

## על מותה של ההגנה מפני פגיעה חמורה עקב הפקעה חלקית

בעקבות ת"א (חי') 97/89 חברת החשמל לישראל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, חיפה, פ"מ תשנ"ד(א) 369; ע"א 5735/93 חברת החשמל לישראל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, חיפה (לא פורסם, דינים-עליון כרך מב 921)

מאת

### דפנה לוינסון-זמיר\*

הפקעה של חלק ממקרקעין עלולה לגרום לפגיעה חריפה כיתרת החלקה שנותרה כידי הבעלים. זהו למשל המצב כאשר הפקעה חלקית מוחזירה יתרה שגודלה או צורתה שוללות כל ניצול סביר. בנסיבות אלה, פיצוי כספי אינו סעד מספק. חוק התכנון והבניה כולל הוראה חשובה שנועדה להגן על הפרט מפני פגיעה כזו: סעיף 190(א)(1) סיפא אוסר במקרים כאלה את ההפקעה החלקית ומחייב את הרשות לבחור בין כמה אפשרויות: הפקעת החלקה בשלמותה, וניחת ההפקעה לחלוטין או עריכת שינויים בהפקעה החלקית באופן שהשווי של יתרת המגרש לא ייפגע. במהלך השנים הפסיקה צימצמה מאוד את תחום מחייתה של הגנה זו. בפסק הדין בעניין חברת החשמל, שניתן לאחרינה, הגיעה מגמה זו לשיאה. בית המשפט שלל את תחולת ההגנה אף במקרים שהוכרו בעבר כבאים בגדרה, ובכך רוקן הגנה חשובה זו מכל תוכן. המאמר מנתח באופן ביקורתי את הפסיקה, ומציע פרשנות חלופית להגנה על יתרת המגרש, המאזנת בין האינטרסים של בעלי הקניין לבין צורכי התכנון.

א. מבוא. ב. הפירוש שניתן להגנת יתרת המגרש עד לפסק-דין חברת החשמל.  
ג. החידוש שבפסק-דין חברת החשמל ומשמעותו. ד. ההגמקה שניתנה בפסק-דין חברת החשמל וביקורתה. ה. הצדקה חלופית לתוצאה של פסק-דין חברת החשמל. ו. מסקנות.

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

## א. מבוא

הסעד השכיח בשל פגיעה בערכם של מקרקעין כתוצאה מפעילותן של רשויות התכנון הוא פיצויים. סכום הפיצוי מבוסס על הפער בין ערך המקרקעין אלמלא התוכנית הפוגעת לבין ערכם בעקבות כניסתה לתוקף. שכיחותו וריותו של סעד זה נובעות משני גורמים הקשורים זה בזה. מצד אחד, הפעילות הפוגעת נחשבת לרצויה ולנחוצה מבחינה חברתית. לכן אין זה רצוי למנעה, אלא יש להסתפק בפיצוי על הנזק שנגרם למי שחלקתו הופקעה או יועדה לשימוש המפחית את ערכה. מצד אחר, מתן פיצוי על מה ש"נלקח" על-ידי הרשות אמור להשיב את המצב לקדמותו ולהעמיד את הפרט קרוב ככל האפשר למצב שבו היה נמצא אלמלא הפגיעה, לפחות מבחינה כספית.

אולם לעתים פיצוי כספי אינו סעד הולם. כאשר הלקיחה השלטונית כרוכה בהשפעה שלילית חריפה על הנכס שגורר בידי הפרט, אין די בפיצוי על החלק שנלקח. הפקעה חלקית של מגרש, המותירה יתרה שגורלה לא יצלח לניצול סביר, או ייעוד חלקה למטרה שאינה מאפשרת שימוש סביר בה הן שתי דוגמאות למצבים מעין אלה. חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965<sup>1</sup> מכיל הוראה בודדת שנועדה לטפל במקרה מעין זה. סעיף 190(א)(1) סיפא קובע, כי "[...] לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש"<sup>2</sup>. במקרה זה, על הרשות לבחור בין הפקעת החלקה בשלמותה, זניחת ההפקעה לחלוטין או עריכת שינויים בהפקעה החלקית באופן ששוויה של יתרת המגרש לא ייפגע.

לא ידוע לנו על מקרה כלשהו שבו הופעלה ההגנה מפני פגיעה בירת המגרש. כל פסקי-הדין שבדקנו דחו את תחולת ההגנה. הפרשנות השיפוטית שניתנה להגנה במהלך השנים צמצמה מאוד את תחום מחייתה, והגבילה אותה לנזק הנובע מפגיעה באפשרויות הבנייה בירת המגרש. פסק-דין חברת השמל, שניתן לאחרונה, שלל את תחולת ההגנה גם לגבי מקרים שמבחינה עקרונית הוכרו כזכאים לכוא בגדרה, וככך רוקן אותה מתוכנה.

להלן נתאר את הפסיקה שקדמה לפסק-דין חברת השמל ואת משמעותה לעניין ההגנה מפני פגיעה בירת המגרש. לאחר מכן נעמוד על השינוי שחולל פסק-דין חברת השמל, ונפרט את ביקורתנו על פסיקה זו. במסגרת זו נציע פרשנות אחרת להגנה על יתרת המגרש והצדקה חלופית אפשרית לתוצאה שאליה הגיע בית-המשפט. לדעתנו, ההגנה צריכה להשתרע עקרונית על כל סוגי הנזקים הגורמים להפחתת השווי של היתרה. תחולת ההגנה בכל מקרה ומקרה תיקבע לפי חומרת הפגיעה ולא לפי סוג הנזק.

1 ס"ח 307 (להלן: "חוק התכנון").

2 הוראה זו הופיעה לראשונה בחוק התכנון משנת תשכ"ה. איסור דומה לא נכלל בהצעת החוק אלא הוסף במהלך הדיונים בכנסת. דברי הכנסת אינם כוללים כל התייחסות להוראה מיוחדת וחרגה זו.

בהתאם לפרשנות זו, ייתכן שניתן להצדיק את אי־תחולתה של ההגנה במקרה שנרון בפסק־הדין, משום שההפקעה החלקית לא מנעה כל ניצול סביר של היתרה ועל כן לא היה הכרח לפסלה. כך או אחרת, פסק־דין חברת החשמל הוא דוגמה בולטת לפער הגדול הקיים במשפטנו בין הרטוריקה השיפוטית המעלה על נס את חשיבותו של הקניין הפרטי – רטוריקה שהשימוש בה התרחב מאז שזכות הקניין זכתה למעמד חוקתי בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>3</sup> – לבין הפרקטיקה השיפוטית של צמצום ההגנה הניתנת למעשה לבעלי הקניין.

