויות לעיבוד חקלאי;

ב. **המועד הקובע לעניין שומת פיצויי ההפקעה** – מועד פרסום צו ההפקעה או מועד תפיסת החזקה;

ג. **התחשבות ברכיב הפוטנציאל לשינוי ייעוד בהפקעות שקדמו להלכת הקשת המזרחית** – בהקשר זה, נחלקו הצדדים פעמיים. פעם אחת לגבי השאלה האם השמאי המוסכם בכלל התחשב בשומתו ברכיב הפוטנציאל לשינוי ייעוד הנגזר מהחלטה מספר 727; ופעם שנייה בשאלה האם נכון להתחשב ברכיב זה בעת עריכת שומה לפיצויי הפקעה בנסיבות בהן המועד הקובע לעניין פיצויי ההפקעה חל בתקופה שלפני שהחלטה מספר 727 הוכרזה כבטלה.

1.ב. פסק הדין של בית המשפט קמא

14. ביום 30.12.2015 ניתן פסק דינו של בית המשפט קמא בה"פ (מרכז) 6114-11-13 (לעיל ולהלן: "**פסק הדין קמא**") בו התקבלה עמדת המשיבים בשלוש הפלוגתאות האמורות.

15. ביחס לנקודת המחלוקת הראשונה, נפסק, כי הזכות שהופקעה על-ידי נת"י מהמשיבים היא זכות חכירה בקרקע חקלאית למטרות של עיבוד חקלאי, להבדיל מהרשאה לעיבוד חקלאי גרידא. זאת, כנובע מלשונו המפורשת של חוזה החכירה, אשר הזכויות בו הועברו לידי המשיבים בהסכם המכר משנת 1995 (פסקאות 34-35 לפסק הדין).

באשר לשאלת המועד הקובע, נפסק, כי המועד הקובע הוא מועד פרסום צו ההפקעה ולא מועד תפיסת החזקה במקרקעין (פסקאות 36-41 לפסק הדין).

16. כאמור, לגבי המקרקעין פורסמו שלושה צווי הפקעה במועדים שונים (בשנים 1982, 1993 ו-1999). צווי ההפקעה אינם מתייחסים לאותו שטח בדיוק, ומכאן שעלתה השאלה לפי איזה צו ייקבע המועד הקובע, ובמילים אחרות: האם הצווים המאוחרים מבטלים את המוקדמים או רק משלימים אותם. בית המשפט קמא לא הכריע בסוגיה זו מן ההיבט המשפטי, אלא רק קבע, כי ניתן להסיק מהתנהלותה של נת"י על הסכמה דיונית לראות במועד הקובע אחד משניים – או מועד פרסום צו ההפקעה השלישי (שנת 1999) או מועד תפיסת החזקה (שנת 2011). לפיכך נקבע, כי המועד הקובע הוא ביום 3.5.1999 (מועד צו ההפקעה השלישי).²

17. גם בסוגיה השלישית, ביכר בית המשפט קמא את עמדת המשיבים. בית המשפט קמא, דחה אמנם את טענת המשיבים לפיה השמאי המוסכם כלל לא התחשב בפוטנציאל לשינוי ייעוד. אך, בד בבד קבע, כי נכון עשה השמאי כאשר התחשב בפוטנציאל האמור, שכן אין לייחס להלכת הקשת המזרחית השפעה רטרופקטיבית על הפקעות שבוצעו בין השנים 1992-2002.

18. בהקשר זה האחרון, קבע בית המשפט קמא את הקביעות הבאות: ראשית, נקבע כי להלכת הקשת המזרחית יש "תחולה רטרופקטיבית" בכפוף להוראות המעבר שנקבעו בעקבותיה. שנית, נקבע כי הלכת הקשת המזרחית אינה חלה במישרין על נסיבות ההליך דנן, מאחר שהיא עסקה במקרה שבו רמ"י ביטלה חוזה חכירה עם חוכר חקלאי עקב שינוי ייעוד, אך לא בנסיבות של הפקעת מקרקעין. ושלישית, וזה העיקר, נקבע כי להלכת הקשת המזרחית יש אמנם השפעה עקיפה גם בנסיבות של הפקעת מקרקעין, שכן ביטול החלטה מספר 727 השפיע על שווי השוק של קרקעות מדינה בייעוד חקלאי, אלא שלא ניתן להחיל השפעה עקיפה זו באופן רטרופקטיבי על הפקעות שקדמו להלכת הקשת המזרחית.

19. בית המשפט קמא נימק גישתו, בכך שעיקרון יסוד בדיני ההפקעות הוא עיקרון שווי השוק, לפיו גובה הפיצוי בגין הפקעה נקבע לפי הסכום שהיה מקבל הנפקע אילו היה מוכר את זכויותיו, עובר למועד ההפקעה, כמוכר מרצון לקונה מרצון. נגזרת של עיקרון זה היא, כי אין לקחת בחשבון מידע ונתונים שלא היו מצויים בידי הקונה הפוטנציאלי במועד הקובע. עמדת נת"י, כך נקבע, חותרת תחת עיקרון יסוד זה, שכן היא מבקשת לסטות משווי השוק של המקרקעין במועד הקובע (שנת 1999), כפי שנקבע על-ידי השמאי המוסכם, וזאת בהתבסס על מידע המאוחר למועד הקובע בדבר ביטולה של החלטה מספר 727 בהלכת הקשת המזרחית (בשנת 2002). בהתייחס לפסקי-דין מחוזיים שהלכו בדרך אחרת נקבע, כי מדובר בפסיקה שיסודה בטעות. כמו כן נקבע, כי גם הנחייתו

² יוער כאן, כי צו ההפקעה השלישי התייחס לחלקות 16, 19 ו-23, אך לא לחלקה 21. משכך, במישור המהותי, קביעת המועד הקובע לגבי חלקה 21 במועד פרסום צו ההפקעה השלישי (שנת 1999), אינה חפה מקושי. באשר לשאלה העקרונית – האם צו הפקעה מאוחר מבטל או משלים צו הפקעה מוקדם לו – נראה, כי התשובה תלויה בכוונת השר בצו ההפקעה המאוחר, הנלמדת מנסיבות כל מקרה לגופו: ראו ע"א 114/70 מדינת ישראל נ' קיסין, פד"י כד (2) 531 (1970); ע"א 17/74 טירת מיכל ואברהם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כט (1) 331 (1974); ע"א 736/74 חברת משכוכית בע"מ נ' מנהל מחלקת עבודות ציבוריות, פד"י כט (2) 385 (1975); ע"א 4809/91 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' משה קהתי, מח (2) 190, 217 (1994); אהרון נמדר, הפקעת מקרקעין, בעמודים 555-556 (2011).

של השמאי הממשלתי הראשי בפרק כ"ג לקווים המנחים מבוססת על עיקרון שגוי, ועל-כן אין לקבלה.

20. בנוסף, הוטעם, כי לנפקעים עמדה זכות לקבל פיצויי הפקעה כבר בשנת 1999, כך שאם נת"י הייתה תופסת חזקה במועד זה, היא הייתה משלמת לנפקעים פיצויים גבוהים (המתחשבים בהחלטה מספר 727 ובפוטנציאל לשינוי ייעוד). לפיכך, נקבע, יהיה זה בלתי צודק ובלתי ראוי, כי נת"י תשלם לנפקעים פיצויי הפקעה נמוכים יותר רק בשל השתהותה לתפוס חזקה.

21. ביישום להליך דנן, נקבע, כי צדק השמאי המוסכם כאשר ביסס שומתו על עסקאות השוואה בהן נסחרו זכויות חכירה חקלאיות שבוצעו בסמיכות למועד הקובע, וכל זאת מבלי להפחית את הפוטנציאל לשינוי ייעוד. לאור האמור, נפסק לטובת המשיבים פיצוי בסך 1,535,775 ש"ח, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית לפי החוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, תשכ"ד-1964 (להלן: "החוק המתקן"). כן נפסקו הוצאות משפט בסך 235,000 ש"ח.

22. בערעור זה טוענת נת"י, בתמצית, כי בית המשפט קמא שגה בשלוש הסוגיות שהיו שנויות במחלוקת בהליך קמא. המשיבים, מנגד, טוענים כי בית המשפט קמא צדק בשלוש הסוגיות האמורות, אך שגה בקביעתו כי השמאי המוסכם התחשב בפוטנציאל לשינוי ייעוד. ביום 7.3.2019 ביקש בית המשפט הנכבד, כי היועץ המשפטי לממשלה ישקול התייצבותו להליך "בהינתן השפעת רוחב אפשרית להליך זה".

ג. רקע נורמטיבי

1.1. פיצויי הפקעה – כללי

23. מטרת פיצויי הפקעה היא להעמיד את הנפקע באותו מצב כלכלי שבו היה עומד אלמלא ההפקעה: "בקביעת הפיצויים אין לשפר או להרע את מצבו של התובע" (ע"א 2991/06 מנשה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון, פסקה ו' (פורסם בנבו, 19.11.2007); כן ראו: ע"א 589/87 משרד השיכון נ' בירנבוים, פ"ד מט(1) 625, 632 (1995); א' קמר, **דיני הפקעת מקרקעין** (מהדורה שמינית) בעמוד 682 והאסמכתאות שם (2013) (להלן: "קמר"); אהרון נמדר, **הפקעת מקרקעין**, 532-533 (2011) (להלן: "נמדר").

24. לצורך קביעת הפיצויים, יש להעריך את שווי הקרקע על-פי "מבחן שווי השוק" המשקף את המחיר שהיה מושג בעסקה בין מוכר מרצון לקונה מרצון (ע"א 2405/91 מדינת ישראל נ' עזבון המנוח הרב פנחס דוד הורביץ, פ"ד נא(5) 23, 34 (1997); קמר, 707, 716 והאסמכתאות שם; נמדר, 533-535). שומת הפיצויים צריכה להיעשות על בסיס השווי האובייקטיבי של הקרקע בעיני הבריות ולא על סמך היבטים סובייקטיביים (קמר, 707; נמדר, 514-513). על-כן, בין היתר, אין רלוונטיות למחיר ששילם בעל הזכות המופקעת קודם להפקעה, בין שילם מחיר מופחת ובין שילם מחיר מופרז (ע"א 782/88 מסד חברה הדדית להלוואות ולחסכונות בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, מה(5) 625, 639 א (1991); קמר, 683).

25. כידוע, השיטה המועדפת להערכת שווי הקרקע היא "שיטת ההשוואה", במסגרתה נבחנות עסקאות שנערכו בסמוך למועד ההפקעה במקרקעין בעלי תכונות דומות למקרקעין המופקעים, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות (ע"א 738/10 דבאח נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (פורסם בנבו, 17.11.2013); קמר, 824-827; נמדר, 517-518). אולם, בנסיבות בהן שיטת ההשוואה אינה ישימה ניתן לעשות שימוש בשיטות שמאיות אחרות לצורך הערכת שווי

2.ג. פקודת הדרכים ומסילות הברזל

26. עניין לנו בהפקעה לפי פקודת הדרכים ולפיכך יציג היועץ המשפטי לממשלה, בקצרה את ההוראות הצריכות לעניין. לפי סעיפים 7 ו-8 לפקודת הדרכים "בעל קרקע" זכאי לקבל פיצויי הפקעה רק אם השטח המופקע עולה על רבע משטח החלקה שממנה הופקעה הקרקע, אך שר התחבורה רשאי להעניק פיצוי מן החסד, במידה וסבר כי נגרם "סבל" לבעל הקרקע (להלן: "פיצויי סבל").

27. "בעל הקרקע" הזכאי לפיצוי, מוגדר בסעיף ההגדרות שבפקודה: "...הבעל הרשום של אותה קרקע, אם יש לקרקע בעל רשום, וכשאין בעל רשום, פירוש האדם הזכאי לקבל את דמי החכירה והרווחים מאותה קרקע, לרבות בעל זכות או בעל טובת הנאה בקרקע". מכאן, שגם בעל זכויות חכירה, שנכנס בוודאי לגדר הגדרה רחבה זו, זכאי לפיצויי הפקעה (ראו: ע"א 977/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' נוסייבה, מו (5) 758 764 (1992); קמח, בעמודים 604-606; נמדד, בעמודים 451-452).

