

בין "קניין תרבותי" לתפיסה זמנית של נכסים:**על הצורך בדין הפקעות כללי****מאת****אמנון להבי***

המאמר מאתר חֶסֶר משמעותי בדין הישראלי: היעדר חקיקה כללית המסמיכה את רשויות השלטון להפקיע נכסים שונים, מוחשיים ולא מוחשיים, באופן קבוע או זמני, כנגד תשלום פיצוי נאות. חקיקה שיטתית בעניין ופסיקה נלווית קיימות ביחס לקרקעות, אך אין הדבר כך באשר למרבית סוגי הנכסים האחרים - ומצב עניינים זה עלול לגרום לעיוותים ולכשלים משמעותיים. מחד, הדבר עלול להניא את המדינה מנקיטת פעולות מוצדקות ויעילות חברתית, בעת שגרה או בחירום. מאידך, בהיעדר הסמכה כללית כזו, נאלצת המדינה במקרים אחרים לנהל מאבק עיקש על הכרה בדיעבד בזכויותיה בנכסים, אשר יש לכל הפחות מחלוקת באשר לשאלת הזכויות בהם, בבחינת "הכל או לא כלום", כפי שבאים הדברים לידי ביטוי בנוגע ל"קניין תרבותי". בנוסף, מצב העניינים הנוכחי עלול לתמרץ את המדינה להשתלט הלכה למעשה על נכסים פרטיים באופן רגולטורי לכאורה, כאשר בתי המשפט מוצאים עצמם, במקרה של הגשת עתירה כנגד השתלטות שלטונית מעין זו, כבולים מבחינת הסעד האפשרי: ביטול / שינוי הפעולה השלטונית או דחיית העתירה. זאת במיוחד, משום שההכרה העקרונית של בית המשפט העליון בקיום "עילת תביעה חוקתית" לא הבשילה לכדי יצירת מנגנון שיטתי של זיהוי הפקעות-למעשה כנגד הטלת חובה לתשלום פיצוי נאות. מכאן עולה הצורך ביצירת דין הפקעות כללי, בדרך של חקיקה ראשית ופרשנות שיפוטית, אשר ישלים את ההוראה העמומה בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מבוא. א. התשתית החקיקתית הקיימת להשתלטות שלטונית על נכסים. 1. הפקעת קרקעות. 2. השתלטות זמנית על נכסים בשעת חירום. 3. זכות המדינה לנצל אמצאה המוגנת בפטנט. 4. השתלטות זמנית בלי פיצוי: שימוש ארעי במגרשים ריקים. **ב. היעדר הסמכה כללית להפקעה – והקשיים שהדבר מעורר.** 1. הימנעות משימוש ציבורי אופטימלי בנכסים בעתות חירום ובשגרה. 2. דרישה להכרה בדיעבד בזכויות בנכסים "בעלי חשיבות ציבורית". 3. מתיחת הגבולות של השימוש ברגולציה: מאיסור ייצוא לשטח צבאי סגור. 4. הקושי המובנה בעתירות קנייניות – והתשתית החסרה של "עילת תביעה חוקתית". **ג. לקראת דין הפקעות כללי – בין חוקה, חקיקה ופסיקה.** 1. על ההצדקה לסמכות הפקעה כללית – וכנגדה חובת פיצוי. 2. האפיקים השונים לאימוצו של דין הפקעה כללי. (א) הכרה חוקתית בסמכות כוללת להפקיע נכסים ובחובת הפיצוי. (ב) הסדרה בחקיקה ראשית – הגדרת היקף הנכסים, המטרה הציבורית ועקרונות לפיצוי. (ג) על הצורך בשיקול דעת שיפוטי וגמישות במתן סעדים. **ד. סוף דבר.**

* דיקן ופרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה ע"ש עטרה קאופמן, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי לבעז ארבל, עפרי גורן וטל חבס על סיועם המצוין במחקר. כן נתונה תודתי לאורי אהרונסון, דפנה לוינסון-זמיר, רונית לוין-שנור ויניב רוזנאי, לחברי מערכת כתב העת ולקורא/ת החיצוני/ת, על הערותיהם החשובות.

מבוא

בפסק-דינו בע"א 8323/17 **מדינת ישראל נ' דניאל יוסף בעהם**¹ נדרש בית המשפט העליון להכריע בשאלת הזכויות בטיטות מוקדמות של הכרזת העצמאות שנכתבו בידי עו"ד מרדכי בעהם בשבועות שלפני הקמת מדינת ישראל. מאז כתיבתו, נשמרו הטיטות בידיו של עו"ד בעהם ולאחר פטירתו עברו ליורשיו – ואלה ביקשו לימים להעמידן למכירה פומבית. לאור זאת, עתרה המדינה בבקשה לאסור על יורשיו של בעהם לערוך עסקה בטיטות ולהורות על העברתן לידי המדינה לשם הפקדתן בגנזך המדינה, לפי הוראות חוק הארכיונים, התשט"ו-1955.² לצד מחלוקת לעניין השיהוי מטעם המדינה בהגשת התובענה, דן בית המשפט העליון בשאלה העובדתית בדבר מעמדו של בעהם בעת כתיבת הטיטות, ובפרט בשאלה האם הטיטות חוברו במסגרת עבודתו של בעהם עבור מנהלת העם והמדינה שבדרך, כגרסת המדינה – או שמא כאדם פרטי, כטענת יורשיו. החשיבות בשאלה זו נובעת, בין היתר, מהוראות חוק הארכיונים, ולפיהן, כאשר מדובר ב"חומר ארכיוני של מוסדות ממלכתיים שקדמו להקמת מדינת ישראל" יופקד החומר בגנזך המדינה³ – בעוד שכאשר מדובר ב"חומר ארכיוני הנמצא בידי בעלים פרטיים", ידאג הגנזך לתיעוד בדבר עצם קיום החומר, אך ההחלטה בדבר עיון בחומר, העמדת עותק לעיון הקהל וכיוצא בזה טעונה את רשות הבעלים ובעל זכות היוצרים,⁴ ומכאן גם כי הבעלים הפרטיים של החומר ראוי לנהוג בו כרצונו ואף למכור אותו.

לאחר בחינת הראיות ההיסטוריות, הגיע בית המשפט העליון (בשונה מבית המשפט המחוזי) למסקנה כי המסמכים נכתבו כחלק מתפקידו של בעהם במחלקה המשפטית של מנהלת העם ומכאן ש"היו שייכים ל'מוסד ממלכתי שקדם להקמת המדינה' ומקומם בגנזך המדינה"⁵, לפי חוק הארכיונים. לצד ההכרעה העובדתית הקונקרטית וה"תשתית הנורמטיבית הצרה" הנוגעת להוראות חוק הארכיונים, כאשר נדרש בית המשפט לשאלת השיהוי בן עשרות השנים בעמידת המדינה על זכויותיה במסמכים ולקיומו של אינטרס ציבורי באי-דחיית התובענה על אף השיהוי, מציין השופט מינץ כי "התשתית הנורמטיבית הכללית לדיון לפנינו היא דיני הקניין התרבותי ואת שאלת האינטרס הציבורי בענייננו יש לבחון באמצעות דינים אלה".⁶ כך, מציין השופט מינץ:

טיטות בעהם להכרזת העצמאות הן חלק מהנכסים התרבותיים של מדינת ישראל, עדות לעברנו, חלק מהזהות הקולקטיבית שלנו. סוגיה מרכזית בדיני הקניין התרבותי היא חובת ההשבה של נכסי תרבות. סוגייה זו מתעוררת לרוב במישור הבינלאומי – קרי, השבת נכסי תרבות למדינת מוצאם – אולם היא רלוונטית גם למישור המדינתי ולשאלת החזקתם של נכסי תרבות בידיים פרטיות. במישור המדינתי חובת ההשבה יכולה להתבטא בהטלת מגבלות על החזקת נכסי תרבות בידיים פרטיות והשבתם לידי המדינה, במקרים המתאימים.⁷

¹ ע"א 8323/17 **מדינת ישראל נ' דניאל יוסף בעהם** (לא פורסם, 20.5.2019) (להלן: "עניין בעהם").

² חוק הארכיונים, התשט"ו-1955, ס"ח 171 (להלן: "חוק הארכיונים").

³ שם, סעיף 4(א).

⁴ שם, סעיפים 8-9.

⁵ עניין **בעהם**, לעיל ה"ש 1, דעת השופט מינץ, בפסקה 22.

⁶ שם, בפסקה 33.

⁷ שם, בפסקה 35.

חשוב לקרוא בדברים אלה את מה שיש בהם, ומה שאין בהם. הנימוק בדבר חשיבותו של "קניין תרבותי" ניתן בהקשר לסוגיית השיהוי, כך ש"בענייננו מדובר במקרה מובהק אשר בו התביעה קשורה בטבורה לאינטרס ציבורי בעל משמעות רחבה וייחודית, אשר לא ניתן לאפשר לו לסגת מטעמי שיהוי בלבד".⁸ לצד זאת, אין בדברים האמורים לעיל בכדי לקבוע באופן מהותי הסדרים נורמטיביים הנוגעים ל"קניין תרבותי" במקום שבו נכס מסוים נוצר במקור בידי גורם פרטי (או נרכש על-ידו לאחר מכן שלא בניגוד להוראות הדין) - אך יש לו חשיבות ציבורית מיוחדת, באופן המעורר קושי מבחינת השליטה בנכס או אופן השימוש בו. ייתכן שבית המשפט רומז מהי התוצאה הנורמטיבית שהיתה ראויה בעיניו במשטר המשפטי בישראל, אך הוא אינו קובע זאת כדין – ונדמה כי לא היה לו בסיס סטטוטורי או פרשני לעשות כן אף אם היה חפץ בכך. למעשה, יש בניסוח הדברים על-ידי בית המשפט כדי להצביע במשתמע על חֲסֵר משמעותי בדיון הישראלי, כזה החורג בהיקפו מהסוגיה של "קניין תרבותי", ואשר עשוי לחול על סוגי נכסים שונים, מוחשיים ולא-מוחשיים, בכל הנוגע ליכולתה של המדינה להקנות לעצמה שליטה קבועה או זמנית בנכסים - אך זאת תוך הכרה מפורשת בכך ששליטה כאמור הינה שלילה כפויה של קניין הפרט, המחייבת פיצוי.

לעניין זה, חשבו, מחד, על תרחיש תיאורטי שבו היה בית המשפט מגיע למסקנה כי בעהם כתב את הטיוטות ביוזמתו כאדם פרטי, אך אלו היוו הלכה למעשה מקור השראה משמעותי לכתיבת הכרזת העצמאות במתכונתה הסופית בידי נציגי מוסדות המדינה שבדרך. במצב עניינים כזה, עדיין היה בטיטוט אלו ערך ציבורי כ"קניין תרבותי", אך לפי הוראות חוק הארכיונים היה דינן כ"חומר ארכיוני הנמצא בידי בעלים פרטיים". אם כך פני הדברים, היה על בית המשפט לדחות את תביעת המדינה, ולאחר מכן היתה המדינה מוצאת עצמה אובדת עצות אל מול האובדן הציבורי של "הקניין התרבותי" אילו היו יורשיו של בעהם עומדים על זכותם למכור את הטיוטות לכל המרבה במחיר. זאת, לאור העובדה שאין בדיון בישראל חוק המסמיך את המדינה להפקיע לרשותה נכס מסוג זה.

מאידך, חשבו על תרחיש אחר, שבו בעקבות מתן פסק-דין כאמור, ומתוך הכרה בחשיבות הציבורית של "קניין תרבותי", היתה מדינת ישראל מחוקקת תיקון לחוק הארכיונים, אשר היה מבטל או משנה את הוראות החוק בנוגע ל"חומר ארכיוני הנמצא בידי בעלים פרטיים" וקובע כי כל חומר ארכיוני אשר יש בו ערך ציבורי-לאומי יועבר לרשות גנזך המדינה ויהיה בשליטתה של המדינה. במקרה כזה, סביר להניח כי היתה מוגשת עתירה מצד בעלים פרטיים (ובכלל זה על-ידי יורשי בעהם, ככל שתיקון חקיקה כזה היה מוחל גם על בעלי חומרים היסטוריים ידועים), ולפיה תיקון החקיקה פוגע בזכות החוקתית לקניין מכוח סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹

בתרחיש כזה, הרי שבמסגרת המשפטית הקיימת, היה מוצא עצמו בית המשפט בפני שתי חלופות: האחת, להגיע למסקנה כי אף אם התיקון לחוק פוגע בזכות הקניין, הרי שפגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק היסוד, ומכאן שיש לדחות את העתירה - והעותרים לא יהיו זכאים לסעד כלשהו. השניה, ככל שבית המשפט יסבור כי הפגיעה בזכות הקניין אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, הרי שהמשמעות במישור הסעדים הינה ביטול התיקון לחוק או שינויו, באופן שלא יאפשר

⁸ שם.⁹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 1391 (להלן: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" או "חוק היסוד").

למדינה לשלוט בנכס בלי הסכמת הבעלים.¹⁰ לעומת זאת, הן במישור המשפטי המהותי והן בהיבט של הסעדים, הרי שהלכה למעשה לא עומדת כיום בפני בית המשפט חלופה אחרת: להותיר על כנה את הפעולה השלטונית לאור החשיבות הציבורית הגלומה בה, אך באותה עת לראות בה פגיעה לא-מידתית בזכות הקניין באופן המחייב את המדינה לשלם לבעלים פיצוי נאות עבור שלילת הזכות. בהקשר לכך, אראה במאמר כי על אף שבית המשפט העליון נדרש באופן עקרוני במספר מקרים לאפשרות של הכרה בקיומה של "עילת תביעה חוקתית", הרי שעד היום לא הבשיל דיון זה למנגנון שיטתי המאפשר להכשיר ולהותיר על כנו מעשה שלטוני כנגד מנגנון פיצוי בשל הנטילה הכפויה. גם באופן עקרוני, אטען כי מנגנון כזה מתאים יותר לפיצוי בגין עוולה שלטונית שהיא נחלת העבר, ולא להסדרה צופה פני עתיד של הקנייה כפויה של נכס לידי המדינה כנגד תשלום שוויו ארוך-הטווח.

בעוד שמנגנון של סמכות להפקעה כנגד תשלום פיצוי נאות שעקרונותיו קבועים בדין החוק והפסוק קיים ומוסדר - אף אם באופן לא שלם - ביחס לקרקעות, הרי שאין הדבר כך ביחס לסוגי נכסים אחרים, מוחשיים ולא מוחשיים, בכל הנוגע ליכולתה של המדינה להקנות לעצמה בכפייה זכויות קנייניות פורמליות או שליטה מהותית בנכסים, באופן קבוע או זמני, בעת שגרה או בחירום. לחסר זה השלכות שליליות הן על יכולת הפעולה של המדינה והן על ההגנה על זכויות בעלי נכסים.

מטרתו המרכזית של המאמר היא לאתר את החסר הקיים בדין, ובהתאם לכך את הצורך ביצירת דין הפקעות כללי, בעיקר בדרך של חקיקה ראשית ופרשנות שיפוטית, אשר ישלים את ההוראה העמומה בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לצד הצורך בהסמכה סטטוטורית מפורשת של רשויות השלטון לבצע הפקעת נכסים שונים למטרה ציבורית, יש מקום גם להכיר בסמכותו של בית המשפט להכיר בדיעבד בפעולות שלטוניות אחרות כהפקעה-למעשה ובהתאם לכך ככאלו המחייבות תשלום פיצוי נאות, בדומה לדוקטרינה של *inverse condemnation* בדין האמריקאי.

מבנה המאמר הינו כדלקמן. פרק א' מתאר את התשתית החקיקתית הקיימת, המאפשרת לרשות השלטונית להקנות לעצמה בכפייה זכויות קנייניות או להשתלט באופן אחר, קבוע או זמני, על נכסים פרטיים. לצד הסמכות הנרחבת הקיימת מכוח דברי חקיקה שונים לרשויות השלטון להפקיע מקרקעין למטרה ציבורית כנגד תשלום פיצוי, אדון בחלק זה גם בדברי חקיקה שנעשה בהם כיום שימוש בהיקף מוגבל יותר, הן ביחס למקרקעין והן ביחס לנכסים אחרים. כך הדברים לגבי רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, תוך תשלום דמי שימוש, מכוח חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא-הגנה לישראל, התשמ"ז-1987;¹¹ תפיסה זמנית של קרקע מכוח חוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום, התשי"ז-1949;¹² ושימוש כפוי של המדינה בפטנטים ומתן רישיונות כפייה בהם מכוח חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.¹³ וזאת לצד הקניית הזכות לרשות מקומית לעשות שימוש זמני במגרשים ריקים לצורכי חניה ציבורית או גינון ציבורי, ללא תשלום פיצוי לבעלים עבור עצם ההשתלטות הכפויה.¹⁴

¹⁰ אינני נדרש כאן בהרחבה לאפשרות אחרת של פרשנות שיפוטית "פרוספקטיבית", ולפיה הוראה פוגעת בחוק תפורש ככזו שתחול רק על מקרים עתידיים, כעולה מבג"צ 9098/01 גניס נ' **משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נט(4) 241 (2004).

¹¹ חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא-הגנה לישראל, התשמ"ז-1987, ס"ח 1210 (להלן: "חוק רישום ציוד וגיוסו").

¹² חוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום, התשי"ז-1949, ס"ח 27 (להלן: "חוק להסדר תפיסת מקרקעים").

¹³ חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, ס"ח 510 (להלן: "חוק הפטנטים").

¹⁴ חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1987, ס"ח 1207 (להלן: "חוק שימוש ארעי במגרשים ריקים").

פרק ב' מאתר את הקשיים הנובעים מהיעדרה של הסמכה כללית בדין הישראלי להפקעת נכסים, קבועה או זמנית, עבור מטרה ציבורית כנגד תשלום פיצוי נאות. מחד, הדבר עלול להניא את המדינה מנקיטת פעולות מוצדקות ויעילות חברתית, בעת שגרה או בחירום. מאידך, בהיעדר הסמכה כזו, נאלצת המדינה במקרים אחרים לנהל מאבק עיקש על הכרה בדיעבד בזכויותיה בנכסים, אשר יש לכל הפחות מחלוקת באשר לשאלת הזכויות בהם, בבחינת "הכל או לא כלום", כפי שהדברים באו לידי ביטוי בעניין **בעהם** שנסקר לעיל. בנוסף, מצב העניינים הנוכחי עלול לתמרץ את המדינה להשתלט הלכה למעשה על נכסים פרטיים באופן רגולטורי לכאורה, עד כדי איון הזכות הלכה למעשה. קושי זה מתעורר משום שכאשר מוגשות עתירות כנגד הפגיעה בזכות הקניין הגלומה בפעולות שלטוניות מעין אלו, מוצאים עצמם בתי המשפט כבולים מבחינת הסעד האפשרי: ביטול / שינוי הפעולה השלטונית או דחיית העתירה. זאת במיוחד, משום שההכרה העקרונית של בית המשפט העליון בקיום "עילת תביעה חוקתית" לא הבשילה לכדי יצירת מנגנון שיטתי של זיהוי הפקעות-למעשה, תוך הותרת המעשה השלטוני על כנו, וזאת כנגד הטלת חובה לתשלום פיצוי נאות.

פרק ג' מבקש להניח את התשתית לדין הפקעות כללי. תחילה, אנמק מדוע הרחבת סמכות ההפקעה ביחס לסוגי נכסים שונים כנגד הטלת חובת פיצוי כללית מהווה איזון נורמטיבי ראוי בין ההגנה על זכות הקניין לקידום האינטרס הציבורי, ותוביל מבחינה מעשית לקבלת החלטות שלטוניות שהן שקופות (transparent) ושקולות יותר, תוך עמידה באמות-המידה של מידתיות ונחיצות כתנאי לעצם הפעלת סמכות ההפקעה. זאת, לצד קידום ערכים של יעילות, הגינות, שוויון והכרה בפגיעה הגלומה באוטונומיה של הפרט באמצעות מנגנון הפיצוי בגין ההפקעה, ותוך הידרשות להשפעת משטר הפיצוי על מערך התמריצים ומידת האחריותיות (accountability) של הרשות השלטונית. לאחר מכן, אדון בנתיבים השונים לאימוץ דין הפקעה כללי. כך, אדרש לאפשרות של תיקון חוקתי או פרשנות שיפוטית, שיעבו את הוראת סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ויקראו לתוכו סמכות פוזיטיבית להפקעת נכסים למטרה ציבורית כנגד חובת פיצוי, ובה בעת יעניקו לבית המשפט את הסמכות לאתר בדיעבד הפקעות-למעשה המחייבות פיצוי, בדומה לדוקטרינה של *inverse condemnation* הנוהגת בדין האמריקאי. לצד זאת, אטען כי דרך המלך לביצוע השינוי הינה באמצעות חקיקה ראשית של הכנסת, שתגדיר מפורשות את סמכות רשויות השלטון להשתלטות קבועה או זמנית על נכסים, ובכלל זה תוך תיחום היקף הנכסים הכפופים לסמכות זו, התייחסות לקיום "מטרה ציבורית" לביצוע הפעולה, וקביעת עקרונות כלליים בחקיקה לפיצוי נאות. לצד זאת, יש לשמר לבתי המשפט מרחב משמעותי של שיקול דעת, הן ביישום ובפיתוח שיפוטי נוסף של עקרונות הפיצוי שייקבעו בחקיקה והן בבחירת הסעד המתאים במקרים פרטניים, באופן שיאזן כנדרש בין האינטרס הציבורי להגנה על קניין הפרט.

א. התשתית החקיקתית הקיימת להשתלטות שלטונית על נכסים

1. הפקעת קרקעות

בדין הישראלי קיימת חקיקה ענפה, המעניקה לרשויות השלטון סמכות להקניה כפויה של זכויות בקרקעות הנמצאות בבעלות או בחזקה פרטית. מקורם של חלק מדברי החקיקה הינו בתקופת

המנדט הבריטי, כגון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור), 1943, 15, אך מרבית החוקים המצויים בתוקף הם פרי חקיקה שלאחר קום המדינה, ובכלל זה חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. 16 לצד פקודת הקרקעות וחוק התכנון והבניה, המעניקים למדינה ולרשות המקומית, בהתאמה, סמכות כללית להפקיע קרקעות למגוון רחב של מטרות ציבוריות, כפי שיודגם להלן, דברי חקיקה אחרים מעניקים סמכויות הפקעה עבור מטרות מוגדרות או פרויקטים נקודתיים. 17

אין זה המקום להידרש למכלול הנושאים העולים מהחקיקה ומהפסיקה הרבה בתחום, אך ראוי בעיניי לציין מגמה כללית העולה מתיקוני חקיקה ומפסקי-דין בעידן שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר לפחות בחלקה עשויה להיתפס במבט ראשון כמנוגדת לאינטואיציה בדבר היקף ההגנה על קניין הפרט במקום שבו הזכות זוכה לעיגון חוקתי. 18 כך, למרות שניתן היה לצפות שהחקיקה והפסיקה בעידן שלאחר חוק היסוד יִצְרו את צעדיה של הרשות השלטונית בכל הנוגע לעצם הפעלת הסמכות, ובכלל זאת תוך צמצום הגדרת "הצורך הציבורי" שלשמו ניתן לעשות בה שימוש, הרי שהלכה למעשה סמכות ההפקעה הורחבה. עם זאת, חובת הפיצוי עבור השימוש בסמכות ההפקעה הורחבה גם היא, הן בתיקוני חקיקה והן בפסיקה, כך שהמשטר המשפטי שאיפשר בעבר לרשות השלטונית לבצע הפקעות חלקיות בלי תשלום פיצויים צומצם באופן ניכר.

ראשית, אדון בהיקפה הנוכחי של סמכות ההפקעה. מאז חקיקת חוק היסוד, בחן מחדש בית המשפט העליון סדרה של נושאים הקשורים בסמכות ההפקעה. זאת, בין היתר, לאור קביעתו כי מעמדה העדכני של זכות הקניין "מחייב לפרש חוקים אלה ברוח ההוראות של חוק היסוד", על אף שחוקי ההפקעות חוסים ככלל תחת סעיף 10 ("שמירת דינים") של חוק היסוד, 19, וזאת כאשר "הפירוש, כיום יותר מאשר בעבר, צריך לפעול בכיוון של צמצום הפגיעה בזכות הקניין". 20 כך, במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטת הרשות המנהלית בדבר הפקעת קרקע מסוימת, הכפף בית המשפט את תוקפו של השימוש בסמכות זו למבחנים של מידתיות ונחיצות, תוך בדיקת הצורך במעשה ההפקעה. 21 בנוסף לכך, במספר מקרים, הורה בית המשפט על ביטול בדיעבד של הפקעת מקרקעין בשל שיהוי ממושך במימוש מטרת ההפקעה. 22 פסק-הדין המבטא אולי יותר מכל גישה

15 פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור), 1943, ע"ר 1943, תוס' 1 (להלן: "פקודת הקרקעות").

16 חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 467 (להלן: "חוק התכנון והבניה").

17 לסקירה כללית של מקורות החקיקה השונים, ראו אהרן נמדר **הפקעת מקרקעין** 85-110 (2011).

18 ראו, לעניין זה, מקצת הכתיבה האקדמית בשנים הראשונות שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. דפנה לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין" **ספר ויסמן - מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן** (ש' לרנר וד' לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב) 375; חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (תשס"ה-2005), בעמ' 147-110; חיים זנדברג "הפקעות, אחריות חברתית והגנת הקניין הפרטי -- אגב דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור), 1943" **המשפט** 19, 88 (2005).

19 דברי השופט דורנר בע"א 5546/97 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אתא נ' הולצמן**, פ"ד נה(4) 629, 641 (2001), וכן דברי הנשיא ברק שם, בעמ' 649. כן ראו אהרן ברק "שמירת דינים" **ספר דורית ביניש** 431 (2018).

20 דברי השופט דנציגר בע"א 2281/06 **אבן זוהר נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 28.4.2010), בפסקה 49 (להלן: "עניין אבן זוהר").

21 שלושת רכיבי המבחן השיפוטי של מידתיות, הבודקים את החיוניות בשימוש בסמכות ההפקעה, הם כדלקמן: "ראשית, הקרקע צריכה להתאים להגשמת הצורך הציבורי המוגדר שלשמו הופקעה. שנית, אין לפגוע בזכות הקניין אלא במידה המזערית הנדרשת להשגת הצורך הציבורי. כלומר, מותר להפקיע את הקרקע רק אם לא ניתן להגשים את הצורך הציבורי ללא ההפקעה, כגון על-ידי ביצוע הפרויקט שלשמו מבקשים להפקיע את הקרקע על-ידי בעל המקרקעין [...] שלישית, נדרש קיומו של יחס נאות בין התועלת שתצמח לציבור מן הקרקע לבין הנזק שייגרם לאזרח עקב ההפקעה". דברי השופט דורנר בדנ"צ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, 87 (1995), וזאת בהתבסס על דברי מ"מ הנשיא (כתוארו אז) שמגר בבג"צ 307/82 **לוביאניקר נ' שר האוצר**, פ"ד לו(2) 141, 146-147 (1983). בהתאם לכך, הדגיש בית המשפט העליון גם את יסוד ה"נחיצות" של השימוש בסמכות ההפקעה במקרה פרטני. ראו דברי השופט גולדברג בבג"צ 2739/95 **מחול נ' שר האוצר**, פ"ד נו(1) 309, 322-323 (1996).

22 ראו, למשל, בג"צ 174/88 **אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה המרכז**, פ"ד מב(4) 89 (1988) (המקרה היחיד לפני חקיקת חוק היסוד בו הורה בית המשפט על ביטול הפקעה בדיעבד); בג"צ 465/93 **טריידט ס.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה**, פ"ד מח(2) 622 (1994); עמ"מ 1369/06 **הלביץ נ' הוועדה המקומית לתו"ב**

מתערבת של בית המשפט העליון בנוגע לשימוש בסמכות ההפקעה בעידן שלאחר חוק היסוד הינו בעניין **קריסיק נ' מדינת ישראל**.²³ בפסק-דין זה קבע בית המשפט העליון כי עם מיצויה של המטרה הציבורית שבגינה הופקעו המקרקעין, גם בחלוף עשרות שנים ממעשה ההפקעה, קמה לבעלים המקורי הזכות העקרונית להשבת הקרקע לידיו,²⁴ תוך שהוא גם בוחן באופן ביקורתי את הגושפנקא שניתנה בפסקי-דין קודמים לשימוש בסמכות ההפקעה לצורך הקמת שכונת מגורים.²⁵

אלא שלמרות האמור לעיל, פסקי-דין מאוחרים יותר, וחשוב מכך - תיקון חקיקה מקיף שנעשה לפקודת הקרקעות בשנת 2010 בעקבות עבודת ועדה בינמשרדית שהוקמה לאחר פסק-הדין בעניין **קריסיק**²⁶ - הרחיבו הלכה למעשה את היקף סמכות ההפקעה המוענקת לרשות השלטונית, לפחות בנקודת הזמן הראשונית של החלטת ההפקעה. כך, בעניין **מדינת ישראל נ' פז**,²⁷ קבע בית המשפט העליון (בניגוד לעמדת בית המשפט המחוזי) כי אין מקום לבטל הפקעת חלקה בשטח של 5 דונם, על אף טענת בעלת הזכויות בקרקע, חברת הדלק פז, כי לנוכח הצורך בהקמת תחנות תדלוק בשטח הנמל, ואף שבתכנית המתאר לא יועדה חלקה זו להקמת תחנה, הרי שיש לאפשר לה לבצע "מימוש עצמי" של ייעוד זה, ולהפריד לצורך כך את החלקה ממכלול השטח המופקע. בית המשפט העליון מציין כי גם בעידן החוקתי של זכות הקניין "עומדת בעינה ההלכה המתייחסת להפקעה לצרכי מימוש פרויקט רחב היקף המחייב תכנון כולל בקנה מידה גדול",²⁸ זאת אף אם מדובר בשימוש קרקע שעשוי להניב רווח כספי למדינה או לצד שלישי שיבצע את הפרויקט לאחר מעשה ההפקעה.²⁹

מעבר לכך, כאמור, במסגרת תיקון מקיף (תיקון מספר 3) לפקודת הקרקעות משנת 2010,³⁰ נקבעה, בין היתר, הגדרה מפורטת של המונח "צורך ציבורי" – אשר לא הוגדר בפקודה קודם לכן.³¹ לכאורה, תחימתו של המונח בחקיקה אמורה היתה להצר את צעדיה של הרשות השלטונית, לאור העובדה שבעשורים הראשונים שלאחר קום המדינה היעדר הגדרה כאמור גרם לבית המשפט העליון להעניק הלכה למעשה לשר האוצר מנדט לא-מוגבל לקבוע את "הצורך הציבורי".³² אלא שההגדרה הסטטוטורית שנקבעה במסגרת התיקון לפקודה הינה רחבה מאוד, וכוללת סוגים של מטרות שהועמדו קודם לכן בסימן שאלה בפסיקה, ובמיוחד לאחר חקיקת חוק היסוד. כך, לצד הטמעת כל צורכי הציבור המוגדרים בסעיף 188 לחוק התכנון והבניה³³ – סעיף הכולל לכשעצמו רשימה מקיפה מאוד ואף מאפשר לשר הפנים להוסיף צרכים נוספים באמצעות צו מטעמו – נכללת כעת בהגדרת ה"צורך הציבורי" בפקודת הקרקעות שורה נוספת של צורכי ציבור "לרבות צורך הנובע מהם או הכרוך בהם", ובכלל זה "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב".³⁴ להבנתו, יש בכך

חדרה (לא פורסם, 9.7.2008). עם זאת, יודגש כי במקרים אחרים, לא הורה בית המשפט על ביטול ההפקעה בדיעבד למרות שיהיו ניכר במימוש מטרת ההפקעה, במקום בו ראה קיום אינטרס ציבורי בהותרת מעשה ההפקעה על כנו. ראו, למשל, ע"מ 7879/16 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקוה נ' בראל** (לא פורסם, 28.8.2018).

²³ ראו בג"צ 2390/96 **קריסיק נ' מ"י, מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(2) 625 (2001) (להלן: "עניין קריסיק").

²⁴ שם, דעת השופט חשין, בעמ' 662-650; דעת השופט זמיר, בעמ' 701-694.

²⁵ שם, דעת השופט חשין, בעמ' 688-679.

²⁶ ראו **דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)**, 1943 (אוקטובר 2004).

²⁷ ע"א 396/98 **מ"י נ' פז חברת נפט בע"מ**, פד נח(3) 145 (2004).

²⁸ שם, בעמ' 153-152.

²⁹ לבעייתיות הגלומה בשימוש במנגנון ההפקעה לצורך פרויקטים נושאי-רווח, ולקריאה להפריד לצורך כך בין עצם השימוש בסמכות ההפקעה לבין מנגנון הפיצוי בגינה, ראו אמנון להבי ועמיר ליכט "הפקעת מקרקעין ליעודים נושאי-רווח: הצעה למודל תאגידי" **עיוני משפט** כט(1) 99 (2005).

³⁰ פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור) (תיקון מספר 3), ס"ח 2228, התש"ע (15.2.2010), עמ' 346.

³¹ פקודת הקרקעות, לעיל ה"ש 15, סעיף 2, הגדרת "צורך ציבורי".

³² ראו להבי וליכט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 127-124.

³³ סעיף 188 לחוק התכנון והבניה, לעיל ה"ש 16.

³⁴ פקודת הקרקעות, לעיל ה"ש 15, סעיף 2, הגדרת "צורך ציבורי", ס"ק (2).

כדי להכשיר שימוש בסמכות ההפקעה לפרויקטים כגון הקמת שכונות מגורים, מרכזים מסחריים בשטח יישוב וכיוצא בזה, אף אם יבוצעו בידי גורמים פרטיים ואלה יגרפו רווחי שוק כתוצאה מכך.

בהקשר לדברים האלה, דומה כי הנתון המשמעותי ביותר, המדגיש את ההיקף הרחב של סמכות ההפקעה, לפחות בעת קבלת ההחלטה הראשונית בדבר ביצוע הפקעה, הינו כי עד היום בית המשפט העליון לא ביטל החלטת הפקעה כזו ביחס למקרקעין פרטיים מהטעם ש"הצורך הציבורי" אותו הגדירה הרשות אינו לגיטימי או שעצם השימוש בסמכות ההפקעה אינו נחוץ או בלתי-מידתי.³⁵ מגמה זו דומה לגישה הנוהגת כיום בבית המשפט הפדראלי העליון בארה"ב, ולפיה יש לבאר את המונח בתיקון החמישי לחוקה "public use" ("שימוש ציבורי") כ-"public purpose" ("מטרה ציבורית"), ולהעניק לרשות השלטונית מנדט רחב לביצוע פרויקטים הכוללים שימושי קרקע נושאי-רווח למטרות כגון מגורים, מסחר וכיוצא בזה, גם כאשר הקרקע מועברת לידי יזמים פרטיים.³⁶ עם זאת, ראוי לציין כי במסגרת התיקון לפקודת הקרקעות, הונהגה בחוק חובה לעריכת שימוע בפני ועדה מייצעת בטרם קבלת החלטה סופית על השימוש בסמכות ההפקעה – כפי שיפורט בפרק ג' להלן – באופן שיש בו כדי להגביר את הפיקוח על המידתיות והנחיצות של השימוש בסמכות.

כעת, אדרש לחובת הפיצוי, ואטען כי לצד הרחבת סמכות ההפקעה, הורחבה גם חובת הפיצוי בגין הפקעת קרקע הן בחקיקה והן בפסיקה, לפחות בכל הנוגע לצמצום האפשרות שהיתה נתונה בעבר לרשות השלטונית לבצע הפקעה חלקית של זכויות בקרקע פרטית, בלי תשלום פיצוי בכסף או בעין.

כך, ביחס להפקעה מכוח פקודת הקרקעות, הרי שסעיף 20 לפקודה מתיר לפי לשונו אי-תשלום פיצוי בגין הפקעה של עד רבע משטחו של מגרש לצורך ציבורי של דרך, מגרש-משחקים או משחק-נופש, וכן לנכות שיעור כאמור מהפיצוי במקום שבו שטח הקרקע שנלקח עולה על רבע משטחו, תוך שהוא מותיר לשר האוצר סמכות להעניק פיצוי בכל זאת, אם "הצמצומים שהוטלו... יגרמו סבל".³⁷

אלא שבעידן שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, צימצם בית המשפט העליון בשורה של פסקי-דין את תחולת הסעיף. כך, בעניין, **הוועדה המקומית לתו"ב קריית-אתא נ' הולצמן**,³⁸ קבע בית המשפט (תוך הפיכת הלכה קודמת שניתנה לפני חקיקת חוק היסוד³⁹) כי יש לפרש את סעיף 20 כך שבמקום שבו מופקעת חלקת קרקע בשלמותה, הרי שאין "לנכות" מהפיצוי סך של 25 אחוז (או 40 אחוז, במקרה של הפקעה לפי חוק התכנון והבניה).⁴⁰ זאת, משום שהפקעת חלקה שלמה בלי מתן פיצוי מלא, ומבלי שהבעלים יזכו בהנאה שוות-ערך אחרת, פוגעת בשוויון בין בעלי מקרקעין שונים, ופגיעה כזו איננה עומדת בדרישת המידתיות.⁴¹

³⁵ לעומת זאת, בעע"מ 2449/02 **עיריית טירת כרמל נ' מ"י**, תק-על 2003 (1) 1471 (2003), הותיר בית-המשפט העליון על כנה החלטה של בית-המשפט המחוזי לפסול הפקעה של מקרקעין בבעלות המדינה על-ידי ועדה מקומית לתכנון ולבניה בשל היעדר נחיצות. אך, כאמור, אינני מכיר החלטה דומה של בית המשפט העליון ביחס למקרקעין פרטיים.

³⁶ ראו את פסק דינו של בית המשפט הפדראלי העליון בעניין **Kelo v. City of New London**, 545 U.S. 649 (2005).
³⁷ לסקירת המצב המשפטי בארה"ב, ברמה הפדראלית וברמה המדינתית, בעקבות פסק-הדין, ראו, למשל, Ilya Somin, *Putting Kelo in Perspective*, 48 CONNECTICUT L. REV. 1551 (2016).

³⁸ ע"א 5546/97 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אתא נ' הולצמן**, פ"ד נה(4) 629 (2001) (להלן: **עניין הולצמן**).

³⁹ ע"א 377/79 **פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן**, פ"ד לה(3) 645 (1979).

⁴⁰ חוק התכנון והבניה, לעיל ה"ש 16, סעיף 190(א)(1).

