

א	בג"ץ 2390 / 96
	בג"ץ 360 / 97
	בג"ץ 1947 / 97
ב	1. יהודית קרסיק 2. מרים איצקוביץ 3. אמה מריוט 4. אהרן חטר ישי
ג	נגד 1. מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל 2. עיריית חדרה
ד	3. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה שליד עיריית חדרה 4. בג"ץ 2390/96 הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז חיפה 1. מיכאל סמואל 2. ורדינה סימון נגד
ה	1. שר האוצר 2. מינהל מקרקעי ישראל 3. משרד הבינוי והשיכון
ו	4. בג"ץ 360/97 הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז חיפה 1. שאול רוטמן 2. מלכה אראל 3. פנינה גורן נגד
ז	1. שר האוצר 2. משרד הבינוי והשיכון
	3. בג"ץ 1947/97 הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז חיפה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[13.2.2001]

א

לפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא ש' לוין והשופטים ת' אור, א' מצא, מ' חשין, י' זמיר, ט' שטרסברג-כהן, ד' דורנר, ד' ביניש

ב

בשלהי שנות החמישים פרסם שר האוצר (להלן – השר) – מכוח סמכותו על-פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור), 1943 (להלן – הפקודה) – הודעות על כוונתו לרכוש חזקה בקרקעות של העותרים באזור חדרה לצורך ייעודן לשטחי אימונים של צה"ל. בשנת 1966 פרסם השר הודעה על הקנייתן של קרקעות אלו למדינה, והן נרשמו במשרד ספרי האחוזה על שם המדינה.

ג

בשנת 1993, בהימצא לה כי יש ביקוש במקום לבנייה למגורים, החליטה הממשלה לעשות לפינוי הצבא מן הקרקע. לצורך זה נכרת הסכם בין הצבא לבין מינהל מקרקעי ישראל לפינוי הקרקע. בהתאם פורסמה בשנת 1996 תכנית מיתאר חדשה לאזור שבמסגרתו יועד שטח, הכולל גם את קרקעות העותרים, לבנייה רבת-קומות, למבני ציבור, לאזור מסחרי ולשטחים פתוחים. העותרים תוקפים את פעולת המדינה לשינוי הייעוד של המקרקעין. טענתם היא כי משתם הצורך הציבורי שלשמו הופקעה הקרקע, חובה המוטלת על המדינה היא להשיב את הקרקע לבעליה, ואין היא רשאית לעשות במקרקעין שימוש אחר, השונה מהמטרה המקורית שלשמה הופקעה הקרקע.

ד

בית-המשפט העליון פסק:

א. (1) אם המטרה הציבורית אשר שימשה בסיס להפקעת מקרקעין לפי הפקודה חדלה להתקיים, הרי ככלל (הכפוף לחריגים), ההפקעה מתבטלת, ובעל המקרקעין המופקעים זכאי להשבת המקרקעין (706ב – ג).

ה

(2) שאלה היא אם הלכה חדשה זו חלה רק באופן פרוספקטיבי, או שההלכה יכולה לחול גם על מקרקעין שלגביהם הצורך הציבורי פג בעבר. הואיל ובית-המשפט לא שמע טענות בשאלת המועד הנכון לתחולת ההסדרים החדשים, יש מקום לבקש מבעלי-הדין להגיש לבית-המשפט את טענותיהם בעניין זה, ובייחוד בשאלת תחולתם של ההסדרים החדשים בעתירות אלה (693ה – ו, 694א – ב).

ו

ב. (אליבא דשופט מ' חשין):

(1) הבסיס הנורמטיבי להלכה החדשנית הנקבעת בהליך זה מצוי בכך שבעליה של קרקע שהופקעה שומר בידו זיקה משפטית לקרקע שהופקעה מבעלותו (640ב – ד, 653ב – ז).

ז

(2) אכן, הוראות הפקודה אינן מורות במפורש אם מעשה ההפקעה מבוסס על דגם של שמירת זיקת הבעלים המקוריים לקרקע או על דגם של ניתוק הזיקה, ובעבר שלטה דוקטרינה שסיווגה את מוסד ההפקעה כמעשה מנתק זיקה. אולם על דוקטרינה זו נמתחה ביקורת מוצדקת, ובמהלך השנים החלה לחלחל הדוקטרינה שומרת הזיקה,

עד שכעת היא באה תחת קודמתה (641) – ו, 642, 644 – ז, 645, 651 – ו, 652).

(3) נימוק אחד לאימוץ דוקטרינת הזיקה הנמשכת מצוי בצורך ליצור המשכיות ורציפות בין הדין החל על התקופה שלפני ההפקעה ועוסק בהליכי ההפקעה עצמם, ובין הדין החל על התקופה שלאחר ההפקעה, ועניינו מעמדה המשפטי של הקרקע שהופקעה (647).

(4) ביחס להליכי ההפקעה נפסק כי ההפקעה חייבת לעמוד במבחן המידתיות. פירוש של דבר הוא שבמעשה ההפקעה צריכים להתקיים שלושה תנאים מצטברים: קיומה של מטרה ציבורית מסוימת ומוגדרת; זיקתה של המטרה הציבורית לקרקע שנדונה להפקעה וקיום צורך בהפקעה דווקא כדי לממש את המטרה הציבורית. אין זה סביר לפרש את הפקודה כך שתנאים אלה צריכים להתקיים רק ביום ההפקעה. שלושת התנאים האמורים של מבחן המידתיות מתקיימים לגבי ההפקעה לא רק בשלב רכישת הקרקע מבעליה המקוריים, אלא גם לאחר מכן, לכל אורך חייה של פעולת ההפקעה (647 – ו).

(5) נימוק שני לאימוץ דוקטרינת הזיקה הנמשכת מצוי בעקרונות יסוד של המשפט, ובעיקר, הצורך להגן על זכות הקניין של הפרט, שחוזק לאור עיגון זכות הקניין בזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעניין זה יודגש, כי הפירוש המצמצם לסמכות ההפקעה היה טמון בפקודה עצמה עוד מלפני היות חוק היסוד. חוק היסוד עוזר לחשוף אותו, אך אין בכוחו, נוכח הוראת שמירת הדינים שבו, ליצור יש מאין באשר לדברי חוק שקדמו לו (649 – ז, 657 – ג, 659).

(6) אשר-על-כן הפקעה – באשר היא – אין בה כדי לנתק זיקה של בעלים לקרקע שהופקעה מבעלותו. בעלים של קרקע שהופקעה ממשיך לשמור על זיקה לקרקע גם לאחר הפקעתה. פירוש הדברים הוא שהרשות המפקיעה אינה רשאית ואינה מוסמכת לעשות בקרקע המופקעת ככל העולה על רוחה – משל הייתה בעלים פרטי – וכפופה היא למשטר של שימושים ציבוריים מסוימים בקרקע (653 – ג).

(7) הכרה בדוקטרינה שלפיה הפקעה אינה מנתקת את זיקת הבעלים לקרקע אינה אומרת דבר על תוכנה של אותה "זיקה" ועל היקפן של החובות המוטלות על הרשות המפקיעה. ייתכנו סוגים שונים של מקרים שבהם הרשות אינה עושה שימוש בקרקע המופקעת לאותו ייעוד שהוכרז עליו עם ההפקעה. שאלות שונות מתעוררות עקב החלתה של הדוקטרינה, כגון מהו הדין כאשר בעל הקרקע קיבל פיצויים בגין ההפקעה, מהו הדין כאשר קיים צורך ציבורי אחר במקום הצורך שהסתיים, ואם זכותו של הבעלים המקורי כפופה להתיישנות. בשאלות אלה יהיה צורך להכריע בבוא העת (654 – 1653).

ג. (אליבא דשופט י' זמיר):

(1) הבסיס הנורמטיבי להלכה הנקבעת בהליך זה אינו מצוי בזיקת הבעלים המקוריים לקרקע המופקעת, כי אם בהכרה בסמכות ההפקעה כסמכות צמודת מטרה (695 – ב, 699 – ד, 1701 – ז).

- (2) לכל סמכות מינהלית יש מטרה משלה, והפעלת הסמכות חייבת להיות למטרה אשר לשמה הוענקה הסמכות לרשות המינהלית על-ידי המחוקק. קיימות סמכויות מינהליות שניתן לקרוא להן סמכויות צמודות מטרה, שבהן מטרת הסמכות צריכה להתקיים לא רק בעת הפעלת הסמכות, אלא גם לאחר הפעלת הסמכות. בסמכות כזאת הפעלת הסמכות משנה את המצב המשפטי לאורך זמן, בתנאי שמטרת הסמכות קיימת כל אותו זמן. כאשר התנאי חדל להתקיים, המצב המשפטי שנוצר עם הפעלת הסמכות צריך להשתנות (699ד, ז – 700א).
- (3) **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** חולל שינוי מהותי במעמדה המשפטי של זכות הקניין ועשה אותה לא רק זכות יסוד, אלא גם זכות חוקתית. בעקבות זאת אפשר וראוי שסמכות ההפקעה תפורש כיום על יסוד איזון בין צורכי הציבור לבין זכות הקניין שיהיה הולם את ערכיה של מדינת ישראל, באופן שיחזק את ההגנה על זכות הקניין, שהייתה כה רופפת בפקודה. יש לפרש את סמכות ההפקעה של שר האוצר על-פי הפקודה כסמכות צמודת מטרה. בהתאם, ההפקעה תקפה כל זמן שהצורך הציבורי קיים, ואולם, משהפסיק הצורך הציבורי להתקיים, שוב אין ההפקעה בת-תוקף (698ד – ה, 699ב – ג, 700 – ז, 701 – 702א).
- (4) גם על-פי ההלכה החדשה, כאשר הצורך הציבורי בהפקעה פג, אין הבעלים המקורי מקבל את זכות הקניין לידיהם באופן אוטומטי, אלא לאחר שהתקבלה החלטה בעניין זה על-ידי הרשות המפקיעה או על-ידי בית-המשפט (702 – ז).
- (5) מכאן, שכאשר הרשות המפקיעה נוכחה לדעת כי הצורך הציבורי פג, מן הראוי הוא שתודיע על כך לבעלים המקורי ותבוא עמו בדברים כדי לקבוע הסדר להחזרת המקרקעין לידיהם, או כדי לגבש הסדר אחר (כגון רכישה או פיצוי) שיהיה מוסכם עליו, או אפילו כדי להודיע לו שבכוונתה להמשיך ולהחזיק במקרקעין לצורך ציבורי אחר (702 – 703א).
- (6) השאלה מתי תקום החובה להחזיר את הקרקע לבעלים המקורי תלויה בשורה של נסיבות, לרבות הזמן שעבר מאז פג הצורך הציבורי, האם המקרקעין עברו שינוי מהותי או שהועברו מיד ליד, שאלת קיומו של צורך ציבורי אחר, השונה מהצורך המקורי לשמו הופקעו המקרקעין, וכיוצא באלה נסיבות שיכריעו לגבי שאלת יישום ההלכה החדשה בכל מקרה ומקרה (702 – ד).
- ד. (אליבא דנשיא א' ברק):
- (1) הפקעה היא פעולה משפטית חד-פעמית. הצורך בהמשך קיומה של המטרה הציבורית אינו נגזר מעצם מוסד ההפקעה. הוא מוסק משיקולים שהם חיצוניים להפקעה עצמה, ובמרכזם מעמדה המרכזי של זכות הקניין. אשר-על-כן אין מקום להסביר את הדרישה להחזרת הקרקע לבעליה עם פקיעת המטרה על בסיס ראיית ההפקעה כפעולה משפטית נמשכת (707 – 708א).
- (2) יוצא, ששימור זיקת הבעלים המקורי לקרקע מהווה תוצאה של חובת המדינה – הלקוחה מהמשפט הציבורי – להחזיר לו את המקרקעין עם פקיעת המטרה הציבורית.

ואין לומר כי זיקת הבעלים לקרקע מהווה את הסיבה לחובת המדינה להחזיר את המקרקעין (708א – ב).

(3) המקור לדרישה של "צמידות" המטרה אינו נובע מדיני ההפקעה עצמם או מתורת המשפט המינהלי. המקור לדרישה זו נובע ממעמדה הנכבד של זכות הקניין אשר הפכה עם חקיקת [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) לזכות חוקתית (709ב – ג).

(4) נקודת המוצא היא כי [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) לא בא לפגוע בתוקפו של חוק שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. עם זאת חוק היסוד משפיע על פרשנותו של חוק קודם שהיה קיים ערב תחילתו. השפעה זו היא מטבעה מוגבלת, שכן אין בכוחו של חוק היסוד להביא לפרשנות חדשה שאינה מתיישבת עם לשון החוק הקודם (710ה).

(5) אולם במסגרת מיתחם האפשרויות הלשוניות של החוק הקודם יש לחוק היסוד השפעה רבה. היא פועלת בעיקר בגיבוש התכלית של החוק הקודם. לאחר קבלת חוקי היסוד החדשים עשויה תכליתם של חוקים קודמים להשתנות (711א, 712ג).

(6) עיגון זכות הקניין כזכות חוקתית במסגרת [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) הביא לשינוי האיזון בין זכות הקניין של הבעלים המקורי לבין צורכי הכלל (712ב, ו).

ה. (אליבא דשופטת ט' שטרסברג-כהן):

(1) יש לראות בבעלות הנרכשת על-ידי המדינה בדרך של הפקעה מוסד משפטי מיוחד של "בעלות ציבורית" הנרכשת בכפייה, שאיננו מוצא ביטוי [בחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969 והוא פועל יוצא של דיני ההפקעה (705ג – ג).

(2) מכאן, כשמוצתה תכלית ההפקעה, קמה חובת הרשות להחזיר לבעלים המקורי את הקרקע שניטלה ממנו על-ידי הרשות בכפייה (או לשלם פיצויים, לפי הנסיבות). חובה זו משקפת את ההגנה על זכות הקניין של הבעלים המקורי שעוגנה כזכות חוקתית [בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) (705ג – ד).

חוקי יסוד שאוזכרו:

— [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), [סעיפים 3, 8, 10](#).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

— [פקודת הקרקעות](#) (רכישה לצרכי הציבור), 1943, [סעיפים 2](#) (המונח "מטרה ציבורית"), [3, 5, \(1\)5, \(2\)5, 7, 19, \(2\)19, 22](#).

— [חוק התכנון והבניה](#), תשכ"ה-1965, [סעיפים 121-128, 188, 188\(ב\), 188-196, 195, \(2\)195, 196, 196\(א\), פרק ח'](#).

— [חוק ההתיישנות](#), תשי"ח-1958.

— [פקודת סדרי השלטון והמשפט](#), תש"ח-1948, [סעיפים 11, 16](#).

— [פקודת העתונות](#).

- [חוק סמכויות שעת-חירום \(מעצרים\)](#), תשל"ט-1979, סעיף 2.
- [חוק טיפול בחולי נפש](#), תשנ"א-1991, סעיף 11.
- א — [חוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969.

חקיקת משנה שאוזכרה:

- תקנות ההגנה, 1939.
- ב — [תקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, תקנה 119.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] [המ' 33/53 סלומון נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 1023](#).
- ג [2] [בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר-האוצר, פ"ד ט 1261](#).
- [3] [בג"ץ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז\(2\) 141](#).
- [4] [בג"ץ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד\(1\) 281](#).
- [5] [בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ\(1\) 309](#).
- ד [6] [בג"ץ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר \(לא פורסם\)](#).
- [7] [בג"ץ 465/93 טריידט ס.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"ד מח\(2\) 622](#).
- [8] [בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וחכויות בע"מ נ' ראש הממשלה \(לא פורסם\)](#).
- ה [9] [דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט\(4\) 68](#).
- [10] [בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא\(3\) 85](#).
- [11] [בג"ץ 31/48 יכימוביץ נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה, 1939 ו-1945, פ"ד ב 198](#).
- [12] [בג"ץ 70/53 חברת מ"ש בע"מ נ' ברגמן, פ"ד ז 590](#).
- ו [13] [ד"נ 29/69 אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כד\(2\) 397](#).
- [14] [בג"ץ 282/71 בנין נ' שר האוצר, פ"ד כה\(2\) 466](#).
- [15] [בג"ץ 224/72 גאולת הכרך בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כו\(2\) 155](#).
- [16] [רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה\(1\) 199](#).
- [17] [בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג\(2\) 728](#).
- ז [18] [בג"ץ 174/88 אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, המרכז, פ"ד מב\(4\) 89](#).
- [19] [בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101](#).
- [20] [בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט\(3\) 355](#).
- [21] [דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט\(4\) 589](#).

- [22] [בג"ץ 2722/92 אלעמרינ נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו \(3\) 693.](#)
- [23] [בג"ץ 4772/91 חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש, פ"ד מו \(2\) 150.](#)
- [24] [בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן \(ישראל\) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ \(4\) 397.](#)
- [25] [ע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח \(2\) 190.](#)

א

- [26] [ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט \(4\) 221.](#)

ב

- [27] [דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב \(3\) 1.](#)
- [28] [בג"ץ 147/74 ספולינסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט \(1\) 421.](#)
- [29] [בג"ץ 63/52 נוימן נ' שר-האוצר, פ"ד ו 680.](#)
- [30] [בג"ץ 334/63 גלינוביץ נ' שר-האוצר, פ"ד יח \(4\) 352.](#)
- [31] [בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.](#)

ג

- [32] [ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט \(1\) 463.](#)

- [33] [רע"א 5222/93 גוש 1992 בנין בע"מ נ' חברה חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ \(לא פורסם\).](#)

ד

- [34] [ע"א 148/52 כספריוס נ' כספריוס, פ"ד ח 1289.](#)
- [35] [ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו \(3\) 701.](#)
- [36] [בג"ץ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב \(2\) 309.](#)
- [37] [בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב \(4\) 617.](#)
- [38] [ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה \(1\) 12.](#)
- [39] [בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב \(5\) 481.](#)

ה

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [40] [ה"פ \(ת"א\) 1015/96 מדינת ישראל – שר האוצר נ' "פז" חברה נפט בע"מ \(לא פורסם\).](#)

ו

- [41] [ה"פ \(י-ם\) 51/94 ארד נ' מדינת ישראל \(לא פורסם\).](#)

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [42] *Higginson v. United States* 384 F. 2d 504 (1967).
- [43] *Wood v. City of East Providence* 811 F. 2d 677 (1987).
- [44] *Federal Farm Mortg. Corporation v. Smith* 89 P. 2d 838 (1939).
- [45] *Isley v. Bogart* 338 F. 2d 33 (1964).
- [46] *Crouch v. State* 218 N.Y.S. 173 (1926).
- [47] *People v. Helinski* 634 N.Y.S. 2d 837 (1995).

ז

פסקי-דין גרמניים שאוזכרו:

א [48] 38 BVerfGE 175 (1974).

פסקי-דין קנדיים שאוזכרו:

[49] *Pineridge Property Ltd. v. Board of School Trustees of School District No. 57* (1982) 40 B.C.L.R. 221.

ב

ספרים ישראליים שאוזכרו:

[50] י' [זמיר הסמכות המינהלית \(כרך א, תשנ"ו\)](#).

[51] י' ה' קלינגהופר משפט מינהלי (תשי"ז).

[52] א' קמר דיני הפקעת מקרקעין (מהדורה 5, תשנ"ה).

ג

[53] י' [ויסמן דיני קניין – חלק כללי](#) (תשנ"ג).

[54] א' ברק מהותו של שטר (1973).

[55] י' [ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף](#) (תשנ"ז).

[56] א' [ברק פרשנות במשפט, כרך ב](#), פרשנות החקיקה (תשנ"ג).

ד

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

[57] ח' דגן "דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל – תשנ"ו (א' רוזן-צבי עורך, 1997) 673.

ה [58] א' [הכהן "וכי הרבים גזלנים הם?"](#) – על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי" שערי משפט א (תשנ"ז-תשנ"ח) 39.

[59] י' ה' [קלינגהופר "צמידות של קרקע מופקעת"](#) לייעודה" עיוני משפט ב (תשל"ב-תשל"ג) 874.

[60] ח' דגן ["שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה"](#) שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 491.

ו

[61] י' מ' [אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה"](#) קונסטיטוטיבית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח (תשנ"ז) 461.

[62] א' [גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית"](#) וחוק-יסוד: [כבוד האדם וחירותו](#)" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405.

ז

[63] א' [חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה"](#) הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 449.

ספרים זרים שאוזכרו:

- [64] D.P. Currie *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago, 1994). א
- [65] H.D. Jaras, B. Pieroth *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar* (München, 3 Aufl., 1995).
- [66] O.W. Holmes *The Common Law* (Boston, 1881). ב

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [67] M.J. Radin "Property and Personhood" 34 *Stan. L. Rev.* (1981-82) 957.
- [68] F.I. Michelman "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law" 80 *Harv. L. Rev.* (1967) 1165. ג

שונות:

- [69] 27 *Am. Jur.* 2d (Rochester, 1996).

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] משלי, ל, יט.
- [ב] מלכים א, כא, ב-ג.

תשובה לעתירות למתן צו-על-תנאי. הוחלט כי הצדדים יטענו לעניין תחולת ההלכה לעתיד או למפרע והאם ראוי להחילה על ההפקעות נושא העתירות.

- צבי הר נבו, טל הר נבו – בשם העותרים בבג"ץ 2390/96;
- אסנת מגדל, מנהלת מחלקת בג"צים (בפועל) בפרקליטות המדינה – בשם המשיב 1 בבג"ץ 2390/96 (המשיב 2 בבג"ץ 360/97), והמשיבים 1 ו-3 בבג"ץ 360/97 (המשיבים 1 ו-2 בבג"ץ 1947/97);
- עיריית אריכא – בשם המשיבה 2 בבג"ץ 2390/96;
- אמנון עברון, אלון סמואל – בשם העותרים בבג"ץ 360/97;
- אריה פייגנבוים, יעקב לסרי – בשם העותרים בבג"ץ 1947/97.

החלטה

א

השופט מ' חשין

ב

כברת קרקע פלונית מופקעת בידי הרשות למטרה ציבורית מסוימת. נאמנת לדבריה עושה הרשות שימוש באותה קרקע לייעודה כדבר ההפקעה. לאחר שנים חולפת-עוברת מן העולם אותה מטרה ציבורית, והרשות מבקשת לעשות שימוש בקרקע למטרה אחרת, מטרה ציבורית או מטרה שאינה ציבורית. הרשאת היא הרשות לעשות את שמבקשת היא לעשות? אלה גבולות השדה שבה נחרוש בחוות-דעתנו זו.

ג

דבר-ידיקע לעתירה

ד

2. בשלהי שנות החמישים נזקק הצבא לשטח אימונים – בעיקר למטווחים – ולמטרה זו פעלו הרשויות להפקעת מיתחם בן כ-137 דונם קרקע באזור חדרה. הליך ההפקעה נערך כסדר: כנדרש בדין פורסמו הודעות בילקוט הפרסומים על כך שהקרקע באותו מיתחם דרושה לחלוטין לשר האוצר לצורכי ציבור, ועל כך ששר האוצר מתכוון לקנות חזקה מיידית בה. ראו הודעות לפי [הסעיפים 5 ו-7](#) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור), 1943 (להלן נכנה פקודה זו – הפקודה או פקודת ההפקעות), שנתפרסמו ב"פ תשי"ט 477 (מיום 25.12.1958) ו"פ תשי"ט 757 (מיום 27.2.1959). לאחר שנים מספר – ביום 24.3.1966 – וכסמכותו [בסעיף 19](#) לפקודת ההפקעות, פרסם שר האוצר הודעה על הקנייתה של הקרקע למדינה (י"פ תשכ"ו 1368). הקרקע נרשמה במשרד ספרי האחוזה על-שם המדינה.

ה

ו

3. העותרים לפנינו – בשלוש עתירות שדנו בהן כאחת – הם יורשי מי שהיו הבעלים – עובר להפקעות – של פיסות-קרקע במיתחם ההפקעה. אותם בעלים רכשו את הקרקעות שרכשו – כל אחד מהם לעצמו – באמצע שנות הארבעים. גם העותרים גם מורשיהם סירבו לקבל פיצוי מן המדינה חלף הקרקעות שהופקעו מהם; כך היה לעת ההפקעה וכך עד עצם היום הזה.

ז

4. הקרקע המופקעת שימשה לייעודה כדבר ההפקעה: שטח אימונים לחיילי צה"ל. אכן, חיילי מילואים וחיילי סדיר יזכרו היטב את "חולות אולגה" שליד חדרה (אולגה, ייאמר למתעניין, הייתה אשתו של יהושע חנקין הזכור לטוב, ומתוך כבוד

לחנקין נקראה הסביבה על-שמה). כך היה במשך כשלושה עשורים, מאז הופקעה הקרקע ועד לשנת 1996.

א

5. בישיבתה מיום 31.8.1993, ובהימצא לה כי יש ביקוש במקום לבנייה למגורים, החליטה הממשלה לעשות לפינוי הצבא מן הקרקע. לצורך זה נכרת הסכם בין הצבא לבין מינהל מקרקעי ישראל לפינוי הקרקע (וקרקע נוספת). בתמורה היה הצבא אמור לקבל כ-12 מיליון ש"ח לבניית שטחי מטווחים חלופיים.

ב

6. מילים מספר על תכניות תכנון עיר החלות על הקרקע. בראשית שנות השמונים ניזומה תכנית אשר במסגרתה יועדה מרבית הקרקע לאזור מגורים א' ולקריית חינוך וספורט (תכנית חד/450). תכנית זו הופקדה אך לא ניתן לה תוקף. בהתאם לתכנית חד/761 שפורסמה למתן תוקף ביום 15.9.1985 (י"פ תשמ"ה 3358) יועד שטח ההפקעה לבנייתה של שכונת קוטג'ים, לנופש ולשטחי ציבור. בשנת 1989 הופקדה תכנית שינוי לתכנית הקודמת (ושמה: תכנית חד/761 א'), אך זו לא אושרה. לאחר החלטת הממשלה משנת 1993 הכין משרד הבינוי והשיכון תכנית חלופית – תכנית שכונתה חד/במ/944 – ולפיה יועד שטח בן 160 דונם, ובו קרקעות העותרים, לבנייה רבת-קומות (592 יחידות דיור), למבני ציבור, לאזור מסחרי ולשטחים ציבוריים פתוחים. העותרים בבג"ץ 360/97 (משפחת סמואל) הגישו התנגדות לתכנית בהוסיפם כי חובה היא המוטלת על המדינה להשיב את הקרקע לבעליה המקורי. העותרים בעתירות האחרות לא הגישו התנגדות לתכנית. התנגדותה של משפחת סמואל נדחתה, והתכנית אושרה בוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה ביום 17.11.1996. דבר אישור התכנית פורסם ברשומות ביום 21.7.1997 (י"פ תשנ"ז 4479).

ג

ד

ה

7. משרד הבינוי והשיכון החל בביצוען של עבודות להכשרת הקרקע לתשתית ולכבישים, עד שביום 24.10.1997 נתפרסמה הודעתו של יושב-ראש הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה באזור חיפה על ביטול אישורה של תכנית חד/במ/944 (י"פ תשנ"ח 96, מיום 24.10.1997).

ו

חילוקי-הדעות בין בעלי-הדין

8. טוענים העותרים ואומרים: משתם הצורך הציבורי שלשמו הופקעה הקרקע, חובה היא המוטלת על המדינה להשיב את הנכס לבעליו, קרא למי שהנכס נלקח ממנו, לו או ליורשיו. זכות הקניין של הבעלים – באשר זכות קניין היא – מחייבת את הרשות המפקיעה להגביל את הפגיעה בקניינו של היחיד אך-ורק למטרה הציבורית שלשמה

ז

הופקעה קרקע. ומשנתמצתה אותה מטרה ציבורית, שב הקניין אל ביתו, אל בעליו המקורי. לענייננו: הקרקע הופקעה לשימוש בה לאימוני הצבא; עתה, משמטרה ציבורית זו כלתה וחדלה מהיות, יש להשיב את הקרקע לבעליה. אשר לייעודה החדש של הקרקע – בנייה למגורים – על כך שתי טענות הן בפי העותרים: אחת, מטרה זו אינה מטרה ציבורית כלל ועל-כן נקטע הרצף ה"ציבורי" של השימוש בקרקע. לחלופין, גם אם אמרנו כי בנייה למגורים מטרה ציבורית היא, אין כל מניעה כי העותרים יקיימוה ויבצעו הסעצמם את פרויקט הבנייה. אין צורך שדווקא המדינה תקיים אותה בנייה (בנייה אשר תבוצע, כמקובל, בידי קבלנים פרטיים). העותרים מסכמים את טענותיהם כך: חובה היא המוטלת על המדינה להחזיר את הקרקע לידינו, או, למצער, לפצות אותנו כערכה הנוכחי של הקרקע ולא כערכה לעת הפקעתה.

9. המדינה כופרת בטיעוני העותרים, ולדבריה כל שנעשה לא היה אלא החלפתו של שימוש ציבורי אחד בשימוש ציבורי אחר. הקמתה של שכונת מגורים במקום היא בגדר מטרה ציבורית, והרשות המפקיעה קנתה סמכות להחליף מטרה ציבורית אחת ברעותה. זה הדין המצוי וזה אף הדין הרצוי. יתר-על-כן, בשים לב לבעלויות הרבות בקרקע, הצורך בהקמת שכונת מגורים לא יושג אלא על דרך ביצוע בידי גורם אחד ובניהולה של רשות מוסמכת. מכאן אף הנופך ה"ציבורי" שבהמשך ההפקעה. עוד טוענים המשיבים, כי העותרים השתהו בהעלאת טיעוניהם; כי אותה השתהות הביאה על הרשויות הוצאות ניכרות, ומכאן שאין להיעתר למבוקשם.

אלה טוענים בכה, אלה טוענים בכה, ובחילוקי-דעות אלה שומה עלינו להכריע.

מתווה כללי במשפט ההפקעות

10. שתי תקופות הן במעמדה המשפטי של קרקע מופקעת; אחת, תקופת הלידה, ושתיים, תקופת החיים והחידלון. התקופה הראשונה – תקופת הלידה – היא תקופת הליכי-ההפקעה, ויבואו בה תנאים מוקדמים להפקעה, נושא שיקול-הדעת בהפקעה, פרסומים ועוד כיוצא-באלה כללים ונורמות המסבים עצמם על הליך ההפקעה גופו. התקופה השנייה – תקופת חייה וחדלונה של ההפקעה – מסבה עצמה על מעמדה המשפטי של הקרקע לאחר שהופקעה: השימוש – או אי-השימוש – בקרקע לייעודה; מעמדה המשפטי של הקרקע עם מיצויה של המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע – בין שמטרה ציבורית זו מוחלפת במטרה ציבורית אחרת ובין שאין מטרה ציבורית חדשה באה תחת המטרה הציבורית המקורית ושאלת זיקתו של הבעלים-לשעבר לקרקע.

11. ענייננו־שלנו הוא, בעיקרם של דברים, בתקופה השנייה, ואולם לא נוכל לדלג במישרין לתקופה זו – ולהבין את המתרחש בה – בלא שנאמר ולו מילים אחדות על התקופה הקודמת לה. שהרי התקופה השנייה אינה אלא המשכה של התקופה הראשונה, ונתקשה להבין התרחשויות בתקופה השנייה שעה שקשורות הן – ולו באורח כרונולוגי – לאירועים שהיו בתקופה שקדמה לה.

א

נפתח אפוא ונאמר דברים אחדים על התקופה הראשונה, ולאחר מכן נעבור לתקופה השנייה שבה עיקר ענייננו.

ב

מילים אחדות על הליך ההפקעה

12. אין חולקים על הצורך להעניק למדינה סמכות להפקיע קרקע של היחיד לטובתו ולרווחתו של הכלל. כך לסלילת כבישים, להקמת גנים, לבניית מבני ציבור, וכך לצורכי ציבור אחרים. והוא, כמובן – ועל דרך העיקרון – תוך תשלום פיצוי נאות לבעלים. הכרה זו היא המונחת בתשתיתה של פקודת ההפקעות, ולפיה קנה שר האוצר – קרא, המדינה – סמכות להפקיע קרקעות לצורכי ציבור. וכהוראת [סעיף 3](#) לפקודת ההפקעות, במקום שבו נוכח שר האוצר לדעת כי הדבר דרוש או נחוץ לכל מטרה ציבורית ("necessary or expedient for any public purpose"), מוסמך הוא לרכוש (בין השאר) בעלות, חזקה וזכות שימוש בכל קרקע. קובעת הוראת [סעיף 5\(1\)](#) לפקודה, כי שר האוצר יפרסם ברשומות הודעה על כוונתו לרכוש קרקע למטרה ציבורית, ומוסיפה הוראת [סעיף 5\(2\)](#) ומורה אותנו כי פרסום ברשומות כאמור "...רואים אותו כראייה מכרעת ששר האוצר אישר כי המטרה, שלשמה עומדים לרכוש את הקרקע, היא מטרה ציבורית". מהי "מטרה ציבורית"? על כך מורה אותנו [סעיף 2](#) לפקודת ההפקעות, כי מטרה ציבורית היא "כל מטרה שאותה אישר שר האוצר כמטרה ציבורית".

ג

ד

ה

13. כניסוחן בפקודת ההפקעות, סמכויות אלו שקנה שר האוצר – סמכויות שבמקורן הוענקו לנציב העליון בכבודו ובעצמו – הינן סמכויות מרחיקות־לכת. ואמנם, בשנותיה הראשונות של המדינה פירש בית־המשפט את סמכויות שר האוצר ברחבות־יתר:

ו

ענין הפקעת קרקעות למטרה ציבורית נתון לשיקול דעתו הבלתי מוגבל של שר־האוצר כרשות מבצעת, וכל עוד הוא פועל בתום לב, הרי שבהשתמשו בשיקול דעתו לשם ביצוע מדיניותו, הוא נתון

ז

לפיקוח ולביקורת הכנסת ולא לביקורת בתי-המשפט (המ' 33/53)

סלומון נ' היועץ המשפטי (הילכת סלומון [1]), בעמ' 1028).

א

"שיקול דעתו הבלתי מוגבל של שר-האוצר" – כך קבע בית-המשפט. בית-משפט בימינו לא היה עולה על דעתו להתבטא בדרך מעין-זו. ראו עוד י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א) [50], בעמ' 106-107, 197-198. באותה רוח אמר בית-המשפט באותה פרשה (שם [1], בעמ' 1027) כי "אין ספק, שלפי נוסח [סעיף 3](#) שיקול דעתו של השר הוא מוחלט". ראו עוד [בג"ץ 30/55](#) ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר-האוצר [2], בעמ' 1264. עוד קבעו בתי-המשפט אותה עת, כי פרסום ברשומות שלפי [סעיף 5](#) לפקודת ההפקעות אין שר האוצר נדרש לפרט בו את המטרה שלמענה הופקעה הקרקע.

ב

ג

14. כך היה בשכבר הימים, בשנותיה הראשונות של המדינה. במהלך השנים נשתנתה ההלכה אט-אט, וכל העת בכיוון אחד: לצמצום שיקול-דעתו של שר האוצר ולהכבדה עליו בהליכים שלקראת הפקעה. זכותו של היחיד לקניינו יקרה בעיני בית-המשפט, עלתה בחשיבותה, וככל שגברה והלכה ההכרה כי יש לשמור על קניינו של הפרט מפני מעשי הרשות, כן נצטמצם והלך כוחו של השר במעשה הפקעה. כך, למשל, [בבג"ץ 307/82](#) לוביאניקר נ' שר האוצר (פרשת לוביאניקר [3]) קבע מ"מ הנשיא שמגר, כי הפרשנות שניתנה להילכת סלומון [1] "...היתה לעתים מרחיקת לכת מדיי" (שם [3]),

ד

בעמ' 147), ובהמשך:

ה

המחוקק אמנם הפקיד בידי שר האוצר את הסמכות לקבוע, שמטרה פלונית היא בגדר צורך ציבורי, וכי פרסום ההודעה לפי סעיף 5(1) הוא ראיה מכרעת לכך... אולם, אין להסיק מכך בהכרח, כי בית המשפט לא יבחן, כדרכו, אם שיקוליו של השר, לרבות מתן האישור בדבר קיומו של צורך ציבורי, אינם נגועים בפגם היורד לשורשו של עניין, כגון חוסר תום-לב או שרירות (שם).

