

קימתה לתחייה של זכות הקניין הפרטית המרחפת על פני  
המקרקעין גם לאחר הפקעתם בשל מטרה ציבורית:  
בעקבות הלכת קרסיק נ' מדינת ישראל

אהרן נמדר\*

- א. מבוא
- ב. המטרה הציבורית לפי חוקי ההפקעות השונים
1. המטרה הציבורית לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943
  2. המטרה הציבורית לפי פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943
  3. המטרה הציבורית בהפקעה לפי חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965
  4. התאמת המקרקעין למטרה הציבורית וחובת הפרסום של המטרה הציבורית
  5. המבחן המהותי של המטרה הציבורית: פעילות שלא לשם יצירת רווחים שינוי המטרה הציבורית לפי חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965
- ג. שינוי המטרה הציבורית לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943
- ד. שינוי המטרה הציבורית לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943
- ה. הלכת קרסיק: עקרון כפיפות השימוש בקרקע למטרה הציבורית — הספיקות
1. האומנם תחול הלכת קרסיק גם על הפקעה שניתנה לה פיצויים?
  2. משמעותה של הלכת קרסיק: קבלת קרקע או פיצויים?
  3. מה גודל הפיצויים ושיעורם לפי הלכת קרסיק?
  4. האומנם רשאית המדינה לשנות את המטרה הציבורית במטרה ציבורית אחרת?
  5. מה המועד לתחולתה של הלכת קרסיק?
  6. מתי מתיישנת הזיקה לפי הלכת קרסיק?
  7. מה אופייה של הדרישה לשימוש ישיר במקרקעין למטרה הציבורית?
  8. מה הן ההשלכות של זניחת המטרה הציבורית על ידי ההשתוות במימושה?
- ו. אתנחתא לעת עתה

א. מבוא

חוקי ההפקעות השונים<sup>1</sup> מתירים להפקיע מקרקעין של הפרט רק אם הם יישמשו את

\* בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.  
1 בישראל קיימים כארבעה חוקי הפקעה שונים ומספר רב של חוקים ספציפיים הכוללים בתוכם הוראות המתירות להפקיע מקרקעין. בין החוקים הכלליים ניתן למנות את החוקים הבאים: פקודת

הציבור למטרות מוגדרות שהחוק קובע במפורש. קיומה של מטרה ציבורית שלשמה מותר להפקיע מקרקעין מהווה, איפוא, אבן יסוד של דיני ההפקעות ומבלעדו לא ניתן להצדיק את ההפקעה המהווה פגיעה בזכות הקניין של הפרט. בהקשר לכך עולה השאלה מה יהיה דינם של מקרקעין מופקעים שהופקעו למטרה ציבורית מסוימת, ולאחר ההפקעה בוטלה המטרה הציבורית שלשמה הופקעו המקרקעין: האם במקרה כזה יש לבטל את ההפקעה מכל וכל ולהחזיר את הקרקע לבעליה הראשונים, או שהרשות המפקיעה, לאחר שקנתה את זכות הקניין בקרקע והשתמשה בו לזמן מה למטרה הציבורית, שוב איננה צריכה להיזקק לבעלים המקוריים.

שאלה חשובה זו זכתה למענה מפורש בחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה–1965,<sup>2</sup> אשר כחוק מודרני קובע בסעיפים 195 ו-196 כי במקרה כזה יש לפצות את הבעלים הראשונים בכסף, או בנסיבות מסוימות אף להחזיר להם את המקרקעין. ואולם, תשובה מפורשת שכזו לא ניתן למצוא בפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943,<sup>3</sup> המשמשת בידי השלטון המרכזי כחוק העיקרי להפקעת מקרקעין. למרבה הפלא פקודה זו איננה כוללת כל התייחסות למקרה שהצורך הציבורי בקרקע המופקעת בטל, והרשות רוצה לעשות בה שימושים אחרים שאינם כלולים ברשימת המטרות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין. שאלה זו קיבלה חשיבות משנה עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ונראה כי כל מענה שאיננו מענה חיובי עשוי לשים לאל את הזכות לקניין שקיבלה ערך תחוקתי בחוק זה.

לא נתארכו הימים והשאלה הגיעה לפתחו של בית המשפט בענין קרסיק<sup>4</sup> שהחיל על פקודת הקרקעות פתרון דומה המצוי בחוק התכנון תוך העדפת הזכות לקניין.

הקרקעות (רכישה לצורכי הציבור), 1943, ע"ר 1943, תוספת 1, (ע) 32; פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, ע"ר 1305, 1943, תוספת 1, עמ' (ע) 40, (א) 55; פקודת הדרכים (רחבן והתוויתן), חא"י, כרך ב', (ע) 1282, (א) 1307; חוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965, ס"ח 307. בין החוקים הספציפיים ניתן למנות את החוקים הבאים: חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה–1965, ס"ח 279; חוק רישום שיכונים ציבוריים (הוראת שעה), התשכ"ד–1964, ס"ח 52; חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארצי במגרשים ריקים), התשמ"ז–1987, ס"ח 43; חוק רשות הדואר, התשמ"ו–1986, ס"ח 79; חוק הבזק (העברת עובדים ל"בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ), התשמ"ב–1982, ס"ח 231; חוק המים, התשי"ט–1959, ס"ח 166; חוק הניקוז וההגנה מפני שטפונות, התשי"ח–1957, ס"ח 4; חוק רשויות נחלים ומעינות, התשכ"ה–1965, ס"ח 150; חוק העתיקות, התשל"ח–1978, ס"ח 76; פקודת המכרות, 1925, חא"י, כרך ב', (ע) 910, (א) 338; חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג–1953, ס"ח 58; חוק כביש ארצי לישראל, התשנ"ה–1994, ס"ח 38; חוק הנפט, התשי"ב–1952, ס"ח 322; חוק הרשויות המקומיות (הקניית רכוש ציבורי), התשי"ח–1958, ס"ח 187; חוק רשות נאות מרפא, התשל"ג–1973, ס"ח 181; חוק משק החשמל, התשנ"ו–1996, ס"ח 208; חוק הרשויות המקומיות (ביוב), התשכ"ב–1962, ס"ח 96; חוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום, התשי"–1949, ס"ח 1; חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב–2002, ס"ח 55.

2 ס"ח 307.

3 ע"ר 1943 תוספת 1 (ע) 32.

4 בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 625.

מטרתו של מאמר זה להציג את הרקע לפסק דין קרסיק ולדון בהשלכותיו המשפטיות ובבעיות אחרות שהוא עשוי לגרור בעקבותיו. בתחילת המאמר נעמוד על המטרות הציבוריות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין לפי חוקי ההפקעה השונים, ולאחר מכן נציג את המצב המשפטי שקדם לפסק דין קרסיק בכל הקשור לשינוי המטרה הציבורי בהפקעות. תוך כדי הצגת הדברים נעמוד על חולשותיו של כל הסדר המצוי בחוקי ההפקעות השונים ונעמוד על הטעון תיקון בהוראות חוקים אלה. לאחר מכן נציג את פסק דין קרסיק על מגוון דעות השופטים, ונעמוד על העקרון המשפטי שהוא אימץ המחייב את צמידות השימוש בקרקע המופקעת בהתאם למטרה במשך כל תקופת חיי הנכס. בעקרון זה טמון "חידוש" גדול משום שהוא קובע, למעשה, כי זכותו של הבעלים מרחפת על פני המקרקעין גם לאחר ההפקעה, וכל אירוע של שינוי במטרה עשוי לעורר את בעלותו מחדש. בהמשך המאמר נעמוד על ביסוסו של עקרון זה ועל הנמקותיו לפי דעות השופטים השונים שישבו בדין, ונעמוד על הבעיות שעשוי הוא לעורר בעתיד. כוונתנו להציג בקצירת האומר את הבעיות השונות שעשויות להתעורר בעקבות פסק הדין – בעיות שידרשו יצירתיות משפטית לא פשוטה כדי לענות עליהן. אכן, אימוץ עקרון חדשני כאמור עשוי להציב פתרונות למצבים מורכבים אך הדרך לסלילת פתרונות מתאימים אינה קלה בפני המשפטן המודרני.

## ב. המטרה הציבורית לפי חוקי ההפקעות השונים

1. המטרה הציבורית לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, הגדרת "צורך ציבורי" בסעיף 2 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, במקורה קבעה כדלקמן:

"Public purpose includes any purpose of a public nature certified by the High Commissioner to be a public purpose".

כלומר, מטרה ציבורית לפי הפקודה כללה כל מטרה בעלת אופי ציבורי אשר הנציב העליון אישר אותה ככזאת. המילים "בעלת אופי ציבורי" נתנו להגדרה אופי עצמאי ובלתי תלוי, והן שמשו כלי לביקורת על החלטת הנציב בקובעו את המטרה הציבורית. דבר זה איפשר לבית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית ולבדוק האם מטרה מסוימת שנקבעה כמטרה ציבורית היא אמנם בעלת אופי שכזה. ואולם, הגדרה זו שונתה ב-1946 והמילה "includes" הוחלפה במילה "means" והתוצאה הינה כי מטרה ציבורית תכלול כל מטרה שהנציב העליון אישר אותה כמטרה ציבורית.

בית המשפט אמר על שינוי זה את הדברים הבאים<sup>5</sup>:

5 ראו בג"צ 180/52 יורשי אברהים דור ואח' נ' שר האוצר, פ"ד ו (2) 908, 910.

“פירושו של שינוי זה כי הדבר נתון עתה לשיקול דעתו המוחלט של הנציב העליון, ומשאיר הנציב העליון כי מטרה מסוימת היא מטרה ציבורית, שוב אין לחלוק עליו ולטעון כי המטרה שלשמה הפקיע מקרקעין אינה ציבורית”.

דברים ברוח דומה נשנו ונאמרו על ידי בתי משפט אחרים<sup>6</sup>, ובכך לא הותירו פתח לביקורת שיפוטית על החלטת הרשות המפקיעה לפי הפקודה. היוצא הוא כי המטרה הציבורית שלשמה מותר להפקיע מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, מוגדרת בצורה רחבה ביותר. סעיף 3 לפקודה הנ"ל מעניק לרשות המפקיעה סמכויות נרחבות ושיקול דעת כמעט בלתי מוגבל להפקיע מקרקעין. שיקול הדעת של הרשות הינו רחב יותר כאשר היא מפקיעה מקרקעין בתמורה, שאז היא יכולה להפקיע כל קרקע לצורך הנראה בעיניה כצורך ציבורי, וכדברי סעיף 3 לפקודה: “אם נוכח שר האוצר כי דרוש או נחוץ הדבר לכל מטרה ציבורית, רשאי הוא לרכוש את בעלותה של כל קרקע”. פירושו של דבר, שלפי הסעיף, השר מוסמך לנקוט באקט תחיקתי ולקבוע את המטרה הציבורית שלשמה הוא פועל, והוא גם זה שרשאי לנקוט באקט הביצועי ולקבוע שהמקרקעין המסוימים המיועדים להפקעה עונים על הדרישה של הצורך הציבורי. באופן זה, שיקול דעתו של השר הינו רחב ביותר בהפקעת המקרקעין<sup>7</sup>, ומכיוון שהוא מפקיע תוך תשלום תמורה, הוא אינו מוגבל להפקעת חלק מן המקרקעין אלא יכול להפקיעם בשלמותם.

למעשה, לפי הפקודה הנ"ל הופקעו שטחים נרחבים בשנות החמישים לצורכי קליטת עולים<sup>8</sup>, כאשר שר האוצר קבע כמטרה ציבורית את הצורך בקליטת עלייה והספקת בתי מגורים<sup>9</sup>. יתר על כן, גם הפקעה לצורכי בניית דירות פאר, הוכרה בעבר על ידי בית המשפט כמטרה ציבורית לגיטימית כדי לגרום לאיכלוס העיר ולהגדלת הכנסות

6 ראו בג"צ 30/55 ועדה להגנת קרקעות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261, בעמ' 1264; כמו כן ראו בג"צ 85/52 כהן נ' שר האוצר, פ"ד ו 363; בג"צ 1/57 אירני נ' שר האוצר, פ"ד י"א 783, 784; בג"צ 76/52 קרן-צבי ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד ו (2) 1107, 1109; בג"צ 120/52 ביאלה נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד ז 91; בג"צ 124/55 דוויק נ' שר האוצר, פ"ד י 753; 755; בג"צ 70/68 ליפמן ואנג'ל נ' שר האוצר, פ"ד יב (2) 954, 955; ע"א 522/64 בוחקוב נ' היועצה"מ, פ"ד יט (1) 589, 594; בג"צ 171/69 פילצר נ' שר האוצר, פ"ד כד (1) 113; בג"צ 54/70 פרח נ' שר האוצר, תקציר ד 260.

7 ראו ח' שלח, “הפקעת קרקעות לצרכי ציבור – להרחבת הביקורת השיפוטית”, עיוני משפט ז (תש"ס–1980) 618; א' חביב-סגל, “בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין”, עיוני משפט כא (1998) 449; מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי (ח' דגן, עורך) (הוצאת רמות, תש"ס–1999) 97; ח' דגן, דיני קניין: “דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש”, ספר השנה של המשפט בישראל – תשנ"ו (א' רוזן-צבי, עורך, 1997) 678, בעמ' 685 ואילך.

8 ראו י' הולצמן-גזית, “דיני הפקעת מקרקעין בשנות החמישים בראי האידיאולוגיה הציונית של קליטת עלייה וקניין פרטי”, מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי (ח' דגן, עורך, הוצאת רמות, תש"ס–1999) 223.

9 ראו בג"צ 222/72 משדיאן נ' שר האוצר, פ"ד ז (תמצ') 74.

המדינה במטבע זר<sup>10</sup>. ההכרה של בית המשפט במטרות המצדיקות הפקעה התרחבה גם להפקעת מרכז מסחרי ולהפקעות שיוצרות ריווחים לאנשים פרטיים, ורק השימוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שימש, בסופו של דבר, כמחסום להרחבת סמכויות השר להפקיע מקרקעין לפי הפקודה הנ"ל. ניתן למתק את הגלולה בכך שהפקעות כאמור צריכות להיעשות תוך תשלום תמורה לבעלי הקרקעות כך שבעלי המקרקעין אינם נפגעים.

לעומת זאת, יש לזכור כי הפקודה מתירה לשר האוצר להפקיע מקרקעין גם ללא תשלום תמורה לבעליהם. זכות זו שקשה כיום להצדיקה בתקופה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, למרבה הפלא, עדיין קיימת בפקודת הקרקעות, אשר מתירה לשר להפקיע 25% מהקרקע ללא תשלום פיצויים. לפי סעיף 20(2) לפקודה, בניגוד להפקעה בתמורה לפי הפקודה, הרי המטרות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין ללא תמורה הינן מצומצמות ביותר. סעיף 20(2) הנ"ל מתיר להפקיע מקרקעין ללא תמורה אך ורק למטרת בניית כבישים, מגרשי משחקים, מגרשי נופש והרחבתם. הסעיף מורה כי כאשר מופקע יותר מרבע מהמגרש, ניתן שלא לשלם פיצויים על הרבע האמור, ואילו על העודף יש לשלם פיצויים כחוק<sup>11</sup>. עמדת המחוקק בנדון זה כנראה נשענת על התפיסה כי ניתן להפקיע מקרקעין ללא מתן פיצויים אך ורק כאשר יש סיכוי סביר שגם בעלי הקרקע יהנו מפירות ההפקעה, דהיינו כאשר ההפקעה הינה לצרכים של כבישים, מגרשי משחקים ונופש, הגורמים להשבחה של המקרקעין שבקירבתם, אך לא כאשר לא מתרחשת השבחה שכזו.

## 2. המטרה הציבורית לפי פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943

פקודת הדרכים ומסילות הברזל הנ"ל<sup>12</sup>, נועדה במקורה להקנות לנציב העליון סמכות להפקיע מקרקעין בדרך קצרה ובלתי מסובכת לצורכי סלילת דרכים להגנת הארץ. בשנת 1951 תוקנה הפקודה כך שהוקנתה לשר התחבורה, שהינו הסמכות המפקיעה לפי הפקודה<sup>13</sup>, סמכות להפקיע מקרקעין לצורכי פיתוח הארץ<sup>14</sup>. כיום סעיף 3 לפקודה קובע כדלקמן:

“מותר לו לשר העבודה או לשר התחבורה, אם נוכח שהדבר דרוש להגנת

10 ראו בג"צ 147/74 ספוליןסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט (1) 421. לביקורת על פסק הדין ראו א' חביב-סגל, שם, שם.