⁴¹ דעת השופט דורנר בעניין **הולצמן**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 643.

בעניין **רוטמן נ' מע"צ**,⁴² נדרש בית המשפט לפרשנות סמכותו של שר האוצר להעניק פיצויים במקום בו נגרם "סבל" לבעל הקרקע מכוח סעיף 20(ג) לפקודת הקרקעות ומכוח הוראה מקבילה שהיתה קיימת בפקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943.⁴³ בית המשפט מגיע למסקנה כי אי-תשלום פיצוי בגין הפקעה חלקית מכוח הוראות אלו יעלה כדי "סבל" במקום שבו יתרת הקרקע שלא הופקעה אינה מושבת, וכאשר השימוש עבורו בוצעה ההפקעה איננו שימוש "קהילתי" (כגון הקמת כביש שכונתי, באופן המגלם "אחריות חברתית" שיש לאדם כלפי הקהילה הקרובה לו ושכנגדה עשויים גם להיצמח לו יתרונות - וזאת בניגוד לצרכי ציבור כלל ארציים, כגון הקמת כביש בין-עירוני).⁴⁴ גרימת "סבל" כאמור מהווה "פגיעה שאינה מידתית בזכות הקניין של הפרט" והדבר מחייב, בהתאמה, את השר להפעיל את סמכותו ולשלם לבעל הקרקע פיצוי מלא בגין ההפקעה.⁴⁵

תיקון מספר 3 לפקודת הקרקעות שם סוף לאפשרות ההפקעה החלקית בלי תשלום פיצוי מכוח הפקודה, בכך שקבע כי הוראת סעיף 20 לא תחול על הפקעות שבוצעו לאחר מועד התיקון לחוק,⁴⁶ ומכאן שכיום – כל הפקעה המבוצעת לפי פקודת הקרקעות, מלאה או חלקית, מחייבת בפיצוי מלא.

כעת אדון בהוראת סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה, מכוחה ניתן להפקיע עד 40 אחוז משטח מגרש לאחת המטרות המנויות בסעיף בלי תשלום פיצוי,⁴⁷ לפי הקריטריונים הקבועים בסעיף 20 לפקודת הקרקעות, ותוך מתן סמכות לשר הפנים להורות לוועדה המקומית על תשלום פיצוי בנסיבות של "סבל" מכוח סעיף 20(ג) לפקודת הקרקעות. הוראה זו לא תוקנה במקביל לתיקון מספר 3 לפקודת הקרקעות, כך שהיא ממשיכה לחול כיום על הפקעות מכוח חוק התכנון והבניה.⁴⁸

עם זאת, בעניין **הוועדה המקומית לתו"ב כרמיאל נ' מסרי**,⁴⁹ דן בית המשפט העליון בפרשנותו הראויה של סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה, תוך שהוא נדרש גם להלכות **הולצמן ורוטמן**. בית המשפט מגיע למסקנה כי "ככלל, הפקעה חלקית מכוח חוק התכנון והבניה שאינה משביחה את הנותר תחייב תשלום פיצויי סבל, ואולם פגיעה סבירה ומידתית בקרקע הנותרת בידי הנפקע - עשויה שלא להצדיק הענקת פיצויי סבל".⁵⁰ זאת, משום שהפקעות מכוח חוק התכנון והבניה מתבצעות מעצם טיבן ברמה המקומית (על-ידי הוועדה המקומית), ומכאן שיש לבחון שיקולים "קהילתיים" לצורך בחינת הסבירות והמידתיות של הפגיעה. בהתאם לכך, גם אין לראות את סמכותו של שר הפנים לתשלום פיצויי "סבל" כסמכות חובה שאיננה נותנת מקום לשיקול דעתו.⁵¹ במסגרת שיקוליו, על השר להביא בחשבון, בין היתר, את "שיעור הפגיעה במקרקעין בשל ירידת ערך החלק הנותר", עקרון "השוויון במימון" (דהיינו, האם הנטל "מתחלק בצורה שוויונית יחסית

⁴² ע"א 8622/07 **רוטמן נ' מע"צ** (לא פורסם, 14.5.2012) (להלן: "עניין רוטמן").

⁴³ סעיף 7 לפקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, ע"ר 1305, תוס' 1. פקודה זו בוטלה במסגרת תיקון מספר 3 לפקודת הקרקעות, אך בית המשפט דן בה בעניין **רוטמן** משום שמעשה ההפקעה בוצע מכוחה לפני שבוטלה.

⁴⁴ עניין **רוטמן**, לעיל ה"ש 42, דעת השופט פוגלמן, בפסקאות 105-111.

⁴⁵ שם, בפסקאות 110-114.

⁴⁶ סעיף 113 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964, ס"ח 428, כפי שתוקן בתיקון מס' 10 בסעיף 23 לחוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), תש"ע-2010, ס"ח 2228, עמ' 365.

⁴⁷ לצד המטרות של דרך, מגרש-משחקים ומפגש-נופש הנקובות בסעיף 20 לפקודת הקרקעות, כולל סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה גם "הפקעת מקרקעין לצרכי גנים, שטחי נופש וספורט וכן לבנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות".

⁴⁸ כך, לפי סעיף 113 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, לעיל ה"ש 46, ימשיכו לחול הוראות סעיף 20 לפקודת הקרקעות על "2) רכישה לפי הוראות חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965".

⁴⁹ ע"א 6407/14 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כרמיאל נ' מסרי** (לא פורסם, 24.5.2018) (להלן: עניין **מסרי**).

⁵⁰ שם, דעת השופט פוגלמן, בפסקה 97.

⁵¹ שם, בפסקאות 99-101.

בין חברי הקהילה ולמצער בין שכניו של הנפקע"), וקיומם של "ערכים קהילתיים" דומיננטיים המגולמים במטרת ההפקעה הספציפית.⁵² אם מגיע השר למסקנה כי יש לשלם פיצויי "סבל", אלה צריכים לשקף ככלל את שיעור הפחתת הפיצוי בגין ההפקעה החלקית, כך ש"כאשר יתרת הקרקע לא מושבחת, יוכל השר לשקול לחייב את הרשות, במקרה הרגיל, בפיצויי הפקעה מלאים".⁵³

הרחבת הזכות לפיצוי מלא, לצד מתן סמכות הפקעה נרחבת לרשות השלטונית, באה לידי ביטוי גם בפסיקות בית המשפט בנוגע להפקעות שנחזות להיות זמניות, או חלקיות במובן זה שהן אינן נוטלות במוצהר את זכות הבעלות בקרקע, אלא זכות קניינית פחותה, כגון זכות חזקה ושימוש - ומכאן שהפיצוי בגין ההפקעה אמור להיות מופחת לעומת הפקעה של זכות הבעלות. כך, בעניין **אקונס נ' מדינת ישראל**,⁵⁴ בו הודיעה המדינה על כוונתה להפקיע זכויות חזקה ושימוש לתקופה של 99 שנה בתוואי תת-קרקעי לצורך סלילת מנהרות הכרמל, קבע בית המשפט כי לאור העובדה שהתוואי שיוותר בידי המדינה לאחר ביצוע עבודות הסלילה יהיה מורכב כמעט כולו מהמנהרות עצמן, ומשום שחפירת המנהרה כרוכה בהוצאת קבע של החומר התת-קרקעי, הרי שהיא יכולה לעשות כן רק בדרך של הפקעת זכויות הבעלות ב'רצועה' התת-קרקעית.⁵⁵ בהתאם לכך, מנגנון הפיצוי אמור לשקף את שווי השוק של זכות הבעלות בתוואי האמור, ולא רק זכות חזקה ושימוש.⁵⁶ גם בהיבט זה, איפוא, מבטא הדין העדכני דרישה כללית למתן פיצוי בגין השימוש בסמכות ההפקעה.

2. השתלטות זמנית על נכסים בשעת חירום

לצד הסמכות הסטטוטורית הנרחבת להפקעת קרקעות, המתבצעת כדבר שבשגרה, קיימת בחקיקה הישראלית סמכות לתפיסה של נכסים או להשתלטות עליהם המיועדת בעיקרה לשעת חירום, ואשר מוגדרת עקרונית כבעלת אופי זמני. זאת על אף שקיומו המתחדש-תמידי של מצב חירום בישראל, מאז שנת 1948 ועד היום,⁵⁷ מאפשר במקרים שונים את הימשכות התפיסה או ההשתלטות באמצעות הוצאת צווים מתחדשים לתקופות קצובות. בחלק זה אתייחס לחוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום, התש"י-1949,⁵⁸ חוק שירות עבודה בשעת-חירום, התשכ"ז-1967,⁵⁹ חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא-הגנה לישראל, התשמ"ז-1987,⁶⁰ ותקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945.⁶¹

⁵² שם, בפסקאות 104-106.

⁵³ שם, בפסקה 109.

⁵⁴ ע"א 119/01 **אקונס נ' מ"י**, פ"ד נז(1) 817 (2003) (להלן: "עניין אקונס").

⁵⁵ שם, בעמ' 857. בית המשפט נדרש גם לסוגיית הפתרון המשפטי שיאפשר מבחינה רישומית הפקעת רצועה תת-קרקעית. שם, בעמ' 858. סוגיה זו נפתרה לימים עם חקיקת סעיפים 14א-14ח לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 ("בעלות בחלקה תלת-ממדית"). ראו חוק המקרקעין (תיקון מספר 33), התשע"ט-2018, ס"ח 2764, עמ' 80.

⁵⁶ ראו גם ע"מ (ת"א) 2546/06 **שרפמן ואח' נ' הוועדה המחוזית לתו"ב תל אביב יפו** (לא פורסם, 2.9.2007) (ביטול החלטה לאשר תכנית המתירה הפקעה של זיקת הנאה בלבד לטובת פרויקט הרכבת הקלה, משום שלאור אופי הפרויקט יש להפקיע את מלוא הזכות של העותרים בתוואי השטח הרלוונטי). עם זאת, אין בהלכה כזו כדי לשלול את סמכות הרשות השלטונית, מכוח סעיף 3(ב) לפקודת הקרקעות, "לרכוש את החזקה או את השימוש בכל קרקע לתקופה מסוימת", במקום זו הדבר אכן משקף את מהותה של ההפקעה, ובאופן שגם ישפיע על אופן חישוב הפיצוי בגין ההפקעה הזמנית. ראו ת"א 6646-10-14 (מחוזי נצרת) **מטר נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 1.12.2016).

⁵⁷ ההכרזה על מצב חירום, המתבצעת מדי שנה על-ידי הכנסת מאז 1948 ועד היום, בוצעה בעבר מכוח הוראת סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר מס' 2, תוס' 1, ומאז 2001 היא מתבצעת מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח 1780.

⁵⁸ חוק להסדר תפיסת מקרקעים, לעיל ה"ש 12.

⁵⁹ חוק שירות עבודה בשעת-חירום, התשכ"ז-1967, ס"ח 503, עמ' 86 (להלן: "חוק שירות עבודה בשעת-חירום").

⁶⁰ חוק רישום ציוד וגיוסו, לעיל ה"ש 11.

⁶¹ תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, ע"ר מס' 1442, תוס' 2.

החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום - שנחקק בנובמבר 1949, בימים שלאחר מלחמת העצמאות - מעניק לרשות מוסמכת שמונתה בידי הממשלה את הסמכות להורות בצו על תפיסת מקרקעין או על צו דיור, כל עוד מצב החירום עומד בתוקפו. זאת, אם הרשות המוסמכת "משוכנעת שמתן הצו דרוש לשם הגנת המדינה, בטחון הציבור, קיום אספקה חיונית או שירותים ציבוריים חיוניים, קליטת עולים או שיקום חיילים משוחררים או נכי-מלחמה".⁶² צו לתפיסת מקרקעין מוגבל בזמן מכוח החוק, כך שצו שניתן לפני 1 באוגוסט 1952 יהיה לתקופה של עד שש שנים, וצו שניתן לאחר תאריך זה – יהיה תקף לתקופה של עד שלוש שנים.⁶³ צו דיור (צו למחזיק בית או דירה למסור אותם לרשות אדם הנקוב בצו לדיור או למטרה אחרת) אינו מוגבל בזמן מכוח החוק, אך חלות עליו מגבלות אחרות, ובפרט - הוא אינו חל על מבנה שבנייתו הושלמה לאחר 14 במאי 1948.⁶⁴

החוק מגדיר זכות לפיצוי בגין הוצאת הצו, תוך הפניה להוראות פקודת הפיצויים (הגנה), 1940.⁶⁵ אדם הרואה עצמו נפגע מהוצאת הצו, רשאי לערער על ההחלטה לוועדת ערעור שהוקמה מכוח החוק.⁶⁶ ועדת הערעור רשאית "לאשר את הצו, עם או בלי שינויים, או לבטלו".⁶⁷

על אף ההגדרה הרחבה של המטרות שעבורן רשאית הרשות המוסמכת להוציא צווים כאמור, הלכה למעשה נעשה השימוש בחוק זה למטרות ביטחוניות. מעבר לכך, אף שבעשורים הראשונים הוצאו צווי תפיסת מקרקעין באזורים שונים בישראל,⁶⁸ בשני העשורים האחרונים נעשה השימוש בחוק אך ורק למטרה של הקמת גדר ההפרדה בין מדינת ישראל לשטחי יהודה ושומרון.⁶⁹ הסמכות לתפיסת מקרקעין מכוח החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום חלה רק בשטח הריבוני של מדינת ישראל, בעוד שהסמכות לתפיסת מקרקעין ביהודה ושומרון למטרה זו נתונה למפקד הצבאי באיזור, מכוח כללי התפיסה הלוחמתית במשפט הבינלאומי.⁷⁰

בסדרה של פסקי-דין הכיר בית המשפט העליון בסמכותה של הרשות המוסמכת (המנהל הכללי של משרד הביטחון) לעשות שימוש בחוק לתפיסת מקרקעין בתוואי הגדר, ככזו שמקדמת את "הגנת המדינה" ו"בטחון הציבור" לפי דרישת סעיף 3 לחוק.⁷¹ לצד זאת, בחן בית המשפט במקרים אלה את אופן הפעלת שיקול-הדעת של הרשות המוסמכת באשר להוצאת צווים לתפיסת מקרקעין

⁶² סעיף 3 לחוק להסדר תפיסת מקרקעים, לעיל ה"ש 12.

⁶³ שם, סעיף 6.

⁶⁴ שם, סעיפים 7-14.

⁶⁵ פקודת הפיצויים (הגנה), 1940, ע"ר מס' 1019, תוס' 1.

⁶⁶ שם, סעיפים 16-19, ותקנות להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום (סדרי-ערעור), התש"י-1950, ק"ת 85, עמ' 845. כיום, יושבת ועדת הערעור ליד בית משפט השלום בתל אביב יפו. ראו, למשל, בג"צ 6193/05 **וועד תושבי ראס חמיס נ' הרשות המוסמכת עפ"י חוק להסדר תפיסת מקרקעים** (לא פורסם, 25.11.2008), בפסקה 4 לדעת הנשיאה ביניש (להלן: "עניין ראס חמיס").

⁶⁷ סעיף 17(ה) להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום, לעיל ה"ש 12. עתירות על החלטות הוועדה נדונות בפני בג"ץ. ⁶⁸ ראו, למשל, עניין **אבן זוהר**, לעיל ה"ש 20, דעת השופט דנציגר, בפסקה 3 (המתאר תפיסה של שתי רצועות דרך בקרקע במערב ראשון לציון בצו שהוצא בשנת 1978 מכוח החוק לתקופה של שלוש שנים - ושהתארכה בפועל גם מעבר לכך). ⁶⁹ ראו, למשל, בג"צ 7337/05 **מחמד נאיף שקיר ו 28- אחרים נ' המפקד הצבאי באיזור יהודה ושומרון** (לא פורסם, 2010.3.15), בפסקה 1 לדעת הנשיאה ביניש (להלן: "עניין שקיר").

⁷⁰ בג"צ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 708 (2004), דעת הנשיא ברק, בעמ' 827-832. ⁷¹ ראו, למשל, עניין **שקיר**, לעיל ה"ש 69, בפסקה 16 לדעת הנשיאה ביניש; עניין **ראס חמיס**, לעיל ה"ש 66 בפסקאות 14-15 לדעת הנשיאה ביניש.

במקטעים שונים של תוואי גדר ההפרדה, בעיקר על סמך מבחנים של "סבירות" ו"מידתיות"⁷², ובפרט לפי מבחן-המשנה של "האמצעי שפגיעתו פחותה" באיזון בין צרכי הביטחון לקניין הפרט.⁷³

בעניין **עיריית בית ג'אלה נ' מנכ"ל משרד הביטחון**,⁷⁴ נדרש בית המשפט לקושי המובנה הנעוץ בכך שצווים מכוח החוק (שהוצאו לאחר 1 באוגוסט 1952) תקפים לשלוש שנים בלבד לבין הימשכות התפיסה בשטח בפועל מעבר לתקופה זו – ובמיוחד משום שעל אף שגדר ההפרדה אינה אמורה להיות גבול קבע מדיני אלא חיץ ביטחוני המוצב לעת הצורך, הרי שהגדר עומדת על תילה כבר קרוב לעשרים שנה, נכון למועד פרסום המאמר. משום שבעניין **בית ג'אלה** הורה בית המשפט לבחון מחדש את תוואי הגדר, לאור מסקנתו כי התוואי אינו עומד במבחן-המשנה של "האמצעי שפגיעתו פחותה"⁷⁵ – הרי שלעמדת בית המשפט "לא ראינו מקום להרחיב בעניין".⁷⁶ לצד זאת, מעיר בית המשפט כי "אין מניעה להפקיע את המקרקעין הרלוונטיים בהתאם לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור), 1943", תוך שהוא מציין לעניין זה כי הדבר אכן נעשה, ביחס למקטע אחר של גדר ההפרדה, שנדון בעתירה קודמת בעניין **מועצת הכפר בתיר נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית**.⁷⁷ אכן, ככל שאמורים הדברים בתפיסת מקרקעין שזמניותה עשויה להפוך לקבועה, או לפחות ארוכת-טווח, לאור טיבה של המטרה בגינה נעשה שימוש בסמכות התפיסה (במקרה זה, גדר הפרדה ביטחונית בהיעדר הסדר מדיני וקביעת גבולות קבע) – ייתכן שיש מקום לבחון מחדש את עצם המידתיות והאפקטיביות של השימוש בהליך זמני מטבעו, ואת החלפתו בחקיקת ההפקעה הכללית.

חוק אחר, המאפשר למדינה להשתלט על נכסים ועל פעילות יצרנית פרטית בשעת חירום, הינו חוק שירות עבודה בשעת-חירום.⁷⁸ החוק מעניק למדינה סמכות לרתק, בשעת חירום, "מפעל חיוני"⁷⁹ או "מפעל למתן שירותים קיומיים",⁸⁰ תוך גיוס העובדים במפעלים אלה לשירות עבודה – הן "מגויסי-פנים" (דהיינו, עובדי המפעל ערב הוצאת הצו) והן "מגויסי-חוץ".⁸¹

⁷² ראו, למשל, בג"צ 5488/04 **מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל** (לא פורסם, 13.12.2006), פסקה 45 לדעת הנשיא (בדימ). ברק; בג"צ 5163/13 **עיריית בית ג'אלה נ' המנהל הכללי במשרד הביטחון** (לא פורסם, 2.4.2015), בפסקאות 17-19 לדעת הנשיא (בדימ). גרוניס (להלן: "עניין בית ג'אלה").

⁷³ ראו, למשל, בג"צ 1676/09 **מנכ"ל משרד הביטחון נ' מועצת הכפר קלנדיה** (לא פורסם, 30.11.2011), בפסקאות 21-28 לדעת הנשיאה ביניים; עניין **שקיר**, ה"ש 69, בפסקאות 23-31 לדעת הנשיאה ביניים.

⁷⁴ עניין **בית ג'אלה**, לעיל ה"ש 72.

⁷⁵ שם, בפסקאות 21-25 לדעת הנשיא (בדימ). גרוניס.

⁷⁶ שם, בפסקה 17.

⁷⁷ בג"צ 2779/07 **מועצת הכפר בתיר נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית** (פורסם בנבו, ניתן ביום 25.1.2012), בפסקה 6.

⁷⁸ חוק שירות עבודה בשעת-חירום, לעיל ה"ש 59.

⁷⁹ "מפעל חיוני" מוגדר כ"כל מפעל או חלק ממנו, הפועל או שאפשר להפעילו לצרכי הגנת המדינה או בטחון הציבור או לקיום הספקה או שירותים חיוניים, ושאושר לענין זה בצו על ידי השר בהתייעצות עם שר הבטחון, ובשעת לחימה – על ידי שר הבטחון בהתייעצות עם השר; וכן כל מפעל או חלק ממנו שאפשר להפעילו לצרכי קיום המשק ושפעולתו חיונית לקיום הספקה או שירותים חיוניים" ומוגדר כ"כל מפעל או חלק ממנו, שנותן שירותים קיומיים כאמור בפסקאות (1) עד (3) להגדרה "שירותים קיומיים" ושהשר אישר אותו בצו לעניין זה לצורך מצב מיוחד בעורף או אירוע חירום אזורי, או מפעל או חלק ממנו שנותן שירותים קיומיים כאמור בפסקה (4) להגדרה האמורה, שהשר אישר אותו בצו בזמן מצב מיוחד בעורף או בעת אירוע חירום אזורי, לאחר התייעצות עם ועדה מיעצת לפי סעיף 39א". המונח "שירותים קיומיים" מוגדר בחוק כ"אחד מאלה – (1) אספקת מים, מזון או חשמל, וכן מתן שירותי אשפוז ובריאות, תברואה, תקשורת או דואר; (2) שירות שיש לספקו לשם מניעת פגיעה חמורה באוכלוסיה או בשטח, שעליו חלה הכרזה על מצב מיוחד בעורף, הכרזה על אירוע חירום אזורי או הכרזה על מחלה מידבקת מסוכנת; (3) שירות שלדעת השר הוא חיוני, לקיום אספקה או לטיפול באוכלוסיה; (4) שירות אשר לדעת השר הפסקתו עלולה, בנסיבות העניין, לגרום לפגיעה רבה בכלכלה המשפיעה על המשק כולו". שם, סעיף 1.

⁸⁰ "מפעל למתן שירותים קיומיים" מוגדר כ"כל מפעל או חלק ממנו, שנותן שירותים קיומיים כאמור בפסקאות (1) עד (3) להגדרה "שירותים קיומיים" ושהשר אישר אותו בצו לעניין זה לצורך מצב מיוחד בעורף או אירוע חירום אזורי, או מפעל או חלק ממנו שנותן שירותים קיומיים כאמור בפסקה (4) להגדרה האמורה, שהשר אישר אותו בצו בזמן מצב מיוחד בעורף או בעת אירוע חירום אזורי, לאחר התייעצות עם ועדה מיעצת לפי סעיף 39א". המונח "שירותים קיומיים" מוגדר בחוק כ"אחד מאלה – (1) אספקת מים, מזון או חשמל, וכן מתן שירותי אשפוז ובריאות, תברואה, תקשורת או דואר; (2) שירות שיש לספקו לשם מניעת פגיעה חמורה באוכלוסיה או בשטח, שעליו חלה הכרזה על מצב מיוחד בעורף, הכרזה על אירוע חירום אזורי או הכרזה על מחלה מידבקת מסוכנת; (3) שירות שלדעת השר הוא חיוני, לקיום אספקה או לטיפול באוכלוסיה; (4) שירות אשר לדעת השר הפסקתו עלולה, בנסיבות העניין, לגרום לפגיעה רבה בכלכלה המשפיעה על המשק כולו". שם, סעיף 1.

⁸¹ לפי סעיף 17(א) לחוק: "השר רשאי לקרוא בצו את כל העובדים במפעל חיוני או במפעל למתן שירותים קיומיים ערב תחילתו של הצו בין כשכירים ובין כעצמאיים, החייבים בשירות עבודה, או כל חלק מעובדים אלה, לשירות עבודה באותו מפעל; מי שנקרא לשירות עבודה כאמור, ייקרא להלן 'מגויסי-פנים'". לפי סעיף 18(א) לחוק: "השר רשאי בצו לקרוא לשירות עבודה שלא במסגרת סעיף 17, כל אדם או כל סוג בני אדם החייבים בשירות עבודה; מי שנקרא לשירות עבודה לפי צו זה, ייקרא להלן 'מגויסי-חוץ'". ביחס ל"מגויסי-חוץ" יצוין, כי כעולה מדברי רביב מלאכי, מנהל כוח אדם לשעת חירום במשרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, בעת דיון בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות

הסמכות הכללית מכוח החוק, הן לעניין הגדרתו של מפעל מסוים כ"מפעל חיוני" או כ"מפעל למתן שירותים קיומיים", והן לעניין החלת ההוראות מכוח פרק ד' לחוק בדבר גיוסם של עובדים לשירות עבודה בשעת החירום, על כלל שטח המדינה או חלק ממנה, ולהוצאת צווי גיוס לעובדים, נתונה מאז שנת 2016 לשר העבודה והרווחה.⁸² ההכרזה על "מפעל חיוני" נעשית באופן שוטף כדבר שבשגרה, על-ידי שר העבודה והרווחה בהתייעצות עם שר הביטחון, בצווים המתחדשים בדרך כלל מדי שנה (נכון לשנת 2015 – קיימים כ-9,000 מפעלים חיוניים רשומים).⁸³ לעומת זאת, ההכרזה על "מפעל למתן שירותים קיומיים" נעשית בדרך כלל במהלך שעת החירום, במסגרת החלת ההוראות פרק ד' לחוק על כלל המדינה או חלק ממנה לצורך גיוס מפעלים והעובדים בהם לשירות עבודה. כך, לפי סעיף 16 לחוק, בנסיבות בהן "נקראו מילואים לשירות לפי סעיף 8 לחוק שירות המילואים", נתונה הסמכות בעניין זה לשר העבודה והרווחה לאחר התייעצות עם שר הביטחון.⁸⁴ בנוסף לעתות חירום ביטחוניות, נתונה סמכות זו לשר העבודה והרווחה ביחס להכרזה על מפעלים למתן שירותים קיומיים ולהחלת ההוראות פרק ד' עליהם, גם בנסיבות בהן מתקיים "מצב מיוחד בעורף" (לפי סעיף 16 לחוק)⁸⁵ או "אירוע חירום אזרחי" (לפי סעיף 16 לחוק).⁸⁶ במרץ 2020, עם פרוץ משבר הקורונה, אישרה ממשלת ישראל מכוח תקנות לשעת חירום הוספת קטגוריה, שעוגנה בסעיף 16ג לחוק, בדבר סמכות להוצאת צו לפי פרק ד' לחוק לצורך מתן שירותים קיומיים ככל שהאפשרות לאספקתם "עלולה להיפגע בשל המחלה הנגרמת מנגיף הקורונה".⁸⁷ שר העבודה והרווחה הוציא צו מכוח סעיף 16ג לחוק על כלל שטח המדינה,⁸⁸ אך תוקף התקנות הללו פקע לאחר שלושה חודשים.⁸⁹

סקירה של מקרי העבר בהם נעשה שימוש בסמכות לצורך הוצאת צווים להחלת פרק ד' לחוק מלמדת כי כולם עסקו בעתות חירום ביטחוניות, החל במלחמת יום הכיפורים ב-1973 (על כלל שטח המדינה)⁹⁰ ועד למבצע "חגורה שחורה" בנובמבר 2019 (בשטח של עד 80 ק"מ מרצועת עזה).⁹¹

בכנסת, עד היום טרם הופעל צו לגיוסם של "מגויסי-חוץ" מכוח ההוראות החוק. פרוטוקול ישיבה מס' 37 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-23, 9-10, 13-15 (3.8.2020). בעת משבר הקורונה, הועלתה יוזמה על-ידי ראש הממשלה בנימין נתניהו להפעיל את החוק על "מגויסי-חוץ" ביחס לרופאים במגזר הפרטי, אך זו לא הבשילה. סיון חילאי "רופאים נגד נתניהו: 'צו 8' אין דבר מעליב מזה לא נעבוד בכפייה" *ynet*, 22.9.2020.

⁸² הסמכויות בחוק היו נתונות באופן מקורי לשר התעשייה, המסחר והתעסוקה (ולמים, שר הכלכלה). סמכויות אלו הועברו לשר הרווחה והשירותים החברתיים. י"פ תשע"ז מס' 7394 מיום 7.12.2016, עמ' 1313.

⁸³ מבקר המדינה, **דוח ביקורת - היערכות התעשייה האזרחית לשעת חירום**, 51, 60 (2015) (להלן: "דו"ח מבקר המדינה 2015"). מאז, הוכרו מפעלים רבים נוספים כ"מפעלים חיוניים", 326 מהם בשנת 2017 בלבד. ראו משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, **דין וחשבון שנתי לשנת 2017**, 53-54 (2018).

⁸⁴ חוק שירות עבודה בשעת-חירום, לעיל ה"ש 59, סעיף 16.

⁸⁵ שם, סעיף 16א. "מצב מיוחד בעורף" הינו כמשמעותו בסעיף 9 לחוק ההתגוננות האזרחית, תשי"א-1951, ס"ח 71.

⁸⁶ חוק שירות עבודה בשעת-חירום, ה"ש 59, סעיף 16ב. "אירוע חירום אזרחי" הינו כהגדרתו בסעיף 90 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, דיני מדינת ישראל [נוסח חדש] תשל"א מס' 17, עמ' 390.

⁸⁷ תקנות שעת חירום (שירות עבודה בשעת-חירום), התש"ף-2020, ק"ת 8382, 15.3.2020.

⁸⁸ צו בדבר החלת פרק ד' לחוק לפי חוק שירות עבודה בשעת-חירום, י"פ 8760, עמ' 5156, 19.3.2020.

⁸⁹ לאחר פקיעת תוקף תקנות שעת החירום, דנה הכנסת בהצעת חוק שירות עבודה בשעת-חירום (הוראת שעה - נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (מ/1306). ראו פרוטוקול מס' 37 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, לעיל ה"ש 81.

⁹⁰ עם פרוץ מלחמת יום הכיפורים, עשה שר העבודה שימוש בסמכותו מכוח סעיף 16 לחוק והחיל את פרק ד' לחוק על כלל שטח המדינה ביום 6 באוקטובר 1973. ראו צו בדבר החלת פרק ד' לחוק שירות עבודה בשעת-חירום, תשכ"ז-1967, י"פ 1952, עמ' 78, 17.10.1973.

⁹¹ בעקבות הכרזה על "מצב מיוחד בעורף", י"פ התש"ף 1228, 13.11.2019, עשה שר הרווחה והשירותים החברתיים שימוש בסמכותו מכוח ס' 16 לחוק והחיל את פרק ד' על השטח שהוכרז – עד כ-80 ק"מ מגבול רצועת עזה. ראו צו בדבר החלת פרק ד' לחוק שירות עבודה בשעת-חירום, התשכ"ז-1967, י"פ התש"ף 1232, 13.11.2019. מתשובת מנהלת תחום העמדת מידע לציבור במשרד העבודה והרווחה והשירותים החברתיים לפנייתי בבקשה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, עולים הנתונים הבאים ביחס להנפקת צווי קריאה לשירות עבודה במפעלים למתן שירותים קיימים: 227 צווי קריאה, מתוכם 124 למפעלים פרטיים, במהלך מלחמת לבנון השנייה (2006.12.8-17.7); 50 צווי קריאה, מתוכם 21 למפעלים פרטיים, במהלך מבצע "עופרת יצוקה" (2009.1.18-27.12.2008); 64 צווי קריאה, מתוכם 58 למפעלים פרטיים, במהלך מבצע "עמוד ענן" (2012.11.21-14); 19 צווי קריאה, מתוכם 3 למפעלים פרטיים, במהלך מבצע "צוק איתן" (2014.8.26-8.7); 41 צווי קריאה, מתוכם 29 למפעלים פרטיים, במהלך מבצע "חגורה שחורה" (2019.12-12).

הנחיות מעשיות בדבר "ריתוק משקי בצה"ל" – דהיינו, שימוש ביכולות המשק האזרחי לטובת משימות צה"ל מכוח החוק – מעוגנות בפקודת המטה הכללי, שנוסחה לאחרונה באוקטובר 2016.⁹² לעומת זאת, בדומה לחוק להפקעת מקרקעין בשעת חירום, החוק אינו מיושם הלכה למעשה לצרכים אזרחיים, ובכלל זה בתרחישים שונים העשויים להיחשב בגדר "אירוע חירום אזרחי".⁹³

בהקשר לכך, ראוי לציין כי כעולה בין היתר מדו"ח מבקר המדינה לשנת 2015, המנגנונים מכוח החוק נעדרים את התשתית המעשית הדרושה כדי לאפשר את הפעלתם בהקשרים אזרחיים שונים. כך, למשל, הרשויות הייעודיות במשרדי הממשלה השונים – האמורות לפעול בתחומי אחריותן לצורך הפעלת המשק לשעת חירום – נעדרות כיום סמכות רגולטורית לחייב את המפעלים החיוניים והמפעלים למתן שירותים קיומיים לבצע פעולות כדי להיערך לשעת חירום ולעמוד ברמות השירות הנדרשות (ובכלל זה, אספקת מוצרים בכמויות מסוימות).⁹⁴ קשיים אלה נוגעים, בין היתר, לאחזקת מלאי מזון אסטרטגי לצרכי האוכלוסיה האזרחית בשעת חירום, ובמיוחד לאור העובדה שכתשעים אחוז מהמזון ומחומרי הגלם למזון מיובאים לישראל כדבר שבשגרה.⁹⁵ ההצטיידות במלאי מזון אסטרטגי מבוצעת על בסיס רכישות תקופתיות המבוצעות בידי המדינה, לפי הנחיות ועדה בין-משרדית לבחינת מלאי מזון אסטרטגי בראשות רשות החירום הלאומית (רח"ל).⁹⁶ אך, כאמור, היכולת להפקיע את פעולתם של מפעלי מזון פרטיים לטובת המדינה בשעת חירום מוגבלת מאוד.

מאידך, המסגרת החקיקתית והרגולטורית הקיימת חסרה גם בכל הנוגע לזכותו של בעל המפעל לתשלום או לפיצוי בגין נזקים הנגרמים לו עקב גיוס המפעל. בעוד שנושא שכר העבודה של מגויסי-הפנים ומגויסי-החוץ מוסדר בהוראות החוק,⁹⁷ הרי שהחוק אינו נדרש מפורשות לעלויות אחרות הנגרמות לבעל המפעל. כך, החקיקה הקיימת וההסדרים מכוחה אינם מספקים הגנה משפטית למפעלים חיוניים ולמפעלים למתן שירותים קיומיים מפני חשיפתם לתביעות בגין הפרת חוזים קיימים, במקום שבו המפעלים מגויסים מכוח חוק שירות עבודה בשעת-חירום על מנת למלא את צרכיהם של יחידות צבא או של גופים ממשלתיים.⁹⁸ גם בהיבט זה, חוק שירות עבודה בשעת-חירום אינו מהווה מסגרת שיטתית להפקעת הניהול והשליטה של מפעלים פרטיים, כנגד פיצוי נאות.

הסדר סטטוטורי אחר המעניק למדינת ישראל את הסמכות לגייס נכסים פרטיים בעת הצורך הינו חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא-הגנה לישראל, התשמ"ז-1987.⁹⁹ מקורה של חקיקה זו הינו בתקנות שעת חירום (הוראות בדבר רישום ציוד וגיוסו), תשי"א-1951,¹⁰⁰ שתוקפן הוארך בכנסת בסדרה של הוראות שעה,¹⁰¹ עד לחקיקת החוק הקבוע בעניין בשנת 1987. החוק מסמיך פוקדים מטעם צה"ל

14.11.2019. כמו כן, הודגש בתשובה כי "אין צורך להוציא צווים בפועל לכלל המפעלים, אלא רק במידה ועולה צורך ספציפי או קושי בהתייצבות עובדים במפעל חיוני / מפעל למתן שירותים קיומיים באופן שעשוי לשבש את האפשרות לספק מתן שירות קיומי – דוגמת אספקת מים / מזון / חשמל / שירות חיוני לביטחון הציבור / הגנת המדינה וכדומה". מכתב מרונית ספיר, מנהלת תחום (העמדת מידע לציבור), משרד העבודה והשירותים החברתיים (14.10.2020).
⁹² פקודת מטכ"ל, 50.0405 "הריתוק המשקי בצה"ל", 26.10.2016.
⁹³ הדבר נלמד גם, במשתמע, מהנאמר בפרוטוקול מס' 37 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, לעיל ה"ש 81, בעמ' 11.
⁹⁴ דו"ח מבקר המדינה 2015, לעיל ה"ש 83, עמ' 65-59.
⁹⁵ שם, עמ' 73.
⁹⁶ שם, עמ' 74. ראו גם דיון בחלק ג'1 למאמר.
⁹⁷ חוק שירות עבודה בשעת-חירום, לעיל ה"ש 59, סעיפים 23-27.
⁹⁸ דו"ח מבקר המדינה 2015, לעיל ה"ש 83, עמ' 66.
⁹⁹ חוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, לעיל ה"ש 60.
¹⁰⁰ תקנות-שעת-חירום (הוראות בדבר רישום ציוד וגיוסו), תשי"א-1951, ק"ת 184, עמ' 1200, 24.6.1951.
¹⁰¹ ראו, למשל, חוק להארכת תוקף של תקנות-שעת-חירום (הוראות בדבר רישום ציוד וגיוסו), תשי"ב-1951, ס"ח 85.

