

דף הבית < חקיקה/פסיקהבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8622/07

ע"א 2685/10

לפני:

כבוד הנשיאה (בדימ') ד' ביניש  
 כבוד השופטת ע' ארבל  
 כבוד השופטת א' חיות  
 כבוד השופט ע' פוגלמן  
 כבוד השופט י' עמית

המערער בע"א 8622/07: אהוד רוטמן

המערערת בע"א 2685/10: מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ

נגד

המשיבה בע"א 8622/07: מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ

המשיבה בע"א 2685/10: Guru Business Corp.

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' סגן  
 הנשיאה ש' ברלינר) בת"א 887/03 [פורסם בנבו] מיום  
 9.7.2007. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
 בחיפה (כב' השופט א' קיסרי) בת"א 710/07 [פורסם בנבו]  
 מיום 15.2.2010

תאריך הישיבה: ו' בטבת התעש"ב (1.1.2012)

בשם המערער בע"א 8622/07: עו"ד דן שפריר; עו"ד שמואל ניסים

בשם המערערת בע"א 2685/10: עו"ד אבישי קון

בשם המשיבה בע"א : עו"ד דוד כחלון ; עו"ד גלית רובינשטיין  
8622/07 :

בשם המשיבה בע"א : עו"ד יואב ברין  
2685/10 :

בשם היועץ המשפטי : עו"ד משה גולן  
לממשלה :

ספרות :

אהרן נמדר פגיעה במקרקעין (פיצויים בגין נזקי תכנית)

דפנה ברק-ארז משפט מינהלי

חקיקה שאוזכרה :

פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 : סע' 3, 7, 8, (1)8, 8, (3)8, 9, 9(א), 9(ב), 9(ד)(ii), 9א, 10(א), 20

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 : סע' 188, 188(ב), 189, 190, 190(א), 190(א)1, 190(א)2, 197, 197(א), 197(ב), 200, בפרק ח, פרק ט

פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 : סע' 2, 3, 3(ד), 4, 4(1), 5, 5(1), 7, 9, 12, 12(ז), 20, 20(2), 20(2)א, 20(2)ב, ג

פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 : סע' 14(א)

חוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, תשכ"ד-1964 : סע' 2, 3(1), 3(3), 8, 9א(א), 13ב

חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו : סע' 3, 8, 10, 11

חוק הפרשנות, תשמ"א-1981 : סע' 24

פקודת הכלבת : סע' 7(1)א

פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], תשל"ט-1979

חוק-יסוד : הממשלה : סע' 21א(א)

צו המסחר עם האויב (אפוטרופוס), 1939 : סע' 5(2)

פקודת המסחר עם האויב

פקודת קביעת הזמן, 1940

חוק כביש ארצי לישראל, תשנ"ה-1994 : סע' 8(ב)

פקודת מסילות הברזל [נוסח חדש], תשל"ב-1972

תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 : סע' 125

חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 : סע' 76

מיני-רציו :

\* ביהמ"ש העליון, בהרכב מורחב, פסק כי ככלל נטילת חלקת מקרקעין או חלק ממנה, מכח פקודת הדרכים, ללא פיצוי מלא, מקום שהחלק שנותר בידי בעל המקרקעין לא הושבח, גורמת "סבל" לבעל המקרקעין כמשמעותו בסעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים. "סבל" זה מחייב את שר התחבורה לעשות שימוש בסמכותו ולשלם לבעל הקרקע פיצוי מלא בגין ההפקעה.

\* מקרקעין - הפקעה - פיצויים

\* מקרקעין - הפקעה - פקודת הדרכים ומסילות הברזל

\* פרשנות - דין - פקודת הדרכים ומסילות הברזל

\* קניין - מקרקעין - הפקעה

\* מקרקעין - הפקעה - רכישה לצורכי ציבור

\* משפט חוקתי - זכויות הפרט - זכות הקניין

ערעור על שני פסק-דין שונים של ביהמ"ש המחוזי המעלים את השאלה: מהו הדין כאשר מופקע, מכח פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 (להלן: פקודת הדרכים), רק חלק מחלקת מקרקעין, אולם ההפקעה אינה משביחה את הנותר? האם במצב כזה חלה על הרשות המפקיעה חובה לשלם פיצוי מלא בגין כל השטח המופקע? בתי המשפט המחוזיים שדנו בתביעות לפיצוי שהוגשו בגין הפקעות לפי פקודת הדרכים, נחלקו במענה לשאלה זו. התשובה לשאלה שעל הפרק, טמונה בפרשנות סעיפים 7 ו-8 (1) לפקודת הדרכים. חשוב לציין כי ביום 15.2.2010 נכנס לתוקפו החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010, ס"ח 346 (להלן: תיקון מס' 3). תיקון מס' 3 ביטל את פקודת הדרכים, ולפיכך הדיון בסעיפי הפקודה שלהלן רלוונטי רק ביחס להליכי הפקעה שננקטו עובר לביטולה, ובהם הליכי הפקעה נושא הערעורים דנן.

ביהמ"ש העליון, בהרכב מורחב (מפי השופט ע' פוגלמן, בהסכמת השופטים י' עמית, הנשיאה (בדימ') ד' ביניש, ע' ארבל א' חיות) קיבל את ע"א 8622/07, וקיבל בחלקו את ע"א 2685/10, מהטעמים הבאים:

טרם שנדונה השאלה שעל הפרק, עמד ביהמ"ש בתמצית על המסגרת הנורמטיבית הצריכה לעניין: הוראותיהם של דברי החקיקה המאפשרים להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור, עובר לתיקון מס' 3 (שכן, ההפקעות נושא דיוננו נעשו עובר לתיקון): פקודת הקרקעות, פקודת הדרכים וחוק התכנון והבניה; הזכות לתשלום פיצויים בגין הפקעה; הסמכות להפחית משיעור הפיצוי בגין חלק מהשטח המופקע; הסמכות לשלם פיצויי סבל בגין אותו חלק; והרפורמה בדיני ההפקעות כפי שבאה לידי ביטוי בתיקון מס' 3 (ככל שהיא רלוונטית לענייננו).

ההכרעה בשאלה שעל הפרק - האם הרשות רשאית להפקיע חלק מחלקה מכוח פקודת הדרכים תוך הפחתת הפיצוי, מקום שהנותר לא הושבח? - מצריכה אותנו לפרש את סעיפים 7 ו-8 (1) לפקודת הדרכים (להלן ביחד, גם, "הוראות הפחתה"). סעיפים אלו, דנים בזכותו של בעלי הקרקע לפיצוי בגין ההפקעה. נוסחה המחייב של פקודת הדרכים הוא בשפה האנגלית. סעיף 7 רישה מורה כי מקום שהופקע שטח שקטן מרבע גודלה של החלקה (25%), לא יהא בעל הקרקע זכאי לתשלום פיצויים. סעיף 7 סיפה מקנה לנציב העליון (ששר התחבורה בא בנעליו) סמכות לשלם פיצויי הפקעה, לפי שיקול דעתו, אם נוכח שנגרם לבעל הקרקע "סבל" (Hardship) מכך שלא שולמו לו פיצויים. סעיף 8 (1) לפקודה קובע כי מקום



שהופקע שטח שגדול מרבע גודלה של החלקה, ישולמו לבעל הקרקע פיצויי הפקעה בגין השטח העודף על הרבע.

הנתיב לפרשנות דבר חקיקה מוכר וידוע פרשנות החקיקה נפתחת בבחינתו של מרכיב הלשון. ככל שהשלב הראשון מותיר אחריו יותר מאפשרות פרשנית אחת, וזהו המצב בענייננו, יהא עלינו לבחור מבין החלופות הקיימות את זו שמגשימה באופן מיטבי את תכליתו של החוק.

לפי התכלית הסובייקטיבית, המחוקק תיקן את פקודת הדרכים באופן שיאפשר הפקעת קרקעות בהליך מזוהז לצורך פיתוח מהיר של דרכים ומסילות ברזל. הסמכות להפקיע ללא פיצוי היא שריד עות'מאני שעוגן בכל חיקוקי ההפקעה, ושאותה איזן המחוקק בסמכותו של השר לשלם פיצויי "סבל".

התכלית האובייקטיבית: בחינת השיקולים התומכים והנגדיים להפקעה בפיצוי מלא סקירה של ההתפתחות הפסיקטית בסוגיה זו, מובילה למסקנה כי באיזון בין האינטרסים המתחרים בבסיס דיני ההפקעה בכלל, והסמכות שלא לשלם פיצוי מלא בגין הפקעת חלק מחלקה בפרט - הגנה על זכות הקניין אל מול אינטרס הציבור - תכליתה האובייקטיבית של פקודת הדרכים בכלל ושל הוראות ההפחתה בפרט מוליכה לפרשנות המאפשרת לרשות להפקיע מקרקעין לצורך פיתוח תשתיות תחבורה, אך מצמצמת את כוחה להפקיע מקרקעין לשימושים שאינם קהילתיים בלא לשלם פיצוי מלא בגין ההפקעה כשהנותר לא הושבת. התכלית האובייקטיבית מצביעה בכיוון פרשנות של הוראות ההפחתה באופן שמצריך פיצוי מלא בגין הפקעה שמטילה נטל בלתי מידתי ובלתי שוויוני על בעל הקרקע.

על רקע תכליתי זה, יש לפרש את הוראות ההפחתה באופן שהסמכות להפקיע בפיצוי מופחתת הקבועה בסעיף 7 רישה ובסעיף 8(1) לפקודת הדרכים תתפרש כסמכות חובה; ואילו הסמכות הקבועה בסעיף 7 סיפה לפקודה המסמיכה את השר לשלם פיצויי Hardship תתפרש אף היא כסמכות חובה בנסיבות מסוימות.

מכאן, כדי שבעל הקרקע יהיה זכאי לפיצוי מלא בגין עד 25% מהקרקע שניטלה ממנו, מוטל עליו להראות שנגרם לו Hardship מתוצאה מכך שלא שולם לו פיצוי מלא. המושג Hardship הוא בעל "רקמה פתוחה". פרשנותו עשויה להשתנות באופן שישקף את תפיסות היסוד והערכים הרווחים בחברה מעת לעת. העידן שבו אנו חיים שונה מהעידן שנהג ערב קום המדינה ובשנותיה הראשונות. ההגנה על זכות הקניין בעידן זה היא בעלת מעמד חוקתי. חלה חובה על כל רשויות השלטון לכבד אותה. אשר על כן, סבור ביהמ"ש, כי פרשנותו הראויה של המושג Hardship הוא "עוול" במובן של פגיעה בלתי-מידתית בזכות הקניין. במילים אחרות: כל אימת שהרשות המפקיעה פוגעת בקניינו של הפרט באופן שאינו מידתי, נגרם לו "סבל" כמשמעותו בסעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים; ומקום שנגרם "סבל" קיימת רק אפשרות סבירה אחת להפעלת שיקול דעתו של השר: עליו לשלם פיצוי בגין ההפקעה. במובן זה סמכותו של השר מתפרשת כסמכות חובה.

ככלל נטילת חלקת מקרקעין או חלק ממנה ללא פיצוי מלא, מקום שהחלק שנוותר בידי של בעל המקרקעין לא הושבת, גורמת "סבל" לבעל המקרקעין כמשמעותו בסעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים (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). "סבל" זה מחייב את שר התחבורה לעשות שימוש בסמכותו ולשלם לבעל הקרקע פיצוי מלא בגין ההפקעה.

המסלול הדיוני הראוי: הפרשנות שאימצנו מורה כי הסמכות להפחית את שיעור הפיצוי העומדת לרשות המפקיעה לפי סעיפים 7 ו-8 (1) לפקודת הדרכים היא סמכות חובה. מכאן שבכל הפקעה של קרקע לפי פקודת הדרכים לא ישולם פיצוי בגין ה-25% הראשונים מהשטח המופקע (וככל שמופקעת קרקע שגודלה אינו מגיע כדי 25% מגודל החלקה, לא ישולם פיצוי כלל). לפיכך ככל שבעל הקרקע מבקש פיצוי בגין ה-25% הראשונים, יהא עליו להקדים פנייה לשר התחבורה בבקשה לתשלום פיצויי "סבל" (יצוין כי אין מניעה שהפרוצדורה שנקבעה בסעיפים 2 ו-6 לקריטריונים, אשר מביאה לבחינה של הפעלת סמכותו של השר לשלם פיצויי סבל גם בלא פנייה מוקדמת, תעמוד בעינה - להבדיל מן הסייגים המהותיים שבקריטריונים אלה). לאחר שתינתן החלטת השר, וככל שיבקש בעל הקרקע להשיג על החלטתו, יוכל בעל הקרקע לפנות לביהמ"ש המחוזי בתביעה לפיצויי הפקעה שאליה יצורף גם השר כנתבע. בגדר תביעה זו יידרש ביהמ"ש, מכוח סמכותו הנגררת לפי סעיף 76 לחוק בתי המשפט, גם לטענות המכוונות לאופן הפעלת סמכותו של השר לשלם פיצויי "סבל", כמו גם לכל מחלוקת אחרת הנוגעת לסכום פיצויי הפקעה שישולמו.

יישום למקרים הקונקרטיים, הוביל לקבלת ע"א 8622/07 במובן זה שנקבע כי המערער זכאי לפיצויי "סבל" בסך של 375,000 ש"ח נכון ליום 13.10.1996 בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק. ולקבלת ע"א 2685/10 בחלקו באופן שהתיק יוחזר לביהמ"ש המחוזי, לביורור סוגיה עובדתית עליה עומד ביהמ"ש, שבהתאם לתוצאתה תוכרע זכותה של המשיבה בתיק זה לתשלום פיצויי "סבל" מלא.

## פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

תוכן עניינים

I.	1	פתח דבר
II.	7	ההליכים, הטענות ופסקי הדין של בית המשפט קמא
א.	8	ע"א 8622/07
ב.	9	ע"א 2685/10
ג.	10	תמצית טענות הצדדים
ד.	11	עמדת היועץ המשפטי לממשלה
III.	12	דיון
א.	12	המסגרת הנורמטיבית: הסמכות להפקיע מקרקעין – כללי
ב.	19	הרפורמה בדיני ההפקעות – תיקון מס' 3
ג.	23	המסגרת הפרשנית: תורת הפרשנות התכליתית
1.	26	מרכיב הלשון
(א)	26	אופי הסמכות שבסעיפים 7 ו-8 (1) לפקודת הדרכים: סמכות חובה או סמכות רשות
(ב)	31	פיצויי "סבל" ("Hardship") – מתחם לשוני
2.	36	התכלית הסובייקטיבית
(א)	36	רקע היסטורי
(ב)	40	ההיסטוריה הפרלמנטרית
(ג)	45	פירוש אותנטי? השפעת חקיקה מאוחרת וחקיקת משנה
3.	49	התכלית האובייקטיבית
(א)	49	זכות הקניין בעידן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

51	אינטרס הציבור	(ב)
52	האיזון בין הפגיעה בזכות הקניין ואינטרס הציבור: תשלום פיצוי הולם בגין ההפקעה	(ג)
57	השיקולים התומכים במתן פיצוי מלא בגין הפקעת מקרקעין	(ד)
59	על שתי תפיסות מתחרות של המושג "קניין"	(ה)
62	שיקולים התומכים במתן פיצוי חלקי בגין הפקעת מקרקעין	(ו)
65	יישום השיקולים בפסיקה: מפרשת פייצר לפרשת הולצמן	(ז)
	פסיקת בתי המשפט לאחר פרשת הולצמן ועמדות מלומדים בשאלת תחולתן של הוראות ההפחתה על הפקעת חלק מחלקה שלא השביחה את הנותר	(ח)
70	הרמוניה חקיקתית: שלילת פיצוי בגין פגיעה תכנונית ופיצוי מופחת בגין הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה	(ט)
73	התכלית האובייקטיבית: סיכום	(י)
78	שיקול דעת שיפוטי: פרשנות תכליתית של הוראות ההפחתה	ד.
80	עמדת המדינה: הקריטריונים לתשלום "פיצויי סבל"	ה.
82	סיכום ביניים	ו.
84	המסלול הדיוני הראוי	ז.
85	מז הכלל אל הפרט	IV.
86	ע"א 8622/07	א.
86	ע"א 2685/10	ב.
87	סוף דבר	V.

#### פתח דבר

פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 (להלן: פקודת הדרכים) מסמיכה את שר התחבורה להפקיע חלקת מקרקעין לצורכי ציבור בלא לשלם פיצוי עבור עד רבע משטח החלקה. בע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אטא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001) (להלן: פרשת הולצמן) דן בית משפט זה, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, בהפקעה לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה או החוק) ובהסדר מקביל הקבוע בסעיף 20 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הקרקעות). נפסק כי מקום שחלקת קרקע הופקעה בשלמותה, הרשות המפקיעה מחויבת לשלם פיצוי מלא בעד החלקה כולה. הלכת הולצמן הבחינה בין שני מקרים: האחד – שבו הרשות מפקיעה רק חלק מחלקה, וכתוצאה משינוי ייעודו של החלק המופקע עולה ערכו של החלק שנותר בידי בעליה (להלן: הנוותר); במצב כזה הפגיעה בקניינו של בעל הקרקע - אי-תשלום פיצוי בגין רבע משווי החלקה – מקוזזת (ולו בקירוב) כנגד התועלת הכלכלית המופקת מהשבחת הנותר, ומקשה את עוקצה של הפגיעה הכרוכה בהעדר פיצוי. המקרה השני - כאשר הקרקע מופקעת בשלמותה, שאז לא חלה השבחה של הנותר, והפגיעה בקניינו של בעל הקרקע אינה מקוזזת כנגד תועלת או יתרון כלשהם. בפרשת הולצמן נקבע כי במקרה השני הפקעת מלוא החלקה בלא לשלם פיצוי מלא בגינה פוגעת בזכות הקניין באופן בלתי-שוויוני ובמידה העולה על הנדרש,



ולכן היא אינה כדין. פגיעה מעין זו מטילה על הרשות חובה לשלם פיצוי בגין החלקה כולה. על רקע ההבחנה בין שני המצבים הללו, התעוררה השאלה - והפעם בגדרה של פקודת הדרכים (שנוסחה בסעיפי ההסמכה הרלבנטיים לענייננו אינו זהה לנוסח שבסעיף 20 לפקודת הקרקעות): מהו הדין כאשר מופקע רק חלק מחלקת מקרקעין, אולם ההפקעה אינה משביחה את הנותר? האם במצב כזה חלה על הרשות המפקיעה חובה לשלם פיצוי מלא בגין כל השטח המופקע? זוהי השאלה העומדת להכרעה במסגרת הערעורים שלפנינו.

ההליכים, הטענות ופסקי הדין של בית המשפט קמא

פסק הדין בפרשת הולצמן הותיר את השאלה שלפנינו ללא מענה (ראו: ע"מ 1975/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, כרמיאל נ' רובינשטיין, פ"ד נו(6) 638, 649 (2002) (להלן: עניין רובינשטיין); ע"א 3819/01 מדינת ישראל נ' אטלן (לא פורסם, 27.12.2004) (להלן: עניין אטלן)), ובתי המשפט המחוזיים שדנו בתביעות לפיצוי שהוגשו בגין הפקעות לפי פקודת הדרכים, נחלקו בה. על חלק מפסקי הדין הללו הוגשו ערעורים לבית משפט זה. ביום 20.4.2005 אוחד הדיון בשלושה מהם (ע"א 9333/04, ע"א 9826/04 וע"א 10754/04). בהמשך הוגשה גם עתירה שעסקה בנושא (בג"ץ 7530/05), וכן ערעורים נוספים ששמיעתם אוחדה. ביום 19.3.2007 הורה ההרכב שישב בתיקים המאוחדים כי התיקים יידונו לפני הרכב מורחב שתקבע הנשיאה. בתשובת המדינה לעתירה נמסר שבכוונתה לגבש מסמך קריטריונים לפיצוי בעל קרקע "לפנים משורת הדין" (קריטריונים לתשלום פיצויים לפי סעיף 7 לפקודת הדרכים; להלן: הקריטריונים). הקריטריונים החדשים שגובשו (ראו פסקה 0 להלן) נתנו מענה פרטני לחלק מהתיקים המאוחדים ולעתירה. אי לכך החליט בית המשפט כי פסקי הדין בתיקים הפרטניים שנותרו תלויים ועומדים יינתנו במותב של שלושה שופטים לאחר שיוגשו הודעות מטעם הצדדים (החלטה מיום 17.2.2010).

ואכן רוב התיקים המאוחדים הסתיימו ללא צורך בהכרעה שיפוטית, בין בדרך של פשרה ובין בדרך של תשלום פיצוי בגין "סבל" כאמור בסעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים. דא עקא שהקריטריונים לא סיפקו מענה לכל התיקים, וכרגע תלויים ועומדים בבית משפט זה מספר ערעורים שמעוררים את השאלה שלפנינו. אשר על כן אוחד הדיון בתיקים שבכותרת והם נשמעו לפנינו.

חשוב לציין כבר בפתח הדברים כי ביום 15.2.2010 נכנס לתוקפו החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010, ס"ח 346 (להלן: תיקון מס' 3) אשר ביטל את פקודת הדרכים. הליכי ההפקעה בהליכים שלפנינו ננקטו קודם לביטול, ומכאן הצורך להכריע בשאלה שהונחה לפתחנו.

על רקע מסגרת דיונית זו נפנה לעובדות המקרים שלפנינו ולטענות הצדדים.

נ"א 8622/07

המערער הוא הבעלים של חלקה 3 בגוש 10025. גודל החלקה 53,046 מ"ר; ייעודה חקלאי; והיא ממוקמת בתחום שיפוטה של העיר חדרה. ביום 13.10.1996 ציווה שר התחבורה, לפי סעיף 3 לפקודת הדרכים, על החלת הפקודה על שטח של 23,955 מ"ר משטח החלקה (להלן: השטח המוכרז). ביום 1.3.1998 פורסמה למתן תוקף תוכנית חד/1020. התוכנית שינתה את ייעוד השטח המוכרז לצורכי ציבור למטרת סלילת כביש בין-עירוני מס' 65 והקמת מחלף. ביום 18.5.1998 תפסה המשיבה (להלן: מע"צ) חזקה בשטח של כ-7,900 מ"ר מתוך השטח המוכרז, שהם כ-14.89% משטח החלקה, ויתרתו נותרה בחזקת המערער. ההפקעה ניתקה משטח החלקה משולש קרקע בשטח של 2,802 מ"ר שיועד בתוכנית לשצ"פ ושלא נתפסה בו חזקה. משולש זה והשטח שנתפס מגיעים יחדיו כדי כ-20% מגודל החלקה.

התובע הגיש שתי תביעות שהתנהלו במקביל: האחת, תביעה לוועדה המקומית לתכנון ולבניה לתשלום פיצויים בגין פגיעה על ידי תוכנית לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה; והשנייה, תביעה לבית המשפט המחוזי בחיפה לתשלום פיצויי הפקעה, אשר הערעור על ההכרעה בה מונח לפנינו.

במסגרת התביעה לפיצויי הפקעה הסכימו הצדדים כי ימונה שמאי מוסכם שיחווה דעתו בדבר שיעור פיצויי ההפקעה להם זכאי המערער. השמאי קבע כי ההכרזה פגעה בשוויים של המקרקעין שהוכרוזו אך לא נתפסה בהם חזקה והפחיתה אותו מסך של 18,000 דולר למ"ר ערב ההכרזה לסך של 12,000 דולר למ"ר לאחריה; כי לא חל שינוי בשווי של השטח שלא הוכרז; וכי המערער זכאי לפיצוי בגין ההפקעה והפגיעה בשטח שהוכרז אך לא נתפס בסך כולל של 375,000 ש"ח (לאחר ניכוי סכום שהמערער זכאי לו במסגרת



התביעה האחרת שהגיש לפיצוי בגין פגיעה על ידי תכנית). הצדדים לא חקרו את השמאי על חוות דעתו.

בית המשפט המחוזי (כב' סגן הנשיאה ש' ברלינר) אימץ את קביעת השמאי שלפיה לא חל שינוי בשוויו של השטח שלא הוכרו, אך קבע שיש לראות במשולש הקרקע שנותק מרצף החלקה כנכלל בשטח שהופקע. לאחר מכן דן בית המשפט בשאלה אם יש מקום לפסוק פיצוי בגין ההפקעה נוכח האמור בסעיף 7 רישה לפקודת הדרכים, הקובע כי לא ישולם פיצוי בגין הפקעת שטח שגודלו קטן מרבע החלקה. בית המשפט קבע כי ההפקעה אינה מביאה באופן ישיר להשבת הנותר, אולם בעקבותיה הפכה החלקה מכזו הממוקמת אי-שם בשדות לחלקה הסמוכה לכביש ראשי; השטח שנותר ברשות המערער הוא רחב ידיים, ובית המשפט לא שוכנע כי הוא לא יושבח בעתיד. עוד נקבע כי קיים סיכוי שייפסק פיצוי בגין שינוי הייעוד במסגרת התביעה לנזק מתוכנית. לאחר שסקר את פסיקתם של בתי המשפט המחוזיים, אשר נחלקו בדעותיהם בשאלה דנן, ובאיזון כולל בין השיקולים שמנה, החליט בית המשפט כי מע"צ פטורה מתשלום פיצוי בגין ההפקעה, ודחה את התביעה.

נ"א 2685/10

ביום 28.11.1963 הכריז שר התחבורה בצו, מכוח סעיף 3 לפקודת הדרכים, על החלת הפקודה על שטח של 5,826 מ"ר המהווה כ-40% מחלקה 1 בגוש 10215. ייעוד החלקה חקלאי. תכלית ההכרזה הייתה הרחבתו של כביש בין-עירוני מס' 4. ביום 28.11.2001 נרשמה במרשם המקרקעין הערה לפי פקודת הדרכים בדבר ההכרזה. ביום 20.4.2006 נרשמה הערת אזהרה לטובת המשיבה על זכויותיו של בעליה הקודמים של החלקה. בחודש מאי 2006 תפסה מע"צ חזקה בשטח המוכרו. לאחר שחלפו למעלה מ-90 יום ממועד תפיסת החזקה, פנתה המשיבה למע"צ בדרישה לתשלום פיצוי בגין ההפקעה. משלא נענתה, הגישה המשיבה, שרכשה את החלקה מבעליה הקודמים, תביעה לבית המשפט המחוזי.

לאחר שהוגשה התביעה שילמה מע"צ למשיבה את סכום הפיצוי שאינו שנוי במחלוקת, אולם הפחיתה ממנו 25% משווי החלקה מכוח סעיף 8(1) לפקודת הדרכים, הקובע שאם השטח שהופקע גדול מ-25% ממנה, ישולם פיצוי בגין השטח העודף על הרבע. אחת הסוגיות שעמדו לדיון בבית המשפט המחוזי נגעה לשאלה אם מע"צ הייתה

רשאית להפחית 25% מהפיצוי כאמור. שמאי מטעם המשיבה העריך את הפיצוי שהיא זכאית לו - בלא להפחית פיצוי בגין רבע מהחלקה - בסך של 51,065 ל"י (נכון למועד ההכרזה), ואילו השמאי מטעם מע"צ - אשר הפחית את סכום הפיצוי כאמור - העריכם בסך של 3,264 ל"י. על רקע הפער בין חוות הדעת, מינה בית המשפט שמאי מטעמו. הלה העריך את שווי החלקה כולה בסכום של 67,750 ל"י וקבע כי להערכתו נפגע ערכו של הנותר עקב ההפקעה.

בית המשפט המחוזי (כב' השופט א' קיסרי) דחה את רוב ההשגות שהעלתה מע"צ כלפי חוות דעתו של השמאי שמינה, וקבע כי שווי החלקה כולה יעמוד על סך של 63,000 ל"י. אשר לשאלת הפחתת הפיצוי קבע בית המשפט כי הואיל והנותר לא הושבח בעקבות ההפקעה, יש להחיל את הרציונל שעמד בבסיס הלכת הולצמן, וחייב את מע"צ לפצות את המשיבה בגין השטח המופקע כולו.

בית המשפט המחוזי התייחס, בבחינת למעלה מן הצורך, לקריטריונים להפעלת שיקול דעתו של שר התחבורה לתשלום פיצויי "סבל". במסגרת הקריטריונים נקבע, בין היתר, כי אדם שרכש קרקע כשהוא יודע או היה צריך לדעת שהיא עתידה להיות מופקעת, לא יהיה זכאי לתשלום פיצויי "סבל" בגין ההפקעה. הואיל והמשיבה ידעה על ההפקעה קודם לרכישת הקרקע, קבע בית המשפט, היא לא יכולה להיבנות מהקריטריונים, אולם בכל זאת ראה לפסוק לה פיצוי מלא כאמור.

תמצית טענות הצדדים

בע"א 8622/07 מעלה המערער שתי טענות עיקריות: הראשונה, כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא קבע שהלכה למעשה הופקע מהמערער מלוא השטח שהוכרז בצו ובכך שלא זיכה את המערער בפיצוי מלא בגינו. טענתו השנייה של המערער היא שהיה על בית המשפט לפסוק פיצוי בגין ההפקעה על אף שהשטח שהופקע קטן מרבע החלקה. לשיטתו, השמאי מטעם בית המשפט קבע כי היתרה לא הושבחה ובית המשפט שגה כשלא אימץ קביעה זו. מקום שהנותר לא הושבחה, היה מקום להחיל את הרציונל שעמד בבסיס הלכת הולצמן ולפסוק פיצוי בגין ההפקעה. להשקפת המערער, התוצאה שאליה הגיע בית משפט קמא פוגעת באופן בלתי מידתי בקניינו וראוי לשנות ממנה.

הערעור בע"א 2685/10 כוון מלכתחילה למספר קביעות בפסק הדין. בישיבה שהתקיימה ביום 4.7.2011 לפני מותב שלושה יושבו המחלוקות, למעט השאלה העקרונית בדבר זכותה של מע"צ שלא לשלם פיצוי בגין 25% משווי החלקה.

לשיטת מע"צ, הלכת הולצמן אינה חלה מקום שהופקע חלק מחלקה. תחולתה מוגבלת למצבים שבהם הופקעה חלקה במלואה או שהופקע חלקה הארי. מע"צ תומכת יתדותיה במספר פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאמצו את עמדתה, ומוסיפה שהחלת ההלכה האמורה על הפקעת חלק מחלקה תעשה לאות מתה את הסעיפים בחוקי ההפקעה המאפשרים לשלם פיצוי מופחת.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בשל חשיבות הסוגיה ביקשנו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. היועץ סבור כי יש לפרש את סעיפים 7 ו-8(1) לפקודת הדרכים באופן שפוטר את הרשות המפקיעה מלשלם פיצוי בגין הפקעה של רבע משטחה של חלקה. היועץ סומך את עמדתו על פסיקה של בית משפט זה שהכירה בכך שזכות הקניין טומנת בחובה גם ערכים של אחריות חברתית. לשיטתו, הפטור מפיצוי הקבוע בפקודת הדרכים משקף ערכים אלה. סמכות גורפת זו מאוזנת, לשיטת היועץ, בסמכות המוקנית לשר התחבורה לשלם פיצוי מקום שנגרם לבעל הקרקע "סבל" (Hardship) בגין ההפקעה כאמור בסעיף 7 סיפה לפקודה (להלן: פיצויי סבל). היועץ טוען כי פרשנות שלפיה קיימת חובה לשלם פיצוי מלא כל אימת שהנותר אינו מושבח, דינה כדין העברת סמכותו המינהלית של השר לשלם פיצויי סבל לידיו של בית המשפט הדין בפיצויי הפקעה. בהקשר זה מבהיר היועץ המשפטי כי לאחרונה גיבשה המדינה קריטריונים למתן פיצויי סבל, וקריטריונים אלה מספקים איזון הולם בין החובה להגן על זכות הקניין לבין אינטרס הציבור העומד מנגד. היועץ המשפטי מפנה לשוני בלשונו של ההסדר החקיקתי: בעוד שבעניין הולצמן נדונה פרשנות ההסדר המעוגן בסעיפים 20(א)-(ג) לפקודת הקרקעות, בענייננו לשון הסעיפים הרלבנטיים בפקודת הדרכים שונה ואינה מאפשרת להגיע לתוצאה זהה. אף על פי כן היועץ אינו מבקש לקבוע כי דינה של הפקעה לפי פקודת הדרכים שונה מזה של פקודת הקרקעות. היועץ מטעים כי מאחר שבבסיס הפטור המעוגן בשתי הפקודות עומד רציונל זהה, אין הצדקה לדין שונה. בהקשר זה החליט היועץ המשפטי, בישיבה מיום 10.2.2003, כי בכל פעולות הרכישה מכוח פקודת הדרכים רשויות המדינה נדרשות לפעול בהתאם להלכת הולצמן. דהיינו מקום שהקרקע מופקעת במלואה או בחלק הקרוב לכך, לא יחולו הוראות



ההפחתה הקבועות בסעיף 8(1) לפקודה. לבסוף מקדיש היועץ המשפטי חלק ניכר מעמדו לאופן שבו יש לפרש את סמכות השר ליתן פיצויי סבל ולפירוט הקריטריונים להפעלת שיקול דעתו של השר בבקשה למתן פיצויי סבל, שעליהם נעמוד, כאמור, להלן.

