

מאמרים

הפקעות קרקע לצורכי ציבור ללא תמורה לפי חוק התכנון והבנייה — לקראת הערכה מחדש

מאת

רחל אלטרמן *

א. מבוא

הסמכות להפקיע קרקע לצורכי ציבור ללא תמורה בהיקף של עד 40% היא אחד הכלים החשובים לביצוע תוכניות, המצויים בחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה—1965. כלי זה הוא גם בין הכלים הנוכחים לניצול רב וסדיר על ידי רשויות התכנון. בניגוד לכלים אחרים, מעולם לא היה שרוי בתרדמה חלקית—כדוגמת מס-ההשכחה (טרם תיקון החוק בשנת 1981). אין תימה בכך: לרגל תלותן התקציבית (והמשפטית) הרבה של הרשויות המקומיות בישראל בשלטון המרכזי, הן מתקשות להשיג קרקעות למוסדות-ציבור תוך שימוש בהפקעה הכרוכה בתשלום פיצויים. על-כן אין זה פלא שכלי ההפקעה ללא תמורה נוטה להיות מגוצל עד תומו.

אולם, למרות היקף הניצול—לעתים ניצול-היתר—טרם זכה הסדר זה בתשומת-הלב הראויה, לא מבחינת היבטיו המשפטיים ולא מבחינת השפעותיו התכנוניות. תשומת-הלב מתבקשת לא רק לאור החשיבות הפנימית-ישראלית אלא גם במבט ההשוואתי, שכן הסמכות הנרחבת להפקעה ללא תמורה היא יוצאת-דופן בין הסדרי דיני התכנון בעולם, ויחד עם זאת מעוררת עניין בארצות אחרות.

נושא ההפקעה ללא תמורה הוא חלק מדיני התכנון והבנייה. בישראל, בניגוד למדינות רבות, זכה נושא זה להסדר משפטי מפורש בחוק התכנון והבנייה בתוך המסגרת הכללית של דיני התכנון נושא ההפקעות נופל בעיקר בתחום הדינים המתיהחסים לפיתוח הקרקע (כידוע, בדיני התכנון כלולים גם תחומים חשובים אחרים, כמו אלה

* המחברת היא מרצה בכירה בפקולטה לארכיטקטורה ולבינוי ערים בסכניון, בעלת תואר שני ושלישי בתכנון ערים, ולשעבר יושבת-ראש המסלול לתכנון ערים ואזורים. לאחרונה סיימה תואר ראשון במשפטים באוניברסיטת תל-אביב. מחקר זה זכה בפרס ראשון של קרן זילביגר בתחום דיני השלטון המקומי. תודתי להנהלת הקרן, ובמיוחד לד"ר ג' קלינג על עידודו ועל הערותיו. תודותי נחונות גם למר אמנון פרונקל, על שיתוף-הפעולה בסקר הרקע; לעו"ד נעמי וייל, על הארותיה וידענותה; לעו"ד תמר רווח, על עידודה לכל אורך הדרך; לעו"ד יתונקאל לוי, סגן בכיר ליועץ-המשפטי במשרד-הפנים, על תגובותיו המועילות ופתיחותו הרבה למתן מידע; ולעמיתי ד"ר מיכאל מאיר ברודניץ, על השאלות שעורר. כן ברצוני להודות לבעלי התפקידים הרבים שרואיני לצורך מחקר זה, על שניאותו להקדיש מזמנם ומהידע שצברו. לעורכי משפטים תודה מיוחדת על הסבלנות הרבה ותשומת-הלב לפרטים החשובים.

הקשורים למשפט המינהלי ולדיני נזיקין). לפיכך, סוגיית ההפקעות ללא תמורה קשורה בקשר אמיץ להוראות האחרות שבחוק התכנון והבנייה, העוסקות אף הן בכלים להכוננת פיתוח שטח – כגון הפקעות "רגילות" בתשלום פיצויים, חלוקה חדשה (רה"פ-רצלציה), שימוש חורג, חילופי קרקע, וכמובן – הגבלות על השימוש בקרקע ליעודים מסוימים. נוסף להעלאת השאלות המשפטיות הסבוכות הקשורות בסוגיא זו, מאמר זה שואף להצביע על יחסי הגומלין בין ההסדר המשפטי לבין תהליכי התכנון בפועל. מעבר לכך, ינסה המאמר להעריך את החיוב והשלילה שבהסדר המשפטי הקיים לאור יעדים שיוגדרו לצורך ההערכה. לשם כך נערכה בדיקה שהתייחסה לאופן השימוש בהפקעה ללא תמורה ולדעות השונות אודות היבטים השנויים במחלוקת. הבדיקה הסתמכה על סדרה של ראיונות שנערכו על-פי שאלון אחיד עם כתריסר מומחים, שניתן לראותם כמייצגים עמדות של קבוצות אינטרסים שונות בעלות נגיעה להיבטים המשפטיים והתכנוניים של הפקעה ללא תמורה. התפישת מאחורי גישה זו היא שהערכתו של כלי זה, כמו הערכתה של מדיניות ציבורית כלשהי, אינה יכולה להתבסס על נקודת-ראות אחת בלבד. המידע השאוב מהראיונות ישמש כבסיס העובדתי למאמר.²

ב. מבט השוואתי

בארצות דוברות אנגלית אין למצוא הסדר המקביל באופיו ובהיקפו לסמכות ההפקעה ללא תמורה המצויה בישראל. עם זאת, בארצות אלה אין הקצאת הקרקע לצורכי ציבור פחותה מאשר בישראל, ואולי להיפך: אחוז הקרקע בבעלות ציבורית בשכונה טיפוסית הוא לעתים תכופות גבוה בהרבה מאשר בישראל, עקב ההקצאה הנדיבה יותר לשטחים פתוחים ולמוסדות ציבור. במדינות אלה, עקרון זכותו של האדם לפיצוי מלא עבור לקיחת קרקע על-ידי גוף ציבורי הוא עיקרון חוקתי יסודי. עם זאת, אף

1 רשימת נציגי הקבוצות שראוינו (חלק מהראיונות נערכו במחצית השנייה של 1981, חלקם באמצע שנת 1983 ומקצתם בראשית 1985): בעלי-קרקע פרטיים: משפטן המייצג בעלי-קרקע פרטיים; קבלן ויזם גדול היושב בתל-אביב. מינהל-מקרקעי-ישראל – נציג האגף לתכנון ופרוגרמות; משרד-המשפטים – נציג האגף לשמאות מקרקעין, חיפה. רשויות מקומיות: יועצים משפטיים המתמחים בהפקעות בעיריית תל-אביב ובעיריית חיפה; פקידי אגף-הנכסים, עיריית חיפה; מנהלת המחלקה לתכנון עיר, עיריית חיפה. ועדות מחוזיות: ירושלים – מתכנן המחוז לשעבר; חיפה – מתכנן המחוז. משרד-הפנים: ראש מינהל התכנון; המישנה הבכיר ליועץ המשפטי; יועץ למינהל-התכנון.

השיחה עם מרבית המרואיינים נערכה על-פי שאלון אחיד. כמו-כן נערכו שיחות עם כמה מומחים מאנגליה, ומומחה מארצות-הברית.

רשימה מפורטת של המרואיינים, פירוט השאלון ופירוט הממצאים משלב הראיונות הראשון (1981) ניתן למצוא בדו"ח שלב א של מחקר-השדה אשר הקדים מחקר משפטי זה. ראה רחל אלטרמן ואמנון פרנקל, הפקעת קרקע ללא תמורה ככלי במיצוע תכנונית, דו"ח ביניים, המכון לחקר שימושי קרקע, ירושלים, והמרכז לחקר העיר והאיזור, הטכניון, 1982.

2 המאמר מתייחס למונחים מקצועיים שונים בתחום התכנון העירוני. ככל שניתן, יוסברו מונחי המפתח באמצעות הערות-שוליים.

שבמבט ראשון לא ניתן לאתר הסדר משפטי של הפקעה ללא תמורה הדומה לשלנו, הרי במבט שני ניתן למצוא גם בארצות אלה דרכים המשמשות בפועל להשגת קרקעות לציבור ללא תמורה. נבחן את המצב בבריטניה ובארצות הברית.

1. בריטניה

כיצד, אם כך, מושגות קרקעות לצורכי ציבור בבריטניה? בספרות המשפטית הבריטית העוסקת בדיני תכנון ובנייה בדרך-כלל לא ניתן למצוא מענה לשאלה זו. באופן מסורתי עוסקים רוב הספרים בתיאור ההסדרים הסטטוטוריים וכמעט שאינם נוגעים בשימוש בפועל³. בכל אחד ממספרים אלה ניתן אמנם למצוא פרק העוסק בהפקעות (compulsory acquisition), אך אין בהם כל רמז באשר להפקעות ללא תמורה⁴. להיפך: עקרון הזכות לפיצוי מלא זוכה להדגשה רבה בכל דיון בהפקעות. עד לאחרונה רווחה ההנחה, שמן הסתם הרשות המקומית משיגה את מירב הקרקעות לצורכי ציבור באמצעות הפקעות בתמורה, "בדרך המלך". אולם בשנים האחרונות זוכה לתשומת-לב הולכת וגוברת נושא הקשור לענייננו – תכנון באמצעות הסכמים ומשא-ומתן⁵. מסתבר שבאנגליה, היקף השימוש בהסכמים המבוססים על משא-ומתן כחלק מתהליך הוצאת ההיתר התכנוני (planning permission) הוא נכבד מאוד. כן יש שימוש רב בהגבלות המוצבות כתנאי הנרשם בהיתר התכנון. לעתים תכופות אין ליום ברירה אלא לקבל את תנאי ההסכם או ההיתר. חשוב לציין, כי בנושא זה בדרך-כלל לא קיימת בנוהג ובחוק הבריטי הבחנה בין השתתפות היוזם בנטל של אספקת שירותי הציבור באמצעות הפרשת קרקע בעין, לבין השתתפות מצדו בדרכים אחרות. דרכים אלה עשויות לכלול מימון לרכישת קרקע, מימון לפיתוח שטח, ביצוע עבודות פיתוח ותשתית, או הקמת בנייני-ציבור על חשבוננו (של היוזם) והעברתם לידי הרשות הציבורית⁶. את כל אלה מקובל היום לכוון במונח planning gain, שפירושו: התגייסת מתן היתר התכנון בקבלת "זכיה" כלשהי עבור הציבור, מעבר להגבלות התכנון הרגילות⁷.

3 הערה ביקורתית כללית ברוח זו ניתן למצוא בספרו החדש ויוצא-הדופן מבחינת התייחסותו למצב התכנוני בפועל של Malcolm Grant, *Urban Planning Law* (London, 1982), p. V
4 ראה לדוגמא, A. I. Telling, *Land, Law and Planning* (London, 1975); P. Mc Auslan, *Land, Law and Planning* (London, 1975); D. Heap, *An Outline of Planning Law and Procedure* (London, 5th ed., 1977); D. Heap, *An Outline of Planning Law* (London, 1969)

5 אחד הראשונים שעסקו בנושא זה רואין לצורך עבודה זו. ראה מאמרו של Jeffrey Jowell, "Bargaining in Development Control" *Journal of Planning and Environment Law* (1977) 414–433

6 ראה העדר הבחנות דומות בהקשר להסכמי-תכנון, Grant (לעיל, הערה 3), בעמ' 334–359; J. N. Hawke, "Planning Agreements in Practice", parts I and II *Journal of Planning and Environment Law* (1981) 5–14, 86–97 וכן (לגבי הסכמים ותנאים גם יחד) Martin Laughlin, "Apportioning the Infrastructure Costs of Urban Land Development", paper presented at the *Land Policy Conference* (Oxford Polytechnic, April 1983)

7 נושא "הזכיה התכנונית" עלה לכותרות באנגליה בעת האחרונה והוא נושא השנוי במחלוקת עמוקה. בשנת 81 הוגש ד"ח מאת ה-Property Advisory Group למחלקת הסביבה (D.O.E.) בממשלה, אשר המליץ להטיל מיגבלות תמורות בפני השימוש ב"זכיה

מבחינה משפטית, השימוש בהסכמים לשם השגת קרקעות לצורכי ציבור מלווה בפחות קשיים מאשר הדרך החלופית — הצגת תנאים הגלויים להיתר התכנון. לפי סעיף 52 ל-Town and Country Planning Act, 1971 יש סמכות לרשויות התכנון לערוך הסכם (agreement) "כדי להגביל או לווסת את הפיתוח או השימוש בקרקע" שבמרחב שלהן. לפי הסעיף, "כל הסכם כזה יכול לכלול הסדרים גלויים וקשורים (כולל הסדרים בעלי אופי תקציבי) אשר נראים לרשות התכנון המקומית כדרושים או כשימושיים לצורך ההסכם" (התרגום של המחברת). אף שהתנאים לחוקיות הסכמים כאלה אינם בהירים די-צורכם⁸, נראה שבאמצעות הסכמים ניתן להעביר ליום חלק ניכר מהוצאות המימון וכן לזכות בקרקע לצורכי ציבור ללא תשלום פיצויים. יתרה על-כן: עריכת הסכמים אינה מוגבלת בפועל להסכמים על-פי סעיף 52, והסכמים אחרים אף הם אינם פסולים, ככל הנראה, מבחינה משפטית בבריטניה.⁹ לעומת זאת, הכללים לגבי חוקיותם של תנאים להיתר תכנון הם ככל הנראה קפדניים יותר (אף כי יש הטוענים שאותם כללים חלים גם על הסכמים). לענייננו, קיים באנ-גליה לפחות תקדים חשוב אחד¹⁰, המטיל ספק אם יש סמכות לדרוש קרקעות לצורכי ציבור ללא תמורה כתנאי הגלווה להיתר תכנון. בית-המשפט פסק שתנאי כזה הוא בלתי-סביר, בין השאר משום שקיימת דרך חלופית להשגת הקרקע — באמצעות הפקעה בתמורה. חשוב לציין, שיש נטיה באנגליה לערוך הבחנה בין תרומה לתשתית או לשירותי ציבור הקשורים באופן ישיר לפיתוח הגדון (on-site), לבין שירותים המשרתים אוכלוסייה רחבה יותר (off-site). סיכיהם של הראשונים להיחשב חוקיים גדולים יותר.

2. ארצות-הברית

גם בארצות-הברית לא ניתן למצוא בדרך-כלל הוראה סטטוטורית ישירה המסמיכה רשויות תכנון להפקיע קרקע ללא תמורה — לא במישור המדינתי וכמובן גם לא במישור הפדרלי. אין פלא בכך: באופן מסורתי ניתן לטעון נגד הוראה כזו, כי היא נוגדת את החוקה בכך שמהווה "לקיחה" (taking) ללא פיצוי, ועל-כן בטלה ומבוטלת. ואמנם, הדרך המסורתית לתקיפת הוראות המתירות לקיחת קרקע ללא תמורה — בין אם הן כלולות בחוקים של אחת המדינות או בחוקי-עזר של רשויות מקומיות — היא באמצעות הטענה החוקתית¹¹

תכנונית" וראה הסדרים מעין אלה בעין שלילית (H.M.S.O., "Planning Gain" P.A.G., 1981). בשנת 1983 הובא הנושא לבדיקה נוספת. בין המחייבים ניתן למצוא משפטים (כגון Grant [לעיל, הערה 3], בעמ' 374-375) ואחרים; ראה, לדוגמא, ההצדקה הכלכלית המוצגת על-ידי Geoffrey Keogh, "The Economics of Planning Gain", Paper presented at the Conference on Land Policy (Oxford Polytechnic, April 1983).

8 ראה Grant (לעיל, הערה 3), בעמ' 367; וכן Laughlin (לעיל, הערה 6), בעמ' 23.

9 ראה Grant (לעיל, הערה 3), בעמ' 360.

10 שם, עמ' 345-346, מדובר בפס"ד *Hall and Co. Ltd. v. Shoreham-by-Sea U.D.C.* [1964] 1 W.L.R. 240.

11 ראה Daniel R. Mandelker and Roger A. Cunningham, *Planning and Control of Land Development — Cases and Materials* (Indianapolis, 1979) 810 וכן Mary E. Brooks, *Mandatory Dedication of Land or Fees-in-Lieu of Land for Parks*

עם זאת, קיים גם בארצות-הברית הסדר נפוץ המהווה חלק מהליכי בקרת התכנון, הקרוי exactions, שבאמצעותו נהוג לבקש הפרשה או הקדשה (dedication) של קרקע לצרכים מסוימים במסגרת של תוכנית-חלוקה (subdivision plan). אולם צרכים אלה נוטים להיות מוגבלים יותר מהצרכים המצויים בהסדר בישראל: מקובל בארצות-הברית לכלול דרכים פנימיות באתר וכן שטחים פתוחים וגנים ציבוריים. פחות מקובל לכלול אתרים לבתי-ספר, אף שהולכים ומתרבים גם הסדרים כאלה.¹² בארצות-הברית ההבחנה בין הקצאת קרקע בעין לבין מימון וביצוע הבנייה של שירותי-ציבור ברורה יותר מאשר בבריטניה, אולם גם שם יש לעתים מיזוג של דרכי הביצוע השונות (במיוחד לגבי כבישים).

הסדרים של הפרשות לדרכים, לשטחים פתוחים ולעתים גם לבתי-ספר, מקובלים במספר רב של רשויות מקומיות הפוזרות במדינות רבות.¹³ בארצות-הברית חישבו ההפרשה נעשה בדרכים שונות: לעתים מדובר באחוז קבוע מהקרקע (כמו בישראל), ולעתים מדובר בכמות שטח קבועה לכל יחידת-מגורים או בחישוב מודרג לפי צפי פויות. סך כל ההפרשה אינו קבוע בדרך-כלל אלא משתנה מתוכנית לתוכנית. אף שקיימת במדינות שונות מעין תקרה של שיעור ההפקעה המירבי (בדרך-כלל מדובר רק בגנים), שיעור זה משתנה ממדינה למדינה ומרשות מקומית אחת לרעותה.

בנוסף להסדרים של הפרשה ישירה, מקובל בארצות-הברית הסדר שלפיו ניתן לדרוש במקום הקצאה בעין, היטל תחליפי (fees in lieu). כלי זה מיועד לפתור מצבים של פיתוח בקנה-מידה קטן שבו אין צורך בהקצאה גדולה, ויחד עם זאת אין רצון לפטור את היזם מחלקו היחסי במימון השירותים של היחידה הגדולה יותר. ה"היטל במקום הפקעה" עשוי ללבוש אחת משתי הצורות הבאות: הוא עשוי להתבסס על שווייה הממשי של הקרקע אשר היתה מתקבלת לפי כללי ההפרשה בעין, או שהוא עשוי להיות מבוסס על סכום-כסף קבוע (או מודרג) ליחידת-דיוור.

בשנים האחרונות מוקדשת תשומת-לב להסדר נוסף, הקרוי "היטל השפעה" (impact fees), המיועד לאפשר לרשות המקומית לדרוש השתתפות כספית במימון שירותי ציבור (החל בתשתית הנדסית וכלה בבתי-ספר) מעבר לרמת השכונה. היטל ההשפעה אינו קשור בדרך-כלל בהליך של תוכנית-חלוקה, אלא בהליך של הוצאת היתר-בנייה. בהיטל זה בטלה לחלוטין ההבחנה בין מרכיב הקרקע לבין עלויות אחרות של מימון השירותים.¹⁴

and Schools (A.S.P.O.: Planning Advisory Service, Report No. 266, Feb. 1971)

וכן Donald G. Hagman, *Urban Planning and Land Development Control Law* (St. Paul, Minn., 1975) 903-913.

12 ראה Mandelker & Cunningham (לעיל, הערה 11), בעמ' 810. אולם בניגוד למקובל בישראל, לא מקובל לכלול קרקע למוסדות-ציבור נוספים כגון מרפאות או ספריות. הספרות האמריקנית העוסקת בנושא אינה מזכירה בדרך-כלל שירותים אלה, ועליכן גם אינה מנמקת מדוע יהיו הללו יוצאי-דופן.

13 נתונים המובאים ב-Brooks (לעיל, הערה 11), בעמ' 11. מצוין שם, כי רבע מהערים ולפחות מחצית מהערים הראשיות דורשות הקצאות כנ"ל. הנתונים הם משנת 1969. סביר להניח כי השיעור גדל מאז.

14 לתיאור השימוש בכלי זה וניתוח משפטי ממצה ראה Julian C. Juergensmeyer and Robert M. Blake, "Impact Fees — An Answer to Local Governments' Capital Funding

המצב המשפטי בארצות-הברית באשר להסדרים הנ"ל הוא מורכב מאוד, כמשתמע מהמבנה הפדראלי והחוקתי של מדינה זו. כהכללה, לגבי הפרשות קרקע (exactions) ניתן לומר שבמרבית המדינות, ההפרשה לדרכים פנימיות הדרושה לאיזור התוכנית לא תיפסל על-ידי בתי-המשפט.¹⁵ מעבר לנקודה זו התמונה פחות ברורה: במספר קטן של מדינות, כגון קליפורניה, חוקק חוק מדינתי המסמיך רשויות מקומיות לחוקק חוקי-עזר הדורשים הפרשות לצורכי ציבור, כאשר בדרך-כלל קיימות מיגבלות שונות לסמכות זו. הדוגמא של קליפורניה חלה על הפרשה בעין ועל ההיטל התחליפי כאחד. היעודים המותרים הם "גנים ומטרות נופש" (park or recreation purposes) בלבד; התנאי הוא הגשת תוכנית לחלוקת הקרקע וכן הכנת תוכנית של מדיניות כוללת לנופש בעיר. על רשות התכנון להציג סטנדרטים מדויקים שלפיהם ניתן לחשב את שיעור הקרקע הדרוש לאיזור הנדון, וכן עליה להוכיח שההקצאה משקפת קשר סביר לצרכים של דיירי האיזור בלבד. שאלת חוקיותן של הוראות אלה הועלתה בבית-המשפט העליון של קליפורניה, בטענה של ניגוד לחוקה, ובית-המשפט דחה טענה זו.¹⁶ ברם, ברוב המדינות בארצות-הברית לא קיימת חקיקה מפורשת בנושא, והרשויות המקומיות פועלות בלעדית. המצב המשפטי משתנה ממדינה למדינה. קיימות מדינות לא-מעטות שבהן נפסק, כי הוראות בעניין הפרשות או היטלים נוגדות את החוקה;¹⁷ יש מדינות שבהן ההוראות תיחשבנה כחוקיות בתנאים מסוימים. התנאים משתנים ממדינה למדינה, אולם כהכללה ניתן לומר שחוקי-עזר ברוח החוק בקליפורניה, סיכוייהם רבים להיחשב כתקפים. אי-הבהירות היא בעיקר בנוגע לשני נושאים: האחד—מידת הקשיחות בדרישות שההפרשות ישרתו אך ורק את צורכיהם של תושבי השכונה; והשני—מהו המפתח לחישוב.¹⁸ לפי מבחנים אלה, ברור שדרישות להקצאה לשירותים בעלי טווח שירות גדול כגון בתי-ספר, תהיינה בעייתיות יותר מאשר להקצאה לשירותים בעלי טווח שירות קטן, כגון גני-משחקים.

מסקירה זו מסתבר גם, שהמצב המשפטי לגבי "היטל ההשפעה" הוא בעייתי יותר מאשר לגבי הפרשות קרקע. כאן ההיבט המבחין הוא האם ההיטל ייחשב כמשל או כהיטל הקשור בסמכויות הוויסות המעוגנות בדיני התכנון. במקרה השני סיכויי ההיטל להיחשב חוקי, גדולים יותר. ולבסוף, בדרך-כלל תעלה שאלת הנטל הכספי הנופל על דיירי השכונה החדשה לעומת חלוקת ההנאה. בית-המשפט עשוי להקפיד ולבדוק,

15 415–445 (1981) *Florida State University Law Review* 9 "Dilemmas". השווה

Hagman (לעיל, הערה 11), בעמ' 913–923.

16 ראה Daniel R. Mandelker, *Land Use Law* (Charlottesville, Va., 1982) 268–269.

17 ראה Mandelker & Cunningham (לעיל, הערה 11), המביאים את פסק-הדין מקליפורניה:

Associated Homebuilders v. City of Walnut Creek 484 p. 2d 606 (Cal.); 404

U.S. 878 (1979) 817.

18 ראה, למשל, פסק-דין שניתן לאחרונה במדינת טקסס, שבו נפסק כי לעיריה מותר להשתמש

בסמכויות הוויסות שלה (Police Power) לרכישה ללא תמורה רק של דרכים ותעלות-

ביוב, אך לא לגנים ציבוריים. על-אחת-כמה-יוכמה—ניתן להניח—לא הותר הפקעה

ללא תמורה לבתי-ספר וכדו'. ראה *City of College Station v. Turtle Rock Corp.* 666

S.W. 2d 318 (Tex. Ct. App. 1984).

18 Mandelker (לעיל, הערה 15), בעמ' 269–272; Brooks (לעיל, הערה 11).

שאין בהיטל משום מימון שירותים עבור אוכלוסייה המתגוררת מחוץ לשכונה או עבור אוכלוסייה ותיקה.²⁰

ג. ההסדר המשפטי בישראל

בישראל הסמכות להפקיע קרקע ללא תמורה, מוסדרת בהיקף ובמיגבלות מסוימים, בארבעה חיקוקים שבתוקף כיום:

- (1) פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943.
- (2) פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943.
- (3) פקודת הדרכים (רוחבן והתווייתן), 1926.
- (4) חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה—1965.

מבין חוקים אלה, ההסדר שבחוק התכנון והבנייה²⁰ הוא ללא ספק הדרך העיקרית כיום לביצוע הפקעות ללא תמורה ובו נתמקד במאמר זה. ההסדרים שבשלושת החוקים האחרים דומים זה לזה, כשביניהם התיקוק העיקרי הוא פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור)²¹. ליחסי הגומלין בין פקודה זו לבין חוק התכנון נודעת חשיבות רבה.

1. מקורות היסטוריים

אולי אין זה מקרה, שמתוך רשימת דברי החקיקה שהובאה לעיל, שלושה הם פקודות מנדטוריות. למעשה גם ההסדר שבחוק התכנון והבנייה יונק באופן ישיר מפקודה מנדטורית נוספת — פקודת בניין ערים, 1936²² (סעיף 27), שבוטלה על-ידי חוק התכנון והבנייה. גם בגלגוליה היותר מוקדמים של פקודת בניין ערים²³ בתיקון משנת 1929, היה הסדר שאיפשר הפקעה ללא תמורה (בסעיף 25), אם כי בתנאים מוגבלים יותר. השוואת חיקוקים אלה לאורך זמן מצביעה על מגמה ברורה של הרחבת סמכויות ההפקעה ללא תמורה, הן מבחינת שיעור ההפקעה והן מבחינת המטרות המותרות להפקעה. על כך נעמוד בפירוט בהמשך.

כפי שצוין בפרק הקודם, הפקעה ללא תמורה (להבדיל מהדרך העקיפה של הפרשה במסגרת "הסכם") היא רעיון זר למשפט האנגלי כיום. גם בעבר לא מצא רעיון זה את דרכו למשפט הנוהג בבריטניה בימי שלום, וזה מאות בשנים לא נחקקו שם חוקי הפקעה מבלי שיבטיחו פיצויים מלאים²⁴. מהיכן, אם-כן, שאב המחוקק המנדטורי את ההסדר?

19 ראה Mandelker (לעיל, הערה 15), בעמ' 272—273; Juergensmeyer & Blake (לעיל, הערה 14).

20 להלן ייקרא "חוק התכנון".

21 להלן: "פקודת הרכישה".

22 1936, ע"ר תוס' 1 (א) 157.

23 חא"י (א) 1437.

24 ראה סקירתו של בית-המשפט בע"א 216/66 עיריית ת"א—יפו נ' אבו דאיה, פ"ד כ(4) 522, בעמ' 546. כן ראה D. Gouldman, *Legal Aspects of Town Planning in Israel* (Jeru-salem, 1966) 59—60.

קיימת סברה, שהמקור הוא המשפט העות'מני שחל בפלשתינה לפני תקופת המנדט²⁵. מכל-מקום, ברי שהבריטים ראו תועלת בהסדר מעין זה ואין הוא חורג ברובו מההסדר שהנהיגו בנושא הפקעת מקרקעין באופן כללי – הסדר שאף הוא ברובו עדיין בתוקף כיום וזוכה לביקורת רבה²⁶.

ככל הנראה, לא שקל המחוקק הישראלי מעולם לבטל את הסדר ההפקעה ללא תמורה. נהפוך הוא: בכל גלגוליה השונים של הצעת חוק התכנון והבנייה הופיעה סמכות של הפקעה ללא תמורה, החל בטיוטה להצעה לחוק התכנון והבנייה בעיר ובכפר, תשי"ג–1953 (סעיף 27)²⁷, וכלה בהצעת חוק התכנון והבנייה, תשכ"ג–1962 (סעיף 157)²⁸. בשתי הצעות חוק אלה היתה הרחבה של המטרות המותרות להפקעה מעבר למותר בפקודת הרכישה, וכן של שיעור ההפקעה המוצע, מ-25% ל-33%.

2. ההצדקה להסדר

אין בסקירה ההיסטורית שהוצגה כוונה לדון לכף-חובה את הסדר ההפקעה ללא תמורה מראש. כמו במקרים רבים של מדיניות ציבורית, להסדר הנדון פנים לכאן ולכאן. אולם המחלוקת שעשוי הסדר זה לעורר היא תמורה במיוחד, שהרי מדובר בהתנגשות עם חירות-יסוד, מן הוותיקות שבחירויות הפרט – החירות להתחזק בקניין פרטי. העימות הוא בין ערך זה לבין צורכי התכנון והפיתוח הסביבתי והמציאות של המצוקה התקציבית של הרשויות המקומיות. כבר ראינו לעיל, שגם בהעדר הסדר תחיקתי מפורש, נוצרו בארצות אחרות הסדרים דומים, שלעתים אינם נופלים בהיקפם מההסדר הישראלי. נבחן כיצד משתקף עימות זה במשפט הישראלי.

עליאף קיומו של הסדר ההפקעה ללא תמורה, ניתן לומר שבישראל, כבארצות האחרות בעולם המערבי, הכלל הוא שהפקעת קרקע מקנה לבעלים זכות לקבלת פיצויים מלאים. הזכות לפיצויים הוכרה על-ידי בית-המשפט העליון כזכות-יסוד, כדברי השופט אגרנט:

"ניתן לומר שהזכות לפיצויים לא רק שהיא נושאת היום אופי אוניברסלי אלא גם עומדת, מפאת חשיבותה היתירה, על מדרגה או כמעט על מדרגה של זכות-יסוד, וזאת ללא כל קשר להוראה קונסטитуציונית המקנה לה את המעמד הזה, ואף אם מקומה יכירנה, כאן ושם, בהוראת חוק סטוטורית בלבד"²⁹.

25 ראה F. Goodby and M. Doukhan, *The Land Law of Palestine* (Tel Aviv, 1935), Chapter 19, "Expropriation of Land".

26 ראה ח' פ' שלח, "הפקעת קרקעות לצרכי ציבור – להרחבת הביקורת השיפוטית" עיתוני משפט 1 (תשל"ט) 618; י' קלינגהופר, "צמידות של קרקע מופקעת ליעודה" עיתוני משפט ב (תשל"ד) 874.

27 גירסה זו לא פורסמה בתור הצעת חוק רשמית אלא הופצה בהדפסת משרד-הפנים ונושאת שם זה.

28 ה"ח (תשכ"ג) 14.

29 ע"א 216/66 עיריית ת"א נ' האג' מחמד אבו ראיח, פ"ד כ (4) 522, 546.

בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, שהוגשה בתשמ"ג,³⁰ מקבל העיקרון של הזכות לפיצוי מלא ביטוי מובהק. בהצעה זו, המבוססת על מגילת זכויות-היסוד שהציע פרופ' י' קלינגהופר, נאמר בסעיף 51(א):

"לא יופקע נכס, אלא-אם-כן הוא דרוש לצורכי ציבור, ואלא-אם-כן ישולמו תמורתו פיצויים נאותים. באין הסכם בין הצדדים יקבע בית-המשפט את שיעור הפיצויים".

לא ברור אם וכיצד תעמוד הסמכות הקיימת להפקעה ללא תמורה אם יאושר חוק יסוד זה, וכמובן לא ניתן לשפוט מראש כיצד יוכרע הדבר בבית-המשפט על-פי נוסח הסעיף הנ"ל בלבד. מכל-מקום, הצעה זו טרם עברה את הליכי החקיקה. הצדקות שונות להסדר הקיים הוזכרו מדי פעם בפסיקה. ניתן למינן לשתי קבוצות של נימוקים השאובים מן המדיניות הציבורית: נימוק ההשבתה ונימוק ההשתתפות בנזל.