ו

כן הוסיף בית-המשפט וקבע בפרשת לוביאניקר [3] – בניגוד להלכה ששררה עד אותה עת – כי חובה היא המוטלת על שר האוצר לפרט בהודעה המתפרסמת ברשומות את המטרה שלשמה הופקעה הקרקע: "כדי למנוע שימוש שרירותי בסמכויות הרחבות, שהוקנו על-פי הפקודה", "[ו]כדי שניתן יהיה לקיים פיקוח אפקטיבי על דרך הפעלתו של שיקול-הדעת ועל אופיו, ראוי שהמטרה של ההפקעה תהיה ידועה" (שם, בעמ' 148). ראו עוד: [בג"ץ 67/79](#) שמואלזון נ' מדינת ישראל (פרשת שמואלזון [4]); [בג"ץ 2739/95](#) מחול נ' שר האוצר (פרשת מחול [5]), בעמ' 327-328; [בג"ץ 5091/91](#) נוסיבה נ' שר האוצר

ז

(בג"ץ נוטייבה [6]) (בפיסקה 4 לחוות-דעתו של השופט מצא); [בג"ץ 465/93 טריידט](#) ט.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה (פרשת טריידט [7]), בעמ' 633. באותה רוח נקבע כי לא תקום ולא תהיה הפקעה כדין אלא בהתקיים שלושה תנאים אלה במצטבר:

א

קיומו של צורך ציבורי מסוים ומוגדר; זיקתו של הצורך הציבורי המסוים למקרקעין המסוימים המיועדים להפקעה; וקיום צורך בהפקעת המקרקעין כדי לממש את הצורך הציבורי (מדברי השופט מצא בבג"ץ נוטייבה [6], בפיסקה 3 לחוות-הדעת, בהסתמכו על דברי מ"מ הנשיא שמגר בפרשת לוביאניקר [3], בעמ' 146-147).

ב

15. על-פי ההלכה שנקבעה, אין די בקיומה של מטרה ציבורית להפקעתה של קרקע פלונית; שומה על הרשות להוסיף ולהראות כי המקרקעין המסוימים "אמורים ומתאימים לשמש צורך מסוים" (פרשת טריידט [7], בעמ' 633). כך לעניין הוכחת הזיקה בין הקרקע לבין המטרה הציבורית וכך לעניין הצורך להוכיח כי רק הפקעה הייתה מוליכה את הרשות למטרתה, קרא: כי לא היה ניתן להשיג את המטרה באמצעי שפגיעתו פחותה; [בג"ץ 3956/92](#) מקור הנפקות וחכיות בע"מ נ' ראש הממשלה (פרשת מקור הנפקות [8]) (בפיסקה 6 לחוות-דעתו של השופט אור). במילה אחת: על ההפקעה לעמוד במבחן המידתיות. ראו: [בג"ץ 4466/94](#) נוטייבה נ' שר האוצר (דג"ץ נוטייבה [9]), בעמ' 88 (מפי השופטת דורנר); [בג"ץ 3028/94](#) מהדרין בע"מ נ' שר האוצר [10], בעמ' 107, מפי השופט גולדברג. ראו עוד והשוו ח' דגן "דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" [57], בעמ' 684-685. לגישה דומה במשפט העברי, ראו א' [הכהן "וכי הרבים גזלנים הם?"](#) – על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי" [58], בעמ' 44-45, 54. הלכה מורכבת זו, ההלכה שעניינה החלתו של מבחן המידתיות על מעשה הפקעה והקפדת-יתר בהחלתו של המבחן – נזכור ונשמור אותה היטב להמשך דברינו. מדברים אנו עתה בתקופה הראשונה של מערכת הפקעה – בתקופת הלידה – ולעת הגיענו לענייננו לגופו – בבחינתה של התקופה השנייה – נבקש ללמוד היקש מתקופה ראשונה לתקופה העוקבת אותה.

ג

ד

ה

ו

עד כאן – עיקרים במעשה ההפקעה.

קרקע לאחר הפקעתה – מעשה מנתק-זיקה ומעשה שומר-זיקה

ז

16. נתמלאו כל התנאים המוקדמים הנדרשים על-פי פקודת ההפקעות, ושר האוצר

הורה על הפקעתה של קרקע מסוימת למטרה פלונית. מה דינה של הקרקע לאחר הפקעתה? האם יכול ורשאי הוא שר האוצר למסור את הקרקע למחרת יום ההפקעה לכל המרבה במחיר? הרשאי ומוסמך הוא לשנות את המטרה שלשמה הופקעה הקרקע למטרה אחרת? לכל מטרה אחרת – בין שמטרה ציבורית היא בין שלא? האם קונה המדינה בעלות בקרקע המופקעת משל הייתה אדם שירש קרקע מהוריו? האם קונה המדינה בקרקע בעלות נקייה מכל זיקת הבעלים-לשעבר?

17. על דרך העיקרון – וכתורת המשפט המינהלי – ניתן לאפיין את מעמדה של קרקע מופקעת ולבנותו על-פי אחד משני דגמים אלה (על-פי הדגם או בסמוך לו): הדגם האחד הוא דגם הזיקה הנמשכת-והולכת והדגם האחר הוא דגם ניתוק הזיקה.

דגם הזיקה הנמשכת-והולכת מורנו כי הבעלים-לשעבר נשמרת בידו זיקה משפטית – בעוצמה זו או אחרת – לקרקע שהופקעה מבעלותו; כי אין במעשה ההפקעה כדי לנתק את הבעלים מכול-וכול מאותה קרקע. כל-כך מצדו של הבעלים-לשעבר. אשר לצדה של הרשות המפקיעה, פירושה של אותה זיקה משפטית הוא – על דרך העיקרון – שהרשות כמו חייבת להצדיק את מעשה ההפקעה מידי יום-ביומו. היקש לדבר יכול שיימצא לנו במעשה תפישתם של נכסים לפי [תקנות ההגנה](#), 1939. במקרה שהיה החליטה הרשות המוסמכת לקנות אחיזה בדירה פלונית, ומשקף העותר את ההחלטה השיב המשיב, מניה-וביה, כי "צו ההחרמה כבר בוצע", וכי הלכה היא שבית-המשפט אינו מתערב "לאחר מעשה". על טענה זו אמר השופט זילברג דברים אלה:

החרמת נכסים על-פי תקנה 48, אינה מעשה חד-פעמי ומוגמר, אלא פעולה רצופה ושוטפת, היונקת תדיר את זכות הקיום שלה מתוך רצונה המתמיד של הרשות המחרימה ([בג"ץ 31/48](#)) יכימוביץ נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה, 1939 ו-1945 [11], בעמ' 200).

על-פי הדין ששרר אותה עת, היה ניתן להחליט על תפישתם של מקרקעין רק למטרה ספציפית כביטחון הציבור, הגנת המדינה, פעולתה היעילה של המלחמה או קיום אספקה ושירותים חיוניים לציבור. וקשר זה בין צו התפישה לבין המטרה שהצו נועד להשיגה, הוא שהולך למסקנה כי המשך קיומה של התפישה "טעון המשך קיומן של המטרות שלשמן היא נעשתה": "ה' קלינגהופר משפט מינהלי [51], בעמ' 108. ראו עוד [בג"ץ 70/53](#) חברת מ"ש בע"מ נ' ברגמן [12], בעמ' 593 (מפי השופט ש' ד' חשין).

כאנטונים לדגם של הזיקה הנמשכת והולכת עומד הדגם של מעשה מנתק-זיקה, וכשמו של זה כן-הוא: משנעשה המעשה ובא לעולם – שלם ובלא מום מלידה – כמו מתחילים חיים חדשים שאין אלא קשר היסטורי ביניהם לבין החיים שלפני אותו מעשה. לפי דגם זה, הפקעת קרקע מבעליה מנתקת כל זיקה בין הבעלים-לשעבר לבין הקרקע, ומעת ההפקעה ואילך השניים זרים הם זה-לזה. אמנם ניתן לתקוף את מעשה ההפקעה אם נפלו בו פגם או סירכה לעת שנעשה; לא כן הוא דין אם נעשה המעשה כדין ובגדרי סמכות; שבמקרה זה המעשה עשוי: הבעלים ייפרד מן הקרקע והשניים ילכו כל אחד לדרכו.

א

ב

18. הבחנה זו שבין דגם הזיקה הנמשכת והולכת לבין דגם מעשה מנתק-זיקה – הבחנה נורמטיבית היא; הבחנה נורמטיבית – להבדילה מתיאור עובדתי, דסקריפטי, של מערכת נסיבות. והכרעה נורמטיבית זו יסודה בשיקולים של מדיניות משפטית. החוק בגופו יכול שלא יורה אותנו מפורשות לא כך ולא אחרת, אך בית-המשפט יסבור – בפירושו של החוק – כי ראוי לסווג פעילות פלונית כפעילות הכרוכה בשמירת-זיקה או כפעילות הכרוכה בניתוק-זיקה. סיווג זה נעשה כפי שנעשה, למותר לומר, כדי להחיל על הפעילות הנדונה מערכת נורמות שבית-המשפט סובר שראוי להן כי תחולנה עליה.

ג

ד

מעשה הפקעת קרקע – האם מעשה מנתק-זיקה הוא

אם מעשה שומר-זיקה?

ה

19. כיצד נסווג מעשה של הפקעת קרקע? האם מעשה מנתק-זיקה הוא אם מעשה שומר-זיקה? הוראות החוק בעירומן אינן מורות אותנו במפורש לא כך ולא אחרת. לכאורה, יכול הטוען לטעון כי הפקעה הינה מעשה מנתק-זיקה, לאמור: כי לאחר ההפקעה מאבד הבעלים המקורי – לעתיד-לבוא – כל זיקה שהיא לנכס שהופקע. בה-בעת יכול הטוען-שכנגד לטעון, כי הפקעה הינה מעשה מורכב גם ממעשה מנתק-זיקה גם ממעשה שומר-זיקה. וכך, ככל שהמדובר הוא במעשה ההפקעה גופו, תחול עליו מערכת נורמות המתאימה עצמה למעשה מנתק-זיקה. בה-בעת מוטד ההפקעה, קומפלקס ההפקעה, יחסו של הבעלים-לשעבר לקרקע שהופקעה – כמוהם כתפישת נכסים בדוגמה שהבאנו לעיל – הינם פעולה שומר-זיקה. כנדרש מכאן, גם לאחר מעשה ההפקעה ממשיך הבעלים המקורי לשמור על זיקה לנכס – במידת הדיקות זו או אחרת – במקביל לחובתה של הרשות להמשיך ולעשות בנכס המופקע שימוש כיעודו בעת ההפקעה.

ו

ז

כיצד נכריע אפוא בדיון? הכרעתנו תידרש – כמקובל עלינו – מתוך עקרונות-יסוד המדריכים את שיטת המשפט, אותם עקרונות המהווים חלק מן הצופן הגנטי של שיטת המשפט כולה, עקרונות שאפשר אין הם כתובים על-ספר אך הם-הם המורים אותנו הדרך, הם-הם אותם "אישונים" השוכנים בגופנו והמלמדים אותנו מה נעשה ומה לא נעשה.

20. בעבר הרחוק – וגם בעבר הלא-כל-כך רחוק – שלטה דוקטרינה שסיווגה את מוסד ההפקעה כמעשה מנתק-זיקה, מעשה שנשלם – תם ונשלם – למצער עם רישומה של הקרקע המופקעת על-שם המדינה. עם העברת הקניין בקרקע מן הבעלים למדינה, הושלמה ההפקעה, ולאחריה נותקה לעד הזיקה בין הבעלים המקורי לבין הקרקע. אכן, הבעלים היה יכול ורשאי לתקוף את מעשה ההפקעה באשר-הוא, אך משנמצא כי אין פגם במעשה ההפקעה גופו, נפרד הבעלים מאדמתו. ההיקש שלעניין היה מעיסקת מכר רגילה (out-and-out sale), שלאחר השלמתה מאבד המוכר כל זיקה לקרקע. אכן, לצרכים מסוימים – כגון לשומת פיצויים – דימו (ועדיין מדמים) הפקעה למכר כפוי (compulsory purchase), אלא שהדוקטרינה הרחיבה בעבר היקש זה למעשה מכר גם לעניין זיקתו – שמא נאמר: להיעדר זיקתו – של הבעלים-לשעבר לנכס לאחר ההפקעה. ההלכה סמכה עצמה, בין השאר, להוראת [סעיף 19](#) לפקודת ההפקעות, שלאחר פרסום הודעה ברשומות מטעם שר האוצר על כך שקרקע פלונית מוקנית לו "...תוקנה הקרקע לשר האוצר... חפשיית מכל נטל, ומנהל אגף הרישום והסדר הקרקעות יגרום שתיערכנה הרשומות הנאותות בספרי האחוזה" ([סעיף 19\(2\)](#) לפקודה). כך, למשל, אמר השופט ח' כהן בד"נ [29/69](#) אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר (פרשת אביבים [13]), בעמ' 414:

לא זו בלבד שהמטרה הציבורית שלשמה נעשתה ההפקעה אינה צריכה להתגלות כלל לבעל הנכס המופקע, אלא היא אף אינה מחייבת את הרשות המפקיעה כל עיקר: ברצותה משתמשת בנכס המופקע לאותה המטרה הציבורית, ברצותה משתמשת בו לצרכים אחרים, ברצותה אינה משתמשת בו בכלל – ואין לו לבעל הנכס המופקע כל זכות עמידה מול הרשות המפקיעה וכל עילת תביעה נגדה בשל שימוש זה או אחר, או בשל חוסר שימוש, בנכס המופקע בתקופה שלאחר ההפקעה.

א

[[לא זה בלבד, שהמטרה המיוחדת, שלשמה ישמשו המקרקעין המופקעים איננה נקבעת בכל חוק, אלא אף אינה חייבת להתגלות בהודעת שר האוצר לפי סעיף 5 של הפקודה. לעובדה זו יש גם תוצאות מעשיות. כפי שהצביע חברי הנכבד השופט ברנזון בזמן שמיעת הטענות, אין זה הכרחי כלל שהמקרקעין שהופקעו ישמשו דוקא לאותה מטרה שעמדה לנגד עיני שר האוצר בעת ההפקעה, אלא המטרה עלולה להשתנות ממטרה ציבורית אחת למטרה ציבורית אחרת, ואף ייתכן מקרה, שקרקע שהופקעה לצרכי ציבור כלל לא תשמש לאותם צרכים.

ב

ג

21. על-פי הלכה זו, עם השלמת מעשה ההפקעה נמוגה זכותו של בעל הנכס, והרשות רשאית וחופשית לעשות בנכס כרצונה, משל הייתה בעלים שירש את הקרקע מזקניו. המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע מיצתה עצמה במעשה ההפקעה; משך חייה של אותה מטרה היה כמשך חייו של מעשה ההפקעה. ומשתם מעשה ההפקעה ונשלם, משתלטת הרשות על קרקע הבעלים, ואילו לבעלים-לשעבר לא נותר כל שיור באותה קרקע. הלכה זו חזרה ונשנתה ב**בג"ץ 282/71** בנין נ' שר האוצר (פרשת מוריס בנין 14), שבה הופקעה קרקע לשימושו של הצבא ("מחנה אלנבי"), ולימים ביקשה המדינה להציע את הקרקע לתושבי-חוץ "במסגרת חיסכון להקמת דירות מגורים". הבעלים הקודם מוריס בנין ביקש כי לאחר זניחת המטרה הציבורית תוחזר הקרקע לבעלותו, אך בית-המשפט החליט כי אין בסמכותו להיעתר לו בהניחו כמובן מאליו כי מעשה ההפקעה ניתק כל זיקה בין הבעלים לבין הקרקע שהופקעה. השופט י' כהן הזכיר את הוראות **הסעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון והבניה**, תשכ"ה-1965 (שעניינן המשך זיקתו של הבעלים-לשעבר לנכס שהופקע, ולהן נידרש בהמשך דברינו), ובדברו כהן אמר (שם, בעמ' 469), כי: "...ייתכן שרצוי לחוקק הוראות דומות לגבי כל מקרקעין שהופקעו לצרכי ציבור, אך ענין זה הוא בסמכותו ובשיקולו של המחוקק". כל זאת, על-אף שלדעת השופט "במקרהו של העותר אי-הצדק נראה כמשווע במיוחד..." (שם). השופט לנדוי הסכים כי "נגרם לעותר עוול משווע", ובכל-זאת הסכים להכרעת-הדין:

ד

ה

ו

ז

כאשר נגרם לעותר עוול משווע, כפי שציין חברי הנכבד השופט י' כהן, ואין בידי בית-המשפט להושיע, סימן הוא שהחוק והשימוש

שנעשה בו הלכה למעשה אינם ממלאים אחרי דרישות הצדק (שם),

בעמ' 469).

א

בהמשך דבריו כך אמר השופט לנדוי (שם, בעמ' 470):

ב

במקרה דנן היה הצדק דורש שהמדינה תחזיר לעותר ולאחיו את הקרקע, אחרי שחדל הצורך הבטחוני שלמענו נרכשה הקרקע בשעתו, ותשלם להם דמי שימוש לשנים שבהן שימשה הקרקע למטרה הבטחונית... אם דרושה הקרקע כיום למדינה למטרה ציבורית אחרת (ואין אני יודע אם יש לראות בתכנית המכירה למשקיעי-חוץ מטרה ציבורית), היה הצדק דורש שהעותר יפוצה לפי ערכה של הקרקע כיום. אולם אין לזה יסוד בחוק הקיים, מאחר שהבעלות בקרקע הוקנתה למדינה עוד בשנת 1961, ומה שנרכש כבר לצרכי ציבור, אין לרכשו שנית.

ג

...אני בדעה שהפקודה טעונה תיקון לשם מציאת פתרונות משפטיים יותר צודקים למקרים כגון זה.

ד

באותה רוח פסק בית-המשפט בג"ץ 224/72 גאולת הכרך בע"מ נ' שר האוצר (פרשת גאולת הכרך [15]), בעמ' 157. ושוב: בית-המשפט לא נדרש כלל לקלסיפיקציה הדיכוטומית למעשים מנתקי-זיקה ולמעשים שומרי-זיקה. הנחת-התשתית לפסק-הדין – הנחה שהכול ראו בה הנחה מובנת-מאליה – הייתה זו, שמוסד ההפקעה סב-חג את מעשה ההפקעה, ומעשה הפקעה שהושלם כדין מנתק אחת-ולתמיד זיקה בין הבעלים לבין הקרקע שהופקעה מידו.

ה

22. מוסד ההפקעה אפוא – כך הכריזה ההלכה – הינו מעשה מנתקי-זיקה. הלכה זו הייתה הלכה מעשה מיקשה – הלכה מונוליתית – בלא כל חריג או פרץ בה. בתי-המשפט אמנם השמיעו קולות רמים של אי-שביעות רצון, ואולם בראותם עצמם כבולים להוראות החוק – כפירושם לחוק – לא סטו מן ההלכה לא הימין ולא השמאל. עם זאת, דומה כי לא נעשה משפט צדק אם לא נזכיר קול אחד אשר ניסה להתקומם נגד ההלכה – לא אך בקריאה למחוקק לתקן את החוק אלא בפירושו של החוק כמות-שהוא לטובת בעל הקרקע המופקעת. היה זה קולו של השופט לנדוי בפרשת אביבים [13], שבה השמיע באוזני-כול זכות לבעלים גם לאחר הפקעה כדין (שם, בעמ' 405):

ו

ז

א

...מסופקני אם מותר לשר האוצר להפקיע למטרה ציבורית פלונית...
ואחר-כך לנצל את הקרקע בפועל למטרה... [אחרת – מ' ח' או,
למשל, לצורך מכירתה בשוק לשם עשיית ריווח. במקרה כזה הייתי
מחפש תרופה כלשהי, אולי בנזיקין ואולי על-פי דיני היושר, לבעל
שממנו הופקעה הקרקע "בטענות-שוא".

ב

ראו עוד פרשת מוריס בנין [14], בעמ' 468. ואולם גם כאן אין השופט לנדוי מציע לנו
לסטות מן הפירוש המסורתי להפקעה, ולפיו הנחת-יסוד היא שהפקעה היא מעשה
המנתק זיקה בין הבעלים המקורי לבין הקרקע המופקעת.

ג

23. הילכת המעשה המנתק-זיקה חייבה עצמה בביקורת חריפה מפיו של מחולל
תורת המשפט המינהלי בישראל, הלא הוא פרופ' י' ה' קלינגהופר. ביקורת זו הושמעה
בהערה לפסק-הדין בפרשת גאולת הכרך [15], ברשימה שכותרתה היא "צמידות של
קרקע מופקעת לייעודה" [59]. פרופ' קלינגהופר הציע להכיר במוסד של "קניין ציבורי",
ולפיו קרקע שהופקעה כפופה למשטר מיוחד, משטר השונה מקרקע שלא הופקעה.
אותו משטר אמור לשלוט בקרקע המופקעת שנים לאחר ההפקעה, מחייב הוא את
הרשות בנורמות מסוימות, ובה-בעת מזכה הוא את הבעלים בזכויות מסוימות. משטר
נורמטיבי זה הוא משטר של פעילות שומרת-זיקה, ועם מעשה ההפקעה אין ניתוק-זיקה
בין הבעלים המקורי לבין הקרקע שהופקעה. פרופ' קלינגהופר מצטט מפסק-הדין
בפרשת גאולת הכרך [15] אמירה כי: "...דרישת העותרת [הבעלים-לשעבר של הקרקע
המופקעת – מ' ח'] היא למעשה דרישה שהמדינה תעביר לה חלק מהרכוש אשר הוא
היום בבעלותה", וכי "לא מן הראוי שנתערב אנו ונהפוך סידרי הקניין באדמה על
פיהם", ועל כך אומר הוא דברים אלה (שם [59], בעמ' 876-877):

ה

...מלים אלו, יותר משהן משקפות פירוש של הוראות חוק, נותנות
ביטוי לגישה ועקרון. השאלה היא אם הגישה והעקרון מובנים
מאליהם בתורת ההפקעות ודיניהן. בכמה וכמה מדינות אין זאת
הסברה ואין זה הדין. שם, צמידות של קרקע מופקעת לייעודה איננה
עניין פורמאלי גרידא שדי להכריז עליו שעה שמחליטים על
ההפקעה, ושאחרי העברת הבעלות לידי הזוכה בה מכוח ההפקעה
אין מייחסים לו עוד חשיבות. ההיפך הוא הנכון: הזיקה לצורך
הציבורי שלמענו ניתנה ההפקעה, מלווה את הנכס עוד זמן רב אחריו
הוצאתו מרכוש בעליו. ואם אין משתמשים בנכס כלל, או אין
משתמשים בו בהתאם לייעודו, הרי הבעלים הקודם רשאי לתבוע את
החזרתו.

ו

ז

...

א אם תיקבע בחוק הרשות לדרוש החזרה של קרקע שלא נוצלה כלל לפי ייעודה, ימצא אולי המחוקק אגב כך לנכון לקבוע כי רשות זו תינתן גם לגבי קרקע שניצלה וחדלו לנצלה.

ב על אותו רעיון עמד פרופ' קלינגהופר כחמש-עשרה שנים קודם לכן בספרו הנ"ל [51]. וכך אמר (שם, בעמ' 154):

ג יצירת קניין ציבורי, בין אם היא תלויה בהעברת בעלות לידי השלטון ובין אם לאו, מהווה בדרך כלל התערבות רצינית ולעיתים אף חמורה בזכויות רכושיות שאין להצדיקה אלא לשם מימוש מטרות מסוימות לטובת הציבור. לפיכך, שומה על המחוקק לדאוג לכך שבכל מקרה של התערבות מעין זו של השלטון יהא הקניין כבול כבילות משפטית של ממש לתכלית ציבורית, ועל הרשויות המינהליות, וגם על בתי המשפט המשגיחים על חוקיות פעולותיהן, לשמור על כך שההתערבות לא תהיה אלא למען המטרה הציבורית שאותה הקניין מיועד לשרת לפי החוק.

ד 24. הנה-כ"כ, פרופ' קלינגהופר הציע (אם כי לא במילים אלו) להחליף את הדוקטרינה בדוקטרינה טובה הימנה, לאמור: תחת סיווגו של מעשה הפקעה כמעשה מנתק-זיקה, לסווגו כמעשה שומר-זיקה. וניתן דעתנו לדבר: הרעיון לשנות את הדוקטרינה אין בו כדי לשנות את הוראותיה של פקודת ההפקעות או כדי לפרש הוראות-חוק שלא כדרכן. מדברים אנו בדוקטרינת-תשתית שפקודת ההפקעות כמו נבנתה עליה. פקודת ההפקעות כמו "אדישה" היא לדוקטרינה, וניתן לפרשה על-פי הדוקטרינה האחת או על-פי הדוקטרינה האחרת. הוראות הפקודה נשארות כשהיו, בלא כל שינוי – גם לפי הדוקטרינה האחת גם לפי הדוקטרינה האחרת – ואין כל מניעה להחזיק בדוקטרינה זו או בדוקטרינה זו. בהיעדר הוראות מפורשות בחוק – והוראות מפורשות בחוק אין – העדפתה של דוקטרינה אחת על רעותה אינה אלא הכרעה במלחמת-ערכים; הערכים הם שיכריעו, הם ולא כל פירוש טכני להוראת-חוק זו או אחרת. ערכים אלה – כפי שאמרנו במקום אחר – הינם מגופו ומרוחו של בית-המשפט לעת שבתו לעשות צדק ומשפט. ראו [דע"א 6339/97](#) רוקר נ' סלומון [16], בעמ' 264.

ה 25. נראה לנו כי צדק פרופ' קלינגהופר בביקורתו על ההלכה, על אותה הלכה שאימצה לה את דוקטרינת המעשה מנתק-הזיקה. לא זו בלבד שדוקטרינה זו אינה

נדרשת מן הפקודה, אלא שנדרשת ממנה דווקא הדוקטרינה של הפעילות שומרת-הזיקה. דוקטרינה זו האחרונה מתבקשת – כמו-מאליה – משני אלה: אחד, מן הצורך לפרש באורח אינטגרטיבי ובהרמוניה את הוראות הדין בהפקעה – ובעיקר את ההמשכיות והרציפות המתבקשות בין התקופה הראשונה של ההפקעה לבין התקופה השנייה; שניים, ושיקול ראשון במעלה הוא: מעקרוניסוד המשורגים בכל נורמה ונורמה במשפט (והפועלים, כמובן, גם בתקופה הראשונה).

א

26. אשר להמשכיות מן התקופה הראשונה לתקופה השנייה: בדברינו למעלה (ראו פסקה 14) עמדנו מעט על התקופה הראשונה בחייה של הפקעה – היא התקופה הנסבה על מעשה ההפקעה גופו – ונתנו בה כמה וכמה סימנים. ראשית לכול, ראינו כי נטל הוא המוטל על שר האוצר לפרש ולפרט בהודעה המתפרסמת ברבים על אודות כוונתו להפקיע קרקע פלונית, ולאילו מטרה מבקש הוא להפקיע אותה קרקע. שנית, להבדיל מן ההלכה שנקבעה בשנותיה הראשונות של המדינה – ולפיה היה מעשה ההפקעה כמעט כחדר נעול שאין באים בו – קבע בית-המשפט – באורח מפורש – את סמכותו לקיים פיקוח "אפקטיבי" על כל מעשה הפקעה. שלישית, על הרשות להוכיח כי במעשה ההפקעה נתקיימו שלושה אלה: קיומה של מטרה ציבורית מסוימת ומוגדרת; זיקתה של המטרה הציבורית לקרקע שנדונה להפקעה וקיום צורך בהפקעה דווקא כדי לממש את המטרה הציבורית. לשון אחר, ההפקעה חייבת לעמוד במבחן המידתיות על שלוש האונות שבו: אונת ההתאמה הרציונלית בין אמצעי למטרה; אונת האמצעי שפגיעתו פחותה ואונת התועלת-נזק, אונה הידועה בציבור גם כמבחן המידתיות כמובנה הצר (ראו דברי השופט דורנר בדנג"ץ נוטיבה [9], בעמ' 88; [בג"ץ 3648/97](#) טטמקה נ' שר הפנים [17], בעמ' 776-777).

ב

ג

ד

ה

27. נעבור עתה על מאפיינים אלה הנדרשים לקיומה של הפקעה – נעבור עליהם ונקשה קושיות. שר האוצר נושא בנטל לפרש את מטרתה של ההפקעה ולפרטה. לכאורה, ובהיעדר אינדיקציה נוגדת, הדעת נותנת – וזה פירושה הסביר של פקודת ההפקעות – כי פירושה של המטרה ופרסומה ברבים נועדו לא אך ליום ההפקעה עצמו אלא להמשכה של הדרך; כי מטרתה של ההפקעה אמורה ללוות את הקרקע לא אך ביום ההפקעה עצמו אלא שנים רבות לאחר מעשה ההפקעה. פירוש זה שלפקודה סביר מן הפירוש הנוגד ולפיו מטרת ההפקעה נמוגה ונעלמת ביום ההפקעה. ואמנם, האם סביר להניח כי הנטל להודיע ברבים על כך שההפקעה נעשית למטרה מפורשת ומסוימת דווקא, כי נטל זה ממצה עצמו ביום מעשה ההפקעה? כי מטרת ההפקעה נבלעת ונטמעת במעשה ההפקעה עד בלי-שייר? כי מטרת ההפקעה הייתה כ"דִּרְךָ הַנֶּשֶׁר בְּשָׁמַיִם, דֶּרֶךְ נֶחֱשׁ עָלֵי צוּר, דֶּרֶךְ-אֲנִיָּה בְּלִבֵּי־וָדָר, גִּבֹּר בְּעֵלְמָה" (משלי, ל, יט [א])? – לאמור, כי יום לאחר מעשה ההפקעה נעלמת המטרה לבלי השאר סימן? הנקבל כי יום

ו

ז

לאחר ההפקעה תוכל המדינה למכור את הקרקע למרבה במחיר משום שמטרת ההפקעה הפכה, כביכול, להיותה בלתי רלוונטית? האם נסכים כי לאחר ההפקעה תוכל המדינה לשקוט על שמריה שנים רבות ושלא לעשות שימוש בקרקע למטרה שלמענה הופקעה? השאלות שאלות והתשובות בהן.

28. אשר לשלושת התנאים החייבים להתקיים בעת מעשה ההפקעה (קיומה של מטרה ציבורית ספציפית; זיקתה של המטרה לקרקע; קיום צורך בהפקעה דווקא), נוכל להקשות עליהם אותן קושיות שהקשינו על תנאי הפרסום. הפקודה שותקת ואינה מורה אותנו דבר באשר לסטטוס של הקרקע המופקעת לאחר מעשה ההפקעה. ואולם נתקשה לקבל כי שלושה תנאים אלה – כמוהם כטוואיה-משי (פרפר-משי) – אמורים הם להיות רק יום-יומיים – בימי ההפקעה – וכי לאחר מכן שובקים הם חיים לכל-חי. אוכל להבין טיעון ולפיו חייבים אותם תנאים להתקיים במלוא העוצמה לעת מעשה ההפקעה, ואולם לאחר מכן – בתקופה השנייה – ימשיכו אמנם ויתקיימו אך בעוצמה פחותה. ואולם להסכים לא אוכל כי תנאים אלה ייעלמו כבמטה-קסם לאחר מעשה ההפקעה – ממש מערב עד בוקר – וכי כל הטרחה לקיומם של התנאים לא נטרחה אלא ליום אחד בלבד, ליום ההפקעה. בסוף כל הסופות נזכור, הפקעת קרקע נועדה לא אך ליום אחד בלבד אלא לשנים הרבה, ולפי הדוקטרינה שהייתה מקובלת בעבר: לעולמי-עולמים; הנקבל כי כל העוצמה תתרכז באותו יום אחד ויחיד בעוד אשר כל השנים שתבואנה – עד קץ-כל-הדורות – לא תיחשבנה? תשובתי לשאלה היא בשלילה גמורה.

דומה אף זאת, שההגנה אשר הקניין ראוי לה – הקניין באשר קניין הוא – מחייבת מסקנה זו. כשם שזכות הקניין אינה חיה אך יום אחד בלבד אלא מתקיימת לאורך ימים ושנים – ובעניינה של קרקע: לעד – כן נתבע, כמסקנה נגזרת, כי המגבלות אשר תחולנה על שלילת זכות הקניין בידי השליט תהיינה בעלות עוצמה השווה לזכות הקניין; תהיינה בעלות עוצמה שווה ותתלווינה כצל אל זכות הקניין המופקעת לאחר שעברה אל הרשות.

אם אלה דברים אמורים בתנאים העקרוניים להפקעה ובפרסומה של ההפקעה לרבים, לא-כל-שכן ייאמרו הם – ובקול רם – לעניינינו של מבחן המידתיות, מבחן שמעשה ההפקעה חייב לעמוד בו בכבוד. בדנג"ץ נוטייבה [9] (שם, בעמ' 88) אמרה השופטת דורנר על מבחן המידתיות בקשר להפקעתה של קרקע:

יסוד זה – המידתיות – כולל בעניינינו שלושה רכיבים: 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 הפקעה, 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.

א

נבחן-נא תנאי-מידתיות אלה, אחד-לאחד, וידענו כי מסקנה זרה-ומוזרה תהא זו אם נגביל אותה מידתיות ליום ההפקעה; כי בערבו של יום ההפקעה ייעלם צורך המידתיות כמו לא היה ולא נברא.

ב

29. מסקנתנו לענייננו הינה זו שמאפייניה של התקופה הראשונה בהפקעה – מעשה ההפקעה גופו על הנלווה והנספח לו – מחייבים כמו-מעצמם המשכיות לתקופה השנייה. התנאים הנדרשים למעשה ההפקעה, על-פי עצם טיבם ומהותם, לא יועדו לחיים קצרי-מועד, ליום ההפקעה בלבד. נועדו הם לחיים ארוכים יותר: לא רק ליום ההפקעה אלא לתקופה השנייה אף-היא. אכן, סקירת המערכת ממעוף הנשר – בראיה סינופטית רחבה – עשויה ללמדנו כי מוטד ההפקעה – כרצף של שתי התקופות בו – נמשך אל מרכז הכבידה של הפעולות שומרות-הזיקה יותר – הרבה יותר – מאשר אל מרכז הכבידה של המעשים מנתקי-הזיקה.

ג

ד

30. כך הוא לעניין מאפייניה של ההפקעה מתוכה ובה, ובוודאי כך הוא בתתנו דעתנו לעקרונות-יסוד במשפט ולאינטרסים הלוחמים ביניהם לבכורה: מזה צרכיה של המדינה, צרכיו של הציבור, ומזה אינטרס הפרט בהגנה על קניינו. למותר לומר – הדברים נלמדים מאליהם – כי נטיעתה של זכות הקניין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייבת אותנו לחזק – ובאורח ניכר – את ההגנה על קניינו של היחיד. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מורנו – בסעיף 3 בו – כי "אין פוגעים בקנינו של אדם", וקביעה זו שבחוק-יסוד – על ההגבלות המתחייבות מתוך חוק-היסוד גופו – משמיעה אותנו בלשון ברורה ערכו של קניין היחיד מהו. נשקיף על זכות הקניין של היחיד מבעד לפריסמה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וידענו כי הדוקטרינה שומרת-הזיקה – לאמור: דוקטרינה שכל-כולה ומעיקרה לא נועדה אלא להגנת קניינו של היחיד – זכתה בתנא דמסייע מן המעלה הראשונה (תרת-משמע). על חשיבותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לענייננו עמדו חברינו בפרשות נוטיבה [6], [9] ומחול [5] – חברתנו השופטת דורנר אף עשתה חוק-יסוד זה תשתית לדבריה – ואנו לא באנו אלא לחזק דברים שאמרו. ראו עוד זמיר בספרו הנ"ל [50], בעמ' 200-201.