דיון

טרם שנדון בשאלה שעל הפרק, נעמוד בתמצית על המסגרת הנורמטיבית הצריכה לעניין: הוראותיהם של דברי החקיקה המאפשרים להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור; הזכות לתשלום פיצויים בגין הפקעה; הסמכות להפחית משיעור הפיצוי בגין חלק מהשטח המופקע; הסמכות לשלם פיצויי סבל בגין אותו חלק; והרפורמה בדיני ההפקעות כפי שבאה לידי ביטוי בתיקון מס' 3 (ככל שהיא רלוונטית לענייננו).

א. המסגרת הנורמטיבית: הסמכות להפקיע מקרקעין – כללי

מספר חיקוקים בספר החוקים הישראלי מאפשרים להפקיע מקרקעיו של אדם לצרכי ציבור. עובר לתיקון מס' 3, שלושת החיקוקים המרכזיים שאיפשרו לעשות זאת היו פקודת הקרקעות, פקודת הדרכים וחוק התכנון והבניה; ובהם יתמקד דיוננו (אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין כרך א 4 (מהדורה שביעית, משה י' קמר עורך, 2008) (להלן: קמר); לפירוט חיקוקים נוספים המסמיכים להפקיע מקרקעין ראו שם, בעמ' 100-120). תיקון מס' 3, אשר יידון להלן, ביטל את פקודת הדרכים (סעיף 22 לתיקון מס' 3), כך שהפקעות מקרקעין לשם סלילת דרכים והרחבתן, שאינן לפי תוכנית, ייעשו כיום מכוח חיקוקים אחרים, שהעיקרי שבהם הוא פקודת הקרקעות.

החיקוק המרכזי שמכוחו מבוצעות מרב ההפקעות שלא לפי תוכנית הוא פקודת הקרקעות. הפקודה תוקנה באופן מקיף בשנת 2010 (כפי שיפורט בפסקאות 0-0), אולם הואיל וההפקעות נושא דיוננו נעשו עובר לתיקון, הסקירה שלהלן תתייחס לדין שקדם לו.

פקודת הקרקעות - בלבושה המקורי - הקנתה לרשות המפקיעה סמכויות רחבות ומרחיקות לכת ביחס לשלושת "מרכזי הכובד" של דיני ההפקעות המודרניים: המטרה הציבורית, הליך הוגן ופיצוי הולם. סעיף 3 לפקודת הקרקעות הסמיך את הנציב העליון - ששר האוצר בא בנעליו (סמכויות הנציב העליון הוקנו לממשלה מכוח סעיף 14(א)

לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 והממשלה העבירה את סמכויות הנציב מכוח הפקודה לידי שר האוצר) - לרכוש בעלות, חזקה וזכות שימוש בכל קרקע, אם נוכח "כי דרוש או נחוץ הדבר לכל צורך ציבורי". סעיף 2 לפקודה הגדיר "צורך ציבורי" בתור "כל צורך שאותו אישר הנציב העליון כצורך ציבורי". סעיף 5(1) לפקודה קבע כי שר האוצר יפרסם ברשומות הודעה על כוונתו לרכוש קרקע למטרה ציבורית; וסעיף 5(2) לפקודה הורה כי "פרסום ברשומות של הודעה לפי סעיף קטן (1) רואים אותו כראיה מכרעת שהנציב העליון [שר האוצר - ע' פ'] אישר כי המטרה שלשמה עומדים לרכוש את הקרקע, היא מטרה ציבורית". מכוח סעיף 7 לפקודה רשאי השר לתפוס חזקה בקרקע בתוך חודשיים ממועד הפרסום ברשומות של ההודעה לפי סעיף 5, ואף קודם לכן אם הקרקע הייתה דרושה מיידית למימוש מטרת ההפקעה. הפקודה לא הטילה על השר מגבלת זמן בהתייחס לתפיסת חזקה בקרקע, והוא היה רשאי לעשות כן אף שנים רבות לאחר פרסום ההודעה. הפקודה לא חייבה את השר לציין בהודעה את מטרת ההפקעה; ואף לא העניקה זכות שימוע לבעל הקרקע עובר להחלטה להפקיעה (נקדים את המאוחר ונציין, כי - כפי שיורחב להלן - בנושאים אלה חלו, עוד קודם לתיקון מס' 3, תמורות מקיפות בעקבות העמקת הביקורת השיפוטית על הפעלת סמכויות הרשות בנושא הפקעת מקרקעין).

סעיף 9 לפקודה קובע כי בעל הקרקע זכאי לפיצוי בגין ההפקעה ולשם כך זכאי הוא לפנות לבית המשפט לקבלת סעד (סעיפים 3(ד) ו-9 לפקודה). סעיף 12 קובע את אופן הערכת הפיצוי בגין הקרקע המופקעת: הפיצוי יחושב לפי שווייה במועד פרסום ההודעה לפי סעיף 5 (כאמור בסעיף 3(1) לחוק לתיקון דיני הרכישה לצורכי ציבור, התשכ"ד-1964 (להלן: החוק לתיקון דיני הרכישה)) בעסקה בין מוכר מרצון לקונה מרצון, ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית בשיעורים הקבועים בסעיף 8 לחוק לתיקון דיני הרכישה. הזכות לתשלום הפיצוי קמה אך במועד תפיסת החזקה בקרקע (סעיף 9א(א) לחוק לתיקון דיני הרכישה). סעיף 20 לפקודת הקרקעות, שדן בסמכות להפחית משיעור הפיצוי, קובע (בנוסחו המתורגם) לאמור:

- (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.

פיצויים על קרקע שנלקחה להרחבתן או לסלילתן של דרכים וכ'

(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 שמתכונתו 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.

סעיף 20(2)(א) מורה אפוא כי מקום שהופקעה קרקע שגודלה קטן מרבע שטחו של המגרש ("כלל הקרקע שבבעלות אחת המהווה שטח אחד") לצורך אחת המטרות המנויות בסעיף 20(2) רישה, ובהן גם סלילה או הרחבה של דרך, לא ישולם פיצוי בגין ערך הקרקע. סעיף 20(2)(ב) מורה כי מקום שהופקעה קרקע שגודלה עולה על רבע גודלו של המגרש לצורך אחת מאותן מטרות, יופחתו הפיצויים בסכום השווה לרבע משווי של ערך הקרקע. סעיף 20(2)(ג) מקנה לשר סמכות לשלם פיצוי אם שוכנע שנגרם לבעל הקרקע "סבל" (תרגום של המילה Hardship) כתוצאה מאי-תשלום פיצוי בנסיבות האמורות בסעיפים 20(2)(א) או 20(2)(ב).

פקודת הדרכים היא החיקוק המרכזי השני שמכוחו נעשו הפקעות רבות. הסמכויות שהוקנו בפקודה לנציב העליון הועברו מספר פעמים ולשרים שונים (לפירוט ראו קמור, בעמ' 67), שהאחרון שבהם הוא שר התחבורה (הודעה על העברת סמכויות משר לשר, י"פ התש"ס 1088). כאמור לעיל, תיקון מס' 3 ביטל את פקודת הדרכים, ולפיכך הדיון בסעיפי הפקודה שלהלן רלוונטי רק ביחס להליכי הפקעה שנקטו עובר לביטולה, ובהם הליכי ההפקעה נושא הערעורים דנן.



סעיף 3 לפקודה קבע כי "מותר לו לנציב העליון, אם נוכח שהדבר דרוש להגנת הארץ או לפיתוחה, להורות בצו כי פקודה זו תחול על כל דרך. צו זה לא יפורסם בעיתון הרשמי אלא אם כן סבור הנציב העליון כי פרסום זה לא יזיק להגנת הארץ". סעיף 4(1) הסמיך את הרשות שהוסמכה לשם כך בידי הנציב העליון "לקנות מיד חזקה בקרקע הדרושה לסלילת הדרך המפורטת באותו צו או לשפורה, ולבצע עליה את כל אותן עבודות שיהא צורך בהן כדי להוציא לפועל אותה סלילה או להשלים את השיפור". סעיף 5 לפקודה קבע כי כל קרקע שנתפסה בה חזקה בהתאם לסעיף 4 תהא לקניין הנציב העליון כשהיא נקיייה מכל זכות. בדומה לפקודת הקרקעות, גם פקודת הדרכים לא הטילה מגבלת זמן כלשהי על תפיסת חזקה בקרקע, ושר התחבורה היה רשאי לעשות כן שנים רבות לאחר ההכרזה בצו. פקודה זו אף לא העניקה זכות טיעון לבעל הקרקע לפני ההחלטה להפקיעה. סעיפים 7 ו-8(1) לפקודה דנים בזכותו של בעלי הקרקע לפיצוי בגין ההפקעה בקובעם:

7. לא יהא 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 ישלמו לו פיצויים יהא נגרם לו סבל, רשאי הנציב העליון לפי שקול דעתו ליתן אותו סכום הפיצויים שימצא לנכון מתוך התחשבות בכל מסיבות הענין.

הגבלה על  
זכות  
הפיצויים

8. (1) היה גודל השטח שנלקח עולה על רבע החלקה שממנה נלקח, ישולמו לבעל הקרקע שנרכשה פיצויים בעד השטח העודף על הרבע.

פיצויים

סעיף 7 רישה מורה כי מקום שהופקע שטח שקטן מרבע גודלה של החלקה, לא יהא בעל הקרקע זכאי לתשלום פיצויים. סעיף 7 סיפה מקנה לנציב העליון (ששר התחבורה בא כאמור בנעליו) סמכות לשלם פיצויי הפקעה, לפי שיקול דעתו, אם נוכח שנגרם לבעל הקרקע "סבל" (Hardship) מכך שלא שולמו לו פיצויים. סעיף 8(1) לפקודה קובע כי מקום שהופקע שטח שגדול מרבע גודלה של החלקה, ישולמו לבעל הקרקע פיצויי הפקעה בגין השטח העודף על הרבע. זכותו של בעל הקרקע לפנות לבית המשפט בתביעה לפיצויי הפקעה מעוגנת בסעיף 3(8) לפקודה. סעיף 9 מסדיר את אופן הערכת הפיצויים: לפי שווייה של הקרקע במכירה ממוכר מרצון לקונה מרצון (סעיף 9(ב) לפקודה) במועד שהייתה הרשות יכולה לתפוס את החזקה בקרקע, קרי מועד ההכרזה על החלת הפקודה על הקרקע בצו לפי סעיף 3 (סעיף 3(3) לחוק לתיקון דיני הרכישה), ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית כקבוע בסעיף 8 לחוק לתיקון דיני הרכישה. הזכות לקבל

את הפיצוי קמה לבעל הקרקע במועד תפיסת החזקה ולא קודם לכן (סעיף 9א(א) לחוק לתיקון דיני הרכישה).

החיקוק המרכזי השלישי המאפשר לרשויות להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור הוא חוק התכנון והבניה. הסמכות ואופן הפעלתה מוסדרות בפרק ח' לחוק. סעיף 188 לחוק מסמיך את הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "להפקיע על פי חוק זה מקרקעין שנועדו בתכנית לצרכי ציבור". סעיף 188(ב) מפרט צרכי ציבור מהם; וסעיף 189 לחוק קובע כי הוועדה המקומית רשאית, בכל עת לאחר תחילת תוקפה של תוכנית מתאר או של תוכנית מפורטת, להפקיע מקרקעין בתחום התוכנית כשהפקעתם דרושה, לדעת הוועדה המחוזית, למטרה הציבורית שלה נועדו בתוכנית. הסיפה של סעיף 189 קובעת כי אם המקרקעין נועדו להפקעה בתוכנית, אין ההפקעה טעונה הסכמה של הוועדה המחוזית. סעיף 190 לחוק מסדיר את אופן ביצוע ההפקעה וקובע לאמור:

(א) 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 לבנייני 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 רשאי להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים בנסיבות שבהן היא רשאית לשלם לפי סעיף 20(ג) לפקודה האמורה;

(3) לא תחול חובת תשלום פיצויים על הפקעת כל מבנה, גידול, עץ או דבר אחר המחובר לקרקע אם הוקמו, ניטעו או חוברו תוך הפרת חוק זה; אך רשאית הוועדה המקומית לשלם פיצויים לתובע אם ראתה כי הוא פעל בתום לב וכי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות תשלום פיצויים;

(4) לענין סעיף 12 לפקודה האמורה יבוא במקום מועד הפרסום של ההודעה על הכוונה לרכוש את המקרקעין – היום הששים לאחר המועד האמור;

(5) הוועדה המקומית תשלם מיד אותו חלק מהפיצויים שאינו שנוי במחלוקת;

ביצוע  
ההפקעה

(6) סעיפים 5א, 7ב, 9א, 14(א1) ו-1(ב1), 14א עד 14ד ו-21 לפקודה האמורה לא יחולו.  
(ב) [...]

סעיף 190(א) לחוק התכנון והבניה מחיל אפוא על הפקעה שנעשית מכוחו את הוראות סעיף 20(2) לפקודת הקרקעות. דהיינו מקום שמופקע מכוח החוק חלק ממגרש שגודלו אינו עולה על רבע גודל המגרש, לא ישולם פיצוי בגין ההפקעה, כאמור בסעיף 20(2)(א) לפקודת הקרקעות; ומקום שמופקע חלק ממגרש שגודלו עולה על רבע המגרש, ישולם פיצוי בגין החלק העודף על הרבע, כאמור בסעיף 20(2)(ב) לפקודת הקרקעות. סעיף 190(א)(1) מורה כי מקום שהופקעו מקרקעין מכוח החוק לשם אחת המטרות המנויות בו - גנים; שטחי נופש וספורט; ובניני חינוך, תרבות, דת ובריאות - במקום רבע משטח המגרש כאמור בסעיפים 20(2)(א) ו-20(2)(ב) לפקודת הקרקעות יבוא "ארבע עשיריות". כלומר, בהפקעה מכוח החוק לאחת המטרות הללו לא ישולמו פיצויי הפקעה בגין 40% מהשטח המופקע. הסיפה של סעיף 190(א)(1) קובעת כי "לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש". סעיף זה פורש לאחרונה בפסיקתנו כשולל את סמכות ההפקעה רק במקרים שבהם לא ניתן יהיה לעשות שימוש סביר ביתרת השטח שלא הופקע (עע"ם 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' קרן תורה ועבודה, פסקה 36 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (לא פורסם, 26.10.2010) (להלן: עניין קרן תורה)) (תוארי השופטים בפסקי הדין המאוזכרים בחוות דעת זו יהיו מכאן ולהלן כפי תוארם בעת נתינת פסק הדין המאוזכר). סעיף 190(א)(2) מסמיך את שר הפנים להורות לוועדה המקומית לשלם לבעל הקרקע פיצויי סבל, כאמור בסעיף 20(2)(ג) לפקודת הקרקעות, בנסיבות המנויות באותו בסעיף.

פרק ט' לחוק התכנון והבניה, שדן בפיצויים בגין פגיעה מתוכנית, רלוונטי אף הוא לענייננו. סעיף 197(א) לחוק קובע: "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 מהוועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200". זכותו של בעל קרקע לקבל פיצוי בגין הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה נחלקת לשני שלבים: בשלב הראשון קמה זכותו של בעל הקרקע לפיצוי בגין פגיעה בשווי הקרקע הנובעת משינוי ייעודה לצורכי ציבור; ובשלב השני קמה זכותו לפיצוי בגין ההפקעה עצמה: מסירת החזקה והקניית הבעלות בקרקע לוועדה המקומית (ראו למשל: ע"א 8863/07 ב. מ. כפריס דדו בע"מ נ' מנהל מע"מ חיפה, פסקאות 10-12 (לא פורסם, 28.3.2010) (להלן: עניין כפריס דדו); עניין רובינשטיין, בעמ' 653; ע"א 7959/00 עדר נ'



הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה, פ"ד נו(2) 365, 371 (2001); אהרן נמדר פגיעה במקרקעין [פיצויים בגין נזקי תוכנית] 79, בפסקה 206 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: נמדר-פגיעה במקרקעין)).

וביתר פירוט: בשלב הראשון מתפרסמת תוכנית המייצעת את הקרקע (או חלק ממנה) למטרה ציבורית. כניסת התוכנית לתוקף היא תנאי-בלעדיו-אין לביצוע הפקעה לפי חוק התכנון והבניה, כאמור בסעיף 189 לחוק. עם פרסום התוכנית פוחת שווייה של הקרקע במידה משמעותית, ובגין פגיעה זו זכאי בעל הקרקע לפיצוי לפי סעיף 197 לחוק. הפיצוי בשלב זה מחושב לפי שווי הקרקע ערב פרסום התוכנית הפוגעת (ראו אהרן נמדר הפקעת מקרקעין 408, בפסקה 1304 (מהדורה שנייה, 2011) (להלן: נמדר-הפקעת מקרקעין)). על פי רוב, חלק הארי של הפיצוי בגין ההפקעה - על שני שלביה + משולם בשלב זה. הטעם לכך הוא ששינוי ייעודה של קרקע לצורך ציבורי מפחית את שווייה במידה רבה, שכן ידוע שהיא עתידה להיות מופקעת, ובגין פגיעה זו משולם פיצוי מלא (כפוף לסייגי סעיף 200 לחוק התכנון והבניה שאליהם עוד נשוב בהמשך). כך לדוגמה, נהוג להעריך את שינוי ייעודה של קרקע למטרת סלילת כביש כפוגע ב-90% מערכה (ראו למשל: ה"פ (מחוזי חי') 93/05 מוצטפה נ' מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 11 (לא פורסם, 8.5.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 165/97 פרלמן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה, תק-מח 99(2) 65535, 65540 (1999)). לפיכך, כבר בשלב זה - ועוד טרם שנמסרה החזקה בקרקע - זכאי בעל הקרקע לרובו המכריע של הפיצוי. יצוין כי הזכות לפיצוי בשלב הראשון מתיישנת כעבור שלוש שנים ממועד פרסום התוכנית כאמור בסעיף 197(ב) לחוק התכנון והבניה (אם כי שר הפנים רשאי להאריך את התקופה להגיש תביעה מטעמים מיוחדים שיירשמו) (ראו: פסק דינה של השופטת ד' ביניש בבג"ץ 7250/97 סולימאני נ' שר הפנים, פ"ד נד(3) 783 (2000); נמדר-פגיעה במקרקעין, בעמ' 81-82).

בשלב השני - שעשוי להתרחש פרק זמן בלתי-מבוטל לאחר השלב הראשון - הוועדה המקומית תופסת חזקה בקרקע ומשלימה את הליך ההפקעה. או-אז קמה זכותו של בעל הקרקע לתשלום פיצוי בגין ההפקעה גופה (זאת להבדיל מפיצוי עבור הפגיעה בשווי הקרקע כתוצאה משינוי הייעוד, שהזכות לקבלו קמה כאמור במועד פרסום התוכנית). בשלב זה הפיצוי מחושב בהתאם לייעודה של הקרקע עובר למסירת החזקה בה, קרי לאחר שייעודה שונה לצורכי ציבור. הסמכות שלא לשלם פיצוי בגין רבע משטח המגרש (וביחס לייעודים המנויים בסעיף 190(א)(1) לחוק - 40% מהפיצוי) - כאמור

בסעיף 190(א) לחוק - קיימת רק ביחס לשלב השני (ע"א 474/83 הוועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים, ראשון לציון נ' חממי, פ"ד מא(3) 370 (1987) (להלן: פרשת חממי)).

פיצוי דו-שלבי עשוי להינתן גם כאשר קרקע מופקעת מכוח פקודת הקרקעות או פקודת הדרכים, כלהלן: בשלב הראשון - טרם מתן תוקף לתוכנית המייעדת את הקרקע לצורכי ציבור - ניתנת הודעה לפי סעיף 5 לפקודת הקרקעות ולחלופין מוצא צו המחיל את פקודת הדרכים על הקרקע. בשלב זה, כאמור, אין בעל הקרקע זכאי לפיצוי, וזאת על אף שערכה של הקרקע שעתידה להיות מופקעת פוחת. בשלב השני מפורסמת תוכנית המייעדת את הקרקע האמורה לצורכי ציבור. או-אז קמה זכותו של בעליה לפיצוי בגין פגיעה תכנונית לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. בשלב השלישי הרשות המפקיעה נוטלת חזקה בקרקע ובכך משלימה את הליך ההפקעה. בשלב זה זכאי בעליה לפיצוי בגין ההפקעה עצמה, כמו גם בגין ירידת הערך שארעה כתוצאה מההודעה או החלת הצו, לפי העניין. ודוק: ירידת הערך שנובעת מההודעה או פרסום הצו נפרדת מירידת הערך הנובעת מפרסום התוכנית, ופיצוי בגינה ניתן רק במסגרת תביעה לפיצויי הפקעה. הפיצוי יכול להינתן אפוא בשני שלבים - בשלב פרסום התוכנית ובשלב נטילת החזקה.

עוד נקבע בפסיקתנו כי על אף שככלל הליכי הפקעה יינקטו לאחר שפורסמה תוכנית המייעדת את הקרקע לצורכי ציבור, אין מדובר בתנאי-בל-יעבור לחוקיות ההפקעה, והרשות רשאית לנקוט בהליכי הפקעה עובר לפרסום תוכנית כשמתקיימות נסיבות המצדיקות זאת (ראו ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות - רכבת ישראל נ' אביגדורוב (לא פורסם, 14.9.2005); בג"ץ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 281 (1979); בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא(3) 85 (1995)). יוזכר כי בהפקעה מעין זו המועד הקובע לחישוב הפיצוי שישולם הוא מועד פרסום ההודעה לפי סעיף 5 לפקודת הקרקעות או מועד החלת הצו לפי סעיף 3 לפקודת הדרכים.

הנה כי כן, שלושת חיקוקי ההפקעה המרכזיים מאפשרים לרשות לא לשלם פיצוי בגין חלק מסוים מחלקת מקרקעין שמופקעת: 25% בהפקעות מכוח פקודת הקרקעות, פקודת הדרכים וחוק התכנון והבניה; ו-40% בהפקעות לייעודים מסוימים הקבועים בסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה (ההוראות שבפקודות ההפקעה המורות שלא לשלם פיצוי במקרה של הפקעת חלק מחלקה שאינו עולה על 25%; וכן ההוראות המאפשרות לא לשלם פיצוי עבור החלק העודף על 25% יכוננו יחדיו להלן: הוראות ההפחתה).

הרפורמה בדיני ההפקעות - תיקון מס' 3

**פקודת הקרקעות** ופקודת הדרכים העניקו לרשות המפקיעה סמכויות פוגעניות מרחיקות לכת. בשל כך נמתחה עליהן ברבות השנים ביקורת, ובית משפט זה פנה לא אחת בקריאה למחוקק לגבש רפורמה כוללת בנושא אשר תתאים את ההסדר החקיקתי הקיים לרוח תקופתנו-אנו (ראו למשל: בג"ץ 282/71 בנין נ' שר האוצר, פ"ד כה(2) 470, 466 (1971); בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 695-699 (2001) (השופט י' זמיר) (להלן: פרשת קרטיק); קמ"ד, בעמ' 7-3, 56-53, 68; אהרן נמדר הפקעת מקרקעין [עקרונות, הליכים ופיצויים] כרך ראשון 30, 46-47 (2005); נחמה בוגין "עד מתי חוקי הפקעה מנדטוריים במדינת ישראל" מקרקעין ו/6 55 (2007); YIFAT HOLZMAN-GAZIT, (2007) 1-3, 9-24 (LAND EXPROPRIATION IN ISRAEL: LAW, CULTURE & SOCIETY). ביקורת זו התחדדה בשנת 2001, עם מתן פסק הדין בפרשת קרטיק: בהרכב מורחב של תשעה שופטים נקבע כי מקום שהמטרה הציבורית ששימשה בסיס להפקעה חדלה להתקיים, ההפקעה מתבטלת, וככלל (הכפוף לחריגים) יש להשיב את הקרקע לבעליה המקורי (עמ' 706 לפסק הדין (הנשיא א' ברק)). נוכח שאלות שונות שעלו לדיון (ובכללן מועד תחולתה של ההלכה החדשה), פנה בית משפט זה בקריאה למחוקק לעשות להסדרה מקיפה ומלאה של נושא הפקעת מקרקעין בדבר חקיקה.

קריאתו של בית המשפט העליון למחוקק בפרשת קרטיק הניבה פרי. ביום 16.7.2001 מינה שר האוצר ועדה בין-משרדית, בראשות היועצת המשפטית למשרד האוצר, הגב' ימימה מזוז, לבחינת שינוי **פקודת הקרקעות** (להלן: הוועדה). ביום 31.10.2004 הגישה הוועדה את המלצותיה לשר. בין היתר התייחסה הוועדה לסמכות שלא לשלם פיצוי בגין רבע משווייה של חלקה, והמליצה בהקשר זה - בסעיף 1 להמלצותיה - כדלקמן:

"פיצויי הפקעה לבעל הזכויות במקרקעין (להלן - הנפקע) החל במועד שייקבע בחוק, יהיו מלוא שווי הזכויות במקרקעין עקב ההפקעה. שר האוצר לא ירכוש זכויות במקרקעין או חלק מהם ללא תמורה" (דין וחשבון של הוועדה הבינמשרדית לשינוי **פקודת הקרקעות** (רכישה לצרכי ציבור), 1943" 7, סעיף 1 (31.10.2004); ראו גם עמ' 8, סעיף א(3) לפרטי ההסדר המוצע בדו"ח; עמ' 28-29 לדו"ח).



על בסיס המלצות הוועדה גובשה הצעת חוק מטעם הממשלה לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התשס"ו-2006, הצ"ח הממשלה 414. בדברי ההסבר להצעת החוק (להלן: דברי ההסבר לתיקון מס' 3) נכתב, בין היתר:

"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 לעניין יכולתה של הרשות להפקיע (רק לאחר הליכי תכנון מפורטים המייעדים את הקרקע לשימוש ציבורי שניתן להפקיע בעבורו - ר' סעיף 188 לחוק האמור) והן לעניין 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)" (עמ' 426-427).

תיקון מס' 3 - שאימץ את עיקרי הצעת החוק - התקבל בכנסת ביום 8.2.2010. התיקון גיבש רפורמה כוללת בתחום דיני ההפקעות, ובכלל זה קבע הסדרים חדשים, בין היתר בנושאים האלה: מתן הודעות לבעלי הזכויות במקרקעין על הליכי ההפקעה; מתן זכות שימוע לבעלי המקרקעין המופקעים; קביעת פרקי-זמן מרביים לביצוע כל שלב משלבי ההפקעה; עיגון של זכות השבת קרקע לבעליה, כאשר תמה המטרה הציבורית שלשמה היא הופקעה. פירוט המתווה שאימצה הרפורמה מעבר לאמור חורג ממסגרת דיוננו (לדיון בפרטי הרפורמה והערכתה ראו: יפעת הולצמן-גזית "הגבלות על הפקעת קרקעות: מלכתחילה ובדיעבד (בעקבות חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010" (צפוי להתפרסם בחוקים ד, 2012); אהרן נמדר "ביטול ושינוי המטרה הציבורית של הפקעה: מהלכת 'קרסיק' ועד לתיקון מס' 3 לפקודת הקרקעות" (פורסם באתר מקרקעין [www.mekarkein.co.il](http://www.mekarkein.co.il), 26.12.2011)), אולם חשוב

לעמוד על שני שינויים שמשליכים ישירות על ענייננו: ראשית, וכפי שצוין לעיל, התיקון ביטל את פקודת הדרכים (סעיף 22 לתיקון מס' 3). מכאן ואילך הפקעת מקרקעין לצורך סלילת כביש או הרחבתו, שלא מכוח חוק התכנון והבניה, תיעשה מכוח חיקוקים אחרים שהעיקרי שבהם הוא פקודת הקרקעות. שנית ועיקר, התיקון אימץ את המלצת הוועדה - שבאה לידי ביטוי כאמור גם בהצעת החוק - לבטל כליל את הסמכות להפקיע מקרקעין מכוח פקודת הקרקעות בלא לשלם פיצוי בגין חלק מהשטח המופקע. החובה לשלם פיצוי מלא בגין כל הפקעה לפי פקודת הקרקעות החל ממועד התיקון ואילך באה לידי ביטוי בסעיף 13ב לחוק לתיקון דיני הרכישה, שזו לשונו:

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:

(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.

נסכם את דברינו עד כאן: תיקון מס' 3 ביטל את פקודת הדרכים ואת סמכותה של הרשות המפקיעה מכוח פקודת הקרקעות שלא לשלם פיצוי בגין חלק מהשטח המופקע. ממועד התיקון ואילך חלה על הרשות המפקיעה חובה לשלם פיצוי מלא בגין כל השטח המופקע. עם זאת הסמכות לשלם פיצוי מופחת בגין הפקעה לפי תוכנית מכוח חוק התכנון והבניה נותרה בעינה.

כעת, לאחר שעמדנו על התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניין, נפנה לבחינת השאלה המשפטית המונחת לפתחנו. דרך הילוכנו תהא כדלקמן: תחילה נציג את התשתית המשפטית לפרשנות דבר חקיקה לפי שיטת הפרשנות התכליתית: נבחן את מרכיב הלשון של סעיפים 7 ו-8(1) לפקודת הדרכים; את תכליתם הסובייקטיבית כפי שהיא נלמדת מההיסטוריה החקיקתית; ואת תכליתם האובייקטיבית שתתבטא באיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים העומדים בבסיס הוראות ההפחתה. לבסוף נשקלל את שלושת שלבי ההליך הפרשני, נזקק מהם את האופן שבו יש לפרש את הסעיפים האמורים, ונשיב לשאלה העומדת לפתחנו: האם הרשות רשאית להפקיע חלק מחלקה מכוח פקודת הדרכים תוך הפחתת הפיצוי, מקום שהנותר לא הושבח?

