

הפקעה לשם בנייה למגורים – נטילה מן הפרט לצורך הפרט

מאת

אבי וינרוט ואריק מגידיש*

א. מבוא

1. זכות הקניין היא זכות יסוד המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, ניתן להפקיע את קניינו של הפרט לטובת הכלל, לצרכים ציבוריים. הצרכים הציבוריים הקלסיים הם מתקנים שנועדו לשימוש כלל הציבור, כגון: כבישים, מסילות רכבת, תחנות חשמל וכיוצא בזה. ברם, עשוי להתעורר צורך להפקיע קרקע מן הפרט ולהעבירה לידי פרטים אחרים. הצורך עשוי להיות לאומי, אך הנהנים מן המקרקעין יהיו פרטים. האם גם בנסיבות כאלה ניתן להפקיע קרקע מן הפרט ולגרוע מזכויות הקניין שלו? שאלה זו הפכה לאחרונה לרלוונטית. בשנים האחרונות עדים אנו לעלייה דרמטית במחירי הדיוור, ובעקבותיה למצוקה של זוגות צעירים רבים, לרבות משכילים ועובדים, שאינם מצליחים לרכוש דירת מגורים. אחד מן הגורמים המשמעותיים לעליית המחירים הוא היעדר היצע מספיק של קרקעות זמינות לבנייה.¹ על רקע דברים אלה, הוגשה ביום 13.3.2013, הצעת חוק התכנון והבנייה (תיקון – שימוש בהפקעות לקידום דיוור בר השגה לצעירים), התשע"ג–2013, לפיה יתוקן סעיף 188 לחוק התכנון והבנייה באופן שבניית מגורים לזכאי משרד השיכון תיחשב "צורך ציבורי" המאפשר הפקעה. ההצעה לא התקבלה כחוק, ונותרה

* פרופ' אבי וינרוט הוא פרופסור חבר ומרצה לדיני קניין בפקולטה למשפטים של המרכז האקדמי פרס.

מר אריק מגידיש הוא עורך דין במשרד פרופ' אבי וינרוט ושות', עורכי דין. תודתנו לעורכת הדין אסתי פוגלר-וינרוט על עבודת מחקר חרוצה ועל רעיונות מקוריים. 1 ראו למשל מרכז המחקר והמידע של הכנסת, המחלקה לפיתוח תקציבי מצוקת הדיוור בישראל (הוגש לוועדת הכלכלה של הכנסת ביום 3.3.2008), www.knesset.gov.il/mmm/, data/pdf/m02661.pdf; מבקר המדינה דו"חות מיוחדים: דוח ביקורת "משבר הדיוור" (2015) (להלן: דוח ביקורת "משבר הדיוור").

על כנה השאלה – האם בניית דירות מגורים, כפתרון למצוקת הדור, עשויה להיחשב "צורך ציבורי" המצדיק הפקעה של מקרקעין?

2. שאלה דומה התעוררה בבית המשפט העליון הפדרלי של ארצות הברית, בפסק הדין בעניין *Kelo*.² בפסק דין זה נדונה השאלה אם הפקעת מקרקעין לצורך בניית אזור תעשייה מסחרי על ידי יזמים פרטיים, ולשם פיתוח כלכלי של עיר, היא חוקתית ועומדת בתנאי התיקון החמישי לחוקה האמריקאית, הקובע כי אין ליטול את הקניין הפרטי אלא לשם "שימוש ציבורי". בעניין זה התגלעו חילוקי דעות עזים. שופטי הרוב סברו כי הדבר אפשרי מבחינה משפטית וכי פיתוח האזור הוא מטרה ציבורית שעומדת בתנאי התיקון החמישי לחוקה. לעומת זאת, שופטי המיעוט גרסו כי מדובר בפעולה אנטי-דמוקרטית, שכן נטילת קניינו של הפרט לשם העברתו לפרט אחר משולה לחלוקת ההון מחדש בחברה על ידי הממשל. דעת המיעוט סברה כי אם תותר הרצועה וניתן יהא להפקיע רכוש מן הפרט ולהעבירו לפרט אחר, עלול הדבר להוביל ל"אפקט רובין הוד הפוך", קרי הדברים יגיעו לכדי כך שהממשל יפקיע ממי שאין לו וייתן לעשירים, המקורבים לשלטון.