11 הסעיף מורה כי אם על השטח המופקע יש בנינים או עצים או מחוברים אחרים יש בכל מקרה לפצות את בעלי הקרקע על המחוברים.

12 ע"ר 1305, תוספת 1(צ) 40, (א) 55.

13 השר העביר את סמכותו למנהל המחלקה לעבודות ציבוריות (מע"צ). ראו י"פ התש"י בעמ' 155.

14 הסמכות להפקיע מקרקעין לצרכי פיתוח הארץ חלה גם לגבי מי שהוסמך על ידי השר להיות הרשות המפקיעה לפני התיקון בחוק, ואת התיקון לחוק יש לפרש כמוסיף מטרה נוספת. ראו ה"פ 1099/03 מדינת ישראל נ' רמאדן סלמאן (טרם פורסם).

הארץ או לפיתוחה, להורות כי פקודה זו תחול על כל דרך. צו זה לא יפורסם ברשומות אלא אם כן סבור שר התחבורה או שר העבודה כי פרסום זה לא יזיק להגנת הארץ".

סעיף זה מסמיך, אם כן, את השר להפקיע מקרקעין רק לצורכי דרך, על מנת שישמשו להגנת הארץ ולפיתוחה. למרות שפקודה זו נחקקה באותו זמן שנחקקה פקודת הקרקעות הרי שהיא נוקטת בדרך שונה בכל הקשור לקביעת המטרה הציבורית. בעוד שפקודת הקרקעות מסמיכה את שר האוצר לקבוע מהי מטרה ציבורית לפי שיקול דעתו, הרי שפקודת הדרכים ומסילת הברזל קובעת את המטרה הציבורית בפקודה עצמה, ומותירה לשר התחבורה רק את הזכות המינהלית לקבוע האם המקרקעין המסוימים מתאימים למטרה הציבורית שנקבעה בפקודה. עם זאת, פקודת הדרכים ומסילות הברזל מחמירה בהוראותיה לעומת פקודת הקרקעות – דבר שיש בו כדי לפגוע בזכות הקנין של בעלי המקרקעין. ראשית, הפקודה מתירה להפקיע את המקרקעין בהיחבא בלי לנקוט בהליכי פרסום כלל וכלל. ושנית, הפקודה אף מתירה לתפוס את הקרקע בהליכים מקוצרים וללא היזקקות לבית המשפט. לנו נראה כי הפקעת מקרקעין שישמשו לסלילת כבישים ומסילות ברזל למטרות של פיתוח הארץ איננה מצדיקה אמצעים דרקוניים שכאלה.

כך או כך, הפקודה מתירה להפקיע מקרקעין לצורכי "דרך", אשר לפי סעיף 2 לפקודה כוללת: "כל דרך או מסילת ברזל או תוואי של דרך או מסילת ברזל או צומת דרכים". בלשון אחרת, המונח "דרך" כולל כיום<sup>15</sup> גם מסילת ברזל וגם צומת דרכים. יש לציין כי המטרות האמורות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין לפי הפקודה הינן ישימות הן כאשר המקרקעין מופקעים שלא בתמורה והן כאשר הם מופקעים בתמורה.

### 3. המטרה הציבורית בהפקעה לפי חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה–1965

סעיף 198(א) לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה–1965, מסמיך את הועדה המקומית לתכנון ולבנייה להפקיע מקרקעין שנועדו בתכנית לצורכי ציבור. סעיף 188(ב) בא להשלים את סמכות הועדה להפקיע וקובע כי "צרכי ציבור" יכללו את המטרות כדלקמן:

"צרכי ציבור", בסעיף זה כל אחד מאלה: דרכים; גנים; שטחי נופש או ספורט; שמורת טבע; עתיקות; שטחי חנייה; שדות תעופה; נמלים; מזחים; תחנות רכבת; תחנות אוטובוסים; שווקים; בתי מטבחיים; בתי קברות; מבנים לצורכי חינוך, דת ותרבות; מוסדות קהילתיים; בתי חולים; מרפאות; מיקלטים

15 הגדרת "דרך" תוקנה והורחבה, כך שהיא כוללת גם מסילות ברזל וצומת דרכים, בשנת 1951, ובשנת 1966, לפי הענין.

ומחסנים ציבוריים; מיתקני ביוב; מזבלות; מיתקנים להספקת מים וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר הפנים לעניין סעיף זה".

חוק התכנון והבנייה, בניגוד לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, קובע בעצמו את המטרה הציבורית לצורכי הפקעה ואינו מותיר את המלאכה לשר הממונה על פי החוק. עם זאת, החוק כולל בהגדרת "צרכי ציבור" רשימת ארוכה של מטרות ציבוריות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין. יתר על כן, המילים "וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר הפנים לעניין סעיף זה" מותירים את הרשימה פתוחה ומאפשרות לשר הפנים להוסיף מטרות נוספות<sup>16</sup>. עם זאת, אין לפרש מילים אלו כאילו הן מתירות לשר הפנים לקבוע לפי שיקול דעתו מהי מטרה ציבורית. סעיף זה, בניגוד לסעיף 3 לפקודת הקרקעות, איננו קובע כי צורך ציבורי הינו "כל צורך אשר אישר שר האוצר כצורך ציבורי", אלא שמטרה ציבורית תכלול "כל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר הפנים". פירושו של דבר, ששר הפנים יכול לאשר רק "מטרות ציבוריות" שבעצם טיבן הינן כאלה וכל תפקידו מצמצם בבחירה של מטרות אשר הינן בעלות אופי ציבורי<sup>17</sup>. כך או כך, המטרות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין לפי הסעיף מכוונות להפקעה בתמורה. לעומת זאת רשימת המטרות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין ללא תמורה הינה מצומצמת יותר. סעיף 190(א) לחוק התכנון מצמצם את רשימת המטרות שלשמן ניתן להפקיע מקרקעין, והוא קובע כדלקמן:

"במידה שלא נקבעו הוראות מיוחדות בחוק זה, תבוצע ההפקעה על פי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, כאילו הורשתה הועדה המקומית בהודעה ברשומות להשתמש בסמכויות ...  
(1) סעיף 20 לפקודה האמורה יחול גם על הפקעת מקרקעין לצרכי גנים, שטחי נופש וספורט, וכן לבניני חינוך, תרבות, דת ובריאות, ובכל מקום שמדובר באותו סעיף על "רבע" יבוא "ארבע עשיריות" ...

סעיף זה, אם כן, מצמצם את רשימת המטרות האמורה בסעיף 188(ב) לחוק התכנון והבנייה אך מרחיב את הרשימה האמורה בפקודת הקרקעות הן באשר למטרות ההפקעה והן באשר לגודל השטח הניתן להפקעה. לפי סעיף 20(2) לפקודת הקרקעות מותר להפקיע ללא תמורה רק למטרת כבישים ומגרשי משחקים ונופש, לעומת זאת רשימת היעודים לפי סעיף 190(א) לחוק התכנון והבנייה הינה רחבה יותר ומתירה להפקיע מקרקעין ללא תמורה מלבד למטרות המצוינות בסעיף 20 הנ"ל לבתי ספר

16 שר הפנים אכן הוסיף מטרות נוספות כדלקמן: תחנות משטרה ותחנות לשירותי כיבוי אש (י"פ התשמ"ג, 2597); בתי משפט ומשרדים ראשיים של רשויות מקומיות (י"פ התשכ"ו 3869); בתי אבות ויחידות סיעודיות ודיוור מוגן לקשישים (י"פ התשמ"ב 2631); תחנת מוניות (י"פ התשל"ט 1098); מחסן חירום של רשות מקומית (י"פ התשל"ט 191).  
17 מכאן ששר הפנים יכול לאשר מטרות ציבוריות נוספות, כמצוין לעיל, אשר באופיין הינן מטרות ציבוריות.

ולמוסדות חינוך, בריאות, ספורט, דת ותרבות. דהיינו, המטרות כוללות למעשה את רוב ייעודי הקרקע במישור השכונתי אשר נהוג לכלול אותם בתכניות מיתאר ובתכניות מפורטות. עם זאת, רשימת המטרות האמורה בסעיף 190(א) לחוק הינה מצומצמת יותר מהרשימה המצויה בסעיף 188(ב) לחוק האמורות לגבי הפקעה בתמורה<sup>18</sup>. הסיבה לכך הינה משום שהמחוקק התיר הפקעות ללא תמורה רק במקרים שבעלי הקרקע עשויים ליהנות מעצם ההפקעה באמצעות השימוש האישי שלהם כמתקנים הציבוריים שלשמן מופקעת הקרקע, אך לא כאשר מיתקנים אלה מפחיתים את הערך של הקרקע הסמוכה או שהבעלים אינם עשויים ליהנות בצורה סבירה מהפקעה<sup>19</sup>.

#### 4. התאמת המקרקעין למטרה הציבורית וחובת הפרסום של המטרה הציבורית

החוק דורש שרק פעולה בדרך של הפקעה דווקא יהיה בה כדי להגשים את המטרה הציבורית, ולכן, אם ניתן להגשים את המטרה ללא הפקעת המקרקעין כי אזי יש להימנע מפגיעה בקנינו של הפרט ואין להפקיע את המקרקעין. התנאי האחר שחל בעניין זה הוא שהצורך הציבורי להפקיע את המקרקעין יתקיים במקרקעין המסוימים דווקא<sup>20</sup>. בהפקעה של מקרקעין שומה על הרשות להראות כי המקרקעין המסוימים אמורים ומתאימים לשמש צורך ציבורי מסוים<sup>21</sup> וכי יש זיקה ישירה בין המטרה הציבורית לבין הקרקע המסוימת<sup>22</sup>. התאמתה של הקרקע להגשמת המטרה הציבורית בהפקעה מהווה חלק אינטגרלי של ההחלטה להפקיע את המקרקעין<sup>23</sup> ואי

- 18 ראו ע"א 676/75 כיאט נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (3) 785. שר הפנים איננו רשאי להרחיב את המטרות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין ללא תמורה לפי סעיף 190(א) היות והסמכות שניתנה לו הינה מוגבלת למטרות המצוינות בסעיף 188(ב) בלבד, שכן הסעיף מציין במפורש שהסמכות מוגבלת "לענין סעיף זה" ואין היא חלה על מטרות המצוינות בסעיפים אחרים, כגון סעיף 190(א) הנ"ל. ראו לענין זה ר' אלתרמן, "הפקעות קרקע לצרכי ציבור ללא תמורה לפי חוק התכנון והבנייה – לקראת הערכה מחדש", משפטים טו (תשמ"ו) 179, בעמ' 196.
- 19 סעיף 190(א) משמיט מרשימת המטרות, הפקעה לצרכי בתי קברות ובתי מטבחים, מתקני ביוב וכדומה, כנראה בגלל שמיתקנים כאלה אינם משביחים את הקרקעות הסמוכות להם.
- 20 ראו בג"צ 2390/96, לעיל הערה 4, בעמ' 647, שבו בית המשפט קובע כי במעשה ההפקעה צריכים להתקיים שלושה תנאים מצטברים: "קיומו של צורך ציבורי מסוים ומוגדר; זיקתו של הצורך הציבורי המסוים למקרקעין המסוימים המיועדים להפקעה; וקיום צורך בהפקעת המקרקעין כדי לממש הצורך הציבורי". כן ראו בג"צ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר (טרם פורסם); בג"צ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לו (2) 141, 148; ע"א 6320/98 נאבולסי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נג (5) 733.
- 21 ראו בג"צ 465/93 טריידט ס.א. חברה זרה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"ד מח (2) 622, בעמ' 633. כן ראו ע"א 119/01 אקונס ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (1) 817.
- 22 ראו ח' שלח, שם, שם, המרחיב את הדיבור באבחנה בין קביעת המטרה הציבורית לבין בחירת הקרקע העונה על מטרה זו. כמו כן ראו ח' דגן, "דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קניני חדש", ספר השנה של המשפט בישראל – תשנ"ו (א' רוזן-צבי, עורך, 1997) 673, 684.
- 23 לזכות של הרשות המפקיעה לעלות על הקרקע ולבצע בדיקות כדי לראות האם הקרקע מתאימה לצורך הציבורי ראו סעיף 4 לפקודת הקרקעות.



התאמה בין מטרת ההפקעה לבין המקרקעין עצמם עשויה לגרום לביטולה של ההפקעה כהפקעה פסולה או כבלתי מידתית שדינה להתבטל.

מכאן עולה כי כדי להפעיל את סמכות ההפקעה, על שר האוצר להחליט שתי החלטות שונות: ראשית, עליו לקבוע את המטרה הציבורית שתצדיק את השימוש בסמכותו להפקיע מקרקעין, ושנית, עליו לקבוע כי הפקעת המקרקעין המסוימים מתאימה להגשמת המטרה הציבורית. החלטות שר האוצר בשתי השאלות הנ"ל, באופן עקרוני, הינן שונות זו מזו, וקיימת אבחנה ברורה ביניהן: בעוד שההחלטה בקביעת המטרה הציבורית היא החלטה שיפוטית המוטלת עליו מכוח החוק והוא גם אינו יכול לאצול אותה לאחרים<sup>24</sup>, הרי שההחלטה לבחור במקרקעין מסוימים כמתאימים למטרות ההפקעה הינה החלטה "ביצועית" המוטלת עליו כרשות מנהלית<sup>25</sup>. העובדה ששתי ההחלטות נמסרות לרשותו של שר האוצר והן מתקבלות במועד אחד איננה צריכה לטשטש את האבחנה ביניהן<sup>26</sup>. גם העובדה כי לפעמים הבחירה בקרקע מסוימת לצורכי הפקעה היא בעצמה מהווה גם את מטרת ההפקעה לא צריכה לשנות מהאמור לעיל. כאשר מופקעת קרקע שבה נולד איש ציבור ידוע לצרכי הנצחתו, למשל, מעשה ההפקעה ומטרת ההפקעה הינם אחד<sup>27</sup>. אך ניתוח משפטי נכון מחייב אותנו להבחין בין שני התפקידים של השר ולקבוע את הגבולות ביניהם. אבחנה זו חשובה מאד לצורכי החלת הביקורת השיפוטית, שתהיה בהיקף רחב יותר באקט השני של בחירת המקרקעין, מאשר באקט הראשון – קביעת המטרה הציבורית.

יתר על כן, לא די לה להפקעה שהיא עונה על צורך ציבורי, וכי יש צידוק בהפקעת המקרקעין הספציפיים אלא גם שההתאמה האמורה צריכה להתקיים במועד ההפקעה או לכל הפחות בסמוך למועד זה<sup>28</sup>. בלשון אחרת: ישנה דרישה שהצורך הציבורי והתאמת הקרקע הספציפית לצורך זה יתקיימו תוך זמן סביר לפי נסיבות

24 שר האוצר איננו מוסמך לאצול את סמכותו לקבוע מטרה ציבורית לפי סעיף 3 לאדם אחר וזאת לאור הוראת סעיף 41(ב) לחוק יסוד: הממשלה, האוסר על האצלת הסמכות להתקין תקנות.

25 ראו בג"צ 76/52 קרן-צבי ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד ו (2) 1107, 1111. כמו כן ראו ח' שלח, שם, בעמ' 619.

26 באנגליה, למשל, ההחלטה לקבוע מטרה ציבורית מסורה למחוקק ואילו בחירת הקרקע המיועדת להפקעה מסורה לרשות המינהלית. ראו על כך: M. Lawrance, Compulsory Purchase and Compensation (London 4th ed., 1967) 7-17. בדומה לכך פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), קובעת את מטרות ההפקעה לצרכי דרך ומסמיכה את שר העבודה להחיל את הפקודה על קרקעות כאלו ולהפקיען.

27 ראו המ' 33/53 סלומון נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 1023, בעמ' 1026, בו בית המשפט אומר "אין למצוא בפקודה שום רמז לכך שלמשל רכישת בית, בו נולד מנהיג אשר העם רוצה ביקרו או רכישת חלקת אדמה על ידי המדינה רק מפני שהיא קשורה במאורע היסטורי מסוים אינה יכולה להיקבע כמטרה ציבורית ... במקרה כזה .... הרכישה עצמה מהווה את המטרה ואינה משמשת אמצעי בלבד להשגתה".

