

בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6407/14
וערעור שכנגד

1. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה כרמיאל

2. עיריית כרמיאל

ע"י ב"כ עוה"ד אילנה בראף-שניר ו/או אן ברלוביץ' ואח'

ממשרד עו"ד הררי, טויסטר ושות'

ממגדל ב.ס.ר 1, דרך בן גוריון 2, רמת גן

ת.ד. 912, בני ברק 51108

טל': 03-7553800 ; פקס: 03-7553801

המערערות
והמשיבות שכנגד

נ ג ד

1. אחמד מסרי

2. פאטמה עלי קייס

3. יורשי המנוח מוחמד קייס ז"ל

ע"י ב"כ עוה"ד חאלד דגש ו/או ענאן בלאן

ת.ד. 8940, חיפה 31090

טל': 04-8533111 ; פקס: 04-8533112

המשיבים
והמערערים שכנגד

4. עומר יחיא פטום

5. יוסף יחיא סעיד

6. יוסף אחמד שבאט ז"ל

7. רשות הפיתוח

משיבים פורמאליים

היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה

רח' קרית המדע 5, בניין B3, הר חוצבים, ירושלים

טל': 02-6362017 ; פקס: 02-6362050

המתייצב בהליך

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

1. ההליך שבכותרת הוא ערעור וערעור שכנגד על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת ב' בר זיו) מיום 23.6.2014, בה"פ 1449-06-09 (שהוגשה על ידי המשיב 1) ובה"פ 8954-05-09 (שהוגשה על ידי המשיבים 2-3), במסגרתן התבקשו סעד הצהרתי ו/או תשלום פיצויי הפקעה מהמערערות 1-2 (להלן: "**פסק הדין**"). בפסק הדין, שדן בשתי המרצות הפתיחה במאוחד, התקבלה טענת המשיבים (המבקשים שם) לתחולתה של "הגנת היתרה" הקבועה בסעיף 190(א)(1) סיפא לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק התכנון**"), והמשיבות שכנגד חויבו להפקיע את חלקות המבקשים במלואן תוך תשלום פיצויי הפקעה מלאים.

2. על פסק הדין הוגש ערעור מטעם הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה כרמיאל ועיריית כרמיאל, בטענות להיעדר יריבות, התיישנות ושיהוי, וחוסר תום לב מצד המשיבים, וכן לעניין החלתה של הגנת היתרה בנסיבות המקרה. בערעור צוין כי אם תתקבל טענת המערערת וייקבע כי אין תחולה להגנת היתרה, כך שהוועדה המקומית לא תחויב להפקיע את חלקות המשיבים במלואן, הרי שעומדת לוועדה האפשרות לנכות מפיצויי ההפקעה את הפיצויים תמורת 40% הראשונים של החלקות, על בסיס סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון. כמו כן, נטען בערעור כי לעניין פיצויי הפקעה, יש לשום את המקרקעין על פי ייעודם בעת נטילת המקרקעין, כפי שהשתנה על ידי תכנית ג/בת/199.

3. בנוסף, הוגש ערעור שכנגד על פסק הדין מטעם המשיבים 1-3, על דחיית תביעתם לפיצויים בגין הפרת חובה חקוקה, לתשלום הוצאות נלוות בגין רכישת קרקע חליפית ולריבית על סכום הפיצויים.

4. ביום 29.8.2016 ניתנו פסק דין והחלטה בערעור ובערעור שכנגד. בסיכום פסק הדין וההחלטה (בסעיף 44) נקבע כדלקמן:

“עמדנו על טענותיהן המקדמיות של המערערות: היעדר יריבות, התיישנות ושיהוי. מצאנו כי לא היה מקום לקבל איזו מטענות אלו ואנו דוחים אותן. לאחר שהסרנו מדרכנו את הטענות המקדמיות השונות ניתן לפנות לדיון בגופם של דברים. השאלה הראשונה העומדת להכרעה היא תחולתה של הגנת היתרה בנסיבות המקרה. השאלה השנייה היא תחולת סעיף 190(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ”ה-1965, המתיר להפקיע ללא תשלום פיצויים עד 40% משטח המקרקעין. זאת, במקרה של הפקעה חלקית שלא השביחה את החלק הנותר של המקרקעין.

סבורים אנו כי דיון בשאלה השנייה דורש הרחבתו של המותב שידון בעניין זה – וכך אנו מורים מכוח סמכותנו לפי סעיף 26(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ”ד-1984. מספר השופטים וזהות חברי המותב ייקבעו על ידי הנשיאה.

מתבקשת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה דנן שתוגש עד 45 ימים לפני הדיון בערעור.”

5. לבקשת בית המשפט הנכבד, ובהתאם להארכת המועד שאושרה, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו בסוגיית תחולתו של סעיף 190(א) לחוק התכנון, המתיר להפקיע ללא תשלום פיצויים עד 40% משטח המקרקעין, במקרה של הפקעה חלקית שלא השביחה את החלק הנותר של המקרקעין. עמדת היועץ המשפטי לממשלה מתייחסת להיבט העקרוני של הסוגיה. לצד הדברים, נתייחס בקצרה גם לשאלת תחולתה בנסיבות המקרה דנן.

6. ההוראות הרלבנטיות בסעיף 190(א) לחוק התכנון קובעות כדלקמן:

“במידה שלא נקבעו הוראות מיוחדות בחוק זה, תבוצע ההפקעה על פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, כאילו הורשתה הוועדה המקומית בהודעה ברשומות להשתמש בסמכויות ולמלא את התפקידים של הממשלה או של היועץ המשפטי לממשלה לפי הפקודה האמורה, לענין המקרקעין העומדים להפקעה, הכל בשינויים ובתיאומים אלה:

(1) סעיף 20 לפקודה האמורה יחול גם על הפקעת מקרקעין לצרכי גנים, שטחי נופש וספורט וכן לבניני חינוך, תרבות, דת ובריאות, ובכל מקום שמדובר באותו סעיף על “רבע” יבוא “ארבע עשירות”; אולם לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש;

(2) שר הפנים, בהסכמת שר האוצר, רשאי להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים בנסיבות שבהן היא רשאית לשלם לפי סעיף 20(2)(ג) לפקודה האמורה; [...]"

7. להשלמת התמונה, יובא גם נוסחו של סעיף 20 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן:

"פקודת הקרקעות"):

"(1) בסעיף זה –

(א) איזכורי שוויה של כל קרקע בלבד יפורשו כאיזכורי הסכום, שהיה מהווה את שוויה של הקרקע (שנתברר בהתאם להוראותיה של פקודה זו), אם לא חוברו אליה שום בנינים, עצים או דברים אחרים;

(ב) המונח "מגרש" פירושו כלל הקרקע שבבעלות אחת המהווה שטח אחד.

(2) מקום שנרכשה כל קרקע לפי פקודה זו כדי להרחיב איזו דרך קיימת או חלק ממנה או כדי להגדיל איזו דרך קיימת או חלק ממנה או כדי להגדיל איזה מגרש-משחקים או מגרש-נופש, או כדי לסלול איזו דרך חדשה, או חלק ממנה או להתקין איזה מגרש-משחקים או מגרש-נופש חדשים, יהיו הפיצויים המשתלמים לפי פקודה זו כפופים לשינויים הבאים, היינו –

(א) מקום ששטח הקרקע שנלקח, והוא נכלל במגרש, אינו עולה על רבע כלל שטחו של המגרש, ואין שום בנינים, עצים או דברים אחרים מחוברים אל הקרקע שנלקחה, לא ישתלמו פיצויים, ואם מצויים בנינים, עצים או דברים אחרים כאלה כל שהם המחברים כן, יופחתו הפיצויים בסכום העולה כדי שוויה של הקרקע בלבד הנכללת בחלק המגרש שנלקח;

(ב) מקום ששטח קרקע שנלקח, והוא נכלל במגרש, עולה על רבע כלל-שטחו של המגרש, יופחתו הפיצויים בסכום שמתכוונתו לערך הקרקע בלבד, הנכלל בחלק המגרש שנלקח, היא כמתכונת רבע כלל-שטחו של המגרש לכלל שטח-הקרקע, הנכלל בחלק המגרש שנלקח;

(ג) למרות הוראותיהן של הפסקאות (א) ו-(ב) שלעיל, מותר לשר האוצר להעניק - לפי ראות עיניו, אם נקבע כדי הנחת דעתו, שהצמצומים שהוטלו בכל אחת מן הפסקות ההן, יגרמו סבל - אותם פיצויים או פיצויים נוספים, שיראה אותם נכונים בהתחשב בכל נסיבות המקרה".

8. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, בתמצית, כי לוועדה המקומית סמכות, על פי סעיף 190(א)(1) רישא

לחוק, להפקיע חלק מחלקה למטרות המנויות בסעיף, תוך הפחתת פיצויים ביחס לעד 40% הראשונים מהמגרש, וזאת אף אם יתרת החלקה לא הושבחה.

9. סמכות זו מסויגת על ידי האמור בסעיף 190(א)(1) סיפא, הקובע כי "לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא

תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש". הוראה זו, הידועה כ"הגנת היתרה", קובעת כי בנסיבות שבהן פוחת שווי יתרת המגרש (באופן שבו פורשה ההוראה בפסיקה), לא יחול הפטור, שכן לפני הוועדה המקומית יעמדו בנסיבות כאלו שתי אפשרויות חלופיות: הימנעות מוחלטת מהפקעת המגרש, או הפקעתו במלואו תוך תשלום פיצוי מלא. זאת, בהתאם להלכה שנקבעה בע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001) (להלן: "הלכת הולצמן"), שם נקבע כי הפטור מפיצוי בגין 40% הראשונים ממגרש לא יחול בעת הפקעת חלקה בשלמותה (ר' גם ע"מ 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' קרן תורה ועבודה (26.10.2010, פורסם בנבו; להלן: "עניין תורה ועבודה").

10. שתי השאלות שהותיר בית המשפט הנכבד לדיון כרוכות, אם כן, זו בזו, שכן "השאלה השנייה" - שאלת תחולת הפטור מתשלום פיצוי בגין 40% הראשונים המופקעים ממגרש (שיכונה להלן "הפטור"), הקבוע ברישת הסעיף, מתעוררת רק במקרה שבו נדחית הטענה להגנת היתרה. על כן, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי במסגרת ההליך דנן, יתעורר צורך לדון בתחולת הפטור רק במקרה שבית המשפט הנכבד ידחה את טענת המשיבים (והמערערים שכנגד) לתחולת הגנת היתרה על עניינם. לעומת זאת, אם יבחר בית המשפט הנכבד להחיל את הגנת היתרה על המשיבים, לא תתעורר כלל שאלת תחולת הפטור.
11. ואכן, הצדדים להליך דנן התייחסו אך באופן תמציתי וכביכול "למעלה מן הצורך" לשאלת תחולת הפטור, שכן טענתם העיקרית של המשיבים (והמערערים שכנגד), שהתקבלה על ידי בית המשפט קמא, הייתה לתחולת הגנת היתרה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

12. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי לשונו הברורה של הסעיף הקובע את הסדר הפטור, תכלית הפטור והנימוקים לקביעתו – כמו גם הנימוקים להותרתו של הפטור על כנו באופן מודע על ידי המחוקק, במסגרת תיקון 3 לפקודת הקרקעות משנת 2010¹ – אינם מאפשרים מתן פרשנות אחרת לסעיף, אשר תהפוך את הפטור לאות מתה במקרים שבהם יתרת הקרקע לא הושבחה. פרשנות מצמצמת של הפטור, לפיה הוא חל רק במקרים שבהם יתרת הקרקע הושבחה, אינה עולה בקנה אחד עם הסמכות הקבועה במפורש בחוק, ואינה מהווה פרשנות סבירה של הסעיף.
13. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי הפטור נחוץ, אז כעתה, לצורך מימוש מטרות ציבוריות במסגרת הליכי תכנון. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי הוראת הפטור כשלעצמה היא חוקתית, וכי ניתן ליישבה עם עקרון השמירה על קניין הפרט, בהתחשב באיזון הנדרש בין זכות הקניין של הפרט לבין האחריות החברתית הנובעת ממנה כלפי צורכי הקהילה.
14. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי אין להחיל על הסעיף שבנדון פרשנות דומה לפרשנות שניתנה בע"א 8622/07 אהוד רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (14.5.2012, פורסם בנבו; להלן: "עניין רוטמן") לסעיף ההפחתה שבפקודת הדרכים ומסילות הברזל, 1943 (להלן: "פקודת הדרכים"), וזאת לאור השוני המהותי שבין הפקעות מכוח חוק התכנון לבין הפקעות מכוח פקודת הדרכים. זאת, בהתחשב באופי ההפקעה לפי חוק התכנון, המיועדת לצרכים מקומיים ו"קהילתיים", העובדה כי הפיצוי בגין הפקעות לפי חוק התכנון משולם מקופת הרשות המקומית, וכן לאור עקרון הפיצוי הדו-שלבי החל, על פי פסיקת בית

¹ החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010 (ס"ח 2228 בעמ' 346, 15.2.2010; להלן: "תיקון 3 לפקודת הקרקעות").

המשפט הנכבד, ביחס להפקעות לפי חוק התכנון, שמשמעותו היא כי השימוש בפטור מוביל לפגיעה בפועל בשיעור של אחוזים בודדים בלבד משווי החלקה המקורית. פגיעה בשיעור דומה הוכרה על ידי בית המשפט הנכבד כמוצדקת, בהקשרו של סעיף 200 לחוק התכנון המסייג את זכות התביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון, על רקע היותו של בעל המקרקעין חבר בקהילה ובעל חובות כלפיה (דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' יהודית הורוויץ (12.5.2004, פורסם בנבו), להלן: "עניין הורוויץ").

15. בנוסף לכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי גם אם צמצום הפטור הקבוע בחוק יימצא מוצדק כשלעצמו, אזי הוא מסוג ההסדרים שצריכים להיקבע על ידי המחוקק, תוך יצירת הסדר כולל חדש, השומר על האיזון העדין הדרוש בין מקורות הכנסתה של הוועדה המקומית להוצאותיה, בדומה לאופן שבו הוצע במסגרת תזכיר חוק התכנון והבנייה שפורסם בשנת 2014 (ר' בהמשך העמדה). זאת, בין היתר, בשל חשיבותו של הפטור למימוש מטרות ציבוריות שנקבעו בתכניות עבור תושבי השכונה או העיר, תוך התחשבות במגבלותיה התקציביות של הוועדה והרשות המקומית, וכן בשל היותו של הפטור מרכיב אחד במארג של הסדרים העוסקים ביחס שבין התכנון ומימושו מחד גיסא, לבין ירידת הערך או עליית הערך הנובעות מהם, מאידך גיסא. בשל כך, נראה כי לביטולו של הפטור השלכות משמעותיות שחקיקה שיפוטית לא תוכל להתמודד איתן באופן מספק.

16. היכולת לקבוע הסדרים מפורטים בחקיקה שיפוטית מוגבלת מעצם טיבה, ועל כן סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי גם במקרה שבו תידחה עמדתו, ובית המשפט הנכבד יקבע כי יש לפרש את הפטור הקבוע בחוק כך שיחול רק כאשר יתרת הקרקע מושבחת, לא יהיה זה אפשרי או ראוי לקבוע באמצעות פסיקה את ההסדר המפורט והמורכב שיהיה נחוץ, כדי לשמור על איזון בין הצורך הציבורי לבין אחד האמצעים הקבועים לכך בחוק – הפטור הנתון כיום לוועדה המקומית מתשלום פיצויים ביחס ל-40% הראשונים ממגרש. ביטול של הפטור הקבוע במפורש בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון עלול להפר את האיזון בין תפקידה של הרשות המקומית לספק לתושביה את צורכי הציבור הנחוצים להם, כפי שנקבעו – לרוב – על ידי הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, לבין התקציב העומד לרשותה של הרשות המקומית לצורך מימוש צרכים אלה. לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי ככל שייקבע כי יש לצמצם את הפטור לנסיבות שבהן הושבחה החלקה, ראוי כי תינתן לרשויות שהות לקבוע את ההסדר החלופי על דרך תיקון חקיקה.

17. סדר הצגת העמדה יהיה כדלקמן:

ראשית, נעמוד על לשון הסעיף הקובע את הפטור, על תכליתו של הפטור ועל הרקע לחקיקתו, כמו גם להימנעות מביטולו במסגרת תיקון 3 לפקודת הקרקעות – וזאת אף שהסדרי פטור מקבילים שהיו קבועים בפקודת הקרקעות ובפקודת הדרכים בוטלו ביחס להפקעות שפורסמו החל מיום כניסת התיקון לתוקף.

18. שנית, נפרט אודות האמצעים העומדים לרשות הנפקע למנוע או לצמצם את הפגיעה בקניינו, כך שבסופו של דבר, אם מיצה את כל ההליכים הקבועים בחוק לשם כך, תהיה הפגיעה הנובעת מהפטור מצומצמת ביותר.
19. שלישית, נתייחס למגבלות הקיימות כבר כיום על השימוש בפטור, שאינן מאפשרות שימוש בו באופן שלא הותר במפורש על ידי חוק התכנון ושאינו מוצדק לאור האיזון שנקבע בין האינטרס הפרטי והציבורי.
20. רביעית, נתייחס לקושי שבצמצום הפטור על דרך חקיקה שיפוטית, שכן ראוי כי ההתייחסות לביטול הפטור, שיש לו השלכות על התקציב העומד בידי הרשות המקומית למימוש מטרות ציבוריות, תהיה תוך התחשבות במקורות תקציביים חלופיים שיש להגדילם בהתאמה, על מנת שלא ליצור חסרון כיס ברשויות המקומיות.
21. לסיכום, ועל רקע כל שיפורט להלן, יטען היועץ המשפטי לממשלה (וזאת מעבר לנדרש, שכן למיטב ההבנה שאלת החוקתיות של הפטור אינה עומדת לדיון במסגרת זו) כי הפטור, אף שהוא פוגע במידה מסוימת בזכות הקניין של הפרט, מוגן מכוח סעיף שמירת הדינים² של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד"), ואף לולא היה כן, היה הפטור עומד במבחני פסקת ההגבלה³ של חוק היסוד, שכן הוא קבוע בחוק, נועד לתכלית ראויה, והפגיעה שנגרמת על ידיו היא במידה שאינה עולה על הנדרש.

א. סעיף הפטור

22. סעיף 190(א) לחוק התכנון קובע, כי הפקעה תבוצע באופן שנקבע בסעיף 20 לפקודת הקרקעות. סעיף 20(2) לפקודת הקרקעות קבע מספר מטרות שכאשר מופקעת קרקע לשם מימושן, יחול פטור מפיצוי בגין 25% הראשונים של כל חלקה שהופקעה. המטרות המנויות בסעיף 20(2) לפקודת הקרקעות הן סלילת דרכים חדשות או חלק מהן, הרחבתן או הגדלתן, וכן התקנת מגרשי משחקים או מגרשי נופש והגדלתם.
23. סעיף 190(א) לחוק התכנון הרחיב את הפטור שנקבע בפקודת הקרקעות, הן מבחינת המטרות שלגביהן יחול והן מבחינת שיעורו. המטרות הורחבו כך שיכללו גם גנים, שטחי נופש וספורט, וכן בנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות. שיעור הפטור נקבע על 40% משטח המגרש (כיום, כפי שיפורט להלן, לאור עקרון הפיצוי הדו-שלבי, מדובר בפטור ביחס לאחוזים בודדים בלבד משווי המגרש).
24. הסמכות להפקיע ללא פיצוי הייתה קבועה עוד בסעיף 27 לפקודת בנין ערים, 1936, כפי שתוקן בשנת 1938.⁴ הפטור לפי פקודת בנין ערים חל כאשר הופקעה קרקע לצורך סלילת כביש, רחוב, מגרש משחק או מגרש שעשועים הכלולים בתכנית, או לצורך הטייתם או הרחבתם בתכנית, בשיעור של עד 25% משטח הקרקע.

² סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

³ סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁴ להלן נוסח סעיף 27 לפקודת בנין ערים, 1936: "למרות כל דבר האמור בכל פקודה אחרת תהא ועדה מקומית מוסמכת להפקיע בלא פיצוי כל קרקע הכלולה בתכנית לבנין עיר והדרושה לצורך סלילת כביש, רחוב, מגרש-משחק או מגרש שעשועים הכלולים בתכנית, או לצורך הטייתם או הרחבתם בתנאי שלא יפקיעו בדרך זו יותר מרבע השטח של מגרשו של כל בעל קרקע ומותר לה לועדה המקומית,

25. בהצעת חוק התכנון והבניה, תשכ"ג-1962,⁵ הוצע להגדיל את שיעור השטח שניתן להפקיע ללא פיצוי לשליש משטח הקרקע (סעיף 157 המוצע). כך הוסבר בדיונים לאישור החוק בקריאה ראשונה, שהתקיימו בכנסת, על ידי שר הפנים דאז, מר שפירא:

"הפקודה [פקודת הקרקעות – ש.ג.] מאפשרת הפקעה ללא פיצויים של 25% משטח מגרשי הבניה לצרכי דרכים ומגרשי משחקים בלבד; בעוד שכיום ברור כבר מעל לכל ספק שרבע מן המגרש אינו מספיק לצרכים הציבוריים, וכן שמלבד דרכים ומגרשי משחקים קיים מספר גדול בהרבה של מטרות שלמענן מן הראוי להפקיע ללא פיצויים במסגרת זו.⁶

[...]

גם בשטח העירוני באה הצעת החוק במספר חידושים עקרוניים. מאז נקבע בפקודה המנדטורית כי נתן להפקיע רבע ממגרש בניה ללא פיצויים לצרכי כבישים, מדרכות ומגרשי משחקים, גדל בהרבה היקף הצרכים הציבוריים הכרוכים בבניה. הצורך בכבישים רחבים יותר, במקומות חניה, בשטחים גדולים לבתי-ספר וגני-ילדים, הרחבת רשת המרפאות ומרכזי התרבות לעם ודומיהם, מצריכים הפרשת שטחים גדולים יותר למטרות ציבוריות רבות יותר. משום כך מגדילה הצעת החוק את האחוז המותר בהפקעה ללא פיצויים מרבע המגרש לשליש, והורחבה רשימת המטרות שעבורן ישמשו השטחים המופקעים. יש כיום כבר כאלה הטוענים כי גם בשליש לא די, ואכן בשכונת רמת-אביב שעל-יד תל-אביב, שנבנתה לפי עקרונות תכנון מתקדמים ביותר, הופרשו לצרכים ציבוריים עד 40% משטח הקרקע הכולל.⁷

כמו כן הובהר על ידי השר שפירא:

"אשר להפקעות, עלי להבהיר כאן אי-הבנה מסויימת, שהתבטאה בעיקר בדברי חבר-הכנסת לנדאו. סעיף 155, המונה את המטרות הציבוריות אשר למענן מותר להפקיע, עוסק בהפקעה בתשלום פיצויים מלאים, ואין הוא עוסק בהפרשת השליש – כפי שנדמה היה למר לנדאו. בענין זה עוסק סעיף 157, המעלה את האחוז המופרש מרבע לשליש, ומוסיף על המטרות המצויינות בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, רק גן ציבורי, בית-ספר וגן-ילדים. לאחר שייכנס החוק לתקפו יהא אפשר להשתמש בשליש המופרש רק לצרכי סלילת דרכים ומדרכות או הרחבתם, מגרשי משחקים ונופש, גנים ציבוריים, בתי-ספר וגני ילדים. לצורך כל יתר המטרות הנזכרות בסעיף 155 תיתכן אמנם הפקעה, אולם רק בתשלום פיצויים מלאים".⁸

26. במהלך הדיונים בהצעת החוק בוועדת הפנים של הכנסת, עלו לדיון שתי סוגיות: האחת – לטובת אילו מטרות ניתן יהיה להפקיע קרקע ללא תשלום; והשנייה – מהם אחוזי ההפקעה ללא תשלום שייקבעו. בסוגיה הראשונה, הוחלט במהלך הדיונים להרחיב את רשימת המטרות והממשלה התבקשה להכין הצעה לנוסח חלופי לסעיף.⁹

לאחר מסירת הודעה של חודש ימים בכתב לאותם בעלים, לקנות מיד חזקה בקרקע בשעור של לא יותר מרבע שטחה כאמור, לצורך הנ"ל. בתנאי שאם יתברר כי אם לא ישולמו פיצויים יהא נגרם עיוות דין, רשאי הנציב העליון להורות, לפי שיקול דעתו, את הוועדה המקומית לשלם פיצויים, ככל אשר יראה הנציב העליון צורך מתוך התחשבות בכל המסבות של הענין. אם נטלו יותר מרבע השטח, ישלמו פיצויים לבעל הקרקע בעד הקרקע העודפת על רבע השטח. מקום שהוטל מס השבחה עפ"י הוראות פקודה זו, הרי שויה של הקרקע שניטלה בחינם יובא בחשבון לעומת מס ההשבחה המגיע".

⁵ ה"ח מס' 532, בעמ' 14 (24.10.1962).

⁶ ישיבה 247 של הכנסת החמישית, כ' אייר תשכ"ג (14 מאי 1963), עמ' 1830.

⁷ שם, עמ' 1831.

⁸ ישיבה 254 של הכנסת החמישית, י"ב סיון תשכ"ג (4 יוני 1963).

⁹ פרוטוקול מס' 179 מישיבת ועדת הפנים, 8.5.1964.

27. מר סילברסטון, מנכ"ל משרד הפנים דאז, הציג את ההצעה החלופית לנוסח באופן הבא:

"לגבי המטרות מציעה הממשלה, שנוסף על הקיים יווספו גנים ובתי ספר. הקו המנחה הפקעה חנים אומר, כי הפיתוח במקום מעלה את ערך המגרש ומותר איפוא בגלל פיתוח זה לקחת רבע או אחוז אחר מהמגרש חנם. בגלל הפיתוח בעל המגרש לא יפסיד גם אם יופקע ממנו החלק הזה ללא תשלום, כי החלק הנותר – עלה ערכו בגלל הפיתוח. ואני רוצה לומר, כי זה נכון במידה והמדובר בשירותים חיוניים ביותר שכל אחד זקוק להם על אף מידת הפרעה מסויימת, הרי ההגיון אומר, שמוצדק לכלול גם ב"ס בין המטרות האלה. ואם רוצים להרחיב את הרשימה, הרי צריך ללכת לפי אותה אבחנה: שירות חיוני ביותר לאוכלוסיית המקום. אם המטרה היא מסחרית, הרי אין זה מוצדק להפקיע זכויות הפרט.

[...]

ההצעה האטרנטיבית של הממשלה לסעיף קטן (1) אומרת: "סעיף 20 לפקודה האמורה יחול גם על הפקעת מקרקעין לצרכי דרכים, גנים, שטחי נופש או ספורט וכן לבניני חינוך, תרבות, דת או בריאות ואפשר יהיה להפקיע עד שליש משטח המגרש ללא תשלום פיצויים."¹⁰

28. הצעה זו של הממשלה התקבלה על דעת הרוב החברים בוועדת הפנים, אולם לעניין אחוז ההפקעה המותר ללא תשלום פיצויים נרשמה הסתייגות מצד מספר חברי כנסת, אשר צדדו בהעלאת השיעור ל-40% על בסיס הצעת איחוד המהנדסים העירוניים. בעת ההצבעה במליאת הכנסת על אישור החוק בקריאה שנייה ושלישית, התקבלה הסתייגותם.¹¹ לצד העלאת שיעור ההפקעה ללא תשלום פיצויים, נוספה לסעיף 190(1) הסיפא הקובעת, כי "לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש".¹²

29. עוד יצוין כי במסגרת דיוני ועדת הפנים, עלו הצעות נוספות לקביעת שיעור ההפקעה ללא פיצוי. חלק מן ההצעות ביקשו ליצור דיפרנציאציה בשיעור ההפקעה שיהיה מותר ללא פיצוי, בהתאם לייעוד האזור (עד 25% באזורי תעשייה, עד שליש באזורי מסחר לא ראשיים ובאזורים שבהם צפיפות המגורים היא עד 8 משפחות לדונם, עד 50% באזורי מגורים של עד 20 משפחות לדונם ובאזורי מסחר ראשיים, וכדו'),¹³ או בהתאם לחשיבות המטרות (למשל, שליש עבור כבישים וגנים ו-25% עבור בניני ציבור).¹⁴ להצעות אלה נמצא הד בגישותיהם של לוינסון-זמיר (דפנה לוינסון-זמיר, פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון (1994) (להלן: "לוינסון-זמיר"), ושל חנוך דגן (בספרו "קניין על פרשת דרכים" (2005), להלן: "דגן- פרשת דרכים") שיוצגו בהמשך.¹⁵

¹⁰ שם, בעמ' 4.

¹¹ שם, בעמ' 7; ישיבה 491 של הכנסת החמישית, ל' סיון תשכ"ה (30.6.1965), בעמ' 2405; וישיבה 492 של הכנסת החמישית, ה' תמוז תשכ"ה (5.7.1965).

¹² הסיפא לסעיף 190(א) (1) לא נדונה בוועדת הפנים, וכל שניתן ללמוד מהדיון מיום 8.5.1964 (פרוטוקול מס' 179, בעמ' 9) הוא כי הממשלה התבקשה לנסח הצעה ברוח דברי נציג משרד המשפטים, מר גלס, לפיהם "אם היתרה אינה ניתנת לניצול כלכלי יש לקנות ממנו את המגרש כולו".

¹³ הצעת איגוד המהנדסים והאדריכלים, פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים מס' 177, 28.4.1964, בעמ' 7.

¹⁴ הצעת ח"כ צימרמן, פרוטוקול מס' 179, בעמ' 8.

¹⁵ אלתרמן, במאמרה, מציינת כי בשנים 1975-1976 נדונה במועצה הארצית לתכנון ולבנייה הצעת נציג הטכניון, פרופ' י' אלון, ליצור שיטה של שיעור מירבי מודרג לפי צפיפויות הבנייה באזורי מגורים. בוועדת משנה שהוקמה לנושא, הומלץ לשנות את ההצעה ולבססה על שטחי הציבור הדרושים ליחידת דיור ממוצעת, והוספה פסקה הקובעת תנאי, ששיעור ההפקעה לא יפחת מ-40%. המועצה אימצה המלצה זו, אך לא הוגשה הצעת חוק המבוססת עליה (אלתרמן, עמ' 217).

30. ראוי לציין כי במהלך דיוני הוועדה, הוסבר על ידי נציג משרד המשפטים, מר גלס, כי נימוק ההשבחה אינו הנימוק היחיד לקביעת פטור ללא פיצוי,¹⁶ ונוסף לו נימוק בדבר חיוניות השירות לאוכלוסייה המקומית. כפי שמציינת גם לוינסון-זמיר, "הסיבה המסתברת לשנינויים אלו היתה האמונה שהמטרות והשיעורים הקבועים בפקודת הרכישה ובהצעת החוק המקורית, אין בהם די כדי לספק את השירותים הציבוריים הבסיסיים הדרושים בעידן המודרני".¹⁷

31. לשון החוק, כפי שאושר לבסוף, ברורה: בסמכות הוועדה המקומית להפקיע עד 40% משטח מגרש ללא תשלום פיצויים למטרות המנויות בסעיף 190(1) לחוק התכנון. פטור זה הוצדק במסגרת הליך החקיקה על בסיס שני נימוקים: נימוק ההשבחה הנגרמת ליתרת המגרש, והנימוק לפיו המטרות המנויות בסעיף הן בגדר שירות חיוני ביותר לאוכלוסיית המקום (נימוק שלא נזכר בפסיקת בית המשפט שדנה בכוונת המחוקק ביחס לסעיף זה). החריג לפטור הוא במקרה של ירידת שוויה של יתרת המגרש באופן המצדיק את תחולת הגנת היתרה, עד כי יש להימנע מהפקעה. ביתר המקרים - בין אם יתרת הקרקע הושבחה ובין אם לא חל שינוי בערכה - יחול הפטור.

32. במהלך השנים הובאו בפסיקת בית משפט נכבד זה ובספרות המשפטית נימוקים שונים לפטור הקבוע בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון.

33. נימוק ההשבחה מול נימוק המס

נימוק ההשבחה מושתת על ההנחה, שעקב הפיתוח המתוכנן, תושב יתרת הקרקע שנותרה בידי הפרט, שחלק ממקרקעיו הופקעו. השבחה זו מהווה תחליף לפיצוי הכספי בגין ההפקעה, שאם לא כן יזכה הפרט בפיצוי כפול.¹⁸ נימוק ההשבחה צוין בפסיקת בתי המשפט כנימוק לשלילת הפטור במקרים שבהם הופקעו חלקות בשלמותן, כך שלא נותרה יתרת קרקע שיכולה הייתה להיות מושבחת (ע"א 676/75 **עזבון כיאט נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, חיפה**, פ"ד לא(3) 785, 792 (1977)), אך השאלה לא נדונה ביחס לחלקות שהופקעו בחלקן.¹⁹ כאמור לעיל, נימוק ההשבחה שימש גם כאחד הנימוקים לפטור בהליכי חקיקת חוק התכנון בכנסת.

34. עוד יצוין, כי על פי ההסדר שהיה קבוע בסעיף 32(4) סיפא לפקודת בנין ערים, 1936, "[...] אם הופקע איזה נכס מאדם החייב בתשלום מס השבחה, מותר לנכות את סכום ההשבחה או חלק הימנו ממחיר ההפקעה". על פי נוסח סעיף 4(6) לתוספת השלישית לחוק התכנון, שנוספה לחוק במסגרת תיקון 18 משנת 1981,²⁰

¹⁶ הדוגמא שהובאה על ידי מר גלס הייתה, כי במקרה של סלילת כביש ליד מגרש, ערך הקרקע עולה, מה שאין כן לגבי גן ילדים - ועל כן במקרה האחרון ראוי להותיר את שיעור ההפקעה ללא פיצוי על 25%. ר' פרוטוקול מס' 177, בעמ' 6.

¹⁷ לוינסון-זמיר, עמ' 154.

¹⁸ לוינסון-זמיר, עמ' 156.

¹⁹ ר' לוינסון-זמיר, עמ' 160 וה"ש 66-68 שם.

²⁰ ס"ח 1018, בעמ' 184 (8.4.1981).

"הפקעת מקרקעין ללא תשלום פיצויים לפי פרק ח' לחוק זה, לא תובא בחשבון בעת עריכת שומת ההשבחה של אותם מקרקעין". הוראות אלה אמנם עשויות היו לתמוך בהנחה כי קיים קשר בין ההשבחה להפקעה, אך אין ללמוד מהן כי אין להפקיע ללא פיצוי מקום שאין השבחה.

35. ע"א 377/79 אדית פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן, פ"ד לה(3) 645 (1981) (להלן: "עניין

פייצר") עסק בחלקות שהופקעו בשלמותן, ושבקביעת פיצויי ההפקעה שנקבעו תמורתן נוכו 40% מסכום הפיצוי לגבי כל אחת מהחלקות. כב' הנשיא לנדוי קבע באותו עניין, ועמדו התקבלה בדעת רוב, כי אין בנימוק ההשבחה כדי להצדיק הפקעה ללא פיצוי עבור חלק מהמטרות המנויות בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון, שכן ברור כי מגרשי משחקים, מגרשי נופש, בתי ספר או בתי חולים אינם שימושים המשביחים את יתרת הקרקע.²¹

36. הנימוק החלופי שניתן על ידי כב' הנשיא לנדוי היה כי "המחוקק ביקש להטיל מעין מס רכוש על בעל המקרקעין, שיהיה חייב לתרום 25% (או 40%) מן הנכס שבבעלותו לצורכי ציבור, כשם שמחייבים את בעל הנכס להפריש מס שבח מן הרווח שהוא עושה בעת מכירת הנכס (והפקעת הנכס בתמורה בכלל זה)".²²

37. נימוק המס נשלל בפסק הדין בעניין הולצמן, וכן נקבע באותו עניין כי נימוק ההשבחה אינו עומד כאשר מופקעת חלקה בשלמותה.

38. פסק הדין בעניין הולצמן ניתן לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וצוין בו, כי פקודת הקרקעות וחוק התכנון קדמו לחוק היסוד ועל כן חל סעיף שמירת הדינים ביחס אליהם; אולם, מעמדה של זכות הקניין כזכות חוקתית מחייב לפרש חוקים אלה ברוח ההוראות של חוק היסוד, וכחולמים את פסקת ההגבלה.²³

39. על בסיס זה, קבעה כב' השופטת דורנר כי נימוק המס אינו מניח את הדעת, מכיוון שהוא "מוטל" באופן המפלה לרעה את בעלי הקרקע המופקעת ביחס לשאר הציבור, ואינו מבחין בין בעלים הנהנים מן ההפקעה לבין כאלה שרכושם מופקע בשלמותו ואין הם מפיקים ממנו כל הנאה [השופטת דורנר מציינת בכלל זה גם "כאלה שההפקעה מזיקה לערך רכושם שנותר", אך אינה מתייחסת להגנת היתרה הקבועה בסיפא לסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון – ש.ג.].²⁴ נקבע כי מאחר שמדובר בפגיעה בלתי-שוויונית, זוהי פגיעה "במידה העולה על הנדרש" ועל כן אינה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה.

²¹ לוינסון-זמיר, עמ' 651-652.

²² לוינסון-זמיר, עמ' 651.

²³ עניין הולצמן, עמ' 641.

²⁴ עניין הולצמן, עמ' 642.