28. סעיף 9(ב) לפקודה עוסק באופן חישוב הפיצויים וקובע כי יש לפסוק כפיצוי את הסכום "שהיה מתקבל ממכירת הקרקע אילו נמכרה בשוק ע"י מוכר ברצונו הטוב", כלומר לפי מבחן שווי השוק שהוזכר לעיל.

29. בסעיף 9(ג) לפקודת הדרכים נקבע, כי המועד הקובע לשומת הפיצויים לפי הפקודה הינו "התאריך שבו יכלה רשות לתפוס אותה עפ"י הוראות פקודה זו". המועד שבו יכולה הרשות לתפוס חזקה בקרקע, בהתאם לסעיף 4(1) לפקודה, הוא מועד מתן צו ההפקעה: "אם ניתן צו על פי סעיף 3 מן הפקודה הזאת, יכולה הרשות... לקנות מיד חזקה בקרקע..." (ראו גם סעיף 3(3) לחוק לתיקון דיני הרכישה; כן ראו: ע"א 2219/95 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (מע"צ) נ' יהונתן (פורסם בנבו, 3.12.1998); קמח, בעמוד 697 והאסמכתאות שם; נמדד, בעמוד 554).

30. להבדיל מהמועד הקובע לעניין שומת הפיצויים, המועד שבו קמה לנפקע הזכות לדרוש פיצוי בגין ההפקעה הוא המועד שבו נתפסה החזקה בקרקע בפועל (ראו סעיף 9א(א) לחוק לתיקון דיני הרכישה; כן ראו: ע"א 261/84 רפאלי נ' חנניה, פ"ד מ(4) 561, 570-571 (1986); ע"א 1841/90 רמיר – חברה קבלנית בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, תל-אביב, מט(2) 650, 654 (1995); דנ"א 1595/06 עיזבון המנוח אדוארד ארידור נ' עיריית פתח תקווה, פסקה 8 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 21.3.2013)). כך למשל, אם צו ההפקעה כולל שטח הגדול מהשטח שנתפס בפועל, הפיצוי ישולם רק על השטח שנתפס ולא על כל השטח שכלול בצו ההפקעה (ע"א 232/68 חברת גוש חלקות 44 ו-45 בהרצליה בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 834, 836 (1968); קמח, בעמוד 119).

3.ג. ציפיות או פוטנציאל לשינוי ייעוד בפיצויי הפקעה

31. הערכת שוויה של קרקע, לפי כל אחד מחוקי ההפקעה, צריכה להיעשות למועד ספציפי שנקבע כי הוא המועד הקובע. משמעות הדבר היא, כי בשומת הפיצויים יילקחו בחשבון כל הנתונים והמידע שהיו קיימים במועד

ההערכה שנקבע, ואין להתחשב בנתונים עתידיים שטרם באו לעולם במועד ההערכה. לפיכך, ככלל, ציפייה עתידית וספקולטיבית לשינוי ייעוד תכנוני אינה אינפורמציה שיש להתחשב בה במסגרת קביעת שווי המקרקעין.

32. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ככלל, התחשבות ברכיבים ספקולטיביים כדוגמת פוטנציאל בלתי סביר איננה נכונה משיקולים של מדיניות משפטית. כידוע, לתכניות הסטטוטוריות החלות על קרקע השפעה משמעותית על שוויה הכלכלי. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, אין זה ראוי להשית ציפיות של פרט, שלא גובו בהליכים סטטוטוריים כלשהם, על כתפי הציבור, באופן שהציבור יישא בעלויות פיצוי גבוהות בעבור רגולציה הכרוכה בקרקע, מקום בו הקרקע עצמה איננה מגלמת ציפיות אינדיווידואליות אלו. ציפיות של גורם פרטי ביחס להתעשרות עתידית מקרקע, שאינן מגובות בתכניות, אינן מקימות זכות פיצוי ולא ראוי שהציבור יישא בעלויות אלו ביחס אליהן. יתר על כן, התחשבות בפוטנציאל תכנוני עשויה גם לעורר קשיים שיש להם השפעה ממשית וישירה, בבחינת אפקט מצנן, על פעילותם של מוסדות התכנון. כך למשל, ככל שהתחשבות ברכיב הפוטנציאל תהא דומיננטית יותר, מובן כי תהא לכך השפעה טרם תינתן קביעה תכנונית ביחס לקביעת שטחים לצרכי ציבור, שטחי פנאי ונופש וכו'. הרכיב הכלכלי המשמעותי שנלווה לרגולציה התכנונית עשוי להיות כזה שיטה את הכף וימנע קביעת ייעודי קרקע מסוג שטחים פתוחים, בשל ההשלכות הכלכליות הדרמטיות שנלוות להן, וזאת מבלי שיש לכך הצדקה ממשית.

33. בהתאם לגישה המתוארת לעיל, הציג היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו בסוגיית "הפוטנציאל התכנוני" במספר עמדות שהוגשו מטעמו לערכאות השונות. בעמדה האחת עלו שתי שאלות: האם אבדן פוטנציאל לשינוי ייעוד עקב אישורה של תכנית מהווה כשלעצמו "פגיעה במקרקעין" באופן המזכה בפיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965; והאם במסגרת הערכת שווי הפגיעה לפי סעיף 197 הנ"ל, במקרה בו קיימת פגיעה "אחרת" במקרקעין, יש מקום להתחשב ברכיב של "אבדן פוטנציאל תכנוני כללי" או פוטנציאל שמקורו בקידום הליכי תכנון שטרם הסתיימו.³ בעמדה השניה נדונה, בין היתר, שאלה הדומה לסוגיה העולה בהליך זה – האם בעל זכות חכירה בקרקע חקלאית זכאי לפיצויי הפקעה הכוללים רכיב של פוטנציאל לשינוי ייעוד.⁴

34. לענייננו, העיקרון המרכזי העולה מעמדות אלו מטעם היועץ המשפטי לממשלה הינו, כי אין מקום להטיל חובת פיצוי בגין ערך ספקולטיבי שיוחס למקרקעין שאינו משקף את המציאות התכנונית שחלה על המקרקעין במועד הקובע או מציאות תכנונית בשלבי גיבוש משיים. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהובעה בעמדות הנ"ל, הפיצויים בגין הפקעה או פגיעה במקרקעין צריכים לשקף את שוויה של הקרקע לפי השימושים והייעודים אותם

³ עמדת זו הוגשה במסגרת בר"מ 89/17 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חדרה נ' קציעה גיוון, והליך זה תלוי ועומד לפני בית המשפט הנכבד בהרכב מורחב. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבר"מ 89/17 הנ"ל מצ"ב כנספח 2. יצוין, כי ביחס לשאלה הראשונה שנדונה בהליך זה, הגיש היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו בהליך נוסף התלוי ועומד לפני בית משפט נכבד זה – בר"מ 245/18 שורץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה נס ציונה; עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבר"מ 245/18 מצ"ב כנספח 3. בהליך זה התייצב היועץ המשפטי לממשלה גם בהליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים בעמ"נ (מרכז) 13-12-55176 נגור נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שרונים, בו ניתן פסק דין ביום 14.12.2017 (המדובר בהליך שבו אוחדו כ-70 ערעורים שהוגשו על החלטות של ועדות הערר לפיצויים ולהטיל השבחה במחוז מרכז, אשר דחו את הטענה, כי תכנית המתאר המחוזית (תמ"מ 21/3) פגעה בפוטנציאל התכנוני שהיה טמון במקרקעין; כן יצוין, כי באותו עניין התייצב היועץ המשפטי לממשלה כבר בהליכים שהתנהלו בוועדות הערר).

⁴ עמדה זו הוגשה ב-11/08/505 חברת הזרע (1939) בע"מ נ' רשות ניקוז ירקון, וההליך הסתיים בפשרה בין הצדדים. יש לדייק, כי באותו עניין המועד הקובע לעניין שומת הפיצויים היה לאחר הלכת הקשת המזרחית, ולפיכך השאלה המרכזית שנדונה בהליך זה – השפעתה של הלכת הקשת המזרחית על הפקעות שקדמו לה – לא התעוררה שם. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך זה מצ"ב כנספח 4.

התירו מוסדות התכנון, ולא לפי שווי ספקולטיבי המייצג מאוויים, תקוות וחלומות, שסיכויי התגשמותן במועד הקובע היו קלושים ורחוקים; ערכים הנובעים מציפיות שאין להן בסיס עובדתי או תכנוני אינן בגדר ציפיות סבירות.

35. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם הפסיקה שדנה בסוגיית הפיצוי בגין "פוטנציאל תכנוני" קבעה, כי יש להתחשב במדדים אובייקטיביים על מנת שהפוטנציאל התכנוני יהיה נתון שיש להתחשב בו בהערכת שווי הקרקע. כך, נקבע כי רק "ציפייה סבירה בנסיבות העניין", כלומר רק ציפיה שאינה קלושה או רחוקה, עשויה להיות רלוונטית להערכת שווי הקרקע:

"הפוטנציאל התכנוני של נכס מקרקעין אשר 'נפגע' על ידי תכנית, איננו מגולם אך ורק בתכנית המיתאר, אשר חלה עליו עובר לכניסתה לתוקף התכנית הפוגעת, אינפורמציה תכנונית רלבנטית מצויה גם בתכניות צפויים, המיועדות לחול על המקרקעין. המדובר בסיכוי להרחבת אפשרויות הניצול של המקרקעין, למשל, על דרך של שינוי ייעוד או הגדלת אחוזי בנייה, ובלבד שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא וודאי, או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין" (ע"א 483/86 בירנבך נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב יפו, פ"ד מב(3) 228 (1987) (להלן: "עניין בירנבך"); ראו גם: רע"א 4487/01 הועדה המקומית לתכנון ובנייה רחובות נ' לוטרניק, פ"ד נז(5) 529, 537 (2003); קמח, 720-718, 723; נמדד, 541-542).

36. דברים אלה אמנם נאמרו ביחס לפגיעה תכנונית לפי סעיף 197 הנ"ל, אך כוחם יפה גם לעניין פיצויי הפקעה. ואכן, עקרונות אלה יושמו במספר פסיקות גם ביחס לפיצויי הפקעה, באופן שנקבע, כי ניתן להתחשב רק בציפיות סבירות לשינוי ייעוד שגולמו כבר במועד הקובע במחיר שהשוק ייחס למקרקעין, ובלבד שהסיכוי לשינוי ייעוד הוא "בעתיד הנראה לעין" (ע"א 9355/02 מדינת ישראל נ' רשד, פד נח(4) 406, 411 (2004); ראו עוד: ע"א 8937/08 מדינת ישראל נ' חביב אללה, פסקה 21 (פורסם בנבו, 1.12.2011); קמח, בעמוד 720). מנגד, כאשר מדובר בציפייה לשינוי ייעוד במקרקעין שהיא בגדר משאלות-לב בעלמא, פנטזיות או תקוות שאינן מבוססות על מדדים אובייקטיביים כלשהם, אין מקום להתחשב בה בעת עריכת השומה, וזאת אף כאשר שווי הנכס בשוק החופשי הושפע כתוצאה מאלמנטים שיצרו ערך ספקולטיבי לקרקע (ראו והשוו: תקנות הגנת הצרכן (חובת גילוי פרטים במכירת קרקע שאינה זמינה לבנייה), התשע"ז-2016 המפנות לתקן שמאי מספר 22.0 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומה לקרקע המשווקת לציבור על בסיס ציפיות, מחודש אוקטובר 2014).

4.ג. שומת פיצויי הפקעה של זכויות חכירה בקרקע חקלאית בבעלות רמ"י

37. פיצויי הפקעה צריכים להלוו את שווי הזכות המופקעת, ובענייננו זכות חכירה בקרקע חקלאית. על-כן, יבקש היועץ המשפטי לממשלה, להזכיר את קווי המתאר הבסיסיים של זכות החכירה בקרקע חקלאית שבבעלות רמ"י.