נימוק ההשבתה בהקשר להפקעות דומה לנימוק העומד מאחורי מסי-השבחה³¹, והוא מושתת על ההנחה שעקב הפיתוח המתוכנן תבוא לבעלים השבתה ערך הקרקע שאינה מעשה ידיהם. לפי טיעון זה, מוצדק לדרוש מהבעלים להפריש חלק מערך ההשבתה בדמות קרקע שתימסר ללא תמורה לצורכי ציבור. נימוק זה הועלה על-ידי השופט עציוני בעניין עובון המנוח פרד (פראד) ביאט ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה חיפה ואח', שם נאמר:

"הטעם לפטור שניתן למשיבה הראשונה (מתשלום פיצויים. ר.א.) הוא, שהמקרה קצין משובחים ובעליהם הקודמים, היינו: אלה שמדיהם הופקעו, נהנים מהשבחה זו, בכך שעודף הקרקע נשאר בידם והם נהנים מההתפתחות הכללית של האזור"³².

נימוק ההשבתה הוצג גם בהצעת חוק התכנון והבנייה, שם נאמר³³:

"הניסיון לימד, שטובת ההנאה שבעלי קרקעות מפיקים מביצוע תוכנית של סלילת דרכים וקיום שטחים פתוחים וכיוצא בזה עולה בהרבה על 25% מאלה שהם חייבים להפריש ללא תשלום פיצויים. לכן מוצע להעלות את האחוז שבעל-קרקע חייב להפריש, כאמור, מ-25% ל-33¼%...".

30 ה"ח תשמ"ג, 111. השווה עם סעיף 9 בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם תשל"ג, ה"ח תשל"ג, 448. כן ראה הביקורת להצעה זו על-ידי א' לבנה, "הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח" משפטים ה (תשל"ד) 703, 719.

31 לגבי ההנמקות השונות שבבסיס מסי-השבחה ראה R. Alterman, "Land Betterment Taxation Policy and Planning Implementation — Evaluation of the Israeli Experience" 2 *Urban Law and Policy* (1979) 201—204.

32 ע"א 676/75 פ"ד לא(3) 785, בעמ' 792, מול האות ד. ראה נימוק דומה בדברי השופט קנת בת"א (ת"א) 216/48 פרדס ינאי בע"מ נ' עיריית רמת-גן, פ"מ תש"ס 381, בעמ' 388: "לא יהיה זה הגיוני או צודק אם אדם שחשכו ממנו הנאות אלו, יוכרח למסור רבע מהשווי הכללי של הקרקע בעד השבחות שלא קיבלן".

33 ה"ח תשכ"ג, 14.

נימוק ההשבחה לא זכה לתמיכה של נשיא בית-המשפט העליון, השופט לנדוי, בעניין אידית פייצר ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן ואח' 44. לאחר שהתייחס למקורות אשר צוטטו לעיל, מצא השופט כי אין להם משקל מכריע בסוגיא שבה דן 35.

נימוק ההשתתפות בנטל מתייחס להיבט הכלכלי של מימון שירותי הציבור, ובכלל זה השגת הקרקעות עבורם. בשכונה טיפוסית דרושים שירותי ציבור מגוונים. מי ישלם עבורם? לפי תפישה אחת, ישלמו כל תושבי העיר באמצעות מסיהם לקופת העיריה הכללית. אך לפי תפישה אחרת ניתן לטעון, שמן הצדק להטיל על תושבי השכונה המשתמשים בשירותי הציבור שבה, לממן חלק גדול יותר של הנטל הכלכלי. לפי נקודת-מבט זו, ניתן לראות בהפרשות קרקע לצורכי ציבור ללא קבלת פיצויים דרך לחלוקת הנטל.

בפס-דין פייצר, אף שהשופט לנדוי רמז שהיה מעדיף את נימוק ההשבחה, הוא העדיף, למעשה, את נימוק ההשתתפות בנטל: "על כורחנו נאמר, שהמחוקק ביקש להטיל מעין מס-רכוש על בעל-המקרקעין, שיהיה חייב לתרום 25% (או 40% מן הנכס שבבעלותו לצורכי ציבור...". 36. נימוק הנשיאה בנטל הועלה גם בדברי הכנסת, בעת הדיון באישור חוק התכנון והבניה, שם נאמר שלנוכח הצורך למצוא כספי להרחבת שירותי הציבור, מוצדקת הרחבת שיעור הפקעה המותרת, שכן כל הפקעה לצורכי ציבור משרתת, בסופו-של-דבר, את בעל-הקרקע 37.

במבט ראשון עשויים שני נימוקים אלה להיראות דומים זה לזה. אולם להעדפת האחד על חברו יש השפעות רבות — הן במישור המשפטי 38 והן במישור של עיצוב המדיניות המתאימה ליעד. למעשה קיימים הבדלים רבים בין העקרונות העומדים מאחורי מסי-השבחה לבין העקרונות של השתתפות בנטל, גם מעבר לשאלה העובדתית האם קיימת השבחה במקרה של הפקעה מסוימת ללא תמורה, אם לאו 39.

ד. הפקעה ללא תמורה — סוגיות

1. הפקעה בתמורה וללא תמורה — השוואת ההוראות

מבחינה כמותית סביר להניח, שחלק גדול מהקרקע המופקעת בישראל, ובמיוחד בשטחים שמחוץ לערים, מופקעת בתמורה 40. הפקעות ללא תמורה הן אפוא היוצאות-מן-הכלל וחשוב להשוות את ההוראות בעניינן להוראות בדבר הפקעה בתמורה.

34 ע"א 377/79 פ"ד לה (3) 645.

35 הסוגיא היתה, האם מוסמכת העיריה לנכות 40% מהפיצויים בעת הפקעת חלקה שלמה.

*35 ע"א 42/82 שרה קירשטיין ואח' נ' עיריית חיפה, פס"ד לט (1), עמ' 272.

36 בעמ' 651, מול האות ד.

37 דברי ח"כ מרדכי ביבי, ד"כ 43 (תשכ"ח) 2419.

38 לדוגמא, בהקשר לשאלה אם מותר לנכות מסכום הפיצויים, במקרה של הפקעה מלאה,

את סכום הפיצויים המקביל להפקעה ללא תמורה. נושא זה עמד על הפרק בפס"ד פייצר

(לעיל, הערה 34). נושא זה יידון בסעיף ד(9).

39 ראה R. Alterman, "Land Value Recapture — Design and Evaluation of Alternative Policies" Vancouver Center for Human Settlements, Occasional Paper L5, 1982.

קיימות דרכים אחדות להפקעה בתמורה, ביניהן ארבעת החוקים אשר הוזכרו לעיל המאפשרים גם הפקעה ללא תמורה. במאמר זה נעסוק בשתי הדרכים העיקריות ואותן נשווה: הדרך שבחוק התכנון והבנייה, והדרך הוותיקה יותר שבפקודת הקרקעות. שני חיקוקים אלה מתייחסים הן להפקעה בתמורה והן להפקעה ללא תמורה. שני אלה הם ההסדרים העיקריים המשרתים את צורכי התכנון העירוני, אולם קיימים הבדלים משמעותיים ביניהם. בטבלה מספר 1 מוצגת השוואה מרוכזת של ההבדלים העיקריים שבין 4 דרכי ההפקעה המצויות בחוקים אלה, והן:

- (1) הפקעה בתמורה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943.
- (2) הפקעה ללא תמורה לפי הפקודה הנ"ל ("פקודת הרכישה").
- (3) הפקעה בתמורה לפי חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה—1965.
- (4) הפקעה ללא תמורה לפי החוק הנ"ל ("חוק התכנון").

ההוראות בדבר הפקעה ללא תמורה שבחוק התכנון ייבחנו לעומקן בסעיפים שלהלן, ולעת הצורך תיערך השוואה עם ההוראות שבפקודה הרכישה. נסתפק כאן בסקירת ההבדלים העיקריים שבין צורות ההפקעה השונות.

במקרה של הפקעה בתמורה קיים פער רב בין שני החיקוקים. נוכל להסתפק בכך שנציין, כי בפקודה נתונות בידי שר-האוצר או המוסמך על-ידו סמכויות מרחיקות-לכת, כמעט ללא מיגבלות על שיקול-דעתו וכמעט ללא אפשרות לבקרה שיפוטית אפקטיבית⁴¹ לפי הפקודה, כפי שפורשה בפסקי-דין רבים, ניתן להפקיע (בתמורה) כמעט לכל יעוד, שלדעת שר-האוצר נחוץ לצורכי ציבור⁴², ולא-דווקא ליעוד בעל אופי ציבורי מובהק. כבר היו מקרים שבהם הוכרו חוקיותן של הפקעות לצרכים כגון מגורים, ואפילו מגורים שנבנו למכירה מסחרית⁴³. לעומת זאת, בחוק התכנון והבנייה מוצבות בפני הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה מיגבלות שונות להפקעה בתמורה, החל בצורך שהיעוד להפקעה ייכלל בתוכנית מאושרת, דרך ההגבלה לכמה מטרות מותרות הקבועות מראש, וכלה בהקניית הגנות וזכויות שונות לבעלים בעת ההפקעה ולאחריה (ראה הטבלה).

40 עובדה זו נובעת לא-דווקא מתוך נדיבות לבן של הרשויות, אלא מעצם המיגבלות של הפקעה ללא תמורה, המוגבלת לשיעור הפקעה מירבי ולשימושי קרקע שאינם בדרך-כלל עתירי-שטח. תכנון עיר חדשה, התיישבות כפרית או מיתקנים אווריים ידרשו בדרך-כלל הפקעה בתמורה.

41 ראה מאמרו הנ"ל של שלח (לעיל, הערה 26).

42 בבג"צ 30/50 הוטרדה להגנת קרקעות נצרת המופקעת ואח' נ' שר-האוצר ואח', פ"ד ס 1261, השופט ויתקון אומר (בעמ' 1264): "אין זה מתפקידנו לבחון את המטרה שלשמה נדרשו האדמות... שהרי לפי סעיף 5(2) לפקודה, עצם פרסום ההודעה משמשת ראיה חותכת שהמטרה אושרה כמטרה ציבורית ואין להרהר אחריה".

43 זאת, כל עוד אין המטרה העיקרית עשיית רווחים אלא רק תוצאה עקיפת של ההפקעה. ראה בג"צ 147/74 ספולינסקי נ' שר-האוצר ואח', פ"ד כט(1) 421, כפי שמוסבר על-ידי שלח במאמרו הנ"ל (לעיל, הערה 26).

טבלה מס' 1
פירוט השוואת הדרכים השונות להפקעת קרקעות לצורכי ציבור

| החוק | פקודת הקרקעות (רישום לצורכי ציבור) 1943 | | החוק | | החוק |
|-------------------------------|--|---|---|---|--------------------------------|
| | ללא תמורה | בתמורה | ללא תמורה | בתמורה | |
| סעיפי החוק | 3 | 3 | 188 (א), 189 (א) | 188 (א), 189 | חוק התכנון והבנייה, תשמ"ה-1965 |
| הסמכות להפקיע קרקע הפירוט | שרי-האוצר או מי שהוסמך על-ידו לרכוש קרקע | שרי-האוצר או מי שהוסמך על-ידו לרכוש קרקע | הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, באישור הוועדה המחוזית, ובתנאי שהקרקע מיועדת לצורכי ציבור בתוכנית מאושרת | הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, באישור הוועדה המחוזית, ובתנאי שהקרקע מיועדת לצורכי ציבור בתוכנית מאושרת | |
| סעיפי החוק | 2, 3 | 20 (2) | 190 (א) + 20 (2) לפקודה + 190 (א) (1) | 188 (ב) | |
| המטרות שלשמן ניתן להפקיע קרקע | דרכים מגרשי-משחק ונופש | דרכים מגרשי-משחק, גנים, שטחי נופש וספורט, בנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות | כל המטרות שניתן להפקיע ללא תמורה, וכן שמורות-טבע עתיקות, שטחי-חנייה, שדות-תעופה, נמלים, מזחים, תחנות-אוטובוסים, שווקים, בתי-מטבחיים, בתי-קברות, מוסדות קהילתיים, מיקלטים ומחסים ציבוריים, מיתקני-ביוב, מיזבלות, מיתקנים לאספקת מים וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר-הפנים | כל המטרות שניתן להפקיע ללא תמורה, וכן שמורות-טבע עתיקות, שטחי-חנייה, שדות-תעופה, נמלים, מזחים, תחנות-אוטובוסים, שווקים, בתי-מטבחיים, בתי-קברות, מוסדות קהילתיים, מיקלטים ומחסים ציבוריים, מיתקני-ביוב, מיזבלות, מיתקנים לאספקת מים וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר-הפנים | |
| שיעור השטח שמוחר להפקיע | סעיפי החוק | סעיפי החוק | סעיפי החוק | סעיפי החוק | שיעור השטח שמוחר להפקיע |
| פירוט | עד 25% | עד 100% | עד 40% | עד 100% | פירוט |

רחל אלתרמן

משפטים טו, תשמ"ז

| הנאים ומיגבלות | סעיפי החוק | (1) 20(א) | (2) 20(ג) |
|--|--|------------|------------|
| | | 194 (1) | 194 (1) |
| | | — (2) | (2) 190(א) |
| | | (1) 190(א) | (1) 190(א) |
| | | (2) 195(4) | (א) 196(4) |
| (1) לא יפונה בית-ימגורים שנועד בתוכנית להריסה, אלא לאחר שהועמד שיכון חלופי סביר למי שהיה דר בבית או שולמו לו פיצויים | (1) על החלק המופקע אין בניינים, עצים או דברים אחרים המחוברים לקרקע | | |
| (2) שר"הפנים רשאי להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים כאשר — לפי שיקול-דעתו — נגרם סבל בגין ההפקעה (א) 190(2) | (2) רשאי שר"האוצר בנסיבות שבהן — לפי שיקול-דעתו — נגרם סבל, לשלם פיצויים | | |
| (3) לא יופקע חלק ממגרש בתשלום או ללא השלום אם כתוצאה מכך ייפתת שוויה של יתרת המגרש (א) 190(1) ט"א | (3) לא יופקע חלק ממגרש בתשלום או ללא השלום אם כתוצאה מכך ייפתת שוויה של יתרת המגרש (א) 190(1) ט"א | | |
| (4) שונה יעודה של קרקע שהופקעה ניתן למוכרה, ובלבד שניתנה זכות ראשונה למי שרכשו ממנו את הקרקע לקנותה בחזרה במחיר שלא יעלה על הסכום שבו נרכשה ממנו, בצירוף השבחה (ס' 195(2)) | (4) שונה יעודה של קרקע שהופקעה, תשלם הוועדה פיצויים למי שהיה זכאי להם בשעת ההפקעה כאילו היתה זו הייבת בתשלום פיצויים או תחזיר לו את המקרקעין שהופקעו ממנו, הכול לפי שיבחר (ס' 196) | | |

במקרה של הפקעה ללא תמורה, הפער בין הפקודה לחוק קטן יותר. בהיבטים חשובים, חוק התכנון "נדיב" יותר כלפי הרשויות הציבוריות מאשר הפקודה, שכן הוא מציע רשימת יעודים רחבה יותר ושיעור הפקעה מירבי בן 40%, לעומת 25% בלבד בפקודה. מאידך גיסא, בדומה למצב לגבי הפקעה בתמורה, יש בחוק התכנון מיגבלות נוספות שאינן קיימות בפקודה, והמהוות אילוץ מסוים בפני הרשויות. לנוכח ההבדלים בין הוראות פקודת הרכישה לבין הוראות חוק התכנון, ניתן להניח שככלל, במקרה של הפקעה בתמורה, יהיה זה מעניינן של הרשויות המקומיות להפקיע על-פי הפקודה⁴⁴; ואילו במקרה של הפקעה ללא תמורה ליעודים הציבוריים המותרים, יהיה זה מעניינן להפקיע לפי חוק התכנון. ואמנם, כך נהגו הרשויות המקומיות בעבר. אולם בשנים האחרונות שר-האוצר ממעט להסמיכן לפעול לפי פקודת הרכישה, ועל-כן גם במקרה של הפקעה בתמורה עליהן להפקיע על-פי חוק התכנון.

2. הבחירה בין דרכי ההפקעה והקשר עם חלוקה חדשה

האם דרכי ההפקעה השונות הן חלופיות, או שמא בעלות תחום ייחודי כל אחת? האם יכול האזרח לדרוש שהרשות תפעל לפי אחת הדרכים הנ"ל דווקא? לשאלה זו שתי שאלות-משנה:

- (1) הקשר בין הדרכים שבפקודת הרכישה לדרכים שבחוק התכנון.
- (2) הקשר בין שתי הדרכים שבחוק התכנון — בתמורה ושלא בתמורה.

אשר לשאלה הראשונה, נקדים ונאמר כי הפסיקה קבעה שהמדובר בשתי דרכים שונות. השאלה עלתה בעניין עיריית רמת-גן נ' בנימין תיק 45. במקרה זה הפקיעה העירייה ללא תמורה למעלה מרבע משטחו של המגרש לצורך כביש, ללא תשלום פיצויים. היא טענה, שאינה חייבת לפצות את המשיב מאחר ששיעור ההפקעה אינו עולה על 40% מהחלקה — השיעור המירבי המותר להפקעה ללא תמורה, לפי סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון. בית-המשפט לא קיבל טענה זו ופסק שלרשות העירייה עומדות שתי דרכים חלופיות — האחת לפי פקודת הרכישה ששם מוגבלת ההפקעה ללא תמורה ל-25%, והשנייה לפי חוק התכנון. לנוכח ההבדלים שבין ההוראות שבשתי דרכים אלה, הן לא נתמזגו לדרך אחת. משפעלה העירייה לפי הפקודה, עליה לפצות את בעל-הקרקע על הפקעה מעבר ל-25%.

44 לפי סעיף 22(1) לפקודת הרכישה, שר-האוצר מוסמך לפעול בשם אדם או רשות הפונים אליו בבקשה שירכוש קרקע לפי הפקודה. לפי ס"ק (2) שר-האוצר רשאי להסמיך סוגים מסוימים של גופים — ובכלל זה עיריות ומועצות מקומיות — להפקיע קרקע לפי הפקודה כאילו ההפקעה נעשתה בשמו, לאחר שיפרסם הודעה על כך ברשומות. ואמנם היו בעבר מקרים רבים שבהם הסמיך שר-האוצר רשויות מקומיות להפקיע קרקע לפי הוראות הפקודה.

45 ע"א 268/70 פ"ד כה (1) 87, דברי השופט ויתקון. פסק-דין זה הסתמך, בין השאר, על ההלכה בעניין פניה פילצר נ' שר-האוצר ואח', פ"ד כד (1) 113. שם נדון הקשר בין פקודת הרכישה לבין דרך נוספת — חוק בינוי ופינוי אוזרי שיקום, תשכ"ה—1965. נפסק ששתי הדרכים להפקעה קיימות זו לצד זו, כדרכים עצמאיות. הברירה נתונה בידי הרשות לבחור בדרך הנראית לה.

אשר לשאלה השנייה בדבר היחס בין שתי הדרכים שבחוק התכנון עצמו, אין התשובה ברורה כל-כך. במצב שבו קיימים תנאי היסוד המתאימים, האם מוסמכת הוועדה המקומית לתכנון ובנייה לבחור לעצמה מתי ברצונה להפקיע בתמורה לפי חוק התכנון, ומתי ללא תמורה על-פיו? התשובה, ככל הנראה, שלילית. סעיף 190(א) מפנה לפקודה לצורך ביצוע הוראות החוק, ובכלל זה לסעיף 20 לפקודה. מגוסס סעיף 20(א) עולה, ככל הנראה, שאין שיקול-דעת לרשות אם לשלם פיצויים עבור שטח העומד בתנאים הדרושים להפקעה ללא תמורה: שם נאמר, שמקום שאין שיעור ההפקעה עולה על רבע "לא ישתלמו פיצויים", בלשון ציווי⁴⁶. אם אכן נכונה מסקנה זו, נודעות לה השפעות בלתי-רצויות עבור התכנון העירוני, מאחר שיש בה כדי להגביל את גמישותו של כלי ההפקעה בביצוע תוכניות. נושא זה ראוי להבהרה בפסיקה.

לשאלה בדבר הקשר בין שתי הדרכים להפקעה, יש היבטים נוספים שלגביהם התשובה ברורה עוד פחות. היבטים אלה הם היחס בין המטרות המותרות להפקעה ביטוי סוגי ההוראות, והשאלה אם יש סמכות (או אולי חובה) לנכות מסכום הפיצויים המשתלמים תמורת הפקעה של מגרש שלם, 40%, כאילו נעשתה גם הפקעה ללא תמורה. בשני היבטים אלה נעסוק בהרחבה בהמשך (בפרקים ד(4) ו-ד(9), בהקבלת). השאלה השנייה קיבלה לאחרונה תשובה חיובית מבית-המשפט העליון⁴⁷, אולם כפי שנראה, לא מבלי להשאיר שאלות פתוחות. מפסק-דין זה עולה, שבניגוד להפרדה שראה בית-המשפט בין הדרכים שבפקודה לאלה שבחוק, אין בית-המשפט רואה את שתי הדרכים שבחוק התכנון כדרכים שונות ונפרדות. את המסקנה הזו נבחן בפירוט בפרק ד(9).

בחוק התכנון קיימת דרך נוספת, בעלת חשיבות רבה, הזוכה ליישום נרחב, ומאפי- שרת, למעשה, השגת קרקעות לצורכי ציבור ללא תמורה; הכוונה היא לחלוקה הדישה (רה-פרצלציה) לפי פרק ג, סימן ז לחוק התכנון. דרך זו מציעה הסדר מקיף ומעניין לפתרון בעייתם של אזורים רבים שבהם חלוקת הקרקעות הקיימת ופיצול הבעלויות אינם מאפשרים תכנון ופיתוח גאוניים. פרטיו של הסדר מעניין זה הם מעבר למסגרת הדיון במאמר זה⁴⁸. נסחפק בכך שנאמר, כי במסגרת הסדר מקיף זה מופרשות בדרך- כלל גם קרקעות לצורכי ציבור. אף שהסעיפים המסדירים את החלוקה החדשה אינם מזכירים במפורש את הסמכות לתבוע הפרשות לצורכי ציבור, סמכות כזו משתמעת — לדעתנו — מההסדר שלפיו הקרקע כולה נכנסת למעין "קופה סגורה". הקריטריון הקובע (לפי סעיף 122(2) ו-3)) הוא שכל אחד מהבעלים יצא מההסדר עם קרקע

46 הגוסס האנגלי נוקט את הביטוי "...shall not be entitled to compensation unless the area taken exceeds one quarter part of..." (זולת לפי שיקול-דעתו של הנציב- העליון, במקרים מיוחדים). ראה 1943, ע"ר, חוס' (א1) 50.

47 ע"א 371/79, הנ"ל. ראה לעיל, הערה 34.

48 לדיון נוסף בנושא מורכב זה ראה ד"ר שמואל רויטל, דיני התכנון והבניה (הוצאת סדו, 1983) 95-101. עבודה מקיפה בנושא זה, ובמיוחד היבטיו המינהליים והתכנוניים, ראה עבודת-מחקר לתואר שני שנערכה בהנחיית המחברת: נחמה עמיר-רב, חלוקה הדישה של קרקעין ככלי בבצוע תוכניות עירוניות — חקר אירוע תוכנית-מיתאר ל בהשואה לשיטות הקופות בערים אחרות (המגמה לתכנון ערים ואזורים, הפקולטה לארכיטקטורה ובינוי ערים, הטכניון, 1980).

או תשלומי איזון השווים באופן יחסי (ולא אבסולוטי) לשווי הקרקע שנכנסה ל"קופה"⁴⁹.

לענייננו חשוב לציין, שלהליך של חלוקה חדשה יש יתרון חשוב מבחינת השגת קרקעות לצורכי ציבור, לעומת הפקעה ללא תמורה (אך מובן שיש בו תנאים ומיגרי בלות אחרים). למעשה, בחלוקה חדשה לא קיימת הגבלה כמותית על שיעור הקרקע שמותר לרשויות התכנון להפריש לצורכי ציבור ללא תמורה, מעבר לתשלומי האיזון ההדדיים בין הבעלים — אם מגיעים כאלה. הוראה מפורשת על כך ניתן למצוא בסעיף 4 לחוק תיקון דיני הרכישה לצורכי ציבור, תשכ"ד—1964, שם נאמר (על-פי תיקון משנת תשכ"ט):

"לענין חישוב האחוזים של החלקה שמותר לרכוש לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים —

(1) אין מביאים בחשבון רכישה מכות חלוקה חדשה לפי סעיף 20 לפקודת בניין ערים, 1936, ולפי סימן ז' לפרק ג' לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה—1965."

את שנאמר לעיל, מן הראוי לראות כהערות ראשוניות בלבד. יחסי-הגומלין בין חלוקה חדשה לבין הפקעת קרקע ללא תמורה אינם פשוטים כלל ועיקר, וניתן להציב שאלות רבות הדורשות מחקר נוסף.

נחזור לשאלת הבחירה בין דרכים חלופיות: האם יש בידי בעלי-הקרקע כדי לחייב את רשויות התכנון לפעול לפי הדרך הרצויה להם (חלוקה חדשה או הפקעה)? שאלה זו נדונה בבג"צ בר נ' שרייפהנים⁵⁰, ששם טענו העותרים כי על הוועדה המקומית היה לפעול באמצעות הפקעה רגילה אשר מעניקה להם פיצויים ישירים תמורת השטח שהופקע, ולא בדרך של חלוקה חדשה. נפסק, שבידי הרשויות לבחור בדרך הגראית להם עדיפה בנסיבות, וכי מבחינתן הדרכים הן חלופיות.

3. הרשויות המוסמכות

בסעיף 188(א) נאמר: "מותר לוועדה המקומית להפקיע על-פי חוק זה מקרקעין שנועדו בתוכנית לצורכי ציבור". לפי סעיף זה, מוענקת אפוא הסמכות להפקעה על-פי חוק התכנון והבנייה לוועדה המקומית בלבד. לכאורה, יש בכך סמכות משמעותית לביצוע תוכניות — סמכות בעלת ערך כלכלי רב, המוענקת לוועדה המקומית דווקא. אולם בדומה למעמדה של ועדה זו בחוק התכנון כולו, אין הוועדה עצמאית, למעשה, בשיקול-דעתה אם להפקיע לצורך ביצוע תוכניות.

49 ראה גם בג"צ 407/83 ברזקר נ' עיריית חולון ואח', פ"ד לח(1) 829, שבו נאמר כי חלוקה חדשה אינה בגדר הפקעה. במבט ראשון פסק-דין זה סותר את דעתנו הנ"ל, אולם למעשה אין סתירה, משום שלא כל חלוקה חדשה כוללת בהכרח גם הפקעה (אם כי בדרך-כלל כן). הקביעה של פסק-הדין נכונה לגבי אותם מקרים שבהם אין העברת קרקע על-שם המדינה.

50 בג"צ 20/70 ראיבן וחרה בר נ' שרייפהנים ואח', פ"ד כד(1) 645 (פסק-דינו של השופט ברנזון). ראה גם רויטל (לעיל, הערה 48), עמ' 165—166.

בסעיף 189 נאמר:

"הוועדה המקומית רשאית, בכל עת לאחר תחילת תוקפה של תוכנית-מיתאר מקומית או של תוכנית מפורטת, להפקיע מקרקעין בתחום התוכנית, כשהפקעתם דרושה — לדעת הוועדה המחוזית — למטרה ציבורית שלה נועדו בתוכנית האמורה, והיא חייבת לעשות כן אם הוועדה המחוזית, לאחר התייעצות אתה, דרשה זאת ממנה; אם בתוכנית, כאמור, נועדו המקרקעין להפקעה, אין ההפקעה טעונה הסכמת הוועדה המחוזית".

מתוך סעיף זה עולה, שלמעשה בכל אחת מבין שלוש החלופות הכלולות בסעיף 189, יש צורך באישור הוועדה המחוזית להפקעה, בין אם בעקיפין, כאשר נכללת ההפקעה בתוכנית מראש וזוכה לאישור הוועדה המחוזית במסגרתה, ובין אם במישרין, על-פי פנייה של הוועדה המקומית או לאחר דרישה של הוועדה המחוזית⁵¹. הגופים המוסמכים לפי חוק התכנון שונים מהגופים המוסמכים לפי פקודת הרכישה, שם מוסמך להפקיע שר-האוצר או מי שהלה הסמיך לפי סעיף 22⁵².

4. המטרות המותרות להפקעה

(א) השוואת המטרות המותרות להפקעה בתמורה וללא תמורה

אחד ההבדלים הבולטים בין הפקודה לבין חוק התכנון מתייחס לרשימת המטרות המותרות להפקעה. הבדל זה חל הן באשר להפקעה בתמורה והן באשר להפקעה ללא תמורה, אך בולט במיוחד במקרה של הפקעה בתמורה. ראינו לעיל, כי במקרה האחרון אין הפקודה מציגה כל הגדרה או רשימה של יעודים מותרים, אלא משאירה שיקול-דעת כמעט מוחלט לשר-האוצר. לעומת זאת, חוק התכנון מציג בסעיף 188(ב) הגדרה של "צורכי ציבור" בדמות הרשימה הבאה:

"צורכי ציבור", בסעיף זה —

כל אחד מאלה: דרכים; גנים; שטחי נופש או ספורט; שמורת-טבע; עתיקות; שטחי חנייה; שדות-תעופה; נמלים; מוחים; תחנות-רכבת; תחנות-אוטובוסים; שווקים; בתי-מטבחים; בתי-קברות; מבנים לצורכי חינוך, דת ותרבות; מוסדות קהילתיים; בתי-תולים; מרפאות; מיקלטים ומחסנים ציבוריים; מיתקני ביוב; מזבלות; מיתקנים להספקת מים וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר-הפנים לעניין סעיף זה".

51 ראה גם רויטל (לעיל, הערה 48), עמ' 567.

52 כדברי השופט שמגר בע"א 48/76 מרדכי מצלאל ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד ל(3) 11, 13.

53 הבדל נוסף לעומת הפקודה הוא, שבסעיף 190(א) שר-הפנים מוסמך, ולא שר-האוצר כבפקודה (בסעיף 20(2)(1)), להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים בנסיבות שעליהן חל סעיף 10(2)(ג) לפקודה.

לפי הסיפא של סעיף 188(ב), אין רשימת היעודים המוגדרים כ"צורכי ציבור" בגדר רשימה סגורה. נוסח הסיפא מצביע על שיקול-דעת רחב הנוחר לשרי-הפנים באשר להרחבתה⁵⁴. בפועל, שרי-הפנים נוהג מפעם לפעם לאשר הרחבה אדי-הוק של הרשימה שבסעיף 188(ב). ככל הידוע, פעל עד כה השר ארבע פעמים לביצוע הרחבה קבועה של הרשימה באמצעות הודעה בילקוט-הפרסומים. ההודעות הרחיבו את רשימת צורכי הציבור המותרים להפקעה, כך שתכלול מחסני חירום; תחנות-מוניות; בתי-אבות ומוסדות הכוללים יחידות סיעודיות לקשישים ודוור מוגן לקשישים; ותחנות לכיבוי-אש⁵⁵.

גם לגבי רשימת המטרות להפקעה ללא תמורה קיים הבדל ניכר בין הפקודה לבין חוק התכנון. בסעיף 20(2)(א) לפקודה, מותרת הפקעה ללא תשלום פיצויים עבור דרכים, מגרשי-משחקים או מגרשי-נופש המיועדים להרחבה או לפיתוח חדש. סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון הרחיב רשימה זו כדלקמן:

"סעיף 20 לפקודה האמורה יחול גם על הפקעת מקרקעין לצורכי גנים, שטחי נופש וספורט וכן לבנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות, ובכל מקום שמדובר באותו סעיף כל רבע' יבוא ארבע עשיריות'; אולם לא יופקע חלק ממגרש, בחשולם או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שווייה של יתרת המגרש".

האם יש לשרי-הפנים סמכות להרחיב גם את הרשימה של המטרות להפקעה ללא תמורה? התשובה, ככל הנראה שלילית משום שבסיפא לסעיף 188(ב) שבו מצויה הסמכות להרחבה, נאמר שהסמכות מוגבלת "לעניין סעיף זה". למרות זאת, יש תימוכין להנחה שחלק מההרחבות שעליהן החליט שרי-הפנים על-פי בקשת גורמים שונים במשרד-הפנים והרשויות המקומיות, הוצעו מתוך סברה מוטעית שבדרך זו תורחבה גם רשימת המטרות להפקעה ללא תמורה. אמנם, לאהרונה הוציא משרד-הפנים הבהרה בנושא זה, אולם עלול בהחלט להיות שעד אז קרו מקרים שבהם נערכה הפקעה ללא תמורה עבור אחת המטרות שהורחבו וסעיף 190(א)(1)⁵⁶.

54 האם יש בסיפא כדי להחזירו למצב המשפטי שקיים על-פי פקודת הרכישה, שם שיקול-דעתו של שרי-האוצר באשר למהו "צורך ציבורי" הוא כמעט ללא סייג? אמנם, בסעיף 2 לפקודה ובסעיף 188(ב) לחוק התכנון נעשה שימוש באותו מונח — "צורך ציבורי" — אולם בפקודה לא קיימת רשימת יעודים מותרים, כפי שמופיעה בסעיף 188(ב) לחוק התכנון. מאידך גיסא, לפי חוק הפרשנות יפורש כל מונח לפי משמעותו העצמאית. ככל הידוע, טרם זכתה השאלה בדבר גבולות שיקול-דעתו של שרי-הפנים לדיון ולהארה בפסיקה.