"לרשום ציוד ולהציבו ליחידות הצבא השונות".¹⁰² מפקד מוסמך מכוח החוק רשאי להורות על גיוס ציוד רשום ל"צרכי תרגיל, כוננות ואימון" או לצורך "פעילות מבצעית".¹⁰³ שר הביטחון מוסמך, אם הוא משוכנע שבטחון המדינה מחייב זאת, להכריז בצו על הצורך בגיוס ציוד, כולו או מקצתו.¹⁰⁴ המושג "ציוד" כולל "כלי תחבורה, ציוד הנדסי ומיתקנים", המוגדרים בנפרד בחוק.¹⁰⁵ האחריות השוטפת להיערכות ולביצוע הסמכות לרישום וגיוס ציוד לצה"ל מכוח החוק מסורה למרכז לגיוס אמצעים וריתוק משקי (לאו"ר), שבמסגרת אגף הטכנולוגיה והלוגיסטיקה בצה"ל.¹⁰⁶

לצד הסמכות להעמיד את הציוד המנוי בחוק לרשותו של צה"ל בעת הצורך, קובע סעיף 28 לחוק בנוסחו המקורי כי "שר הביטחון רשאי, אם שוכנע שבטחון המדינה או אספקת שירותים חיוניים לציבור מחייבים זאת, להורות בצו, כי ציוד מסויים או סוגי ציוד, יועמדו לרשותה של הרשות שימנה השר הממונה (להלן - הרשות המוסמכת) כדי לשרת את צרכי האוכלוסיה האזרחית (להלן - ציוד עודף)".¹⁰⁷ בתיקונים לחוק ב-2005 וב-2008 הורחבה ההגדרה - והיא חלה כעת גם על "אירוע חירום אזרחי", תוך קביעת השר לביטחון פנים כשר הממונה על הקצאת הציוד העודף במצב זה.¹⁰⁸ בקשות לשחרור ציוד כאמור מחובת גיוס לצה"ל ולהגדרתו כ"ציוד עודף", כך שיעמוד לרשות צרכי המשק האזרחיים בשעת חירום, מוגשות על-ידי הרשויות הייעודיות במשרדי הממשלה הרלוונטיים ל"ועדה לשחרור ציוד" שהרכבה קבוע בהוראות סעיף 3א לחוק, בראשות מפקד מרכז לאו"ר.¹⁰⁹

בכל מקרה של ציוד גיוס פרטי, בין אם לצרכי צה"ל או לצרכי הרשויות הייעודיות במשרדי הממשלה הרלוונטיים לצרכי המשק האזרחי, זכאי בעל הציוד לתשלום "דמי שימוש ראויים".¹¹⁰ הסמכות לקביעת שיעור דמי השימוש נתונה לשר הביטחון, כאשר לפי סעיף 18(ב) לחוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, "בקביעת שיעור דמי השימוש בצו כאמור יובאו בחשבון, בין השאר, עלות הציוד, הזכות של הבעל הרשום של הציוד לתשואה הוגנת על ההון וכן מכלול הנסיבות הקשורות לגיוס הציוד ולשימוש בו".¹¹¹ בצו רישום ציוד וגיוסו לצבא ההגנה לישראל (שיעור דמי שימוש בציוד מגויס),¹¹² נקבע כי תעריף דמי השימוש יהיה לפי מחירון יומי שנקבע על-ידי משרד הביטחון ושיעורו מתעדכן מדי שנה לפי שיעור עליית מדד המחירים לצרכן.¹¹³ ביחס לציוד שאינו נכלל במחירון,

¹⁰² סעיף 3 לחוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, לעיל ה"ש 60.

¹⁰³ שם, סעיף 7.

¹⁰⁴ שם, סעיף 8.

¹⁰⁵ שם, סעיף 1. המונח "מיתקנים" מוגדר: "(1) מיתקני חשמל, קשר, רפואה, מטאורולוגיה ומחשבים וחלקי חילוף לכל אחד מאלה; (2) בתי מלאכה, מוסכים, מעבדות, מחסנים ובתי מסחר לחלפים; (3) מכונות, מנועים, משאבות, מכשירים וכלים לייצור ותיקון של כל אחד מאלה; (4) מוצרים ומצרכים אחרים המשמשים או עשויים לשמש את הצבא". שם.

¹⁰⁶ מבקר המדינה דו"ח שנתי 60א, פרק ראשון – כוננות ומוכנות 8 (2010) (להלן: "מבקר המדינה, דו"ח שנתי 60א"). כן ראו פקודת מטכ"ל 50.0403 "גיוס אמצעים לצה"ל" (2.2.1986). בשנים האחרונות, פועל צה"ל להגיע להסדרים חוזיים עם חברות ליסינג כך שיעמידו רכבים לרשות הצבא בשעת חירום, בניסיון להקטין את ההסתמכות על גיוס כלי רכב מאזרחים. ראו לילך שובל, "בצה"ל מציגים: 'מכונית ליסינג מגויסת' ישראל היום 31.7.2018.

¹⁰⁷ ראו את הנוסח המקורי של סעיף 28 לחוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, כפי שפורסם בס"ח תשמ"ז מס' 1210, עמ' 56. יצוין כי השר הממונה לעניין כלי רכב וציוד הנדסי הינו שר התחבורה, ולעניין ציוד לייצור חשמל – שר האנרגיה. ראו חוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, לעיל ה"ש 60, סעיף 27.

¹⁰⁸ ראו, בהתאמה, תיקון מס' 3 בסעיף 6 לחוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 19), תשס"ה-2005, ס"ח 2027, עמ' 975; תיקון מס' 5 בסעיף 9 לחוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 34), תשע"ח-2018, ס"ח 2701, עמ' 253.

¹⁰⁹ חוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, לעיל ה"ש 60, סעיף 3א. כעולה מדו"ח מבקר המדינה לשנת 2010, במסגרת פעילות הוועדה האמורה, מתקיים דיאלוג - אף אם זה טעון שיפור - בין צה"ל לרשויות האחריות על משק לשעת חירום (מל"ח) בכל הנוגע לגיוסו של ציוד פרטי המוגדר כ"ציוד עודף" והעמדתו לאספקת צרכי האוכלוסיה האזרחית בעת חירום. מבקר המדינה, דו"ח שנתי 60א, לעיל ה"ש 106, בעמ' 12-8.

¹¹⁰ חוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, לעיל ה"ש 60, סעיף 17.

¹¹¹ שם, סעיף 18(ב).

¹¹² צו רישום ציוד וגיוסו לצבא ההגנה לישראל (שיעור דמי שימוש בציוד מגויס), תשע"ב-2011, ק"ת 7044, עמ' 67.

¹¹³ שם, סעיף 4.

נקבעים דמי השימוש הראויים על-ידי שמאי הממונה על-ידי משרד הביטחון.¹¹⁴ בנוסף לתשלום דמי שימוש, זכאי בעל הציוד מכוח החוק לתשלום פיצויים "אם בתקופת הגיוס נגרם לציוד נזק".¹¹⁵

לעומת דברי החקיקה שנסקרו לעיל, המעניקים סמכות לרשות השלטונית להשתלט על נכסים פרטיים בשעת חירום, אך קובעים כנגדה חובת תשלום או פיצוי, אף אם חלקית – במקרים אחרים מאפשר החוק השתלטות הלכה למעשה, בלי להכיר בפגיעה ובחובת הפיצוי בגינה. כך הדברים ביחס לתקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), ולפיה "מפקד צבאי רשאי להכריז בצו על כל שטח או מקום, כי הם שטח סגור לצרכיהן של התקנות האלה".¹¹⁶

על אף שצווים לפי תקנה 125 והחלטות מכוחם נחשבים לתקנות בנות פועל תחקית, הם אינם מחויבים בפרסום ברשומות, אך יש לפרסם את הצווים "בדרך אחרת" שתובא לידיעת הציבור.¹¹⁷ כמו כן, סגירת שטח מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה איננה תלויה בהגדרת מטרות כלשהן, אך ברור שהפעלת הסמכות צריכה להיות לשם הגשמת צורך בטחוני.¹¹⁸ ככלל, סגירת שטחים לתקופות ארוכות או בלתי קצובות נעשית בצו של הרמטכ"ל וזאת בעיקר לצרכים של שטחי אימונים.¹¹⁹ לעומת זאת, סגירת שטחים זמנית נעשית בצווים של אלוף הפיקוד הרלוונטי, וזאת בהתעורר צורך בטחוני נקודתי, כגון צווי סגירה שהוצאו בתקופת יישום תכנית ההתנתקות באיזור עוטף עזה.¹²⁰

היקף השימוש בצווי סגירה לתקופות ארוכות או בלתי קצובות הינו נרחב ביותר. על אף שאין נתון אחיד ביחס להיקף השטחים שחל עליהם צו סגירה מכוח תקנה 125,¹²¹ עולה ממקורות שונים כי מדובר בהיקף של מיליוני דונמים, המהווים למעלה מרבע משטחה הריבוני של מדינת ישראל.¹²² לפי האמור בדו"ח מבקר המדינה לשנת 2010, הסתכמו השטחים שבחזקת צה"ל שהיו סגורים על פי צווי רמטכ"ל (דהיינו, שטחי אימונים קבועים) בכ-7.4 מיליון דונם, שהם כ-33 אחוז משטחי המדינה – כאשר רובם המוחלט נסגר לפני עשרות שנים, וכ-92 אחוז מהם נמצאים באיזור הנגב.¹²³

¹¹⁴ חוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל, לעיל ה"ש 60, סעיף 18(ג).

¹¹⁵ שם, סעיף 18(א). בעל הציוד רשאי לערור על שיעור דמי השימוש או הפיצויים בפני ועדת ערר לדמי שימוש ופיצויים הממונה על-ידי שר הביטחון. שם, סעיף 24. בנוסף, קובע סעיף 25 כי "הטוען שהוא זכאי לתשלום לפי פרק זה שלא קיבל את התשלום, כולו או חלקו, זכאי לתובעו מאת המדינה בבית המשפט המוסמך". כמו כן, קובע החוק עיקרון של ייחוד עילה, ולפיו "לא תהיה לבעל ציוד שגויס כל עילת תביעה על פי כל דין כלפי המדינה או שלוחיה בשל נזק שנגרם לציוד, הוצאות שנגרמו לבעלו או ריווח שנמנע ממנו, עקב גיוס הציוד, אלא על פי הוראות חוק זה". שם, סעיף 26.

¹¹⁶ תקנות ההגנה (שעת חירום), לעיל ה"ש 61, סעיף 125. בהמשך הסעיף נאמר: "כל אדם הנכנס לתוך כל שטח או מקום, או יוצא מתוכם, במשך כל תקופה, שבה עומד בתקפו צו כזה ביחס לשטח או למקום ההם, ללא תעודת-היתר בכתב שהוצאה בידי המפקד הצבאי או מטעמו, יאשם בעבירה על התקנות האלה".

¹¹⁷ ראו בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 894 (2005) (להלן: "עניין לוי"); דפנה ברק "שטחי אש ושטחי אימונים – ההיבט המשפטי" משפט וצבא 11-12, 156-158 (1991) (להלן: "ברק, שטחי אש"); רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין מח(3) 485 (1994); בר"מ 2090/16 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' אקרו בע"מ (לא פורסם, 15.3.2018), דעת השופטת ברק-ארז, בפסקה 55; דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך א 332-333 (2010). דרכים אלו כוללות, בין היתר, תליית שילוט בסביבת השטחים עצמם ופרסום מפות הסגירה במשרדים הממונים במחוזות במשרד הפנים, רשויות מקומיות, ישובים סמוכים, תחנות משטרה ועוד. ראו ברק, שטחי אש, בעמ' 158; אלעד מורצקי "המסד החוקי לקביעת שטחי האימונים למול זכויות יסוד" תכנון 18(1) 238, 240 (2011).

¹¹⁸ ברק, שטחי אש, לעיל ה"ש 117, בעמ' 155.

¹¹⁹ שם, בעמ' 156.

¹²⁰ ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 117.

¹²¹ על הקושי בארגון הנתונים לעניין היקף השטחים המשמשים באופן קבוע לשטחי אש ואימונים, ראו מורצקי, לעיל ה"ש 117, עמ' 246-247; מבקר המדינה דוח שנתי 44 – לשנת 1993 ולשנת הכספים 1994-1083-1088 (1994); מבקר המדינה דוח שנתי 61א 39-49, 92-96, 98-107, 111-118 (2011) (להלן: "מבקר המדינה, דו"ח שנתי 61א"); משרד ראש הממשלה – אגף המפקח הכללי לענייני ביקורת המדינה הערות ראש הממשלה לדוח מבקר המדינה 61א' 14 (2011).

¹²² ראו עניין אבן זוהר, לעיל ה"ש 20, דעת השופט דנציגר, פסקה 87.

¹²³ מבקר המדינה, דו"ח שנתי 61א, בעמ' 90-91.

הוראות הסעיף אינן מבחינות לעניין צו הסגירה והמגבלות מכוחו בין קרקע ציבורית לקרקע פרטית. מכאן, שעצם קיומן של זכויות קנייניות בקרקע אינו מקנה זכויות כניסה לשטח הסגור בצו, הגם שאלו יכולות להוות שיקול להתרת כניסה ויציאה לצרכים שונים.¹²⁴ עם זאת, יש להבחין בין השימושים השונים שיכולה המדינה לעשות בקרקע – במסגרת הסמכות המנהלית שהוקנתה לה בתקנות ההגנה – כנגזרת משאלת הזכויות בקרקע. בעוד המדינה רשאית לעשות כל שימוש שהוא בקרקע שבבעלותה, מקובלת הדעה כי הצבא אינו יכול לעשות שימוש 'פוזיטיבי' (דהיינו, כניסה פיזית לשטח ושימוש בו לצרכי אימונים) בקרקעות פרטיות הכלולות בתוך השטחים שנסגרו לצרכי אימונים, בלי תשלום דמי שימוש ראויים, וזאת בשונה משימוש 'נגטיבי' (כלומר, מניעת כל פעולה אזורית בשטח, כדי למנוע הפרעה או סכנה אפשרית הנוגעת לשטחי אימונים סמוכים).¹²⁵

בעניין **אבן זוהר**,¹²⁶ דן בית המשפט העליון בתביעתם של למעלה מ-200 בעלים במשותף של חלקת קרקע במערב ראשון לציון בשטח כולל של כ-322 דונם. החלקה מצויה בסמוך למתקן צבאי – מטווח ניסויים וירי (מטווח 24) המשמש את צה"ל מאז הקמת המדינה. בשנת 1973 נחתם צו רמטכ"ל לפי תקנה 125, מכוחו גודר שטח של כ-145 דונם מהחלקה. על יתרת החלקה הוטלו מגבלות בניה שונות, וכן פורסמו הודעות על תפיסת חזקה ושימוש בכמה רצועות דרך בחלקה. בית המשפט המחוזי דחה את תביעת הבעלים לתשלום פיצויים בשל צו הסגירה מכוח תקנה 125.¹²⁷

בדעת מיעוט, סבר השופט דנציגר כי לאור העלאת מעמדה זכות הקניין לזכות חוקתית, יש לראות כיום באופן שונה את תכליתה של הוראת תקנה 125 לתקנות ההגנה, ובהתאם לכך יש לקרוא באופן פרשני דרישת פיצוי לתוכה. לעמדתו, "לאור המציאות שנוצרה כיום, לפיה צווי סגירה שהוצאו לפני עשרות שנים עומדים בתוקפם מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה שנועדה לספק פתרון זמני, יש ליתן לאותה תקנה פירוש שונה כיום ולפיו קיימת בתקנה לאקונה לגבי הזכות לפיצוי".¹²⁸ את הלאקונה יש למלא, לגישתו, מכוח עקרון כללי שהותווה בהלכה הפסוקה, ולפיו "פגיעה במקרקעין גוררת אחריה זכות לפיצוי".¹²⁹ הפגיעה הינה "נזיקית באופייה", כך שמטרת הפיצוי צריכה להיות "להעמיד את הנפגע באותו מצב שבו היה נתון בעת הפגיעה, לולא הפגיעה".¹³⁰ לצד זאת, שולל דנציגר את הגישה ולפיה יש לשלם לבעל הקרקע "דמי שימוש", וזאת משום שצו הסגירה אינו מקנה למדינה כל זכות שימוש בקרקע, אלא שכל נפקותו היא במניעת כניסה מבעל הזכויות ללא תיאום מוקדם, כך ש"ככל שהמדינה מבקשת – בנוסף על איסור הכניסה – לעשות שימוש כלשהו בקרקע, עליה לנקוט באמצעי אחר, הכולל תפיסת חזקה או אף הפקעה, ואז יהיה הפיצוי בהתאם".¹³¹

¹²⁴ ברק, שטחי אש, לעיל ה"ש 117, בעמ' 159.

¹²⁵ שם, בעמ' 160-163. השוו לעניין זה את ע"א 8880/13 **וינשל נ' מדינת ישראל משרד הביטחון** (לא פורסם, 30.8.2016), בו אישר בית המשפט העליון את החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב לחייב את המדינה בתשלום דמי שימוש ראויים, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, בקרקע שתנפסה מצפון לשדה התעופה שדה דב. עם זאת, בית המשפט הפריד לעניין החובה בתשלום דמי שימוש בין חלק מהקרקע שנתפס בפועל בידי המדינה לבין חלק אחר שלא נתפס אך המערערים היו מנועים מלעשות בו שימוש הלכה למעשה בשל קיומו של שדה התעופה הסמוך. שם, בפסקאות 46-41.

¹²⁶ עניין **אבן זוהר**, לעיל ה"ש 20.

¹²⁷ שם, דעת השופט דנציגר, בפסקאות 9-1.

¹²⁸ שם, בפסקה 59.

¹²⁹ שם, בפסקה 65.

¹³⁰ שם, בפסקאות 69-71.

¹³¹ שם, בפסקה 70.

לעומתו, השופטים ג'ובראן ופרוקצ'יה בדעת הרוב רואים את ההסדר שנקבע בתקנה 125 לעניין היעדר פיצוי כהסדר שלילי, ומכאן שאין מקור להטלת חובת פיצוי בגין הוצאת צו סגירה. ג'ובראן מציין כי תקנה 125 הינה בבסיסה "תקנה עונשית", "המקימה 'גדר' משפטית (ובענייננו גדר ממשית) סביב שטח מסוים, ואוסרת על כניסה ויציאה ממנו ... ואין היא נוגעת במישרין לגריעה מקניינו של אדם כזה או אחר",¹³² כך ש"אין בהתלוותה של תוצאת לוואי בדמות פגיעה בקניין כדי להביא לקריאתה של חובת פיצוי לתוך תקנה 125 לתקנות ההגנה". את תקנה 125 יש לראות באופן שונה לעומת הוראות אחרות בתקנות ההגנה שנגעו לתפיסת רכוש ולשימוש בו בידי הרשות, או לעומת "הסדרים אחרים לתפיסת קרקע על ידי המדינה המצויים בחוק להסדר תפיסת מקרקעין בשעת חירום ... או בפקודת הקרקעות".¹³³ בשונה מהסדרים אלה, "אין משמעותה של תקנה 125 משום תפיסה של השטח בידי המדינה, ולפיכך נעדרת היא חובת פיצוי המתלווה להסדרים אחרים". לפיכך, על אף העקרון מכוחו יש לפרש חקיקה קיימת ברוח "האיזון החוקתי המתחדש", הרי שלעמדת ג'ובראן, עקרון זה לא מאפשר "ליצוק לתוך החוק תוכן חדש, הנוגד את מובנו המקורי".¹³⁴

ג'ובראן מציין, עם זאת, כי על אף שההסדר חוסה תחת סעיף "שמירת הדינים", הרי שהשימוש שנעשה בצו מכוח תקנה 125 למשך עשרות שנים אינו עולה על פניו בקנה אחד עם התכלית של מניעת הכניסה והיציאה מאיזור מסוים בעת חירום, ויש לקוות שהמחוקק יגיע למסקנה כי "תקנה דרקונית זו אין לה מקום בימינו במתכונתה הנוכחית ויפעל לשם תיקונה, אולם אין ביכולתנו להתניעו לעשות כן".¹³⁵ בהתאם לכך, נדחתה גם תביעת בעלי הקרקע לתשלום מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט,¹³⁶ משום שאין מדובר כאן בקבלת "טובת הנאה שלא על פי זכות שבדין" – שכן מניעת הכניסה לשטח הסגור נעשתה על ידי המדינה כדין, תוך שימוש בסמכותה לפי תקנה 125.¹³⁷

פסק-הדין בעניין **אבן זוהר** מצביע איפוא לא רק על עצם הארכאיות של חלק מדברי החקיקה הנוגעים ליכולתה של הרשות השלטונית להשתלט על נכסים פרטיים בעת חירום, אלא גם על כך שהפיצול בין דברי החקיקה השונים והתוצאות המשפטיות הנובעות מהם נעדר במקרים רבים הגיון נורמטיבי ומעשי. כך, סגירת שטח בצו צבאי במשך עשרות שנים מהווה פגיעה הלכה למעשה בזכות הקניין באופן שעשוי להיות חמור בהרבה לעומת השתלטות זמנית על נכס מכוח חוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל – אשר מזכה את בעל הנכס בתשלום דמי שימוש. במידה רבה, הותרת צו סגירה על כנו במשך עשרות שנים, לאור היעדר מגבלה על פרק הזמן הקבוע לכך בחוק, בלי כל סעד סטטוטורי או מנהלי לבעל הנכס, הינה אף פוגענית יותר לעומת תפיסת שטח מכוח חוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום, המוגבל מאז 1952 לתקופה של שלוש שנים ומזכה את בעל הנכס בפיצוי. מכאן, איפוא, מתחדד הצורך בהסדרת הנושא בחקיקה כללית ומקיפה, אשר תכיר בסמכות נרחבת לרשות השלטונית להשתלטות על נכסים פרטיים לצורך מטרה ביטחונית או אזרחית קונקרטית מחד, אך תכיר, מאידך, בזכות סטטוטורית לפיצוי באופן שישקף, בין היתר, את עוצמת הפגיעה בבעל הנכס. אעמוד על הדברים בהרחבה בפרקים ב ו-ג', עת אדון, בהתאמה, בקשיים הנובעים מהיעדר הסמכה כללית להפקעה בדין הקיים ובמתווה המוצע לחקיקה מקיפה בנושא.

¹³² שם, דעת השופט ג'ובראן, בפסקאות 2-3.

¹³³ שם, בפסקה 4.

¹³⁴ שם, בפסקאות 5-6.

¹³⁵ שם, בפסקאות 6, 10.

¹³⁶ חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, ס"ח 924.

¹³⁷ עניין **אבן זוהר**, לעיל ה"ש 20, דעת השופט ג'ובראן, בפסקה 11.

3. זכות המדינה לנצל אמצאה המוגנת בפטנט

מקור סטוטורי אחר המאפשר למדינה להשתלט על נכס פרטי לקידום מטרה ציבורית מצוי בחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.¹³⁸ ככלל, כאשר מדובר ב"אמצאה כשירת פטנט",¹³⁹ הנרשמת במרשם הפטנטים,¹⁴⁰ מוענקות לבעל הפטנט זכויות ייחודיות באמצאה נשוא הפטנט, כך ש"בעל פטנט זכאי למנוע כל אדם זולתו מנצל בלי רשותו או שלא כדין את האמצאה שניתן עליה הפטנט".¹⁴¹ הפטנט מעניק לפיכך לבעליו מונופול על השימוש באמצאה ועל הפקת רווחים ממנה, למשך חיי הפטנט.¹⁴²

לפי סעיף 51 לחוק, "פטנט יהא בר-תוקף כלפי המדינה בכפוף להוראות פרק ו'".¹⁴³ פרק ו' עוסק בסימן ג' ב"שימוש באמצאות לטובת המדינה". לפי סעיף 104 לחוק, השר שקבעה הממשלה "רשאי להתיר ניצול אמצאה על ידי משרדי הממשלה או על ידי מפעל או מוסד של המדינה ... אם ראה השר שהדבר דרוש להגנת המדינה או לקיום הספקה או שירותים חיוניים",¹⁴⁴ כאשר סעיף 105 לחוק מסמיך את השר לתת היתר לפי סעיף 104 "גם לאדם הפועל על פי חוזה עם המדינה, כדי להבטיח או להקל את ביצועו של החוזה, ולצרכי המדינה בלבד".¹⁴⁵ במקום בו ניתן היתר כאמור, מחויבת המדינה לשלם "לבעל האמצאה, לבעל הפטנט או לבעל רשיון יחודי, לפי הענין, תמלוגים שנקבעו בהסכם בין הצדדים, ובאין הסכם - על ידי הועדה לעניני פיצויים ותמלוגים".¹⁴⁶

במרץ 2020, עם תחילת משבר הקורונה בישראל, נעשה לראשונה מאז חקיקת חוק הפטנטים שימוש בסמכות מכוח סעיפים 104-105, כאשר הממשלה מינתה את שר הבריאות לשר המוסמך לעניין סימן ג' לפרק ו' לחוק "לכל עניין הנוגע לנגיף הקורונה החדש 2019".¹⁴⁷ שר הבריאות התיר לאגף לשעת חירום במשרד הבריאות ולחברת קיי. אס. קים אינטרנשיונל בע"מ לנצל את התרופה האנטי-ויראלית Kaletra - המוגנת בישראל בפטנט לטובת חברת AbbVie, ומשמשת לטיפול ב-HIV - באמצעות ייבוא של התרופה ממדינות בהן פקע תוקף הפטנט, וזאת לצרכי טיפול בנגיף הקורונה.¹⁴⁸ כלומר, הצו שהוצא מכוח סעיפים 104-105 הפקיע את זכות השימוש הייחודית שיש לבעלת הפטנט וליבואנית הרשמית שלה בישראל אך ורק לצורך טיפול בנגיף הקורונה (אך לא לצרכים אחרים, ובכלל זה לצורך טיפול ב-HIV) – וזאת לאור המסקנה בחוות-דעת שהוכנה עבור השר, ולפיה החברה והיבואנית אינן מסוגלות לספק את המלאי הדרוש בישראל לתרופה לטיפול בקורונה.¹⁴⁹

¹³⁸ חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, ס"ח 510.

¹³⁹ שם, סעיף 3.

¹⁴⁰ שם, סעיף 36.

¹⁴¹ שם, סעיף 49(א).

¹⁴² ככלל, "תקופת הפטנט היא עשרים שנה מיום הבקשה". שם, סעיף 52. על האיוון הגלום בהגנה ייחודית על זכויות ניצול האמצאה במשך חיי הפטנט כנגד הפיכת הידע לנחלת הכלל עם תום חיי הפטנט, ראו THOMAS J. MICELI, THE ECONOMIC APPROACH TO LAW 180-181 (2d ed., 2009).

¹⁴³ חוק הפטנטים, לעיל ה"ש 138, סעיף 51.

¹⁴⁴ שם, סעיף 104.

¹⁴⁵ שם, סעיף 105.

¹⁴⁶ שם, סעיף 108. הרכבה של הועדה לענייני פיצויים ותמלוגים נקבע בסעיף 109 לחוק.

¹⁴⁷ ראו החלטה מספר 4888 של הממשלה מיום 13.03.2020, "הסמכת שר לעניין סימן ג' לפרק ו' לחוק הפטנטים - נגיף הקורונה".

¹⁴⁸ ראו מכתבו של שר הבריאות יעקב ליצמן מיום 18.3.2020 בעניין "היתר לשימוש באמצאה לטובת המדינה מכוח סימן ג' בפרק ו' לחוק הפטנטים".

¹⁴⁹ ראו ליטל דוברביצקי "לראשונה: המדינה מאשרת להשתמש בתחליף גנרי לתרופה בחולי קורונה" כלכליסט 19.3.2020.

יוער, כי לאחר החלטת שר הבריאות, הודיעה בעלת הפטנט, חברת AbbVie, כי היא לא תאכוף עוד את זכויותיה מכוח הפטנט ברחבי העולם, על אף שבחלק מהמדינות זכות זו בתוקף עד שנת 2026.¹⁵⁰

כמו כן, לעניין האפשרות הנתונה למדינה להשתלט על אמצאה המוגנת בפטנט מכוח חוק הפטנטים, יש להבחין בין הסמכות המוקנית למדינה לנצל ישירות אמצאה עבור המטרות המנויות בסעיף 104, לבין הסמכות הרגולטורית המוקנית לרשם הפטנטים להעניק "רשיון כפיה" לטובת מי שפונה אליו בבקשה בעניין זה, במקום בו "שוכנע הרשם כי בעל פטנט מנצל לרעה את המונופול שיש לו".¹⁵¹ רשיון כפיה כאמור הינו רשיון לא-יחודי, כאשר על הרשם לקבוע בעת מתן הרשיון את תנאיו, ובכלל זה את "התמלוגים או תמורה אחרת שעל בעל הרשיון לשלם לבעל הפטנט, הכל כפי שהוא סביר ומתאים בנסיבות הענין ובהתחשב בענייני הלגיטימיות של בעל הפטנט".¹⁵² מכאן עולה, איפוא, שעל אף שבמקרה של "רשיון כפיה" פועל הרשם בכובעו הרגולטורי, והחובה לתשלום תמלוגים מוטלת על המבקש לקבל רשיון כזה, הרי שהעילות למתן רשיון כזה הינן כאלו שנועדו לקדם ככלל את האינטרס הציבורי בנגישות נרחבת למוצר, כך שבנסיבות מסוימות יכול רשיון כפיה להוות תחליף לניצול ישיר על-ידי המדינה, ככל שאמורים הדברים ב"קיום הספקה או שירותים חיוניים" לציבור. יצוין כי בישראל, לא נעשה הלכה למעשה שימוש בסמכות למתן רשיונות כפיה.¹⁵³ עם זאת, עצם קיומו של מנגנון כזה עשוי להשפיע מלכתחילה על התנהלותם של בעלי פטנטים, הן ביחסם כלפי יצרנים אחרים והן לעומת המדינה.¹⁵⁴

4. השתלטות זמנית בלי פיצוי: שימוש ארעי במגרשים ריקים

לצד החקיקה שנדונה לעיל, המקנה לרשות שלטונית סמכות להפקיע נכסים או להשתלט עליהם לצורך מטרה ציבורית, אך מחייבת ככלל תשלום פיצוי שעקרונותיו נקבעים בחוק ומבוארים בפסיקה, ראוי לציין את חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1987.¹⁵⁵ חוק זה מאפשר לרשות המקומית להורות בצו, לגבי "מגרש ריק",¹⁵⁶ כי הוא "דרוש לציבור כל עוד הוא ריק" כך ש"על אותו מגרש יינקטו פעולות לגינון זמני של המגרש",¹⁵⁷ או לחלופין, "לצוות על השימוש הזמני במגרש ריק כמגרש חניה ציבורי".¹⁵⁸ תוקף צו כאמור הינו לתקופה של

¹⁵⁰ ראו Donato Paolo & Hannah Kuchler, "AbbVie Drops Patent Rights for Kaletra Antiviral Treatment", FINANCIAL TIMES, March 23, 2020.

¹⁵¹ חוק הפטנטים, לעיל ה"ש 138, סעיף 117(א). ניצול לרעה כאמור מתקיים במקום בו "אין מספקים בתנאים סבירים את מלוא הביקוש למוצר" או ש"התנאים שהתנה בעל הפטנט להספקתו של המוצר, או מתן רשיון לייצורו או לשימוש בו, אינם הוגנים בנסיבות הענין ואינם מתחשבים בטובת הכלל, והם נובעים בעיקר מעצם קיום הפטנט", וזאת כאשר בעל הפטנט "לא הראה הצדק סביר" לקיומה של אחת הנסיבות הללו. שם, בסעיף 119. בנוסף, סעיף 122 לחוק מונה שורת שיקולים שעל הרשם לשקול בהחלטתו האם להעניק רשיון כפיה.

¹⁵² שם, סעיף 126.

¹⁵³ ראו, למשל, ת.א. (ת"א) 16853-04-17 שטראוס מים בע"מ נ' אבי גל (לא פורסם, 28.8.2019), ולפיו "לא נעלמה מעיני המציאות לפיה סעיף 117 לחוק הפטנטים מיושם לעיתים נדירות ביותר, אם בכלל". שם, בפסקה 13.

¹⁵⁴ ראו עופר טור סיני **אמצאות עוקבות בדיני פטנטים** 319 ה"ש 22 (2017).

¹⁵⁵ חוק שימוש ארעי במגרשים ריקים, לעיל ה"ש 14.

¹⁵⁶ ראו הגדרת המונח "מגרש ריק" בסעיף ההגדרות לחוק: "מגרש שאין עליו בניה למעט גדר, ושאינו משמש בפועל למטרה שלמענה מותר להשתמש במגרש על פי תכנית בת תוקף או על פי היתר". שם, סעיף 1.

¹⁵⁷ שם, סעיף 2.

¹⁵⁸ שם, סעיף 5.

חמש שנים, והוא ניתן להארכה על-ידי הוצאת צו חדש,¹⁵⁹ תוך מתן אפשרות לצד הנפגע לערור על כך לבית המשפט.¹⁶⁰ רשויות מקומיות עושות שימוש תכוף למדי בחוק זה לצורך הוצאת צווים.¹⁶¹

בעוד שהעלויות הכרוכות בהוצאות הגינון ובהוצאות האחזקה השוטפת של המגרש, או בהוצאות הכשרת המגרש לצרכי חניה והחזקתו התקינה, לפי העניין, חלות על הרשות המקומית¹⁶² – הרי שבעל המקרקעין אינו זכאי לפיצוי מכוח החוק על עצם הנטילה הזמנית של החזקה והשליטה בנכס. בבחינת החוק והפגיעה האפשרית הגלומה בו, מתייחס אליו בית המשפט העליון בעניין **גלים כפר נוער חיפה נ' ראש עיריית טירת הכרמל** כ"חוק יפה", וזאת משום ש"כולנו ראינו וידענו כי רבים הם בערים ובכפרים מיגרשים ריקים ההופכים מקור למטרדים".¹⁶³ כלומר, בית המשפט מציין, בהסתמך בין היתר על האמור בדברי הצעת החוק, כי לצד המטרות של שמירה על איכות הסביבה (במקרה של צו גינון זמני) והקטנת מצוקת החניה (במקרה של צו לשימוש כמגרש חניה), ניתן ללמוד על מטרה נוספת שעמדה בפני המחוקק, והיא "פתרון לבעיות שונות העולות מקיומם של מגרשים ריקים, ובהן הצטרפות אשפה במגרשים מסוג זה, פלישות ובניה בלתי חוקית".¹⁶⁴ יחד עם זאת יודגש, כי החוק או הפסיקה אינם דורשים, כתנאי להפעלת הסמכות ביחס למגרש המסוים, כי הרשות המקומית אכן תגיע למסקנה כי המצב הנוהג בפועל במגרש עולה לכדי מטרד ליחיד או מטרד לציבור, או שהוא גורם באופן אחר הפרעה לסביבה. דהיינו, אין צורך להראות כי התערבותה של הרשות נדרשת כדי למנוע נזק פעיל הנגרם לאחרים כתוצאה ממצבו בפועל של המגרש. החוק מתמקד בכך שהמגרש עומד ריק, מחד, ושהוא "דרוש לציבור" לצורך גינון או חניה, מאידך.

בהתאם לכך, דומה כי גישתו של בית המשפט לחוק זה ולהפעלת הסמכות מכוחו הינה, באנלוגיה, כי מדובר במצב של "זה נהנה וזה לא חסר" – ואולי אף מעבר לכך, כלומר שבהסדר הסטטוטורי האמור אף טמונה תועלת אובייקטיבית לבעלי המגרש. כך, מציין בית המשפט בעניין **רוזנצוויג נ' עיריית טבריה** כי "המבקש מודה כי אין הוא עושה שימוש במגרש, ודומה כי גם הוא וגם הציבור יצאו נשכרים מכך שהמגרש יתוחזק והעירייה תיטול על עצמה לשמור על מצבו הפיזי והקנייני, אף כי החוק לא נחקק למען הפרט אלא למען הציבור... ונמצא כי גם מבחינת דיני הנזיקין משפר הצו הן את מצבו של המבקש והן את מצבם של הציבור".¹⁶⁵

לפיכך, חוק שימוש ארעי במגרשים ריקים מעניק לרשות סמכות להשתלט באופן פיזי על נכס פרטי, באופן המהווה הלכה למעשה שלילה זמנית של זכויות, אלא שבשונה מדברי החקיקה שנסקרו בחלקים ב'1-ב'3 לעיל, הוא שולל באופן קטיגורי את הזכות לפיצוי בגין הפרת הזכות הקניינית. לגישתי, האבחנה האמורה אינה מוצדקת, מהטעמים שאפרט להלן, ומעבר לכך, ראוי כי הסמכות להשתלטות זמנית על נכסים שאינם בשימוש תעוגן במסגרת חקיקה כללית, כפי שתפורט בפרק ג'.

¹⁵⁹ שם, סעיף 8.

¹⁶⁰ שם, סעיף 9. בעוד שבאופן טיפוסי, הצד הנפגע כאמור הוא הבעלים או המחזיק כדין במגרש, ייתכנו מקרים בהם מי שרואה עצמו נפגע הוא בעל אינטרס עקיף, כלכלי או אחר, בהכשרת המגרש למטרה הציבורית, כגון שכנים המתנגדים להפעלת חניון סמוך לבתיהם, או בעל חניון פרטי בתשלום המצוי בסמוך למגרש שעבורו ניתן צו להכשרתו למגרש חניה פתוח לציבור. ראו, למשל, רע"א 1236/19 **אלירז נ' עיריית ירושלים** (לא פורסם, 12.5.2019).

¹⁶¹ כך, חיפוש במאגרים משפטיים מעלה מאות תוצאות בהן דנו בתי המשפט בעררים על הוצאת צווים כאמור.

¹⁶² חוק שימוש ארעי במגרשים ריקים, לעיל ה"ש 14, סעיפים 4-5.

¹⁶³ בג"צ 183/95 **גלים כפר נוער חיפה נ' ראש עיריית טירת הכרמל** (לא פורסם, 15.1.1998), בפסקה 2 (להלן: "עניין גלים").

¹⁶⁴ עע"מ 9963/03 **זהר נ' עיריית תל אביב יפו** (לא פורסם, 1.8.2006), בפסקה 8.

¹⁶⁵ רע"א 2896/06 **חיים רוזנצוויג, עו"ד נ' עיריית טבריה** (לא פורסם, 18.9.2006), בפסקה ט' (להלן: "עניין רוזנצוויג").