3. בעוד בארצות הברית נערך דיון ציבורי ער בשאלה עקרונית זו בדבר קיומו של "צורך ציבורי" בהפקעה המשמשת את הפרט ולא את הכלל והדברים הגיעו להכרעה, הרי שבישראל טרם נערך דיון ערכי בעניין וטרם נקבעה הלכה. שאלה זו הועלתה אך באופן אגבי בבית המשפט העליון בפסק הדין בעניין קרסיק,³ שם ציין השופט חשין כדלהלן: "האם מטרת בנייתה של שכונת מגורים הינה מטרה ציבורית לעניינה של פקודת ההפקעות? גם הכרעה בשאלה זו אינה נדרשת במישורין 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 ההפקעות⁴ – 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". נראה כי הותרת העניין בספק אינה מצב נורמטיבי רצוי, ובסוגיה כה רגישה מן הראוי להתוות כללים ברורים של מדיניות, בבחינת "יצביב – עדיף".⁵

2 Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (2005).

3 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 679 (2001).

4 פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הקרקעות).

5 בהקשר זה נציין כי ישראל אינה המדינה היחידה שטרם הכריעה בסוגיה זו. נראה כי גם קנדה סובלת מאותה אי-בהירות נורמטיבית בעניין זה. סעיף 14(1) לחלק הראשון של ה-R.S., 1985, Expropriation Act c. E-21 (חוק ההפקעות הפדרלי) קובע כי הפקעה תיעשה "for a public work or other public purpose [...]" מדובר במינוח דומה לזה הנמצא בדין הישראלי ובדין האמריקאי. ברם, בניגוד לארצות הברית, החוקה הקנדית הפדרלית (Constitution Act, 1982)

4. להלן נבקש להציע כיוון להכרעה בשאלה זו, תוך הצפה של השיקולים והערכים העומדים בבסיסן של תאוריית הקניין הפרטי ושל תכליות ההפקעה השלטונית. נגיד מראשית אחרית ונציין כי בסוגיה זו מתעוררים שיקולים לכאן ולכאן ובמידה רבה כפות המאזניים מעוינות. מכיוון שכך, השיקול המכריע לדעתנו הוא העובדה שבישראל שוררת אנומליה שאין לה אח ורע בעולם המערבי, שלפיה רוב מוחלט (93%) ממקרקעי ישראל נמצאים בבעלות הציבור וחלק הארי של המקרקעין הללו אף אינו מוחכר לגורמים פרטיים. כיוון שכך, נראה כי למדינת ישראל יכולת להשפיע על ההיצע והביקוש באמצעות הקצאת מקרקעין הנמצאים בבעלותה. בנסיבות אלה, יהא זה בלתי מידתי ובלתי שוויוני לעשות כן באמצעות נטילת "כבשת הרש" של היחיד.

ב. הפקעה לצורך בניית מגורים – הדין הקיים והשאלה המתעוררת

5. מקום שבו מתעורר צורך ציבורי של הכלל (כגון: סלילת כבישים, הקמת גנים, בניית מבני ציבור וכיוצא באלה צורכי ציבור אחרים), אין חולק על כך שהרשות מוסמכת להפקיע קרקע של היחיד לרווחת הכלל, אגב תשלום פיצוי נאות לבעלים. סמכות הרשות להפקיע מקרקעין מידי בעליהם קבועה בכמה חוקים,⁶ שהמרכזי שבהם הוא פקודת הקרקעות. סעיף