55 י"פ תשל"ט 191; י"פ תשל"ט 1098; י"פ תשמ"ב 2631; י"פ תשמ"ג 2597.

56 על-פי גורמים במשרד-הפנים, כך ככל הנראה היה המקרה של בתי-אבות הכוללים יחידות סיעודיות. שהרי לשירות ציבורי זה לא קשה למצוא "כתובת" מתאימה בין רשימת המטרות שבסעיף 188(ב) — לדוגמא, מוסד קהילתי יחד עם בית-חולים או מרפאה. מדוע אפוא נערכה היוזמה להרחבה? ככל הנראה מתוך סברה מוטעית — לפחות בקרב יוזמי ההצעה — שהרחבה תאפשר הפקעה ללא תמורה.

מסמך-ההבהרה שהוציא משרד-הפנים פורסם זמן קצר לאחר שטיטת מאמר זה הובאה לתשומת-לבו של היועץ-המשפטי של המשרד (יוני 1983).

סוגיית המטרות המותרות להפקעה היא בעלת חשיבות רבה מבחינת השימוש התכנוני של הפקעה ללא תמורה. השוואת ההוראות לגבי הפקעה בתמורה וללא תמורה מעלה שאלות אחדות הנוגעות להפקעה ללא תמורה:

- (1) מה פירוש "צורכי ציבור" בהקשר של אופי השירות מבחינת הפקת רווחים וסוג הגוף המפעיל?
- (2) מה הדין כאשר המטרה שלה מיועדת הקרקע אינה נכללת ברשימה שבסעיף 190(א)(1)?
- (3) כיצד יש לציין את מטרת התוכנית?
נדון בשאלות אלה אחת לאחת.

(ב) פירוש "צורכי ציבור" – אופי השירות והגוף המפעיל

סעיף 188(א) הוא הסעיף הכללי המקנה סמכות להפקיע, הן בדרך של הפקעה בתמורה והן בדרך של הפקעה ללא תמורה. בסעיף זה מצוי הביטוי "שנועדו בתוכנית לצורכי ציבור" – ביטוי הזוכה להגדרה מפורטת בסעיף 188(ב). הבנת מושג זה חשובה אפוא להבנת גבולות המטרות המותרות להפקעה במקרה של הפקעה משני הסוגים. לאחר שנבין את משמעותו הכללית של המושג, נוכל לבחון אם למטרות שיוחדו להפקעה ללא תמורה בסעיף 190(א)(1) נודעת משמעות מיוחדת.

מה פירוש המושג "צורכי ציבור"? לשאלה זו שתי שאלות-משנה: האם הכוונה לאופי השירות מבחינה זו שאסור לו להיות מסחרי? או שמא הכוונה לכך שהמפעיל יהיה גוף ציבורי? אם כן, מהו גוף ציבורי?

לשאלה זו השפעות תכנוניות ומשפטיות מרחיקות-לכת. חלק ניכר מהשירותים הנכללים הן ברשימה שבסעיף 188 והן ברשימה שבסעיף 190(א)(1) אינם מופעלים בישראל על-ידי גוף ממלכתי, וגם לא תמיד שלא-למטרות-רווח. לדוגמא: האם מותרת הפקעה לפי חוק התכנון (עם או בלי תמורה) לצורכי מרפאה המופעלת על-ידי קופת-חולים של ההסתדרות הכללית או עבור מרפאה של קופת-חולים פרטית, כגון "אסף" או "מכבי"? האם מותרת הפקעה לצורך בית-חולים פרטי שלא-למטרות-רווח (המופעל, למשל, על-ידי אגודה דתית)? בתחום החינוך השאלה שהצגנו עולה בחריפות רבה עוד יותר לנוכח הרגישות הפוליטית: האם מותרת הפקעה לצורך רשת בתי-הספר של "החינוך העצמאי"?

השוואת רשימת היעודים המותרים להפקעה ללא תמורה על-פי סעיף 20 לפקודה עם הרשימה הארוכה יותר שבחוק התכנון מצביעה על הבדל אפשרי בנוגע לאופי המפעיל שחזה המחוקק. מתוך המכנה המשותף של הפריטים ברשימה הקצרה שבפקודה (דרכים, מגרשי משחקים ונופש) משתמעת ציפיה שהמפעיל יהיה בדרך-כלל הרשות המקומית (שהיא לרוב גם הרשות המפקיעה בפועל). כן משתמעת ההנחה, שמדובר בשירותים בעלי אופי שכונתי או עירוני, ולא שירותים אווריים או ארציים. ההנחה שכך ראה זאת המחוקק דאו סבירה על רקע חלוקת התפקידים הברורה יותר שהיתה נהוגה בימי המנדט בין הרשויות המקומיות לממשל המרכזי, לעומת החלוקה הנהוגה

57 במושג "מסחרי" כוונתנו לומר: למטרות הפקת רווחים.

כיום. כן סביר להניח, שהיתה למחוקק ציפיה כי הפעלת שירותים אלה תיעשה ללא רווחים, שכן כך היה נהוג לגבי דרכים ומגרשי-משחקים. המצב בחוק התכנון פחות ברור. השאלה בדבר המשמעות של הביטוי "צורכי ציבור" לא נעלמה מעיני מנסחי החוק. בדברי הכנסת מצוי דו־שיח מעניין. חברי-הכנסת בנו כהן טען: "לא מספיק המושג של 'צורכי ציבור', אלא הקרקעות צריכות להיות גם בידי כלל הציבור. רק על אלה חל סעיף 188". משמע, חה"כ כהן התייחס לשאלת אופיו של מפעיל השירות. על כך ענה חה"כ עמוס דגני, בשם הרוב בוועדת-הפנים של הכנסת⁵⁸:

"הוועדה לא היתה סבורה שהיא צריכה כאן לקבוע את הסייג שהמקרקעין מוכרחים להיות בידי הציבור. כי יכולים להיות גם מוסדות ציבוריים לשירותו של הציבור שאינם בבעלותו של כלל הציבור, אלא בבעלותם של אנשים פרטיים או אגודות מסוימות. מכיוון שהגדרת המונח 'בידי הציבור' אינה ברורה די הצורך, חשבנו לנכון למסור לידי הוועדה המקומית אפשרות גמישה לקבוע בעניין זה".

דברי הכנסת כשלעצמם אינם יכולים, כמובן, לשמש לפרשנות החוק, אולם במקרה הנוכחי נראה כי לשון החוק תומכת בגירסתו של חה"כ דגני באשר למשמעות המושג "צורכי ציבור" בסעיף 188(ב), בכל הנוגע להפקעה בתמורה. מסקנתנו זו נובעת מניתוח המכנה המשותף שברשימת השירותים הציבוריים המוזכרים בסעיף 188(ב), והשוואתו לרשימת השירותים הקצרה שבסעיף 20 לפקודה שאותה סקרנו לעיל. בניגוד לרשימה בסעיף 20, הרשימה שבסעיף 188(ב) כוללת שירותים רבים אשר מאז ומתמיד, וגם בעת שחוקק חוק התכנון, נהוג היה להפעילם על-ידי גופים שאינם ממלכתיים, כדוגמת מרפאות קופות-החולים השונות או מסגרות חינוך לא-ממלכתיות.

יתר-על-כן: ניתן לציין שמבחינה תכנונית, הרשימה כוללת שירותי ציבור בדרגות שונות של תחום שירותים⁵⁹: חלקם בעלי תחום שירות כלל-ארצי (כגון נמלים, מוחים, שדות-תעופה, עתיקות וכד'), חלקם בעלי תחום שירות אזורי הכולל כמה ערים או יישובים (כגון בתי-קברות, בתי-מטבחים, בתי-חולים, מיתקני ביוב או מובלות) וחלקם בעלי תחום שירות לא-מוגדר, שעשוי לנוע בין שכונתי, עירוני, אזורי או אפילו ארצי — על-פי אופיו של המוסד המסוים (בסיווג זה ניתן לכלול דרכים, גנים, שטחי נופש וספורט, שטחי-חנייה ומבנים לצורכי חינוך ותרבות). על-כן לא ניתן לומר, שסעיף 188(ב) מתייחס בהכרח לשירותים המופעלים על-ידי הרשויות המקומיות דווקא.

מסקנתנו היא אפוא שבעניין הפקעה בתמורה לפי חוק התכנון, השאיר המחוקק את נושא המפעיל פתוח. ניתן להפקיע לצורכי ציבור בתמורה, גם כאשר השירות מופעל על-ידי גוף שאינו הרשות המקומית או גוף ממלכתי אחר. גוף זה עשוי להיות

58 ד"כ 43 (תשכ"ה) 2418, 2419.

59 עבור הנחיות אודות שירותי-ציבור הדרושים לתחומי שירות שונים, ראה סדרת הספרים רחל אלטרמן ומשה היל, מבטות קרקע לתכנון, חלק א: שטחים פתוחים וספורט; חלק ב: מערכת החינוך; חלק ג: מערכת הבריאות; חלק ד: תרבות וחברה; חלק ה: שירותי דת; חלק ו: המצית ושילוב המערכות (המרכז לחקר העיר והאזור, הטכניון, 1977—1985).

מעין ציבורי או אפילו פרטי. אך בכך אין עדיין לענות על השאלה בדבר הפקת רווחים. התלות בין שתי השאלות – סוג המפעיל והפקת רווחים – כמובן שאינה מלאה, ויש דוגמאות לשירותים ציבוריים המופעלים על-ידי גופים פרטיים שלא למטרות רווח כמו, למשל, מעון יום המופעל על-ידי מפעל תעשייתי למען עובדיו. התשובה באשר להפקת רווחים פחות ברורה מאשר השאלה בדבר סוג המפעיל, אך הדעת נוטה כאן לפירוש המצמצם שלפיו לא תתאפשר הפקעה אם השירות מיועד לצרכים מסחריים, אף אם הוא נכלל, לכאורה, ברשימת צורכי הציבור. כך לא תתאפשר הפקעה, לפי חוק התכנון, לבית-ספר או למרפאה המיועדים להפקת רווחים⁶⁰.

לעומת זאת, מסקנתנו בדבר סוג המפעיל המותר במקרה של הפקעה ללא תמורה היא הפוכה: משמע – לדעתנו – רק מפעיל ממלכתי (רשות מקומית או מרכזית) מותר שיהנה מהפקעה ללא תמורה. למסקנה מרחיקת-לכת זו הגענו מתוך התייחסות השוואתית לסעיפים 195 ו-196 העוסקים בזכויות הבעלים במקרים שבהם חל שינוי ביעוד לאחר ביצוע ההפקעה. המטריה שבה עוסקים שני סעיפים אלה דומה, אולם קיימים הבדלים משמעותיים ביניהם. מהבדלים אלה ניתן ללמוד אודות המשמעות הנודעת למושג "צורכי ציבור" כפי שיש להחילו במקרה של הפקעה ללא תמורה⁶¹. אין ספק, שסעיף 195 יוחד להסדרת נושא ההפקעה בתמורה, בעוד סעיף 196 יוחד להסדרת נושא ההפקעה ללא תמורה. זאת ניתן ללמוד הן מכותרות-השוליים ("דין מקרקעין שנרכשו בתמורה" ו"שינוי יעוד של רכוש מופקע ללא תשלום"), והן מלשון הסעיפים עצמם. ברישא לסעיף 195 נאמר:

"מקרקעין שנרכשו בביצוע תוכנית על-פי הסכם או שהופקעו כך תמורת תשלום פיצויים, יחולו עליהם הוראות מיוחדות אלה: ...". (ההדגשה שלי).

ואילו בסעיף 196(א) נאמר:

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

שני סעיפים אלה כוללים הוראות בדבר זכויות הבעלים במקרה של שינוי יעוד (סעיף 195(ב) וסעיף 196(א) הנ"ל), אולם סעיף 195 מכיל הוראה, שלא אין מקבילה בסעיף 196. הוראה זו מצויה בסעיף קטן (1) וזה לשונה:

"כל עוד לא שונה יעודם על-פי הוראות חוק זה, מותר להשכירם לגוף ציבורי או לאדם אחר, למטרה שלה נועדו בתוכנית, ובלבד ששר-הפנים, בהתייעצות עם הוועדה המחוזית, נתן את אישורו על כך".

60 ניתן לטעון לכיוון זה מתוך השוואת ההוראה הגורפת בדבר מטרת ההפקעה בתמורה המופיעה בפקודת הרכישה, עם הנוסח הדקדקני שבחוק התכנון.

61 אין הכרח שאותה משמעות של "צורכי ציבור" תחול הן על סעיף 188(ב) והן על סעיף 190(א)(1), שכן בסעיף 188(ב) נאמר בהגדרה של "צורכי ציבור" שהיא חלה "בסעיף זה" (ההדגשה שלי. ר. א.).

סעיף זה יש לקרוא יחד עם סעיף 26 לחוק, שם נקבע, בסעיף קטן (א) :

"מקרקעין שהופקעו על-ידי הוועדה המקומית או שיש להקנותם לה בדרך אחרת מכוח חוק זה או על-פיו, יירשמו בפנקסי-המקרקעין על-שם הרשות המקומית שבתחומה נמצאים המקרקעין, או על-שם המדינה, אם נקבע הדבר במפורש בתוכנית או אם אין רשות מקומית, כאמור"⁶².

מלשון סעיפים אלה עולה, שבמקרה של הפקעה בתמורה ראה המחוקק צורך לציין במפורש שכל עוד לא שונה יעוד המקרקעין, מותר להשכירם לגוף אחר. משמע, ניתן להעביר את ההפעלה של היעוד הציבורי לגוף שאינו הרשות המקומית או המדינה, כולל גוף שאינו ציבורי, כפי שהסקנו לעיל. מכאן ניתן ללמוד כי במקרה של הפקעה בתמורה, היעוד הוא עצמאי מהגוף המפעיל, ושינוי בסוג המפעיל בלבד אינו מהווה גם שינוי ביעוד.

ברם, בסעיף 196, העוסק בהפקעה ללא תמורה, חסרה, כאמור, הוראה המקבילה ל-195(1). מאחר שאנו עוסקים במטריה דומה, מכלל הן ניתן ללמוד על לאו: הוועדה המקומית והרשות המקומית אינן מוסמכות להעביר מקרקעין שהופקעו לפי סעיף 190 (א) (1) ללא תמורה, למפעיל שאינו הרשות המקומית או המדינה. ממסקנה זו משתמעת תשובה גם לחלקה השני של השאלה שהצבנו בדבר הפקת רווחים. משמעותה של מסקנה זו היא, למשל, שכאשר מסומן בתוכנית גן והכוונה היא שהשטח יופקע ללא תמורה, אזי פירוש הסימון הוא שמדובר בגן ציבורי; כאשר מיועד שטח לבית-ספר, פירושו יעוד לבית-ספר מלכתי; וכאשר מיועד השטח לשירות רפואי, פירושו שניתן להפעיל בו שירות ממלכתי, כגון לשכת-בריאות, אך לא מרפאה של אחת מקופות-החולים.

מסקנה זו עולה בקנה-אחד לא רק עם לשון החוק אלא גם עם מטרתו. ראינו לעיל, שרשימת היעודים המותרים להפקעה ללא תמורה אשר היתה נהוגה בפקודת הרכישה היתה כרוכה, מעצם מהות היעודים שהוזכרו, גם בהגבלה אפקטיבית שממנה השתמע כי המפעיל יהיה בדרך-כלל הרשות המקומית. סביר שמחוקק חוק התכנון התכוון להמשיך באותה דרך, תוך הרחבת רשימת היעודים בלבד. ההבחנה בין הפקעה בתמורה וללא תמורה מבחינת אופי המפעיל היתה, כאמור, קיימת גם בפקודה, ואף בחריפות-יתר, ואין בה אפוא חדש. למסקנתנו גם היגיון ציבורי: הפקעה ללא תמורה מהווה פגיעה יוצאת-דופן בקניין הפרט, ועדיפה מדיניות ציבורית המבליטה את האופי הציבורי השווה-לכל-גפש של השירות שעבורו נלקחת הקרקע. מסקנתנו זו אינה עולה בקנה-אחד עם המצב בפועל⁶³. קיימים, ככל הנראה, מקרים

62 את הוראות סעיפים 27, 195 ו-196 לחוק התכנון המסדירים שימוש במקרקעין שהופקעו, יש לקרוא יחד עם הוראות סעיף 188 לפקודת העיריות [נוסח חדש], הקובע דרך כללית למכירת או השכרת מקרקעין שבבעלות הרשות המקומית.

63 טרם נערך מחקר שיטתי באשר להיקף התופעה, והנושא דורש מחקר-שדה. באשר למידת הרציפות של תופעת ההפקעות ללא תמורה עבור שירותי-ציבור שאינם ממלכתיים או עירוניים, היו המרואיינים חלוקים, כאשר הקו המפריד ביניהם היה בדרך-כלל השתייכותם לסקטור הפרטי לעומת הזדהותם עם התכנון הציבורי. אולם בנושא אחד היתה הסכמה רחבה: הצורך להגביל את המושג "צורכי ציבור" לגופים שאינם נושאים רווחים.

שבהם מופקעת קרקע ללא תמורה הנמסרת למוסדות, כגון קופות-חולים או בתי-ספר של "החינוך העצמאי". ישום מסקנתנו יהיה כרוך בשינויים מרחיקי-לכת בנוהגי התכנון. רצוי שהמוסדות הממונים ידאגו למתן הנחיות ברורות בנושא זה, שחשיבותו המעשית רבה.

לשם השלמת התמונה מן הראוי להעיר, שבפועל לא תמיד עולה בעת ההפקעה השאלה בדבר זהות הגוף שיפעיל את השירות, שכן בדרך-כלל התוכניות נוקטות מינוח סחמי, כגון "מבני ציבור", או, במקרה הטוב, ציון כללי של יעוד כגון "מבני חינוך", ללא פירוט נוסף. גוהג זה נחשב בוח, הן על-ידי היועצים המשפטיים והן על-ידי המתכננים השואפים לגמישות⁶⁴. ממסקנתנו דלעיל עולה, שרצוי כי העוסקים בהפקעה ידאגו להתעניין בדבר סוג המפעיל הצפוי, אחרת עלולים הם להיתקל בתביעות על-פי סעיף 196 מטעם בעל הקרקע המופקעת, במקרה שזו תועבר לידי גוף שאינו ממלכתי או עירוני.

(ג) בעיית קביעת המטרות המותרות

ראינו לעיל, שרשימת המטרות המותרות להפקעה ללא תמורה היא צרה בהרבה מרשימת המטרות המותרות להפקעה בתמורה לפי חוק התכנון. ברור שאם המטרה אינה נכללת ברשימה שבסעיף 188(ב) ושר-הפנים לא אישר הרחבה, לא ניתן לבצע את ההפקעה על-פי חוק התכנון. אולם מה הדין כאשר המטרה נכללת בסעיף 188, אך לא בסעיף 190(א)(1)?

שאלה זו נדונה בפרשת פיאט⁶⁵, ששם היו המערערות והוועדה המקומית חיפה חלוקות בדבר גובה הפיצויים שאינם שנויים במחלוקת, ושעל הוועדה המקומית לשלם עבור קרקע שהופקעה על חוץ-הים בכניסה לחיפה, עד לקביעה סופית (סעיף 190(א)(5)). הוועדה המקומית הציעה סכום המבוסס על ניכוי של 40% בגין הפקעה ללא תמורה. השופט עציוני, בשם בית-המשפט, מצטט את מטרת התוכנית כדלקמן:

"...לאפשר מבט בלתי-מופרע אל הנוף לנכנסים ויוצאים מהעיר וכן מיועד השטח לשמש כרורבה קרקעית עבור מצעדי צה"ל אשר מתקיימים בחיפה מדי פעם"⁶⁶.

השופט מונה את רשימת היעודים המותרים להפקעה ללא תמורה שבסעיף 190(א)(1) ומסיק, כי היעודים שבתוכנית אינם גופלים בגדר רשימה זו, ועל-כן הניכוי של 40%

64 במחקר-שדה שבוצע בהנחיית המחברת על-ידי סטודנט לתואר שני בתכנון ערים ואזורים, בנימין מורי, נבדקו כל המקרים של הפקעה בתמורה מוקטנת או ללא תמורה בעשור האחרון בחיפה. בכל מקרה נבדק נוסח התקנה בתוכנית המסמיכה להפקעה. נמצא שברוב המקרים של המקרים היה נוסח התקנה בתוכנית כללי מדי מכדי לשמש התראה מוקדמת לבעלי-הקרקע על הפקעה ללא תמורה הצפויה: בכ-60% כלל סעיף ההסמכה איזכור של סעיף 188 לחוק התכנון בלבד (ולא סעיף 190(א)(1)); בכ-8% נוספים לא כלל תקנון התוכנית סעיף כלשהו בדבר הפקעה. חיבור על מחקר לתואר שני (הטכניון, המסלול לתכנון ערים ואזורים, באנגלית, יוני 1985). "Benjamin Murray, 'Exactions of Land...'"

65 ע"א 676/75 (לעיל, הערה 32).

66 שם, בעמ' 792, מול האות ג.

אינו כדין. אמנם השופט מעלה נימוק נוסף, מדוע אין הניכוי מותר — הנימוק שבעלי-הקרע לא יוכלו ליהנות מהשבחת ערך קרקעותיהם עקב ההפקעה והפיתוח שיבוא, אולם בפס"ד ארזית פייצר נקבע שהלכת ביאט נוגעת לשאלת המטרות האסורות ולא לשאלת ההשבחה. במלים אחרות: נושא המטרות דווקא הוא הרציו של פסק-הדין⁶⁷. כדי להבין את משמעותה של מסקנה זו, נבחן את עובדות פסק-הדין ביתר-דקדוק. כזכור, צוינו שם שתי מטרות: מבט בלתי-מופרע לנוף, ושטח דורבה למצעדים. לפחות המטרה הראשונה קרובה או דומה, בהקשר של איסור הבנייה והשימוש התכנוני המ-קובל, למטרה של גנים ושטחי גופש וספורט המותרת במפורש לפי סעיף 190(א)(1). את כל אלה מקובל לכרוך יחד בתור "שטחים ירוקים" המשמשים בדרך-כלל בור-זמנית לכמה תפקידים, נוסף על גופש פעיל, וביניהם שמירת מבטים פתוחים לנוף⁶⁸. שטח למצעדים עשוי אף הוא להיחשב כשטח פתוח או כשטח ירוק (תלוי במאפייניו המ-סוימים).

מתוך כך עולה, שבית-המשפט נקט פרשנות מאוד דווקנית לגבי מידת ההתאמה הדרושה בין המטרה המצוינת בתוכנית לבין המטרות המותרות להפקעה ללא תמורה. למעשה, הלכת ביאט דורשת שהתוכנית תשתמש במינות זהה או כמעט זהה ללשון החוק. לדוגמא: תנקוט לשון "גנים" ולא "שטחים פתוחים", או תשתמש במונח "מבנה תרבות לקשישים" במקום "מועדון לקשישים". דרישה זו נוגדת את הפרקטיקה בתכנון, שלפיה נהוג לנקוט מיגוון של מונחים השונים במקצת מלשון החוק, וכן נהוג להעדיף סיווג כללי יותר, המקיף כמה יעודים מפורטים, על-פני ציון של יעוד מפורט.

הלכת ביאט ברורה עוד פחות כאשר חלים שני יעודים או יותר על אותה חלקה, אף אם היעודים כולם ציבוריים מובהקים. עובדות המקרה מעלות שאלות בעלות חשי-בות מעשית לתכנון: האם ראה בית-המשפט את שני היעודים גם יחד כיעודים הא-סורים להפקעה ללא תמורה? האם בכלל איבתן ביניהם? מה היתה ההלכה לו היה בית-המשפט מכיר בחוקיותו של היעוד הראשון (שמירה על הנוף), אך לא בחוקיותו של השני (רזרבה למצעדים)? מה הדין כאשר קיים יעוד ראשי ויעוד משני? את התשובות לשאלות אלה ניתן למצוא, בחלקן, בתחום הכללים שמחיל המשפט המינהלי, כגון מבחן המטרה הדומיננטית. במקרה הנוכחי סתם בית-המשפט ולא פירש, ובכך הערים קשיים רבים בפני מתכננים המבקשים לנהוג על-פי הלכתו.

יתר-על-כן: הדרישה העולה מפסק-הדין נוגדת את העובדה שהשימוש בקרקע ובמבנים עשוי להשתנות במידה מסוימת בהתאם לשינויים בשכונה או בעיר, מבלי שנהוג לסווג זאת בהכרח כשינוי יעוד במלוא מובן המלה. מנקודת-ראות זו, להלכה הדווקנית של ביאט השפעות חמורות באשר לתחולתו של סעיף 196 המסדיר את זכויות הפיצוי או ההשבה-בעין של קרקע שהופקעה ללא תמורה ושיעודה שונה

67 ע"א 377/79 (לעיל, הערה 34), דברי נשיא בית-המשפט, השופט לנדוי (בעמ' 652, מול האות א): "יעוד יוזכר, שהדברים שהובאו לעיל מאותו פסק-דין, היוו טעם נוסף למסקנה, שאליה הגיע בית-המשפט גם בלא-זה, כי די היה בטיעון הראשון — שמטרת התוכנית שנדונה שם, לא היתה כלל מן המטרות המוזכרות בסעיף 190(א)(1)".

68 ראה אלטרמן והיל, סכסכות קרקע לתכנון, חלק א: שטחים פתוחים וספורט (לעיל, הערה 59).

לאחר ההפקעה. למעשה, עשויים סוגים רבים של שימוש בקרקע בפועל ליפול עתה ברשותו של סעיף 196, על כל המשתמע מכך לגבי מידת הגמישות הדרושה לרשויות התכנון והרשויות המקומיות לצורך הפעלת שירותי-ציבור. מעניין, שגישת בתי-המשפט בסוגיות הקרובות לנושא הנדון גתה דווקא להעניק לרשויות היתרים נדיבים לשיקול-דעת רחב – יש אומרים רחב יתר-על-המידה (כגון סבלנותם הרבה באשר לעיתוי השימוש בפועל בשטח שהופקע).⁶⁹

ישום הלכת כיאם ידרוש הליכת כברת-דרך לא-קצרה לשינוי נהגים קיימים. כיום רמת הבקאות בכלי ההפקעה ללא תמורה ומיגבלותיו היא נמוכה. לעתים לא קיימת מודעות אפילו באשר להבחנה בין רשימת המטרות המותרות להפקעה ללא תמורה לבין הרשימה שבסעיף 188(ב). אין להוציא מכלל הסבירות, שבפועל בערכות הפקעות רבות ללא תמורה כלל, או תוך ניכוי 40% מהפיצויים, עבור יעודים שאינם כלולים בסעיף 190(א)(1). גם בפסיקה לא תמיד הודגשה ההבחנה שבין רשימות המטרות.⁷⁰

(ד) האם התשריט קובע את תקנון התוכנית?

ראינו שהפסיקה חייבה הקפדה על ציונה של מטרת ההפקעה וכי גדרשות אמות-מידה קפדניות לבחינה האם המטרה מותרת להפקעה ללא תמורה. לנוכח זאת ברור, שנודעת חשיבות משפטית לאופן ציונה של המטרה בתוכנית. מאיזה חלק בתוכנית יש לשאוב את הגדרת המטרה, מהתשריט (המפה) או מה"תקנון" (החלק הכתוב המפרש את הכללים שיש להחיל)? ואם מהתקנון, מאיזה חלק בו?

סעיף 188(א) לחוק התכנון קובע, כזכור, כי "מותר לוועדה המקומית להפקיע לפי חוק זה מקרקעין שנועדו בתוכנית לצורכי ציבור" (ההדגשה שלי. ר.א.). למונח "יעודי קרקע" משמעות מקובלת בתכנון עירוני. הוא מתייחס בדרך-כלל לסיווג הקרקע לאחת מקטגוריות השימוש המקובלות ולצביעת התשריט לפי מפתה צבעים מתאים, ואילו מתלוות הנחיות הכתובות בתקנון. לעומת זאת, בכותרת-השוליים לסעיף 188 נקט המחוקק את הביטוי "מטרת ההפקעה". בסעיף 189 מופיעים שני הביטויים גם יחד.⁷¹ מהיכן נשאב את ציון המטרה המחייב? האם מיעוד הקרקע "הצבוע" בתשריט והמפורט בתקנון, או שמא מחלק אחר של התוכנית, המקובל אף הוא והמופיע בדרך-כלל בראשית התקנון ובו מצוינות "מטרות התוכנית"? מטרות אלה הן לעתים כלליות יותר מאשר יעוד הקרקע, ולעתים מפורטות יותר. הבעיה צצה כאשר אין הסכמה בין שני מקורות אלה.

כדוגמא ניקח את עובדות המקרה של פסק-דין כיאם⁷², שם הסתמך בית-המשפט בקביעתו על ציטוט חלק מהתוכנית אשר הוא מכנה "מטרת התוכנית". מנוסח המטרה שצוטטה סביר להניח, כי מדובר באותן מטרות כתובות, מילוליות, המופיעות בראש

69 על תמצית הדיון בנושא זה ראה רויטל (לעיל, הערה 48), עמ' 172 ו-180. במיוחד ראה פסקי-הדין הבאים: ת"א (ת"א) 158/73 צילה מנדל-בורקו נ' עיריית רמת-גן, פ"מ תשל"ג (1) 469; בג"צ 75/57 קלמס נ' הוועדה המקומית לבנייה ותכנון ערים תל-אביב-יפו, ס"ד יא 1601.

70 לדוגמא: בפרשת פיצר הנ"ל – ראה הערה 34. מתוך שיחות שערכנו הסתבר, שככל הנראה אפילו עובדי אגף-התכנון במשרד-הפנים לא תמיד מודעים להבדל.

71 כתוב בסעיף 189: "... למטרה הציבורית שלה נועדו בתוכנית האמורה".

תקנון התוכנית. את יעוד הקרקע אין בית-המשפט מזכיר כלל. לצורך הדיון נניח שבמקרה זה היו המטרות מפורטות יותר מאשר היעוד בתשריט. לדוגמא, נניח שב-עובדות המקרה היה התשריט צבוע ירוק, ושבתקנון היה כתוב ששטח זה יכול לשמש למשחק, לגופש, לספורט, לגינון ולהתכנסויות ציבוריות. לפי ניסוח כזה, קיימת התאמה חלקית לפחות עם נוסח סעיף 190(א)(1). בית-המשפט פסק לפי ניסוח המטרות, ובכך צימצם את היקף תכולת סעיף 190(א)(1). ומה הדין כאשר המצב הפוך, שלפיו המטרות הן כלליות ונכללות בסעיף 190, בעוד שהתשריט והתקנות מפורטים יותר ונוקטים מונחים שאינם מוזכרים בסעיף 190? ⁷² לנוכח הכיוון המחמיר של הלכת ביאז לא ברור מה יהיה הדין אפילו במקרה כזה.

מתוך דברים אלה ניתן להסיק, שעד שיובהר הדין, מוטב למתכננים לדאוג לכך שהן מטרות התוכנית והן יעודי הקרקע ייכללו באופן ברור במסגרת סעיף 190(א)(1). משמעות מסקנה זו אינה טכנית בלבד. היא עשויה להוביל לטתי תגובות קיצוניות, ושתייהן אינן רצויות. מחד גיסא, עלולה התגובה להיות רצון לניסוח מפורט מאוד של המטרה, ובכך להקטין את מידת הגמישות הרצויה בתוכניות לשם התמודדות עם צרכים משתנים; ומאידך גיסא, מתוך השאיפה להבטיח גמישות, עלולים היועצים המשפטיים להמליץ לנקוט לשון כללית המסתפקת באיזכור הסעיף—וגם לכך משמעות לא-רצויה מבחינת האורח, אשר לא יוכל למצוא בתוכנית מידע אודות הפעולות הצפויות בקרקע שלו ⁷³. למידת הפירוט עשויות להיות גם השפעות לגבי תכיפות תחולתו של סעיף 196, העוסק במקרים של שינוי יעוד לאחר ההפקעה ⁷⁴.

5. בעיית חלוקת הנטל

ראינו שבארצות-הברית, ובמידה מסוימת גם באנגליה, אחד המבחנים לחוקיותה של הדרישה להפרשת קרקע הוא מבחן השוויון בחלוקת הנטל. למבחן זה שני פנים: האחד, שבעלי-הקרקע באיזור החדש המיועד לפיתוח לא ידרשו לשאת בנטל הפרשות קרקע גדול יותר מאשר חלקם היחסי כתוספת לאוכלוסייה הוותיקה; והשני, שדיירי איזור ותיק לא ידרשו לממן—באופן ישיר או עקיף—שירותי-ציבור לאיזור החדש. ראינו שבארצות-הברית אף נוצר כלי המיועד במיוחד לפתרון מצבים אשר בהם אין

72 ע"א 676/75 (לעיל, הערה 32).

73 לדוגמא: אם המטרה היא "לדאוג למוסדות-בריאות נאותים", בעוד שבתקנון ובתשריט מדובר בשטח המיועד ל"בית-אבות סיעודי"?