38. מועצת מקרקעי ישראל – האמונה כידוע על עיצוב המדיניות הקרקעית שבניהול רשות מקרקעי ישראל (ראו: סעיף 3 לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960; הלכת הקשת המזרחית, פסקה 3; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 270 (2000)) – עיגנה כבר בהחלטתה הראשונה את האבחנה היסודית בין

זכויות החכירה בקרקע עירונית לבין זכויות החכירה בקרקע חקלאית. זכות חכירה בקרקע עירונית נתפשת במהותה כקרובה לזכות בעלות (ע"א 355/76 בסו' מלאך לא(2) 359, 361-363 (1977); ע"א 516/87 מדינת ישראל נ' בלייכפלד, מב(3) 244, 250 (1988); רע"א 2821/95 לוסטיג נ' מייזליש, פ"ד נ(1) 517, 526 (1996)). הדבר בא לידי ביטוי הן במשך זמן החכירה, בדרך כלל 49 שנים עם אופציית הארכה לעוד 49 שנים; הן בשיעור דמי החכירה הקרוב לערכה הריאלי של הקרקע; והן במעמדו של חוכר הקרקע בעת שינוי ייעודה, שאז קמה לחוכר הרשות לנצל את הקרקע לפי ייעודה החדש תמורת תשלום דמי חכירה מתאימים, בהתאם לכללים שתקבע המועצה (ראו למשל: בג"ץ 4736/03 אלון חברת הדלק לישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ויושב ראש מועצת מקרקעי ישראל, פסקאות 26-28 (2008) (להלן: "בג"ץ אלון"); ע"א 8729/07 אירונמנטל בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, פסקאות 21-22 (פורסם בנבו, 12.11.2009); בג"ץ 11087/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות 18-21 (פורסם בנבו, 21.8.2012); יהושע ויסמן, קניין – חלק כללי, 223-224 (1993)).

39. העקרונות המנחים בקרקע חקלאית שונים בתכלית. קרקע חקלאית מוחכרת בהיקפים גדולים בהרבה מאשר בחכירה עירונית בשל צרכי הגידולים החקלאיים; החוכר מתחייב לעבד את הקרקע שאחרת עליו להחזירה לרשות; דמי החכירה אינם נגזרים מערכה הריאלי של הקרקע, ובפועל מדובר במאות בודדות של שקלים לשנה; ובמקרה של שינוי ייעוד חוזרת הקרקע לרשות תמורת פיצוי החוכר בגין סיום תקופת החכירה (ראו קביעת מדיניות בסיסית זו, שהייתה מעוגנת גם בחוזי החכירה החקלאיים הסטנדרטיים, בהחלטה מספר 1 של מועצת רמ"י; כמו כן, ראו סעיף 8 בקובץ החלטות מועצת רמ"י (משנת 2019), ובפרט שם בסעיפים 8.1.2, 8.17 ו-8.18; לסקירה על התמורות שחלו בפיצוי חוכרים חקלאיים ראו הלכת הקשת המזרחית, פסקאות 7-14; בג"ץ אלון, פסקה 27).

40. מאחר שפיצויי ההפקעה צריכים להלוו את שווי זכותו של החוכר החקלאי – הזכות לעשות שימושים חקלאיים בקרקע בתקופת החכירה – הרי שאין מקום לקבוע את שיעור הפיצויים לפי ערכה הריאלי של הקרקע המופקעת, כאילו הייתה בבעלות פרטית. זאת, שכן הערך הריאלי של הקרקע טומן בחובו גם את רכיב הפוטנציאל לשינוי ייעוד (ככל שאכן קיים פוטנציאל "בעתיד הנראה לעין" ולא משאלת לב גרידא). עמד על כך המלומד קמר:

"זכותו של החוכר בחכירה חקלאית מוגבלת בהתאם לזכויות המוחכרות, ועל כן, זכאי החוכר לקבל פיצויי הפקעה לפי שוויים החקלאיים של המקרקעין, ולא לפי שווי פוטנציאלי לשינוי ייעודם לבנייה או למסחר, בצירוף שווי המחברים" (קמר, בעמוד 792).

41. ודוק: משקלו היחסי של רכיב הפוטנציאל ביחס לתועלת הכלכלית שהקרקע החקלאית מניבה עבור החוכר החקלאי – הוא משמעותי ביותר, ועשוי להיות גבוה בהרבה (לעיתים פי עשרה ויותר) מעל לשווי הזכות לעשות שימושים חקלאיים במקרקעין.

42. לאמיתו של דבר, ניתוק הקשר בין זכות החכירה החקלאית לבין ערך הקרקע היא במידה רבה החידוש בהלכת הקשת המזרחית:

"שאלה אחרת היא מהו שיעור הפיצוי הראוי לשם יצירת תמריץ כאמור, ומה הדרך

לקביעתו. קביעת הפיצויים בדרך של שיעור מסוים משווי הקרקע לאחר שינוי ייעודה אינה מניחה את הדעת מכמה נימוקים: ראשית, היא יוצרת קשר של זכות בין חוכר הקרקע לבין ערכה של הקרקע לאחר שיעודה שונה. תוצאה זו אינה תואמת את נקודת המוצא שעל-פיה חוזה החכירה מאפשר לחוכר לנצל את הקרקע למטרות חקלאיות בלבד, ובכל מקרה של שינוי ייעוד, הבעלים זכאים לקבל את הקרקע כנגד כמותנה בחוזה החכירה. קביעת ההטבה באחוזים מהשווי החדש של הקרקע יוצרת מעין זכות משותפת ליהנות משינוי הייעוד, להבדיל ממה שהמדינה מתכוונת אליו, והוא מתן הטבה לחוכר, כדי לזכות בשיתוף פעולה שלו לשינוי מזורז של ייעוד הקרקע ולהעמדה המזורזת למטרות בנייה" (הלכת הקשת המזרחית, פסקה 47).

43. הלכת הקשת המזרחית עסקה אמנם בפיצוי לחוכרים חקלאיים בתרחיש של שינוי ייעוד במקרקעין, אך הקביעה העקרונית בה, בדבר ניתוק הזיקה בין זכות החכירה החקלאית לבין ערכה הריאלי של הקרקע, רלוונטית בוודאי גם לאופן הערכת שווי הפיצוי בגין הפקעת זכויות חכירה חקלאיות.

44. מהי אפוא הדרך השמאית הנכונה להעריך את זכותו של חוכר בקרקע חקלאית? תשובה לכך מצא היועץ המשפטי לממשלה בפרק כ"ג לקווים המנחים של השמאי הממשלתי הראשי, שכותרתו: "שומת פיצויים בגין הפקעה או השבה של זכויות בקרקע חקלאית המנוהלת על ידי מינהל מקרקעי ישראל". לפי האמור בפרק כ"ג הנ"ל, הערכת שווי של זכויות חכירה חקלאיות תיעשה באחת משתי השיטות הבאות: השיטה האחת היא תחשיב של צירוף שלושה רכיבי פיצוי המגלמים יחד את שווי זכות החכירה החקלאית (רכיבי הפיצוי הם: אבדן המחוברים; אבדן זכות השימוש החקלאית בתקופת החכירה ובתקופת האופציה להארכה; אבדן הפוטנציאל לחידוש החכירה לאחר סיום תקופת החכירה והאופציה). השיטה השנייה, היא למעשה גישת ההשוואה הקלאסית, היינו השוואה למחירי העברת זכויות חכירה דומות, תוך ביצוע התאמות נדרשות.

45. יוער, כי גם לפי השיטה השנייה, גישת ההשוואה, אין להביא בחשבון עסקאות מכר של זכות בעלות אלא רק עסקאות מכר של זכויות חכירה חקלאיות. זאת, כאמור, מאחר שזכויות הבעלות עשויות לגלם בתוכן גם את רכיב הפוטנציאל, שלחוכר החקלאי אין אפשרות ליהנות ממנו. כמו-כן, נקבע בפרק כ"ג הנ"ל:

"גם במחירים שבעסקאות להעברת זכות החכירה החקלאית במקרקעי לאום בין חוכרים בין השנים 1992 – 2002 גלום מרכיב פוטנציאל שעשוי להיות משמעותי. לפיכך, רמת התוקף שלהן לעניין גישת ההשוואה, תהיה נמוכה. מחירי עסקאות להעברת זכות החכירה בין חוכרים שבוצעו מחוץ לטווח הזמן (1992 – 2002) יוכלו לשמש לשומת הפיצויים בכפוף להתאמות הנדרשות."

46. כאן המקום לציין, כי בניגוד לאמור בפסק הדין קמא (ראו שם בפסקה 54), אין בפרק כ"ג הנ"ל התייחסות לשאלה הממוקדת הטענה הכרעה בהליך זה, היינו שאלת אופן חישוב פיצויי הפקעה של זכויות חכירה חקלאיות בגין הפקעות שבוצעו בין השנים 1992-2002. בפרק כ"ג לקווים המנחים נכתב כי רמת התוקף של עסקאות מהשנים הנ"ל נמוכה, וזאת בשל רכיב הפוטנציאל שהעלה את שווי זכויות החכירה (לנוכח קיומה של החלטה מספר 727), אך אין התייחסות ישירה לשאלה כיצד להעריך פיצויי הפקעה בהפקעות שפורסמו בשנים אלו (עם או בלי

פוטנציאל לשינוי ייעוד). ממילא, כפי שיפורט, עסקינן בשאלה משפטית ולא בשאלה שמאית.

47. לצד זאת, יובהר, כי לאור התוצאה אליה מגיע היועץ המשפטי לממשלה בעמדה זו, הרי שלגישתו הדרך שהותוותה בפרק כ"ג הנ"ל, היא גם הדרך השמאית הראויה להעריך גם את שווי פיצויי ההפקעה של זכויות חכירה שהופקעו בין השנים 1992-2002.

48. נמצאנו למדים, כי תשלום פיצוי לחוכר חקלאי הנגזר משוויה הריאלי של הקרקע, המגלם בחובו מרכיב של פוטנציאל לשינוי ייעוד, הינו תשלום מופרז אשר יעמיד אותו במצב טוב בהרבה מזה שהיה נתון בו אלמלא ההפקעה, וזאת בניגוד לעקרונות דיני הפיצויים. הסוגיה שבמוקד הליך זה מעוררת קושי מיוחד. זאת, מפני שהחלטה מספר 727 וקודמותיה (החלטות 533, 611 ו-666) העניקו לחוכרים החקלאיים את הסיכוי ליהנות מעליות השווי של המקרקעין בעת שינוי ייעוד, ובכך יצרו זיקה בין זכות החכירה בקרקע חקלאית שבניהול רמ"י לבין ערכה הריאלי של הקרקע לאחר שינוי הייעוד. מגמה זו, אמנם נעצרה ואף התהפכה בהלכת הקשת המזרחית, משנקבע, כי ההחלטות הפְּטָלוּת בלתי סבירות בעליל. דא עקא, שצו ההפקעה בענייננו פורסם בטרם ניתנה הלכה זו ומכאן הדילמה בחישוב הפיצוי: האם בעת חישוב פיצויי ההפקעה יש להתעלם מהחלטה מספר 727, אשר הובילה כאמור לעלייה בערכן של זכויות חכירה חקלאיות (בהנחה שהיה קיים פוטנציאל לשינוי ייעוד), לנוכח ההכרזה על בטלותה בהלכת הקשת המזרחית, אם לאו? מצוידים ברקע הנורמטיבי הנדרש, יגש היועץ המשפטי לממשלה לדון בשאלה זו.

ד. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

49. הצדדים, כזכור, נחלקו בשלוש סוגיות. להלן יתייחס היועץ המשפטי לממשלה בקצרה לשתי הסוגיות הראשונות – מהות הזכות המופקעת והמועד הקובע לעניין שומת הפיצויים – ובהרחבה לנקודה השלישית – שאלת השפעתה הרטרואקטיבית של הלכת הקשת המזרחית על הפקעות בין השנים 1992-2002.

ד.1 מהות הזכות המופקעת

50. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי צדק בית המשפט קמא כאשר קבע, כי זכויותיהם של המשיבים הן זכויות חכירה.

51. הכרעה בשאלת מהות הזכות של הנפקעים נגזרת בראש ובראשונה מהמערכת ההסכמית שלהם עם רמ"י. בהתאם לחוזה החכירה משנת 1964 – שהזכויות בו הועברו למשיבים בחוזה המכר משנת 1995 – עסקינן בחוזה חכירה לדורות, ולא בהרשאה לעיבוד חקלאי; מטרת החכירה הינה: "נטיעתם, גידולם, החזקתם, עיבודם וניהולם של מטעי פרי הדר"; תקופת החכירה נקבעה ל-49 שנים עם אופציית הארכה לעוד 49 שנים.