שומרת על צורה מוגבלת של ריבונות פרלמנטרית וזכויות הקניין אינן מוגנות בה. גם בפרק הראשון לחוקה זו, הידוע כ"כתב הזכויות והחירויות הקנדי" (Canadian Charter of Rights and Freedoms), אשר מפרט זכויות אחדות – כגון הזכות לביטחון, לחופש ביטוי, חופש ההתאגדות, שוויון, חופש מחשבה ואמונה ועוד – אין זכר לזכות הקניין. ההגדרה של "מטרה ציבורית" לא אותגרה לפיכך ולא הועלתה למוקד הדיון בפסיקת בית המשפט העליון הקנדי. סעיף 14(1) לחוק ההפקעות הפדרלי לא פורש לאור עקרונות חוקתיים של שמירה על חירות הקניין הפרטי. הדיון הנורמטיבי בקנדה אינו נמצא אפוא במקום שבו נמצא הדיון בישראל ובארצות הברית, וכל שנבדק על ידי בית המשפט העליון הקנדי הוא סמכות ההפקעה של הרשות המפקיעה. ראו לעניין זה L. Kinvin Wroth, *Lingle and Kelo: The Accidental Tourist in Canada and NAFTA-Land*, 7 Vt. J. ENVTL. L. 62 (2006). נראה כי בחינה זו של סמכות ההפקעה, להבדיל מתכליתה ומידתיותה, דומה למצב הדברים שבו דן בית המשפט העליון הישראלי בראשיתה של המדינה, קודם לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קבע את זכות הקניין כזכות יסוד.

6 בין חוקים אלה ניתן למנות את פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח) 1943; חוק תכנון והבניה; חוק פינוי ובינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965; חוק רישום שיונים ציבוריים (הוראת שעה), התשכ"ד-1964; חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1987; חוק רשות הדואר, התשמ"ו-1968; חוק הבזק, התשמ"ב-1982; חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953; חוק הרשויות המקומיות

2 לפקודת הקרקעות קובע כי ניתן להפקיע קרקע ל"צורך ציבורי", כמשמעותו לפי סעיף 188 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, לרבות צורך הנובע ממנו או הכרוך בו. סעיף 188 הנ"ל מגדיר כ"צורכי ציבור" שורה של מתקנים ומבנים הנחוצים לציבור בכללותו.⁷ סעיף זה מוסיף וקובע כי מטרה ציבורית היא "כל מטרה שאותה אישר שר האוצר כמטרה ציבורית". לכאורה, הגדרה שיווית זו מאפשרת לכלול במונח "צורך ציבורי" אף הפקעה מפרט אחד והקצאת הקרקע למשנהו לצורך הגשמת צרכים לאומיים. ואולם, מכיוון שהגדרה שיווית זו צמודה ועוקבת לפירוט של שורת מתקנים ומבנים ציבוריים,⁸ נראה כי כוונת הסעיף היא להותיר בידי שר האוצר סמכות להוסיף "צורך ציבורי" מאותו מין וסוג, כלומר צורך שישרת את הכלל ולא פרט אחר.

6. בפסיקת בית המשפט העליון אין אינדיקציה לפרשנות הראויה של הגדרה שיווית זו, שכן עד כה נערכה בפסיקה בחינה של שיקול דעת שר האוצר בקביעתו שקרקע מסוימת אכן נחוצה לצורך ציבורי מסוים.⁹ בעניין קרסיק נקבע כי כל קביעה של שר האוצר בדבר "צורך

(ביוב), התשכ"ב-1962; חוק המים, התשי"ט-1959; חוק רשויות נחלים ומעינות, התשכ"ה-1965; חוק העתיקות, התשל"ח-1978.

7 סעיף 188 לחוק התכנון והבניה מונה את הצרכים הבאים: "דרכים, גנים, שטחי נופש או ספורט, שמורות טבע, עתיקות, שטחי חניה, שדות תעופה, נמלים, מזחים, תחנות רכבת, תחנות אוטובוסים, שווקים, בתי מטבחים, בתי קברות, מבנים לצרכי חינוך, דת ותרבות, מוסדות קהילתיים, בתי חולים, מרפאות, מקלטים ומחסים ציבוריים, תחנות משטרה ותחנות שירות לכיבוי אש, מיתקני ביוב, מזבלות, מיתקנים להספקת מים". שר הפנים הרחיב רשימה זו. ראו אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין א' 53, ה"ש 131 (מהדורה שמינית, 2013).

8 לכלל הפרשנות שלפיו "הכלל מעין הפרט" (*ejusdem generis*) בהקשר של הפקעות ראו שם, בעמ' 129-131.