74 ראה גם לעיל, הערה 64. שאלה נוספת עוסקת במידת הפירוט שבה יש לציין את השטח המופקע: האם יש צורך לציין לגבי כל חלקה וחלקה מהו יעודה המסוים, או שמא ניתן לציין שטח גדול יותר? שאלה זו הועלתה בבית-המשפט המחוזי בפסק-דין ת"א (ת"א) 158/73 צילה מנדל-בורקו (לעיל, הערה 69), שם טענה התביעה שלצורך הפקעה דרושה "תוכנית ספציפית" לכל חלקה וחלקה. ככל הנראה היתה הכוונה שדרושה תוכנית מפורטת לכל חלקה, בעוד שבמקרה הנדון היה מדובר בתוכנית-מיתאר מקומית. בית-המשפט קבע בעניין זה, שדי בסימון כללי של כל החלקות יחד ואין צורך בהגשת תוכנית נפרדת לכל חלקה. ראה גם רויטל (לעיל, הערה 48), עמ' 172.

75 סעיף 196 נוקט לשון "שינוי יעוד" ולא "שינוי מטרה".

האיזור החדש בעל ממדים או גודל אוכלוסיה המצדיקים הפרשת קרקע בעין, שלפיו מוערך החלק היחסי של תוספת הקרקע הנדרשת, והיום החדש משלם את שווייה (fess in lieu) *75. על המתכננים מוטל להוכיח שנערכו התחזיות הדרושות. הכסף מיועד לשמש לרכישת קרקעות במקומות הדרושים.

בישראל לא נוצר מבחן כלשהו המתייחס לחלוקת הנטל. החוק אינו קובע מבחן כזה באופן ברור, והפסיקה אף הרחיקה לכת וצמצמה מאוד כל סיכוי לפירוש החוק באופן המאפשר, ולו באופן חלקי, התהוותו של מבחן כזה. כל זאת, למרות שכפי שראינו, נשיא בית-המשפט העליון (דאז), השופט לנדוי, הציג בפרשת פייצ'ר⁷⁶ את נימוק ההשתתפות בגטל דווקא כנימוק הציבורי הכללי המצדיק הפקעות ללא תמורה, ופסל את הנימוק החלופי — נימוק ההשכחה. כהכללה, ניתן לסכם את מעמדו של נימוק ההשתתפות בגטל כך: כהצדקה כללית — כן; כאמת-מידה לאיבחון בין הפקעות מותרות לאלה שאינן מותרות — לא.

האפשרות לפיתוח מבחן חלוקת הנטל על-פי החוק הקיים היתה מצומצמת גם לפני הלכת פייצ'ר. עם זאת, ניתן היה לאתר היבטים אחדים בהסדר המשפטי הנוגעים לנושא באופן חלקי, ושמהם ניתן היה, אולי, ללמוד על קיומה של אמת-מידה מסוימת הנוגעת לחלוקת הנטל. הנושא קשור בשלוש סוגיות:

- (1) האם קיימת הבחנה בין רמות של אזורי שירות?
- (2) האם מותרת "הפקעה נקודתית"?
- (3) האם מותר השימוש בהפקעה ללא תמורה לתועלתו של יום פרטי?

(א) האם קיימת הבחנה בין רמות של אזורי שירות?

האם ניתן להפקיע ללא תמורה לצורכי שירותי-ציבור שכונתיים או רובעיים בלבד, או שמא מותר להפקיע ללא תמורה גם לצרכים עירוניים או אפילו אזוריים? "אף שסוגיא זו איננה חופפת את המבחן האמריקני באופן מלא, היא עשויה להצביע על

*75 כמאמר ערכני ומקיף הסוקר את הקריטריונים שפותחו לבחינת סבירותם של הטלי פיתוח (כולל הפרשות קרקע) J. Sheen אומר:

"Exactng development fees from the developers for the community costs attributable to their developments puts everyone on notice of the costs beforehand. New residents see those costs reflected in the price of the property they buy and old residents are assured that they will not be required to finance ill-conceived development because development will pay its own way".

ראה J. Sheen, "Development fees — Standards for Defining their Reasonableness" 33 Utah Law Review (1982) 549—569.

76 ע"א 377/79 (לעיל, הערה 34).

77 בתכנון ערים מקובלת חלוקה לרמות של מידרג עירוני. הדרג השכונתי הוא הנמוך יותר, ומתייחס לאוכלוסיה של כמה אלפי נפש; דרג רובעי מתייחס לחלק של עיר, בעיקר בערים גדולות; דרג עירוני מתייחס לכל השטח העירוני; ודרג אזורי מתייחס למיקבץ של ערים ויישובים כפריים. לכל דרג ישנו מיקבץ מאפיין של שירותי ציבור. אף שיש נזילות מסוימת בין הרמות ויש מידה של חופש לחלופות בתכנון חלוקת השירותים, ניתן לדבר על חלוקה טיפוסית. ראה אתרמן והיל (לעיל, הערה 59).

הגבלה מסוימת בדבר גודל הנטל המוטל על האוכלוסיה החדשה. היא עשויה, למשל, לענות על השאלה האם מותר להפקיע בשכונה קטנה חדשה שטח המיועד לבית-ספר גדול שישרת גם, או בעיקר, אוכלוסיה מחוץ לשכונה.

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

ברם, אפיק פרשנות זה נחסם, לפחות בינתיים, על-ידי הלכת פייצ'ר. בפוסלו את הגימוק שהעלו המערערות בדבר הצורך שתהיה קיימת השבחה לקרקע הנוותרת בידי הבעלים שהופקע, אומר השופט לנדוי:

"(תנאי ההשבחה ממילא אינו תופש) כאשר משתמשים באוחס 40% לבניית בית-ספר, כמו במקרה דנו, או בתי-חולים—גם אם אלה שימושים, המותרים בגדר סעיף 190(א)(1) של החוק"⁷⁸.

בקביעתו זו הסתמך השופט לנדוי, ככל הנראה, על העובדה שרשימת היעודים הכלולים בסעיף 190(א)(1) יכולה להתפרש לשני כיוונים: מחד גיסא, ניתן לטעון—כפי שעשינו לעיל—שמתוך המכנה המשותף שברשימה משתמעת הכוונה לשירותי-ציבור בעלי איזור שירות שכונתי או רובעי; אולם מאידך גיסא, ניתן גם לטעון כי המינוח שאותו נוקט הסעיף הוא כללי, ובאמרו, למשל, "בנייני בריאות" הוא מאפשר לא רק שירותי בריאות שכונתיים, כמו מרפאות ראשוניות, אלא גם שירותי בריאות עירוניים ואזוריים, כמו בתי-חולים.

לדעתנו, לשון החוק סובלת את שני כיווני הפרשנות גם יחד, ואלמלא דבריו המפורשים של השופט לנדוי היינו אומרים שבינתיים תוצאת החיפוש אחר אמת-מידה של חלוקת הנטל עומדת בתיקו. אולם נראה לנו, עם כל הכבוד, שבאמצעו את הפירוש גטול הסייגים, לא נתן בית-המשפט את דעתו למשמעותם של שתי מיגבלות נוספות הנלוות להפקעה ללא תמורה: השפעותיה של עצם המיגבלה ל-40%, והדרישה שלא תיפגע יתרת המגריש בעקבות ההפקעה (הסיפא לסעיף 190(א)(1))⁷⁹. ברוב המקרים, משמעותן המעשית של מיגבלות אלה היא שלא ניתן להפקיע בפועל ליעודי קרקע עתירי-שטח, הן משום שנדירים מגרשים גדולים כל-כך, ששטח כזה מהווה רק 40% מהם⁸⁰, והן משום שיעודים כאלה הם לעתים תכופות גם בעלי השפעות שליליות על ערך הקרקע (היתרה). כדוגמאות ניתן להביא מגרשים לספורט תחרותי, בתי-חולים או אפילו בתי-ספר גדולים.

78 ע"א 377/79 (לעיל, הערה 34), בעמ' 652, מול האות א.

79 מידת ההגבלה שיש בסיפא תלויה בפרשנותה. ראה להלן, סעיף ד(7).

80 יועיל אם נציין שבעת פיתוח שטח כלשהו נדרשים שטחים רבים לצרכים קבועים, פחות או יותר, כגון דרכים ותחנה, התופשים בדרך-כלל כ-20%—25% מהשטח. משמע, שבדרך-כלל נותרים רק 15%—20% נוספים לצרכים אחרים כגון בתי-ספר, מרפאות או מגרשי-ספורט.

על-פי המשקל המצטבר של הוראות נוספות אלה, בצירוף עם הרמז המצוי ברשימת היעודים בדבר הגבלה לרמה השכונתית, ניתן היה – לדעתנו – להסיק שכוונת המ"חוקק היתה להגביל את סמכות ההפקעה ללא תמורה לשירותי-ציבור ברמה השכונתית או הרובעית בלבד.

בהקשר זה, מעניינת עמדתו של מינהל-מקרקעי-ישראל, בעל-הקרקע הגדול במדינה, שממנו מופקעות חלק גדול מהקרקעות לצורכי ציבור. המינהל אימץ, למעשה, גירסה חלקית של פירוש המגביל את נכונותו להפריש קרקעות לשירותי-ציבור מסוימים שאינם בדרג השכונתית. בהנחיות הפנימיות של המינהל נאמר ש"שטחים" ציבוריים פתוחים הנקבעים כתוצאה מפחת קרקע (ואדיות וכו'), דרכי מע"צ, שמורות-טבע וכדו' אשר אינן משרתות את השכונה, לא ייכללו בשטח התוכניות לצורך חישוב שיעור אחוז ההפרשות לצורכי ציבור" (ההדגשות שלי. ר.א.)⁸¹.

כל זאת באשר לדין הקיים. עמדותיהם של המרואינים היו חלוקות בדבר ההתייחסות הרצויה לרמות השירות השונות של שירותי-הציבור. נציגי בעלי-הקרקע הפרטיים ביקשו להגביל הפקעות ללא תמורה לשירותים שכונתיים בקנה-מידה קטן, בעוד שנציגי הגופים הציבוריים היו בעד המשך המצב הקיים, ומרביתם אף היו רוצים לראות את הרחבתה של רשימת היעודים המותרים, כך שתקיף גם שירותים הנכללים היום בסעיף 188(ב) בלבד.

(ב) האם מותרת הפקעה נקודתית?

קשה לדמיין מצב שבו תוכר, בארצות-הברית או באנגליה, הסמכות להפקיע קרקע לצורכי ציבור באופן נקודתי ממגרש יחיד, כאשר הנטל נופל באופן בלתי-שווה על כתפי הבעלים של אותו מגרש, מבלי שנלווית לו השבחת ערך הקרקע. מצב כזה עשוי לעלות בעיקר כאשר מדובר באיזור מבונה ברובו, בעת שצף הצורך בשטח ציבורי אשר לא תוכנן מלכתחילה⁸².

בישראל המצב שונה. הדין כיום הוא שהפקעה נקודתית היא כשרה למתדרין. תוצאה ברורה זו גובעת בעיקר מהפסיקה. בחוק התכנון אין הגבלה מפורשת המרסנת הפקעה נקודתית, אך להערכתנו ניתן היה בפועל למנוע הפקעה כזו בחלק גדול מהמקרים על-פי ההוראה בדבר אי-פגיעה ביתרת המגרש (ראה להלן, ד(7)). בעבר ניתן היה לחשוב, כי לפחות במקרים שבהם הופקע מגרש שלם, תהווה ההוראה בדבר יתרת המגרש מחסום משמעותי. אולם לאחר הלכת פייצר הנ"ל הותר גם רסן זה במידה רבה. בפסק-דין זה הרחיק בית-המשפט לכת וקבע, שגם כאשר הבעלים אינם בעלי קרקעות נוספות באיזור והנטל נופל בעיקר עליהם, מותרת הפקעה ללא תמורה; והרי לנו

81 נוהל פנימי שהוצא על-ידי האגף לתכנון ופרוגרמות במינהל-מקרקעי-ישראל, ירושלים, 18.6.78, סעיף 3.5.3 בנוהל; ראיון עם מר יוסף לוי, מינהל-מקרקעי-ישראל.

82 כמובן שניתן להעלות על הדעת גם מצבים שבהם תכנון הפקעה נקודתית באיזור שטרם פותח, אולם אזי מדובר באמת בהחלטה שרירותית או מפלה ולא בצורך ציבורי. שהרי במצב האחרון ניתן לתכנן את השטח כך שהנטל יחולק באופן שווה יותר. בישראל עומד לרשות המתכנן גם הכלי של חלוקה-מחדש (רה-פרצלציה) לפי סימן ז לחוק התכנון, המבטיח שוויון בנטל.

הפקעה נקודתית par excellence. לאחרונה, בעניין שר, נתן בג"צ דעתו באופן ישיר על סוגיית אי-השוויון הכרוך בהפקעה נקודתית ללא תמורה. העותרים טענו, כי ההפקעה שהטילה נטל בלתי-שווה באופן בולט על אחד הבעלים, דבק בה פגם של אי-חוקיות או שיקול פסול. גם במקרה זה נפסק שאין עילה להתערבות בג"צ ואין שיקול-הדעת שהופעל בהפקעה הנקודתית לוקה באי-סבירות**.

(ג) האם מותרת הפקעה לתועלתו של יזם פרטי?

קיימים מצבים שכיחים, שבהם על רשות מקומית להתחילט אם ברצונה להשתמש בסמכותיותה להפקעה ללא תמורה כדי לרכוש שטחים ציבוריים הנלווים לפרוייקט בעל אופי מסחרי. לדוגמא, יזם מגיש תוכניות להקים בית-מלון גדול. אף שהפרוייקט אינו שירות ציבורי בפני עצמו, הוא דורש בדרך-כלל שטחי דרכים או גינות אשר מקובל שיהיו בבעלות ציבורית, והנכללים במסגרת היעודים המותרים להפקעה ללא תמורה. במצב כזה עולה שאלת חלוקת הנטל בשיא חריפותה: האם קיימת מיגבלה כלשהי בחוק בפני שימוש בסמכותיותה של הרשות הציבורית להפקיע קרקע מבעל-קרקע סמוך ללא תמורה לצורכי רווחתו הכלכלית הישירה של היזם?

דומה שלא נחטא לתחושתו של הקורא, אם נניח שהוא חש אי-נוחות בולטת משימוש בסמכותיות הציבורית במצב זה. עד כמה שמסקנתנו קשה, לא מצאנו בחוק הגבלה בפני השימוש בכלי ההפקעה בדרך זו. הסיבה היא, שמבחני החוק מתייחסים לשימוש בקרקע המופקעת עצמה ולא ליעוד העיקרי אשר שטחי הציבור אמורים לשרת. גם בפסיקה לא מצאנו עוגן לתלות בו מסקנה שונה. בהפוך הוא: פסק-דין פייצר**⁸³, אף שאינו מעורר סוגיא זו באופן ישיר, הכשיר, כאמור, הפקעות נקודתיות מבלי שהציב כל מבחן מיוחד למקרים כאלה; והפקעות לתועלתו של יזם פרטי יהיו בדרך-כלל הפקעות נקודתיות. האם ניתן לתקוף הפקעה כזו בטענות כלליות השאובות מהמשפט המינהלי, כגון טענת תום-הלב? טענה זו הועלתה על-ידי העותרים בפלים כילדינגס בע"מ נ' משטרת ישראל ואח', אולם נדחתה על-ידי בית-המשפט**.

ככל הנראה, אי-התאמתו של הדין בנושא זה לחוש ההגינות הוא בולט במיוחד; שכן, ממחקר השדה עולה כי ישנן רשויות מקומיות, כמו עיריית חיפה, אשר לאחרונה פיתחו מדיניות פנימית השואפת לצמצם את השימוש בהפקעה ללא תמורה בדרך המתוארת לעיל. כתחליף, הן נוהגות לחייב את היזם לרכוש את הקרקע ישירות מהבעלים ולמסור אותה להן. ללא תמורה. במקרים אחרים נעשה שימוש בהפקעה

⁸² בג"צ 690/83 רחל ומאירה שר נ' שר הפנים ואח' (לעיל הערה 35).

⁸³ ע"א 377/79 (לעיל, הערה 34).

⁸³ בג"צ 189/83, פ"ד לז(3) 215. העותרים טענו שהעובדה שהפקעת הכביש בוצעה בחלקה שלהם בלבד ולא בחלקה הסמוכה הצפויה ליהנות מהכביש, מצביעה על העדר תום-לב ויש בה כדי להביא לבטלות התוכנית. בית-המשפט דחה טענה זו משני נימוקים: האחד, טענה זו מתייחסת לתוכנית ולא להפקעה ולכן היתה צריכה להישמע בעת ההתנגדויות לתוכנית. אם חרף זאת אישרה הוועדה המחוזית את התוכנית, אין להעלות את טענת פסלותה של התוכנית עתה. והשני, בית-המשפט השתכנע, שהכביש נחץ לפתרון בעיות התחבורה בעיר ושלא ניתן להפקיע גם מהחלקה הסמוכה. האם ניתן למצוא כאן ראשיתן של אמות-מידה מתי תהיה מותרת הפקעה לתועלתו של יזם פרטי?

בתמורה, ובמקביל נחתם הסכם עם היזם שלפיו הוא ישפה את הרשות המקומית על פיצויים שתידרש לשלם.⁸⁴

6. הזיקה לתהליך התכנון

האם הפקעה ללא תמורה מותנית בישראל בקיומו של תהליך תכנון מסוים? ראינו שבארצות-הברית מוטל לעתים תכופות על הרשות המקומית נטל להוכיח שנערך תהליך תכנון וחיווי מתאים, ולהציג בפני בית-המשפט הערכות ותחזיות על שיעור הביקוש המוסף לשירותי-הציבור הנובע מהפיתוח החדש. האם קיימת דרישה דומה גם בישראל?

מכל הנאמר לעיל על הפקעה נקודתית, ניתן כבר לשער שהתשובה היא שלילית. הפקעות לפי חוק התכנון תלויות אמנם בקיומה של תוכנית מפורטת או תוכנית-מיתאר מקומית⁸⁵, המצביעה על היעוד לצורכי ציבור – ובכך יש שיפור לעומת פקודת הרכישה שבה אין כל זיקה למסמך תכנוני. אולם אין בחוק, ולא פותחה בפסיקה, דרישה לתהליך תכנון מעבר לכך. בתוכנית מפורטת או בתוכנית-מיתאר מהסוג המקובל, אין בדרך-כלל די. בישראל, תוכניות אלה הן לעתים תכופות בעלות אופי טכני ופיזי צר למדי, תוך שהן מסתפקות בתשריט יעודי קרקע ובתקנון נלווה. בדרך-כלל אין הן מכילות מדיניות כתובה, מסמכי-סקר ותחזיות והצעה לדרכי מעקב אחר הצלחת התוכנית⁸⁶. זאת אין הוועדות נוהגות לדרוש – ואחדות מהן אף אינן מוכנות לקבל כחלק מהתוכנית הסטטוטורית, וממילא אין דרישה כזו חלה בנושא של שירותי-ציבור. לעתים תכופות מדי נוהגות רשויות-התכנון לבצע הפקעות ללא תמורה כמעט כעניין שבשיגרה, במקום כהחלטה תכנונית מגומקת וסקולה. רק לעתים מוגש עם התוכנית אומדן כמותי של צורכי הציבור; על-אחת-כמה-זכמה נדיר למצוא מסמך דוגמת הנדרש בארצות-הברית, המתייחס לנושאים מעבר לפרוגרמה כמותית, כגון חלוקת הנטל או איכות השירותים. יחד עם זאת, יש לציין שבשנים האחרונות חלה התקדמות בנושא זה. מרבית המרואיינים הביעו מורת-רוחם מהנוהג הקיים והיו בעד חיווק מגמת השיפור.

84 מעניין שלא נתקלנו בסוגיא זו בספרות ארצות-הברית ובריטניה. סברתנו היא, ששאלת השימוש בהפקעה לתועלתו של יזם פרטי פשוט אינה עולה, ולו עלתה, היתה פסולה על פניה. ממילא הכלים המופעלים בארצות אלה הן מעין "הפרשות כפויות מרצון" ולא הפקעה ממש. לפיכך, היום המפריש קרקע הוא גם בדרך-כלל זה המעוניין בפיתוח.

85 יש לשים לב, שלא ניתן להפקיע קרקע על-פי חוק התכנון לפי תוכנית-מיתאר מחוזית או ארצית. עובדה זו מצביעה על האופי שכלל הנראה התכוון המחוקק להעניק לתוכניות אלה: מעמד של מסמך מדיניות ולא תשריט מפורט המיועד להצביע על יחידות-קרקע מסוימות. חבל שלעתים תכופות תוכניות אלה נושאות אופי מפורט מידי. ראה גם להלן, הערה 86.

86 עבור דיון כללי באופי המצוי והרצוי של תוכניות-מיתאר מקומיות ראה ר' אלטרמן, "חוק התכנון והבנייה ותוכנית-המיתאר – הנחיות קשיחות או מסגרת גמישה?" משפטים יא (תשמ"א) 197–220.

7. סוגיית "יתרת המגרש" ואופן חישוב זכויות הבנייה

הסיפא לסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון קובעת:

"... אולם לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך ייפחת שווייה של יתרת המגרש".

לפירוש הוראה זו נודעת משמעות רבה מבחינת מהות ה"הגנה" הניתנת לבעלי-הקרע ומבחינת אופן חישוב זכויות הבנייה על השטח שנותר לפיתוח. המחלוקת החריפה שמעוררת הוראה זו זכתה להבהרה בפסיקה רק לאחרונה.

לביטוי "לא ייפחת שווייה של יתרת המגרש" שלוש משמעויות אפשריות:

- (1) שווי היתרה לאחר ההפקעה לא יהיה פחות מאשר שווי סך-הכול של החלקה טרם ההפקעה (שמירת שווי אבסולוטי).
- (2) זכויות הבנייה לאחר ההפקעה לא יהיו פחות מאשר זכויות הבנייה טרם ההפקעה (שמירת זכויות הפיתוח).
- (3) שווייה היחסי של היתרה לאחר ההפקעה לא יהיה פחות מאשר שווייה היחסי טרם ההפקעה (שמירת שווי יחסי).

המשמעות הראשונה היא הקיצונית ביותר ונקוטה לעתים על-ידי בעלי-הקרע פרטיים. פירושה שאם הופקע חלק ממגרש ללא תמורה, יכול האורח לצפות לא רק לכך שיוכל לנצל את היתרה במלוא אחוזי-הבנייה המקוריים, אלא גם ששוויים הכולל של המקרקעין שנותרו יהיה כשווייה של הקרקע טרם ההפקעה. פירושו של דבר שלפי עמדה זו, הפקעה ללא תמורה ניתנת לביצוע רק במקרים שבהם צפויה לחול השבחה מסוימת למקרקעין בעקבות ההפקעה האמורה לקזז את ירידת ערכם. עמדה זו הועלתה – כך ניתן להניח – על-ידי העותרת בפסק-דין לילי גולדנברג ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה מרחב תל-אביב⁸⁷.

פירוש זה אינו סביר, משום שהוא נוגד את העובדה שרשימת היעודים המותרים להפקעה ללא תמורה, כוללת – כפי שראינו – יעודים רבים שאין להם בהכרח השפעה חיובית על ערך הקרקע הסמוכה. פירוש זה נדחה על-ידי בג"צ בעניין גולדנברג⁸⁸. שם הופקע שטח לכביש לאחר שהמגרש היה בנוי. העותרים טענו (כאחת החלופות) שיש בכך פגיעה ביתרת המגרש. בג"צ קבע:

"אין בכך משום הפחתה של 'שווייה של יתרת המגרש'; המגרש נוצל במלואו על-ידי כך שהוקם עליו הבית המשותף; ולאחר שהבית עומד על תלו בכל שטח

87 בג"צ 43/79, פ"ד לג(3) 122, בעמ' 123, מול האות א – שם נאמרו דברים ברוח זו.
88 אף שנראה לנו שפירוש זה נדחה בפסיקה (בעניין גולדנברג הנ"ל ובעניין סלים בילדינגס (לעיל, הערה 83)), מצאנו רמז מסוים לקיומה של גישה כזו בפס"ד שניתן לאחרונה בבית-המשפט העליון, ע"א 42/82 שורה קרשטיין ואח' נ' עיריית חיפה, פס"ד לט (1) 272. ראה סביר, תקציר פסקי דין כה (11), 163–164. בסעיף 8 לטיוטת פסק-הדין נאמר: "כידוע, הנחת היסוד וההיגיון הכלכלי לעניין סמכות הרשות להפקיע 40% ללא פיצוי הוא, שאחרי נסילת ה-40% ללא פיצוי עדיין נשאר בידי בעל-החלקה שטח שיכול ליהנות מן ההשבחה (ההרגשה של המחברת) שתיווצר עקב השימוש ב-40% למטרה ציבורית...".

המגרש שניתן היה לבנות עליו לאורכו ולרוחבו ולגובהו, שוב שוויו של המגרש אינו יכול להיות מושפע ומופחת עוד על-ידי הפקעת מקצתו"⁸⁸.

הסיפא של הציטוט היא, כמובן, מוטעית, שהרי שווי המגרש במונחים שמאיים בהחלט יכול להיות מושפע מהפקעת מקצתו. הפירוש שנותן בג"צ להוראה הגדונה הוא, שאין הוא מקבל גירסה א. אולם ההלכה אינה ברורה. פסק-דין זה, לאור עובדות המקרה, עולה בקנה-אחד הן עם גירסה ב והן עם גירסה ג.

גירסאות ב ו-ג קשורות בשאלה כיצד יחושבו זכויות הבנייה לאחר ההפקעה. לפי גירסה ב, הללו יחושבו בשיטת "ברוטו", דהיינו: מתוך סך-הכול של השטח טרם ההפקעה, כאילו היה זה השטח האמיתי. לדוגמא, אם מותרים 100% בנייה על דונם והופקעו 40%, יותרו לבנייה — לפי גישה זו — 1000 מ"ר, אף שהופחת שטח המגרש (חישוב הזכויות לא חייב להיעשות על-פי אחוזי בנייה; ניתן לדבר גם במונחים של יחידות-דיוור וכדו').

שיטת חישוב ה"ברוטו" היתה נהוגה עד לאחרונה בחלק גדול מרשויות-התכנון ויש להניח שגם עתה לא בטלה מן העולם. לעתים שיטה זו מעוגנת בהוראה הכלולה בתוכנית; אך לעתים תכופות היא הלה ללא הוראה מסמיכה, כאשר התוכניות נהגו לסתום ולא לפרש. ועדות-תכנון רבות היו מוכנות לאמץ את שיטת הברוטו, לשמחת היוזמים ובעלי-הקרקע הפרטיים. מקרה כזה נדון בפסק-דין מחוזי צורן, חברה קבלנית לבניין ולהשקעות בע"מ נתניה אח' נ' מדינת ישראל⁸⁹, שם לא היתה כל הוראה בתוכניות בדבר דרך החישוב, ובית-המשפט פסק כי חישוב בשיטת הברוטו הוא פסול ויש לגקוט את שיטת ה"נטו". אף שתוצאות המשפט היו חמורות⁹⁰ באופן פסקני, נאמר שם על-ידי השופט בר בפסק-דינו:

"אחוזי-בנייה מוכרחים להיות אחוזים של השטח לבנייה, ולא של השטח שבבעלות האזרח, כשחלק ממנו עלול להיות אסור בבנייה, ועומד לעבור לרשות אחרת"⁹¹.

הגירסה השלישית היא המצמצמת ביותר בזכויות בעלי-הקרקע. לפיה, ניתן להפקיע ללא תמורה כל עוד לא פחת שוויה היחסי של היתרה. לדוגמא: אם הופקעו 30% ללא תמורה, ההפקעה תקפה כל עוד לא יהיה שווי היתרה פחות מ-70% מהשווי המקורי. משמעות אימוצו של פירוש זה היא, שניתן לחשב את זכויות הבנייה בשיטת ה"נטו" מבלי ליפול ברשתה של הסיפא.

מתי, אם-כן, תחול הסיפא לפי הפירוש השלישי? גם לפי פירוש זה תהווה הסיפא מגן לבעלים במספר לא-מבוטל של מקרים. מקרים אלה ניתן למיין כך:

88 שם, בעמ' 123, מול האות ג.

89 ע"פ (ת"א) 1336/78 (לא פורסם).

90 התוצאות המשפטיות היו, שהיתר-הבנייה שהוצא לפי חישוב ברוטו הוכרז כחורג מהוראות התוכנית, ולכן — כבטל מעיקרו.

91 ע"פ (ת"א) 1336/78 (לעיל, הערה 89); הציטוט בעמ' 5 למעלה. למרבה הפלא, בשום מקום בפסקי-הדין לא הוזכרה הסיפא בדבר יתרת המגרש. לא ברור מדוע המערערת לא העלתה טיעון זה, ייתכן שהדבר נעוץ בכך שככל הנראה (עובדות המקרה אינן ברורות די צורך), מדובר היה בהפרשה מרצון ולא בהפקעה ממש. אי לכך, ספק אם ניתן לראות בפסק-דין זה משום תרומה ישירה לפרשנות הסיפא.

- (1) היתרה בעלת צורה או גודל אשר אינם מאפשרים פיתוח כלל⁹².
- (2) היתרה ניתנת לפיתוח, אך שוויה היחסי קטן יותר; לעתים הפיתוח יתאפשר רק אם ישונה היעוד בתוכנית חדשה⁹³.
- (3) היתרה ניתנת לפיתוח, אך עקב ההפקעה אבדו זכויות שהיו מוקנות למגרש בתור תוספת לפי ממדיו הקודמים⁹⁴.

המקרה השלישי דורש הבהרה. לגביו עשוי, אולי, לצוץ ספק אם יש לראות בו פגיעה ביתרה. לדעת המחברת, רצוי לנהוג כך משתי סיבות: האחת – הבעלים ציפו לתוספת הזכויות, וסביר שמחירה של הקרקע בעת רכישה שיקף ציפיה זו; והשנייה – מאחורי התמריץ עמדה, מן-הסתם, מטרה תכנונית כלשהי, ולא רצוי לחבל בסיכויי השגתה על-ידי גטיעת חששות מראש בקרב בעלי-הקרקע; שהרי לא תמיד ברור מראש כי אמנם יהיה צורך בהפקעה ללא תמורה. לאחרונה, בפרשת סלים בילדינגס הכריע בג"צ במפורש שהגירסה השלישית היא הנכונה, בקובעו:

"כוונת הכתוב בדבר הפחתת שוויה של יתרת המגרש היא ליחס בין השווי של אותו שטח לפני ההפקעה לבין שוויו לאחר-מכן"⁹⁵.

עוד לפני פסק-דין זה, בין השאר בהשפעת פסק-דין צורן, החל משרד-הפנים להנחות את רשויות-התכנון בנושא דרך חישוב אחוזי-הבנייה – נושא הקשור באופן אמיץ לעניין פירוש הסיפא. הרשויות הונחו לאמץ את שיטת ה"נטו". כיום מונהגת שיטה זו במספר הולך וגדל של ועדות-תכנון, ובמיוחד בערים הגדולות. הלכת צורן לא נגעה ישירות בסוגיית יתרת המגרש. עתה ברור מפסק-דין סלים בילדינגס מהו הפירוש הנכון בעניין הפגיעה ביתרת המגרש, אולם עדיין עומדת שאלת דרך חישוב זכויות הבנייה – הגבולת מהשאלה מתי יש חובה לסגת מהכוונה להפקיע – כשאלה עצמאית שטרם זכתה להכרעה.

למחברת נראה, עם כל הכבוד, שישוב הלכת צורן בצורתה הקיצונית כהנחות מחייבות עוד בטרם הפכה זו לדין המחייב, עלול למנוע גמישות תכנונית הרצויה לעתים. אמנם, רצוי לבקוט ככל האפשר אמת-מידה שווה בכל המגרשים, ואין להעמיס על דיירים הסמוכים למגרש שהופקע צפיפות-יתר הנובעת מחישוב ברוטו (במיוחד כאשר מדובר בהפקעה נקודתית); אולם אין זה רצוי לקבוע בפסיקה או בהוראות מינהליות הנחיות קשיחות בנושא תכנוני מובהק אשר נשאר פתוח בחוק התכנון. הגיוני להשאיר את קביעת שיטת החישוב לתוכניות עצמן. עם זאת, בהחלט רצוי

92 כגון מגרש בעל צורה בלתי-אחידה הנוצרת עקב העברת כביש באופן אלכסוני; או גודל מגרש הנופל מהמינימום הקבוע בתוכנית.

93 לדוגמא: במקום שטח מסחרי יתאים המגרש בממדיו החדשים רק למגורים בצפיפות נמוכה.

94 לדוגמא: לעתים נקבע שמגרש מעל לגודל מסוים מוכה בתוספת אחוזי בנייה (מטרת התוראה עשויה להיות מתן עידוד לאיחוד קרקעות). עקב ההפקעה, בעל-המגרש מפסיד תוספת זו ועליו להסתפק בשווי היחסי של יתרת מגרש רגיל. סוג זה של קביעה מוזכר במאמרו של ד' מרגלית, "למשמעויותיו של חוק התכנון והבנייה בישראל" קרקע 11 (1976) 14–18.

95 בג"צ 189/83 (לעיל, הערה 83), בעמ' 223, מול האות ג.