כך, לעניין הטענה בדבר היעדר פגיעה כביכול בבעל הנכס, המובאת בעניין **רוזנצוויג**, הרי שספק בעיניי האם אי-הזכות נזק ממוני מצידו של בעל הקרקע בשל הוצאת הצו אמורה להיות תמיד חזות הכל לצורך הכשרת צו מכוח החוק, ויש בעמדה זו קושי מבחינת הבנת תוקפה ומעמדה של זכות הקניין הפרטי, הן במשפט הפרטי והן במשפט הציבורי. זאת במיוחד משום שבית המשפט כן הכיר, בעניין **גלים**, בכך ש"החוק ייעד עצמו לפגוע בקניינו של הפרט, ועל דרך זו יפורש: בצימצום, בקפידה ועל דרך שמירת קניינו של הפרט".¹⁶⁶ באופן רחב יותר, ההגנה על קניינו של הפרט, ובמיוחד ביחסיו אל מול הרשות השלטונית, אינה אמורה להיות מותנית ביכולתו של הפרט להוכיח תמיד קיומו של נזק ממוני כתנאי לעצם ההגנה על הזכות, אלא עליה להידרש גם למטרות האחרות בגינן מְגִנֹת שיטות משפט, ובכלל זה שיטת המשפט הישראלית, על קניינו של הפרט. אף מבלי להתייחס כאן לפער הקיים לעיתים בין הערכה 'סובייקטיבית' של שווי או ערך מצד בעל הנכס לעומת הערכה 'אובייקטיבית' כזו,¹⁶⁷ הרי שזכות הקניין נועדה גם לקדם אוטונומיה אישית או "חירות שלילית" כמרחב של אי-התערבות,¹⁶⁸ כך שפלישה פיזית לקניין הפרט עלולה לגרום פגיעה בעצם המעשה.¹⁶⁹ בהתאם לכך, ניתן לראות את זכות הבעלות כמגלמת בתוכה רעיון מובנה של "שלילה בסדר-היום בנוגע לנכס".¹⁷⁰ בעוד שרגולציה שלטונית או מגבלות הדדיות המוטלות מכוח עקרונות המשפט הפרטי בין בעלי נכסים עשויות לכרסם גם הן במידת מה ביכולת מימוש האוטונומיה או החירות המוקנית לבעל נכס, הרי ששלילת השליטה הפיזית ותפיסת החזקה בנכס על-ידי רשות שלטונית, גם אם באופן זמני, חודרות לליבת הערכים הללו והן אינן יכולות להישקל מבחינה נורמטיבית רק דרך בחינת יכולתו של בעל הזכות להוכיח קיומו של נזק ממוני.¹⁷¹

בהקשר רחב יותר, ניתן וראוי להפריד בין עצם ההכרה במעשה שלטוני כפעולה של הפקעה או שלילה (זמנית או קבועה) של זכויות קניין לבין אופן החישוב של הפיצוי הנדרש בגין הפגיעה כאמור. אף אם הפיצוי הנפסק במקרה מסוים הינו נמוך או אף נומינלי, יש חשיבות בעצם ההכרה במעשה שלטוני השולל את זכות החזקה והשימוש בנכס לטובת מטרה ציבורית כמעשה של הפקעה או "נטילה שלטונית" לצורך יצירת הגיון מְסֻדָּר במהות זכות הקניין ובהגדרת הסמכות השלטונית.

כך, למשל, בעניין **אקונס**,¹⁷² לאחר שבית המשפט העליון פסק כי יש לתקן את הליכי ההפקעה כך שתופקע זכות הבעלות (ולא הזכות לחזקה ושימוש), הוחזר העניין לצורך הוצאת שומת פיצוי על-ידי השמאי הממשלתי הראשי - שקבע כי שווי הפגיעה עקב מעשה ההפקעה הינו אפס. בדיון

¹⁶⁶ עניין **גלים**, לעיל ה"ש 163, בפסקה 4.

¹⁶⁷ ראו לעניין זה Katrina Miriam Wyman, *The Measure of Just Compensation*, 41 U.C. DAVIS L. REV. 239 (2007).

¹⁶⁸ על "החירות השלילית", ראו ISIAH BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in FOUR ESSAYS ON LIBERTY 118 (1969).

¹⁶⁹ ראו, למשל, Lee Anne Fennell, *Taking Eminent Domain Apart*, 2004 Mich. St. L. Rev. 957, 966-67 (2004) וכן Nicole Stelle Garnett, *The Neglected Political Economy of Eminent Domain*, 105 Mich. L. Rev. 101, 109-10 (המתארת סוג כזה של פגיעה כ-dignitary harm).

¹⁷⁰ ראו Larissa M. Katz, *Exclusion and Exclusivity in Property*, 58 U. TORONTO L. REV. 275, 278 (2008).

¹⁷¹ על האבחנה הנורמטיבית והדוקטרינרית בין פגיעה שלטונית הכרוכה בשלילת שליטה פיזית ותפיסה חזקה (קבועה או זמנית) לבין התערבות פיזית שאינה כרוכה בהשתלטות על הנכס או הנובעת מרגולציה, ראו Amnon Lehari, *Temporary Eminent Domain*, BUFFALO L. REV. (forthcoming 2021), pp. 12-17, available at <https://ssrn.com/abstract=3685157>. גם במשפט הפרטי, קיימת ככלל אבחנה קטיגורית בין עוולה של הסגת גבול פיזית לבין הפרעה לשימוש שאינה כרוכה בכניסה פיזית לנכס, אשר איננה נגזרת בהכרח מגודל הפגיעה הממונית, בכל הנוגע להיקף ההגנה לה זכאי בעל זכות הקניינית בגין הפרת זכותו. ראו Henry E. Smith, *Exclusion and Property*.

¹⁷² עניין **אקונס**, לעיל ה"ש 54. ראו דיון בפסק-הדין בחלק ב' לעיל.

שהתקיים בפני בית המשפט המחוזי, בעקבות השומה כאמור, קיבל בית המשפט המחוזי עמדה מתוקנת של המדינה ולפיה שווי הפגיעה בזכות הבעלות ברצועה התת-קרקעית הינו מזערי (בסך של 2,590 ₪ עבור החלקה נשוא הדיון), וזאת משום שלא הוכחה "הגבלה לשימוש בקרקע או צמצום בהפקת הנאה הימנה".¹⁷³ אם כך פני הדברים, האם נותרת עדיין חשיבות בהלכה העקרונית שנקבעה בעניין **אקונס**? לגישתי, התשובה היא בחיוב. ההכרה בשלילת השליטה הפיזית ותפיסת החזקה הקבועה ברצועה התת-קרקעית כמעשה של הפקעת בעלות מחייבת, מחד, את הרשות השלטונית לתחום היטב הן את מטרת ההפקעה והן את היקפה הפיזי, ומאידך, מבטאת הכרה בפגיעה קניינית (במקרה זה, קבועה) בזכויות בעל הנכס ברצועה ובהחלטות עתידיות לגביה, לקידום מטרה ציבורית – אף אם במקרה הפרטני, שיעור הפיצוי מבטא שווי שוק נמוך של הרצועה התת-קרקעית.¹⁷⁴

לגישתי, זו הגישה המשפטית אותה ראוי לנקוט גם ביחס לשימוש ציבורי ארעי במגרשים ריקים. אף שהחוק במתכונתו הנוכחית אינו כולל זכות לפיצוי, ובית המשפט בעניין **רוזנצוויג** שלל ניסיון לקרוא לתוך הוראות החוק זכות כזו לפיצוי,¹⁷⁵ ראוי היה לאפשר לרשות המקומית לעשות שימוש ארעי כאמור במסגרת חוק נרחב יותר, למגוון מטרות, אך כזה שיכיר במקביל בזכות העקרונית לפיצוי. במילים אחרות, החוק במתכונתו הנוכחית הינו בעת ובעונה אחת צר מדי, אך גם נרחב מדי.

מחד, החוק הינו צר מדי במובן זה שאם יש תועלת בקידום מטרה ציבורית זמנית במגרש ריק – ובמיוחד אם מעבר לקידום המטרה הציבורית הישירה, יש בעצם השימוש במגרש גם כדי למנוע "מטרד" – הרי שאין סיבה להגביל את המטרה הציבורית הזמנית מכוח החוק רק לגינון או למגרש חניה. מעבר לכך, לפי הגיונם של הדברים, יש מקום להרחיב את זכותה של הרשות המקומית לשימוש ציבורי זמני, לא רק למגרשים ריקים, אלא גם למבנים העומדים ריקים מסיבות שונות, הן בזמני שגרה והן בעת חירום, כפי שנעשה בערים שונות ברחבי העולם בעקבות משבר הקורונה.¹⁷⁶

מאידך, החוק במתכונתו הנוכחית הינו נרחב מדי. ראשית, החוק אינו מכיר בפגיעה הקניינית העקרונית הגלומה בכך שהרשות המקומית נוטלת באופן זמני מהבעלים את זכות החזקה והשימוש ומעבירה אותה באופן כפוי לידיה, ושולל לפיכך באופן קטיגורי את זכותו של הבעלים להכרה בעצם הפגיעה ולפיצוי אפשרי בגין השימוש הארעי גם בהיעדר נזק ממוני. שנית, על אף שהחוק כהגדרתו אינו מונע מבעל המגרש לעשות בו שימוש לצורך המותר לפי דיני התכנון והבניה ובלבד "שניתן לכך היתר כדין",¹⁷⁷ הרי שיכולת הרשות המקומית לעשות שימוש ארעי בתקופת הביניים, טרם אישור תכנית בניין עיר או מתן היתר, עלולה ליצור תמריץ שלילי לרשות – בכובעה כמוסד תכנון או מוסד רישוי – שלא לקדם הליכים כאמור. לפיכך, הפנמה של עלות אפשרית כזו צריכה לכל הפחות למצוא

¹⁷³ ה"פ (חיפה) 25819-03-10 **עזבון המנוח שבתאי מזרחי נ' מ"י** (לא פורסם, 28.5.2013), בפסקה 6.4. גישה זו נוהגת גם בדיון הפדראלי בארה"ב. בעניין Loretto, קבע בית המשפט הפדראלי העליון כי כל תפיסה פיזית קבועה של קרקע פרטית בידי רשות שלטונית או גוף אחר המוסמך לכך לפי חוק מהווה מעשה "הפקעה", גם כאשר דובר, באותו מקרה, במתיחת כבלי טלוויזיה על גבי הקרקע. Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419, 437 (1982). לאחר פסק-הדין העקרוני, קבעה ועדה מוסמכת את שיעור הפיצוי בסך נומינלי של דולר אחד. ראו Loretto v. Group W Cable, Inc., 109 S. Ct. 78 (1988). במקרים אחרים, קבע בית המשפט הפדראלי העליון כי יש להכיר בנטילה שלטונית קבועה של קניין הפרט כהפקעה גם אם זו "העלתה את שווי הנכס". ראו Phillips v. Washington Legal Foundation, 524 U.S. 156, 169-170 (1998).

¹⁷⁵ עניין **רוזנצוויג**, לעיל ה"פ 165, בפסקה י"א.

¹⁷⁶ כך, למשל, בחודש יולי 2020, הורתה עיריית ברצלונה על החלטתה לתפוס באופן זמני דירות נופש ריקות בבעלות פרטית לצורך דיון חירום במהלך משבר הקורונה. ראו: Feargus O'Sullivan, "Barcelona's Latest Affordable Housing Tool: Seize Empty Apartments," BLOOMBERG, July 16, 2020. כן ראו את הדיון בחלק ב'1 להלן.

¹⁷⁷ חוק שימוש ארעי במגרשים ריקים, לעיל ה"פ 14, סעיף 10.

ביטוי בהכרה עקרונית בשימוש הארעי כסוג של הפקעה זמנית ובמתן פיצוי במקרים מתאימים. כפי שאראה בפרק ג', הסדרה חקיקתית כוללת של סמכות ההפקעה בנוגע לנכסים שונים, באופן קבוע או זמני, צריכה לאפשר לבית המשפט גם לקבוע, במקרים מתאימים, פיצוי שאינו כרוך בהכרח בהוכחת נזק ממוני. זאת, כחלק מקידום נרחב יותר של ערכים שונים הנוגעים להגנה על זכות הקניין ולחובת הפיצוי, ובכלל זה יעילות, שוויון, הגינות והכרה באוטונומיה של הפרט, לצד יצירת תמריצים נאותים לרשות השלטונית לקדם את טובת הציבור אך תוך נתינת דעת (במובן של אחריותיות, או accountability) להשלכות השונות הכרוכות בקידום המטרה הציבורית.

ב. היעדר הסמכה כללית להפקעה – והקשיים שהדבר מעורר

הדיון בפרק א' הציג את המענה החלקי בלבד שמספק כיום הדין הישראלי להסדרה של סמכות המדינה להעמיד לרשותה, באופן קבוע או זמני, נכסים פרטיים לקידום מטרה ציבורית מסוימת, ולסוגיית ההכרה בעצם הפגיעה הקניינית הגלומה בכך תוך קביעת זכות עקרונית לפיצוי. בפרק זה אדון בקשיים השונים המתעוררים עקב היעדר הסמכה כללית להפקעה וכנגדה חובה כללית לפיצוי.

1. הימנעות משימוש ציבורי אופטימלי בנכסים בעתות חירום ובשגרה

דומה כי המציאות של משבר הקורונה בשנת 2020 ואילך מלמדת כי התפיסה המסורתית שנהגה בישראל, בנוגע לאבחנה בין עתות חירום ושגרה, ולאיתור סוגי הנכסים הפרטיים שעליהם מוסמכת המדינה להשתלט – כפי שהיא באה לידי ביטוי בחקיקה הקיימת – הינה במידה רבה אנכרוניסטית, ובכל מקרה היא לוקה במקרים מסוימים בהכללת יתר, ובמקרים אחרים בהכללת חסר.

מחד, היעדר השימוש בסמכויות התפיסה הנתונות למדינה מכוח חוק רישום ציוד וגיוסו לצה"ל לצרכים אזרחיים (על אף תיקון החקיקה המאפשר כיום שימוש בסמכות זו לעניין "ציוד עודף" שאינו דרוש לצה"ל) או בחוק לתפיסת מקרקעין בשעת-חירום מעבר להקשר הקונקרטי של גדר ההפרדה, מלמד על כך שמנגנונים אלה אינם יעילים להתמודדות עם אתגרים החורגים מההקשרים המובהקים של עימותים ביטחוניים, או לכל הפחות, כי קיים קושי מעשי בהשתחררות מדפוס ההתנהגות הביטחוני הנוגע לחוקים אלה, על אף האפשרות העקרונית לעשות בהם שימוש גם בהקשרים אזרחיים. מכאן עולה כי דווקא בתחומי פעילות אחרים, כגון אלה הנוגעים הן לתקופת החירום האזרחית אותה חוותה ישראל במהלך משבר הקורונה, והן לצרכים ציבוריים שונים המתעוררים בעתות שגרה, הרי שהיעדר חקיקה כוללת המסמיכה את המדינה להשתלט על נכסים, באופן זמני או קבוע, למטרות ציבוריות חיוניות, עלול לגרום לשימוש לא-מיטבי בנכסים אלה.

כך, דנתי בחלק א' לעיל במצב ולפיו חוק שימוש ארעי במגרשים ריקים מתייחס רק למגרשים ריקים, ולא למבנים העומדים ריקים באופן זמני מסיבה כלשהי. אף שפורמלית, שר האוצר יכול לעשות שימוש בסמכותו מכוח סעיף 3(ב) לפקודת הקרקעות גם לצורך הפקעה זמנית של זכות חזקה או שימוש בקרקע ובמבנים שעל גביה, הרי שההליך הממושך יחסית הכרוך בהפקעה לפי פקודה זו הופך את השימוש בה לצורך תקופת זמן מוגבלת, כגון מספר שבועות או מספר חודשים, לבלתי-

ישים הלכה למעשה.¹⁷⁸ לפיכך, ועל רקע זניחת השימוש בחוק לתפיסת מקרקעים בשעת-חירום מעבר להקשר הקונקרטי של גדר ההפרדה, לא עומדת כיום למדינת ישראל סמכות לשימוש זמני במבנים פרטיים נטושים לצרכים אזרחיים, בעת חירום או בשגרה, בהליך מהיר – אך כזה שיבטיח באותה עת הגנה על זכויותיו הקנייניות של בעל הנכס, ובכלל זה את הזכות לפיצוי נאות.

לעומת זאת, משבר הקורונה ברחבי העולם המחיש את הצורך בקיומה של סמכות כזו. כך, במדינות שונות הוצאו צווים המאפשרים תפיסה זמנית של בתי מלון, מרכזי כנסים ומבנים אחרים שעמדו ריקים לאור משבר הקורונה לצורך שהות של חולי קורונה או חייבים בבידוד,¹⁷⁹ כמו גם לשיכונם הזמני של חסרי בית כדי לשמור על בריאותם בעת חירום אזרחית מעין זו.¹⁸⁰ אף שבדרך כלל, מבוסס שימוש ציבורי זמני מעין זה על התקשרות הסכמית עם בעלי הנכס, וברי כי דרישת המידתיות לשימוש בסמכות זו בשיטות משפט שונות מחייבת את הרשות לפנות קודם כל למשא-ומתן רצוני, נראה כי הענקת סמכות כזו, כנגד תשלום פיצוי נאות שעקרונותיו נקבעים בחוק או בצו המסמך, הינה ככלל ראויה. יצוין כי בישראל, התבסס השימוש (המוגבל) ב"מלונות קורונה" על הסכמים שנערכו בין משרד הביטחון לבתי מלון¹⁸¹ – אך ייתכן שהענקת סמכות רחבה יותר היתה מעודדת את רשויות השלטון לשימוש זמני ויעיל בנכסים פרטיים להתמודדות עם משבר הקורונה.

בהתאם לכך, גם בנוגע לשימוש בנכסים נדים ובנכסים בלתי-מוחשיים (כגון זכויות קניין רוחני), הרי שהלקח הנלמד מעתות חירום אזרחיות הינו כי עשוי להתעורר צורך בהשתלטות שלטונית, זמנית לפחות, על נכסים שאינם נכללים במסגרת הסמכויות בחקיקה הקיימת או שהשימוש בהם לא מבוצע הלכה למעשה. כך, למשל, הצגתי בחלק א' את השימוש הראשון שנעשה בישראל בסמכות הנתונה למדינה מכוח סעיפים 104-105 לחוק הפטנטים לניצול פטנט קיים (ייבוא תרופה גנרית לטיפול בקורונה), אך זאת בלי שיערך עיון מחודש ונרחב יותר בתשתית החקיקתית. לעומת זאת, במדינות אחרות, נקבעו במהלך משבר הקורונה הוראות חקיקתיות ומנהליות הנדרשות להיבטים המיוחדים הכרוכים בסמכות המדינה לניצול, זמני לפחות, של פטנטים קיימים. כך, בקנדה, בוצע במרץ 2020 תיקון לחוק הפטנטים הפדראלי,¹⁸² מכוח ה-COVID-19 Emergency Response Act,¹⁸³ ולפיו מוסמך שר הבריאות הקנדי, במסגרת הוראת שעה לתקופת משבר הקורונה, לפנות לרשם הפטנטים בבקשה לאפשר ניצול של פטנט קיים על-ידי הממשלה או מטעמה, בלי צורך לשאת-ולתת קודם לכן עם בעל הפטנט על קבלת רשיון (בניגוד למצב הרגיל הנוהג).¹⁸⁴

¹⁷⁸ על ההליך הכרוך בהפקעה מכוח פקודת הקרקעות, ובכלל זה זכות שימוע, ראו נמדר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 259-364. ¹⁷⁹ ראו, למשל, צו שהוצא על-ידי מושל קליפורניה גאוין ניוסום (Gavin Newsom) במרץ 2020, המאפשר השתלטות זמנית על מבנים, כגון בתי מלון, לצורך שיכונם של חולי קורונה או חייבים בבידוד. Executive Department, State of California, Executive Order N-25-20 (March 12, 2020), זמין באתר: <https://www.gov.ca.gov/wp-content/uploads/2020/03/3.12.20-EO-N-25-20-COVID-19.pdf>. כן ראו דיווח על צעדים דומים שננקטו בהודו: "Government to Take over Hotels, Convention Halls as Isolation Centres," THE TIMES OF INDIA, Mar. 24, 2020.

¹⁸⁰ ראו, למשל, דיווח על שיכונם הזמני של חסרי בית במלונות בעיר גלאזגו בסקוטלנד: "Emergency Hotel Accommodation Secured for all Rough Sleepers in Glasgow," SCOTTISH HOUSING NEWS, Mar. 26, 2020.

¹⁸¹ ראו אודי עציון "מלונות דן פנורמה בת"א, ירושלים וחיפה ישכנו את חולי הקורונה" **כלכליסט** 16.3.2020; נווית זומר "מלונות ההחלמה עלו למשרד הביטחון 79 מיליון שקל" **כלכליסט** 11.5.2020.

¹⁸² Patent Act (R.S.C., 1985, c. P-4), זמין באתר: <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-4/FullText.html>.

¹⁸³ COVID-19 Emergency Response Act - S.C. 2020, c. 5, Pt. 12, זמין באתר: https://laws.justice.gc.ca/eng/AnnualStatutes/2020_5/FullText.html.

¹⁸⁴ Patent Act, Section 4(1), לעיל ה"ש 182.

בארצות-הברית, לצד הסמכות הכללית הנתונה לממשל פדראלי להקנות לעצמו רשיון לא-ייחודי לשימוש בפטנט קיים כנגד תשלום פיצוי ששיעורו נקבע בידי בית המשפט הפדראלי המוסמך לכך,¹⁸⁵ עשה הנשיא דונלד טראמפ שימוש בסמכות הנתונה לו מכוח ה-Defense Production Act¹⁸⁶ והורה לחברות שונות לייצר ציוד חיוני לטיפול במשבר הקורונה, כגון מכונת הנשמה ומסכות.¹⁸⁷ כלומר, הסמכות הנתונה לממשל הפדראלי בעת חירום אינה רק לעשות שימוש לא-ייחודי בפטנט, אלא אף להשתלט זמנית על פעילות הייצור בחברות פרטיות כדי להבטיח קיום מלאי של מוצרים חיוניים.

בישראל, רכישת ציוד או מלאי לשעת חירום אזרחית נעשית כדבר שבשגרה באמצעות מכרזים ממשלתיים או עסקאות אחרות, כפי שאמורים הדברים לגבי הרשות העליונה למזון במשרד הכלכלה, האחראית להחזקת מלאי של פריטים מסוימים של מזון אסטרטגי כדי להבטיח את צורכי המשק בשעת חירום.¹⁸⁸ אלא שכפי שהראיתי בחלק א'2 לעיל, לא מממשת הרשות השלטונית את הסמכות העקרונית הנתונה לה, בין היתר, מכוח חוק שירות עבודה בשעת-חירום, להשתלט ישירות על "מפעל חיוני" או "מפעל למתן שירותים קיומיים" לצורך ייצור ציוד כזה הדרוש לטובת הציבור בעתות חירום אזרחיות – תוך נשיאה בעלויות הייצור, כמו גם בעלויות של פיצוי לבעל המפעל.

לעומת זאת, מנגנון עקיף בו נעשה שימוש בכוח שלטוני להבטחת קיום מלאי של מוצרים חיוניים לצרכי המשק המקומי הינו זה של איסור ייצוא, כפי שאירע בסדרה של הוראות שעה מטעם שר הכלכלה במהלך משבר הקורונה, מכוח פקודת הייבוא והייצוא [נוסח חדש], התשל"ט-1979,¹⁸⁹ וצו יצוא חופשי, התשס"ז-2006,¹⁹⁰ בהתייחס לציוד כגון מכונות הנשמה, מטושים ואלכוהול לחיטוי.¹⁹¹

לגישתי, גם כאן (בדומה לדיון בחלק א'4 ביחס לחוק שימוש ארעי במגרשים ריקים), המנגנון הסטטוטורי הינו באותה עת צר מדי ורחב מדי. צווים האוסרים על ייצוא אינם דואגים לכשעצמם לכך שתהיה כמות מספיקה של ציוד חיוני, ככל שאין די בהיקף הייצור המקומי המבוצע ממילא בידי השוק הפרטי המקומי כדי לקיים את צורכי המשק. באותה עת, הטלת המגבלה על הייצוא, על אף שהיא לכאורה צעד רגולטורי, מבטאת הלכה למעשה השתלטות שלטונית "חוסמת" על ציוד שייתכן ולא יירכש בידי צרכנים פרטיים בשוק המקומי, ובלי שאף תהיה התחייבות לרכישה על-ידי הרשות השלטונית – וזאת בלי תשלום פיצוי על עצם שלילת האפשרות לייצוא, אף אם יתברר לאחר מעשה כי מלאי מסוים שנאסר לייצוא כלל לא נמכר בשוק המקומי ולא היה דרוש לצרכי פנים.

לפיכך, התשתית החקיקתית והמעשית החסרה הקיימת כיום עלולה להביא לשימוש לא-אופטימלי בנכסים כאשר מתעורר צורך ציבורי, קבוע או זמני, לשימוש בנכס פרטי. באותה עת, הניסיון לעקוף

¹⁸⁵ U.S.C.A. § 1498(a) 28 (הקובע, לצד הסמכות להקניה כפויה של רשיון לא-ייחודי לטובת הממשלה, את הזכות לפיצוי המהווה "reasonable and entire compensation"). בית המשפט המוסמך הינו ה-U.S. Court of Federal Claims. לקריטריונים לפיצוי שנקבעו בפסיקה זו, ראו Lehari, לעיל ה"ש 171, בעמ' 32-28.

¹⁸⁶ Defense Production Act of 1950, Sept. 8, 1950, ch. 932, 64 Stat. 798, codified as 50 USCA § 4501.
¹⁸⁷ ראו Claire Bushey, Andrew Edgecliffe-Johnson & Kiran Stacey, "Trump Invokes Federal Law to Make Ventilators," FINANCIAL TIMES, March 28, 2020, וכן: Maegan Vazquez, "Trump Invokes Defense Production Act for Ventilator Equipment and N95 Masks," CNN POLITICS, Apr. 3, 2020.

¹⁸⁸ ראו לעניין זה הכנסת – מרכז המחקר והמידע רשות חירום למזון – בחינת המצב בארץ וסקירה משווה (12.8.2015).
¹⁸⁹ פקודת הייבוא והייצוא [נוסח חדש], התשל"ט-1979, דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 32, עמ' 625.

¹⁹⁰ צו יצוא חופשי, התשס"ז-2006, ק"ת-שיעורי מק"ח, התשס"ז, עמ' 26.

¹⁹¹ הוראת השעה הראשונה בסדרה זו הינה צו יצוא חופשי (הוראת שעה), התש"ף-2020, ק"ת – שיעורי מק"ח 1909, כ"ד באדר התש"ף, 20.3.2020, כאשר תוקפה של כל אחת מהוראות השעה העוקבות במסגרת זו הינו שלושים יום.

את החסר הזה על-ידי מנגנונים כגון צווי איסור ייצוא עלול שלא להשיג את המטרה הציבורית הדרושה, מחד, אך לפגוע באופן לא מבוקר בזכויות הקניין של בעלי נכסים, מאידך. לפיכך, מתעורר הצורך בהסדרה סטטוטורית רחבה של סמכות להשתלטות קבועה או זמנית על נכסים בבעלות פרטית, באופן שיהיה ניתן ליישום בעת הצורך, וזאת לצד הגדרה מפורשת של חובת הפיצוי.

2. דרישה להכרה בדיעבד בזכויות בנכסים "בעלי חשיבות ציבורית"

במבוא למאמר, הצגתי את פרשם **בעהם**,¹⁹² ואת האופן בו הקביעה העובדתית בדבר מעמדו של מרדכי בעהם, כעורך-דין פרטי או כעובד מוסדות המדינה שבדרך (כפי שאכן נפסק), הכריעה את סוגיית הבעלות בטיוטות של מגילת העצמאות. כפי שצינתי, הכרעה זו היתה דרמטית במיוחד עבור המדינה, שכן אילו היה בית המשפט מגיע למסקנה כי בעהם כתב את הטיוטות כאדם פרטי, לא ניתן היה לכאורה למנוע את מכירת הטיוטות במכירה פומבית על אף חשיבותם כ"קניין תרבותי" – וזאת בהיעדר סמכות מפורשת הקיימת למדינה להפקיע נכס פרטי מסוג זה כנגד תשלום פיצוי.

גישה דומה מצד המדינה ניתן לאתר גם במקרים אחרים הנוגעים לנכסים בעלי חשיבות תרבותית או היסטורית שיש מחלוקת בדבר הבעלות בהם – והלכה למעשה, נראה כי בתי המשפט נוטים להגן על האינטרס המדינתי בשליטה בנכסים אלה, אף אם הדבר מעורר קושי מבחינת ההגנה על הקניין.

כך, בעניין *Israelitische Kultusgemeinde Wien נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי*,¹⁹³ דן בית המשפט העליון בדרישת המערערת, גוף ציבורי המייצג את הקהילה היהודית בווינה, להשיב לידיה חומר ארכיוני שהועבר לידי הארכיון המרכזי בארבע פעימות (החל ב-1952 ועד 1978) – וזאת לאור פרויקט הנצחה במסגרתו מקובצים בחזרה בווינה מסמכים הקשורים ליהדות אוסטריה. המערערת ביקשה לסיים את תקופת ההשאלה לפי הוראות סעיף 29 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971.¹⁹⁴ בעקבות סירובו של הארכיון המרכזי לעשות זאת, בין היתר לאור טענתו כי המסמכים הועברו אליו שלא על מנת להשיבם, הועבר העניין לעיונו של גנז המדינה, מכוח האמור בסעיף 14א לחוק הארכיונים, ולפיו: "חומר ארכיוני שבארכיון ציבורי ... לא יועבר ממנו אלא לגנזך או לארכיון ציבורי אחר ... [אלא] בהסכמת הגנז ובתנאים שקבע".¹⁹⁵ הגנז סירב לאשר את העברת החומר הארכיוני, בין היתר בטענה כי המסמכים "הועברו בכוונת מכון בהשאלה לצמיתות".¹⁹⁶

בית המשפט העליון דחה את הערעור. לדברי השופט הנדל, שאלת בעלות המערערת במסמכים ההיסטוריים כלל אינה דרושה לצורך הכרעה בתיק, ואף אם היתה מתקבלת טענתה באשר לבעלות, לא היה בכך כדי לשנות את התוצאה. זאת משום שמלשון סעיף 14א לחוק הארכיונים עולה, כי "די בכך שהחומר הארכיוני מצוי בארכיון הציבורי כדי שהוצאתו תחייב את הסכמת הגנז", כך ש"עצם הימצאות החומר בארכיון הציבורי מהווה משוכה בפני המבקש להוציאו – בדמות הסכמת הגנז –

¹⁹² עניין **בעהם**, לעיל ה"ש 1.

¹⁹³ ע"א 9366/12 *Israelitische Kultusgemeinde Wien נ' הארכיון המרכזי לתולדות העם היהודי* (לא פורסם, 3.6.2016) (להלן: עניין **הארכיון המרכזי**).

¹⁹⁴ חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 633 (להלן: "חוק השכירות והשאלה"). לפי סעיף 29(ב): "לא הוסכם על תקופת השאלה, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השאלה על ידי מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש".

¹⁹⁵ סעיף 14א לחוק הארכיונים, לעיל ה"ש 2.

¹⁹⁶ עניין **הארכיון המרכזי**, לעיל ה"ש 193, בפסקה 4 לדעתו של השופט הנדל.

גם אם מדובר בבעליו. ארכיון ציבורי – כשמו כן הוא. הוא משרת באופן מובהק את האינטרס הציבורי.¹⁹⁷ לגישת השופט הנדל, "כאשר החומר הארכיוני מוחזק בארכיון ציבורי ... גוברות המגבלות המוטלות על בעליו", ומעבר לכך, "בהיותו חוק ספציפי – גובר חוק הארכיונים על הוראות חוק אחרות, שתחולתן כללית יותר – כגון חוק השכירות והשאלה".¹⁹⁸

השופט רובינשטיין מצטרף לדעת השופט הנדל, ומציין כי המחוקק ביקש למנוע ככל הניתן הוצאת חומר ארכיוני מארכיון ציבורי, כאשר "למעלה מן ההכרח יצוין ... כי האינדיקציות שבחומר לגבי מה שנעשה בשנות השישים מורות לעבר השאלת קבע, או כלשון הגנז – השאלה לצמיתות".¹⁹⁹

השופט מלצר מצטרף גם הוא לעמדת השופט הנדל, ובכלל זה, כי חוק הארכיונים הוא בבחינת *lex specialis*, הדוחה את הוראות חוק השכירות והשאלה.²⁰⁰ לצד זאת, מקיים השופט מלצר דיון מעמיק יותר בשאלת אופי ההשאלה במקרה הנדון, ומגיע למסקנה כי מדובר ב"השאלה מתמדת", שהינה בגדר "רשיון בלתי הדיר למעשה", באופן שיוצר "מניעות" כנגד המערערת.²⁰¹ מעבר לכך, לגישת מלצר, "ההסתכלות על החומרים האמורים כאילו הם 'נכסי תרבות לאומיים' מכתבים אף הם את התוצאה אליה הגענו, שהרי ב'נכסי תרבות לאומיים' שנמסרו מרצון – הבעלות הפורמלית איננה בהכרח הגורם הבלעדי להכרעה בשאלת הקיום של הנכס, או ההחזקה בו, ובלבד שימשיך ויקויים רצונו המקורי של הבעלים, או המעניק, ככל שהוא מכוון לשימור הנכס וטיפוחו".²⁰²

דעות השופטים השונות ממחישות בעיניי את המתח המובנה ביחס לנכסי "קניין תרבותי", ובעיקר את החסר המשפטי הנובע מהיעדר הגדרה סטטוטורית או רגולטורית למונח זה, ומעבר לכך – מהיעדר הסדרה של מכלול הסוגיות הקנייניות הכרוכות בשליטה ובשימוש בנכסים אלה, וזאת אלא אם הנכס נכלל ממילא בגדר הוראות חוק העתיקות, התשל"ח-1978.²⁰³ הדברים מתעוררים במיוחד ביחס לנכסים שיש בהם לכל הפחות טענה משמעותית לבעלות (או זכות קניינית אחרת) פרטית, והמדינה מבקשת למנוע את אובדן השליטה או יכולת השימוש מטעמה לטובת הציבור. בהיעדר הסמכות להפקיע את הזכויות בנכסים, נדרשת המדינה לטענות אד-הוקיות בדבר זכויותיה בנכס

¹⁹⁷ שם, בפסקה 6 לדעתו של השופט הנדל (ההדגשה במקור).

¹⁹⁸ שם, בפסקה 8 לדעתו של השופט הנדל.

¹⁹⁹ שם, בפסקאות ז-ח לדעתו של השופט רובינשטיין.

²⁰⁰ שם, בפסקה 2 לדעתו של השופט מלצר.

²⁰¹ שם, בפסקאות 5-6 לדעתו של השופט מלצר.

²⁰² שם, בפסקה 9 לדעתו של השופט מלצר.

²⁰³ חוק העתיקות, התשל"ח-1978, ס"ח 885. לפי סעיף 2(א) לחוק, "עתיקה" – כהגדרתה בסעיף 1 לחוק – שהתגלתה או נמצאה בישראל לאחר מועד תחילתו של החוק תהיה לנכס המדינה, כך שאדם פרטי המוצא או מגלה עתיקה מחויב למסרה לידי המדינה ואינו זכאי לפיצוי או תשלום בגין כך. עם זאת, לפי סעיף 4 לחוק, מנהל רשות העתיקות "רשאי ... לתת פרס למוסר אם ראה שהנסיבות מצדיקות זאת". לפי סעיף 2(ב) לחוק, מוטל נטל הראייה על אדם הטוען כי עתיקה התגלתה או נמצאה קודם למועד תחילת החוק. מעבר לכך, במקרה של עתיקה הנמצאת בבעלות פרטית (משום שהתגלתה לפני תחילת החוק או שהבעלות בה היא תוצאה של סחר בעתיקות שנעשה לפי רשיון בהתאם להוראות סעיף 15 לחוק) נתונה למדינה הזכות העקרונית לרכוש בכפייה את העתיקה. לפי סעיף 19 לחוק, אם מנהל רשות העתיקות מודיע לבעל עתיקה כי יש לה "ערך לאומי", הוא רשאי לדרוש מהבעלים כי העתיקה תימכר למדינה, ובהיעדר הסכם בעניין התמורה – יכריע בעניין בית המשפט. יצוין כי חוק העתיקות שינה באופן מהותי את הכלל שנהג קודם לכן, לפי פקודת העתיקות, 1929, חוקי א"י, כך א פרק ה', עמ' 24. לפי סעיף 4 לפקודה, במקרה של גילוי עתיקה בידי אדם פרטי, זכאי היה הנציב העליון לרכוש מטעם הממשלה את העתיקה – אך זאת, ככלל, "בתנאי שישלם למוצא את שויה" לפי סעיף 5 לחוק. במקרה של מחלוקת בין הצדדים בנוגע לשווי העתיקה, היתה נתונה הסמכות הסופית לקביעת השווי לבורר שמונה על-ידי המועצה הארכיאולוגית המייעצת שפעלה מכוח הפקודה, כך שפסיקתו לעניין השווי היתה "פסק של גמר" (סעיף 25) לפקודה). יחד עם זאת, מתשובתו של מנהל תחום ידע ומידע ברשות העתיקות במענה לפנייתי בבקשה מכוח חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, עולה כי מנהל רשות העתיקות לא עשה מעולם שימוש בסמכות הנתונה לו מכוח סעיף 19 לחוק להכריז על עתיקה בבעלות פרטית כבעלת "ערך לאומי" ולדרוש מבעליה למכור אותה למדינה. מכתבו של יואב ציונית, מנהל תחום ידע ומידע, רשות העתיקות (סימוכין: 1064 – IIA) (5.11.2020).

מסוים, ודומה כי בית המשפט מבקש גם הוא לשמר את האינטרס הציבורי בנכסים אלה – אך זאת שלא על סמך דוקטרינה ברורה ובהתבסס גם על נימוקים שנראים בעיני מוקשים, לפחות בחלקם.

כך, למשל, הניחו שהקהילה היהודית בווינה היתה מעבירה את החומר הארכיוני לידי הארכיון המרכזי לתקופה קצובה של חמש שנים, מכוח הסכם השאלה כתוב שהיה גם מכיר בזכות הבעלות שלה במסמכים. לגישתו של השופט הנדל, עדיין היה רשאי גנז המדינה למנוע את השבת החומר לידי בעלי מכוח הוראות סעיף 14א לחוק הארכיונים, שגוברת על הוראות חוק השכירות והשאלה, ומכאן גם על זכויות הקנייניות של הקהילה היהודית בווינה במסמכים אלה. ספק רב בעיניי האם קריאה כזו תואמת את הוראותיו של חוק הארכיונים, ואם כך הדבר – הרי שיש בה כדי ליטול הלכה למעשה את זכויות הבעלים על החומר, ומטבע הדברים גם ליצור תמריץ שלילי לבעלים של חומרים היסטוריים או תרבותיים אחרים שלא להפקידם זמנית בידי ארכיון ציבורי – פן יאבדו את זכותם.