9 בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 638, תיאר השופט זמיר את ההתפתחות שחלה בפסיקה ביחס לפרשנות סמכות זו של שר האוצר והבהיר כי בתחילה ראה בית המשפט סמכות זו כשיקול דעת בלתי מוגבל, אולם "בית-משפט בימינו לא היה עולה על דעתו להתבטא בדרך מעין-זו". ואכן, במהלך השנים השתנתה ההלכה וצומצם שיקול דעתו של שר האוצר. זכותו של היחיד לקניינו יקרה בעיני בית המשפט. כך, למשל, בבג"ץ 307/82 לוביאניק נ' שר האוצר, פ"ד לז"ד (2) 141 (1983) קבע השופט שמגר כי המחוקק אומנם הפקיד בידי שר האוצר את הסמכות לקבוע שמטרה פלונית היא בגדר צורך ציבורי, וכי פרסום ההודעה לפי סעיף 15(1) לפקודת הקרקעות הוא ראייה מכרעת לכך, אך בית המשפט יבחן את הדברים. חובה על שר האוצר לפרט את המטרה שלשמה הופקעה הקרקע כדי שאפשר יהיה לקיים פיקוח אפקטיבי על דרך הפעלתו של שיקול הדעת. באותה רוח נקבע בבג"ץ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 9.8.1994) (להלן: בג"ץ נוסייבה) כי לא תקום ולא תהיה הפקעה כדין אלא בהתקיים שלושת התנאים הבאים במצטבר: קיומו של צורך ציבורי מסוים ומוגדר; זיקתו של הצורך הציבורי המסוים למקרקעין המסוימים המיועדים להפקעה; קיום צורך בהפקעת המקרקעין כדי לממש את הצורך הציבורי. השופט זמיר סיכם: "במילה אחת: על ההפקעה לעמוד במבחן המידתיות". ראו גם דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, מט(4) 68, 88

ציבורי" כפופה לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון, "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"¹⁰ ואולם, הקביעה כשלעצמה שצורך מסוים הוא אכן "ציבורי" לא עמדה עד כה לביקורת שיפוטית.

7. סעיף 2 לפקודת הקרקעות כולל כאחד מן הצרכים "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב". על פי הגדרה זו, בניית שכונת מגורים תהיה לכאורה צורך ציבורי, שכן היא לעולם תרחיב ותפתח יישוב קיים, קל וחומר אם מדובר בבניית מגורים במקום שטרם יושב במלואו. כמו כן, אפשר לסבור כי "הקמה הרחבה או פיתוח של יישוב" תכלול גם הקמת מרכזים מסחריים, שכן, מטבע הדברים, יישוב זקוק למרכז מסחרי ולמרכזי קניות. מאידך גיסא, אפשר לגרוס כי סעיף 2 לפקודת הקרקעות עוסק בצורך להקים יישוב, להרחיבו או לפתחו, כשהאינטרס הוא פיתוח היישוב ולא פתרון למצוקת דיור של אנשים מסוימים.

8. הצעת חוק התכנון והבניה (תיקון) – שימוש בהפקעות לקידום דיור בר השגה (לצעירים), התשע"ב–2011, ביקשה לתקן את סעיף 188 לחוק התכנון והבניה, שלפיו דיור בר-השגה לצעירים ומעוטי יכולת ייחשב למטרה ציבורית לצורך הפקעת מקרקעין. המחוקק ראה צורך בתיקון לחוק על מנת לאפשר הפקעת מקרקעין לשם בניית מגורים ולא הסתפק בחוק הקיים, המאפשר הרחבה או פיתוח של יישוב, או בסמכותו של שר האוצר לקבוע "מטרה ציבורית" כאמור. הצעת החוק אומנם לא התקבלה, אך בעצם הגשתה יש כדי ללמד כי קיים ספק בשאלה אם לפי החוק הקיים אפשר להפקיע מקרקעין לטובת מגורים. המחוקק התקשה לקבוע באופן גורף ובלתי מסויג כי הפקעת מקרקעין מאזרח אחד לטובת מגורי אדם אחר היא לגיטימית. מחוקק המשנה פרסם את תקנות התכנון והבניה (אישור מטרה ציבורית), התשע"ה–2014, שלפיהן דיור להשכרה במחיר מופחת מהווה "מטרה ציבורית" לפי חוק התכנון והבניה. ואולם, סעיף 3(2)(ב) לתקנות האמורות קבע כי במקרקעין שטרם הוגדרו כמיועדים לצורכי ציבור, יש צורך בקיומו של ייעוד ציבורי נוסף על השכרה בת-השגה כדי לאפשר הפקעה. הסתייגות זו מלמדת כי קיים קושי רעיוני להגדיר מקרקעי ציבור בייעוד למגורים בלבד, וקיים ספק בשאלה אם בניית מגורים נתפסת כצורך ציבורי.