לפסול את הנוהג שלפיו מחליטה הוועדה באופן שרירותי אדי-הוק כיצד יחושבו הזכויות מבלי שהדבר ייקבע בתוכנית. השארת גמישות מסוימת, בנסיבות המתאימות, לקביעת אופן החישוב בתוכנית עשויה לאפשר מתן פיצוי מסוים במקרה של הפקעה נקודתית, ולהשאיר פתח במקרה הצורך למשאומתן בין רשויות-התכנון לבין הזים לצורך השגת יתרונות תכנוניים שונים ללא צורך בתשלום פיצויים, כגון הפרשת קרקע נוספת לצורכי ציבור.

שאלה נוספת, שטרם קיבלה פתרון משביע-רצון (לדעת המחברת), היא כיצד יש להעריך את שוויה היחסי של היתרה: האם יש להתחשב ביעוד הקרקע החדש הצפוי בשטח שיופקע, או שמא יש להתעלם ממנו ולחשב את שווי היתרה יחסית למצב הקודם, כאילו לא שונה מצב התכנון? סוגיא זו עלתה — כפי שראינו — בעניין לילי גולדנברג, ושם קבע בית-המשפט שאין לראות בשימוש הצפוי בכביש שיורחב ובמיט-רדים הצפויים ממנו משום גורם שיש לקחתו בחשבון בעת עריכת השומה לגבי שווי היתרה.

בעניין פלים בילדינגס נטענה טענה דומה, גם היא בהקשר למיטרדים תחבורתיים הצפויים לחלקה לאחר פיתוח הכביש שעברו נערכה ההפקעה. בית-המשפט מצטט את פסק-דין גולדנברג, שבו נאמר כי ההפחתה לא תבוא "... כתוצאה מן ההפקעה של מקצת המגרש, אלא כתוצאה מן הרעש וההמולה של כלי-הרכב שעתידיים לעשות שם את דרכם או חנייתם"⁹⁵. גם במקרה הנדון בית-המשפט קובע, שיש להפריד בין הפגיעה "עקב התוכנית" — דהיינו: שימושי הקרקע החדשים שיבואו — לבין הפגיעה "עקב ההפקעה"⁹⁶. בית-המשפט אף מוסיף המלצה, שייחכן כי בידי העותרת לתבוע פיצויים על נזקים הנובעים מהתוכנית על-פי סעיף 197(א) לחוק התכנון.

קשה לקבל מסקנה זו, הכופה, למעשה, לבצע הערכה שמאית על מצב מלאכותי, שבו תהיה התייחסות ליתרת המגרש כאילו היא מיועדת לדור בחלל ריק, ללא שימושי קרקע שכנים; או גרוע מכך, תוך התעלמות משימושי הקרקע החדשים, והנצחת אשליה כאילו מצב התכנון המקורי הוא ששריר. סוגיית הקשר בין הפקעה לבין פיצויים בגין נזקי תכנון היא מעבר לגבולותיו של מאמר זה. נסתפק ונאמר — מבלי להיכנס לעובי הקורה — שעם כל הכבוד, אין ההפרדה שמציע בית-המשפט נראית לנו נכונה.

משמעותן המצטברת של ההלכות בדבר יתרת המגרש היא שבפועל, מעטים יהיו המקרים שבהם ניתן יהיה להוכיח שאמנם נפגעה היתרה. עם זאת, ישנם עדיין מקרים שבהם תהווה ההוראה שבסיפא משום הגנה. מה תהיה התוצאה אם ייווכח שאמנם צפויה פגיעה ביתרת המגרש? במקרה כזה, זכאים הבעלים לדרוש כי יופקע המגרש כולו. כשנוצר מצב כזה, יהיה, ככל הנראה, צורך לערוך תוכנית חדשה המייעדת את כל החלקה להפקעה, והבעלים זכאים לדרוש שההפקעה של חלק מהמגרש תבוטל כל עוד לא הוכנה תוכנית כזו⁹⁷. עיקר התועלת שבהוראות הסיפא היא בשמשה כתמרור

⁹⁵ בג"צ 43/79 (לעיל, הערה 87), בעמ' 123, מול האות ד.

⁹⁶ בג"צ 189/83 (לעיל, הערה 83), בעמ' 224, מול האותיות ג ו-ד.

⁹⁷ אין אני מסכימה עם ד' מרגלית במאמרו הנ"ל (לעיל, הערה 94), שם הוא טוען שבמקרה של פגיעה ביתרה לא ניתן יהיה להפקיע אפילו את כל החלקה. אין סבירות בטענה זו ואין היא עולה מלשון החוק.

למתכננים. על הללו לדעת מראש, שאם יציעו הפקעה של חלק ממגרש הפוגעת בית-רתו, יוכלו הבעלים לדרוש את ביטולה.

8. שיעור ההפקעה המירבי

כזכור, בסעיף 190(א)1 לחוק התכנון נקבע, ששיעור ההפקעה המירבי ללא תמורה יהיה "ארבע עשיריות". יש לציין, ששיעור זה מתייחס להפקעה ממגרש ולא מחלקה. מגרש מוגדר בסעיף 20(1)(ב) לפקודת הרכישה, שאליו מפנה סעיף 190(א)1, כ"כלל הקרקע שבבעלות אחת מהווה שטח אחד". על נקודה זו עמד בית-המשפט בפסק-דין סלים בילדינגס הנ"ל.⁹⁷

להוראה זו נודעת משמעות תכנונית חיובית. פירושה שכאשר נמצאות כמה חלקות סמוכות בידי אדם אחד, או כאשר ישנו גוש גדול בלתי-מחולק בבעלות אחת, ניתן לרכז את ההפקעה ללא תמורה בחלק אחד של המגרש וכך להשיג אפשרויות תכנון יותר טובות מאשר בחלקים קטנים ומפוזרים. מאחר שתוכנית-מיתאר או תוכנית מפורטת איננה חייבת לכלול חלוקת קרקע (זאת ניתן להשאיר לתשריט-חלוקה לפי פרק ד לחוק), ניתן לתכנן את שירותי-הציבור באופן מרוכז ורק אחר-כך לחלק את הקרקע. אולם מן הראוי להזכיר, שלפי חוק המקרקעין לא ניתן יהיה לרשום את הקרקע שהופקעה על-שם העירייה, כל עוד לא בוצעה חלוקה שתאפשר רישום של יחידה עצמאית.⁹⁸

מעבר לתיאור כללי זה עולות שאלות אחדות בדבר הדין הקיים, ההשפעות לגבי התכנון והדין הרצוי.

(א) שיעור ההפקעה במקרה של הפקעות חוזרות

עד לשנת 1964 ולחיקוק החוק לתיקון דיני רכישה לצורכי ציבור, תשכ"ד—1964,⁹⁹ היה מותר להפקיע ללא תמורה, לפי פקודת הרכישה, 25% ממגרש באופן חוזר ונשנה. כך נקבע בפסק-דין יהושע בירדמן נ' שר-התחבורה ואחיו.¹⁰⁰ לאחר קביעה זו ראה המחוקק צורך לתקן מצב חמור זה, וקבע בסעיף 2 לחוק לתיקון דיני הרכישה כי שיעור ההפקעה המירבי יהיה 25%, או 40%—אם בין ההפקעות היתה גם הפקעה מכוח חוק התכנון.¹⁰¹

97 בג"צ 189/83 (לעיל, הערה *83), בעמ' 223, מול האות ב.

98 הליכי חלוקת קרקע ארוכים הם. לעתים רשויות-התכנון מעוניינות לאפשר אישור התוכנית והוצאת היתרי-בנייה עוד בטרם חולקה הקרקע ונעשה רישום החלק המופקע על-שם העירייה. בעיריית חיפה מצאנו פתרון יצירתי לבעיה זו המקל מאוד על היוזמים. לפי פתרון זה, נחתם חוזה חכירה עם העירייה ובו מוחכרת הקרקע שאמורה היתה להיות מופקעת, ל-99 שנים לעירייה. לעתים נערכים החלוקה והרישום מאוחר יותר, ולעתים—לעולם לא.

99 כפי שתוקן בשנת 1969. ראה להלן, הערה 101.

100 ע"א 336/59, פ"ד טו 1681.

101 בסעיף 2(ג) לחוק תיקון דיני הרכישה, תשכ"ד—1964 (להלן, חוק התיקון), ס"ח תשכ"ד 122; ס"ח תשכ"ט 52—נקבע שבמקרה כזה לא יעלה סך-הכול של ההפקעה מכוח חוקי רכישה אחרים (זולת חוק התכנון והבנייה) על 25%.

מעניין שבחוק לתיקון דיני הרכישה מוגדר השטח שישימש לצורכי חישוב השיעור המירבי, כחלקה ולא כמגרש¹⁰², בניגוד לחוק התכנון המפנה גם לפקודת הרכישה, שם היחידה היא מגרש. מן הראוי לעמוד על השפעותיו של הבדל זה. משמעותו, שהמבחן להפקעה חוזרת הופך לחמור יותר מאשר להפקעה מקורית. לדוגמא: כאשר מופקע שיעור מסוים — נניח 30% — ללא תמורה ממגרש הכולל חלקות אחדות, יהיה המבחן לאפשרות להפקיע 10% נוספים בנוי לא על שיעור ההפקעה הכולל, אלא על חלוקת שיעור ההפקעה בכל אחת מהחלקות.

לדוגמא: אם הופקע השטח לגן-ילדים ונדרשת תוספת אגף, אך ההפקעה רוכזה במספר קטן של חלקות והגיע בהן לשיעור של 40% ומעלה, לא ניתן יהיה להוסיף את האגף הנחוץ בסמיכות מקום. אם מצב משפטי זה יובן לאשורו, סביר שישימש תמריץ למתכננים להפקיע את השיעור המירבי כבר בהפקעה הראשונה, אף אם אין ודאות שיהיה נחוץ. לדעת המחברת, מן הראוי לשנות את החוק לתיקון דיני הרכישה ולבססו על יחידת-המגרש.

(ב) הפיכת השיעור המירבי לנורמת מינימום בפועל, והקשר לפיצויים על נזקי תכנון

איש לא יחלוק על כך, שכוונת מחוקק פקודת הרכישה ומחוקק חוק התכנון היתה, ששיעור ההפקעה ללא תמורה יהיה שיעור מירבי ולא נורמה קבועה¹⁰³. אולם מגמות שונות לא רק בנוהג התכנוני אלא גם בפסיקה פעלו להפיכת שיעור ההפקעה למעין נורמה אשר לעתים תכופות משמעותה שיעור מינימום ולא מקסימום, אף אם לא תמיד יש צורך אובייקטיבי במלוא כמות הקרקע.

אחד הביטויים המובהקים לגישה זו הוא הנוהג לנכות 40% מסכום הפיצויים המגיע במקרה של הפקעת חלקה שלמה. נוהג זה קיבל לאחרונה לגיטימציה מבית-המשפט העליון בעניין פייצר¹⁰⁴, ואף זכה להיות מוצג כנורמה רצויה. מהחלטה זו משתמע, כאילו שיעור הפקעה ללא תמורה בן 40% הוא מעין "קבוע" בנוסחת ההפקעות, ולא נושא הנשקל לגופו בכל מקרה לפי צורכי התכנון; וכבר צוטטו לעיל דבריו של נשיא בית-המשפט, השופט לנדוי, בדבר היות 40% מעין "מס רכוש" המוטל על בעלי-

102 סעיף 1 לחוק התיקון מגדיר "חלקה": "בשטח שבו נעשה סידור זכויות הקניין לפי פקודת הקרקעות (סידור זכויות קנייניות) — חלקת רישום הרשומה לפי אותה פקודה. בכל מקום אחר — יחידת-הרישום בפנקסי-המקרקעין, ובאין פנקסים כאלה, שטח קרקע רצוף שבו בעלותו של אדם אחד או של מספר בני-אדם ביהוד". המצב השיגרתי הוא כשיש רישום בפנקסי-המקרקעין.

103 נוסח סעיף 20(2)(ד) לפקודת הרכישה:

"מקום ששטח הקרקע שגולקת, והוא נכלל במגרש, אינו עולה על רבע כלל שטחו של המגרש... לא ישתלמו פיצויים...". (ההדגשה שלי. ר. א.).

104 ע"א 377/79 (לעיל, הערה 34). השופטים ברק ולוין, שהם הרוב, הסתמכו בהחלטותיהם בעיקר על סעיף 20(2)(ב) לפקודת הרכישה. נשיא בית-המשפט, השופט לנדוי, הסתמך בעיקר על סעיפים 2 ו-3 לחוק התיקון. ראה גם סיכום פסקי-הדין עליידי מ"מ הנשיא, השופט כהן, בבקשה לדיון הנוסף (ד"נ 16/81; לא פורסם).

הקרקות. לדעת המחברת, החלטת בית-המשפט — עם כל הכבוד — מוטעית, כפי שיוסבר בפרוטרוט בסעיף ד(9). מכל-מקום, ברור שבינתיים פסק-דין זה מחזק את המגמה של הפיכת המקסימום למינימום או לגורמה "אוטומטית". היבט אחר של מגמה בלתי-רצויה זו ניתן לראות בהקשר לנושא הפיצויים בגין נזקי תכנון, לפי סעיף 197 לחוק התכנון. הכוונה לנזק משינוי תוכניות בדרך שאינה הפקעה, כגון הפחתת זכויות בנייה או יעוד להפקעה או לשטח ציבורי. בפסק-דין מחוזי בעניין ולירו, שבו גם-כן היה מדובר בחלקה שיועדה כולה להפקעה, נאמר על-ידי השופט זילר¹⁰⁵:

"... בבוא בית-המשפט לערוך את חישוב הפיצוי המגיע לפי סעיף 197 לחוק, הוא יביא בחשבון את ערך החלקה ערב פרסום התוכנית לעומת ערכה לאחר פרסום התוכנית. אם טרם הופקעו מהחלקה אותם 40% הניתנים להפקעה ללא פיצוי, ישתקף הדבר ככל הניתן להניח ולצפות בערך החלקה עוד לפני פרסום התוכנית. במלים אחרות: מחיר החלקה בשוק יביא בחשבון אפשרות ההפקעה ללא תשלום, וממילא יהיה ההפרש בין ערך הקרקע בשני המועדים האמורים נמוך מאשר אלמלא היו 40% מהקרקע מיועדים להפקעה ללא תשלום פיצוי" (ההדגשה שלי. ר.א. 106).

השימוש במלה "מיועדים להפקעה" במקום "צפויים להפקעה", מצביע על יחסו של בית-המשפט להפקעה ללא תמורה. מהדברים משתמע, כאילו קיים צו גורל ש-40% היו מופקעים בכל מקרה. נכון יותר היה לדבר במונחים הסתברותיים, של הסיכויים שיופקעו 40%, ועל כך לבסס את ההנחיה להערכה השמאית. אולם בנושא זה אין הלכה ברורה, ולאחרונה, למרות הלכת פייצר בעניין ניכוי 40% מסכום הפיצויים המגיע בעת הפקעת חלקה שלמה, פסקה השופטת בן-עתו בפסק-דין מחוזי אחר, בעניין חממי, שאין לנכות 40% מסכום הפיצויים המגיעים בגין נזקי תכנון¹⁰⁷. המצב המשפטי והפרקטיקה התכנונית בהקשר זה משקפים זה את זה. התוצאה היא שהדרישה להפקעת 40% לא תמיד נעשית על-פי הצרכים התכנוניים. במקום לבחון מהי הדרישה בפועל, נוטים לעתים המתכננים וועדות-התכנון לנקוט דרך קלה ולהשרת חמש בשיעור המירבי כתחליף לגורמה המבוססת על חישוב מדויק של הצרכים¹⁰⁸. לכך יש תוצאות לשני כיוונים:

105 נושא הפיצויים בגין נזקי תכנון והקשר עם הפקעה לצורכי ציבור הוא מעבר למסגרת מאמר זה. ראה גם רויטל (לעיל, הערה 48), עמ' 187.

106 ת"א (י-8) 10/75 ולירו נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"מ תשלח(1) 187, בעמ' 191, מול האות ד.

107 ת"א (ת"א) 1393/82 חממי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון-לציון ואח' (טרם פורסם). השופט קבעה: "אני דוחה גם את הטענה הנוגעת לניכוי 40% מהמקרקעין הנפגעים לצורך חישוב הפיצויים. בתי-המשפט קבעו באופן חדי-משמעי כי הליך תביעת הפיצוי בגין שינוי תוכנית בניין עיר שונה ונפרד מהליך תביעת פיצוי בגין הפקעת מקרקעין...". (סעיף 4 לפסה"ד, בעמ' 5).

108 מצב זה אינו נובע מחוסר בהנחיות תכנוניות. בישראל נערכו כמה עבודות המסייעות למתכנן לקבוע את מסת הקרקע הדרושה לצורכי ציבור, וביניהן הסדרה מנפחת קרקע לתכנון (לעיל, הערה 59).

- (1) הקצאת שטח לצורכי ציבור פחות מהדרוש.
 (2) הקצאת שטח לצורכי ציבור יותר מהדרוש.

שני מצבים אלה גובעים מהפיכת המקסימום לנורמה. נבחן כל מצב לחוד.

(ג) מחסור בשטחי ציבור וההצעה לשיעור מירבי מודרג

המצב הראשון — מחסור בשטח — גובע מכך, שבמקום לבחון דרכים נוספות להשגת קרקעות לצורכי ציבור, נוטים לעתים המתכננים לראות את שיעור ה-40% כמעין צו תכנון, ומתאמצים "להסתדר" בתוכו. למעשה, הניסיון העשיר בארצות אחרות בהשגת קרקעות לצורכי ציבור, מבלי שיש בידיהן כלי של הפקעות ללא תמורה, מוכיח שניתן לפעול גם בדרכים הלופיות. המצב הנוכחי משתקף בשאננות מסוימת בקרב הרשויות המקומיות ובהעדר מודעות מצדן לצורך בפיתוח מדיניות קרקעית יוזמת וכוללנית¹⁰⁹. בד בבד קיימת גם מגמה הפוכה: עם התפתחותה של הדרישה לשירותי ציבור מגוונים יותר, לעתים תכופות אין המתכננים מסתפקים בארבעים האחוזים ומוצאים דרכים אד-הוק להשגת קרקעות נוספות — בדרך כלל על ידי הסכמים.

מרבית המרואיינים המייצגים גופים ציבוריים היו מודעים למצב של מחסור בשטחי ציבור וגרסו, שהתקרה הנוכחית של 40% נמוכה מדי ויש להגביהה לפי מפתח של צפיפויות. ואמנם, בשנים 1975—1976 נדונה במועצה הארצית לתכנון ובנייה הצעתו של נציג הטכניון, פרופ' י' אלון, ליצור שיטה של שיעור מירבי מודרג לפי צפיפויות הבנייה באזורי מגורים¹¹⁰. הוצע, שעד לצפיפות של 60% יקוים שיעור ההפקעה המירבי הנוכחי; מעבר לכך יוגדל השיעור באחוז אחד לכל תוספת של צפיפות בנייה בת 6%¹¹¹. בוועדת-משנה שהוקמה לנושא, הומלץ לשנות את ההצעה ולבססה על שטחי הציבור הדרושים ליחידת-דיור ממוצעת¹¹². הוספה פיסקה הקובעת תנאי, ששיעור ההפקעה לא ייפחת מ-40%. דהיינו: המקסימום הפך למינימום. המועצה אימצה את המלצות ועדת-המשנה.

עד היום טרם הוגשה הצעת חוק המבוססת על החלטה זו. ההמלצות הנ"ל הן, כמובן, במישור המטפס הרצוי ולא המשפט הקיים. יש אמנם היגיון רב בהתאמת שיעור ההפקעות המירבי לצפיפויות הבנייה, אולם בעיית חוסר-הקרקע בצפיפויות

109 מדיניות כזו תוכל לכלול אמצעים כגון מדיניות רכישת קרקעות שטרם יועדו לפיתוח, כפי שנהוג בארצות רבות; יעוד תקציבים והכנסות מסוימות להפקעה בתמורה, כגון כספי היטל ההשבחה; השגת קרקעות במסגרת מדיניות של עידוד הסכמים מסויגים מסוימים; ושימוש בכלים הליפיים בהיקף מורחב, כגון בחלוקה חדשה (רה-פרצלציה).
 110 הנתונים אשר שימשו כבסיס להצעות מובאים במאמרו של פרופ' י' אלון, "הקשר בין שיעור ההפקעות לצורכי ציבור ובין צפיפות הבנייה באזורי מגורים עירוניים" ספר ואיזור (1976) 76—82.

111 נספח 3 לפרוטוקול מס' 98, ישיבה מס' 98 של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, משרד הפנים, ירושלים, 10.9.74: "תזכיר בדבר הקשר בין יעוד הקרקע וצפיפות הבנייה המותרת ובין שיעור ההפקעות לצורכי ציבור", שהוגש על-ידי פרופ' י' אלון.

112 הוצע שיחידת דיור כזו תיחשב כ-90 מ"ר, ושטח הקרקע הציבורי הדרוש לדייריה יהיה 60 מ"ר במכפלה של מספר יחידות הדיור לדונם — מתוך פרוטוקול מס' 110 של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה מיום 4.11.75, עמ' 3—7.

הגדולות היא רק חלק מבעיית השימוש בכלי ההפקעה של 40%. אין זה רצוי לבחון את ההיבטים האחרים של הכלי, אשר חלקם דורשים תיקונים יסודיים יותר. הפתרון לבעיית הצורך בקרקעות מעבר ל-40% תלוי באימוץ המלצותינו (להלן, בסעיף ה) באשר להיטל ההשבחה ולהפרשות קרקע על-פי הסכם. מכל-מקום, מומלץ שהאפשרות להשגת קרקעות נוספות תהיה מותנית בהגשת הנמקות תכנוניות מת-אימות. ביסוס ההפקעות על גורמה אחידה הבנויה על הנחות בדבר יחידת-דיוור "ממוצעת" וצרכיה ה"ממוצעים" – כהצעת המועצה – אינו רצוי. הבעיה בתכנון שירותי-ציבור היא דווקא הצורך להתאים הקצאות קרקע לצרכים השהיה של אוכלוסיות בעלות מאפיינים חברתיים ודימוגרפיים שונים. כמו-כן חשובה ההתייחסות לא רק להיבט הכמותי, אלא גם להיבט המהותי של סוגי שירותי-הציבור, מיקומם, אופיים והקשר ביניהם¹¹³. מן הראוי אפוא להימנע מהעלאת שיעור ההפקעה על-פי גורמה קשיחה – אף לא מודרנה.

(ד) עודף שטחי ציבור והשפעות אי-ביצוע השימוש בפועל

המצב השני – עודף שטחי ציבור כתוצאה מהפקעות ללא תמורה – אף הוא נובע מהיווצרות הגורמה האחידה וכאשר לא נבחנים הצרכים הממשיים. מבחינה תכנונית עשויה תוצאה זו להיווצר בעיקר בשני מצבים: כאשר מופקעים 40% באיזור-מגורים בעל צפיפות בינוי נמוכה, גם אם הצרכים אינם מצדיקים זאת; וכאשר מופקעים 40% באזורים שאינם מיועדים למגורים, כגון באזורי-תעשייה, שם הצורך בשטחי ציבור קטן בהרבה. כזכור, בחוק התכנון אין כל הבחנה בעניין שיעור ההפקעה בין צפיפויות מגורים שונות ויעודי קרקע שונים; על כולם חל אותו שיעור מירבי.

להערכת המחברת, בעיית עודף הקרקעות במקומות מסוימים בעיר היא בעלת חשיבות לא-פחותה מאשר בעיית חוסר-הקרקעות. מוכרות תופעות שבהן היו להפקעות יתר השפעות שליליות על תפירת שירותי-הציבור בעיר. לדוגמא: מוכרים מקרים שבהם ממוקם בית-ספר באיזור-תעשייה, רק משום ששם יש עודף קרקעות זמינות שהופקעו במסגרת 40%. מן הסתם, בעת התכנון לא נלקחה בחשבון אי-הגוהות הנגרמת לתלמידים ולהוריהם ועלות ההסעות לציבור.

בראיונות שערכנו מצאנו, שהמודעות לבעיית עודף הקרקע פחותה מאשר המודעות לבעיה ההפוכה, ככל הנראה משום שהיקף הבעיה הראשונה קטן יותר. הנכונות לשנות את החוק בהקשר זה ולקבוע הבחנה בין אזורים שונים אף היא קטנה יותר; נטיית המרואיינים היא שלא לעגן הבחנה זו בחוק אלא להשאירה למוסדות-התכנון. לדעתנו, ספק אם פתרון כזה יספיק במצב הנוכחי, שלפיו אין לרשויות עניין לנהוג אחרת.

לגושה הפקעות-היתר יש היבט חשוב נוסף: לעתים אין הרשויות מבצעות במשך זמן רב את העבודות הציבוריות הדרושות לפיתוח השטח. מצב זה גובע לפעמים ממצוקה תקציבית בלתי-צפויה, אך לעתים גם מהפקעות ללא תמורה, אשר מראש לא היה בהן היגיון תכנוני רב. מתכננים ברשויות המקומיות אולי לא יתקשו להיזכר במקרים שבהם נלקחו שטחים שלא היתה להם מטרה ברורה, כגון "עודפים" בשוליהן

113 על השיקולים התכנוניים שבהקצאת קרקע לצרכי ציבור ראה אלטרמן והיל (לעיל, הערה 59).

של חלקות-מגורים, שמלכתחילה לא היה היגיון רב בפיתוחם ותחזוקתם מכיס-הציבור. כן מוכרים מקרים שבהם נלקחו קרקעות לבנייני-ציבור, אך לא הוקצו הכספים הדרושים לפיתוחם.

מה ההשפעות המשפטיות של אי-ביצוע השימוש בפועל? מקרים מעין אלה מצאו דרכם לבתי-המשפט. טענת התובעים או העותרים היתה בדרך-כלל, שאי-ביצוע המטרה הציבורית מקנה להם זכות לקבל את הקרקע חזרה. טענה כזו ניתנת לנסות ולבסס בשתי דרכים חלופיות: על עקרונות כלליים שנקבעו בהקשר להפקעות על-פי פקודת הרכישת 114; או על ההוראות המיוחדות שבחוק התכנון העוסקות בזכויות הבעלים במקרה של שינוי יעוד (סעיפים 195(2) — לעניין הפקעות בתמורה, וסעיף 196(א) — לעניין הפקעות ללא תמורה).¹¹⁵

לגבי הטענות מהסוג הראשון קבע בג"צ כי באופן עקרוני, במקרה של השהייה בביצוע הפרק-זמן לא-סביר, יוכלו בעלי-הקרקע לדרוש את השבתה לידיהם. אולם בעובדות המקרים שעלו לא ראה בית-המשפט כי עבר את גבול הסבירות.¹¹⁶ הסוג השני של טענות לא זכה עדיין להלכה מבית-המשפט העליון. בעניין צילה מגדל-בורסקי, נקבע בבית-המשפט מחוזי שבהעדר הוראה מפורשת בסעיף 195(2) המעניקה זכות לרכישה חזרה כאשר מושהה הביצוע, לא קיימת זכות כזו.¹¹⁷ אולם בית-המשפט הביע דעתו, כי במידה שיוכח כי השטח אינו הכרחי עוד לצורכי ציבור "אזי שורת הצדק מחייבת, כי גם במקרה כזה ינהגו בהתאם להוראה המחייבת במקרה של שינוי היעוד, ובפרט כאשר טרם נקבעו ושולמו הפיצויים המגיעים בגין ההפקעה".¹¹⁸ אף ששם היה מדובר בהפקעה בתמורה, אין אנו רואים הבדל מהותי, ומן-הסתם היה בית-

114 ראה בג"צ 75/57 מינה קלמס נ' הוועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים, תל-אביב-50, פ"ד יא 1601, שם עסקו עובדות המקרה בהקצאה טרם הפקעה, אולם בפסק-הדין שלהלן מוזכרת הלכת קלמס כהלכה רלבנטית. ראה בג"צ 67/79 לאה שמאלון נ' מדינת ישראל, שריהאצרי ומינהל-מקרקעי-ישראל, פ"ד לד(1) 281. פסק-דין זה עוסק במישרין בבעיית אי-ביצוע מטרת ההפקעה.

115 ראה ת"א (ת"א) 158/73 צילה מגדל-בורסקי (לעיל, הערה 69).

116 ראה לעיל, הערה 114. בעניין קלמס היה מדובר ב-12 שנים, ובעניין שמאלון — ב-3 שנים. כאמור, קלמס עסק בעניין שיהוי טרם ההפקעה אך הוא מובא בפסק-דין שמאלון. במקרה שלישי נפסק, כי כאשר הועברו כל החלקות או מקצתן לבעלים חדשים אין לדרוש את ההשבה לבעלים המקוריים גם במקרה של אי-ביצוע היעוד החדש במשך זמן רב. ראה בג"צ 318/61 שלמה ומינה וולמן נ' שר-השנים ואח', פ"ד טז 766. במקרה זה בית-המשפט מבחין בין עובדות המקרה הנדון לבין עובדות פסק-דין קלמס, שם מדובר היה בשיהוי ההפקעה עצמה. אולם, ספק אם הלכה זו כללית, שכן בית-המשפט מרבה להדגיש כי המדובר ביעוד לשטחים פתוחים שהם בעלי שימוש "שליילי" — לדברי בית-המשפט — ומביאים תועלת גם בלא פיתוח. אין כלל זה חל לגבי יעוד לבית-ספר, למשל, שהרי השארת השטח במצב לא-מפותח במיקום לא-מתאים עלולה להוות מטרד.

117 אין אסמכתא בחוק המאפשרת לבית-משפט זה לחייב את הרשות המפקיעה ליישם את תוכניתיה... תוך זמן מסוים או לחייבה להתזר לבעלים המקורי את הקרקע שלא נוצלה, כל זמן שאין ראייה שהקרקע אינה דרושה לצורכי ציבור" — ת"א (ת"א) 158/73, (לעיל, הערה 69), בעמ' 474, מול האות ד. ראה גם רויטל (לעיל, הערה 48), עמ' 172, 180.

118 ת"א (ת"א) 158/73 (לעיל, הערה 69), בעמ' 474, מול האות ה. מנוסח זה לא ברורה הלכת פסק-הדין.

המשפט מחיל דברים אלה גם על סעיף 196. הבעיה, כמובן, היא כיצד יכול אורח להוכיח ששטח מסוים אינו הכרחי עוד לרשות המקומית.

(ה) שיעור ההפקעה בסקטור הערבי

להיווצרות ה"נורמה המחייבת" ולתופעת הפקעות-היתר משמעות מיוחדת לגבי תכנון עבור האוכלוסיה הערבית בישראל. למתכננים מוכר היטב הקושי בהשגת הסכמה ציבורית בכפרים ערביים לצורך בהפקעות ללא תמורה. הבעיה מוצגת בדרך-כלל כבעיה של חוסר-נכונות למילוי דרישות חינויות, כנהוג בסקטור היהודי. אולם לנו נראה, שחלק מהבעיה נעוץ בתפישה שהשתרשה בקרב מתכננים כאילו הפקעה של 40% היא נורמה, וכאילו ראוי שקרקעות לצורכי ציבור יושגו באמצעות הפקעה ללא תמורה דווקא. חשוב להכיר בכך שבסקטור הערבי נודע לבעלות על קרקע תפקיד חברתי חיוני, השונה במהותו מהסקטור היהודי. יתר-על-כן: גם עצם הדרישה הכמותית לשטחים ציבוריים ודפוסי השימוש בהם עשויה להיות שונה במידה מסוימת בסקטור הערבי.

לאור כל זאת, נראה שיש מקום לבחון מחדש את אופן השימוש בהפקעה ללא תמורה בסקטור הערבי, הן מבחינת שיעור ההפקעה המקובל והן מבחינת עידוד השימוש בדרכים חלופיות להשגת הקרקעות. הקורא עשוי להקשות: האם ביטול שונה של הכלי אין משום אפליה פסולה? ¹¹⁹ לדעתנו, אין לחשש זה רגליים: כאן מדובר בהבחנה מותרת. בתחומים רבים מקובל שיש בידי המתכננים חופש-החלטה ניכר, אם ליישם כלי זה או אחר מבין הכלים שבחוק התכנון, ובאיוה היקף. להיפך: גיתן, אולי, לטעון שדווקא ביטול של כלי זה, למרות ההבדלים המהותיים, יש משום אפליה לרעה. כפי שראינו, הנורמה של 40% אינה מקובלת בתור שכוונו גם בארצות אחרות. מדוע נתפלא אפוא שקשה ליישמה בסקטור הערבי בעל המבנה החברתי השונה?

9. האם יש לנכות 40% בעת הפקעת מגרש שלם? הלכת פיצור והשפעותיה

פסק-דין אדית פייצר והדיון הנוסף בו ¹¹⁹* קבעו, כזכור, שהרשות זכאית לנכות 40% מסכום הפיצויים בעת הפקעת מגרש שלם. פסק-הדין הוזכר לעיל פעמים אחדות בהקשרים שונים. לא הסתרנו את דעתנו הביקורתית כלפי פסק-הדין. השפעותיו השליליות של פסק-הדין משתרעות על תחומים שונים: ביטולו המוחלט של נימוק ההשבחה כעיקרון המצדיק הפקעות ללא תמורה; סתימת הגולל על האפשרות ליצור מבחן מחייב המבוסס על עקרון חלוקת הנטל ומגיעת הפקעה נקודתית; מתן סיוע להפיכת שיעור המקסימום לשיעור מינימום בפועל; ביטול האפשרות ליצור הבחנה בין רמות שונות (שכונתית, עירונית) של שירותי-ציבור; ובעיקר — טשטוש התבדל בין התנאים להפקעה ללא תמורה לעומת הפקעה שבתמורה.