המסגרת הפרשנית: תורת הפרשנות התכליתית

מלאכת ההכרעה מצריכה אותנו לפרש את סעיפים 7 ו-8(1) לפקודת הדרכים. הנתב שבנו נפסע לשם כך מוכר וידוע. פרשנות החקיקה נפתחת בבחינתו של מרכיב הלשון. בשלב זה עלינו לחלץ ממילות החוק את שלל המשמעויות המצויות במתחם האפשרויות הלשוניות ולהסיר מדרכנו את אלה הנעדרות כל עיגון לשוני. בתום הסינון יותרו לנו אך ורק משמעויות שהלשון יכולה לסבול (רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר, פ"ד סא(1) 301, 313-314 (2006); עניין כפריס דדו, בפסקה 18; ע"א 8453/09 קרן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה אוננו, פסקה 19 (לא פורסם, 2.1.2012)). ככל שהשלב הראשון מותר אחריו יותר מאפשרות אחת, יהא עלינו לבחור מבין החלופות הקיימות את זו שמגשימה באופן מיטבי את תכליתו של החוק. התכלית תילמד ממקורות פנימיים כגון: מקומה של ההוראה ביחס להוראות אחרות באותו חוק, מבנהו הכללי והמטרות הקבועות בו; ומקורות חיצוניים כגון: ההיסטוריה החקיקתית והפרלמנטרית ועקרונות היסוד של השיטה (בג"ץ 909/08 *A.I.M.D LTD* נ' המפקח על היהלומים, פסקה 12 (לא פורסם, 29.12.2009) (להלן: עניין המפקח על היהלומים); ע"א 8269/02 פקיד שומה חיפה נ' כרמל אולפנינים בע"מ, פ"ד נט(1) 499, 505 (2004)). כידוע, תכלית החוק מורכבת מתכלית סובייקטיבית - המטרה שהמחוקק ביקש להגשים באמצעות החוק; ומתכלית אובייקטיבית - המטרות, הערכים והעקרונות שנועד להגשים דבר חקיקה בחברה דמוקרטית ומודרנית (ע"ע"ם 7749/09 אורט ישראל נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פסקה 22 (לא פורסם, 30.11.2011); בג"ץ 273/10 אלמיוזק נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פסקה 14 (לא פורסם, 2.9.2011); רע"א 8233/08 כובשי נ' שוורץ, פסקה 27 (לא פורסם 10.10.2010)).

המסגרת הנורמטיבית של דיני ההפקעות שאינם מכוח חוק התכנון והבניה מורכבת מפקודות מנדטוריות. בדומה לשרידים משפטיים אחרים מתקופה זו, משקפות פקודות אלו את הלך הרוח של שלטון קולוניאלי המחויב לאינטרסים של הכתר, ומקנות לשלטון סמכויות מפליגות לפגיעה בזכויות יסוד (עניין קרטיק, בעמ' 695). עמד על כך השופט א' רובינשטיין: "הסמכויות הקבועות בפקודת הדרכים רחבות - והן מבטאות הערפה ניכרת של האינטרס הציבורי על פני קניינו של הפרט. יסודן בצרכי הצבא הבריטי בימי מלחמת העולם השניה, בעידן המנדטורי-קולוניאלי, על כל המשתמע - ואין צריך להכביר מילים על סדרי העדיפויות מאותם ימים" (בג"ץ 6108/03 סכאי נ' שר התשתיות הלאומיות, פסקה י"ג (לא פורסם, 11.3.2008) (להלן: עניין סכאי)). כיום, בחלוף כמעט



70 שנה מיום חקיקתן - ובפרט נוכח הקמת המדינה ובהמשך חקיקתם של חוקי היסוד לפני שני עשורים - נדרשת בחינה מחודשת של פרשנותן (עניין קרטיק, בעמ' 696; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א - המינהל הציבורי 265 (2009) (להלן: זמיר)). כלל ידוע הוא כי נורמה משפטית אינה קפואה בזמן - "החוק מדבר תמיד" (ע"א 105/92 דאם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית פ"ד מז(5) 189, 199 (1993)). באמצעות תהליך דינאמי ומתמשך של פרשנות, ניתן בכל נקודת זמן מובן עכשווי ללשונו של חוק ישן. כך מצטמצם הפער בין החוק לבין המציאות (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית - 60 57 (2004)). ודוק: לשון החוק על מכונה עומדת. משמעותה היא שמתחדשת עם חלוף העיתים (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים פ"ד נה(1) 12, 32 (1999)).

שני אירועים מכוננים משפיעים על פרשנותן של פקודות מנדטוריות: האחד, החלפת השלטון המנדטורי במדינה עצמאית ודמוקרטית; השני, חקיקתם של חוקי היסוד. על השלכותיו של האירוע הראשון עמד השופט מ' חשין באומרו כי "דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט... פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום המדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית השינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו... הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים" (בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705 (1992); ראו גם בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 626 (1989)). באשר להשפעת חוקי היסוד - הואיל והפקודות המנדטוריות קדמו לחוקי היסוד, נשמר תקפן מכוח סעיף שמירת הדינים (ראו סעיף 10 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו). עם זאת לחוקי היסוד משקל ניכר בפרשנות החקיקה. כפי שנפסק לא אחת, הגם שחוק היסוד אינו גורע מתוקפו של דין שקדם לו, יש בכוחו של חוק היסוד כדי לשנות את מובנו של חוק ישן, ולהעניק לו מובן חדש במקום שקיימת אפשרות פרשנית לכך (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 410-412 (1995) (להלן: בש"פ גנימאת); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 652-654 (1995) (להלן: דנ"פ גנימאת)).

באיזה אופן משפיעים חוקי היסוד על פרשנותו של דין ישן? עמד על כך המשנה לנשיא א' ברק:

"נראה לי כי ניתן להצביע - בלי למצות את היקף ההשפעה - על שתי השלכות חשובות של חוק היסוד: ראשית, בקביעת התכלית החקיקתית המונחת ביסוד דבר חקיקה (ישן) יש ליתן משקל חדש ומוגבר לזכויות היסוד הקבועות בחוק היסוד. שנית, בהפעלת שיקול-דעת שלטוני, המעוגן בדין הישן, יש לתת משקל חדש ומוגבר לאופי החוקתי של זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד. שתי השלכות אלה קשורות ושזורות זו בזו" (בש"פ גניאמת, בעמ' 412).

השלכות פרשניות אלו נובעות מחובתן של כל אחת מרשויות השלטון לכבד את הזכויות הקבועות בחוקי היסוד (פסקת הכיבוד שבסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). באשר לרשות השופטת, מוטלת עליה החובה לפרש את הדין הישן בהתאמה לחוקי היסוד: כאמור, לשון החוק על מכונה עומדת; ככלל, גם התכלית הסובייקטיבית אינה משתנה, שכן כוונת יוצרי הטקסט היא נתון היסטורי, ועם זאת הבנתנו את לשון החוק וההיסטוריה שלו - שמהן נלמדת התכלית הסובייקטיבית - משתנה עם חלוף הזמן; "המקום הגיאומטרי לשינוי בהבנת הדין הישן הוא בתכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה" (דנ"פ גניאמת, בעמ' 654; עניין קרטיק, בעמ' 711). חוקי היסוד העלו את מעמדם של זכויות האדם מזכויות יסוד לזכויות חוקתיות על-חוקיות והגבילו את אפשרות הפגיעה בהן, ולפיכך השתנתה נקודת האיזון בין זכויות הפרט לאינטרס הציבור (בש"פ גניאמת, בעמ' 414-416). שינוי נקודת האיזון עשוי להוביל לשינוי התכלית האובייקטיבית, שבתורה משנה את גיבוש התכלית הסופית של החוק. "כך מתייצב לפנינו דבר החקיקה הישן במובנו החדש. [...] נשמר תוקפו של הדין הישן, אך שונה היקף פריסתו" (דנ"פ גניאמת, בעמ' 654). באשר לרשות המבצעת, בהפעלת סמכות שמעוגנת בדין ישן, אשר יש בה כדי לפגוע בזכות אדם, על הרשות להביא במניין שיקוליה הענייניים את הפגיעה האפשרית בזכות ועוצמתה, ולתת לה משקל ראוי (זמיר, בעמ' 170; ראו גם בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 892 (1953)). על הרשות המינהלית להפעיל סמכויות פוגעניות שיסודן בדינים שקדמו לחוק-היסוד בהתאם לאמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה (בג"ץ 951/06 שטיין נ' המפקח הכללי משטרת ישראל פסקה 16 (לא פורסם, 30.4.2006); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 138 (1995); בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890-887 (2005); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 28-60 (לא פורסם, 20.8.2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי)).

ודוקו: הענקת משמעות חדשה לדין ישן - נוכח שינוי האיזון בין זכויות הפרט לצרכי הכלל - חייבת להתיישב עם לשון החוק הקודם (בש"פ גנימאת, בעמ' 417). בהינתן נקודת מוצא זו, יש ליתן לדיני ההפקעה המנדטוריים מובן אשר יתיישב עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין הולצמן, בעמ' 649; בש"פ גנימאת, בעמ' 412). על רקע הדברים האלה נפנה לבחינת פרשנותה התכליתית של פקודת הדרכים. נפתח במרכיב הלשון.

מרכיב הלשון

נוסחה המחייב של פקודת הדרכים הוא בשפה האנגלית (סעיף 24 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981). הוראות ההפחתה קובעות כדלקמן:

Limitation on  
right to  
compensation

7. The owner of land shall not be entitled to compensation unless the area taken from such owner exceeds one quarter part of the total area of the plot which he owns:

Provided that, if it be established that hardship would be caused if no compensation were paid, the High Commissioner may, in his discretion, grant such compensation as, having regard to all the circumstances of the case, he shall think fit.

Compensation

8. (1) If the area taken from any owner exceeds on quarter part of the total area of the plot owned by him, compensation shall be paid to the owner of the land acquired in excess of such on quarter part.

עלינו להידרש למתחם האפשרויות הלשוניות ביחס לשתיים אלה: הסמכות להפקיע עד רבע מחלקה ללא פיצוי כאמור בסעיפים 7 סיפה ו-8(1) לפקודת הדרכים; והסמכות לשלם פיצויי Hardship כאמור בסעיף 7 סיפה לפקודה. נבחן סוגיות אלו לפי סדרן.

(א) אופי הסמכות שבסעיפים 7 ו-8(1) לפקודת הדרכים: סמכות חובה או סמכות רשות



נהוג להבחין בין סמכות חובה, שבגדרה מחויבת הרשות המינהלית לעשות את שהוסמכה ללא שיקול דעת; לבין סמכות רשות, המקנה לרשות שיקול דעת אם להפעיל את הסמכות שניתנה לה או להימנע מהפעלתה (זמיר, בעמ' 319-320); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 216 (2010) (להלן: ברק-ארז). חרף השוני המושגי בין סמכויות אלו, בפועל ההבחנה ביניהן עשויה להיטשטש עד שניתן לשרטט "רצף של סמכויות הנבדלות זו מזו בהיקף שיקול הדעת הנלווה להן" (ברק-ארז, בעמ' 219). לחלופין אפשר לומר כי "אין סמכות שהיא סמכות רשות טהורה ואף אין סמכות שהיא חובה טהורה. בכל סמכות וסמכות יש רכיבים של חובה ורכיבים של רשות" (זמיר, בעמ' 323). הסיבות לכך הן שלעיתים לסמכות חובה נלווים תנאים להפעלתה אשר מחייבים הפעלת שיקול דעת; או שבגדר הפעלת סמכות רשות קיימת רק חלופה אחת סבירה כך שלא נותר למעשה מקום להפעיל שיקול דעת בעניינה (ברק-ארז, בעמ' 219-220; זמיר בעמ' 322). סמכות רשות מבוטאת תדיר בדיבור "רשאי" וסמכות חובה - בדיבור "חייב". על משמעותם הלשונית של אלה עמד פרופ' א' ברק:

"הדיבור 'רשאי' בלשון העברית משמעותו הרגילה הינה היתר ( - רשאי לעלות על קרקע) או הסמכה ( - רשאי להפקיע) הכרוכים בשיקול דעת. הדיבור 'חייב' בלשון העברית משמעותו הרגילה הינה חיוב לבצע פעולה (פיזית או משפטית) ללא שיקול דעת. עם זאת, ההקשר הפנימי עשוי לעתים להביא לידי כך כי לדיבור 'רשאי' תינתן משמעות של חובה ולדיבור 'חייב' תינתן משמעות מרשה או מסמיכה. שני המובנים עשויים איפוא ליפול לגדר מגוון האפשרויות הלשוניות. דבר זה יהא לרוב נדיר, שכן 'רשאי' אינו 'חייב' ו'חייב' אינו 'רשאי'. עם זאת, יש לציין כי הבחירה ביניהן תעשה על-פי תכלית החקיקה" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 120 (1993) (להלן: ברק-פרשנות החקיקה)).

באשר להכרה בשיקול דעת בפרשנות סמכות המנוסחת כחובה נקבע למשל כי סעיף 7(1)(א) לפקודת הכלבת שלפיו "רופא וטרינר ממשלתי יצווה להשמיד כל בעל-חי הנגוע בכלבת..." יפורש - חרף לשונו המצווה - כמקנה סמכות רשות. זאת בהתקיים נסיבות מיוחדות אשר הצדיקו את סיווג הסמכות כמקנה שיקול דעת, וביניהן מתן אפשרות לרשות לממש את סמכותה באמצעי מידתי יותר (בג"ץ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769, 809 (1998) (להלן: עניין העמותה למען החתול)). כך גם במקרה שעסק בייבוא של יהלומים בלא תעודה המאשרת שהם אינם "יהלומי דמים", פורשה ההוראה "יחולטו הטובין" שבפקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש],

התשל"ט-1979 - אשר מרמזת על סמכות חובה - כמקנה מתחם של שיקול דעת לנקוט באמצעים אחרים מחלוט, וזאת משיקולים של צמצום הפגיעה בזכות לקניין (עניין המפקח על היהלומים).

באשר להטלת חובה על הרשות מכוח סמכות המנוסחת בלשון מרשה, נקבע למשל כי סעיף 21א(א) לחוק יסוד: הממשלה (בנוסחו דאז, שקבע: "ראש הממשלה רשאי... להעביר שר מכהונתו") יפורש באופן שמטיל חובה לעשות שימוש בסמכות מקום שהוגש כתב אישום נגד שר (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)). עמד על כך הנשיא מ' שמגר: "סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין" (שם, בעמ' 421; ראו גם 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פסקה 25 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (לא פורסם, 6.8.2009); בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי, פסקה 31 (לא פורסם, 29.6.2008)). בפסיקה מוקדמת יותר נקבע כי הדיבור "רשאי" שבסעיף 5(2) לצו המסחר עם האויב (אפוטרופוס), 1939 - שמתיר לאפוטרופוס למסור רכוש שבידו לאנשים שהיו זכאים לקבלו אלמלא פקודת המסחר עם האויב - יתפרש כ"חייב", וזאת עקב השינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה (בג"ץ 59/49 דימנט נ' שר האוצר והממונה על רכוש האויב ירושלים, פ"ד ד 164, 168 (1950); ראו גם בג"ץ 292/65 רושגולד נ' שר האוצר, פ"מ כ(1) 639, 640 (1966)).

יוצא אפוא כי ניסוח מצווה עשוי להתפרש בנסיבות מסוימות כמותנה בהפעלת שיקול דעת קודם להפעלת הסמכות, ואילו ניסוח מרשה עשוי להתפרש כמחייב את הרשות להפעיל את הסמכות בהתקיים נסיבות או תנאים מסוימים.

בענייננו הוראת סעיף 7 רישה לפקודת הדרכים נוקטת לשון "לא יהא זכאי" (shall not be entitled). בדיבור דומה נוקטת לשון סעיף 8(1) הקובעת כי "ישולמו [...] פיצויים" ("compensation shall be paid"). האם לשון קטגורית זו פירושה בהכרח כי מדובר - בשני הסעיפים - בסמכות חובה? הגם שלשון זו מרמזת על היעדר שיקול דעת, הרי שבקביעת משמעותו הלשונית של דבר חקיקה על הפרשן להתחשב לא רק במובן הרגיל והמקובל של הביטוי, אלא עליו לתת דעתו גם למשמעות מיוחדת וחריגה ובלבד שנמצא

לה עיגון לשוני (ראו: עניין המפקח על היהלומים, בפסקה 13; ברק-פרשנות החקיקה, בעמ' 117-118).

הנטייה ליחס משמעות חובה לסעיפים אלו נובעת בעיקר מהשימוש במילה Shall. זהו פועל עזר המשתייך למשפחת פעלי עזר שנועדו לבטא אפשרות, רצון, נחיצות או מחויבות ("Auxiliaries verbs"). מקורו באנגלית עתיקה במונח Seal שפירושו To owe (ראו Joseph Kimble, *The Many Misuses Of Shall*, 3 SCRIBES J. LEG. WRITING 61, (1992) 62 (להלן: קימבל)). כיום למילה Shall ישנם מספר פירושים. כך למשל, לפי BLACK'S LAW DICTIONARY (6th ed. 2006):

"Shall, vb. 1. Has a duty to; more broadly, is required to <the requester shall send notice> <notice shall be sent>. • This is the mandatory sense that drafters typically intend and that courts typically uphold. 2. Should (as often interpreted by courts) <all claimants shall request mediation>. 3. May <no person shall enter the building without first signing the roster>. • When a negative word such as not or no precedes shall (as in the example in angle brackets), the word shall often means may. What is being negated is permission, not a requirement. 4. Will (as a future-tens verb) <the corporation shall then have a period of 30 days to object> 5. Is entitled to <the secretary shall be reimbursed for all expenses>. • Only sense 1 is acceptable under strict standards of drafting." (p. 1407)

עינינו הרואות כי בין פירושים 1-3 מידת "החובה" הנעוצה במילה Shall הולכת ופוחתת, מדרישה מוחלטת (required) ועד מעין הרשאה (may; ראו גם קימבל, בעמ' 75: "Shall can mean 'absolutely must' or 'should' or 'may'"). מבין שלושת הפירושים הללו ברי כי בשפה העכשווית, המדוברת, נפוץ יותר השימוש הראשון. אלא שדומה כי בעולם המשפט האנגלו-אמריקני ריבוי המשמעויות של המילה Shall בחיקוקים שונים היא תופעה מוכרת, וכתוצאה מכך ההתדיינויות המשפטיות על-אודותיה מרובות. עמד על כך הפרופ' Bryan A. Garner:

"How can shall be so slippery, one may ask, when every lawyer knows that it denoted a mandatory action? Well, perhaps every lawyer has heard it's mandatory, but very few consistently use it in that way. And, as a result, courts in virtually every English-speaking jurisdiction have held - by necessity - that shall means may in some contexts,



and vice-versa.” (BRYAN A. GARNER, A DICTIONARY OF MODERN LEGAL USAGE 939 (1995) (להלן: גארנר))

אין להוציא אפוא ממתחם האפשרויות הלשוניות משמעות בלתי רגילה רק בשל החריגות שבה (ברק-פרשנות החקיקה, בעמ' 118), ולפיכך אין להוציא מכלל אפשרות שהמילה Shall תתפרש כ-May באופן שמעיד על סמכות רשות. כך למשל, פרופ' ח' דגן סבור כי יש לפרש את הסמכות להפקיע ללא פיצוי מכוח פקודת ההפקעה כסמכות רשות (חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 141 (2005) (להלן: דגן-פרשת דרכים)).

אפשרות נוספת היא, כנזכר בפירוש הרביעי שבציטוט דלעיל, שהמילה Shall אינה מצביעה על מידה כזו או אחרת של חובה אלא משמשת כפועל עזר לבניית זמן עתיד. האופן שבו תורגם הסעיף לעברית - תוך שימוש במילה "יהא" (שמצביעה גם היא על זמן עתיד) - מחזקת פרשנות זו.

הדברים פועלים גם בכיוון ההפוך: הוראת סעיף 7 סיפה נוקטת לשון: "the High Commissioner may, in his discretion..." ומצביעה על סמכות רשות ועל מרחב של שיקול דעת. האם בנסיבות מסוימות סמכותו של שר ליתן פיצוי תתפרש כסמכות חובה? כפי שמציין גארנר בסוף הציטוט שהובא לעיל, לעיתים May עשוי לשאת גם משמעות של Shall, במובנו המחייב. כך גם לפי BLACK'S LAW DICTIONARY:

“May, vb. 1.To be permitted to <the plaintiff may close>. 2. To be possibility <we may win on appeal>. 3. Loosely, is required to; shall; must <if two or more defendants are jointly indicated, any defendant who so requests may be tried separately>. • In dozens of cases, courts have held may to be synonymous with shall or must, usu. In an effort to effectuate legislative intent.” (p. 1000)

ייחוס משמעות חובה למונח May נעשה גם בפסיקתנו. כך למשל, במקרה שעסק בפירוש סמכותו של שר הפנים להורות על החלת שעון קיץ - סמכות הקבועה בפקודת קביעת הזמן, 1940 - הכריע בית משפט זה כי יש לפרש את המונח May כמשמעות של Shall, היינו כסמכות חובה (בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד (4) 429, 445 (1980)). בבג"ץ 150/69 רייך נ' מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים במשרד החינוך והתרבות, פ"ד כד (1) 204, 208-209 (1970) נפסק כי יש לפרש את הדיבור "רשאי" בסעיף 19 לפקודת העתיקות כמטיל חובה על מנהל אגף העתיקות להשתמש בסמכויותיו. בית

המשפט העליון נסמך בהכרעתו על הפסיקה האנגלית והביא, בין היתר, מדבריו של הלורד צ'נסלור, הרוזן Cairns:

“Where a power is deposited with a public officer for the purpose of being used for the benefit of persons who are specifically pointed out, and with regard to whom a definition is supplied by the legislature of the conditions upon which they are entitled to call for its exercise, that power ought to be exercised, and the Court will require it to be exercised.” (Julius v. Bishop of Oxford & Carter, (1880) 5 App. Cas. 214, 229-30 (H.L.) (appeal taken from Eng.))

בענייננו נראה כי האפשרות לפרש את סמכותו של השר לשלם פיצויי Hardship ככזו שהפעלתה מתחייבת בנסיבות מסוימות, היא זו שעמדה בבסיס דבריו של השופט ח' כהן כשפסק:

“סמכות זאת, להעניק פיצויים מכוח שיקול-הדעת כאמור, אינה מן הסמכויות אשר ברצות הרשות המוסמכת - משתמש בהן, וברצותה - אינה משתמש בהן, ואין אחרי שיקול-דעתה ולא כלום; היא סמכות אשר זכויות-יסוד של האזרח תלויות בה, היא התריס היחיד שהתקין המחוקק בפני הפקעת רכוש פרטי ללא תשלום פיצויים כלשהם” (ע”א 336/59 בידרמן נ’ שר התחבורה, פ”ד טו 1681, 1690 (להלן עניין בידרמן)).

מן המקובץ עולה כי הן בשיטתנו-אנו הן במשפט האנגלי - מכורתן של פקודות ההפקעה - אין להוציא ממתחם האפשרויות הלשוניות שניסוח מחייב יפורש כמצריך הפעלת שיקול דעת, ושניסוח מרשה יתפרש בנסיבות מסוימות כמחייב את הפעלת הסמכות. הברירה בין שתי האפשרויות תיעשה לפי תכלית החקיקה. טרם שנפנה לבירור תכלית זו, נעמוד על משמעותו הלשונית של המושג “Hardship”, המהווה תנאי-בלעדיו-אין להפעלת סמכותו של השר לשלם פיצויי סבל בגין הפקעת עד רבע מחלקה.

(ב) פיצויי “סבל” (“Hardship”) – מתחם לשוני

בעוד סעיף 7 רישה מגביל את הזכות לפיצוי, סעיף 7 סיפה מקנה לשר שיקול דעת להעניק לבעל הקרקע פיצוי כפי שיראה לנכון בהתחשב בכל נסיבות העניין, “Provided that, if it be established that hardship would be caused if no compensation were paid” כלומר, הוכחה כי העדר תשלום פיצויים בגין הפקעת עד רבע מהקרקע יגרום Hardship

היא תנאי להפעלת סמכות השר לשלם פיצוי זה (ע"א 437/79 חבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 169, 173 (1980)). תנאי זה קבוע גם בסעיף 20(2)(ג) לפקודת הקרקעות.

מה פירושו של המונח Hardship ? הגדרתו הבסיסית לפי מילון Merriam-Webster המקוון (<http://www.merriam-webster.com>) היא "Privation, suffering". כל אחת משתי האפשרויות מעניקה למושג Hardship משמעות מעט שונה: "Privation" פירושו מחסור ובפרט מחסור באמצעים קיומיים ( "An act or instance of depriving; the state of being deprived; especially (lack of what is needed for existence" ; "Suffering" - הימצאות במצב של סבל, פירושו לחוות מוות, כאב או מצוקה, לשאת בהפסד או נזק כלכלי וכן להיות נתון למוגבלות או נכות ( "To endure death, pain, or distress ; to sustain loss or damage; to be subject to (disability or handicap". במילים אחרות: תחום התפרסותו של המושג Hardship הוא רחב. יש לו מימדים פיזיים, נפשיים וחומריים, ולכל אחד מהם עשויות להיות דרגות חומרה שונות. משמעויותיו הרבות נלמדות גם מתרגומו לעברית בתור "קושי, עמל, דיכוי, לחץ, מחסור, תלאה, סבל, עול, יסורים" (ר' אלקלעי מילון אנגלי-עברי שלם כרך א 1690 (מהדורה חדשה מורחבת, 1990)). זאת ועוד: למושג Hardship מופעים רבים בהקשרים משפטיים שונים, כפי שעולה מהגדרתו ב-BLACK'S LAW DICTIONARY:

"Hardship. 1. Privation; suffering or adversity. 2. The severity with which a proposed construction of law would bear on a particular case, sometimes forming a basis (also known as an argument ab inconvenienti) against the construction. 3. Family law. A condition that makes it onerous or impossible for a child-support obligor to make the required child-support payment. 4 Zoning. A ground for a variance under some zoning statutes if the zoning ordinance as applied to a particular property is unduly oppressive, arbitrary or confiscatory; esp., a ground for granting a variance, based on the impossibility or prohibitive expense of conforming the property or its use to the zoning regulation." (p. 734)

מופיעו השונים של המושג Hardship, כמו גם היותו ביטוי רב-משמעי, מלמדים

כי מדובר במושג בעל "רקמה פתוחה":

"כמוהו רבים הם הביטויים בלשוננו, המורכבת ממילים המהוות סימנים או סמלים, הנעדרים משמעות פנימית עצמית. כאשר לשון זו נקלטת במחשבתנו, אין היא מעלה דימוי אחד ויחיד, המשותף לכל המשתמשים בלשון.



מעצם מהותה זו של הלשון שתיאורים אלה מעלים, בדרך כלל, מספר דימויים. אין דימוי שהוא תמיד, ובכל הנסיבות, הדומיננטי אשר בלעדיו אין. כתוצאה מכך מתקבלים מספר מובנים ללשון החוק" (בג"ץ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט (1) 169, 174 (1985)).

מושגים בעלי "רקמה פתוחה", מעצם טבעם, אין בהם אמת מידה להבחנה בין המצבים העובדתיים שנכללים בהם לבין מצבים שלא יבואו בגדרם (רע"א 270/01 תמנון שירותי מיגון אבטחה וכח אדם (1993) בע"מ נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(2) 817, 822 (2003); ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 273 (1988)). המחוקק משתמש בהם כדי לאפשר לבתי המשפט להתאימם לנסיבות שונות ולזמנים משתנים, לפי תפיסות העולם ואמות המידה הרווחות באותה עת (עש"ם 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650, 679 (1998); על"ע 2579/90 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני, פ"ד מה(4) 729, 732-733 (1991)). אכן, מושגים אלו מתמלאים תוכן בהלכה הפסוקה, בהתבסס על שיקולים רלוונטיים ואיזון בין ערכים נוגדים, ובהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ, פסקה 66 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 21.1.2009)).

כך גם בענייננו. הפסיקה שנדרשה לפירוש המונח Hardship נמנעה מלקבוע הגדרה ממצה, והדגישה בעיקר את הנסיבות שבהן נגרם סבל כאמור. השופט ח' כהן התייחס לכך לראשונה בעניין בידרמן בקובעו:

"אין אני יודע, ואין מעניני לבדוק, אם יש מקרים, ומהם המקרים, אשר בהם עלול להיגרם 'סבל', כמשמעותו בפקודות ההן, אם לא ישולמו פיצויים גם עבור הפקעת רבע ראשון מתוך חלקת אדמה אחת, או מה הן הנסיבות המיוחדות אשר עשויות להצדיק תשלום פיצויים כאלה גם עבור הפקעת הרבע הראשון כאמור. אך זאת אדע, שבכל מקרה ומקרה אשר בו משתמשות זרועות שונות של המדינה בסמכויותיהן השונות כדי להפקיע ללא תשלום פיצויים, זו רבע ראשון וזו רבע שני, זו רבע שלישי וזו רבע רביעי - נגרם לבעל אותה חלקה, החל בהפקעת הרבע השני 'סבל' כמשמעותו בפקודות ההן, על-ידי אי-תשלום הפיצויים, וקיימות הנסיבות המיוחדות המצדיקות והמחייבות את הרשויות המוסמכות להעניק תשלום פיצויים מכוח שיקול-הדעת אשר החוק מעניק להן" (שם, בעמ' 1690).

עניין בידרמן נדון לפני חקיקת החוק לתיקון דיני הרכישה, אשר קבע שלא ניתן להפקיע יותר מ-25% משטח של חלקה ללא פיצוי גם כאשר מבוצעות מספר הפקעות מכוח חיקוקי הפקעה שונים. השופט ח' כהן לא נדרש לשאלה מהו סבל לעניין הפקעת רבע מחלקה אחת, אולם סבר כי הפקעות חוזרות ונשנות ללא פיצוי גורמות גם גורמות סבל כאמור. מדבריו משתמע כי עשויות להיות נסיבות מיוחדות - הן בהפקעת רבע מחלקה פעם אחת, הן בהפקעות חוזרות ונשנות - שגורמות לבעל הקרקע סבל ותחייבנה את הרשויות המוסמכות בתשלום פיצויים. מקרה זה ממחיש את השימוש במושג Hardship כאמצעי להתאמת החוק לשינוי העתים: בעוד שבעת חקיקתן של פקודות ההפקעה היה ניתן להפקיע חלקים שונים מחלקה מכוח פקודות הפקעה שונות ללא תשלום פיצויים, הרי שעשרים שנה לאחר מכן נקבע שהדעת אינה סובלת עוד מצב כזה, ולפיכך הפקעה כאמור גורמת "סבל" כמשמעותו בפקודת הדרכים, אשר יש לשלם בגינה פיצויים מעבר לרבע הראשון. למעלה מעשור מאוחר יותר, עמד השופט צ' ברנזון על פירושו של סעיף זה באומרו כי:

"אין המערערים זכאים לפיצוי עבור הקרקע שנלקחה, אלא אם נגרם להם עוול מיוחד המצדיק, לפי דעת השלטונות, תשלום פיצוי עבורו. ברם עוול זה, שמדובר בו בתנאי לסעיף 7, הוא עוול הנובע מעצם ההפקעה, או שהוא תוצאה ישירה ממנה. כמו למשל, כאשר השטח שנותר מכל חלקה לאחר ההפקעה, הוא קטן מדי או צר מדי מכדי שיוכל לשמש למטרה מועילה" (ע"א 439/72 מיכשווילי נ' מדינת ישראל, פ"מ כח(1) 533, 537-536 (1974) (להלן: עניין מיכשווילי)).

"Hardship" פירושו אפוא "עוול", ושטח נותר שאינו ניתן לשימוש מועיל הוא דוגמה לנסיבות שבהן יש לשלם פיצוי מלא בגין ההפקעה (לעניין "סבל" כעוול ראו גם סעיף 8(ב) לחוק כביש ארצי לישראל, התשנ"ה-1994). בע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן, פ"ד לה(3) 645 (1981) (להלן: פרשת פייצר) הצביע השופט א' ברק על נסיבות שבהן יש לפנות לשר בבקשה לתשלום פיצויים לפי סעיף 20(2)(ג) בפקודת הקרקעות:

"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 20(2)(C) לפקודה). על כן, אפילו גורמת הפקעת רבע

מהגרש נזק כספי בלא כל השבחה בצידה - 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" (שס, בעמ' 657).