לאור המספר הגדל והולך של סכסוכים הנוגעים לשאלת הבעלות וזכויות השליטה בנכסים שיש בהם חשיבות היסטורית, תרבותית וכיוצא בזה,²⁰⁴ וכדי למנוע מצב בו נאלצת המדינה לגישה לנהל קרב עיקש בדיעבד על שאלת הזכויות בנכס מסוים, בבחינת "הכל או לא כלום", ראוי בעיניי להעניק למדינה, במסגרת חקיקה כללית שעקרונותיה יוצגו בפרק ג', סמכות סטטוטורית להפקיע נכסים שונים למטרה ציבורית למטרה של שימור זיכרון היסטורי, תרבותי, לאומי וכיוצא בזה. בהתאם לכך, מעבר לצורך לגבש מבחנים של מידתיות ונחיצות ביחס לשימוש בסמכות ההפקעה בנכסים מעין אלה, יש גם לקבוע עקרונות לפיצוי בגין ההפקעה. זאת בין היתר לאור הדילמה העקרונית בדבר הישענות על מחירי עסקאות פרטיות שבוצעו בנכסים דומים, ובכלל זה במכירות פומביות, ויתר מרכיבי האיזון בין הערכים הנוגעים לקניין הפרטי ולאיינטרס הציבורי, כפי שיפורט בפרק ג'.

3. מתיחת הגבולות של השימוש ברגולציה: מאיסור ייצוא לשטח צבאי סגור

היעדר סמכות כללית להפקעה ביחס לסוגים שונים של נכסים עלול לגרום להטיה נוספת בקבלת ההחלטות על-ידי הרשות השלטונית, ככל שהיא מבקשת לשמר לעצמה הלכה למעשה שליטה בנכסים אלה. כעולה בין היתר מדברי השופט הנדל בעניין **הארכיון המרכזי**, לעניין האופן שבו גם כאשר חומר ארכיוני פרטי מוחזק בארכיון ציבורי, הרי ש"גוברות המגבלות המוטלות על בעליו",²⁰⁵ הרי שנוצר תמריץ חזק לרשות השלטונית להטיל מגבלות רגולטוריות לכאורה על נכסים מסוג אלה.

²⁰⁴ סכסוך אחר נגע ל"פנקס התרת העגונות" של בית הדין במחנה העקורים ברגן בלזן, שהוחזק בידיים פרטיות והועמד למכירה פומבית בבית המכירות "קדם" בדצמבר 2019. בעקבות זאת פנה היועץ המשפטי לממשלה בעתירה לבית המשפט המחוזי בירושלים (ה"פ (י-ם) 40874-07-20 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בידספריט (ר.א.) בע"מ** (נסגר)) בבקשה למנוע את המכירה ולהפקיד את הפנקס בנאמנות, בהיותו "הקדש ציבורי", בידי מוסד "יד ושם", לאור הטענה כי "לפנקס מעמד של נכס-תרבות חסר תחליף עבור הלאום היהודי והאנושות כולה". לאחר הגשת העתירה, הודיע מחזיק המסמך דודי זילברשלג כי הוא תורם אותו למוסד "יד ושם", ובעקבות זאת התייתרה העתירה. גלעד מורג "בעקבות חשיפת Ynet: פרוטוקול ברגן בלזן יועבר ליד ושם" Ynet 18.8.2020. במסגרת מאמר זה, לא אדרש לסכסוך, התלוי ועומד בעת כתיבת שורות אלו, בנוגע לכוונה למכור פריטים מאוסף המוזיאון לאמנות האסלאם בירושלים במכירה פומבית של בית המכירות Sotheby's, ולשאלות המשפטיות והעובדתיות הסובכות שהוא מעלה בדבר הבעלות בפריטים, הכוח המשפטי למכרם, ומעמדו של המוזיאון כ"מוזיאון מוכר" שאיננו בבעלות ציבורית הנתמך חלקית על-ידי המדינה. ראו בג"ץ 7847/20 **עמותת השבה – הפורום לאיתור והשבת יצירות אמנות שנבזזו בשואה נ' שר התרבות והספורט** (תלוי ועומד). כן ראו נעמה ריבה "מייסדת מוזיאון האסלאם רצתה שפריטי האוסף יישארו בירושלים, כפי שעולה מעדויות" **הארץ** 17.11.2020. כמו כן תלוי ועומד סכסוך אחר, הנוגע לשאלת הבעלות במוצגים בעלי חשיבות להיסטוריה של העשורים הראשונים של מדינת ישראל, במסגרתו הוצא לבקשת המדינה צו מניעה זמני האוסר על מכירת הפריטים במכירה פומבית. ת"א (פ"ת) 2982-12-20 **מדינת ישראל נ' אייל איליה** (החלטה מיום 2.12.2020).

²⁰⁵ עניין **הארכיון המרכזי**, לעיל ה"ש 193, בפסקה 8 לדעתו של השופט הנדל.

אף שמגבלות מסוימות עשויות להיות מוצדקות מבחינה נורמטיבית ומידתיות מבחינת השפעתן על זכויותיו של בעל הנכס, כגון דרישה לאפשר לרשות השלטונית גישה לנכס לצורך תיעודו והעמדת עותק ממנו לרשות הציבור, או הטלת מגבלות מסוימות על מכירת הנכס (כולל מתן זכות סירוב ראשונה או אופציה אחרת למדינה לרכוש את הנכס במקרה שבו הבעלים מעמיד ביוזמתו את הנכס למכירה),²⁰⁶ הרי שמגבלות רגולטוריות גורפות יותר – כגון דרישה להצבת הנכס במבנה ציבורי באופן קבוע ובלי תמורה לבעלים או איסור גורף על מכירתו או העברתו של הנכס לידי אדם אחר, עשויות לעקר מתוכן את עצם הבעלות בנכס. כפי שהראיתי לעיל, שימוש ברגולציה כאמצעי עקיף להשתלטות על נכס, אך זאת בלי מעשה הפקעה מפורש כנגד תשלום פיצוי או אף התחייבות לרכישה שלטונית יזומה, נעשה גם ביחס לאיסור הייצוא של מוצרים כגון מכוניות הנשמה, מטושים ואלכוהול לחיטוי בתקופת משבר הקורונה.²⁰⁷

כמו כן, ניתן לאתר הישענות על רגולציה לצורך השתלטות דה-פקטו על נכס גם במקום בו קיימת סמכות מפורשת להפקעה, אך זו עשויה להתברר כמורכבת או יקרה מדי מבחינת הרשות השלטונית. כך, החלטת בית המשפט העליון בדעת רוב בעניין **אבן זוהר**,²⁰⁸ ולפיה מניעת שימוש בשטח בבעלות פרטית המוגדר כ"שטח צבאי סגור" מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) אינה מקימה דרישה לפיצוי בהיעדר מקור חקיקתי לחובה, יוצרת אף היא תמריץ לשימוש אגרסיבי בצעדים רגולטוריים לכאורה – במקרה זה, במקום הפקעה של השטח לתקופה קצובה או זמנית מכוח פקודת הקרקעות.

בחינה של המקרים בהם דן בית המשפט העליון בטענה כי חקיקה, תקנה או החלטה רגולטורית אחרת פוגעת בזכות הקניין בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מלמדת כי במרבית המקרים, מגיע בית המשפט למסקנה כי אף אם יש פגיעה בזכות הקניין הנקובה בסעיף 3 לחוק היסוד, הרי שזו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה לפי סעיף 8.²⁰⁹ במקרים המעטים שבהם התקבלו עתירות כאלו,

²⁰⁶ כך, לפי הוראת סעיף 25 לחוק העתיקות, לעיל ה"ש 203, "רצה אספן או אדם שאינו סוחר עתיקות למכור עתיקה או להעבירה בדרך אחרת", עליו להודיע על כך מראש למנהל רשות העתיקות, וזה רשאי להודיע לאותו אדם כי הוא דורש שהעתיקה תימכר למדינה עקב היותה "עתיקה מיוחדת". אם מנהל רשות העתיקות ובעל העתיקה לא מגיעים להסכמה לגבי התמורה, יכריע בדבר בית המשפט. כמו כן, לפי סעיף 26 לחוק העתיקות, "רצה בעל מוזיאון או מנהל למכור או להעביר בדרך אחרת עתיקה שבמוזיאון או באוסף המוזיאון, או לחסל אוסף מאוסף המוזיאון", עליו להודיע על כך למנהל רשות העתיקות, וזה רשאי לדרוש כי העתיקה או האוסף יימכרו או יועברו למדינה, כאשר במקרה של מחלוקת על גובה התמורה, יכריע בדבר בית המשפט. בנוסף, לפי סעיף 22 לחוק, כל הוצאה של עתיקה מחוץ לגבולות ישראל טעונה אישור בכתב של השר המוסמך (במקרה של עתיקה בעלת ערך לאומי, כהגדרת המונח בסעיף 19 לחוק) או של מנהל רשות העתיקות ביחס לכל עתיקה, באופן שיש בו כדי להגביל את היכולת למכור את הנכס בשוק הבינלאומי (בניגוד לשוק הישראלי). לסקירה השוואתית של מגבלות החלות על מכירת נכסי תרבות בשיטות משפט שונות, ובכלל זה לעניין מתן אופציה או זכות סירוב ראשונה למדינה, או מגבלות על ייצוא הנכס, ראו MARA WANTUCH-THOLE, CULTURAL PROPERTY IN CROSS-BORDER LITIGATION: TURNING RIGHTS INTO CLAIMS 53-97 (2015).

²⁰⁷ ראו לעיל חלק ב'1, טקסט ליד ה"ש 191.

²⁰⁸ עניין **אבן זוהר**, לעיל ה"ש 20.

²⁰⁹ באופן כללי יצוין, כי בין השנים 1995 ל-2020, פסל בית המשפט העליון חקיקה ראשית של הכנסת רק ב-19 מקרים, ובכלל זה בנימוק שהפגיעה הגלומה בחוק אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בחוקי היסוד. ראו יניב רוזנאי, **ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל** 218-220 (2021). ברוב המכריע של המקרים, פסק בית המשפט כי אף אם יש בדבר החקיקה משום פגיעה בזכות המעוגנת בחוקי היסוד, הרי שזו עומדת בדרישות פסקת ההגבלה ובכלל זה במבחן המידתיות. כך, בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995) (להלן: "**עניין בנק המזרחי המאוחד**"), בו טבע בית המשפט את עקרונות הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית לאור חוקי היסוד, נפסק כי החוק נשוא הדיון – חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993, ס"ח 1431 – פוגע אמנם בזכות הקניין של העותרים, אך האמצעי שנקט עומד בדרישת המידתיות. דעת הנשיא (לשעבר) שמגר, עמ' 345-348. ראו גם בטקסט ליד ה"ש 220-222 להלן. כן ראו בג"צ 5975/12 **חטיבת מפיצי הסיגריות במכוניות אוטומטיות נ' משרד הבריאות** (לא פורסם, 3.7.2013), בו נפסק כי החוק להגבלת הפרסומות והשיווק של מוצרי טבק (תיקון מס' 6), התשע"א-2011, האוסר על הצבת מכוניות אוטומטיות לממכר מוצרי טבק החל מיום 1.1.2014, פוגע בחופש העיסוק של העותרים, אך עומד בדרישת המידתיות. דעת הנשיא גרוניס, פסקה 12. כן ראו לעניין זה את פסקי-הדין לעניין "הקניין החדש", שיידונו להלן בטקסט הנלווה לה"ש 213-217.

הסעד שניתן היה ביטול או שינוי ההוראה הפוגעת.²¹⁰ אך בשום מקרה לא הורה בית המשפט העליון על הותרת המעשה השלטוני על כנו כנגד הטלת חובה על הרשות לפצות את העותר בגין הפגיעה הקניינית שנגרמה לו. זאת, בין היתר, לאור העובדה שעל אף ההכרה העקרונית בקיומה של "עילת תביעה חוקתית", לא גובשה הכרה זו לסעד מעשי של תשלום פיצוי – סוגיה לה אדרש בחלק ב'4. לגישתי, במיוחד ככל שאמורים הדברים בנוגע לנכסים שבהם אין למדינה סמכות פורמלית להפקעת הנכס – יש במצב עניינים זה כדי ליצור תמריץ לרשות 'למתוח' ככל הניתן את גבולות הרגולציה.

עם זאת, יש להבחין לעניין זה בין עתירות שעניינן בזכויות קניין "קלאסיות" (דהיינו, בעלות או זכויות קנייניות אחרות במקרקעין, מיטלטלין או נכסים בלתי-מוחשיים כגון נכסי קניין רוחני) לבין עתירות העוסקות ב"קניין חדש" – שמקורן בהקצאה שלטונית²¹¹ – או בזכויות רכושיות אחרות שעיקר פעולתן במשפט הפרטי, אך פורשו על-ידי בית המשפט כחוסות תחת הגנת סעיף 3 לחוק היסוד.²¹²

במקרה של פגיעה בזכויות קניין "קלאסיות", יש לגישתי מקום להכרה סטטוטורית מפורשת ורחבה בסמכות ההפקעה ביחס לסוגי נכסים שונים ולצידה בחובת פיצוי – תוך מתן אפשרות מקבילה לבית המשפט להצהיר על התערבות שלטונית ככזו המהווה הפקעה הלכה למעשה, גם אם הרשות לא הפעילה סמכות כזו מפורשות אך גרמה לתוצאה דומה בכסות רגולטורית. דהיינו, במקרה כזה, הרגולציה השלטונית תעמוד על כנה, אך תהיה שקולה למעשה הפקעה בכל הקשור לחובת הפיצוי אילו באותן נסיבות היתה הרשות השלטונית רשאית להפעיל את סמכות ההפקעה הכללית הנתונה לה לפי החקיקה המוצעת. כך, למשל, במקרה שבו תינתן למדינה הסמכות להפקיע גם נכסי מיטלטלין כגון ציוד רפואי, אך המדינה תבחר שלא לעשות כן, ובמקום זאת תעשה שימוש פוגעני יתר על המידה בכוח הרגולציה שלה – כמו איסור גורף על חברות פרטיות לייצא מוצרים רפואיים בעת משבר בריאותי תוך סיכול ביקוש קיים למוצרים בשווקים זרים, אך בלי התחייבות משלימה

²¹⁰ כך, עד היום, פסל בית המשפט העליון בארבעה מקרים חקיקה ראשית, מהטעם שהיא פוגעת בזכות הקניין שלא בהתאם להוראות חוק היסוד. ראשית, בבג"צ 1661/05 **מועצה אזורית חוף עזה נ' הכנסת** (לא פורסם, 9.6.2005) (להלן: "**עניין מועצה אזורית חוף עזה**"), פסל בית המשפט העליון חלק מהסדרי הפיצוי שנקבעו בחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, לאור עמדתו כי מרכיבי החישוב הללו אינם מפצים כנדרש עבור היקף הפגיעה המגולמת בשלילת הזכויות בנכסים ובפינוי הכפוי של בעלי הזכויות בהם. ראו פסקאות 474-479 לדעת הרוב. שנית, בבג"צ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: "**עניין עדאלה**"), פסל בית המשפט את ההוראות בחוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, שפטרו את המדינה מאחריות בניזקין בגין נזק שנגרם עקב פעילות של כוחות הביטחון ב"אזור עימות" המצוי ביהודה ושומרון (גם כאלה שאינם מהווים "פעולה מלחמתית"), ותוך מתן סמכות לשר הביטחון להכריז על שטחים כעל אזורי עימות באופן רטרואקטיבי. לגישתי בית המשפט, החסינות הגורפת למדינה הטמונה בהוראות אלו פוגעת באופן בלתי-מידתי בזכויותיהם של ניזוקים שנפגעו שלא במסגרת "פעולה מלחמתית", ובכלל זה בזכות הקניין שלהם. שם, דעת הנשיא ברק, בעמ' 32-33. **שלישית**, בבג"צ 2293/17 **אסתר צגיי גרסגור נ' הכנסת** (לא פורסם, 23.4.2020) (להלן: "**עניין גרסגור**"), פסל בית המשפט את הוראת סעיף 4 לחוק מניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקון חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, ס"ח 2483, המחייב עובדים זרים שנכנסו לישראל שלא דרך תחנת גבול ואת מעסיקיהם להפקיד לחשבון בנק ייעודי סכום כולל שווה לערך ל-36 אחוז משכרו הכולל של העובד, אשר יועבר לידיו רק בעת עזיבתו את ישראל (להלן: "**הסדר הפיקדון**"). בית המשפט קבע כי הסדר הפיקדון, ככל שהוא מתייחס לניכוי של 20 אחוז משכר העבודה של העובד (להלן: "**ניכוי העובד**"), אינו עומד במבחן-המשנה השלישי של המידתיות בהינתן המטרה של צמצום השתקעות המסתננים בישראל, והורה על ביטול הניכוי האמור. שם, דעת הנשיאה חיות, בפסקאות 41-52. **רביעית**, בבג"צ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (לא פורסם, 9.6.2020) (להלן: "**עניין עיריית סלואד**"), פסל בית המשפט את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017, ס"ח 2604 (להלן: "**חוק ההסדרה**"), שעניינו בהסדרה ובהקצאה של זכויות חזקה בקרקעות שבוצעה בהם בנייה של התנחלויות על גבי קרקעות בבעלות פרטית פלסטינית, תוך שלילת זכויותיהם של האחרונים – לאור מסקנתו כי יש בחוק האמור, בין היתר, משום פגיעה בלתי-מידתית בזכות הקניין של בעלי הקרקעות הפלסטינים. שם, דעת הנשיאה חיות, בפסקאות 38-43, 58-111.

²¹¹ לניתוח המושג "קניין חדש" ושילובו בדין הישראלי דרך פסיקת בתי המשפט, ראו אסף וינר "קניין חדש תוצרת הארץ – אימוץ דוקטרינת הקניין החדש בישראל ורציונות המשפטיות והחברתית" **משפטים** מז' 365 (2018).

²¹² ראו עניין **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 209, דעת הנשיא ברק, עמ' 431, ולפיה בהקשר החוקתי, משתרע המונח קניין "על כל אינטרס, אשר יש לו ערך כלכלי".

מטעם המדינה לרכוש את הציוד כאמור אם לא יימכר בשוק המקומי - יוכל בית המשפט לראות את הרגולציה כמעשה של הפקעה הלכה למעשה (זמנית או אף קבועה, בהנחה שמדובר בציוד מתכלה) ולחייב את המדינה לפצות את היצרנים בגין הפגיעה הקונקרטית הגלומה בכך. המסגרת המוצעת, אשר תפחית את התמריץ השלטוני ל'מתחת' גבולות הרגולציה, תידון בהרחבה בפרק ג'.

לעומת זאת, המצב שונה ביחס להתערבות חקיקתית או רגולטורית ב"קניין חדש" או בהסדרת זכויות רכושיות אחרות שעיקר פעולתן במשפט הפרטי. ברי, כי במצב עניינים שבו מחליטה המדינה לבטל מפורשות זכיון או רשיון קיים (ובכלל זה לצורך הלאמת הפעילות הכלכלית המגולמת בו), הרי שיש לראות במעשה כזה משום הפקעה ישירה, וכפי שאראה בפרק ג', ראוי כי הסמכות לנקוט בפעולה כזו, תוך בחינת מידתיות ונחיצות ההפקעה וכנגד תשלום פיצוי נאות, תוסדר במסגרת סמכות ההפקעה הכללית בחקיקה. אך הקושי המושגי והנורמטיבי עליו אני מבקש להצביע כאן נוגע להתערבות חקיקתית או רגולטורית שאינה כרוכה בשלילתה של עצם הזכות מסוג של "קניין חדש" או בביטולה הגורף של זכות שעיקר פעולתה במשפט הפרטי.

אבהיר, כי אינני טוען בהקשר זה שיש לדחות באופן גורף עתירות המוגשות כנגד פגיעה חוקתית בזכות הקניין, שעניינן בשינוי מצבם לרעה של בעלי אינטרס משפטי בעל ערך כלכלי מסוג של "קניין חדש" או זכות במשפט הפרטי. במקרים שבהם פגיעה כאמור אינה מוצדקת משיקולים של תכלית החקיקה או של עמידה בדרישת המידתיות, בהינתן מכלול השיקולים הכרוכים באיזון הנדרש בין הגנה על האינטרס בעל הערך הכלכלי לבין ההצדקה לשינוי המדיניות החקיקתית או הרגולטורית – הרי שיש לבטל או לשנות את החקיקה או הרגולציה באופן התואם את הוראות חוק היסוד. יחד עם זאת, כפי שציינתי, יש קושי מושגי ונורמטיבי בהותרת החקיקה או הרגולציה הפוגעת על כנה כמעשה שלטוני תקף, לצד קביעת שיעור לפיצוי כספי בגין הפגיעה הקניינית שמעשה זה מגלם.

כך, בסדרה של פסקי-דין, נדרש בית המשפט העליון לטענות של עותרים בדבר פגיעה קניינית הגלומה, למשל, בשינוי לרעה או בביטול של הטבת מס או תמריץ כספי מאוצר המדינה,²¹³ בהטלת

²¹³ ראו בג"צ 4806/94 ז.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193 (1998), בו נפסק כי תיקון חקיקה מכוחו הופסק תשלום תמריץ כספי מאוצר המדינה לפי חוק לעידוד המגזר העסקי (הוראת שעה), תשנ"א-1991, ס"ח 1364 (להלן: "חוק העידוד"), אינו סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כפוגע בזכות הקניין של העותרת. זאת משום שאף אם מבחינה מושגית התמריץ לפי חוק העידוד, כמו תמריצים אחרים מאוצר המדינה, יכול להיחשב קניין – הרי שמבחינה משפטית, התמריץ הוא במהותו סובסידיה התלויה במדיניות משתנה של הממשלה. דעת השופט זמיר, עמ' 200-204.

מיסוי מיוחד על זכייניות גז טבעי בגין "רווחי יתר",²¹⁴ בהטלת חובות רגולטוריות חדשות על חברות בעלות זיכיון לשידורי טלוויזיה בכבלים או בלוויין,²¹⁵ או בקיצוץ בתשלומי העברה סוציאליים.²¹⁶

בכל אחד מהמקרים האלה, הגיע בית המשפט למסקנה כי אף אם יש בצעד הרגולטורי משום פגיעה בזכות הקניין, הרי שפגיעה כזו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה מכוח סעיף 8 לחוק היסוד, ובכלל זה בדרישת המידתיות. כך, למשל, בעניין **מנור נ' שר האוצר**, קבע בית המשפט העליון כי קיצוץ של ארבעה אחוזים בקצבת הזקנה, מכוח חקיקת חירום בשנים 2002-2003 לאור המשבר הכלכלי בו היתה נתונה מדינת ישראל, מהווה פגיעה מידתית בזכות הקניין.²¹⁷ אולם הניחו כעת, כי במסגרת חקיקת חירום כאמור, היתה מקוצצת קצבת הזקנה בשיעור של 95 אחוז. ניתן להניח כי אילו לא היתה מתקיימת פגיעה דומה בתשלומי העברה אחרים, או קיצוץ דומה בתקציבי הממשלה האחרים, הרי שסביר כי בית המשפט העליון היה מגיע למסקנה ולפיה פגיעה כאמור אינה מידתית ועולה על הנדרש. אך ברי, כי אין הגיון מושגי ונורמטיבי בהותרת החקיקה על כנה (דהיינו, קיצוץ בשיעור של 95 אחוז) ובמקביל בדרישה מהרשות השלטונית לתשלום פיצוי כספי בגין קיצוץ כספי כאמור. כך הדברים גם לגבי בחינה חוקתית של מיסוי חדש (או אגרה חדשה) מחד, או קיצוץ סובסידיה, מאידך.²¹⁸ סעד כספי במקרים כאלה עלול ליצור מעגל שוטה ביחס לנכסי "קניין חדש". דהיינו, במקום בו הפגיעה השלטונית הנטענת הינה בעיקרה הפחתה בשווי התקבולים או בתועלת הכלכלית המגולמת בפעילות הכלכלית נשוא הקניין החדש – וזאת בניגוד לשלילתה של עצם הזכות, כגון במקרה של ביטול או הלאמה של זכיון או רשיון קיים שלא בהתאם לתנאיו – הרי שהמסגרת המושגית המתאימה לבחינת המעשה השלטוני אינה של הפקעה-למעשה המותירה את הפעולה על כנה אך מחייבת את הרשות במתן פיצוי כספי, אלא של רגולציה שיש לבחון את עצם תוקפה.²¹⁹

²¹⁴ ראו בג"צ 3734/11 **חיים דודיאן נ' כנסת ישראל**, פ"ד סו (1) 65 (2012) (להלן: "עניין דודיאן"), בו נפסק כי חקיקת חוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א-2011, ס"ח 2295, שקבע היטל פרוגרסיבי מיוחד על רווחיהם של בעלי זכויות להפקת נפט וגז, תוך ביטול הטבות מס, אינה מהווה פגיעה בלתי-חוקתית בזכות הקניין של העותרים. לפי בית המשפט, ככל שלעותרים זכות קניין בזכויות להפקת נפט וגז, הרי זו זכות מסוג "קניין חדש", כאשר מאגרי הנפט והגז עצמם הם בבעלות המדינה. חקיקת מיסוי אינה פוגעת בזכות הקניין עצמה אלא בהפחתת שווי הרווחים העתידיים שביכולתם להפיק מזכויות אלה, ואף אם ניתן להניח כי מיסוי רווחי העותרים מזכויות הנפט הוא בגדר פגיעה בקניינם, הרי שפגיעה זו עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. זאת, בין היתר, על סמך התכלית של קידום צדק חלוקתי לאור בעלות המדינה במאגרי הנפט והגז, והאינטרס הציבורי בהנאה מנכסים אלה. דעת המשנה לנשיאה נאור, בפסקאות 44-28.

²¹⁵ ראו בג"צ 6792/10 **די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' כנסת ישראל** (לא פורסם, 20.7.2014), בו נפסק כי תיקון משנת 2010 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, ס"ח 1060, שחייב את חברות הלוויין והכבלים להעביר את שידוריהם של ערוצים ייעודיים מסוימים בלי תשלום, אינו מהווה פגיעה בלתי-חוקתית בזכות הקניין של החברות. גם כאן, מכיר בית המשפט עקרונית בזכויותיהן של החברות כמגלמות זכות קניין מסוג "קניין חדש", אך מגיע למסקנה כי הפגיעה האמורה היא מידתית, בין היתר לאור המטרה הציבורית בתמיכה בקיומם של ערוצים ייעודיים ובהשפעה הכלכלית הזניחה שיש לכך על רווחיהן של החברות. דעת המשנה לנשיאה נאור, בפסקאות 34-45, 57-67.

²¹⁶ ראו בג"צ 5578/02 **רחל מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2005) (להלן: "עניין מנור"), בו נפסק שאף שניתן להכיר בזכות לקצבת זקנה כזכות קניין, ובקיצוץ בה מכוח חוק תכנית החירום הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2002 ו-2003), תשס"ב-2002, ס"ח 1850, ככה המגלם פגיעה בזכות, הרי שהפגיעה האמורה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה, ובפרט במבחני המידתיות.

²¹⁷ שם, דעת הנשיא ברק, בעמ' 739-743.

²¹⁸ ראו עניין **דודיאן**, לעיל ה"ש 214, בו דחה בית המשפט את דרישת העותרים לפיצוי בגין הטלת המס הפרוגרסיבי בגין רווחי הפקת הגז, באומרו כי: "קשה אף לראות כיצד מצב שכזה מחייב פיצוי כלשהו מטעם המדינה. פיצוי שכזה יסכל למעשה את תכלית החקיקה וייצור העברה מכיס לכיס בשמות שונים". דעת המשנה לנשיאה נאור, בפסקה 44.

²¹⁹ מקרה ביניים בהקשר זה עולה בבג"צ 5263/94 **ח"כ אברהם הירשזון נ' שר האוצר**, פ"ד מט(5) 837 (1996) (להלן: "עניין הירשזון"). במסגרת הסכם השילומים שנחתם בין ישראל לרפובליקה הפדרלית של גרמניה בשנת 1952, הסכימה ישראל כי אזרחים ישראלים שהגיעו או יגיעו לישראל לאחר 31.10.1953 לא יוכלו לתבוע פיצויים מממשלת גרמניה בגין רדיפות הנאצים. במקום זאת, נחקק בישראל חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, ס"ח 226, שקבע תגמולים לנכי רדיפות הנאצים החיים בישראל – ואשר זכאותם לתבוע פיצויים מגרמניה נשללה – אלא שתגמולים אלה היו נמוכים משיעור התגמולים ששילמה ממשלת גרמניה למי שהיה זכאי לתבוע אותה. בעקבות תיקון לחוק משנת 1980, הוסמך שר האוצר "להעלות בצו את שיעור השכר הקובע ואת שיעורי התגמול העיקרי, התגמול הנוסף והתגמול לפי סעיף 44" (ראו סעיף 4 לחוק – הוסף במסגרת חוק נכי רדיפות הנאצים (תיקון מס' 7), תשמ"א-1980, ס"ח 985). בעקבות זאת, דרשו העותרים כי שר האוצר יביא בחשבון, בעת עדכון התגמולים, גם את הקיפוח שקופחו עקב הסכם השילומים, ולתקנו – בעוד שעמדת שר האוצר היתה שהוא מוסמך לעדכן רק את "השכר הקובע". עניין **הירשזון**, דעת המשנה לנשיא ש' לוין, בעמ' 842. בית המשפט העליון פסק כי שלילת זכאותם של העותרים לתבוע פיצויים מגרמניה

לגישתי, הגיונם של הדברים דומה גם בנוגע להסדרה חקיקתית או רגולטורית של זכויות שעיקר פעולתן הוא במשפט הפרטי, בין אם הן מוכרות כזכויות קנייניות גם במשפט הפרטי ובין אם מדובר בזכויות אובליגטוריות. כך, בפסק-הדין המכונן בעניין **בנק המזרחי המאוחד**²²⁰, דן בית המשפט בטענה כי חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), תשנ"ג-1993,²²¹ המכפיף את זכותם של בנקים לתבוע חובות כספיים ממושבים להבאת העניין בפני "משקם" (במקום לבתי המשפט), תוך הפחתת שיעור החובות בשיעור 20 אחוז מכוח החוק ומתן סמכות למשקם להפחית אחוזים נוספים, פוגע בזכות הקניין בסתירה להוראות חוק היסוד.²²² בנסיבות העניין, הגיע בית המשפט למסקנה כי אף שיש פגיעה בזכות הקניין, הרי שזו מידתית לאור המטרה של שיקומם הכלכלי של המושבים.

גם כאן, הניחו כי החוק היה קובע שיש להפחית 95 אחוז מסכום החוב. במקרה כזה, סביר להניח שבית המשפט היה קובע כי פגיעה כזו אינה עומדת בדרישת המידתיות. אך התוצאה לא היתה יכולה להיות הותרת הוראות החוק על כנן, תוך קביעת שיעור פיצוי לבנקים מהמדינה, אלא ביטול או שינוי של הוראות החוק – שעניינו בהסדרה-מחדש של היחסים האובליגטוריים בין הבנקים למושבים. כלומר, במקרה כזה בית המשפט היה מחזיר את העניין למחוקק על מנת להסדיר מחדש בחקיקה את היחסים המשפטיים בין הצדדים ביחס להסדרי החוב, תוך איזון מחודש של האינטרסים הכלכליים שלהם לאור הפגיעה הפוטנציאלית הגלומה בכל אחד מהם. בית המשפט אינו יכול להפוך את המדינה הלכה למעשה לצד ישיר למערכת הזכויות והחובות המשפטיות בין הבנקים למושבים, ולחייבה בהתאם לכך לשלם לבנקים את הפער בין סכום החוב המקורי לתשלום שייגבה בפועל מהמושבים, שכן יהיה בכך כדי לערער באופן עמוק יותר את המבנה הבסיסי של המשפט הפרטי.²²³ לפיכך, גם במקרה של התערבות שלטונית אגרסיבית במיוחד ההופכת חקיקה

נשתה על-ידי ממשלת ישראל במסגרת המשא-ומתן על מנת לקדם מטרה ציבורית של קידום הסכם השילומים, אך בכך היה משום הפקעת זכותם הקניינית של העותרים. לגישתי בית המשפט, "מקום בו מפקיע השלטון זכות קניין של הפרט למען צורכי הציבור, זכותו של הפרט היא לקבל פיצוי נאות על הפגיעה בו, והטענה שחובת הפיצוי מעמיסה על השלטון נטל כספי שאינו יכול לעמוד בו, לאו טענה היא. דינם של חברי הקבוצה המקופחת לא צריך להיות שונה מדינו של מי שמקרקעיו הופקעו לפי חוקי ההפקעה לצורכי הציבור". שם, בעמ' 844-845. בהתאם לכך, ולאור הסמכות שהוענקה לשר האוצר במסגרת התיקון לחוק נכי רדיפות הנאצים, ועל אף שלנוכח מגבלות שונות, לא ניתן להשוות את מעמדם למי שהגיעו לישראל עד ליום 31.10.1953 - הרי שלעמדת בית המשפט, "חרף המגבלות זכאים הם חברי הקבוצה שיינתן ביטוי ממשי בצדו של המשיב [שר האוצר - א.ל.] לפגיעה בזכות הקניין שלהם". שם, בעמ' 845. בעקבות פסק-הדין, הועלו שיעורי התגמולים מכוח החוק. בשנת 2008 הוקמה ועדת חקירה ממלכתית בנושא הסיוע לניצולי השואה, שהמליצה בדו"ח מטעמה, בין היתר, על העלאת שיעור התגמולים מכוח החוק לסך השווה ל-75 אחוז משיעור הקצבה הגרמנית המקבילה. ראו ועדת החקירה הממלכתית בנושא הסיוע לניצולי השואה, **דין וחשבון** 156-150 (יוני 2008). המלצות הועדה אומצו בעיקרן על-ידי ממשלת ישראל, ועתירות מאוחרות יותר שהוגשו בנושא זה נדחו. ראו בג"צ 6926/08 **עמותת "כן לזקן" - לקידום זכויות הזקנים** נ' **ראש ממשלת ישראל** (לא פורסם, 2.5.2010); בג"צ 694/20 **מוטי רביד נ' שר האוצר** (לא פורסם, 11.6.2020). לגישתי, המסגרת המושגית והנורמטיבית שאימץ בית המשפט העליון, כמו גם הסעד שנתן (החזרת העניין לשר האוצר כדי שישקול את העלאת שיעור התגמולים), נכונים בנסיבות העניין. על אף שבנסיבות רגילות, נתפסת הזכות לקבלת תגמולים כזכות מסוג של "קניין חדש", במקרה זה יש להפריד בין הזכות לתגמולים מכוח החוק לבין זכות התביעה העקרונית כנגד ממשלת גרמניה. ביחס לקבוצה שממנה נשללה זכות התביעה כנגד ממשלת גרמניה מכוח הסכם השילומים, אכן ניתן לראות את ההסכמה של מדינת ישראל לשלילה גורפת של זכות התביעה כמשולה למעשה הפקעה שבוצע על-ידי המדינה לטובת כלל הציבור בישראל (דהיינו, תשלום מממשלת גרמניה לממשלת ישראל בסך 3 מיליארד מארק גרמני, בנוסף ל-450 מיליון מארק שהועברו ל"ועדת התביעות"). דהיינו, אין מדובר כאן בהתערבות שלטונית המותירה את הזכות העקרונית על כנה תוך הפחתה של שווי התקבולים הנובע ממנה, אלא בשלילה גורפת של עצם הזכות בעקבות ההסכם בין הממשלות. בהתאם לכך, חקיקת חוק נכי רדיפות הנאצים נתפסה על-ידי בית המשפט העליון בעניין **הירשנזון** כמשולה למנגנון הפיצוי בגין הפקעת הזכות שהיתה לחברי הקבוצה כנגד ממשלת גרמניה, ומכאן גם הדרישה שמנגנון הפיצוי יהלום את עוצמת הפגיעה הקניינית שנגרמה להם, אף אם לא במלואה. זאת כמובן, בהינתן העובדה שמעשה ההפקעה עצמו מ-1952 לא עמד ממילא לביקורת שיפוטית.

²²⁰ עניין **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 209.

²²¹ תיקון מס' 1 לחוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, תשנ"ג-1993, ס"ח 1431.

²²² שם, דעת הנשיא (בדימוי). שמגר, בעמ' 253-250.

²²³ ראו **ERNST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 1** (rev. ed., 2013) ("The most striking feature of private law is that it directly connects two particular parties through the phenomenon of liability").

או רגולציה, שעניינה הסדרת יחסים משפטיים בין צדדים פרטיים, לכזו הפוגעת באופן בלתי-מידתי בזכות הקניין של מי מהם, הרי שאין מדובר בהפקעה-בפועל שבצידה פיצוי. לפיכך, המסגרת המוצעת במאמר זה, ומפורטת בפרק ג', לא תחול ככלל על עתירות מעין אלו.

4. הקושי המובנה בעתירות קנייניות – והתשתית החסרה של "עילת תביעה חוקתית"

כפי שצינתי בחלק ב'3 לעיל, במצב המשפטי הנוכחי, כאשר מוגשת עתירה כנגד תוקפם של חוק, תקנה או החלטה מנהלית בטענה שהם פוגעים בזכות הקניין שלא בהתאם להוראות חוק היסוד, מוצא עצמו בית המשפט, הלכה למעשה, בפני שתי חלופות מבחינת התוצאה המשפטית והסעד הניתן. אפשרות אחת היא להגיע למסקנה כי אף אם המעשה השלטוני פוגע בזכות הקניין, הרי שפגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק היסוד, ומכאן שיש לדחות את העתירה - והעותרים לא יהיו זכאים לסעד כלשהו. האפשרות השנייה, ככל שבית המשפט יסבור כי הפגיעה בזכות הקניין אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק היסוד, הינה כי בית המשפט יורה על ביטול או שינוי המעשה השלטוני. לעומת זאת, הן במישור המשפטי המהותי והן בהיבט הסעדים, הרי שבמצב העניינים הנוכחי לא עומדת בפני בית המשפט חלופה אחרת: להותיר על כנה את הפעולה השלטונית לאור החשיבות הציבורית הגלומה בה, אך באותה עת לראות בה פגיעה לא מידתית בזכות הקניין באופן המחייב את המדינה לשלם לבעלים פיצוי נאות עבור שלילת הזכות. כך, כפי שהראיתי בחלק א'2 ביחס לעמדות השופטים בעניין **אבן זוהר**,²²⁴ הרי ששופטי הרוב דחו (בצדק, לגישתי) את גישתו של השופט דנציגר בדעת המיעוט, ולפיה יש לקרוא בדיעבד באופן פרשני חובת פיצוי לתוך תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום) אף שאין לכך כל אזכור בלשון הסעיף.²²⁵

בהמשך לכך, אראה כעת כי על אף שבית המשפט העליון נדרש באופן עקרוני במספר מקרים לאפשרות של הכרה בקיומה של "עילת תביעה חוקתית", הרי שעד היום לא הבשיל דיון זה למנגנון שיטתי המאפשר להכשיר ולהותיר על כנו מעשה שלטוני כנגד מנגנון פיצוי בשל הפגיעה בזכויות הפרט. גם באופן עקרוני, אטען כי מנגנון כזה מתאים יותר לפיצוי בגין פעולה שלטונית שהיא נחלת העבר, ולא להסדרה צופה פני עתיד של הקנייה כפוייה של נכס לידי המדינה כנגד תשלום שוויו ארוך-הטווח.