28 ראו בג"צ 465/93 טריידט ס.א. נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"ד מח (2) 622, בעמ' 633; בג"צ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ (1) 309, 328. כן ראו עת"מ 409/01 חונוביץ נ' המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור, פד"מ (תשכ"ג) 193.

העניין. בשאלה זו לא ניתן לקבוע מסמרות. כאשר הצורך הציבורי הינו מוגדר וברור לעין, דרישת ה"מיידיות" תהיה קלה יותר ולא יוטל חובה על הרשות המפקיעה להוכיח כי המקרקעין דרושים לה באופן מידי, וניתן יהיה להכשיר את ההפקעה בצורך עתידי רחוק יותר<sup>29</sup>. לעומת זאת, במקרים אחרים כאשר הצורך הציבורי איננו מוגדר ביותר כי אז גם דרישת המיידיות תהיה חמורה יותר.

בנוסף לחובה האמורה לעיל לגבי ההתאמה של הקרקע המופקעת למטרה הציבורית נראה כי יש להדגיש גם את החובה של השר הממונה להביא לידיעת הציבור את מטרת ההפקעה בצורה של פרסום ברשומות. גם חוק התכנון והבניה וגם פקודת הקרקעות, מקנות סמכות לשרים הממונים על החוק לקבוע מטרת ציבוריות שלשמן מותר יהיה להפקיע מקרקעין, עם זאת אין בחוקים אלה שום רמז על החובה לפרסם ברשומות קביעת "מטרה ציבורית" הנעשית על ידם. לעניין זה עולה השאלה האם קביעת מטרה ציבורית מהווה תקנה בת פועל תחיקתי, אשר לפי סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] חייבת בפרסום<sup>30</sup>. הכוונה, כמובן, לעצם קביעתה של מטרה מסוימת כמטרה ציבורית ולא להודעה לבעלי קרקע ספציפית כי מקרקעיו נועדו להפקעה לצורכי המטרה הציבורית. המבחן שנקבע בפסיקה<sup>31</sup> לגבי קביעתה של נורמה מסוימת כתקנה בה פועל תחיקתי הינו כפול: קביעת נורמה משפטית המשנה את המצב המשפטי הקיים, והיותה של הנורמה מוחלת על הציבור כולו או על חלק בלתי מסוים שבו.

החלה נכונה של מבחן זה על קביעתה של מטרה ציבורית על ידי השר, מביאה אותנו למסקנה כי קביעה כזו אכן מהווה תקנה בת פועל תחיקתי החייבת בפרסום ברשומות. קביעתה של מטרה שכזו משפיעה על כלל הציבור ויש בה כדי לשנות את הנורמה המשפטית שהייתה קיימת עד לקביעה הנ"ל. גם חובת הפרסום שבסעיף 5(4) לפקודת הקרקעות של ההודעה על ההחלטה להפקיע מקרקעין איננה הסדר שלילי הבא לדחות את חובת הפרסום של עצם קביעת המטרה הציבורית. חובה זו קיימת באופן עצמאי לפי סעיף 17 הנ"ל ואין בחוסר הוראה דומה בחוקי ההפקעה כדי לקבוע הסדר שלילי בנדרון<sup>32</sup>.

מסקנתנו הינה, לכן, כי אי פרסום של מטרה ציבורית שנקבעה על ידי השר

29 ראו בג"צ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא (3) 85, 101; בג"צ 76/52 קרן-צבי ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד ו 1107, 1111.

30 לשאלה זו ראו ח' שלח, שם, שם.

31 ראו ע"א 213/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, בעמ' 701. כן ראו ע"א 563/61 אצל'אן נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד טז 1354, בעמ' 1357.

32 מסקנה זו נכונה במיוחד לפי הדעה הגורסת כי על השר להודיע על המטרה הציבורית של ההפקעה לבעלי הקרקע בהודעה שהוא שולח לפי סעיף 1(5) לפקודת הקרקעות. לפי דעה זו קשה לומר כי בפקודת הקרקעות ישנו הסדר שלילי לגבי חובת הפרסום של המטרה הציבורית. לדעה שכזו ראו בג"צ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (1) 281, 283. כן ראו ה' קלינגהופר, "צמידות של קרקע מופקעת ליעודה" עיוני משפט ב (תשל"ב) 874.

ברשומות עומדת בניגוד להוראת סעיף 17 לפקודת הפרשנות הנ"ל והיא תגרום לפסלותה של ההחלטה מכל וכל. יתר על כן, היותה של הקביעה של מטרה ציבורית תקנה בת פועל תחיקתי תגרום לכך שהשר לא יוכל לאצול סמכותו זו לעובד ציבור אחר, שכן סעיף 41(ב) לחוק יסוד: הממשלה, אוסר על השר לאצול סמכויות להתקין תקנות לאחרים.

##### 5. המבחן המהותי של המטרה הציבורית: פעילות שלא לשם יצירת רווחים

כאמור לעיל, כדי שהפקעה תהיה "כשרה" מבחינת הדין, היא צריכה לשרת מטרה ציבורית המוגדרת בחוק. ואולם, מטרה ציבורית כאמור עשויה להיות כזו שנועדה לייצר רווחים למרות שהפעילות עצמה נכללת בגדר המטרה הציבורית. כך, למשל, בתי אבות סיעודיים עשויים להיכלל בגדר המטרות של "צרכי ציבור" כאמור בסעיף 188(ב) לחוק התכנון והבנייה, כמוסד בריאות או קופת חולים או כמוסד קהילתי אחר המגיש שירות לציבור. מוסד שכזה עשוי להתנהל כיום גם על בסיס מסחרי כאשר המפעיל הוא יזם פרטי, ועילת הפעלתו היא לשם הפקת רווחים. השאלה שתישאל במקרה כזה הינה האם ניתן להפקיע קרקע לצרכי ציבור בעבור ניהול של פעילות שכזו. שאלה דומה תישאל לגבי פעילות בתחום הספורט המתנהלת על בסיס עסקי – תופעה המתפתחת במציאות הכלכלית החדשה שבה מוקמים שירותי ספורט וספא על ידי המגזר העסקי.

את השאלה הנ"ל יש לאבחן מהשאלה האחרת: האם ניתן להפעיל פעילות כשרה, שהיא לא לשם יצירת רווחים, באמצעות יזם או מפעיל פרטי. כאן השאלה נוגעת למהות הפעילות עצמה ללא קשר לזהותו של היזם המפעיל את הפעילות. שאלתנו הינה האם ניתן להפקיע קרקע למטרות המצוינות בחוק, למרות שהן נועדו להפיק רווחים על ידי הרשות הציבורית.

אכן, גישת בתי המשפט שדנו בשאלה זו הייתה מקילה, והיא קבעה<sup>33</sup> כי אם המטרה העיקרית של ההפקעה איננה הפקת רווחים כי אזי היא תהיה כשרה למרות שהרשות הציבורית הפיקה רווחים מההפקעה בדרך עקיפה. לעומת זאת, אם המטרה העיקרית של ההפקעה הינה הפקת רווחים ואילו המטרה הציבורית הינה טפלה לה כי אזי בית המשפט לא יכשיר את ההפקעה<sup>34</sup>. למרות שקביעה זו נראית כנכונה על פניה, הרי שיישום העיקרון במציאות היום יומית יתקל בקשיים. בפועל, יהיה זה קל ביותר לרשות הציבורית להסתיר את המטרה העיקרית ולהציגה כמטרה משנית, ובצורה זו לעקוף את

33 בג"צ 147/74 ספולניסקי נ' שר האוצר ואח', פ"ד כט (1) 421, 424; ד"נ 26/69 איביים בגוש 3947 בע"מ ואח' נ' שר האוצר, פ"ד כד (2) 397, 405; בג"צ 342/69 עזריהו נ' שר האוצר, פ"ד כז (1) 225, 229; בג"צ 307/82 לוביאניק נ' שר האוצר, פ"ד לו (2) 141, 151; בג"צ 5091/91 נוסובה נ' שר האוצר (טרם פורסם).

34 ראו ח' דגן, שם, בעמ' 685.

הוראת החוק<sup>35</sup>. אם נוסף את אי הבהירות הנ"ל לאי הבהירות האחרת הקשורה בביצוע האבחנה בין שירותים מסחריים לשירותים לא מסחריים כמצוין לעיל, נראה כי התוצאה הינה שאנו מותירים את השטח ללא נורמות משפטיות מדויקות היכולות לסייע לרשות בניהול הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור במקרים הנדרשים.

אחת השאלות שעלו בפסיקה בהקשר לאיסור יצירת רווחים הייתה: האם ניתן להפקיע מקרקעין לצורכי שכונת מגורים או לצורכי מרכז מסחרי כדי לשרת את הציבור הרחב. בעבר, בית המשפט קבע<sup>36</sup> כי ניתן להפקיע בתמורה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) לצרכי בניית דירות לעולים או מרכז מסחרי<sup>37</sup> כצורך ציבורי לגיטימי לאכלוסה של עיר. במקרה אחר הוכשרה הפקעה לצורכי בניית דירות פאר שחלקן נמכרו לתושבים זרים במטבע זר כצורך ציבורי שנועד להגביר את הכנסות המדינה במטבע זר<sup>38</sup>. פקודת הקרקעות אכן התאימה מהבחינה המשפטית לשמש ככלי להשגת קרקעות למגורים, תעשייה ומסחר כמענה לגלי העלייה של שנות החמישים<sup>39</sup>. לעומת זאת, חוק התכנון והבנייה לא מאפשר הפקעת שכאלו ואפילו אם הן נעשו בתמורה, והוא אינו מתאים לצרכים הנ"ל.

כך או כך, בית המשפט העליון דן בשאלה זו גם בענין קרסיק<sup>40</sup> אך לא קבע בה מסמרות. בית המשפט לא נתן תשובה חד משמעית והוא אמר כי יש שבנייתה של שכונת מגורים תהיה בה משום קיום מטרה ציבורית נעלה לענין פקודת הקרקעות ויש שבנייתה של שכונה כזו לא תהיה בה משום מטרה ציבורית כלל. ההכרעה בשאלה זו תהיה תלויה בנסיבות כל עניין ועניין. כלומר: אם יש חשיבות אורבנית או חשיבות לאומית בפיתוח השכונה כי אז המטרה הינה ציבורית ויש להכשיר את ההפקעה, אך במקרים אחרים לא יכשירו את ההפקעה. לדעתנו, נכון וראוי לאמץ עקרון זה כאשר מדובר בשטחים נרחבים הדורשים תכנון כולל של האזור כדי להקים שכונת מגורים. תכנון נכון יש בו משום צורך ציבורי כאשר המקרקעין שייכים למספר רב של אנשים וריבוי האינטרסים גורם לעצירת פיתוחם ואי דאגה לצרכים הציבוריים<sup>41</sup>. לעומת זאת, כאשר המדובר בקרקע שכונתית קטנה לא יהיה זה לנכון להתיר את הפקעתה אך ורק

35 לביקורת דומה ראו ח' שלח, שם, שם; א' חביב-סגל, שם, שם.

36 ראו בג"צ 222/72 משדיאן נ' שר האוצר, פ"ד ז (תמצ') 74.

37 דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט (4) 68 (גם אזורי מסחרי עשויים להיות נחוצים לצרכי ציבור).

38 ראו בג"צ 147/77 ספולינסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט (1) 421; בג"צ 5601/94 עודה אעידה אבו טיר נ' ראש הממשלה (טרם פורסם).

39 לביקורת ראו ח' שלח, שם, שם; י' הולצמן-גזית, שם, שם.

40 ראו בג"צ 2390/96, לעיל הערה 4.

41 לדעה קרובה לזו ראו ח' דגן, שם, בעמ' 673 ואילך. אך ראו א' חביב-סגל, שם, בעמ' 449, הגורסת כי לא יהיה ניתן, לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לבצע הפקעה על מנת להמיר שכונות מגורים קיימות בשכונות מגורים חדשות ומתוכננות, לרבות מרכזים מסחריים, על מנת לייצור קואורדינציה ותכנון בבנייה החדשה.

בגלל שהרשות הציבורית מעוניינת לפתחה בעצמה. במקרים אלה יש לתת לכוחות השוק לגרום לפיתוח נכון של האזור ולא לערב את הרשות הציבורית בעניין. מה יהיה דינה של הפקעת מקרקעין המשרתת מטרה מעורבת, ציבורית ופרטית גם יחד. האם יהיה בכוחו של החלק ה"פסול" כדי לפסול את ההפקעה מכל וכל, או שיש לאמץ פתרון אחר במקרה הנדון. שאלה זו הועלתה בכל חריפותה בעניין מהדריין<sup>42</sup>. במקרה זה הופקעו מקרקעין לצורכי הרחבתו של נמל התעופה בן גוריון, וחלק מן המקרקעין המופקעים נועדו לשמש לצרכים מסחריים כגון חנויות. בית המשפט הכשיר את ההפקעה באמצעו את הכלל המבחין בין עיקר וטפל, וקבע כי יש להשקיף על המכלול שבהפקעה ולא על פרט זה או אחר שבה. בלשון אחר: גם שטחים מסחריים עשויים להיות נושא למטרה ציבורית אם המדובר בהפקעה למטרה ציבורית מוכרת הדורשת שגם שירותים כאלה יינתנו, אם שירותים אלה תפלים למטרה העיקרית. יתר על כן, גם הפקת רווחים עקיפה אין בה כדי לפסול את ההפקעה אם היא מלכתחילה לא נעשתה לשם הפקת רווחים. למעשה, בית המשפט אימץ את הטיעון הפרקטי כי פיצולו של פרויקט אחד למספר גורמים עשוי לגרום לתקלות בניהולו של השירות לציבור, וקבע כי עדיף במקרה זה להעניק לגוף הציבורי, שעיקר מטרתו הוא במילוי הצורך הציבורי, גם לנהל את החלק שיש בו רווחיות ובלבד שהוא טפל לצורך העיקרי שלשמו בוצעה ההפקעה<sup>43</sup>.

בהקשר לכך עולה השאלה האם הפקעה העומדת ביעד הנ"ל, ומטרתה אכן שימוש בקרקע לצורכי ציבור, יכולה להיות מבוצעת ומנוהלת על ידי מפעיל פרטי. החלפתו של המפעיל הפרטי במקום הרשות הציבורית יכולה להיעשות על דרך ההרשאה כאשר המפעיל הפרטי ממילא הינו המפתח של האזור ונותנים לו יד ורגל גם בנייה של הצרכים הציבוריים. כמענה על שאלה זו, ניתן לנקוט בעמדה חיובית האומרת ש"הפרטה" של צורכי ציבור שכזו משרתת את האינטרס הציבורי ואין לפסול אותה, ובלבד שהמפעיל עומד בתנאים הקבועים בחוק. לפי תפיסה זו הדרישה שלא רק מטרת ההפקעה תהיה "ציבורית" אלא גם המפעיל של הפרויקט יהיה גוף ציבורי נראית ככזו שאיננה במקומה<sup>44</sup>. לעומת זאת, ניתן לנקוט בעמדה נוקשה יותר ולגרוס כי חוקי ההפקעות מתירים להפקיע קרקע רק אם היא מנוהלת על ידי גוף ממלכתי או רשות מקומית או מעין ציבורית אך לא על ידי יזם פרטי. עיון בסעיף 195 לחוק התכנון והבנייה, עשוי לחזק את הדעה הראשונה המכשירה הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור כשהם מנוהלים על ידי יזם פרטי. סעיף 195(1) קובע כי מקרקעין שהופקעו תמורת תשלום פיצויים מותר להשכירם לגוף ציבורי "או לאדם אחר" למטרה שלה נועדו בתכנית, ובלבד ששר הפנים, בהתייעצות עם הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה,

42 בג"צ 3028/94 מהדריין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא (3) 85. כמו כן ראו בג"צ 147/74 ספולניסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט (1) 421, 424; ע"א 753/83 משה ניסן נ' עיריית חיפה (טרם פורסם).

43 ראו ר' אלטרמן, שם, בעמ' 235.

44 ראו ר' אלטרמן, שם, עמ' 197 ואילך.