52. יש להוסיף, כי מתיק המנהל עולה שבשנת 1995, אישרה רמ"י את העברת זכויות החכירה מבני הזוג גפני אל המשיבים, וכן נמצא בתיק המנהל אישור זכויות משנת 2003 בו צוין, כי המשיבים מחזיקים בהסכם חכירה שתוקפו עד ליום 31.8.2008. למען הסר ספק – לא נחתם חוזה חכירה חדש בין המשיבים לבין רמ"י.

53. לפיכך, זכויותיהם של המשיבים הם זכויות חכירה לדורות למטרת עיבוד חקלאי, ובכך צדק בית המשפט קמא.

ד.2. המועד הקובע לעניין שומת פיצויי הפקעה לפי פקודת הדרכים

54. כפי שצוין, לטענת נת"י המועד הקובע בנסיבות של הפקעת זכויות חכירה חקלאיות הוא מועד תפיסת החזקה במקרקעין. לפי נת"י (ראו פסקאות 51-54 לסיכומיה), המשיבים היו יכולים להמשיך ולעבד את המקרקעין עד למועד תפיסת החזקה בפועל, כך שזכויות החכירה (ולשיטת נת"י – זכויות העיבוד גרידא) לא נפגעו דה-פקטו עד למועד זה. לפיכך, טוענת נת"י, אין מקום לשערך את שווי הזכויות החקלאיות של המשיבים למועד מתן צו ההפקעה, שאין לו כל נפקות ומשמעות עבור חוכר חקלאי. מטעם זה, נטען, גם אין הצדקה לחישוב הפרשי הצמדה וריבית ממועד מתן צו ההפקעה ועד למועד תפיסת החזקה בפועל, שכן החוכר החקלאי המשיך לעבד את הקרקע בתקופה זו ולהפיק ממנה רווחים (ולכל הפחות היה יכול להמשיך ולעבד את הקרקע), ולכן מדובר בסוג של "כפל פיצוי".

55. בית המשפט קמא, כאמור, קבע כי המועד הקובע הוא מועד מתן צו ההפקעה, הן לפי "הדין המצוי" והן לפי "הדין הרצוי". לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם בעניין זה צדק בית המשפט קמא. בעיקרו של דבר, מסקנה זו נובעת מכך שאין חולק מהו "הדין המצוי" העולה בבירור מהוראות הפקודה (ראו לעיל בפסקה 29; כן ראו מהעת האחרונה: ע"א 10065/16 ג'רייס נ' מע"צ-החברה הלאומית לדרכים בע"מ, פסקה 12 (פורסם בנבו, 28.5.2018); כמו-כן, ראו יישום של ההלכה האמורה גם לגבי הפקעת זכויות חכירה: ה"פ (ת"א) 355-06 זייצוב נ' מע"צ-החברה הלאומית לדרכים בע"מ, פסקה 30 (פורסם בנבו, 11.10.2010); ה"פ (מרכז) 5076-12-09 פאר נ' מע"צ-החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקאות 20-23 (פורסם בנבו, 13.5.2014)). כאמור, בפקודה נקבע, כי המועד הקובע לעניין חישוב הפיצויים הוא מועד מתן צו ההפקעה; אין בהוראות הפקודה הבחנה בין סוג הזכות (בעלות או חכירה לדורות) לעניין זה.

56. לאור האמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי לשון הפקודה ברורה דיה בעניין זה ועל-כן אין מקום לסטות הימנה, בפרט כאשר הסטייה מובילה להפחתה בפיצוי שיינתן לנפקע.

ד.3. השפעתה הרטרופקטיבית של הלכת הקשת המזרחית על הפקעות בין השנים 1992-2002

57. בטרם יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לשאלה זו, עליו לתת את הדעת לשאלה מקדמית על רקע נסיבות התיק שבנדון: האם היו המשיבים זכאים ליהנות מהחלטה מספר 727 ככל שייעוד המקרקעין היה משתנה? ככל שהתשובה לשאלה זו שלילית, הרי שהשאלה העקרונית בדבר השפעתה הרטרופקטיבית של הלכת הקשת המזרחית, לכאורה, כלל לא טעונה הכרעה בהליך זה. נעבור אפוא לדון בשאלה מקדמית זו.

ד.3.1. האם החלטה מספר 727 חלה על המשיבים?

58. סעיף 7(ט) להחלטה מספר 727, שכותרתו "תנאים למתן פיצוי", קובע בלשון הזו:

- (1) פיצוי לפי החלטה זו יינתן רק למי שהיו בעלי זכויות בקרקע בתאריך הקובע.
- (2) בשל שינוי ייעוד בקרקע שהזכויות בה הועברו לאחר התאריך הקובע, או שהוחכרה לראשונה לאחר התאריך הקובע, ישולם לחוכר פיצוי כספי בהתאם לתנאי חוזה החכירה בלבד

59. התאריך הקובע הוגדר בהחלטה מספר 727 כ-19.9.1994. מסעיף 7(ט) הנ"ל עולה, כי מי שרכש זכויות חכירה לאחר המועד הנ"ל, לא יזכה ליהנות מהחלטה מספר 727, אלא יחולו עליו תנאי חוזה החכירה עליו חתם מול רמ"י (ראו יישום ההוראה האמורה בע"א 7531/10 ש.א.נ.ל. **ייזום ופיתוח בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פסקאות 2, 13 ו-17 (פורסם בנבו, 12.3.2012) (להלן: "**עניין ש.א.נ.ל.**")). כמפורט ברקע העובדתי, המשיבים רכשו את זכויות החכירה במקרקעין ביום 16.5.1995, לאחר המועד הקובע בהחלטה מספר 727, ומשכך לכאורה אין להחלטה זו תחולה בעניינם, אלא להוראות חוזה החכירה בלבד. כאמור, סעיף 15 לחוזה החכירה קובע, כי בעת שינוי הייעוד ייגזר הפיצוי מערך הקרקע לפני שינוי הייעוד ללא כל זיקה לערך הקרקע לאחר שינוי הייעוד.
60. תמיכה למסקנה זו ניתן למצוא במכתב ששלחה רמ"י למשיבים בשנת 2002 (לפני הלכת הקשת המזרחית) ובו צוין, כי להחלטה מספר 727 אין תחולה לגביהם, כך שכל וישתנה ייעוד הקרקע מחקלאות לייעוד אחר, ישולמו למשיבים פיצוי שווי זכויות חכירה בקרקע חקלאית.⁵ המכתב מצ"ב **כנספת 5** לעמדה זו.
61. לאור האמור, לא היה מקום להתחשב בהחלטה מספר 727, ובציפייה לשינוי ייעוד שהיא יצרה בקרב חוכרי הקרקעות, בעת הערכת שווי המקרקעין הקונקרטיים בהליך דנן. ככל שהשמאי המוסכם התחשב בנתון זה בעת הערכת שווי הקרקע – כפי שנקבע על-ידי בית המשפט קמא – הרי שמדובר בשגגה שנפלה בשומה. לא היה מקום להתחשב בהטבה הכלכלית שהייתה גלומה בהחלטה מספר 727, מאחר שזו האחרונה ממילא לא הייתה חלה על המשיבים.
62. בהינתן האמור, יש להסיק, כי השאלה העקרונית כלל וכלל לא מתעוררת בהליך שבנדון. זאת, שכן אם החלטה מספר 727 לא חלה בעניינם של המשיבים ברי, כי אין כל משמעות גם להשפעה האפשרית של הלכת הקשת המזרחית על הפקעת המקרקעין, הלכה שהכריזה על בטלותה של החלטה מספר 727. עם זאת, ככל שמסקנה זו נכונה, הרי שבפסק הדין קמא נפלה שגגה, במובן זה שלא היה מקום להתחשב בפוטנציאל לשינוי ייעוד, שכן למשיבים לא הייתה אפשרות ליהנות מפוטנציאל לשינוי ייעוד בהיעדר תחולה להחלטה מספר 727.
63. בנקודה זו, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להדגיש, כי הצדדים ובית המשפט קמא לא התייחסו לעובדות אלו (לכל הפחות אין לכך זכר בכתבי הטענות ובפסק הדין).
64. צא ולמד, כי שאלת השפעתה הרטרופקטיבית של הלכת הקשת המזרחית על אופן חישוב פיצויי הפקעה שבוצעה לפני ביטול החלטה מספר 727 לא הייתה צריכה להתעורר בהליך זה, שכן ממילא להחלטה מספר 727 לא הייתה תחולה על המשיבים. מאחר שבית המשפט קמא קבע, כי השמאי המוסכם כן התחשב בפוטנציאל לשינוי ייעוד הנגזר מהחלטה מספר 727, הרי ששומה זו בטעות יסודה ויש להשיב את התיק לבית המשפט קמא לשם קבלת שומה חדשה שתתבסס על ההנחה לפיה החלטה מספר 727 לא חלה על המשיבים. יוער, כי לעמדת היועץ המשפטי

⁵ במכתב צוין: "מאחר... זכות החכירה הועברה אליכם על ידי מעבירי הזכויות על פי הסכם שנחתם ביום 16.5.95 ובכל מקרה אחרי תאריך 19.9.1994 אנו מוצאים לנכון לידע אתכם כדלקמן: על פי החלטת המועצה שבנדון, אם ישונה ייעוד הקרקע מקרקע חקלאית לייעוד אחר, יהיה המנהל רשאי לבטל את החוזה ולשלם את שווי זכויותיכם בקרקע חקלאית. שיעור התמורה יקבע על ידי ועדת הפיצויים שליד המינהל... בקרקע חקלאית וזאת מבלי להביא בחשבון כל סכום ששילמתם למעביר הזכויות או ששילם מעביר הזכויות למינהל כדמי הסכמה או כל תשלום אחר". מכתב זה נמצא בתיק רמ"י, אך הוא לא הוגש בבית המשפט קמא והצדדים לא התייחסו אליו.

לממשלה האופן הראוי להערכת שווי הקרקע בנסיבות אלו, הוא בהתאם לאמור בפרק כ"ג לקווים המנחים של השמאי הממשלתי הראשי (כאמור לעיל, בפסקאות 44-47).

65. משהוכרעה השאלה העקרונית בבית המשפט קמא, ולאור השפעתו האפשרית של פסק הדין קמא על מקרים דומים, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להשלים את התייחסותו המלאה לסוגיה.

ד.3.2. ההשפעה הרטרואקטיבית של הלכת הקשת המזרחית וסוגיית הפוטנציאל לשינוי ייעוד
66. בית המשפט קמא קבע כי החלטה מספר 727 והלכת הקשת המזרחית אינן חלות במישרין כדיני הפקעות אלא שיש להן השפעה עקיפה על מאטריה זו, לאור השפעתן על שווין של זכויות חכירה חקלאיות במקרקעי מדינה. הנימוק המרכזי של בית המשפט קמא נעוץ בכך שלא ניתן להתעלם משווי השוק ולקבוע לקרקע "שווי פיקטיבי" לאור מידע חדש ומאוחר בדבר בטלותה של החלטה מספר 727 בהלכת הקשת המזרחית. לדידו, הדבר נוגד עקרונות יסוד בדיני הפקעות. כפי שיפורט, דעתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה.

67. דומה, כי יש לפרק את הדיון לשתי שאלות: ראשית, במישור העובדתי-שמאי, יש לקבוע האם לקרקע המופקעת היה פוטנציאל לשינוי ייעוד במועד הקובע, באופן שראוי להתחשב בו במסגרת הערכת שוויה. ככל שבמועד הקובע לא הייתה הקרקע בעלת פוטנציאל ממשי לשינוי ייעוד – אין מקום להביא בחשבון במסגרת השומה רכיב זה; ושנית, במישור המשפטי, ובהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה חיובית, יש להכריע האם נכון להתעלם מאותו פוטנציאל לשינוי ייעוד הנובע מהחלטה מספר 727 שלימים הוכרזה בטלותה.

(1). האם לפי שומת השמאי המוסכם היו המקרקעין בעלי פוטנציאל לשינוי ייעוד?