בתמצית, דוקטרינת "עילת התביעה החוקתית" או "עילת התביעה המנהלית" קיימת באופנים שונים בשיטות משפט ברחבי העולם. בשיטות משפט קונטיננטליות, דוגמת גרמניה וצרפת, היא מבוססת על הטלת אחריות נזיקית מיוחדת על הרשות המנהלית, מעבר לזו הנוהגת במשפט הפרטי, תוך התמקדות בכך שהרשות המנהלית פעלה באופן לא תקין ופגעה בזכויות הפרט. בשיטת המשפט המקובל, אין ככלל תורת אחריות מנהלית נפרדת לעניין דיני הנזיקין, וההכרה באחריות המיוחדת של הרשות השלטונית מבוססת על איתור קיומה של פגיעה בזכות יסוד ובהכרה בפיצוי כספי כסעד.²²⁶ כפי שאראה, בארה"ב מבוססת הזכות לסעד כספי, בגין פגיעה בזכות חוקתית, על חקיקה פדראלית.²²⁷

²²⁴ עניין **אבן זוהר**, לעיל ה"ש 20.

²²⁵ ראו את הדיון בחלק א'2 לעיל, בטקסט הנלווה לה"ש 137-126.

²²⁶ לסקירת הדין ההשוואתי, ראו דפנה ברק-ארז **עולות חוקתיות** 65-145 (1993).

²²⁷ ראו דיון בטקסט הנלווה לה"ש 254-246 להלן.

בישראל, על אף שניתן לאתר ניצנים מוקדמים לדיון בדבר הזכות לסעד כספי בגין פגיעה בזכויות יסוד גם בהיעדר מקור חקיקתי לכך,²²⁸ זכה הנושא לתשומת לב מוגברת לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק,²²⁹ וההכרה במעמד הזכויות מכוחם כזכויות חוקתיות.²³⁰ בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**,²³¹ בהקשר לדיונו של בית המשפט בהוראת "ייחוד העילה" שנכללה בחוק ליישום תכנית ההתנתקות (ונפסלה בידי בית המשפט),²³² נדרש בית המשפט לקיומם של מקורות אחרים לסעד כספי מעבר להוראות הפיצוי שנקבעו בחוק זה. לצד ההפניה למקורות אפשריים מכוח הדין הכללי (ובפרט, דיני הנזיקין ודיני החוזים),²³³ דן בית המשפט העליון באפשרות לפיתוח סעדים כספיים על-ידי בית המשפט מכוח עקרונות של "משפט מקובל" ישראלי,²³⁴ ומעבר לכך – עם הפיכתן של זכויות יסוד מסוימות לבעלות מעמד חוקתי – באפשרות העקרונית של סעד חוקתי עצמאי הנגזר מהפרתה של זכות חוקתית. על אף הדיון העקרוני האמור בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**, נמנע בית המשפט במקרה זה מקביעת הלכה מפורשת בעניין.²³⁵

בעניין **ישועה נ' מדינת ישראל**,²³⁶ דן בית המשפט העליון מפורשות בשאלה, האם בעלי עסקים שפוננו מעסקם במסגרת תכנית ההתנתקות וקיבלו פיצוי מכוח חוק יישום תכנית ההתנתקות, זכאים לקבל פיצוי נוסף מכוח עילת תביעה חוקתית הנובעת מהפגיעה בזכויות הקניין שלהם.

בית המשפט מציין בעניין **ישועה** כי "השאלה אם ניתן להכיר בפגיעה בזכות חוקתית כפגיעה המקימה לכשעצמה עילה לפיצויים טרם הוכרעה במשפטנו".²³⁷ המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור קובעת כי בפסיקה קודמת הובעה דעה בדבר זכותו של אזרח לפיצוי כאשר רשות מנהלית פגעה שלא כדין בזכותו החוקתית,²³⁸ אך בשונה ממקרים אלה, לא מועלית בעניין **ישועה** טענה כי לפעילות הרשות השלטונית "נלווה אשם, קרי התנהלות בלתי סבירה או בלתי חוקית של הרשויות", שהרי ביצוע תכנית ההתנתקות נעשה מכוח חקיקה ראשית של הכנסת. לפיכך, לגישת נאור, "גם בהנחה שניתן להכיר בעילת תביעה עצמאית עקב פגיעה בזכות חוקתית, מתעוררת בעניינו השאלה אם ניתן לעשות כן בנסיבות שבהן התנהלותה של הרשות שהובילה לפגיעה הייתה **כדין**".²³⁹ לעמדתה, מדובר ב"שאלה מורכבת", כאשר "נסיבות מיוחדות, כדוגמת מעשה שלטוני, הגם שלא נלווה לו אשם, המטיל נטל בלתי מידתי על פרט מסוים, עשויות להצדיק מתן פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית", וזאת כשמדובר ב"פגיעה חמורה ומשמעותית בזכות חוקתית של הפרט".²⁴⁰

²²⁸ ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 226, בעמ' 175-216, וכן רונן פוליאק **פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות** 58-64 (2017).

²²⁹ חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח 1454 (להלן: "חוק יסוד: חופש העיסוק").

²³⁰ ראו יהושע ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", **הפרקליט** מב (תשנ"ה) 258, 261-262 (המציע לפרש את סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ככזה המעניק לבית המשפט שיקול דעת האם להטיל על הרשות חובת פיצוי בגין מעשה הפקעה שלא שולם פיצוי בגינו, במקום שבו הפגיעה בבעל הנכס כתוצאה ממעשה ההפקעה הינה "מעבר לנדרש"). לדיון בדבר הבסיס העיוני לחובת פיצוי כאמור ביחס לכלל הזכויות החוקתיות, ראו אהרן ברק "פיצויים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפטים על אתר** יב 263 (2019); רונן פוליאק "פיצויים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות – תשובה לפרופ' אהרן ברק" **משפטים על אתר** יב 271 (2019).

²³¹ עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 210.

²³² שם, בפסקאות 132-133, 138-142, 187-195 לדעת הרוב.

²³³ שם, בפסקה 133.

²³⁴ שם, בפסקאות 134-135. בין היתר, מפנה בית המשפט לעניין **הירשנזון**, לעיל ה"ש 219.

²³⁵ עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 210, בפסקה 136 לדעת הרוב.

²³⁶ ע"א 7703/10 **גיא ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע** (לא פורסם, 18.6.2014) (להלן: "עניין **ישועה**").

²³⁷ שם, דעת המשנה לנשיא נאור (כתוארה אז), בפסקה 20.

²³⁸ שם. המשנה לנשיא נאור מפנה, בין היתר, לע"א 700/89 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ**, פ"ד מז(1) 667, 690 (1993).

²³⁹ עניין **ישועה**, לעיל ה"ש 237, דעת המשנה לנשיא נאור, בפסקה 22 (ההדגשה במקור – א.ל.).

²⁴⁰ שם, בפסקה 26.

לגישת נאור, "בערעורים שלפנינו אין צורך לקבוע מסמרות בשאלה שהצגנו", וזאת משום שמקרים קודמים, בהם נדונה שאלה זו, "עסקו במצבים שבהם לא היה בנמצא סעד אפקטיבי לפגיעה בזכות החוקתית – לא בדין מיוחד ולא בדין הכללי", כך ש"יצירת עילת תביעה חוקתית על-ידי הפסיקה נועדה, בדרך כלל, למקרים שבהם ללא פסיקת פיצויים מכוח עילה פסיקתית, יישאר הנפגע נטול סעדים".²⁴¹ לעמדתה, "אם זה היה המצב ואילו נמנע המחוקק מקביעת פיצויים יתכן שלא היה מנוס מהכרה בעילת תביעה חוקתית", אלא שבמקום שבו הסדר חקיקתי מקנה פיצוי לפרט בגין הפגיעה בזכויותיו, יש לנקוט משנה זהירות בשאלה אם יש מקום להכיר בעילת תביעה נוספת, הנובעת ישירות מהפגיעה בזכות החוקתית".²⁴² לאור קיומם של "הסדרי פיצוי סטטוטוריים מקיפים", הרי ש"מצב נורמטיבי זה אינו מצדיק להכיר בענייננו בעוולה חוקתית ללא אשם".²⁴³

אלא שגם במקרים אחרים, בהם טען העותר לפגיעה קניינית מכוח מעשה שלטוני, בלי שיהיה מקור סטטוטורי לפיצוי כלשהו בגין הפגיעה האמורה, נמנע עד כה בית המשפט העליון מפיתוחה של "עילת תביעה חוקתית" תוך הענקת סעד כספי. כך, בעניין **גליק נ' משטרת ישראל**,²⁴⁴ מציין השופט עמית, תוך אזכור עניין **ישועה**, ובהתייחס למצב עניינים של "מעשה או מחדל של הרשות הציבורית, הפוגע כדין וללא אשם בזכות חוקתית כמו הזכות לקניין או הזכות החוקתית לשוויון", כי "בדיני הנזיקין האחריות מבוססת על אשם, ועד עתה נמנעו בתי המשפט מלפסוק פיצוי בגין אחריות ללא אשם, הגם שהפסיקה הותירה פתח צר לאפשרות זו במקרים חריגים".²⁴⁵

לגישתי, אף אם תפוח בעתיד "עילת תביעה חוקתית" בפסיקת בית המשפט העליון כמנגנון כללי לפיצוי כספי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, שמקורה בהפעלת סמכות שלטונית כדין, אך שאין בצידה מנגנון פיצוי בגין הפגיעה – הרי שהיא נראית בעיניי כמתאימה יותר לפיצוי בגין פעולה שלטונית שהיא נחלת העבר ושהנזק בגינה התגבש, ולא להסדרה צופה פני עתיד של הקנייה כפוייה של נכס לידי המדינה כנגד תשלום שוויון ארוך-הטווח. לעומת זאת, ככל שנוגעים הדברים בהקניה כפוייה של זכויות קניין בנכס לטובת הרשות השלטונית, הרי שיש מקום להסדרה חקיקתית מפורשת, המכירה בקיומה של סמכות הפקעה רחבה, אך קובעת גם עקרונות פרטניים לפיצוי. כלומר, על אף החשיבות העקרונית ב"עילת תביעה חוקתית", היא מתאימה פחות להקשרים הנדונים במאמר זה.

כדי להבהיר במה דברים אמורים, אציין כי בארה"ב, מוכרת זכות כללית לפיצוי בגין פגיעה בזכויות המוגנות בחוקה הפדראלית ובחוקים מכוחה. כאשר הפגיעה נגרמת בידי רשויות לא-פדראליות,

²⁴¹ שם, בפסקה 27.

²⁴² שם, בפסקה 28.

²⁴³ שם, בפסקה 31.

²⁴⁴ רע"א 2063/16 **הרב יהודה גליק נ' משטרת ישראל** (לא פורסם, 19.1.2017) (להלן: "עניין גליק").

²⁴⁵ שם, דעת השופט עמית, בפסקה 18. דברים אלה מוצאים ביטוי גם בפסקי-דין עדכניים של ערכאות דיוניות. כך, בת"א 439/08 **א.ב. קיסין (סוכנויות גז בע"מ) (בפירוק ובכינוס נכסים) נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 17.7.2017), דחה בית המשפט המחוזי בחיפה תביעה כספית כנגד מדינת ישראל מצד חברות להובלה ושיווק של גז, אשר המתקן שלהן מוקם בשנות השמונים בביר נבאללה, בסמוך לאיזור התעשייה עטרות ליד ירושלים, בשטח המוגדר כשטח C לפי הסכמי אוסלו. לטענת התובעות, בשנת 2005 החלה מערכת הביטחון לפעול להקמת גדר ביטחון באיזור מובלעת ביר נבאללה, ועם אישור תוואי הגדר "נמצא המתקן מחוץ לתחום הגדר, ובמילים אחרות- בצד האיו"שי שלה", וכתוצאה מכך "נוצרה מציאות שבה התובעות לא יכלו להמשיך ולנהל את עסקיהן", זאת משום "שמבחינה מעשית נחסמה דרך הגישה למתקן, והתובעות לא יכלו להוסיף ולשווק גז במכלים ללקוחות בתחומי המדינה". שם, בפסקה 2. בית המשפט דחה את התביעה הכספית, בין היתר תוך שהוא מציין כי "אף שקיימת נכונות עקרונית להכיר בקיומה של עילת תביעה עצמאית המיוסדת על פגיעה בזכות חוקתית, נראה כי עד עתה טרם נפסקה הלכה הקובעת זכות לפיצוי בשל כך, במקרה שבו לא ניתן לייחס לרשות אשם בפעולותיה". שם, בפסקה 21.

מעוגנת זכות זו בחקיקה פדראלית, ה-Civil Rights Act of 1871, והיא שולבה כסעיף 1983 ב-United States Code (להלן: "סעיף 1983").²⁴⁶ עילת התביעה החוקתית מתייחסת לפגיעה במכלול ה"זכויות, הפריבילגיות והחסינויות" ("rights, privileges, or immunities") המוקנות לפרטים מכוח החוקה הפדראלית, והיא אינה ייחודית לפיכך לזכות הקניין מכוח התיקון החמישי לחוקה. הזכות מתייחסת לפגיעה הנגרמת עקב פעילות שעשתה רשות מדינתית או מקומית מכוח "חקיקה, צו, רגולציה, מנהג או שימוש" במשפט המדינתי ("under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory").²⁴⁷ בעשורים הראשונים פורש החוק כמתייחס לפעולות שנעשו מכוח הרשאה חוקית בדין המדינתי, אך כזו שגלומה בה פגיעה בזכות חוקתית פדראלית (דהיינו, פעולה שאין בה יסוד של "אשם"), כאשר בפסיקה מאוחרת יותר הורחבה זכות התביעה גם לפעולות שבוצעו בידי ממלאי תפקידים שלא מכוח הסמכה בדין המדינתי, ואף בניגוד אליו (דהיינו, פעולה שיש בה יסוד של "אשם" גם ברובד המדינתי).²⁴⁸ בשלב מאוחר יותר, הוכרה עילת תביעה חוקתית מכוח פסיקה גם ביחס לפעולות של הממשל הפדראלי.²⁴⁹

על אף שהזכות לפיצוי מכוח סעיף 1983 מתייחסת גם לפעולות מכוח דין מדינתי שגרמו לפגיעה בזכות חוקתית שאין בהן יסוד של אשם (ככל שהפעולה בוצעה מכוח סמכות בדין המדינתי), בית המשפט הפדראלי העליון המשיג את זכות התביעה ככזו המעוגנת בעקרונות של דיני הנזיקין, כך שיש לראות את סעיף 1983 כ"יוצר זן של אחריות נזיקית" ("creates a species of tort liability").²⁵⁰ בהתאם לכך, פסק בית המשפט כי הזכות לפיצויים, שאינם נומינליים בלבד, תהיה קיימת רק במקום שבו התובע יכול להוכיח פגיעה או נזק ממוני כתוצאה מהפעולה השלטונית.²⁵¹

עקרונות אלה הוחלו גם במקום בו טען התובע לכך שפעולה של רשות היוותה, הלכה למעשה, נטילה שלטונית של זכות הקניין בלי מתן פיצוי, תוך הפרה של הוראת התיקון החמישי לחוקה, ולפיו "nor shall private property be taken for public use, without just compensation".²⁵² לגישת בית המשפט, פעולה שלטונית שיש בה משום השתלטות פיזית או רגולציה פוגענית העולה כדי "נטילה" (taking) אינה מפרה לכשעצמה את החוקה הפדראלית, ככל שהיא נעשית למען מטרה ציבורית (public use), אולם הפגיעה החוקתית גלומה באי-תשלום הפיצוי הצודק (just compensation). מכאן, שהסעד הנדרש מכוח עילת התביעה בסעיף 1983 הינו של פיצוי כספי בגין שלילת זכות זו.²⁵³

אלא שלמרות שיש לכאורה זהות בין תשלום "פיצוי צודק" בגין נטילה שלטונית מכוח התיקון החמישי לחוקה לבין הזכות לפיצוי מכוח סעיף 1983 בגין שלילת הזכות החוקתית לתשלום "פיצוי צודק", הרי שאין הדבר בהכרח כך. כאמור לעיל, משום שהזכות לפיצוי מכוח סעיף 1983 נעוצה

²⁴⁶ Civil Rights Act of 1871, Rev.Stat. § 1979, as amended, 42 U.S.C. § 1983.

²⁴⁷ שם, לשון הסעיף הינה כדלקמן: "Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress [...]"

²⁴⁸ Monroe v. Pape, 365 U.S. 167 (1961).

²⁴⁹ Bivens v. Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971).

²⁵⁰ Heck v. Humphrey, 512 U.S. 477, 483 (1994).

²⁵¹ Farrar v. Hobby, 506 U.S. 103, 112 (1992).

²⁵² U.S. CONST., amend. V, § 3.

²⁵³ City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd., 526 U.S. 687, 709-710 (1999).

בבסיסה בעקרונות נזיקיים מסורתיים, אשר מכוחם אין זכות לפיצוי אלא על סמך הוכחת נזק ממוני, הדבר עלול להגביל באופן קטיגורי את זכותו של הפרט לפיצוי בגין נטילה זמנית או קבועה של זכותו – במיוחד ככל שנעשית בהקשר לכך אנלוגיה לעוולה של הסגת גבול (trespass).²⁵⁴

כך, למשל, כפי שעלה בהקשר של החוק לשימוש ארעי במגרשים ריקים שנדון בחלק א'4 לעיל, הרי שלכאורה, במקום בו בעל הקרקע אינו יכול להפיק רווח מהשימוש במגרש הריק בנקודת הזמן הנתונה בה הרשות המקומית משתלטת עליה לצורך שימוש ציבורי ארעי, הרי שיקשה עליו להראות נזק ממוני ישיר מכוח עקרונות המוכרים בדיני הנזיקין. אלא כפי שטענתי ביחס לחוק זה, ראוי, מחד, להרחיב את השימושים הציבוריים הזמניים בגינם ניתן לעשות שימוש זמני כפוי בקרקעות ריקות ולהחיל זאת גם על בניינים ריקים – אך, מאידך, שלילה גורפת של תשלום פיצוי בטענה כי הבעלים ממילא אינו יכול לעשות שימוש בקרקע או בבניין בתקופה זו פוגעת בזכות הקניינית במובנה הרחב יותר ועלולה ליצור תמריצים שליליים לרשות בכובעה הרגולטורי.²⁵⁵ מכאן, איפוא, שראוי בעיניי כי הדיון בהקשר להפקעה או להשתלטות על נכסים לא ייעשה במסגרת כללית של "עילת תביעה חוקתית", ככל שזו תגביל עצמה לעקרונות המסורתיים של דיני הנזיקין, אלא כי דיון כזה ייעשה במסגרת נפרדת המתייחסת למכלול השיקולים של פגיעה בזכות הקניין.

מעבר לכך, על אף שבמקרים מסוימים דיני הנזיקין נדרשים גם לאיתורם ולכימותם של נזקים עתידיים לצורך חישוב הפיצוי (כמו במקרה של נזקי גוף), הרי שככלל, המסגרת הנזיקית הנעוצה בסעיף 1983 - ככל שזו תאומץ גם בהקשר הישראלי במסגרת פיתוחה של "עילת תביעה חוקתית" - נראית בעיניי כמתאימה פחות להערכת פגיעה קניינית ולחישוב ארוך-טווח של שווי זכויות בנכסים. גם מטעם זה, איפוא, אני סבור כי המסגרת המשפטית הראויה לטיפול במעשים שלטוניים שיש בהם משום הפקעה או השתלטות קניינית אחרת על נכסים פרטיים הינה כזו של הגדרה חוקתית או סטטוטורית של הענקת סמכות נרחבת לרשות השלטונית להפקעת נכסים שונים, וכנגדה – קביעת עקרונות לחובת הפיצוי בגין הפגיעה בזכות הקניין, כפי שיפורטו הדברים בפרק הבא.

ג. לקראת דין הפקעות כללי – בין חוקה, חקיקה ופסיקה

כיצד ניתן לפתור את החֶסֶר המשפטי המתואר במאמר זה? בפרק זה אדרש לעקרונות אפשריים ליצירת הסדר כללי של הענקת סמכות להשתלטות שלטונית, קבועה או זמנית, על סוגי נכסים שונים לקידום מטרה ציבורית, וכנגדה הטלת חובת פיצוי וגיבוש כללים לאופן חישוב הפיצוי. לאחר דיון עקרוני בהצדקה לסמכות הפקעה כללית וכנגדה חובת פיצוי, אדרש לאפיקים השונים ליצירת דין הפקעות כללי: הכרה חוקתית, הסדרים חקיקתיים ומדיניות שיפוטית – כאשר האפיקים השונים הללו אינם מוציאים זה את זה, אלא ראוי שישולבו כדי ליצור דין הפקעות כללי.

²⁵⁴ ראו לעניין זה Joseph William Singer, *The Rule of Reason in Property Law*, 46 U.C. DAVIS L. REV. (2013) 1369, (המציין עם זאת, בהקשר לעוולת הסגת הגבול במשפט הפרטי בארה"ב, כי לאור ההכרה הגוברת של בתי המשפט במגבלות הנעוצות בכללי הפיצוי הנזיקי המסורתי, החלו בתי משפט מדינתיים שונים להכיר באופן הדרגתי באפשרות של הטלת פיצויים עונשיים (punitive damages) במקרים מסוימים של הסגת גבול).
²⁵⁵ ראו דיון בסעיף א'4 לעיל, בטקסט הנלווה לה"ש 177.

1. על ההצדקה לסמכות הפקעה כללית – וכנגדה חובת פיצוי

טרם הדיון באפיקים השונים ליצירת דין הפקעות כללי, אבקש לנמק מדוע הרכיבים היסודיים של המודל המוצע במאמר – דהיינו, הרחבת סמכות ההפקעה העקרונית לסוגי נכסים שונים, מחד, וקביעת חובת פיצוי כללית בגין הפקעה, מאידך – משקפים איזון ראוי מבחינה נורמטיבית, ויש בהם כדי לקדם עקרונות של הגינות, שוויון, יעילות והכרה באוטונומיה של הפרט, לצד יצירת מערך תמריצים לרשות השלטונית לפעול לקידום האינטרס הציבורי תוך הבטחת השקיפות והאחריות (accountability) של הרשות ביחס להשפעות של פעולותיה על הפרט ועל הציבור.

ראשית, אבקש להצדיק את הצורך בקביעת סמכות הפקעה כללית. בהרחבת סמכות ההפקעה העקרונית לכל סוגי הנכסים יש לכאורה משום העצמת כוחה של הרשות וחשש מפני פגיעה גוברת בזכות החוקתית לקניין, ובמיוחד ביחס לפרטים ולקבוצות שהשפעתם המעשית על קבלת ההחלטות של הרשות השלטונית נחותה באופן יחסי לאחרים.²⁵⁶ אלא שכפי שהראיתי בהרחבה לעיל, המצב המשפטי הנוהג בישראל נעדר הסדרה שיטתית, כך שסמכות ההפקעה או ההשתלטות השלטונית הלכה למעשה, המוקנית כיום לרשות ביחס לסוגים שונים של נכסים או תרחישים עובדתיים, אינה משקפת חשיבה סדורה בדבר הקטנת הפגיעה בזכות הקניין של הפרט או איתור המקרים בהם הצורך בהתערבות שלטונית הינו חיוני במיוחד וללא תחליף. משמעות הדברים הינה כי הסטטוס-קוו המשפטי הנוכחי אינו משקף בהכרח הגנה נאותה על זכויות הקניין של הפרט, או משטור נדרש של פעולות הרשות השלטונית, כך שעיצוב דין הפקעות כללי, שיטתי ועדכני הינו הכרחי ליצירת איזון ראוי בין ההגנה החוקתית על הקניין לאינטרס הציבורי.

כך, במקרים רבים, נשענת הסמכות השלטונית על מקורות משפטיים שהם בחלקם ארכאיים, ובכלל זה מתקופת המנדט הבריטי, ואשר ההליכים מכוחם נעדרים שקיפות, דרישה לאיתור מטרה ציבורית מוגדרת, ומתן זכות לפרט לפיצוי בגין נזקיו – כפי שנסקר לעיל ביחס לשימוש הנרחב הנעשה בתקנה 125 לתקנות ההגנה,²⁵⁷ או לאופן בו השימוש בצווי איסור ייצוא עלול להביא לתוצאה השקולה לאובדן ערכם הכלכלי של נכסים פרטיים בלי שהרשות תישא בהשלכות הנובעות מכך.²⁵⁸

במקרים אחרים, הסמכות השלטונית הינה פרי חקיקה נקודתית, שנחקקה בנסיבות היסטוריות מסוימות ובמידה רבה אינה משקפת את המציאות הנוכחית, ואת הצורך להתמודד עם אתגרים המתעוררים הן בעתות שגרה והן בעתות חירום. כך, דברי החקיקה הנוגעים לשירות עבודה בשעת-חירום או לרישום ציוד וגיוסו,²⁵⁹ שנחקקו בנוגע לעתות חירום ביטחוניות, נעדרים הלכה למעשה תשתית משפטית ראויה לצורך החלתם בעתות חירום אזרחיות, כפי שעולה ביחס למשבר הקורונה.

באופן נרחב יותר, ההסתמכות על דברי חקיקה נקודתיים, שבחלקם אינם משקפים הגנה נאותה על זכות הקניין של הפרט, ובחלקם אינם רלוונטיים עוד לאתגרים הנוכחיים של החברה הישראלית,

²⁵⁶ ראו לעניין זה אירית חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא 449, 452 (1998).

²⁵⁷ ראו דיון בחלק א'2 לעיל, בטקסט ליד ה"ש 116-137.

²⁵⁸ ראו דיון בחלק ב'1 לעיל, בטקסט ליד ה"ש 189-191.

²⁵⁹ ראו דיון בחלק א'2 לעיל.

מלמדת כי ככל שאמורים הדברים בקיומה של מטרה ציבורית חיונית – הן בעתות חירום והן בעתות שגרה – הרי שיש קושי מובנה לנבא מראש בחקיקה מה יהיו סוגי הנכסים שיתעורר לגביהם צורך כזה, או מהן הנסיבות העובדתיות שבהן שימוש בסמכות ההפקעה יהיה מידתי ונחוץ.

בהקשר זה חשוב גם לציין, כי דווקא ביחס לסוג הנכס הנתפס לעיתים תכופות ככזה שמגלם לצד ערכים כלכליים גם את ליבת הערכים של חירות, אוטונומיה והבניית האישיות שלנו כפרטים²⁶⁰ – דהיינו, קרקע – הרי שהחקיקה הישראלית מאפשרת כיום סמכות הפקעה רחבה, ובכלל זה כאשר מדובר בבית או בדירת המגורים.²⁶¹ לפיכך, גם בהיבט זה, ההרחבה העקרונית של סמכות ההפקעה לא תביא בהכרח להעצמת הפגיעה ביחס לנכסים או לתרחישים עובדתיים בהם הפרט רגיש במיוחד לפגיעה בזכויותיו. מעבר לכך, כפי שנסקר בחלק א'1 לעיל, תיקוני החקיקה ופסקי-הדין העדכניים ביחס להפקעת קרקעות מבטאים בעיניי מגמה ראויה של הרחבה עקרונית של הגדרת המטרה הציבורית, אך זאת כנגד קיום הליכי שימוע מכוח החוק, פיקוח שיפוטי על המידתיות והנחיצות של השימוש בסמכות ההפקעה בנסיבות העניין, והרחבת חובת הפיצוי גם עבור הפקעות חלקיות.²⁶²

כדי להבטיח כי השימוש בסמכות ההפקעה לא ינוצל באופן שיהיה בו כדי להפר את האיזון הנדרש בין ההגנה החוקתית על קניין הפרט לבין קידום האינטרס הציבורי, מוצע גם כי אמות-המידה של מידתיות ונחיצות השימוש בסמכות ההפקעה, אשר פותחו עד כה בפסיקת בתי המשפט – כפי שנסקר בחלק א'1 לעיל – יעוגנו בחקיקה כתנאי לשימוש בסמכות. לפיכך, לצורך שימוש בסמכות ההפקעה, יהיה על הרשות השלטונית לפרט את המטרה הציבורית הקונקרטית שעבורה נעשה השימוש בסמכות, ואת המידתיות והנחיצות של השימוש במכשיר ההפקעה לצורך הגשמת המטרה הציבורית, ויוטל עליה נטל השכנוע של עמידה בתנאים אלה אם תתגלע מחלוקת משפטית בעניין. בהמשך הפרק, אדרש להטמעתם של רכיבים אלה במסגרת עיצובו של דין ההפקעות הכללי.

שנית, אבקש לטעון כי הגדרת חובת פיצוי כללית בחוק בגין שימוש בסמכות ההפקעה הינה ראויה ונדרשת, וכי יש להגדיר בחקיקה אמות-מידה שונות אותן יש לשקול לצורך חישוב הפיצוי הנאות במקרה פרטני, וזאת כדי להגשים ערכים של יעילות, הגינות, שוויון והכרה בפגיעה הגלומה באוטונומיה של הפרט באמצעות מנגנון הפיצוי בגין ההפקעה, וזאת לצד עיצוב הולם של מערך התמריצים ומידת האחריות של הרשות השלטונית. בהתאם לכך, אטען כי איתור שווי השוק (market value) של הפגיעה בזכות אינו אמת-המידה היחידה אותה יש לשקול בהקשרים שונים, וייתכנו מקרים בהם איזון השיקולים שייקבעו בחקיקה, כפי שיפותחו ויושמו בפסיקת בתי המשפט, יביא לקביעת פיצוי בשיעור שאינו מבטא את מלוא שווי השוק של הפגיעה, ולחלופין – לפיצוי בעל הנכס אף אם אמת-המידה של שווי השוק מצביעה על פגיעה בשיעור נמוך, אם בכלל.

כפי שיפורט בחלק ג'2 להלן, בשיטות משפט שונות מוגדרת חובת פיצוי עקרונית וכללית בגין שימוש בסמכות ההפקעה, כגון החובה ל"פיצוי צודק" ("just compensation") בחוקה הפדראלית

²⁶⁰ ראו Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 991-1002 (1982) (המבחינה בין "קניין בר-המרה" (fungible property) ל"קניין אישי" (personal property) ומדגישה את היבטי האישיות הייחודיים הכרוכים בבית המגורים).

²⁶¹ כך, סעיף 194 לחוק התכנון והבניה דורש אמנם העמדת "שיכון חלוף" כתנאי לפינויו של בית מגורים במסגרת הליכי הפקעה, אך מכאן שהוא מתיר הפקעת נכס מעין זה מכוח החוק. ראו נמדר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 344-347.

²⁶² לענין חובת השימוע, ראו חלק ג'2 להלן.

בארה"ב.²⁶³ עצם ההכרה בחובת הפיצוי המוסדרת בחוקה, בחקיקה, או בפסיקה בגין נטילה כפויה של קניין הפרט מגלמת את התובנה אותה ביטא בית המשפט העליון בעניין **מסרי**, ולפיה "הזכות לפיצויי הפקעה מהווה, ככלל, תנאי למידתיותו ולחוקיותו של מעשה ההפקעה עצמו",²⁶⁴ והיא נועדה להיות "אמצעי ליצירת איזון ראוי" בין זכות הקניין של הפרט לאינטרס הציבורי.²⁶⁵

השיקולים הנוגעים לקביעת היקף חובת הפיצוי, הן לצורך ההגדרה של אמות-המידה העקרוניות הרלוונטיות כעניין של מדיניות משפטית, והן ליישומן של אמות-המידה הללו במקרים קונקרטיים, מורכבים ונוגעים הן לנקודת המבט של הפרט בעל הזכות והן לנקודת המבט של הרשות השלטונית.

בנוגע לפרט, התיאוריה המקובלת ביחס לפיצוי בגין הפקעה נדרשת לקידום מטרה של "צדק מתקן" (corrective justice), ולפיה מצבו של הנפגע יוחזר, ככל הניתן, לקו-הבסיס (baseline) בו נמצא הפרט לפני מעשה ההפקעה.²⁶⁶ אלא שאף אם נקבל עמדה זו כעומדת בבסיס הזכות לפיצוי, הרי שהיכולת לשחזר את קו-הבסיס, ובמיוחד ככל שאמורים בנקודת המבט הסובייקטיבית של הפרט, נעוצה בהערכה מורכבת של הרכיבים שיביאו לכדי השבה זו, ובקשיים משמעותיים בנוגע ליכולת המעשית לשחזר רכיבים אלה, או לרפא את תוצאות הפגיעה בהם, דרך מנגנון של פיצוי כספי.

במיוחד אמורים הדברים ביחס לסוגיה עליה עמדתי בחלק א' לעיל, ולפיה נטילה כפויה של הזכויות בנכס על-ידי הרשות השלטונית עלולה להביא עימה לפגיעה באוטונומיה, בחירות ובשליטת הבעלים על "סדר-היום בנוגע לנכס".²⁶⁷ לגישת בית המשפט בעניין **מסרי**, "הפיצוי הכספי מרכז את הפגיעה הכלכלית בבעל הקרקע, הגם שאין הוא נותן מענה לפגיעה באוטונומיה של הפרט כתוצאה מהכפייה הגלומה במעשה ההפקעה".²⁶⁸ דהיינו, ניתן להניח שאין בהכרח מתאם בין עוצמת הפגיעה הסובייקטיבית שחש אדם כתוצאה מנטילתו הכפויה של נכס בבעלותו (ככל שניתן בכלל לאמוד פגיעה כזו) לבין זיהוי הפיצוי הכספי ככזה שמטרתו לרפא, או לכל הפחות "לרכז", את הפגיעה הכלכלית הנגרמת לאדם עקב שלילת זכויותיו בנכס שלא באמצעות עסקה רצונית. עם זאת, אין משמעות הדבר כי ההכרה בקיומה של פגיעה באוטונומיה הינה נטולת משמעות לצורך ההצדקה לעצם חובת הפיצוי כעניין של מדיניות משפטית כללית, כמו גם לזיהוי סוגי מקרים בהם מוצדק לפצות אדם בגין נטילה כפויה של נכס אף אם הפגיעה הכלכלית השוקית הגלומה בכך הינה נמוכה. באותה עת, ברי כי פגיעה באוטונומיה אינה אמורה להיות תנאי-בלעדי-אין להצדקה לחובת פיצוי, כך שישנם טעמים אחרים להטלת חובת פיצוי אף כאשר מדובר במקרים בהם הערך המרכזי שמזהה אדם (או תאגיד, לצורך זה) עם הזכות בנכס מסוים היא היכולת להפיק ממנו תועלת כלכלית גרידא.

כך, הצדקה מרכזית לחובת הפיצוי נעוצה בטיעון של הגינות (fairness), ולפיו אין זה הוגן שהפרט ישא על כתפיו את העלות הכרוכה בקידום מטרה שנועדה להיטיב עם הציבור.²⁶⁹ זאת במיוחד משום

²⁶³ U.S. CONST., amend. V, §3.

²⁶⁴ עניין **מסרי**, ה"ש 49 לעיל, בפסקה 74 לדעתו של השופט פוגלמן.

²⁶⁵ שם.

²⁶⁶ ראו Wyman, ה"ש 167 לעיל, בעמ' 248-250.

²⁶⁷ ראו חלק א' לעיל, בטקסט ליד ה"ש 167-171.

²⁶⁸ עניין **מסרי**, ה"ש 49 לעיל, בפסקה 74 לדעתו של השופט פוגלמן.

²⁶⁹ ראו לעניין זה את פסק-דינו של בית המשפט הפדראלי העליון בארה"ב בעניין Armstrong v. United States, 364 U.S. 40 (1960), ולפיו: "The Fifth Amendment's guarantee ... [is] designed to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole". שם, בעמ' 49.

שההחלטה לגבי השימוש בסמכות ההפקעה אמורה להתקבל לאור הנחיצות בהשתלטות על נכס מסוים ולא לאור זהותו של בעל הנכס, כך שהפגיעה בו היא תוצאת לוואי של הפעולה שנועדה לקדם את המטרה הציבורית ומחייבת בנסיבות העניין שימוש בסמכות הכפייה של המדינה.²⁷⁰ מעבר לכך, חובת פיצוי עשויה להבטיח, ולו באופן חלקי, כי נכסים לא יופקעו רק מפרטים או מקבוצות באוכלוסיה שכוחן הפוליטי הוא נחות ואינו מאפשר להן לפעול בשדה הפוליטי למניעת ההפקעה.²⁷¹ לצד זאת, בחינת שיקול ההגיונות מחייבת גם התבוננות על מצבו של הפרט ביחס לפרטים אחרים שעשויים להיות מושפעים מהפעולה השלטונית, תוך בחינת השאלה האם כנגד מעשה ההפקעה צפויה לצמוח לבעל הנכס תועלת כתוצאה מפעולה זו או מפעולות שלטוניות אחרות שיש להן זיקה למעשה ההפקעה ושבהן מוטל הנטל גם על בעלי נכסים אחרים. כך, הוצע בספרות עקרון של "שוויון במימון" ביחס להפקעת מקרקעין,²⁷² ולפיו יש לבחון האם בעל מקרקעין תורם "תרומה הוגנת" ביחס לבעלי מקרקעין אחרים המצויים באיזור הרלוונטי לצורך פיתוחו ולאספקת צרכי הציבור הנדרשים.²⁷³ כפי שהראיתי בחלק א' לעיל,²⁷⁴ מבחן זה אומץ בפסיקת בית המשפט העליון לעניין הסמכות הנתונה לרשות השלטונית להפקיע חלק מקרקע בלי תשלום פיצוי, כך ש"פטור מפיצוי בגין הפקעה חלקית יהיה מוצדק אם יוחל באופן שוויוני וצודק, לשם הספקת צרכי ציבור הנדרשים בקרקע הרלוונטית",²⁷⁵ אך במקום שאין הדבר כך – ראוי שהפרט יפוצה בגין הפקעת הנכס שלו.²⁷⁶

בהקשר לכך, אמת-מידה אחרת שהוצעה בספרות ואומצה בפסיקת בית המשפט העליון בהקשר להגבלה על זכות הפיצוי נוגעת לתפיסה של "קהילה", כזו המבקשת לקדם "הדדיות ארוכת טווח" (long-term reciprocity),²⁷⁷ ולפיה "בעל קניין, הנהנה באופן שוטף מיתרונות חברותו בקהילה נתונה, מצופה על-פי אידיאל זה לשאת בחובות כלפי הקהילה", כך שכל עוד הנטל המוטל עליו "אינו חריג בגודל ואינו בלתי-פרופורציונלי באופן בולט לזה שיתר בני-הקהילה נושאים בו", וכל עוד הדבר מעוגן באמות-מידה כלליות שאינן שרירותיות, הרי שהדבר עשוי להצדיק גריעה מחובת הפיצוי.²⁷⁸ בהקשר להפקעת קרקע, מתחדד שיקול זה כאשר ההפקעה הינה לצורך פרויקט ציבורי "מקומי", כזה הנטוע במערכת יחסים ארוכת-טווח של "תן וקח" בין בעל הנכס לשכניו בסביבת מגוריו.²⁷⁹

לצד שיקולי ההכרה בפגיעה באוטונומיה, בהגיונות ובשוויון, הרי שההצדקה לחובת הפיצוי נעוצה גם בשיקול הכלכלי של מתן תמריצים ראויים, צופים פני עתיד, להשקעה יעילה בנכסים. נטילה כפויה של נכס על-ידי הרשות השלטונית בלי מתן פיצוי עלולה לגרום לפרט הנפגע, ולאחרים החוששים שגם הם עלולים למצוא עצמם בעתיד במצב דומה, שלא לבצע השקעות בנכסים, ובפרט השקעות ארוכות-טווח. לאור חוסר הוודאות המובנה בנוגע לשאלה אילו נכסים, אם בכלל, צפויים להיות נתונים בעתיד למעשה הפקעה, עלול חשש כזה גם להביא להשקעת-הֶסֶר שיטתית בנכסים. פרנק מייקלמן (Frank Michelman) הקמישג את אובדן הערך החברתי הגלום במצב עניינים זה

²⁷⁰ ראו דפנה לוינסון-זמיר **פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון** 106-107 (תשנ"ה-1994) (להלן: לוינסון-זמיר, **פגיעות במקרקעין**); עניין **מסרי**, לעיל ה"ש 49, בפסקה 84 לדעת השופט פוגלמן.