נתן אישור על כך<sup>45</sup>. מהסעיף משתמע כי הדרישה העיקרית בעיני החוק היא שהשוכר לא יפיק רווחים כמטרה עיקרית<sup>46</sup> אך אין חשיבות לזהותו, והוא עשוי להיות מפעיל פרטי ובלבד שהוא אושר על ידי שר הפנים כאמור לעיל<sup>47</sup>. לענין זה יש לזכור כי האינטרס הציבורי, לפעמים, "ישורת" טוב יותר, על ידי מסירת פרויקט לניהולו של גוף פרטי שלרוב הוא גם יעיל יותר למרות שהוא פועל מתוך אינטרס להפיק רווחים<sup>48</sup>. אם המסקנה האמורה מסעיף 195 הינה נכונה כי אזי ניתן להסיק גם את המסקנה הנוספת כי במקרה של הפקעה ללא תמורה המפעיל חייב להיות ממלכתי, דהיינו רשות לאומית או מקומית אך לא יזם פרטי. דבר זה נלמד מהשוואה של סעיף 196 לסעיף 195 לחוק התכנון והבנייה. הוראת סעיף 196 המדברת בהפקעה ללא תמורה איננה מתירה העברה למפעיל פרטי. מסקנה זו עולה לא רק מלשונו של החוק אלא גם ממטרתו. הפקעה ללא תמורה פוגעת בצורה מקיפה יותר בבעלי הקרקע ולכן יש לצמצמה רק למקרים שהשימוש הציבורי בה הינה בולט יותר<sup>49</sup>.

### ג. שינוי המטרה הציבורית לפי חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה–1965

בהבדל מפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, שאינה כוללת הוראות לגבי המקרה בו פסק הצורך הציבורי בקרקע המופקעת, הרי שחוק התכנון והבנייה, כחוק מודרני יותר, מתייחס מפורשות למקרה שכזה. חוק התכנון מכיר בזיקה הנמשכת והולכת בין הבעלים של הקרקע לבין הקרקע שהופקעה ממנו, והוא מעניק לבעלים, בנסיבות מסוימות, אופציה לקבל את הקרקע בחזרה לבעלותו. סעיף 195 לחוק התכנון קובע כדלקמן:

"מקרקעין שנרכשו בביצוע תכנית על פי הסכם או שהופקעו כך תמורת תשלום פיצויים, יחולו עליהם הוראות מיוחדות אלה:

(1) כל עוד לא שונה ייעודם על פי הוראות חוק זה, מותר להשכירם לגוף ציבורי או לאדם אחר, למטרה שלה נועדו בתכנית, ובלבד ששר הפנים, בהתייעצות עם הועדה המחוזית, נתן אישור על כך;

(2) שונה ייעודם על פי הוראות חוק זה, מותר באישור ובהתייעצות כאמור

45 ראו ע"א 284/98 אלנתן נ' עיריית ירושלים, פ"ד נד (5) 721.

46 לדרישה זו ראו בג"צ 147/74 ספולניסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט (1) 421, 424.

47 ראו ח' דגן, שם, בעמ' 687, האומר כי ראוי לשבח את המגמה להותיר בידי הרשות שיקול דעת רחב באשר להפקעה בדבר "ציבוריות" המטרה ובכלל זה להתיר בנסיבות מתאימות הפקעות "בתמורה מלאה" לצורכי ציבור המוגשמים באמצעות גורמים פרטיים מפיקי ריוח, אך לא כאשר ההפקעה היא ללא תמורה או בתמורה מופחתת. לדעה דומה, ראו אלטרמן, שם, בעמ' 198.

48 ראו ח' דגן, שם, בעמ' 688.

49 ראו אלטרמן, שם, בעמ' 200.

למכרם, להשכירם או לעשות בהם העברה אחרת, ובלבד שניתנה למי שרכשו ממנו את המקרקעין או לחליפו הודעה שהוא רשאי, תוך שלושים יום, לקנותם במחיר שלא יעלה על הסכום שבו נרכשו ממנו, בצירוף שוויה של כל השבחה בהם הנובעת מהתכנית; הודיע מקבל ההודעה תוך המועד האמור שהוא מוכן לקנות את המקרקעין, יועברו אליו כאמור.

סעיף זה, בהבדל מסעיף 196, אינו עוסק רק בהפקעות אלא חל במידה שווה גם כאשר הרשות רוכשת מקרקעין בעסקה רצונית אחרת<sup>50</sup> שנעשתה תוך ביצוע תכנית<sup>51</sup>. סעיף 195(1) איננו עוסק במקרה של ביטול המטרה הציבורית של הקרקע אלא במסירתה למפעיל פרטי, ואילו ס"ק (2) עוסק במפורש במקרה של שינוי יעוד של הקרקע מיעוד ציבורי לייעוד שאינו ציבורי. במקרה האחרון הסעיף מעניק לבעלי הקרקע אופציה לרכוש את הקרקע בחזרה<sup>52</sup> במחיר שלא יעלה על הסכום שבו נרכשה ממנו, בצירוף שוויה של כל השבחה שחלה בה עקב התכנית. רק אם הבעלים מוותרים על זכותם האמורה כי אזי תוכל הרשות הציבורית, באישור שר הפנים לאחר שהתייעץ עם הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, למכור את המקרקעין, להשכירם או לעשות בהם כל העברה אחרת.

מבחינה מסוימת הסעיף מקנה לבעלים זכות המתקרבת לזכות קניינית בקרקע שהופקעה. לא רק הוא זכאי ל"טרופ" את המקרקעין בחזרה במקרה של ביטול המטרה הציבורית, אלא גם חליפו, יורשו ונציגיו על פי דין, וגם מי שרוכש ממנו את הזכות בכסף מלא<sup>53</sup>. זכות ה"טריפה" של הבעלים איננה מוגבלת בזמן, לפי הסעיף, והיא תהיה בתוקף גם לאחר עבור זמן רב ממועד ההפקעה ועד ליום ביטול המטרה הציבורית<sup>54</sup>.

עם זאת, הסעיף כולל בתוכו פגם אמיתי שהיה ראוי לתקנו<sup>55</sup>. לפי הוראת הסעיף זכות הבעלים להשבת מקרקעיו מתעוררת אך ורק כאשר הרשות הציבורית מנסה למכור

50 ראו ה"פ 186/96 בניני מידות בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"מ תשנ"ז (ב) 418. אך ראו ע"ת"מ 622/96 דוברסקי נ' יושב ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז המרכז, פד"מ א 221.

51 ראו ע"א 31/79 חברה לשיכון עממי בע"מ נ' עיריית רמת גן, פ"ד לה (3) 295.

52 הסעיף מחייב את הרשות הציבורית לתת הודעה לבעלים שהוא רשאי לקנות את המקרקעין תוך שלושים ימים. אם הרשות לא תתן הודעה שכזו כי אזי לא תוכל לטעון טענת שיהוי. ראו בג"צ 2390/96, לעיל הערה 4. עם זאת, עילת התביעה איננה תלויה בהודעה הנ"ל אלא מבשילה עם אישור שינוי היעוד בתכנית. ראו ע"א 31/79 חברה לשיכון עממי בע"מ נ' עיריית רמת גן, פ"ד לה (3) 295; ע"א 284/98 אלנתן נ' עיריית ירושלים, פ"ד נד (5) 721.

53 גדר הספקות מתרכז במילה "חליפו" האם היא כוללת גם צד ג' שרכש את המקרקעין מהבעלים המקוריים או רק את נציגם של הבעלים ויורשיהם. נראה לנו כי המילה "חליפו", באין הוראה מפורשת, תכלול גם רוכשים חדשים של המקרקעין, אם כי הדבר איננו נקי מספיקות. תימוכין לפירוש זה ניתן למצוא בהוראת הסעיף שאיננה מגבילה את הזכות לתקופה מסוימת והיא חלה גם לאחר עבור שנים רבות ממועד ההפקעה ועד לביטול המטרה הציבורית.

54 ראו בג"צ 2390/96, לעיל הערה 4.

55 ראו י' ה' קלינגהופר, שם, בעמ' 877.

את המקרקעין לצד ג', אך לא כאשר בוטלה המטרה הציבורית והרשות איננה מנסה לעשות כל טרנסאקציה בהם<sup>56</sup>. לנו נראה כי היה מקום להקנות את הזכות לבעלים ללא קשר למאמצי הרשות למכור את המקרקעין, היות ועצם זניחת המטרה הציבורית על ידה יש בה כדי להקנות לבעלים את הזכות לקבל את קניינם לידיהם<sup>57</sup>.

לעניין סעיף 195(2) עולות שתי שאלות שיש לתת את הדעת עליהן: ראשית, נשאלת השאלה האם במחיר שבו נרכשו המקרקעין בעת ההפקעה הכוונה למחיר הנומינלי או שיש לשערך סכום זה ולהצמידו למדד מיום תשלום הפיצויים ועד ליום רכישת המקרקעין בחזרה על ידי הבעלים. כפי שהבענו דעתנו לעיל, לא ניתן לשערך תשלומים למדד אלא אם כן ישנה הוראת חוק התומכת בכך. במקרה הזה ניתן לבסס את רעיון השערך על חוק עשיית עושר ולא במשפט<sup>58</sup>, שכן הסכום הנומינלי יכול וישחק עם השנים ויגיע לסכום שאין לו משמעות כספית כלל וכלל. נכון הוא שגם השימוש שעושה הרשות עם השנים במקרקעין לצורך הציבורי הינו שווה כסף, ולכן, לדעתנו, השימוש הציבורי צריך לזכות את הבעלים בתביעה של דמי שימוש ראויים בגין השימוש שעשתה הרשות במקרקעיו. התוצאה תהיה שהבעלים יוכלו לתבוע דמי שימוש ראויים שיקוזזו מסכומי הפיצויים ששילמה הרשות כשהם משוערכים. תוצאה זו נראית לנו כעדיפה על פני התוצאה שהפיצויים לא ישוערכו והבעלים גם כן לא יוכלו לתבוע דמי שימוש ראויים. כך או כך, שתי האפשרויות נראות כצודקות יותר מאשר האפשרות שהפיצויים יוחזרו בסכומים נומינליים וכנגדם יוכלו בעלי הקרקע לקזז דמי שימוש ראויים. תוצאה זו הינה קשה ואינה עומדת בפני ביקורת הגיונית.

השאלה האחרת העולה בהקשר למחיר שעל הבעלים לשלם בגין החזרת הקרקע קשורה לתשלום הנוסף של "שוויה של כל השבחה בהם הנובעת מהתכנית". גם מילים אלו אינן חד משמעיות ולא ברור לאיזה תכנית הן מתכוונות: האם הכוונה להשבחה שנגרמה על ידי התכנית הראשונה שהתירה את הפקעתן של המקרקעין, או גם לתכנית החדשה שנגרמה לשינוי היעוד ולביטול המטרה הציבורית, או לשתי התכניות גם יחד.

לנו נראה כי מלשונו של הסעיף הנוקט לשון יחיד – תכנית ולא תכניות – כי הכוונה לתכנית האחרונה שביטלה את הצורך במטרה ציבורית. אין זה הגיוני וצודק לחייב את הבעלים בתשלום ההשבחה שנגרמה, אם בכלל, על ידי התכנית שהפקיעה את המקרקעין ממנו. השבחה שכזו, ממילא, תילקח בחשבון, רובה ככולה, בהשבחה שנגרמת על ידי התכנית השנייה המבטלת את היעוד הציבורי לייעוד פרטי. אם התכנית הראשונה השביחה את המקרקעין בזה שייעדה אותם לצורכי ציבורי, לא נראה לנו הוגן שהבעלים יחויבו בתשלום השבחה על תכנית שבאה לשלול מהם את

56 ראו ה"פ 1153/00 שלם נ' עיריית נתניה (טרם פורסם).

57 ראו ה"פ 186/96 בניני מידות בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"מ תשכ"ז (ב) 418, 441.

58 לדעה שונה ראו א' קמר, דיני הפקעת מקרקעין (מהדורה שישיית, מירב, תשס"א–2001), בעמ' 228 ואילך.



מקרקעיהם, ואם במקרים יוצאי דופן יצאו הם מורוחים מכך, אין לנו אלא להלין על המחוקק שלא כלל בסעיף את ההשבחה הנ"ל.

למרבה הפלא סעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון והבנייה אינם עוסקים בשאלה של ביטול המטרה הציבורית בקרקע שהופקעה ללא פיצויים. סעיף 195(2) מדבר בביטול המטרה הציבורית רק כאשר הקרקע הופקעה תוך תשלום פיצויים, ולכן אינו חל על המקרה בו הקרקע הופקעה ללא תשלום פיצויים. גם סעיף 196 לחוק הדין בקרקע שהופקעה ללא תשלום פיצויים דן רק במקרה של שינוי המטרה הציבורית למטרה ציבורית אחרת אך לא במקרה שהמטרה הציבורית בוטלה והקרקע יועדה למטרה שאינה ציבורית. למרות האמור לעיל נראה כי במקרה של ביטול המטרה הציבורית בקרקע שהופקעה ללא פיצויים יחולו הוראות סעיף 195 וגם הוראות סעיף 196 לחוק, והכל לפי בחירת בעלי הקרקע. הוראות סעיף 195 לחוק יחולו במקרה זה על דרך ה"קל וחומר": מה אם כאשר ההפקעה בוצעה עם פיצויים הסעיף מקנה זכויות מסוימות לבעלי הקרקע, קל וחומר כאשר ההפקעה היתה ללא קבלת כל פיצוי. ההפקעה פוגעת בצורה חמורה יותר בבעלים שכזה מאשר בעלים שקיבל פיצויים בגין לקיחת הקרקע ממנו. מבחינה הגיונית אין מקום להבדיל בין שני בעלי קרקע דומים שקרקעותיהם הופקעו ולאחר מכן ההפקעה בוטלה ויעודה שונה ליעוד פרטי. בדרך דומה ניתן לומר כי גם הוראות סעיף 196 לחוק חלות בנדון. סעיף זה אמנם מדבר בהפקעה שלא ניתן לה פיצויים, ומבחינה זו הוא עוסק באותן נסיבות כמו המקרה שלנו, אך הוא מוגבל לנסיבות בהן המטרה הציבורית שונתה למטרה ציבורית אחרת (שמשלמים עליה פיצויים) אך לא בביטול המטרה הציבורית לחלוטין. גם כאן ניתן לומר שהוראות סעיף 196 חלות בנדון דידן מכוח ההגיון, שכן גם ביטול מטרה ציבורית למטרה שאינה ציבורית הינו מין שינוי מטרה ציבורית במטרה אחרת (פרטית) שעליה יש לשלם פיצויים. אם דעתנו זו תתקבל כי אזי ניתן לומר כי בעלים של הקרקע במקרה דנן יהיה זכאי לכל הזכויות האמורות בסעיפים 195 ו-196, לפי בחירתו. אם ירצה יוכל לתבוע פיצויים או את הקרקע לפי הוראות סעיף 195 לחוק, ואם ירצה יפנה לזכויות האמורות בסעיף 196, אם כי ניתן לצפות שלרוב הוא יעדיף את ההוראות האמורות בסעיף 196, שכן הן עדיפות מאלה המצויות בסעיף 195 לחוק.<sup>59</sup>

סעיף 196 לחוק התכנון והבנייה מדבר בשינוי המטרה הציבורית למטרה ציבורית אחרת, ובהבדל מסעיף 195 לחוק אין הוא עוסק בביטול המטרה הציבורית לחלוטין.

59 ואולם, כאשר הבעלים של קרקע המקורית הוחלפו כי אזי הבעלים החדש יעדיף להפעיל את הזכויות האמורות בסעיף 195, שכן סעיף זה מקנה את הזכויות לא רק לבעלים המקוריים אלא גם לחליפיהם. לעומת זאת, סעיף 196 הינו מוגבל רק לבעלים המקוריים ואילו "חליפו" לא יוכל להתבסס על הוראת סעיף זה.

הסעיף קובע כי אם שונה ייעודם<sup>60</sup> של מקרקעין שהופקעו<sup>61</sup> ללא מתן פיצויים למטרה ציבורית אחרת שלשמה לא ניתן להפקיע מקרקעין ללא מתן פיצויים, כי אזי יהיה לבעלים המקוריים של הקרקע זכות לתבוע את המקרקעין בחזרה או לקבל פיצויים לפי החוק<sup>62</sup>. בהבדל מסעיף 195 לחוק, הסעיף מקנה את הזכות האמורה רק לבעלים המקוריים אך לא לחליפיהם, שכן הסעיף מעניק את הזכות בצורה מפורשת רק "למי שהיה זכאי להם בשעת ההפקעה אילו הייתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים באותה שעה"<sup>63</sup>. הבדל זה ניתן להסבירו בכך, שבסופו של דבר אין המדובר בביטול המטרה הציבורית אלא בשינוייה, ומבחינה זו אין להרחיב את הוראת הסעיף גם לחליפיהם של הבעלים המקוריים. הבדלים נוספים מסעיף 195 מתמצים בסעיף 196 בכך שהזכות להחזרת המקרקעין איננה מותנית בכך שהרשות הציבורית עושה טרזוקציה בהם, וכן שהבעלים המקוריים יוכלו לתבוע את המקרקעין בחזרה כבר עם ביצוע שינוי היעוד גם אם הרשות אינה רוצה למכור את המקרקעין לאחרים. יתר על כן, סעיף 196, בהבדל מסעיף 195, אינו דורש מהבעלים התובעים את הקרקע לרשותם לשלם את שווייה של כל השבחה שחלה בהם עקב התכנית כתנאי לקיום דרישתם.