ה

ו

ז

- יתר-על-כן, דווקא בשל כוחה האדיר של המדינה במעשה ההפקעה; דווקא בשל ההגנות המעטות הניתנות ליחיד בנסותו להגן על נכסיו כנגד מעשה ההפקעה; דווקא בשל אלה שומה עלינו להגן על קניינו של היחיד ככל הניתן. אכן, יש שהפקעה היא בבחינת הכרח-לא-יגונה – זו טובת הכלל – ועל כך נסכים כולנו. ואולם נכיר בהפקעה ונתמוך בה כל עוד אין היא מסיגה את גבולו של היחיד מעבר למידה הראויה. הנה היא קרקע פלונית שהופקעה למטרת הקמתו של גן ציבורי. לאחר שנים מספר – בעקבות שיפור בתכניות תכנון עיר, למשל – מבקשת המדינה למכור אותה קרקע למרבה במחיר ולהקים גן במקום אחר. במקרה מעין-זה נתקשה לכלוא כוונת מכירה זו במסגרת טובת הכלל, ולא נדע על-שום-מה לא תעמוד לו ליחיד זכותו להשבת הקרקע אל-חיקו, אם אך יבקש זאת (כמובן, תוך חיובו להשיב לרשות את דמי-הפיצויים שקיבל בתנאים המקובלים של הצמדה וריבית, שיפוי בגין השבחה שהקרקע השביחה, ואפשר אף כיסוי הוצאות מסוימות שהמדינה עמדה בהן). הוא הדין במקום שבו לא מימשה הרשות את מעשה ההפקעה זמן רב יתר-על-המידה. השוו פרשות טריידט [7] ונוטיבה [6], [9].

31. המסקנה: הפקעה ראוי לנו שנראה בה פעילות שומרת-זיקה, ותנאים שהיוו תנאים-בלעדיהם-אין למעשה ההפקעה, מן הדין כי יוסיפו ויתקיימו – על דרך העיקרון – גם בתקופה השנייה. על דרך העיקרון, אמרנו, וכוונתנו לשני סייגים אלה: אחד, חלק מן התנאים למעשה הפקעה (כגון חובת הפרסום) בדרך הטבע לא יתפשו בתקופה השנייה, וחלק אחר בהם אפשר יעבור מוטציה במהלך אותה תקופה, לאמור: אפשר יחולו שינויים כלשהם בתוכן התנאים ובכל זאת תתפוש ההפקעה כבראשיתה; שניים, יש יסוד לגירסה שלא נדרוש כי התנאים המוקדמים למעשה הפקעה יתקיימו בתקופת השנים שלאחר ההפקעה באותה עוצמה הנדרשת למעשה ההפקעה גופו. בנושאים אלה נוסיף ונדון בהמשך דברינו.

32. בשולי הדברים נוסיף ונעיר (והוא שלא לענייננו במישרין): דין החל במקום פרשות מיצתה מטרה ציבורית שלשמה הופקעה קרקע פלונית, דין דומה לו יחול גם על מקרה שבו לא מימשה הרשות את מעשה ההפקעה זמן רב יתר-על-המידה. אכן, רשות שהפקיעה קרקע למטרה פלונית, ושנים ארוכות אין היא עושה שימוש בקרקע למטרה שלשמה הופקעה הקרקע, בעצם מחדלה זה מלמדת היא על עצמה כי אין היא זקוקה לקרקע שהופקעה: לא בזמן שהופקעה ולא למטרה שהופקעה למענה. אותו צורך ציבורי שבעטיו נלקח הקניין מן היחיד והועבר לשימוש הכלל הוכח בעליל כי אין הוא עז דיו וממילא כי אין הוא מצדיק נטילה כפויה של הקרקע. אם אמרנו כי מבחן המידתיות חל על ביצועה של הפקעה, השתהות בביצוע ההפקעה במשך תקופה ארוכה מעוררת ספק אם אמנם הייתה ההפקעה אמצעי מידתי בנסיבות העניין (ראו בעניין זה דברי השופט דורנר בדנג"ץ נוטיבה [9], בעמ' 89). מכאן נדרשת כמור-מאליה הלכה

שנתקבלה, ולפיה, השתהות בלתי סבירה מטעם הרשות במימוש מטרת ההפקעה מקנה זכות לפרט לדרוש את ביטולה של ההפקעה. ראו, למשל, פרשות טריידט [7] ונוטייבה [6]. ראו עוד: [בג"ץ 174/88](#) אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, המרכז [18]; פרשת שמואלזון [4]; פרשת מחול [5]. ראו בהרחבה א' קמר דיני הפקעת מקרקעין [52], בעמ' 178-188.

א

מדוקטרינה לדוקטרינה

ב

33. טעמים שהבאנו לאפיונה של התקופה השנייה בהפקעה הכבירו על ההלכה שסיווגה את ההפקעה כמעשה מנתק-זיקה; הכבירו עליה והביאו לטלטולה אנה-ואנה. ודו"ק: החוק החרות נותר כשהיה. דבר לא נשתנה בפקודת ההפקעות גופה. הדוקטרינה היא שהחלה משנה את פניה, אותה דוקטרינה המחלחלת בנימיה של פקודת ההפקעות ונותנת בה חיים. כך החלה תזווה מדוקטרינת המעשה מנתק-הזיקה לדוקטרינת הפעילות שומרת-הזיקה. וכך, עם תחילת ההכרה בקיומה של זיקה גם לאחר מעשה ההפקעה, החל מתייצב איזון ראוי בין זכות הקניין של היחיד לבין אינטרס הכלל – לא אך ליום ההפקעה אלא לימים שיבואו לאחר יום ההפקעה.

ג

ד

34. ההכרה כי ראוי שהדוקטרינה המקובלת, דוקטרינת המעשה מנתק-הזיקה – תיבטל, וכי תבוא דוקטרינה אחרת תחתיה – היא הדוקטרינה שומרת-הזיקה – חלחלה בהלכה זמן לא-מעט: החל בהערותיו של השופט לנדוי בפרשות אביבים [13] ומוריס בנין [14]; המשך בהערת פרופ' קלינגהופר; עבור בהלכות שקבע מ"מ הנשיא שמגר בפרשת לוביאניקר [3] ועד פרשת נוטייבה בשני גלגוליה [6], [9]. הלחץ גבר והלך, הלך וגבר, עד שהדוקטרינה המקובלת החלה מאבדת משיווי-משקלה ומיציבותה.

ה

מכה קשה על הילכת המעשה מנתק-הזיקה נחתה בפרשת מחול [5], ובאותו מהלך החלה עולה לפנינו – צחה ונקייה – הדוקטרינה שומרת-הזיקה. באותה פרשה הופקעה קרקע לפיתוח ולבניית שיכונים, מבני ציבור ורווחה בעבור תושבי האזור ומפוני העיר העתיקה בעכו. הרשויות לא מימשו את מטרת ההפקעה. לאחר עבור כ-16 שנים מאז פרסום ההודעה לפי [סעיף 5](#) לפקודת ההפקעות וכ-6 שנים לאחר הקנייתה של הקרקע למדינה (כהוראת [סעיף 19](#) לפקודה), הוחלט לשנות את מטרת ההפקעה. עקב גל העלייה של ראשית שנות התשעים נוצרה מצוקת דיור קשה, ועל-כן תוכנן להקים במקום שכונה לעולים חדשים תחת התכנון הראשון של ההפקעה. על שינוי זה במטרת ההפקעה באה טרוניית העותר, הבעלים המקורי של הקרקע. השופטים נחלקו בדעותיהם באשר לשאלה אם שינוי ייעוד ודילוג ממטרה ציבורית אחת למשנה יש בהם

ו

ז

כדי לעקור את ההפקעה ממקומה (ועל כך נשוחח בהמשך דרכנו), ואולם, דעת הכול הייתה כי בעלים של קרקע שהופקעה ממשיך לשמור על זיקה לקרקע, וכי על דרך העיקרון זכותה של הרשות בקרקע המופקעת תלויה ואחוזת כל-כולה בהמשך שימושה של הקרקע למטרה ציבורית. אמר על כך השופט גולדברג (בעמ' 321-322):

א...ההפקעה לא נועדה להעשיר את המדינה. בין הפקעת הקרקע לבין צורכי הציבור קיים קשר בליינתק, עד כי ניתן לומר שמבחינה רעיונית זכות הקניין שרוכשת המדינה בקרקע שהופקעה מן הפרט – אף אם הושלמו הליכי ההפקעה – היא זכות 'מותנית', והתנאי הוא נחיצות הקרקע להגשמת צורך ציבורי. משחלף הצורך הציבורי מן העולם, או קמה עילה אחרת לביטול ההפקעה, יש להשיב את הקרקע לבעליה, אם רצונו בכך. השבת הקרקע במצב דברים זה היא שמיבה את 'סדרי הקניין באדמה' על כנם, שאם לא כן הופכת ההפקעה ממכשיר להגשמת יעדים חברתיים למטרה עצמאית, העומדת בזכות עצמה.

ב ובהמשך (בעמ' 322):

ג...זיקתו של בעל הקרקע אל הקרקע שהופקעה אינה נמוגה לאחר הקניית הקרקע למדינה, וניתן אף לומר כי זיקה זו קיימת גם לאחר שקיבל פיצויים בעבור ההפקעה, שכן בהפקעה מובנת, כאמור, לא רק פגיעה כלכלית אלא גם פגיעה בהיבט הרגשי, המרכיב את הזכות לקניין. מכאן, שגם לאחר השלמת הליכי ההפקעה עדיין על שר האוצר לפעול במיתחם הסבירות, בבואו לעשות שימוש בקרקע, ואין הוא רשאי לעשות בקרקע כאילו לא נרכשה הקרקע בדרך של הפקעה.

ד ואמר השופט מצא (בעמ' 328):

ה משמצאנו כי גם מעיקרא אין להעמיד את הרשות בחזקתה כי תשתמש בקרקע המופקעת למטרתו של צורך ציבורי שיש בו כדי להצדיק את ההפקעה, אלא כי יש לחייבה לפרש מראש את מטרת ההפקעה, קשה להלום שהרשות תהיה פטורה מכך לאחר ההפקעה, אם וכאשר נוכחה לדעת שהצורך הציבורי שלשמו הופקעה הקרקע חדל מלהתקיים....

א

35. נסכם באומרנו, כי במגזר ההפקעות מצויים אנו כיום בעיצומו של מעבר מדוקטרינה לדוקטרינה: מדוקטרינת המעשה מנתק-הזיקה לדוקטרינת הפעילות שומרת-הזיקה; מדוקטרינה המורה כי במעשה הפקעה מתנתק בעלים לעולמים מקניינו, לדוקטרינה המורה כי בעלים של קרקע שהופקעה ממשיך לשמור על זיקה לקרקע גם לאחר הפקעתה, דוקטרינה המכפילה את הקרקע המופקעת למשטר של "קניין ציבורי". פירוש הדברים הוא שלפי הדוקטרינה הבוקעת נגד עינינו, הרשות המפקיעה אינה רשאית ואינה מוסמכת לעשות בקרקע המופקעת ככל העולה על רוחה – משל הייתה בעלים פרטי – וכפופה היא למשטר של שימושים ציבוריים מסוימים בקרקע. אכן, צמידותה של קרקע מופקעת לייעוד ציבורי עשויה שתתחייב מזכות הקניין של הפרט, וזכותו של הפרט ראוי לה כי תעמוד לו – על דרך העיקרון – והקרקע תחזור לחזקתו משתם השימוש הציבורי בה. עם חלוף המטרה הציבורית חולפת עמה גם הלגיטימיות של המשך החזקת הקרקע בידי הרשות, ובעלותה. הגיעה העת להציב ולייצב את הדוקטרינה החדשה על כנה ועל כך אנו מכריזים כהיום הזה. ערים אנו, כמובן, למהפכה-זוטה שאנו מחוללים בדין ההפקעות ולכך שאנו מכירים בדוקטרינה המשנה במשהו את תפישת הקניין במקרקעין. ואולם נגיסה זו שהדוקטרינה אומרת לנגוס בקניין הבעלות מצמצמת עצמה, על-פי עצם הגדרתה – ובכפוף לדוקטרינות אחרות במשפט – בעיקר ליחסים שבין המדינה (או רשויות ציבור אחרות) לבין היחיד, ובדין ההפקעות בלבד. ואולם סבורים אנו כי ראוי לנו שנכיר בדוקטרינת-הזיקה. הגיעה העת לכך.

ב

ג

ד

ה

36. נדייק בדברינו ונאמר: כל שאומרים אנו עתה אינו אלא זה, שהפקעה – באשר היא – אין בה כדי לנתק זיקה של בעלים לקרקע שהופקעה מבעלותו. בתקופה השנייה של ההפקעה – היא התקופה לאחר מעשה הפקעה שנעשה כדין – שומר הבעלים המקורי על "זיקה" לקרקע שהופקעה, ובה-בעת מחויבת הרשות המפקיעה לעשות שימוש בקרקע המופקעת למטרה ציבורית. למותר לומר – הדברים ברורים מאליהם – כי "זיקתו" של הבעלים לקרקע והחובות המוטלות על הרשות המפקיעה אינן אלא שני צדדים של אותה מטבע. כל דברים אלה שאמרנו הם בתחום הדוקטרינה בלבד, לאמור: כי סיווגה הנורמטיבי של הפקעה יהא של פעילות שומרת-זיקה. על תוכנה של אותה "זיקה" ועל היקפן של אותן "חובות" לא אמרנו עדיין דבר.

ו

ז

37. ואמנם: מה פירושה של אותה "זיקה" ומה היקף פרישתן של אותן "חובות"?

- א באילו נסיבות יוכל בעלים-לשעבר לתבוע לבוא אל-שלו? אימתי נאמר כי הרשות המפקיעה חרגה ממסגרת המנדט שניתן לה להמשיך ולהחזיק בקרקע המופקעת, ובאילו נסיבות תוטל חובה על הרשות להחזיר קרקע לבעליה? מה הקשר בין חובתה של הרשות המפקיעה להחזיר קרקע לבעליה-לשעבר לבין חובתה לשלם לו פיצויים? שאלות אלו, הן ואחרות כיוצא בהן, חייבים אנו לדון בהן באורח מסודר, אחת לאחת, ולא בחבילה אחת. זאת נוכל לומר: ענייננו הוא בתקופה השנייה – בתקופה שלאחר מעשה הפקעה שנעשה כדין – ובמקום שהרשות אינה עושה שימוש בקרקע המופקעת לאותו ייעוד שהוכרז עליו עם מעשה ההפקעה. זה המכנה המשותף לכל סוגי המקרים שלענייננו, ואולם מכאן נפרדות הדרכים, שכן לא הרי סוג מקרים אחד כהרי סוג מקרים אחר. כך, למשל, מקרה שבו עושה הרשות שימוש בקרקע המופקעת למטרה ציבורית אחרת מזו שלמענה נועדה ההפקעה אינו דומה למקרה שבו נתמצה ייעוד ההפקעה והקרקע עומדת בשימונה או שהרשות מבקשת למוכרה לצד שלישי, ושני מקרים אלה שונים מסוג מקרים אחר שבו אין הרשות מממשת את ייעודה על הקרקע המופקעת ושנים עוברות באפס-מעשה. כל אחד מסוגי מקרים אלה חייב להידון בנפרד, והשיקולים החלים על סוג מקרים אחד לא יחולו בהכרח על סוג מקרים אחר אף-הוא. כך, למשל, נדרש בית-המשפט בעבר לשאלה מה דינה של קרקע שהופקעה אך הרשות לא מימשה כלל את ייעוד ההפקעה; ראו פרשת נוסייבה [6], [9]; ראו עוד פרשת טריידט [7]. ואולם הלכות שנקבעו לעניין זה לא בהכרח תתפושנה לעניין המרתה של מטרה ציבורית אחת במטרה ציבורית אחרת.

- ה 38. קיצורם של דברים: לעת הזו לא קבענו אלא מסגרת למערכת הנורמטיבית שתחול על קרקע שהופקעה בתקופה השנייה – ועתה שומה עלינו למלא מסגרת זו בתוכן מהותי. והשאלה הנשאלת היא: אילו אמות-מידה תדרכנה אותנו בקביעת תוכן המערכת הנורמטיבית שתחול על קרקע שהופקעה בתקופה שלאחר ההפקעה. לשאלה זו ולשאלות נלוות לה נידרש עתה.

ך

הערה מתודית

39. חוות-דעת זו נסבה על שאלת מעמדה המשפטי של קרקע שהופקעה מבעליה. ניתן לבחון שאלה זו מנקודת ראותם של שני בעלי-העניין: מצדו של הבעלים-לשעבר ומצדה של הרשות המפקיעה. מצדו של הבעלים-לשעבר נשאל אם ממשיך הוא ושומו בידו זיקה משפטית כלשהי לקרקע לאחר שהופקעה. מצדה של הרשות המפקיעה נשאל אם רשאית היא הרשות לעשות בקרקע המופקעת כבתוך שלה – משל קנתה את הקרקע

ט

מבעליה – או שמא חלות מגבלות כלשהן על זכותה לעשות שימוש בקרקע. ניתן אפוא להתבונן בסוגיית מעמדה של קרקע שהופקעה מנקודת ראותם של שני בעלי-העניין, ולמותר לומר כי הסוגיה אחת היא, בין שנבחן אותה מימין בין שנבחן אותה משמאל; כך הוא פתרונה, שאף הוא אחד הוא. הדרך אל הפתרון אינה מצביעה, בעיקרה, אלא על מתודיקה לבירור הסוגיה.

א

בחוות-דעתנו בחרנו לבחון את הסוגיה מנקודת מבטו של הבעלים-לשעבר, ומטעמים אלה (מן הקל אל הכבד): אחד, כך נבחנה השאלה בעבר, ולא נמצא לנו כי ראוי לסטות מן הדרך שנכבשה. שניים, תחנת המוצא למסע הפרשנות היא במעשה ההפקעה: פלוני הוא בעליו של נכס, והנה באה המדינה ומפקיעה אותו נכס מחזקתו. בניתוח המערכת מנקודת מבטו של פלוני – הבעלים – אנו מלווים במבט ובמחשבה את הליך ההפקעה ואת מסעה של הקרקע מיד-אל-יד, וכדבר הנלמד מאליו שואלים אנו מה נותר בידי הבעלים – אם נותר דבר בידו – לאחר מעשה ההפקעה. שלושה, בחינת הסוגיה מביתו של הבעלים-לשעבר מדגישה בהדגש-יתר את זכות הקניין של היחיד ואת כניסתה האלימה של המדינה לרשותו של היחיד – כניסה בהיתר, אמנם, ובכל-זאת כניסה אלימה. דומה שכך ראוי לעשות, בייחוד לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד אשר רומם את זכות הקניין והושיב אותה במעלות זכויות-היסוד.

ב

ג

ד

כאמור, נגיע אל אותו פתרון עצמו בין שנבוא אליו ממזרח בין שנבוא אליו ממערב. והנה, בהגיענו אל הפתרון יימצא לנו – ולא להפתעתנו – כי משכנו הוא בצומת הצטלבותן של שתי דרכים: מכאן דרכו של המשפט החוקתי ומכאן דרכו של המשפט המינהלי. המשפט החוקתי מחיל עצמו במישרין על סוגיית ההפקעה, והרי מדברים אנו בפגיעה בזכות חוקתית, בשלילת זכות הקניין. בה-בעת הליך ההפקעה, ולאחריו – מעמדה המשפטי של הקרקע המופקעת, על דרך הכלל, עניינים הם לטיפולו של המשפט המינהלי. הקרקע המופקעת "קניין ציבורי" היא. קניין – כל קניין – שרשות ציבורית מחזיקה בו, לטובת הכלל מחזיקה היא בו, וממילא כפוף אותו קניין למשטר של המשפט הציבורי. כך ידענו מאז בג"ץ 262/62 פרק נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו (פרשת כפר שמריהו [19]), ודבר לא נשתנה. ואולם קרקע שהופקעה מבעליה – "קניין ציבורי" מסוג מיוחד היא, ועל קניין ציבורי זה חלה מערכת נורמות מיוחדת, בין השאר לעניין השימושים המותרים בו.

ה

ו

ז

40. ובהמשך לדברים שאמרנו. אחרי כותבי דברים שכתבתי, קראתי את חוות-דעתו של חברי השופט זמיר. אומר חברי, כי בדברי על דוקטרינת-הזיקה הנמשכת והולכת נקטתי "לשון הנעוצה במשפט האזרחי", ועל כך מעיר הוא ואומר כך: "אך

אנחנו מצויים במשפט הציבורי. לכן אני סבור שעדיף לומר, בלשון של המשפט הציבורי, כי סמכות ההפקעה צמודה למטרת ההפקעה לכל משך ההפקעה" (בפיסקה 7 לחוות-הדעת). קראתי את הדברים, ועל עומדי אעמוד.

א

ראשית לכול, אתקשה לתאר את זכותו של הבעלים כזכות "הנעוצה במשפט האזרחי" גרידא, כלשון חברי, וכי הוריית חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – בסעיף 3 בו – כי "אין פוגעים בקנינו של אדם", הוריה מן המשפט הפרטי היא? סבורני שהתשובה לשאלה היא בשלילה. אכן, חוק-היסוד חדר אל ליבתה של זכות הקניין; העלה אותה במעלות המשפט החוקתי, וממילא הפקיעה מתחומו הבלעדי של המשפט הפרטי. זכות הקניין ניתן לתארה – מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – גם כזכות מן המשפט הפרטי גם כזכות-יסוד מן המשפט החוקתי.

ב

שנית, בדבריי עמדתי מפורשות על צומת הצטלבות של שתי דרכים: הצטלבות דרכו של המשפט החוקתי בדרכו של המשפט המינהלי, ודומני כי תיאור זה תיאור מדויק הוא.

ג

דבר שלישי: להבדיל ממני שניתחתי את הסוגיה מנקודת ראותו של הבעלים-לשעבר ועקב כך דיברתי על זיקת-בעלים נמשכת והולכת לקרקע שהופקעה מחזקתו – מתאר חברי את סמכות ההפקעה כסמכות "צמודת מטרה", לאמור: כסמכות שבה "מטרת הסמכות צריכה להתקיים לא רק בעת הפעלת הסמכות, אלא גם לאחר הפעלת הסמכות" (בפיסקה 5 לחוות-הדעת). לעניין זה מוסיף חברי ומזכיר (בין השאר) את פרשת יכימוביץ' [11], שעליה עמדתי גם אני. את היסוד לדוקטרינה זו של סמכות צמודת מטרה – להבדילה מן הדוקטרינה שקדמה לה בהלכה – מוצא חברי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכך משמיע הוא אותנו: "השינוי בפירוש של סמכות ההפקעה, שהכיר בסמכות זאת כסמכות צמודת מטרה, חל בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". הנה-כך, לדעת חברי מוצאים אנו את חוק-היסוד בינותינו, ולא עוד אלא שהוא דבר-החוק המורה אותנו תורה. ואני אעמוד ואשאל: אם הוראת-הקניין שבחוק-היסוד היא-היא המשנה את ההלכה, הלא נלמד מכאן כי הגנת הקניין – כהוראת חוק-היסוד – בה עיקר? כי סמכותה של הרשות – להפקעה צמודת מטרה – תבוא בעקבות זכות הקניין ותוגבל עקב זכות הקניין (זכות מן המשפט הפרטי או מן המשפט החוקתי)? כי סמכותה המוגבלת של הרשות להפקיע מקרקעין – עצם היותה סמכות צמודת-מטרה – אינה אלא נגזרת מזכות הקניין? כי בזכות הקניין עיקר וכי פקודת ההפקעות מפרשים אנו אותה כמגבילה את סמכות ההפקעה כנדרש מזכות הקניין? דעת-שלי תילמד משאלות ששאלתי. ואולם, כפי שאמרתי לעיל (בפיסקה 39) עומדות רגלינו בצומת של המשפט

ד

ה

ו

ז

החוקתי והמשפט המינהלי – נוסף לצומת את דרכו של המשפט הפרטי – ונוכל להשקיף על המערכת מכל אחת מדרכים אלו תוך שנכלא במבטנו את שתי הדרכים האחרות אף-הן.

א

ועוד הערה מתודית

41. ראוי לנו שנדייק בהשפעה שהייתה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על תחומי פרישתה של סמכות ההפקעה. פקודת ההפקעות קדמה לחוק-היסוד, וכהוראת [סעיף 10](#) לחוק-היסוד, אין בו באותו חוק "כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". הוראת-חוק זו הייתה נושא לחילוקי-דעות, ודעתי-שלי הייתה – ולא נשתנתה – כי חוק-היסוד כוחו עמו בתחומי הפרשנות אך אין בכוחו ליצור יש-מאין באשר לחוקים שקדמו לו. ראו למשל: [בש"פ 537/95](#) גנימאת נ' מדינת ישראל (בש"פ גנימאת [20]; [דן"פ 2316/95](#) גנימאת נ' מדינת ישראל (דנ"פ גנימאת [21])). אמרתי על-כן בבש"פ גנימאת [20] (בעמ' 397-398):

ב

ג

ודברנו הוא על דרך של ממה נפשך: או שהחוק הקודם ניתן לכמה פירושים – אם תרצה: ל'איוונים' שונים – או שלא ניתן הוא לפירושים שונים. אם ניתן הוא החוק הקודם לפירושים שונים, יכול ורשאי הוא בית המשפט לשנות מדרכו – כשם שהיה יכול לעשות כן בעבר – אך כך יעשה בהסתמך על החוק הקודם ועל תחומי פריסתו המקוריים, בתתו דעתו, כבעבר, לזכויות היסוד. בעשותו כן יפעל בית-המשפט בגדרי סמכותו, תוך שהוא נוטל על עצמו אחריות למעשהו ובלא שינסה לתלות עצמו בפירוש הכפוי עליו, כביכול, בחוק היסוד.

ד

ה

הוספתי על כך ואמרתי בדנ"פ גנימאת [21] (בעמ' 643):

ו

נוסיף את המובן מאליו, שראוי הוא חוק היסוד כי יזכה אותנו בהשראת פרשנות. ערוגת-ורדים שתל המחוקק בגן המשפט, וניחוחם יעלה באפנו. נפרש חוקים שלעבר ובושמו של חוק היסוד ישרה עלינו. ואולם לעולם ננוע באותם מעגלות שהוצבו בדין הקודם.

ז

כך אף בענייננו-שלנו, שפקודת ההפקעות ניתנה לפירושים שונים מעיקרה, כפי שלימדנו פרופ' קלינגהופר. זרע הדוקטרינה של זיקת-בעלים היה טמון – גם אם רדום –

בקרע הפקודה מתחילתה. כל שעושים אנו עתה אינו אלא להשקות את האדמה שעליו וסביבו. וכדרכה של פרשנות – במוכנה הרחב – עולה וצומחת נגד עינינו דוקטרינה שהייתה רדומה כל השנים ועתה קמה היא לתחייה.

א

42. כפי שלמדתי לדעת, דעתו של חברי השופט זמיר היא כי לאחר קום המדינה "אפשר וראוי היה" שבית-המשפט יפרש את הפקודה על דרך הגבלת סמכותה של הרשות לפגוע בזכות הקניין. לשון אחר, פקודת ההפקעות, ניתן – וראוי – היה לפרשה בדרכנו עתה כבר לפני היות חוק-היסוד. אני מסכים לדברי חברי. אכן, דברי-חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט, לא הרי פירושם לעת היוולדם כהרי פירושם לאחר קום המדינה. בשאלה זו דנתי בג"ץ 2722/92 אלעמרינ' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (פרשת אלעמרינ' [22]), שעה שנדרשנו לפירוש סמכותו של מפקד צבאי להורות על הריסה בתים כהוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. וכך אמרתי על סמכות זו להורות על הריסת בתים (בעמ' 705):

ב

ג

אני מסכים, כי בלשון התקנה – בנוסחה המילולי, כדבר חברי – אין אחיזה לפרשנות המצמצמת, אותה פרשנות המקובלת עליי. אכן, סמכותו של המפקד הצבאי עומדת לו, על-פי לשון התקנה, להורות על הריסה רחבת ממדים כגון הריסתו של אותו בית בן חמש הקומות בדוגמה שהזכרנו – ואף הרבה אל מעבר לכך, כפי שהזכרתי בג"ץ 4772/91, 5359 [חיראן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש] 23 – מ' ח' – ואולם דומה שאיש לא יעלה על דעתו הפעלת סמכות בדרך זו. ועוד אני מסכים עם חברי, כי 'על-פי רוח הדברים הנאמרים בה', בתקנה, אין מקום לצמצם את פירושה – והוא, אם כוונת דבריו ל'רוח הדברים' בעת היוולד התקנה, בשנת 1945, וברוח שבית-משפט המורכב משופטים אנגליים 'מנדטוריים' היה נופח בתקנה. ואולם אותה 'רוח דברים' של התקנה נעלמה והייתה כלא הייתה – וברוח גדולה הימנה – בשנת תש"ח, עם קום המדינה. דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט – בהם תקנות ההגנה (שעת חירום) – פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל – מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית – שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו – ובימינו – הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים.

ד

ה

ו

ז

דעת-י שלי היא כי ניתן להרחיק-לכת, וכי נוכל למצוא את הפירוש המצמצם לסמכות ההפקעה בפקודת ההפקעות גופה אף בלא להידרש לשינוי שהקמת המדינה חוללה. ואולם עיקר הוא שפירוש מצמצם זה לפקודה היה טמון בפקודה כבר לפני היות חוק-היסוד. חוק-היסוד אמנם עזר לנו לחשוף את אור הגנוז, אך לא היה בו – ואין בכוחו – כדי ליצור יש-מאין באשר לדברי-חוק שקדמו לו.

א

נורמות החלות על קרקע שהופקעה

ב

– היקש מחוק התכנון והבניה

43. כאמור, אי-שימוש בקרקע כייעודה במועד ההפקעה יכול שיבוא מטעמים שונים זה-מזה, והלכות שתחולנה במקרה אחד לא בהכרח תחולנה במקרה אחר. למותר לומר כי אין בכוונתנו לדון בכל אחד ואחד מסוגי המקרים שאירעו בעבר – או באלה אשר אפשר יארעו בעתיד – שלכול זמן ועת לכל חפץ. בדברינו שלהלן נדון אך בעיקרי המשטר הנורמטיבי שיחול, לדעתנו, על הקרקע המופקעת בתקופה השנייה, בעיקרים ובנושאים ספציפיים המתעוררים בעניין שלפנינו. לגילוי וליבוש תוכנו של אותו משטר נורמטיבי נידרש בדברינו להלן להיקש מהוראות חוק התכנון והבניה; ללימוד מהסדרים שנתקבלו בשיטות משפט אחרות ולנורמות המתבקשות – אף נדרשות – לדעתנו ממוסד ההפקעה גופו. נפתח בהוראות חוק התכנון והבניה, שלהלן נכנה אותו – חוק התכנון.

ג

ד

44. במקביל לסמכות הקבועה בפקודת ההפקעות – להפקעתה של קרקע או להפקעת זכויות בה – מקדיש חוק התכנון פרק שלם – פרק ח' ובו הסעיפים 188 עד 196 – לעניינין של הפקעות על-פי תכנית תכנון. חוק התכנון מעניק סמכות להפקיע קרקע שיועדה בתכנית מיתאר מקומית או בתכנית מפורטת למטרה ציבורית ומוסיף הוא וקובע הוראות ספציפיות להליך ביצוע ההפקעה. שלא כבפקודת ההפקעות, חוק התכנון קובע במפורש ובמפורט "צרכי ציבור" מה הם (דרכים, גנים, שטחי נופש וספורט, שמורות טבע, עתיקות ועוד – סעיף 188(ב) לחוק), ובסופם של הפירוש והפירוט מוסיף הוא וקובע "וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר הפנים לענין סעיף זה". הגדרתו המפורטת של המושג "צרכי ציבור" אינה מוסיפה הרבה, וניתן להניח כי "צרכי הציבור" שבחוק התכנון זהים למטרה הציבורית שבפקודת ההפקעות. ענייננו עתה אין הוא בכל ההוראות המפורטות בהליך של הפקעה על-פי חוק התכנון, אלא בהוראות הסעיפים 195 ו-196, הקובעים, וזו לשונם:

ה

ו

ז

דין מקרקעין שנרכשו
שנרכשו
בתמורה

195. 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 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.

שינוי ייעוד של
רכוש מופקע
ללא תשלום

196. (א) מקרקעין שהופקעו לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים וייעודם שונה לייעוד שלמענו אין להפקיע מקרקעין לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים, תשלם הועדה המקומית פיצויים למי שהיה זכאי להם בשעת ההפקעה אילו הייתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים באותה שעה, או אם רצה בכך, תחזיר את

המקרקעין למי שהופקעו ממנו.

(ב) בפעולה לפי סעיף זה – לענין סעיף 12 [לפקודת הקרקעות \(רכישה\)](#)

א	לצרכי ציבור, 1943, יבוא במקום מועד הפרסום של ההודעה על הכוונה לרכוש מקרקעין – המועד של שינוי הייעוד, ושווי המקרקעין ייקבע בשים לב לייעודם מחדש.	א
ב	אין צורך שנעמוד על פרטי ההסדר. נספק עצמנו באומרנו כי במקום זה הכיר המחוקק מפורשות בזיקה נמשכת והולכת בין בעלים (לשעבר) לבין קרקע שהופקעה מבעלותו ובאופציה החייבת להינתן לבעלים, בנסיבות מסוימות, להחזיר את הקרקע לבעלותו. ואלו הן הנסיבות: שונה ייעודה של הקרקע על-פי חוק התכנון – קרא: הייעוד שונה מכוח תכנית שנתקבלה על-פי חוק התכנון – תינתן לבעלים-לשעבר אופציה לקנות את הקרקע בתמורה. ובקרקע שהופקעה לפי חוק התכנון ללא תשלום פיצויים, וייעודה שונה לייעוד שלמענו אין להפקיע קרקע לפי חוק התכנון – תוחזר הקרקע לבעליה חנם או ישולמו פיצויים למי שהיה בעלים בעת ההפקעה אילו הייתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים. בדונו בפקודת ההפקעות בעבר הזכיר בית-המשפט הסדר זה כהסדר הוגן בהביעו תקווה כי ההסדר – או הסדר דומה לו – יוחל גם על פקודת ההפקעות. ראו פרשת מוריס בנין [14], בעמ' 468-469, 469-470; השוו פרשת אביבים [13], בעמ' 405.	ב
ג	45. האם אוצל ההסדר שבחוק התכנון על מערכת הנורמות החלה על התקופה השנייה בחייו של נכס שהופקע לפי פקודת ההפקעות? אין ספק כי הסדר חוק התכנון אינו חל מעצמו על הפקעה שלפי פקודת ההפקעות: ההסדר שבחוק התכנון אינו מחיל עצמו על פקודת ההפקעות, ופקודת ההפקעות מצדה אין בה הוראת אינקורפורציה של ההסדר שבחוק התכנון. והגם שאלה השניים – הסדר חוק התכנון והסדר פקודת ההפקעות – זרים הם לכאורה זה-לזה, יהא זה אך מוזר אם בבניית מערכת הנורמות שתשלוט על נכס שהופקע לפי פקודת ההפקעות נתעלם מכול-וכול מהסדר חוק התכנון. הנה-כי-כן, יכולות הן הרשויות להפקיע קרקע מראובן על-פי פקודת ההפקעות או על-פי חוק התכנון, ולא לראובן השליטה אם קרקע שבבעלותו תופקע כך או כך (לעניין זה נוסף ונזכור כי שר האוצר קנה סמכות להפקיע לפי פקודת ההפקעות גם באין תכנית	ג
ד		ד

תכנון, הגם שבדרך-כלל תידרש תכנית תכנון להפקעה. ראו, למשל, פרשת מהדירן [10], בעמ' 96-97.