¹¹⁹ המבחנים לזיהוי אפליה פסולה זכו, כידוע, למעמד מוצק בפסיקה, ואין צורך לחזור עליהם כאן. נזכיר רק, שאפליה פירושה "נקיטת יחס בלתי-שווה כלפי שווים" — כפי שחזר בית המשפט וקבע לאחרונה בנושא הקשור להפקעות; ראה בג"צ 407/83 (לעיל, הערה 49), בעמ' 833, בסעיף 7.

¹¹⁹* ע"א 377/79 (לעיל, הערה 34); ד"ג 16/81 (לא פורסם).

לנוכח חשיבותה של הלכת פייצור, ראינו מקום להקדיש סעיף מיוחד לפסק-דין זה ולנתח את נימוקיו המשפטיים. מסקנתנו היא, עם כל הכבוד, שפסק-הדין מוטעה, כפי שנסה לבאר להלן.

(א) העובדות, הטענות ונימוקי השופטים

עובדות המקרה היו כדלקמן: שלוש המערערות היו בעלות חלקות-קרקע ברמת-גן, אשר הופקעו על-ידי הוועדה המקומית לצורך בניית בית-ספר, מכוח סמכותה על-פי חוק התכנון. החלקות הופקעו בשלמותן, ולטענת בא-כוח המערערות, לא גותרו להן חלקות אחרות בתחומי האיזור¹²⁰. בית-המשפט המחוזי ניכה 40% מסכום הפיצויים שנקבעו על-סמך הערכות השמאי, ועל כך עיקר הערעור.

טענותיו המרכזיות של בא-כוח המערערות, כפי שסוכמו על-ידי נשיא בית-המשפט העליון, השופט לגדוי, היו כדלקמן:

(1) לשון סעיף 20(2)(ב) לפקודת הרכישה:

בסעיף זה מצויה ההוראה הבאה:

"מקום ששטח שנלקח, והוא נכלל במגרש, עולה על רבע כלל שטחו של המגרש, יופחתו הפיצויים בסכום שמתכוונתו לערך הקרקע בלבד, הנכללת בחלק המגרש הנלקח, היא כמתכונת רבע כלל שטחו של המגרש לכלל שטח הקרקע, הנכלל בחלק המגרש שנלקח."

על-פי ההוראה בדבר היות החלק "נכלל" במגרש וההתייחסות ל"חלק" מהמגרש, טען בא-כוח המערערות שהוראת ההפחתה אינה חלה בעת הפקעת מגרש שלם.

(2) עקרונות כלליים והטעם החקיקתי שביסוד הפקעה ללא תמורה:

כאן העלה בא-כוח המערערות את הכלל הבסיסי, שאין לשלול קניין ללא פיצוי נאות. הוא התבסס על דברי השופט אגרנט בע"א 216/66 (שהובאו לעיל, בסעיף ג(2)). כן הוא התבסס על נימוק ההשבחה המשמש — לדעתו — כהצדקה להוראות בדבר הפקעה ללא תמורה, וציטט מדברי הכנסת ברוח זו (ראה לעיל, שם).

(3) תקדימים בפסיקה:

כאן התבסס בא-הכוח על פסק-דין כיאט¹²¹, שבו הורה בית-המשפט במצב דומה של הפקעת כל השטח, כי יש לשלם את מלוא הפיצויים ואין לנכות 40%, מאחר שאין הבעלים יכולים ליהנות מהשבחת יתרת השטח שבידם.

(4) הבדלים בנהלים ובטפסים:

הועלו נימוקים נוספים, וביניהם העובדה שלמערערות נשלח טופס א הקבוע כנספח לפקודת הרכישה, והמיועד למצבים של זכאות לתשלום פיצויים מלאים, במקום טופס ב, המיועד למצבים של פיצויים מופחתים או העדר פיצויים כלל. נציין כאן, שההבדל

120 העובדה האחרונה לא צוינה בפסק-הדין עצמו, אלא עולה ממכתבו של בא-כוח המערערות לשר-הפנים מיום 30.6.82 (בעניין בקשה להענקת פיצויים לפי שיקול-דעת השר).
121 676/75 (לעיל, הערה 32).

בטפסים מיועד להבטיח שלבעלים תהיה התראה מוקדמת באשר לכוונה לשלם פיצויים מופחתים¹²².

בית-המשפט לא קיבל טענות אלה. הדגשיהם של השופט לנדוי והשופט ברק שונים אלה מאלה, אך מסקנת שלושת השופטים, כולל השופט לזין שהצטרף לפסק-הדין¹²³, אחת היא: דחיית הערעור. נציג אפוא את נימוקיהם:

השופט לנדוי בחן את טענותיהן הנ"ל של המערערות אחת-אחת¹²⁴.

אשר לטענה א — לדעתו אין לשון סעיף 20(ב) לפקודת הרכישה מצביעה בהכרח על כך שמדובר תמיד בחלק מהמגרש שהוא פחות מהשלם, אולם נראה שהשופט לנדוי היה מוכן לקבל את טענות המערערות בדבר פירוש לשון הסעיף אלמלא מצא — לדעתו — הוראה ברורה מידי המחוקק בדבר הפירוש הנכון (ראה להלן). כן ציין השופט, שברישיא של סעיף 20(2) נאמר: "קרקע כלשהיא" (שנרכשה על-פי הפקודה), ומכאן הסיק שאין ללמוד מסעיף זה הגבלה על הסמכות לנכות 40% בעת הפקעת מגרש שלם.

אשר לטענה ב — השופט קבע שאין מקום להודקק לעיקרון הכללי בדבר אי-שלילת רכוש ללא פיצויים אלא כאשר לשון החוק מוטלת בספק, ולא זה המקרה כאן.

אשר לטענה ג — השופט לנדוי הסביר, שנימוק ההשבחה אינו עומד ביסוד ההצדקה להפקעה ללא תמורה, שכן לפי חוק התכנון ניתן להפקיע גם ליעודים כגון בתי-ספר ובתי-חולים, העשויים להביא להשפעות חיצוניות שליליות. ואשר לפסק-דין ביאט — כאן קבע השופט, למעשה, שהרציו של פסק-הדין אינו בנושא ההשבחה אלא בנימוק אחר — בעובדה שהמטרות שעבורן הופקע השטח לא נכללו בגדר סעיף 190(א)(1)¹²⁵. לגבי טענה ד — השופט לנדוי לא ייחס נפקות רבה לטעות בטפסים וקבע, שאין במשלוח הטופס הלא-נכון לבעלים כדי לפסול את פעולת הרשות.

לאחר סקירה מקיפה זו של הטענות שהעלו המערערות, הגיע השופט לנדוי למסקנה שהמצב הוא בגדר תיקו — כדבריו. בשלב זה הוא הציג נימוק נוסף שהיווה — לדעתו — "ראיה ניצחת" לכוונת המחוקק: לשון סעיף 3(1) ו-2 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצורכי ציבור, תשכ"ד—1964, שמטרתו מגיעת הפקעות חוזרות ונשנות. בסעיף זה מדבר המחוקק בפירוש על "החלקה או כל חלק ממנה"¹²⁶ אשר נרכשה ללא תשלום

122 כן העלה בא"כוח המערערות טענה נוספת המתבססת על לשון הסיפא לסעיף 190(א)(1) בדבר אי-פיגועה ביתרת המגרש, אולם טענה זו לא נזכרה על-ידי השופט לנדוי במניין הטענות והוזכרה רק בדרך-אגב במקום אחר בפסק-הדין.

123 השופט לזין אינו מבהיר לאיזו דעה הוא מצטרף, ונראה שהוא מסכים עם שתיהן (ע"א 371/79 [לעיל, הערה 34], בעמ' 657 למטה ו-658 למעלה); לא ברור על-סמך מה קובע השופט כהן, בהחלטתו בעניין הבקשה לדיון נוסף (ד"נ 16/81 [לא פורסם]), כאילו השופט לזין מצטרף לדעת השופט ברק. ראה סביר, תקציר פסק-דין של בית-המשפט העליון, יו 334.

124 בעמוד 651 עד עמוד 653 לפסק-הדין.

125 ראה דיון בשאלה המטרות וביקורת על פסק-דין ביאט (לעיל, הערה 32), לעיל, בסעיף ד(4)(ג).

126 בעמ' 653 לפסק-הדין, מול האותיות ב ר-ג. נוסח זה מופיע הן בסעיף 3(1) והן בסעיף 2(3) בהקשר של קביעת מועד הרכישה: בראשון — אודות רכישה על-פי פקודת הרכישה, ובשני — אודות רכישה מכוח פקודת בניין ערים.

פיצויים. מאחר שחוק זה עוסק בנושא דומה לפקודת הרכישה, רצה השופט ללמוד ממנו אודות כוונתו של המחוקק וראה בו תעודה לכך שניתן להפקיע גם חלקת שלמה ללא תשלום פיצויים¹²⁷. אולם יש להדגיש, שמדובר לא בסעיף הראשי בחוק (סעיף 2) המגביל את סמכות הרכישה במקרים חוזרים, אלא בסעיף העוסק בהסדרת מועדי הרכישה, שבו "כאילו משיח המחוקק לתומרו", כדברי השופט.

השופט ברק הצטרף למסקנתו של השופט לנדוי, אך השתית מסקנה זו על נוסח סעיף 20(2)(ב) לפקודת הרכישה ולא על החוק לתיקון דיני הרכישה. בכך חזק נימוק שהוזכר, אך לא הודגש על-ידי השופט לנדוי:

"כפי שציין חברי הנכבד, הנשיא, אין בהוראה זו כל "תקרה", והשיעור, העולה על רבע, עשוי להיות גם השלם, אשר גם הוא כלול במגרש. תהא זו פרשנות מלאכותית, אשר תגרור אחריה, בוודאי, עיוותים תכנוניים, אשר מכוחה גובע כי בהפקעת 90% מחלקה יש להפחית את הפיצוי בהתחשב ברבע המופקע ממילא, ואילו בהפקעת 100% מחלקה אין לבצע הפחתה זו. לשון החוק והגיונו אינם מחייבים או מצדיקים פרשנות שכזו"¹²⁷.

משמע, נקודת-המוצא של השופט ברק היא הרצון לשמור על יחס שוויוני בין אדם שכמעט כל חלקתו הופקעה (דוגמת 90 האחוזים שהשופט הציג), לבין אדם אשר חלקתו הופקעה בשלמותה, מחשש שמא ייצא האחרון נשכר.

(ב) בחינת נימוקי השופטים

עם כל הכבוד, מסקנות השופטים גראות לנו מוטעות, וזאת בשני מישורים: במישור הנימוקים שהוצגו בפסק-הדין, ובמישור הנימוקים וההשפעות המשפטיות אשר כלל לא הוצגו ומן-הסתם לא נלקחו בחשבון. טעותו המרכזית של פסק-הדין היא במישור השני, אולם נתחיל בבחינת המישור הראשון.

הניסיון להסיק מסקנה בדבר הסמכות לנכות 40%, תוך התבססות על סעיף 20(2) לפקודת הרכישה בלבד, הוא ניסיון עקר. בכך צדק השופט לנדוי בהגיעו בשלב זה לתוצאה של תיקו; שהרי הביטוי "הנכלל בחלק המגרש הנלקח" ניתן לפירוש הן כמוציא את השלם מחובו והן ככוללו. אולם נראה למחברת שהפירוש הראשון סביר יותר, וזאת מתוך השוואה עם נוסח סעיף 3 לחוק לתיקון דיני הרכישה, שעליו הסתמך השופט לנדוי לצורך הסקת מסקנה הפוכה דווקא. משם ניתן ללמוד, שכאשר רצה המחוקק לדבר גם על החלקה השלמה, עשה זאת במפורש, באומרו "החלקה או כל חלק ממנה". לעומת זאת, בסעיף 20(2) לפקודת הרכישה מדובר ב"חלק המגרש שנלקח"¹²⁸.

127 בעמ' 657 לפסק-הדין, מול האות ב.

128 נסיונו של השופט לנדוי להסתמך על הרישא של סעיף 20 (2) והביטוי "כל הקרקע", הוא פחות סביר. לא נראה שביטוי זה בא במובן של "שלם", אלא במובן של "קרקע כלשהי" — ז.א. : מסוג כלשהו. זאת במיוחד שנוסח הסעיף בהמשכו נוקט לשון דומה, לדוגמא: "כדי להרחיב איוו דרך... או כדי להגדיל איוו מגרש-משחקים...". ברור שפירוש ביטויים אלה הוא דרך כלשהי ומגרש-משחקים כלשהו, ולא כל דרך וכו'. יתר על כן: כפי שראינו, בהמשך אותו סעיף מדובר בפירוש על "חלק המגרש שנלקח".

אולם, כאמור, כבסיס העיקרי לפסק-דינו של השופט לנדוי משמש סעיף אחר – סעיף 3 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצורכי ציבור, תשכ"ד–1964, המסדיר את מועד הרכישה במקרה של הפקעות חוזרות ללא תמורה. מהביטוי "החלקה או כל חלק ממנה" השופט רצה ללמוד על כוונת המחוקק בסעיף 20(2) ועל השאלה, האם המקרה של הפקעת חלקה שלמה כלול שם. עם כל הכבוד, מסקנה זו אינה מוצקת. כפי שראינו לעיל, בסעיף ד(8)(א), בחוק התיקון מדובר בחלקה, המוגדרת בסעיף 1 שם כיהידת רישום בפנקסי-המקרקעין (בכל המקרים שבהם אמנם קיים רישום). ואילו בפקודת הרכישה מדובר במגרש, המוגדר בסעיף 20 עצמו כ"כלל הקרקע שבבעלות אחת המהווה שטח אחד" (סעיף 20(1)(ב)). הבחנה זו בין מגרש לחלקה, אם כי בהקשר קצת אחר, נעשתה לאחרונה גם על-ידי בג"צ בעניין פלים בילדינגס¹²⁹.

לעניות דעתנו, השוואה נכונה של שתי הוראות אלה מביאה למסקנה שונה מזו של השופט לנדוי¹³⁰: ככל הנראה, כאמור בסעיף ד(8)(א), הוראה זו מיועדת להחמיר עם הרשויות במצב של הפקעות חוזרות, ועל-כן היא קובעת יחידת-שטח קטנה יותר (חלקה) לצורך מקרים כאלה. לעומת זאת, כאשר מדובר בהפקעה ראשונה, יחידת-השטח לקביעת השיעור המותר הוא המגרש כולו. שתי ההוראות מיועדות להיות שונות זו מזו, ועל-כן אין ללמוד מהאחת לגבי רעותה.

גבחן עתה את נימוקיו של השופט ברק. כבוד השופט מסתמך אך ורק על נוסח סעיף 20(2)(ב) לפקודת הרכישה, ומוצא בו היגיון רב. לזו היתה ההוראה הנדונה אמנם מאפשרת השגת שוויון בין בעלי-הקרקע בנשיאת גטל ההפקעות – כפי שהשופט ברק שואף – היתה ברכה במסקנתו. אולם לא זה המצב. כזכור, השופט נותן דוגמא של הפקעת 90% מהמגרש וטוען: אם ממנה מותר לנכות 40%, מדוע לא מן השלם? אלא מאי, דוגמא זו איננה מתיישבת בדרך-כלל עם המציאות התכנונית ועל-כן הטיעון המושגת עליה אינו משכנע. מן-הסתם לא נלקחו בחשבון השפעותיה של הוראה אחרת שבחוק התכנון, היא הסיפא לסעיף 190(א)(1) בדבר אי-פגיעה ביתרת המגרש¹³¹.

במציאות התכנונית, נדיר מאוד מצב שבו ניתן להפקיע 90% (או אפילו 80% ו-70%) משטח המגרש ועדיין להותיר יתרה המאפשרת פיתוח, מבלי שתהיה כרוכה בכך פגיעה בשוויה היחסי של היתרה. מצב זה עשוי לחול אך ורק כאשר מדובר במגרש רשים בעלי ממדים גדולים מאוד, וכאלה אינם רבים בידיים פרטיות בישראל¹³². אם בכל-זאת מצוי מגרש כזה בידיים פרטיות והופקע ממנו שיעור כה גבוה תוך שנותרה יתרה בת-פיתוח, סביר להניח שההפקעה נעשתה לצורך מיתקן ציבורי רב-ממדים, כגון בית-ספר גדול או בית-חולים. במצב כזה, מעטים הם שימושי הקרקע הניתנים

129 בג"צ 189/83 (לעיל, הערה *83), בעמ' 223, מול האות ב.

130 מעניין שאף שבאותו הקטע עצמו שבו הוא מפתח את טיעונו, מציין כב' השופט לנדוי את העובדה שבחוק התיקון לדיני הרכישה מדובר בחלקה, ובפקודה – במגרש, אך אין הוא עומד על משמעות הבדל זה. ראה בעמ' 653 בפסק-הדין, מול האותיות ג-ד.

131 ראה לעיל, סעיף 4(7). תמוה מאוד שהוראה חשובה זו שבסיפא לסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון, כמעט שאינה מוזכרת בפסק-דין פייצר, אף שהיא קשורה באופן הדוק לנושא הנדון ובא-כוח העותרות העלה אותה.

לפיתוח ביתר המגרש מבלי שישבלו מהשפעות חיצוניות שליליות. סביר אפוא להניח, שברוב המקרים תחול הפחתה משמעותית בשווייה היחסי של יתרת המגרש וממילא לא יהיה ניתן לבצע את ההפקעה.

המסקנה: הדוגמא שלפיה רצה השופט ברק להוכיח את האבסורד-לכאורה שבמסקנה המבחינה בין הפקעת החלק להפקעת השלם, היא דוגמא שסיכויי התרחשותה בפועל אינם גבוהים. המצב הטיפוסי שלגביו — לדעתנו — אמנם מיועד סעיף 22(ב) הוא המצב שבו נדרש שטח מעט מעבר ל-40% מהמגרש — בדרך-כלל 45%—55%. מצב זה הוא שכיה, אפילו שיגרת, באזורים המיועדים לפיתוח חדש למגורים בצפיפות בינונית ומעלה, ואזי היתרה היא אמנם בתפיתות. במצבים אלה תשלום פיצויים מופחתיים ב-40% הוא סביר, ואינו מעלה את בעיית האבסורד-לכאורה ואי-השוויון שעליהם השתית השופט ברק את מסקנתו. אין זה צודק להביא טיעון בדרך השלילה, שכן בעטיו נוצר דווקא מצב של גטל בלתי-שוויוני כלפי המקרים שבהם מופקעת חלקה שלמה.

סימני-שאלה נוספים ניצבים נגד טיעון השוויוניות שמעלה השופט ברק. מה הטעם לשוויוניות-לכאורה כאשר בנושא ההפקעות ממילא לא שורר השוויון? הרי הפקעת 40% אינה נורמה מחייבת, אלא ציון השיעור המירבי בלבד. בהעדר תוראה בדין הקיים בדבר חלוקת הגטל, לא כל בעל-קרקע "זוכה" להיות מופקע ללא תמורה. דבריו של השופט לנדוי בעניין "מס רכוש" המוטל כביכול על כולם, אינם מדויקים. יתר-על-כן: דומה שכבוד השופט לא שם את לבו לעובדה חשובה, שנוטים לשוכחה: גם אם הלכת פייצר נכונה, הרי הניכוי מותר רק אם אותו יעוד נכלל במסגרת הפקעה ללא תמורה. עדיין נותרים כל אותם בעלי-הקרקע שמגרשם הופקע לצורך יעוד אחר, ושאינו להעלות על הדעת שקיימת סמכות כלשהי להפחית מפיצוייהם 40% או כל אחוז אחר. אם הנימוק העיקרי הוא הרצון להבטיח שוויון, הרי האמצעי של ניכוי 40% מסכום הפיצויים במקרה של הפקעת מגרש שלם אינו יעיל במיוחד להשגת יעד זה; מאידך גיסא, הוא משיג תוצאה הפוכה, ומחירו הציבורי והתכנוני רב.

(ג) הפקעה בתמורה וללא תמורה הן דרכים נפרדות

עד כה עסקנו בניתוח פסק-הדין במישור הראשון המתיחס לטיעונים שהוזכרו במפורש. לעניות דעתנו, טעותו של פסק-הדין בולטת עוד יותר במישור השני שהוזכרו — מישור הטיעונים שלא הוזכרו והמיועדים לראות את ההוראה בדבר הפחתת הפיצויים כחלק ממכלול ההוראות החלות על הפקעה ללא תמורה לעומת הפקעה בתמורה. המסקנה שאליה הגיע פסק-הדין בדבר ניכוי 40 האחוזים מסכום הפיצויים המשתלמים במקרה של הפקעת מגרש שלם בתמורה, סבירה רק אם שתי דרכי ההפקעה — בתמורה ושלא בתמורה — הן דרכים זהות או כמעט-זהות וניתנות לחיבור. אולם בחינת מכלול ההוראות החלות על שתי דרכים אלה מובילה למסקנה החד-משמעית, ששתי הדרכים

132 אם ימצא מגרש גדול העונה על התנאים, רבים הסיכויים שהוא יהווה חלק משטח הנוקף להליך של חלוקה חדשה לפי סימן ז לחוק התכנון, ואזי ממילא לא יחולו ההוראות בדבר שיעור ההפקעה המירבי ללא תמורה (לפי סעיף 4 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצורכי ציבור, תשכ"ד—1964, וכן לפי מהות כלי הרה-פרצלציה); ראה לעיל, סעיף ד(2).

שונות זו מזו בכמה היבטים משמעותיים. ה"שיוך" שנעשה לצורך חשבונאות כספית בלבד אינו עומד במבחן המשפטי.

במה נבדלות שתי דרכי ההפקעה שבחוק התכנון? נרכזו כאן את ההבדלים העיקריים, שחלקם כבר הוצגו במקומות שונים לעיל (ראה במיוחד בסעיפים ד(1), ד(2) ו-ד(4)), ונציין את השפעותיהם על פסק-הדין:

(1) ההבדלים בין היעודים המותרים להפקעה (ראה לעיל, ד(4)(א)). הבדל זה ברור ומזדקר לעין, אולם משום-מה אין הוא זוכה לציון בולט בפסק-הדין. כאמור, גם אם נקבל את הלכת פייצר, הרי חשוב שגזכור שהיא חלה רק על רשימת היעודים המצומצמת המותרת להפקעה ללא תמורה. לדאבונו, אין עובדה פשוטה זו לגבי הסמכות להפקיע מזכרת דיה ב"שטח". במחקרנו נתקלנו בדעה הרווחת, כאילו יש לנכות 40% מבלי שמועלית השאלה האם היעוד מותר להפקעה ללא תמורה. הלכת פייצר המזכרת עתה כבר על-ידי רבים המופקדים על הפקעות ברשויות המקומיות, רק חיזקה דעה מוטעית זו.

(2) השוני שבסוג המפעיל (ראה לעיל, ד(4)(ד)). ראינו לעיל, שהפירוש הנכון של הוראות החוק מוביל למסקנה שמותר להפקיע ללא תמורה רק ליעודים ציבוריים המופעלים על-ידי גוף ציבורי מובהק. משמעותה המעשית של מסקנה זו היא, שכאשר חל שינוי בסוג המפעיל, זכאי הבעלים לטעון שהיעוד שונה ולתבוע את זכויותיו (ראה הסעיף הבא). במקרה של הפקעה בתמורה, לא חלה הגבלה זו באשר למפעיל. כיצד ניתן להפעיל שתי הוראות שונות אלה על אותו מגרש, כאשר חלקו הופקע ללא תמורה (ניכוי 40 האחוזים) וחלקו בתמורה? ובמיוחד, כיצד ניתן להפעיל הוראות שונות כאשר ההפקעה ללא תמורה נערכה באמצעות ניכוי חשבונאי בלבד, ועל-כן חלה על חלק בלתי-מסוים של השטח שלא ניתן לזהותו באופן פיזי?

(3) הבדלים נוספים בין הוראות סעיפים 195 ו-196. נוסף להבדל בסוג המפעיל, ישנם הבדלים מפורשים בין הוראות שני הסעיפים העוסקים בזכויות השבת הקרקע. הבדלים אלה מובילים אף הם למסקנה, שלא ניתן ליישם בעת-ובעונה אחת את שתי דרכי ההפקעה. להבדלים אלה חשיבות מעשית רבה משום שהם נוגעים לזכויות היחודיות שמקנה חוק התכנון לבעלים שהופקעה קרקע שלהם. הבדלים אלה הם:

(א) היחס לרוכש מאת הבעלים המקוריים¹³².

(ב) על מי מוטל נטל ההודעה אודות שינוי היעוד ונטל הפעולה¹³³.

¹³² לפי סעיף 195(2) לחוק התכנון החל על הפקעה בתמורה, הזכות לקניה חזרה או לקבלת פיצויים במקרה של שינוי יעוד, עומדת לא רק לרוכש המקורי אלא גם "לחליפו". לעומת זאת, במקרה של הפקעה בתמורה, זכות ההשבה לפי סעיף 196(א) מוקנית רק "למי שהיה זכאי [לפיצויים] בשעת ההפקעה...". ואין כל הוראה בדבר חליפו.

¹³³ לפי סעיף 195, רשאית הוועדה למכור את המגרש או להשכירו גם כאשר שונה יעודו, ובלבד שניתנה לבעלים (או לחליפו) הודעה שהוא רשאי, תוך שלושים יום, לקנותם חזרה במחיר שגרכשו ממנו, בתוספת השבחה. משמע, שהאחריות לפעול תוך הזמן הקצוב גופלת על הבעלים, ואם לא עשו כן – בטלה זכותם. לעומת זאת, הנטל לפי סעיף 196 מוסב ישירות על הוועדה, אשר במקרה של שינוי יעוד חייבת לשלם פיצויים לבעלים הקודמים או להחזיר להם את הקרקע, לפי בחירתם.

(ג) ההוראות בדבר מה ייחשב כשינוי יעוד¹³⁴.

וכי לפי מה ייקבעו זכויות הבעלים במקרה של "הפקעה חשבונאית" כדוגמת פייצור, שבה לא ניתן לזהות את השטח שהופקע ללא תמורה?

(4) כניסה למקרקעין שהופקעו ללא תמורה. לפי סעיף 190(ב), הוועדה המקומית רשאית להיכנס לאותו חלק של המקרקעין שמותר לה להפקיע ללא תשלום פיצויים ולקנות בו חזקה, לאחר מתן הודעה בכתב לבעלים. בניגוד להפקעה בתמורה, אין כל צורך בצו מבית-המשפט המחיר כניסה למקרקעין, גם אם הבעלים מסרבים להרשות את תפישת החזקה¹³⁵. זוהי תורה בעלת משמעות מעשית רבה. כיצד ניתן להפעילה כאשר בוצעה, למעשה, הפקעה ללא תמורה אך אין היא חלה על חלק פיזי מסוים של הקרקע?

(5) הבדל מינהלי בסוג הטפסים. לפי סעיף 5 לפקודת הרכישה, קיימים שני הליכים מינהליים שונים להפעלת שתי דרכי ההפקעה: האחד, טופס א, להפקעה בתמורה מלאה; והשני, טופס ב, להפקעה ללא תמורה או בתשלום פיצויים מופחתים. טפסים אלה אינם עניין טכני בלבד. עבור בעל-הקרקע הם משמשים תפקיד חשוב של מתן התראה מוקדמת באשר לצפוי לו. כזכור, בית-המשפט דן בהבדל זה, אך לא ייחס לו משמעות רבה. אולם כאשר רואים אותו כחלק ממכלול ההבדלים המנויים לעיל, נושא הבדל זה משמעות כביטוי מינהלי להבדלים מהותיים, וכתשקיף לכוונת המחוקק.

מתוך הבדלים אלה ניתן ללמוד שני דברים: האחד, שכוונתו המובהקת של החוק היא ששתי דרכי ההפקעה – בתמורה ושלא בתמורה – תיתפשנה כדרכים שונות, בעלות מטרות, תפקידים ותהליכים נבדלים; והשני, שהפקעה ללא תמורה מיועדת להתייחס לחלק מסוים של הקרקע ולא לחלק בלתי-מסוים, כפי שבהכרח יקרה אם יותר ניכוי חשבונאי של 40% מהפיצויים שיש לשלם בעת הפקעת מגרש שלם. פסק-דין פייצור לא ראה נכונה את ההבדלים בין שתי דרכי ההפקעה וגרם למיוגן החלקי, ובכך טעה.

הקורא עשוי להקשות ולשאל: כיצד מסקנות אלה מתיישבות עם העובדה שהמחוקק הכיר בפירוש גם במצב של הפקעה למעלה מ-40% והורה על תשלום פיצויים מופחתים? לדעת המחברת, המסקנה העולה מההוראות המינהליות הכורכות יחד הפקעה ללא תמורה עם תמורה מופחתת, היא שבמצב זה יחולו הדינים של הפקעה ללא תמורה. ממילא, לנוכח סעיף אי-הפגיעה ביתרה, בדרך-כלל במקרים כאלה יהיה מרכיב ההפקעה ללא תמורה המרכיב הדומיננטי, וכך ככל הנראה צפה המחוקק.

134 ההוראות בדבר מה שמהווה שינוי יעוד, שוגות בין סעיף 195 לסעיף 196: לפי סעיף 195(2), גם אם שני היעודים כלולים ברשימה שבסעיף 188(ב), ייחשב השינוי כשינוי יעוד לצורך הסעיף; בעוד שלפי סעיף 196(א), הרי אם שני היעודים כלולים ברשימת המטרות להפקעה ללא תמורה (סעיף 190(א)(1)), לא ייחשב השינוי כשינוי יעוד לצורך הסעיף. ושוב נשאל: כיצד תופעלנה שתי הוראות מנוגדות אלה על אותו מגרש?

135 על הבדל זה עמד בית-המשפט בבג"צ 189/83 בעניין פלים בילדינגס, בעמ' 220, מול האותיות ה וי. ראה סעיפים 7 ו-8 לפקודת הרכישה. ראה גם איזכור של זכות הכניסה בטיעון המערער בע"א 241/65 מכבאל שררץ נ' יעקב שאול תינה ואח', פ"ד כ(2) 41, 43.

(ד) האם הניכוי חובה או רשות לפי הלכת פייצר? השפעות ההלכה

מעבר למסקנות הברורות של פסק-הדין, עדיין עומדת השאלה: האם ההלכה היא שניכוי 40% הוא רשות, או שמא הוא חובה? התשובה אינה מפורשת בפסק-הדין, אולם מתוך ההיגיון העומד בבסיס פסק-הדין באשר לסעיף 20(2) (ב) לפקודת הרכישה, ניאלץ להסיק שאם תעמוד הלכת פייצר על כנה, יהיה הניכוי חובה כאשר יתקיימו התנאים הדרושים; שהרי כתוב: "... יופחתו הפיצויים" (ההדגשה שלי. ר.א.). השפעותיה של מסקנה זו מצביעות באופן חריג-משמעי על אי-סבירותה של הלכת פייצר. בהעדר הבחנה בחוק בין יעודי קרקע הנוגעים לרמות שירות שונות (ראה סעיף ד(5) (ד)), פירוש הדבר שכל-אימת שתופקע חלקה לצורך כביש ארצי, למשל, תחול על הוועדה המקומית חובת הפחתת פיצויים! בפועל נעשות הפקעות ליעודים ארציים שונים לעתים תכופות, ואין זה בהכרח נהוג לשלם פיצויים מופחתים במקרים כאלה¹³⁶; שהרי הנהוג הוא כי הגוף הארצי נושא בעיקר בנטל תשלום הפיצויים. עבור גוף כזה, החיסכון הנובע מהפחתת הפיצויים אינו משמעותי בדרך-כלל יחסית לסכום הכולל של הפרוייקט. לעומת זאת, עבור הפרט, הפחתת הפיצויים מהווה פגיעה חמורה המדי-גישה את אי-הצדק שבחלוקת הנטל.

ברור אפוא שאם ניקח את הלכת פייצר כלשונה, אין הדעת סובלת את השפעותיה. נקווה שבית-המשפט העליון יראה לנכון לשנותה בהודמנות הקרובה או שהמחוקק יתן דעתו על הצורך בשינוי החוק, כך שלא יאפשר פירוש כמו בפייצר.

(ה) הפסיקה שאחרי פייצר: היחס לפיצויים על נזקי תכנון וההבחנה בין גישות שונות בשמאות

כיצד התייחסה הפסיקה שבאה אחרי פסק-דין פייצר להלכה זו? בסעיף זה נזכיר בקצרה שלושה פסקי-דין: האחד מחוזי, ושניים של בית-המשפט העליון. בשניים מבין פסקי-הדין ניכרת מגמה לצמצם את תחולתה של הלכת פייצר.

פסק-הדין המחוזי¹³⁷ עוסק בשאלה, האם מוסמכת הוועדה המקומית לתכנון ובנייה לנכות 40% מסכום הפיצויים המגיעים לבעלים על-פי סעיפים 197—200 לחוק התכנון כאשר נפגעו מקרקעין על-ידי תכנון, שלא בדרך של הפקעה. שאלה זו מהווה פן חשוב הנוגע להלכת פייצר, שהרי הפסיקה קבעה פעמים אחדות ובאופן חריג-משמעי שכאשר מיועד שטח לצורכי ציבור ולהפקעה גם יחד, על הבעלים להפעיל שני הליכים נפרדים: הגשת בקשה לפיצויים בגין שינוי היעוד, ולאחר ההפקעה— תביעת הפיצויים על ההפקעה. משום-מה לא נדונה שאלה זו בפסק-דין פייצר, אף שלה חשיבות מעשית רבה.