עם זאת, סעיף 196 לחוק התכנון והבנייה מקנה לבעלים של קרקע שהופקעה לקבלה לרשותו בחזרה, או לקבל פיצויים תמורתה, רק כאשר ייעודה שונה ממטרה ציבורית ללא תשלום פיצויים למטרה ציבורית עם תשלום פיצויים. ואולם, אין הסעיף מדבר במקרה שהקרקע שונתה ליעוד ציבורי אחר שגם הוא אינו מחייב תשלום פיצויים. לכאורה, הסעיף משאיר שאלה זו פתוחה, שכן אין הוא מתייחס אליה. ואולם, בחינה שניה של השאלה תוביל אותנו למסקנה כי כוונת הסעיף הינה כי במקרה אחרון זה לא ראוי להקנות לבעלי הקרקע את הזכות האמורה בסעיף. במקרה זה הגם שהמטרה החדשה לא הייתה מזכה את הבעלים בקבלת פיצויים, אין זה הגיוני להקנות לבעלים את הזכות לתבוע את הקרקע רק בגין כך שהרשות שינתה את השימוש בקרקע ממטרה אחת למטרה דומה אחרת שגם היא אינה מזכה בפיצויים. נראה כי הוראת הסעיף באה להקנות לרשות הציבורית גמישות מסוימת בשימושים הציבוריים בקרקע כך שהיא תוכל להסב את השימוש בקרקע לשימושים ציבוריים אחרים, כל עוד שלפי היעוד החדש היה ניתן להפקיע את הקרקע ללא תשלום פיצויים. לגמישות זו יש חשיבות לצורכי תכנון נכון של הקרקע הן במועד ההפקעה

60 שינוי היעוד צריך לעלות בתכנית מיתאר מקומית או בתכנית מפורטת בעלת תוקף משפטי. ראו בג"צ 2390/96, לעיל הערה 4.

61 בהבדל מהוראת סעיף 195(1) לחוק, סעיף 196 מדבר רק במקרה שהמקרקעין הופקעו מבעליהם ולא כאשר הוא העבירם לרשות הציבורית בהסכמה: ראו ע"א 318/61 וולמן נ' שר הפנים, פ"ד טז 768; ע"א 31/79 חברה לשיכון עממי בע"מ נ' עיריית רמת גן, פ"ד לה (3) 295; ה"פ 186/96 בניני מידות בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"מ תשנ"ז (ב) 418.

62 לזכות דומה ראו סעיף 5(ג) לחוק רישום שיכונים ציבוריים (הוראת שעה), התשכ"ד-1964.  
63 עם זאת, זכותם של הבעלים המקוריים לפי הסעיף איננה מוגבלת למשך הזמן שעבר ממועד ההפקעה ועד לשינוי היעוד והיא קיימת גם אם חלף זמן רב. ראו בג"צ 2390/96, לעיל הערה 4.

הראשוני והן במועדים אחרים כאשר הצרכים הציבוריים משתנים והקרקע דרושה לצורך ציבורי אחר. אם עמדה זו תתקבל כי אזי כוונת המחוקק בהוראת הסעיף הינה להקל על הרשות הציבורית בשינוי השימושים הציבוריים, כך שההפקעה עם הזמן תשמור על חיוניותה כמשמשת צורך הציבורי מתמשך למרות השינויים המתרחשים עם הזמן.

סעיף 196 לחוק התכנון והבנייה עוסק במקרה של קרקע שהופקעה ללא תשלום פיצויים אך לא בקרקע שהופקעה עם תשלום פיצויים. ואולם, גם בקרקע שהופקעה תוך תשלום פיצויים עשויות להתעורר בעיות דומות של שינוי יעוד למטרה ציבורית אחרת המקנה תשלום פיצויים, או אפילו למטרה ציבורית אחרת שאיננה מקנה תשלום פיצויים. גם סעיף 195 לחוק אינו עונה על בעיה זו, שכן אין הוא מדבר בשינוי יעוד ממטרה ציבורית אחת למטרה ציבורית אחרת אלא בכיטול המטרה הציבורית מכל וכל. המקרה הראשון בו ייעודה של קרקע שהופקעה עם פיצויים שונה לייעוד ציבורי אחר המחייב תשלום פיצויים מעורר בעיה קלה יחסית. במקרה כזה, בדומה למקרה של קרקע שהופקעה ללא תשלום פיצויים שיעודה שונה לייעוד ציבורי אחר שאינו מקנה זכות תשלום פיצויים, הנטייה תהיה כי אין הזכות האמורה בסעיף 196 חלה בנדון. פיצויים אין להעניק לבעלי המקרקעין עקב שינוי היעוד, שכן הם כבר הוענקו לו בעבר, וגם החזרת המקרקעין אליו לא תהיה מוצדקת, שכן הקרקע עדיין דרושה לצורכי ציבור. לפיכך, נראה כי גם במקרה כזה יהיה סמכות לרשות הציבורית לשנות את יעודה של הקרקע מיעוד המקנה זכות לפיצויים לייעוד אחר שגם מקנה זכות לפיצויים מבלי להסתכן בתביעה מצד הבעלים. לעומת זאת המקרה השני של שינוי יעוד של קרקע שהופקעה תוך תשלום פיצויים לייעוד שאינו מקנה זכות לפיצויים נראית בעייתי יותר. השאלה שתישאל במקרה כזה תהיה האם עקב שינוי ביעוד הקרקע תהיה הרשות הציבורית זכאית להחזיר הפיצויים ששילמה, או ששינוי יעוד שכזה יקנה לבעלים את הזכות לקבל את המקרקעין בחזרה. לנו נראה כי דינו של שינוי שכזה יהיה כדין השינוי הראשון הנדון לעיל. גם במקרה זה נראה כי יש להקנות לרשות הציבורית את הגמישות בשינויי היעוד של הקרקעות לטובת צרכי הציבור המשתנים מבלי להסתכן בתביעות מצד הבעלים. בעלים כאמור שפוצה כדין בגין מקרקעיו לא יכול לבוא בטרוניות כלפי הרשות לקבלת הקרקע, שכן אם הקרקע הייתה מופקעת לפי ייעודה החדש הוא לא היה זוכה אפילו בפיצויים. עם זאת, אין להקנות לרשות הציבורית זכות לתבוע את הפיצויים בחזרה, שכן אין במעשה שינוי היעוד כדי לשנות את ההפקעה שבוצעה בעבר כדין ואשר זיכתה את הבעלים בפיצוי מלא.

לבסוף יש לדון בשאלה האם הרשות המפקיעה מוסמכת להתנות על הוראות הסעיפים 195 ו-196 ולגרום לכך שבעלי הקרקע יוותרו על זכויותיהם האמורים בסעיפים אלה. כאמור לעיל, הוראות סעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון והבנייה מקנות לבעלים של קרקע שהופקעה, בתנאים מסוימים, את הזכות לקבל את הקרקע

בחזרה או לקבל פיצויים תמורתם, אם המטרה הציבורית בוטלה או חלו שינויים בה. השאלה הנשאלת בהקשר לכך הינה האם לרשות המפקיעה יש סמכות להתנות על הוראות הסעיפים הנ"ל, כגון כתנאי לקבלת היתר. לנו נראה כי הוראות הסעיפים הנ"ל הינן קוגנטיות ולא ניתן להתנות עליהן<sup>64</sup>. העובדה היא כי בנקודות זמן מסוימות האזרח נזקק לשירותיהן של הרשויות הציבוריות, והאפשרות להתנות את ביצוע חובתן על פי חוק בכך שהאזרח יוותר על זכויותיו המוקנות על פי חוק תהווה לחץ בלתי הוגן עליו. כך הוא הדבר בדרישה של הרשות לקבלת שיפוי מפני תביעות לפי סעיף 197 כתנאי לקבלת רשיון בנייה<sup>65</sup> וכך הוא הדבר במקרה דנן. לא יהיה זה לנכון להתיר לרשות הציבור לנצל את סמכותה במתן היתרי בנייה, או במתן הסכמתה לשינוי לתכנית קיימת בויתור של האזרח על זכויות המוקנות לו על פי חוק. "קניית" הסכמה של בעלי הקרקע במועד שהוא זקוק לרשות בקבלת היתרים, או בביצוע תפקידים אחרים, מהווה "הסכמה" בתנאי לחץ בלתי הוגנים ויש לפוסלה מכל וכל. סעיפים 195 ו-196 לחוק באים להטיל חובות על הרשות שאיננה עומדת בציפיות המחוקק, כאשר היא מבטלת את המטרה הציבורית או משנה אותה ממטרה שלא משולמים בגינה פיצויים למטרה שיש לשלם בגינה פיצויים. שני מצבים אלה הינם מצבים הדורשים תיקון עיוות שנגרם על ידי פעולת הרשות, והמחוקק, לכן, מטיל את חובת התיקון על הרשות הציבורית בעצמה. לא נראה לנו כי הוראות סעיפים 195 ו-196 במצבים אלה ייחשבו ל"דיספוזיטיביות" כך שהרשות תוכל להתנות עליהם. לנו נראה כי ההגיון המשפטי העומד מאחורי סעיפים אלה – אילוץ הרשות לתקן עוול למפרע – מחייב לתת לסעיפים אלה אופי קוגנטיות כך שהרשות לא תוכל להתנות עליהם<sup>66</sup>. מתן אפשרות כזו תגרום לכך שהיא "תסחור" בזכויות ההפקעה ותשיג תוצאות של הפקעה ללא מתן פיצויים בנסיבות שחובה עליה לפצות את האזרח. דבר זה נראה "מקומם" במיוחד כאשר הרשות מנצלת את סמכויותיה על פי חוק להגיע, במסווה של "הסכמה" עם האזרח, לתוצאות שאין הוא חפץ בהם. תוצאה זו יש לאמצה במיוחד לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המקנה לזכות הקניין תוקף תחוקתי שיש להגן עליה מכל משמר.

64 אך ראו א' קמר, שם, בעמ' 232, הטוען כי אם ניתנה תמורה נוספת לבעלי הקרקע בעבור הויתור על זכותו לפי סעיפים 195 ו-196 כי אזי יש לתת תוקף משפטי לויתור. לחיזוק עמדתו קמר מצטט את עת"מ 24/97 אפרימיאן נ' עיריית רעננה, פד"מ ב (1998) 251, כתומך בדעתו, אך המעיין בפסק דין זה יראה כי בית המשפט ציין במפורש כי אין לקבל את הניסיון של הועדה מקומית להחתיים עותרים על ויתור מראש של זכויותיהם הנובעות מסעיף 196 בתמורה לאישור שימוש חורג בחלקה אחרת, וכי על הרשות לטפל בבקשה לשימוש חורג לגופה ולא לכרוך בכך עיסקאות מקרקעין שמטרתן לשפר את מצבה הכלכלי.

65 לאי חוקיות דרישת השיפוי מפני תביעות לפי סעיף 197 על פגיעה על ידי תכנית ראו א' נמדר, פגיעה במקרקעין [פיצויים בגין נזקי תכנית] (חושן משפט, תשס"ב-2002) פסקאות [1021] ו-[1022].

66 ראו עת"מ 24/97 הנ"ל. כן ראו ה"פ 770/00 שפירא נ' המועצה המקומית גבעת שמואל, מקרקעין ב/458 (הסכם המבטל את זיקת הבעלים למקרקעין שהופקעו בתכנית אינו בר תוקף ודינו להתבטל בשל אי חוקיות).

## ד. שינוי המטרה הציבורית לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943

פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, איננה מתייחסת לשאלה מה יעלה בגורלם של מקרקעין שהופקעו מבעליהם ואשר לרשות אין צורך ציבורי בהם. הפקודה איננה כוללת הוראה המחייבת את הרשות להחזיר את המקרקעין לבעליהם אם חדל הצורך הציבורי במקרקעין, ואף לא הוראה המחייבת אותה לפצות את הבעלים במקרה והיא מוכרת את המקרקעין לצד שלישי תוך יצירת ריווח כלכלי מהמקרקעין המופקעים. שאלה זו זכתה לעלות בפני בית המשפט במספר מקרים והוא קבע כי לא קיימת חובה בפקודה להחזיר את המקרקעין לבעליהם לאחר ביטולה של ההפקעה.<sup>67</sup> בתי המשפט ציינו כי אמנם סעיף 14 לפקודה מסמך את שר האוצר לבטל את ההפקעה כאשר המקרקעין אינם דרושים לו אך אין זה מטיל חובה עליו להחזירם לבעליהם. לפיכך, בית המשפט קבע כי משהופקעו המקרקעין, הרשות הציבורית רשאית למכור אותם למי שתחפוץ והוא יוכל להשתמש בהם בכל שימוש שהוא.<sup>68</sup> למעשה פקודת הקרקעות במובן הזה צעדה לאחור לאחר שהיא ביטלה את פקודת הקרקעות (הפקעה) שבסעיף 20(1) שבה נקבע כי לא ניתן למכור מקרקעין שהופקעו ואשר אין יותר צורך ציבורי בהם לצד ג' אלא אם כן הרשות הציבורית תציע לפני כן לבעליהם זכות קדימה לרכוש את המקרקעין בחזרה במחיר ששולם בצירוף דמי השבחה.<sup>69</sup> העולה מהאמור לעיל הינו כי פקודת הקרקעות נקטה במשך תקופה ארוכה בעמדה מיוחדת במינה שלא הייתה מקובלת בחוקים שקדמו לה<sup>70</sup>, ולא בחוקים של מדינות העולם<sup>71</sup> בהם נקבע העיקרון של "צמידות" המקרקעין למטרה הציבורית שלמענה הופקעו, וכאשר המטרה הציבורית חדלה להתקיים כי אזי יש להחזיר את המקרקעין לבעליהן. עמדתו הראשונית של בית המשפט לפיה הרשות הציבורית שהפקיעה מקרקעין לפי פקודת הקרקעות יכולה למכור את המקרקעין לצדדים שלישיים כאשר אין לה

67 ראו בג"צ 282/71 בנין נ' שר האוצר, פ"ד כה (2) 466 (קרקע שהופקעה לצרכי בטחון מותר למוכרה לצד ג' לצרכים מסחריים לאחר תשע שנים כאשר הצורך הציבורי בא לסימום); בג"צ 224/72 גאולת הכרך בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כו (2) 155 (משנפסקו פיצויים והמקרקעין הועברו לפי סעיף 19 לפקודה לבעלות המדינה, רשאית המדינה לעשות במקרקעין ככל העולה בדעתה). כן ראו ד"נ 29/69 אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כד (2) 397, בעמ' 414.

68 השווה לסעיף 20 לפקודת הקרקעות (הפקעה) שבוטלה על ידי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) שקבע כי הרשות הציבורית רשאית למכור מקרקעין שהופקעו אם הם אינם נדרשים יותר למטרה שלשמה הופקעו.

69 ראו ע"א 284/98 אלנתן נ' עיריית ירושלים, פ"ד נד (5) 721 (פקודת הקרקעות (הפקעה) בוטלה והוראותיה לא חלות בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור).

70 הוראה דומה היתה קיימת בסעיפים 29(2) ו-30 לפקודת בנין ערים, 1936.

71 לעמדות השונות של המשפט הקונטיננטלי והאנגלי ראו בהרחבה י' קלינגהופר, "צמידות של קרקע מופקעת לייעודה", עיוני משפט ב (תשל"ב) 874.