68. כמפורט לעיל, ביחס לשאלת קיומו של פוטנציאל לשינוי ייעוד, נקבע בפסיקה, כי רק כאשר הפוטנציאל המדובר הוא "בעתיד הנראה לעין" (ע"א 133/83 מרכז מסחרי בני פ.י. בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מ(4) 154, 159 (1986)), או בגדר "צפייה סבירה בנסיבות העניין" (עניין בירנבר, 233), יש להתחשב בו, אך לא כאשר מדובר בשינוי תכנוני קלוש וספקולטיבי שלא ניתן היה לחזות במועד הקובע.

69. בנקודה זו, כאמור, קיימת מחלוקת בין הצדדים. לטענת המשיבים, השמאי המוסכם כלל לא התחשב בפוטנציאל לשינוי ייעוד בשומתו. המשיבים מסיקים זאת מכך שהשמאי המוסכם העריך זכויות חכירה לדורות למטרת עיבוד חקלאי (הכוללות פוטנציאל לשינוי ייעוד לפי החלטה מספר 727) וזכויות לעיבוד חקלאי (שלכאורה אינן כוללות פוטנציאל כאמור) באופן זהה – 100 ש"ח למ"ר. כן נטען, כי למקרקעין ממילא אין פוטנציאל לשינוי ייעוד לנוכח מיקומן (בסמוך למחלף מורשה), וכי זו אף הייתה טענת נת"י בכתב הגנתה. כתמיכה לעמדתם, טוענים המשיבים, כי זאת הסיבה לכך שהשמאי מטעמם העריך את שווי המקרקעין ב-400 ש"ח למ"ר, מאחר שהוא – בניגוד לשמאי המוסכם – אכן התחשב בפוטנציאל לשינוי ייעוד. כפועל יוצא מן האמור, טוענים המשיבים, כי השאלה העקרונית בדבר תחולתה של הלכת הקשת המזרחית – כלל לא מתעוררת בהליך דנן. מנגד, לטענת נת"י, השמאי הביא בחשבון את הפוטנציאל לשינוי ייעוד שהיה במקרקעין בהתאם להחלטה מספר 727, שכן הוא העריך את שווי

הקרקע בהתאם לעסקאות השוואה בקרקעות עליהן חלה החלטה מספר 727.

70. בית המשפט קמא, ביכר את עמדת נת"י בסוגיה זו וקבע, כי השמאי המוסכם התחשב בפוטנציאל לשינוי ייעוד. דומה, כי מדובר בשאלה עובדתית-שמאית שהיה ניתן לברר בחקירתו של השמאי המוסכם, אלא שחקירתו של השמאי המוסכם לא מעלה תשובה ברורה לשאלה זו. לפיכך, על פני הדברים, יש לבחון שאלה זו בהתאם להבנת השומה. יובהר כבר עתה, כי היועץ המשפטי לממשלה התבקש לחוות דעתו ביחס לשאלה המשפטית העקרונית שעל הפרק (אלוה יתייחס היועץ המשפטי לממשלה להלן), ולפיכך אין לראות בהתייחסות לנסיבות העובדתיות הקונקרטיות, המבוססת על כתבי הטענות והמוצגים שהועברו לעיון היועץ המשפטי לממשלה בלבד, כהתייחסות ממצה.

71. בשומת השמאי המוסכם, בפרק "העקרונות הגורמים והשיקולים" (עמוד 25 לשומה), נכתב:

"בשנת 1999 לא קיימת הבחנה בין זכות החכירה לזכות העיבוד. באם נסתמך על עסקאות השוואה בשנה זו, שווי השוק המתקבל אינו מושפע מבג"צ הקשת המזרחית ומהחלטות המנהל השונות. אין אפשרות להחיל את בג"צ הקשת המזרחית וטרואקטיבית ולשנות בעקבותיו את ערכי 1999, גם בית המשפט אינו יכול לשנות את ההיסטוריה"

ובהמשך נכתב, כי במסגרת השומה נלקחו בחשבון:

"החלטות מינהל מקרקעי ישראל בדבר פיצוי בגין קרקע המוחזרת למינהל כתוצאה משינוי ייעוד"

72. מציטוטים אלו עולה, כי השמאי המוסכם נקט עמדה שלילית ביחס לשאלת השפעתה הרטרואקטיבית של הלכת הקשת המזרחית על אופן חישוב פיצויי הפקעה; כלומר הוא סבר כעמדת המשיבים, כי אין לנטרל את השפעת החלטה מספר 727 על שווי זכויות החכירה. כן ניתן להסיק מהמצוטט, כי השמאי המוסכם הביא בחשבון במסגרת שומתו את החלטות רמ"י שחלו במועד הקובע בעניין שינוי ייעוד, היינו החלטה מספר 727.

73. כאמור, כך גם הובנה השומה על-ידי בית המשפט קמא. בית המשפט קמא קבע, כי השמאי המוסכם הסתמך על עסקאות השוואה מהשנים 1992-2002 בזכויות חכירה חקלאיות בקרקעות המדינה, עליהן "לכאורה" חלה החלטה מספר 727 וקודמותיה, וזאת מבלי שחילץ את רכיב "הפוטנציאל לשינוי ייעוד" הגלום בשווי המקרקעין נשוא עסקאות ההשוואה (עמוד 29 לשומתו ופסקה 50 לפסק הדין). בנוסף נראה, כי רק התחשבות בפוטנציאל לשינוי ייעוד הנובע מהחלטה מספר 727 יכולה לספק הסבר מדוע ערכי השווי למועד צו ההפקעה (משנת 1999) יצאו גבוהים באופן משמעותי מערכי השווי שחישב השמאי המוסכם למועד תפיסת החזקה (משנת 2011), שכן במועד האחרון לא הייתה משמעות לפוטנציאל לשינוי ייעוד לגבי זכויות חכירה, שהרי החלטה מספר 727 כבר הוכרזה בטלה (ראו גם חקירת השמאי המוסכם בעמוד 21, שורה 16 – עמוד 22, שורה 2, לפרוטוקול הדיון מיום 26.4.2015 (מוצג 6 למוצגי המערערים).

74. לצד האמור, ראוי לציין, כי בשומה אין התייחסות מפורשת לרכיב הפוטנציאל, ובוודאי שאין הסבר שמאי מפורט האם במועד הקובע היה לקרקע פוטנציאל ממשי לשנות את ייעודה "בעתיד הנראה לעין", במידה המצדיקה התחשבות בכך בעת הערכת שווי הקרקע. כך, אין בשומה התייחסות לתוכניות סטטוטוריות המצויות בהליכי

אישור כלשהם, ואין לדעת על סמך מה נמצא, כי הקרקע הנבחנת צפויה לשנות את יעודה. כאמור לעיל, טענה בעלמא לפוטנציאל לשינוי ייעוד תכנוני, אשר לכאורה הנפקע אמור היה ליהנות הימנו בשל החלטה מספר 727, אינה מספקת. רק למען סבר את האוזן יצוין, כי המדובר בקרקע המצויה בסמיכות לדרך קיימת, כך שספק רב לגבי קיומו של פוטנציאל קונקרטי לשינוי ייעוד.

75. כך או אחרת, בית המשפט קמא קבע כעניין עובדתי כי השמאי המוסכם אכן התחשב בפוטנציאל בעת עריכת השומה, לאחר שהתרשם מעדותו באופן בלתי אמצעי; ספק האם אמות המידה להתערבות בקביעה עובדתית זו מתקיימות. לאור זאת, ולאור העובדה שעמדת היועץ המשפטי לממשלה מוסבת על השאלה העקרונית, המשך הניתוח להלן יהיה מבוסס על ההנחה שהשמאי המוסכם אכן הביא בחשבון במסגרת הערכת שווי המקרקעין פוטנציאל לשינוי ייעוד בהתאם להחלטה מספר 727, הנשען על צפייה קרובה לוודאי או למצער לא בלתי סבירה לשינוי ייעוד, ובכך לא התחשב בהלכת הקשת המזרחית אשר הכריזה על בטלות החלטה זו. היועץ המשפטי לממשלה יעבור אפוא לשאלה המשפטית העקרונית.

(2) האם יש לייחס להלכת הקשת המזרחית השפעה רטרואקטיבית על שומת פיצויי הפקעה של זכויות חכירה חקלאיות שהופקעו בשנים 1992-2002?

76. כאמור בפתח הדברים, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, התשובה לשאלה שהוצגה בכותרת היא חיובית. כלומר, במסגרת שומת פיצויי ההפקעה – כאשר המועד הקובע לעניין הערכת שווי זכויות החכירה הוא בין השנים 2002-1992 – יש לייחס להלכת הקשת המזרחית השפעה רטרואקטיבית על שומת הפיצויים, באופן שבו תנוטרל השפעתה של החלטה מספר 727 שאפשרה לחוכרים החקלאיים ליהנות מעליית שווי הקרקע בעת שינוי ייעוד, וזאת לאור בטלותה של החלטה זו.

77. יוער, כי השאלה העקרונית שבכותרת התעוררה בפסיקה במספר הליכים קודמים לפני בתי המשפט המחוזיים. בתי המשפט המחוזיים נקטו במרבית המקרים בגישה שונה מגישתו של בית המשפט קמא וקבעו, כי במקרה של הפקעה שבוצעה במועד שבו החלטה מספר 727 עדיין הייתה בתוקף – אין להסתמך על החלטה זו ויש לפצות את הנפקעים לפי שווי זכויותיהם בקרקע חקלאית (מבלי להביא בחשבון את ההטבה הכלכלית שנגזרת מהחלטה מספר 727).⁶ יצוין, להשלמת התמונה, כי המלומד א' קמח מותח ביקורת על הפסיקה האמורה, ולדידו "פסיקה זו בטעות יסודה" (קמח, בעמוד 793, ושם בה"ש 350).

78. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי צדק בית המשפט קמא כאשר קבע כי להלכת הקשת המזרחית יש תחולה רטרואקטיבית. מעבר לכך שקביעה זו נגזרת מן ההלכה הפסוקה, לפיה נקודת המוצא העקרונית היא כי הלכה שיפוטית חדשה חלה הן רטרואקטיבית והן פרוספקטיבית (רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' ...)

⁶ ראו: ע"ש (ת"א) 105/00 חברת החשמל נ' חגור, פסקה 5 (פורסם בנבו, 31.5.2005); ה"פ (ת"א) 551-04 מרכוס נ' רשות הנמלים והרכבות-רכבת ישראל, פסקאות 5-6 (פורסם בנבו, 14.8.2005); ה"פ (ת"א) 440/03 קנטור נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, פסקה 4 (פורסם בנבו, 20.3.2007); ה"פ (ת"א) 355-06 זייצוב נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בע"מ, פסקאות 52-53 (פורסם בנבו, 11.10.2010); ה"פ (מרכז) 6574-07-08 מנדל נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל, עמודים 18-20 (פורסם בנבו, 3.3.2011); ת"א 2095/08 גבעת יערים מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, פסקה 36 (פורסם בנבו, 29.10.2015). יוער, כי חלק מפסקי הדין עוסקים בהפקעת זכויות חכירה של חוכר חקלאי פרטי וחלק עוסקים בהפקעת זכויות חכירה בחוזי משבצת.

עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל, סא(1) 126, פסקאות 5-17 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) א' ברק (2006)), הרי שהיא גם נובעת באופן אינהרנטי מתוצאת פסק הדין בהלכת הקשת המזרחית: בְּטָלוֹת ההחלטות הפְּטָלוֹת, הוראות מעבר לגבי תחולת פסק הדין על עסקאות שהחלו לקרום עור וגידים והגיעו לשלב מתקדם (שם, בפסקאות 58-59). מכאן, שהלכת הקשת המזרחית היא בעלת תחולה רטרוספקטיבית.