40. כב' השופט דורנר חוזרת לסברה כי כוונת המחוקק הייתה לקשור בין הפחתת הפיצויים לבין הנאת הבעלים בעקבות ההפקעה – כלומר לנימוק ההשבחה – וקובעת כי מאחר שהנאה כזו אינה קיימת כאשר מופקעים מקרקעין בשלמותם, אין הצדקה להפחתת הפיצויים במקרה זה.²⁵
41. יצוין כי אף שכב' השופט דורנר מעלה, במספר אמרות אגב,²⁶ את השאלה האם ראוי להפחית מן הפיצויים באופן אוטומטי גם במקרה של הפקעת חלק מחלקה, הרי שבעניין הולצמן נדחה הערעור ביחס לחלקה שהופקעה באופן חלקי ושלא שולמו בגינה פיצויי הפקעה מכוח הפטור.²⁷
42. בעניין רוטמן נדונה השאלה, בגדרה של פקודת הדרכים, אם על שר התחבורה לקבל את בקשתו של נפגע לפיצוי "מהמטר הראשון" כאשר מופקע רק חלק מחלקת מקרקעין, אולם ההפקעה אינה משביחה את הנותן. בעניין רוטמן נקבע כי סעיף 7 לפקודת הדרכים (שכאמור, בוטלה במסגרת תיקון 3 לפקודת הקרקעות ביחס להפקעות עתידיות) מקנה לשר סמכות להפקעת חלק מחלקה ללא מתן פיצוי; אולם בהפקעות לפי פקודת הדרכים, כשאין השבחה לנותן, סמכות השר לשלם פיצויי סבל הופכת לסמכות חובה (עניין רוטמן, סעיפים 109-110).²⁸ כלומר, גם בעניין רוטמן אומץ נימוק ההשבחה ונקבע, כי בהיעדר השבחה לנותן, אין לשלול מן הנפקע פיצויים מלאים בגין החלק שהופקע.
43. אולם, חשוב להדגיש כי קביעה זו לא ניתנה במסגרת בחינת הפטור מפיצוי בגין 25% הראשונים מחלקה, הקבוע בסעיף 7 לפקודת הדרכים, אלא במסגרת בחינת שיקול דעתו של שר התחבורה להעניק פיצויי סבל – סמכות המקבילה לסמכות שר האוצר להעניק פיצויי סבל על פי פקודת הקרקעות (ר' להלן).
44. בענייננו, קובע סעיף 190(א)(2) לחוק התכנון כי "שר הפנים, בהסכמת שר האוצר, רשאי להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים בנסיבות שבהן היא רשאית לשלם לפי סעיף 20(ג)(2) לפקודה האמורה". סעיף 20(ג)(2) לפקודת הקרקעות, אליה מפנה כאמור סעיף 190(א)(2) לחוק התכנון, עניינו בסמכות שר האוצר, המקבילה לסמכות שר התחבורה שנדונה בעניין רוטמן הנ"ל, להעניק לנפקע פיצוי בגין 25% הראשונים מחלקה אשר הופקעו ללא פיצוי. על אף קיומו של מסלול להשגה על הפחתת הפיצוי, ולקבלת פיצוי מלא בנסיבות מסוימות, שאלת שיקול הדעת של שר הפנים כלל לא הועמדה לדיון בענייננו (שכן ככל הידוע, המשיבים לא פנו כלל לשר הפנים בהתאם לאפשרות הקבועה בסעיף 190(א)(2) לחוק התכנון). יוזכר ויודגש כי בהליך דנן, השאלה העומדת לדיון היא שאלת תחולת הפטור הקבוע בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון, ולא שאלת הפעלת שיקול הדעת על ידי שר הפנים בעת הענקת פיצויי סבל.

²⁵ עניין הולצמן, עמ' 643.

²⁶ עניין הולצמן, עמ' 642 ו-643.

²⁷ עניין הולצמן, עמ' 645, סעיף 12 לפסק הדין של השופט דורנר.

²⁸ להלן נוסח סעיף 7 לפקודת הדרכים:

"לא יחא בעל הקרקע זכאי לקבל פיצויים אלא אם כן היה שטח הקרקע שנלקח גדול מרבע השטח הכולל של החלקה שממנה נלקח: בתנאי שאם הוכח כי אם לא ישולמו לו פיצויים יחא נגרם לו סבל, רשאי שר העבודה או שר התחבורה לפי שיקול דעתו ליתן אותו סכום הפיצויים שימצא לנכון מתוך התחשבות בכל מסיבות העניין".

על פי נימוק זה, שירותי ציבור ממומנים באמצעות הפקעות ללא פיצוי, במקום באמצעות הטלת מסים ישירים. פטור מפיצוי בגין הפקעה יהיה מוצדק אם ייעשה באופן שוויוני וצודק, להספקת צורכי ציבור הנדרשים באזור שבו נמצאת הקרקע הרלבנטית.

46. נימוק השוויון במימון הועלה על ידי כב' השופט מלץ בע"א 210/88 **החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר סבא**, פ"מ מו(4) 627, 655 (1992) (להלן: "**עניין פרי הארץ**"), (בסעיף 6):

"חשיבותה של העובדה, שנקודת המוצא היא תשלום פיצויים לבעל זכות במקרקעין שנפגעו על-ידי תכנית, מתרכזת בשני שיקולי יסוד. האחד שואב את כוחו מהכלל, לפיו פגיעה על-ידי המדינה בזכות קניינית של הפרט - חייב להיות בצדה פיצוי (ע"א 474/83, בעמ' 377; ע"א 377/79, בעמ' 656; ע"א 216/66, בעמ' 546; בג"צ 75/57, בעמ' 1608). בבסיסו של שיקול זה "צדק חלוקתי", לפיו גם אם התכנית מביאה תועלת ורווחה לכלל הציבור, אין זה מן הראוי שאותם בעלים, שהתכנית פוגעת בהם, לא יקבלו פיצוי בגין הרעת מצבם. באמצעות הפיצויים, נושא ציבור משלמי המסים בהשפעתה השלילית של התכנית על מקרקעין של בעלים מסוימים, במקום שיישאו בנזק זה אך ורק אותם בעלים".

47. כלומר, כאשר משתלמים פיצויים (בעניין פרי הארץ, נאמרו הדברים במסגרת הדיון בפיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון, ובחריג לפיצוי הקבוע בסעיף 200 לחוק), הם משולמים מהקופה הציבורית ולפיכך כלל הציבור נושא בעלותם, ובכך יש מרכיב של צדק חלוקתי. לעומת זאת, כאשר לא משתלמים פיצויים, נושאים בנטל בעלי המקרקעין בלבד.

48. אלתרמן (רחל אלתרמן, "הפקעות קרקע לצורכי ציבור ללא תמורה לפי חוק התכנון והבניה – לקראת הערכה מחדש", משפטים טו (תשמ"ו) 179, 193 (להלן: "**אלתרמן**")) סבורה כי השוויון בנשיאה בנטל "נוגע בשורשה של ההצדקה הציבורית לקיומו של כלי ההפקעה ללא תמורה".²⁹ לדבריה (שנכתבו לאחר פסק הדין בעניין פייצר ולאורו),

"ההסדר המשפטי הקיים אינו מכיל כמעט כל מגבלות באשר לכוחן של רשויות התכנון להפעיל את החוק באופן בלתי-שוויוני; ומה שגרוע מכך – אין ההפקעה תלויה במידת ההנאה אשר יפיק האדם המופקע משירותי הציבור. בהחלט ייתכן שעל פי ההסדר הנוכחי, דווקא האדם שממנו הופקע יותר שטח מאשר מאחרים, יהיה גם זה אשר ייהנה פחות, או כלל לא".³⁰

49. לוינסון-זמיר מותחת ביקורת הן על נימוק ההשבחה (בין היתר, לאור סעיף 4(6) לתוספת השלישית לחוק התכנון, שהובא לעיל),³¹ והן על נימוק המס, שלהשקפתה מביא לתוצאות בלתי-צודקות:

²⁹ אלתרמן, עמ' 240.

³⁰ שם, שם.

³¹ לוינסון-זמיר, עמ' 163-159, 173-172.

"ראיית כללי ההפקעה ללא פיצוי כמס אחיד בגובה 40% מערך הקרקע מביאה לתוצאות בלתי צודקות. ראשית, בעלי קרקעות אינם בהכרח אנשים עשירים ולעיתים הקרקע היא עיקר רכושם. לכן, המס אינו מקטין את חוסר השוויון בחברה, אלא מחלק מחדש את העושר בצורה שרירותית. שנית, והוא עיקר, "מס ההפקעה" האחיד גורם לחוסר שוויון בין בעלי הקרקעות לבין עצמם. מקרקעין שונים נבדלים זה מזה בדרישתם לשירותי ציבור (למשל, חלקה המיועדת להקמת בית משותף דורשת יותר שירותים מחלקה המיועדת לבניית בית חד-משפחתי). כמו כן, אף שרשימת המטרות שלמענה ניתן להפקיע ללא פיצוי פורשה כמתירה הפקעה לשימושים הגורמים נזק למקרקעין (כמו כביש ראשי או מגרש ספורט), הרי שלעיתים ינוצל כוח ההפקעה לשימושים משביחים (כמו כביש גישה לחלקה או שטח ירוק). כתוצאה מכך, מרכיב המס שבהפקעה ללא פיצוי משתנה מפרט לפרט ונקבע באופן מקרי למדי: מקרקעין שצריכת שירותי הציבור שלהם מצדיקה הפרשת קרקע בשיעור הנמוך מ-40% מממנים את צרכיהם של מקרקעין שדרישתם לשירותי ציבור גדולה יותר. בדומה, חלק מבעלי המקרקעין נהנים מהפקעה המשביחה את היתרה או לפחות משרתת את צרכי הפיתוח שלהם, בעוד שאחרים נפגעים משכנות לשימוש ציבורי פוגע, שנועד לשרת אנשים שלא נפגעו בצורה דומה. הבחירה בפרט שישא בפגיעה גדולה יותר היא (במקרה הטוב) מקרית ותלויה בשיקולים תכנוניים, אשר אין להם קשר עם שיקולי מיסוי. כתוצאה ממכלול גורמים אלה, נוצרת אפליה בין בעלי מקרקעין ונגרמת הנאה לחלק מהציבור (הכולל גם אנשים אמידים יחסית) על חשבון חלק אחר".³²

50. יחד עם זאת, לוינסון-זמיר סבורה, כי הכרעת מדיניות לפיה רצוי שבעלי מקרקעין יממנו בעצמם את הוצאות

הפיתוח וחלק גדול מצורכי הציבור הדרושים לפיתוח זה אינה בלתי-סבירה – כל עוד היא מיושמת באופן

המבטיח שהנטל יחולק בצורה שוויונית בין בעלי המקרקעין:

"הרחבה זו [של הסמכות להפקיע מקרקעין ללא פיצוי – הח"מ] היא תוצאה של שתי תופעות הקשורות זו בזו. תופעה אחת היא המעורבות הגוברת של המדינה בכל תחומי החיים והמגוון הגדול של מוצרים ושירותים ציבוריים שהפכו לחלק חיוני מהחיים בחברה המודרנית. תופעה זו חייבה הרחבה של השימוש בדיני התכנון וההפקעה, כדי להבטיח את הספקת אותם מוצרים ושירותים. התופעה השנייה היא מצוקתן הכספית של הרשויות המקומיות בישראל ובמדינות אחרות. מצוקה זו מובילה להתגברות הנסיונות להטיל את מימון הצרכים הציבוריים על הפרטים המבקשים לפתח את מקרקעיהם. כתוצאה מכך, מוצרים ושירותים ציבוריים שמומנו בעבר באמצעות מיסים כלליים, מממנים היום בידי בעלי המקרקעין באופן ישיר. [...]

אנו סבורים שיש לפרש את מוסד ההפקעה ללא פיצוי לאור תופעות אלו. על כן, יש לדחות הן את נימוק ההשבחה, שקושר את שיעור ההפקעה המותר ללא פיצוי למידת ההשבחה ליתרת המקרקעין; הן את נימוק המיסוי או הנשיאה בנטל, שאינו מציב כל דרישה לקשר בין שיעור ההפקעה ללא פיצוי ומטרתה, לבין צרכי הציבור הדרושים לפיתוח המקרקעין שנפגעו מההפקעה. הרציונל הראוי לכללי ההפקעה ללא פיצוי הוא הבטחת מימון שוויוני של השירותים הציבוריים הדרושים לפיתוח המקרקעין, בידי בעלי המקרקעין שיצרכו אותם. רציונל זה מניח הכרעת מדיניות לפיה רצוי שבעלי מקרקעין יממנו בעצמם את הוצאות הפיתוח וחלק גדול מצרכי הציבור הדרושים לפיתוח זה. ניתן להתווכח אם מדיניות כזו רצויה, אך אין לאמר שהיא בלתי סבירה. אם מאמצים מדיניות זו, יש ליישמה באופן צודק, על ידי הבטחה שהנטל יחולק בצורה שוויונית בין בעלי המקרקעין".³³

51. לוינסון-זמיר קובעת מספר עקרונות מנחים ליישום המדיניות, לפיהם: שימושים שנועדו בעיקרם לשרת

שכונה מסוימת עשויים להצדיק הפקעה ללא פיצוי מתושבי אותה שכונה, גם אם אנשים אחרים יוכלו

להשתמש בהם; יש לייחד את ההפקעות ללא פיצוי להספקת צורכי הציבור הנדרשים באופן שכיח בכל אזור

מהסוג שאליו משתייך האזור שבו מבוצעת ההפקעה (למשל: באזור מגורים, צורכי הציבור הנדרשים באופן

³² לוינסון-זמיר, עמ' 166-167.

³³ לוינסון-זמיר, עמ' 186-187.

שכיח הם כבישים פנימיים, גן ציבורי, בית ספר ומרפאה; באזורים מסחריים – שטחי חנייה ומערכת כבישים מפותחת; וכן ביחס לצפיפות הבנייה המתוכננת.³⁴ הכלל הוא כי הפרטים שמהם הופקעו המקרקעין יהיו הצרכנים העיקריים של מטרת ההפקעה ושנטל ההפקעה יחולק בשווה ביניהם.³⁵

52. לוינסון-זמיר מדגישה כי עקרון השוויון במימון שונה מנימוק ההשבחה, וכי יש בו כדי להצדיק הפקעה ללא פיצוי אף בנסיבות שבהן אין השבחה ליתרת הקרקע:

“על פי עקרון השוויון, אין הכרח שתתקיים השבחה ליתרת המקרקעין בשיעור דומה לערך הקרקע שהופקעה ללא פיצוי. צרכי ציבור כמו בית ספר, גן ילדים או מגרש ספורט שכונתי אינם גורמים להשבחת המקרקעין הגובלים עמם, ובכל זאת הם עשויים להצדיק רכישה ללא פיצוי לפי עקרון השוויון במימון.³⁶ [...]”

עקרון השוויון במימון משקף החלטת מדיניות לפיה כל בעל מקרקעין חייב לשאת בחלקו היחסי במימון צרכי ציבור מסויימים הדרושים לשימוש שלו במקרקעין. הפגיעה הנגרמת לפרט היא פגיעה מכוונת, ובכך היא נבדלת מרוב פגיעות התכנון האחרות, שבהן הפגיעה היא אך תוצאה לוואי של הוראות שמטרתן שונה. התנאים שהצבנו לעיל מבטיחים שמדיניות זו תיושם בצורה כללית ואחידה ושישמר השוויון בין בעלי המקרקעין. בנסיבות אלו, ניתן להצדיק אי-מתן פיצוי על ההפקעה.³⁷”

53. לעומת זאת, נימוק השוויון במימון צוין בעניין רוטמן (בנוסף לנימוק ההשבחה) כנימוק לתמיכה בהטלת חובה לשלם פיצויי הפקעה נאותים ומלאים:

“הפקעת חלקת מקרקעין לטובת הכלל, בלא לשלם פיצוי מלא בגינה, משמעותה שבעל הקרקע המופקעת נושא בנטל מימון של שירותים שאינו מוטל באופן שווה על כל חברי הקהילה האחרים – אלה שהתמזל מזלם וחלקותיהם לא סומנו בידי הרשות כדרושים לצורכי ציבור ולכן לא הופקעו. הפקעה ללא פיצוי מטילה אפוא על בעל הקרקע לממן – בסכום השקול לשוויו של הפיצוי שאינו משולם לו – שירותים ציבוריים שגם אחרים נהנים מהם, בלא שאותם אחרים נדרשים לשאת בנטל מקביל. הדבר דומה, בשינויים המחויבים, להטלת מס בשיעור שונה על פרטים שאין ביניהם כל שוני רלוונטי. ברי כי תוצאה כזו אינה הוגנת, פוגעת בעיקרון השוויון ואף מחלקת מחדש את העושר בחברה בצורה שרירותית ובאופן שאינו מתיישב עם עקרונות ראויים של צדק חלוקתי (ראו דברי השופט ד' ביניש בע"מ 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים", פ"ד ס 230, 252-253 (2005) (להלן: עניין ויטנר); לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 109-106, 127-129, 131-135, 148; דגן-פרשת דרכים, בעמ' 135-136).”

(עניין רוטמן, סעיף 74).

54. נימוק האחריות החברתית של הקניין (חלוקה מחדש)

עם זאת, דברים אלה שהובאו בעניין רוטמן מניחים כי פרטים אחרים בחברה אינם נדרשים לשאת בנטל מקביל, ואינם מתייחסים לאפשרות לבחון את תרומתם של הפרטים השונים לחברה, ואת ההנאות השונות שיפיקו מצורכי הציבור, לאורך זמן. דגן סבור כי יש לאמץ "גישה הבוחנת את הנטל העודף המוטל על הפרט בראי האידיאל הקהילתני של הדדיות ארוכת טווח" (דגן- על פרשת דרכים, עמ' 138).

³⁴ לוינסון-זמיר, עמ' 187-189, עמ' 197.

³⁵ לוינסון-זמיר, עמ' 191.

³⁶ לוינסון-זמיר, עמ' 196.

³⁷ לוינסון-זמיר, עמ' 197.

"ישנם מקרים [...] שבהם דווקא כלל של פיצוי מלא עלול להסיט את הרשות מדרך הפעולה היעילה. כאשר מדובר בתוכניות המיועדות לשיפור כללי של רווחת התושבים, לא כל התועלת הציבורית שפעולת הרשות מניבה מגולמת בכספים הזורמים לקופתה; לפיכך, לפחות בתנאים של מחסור במקורות מימון נוחים חלופיים, כלל של פיצוי מלא עלול להרתיע את הרשות מביצוען הרצוי של תוכניות מועילות."³⁹

56. דגן מבקר את "הגישה הדווקנית", לפיה כל אימת שהנטל שתכנית הרשות מטילה על בעל המקרקעין אינו פרופורציונלי ליתרון שהוא עצמו מפיק מאותה תכנית, הוא זכאי לפיצוי.⁴⁰ לעמדתו, יש להתחשב גם בשיקולים של אחריות קהילתית וצמצום (או אי-הרחבה) של פערים בין חזקים לבין חלשים בחברה, וזאת מבלי להפחית בצורך להתחשב גם במידת חוסר הפרופורציונליות בחלוקת הנטל.⁴¹ לדעתו, ההתחשבות בשיקולים אלה אפשרית גם במסגרת הדין הקיים וגם לאור זכות הקניין הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן קיימות תפיסות שלפיהן מוסד הקניין הוא גם מקור של חובות ואחריות כלפי אחרים, וככולל את הדאגה לפיזור היחסי של המשאבים בחברה.⁴²

57. אליבא דדגן, בנוסף לשיקול הפרופורציונליות בחלוקת הנטל, יש לשקול את שיקול ההדדיות. במסגרת שיקול ההדדיות מופנם שיקול האחריות הקהילתית. מאחר שבעל המקרקעין הנפגע הוא חבר בקהילה, הנהנה באופן שוטף מיתרונות רבים הנובעים מתכניות אחרות של אותה קהילה, שעבורם אין הוא נדרש לשלם במישרין, ראוי להטיל עליו גם חובות ביחס לקהילה. כל עוד בחשבון ארוך-טווח אין המאזן הקהילתי הכולל מופר באופן גס, וכל עוד הנטל העודף המוטל על פרט פלוני אינו חריג בגודלו, מתן פיצוי חשוב פחות ואף עצם הדרישה להתחשבות היא בעייתית.⁴³

"בני אדם נטועים בקהילה חברתית ובקשרי גומלין מתמשכים אחרים של 'תן וקח'. מערכות יחסים אלה מהוות (לפחות במידה מסוימת) מקור נורמטיבי ראוי של חובות כלפי אחרים אשר חיים, עובדים או מושפעים בדרך אחרת מרכושם גם אם חובות אלה אינן מעוגנות בהתחייבויות רצוניות שבני האדם נטלו על עצמם או בעובדה שיש בעמידה בחובות אלה כדי לספק להם, כפרטים, יתרונות מיידיים שווי ערך. עצם ההשתייכות לקהילות מטילה אחריות מיוחדת. לפיכך, גם הבעלות במקרקעין [...] נתפסת לא רק כמקור לזכויות, אלא גם כבסיס לאחריות מיוחדת כלפי הקהילה וכלפי יתר החברים בה. תדירות, אחריות זו באה לכלל ביטוי במגבלות שונות המוטלות על אדנותם של בעלי מקרקעין (למשל, ביחס לשימושים שיעשו בהם) לטובת האינטרס החברתי. במקרים אחרים היא באה לכלל ביטוי בכך שאין זה ראוי לפצות בעל מקרקעין פלוני בגין נטל מסוים המוטל על מקרקעיו (או בגין נגיסה מסוימת בהם) לטובת קידומו של אינטרס הכללי. מבחן ההדדיות, כפי שתואר לעיל, מנסה להתוות גבול עדין זה של אחריות קהילתית שאינה גולשת לפגיעה מופרזת באינטרס הפרטי."⁴⁴

³⁸ חנוך דגן, "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין", עיוני משפט כא (תשנ"ח), להלן: "דגן".