כלומר, נסיבות שבהן ערכה של יתרת הקרקע אינו עולה בעקבות ההפקעה, ועל כן נזקו של בעל הקרקע אינו מאוזן בהשבחת הנותר, עשויות לעלות כדי Hardship כמשמעו בהוראות ההפחתה. בעוד שבשלוש הדוגמאות שהבאנו לעיל דומה כי הנסיבות שזיכו את בעל המקרקעין בפיצויי סבל היו נסיבות אובייקטיביות (הפקעות חוזרות ונשנות, הפקעת קרקע ששוללת שימוש יעיל בנותר, אי-השבחת הנותר), הרי שבפסיקה מאוחרת יותר הובעה הדעה שיש מקום לשלם פיצויי "סבל" בנסיבות סובייקטיביות. כך למשל, בנוגע לפקודת הקרקעות קבע השופט ש' לויין כי:

"סמכותו של שר הפנים לפצות את פלוני על 'סבל' (ובלשון המקור: 'Hardship') שנגרם לו עקב הפקעה, בא לענות על מצבים, שבהם מצדיקות נסיבות אינדיווידואליות מתן פיצוי לפלוני עקב הפקעה, אף-על-פי שלפי הכללים הנורמאטיביים, שנקבעו בחוק התכנון והבנייה, ובפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור), לא ישולמו לו פיצויים או לא ישולמו לו פיצויים מספיקים; כך עשויה הוראת סעיף 20(2)(ג) 'לרכך' עוול שנגרם לפלוני עקב הפקעה במקרה מסוים" (בג"ץ 839/86 לופט נ' שר הפנים, פ"ד מב(2) 157, 166 (1988)).

בעניין הולצמן הדגימה השופטת ד' דורנר את הנסיבות האינדיבידואליות

האמורות:

"סמכותו של שר האוצר להגדיל את שיעור הפיצויים חלה במקרים מיוחדים, שבהם אמות-המידה האובייקטיביות הסטנדרטיות לחישוב הפיצויים אינן מובילות לתוצאה צודקת. דוגמאות למקרים מיוחדים כאלה עשויות להיות הפקעה של שטח שלו ערך אישי מיוחד לבעלים המסוימים שהנוסחות הרגילות לחישוב ערך המגרש לא נותנות לו ביטוי, או כשהפיתוח הצפוי בעקבות ההפקעה אמנם מעלה את ערך חלק המגרש שלא הופקע, אך הבעלים המסוימים אינם נהנים מפיתוח זה, והוכח שאין



בדעתם לסחור בחלקה בעתיד הנראה לעין" (שס, בעמ' 644-643).

מדברים אלה משתמע כי בעוד שברגיל גובה הפיצוי מחושב על פי שווי השוק של הנכס שהופקע (סעיף 9ב) לפקודת הדרכים), הרי שפיצוי בגין "סבל" משתלם עבור פגיעה סובייקטיבית שאינה באה בחשבון הפיצוי האובייקטיבי.

סיכומו של דבר: תהיינה נסיבות הפגיעה סובייקטיביות או אובייקטיביות, המושג "Hardship" הוא בעל "רקמה פתוחה" ומשמעותו תיחתך על-פי תכלית החקיקה.

התכלית הסובייקטיבית

התכלית הסובייקטיבית היא המטרות, הערכים והמדיניות שביקש המחוקק להגשים באמצעות החקיקה. זוהי הכוונה שעמדה בתודעת המחוקק בשעת החקיקה. התכלית הסובייקטיבית משקפת מציאות פסיכולוגית המעוגנת בעובדות היסטוריות. אין היא כוונה משוערת או משוחזרת. אין היא ניחוש באשר לכוונתו של המחוקק אילו נתן דעתו לשאלה. תכלית זו נלמדת מלשון החוק, מההיסטוריה החקיקתית שלו, ומהרקע ההיסטורי החברתי והמשפטי באותה עת (ברק-פרשנות החקיקה, בעמ' 201-202). נעמוד על המקורות הללו תוך שניתן דעתנו לכך "שחלקיו השונים של דבר החקיקה נחקקו בתקופות היסטוריות שונות, ועל כן עשויים לשקף תכליות שונות או גוונים שונים של אותה תכלית" (שס, בעמ' 313).

(א) רקע היסטורי

טרם שקיעתה של האימפריה העות'מאנית, החקיקה שנהגה בארץ התנתה הפקעה של קרקע לצרכי ציבור בתשלום פיצוי מלא לבעל הקרקע. חריג לכלל זה נקבע בחוק עות'מאני משנת 1891, אשר התיר לרשות מקומית להפקיע עד רבע מחלקה ללא פיצוי לצורך סלילת כבישים חדשים או הרחבת קיימים, ובתנאי שמדובר בחלקה שטרם נבנה בה (ראו, FREDERICH M. GOADBY & MOSES J. DOUKHAN, THE LAND LAW OF PALESTINE 315, (1935) 332 (להלן: גודבי ודוכן)). כלומר עוד בתקופה העות'מאנית הפקעה ללא פיצוי הייתה חריג לכלל. יש הסוברים שהוראה זו הייתה מקור השראה להוראות ההפחתה שנחקקו בתקופת המנדט (דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון 150 (1994) (להלן: לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין)). הבריטים אימצו את החקיקה

העות'מאנית עם תחילת המנדט בשינויים המחויבים מחילופי השלטון (Public Notice, )  
 PROCLAMATIONS, ORDINANCES & NOTICES ISSUED BY O.E.T.A. (SOUTH) TO AUGUST  
 33 (1919, ) במהלך שנות העשרים נוצרו היסודות לשני ערוצי ההפקעה המרכזיים  
 המוכרים לנו היום: האחד הוא פקודת בנין ערים משנת 1921 (Town Planning Ordinance, )  
 (להלן: פקודת בניין ערים), שגלגולה העכשווי הוא חוק התכנון והבניה; והשני  
 הוא פקודת הפקעת קרקעות משנת 1926 (Expropriation of Land Ordinance, 1926) (להלן:  
 פקודת הפקעת קרקעות), שלימים הייתה לפקודת הקרקעות דנן. בין לבין נחקקה גם  
 פקודת הנחלת קרקעות למסילות ברזל משנת 1924 (Railway Lands Vesting )  
 (Ordinance, 1924) (להלן: פקודת הנחלת קרקעות למסילות ברזל).

סעיף 22 לפקודת בנין ערים התיר להפקיע ללא תמורה כל חלק מקרקע בלתי  
 מפותחת שנכללה בתוכנית, למטרת סלילה או הרחבה של דרך, ובלבד שלבעל החלקה  
 יוותר די כדי לבנות עליה בהתאם למותר בתוכנית (השוו: סעיף 190(א)(1) סיפה לחוק  
התכנון והבניה; עניין קרן תורה). בסעיף 3 לפקודת הנחלת קרקעות למסילות ברזל נקבע  
 כי אדמות שנתפסו טרם חקיקת הפקודה בידי הצבא הבריטי או הרכבת המנדטורית  
 (Palestine Railways), אשר משמשות כאדמת מסילת ברזל (כהגדרתה בפקודת מסילות  
הברזל משנת 1922) ומצויות מחוץ לשטחה של עירייה, יונחלו לנציב העליון. בסעיף  
 4(1) שכותרתו הייתה "When no compensation payable", נקבע כי אם הקרקע שנתפסה  
 כוללת רק רצועה שעוברת בה מסילה יחידה, וקודם לכן הייתה אדמה חקלאית שלא בנו  
 בה, לא נטעו בה עצי פרי, עצי זית או גידולי קבע אחרים, וכן לא השקו אותה באמצעים  
 מלאכותיים – לא ישולמו עבורה פיצויים; אם הקרקע שנתפסה הייתה חלק גדול מחלקתו  
 של בעליה, והוכח כי אם לא ישלמו פיצויים ייגרם Hardship, רשאי היה הנציב העליון  
 להעניק אותם פיצויים אשר ימצא לנכון בהתחשב בכל נסיבות המקרה (ראו גם משה דוכן  
 דיני קרקעות בארץ ישראל 161-162 (1925)). הסמכות לשלם פיצויים בגין Hardship,  
 אשר נקבעה לראשונה בסעיף זה, מלמדת כי Hardship היה עשוי להיגרם מקום שבו  
 הופקע חלק גדול מחלקה, ואינו נגרם מקום שבו הופקעה רק רצועה מקרקע חקלאית  
 שאינה מעובדת.

פקודת הפקעת קרקעות ביטלה את החקיקה הבריטית שאימצה את הדין  
 העות'מאני שנהג קודם לכן. סעיף 22 לפקודה זו, שכותרתו הייתה "Gratuitous  
 expropriation for widening roads", קבע כי מקום שבו הופקעה קרקע לפי הפקודה לצורך  
 הרחבת דרכים, יש להרחיב את הדרך באופן שווה משני צידיה (אלא אם כן שונה תוואי

הדרך); וכן כי בעל הקרקע לא יהא זכאי לפיצויים אלא אם כן השטח שהופקע ממנו גדול מרבע החלקה. עוד נקבעה בסעיף זה ההוראה המסמיכה את הנציב העליון לשלם פיצויים אם הוכח כי יגרם לבעל הקרקע Hardship, ונוסחה היה זהה לנוסח האנגלי הקיים בסעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים. בסיפה של סעיף 22 האמור נקבע כי "if the area taken... exceeds one-quarter part... compensation shall be paid in accordance with the provisions of this ordinance". כלומר, לפי לשון הסעיף, נראה כי במקרה שההפקעה עלתה על רבע מחלקה, שולם בגינה פיצוי מלא (ראו: לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 151; השו: גודבי ודוכן, בעמ' 327-328). ההוראה הקושרת בין תשלום פיצויים להשבת הנותר נקבעה בסעיף 23 העוקב, אשר כותרתו הייתה "Betterment charge where land taken for making or widening roads", ולפיו ניתן היה לגבות מכל בעל קרקע שחלקתו הושבחה בעקבות סלילת כביש או הרחבתו ארנונת השבחה בשיעור של 25% מעליית ערך הקרקע; אך זאת רק בתנאי שאם הוטל חיוב כאמור יש לשלם פיצוי מלא עבור כל קרקע שנלקחה לטובת הרחבת דרך (היינו קרקע שהופקעה ללא פיצוי כאמור בסעיף הקודם), וניתן לקזז את סכום הפיצוי כנגד החיוב בהשבחה. במילים אחרות: מקום שהייתה השבחה של הנותר עקב הפקעה לצורך דרך, והרשות הייתה גובה תשלום בגין השבחה זו, היה עליה לשלם פיצוי מלא בגין כל קרקע שהופקעה לצורך אותה דרך.

רואים אנו אפוא כי ההוראות שהתירו הפקעה ללא פיצוי מלא, בבחינת חריג לכלל (גודבי ודוכן, בעמ' 327), היו מוגבלות ומסויגות עוד בראשיתן. פקודת בנין ערים אמנם לא קבעה תקרה לשיעור הפקעה ללא פיצוי, אולם התנאים שנקבעו בה (שהקרקע המופקעת אינה מפותחת; ושלאחר ההפקעה תיוותר די קרקע בידי הבעלים), נועדו להבטיח שבעל המקרקעין יוכל לפתח את הקרקע בהתאם לתוכנית וליהנות מהכביש שנסלל (לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 151). פקודת הנחלת קרקעות למסילות ברזל אפשרה להפקיע ללא פיצוי רצועה קטנה מקרקע חקלאית לא מעובדת, בעוד שבגין הפקעת חלק גדול מחלקה הותר לנציב העליון לשלם פיצוי אם נגרם Hardship. פקודת הפקעת קרקעות התירה להפקיע ללא פיצוי עד רבע מחלקה לצורך הרחבת כביש קיים (ולא לצורך סלילת כביש חדש), בתנאי שהדרך הורחבה באופן שווה משני צידיה, אך התירה לשלם פיצוי גם בעד הרבע שהופקע אם נגרם Hardship; כמו כן היא חייבה לשלם פיצוי בעד הרבע הראשון של הקרקע אם הופקע יותר מרבע, או אם נגבה היטל השבחה מכל אדם שמקרקעיו הושבחו בעקבות סלילת כביש או הרחבתו.



סעיף 22 לפקודת בנין ערים תוקן בשנת 1929, ונקבע בו כי ניתן להפקיע ללא תשלום פיצויים עד רבע מחלקה (בעוד שלפי הפקודה שקדמה לה משנת 1921 היה ניתן להפקיע כל חלק מחלקה בתנאי שלבעליה נותר די קרקע לבנות עליה, כאמור לעיל). כמו כן נקבע כי הפקעה של כל חלק מעבר לרבע מחייבת תשלום פיצויים, אולם רק עבור החלק העודף על הרבע (כאמור, בשונה מהסדר שנקבע בפקודת הפקעת קרקעות משנת 1926). עוד נקבע באותו סעיף שכאשר בעל קרקע נתבע לשלם היטל השבחה בגין עליית הערך של יתרת החלקה (מכוח סעיף 27 לאותה פקודה), יש לקזז את ערך הקרקע שהופקע ללא פיצוי (ובלשון המקור: "taken gratuitously") כנגד חוב ההשבחה שהוטל עליו.

בשנת 1936 תוקנה פקודת בנין ערים פעם נוספת, ולראשונה הורחבה בה רשימת המטרות שניתן היה להפקיע עבורן ללא פיצוי: מלבד הפקעה לצורך סלילה או הרחבה של כביש, הותרה גם הפקעה לצורך מגרש משחקים או נופש שנכללו בתוכנית. כמו כן נוספה לסעיף המאפשר להפקיע ללא תמורה אותה הוראה שהייתה קיימת קודם לכן בפקודת הפקעת קרקעות משנת 1926, המתירה לנציב העליון לשלם פיצויים בעד הרבע הראשון אם הוכח כי נגרם Hardship (סעיף 27 לפקודה). עקרונות זהים נקבעו גם בסעיף 20 לפקודת הקרקעות דנן, שהחליפה בשנת 1943 את קודמתה משנת 1926. בסעיף 21 (שכותרתו נותרה "Betterment charge where land taken for making or widening roads") נקבע כי מקום שבו עלה ערכה של קרקע כתוצאה מסלילת כביש או הרחבתו, יש לגבות ארנונת השבחה בשיעור של רבע מעליית הערך, ואם הוטל חיוב כאמור, יש לשלם פיצויים בעבור כל קרקע שנלקחה למטרת הרחבת דרך, וניתן לקזז את הפיצוי כנגד התשלום הנדרש.

לא הרחבנו בתיאור תולדותיהן של הוראות ההפחתה אלא כדי להראות כי מראשיתן, ולאורך שלבי התפתחותן, הפקעה ללא פיצוי הייתה מוגבלת בתנאים וסייגים. התפתחותם של סייגים אלו מעידה כפי הנראה על מספר הנחות שעמדו בבסיס הסמכות להפקיע ללא פיצוי מלא: האחת, שהפקעת חלק מקרקע בלתי מפותחת בלא פיצוי בצידה ככלל אינה פוגעת ביכולתו של בעל הקרקע להשתמש ביתרת החלקה וליהנות מהפיתוח שלה; השנייה, כי Hardship עשוי להיגרם מקום שבו הופקע חלק גדול מחלקה, ואינו נגרם מקום שבו הופקעה רצועה מקרקע חקלאית שאינה מעובדת; השלישית, שבמרבית המקרים (נכון לאותה עת) הפקעה לצורך סלילה או הרחבה של דרכים הייתה מובילה להשבחה של יתרת החלקה, שהרי הוראות ההשבחה נוצרו בזיקה להרחבת וסלילת דרכים (בין אם באותו סעיף ממש, בין אם בסעיפים עוקבים); הרביעית, שהייתה שאיפה לחלוקה

שוויונית ככל האפשר של נטל הפיתוח - בין אם בדרך של הרחבת דרך משני צידיה באופן שווה (כלומר שבעלי החלקות משני צידי הדרך נושאים בנטל שווה); בין אם בדרך של הטלת חיוב בגין השבחה על מי שנהנה מן הפיתוח, לשם שימוש בכסף לתשלום פיצויים בעד קרקע שהופקעה. היקפם של סייגים אלו התרחב והצטמצם עם שינוי העיתים וצרכי השעה, ובסופו של דבר הסייג המרכזי שנותר במארג דברי החקיקה הללו הוא הסמכות לשלם פיצוי בגין Hardship. דומה כי סייג זה, שהוא עמום וכללי יותר מקודמיו, היווה מעין קונסולידציה של מכלול התנאים האחרים שבוטלו עם הזמן, ואיפשר לנציב העליון להגיע לאיזון הראוי לפי שיקול דעתו.

(ב) ההיסטוריה הפרלמנטרית

בד בבד עם חקיקת פקודת הקרקעות, נחקקה בשנת 1943 גם פקודת הדרכים (סלילתן ושימורן) (הגנה). ישאל השואל: מה צורך היה בפקודה נוספת אם כבר ניתן היה להפקיע לצרכי דרך מכוח פקודת הקרקעות? התשובה לכך טמונה בהבדלים בין תכלית הפקודות, המתבטאים בעיקר בפרוצדורת ההפקעה. עמד כל כך המלומד קמור: "הפקודה אינה מהווה מהדורה מצומצמת של פקודת הקרקעות. מטרת חקיקתה היתה להקנות לנציב העליון סמכויות הפקעה נרחבות, בהליכים קצרים ולא מסובכים, אך זאת רק למטרות מצומצמות ביותר של סלילת דרכים להגנת הארץ" (קמור, בעמ' 67). כידוע, הימים היו ימי מלחמת העולם השנייה. ישראל שימשה בסיס התארגנות ואספקה לכוחות הבריטים שלחמו במזרח התיכון (ראו למשל ההיסטוריה של ארץ-ישראל - המאנדאט והבית הלאומי 1917-1947) 93 (יהושע פורת ויעקב שביט עורכים, 1998)). דרכים היו חיוניות ביותר לצרכי המלחמה, וזו הייתה התכלית המיוחדת שבבסיס פקודת הדרכים. חרף הצורך בתפיסה מהירה של שטחים לצרכי "הגנת הארץ", כלשון סעיף 3 לפקודה, נקבע בסעיף 7 לפקודה כי בעל הקרקע לא יהיה זכאי לפיצויים אלא אם כן הופקע ממנו שטח העולה על רבע החלקה; וכי הנציב העליון רשאי לשלם אותם פיצויים אם נוכח כי יגרם Hardship. דהיינו גם שעה שקרקע הופקעה לצורך סלילת דרך לשם הגנת הארץ, ניתנה בידי הנציב העליון סמכות לאזן את הפגיעה בפרט שמקרקעיו הופקעו. נוסח הוראה זו נלקח מילה במילה מפקודת הפקעת קרקעות (בדומה לנוסח שנקבע בפקודת בנין ערים ובפקודת הקרקעות דנן). עם זאת הוראות בדבר תשלום בגין ההשבחה שהיו קיימות בפקודות קודמות, לא נקבעו בפקודת הדרכים עם חקיקתה (למעט הוראה שנועדה להדריך את בית המשפט בהערכת הפיצויים - סעיף 9(ד)(ii) לפקודה). הוראה דומה

הוספה דווקא בידי המחוקק הישראלי בשלב מאוחר יותר (סעיף 9א לפקודה, שאליו נתייחס להלן).

בשנת 1951 תוקנה פקודת הדרכים בידי הכנסת הראשונה, ושמה שונה לפקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח). כפי שמצביע שמה החדש של הפקודה, וכפי שעולה מדברי ההסבר, תכלית התיקון הייתה כפולה: ראשית, לאפשר הפקעת קרקע לא רק לצורך "דרך" אלא גם לשם "מסילות ברזל"; ולא רק למטרות של "הגנת הארץ" אלא גם לשם "פיתוחה" (ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1950, ה"ח 5). הימים שקדמו לתיקון היו ימי העלייה ההמונית שהחלה עם קום המדינה. עד תחילת שנת 1952 הוכפלה אוכלוסיית היישוב היהודי בארץ, מסדר גודל של 700,000 נפש לסך של 1,400,000 אישה ואיש (ראו דבורה הכהן עולים בסערה: העלייה הגדולה וקליטה בישראל 1853-1948 (1994); יפעת הולצמן-גזית "דיני הפקעת מקרקעין בשנות החמישים בראי האידיאולוגיה הציונית של קליטת עלייה וקניין פרטי" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 223, 232 (חנוך דגן עורך, 1999)). לשם קליטת המוני העולים והטמעתם היה צורך בפיתוח מואץ של תשתיות. בהציגו את התיקון בקריאה ראשונה בכנסת, תיאר דוד רמז, שר התחבורה דאז, את ההתקדמות בפיתוח דרכים ומסילות ברזל ואת הצורך בחיבור היישובים החדשים שהוקמו לתשתית:

"צרכי הפיתוח וצעדי הפיתוח של מדינת-ישראל מחייבים אותנו להרחיב ולתקן מפעם לפעם גם לבושים חוקיים ראשונים שלנו, ואין צורך לומר של החקיקה המאנדטורית. אציין כמה ציונים רהוטים, כדי להדגים את קצב התקדמותנו בתחום זה של כבישים, דרכים ומסילות-ברזל. להווי ידוע, שאורך הכבישים והדרכים המחזקים כבר כיום במדינתנו ומושגחים מטעם משרד העבודה והביטוח העממי מגיע לכדי 2,000 ק"מ. בשנתיים וחצי של קיום מדינת-ישראל נסולו וניסולים והולכים כבישים חדשים כדי 126 ק"מ, ואולי כדאי להזכיר את הצעיר שבהם, הכביש מבאר-שבע לסדום. הורחבו כבישים ישנים כדי 200 ק"מ, כל אלה מטעם משרד-העבודה. בה בתקופה הוקמה והותקנה מטעם משרד-התחבורה מסילת-הברזל הישנה מחיפה ועד התחנה החדשה בצפון תל-אביב: מסילה ישירה תוך דילוג על הסחור-סחור של לוד ותוך עקיפת תחנת טול-כרם הישנה. בו בזמן נסולה הסוללה החדשה בקו-החוף הקצר, העובר כולו ביישובים העבריים של החוף ויוצר גם רשת תחנות עבריות חדשות: צפון תל-אביב, הרצליה, שפיים, כפר נטר, נתניה, כפר ויתקין, והתחנה החדשה בחדרה. אגב אורחא חוצה סוללה זו את ואדי-פליג - אחד העזים בין נחלי השרון. כן



נחקרים בוועדה המשותפת למשרד התחבורה ולעיריית תל אביב, בעזרת מומחים, התווי והתכנית הנאותים ביותר, לחיבור נקודת התחנה החדשה בצפון תל-אביב עם נקודה נאותה בדרום תל-אביב, כדי להגיע בדרך קצרה וישירה, בעלי עקיפין מצפון הארץ לדרומה: היום – עד מגדל-גד, שאליה מגיעה הרכבת, ובימים הבאים – אל אשר ירצה הבית הזה. ועוד: למיום קום המדינה נוספות על 300 הישובים החקלאיים שלנו שבכל קצוות הארץ, למעלה מ-200 ישובים חדשים - כן ירבו! - ואף הם ידרשו חיבורים חדשים" (ד"כ כרך 7, 83 (התשי"א)).

בדיון שנערך חודש מאוחר יותר הבהיר דב יוסף, שבא בנעליו של רמז כשר תחבורה, את ההכרח להשתמש בפקודה זו דווקא:

"נדמה לי שקודמי כבר הסביר, שאנו נהגנו בהגשת החוק הזה מתוך מגמה לאפשר לנו להשיג את הקרקע הדרושה לממשלה לשם סלילת רכבת, כדי שלא יהיה צריך לנהוג לפי הנוהל המקובל לגבי הפקעת קרקע במקרים רגילים, כי אז היינו צריכים לעסוק עם מאות אנשים, והיה קשה לנו להשיג את הקרקע הדרושה לסלילת הרכבת בזמן המתקבל על הדעת. לכן השתמשנו בהזדמנות זו לתקן את החוק הקיים, המאפשר, במקרים יוצאים מן הכלל, לצרכים מיוחדים של הגנה, להפקיע קרקע על-ידי מתן הודעה אחת, לגבי כל השטח הדרוש, בלי שיהיה צורך להודיע בנפרד לכל אחד ואחד מבעלי הקרקע המופקע" (ד"כ כרך 7, 188 (התשי"א)).

באשר לפיצויים הסביר מר מינץ, יועץ משפטי מטעם משרד התחבורה, בדיון על תיקון הפקודה בוועדת הכלכלה כי "מה שנוגע לפיצויים הרי כל הסעיפים של הפקודה הזאת מועתקים מלה במלה מן הפקודה הרגילה [פקודת הקרקעות - ע' פ']. וההבדל העיקרי הוא שכאן יש לנו עניין עם רצועות קטנטנות של קרקעות ולא בחלקות שלמות... ומסלת הברזל תל-אביב חדרה למשל עוברת ליד כ-1000 חלקות כאלה, ואין לנו כל אפשרות למסור את ההודעה לכל הבעלים משום שאיננו יודעים אפילו את הכתובות" (פרטיכל ישיבה 3/2 של ועדת הכלכלה להצעת חוק לתיקון פקודת הדרכים, הכנסת הראשונה 4 (21.11.1950) (להלן: פרטיכל ישיבת ועדת הכלכלה); והשוו לסעיף 4(1) לפקודת הנחלת קרקעות למסילות ברזל כמפורט בפסקה 0 סיפה לעיל).

מדברים אלה עולה כי בעוד שתכליתה הראשונית של פקודת הדרכים הייתה סלילה מהירה של דרכים למטרות ביטחוניות, הרי שתכליתה בעת תיקונה הייתה בעיקרה

לאפשר את הרחבת תשתיות התחבורה למטרות של פיתוח הארץ באופן יעיל ובתוך פרק זמן קצר.

פקודת הדרכים המקורית לא כללה הוראה בדבר גביית היטל השבחה. התיקון משנת 1951 הוסיף אפשרות זו בסעיף 9א תחת הכותרת "ארנונת-שבח", ולפיו אם נקנתה חזקה בקרקע מכוח הפקודה, וכתוצאה מסלילת דרך עלה ערכם של "מקרקעים אחרים", רשאית הממשלה לחייב את בעל המקרקעין בארנונת שבח בשיעור של עד 50% מהשבחה. עוד נקבע כי "היה אותו בעל קנין במקרקעים זכאי לפיצויים לפי פקודה זו – רשאית הממשלה לזקוף את סכום הפיצויים על חשבון ארנונת השבח". סעיף זה עורר מחלוקת רעיונית בעת הדיון בחוק בכנסת בקריאה ראשונה. מצד אחד, חבר הכנסת יוסף ספיר ממפלגת הציונים הכלליים טען כי חוק זה אינו הפלטפורמה המתאימה להטלת מס השבחה, וודאי לא באופן שבו נוסח הסעיף מאפשר את הטלתו על כל מקרקעין, גם אם אינם גובלים בדרך או במסילת ברזל. בין הסתייגויותיו העיר כך:

"הערה ראשונה בדבר הכללת מסילות-הברזל בתחום המושג של דרכים וההנחה שהן מסוגלות להביא לידי השבחת ערך הקרקע הגובל במסילת-הברזל. הנחה מקובלת היא, שכל פיתוח, כגון דרך, מביא השבחה לקרקע הגובלת. אבל מסילת-הברזל בעצם טבעה איננה מכשיר המסוגל לשבח את הקרקע הגובל, אלא אם יש בקרבת מקום תחנה של מסילת-הברזל או שישנה הסתעפות (באנגלית: סיידנינג) של מסילת-הברזל, שיכולה להיות לתועלת למטרה שימושית. ועוד: לאורך כל הדרך שבה עוברת מסילת-הברזל - מחוץ להסתעפות או לתחנה – אין שום תועלת ישירה לקרקעות שבקרבת המסילה; אדרבא, לפעמים אף מביאה מסילת-הברזל נזק לא קטן. לגבי קרקעות חקלאיים ודאי שהדבר עלול לפעמים להביא נזק, ולפעמים - גם לקרקעות עירוניים".

(ד"כ כרך 7, 187 (התשי"א)).

מצד שני, חברת הכנסת פייגה אילנית ממפלגת הפועלים המאוחדת (מפ"ם) בירכה על החוק באומרה כי "סיעתנו רואה בחיוב את מגמת החוק מבחינת הרצון שיש בו להחזיר לרשות הכלל, למדינה, לפחות חלק מעליית הערך של הקניין הפרטי - במקרה זה מקרקעים - שנגרמה על-ידי מפעלי הפיתוח הנעשים על-ידי הציבור". עם זאת היא הצרה על צמצום מגמה זו רק לשבח מקרקעין בעקבות סלילת דרך או הקמת מסילת ברזל, וסברה כי יש להרחיב את תחולת החוק על עליית ערך כתוצאה מכל מפעל פיתוח שנעשה על ידי הציבור – נמלים, שדות תעופה, מרכזי תעשייה וכיוצא באלו (עמ' 188). שר

התחבורה, דב יוסף, השיב על כך כי יש לתקן את הטעון תיקון צעד אחר צעד, ואילו לדבריו של חבר הכנסת ספיר השיב כך:

"אשר לדברי חבר-הכנסת ספיר, שהביע ספק אם רצוי לכלול את המונח 'מסילות-ברזל בהגדרה של 'דרך', בהיותו סבור, שעל-פי-רוב אין העלאה בערך שטח הקרקע אם מעבירים בו מסילות-ברזל, הרי הצעת-החוק קובעת, שרק במקרים שבית-המשפט ימצא שיש השבחה, יבואו לדרוש מס מבעל-הקרקע. אני מוכן להסכים לדבריו של חבר-הכנסת ספיר, שעל-פי-רוב, כאשר מסילות-ברזל עוברת דרך אדמה חקלאית, אין היא מוסיפה לערכה של האדמה, ולפעמים גם גורע ממנו. במקרים כאלה לא ייעשה דבר העלול לפגוע בבעל-הקרקע, כי בית-המשפט לא יפסוק בכגון זה שישנה השבחה, ולכן לא יפסיד בעל-הקרקע מאומה" (ד"כ כרך 7, 188 (התשי"א)).

מדברים אלו ניתן ללמוד כי עם שינוי מטרת הפקודה לצרכי פיתוח, התחדדה האפשרות כי הנוטר או מקרקעין אחרים יושבחו עקב סלילת כביש או הנחת מסילת ברזל. בעקבות זאת מצא המחוקק לנכון לחייב את כל מי שערך מקרקעיו עלה בתשלום ארנונת השבחה. כלומר, מעבר לתכלית המיוחדת של הקמה מואצת של תשתית תחבורתית לפיתוח הארץ, תכלית נוספת של התיקון הייתה להבטיח כי חלק מהשבח שנוצר (אם נוצר) בעקבות הפיתוח יועבר לאוצר המדינה. עם זאת חברי הכנסת היו מודעים לאפשרות כי פיתוח כאמור לא יוביל להשבחה ואף יגרום נזק לבעל הקרקע, ובכל זאת סברו כי בעל הקרקע לא יפסיד מאומה. הכיצד? ייתכן כי אכן היה מדובר אז בהפקעה של "רצועות קטנטנות" (כדבריו של מר מינץ בפסקה 0 לעיל); ייתכן שדעתם התבססה על האפשרות שישולמו פיצוי סבל, שהרי הסדר זה, שהועתק מפקודות מוקדמות יותר, נשאר כפי שהיה; וייתכן אף שלפי התפיסה החברתית שרווחה באותה עת הפקעה של 25% ללא תמורה נחשבה "מאומה". האפשרות האחרונה מתחזקת נוכח דבריו של חבר-הכנסת מנחם בדר, יו"ר ועדת הכלכלה (אף הוא חבר מפלגת מפ"ם), בעת שהציג לכנסת את התיקונים שנערכו בפקודה ולקראת הקריאה השנייה והשלישית. בהסבירו את הוספת סעיף 10(א) - שלפיו אם הרשות מסרבת ליתן רישיון לבעל הקרקע לערוך שיפורים בשטח מקרקעיו הסמוכים למסילת הברזל (שלא הופקעו), והשטח שלגביו לא ניתן רישיון יחד עם שטח שנקנתה בו חזקה מכוח הפקודה עולה על רבע מהחלקה, זכאי הבעלים לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו בעקבות הסירוב - אמר כך:



"הנימוק לתיקון זה הוא פשוט למדי: כל החרמת קרקע או תפיסת קרקע על-ידי רשות מוסמכת, במידה שנעשית בגבול של 25% משטח הקרקע, אינה מחייבת את הרשות המחרימה או התופסת לשלם פיצויים. החוק מניח שרק אם התפיסה עוברת 25% משטח הקרקע, הרי היא מסכנת את קיומו של בעל-הקרקע או של המחזיק בה, ולכן יש לו זכות לתבוע פיצויים. סירוב לתת רישיון לשיפורי-קבע, לעשות אינסטלציה להשקעה [כך במקור - ע' פ'], לנטוע עצים, או לגדל גידולים מסויימים, או לבנות, עלול להפקיע במקרים מסויימים את השטח שלמעלה מ-25%, שעליו התקיים בעל-הקרקע או המחזיק בה. לכן, במידה שאחד השטחים או ששני השטחים יחד, התפוס והאסור, עוברים את הגבול של 25% - ורק במקרה כזה - רשאי וזכאי בעל-הקרקע או המחזיק בה לבקש פיצויים, או להגיע לידי הסכם עם הרשות המוסמכת על תשלום פיצויים, או לתבוע את זכותו זו על-ידי בית-המשפט" (ד"כ כרך 7, 1317 (התשי"א)).