79. בנוסף, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי צדק בית המשפט קמא כאשר קבע, כי להלכת הקשת המזרחית אמנם אין תחולה ישירה בנסיבות של הפקעת מקרקעין, כבענייננו, אלא שיש לה השפעה עקיפה על שווין של זכויות חכירה בקרקעות חקלאיות. אכן, להלכת הקשת המזרחית אין תחולה ישירה על נסיבות של הפקעת מקרקעין, שכן החלטה מספר 727 עסקה אך ורק בהערכת שווי לצורך פיצוי בגין שינוי ייעוד. עם זאת, אין ספק כי הלכת הקשת המזרחית הביאה להפחתה משמעותית בשווין של זכויות חכירה בקרקעות חקלאיות בשל ביטול ההטבה הכלכלית המופרזת שהייתה גלומה בהחלטה מספר 727. מובן, כי להפחתה בשווין של זכויות החכירה בקרקעות חקלאיות ישנה השפעה עקיפה על גובה פיצויי ההפקעה שיש לשלם לחוכר חקלאי, וזאת כמובן ככל שהפרמטרים האחרים הנוגעים לתשלום הפיצויים ובכלל זה רמת הוודאות לשינוי הייעוד חלים גם הם.

80. ואולם, על הקביעה השלישית והעקרונית של בית המשפט קמא חולק היועץ המשפטי לממשלה. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, יש לייחס להלכת הקשת המזרחית השפעה רטרוספקטיבית על שווין של זכויות חכירה בקרקעות חקלאיות, גם בנסיבות של הערכת שווי מקרקעין שהופקעו בשנים שקדמו להלכה זו (בין השנים 2002-1992).

81. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי השאלה מה כולל הפיצוי הראוי בגין הפקעת מקרקעין היא שאלה של מדיניות משפטית המאזנת בין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי. בראיה זו, האיזון הראוי הוא במתן פיצוי לחוכר חקלאי בהתאם לשווי זכויותיו – זכויות שימוש חקלאיות והשקעותיו במקרקעין, אך לא מתן פיצוי מופרז המבוסס על החלטות שנקבעו, כי הן בלתי סבירות בעליל. היועץ המשפטי לממשלה, מגיע למסקנה זו ממספר טעמים מצטברים שיפורטו להלן.

(א) תכליות הלכת הקשת המזרחית

82. בהלכת הקשת המזרחית נקבע, כי ההטבות הכלכליות שהוענקו לחוכרים החקלאיים במסגרת החלטות מספר 717, 727 ו-737 חורגות באופן קיצוני ממתחם הסבירות ולפיכך הוכרזו על בטלותן. בבסיס הלכת הקשת המזרחית עמדו עקרונות של שוויון ושל צדק חלוקתי בחלוקת משאבים ציבוריים. בין היתר, הוטעם בהלכת הקשת המזרחית, כי השקעות החוכרים החקלאיים, דהיינו דמי החכירה השנתיים ששילמו, היו נמוכים מאוד והועמדו על שווי של מאות בודדות של שקלים חדשים לדונם (בין 400 ל-600 ש"ח לדונם לשנה), בעוד שגובה הפיצוי שהוענק להם בהחלטה מספר 727 היה מופרז ובלתי מוצדק (ראו שם, עמודים 39, 74-75; כמו כן, ראו: בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקאות 77 – 87 (2011)). בית המשפט הנכבד קבע כי רשות מקרקעי ישראל משמשת כנאמנת הציבור בניהול קרקעות המדינה, ומתוקף תפקידה זה עליה "להימנע ממתן

טובות הנאה בלתי מוצדקות במקרקעין לאחרים" (הלכת הקשת המזרחית, פסקה 38). במרכזו של פסק הדין ניצבת אפוא הקביעה כי עיקרון של צדק חלוקתי צריך להנחות את הרשות בבואה להקצות משאבים ציבוריים:

"הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים. לדברים אלה משקל מיוחד במקרה שבפנינו. מינהל מקרקעי ישראל הינו גוף המופקד על כלל מקרקעי ישראל. לא ניתן להפריז בחשיבותו של נכס זה ובחשיבות שיש לחלוקתו ולהקצאתו באופן צודק וראוי. להחלטות נושא העתירות שבפנינו יש השלכות כבדות משקל על חלוקת משאב מוגבל ורב ערך זה. קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על ידי המדינה, או הרשויות הפועלות מטבעה, באופן הוגן, צודק וסביר" (הלכת הקשת המזרחית, עמודים 65-66; כן ראו: בג"ץ 1027/04 **פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל**, פסקה 50 (פורסם בנבו, 9.6.2011); דפנה ברק-ארז "צדק חלוקתי במקרקעי ישראל: בעקבות בג"צ הקרקעות החקלאיות" **המשפט** י 291, 302 (2005); דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי – כרך ב**, בעמודים 710-708 (2010) דפנה ברק-ארז **אזרח-נתיין-צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה** 230-206 (2012); דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי – כרך ד**, 584-559 (2017)).

83. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, כוחן של תכליות אלו יפה הן באשר לפיצוי הנובע משינוי ייעוד בקרקעות חקלאיות והן באשר לפיצוי הנובע מהפקעת זכויות חכירה חקלאיות לפי אחד מחוקי ההפקעה; היועץ המשפטי לממשלה יפרט זאת להלן.

84. כמצוין לעיל, פיצויי הפקעה נועדו להעמיד את הנפקע באותו מצב כלכלי בו היה עומד אלמלא ההפקעה. במובן זה, פיצויי ההפקעה משרתים את עיקרון העל בדבר "השבת המצב לקדמותו" (ע"א 10873/06 **בכר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו**, פסקאות 25-26 (פורסם בנבו, 22.2.2010); ע"א 3471/11 **דוויק נ' מע"צ, החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ**, פסקה 10 (פורסם בנבו, 27.1.2014); נמ"ד, בעמוד 511). לצד עיקרון זה, ניצב עיקרון נוסף העומד בבסיס פיצויי ההפקעה - ולמעשה רלוונטי לכלל דיני הפיצויים בגין פגיעות בקניין הפרטי – הוא עיקרון הצדק החלוקתי הנזכר לעיל (ע"א 210/88 **החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, כפר-סבא**, מו(4) 627, 639-640 (1992); בג"ץ 4146/95 **עוזבון דנקנר נ"ל נ' מנהל רשות העתיקות**, פ"ד נב(4) 774, 810 (1998); ע"א 5964/03 **עוזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח-תקוה**, ס(4) 437, 458, 487-489 (2006); בג"ץ 3421/05 **מחול נ' שר האוצר**, פסקה 34 (פורסם בנבו, 18.6.2009); ע"א 8622/07 **רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ**, בפסקה 80 (פורסם בנבו, 14.5.2012); בג"ץ 446/12 **האגודה לצדק חלוקתי בע"מ נ' מועצת מקרקעי ישראל**, פסקאות 47-48 (2012.8.26); ע"א 3159/09 **חברת רכבת ישראל בע"מ נ' סבח בית עדה**, פסקה נ"ב (פורסם בנבו, 28.4.2013); ע"א 7703/10 **גיא ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע**, פסקה 25 (פורסם בנבו, 18.6.2014); חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" **עיוני משפט כא** 491 (1998); קמר, בעמוד 61 ובה"ש 111). הגשמת עיקרון הצדק החלוקתי בהקשר של פיצויי הפקעה, בא לידי ביטוי במתן פיצוי נאות, הוגן והולם למי שמקרקעיו הופקעו, כך שהנזק שנגרם מפעולת ההפקעה יפוזר באורח שווה בין קבוצת הנהנים הפוטנציאליים ממנה: "אין מטיילים את ההפסד הכספי על

הבעלים של המקרקעין המופקעים, אלא הציבור כולו נושא בנטל הכספי, בדרך של תשלום פיצויים" (בג"ץ 4146/95 עיזבון המנוחה לילי דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 810 (1998)). הגשמת עקרונות אלה – עיקרון השבת המצב לקדמותו ועיקרון הצדק החלוקתי – מושגת על דרך הכלל באמצעות העמדת הנפקע באותו מצב בו היה עומד אילו היה מוכר את נכסו בשוק החופשי.

85. לצד האמור, בנסיבות מסוימות, עשויים שיקולי צדק חלוקתי במובנם הרחב, וכפי שהתפרשו בהלכת הקשת המזרחית, לתמוך בסטייה משווי הנכס בשוק החופשי המבוסס על עסקאות השוואה. המקרה שלפנינו ממחיש מצב כאמור. בענייננו, כך לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, שיקולי צדק חלוקתי – כפי שהתפרשו בהלכת הקשת המזרחית ובפסקי הדין הרבים שבאו בעקבותיו – תומכים דווקא במתן פיצוי הנמוך מהשווי שייחס "השוק החופשי" לזכויות החכירה, כפי שהדבר משתקף בעסקאות ההשוואה שבוצעו בסמיכות למועד הקובע. זאת, כאמור, מאחר ששווי השוק של זכויות החכירה החקלאיות היה מבוסס על החלטות בלתי סבירות בעליל שהטיבו באופן מופרז עם המגזר החקלאי (או עם יזמים שרכשו קרקעות עקב ההחלטות הֶבְטָלוֹת). מתן פיצוי לפי שווי השוק בנסיבות דנא, עומד אפוא בניגוד לעיקרון הצדק החלוקתי.

86. הנה-כי-כן, שיקולי צדק חלוקתי, על דרך הכלל, תומכים בפזיור הנזק שנגרם לנפקע באמצעות מתן פיצוי המשקף את שווי השוק של הקרקע שהופקעה ממנו; זאת, בכדי שהפרט לא יישא בעול כספי לטובת מטרה שממנה נהנה כלל הציבור. אולם, שיקולי צדק חלוקתי במקרה הקונקרטי דנא – היינו בנסיבות של הפקעת זכויות חכירה חקלאיות במועד שבו חלה החלטה מספר 727 – תומכים דווקא במתן פיצוי הנמוך מזה שהשוק החופשי ייחס למקרקעין במועד הקובע, בהינתן ששווי זה שיקף סטייה חריפה מעיקרון השוויון בהקצאת משאבים ומעיקרון הצדק החלוקתי.

87. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, התוצאה המעשית של פסק הדין היא "הקמה לתחיה" של החלטה מספר 727 בהקשר של פיצויי הפקעה. בכך, פסק הדין קמא עומד בניגוד לתכליות שעמדו בסיס הלכת הקשת המזרחית, ובראשן עיקרון הצדק החלוקתי. על-כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי גם בעת חישוב פיצויי הפקעה שהמועד הקובע לחישובם קדם להלכת הקשת המזרחית, יש להחיל את העקרונות שנקבעו בה, ולמעשה "לנטרל" את ההטבה הכלכלית הטמונה בהחלטה מספר 727 (באשר לדרך השמאית לחשב את פיצויי הפקעה בנסיבות אלו – ראו לעיל בפסקאות 44-47).

(ב) בטלותה של החלטה מספר 727

88. בהלכת הקשת המזרחית נקבע, כי החלטות מספר 717, 727 ו-737 בטלות, להבדיל מ-מבוטלות. אחד מן ההבדלים המסורתיים בין החלטה "בִּטְלָה" (VOID) לבין החלטה "נפסדת" הניתנת לביטול (VOIDABLE), קשור בתוצאת הפגם המנהלי במישור הזמן. בעוד שהחלטה נפסדת היא מבוטלת מכאן ולהבא, הרי שדינה של החלטה בטלה היא בטלות מעיקרא. המטאפורות בהן נקט בעבר בית משפט נכבד זה בהקשר להחלטות בטלות הן "פיטת נייר חסרת ערך" (ע"פ 284/74 שותפות אחים אריאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 390, 391 (1974)), "כעפרא

דארעא, כחספא בעלמא" (ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה (2) 505, 514 (1980)). החלטה בטלה, שקולה אפוא להחלטה שמעולם לא הייתה בעלת תוקף משפטי (ראו למשל: דפנה ברק-ארז, "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטני" משפטים כד 519 523 (תשנ"ה); דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי – כרך ב', 796-797 (2010); יצחק זמיר, הסמכות המנהלית כרך ד – סדרי הביקורת השיפוטית, 2982-2983 (פורסם בנבו, 2017)).