³⁹ דגן, עמ' 495.

⁴⁰ דגן, עמ' 497.

⁴¹ דגן, עמ' 499.

⁴² דגן, עמ' 520-524.

⁴³ דגן, עמ' 502-503.

⁴⁴ דגן, עמ' 503-504.

58. גם בהשוואה לדיני המס, סבור דגן כי דיני הנטילה השלטונית פולשניים פחות, ופוגעים פחות בחירות הפרט.⁴⁵ לכן, סבור דגן כי "אין מקום לרתיעה חזקה מדי מהשימוש בדיני הנטילה השלטונית כאמצעי להשגת התכלית של צמצום (או למצער, אי-הרחבה) של הפערים בחברה, ובלבד שתכלית זו אכן ניתנת להשגה באמצעי זה".⁴⁶
59. דגן סבור כי בקביעה אם הפגיעה בנפקע היא סבירה, אין להתבסס באופן בלעדי על המבחן של אחוז ירידת הערך. לדעתו, בחינת סבירות הפגיעה צריכה להיעשות בראי כלל השיקולים החלוקתיים, דבר המחייב את בירור שאלות הפרופורציונליות וההדדיות שאינן משתקפות במבחן של אחוז ירידת הערך. כמו כן, מבחן אחוז ירידת הערך אינו בוחן את מצבו הכלכלי הכולל של נפגע הנטילה השלטונית, ואינו משווה אותו למצבים של הנהנים מאותה נטילה ושל נפגעים פוטנציאליים שהצליחו להסיט מעצמם את הפגיעה.⁴⁷ לצורך בחינת סבירותם של נזקי תכנון, לרבות הפקעות, יש להתבסס גם על דרישת ה"צדק", שבמסגרתה מופעל מבחן סובייקטיבי על בסיס הנסיבות המיוחדות של הנפגע, לצורך השגת שוויון מהותי – כזה המתחשב במצבו הכלכלי ובכוחו החברתי-פוליטי של הנפגע.⁴⁸
60. יצוין כי דגן סבור, כי לעתים יהיה מקום לשיקול האחריות החברתית אף כאשר צורכי הציבור שההפקעה נעשית בגינם הם עירוניים, אזוריים או אפילו ארציים.⁴⁹ זאת, תוך התחשבות בזהות הקהילה שההפקעה נשוא הדיון מיטיבה עמה (שימוש קהילתני מול שימוש כללי), ובאופי השימוש בקרקע עובר להפקעה (מקרקעין חליפיים, ששימשו להשקעה בלבד, מול מקרקעין מכוונים, ששימשו למגורים או לעסק עיקרי).⁵⁰ שני גורמים אלה יקבעו את גובהה של סמכות ההפקעה שתיחשב כלגיטימית באותו עניין. גם בדברים אלה של דגן ניתן למצוא הד להצעות שעלו כבר בעת חקיקת הפטור לראשונה, ליצור דיפרנציאציה בשימוש בסמכות בסיטואציות שונות.
61. הנשיא ברק, בדבריו בעניין הולצמן (בסעיפים 7-8 לפסק דינו), הכיר במשקלה של האחריות החברתית של הקניין – אולם קבע, כי כאשר מופקעת חלקה בשלמותה, הפחתת 40% מהפיצוי "מנצלת את האחריות החברתית של הקניין מעבר למידתיות הנדרשת".

⁴⁵ דגן, עמ' 511.

⁴⁶ דגן, עמ' 513.

⁴⁷ דגן, עמ' 515-516.

⁴⁸ דגן, עמ' 516-517. יצוין כי דגן מפנה אל מבחני הצדק הקבועים בסעיף 200 לחוק התכנון, העוסק במקרים שבהם לא יינתן פיצוי בגין ירידת ערך מקרקעין בעקבות אישור תכנית לפי סעיף 197 לחוק התכנון, ובהקשר של הפקעות ללא פיצוי – אל העובדה שמדובר בסמכות רשות.

⁴⁹ דגן- על פרשת דרכים, עמ' 138.

⁵⁰ שם, עמ' 141-142.

62. חשוב לציין, כי מלשון סעיף 20(2)(ב) לפקודה, הקובע כי "לא ישתלמו פיצויים", ניתן ללמוד כי מדובר בסמכות חובה. כלומר, השאלה אם ישתלמו פיצויים כאשר מופקעים עד 40% משטח המגרש, למטרות המנויות בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון, אינה מסורה לשיקול דעת הוועדה.

63. השופט ברק, בדבריו בעניין פייצר, היה סבור כי "לא רק שהמחוקק קבע הוראה באשר לשלילת הפיצוי, אם ההפקעה היא כדי שיעור רבע המגרש, אלא קבע הוראה מפורשת על הפחתת הפיצוי, אם השיעור עולה על רבע המגרש" (עניין פייצר, עמ' 656).

64. ניתן ללמוד מסקנה זו גם מהדברים שנאמרו בעניין רוטמן ביחס להוראת ההפחתה המקבילה שהייתה קבועה בפקודת הדרכים. בעניין רוטמן (בסעיף 109) נקבע:

"סבורני כי יש לפרש את הוראות ההפחתה באופן שהסמכות להפקיע בפיצוי מופחתת הקבועה בסיסה [צ"ל "סעיף" – ש.ג.] 7 רישא ובסעיף 8(1) לפקודת הדרכים תתפרש כסמכות חובה [...]".

65. בקריאה כזו תומכות גם אלתרמן (בעמ' 193), אף שהיא סבורה כי יש לקריאת הפטור כסמכות חובה השפעות בלתי-רצויות עבור התכנון העירוני, מאחר שיש בה כדי להגביל את גמישותו של כלי ההפקעה בביצוע תכניות; ולוינסון-זמיר (בעמ' 202-203), הסבורה כי כאשר מתקיימים כל התנאים לאי-תשלום הפיצוי על פי גישתה (המפורטת לעיל), הוראה זו מוצדקת, מבטיחה שוויון ומונעת העדפה פסולה. להשקפתה,

"ניתן יהיה לתת פיצוי על הפקעה הנעשית לאחת המטרות במנויות בסעיף 190(א)(1) רק אם לא מתקיים תנאי מהתנאים המתחייבים מעקרון השוויון במימון. לפיכך, יהיה מקום לשלם פיצוי כשמטרת ההפקעה איננה לשרת את צרכי הציבור השכונתיים (כגון כביש בין-עירוני); כאשר אין פרופורציה בין הרכישה לבין היזקקותו של בעל המקרקעין לשימוש המיועד בקרקע המופקעת; או כאשר שאר הנהנים מהשירות לא השתתפו כלל בעלותו. הכוח להפקיע ללא פיצוי הוענק כדי להשיג מטרות שונות מהמטרות שלמען צריך להעניק פיצוי מלא."⁵¹ (ההדגשות הוספו, ש.ג.).

66. לגישה כזו ניתן למצוא סימוכין בקביעות בית משפט נכבד זה בפסק הדין בע"א 7368/06 **דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה, מר צבי גוב-ארי** (27.6.2011, פורסם בנבו; להלן: "**עניין דירות יוקרה**"), שקבע ביחס למתן פטורים מתשלומי חובה (באותו עניין – היטלי פיתוח) שלא על פי ההסדר הקבוע בדין, כי הוא מנוגד לדין ולעיקרי המינהל התקין, פותח פתח להפליה ולשחיתות, ויש בו כדי להיטיב עם האחד, וכדי להעמיס נטל נוסף על האחר לצורך סיפוק צרכי הכלל (שם, בסעיף 38, 65). באותו אופן, משניתנה לוועדה המקומית הסמכות להפקיע ללא פיצוי, תוך הגדרת התנאים שבהם תתקיים (הפקעה למטרות המנויות בסעיף, שאינה נופלת בגדר הסיפא לסעיף), אין היא רשאית לוותר על סמכות זו במקרה כזה או אחר.

⁵¹ לוינסון-זמיר, עמ' 203.

67. יחד עם זאת, חשוב לציין כי נוסח סעיף 20(א) לפקודת הקרקעות, מתייחס לשטח "שאינו עולה על רבע", ובהתאמה לסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון – אינו עולה על 40%. כפי שנקבע בעניין פרי הארץ, "ארבעים האחוזים הם אך ורק בגדר ציון תקרה, המהווה את השיעור המרבי המותר להפקעה ללא תשלום. לא תמיד יהיה אינטרס ציבורי שהרשות תממש את הכוח שניתן לה להפקיע עד 40% ללא תשלום."

68. על בסיס האמור, ניתן לטעון, כי סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון מעניק לוועדה המקומית סמכות שברשות להפקיע עד 40% ממגרש לצרכים המנויים בסעיף;⁵² אולם משהפעילה סמכות זו – היא מחויבת לנכות מסכום הפיצוי את שיעור ההפקעה שבוצעה לצרכים אלה.

69. אמנם, כפי שצוין בעניין רוטמן (בסעיף 75), ייתכן כי חלק מוועדות התכנון נוהגות, כדבר שבשגרה, להפקיע את השיעור המרבי המותר בחוק בלא תשלום פיצוי ואינן מפעילות את שיקול הדעת הנדרש בבחינת מידתיות השימוש בפטור במקרה נתון; אולם, אין ללמוד מכך כי הפטור עצמו, כפי שהוא קבוע בחוק, הוא שיוצר בהכרח את התמריץ הלקוי. החוק קובע שיעור מקסימלי ולא שיעור קבוע, וברי כי בהיות סמכות ההפקעה ללא פיצוי סמכות שברשות, על הוועדה המקומית להפעיל שיקול דעת בהפעלתה, על פי מבחנים של סבירות ומידתיות. כפי שציין כב' המשנה לנשיאה הש' ריבלין בעניין תורה ועבודה, "[...] חזקה על הרשות כי היא תפעל להפקעת קרקעות תוך פגיעה מינימאלית בפרט (ואם היא אינה נוהגת כאמור, כפי שקובע חברי, הרי שהטיפול בכך צריך להתבצע במישור המנהלי) [...]".

70. תיקון 3 לפקודת הקרקעות

ביום 15.2.2010 התקבל בכנסת תיקון 3 לפקודת הקרקעות. כפי שצוין בדברי ההסבר לתיקון,⁵³ הצעת החוק ביקשה לעגן בפקודת הקרקעות ובחקיקה אחרת העוסקת בדיני הפקעות את התיקונים הנדרשים לצורך יישום המלצות הוועדה הבין-משרדית שמינה שר האוצר ביום 16.7.2001. הוועדה הבין-משרדית הגישה את המלצותיה לשר האוצר ביום 31.10.2004, והמלצותיה אושרו (בשינויים) בידי הממשלה בהחלטה מס' 17 מיום 14.5.2006.

71. במסגרת תיקון 3 לפקודת הקרקעות בוטלה פקודת הדרכים, שכללה הסדר של פטור מפיצוי ביחס לרבע הראשון שהופקע מחלקה (סעיף 7 לפקודת הדרכים). כמו כן, במסגרת תיקון 3 לפקודת הקרקעות תוקן באופן עקיף החוק לתיקון דיני הרכישה, התשכ"ד-1964 (להלן: "**החוק לתיקון דיני הרכישה**"). סעיף 13ב, שנוסף במסגרת התיקון לחוק לתיקון דיני הרכישה, קובע:

"על אף האמור בכל דין, החל ביום תחילתו של תיקון מס' 3 (בסעיף זה – המועד הקובע), יחולו הוראות סעיף 20 לפקודת הקרקעות וכן הוראות סעיפים 2, 4 ו-5 לחוק זה, רק על רכישה כמפורט להלן:

⁵² דגן, עמ' 494-495.

⁵³ הצעת חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התשס"ו-2006 (ה"ח 237 בעמ' 414, 5.6.2006).

- (1) רכישה לפי הוראות חוק רכישה שנעשתה לפני המועד הקובע ;
 (2) רכישה לפי הוראות חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, או רכישה בידי רשות מקומית מכוח הרשאה שניתנה לה לפי סעיף 22(2) לפקודת הקרקעות, בין שנעשתה לפני המועד הקובע ובין לאחריו."

76. בדברי ההסבר לתיקון זה⁵⁴ נכתב:

"אף שיש לראות בהפקעה בידי המדינה אמצעי הכרחי לשם קיום צרכים ציבוריים, יש לשאוף לכך שהפיצויים בשל הפקעה כזו יצמצמו את הפגיעה למינימום ההכרחי הנובע מהפקעת הקרקע כשלעצמה, ולכן יש להבטיח כי הפיצוי יהיה מלא. לפיכך מוצע לקבוע כי החל במועד תחילתו של החוק המוצע, לא יהיה שר האוצר רשאי להפקיע קרקע או חלק ממנה בלא מתן פיצויים מלאים. מוצע שלא להחיל הוראה זו על רכישת מקרקעין לפי חוק התכנון והבניה או על רכישת מקרקעין בידי רשות מקומית מכוח הרשאה שנתן שר האוצר לפי סעיף 22(2) לפקודה, וזאת מכיוון שלשינוי ההסדר החל על הפקעות מכוח חוק התכנון והבניה או על הפקעות של רשות מקומית מכוח הרשאה לפי הפקודה השלכות ניכרות על תקציבי הרשויות המקומיות, העשויות למנוע הפקעות הנחוצות לרווחת הציבור. כמו כן בחוק התכנון והבניה קבועים הסדרים מיוחדים, הן לענין יכולתה של הרשות להפקיע (רק לאחר הליכי תכנון מפורטים המייעדים את הקרקע לשימוש ציבורי שניתן להפקיע בעבורו – ר' סעיף 188 לחוק האמור) והן לענין השימוש הציבורי בקרקע המופקעת (הרשות אינה יכולה להשתמש בקרקע אלא לצורך שלשמו הפקיעה אותה, ואם היא מעוניינת למכור אותה לצד שלישי עליה לתת לנפקע זכות קדימה לרכוש את הקרקע ממנה או להשיבה לו – ר' סעיפים 195 ו-196 לחוק האמור)."

77. ההצעה לפיה יישמר הפטור מפיצוי ביחס להפקעות של הוועדה המקומית לפי חוק התכנון, ושל הרשות המקומית לפי פקודת הקרקעות, התבססה על ההבחנה בין הפקעות אלה לבין הפקעות מכוח פקודת הקרקעות ופקודת הדרכים. הנימוקים שניתנו לשימור הפטור היו הצורך למנוע הפחתה בתקציב הרשויות המקומיות, הפחתה שתמנע הפקעות הנחוצות לרווחת הציבור, והוצדקה על בסיס ההסדרים המיוחדים הקבועים בחוק התכנון, שממילא מגבילים את הפטור למקרים של הפקעות מתוכננות בלבד ולמטרות ציבוריות מצומצמות (וידגש כי בשל הפיצוי המלא בגין ירידת ערך הקרקע לפי סעיף 197 לחוק התכנון, בפועל מדובר בפטור החל ביחס לאחוזים בודדים משווי הקרקע בלבד), ועל בסיס המגבלות החלות על שימוש והעברת זכויות בקרקע שהופקעה ללא פיצוי למטרות אלה.

78. הצעת החוק התבססה, כאמור, על דו"ח הוועדה הבין-משרדית משנת 2004, שבו נכתב בהקשר זה כדלהלן:

"הואיל ובחוק התכנון והבניה קבועים הסדרים מיוחדים, הן לענין יכולתה של הרשות להפקיע (רק לאחר הליכי תכנון מפורטים המייעדים את הקרקע לשימוש ציבורי שניתן להפקיע עבורו) והן לענין השימוש הציבורי בקרקע המופקעת (הרשות אינה יכולה להשתמש בקרקע אלא לצורך שלשמו הפקיעה אותה, ואם היא מעוניינת למכור אותה לצד שלישי עליה לתת לנפקע זכות קדימה לרכוש את הקרקע ממנה), והואיל ולשינוי ההסדר החל על הפקעות מכוח חוק התכנון והבניה השלכות ניכרות מאוד על תקציבי הרשויות המקומיות, העשויות למנוע הפקעות הנחוצות לרווחת הציבור, מוצע שלא להחיל הוראה זו על רכישת מקרקעין לפי חוק התכנון והבניה, וכן לקבוע כי הוראה זו לא תחול על רכישת מקרקעין בידי רשות מקומית מכוח הרשאה שנתן שר האוצר לפי סעיף 22(2) לפקודה.⁵⁵"

⁵⁴ שם, עמ' 426-427.

⁵⁵ עמ' 29 לדו"ח הוועדה הבין-משרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. הדו"ח זמין בקישור:

79. במסגרת הדיון בכנסת בסעיף 13ב המוצע לחוק לתיקון דיני הרכישה,⁵⁶ הובהר על ידי עו"ד נטע דורפמן-

רביב, נציגת משרד האוצר:

"בסעיף הזה אנחנו קובעים שהחל מתחילתו של החוק הפחתת הפיצויים של 25 אחוזים לפי פקודת דרכים ומסילות הברזל שמתבטלת או לפי הפקודה של שר האוצר שהיום היא חלה על הפקעות למטרת דרך וגני שעשוע, לא ימשיך לחול סעיף 20 אבל סעיף 20 כן ימשיך לחול, אותו סעיף שמאפשר את הפחתה גם על רכישה שנעשתה לפני תחילתו של החוק שלנו. כלומר, אנחנו לא משנים רטרואקטיבית את פיצויי ההפקעות על הפקעות ישנות וגם הרכישה לפי הוראות חוק התכנון והבנייה או רכישות אחרות של רשות מקומית, בין אם נעשו מהיום והלאה או בעבר, כך שרשות מקומית, אנחנו שוב לא מחילים עליה את ההסדר שמבטל את ההפחתה וממשיכה להיות אפשרות להפחית פיצויים לפי המצב הקיים היום.

[...]

אנחנו אומרים שסעיף 20 לפקודת הקרקעות הוא סעיף שמאפשר לשר האוצר בתנאים מסוימים, שיש לגביהם פרשנות, פרשנות שממשיכה לחול, האם הסעיף הזה מבוטל לגבי הפקעות ישנות והאם הוא מבוטל לגבי הפקעות של רשויות מקומיות. התשובה היא שהפקעות שנעשו בעבר, הסעיף הזה לא מבוטל. כלומר, האפשרות להפחית פיצויים בהתאם לפסיקה מתי מפחיתים ומתי לא, בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לוועדה שמוקמת היום בעניין הזה, ממשיך לחול. אין ביטול אוטומטי של ההפחתה. אם יש היום לפי הפסיקה או לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה תשלום מלא במקרים מסוימים, ההנחיות האלה ממשיכות לחול. זה לא רלוונטי. זה אומר שהביטול של סעיף 20 לא יהיה לגבי הפקעות אלה.