(1995) (להלן: דנג"ן נוסייבה) (מפי השופט דורנר); בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא(3) 85, 107 (1995) (מפי השופט גולדברג); חנוך דגן "דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 673, 684–685 (1997). לגישה דומה במשפט העברי ראו אביעד הכהן "וכי הרבים גזלנים הם?" על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי" שערי משפט א 39, 44–54 (1997). עניין קרסיק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 699.

9. נראה כי קשה ללמוד מן הניסיון שהצטבר עד כה לצורך פתרון השאלה המשפטית המתעוררת. אכן, שימוש בסמכות ההפקעה לצורך בניית מגורים נעשה על ידי המדינה בשנותיה הראשונות. ואולם, הטעם המרכזי שעמד מאחורי הפקעות של עתודות קרקע מסיביות לצורך הקמת שכונות מגורים היה, אף שהדברים לא נאמרו בדרך כלל מפורשות, מדיניות ציבורית שתכליתה להטות את המאזן הלאומי היהודי-ערבי בהיקף הבעלות בקרקעות והחזקתן בפועל בכלל, ובפרט באזורים שהיה בהם רוב ערבי וכן באזורי התפר.¹¹ אם כן, האינטרס היה במידה רבה לאומי וביטחוני. מספר העתירות המועט יחסית שהוגש עקב אותן הפקעות, כמו גם שיקול הדעת המוחלט למעשה שהותירו בתי המשפט לשר האוצר בהגדרת המונח "צורך ציבורי",¹² בלא שביקרו כלל את נחיצותם של אמצעי ההפקעה,¹³ פטרו הן את המדינה והן את בתי המשפט מן הצורך לעסוק בשאלה אם הקמת שכונת מגורים נבדלת מייעודים ציבוריים מובהקים. לאחר מלחמת ששת הימים גם התרחש גל של הפקעות לצורך בניית מגורים באזור ירושלים, שמטרתו העיקרית הייתה חיזוק האחיזה היהודית בירושלים על ידי "קביעת עובדות בשטח".¹⁴ במסגרת גל הפקעות זה נדונה בעניין ספולנסקי הפקעת מקרקעין המצויים בסמוך לארמון הנציב בירושלים.¹⁵ העותרים (בעלי הקרקעות) טענו כי לא היה מקום להפקיע את המקרקעין לשם בניית המגורים, משום שהייתה להם אפשרות להגשים את תכלית ההפקעה בעצמם על ידי בנייה למגורים. בית המשפט העליון קבע כי "הקרקעות שבשטח ארמון הנציב היו שייכות למאות בעלים שונים. ברור שאי-אפשר היה להשיג את המטרה של בנייה ופיתוח השטח הזה,

- 11 ראו למשל יפעת הולצמן-גזית "דיני הפקעת מקרקעין בשנות החמישים בראי האידיאולוגיה הציונית של קליטת עלייה וקניין פרטי" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי 223, 227 – 241 (חנוך דגן עורך, 1999); סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא 665, 684 (1998).
- 12 כך למשל נפסק בבג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261, 1264 (1955): "[...] אין זה מתפקידנו לבחון, אם המטרה, שלשמה נרכשו אדמות, היתה מטרה ציבורית במובן החוק, אם לא היתה מטרה כזאת; הרי לפי סעיף 5(2) לפקודה, עצם פרסום ההודעה משמשת ראיה חותכת, שהמטרה אושרה כמטרה ציבורית, ואין להרהר אחריה"; בג"ץ 180/52 יורשי דור נ' שר האוצר, פ"ד ו(2) 908 (1952).
- 13 ראו דברי השופט ח' כהן בד"נ 29/69 אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 397, 414 (1970): "לא זו בלבד שהמטרה הציבורית שלשמה נעשית ההפקעה צריכה להתגלות כלל לבעל הנכס המופקע, אלא היא אינה מחייבת את הרשות המפקיעה כל עיקר: ברצותה משתמשת בנכס המופקע לאותה המטרה הציבורית, ברצותה משתמשת בו לצרכים אחרים, ברצותה אינה משתמשת בו כלל [...]".
- 14 ראו דוד קרויאנקר ירושלים, המאבק על מבנה העיר וחזותה 58–112 (התשמ"ח); שמואל ברקוביץ מלחמת המקומות הקדושים – המאבק על ירושלים והמקומות הקדושים בישראל, יהודה שומרון וחבל עזה 63–64 (2000).
- 15 בג"ץ 147/74 ספולנסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט(1) 421 (1974).