89. אשר-על-כן, בבואנו להכריע בשאלה האם יש להתחשב בהטבה הגלומה בהחלטה מספר 727 בעת חישוב פיצויי הפקעה במועד שבו החלטה מספר 727 "הייתה בתוקף", עלינו לזכור, כי הלכת הקשת המזרחית כמו באה והכריזה כי להחלטה מספר 727 מעולם לא היה תוקף בשל חומרת הפגם המנהלי שדבק בה (והכל בכפוף להוראות המעבר שנקבעו לאחר הלכת הקשת המזרחית, ועל כך להלן). שיקול זה, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תומך במסקנה לפיה בעת הערכת שווי קרקע לצורך פיצויי הפקעה, אין להתחשב בהטבה הכלכלית הגלומה בהחלטה מספר 727 שבאה לידי ביטוי ברכיב הפוטנציאל לשינוי ייעוד, אף אם "במועד הקובע" טרם הוכרז על בטלותה של החלטה זו.

(ג) הוראות המעבר שנקבעו לאחר הלכת הקשת המזרחית

90. לאחר הלכת הקשת המזרחית, ובהתאם להוראת בג"ץ, קבעה מועצת הרשות הוראות מעבר לגבי עסקאות שכבר החלו בקידומן בטרם ניתן פסק הדין (החלטה מספר 972 מיום 2.9.2003). ככלל, נקבע בהוראות המעבר, כי יש להתחשב בשני פרמטרים: אינטרס הסתמכות לגיטימי והתקדמות ההליך התכנוני. מרכז הכובד של הוראת המעבר מצוי בציר ההסתמכות, במסגרתו יש לבחון את המצגים שהציגה הרשות כלפי בעלי הזכויות והיזמים. כמו כן נקבע בהוראות המעבר, כי כאשר המצגים אינם עולים כדי התחייבות חוזית תקפה לביצוע עסקה לפי החלטה מספר 727, אך הם ברורים וחד-משמעיים כשלעצמם, יש להראות התקדמות על ציר התכנון כאינדיקציה לקיומו של אינטרס הסתמכות לגיטימי.

91. הוראות המעבר אושרו פה אחד בבג"צ 10934/02 קיבוץ כפר עזה אגודה להתיישבות חקלאית שיתופית נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2004) (להלן: "בג"ץ כפר עזה"), במסגרתו נקבע, כי הן אינן חורגות ממתחם הסבירות. כבר בבג"ץ כפר עזה סומנה המגמה להעניק פרשנות מצמצמת להוראות המעבר:

"השיקול השני, מן הצד האחר, הינו קביעותיו של בית משפט זה בפסק הדין בבג"ץ הקשת, לפיהן ההחלטות הבטלות אינן סבירות ודינן בטלות. קביעה זו משמעה כי האינטרס הציבורי הינו בקיומן של מספר מצומצם, ככל הניתן, של עסקאות על פי ההחלטות הבטלות, וכי קיומה של כל עסקה מהווה הקצאה שאינה סבירה של משאבי ציבור" (בג"ץ כפר עזה, פסקה 7).

92. ואכן, בהמשך הדרך פורשו הוראות המעבר באופן עקבי בפסיקותיו של בית משפט נכבד זה בצמצום רב, וזאת לאור העקרונות שהותוו בהלכת הקשת המזרחית (ראו למשל: ע"א 3996/05 מינהל מקרקעי ישראל נ' מרקוביץ, פסקה 8 (פורסם בנבו, 5.8.2007) (להלן: "עניין מרקוביץ")). כך לגבי היקף וסוג המקרים שייכנסו בפשפש הצר שנפתח בהוראות המעבר (ראו למשל: בג"ץ 9910/04 בית יצחק שער חפר אגודה להתיישבות חקלאית בע"מ נ' מרקוביץ).

מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 1.6.2005); בג"ץ 9151/07 חגי טל נ' **מינהל מקרקעי ישראל**, פסקה 12 (פורסם בנבו, 6.1.2010); ע"א 3101/08 **כפר הנוער יוהנה ז'בוטינסקי נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פסקה 19 (פורסם בנבו, 5.9.2010); עניין ש.א.נ.ל., פסקה 18), וכך לגבי הפרשנות המצמצמת שניתן להוראות ההחלטות הפטלות באותם מקרים מצומצמים שבהם יחולו לפי הוראות המעבר (ראו למשל: עניין מרקוביץ, פסקה 8; ע"א 10082/06 **חברת הפארק להקמת פארק טכנולוגי ומשרדים בחוף הכרמל-חיפה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פסקה 5 (פורסם בנבו, 9.7.2008); ע"א 2181/11 **מדינת ישראל נ' בני דרום-מושב שיתופי של הפועל המזרחי**, פסקה 31 (פורסם בנבו, 28.4.2014); ע"א 3578/15 **מצפה בית שמש בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פסקה כ"ו (פורסם בנבו, 3.1.2017); ע"א 4707/17 **עזריקם מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל**, פסקה 6 (פורסם בנבו, 7.3.2019)). בעניין מרקוביץ צוין:

"דומני כי לא יכול להיות ספק בכך שההחלטה המבטלת נושאת משקל מהותי ביותר בהקשר זה וכי משנקבע כי החלטה 727 חוטאת לעקרונות יסוד להם מחויב המערער כנאמן הציבור בבואו להקצות משאבים ציבוריים ולחלקם (עניין שיח חדש, 64, 65-66, 77), ממילא משמיע לנו ביטולה של החלטה זו גישה מצמצמת ומדיניות של "יד קמוצה" לעניין היקף הפיצוי המשתלם על ידי המערער מתוקף אותה החלטה. מסקנה זו שוללת בעיני מניה וביה את עמדת המשיבים לפיה יש לחשב את היקף הפיצוי באופן "נדיב"..."

93. מהמקובץ יש להסיק שתי מסקנות: האחת, כי יש לנקוט בעמדה "קמצנית" במקרים בהם קיים ספק לגבי היקף תחולתה ויישומה של החלטה מספר 727; ושנית, כי על מנת ליהנות מטובות ההנאה שנקבעו בהחלטה מספר 727, יש להצביע על אינטרס הסתמכות לגיטימי. מסקנות אלו מחזקות את הנטייה להכיר בהשפעתה הרטרופקטיבית של הלכת הקשת המזרחית על הפקעות שבוצעו בין השנים 1992-2002, כך שתנוטרל השפעתה של החלטה מספר 727 הבאה לידי ביטוי ברכיב "הפוטנציאל לשינוי ייעוד". מובן, כי נטייה זו מתחזקת אף יותר מקום בו הנפקע לא הוכיח קיומו של אינטרס הסתמכות של ממש.

94. ביישום להליך דנן, אין ספק, כי הרשויות לא הציגו לפני המשיבים מצג לפיו הם זכאים ליהנות מהחלטה מספר 727, ובמסמכים שהועברו ליועץ המשפטי לממשלה גם אין אינדיקציה לכך שהמשיבים יזמו הליך תכנוני כלשהו לשינוי ייעוד, ומכאן שהם לא היו חוסים בצל הוראות המעבר. למעלה מכך, קשה להלום טענת הסתמכות מצד המשיבים, מקום בו רכישת זכויות החכירה על ידם (ביום 16.5.1995) הייתה לאחר שהתפרסמה החלטה מספר 727, הקובעת, כי מי שרכש זכויות לאחר "המועד הקובע" (ביום 19.9.1994) לא יהיה זכאי ליהנות מפירותיה. המשמעות היא, אפוא, כי המשיבים לא אווזים בידם אינטרס הסתמכות לגיטימי. בנסיבות אלו, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי אין הצדקה לחישוב פיצויי ההפקעה מבלי "לנטרל" את השפעתה של החלטה מספר 727, הבאה לידי ביטוי ברכיב הפוטנציאל לשינוי ייעוד.

95. בהקשר לאינטרס ההסתמכות יש להפנות לדבריו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ כפר עזה:

"העותרים בעתירות המרחיבות העלו בפנינו מספר טענות הנוגעות למרכיביו של ציר ההסתמכות. בטרם אפנה לדון בטענות אלה, אבקש להזכיר עובדה בעלת חשיבות לעניין

אינטרס ההסתמכות. כוונתי היא לשרשרת אירועים אשר אירעה קודם לפסק הדין בבג"ץ הקשת, שהיה בה כדי ללמד את החוכרים ואת היזמים, אשר בקשו לפעול על פי ההחלטות הבטלות, על אי הוודאות בדבר כוונת המינהל להמשיך בישומן של ההחלטות. האפשרות של ביטול או שינוי החלטות אלה, בדרך של הפחתת ההטבות הגלומות בהן, "ריחפה באויר". אזכיר בהקשר זה, כי סוגיית תוקפן של ההחלטות הבטלות נדונה בפני שתי וועדות ציבוריות - וועדת רונן וועדת מילגרום. מסקנותיהן של הוועדות הצביעו על אי הנחת הקיימת מההחלטות הבטלות. בנוסף, החל מחודש ינואר 2000 היתה תלויה בפני בית משפט זה העתירה בבג"ץ הקשת אשר תקפה את חוקיותן של ההחלטות הבטלות." (שם, פסקה 13).

96. דבר ההפקעה בענייננו פורסם ביום 3.5.1999. כפי שעולה מהציטוט לעיל נראה, כי במועד זה ודאי כבר "ריחפה עננה" מעל כוונת הרשות להמשיך ביישומה של החלטה מספר 727 ושל שתי ההחלטות הנוספות (כפי שעולה מהציטוט לעיל). משמע, כי אינטרס ההסתמכות של המשיבים, ככל שהיה קיים, ממילא אינו ברמה המצדיקה התחשבות בו במועד ההפקעה. על-כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם מן הטעם הזה, על רקע נסיבות ההפקעה הקונקרטיות, אין מקום להתחשבות בהחלטה מספר 727 במסגרת חישוב פיצויי ההפקעה.

(ד) סטייה מעיקרון שווי השוק בדיני הפקעות

97. קביעתו של בית המשפט קמא, לפיה אין להלכת הקשת המזרחית השפעה רטרואקטיבית על הפקעות שקדמו לה מנומקת בכך שאין לסטות משווי השוק לאור מידע המאוחר למועד הקובע. נקבע, כי העמדה ההפוכה נוגדת "עקרונות יסוד בדיני ההפקעה" (פסקה 54 לפסק הדין קמא). כפי שיבהיר היועץ המשפטי לממשלה, אף שבדרך כלל עיקרון שווי השוק נתפס כעיקרון "מקודש" בדיני ההפקעה, הרי שסטייה מעיקרון שווי השוק בנסיבות שקיימת הצדקה מבחינת מדיניות משפטית לעשות כן, אינה פעולה זרה לדיני ההפקעה.

98. כאמור, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, שיקולי מדיניות משפטית אלה הם שיקולים שיש להתחשב בהם במסגרת קביעת שיעור הנזק שגרמה ההפקעה, וזאת אף כאשר שיקולי המדיניות המשפטית מובילים לסטייה משווי השוק שיוחס למקרקעין במועד הקובע. היועץ המשפטי לממשלה, יציג להלן מספר דוגמאות לסטייה מעיקרון שווי השוק ולהתעלמות מרכיבי פיצוי, ולהיפך – הוספה של רכיבי פיצוי, אף כאשר "שווי השוק" של הנכס, כלומר היצמדות לעסקאות השוואה מהמועד הקובע, היה מביא למחיר שונה (גבוה או נמוך).

99. מקרה מובהק שבו בית המשפט הנכבד היה נכון לסטות משווי השוק באופן גלוי ומוצהר, היא ההלכה שנקבעה בע"א 7060/14 מדינת ישראל נ' דבאח (פורסם בנבו, 23.12.2016); ע"א 4299/15 אסדי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2016) (להלן: "עניין דבאח" ו"עניין אסדי").