### ב. הפירוש שניתן להגנת יתרת המגרש עד לפסק־דין חברת החשמל

ההגנה מפני פגיעה בערך יתרת המגרש חלה כאשר נפגע השווי היחסי של היתרה. על כן, לדוגמה, ניתן להפקיע 40% מן המקרקעין, אם שווי היתרה אינו פחות מ־60% משווי המגרש המקורי<sup>4</sup>. הפירוש שלפיו די בשמירה על השווי היחסי הוא הגיוני ועדיף על פירושים מחמירים יותר. כך, למשל, פירוש הגורס כי שווי היתרה עצמה לאחר ההפקעה לא יפחת מהשווי הכולל של החלקה לפני ההפקעה מוביל לתוצאות בלתי הגיוניות. יש לזכור שההגנה חלה גם כאשר ניתן פיצוי כספי מלא בגין החלק שהופקע. יישום הפירוש המחמיר בנסיבות אלה משמעו שלא די בכך שניתן פיצוי על השטח שהופקע, אלא שתוקף ההפקעה מותנה גם בכך ששווי היתרה הושבת בערך זהה לערך השטח שהופקע. אין כל טעם לגיוני להתנות הפקעה חלקית בפיצויי כפול<sup>5</sup>.

נשאלת השאלה, מהם סוגי הנזקים שיש להתחשב בהם כאשר בוחנים את השפעת ההפקעה על שוויה היחסי של היתרה? הפסיקה העקבית בעניין זה גורסת שההגנה חלה רק על נזק שנגרם כתוצאה מעצם ההפקעה, כלומר: מאובדנו של החלק שהופקע. אין לקחת בחשבון נזק הנובע מהשימוש הציבורי שייעשה בחלק הקרקע שהופקע. מכיוון

3 ס"ח תשנ"ב, עמ' 150, סעיף 3. ראו הדיון בטקסט ליד הערות 37-41 להלן.

4 ראו בג"ץ 189/83 סלים בילדינגס בע"מ נ' עיריית ירושלים – הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד (3) 215, 223; א' קמר דיני הפקעת מקרקעין (מהדורה חמישית, בעריכת מ' קמר, תשנ"ה) 100; ד' מרגליות "למשמעויותיו של חוק התכנון והבניה בישראל", קרקע 11 (1976) 14, 17.

5 ראו ר' אלתרמן "הפקעות קרקע לצורכי ציבור ללא המורה לפי חוק התכנון והבניה – לקראת הערכה מחדש" משפטים טו (תשמ"ז) 179, 210-211; ד' לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין עליידי רשויות התכנון (תשנ"ה) 220-222. על העיקרון שלפיו אין להעניק פיצוי כפול בשל פגיעה יחידה, גם כשקיימת יתרה מעילה אחת לפיצוי, ראו, למשל, ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גינס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 269.

שהמקרים שבהם נדונה ההגנה התייחסו לנזקים מהסוג האחרון, נדחו תביעותיהם של בעלי המקרקעין. כך, לדוגמה, בשני מקרים נדונה הפקעה חלקית לצורך סלילת כבישים. נקבע, כי אין להתחשב בנזק שנגרם ליתרה כתוצאה מהרעש והצפיפות שייצרו כלי הרכב העוברים באותם כבישים<sup>6</sup>.

כפועל יוצא מפסיקה זו צומצמה ההגנה מפני פגיעה ביתרת המגרש למצבים שבהם נפגעו אפשרויות הניצול הפיסיות של היתרה<sup>7</sup>. פגיעה כזו עלולה לנבוע מגורמים שונים: למשל, כאשר שווי היתרה נפגע משום שההפקעה החלקית מותירה שטח בעל צורה או גודל שאינם מאפשרים כל פיתוח (כגון מגרש קטן מהגודל המינימלי הנדרש בתוכנית), או הפקעה המותירה יתרה שניתן להשתמש בה רק לפיתוח פחות רווחי מהפיתוח שהיה ניתן לבצע לולא כן (כגון שטח המתאים רק לבנייה למגורים בצפיפות נמוכה ולא למסחר, או כביש המבחר קרקע חקלאית ועל כן מקשה על עיבודה או יוצר שטחים ללא גישה נוחה לכלי רכב חקלאיים). לבסוף, ההפקעה החלקית עלולה לגרום לאובדן זכויות בנייה מיוחדות שניתנו כתוספת לבעלי מגרשים בגודל מסוים<sup>8</sup>.

ההבחנה שיצרה הפסיקה בין שני סוגי הנזקים איננה מרצדקת. ההגנה מפני פגיעה ביתרת המגרש נועדה למנוע נזקים חמורים עקב הפקעה חלקית, באמצעות איסור על הפקעה כזו. נזקים חמורים עלולים להיגרם לא רק מעצם הנטילה של חלק מחלקה, אלא גם כתוצאה מהשימוש המתוכנן בחלק שהופקע. כך, למשל, שימוש ציבורי היוצר מטריד חמור מונע למעשה הנאה סבירה מן היתרה, אף אם להלכה לא הוגבל כלל השימוש המותר בה. מטריד כזה עלולים ליצור שימושים כמו מזבלה, מרכז ספורט גדול או צמתי תחבורה מרכזיים. סעד הפיצוי עשוי להיות בלתי-מספק הן במקרה של פגיעה פיסית בניצול של יתרת המגרש, הן במקרה של פגיעה שמקורה ביעוד השטח שהופקע. בשני המקרים נמנעים ניצול והנאה סבירים מן היתרה, ובשניהם הפיצוי החלקי אינו מאפשר

6 ראו פסק-הדין בעניין סלים בילדינגס (לעיל, הערה 4), בעמ' 224 (חלק מחלקה יועד לדרך ציבורית חדשה. כבישים קיימים אפשרו גישה למקרקעין, והכביש החדש אפשר מעבר של תחבורה ציבורית סדאנת ליד המקרקעין); בג"ץ 43/79 גולדנברג נ' הועדה המקומית להכנון ולבניה מרחב תל-אביב, פ"ד לג(3) 122 (מעבר פרטי בין שני בתים הופקע לצורך כביש ציבורי, שגרם לנזקי רעש).

7 ראו ע"א 42/82 קירשטיין נ' עיריית חיפה, פ"ד לט(1) 272, 276; אלטרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 213.

8 ראו אלטרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 212; מרגליות (לעיל, הערה 4), בעמ' 17; קמר (לעיל, הערה 4), בעמ' 101-100. אף אם מלוא זכויות הבנייה נוצלו לפני ההפקעה, ההפקעה החלקית עלולה לפגוע בשווי היתרה. כך, למשל, עלול ערכו של בית מגורים המצוי ביתרת המגרש לרדת בשל הגדלת הצפיפות במגרש או עקב הקטנת הגינה מסביבו, וזאת ללא קשר לשימוש שיעשה בחלק הקרקע שהופקע, ואף אם ההפקעה אינה מתייחסת לבניין עצמו.

לפרט לרכוש קרקע חליפית. על כן – ובניגוד להנחת הפסיקה שהזכרנו<sup>9</sup> – אין די באפיקי תביעה אחרים העומדים לרשות הנפגעים, כגון סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה. סעיף 197 מעניק זכות לפיצוי בלבד בגין פגיעה שגרמה תוכנית. אין הוא מטפל במקרים שבהם פיצוי אינו סעד הולם ודרוש סעד מסוג אחר<sup>10</sup>.  
 בשללה את תחולת ההגנה הנדונה על נזקים הנובעים מן השימוש בחלק שהופקע, הפלחה אפוא הפסיקה שקדמה לפסק-דין חברת החשמל ללא הצדקה בין סוגים שונים של נזקים חמורים<sup>11</sup>.