בנוסף, חשוב יותר הוא שהפקעות של רשויות מקומיות שגם הן מופנות לסעיף 20 בשינוי מ-30 [צ"ל 40 – הח"מ] אחוזים ולא 25 אחוזים, ההפניה הזאת ממשיכה להיות בתוקף למרות שלא ביטלנו את סעיף 20 כי אני לא יכולה לבטל אותו כי יש הפניה אליו בחוק התכנון והבנייה. סעיף 20 ממשיך לחול לגבי הפקעות של רשויות מקומיות, כלומר, שם ממשיכה להיות ההפחתה של 40 אחוזים. הוא לא ממשיך לחול על הפקעות חדשות והתחולה שלו על הפקעות ישנות היא בהתאם לתחולה שלו היום. כלומר, ככל שמפעילים את אותו סעיף ובתנאים בהם הוא מופעל, ימשיך להיות מופעל אותו סעיף על אותן הפקעות"⁵⁷ (ההדגשות הוספו, ש.ג.).

80. נוסח התיקון אושר בכנסת בקריאה שנייה ושלישית ביום 8.2.2010.

81. מהמפורט עולה, כי סעיף 13ב לחוק לתיקון דיני הרכישה, שהותיר על כנו את הפטור ביחס להפקעות לפי סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון, הוא פרי החלטה מודעת ומנומקת של הממשלה ושל הכנסת שלא לבטלו – וזאת אף שהפטור מפיצוי על פי פקודת הקרקעות ועל פי פקודת הדרכים בוטל ביחס להפקעות עתידיות. כלומר, מלבד ההגנה הניתנת לפטור מכוח "סעיף שמירת הדינים" שבחוק היסוד, מדובר בהסדר שהמחוקק שב ונתן עליו את דעתו אף לאחר חוק היסוד, ולא מצא לנכון לשנות ממנו. עובדה זו היא בעלת משקל בבוא בית המשפט הנכבד לפרש את הפטור לאור חוק היסוד.

82. בנוסף, וכפי שהודגש בעניין רוטמן עצמו (בסעיף 114), ההכרעה באותו עניין "אינה עוסקת בפרשנותו של תיקון מס' 3 שההסדר הקבוע בו והשיקולים העומדים בבסיסו שונים, ולכן מצריכים בחינה נפרדת".

<http://www.finance.gov.il/karka.htm>

⁵⁶ פרוטוקול מס' 3 משיבת ועדת המשנה של ועדת הכספים להצעת חוק לתיקון פקודת הקרקעות (17.11.2009).

⁵⁷ שם, עמ' 29-30.

83. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, השתלשלות החקיקה ביחס לפטור הקבוע בחוק התכנון מעידה באופן חד-משמעי, כי כוונת הממשלה והכנסת הייתה להותיר את ההסדר הקיים על כנו. האחריות החברתית של בעל הקניין, תפיסת בעל הקניין בנושא גם לחובות כלפי הקהילה, השימוש בדיני ההפקעות כמכשיר לקידום ערכים חלוקתיים ולצמצום פערים בחברה והחשש, כי רשות שיוטל עליה מלוא הנטל תימנע מביצוע פעולות לטובת הציבור בכללותו – כל אלה מטים את הכף לטובת שימור הפטור מפיצוי הקבוע בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון (ר' עניין תורה ועבודה, בסעיף 44), ואת אי-התערבותו של בית המשפט הנכבד בו.

ב. גורמים הממתנים את הפגיעה הנגרמת על ידי הפטור

84. כאשר מבוצעת הפקעה על פי סעיף 188 או סעיף 190(א) לחוק התכנון, ואם מטרת ההפקעה נופלת בגדר המטרות המנויות בסעיף 190(א)(1) לחוק, יחול הפטור. החוק מעניק לבעל מקרקעין שיועדו להפקעה, ו/או הופקעו, מספר כלים המאפשרים לצמצם באופן ניכר את הפגיעה הצפויה בעת ביצוע הפקעה על פי סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון.

85. הגורם הראשון בחשיבותו הוא זכותו של בעל הקרקע לתבוע פיצויים (מלאים) בגין ירידת ערך המגרש לפי סעיף 197 לחוק התכנון. גורם שני, ומוקדם יותר בהליך התכנון, הוא האפשרות לתקוף את ייעוד הקרקע לצורכי ציבור ולהפקעה כבר במסגרת הליכי התכנון. בנוסף לאלה, יכולה לחול "הגנת היתרה", שתזכר גם להלן, השוללת הפקעה של חלק מחלקה מקום שלא ניתן לעשות שימוש סביר ביתרה, והפגיעה אינה ניתנת לפיצוי. בנוסף לאלה, קובע חוק התכנון (יחד עם פקודת הקרקעות) מנגנון נוסף המאפשר קבלת פיצויים, בהתאם לנסיבות – הידוע כ"פיצויי סבל".

86. תביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון

מאחר שהפקעות לפי חוק התכנון מותנות בייעוד הקרקע לצורכי ציבור בתכנית, עומדת לבעל הקרקע האפשרות לתבוע פיצויים בגין ירידת ערך הקרקע כבר בשלב ייעודה לצורכי ציבור ו/או להפקעה בתכנית, על בסיס סעיף 197 לחוק התכנון, הקובע:

"(א) נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200.

(ב) התביעה לפיצויים תוגש למשרדי הועדה המקומית תוך שלוש שנים מיום תחילת תקפה של התכנית; שר האוצר רשאי להאריך את התקופה האמורה, מטעמים מיוחדים שיירשמו, אף אם כבר עברה התקופה".

87. הפסיקה והספרות פירשו את סעיף 197 לחוק התכנון כמאפשר לתבוע פיצוי על עצם ייעוד הקרקע להפקעה. כתוצאה מכך, נוצר הליך פיצוי דו-שלבי: בשלב הראשון ניתן פיצוי על ההפרש בין ערך החלקה לפני הייעוד להפקעה ולאחריו. בשלב השני, כשמבוצעת ההפקעה עצמה, ניתן פיצוי על יתרת הערך שנלקחה, כלומר על אבדן מקרקעין המיועדים להפקעה.⁵⁸

88. הפסיקה קבעה, כי במסגרת הפיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון, שהוא כאמור הפיצוי המשמעותי יותר, לא ניתן לנכות 40% מסכום הפיצוי כפי שניתן לעשות במסגרת פיצויי ההפקעה (ע"א 474/83 הוועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים, ראשון לציון נ' עזרא חממי, פ"ד מא(3) 370, 379 (1987)).

89. בדרך כלל, רובה של הפגיעה הכלכלית בבעל הקרקע מתרחשת בשלב הראשון, שבו משנים את ייעוד הקרקע לצורכי ציבור. על פגיעה זו צריכה הרשות לשלם פיצוי מלא. בשלב השני, שלב ההפקעה, יש לפצות רק על רכיב הרכישה הכפויה של המקרקעין עצמם, לפי ייעודם הציבורי החדש, שערכו נמוך יחסית. מכיוון שניתן להפעיל את כללי ההפקעה ללא פיצוי רק על יתרת הערך שנותרת בשלב השני, הרשות יכולה להימנע ממתן פיצוי רק לגבי ערך הקטן במידה ניכרת מ-40% מהשווי המקורי של החלקה.⁵⁹ מובן כי בכך מתמתנת באופן ניכר הפגיעה הפוטנציאלית מהפטור הקבוע בסעיף 190(א) לחוק התכנון. כפי שצוין בעניין רוטמן (בסעיף 99; ההדגשה הוספה, ש.ג.):

“חוק התכנון והבניה מאפשר לשלם פיצויי הפקעה מופחתים לשימושים שבהם הוא נוקב. אלא שבניגוד להפקעה מכוח פקודת הקרקעות או פקודת הדרכים, החוק מפחית את שיעור הפיצוי בשיעור של עד 40% (סעיף 190(א)(1) לחוק). לכאורה זו פגיעה בשיעור גבוה יותר מהפגיעה שמאפשרות הפקודות. דא עקא שפוטנציאל הפגיעה של הסדר זה בבעל הקרקע המופקעת קטן מזה של ההסדר הקבוע בפקודות ההפקעה. כמפורט בפסקאות 24-27 לעיל, הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה היא הפקעה דו-שלבית אשר מזכה את בעל הקרקע ברובו המכריע של הפיצוי כבר בשלב הפגיעה התכנונית. הפיצוי בגין ההפקעה גופה מכוח החוק קטן משמעותית מהפיצוי שמשולם בשלב הפגיעה התכנונית. זאת משום שהפיצוי בשלב השני מחושב לפי שווי הקרקע לאחר שינוי הייעוד. מכאן שהוראת ההפחתה שבחוק התכנון והבניה שוללת פיצוי בגין אחוזים בודדים בלבד, ואילו פקודות הקרקעות שוללות פיצוי בשיעור גבוה משמעותית אם ההפקעה נעשתה מכוחם בלא תוכנית” (עניין רוטמן, סעיף 99).

90. משמעות הדבר היא, כי למעשה, השאלה שלגביה התבקשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה מתייחסת לפטור מפיצוי בשיעור של אחוזים בודדים משווי הקרקע, במקרה שיתרת החלקה לא הושבחה. כפי שהוזכר בקצרה לעיל, בעניין הורוויץ (בסעיף 13) נקבע (בהקשר של סעיף 200 לחוק התכנון) כי פגיעה כזו עשויה להיחשב כסבירה לאור האיזונים בין זכות הקניין של הפרט לבין חובתו כלפי הקהילה:

“ביסוד האינטרס הציבורי הגלום בסעיף 200 לחוק מונח, אם כן, גם שיקול חברתי, ושיקול זה מוביל לדחיית פרשנות לפיה תנאי הסבירות עניינו בפגיעות של מה בכך. ערכם של מקרקעין מוקנה להם ברגיל בהתאם לשימושים שניתן לעשות בהם, ואלה נקבעים בחברה מודרנית על פי תכניות מתאר הנקבעות על ידי רשויות התכנון. לעיתים קרובות עולה ערכם של מקרקעין בעקבות

⁵⁸ לויןסון-זמיר, עמ' 244.

⁵⁹ לויןסון-זמיר, עמ' 245-246.

פיתוח הנעשה על ידי הציבור. מפיתוח זה מפיק בעל המקרקעין רווח ניכר, ממנו הוא נדרש לשלם אך חלק בתשלום היטל השבחה. לעיתים, פיתוחם של מקרקעין כרוך גם בנטילת חלק מן המקרקעין לצרכים ציבוריים שונים, כגון סלילת כבישים, הקמת מבני ציבור ולעיתים כרוך הפיתוח בשינויים תכנוניים שאין עימם נטילת המקרקעין ואשר מפחיתים מערכם. לא ניתן לכמת באופן מתמטי את היתרונות שמפיק בעל מקרקעין עקב היותו חבר בקהילה אל מול העלויות הכרוכות בכך. מתוך רעיון זה, שאין לאדם זכות, כי ערך מקרקעיו אך יעלה כתוצאה מפתוח בידי הציבור, אלא כרוכה בהחזקת מקרקעין גם חובה כלפי הציבור, קובע המחוקק כי אין אדם זכאי לפיצוי בגין כל נסיגה שנסוג ערך מקרקעיו, וכל פגיעה שהוסבה להם. כל עוד פגיעה זו אינה בלתי פרופורציונית ואינה בלתי צודקת, על בעל המקרקעין לספוג עלות זאת כחלק מהמחיר שהוא משלם על היותו חבר בקהילה".

91. תקיפת שינוי ייעודה של הקרקע לצרכי ציבור ולהפקעה במסגרת הליכי התכנון

סעיף 188(א) לחוק התכנון מסמיק את הוועדה המקומית להפקיע מקרקעין שנועדו בתכנית לצרכי ציבור. הסמכות לייעד מקרקעין לצורכי ציבור בתכנית מפורטת היא ככלל בידי מוסדות התכנון המוסמכים לכך (הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, הוועדה לתשתיות לאומיות והוועדה הארצית לתכנון ולבנייה של מתחמים מועדפים לדיוור; ור' סעיפים 62(א)(א)(3) ו-19) לעניין סמכות ועדה מקומית להגדיל שטחים שנקבעו בתכנית בת תוקף לצורכי ציבור או לקבוע הוראות לעניין הפקעה שנקבעה בתכנית, וסעיפים 62(א)(1א)(5) ו-6) לעניין סמכות ועדה מקומית עצמאית לעניין זה, כאשר לא קיימת תכנית כוללת או כל עוד אין סתירה להוראותיה).

92. לרוב, לצד הוראה בתכנית בדבר ייעוד מקרקעין לצרכי ציבור, ייקבע בתכנית כי שטחים המיועדים לצורכי ציבור יופקעו על ידי הוועדה המקומית ויירשמו על שם הרשות המקומית (ר' סעיפים 189 סיפא ו-26 לחוק התכנון).

93. לאחר הפקדת תכנית, רשאי כל הרואה את עצמו נפגע ממנה להגיש התנגדות (סעיף 100 לחוק התכנון). במסגרת זו, רשאי גם בעל מקרקעין, שהוראות התכנית מייעדות שטחים שבבעלותו לצורכי ציבור ולהפקעה, להתנגד להוראות אלה. בין היתר, אם סבור בעל המקרקעין כי ייעוד שטחו, במלואו או בחלקו, להפקעה פוגע בו באופן בלתי-מידתי, באפשרותו להעלות טענה זו בפני מוסד התכנון על מנת שזה ישקול אם ניתן לצמצם את הפגיעה, בין אם על ידי ביטול ההפקעה, בין אם על ידי צמצום שטח ההפקעה, אם הדבר אפשרי נוכח המטרה הציבורית המיועדת, ובין אם על ידי "פיזור" הנזק בין בעלי מקרקעין אחרים בתכנית, כך שהפגיעה שתיגרם לכל אחד מהם תהיה קטנה ושוויונית יותר.

94. בית המשפט הנכבד התייחס לחשיבותו של שלב תכנון ההפקעה בע"מ 1975/01 **הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כרמיאל נ' רובינשטיין**, פ"ד נו(6) 638, 656 (2002) (להלן: "**עניין רובינשטיין**"), שדן בשאלת המועד הנכון להעלאת טענת "הגנת היתרה":

"כידוע, תהליך ההפקעה על-פי חוק התכנון והבניה מורכב משני שלבים הכרחיים: בשלב הראשון, הוא שלב התכנון, נקבעת הנורמה, ובעת קביעת הנורמה – אישור התכנית – נחתך בדרך-

כלל גורל ההפקעה. השלב השני – ההפקעה בפועל – הוא בגדר שלב הביצוע בלבד, השלב שבו יוצאת ההפקעה המיועדת מן הכוח אל הפועל. לפיכך השלב המכריע מבין השניים לעניין ביטול אפשרות ההפקעה הוא השלב הראשון. בשלב זה נקבע ייעוד המקרקעין להפקעה, נקבע היקף ההפקעה המיועדת, ונקבעת גם התכלית – הצורך הציבורי שלשמו נדרשת הפקעת הקרקע. בשלב מכריע זה נקבע לכאורה גורל המקרקעין: מוצגת עמדתם של יזמי התכנית, נשקלים השיקולים הרלוונטיים, ואף ניתנת אפשרות להגשת התנגדויות מצד בעלי הזכויות במקרקעין ומצד גורמים אחרים הרואים עצמם נפגעים מהתכנית. בסופו של הליך התכנון מאושרת תכנית המיתאר שאמורה לבטא את האיזון הנאות בין האינטרסים והצרכים השונים של הגורמים הרלוונטיים. מטבע הדברים, לאחר אישור התכנית וכניסתה לתוקף נוצרת הסתמכות מצד הגורמים הנוגעים בדבר, המתבססים על הוראותיה ופועלים בהתאם לכך (ראו לעניין זה דברי השופט אור בע"א 2665/96 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה, בעמ' 142) (עניין רובינשטיין, עמ' 657).

95. אפשרותו של בעל המקרקעין למתן או לבטל את הפגיעה בו, במסגרת הליכי התכנון ותביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון מותנית, כמובן, במיצוי ההליכים הנ"ל על ידיו, בתוך התקופות שנקבעו לכך בחוק. פגיעה הנגרמת בשל אי-מיצוי הליכים אלה, אינה צריכה להיזקף לחובת הוועדה המקומית, או לשלול את זכותה לפטור מפיצוי לפי סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון.

96. פיצויי סבל

בדומה להסדרים שנקבעו בפקודת הדרכים ובפקודת הקרקעות, קיים גם בחוק התכנון מנגנון המאפשר פנייה לשר הפנים בבקשה לפיצויי סבל, במקרה שבו עשתה הרשות שימוש בפטור מתשלום פיצויים בגין חלק ממגרש.

97. סעיף 20(2)(ג) לפקודת הקרקעות קובע:

"למרות הוראותיהן של הפסקאות (א) ו-(ב) שלעיל, מותר לשר האוצר להעניק - לפי ראות עיניו, אם נקבע כדי הנחת דעתו, שהצמצומים שהוטלו בכל אחת מן הפסקות ההן, יגרמו סבל - אותם פיצויים או פיצויים נוספים, שיראה אותם נכונים בהתחשב בכל נסיבות המקרה."

וסעיף 190(א)(2) לחוק התכנון, בנוסחו העדכני, קובע:

"שר הפנים, בהסכמת שר האוצר, רשאי להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים בנסיבות שבהן היא רשאית לשלם לפי סעיף 20(2)(ג) לפקודה האמורה."

98. במהלך השנים יצקה הפסיקה תוכן לנסיבות שבהן ניתן לפנות לשר הפנים בבקשה לקבלת פיצויי סבל (ר' הסקירה בעניין רוטמן, בסעיף 47): נסיבות של הפקעות חוזרות ונשנות (שהיו מותרות עד לחקיקת החוק לתיקון דיני הרכישה), כפי שנקבע בע"א 336/59 **יהושע בידרמן נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד טו 1681, 1690 (1961); כאשר ההפקעה גרמה לעוול, שכן היתרה אינה ניתנת לניצול בשל היותה קטנה או צרה מדי, כפי שנקבע בע"א 439/72 **מיכקשווילי נ' מדינת ישראל**, פ"מ כח(1) 533, 537-536 (1974); כאשר יתרת הקרקע אינה מושבחת, כפי שנקבע בעניין פייצר (בעמ' 657); וגם בנסיבות סובייקטיביות-אינדיבידואליות שבהן העוול נגרם לבעל המקרקעין עצמו, בין היתר בעקבות הפקעת שטח שלו ערך אישי מיוחד או כשהבעלים לא

ייהנו מעליית ערך היתרה, כפי שנקבע בבג"ץ 839/86 **לופט נ' שר הפנים**, פ"ד מב(2) 157, 166 (1988) ובעניין הולצמן (עמ' 643-644).