100. בפסקי הדין דבאח ואסדי, שניתנו לאחר פסק דינו של בית המשפט קמא, קבע בית המשפט העליון, כי יש לסטות משווי השוק כפי שהשתקף מעסקאות ההשוואה במועד הקובע. בעניין דבאח, קבע בית משפט העליון כי כאשר עורכים שומת פיצויים לחלקה שהופקעה ב'אזור החקלאי' שבתכנית המנדטורית החלה במחוז הצפון (The Galilee District Regional Outline Planning Scheme, RP/50/42), יש להביא בחשבון דונם אחד

מתוך החלקה כמיועד לבנייה מוגבלת למגורים (בהתאם למגבלות הקבועות בתכנית המנדטורית), ואת יתרתה כמיועדת לחקלאות. בהלכת דבאח התקבלה טענה לפיה החל משנת 1955 ננקטו פעולות שונות על-ידי הרשות שיצרו "הקפאה" תכנונית של מתן היתרי בנייה למגורים, וכי "הקפאה" זו יצרה עיוות של מחירי השוק. לפיכך, נקבע, יש לנטרל את משמעות ההקפאה, ולשום דונם אחד בכל חלקה כמיועד למגורים, כאילו לא היו המקרקעין נתונים במצב של הקפאה, וכל זאת חרף העובדה שעסקאות ההשוואה שיקפו מחירים של קרקע חקלאית טהורה.⁷ בעניין אסדי נקבע, כי גם במסגרת חישוב פיצויי הפקעה לפי סעיף 13 לפקודת הקרקעות, 1943 (אבדן דמי חכירה), יש חקלאות ומגורים (הבקשות לדיון נוסף בפסקי הדין דבאח ואסדי – נדחו (דנ"א 9983/16 ודנ"א 10038/16)).

101. עיינו הרואות, כי עיקרון שווי השוק – על אף חשיבותו הרבה כעיקרון יסודי בדיני הפקעה – נסוג בעניין דבאח ובעניין אסדי מפני עקרונות ורציונאליים אחרים. בפסקי-הדין האלו, קבע בית המשפט הנכבד, כי יש "לנטרל" את השפעתה של "ההקפאה התכנונית" שננקטה על-ידי רשויות התכנון, וזאת בשל הפרשנות הרחבה שניתנה למונח "הקפאה" ככזה הכולל גם הקפאה שאינה קשורה להליכי ההפקעה, ועל-כן אין לחשב את שווי הזכות המופקעת על סמך השוואה לשווי השוק במועד ההפקעה. אין חולק, כי בנסיבות של ההלכות בעניין דבאח ועניין אסדי, אילו היו הנפקעים מוכרים את זכויותיהם ערב ההפקעה בשוק החופשי, הם היו מקבלים תמורה המשקפת שווי נמוך (שווי "חקלאי טהור") מהשווי הגבוה (דונם ראשון ביעוד למגורים) שלפיו נקבע, כי יש לפצותם. לענייננו חשוב, כי לתוצאה האמורה הגיע בית המשפט הנכבד, בין היתר, לאחר התחשבות בשיקולי מדיניות משפטית (ראו שם בפסקאות 34-36).

102. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בהיקש אלינו, יש לקבוע כי אין להסתמך על עסקאות ההשוואה כמדד לקביעת גובה הפיצוי הראוי, ככל שאלו טומנות בחובן פוטנציאל לשינוי ייעוד. לפיכך, יש לשום את שווי הזכויות תוך נטרול השפעתה של החלטה מספר 727 שלימים הוכרזה בטלה, באופן של הפחתת רכיב הפוטנציאל לשינוי ייעוד. זאת, על-אף שמדובר בסטייה מהשווי שייחס השוק החופשי לקרקעות שנסחרו בעסקאות דומות בתקופת ההפקעה.

103. בנסיבות דנן, יטען היועץ המשפטי לממשלה, קיימת הצדקה לסטות מעיקרון שווי השוק, כפי שהוא משתקף מעסקאות ההשוואה נכון למועד הקובע, וזאת לנוכח עקרונות השוויון והצדק החלוקתי המצויים בבסיס הלכת הקשת המזרחית. ומזווית אחרת: עסקאות ההשוואה שבוצעו בסמיכות למועד הקובע, מצביעות על שווי שוק "מלאכותי" הגבוה משווי השוק "האמיתי" שראוי לייחס לזכויות חכירה בקרקע חקלאית. שווי השוק "המלאכותי", נבע מן הסיכוי שהעניקה החלטה מספר 727 לחוכר חקלאי ליהנות מעליית שווי הקרקע בעת שינוי

⁷ יוער, כי החידוש בקבלת טענת ההקפאה בהלכות בעניין דבאח ועניין אסדי הוא בכך שטענה זו התקבלה, חרף העובדה שלא הייתה זיקה בין ההקפאה המנהלית לבין הליכי ההפקעה (ראו עניין דבאח בפסקאות 33-35). במצב בו ניתן להוכיח קשר וזיקה בין ההקפאה לבין הליכי ההפקעה, ניטרול השפעת ההקפאה אמנם עשוי לגרום לסטייה משווי השוק במועד הקובע, אך קיים היגיון לנטרל את השפעתה בנסיבות אלו, שכן יש לראות בהקפאה ובהפקעה כשתי חוליות בשרשרת ההפקעה, והרי אין להתחשב בהשפעת עצם ההפקעה על שווי המקרקעין (ראו: סעיף 12(א) לפקודת הקרקעות וסעיף 9(א) לפקודת הדרכים; כן ראו: מרכז מסחרי בני פ.י. בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד מ(4) 154, 156 (1986); קמר, 725, 835-836).

ייעוד, אלא שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש "לנטרל" הטבה כלכלית זו, לאחר שנקבע בהלכת הקשת המזרחית, כי היא חותרת תחת עקרונות השוויון והצדק החלוקתי.

104. חריג נוסף לעיקרון שווי השוק ניתן למצוא בהלכה המשפטית לפיה לא יינתנו פיצויי הפקעה על שימוש בלתי חוקי או בנייה בלתי חוקית במקרקעין המופקעים, למרות שאילו היו נמכרים המקרקעין בשוק החופשי היה מחירם גבוה יותר בהשוואה למקרקעין פנויים מהבנייה/השימוש הבלתי חוקיים. הלכה פסוקה זו, ממחישה אף היא סטייה מעיקרון שווי השוק בשל תכליות המצויות מחוץ לדליית אמותיהם של דיני ההפקעות (במקרה זה הכלל לפיו "לא יצא חוטא נשכר"; לעניין זה ראו: ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 470, 463 (1995); רע"א 1054/03 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' בדיחי (פורסם בנבו, 8.6.2003); ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, פסקאות 14, 16-17, 19-22 (פורסם בנבו, 14.5.2008) (להלן: "עניין פינקלשטיין"); ע"א 9396/07 כסלו נ' חברת רכבת ישראל בע"מ, פסקה 22 ואילך (להלן: "עניין כסלו"); ע"א 7703/10 גיא ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע, פסקה 57 (פורסם בנבו, 18.6.2014); קמר, בעמודים 770-773). בעניין פינקלשטיין עמדה כב' השופטת ע' ארבל על הדברים באופן מפורש:

"עקרון מנחה במשפט הישראלי הוא כי מי שקניינו נפגע על-ידי פעולה שלטונית זכאי לפיצוי הולם בגין פגיעה זו. הפיצוי ההולם - המשקף את שווי השוק של הקרקע המופקעת בעסקה רצונית במועד ההפקעה - מבטא את עקרון המידתיות המעוגן בפסקת ההגבלה בחוק היסוד, ועל כן מבטיח את חוקיותה של ההפקעה. על פני הדברים, יש בעקרון זה כדי להצדיק פרשנות רחבה של סעיף 12(ב) לפקודת הרכישה לפיה חישוב הפיצויים ייעשה על-פי שווי השוק של הקרקע בהתאם לשימושים שנעשים בה במועד ההפקעה. עם זאת, עקרון זה אינו העקרון היחיד בו יש להתחשב במסגרת ההכרעה בשאלה העומדת לפנינו. עקרון נוסף המתעורר במקרה דנן נוגע לתכלית הכללית של תקנת הציבור והשמירה על שלטון החוק." (שם, פסקה 13).

105. באופן דומה, נקבע בעניין כסלו:

"הקביעה המתוארת (אי מתן פיצוי על שימוש בלתי חוקי – ב"מ) מהווה חריג לכך שהערכת שווי הקרקע לצרכי פיצויי הפקעה צריכה לשקף את "שווי השוק" של אותה קרקע, מכיוון שאובייקטיבית עשוי השימוש הבלתי חוקי בקרקע להשפיע על ערכה. ואף על פי כן, לאור שיקולים דומים לשיקולים שפורטו לעיל השוללים פיצוי בגין אי חוקיות, נפסק כי ככלל אין להתחשב בשימוש הבלתי חוקי בקרקע לעניין הערכת שוויה, אלא אם כן התקיימו נסיבות חריגות." (שם, פסקה 29).

106. מקום אחר בו קיימת סטייה מעיקרון שווי השוק בדיני הפקעות, הפעם לטובת הנפקע, ניתן למצוא בפיצויים בגין נזקים נלווים, כגון תשלומי מיסים, הוצאות הקשורות באיתור מקרקעין חלופיים והוצאות מעבר. פיצוי בגין נזקים נלווים מהווים חריג לכלל של תשלום לפי שווי השוק החופשי, שכן "אילו הייתה מכירת הקרקע רצונית, לא היה זכאי בעל הזכויות לתמורה בגינם מהקונה" (עניין כסלו, פסקה 30; קמר, בעמודים 808-809). באופן דומה, הפיצוי בגין הפסד רווחים ומוניטין אלו הם רכיבי פיצוי הניתנים למחזיק או לבעל הזכות שיש לו עסק

במקרקעין, וזאת חרף העובדה שאילו היה הנפקע מוכר את זכויותיו בשוק החופשי, על דרך הכלל, המחיר שהיה מקבל לא היה משקף רכיבים אלו (ראו: ע"א 740/75 דוידוביץ' נ' אתרים בחוף תל-אביב, חברה לפיתוח אתרי תיירות בתל-אביב יפו בע"מ, פ"ד לא(3) 3, 10 (1977); קמר, בעמוד 807; נמדר, בעמודים 423-425).

107. דוגמא נוספת לסטייה משווי זכותו של הנפקע היא מקרה בו מדובר בפיצוי בגין קרקע שיש עליה משיג גבול (בנסיבות בהן משיג הגבול אינו זכאי לפיצוי; לעניין זה ראו: קמר, בעמוד 613). ברי, כי במקרה זה בעל הקרקע היה מקבל סכום נמוך יותר בשוק החופשי, המתחשב גם בעלויות הפינוי של הפולש, אלא שהפיצוי שבו מחויבת הרשות המפקיעה הוא פיצוי מלא (לעניין זה ראו: קמר, בעמוד 687 ושם בה"ש 21).

108. העולה מן המקובץ הוא, כי בנסיבות מסוימות רשאי בית המשפט לקבוע, כי שווי השוק המשתקף מעסקאות ההשוואה אינו משקף נאמנה את שיעור פיצויי ההפקעה הראויים לאחר התחשבות בשיקולי מדיניות משפטית. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה כאלו הן הנסיבות בהליך זה. ודוק, במקרה כאן, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי לא ניתן להתחשב בהחלטה מספר 727 בעת קביעת שווי הקרקע לצורך קביעת פיצויי הפקעה. מעת שזו העמדה לא מוצא היועץ המשפטי לממשלה צורך להרחיב באשר לרמת הוודאות הקיימת במקרה זה לשינוי היעוד התכנוני, שאף היא תנאי להערכת שווי המקרקעין, ובאופן שאינו חופף בהכרח לשווי השוק.

ה. סוף דבר

109. להשקפת היועץ המשפטי לממשלה, בעת חישוב פיצויי הפקעה של זכויות חכירה חקלאיות, שההכרזה על הפקעתן פורסמה בין השנים 1992-2002, אין להתחשב בפוטנציאל לשינוי ייעוד של הקרקע, וזאת חרף העובדה שהחלטה מספר 727 של מועצת רשות מקרקעי ישראל שאפשרה לחוכרים חקלאיים ליהנות משינוי הייעוד, טרם הוכרזה כפְּטָלָה בהלכת הקשת המזרחית.

110. תוצאה זו, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, נובעת מעקרונות השוויון והצדק החלוקתי שהותוו בהלכת הקשת המזרחית ומן הפרשנות המצומצמת שניתנה להחלטות הפְּטָלוֹת, ביניהן החלטה מספר 727, על-ידי בית משפט נכבד זה. תוצאה זו, אף אינה סותרת את דיני הפיצויים, חרף הסטייה ממבחן שווי השוק כפי שהשתקף בעסקאות ההשוואה, כפי שפורט בהרחבה לעיל.


ברק מירון, עו"ד
עוזר ראשי במחלקה האזרחית
בפרקליטות המדינה

היום, י"ט מנחם אב תשע"ט
20.8.2019