### ג. החידוש שבפסק-דין חברת החשמל ומשמעותו

חברת החשמל היתה הבעלים של מגרש מלבני. בהתאם לתוכנית שערכה הרשות יועד חלק מהמגרש להפקעה לצורך כביש ראשי. כעבור שנים אחדות בוצעה ההפקעה והחלק

9 ראו פסק-דין סלים בילדינגס (לעיל, הערה 4), בעמ' 224; גולדנברג (לעיל, הערה 6), בעמ' 123; ת"א (י"ם) 10/75 ולירו נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"מ תשל"ח(1) 187, 188, 192.

10 ראו לוינסון-זמיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 229-230; אלחרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 213. אף פקודת הנוזיקין אינה מטפלת באופן משביע רצון במטרד הנגרם מהשימוש הציבורי בקרקע שהופקעה. מסקנה זו אינה מבוססת רק על המכשולים הנובעים מהחסינויות ומההגנות החלות על פעילותם של עובדי ציבור, אלא גם על העמדה שמקומו הראוי של הסעד הוא בדיני התכנון. פקודת הנוזיקין נועדה לטפל בהתנהגות עוולתית. הפגיעה שנגרמת עקב הפקעה חלקית אינה נובעת מהתנהגות בלתי רצויה אלא מפעילות לגיטימית של רשות ציבורית לטובת הציבור. ראו בפירוט לוינסון-זמיר (שם), בעמ' 231-238).

11 פרשנות דומה, המבחינה בין נזק שנגרם כתוצאה מעצם הלקיחה החלקית לבין נזק הנובע מן השימוש בחלק שהופקע, אומצה על-ידי בית-המשפט גם בהקשרים אחרים, כגון סעיף 12(ח) לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) 1943 (ע"ר, תוס' 1, עמ' (ע) 32, (א) 44; להלן: "פקודת הרכישה"). סעיף זה קובע, כי נוסף על הפיצוי בגין הקרקע שהופקעה יש לפצות גם על נזק שנגרם כתוצאה מניחוק הקרקע המופקעת מקרקע אחרת השייכת לבעליה וכתוצאה מהשפעה מזיקה אחרת ליתרה עקב השימוש בסמכויות ההפקעה. בפסק-הדין בעניין אביבים דחה בית-המשפט תביעה לתשלום פיצוי עבור הנזק שנגרם ליתרה המגרש בשל השימוש בחלק שהופקע לצורכי ביטחון. ראו ע"א 324/69 מדינת ישראל נ' אביבים בגוש 3947 בע"מ, פ"ד כג(2) 409, 416-418; ד"נ 29/69 אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 397, 406. הוראת סעיף 12(ח) עצמה לוקה בכך שהיא מעניקה זכות לפיצוי בלבד, אף אם כתוצאה מההפקעה החלקית לא נותר כל שימוש סביר בחלק. פקודת הרכישה אוסרת על הפקעה חלקית רק במקרה אחד – הפקעה של חלק ממבנה. סעיף 11 לפקודה זו קובע שאם בעל המבנה מעוניין בהעברת זכויותיו במבנה כולו, חובה על הרשות להפקיעו בשלמותו. ראו גם להלן, טקסט ליד הערות 33-37.

שיועד לכביש הוקנה לרשות. התוואי שנבחר לכביש חצה את המגרש באלכסון לכל אורכו, ויצר שני מגרשים משולשים משני צדי הדרך. חברת החשמל טענה שההפקעה החלקית פגעה בשווייה של יתרת המגרש. מכיוון שההפקעה כבר יצאה אל הפועל וסלילת הכביש הושלמה, הסער העיקרי שביקשה חברת החשמל מבית-המשפט היה להצהיר כי על הרשות לרכוש את כל יתרת החלקה (כלומר: החברה לא דרשה שההפקעה תיפסל כליל).

בבית-המשפט המחוזי נתקבלה טענתה של חברת החשמל כי שווייה היחסי של היתרה נפגע עקב חלוקת המגרש לשני שטחים משולשים<sup>12</sup>. למרות זאת, ולמרות שפגיעה ביעילות הפיתוח הפיסי של יתרת המגרש הוכרה עד אז בפסיקה ובספרות כמקרה מובהק לתחולת ההגנה<sup>13</sup>, דחה בית-המשפט את בקשתה של חברת החשמל. השופט סלוצקי נימק את החלטתו בכך שאין קשר סיבתי בין ההפקעה לפגיעה בערך היתרה: ירידת ערך זו נגרמה עקב התוכנית שקבעה את תוואי הכביש, והיא זו שביטלה את החלקה לשני משולשים. ההפקעה שבאה לאחר מכן רק מימשה את הייעוד שנקבע בתוכנית, ולכן לא הוסיפה דבר על פגיעה זו<sup>14</sup>.

בית-המשפט העליון דחה את ערעורה של חברת החשמל על פסיקה זו. השופטת ביניש אימצה את הבחנתו של השופט סלוצקי בין פגיעה "עקב הפקעה" לבין פגיעה "עקב תוכנית" ואת מסקנתו כי רק פגיעה מן הסוג הראשון כלולה בהגנה על יתרת המגרש<sup>15</sup>. השופטת ביניש סיכמה את עמדתה במלים הבאות: "סעיף 190(א)(1) יחול באותם מקרים שבהם עצם נטילת הקרקע המופקעת מבעליה, להבדיל מייעודה להפקעה, תותיר בידיו חלקה אשר פחת שווייה היחסי<sup>16</sup>. החלטה זו נומקה בכך שההבחנה בין פגיעה כתוצאה מהפקעה ופגיעה כתוצאה מתוכנית כבר הוכרה בשורה ארוכה של פסקי-דין. פסקי-דין אלה התייחסו אומנם לנושא אחר – הזכות לפיצוי בגין פגיעה שנגרמה על-ידי תוכנית, לפי סעיף 197 לחוק התכנון – אך אין בכך כדי להצדיק פירוש שונה בעניין ההגנה על ערך יתרת המגרש<sup>17</sup>. הנשיא ברק והשופט אור הצטרפו, ללא הנמקה, לפסק-דינה של השופטת ביניש.

על פי פסק-דין חברת החשמל, ההנאה מההגנה על יתרת המגרש מותנית בהוכחה שעצם נטילת החלק שהופקע גורמת לנזק עצמאי ומיוחד, שאינו נובע מייעוד הקרקע

12 פסק-הדין המחוזי, בעמ' 375 מול האות ר'.

13 ראו לעיל, טקסט ליד הערות 5-8.

14 פסק-הדין המחוזי, בעמ' 374-375 (סעיפים 5-6 לפסק-הדין).

15 ראו סעיפים 3 ו-7 לפסק-הדין של בית-המשפט העליון.

16 שם, סעיף 7 לפסק-הדין.

17 ראו את פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין חברת החשמל, סעיפים 4-5: פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי, בעמ' 375.