א

הברירה היא אפוא בידי הרשויות באיזו דרך ועל-פי איזו סמכות תופקע קרקע פלונית, אם לפי חוק התכנון ואם לפי פקודת ההפקעות. ראו, למשל, פרשת מהדירן [10], בעמ' 111 (עם זאת נזכור כי בהימצא לרשות שתי סמכויות שונות להשגתה של אותה מטרה, לא תמיד תהא נתונה הברירה החופשית בידה אם תעשה שימוש בסמכות האחת או בסמכות האחרת. והוא, ככל שהמדובר בפגיעה בזכות-יסוד. ראו: [ה"פ 9\(ת"א\) 1015/96](#) מדינת ישראל – שר האוצר נ' "פז" חברת נפט בע"מ (פרשת פז [40]) (מפי השופט ג' קלינג); [בג"ץ 2313/95](#) קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות [24], בעמ' 405 והאסמכתאות שם; זמיר בספרו הנ"ל [50], בעמ' 155-161). בנסיבות אלו יהא זה אך מוזר אם זכויותיו של ראובן – בעל הקרקע המופקעת – יהיו שונות על-פי גורם בלתי רלוונטי לכאורה, לאמור: על-פי מקור הסמכות ששימש להפקעת הקרקע מבעלותו. אין פלא בדבר אפוא, שעלתה מחשבה להשוואה בין שני ההסדרים; ראו דברי השופט מצא בפרשת מחול [5], בעמ' 328.

ב

ג

ד

מהו אפוא היחס בין שני ההסדרים?

ה

ו

ז

46. כולנו נסכים, דומה, כי ההסדרים הטכניים שבחוק התכנון לא בהכרח יחולו על פקודת ההפקעות. כך, למשל, לעניין מועד שלושים הימים הנזכרים [בסעיף 195\(2\)](#) לחוק התכנון. הוא הדין באשר ליחס בין הוועדה המקומית לבין הוועדה המחוזית, שאינו כלל לעניינה של פקודת ההפקעות. ההיקש מתבקש לעניינם של ההסדרים העקרוניים שבחוק התכנון, והשאלה אינה אלא עד איזו רמת הפשטה נגיע במיצוי העיקרים שבהוראות הסעיפים [195](#) ו-[196](#) לחוק התכנון. ברור לכול, כי ההוראות העקרוניות שבסעיפים [195](#) ו-[196](#) לחוק התכנון, דוקטרינת הזיקה הנמשכת והולכת ילדה אותם, ובאומרו כך נמצא חיזוק לפירושה של פקודת ההפקעות כמיוסדת אף-היא על אותה דוקטרינה. לשון אחר, גם בהפקעה שלפי פקודת ההפקעות שומר הבעלים לשעבר על זיקה לקרקע שהופקעה מחזקתו, ובסטייה כי תבוא ממטרת ההפקעה הראשונית, יהא הבעלים לשעבר זכאי בנסיבות מסוימות להשבת הקרקע לבעלותו. הוא הדין בעקרונות הקבועים [בסעיף 195\(2\)](#) לעניין התמורה שיידרש הבעלים המקורי להחזיר לרשויות (אם קיבל פיצויים לעת ההפקעה) בעבור החזרת הקרקע לבעלותו.

47. הניתן להרחיק לכת מכך? כשאני לעצמי, הייתי נוהר בדרכי. כך, למשל, ניתן לשאול: שינוי "יעוד" כהוראת [סעיף 195\(2\)](#) לחוק התכנון, הניתן להחילו על שינוי

"מטרה" לקרקע שהופקעה לפי פקודת ההפקעות אף באין שינוי בתכנית תכנון? התשובה לשאלה זו – וכמותה לשאלות רבות אחרות – אינה קלה, ולו מן הטעם ששינוי ייעוד לפי חוק התכנון צורך, לכאורה, יצירתה של נורמה משפטית חדשה – עשיית תכנית מיתאר מקומית או תכנית מפורטת – בעוד ששינוי ייעוד על-פי פקודת ההפקעות ייעשה, על דרך הכלל, במעשה ולא בנורמה. שאלה אחרת: האם בהתמצות המטרה הציבורית שלמענה הופקעה הקרקע מוטל נטל על הרשות להודיע על הדבר לבעלים-לשעבר? ראו, למשל, ביקורתו של פרופ' קלינגהופר (במאמרו שהזכרנו בפיסקה 23 לעיל, שם [59], בעמ' 877) על דברי בית-המשפט בפרשת גאולת הכרך [15]; לדעתו של פרופ' קלינגהופר ראוי שיוטל נטל מעין-זה על הרשות המפקיעה. ראו עוד להלן, פיסקה 85. נותר שאלה זו – וכמותה שאלות אחרות – לימים יבואו, שלענייננו עתה אין נדרשת הכרעה בה. נספק עצמנו אפוא באומרו כי עיקרי ההסדר שבחוק התכנון – שמא נאמר: רוחו ונשמתו של ההסדר – היא ראוי כי נשקול להחילם, בשינויים המתחייבים מן העניין, על הפקעה שלפי פקודת ההפקעות אף-היא. השוו פרשת מחול [5], בעמ' 319. כך, מכל מקום, עד שהמחוקק יתפנה לעניינו של נושא ההפקעות ויעשה להאחדתם של ההסדרים ולשיפורם.

נורמות החלות על קרקע שהופקעה

– היקשים מן המשפט המשווה

48. רעיונות נוספים לתוכן הסטטוס החל על קרקע שהופקעה ניתן לשאוב מן המשפט המשווה. כך, למשל, פסק בית-המשפט הקונסטיטוציוני בגרמניה כי נכס שהופקע חוזר לבעליו-לשעבר במקום שמטרת ההפקעה אינה מתגשמת או במקום שאין הנכס נדרש עוד למטרת ההפקעה. בית-המשפט ייסד מסקנתו זו בהחילו על הפקעה את האונה השנייה של עקרון המידתיות: שימוש באמצעי הפוגע פחות. ראו D.P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* [64], at pp. 293-294, ובלשונו של בית-המשפט הקונסטיטוציוני:

Aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG folgt ein R ckerwerbsrecht des früheren Grundstückseigentümers, wenn der Zweck der Enteignung nicht verwirklicht wird. Für die Realisierung dieses Anspruchs bedarf es nicht unbedingt einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (38 BVerfGE 175 [48], at p. 175).

- א זכות שמירת הקניין על-פי סעיף 14(1) ל-GG מכילה את זכות השבת הקרקע של הבעלים הקודם, כאשר תכלית ההפקעה אינה מוגשמת. למימוש זכות זו אין צורך לחוק מפורש.
- ב ראו עוד H.D. Jarras, B. Pieroth *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar* [65], Art. 14, Rdnr. 60.
- ג מעניין לציין כי הלכה זו שקבע בית-המשפט בגרמניה מהווה "משפט מקובל נוסח גרמניה". בית-המשפט ייסד מסקנתו על הוראת סעיף 14(1) לחוק היסוד הגרמני, ולפיו זכות הקניין שמורה (מובטחת) "Property and the right of inheritance shall be (guaranteed)", ולפי פירושו של בית-המשפט, שמירת זכות הקניין מכילה בקרבה גם את זכותו של הבעלים-לשעבר להחזיר לבעלותו נכס שהופקע מבעלותו במקום שתכלית ההפקעה אינה מוגשמת. כן קבע בית-המשפט, כי הוראת סעיף 14(3) לחוק-היסוד – המתירה הפקעה אך-ורק לטובת הכלל (Expropriation shall only be permissible for the public good) – גם היא מוליכה אל אותה מסקנה: מעשה הפקעה הוא מעשה לגיטימי רק אם לטובת הכלל הוא, ומשפקעה וחדלה טובת הכלל – קרא, משפגה אותה מטרה שלשמה הופקע הנכס – נשמטת מאליה הקרקע מתחת להפקעה גופה. עם פקיעת מטרת ההפקעה פוקעת מאליה גם הלגיטימיות של החזקת הקרקע בידי המדינה. כאמור, הלכה זו חלה הן במקום שבו לא הוגשמה כלל מטרת ההפקעה והן במקום שבו פקעה תכליתה הראשונה של ההפקעה. ראויה היא הלכה זו לתשומת-לב, ולו משום שאין היא תוצר של חוק מפורש; פירוש היא לחוק, פירוש היוצר משפט מקובל נוסח גרמניה. ובפירושו-שלנו לפקודת ההפקעות – כמונו כמוהם. אכן, משתם השימוש שלשמו נעשתה הפקעה, כמו אמורה זכות הבעלות לחזור אל הבעלים-לשעבר נקייה מכל שעבוד ומכל זכות נוגדת (בכפוף, כמובן, להחזרת הפיצויים וכו'). זכות הקניין של היחיד בקרקע הינה ערך משפטי נעלה. ומשתם השימוש הציבורי, תש כוחה של המדינה להחזיק בקרקע, וממילא חוזרת היא הביתה, לביתה המקורי קודם ההפקעה. זכותו של הבעלים-לשעבר אינה נגרעת גם אם קיבל בזמנו פיצויים חלף הקרקע. עם זאת – כך מוסיפה וקובעת ההלכה בגרמניה – אם עברו שנים רבות מאז ההפקעה ועד נטישת המטרה המקורית, זכאית הרשות להמשיך ולהחזיק בקרקע ואין היא חייבת להחזירה לבעלים-לשעבר.

דין דומה חל במשפט הצרפתי, ובמקום שבו עושה הרשות – לאחר עבור תקופת שנים מסוימת מאז ההפקעה – שימוש בקרקע המופקעת שלא בהתאם למטרת הפקעה, זכאי הבעלים לשעבר לתבוע השבת הקרקע לבעלותו תמורת תשלום כשוויה. כך גם בארצות אחרות בקונטיננט. ראו מאמרו של פרופ' קלינגהופר, שם [59], בעמ' 896.

א

49. שונה הדין בארצות-הברית ובקנדה. הפקעת בעלות תמורת פיצוי הוגן מצמיחה זיקה בין הבעלים לבין הקרקע; הזכות לפיצוי כמו ממצה את זכות הקניין של הבעלים, ושינוי המטרה הציבורית לאחר מכן או זניחתה מכול-וכול – אין בהם כדי להקנות זכויות כלשהן לבעלים-לשעבר. ראו, למשל: *Higginson v. United States* (1967) [42]; *Wood v. City of East Providence* (1987) [43]; 27 *Am. Jur.* 2d [69], *Pineridge Property Ltd.*; sub. tit. "Eminent Domain", §§ 934, 937, 940; ובקנדה: *v. Board of School Trustees of School District No. 57* (1982) [49]. עם זאת לעניין הפקעתן של זכויות פחותות מבעלות, חל בארצות-הברית ובקנדה דין דומה לדין שבקונטיננט. במקום שהרשות הפקיעה אך זכות מוגבלת בקרקע למטרה ציבורית פלונית, חוזרת הקרקע לבעליה – נקייה מן ההפקעה – עם תום מימושה של המטרה הציבורית, והרשות אינה מותרת לעשות שימוש בקרקע למטרה אחרת. ובלשון בית-המשפט בפרשת *Federal Farm Mortg. Corporation v. Smith* (1939) [44], *at p. 839*:

ב

ג

ד

...if or when the purposes which authorized the condemnation had been terminated the burden of servitude is lifted from the land and the owner of the basic fee returns to full dominion.

ה

ראו עוד: *Isley v. Bogart* (1964) [45], *at p. 34*; 27 *Am. Jur.* 2d [69], §§ 934, 936, 939.

ו

יתר-על-כן, בשל הבחנה זו שבין הפקעת בעלות לבין הפקעת זכות פחותה מבעלות מפרשים בתי-המשפט בארצות-הברית בצמצום זכות שרשות אומרת לקנות בקרקע, ונטייתם היא לסווגה כזכות מוגבלת המאפשרת לבעלים לחזור אל-שלהם. ראו 27 *Am. Jur.* 2d [69], §§ 911, 924. בפרשת *Crouch v. State* (1926) [46] הקנה חוק סמכות לרשות לתפוש קרקע לשימושה של חברת רכבות. הקרקע נתפשה, שולמו פיצויים, ולאחר זמן ננטשה מטרת ההפקעה. בית-המשפט קבע כי חברת הרכבות קנתה אך זיקת-הנאה בקרקע (easement), וכמסקנה נדרשת הוסיף וקבע כי בנסיבות שנוצרו חזרה

ז

א

The rule is that, when private property is taken in the exercise of the right of eminent domain, particularly by a private corporation, the taking is limited to the reasonable necessities of the case, to carry out the purpose for which permission to take is given, so far as the owners of the property are concerned... We hold, therefore, that an easement only was taken in the property in question, which terminated when the state, through its sovereignty, diverted the lands from railroad purposes and appropriated them to its own use.

ב

ג

...

ד

If the owner of such an easement abandons the property, sells it, or devotes it to some purpose foreign to that for which it was acquired, or if it is condemned or appropriated for a new public purpose, the owner of the reversion may assert his right to possession or claim compensation.

ראו עוד [47] (1995) *People v. Helinski*.

ה

50. הנה-כ"כ, המשפט המשווה עשוי ללמדנו, על דרך העיקרון, כי בעלים יכול שימשיך וישמור על זיקה לקרקע שהופקעה מבעלותו, וכי במקום שבו נוטשת הרשות את השימוש בנכס לייעודה המקורי של ההפקעה, קמה זכותו של הבעלים-לשעבר להחזיר את הקרקע לבעלותו.

ו

51. ניזוהר בדברינו: אין אנו מדברים אלא בעיקריה של דוקטרינת-הזיקה; בעיקרים – ולא בפירוט הנורמות שדוקטרינה זו גוררת אחריה. ליבתה של הדוקטרינה חשובה, למותר לומר, אך מכאן ואילך נסיף ונאמר כי "הרשות נתונה" וכך, משלמדנו את העיקרון, נניח אותו בתרמיל שעל גבנו, ובהמשך דרכנו נלך בכווננו-שלנו. נפתח את העיקרון בדרכנו ונכבוש אט-אט את הדרך שבה נצעד, תוך שנכריע – על אחריותנו – במאבק בין עיקרי-היסוד המדריכים אותנו כל העת: מזה, זכותו של היחיד לקניינו

ז

והיקף ההגנה הראויה לקניין, ומזה, אינטרס הכלל – רווחתו של הכלל והצורך שאין-עליו-עוררין להקים תשתיות ראויות לחברה שבה אנו חיים.

א

קרקע שהופקעה – דילוג ממטרה ציבורית אחת למשנה

52. דיברנו עד כה, בעיקרם של דברים, בקרקע שהופקעה למטרה פלוגית והמטרה חדלה מהתקיים (או שלא נולדה כלל במעשה). שאלה נפרדת ושונה היא, מה דין במקום שבו הופקעה קרקע למטרה ציבורית פלוגית, ולימים אומרת הרשות לעשות שימוש בה למטרה ציבורית אחרת – מטרה ציבורית שלמכתחילה היה ניתן להפקיע את הקרקע לייעודה; היה ניתן – אך הקרקע לא הופקעה למענה. בנושא זה – מן הנושאים שבהם "הרשות נתונה" – נתגלעו חילוקי-דעות בבית-משפט זה. דעה אחת גורסת, שהמושג "מטרה ציבורית" בפקודת ההפקעות – דהיינו, מטרה שלמענה ניתן להפקיע נכס מקרקעין – מתרוצצים בקרבו כל מטרות ציבוריות שניתן להפקיע קרקע לייעודן, וכמסקנה נדרשת מכאן: במסגרת זו של "מטרה ציבורית" ניתן לעבור ולדלג ממטרה ציבורית אחת לחברתה ותוקף ההפקעה לא ייפגע ולא יישרט. וכך, אף אם קרקע פלוגית הופקעה למטרה ציבורית פלוגית, יכולה הרשות לשנות מדעתה ולעשות שימוש בה למטרה ציבורית אלמונית. דעה זו השמיענו השופט גולדברג בפרשת מחול [5], וכה שח הוא לנו (שם, בעמ' 323):

ב

ג

ד

לדעתי, הרשות רשאית להשתמש בקרקע שהופקעה למטרה ציבורית אחרת, המצדיקה, כשלעצמה, הפקעת הקרקע, ואין לכבול את ידיה דווקא למטרה המקורית שעמדה ביסוד ההפקעה. על כך שגישה זו עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי אין צורך להכביר מילים... אם הנחתנו היא, כי הצורך הציבורי החדש מצדיק הפקעת הקרקע וכי אלמלא הופקעה הקרקע בשעתה לצורך [הראשון] הייתה הרשות מפקיעה אותה כעת לצורך החדש, מה היא ההצדקה שלא להתיר את שינוי המטרה? דוגמה זו ממחישה כי האינטרס הציבורי, שעל קידומו אמונות רשויות התכנון, מחייב כי אלה לא תעצומנה עיניהן למראה צורכי החברה המשתנים ונוכח שינויים בסדרי העדיפות החברתית. נהפוך הוא: רשות המקבעת את מדיניות ניצול הקרקע שהפקיעה לצרכים שהיו יפים בשעת ההפקעה, ואינה מתאימה עצמה לצורכי הזמן והמקום, היא שחוטאת לאינטרס הציבורי.

ה

ו

ז

א על-אף ההגנה על זכות הקניין של הפרט אין היא מצדיקה פרשנות שעל פיה מחויב שר האוצר לדבוק במטרה המקורית להפקעה, שעה שקיימת מטרה ציבורית חדשה שלמען הגשמתה ניתן היה מלכתחילה להפקיע את הקרקע. משנסוגה זכות הקניין מפני הצורך הציבורי, הרי שצורך זה ממשיך לגבור על-אף שינוי המטרה המקורית. שינוי מטרתה של ההפקעה, הוא כשלעצמו, אינו מהווה, על-כן, עילה לביטול ההפקעה.

ב

ג דעה נוגדת השמיענו השופט מצא באותה פרשה. לפי דעה זו האחרת, משחדלה המטרה הציבורית הראשונה, חובה היא המוטלת על הרשות להשיב את הקרקע לבעליה המקורי. ואם אכן נמצאה מטרה ציבורית חדשה ראויה, יכולה הרשות לשוב ולהפקיע את הקרקע תוך תשלום פיצויים כערכה לעת ההפקעה (כמובן, תוך התחשבות מתאימה ובתוכה ניכוי הפיצויים ששולמו לעת ההפקעה הראשונה וכו'). ובלשונו של השופט מצא בפרשת מחול [5] (שם, בעמ' 328):

ד משחדלה להתקיים המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע, תעמוד לבעלים הברירה אם ליטול בחזרה את הקרקע, או לתבוע ולקבל את דמיה... ואם הקרקע עודנה דרושה לסיפוקו של צורך ציבורי אחר, כי אז מוטל על הרשות לחזור ולהכריז על הפקעת הקרקע לשמו של הצורך החדש. שיטה זו אפשר שתכביד מעט עם הרשות ותאריך במקצת את ההליך המינהלי, אך זכות קניינו של הבעלים תכובד, וככל שקיים צורך מוצדק לחזור ולהפקיע מידו את הקרקע, יוכל צורך זה לבוא לידי מימוש בדרך המלך ולא בדרכים עקלקלות.

ה דברים דומים השמיענו השופט מצא בבג"ץ נוסייבה [6], בפסקה 5 לחוות-דעתו. כן היו דבריה של השופטת דורנר בדנג"ץ נוסייבה [9] (שם, בעמ' 87-88):

ו במדינות המכירות בזכות הקניין כזכות יסוד, רשות שלטונית אינה בת-חורין להשתמש בנכס שהפקיעה אלא לאותה מטרה שלשמה הופקע, ואין לעשות שימוש בנכס למטרה אחרת, אף אם היא לטובת הציבור... בישראל הפראקטיקה היא שונה. רשות שהפקיעה קרקע למטרה ציבורית מסוימת נוהגת לנצל אותה למטרה אחרת. פראקטיקה זו אינה יכולה לעמוד, שכן, פרשנות מרחיבה של

הסמכות, המאפשרת לרשות להשתמש בקרקע למטרה שונה מן המטרה שלשמה הופקעה, נוגדת את הכלל שקבעה הפסיקה בדבר פירוש מצמצם של סמכות לפגוע בזכות יסוד של האדם. לא כל שכן שאין לקבל גישה פרשנית מרחיבה עם חקיקת חוק היסוד. מסקנתי היא אפוא כי שינוי המטרה הוא עילה לביטול ההפקעה.

א

53. בענייננו אין אנו נצרכים להכרעה בין שתי הגירסאות. טעם והיגיון יש בכל אחת מהן, והעדפתה של הגירסה האחת על האחרת – הכרעה שבמדיניות היא. יהיו מי שיסברו כך, יהיו מי שיסברו אחרת, ובהיעדר הוראת-חוק חרותה ומחייבת, איש מן המחנה האחד לא יוכל להתריס כנגד איש מן המחנה האחר: הצדק הוא בצקלונני. צקלונך ריק.

ב

ג

ואחרי אומרי דברים שאמרתי אוסיף, על צדי שלי, כי נוטה אני לגירסה בתרא, זו גירסה המצמצמת את סמכות הרשות. ראשית לכול, יש בה בגירסה זו כדי להביא את מוסד ההפקעה לכלל שלמות אחת, למעשה בעל היגיון פנימי משלו, היגיון המוליך אותנו למתחילתה של ההפקעה ועד לסופה. גירסה זו מותחת ציר ישר בין מעשה ההפקעה גופו לבין התקופה השנייה בחייה של הקרקע המופקעת, ויש בה כדי למלא תוכן מהותי את הנטל המוטל על שר האוצר בהליכי ההפקעה, והנטל הוא: להחליט במדויק לאיזו מטרה מפקיע הוא את הקרקע, ועל דרך פרסומה ברשומות להודיע על מטרה זו בשער בת-רבים. קביעתה של המטרה הספציפית להפקעה – קביעתה ופרסומה ברבים – כמוהם כחותם-מלכות המוטבע על מעמדה הנורמטיבי של הקרקע לתקופה השנייה בחייה, והם הקובעים את הסטטוס של הקרקע בהמשך חייה.

ד

ה

שנית, יש בו בפירוש זה לדין כדי ליתן תוקף ועוצמה לזכות הקניין של הפרט, כראוי לה בזמננו ובמקומנו. בעניין זה נוסיף ונזכיר את שידענו כולנו, והוא, המעמד הנעלה שזכות הקניין קנתה לה בהוראת [סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). אכן, אם הופקעה קרקע של ראובן למטרה ספציפית שלטובת הציבור, מה הצדק יש שהציבור יוסיף ויחזיק באותה קרקע לאחר חדילתה של מטרת ההפקעה, ולו במקום שבו באה מטרה ציבורית אחרת תחתיה? אם אכן צמחה ועלתה מטרה ציבורית אחרת, תיכבד-נא הרשות: תפקיע את הקרקע מחדש, ועל דרך זה תיתן ביטוי הולם וראוי לזכות הקניין של הבעלים בקרקע. היחיד שקרקע הופקעה מבעלותו כבר העלה את תרומתו לציבור, ואין הצדק כי דווקא הוא יוסיף ויתורם שוב לציבור. אדרבה, עקרון השוויון המהותי – אותו עיקרון המשוך בכל נורמה ונורמה במשפט – מחייב כי בהתמצות המטרה

ו

ז

הציבורית שלמענה הופקעה קרקע מפלוני לטובת הציבור כולו, תוחזר הקרקע לפלוני – בעליה לשעבר – לאותו בעלים שכבר העלה את תרומתו לציבור. עם החזרת הקרקע לבעליה – ויכולה שתהא זו, כשלב ביניים, החזרה מושגית גרידא – יחייבנו עקרון השוויון כי תיעשה הערכה מחדש איזו קרקע ראוי להפקיע עתה, ואם תהא זו שוב קרקעו של פלוני. בהערכה זו מחדש יכול וראוי שישמש גם השיקול כי אותו פלוני כבר העלה את תרומתו לציבור. זו, בהקשר עניינינו, אחת המסקנות המתבקשות מעקרונות הסולידריות החברתית והאחריות הקהילתית. ראו עוד והשוו ח' דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה" שלטוני של מקרקעין" [60].

למרות כל דברים אלה – ודברים חשובים הם – יש טעם והיגיון, גם טעם והיגיון ציבוריים, בגירסה האחרת אף-היא. לא נוכל לומר על המחזיקים באותה גירסה אחרת כי תועים הם בדרכם כי גירסתם אינה "נכונה". והבאים אחרינו יכריעו.

54. הדעת נותנת, כי לא כל שינוי במטרה הציבורית המקורית יביא ל"הפקעת ההפקעה" ולהשבת הקרקע לבעליה המקורי. ואמנם, השופט מצא קובע בחוות-דעתו בפרשת מחול [5] (שם, בעמ' 328), כי:

לא כל שינוי, אלא רק שינוי מהותי בהגדרת הצורך הציבורי שלשמו בוצעה ההפקעה, ראוי להיחשב כצורך ציבורי חדש. משמע, כי בשינוי שאינו מהותי לא יהיה כדי לגרוע מתקפותה הלכאורית של ההפקעה.

יש להבחין אפוא בין שינוי מהותי במטרה לבין שינוי שאינו מהותי, שרק שינוי מהותי יעקור את המטרה המקורית ממקומה ויטיל על הרשות נטל להחזיר קרקע לבעליה המקורי. בהמשך דבריו מוסיף השופט מצא וקובע שתי "אבני-בוחן" לבחינה אם השינוי שנתחולל הוא "מהותי" אם לאו, והמעין יעיין ויחכים (פרשת מחול [5], בעמ' 329-328).

גם בעניין זה – בהסתייגויות שעמדנו עליהן למעלה – נוטה דעתנו לדעתו של השופט מצא. עד שנהא רשאים לומר כי מטרתה המקורית של ההפקעה חדלה ואיננה עוד, חייב שיתחולל בה במטרה שינוי מהותי. כך יהא באשר לחדילתה של מטרה ציבורית בין שבאה מטרה ציבורית אחרת תחתיה בין שלא. אלא שבבוא מטרה ציבורית אחרת תחת המטרה המקורית, תישאל שאלה נוספת, והיא – עד כמה מרוחקת היא המטרה החדשה מן המטרה המקורית עד שנאמר כי המטרה הראשונה חדלה ואיננה.

ההכרעה בשאלה זו תהא תלויה בנסיבותיו של כל עניין ועניין, ונתקשה לקבוע מסמרות מראש. אכן, יש שמטרות ציבוריות הן כה קרובות זו-אל-זו עד שלעתים נתקשה להבחין ביניהן. בעיקרם של דברים, השאלה הנשאלת היא עד איזו רמת הפשטה נוליד את עצמנו בבחינתן של מטרות ציבוריות ביניהן-לבין-עצמן. השופט גולדברג, כפי שראינו, סבר כי רשאית היא הרשות לנוע באורח חופשי בין המטרות הציבוריות, ביניהן לבין עצמן, ושלא לחוב בהחזרת הקרקע לבעליה גם אם באה מטרה ציבורית חדשה תחת המטרה המקורית. זו רמת ההפשטה הגבוהה ביותר. גירסת-פירוש זו קשתה עלינו, כפי שראינו. עם זאת לא נסכים כי כל שינוי ולו השינוי הזעיר יביא להשבת קרקע לבעליה. השאלה מצמצמת עצמה אפוא לרמת ההפשטה שתימצא ראויה בעינינו, על דרך הכלל ובכל עניין ועניין.

א

ב

55. דרך אגב, אותה שאלה עצמה תעלה גם בפירושו של חוק התכנון. המחוקק הורנו בסעיף 195(2) לחוק התכנון, כי במקום שבו הופקעו מקרקעין על-פי תכנית תכנון, זכותו של הבעלים המקורי מתעוררת לחיים במקום שבו "שונה ייעודם על-פי הוראות חוק זה". מה פירוש "שונה ייעודם" בהקשר דברים זה? למשל: האם די בכך שהתכנית החדשה תקבע בגופה כי ייעודה של הקרקע יהא שונה מבעבר, ובמפה המצורפת לתכנית תצבע הקרקע בצבע אחר משנצבעה בעבר? לדעת, התשובה לשאלה היא בשלילה. השאלה הנכונה תסב עצמה על מהות הדברים ולא על חזותם החיצונית. יהא עלינו לבחון לגופם את השימושים הקודמים בקרקע; את השימושים החדשים בה; להשוות בין אלה לאלה ולהחליט אם השינויים שנתחוללו שינויים מהותיים הם, אם לאו.

ג

ד

ה

56. כללם של דברים: יכול הטוען לטעון, שבמקום שבו הופקעה קרקע למטרה ציבורית אחת, והרשות מבקשת לשנות את השימוש בה למטרה ציבורית אחרת, שומה עליה על הרשות לעבור מחדש את מסלול ההפקעה הקבוע בדיון או להחזיר את הקרקע לבעלים המקורי (בניכויים כנדרש). ואם מטעם כלשהו אין אפשרות להחזיר את הקרקע לבעליה ואין אפשרות אף להפקיעה – כגון שהקרקע נמכרה לקונה בתמורה ובתום-לב – הדעת נותנת כי תוטל חובה על הרשות לפצות את הבעלים בשיעור המתאים, כאילו הפקיעה את הקרקע מחדש או כאילו החזירה את הקרקע לבעלים-לשעבר. על דרך זה אף תישמרנה זכויות הבעלים לטעון כנגד הפקעת הקרקע מחדש, ובכלל טענותיו תוכל למצוא מקום טענת המידתיות אף-היא. כך אף יוטל נטל על הרשות להיזהר בשימושים שתעשה בקרקע המופקעת, וכך אף תחויב להעניק יחס של כבוד לקניין הפרט.

ו

ז

57. בסוף-כל-הסופות, השאלה הנשאלת היא – בליבתה ובעיקרה – שאלה של עלות. על-פי הגירסה האחרת, דעתה של הרשות יכולה שתהא קלה בהחלטתה אם תשנה שימושה של קרקע ממטרה אחת למשנה. שינוי השימוש לא יחייב כל תוספת עלות, וממילא לא תאמץ הרשות עצמה יתר-על-המידה בהחלטת השינוי. לא כן בגירסה שאנו נוטים לה, ששינוי מטרה יחייב את הרשות בהחזרת הקרקע לבעליה או בהפקעתה מחדש ובתשלום פיצוי כערכה של הקרקע בעת השינוי (בניכויים כמקובל). חיובים אלה שייפלו על הרשות יחייבו אותה בהתעמקות-יתר ובבחינת כדאיות של שינוי המטרה. קרא, החיוב להחזיר את הקרקע לבעליה-לשעבר או להפקיעה ולשלם פיצויים תמורתה. אם כך יהא – אם תשקול הרשות שאלות של עלות-תועלת – תימנענה מעצמן – מתוך המבחן ובו – הפקעות שאינן יעילות כלכלית. השוו עוד [נ"א 4809/91](#) הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' קהתי [25], בעמ' 202-205. כך אף לא "תמציא" (או: לא תמצא) הרשות מטרה ציבורית חדשה לשימוש בקרקע אך מטעם זה בלבד ששינוי המטרה לא יחייב אותה בתשלום פיצויים.

תשלום פיצויים בעבור קרקע שהופקעה – האם יש בו כדי לנתק זיקה?

58. שאלה אחרונה בהקשר דברינו עתה: האם תשלום פיצויים לבעלים המקורי ינתק את זיקתו לקרקע המופקעת? האם בעלים של קרקע שהופקעה ממצה את זכות הבעלות שלו – ומתנתק לעד מן הקרקע – בכך שהוא מקבל פיצויי-הפקעה מן הרשות? שאלה זו אינה מתעוררת במישורין בענייננו, הואיל והעותרים סירבו לקבל את הפיצויים שהוצעו להם ועומדים הם על סירובם עד עתה. עם זאת נעלה הרהורים מספר בנושא זה.
59. בעבר הושמעה דעה כי תשלום פיצויים אין בו כדי למעט מזיקתו של הבעלים לקרקע גם בתקופה השנייה. ראו, למשל, פרשת מחול [5], בעמ' 319 והאסמכתאות הנזכרות שם. וכלשונו של השופט גולדברג (שם): "תשלום פיצויים אכן ממזער את הפגיעה הכלכלית הנובעת מהפקעת הקרקע, אולם הוא אינו מאיין את הפגיעה הרגשית שהיא מנת חלקו של מי שנושל מאדמתו". ראו עוד והשוו: י' מ' [אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית"](#) – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" [61], בעמ' 468; א' [גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"](#) [62], [סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) קובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". והגם שעם תשלום פיצויים ראויים ניתן היתר לפגוע בקניין (בהתמלא שאר הדרישות להפקעה), הנה הפגיעה בקניין, בתורת שכזו, נותרת גם לאחר תשלום פיצויים. השוו דברי השופט דורנר בדנג"ץ נוטייבה [9], בעמ' 85. אותה פגיעה בקניין היא-היא שבכוחה ליצור זיקה בין בעלים לבין קרקע שהופקעה ממנו, גם אם זכה בפיצויים.

אכן, תשלום פיצויים תנאי מובנה הוא בכוחה של המדינה להפקיע קרקע מבעליה, ואולם אין הוא אלא תנאי אחד להפקעה – תנאי-בין-תנאים. מעיקרו של דין אין המדינה רשאית להפקיע אלא למטרה ציבורית, ומשפקעה המטרה ואיננה, מתחיה כמו מאליה זכותו של הבעלים המקורי כי הנכס יושב לבעלותו (או ישולמו לו פיצויים תחתיו). לגישה דומה של המשפט העברי, ראו הכהן, במאמרו הנ"ל [58], בעמ' 54-53.

א

60. בעניין זה הועלה טעם, ולפיו הגנת הקניין נגזרת, במישרין או בעקיפין, מכבוד האדם, מן האוטונומיה של רצון האדם, מאישיותו של האדם ומחירותו. ראו: פרשת מחול [5], בעמ' 319 ומראי המקומות שם; דנג"ץ נוסייבה [9], בעמ' 85. הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי [26], בעמ' 431; פרופ' י' ויסמן דיני קניין – חלק כללי [53], בעמ' 115; [67] M.J. Radin "Property and Personhood". ראו עוד F.I. Michelman "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law" [68], at pp. 1214-1218; והמסקנה: הבעלים זוכה אולי לפיצוי בממון על נזקו בממון, אך אין הוא זוכה ל- *quid pro quo* על הפגיעה בכבודו, באישיותו, באוטונומיה של רצונו, בחירותו.

ב

ג

דברים אלה נכונים הם, לדעתי, ברמת הפשטה תאורטית גבוהה. נכונים הם הדברים שעה שהמדובר בהפקעתה של נחלת-אבות או בהפקעתו של בית שבו מתגורר בעל הנכס שנים רבות. כך היה, למשל, שעה שהמלך אחאב ביקש להשתלט על כרמו של נבות היזרעאלי:

ד

וַיִּדְבֹּר אַחְזָב אֶל-נְבוֹת לֵאמֹר תִּנְהַלֵּי אֶת-פְּרָמְךָ וַיְהִי-לִי לְגֶן-יֵרֶק כִּי הוּא קָרוֹב אֵצֶל בֵּיתִי וְאֶתְנָה לְךָ תַּחְתִּיו כָּרֶם טוֹב מִמֶּנּוּ אִם טוֹב בְּעֵינֶיךָ אֶתְנָה לְךָ כֶּסֶף מְחִיר זֶה. וַיֹּאמֶר נְבוֹת אֶל-אַחְזָב חֲלִילָה לִּי מֵה' מִתַּתִּי אֶת-נַחֲלַת אֲבֹתִי לְךָ (מלכים א, כא, ב-ג [ב]).