מדברים אלה משתמע כי באותה תקופה רווחה התפיסה שלפיה, על דרך הכלל, רק הפקעה של למעלה מרבע מהחלקה סיכנה את אפשרותו של בעל הקרקע "להתקיים" מחלקתו - ככל הנראה במובן של הפקת פרנסה מספקת מחלקה חקלאית, לפי ההקשר (כך למשל, הפקעת שטח מבעליה של חלקה קטנה, אשר עובדה עד אז בעזרת אמצעי ממוכן, הייתה עשויה לחייב אותו לעבור לעיבוד החלקה בעבודת ידיים ולפגוע בפרנסתו. ראו פרטיכל ישיבת ועדת הכלכלה בעמ' 4). חרף כל זאת הסמכות לשלם פיצויי "סבל" נותרה על כנה גם בימיה הראשונים של המדינה.

מה ניתן ללמוד מסקירה זו? הסמכות להפקיע מקרקעין ללא פיצוי מלא היא שריד מהתקופה העות'מאנית. תכליתה הייתה במקור לאפשר הקמת דרכים על קרקעות בלתי מפותחות מתוך הנחה שנטילת חלק מקרקע כזו ללא פיצוי אינה אמצעי פוגעני. הבריטים אימצו סמכות זו כמות שהיא, ובמשך השנים סייגו בסייגים שונים. בסופו של דבר, הסייג שנותר במכלול חיקוקי ההפקעה הוא הסמכות לשלם פיצויים כשנגרם Hardship. ודוק: ההיסטוריה הפרלמנטרית שסקרנו לעיל חסרה התייחסות לסייג המסמיך את השר לשלם פיצויים כשנגרם Hardship. מההקשר ההיסטורי עולה שהוא נועד לתקן עוול שנגרם לפרט בעקבות הפקעה ללא פיצוי, אם נגרם כזה.

(ג) פירושו אותנטי? השפעת חקיקה מאוחרת וחקיקת משנה

בין השנים 2007-2009 גיבשה המדינה קריטריונים - שהם בגדר הנחיות מינהליות - בדבר אופן הפעלת סמכותו של השר ליתן פיצויי Hardship (ראו פסקה 0 לעיל). בשנת 2010 התקבל תיקון מספר 3 אשר ביטל את פקודת הדרכים. כיצד משליכות התפתחויות מאוחרות אלו על פרשנות החקיקה? האם יש בהן משום "פרשנות אותנטית" - היינו פרשנות של המחוקק הראשי או של מחוקק המשנה (ברק-פרשנות-החקיקה בעמ' 803) - לדבר החקיקה?

שעה שיצא דבר החקיקה מחצר המחוקק, מסורה פרשנותו לבית המשפט (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, בעמ' 743 (1999)). "גם אם סבר בית-המחוקקים כי חוק פלוני פירושו הוא כך-וכך, ומטעם זה עשה לתיקונו, אין בדבר כדי לחייב את בית-המשפט כבואו לפרש אותו חוק במקורו" (בג"ץ 6194/97 נקש נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(5) 433, 456 (1999)). גם האופן שבו מפרשת הרשות דבר חקיקה כלשהו - ואף את הסמכות המסורה לה בגדרו - אין בו כדי לחייב את בית המשפט (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 762-763 (1993)). זוהי התגלמותו של עיקרון הפרדת הרשויות (אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 302 (2003)). עם זאת בגיבוש תכלית החקיקה רשאי הפרשן לפנות לכל מקור אמין. חקיקה מאוחרת וחקיקת משנה הם נתונים שניתן להביאם בחשבון בפירוש החוק הקודם (ראו ברק-פרשנות-החקיקה, בעמ' 802-803, 51-55), כמו גם - בנסיבות מתאימות - את פרשנותה של הרשות המוסמכת (בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ(1) 113, 146 (1986)).

בענייננו, בטרם הפעיל את סמכותו, פירש שר התחבורה את סעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים וגיבש עמדה בדבר היקף שיקול דעתו המוקנה לו. נבחן פרשנות זו כפי שהיא מתבטאת בקריטריונים. סעיף 1(2) לקריטריונים קובע כי נוכח עיגון מעמדה של זכות הקניין כזכות חוקתית בחוק יסוד, ועקב הצעת החוק לתיקון פקודת הקרקעות (שהתקבלה מאז כתיקון מספר 3), יש לתת משקל גדול יותר לפגיעה בקניינו של הפרט. לפיכך "הוחלט כי פיצוי על מלוא השטח המופקע ישולם לנפקע, בהתאם לקריטריונים שלהלן". סעיף 5 קובע כי ישולם פיצוי בגין הרבע הראשון של החלקה כנגד פינוי הקרקע, אלא אם כן התקיים אחד מחריגים אלה: (א) יתרת הקרקע הושבחה; (ב) בעל הקרקע ידע (או שהיה עליו לדעת) על כך שהקרקע מיועדת להפקעה לפני שרכש את הזכויות בה; (ג) חלה תוכנית על הקרקע והייתה אפשרות סבירה להגיש תובענה למימוש זכות לפיצוי מכוון סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. בשונה מבעבר, שאז נדרש בעל הקרקע לפנות

לשר בבקשה לפיצויי Hardship, כיום, לפי סעיף 6 לקריטריונים, אם סבורה הרשות המפקיעה כי מתקיים אחד מהחריגים האמורים, עליה לפנות מיוזמתה לוועדה מכרעת. ועדה זו הוקמה לצורך קביעת הזכאות לפיצויים בגין הרבע הראשון ושיעורו והיא ממליצה לשר בעניין (סעיף 2 לקריטריונים). סעיפים 6-8 לקריטריונים קובעים שאף בהתקיים אחד החריגים, ואף במקרים שבהם בעל הקרקע לא פינה אותה כנדרש, רשאית הוועדה המכרעת להעניק פיצוי בגין הרבע הראשון, כולו או מקצתו. מבחינת תחולתם, נקבע בסעיף 9 כי הקריטריונים יחולו על הליכי הפקעה שהחלו לאחר פרסום הקריטריונים או שטרם הסתיימו עד מועד זה (כלומר שטרם ניתנו בהם פיצויים סופיים).

רואים אנו כי השר מצא לנכון לתחום את הסמכות המסורה לו בסעיף 7 לפקודת הדרכים מתוך מגמה להעניק פיצוי מלא בעד הרבע הראשון כאשר יתרת הקרקע לא הושבחה, להוציא מקרים חריגים. ההנחיות הפנימיות מלמדות אפוא כי בעיני השר תכליתו של סעיף 7 סיפה היא לצמצם את הפגיעה בקניינו של הפרט.

לא רק מחוקק המשנה נדרש לפירוש הוראות חוק, אלא גם המחוקק הראשי, בכואו לשנות חוק בדרך של תיקונו או ביטולו:

”בחקיקתו של חוק חדש, מניח המחוקק פרשנות מסוימת של החוק הישן. [...] אכן, ניתן לכנות פרשנות זו “פרשנות אותנטית”, ובלבד שלא תוסק מכך המסקנה, כי פרשנות זו, משום האותנטיות שלה, מחייבת. [...] עם זאת, תפישה פרשנית זו אינה נעדרת חשיבות. [...] היא מסייעת לפירושו של החוק החדש. החוק החדש, מצדו, משפיע על הפירוש שיש ליתו לחוק הישן” (ברק-פרשנות-החקיקה, בעמ' 54-55).

תיקון מס' 3 ביטל את פקודת הדרכים משום שהסדרי הפקעה שנקבעו בה “אינם נותנים ביטוי מספק לזכויות בעלי הקרקע במהלך הליכי הפקעה” (דברי ההסבר לתיקון מס' 3, בעמ' 425). עוד קבע התיקון כי בהפקעות עתידיות מכוח פקודת הקרקעות לא תהיה עוד תחולה להוראות הפחתה. סוגיית תחולתו של התיקון - רטרואקטיבית או פרוספקטיבית - נדונה בוועדת הכספים ובמליאת הכנסת. עמד על כך יו"ר ועדת הכספים, חבר הכנסת משה גפני, שעה שהציג את הצעת החוק במליאת הכנסת לפני קריאה שניה ושלישית:



"אשר לשאלת תחולתה של הצעת החוק - לאחר שגם ועדת המשנה וגם ועדת הכספים דנו בשאלה זו, ולנוכח עמדתם הבלתי-מתפשרת של משרדי הממשלה השונים, ובהם משרד האוצר ומשרד המשפטים, החליטה הוועדה כי הצעת החוק תחול על הפקעות שיבוצעו ממועד תחילתה ואילך. בעניין זה הוועדה לא הצליחה להגיע להסכמות עם הממשלה, ומכיוון שמדובר בעניין שבו הנתונים, המידע לגבי הפקעות מצוי בידי הרשות המבצעת, החליטה הוועדה לקבל את עמדת הממשלה, שאין מקום להחיל את ההסדר באופן רטרואקטיבי" (ד"כ י"ח 68 (התש"ע)).

ההכרעה בהליכי החקיקה של תיקון מס' 3 הייתה אפוא כי הדין הישן יעמוד בתוקפו, על הוראות ההפחתה שבו. ואולם מה הייתה הנחתו הפרשנית של המחוקק באשר לדין הישן? מהדיונים שנערכו בוועדת המשנה לוועדת הכספים של הכנסת עולה כי ההנחה הייתה שהוראות ההפחתה ימשיכו לחול על הפקעות תלויות ועומדות בהתאם לפרשנותן כפי שבאה לידי ביטוי בקריטריונים. כך למשל הסבירה עו"ד נטע דורפמן-רביב, סגנית בכירה ליועץ המשפטי של משרד האוצר:

"התשובה היא שהפקעות שנעשו בעבר, הסעיף הזה לא מבוטל. כלומר, האפשרות להפחית פיצויים בהתאם לפסיקה מתי מפחיתים ומתי לא, בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה [הקריטריונים - ע' פ'], לוועדה שמוקמת היום בעניין הזה, ממשך 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" (פרוטוקול ישיבה מס' 3 של ועדת המשנה של ועדת הכספים להצעת חוק לתיקון פקודת הקרקעות, הכנסת ה-18, 29 (17.11.2009)).

נציג לשכת עורכי הדין, עו"ד יורם חגי חגבי, סבר כי יש לעגן את הזכות לפיצוי מלא בגדר התיקון. חבר הכנסת חנא סויד השיב לו כי הוא סבור שהתיקון לחוק דווקא "יחזק את הטענה לשלם פיצויים על כל השטח" (שס). בהמשך לתשובת חבר הכנסת סויד הבהיר עו"ד ארז קמיניץ ממשרד המשפטים כי ישנם תיקים אשר מתנהלים כיום בבית המשפט שעניינם הפחתה של 25%, שבתגובה להם גובשו הקריטריונים, וסיכם כי "בית המשפט עדיין לא אישר את הקריטריונים [...] אני חושב שהגענו להסדר מאוזן. זה עדיין נמצא בבית המשפט אבל הדין שחל הוא הדין שחל עד היום עם הנחיה כזאת או אחרת" (שס).

מהדברים עולה כי תיקון מס' 3 נועד להביא לסיומו את עידן ההפקעה ללא פיצוי או בפיצוי מופחת. בבסיס ההחלטה שלא להחיל את עיקרון הפיצוי המלא על הפקעות תלויות ועומדות עמדה ההנחה שבפועל משולם פיצוי מלא במקרים העומדים בקריטריונים.

התכלית האובייקטיבית

בבסיס דיני ההפקעה בכלל, והסמכות שלא לשלם פיצוי מלא בגין הפקעת חלק מחלקה בפרט, עומדים שני אינטרסים המושכים לכיוונים מנוגדים: הזכות לקניין פרטי מזה ואינטרס הציבור מזה (דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 298, 312 (2004) (להלן: דנ"א הורוויץ); עניין קרן תורה, בפסקה 18 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל). תכליתם האובייקטיבית של סעיפים 7 ו-8(1) לפקודת הדרכים תשקף את נקודת האיזון הראויה בין שני האינטרסים הללו ותכריע ידו של מי מהם תהא על העליונה בנסיבות שלפנינו.

(ד) זכות הקניין בעידן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

הזכות לקניין פרטי היא זכות יסוד בשיטתנו. חזרנו ושנינו זאת בפסיקתנו לא אחת. כך היה עובר לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: פרשת פייצר, בעמ' 656; ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 546 (1991)). כך בוודאי לאחר מכן. חוק היסוד מורה - בסעיף 3 שבו - כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". החוק הקנה לזכות הקניין מעמד חוקתי על-חוקי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)). הוא העלה את קרנה ומעמדה של זכות הקניין מזכות הלכתית שאינה כתובה עלי ספר לזכות יסוד חקוקה ומוגנת (עע"ם 5839/06 בראון נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז מרכז, פסקה 9 (לא פורסם, 25.9.2008) (להלן: עניין בראון)). כל אחת מרשויות השלטון מחויבת בכיבוד הזכויות המוגנות בחוק היסוד, וזכות הקניין בכללן (סעיף 11 לחוק היסוד; דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 85 (1995) (להלן: דנג"ץ נוסייבה)). אכן "הדעת וחוק היסוד אינם סובלים עוד שאדם ינושל מרכושו, או יפגעו זכויותו ברכושו, אלא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק

(היסוד) (ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 928 (2002) (להלן: ע"א הורוויץ)).

נוכח העצמת מעמדה הנורמטיבי של זכות הקניין, מובנם המשפטי של דברי חקיקה קודמים עשוי להשתנות באופן שייוחס משקל רב יותר לזכות הקניין ביחס לאינטרסים האחרים המתחרים בה (ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483 (1995); עניין קרטיק, בעמ' 710-711, 719; ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817, 840-841 (2003)). דברים אלה נכונים במיוחד בבואנו לפרש דברי חקיקה מנדטוריים או דברי חקיקה שחוקקו בסמוך לאחר הקמת המדינה. כאמור, אין חולק כי ערכיה של מדינת ישראל כיום שונים באופן משמעותי מהערכים והאינטרסים שמשלו בכיפה בתקופת המנדט הבריטי, ושהניעו את המחוקק המנדטורי-קולוניאלי לעצב את החקיקה המקומית כפי שראה לנכון. הדבר נכון גם ביחס לשיח הערכי בשנותיה הראשונות של המדינה, שבהן היו מעייניהן של רשויות השלטון נתונים לתקומה, להישרדות ולהתהוות (עניין סכאי, פסקאות י"ג-ט"ז). חוק היסוד וחלוף הזמן מחייבים לבחון מחדש את האופן שבו יש לפרש דברי חקיקה קדומים הפוגעים בזכות הקניין, ולהתבונן בהם מנקודת מבט התואמת את ערכי ההווה. כך באופן כללי. כך גם ביחס לפקודות ההפקעה נושא דיוננו.

ואכן בעשורים האחרונים ניכרת בפסיקתנו מגמה שביסודה הגברת היקף ההגנה על זכות הקניין של הפרט כשמדובר בדיני הפקעות. מגמה זו החלה קודם לחקיקת חוק היסוד ונמשכה גם לאחריו ביתר שאת (ראו: פרשת קרטיק, בעמ' 638-639). כאמור, בראשית הדרך, בסמוך לאחר קום המדינה, קבע בית משפט זה כי מידת ההתערבות בשיקול דעתה של הרשות המפקיעה תהא מצומצמת ביותר. בהמ' 33/53 סלומון נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 1023 (1953) קבע השופט י' אולשן כי "אין ספק, שלפי נוסח סעיף 3 [לפקודת הקרקעות - ע' פ'] שיקול דעתו של השר הוא מוחלט. בית המשפט לא יבדוק את דרכי שיקוליו של השר כדי להיווכח אם השיקולים נראים לו, כלומר אם השקפתו של בית המשפט מזדהית עם השקפתו של השר" [ההדגשה הוספה - ע' פ'] (שם, בעמ' 1027). באותה עת אף קבעו בתי המשפט כי שר האוצר אינו נדרש לפרט את מטרת ההפקעה במסגרת ההודעה שפרסם לפי סעיף 5 לפקודת הקרקעות. מגמת שינוי באה לידי ביטוי בבג"ץ 307/82 לוביאנקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141 (1983), שם נקבע כי סעיפים 3 ו-5 (1) לפקודת הקרקעות אינם מונעים מבית המשפט לבחון, כדרכו, "אם שיקוליו של השר, לרבות מתן האישור בדבר קיומו של צורך ציבורי, אינם נגועים בפגם היורד



לשורשו של עניין, כגון חוסר תום לב או שרירות" (שם, בעמ' 147). עוד נקבע כי מוטלת על שר האוצר חובה לפרט בהודעה לפי סעיף 5 לפקודת הקרקעות את המטרה שלשמה הופקעה הקרקע (שם, בעמ' 148); וכי מעשה ההפקעה מחויב לעמוד במבחן המידתיות.

ההגנה על זכות הקניין בדיני ההפקעה התחזקה בשורת פסקי דין שניתנו לאחר חקיקת חוק היסוד והדגישו את השינוי במעמדה של הזכות (ראו למשל: בג"ץ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט א' מצא (לא פורסם, 9.8.1994); בג"ץ 465/93 טריידט ס. א. נ' הוועדה המקומית לתכנון ולהבניה הרצליה, פ"ד מח(2) 622, 633 (1994); בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וחכיות בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 6 (לא פורסם, 22.12.1994); דנג"ץ נוסייבה, בעמ' 79; בג"ץ 2739/95 מח'ול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 327-328 (1996) (להלן: עניין מח'ול השני); פרשת קרטיק, בעמ' 638-639). בית המשפט הוסיף והרחיב את היקף ההגנה על זכות הקניין בפרשת קרטיק (כמפורט בפסקה 0 לעיל; לפירוט והערכה של המגמה האמורה ראו דגן-פרשת דרכים, בעמ' 125-116). עמד על כך הנשיא א' ברק:

"...אך טבעי הוא בעיני כי גישתנו לתכליתה של פקודת ההפקעה שונה היא מהגישה אליה לפני חמישים שנה או שלושים שנה. השינוי המרכזי התרחש עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה העניק מעמד חוקתי-על-חוקי לזכות הקניין של הבעלים המקורי. באיזון בין זכות הקניין של הבעלים המקורי לבין צרכי הכלל חל שינוי. שינוי זה אינו משפיע על תוקפה של פקודת ההפקעות. תוקפה של פקודת ההפקעות נשמר. אך שינוי זה מוביל לשינוי בהבנתה של פקודת ההפקעות. הוא מתבטא בהבנתנו החדשה את תכליתה של פקודת ההפקעות" (פרשת קרטיק, בעמ' 713).

הוסיף השופט א' רובינשטיין בהקשר זה: "כיום בודאי אין חולק שה'איזון' שמקדם אינו יכול לשקף את דרך המלך של המשפט הישראלי בעידן החוקתי. כיום יש להבין את [פקודת הדרכים] ככלי חריג שנועד למטרות חריגות" (עניין סכאי, בפסקה י"ג). פעולת הרשות המבקשת לפגוע בזכות הקניין נדרשת לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה (עניין המפקד הלאומי, בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת מ' נאור והאסמכתאות המופיעות שם).

(ה) אינטרס הציבור

מול זכותו של הפרט להגנה על קניינו עומד אינטרס הציבור. "אין חולקים על הצורך להעניק למדינה סמכות להפקיע קרקע של היחיד לטובתו ולרווחתו של הכלל. כך לסלילת כבישים, להקמת גנים, לבניית מבני ציבור, וכך לצורכי ציבור אחרים" (פרשת קרטיק, בעמ' 637). סמכות ההפקעה מניחה שפונקצית התכנון העירוני מיטיבה לשרת את אינטרס הכלל ומגדילה את הרווחה המצרפית (בג"ץ 3421/05 מח'ול נ' שר האוצר, פסקה 14 (לא פורסם, 18.6.2009) (להלן: עניין מח'ול השלישי); נמדר-הפקעת מקרקעין, בעמ' 32-33). בבסיס הסמכות להפקיע מקרקעין ולהסב את השימוש בהם לטובת הציבור עומד הצורך לאפשר לחברה מאורגנת לספק לחבריה שירותים ומוצרים שהשוק החופשי מתקשה לספקם באופן מיטבי ויעיל. רכישה רצונית של חלקות מקרקעין רבות הדרושות למימוש מטרה ציבורית ומצויות בבעלותם של פרטים רבים, כרוכה בהוצאות עסקה גבוהות הנובעות, בין היתר, מבעיות תיאום ומחשש להתנהגות אסטרטגית-אופורטוניסטית מצד בעלי החלקות. מגבלות אלו מערימות קשיים ניכרים להגיע לתוצאה יעילה ומצדיקות התערבות שלטונית (ראו: בג"ץ נוטייבה, בפסקה 8 (ג) לפסק דינו של השופט ת' אור; אירית חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא 449, 461-468 (1998); עמיר ליכט ואמנון להבי "הפקעת מקרקעין לייעודים נושאי רווח: הצעה למודל תאגידי" עיוני משפט כט 100, 108-112 (2005); דגן-פרשת דרכים, בעמ' 126-127, Guido Calabresi & Douglas Melamed, *Property*; 127-126 *Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 77-80 (8th ed. ; 1089, 1106-1108 (1972) (להלן: Posner)). מטעמים אלו נתפס מוסד ההפקעה כ"הכרח בל-יגונה" (עניין מח'ול השני, בעמ' 321) וכ"רע הכרחי" (עע"ם 9316/05 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, הרצליה נ' בכור, פסקה 13 (לא פורסם, 5.3.2008); עע"ם 1369/06 הלבין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חדרה, פסקה 40 (לא פורסם, 6.7.2008) (להלן: עניין הלבין); עניין מח'ול השלישי, בפסקה 14). מוסד זה הוא חלק בלתי-נפרד מארגז הכלים העומד לרשותן של רשויות התכנון בהגשמת תפקידן הציבורי והוא עובדה קיימת בשיטתנו.

(1) האיזון בין הפגיעה בזכות הקניין ואינטרס הציבור: תשלום פיצוי הולם בגין ההפקעה

הגם שמוסד ההפקעה מחויב המציאות לשם הגשמת אינטרס הציבור, אין ולא יכול להיות חולק שהפקעת מקרקעיו של אדם - נטילתם ממנו בעל כורחו - פוגעת קשות בקניינו (בג"ץ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד' (1) 281, 285 (1979); דנג"ץ נוטייבה, בעמ' 83; דנ"א הורוויץ, בעמ' 319; נמדר-הפקעת מקרקעין, בעמ' 56-57). הפגיעה בפרט כתוצאה ממעשה ההפקעה באה לידי ביטוי בשני אופנים: ראשית, מעשה הפקעה הוא

אקט כופה שבמסגרתו מפעילה הרשות סמכות שלטונית מובהקת ורוכשת זכויות במקרקעין פרטיים בניגוד לרצון בעליהם (עניין הלבין, בפסקה 39; ליכט ולהבי, בעמ' 101-100). עצם נטילתה של קרקע מבעליה ללא הסכמתו - ואף אם ישולם לו פיצוי בגינה - עלולה כשלעצמה להסב לו עגמת נפש ולמצער חוסר נחת בלתי-מבוטל. שנית, להפקעת חלקת אדמה מידיו של הפרט עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת על הלך חייו. עמדה על כך השופטת ע' ארבל:

"הפקעת נכס מקרקעין עלולה, במקרים רבים, לפגוע חמורות במצבו הכלכלי של הנפקע, מעבר לשווייה של הקרקע. נכס מקרקעין עשוי להיות נכס רב משמעות מבין נכסיו של הנפקע. עקב שלילת קניינו נגרם לנפקע נזק ישיר כמו גם פגיעה בזיקה ובקשר שלו לקרקע. מצבו הכלכלי של הנפקע עלול להיפגע קשות. לנזק הישיר עשויים להתווסף עוד מעגלים של נזקים עקיפים. נטילת ביתו, שדהו או מקור פרנסתו של אדם עלולה ליצור תגובת שרשרת של נזקים, אשר עלולים להפוך אדם בעל בסיס כלכלי יציב לעני חסר כול" (ע"א 5964/03 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד ס(4) 437, 484 (2006) (להלן: פרשת ארידור) (יצוין כי על פסק הדין תלוי ועומד דיון נוסף: דנ"א 1595/06 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקוה); ראו גם דנ"א הורוויץ, בעמ' 335; יהושע ויסמן דיני קנין - חלק כללי 115 (1993) (להלן: ויסמן)).

פגיעה מיוחדת נגרמת מקום שמופקעת חלקת מקרקעין שהיא עיקר רכושו של הפרט. בלשונו של השופט י' טירקל:

"אין לשכוח כי כאשר מדובר בקניין שבמקרקעין בהקשר כזה מדובר בדרך-כלל במצבור עמלו של אדם במשך ימי חייו, בתקוותו ובמשענו לעת זקנה ובירושה שהוא מבקש להוריש לילדיו על-מנת שחייהם יהיו טובים ונוחים משלו. לפגיעה בקניין פרטי שכזה יש משקל גדול במיוחד לגבי האדם הנפגע" (דנ"א הורוויץ, בעמ' 335).

מעשה הפקעה מגלם בחובו העדפה ברורה של אינטרס הציבור על פני זכותו של הפרט לקניין פרטי, ומצריך מערך של "איזונים ובלמים" שיבטיחו שהפגיעה בפרט תצלח את מבחני פסקת ההגבלה (פרשת קרטיק, בעמ' 653; עניין סכאי, בפסקה י"ג). כפי שפורט לעיל, הפסיקה הגבילה את סמכויותיה של הרשות המפקיעה, בין היתר בכך שהכפיפה את השימוש בכוח ההפקעה לדרישת המידתיות (פסקה 0 לעיל); ובכך שחייבה את הרשות להשיב לפרט קרקע שהופקעה ממנו אם המטרה הציבורית שלשמה בוצעה



ההפקעה באה אל קיצה (עניין קרטיק). המחוקק אף הכיר בחלק מהמגבלות שיצרה הפסיקה ואימץ אותן בתיקון מס' 3. מגבלה נוספת ומרכזית שמוטלת מכוח הדין על סמכות הנטילה השלטונית היא החובה לשלם לבעל הקרקע פיצוי בגין הפקעת הקרקע. בחובה זו, בחריגים לה ובהצדקות לקיומם נעסוק כעת.

שנים הרבה לפני שנחקק חוק היסוד, עמד הנשיא ש' אגרנט על מעמדה של הזכות לתשלום פיצוי הולם בגין הפקעת מקרקעין. לאחר שסקר בהרחבה את התפתחות הדין באנגליה ובארצות הברית בסוגיה זו, כתב באחת הפרשות:

"בפנינו מוסד משפטי [מוסד ההפקעה - ע' פ'], אשר דרך התפתחותו והתגבשותו היתה מיוחדת במינה, והעומד כיום בפני עצמו. בולט הוא, כי חרף המקור 'הריבוני', ממנו שאבה המדינה בעבר את הכוח להפקיע את מקרקעיו של הפרט, מן הנמנע היה שתשתמש בו אלא לתכלית שהיא לתועלת הציבור וכנגד הבטחת זכותו של בעל הרכוש שהופקע - ותנאי מגביל זה הוא החשוב לעניננו - לקבל פיצוי נאות. זכות זו ראו אותה בכל אתר ואתר כ'אינצידנט' הכרחי של השימוש בכוח האמור, בחינת היותה "העזר שכנגדו"; ואכן, כה נשתרשה הזכות, מטעמים 'עליונים' של צדק ויושר, במערכות המשפט של מדינות התרבות עד שהלבישוה - בחלק גדול מהן - באיצטלה של ערובה קונסטיטוציונית [...] ניתן לומר, שהזכות לפיצויים לא רק שהיא נושאת כיום אופי אוניברסאלי אלא גם עומדת, מפאת חשיבותה היתירה, על מדרגה - או כמעט על מדרגה - של 'זכות יסוד', וזאת ללא קשר להוראה קונסטיטוציונית המקנה לה את המעמד הזה, ואף אם מקומה יכירנה, כאן ושם, בהוראת חוק סטטוטורית בלבד. אכן, הזכות היסודית הזאת משתקפת גם בחוק המקומי, בכך שבסעיף 3 לפקודה [פקודת הקרקעות - ע' פ'] הוטלה על הרשות המפקיעה החובה לשלם פיצויים לבעל הנכס שהופקע (בנתון למקרים יוצאים מן הכלל - ראה סעיף 20), כאמור" [ההדגשה הוספה - ע' פ'] (ע"א 216/66 עיריית תל אביב-יפו נ' אבו דאיה, פ"ד כ(4) 522, 546 (1966)).

הוסיף על כך הנשיא י' זוסמן באמירתו הנחרצת "[ש]הפקעת מקרקעין ללא פיצוי נאות גזל הוא, שאינו נסבל במדינת חוק" (ע"א 695/76 רוזן נ' עיריית חיפה, פ"ד לג(1) 175, 188 (1978)). מעמדה הנורמטיבי של הזכות לפיצוי הפקעה - כעולה מדבריהם של הנשיאים אגרנט וזוסמן - אך התעצם מאז שנאמרו הדברים, נוכח חקיקת חוק יסוד: כבוד

האדם וחירותו, והדבר מקרין גם על פרשנותן של הוראות חוק המאפשרות לפגוע בקניין בלא לשלם פיצוי. כדברי המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת ארידוד:

"אם כך היה בעבר, לא-כל-שכן לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שסעיף 3 בו מורנו כי 'אין פוגעים בקנינו של אדם'. וכמשפט קרטיק - על-פי כל אסכולות החשיבה שהוצגו בפסק הדין - פיצוי בגין הפקעה מהווה אחד מעיקרי היסוד במשפט. הזכות לפיצוי הפקעה זכות יסוד היא. קניינו של אדם במקרקעין הוא זכות שהרשות חייבת להיזהר בה, והוא שחוק היסוד פורש סביבו מצודת-הגנה [...] אנו נוסיף - ונסתפק עתה באמירה זו - כי כשם שקנינו של אדם זוכה להגנת-חוקה, כן יזכה להגנה - אפשר בדרגה פחותה-משהו - הפיצוי הבא תחת הקניין, והוא כל עוד מחזיקה בו הרשות. אכן, אם זכאי הוא אדם להגנת-חוקה על קניינו, הנאמר כי בהפקעת הקניין ובעוד הרשות מחזיקה בפיצויי ההפקעה תחת ידיה, פסה וגזה אותה הגנה כמו לא הייתה? דומני שהתשובה חייבת להיות בשלילה, מכל מקום, כל עוד לא זכה בעל הזכות (לשעבר) בפיצוי תמורת ההפקעה. ואמנם, הפיצוי - פיצוי הוא הנדרש מן החוקה, ולא יהא זה מרחיק לכת אם נאמר כי הפיצוי הבא תחת הקניין - כקניין דמי; וגם אם לעניין הגנת החוקה עליו אין הוא, הפיצוי, לכל דבר ועניין, כקניין, ניתן למיצער למקמו - בבחינת מעמדו המשפטי - במקום קרוב לקניין, מכל מקום בשאלת היחסים שבין בעל הזכויות (לשעבר) לבין הרשות האמורה לפצותו על ההפקעה" (שם, בעמ' 454-455).