להפקעה. דא עקא, שקבוצת המקרים המקיימת תנאי זה היא קבוצה ריקה. הוראת סעיף 190(א)188 סיפא חלה רק על הפקעות המבוצעות מכוח חוק התכנון<sup>18</sup>. על פי סעיף 188(א) לחוק התכנון, "מותר לוועדה המקומית להפקיע על פי חוק זה מקרקעין שנועדו בתוכנית לצרכי ציבור"<sup>19</sup>. במלים אחרות: לא ניתן להפקיע מקרקעין על-פי חוק התכנון אלא אם הם יועדו קודם לכן להפקעה בתוכנית. כתוצאה מכך, כל פגיעה הנובעת מניתוקן של חלק המגרש המופקע מיתרתו כבר "נגרמה" על-ידי התוכנית שייצרה את הקרקע להפקעה.

ניתן להדגים זאת במקרה המובהק ביותר של פגיעה ביתרת המגרש: נניח שהרשות מייעדת 90% מחלקה לא גדולה להפקעה בתוכנית. גודלה הזעיר של היתרה (10% בלבד מהשטח המקורי של החלקה) אינו מאפשר לעשות בה שימוש כלשהו. לפי הלכת חברת החשמל, לא ניתן למנוע הפקעה חלקית כזו, למרות שהיא מותירה את הבעלים עם יתרה חסרת ערך ועם פיצוי חלקי הנופל משווייה של חלקה חליפית. זאת, משום ששילת כל אפשרויות הניצול של החלקה נגרמה כבר על-ידי התוכנית שייצרה את מרבית שטחה להפקעה. כבר בשלב התכנון נשללה היכולת לעשיית שימוש סביר בחלקה, משום שהרשות לא היתה מתירה כל פיתוח בשטח המיועד להפקעה<sup>20</sup>.

אם מצרפים את הלכת חברת החשמל להלכה שנקבעה בפסיקה קודמת, השוללת את תחולת ההגנה על נזק הנובע מהשימוש הציבורי בקרקע שהופקעה<sup>21</sup>, אין מנוס מהמסקנה שלא נותרו מקרים שבהם ההגנה עשויה לחול. פרשנות המובילה לריקונה של הגנה נחוצה וחשובה על זכויות הפרט מכל תוכן איננה פרשנות סבירה<sup>22</sup>.

18 על הבעייתיות הנובעת מאי-תחולת ההוראה על הפקעות המבוצעות מכוח פקודת הרכישה, ראו להלן, הערה 35.

19 סעיף 188(ב) מכיל רשימה מפורטת של שימושים הנחשבים כ"צרכי ציבור", ומסמך את שר הפנים לאשר מטרת ציבוריות נוספות.

20 תרחיש שלפיו מותירה הרשות שטח מזערי בידי הפרט אינו פרי הדמיון בלבד. בפסק-דין מורדי הופקעו שטחים נרחבים משלוש חלקות לצורך הרחבת מכון וינגייט. ההפקעות כוצעו על-פי פקודת הרכישה, שאינה כוללת הגנה דומה לזו שבחוק התכנון מפני פגיעה חמורה ביתרה. מאחת החלקות, ששטחה עלה על 51 דונם, ביקשה הרשות להותיר 212 מ"ר. בית-המשפט הסתפק בהמלצה לשר האוצר להפקיע "למען ההגנות" גם את היתרה. ראו בג"ץ 388/84 מורדי נ' שר האוצר, פ"ד לט(2) 650, 645.

21 יש להניח שפרשנות זו תהיה מקובלת אף על השופטים בפסק-דין חברת החשמל, וזאת משום שאף הפגיעה הנגרמת מן השימוש בחלק שהופקע אינה נובעת מ"עצם נטילת הקרקע המופקעת מבעליה", כדרישתם.

22 השופטת ביניש ציינה כי פרשנותה להגנה מובילה לכך ש" [...] מספר המקרים בהם תמנע ההפקעה ותיתן הגנה רחבה כזו בשל הפחתת שווי המגרש כתוצאה מההפקעה עצמה להבדיל מהתוכנית, עשוי

#### ד. ההנמקה שניתנה בפסק-דין חברת החשמל וביקורתה

כזכור, בית-המשפט נימק את החלטתו בכך, שההבחנה בין פגיעה עקב תוכנית לבין פגיעה עקב הפקעה הוכרה בפסקי-דין רבים. פסקי-דין אלה עסקו אומנם בעניין אחר – בזכות לפיצוי בגין פגיעה שגרמה תוכנית – אך אין כל סיבה, לדעת בית-המשפט, לסטות מההבחנה שנקבעה בהם לעניין ההגנה על ערך יתרת המגרש.

כדי להעריך הנמקה זו יש לעמוד על ההבחנה האמורה ועל הסיבות שהובילו לקביעתה. כפי שהוסבר לעיל, חוק התכנון מתנה את האפשרות להפקיע לפי הוראותיו בייעוד המקרקעין לצורכי ציבור בתוכנית. סעיף 197 לחוק התכנון מעניק זכות לפיצוי כאשר מקרקעין "נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה [...]".<sup>23</sup> רשויות התכנון טענו שסעיף הפיצוי אינו חל על פגיעה הנובעת מייעוד קרקע להפקעה, משום שמקור הנזק בהפקעה העתידית. על כן, ניתן לקבל את הפיצוי בשלב ההפקעה בפועל בלבד. הפסיקה דחתה טענה זו ופירשה את סעיף 197, למרות לשונו, כמאפשר לחבוע פיצוי על עצם ייעוד הקרקע להפקעה. כתוצאה מכך נוצר הליך פיצוי דר-שלבי: בשלב הראשון ניתן פיצוי על ההפרש בין ערך החלקה לפני הייעוד להפקעה ולאחריו. בשלב השני, משבוצעה ההפקעה עצמה, ניתן פיצוי על יתרת הערך שנלקחה, כלומר: על אובדן מקרקעין המיועדים להפקעה.<sup>24</sup>

הטעם העיקרי להלכה זו היה החשש, שאם לא יתאפשר להגיש תביעה בשלב הייעוד להפקעה, תוכל הרשות להפקיע מקרקעין כמעט בחינם. חשש זה נבע מלשון סעיף 12(ב) לפקודת הרכישה, הקובע, כי "בבוא בית-המשפט להעריך פיצויים אלה, יעריכם לפי

להיות מצומצם" (סעיף 7 לפסק-הדין; ההדגשות הוספו). השופטת ביניש לא הביאה דוגמה כלשהי למקרה העשוי לקיים את התנאי המחמיר שקבעה. כאמור, אנו סבורים שאין בנמצא מקרה כזה.  
23 סעיף 200 לחוק התכנון מסייג את סעיף 197, ולגבי שורה ארוכה של פגיעות (כגון שינוי בתנאי השימוש בקרקע באזורים או בגובהם או מספרם של המבנים שייבנו על הקרקע), הוא קובע שלא יינתן פיצוי אם "הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים". היקפה של הזכות לפיצוי ופרשנותו של סעיף 200 אינם צריכים לעניינו. לעניין זה ראו לוינסון-זמיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 305-362.