ה

העיסקה שהציע אחאב לנבות הייתה, לכאורה, עיסקה הוגנת: תחת הכרם שייתן יקבל נבות "כָּרֶם טוֹב מִמֶּנּוּ" או "כֶּסֶף מְחִיר זֶה". ואולם נבות אינו מתעניין לא ב"כָּרֶם טוֹב מִמֶּנּוּ" אף לא בפיצויי-כסף. "חֲלִילָה לִּי מֵה' מִתַּתִּי אֶת-נַחֲלַת אֲבֹתִי לְךָ". זו נחלה שנבות ירש מאביו, אביו מאביו, ואביו מאביו עד דור ראשון; כאביו וכאביו-אביו לפניו נולד נבות באותה נחלה, שיחק בה כילד, בילה בה את ימי בחרותו, עבד בה כאיש בוגר ומכיר הוא כל פינה בה, גם פינות שאחרים אינם יודעים כלל על קיומן; הנחלה נמזגה באישיותו של נבות והייתה לחלק מקיומו בעולם. ויש מי שיגנו על נחלתם מפני הפקעה כמי שיגנו על מולדתם מפני צר-ואויב. נבות ונחלתו היו לאחדים ומנחלתו נבות לא

ו

ז

ייפרד. על נחלה מעין-זו ייאמר כי כבוד האדם היא, כי הפכה להיותה חלק מאישיותו של אדם.

א

61. כך בנבות היזרעאלי ובנחלת אבותיו. הנוכל להסב דברים אלה – הראוי להסב דברים אלה – על קרקע שסוחר קרקעות, או מתווך קרקעות, מחזיק בה למוכרה למרבה-במחיר? והרי קרקע זו כל-כולה אינה אלא חלף-כסף. אכן, במקרה זה יקשה עלינו לזהות את הקניין עם כבוד האדם או עם אישיותו. השוו [67] *Radin supra*. ראו עוד הכהן, במאמרו הנ"ל [58], בעמ' 45-46 (להבחנת המשפט העברי בין נחלת-אבות ובין קרקע שנקנתה בכסף). האם נסיק מכאן כי במקום שבו מפקיעה הרשות קרקע מסוחר בקרקעות תנתק ההפקעה זיקה של הבעלים לקרקע? תשובתנו לשאלה היא בשלילה. אין זאת אלא שקיים טעם אחר, טעם נוסף, להגנה על הקניין, בנפרד ובנבדל מהגנה על אישיות האדם, על כבודו, על חירותו, על רצונו החופשי. והטעם הוא, לדעתנו, אותו טעם שהגדול-בין-גדולים, השופט אוליבר וונדל הולמס (*Oliver Wendell Holmes*), העלה כטעם להגנה על החזקה. וכך אמר השופט הולמס בספרו *The Common Law* [66],
: at p. 213

ד

Those who see in the history of law the formal expression of the development of society will be apt to think that the proximate ground of law must be empirical, even when that ground is the fact that a certain ideal or theory of government is generally entertained. Law, being a practical thing, must found itself on actual forces. It is quite enough, therefore, for the law, that man, by an instinct which he shares with the domestic dog, and of which the seal gives a most striking example, will not allow himself to be dispossessed, either by force or fraud, of what he holds, without trying to get it back again. Philosophy may find a hundred reasons to justify the instinct, but it would be totally immaterial if it should condemn it and bid us surrender without a murmur. As long as the instinct remains, it will be more comfortable for the law to satisfy it in an orderly manner, than to leave people to themselves. If it should do otherwise, it would become a matter for pedagogues, wholly devoid of reality.

ה

ו

ז

ראו עוד [11א"א 7325/95](#) ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס [27], בעמ' 76-77.

אכן, אותו אינסטינקט השוכן בנפשו של תינוק ואשר ימנע אותו מתת לאחר חפץ שהוא מחזיק בידו, אותו אינסטינקט עצמו שוכן בנפשו של בוגר ויעורר בו יצר-התנגדות "טבעי" – אינסטינקטיבי – לרצונו של אחר לקחת ממנו נכס מנכסיו, ולו בתשלום פיצויים. אם לאותו יצר ולאותו אינסטינקט ייקרא אישיותו של האדם, האוטונומיה של רצון האדם או חירותו של האדם – לו ייאמר כן. בין כך ובין אחרת, פיצויי-הפקעה אין די בהם כדי להעלים את עצם הפגיעה שהפקעתה של קרקע מביאה על הבעלים.

א

ב

62. זאת ועוד, לו אמרנו כי קבלת פיצויים גודעת את הקשר בין בעלים לבין קרקע שהופקעה ממנו, כך יטען הטוען, כמעט סתמנו את הגולל על אותה הזיקה שבין הבעלים לבין קרקע שהופקעה ממנו. אכן, קבלת פיצויים אינה אלא המעט שהבעלים זכאי לו, ויהא זה קשה – קשה מאוד – אם ייפסק כי רק אי-קבלת פיצויים תותיר בידי הבעלים-לשעבר זיקה לקרקע. הברירה שתועמד לפני הבעלים – שלא לקבל פיצויים ולהמתין לבלתי נודע, או לקבל פיצויים ולאבד זיקה – כך יוסיף הטוען ויטען, ברירה היא שאין בה סבירות; ברירה אכזרית היא; ברירה היא שאין בה צדק. אכן, אין טעם מוצדק כי נחייב את היחיד לתרום לכלל מרכושו, ותמורה שתינתן לו תצמצם עצמה באותה "זיקה" שאיננו יודעים מה יהא עליה.

ג

ד

עם זאת, כך יוכל הטוען-שכנגד לטעון, קבלת פיצויים ראוי לה שתביא לניתוק זיקה. וכל-כך למה? שתשלום פיצויים בגין ההפקעה אמור ליתן בידי הבעלים – למצער באורח תאורטי – את שווייה של הקרקע המופקעת. יתכבד-נא אפוא הבעלים, ייקח אותם פיצויים ויקנה קרקע אחרת תחת הקרקע שהופקעה ממנו. ואם לא יקנה הבעלים קרקע אחרת, ייאמר עליו: איהו הוא דאפסיד אנפשיה.

ה

63. משאמרנו כל דברים שאמרנו, נוסיף עתה ונאמר כי שאלה פתוחה היא אם קבלת פיצויים תגדע – או לא תגדע – את זיקתו של הבעלים-לשעבר לקרקע שהופקעה מבעלותו, או שמא תשפיע קבלת פיצויים רק על שאלת חיובו של הבעלים להחזיר פיצויים שקיבל כתנאי להשבת הקרקע לבעלותו. השוו [סעיף 196\(א\)](#) לחוק התכנון. ראו עוד והשוו [ה"פ \(י-ט\) 51/94](#) ארד נ' מדינת ישראל [41] (מפי השופט ד' חשין, בפיסקה 6 לחוות-דעתו).

ו

ז

- א 64. משקבענו כי בעלים שקרקע הופקעה מחזקתו ממשיך ושומר באמתחתו זיקה לקרקע שהופקעה, צפה ועולה שאלה נגררת, והיא – אם זיקה זו תישמר ותתקיים לעולמי-עד משל הייתה זכות קניין מן-המניין (אם תרצו: זכות קניין במקרקעין מוסדרים הרשומים בספרי המקרקעין). או שמא נאמר, גבול הושם לה לאותה זיקה, ובעברנו את הגבול תיעלם הזיקה. פתרונה של שאלה זו אינו פשוט כלל-ועיקר. מן הצד האחד, יכול הטוען שיטען כי זיקה זו שבעלים-לשעבר מחזיק בצקלונו נגזרת מקניין הבעלות (או מזכות קניין אחרת שהופקעה), וכשם שקניין הבעלות אינו מתיישן (על דרך העיקרון), כן יהא דינה של אותה זיקה שאינה אלא בת-קול לבעלות. הצופן הגנטי של הזיקה הוא כצופן הגנטי של הבעלות, ו"התיישנות" לא תתפוש בזו כשם שלא תתפוש בזו. מחזיקים בדעה זו יבקשו לחזק עצמם בהוראות הסעיפים 195 ו-196 לחוק התכנון, ולפיהן זכותו של הבעלים להחזיר לעצמו – בתנאים הקבועים בחוק – קרקע שהופקעה מחזקתו אין תופשת בה "התיישנות".

- מן הצד האחר, כך יטען הטוען-שכנגד, הכרזה על קיומה של זיקה שאין-לה-קץ הינה הכרזה שאין בה לא טעם ולא היגיון. הַיָּאֵמֵר כי בעלים-לשעבר – הוא ועמו יורשיו, יורשי-יורשיו ויורשי-יורשיו עד דור אחרון – יוכלו לתבוע השבה של קרקע שהופקעה מאז דור ראשון? התחיה הזיקה חמישים שנים? מאה שנים? מאתיים שנים? ואשר לטענה שהזיקה נושאת בגופה את הצופן הגנטי של אמה – הבעלות – ישיב הטוען-שכנגד כי לא הרי זו כהרי זו. בכך שונה זיקה מקניין בעלות: קניין בעלות, על דרך הכלל, מוסדר בספרי המקרקעין או שהבעלים מחזיק בפועל בקרקע, ומכאן ניתן לגזור כי בעלות בקרקע אין לה סוף (עד הפקעה...). שלא כמות הבעלות היא זיקה לקרקע שהופקעה, שזכות מותנית היא מעיקרה וממילא זכות "חלשה" היא לעומת זכות הבעלות.

- א 65. אם כך דין, יישאל הטוען-שכנגד, מה תהא תקופת ה"התיישנות" של זיקת בעלים-לשעבר לקרקע שהופקעה מחזקתו. לאחר כמה שנים תימוג הזיקה ותיעלם? לאחר שבע שנים, כהתיישנות בשאינו מקרקעין לפי [חוק ההתיישנות](#), תשי"ח-1958? לאחר חמש-עשרה שנים או עשרים וחמש שנים, כהתיישנות במקרקעין שלא נרשמו ובמקרקעין שנרשמו? ואולי נקבע תקופה "שרירותית"? למשל, תקופה בת עשר שנים? כל פתרונות-הצלה אלה אינם נראים לנו. ראשית לכול, ההיקש מ[חוק ההתיישנות](#) נראה בעינינו מוקשה; משידענו שהנושאים אינם זהים, נוסף ונדע כי ההיקש אינו ראוי. אשר לתקופת-שנים "שרירותית", גם זו אינה ראויה, שאיש לא הסמיכנו לקבוע תקופת-שנים

גזורה ומדודה מראש. מלאכה זו, מלאכתו של המחקק היא; המחקק על מקומו הוא ואנו על מקומנו. מהו אפוא פתרון שיאמץ לו הטוען-שכנגד?

א

נראה כי איש-המשפט יכול שיקרא לו לעזר את אותו אישון העומד לשירותו בכל עת – את האדם הסביר – וישאל אותו מה ייעץ לנו. ודומה כי האדם הסביר – קרא, השכל הישר, הטעם הטוב, ההיגיון, הצדק – יאמר לנו כך: לא אוכל לומר לכם אימתי תפוג ותימוג הזיקה בין הבעלים-לשעבר לבין קרקע שהופקעה מחזקתו; זאת אוכל לומר לכם, שבנסיבות אלו ואחרות אשר תוצגנה לפניי אשיבכם אם פגה ונמוגה הזיקה או אם חיה היא ונושמת. ומה יהיו אותן נסיבות? אלו יהיו רבות ושונות. כך, למשל, אורך התקופה שבה שימשה הקרקע לייעודה עד ששונה; כך, למשל, השאלה אם קיבל הבעלים פיצויים בעבור הקרקע שהופקעה או אם לא קיבל; כך, למשל, מה שימוש נעשה בקרקע במשך השנים, כגון: אם מה שהופקע למעשה לא הייתה אלא החזקה בלבד אף שלהלכה הייתה זו הבעלות שהופקעה (כבעניינו); כך, למשל, טיב הקשר שהיה בין הבעלים לבין הקרקע (החזקה לשם השקעה, החזקה בנחלת-אבות וכו'); כך, למשל, שינויים והשבחות שנעשו בקרקע במשך השנים; כך גורמים אלה וכך גורמים אחרים כיוצא-בהם, גורמים העשויים לאצול – במשקלם המצטבר – על הכרעה בשאלה אם זיקת-הקניין מתקיימת או אם שבקה-חיים-לכל-חי. האדם הסביר אינו זר לנו: בן-בית הוא במשכננו; נועצים אנו בו יום-יום, במודע ושלא-במודע, ובכל ענפי המשפט, ולכאורה אין טעם טוב ורואי מדוע לא ניועץ בו גם בשאלה זו שלפנינו. נוסיף ונזכור, ולו בדרך אגב, כי במשפט הצרפתי הושם בחוק גבול לשנות-הזיקה של בעלים לקרקע שהופקעה מחזקתו (כך לפי ה־Code de l'expropriation). כך אף במשפט הגרמני (למשל: סעיף 102(1) מספר 1 לחוק הבנייה הגרמני (BauGB – Baugesetzbuch)).

ב

ג

ד

ה

66. ואחרי אומרנו כל דברים שאמרנו, נוסיף עוד ונאמר כי שיקולים שעמדנו עליהם אין הם מכריעים את הכף. יכול הטוען לטעון – וטענתו תהא לא נטולת-היגיון ולא נטולת-טעם – כי בהיעדר קביעה סטטוטורית נחרצת, לא לנו, לבתי-המשפט, הסמכות לקצוב מועדים, ולו מועדי-סבירות. מלאכת קביעתם של מועדים למחקק ניתנה, ובהיעדר הוריה מטעמו של המחקק לא נקבע אנו מועד.

ו

ומן הכלל אל הפרט

ז

67. הקרקע בעניינו הופקעה לשימושו של הצבא. אכן, כמנהג הימים ההם לא נאמר בהודעה על ההפקעה אלא זאת שהקרקע דרושה לחלוטין לצורכי ציבור, ואולם כולנו ידענו כי סוף מעשה במחשבה תחילה: מתוך זה שמלכתחילה – ושנים רבות

לאחר ההפקעה – לא שימשה הקרקע אלא את צורכי הצבא, נסיק, ולו על דרך ההילוך לאחר, כי למטרה זו הופקעה. מטרה זו הייתה מטרה ציבורית, ועל כך אין חילוקים. משתם השימוש בקרקע לצורכי הצבא, ביקשה הרשות להסב את השימוש בה למטרה חדשה: למטרת בנייתה של שכונת מגורים. על הסבת-מטרה זו מעלים העותרים כמה טענות, ועל אלו נעמוד עתה.

ראשית לכול, כך טוענים הם העותרים, עם התמצותה של המטרה הראשונה – השימוש בקרקע לייעודי הצבא – יש להשיב את הקרקע לבעלותם. שנית, המטרה החדשה – בנייתה של שכונת מגורים – אינה כלל מטרה ציבורית. מכאן, גם על-פי ההשקפה הגורסת כי מותרת היא הרשות הציבורית לדלג ממטרה ציבורית אחת למשנה בגדרי אותה הפקעה (ראו פסקה 52 לעיל), גם-אז זכאים הם העותרים להשבת הקרקע לידיהם. יתר-על-כן, הואיל ומטרת הקמתה של שכונת המגורים החדשה אינה מטרה ציבורית, אין שר האוצר מוסמך להפקיע את הקרקע שוב למטרה זו. ולבסוף, בידי הבעלים-לשעבר לבצע, בכוח-הוא, את מטרת הקמתה של שכונת המגורים, אשר-על-כן אין (מכל-מקום) הצדק לכך שהמדינה דווקא תבנה את שכונת המגורים, בין על-פי ההפקעה הראשונה בין מכוח הפקעה נוספת של הקרקע.

הבה נעמוד על שאלות אלו, אחת לאחת, בסדרן.

68. ראשית לכול נאמר, כי על-פי המארג הנורמטיבי שעמדנו עליו בדברינו למעלה (ובכפוף לדברים שנוסיף ונעמוד עליהם להלן, כגון בשאלת הזמן שחלף מאז ההפקעה), ניתן לטעון כי זכאים הם הבעלים – על דרך העיקרון – להשבת הקרקע לידיהם, הואיל ונתמצתה המטרה הציבורית שלשמה הופקעה מלכתחילה. יתר-על-כן, גם אם אמרנו כי מטרת הקמתה של שכונת מגורים מטרה ציבורית היא – ושאלה זו עצמה תלויה בספק – גם אז לא יחול שינוי במסקנה. טעם הדבר הוא, כך ניתן לטעון, ששתי המטרות – קרקע לשימוש בה לייעודי הצבא וקרקע לשימוש בה להקמתה של שכונת מגורים – הן כה שונות זו-מזו, עד שאין לומר כי המטרה האחת אינה אלא וריאציה של המטרה האחרת (ראו פסקה 54 לעיל). מסקנה (לכאורה): על-פי המארג הנורמטיבי-התאורטי, ניתן לטעון כי זכאים הם העותרים – על דרך העיקרון – שהקרקע תושב להם, וחייבים הם המשיבים להשיב לעותרים את הקרקע.

זאת ועוד זאת, הקרקע הופקעה לצורכי אימונים, למטווחים ולעוד שימושים כיוצא באלה של הצבא. משידענו מה הייתה מטרת ההפקעה, נוסיף ונדע – ולו על דרך ההילוך לאחר – כי מעיקרם של דברים הייתה הרשות יכולה לספק עצמה בהפקעת החזקה

בלבד – להבדילה מהפקעת הבעלות (נזכיר כי על-פי הוראת [סעיף 3](#) לפקודת ההפקעות, ניתנה סמכות לשר האוצר לרכוש בעלות או כל זכות אחרת בקרקע, לרבות כל זכות שימוש בקרקע). וכך, לו הפקיע שר האוצר, מלכתחילה, אך את זכות השימוש בקרקע בלבד, דומה כי לא היו נמצאים חולקים על כך שעם פינוי הצבא מן המקום היו הבעלים זכאים להשבת הקרקע לידיהם. השוו הדוקטרינה השוררת בארצות-הברית כמתואר בפסקה 49 לעיל. ואולם, ביודענו כי הלכה למעשה הופקעה הקרקע לייעודה לאימוני הצבא – וכי כך גם שימשה במשך כל השנים – נוסף ממילא ונדע כי לאמיתם של דברים לא הייתה הפקעה, מעיקרה, אלא לשימוש בה ולא לניצולה כבעלים (כגון, לצורכי בנייה). ומשתם השימוש בקרקע לאימוני הצבא, אך דין הוא שהקרקע תחזור הביתה. נמהר ונדגיש: אין אנו משמיעים שיקול זה מגרוננו. אין זה אלא שיקול שניתן להעלותו כשיקול-בין-שיקולים להצדיק החזרת הקרקע לידיהם של העותרים.

א

ב

ג

יתר-על-כן, ניתן לומר כי גם לדעת המרחיבים את סמכותה של הרשות – אלה המתירים לה לעבור ממטרה ציבורית אחת למשנה בגדרי אותה הפקעה – גם לדעתם של אלה זכאי הבעלים לחזור אל-שלו, ולו משום שהמטרה להקים שכונת מגורים במקום אינה מטרה ציבורית בנסיבות העניין. הבה נאמר דברים אחדים בנקודה זו.

ד

הקמתה של שכונת מגורים –

האם מטרה ציבורית היא?

69. האם מטרת בנייתה של שכונת מגורים הינה מטרה ציבורית לעניינה של פקודת ההפקעות? גם הכרעה בשאלה זו אינה נדרשת במישרין לענייננו, אך נוסף ונאמר כי לדעתנו אין לה לשאלה זו תשובה חד-משמעית ונחרצת. הכול תולה עצמו בהקשר הדברים: יש שבנייתה של שכונת מגורים תהא מטרה ציבורית לעניינה של פקודת ההפקעות – אפשר אף מטרה ציבורית נעלה – ויש שבנייתה של שכונת מגורים לא תהא מטרה ציבורית כלל באותו הקשר. ההכרעה בשאלה תהא לעולם הכרעה תלוית-נסיבות, ונתקשה להקיש ממקרה אחד למשנהו. אם כך במישור הנורמטיבי, על-אחת-כמה-וכמה בנסיבות ענייננו שלנו. נפרש ונפרט.

ה

ו

70. נתעלם לרגע מכוחו של שר האוצר על-פי פקודת ההפקעות, שהוא האמור לקבוע – על-פי שיקול-דעתו – מה היא "מטרה ציבורית" המצדיקה הפקעתה של קרקע פלונית. נניח אפוא כי המושג "מטרה ציבורית" – בהקשרה של פקודת ההפקעות – נתון לפירושו של בית-המשפט כדרך הפרשנות המקובלת (לאמיתם של דברים, ובסוף-כל-

ז

הסופות, ההבדלים בין שתי גירסאות אלו מעטים וקטנים הם). בהציגנו כך את השאלה, יתייצבו לפנינו שני דגמים משני העברים: דגם אחד מכריז על עצמו כעל "מטרה ציבורית", ודגם אחר מכריז על עצמו כעל מטרה שאינה מטרה ציבורית. מן העבר האחד יעמדו לפנינו, למשל, הקמת גן ציבורי, סלילת כבישים, הקמת בית-ספר ועוד כיוצא באלו מטרות המכריזות על עצמן בקול כי מטרות "ציבוריות" הן. מן העבר האחר תעמודנה מטרות שלכאורה אין הן מטרות ציבוריות. כך, למשל, הקמתו של בניין משרדים בלבה של שכונת עסקים. קרקע כי יפקיע שר האוצר למטרה זו האחרונה, דומני שנתקשה לסווג אותה מטרה – במהלך הדברים הרגיל – כמטרה "ציבורית". וניתן דעתנו לדבר: בסווגנו מטרה פלונית כמטרה ציבורית או כמטרה שאינה ציבורית, מביאים אנו במניין שיקולינו, בין השאר – ולו בתת-מודע – שיקולים של כוחות-השוק בשוק חופשי ושיקולים של מוסכמות חברתיות המקובלות במקומנו. כך, למשל, מניחים אנו שאדם פרטי לא יסכים, מרצונו הטוב והחופשי, להקים על אדמתו גן ציבורי לשירות הכלל, ולו תמורת פיצוי כמקובל. מן הצד האחר, אנו מניחים כי קרקע שניתן להקים עליה בניין משרדים, והיא בלבו של אזור עסקים, כוחות השוק יביאו לבנייתו של בניין משרדים על אותה קרקע.

71. השאלה הנשאלת היא אפוא לאיזה מן הקטבים נמשכת מטרת הקמתה של שכונת מגורים. דומני כי הניתוח הנורמטיבי לא ייתן תשובה בידנו, שכן יכולים שיהיו בה במטרה זו גם עיקרים ציבוריים גם עיקרים פרטיים, והשאלה תהא בכל מקרה ומקרה אילו עיקרים ידם תהא על העליונה. מכל מקום, נזכור-נא, אל-נשכח, כי מעבר ממטרה ציבורית אחת למשנה מחייב הפקעתה של הקרקע, ומכאן שהנטל על המדינה מוטל הוא להוכיח כי המטרה של הקמת שכונת מגורים – מטרה ציבורית היא.

72. בהקשר דברינו כאן נוסיף ונעיר, כי בכל מקרה ובכל עניין יחול הכלל הגדול של עיקר וטפל, לאמור: בבחינת ביצוע מטרתה של הרשות יש להשקיף על המכלול ולא על פרט זה-או-אחר בו. ובלשונו של השופט ברנזון ב**בג"ץ 147/74** ספוליןסקי נ' שר האוצר (פרשת ספוליןסקי [28]), בעמ' 424:

העובדה, שתוך כדי ביצוע מטרת ההפקעה מושג פה ושם רווח, אם על-ידי הממשלה ואם על-ידי חברת בניה פרטית הפועלת מטעמה, אינה גורעת ממהותה האמיתית של ההפקעה ואינה יכולה לפגום במטרתה, אם רק מלכתחילה היא לא נעשתה לשם השגת רווחים בלבד. כשמטרת ההפקעה איננה עשיית רווחים וזו רק תוצאה עקיפה של ההפקעה, אין בכך כלום. זה אינו משפיע על חוקיות ההפקעה.

כך נקבע אף בפרשת מהדרין [10] – בהפקעת קרקע להרחבת נמל התעופה בן-גוריון – מקום שחלק מן הקרקע היו בו "אלמנטים מסחריים". ובלשון בית-המשפט (שם, בעמ' 103):

א

עיון בתכליות ובשימושים הנ"ל מעלה כי אמנם יש בהם גם אלמנטים מסחריים (שירותי הסעדה וחניות). אולם אלמנטים אלה לא רק שהם זניחים למטרה העיקרית שלשמה הופקעה חטיבת הקרקע, אלא שהם מהווים חלק בלתי נפרד מתפעולו של שדה התעופה, דהיינו שיש להם זיקה ישירה למטרה הציבורית שלשמה הופקעו הקרקעות. במיוחד כשאלה נועדו לרווחתם של עובדי נתב"ג (והוא הדין במתקני הרווחה והספורט). ואף אם בעקיפין תפיק רש"ת רווח כלשהו מאלמנטים אלה, אין בעובדה זו כדי לגרוע ממהותה האמיתית של ההפקעה ולפגום במטרתה, כשלמלכתחילה לא נעשתה ההפקעה להשגת רווחים בלבד.

ב

ג

ובהמשך (שם, בעמ' 107):

ד

לא יכול להיות ספק כי חניונים תפעוליים וחניונים לבאי בית הנתיבות הם חלק אינטגרלי משדה התעופה. וסבורני, כי הוא הדין גם לגבי בית מלון בשדה תעופה מודרני... אכן, מדובר בשני אלמנטים מסחריים, אולם יש להם, כאמור, זיקה למטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע. לכן, אין מקום לראות את האלמנטים המסחריים במנותק מהפרויקט כולו, וכאילו עומדים בפני עצמם. יש לבחון את צדקת ההפקעה של אלמנטים אלה מן ההיבט הכולל של מטרת ההפקעה, ולא לבודדם ולבוחנם בנפרד.

ה

ו

טעם הדבר הוא שרק ריכוז הקרקע ביד אחת יאפשר ביצועו של הפרויקט (שם,

בעמ' 108):

גם נראית לי טענתה של רש"ת כי אם יפוצלו הזכויות הקנייניות בפרויקט נמל התעופה בינה ובין גורם נוסף, באופן שבמיתחם מסוים תוכפף זכותה לזכותו של אותו גורם, כי אז יקשה עליה למלא תפקידה כראוי. ממהותו של הפרויקט וממרכיביו מתחייב כי הזכויות בכל שטחו יהיו כולן בידי רש"ת, באופן שיהיה בידיה חופש פעולה

ז

- א כל מקום שבו, על-פי הצרכים המשתנים וההתפתחויות העתידיות, בלי שתהיה תלויה ברצונו ובהסכמתו של גורם אחר. רק ריכוז הזכויות בידי רש"ת יאפשר לה למלא את תפקידה על-פי הסמכויות שניתנו לה.

73. כך היה, למשל, בפרשת מקור הנפקות וזכויות [8] ובפרשת סולנינסקי [28].
 ב בשני מקרים אלה דובר בהקמתה של שכונת מגורים, ובשני המקרים סבר בית-המשפט כי הגורם הציבורי-הכללי גובר על הגורם הפרטי-הפרטיקולרי. בשני המקרים נקבע הצורך הציבורי להקים שכונת מגורים על השטח המופקע, ובשני המקרים הודגש כי הבעלות בקרקעות מפוצלת בין בעלים רבים, דבר שיקשה במאוד על ביצוע מהיר של תכניות הבנייה. במקרה האחד דובר על אכלוסה של ירושלים אל-עבר דרום, ובמקרה אחר נדון אכלוסה של ירושלים אל-עבר מזרח. נוסף שבמקרה השני אף הודגש כי "יש גם חשיבות לאומית וגם חשיבות אורבנית להקמת השכונה" (פרשת מקור הנפקות וזכויות [8], פסקה 5 לחוות-דעתו של השופט אור).

- כך נפסק אף במקום שבו הוסכם כי השימוש בקרקע למטרה הציבורית עתיד להניב רווחים. גורם הרווחים לא שלל את חוקיות ההפקעה, ואולם כך היה שעה שהיה ניתן – ולדעת בית-המשפט, היה ראוי – להשקיף על ההפקעה הספציפית בהקשר כולל של מטרה שהיא מטרה ציבורית לכל הדעות (אזור מסחר בתוככי נמל תעופה). ראו פרשת מהדרין [10] ודנג"ץ נוטיבה [9]. עם זאת נזכיר את דעת המיעוט של השופט דורנר בדנג"ץ נוטיבה [9] (שם, בעמ' 88), כי: "הקמתו של מבנה מסחרי בשכונה בנויה אינה נכנסת לגדר 'צורך ציבורי' המצדיק הפקעה. מילוי צרכים מסוג זה יש להשאיר לכוחות השוק". אכן, פרשת נוטיבה [9] – והשוואת דעת הרוב לדעת המיעוט – מדגימה יפה את ההתגוששות הקשה שבין היסוד ה"ציבורי" בהפקעה לבין היסוד ה"פרטי" בה. ראו עוד א' [חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה" הציבורית בהפקעת מקרקעין](#) [63].

74. הנה-כי-כן, הקמתה של שכונת מגורים יכולה שתהא מטרה ציבורית ויכולה אף שלא תהא מטרה ציבורית. בהקשר זה נזכור, כי על דרך-הכלל היוזמה להקמת בתי-מגורים ניתנת לפרט ולא למדינה.

75. ומה בענייננו? נזכור כי בתחילה – מאז אמצע שנות השמונים – יועדה הקרקע לבנייה צמודת-קרקע, נופש ושטחי ציבור, וכי בשנת 1995 הוחל בתכנון תכנית חלופית: לייעודה של הקרקע לבנייה רבת-קומות, למבני ציבור, לאזור מסחרי ולשטחים

ציבוריים פתוחים. המשיבים טוענים כי תכנון חדש זה נעשה לצורך ציבורי מובהק, וכך משמיענו מר דן סתו, סמנכ"ל ומנהל אגף תכנון ופיתוח במינהל מקרקעי ישראל:

א

בשל הצרכים הקיימים והביקוש הגדול הקיים במקום, ראה משרד הבינוי והשיכון לשנות את התכנון הקיים, לפיו יועדה הקרקע לבנייה צמודת קרקע, והמירו לבנייה רוויה של מאות יחידות דיור. בין השאר, מיועדות להיבנות בשכונה דירות עממיות וקטנות אשר תשרתנה אוכלוסיה נזקקת. בנוסף, מתוכננות בשכונה דירות גדולות, המיועדות לשפר את תנאי המחיה של התושבים, ולאפשר פינוי הדירות בהן הם מתגוררים לצרכי אוכלוסיה בעלת יכולת פחותה.

ב

פיתוח שכונת המגורים באיכות גבוהה יחסית, כפי שבא לידי ביטוי בתוכנית האמורה [חד/במ/944], תוך תרומה ממשית בשטחים ציבוריים כגון: בית ספר מקיף, מרכז ספורט ומתנ"ס יביא להעלאת רווחת השכונות הקיימות בגבעת אולגה.

ג

דומה כי דברים אלה – אם נועדו הם להקים על רגליה "מטרה ציבורית" – הינם רחבים יתר־על־המידה בתחומי התפרשותם. אין פלא בדבר אפוא שהעותרים משיבים על כך – לא בלי כעס – כי בקבלנו את הדברים כערסם־על־פניהם, יהא ניתן להצדיק כל הפקעת קרקע למטרת בנייתם של בתי־מגורים. אכן, המדינה לא עלה בידה להראות כי בנייתה של שכונת מגורים במקום ניתקה עצמה מתחומי הכבידה של המטרות הפרטיות והכניסה עצמה אל תחומי הכבידה של המטרה הציבורית. יתר־על־כן, בחינת הדברים מקרוב תלמדנו כי המדינה מהלכת בטיעונה ופניה לאחור תחת אשר תלך ופניה לפנים. נבאר ונסביר.

ד

ה

76. בהכינום ובאשרם את התכנית שלשנת 1985; כמותה את התכנית שלשנת 1995-1997; הניחו הרשויות והמתכננים – כהנחה מובנת מאליה – כי הקרקע היא בבעלותה של המדינה לכל־דבר־ועניין – פנויה ומשוחררת מכל נטל ושעבוד – וכי כבעלים רשאית ומותרת היא המדינה לעשות בה בקרקע כראות עיניה. על יסוד הנחה זו תכננו המתכננים את אשר תכננו והרשויות אישרו את אשר אישרו. הדברים נלמדים מעצמם – מתוך עיון בהשתלשלות האירועים ובחומר הראיות שהונח לפנינו – ואם יש צורך בראיה, תימצא זו לנו בתצהירו של מהנדס העיר חדרה מר מיכאל שרון, אשר כך מלמד הוא אותנו בתצהירו (בין השאר):

ו

ז

- א בשיבת המשיבה 4 [הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז חיפה] ב-20/6/95 אכן הוחלט על תיקון התכנית, בטרם הפקדתה, כך שיירשם בתקנון שהתכנית תבוצע באיחוד וחלוקה. מאידך, לא צורפה לתכנית טבלת הקצאת שטחים/איזון כאמור בסעי' 122 לחוק התכנון והבניה בגין טענת המשיבה 1 [המדינה], אשר אומצה ע"י המשיבה 2 [עיריית חדרה], שהמדובר במקרקעין שהינם בבעלות אחת (של המדינה) ועל כן אין צורך בטבלה האמורה (ההדגשה הראשונה במקור; ההדגשה השנייה שלי – מ' ח').

- ג נדע מכאן, כי הנחות-המוצא של ועדת התכנון ושל המדינה היו הנחות כי לבעלים-לשעבר אין כל זיקה לקרקע, וכי הקרקע אינה קשורה כלל בטבורה למטרה ציבורית כלשהי. הנחות אלו הן אף שהוליוכו להליכי התכנון כפי שהיו בפועל. משידענו – על-פי המארג הנורמטיבי-התאורטי – כי הנחות אלו הנחות שגויות היו, נסיף ונדע ממילא כי סיווג בנייתה של שכונת מגורים כמטרה "ציבורית" בא אך בדיעבד ולא מראש. טעם הדבר: הרשויות לא נתנו כלל דעתן – מראש – לא לפקודת ההפקעות ולזיקתם של הבעלים-לשעבר לקרקע ולא לשאלה אם המטרה מטרה "ציבורית" היא. טיעון זה – בהילוך והפנים לאחור – כך יטען הטוען, לא יסכון. ראייה לדבר, כך יוסיף הטוען ויטען, תימצא לנו במבחן נייר-הלקמוס להלן.

- ה77. אליבא דכולי עלמא, אין המדינה מוסמכת להמשיך ולהחזיק בקרקע שהופקעה – לאחר התמצות מטרת ההפקעה הראשונה – אלא אם עושה היא שימוש בקרקע למטרה "ציבורית" (אחרת). כך יורו גם אלה המרחיבים את כוח ההפקעה, דהיינו: אלה הגורסים, כי מוסמכת היא המדינה לדלג ממטרה ציבורית אחת לרעותה בגדרי אותה הפקעה עצמה, בלא שתחוב בהחזרת הקרקע לבעלים-לשעבר.

- ו רשאית היא אפוא המדינה לדלג ממטרה למטרה אך-זרק במקום שבו יש צורך ציבורי חדש, ושעה שצורך זה מצדיק הפקעת הקרקע כהיום הזה. ראו דברי השופט גולדברג בפרשת מחול [5], בעמ' 323, המובאים בפיסקה 52 לעיל. דעתנו-שלנו היא – במובחן מדעתו של השופט גולדברג – כי במקרה מעין זה חייבת המדינה להחזיר את הקרקע לבעליה או לשוב ולהפקיעה בדרך הרגילה. ואולם, אם כך דין, יש להניח כי עד הגיעה לכלל החלטה על הפקעה, הייתה הרשות (בענייננו) שוקלת היטב-היטב בדעתה אם ראוי להפקיע את הקרקע לאותה מטרה חדשה, דהיינו להפקיע – ולחוב בתשלום פיצויים לבעלים. הנה-הינהו נייר-הלקמוס: בענייננו לא שקלה המדינה בדעתה את

הדבר. ולו שקלה, אפשר לא הייתה מחליטה על הפקעה – לצורך הקמתה של אותה שכונת מגורים – תוך חיוב-עצמי לשלם פיצויי-הפקעה.

א

מסקנה: בידעה כי תחוב בפיצויים לבעלים, אפשר לא הייתה המדינה מחליטה על הפקעה לעת הזו. אליבא דידנו, חייבת היא המדינה – על-פי המתווה הנורמטיבי-התאורטי – להחזיר את הקרקע לבעליה-לשעבר ולהתמודד התמודדות-ישירה עם הפקעה חדשה ועם חיובה לשלם פיצויי-הפקעה לבעלים-החדש-הישן.