השופטת בן-עזת קובעת— בניגוד לפסיקה קודמת של בית-משפט מחוזי— (ראה לעיל, ד(8) (ד)) שאין סמכות לנכות 40% כבדרך יגירה מסכום הפיצויים על נזקי

136 ראה, לדוגמא, את עובדות פסק-הדין בג"צ 854/79 קיבון שריף שגטי ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, תל-אביב—יפו ואח', פ"ד לד(4) 645— שם הופקע מגרש בשלמותו עבור נתיבי-אילון ושטחים ציבוריים פתוחים. ככל הנראה, לא ניתנה כל הוראה בדבר ניכוי 40% מסכום הפיצויים שנקבעו, וכך ראוי. האם בכך פעלה הוועדה שלא כדין? זו תהיה משמעות הלכת פייצר אם תיושם כלשונה, ואין היא סבירה.
137 ת"א ת"א (ת"א) 1392/82 (לעיל, הערה 107) בעניין הבמ"ר.

הכנון, מאחר ש"אני מעלה על הדעת שניתן לפגוע בזכות הקניין של האזרח על דרך האנלוגיה"¹³⁸. למרבה הפלא, אין הלכת פייצר העיקרית מוזכרת כלל, אף שמובא ציטוט מדבריו הכלליים של השופט ברק בפסק-דין זה בדבר זכות הקניין כזכות-יסוד. לעתים תכופות סכום הפיצויים בגין נזקי תכנון מהווה את עיקר הסכום הנספג המשתלם בעת הפקעה לצורכי-ציבור (שטח המיועד כבר לצורכי ציבור מוערך בכ-10% משווי המקורי). לפיכך ההימנעות מהחלטה של הלכת פייצר בדרך של אנלוגיה או בדרך ישירה גם על פיצויים לפי סעיף 197, גוררת את צמצומה בפועל. על פסק-דין זה הוגש ערעור¹³⁷.

נפנה עתה לשני פסקי-דין של בית-המשפט העליון שבהם היתה הזדמנות להתייחס להלכת פייצר. החשוב ביניהם דן בעניין הברה קרישא¹³⁸. למרבה הפלא, אף שמדובר שם באותה סוגיית ממש של ניכוי 40% מסכום הפיצויים, לא ראתה כבוד השופטת נתניהו לנכון להזכיר את הלכת פייצר, זולת בנושא שולי למדי. פסק-דינה מהווה, למעשה, צמצום נוסף של הלכת פייצר. השופטת עורכת הבחנה בין שתי שיטות שמאות הפיצויים בגין הפקעה: השיטה השירית והשיטה ההשוואתית. רק בשיטה השירית — השופטת קובעת — יש מקום לניכוי 40%, משום ששיטה זו מבוססת על ניכויים שונים מהערכה ראשונית כאילו היה הנכס מוכן באופן מיידי למטרתו¹⁴⁰. השופטת מביעה את מורת-רוחה משיטה זו, אך אינה פוסלת אותה כליל. לעומת זאת, בשיטה ההשוואתית אין מקום לניכוי כלשהו, משום שהיא מבוססת על השוואה עם מחירים שנקבעו בעסקאות בנכסים דומים; אם היתה ציפיה להפקעה כלשהי, היא תתבטא ממילא בשווי הנכס שאליו משווים¹⁴¹. זוהי, ככל הנראה, הלכת פסקי-הדין לענייננו¹⁴².

עם כל הכבוד, אין מסקנתה של כבוד השופטת נראית לנו. מבלי שניכנס לעובי הקורה של סוגיית הקשר בין גישות בשמאות לבין דיני הפקעת קרקע, נוכל לומר, שלדעתנו אין לתלות את התשובות לשאלות משפטיות בגישות שמאיות אלה או אחרות. כדי לנכות 40% מסכום הפיצויים המגיעים על הפקעת חלקה שלמה דרושה סמכות משפטית. הציפיה להפקעה, אם אמנם היא חלה על חלקות אחרות באיזור, אין בה כשלעצמה להעניק סמכות כזו. לדאבונו, נוכחנו לדעת, כי גם השמאים אינם תמיד מצויים בהבחנות המשפטיות באשר לסמכות ההפקעה ללא תמורה. על-כן גם מה שנחשב בעיניהם כציפיה להפקעה כזו אינו בהכרח עומד על מסד משפטי מוצק. ב"שטח" קיימת אמנם לא-אחת סברה כאילו הפקעה של 40% היא בגדר מעין "צו שמאי"¹⁴³;

137 * בעת הבאת שורות אלה לדפוס, ערעורה של הוועדה המקומית טרם נדון בביהמ"ש העליון. 138 שם, בעמ' 5 לסיטוט פסקי-הדין (טרם פורסם).

139 ע"א 45/79 הברה קרישא נחשיא נ' חברת חלקה 4 כגוש 3947 בעמ' ואח', פ"ד לו(3) 233.

140 שם, בעמ' 236, מול האות ה.

141 שם, בעמ' 239, מול האותיות ג ו-ד.

142 פסקי-הדין אינו כתוב בצורה ברורה, ועל-כן סייגנו את מסקנתנו.

143 לדוגמא: לאחרונה הובא לתשומת-לבנו מקרה בחיפה שבו העירייה עומדת להפקיע חלקה פנויה באיזור בלב הדר הבנוי כולו, לצורך מבנה הקשור בתיאטרון העירוני הסמוך. לטענת היועצת-המשפטית לענייני הפקעות, טוענים השמאים שגם במקרה זה יש לנכות 40% מסכום הפיצויים! אנו תמהים: כיצד ניתן לטעון שחסיים שירותי ציבור באיזור בנוי ומזדקן — ועוד בשיעור של 40% משטח הקרקע? מכיוון שהשמאים אמורים לבסס חישוביהם על הציפיות הממשיות בשוק — מן הראוי שיענו על השאלה: האומנם סביר להניח שבאיזור

אולם כמובן לא כך הוא – לא מבחינת צרכים תכנוניים ולא מבחינה משפטית. יש להישמר מהחלפת הדרישה לסמכות משפטית במעין "כלל" שמאי זה או אחר. עד כה נוכחנו במגמה של צמצום הלכת פייצור, אולם מגמה כזו אינה ניכרת בעניין שרה קירשטיין¹⁴³* שנדון לאחרונה. כאן חוזר בית-המשפט על הלכת פייצור, תוך איזון כורה, ומניח שקיימת הוראת חוק מפורשת הקובעת סמכות (ואולי אף חובה?) לנכות 40% מסכום הפיצויים המגיעים בעת הפקעת מגרש שלם. הנסיבות שבהן מדובר – הטלת נטל ההרחבה של צומת-דרכים מרכזית במפרץ-חיפה על בעלים אלה – אינן מצביעות על ניסיון לצמצם את הלכת פייצור; ניתן, אולי, אף לראות בהן משום ההמרתה.

10. שיקול-דעתו של שר-הפנים להענקת פיצויים והקשר להיטל ההשבחה

לפי סעיף 190(א)(2) לחוק התכנון, שר-הפנים מוסמך להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים בנסיבות שיש לשלמם לפי סעיף 20(2)(ג) לפקודת הרכישה; משמע, סמכויות שר-הפנים באות במקום סמכויותיו של שר-האוצר. סעיף 20(2)(ג) אומר:

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

עד כה הוגשו לשר-הפנים פניות ספורות בלבד להפעלת סמכות זו¹⁴⁴. קשה לדבר אודות כללים כלשהם שנתגבשו, אשר מהם נוכל ללמוד אודות המקרים שבהם סביר לצפות שיוענקו פיצויים *ex gratia*.

גם בפסיקה טרם זכתה סמכותו של שר-הפנים לדיון ישיר, אולם מפסק-דין פייצור ניתן ללמוד אודות התייחסותו של בית-המשפט לנושא זה, לפחות בסוג אחד של מקרים: מקרים שבהם מופקעת חלקה שלמה בניכוי 40%. בעניין פייצור השופט ברק אומר:

"תרופתו של בעל-המגרש בנסיבות אלה¹⁴⁵ 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"¹⁴⁶.

לנו נראה כי במצב הנוכחי, בהעדרם של מבחנים מספיקים בחוק בנושא חלוקת הנטל, היה רצוי ששר-הפנים יראה בסמכותו להענקת פיצויים לפנים משורת-הדין משום גורם מאזן, ויפעיל את סמכותו ביד גדיבה במקרים המתאימים. מקרים אלה הם נסיבות שבהן חלוקת הנטל היא בלתי-צודקת בעליל; לדוגמא: כאשר אזרח יחיד

הדר הכרמל קיימות ציפיות בשוק להפקעות בשיעור כזה? התשובה – לדעתנו – שלילית ללא צל של ספק.

¹⁴³ ע"א 42/83 (לעיל, הערה *87).

¹⁴⁴ על-פי מידע שנתקבל מהסגן הבכיר ליועץ-המשפטי, משרד-הפנים.

¹⁴⁵ למען הדיוק: השופט ברק מתייחס לא רק לנסיבות של הפקעת מגרש שלם תוך ניכוי פיצויים, אלא לכל מקרה שבו מופר ה"איוון הכלכלי" בין נזק לתועלת – כדבריו.

¹⁴⁶ ע"א 377/79 (לעיל, הערה 34), בעמ' 657, מול האות ה.

גדרש לשאת בנטל הפרשת קרקע עבור הנאתה של קהילה שלמה; כאשר עקב ההפקעה נשללת מהאזרח האפשרות ליהנות מהתפתחות האיזור והשירותים הציבוריים שעבורם הופקעה הקרקע; או כאשר ההפקעה מתבצעת לטובתו של אדם פרטי על חשבוננו של אדם פרטי אחר. לדעתנו, נושא חלוקת הנטל דורש תיקון מקיף יותר, ולכך נתייחס במסקנותינו. אולם בינתיים מן הראוי, ששר-הפנים יפעיל מדיניות להקשיית אי-הצדק שבהסדר הנוכחי.

את נושא הפיצויים שבשיקול-דעת יש לבחון מזווית-ראייה נוספת: הקשר בין הפקעה ללא תמורה לבין היטל ההשבחה. לפי סעיף 32(2) סיפא לפקודת בניין ערים, 1936, אשר היה בתוקף עד לשנת 1981, ניתן היה לנכות מסכום מס-ההשבחה את שווי השטח שהופקע ללא תמורה עבור אותה תוכנית¹⁴⁷. הסדר זה שונה בתיקון מספר 18 לחוק התכנון, תשמ"א-1981. לפי תיקון זה נוספה לחוק התוספת השלישית, המכילה הסדר מקיף הקרוי "היטל השבחה". בסעיף 4(6) לתוספת נאמר:

"הפקעת מקרקעין ללא תשלום פיצויים לפי פרק ח לחוק לא תובא בחשבון בעת עריכת שומת ההשבחה של אותם מקרקעין".

משמע, אין לנכות עוד את שווי הקרקע שהופקעה ללא תמורה¹⁴⁸. מדיהן של הרשויות המוסמכות נשמט כלי נוסף, אשר היה עשוי לאפשר תיקון מסוים במצבים של חלוקה בלתי-יצודקת של הנטל. לנוכח מצב חדש זה, נותרה רק דרך אחת להשגת איזון מסוים בנשיאה בנטל: שיקול-הדעת שבידי שר-הפנים. המלצתנו היא אפוא, ששר יגבש לעצמו קווי-מדיניות בדבר הנסיבות המתאימות להפעלת שיקול-דעתו, ושידאג להתקנת נהלים ברורים (אלה אינם קיימים כיום) שיאפשרו לו לשקול הענקת פיצויים במספר מקרים רב יותר מבעבר.

11. הפרשות על-פי הסכמים

כפי שראינו לעיל (סעיפים ב(1) ו-ב(2)), מקומם של הסדרים על-פי הסכם בתכנון ובבנייה זוכה לאחורונה בתשומת-לב רבה בארצות שונות. הפניית הורקור לנושא זה, שהיה שרוי בעבר בקרן-נווית חשוכה, מגלה שמדובר בחולייה חשובה המקשרת בין התכנון לביצוע. במסגרתה נערכת פעילות בהיקף רב ובתחומי הסדר שונים. השפעתם של הסדרים "וולונטריים" שונים על התכנון היא רבה¹⁴⁹. אין סיבה לחשוב שהמצב

147 עבור דיון במס-ההשבחה, ההסדר המשפטי ואופן יישומו בפועל קודם 1981, ראה Alterman (לעיל, הערה 31). ספק אם בפועל היה קיים נוהל סדיר בדבר הניכוי, שכן כל גביית המס היתה בלתי-סדירה.

148 הוראה זו אינה מגויה בהצעת החוק, והיא הוספה תוך כדי הדיונים בכנסת, בהשטעת פסק-דין של השופט לגדוי בעניין פייצר (מידע שנמסר על-ידי מר יחזקאל לוי, סגן בכיר ליועץ-המשפטי של משרד-הפנים, במכתב אלי מיום 30.11.1983).

149 את הרקע הרעיוני והמשפטי של הסכמים בבריטניה סקרנו לעיל בסעיף ב(1); ראה הערות 5 עד 10; כן ראה בספרו של Grant (לעיל, הערה 3), בעמ' 334-360. מימצאים של מחקרים אמפיריים באשר להיקף השימוש ניתן למצוא במאמרו של Hawke (לעיל, הערה 6), וכן ב-D. Henry, *Planning by Agreement in a Berkshire District, Working Paper no. 69* (Oxford Polytechnic Department of Town Planning, Sept. 1982).

בישראל שונה, ויש מקום לסברה שהסדרים מעין אלה נפוצים בישראל לא־פחות, ואולי אף יותר, ומאופיינים בהעדר דפוסים ממוסדים וסדירים.

נושא זה ראוי למחקר עצמאי, הן לגבי היבטיו המשפטיים והן לגבי היבטיו התכנוניים, וביניהם השפעותיו על איכות הפיתוח. בעבודה זו לא נתיימר לכסות אפילו ראשיתה של יריעה זו, ונסתפק בהפניית תשומת־הלב להיבט מצומצם הקשור ישירות להפקעה ללא תמורה.

בחוק התכנון קיימת התייחסות מפורשת לאפשרות של הפרשות קרקע "ולונטריות", אך התייחסות זו מוגבלת ועקיפה. בסעיף 191 מצויה הוראה בדבר סמכות הוועדה המקומית, בהסכמת הוועדה המחוזית, לבוא לידי הסכם עם בעלי המקרקעין שהופקעו ולהציע להם קרקע חלופית במקום תשלום פיצויים. התייחסות נוספת: ברישא של סעיף 195 מופיעות שתי חלופות: "מקרקעין שנרכשו בביצוע תוכנית על־פי הסכם או שהופקעו...". בחוק לתיקון דיני הרכישה לצורכי ציבור בסעיף 3(2) מופיעה התייחסות למקרקעין שיופקעו או "יועברו על־שם רשות ציבורית ללא תמורה"¹⁵⁰. הוראות ספורות אלה אינן מסייעות הרבה להבנת הצד המשפטי של הסכמים. לדוגמה: לא ברור אם יש להסיק מתוך ההוראות שבסעיף 191 בדבר חילופי קרקע, שרק סוג כזה של הסכמים הוא בגדר החוק; ואם לא, מהם גבולות חוקיותם של הסכמים מסוגים אחרים? ומה היחס בין הסכמים לבין תנאים המוצבים בפני היוזם בתוכנית או בהיתר הבנייה?

ההוראות המפורשות המעטות העוסקות בהסכמים אין בהן די אפילו להבהרת הנושא הישיר שבו אנו עוסקים, דהיינו: ההשפעות של נקיטת דרך ההסכם לעומת דרך ההפקעה. אולם לאתרונה זכתה שאלה זו להארה חשובה בפסיקת בית־המשפט העליון, שעליה נעמוד מיד. אך קודם נציין, שכנגד פסקי־הדין הספורים העומדים על ההבדל בין הפקעה לבין הפרשה "מרצון", דהיינו: מכוח הסכם כלשהו, ניתן לציין פסקי־דין לא־מעטים¹⁵¹ שבהם מדובר ככל הנראה בהפרשות על־פי הסכם, אולם בית־המשפט אינו עומד על השפעותיה של עובדה זו.

לאחרונה נתן בית־המשפט העליון את דעתו לסוגיא זו. בפרשת שיכון עממי ג' עיריית רמת־גן ואח'¹⁵² היה מדובר בשטח בן כ־10 דונמים שעליו עומדים כיום בנייני בורסת־היהלומים, שהועברו על־שם המועצה המקומית רמת־גן בשנת 1943 לצורך סלילת דרכים ולשטח ציבורי פתוח, ואשר את השבתו דורשת המערערת לנוכח שינוי היעוד למשרדים ולמסחר שאושר בשנת 1973. עובדות המקרה סבוכות, אולם מסקירתו של נשיא בית־המשפט (דאז), השופט לנדוי¹⁵³, עולה שבשנת 1943 התנהל משא־ומתן שבסיכומו הוחלט על הפרשת 37.5% מהשטח לצורכי ציבור, בשעה שהרשות היחה מוסמכת להפקיע 25% בלבד. נראה, שהבעלים קיבלו תמורה בדמות שינויה של התוכנית שחלה על השטח בעת הקנייה, שלפיה יועד חלק מהשטח שנרכש לשמורת־

150 שם ההפניה היא לפקודת בניין ערים, 1936, שכן חוק התכנון טרם חוקק אז.
151 שני פסקי־דין מחוזיים מסוג זה הוזכרו לעיל: פס"ד צורן, ע"פ (ת"א) 1336/78 הנ"ל (לא פורסם; לעיל, הערה 89); ופס"ד וליד, ת"א (י—ס) 10/75 (לעיל, הערה 106).
152 ע"א 31/79 חברה לשיכון עממי בק"מ ואח' ג' עיריית רמת גן ואח', פ"ד לה (3) 295.
153 שם, בעמ' 296—297.

טבע. השטח שהופרש הועבר "מרצון" על-שם המועצה המקומית, וככל הנראה לא הופעלו הליכי הפקעה פורמליים לפי פקודת הרכישה. בתקנות נאמר שהשטח יועבר "ללא תמורה". יש לציין שיעודי הקרקע שצוינו בתוכנית היו "דרך ושטח פתוח לשימוש הציבורי", שהם, כמובן, יעודים שניתן היה להפקיעם ללא תמורה.

גפסק, שאין הבעלים זכאים להשבת הקרקע או לפיצויים — לא לפי סעיף 195 ולא לפי סעיף 196 לחוק התכנון¹⁵⁴. סעיף 195 זכה לדיון רחב יותר, שכן, כזכור, הופיעה בו החלופה בדבר מקרקעין שנרכשו על-פי הסכם, המזכים אף הם את הבעלים בהשבה בעת שינוי יעוד. על-אף הוראה זו, הגיע בית-המשפט למסקנה שלילית בדבר זכותם של הבעלים להשבה. מסקנה זו ביסס בית-המשפט על הביטוי "שנרכשו בביצוע התוכנית" המופיע ברישא של סעיף זה. על כך אמר השופט לנדוי: "אין ספק שסעיף 195 מדבר על ביצוע תוכנית, שכבר היתה קיימת בעת רכישת המקרקעין, כי אי-אפשר לבצע תוכנית, שטרם באה לעולם"¹⁵⁵. הכוונה כאן היא לעובדה, שבעקבות ההסכם שונתה התוכנית המקורית ולפיכך אין ההסכם שבו מדובר נופל בגדר הסעיף. אשר לסעיף 196 אמר השופט:

"כאן לא היתה שום הפקעה, אלא הכול נעשה בהסכם בין שני צדדים מתמק-חיים"¹⁵⁶ (בסעיף 196 אין חלופה לגבי הסכם. ר.א.).

ומה באשר לטענה המתבקשת, שהמשא-ומתן נעשה בצל חרבה של האפשרות להפקיע 25% בנוסף על שמורת-הטבע שהיתה בתוכנית? על כך ענה השופט לנדוי, לאחר שסקר פסיקה קודמת:

"המשא-ומתן התנהל אמנם 'בצל' סמכותה של הוועדה המקומית להפקיע 25% מכלל השטח... אבל בפועל לא היתה שום הפקעה, אלא הכול נעשה בהסכמה בין שני הצדדים"¹⁵⁷.

לקביעה זו השפעות מרחיקות-לכת, שהרי סביר להניח כי מרבית הפרשות "מרצון" מתבצעות מתוך כך שהבעלים יודעים שממילא הוועדה המקומית מוסמכת להפקיע את הקרקע. להערכתנו, בדרך-כלל אין הבעלים (ואולי גם לא הרשויות) מדעיים

154 בית-המשפט אינו בוחן את השאלה איזה משני סעיפים אלה חל במקרה הנוכחי, אלא מעדיף לבחון את החולת שני הסעיפים גם יחד.

155 השופט לנדוי מזכיר את דברי השופט ויתקון בפס"ד ע"א 154/61 בן-צבי נ' מנהל מים שבח מקרקעין איזור תל-אביב, פ"ד לב(1) 785, 786—787. שם אומר השופט, כי חילופי קרקע שנעשו עקב שינוי תוכנית ועל-פי הוראותיה עדיין נעשו מתוך הסכמה, שכן לא נעשו במפורש מכוח צו. כן מוזכר בג"צ 318/61 וולמן נ' שרי-הגנים ואני (לעיל, הערה 116). בפסק-דין זה הגיע בית-המשפט למסקנה דומה אודות המשמעות של הפרשה מכוח הסכם. שם נדונו סעיפים 29 ו-30 לפקודת בניין ערים וטענת הבעלים היתה, כזכור, שהשטח לגן הציבורי לא פותח בפועל. מסקנת בית-המשפט היא חריפה במיוחד לנוכח העובדה שההפרשה היתה מעבר ל-25% ולא ידוע על כל תמורה מיוחדת אשר השיגו הבעלים בעבור גדיבותם.

156 ע"א 31/79 (לעיל, הערה 152), בעמ' 299, למטה.

157 שם, בעמ' 300, באמצע העמוד.

להבדל של מילוי אחר תקנה בתוכנית הנוקטת נוסח כגון "הקרקע המסומנת לצורכי ציבור תועבר על-שם העירייה ללא תמורה", לבין הפעלת הליכי הפקעה על-פי פקודת הרכישה.

משמעותו של פסק-הדין ברורה: בעלי-הקרקע, ראו הוזהרתם מפני העברת קרקע מרצון! שאם-לא-כן, תאבדו את ההגנות שבסעיפים 195 ו-196. השפעותיה המעשיות של הלכת שיכון עממי הן רבות-היקף; שהרי הנהג של הפרשת קרקע כתחליף להליך הפקעה ללא תמורה הוא נוהג נפוץ, וברשויות מקומיות מסוימות — אף נוהל מועדף¹⁵⁸. בתוכניות רבות מקובלת תקנה בנוסח שצוין לעיל. יתר-על-כן: הלכת שיכון עממי פוגעת קשה גם בהגנה שבסעיף 195 החל על מקרים של הפקעה בתמורה, על-אף שסעיף זה מכיל חלופה העוסקת בהסכמים. לפי פסק-הדין, תחולתה של חלופה זו מצמצמת מאוד עקב התנאי שההסכם לא יהיה כרוך בשינוי תוכנית; והרי בכך טמון בדרך-כלל אינטרס הבעלים¹⁵⁹.

להלכת שיכון עממי יהיו, מן-הסתם, השפעות על הנכונות להפריש קרקע מרצון, וטוב יעשו בעלי-הקרקע והיוזמים אם ישנונה היטב. אולם אין להניח כי בעקבותיה ייסתם הגולל על הסכמים, שכן הללו מעוגנים עמוק בטבורה של הדינמיקה של אינטרסים הפועלים בתהליך התכנון. סביר יותר שיימצאו דרכים חוזיות להתגבר על תוצאות הלכה זו. מן הראוי לתת תשומת-לב גם לשאלה הבאה: מה דינם של ההסדרים הנפוצים, שבהם ניתנת לקבלן תמורה, אך לא בדמות פיצויים עבור התפקעה אלא בדמות זכויות בנייה גדולות יותר או חילופי קרקע?

12. גישת מינהל-מקרקעי-ישראל

למותר, אולי, לציין שמבחינה טכנית המושג "הפקעה" חל גם על אדמות שבבעלות המדינה המיועדות לעבור לרשות אחרת, כמו רשות מקומית. אולם לנוכח העובדה שלמעלה מ-90% של הקרקעות בישראל הן בבעלות ציבורית, לא יהיה זה גבון לעצום עיניים ולחשוב שהמינהל דומה במעמדו לבעלי-קרקע אחרים. נשאלת השאלה: האם יש, לפיכך, משמעות מעשית לכל שנאמר לעיל? התשובה, כמובן, חיובית משני טעמים: האחד, אף שאחוז הקרקעות הפרטיות נמוך, הן מרוכזות ברצועת-החוף ובערים, שם מתרחש עיקר הפיתוח; והשני, מינהל-מקרקעי-ישראל עצמו גיבש במשך השנים הסדרים בינו לבין המרכז-לשלטון-מקומי ומשרד-הפנים, שלפיהם הוא נוהג להפריש

158 בעיריית חיפה גובשה באחרונה מדיניות, שלפיה יש לצמצם ככל האפשר בשימוש בהפקעות מכל הסוגים ולהסתמך על הפרשות "מרצון" ועל כלים אחרים; ראיון עם עובדי מחלקת-הנכסים של העירייה, ינואר 1985.

159 במחקר אחר שערכה המחברת, נבדק שיעור תוכניות השינוי. נמצא שביותר ממחצית ועדות-התכנון שנסקרו, למעלה ממחצית התוכניות השיטפות המוגשות לוועדות הן תוכניות שינוי לתוכניות-מחאר מקומיות ולא תוכניות מפורטות "תואמות", מחד-גיסא, או תוכניות-מיתאר חדשות, מאידך-גיסא. ראה, E. R. Alexander, R. Alterman and H. Law-Yone, *Evaluating Plan Implementation — The National Statutory Planning System in Israel*, Vol. XX (Progress in Planning), Part 2, 1983, pp. 134-137. מסקנות המחקר תורגמו לעברית והופיעו בקרקע 25 (1984), עמ' 23-34.

מרצון קרקעות לצורכי ציבור ללא תמורה ולהעבירו עליהם הרשויות המקומיות. הסדרים אלה הוזכרו לעיל (סעיפים ד(5) (א) ו-ד(8) (ד)). מבחינה מסוימת ניתן לומר, שהמינהל נדיב יותר מגופים אחרים, ולעתים הוא מפריש אף מעבר לאחוז המירבי שהרשות המקומית מוסמכת להפקיע.

תחולתו של הסדר ההפקעה ללא תמורה על קרקעות המינהל מעלה שאלות משפטיות שונות שלא נדון בהן כאן, כגון מעמדם של בעלי זכויות חכירה באדמות המינהל — המהווים אחוז כה גבוה מאזרחי המדינה; ומעמדם השונה, או השווה, של סוגי הקרקעות השונים המוחזקים על-ידי המינהל.

13. שימושי קרקע מעורבים ושותפות ציבורית-פרטית

הסוגיא האחרונה שבה נעסוק היא גם הפחות מוכרת מכולן. הפקעות ללא תמורה מתבצעות בדרך-כלל כך, שמלוא הזכויות בקרקע עוברות מידי הבעלים הפרטיים לידי הרשות הציבורית. לאחר ההפקעה מוקם בדרך-כלל מבנה ציבורי המשמש ליעוד אחד ויחיד או לעתים — לשני יעודים ציבוריים. במדינות אחרות בעלות רזרבות קרקע גדולות בהרבה מאשר בישראל, מקובלים הסדרים גמישים ומגוונים שלפיהם שירותי הציבור מוקמים תוך שילוב עם יעודים גוספים — ציבוריים או פרטיים — כגון בנייני מגורים, מסחר או משרדים. להסדרים אלה יתרונות לא רק מבחינת החיסכון בקרקע, אלא גם מבחינת אפשרויות המימון.

כאשר מדובר ביעודים מעורבים שכולם ציבוריים, השאלות המשפטיות אינן רבות. עיקר הבעיה עולה בהקשר לשילוב עם שימושי קרקע פרטיים. מבחינה תכנונית, מיקום שימושי קרקע ציבוריים יחד עם פרטיים אינו פתרון פשוט כלל, ויש לו פנים לכאן ולכאן. יחד עם זאת, ההליכה בתלם החד-יעודי אינה רצויה. מן הראוי לאפשר למתכנן הישראלי לבחון את האפשרות של עירוב שימושי הקרקע ואת יתרונותיה בניסיונות המסוימות¹⁶⁰.

האם מבחינה משפטית ניתן להפעיל הפקעה ללא תמורה כאשר מדובר בשימושי קרקע מעורבים — ציבורי ופרטי גם יחד? במלים אחרות: האם ניתן להפקיע רק חלק מזכויות הפיתוח שבמגרש ולא את כולן? רצוי, אולי, להצביע על כך שמשמעות הסדר זה היא כי תיווצר שותפות על הקרקע בין הגוף הציבורי לבין הבעלים הפרטיים. האם ניתן לכפות שותפות כזו באמצעות הפקעת חלק מהזכויות? התשובה אינה ברורה¹⁶¹. מחקרנו אינו מקיף סוגיא זו במלואה, אלא שואף להעלותה על סדר-היום.

160 שאלת החוקיות של קביעת שימושי קרקע מעורבים בתוכנית עלתה גם בפני בית-המשפט העליון. טענת העותרים היתה, בין השאר, כי תוכנית מסוימת חרגה מסמכותה בכך שכללה שימושי קרקע מעורבים (מגורים עם מלאכה). בית-המשפט קבע, שאין להעלות על הדעת שהמחוקק ביקש למנוע תכנון שימושי קרקע מעורבים כגון מגורים עם מסחר. ראה בג"צ 506/79 ועד שכתת מנטיפיורי ר"160 אחרים נ' שר הפנים ואח', פ"ד לד(1) 421, 423.

161 סימן מסוים לתשובה שלילית לשאלה זו ניתן, אולי, למצוא בפרק ג, סימן ז לחוק התכנון, בהקשר להסדר חלוקה חדשה. שם בסעיף 127 קיימת הוראה מיוחדת למצבים שבהם נערך איחוד קרקעות (בניגוד לחלוקת קרקעות). משמעות איחוד כזה היא כפיית שותפות בין כמה בעלים. בניסיונות כאלה סעיף 127(א) מאפשר לבעלים לדרוש שהועדה המקומית תרכוש את חלקם במגרש.

בשאלון למרואיינים נכללה שאלה בדבר מידת הרציות של הפקעה תוך עירוב ציבורי פרטי. הדעות היו חלוקות: חלק מהמרואיינים הביעו ספקנות מסוימת אודות פתרון זה מבחינה תכנונית, וחלקם תמכו בו.

מכל-מקום, כיום ניתן להבחין במספרם ההולך וגדל של הקצאות שטחי ציבור בשילוב עם שטחים פרטיים, כדוגמת "דיזנגוף סנטר". אולם ניתן להניח, שתוצאה זו מושגת לרוב לא באמצעות הפקעה ללא תמורה אלא באמצעות הסדרים אחרים, בעיקר הסדרים כמים הכלולים בתנאי התוכנית. כפי שראינו, הקו המפריד בין הסדרים כאלה לבין הפקעות אינו תמיד ברור. בעת ההערכה מחדש של הסדר ההפקעה ללא תמורה, מן הראוי לבחון גם נושא זה, שחשיבותו המעשית הולכת וגדלה.

ה. מסקנות: לקראת הערכה מחדש

1. הצגת היעדים להערכה

הפקעה ללא תמורה היא ללא ספק אחד ה"להיטים" שבחוק התכנון והבנייה: כלי זה מוכר היטב בקרב ציבור המתכננים והמשפטנים; בניגוד לכמה כלים אחרים, הוא זוכה לשימוש תכוף ובהיקף נרחב: ככלל, הוא בהיר ופשוט לישום, עונה על צורך תכנוני ממשי ומהווה פתרון ישראלי מקורי לבעיה שמתכננים בארצות אחרות מתלבטים בה וטרם מצאו לה את הנוסחה המושיעה. אף כי אחוז ההפקעה המירבי המותר בישראל ללא הענקת פיצוי כלשהו — 40% — הוא ללא ספק גבוה, מעניין שאין אנו שומעים על התמרמרות מיוחדת מצד בעלי-הקרקע, ולא ידוע על התארגנות כלשהי מאז חוק חוק התכנון לביטול "רוע הגזירה". יתר-על-כן: במבט השוואתי מעמיק אין ההסדר הישראלי נראה כה דרקוני כפי שהוא נראה, אולי, במבט ראשון.

ניתן אפוא להסיק שהסדר ההפקעה ללא תמורה הוא באופן כללי הסדר בעל היגיון כלכלי וציבורי. יום המפתח קרקע מוכן להפריש לצורכי ציבור חלק ממגרשו בידעו שהוא תלוי באישורם של מוסדות התכנון ובהבנתו שללא שירותי-ציבור לא יוכל האיזור לתפקד בצורה נאותה.