24 מקורה של הלכת הפיצוי הדר-שלבי בפירוש שניתן בפסק-הדין בעניין זקס לסעיף 34 לפקודת בנין ערים, 1936 (אשר קדם לסעיף 197 לחוק התכנון והכיל הוראת פיצוי בנוסח דומה). ראו בג"ץ 62/61 זקס ועליאש נ' הוועדה המקומית לבניה ולתכנון עיר, ירושלים, פ"ד טו 1516. הלכת זקס אומצה בפסיקה מאוחרת יותר גם לגבי פרשנותו של סעיף 197 לחוק התכנון. ראו, למשל, ע"א 474/83 הוועדה המקומית לבניה ולתכנון ערים, ראשון לציון נ' חממי, פ"ד מא(3) 370, 376-374; ע"א 511/88 מנדלבאום נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ראשון לציון, פ"ד מד(3) 522, 525-526; פסק-הדין בעניין ולירו (לעיל, הערה 9), בעמ' 189-191; בג"ץ 174/88 אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, המרכז, פ"ד מב(4) 89, 93-92.



השווי שימצאנו כשוויה של הקרקע [...] על אותו בסיס, בזמן ששור האוצר פרסם ברשומות את ההודעה על כוונתו לרכוש אותה [...]". סעיף 190(א) רישא לחוק התכנון קובע שעל הפקעה מכוח חוק התכנון יחולו הוראות פקודת הרכישה, בכפוף להוראות מיוחדות שבחוק זה. הוראה מיוחדת מצויה בסעיף 190(א)(4), הקובע ש"לעניין סעיף 12 לפקודה האמורה יבוא במקום מועד הפרסום של ההודעה על הכוונה לרכוש את המקרקעין – היום הששים לאחר המועד האמור [יום הפרסום ברשומות של הודעת ההפקעה – ד"ל]". מאחר שאף ביום הששים לאחר פרסום ההודעה ברשומות על כוונת ההפקעה, ייעוד המקרקעין הוא להפקעה, יוצא שיש לחשב את הפיזיו לפי שוויים הנמוך באותה עת<sup>25</sup>. הלכת הפיזיו הדרושלבי נועדה אפוא למנוע את העול המשוער שהיה נגרם לפרט אילו נאלץ להסתפק בפיזיו סמלי בשלב ההפקעה. כדי להגיע לתוצאה הרצויה פסקו בתי-המשפט, למרות הקושי הלשוני, שסעיף 197 דורש רק שנוק התובע יהיה "מחורץ לעוברת ההפקעה העתידה". תנאי זה מתקיים, משום שאיסור הבנייה הנובע מהייעוד להפקעה שולל כל ערך מסחרי מהחלקה. אף אלמלא נועדה הקרקע להפקעה, עצם איסור הבניה שולל ממנה כל ערך ממשי, ועל נזק זה ניתן לתבוע במסגרת סעיף 197. אין זה משנה שאיסור הבניה הוא שלב בדרך להפקעת המקרקעין<sup>26</sup>. במקום אחר עמדנו על כך שניתן היה לפרש את כללי חישוב הפיזיו באופן שונה, המונע את החשש שהובע בפסיקה ומאפשר לפרט לקבל את מלוא הפיזיו בשלב ההפקעה, אף אם לא נעשה שימוש בהליך הקבוע בסעיף 197<sup>27</sup>.

תהא אשר תהא דעתנו על ההלכה הנזכרת, אין יסוד להקיש מפרשנותו של סעיף 197 לפירושה של ההגנה על ערך יתרת המגרש שבסעיף 190(א)(1) סיפא. הלכת הפיזיו הדרושלבי נועדה לאפשר לאנשים לקבל את מלוא הפיזיו המגיע להם בגין פגיעתה של התוכנית. לפי הלכה זו הם אינם אמורים להפסיד או להרוויח מן המסלול הדרושלבי, אלא לקבל את הסכום שלו הם היו זכאים אילו נגבה הפיזיו בפעם אחת בשלב ההפקעה

25 ניתן להדגים את חששו של בית-המשפט בדוגמה מספרית: נניח שערך חלקה הוא 100 וייעודה להפקעה מוריד את ערכה ל-30. אם לא ניתן יהיה לקבל פיזיו בגובה 70 בשלב הייעוד להפקעה, יוכל הפרט לתבוע פיזיו על 30 בלבד בשלב ההפקעה עצמה.

26 ראו פסק-דין זקס (לעיל, הערה 24), בעמ' 1521; פסק-דין חממי (לעיל, הערה 24), בעמ' 374-376; פסק-דין מנדלבאום (לעיל, הערה 24), בעמ' 525-526; פסק-דין ולידו (לעיל, הערה 9), בעמ' 189-191.

27 להסבר מפורט ראו לויןסון-זמיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 253-256. פרשנות חליפית זו עדיפה על הלכת זקס, משום שבמצב המשפטי הנוכחי קל להחמיץ את ההזדמנות לתבוע פיזיו לפי סעיף 197. לעומת זאת, הזכות לפיזיו בשלב ההפקעה מוגנת הרבה יותר. באורח פרוקסלי, הלכת זקס, שנועדה למנוע עול, גרמה לעול במקרים לא מעטים. זאת משום שפרט שלא היה מודע לכך שחלקתו יועדה להפקעה, ולכן לא מימש את זכות התביעה לפי סעיף 197, הפסיד את מרב הפיזיו על הנזק שסבל ונאלץ להסתפק בפיזיו חלקי בשלב ההפקעה. ראו לויןסון-זמיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 256-267.

בפועל. בית-המשפט סבר שהדרך היחידה להגיע לתוצאה זו היא על-ידי מתן אפשרות לפצל את התביעה לשני שלבים, ולגבות חלק מן הפיצוי בשלב הייעוד להפקעה. מכיוון שמדובר בסעד כספי, אין קושי מעשי או מתמטי לחלקו לשניים.

ההגנה על יתרת המגרש עוסקת בנושא אחר, המחייב שיקולים שונים. הגנה זו מתמקדת במה שנותר ולא במה שנלקח על-ידי הרשות. היא נועדה לטפל במקרה שבו סעד הפיצוי אינו יעיל ואינו מספק. מסיבה זו לא היה מקום לביקורת המשתמעת של בית-המשפט כלפי חברת החשמל על שלא ביקשה סעד בשלב שבו אושרה התוכנית והמתנה עד לשלב מימוש ההפקעה<sup>28</sup>. בשלב אישור התוכנית ניתן לדרוש פיצויים בלבד, ואילו חברת החשמל ביקשה לתקוף את ההפקעה החלקית עצמה. הסעד שניתן על-ידי ההגנה על ערך יתרת המגרש – איסור על הפקעה חלקית – אינו סעד כספי. הרשות מחויבת לבחור בין הפקעת החלקה כולה, ביטול ההפקעה או שינויה באופן שלא תתרחש פגיעה ביתרה. במקרה זה אין כל טעם ענייני להבחין בין השלב שבו אושרה התוכנית שהכשירה את הקרקע להפקעה העתידית לבין השלב שבו מומשה ההפקעה בפועל. הפגיעה היא אחת ואינה ניתנת לחלוקה או להפרדה: הנוק החמור ליתרה אינו יכול לבוא לעולם ללא ייעוד קודם של הקרקע להפקעה בתוכנית, אך ההפקעה העתידה להתרחש בפועל היא שאחראית לפגיעה ביתרה. נמצא אפוא כי הפסיקה בנושא הפיצוי הדר-שלבי אינה רלבנטית להגנה על שווי יתרת המגרש<sup>29</sup>.