צורך בהם יותר, זכתה לביקורת נוקבת מצד המלומד קלינגהופר<sup>72</sup>. לדעתו, הפקעת מקרקעין והשימוש בהם חייבים, לפי הפקודה, להיות קשורים קשר הדוק לייעוד ציבורי מוגדר. דבר זה נדרש מכוח ההכרה בזכות היסוד לקניין הקובעת, לעניין הנדון, כי לא ניתן לשלול את הבעלות של בעלי המקרקעין אלא לצורך קיום מטרה ציבורית הקבועה בחוק. לדעתו, הסתמכות בית המשפט בעניין גאולת הכרך<sup>73</sup> על סעיף 14 לפקודת הקרקעות בטעות יסודה. סעיף 14 מסמיך את שר האוצר לחזור בו מהפקעה בתנאי שהוא טרם קנה את החזקה או הבעלות בקרקע, ואם נפסקו פיצויים בתנאי נוסף שהיועץ המשפטי לממשלה הודיע תוך חודש ימים לבית המשפט כי אין שר האוצר מתכוון להמשיך ברכישת הקרקע. אכן, אין בסעיף כל הוראה המחייבת את שר האוצר להחזיר את המקרקעין במקרה שאין לו צורך בהם לידי בעליהם, אך מהעדר הוראה זו לא ניתן להסיק את המסקנה האחרת שהוא רשאי למכרם לאחרים. הסעיף דן רק בזכותו של השר לבטל את ההפקעה אך לא בשאלת תקפותה של ההפקעה עצמה כאשר בוטלה המטרה הציבורית. המשך החזקת המקרקעין על ידי הרשות או מכירתם לצד ג' כאשר המטרה הציבורית חדלה להתקיים היא שאלה אחרת שסעיף 14 לא דן בה. במקרה כזה הטענה כנגד ההפקעה הינה כי ההפקעה אין לה תוקף כאשר אין היא מקיימת את הדרישה שהיא תהיה למטרה ציבורית מסוימת. כאן המדובר באי חוקיות ההפקעה ולא בשאלת זכותה של הרשות הציבורית לחזור בה, מההפקעה. במקרה כזה יש לאמץ עיקרון אחר שנתקבל ברוב שיטות המשפט בעולם, המחייב כפיפות תמידית של ההפקעה למטרה הציבורית, ואם היא תחדל להתקיים כי אזי יש לבטל את ההפקעה ולהחזיר את המקרקעין לבעלים, או לפחות להעניק להם זכות קדימה ברכישתם לפני שהם יוצעו לאחרים.

נסיים בהבאת דבריו של המלומד קלינגהופר האומר כדלקמן<sup>74</sup>:

"צמידות של קרקע מופקעת לייעודה איננה ענין פורמאלי גרידא שדי להכריז עליו שעה שמחליטים על ההפקעה, ושאחרי העברת הבעלות לידי הזוכה בה מכוח ההפקעה אין מיחסים לו עוד חשיבות. ההיפך הוא הנכון: הזיקה לצורך הציבורי שלמענו ניתנה ההפקעה, מלווה את הנכס עוד זמן רב אחרי הוצאתו מרכוש בעליו. ואם אין משתמשים בנכס כלל, או אין משתמשים בו בהתאם לייעודו, הרי הבעלים הקודם רשאי לתבוע את החזרתו. לפי החוק הצרפתי, חלה חובה לדאוג תוך חמש שנים מן ההפקעה לשימוש בקרקע המופקעת בהתאם לייעוד שנקבע, ואם לא נעשה כן, יכול הבעלים לשעבר או יכולים יורשיו לתבוע, תוך 30 שנה מן ההפקעה, את החזרת הקרקע (retrocession) תמורת

72 ראו י' קלינגהופר, שם, שם.

73 בג"צ 224/72 גאולת הכרך בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כו (2) 155.

74 קלינגהופר, שם, בעמ' 876. על אותו רעיון עמד פרופ' קלינגהופר כחמש עשרה שנים קודם לכן. ראו י' ה' קלינגהופר, משפט מינהלי (תשי"ז), 154.

תשלום המחיר בשיעור שווייה. גם בארצות אחרות נתונה הזכות לתבוע את החזרת הבעלות באדמה שהופקעה, ואם פרטי ההסדר שונים מארץ לארץ, הרי מהותו היסודית זהה בכולן. כדוגמא ניתן להביא את החוק השוויצרי, האיטלקי והבלגי. רצוי שהמחוקק הישראלי יאמץ שיטה זו לעצמו ויתקן את הפקודה על ידי הוספת הוראות מתאימות לצורך זה – כד בכד עם התיקון המוצע לעיל בדבר קביעת חובה לפרט את הצורך הציבורי בעת ההפקעה, כי הרי נושא ההחזרה מטבע הדברים תלוי בנושא הייעוד.

#### ה. הלכת קרסיק ועקרון כפיפות השימוש בקרקע למטרה הציבורית – הספיקות

ביקורתו של המלומד קלינגהופר על ההלכה הקובעת כי קרקע שהופקעה ניתן להשתמש בה גם לצרכים השונים מאלה הכלולים במטרת ההפקעה, ובכלל זה למוכרה לצג ג' שישתמש בה לצרכים מסחריים, לא נפלה על אוזניים ערלות. עם קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בית המשפט העליון מצא את ההזדמנות הנכונה לשנות את ההלכה האמורה ולאמץ את גישתו של קלינגהופר. הדבר נעשה בענין קרסיק<sup>75</sup>. במקרה זה הופקעה קרקע ללא תשלום פיצויים לצורכי מטווה צבאי. לימים החליטה הממשלה לפנות את הצבא מן הקרקע ולייעד את הקרקע לצורכי מגורים, מבני ציבור ושטחים מסחריים. העותרים שביקשו לבטל את ההפקעה טענו כי כאשר תם הצורך הציבורי שלשמו הופקעה הקרקע, חובה מוטלת על הרשות להשיב את הקרקע לבעליה ואין היא רשאית לעשות במקרקעין שימוש אחר השונה מהמטרה המקורית שלשמה הופקעה הקרקע.

בקבלת עתירתו של הבעלים, מקצת מהשופטים<sup>76</sup> הגיעו למסקנה כי יש לאמץ את העיקרון של קיום הזיקה הנמשכת של הבעלים לקרקע שהופקעה ממנו. דהיינו, על הרשות להצדיק את מעשה ההפקעה מידי יום ביומו על ידי השימוש בקרקע לצורכי המטרה שלשמה הופקעה. שופטים אלה אימצו את גישתו של קלינגהופר בביקורתו על ההלכה ששלטה בעבר ואשר אימצה את העיקרון ההפוך כי הפקעה מנתקת את הזיקה בין הבעלים לבין הקרקע. שופטים אלה ציינו כי לא זו בלבד שדוקטרינה זו איננה נדרשת מן הפקודה אלא שהפקודה דווקא מאמצת במפורש את הדוקטרינה האחרת השומרת על הזיקה הנובעת מן הצורך לפרש באופן אינטגרטיבי את הוראות הדין בהפקעה. לעומת זאת, רוב השופטים הגיעו למסקנה דומה תוך דחיית עיקרון שמירת הזיקה, ובמקומו אמצו עיקרון דומה הקורא לצמידות המטרה בהפקעה<sup>77</sup>. עיקרון זה יונק את יסודותיו מהמשפט המינהלי השולט על מעשי הרשות<sup>78</sup>, או מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,

75 בג"צ 2390/96, לעיל הערה 4.

76 ראו דעת השופטים חשין ולוין.

77 ראו דעתם של השופטים ברק, זמיר ודורנר.

78 ראו דעתו של השופט זמיר, שם, בעמ' 702.

המעניק לזכות הקניין מעמד חוקתי<sup>79</sup>, והוא אומר כי מעשה ההפקעה הינו מוצדק כל עוד הוא שומר על המטרה הציבורית העומד בבסיס ההפקעה, ואם המטרה הציבורית חדלה להתקיים הרי שההפקעה תתבטל ובעל המקרקעין המופקעים זכאי להשבת המקרקעין. בלשון אחרת לא זכות הבעלים גורמת להשבת הקרקע אלא ביטול המעשה המינהלי גורם לכך שיקבלו אותה בחזרה.

לדעת כל השופטים שישבו בדין הרשות המפקיעה לא יכולה לעשות בקרקע שהופקעה ככל העולה על רוחה, אלא כפופה היא לשימושים הציבוריים ששימוש בבסיס ההפקעה. בסופו של דבר, בית המשפט ביסס את החלטתו גם על עקרונות יסוד של המשפט, ובעיקר על הצורך להגן על זכות הקניין של הפרט המעוגנת בזכות חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שיש בו כדי לחשוף את הפירוש הנכון שיש ליתן להוראות הפקודה, דהיינו אימוץ עיקרון צמידות המטרה או עיקרון השמירה על הזיקה לקרקע כאמור לעיל.

כך או כך, נראה כי אין לייחס נפקות רבה לגישות השונות של השופטים. גם עיקרון שמירת הזיקה של הבעלים למקרקעיו וגם העיקרון המינהלי או החוקתי של צמידות הקרקע המופקעת למטרה הציבורית מחייבים את המסקנה כי במקרה כזה יש לבעלים זכות התערבות עד כדי ביטול ההפקעה. בסופו של דבר כל השופטים הסכימו כי התרופה במקרים אלה יכולה להיות בהחזרת הקרקע לבעליה או במתן פיצוי מוגדל לבעלים לפי שווי הקרקע במועד זניחת המטרה הציבורית. השאלה מתי תקום החובה להחזיר את הקרקע לבעלים המקורי ומתי להעניק פיצויים תהיה תלויה בשורה של נסיבות: הזמן שעבר מאז פג הצורך הציבורי; האם המקרקעין עברו שינוי מהותי או שהועברו מיד ליד; שאלת קיומו של צורך ציבורי אחר ונסיבות כיוצא באלה שיכריעו בשאלת יישום ההלכה בכל מקרה ומקרה<sup>80</sup>. סוף דבר: בית המשפט קיבל את העתירה ודחה את החלטתו רק לאחר שישמע את טענות הצדדים לגבי השאלה האם להחליט שכזו יש לתת תוקף רטרואקטיבי גם להפקעות שהתרחשו בעבר או לאו.

הלכה חשובה זו של פסק דין קרסיק עוד תהדהד במשך זמן רב בעולמו של המשפט, ונראה כי יקח זמן מה עד שתישקע בתודעה המשפטית. אין כוונתו של מאמר זה להציע פתרונות מושלמים לבעיות שיעלו בעתיד, אך כבר בשלב זה נציין מספר בעיות שעל בתי המשפט יהיה לתת את הדעת עליהם – בעיות שעולות ישירות מהלכת קרסיק.

79 ראו דעתו של הנשיא ברק, שם, בעמ' 708, הטוען כי המקור לדרישה של צמידות המטרה איננו נובע מדיני ההפקעה עצמם או מתורת המשפט המינהלי, אלא ממעמדה הנכבד של זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית.

80 בית המשפט קרא למחוקק לחוקק חוק שיסדיר את זכויות הבעלים עקב אימוץ עיקרון הזיקה הנמשכת שבו יסדיר את תרופתם בכל מקרה ומקרה. כמו כן בית המשפט דחה את החלטתו בנדון עד לשמיעת טיעוני הצדדים בשאלה האם החלטת בית המשפט ראויה שתחול למפרע.



## 1. האומנם תחול הלכת קרסיק גם על הפקעה שניתנה לה פיצויים?

הלכה קרסיק חלה על מקרה בו הופקעו מקרקעין ללא תמורה והשאלה הנשאלת היא האם הוא חל גם על מקרה שהמקרקעין הופקעו בתמורה והבעלים פוצה בעבר בגין ההפקעה. לכאורה, ניתן לומר כי יש לאבחן בין שני המקרים הנ"ל, שכן כאשר הבעלים מקבלים פיצויים מלאים על הקרקע הזיקה שלהם למקרקעין "מופקעת" על ידי תשלום הכסף, ומה להם כי ילינו על שינוי יעוד המקרקעין ממטרה ציבורית אחת למטרה אחרת. ואולם, עיון מעמיק יותר יביא אותנו למסקנה כי יש להשליך את הלכת קרסיק גם למקרה דנן. הסיבה לכך הינה כי כאשר המקרקעין מופקעים מבעליהם תמורת פיצויים לא תמיד הפיצויים מעמידים את הבעלים במצב שהיו יכולים להיות ללא הפקעה. במקרה כזה נשללת מהבעלים הפוטנציאל הכלכלי הטמון בהם שיכול להתגלות רק עם השנים, ועובדת שינוי היעוד של המקרקעין מוכיחה כי אכן אילו המקרקעין לא היו מופקעים, הבעלים היו מוצאים את עצמם במצב כלכלי טוב יותר עם שינוי יעודה של הקרקע לייעוד מסחרי טוב יותר. תשלום פיצויים אמנם ממזער את הפגיעה הכלכלית הנובעת מהפקעת המקרקעין "אך לא את הפגיעה הרגשית שיהא מנת חלקו של מי שנושל מאדמתו", ולא את הפגיעה בכבודו, באישיותו, באוטונומיה של רצונו ובחירותו<sup>81</sup>.

אם נבחן את הרציונל הטמון בהלכת קרסיק נראה כי גם הוא תומך במסקנה זו. לדעת השופטים שאימצו את עיקרון שמירת זיקת הבעלים לקרקע הם מדברים בכעין מכירה מותלית שעשויה להתבטל עם ביטול המטרה הציבורית. עיקרון זה אומר, בסופו של דבר, כי הבעלים שומרים על זיקה אל הקרקע גם לאחר הפקעתה מידיהם, ומה לי אם קיבלו פיצוי בעד הקרקע ומה לי אם לא קיבלו פיצוי שכזה. עצם הזיקה יוצרת זכות להתערבות בעתידה של הקרקע, וכאשר לא ממולאים תנאי ההפקעה עולה זכות הבעלים לקבל את הקרקע בחזרה לרשותם<sup>82</sup>. למסקנה דומה ניתן להגיע גם אליבא דהשופטים המבססים את הלכתם על המשפט המינהלי או על זכות היסוד לקניין המחייבים את צמידות ההפקעה למטרה שלשמה הופקעה הקרקע. גם כאן כאשר הרשות הציבורית לא ממלאת אחר התנאי הטמון ביסוד ההפקעה – השימוש למטרה ציבורית – קמה לבעלים הזכות לקבל את המקרקעין בחזרה או לתבוע פיצוי על ההנאה המיטבית שנמנעה מהם. לדעתנו, אין בקבלת הפיצויים כדי למנוע מהבעלים את הזכות לקבל את המקרקעין בחזרה או פיצוי אחר על ההפקעה למרות שעילת ההפקעה חלפה מן העולם.

## 2. משמעותה של הלכת קרסיק: קבלת קרקע או פיצויים?

השאלה האם יש לקבל את הקרקע או פיצויים בשינוי יעוד של מטרת ההפקעה זכתה

81 ראו דעתו של השופט חשין בעניין קרסיק, לעיל הערה 4, בפסקה 59.

82 שם, שם.

שתידון בפסק דין קרסיק<sup>83</sup> אם כי היא לא הגיעה ליישום ולהכרעה במקרה הספציפי. השופט זמיר<sup>84</sup>, שישב בדיון, קבע מספר עקרונות העשויים להדריך אותנו בשאלה זו. ראשית, הוא קבע כי כאשר הרשות המפקיעה נוכחת לדעת כי הצורך הציבורי פג, מן הראוי הוא שתודיע על כך לבעלים המקורי ותבוא עמו בדברים כדי לקבוע עמו הסדר להחזרת המקרקעין לידיו, או כדי לגבש הסדר אחר למתן פיצויים שיהיה מוסכם עליו, או להודיע שבכוונתה להמשיך ולהחזיק בקרקע לצורך ציבורי אחר. שנית, הוא קבע כי השאלה מתי תקום החובה להחזיר את הקרקע לבעלים המקורי תלויה בשורה של נסיבות, לרבות משך הזמן שעבר מאז פג הצורך הציבורי, וככל שעבר זמן רב יותר תהיה הנטייה גדולה לבטל את ההפקעה ולהחזיר את הקרקע לבעליה. שיקולים אחרים שיילקחו בחשבון יהיו: האם הקרקע עברה שינוי מהותי או שנכנו עליה בנינים, או האם הרשות הציבורית הקדימה ומכרה כבר את המקרקעין לצד ג'. שלישית, יש לקחת בחשבון האם המקרקעין נדרשים לקיומו של צורך ציבורי אחר כי אזי לא יהיה ניתן להחזירם לבעליהם. בלשון אחרת: כדי ליישם את הלכת קרסיק בצורה הטובה ביותר בשאלה האם יש להחזיר את הקרקע או לתת פיצויים יש לקחת בחשבון את הנסיבות של כל מקרה ומקרה ולהגיע לתוצאה הצודקת ביותר בנסיבות העניין.