²⁷¹ חביב-סגל, לעיל ה"ש 256, בעמ' 452.

²⁷² לוינסון-זמיר, לעיל ה"ש 270, בעמ' 186-197.

²⁷³ שם, בעמ' 186-187.

²⁷⁴ ראו חלק א' לעיל, טקסט ליד ה"ש 49-53.

²⁷⁵ עניין **מסרי**, לעיל ה"ש 49, בפסקה 79 לדעת השופט פוגלמן.

²⁷⁶ שם, בפסקאות 81-83.

²⁷⁷ דגן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 53.

²⁷⁸ שם.

²⁷⁹ עניין **מסרי**, לעיל ה"ש 49, בפסקאות 88-93 לדעת השופט פוגלמן.

כ"עלויות דמוורליזציה" (demoralization costs).²⁸⁰ בהתאם לכך, ניתן לראות בתשלום פיצוי בגין הפקעת נכסים כמנגנון עקיף של ביטוח מטעם הממשלה במקום שבו הסיכון להפקעה התממש. תשלום פיצוי כאמור מבטיח איפוא לא רק שיפוי בגין השקעות שבוצעו בפועל על-ידי בעל הנכס, אלא גם מעניק תמריץ חיובי לכלל הפרטים לחברה להשקיע בנכסים בלי לחשוש מהסיכון החיצוני של הפקעת הנכס – ובמיוחד לאור היעדרם של שווקי ביטוח פרטיים לכיסוי סיכונים מעין אלה.²⁸¹ לצד זאת, בספרות הובעה גם ביקורת ולפיה מתן פיצוי מלא באופן קטיגורי בגין מלוא שווי ההשקעות בנכס עלול גם לגרום לבעיה המוכרת בתחום הביטוח כ"סיכון מוסרי" (moral hazard), באופן שעלול לתמרץ פרטים לבצע השקעות לא יעילות או כאלו שלא היו רוכשים ביטוח בגין.²⁸²

הטלת האחריות בגין התגלמות הסיכון והעלויות האחרות הגלומות בהפקעה על הרשות השלטונית כרוכה מטבע הדברים בהצדקות נורמטיביות לפיצוי שעניין בהכוונת ההתנהגות הראויה של הרשות. הטלת חובת פיצוי מקדמת ככלל את האחריותיות (accountability) והשקיפות בפעולתה של הרשות, ובפרט מפחיתה את החשש מפני בעיה של "אשליה פסקאלית" (fiscal illusion) ולפיה במקום בו הרשות אינה נדרשת לפצות בגין מעשה ההפקעה, תוכל הרשות להתעלם הלכה למעשה מהעלויות הנגרמות לפרטים בשל מעשה ההפקעה ולהציג את הפרויקט לציבור ככזה שהוא נטול עלויות מסוג זה.²⁸³ זאת במיוחד, ככל שהרשות גם אינה צפויה לשאת בעלויות פוליטיות (political costs) עקב ביצוע הפקעה בלי פיצוי, כאשר הפרטים הנפגעים אינם בעלי כוח משמעותי בשדה הפוליטי.²⁸⁴ חובת הפיצוי ממשמעת איפוא את הרשות השלטונית, ומחייבת אותה לא רק לחשב מראש את מלוא העלויות הכרוכות בפרויקט הציבורי ולהפנים אותן דרך תשלום הפיצוי מתקציבה, אלא אף לשפר באופן כללי יותר את השקיפות בפעילויותיה ולהקטין את החשש מפני התנהגות אופורטוניסטית שמטרתה הפקת רווח עקב הפקעת נכס פרטי לפרק זמן קצוב או באופן קבוע.

לצד זאת, יש גם לתת את הדעת לחשש מפני הרתעת-יתר של הרשות מקידום פרויקטים ציבוריים במקרים מסוימים, ובמיוחד כאשר מדובר בפרויקטים שאינם מתבטאים ברווח כספי לרשות אלא בקידום אינטרס ציבורי במובן הרחב, כזה שבו דווקא עלול להינתן משקל-יתר, הן בשיח הציבורי והן בתהליך קבלת ההחלטות, לביצוע הוצאה כספית משמעותית מהקופה הציבורית בטווח הזמנים המיידי, כנגד הפקת תועלת לא-ממונית לציבור בטווח הארוך. כך, למשל, בכל הנוגע להגנה על נכסי תרבות, קביעת מנגנון הפיצוי צריכה לתת את הדעת לאיזון הראוי בין הגנה על קניין הפרט לקידום האינטרס הציבורי, כך שחישוב הפיצוי בגין העברת נכס תרבות לידיים ציבוריות אך ורק על בסיס שווי השוק, כפי שהיה אמור לבוא לידי ביטוי במכירה פומבית המיועדת גם לרוכשים מחוץ לישראל,

²⁸⁰ Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of* ראו "Just Compensation" Law, 80 HARV. L. REV. 1165, 1214-1218 (1967). לגישת מייקלמן, עלויות אלו כוללות את שני הרכיבים הבאים: (1) the dollar value necessary to offset disutilities that accrue to losers and their sympathizers specifically from the realization that no compensation is offered, and (2) the present capitalized dollar value of lost future production ... caused by demoralization of uncompensated losers, their sympathizers, and other observers disturbed by the thought that that they themselves may be subjected to similar treatment on some other occasion".

²⁸¹ Lawrence Blume & Daniel L. Rubinfeld, *Compensation for Takings: An Economic Analysis*, 72 ראו CALIF. L. REV. 569, 571-573, 590-599 (1984).

²⁸² שם, בעמ' 623-622.
²⁸³ Lawrence Blume, Daniel L. Rubinfeld & Perry Shapiro, *The Taking of Land: When Should Compensation be Paid?* 99 Q. J. ECON. 71, 88 (1984).

²⁸⁴ לסוגיית העלויות הפוליטיות הכרוכות בביצוע הפקעה, ראו אברהם בל וגדעון פרחומובסקי "פרק ז': דיני קניין" *הגישא הכלכלית למשפט* 339, 372 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

עלול במקרים מסוימים להניא את הרשות מלנקוט פעולות שמטרתן הגנה על נכסי תרבות. דבר זה משליך גם על עצם ההצדקה לעשות שימוש בסמכות ההפקעה כדי להקנות למדינה, או להשיב לידיה, נכסים ייחודיים כגון נכסי תרבות – שהרי אילו היתה המדינה מוגבלת באופן גורף לרכישת נכסים אלה רק בעסקה רצונית מול בעל הנכס גם בנסיבות בהן זה מנצל לרעה את העמדה המונופוליסטית בה הוא מצוי כלפי המדינה, או לחלופין, במתן הצעת המחיר הגבוהה ביותר במכירות פומביות הפתוחות לשוק הבינלאומי, היה מוביל הדבר לפעילות-חֶסֶר של המדינה.

מהי המסקנה העולה מהניתוח שלעיל באשר לחובת הפיצוי, כפי שהיא אמורה לבוא לידי ביטוי במסגרת יצירתו של דין הפקעות כללי, כזה אשר יחול על מכלול רחב של נכסים ובתרחישים עובדתיים שונים? לגישתי, לצד אימוץ מבחן שווי השוק (market value) של הזכות הניטלת מהפרט כאמת-המידה המרכזית לחישובו של גובה הפיצוי – וזאת גם משיקולים של הגברת הוודאות בתכנון פעולותיה של הרשות ובהחלטות השקעה של פרטים, כמו גם בהפחתת העלויות המנהליות שיהיו כרוכות בבירור תביעות פיצויים כפי שיפורט בחלק ג'2 להלן – הרי שיש לכלול בחקיקה גם אמות-מידה נוספות אותן ניתן יהיה לשקול במקרים פרטניים ככל שהנסיבות הייחודיות מצדיקות זאת. כלומר, מוצע כי בחקיקה שתסדיר את דין ההפקעות הכללי יפורטו גם אמות-מידה המתבססות על השיקולים הנורמטיביים האחרים שנסקרו לעיל, ובכלל זה של הגינות ושוויון, כפי שהן באות לידי ביטוי בין היתר בנטל היחסי המוטל על הפרט ביחס לפרטים אחרים בגין קידום המטרה הציבורית, וכן של תמרוץ הרשות השלטונית לנהוג באחריות ובשקיפות, אך גם לקדם פרויקטים ציבוריים חשובים שהתועלת מהם אינה צפויה לבוא לידי ביטוי ב"מטבע קשה" לרשות או לפרטים אחרים.

משמעות הדברים הינה כי במסגרת בירור פרטני של תביעות פיצויים, יישמר מרחב תמרון לגופים שיעסקו בבירור התביעה (בעיקר, שמאים מכריעים ובתי משפט, כפי שיפורט בחלק ג'2 להלן) לקבוע באופן מנומק בסיס לחישוב הפיצוי החורג מהסתמכות אך ורק על אמת-המידה של שווי השוק. בנסיבות מסוימות, הדבר יביא לתוצאה בה הפיצוי שייקבע נמוך משווי השוק של הנכס שניטל, אך בנסיבות אחרות – כפי שאדגים בחלק ג'2(ג) – יביא הדבר לקביעת שיעור פיצוי העולה על הפגיעה בשווי השוק של הזכות הנפגעת, וזאת למשל בנסיבות בהן הרשות נמצאת בעמדה ייחודית לנצל את הנכס לטובתה לתקופת זמן קצובה, בעוד שהפרט מנוע מלהפיק תועלת דומה באותה נקודת זמן.

2. האפיקים השונים לאימוצו של דין הפקעה כללי

(א) הכרה חוקתית בסמכות כוללת להפקיע נכסים ובחובת הפיצוי

לאור מעמדה החוקתי של זכות הקניין, נראה על פני הדברים כי הסדרת הסמכות השלטונית וחובת הפיצוי עשויה להתבצע בתיקון חוקתי לסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כיום, הלשון הלקונית של הסעיף – "אין פוגעים בקניינו של אדם" – מביאה הלכה למעשה למצב אותו תיארתי בחלקים קודמים למאמר זה, ולפיו בית המשפט מוצא עצמו בפני חלופות בלבד כאשר הוא דן במעשה שלטוני הפוגע לכאורה בזכות הקניין. כלומר, הותרת המעשה על כנו במקום שבו הפגיעה בקניין, אם ישנה כזו, עומדת בתנאי פסקת ההגבלה תוך דחיית העתירה בלי סעד כלשהו, ולחלופין, קבלת העתירה ולפיה הפגיעה האמורה סותרת את חוק היסוד – תוך ביטול/שינוי המעשה השלטוני.

לעומת זאת, ההוראות הקיימות בחוקות מדינתיות שונות,²⁸⁵ כמו גם באמנות על-לאומיות,²⁸⁶ בדבר הגנה על זכויות הקניין, נרחבות יותר מבחינת לשון – ומשמיעות בתוכן לא רק את הרכיב השלילי של איסור על עצם הפגיעה בנסיבות מסוימות, אלא גם את ההיבט החיובי של סמכות ההפקעה ולצידה חובת הפיצוי, כמו גם סמכות כללית להטיל רגולציה המסדירה את אופן השימוש בנכסים.

כך, לדוגמא, הפסקה הרלוונטית בתיקון החמישי לחוקה האמריקאית אף היא תמציתית למדי: "nor shall private property be taken for public use, without just compensation."²⁸⁷ עם זאת, היא פורשה לא רק בהיבט השלילי שלה – דהיינו הכפפת הסמכות לקיומו של "public use" שפורש בפסיקה באופן נרחב יותר כ-"public purpose" ("מטרה ציבורית")²⁸⁸ – אלא גם בהיבט החיובי של הכרה בעצם סמכות ההפקעה, וכל זאת בכפוף לחובת תשלום "פיצוי צודק" ("just compensation"). הסמכות להפקעה מכוח התיקון החמישי לחוקה, וחקיקה פדראלית שבאה מכוחו, פורשה כחלה על מגוון רחב של נכסים ביחס למונח "private property": ממקרקעין ונכסי מיטלטלין ועד לנכסים בלתי-מוחשיים, ובכלל זה נכסי קניין רוחני, מוניטין עסקי וזכויות.²⁸⁹

לצד ההכרה בסמכות הנתונה לרשויות השלטון לנקוט בהליך מפורש של הפקעה (eminent domain) בהתאם לכללים ולהליכים שנקבעו בחקיקה פדראלית, מדינתית ומקומית משלימה – פותחה בפסיקה גם דוקטרינה של inverse condemnation. מכוח דוקטרינה זו, מזהה בית המשפט מקרים בהם הרשות השלטונית (שיש לה כאמור סמכות כללית לביצוע הליכי הפקעה מפורשים), נקטה במעשה חקיקתי, רגולטורי או שלטוני שלא מוגדר מפורשות כמעשה של הפקעה (eminent domain) אך, הלכה למעשה, הוא עולה כדי נטילה שלטונית (taking) של זכות הקניין הפרטי. במקרים אלה, הפעולה השלטונית נותרת על כנה – אך הרשות מחויבת בתשלום פיצוי בגין מעשה ההפקעה.²⁹⁰

בחלק מהמקרים, מוחלת הדוקטרינה של inverse condemnation על מצבים של כניסה פיזית לנכס או השתלטות פיזית או מעשית אחרת על הנכס באופן העולה כדי שלילת זכויותיו של הפרט. כך, למשל, במקרים שבהם רשות שלטונית מזרימה באופן מתוכנן ומודע שפכים לקרקע פרטית,²⁹¹ או מציפה באופן קבוע קרקע פרטית מסוימת במים למניעת שיטפונות רחבים יותר.²⁹² דברים אלה עשויים לחול גם במצב שבו רשות שלטונית דורשת, מכוח חוק או הוראה רגולטורית, מבעל נכס

²⁸⁵ A.J. VAN DER WALT, CONSTITUTIONAL PROPERTY CLAUSES, ראו (Kluwer, 1999).

²⁸⁶ ראו, למשל, את נוסח סעיף 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה האירופית לזכויות האדם: "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties." Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, First Protocol, Art. 1.

²⁸⁷ U.S. CONST., amend. V, § 3.

²⁸⁸ עניין Kelo, לעיל ה"ש 36.

²⁸⁹ ראו NICHOLS ON EMINENT DOMAIN §2.1[2] (3d ed. 2002). לתחולת סמכות ההפקעה גם על נכסי קניין רוחני, לפחות ברמה של הממשל הפדרלי, ראו Matthew S. Bethards, *Condemning a Patent: Taking Intellectual Property by Eminent Domain*, 32 AIPLA Q. J. 81 (2004).

²⁹⁰ ראו JESSE DUKEMINIER ET AL., PROPERTY 1065 (9th ed., 2018).

²⁹¹ In Re Mountaintop Area Joint Sanitary Authority, 166 A.3d 553 (Cth. Ct. Penn, 2017).

²⁹² ראו, למשל, Arkansas Game and Fish Commission v. U.S., 568 U.S. 23, 33-34 (2012).

מיטלטלין להעביר לידיה את הנכס או חלק ממנו – כעולה למשל מחקיקה פדראלית, שמקורה בתקופת ה-New Deal, ומכוחה נדרשים מגדלי יבולים מסוימים להעביר מכסה מסוימת לידי רשות פדראלית לצרכים ציבוריים או למכירה בשווקים לא-תחרותיים.²⁹³ הדוקטרינה של inverse condemnation חלה גם במצבים שבהם רגולציה על נכס פרטי מגיעה לכדי "נטילה רגולטורית" ("regulatory taking"), ובפרט כאשר רגולציה על מקרקעין מונעת מהבעלים כל אפשרות לשימוש מועיל ("deprives land of all economically beneficial use").²⁹⁴ בכל המקרים הללו, הפעולה השלטונית נותרת על כנה – אך הרשות מחויבת בתשלום פיצוי בגין הפגיעה בזכות הקניין.²⁹⁵

לפיכך, דומה כי תיקון חקיקתי של סעיף 3 לחוק היסוד – בנוסח הדומה לכל הפחות לנוסח פסקת הקניין בחוקה הפדראלית האמריקאית – היה עשוי להסדיר סמכות כללית נרחבת להשתלטות שלטונית על סוגי נכסים שונים לצורך מטרה ציבורית, כזו שהיתה גם פותחת את הפתח לחקיקה ראשית ולתקנות מכוחה בדבר הפעלה מפורשת של סמכות ההפקעה. במקביל, תיקון כזה היה גם מסייע לבתי המשפט לאמץ דוקטרינה בנוסח ה-inverse condemnation, ומכוחה מעשים שלטוניים הנעשים בסמכות לפי חוק או מכוחו, ואשר מהווים הלכה למעשה נטילה שלטונית, זמנית או קבועה, של נכסים – יזוהו בידי בית המשפט ככאלו ויוכפפו לחובת הפיצוי הכללית בגין ההפקעה.

ברי, עם זאת, כי במצב הפוליטי והמשפטי המאפיין את מדינת ישראל בעת כתיבת שורות אלו, שינוי חוקתי כזה – או כל שינוי מפורש אחר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – נראה כאתגר בלתי-מעשי.²⁹⁶ באותה עת, נראה גם כי בית המשפט לא יטול על עצמו את התפקיד של קריאה מרחיבה של סעיף 3 לחוק היסוד, באופן שיעניק, מחד, סמכות הפקעה רחבה ביחס לסוגי נכסים שונים – שאינה מוסדרת בחקיקה, ומאידך – יקבע חובת פיצוי ביחס להפקעה מפורשת ולמעשה שלטונית השקול להפקעה כזו. כפי שניתן ללמוד מדעת הרוב בעניין **אבן זוהר**,²⁹⁷ בית המשפט נוהר מקביעת חובת פיצוי מקום בו היא אינה מעוגנת בחקיקה, ואף ההכרה ב"עילת תביעה חוקתית" טרם הבשילה נכון לעתה. זהירות כזו גם נראית בעיניי ראויה לאור הצורך בהסדרה מקיפה של היבטים מהותיים ופרוצדורליים שונים, באופן שיקשה לבצעה אך ורק על-ידי פיתוח שיפוטי. מכאן, איפוא, שהשינוי המוצע יצטרך להתבצע בחקיקה ראשית של הכנסת, כאשר מטבע הדברים יוכל אז בית המשפט לפרשה ולהשלים פערים בה גם מכוח עקרונות חוקתיים-פרשניים כלליים.

(ב) הסדרה בחקיקה ראשית – הגדרת היקף הנכסים, המטרה הציבורית ועקרונות לפיצוי

בסעיף זה אדרש בתמצית לכמה יסודות מרכזיים שנדרשים לבוא לידי ביטוי במסגרת חקיקת הסמכה כללית, שמטרתה למלא את החסר אליו נדרש המאמר. מטבע הדברים, אין מדובר ברשימה הכוללת את כל הנושאים הנדרשים במסגרת חקיקה כזו, וסביר להניח שיהיה צורך גם בהתקנת תקנות משלימות לחקיקה, במיוחד ככל שנוגעים הדברים בהליכי ההפקעה ובקביעת שומת הפיצוי.

²⁹³ ראו Horne v. Dept. of Agriculture, 135 S. Ct. 2419 (2015) (המתייחס להוראות ה-Agricultural Marketing Agreement Act of 1937 כאל הפקעה הלכה למעשה, המחייבת את הרשות בחובת פיצוי עבור המכסה).

²⁹⁴ ראו Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1027 (1992). לסקירת הקריטריונים בפסיקה האמריקאית בדבר הנסיבות בהן רגולציה על קרקע מהווה "נטילה שלטונית", ראו Lehari, לעיל ה"ש 171, בעמ' 9-7.

²⁹⁵ Lehari, לעיל ה"ש 171, בעמ' 14-15.

²⁹⁶ ראו, כללית, אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי רובני" **עיוני משפט** 509 (2016).

²⁹⁷ עניין **אבן זוהר**, לעיל ה"ש 20.

זהות הגורם המפקיע. לאור התחולה הרחבה של סמכות ההפקעה וסוגי הנכסים שעליהם היא תחול, סמכות ההפקעה הכללית מכוח החוק אמורה להיות בידי הדרג המבצע של השלטון המרכזי (וזאת בלי לפגוע בסמכות ספציפית הנתונה לגופי השלטון המקומי ביחס למקרקעין מכוח פרק ח' לחוק התכנון והבניה,²⁹⁸ או בסמכויות המוענקות לגופים אחרים מכוח חקיקה ספציפית כפי שהוצגה בפרק א' למאמר). החוק עשוי להעניק את הסמכות הכללית לממשלת ישראל, וזו תאציל את הסמכות לשר מסוים או למספר שרים, בהתאם לחלוקה נושאית של סוג הנכסים המופקעים. לחלופין, ניתן לקבוע בחקיקה כי הסמכות הכללית תוענק לשר האוצר, הן בשל השיקול התקציבי הכרוך בסמכות ההפקעה, והן לאור האפשרות ליצירת ממשק בין מנגנונים תפעוליים שיפעלו מכוח החוק לבין אלה הקיימים בפקודת הקרקעות, למשל, ככל שנוגעים הדברים לוועדה המייעצת לשר האוצר מכוח פקודת הקרקעות ולהליכי השימוע המתקיימים במסגרתה טרם ביצוע ההפקעה.²⁹⁹

היקף הנכסים והזכויות המופקעות. המסקנה המרכזית העולה מהמאמר הינה כי סמכות ההפקעה צריכה להיות כוללת באשר לסוגי הנכסים הניתנים להפקעה, כמו גם ביחס לסוגי הזכויות הקנייניות שהרשות השלטונית תוכל להקנות לעצמה בכפייה מכוח סמכות זו. כך, למשל, שימוש בסמכות ההפקעה לצורך זמני אמור להיתרגם, ככלל, להפקעה של זכות חזקה ושימוש לתקופה קבועה מראש או ניתנת לחידוש, ולא להפקעה מלאה של זכות הבעלות. כמו כן, בהתאם לאמור בחלק א' לעיל, סמכות ההפקעה ביחס לזכויות קניין רוחני תהיה ככלל בדרך של הקניה כפויה של רשיון לא-בלעדי למדינה לניצול הזכות, ולא באמצעות העברה גורפת של זכות הבעלות בנכס.

לעניין היקף הנכסים, ראוי להגדיר את המונח "נכס" באופן תמציתי וכוללני ככל הניתן, למשל בדומה להגדרת המונח "נכס" בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011,³⁰⁰ דהיינו: "מקרקעין ומיטלטלין, וככל שהדבר מתאים לעניין - גם זכויות רכושיות",³⁰¹ וייתכן שניתן אף להוסיף להגדרה את המונח "נכסי קניין רוחני" כדי להסיר ספק בדבר תחולתה של סמכות ההפקעה גם על סוגי נכסים אלה, מעבר להוראות הספציפיות המנויות כיום בחוק הפטנטים, שנדונו בסעיף א' לעיל.³⁰²

כמו כן, ראוי שהסמכות להפקיע תחול גם על נכסים מסוג של "קניין חדש", כך שהמדינה תוכל למשל לבטל מפורשות זכיון או רשיון קיים (ובכלל זה לצורך הלאמת הפעילות הכלכלית המגולמת בו) כנגד תשלום פיצוי נאות. לעומת זאת, ככל שאמורים הדברים בהתערבות שלטונית רגולטורית ביחס לנכסים אלה, שעיקרה בהפחתת שווי התקבולים או התועלת הכלכלית המגולמת בפעילות נשוא הקניין החדש, או בזכויות שעיקר פעולתן הוא במשפט הפרטי, הרי שכפי שטענתי בחלק ב' לעיל, יש קושי מושגי ונורמטיבי בקונסטרוקציה משפטית של הכרה שיפוטית בדיעבד בהפקעה הלכה למעשה כנגד תשלום פיצוי. במקרים מעין אלה, ראוי ככלל שהביקורת השיפוטית תתמקד

²⁹⁸ פרק ח' (סעיפים 188-196) לחוק התכנון והבניה, לעיל ה"ש 16.

²⁹⁹ על תפקיד הוועדה המייעצת והליכי השימוע ביחס להפקעת קרקעות, ראו בטקסט הנלווה לה"ש 310-312 להלן.

³⁰⁰ הצעת חוק: דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, עמ' 699 (להלן: "הצעת חוק דיני ממונות").

³⁰¹ שם, סעיף 6, הגדרת המונח "נכס". לצד זאת, ניתן לשקול החרגתם בחוק של נכסים מסוימים מגדר סמכות ההפקעה ככל שיש בהם כדי להיות נחוצים לקיומו הבסיסי של אדם, בדומה למשל לקביעת סוגי הנכסים שאינם ניתנים לעיקול במסגרת הליכי הוצאה לפועל, כפי שאלה מנויים בסעיף 22 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ס"ח 507.

³⁰² ראו את הדיון בסעיף ב' לעיל. לשאלת תחולת המונח "נכס" גם על נכסי קניין רוחני, ראו ע"א 4052/19 י.ש.מ. לבניין בע"מ נ' תדביק בע"מ (לא פורסם, 13.9.2020) (ולפיו בעוד שהמונח "נכס נד" בסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, חל רק על נכסים מוחשיים, הרי שיש לראות במונח "נכס" בסעיף 34 לחוק ככזה שחל גם על נכסי קניין רוחני).

בסעד של שינוי או ביטול ההוראה הרגולטורית, במקום בו מגיע בית המשפט למסקנה שהפעולה הרגולטורית פוגעת ב"קניין חדש" או בזכויות שעיקר פעולתן במשפט הפרטי, בניגוד לחוק היסוד.

בכל מקרה, יש להבחין בין מתן הסמכות הרחבה להפקעה לבין הפעלת שיקול הדעת ביחס לשימוש בסמכות זו, וזאת הן ביחס לסוגים מסוימים של נכסים, והן ביחס לשימוש קונקרטי בסמכות. כפי שצוין בחלק א'1 לעיל, בית המשפט העליון נדרש בפסיקתו לקביעת אמות-מידה של "נחיצות" ו"מידתיות" לעניין בחינת שיקול הדעת של הפעלת הסמכות במקרה פרטני, ובמיוחד לאור הפיכתה של זכות הקניין לבעלת מעמד חוקתי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁰³ מוצע כי במסגרת חוק ההפקעה הכללי, יוגדרו אמות-המידה הללו באופן סטטוטורי כתנאי מקדמי לשימוש בסמכות ההפקעה, תוך הטלת חובת הנמקה על הרשות מדוע השימוש בסמכות ההפקעה הינו נחוץ ומידתי, והטלת נטל השכנוע על הרשות השלטונית כי היא עומדת באמות-מידה אלו במקרה של מחלוקת משפטית שתתגלע.

המטרה הציבורית. גם ביחס להגדרת המטרה הציבורית, ראוי לעמדותי לקבוע בחוק הגדרה תמציתית וכוללת, כאשר בחינת המטרה והתאמת האמצעי של שימוש בסמכות ההפקעה להגשמת מטרה זו במקרה קונקרטי של הפעלת הסמכות, תוך עמידה בדרישות של נחיצות ומידתיות, תיעשה הן במסגרת המקדמית של הליכי ההפקעה – כפי שיפורט בפסקה הבאה להלן – והן במסגרת ביקורת שיפוטית על הפעולה השלטונית. כפי שהראיתי בחלק א'1 לעיל, ביחס להגדרת "המטרה הציבורית" בעקבות תיקון מספר 3 לפקודת הקרקעות, הרי שההגדרה המפורטת לכאורה, והכוללת תת-סעיפים רבים, חלה הלכה למעשה באופן נרחב מאוד, כך שלא היה בה משום צמצום הסמכות מראש באמצעות קביעת הגדרה מפורטת.³⁰⁴ לטעמי, גם לא ראוי שהסמכות תוגדר באופן מצמצם, תוך ניסיון לקבוע מראש רשימה סגורה של מטרות ספציפיות – ובפרט לאור הקושי לחזות מראש קיומם של אינטרסים ציבוריים דחופים המתעוררים בעתות חירום צבאיות ואזרחיות. בהקשר לכך, ראוי לציין כי גם בשיטות משפט אחרות, נעשה שימוש במונח רחב יחסית, כגון "public use" בחוקה הפדראלית, בחוקות מדינתיות ובחקיקה בארה"ב,³⁰⁵ או "public interest" באמנות על-לאומיות הכוללות הוראות בנוגע לזכות הקניין³⁰⁶ – והפיקוח השיפוטי על השימוש בסמכות נעשה דרך בחינת הנחיצות והמידתיות של השימוש בה. לצד זאת, יש לקבוע בחקיקה כי בכל מקרה של שימוש בסמכות ההפקעה, תידרש הרשות השלטונית להגדיר באופן ברור ומנומק את המטרה הציבורית הקונקרטית בגינה נעשה שימוש בסמכות ההפקעה באותו מקרה, וזאת כתנאי מקדמי לעצם הפעלת הסמכות.

ההליכים הנדרשים לביצוע הפקעה. ההסדרה הסטטוטורית של ההליכים הנוגעים להחלטה בדבר ההפקעה, מתן זכות שימוע לבעל הזכויות בנכס, ומימוש מעשה ההפקעה אמורה לאזן בין מתן הגנה ראויה לזכות הקניין לבין הצורך להעניק לרשות השלטונית את היכולת לפעול באופן אפקטיבי למימוש מטרה ציבורית, המחייבת השתלטות, זמנית או קבועה, על נכס. בהתאם לכך, הן בנוגע לסוג ההליכים והן בנוגע ללוחות הזמנים, יש מקום ליצור אבחנה בין מעשה הפקעה הנדרש בעת

³⁰³ ראו טקסט בחלק א'1 לעיל.

³⁰⁴ שם.

³⁰⁵ ראו את הדיון בחלק ג'1 לעיל, ליד ה"ש 287-289.

³⁰⁶ שם, ליד ה"ש 285-286.

חירות צבאית או אזרחית ואשר קשור באופן מהותי ומיידי למצב החירות (שהרי, כאמור לעיל, בישראל מתקיים מאז 1948 מצב חירות כללי המתחדש מדי שנה),³⁰⁷ לבין ביצוע מעשי השתלטות, קבועים או זמניים, המתקיימים בנסיבות של שגרה – בדומה לחוק שימוש ארעי במגרשים ריקים, או בנוגע לאפשרות שחוק הסמכה כללי יעניק לרשות את הכוח להפקיע זכויות בנכסים תרבותיים. כך, בדומה לאמור בפקודת הקרקעות, שימוש בסמכות ההפקעה בעת חירות ממשית יחייב את השר המוסמך לקבוע באופן מנומק בהודעתו, כי הנכס דרוש "באופן דחוף למימוש מטרת ההפקעה".³⁰⁸

בהתאם לכך, ראוי ככלל ליצור אבחנה בין הפקעה קבועה לבין הפקעה זמנית – ובמיוחד כזו המבוצעת לפרק זמן תחום מראש, בלי מנגנון אוטומטי לחידושה. הפקעה זמנית – ובמיוחד בעת חירות מהותית – עשויה להתבצע מכוח הליך מהיר יותר שייקבע בחקיקה, וזאת בדומה לסמכות הקיימת בחקיקה בכמה ממדינות ארה"ב להוצאת "צווי השתלטות" (commandeer orders) לתקופה קצובה בעתות חירות, במקביל לסמכות הכללית של הרשות להפקעת נכסים (eminent domain).³⁰⁹

בכפוף לאמור לעיל בדבר הצורך באבחנה בין הפקעה קבועה לזמנית, ובאבחנה בין הפקעה המבוצעת בעתות חירות לזו המתבצעת בעתות שגרה, הרי שראוי ליצור מסגרת כללית להליכי הפקעה, ובפרט בנוגע למתן זכות שימוע לבעל הנכס. בהקשר זה, ניתן להסתייע בתשתית הקיימת כיום בפקודת הקרקעות, לאחר תיקון מספר 3 לפקודה בשנת 2010, בדבר קיומה של ועדה מייעצת לשר האוצר ביחס להפקעת קרקעות.³¹⁰ לצד חובת ההתייעצות של השר עם הוועדה המייעצת טרם קבלת ההחלטה על ההפקעה, מתקיים השימוע בדבר התנגדותו של בעל הנכס להחלטת ההפקעה בפני הוועדה, כאשר הוועדה (ולא שר האוצר) היא הגוף המוסמך להחליט בהתנגדות בעקבות השימוע.³¹¹ לפיכך, חקיקת הפקעה כללית עשויה לאמץ מודל דומה של הקמת ועדה מייעצת שתעסוק בהפקעות שאינן נוגעות למקרקעין. הרכב הוועדה עשוי לכלול, לצד נציגים קבועים, גם נציגות אד-הוקית הרלוונטית לנכס נושא ההפקעה, כאשר השימוע ייערך בפני הוועדה – תוך הותרת האפשרות לבעל הנכס להגיש ערעור מנהלי בפני בית המשפט לעניינים מנהליים במקרה של דחיית ההתנגדות.³¹² בדומה להסדר החל ביחס לוועדה המייעצת לעניין הפקעות קרקעות,³¹³ מוצע לקבוע בתקנות מכוח חקיקת ההפקעה הכללית את סדרי עבודתה של הוועדה המייעצת ואת הליכי השימוע בפניה.

כפי שציינתי לעיל, בשלב השימוע בפני הוועדה המייעצת, או בערעור על החלטתה של הוועדה בפני בית המשפט לעניינים מנהליים, יש להטיל על הרשות השלטונית את נטל השכנוע להראות כי היא פועלת כדין בהפעלת סמכותה, לצורך הגשמת "מטרה ציבורית" מוגדרת וברורה, וכי בנסיבות העניין מתקיימות אמות-המידה של מידתיות ונחיצות לשימוש בסמכות ההפקעה, במיוחד אם

³⁰⁷ ראו טקסט ליד ה"ש 57 לעיל.

³⁰⁸ ראו סעיף 5א(א) לפקודת הקרקעות, לעיל ה"ש 15 (בדבר הסמכות לדחות את מועד השימוע במקרה כזה).

³⁰⁹ ראו Lehavi, לעיל ה"ש 171, בעמ' 3-2.

³¹⁰ ראו סעיף 2א (לעניין הרכב הוועדה המייעצת) וסעיף 5א (לעניין זכות השימוע) לפקודת הקרקעות, לעיל ה"ש 15. הליכי השימוע מתקיימים לפי הוראות תקנות הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (שימוע בפני הוועדה המייעצת), תשע"א-2010, ק"ת 6958, עמ' 404 (להלן: "תקנות שימוע בפני הוועדה המייעצת").

³¹¹ תקנה 14 לתקנות שימוע בפני הוועדה המייעצת, לעיל ה"ש 310.

³¹² לסמכות ולסדרי הדין בנוגע לערעורים מנהליים, ראו סעיפים 25(2) והתוספת השניה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, ס"ח 1739, עמ' 190; תקנות 22-28 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשע"א-2000, ק"ת 6070, עמ' 171.

³¹³ ראו תקנות שימוע בפני הוועדה המייעצת, לעיל ה"ש 310.

אמות-מידה אלו יעוגנו באופן סטטוטורי כתנאי לשימוש בסמכות. כן יודגש, כי לפי המודל המוצע במאמר זה, ההליכים בפני הוועדה המייעצת, תוך מתן אפשרות לערעור מנהלי בפני בית המשפט לעניינים מנהליים, יעסקו בהחלטה לעניין תקינות השימוש בסמכות ההפקעה, בעוד שההליכים לעניין קביעת שיעור הפיצוי יתנהלו בנפרד, כפי שיפורט להלן תחת הכותרת "חובת הפיצוי".

החלת הוראות החוק על התערבות שלטונית המהווה הפקעה הלכה למעשה. כעולה מהניתוח המוצע במאמר, בין היתר בהתייחס לפיתוח הדוקטרינה של inverse condemnation במשפט האמריקאי,³¹⁴ הרי שראוי ככלל כי התערבות שלטונית החוצה סף מסוים של פגיעה בזכות הקניין הפרטי תוכר כמעשה של הפקעה דה-פקטו או נטילה שלטונית (taking). זאת, גם אם הרשות השלטונית לא עשתה שימוש מפורש בסמכות ההפקעה תוך קיום ההליכים מכוח סמכות זו, ובכלל זה תוך עמידה בחובת הפיצוי, אך הלכה למעשה עשתה שימוש בסמכות אחרת הנתונה לה לפי חוק או מקור מסמך אחר, באופן השקול בנסיבות העניין לנטילה שלטונית. הסמכות להכיר במעשה שלטוני כאמור כעולה כדי הפקעה, תוך קביעת ההשלכות הנובעות מכך גם ביחס לחובת הפיצוי, צריכה להימסר לבית המשפט כעניין של הכרעה לאחר-מעשה, וסביר להניח שבדומה לפסיקה הנוהגת בארה"ב, יתפתחו עם הזמן מבחנים שיפוטניים לזיהוי התערבות העולה כדי נטילה שלטונית.