### ה. הצדקה חלופית לתוצאה של פסק-דין חברת החשמל

הפרשנות שניתנה בפסק-הדין בעניין חברת החשמל להוראה שנועדה להגן על ערך יתרת המגרש הופכת אותה לאות מתה. פרשנות זו אינה רצויה. אולם, ייתכן שניתן להצדיק את התוצאה של פסק-הדין – דהיינו: את אי-פסילתה של ההפקעה החלקית במקרה הספציפי שעמד לדיון בפני בית-המשפט – על יסוד הנמקה אחרת.

כאמור לעיל, ההפקעה החלקית פיצלה את המגרש המלבני שבבעלות חברת החשמל לשני מגרשים משולשים שביניהם עובר כביש ראשי. פיצול זה פגע ביכולת הניצול של היתרה ולכן גם בשווי היחסי שלה. אולם, חברת החשמל לא טענה שההפקעה החלקית מונעת ממנה לעשות ביתרה כל שימוש או ניצול סביר. עיון בתיק בית-המשפט מלמד ששטחם של שני המשולשים היה גדול יחסית – שטחו של האחד כ-8 דונם ושל האחר

28 ראו את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, בעמ' 375 מול הארת ד.

29 ניתוח זה מלמד כי בית-המשפט טעה בהניחו כי הוא אך חוזר על ההלכה שנקבעה בפסיקה קודמת לגבי ההגנה על יתרת המגרש (ראו סעיף 6 לפסק-דינה של השופטת ביניש בעניין חברת החשמל).

כ-2 דונם. אומנם, תלוקתו של המגרש לשני משולשים מנעה אפשרויות ניצול מסוימות, גרמה לבזבוז שטחים בזוויות ובפינות וייקרה את המימוש של אפשרויות ניצול אחרות; אולם ייתכן שדי היה בפיצוי על הירידה בשווי היתרה כדי לרפא את הנזק הנוסף והמיוחד שנגרם לחברת החשמל<sup>30</sup>. בנסיבות כאלה, הסעד של פסילת ההפקעה החלקית וחיוב הרשות להפקיע את החלקה בשלמותה הוא חמור מדי. מקור הקושי הוא בכך שעל-פי לשונה, הגנת יתרת המגרש אינה כוללת מגבלה של סבירות. האיסור על הפקעה חלקית אינו מותנה בבחינת חומרת הפגיעה בפרט. לכאורה, כל ירידה בערך יתרת המגרש – ולו המזערית ביותר – מפעילה את ההגנה, וזאת אף במקרים שבהם פיצוי כספי מהווה תרופה מספקת לנוק. כתוצאה מכך, הרשות תיאלץ לבחור בין הפקעת קרקעות מעבר לדרוש (תוך הוצאת כספים רבים יותר מהקופה הציבורית), לבין ויתור על פרויקטים ציבוריים רצויים. מבלי לציין זאת במפורש "פתר" בית-המשפט את בעיית הסעד ההולם באמצעות עיוות הפרשנות הראויה לסוגי הנזק הכלולים בהגנה על יתרת המגרש<sup>31</sup>. אנו סבורים שניתן היה לפרש את ההגנה גם בדרך שונה וגמישה יותר; כלומר: לקבוע שההגנה חלה עקרונית על כל סוגי הנזקים והנסיבות הגורמים לפיחות בשווי היתרה, אולם היא מוגבלת, על-פי מטרתה, לפגיעות חמורות המצדיקות איסור על הפקעה חלקית.

אכן, לא תמיד קל יהיה להחליט אם ראוי לאסור על הפקעה חלקית או שניתן להסתפק בפיצויים. השאלה אם נותר שימוש סביר – אף אם פחות רווחי – ביתרה תלויה בגורמים שונים, לרבות התוכניות החלות באזור וסוג השימושים הסמוכים. יש לברוק אם התוכנית החלה על היתרה מאפשרת בנייה מסוג או בהיקף המתאים לגודלה או לצורתה, או אם יש סיכוי סביר לשינוי התוכנית באופן שתתאפשר בנייה כזו. אם, למשל, השימושים הסמוכים ליתרה הם תעשייתיים או מסחריים בצפיפות גבוהה, הרי שאף אם היתרה עצמה עשויה להתאים למגורים בצפיפות נמוכה או לחקלאות אין סיכוי סביר למימוש שימוש כזה בקרקע. לעומת זאת, אם היתרה תצלח לשימושים הדומים או

30 חוות הדעת השמאית שצירפה חברת החשמל גרסה ששווייה היחסי של היתרה פחת מ-150\$ למ"ר ל-114\$ למ"ר קרקע. לא נטען שהיתרה לא תצלח לכל ניצול סביר.

31 ניתן לדלות מפסקי-הדין רמזים בלבד לתחושת בית-המשפט שהוראת סעיף 190(א)(1) סיפא תעניק בנסיבות שלפניו הגנת יתר לחברת החשמל. השופט סלוצקי ציין שהשימוש ביתרת המגרש הפך לפחות יעיל בעקבות ההפקעה החלקית, אך הוסיף: "[...] אולם אין לאמר כי חלוקה משולשת זו אינה מאפשרת את ניצולו ופיתוחו כלל ועיקר. אלא שחלוקה זו מקורה בתכנית הנ"ל ולא באקט ההפקעה שנועד לממשה" (פסקי-הדין של בית-המשפט המחוזי, בעמ' 375 מול האות ה'). השופטת ביניש ציינה כי "הוראת הסעיף נותנת לבעל המקרקעין בנסיבות מתאימות הגנה רחבה ביותר לרכושו כאשר אין הגנה זו מאפשרת לפצותו בגין הפחתת שווי יתרת המגרש, יהא אשר יהא שיעור ההפחתה" (פסקי-הדין של בית-המשפט העליון, סעיף 7 (ההדגשות הוספו; ד"ל).

מתיישבים עם השימושים הסמוכים לה – אף אם בהיקף או בדרגת ניצול נמוכים יותר – הרי שנותרה אפשרות ניצול סבירה וניתן להסתפק בפיצוי כספי על הפגיעה<sup>32</sup>.

## ו. מסקנות

אף אם ניתן להצדיק את התוצאה הסופית שאליה הגיע בית-המשפט בפסק-דין חברת החשמל, ראוי לבקר את פרשנותו לתחולת ההגנה מפני פגיעה ביתרת המגרש. פרשנות זו מובילה למעשה למחיקת ההגנה מספר החוקים. תוצאה זו אינה רצויה, משום שחשוב לשמר בידי הפרט את הכוח למנוע הפקעה חלקית הגורמת לו נזק חמור. כוח זה נחוץ כאשר ההפקעה אינה מותירה אפשרות לניצול או לשימוש סבירים ביתרה. מצב זה עלול לנבוע מגריעה משמעותית מאפשרויות השימוש ביתרה, בין אם מחמת שינוי בגודלה של החלקה או בצורתה, ובין אם מחמת השימוש הציבורי שנעשה בחלק שהופקע. דוגמה למקרה הראשון היא הפקעה המותירה שטח שאינו ניתן לניצול כלל, משום שהוא קטן מהשטח המזערי הדרוש לפי התוכנית או משום שצורתו יוצאת הדופן מותירה שטחים "מתים" רבים שלא ניתן לבנות עליהם. דוגמה למקרה השני היא שימוש בחלק שהופקע באופן הגורם מטרד חמור שבגיניו אין אפשרות סבירה לנצל את ביתרה. יש להכיר בכל סוגי הנזקים ככלולים, עקרונית, במסגרתה של ההגנה על ערך יתרת המגרש. תחולתה של ההגנה תיקבע בכל מקרה ומקרה לפי תומרת הפגיעה ולא לפי סוג הנזק. ניתן להגיע לתוצאה רצויה זו באמצעות פירוש הכללים הקיימים.