### 3. מה גודל הפיצויים ושיעורם לפי הלכת קרסיק?

כאמור לעיל, הפסקת השימוש במקרקעין המופקעים למטרה ציבורית לפי הלכת קרסיק, עשויה לגרום להחזרת המקרקעין לבעליהם המקוריים או לתשלום פיצויים, לפי נסיבות העניין. דבר זה מביא אותנו לדון בשאלה מה הוא סכום הפיצויים שצריך לשלם. שאלה זו עשויה להתעורר הן כאשר משולמים פיצויים בכסף לבעלי הקרקע והן כאשר הקרקע מוחזרת אליהם והם מקבלים פיצויים בשווה כסף. כאשר משולמים פיצויים לבעלי הקרקע, כגון כאשר הקרקע נמכרה לצד ג' על ידי הרשות, מתעוררת השאלה מהו סכום הפיצויים שיש לשלם: האם יש לשלם את שווי העכשווי של המקרקעין והאם יש להפחית מכך את סכום פיצויי ההפקעה ששולמו בעבר לבעלים. לנו נראה כי העיקרון הבסיסי שיש לפעול על פיו במקרה זה הינו החזרת הבעלים למצב כאילו המקרקעין לא היו מופקעים. לפיכך, נראה כי אם נפצה את הבעלים בשווי העכשווי של המקרקעין כי אזי יש להפחית מסכום זה את סכום פיצויי ההפקעה ששולמו להם בעבר כשהם מתואמים למדד<sup>85</sup>. מצד שני, יהיו בעלי הקרקע זכאים לדרוש מאת הרשות הציבורית דמי שימוש ראויים בעבור התקופה שהקרקע הייתה ברשותם, כאשר סכומים אלה גם כן יהיה צמודים למדד.

83 בג"צ 2390/96, לעיל הערה 4.

84 שם, בעמ' 702 ואילך.

85 הצמדת הכסף תיעשה על בסיס חוק עשיית עושר ולא במשפט ולא לפי חוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964, היות וחוק אחרון זה איננו חל במקרה בנדון. נראה כי הבעלים לא יחוייבו בריבית בגין כספים אלה שנותרו בידם היות ואין הוראות חוק המחייבות תשלום שכזה.

כאשר הקרקע מוחזרת לבעלים המקוריים יתעוררו שאלות דומות: האם הרשות הציבורית תהיה זכאית לכספי הפיצויים ששילמה בעבר לבעלים, והאם כספים אלה יוחזרו להם כשהם צמודים למדד בתוספת ריבית. לנו נראה כי בהעדר הוראות ספציפיות בחוק, יש לשאוף להחזרת המצב לקדמותו כאילו לא בוצעה הפקעה מלכתחילה. לפיכך, נראה כי הרשות הציבורית תהיה זכאית להשבת כספי הפיצויים ששולמו בעבר כשהם צמודים למדד אך ללא ריבית<sup>86</sup>. מצד שני, יהיו בעלי המקרקעין זכאים לקזז כנגד השבת כספים אלה את דמי השימוש הראויים בגין השימוש שעשתה הרשות במקרקעין כשהם צמודים למדד יוקר המחיה.

#### 4. האומנם רשאית המדינה לשנות את המטרה הציבורית במטרה ציבורית אחרת?

שאלה חשובה המתעוררת בהקשר של שינוי המטרה הציבורית הינה האם מותר לרשות ל"דלג" ממטרה ציבורית אחת למטרה ציבורית אחרת. בלשון אחרת: האם מותר להשתמש בקרקע שהופקעה למטרה ציבורית אחת לצורך מטרה ציבורית אחרת, או שעל הרשות לבטל את ההפקעה המקורית ולנקוט בהליכי הפקעה עצמאיים וחדשים לצורכי המטרה האחרת. לנו נראה כי בנקודה זו אין תמימות דעים בין בתי המשפט השונים ועדיין לא נאמרה המילה האחרונה בנדון. מצד אחד, עמדת הרוב בענין מחול<sup>87</sup> היתה כי קרקע שהופקעה למטרה מסוימת ניתן להשתמש בה למטרה אחרת מבלי לנקוט בהליכים נוספים, מצד שני, שופטי בית המשפט העליון בהזדמנויות שונות<sup>88</sup> הביעו דעה נוגדת האומרת כי בעידן ההכרה בזכות הקניין כזכות יסוד חוקתית, אין הרשות השלטונית בת חורין להשתמש בנכס שהופקע למטרה אחת לצורכי מטרה אחרת, משום שיש לפרש בצורה מצמצמת כל סמכות הפוגעת בזכות היסוד. לדעתם, כל שימוש לצורך מטרה אחרת יגרום לביטול ההפקעה המקורית, ואם הרשות מעוניינת בקרקע למטרה אחרת עליה לנקוט בהליכים של הפקעה חדשה. לנו נראית הדעה האחרונה יותר מהראשונה. "קידוש" זכות היסוד לקניין מחייב את הרשות המפקיעה להחליט במדויק לאיזה מטרה היא מפקיעה את הקרקע ולפרסם מטרה ספציפיים זו ברבים. חיוב הרשות לציין מטרה ספציפית להפקעה יגרום שידה של הרשות לא תהיה קלה על מנגנון ההפקעה, וכי תבצע את ההפקעה רק כאמצעי אחרון. ביטול הפקעה

86 ראו א' קמר, שם, בעמ' 224, הטוען כי במקרה זה יש לחייב כריבית, על דרך "הסברה" בהתאם לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964, היות והרשות חייבת בשיעור ריבית דומה אילו היא היתה מעכבת את תשלום הפיצויים. לנו נראה כי יש לקבוע הוראות מיוחדות בענין חיוב הריבית במקרה הנ"ל וללא הוראות חוק שכאלה לא יהיה ניתן לחייב את הבעלים בתשלומי ריבית כלשהן.

87 בג"צ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ (1) 309; כן ראו ד"נ 29/69 אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כד (2) 397, 408; בג"צ 147/74 ספולינסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט (1) 421, 424.

88 ראו דעתה של השופטת דורנר; דנצ"ג 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט (4) 68; ודעת המיעוט של השופט מצא בענין מחול הנ"ל ובבג"צ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר (טרם פורסם).

שמטרתה חדלה להתקיים לא יפגע בצרכיה החדשים של הרשות, שכן בידה לנקוט הליכי הפקעה שקופים וחדשים. לדעתנו, ראויה היא זכות היסוד לקניין כדי לחייב את הרשות לנקוט בהליך מחודש, והטלת חובה שכזו על הרשות שווה את המחיר של מניעת עיוותים והפקעות בלתי מוצדקות. כך או כך, גם לדעת שופטי הרוב בענין מחול ברור כי לא ניתן לה לרשות לשנות מטרה ציבורית אחת במטרה ציבורית אחרת שלצורך מימושה אין לה סמכות להפקיע בהיותה חריגה מסמכות, ולא ממטרה ציבורית המתירה הפקעה ללא פיצוי למטרה אחרת המחייבת פיצויים. במקרים אלה ניתן ללמוד על דרך ההיקש מסעיף 196 לחוק התכנון והבנייה, כי הרשות תצטרך להציע פיצויים לבעלים או להחזיר להם את המקרקעין – אם דרשו זאת.

לענין זה יש לתת את הדעת גם על השאלה מהו שינוי במטרה העשוי לגרום לתוצאה הנ"ל והאם כל שינוי מהותי במטרה הציבורית עשוי לעורר את שאלת חוקיות ההפקעה. אם נקבל את הדעה כי שינוי מטרה ציבורית במטרה ציבורית אחרת עשוי לגרום לביטול ההפקעה כי אזי יש חשיבות רבה לקבוע מהו שינוי שכזה: האם כל שינוי במטרה הציבורית, ולו הקל ביותר, יגרום לסנקציה האמורה או רק שינוי מהותי ממטרה אחת למטרה שונה לגמרי תגרום לתוצאה שכזו. שינויים שכאלה עשויים להיגרם הן מדרישות תכנוניות הנובעות מחוק התכנון והבנייה והן מקביעת סדרי עדיפות מחודשים של הרשות המפקיעה, כך שהם עשויים להתרחש כדבר של יום ביומו. כדי לנקוט עמדה בנדון יש לעמוד על מהות המטרות הציבוריות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין, ולדעת לסווגן לקטיגוריות מתאימות. בעשיית מלאכה לא פשוטה זו בית המשפט בענין מחול<sup>89</sup> העמיד שני מבחנים שונים: א) זיקת השינויים לחיובים שיסודם בדיני התכנון והבנייה. דהיינו, היות ודינים אלה קובעים את הליכי שינוי היעוד ניתן להיעזר בהם כדי לבחון האם בשינוי מטרה קא עסקינן אם לאו. ב) שימוש במבחן קירבת המטרה אשר לשם הגשמתה הופקעה הקרקע, דהיינו, ככל שהמטרה תהיה קרובה למטרה המקורית תיגבר הנטייה לומר כי לא בשינוי מטרה קא עסקינן אלא בסטייה לא מהותית. בית המשפט ציין כי המבחן השני של קרבת המטרה הציבורית הינו מבחן של השכל הישר ויש להפעילו ב"שום שכל". אכן, במספר מקרים בתי המשפט החילו את המבחנים הנ"ל על המקרים שעמדו לפנייהם וקבעו<sup>90</sup> כי שינוי המטרה של הפקעת מקרקעין ממסילת ברזל לצורך של סלילת כביש איננו מהווה שינוי מהותי היות ומבחינה עניינית קיימת קירבה רבה בין המטרות הנ"ל. בית המשפט

89 בג"צ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ (1) 309. למבחנים אלה ראו גם פסקי דינו של השופט חשין בענין בג"צ 2390/96, לעיל הערה 4, וכן דעתה של השופטת דורנר בדג"צ 4466/94 הנ"ל בעמ' 87.

90 ה"פ 258/00 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, מחוז חיפה נ' נעמה, פד"מ תשס"א, 171 (מבחינה מהותית המטרה של מסילת ברזל והמטרה של כביש היא אחת: העברת בני אדם ומטענים ב"רכב" המונע באופן מיכני ממקום למקום); ת"א 362/01 דינר נ' מדינת ישראל, מקרקעין ג/475 (גם עיבוד חקלאי של מקרקעין שהופקעו לפי סעיף 2 לחוק רכישת מקרקעים) (אישור פעילות ופיצויים), תשי"ג-1953, נכלל במטרה של "התיישבות" שלשמה בוצעה ההפקעה).

הדגיש כי המונח "דרך", שלשמו מותר להפקיע מקרקעין לפי סעיף 188 לחוק התכנון והבנייה, מוגדר בסעיף 1 לחוק הנ"ל כך שהוא כולל את כל צרכי התחבורה, לרבות מסילת ברזל ותוואי למעבר רכב, ללמדך כי שתי הדרכים מהוות קטגוריה אחת. יתר על כן, גם מבחינת המטרד שיוצרים כלי רכב הנעים על הכביש והרכבת יש דמיון ביניהם: בשניהם יש רעש, זיהום אויר ומגבלות לבני אדם המבקשים לחצות את קו הנסיעה. במקרה אחר<sup>91</sup>, בית המשפט החליט כי הפקעה לצורכי שכונת מגורים כוללת בתוכה גם שימוש לשטחים ירוקים לנטיעת יער שישמשו כשטחים פתוחים לצורכי השכונה. איכלוס רובע חדש בעיר איננו מצטמצם להקמת דירות מגורים אלא כולל גם פיתוח של האזור שיכלול שטחים שיעמדו לרשות הציבור לשיפור איכות החיים והסביבה באותו אזור. לפיכך, בית המשפט קבע כי קרקע שהופקעה לצורכי שכונת מגורים ניתן להשתמש בחלקה לצורכי שטח ירוק המשמש את השכונה, ואין הדבר מהווה שינוי מטרה מהותי.

##### 5. מה המועד לתחולתה של הלכת קרסיק?

הלכת קרסיק, השאירה בצריך עיון את השאלה מהו מועד תחולתה של ההלכה: האם היא חלה למפרע על הפקעות שקדמו לקבלתה, ואם כן, עד לאיזה תקופה היא תחול לאחור, והאם עיקרון ההתיישנות יחול על הפקעות שבוצעו בעבר הרחוק. בית המשפט<sup>92</sup> השאיר במתכוון שאלה זו פתוחה, משום שלא היו לפניו הטענות של הצדדים בנקודה זו<sup>93</sup>, ולפיכך, בית המשפט דחה את החלטתו בנדון עד לקבלת טענותיהם. ואולם, עם קבלת הטענות לידי בית המשפט, הוא השאיר את הדבר להכרעתו של המחוקק מתוך צפייה שתוך שנה מהחלטתו<sup>94</sup> יצא דבר חקיקה מסודר, דהיינו עד 15.07.03. ואולם, כצפוי עד המועד הנ"ל לא יצא דבר חקיקה בנדון ואין לנו אלא להשלים את החסר. באין הוראות חוק בנדון, לנו נראה כי יש להחיל את הלכת קרסיק באופן רטרואקטיבי. דבר זה נכון לגבי שתי הגישות שעליהן נתמכה הלכת קרסיק: הן לפי הגישה הטוענת לזיקה נמשכת בין הקרקע לבין בעליה, והן לפי הגישה הדוגלת בהיצמדות ההפקעה למטרה הציבורית. לפי הגישה הדוגלת בקיומה של זיקה נמשכת לקרקע גם לאחר הפקעתה כי אזי עיקרון זה אינו אלא עיקרון פרשני שניתן להשליכו גם על פקודת הקרקעות הישנה. יתר על כן, גם לגישת הרואה את חובת ההיצמדות של ההפקעה למטרה הציבורית ככלל של דיני ההפקעות או המשפט המינהלי כי אזי

91 בג"צ 704/85 עטון נ' משרד האוצר (טרם פורסם).

92 ראו החלטתו של השופט חשין, שם, בעמ' 693 ואילך.

93 בית המשפט ציין כי שאלת מועד תחולתה של הלכת קרסיק הינה קרדינלית, שכן היא כורכת עמה שיקולים חשובים כגון ההסתמכות של הרשות המפקיעה על ההלכה הקודמת, שאלות תקציב של הממשלה שעליה לשאת בנטל ההחלטה החדשה ושאלות אחרות. ראו, שם, בעמ' 693.

94 ראו החלטת בית המשפט בנדון מיום 24.7.02.

יש להחיל עיקרון פרשני זה באופן רטרואקטיבי לפי פקודת הקרקעות. לא זו אף זו, לגישה התומכת יתדותיה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעל פי הוראתו איננו חל למפרע, ניתן לומר כי חובת ההיצמדות למטרה הציבורית הינה שאלה פרשנית שניתן להחילה למפרע<sup>95</sup>, ואין היא הוראת חוק חדשה המצויה בחוק היסוד הבאה לשנות מצב קיים למפרע. חובת ההיצמדות למטרה הציבורית אמורה בסעיף 3 לפקודת הקרקעות בצורה מפורשת, ולכן, הפרתה צריכה לזכות את הבעלים בהשבת מקרקעיו בחזרה.

#### 6. מתי מתיישנת הזיקה לפי הלכת קרסיק?

הדעה המבססת את הלכת קרסיק על עיקרון קיום זיקה בין הבעלים של המקרקעין לבין מקרקעיו גם לאחר הפקעתם ממנו, עשויה להיתקל בשאלה, עד מתי תימשך זיקה זו היכולה לזכות אותו בקבלת המקרקעין בחזרה<sup>96</sup>. מצד אחד, ניתן לטעון כי הזיקה למקרקעין הינה פארמטר של הבעלות עצמה, וכשם שהבעלות איננה מתיישנת כך גם הזיקה עצמה ממשיכה לחיות כאורך חייה של הבעלות. מצד שני, עולה הטענה כי יקשה לגרוס כי הבעלים ישמרו על זיקתם למקרקעין המופקעים לדורי דורות, ומה הדין במקרה של הורשה: האם הזכות תעבור בירושה יחד עם המקרקעין<sup>97</sup>. ועוד יותר: מה הדין כאשר המקרקעין נמכרים לצד ג', האם הזכות נותרת בידי הבעלים המקוריים או נמכרת יחד עם הבעלות, וכאלה שאלות שקשה לענות עליהן.