בהתאם לכך, ניתן לעגן בחוק ההפקעה הכללי את סמכות בית המשפט לאתר התערבות שלטונית העולה כדי הפקעה הלכה למעשה, ולהחיל עליה, בשינויים המחוייבים, את יתר הוראות החוק. כך, ניתן לנסח הוראה מהותית בחוק ההפקעה הכללי, ולפיה "הוראות חוק זה יחולו, בשינויים המחוייבים, על כל פעולה שלטונית, המבוצעת מכוח דין אחר, אשר עולה בנסיבות העניין כדי רכישה כפויה של זכויות בנכס".³¹⁵

מטבע הדברים, הוראה כזו לא תוכל לנסח בחקיקה עצמה את כל הקריטריונים הרלוונטיים לזיהוי. זאת, לא רק משום שיש קושי אובייקטיבי לזהות מראש את כל סוגי ההתערבויות השלטוניות שעשויות לענות מבחינה נורמטיבית על החלה מהותית של דיני ההפקעה, אלא גם מהטעם שהדבר יתמרץ את הרשות השלטונית לחפש 'נתיבים עוקפים' לרשימה הסגורה של מאפיינים אלה, תוך ניסיון להשיג את התוצאה המהותית של השתלטות על נכס פרטי – בלי שהדבר יזוהה כהפקעה. כן יצוין, כי במקום בו טוען בעל זכויות בנכס כי התערבות שלטונית עולה כדי הפקעה-למעשה, הרי שיש להקנות לבית המשפט לעניינים מנהליים את הסמכות לדון בטענה מעין זו. במקום בו בית המשפט מגיע למסקנה כי אכן מדובר בהפקעה-למעשה שכנגדה קמה חובת פיצוי, יוכל בית המשפט להחליט האם להכריע במסגרת העתירה האמורה בשאלת הלגיטימיות של השימוש בסמכות ההפקעה בנסיבות העניין, או האם להעביר את הדיון להליך של שימוע בפני ועדה מייעצת לצורך בחינת הלגיטימיות של השימוש בסמכות ההפקעה במקרה זה, מבלי שבית המשפט עצמו יקבע מסמרות בשאלה. במקום בו מגיע בית המשפט לעניינים מנהליים למסקנה, במסגרת העתירה עצמה, כי אכן מדובר בהליך של הפקעה-למעשה המחייב פיצוי, אך הוא מהווה שימוש לגיטימי בסמכותה של הרשות תוך עמידה במבחנים של מטרה ציבורית ראויה, נחיצות ומידתיות, יוכל בית

³¹⁴ ראו לעיל בחלק ג'1.

³¹⁵ השוו את הוראת סעיף 2(א) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, ולפיה: "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא". סעיף 2(א) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, ס"ח 496.

המשפט להעביר את הדיון בשאלת הפיצוי להתנהלות בין הצדדים ולמינויו של שמאי מכריע (כפי שיפורט בפסקאות הבאות העוסקות בחובת הפיצוי), וזאת בדומה למצב עניינים בו עשתה הרשות השלטונית מלכתחילה שימוש מפורש בסמכות ההפקעה שלה.

חובת הפיצוי. בלב השימוש בסמכות הפקעה מפורשת מכוח חוק הפקעה כללי, או בסמכות שלטונית אחרת שתזוהה לאחר מעשה בידי בית המשפט כשקולה למעשה של הפקעה, עומדת חובת הפיצוי. לגישתי, חקיקת הפקעה כללית אמורה לקבוע אמות-מידה שונות שיש לשקול אותן בקביעת חובת הפיצוי, וכן הליכים לקביעת שומת הפיצוי מטעם הרשות השלטונית, האפשרות לשומה נגדית מטעם הבעלים, ובירור מחלוקות בין הצדדים בפני שמאי מכריע ולאחר מכן בפני בית המשפט, כאשר מוצע כי בית המשפט לעניינים מנהליים יוגדר כבית המשפט המוסמך לעניין זה (וזאת, כאמור, בהליך נפרד מזה שבו יידון עצם תוקפה של השימוש בסמכות ההפקעה).

לעניין הגדרת אמות-המידה בחקיקה לקביעת גובה הפיצוי, הרי שכפי שטענתי בחלק ג'1, לצד קביעת קריטריון כללי של "פיצוי נאות" או "פיצוי צודק" (just compensation), וזיהוי אמת-מידה של שווי השוק (market value) של הזכות המופקעת כבסיס וכברירת המחדל לחישוב הפיצוי, הרי שיש לשלב בחקיקה גם אמות-מידה המתבססות על השיקולים הנורמטיביים האחרים שנסקרו בחלק ג'1, ובכלל זה של הגינות ושוויון וכן של תמרוץ הרשות השלטונית לנהוג באחריותיות ובשקיפות, אך גם לקדם פרויקטים ציבוריים חשובים שהתועלת מהם אינה צפויה לבוא לידי ביטוי ב"מטבע קשה" לרשות. דהיינו, לצד אימוץ מבחן שווי השוק כאמת-מידה מרכזית לחישוב גובה הפיצוי - וזאת גם משיקולים של הגברת הוודאות בתכנון פעולותיה של הרשות ובהחלטות השקעה של פרטים, כמו גם בהפחתת העלויות המנהליות שיהיו כרוכות בבירור תביעות פיצויים - ייכללו בחקיקה גם אמות-מידה נוספות אותן ניתן יהיה לשקול במקרים מתאימים. שילובן בחקיקה של אמות-המידה הללו יעניק לבתי המשפט שיקול דעת כיצד לפתח את האיזון הדרוש בין ההצדקות השונות הנוגעות לפיצוי כעניין של מדיניות שיפוטית ביחס לסוגים שונים של הפקעות נכסים וכיצד ליישם את האיזונים האמורים במקרים פרטניים תוך חריגה אפשרית מעקרון שווי השוק - וזאת באופן שיבוא לידי ביטוי גם בעבודתם של השמאים המכריעים, כפי שיפורט להלן.

כך, למשל, אף אמת-המידה הכללית למדי הקבועה בסעיף 12 לפקודת הקרקעות, ולפיה "יקובל כשוויה של הקרקע, אותו הסכום שהיה מתקבל ממכירת הקרקע אילו נמכרה בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב", עשויה לעורר קשים נורמטיביים ומעשיים ביחס לסוגים שונים של הפקעות. חשבו, למשל, על סמכות שתוענק לרשות השלטונית להפקיע מסמכים ארכיוניים פרטיים. האם הערכת שווי אמורה לשקף תמיד את הסכום שהיה מקבל בעל הנכס במכירה פומבית מהמציע הגבוה ביותר או על סמך הערכה מקדמית של בית מכירות פומביות, או שמא על הפיצוי לשקף שיעור אחר המבצע איזון הוגן בין הציפיות הלגיטימיות של בעל הנכס לאינטרס הציבורי הרחב בשימור נכסי תרבות? לפיכך, קביעה סטטוטורית של אמות-מידה נוספות שניתן לשקול אותן, מעבר לשווי השוק, יאפשר לבתי המשפט לפתח מדיניות הנוגעת לחישוב הפיצוי בגין הפקעה של נכסי תרבות, באופן שיתן ביטוי לייחודם של נכסים אלה, אך גם ייצור עם הזמן מידה סבירה של ודאות ביחס לאופן חישוב הפיצוי.

בדומה לכך, כאשר המדינה נוטלת לעצמה רשיון לשימוש בפטנט תקף, כפי שנדון בחלק א'3 לעיל, הרי שקריטריון פיצוי המבוסס על שיעור התמלוגים שהיו נדרשים "בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב" יבסס את העמדה המונופוליסטית שיש לבעל פטנט מכוח הזכות הבלעדית שיש לו לניצול האמצאה המוגנת מפטנט – כך שהכפפת הרשיון לטובת המדינה לשיעור פיצוי כזה תחתור תחת המטרה של עצם הענקת הסמכות למדינה לנטילת רשיון, ובוודאי כשהדברים נוגעים להעמדת הידע המוגן בפטנט לצורך הגנה על בריאות הציבור. גם כאן, איפוא, נדרש מנגנון הפיצוי ליצור איזון ראוי בין הציפיות הלגיטימיות של בעל הפטנט (ובכלל זה לאור ההשקעות שביצע על מנת לפתח את הידע המוגן בפטנט) לבין האינטרס הציבורי. בחלק ג'2(ג) להלן אדגים כיצד עשוי להיראות פיצוי כאמור במקרים פרטניים.

מאידך, כפי שאראה בסעיף ג'2(ג), ייתכנו גם מקרים בהם אין לכאורה 'ערך שוקי' לנכס בנקודת זמן מסוימת – כמו במקרה של חוק לשימוש ארעי במגרשים ריקים, או במקרה שבו תוחל סמכות להשתלטות שלטונית זמנית על נכסים מכוח חוק הפקעה כללי גם על בניינים ריקים בתקופה בה אין להם ביקוש שוקי או שיש מניעה אחרת לשימוש בהם – אך ישנם שיקולים נורמטיביים להכרה בעצם המעשה השלטוני כהפקעה, באופן שישתקף גם בחובת הפיצוי. כך, אציג את האופן בו פיצוי במקרה כאמור עשוי להיות מבוסס מבחינה נורמטיבית ומעשית על חישוב נתח מהשווי הציבורי הנובע מהשימוש הזמני בנכס, וזאת במיוחד במקרים שבהם העיתוי הנבחר להשתלטות הציבורית על נכס אינו אקראי, אלא משקף שווי ציבורי גבוה במיוחד לשימוש בנכס בנקודת הזמן המדוברת.

אדון כעת בקצרה בהליך לקביעת שיעור הפיצוי בכל מקרה בו נקבע כי השימוש בסמכות ההפקעה נעשה כדין (כלומר, בעקבות החלטת הרשות בדבר השימוש בסמכות ההפקעה, שימוע בפני הוועדה המייעצת, ואפשרות להגשת ערעור בפני בית המשפט לעניינים מנהליים, כמפורט לעיל).

מוצע כי חקיקת ההפקעה הכללית תכלול מנגנון לבירור מחלוקות בין הרשות השלטונית לפרט בדבר גובה הפיצוי, שהינו דומה בעיקרו לזה המתקיים ביחס להוראות הקבועות בפקודת הקרקעות ובחוק התכנון והבניה בדבר פיצוי בגין הפקעות,³¹⁶ ולהוראות בחוק התכנון והבניה בדבר פיצוי בגין פגיעה תכנונית שלא בדרך הפקעה,³¹⁷ או בדבר השבחה תכנונית המחייבת את הפרט בתשלום היטל השבחה.³¹⁸ דהיינו, במקרה של מחלוקת בין הצדדים בדבר שיעור הפיצוי יועבר העניין להחלטתו של שמאי מכריע – שימונה מתוך רשימה של שמאים מכריעים שתיקבע בדומה למנגנון הנקוב בפרק ט'1 לחוק התכנון והבניה,³¹⁹ תוך הידרשות לסוגי הנכסים השונים שעשויים להיות נושא להפקעה, כך שלדוגמא, לצד שמאים המתמחים בנכסי קניין תרבותי ימונו שמאים המתמחים בנכסי קניין רוחני. כן מוצע כי סדרי העבודה של השמאי המכריע וההליכים בפניו ייקבעו בתקנות, בדומה לתקנות שהותקנו בעניין זה מכוח פקודת הקרקעות וחוק התכנון והבניה.³²⁰ עם זאת, בשונה

³¹⁶ ראו, בהתאמה, סעיפים 9-10 לפקודת הקרקעות, לעיל ה"ש 15, וסעיף 190 לחוק התכנון והבניה, לעיל ה"ש 16.

³¹⁷ ראו סעיף 198 לחוק התכנון והבניה, לעיל ה"ש 16.

³¹⁸ ראו שם, סעיף 14 לתוספת השלישית לחוק.

³¹⁹ ראו שם, סעיפים 202-202ג לחוק.

³²⁰ ראו, בהתאמה, תקנות הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (סדרי דין בוועדת השגות ובבקשה למינוי שמאי מכריע), התשע"א-2011, ק"ת 6962; תקנות התכנון והבניה (סדרי דין בבקשה להכרעה לפני שמאי מכריע או שמאי מייעץ), התשס"ט-2008, ק"ת 6729. כן אציין, כי בשונה מהמנגנון של "וועדת השגות" המצוי ביחס להפקעות מכוח פקודת הקרקעות, לצד המנגנון של שמאי מכריע, הרי שבהפקעות מכוח חוק התכנון והבניה בירור המחלוקת נעשה רק בפני שמאי מכריע, לפי הוראת סעיף 190(א)(7) לחוק התכנון והבניה, לעיל ה"ש 16. מוצע כי גם בחקיקת ההפקעה הכללית המנגנון לבירור המחלוקות בנוגע לגובה הפיצוי יהיה זה של שמאי מכריע.

מההסדר הנוהג ביחס לפיצויים הנוגעים לקרקע, ולפיו ניתן להגיש ערר על החלטת השמאי המכריע לוועדת ערר לפיצויים ולהיטל השבחה (שהוקמה מכוח חוק התכנון והבניה),³²¹ הרי שמוצע כי הערעור על החלטת השמאי המכריע מכוח חוק ההפקעה הכללי יוגש ישירות לבית המשפט לעניינים מנהליים. לגישתי, יש בכך טעם גם משום שבית המשפט לעניינים מנהליים יידרש, בוודאי בתקופה הראשונה שלאחר חקיקת החוק, לגיבוש מדיניות שיפוטית המתרגמת את אמות-המידה הקבועות בחוק למבחנים עקרוניים על סמך סוגי הנכסים, משך ההפקעה (דהיינו, קבועה או זמנית) והיבטים אחרים, וזאת לצד הכרעות קונקרטיות במקרים ספציפיים – כפי שיפורט בחלק ג'2(ג) להלן – זאת, באופן שגם ידריך וינחה את פעולתם של השמאים המכריעים בתיקים עתידיים שיובאו בפניהם.

יחס לחקיקה מסמיכה אחרת. החקיקה המוצעת אמורה לתת מענה כללי לצורך במתן סמכות לרשות השלטונית להפקיע או להשתלט באופן אחר, קבוע או זמני, על נכסים פרטיים – תוך הסדרת חובת הפיצוי בגין השימוש בסמכות זו. לצד זאת, ראוי כי חקיקה כללית כאמור לא תפגע בהוראות מכוח חקיקה קיימת אחרת, כפי שהוצגה בפרק א' לעיל, ובמיוחד ככל שנעשה שימוש מקיף בסמכות מכוח חקיקה פרטנית קיימת ביחס לנכסים מסוימים, וככל שחקיקה כזו נדרשת למכלול השיקולים הנורמטיביים הכרוכים בהיקף סמכות ההפקעה, מחד, ובחובת הפיצוי, מאידך, ביחס לנכסים אלה.

דברים אלה תקפים במיוחד בנוגע לסמכות הפקעת מקרקעין, המבוצעת מכוח פקודת הקרקעות וחוק התכנון והבניה, כפי שפורט בחלק א'1 לעיל. הטעם בהותרת חקיקת ההפקעה הקיימת על כנה, בלי שחקיקת הפקעה כללית תגבר עליה או תאיין את הצורך בה, נעוץ לא רק בעצם קיומם של הסדרים חקיקתיים מפורטים ופסיקה ענפה ביחס אליהם, אלא גם בכך שהדין הסטטוטורי הקיים מתייחס לאבחנה בין הפקעה לבין התערבות רגולטורית אחרת ולשאלת חובת הפיצוי בגינה. דברים אלה מוצאים ביטוי בהוראות פרק ט' לחוק התכנון והבניה, בכותרת "פיצויים",³²² ושעניינן בזכות העקרונית לפיצוי בגין פגיעה במקרקעין "על-ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה" לפי סעיף 197 לחוק, ובסייג סטטוטורי לזכות הפיצוי (בכותרת "פטור") לפי סעיף 200 – וכן בפסיקה נרחבת של בית המשפט העליון לפרשנות סעיפים אלה תוך ניתוח היסודות הנורמטיביים של הזכות לפיצוי.³²³

לפיכך, לפחות ככל שאמורים הדברים בפעילות שלטונית המתבצעת מכוח פקודת הקרקעות, חוק התכנון והבניה או חקיקה פרטנית אחרת, המתייחסת מפורשות להתערבות שלטונית במקרקעין ולנסיבות בהן קמה חובת פיצוי בגין התערבות זו, הרי שאין להכפיף חקיקה זו להוראות חוק ההפקעה הכללי.

לעומת זאת, כאשר מדובר בהתערבות שלטונית במקרקעין מכוח חקיקה אחרת, שאינה נדרשת מפורשות לאופי הפעילות ולשאלת חובת הפיצוי בגינה – למשל, ביחס להוראת תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום) – הרי שאין להחריג את הוראות חוק ההפקעה הכללי ביחס לתרחישים כאלה, ובפרט בדבר הסמכות שתהיה נתונה לבית המשפט לזהות פעילות שלטונית מסוימת כעולה כדי

³²¹ ראו פרק ב', סימן ב' (סעיפים 112-112ח) לחוק התכנון והבניה, לעיל ה"ש 16.

³²² פרק ט' (סעיפים 197-202ב) לחוק התכנון והבניה, לעיל ה"ש 16.

³²³ פסק-הדין המרכזי בנושא הוא דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתו"ב רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004). על היסודות העיוניים של הזכות לפיצוי בגין תכנית שלא על דרך הפקעה, ראו לוינסון-זמיר **פגיעות במקרקעין**, לעיל ה"ש 270.

נטילה שלטונית, הלכה למעשה, ואשר חייבת בפיצוי. מסגרת כזו תהיה מוגדרת יותר, ותתאים לזיהוי פגיעה בזכות הקניין ולקביעת שיעור פיצוי הצופה גם פני עתיד – לעומת הקשיים המתעוררים ביחס לפיתוח נרחב יותר של "עילת תביעה חוקתית", כפי שנסקרו הדברים בחלק ב'4 לעיל.

לאור האמור לעיל, וכדי למנוע חוסר בהירות בנוגע ליחס שבין חוק ההפקעה הכללי לחקיקה מסמיכה אחרת, מוצע שחוק ההפקעה הכללי יקבע באופן מפורש, בתוספת לחוק, את רשימת דברי החקיקה (או סעיפים ספציפיים בהם) שייוותרו בתוקפם לאחר חקיקת חוק ההפקעה הכללי. לצד זאת, ברי כי אין בהגדרה של היחס כאמור בין חקיקת ההפקעה הכללית לחקיקה מסמיכה ספציפית כדי לפגוע באפשרות לזיהוי עקרונות פרשניים כלליים יותר מצד בתי המשפט לעניין סמכות ההפקעה, אופי הפגיעה בבעלי הזכויות, ועקרונות נורמטיביים ומעשיים לקביעת שיעור הפיצוי.

(ג) על הצורך בשיקול דעת שיפוטי וגמישות במתן סעדים

כפי שציינתי בחלק ג'2(ב) לעיל, קביעת הזכות לפיצוי בחוק ההפקעה הכללי צריכה להיעשות על סמך הגדרת מונח כללי המאפיין את הפיצוי, כגון "פיצוי נאות" או "פיצוי צודק", תוך קביעה סטוטורית של אמות-מידה עקרוניות אותן ניתן יהיה לשקול לצורך קביעת הפיצוי במקרים מתאימים. כך, לצד קביעת אמת-מידה של זיהוי שווי השוק של הזכות המופקעת, ייקבעו בחקיקה אמות-מידה נוספות אותן יוכלו לשקול הרשות, השמאים המכריעים ובתי המשפט במקרים מתאימים, ובכלל זה לצורך קידום ערכים של הגינות ושוויון, לצד תמרוץ הרשות השלטונית לנהוג באחריות ובשקיפות, אך גם לפעול לקידום פרויקטים ציבוריים חשובים.

המלאכה המרכזית של תרגום אמות-המידה שייקבעו בחקיקה לכדי מדיניות עקרונית, הנדרשת בין היתר לסוג הנכסים, למשך ההפקעה ולמטרה הציבורית שבגינה בוצע שימוש בסמכות, צריכה להיות מסורה לבית המשפט לעניינים מנהליים (ולבית המשפט העליון במקרה של ערעור על החלטותיו). בהתאם לכך, יש להותיר שיקול דעת משמעותי לבתי המשפט הן ביחס לסוג הסעדים הניתנים והן בנוגע לאופן יישום אמות-המידה לפיצוי כספי במקרה מסוים. זאת משום שניסיון לקבוע אמת-מידה אחידה לכל סוגי ההפקעות, ביחס לנכסים שונים, זכויות שונות ופרקי זמן שונים, יעורר קשיים נורמטיביים ומעשיים כאחד, ויחמיץ את המטרה היסודית: יצירת איזון ראוי בין הציפיות הלגיטימיות של בעל הנכס לבין קידום האינטרס הציבורי. בהתאם לכך, התבססות על קריטריון אחיד בנוסח "שווי שוק בעסקה בין קונה מרצון למוכר מרצון" לכל סוגי ההפקעות עלולה ליצור עיוותים נורמטיביים וקשיים מעשיים – שיהיו במקרים מסוימים לרעתם של בעלי הזכויות הפרטיים, ובמקרים אחרים – לרעת האינטרס הציבורי. אף שבמסגרת חלק זה לא אוכל להידרש למכלול התרחישים האפשריים של עריכת איזון בין אמות-המידה העקרוניות השונות שייקבעו בחקיקה, כפי שהדבר יפותח בפסיקת בתי המשפט ביחס לסוגים שונים של נכסים ולהכרעה במקרים פרטניים, אדרש כאן לשתי דוגמאות בהן לגישתי ראוי לסטות, במסגרת מדיניות שיפוטית כאמור, מעקרון דווקני של "שווי שוק" כבסיס לתשלום פיצוי בגין הפקעת נכס.

ראשית, כאשר מדובר בהפקעה זמנית במהותה, לפחות ככל שנוגעים הדברים להשתלטות ציבורית על קרקעות ומבנים פרטיים, פותחה בפסיקת בתי המשפט בארה"ב אמת מידה עקרונית, ולפיה יש

להמיר את הקריטריון הכללי הנוגע להפקעה קבועה – "שווי שוק הוגן" ("fair market value") – באמת-מידה של "שווי הוגן של שכירות" ("fair rental value") המשקף לכאורה את דמי השכירות שהיו נגבים בשוק החופשי בגין השימוש בנכס עבור התקופה הרלוונטית. ככלל, לפיצוי בגין שווי שוק כאמור אין להוסיף רכיבים של נזקים תוצאתיים, כגון אובדן רווחים, הוצאות הכרוכות בניתוק או בהעברה של מחוברים או נכסים נדים למקום אחר, או אובדן מוניטין הקשור למיקום הספציפי של הנכס. זאת משום שבנסיבות רגילות, עלויות כאמור יבואו לידי ביטוי בהחלטה של בעל נכס, האם ובאיזה מחיר למכור או להשכיר את הנכס.³²⁴ אלא שמצב העניינים שונה במקום בו הרשות השלטונית משתלטת בכפייה על נכס פרטי לתקופה מסוימת – למשל, במקרה בו השתלט הצבא האמריקאי על שטחי משרדים של חברת General Motors במהלך מלחמת העולם השנייה, כאשר עם תום התפיסה השלטונית, חזרה החברה לאיש את אותם השטחים המשרדיים, תוך שנשאה בעלויות הכרוכות בהרס של מחוברים ובהעברת ציוד מחוץ לשטחי המשרדים ובחזרה אליהם.³²⁵ במקרה אחר, השתלט הצבא האמריקאי במהלך מלחמת העולם השנייה על מכבסת Kimball Laundry לצורך אספקת שירותי כביסה וניקוי יבש עבור הצבא, לתקופה של שלוש שנים וחצי, כאשר מרביתם של 180 העובדים של Kimball Laundry גויסו לעבודה במקום במהלך תקופה זו.³²⁶ במקרה זה, בית המשפט הפדראלי העליון הביא בחשבון את העלויות הכרוכות באובדן ההכנסות על בסיס שוויה העסקי של המכבסה (going-concern value) וזאת לאור העובדה שלאורך התקופה האמורה, נמנע מבעלי המכבסה הלכה למעשה מלספק שירותים ללקוחותיה במיקום אחר.³²⁷

לפיכך, כאשר מדובר בהפקעה זמנית או בהשתלטות זמנית אחרת על נכס פרטי, לעיתים קרובות יש קשיים נורמטיביים ומעשיים ב'גזירה' מלאכותית של שווי השוק של השכרת הנכס רק בגין התקופה בה בוצעה ההשתלטות הזמנית, תוך התעלמות מעלויות תוצאתיות שונות הנובעות מכך. מכאן, איפוא, שביחס לסוגים שונים של הפקעה או השתלטות בעלת מימד זמני – ובכלל זאת כאשר מדובר בנכסים נדים ובנכסים בלתי-מוחשיים – יש להותיר בידי בית המשפט את שיקול הדעת כיצד לאזן בין אמות-המידה הכלליות לפיצוי שייקבעו בחקיקה, וזאת בהתאם למכלול הנסיבות של סוג הנכס, אופי הפגיעה ומשך הזמן שלה.

שנית, בהפקעות מקרקעין מכוח פקודת הקרקעות, קובע סעיף 12(ב) את העקרון ולפיו "בבוא בית המשפט להעריך פיצויים אלה, יעריכם לפי השווי שימצאנו כשוויה של הקרקע, הזכות או טובת-ההנאה על אותו בסיס, בזמן ששר האוצר פרסם ברשומות את ההודעה על כוונתו לרכוש אותה, ובלי להביא בחשבון כל השבחה או עבודות שנעשו או תיעשינה או שתיבנינה על אותה קרקע".³²⁸ כלומר, בחישוב שווי השוק של קרקע לצרכי פיצויים אין להביא בחשבון את השפעתו של הפרויקט שעבורו הופקעה הקרקע. זהו גם הדין החל, ככלל, בשיטות משפט אחרות, בהן מחושב הפיצוי לפי "שווי השוק ההוגן" של הנכס. הוראה זו עוררה לא מעט ביקורת, בין היתר בנסיבות בהן מופקעת קרקע לייעודים נושאי-רווח, כגון מגורים או מסחר, כך שערך השוק של הקרקע עלה בעקבות ההפקעה.³²⁹

³²⁴ U.S. v. General Motors Corp., 323 U.S. 373, 379 (1945) ("all these elements would be considered by an owner in determining whether, and at what price to sell").

³²⁵ שם, בעמ' 383-384.

³²⁶ Kimball Laundry Co. v. U.S., 338 U.S. 1 (1949).

³²⁷ שם, בעמ' 13-12.

³²⁸ סעיף 12(ב) לפקודת הקרקעות, לעיל ה"ש 15 (ההדגשה שלי – א.ל.).

³²⁹ ראו להבי וליכט, לעיל ה"ש 29.

מבלי להידרש כאן לדיון ביחס להפקעת קרקעות מכוח החקיקה הקיימת, הרי שלגישתי, במסגרת חוק הפקעה כללי – כזה החל על מגוון של נכסים, תוך נטילה של זכויות שונות, ולפרקי זמן שונים – הרי שישנן נסיבות בהן ראוי, הן מבחינה נורמטיבית והן מבחינה מעשית, לחשב את שיעור הפיצוי בגין הפקעת הנכס בהתייחס, בין היתר, לשווי הציבורי של הפרויקט בגינו מבוצע מעשה ההפקעה. דברים אלה אף מוצאים ביטוי ביחס לסוגים מסוימים של הפקעות בשיטות משפט שונות.

כך, למשל, ביחס להקניה כפויה של רשיון לשימוש בידע המוגן בפטנט, לצורך ייצור גנרי של תרופה המוגנת בפטנט על מנת לאפשר נגישות לתרופה לציבור הרחב – ברי כי חישוב הפיצוי אך ורק על סמך התמורה אותה היה דורש בעל הפטנט עבור רשיון רצוני בעסקת שוק רגילה היה משקף את השווי המונופליסטי שיש לבעל פטנט ומסכל בכך את עצם העיקרון העומד בבסיס מתן הסמכות למדינה להקנות לעצמה רשיון לשימוש בידע לצרכי הציבור, או להקנות לחברה אחרת רשיון כפייה (compulsory license) לייצור גנרי של התרופה לצורך מכירתה לציבור הרחב.

בהתאם לכך, מדינות שונות העושות שימוש בסמכות להענקת רשיון כפייה לחברות אחרות מחשבות ככלל את שיעור התמלוגים לבעל פטנט לפי אחוז מסוים מההכנסות של החברות מקבלות-הרשיון ממכירת התרופות הגנריות או מוצרים אחרים נשוא רשיון הכפייה. גם כאשר המדינה עושה שימוש בסמכותה להקנות לעצמה רשיון בידע המוגן בפטנט, נשקל שווי השימוש הציבורי כאחד הרכיבים שיש להביא בחשבון בחישוב הפיצוי לבעל הפטנט. בארה"ב עושה הממשל הפדראלי שימוש בסמכות הנתונה לו מכוח סעיף 1498 לקוד הפדראלי לשימוש "על-ידי או עבור ארה"ב" ("by or for the United States") בידע המוגן בפטנט בלי קבלת רשיון, כאשר הסעד הניתן לבעל הפטנט הינו "פיצוי סביר ומלא" ("reasonable and entire compensation").³³⁰ בפסיקה בארה"ב אומץ מבחן, המורכב מאמות-מידה רבות, לחישוב שיעור הפיצוי בגין שימוש מדינתי כפוי בפטנט. לצד רכיבים המתייחסים לשיעור התמלוגים המקובל בשוק עבור רשיונות, נבחן גם "היקף ושווי השימוש המפר" ("extent and value of infringing use") – כלומר, "מידת השימוש שעשה המפר בפטנט; וכל ראיה המלמדת על שווי שימוש זה" ("the extent to which the infringer has made use of the invention; and any evidence probative of the value of that use")³³¹.

בעוד שבמקרים של שימוש מדינתי או הענקת "רשיון כפייה" בפטנט יש בהתבססות חלקית או מלאה על שווי השימוש הציבורי כדי לפגוע באופן יחסי בבעל הפטנט לעומת תמחור שוקי 'רגיל', הרי שבמקרים אחרים – חישוב הפיצוי בגין הפקעה על בסיס שווי השימוש הציבורי עשוי דווקא להיטיב עם בעל הזכות. כך הדברים במיוחד במצב בו אין לכאורה 'ערך שוקי' לנכס בנקודת זמן מסוימת – כמו שעשוי לקרות במצב של שימוש ארעי במגרשים ריקים שנדון בחלק א'4 לעיל, או במקרה שבו תוחל סמכות דומה להשתלטות שלטונית זמנית גם על בניינים ריקים בתקופה בה אין להם ביקוש שוקי או שיש מניעה אחרת לשימוש בהם. לגישתי, יש להותיר לבית המשפט שיקול דעת לבסס את שיעור הפיצוי גם במקרים כאלה על בסיס חלק יחסי מהשווי הציבורי. כפי שהובהר בראשית פרק זה, ההצדקה הנורמטיבית לכך נעוצה לא רק בהכרה העקרונית בכך שנטילה כפויה

³³⁰ 28 U.S.C.A. § 1498(a).

³³¹ ראו Standard Mfg. Co., Inc. v. U.S., 42 Fed. Cl. 748, 763 (1999).

של זכות הקניין טומנת בחובה פגיעות כגון שלילת האוטונומיה, השוויון וההגינות, אלא גם בצורך למשטר את קבלת ההחלטות של הרשות השלטונית ולמנוע התנהגות אופורטוניסטית. זאת במיוחד במקרים שבהם בחירת העיתוי להשתלטות הציבורית על נכס מסוים משקפת שווי ציבורי גבוה במיוחד לשימוש בנכס בנקודת הזמן המדוברת, כך שתשלום פיצוי אך ורק על בסיס טכני-פורמלי של משך הזמן, במנותק מהשווי הציבורי הקונקרטי בנקודת הזמן הספציפית, ייצור עיוותים מבחינת קבלת ההחלטות של הרשות ויפגע במיוחד בזכויות בעל הנכס.³³²

הניחו, לדוגמא, מצב עניינים בו מכוח חוק ההפקעה הכללי המוצע במאמר מוענקת לרשות השלטונית סמכות להשתלט על פעילות חברה פרטית המייצרת מכשירים רפואיים חיוניים (הניחו גם שהמכשירים עצמן אינם מוגנים בפטנט, אך עקב איכותם, יש להן ביקוש רב בשווקים בישראל ומחוצה לה). ככל שההשתלטות האמורה מבוצעת בנקודת זמן משברית, שבה יש ביקוש גבוה במיוחד למכשירים רפואיים אלה בשווקים המקומיים והזרים, הרי שהרשות השלטונית עשויה להרוויח מההשתלטות כאמור לא רק במסגרת אספקה לשוק המקומי, אלא גם במכירת מכונות לשווקים בחו"ל, תוך ניצול יתרונות יחסיים שיש למדינה – במיוחד בעת משבר – בקווי אספקה ובאפשרות לשינוע המוצרים לשווקים בחו"ל, ובכלל זה במסגרת היחסים הישירים שיש למדינה עם ממשלות זרות. על אף שלכאורה ניתן לתקוף את עצם השימוש בסמכות ההפקעה או ההשתלטות לאור עצם הנחיצות או המידתיות של צעד זה בהינתן יכולתה של החברה לייצר ממילא את המכשירים הרפואיים, ייתכן כי בית המשפט יחסס מלהתערב בעצם ההחלטה לעשות שימוש בסמכות השלטונית. לעומת זאת, הדרך שבה בית המשפט יכול להבטיח, מחד, פיצוי הוגן המשקף את הפגיעה הכלכלית הנגרמת לחברה הפרטית, ומאידך – לפקח הלכה למעשה על אופן השימוש בסמכות בנקודת הזמן הנתונה, הינה באמצעות מנגנון הפיצוי. כלומר, יש לאפשר לבית המשפט לקבוע כי בנסיבות העניין, "פיצוי נאות" או "פיצוי הוגן" ישקף נתח משמעותי מהכנסותיה של הרשות השלטונית מהפעלה ישירה של המפעל וממכירת המוצרים בשווקים תחרותיים – ולא רק שווי שוק היפותטי, המנותק מהשווי הגבוה במיוחד שעשוי להיות לפעילות הכלכלית השלטונית בנקודת הזמן הנתונה, תוך ניצול היתרונות הייחודיים שיש למדינה. דבר זה חיוני כדי להבטיח את העקרון היסודי בבסיס המאמר: סמכות הפקעה נרחבת כנגד פיצוי צודק. גם במקרה זה, איפוא, דרושה הענקת שיקול דעת לבית המשפט בקביעת הסעד המתאים וגובה הפיצוי, במסגרת מרחב התמרון שיוענק לו ביציקת התוכן באמות-המידה העקרוניות שייקבעו בחקיקה ובעריכת האיזונים ביניהן במקרים מתאימים.

ד. סוף דבר

עתות חירום, כגון משבר הקורונה, מחדדות את הצורך במתן סמכות אפקטיבית לרשות השלטונית לפעול כדי להתמודד עם נסיבות משתנות-במהירות ותרחישים שקשה לצפותם מראש, תוך הבטחת השמירה על זכויות הפרט, ובמיוחד לאור החשש מפני ניצול גורף מדי של הכוח השלטוני בנסיבות אלו. אך, באותה עת, עתות חירום עשויות להאיר חֶסֶר שיטתי יותר בהסדרה נורמטיבית של סמכויות המדינה לקדם באופן יעיל מגוון של מטרות גם בעתות שגרה, תוך איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין הגנה על זכויות הפרט, ובכלל זאת זכות הקניין המעוגנת כיום בזכות חוקתית. המקרה

³³² ראו Lehari, לעיל ה"ש 171, בעמ' 39-40.

הייחודי של מדינת ישראל, המצויה רשמית בשעת חירום מתחדשת מאז הקמתה, ממחיש כי ההישענות על סמכויות סטטוטורית שעוצבו בעיקר בעשורים השונים לקיום המדינה כדי להתמודד עם תרחישים ספציפיים – בהקשר של השתלטות שלטונית על נכסים פרטיים – נגועה לעיתים בהכללת יתר, ולעיתים דווקא בהכללת חסר. דהיינו, לצד הוראות ארכאיות נוסח תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), המאפשרות הלכה למעשה השתלטות לתקופה בלתי מוגבלת על נכסים, בלי שהדבר יוכר כמעשה הפקעה ויחייב בפיצוי נאות, חסרה בשיטת המשפט הישראלית סמכות כללית להפקעת נכסים או להשתלטות זמנית עליהם, תוך הסדרה מפורשת של חובת פיצוי. המצב הנוכחי עלול, לפיכך, ליצור עיוותים בקבלת החלטות שלטוניות לקידום האינטרס הציבורי.

הגיעה העת להסדרה שיטתית של דיני ההפקעה במשפט הישראלי. כפי שטענתי במאמר, הדרך הראויה והמעשית לביצוע השינוי הנדרש הינה באמצעות חקיקה ראשית של הכנסת, שתגדיר מפורשות את סמכות רשויות השלטון להשתלטות קבועה או זמנית על נכסים. זאת, תוך הידרשות בחקיקה לזיהות הגורם המפקיע, היקף הנכסים וסוג הזכויות עליהם תחול הסמכות, הגדרה כללית של "מטרה ציבורית" תוך קביעת זכות לשימוע והליכים לביצוע הליך ההפקעה, מתן סמכות לבית המשפט להחיל את הוראות החוק על התערבות שלטונית אחרת השקולה למעשה הפקעה, הגדרת חובת פיצוי תוך קביעה סטטוטורית של אמות-מידה עקרוניות אותן יוכלו הרשות, שמאים מכריעים ובתי המשפט לשקול במקרים מתאימים מעבר לאיתור שווי השוק של הזכות המופקעת, וקביעת היחס בין חוק ההפקעה הכללי לחקיקה מסמיכה קיימת. לצד זאת, יש לשמר שיקול דעת משמעותי לבתי המשפט, הן בפיתוח מדיניות שיפוטית ליישום אמות-המידה הסטטוטוריות לפיצוי והן בבחירת הסעד המתאים במקרים פרטניים, באופן שיאזן כנדרש בין האינטרס הציבורי להגנה על קניין הפרט – תוך החלת עקרונות פרשניים הנובעים, בין היתר, מהעלאת מעמד זכות הקניין לכדי זכות חוקתית. הסדרה מקיפה כזו חיונית להתמודדות שיטתית עם אתגרי העתיד - בעתות חירום ובעתות שגרה.