ב

כדי להסיר ספק נוסף ונאמר זאת: אין אנו ממליצים לרשויות המדינה כי תעשינה כך או אחרת בקרקע שהופקעה למטרה מסוימת. על דרך הכלל ייאמר, כי משהופקעה קרקע למטרה מסוימת, והמטרה נתמצתה, אין זה ראוי לה למדינה כי תתפתל ותעשה מעשים אשר אין הם ראויים כי ייעשו אך כדי להוסיף ולהחזיק את הקרקע ברשותה.

ג

78. נניח – בלא שהסכמנו להנחה – כי מטרת ההקמה של שכונת מגורים (בנסיבות העניין) מטרה ציבורית היא, אשר-על-כן מוסמכת היא הרשות – על דרך העיקרון – להפקיע מחדש את הקרקע נושא הדיון (למותר לומר, כאמור, ששאלה זו לא עלתה כלל, שכן הרשות יצאה מהנחה – שגויה לדעתנו – כי הקרקע היא בבעלותה נקייה מכל זיקת בעלים-לשעבר). גם אז, כך טוענים העותרים, צפה ועולה מעצמה שאלה, והיא – האם זכאית היא הרשות, בנסיבות העניין, להפקיע את הקרקע למטרה של הקמת שכונת מגורים? מתוך ששאלה זו לא עלתה מפורשות לדיון, ממילא לא שמענו טיעונים בה. עם זאת נאמר, במלוא הזהירות, דברים אחדים בסוגיה, בלא שנתיימר להכריע בה לכאן או לכאן.

ה

79. עד שרשאית היא הרשות להפקיע קרקע למטרה ציבורית – ולענייננו הנחנו כי הקמתה של שכונת מגורים יכולה שתהיה, בנסיבות מסוימות, מטרה ציבורית – שומה עליה לברר ולמצוא אם אין ניתן להשיג את המטרה הציבורית – אותה מטרה שלמענה מבקשת היא להפקיע את הקרקע – שלא על דרך של הפקעה ושלא בהכרח על דרך הפקעתה של הקרקע שהופקעה ושהפקעתה פקעה. ולכאורה, תנאי מוקדם הוא לסמכות ההפקעה, שאין ניתן להשיג את מטרת ההפקעה בדרך יעילה אחרת שאינה הפקעה. תנאי-מוקדם זה לכוח להפקיע קרקע נדרש מתוך כיבוד זכות הקניין של היחיד, וזכות הקניין משמיעה כמו-מעצמה נטל זה המוטל על הרשות. אכן, במקום שבו אומרת הרשות להפקיע קרקע של ראובן להגשמתה של מטרה פלונית; ראובן מצהיר באותו מועד על כוונתו להגשים הוא-עצמו אותה מטרה בהוכיחו בעליל כי כוונתו כנה, כי ביכולתו לעשות את הדבר, וכי עומד הוא להגשים אותה מטרה בזמן סמוך; יכול הטוען

ו

ז

לטעון – ואנו לא נכריע בטענה – כי בנסיבות אלו תישלל סמכותה של הרשות – אמנם, לא בכל נסיבות שהן ולא בכל מקרה – להפקיע את הקרקע. אותו טוען יכול שיוסיף ויטען – ואנו לא נביע דעתנו על כך – כי הנטל על הרשות מוטל הוא להצביע על צורך להפקיע את הקרקע דווקא להגשמתה של מטרת ההפקעה ולהסביר ולהצדיק מדוע לא תיתן לבעלים בעצמו להשיג אותה מטרה. ובלשונה של השופטת דורנר בדנג"ץ נוטייבה [9] (שם, בעמ' 89):

ב נטל ההוכחה לעניין התקיימותם של יסודות פסקת ההגבלה בהחלטה מינהלית הפוגעת בזכות הקניין על-ידי הפקעה, מונח על כתפיה של הרשות המפקיעה.

ג ואמר על כך השופט אור בפרשת מקור הנפקות וחכיות [8] (מפי השופט אור, בפסקה 6 לפסק-הדין):

העובדה שיש בהפקעה פגיעה קשה בזכות אדם לקניינו צריכה להיות לנגד עיני בית המשפט בבואו לפרש את הוראות סעיף 3 [לפקודת ההפקעות – מ' ח'] ולבחון אם ההפקעה אכן דרושה כדי להגשים את אותו צורך ציבורי, לשמו מבוצעת ההפקעה. לפיכך, אם ניתן להגיע לאותה תוצאה של סיפוק צורך ציבורי שלא בדרך הפקעה, ראוי היה לילך בה. כך, למשל, אם קיים צורך ציבורי של בניית מבנה מסויים למגורים והדבר יכול להעשות על ידי בעל הקרקע, בצורה באופן ותוך פרק הזמן הדרוש לשם אותו צורך ציבורי, אין לומר שנחוצה הפקעת אותה קרקע לצורך בניית אותו בניין.

כך אף לימדנו השופט גולדברג בדנג"ץ נוטייבה [9] (בעמ' 82):

אם מוכח, כי ניתן לממש את הצורך הציבורי ללא הפקעה, כי אז באים לידי איזון הצורך הציבורי וזכות הקניין של בעל המקרקעין המופקעים. כל זאת, בתנאי שניתן להבטיח כי ה'מימוש העצמי' לא ישבש ולא יעכב את הוצאתה לפועל של מטרת ההפקעה.

ראו עוד פרשת מהדריין [10], בעמ' 107. אלא שהשאלה סבוכה ביותר ואנו לא ניטול על עצמנו להכריע בה. אכן, חיי-המעשה לימדונו כי במקרים רבים – אפשר במרבית המקרים – טיבה של התכנית, היקפה, ריבוי הבעלויות בקרקע ועוד גורמים כיוצא באלה

ימנעו ביצוע עצמי של תכנית ויחייבו הפקעתה של קרקע להגשמתה של מטרה ציבורית ראויה. ראוי, למשל: פרשת מקור הנפקות וזכויות [8]; פרשת ספולנינסקי [28]; פרשת מהדרין [10]. עם זאת במקרים שבהם יכול שיהיה ביצוע עצמי, אפשר נגיע לכלל מסקנה כי הפקעה תהא בבחינת אמצעי בלתי ראוי, אמצעי העולה על הנדרש. בהקשר זה ראוי שניתן דעתנו לדברים של השופטת דורנר (בדעת מיעוט) בדג"ץ נוסייבה [9] (בעמ' 91):

א

ב

כאשר הפרט אינו מסוגל לבצע את הפרויקט הדרוש לצורכי ציבור בעצמו בשל תכנון רחב היקף, עשויה להיות הצדקה לשימוש בסמכות ההפקעה. אך כשמדובר במגרש קטן, שבעליו הצהירו כי בכוונתם לפתחו בעצמו, אין סיבה לא להפקיד בידיהם את ביצוע התכנית.

ג

ראו עוד פרשת 19 [40] הנזכרת בפיסקה 45 לעיל.

יתר-על-כן, כשם שנטל הוא המוטל על הרשות שלא להידרש להפקעה אם ניתן להגשים את מטרת ההפקעה שלא על דרך של הפקעה, כן מוטל עליה נטל – לכאורה – שלא להפקיע את זכות הבעלות בקרקע אם יכולה היא להשיג את מטרתה על דרך הפקעתה של זכות פחותה מבעלות, כגון הפקעת זכות שימוש. דברים אלה חשובים לענייננו, ולו משום שמלכתחילה – כפי שלמדנו לעת ההפקעה ובמשך למעלה משלושים השנים שעקבו את ההפקעה – הייתה המדינה יכולה לספק עצמה בהפקעת זכות השימוש בקרקע ושלא להפקיע את זכות הבעלות בשלמותה. באומרנו כך, נוסף ונאמר כי הנה נמצא לנו טעם נוסף על-שום-מה ניתן לומר כי ראויים הם העותרים – על דרך העיקרון – להשבת הקרקע לבעלותם.

ד

ה

80. אמרנו דברים שאמרנו, וברצוננו להוסיף שוב ולהדגיש, כי דברינו אינם מוציאים עצמם מכלל היותם הרהורים גרידא. הכרעה בכל שאלות אלו – בהן ובשאלות אחרות הנגזרות מהן – לא תיפול אלא בימים יבואו.

ו

81. בענייננו-שלנו, כך טוענים העותרים, ניתן להשיג את המטרה הציבורית גם שלא על דרך הפקעה אלא בקידום הליכי התכנון לבנייתה של שכונת מגורים בידי הבעלים, והקידום יבוא על דרך איחוד וחלוקה (הליך הנחוץ ממילא) והכנתה של טבלה שעניינה הקצאת-שטחים ואיזון, והכול כהוראות **הסעיפים 121 עד 128** לחוק התכנון. כך לא יידרשו הבעלים לוותר על אדמותיהם, וכך יהיו אלה הם שיקדמו את הבנייה תחת

ז

שיעשו זאת קבלנים פרטיים שיבנו בעבור המדינה. טיעונם זה של העותרים עולה בקנה אחד עם ההלכה, אלא שבסברה כי אין היא נדרשת לכך כלל – שהרי הקרקע בבעלותה השלמה והגמורה – לא ניסתה המדינה כלל לעמוד בקשר עם העותרים לבירור סוגיה זו של ביצוע עצמי. אכן כן: המדינה טוענת כי שטח התכנית מפוצל בין בעלי חלקות רבים; כי בשל ריבוי המטרות של התכנית תתקשינה הרשויות בבנייתן של טבלאות איזון וכי בשל כל אלה לא תתאפשר הקמתה של שכונת מגורים בידי הבעלים בפרק זמן רצוי. ואולם, כל טענות אלו כולן לא עלו אלא כתשובה לעתירות, והמדינה לא טרחה כלל מעולם לנסות ולברר עם הבעלים נושאים אלה שלטענתה מונעים ביצוע עצמי. על דרך פעולה זו נמנעה מן העותרים אפשרות להוכיח כי יכולים הם לעמוד בביצוע עצמי, וממילא נגרע מזכויותיהם.

לא אמרנו, אף לא נאמר, כי העותרים צודקים בטיעוניהם אלה וכי ידה של המדינה על התחנות. כל שאומרים אנו אינו אלא זה, שלא נתמלא בענייננו תנאי מוקדם להפקעה מחדש (אם תרצו: למעבר ממטרה ציבורית אחת למשנה).

82. הוא הדין בטיעוני המשיבים ולפיהם ביצעו של פרויקט כה גדול, כמתוכנן, חייב להימצא ביד אחת, וכי ייטב לכול אם רשות מדינה תבצעו. וכאמור בתצהירו של דן סתו מטעם המדינה:

האפשרות לתכנן שכונת מגורים הכוללת מאות יחידות דיור ומבני ציבור קיימת בעיקרה, ובצורה המיטבית, במקום בו הבעלות בקרקע מרוכזת בידי גורם אחד, בענייננו – מינהל מקרקעי ישראל.

חדרה נמצאת באזורי הביקוש למגורים, קיים יתרון מובהק לפיתוח שכונת מגורים על-ידי משרד הבינוי והשיכון – לעומת הסקטור הפרטי – הן מבחינת ריכוז שטחים מספיקים להקמת שכונת מגורים בהיקף גדול, והן מבחינת היכולת והרצון לתרום קרקע ולפתח לצורכי הציבור. יתרון זה בא לידי ביטוי גם בכל הנוגע למהירות התכנון וזריזות הביצוע.

כפי שניתן לראות בחלקים אחרים של העיר חדרה, כמו גם בערים אחרות בהן קיימות חלקות מפוצלות רבות בבעלות פרטית, תהליך הפיתוח של השכונות החדשות, שלא באמצעות גופים וכלים ממלכתיים הוא ארוך, איטי ולעיתים בלתי אפשרי. רק שכונות בהן גוף ממלכתי, כמו משרד הבינוי והשיכון, מטפל בתכנון ובהקמתן,

בהתבסס על מצאי של קרקעות בבעלות המדינה, ניתן להקימן בתנופה ובהיקף ראויים, שיהא בהם כדי לשרת את צורכי הציבור המידיים.

א

לא אביע דעתי על דברים אלה, לא לחיוב ולא לשלילה. אספק עצמי באומרי כי נושא זה לא לובן כלל בין העותרים לבין המדינה, וממילא אין מקום כי נידרש אנו לו. אם כך ככלל, לא-כל-שכן שכולנו ידענו כי גם המדינה, בהיותה ממונה על בניית פרויקט ציבורי, נעזרת ביזמים פרטיים לביצוע. ראו עוד חביב-סגל, במאמרה הנ"ל [63].

ב

83. המדינה נקטה הליך של נעשה ונשמע, ואילו אנו דעתנו היא שההליך חייב שיהיה על דרך של נשמע ונעשה. המדינה לא שמעה, ועל-כן – על דרך העיקרון – אין זה מן הראוי כי תעשה.

ג

שיהוי

84. מוסיפה המדינה וטוענת כי העותרים השתהו בעתירתם לבית-המשפט; כי באותה תקופה של השתהות נשאה המדינה בהוצאות ניכרות בהליכי התכנון ובבניית תשתיות, וכי מטעם זה בלבד דין העתירה דחייה. מקשה המדינה: מדוע זה לא טענו העותרים נגד התכניות שראשיתן הייתה בשנת 1986? אות וסימן הוא כי ויתרו על זכויותיהם ומכאן שראויה היא עתירתם כי תידחה.

ד

ואמנם, הלכה היא מכבר כי שיהוי בתקיפתו של מעשה הפקעה – שיהוי המלווה בשינוי מצבה של הרשות בשל השקעות שהשקיעה בקרקע המופקעת – יכול שיביא לדחייתה של עתירה אך מטעם זה בלבד. ראו, למשל: [בג"ץ 334/63](#) גלינוביץ נ' שר-האוצר [29]; [בג"ץ 63/52](#) נוימן נ' שר-האוצר [52], בעמ' 149-153.

ה

85. טענתה זו של המדינה מוזרה-משהו. העותרים לא ידעו כלל על תכניות המתכננות לקרקע המופקעת, ואף לא היה להם כל יסוד להניח כי במקביל לשימושה של הקרקע לייעודי הצבא מתכננות הרשויות תכניות לבנייה אזרחית במקום. יתר-על-כן, בסוברה כי היא הבעלים ללא-כל-סייג, לא יידעה המדינה את הבעלים-לשעבר על דבר קיומן של התכניות, ואין לנו אלא לתמוה על טענת שיהוי שהיא מעלה, קרא: טענה המוטחת בפניו של עותר השוקט על שמריו. בפרשת גאולת הכרך [15] (לעיל) גילתה העותרת, בעלים של קרקע מופקעת – לאחר עבור חמש שנים מיום ההפקעה – כי פיסה מאותה קרקע שהופקעה לא נדרשה לרשויות לביצועה של המטרה הציבורית שלשמה

ו

ז

הופקעה הקרקע. העותרת ביקשה להצהיר כי ההפקעה לא תפשה באותה פיסת-קרקע, אך בית-המשפט סבר כי בשל אותו שיהוי אין לשמוע לה. על הלכה זו יצא קצפו של פרופ' קלינגהופר, וכך השמיענו במאמרו על צמידות הקרקע המופקעת לייעודה (במאמרו הנ"ל [59], בעמ' 877):

מותר לשאול אם לא נפגע במקצת רגש הצדק כשתולים את האשמה בעותרת בצורה כזאת. היה זה יותר מתקבל על הדעת לצפות מהגינותה של הרשות המפקיעה שתודיע לבעלים הקודם על היווצרות של אי התאמה בין הנכס המופקע וייעודו. אם השלטונות אינם מוכנים לנהוג כך מרצונם, הרי בכוחו של המחוקק לחייבם שאמנם כך ינהגו. בהקשר זה יצוין כי בשווייץ, אם כוונתו של המפקיע לעשות עיסקת העברה במקרקעין המופקעים או להקדישם לייעוד שונה מזה שנקבע לצורך ההפקעה, עליו למסור הודעה על כך למי שרשאי לדרוש את החזרתם.

כך היה שם; כך בענייננו אף-הוא. אמנם כן: ענייננו שונה מפרשת גאולת הכרך [15], ובשני אלה: ראשית לכול, בפרשת גאולת הכרך [15] ביקשה העותרת ביטול ההפקעה מלמפרע – ומעיקרה – בעוד שבענייננו מדברים אנו על ביטול ההפקעה אך לעתיד-לבוא בלבד. שנית, בפרשה שלפנינו עברה הבעלות למדינה לפני שנים רבות, והמדינה לא הייתה יכולה לדעת כי הילכת-הזיקה תוחל על מעשה הפקעה. ומשלא ידעה, ממילא אין לבוא עמה בטרוניה על כך שלא הודיעה לעותרים על התכניות שהוחלו על השטח. אלא שטענה זו יכולה לתפוש רק עד ליום שבו הוכרעה פרשת מחול [5], והוא יום 12.3.1996. מאותה עת הייתה המדינה יכולה לדעת על תזוזה שחלה בהלכה, ולו נקטה אמצעי-זהירות מחויבי-הלכה, כִּי-אז היו העותרים מוזהרים על התכניות, ולו מאותה עת ואילך.

דעתי היא כדעת רבי, פרופ' קלינגהופר, וראויים הם דבריו בביקורת על הילכת גאולת הכרך [15] כי יוחלו על ענייננו אף-הוא. כך תובעת, לדעתי, חובת ההגינות. שכן אם לא ידע היחיד על תכניות הרשות, כיצד יוכל למחות כנגדן ולהגן על זכויותיו?

חובה זו המוטלת על הרשות – כך יכול הטוען לטעון – יכולה אף שתילמד מתוך הוראת סעיף 195(2) לחוק התכנון, ולפיה:

דין מקרקעין שנרכשו בתמורה
מקרקעין שנרכשו בביצוע תכנית על פי
הסכם או שהופקעו כך תמורת תשלום

פיצויים, יחולו עליהם הוראות מיוחדות
אלה:

(1) ...

(2) שונה ייעודם על-פי הוראות חוק זה,

מותר באישור ובהתייעצות כאמור

למכרם, להשכירם או לעשות בהם

העברה אחרת, ובלבד שניתנה למי

שרכשו ממנו את המקרקעין או

לחליפו הודעה שהוא רשאי, תוך

שלושים יום, לקנותם...

א

ב

בהוראת-חוק זו נקבעה חובתה של הרשות לידע את היחיד על שינוי ייעודם של מקרקעין – כדי שיוכל לממש את זכותו ולקנות קרקע שהופקעה מרשות – ומהוראת-חוק מפורשת זו ניתן ללמוד אף לענייננו-שלנו, כמשפט מקובל נוסח ישראל, לאמור: כהלכה המחייבת את הרשות במסגרת הזיקה הנשמרת בין בעלים-לשעבר של קרקע מופקעת לבין הקרקע שהופקעה ממנו. בענייני תכנון נקבעה חובה מפורשת בחוק; בענייננו-שלנו נוכל ללמוד ונקומם חובה זו מצירוף זיקתם של הבעלים לקרקע שהופקעה ממנו; מחובת ההגינות הממלאת תוכן זיקה זו ומהיקש (אפשרי) למשפט התכנון. ראו עוד פסקה 47 לעיל. ואולם שוב: אל יפורשו דברינו אלא כהרהור בלבד.

ג

ד

86. בענייננו לא יידעה הרשות את הבעלים על התכניות – ועל השינויים בהן – ואילו על פני הקרקע, למותר לומר, לא ניכרו כל שינויים; נהפוך הוא. יתר-על-כן, קריאת דברי העותרים בבג"ץ 360/97 תלמדנו כי עורך-דין סמואל המנוח עמד על דעתו כי יש לבטל את ההפקעה, ואף שהשנים נקפו לא ויתר על מבוקשו להחזרת הקרקע לרשותו. בנו של המנוח, מר מיכאל סמואל, מודיענו כי בשלהי שנות השמונים ובראשית שנות התשעים נסע לאזור המופקע – במצוות אביו וביוזמתו-שלו – וביקש ללמוד את מצב הקרקע. רק בשלהי שנת 1995, כך מצהיר הוא, נודע לו – בעקיפין – על שינויים המתבצעים בקרקע, ורק בעקבות כך למד על התכניות החלות עליה. זאת ועוד, אף שעורך-דין סמואל המנוח, ויורשיו לאחר פטירתו, פנו כמה-וכמה פעמים אל המינהל בבקשה כי הקרקע תוחזר לרשותם, עמד המינהל על דעתו כי ההפקעה אינה ניתנת לביטול מחמת שימוש הצבא בה, וכל אותן שנים לא גלה המינהל את אוזני העותרים על דבר השינוי בתכנית. משנודע להם דבר השינוי, פנו העותרים מיידית בבקשה להחזרת הקרקע לרשותם, וביום 21.3.1996 אף הגישו התנגדות לתכנית החדשה שהופקדה.

ה

ו

ז

התנגדותם נדחתה ביום 17.11.1996; דבר הדחייה הודע להם ביום 2.12.1996, וביום 16.1.1997 עלו אל בית-המשפט העליון. על רקע כל אלה נתקשה להבין במה נשתהו העותרים בעתירתם.

א

גם העותרים בבג"ץ 1947/97 מצהירים כי דבר השינוי שחל נודע להם רק עם פרסומן של ידיעות על אודות סיום השימוש במקום לצורכי הצבא, וכי מיד עם היוודע להם דבר השינוי פנו לרשויות לבירור מעמדה של הקרקע. הלכה למעשה אפוא לא ידעו הבעלים על כוונות רשויות המדינה עד סמוך למועד שבו הוחזרה הקרקע למינהל מקרקעי ישראל, ביום 25.8.1996.

ב

אשר לעותרים בבג"ץ 2390/96 – אלה תבעו את זכויותיהם, וגם באשר אליהם לא נמצא לנו כי חייבו עצמם בשיהוי.

ג

87. טענת השיהוי מוקשה בעינינו מטעם נוסף. סומכת היא עצמה על הוצאות שהוציאו הרשויות בביצועה ובקידומה של תכנית חד/במ/944, ואולם, כפי שראינו (בפיסקה 7 לעיל) – וכהודעתו של יושב-ראש הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה לאזור חיפה שפורסמה ביום 24.10.1997 – תכנית זו בוטלה. משבוטלה התכנית, מה להם למשיבים כי ילינו על שינוי מצבם לרעה עקב ביצועה של תכנית שאינה עוד בין-החיים? בין כך ובין אחרת, הוצאות שהוציאה המדינה – כך יש להניח (וכך נטען לפנינו) – יובאו בחשבון אם תוחזר הקרקע לבעליה.

ד

ה

טענת השיהוי אין בה ולא כלום ודינה דחייה.

מועד התחולה – לעבר ולעתיד או לעתיד בלבד?

ו

ז

88. כהילכת הזיקה הנמשכת-והולכת – הלכה שאנו נוטעים אותה כהיום הזה בקרקע המשפט בישראל – זכאי מי שקרקע הופקעה מבעלותו – על דרך העיקרון – להשבת הקרקע או לתשלום ערכה עם התמצותה של המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע (תוך תשלומי-איזון מסוימים, בשל השבחתה של קרקע עקב תכניות תכנון או מטעמים אחרים, השבת הפיצויים שקיבל הבעלים-לשעבר, וכו'). כך על דרך הכלל, ועניינם של העותרים יכול לשמש דגם להלכה. הנה-כידון, קרקעות העותרים הופקעו מלכתחילה לצורכי הצבא; מטרה זו מיצתה עצמה, וממילא יכולים הם העותרים לטעון כי מה שנלקח מהם ראוי כי יוחזר להם. אכן, אפשר רשאית היא הרשות לשוב ולהפקיע אותן קרקעות מחדש, אלא שהפקעה זו – אם תבוא – חייבת שתיעשה

כסדר ובמהלך המקובל – כהילכת ההפקעות. כל זאת – כפי שהדגשנו פעם ועוד – על דרך העיקרון. אלא שהעיקרון אין די בו.

א

89. בפסק-דיננו לא גילינו יבשת חדשה אף לא המצאנו דוקטרינה יש-מאין. רעיון הזיקה הנמשכת-והולכת – כפי שראינו – עלה כבר בעבר לא-אחת, ובמהלך השנים אף חיבבה עצמה הדוקטרינה על מקצת השופטים. עם זאת לא נכחד, כי זו לנו הפעם הראשונה שקובעים אנו – ובהרכב רחב – דברים נחרצים באשר לזיקתו של בעלים לקרקע שהופקעה מידו. עד-כה שררה הדוקטרינה של ניתוק-הזיקה, והנה באנו עתה והפכנו קערה על פיה: עקרנו דוקטרינה ממקומה ונטענו דוקטרינה אחרת תחתיה. אכן כן, נמצא כי דוקטרינת-הזיקה שולחת שורשים אל דין ההפקעות, וכי מפקודת ההפקעות יונקת היא את כוחה – והרי אחרת לא היינו יכולים לפסוק את שאנו פוסקים – ואולם גם זו אמת, שהדחת המלכה מכיסאה והכתרתה של מלכה חדשה תחתיה יש בה משום מהפכה-זוטא בדין ההפקעות. דומה כי לא נרחק מן האמת אם נאמר כי חילופי-המשמרות שאנו עורכים בין דוקטרינה לדוקטרינה מדמים עצמם לשינוי חוק; שעד ליום מסוים קבע חוק פלוני סדרים במקטע מסוים של החיים, ובאותו יום נחקק חוק אלמוני הקובע סדרים אחרים באותו מקטע-חיים, ובמובנים מסוימים – סדרים הפוכים לסדרים הקודמים.

ב

ג

ד

90. אשר לעניינינו-שלנו, קמה ומתייצבת מאליה שאלה הדוחקת בנו לפתרון. על-פי הדוקטרינה החדשה, אפשר קנו העותרים עילה להשבת הקרקע להחזקתם או לקבלת פיצויים תחתיה. ואולם זכות זו, אם קמה לעותרים זכות, לידתה הייתה קודם קובענו הלכה שקבענו בהחלטתנו זו. ומכאן השאלה: מה יהא המועד לתחילתם ולתחולתם של ההסדרים החדשים שקבענו. האם תחולתה של ההלכה תהא תחולה פרוספקטיבית בלבד, קרא: ההסדרים החדשים יתפשו רק בהפקעה שתתרחש בעתיד או בקרקע שהופקעה, אמנם, בעבר אך המטרה הציבורית תפוג ביום מן הימים בעתיד? או שמא נאמר, המועד הנכון לתחולת ההלכה יהא רטרופקטיבי – יצפה פני-עבר ויחול לעבר – לאמור: הסדרים החדשים יחולו גם על הפקעה שהייתה בעבר וגם אם הצורך הציבורי פג בעבר. ואפשר ימצאו מי שיאמרו כי הסדרים החדשים אמנם יחולו אך לעתיד-לבוא, אך באורח חריג יתפשו בעניינם של העותרים.

ה

ו

91. שאלת המועד הנכון לתחולת הסדרים החדשים כורכת שיקולים משיקולים שונים וחשובים; ביניהם: אינטרס ההסתמכות של הרשות המפקיעה – בעת ההפקעה או בעת שינוי או ויתור על הצורך הציבורי; שאלות-תקציב והתדיינויות הנדרשות מאליהן

ז

מקביעתה של תחולה רטרואקטיבית, וכנגדן שיקול אינטרס הבעלים שקרקעותיהם הופקעו בעבר ועוד.

א

בשאלה זו של מועד התחולה ובעניינם של שיקולים שלעניין, לא שמענו טענות מפי בעלי-הדין, לא בכתב ולא על-פה, ולא יהא זה נכון כי נכריע בדין קודם שמיעת דברים מפיהם. ראוי אפוא כי נעשה אתנחתא קצרה ונבקש מבעלי-הדין כי יטענו לפנינו בשאלת המועד הנכון לתחולת הסדרים החדשים בדרך-כלל, וכן, באופן מיוחד, בשאלת תחולתם של ההסדרים החדשים בעתירות שלפנינו.

ב

אציע אפוא כי העותרים יעלו את טענותיהם על הכתב כדלקמן: ראשית, טענות בשאלת המועד הנכון לתחולת הסדרים החדשים בדרך-כלל, אם לעתיד בלבד ואם גם למפרע; שנית, בהנחה שההסדרים החדשים עשויים לחול גם למפרע – בשאלה אם ראוי להחיל אותם על ההפקעות נושא העתירות שלפנינו.

ג

העותרים מתבקשים להעלות את טענותיהם כאמור תוך 30 יום; המשיבים ישיבו לטענות אלה תוך 30 יום והעותרים יהיו רשאים להגיש תגובה תוך 15 ימים נוספים. לאחר מכן, ואם נסבור כי כך ראוי, נקבע מועד לדיון על-פה, או שנכריע בדין על יסוד הטיעונים בכתב בלבד.

ד

קריאה למחוקק

ה

92. משהכרענו בדין הדוקטרינה, רואים אנו מחובתנו להפנות קריאה למחוקק כי יעשה – ובמהרה – להסדרת נושא הפקעתם של מקרקעין בחוק מקיף ומסודר. פקודת ההפקעות דהאידינא נחקקה בתקופת המנדט – בשנת 1943 – ובקרב תחוגג שישים שנים להיוולדה. עתה, עם בואה של דוקטרינת-הזיקה, אין ספק בדעתנו כי תצוצנה מפה-ומשם שאלות לא-מעט – שעל חלקן עמדנו בדברינו למעלה – ושאלות אלו, למצער עיקריהן, ראוי שתמצאנה פתרון בחוק חרות. באותה משיכה ראוי שהמחוקק ייתן דעתו להוראות ההפקעה שבחוק התכנון וישקול אפשרות להאחדת הדין. המלאכה מרובה ועת לעשות.

ו

ז

השופט י' זמיר

א

אני מסכים לעיקר בפסק-הדין של השופט מ' חשין. ומה העיקר? העיקר הוא שהסמכות להפקיע מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור) צמודה למטרה ציבורית. פירושו של דבר, שמטרה ציבורית נדרשת לא רק כתנאי מוקדם שצריך להתקיים לפני הפקעת מקרקעין לפי הפקודה, אלא גם כתנאי מאוחר שצריך להתקיים אף לאחר ההפקעה. מכאן, שאם המטרה הציבורית חדלה להתקיים לאחר ההפקעה, ניתן וראוי, מבחינה עקרונית, לבטל את ההפקעה.

ב

זה העיקר, אך אני מגיע אליו בדרך משלי, שונה מן הדרך שבה הלך השופט מ' חשין. אמנם מדובר בתאוריה, אולם, כידוע, התאוריה סופה שהיא משפיעה על הפרקטיקה.

ג

סמכות ההפקעה: הפירוש המקורי

1. פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור) (להלן – פקודת ההפקעות) היא פקודה מנדטורית לא רק על-פי התקופה, אלא גם על-פי אופייה. הפקודה, כמו פקודות אחרות מאותה תקופה, מבטאת את רוח השלטון המנדטורי של בריטניה. שלטון זה לא היה שונה הרבה, ברוח ובמעשים, משלטון קולוניאלי, כפי שהיה נוהג במושבות של הכתר הבריטי. השלטון, על-פי טבעו של שלטון קולוניאלי, לא היה מחויב לערכים של דמוקרטיה, אלא בעיקר לאינטרס של הכתר. לצורך זה השלטון הקנה לעצמו סמכויות מפליגות באמצעות פקודות ואמצעים אחרים. הסמכויות שהוקנו לשלטון לא גילו כבוד ראוי לזכויות היסוד של האדם, אלא להפך, אפשרו פגיעה קשה בזכויות אלה.

ד

ה

כך גם פקודת ההפקעות. הפקודה מקנה סמכות קיצונית לשר האוצר (שבא במקומו של הנציב העליון) להפקיע (בתשלום פיצויים) מקרקעין פרטיים. לכאורה היא מקנה סמכות לשר האוצר להפקיע מקרקעין רק לצורך ציבורי. אך בפועל היא קובעת, בלשון שיש בה כדי להטעות את הקורא התמים, כי שר האוצר רשאי להפקיע מקרקעין לכל צורך שייראה לו. הכיצד? [סעיף 3](#) קובע כי שר האוצר (או, לפי [סעיף 22](#), כל גוף או אדם אחר שהשר הסמיך לכך) רשאי להפקיע כל קרקע אם נוכח שהדבר נחוץ לכל צורך ציבורי, אך [סעיף 2](#) מוסיף כי צורך ציבורי הוא כל צורך שהשר אישר כצורך ציבורי, [וסעיף 5\(2\)](#) אומר כי פרסום ברשומות של הודעה, שלפיה השר מתכוון להפקיע קרקע מסוימת, ייחשב כראיה מכרעת לכך שהשר אישר כי המטרה בהפקעה היא מטרה ציבורית.

ו

ז

זאת ועוד, פקודת ההפקעות, לפי לשונה, אינה דורשת משר האוצר לערוך חקירה בדבר הצורך הציבורי כדי לקבוע אם אמנם קרקע מסוימת נדרשת לצורך ציבורי מסוים במידה המצדיקה הפקעה; היא אינה מחייבת את השר לתת לבעלים של הקרקע הזדמנות להשמיע טענות נגד ההפקעה, כפי שמתבקש מכללי הצדק הטבעי, והיא אפילו אינה מטילה חובה לציין בהחלטת ההפקעה, מה הצורך הציבורי שביסוד ההפקעה. ראו, לדוגמה, [בג"ץ 67/79 הנ"ל](#) [4]. אכן, כפי שאמרתי במקום אחר, "זוהי דוגמה בולטת לקלות הבלתי־נסבלת של פגיעה שלטונית בזכות הקניין". ראו זמיר בספרו הנ"ל [50], בעמ' 197.

2. כאשר מדינת ישראל הוקמה, היה אפשר לצפות שעצם המעבר משלטון מנדטורי למשטר דמוקרטי יוביל לביטול פקודת ההפקעות המנדטורית ולחקיקה של חוק הפקעות ישראלי שיאזן כראוי בין צורכי הציבור לבין זכויות האדם. אכן, בבריטניה עצמה החוק המסדיר הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור עבר שינויים מהותיים, והוא מגן על זכות הקניין הרבה יותר מאשר פקודת ההפקעות. אך בישראל, ראו זה פלא, לא זו בלבד שפקודת ההפקעות לא בוטלה ולא פינתה מקום לחוק חדש, אלא היא נותרה, כפי שהייתה, בלי שהוכנס בה אף לא תיקון אחד במשך כל השנים מאז הוקמה המדינה, כאילו היא חוק מושלם. יתרה מזאת, היא נותרה בנוסח המקורי שלה, הוא הנוסח האנגלי, עם תרגום לעברית שאינו מוצלח ואינו מחייב, ואפילו לא הוצא לה נוסח חדש לפי [סעיף 16 לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#), תש"ח-1948. האם אין זה כך משום שהפקודה נוחה כל כך לממשלה שניתנת לה יד קלה כל כך לצורך הפקעה, עד שהממשלה חוששת לגעת בה, שמא יתברר הצורך לתקן אותה באופן יסודי? כך או כך, העובדה שפקודה זאת נותרה על כנה כפי שהייתה כל כך הרבה שנים, אינה אות כבוד למדינת ישראל. ועדיין אפשר וראוי לתקן את המעוות.

אכן, צריכה אמת להיאמר, בפועל המצב השתנה כאשר [חוק התכנון והבניה](#) נחקק. חוק זה מסדיר אף הוא הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור. בין היתר הוא קובע, [בסעיפים 195 ו-196](#),¹ הוראות למקרה שבו שונה ייעוד מקרקעין שהופקעו, ובכלל זה הוראות בדבר החזרת מקרקעין לבעלים המקורי. כיום חוק זה הוא הבסיס להפקעת מקרקעין במקרים רבים, וכנראה אף ברוב המקרים. אולם עדיין פקודת ההפקעות עומדת בתוקפה, כפי שהייתה, והיא מאפשרת הפקעות לפי הפקודה, ולא דווקא לפי [חוק התכנון והבניה](#).