99. ראוי להזכיר את עמדת השופט (כתוארו אז) ברק בעניין פייצר (בדעת יחיד לעניין זה), שתמך באופן עקרוני בנימוק ההשבחה כמצדיק את הפטור מתשלום בגין ה-40% הראשונים מחלקה, אך ציין כי זוהי הצדקה כללית, שכאשר אינה מתקיימת במקרה הספציפי, עומדת בפני הנפקע האפשרות לבקש פיצויי סבל על פי המסלול שנקבע בסעיף 20(2)(ג) לפקודת הקרקעות:

"יש לזכור, כי זו ראציונאליזציה טיפוסית וכללית ולא אקטואלית ואינדיווידואלית. לא בכל מקרה של הפקעת רבע חלה השבחה של היתרה. אכן, המחוקק עצמו צפה את האפשרות, כי הפקעת רבע מהמגרש לא רק שלא תביא "לאיזון כלכלי" שבין נזק לתועלת, אלא אף עלולה להביא לסבל (*hardship*) לבעל המגרש. בנסיבות אלה הוסמך הנציב העליון – כיום שר האוצר – להעניק פיצויים לבעל המגרש (סעיף (c) 20(2) לפקודה). על כן, אפילו גורמת הפקעת רבע מהמגרש נזק כספי בלא כל השבחה בצדה – ואפשרות זו הופכת לממשית עם הרחבת עילות ההפקעה האמורה – אין בכך כדי לשלול את כוח ההפקעה. הוא הדין, אם מופקע למעלה מרבע המגרש, והוא הדין, אם מופקע המגרש כולו. תרופתו של בעל מגרש בנסיבות אלה היא בפנייה לשר האוצר, ואם השר סבור, על פי שיקול דעתו, כי אכן נגרם סבל, הוא יורה על תשלום פיצויים נוספים, שיראה אותם נכונים בהתחשב בכל נסיבות המקרה."⁶⁰

100. מנגנון פיצויי הסבל מעניק לשר הפנים שיקול דעת רחב להעניק פיצויים במקרים שבהם נגרם "סבל" לנפקע. האיזון בין האינטרס הפרטי לצורכי הכלל והקהילה מצוי, אם כן, גם במסגרת מנגנון זה המהווה, לצד האיזונים והמגבלות הנוספים שיוזכרו להלן, השלמה להוראת הפטור הקבועה בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון. ויוזכר, כי הדיון בעניין רוטמן נעשה כל-כולו בהתייחס לשיקול הדעת של השר להעניק פיצויי סבל, ולא בהתייחס להוראת הפטור שהייתה קבועה בפקודת הדרכים.

101. חוק התכנון קובע, אם כן, לצד הפטור מפיצוי, מנגנון המאפשר קבלת פיצויי סבל במקרים שבהם אי-תשלום הפיצוי גורם עוול לבעל המקרקעין. בענייננו, מנגנון זה כלל לא הוזכר בהליכים עד כה וודאי שלא מוצה, אף לא (ככל הידוע) בדרך של פנייה לשר, ויש לתמוה על כך. שכן, בתשובה לשאלת בית המשפט הנכבד שלגביה התבקשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ברור כי לא ניתן להתעלם מהמנגנון הקבוע בחוק והמאפשר פיצוי גם בנסיבות שבהן חל הפטור. כמו כן ברור כי אם ניתן לתקן או לרכך את הפגיעה בבעל המקרקעין בגין הפקעה ללא פיצוי שאינה משביחה את הנותר, באמצעות מנגנון שנקבע בחוק, עדיף לבחור באמצעי זה מאשר לפסול את הפטור מעיקרו או לפרש אותו בצורה מצמצמת שאינה עולה בקנה אחד עם לשונו ותכליתו.

102. בעניין רוטמן, שעסק בפקודת הדרכים ובמנגנון פיצויי הסבל שנקבע בה, נכתב בהקשר זה כדלקמן (בסעיף 109; ההדגשות הוספו, ש.ג.):

"סבורני כי יש לפרש את הוראות ההפחתה באופן שהסמכות להפקיע בפיצוי מופחתת הקבועה בסיפה 7 רישא ובסעיף 8(1) לפקודת הדרכים תתפרש כסמכות חובה; ואילו הסמכות הקבועה

⁶⁰ עניין פייצר, עמ' 657.

בסעיף 7 סיפה לפקודה המסמיכה את השר לשלם פיצויי Hardship תתפרש אף היא כסמכות חובה בנסיבות מסוימות. הטעם לכך נעוץ במבנה המיוחד של סעיפים 7 ו-8(1) לפקודת הדרכים, הכולל מנגנון איזון אינהרנטי לפגיעה בקניינו של הפרט: סמכותו של השר לשלם פיצוי מקום שנגרם Hardship. במילים אחרות: **אין צורך לקרוא סייגים לתוך סמכות ההפחתה של הרשות המפקיעה מקום שקיים מנגנון מובנה המאפשר לרפא את הפגיעה ולהגיע לתוצאה המגשימה את תכלית החקיקה**. בדרך זו הלך השופט ח' כהן בעניין בידרמן. שם כזכור קבע בית המשפט שהפקעות חוזרות ונשנות ללא פיצוי מכוח חיקוקים שונים לבטח מסכות "סבל" לבעל המקרקעין ומחייבות בתשלום פיצוי. השופט כהן סבר שאלמלא הסמכות לשלם פיצויי סבל והנחת המחוקק שמכוחה יתוקן כל עוול שנגרם, היה מקום לפרש את הפקודות על דרך הצמצום, באופן שלא יאפשר הפקעה חוזרת ללא פיצוי, "אך מאחר שהסמכות קיימת, ולפי כל הסימנים לשם כך נוצרה, אין מקום ואין טעם שלא לפרש את הפקודות האמורות כלשונן ופשוטן כמשמען, ולהשאיר את התרופות לתיוקן המעוות בידי הרשויות שהמחוקק הסמיכן לכך" (שם, בעמ' 1690; ראו גם לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 216, הערה 230). **משיקול זה, עדיפה, לטעמי, פרשנות זו של הסמכות ליתן פיצויי סבל, על פני פירוש הוראות ההפחתה כמקנות סמכות שבשיקול דעת** (השוו: לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 213-217; עניין הולצמן, בעמ' 643).

103. היועץ המשפטי לממשלה סבור אף הוא, כי מקום שנקבעה הוראת חוק מפורשת בדבר הפטור, שבאופן מכוון ומודע לא בוטלה על ידי המחוקק במסגרת תיקון 3 לפקודת הקרקעות, אין מקום לצמצמה באופן שתותנה בהשבת היתרה – בייחוד כאשר ממילא קובע החוק גם סייגים שונים לתחולת הפטור, שחלקם לא מוצו, המאפשרים למתן את הפגיעה שתיגרם כתוצאה מההפקעה.

104. למעלה מן הצורך יצוין, כי גם הנימוקים שניתנו בעניין רוטמן, לפיהם סמכות השר להעניק פיצויי סבל לפי פקודת הדרכים הופכת לסמכות חובה בכל מקרה שבו אין השבחה נותר, אינם חלים בהכרח ביחס להפקעות לפי חוק התכנון. הבחנה זו נעשתה במסגרת פסק הדין בעניין רוטמן עצמו. בעניין רוטמן נדונו הפקעות לפי פקודת הדרכים, שמטבען הן הפקעות לשימוש שאינו קהילתי:

"בהעדר השבחה של הנותר, הפקעת חלק מחלקה **לשימוש שאינו קהילתי (וכאלה הן הפקעות מכוח פקודת הדרכים)**, בלא לשלם פיצוי מלא בגינה, פוגעת באופן בלתי מידתי בזכות הקניין של הפרט, וכן פוגעת בעקרון השוויון. היא לא מידתית ולא שוויונית משום שניתן להשיג את תכליתה – פיתוח תשתית תחבורה **לשימושים שאינם מקומיים** – באמצעי שפגיעתו פחותה: תשלום פיצוי מלא המטיל את נטל המימון באופן שוויוני על הכלל (השוו: עניין אבן זוהר, בפסקה 14)."

105. בית המשפט הבהיר, בעניין רוטמן, כי ייתכן שהפחתת פיצוי הגורמת פגיעה מסוימת בבעל הקרקע לצרכים מקומיים תהיה מוצדקת (עניין רוטמן, סעיף 99 ופסק הדין של השופטת ארבל), וכמו כן צוין כי ממילא, לאור האפשרות לתבוע פיצויים בגין הפגיעה התכנונית לפי סעיף 197 לחוק התכנון, ולאור העובדה שהערכת פיצויי ההפקעה תיעשה לפי שווי הקרקע לאחר שינוי הייעוד (ר' לעיל), הפגיעה שתיגרם כתוצאה מהפחתת הפיצוי בהפקעות לפי חוק התכנון תהיה קטנה יותר מזו שתיגרם במסגרת הפקעות לפי פקודת הדרכים:

"הפחתת פיצויי ההפקעה מכוח חוק התכנון והבניה שונה אפוא מהפחתת פיצוי מכוח הפקודות לא רק בשיעור הפגיעה בבעל הקרקע, אלא גם ביחס להצדקה שבבסיס הפחתת הפיצוי: הפקעת קרקע מכוח חוק התכנון והבניה תעשה, לרוב, ברמה המקומית – כלומר, לצורך שימושים קהילתיים (למשל, כביש שכונתי). המחזיקים בגישת הקניין כמוסדות עשויים להצדיק את הפחתת הפיצוי (שהיא כאמור הפחתה של אחוזים בודדים) בשל האחריות החברתית הטמונה בזכות

הקניין. הפקעה מכוח פקודת הדרכים, כפי שנעשתה בענייננו, היא לצורך דרך בין עירונית, כלומר לשימושים כלל ארציים" (עניין רוטמן, סעיף 99).

106. נימוק נוסף מדוע אין להחיל את הלכת רוטמן ביחס לשיקול הדעת של שר הפנים לפי חוק התכנון הוא השיקול התקציבי: אמנם, הסמכות לקבוע כי יש להעניק פיצויי סבל בגין הפקעה לפי סעיף 190(א)(1) היא בידי שר הפנים (בהסכמת שר האוצר), אך סמכות זו היא "להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים", כך שהפיצוי ישולם מקופת הוועדות המקומיות. זאת, בשונה מפיצויים בגין הפקעות לפי פקודת הדרכים, שבהם נושאת המדינה.

107. נקודת האיזון בכל הנוגע ליכולתה של הרשות המקומית לשאת בעלות פיצויי בכל הפקעה לפי חוק התכנון של חלק מחלקה, שאינה משביחה את הנותר, אל מול צורכי הרשות המקומית ותושביה, שונה מנקודת האיזון במקרה שבו המדינה נושאת בפיצוי. קביעה כי סמכות השר הופכת לסמכות חובה בכל מקום שבו אין השבחה לנותר עלולה להרתיע רשויות מקומיות מביצוע הפקעות, גם במקום שהדבר חיוני לצורך מתן שירותים לציבור, מחשש שיידרשו לשאת בעלות הפיצוי. חשש זה צוין גם בעניין רוטמן (בסעיף 87; ההדגשה הוספה, ש.ג.):

"שיקול שני לתמיכה בהפקעה ללא פיצוי מלא עניינו בחשש שרשויות מקומיות שמצבן התקציבי אינו שפיר יימנעו מהפקעה – חרף הצורך בה – אם יידרש מהן לשלם פיצוי מלא בגינה. תוצאה זו תפגע בציבור הנצרך לשירותים אלה ולא יזכה לקבלם" (עניין ויטנר, בעמ' 254-255; עניין פינקלשטיין, בפסקה 10; עניין קרן תורה, בפסקה 45 לפסק דינה של השופטת ארבל). דא עקא שצידוק זה נחלש כשמדובר בהפקעת מקרקעין המיועדים לשימוש כלל-ארצי (כגון כביש בין-עירוני) ושהפיצוי בגינם משולם מתקציבם של משרדי ממשלה (בענייננו משרד התחבורה) (השוו: יהושע ויסמן "סממני פסיקתו של ברק בתחום דיני הקניין" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 463, 469-470 (2009) (להלן: ויסמן-ספר ברק)). אכן ניתן להניח שהרשות המפקיעה תתמרץ להפקיע פחות אם תחויב לשלם פיצוי מלא, אולם תשלום זה יתמרץ אותה להפקיע רק מה שדרוש, ואם סדר העדיפויות ישתנה כתוצאה מכך, הרי שמדובר בשינוי יעיל".

108. לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי לאור נקודת האיזון שנקבעה בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והגורמים הנוספים הממתנים את הפגיעה הנגרמת לבעל המקרקעין בעקבות הפקעה ללא פיצוי, אין מקום לפרש את סמכות שר הפנים לפי חוק התכנון כסמכות חובה לשלם פיצויי סבל במקרה של הפקעה שאינה משביחה את הנותר.

ג. מגבלות החלות על הפטור

109. סמכות הוועדה המקומית לפטור מפיצוי, לפי סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון, מסויגת ומאוזנת כבר היום במספר אופנים, הן על ידי החקיקה והן על ידי הפסיקה.

110. מגבלות בחקיקה

ההוראות הנוגעות להפקעות מצויות בפרק ח' לחוק התכנון, בסעיפים 188-196.

"(א) מותר לוועדה המקומית להפקיע על פי חוק זה מקרקעין שנועדו בתכנית לצרכי ציבור.
(ב) "צרכי ציבור", בסעיף זה – כל אחד מאלה: דרכים, גנים, שטחי נופש או ספורט, שמורות טבע, עתיקות, שטחי חניה, שדות תעופה, נמלים, מזחים, תחנות רכבת, תחנות אוטובוסים, שווקים, בתי מטבחיים, בתי קברות, מבנים לצרכי חינוך, דת ותרבות, מוסדות קהילתיים, בתי חולים, מרפאות, מקלטים ומחסים ציבוריים, תחנות משטרה ותחנות שירות לכיבוי אש, מיתקני ביוב, מזבלות, מיתקנים להספקת מים וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר האוצר לענין סעיף זה".

112. סעיף 188 לחוק התכנון, קובע את סמכותה של הוועדה המקומית להפקיע מקרקעין שנועדו בתכנית לצורכי

ציבור. נוסח ס"ק (א) מלמד כי לא ניתן להפקיע מקרקעין על פי חוק התכנון אם הייעוד הציבורי אינו מעוגן בתכנית מאושרת. זאת, בשונה מסמכות ההפקעה על פי פקודת הקרקעות ועל פי פקודת הדרכים, שאינה מותנית בקיומה של תכנית המייעדת את השטח לייעוד ציבורי או להפקעה (הגם שהוכרה בפסיקה החשיבות של הקדמת הליך תכנוני להפקעה, ככל שהדבר אפשרי (ע"א 1528/05 **רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל נ' הדסה אביגדורוב ואח'** (14.9.2005; פורסם בנבו)). הוראה זו מבטיחה, כי מקרקעין פרטיים לא יופקעו על פי חוק התכנון אם לא התנהל הליך תכנוני מלא שבמסגרתו אושר כי קיים צורך ציבורי, וכי הדרך ההולמת להשגתו הינה דרך ההפקעה.

113. יצוין כי העובדה שסמכות ההפקעה לפי חוק התכנון עוסקת בהפקעות על פי תכניות מאושרות בלבד, היוותה, במהלך הליכי החקיקה של חוק התכנון, גם את אחד הנימוקים לקביעת הפטור.⁶¹

114. ויודגש, העובדה שנדרש הליך תכנוני מלא לצורך ייעוד קרקע למטרה ציבורית, וההוראה המסמיכה את הרשות המקומית להפקיע קרקעות שיועדו לצורכי ציבור בתכנית, מאפשרות לבעל המקרקעין לתקוף את שינוי הייעוד ו/או הוראת ההפקעה כבר במהלך התנהלות ההליך התכנוני – באמצעות הגשת התנגדות – אם הוא סבור כי הוראות התכנית יפגעו בו באופן שאינו מידתי. ודוק, ההליך התכנוני מורכב פרוצדוראלית ו"מדויק" יותר מהליך ההפקעה לפי פקודת הקרקעות או פקודת הדרכים. בהפקעה הנעשית לפי החלטת מוסד תכנון מתקיימת בחינה מדויקת הן של צורכי הציבור, וזאת באמצעות פרוגרמה המלווה כמעט כל תכנון מיטבי, והן של גודל השטח ומיקומו הנדרש לקיום המטרה. היותו של הליך התכנון הליך בירוקרטי סדור המחייב בחינת שורה של תנאים תכנוניים, שמיעה סדורה של התנגדויות מצד גורמים רבים, ובחינה משמעותית של חלופות, מובילה ליצירת תוצר תכנוני שיש בו פגיעה מינימאלית נדרשת בבעל הזכויות. זאת, לעומת הליך ההפקעה לפי פקודת הקרקעות או פקודת הדרכים, שהוא סדור ומדויק פחות. ברור, כי דיוק במטרת ההפקעה, בגודל השטח הנדרש למימושה ובמיקומו מפחיתות את הפגיעה בפרט למינימום הנדרש.

⁶¹ ר' למשל פרוטוקול מס' 179, בעמ' 6.

115. ס"ק (ב) מפרט רשימה של צורכי ציבור שעבורם מותר להפקיע קרקע. רשימה זו ניתנת להרחבה, כאמור בסעיף, באישור שר האוצר, וכך נעשה לא אחת. ביחס לצורכי הציבור המנויים בסעיף 190(א)(1) לחוק, הרשימה שבס"ק (ב) רחבה וגמישה יותר. אולם, הפטור חל רק על הפקעה למטרות המנויות בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון, וכל יתר המטרות הציבוריות המנויות בסעיף 188(ב) הן מטרות שלשמן אמנם מותר להפקיע קרקע, אך בתשלום מלא.

116. סעיף 188 לחוק התכנון מגביל, אפוא, את ההפקעה בשני אופנים: הן בדרישה כי ההפקעה תיקבע בתכנית, ובכך יתאפשר לפרט העלול להיפגע להשמיע את טענותיו לפני מוסד התכנון המוסמך לאשר את התכנית; והן בהגבלת המטרות שעבורן ניתן להפקיע קרקע פרטית. הפטור מוגבל למטרות המנויות בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון בלבד – והן: סלילת דרכים חדשות או חלק מהן, הרחבתן או הגדלתן, וכן התקנת מגרשי משחקים או מגרשי נופש והגדלתם (על בסיס ההפניה לסעיף 20 לפקודת הקרקעות), וכן גנים, שטחי נופש וספורט ובנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות. מטרות אלה נתפסו, במהלך הדיונים בכנסת על נוסח הסעיף (כפי שפורט לעיל), כשירותים חיוניים לתושבי האזור (שחלקם, אף אם לא כולם, משביחים את ערך יתרת הקרקע), ושחלק מתפיסה מתקדמת של תכנון, יש להעניק לרשות המקומית את הכלים לספקם לתושבים.

117. אלתרמן לומדת מההבדל שבין שני הסעיפים, כי הפטור ניתן עבור שירותים ברמה השכונתית:

"ניתן היה לטעון, שהשוואת אופיים של היעודים הכלולים בסעיף 190(א)(1) עם היעודים הכלולים בסעיף 188(ב) מצביעה על כך, שכוונת המחוקק היתה לשירותים בעלי אופי שכונתי או רובעי ולא מעבר לכך; שהרי אין הרשימה שבסעיף 190(א)(1) מציינת במפורש יעודים בעלי אופי ארצי, אזורי או עירוני מובהק כגון בתי חולים או נמלים; הללו מוזכרים רק בסעיף 188(ב). המשותף לכל היעודים המנויים בסעיף 190(א)(1) הוא, שיש להם ביטוי ברור ומקובל בתכנון ברמה השכונתית".⁶²

118. צמצום רשימת המטרות לצורכי ציבור מקומיים וחיוניים, והחלת הפטור לגבי מטרות אלה בלבד, נתפסת כמוצדקת יותר מאשר ביחס למטרות אחרות, שאינן משרתות את תושבי אותה שכונה או רובע. כפי שצוין אף בעניין רוטמן (בסעיף 99):

"הפקעת קרקע מכוח חוק התכנון והבניה תעשה, לרוב, ברמה המקומית – כלומר, לצורך שימושים קהילתיים (למשל, כביש שכונתי). המחזיקים בגישת הקניין כמוסדות עשויים להצדיק את הפחתת הפיצוי (שהיא כאמור הפחתה של אחוזים בודדים) בשל האחריות החברתית הטמונה בזכות הקניין".