חשוב לציין, שלהבדיל משיטות משפט אחרות, משפטנו נעדר הוראות מספיקות להגנת בעלי זכויות במקרקעין מפני נזקים שאינם ניתנים לריפוי כספי<sup>33</sup>. פיצוי עשוי

32 ראו גם לוינסון-זמיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 240-242.

33 כך, למשל, באנגליה מוענקת לפרט זכות רחבה לכפות על הרשות לרכוש את חלקתו. בין היתר זכות כזו קיימת אם בשל ייעוד המקרקעין להפקעה או לצרכים ציבוריים שונים אין הפרט יכול לממש את הפוטנציאל שלהם (זוהי הזכות להגיש "blight notice"). זכות דומה מתקיימת כאשר הגבלות תכנוניות (שאינן כרוכות בהפקעה עתידית) אינן מותירות כל שימוש סביר במקרקעין. זכות זו מכתה "purchase notice". לדיון בזכויות אלה ראו 11<sup>th</sup> ed., 1996) 250-266; D. Heap *An Outline of Planning Law* (London, 1996) 653-661; M. Grant *Urban Planning Law* (London, 1982, supp. 1990) 272-286; *Telling & Duxbury's Planning Law and Procedure* (London, 10<sup>th</sup> ed., 1996) 272-286; אף בגרמניה יכול הפרט לכפות על הרשות לרכוש את חלקתו אם הוראות התוכנית שוללות כל שימוש פרטי סביר בהם. תביעה כזו אפשרית לא רק כשהחלקה יועדה לשימוש ציבורי (כגון כביש או פארק) אלא גם כשהיא נותרת בידי בעליה לשימוש הפרטי. למשל, אם התוכנית החדשה אוסרת על בנייה בחלקה שהיתה מיועדת לכך או מייצרת אותה לשטח ירוק. ראו W. Ernst, W. Zinkahn & W.

שלא לספק לא רק במקרים של הפקעה חלקית או של הפקעה בכלל. זהו המצב, למשל, כאשר הרשות מותירה את החלקה בשלמותה בידי הפרט, אך מייעדת אותה לשימוש המונע כל ניצול סביר שלה (כגון ייעוד קרקע המתאימה לבניה לשמורת טבע). דוגמה אחרת היא התרת שימוש במקרקעין סמוכים הגורם מטרה חמור לחלקות שבסביבתן (כגון ייעוד לשדה תעופה). במלים אחרות: ההגנה מפני פגיעה ביתרת המגרש היא דוגמה לבעיה כללית יותר, שאינה מטופלת באופן משיביע רצון. בכל המקרים שהזכרנו, פיצוי כספי אינו מרפא את הפגיעה: מצד אחד, גם לאחר שפוצה אין הפרט יכול להשתמש במקרקעין באופן סביר. מהצד האחר, מכיוון שהמקרקעין (או חלק מהם) נותרים בידי, הפיצוי שיקבל לא יספיק לרכישת קרקע חליפית<sup>34</sup>. בהעדר הוראות חוק מפורשות האוסרות על פגיעות חמורות במיוחד (אף בתשלום פיצוי כספי), הרי שברוב רובם של המקרים יאלצו בעלי זכויות במקרקעין להסתפק בפיצויים<sup>35</sup>. הפרטים יוכלו לכפות על הרשות לרכוש את חלקותיהם רק אם יצליחו לשכנע את בית-המשפט שנוקם כה חמור, ושסעד כספי הוא כה בלתי מספק, עד שפעולת הרשות לוקה בחוסר סבירות מנהלי או שפגיעתה בקניין עולה על הנדרש ועל כן סותרת את הוראות חוק-יסוד: כבוד

Bielenberg *Baugesetzbuch Kommentar* (München, 1991) Band II, Art. 42, Rdnrn. 122-128; Art. 40, Rdnrn. 14-16, 32-40a

34 מצבו של הפרט דומה למצבו של בעל רכב שהוגדר כ-"Total Loss" בעקבות תאונה. הותרת הגרוטאה בידי בעל הרכב ומתן פיצוי משלים בלבד לא יהוו סעד מספק, משום שהנכס איבד את ערכו המעשי.

35 לבד מן ההגנה מפני פגיעה בשווי יתרת המגרש, מצאנו רק שתי הוראות המאפשרות לפרטים לכפות רכישה על הרשות, ושתיהן מתייחסות למקרים מיוחדים ונדירים יחסית. הוראה אחת היא סעיף 11 לפקודת הרכישה, ואוסר על הפקעה של חלק ממבנה. אם בעליו מעוניין בהעברת מלוא זכויותיו במבנה, על הרשות להפקיעו בשלמותו. קוצר ידו של סעיף זה בא לידי ביטוי בפסק-דין מהדרין, שעסק בהפקעות נרחבות של מקרקעין מן המושבים הסמוכים לנמל התעופה בן-גוריון לצורך הרחבתו של הנמל ("פרויקט נתב"ג אלפיים"). ההפקעות בוצעו מכוח הסמכות שבפקודת הרכישה. בין היתר טענו העותרים שההפקעה תפגע קשות בערך יתרת המגרשים שלהם, משום שבתייהם יעמדו בקרבה ללבו הסואן של שדה תעופה בינלאומי. לפיכך דרשו העותרים משר האוצר לכוון בין רכישת כל המקרקעין שלהם במחיר מלא לבין חזרה מההפקעה כולה. בית-המשפט דחה את טענתם בנימוק שפקודת הרכישה – להבדיל מחוק התכנון – אינה כוללת הגנה מפני פגיעה ביתרת המגרש. סעיף 11 לפקודה מתייחס רק להפקעה חלקית של מבנה, ובמקרה דנן לא הופקעה קרקע מבונה כלל. ראו בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר נא(3) 85, סעיפים 32-33 לפסק-הדין). פסק-דין מהדרין מלמד כי בהעדר סעד מפורש בחקיקה אין בית-המשפט ממהר ליצור הגנות דומות מכוח עקרונות חוקתיים או מנהליים כלליים. הוראה שנייה המאפשרת כפיית רכישה היא אוטורית יותר, ומצויה בסעיף 24 לחוק בינוי ופינוי אזורי שיקום, תשכ"ה-1965, ס"ח 279. חוק זה מאפשר לאסור על עשיית עסקאות במקרקעין באזור שיקום. אם ביקש בעל מקרקעין את הסכמת הרשות לעסקה, וזו לא נתנה את הסכמתה תוך זמן סביר, תהא הרשות חייבת לרכוש את הזכות שהפרט ביקש להעביר.