בייחוד בצורה מאורגנת ומהירה, לו נשארה היוזמה לכך בידי בעלי הקרקעות הפרטיים עצמם. מה גם, שהייתה דרושה, ועודנה דרושה, השקעה עצומה של עשרות מיליונים לירות להכנת התשתית לפיתוח השטחים ולבניינים.¹⁶ בית המשפט נדרש לשיקול תועלת-מעשי,¹⁷ אך לא דן במישור הערכי בדבר ציבוריות המטרה. בית המשפט יצא מנקודת הנחה שהפקעה לצורך בנייה למגורים בנסיבות שנוצרו – מותרת על פניה. כמו כן, בעניין נויסיבה נדונה טענה תועלתנית של המדינה, שלפיה יש להפעיל את סמכות ההפקעה ולמנוע מהבעלים את אפשרות השימוש העצמי, לשם הגדלת "אטרקטיביות המקרקעין".¹⁸ ההפקעה נעשתה כדי לאפשר למדינה לקבל הצעות גבוהות יותר במכרז לפיתוח המתחם וכדי לאפשר ליזם הזוכה להגדיל את רווחיו במכירת הנכסים לרוכשים. ברם, נקודת המוצא הייתה שעצם הפקעה לצורך בנייה למגורים בנסיבות שנוצרו מותרת על פניה. שאלת הצורך הציבורי במקרה של הפקעה לצורך בנייה של מגורים לפרטים אחרים כלל לא עלתה לדיון. השופט דורנר ציינה כי העותרים לא טענו דבר בעניין זה ועל כן ההנחה היא שדרישת

16 שם, בעמ' 423.

17 שיקול זה בא לידי ביטוי בשורה של פסקי דין נוספים. כך למשל, בעניין לוביאניקר, לעיל ה"ש 9, נדונה הפקעת מקרקעין בשטח כולל של 4,400 דונם מצפון לירושלים, שהיו בבעלותם של כ-3,500 בעלים. בית המשפט דחה את בקשת העותרים. שהיו בעליהם של 70 דונם מתוך השטח הכולל, לאפשר להם לבנות בעצמם את המגורים. הנימוק לכך היה שיש צורך ב"תכנון ממלכתי כולל" לכלל האזור. בבג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 22.12.1994) קבע בית המשפט כי "יזומת הבעלים של קרקעות בשטח המופקע להקים את השכונה בכוחותיהם לא עלתה יפה. המצב כיום הוא, שלרשות העותרת עומדים כ-563 דונם בלבד מתוך שטח כולל של 1850 דונם. שטח בגודל כזה בוודאי אין בו די כדי להקים את השכונה, והעותרת עצמה לא טענה אחרת. התוצאה היא, שאין אופציה של בניית השכונה שלא בדרך של הפקעת השטח המופקע ובניית השכונה בדרך המתוכננת על ידי המדינה. רק בדרך זו ניתן יהיה לרכז את כל קרקעות השטח המופקע ביד אחת, אשר לה היכולת והאמצעים להבטיח את תכנון השטח ואת בניית שכונת המגורים על השטח המופקע, על כל קשיי הבנייה עליו, תוך זמן סביר". הטיעון התועלתני של הפקעת מקרקעין המצויים בידי בעלים רבים לצורך תכנון כולל, ושלא לשם צרכים ציבוריים מובהקים, הועלה גם במסגרת עתירות שעסקו בהפקעת מקרקעין לשימושים מסחריים. גם בעתירות אלה הכשיר בית המשפט את הטיעון התועלתני והכיר בו כמטרה ציבורית לגיטימית. ראו למשל ע"א 396/98 מדינת ישראל נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נח (3) 145 (2004). על הפקעת מקרקעין ובעיית הפעולה המשותפת ראו למשל אירית חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא 449, 461–468 (1998); עמיר ליכט ואמנון להבי "הפקעת מקרקעין לייעודים נושאי רווח: הצעה למודל תאגידי" עיוני משפט כט 100, Guido Calabresi & Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules*, (2005) 112–108 and *Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1106–1108 (1972); RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 77–80 (8th ed. 2011).