⁶² אלתרמן, עמ' 206. אלתרמן ממשיכה ומציינת כי אפיק פרשנות זה נחסם בעניין פייצר, אולם כזכור ההלכה שנקבעה בעניין פייצר נהפכה בעניין הולצמן.

119. הגבלה נוספת החלה על מקרקעין שנרכשו או הופקעו ללא תמורה קבועה בסעיף 195 לחוק התכנון, החל על "מקרקעין שנרכשו בביצוע תכנית על פי הסכם או שהופקעו כך תמורת תשלום פיצויים", וקובע הוראות לעניין השכרתם לגוף ציבורי או לאדם אחר, למימוש המטרה הציבורית שלשמה הופקעו. ישנה דעה לפיה יש לפרש סעיף זה כך שאינו חל על מקרקעין שהופקעו ללא תשלום פיצויים, ועל אלה להישאר בידי הרשויות כך שמפעיל פרטי לא ייהנה מפירות ההפקעה ללא תמורה.⁶³

120. הוראה נוספת החלה על מקרקעין שהופקעו ללא תשלום פיצוי מצויה בסעיף 196(א) לחוק התכנון, הקובע:

"מקרקעין שהופקעו לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים וייעודם שונה לייעוד שלמענו אין להפקיע מקרקעין לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים, תשלם הועדה המקומית פיצויים למי שהיה זכאי להם בשעת ההפקעה אילו היתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים באותה שעה, או אם רצה בכך, תחזיר את המקרקעין למי שהופקעו ממנו".

על פי סעיף זה, אם מקרקעין הופקעו מלכתחילה ללא תשלום פיצויים, למטרה המאפשרת פטור מפיצוי, אך מאוחר יותר שונה ייעודם לייעוד שאינו מאפשר פטור מפיצוי – יהיה הנפקע זכאי לפיצויי הפקעה, או לחלופין להשבת הקרקע (ר' ע"ס 4927/08 הממונה על המחוז – משרד הפנים נ' אפרמיאן ואח' (16.6.2011), פורסם בנבו).

121. על בסיס מכלול הוראות אלה, מציינת אלתרמן, כי ניתן להסיק כי "כוונת המחוקק היתה להגביל את סמכות ההפקעה ללא תמורה לשירותי ציבור ברמה השכונתית או הרובעית בלבד".⁶⁴

122. הגנת היתרה

הגנה משמעותית ביותר, הקבועה בסיפא של סעיף 190(א)(1) עצמו, מורה כי "לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש". הגנה זו, על פי לשונה, מונעת בנסיבות מסוימות מצב של הפקעה חלקית ומחייבת את הרשות להימנע מהפקעת המגרש כליל, או להפקיעו במלואו – תוך תשלום פיצויים מלאים, כפי שנקבע בעניין הולצמן.

123. בעניין תורה ועבודה (בסעיפים 23-29) נסקרה בהרחבה הפרשנות שניתנה להוראה זו בפסיקה. ההלכה שנקבעה בעניין תורה ועבודה היא, כי "על מנת להגשים את תכליות דיני ההפקעות, ולשמר את האיזון הראוי והמתאים בין זכות הקניין לבין האינטרס הציבורי, יש לקרוא לתוך ההגנה דרישה של סבירות. דהיינו, ההגנה תחול במקרים בהם לא ניתן לנצל באופן סביר את יתרת הקרקע ולא ניתן לפצות את בעלי הקרקע על הפגיעה בשוויה של יתרת הקרקע (ראו לוינסון-זמיר, משפטים, בעמ' 387-388)" (עניין תורה ועבודה, סעיף 36). במקרים כאלה, ורק בהם, יהיה על הרשות לוותר על ההפקעה או להפקיע את מלוא החלקה תוך תשלום פיצויים מלאים.

⁶³ אלתרמן, עמ' 199; דגן-פרשת דרכים, עמ' 146.

⁶⁴ אלתרמן, עמ' 207. אלתרמן מונה רשימה מלאה של ההבדלים בין הפקעה בתמורה להפקעה ללא תמורה, על פי חוק התכנון, בעמ' 226-227.

124. במילים אחרות, כאשר יתרת החלקה המופקעת לא רק שלא הושבחה אלא שלא ניתן לנצלה באופן סביר, ואף לא ניתן לפצות את בעלי הקרקע על ירידת ערך היתרה (פיצוי שמקומו במסגרת תביעה בגין ירידת ערך מקרקעין לפי סעיף 197 לחוק התכנון, כפי שעולה מסעיף 38 לפסק הדין בעניין תורה ועבודה ומפסק הדין בעניין רובינשטיין – חלה הגנת היתרה. במצבים אלה, ממילא לא יחול הפטור הקבוע בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון.

125. ובענייננו, ככל שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד, בדונו בשאלה הראשונה שהותיר לדיון, בדבר תחולת הגנת היתרה בנסיבות המקרה, כי הגנה זו אכן חלה – הרי שלא יתעורר כלל צורך לדון בשאלה השנייה, בדבר תחולת הפטור.

126. השופטת ארבל, בעניין תורה ועבודה, מתייחסת גם היא לשאלת הקשר בין שני חלקי סעיף 190(א)(1) – הפטור המופיע ברישת הסעיף והגנת היתרה המופיעה בסיפת הסעיף. בעניין תורה ועבודה, קבע בית המשפט המחוזי כי ההפקעה גרמה לפגיעה משמעותית ביתרת החלקה, וכי פגיעה זו, המצטרפת להפקעה בשיעור של 40% משטח המגרש ללא תשלום פיצוי, מצדיקה שלא לאפשר את ההפקעה החלקית (עניין תורה ועבודה, סעיף 7). בעניין זה קבעה כב' השופטת ארבל:

"[...] פרשנות המרחיבה את ההגנה בסעיף 190(א)(1) סיפא מובילה לתוצאה חד משמעית בה לא ניתן להפקיע כלל את הקרקע או להפקיעה בשלמותה, ללא כל שיקול דעת.

התוצאה אליה מוביל בית המשפט קמא דומה למעשה לתיקון עוול, הקיים לפי גישתו, בעוול אחר. גם לפי הגישה הרואה בהפקעה ללא פיצויים פגיעה יתרה בזכות הקניין המצדיקה פרשנות מצמצמת, אין מקום לפרשנות שתתקן את הפגיעה בזכות הקניין אך תפגע באופן משמעותי באינטרס הציבורי ובצרכי הכלל. ההתמודדות עם הפגיעה בזכות הקניין צריכה להיעשות בדרכים אחרות, וסקרנו למעלה כמה מההלכות בנושא שעשו זאת באופן מאוזן וראוי (ראו פסקה 42 לעיל). אציין עוד כי פרשנותו של בית המשפט קמא תחול הרי גם במקרים בהם ניתן פיצוי מלא על החלק שהופקע, למרות שבמצבים אלו פרשנותו של בית המשפט המחוזי אינה מוצדקת כלל (ראו לוינסון זמיר, משפטים, בעמ' 379) " (עניין תורה ועבודה, סעיפים 45-46; ההדגשה הוספה, ש.ג.).

127. כב' השופט דנציגר, בדעת מיעוט, חלק על הפרשנות המצמצמת שניתנה על ידי השופטת ארבל להגנת היתרה, וסבר כי כל פגיעה ביתרת שווי המגרש (למעט פגיעה זניחה של מה בכך) שנגרמה כתוצאה מהפקעה חלקית של מגרש, מונעת מן הרשות לבצע את ההפקעה, אלא אם יופקע המגרש כולו. להשקפתו, בפרשנותה של הגנת היתרה יש לתת משקל לעובדה שעל-פי לשונה היא חלה בין אם שולמו פיצויי הפקעה בין אם לאו, ולאור היעדר ההבחנה בין מקרים בהם שולמו פיצויים למקרים בהם לא שולמו פיצויים, יש לפרש את הגנת היתרה בהרחבה, תוך מתן משנה תוקף לזכות הקניין של הפרט; זאת אף אם במידה מסוימת יתכן ויש בכך הגנת יתר באשר למקרים בהם שולמו פיצויים בגין הפקעה (עניין תורה ועבודה, סעיף 24 לפסק הדין של השופט דנציגר). להשקפת השופט דנציגר, הסייג, לפיו ללא קשר לשאלת הפיצויים אין לפגוע ביתרת שווי המגרש

כלל (למעט פגיעה זניחה), הוא חלק מההסדר החקיקתי השלם שעיצב המחוקק בחוק התכנון ביחס להפקעה לצורכי ציבור (שם, סעיף 31).

128. כב' המשנה לנשיאה ריבלין צירף את דעתו לדעתה של השופטת ארבל, ובין היתר ציין:

“על פי הגיונו הפנימי של ההסדר, פרשנות סבירה יותר תהיה זו המחילה את הפרשנות המצמצמת ולא את הפרשנות המרחיבה. הפרשנות המרחיבה במקרה זה עשויה במקרים רבים לרוקן מתוכן את סמכותה של הרשות להפקיע עד 40% מן הקרקע ללא פיצוי, ותחת זאת תחייב את הרשות להפקיע את מלוא הקרקע תוך תשלום פיצוי או לוותר על ההפקעה כליל. תוצאה זו אינה מתיישבת עם כוונתו הברורה של המחוקק להתיר הפקעה ללא פיצוי לפי התנאים הקבועים בסעיף. גישתו של חברי תומכת בהחלת פרשנות שתרחיב במידת האפשר את ההגנה על זכויותיו של הפרט ובאופן שיקטין למינימום את הפגיעות הנובעות מהסדר ההפקעה ללא פיצוי (וראו פסק דינו בע”א 2281/06 אבן זוהר נ’ מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 28.4.2010)). כאמור, גישה זו מתיישבת עם גישתה של הפסיקה ושל דעות המלומדים, הרואים את מוסד ההפקעה ללא פיצוי כחריג. ככלל, אכן ראוי לפרש דברי חקיקה באופן המגן על זכויות הפרט ומבטא את מעמדן הרם בשיטתנו המשפטית. עם זאת, במקרה זה נראה לי כי הפרשנות המרחיבה מרחיקת לכת יתר על המידה מכוונת המחוקק. מוסד ההפקעה ללא פיצוי, על מגרעותיו, הוא עובדה מוגמרת. כוונת המחוקק להתיר לרשות ליטול מקרקעין מן הפרט ללא פיצוי בגין כך היא גלויה וברורה. לא סביר כי המחוקק בחר לסכל פעולה זו על ידי הוראת סעיף 190(א)(1), כך שעל אף רצונו להימנע מתשלום פיצויים במקרים מסוימים, הוא יאלץ לשלם בכל זאת בגין רוב הקרקעות אותם הוא מפקיע – ולא רק זאת – אלא במחיר גבוה הרבה יותר עקב הצורך להפקיע את הקרקע כולה, ולא רק את החלק המסוים לה הוא נדרש” (עניין תורה ועבודה, סעיף 6 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין).

129. כמו כן, סבר המשנה לנשיאה ריבלין כי אין הצדקה להרחבת הגנת היתרה, גם בשל היותו של כלל הפטור יעיל וצודק יותר מאשר הגנת היתרה (שם, סעיף 11):

“אך כאמור, יתרונו של הכלל לא טמון אך בהיותו יעיל אלא גם בהיותו הכלל המביא לתוצאה הצודקת יותר מבחינת השאלה על מי מן הפרטים בחברה יוטל נטל ההפקעה. מוסד ההפקעה ללא פיצוי הוא מטבעו אינו שוויוני שכן הוא נופל על כתפיהם של בודדים בחברה. יחד-עם-זאת, יש לשאוף כי “גזירה” זו תחול באופן שוויוני על כלל הציבור וכי הסיבה לאי תחולתה על פרט זה או אחר תנבע מסיבה עניינית מוצדקת. חבריי פירטו באריכות אודות ההצדקות הקיימות (ושאינן קיימות) למוסד ההפקעה ללא פיצוי. מבלי להביע את דעתי בצדקתה של גישה זו או אחרת, טיפול ספורדי כפי שמציע השופט דנציגר לטיפול בבעיה זו על ידי פרשנותו המרחיבה של סעיף 190(א)(1), אינו מספק מענה ראוי. הרציונאל העומד בבסיסו של מוסד ההפקעה הוא באופן כללי טובתו של הציבור המועדפת על פני טובתו של הפרט. כאשר הרשות בוחרת להפקיע את המקרקעין של פרט פלוני, חזקה עליה כי בחירה זו משקללת את היתרונות והחסרונות הנובעים הן לפרט והן לציבור כתוצאה מההפקעה. הפרשנות המצמצמת מובילה לתוצאה שבה גם אם נגרמת לקרקע הפחתת שווי הדורשת פיצוי, הרשות תוכל לשקלל את רכיב הפגיעה המסוימת שנגרמה לו – ושיעור הפיצוי שיש להעניק לו בשל כך – ואת התועלת החברתית שנובעת כתוצאה מההפקעה. אם התועלת החברתית קטנה עקב הנזק שנגרם לפרט, תוכל הרשות לשקול האם הפקעת קרקע של פרט אחר תביא לתועלת משוקללת גבוהה יותר. בכך מביאה הפרשנות המצמצמת לבחירה המוצדקת ביותר בהפקעת הקרקע המסוימת. הפרשנות המרחיבה לעומת זאת, עלולה לגרום להעברה בלתי צודקת של ההפקעה מפרט אחד לאחר שכן שיעור הפיצויים שהיא עלולה לשלם עקב הפחתת השווי שנגרמת כתוצאה מההפקעה, בסופו של משא ומתן, אינה פרופורציונאלית לשיעור הפגיעה בפרט. תוצאה זו אף חורגת ממטרתם של דיני הפיצויים בהפקעות שהיא פיצוי הפרט על הנזק הממשי שנגרם לו. עמד על כך השופט י’ זמיר בפרשת ברעלי: “[ש]הרי חוק התכנון והבניה לא נתכוון להעשיר את מי שנפגע על-ידי תכנית, אלא לכל היותר לפצות אותו על נזק ממשי שנגרם לו.” (פרשת ברעלי, בעמ’ 478). יוצא אם כן, שהפקעת המקרקעין של הפרט לפי הפרשנות המרחיבה תהיה לא צודקת הן מבחינת הפרט לו בסופו של דבר הופקעה הקרקע, והן מבחינת התועלת לציבור במיקומה של אותה הקרקע. פרשנות שתצמצם את חריג מוסד ההפקעה ללא פיצוי רצויה היא, אך יש לשמור שאכן אנו לא “מתקנים עוול בעוול”.

130. יצוין כי בנסיבות המקרה דנן, אם יכריע בית המשפט הנכבד כי הגנת היתרה חלה על ענייננו, יתייתר כליל הצורך לדון בשאלה הכללית והעקרונית של תחולת הפטור במקרים שבהם החלקה לא הושבחה.

ד. הקושי בפסילת הפטור באמצעות חקיקה שיפוטית

131. כפי שכבר הוזכר לעיל, אחד הנימוקים לקיומה של סמכות הפטור הוא הנימוק התקציבי:

”שיקול שני לתמיכה בהפקעה ללא פיצוי מלא עניינו בחשש שרשויות מקומיות שמצבן התקציבי אינו שפיר יימנעו מהפקעה – חרף הצורך בה – אם יידרש מהן לשלם פיצוי מלא בגינה. תוצאה זו תפגע בציבור הנצרך לשירותים אלה ולא יזכה לקבלם (עניין ויטנר, בעמ' 254-255; עניין פינקלשטיין, בפסקה 10; עניין קרן תורה, בפסקה 45 לפסק דינה של השופטת ארבל)” (עניין רוטמן, סעיף 87).

132. פיצויי הפקעה (וכן פיצויי סבל בהפקעות לפי חוק התכנון, כפי שצוין לעיל), ופיצויים במסגרת תביעות לפי סעיף 197 לחוק התכנון, משולמים מקופת הוועדות המקומיות, כאשר מקור ההכנסה העיקרי המיועד לכך הוא כספים שנגבו כהיטל השבחה (סעיף 196א והתוספת השלישית לחוק התכנון). דא עקא, שתשלום היטל ההשבחה (העומד על 50% מערך ההשבחה – לפי סעיף 3 לתוספת השלישית) אינו מתבצע במועד אישור התכנית או במועד ביצוע ההפקעה דווקא, אלא יכול להידחות למועד מימוש הזכויות (סעיף 7 לתוספת השלישית). כלומר, כבר כיום עשויה להיווצר בעיה תקציבית בשל פער הזמנים שבין תשלום פיצויים בגין פגיעה הנובעת מהתכנית או בגין ביצוע ההפקעה, לבין קבלת היטלי ההשבחה.

133. בנסיבות אלה, צמצום תחולתו של הפטור או ביטולו עלולים לפגוע פגיעה נוספת במאזן התקציבי של הרשות המקומית, שכן הוצאותיה יגדלו בהיקף שווי הפטור. אף שכאמור לעיל, אין מדובר בעיקר הפיצוי, עלול הדבר להוות תמריץ שלילי להפקעת מקרקעין לצורכי ציבור, גם מקום שהם נדרשים.

134. בעניין זה ראוי להזכיר אף את ההלכה שנפסקה לאחרונה בע”א 5958/15 פרחי ביקל בע”מ נ’ הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - ראשון לציון (15.12.2016), פורסם בנבו; על פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף – דנ”א 10181/16. בהתאם להלכה זו, לא ניתן להשית על יזם התכנית את עלויות התביעה העתידית הצפויה לפי סעיף 197 לחוק התכנון באמצעות כתב שיפוי. הלכה זו ייצרה שינוי דרמטי בהתנהלות הפיננסית של הרשות המקומית; צירוף קביעה לפיה הפטור מתשלום פיצויי הפקעה יחול רק במקרים חריגים, אם בכלל, יוביל לקושי תקציבי של ממש.

135. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שינוי בתחולתו של הפטור או ביטולו, מן הראוי שיעשה במסגרת תיקון חקיקה כולל, שיאפשר לאזן את צורכי הרשות המקומית אל מול חובותיה. יצוין, כי במסגרת תזכיר חוק שפורסם בשנת 2014, הוצע, לאור חשיבותו הרבה של העניין, בין היתר, לתקן את ”הפרקים הכלכליים” בחוק התכנון – פרקי ההפקעות והפיצויים והתוספת השלישית לחוק התכנון, העוסקת בהיטל השבחה.

לפני ימים אחדים (9.1.2017) קיבלה ועדת השרים לענייני תכנון, בנייה, מקרקעין ודיור החלטה (דר/128) בדבר הפצת תזכיר חוק נוסף, בהתבסס על נוסח התזכיר משנת 2014 (בשינויים המחויבים ובהתאמות הנדרשות וללא שינוי באופן חישוב היטל ההשבחה הקבוע כיום בחוק).

- נוסח תזכיר החוק, כפי שפורסם באתר התזכירים הממשלתי ביום 17.3.2014, מצורף כנספח א' לעמדה זו.

- החלטה דר/128 של ועדת השרים לענייני תכנון, בנייה, מקרקעין ודיור, מיום 9.1.2017, מצורפת כנספח ב' לעמדה זו.