אכן, שאלה זו עלתה על ידי השופט חשין בענין קרסיק<sup>98</sup>, והדבר נותר בצריך עיון תוך קריאה למחוקק לקבוע את ההסדר הרצוי במקרה כזה. עם זאת, השופט רומז למחוקק כי אין לנקוט בפתרון קיצוני אלא יש לאמץ פתרון המבוסס על הצדק והשכל הישר הלוקח בחשבון את מכלול הנסיבות של כל מקרה ומקרה, וביניהם: אורך התקופה בהם שימשה הקרקע ביעודה הציבורי; האם הבעלים קיבלו פיצויים בהפקעה המקורית; טיב הזכות של הבעלים (החזקה, בעלות, השקעה או נחלת אבות – מגורים) והשינויים שנעשו בקרקע במשך השנים.

לנו נראה כי כל עוד והמחוקק לא אמר את דברו בנדון יש לנקוט בגישה הראשונה שאיננה מגבילה את משך קיום הזיקה בזמן. אם הזיקה הינה פרי יצירת הבעלות כי אזי לא ניתן להגבילה בדרך פרשנות החוק אלא רק על ידי הוראת חוק מפורשת. זו היא המסקנה הנכונה שיש לנקוט בה בעידן זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית. עד

95 ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589.

96 ייתכן לומר כי גם לדעה הגורסת כי הלכת קרסיק מבוססת על דיני ההפקעות או על זכות היסוד לקנין או המשפט הציבורי תיעלה שאלה דומה האם הזכות הינה מוגבלת בזמן.

97 סעיף 20(1) לפקודת הקרקעות (הפקעה) שבוטל על ידי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943, היקנה, למשל, את הזכות לקבל את המקרקעין בחזרה רק לבעלים המקוריים או לא לחליפיו או ליורשיו. ראו ע"א 284/98 אלנתן נ' עיריית ירושלים, פ"ד נד (5) 721.

98 ראו, שם, בפסקאות 64 ו-65.

לאמירה מפורשת של המחוקק בנדון נראה כי זכות זו תיגדר אחרי זכות הבעלות ללא הגבלת זמן. דבר זה ניתן ללומדו מהוראות הסעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון והבנייה, המעניקים זכות דומה בהפקעות לפי חוק זה ואינם מגבילים את הזכות לזמן כלשהו.

#### 7. מה אופייה של הדרישה לשימוש ישיר במקרקעין למטרה הציבורית?

הדרישה למטרה ציבורית איננה מצטמצמת רק לכך שהקרקע, בסופו של התהליך, תשמש את הציבור בדרך כלשהי, אלא שהיא בעצמה תשמש באופן ישיר לצורכי ציבור. הדרישה של מטרה ציבורית כוונתה גם שהשימושים בפועל בקרקע הספציפית יהיו לצורכי ציבור, ואם דבר זה לא מתממש בפועל כי אזי ניתן לדרוש את השבתה לבעליה המקוריים בגין זניחת המטרה הציבורית. דבר זה מומחש ביתר שאת במקרים שקרקע מופקעת לצורכי יצירת "קופה" שתשמש למימון הפקעות אחרות. במקרה כזה תעלה השאלה האם החלפתה של הקרקע המופקעת בקרקע אחרת שתשמש לצורכי ציבור תיחשב כמילוי הדרישה של מטרה ציבורית. לכאורה, הקרקע בכך היא משמשת כמקור מימון להפקעתה של קרקע אחרת ממלאת אחר המטרה הציבורית הנדרשת בחוק. שאלה זו עלתה בהקשר של הפקעות במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה<sup>99</sup> ובית המשפט אכן הכשיר את הפקעתה של הקרקע הראשונה היות ובסופו של דבר הקרקע החליפה את מיקומה ובמיקום החדש היא משמשת בעצמה את המטרה הציבורית.

לדעתנו, אין לקבל החלטות אלו של בית המשפט כמכריעות היות ואין הן תואמות את דיני ההפקעה החדשים המבוססים על העיקרון של זכות לקנין כזכות יסוד תחוקתית<sup>100</sup>. הזכות לשלול את קנינו של הזולת מחייבת פרשנות דווקנית שהקרקע המופקעת בעצמה תשמש לצורכי ציבור ולא שהיא תשמש כבנק למימון הפקעות אחרות. במקרים של הפקעה של מקרקעין ממילא יש לרשות המפקיעה זכות להפקיע חלק לא מבוטל מהקרקע ללא פיצוי, והיא צריכה לנצל זכות זו כדי לבוא על סיפוקה ולא להשתמש בקרקעות שהופקעו במקומות אחרים כממנות הפקעות חדשות אלו.

99 ראו עת"מ 1121/00 ישראלי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רמת השרון, פד"מ תשס"א 529. כן ראו עת"מ 1001/01 גאולה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה, פד"מ תשס"א 39. אך ראו ה"פ 1455/96 קצוף נ' הועדה לבנייה למגורים מחוז המרכז, פד"מ א תשנ"ו 177; עת"מ 409/01 חנוביץ נ' המועצה המקומית פרדס-חנה-כרכור, פד"מ תשס"ג 193, שקבעו כי אין להכשיר הפקעה שכזו.

100 לביקורת דומה על פסק דין ישראלי הנ"ל ראו ד' לוינסון-זמיר, "על עקיפתה של הזכות להשבת מקרקעין שהופקעו באמצעות תוכנית לחלוקה חדשה", עיוני משפט כו (3) 985.

## 8. מה הן ההשלכות של זניחת המטרה הציבורית על ידי ההשתהות במימושה?

השתהות בכיצוע המטרה הציבורית של קרקע שהופקעה עשויה להוליד טענה בדבר בטלותה של ההפקעה<sup>101</sup>. החוק מתיר את הפקעתם של מקרקעין שימשו לצורך ציבורי, ואי מימוש המטרה הציבורית של ההפקעה במשך תקופה ארוכה מהווה פגם בהליך ההפקעה העשוי לגרום לביטולה המוחלט. השתהות כאמור יש בה גם פן "ראייתי" על שינוי או ביטול המטרה הציבורית, והשאלה המתעוררת תהיה האם יחולו הוראות סעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון והבנייה, אם ההפקעה בוצעה לפי חוק זה, או הלכת קרסיק, אם ההפקעה בוצעה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943. מצד אחד, ניתן לגרוס כי השתהות כאמור אין בה כדי להחיל את הוראות סעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון והבנייה או את הלכת קרסיק, שכן הוראות אלו מותנות בכך ששינוי או ביטול מטרת ההפקעה בוצעו על ידי תכנית שקיבלה תוקף, ואין לגזור שינוי או ביטול שכזה רק מעצם נסיבות העניין<sup>102</sup>. עם זאת, נראה כי אבחנה זו הינה תיאורטית גרידא ובחיי המעשה אין לה משמעות של ממש. נראה כי בעלים של קרקע הטוען להשתהות בכיצוע המטרה הציבורית יוכל לעתור לבית המשפט ולהביא לידי ביטולה של ההפקעה ולהחזרת הקרקע אליו, או אף לגרום לקבלת פיצויים מוגדלים בגין השתהות שכזו<sup>103</sup>. התוצאה שבעלים כאמור ישיג בעתירה שכזו תהיה דומה לתוצאה של הלכת קרסיק ושל סעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון והבנייה. היוצא הוא שבעלים של קרקע כאמור יוכל להשיג על ידי החלטת בית המשפט הקובעת את שינוייה או ביטולה של ההפקעה תוצאה דומה לזו של הלכת קרסיק וסעיפי החוק האמורים לעיל. תוצאה זו תהיה דומה בשני המקרים למרות שהלכת קרסיק והוראות סעיפים 195 ו-196 אינם חלים במפורש על מקרה הנדון.

## 1. אתנחתא לעת עתה

הדרישה לקיומה של מטרה ציבורית קיימת בכל חוקי ההפקעה השונים, אלא שבחוקים

101 ראו בג"צ 174/88 אמיתי נ' הועדה המקומית לתכנון לבנייה המרכז, פ"ד מב (4) 89 (הזנחה מופלגת בנקיטת הליכי הפקעה מעידה על ויתור על ההפקעה והדבר יכול לשמש עילה לביטול ההפקעה).

102 ראו ד"נ בג"צ 4466/94 נויסיבה נ' שר האוצר, פ"ד מט (4) 68, הקובע כי בתקיפה "שבדיעבד" שכזו, לאחר שההפקעה הוטלה כדין, נטל הראיה כי נתקיימו נסיבות חדשות המחייבות את ביטול ההפקעה מוטל על בעלי הקרקע.

103 ראו עת"מ 409/01 חונוביץ נ' המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור, פ"ד מ תשס"ג, עמ' 193 (בביטול הפקעה בגין הזנחה ואי מימוש מטרת ההפקעה יש לאפשר לרשות את בחינתו מחדש של היעוד ו/או לשלם לעותרים פיצויים לפי שווין של החלקות שלהשבתתן הם זכאים, וגם לשקול אפשרות של הפקעה חדשה אם קם הצורך בכך).



מסוימים המטרה הציבורית הינה ספציפית ומוגדרת ואילו בחוקים אחרים הינה רחבה ונתונה לשיקול דעתה של הרשות המפקיעה. חלוקה אחרת המבוצעת בתוך החוקים עצמם הינה קביעת מטרות ציבוריות מיוחדות להפקעה בתמורה ומטרות אחרות להפקעה שלא בתמורה. פקודת הקרקעות (רכישת לצורכי ציבור), 1943, עומדת בפני עצמה והיא מעניקה לשר האוצר סמכויות בלתי מוגבלות להפקיע מקרקעין לכל מטרה שהיא כאשר המדובר בהפקעה בתמורה, ובלבד שלדעת השר הם נחוצים לצורכי ציבור. בצורה זו הוכרו חוקיותן של הפקעות לצורכי מגורים ולצרכים מסחריים כאשר שר האוצר קבע כי איכלוס השטח הינו מטרה הציבורית בפני עצמה.

בעוד הפקודה הנ"ל מעניקה מרחב בלתי מוגבל לשר האוצר לקבוע את המטרה הציבורית, הרי שחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965, קובע רשימה מצומצמת של צורכי ציבור שלשמה הועדה המקומית מוסמכת להפקיע מקרקעין. גם חוק התכנון והבנייה מבחין בין המטרות הצריכות לשמש בהפקעה בתמורה – המהוות רשימה ארוכה יותר, לבין המטרות המשמשות בהפקעה ללא תמורה – המהוות רשימה מצומצמת יותר. ואולם, בשני המקרים הרשימה הכלולה בחוק הינה מוגדרת ומוגבלת וכמעט שאיננה ניתנת להרחבה.

במקרה של הפקעה ללא תמורה הפער בין פקודת הקרקעות לבין חוק התכנון מצטמצם. מצד אחד, חוק התכנון מעניק סמכות להפקיע 40% מהקרקע ללא תמורה לעומת 25% הקבוע בפקודה, אך מצד שני, החוק מתיר להפקיע רק למטרות מוגבלות, והוא מטיל מגבלות נוספות המטיבות עם בעלי הקרקע. התוצאה של קיום ההבדלים בין שני החיקוקים הינה כי לרשות המפקיעה עדיף יהיה להפקיע מקרקעין ללא תמורה לפי חוק התכנון, ואילו הפקעה בתמורה עדיף לעשותה לפי הפקודה. יתר על כן, העובדה שרשימת המטרות שלשמן מותר להפקיע מקרקעין לפי הפקודה הינה גמישה, עושה אותה כמתאימה יותר לרכישה של קרקעות הדרושות לבנייה למגורים, ולאיכלוס, ביחוד בתקופה של עלייה המונית לישראל.

גם פקודת הקרקעות וגם חוק התכנון והבנייה אינם מציינים מטרות ציבוריות אלא את הצרכים הציבוריים שלשמן מותר להפקיע מקרקעין. אכן, בשני החיקוקים גם יחד מופיעה "רשימת צרכים" שכזו ללא הגדרה מהותית מהו צורך ציבורי. יש לציין כי "צורך ציבורי" אין משמעותו שכל הציבור עצמו ראוי להיזקק לצורך זה. באופן עקרוני אין פריט אחד ברשימת המטרות שבחוקים השונים המשמש את הציבור כולו. כך, למשל, הקמת בית ספר לא נועד לשמש את הציבור כולו, אלא רק סקטור מסוים שיבחר להשתמש בו, אם מפאת ששיטת החינוך שינוהל בבית הספר איננו לרוחו ואם מפאת שאותו בית ספר לא יוכל לקלוט תלמידים עד אין סוף.

כלל נוסף שניתן לגזור ממשמעות המונח "צורך ציבורי" בעצמו הינו כי המקרקעין המופקעים בעצמם צריכים לשמש את הציבור. הפקעת מקרקעין שנועדו למכירה כדי שתמורתם תישמש לצורכי ציבור אינה עונה על דרישה זו. הצורך הציבורי דורש שהמקרקעין יישארו ברשות הציבור כדי שהם בעצמם ישמשו את הציבור לצורך

מוגדר. מקרקעין מופקעים הנועדים למכירה כדי שתמורתם תישמש את הציבור תגרום להעשרה של הציבור באופן עקיף, אך הם לא יענו על דרישת החוק שההפקעה תבוצע לשם צורך ציבורי. חובה זו של השימוש הישיר בקרקע נקבעה על ידי בית המשפט, ולאחרונה אף קיבלה חיזוק מהחלטת בית המשפט העליון בענין קרסיק. יתר על כן, מהמושג "צורך ציבורי" ניתן לגזור שההפקעה צריכה לשמש את הצורך הזה, והפקעה שמטרתה השגת רווחים אינה נחשבת להפקעה לצורכי ציבור.

אחד היסודות החשובים בהגדרת "הפקעה" הינו היסוד שההפקעה תיעשה לצורך מטרה ציבורית מוגדרת. דיני ההפקעות יוצרים קונפליקט בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס של הפרט, ובתנאים מסוימים הם נותנים עדיפות לאינטרס של הציבור על פני האינטרס של הפרט שתוצאתה הפקעת מקרקעין. ההצדקה לכך הינה כי אחרת לא יהיה ניתן לנהל חיי חברה מתוקנים ללא ויתור כאמור, של הפרט על מקרקעין, שלא לדבר על כך שגם הוא עשוי להנות מפירות ההפקעה של המקרקעין שלו. בלשון אחרת, דיני ההפקעה מתירים להפקיע מקרקעין רק לצורכי ציבור וגם אז הם דורשים שההפקעה תבוצע רק לצורכים מסוימים. הדרישה לקיומה של מטרה ציבורית הינה יסוד מוסד של דיני ההפקעות, ומבלעדיה לא ניתן להבין לא את המונח "הפקעה" ולא את דיני ההפקעות האחרים. יתר על כן, הכלל שנקבע במפורש בסעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון והבנייה ובפסק דין קרסיק לענין פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) קובע כי הצורך במטרה ציבורית צריך להתקיים הן במועד ההפקעה והן בתקופה שלאחריה ואם המטרה הציבורית תאבד את "תוקפה" כי אז ניתן לבטל את ההפקעה ולהחזיר את הקרקע לבעליה. כך, שינוי במטרה הציבורית או ביטולה המוחלט עשויים להשפיע על ההפקעה באופן רטרואקטיבי. ניתן לומר כי כל תוקפה של ההפקעה הינה בכך שהיא משרתת את המטרה הציבורית ובאובדן המטרה הציבורית גם ההפקעה תיאבד את חיותה והיא עשויה להתבטל. זוהי הלכה חשובה הנותנת משמעות לזכות הקניין ומעניקה לבעלי הקרקע זכויות בה גם לאחר ביצוע ההפקעה. כך, זכות הבעלות תירחף לה על פני הקרקע ועשויה בנסיבות מסוימות לגרום לביטולה של ההפקעה ולהחזרתה לידי בעליה. הלכת קרסיק משווה את הדין החל בפקודת הקרקעות לדין של חוק התכנון והבנייה, ללא סיוע מצד המחוקק. ואולם, הלכה זו הינה נחוצה וחשובה כדי לתת לזכות הקניין תוקף אמיתי ולהשוות את ההלכה החלה בחוקי ההפקעות השונים להלכה התואמת את דיני הקניין המודרניים, אך היא גוררת בעקבותיה שובל של בעיות שבתי המשפט יצטרכו לתת להן מענה נאות, כפי שפורטו הדברים במאמר זה.