18 דנג"ץ נויסיבה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 88.

הצורך הציבורי התקיימה. עם זאת, השופט דורנר הוסיפה וציינה כי "הקמתו של מבנה מסחרי בשכונה בנויה אינה נכנסת לגדר 'צורך ציבורי' המצדיק הפקעה", שכן "מילוי צרכים מסוג זה יש להשאיר לכוחות השוק". ואולם, שאלה היא, מה היא הדין כאשר יש כשל שוק? האם יעלה הדבר כדי "צורך ציבורי" המתיר הפקעה? בשאלה זו לא דן ולא הכריע בית המשפט עד הלום. אדרבה, בעניין קרסיק קבע בית המשפט כי לשאלה זו אין תשובה חד-משמעית ונחרצת והכול תלוי-הקשר, וההכרעה בשאלה תהא לעולם תלויה-נסיבות "ונתקשה להקיש ממקרה אחד למשנהו".¹⁹

10. קשה גם ללמוד מן הניסיון שנצבר בארצות הברית ובאנגליה. בארצות הברית התעורר דיון בהקשר זה בפסק הדין של בית המשפט העליון הפדרלי בעניין *Kelo*. התיקון החמישי לחוקה הפדרלית קובע כי המדינה רשאית ליטול קניין פרטי לטובת שימוש ציבורי (Public Use). ברם, החוקה אינה מבהירה מהו "שימוש ציבורי", וגם בחוקות של המדינות השונות החברות בפדרציה, אשר אימצו את התיקון החמישי הפדרלי, אין הגדרה לכך.²⁰ בהיעדר הגדרה ברורה בחוק, הגיעו הדברים להכרעתו של בית המשפט העליון.²¹ בפסק הדין בעניין

19 עניין קרסיק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 679.

20 Randall A. Smith, *Louisiana Eminent Domain: After Kelo and Katrina* 53 LA BAR JNL. 362, 363 (2006). הקביעה לשפיה מדובר בצורך ציבורי נקבעת אד-הוק, על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. ראו למשל *United States ex rel. TVA v. Welch*, 327 U.S. 546, 552 (1946).

21 בתי המשפט בארצות הברית נדרשו לשאלה זו עוד קודם לכן. כך למשל, בית המשפט העליון של מדינת מישיגן קבע בעניין *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*, 410 Mich. 616, 304 NW2d 455 (1981), כי הפקעת מקרקעין לטובת בניית מפעל פרטי (ג'נרל מוטורס), שיפתח את כלכלת האזור ויגדיל את מספר מקומות העבודה, היא לגיטימית ונכנסת תחת ההגדרה של "שימוש ציבורי". גם בית המשפט העליון הפדרלי התייחס לשאלת "ציבוריות השימוש", בפסק הדין *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 US 229 (1984). בעניין זה נדרש בית המשפט הפדרלי לשאלה אם חוק שחוקקה מדינת הוואי, שלפיו שטח גדול של מקרקעין שנמצאו בשליטת אוליגופול (קבוצה קטנה של בעלי קרקעות) והושכר על ידיהם לציבור גדול של תושבים יופקע מהם לטובת מכירתו לחוכרים או שוכרים של המקרקעין. בית המשפט הפדרלי קבע כי שבירת האוליגופול היא פעולת רגולציה לגיטימית של המדינה והיא נכללת תחת ההגדרה של "שימוש ציבורי". נראה כי גם את פסיקת בית המשפט הפדרלי בעניין זה יש לראות בהקשר הספציפי של אותן נסיבות (שפורטו בפסק הדין עצמו). באותו עניין דובר על קרקעות שמלכתחילה הוקצו באופן לא הוגן. איי הוואי יושבו במקור על ידי מהגרים פולינזים ממערב האוקיינוס השקט, אשר פיתחו כלכלה סביב מערכת קרקעות פיאודלית, שבה מפקד עליון של האי שלט באדמה והקצה אותה למפקדים בכירים בשלטון. הם היו מנהלים את האדמות ומפקחים על החקלאים ועל הדיירים האחרים העובדים בה. נראה כי בית המשפט הפדרלי של "ארץ האפשרויות הבלתי מוגבלות" לא יכול היה להשלים עם מצב שבו תונצח מערכת פיאודלית לא צודקת, ולכן גם לא התערב בחוק