עד כה נשמעות מסקנותינו כמו שיר-הלל להפקעה ללא תמורה. הן אולי הפתיעו את הקורא שלאחר קריאת מאמר חדור-ביקורת ציפה להמשך נימה זו. אך כמו בנושאים רבים של מדיניות ציבורית, גם במקרה הנוכחי לא ניתן לשרטט תמונה מלאה תוך שימוש בצבע אחד בלבד. הפקעה ללא תמורה היא כלי רב-גוני ואף הערכתו היא רבת-פנים.

לשם ביצוע הערכה שיטתית יותר, יש צורך בהצגה מסודרת של יעדים אשר ישמשו להערכת ההסדר הקיים בנושא הפקעה ללא תמורה. בדומה למקרים רבים שבהם מבור צעת הערכת מדיניות ציבורית, עולה השאלה: כיצד יזוהו היעדים? לעתים ניתן להתבסס על היעדים המקוריים אשר הגחו את מקבלי ההחלטות בעת גיבוש המדיניות לראשונה. במקרה הנוכחי, כמו במקרים רבים אחרים, לא ניתן למצוא היגד ברור ומקיף של המטרות המקוריות. בעת שנוסחה הצעת חוק התכנון והבנייה, ספק רב אם היו קיימים יעדים מוסמכים וברורים, וספק עוד יותר אם נלקחו בחשבון ההשפעות של הפעלת הכלי. כתחליף, נציג להלן רשימת יעדים אשר פותחו על-ידינו לצורך ההערכה.

היעדים מיועדים לסייע בהערכת כלים חלופיים להשגת קרקעות לצורכי ציבור, ולא רק הכלי הנדון. רשימת היעדים שלהלן מחולקת לשתי קבוצות: קבוצת היעדים אשר ניתן לייחס לרשויות-התכנון, וקבוצת יעדים המשקפת את נקודת-מבטם של בעלי-הקרקע. בין קבוצות יעדים אלה קיים מתח מסוים, אך אין זה אומר שרשויות-התכנון מתעלמות מצדן מיעדי הבעלים הפרטיים.

רשימת היעדים

יעדי רשות התכנון

- (1) לאפשר השגת קרקעות לצורכי ציבור בכמות הנדרשת, במיקום ובעיתוי הרצויים.
- (2) לאפשר גמישות להסבה ליעודים שונים בהתאם לצורך.
- (3) להבטיח מינימום של השפעות שליליות על העיר והפקודה.
- (4) להבטיח את יעילות ביצועה של ההפקעה: היכולת להשיג קרקע במהירות וללא עיכובים.
- (5) לחסוך בכספי הציבור.
- (6) להוות אמצעי חיובי לביצוע תוכניות עירוניות על-ידי מתן תמריץ להכוננת עיתוי הפיתוח בכיוון הרצוי ובעיתוי הרצוי.
- (7) לתרום לשיפור תהליכי התכנון.

יעדי בעלי-הקרקע

- (8) להבטיח שוויוניות בנשיאה בנטל ובמידת ההפרשות לצורכי ציבור.
- (9) להביא למינימום את הפגיעה הישירה בפרט.
- (10) לתת אפשרות לביקורת ציבורית ומשפטית להגנה על הפרט.

2. יישום היעדים להערכה

הסוגיות שבהן עסקנו בגוף העבודה נגזו במידה זו או אחרת במרבית היעדים הנ"ל. לא נשאר לנו אלא לקבץ ולחדד את מסקנותינו באשר לכל יעד ויעד, תוך ראיית הכלי במבט כולל.

יעדי רשות התכנון

(1) השגת קרקע בכמות הנדרשת, במיקום ובעיתוי הרצויים, חוסנו של ההסדר הנוכחי בכך, שהוא מאפשר השגת כמות גדולה-יחסית של קרקע ללא תמורה. אולם גם יתרון זה מוגבל. ראינו כי בצפיפויות שמעבר למוצק, אין בדרך-כלל כמות זו מספקת. אשר לגורם העיתוי: כאן הכלי הקיים זוכה בציון נמוך עוד יותר. הוא נגוע במה שניתן לכנות "האילוץ ההיסטורי": ככלל, לא ניתן להפקיע ללא תמורה באיזור שכבר נבנה, אף אם קיימים שם צרכים דחופים. יתר-על-כן: הפקעה ללא תמורה בפני עצמה אינה ניתנת להפעלה יעילה לגבי חלקות-קרקע קטנות.

באזורים בעלי חלוקה כזו, יהיה קשה ללקט כמות קרקע בממדים ובמיקום המתאימים לצורכי ציבור (זולת לצורך דרכים). במקרים כאלה רצוי יותר לפנות לכלי חלופי כגון חלוקה חדשה (רה-פרצלציה). אולם לא תמיד רשויות התכנון מוכנות לוותר על הדרך הקלה והמהירה יותר של הפקעות ללא תמורה. העדר האפשרות לקבלת שווי-כסף במקום הפקעה בעין מקטין את כושרו של הכלי הנוכחי למלא אחר יעד זה. המסקנה: היעד הראשון מושג באופן חלקי בלבד.

(2) גמישות בהסבה ליעודים שונים. יעד זה מושג במידה מניחה את הדעת. ראינו, כי מידת הגמישות להסבה ליעודים אחרים המותרים להפקעה ללא תמורה היא רבה בהשוואה להפקעה בתמורה (השווה סעיף 195 עם סעיף 196). עם זאת, מהגיתוח המשפטי שהצגנו, הסקנו גם שכלי ההפקעה ללא תמורה מוגבל לשירותי-ציבור שבהם המפעיל הוא ציבורי מובהק (ממלכתי או רשות מקומית). בכך ניתן לראות הגבלה מסוימת על הגמישות להסבה, אך זוהי — לדעת המחברת — הגבלה רצויה.

(3) מינימום של השפעות תכנון שליליות. יעד זה הוא במידה רבה צדו השני של יעד מס' 1. לאורו ההסדר הנוכחי זוכה לציון בינוני. מחד גיסא, קשה לייחס להפקעה ללא תמורה כפי שהיא מופעלת בישראל השפעות שליליות חמורות על מבנה העיר. כלי זה אינו מהווה, עד כמה שניתן לשער, התערבות משמעותית בפעולת השוק ובתהליכים "טבעיים" ולא נוכל לייחס לו תפקיד שלילי כזה. מאידך גיסא, ראינו שבהחלט סביר לשער כי לכלי גלוחות לעתים השפעות שליליות מסוימות על פיזורם ותפקידם של שירותי-הציבור. השפעות שליליות אלה נובעות בעיקר משלושה תהליכים: האחד, הנטייה להפקיע גם כאשר אין הקרקע דרושה לפיתוח מידי — נטייה העלולה להביא לתופעה של שטחים ציבוריים הנתרים ללא פיתוח; השני, אחוז ההפקעה האחיד (הנתפש בדרך-כלל כאחוז מינימום ולא מקסימום) המביא לעתים ליצירת עודפי קרקע ציבורית דווקא באזורים שאינם מתאימים להפעלת שירותי ציבור; והשלישי, הקלות היחסית של ביצוע הפקעות באזורים חדשים, והנטייה עקב כך למקם שם שירותי-ציבור המיועדים לשרת גם שכונות קיימות אשר לעתים אינן נמצאות בטווח נגישות גוח.

העדר מחקר אמפירי מקשה על קביעת אופיין של התופעות הנ"ל והיקפן המדויק. עד כמה שניתן לשער, זוכה ההסדר הנוכחי בציון בינוני כאשר למידת השגתו של היעד הנדון. ניתן היה לשפר את הישגי הכלי על-ידי שימוש יותר מבוקר בו והצמדתו לתהליך תכנון נאות.

(4) הבטחת יעילות ביצוע ההפקעה. ביעד זה ניתן למצוא אחת מנקודות-החוזק של הסדר ההפקעה ללא תמורה. מרגע שאושרה תוכנית-מיתאר מקומית או תוכנית מפורטת, ניתן להפעיל את ההפקעה ללא תמורה וללא דחיה. בחוק מצויות הוראות מיוחדות בדבר האפשרות לתפוש חזקה כמעט מיידית בשטח המופקע ללא תמורה. יתרונות כלי זה לעומת הפקעה שבתמורה מזדקרים לעין. עם זאת, יעילות מרשימה זו מתחילה להתקיים רק מרגע שהתוכנית נכנסת לתוקף. כך נושא על גבו הסדר ההפקעה ללא תמורה, כמו מרבית הכלים האחרים שבחוק התכנון, את מלוא הנטל של העיכובים הצורמים המאפיינים לעתים תכופות את הטיפול בתוכניות סטטור

טוריות. אך לפחות כלי זה פטור מרובד נוסף של הליכים, ולאור זה הוא זוכה בעדיפות לעומת חליפיו המובהקים – הפקעה שבתמורה וחלוקה-מחדש.

(5) חיסכון בכספי הציבור. גם יעד זה מושג ברמה גבוהה על-ידי ההפ"קעה ללא תמורה. ניתן להניח, כי בערים רבות נרכש בדרך זו חלק נכבד מהקרקע לצורכי ציבור. בישראל, שבה מרכיב עלות הקרקע הוא גבוה, בעיקר באזורים המאוכלסים בצפיפות, יש בעובדה זו משום עזרה משמעותית לרשויות-התכנון אשר אינן, כידוע, משופעות באמצעי מימון. מאפיין היעילות – שעליו כבר עמדנו לעיל – תורם אף הוא לחיסכון בדרך עקיפה באמצעות צמצום הצורך בעבודת ועדות-התכנון. כאן רצוי לציין, כי רשימת היעודים המותרים להפקעה ללא תמורה בישראל היא רחבה לאין שיעור מרשימת היעודים המקובלת בארצות-הברית. כך מקיף החיסכון מספר לא-מבוטל של שירותי-ציבור. הפירוש שנחגו אנו לחוק בדבר התנאי שהמפעיל יהיה גוף ציבורי, מיצר במידת-מה את טווח השירותים אשר ניתן לכסות, אולם יש לזכור ששירותים אלה – כגון קופות-החולים או "החינוך העצמאי" – זוכים למימון גם ממקורות עצמאיים.

(6) אמצעי לביצוע תוכניות. דומה כי המתכנן העירוני תר ללא ליאות אחר כלים אשר יאפשרו לו לזנוח את עמדתו הפאסיבית בדרך-כלל, הכופה עליו לשבת ולהמתין עד שיהפוך היום הפרטי (או הציבורי) לפתח את חלקתו. המתכנן מחפש דרכים לעבור לעמדת יוזמה ושליטה על עיתוי הפיתוח ועל כיוונו הגיאוגרפי. באיזו מידה מהווה כלי ההפקעה ללא תמורה אמצעי ביצוע וגורם ממריץ? גם כאן הכלי הנוכחי זוכה לציון בינוני. מתכננים נכונים יכולים אמנם להשתמש בכלי הקיים לצורך הכוונת הפיתוח למקום הרצוי, אך הכוונה זו דורשת שימוש דיפרנציאלי נכון בהפקעות ללא תמורה: יספקו המתכננים קרקע זמינה לצורכי ציבור ברמה גבוהה באזורים נבחרים בלבד, ויגדילו את כדאיות הפיתוח ונכונות הצרכנים לגור או לעבוד באזורים אלה. אולם הישג כזה דורש תהליך תכנון נכון ומבוקר אשר, לדאבונו, אינו תמיד מצוי ברשויות המקומיות בישראל.

מאידך גיסא, העדר האפשרות לקבלת שווי כסף במקום הפקעה-בעין מהווה מיגבלה חמורה שאינה מאפשרת השגה מירבית של יעד זה. מיגבלה זו מחבלת בגמישות שבה רשויות-התכנון יכולות לרכוש קרקע לצורכי ציבור במקום הרצוי, ובכושרה של ההפקעה ללא תמורה להוות כלי ביצוע ותמריץ לשליטה על הפיתוח.

(7) תרומה לשיפור תהליך התכנון. מכל היעדים שבקבוצת-יעדים זו, יעד זה זוכה לציון הנמוך ביותר. הליכי התכנון המקובלים עדין ברשויות מקומיות רבות מאופיינים, למרבית הצער, בחולשתם הבולטת. בחולשה זו ניתן להבחין מתוך מצבת כוח-האדם המופקדת על ענייני התכנון, המאופיינת לעתים תכופות במחסור בעובדים בעלי הכשרה הולמת; מתוך החוסר בסקרי תכנון עדכניים; מתוך נדירותן של תוכניות מאושרות שטרם התיישנו; ומתוך חולשתם של כלי המעקב. ניתן היה לראות בכלי ההפקעה ללא תמורה דרך לחיזוק הליכי התכנון. זאת היה ניתן להשיג לו הותנו הליכי ההפקעה בהכנת סקרים ודו"חות תכנון מתאימים. אין ספק, שלא כל המקרים גגועים בכל החטאים הללו. עם זאת, ניתן בהחלט לחוש בחסרונה של דרישה

כלשהי בחוק להצגת נימוקי תכנון מיוחדים לצורך ביצוע הפקעה ללא תמורה. החדרת תנאי מעין זה תביא — להערכתנו — לשיפור תהליך התכנון כולו, ובכך — לקידום יעד זה ביחס הצלחה. במיוחד חשוב להנהיג דרישה, שבעת תהליך התכנון ייבדק הצורך בשירותי-ציבור, לא רק באופן נקודתי אלא במיתחם כולו ותיבחנה השפעות ההפקעה על הסביבה.

יעדי בעלי-הקרקע

(8) שוויון בנשיאה בנטל. יעד זה הוא אולי העיקרי בקבוצת-היעדים המיוחדים לבעלים הפרטיים. הוא נוגע בשורשה של ההצדקה הציבורית לקיומו של כלי ההפקעה ללא תמורה, וקשור למידת הקבילות של כלי זה בעיני הציבור. קבילות זו תלויה, ללא ספק, במידה שבה הפרט המופקע חש תחושה של שוויון יחסי. ראינו כי הן בארצות-הברית והן באנגליה נסבו מרבית השאלות המשפטיות דווקא על אמות-מידה הגובעות מיעד זה. לאור זאת, ההערכה השלילית שלה זוכה ההסדר הישראלי בולטת בחריפותה. ההסדר המשפטי הקיים אינו מכיל כמעט כל מיגבלות באשר לכותן של רשויות התכנון להפעיל את החוק באופן בלתי-שוויוני; ומה שגרוע מכך — אין ההפקעה תלויה במידת ההנאה אשר יפיק האדם המופקע משירותי-הציבור. בהחלט ייתכן שעל-פי ההסדר הנוכחי, דווקא האדם שממנו הופקע יותר שטח מאשר מאחרים, יהיה גם זה אשר ייהנה פחות, או כלל לא. לדוגמא: אין כל מניעה, שתושבי איזור חדש יממנו את הנאתם של תושבי איזור ותיק; או שבעל-קרקע, שחלקתו הופקעה בשלמותה, יממן את הקרקע הדרושה לבית-ספר, מבלי שהיתה לו הזדמנות לגור במקום או למכור את חלקתו לאחר בשווייה המלא; ייתכן אפילו שתופקע קרקע מבעל-קרקע פרטי אחד לתועלתו של בעל-קרקע פרטי אחר הזקוק לשטח ציבורי כתנאי לפיתוח מגרשו.

למרבית הפלא, במקום לשאוף לחיזוק אותם מיתרים קלושים הקיימים בחוק והנוגעים לנושא השוויון בנטל, פעלה הפסיקה דווקא בכיוון ההפוך. גפסק כי קיומה של השבחה אינו מהווה תנאי לחוקיות ההפקעה; נקבע כי לא קיימת הבחנה בין הרמות השונות של שירותי-הציבור; ונפסק שניתן לנכות 40% מדמי-הפיצויים בעת הפקעת מגרש שלם.

יעד זה הוא ללא ספק אחד מאבני-היסוד לבניית הסדר חדש להפקעה ללא תמורה, הקביל מבחינה ציבורית. כמעט בכל דיון בוועדות-תכנון, שבו נדונים נושאים הכרוכים בהפקעה ללא תמורה, ניתן להבחין במתח ובאי-הנוחות שאותם חשים מקבלי ההחלטות בכל הנוגע לבעיית חלוקת הנטל. הם ראוים להכוונה טובה יותר מאת המחוקק, כפי שראויים ללא ספק גם בעלי-הקרקע המופקעים.

(9) מינימום פגיעה ישירה בפרט. יעד זה קרוב בתוכנו ליעד הקודם, אך נוגע להיבט קצת שונה. סביר כי כאשר מופקעת קרקע ללא תמורה, בעלי-הקרקע הפרטיים ישאפו לכך שהפגיעה תהיה מינימלית ולא תביא להפסד כלכלי קיצוני. בהקשר זה זוכה כלי ההפקעה ללא תמורה לציון מעורב: ציון בינוני עד גבוה בכל הנוגע לנושא הפגיעה ביתרת המגרש; וציון נמוך בכל הקשור לקיומו מהיטל השבחה.

אשר לנושא הראשון: ראינו כי המחוקק סיפק הגנה מסוימת לבעלים שהופקעה מהם קרקע, כך שהפגיעה לא תגיע לכדי פגיעה קשה או חיסול שוויה הכלכלי של החלקה. כאן קיימות גירסאות שונות לפירוש החוק, אולם ניתן לאחרונה להבחין בגטיה בפסיקה לצמצום זכויות הבעלים בהקשר זה. מכל-מקום, יש לראות בנושא זה משום חריג מעניין לחולשה הכללית שבה מאופיין ההסדר הנוכחי בכל הנוגע להשגת היעדים הדגים במניעת הפגיעה בפרט. מן הראוי לציין, כי הגנה זו היא מקורית דווקא לחוק התכנון והבנייה וניתן היה לראות בה ראשיתו של כיוון רצוי. מאידך גיסא, בנושא הקשר עם היטל ההשבחה, ההסדר הקיים זוכה לציון נמוך. ככור, בעת חקיקת התיקון לחוק התכנון בשנת 1981 הכניסה הכנסת תיקון אשר לא היה קיים בהצעת החוק, שלפיו לא יהיה ניתן לנכות מדמי היטל ההשבחה את שווייה של הפקעה ללא תמורה שנערכה באותה חלקה. משמע: הבעלים מתבקש לממן קרקע לשירותי-ציבור וגם להתחלק עם הציבור בשווי ההשבחה הנובעת – לפחות בחלקה – ממימון זה.

(10) מתן אפשרות להגנה מינהלית ושיפוטית. ניתן היה לצפות, שלצדו של כלי המאפשר הפקעה ללא תמורה ימוסד גם הסדר מינהלי המאפשר לפרט לבקש הגנה וסעד במקרה של שימוש לא-נאות בכלי. בהקשר זה זוכה ההסדר הנוכחי לציון נמוך. חוק התכנון והבנייה לא ייסד הליך מיוחד לצורך מתן הגנה לפרט כאשר מתבצעת הפקעה ללא תמורה. אמנם, יכול הפרט להגיש התנגדות לתוכנית בעת הפקדתה, אולם לא תמיד הוא ידע מראש כי הקרקע מיועדת להפקעה, שהרי אין חובה שעובדה זו תצוין בתוכנית מראש (סעיף 189). יתר-על-כן: מצאנו שבפועל, הסעיפים בתקנות התוכנית העוסקים בהפקעה נוטים להיות מעורפלים וכלליים. הם אינם מעניקים לבעלים בדרך-כלל התראה מוקדמת על כך שהקרקע שבבעלותו עומדת להיות מופקעת ללא תמורה. מעבר לכך לא קיים הליך כלשהו של ערר, בוררות, חקירה או כדומה¹⁶². שגי סוגי הגנות עדיין פתוחים בפני בעלי-הקרקע: האחד, פנייה לשר-הפנים לפי סעיף 190(א)(2) בבקשה להעניק פיצויים מסיבות של גרימת סבל; והשני, פנייה לבית-המשפט בעילות שונות. דרכים אלה עשויות להביא להענקת סעד במקרים מסוי ימים, אך הניסיון מורה כי מקרים אלה נדירים. ראינו, כי שר-הפנים אינו ממהר להש-תמש בסמכותו זו, ואף במקרים קיצוניים אין זה קל לזכות בהחלטה חיובית מצדו. באופן כללי ניתן לומר, שגם הפסיקה לא גטתה עד כה להעניק לבעלים הגנות ביד נדיבה.

מאידך גיסא, ההשפעה המצטברת של הפסיקה ניתנת לשינוי בעיקר, או אך ורק, על-ידי חקיקה מחדש. מתוך החלטות בית-המשפט העליון במקרים אחדים הקשורים בהפקעה ללא תמורה, ניתן להסיק כי סיכויי הבעלים הפרטיים להחלטה לטובתם אינם גבוהים. בין נרשאים אלה ניתן למנות את אי-ביצוע השימוש בפועל על-ידי הרשות

162 ראה בג"צ 307/82 ריני לוביאניקר ואח'י נ' שר האוצר ואח'י, פ"ד לו (2) 141, 150 מול האות ב. בג"צ מביע את דעתו בצורה ברורה ונחרצת בדבר חסרונם הנוכחי של הליכים גאותים לשמיעת בעלי-הקרקע בהליכי הפקעה על-פי פקדת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. בג"צ ממליץ על שינוי החוק. אף שהתייחסות פסה"ד היא לסעיפים 2 ו-3 לפקודה החלים על הפקעה "רגילה" בתמורה, אין סיבה שלא להקיש גם לגבי הליכי הפקעה ללא תמורה על-פי הפקודה כפי שהורכבה על חוק התכנון והבנייה.

המקומית; ניסיון לפסול הפקעה כבלתי-חוקית מגימוקים של סבל או נטל בלתי-שווה; והניסיון לזכות בהשבת הקרקע או בפיצויים במקרה של הפרשה מתוך הסכם. עם זאת, קיימים כמה תחומים שבהם יש עדיין סיכויים לא-קטנים לקבלת הכרעה לטובת הפרט. בין נושאים אלה ניתן למנות את נושא מטרת ההפקעה, שלגביו נקט בית-המשפט גישה פירוט דווקנית (ומעובדה זו אין סיבה שרשויות-התכנון תהיינה מרוצות), וכן את הנושא של סוג המפעיל שעבורו מותר להפקיע ולגביו טענו אגו בעד גישה מחמירה. אך במאזן כולל, מידת ההגנה המוענקת לפרט כלפי כלי זה — שהוא ללא ספק יוצא-דופן מבחינה חוקתית — אינה משביעה-רצון.

מתוך ההערכה של היעדים הנ"ל ניתן להבחין בברור כי הסדר ההפקעה ללא תמורה זוכה בציונים גבוהים יותר בקבוצת-היעדים הראשונה, הנוגעת לתכנון הציבורי, מאשר בקבוצת-היעדים השנייה, הנוגעת לזכויות הפרט. אין ספק, שבמישור השני יש צורך בשיפורים ניכרים, אך גם במישור הראשון רצוי לערוך שינויים בכלי הנוכחי, כך שיוכל למצות את הפוטנציאל החיובי הרב הגלום בו.

3. המלצות

מן הראוי לסיים עבודה זו בהמלצות אחדות המופנות למקבלי ההחלטות במשרדי-הממשלה וברשויות המקומיות. לא נחזור על ההמלצות המפורטות הנוגעות לסוגיות השונות אשר נדונו בפירוט לעיל והמוצגות בגוף העבודה. כאן נזכיר רק את המסקנות העיקריות העולות מתוך ההערכה הכללית אשר ביצענו לאור היעדים, והרי הן כדלקמן:

(1) ביצוע הערכה שיטתית. ראשונה בין המלצותינו היא, שאגף-התכנון במשרד-הפנים יזום הערכה מחדש של כלי ההפקעה ללא תמורה. רצוי שלהערכה זו יוקדם מחקר אשר יבדוק את אופן השימוש בפועל בהפקעות ללא תמורה. הערכה מעין זו ניתן לבצע כחלק מתהליך הבחינה מחדש של חוק התכנון והבנייה בכללותו העומד על סדר-היום בתקופה האחרונה. אולם אין כל הכרח להשהות את הערכת הכלי הנדון עד להשלמתה של הבדיקה הכוללת, שכן כלי זה הוא במידה רבה עצמאי מהליכי התכנון האחרים וניתן לשפרו באופן בלתי-תלוי בהם. במידת הצורך יהיה ניתן לשבח את השיפור שייקבע בתוך שינוי מקיף יותר שיוצע בעתיד.

(2) הענקת סמכות לגביית היטל תחליפי להפקעה. אחד השינויים הנראים לנו כרצויים ביותר הוא הענקת סמכות לרשויות-התכנון לגבות, במקרים המתאימים, מעין כופר במקום הפקעת הקרקע בעין (fees in lieu). ההכנסות ייועדו אך ורק לרכישת קרקעות לצורכי ציבור במקום הדרוש. החדרת הסדר כזה תמנע לפחות חלק מההשפעות השליליות של ההסדר הנוכחי, כגון בזבוז שטחים, הפקעה במועד מוקדם מהדרוש והפניית מוסדות-ציבור למקומות שבהם הם אינם דרושים עקב הימצאות מלאי של קרקע ציבורית שם. כן יתרום ההסדר המוצע לחלוקה צודקת יותר של הנטל. הצעה זו דורשת, ככל הנראה, שינוי בחוק הראשי. חשוב להדגיש כי אין ליישם המלצה זו בפני עצמה, ללא המלצות (3) ו-(4) בדבר אמות-מידה לחלוקת הנטל ותלות בתהליך תכנון גאות. אחרת קיימת סכנה של ניצולה של אפשרות זו לרעה.

(3) פיתוח אמות-מידה לחלוקה הנטל וההנאה. למחברת אין ספק, שהעדון של אמות-מידה כלשהן בחוק להבטחת שוויון בנטל הוא חסר הוועק לתיקון. ניתן ללמוד מדוגמא של כלי אחר בחוק התכנון שבו פותח הסדר מאוזן, הוגן ובר-הפעלה. כוונתי להסדר החלוקה החדשה ללא הסכמה. לענייננו יש ללמוד מהנסיונות השונים ומהגירסאות המגוונות המצויות בחקיקה ובפסיקה בארצות-הברית וכן מהחוק והפסיקה האנגליים. אמות-מידה אלה ראוי לשבצם בחקיקה ראשית, אך כתחליף ניתן להציע את מיסודן של הנחיות מינהליות ותכנוניות מתאימות אשר תופעלנה על-ידי ועדות-התכנון, בהנחייתו ובפיקוחו של אגף-התכנון של משרד-הפנים.

(4) תלות בתהליך תכנון נאות. כחלק ממימוש ההמלצה הקודמת או במקביל לה, רצוי מאוד למסד נוהל גוסף: חובת הצגתם של גימוקי תכנון ענייניים המשוכזים בהליך תכנון נאות בכל עת שהוועדה המקומית מבקשת להפעיל את סמכותה להפקעה ללא תמורה. גם דרישה זו רצוי לעגן בחקיקה ראשית, אך כסעיף כללי בלבד אשר ילווה על-ידי תקנות שר-הפנים. אולם עד אשר יבוצע התיקון, או אפילו לצמיתות, ניתן להסתפק באחת מבין הדרכים הבאות: חקיקת-משנה על-ידי שר-הפנים, תוך הפעלת סמכויותיו על-פי סעיף 265 לחוק התכנון; או, במידה שהשר לא יהיה נכון לפעול בדרך זו, הוצאת הנחיות מתאימות לוועדות-התכנון על-ידי אגף-התכנון, אשר גם יעקוב אחר ביצוען.

(5) מיסוד דרכי הגנה לפרט והבטחת התראה מוקדמת. רצוי גם שבעת ההערכה-מחדש תיבדק האפשרות למסד הליך של ערר או של מינוי בודק, אשר באמצעותו הפרט החש עצמו נפגע יוכל להעלות את טענותיו. כמובן רצוי לגבש הוראות בדבר הדרך הנאותה לניסוח התקנות בתוכניות, כך שיאפשרו מתן התראה מוקדמת לבעלים על כך שצפויה הפקעה ללא תמורה. גם רצוי, ששר-הפנים יתן דעתו לנסיבות שבהן מן הראוי להעניק פיצויים שבשיקול-דעתו. אשר לבתי-המשפט, אין אנו יכולים אלא לקוות שהחלטות מסוימות תישקלנה מחדש, וכראיין ההחלטה בדבר ניכוי 40% בעת הפקעת מגרש שלם.

(6) הבהרת מעמדן של הפרשות על-פי הסכם. עמדנו על חשיבותם של הסכמים כדרך הפוכה, ולעתים מקבילה, לדרך ההפקעה ללא תמורה. נושא זה מצטייר כחזית פרוצה שבה אין כללי משחק ברורים – לא עבור הרשויות הציבוריות ולא עבור הפרט המעביר קרקעות "מרצון". החלטות בית-המשפט העליון לא סייעו להבהרת כללים אלה. מן הראוי, שההערכה-מחדש תכלול התייחסות גם לנושא חשוב זה, אך מבלי שתנסה למסדו לחלוטין; שכן טיבם של הסכמים הוא שאין הם ניתנים למיסוד, וזהו אף תפקידם. במיוחד מן הראוי להבהיר לבעלים הפרטיים את מעמדם במקרה של שינוי יעוד בשטח שהופרש; אולי גם בנושא זה ישנה בית-המשפט העליון את ההלכה הנוכחית המכבידה.

(7) שימוש בהיטל ההשבחה לרכישת קרקעות לצורכי ציבור. לכל אורכה של עבודה זו, טרם הזכרנו עובדה בעלת חשיבות מרחיקת-לכת: ניתן לצפות כי ההוראות החדשות הנוגעות להיטל ההשבחה יביאו לשינוי קיצוני בנושא של הפקעות ללא תמורה, שכן על-פי הוראות החוק החדשות מיועדים כל כספי ההיטל

לצורכי תכנון וביצוע תוכניות. בעת כתיבת שורות אלה טרם נכנסה גביית ההיטל לחלם באופן מלא, ובמיוחד גותר נושא השימוש בכספי ההיטל פרוץ ובלתי-מוסדר. למחברת ידוע ממקורות שונים, הן במשרד-הפנים והן ברשויות המקומיות, כי רבות מבין האחרונות נוטות עדיין להתחמק מהנהגת הסדרים חשבונאיים מתאימים להבטחה שכספי ההיטל אמנם יופנו ליעודים הקבועים בחוק. בפועל נראה, שמרבית כספי ההיטל זורמים עדיין לקופות הכלליות של הרשויות המקומיות.

מצב זה קשור באופן ישיר והדוק לנושא ההפקעות ללא תמורה. אין ספק שכספי ההיטל רבים, הן בפועל והן בכוח, ומהווים מקור חדש ורבי-היקף למימון פעולותיהן של הרשויות המקומיות. מיסודו של כלי זה יביא בהכרח למצב תקציבי שונה של הרשויות המקומיות לעומת המצב בעבר. חיוני כי שינוי מרחיק-לכת זה יוביל גם לחשיבה מחדש אודות סדרי-העדיפויות בהקצאת הכספים העומדים לרשות הרשויות המקומיות. לדעת המחברת, מן הראוי שבראש רשימת סדרי-העדיפות לשימוש בכספי ההיטל יעמוד נושא ההפקעות ללא תמורה.

למעשה, אנו מצויים בעידן חדש המאפשר שינוי בהיקף השימוש בהפקעות ללא תמורה. נסיבות חדשות אלה מאפשרות הערכה-מחדש של הסדר ההפקעות, מבלי שהאילוץ הכלכלי יהווה חרב חדה ומאיימת מעל ראשם של מקבלי ההחלטות. אין אנו ממליצים בהכרח על ביטולו של הסדר ההפקעה ללא תמורה, שכן — להערכתנו — כלי זה הוא כלי תכנוני חשוב, ובנסיבות רבות הוא מהווה פתרון יעיל, מועיל וצודק לבעיית השגת קרקעות לצורכי ציבור. יחד עם זאת, אנו ממליצים על היערכות מחדש, ומצביעים על כך שהאמצעים הכלכליים למימוש המלצותינו הנ"ל מצויים כבר עתה בדמות כספי ההיטל.

ל ס י כ ו ם . גורמים אחדים חברו יחד להפוך את התקופה הנוכחית לעיתוי מתאים במיוחד להערכה-מחדש של הפקעות ללא תמורה. לאחרונה הופעל היטל ההשבחה, אך טרם הופנו הכנסותיו לאפיקים ממוסדים. עובדה זו מאפשרת שילוב המדיניות אודות ההיטל עם המדיניות החדשה לגבי ההפקעות. בד בבד, בתקופה האחרונה מתבצעת הערכה-מחדש כוללת של חוק התכנון. יתר-על-כן: נראה כי בעת האחרונה זוכה חוק התכנון והבנייה לתשומת-לב מוגברת, תוך נטישת הפינה המאובקת של המדיניות הציבורית שבה היה שרוי עד לאחרונה, ותפישת מקום חשוב יותר על סדרי-היום הציבורי כראוי לו. בנסיבות אלה רצוי וגם ניתן לעצב מחדש את אחד הכלים המעניינים והמועילים המצויים בחוק התכנון והבנייה, ולהפוך את ההפקעה ללא תמורה לכלי טוב וצודק עוד יותר.