136. כך, בתזכיר החוק משנת 2014 הוצע לתקן את סעיף 190 לחוק התכנון, כך שהפטור יבוטל, אך מסכום פיצויי ההפקעה והפיצויים לפי סעיף 197 לחוק תקוזז, בתנאים מסוימים, ההשבחה שחלה ביתרה בעקבות התכנית. בנוסף לכך, הוצע לצמצם את זכות התביעה הרחבה הקיימת כיום לפי סעיף 197 לחוק התכנון.

137. כאמור לעיל, ועדת השרים החליטה לקדם תזכיר חוק במתכונת מצומצמת יותר, ועל כן מוקדם לדעת, בשלב זה, מה יהיו פרטי ההסדר המדויקים ואילו מההצעות שנכללו בתזכיר משנת 2014 יקודמו במסגרת התזכיר שיופץ בעתיד הקרוב. עם זאת, תזכיר החוק משנת 2014 מהווה המחשה לכך שכל החלטה לבטל את הפטור מפיצוי, מחייבת התחשבות במערך הכולל של הכנסותיה והוצאותיה של הרשות המקומית במסגרת פעילותה התכנונית. חקיקה שיפוטית מוגבלת ביכולתה לקבוע הסדרים מפורטים מסוג זה, ולפיכך קביעה כי הפטור בטל, בניגוד לעמדת המחוקק ומבלי לקבוע הסדר חלופי שיהיה כולל ומאוזן, אינה מתאימה לחקיקה שיפוטית.

138. עוד יוער, כי בעניין רוטמן (בסעיף 104), צוין בקצרה כי במדינות המשפט המקובל נוהג העיקרון שלפיו יש לשלם פיצוי מלא על הנזק שנגרם לבעלים כתוצאה מהפקעה פיזית של מקרקעין או חלק מהם. בכל הכבוד, אמירה זו מתעלמת מכלים אחרים הקיימים באותן מדינות לצורך השגת קרקעות לצורכי ציבור: מימון אספקת שירותי ציבור באמצעות מטלות המוטלות על יזם כתנאי להיתר; דרישת הפרשה או הקדשה של קרקע לצרכים ציבוריים מסוימים במסגרת התכנית; הטלת "היטל תחליפי" (fee in lieu) במקום הקצאה בעין של שטח, או "היטל השפעה" (impact fee), המיועד לאפשר לרשות המקומית לדרוש השתתפות כספית במימון שירותי ציבור, אף מעבר לרמת השכונה, כתנאי להוצאת היתר בנייה.⁶⁵ אלתרמן, למשל, ממליצה להעניק לרשויות התכנון סמכות לגבות, במקרים המתאימים, מעין כופר במקום הפקעת הקרקע בעין (היטל

⁶⁵ ר' אלתרמן, עמ' 180-185.

תחליפי), שההכנסות ממנו ייועדו אך ורק לרכישת קרקעות לצורכי ציבור במקום הדרוש, ואף היא מציינת כי הצעה זו דורשת, ככל הנראה, שינוי בחוק הראשי.⁶⁶

139. בנוסף, יוזכר כי זכות הפיצוי בגין נזקי תכנית רחבה יותר בישראל מאשר במדינות אחרות, ובמסגרתה מפוצה הנפקע באופן מלא בגין ירידת הערך כתוצאה מיעוד הקרקע לצורכי ציבור ולהפקעה. כפי שנכתב במאמרה של רחל אלתרמן, "ירידת ערך מקרקעין בשל נזקי תוכניות: ניתוח השוואתי בינלאומי כבסיס לרפורמה בישראל", **מקרקעין** ט(5) 3, (2010):

"הפרשנות בפסיקה הישראלית יצרה זכות פיצוי כה רחבה, שהמשך קיומה בגרסה הנוכחית יפגע קשות בכושרם של מוסדות התכנון לאזן באופן סביר בין זכות הקניין ובין טובת הציבור. [...] ישראל ממוקמת במקבץ המדינות להן משטרי פיצויים נדיבים יותר מבחינת התנאים להגשת תביעה, מבחינת רף הפגיעה המוליד עילת תביעה, מבחינת סוגי הפגיעות בגינן ניתן להגיש תביעה, ומבחינת הדוקטרינה המשפטית אשר פותחה על ידי בתי המשפט. בקרב מדינות אלה נמצאת ישראל בקיצון מבחינת רוחב הזכות לפיצויים, כפי שהתפרשה על ידי בתי המשפט וכפי שהיא מוכרת בפועל על ידי ועדות הערר. מכל המדינות שנסקרו, שיעור התביעות בישראל הוא הגבוה ביותר באופן קיצוני, וההיקף הכספי הנתבע הוא המכביד ביותר על הכיס הציבורי, "ללא אח ורע" מבין מדינות המדגם (להוציא את מדינת אורגון שבארצות הברית במשך שלוש שנים בלבד)."

140. מובן, אם כן, כי כשם שיש לעגן בחוק סמכות להטיל היטלים על יזמים או על הציבור, או כדי לפטור מהיטל (כפי שנקבע בעניין דירות יוקרה), כך גם ביטול הפטור הקבוע בחוק דורש שינוי חקיקה. שינוי כזה יחייב המצאת מקורות מימון חלופיים לצורך מימוש צרכים ציבוריים, ועל כן לא ניתן לבטלו באופן רטרואקטיבי ובמנותק מקביעת מכלול ההסדרים הנוגעים לעניין. ההליך המתאים לקביעת מכלול הסדרים אלה הוא בחקיקה ראשית ומשנית, ולא במסגרת חקיקה שיפוטית.

141. באופן דומה, נקבע בבג"ץ 2390/96 **יהודית קריסק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל** (9.2.2009), פורסם בנבו), כי תחולתה של ההלכה שנקבעה בהחלטה מיום 13.2.2001 באותו הליך, והסדרים נוספים, ייקבעו במסגרת הליך חקיקה (שהושלם בסופו של דבר כתיקון 3 לפקודת הקרקעות). בנסיבות אחרות, נקבע בבג"ץ 2911/05 **משה אלחנתי נ' שר האוצר - מר בנימין נתניהו** (15.6.2008, פורסם בנבו), בסעיף 38:

"דרך זו המצהירה על בטלותו של הסדר הנוגד את תקנת הציבור בשל אי שוויון אך קובעת כי פועלו של הביטול לא יחול למפרע אלא רק לעתיד לבוא ואף מותירה בידי הגורמים הנוגעים בדבר להשלים את המלאכה ולנסח מחדש הסדר מתוקן המביא בחשבון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, היא דרך המוכרת בפסיקתנו (ראו והשוו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 415-416 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 284 (1999); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 763 (2004)), ונראה כי זוהי אכן הדרך שיש לילך בה גם במקרה דנן, כקביעת בית הדין הארצי לעבודה".

⁶⁶ אלתרמן, עמ' 242.

ה. סיכום – ודיון בחוקתיות הפטור

142. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי תחולת הפטור לפי סעיף 190(א) לחוק התכנון אינה מותנית בהשבת היתרה. לוועדה המקומית סמכות להפקיע חלק ממגרש, בלא שתחול חובת פיצוי ביחס לעד 40% מהשטח, אם ההפקעה מבוצעת לשם המטרות המנויות בסעיף. סמכות זו מוצדקת על רקע האינטרס הציבורי במטרות אלה, והתמריץ השלילי להשגתן במקרה שסמכות זו תצומצם רק למקרים שבהם יתרת הקרקע הושבחה.
143. הוראת הפטור קדמה לחוק היסוד ולפיכך חל לגביה סעיף שמירת הדינים שבחוק היסוד (עניין הולצמן, סעיף 7 לפסק הדין של השופטת דורנר; עניין תורה ועבודה, סעיף 41 לפסק הדין של השופטת ארבל). היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אף שיש לפרש את הפטור לאור חוק היסוד וזכות הקניין, הרי שפרשנות שתשולל את תחולת הפטור בכל מקום שבו יתרת הקרקע לא הושבחה אינה מתיישבת עם לשון הפטור, עם תכליתו, עם האינטרס הציבורי ועם כוונת המחוקק לקבוע את הפטור – הן בשעת חקיקתו והן בשעה שניתן לו תוקף מחודש במסגרת תיקון 3 לפקודת הקרקעות.
144. לשם הזהירות, ולטעמנו למעלה מן הצורך, יוסבר בקצרה מדוע גם במקרה של הפעלת ביקורת שיפוטית על הוראת הפטור, תעמוד ההוראה במבחני פסקת ההגבלה של חוק היסוד. לצורך עמידה במבחנים אלה, על הפטור להיות קבוע בחוק, שנועד לתכלית ראויה, ושהפגיעה שנגרמת על ידיו היא במידה שאינה עולה על הנדרש.
145. הפטור קבוע בחוק, שהמחוקק, באופן מודע, לא מצא לנכון לשנות ממנו במסגרת תיקון 3 לפקודת הקרקעות.
146. בכל הנוגע לתכלית הפטור, בעניין רוטמן (בסעיף 44) פורטו ההצדקות השונות לקיומו, כדלקמן:
- ”מנגד התפתחה גישה הרואה הצדקה מסוימת להפקעת מקרקעין ללא תשלום הנעוצה באחריות החברתית של בעל קניין. תפיסה זו רואה בבעל הקניין כנושא חובות לצד זכויות, ואת הקניין כבא להגשים גם תפיסות חברתיות המקרקעין הם משאב לאומי שכמותו מוגבלת. לצד זאת מותנים חיי החברה ”ביכולת הציבור לעשות שימוש במקרקעין, כגון לבנות כבישים, לסלול מסילות, להסדיר אמצעי תקשורת, להבטיח בנייתם של מוסדות ציבור, לשמר עתיקות ונכסים תרבותיים, לשמר שטחים פתוחים ולקיים שמירה על ביטחון הציבור ושלומם...כל אלו הופכים את קניין המקרקעין לקניין שממד האחריות החברתית בו הוא חשוב” (דברי הנשיא ברק בע”א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ’ הורוויץ, פ”ד נו(4) 913, 938 (2002); כן ראו דנ”א הורוויץ, בעמ’ 301-303; עניין ויטנר, בעמ’ 258; זנדברג, בעמ’ 591). נימוק נוסף בבסיס גישה זו נעוץ בתפיסה שניתן להשתמש בדיני ההפקעות כמכשיר לקידום ערכים חלוקתיים ולצמצום הפערים בין חלשים לחזקים בחברה (חנוך דגן ”שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין” עיוני משפט כא 491, 494 (1998)). גישה זו מוצדקת אף ברמה הפרקטית בחשש שרשות שתוטל עליה מלוא הנטל לפיצוי הפרט תימנע מלבצע פעולות לטובת הציבור בכללותו (עניין פינקלשטיין, פסקה 10; עניין ויטנר, בעמ’ 254). במיוחד הדברים אמורים ברשויות המקומיות הידועות בחולשתן הכלכלית (אשר כהנא ורחל אלתרמן ”החלוקה החדשה בדין הישראלי” בתוך צדק חלוקתי במקרקעין 49 (2008)).

שיקולים אלה, כפי שפורט לעיל, מתחזקים כאשר מדובר בהבטחת צורכי ציבור שנועדו לצרכים מקומיים ושכונתיים, וכאלה הן המטרות המנויות בסעיף 190(א).

147. בנוסף לכך, פסיקת בית המשפט הנכבד הכירה בכך שלאור אחריותו החברתית של בעל הקניין, קיים מרחב שבו פגיעה בקניינו תיחשב כסבירה (ר' עניין הורוויץ, לעניין האיזון הראוי במסגרת סעיף 200 לחוק התכנון, המסייג את האפשרות לתבוע בגין פגיעה מתכנית); כפי שצוין בע"א 3015/06 **מדינת ישראל נ' פנינה פינקלשטיין** (9.12.2008, פורסם בנבו), בסעיף 10 (ההדגשות הוספו, ש.ג.):

”יש לציין כי מול זכותו של הפרט על הקרקע שבבעלותו ניצב אינטרס הציבור, המחייב כי במקרים מסוימים תעשה הרשות שימוש במקרקעין של היחיד לטובת הציבור בכללותו (ראו למשל: ע”א 8797/99 אנדרמן נ’ ועדת הערר המחוזית לפי חוק התכנון והבניה – חיפה, פ”ד נו(2) 466, 479-478 (2001)). אכן, אין חולק כי בסמכותה של המדינה להפקיע קרקע של היחיד לטובתו ולרווחתו של הציבור, כאשר הכלל הוא כי בגין הפקעה זו יהא בעל הקרקע זכאי לפיצוי הולם. עם זאת, לכלל זה ייתכנו חריגים. חריגים אלו מעוגנים בהוראות חוק ספציפיות הקובעות כי במקרים מסוימים לא יזכה הפרט לפיצוי מלא עקב הפקעת קרקע בבעלותו. כך למשל, סעיף 20 לפקודת הרכישה וסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה קובעים כי במקרה בו מפקיעה הרשות חלק מסוים מחלקתו של הפרט, לא יהיה זכאי הוא לפיצוי בגין הפקעה זו. כמו כן סעיף 200 לחוק התכנון והבניה מגדיר שורה של מקרים בהם לא יראו קרקע כנפגעת מפעולת הרשות ולפיכך ניתן בהם פטור מחובת הפיצוי. בבסיסן של הוראות אלו עומדות מספר הנחות יסוד. האחת, הנחת יסוד כלכלית-תועלתנית, לפיה במידה ועל הרשות יוטל מלוא הנטל לפיצוי הפרט ייתכנו מקרים בהם ייווצר תמריץ שלא לבצע פעולות לטובת הציבור בכללותו. כך למשל, באותם מקרים בהם התועלת הציבורית מפעולת הרשות במקרקעין המופקעים אינה מגולמת באופן מלא בכספים המוזרמים לקופת המדינה בדרך של תשלום מיסים או היטלי השבחה (לדוגמאות בהקשר זה ראו: עניין פרי הארץ, בו נידונה הפרשנות לסעיף 200 לחוק התכנון והבניה, בעמ’ 641). על מנת לעודד את הרשות לבצע פעולות לטובת הציבור בכללותו ייתכנו מקרים חריגים – כדוגמת אלו הקבועים כאמור בסעיף 200 לחוק התכנון והבניה – בהם לא תוטל על הרשות חובת פיצוי מלאה. הנחת יסוד נוספת, הבאה לידי ביטוי בפסיקה מאוחרת יותר של בית משפט זה, בוחנת את זכות הפרט לקניין גם מההיבט של האחריות החברתית הנלוות לזכות זו. בקליפת אגוז, על-פי גישה זו, לזכות הבעלות על קניין ובייחוד על מקרקעין, נלווית אחריות חברתית לבני הקהילה לה שותף בעל הקניין. אחריות זו באה לידי ביטוי בצורך לעשות שימוש בקניין הפרטי אף לטובת הכלל במקרים מסוימים (ראו למשל: עניין הולצמן, בעמ’ 649; עניין הורוויץ, בעיקר בפסק דינו של השופט ת’ אור ובפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) מ’ חשין; ע”א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד. חברה לבניין בע”מ נ’ מנהל מס שבח מקרקעין, רחובות, סע’ 15 לפסק הדין ([פורסם בנבו], 6.12.2006). כן ראו: חנוך דגן “שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין” עיוני משפט כא 491 (התשנ”ח); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 51-65, 140-147 (2005), להלן: דגן, קניין על פרשת דרכים). עמד על כך השופט ת’ אור בעניין הורוויץ:

”מתוך רעיון זה, שאין לאדם זכות, כי ערך מקרקעיו אך יעלה כתוצאה מפיתוח בידי הציבור, אלא כרוכה בהחזקת מקרקעין גם חובה כלפי הציבור, קובע המחוקק כי אין אדם זכאי לפיצוי בגין כל נסיגה שנסוג ערך מקרקעיו ובגין כל פגיעה שהוסבה להם. כל עוד פגיעה זו אינה בלתי פרופורציונית ואינה בלתי צודקת, על בעל המקרקעין לספוג עלות זאת כחלק מהמחיר שהוא משלם על היותו חבר בקהילה” (שם, בעמ’ 303).

וכן נכתב בעניין רוטמן (בסעיף 71):

”למותר לציין, בצד האמור, כי משקלה המוגבר של זכות הקניין בעידן החוקתי אינו בא לומר כי בכל מקרה של עריכת איזונים בין האינטרסים המתמודדים, נוטה בהכרח כף המאזניים לכיוונה. כך למשל בע”א 2281/06 אבן זוהר נ’ מדינת ישראל (לא פורסם, 28.4.2010) (להלן: עניין אבן זוהר)) קבע בית המשפט, ברוב דעות, כי פגיעה בבעל מקרקעין כתוצאה מהטלת הגבלות על כניסה

ויציאה מהם מכוח צווי סגירת שטחים שהוצאו לפי תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 אינה מקימה זכות לפיצוי בגינה. בעניין קרן תורה נקבע, בדעת רוב, כי יש לפרש את המגבלה הקבועה בסיפה לסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה – הקובעת כי "לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שווייה של יתרת המגרש" – באופן שאין להפקיע חלק ממגרש רק מקום שלא ניתן לעשות שימוש סביר בנותר. האיזון בין האינטרסים המתמודדים ייעשה בכל מקרה ומקרה בהתאם לנתוניו הקונקרטיים".

148. בכל הנוגע לדרישה, כי הפגיעה תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש, הרי שכפי שפורט בהרחבה לעיל, סמכות הפטור מוגבלת באופנים שונים על ידי הוראות החוק עצמו, וההפחתה שחלה עקב הפטור בסכום הפיצוי המשולם בסופו של דבר לבעל הקרקע היא של אחוזים בודדים בלבד מערך הקרקע, בשל הפיצוי הדו-שלבי. בנוסף, קיים בחוק מנגנון פיצוי ייעודי של פיצויי סבל עבור אותם מקרים שבהם הפגיעה בפרט היא במידה העולה על הנדרש.

149. על כן, ומכל הטעמים שפורטו לעיל, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי אין לשלול באופן עקרוני את תחולת הפטור בכל מקרה שבו לא הושבחה היתרה, שכן קביעה כזו אינה משקפת את האיזונים שנקבעו ביחס להפקעות לפי סעיף 190(א) לחוק התכנון. מאחר שיש לקרוא את הסעיף כלשונו, יחול הפטור בכל מקום שבו אין תחולה להגנת היתרה הקבועה בסיפא לסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון. עם זאת יוזכר, כי על פי הפסיקה, פורש פטור זה כ"תקרה" מקסימלית להפקעה ללא פיצוי, ואין מניעה כי במסגרת זו ייבחן, על בסיס מבחנים של סבירות שיקול הדעת של הוועדה המקומית בהפעלת סמכותה על פי החוק, אם יש הצדקה תכנונית להפקיע את מלוא השטח הפטור מפיצוי, וזאת בהתאם למכלול נסיבות העניין.

150. לסיום, היה ובית המשפט הנכבד לא יקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, יבקש היועץ המשפטי לממשלה, כי לאור אינטרס ההסתמכות המשמעותי של הוועדות המקומיות בתכנון צורכי ציבור על בסיס הפטור העומד לרשותן בחוק הקיים, והמשמעות התקציבית השלילית שעלולה להיות לביטול פטור זה, יתייחס בית המשפט הנכבד במסגרת פסק הדין שיינתן לשאלת תחולת פסיקתו בזמן (ר' רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל (27.2.2006, פורסם בנבו)). במסגרת זו, יבקש היועץ המשפטי לממשלה, כי תחולתה של ההלכה תיקבע למועד עתידי, תוך הותרת פרק זמן הולם לתיקון החקיקה, על מכלול ההסדרים שיידרשו לעניין.



שמרית גולן, עו"ד

פרקליטות המדינה

היום, י"ט טבת תשע"ז (17.01.2017)