3. כיוון שהמחוקק לא עשה דבר לתיקון הפקודה, היה אפשר וראוי שבית־המשפט יעשה דבר לפירוש חדש של הפקודה, כפי שנתבקש מעצם המעבר, עם הקמת

המדינה, משלטון מנדטורי למשטר דמוקרטי. והרי כפי שנקבע בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ערב הקמת המדינה יעמוד בתוקפו, בין היתר, "בשנויים הנובעים מתוך הקמת המדינה". אחד השנויים החשובים ביותר הנובעים מן האופי הדמוקרטי של המדינה הוא המעמד היחסי של זכויות האדם כנגד צורכי הציבור. נקודת האיזון בין אלה לבין אלה, כך פסק בית-המשפט, השתנתה עם הקמת המדינה. השינוי צריך לבוא לידי ביטוי גם בשינוי הפירוש של פקודות מנדטוריות, אף אם לשון הפקודה נותרה ללא שינוי. כך פסק בית-המשפט, לדוגמה, לגבי פקודת העתונות משנת 1930. פקודה זאת הקנתה לשר הפנים סמכות, בין היתר, להפסיק הופעה של עיתון שפרסם דבר שעלול, לפי דעתו של השר, לסכן את שלום הציבור. בא בית-המשפט וקבע בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים [31] כי האופי הדמוקרטי של המדינה מחייב להקנות הגנה יעילה לחופש הביטוי, ולפיכך מתחייב פירוש חדש של פקודה זאת: לפי פירוש זה, שר הפנים אינו מוסמך להפסיק הופעה של עיתון אלא אם נתפרסם בו דבר היוצר ודאות קרובה של סכנה ממשיה לשלום הציבור.

א

ב

ג

בדרך דומה היה ניתן לפרש את פקודת ההפקעות, לאחר הקמת המדינה, באופן שיגביל את הסמכות לפגוע בזכות הקניין. אולם בית-המשפט, אף שהצהיר על זכות הקניין כעל זכות יסוד, לא נהג בזכות הקניין כפי שנהג בחופש הביטוי. ייתכן שכך היה משום שבית-המשפט לא החשיב את זכות הקניין כפי שהחשיב את חופש הביטוי, או משום שלא היה מוכן לפזר את כוחו על פני כל הזכויות או משום טעם אחר. אמנם לאחר שנים חל שינוי מסוים בגישה של בית-המשפט כלפי פקודת ההפקעות באופן שחזק במידת-מה את ההגנה על זכות הקניין. ראו בג"ץ 307/82 הנ"ל [3]. עם זאת, באופן כללי, בית-המשפט המשיך לתת לסמכות ההפקעה פירוש רחב, בהתאם ללשון הפקודה, באופן שאינו מקובל במדינות דמוקרטיות. בהנ"ל 33/53 הנ"ל [1], בעמ' 1028, אמר בית-המשפט:

ד

ה

ו

"ענין הפקעת קרקעות למטרה ציבורית נתון לשיקול דעתו הבלתי מוגבל של שר-האוצר כרשות מבצעת, וכל עוד הוא פועל בתום לב, הרי בהשתמשו בשיקול דעתו לשם ביצוע מדיניותו, הוא נתון לפיקוח ולביקורת הכנסת ולא לביקורת בתי-המשפט".

ז

ברוח זאת פסק בית-המשפט גם לאחר מכן. בין היתר קבע בית-המשפט הלכה, שגם אם נתברר לאחר ההפקעה כי המקרקעין שהופקעו לצורכי ציבור אינם משמשים עוד

לצורך ציבורי, והמדינה מתכוונת למכור אותם לכל המרבה במחיר, אין בכך כדי לבטל את ההפקעה. ראו, לדוגמה, [בג"ץ 282/71](#) הנ"ל [14]. שם אמר השופט לנדוי (בעמ' 470):

א

"לכאורה פירוש הדברים הללו הוא הלאמה סתם של קרקע פרטית תמורת פיצוי שאין בו כדי לפצות, במעטה של רכישה לצרכי ציבור שחדלו ואינם עוד. לא לכך נוצר המכשיר של פקודת הרכישה לצרכי ציבור, אם כי מבחינה פורמלית פועל המינהל גם במקרה זה בגדר הוראותיה".

ב

ראו עוד קמר בספרו הנ"ל [52], בעמ' 158-160.

ג

אולם מאז חל שינוי בהלכה, אף שבלשון הפקודה לא חל כל שינוי. מה קרה?

זכות הקניין כזכות חוקתית

ד

4. בשנת תשנ"ב-1992 חל שינוי מהותי במעמד המשפטי של זכות הקניין בישראל. [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), שנחקק אותה שנה, קבע [בסעיף 3](#) לאמור: "אין פוגעים בקנינו של אדם". אמנם סעיף זה אינו עומד בפני עצמו, אלא הוא משתלב בסעיפים אחרים של חוק היסוד, ובהם [סעיף 8](#) ("פיסקת ההגבלה") המתיר לפגוע בזכויות היסוד, ובהן זכות הקניין, בתנאים מסוימים: פגיעה בחוק (או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו) ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. עם זאת, כפי שנפסק, חוק היסוד העלה את זכות הקניין במדרגות הפירמידה של הנורמות המשפטיות והציב אותה בפסגה: הוא עשה אותה לא רק זכות יסוד, אלא גם זכות חוקתית. ראו [ע"א 6821/93](#) הנ"ל [26].

ה

ו

מן המעמד של זכות חוקתית נובעת מבחינה מעשית נפקות כפולה. ראשית, בית המשפט מוסמך לפסול הוראת חוק חדשה שנחקקה לאחר חוק היסוד, אם היא פוגעת בזכות בניגוד להוראות של חוק היסוד. שנית, בית המשפט רשאי לפרש גם הוראת חוק ישנה, שנחקקה לפני חוק היסוד, אם היא פוגעת בזכות באופן שימצאם את הפגיעה. אכן, בית המשפט זה הבהיר היטב בהקשרים שונים, כי הפירוש של חוק הפוגע בזכות חוקתית, ובהתאם לכך המשמעות של חוק זה, עשויים להשתנות בעקבות חוק היסוד. ראו, לדוגמה, [ע"א 537/95](#) הנ"ל [20]. בית המשפט הבהיר זאת גם לגבי זכות הקניין. כך, לדוגמה, [ע"א 1188/92](#) הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי [32], בעמ' 483, אמר בית המשפט: "הפירוש, כיום יותר מאשר בעבר, צריך לפעול בכיוון של

ז

א

אם כן, כיום אפשר וראוי שבית-המשפט ינהג לגבי פירוש סמכות ההפקעה שבפקודת ההפקעות, בעקבות השינוי שחל במעמד של זכות הקניין, כפי שנהג לאחר הקמת המדינה לגבי פירוש הסמכות להפסיק הופעת עיתון שבפקודת העתונות בעקבות השינוי שחל אז במעמד של חופש הביטוי. ראו לעיל פסקה 3. בהתאם לכך, אפשר וראוי שסמכות ההפקעה תפורש כיום על יסוד איזון בין צורכי הציבור לבין זכות הקניין שיהיה הולם את ערכיה של מדינת ישראל, באופן שיחזק את ההגנה, שהייתה כה רופפת, על זכות הקניין.

ב

סמכות ההפקעה: צמודת מטרה

ג

5. אכן, לאחר שזכות הקניין עלתה למדרגה של זכות חוקתית, ומשום שעלתה מדרגה, חל שינוי בפירוש של סמכות ההפקעה באופן המחזק את ההגנה על הזכות: סמכות ההפקעה הוכרה כצמודת מטרה. מה פירוש?

ד

קיים קשר הדוק בין סמכות לבין מטרה. לכל סמכות יש מטרה משלה. לעתים המטרה מפורשת בחוק ולעתים היא נלמדת, באופן משתמע, מתוך ההיסטוריה של החוק, מלשון החוק, ממהות הסמכות ועוד. [חוק התכנון והבניה](#), לדוגמה, מקנה [בסעיף 188](#) סמכות לוועדה המקומית לתכנון ולבניה להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור, והוא מגדיר צורכי ציבור בפירוט רב. גם פקודת ההפקעות קובעת במפורש את המטרה של סמכות ההפקעה: לרכוש מקרקעין לצורך (התרגום המדויק מן המקור האנגלי הוא מטרה) ציבורי. אך מהו צורך ציבורי? הפקודה נוקטת בכוונה לשון סתומה: צורך ציבורי, כפי [שסעיף 2](#) לפקודה קובע, הוא כל צורך שאותו אישר שר האוצר כצורך ציבורי. עם זאת כיום ברור כי אישור השר, כמו כל החלטה מינהלית, כפוף לביקורת שיפוטית, בין היתר לביקורת מן הבחינה של מטרת החוק והשיקולים הענייניים. לפיכך ברור כי על בית-המשפט יהיה לפרש ולקבוע, כאשר יידרש, מהו צורך ציבורי לעניין סמכות ההפקעה, ואם צורך זה או אחר הוא צורך ציבורי לעניין זה. מכל מקום, ברור כי חובה היא להפעיל את סמכות ההפקעה, כמו כל סמכות, למטרת הסמכות ולא למטרה זרה. מכאן, שאם שר האוצר מחליט להפעיל סמכות זאת, למשל, לצורך אישי, ההחלטה פגומה ופסולה.

ה

ו

ז

כך לגבי כל סמכות. אולם יש סמכויות שניתן לקרוא להן סמכויות צמודות מטרה, ובהן מטרת הסמכות צריכה להתקיים לא רק בעת הפעלת הסמכות, אלא גם לאחר הפעלת הסמכות. בסמכות כזאת הפעלת הסמכות משנה את המצב המשפטי לאורך זמן בתנאי שמטרת הסמכות קיימת כל אותו זמן. כאשר התנאי חדל להתקיים, המצב המשפטי שנוצר עם הפעלת הסמכות צריך להשתנות. כך, לדוגמה, ראה בית-המשפט את הסמכות לפי תקנות ההגנה משנת 1939 להפקיע את השימוש בנכס למטרה מסוימת, כגון ביטחון הציבור או אספקת שירותים חיוניים. הפקעה כזאת, אמר בית-המשפט, היא "פעולה רצופה ושוטפת", ולכן היא יכולה להתקיים כל זמן שמטרת ההפקעה מתקיימת. ראו בג"ץ 31/48 הנ"ל [11], בעמ' 200. דומה לכך גם הסמכות של שר הביטחון לפי סעיף 2 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, להורות על מעצר מינהלי של אדם אם טעמי ביטחון מחייבים שיוחזק במעצר. או הסמכות של פסיכיאטר מחוזי לפי סעיף 11 לחוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991, להורות על טיפול מרפאתי כפוי לחולה נפש שזקוק להמשך טיפול מרפאתי. בסמכויות מעין אלה, אם מטרת הסמכות שהייתה קיימת בעת ההחלטה להפעיל את הסמכות חדלה להתקיים, אפשר שבית-המשפט יבטל את ההחלטה.

6. סמכות ההפקעה, כאמור, לא נחשבה בשעתה סמכות צמודת מטרה. ראו לעיל פסקה 3. התוצאה הייתה שגם אם הצורך הציבורי שהביא להפקעה חדל להתקיים, ההפקעה המשיכה להתקיים כאילו הקשר בין הסמכות לבין המטרה נותק. תוצאה זאת נראתה, לא פעם, בלתי צודקת. בבג"ץ 282/71 הנ"ל [14], שבו נדון מקרה כזה, אמר בית-המשפט (בעמ' 469-470) כי "במקרהו של העותר אי-הצדק נראה כמשווע במיוחד", וכי "במקרה דנן היה הצדק דורש שהמדינה תחזיר לעותר ולאחיו את הקרקע, אחרי שחדל הצורך הבטחוני שלמענו נרכשה הקרקע בשעתו". ראו גם ביקורת שהשמיע קלינגהופר, במאמרו הנ"ל [59]. ראו עוד על תורת הקניין הציבורי המקובלת במדינות של יבשת אירופה, ולהבדיל על פקודת ההפקעות בישראל, קלינגהופר בספרו הנ"ל [51], בעמ' 141 ואילך. אך לא היה די בכך במשך שנים רבות כדי להביא שינוי בפירוש של סמכות ההפקעה כפי שנקבעה בפקודת ההפקעות.

7. השינוי בפירוש של סמכות ההפקעה, שהכיר בסמכות זאת כסמכות צמודת מטרה, חל בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השינוי בא לידי ביטוי תחילה בבג"ץ 5091/91 הנ"ל [6]. ראו גם דנג"ץ 4466/94 הנ"ל [9]. שם התייחסה השופטת דורנר (שהייתה בדעת מיעוט, אך לא בעניין הנדון) למעמד החדש שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקנה לזכות הקניין כזכות חוקתית. וכך אמרה (בעמ' 87):

א

"עליית מעמדה של זכות הקניין לזכות חוקתית על-חוקית מחייבת התפתחות נוספת בפירוש הפקודה המנדטורית, על-מנת להתאים את הוראותיה למציאות הנורמטיבית החדשה שנתהוותה עם קבלת חוק היסוד... פרשנות מרחיבה של הסמכות, המאפשרת לרשות להשתמש בקרקע למטרה שונה מן המטרה שלשמה הופקעה, נוגדת את הכלל שקבעה הפסיקה בדבר פירוש מצמצם של סמכות לפגוע בזכות יסוד של אדם. לא כל שכן שאין לקבל גישה פרשנית מרחיבה עם חקיקת חוק היסוד."

ב

השינוי בא לידי ביטוי פעם נוספת, לאחר זמן קצר, בבג"ץ 2739/95 הנ"ל [5], בעמ' 321-322. שם אמר השופט גולדברג, בהסכמת השופט מצא והשופט קדמי, כך:

ג

"ההפקעה הינה הכרח בליגונה, אם אין מנוס מכך כדי להבטיח כי צרכים ציבוריים יבואו על סיפוקם. אולם ההפקעה לא נועדה להעשיר את המדינה. בין הפקעת הקרקע לבין צורכי הציבור קיים קשר בל-יינתק, עד כי ניתן לומר שמבחינה רעיונית זכות הקניין שרוכשת המדינה בקרקע שהופקעה מן הפרט – אף אם הושלמו הליכי ההפקעה – היא זכות 'מותנית', והתנאי הוא נחיצות הקרקע להגשמת צורך ציבורי: משחלף הצורך הציבורי מן העולם, או קמה עילה אחרת לביטול ההפקעה, יש להשיב את הקרקע לבעליה, אם רצונו בכך. השבת הקרקע במצב דברים זה היא שמשיבה את 'סדרי הקניין באדמה' על כנם, שאם לא כן הופכת ההפקעה ממכשיר להגשמת יעדים חברתיים למטרה עצמאית, העומדת בזכות עצמה".

ד

ה

הנה-כי-כן, כיום אין אנו פורצים דרך חדשה, אלא ממשיכים ללכת בדרך שכבר נפרצה בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא קושרת את סמכות ההפקעה למטרת ההפקעה. השופט מ' חשין, שזו גם דעתו, נוקט לשון של זיקה נמשכת בין המקרקעין שהופקעו לבין הבעלים של אותם מקרקעין. זוהי, כך נראה לי, לשון הנעוצה במשפט האזרחי. אך אנחנו מצויים במשפט הציבורי. לכן אני סבור שעדיף לומר, בלשון של המשפט הציבורי, כי סמכות ההפקעה צמודה למטרת ההפקעה לכל משך ההפקעה.

ז

כך או כך, כיום אין עוד מקום לספק כי הלכה היא מלפני בית-המשפט בהרכב רחב: באופן עקרוני, הפקעה של מקרקעין לצורך ציבורי תקפה כל זמן שהצורך הציבורי קיים.

על הצורך הציבורי אפשר לומר, בלשון השאלה, עבר זמנו בטל קורבנו. זאת, כך נקרא לה, ההלכה החדשה.

א

כך באופן עקרוני. אך באופן מעשי צומחות עכשיו מתוך ההלכה החדשה בעיות רבות ומורכבות. כיצד ליישם את ההלכה במקרים הרבים של הפקעות מקרקעין שאירעו במשך עשרות שנים, והם שונים מאוד זה מזה?

ב

8. ברור שההלכה החדשה אינה דורשת שבכל מקרה שבו פג הצורך הציבורי בהפקעת מקרקעין, ללא יוצא מן הכלל, המקרקעין יוחזרו לבעלים המקורי. למשל, אפשר שהמקרקעין הופקעו לפני זמן רב מאוד, ואף הצורך הציבורי פג לפני זמן רב, ומאז הם שימשו לצורך פרטי, ואין פוצה פה ומצפצף; אפשר גם שבינתיים המקרקעין נמכרו ועברו בתום לב מיד ליד; עוד אפשר שפני המקרקעין עברו שינוי מהותי, כגון שנבנה עליהם מבנה גדול לצורך מסוים, עד שבנסיבות המקרה אין זה מעשי או סביר להחזיר את המקרקעין לבעלים המקורי; כמו כן אפשר שהמקרקעין דרושים עדיין לצורך ציבורי, אם כי צורך אחר, שונה מעט או הרבה מן הצורך המקורי ואפשר שאין הצדקה להחזיר את המקרקעין לבעלים המקורי משום שיהיו מצד הבעלים או משום שהחזרת המקרקעין תגרום נזק חמור לאינטרס הציבורי. מה הדין במקרים כאלה? גם במדינות אחרות שבהן הדין קובע כי הפקעת מקרקעין תקפה רק כל זמן שהצורך הציבורי קיים, דין זה כפוף לסייגים, כגון לעניין הזמן שעבר מאז ההפקעה.

ג

ד

מתי וכיצד אפוא ניתן וראוי ליישם את ההלכה החדשה בישראל?

ה

בעיות ביישום ההלכה

9. ראשית, יש להבהיר כי לפי ההלכה החדשה, אין די בכך שפג הצורך הציבורי כדי שמקרקעין אשר הופקעו יעברו, כאילו מעצמם, מידי הרשות המפקיעה (תהיה זו המדינה או רשות אחרת) לידי הבעלים המקורי. כדי שהמקרקעין יעברו מיד ליד עדיין דרושה החלטה. ההחלטה יכולה להתקבל על-ידי הרשות המפקיעה לאחר שנוכחה לדעת כי הצורך הציבורי פג, או על-ידי בית-המשפט, כאשר יתבקש להכריע במחלוקת שבין הרשות המפקיעה לבין הבעלים המקורי.

ו

ז

אכן, כאשר הרשות המפקיעה נוכחה לדעת כי הצורך הציבורי פג, מן הראוי הוא שתודיע על כך לבעלים המקורי ותבוא עמו בדברים כדי לקבוע הסדר להחזרת

המקרקעין לידי או כדי לגבש הסדר אחר (כגון רכישה או פיצוי) שיהיה מוסכם עליו, או אפילו כדי להודיע לו שבכוונתה להמשיך ולהחזיק במקרקעין לצורך ציבורי אחר.

א

זהו שינוי הנגזר מן ההלכה החדשה. יש לו חשיבות מעשית. ההידברות בין הרשות המפקיעה לבין הבעלים המקורי, על רקע ההלכה החדשה, עשויה לא פעם להסתיים, ורצוי שתסתיים, בהסדר מוסכם.

ב

10. שנית, יישום ההלכה מעורר שאלות שונות. בין השאר מתעוררת שאלה במקרה שבו הצורך הציבורי שהוביל להפקעת מקרקעין פג, אך בינתיים נוצר צורך ציבורי אחר, שונה במעט או בהרבה מן הצורך המקורי. האם הרשות המפקיעה רשאית להמשיך בהחזקת המקרקעין לצורך הציבורי החדש, או שמא היא צריכה להפקיע את המקרקעין פעם נוספת? אם, במקרה כזה, הרשות צריכה להפקיע את המקרקעין פעם נוספת, האם היא חייבת גם לשלם פיצויים פעם נוספת? ואם כן, באיזה שיעור? ויש מקום גם לשאלה אם יש הבדל בין מקרה שבו הבעלים של המקרקעין קיבל פיצויים בגין ההפקעה לבין מקרה שבו הבעלים לא קיבל (אולי משום שסירב לקבל) פיצויים. זאת ועוד, האם הרשות חייבת להחזיר את המקרקעין שהופקעו לבעלים, או שמא היא חייבת למכור את המקרקעין לבעלים? ואם כן, באיזה מחיר? שאלות אלה ושאלות נוספות, ככל שהן חשובות כך הן מורכבות. אולם עכשיו אין הן צריכות תשובה, ואפילו לא הבעת דעה, מאת בית המשפט. אפשר ואף ראוי שהתשובה תינתן מבעוד זמן בחוק. אם לא תינתן תשובה בחוק, לא יהיה לבית המשפט מנוס אלא לתת את התשובה בעצמו, כאשר יהיה צורך בכך.

ג

ד

ה

11. שלישית, יש לקבוע מועד לתחולת ההלכה החדשה. פשיטא שהלכה זאת חלה, באופן פרוספקטיבי, על כל הפקעת מקרקעין שתיעשה לפי פקודת ההפקעות מכאן ולהבא. מכאן ולהבא הרשות המפקיעה יודעת כי סמכות ההפקעה היא צמודת מטרה, ולפיכך הפקעה חדשה תהיה תקפה רק כל זמן שקיים צורך ציבורי בהפקעה.

ו

אולם מה הדין לגבי הפקעה בעבר, כגון הפקעה שנעשתה לפני שנה או לפני עשר שנים או לפני חמישים שנה: האם ההלכה חלה באופן רטרואקטיבי גם על כל הפקעה שנעשתה בעבר? זאת ועוד, נניח שההלכה חלה גם על הפקעה שנעשתה בעבר לתקופה כזאת או אחרת. במקרה כזה מה הדין אם הצורך הציבורי בהפקעה פג אף הוא בעבר, כגון לפני שנה או לפני עשר שנים? אפשר לומר שגם אם ההלכה חלה על הפקעה

ז

שנעשתה בעבר, היא אינה חלה אלא אם הצורך הציבורי בהפקעה יפוג בעתיד, כלומר מכאן ולהבא. אך אפשר לומר גם אחרת. מה הדין?

א

השאלה אם לתת להלכה תחולה למפרע מונחת לפתחו של בית-המשפט, לעתים במפורש ולעתים במשתמע, כל אימת שהוא פוסק הלכה חדשה. לעתים התשובה ברורה, לכאן או לכאן, לפי נסיבות העניין ומהות ההלכה. לעתים התשובה יכולה לנוע לכאן או לכאן, והיא תלויה בנסיבות העניין ובמהות ההלכה. או אז בית-המשפט צריך לגבש לעצמו עמדה, כעניין של מדיניות שיפוטית, לגבי מועד התחולה של ההלכה.

ב

במקרה הנדון קיימות אפשרויות אחדות לקביעת המועד לתחולת ההלכה. במדינות שונות באירופה שבהן סמכות ההפקעה היא צמודת מטה, כגון צרפת וגרמניה, החובה להחזיר מקרקעין שהופקעו, כשפג הצורך הציבורי, חלה למשך תקופה קצובה, כגון לתקופה של עשר שנים מיום ההפקעה. מה הדין הראוי? ראוי שהתשובה לשאלה זאת וכן גם לשאלות נוספות הנגזרות מן ההלכה החדשה תינתן בחוק. אכן, הנושא של הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור הוא נושא שראוי לו להיות מוסדר באופן מקיף ומפורט, ככל שניתן, על-ידי חוק. כך מקובל במדינות אחרות. כך גם בישראל. אלא שבישראל הפקודה המנדטורית המסדירה את הפקעת המקרקעין היא פקודה מיושנת שאינה הולמת את ערכי המדינה. מן הראוי היה להחליף אותה זה מכבר בחוק חדש. ראו לעיל פסקאות 1-2. מכל מקום עכשיו, עם שינוי ההלכה, הצורך בחוק חדש שיהיה הולם את ערכי המדינה, לא יפגע בזכות הקניין במידה העולה על הנדרש, ואף ייתן תשובות לבעיות המתעוררות מן ההלכה החדשה, נעשה דוחק ודחוף יותר.

ה

עם זאת שאלת המועד לתחולת ההלכה החדשה מונחת כיום הזה בפנינו, בעתירות שהוגשו כבר לפני שנים אחדות, ואין מנוס מתשובה, ולו רק תשובה חלקית, ככל שמתחייב מן המקרה הנדון.

ו

12. אולם שאלת המועד לתחולת ההלכה החדשה לא נדונה כלל בפני בית-המשפט, לא בכתב ולא בעל-פה, ולא יהיה זה ראוי לתת לה תשובה ללא תשתית של טענות. לכן אני מסכים כי ראוי לשמוע עכשיו את הטענות של בעלי-הדין בשאלה זאת, כאמור בפסקה 91 לפסק-דינו של השופט מ' חשין.

ז

השופט ט' שטרסברג-כהן

א

1. מקובל עליי כי על-פי ההלכה היוצאת מלפנינו בהחלטה זו מפי חבריי השופטים מ' חשין וזמיר, משמוצתה המטרה הציבורית שלשמה הופקעה קרקע, זכאי – בעיקרון – מי שהקרקע הופקעה מבעלותו להשבת הקרקע או לפיצויים אם לא ניתן להשיבה בכפוף לחריגים הנזכרים בחוות-הדעת של חבריי.

ב

2. כשלעצמי, רואה אני בבעלות הנרכשת על-ידי המדינה בדרך של הפקעה מוסד משפטי מיוחד של "בעלות ציבורית" הנרכשת בכפייה, שאיננו מוצא ביטוי בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 והוא פועל יוצא מדיני ההפקעה. ההלכה היוצאת מלפנינו בהחלטה זו נגזרת מכך. משמוצתה תכלית ההפקעה, קמה חובת הרשות להחזיר לבעלים המקורי את הקרקע שניטלה ממנו על-ידי הרשות בכפייה (או לשלם פיצויים, לפי הנסיבות). חובה זו משקפת את ההגנה על זכות הקניין של הבעלים המקורי, שעוגנה כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ג

3. מן הקביעה ההילכתית היוצאת מלפנינו בהחלטה זו נגזרות שאלות שונות שאין אנו נדרשים להכריע בהן בשלב זה או בעניין זה, כגון על מי תיושם ההלכה היוצאת מלפנינו, על מי שעילת תביעתו – הקמה עם שינוי ייעוד הפקעת הקרקע – תבשיל לאחר מתן החלטה זו; על מי שעילת תביעתו קמה בעבר וטרם חלה עליה התיישנות או על העותרים העומדים לפנינו, בלבד. שאלות נוספות הן מה היא השלכת משך הזמן שחלף מאז ההפקעה ועד שינוי המטרה על הזכות להחזרת הקרקע או לפיצויים; מה היא השלכת המטרה החדשה שיועדה לשימוש בקרקע על-ידי הרשות המפקיעה, על הזכות להחזרת הקרקע; מה השלכה יש למצב הקרקע בעת שינוי הייעוד (קיום מבנים עליה או הענקת זכויות לצד שלישי בה) על השאלה אם יש להחזירה או לשלם פיצויים בגינה; מה גורל השבחת הקרקע על-ידי הרשות, אם הושבחה; מה הם התנאים שבהם יתאפשר לרשות המפקיעה לשנות את מטרת ההפקעה ולהשאיר את הקרקע בידיה מכוח ההפקעה; מה הן השלכותיה של קבלת פיצויים בעבר עקב ההפקעה על זכות ההשבה של הקרקע ועוד שאלות כיוצא באלה. חלק משאלות אלה ידון – ככל שיידרש – בשלב שני, לאחר שמיעת טענות הצדדים, כפי שנקבע בחוות-דעתם של חבריי. חלקן יושאר בצריך עיון, לעת מצוא.

ד

ה

ו

ז

4. אני מצטרפת – אפוא – גם לתוצאה המקובלת על חבריי, המוצאת ביטוי בפסקה 91 להחלטתו של השופט מ' חשין וכן מצטרפת אני לקריאת חבריי למחוקק, להסדיר נושא חשוב זה בחקיקה, ויפה שעה אחת קודם.

א

הנשיא א' ברק

ב

היום יוצאת לפנינו הלכה חשובה. על-פיה, אם המטרה הציבורית אשר שימשה בסיס להפקעת מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור) (להלן – פקודת ההפקעות) חדלה להתקיים, ההפקעה מתבטלת, וככלל (הכפוף לחריגים) יש להחזיר את המקרקעין לבעל המקרקעין שממנו הופקעו ("הבעלים המקוריים"). הלכה זו מקובלת עליי. מבקש אני להעיר הערות מספר על התאוריה (או המודל) המונחת ביסוד הלכה חשובה זו ועל בסיסה הנורמטיבי.

ג

המודל המונח ביסוד ההלכה

ד

1. חברי השופט מ' חשין מעמיד ביסוד ההלכה את "דגם הזיקה הנמשכת" והולכת". חברי השופט זמיר מעמיד ביסוד ההלכה את התפיסה של "סמכות צמודת מטרה". שני חבריי מבקשים להציב "מודל" או "דגם" או "דוקטרינה" (להלן – התאוריה). תפקידה של תאוריה בדרך-כלל הוא כפול: מחד גיסא, היא מסבירה את המערכת הנורמטיבית הקיימת. מערכת זו אינה מושפעת ממנה ולא נגרמה על-ידיה. המערכת הנורמטיבית הקיימת מוסקת ממקורות שהם חיצוניים לתאוריה עצמה (ניתן לכנות זאת כפן המסביר של התאוריה). מאידך גיסא, היא מהווה מקור משפטי שממנו נגזרות תוצאות נורמטיביות. התאוריה, היא עצמה, מחוללת תוצאות משפטיות (ניתן לכנות זאת כפן היוצר של התאוריה). על שני תפקידים אלה של התאוריה עמדתי במקום אחר, בציני:

ה

ו

"מטרתה של התאוריה הכללית כפולה: ראשית, יש בה כדי לתת הסבר לדין הקיים. מבחינה זו היא מהווה מכשיר של פרשנות; שנית, יש בה כדי לסייע לפתרון של בעיות חדשות, אשר טרם התעוררו. מבחינה זו היא מהווה נורמה משפטית אופרטיבית. במובן מסויים, דומה מלאכתנו למלאכתו של המתמטיקאי, אשר על יסוד מספר נתון של נקודות גיאומטריות על משטח מסיק צורה גיאומטרית כללית המייצגת נקודות אלה. בעזרת צורה גיאומטרית זו ניתן להסיק את

ז

הסתברות מיקומן של נקודות נוספות שטרם נקבעו" (א' ברק מהותו של שטר [54], בעמ' 17).

א

נמצא, כי ביחס לשאלות מסוימות, התאוריה מסכמת את הדין הקיים. היא נותנת "שם" או "הסבר" למה שנקבע בלעדיה, ושבקביעתו לא נזקקו לה כלל. ביחס לשאלות אחרות, התאוריה היא נורמה עצמאית, אשר ממנה נגזרים פתרונות. היא מעניקה את הפתרון לבעיה המשפטית אשר נגזרת מהתאוריה עצמה. מה מעמדה של התאוריה שחבריי מציעים בפרשה שלפנינו?

ב

2. אפתח בתאוריה של חברי השופט מ' חשין. חלק נכבד מפסק-דינו מוקדש לדגם (או לתאוריה או לדוקטרינה) של הזיקה הנמשכת והולכת. על-פי החשיבות שמייחס לה חברי, היה ניתן להניח כי ביחס לבעיה שלפנינו – האם חדלון המטרה הציבורית מביא לביטול ההפקעה – מספקת היא את התשובה לבעיה (הפן היוצר). תמיכה בגישה זו ניתן למצוא בעמדתו של חברי כי בהפקעה, הרשות "כמו חייבת להצדיק את מעשה ההפקעה מידי יום-ביומו" (פיסקה 17). חברי ממשיך ולומד היקש מתפיסת נכסים לפי תקנות ההגנה משנת 1939, ומדבריו להלן של השופט זילברג לעניין אותה תפיסה:

ג

ד

"החרמת נכסים על-פי תקנה 48, אינה מעשה חד-פעמי ומוגמר, אלא פעולה רצופה ושוטפת, היונקת תדיר את זכות הקיום שלה מתוך רצונה המתמיד של הרשות המחרימה" ([בג"ץ 31/48](#) הנ"ל [11], בעמ' 200).

ה

אכן, אילו "מוסד" ההפקעה היה בנוי על התפיסה כי ההפקעה אינה פעולה חד-פעמית אלא פעולה נמשכת "היונקת תדיר את זכות הקיום שלה מתוך רצונה המתמיד של הרשות" המפקיעה, כי אז היה ניתן לומר כי מתוך מודל זה של הפקעה מתבקשת המסקנה – כביטוי לפן היוצר – כי אם המטרה הציבורית חדלה להתקיים ההפקעה צריכה להתבטל. אך ההפקעה אינה פעולה נמשכת. אין היא מהווה – תוך אימוץ תאוריה שהגה השופט זילברג לעניין עשיית הצוואה – "מין יצור נייד, 'אמבולטורי'" ([ע"א 148/52](#) כספריוס נ' כספריוס [34], בעמ' 1292). הפקעה היא פעולה משפטית חד-פעמית. הצורך בהמשך קיומה של המטרה הציבורית אינו נגזר מעצם מוסד ההפקעה. הוא מוסק משיקולים שהם חיצוניים להפקעה עצמה, ובמרכזם מעמדה המרכזי של זכות הקניין. אכן, כפי שהראה חברי השופט מ' חשין, במדינות שונות שבהן קיים מוסד ההפקעה יש פתרונות שונים לעניין הצורך בהמשך קיומה של המטרה הציבורית. אין

ו

ז

ספק בעיניי כי אין בדגם (או בתאוריה) של הזיקה הנמשכת כדי לחולל את ההלכה העולה מפסק-דיננו. אין לומר כי מכיוון שהזיקה בין הבעלים המקורי למקרקעין המופקעים היא זיקה נמשכת, לכן עם חדלונה של המטרה הציבורית שעמדה ביסוד ההפקעה חוזרים המקרקעין לבעליהם המקורי. כל שניתן לומר הוא שדגם (או תאוריית) הזיקה הנמשכת מסביר תוצאה שאליה הגיע בית-המשפט מטעמים אחרים. על-כן יש לומר כי מכיוון שעל-פי ההלכה המדינה חייבת להחזיר לבעלים המקורי – לו, ולא לזולתו – את המקרקעין שהופקעו ממנו, לכן הבעלים המקורי שומר, חרף ההפקעה, על זיקה למקרקעין שהופקעו. אכן, חשוב הוא להתייחס לדגם (או לתאוריה) של הזיקה הנמשכת כדגם המסביר מערכת נורמטיבית שעוצבה מכוח שיקולים שהם חיצוניים לו (פן מסביר), ולא כאל דגם שיש לו, לעניין השאלה הניצבת בפנינו, חיים משלו, באופן שבכוחו של הדגם להביא לביסוסה של ההלכה. אם אמנם הצדק עמי, ממילא כינויו של הדגם (המסביר) אינו מעלה שאלה בעלת חשיבות רבה. אין הוא אלא עניין לסמנטיקה שיפוטית. ניתן להיזקק לו אם הוא מדויק ואינו יוצר בעיות מיותרות.

3. במישור לשוני זה ברצוני לציין כי הדיבור על זיקה נמשכת עשוי לעורר את הרושם כי בידי הבעלים המקורי נותרה זכות קניין במקרקעין גם לאחר ההפקעה. כותב חברי השופט מ' חשין:

”דגם הזיקה הנמשכת והולכת מורנו כי הבעלים-לשעבר נשמרת בידו זיקה משפטית – בעוצמה זו או אחרת – לקרקע שהופקעה מבעלותו; כי אין במעשה ההפקעה כדי לנתק את הבעלים מכול-וכול מאותה קרקע” (פיסקה 17).