על אף שהפסיקה דיברה בזכות ל"פיצוי נאות" בגין ההפקעה (כדברי הנשיאים אגרנט וזוסמן שצוטטו לעיל), בפועל פיצויי הפקעה המשולמים מכוח כלל חיקוקי ההפקעה אינם מיטיבים את מלוא הנזקים שגרמה ההפקעה לבעל הקרקע המופקעת. שלוש סיבות עיקריות לכך: ראשית, אין בעל הקרקע זכאי לפיצוי בגין עוגמת הנפש שנגרמה לו מעצם היסוד הכופה שבהפקעת מקרקעיו (ראו יפעת הולצמן-גזית "בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי: פיתוחם של דיני הפקעת מקרקעין בפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים" עיוני משפט כט 311, 314 (2006) (להלן: הולצמן-גזית-פיתוחם של דיני הפקעה); סעיף 9(א) לפקודת הדרכים). שנית, הפיצוי בגין ההפקעה מחושב לפי שווי שוק של הקרקע ואינו מביא בחשבון את ערכה האישי-סובייקטיבי לבעליה, למשל כשמופקע בית מגוריו או קרקע שמעובדת בידיו או בידי משפחתו ויש לו ערך רגשי כלפיה (ראו דגן-פרשת דרכים, בעמ' 126; הולצמן-גזית-פיתוחם של דיני הפקעה, בעמ' 314) (בכפוף לסמכות לשלם פיצויי סבל שעליה עמדנו). בספרות אף הובעה הדעה שראוי להביא בחשבון את ערכו האישי של הנכס המופקע באופנים שונים (ראו דגן-פרשת דרכים,

בעמ' 141-145). עוד נטען בספרות כי קושי להעריך את הנזק האישי אינו מצדיק שלא לשלם פיצוי בגינו, בדומה לפיצוי שדיני הנזיקין מעניקים בגין כאב וסבל (שם, בעמ' 131; ראו גם: Gideon Parchomovsky & Peter Siegelman, *Selling Mayberry: Communities*, 131 Cal. L. Rev. 75, 139-142 (2004); Posner; *and Individuals in Law and Economics*, 92 CAL. L. REV. 75, 139-142 (2004)). בעמ' 72-72). שלישיית ועיקר, נגרמת לבעל הקרקע פגיעה נוספת ומשמעותית כל אימת שהרשות עושה שימוש בהוראות ההפחתה ונמנעת מלשלם פיצוי מלא בגין הקרקע המופקעת.

מגמת הפסיקה להרחיב את היקף ההגנה על זכות הקניין הפרטי (כמפורט בפסקה 0 לעיל) לא פסחה על האופן שבו פירש בית משפט זה הוראות המעגנות את הזכות לפיצוי הפקעה. כפי שציין השופט א' מצא באחת הפרשות: "את הוראות החוק המתירות לרשות להפקיע זכויות מבלי שתתחייב בתשלום פיצוי יש, על דרך העיקרון, לפרש בצמצום משום המשקל הנכבד שיש לייחס בכגון-דא לפגיעה בזכות הקניין של הפרט וכן לפגיעה בשורת השוויון שבין כלל הנהנים מתוצאות ההפקעה" (ע"א 813/03 עיריית נצרת נ' גי.בי. טורס בע"מ, פ"ד נח(5) 664, 672 (2004) (להלן: עניין גי.בי. טורס); ראו גם פרשת ארידור, בעמ' 469; דגן-פרשת דרכים, בעמ' 469). כך, בעניין אחד נקבע כי ההוראות המסמיכות את הרשות המפקיעה לשלם פיצוי חלקי בהפקעה לפי תוכנית יחולו בשלב ההפקעה בלבד (השלב השני), ולא יחולו על פיצוי בגין פגיעה מתוכנית, המשולם בשלב הראשון (פרשת חממי). בעניין אחר נקבע כי הפקעת קרקע לפי פקודת הדרכים בלא לשלם פיצוי אינה שוללת את זכותו של הבעלים לפיצוי בגין המחוברים אליה (עניין ויין). בפרשה נוספת קבע בית המשפט כי חלה חובה להביא במניין ארבעים האחוזים הפטורים מתשלום פיצויים גם העברה מרצון של מקרקעין לידי הרשות (ע"א 6663/93 צאיג נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, פ"ד נה(1) 49 (1999); לביקורת על תוצאה זו ראו קמר, בעמ' 287; אהרן נמדר "לקראת מותה של הפקעה ללא מתן פיצוי" מקרקעין ה/4, 3, 17-18 (2006) (להלן: נמדר-מותה של הפקעה)). בעניין גי.בי. טורס נקבע כי דייר מוגן זכאי לפיצוי מלא בגין הפקעה, וכי הוראות ההפחתה אינן חלות על קרקע המופקעת מידיו. בעניין כהן נפסק כי הערכת שווי שמאית לצורך תביעה לפיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, מחויבת לנטרל את השפעת ציפיית השוק להפקעה עתידית של חלק מהקרקע ללא מתן פיצוי. בעניין בראון נקבע כי יש להחיל את המגבלות החלות על-פי דיני ההפקעה שבחוק התכנון והבניה, לרבות הסמכות להפקיע ללא פיצוי, גם על נטילה במסגרת תוכנית איחוד וחלוקה (השוו: עניין קרן תורה, בפסקה 42 לפסק דינה של השופטת ארבל).



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.

(1) השיקולים התומכים במתן פיצוי מלא בגין הפקעת מקרקעין

שלושה שיקולים מרכזיים תומכים בהטלת חובה לשלם פיצויי הפקעה נאותים ומלאים. בראש ובראשונה, הפיצוי נועד להגן על אינטרס הפרט שמקרקעיו ניטלו ממנו בידי הרשות באמצעות השבת המצב לקדמותו בערכים כספיים. הפיצוי מהווה מעין תחליף לקניין שנשלל מבעליו ומבטא את מעמדה החוקתי של הזכות לקניין פרטי. כלשון המשנה לנשיא מ' חשין: "תחת נכס המקרקעין שהופקע בא נכס שלבושו פיצויים הוא, ותוכו הוא נכס קניין" (עניין ארידור, בעמ' 455-456; ראו גם דברי השופטת ע' ארבל, שם, בעמ' 484 לחוות דעתה; דנ"א הורוויץ, בעמ' 317). הפיצוי מגשים אפוא את עקרון הצדק המתקן, המהווה עקרון יסוד במשפט האזרחי. כך בדיני חוזים (ע"א 355/80 אניטימוב נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800, 808 (1981); ע"א 7302-96 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' לילוף, פ"ד נה(3) 200, 206-207 (2001); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות 22-25 (2009)). כך גם בדיני נזיקין (ראו למשל דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל נ' מלול, פסקה 47 לחוות דעתה של השופטת מ' נאור והאסמכתאות המופיעות שם (לא פורסם, 29.8.2010)). פיצויו של בעל הקרקע בגין ההפקעה מביא לתוצאה צודקת והוגנת במישור יחסיו של נפגע הנטילה השלטונית והרשות.

שנית, פיצויי הפקעה משרתים תפקיד חשוב ומרכזי בחלוקה הוגנת ושוויונית של הנטל הציבורי. עמד על כך השופט י' מלך:

"[...] פגיעה על-ידי המדינה בזכות קניינית של הפרט - חייב להיות בצדה פיצוי [...] בבסיסו של שיקול זה 'צדק חלוקתי', לפיו גם אם התוכנית 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 שישאו בנזק זה אך ורק אותם בעלים" (ע"א 210/88 המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא, פ"ד מו(4) 627, 640-639 (1992) (להלן: עניין פרי הארץ); ראו גם בג"ץ 4149/95 עזבון דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 811-810 (1998))

דברים אלה נסכו על תשלום פיצוי בגין פגיעה תכנונית, אולם הם נכונים גם לגבי פיצויי הפקעה. הפקעת חלקת מקרקעין לטובת הכלל, בלא לשלם פיצוי מלא בגינה, משמעותה שבעל הקרקע המופקעת נושא בנטל מימנם 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 השופטת ד' ביניש בעע"ם 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים", פ"ד ס 230, 252-253 (2005) (להלן: עניין ויטנר); לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 106-109, 127-129, 131-135, 148; דגן-פרשת דרכים, בעמ' 135-136).

שלישית, הפקעה ללא פיצוי בצידה (או בפיצוי חלקי) מספקת לרשויות התכנון תמריצים לקויים לאופן הפעלת סמכות ההפקעה הנתונה להן ומביאים לתוצאה שאינה יעילה. כך, הזכות להפקיע מקרקעין ללא פיצוי מעוררת חשש שידם של גורמי התכנון תהיה קלה על הדק ההפקעה, ותניע את הרשות לנקוט בדרך הזולה - זו המאפשרת ליטול את כל שניתן ללא עלות. כתוצאה מכך נפגעים צרכי התכנון והתועלת המצרפית פוחתת. היטיב לתאר זאת פרופ' ח' דגן:

"הנזק נגרם משני הכיוונים: לעיתים ועדות התכנון מקצות מעט מדי שטח לצרכי ציבור עקב נסיונותיהם של

מתכנני אזורים צפופים 'להסדר' בתוך מה שמושג ללא פיצוי. במקרים אחרים הן מקצות יותר מדי שטח לצורכי ציבור. עיוות אחרון זה קורה כשמופקעים 40% באזור מגורים בעל צפיפות בינוי נמוכה או באיזורים שאינם מיועדים למגורים, ואשר מטבע הדברים, הצורך בשטחי ציבור קטן בהם בהרבה. גם תוצאה זו פוגעת ברווחה המצרפית, שכן היא גוררת בזבוז של קרקע (שטחים ציבוריים נותרים ללא פיתוח, שכן הופקעו רק משום שזה היה חנינם) ועיוותים נגררים בפרישת שירותי הציבור בעיר (לדוגמה: בניית בית ספר באזור תעשייה) (דגן-פרשת דרכים, בעמ' 136; הדברים נסמכים על מאמרה של פרופ' רחל אלתרמן "הפקעות קרקע לצורכי ציבור ללא תמורה לפי חוק התכנון והבניה - לקראת הערכה מחדש" משפטים טו 179, 216-220 (1986) (להלן: אלתרמן)).

ואכן בקרב חלק מוועדות התכנון נוהג רווח הוא להפקיע את השיעור המרבי המותר בחוק - 40% מגודל המגרש - בלא לשלם פיצוי בגין ההפקעה (השוו: עניין פרי הארץ, בעמ' 654-655; ע"א 8736/04 כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה, פסקה ה(4) לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (לא פורסם, 24.1.2006) (להלן: עניין כהן) (שם נקבע כממצא עובדתי שברעננה קיים נוהג להפקיע בשיעור של 40% מן המקרקעין בלא לשלם פיצוי); לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 160-161).

מכלול השיקולים האמור מטה את כף המאזניים לכיוון פרשנות המחילה על הרשות חובה לשלם פיצויי הפקעה מלאים בגין נטילה פיזית של מקרקעין.

מנגד, ניתן להצביע על שיקולים התומכים בפיצוי חלקי בגין הפקעת מקרקעין. אולם קודם שנידרש להם, מועיל להקדים דיון על אופייה ומהותה של זכות הקניין בהקשר שבו עסקינן. אמרנו לא מעט על התעצמותה של הזכות בעידן חוק היסוד ועל המגמה השיטתית להגביר את היקף ההגנה עליה (פסקאות 0-0, 0). טרם אמרנו מספיק על הערכים החוסים בצילה של הזכות וזוכים להגנה מכוחה.

(ח) על שתי תפיסות מתחרות של המושג "קניין"

ניתן להבחין בין שתי תפיסות מתחרות של המושג "קניין", שבאות לידי ביטוי גם בפסיקתו של בית משפט זה (ראו למשל: דגן-פרשת דרכים, בעמ' 14-16; חיים זנדברג "הפקעות, אחריות חברתית והגנת הקניין הפרטי בעיני בית המשפט העליון אגב דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943"



המשפט יא 585 (2007) (להלן: זנדברג); עופר גרוסקופף "שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" משפט ועסקים י 317, 327-334 (2009) (להלן: גרוסקופף). להעדפה של תפיסה אחת על פני אחרת עשויה להיות השלכה על האיזון בין האינטרסים המתנגשים, ולכן חשוב לעמוד על תמציתן של שתי הגישות.

התפיסה הראשונה - שאותה נכנה להלן "הקניין כריבונות" - מקורה בגישה המסורתית הידועה בכינוייה "קניין בלאקסטוניאני" (גרוסקופף, בעמ' 327). כינוי אחרון זה ניתן על שם המשפטן האנגלי הנודע בן המאה ה-18, William Blackstone, אשר הגדיר את זכות הקניין באופן הבא: "that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe." (2 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES 2 (1979) (1765-1769)). לפי גישה זו הוא מתחם של "שרירות בעלים", במובן זה שלבעליו מסורה הזכות להחליט מה יעשה במשאב שבחזקתו, כך שהכרעתו היא סופית ומוגנת מפני התערבות חיצונית (ראו דגן-פרשת דרכים, בעמ' 24-25). ביסודה של תפיסת הריבונות עומדת חירותו של הפרט. "רצון לעשייה בנכסים היא דרך לביטוי אישיותו של האדם... [ו]הגנה על רצון זה, על דרך של כיבוד הזכות בנכסים שביחס אליהם הביע האדם את רצונו, היא למעשה הגנה על אישיותו וחירויותיו. חירות השליטה בנכסים היא העושה אדם חופשי; אדם התלוי ברכוש שלאחר יש שליטה בו לא יוכל להיות בחירות" (ויסמן, בעמ' 20). לפי תפיסה זו, תפקידה היחיד של זכות הקניין הוא להגן על אינטרס הפרט במשאבו מפני אינטרסים אחרים המבקשים להתערב בו ובכללם כוחו של השלטון. התפיסה מבקשת "לשמור בידי הפרט תחום של חירות שלילית המהווה תנאי הכרחי לאוטונומיה אישית ולפיתוח עצמי" (חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל 97, 100 (מנחם מאוטנר עורך, 2000) (להלן: דגן-אחריות חברתית); ראו גם דברי הנשיא ברק בע"א הורוויץ, בעמ' 935-936).

ודוק: אף התומכים בתפיסת הקניין כריבונות אינם טוענים שזכותו של הפרט לעשות בקניינו כרצונו היא מוחלטת. התפיסה מבחינה בין שימושים מסוימים שהם חלק מ"אגד-זכויות" של בעל המקרקעין, לבין שימושים אחרים שאינם באים בגדר "אגד" זה. כך למשל בעל המקרקעין אינו נהנה מהיכולת לבנות במקרקעין ללא היתר, לנהל בהם עסק ללא רישיון או לכרות בהם אוצרות טבע ללא רישיון; אף אין ביכולתו לעשות פעולות המסכנות את יציבותם של המקרקעין השכנים או מטרידות את בעליהם. עם זאת ביחס לשימושים הנופלים לתחום שליטתו של בעל הקניין, שיקול דעתו הוא מוחלט ואין

מקום להגבילו. גישת הריבונות מכירה אפוא בהגבלות אנכיות על אופן השימוש בקניין באמצעות הוצאת שימושים מסוימים מ"אגד הזכויות" המסור לבעליו, אולם מרגע שהחלטה מסוימת מצויה בתחום שליטתו של בעל הקניין - קרי מהווה חלק מ"אגד הזכויות" המסור לו - תשלול תפיסה זו כל התערבות באופן הפעלת שיקול דעתו (ראו: ע"א 281/61 שלוסר נ' כ"ץ, פ"ד טו(4) 2329, 2333 (1961); גרוסקופף, בעמ' 327-328; דגן-פרשת דרכים, בעמ' 23-24).

התפיסה השנייה - זו שנכנה בשם "הקניין כמוסדות" (ראו דגן-פרשת דרכים, בעמ' 37) - רואה בזכות הקניין "זכות מורכבת וסבוכה" (ע"א הורוויץ, בעמ' 936; פרשת הולצמן, בעמ' 650) אשר "אין לראות [בה] אחדות מושגית" (רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 280 (1999) (להלן: עניין רוקר)). תפיסה זו רואה בקניין מוסד משפטי, יציר בני האדם, שעוצב בידיהם כדי לשרת מטרות חברתיות שונות, ושמשמעותו משתנה בהתאם לאינטרסים המתנגשים ולנסיבות העניין (השוו: עניין רוקר, שם; ויסמן, בעמ' 44-43). הגם שגישה זו מכירה בערך החירות כבעל משקל ניכר באיזון מול ערכים אחרים, לשיטתה אין מדובר בערך יחיד שהזכות מבקשת להגן עליו; קיימים לפחות חמישה ערכים נוספים שחלקם אינם מתיישבים בהכרח עם ערך החירות וחלקם אף מתחרים בה; ואלה הם בתמצית: (1) ערך האישיות שלפיו אישיותו האידיאליסטית של הפרט עשויה להיות משוקעת במשאבים מסוימים באופן שיש להם ערך סובייקטיבי מיוחד ולכן הפגיעה בהם אינה רק חומרית. ערך האישיות מבקש להבחין בין משאבים מכוננים (כגון דירות מגורים) למשאבים בני חליפין (כגון דירה להשקעה) וליתן להבחנה משקל באיזון בין ערכי הקניין השונים; (2) ערך העבודה רואה בעבודה שהפרט השקיע במשאב הצדקה להקנות לו בעלות בו בהתקיים תנאים מסוימים; (3) ערך הרווחה המצרפית הרואה חשיבות בהגברת התועלת הכלכלית; (4) ערך הקהילה, הנשען על ההנחה שבעל הקניין נהנה באופן שוטף מיתרונות חברותו בקהילה ולפיכך מוצדק להטיל עליו חובות כלפיה בהתקיים תנאים מסוימים; (5) ערך הצדק החלוקתי שעניינו בשאיפה לצמצם (או לכל הפחות לא להרחיב) פערים חברתיים במוכן של הימנעות מקביעת כללי קניין בעלי תוצאות רגרסיביות (דגן-פרשת דרכים, בעמ' 37-65). כל אחד מהערכים הללו נתמך בתיאוריות המבקשות להצדיק את הזכות לקניין פרטי ואת היקף ההגנה על הזכות בנסיבות שונות (לדיון בתיאוריות של קניין ראו גם: לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 59-80; ויסמן, בעמ' 16-23).

מהי נפקות ההבחנה בין שתי תפיסות הקניין לענייננו? תפיסת הקניין כריבונות מקנה משקל אך ורק לערך החירות של הקניין, ואילו גישת הקניין כמוסדות מקנה משקל גם לערך הקהילה (השוו: דנ"א הורוויץ, בעמ' 314). לפיכך כל אחת מהתפיסות עשויה לבכר איזון מעט שונה בין הערכים המתנגשים בנסיבות העניין שלפנינו.

(ט) שיקולים התומכים במתן פיצוי חלקי בגין הפקעת מקרקעין

לאחר שעמדנו על התפיסות השונות של מושג הקניין, נשוב לדיון בשיקולים התומכים במתן פיצוי חלקי בגין הפקעה או באי-מתן פיצוי במקרה של הפקעה חלקית. השיקול המרכזי נסמך על גישת הקניין כמוסדות, המצדיקה הפקעה בפיצוי חלקי או שלילת פיצוי בתנאים מסוימים.

בדיני הפקעות ככלל ובשאלה דנן בפרט, נודעת חשיבות מרכזית לשניים מבין ערכי הקניין האמורים: האחד הוא ערך החירות; השני הוא ערך הקהילה (או האחריות החברתית של בעל הקניין). ערך החירות משקף אינטרס אינדיבידואליסטי מובהק. הוא מספק לפרט הגנות וזכויות המאפשרות לו לעשות בקניינו כרצונו (כפוף למגבלות שימוש מסוימות שהוצאו מ"אגד זכויותיו") ומגן מפני התערבות חיצונית בקניין. ערך הקהילה, לעומת זאת, מגשים אינטרס הפוך. הוא מבקש להטיל על הפרט חובות כלפי החברה – חובות הנובעות ממימד של אחריות חברתית אינהרנטית לזכות עצמה. על הטעמים להטלת החובות הללו עמד הנשיא א' ברק:

"לקניין תפקיד חברתי. הוא צריך לשרת את טובת הכלל [...]. ביסוד תפיסה זו מונחת המציאות כי המקרקעין [...] הוא משאב לאומי. כמות המקרקעין אינה ניתנת להגדלה. חיי החברה מותנים 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 ושלומו [...] כל אלה הופכים את קניין המקרקעין לקניין שממד האחריות החברתית בו הוא חשוב. שיקולים אלה ואחרים מחייבים מתן כוח למדינה לפגוע בקניין הפרטי כדי לקיים את אינטרס הציבור. בכך מתבטאת האחריות החברתית המיוחדת של הקניין הפרטי" (ע"א הורוויץ, בעמ' 939-937; ראו גם דברי השופט ת' אור בדנ"א הורוויץ, בעמ' 299-303).



פרופ' דגן תומך בהצדקה זו (ראו, בין היתר, דגן-פרשת דרכים (חלקים ניכרים של הספר מוקדשים לכך); דגן-אחריות חברתית; Hanoch Dagan, *Takings and Distributive Justice*, 85 VA. L. REV. 741 (1999); חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא 491, 502-504 (1998); חנוך דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל - התשנ"ו 673 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997)). דגן מציג את ערך הקהילה כחורג מהתפיסה המסורתית המקשרת את זכות הקניין עם האינטרס האישי של הפרט. לשיטתו, תפיסת הקניין כמוסדות אינה רואה בזכות הקניין אתר של זכויות גרידא אלא גם אתר קהילתי - "מצע ליחסים של שיתוף ומקור לאחריות מיוחדת של הבעלים כלפי פרטים אחרים וכלפי הקהילה (או החברה) בכללותה. אחריות חברתית אינה מגבלה חיצונית על זכות הקניין; לפחות בקשר לחלק מהמוסדות הקנייניים השונים, האחריות החברתית מהווה חלק מהמשמעות של זכות הקניין עצמה" (דגן-פרשת דרכים, בעמ' 52).

גישה זו מדגישה כי בני האדם נטועים בקהילה חברתית ובקשרי-גומלין מתמשכים אחרים של "קח ותן". מטעם זה ראוי להטיל עליהם - בהקשרים מסוימים - חובות המיועדות להגשים את האינטרס החברתי הכולל. חובות אלו עשויות לבוא לידי ביטוי במגבלות שונות המוטלות על זכותם של בעלי מקרקעין לעשות בהם כרצונם לטובת האינטרס החברתי. אותן חובות יכולות גם לבוא לידי ביטוי "בכך שאין זה ראוי לפצות בעל קניין פלוני בגין נטל מסוים המוטל על קניינו (או בגין נגיסה מסוימת ממנו) לטובת קידומו של אינטרס הכללי" (שם). המחקר שעליו דגן נשען הוא ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES 56, 243, 274-75 (1991) (לביקורת על תיאורית הקניין כמוסדות בכלל, ועל היקף החובה שראוי להטילה מכוח אחריותו החברתית של הקניין בפרט, ראו אלון הראל "קניין על פרשות דרכים: הערות ביקורתיות על ספרו של חנוך דגן קניין על פרשת דרכים" עיוני משפט ל 435 (2007)).

פרופ' לוינסון-זמיר נסמכת על עקרון מנחה המכונה "עקרון השוויון במימון". בבסיס התיאוריה שהיא מציעה עומדת ההנחה שהפקעה ללא פיצוי משקפת שינוי בתפיסת המחוקק לגבי אופן מימוןם של שירותי ציבור. בעוד שבעבר שירותים אלו מומנו באמצעות הטלת מסים ישירים, הפקעה ללא פיצוי כמוה כמימון אותם שירותים בידי ציבור המשתמשים בהם (ראו גם נמדר-הפקעת מקרקעין, בעמ' 470-471; אלתרמן, בעמ' 188 ואילך). עקרון זה נשען על הכרעת מדיניות שלפיה בעלי המקרקעין יממנו בעצמם

את פיתוח השירותים הציבוריים הנדרשים להם. מימון זה צריך להיעשות באופן שוויוני וצודק, ולשם כך "יש לייחד את הכוח להפקיע ללא פיצוי להספקת צרכי ציבור הנדרשים באופן שכיח או אחיד ככל אזור מהסוג של האזור בו נמצאת הקרקע הרלבנטית. אין להפקיע ללא פיצוי עבור שימושים מיוחדים או חריגים, שאינם מצויים באופן שכיח באזור מאותו סוג" (לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 186-187).

לוינסון-זמיר מתווה כללים להפקעה ללא פיצוי בהתאם לרציונל זה (שם, בעמ' 187-188). בין היתר, היא מציינת כי הפקעה ללא פיצוי לשימושים כלל-ארציים עומדת בניגוד לעקרון השוויון במימון. לשיטתה:

"על בעל המקרקעין לממן את צרכי הציבור (באמצעות ההפקעה ללא פיצוי) באופן יחסי להנאתו מהם. חייב להיות קשר ממשי בין מטרת ההפקעה ללא פיצוי ושיעורה, לבין צרכי הפיתוח שהיה יכול להתבצע במקרקעין שבהם בוצעה ההפקעה. מותר להטיל על בעלי המקרקעין בשכונה מסויימת לממן את צרכי הציבור הדרושים לאותה שכונה, אך לא ניתן לדרוש מהם לממן שימושים שישרתו אוכלוסייה רחבה הרבה יותר. אין להפקיע ללא פיצוי קרקע מתושבי שכונה פלונית כדי לסלול כביש בין עירוני או כדי להקים בית ספר או אצטדיון ספורט, המיועדים לשרת את האזור כולו" (שם, בעמ' 187-188; ראו גם אלתרמן, בעמ' 188).

לוינסון-זמיר מצדיקה אפוא שלא לפצות בגין הפקעת מקרקעין מקום שהנטל העודף נחלק באופן שוויוני בין אלה שעתידיים ליהנות ממטרת ההפקעה. לשיטתה, "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" (לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 203).

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, -470 469 (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.

בפסיקה ובספרות נדונה הצדקה מרכזית נוספת לסמכות ההפחתה ולפיה מקום שהופקע חלק מחלקה וכתוצאה מכך הושבחה החלק הנותר, ההפקעה יצרה לבעל הקרקע "יתרון מקזז מידי" אשר מיטיב את הפגיעה בו ומשיב - ולו בקירוב - את המצב לקדמותו בערכים כספיים. אלא שצידוק זה - שאליו מתייחסת הלכת הולצמן - אינו רלוונטי לענייננו מאחר שהנחת המוצא שבכיסו היא שהנותר לא הושבחה.

(י) יישום השיקולים בפסיקה: מפרשת פייצר לפרשת הולצמן

השאלה שעמדה לדיון בפרשת הולצמן הייתה האם רשאית הרשות המפקיעה לשלם פיצוי מופחת בהפקעה לפי חוק התכנון והבניה מקום שחלקת מקרקעין מופקעת בשלמותה? אותה שאלה נדונה כעשרים שנה קודם לכן בפרשת) ובית המשפט העליון - מפי הנשיא מ' לנדוי והשופטים א' ברק וש' לוי - השיב לה בחיוב.

פסק הדין העיקרי בפרשת פייצר ניתן מפי הנשיא מ' לנדוי ואלה היו נימוקיו: ראשית, הוא סבר כי בלשון הרישה של סעיפים-קטנים 20(2)(א) ו-20(2)(ב) לפקודת הקרקעות "[אין] נזכרת [...] 'תקרה' לשטח שמעל רבע המגרש, שמותר לרשות הרוכשת להפקיעו בלי לאבד את זכות הניכוי עבור רבע משטח המגרש" (שם, בעמ' 651ג). עם זאת הוא סבר כי לשון סעיף 20(2) סובלת את שני הפירושים - זה המאפשר להפחית (א) לא לשלם, לפי העניין) פיצוי גם כשחלקה מופקעת בשלמותה, וזה השולל הפחתה - ולפיכך:

"כאשר פירוש החוק מוטל בספק, בוודאי תהיה הנטייה להעדיף את הפירוש התואם אותו עיקרון כללי, המגלם זכות יסוד של אזרח בעל קניין במקרקעין. אבל גם זה אינו עיקרון מוחלט, ואם הפירוש הנכון אינו מוטל בספק, והוא נוגד אותו עיקרון, על כורחנו נאמר, שהמחוקק 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): ראה סעיף 5(א) לחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963" (שס, בעמ' 1651-ג-1).

שנית, הנשיא לנדוי דחה את הטענה שלפיה הרציונל העומד מאחורי הסמכות שלא לשלם פיצוי מלא הוא שההפקעה משביחה את הנותר באופן ש"מקזז" את הפגיעה בבעל הקרקע. נימוקו השלישי של הנשיא היה שניתן להיעזר בחוק לתיקון דיני הרכישה, שממנו עולה כי "נטילת האחוז, שמותר לנטלו ללא פיצוי, תיתכן, גם כאשר מפקיעים חלקה בשלמותה..." (שס, בעמ' 653-ב-ה).

השופט א' ברק הצטרף לתוצאה. הנמקתו נסמכה על לשון סעיף 20 לפקודה ובהתייחס אליה ציין 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" (שס, בעמ' 1656-ז). הוא הוסיף כי "לשון החוק והגיגו אינם מחייבים או מצדיקים פרשנות" שלפיה "[ב]הפקעת תשעים אחוזים מחלקה יש להפחית את הפיצוי בהתחשב ברבע המופקע ממילא, ואילו בהפקעת מאה אחוזים מהחלקה אין לבצע הפחתה כזו" (שס, בעמ' 657-ב). השופט ברק קיבל את הטענה שלא כל הפקעה גורמת להשבחת הנותר, והוסיף כי המחוקק הכיר בכך כשקבע שהפקעה עלולה לגרום לבעל המגרש ל"סבל" (Hardship) שבגיגו מוסמך שר האוצר לשלם פיצוי לפי שיקול דעתו ובהתחשב בנסיבות כולן. לפי השופט ברק, זוהי תרופתו של בעל קרקע שלא זכה לפיצוי מלא (שס, בעמ' 657-ב-1). השופט ש' לוין הצטרף להנמקותיהם של חבריו להרכב והוסיף כי הוא סבור שאין לשון הכתוב מאפשרת את הפרשנות שלפיה הסמכות המעוגנת בסעיף 20 לפקודת הקרקעות אינה חלה על הפקעה של חלקה במלואה.

על הלכת פייצר נמתחה ביקורת נוקבת הן בפסיקה הן באקדמיה (ראו פרשת חממי, בעמ' 384; אלתרמן, בעמ' 220-227; לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 164-168); הולצמן-גזית-פיתוחם של דיני הפקעה, בעמ' 321-324); ובשנת 2001 נדרש בית המשפט העליון שוב לדיון בשאלה, הפעם בהרכב מורחב של שבעה שופטים, והחליט לשנותה.

פסק הדין המרכזי בפרשת הולצמן ניתן מפי השופטת ד' דורנר. פרק הדיון נפתח בהצגת התכלית הסובייקטיבית שהצדיקה את סמכות ההפחתה במשך השנים: "בכך שבעלי המקרקעין המופקעים נהנים מן הפיתוח של המקרקעין שהופקעו, המשביח את המקרקעין שנותרו בידיהם" (פרשת הולצמן, בעמ' 636-ג).