האדם וחירותו<sup>36</sup>. ניתן לשער שהוכחת פגם חמור בהתנהגותה של הרשות לא תהיה קלה<sup>37</sup>. על רקע מצב משפטי זה מצער שבעתיים שהוראת חוק חשובה, שנועדה לטפל באחד מן המצבים שבהם פיצוי כספי אינו מספק, רוקנה מכל תוכן מעשי. בהקשר רחב יותר, פסק-דין חברת החשמל הוא דוגמה אחת מני רבות לפער הממשי הקיים בין הרטוריקה השיפוטית בדבר השיכותו הרבה של הקניין הפרטי לבין הפרקטיקה השיפוטית המצמצמת את ההגנה הניתנת לקניין הפרטי הלכה למעשה. אף לפני חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשנת תשנ"ב, חזרו בתי-המשפט על הקביעה כי זכות הקניין היא זכות יסוד, וכי ראוי לפרש את החקיקה באופן המגן ככל האפשר על רכושם של אנשים<sup>38</sup>. רטוריקה זו הפכה שכיחה עוד יותר מאז שזכות הקניין זכתה למעמד חוקתי בחוק היסוד<sup>39</sup>. דא עקא, שבמקרים רבים רטוריקה זו אינה מיושמת בהכרעות השיפוטיות לגופו של עניין. למקרא פסקי-הדין מתעורר ספק של ממש האם נעשה ניסיון אמיתי להגן על הקניין הפרטי במסגרת החוקית הקיימת<sup>40</sup>. פסק-דין חברת

36 ראו סעיפים 3, 8 ו-11 לחוק היסוד. סעיף 3 לחוק היסוד קובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". סעיף 8 מסייג קביעה גורפת זו, וקובע ש"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכות הסמכה מפורשת בו". סעיף 11 לחוק היסוד מורה לכל רשות מרשויות השלטון לכבד את הזכויות הכלולות בו.

37 בית-המשפט ציין בכמה הזדמנויות לגבי עולת המטרד, כי במקרים חריגים, שבהם הפגיעה בפרט חמורה ביותר, אין כל דרך למנוע את הנזק באמצעים טכנולוגיים, וקיים אינטרס ציבורי להמשיך בפעולה הפוגעת, תהיה הרשות חייבת להפקיע את המקרקעין החשופים למטרד. בפועל, סעד זה לא הופעל באותם פסקי-דין. ראו ע"א 404/80 בני עטרות נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 30, 48; ע"א 44/76 אתא נ' שורץ, פ"ד ל(3) 785, 815.

38 ראו, למשל, ע"א 216/66 עיריית תל-אביב יפו נ' אבו-דאיה, פ"ד כ(4) 522, 546; פסק-דין הממי (לעיל, הערה 24), בעמ' 378; ע"א 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 656, 645; ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, 546, 560-561.

39 ראו, למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 429-430, 431, 436-438; דנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 83-87; בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 319; בש"א 4459/94 סלמנוב נ' שרובני, פ"ד מט(3) 479, 482; בג"ץ 2481/93 דייץ נ' וילק, פ"ד מח(2) 456, 469-470. השפעתו של חוק היסוד אינה פרשנית בלבד. חוק היסוד מאפשר לבית-המשפט לפסול חקיקה הפוגעת בזכויות הכלולות בו למעלה מן המידה הראויה. אולם, סמכות זו אינה חלה באופן רטוראקטיבי על דינים שהיו קיימים ערב כניסתו לתוקף (סעיף 10 לחוק היסוד). חלק ניכר מהחקיקה הפוגעת בקניין הפרטי – כגון החקיקה בנוגע להפקעה לצורך ציבורי – נחקקה לפני תשנ"ב, ועל כן הגנתו של בית-המשפט על זכות הקניין מוגבלת לכלי הפרשנות.

40 כך, למשל, בפס"ד פייצר (לעיל, הערה 38), נדונו ההוראות שבחוק התכנון ובפקודת הרכישה המאפשרות להפקיע עד 40% ממקרקעין ללא פיצוי. בית-המשפט פירש סמכות זו באופן רחב מאוד,

החשמל הוא דוגמה נוספת לתופעה זו<sup>41</sup>. הפרשנות שאומצה על-ידי בית-המשפט לא היתה מחויבת המציאות, והיא חושפת בעלי קניין לפגיעות בלתי מוצדקות מצד הרשות.

המתיר להפחית 40% מן הפיצויים גם כשמופקעת חלקה בשלמותה ובעליה אינו יכול ליהנות מהשימוש הציבורי שייעשה בה. פרשנות זו, המתירה הטלת נטל כבד על אנשים מעטים לטובת הציבור בכללותו, לא היתה מחויבת המציאות. אירוני הוא שפסק-דין פייצר כולל גם אמירות כלליות וחגיגיות לגבי חשיבותה של זכות הקניין כזכות יסוד (שם, בעמ' 656). ועל כן הוא מצוטט רבות כאסמכתא לקדושת הקניין במשפטנו. לביקורת על פסק-דין פייצר ראו אלתרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 220-228; לוינסון-זמיר (לעיל, הערה 5), בעמ' 165-173, 186-211. דוגמה נוספת היא פסק-דין גוסייבה, לעיל הערה 39, שבו נבחנה נחיצותה של הפקעה אשר לא מומשה על-ידי הרשות במשך שנים רבות. בית-המשפט הכיר, עקרונית, בכך שאין להתיר הפקעה כאשר אין בה צורך אמיתי וכאשר הפרט יכול להגשים בעצמו את מטרתה. למרות זאת לא נפטלה הפקעה לצורך הקמתו של מבנה מסחרי על שטח קטן בשכונה בנויה, ייעוד שבעל הקניין הפרטי היה יכול ומעוניין לממשו. השופט דורנר, שהיתה ברעת מיעוט בפסק-הדין, עמדה אף היא על הפער שבין הרטוריקה לבין הפרקטיקה השיפוטית (שם, בעמ' 83). בג"ץ 5503/94 סגל נ' שר האוצר נא(4) 367 הוא דוגמה נוספת לקיומו של פער זה.

41 לביקורת דומה בהקשרים אחרים ראו ר' גביון "המהפיכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ו) 21, 130-132; "רדתן" המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535, 556-565.

החשמל הוא דוגמה נוספת לתופעה זו<sup>41</sup>. הפרשנות שאומצה על-ידי בית-המשפט לא היתה מחויבת המציאות, והיא חושפת בעלי קניין לפגיעות בלתי מוצדקות מצד הרשות.

דורנר, שהיתה ברעת מיעוט בפסק-הדין, עמדה אף היא על הפער שבין הרטוריקה לבין הפרקטיקה השיפוטית (שם, בעמ' 83). בג"ץ 5503/94 סגל נ' שר האוצר נא(4) 367 הוא דוגמא נוספת לקיומו של פער זה.

41 לביקורת דומה בהקשרים אחרים ראו ר' גביון "המהפיכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21, 130-132; "דנתן" המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535, 556-565.