ודאי שאין זו גישתו של חברי השופט מ' חשין. זיקתו הנמשכת של הבעלים המקורי אינה מעניקה לו זכות קניין במקרקעין שהופקעו. כל שהוענק לבעלים המקורי היא הזכות לדרוש מהמדינה את ביטול ההפקעה והשבת הבעלות (או שווייה) לבעלים המקורי. זוהי זכות אובליגטורית כלפי המדינה. אין היא זכות קניין במקרקעין. אין לומר כי לאחר ההפקעה הבעלים המקורי נתון ב”עמדת המתנה” לכך שבעלותו תתמלא בתוכן חדש (ראו י’ [ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף](#) [55], בעמ’ 28). לא נותרה בידו “קופסה” ריקה המכונה “בעלות” שתתמלא בזכויות הקניין שנקרעו ממנה (שם, בעמ’ 31). עם שכלול ההפקעה חדל הבעלים המקורי להיות בעלים של המקרקעין. ה”קופסה” כולה הועברה למדינה. עם זאת, מכיוון שהקניין ניטל מהבעלים המקורי בלא הסכמתו ולשם

הגשמתה של מטרה ציבורית, מתבטלת ההפקעה וניתן סעד לבעלים המקורי בעקבות זאת.

א

4. חברי השופט זמיר מכנה את סמכותו של שר האוצר להפקיע מקרקעין כסמכות "צמודת מטרה". ברור מתוך פסק-דינו, כי אין הוא רואה באפיון זה כמקור לדרישה כי המטרה הציבורית תתקיים לא רק בעת ההפקעה אלא גם לאחר ההפקעה. אין אפיון זה מבטא את הפן היוצר של התאוריה. אפיון זה הוא תיאורי, והוא ביטוי לפן המסביר של גישתו. המקור לדרישה של "צמידות" המטרה אינו נובע מדיני ההפקעה עצמו או מתורת המשפט המינהלי. המקור לדרישה זו נובע ממעמדה הנכבד של זכות הקניין, אשר הפכה ב-1992 לזכות חוקתית. השופט זמיר מציין כי "כיום אין אנו פורצים דרך חדשה, אלא ממשיכים ללכת בדרך שכבר נפרצה בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא קושרת את סמכות ההפקעה למטרת ההפקעה" (פיסקה 7). לגישה זו אני מסכים, וממילא אין לי כל התנגדות לשימוש בדיבור סמכות "צמודת מטרה". מקווה אני כי בעתיד יהיה ניתן לפתח את כלליה של סמכות זו לעבר סמכויות נוספות ודומות באופן שיהיה ניתן להשתמש במודל זה לא רק להסברת תוצאות נורמטיביות המושגות על-ידי מקורות שהם חיצוניים לו (הפן המסביר), אלא יהיה ניתן לראות במודל זה עצמו מקור לדרישה בדבר צמידות המטרה לסמכות (פן יוצר). עניין זה אינו מחייב הכרעה בענייננו.

ב

ג

ד

5. חבריי מקדישים חלק מפסק-דינם למציאת "המקום הגיאומטרי" של התאוריה החדשה – דגם הזיקה הנמשכת והולכת מזה ודגם הסמכות צמודת המטרה – בשדה המשפט הפרטי או הציבורי. דומה ששניהם מסכימים לכך כי ביסוד ההלכה העולה מפסק-דינו מונח מעמדה המרכזי של זכות הקניין. זכות זו זכתה לאחרונה למעמד חוקתי-על-חוקי. מעצם טבעה, זכות הקניין פועלת הן במשפט הציבורי (בכל הנוגע ליחסים שבין הפרט בעל זכות הקניין לציבור) והן במשפט הפרטי (בכל הנוגע ליחסים שבין הפרטים בינם לבין עצמם). בסוגיה שלפנינו – זכותו (האובליגטורית) של הבעלים המקורי כלפי המדינה (לביטול ההפקעה) – פועלה הוא בתחום המשפט הציבורי. אכן, השופט מ' חשין מציין בפסק-דינו כי "נגיסה זו שהדוקטרינה אומרת לנגוס בקניין הבעלות מצמצמת עצמה, על-פי עצם הגדרתה – ובכפוף לדוקטרינות אחרות במשפט – בעיקר ליחסים שבין המדינה (או רשויות ציבור אחרות) לבין היחיד, ובדין ההפקעות בלבד" (פיסקה 35).

ה

ו

ז

א 6. מה תפקידו של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) בעתירות שלפנינו? בעניין זה קיים שוני מסוים בין גישתו של השופט זמיר לבין גישתו של השופט מ' חשין. השופט זמיר רואה את [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) כבסיס העיקרי לשינוי בפירושה של פקודת ההפקעות. כותב השופט זמיר:

ב "השינוי בפירוש של סמכות ההפקעה, שהכיר בסמכות זאת כסמכות צמודת מטרה, חל בעקבות [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)" (פיסקה 7).

ג עמדתו של השופט מ' חשין מסויגת יותר. לשיטתו, היה ניתן להגיע להלכה זו עוד בתקופת המנדט, ובוודאי לאחר קום המדינה ולפני חקיקתו של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). נמצא, כי לא חוק היסוד הוא שחולל את ההלכה החדשה, אם כי הוא "...עזר לנו לחשוף את אור הגנוז, אך לא היה בו – ואין בכוחו – כדי ליצור יש-מאין באשר לדברי-חוק שקדמו לו" (פיסקה 42). חילוקי-דעות אלה אינם חדשים (ראו: [בש"פ 537/95](#) הנ"ל [20]; [דנ"פ 2316/95](#) הנ"ל [21]). מבקש אני להביע בהם את עמדתי בקצרה.

ד 7. נקודת המוצא הינה כי [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) לא בא לפגוע בתוקפו של חוק שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד (ראו [סעיף 10](#)). עם זאת חוק היסוד משפיע על פרשנותו של חוק שהיה קיים ערב תחילתו (להלן – חוק קודם). השפעה זו היא מטבעה מוגבלת, שכן אין בכוחו של חוק היסוד להביא לפרשנות חדשה שאינה מתיישבת עם לשון החוק הקודם. כל פרשנות מוגבלת על-ידי הלשון. הפרשן אינו רשאי ליתן ללשון החוק מובן שהוא אינו יכול לשאת בשפתו. עמדתי על כך באחת הפרשות בציני:

ה "מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש... ייתכן, שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, פירוש רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק" ([ד"ר 40/80](#) קניג נ' כהן [35]), בעמ' 715).

אך במסגרת מיתחם האפשרויות הלשוניות של החוק הקודם יש לחוק היסוד השפעה רבה. היא פועלת בעיקר בגיבוש התכלית של החוק הקודם. תכלית זו הינה, כידוע, התכלית הספציפית והתכלית הכללית. הראשונה נלמדת מלשון החוק ומההיסטוריה שלו. השנייה נלמדת מערכי היסוד של השיטה (ראו [בג"ץ 953/87](#) פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו [36]). שתי תכליות אלה – והתכלית הסופית המתגבשת מהן – אינן קפואות בזמן. הן דינמיות (ראו א' [ברק פרשנות במשפט, כרך ב](#), פרשנות החקיקה [56], בעמ' 264, 603). על-כן תכלית שהייתה מתגבשת בתקופת המנדט אינה זהה לתכלית שבית-המשפט היה מגבש אותה לאחר קום המדינה (ראו: [בג"ץ 680/88](#) שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי [37], בעמ' 627; [בג"ץ 2722/92](#) הנ"ל [22], בעמ' 705). תכלית שהייתה מתגבשת עם קום המדינה אינה זהה לתכלית שבית-המשפט היה מגבשה בחלוף חמישים שנות עצמאות. הבנתנו את הלשון ואת ההיסטוריה (התכלית הספציפית) משתנה עם חלוף הזמן. תפיסתנו את ערכי היסוד של השיטה (התכלית הכללית) משתנה עם שינוי הזמנים. ההבנה שאנו מבינים את הסוכב אותנו משתנה כל העת, ועמה משתנה תפיסתנו באשר לתכליתה של החקיקה. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

"המובן שיש ליתן לדיבור שבחוק... אינו קבוע ועומד לעולמים. החוק הוא חלק מהחיים, והחיים משתנים. עם השינוי במציאות משתנה גם הבנת החוק. לשון החוק עומדת על מכונה, אך משמעותה משתנה עם 'תנאי החיים המשתנים'... החוק משתלב במציאות החדשה. כך מדבר חוק ישן אל האדם המודרני. מכאן הגישה הפרשנית, כי 'החוק מדבר תמיד'... הפרשנות היא תהליך מתחדש. יש לתת תוכן מודרני ללשון הישנה, בכך יקטן הפער בין החוק לבין החיים. על רקע זה נכון לומר, כפי שאמר רדברוך, כי הפרשן עשוי להבין את החוק טוב יותר מיוצר החוק, וכי החוק הוא לעולם חכם מיוצרו... החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב ויקדם את המציאות המודרנית..." ([ע"א 2000/97](#) לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים [38], בעמ' 32-33).

על-כן איני בא בטרוניה לשופטי בית-המשפט העליון עם קום המדינה על שלא פיתחו לפני חמישים שנה או אף לפני שלושים שנה את ההלכה העולה מפסק-דיננו

שלנו. הזמנים היו שונים. הבעיות היו שונות. האופקים היו שונים. האיזון בין צורכי הכלל והפרט – המגבש את התכלית הכללית של כל חוק – היה שונה.

א

8. גורם מרכזי המביא לשינוי בהבנת לשון החוק הוא שינוי חוקתי. המסגרת החוקתית החדשה גוררת אחריה קונסטיטוציונליזציה של כל מערכות המשפט (ראו [בג"ץ 3267/97](#) רובינשטיין נ' שר הביטחון [39], בעמ' 522). משמעותה היא שהיא מעלה ערכים חדשים או נותנת להם משקל חדש. נוצר איזון חדש בין הערכים הכלליים המתנגשים. כך בדרך-כלל. כך במיוחד כאשר השינוי החוקתי הוא במתן מעמד חוקתי לזכויות אדם. שינוי זה יוצר מסגרת נורמטיבית חדשה למעמדן של זכויות האדם. כתוצאה מכך נוצר איזון חדש בין זכויות האדם לבין צורכי הציבור. מתרחשת "מהפיכה חוקתית" (ראו [ע"א 6821/93](#) הנ"ל [26], בעמ' 352). במסגרת איזון חדש זה עשוי לחול שינוי בתכליתם של החוקים הקודמים. תכלית שלא היה ניתן לגבשה בטרם הוחקו חוקי היסוד ניתנת לגיבוש לאחר חקיקתם של חוקי היסוד. ושוב, לשון החוק לא השתנתה. אך תכלית החוק השתנתה. השינוי עשוי שיהיה קל. עשוי הוא לשקף תכלית חדשה שהיה ניתן להגיע אליה – גם אם בפועל לא הגיעו אליה – בעבר. השינוי עשוי להיות כבד. הוא עשוי לשקף תכלית חדשה שלא היה ניתן להגיע אליה בעבר. אכן, אימרתו של רדברוך – כי לעולם החוק חכם מיוצרו – נכונה במיוחד בתקופה של שינויים חוקתיים. אלה משנים את המרחב הנורמטיבי שבו אנו ממשיכים לחשוב. אי אפשר עוד לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לחשוב על תכליתה הכללית של החקיקה באותו אופן שבו חשבנו על כך לפני חקיקתם של חוקי היסוד. עולמנו הנורמטיבי השתנה. צורת החשיבה שלנו השתנתה (במודע או שלא במודע).

ה

9. על-כן אך טבעי הוא בעיניי כי גישתנו לתכליתה של פקודת ההפקעות שונה היא מהגישה אליה לפני חמישים שנה או שלושים שנה. השינוי המרכזי התרחש עם חקיקתו של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). חוק זה העניק מעמד חוקתי-על-חוקי לזכות הקניין של הבעלים המקורי. באיזון בין זכות הקניין של הבעלים המקורי לבין צורכי הכלל חל שינוי. שינוי זה אינו משפיע על תוקפה של פקודת ההפקעות. תוקפה של פקודת ההפקעות נשמר. אך שינוי זה מוביל לשינוי בהבנתה של פקודת ההפקעות. הוא מתבטא בהבנתנו החדשה את תכליתה של פקודת ההפקעות. הוא מוביל להתחשבות גוברת בזכויותיו של הבעלים המקורי (ראו: [בג"ץ 4466/94](#) הנ"ל [9], בעמ' 88 (השופט דורנר); [בג"ץ 2739/95](#) הנ"ל [5], בעמ' 321 (השופט גולדברג); בעמ' 327 (השופט מצא)). התחשבות זו אין בה כדי ליצור זיקה קניינית בין הבעלים המקורי לבין הקרקע המופקעת. אך התחשבות זו יש בה כדי להטיל על המדינה את

ך

T

א

החובה לבטל את ההפקעה אם המטרה הציבורית שוב אינה קיימת. אכן, הבסיס להלכה הינו מעמדה המרכזי של זכות הקניין של הבעלים המקורי. בזכות זו פגעה ההפקעה פגיעה אנושה. קניינו של הבעלים המקורי ניטל ממנו שלא בהסכמתו, בלא שנשתייר בידו בדל של זכות בקניינו. הטעם לנטילת הבעלות היה בקיומה של מטרה ציבורית שהצדיקה את הקרבת קניינו של הפרט על מזבח הכלל. הצדק דורש כי משנתבטלה המטרה הציבורית, וניטל הטעם המקורי מהמשך בעלותה של המדינה במקרקעין, תוחזר הבעלות לבעלים המקורי (ראו בג"ץ 282/71 הנ"ל [14], בעמ' 469, 470). בעלותה של המדינה באה לה בשל שימוש בכוחותיה השלטוניים וכנגד רצונו של הבעלים המקורי. מכאן, שבעלותה במקרקעין היא בעלת אופי מיוחד ("קניין ציבורי"). כך, למשל, אין זה ראוי שלמחרת ההפקעה תוכל המדינה למכור המקרקעין בשוק כדי לממן את תקציבה. על בעלותה של המדינה מוטלות מגבלות. אחת מאותן מגבלות – הנגזרת מדרישת הצדק ומזכות הקניין של הבעלים המקורי שנשללה ממנו ללא הסכמתו – הינה שעם חלוף המטרה הציבורית שעמדה ביסוד ההפקעה תתבטל ההפקעה עצמה.

ב

ג

10. חבריי השופטים זמיר, שטרסברג-כהן וש' לוין העלו שורה ארוכה של שאלות שאותן הם ביקשו להשאיר בצריך עיון. מצטרף אני אליהם. כן מצטרף אני לפנייה למחוקק בדבר הצורך הדחוף להסדיר את הסוגיה כולה בדבר חקיקה.

ד

המשנה לנשיא ש' לוין

ה

1. אני מסכים הן לתוצאה והן לגישתו הבסיסית של חברי הנכבד השופט מ' חשין בחוות־דעתו המונומנטלית לעניין אי־ניתוק הזיקה בין בעלי קרקע שהופקעה לבין הקרקע. בין שנאמץ את המודל של מעשה הפקעה שומר זיקה או את מודל סמכות ההפקעה צמודת מטרה, מקובל גם עליי, כמו על חבריי הנכבדים, כי משבטלה מטרת ההפקעה זכאי בעליה של הקרקע – בעיקרון – להשבתה לחזקתו. הוויכוח בין חבריי הנכבדים השופט מ' חשין והשופט זמיר לגבי השיבוץ המדויק של השאלה שלפנינו – נראה בעיניי כסמנטי. הוא קשור להבחנות מלאכותיות, שיכול שתהיינה שונות זו מזו בשיטות המשפט השונות ויכול שיש בו גם מזה וגם מזה. ככלות הכול – המשפט הוא אחד, וחלוקתו למשבצות נפרדות ומופרדות זו מזו – שבה כל אחת עושה שבת לעצמה – נראית לי בלתי רצויה ואין בה כדי לשרת מטרה מועילה כלשהי.

ו

ז

2. כמו חברי הנכבד השופט מ' חשין מבקש אני להשאיר בצריך עיון את אותן שאלות שבהן לא הכריע סופית, אך לדידי, בלי לחוות בהן כל דעה. כך, למשל, מבקש

	בג"ץ 2390/96	קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל
	פ"ד נה(2) 625	המשנה לנשיא ש' לוי, השופטת ד' דורנר
א		אני להשאיר בצריך עיון את השאלה מה דינו של מי שקרקעותיו הופקעו ושולמו לו פיצויים וכן את השאלה אם עקב שינוי המטרה הציבורית שומה על הרשות להפקיע מחדש את הקרקע.
		אני מצטרף לקריאתם של חבריי הנכבדים למחוקק להסדיר את נושא הפקעתם של מקרקעין בחוק מקיף, מודרני ומסודר.
ב		השופטת ד' דורנר
ג		1. מסכימה אני כי סמכות ההפקעה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור) (להלן – פקודת הרכישה) מוגבלת למטרת הגשתו של צורך ציבורי, וכי כאשר הקרקע אינה דרושה עוד להגשמת הצורך הציבורי, על שר האוצר, ככלל, לבטל את ההפקעה.
ד		הלכה זו אינה חדשה עמנו. היא התגבשה בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד), שבגדרו הוקנה לזכות הקניין מעמד חוקתי. הדבר מחייב בחינה מחודשת של פרשנות דינים הפוגעים בזכויות הקניין. ראו: דברי השופט אור בבג"ץ 3956/92 הנ"ל [8], בפסקה 6 ודברי המשנה לנשיא ברק בבש"פ 537/95 הנ"ל [20], בעמ' 418-419 (בדעת רוב שאושרה בדנ"פ 2316/95 הנ"ל [21], בעמ' 655).
ה		2. עוד בטרם חקיקת חוק היסוד הוכרה זכות הקניין כזכות יסוד. בחלוף השנים אף חלו שינויים בפרשנות של פקודת הרכישה המנדטורית. נקבע, כי סמכותו של שר האוצר להפקיע קרקע קיימת לצורך מטרה מוגדרת, שאותה עליו לפרסם; כי שיקול-דעתו מוגבל ולא מוחלט וכי ההפקעה תיפסל אם שיקולי השר היו נגועים בפגמים חמורים. ראו בג"ץ 307/82 הנ"ל [3].
ו		עם זאת פסיקת בתי-המשפט למעשה – שאפשר שהלמה את המציאות החברתית של ימי ראשית המדינה – לא שיקפה את הרטוריקה שבתי-המשפט נקטו בדבר מעמדה של זכות הקניין כזכות יסוד. ראו חביב-סגל, במאמרה הנ"ל [63], בעמ' 454-455.
ז		3. בענייננו נפסק, כי הפקעה לפי פקודת הרכישה תקפה גם אם המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע חדלה להתקיים, וכי בעיקרון, בית-המשפט לא יתערב אלא אם ההפקעה הייתה נגועה בפגמים חמורים, כגון שרירות וחוסר תום-לב. כך, בבג"ץ 282/71 (להלן – בג"ץ בנין [14]) נדחתה עתירה להשבת קרקע שהופקעה ללא פיצויים לצורך

הקמת מחנה צבאי, שעם חלוף הצורך הביטחוני הוחלט למוכרה למשקיעים. בית- המשפט לא מצא יסוד בדין לחייב את שר האוצר לבטל את ההפקעה, הגם שסבר כי הצדק היה דורש זאת. כן נפסק, כי בהנחה שהקרקע דרושה למטרה ציבורית שונה מזו שלשמה הופקעה, לא ניתן לפצות את העותר לפי ערכה הנוכחי של הקרקע משום שעם ביצוע ההפקעה הוקנתה הבעלות בקרקע למדינה, "ומה שנרכש כבר לצרכי ציבור, אין לרכשו שנית" (השופט לנדוי, שם, בעמ' 470). בית-המשפט אף המליץ על תיקון פקודת הרכישה באופן שיימנע אי-צדק.

א

ב

המחוקק לא שעה להמלצת בית-המשפט, ופקודת הרכישה לא תוקנה. עם זאת בשנת 1992 עוגנה זכות הקניין בחוק היסוד.

4. על רקע זה, ומשפתח השינוי הנורמטיבי במעמדה של זכות הקניין פתח לבחינה מחודשת של פרשנות דינים הפוגעים בזכות הקניין, ניתן לדיני ההפקעה על-פי פקודת הרכישה פירוש חדש, שהביא לשינוי משמעותי.

ג

בבג"ץ 5091/91 (להלן – בג"ץ נוסייבה [6]) הוחלט, בהסתמך על חוק היסוד, על החזרת מקרקעין שהופקעו לאחר שנקבע כי פג הצורך הציבורי שלשמו הם הופקעו. וכך כתב השופט ד' לוין בפיסקאות 4 ו-8 לפסק-דינו:

ד

"לאור... העקרונות שבחוק היסוד עצמו, יש לתת משנה תוקף לפרשנות המצמצמת של [פקודת הרכישה].

ה

...

כאשר מתברר בדיעבד כי אין עוד צורך חיוני בקרקע המופקעת, קמה לבעלים עילה להשתחרר מכבלי ההפקעה ולנהוג מנהג בעלים באדמתם. תוצאה זו מתחייבת מזכותם היסודית של העותרים על קנינם הפרטי..."

ו

השופט מצא הסכים עם השופט ד' לוין. אף השופט אור, אשר בדעת מיעוט סבר כי יש לדחות את העתירה, לא חלק כי אמנם חל שינוי במעמדה הנורמטיבי של הזכות לקניין המצריך פירוש ההולם שינוי זה. אלא שהשופט אור הסביר, כי בנסיבות אותו מקרה, כעניין שבעובדה, נותר בעינו הצורך הציבורי המקורי.

ז

גם בדיון הנוסף שקוים בפסק-דין זה – [דנג"ץ 4466/94](#) (להלן – דנג"ץ נוסייבה [9]) – שבגדרו התקבלה עמדתו של השופט אור בבג"ץ נוסייבה [6], לא הובעה הסתייגות מן ההלכה הקובעת כי עם חלוף המטרה הציבורית על הרשות להחזיר את הקרקע לבעליה. המחלוקת בין שופטי הרוב לבין שופטי המיעוט הייתה עובדתית במהותה ונגעה לשאלת קיומו של הצורך הציבורי. גם בספרות המשפטית הוסבר כי בדנג"ץ נוסייבה [9] לא התערב בית-המשפט בהלכה שנפסקה בבג"ץ המקורי אלא רק בתוצאה. ראו: חביב-סגל, במאמרה הנ"ל [63], בעמ' 460; דגן "דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" [57], בעמ' 676 ה"ש 6. ממילא ההלכה כי דין הפקעה לפי פקודת הרכישה להתבטל כאשר הצורך הציבורי שלשמו הקרקע הופקעה לא קיים עוד, שרירה ועומדת כבר מיום מתן בג"ץ נוסייבה [6] – 9 באוגוסט 1994.

5. דעתי בדנג"ץ נוסייבה [9] – ששופטי הרוב לא הסתייגו ממנה – הייתה כי לנוכח מעמדה החוקתי של זכות הקניין אין לקבל עוד גישה פרשנית מרחיבה המאפשרת לרשות שהפקיעה קרקע למטרה ציבורית לנצל אותה למטרה אחרת, לאחר שהמטרה הציבורית המקורית חלפה מן העולם. וכך כתבתי:

"נפסק כי השר רשאי להפקיע את הקרקע למטרה ציבורית, ולאחר מכן לשנות את ייעוד הקרקע כרצונו.

...

גישה זו של הפסיקה... [אינה] יכולה להתקבל לאחר חקיקתו של [חוק היסוד]. זכות היסוד לקניין מעוגנת כיום בסעיף 3 לחוק היסוד, שבו נקבע:

'אין פוגעים בקניינו של אדם'.

ל

...

אכן, [פקודה הרכישה] קדמה לחוק היסוד, ועל-כן אין בהוראותיו כדי לפגוע בתוקפה (סעיף 10 לחוק היסוד). עם זאת, על פירושה ועל הפעלת שיקול-דעת מכוחה חל סעיף 11 לחוק היסוד. על-פי סעיף זה, מחויבות כל רשויות השלטון – לרבות בית-המשפט – לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל יסודם הן פועלות. חובה זו על בית-המשפט למלא על-ידי פרשנות דווקנית של הוראות חוק המתירות לפגוע בזכות הקניין,

שתיתן ביטוי למעמדה של זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית, על-חוקית. ממעמד זה מתחייב איזון חדש בין האינטרס הציבורי לבין זכות היסוד.

א

...

כיבודה של זכות הקניין כמתחייב מסעיף 11 לחוק היסוד ייעשה, בין השאר, על-ידי הפעלת שיקול-דעת על-פי דין בהתאם לאמור בסעיף 1 ובסעיף 8 לחוק היסוד. מסעיף 1 לחוק היסוד, שבו נקבע, בין השאר, כי 'זכויות היסוד של האדם בישראל... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל', נובע, כי שיקול-דעת הנוגע לזכות לקניין (בדומה לשאר זכויות היסוד החוקתיות) יש להפעיל מתוך 'שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה [של המדינה] בלי הבדל דת, גזע ומין' (כאמור בהכרזה). מסעיף 8 לחוק היסוד... נובע כי אין לפגוע בזכות לקניין, אלא באופן ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (שם, בעמ' 86-83).

ב

ג

ד

בדעתי זו נשארת גם לאחר שקראתי את פסק-דינו של חברי השופט מ' חשין, המסתייג מקשירת השינוי שחל בפרשנות פקודת הרכישה לחקיקת חוק היסוד, וממילא אני מסכימה לעמדתו של השופט זמיר.

ה

6. אכן, ההלכה המוסכמת על כולנו מציבה גישה עקרונית, שלצדה נותרה שורה של שאלות פתוחות שפורטו על-ידי חבריי המשנה לנשיא ש' לוין והשופטים זמיר ו-שטרסברג-כהן, שאף המליצו על חקיקה לשם מתן מענה לשאלות אלו.

ו

אכן, ההתפתחות המשפטית בדרך של שינויים בפרשנות היא איטית וקטועה ונגזרת בדרך-כלל מן המקרים הקונקרטיים הנדונים בפני בית-המשפט. אין אפוא ספק, כי בענייננו היה ראוי לקבוע הסדר מקיף ומלא בחוק.

ז

אני מצטרפת אפוא לעמדת חבריי הן באשר לקיומן של שאלות פתוחות והן באשר לצורך בחקיקה.

עם זאת בהליך זה עלינו להכריע אם הפרשנות, שלפיה דין ההפקעה להתבטל כאשר הקרקע אינה דרושה עוד לצורך ציבורי, ישימה בענייננו. זאת נעשה לאחר קבלת טיעוני הצדדים.

א

השופטת ד' ביניש

ב

הגענו להסכמה רחבה בקביעת ההלכה שלפיה אם חדלה מלהתקיים המטרה הציבורית שהייתה ביסוד הפקעת מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור), ההפקעה מתבטלת, וזאת בכפוף לחריגים ולכללים שיש לגבשם. בטרם גיבשתי עמדתי בסוגיה שלפנינו הייתה בפניי חוות־הדעת המקיפה ורחבת היריעה שפרס חברי השופט מ' חשין וחוות־הדעת של חבריי השופט זמיר והנשיא ברק אשר הגיעו לאותה תוצאה בהתבססם על תאוריות שונות.

ג

משהסכמנו לתוצאה איני רואה להרחיב בשאלות הנוגעות לשוני בנקודת המוצא שביסוד התוצאה המשותפת. באופן כוללני יהיה זה נכון לומר כי התפיסה הבסיסית בשיטתנו הייתה כי ההפקעה שוללת את זכות הקניין מהבעלים ומנתקת את זיקתו הקניינית למקרקעין בהעבירה את מלוא הזכויות למדינה. בהתאם לכך, אף לא ראה בית־משפט זה כי בידו להתערב באשר להפעלת הסמכויות בכל הנוגע לשלבים המאוחרים של ההפקעה, אף כי תוצאה זו הייתה למורת רוחו וזכתה לביקורת. חברי השופט מ' חשין סבור שיש לשנות תפיסה זו מעיקרה ונתן בכך ביטוי לביקורת שנמתחה במשך שנים רבות על התפיסה "מנתקת הזיקה". שאלת טיבה של הזיקה שבין בעל המקרקעין לקרקע המופקעת והמסקנה המתבקשת ממנה נטועות בשיטה המשפטית שבה מעוגנת סמכות ההפקעה. בעיניי, התוצאה שהגענו אליה מתחייבת מאופייה של סמכות ההפקעה ומהיחס שנוצר בין הרשות המפקיעה כרשות שלטונית לבין הפרט שרכושו הופקע. על סמכות ההפקעה וגם על הפעילות השלטונית שבעקבותיה יחולו העקרונות המגבילים את כוחו של השלטון לפגוע בזכויות היסוד, כשהחובה לצמצם את הפגיעה אינה מתוחמת להליך ההפקעה עצמו. בעידן שלאחר חקיקת חוק היסוד יש לתת להגבלה זו משמעות שתבטא את צמצום סמכות ההפקעה למטרה הציבורית שלשמה נועדה.

ה

ו

ז

בחוות־הדעת השונות שלהם הצביעו חבריי, כל אחד לפי דרכו, על ההתפתחות שחלה במשך השנים בגישתו של בית־משפט זה ביחס לסמכות ההפקעה ולביקורת השיפוטית עליה. בתמצית ניתן לקבוע כי המסלול שעשתה פסיקתנו מאז ראשית המדינה ועד היום

היה מסלול חד-סטרי שהצמיד את בית-המשפט בכיוון אחד: כיוון של התפתחות פרשנית שלפיה הועמד שיקול-הדעת של הרשות בנושא ההפקעות בפני ביקורת שיפוטית על-פי העקרונות הכלליים החלים על הרשות בבואה לפגוע בזכות יסוד.

א

חבריי עמדו גם על כך שדרכו של בית-משפט זה בפרשנות הנוגעת להיקפן ולטיבן של הסמכויות השלטוניות שהוענקו לרשות בתקופת השלטון המנדטורי מתאימה עצמה לתקופה שבה ניתנת הפרשנות, ולפיכך היא פרשנות דינמית שאין לנתק מהרקע ומהנסיבות שבהם מופעלת הסמכות השלטונית. כמותם אף אני סבורה כי התהליך הפרשני קיבל מפנה משמעותי בכל הנוגע לקביעת האזון הראוי בין ההגנה על זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דומה, כי אין בינינו חולק על עצם השפעתו של חוק היסוד על הסוגיה שלפנינו. השוני בדעות אינו אלא שוני שבמשקל שכל אחד מאתנו נותן למרכזיותו של חוק היסוד בפרשנות החקיקה שקדמה לו.

ב

ג

חלקי עם אלה הסבורים כי השינוי בגישתו של בית-משפט זה ביחס לתוצאה המתחייבת מביטול מטרת ההפקעה המקורית נעוץ בשינוי מערכת האזונים שבין זכויות הפרט לאינטרס הציבורי על-פי חוק היסוד. שינוי זה משפיע גם על טיבה והיקפה של הסמכות השלטונית בכל הנוגע להפקעת רכוש הפרט למטרה ציבורית. על התפתחות זו שבאה בעקבות חוק היסוד עמדה חברתי השופט דורנר בפסק-הדין ב**ת"ג 4466/94** הנ"ל [9], בעמ' 88-86.

ד

ה

מצטרפת אני להשקפה כי אופייה של סמכות ההפקעה הוא המחייב כי תהא מוגבלת למטרה אשר לשמה הוענקה. ההגבלות על כוחה של הרשות על-פי עקרונות פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד אינן מתמצות בשלב ההפקעה עצמה וחולשות הן על כל פעולה שלטונית מאוחרת הקשורה בהפקעה. יש לראות את עצם ההפקעה ואת המהלכים המבוצעים בעקבותיה כנתונים למגבלות החוק הכרוכות בפגיעה בזכויות יסוד. עקרונות אלה מקימים חובה מצד הרשויות כלפי מי שהקרקע הופקעה ממנו למטרה שהייתה מוצדקת בעת ההפקעה ולמטרה זו בלבד. החזרת הקרקע או מתן פיצוי לפי העניין בעת שמתבטלת מטרת ההפקעה היא חלק מחובה זו.

ו

אוסף עוד כי אין לי אלא להצטרף לדעתם של כל חבריי כי שינוי ההלכה מעורר שאלות רבות שאין בידינו להכריע בהן במסגרת ההליך שלפנינו ולהמלצה המשותפת לכולנו להסדיר את הסוגיה בחקיקה.

ז

השופט ת' אור

א

היו לי היתרון וההנאה לקרוא את פסקי-הדין של חבריי השופט מ' חשין, השופט זמיר והנשיא ברק. התוצאה שאליה הגיעו שלושתם מקובלת עליי, כמו על כל חברי המותב האחרים. על-פי תוצאה זו, (א) אם המטרה הציבורית אשר שימשה בסיס להפקעת מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור) חדלה להתקיים, ככלל, מתבטלת ההפקעה, ובעל המקרקעין המופקעים זכאי להשבת המקרקעין בכפוף לחריגים ולכללים אשר יש לגבשם; (ב) משנקבע העיקרון האמור בפסק-דיננו, ראוי שהמחוקק יאמר דברו ויסדיר את סוגיית הפקעת מקרקעין על רקע האמור בפסק-דין זה; (ג) בשאלת תחולת הדין על עניינינו יוחלט לאחר קבלת טיעון בעלי-הדין, כאמור בפיסקה 91 לפסק-דינו של חברי השופט מ' חשין.

ג

השופט א' מצא

ד

ההלכה היוצאת מלפנינו היום מבטאת בלשון ברורה ומפורשת את הגישה שאותה הבעתי ובה תמכתי בפרשת נוטייבה (בג"ץ 5091/91 [6] ודנג"ץ 4466/97 [9]) ובפרשת מחול (בג"ץ 2739/95 [5]) בדבר היותה של סמכות ההפקעה סמכות "צמודת מטרה". אני, כמובן, מסכים להלכה זו, המשקפת, אל נכון, שינוי בפרשנות שניתנה בעבר למשמעותה של הפקעה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור), והמתחייבת מהכרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהיות הזכות לקניין זכות חוקתית מוגנת. משום השלכותיה האפשריות של הלכה זו, ובלי לנקוט כל עמדה ביחס להכרעה הראויה בעניינם של העותרים, הנני מסכים להכרעה המוצעת בפיסקה 91 לפסק-דינו של חברנו השופט מ' חשין. אף לי נראה כי ייטיב המחוקק לעשות אם יקדים לשקוד על גיבושו של הסדר חקיקתי שיספק מענה מעשי וראוי לשורה של שאלות פתוחות שיישומה של ההלכה החדשה עשוי לעורר.

ה

ו

הוחלט פה אחד כאמור בפיסקה 91 לפסק-דינו של השופט מ' חשין.

ז

היום, כ' בשבט תשס"א (13.2.2001).

לפסק-דין בעליון (09-02-2009): [בג"ץ 2390/96 יהודית קריסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל](#) שופטים: א' פרוקצ'יה, א' גרוניס, מ' נאור, ס' ג'ובראן, א' חיות, ה' ד' ביניש, ה' א' ריבלין, עו"ד: צבי הר נבו, אלון סמואל, גבי מויאל, אורלי דוד פיטרס, יעקב לסרי, אסנת מנדל

מיני-רציו:

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – זכות הקניין
מהותה – השפעת [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) על עיצוב זכות הקניין – שינוי נקודת האיוון בין זכות הקניין של הפרט לבין האינטרס הציבורי בהפקעת מקרקעין – השפעת עיגונה של זכות הקניין בחוק היסוד על פרשנותה של פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור), 1943.
* משפט חוקתי – חוקי יסוד – השפעתם
על פירוש חקיקה שקדמה להם – השפעתם על גיבוש תכליתה של חקיקה קודמת – האפשרות לשינוי התכלית – שינוי נקודת האיוון בין זכויות הפרט ובין צורכי הכלל.

* מקרקעין – הפקעה – רכישה לצורכי ציבור
מקרקעין שהופקעו לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור), 1943 – זכותו של בעליהם להשבתם אליו – מקום שהמטרה הציבורית אשר שימשה בסיס להפקעה חדלה להתקיים – מקור הזכות – הבסיס התאורטי להלכה – ההגנה החוקתית לזכות הקניין [בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) – השפעתה על פירוש הפקודה – צמצום סמכות ההפקעה – שינוי נקודת האיוון בין זכות הקניין של הפרט לבין צורכי הכלל.