אלא שבית המשפט דחה טעם זה בפרשת פייצר. לאחר שסקרה את נימוקי פסק הדין בפרשת פייצר ואת הביקורת המתייחסת לנימוקים אלה, קבעה השופטת דורנר כי בעקבות חוק היסוד, אין הפרשנות שניתנה בפרשת פייצר להוראות המסמיכות להימנע מפיצוי מלא יכולה לעמוד כיום כשמדובר בהפקעת חלקה במלואה. וזה טעמה העיקרי:

“פגיעה בקניין לצורכי ציבור הולמת בדרך-כלל את ערכי המדינה, והיא לתכלית ראויה. ברם כדי שפגיעה בקניין על-ידי הפקעת מקרקעין תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש, יש צורך בפיצוי הוגן ושווה ערך. בלא פיצוי כזה תפגע ההפקעה בשוויון. שכן, רק בעלי המקרקעין הדרושים לשימוש הציבור, להבדיל מבעלי מקרקעין או נכסים אחרים, יצטרכו לשאת במימון התועלת הציבורית בלי שקיימת הצדקה להטיל את המימון על בעלים אלה בלבד. פגיעה בלתי שוויונית בזכות היא פגיעה במידה העולה על הנדרש. [...] תשלום פיצויים בשיעור הנופל מערך המקרקעין שהופקעו יהיה מוצדק רק אם עקב ההפקעה עולה ערך הרכוש שנותר בידי הבעלים או הם זוכים בהנאה שוות ערך אחרת. כאמור, החוק מסמך להפקיע לצורכי ציבור ללא תשלום פיצויים עד 40 אחוזים משטח שבבעלות אדם. על רקע זה אפשר לטעון כי הנוהג שהשתרש של הפחתת הפיצויים בשיעור מרבי זה בלי לבחון את השפעת ההפקעה על ערך השטח שלא הופקע או על הנאת הבעלים ממנו פוגע בשוויון, ובכך פוגע בזכות הקניין במידה העולה על הנדרש. על-כל-פנים, הפגיעה בקניין היא בלתי שוויונית ולכן עולה על הנדרש כאשר מופקע מלוא השטח של הבעלים, כך שברור וגלוי כי לא נגרמת להם כל תועלת או הנאה מן ההפקעה” (פרשת הולצמן, בעמ' 642-א-ד).

הנשיא לנדוי הטעים בפרשת פייצר שהפקעה ללא תמורה היא מעין “מס רכוש” בשיעור אחיד של עד 40% המוטל על בעלי הקרקע. השופטת דורנר דחתה נימוק זה משני טעמים: הראשון, אותו “מס ההפקעה” מוטל אך ורק על בעלי הקרקע המופקעת ומפלה ביניהם לבין יתר הציבור שמקרקעיו לא הופקעו. השני, ה“מס” אינו מבחין בין בעלים הנהנים מההפקעה לבין אלה שרכושם מופקע בשלמותו ואין הם מפיקים ממנו כל הנאה ולא לה שההפקעה פגעה בערכו של הנותר. “הטלת ‘מס הפקעה’ בשיעור אחיד מפלה אפוא בין בעלי מקרקעין מופקעים בינם לבין עצמם ובינם לבין כלל הציבור הנהנה מן ההפקעה בלי לשלם מס זה” (שם, בעמ' 642-ה-ו). נימוק נוסף של הנשיא לנדוי, כזכור, התבסס על ההנחה שגם לבעל קרקע שהופקעה בשלמותה תצמח הנאה מן ההפקעה בכך שהפיצוי שיקבל, בשווי 60% מהקרקע, יחושב לפי שווי הקרקע לאחר הפיתוח שלשמו נעשתה ההפקעה. דא עקא שלהנחה זו אין בסיס משום שסעיף 12(ז) לפקודת הקרקעות

קובע כי אין להביא בחישוב הפיצויים השבחה של ערך הקרקע הנובעת מן ההפקעה. השופט דורנר דחתה גם את נימוקו הנוסף של הנשיא לנדוי, הנשען על לשון סעיפים 2 ו-3(1) לחוק לתיקון דיני הרכישה, בהדגישה - בין היתר - כי "אין לפרש חוק כפוגע בזכות על סמך האמור בחוק אחר, ולא כל שכן חוק מאוחר שלא היה בנמצא וממילא לא עמד לנגד הכנסת בעת שהחוק שאותו מפרשים חוקק. עקרון החוקיות מחייב הקפדה על כך שפגיעה בזכות, ולא כל שכן פגיעה בלתי מוצדקת, תעוגן בבירור בחוק מסמך" ותעמוד בתנאייה של פסקת ההגבלה (שס, בעמ' 644-ד-ה). בהמשך הסתייגה השופטת דורנר גם מהנמקתו של השופט ברק בעניין פייצר; ולבסוף ציינה כי יש מקום להטיל ספק בנוהג להפקיע 40% מחלקה בלא לשלם פיצוי בגינו ובלא לבחון בכל מקרה לגופו אם ובאיזו מידה צפויים בעלי הקרקע להפיק תועלת מהשבחת הנותר. השופטת דורנר סיכמה את טעמיה בדברים הבאים:

"אכן, כפי שנקבע בע"א פייצר [1], לשון החוקים שלפנינו מאפשרת את שני הפירושים. לדעתי, הן לאור כוונת הכנסת והן לאור עקרונות חוקתיים שהתחזקו עם חקיקת חוק היסוד, המורים כי חוק לא יפורש כפוגע בזכות אלא ככל שהפגיעה היא במידה שאינה עולה על הנדרש, הפירוש שמן הדין לאמץ הוא כי הסמכות להפחית פיצויים בגין הפקעת קרקע לצורכי ציבור אינה חלה כאשר המגרש מופקע בשלמותו. יוער, כי גם לפי פרשנות שלפיה קיימת סמכות בשיקול-דעת להפחית את הפיצויים, שימוש בשיקול-דעת זה מקום שבו בעלי המקרקעין אינם זוכים לכל הנאה מן ההפקעה אינו מידתי, ולכן אינו כדין" (פרשת הולצמן, בעמ' 1642-ז)

השופטים ת' אור, א' מצא ו' זמיר הסכימו לחוות דעתה של השופטת דורנר. הנשיא א' ברק סקר את הטעמים שעמדו בבסיס הלכת פייצר וקבע כי האיזון שנעשה שם בין זכות הקניין לבין הפגיעה בה כפועל יוצא של הפקעת חלקה שלמה אינו יכול לעמוד כיום. לכך הוסף כי "ייתכן, כמובן, כי איזון זה היה מוטעה כבר בעת עריכתו" (שס, בעמ' 648-649). הנשיא ברק עמד על השינוי הנורמטיבי שהביא עמו חוק היסוד: "חזקה היא שדבר חקיקה לא בא לנגוד להוראה חוקתית המצויה מעליו" (שס, בעמ' 649) ומכאן "שאת ההוראה בדבר שיעור הפיצויים המשתלמים בגין הפקעה עלינו לפרש באופן שיעלה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". התשובה לשאלה "תימצא במהותה של זכות הקניין מזה ובהגבלות שניתן להטיל עליה כדין מזה" (שס); ומהי אותה מהות? זכות הקניין מגנה על ערך החירות של הפרט ובד בבד מטילה על בעל



הקניין חובות מכוח אחריותו החברתית כלפי הציבור (שס, בעמ' 649-650). באיוון בין הערכים, ידו של ערך החירות על העליונה. ובלשונו:

"האם חקיקה הקובעת פיצוי בשיעור של 60% מערכה של חלקה שהופקעה במלואה פוגעת בזכות הקניין, והאם פגיעה זו תואמת את פיסקת ההגבלה? נראה לי כי חקיקה זו פוגעת בזכות הקניין. אין לראות בה אך מימוש (פנימי) של האחריות החברתית של הקניין. תוקפה של חקיקה זו חייב אפוא לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. הנטל להוכיח זאת מוטל על הרשות המפקיעה. דרישותיה של פיסקת ההגבלה אינן מתקיימות בענייננו. די אם אציין כי החקיקה אינה מידתית. היא מנצלת את האחריות החברתית של הקניין מעבר למידתיות הנדרשת. אם צודק אני בגישתי זו, הרי לפנינו נימוק פרשני נוסף המצדיק את ביטולה של הילכת פייצר [1]. הלכה זו נוגדת את המתבקש מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פירוש העולה בקנה אחד עם חוק היסוד מצדיק את הפירוש המובא על-ידי חברתי השופטת דורנר. מטעמים אלה מצטרף אני לדעתה" (שס, בעמ' 650).

המשנה לנשיא ש' לויין והשופט י' אנגלרד הצטרפו לפסק דינה של השופטת דורנר ולהערותיו של הנשיא ברק.

כאן המקום לציין כי נקודת המוצא לפרשנותן של הוראות ההפחתה הקבועות בפקודת הקרקעות - הן של הנשיא לנדוי בפרשת פייצר הן של השופטת דורנר בפרשת הולצמן - נסמכה על לשון סעיף 20(ב) לפקודת הקרקעות ("מקום ששטח קרקע שנלקח, והוא נכלל במגרש, עולה על רבע כלל-שטחו של המגרש, יופחתו הפיצויים בסכום שמתכונתו לערך הקרקע בלבד, הנכלל בחלק המגרש שנלקח..."). מהמילים המודגשות הסיקו הנשיא לנדוי והשופטת דורנר בתורה כי "שני הפירושים של סעיף 20(2) הם אפשריים" (פרשת פייצר, בעמ' 651-גד; ראו גם פרשת הולצמן, בעמ' 644-הו). אלא שבעוד שהנשיא לנדוי העדיף פירוש שלפיו הוראות ההפחתה חלות על הפקעה של חלקה בשלמותה, השופטת דורנר - כמו גם כל יתר חברי ההרכב המורחב - סברו אחרת.

נקדים את המאוחר ונציין כי דרכנו הפרשנית, שעל סיכומה נעמוד להלן, שונה מהדרך שבה הלך בית משפט זה בעניין הולצמן נוכח השוני בלשונו של הוראות ההפחתה. להבדיל מהוראות ההפחתה שבפקודת הקרקעות, אין למצוא בהוראות ההפחתה

שבפקודת הדרכים עוגן לשוני להבחנה בין הפקעת החלקה בשלמותה (כפי שהיה בעניין פייצר ובעניין הולצמן) להפקעת חלק מחלקה.

(יא) פסיקת בתי המשפט לאחר פרשת הולצמן ועמדות מלומדים בשאלת תחולתן של הוראות ההפחתה על הפקעת חלק מחלקה שלא השביחה את הנותן

פרשת הולצמן עסקה כאמור בפרשנות הוראות ההפחתה במקרה של הפקעת חלקה במלואה לפי חוק התכנון והבנייה. שני נימוקים עיקריים עמדו בבסיס פסק-הדין: האחד, שהפקעת החלקה במלואה - בלא שבעליה נהנה מטובת הנאה כלשהי "המקזזת" את הפגיעה בו - אינה שוויונית ולכן גם אינה מידתית (הנמקת השופטת דורנר). השני, שהפקעת חלקה במלואה תוך הפחתת 25% (או 40%) משיעור הפיצוי חורגת מהיקף החובה שראוי להטיל על הפרט מכוח אחריותו החברתית, ולכן אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (גישת הנשיא ברק). פרשת הולצמן לא הכריעה בשאלת פרשנותם של הוראות ההפחתה במקרה של הפקעת חלק מחלקה שלא השביחה את הנותן. ניתן למצוא אמירות שונות בפסיקותיו של בית משפט זה לגבי תחולת הרציונל של הלכת הולצמן על הפקעה חלקית (ראו למשל: עניין רובינשטיין, שם קבעה השופטת ד' ביניש כי הלכת הולצמן אינה חלה על הפקעת חלק מחלקה; ע"א 813/03 עיריית נצרת נ' גי.בי. טורס בע"מ, פ"ד נח(5) 664, 672 (2004); עניין אסלון, שם אמר הנשיא ברק דברים ברוח דומה, שאליהם הצטרפה השופטת ביניש אל מול דעתו החולקת של השופט א' א' לוי; וכן פסקה 5 לחוות דעת השופט א' א' לוי בעניין כהן). אולם השאלה המונחת לפתחנו לא נדונה לגופה בבית משפט זה וממילא לא הוכרעה.

השאלה נדונה לא אחת בבתי המשפט המחוזיים והם הכריעו בה לכאן ולכאן (לסקירה חלקית של הפסיקה שעסקה בשאלה זו ראו נמדר-הפקעת מקרקעין, בעמ' 498-499). חלק מפסקי הדין קבעו שיש להחיל את הרציונל שבבסיס הלכת הולצמן על הפקעת חלק מחלקה שלא השביחה את הנותן, ופסקו פיצוי מלא בגין ההפקעה (ראו למשל: ה"פ (מחוזי חי') 442/00 נאותחה נ' מדינת ישראל (משרד התחבורה/מע"צ), פ"מ התשס"א(1) 558 (2001) (סגן הנשיא ד' בייך); ה"פ (מחוזי חי') 381/00 מחאג'נה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה עירון (לא פורסם, 24.11.2002) (סגן הנשיא ד' בייך); ת"א (מחוזי ת"א) כהן שור נ' מדינת ישראל - משרד התשתיות הלאומיות - מע"צ, תק-מח 2003(3) 969 (2003) (השופטת ד' פלפל); ת"א (מחוזי נצ') 1079/02 עזבון ח'ליל נ' מדינת ישראל המשרד לעבודות ציבוריות, תק-מח 2004(3) 1040 (2004) (השופטת נ' מוניץ); ה"פ (מחוזי ת"א) 11451/99 סימן-טוב נ' שרד התשתיות הלאומיות (לא פורסם, 5.2.2004).

(השופטת ה' גרסטל); 2275/98 ת"א (מחוזי ת"א) 1524/02 תאני נ' רשות הנמלים והרכבות, דינים מחוזי לד(4) 652 (2003) (השופטת ד' פלפל); ה"פ (מחוזי ת"א) 141/03 מזרחי נ' מדינת ישראל – המשרד לעבודות ציבוריות, פדאור 2004 (18) 23 (2004) (השופטת ה' גרסטל); ת"א (מחוזי ת"א) 1195/99 בלעום נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה טייבה (לא פורסם, 25.7.2005) (השופטת ר' משל); ת"א (מחוזי ת"א) 1007/04 קמושר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.12.2006) (השופטת ד' קרת-מאיר); ה"פ (מחוזי ת"א) 447/01 יצחקוב נ' משרד התשתיות הלאומיות מע"צ (לא פורסם, 10.9.2006) (השופט מ' אלטוביה); ת"א (מחוזי נצ') 1218/04 בנאי נ' מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (לא פורסם, 31.3.2008) (הרציונל של הלכת הולצמן הוחל באופן חלקי כך שנפסק פיצוי מלא בגין הפקעה בשיעור של 29%-ו 47% מגודל החלקה, אך הותר שלא לשלם פיצוי בגין הפקעה בשיעור של 14%) (סגן הנשיא י' כהן); ה"פ 1300/04 קדרי נ' משרד התחבורה - מע"צ (לא פורסם, 4.11.2008) (השופט מ' אלטוביה); ה"פ (מחוזי ת"א) 166/05 אוזנוביץ נ' מדינת ישראל - מע"צ (לא פורסם, 25.6.2009) (השופט ע' בנימיני)).

בתיקים אחרים נקבע כי אין להחיל את הרציונל של הלכת הולצמן על הפקעת חלק מחלקה (ראו למשל: ה"פ (מחוזי חי') 158/02 חלבי נ' מדינת ישראל, תק-מח 2004 (4) 259 (השופטת נ' מוניץ); ה"פ (מחוזי ת"א) 113/04 מוארמן נ' רשות הרכבות והנמלים תק-מח 2005 (1) 3058 (2005) (אי-תשלום פיצוי בגין הפקעה בשיעור של 7.1% מחלקה היא סבירה) (השופטת ה' גרסטל); ה"פ (מחוזי נצ') 119/03 ח'ביב נ' מדינת ישראל – מע"צ משרד התחבורה (לא פורסם, 6.6.2005) (השופט א' אברהם); ה"פ (מחוזי נצ') 172/00 רזק נ' נסרי (לא פורסם, 5.9.2006) (הנשיא מ' בן-דויד); ה"פ (מחוזי ת"א) 1372/04 פוליוגון נדל"ן בע"מ נ' רשות הנמלים והרכבות (לא פורסם, 5.10.2006) (סגנית הנשיא ד' פלפל); ה"פ (מחוזי חי') 93/05 מוסטפא נ' מע"צ - החברה הלאומית לדרכים בע"מ (לא פורסם, 8.5.2007) (השופט ר' סוקול); ת"א (מחוזי חי') 887/03 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (לא פורסם, 9.7.2007) (השופט ר' סוקול); ת"א (מחוזי ת"א) 1109/06 קוטר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.2.2008) (השופט ש' שוחט); ת"א (מחוזי חי') 1218/04 בנאי נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (לא פורסם, 31.3.2008) (סגן הנשיא י' כהן); ת"א (מחוזי חי') 706/96 כוזהינוף נ' מדינת ישראל (רכבת ישראל) (לא פורסם, 1.9.2008) (מפי השופט י' עמית); ת"א (מחוזי חי') 461/05 רושדי נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (לא פורסם, 27.1.2010) (סגן הנשיא י' כהן); ו"ע (שלום ת"א) 1787/03 "זרעים גדרה" חברה לגידול זרעים מבוררים בע"מ נ' חברת כביש חוצה ישראל בע"מ, מקרקעין ח/2 471 (2009)).



רובם המכריע של פסקי הדין שדחו את הרציונל של הלכת הולצמן ביחס להפקעה חלקית ניתנו לאחר הערת הנשיא א' ברק בפרשת אסלן. מדברים - אומנם מאוחרים יותר - שנכתבו באקדמיה, ניתן היה לסבור שדברי הנשיא ברק ביקשו לשלול החלה של הלכת הולצמן על הפקעת חלק מחלקה (יהושע ויסמן "על ספרו של פרופ' חנוך דגן 'קניין על פרשת דרכים'" המשפט יג 493, 497-500 (2008); ויסמן-ספר ברק, בעמ' 469-470). אלא שפרשת אסלן לא כללה דיון לגופם של השיקולים הרלוונטיים ולא נתכוונה לקבוע מסמרות בדבר. כך גם עולה מהחלטה שדחתה בקשה לדיון נוסף בפסק הדין (ראו דנ"א 3826/06 אסלן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.12.2006)).

באקדמיה הובעו דעות שונות ביחס לשאלה האמורה, אולם כל המחברים הביעו דעתם שראוי לבטל, ולחלופין לפרש בצמצום, את סמכות ההפחתה במקרה של הפקעה חלקית שלא השביחה את הנותר. המלומדים שהביעו דעה בסוגיה שלפנינו נחלקים לשתי גישות עיקריות:

הגישה הראשונה גורסת כי ראוי לשלם פיצוי מלא כל אימת שהנותר לא הושבח כתוצאה מהפקעת חלק מחלקה. פרופ' יהושע ויסמן כתב בהקשר זה, תוך שהוא מביע דעתו על הערת הנשיא ברק בפרשת אסלן, כדלקמן:

"הטיעון כי הלכת הולצמן מוגבלת למקרה של הפקעת מקרקעין בשלמותם וכי 'אין היא נוגעת' למקרה של הפקעה חלקית - שאז ניתן להפקיע בלא לפצות באופן מלא על החלק שהופקע - הוא בלתי-מובן. ההנמקה להלכת הולצמן מבוססת כל כולה על בחינת המצב של הפקעה חלקית של מקרקעין. על מצב זה של הפקעה חלקית אמר בית המשפט כי הפטור מתשלום פיצויים מלאים מבוסס על כך שהיתרה לא הושבחה עקב ההפקעה. כמסקנה הנגזרת מהנמקה זו הוחלט מה שהוחלט בהולצמן לגבי הפקעה בשלמות כשאין יתרה שהושבחה. לפי זה מופרך לומר - כפי שנאמר בעניין אסלן - כי בהולצמן דנו במקרה של הפקעת מקרקעין בשלמותם וכי על כן אין הלכת הולצמן נוגעת לאפשרות של הפקעה חלקית.

המניע לפסיקה זו של ברק טמון מסתמא ברצון לסייע לרשויות המפקיעות הזקוקות למקרקעין למטרות ציבור כשקופתן ריקה; אולם ההסתייגות מהטלת המימון של הצורך הציבורי על הבעלים המקרי שאת מקרקעיו מפקיעים, שבאה לידי ביטוי בעניין הולצמן כוחה יפה הן במקרים שבהם מפקיעים מקרקעין בשלמותם הן במקרים שבהם מפקיעים חלק נכבד ממקרקעיו של אדם"

[ההדגשות במקור - ע' פ'] (ויסמן-ספר ברק, בעמ' 470-469).

פרופ' א' נמדר שותף למסקנה זו. לאחר ניתוח דומה הוא מסכם: "העיקרון שיש לאמץ הוא אחד: יש לשלם את הפיצויים במלואם כל עוד לא אירעה השבחה על החלק הנותר, שגם הוא, בסופו של דבר, מהווה פיצוי עקיף על נזקי ההפקעה" (נמדר- מותה של הפקעה, בעמ' 25; ראו גם נמדר-הפקעת מקרקעין, בעמ' 500). המלומד קמר סבור - על סמך פסיקה (חלקית אומנם) של בתי המשפט המחוזיים - כי החלת הלכת הולצמן על הפקעה חלקית משקפת את הדין הפוזיטיבי (קמר, בעמ' 270).

בגישה השנייה מחזיק פרופ' דגן. הוא מתאר שלוש חלופות לפרש את תחולת סעיפי ההפחתה במקרה של הפקעה חלקית (דגן-פרשת דרכים, בעמ' 137-140). הפרשנות המועדפת, לשיטתו, היא הפחתה דיפרנציאלית של הפיצוי, תוך התחשבות בזהות הקהילה (מקומית או כלל-ארצית) ובאופי השימוש בקרקע עובר להפקעה (שימוש "מכונן", קרי לצורכי מגורים או עיבוד; או "חליפי", היינו לצורכי השקעה). גישה זו "עומדת על כך שהסמכות להפקיע נתח מסוים ללא פיצוי היא סמכות רשות, שהפעלתה מחייבת היזקקות לערכי הקניין השונים" (שם, בעמ' 140).

(יב) הרמוניה חקיקתית: שלילת פיצוי בגין פגיעה תכנונית ופיצוי מופחת בגין הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה

כלל מוכר בשיטתנו הוא כי בפרשנות דבר חקיקה על בית המשפט לבחון הסדרים משפטיים בעלי קרבה עניינית (*in pari materia*; ראו למשל ע"א 31/87 חרמש נ' ברעם, פ"ד מג(1) 672, 677 (1989)). מתן פרשנות דומה לחיקוקים בנושאים קרובים מגשימה את עיקרון ההרמוניה הנורמטיבית (בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 7 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (לא פורסם, 30.11.2006); ברק-פרשנות-החקיקה, בעמ' 341-343, 327-332). לפי עקרון זה, חוק מתפרש על רקע מערך החקיקה כולו, באופן שהפירוש שינתן לו יביא לשילובו בדברי החקיקה האחרים כאילו היו גוף אחד (בד"ם 1/62 אבו-אנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים תל-אביב-יפו, פ"ד יז 2751, 2759 (1963)). לפיכך בטרם הכרעה נעמוד על מהותם של הסדרים חקיקתיים קרובים הקבועים בחוק התכנון והבניה: הפחתת פיצוי בגין הפקעה ושלילת פיצוי בגין פגיעה תכנונית (לקרבה הרעיונית בין פיצויי הפקעה מכוח פקודת הקרקעות לבין פיצוי בשל פגיעה תכנונית מכוח חוק התכנון והבניה ראו: פרשת ארידור, בעמ' 524-525).

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 0-0 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. יתר על כן: מקום שהוחל צו על קרקע מכוח פקודת הדרכים ושנים מספר לאחר מכן שונה ייעודה בתוכנית, תביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה אינה מפצה את בעל הקרקע בגין ירידת הערך הראשונית שחלה כתוצאה מההכרזה והצו. בעל הקרקע יזכה לפיצוי בגין פגיעה זו רק בתביעת פיצויי הפקעה, ושלילת עד 25% מפיצוי עולה כדי פגיעה משמעותית בו.

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.

ככל שניתן להצדיק הפחתת פיצוי הפוגעת בבעל הקרקע בשיעור של אחוזים בודדים לצרכים מקומיים (ויודגש כי אין בניתוח האמור כדי להביע עמדה בדבר מידתיותו של ההסדר הקבוע בחוק התכנון והבניה, שאיננו עוסקים בו בערעורים אלה), הרי שקיים קושי להצדיק הפחתת פיצוי הפוגעת בבעל הקרקע בשיעורים גבוהים לצרכים כלל ארציים. בשים לב להבחנות הללו יש לשאוף להרמוניה נורמטיבית בין ההסדרים, במובן זה שפרשנות ראויה של פקודת הדרכים צריכה לנסות ולצמצם את הפערים האמורים. פרופ' א' ברק עמד על כך בהקשר אחר:



"אם הדין נותן הגנה פלונית במצב עובדתי מסוים (כגון, הגנה על צד שלישי שרכש נכס בידיעה על זכות נוגדת), הרי ההרמוניה החקיקתית מחייבת, כי לא תינתן הגנה פחותה במצב עובדתי שבו קיימים נתונים נוספים המצדיקים זאת, וכי תינתן הגנה מקיפה יותר במצב עובדתי שבו קיימים נתונים נוספים המצדיקים זאת (כגון, הגנה על צד שלישי שרכש נכס בלא לדעת על הזכות הנוגדת)" (ברק-פרשנות-החקיקה, בעמ' 330).

בחינת ההסדר החקיקתי הנוגע לשלילת פיצוי במקרה של פגיעה תכנונית מוביל למסקנה דומה. בדנ"א הורוויץ דן בית המשפט, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, בפרשנותו של סעיף 200 לחוק התכנון והבניה, הקובע רשימת מקרים שבהתקיים התנאים המנויים בסעיף, לא ישולם פיצוי בגינם במקרה של פגיעה במקרקעין. וזו לשון הסעיף:

200. לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים:

(1) [...]

[...]

(11) [...]

פס"ד עליון מס' - עא 8622/07 - אהוד רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ

סעיף 200 רישה מונה אפוא שלושה תנאים מצטברים שבהתקיימם לא ישולם פיצוי בגין פגיעה במקרקעין בתביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה: (1) אם הקרקע נפגעה כתוצאה מהוראה בתוכנית המנויה בסעיף; (2) אם הרשות המפקיעה הוכיחה שהפגיעה "אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין" (להלן: התנאי השני); (3) אם הרשות המפקיעה הוכיחה ש"אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים" (להלן: התנאי השלישי). השאלה שעמדה להכרעה בערעור ובדיון הנוסף היא כיצד ראוי לפרש את התנאי השני. במקרה הקונקרטי נפגעה חלקה בשיעור של 11.8% משווייה בעקבות שינוי ייעוד של 21% משטח החלקה לשצ"פ והוראה בתוכנית שקבעה שניתן לבנות בחלקה רק ארבע יחידות דיור במקום חמש.

דעת הרוב בערעור, מפי השופט י' טירקל, קבעה שיש לפרש את התנאי השני באופן שרק פגיעה שהיא "זוטי דברים", 3%-2% משווי הקרקע, תקיים את התנאי. לדעתו הצטרף השופט ע' ר' זועבי. הנשיא ברק חלק על קביעה עקרונית זו וסבר כי פגיעה בשיעור של 11.8% עשויה אף היא שלא לעבור את הסביר בנסיבות מסוימות, אם שיעור הפגיעה משקף איזון הולם בין זכות הקניין לבין אינטרס הציבור. הוא סמך את הנמקתו על מימד

האחריות החברתית של הקניין. באותו עניין היה ההרכב כולו בדעה כי התנאי השלישי לא מתקיים ולכן יש להורות לוועדה המקומית לשלם פיצוי מלא.

פרשנותו של התנאי השני נדונה בדיון נוסף אשר הותיר את תוצאת פסק הדין בערעור על כנה, אולם דן בהרחבה בפרשנות התנאי השני ובמהותה של זכות הקניין והמשקל שיש לייחס בגדרה (או מחוצה לה) לאחריות החברתית של בעל הקניין. דעות השופטים נחלקו בשתי השאלות הללו. השופט ת' אור, שכתב את חוות הדעת הראשונה, הסכים עם חוות דעתו של הנשיא ברק בערעור, ולדעה זו הצטרף השופט א' ריבלין. השלושה היו בדעה שפגיעה בשיעור של 11.8% בשווי החלקה אינה חורגת מגדר הסביר נוכח אחריותו החברתית של בעל הקניין. השופט מ' חשין, שכתב רביעי, סבר שפגיעה בשיעור זה אינה סבירה (דנ"א הורוויץ, בעמ' 323) מאחר שמהותה של זכות הקניין היא הגנה על חירותו של הפרט מפני התערבות חיצונית בו, ובעידן חוק היסוד פגיעה בשיעור האמור אינה יכולה להיחשב סבירה. השופט טירקל סבר אף הוא שמדובר בשיעור שאינו סביר, בקובעו:

"מסקנתי דהיום היא אפוא שאין לנקוט אמת מידה קבועה של 2%-3%, ויכול שאף פגיעה גדולה מזאת - אך לא בשיעור ניכר - עדיין תיחשב ב'גבול הסביר' אם ניתן למצוא צידוק לכך בשיקולים כבדי משקל של טובת הציבור. צידוק כזה לא ניתן למצוא בפרשה שלפנינו, ולפיכך הפגיעה בשיעור של 11.8% בקרקע של המשיבה אינה ב'גבול הסביר'" (דנ"א הורוויץ, בעמ' 335).

השופט דורנר הסכימה למסקנותיו של השופט טירקל ולפסק-דינו של השופט חשין. אחרון כתב המשנה לנשיא א' מצא, אשר ציין מחד גיסא: "אף שאינני רואה הבדל מהותי בין חוות-הדעת של חבריי הנכבדים, הרי שבכל הנוגע למתווה העקרוני הכללי מעדיף אני את ניסוחו של חברי המשנה לנשיא אור" (שם, בעמ' 337); ומאידך גיסא: "אילו נדרשתי להכריע בשאלה אם הפגיעה שגרמה התכנית למשיבה חורגת מתחום הסביר, נוטה הייתי להשיב על השאלה בחיוב" (שם, בעמ' 339). בדומה לפסק הדין בערעור, גם בדיון הנוסף היו השופטים תמימי דעים שהתנאי השלישי לא התקיים ולכן תוצאת פסק הדין בערעור נותרה על כנה והוועדה המקומית חויבה לשלם למשיבה פיצוי מלא.

במאמר מוסגר יצוין כי המחלוקת בין גישות השופטים לגבי מהותה של זכות הקניין - מחלוקת שטרם הוכרעה - כונתה "מחלוקת [ערכית] עמוקה" (גרונסקופף, בעמ' 335). פרופ' דגן אף כינה אותה כ"פרשת דרכים" (דגן-פרשת דרכים, בפרק הראשון לספר, בעמ' 13-16); ראו גם זנדברג).

דנ"א הורוויץ - העוסק אף הוא באפשרות לפגוע בזכות הקניין לצרכי ציבור - משמש אמת מידה להשוואה ביחס לאיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים בענייננו. בהקשר זה אבקש להצביע על שלוש נקודות רלוונטיות: הראשונה, בנסיבות פסק הדין בדנ"א הורוויץ נחלקו דעות השופטים. ארבעה מתוכם סברו כי אי-תשלום פיצוי בגין פגיעה תכנונית בשיעור של 11.8% משווי הקרקע חורג מגדר הסביר; ואילו שלושה שופטים סברו שפיצוי זה אינו חורג מגדר הסביר. השופט טירקל, כאמור, סבר שפגיעה בגדר הסביר ממוקמת "אי שם באמצע" בין 11.8% לבין 3%-2%. אין ספק שהשיעור שאותו נטו השופט טירקל (והשופטים שהצטרפו אליו) לקבל כסביר נמוך במידה משמעותית מהשיעור הקבוע בהוראות ההפחתה (25%). הנקודה השנייה עניינה בתנאי השלישי שמנוי בסעיף 200 רישה לחוק התכנון והבניה, המטיל על הרשות המפקיעה להוכיח שבנסיבות העניין לא היה צודק לשלם פיצויים (ואכן בדנ"א הורוויץ וכן בע"א 974/91 עמיד, חברה קבלנית לבניין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה זמורה, פ"ד נ(5) 104, 109 (1997) נקבע כי הרשות לא עמדה בנטל זה). צירוף התנאים הללו יחדיו גורם לכך ששלילת פיצוי מכוח סעיף 200 תיעשה רק במקרים נדירים, כדברי המשנה לנשיא א' מצא:

"סעיף 200 לחוק מגדיר את התנאים לתחולת החרג לכלל, שבהתקיימם לא תוטל על הוועדה המקומית חובת פיצוי. ושלושת התנאים המצטברים שנקבעו בסעיף 200 לתחולתו של החרג, ואשר נטל השכנוע להתקיימותם רובץ על רשות התכנון, מספקים לדעתי ערובה מספקת לכך כי רק במקרים נדירים ויוצאי דופן תופטר הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה מחובתה לפצות את בעל הזכות הנפגעת" [ההדגשה הוספה - ע' פ'] (דנ"א הורוויץ, בעמ' 337-338).

נקודה שלישית היא שכאשר נפגעת קרקע כתוצאה משינוי ייעוד לצרכי ציבור, בדרך כלל מדובר בהפקעה לצרכים קהילתיים שמימונה מוטל על בני הקהילה שעתידים ליהנות ממנה. כאשר מדובר בהפקעה לשימוש כלל-ארצי, דוגמת הפקעה לצורך הקמת



כביש בין-עירוני, הנטל אינו מפוזר על כל מי שייחנה מההפקעה ולכן מידת הלגיטימיות של נטילה ללא פיצוי פוחתת.

מן האמור עולה ששלילת פיצוי מכוח סעיף 200 לחוק תיעשה במקרים חריגים, וכי שיעור הפגיעה שבית משפט זה הכיר בו כסביר נמוך משמעותית מהקבוע בהוראות ההפחתה.

אני ער לכך שההסדר המאוחר בזמן הקבוע בחוק התכנון והבניה לגבי שלילת פיצוי במקרה של נזק תכנוני שונה בהיבטים שונים מההסדר הקבוע בפקודות ההפקעה לעניין הסמכות להפחית מפיצויי הפקעה (ראו למשל פסקה 0 לעיל). מטעם זה יש להיזהר מללמוד היקש מהסדר אחד למשנהו (ראו דברי השופט ארבל בעניין קרן תורה, בפסקה 45 לפסק דינה). ואולם סבורני כי הואיל ו"גם-כאן גם-כאן ענייננו הוא בנטילה מן היחיד לכלל" (השופט חשין בדנ"א הורוויץ, בעמ' 316-317; ראו גם פרשת ארידור, בעמ' 525-524), הרי שעל אף השוני בין ההסדרים ראוי לשאוף להרמוניה בפרשנותם (ברק-פרשנות החקיקה, בעמ' 339, 347-348 (1993)).

לבסוף, ורק ב"קליפת אגוז", נציין כי במדינות המשפט המקובל נוהג העיקרון שלפיו יש לשלם פיצוי מלא על הנזק שנגרם לבעלים כתוצאה מהפקעה פיזית של מקרקעין או חלק מהם. כך בארה"ב, שם מעוגן עקרון זה בתיקון החמישי לחוקה הקובע: "nor shall private property be taken for public use, without just compensation". דין זהה בנקודה זו חל גם באנגליה, באוסטרליה ובניו-זילנד (ראו לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ' 147, 291 וכן הערה 52).

(ג) התכלית האובייקטיבית: סיכום

טרם שנכריע ידו של מי מהערכים המתחרים על העליונה, נשוב בקצרה על השיקולים שהצגנו לעיל:

א. חוק היסוד העלה את מעמדה הנורמטיבי של זכות הקניין. הוא שינה את נקודת האיזון בין הזכות לבין אינטרסים אחרים המתחרים בה. הוא שינה גם את אופן פרשנותם של דברי חקיקה המבקשים לפגוע בזכות הקניין. הדבר נכון במיוחד בפירוש פקודות

מנדטוריות. הגברת היקף ההגנה על זכות הקניין התבטא במגמה ברורה בפסיקה. מגמה זו לא פסחה על דיני ההפקעות.

ב. הצבענו על שיקולים התומכים בהפקעה בפיצוי מלא: הגינות וצדק מתקן כלפי בעל הקרקע; שוויון בין בעלי הקרקע שנשאו בנטל מימוני חריג ביחס ליתר בני החברה שלא נשאו בנטל דומה; וכן מערך תמריצים התומך בפיצוי מלא משיקולי רווחה מצרפית. מנגד הצבענו על שיקול המצדיק פיצוי חלקי: חובה שמוצדק להטיל על הפרט בגין אחריותו החברתית. משקלו של שיקול זה גבוה יותר בעיני אלה המחזיקים בתפיסת הקניין כמוסדות. ספק אם הוא בעל משקל כלשהו, ולמצער משקלו אינו משמעותי, לאוחזים בתפיסת ריבונות הקניין. שני צידוקים נוספים להפקיע בפיצוי חלקי - השבחת הנוטר וחשש שרשויות מקומיות יימנעו מלהפקיע עקב קשיים מוניטאריים - אינם חלים בענייננו. לפי גישת ריבונות הקניין, האיזון בין הנימוקים נוטה בבירור לכיוון פיצוי מלא. אך דומה שגם תפיסת הקניין כמוסדות תביא לפרשנות הוראות ההפחתה באופן מצמצם נוכח אופייה של ההפקעה: הפקעה מכוח פקודת הדרכים היא הפקעה לצרכים כלל-ארציים (בענייננו: כבישים בין-עירוניים); היא אירוע שאינו שכיח בקרב הציבור כולו ולכן הנזק שהוא גורם לפרט אינו מפוזר היטב בין כל הנהנים ממנו (כלל הציבור); וההפקעה אינה משביחה את הנוטר כך שהנזק אינו "מקוזז" ביתרון מידי כלשהו.

ג. עמדנו על ההתפתחות הפסיקתית בסוגיה זו: הלכת פייצר שקדמה לחוק היסוד והלכת הולצמן המאוחרת לו. עמדנו גם על אופן פרשנותו של סעיף 200 לחוק התכנון והבניה ועל אופן פרשנותם של התנאים המנויים בו (ובעיקר תנאי הסבירות) המאפשרים לשלול פיצוי בגין פגיעה מתוכנית. עמדנו גם על כך שהסדרים בעלי קרבה עניינית מתירים פגיעה בקניין בשיעורים נמוכים משמעותית מפקודת הדרכים: הפחתת פיצוי הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה מאפשרת, הלכה למעשה, פגיעה בשיעור של אחוזים בודדים; ושליטת פיצוי במקרה של פגיעה תכנונית תעשה במקרים חריגים, וגם אז מדובר בפגיעה בשיעור נמוך. לפיכך השאיפה להרמוניה חקיקתית תומכת בפרשנות מצמצמת של הוראות ההפחתה.

להשקפתי, באיזון בין האינטרסים המתחרים - הגנה על זכות הקניין מזה ואינטרס הציבור מזה - תכליתה האובייקטיבית של פקודת הדרכים בכלל ושל הוראות ההפחתה בפרט מוליכה לפרשנות המאפשרת לרשות להפקיע מקרקעין לצורך פיתוח תשתיות תחבורה,

אך מצמצמת את כוחה להפקיע מקרקעין לשימושים שאינם קהילתיים בלא לשלם פיצוי מלא בגין ההפקעה כשהנותר לא הושבח.

שיקול דעת שיפוטי: פרשנות תכליתית של הוראות ההפחתה

מהניתוח דלעיל מתבקש כי התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית של פקודת הדרכים בכלל ושל הוראות ההפחתה בפרט עולות בקנה אחד ומתיישבות זו עם זו. לפי התכלית הסובייקטיבית, המחוקק תיקן את פקודת הדרכים באופן שיאפשר הפקעת קרקעות בהליך מזורז לצורך פיתוח מהיר של דרכים ומסילות ברזל. הסמכות להפקיע ללא פיצוי היא שריד עות'מאני שעוגן בכל חיקוקי ההפקעה, ושאותה איזן המחוקק בסמכותו של השר לשלם פיצויי "סבל". התכלית האובייקטיבית מצביעה בבירור לכיוון פרשנות של הוראות ההפחתה באופן שמצריך פיצוי מלא בגין הפקעה שמטילה נטל בלתי מידתי ובלתי שוויוני על בעל הקרקע.

על רקע תכליתן של הוראות ההפחתה, נשוב לחלופות שלשונן יכולה לשאת: הסמכות להפקיע עד רבע משטח של חלקה בלא לשלם פיצוי יכולה להתפרש כסמכות רשות או כסמכות חובה; והסמכות לשלם פיצויי Hardship יכולה להתפרש כסמכות רשות או כסמכות חובה.

איזו מבין החלופות האמורות מתבקשת מתכלית החקיקה? סבורני כי יש לפרש את הוראות ההפחתה באופן שהסמכות להפקיע בפיצוי מופחת הקבועה בסיפה 7 רישה ובסעיף 8(1) לפקודת הדרכים תתפרש כסמכות חובה; ואילו הסמכות הקבועה 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 מסבות "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 כלשונון ופשוטן כמשמען, ולהשאיר את התרופות לתיקון 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).

החלופה שבחרנו משמיעה שכדי שבעל הקרקע יהיה זכאי לפיצוי מלא בגין עד 25% מהקרקע שניטלה ממנו, מוטל עליו להראות שנגרם לו Hardship מתוצאה מכך שלא שולם לו פיצוי מלא. כאמור, המושג Hardship הוא בעל "רקמה פתוחה". פרשנותו עשויה להשתנות באופן שישקף את תפיסות היסוד והערכים הרווחים בחברה מעת לעת. העידן שבו אנו חיים שונה מהעידן שנהג ערב קום המדינה ובשנותיה הראשונות. ההגנה על זכות הקניין בעידן זה היא בעלת מעמד חוקתי. חלה חובה על כל רשויות השלטון לכבד אותה. עמדנו על כך בהרחבה בפסקאות 0-0 לעיל ולמותר הוא לחזור על כך. אשר על כן, להשקפתי, פרשנותו הראויה של המושג Hardship הוא "עוול" במובן של פגיעה בלתי-מידתית בזכות הקניין. במילים אחרות: כל אימת שהרשות המפקיעה פוגעת בקניינו של הפרט באופן שאינו מידתי, נגרם לו "סבל" כמשמעותו בסעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים; ומקום שנגרם "סבל" קיימת רק אפשרות סבירה אחת להפעלת שיקול דעתו של השר: עליו לשלם פיצוי בגין ההפקעה. במובן זה סמכותו של השר מתפרשת כסמכות חובה.

באלו נסיבות תתקיים, במסגרת הדיון שלפנינו, פגיעה בלתי מידתית אשר תחייב את השר לשלם פיצויי "סבל"? לטעמי, בהעדר השבחה של הנותר, הפקעת חלק מחלקה לשימוש שאינו קהילתי (וכאלה הן הפקעות מכוה 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).

יצוין כי בעבר זכו פיצויי הסבל לכינויי "פיצויי חסד" (ראו: ע"א 9/86 ויין נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 713 (1989) (להלן: עניין ויין); ע"א 5343/91 מדינת ישראל נ' הכס (לא פורסם, 16.5.1993)). ככל הנראה, מקורו של כינוי זה בביטוי "ex gratia" (ראו:

“as a favor”; ובהקשר של תשלום פירושו “not legally required” (BLACK’S LAW DICTIONARY, בעמ’ 613). כפי שעולה מן האמור, איני סבור כי בענייננו השר “עושה חסד” כאשר הוא נדרש להפעיל את סמכותו לשלם פיצויי סבל. השר מפעיל את סמכותו לפי שורת הדין, בהתקיים הנסיבות האמורות (השוו: עניין חבני, בעמ’ 173).

ודוק: תנאי לתשלום פיצויי “סבל” הוא הוכחה שנגרמה לבעל הקרקע - לו ולא לאחר – פגיעה שאינה מידתית בקניינו. לא כל הפקעה בנסיבות האמורות באשר היא תגרור אחריה חובה לשלם פיצוי מלא. טלו למשל, מקרה שבו בין פרסום צו המחיל את פקודת הדרכים על קרקע ורישום הערה לבין תפיסת החזקה, הקרקע נמכרה מבעליה המקורי לרוכש אחר. במקרה כזה יש להבחין בין מצב שבו המחיר ששילם הרוכש גילם את הציפייה לקבל פיצוי מלא (שאז אי תשלום פיצוי מלא פוגעת בו באופן בלתי-מידתי), לבין מצב שבו המחיר ששילם שיקף את ערך הקרקע בהנחה שלא ישולם פיצוי מלא בגינה (שאז לא נגרם לו “סבל” מן הסוג המצדיק פיצוי; סבל כזה נגרם לבעליה המקורי של הקרקע). זוהי דוגמה אחת. ייתכנו מקרים נוספים. יובהר מכל מקום כי אם בעל הקרקע לא הוכיח שנגרמה פגיעה בלתי-מידתית בקניינו, הוא אינו זכאי לתשלום פיצויי סבל.

יטען הטוען כי הפרשנות שאומצה מאינת את שיקול דעתו של השר בהחלטה אם יש מקום להעניק פיצויי סבל, ומטעם זה יש לדחותה. אין לקבל טענה זו. שיקול דעתו של השר שמור לו למקרים שבהם הנותר הושבח; וייתכן - מבלי לקבוע מסמרות - שהשר אף מוסמך לשלם פיצוי נוסף, מעבר לשווי השוק של המקרקעין, מקום שנגרמה לבעל הקרקע פגיעה סובייקטיבית מיוחדת (השוו: לוינסון-זמיר-פגיעות במקרקעין, בעמ’ 219). כאשר נפגעת זכות הקניין של הבעלים באופן בלתי מידתי, ממילא הוגבל מרחב שיקול דעתו של השר וכפי המוסבר סמכותו לשלם פיצויי סבל היא בבחינת חובה.

עמדת המדינה: הקריטריונים לתשלום “פיצויי סבל”

כאמור, המדינה - שסברה אף היא כי יש ליתן משקל מוגבר לזכות הקניין בהינתן השינוי הנורמטיבי - גיבשה קריטריונים להתוויית שיקול דעתו של השר התחבורה בכואו לבחון אם יש לשלם פיצויי “סבל” בגין ההפקעה. הגם שהקריטריונים הולכים ככרת דרך ניכרת

לקראת הפרשנות שגורסת כי פיצוי מלא בגין הפקעה צריך להיות הכלל ולא החריג, אין בהם די כדי לתת מענה לפגיעות בלתי-מידתיות בזכות הקניין.

הקריטריונים קובעים, בעיקרם, שככלל ישולם פיצוי מלא לבעל הקרקע, למעט בשלושה חריגים:

הראשון, מקום שהנותר הושבח. על פניו נראה שמדובר בחריג ראוי, שכן הוא משקף את הפרשנות שאימצנו להוראות ההפחתה. ואולם חריג זה מעורר קושי מקום שמדובר בהשבחה שאינה פרופורציונית ביחס לשיעור ההפקעה ללא פיצוי. כך למשל, מקום שהנותר הושבח בשיעור נמוך מאשר שיעור הפיצוי שנשלל לפי הוראות ההפחתה. במצבים אלה נראה לכאורה כי עלולה להתקיים פגיעה בלתי-מידתית שראוי לפצות בגינה. אולם איני רואה לקבוע מסמרות בקטגוריה זו שאינה נמנית עם סוג המקרים שהובאו להכרעתנו.

השני, במקרה שבעל הקרקע ידע או שהיה עליו לדעת על ההפקעה. במקרה כזה (כמפורט בפסקה 0 סיפה), המחיר שבעל הקרקע שילם עבורה עשוי לשקף את שווי הקרקע בהנחה שלא ישולם פיצוי בגין הרבע הראשון (שאז לא נגרם לו "סבל" מן הסוג המצדיק פיצוי). מנגד המחיר עשוי לגלם את שווי הקרקע בהנחה שהרוכש יזכה לפיצוי מלא (שאז העדר פיצוי מלא פוגע בו באופן בלתי מידתי). כך למשל, אם הצו שהחיל את הפקודה על הקרקע הוצא כשהלכת פייצר הייתה בתוקף (או לפני כן), ניתן להחזיק את הצדדים לעיסקה כמכירים את הדין ויודעים שלא ישולם פיצוי מלא בגין החלק שהופקע. ואולם לאחר הלכת הולצמן, ונוכח הרציונל העולה ממנה, החלו בתי המשפט המחוזיים לפסוק פיצוי מלא בגין הפקעת חלק מחלקה כשהנותר לא הושבח. מגמה זו הייתה יכולה להשפיע על מחיר העיסקה (מובן כי זוהי שאלה עובדתית-שמאית שיש לבררה בכל מקרה לגופו). מטעם זה סבורני שיש קושי לקבוע אפריורית שמחיר הקרקע משקף את ההנחה שלא ישולם פיצוי, ולכן אין הוא מצדיק שלילה גורפת של תשלום פיצויי "סבל" כל אימת שרוכש הקרקע ידע על-אודות ההפקעה.

הקריטריון השלישי קובע כי בעל המקרקעין לא יהיה זכאי לפיצוי אם חלה תוכנית על השטח נושא ההפקעה והתקיימו הנסיבות הבאות במצטבר: (1) קיימת או הייתה קיימת זכות לפיצוי בגין תוכנית פוגעת מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה; ו- (2) קיימת או הייתה קיימת אפשרות סבירה להגשת תובענה לפיצוי מכוח התוכנית



הפוגעת. כתביעה לפי סעיף 197 לחוק אין אפשרות להפחית 25% משווי הקרקע (אם כי הרשות המפקיעה רשאית שלא לשלם פיצוי מלא בהתקיים התנאים המנויים בסעיף 200 לחוק; ראו פסקאות 0-0 לעיל). הקריטריון מעורר קושי, שכן בנפרד מן העובדה שפיצוי לפי סעיף 197 האמור הוא רק רובד אחד מרובדי הפיצוי, יש לזכור כי תביעה לפי סעיף 197 לחוק אינה מפצה את בעל הקרקע בעד ירידת הערך שנגרמה עקב פרסום הצו במקרה שפרסום הצו קדם להליכי התכנון. שלילת פיצוי זה עלולה לעלות כדי פגיעה בלתי מידתית בקניינו של הפרט אם לא יזכה בפיצוי מלא בגין ירידת ערך זו. יתרה מכך, משמעותו של חריג זה היא שאם בעל המקרקעין לא יגיש תביעה לפי סעיף 197 במועד, מלבד העובדה שזכותו לפיצוי בגין פגיעה תכנונית תתיישן בחלוף שלוש שנים ממועד פרסומה, בד בבד תישלל גם זכותו לפיצויי "סבל" עקב החריג. תוצאה זו עלולה לגרום אף היא לפגיעה בלתי-מידתית בזכות הקניין.

הקריטריונים השני והשלישי - במתכונתם זו - אינם עומדים אפוא במבחן הביקורת השיפוטית.

הנה כי כן, על אף הנחת היסוד שבבסיס הקריטריונים, המביאה לכך שכלל ישולם פיצוי מלא על הפקעה של חלק מחלקה, נותרים עדיין מקרים שבהם עלולה להיגרם לבעל הקרקע פגיעה שאינה מידתית בקניינו (לביקורת נוספת על הקריטריונים ראו צבי שוב ואפרת שרון "תשלום פיצויים על פי סעיף 7 לפקודת הדרכים - פיצוי בזכות או פיצוי מן החסד?" (פורסם באתר מקרקעין [www.mekarkein.co.il](http://www.mekarkein.co.il), 26.12.2011)). מטעם זה נדרשה הכרעתנו הפרשנית, כמובא לעיל.

סיכום ביניים

סעיפים 7 רישה ו-8(1) לפקודת הדרכים מורים לרשות המפקיעה שלא לשלם פיצוי בגין רבע (או פחות) מחלקת מקרקעין המופקעת לצורכי ציבור. סעיף 7 סיפה לפקודה מסמיך את שר התחבורה לשלם לבעל הקרקע פיצוי מקום שנגרם לו "סבל". המונח "סבל" משמעו בהקשר זה כל פגיעה שאינה מידתית בזכות הקניין של הפרט. נטילת חלקת מקרקעין או חלק ממנה ללא פיצוי מלא, מקום שהחלק שנוטר בידיו של בעל המקרקעין לא הושבח, גורמת "סבל" לבעל המקרקעין. "סבל" זה מחייב את השר להפעיל את סמכותו ולשלם לבעל הקרקע פיצוי מלא בגין ההפקעה.

כפי שכבר הודגש, הכרעתנו זו אינה עוסקת בפרשנותו של תיקון מס' 3 שההסדר הקבוע בו והשיקולים העומדים בבסיסו שונים, ולכן מצריכים בחינה נפרדת.

המסלול הדיוני הראוי

קודם שנפנה להכריע במקרים הקונקרטיים שלפנינו, נבקש להעיר הערה בדבר המסלול הדיוני הראוי בהליכים כגון דא. הסמכות לקבוע אם ישולמו פיצויי "סבל" נתונה לשר התחבורה (סעיף 7 לפקודת הדרכים; ראו למשל ע"א 462/86 נשר מפעלי מלט ישראלים בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה חיפה, פ"ד מב(2) 353, 355 (1988)), בעוד שהסמכות לקבוע את סכום פיצויי ההפקעה נתונה לבית המשפט המחוזי (סעיפים 8-9 לפקודת הדרכים). מהו אפוא המסלול הדיוני הראוי לברר מחלוקת בדבר פיצויי סבל? הפרשנות שאימצנו מורה כי הסמכות להפחית את שיעור הפיצוי העומדת לרשות המפקיעה לפי סעיפים 7 ו-8 (1) לפקודת הדרכים היא סמכות חובה. מכאן שבכל הפקעה של קרקע לפי פקודת הדרכים לא ישולם פיצוי בגין ה-25% הראשונים מהשטח המופקע (וככל שמופקעת קרקע שגודלה אינו מגיע כדי 25% מגודל החלקה, לא ישולם פיצוי כלל). לפיכך ככל שבעל הקרקע מבקש פיצוי בגין ה-25% הראשונים, יהא עליו להקדים פנייה לשר התחבורה בבקשה לתשלום פיצויי "סבל" (יצוין כי אין מניעה שהפרוצדורה שנקבעה בסעיפים 2 ו-6 לקריטריונים, אשר מביאה לבחינה של הפעלת סמכותו של השר לשלם פיצויי סבל גם בלא פנייה מוקדמת, תעמוד בעינה - להבדיל מן הסייגים המהותיים שבקריטריונים אלה). לאחר שתיתן החלטת השר, וככל שיבקש בעל הקרקע להשיג על החלטתו, יוכל בעל הקרקע לפנות לבית המשפט המחוזי בתביעה לפיצויי הפקעה שאליה יצורף גם השר כנתבע. בגדר תביעה זו יידרש בית המשפט, מכוח סמכותו הנגזרת לפי סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, גם לטענות המכוונות לאופן הפעלת סמכותו של השר לשלם פיצויי "סבל", כמו גם לכל מחלוקת אחרת הנוגעת לסכום פיצויי ההפקעה שישולמו.

יתרונו של מסלול דיוני זה בכך שהוא מונע את הצורך בפנייה כפולה לבית המשפט: פעם אחת בהליך מינהלי המכוון להחלטת השר ב"תקיפה ישירה"; ופעם שנייה בתביעה אזרחית לפיצויי הפקעה כל אימת שמתעוררת מחלוקת אחרת לגביהם. נדגיש בהקשר זה כי סמכותו של בית המשפט נקבעת בהתאם לסעד המבוקש, ובנסיבות המקרים שלפנינו ודומיהם מדובר בתביעה כספית שבית המשפט המחוזי מוסמך לדון בה. ויודגש: הדין מאפשר להגיש תובענה כספית לבית המשפט המוסמך ולהעלות במסגרתה - בדרך של תקיפה עקיפה - טענות המכוונות להחלטת השר על יסוד עילות מתחום המשפט

המינהלי. בית המשפט האזרחי מוסמך לדון בכל הטענות האלו מכוח סמכותו הנגזרת (השוו: בג"ץ 10695/05 קיבוץ משגב עם נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 5 (לא פורסם, 16.1.2012); בג"ץ 5889/08 עזבון פורמן נ' קרן קיימת לישראל, פסקה 3 (לא פורסם, 3.10.2011); דנג"ץ 8212/11 עזבון פורמן נ' קרן קיימת לישראל (לא פורסם, 26.2.2012)).

מן הכלל אל הפרט

ב. ע"א 8622/07

טרם שנידרש ליישום, יש לעמוד על שתי התפתחויות רלוונטיות שאירעו לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי. ראשית, בד בבד עם תביעתו לפיצויי הפקעה, הגיש המערער לוועדה המקומית תביעה לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. ביום 19.5.2008 ניתן פסק דין סופי המזכה את המערער בפיצוי בסך של 750,000 ש"ח וכן בשכר טרחה והוצאות. שנית, לאחר שגובשו הקריטריונים, פנה המערער לשר התחבורה בבקשה לתשלום פיצויי "סבל". ביום 28.11.2010 דחה השר את פנייתו בנימוק המערער עונה לחריג השלישי: הוא היה יכול להגיש תביעה לפיצוי מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה.

השמאי המוסכם קבע כי השטח שהוכרז אך לא נתפס נפגע במידה ניכרת (עמ' 16 לחוות דעתו), ולפיכך סבר שראוי לפצות את המערער בגין מלוא השטח הנתפס. עוד קבע השמאי כי לא חל שינוי בערכו של הנותר. בית המשפט המחוזי דחה מסקנה זו בקובעו כי אין להוציא מכלל אפשרות שהנותר יושבח בעתיד. המערער משיג על קביעה זו וסבורני כי השגתו בדין יסודה. הנמקתו של בית המשפט המחוזי התבססה על הנחה היפותטית לגבי העתיד והיא מנוגדת לחוות דעתו של השמאי המוסכם. השמאי לא נחקר על חוות דעתו ודי בכך כדי לקבוע שהמערער עמד בנטל להוכיח שהנותר לא הושבח.

אי תשלום פיצוי בגין הפקעת שטח של 14.89% מחלקתו של המערער מקום שהנותר לא הושבח גרמה למערער "סבל" כמובנו בסעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים. "סבל" זה מחייב את השר להפעיל את שיקול דעתו ולשלם למערער פיצוי מלא בגין ההפקעה.



אשר לשיעור הפיצוי לו זכאי המערער בגין ההפקעה, אנו מאמצים את חוות דעתו של השמאי המוסכם מטעמיה ומעמידים את סכום הפיצוי על סך של 375,000 ש"ח נכון ליום הקובע. המערער טוען שמן הדין לראות בשטח המיועד לשצ"פ וכן בשטח שהוכרו בצו אך טרם נתפסה בו חזקה כשטחים שדינם כדין קרקע שנתפסה בה חזקה באופן שיש לזכותו בפיצויי הפקעה בגינם. אין לקבל טענה זו. פיצויי הפקעה לפי פקודת הדרכים ישולמו בעד שטח שהרשות תפסה בו חזקה בפועל, ולא בעד שטח שיועד להפקעה בעתיד בצו אך טרם נתפסה בו חזקה (ע"א 232/68 חברת גוש 6520 חלקות 44 ו-45 בהרצליה בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 834, 836 (1968)).

הפיצוי שחושב בשומה הוא פיצוי נפרד מזה שהמערער זכאי לו בגין ירידת ערכה של הקרקע כתוצאה משינוי הייעוד, שאותה תבע המערער במסגרת התביעה שהגיש לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה (ראו: עמ"נ (מינהליים חי') 279/05 רוטמן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חדרה, פסקה 58 (לא פורסם, 5.6.2006)). השמאי הפחית משווי השטח שנתפס את הסכום שהמערער היה עתיד לקבל במסגרת תביעתו לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה (סך של 350,000 ש"ח), וזאת כדי שהמערער לא יזכה ל"כפל פיצוי" בגין שטח זה. המערער יהיה זכאי לפיצויי הפקעה בגין החלק שטרם נתפס אם וכאשר ייתפס. מודגש כי מסכום פיצויי ההפקעה שישולם בגין החלק שטרם נתפס יהיה על הרשות לנכות את סכום הפיצוי שהמערער קיבל בעבר בגין ירידת ערכו.

ע"א 2685/10

המשיבה רכשה את הקרקע כשידעה על-אודות ההפקעה. במצב דברים זה, ייתכן שהמחיר שהיא שילמה עבור הקרקע משקף את ההנחה שלא ישולם פיצוי בגין רבע ממנה. מנגד ייתכן שהקרקע נרכשה במחיר המשקף הנחה הפוכה. אנו סבורים שנגרם למשיבה "סבל" כמשמעותו בסעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים רק במקרה השני, וב"כ המשיבה טען בדיון לפנינו כי זהו המצב העובדתי-שמאי במקרה שלה, אלא שסוגיה זו לא התבררה בבית המשפט המחוזי. אשר על כן, אין מנוס מלהחזיר את הדיון לבית המשפט קמא לבירור סוגיה עובדתית זו, שבהתאם לתוצאתה תוכרע זכותה של המשיבה בתיק זה לתשלום פיצוי "סבל" מלא.

סוף דבר

העולה מן המקובץ הוא שככלל נטילת חלקת מקרקעין או חלק ממנה ללא פיצוי מלא, מקום שהחלק שנותר בידיו של בעל המקרקעין לא הושבח, גורמת "סבל" לבעל המקרקעין כמשמעותו בסעיף 7 סיפה לפקודת הדרכים. "סבל" זה מחייב את שר התחבורה לעשות שימוש בסמכותו ולשלם לבעל הקרקע פיצוי מלא בגין ההפקעה.

אשר על כן, ואם תישמע דעתי, ע"א 8622/07 יתקבל במובן זה שייקבע כי המערער זכאי לפיצויי "סבל" בסך של 375,000 ש"ח נכון ליום 13.10.1996 בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק. מע"צ תשלם למערער את הוצאות המשפט וכן שכר טרחת עו"ד בסך של 20,000 ש"ח. ע"א 2685/10 יתקבל בחלקו באופן שהתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי כאמור בפסקה 0 לעיל, ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הנשיאה (בדימ') ד' ביניש:

מסכימה לפסק-דינו המקיף של חברי השופט ע' פוגלמן ולתוצאה אליה הגיע ומטעמיו.

הנשיאה (בדימ')

השופטת ע' ארבל:

אני מצטרפת לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן, שעשה חריש עמוק בנושא הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור בכלל, ועל פי פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 בפרט, בהתייחס לסעיפים 7 ו-8(1) שבה, תוך סקירה היסטורית, סקירה

של ההתפתחות הפסיקתית בסוגיה זו, והצבעה על השיקולים התומכים והנגדיים להפקעה בפיצוי מלא.

בסופה של דרך ארוכה ומאלפת מגיע חברי למסקנה כי באיזון בין האינטרסים המתחרים - הגנה על זכות הקניין אל מול אינטרס הציבור - תכליתה האובייקטיבית של פקודת הדרכים בכלל ושל הוראות ההפחתה שבה בפרט מוליכה לפרשנות המאפשרת לרשות להפקיע מקרקעין לצורך פיתוח תשתית תחבורה, אך מצמצמת את כוחה להפקיע מקרקעין לשימושים שאינם קהילתיים בלא לשלם פיצוי מלא בגין ההפקעה כשהחלק הנותר של המקרקעין לא הושבח. לפיכך, כאשר זכות הקניין של בעל מקרקעין נפגעה באופן בלתי מידתי כתוצאה מההפקעה, למשל כאשר הופקעו המקרקעין ללא השבחת החלק הנותר ולא שולם פיצוי מלא בגין ההפקעה, סמכותו של שר התחבורה לשלם פיצויי סבל היא בבחינת סמכות חובה.

כאמור, מסכימה אני למסקנותיו של חברי ומטעמיו.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, כ"ב באייר התשע"ב (14.5.2012).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

הנשיאה (בדימ')

ש ו פ ט

ש ו פ ט

לראש פסק הדין