Kelo דן בית המשפט בשאלה אם הפקעת מקרקעין לטובת יזמים פרטיים ולצורך בניית אזור תעשייה מסחרי ופיתוח כלכלי של העיר היא חוקתית, או שמא מהווה הפרה של התיקון החמישי לחוקה האמריקאית. המחלוקת נסבה על השאלה אם פיתוח כלכלי מהווה שימוש ציבורי. דעת הרוב סברה כי ההגדרה של "שימוש ציבורי" אינה מסתכמת ב"שימוש על ידי הציבור"²², היא רחבה הרבה יותר ועשויה להתקיים גם במקרים שבהם השימוש במקרקעין לאחר הפקעתם יהיה שימוש מסחרי שיעשה על ידי גורמים פרטיים.²³ כך למשל, אם הרשות מצאה כי פרויקט כלכלי ייצור מקומות עבודה חדשים, יגדיל את הכנסות העיר ואף יחיה אזור עירוני מדוכא, הרי שיש בפרויקט המסחרי משום "שימוש ציבורי".

דעת המיעוט הייתה שאין להרחיב את המונח "שימוש ציבורי" באופן כזה, שכן יש בכך משום ביטול של "כל הבחנה בין שימוש פרטי לציבורי ברכוש – ובכך למעשה מוחקת את המילים 'לשימוש ציבורי' מתוך התיקון החמישי"²⁴, שהרי אפשר להצדיק כל שימוש כלכלי-פרטי בכך שיביא תועלת עקיפה ליתר הציבור.²⁵ גם בקרב המלומדים האמריקאים הושמעה ביקורת על ההלכה שנקבעה בדעת הרוב; נטען כי הפרשנות הרחבה שנתן בית המשפט העליון הפדרלי להגדרה של "מטרה ציבורית" עשויה לכלול כמעט כל שימוש בקרקע המופקעת, ובכך תחטא להגנה על הקניין, הקבועה בתיקון החמישי.²⁶

המפקיע אדמות אלה מאותם בעלי קרקעות. גישה דומה לכך מצינו בדברי השופט חשין בדנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פס' 13 (פורסם בנבו, 12.5.2004) (להלן: דנ"א הורוויץ): "בימים שמכבר היו בעלי הקרקעות – הפיאודלים – בעלי ההון והשליטים ואילו לבני הקהילה לא היה קניין – או קניין משמעותי – משל עצמם. ימינו אלה אינם כאותם ימים. בעלי בתים של ימינו אינם עוד 'בעלי-בתים' של ימים עברו. בעלי מקרקעין בימינו – והמשיבה בכללם – אינם בהכרח מבוססים מבחינה כלכלית ופיננסית יותר מאשר אחרים בקהילתם. ויש מביניהם שהקרקע הנפגעת היא רכושם היחיד. אכן, הפיאודלים של היום פיאודלים של הון הם. אין הם עוד הפיאודלים של ימים עברו. ראוי לנו אפוא כי נהיה זהירים יותר כלפי מי שתוכניות תכנון פוגעות ברכושם, שאפשר רכושם היחיד הוא. תוכניות התיכנון הפוגעות אמורות להגנות את הרבים, ואין זה ראוי, למיצער במקום של פגיעה משמעותית בקניין, כי בנוק לא תישא הקהילה כולה. כך גם יקויים צדק השוויון שהוא כה חיוני לקיומה של קהילה בריאה".

22 בדומה לפסיקה בעניין *Hawaii Housing Authority*, לעיל ה"ש 21.

23 עניין *Kelo*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2661–2665 (התרגום שלי – א"מ).

24 שם, בעמ' 2671–2677.

25 השופטת אור'קונור אף הדגישה את החשש מפני ההשלכות החמורות העולולות להיות לפרשנות שלפיה אפשר ליטול מן הפרט ולתת לפרט אחר, שכן הרחבת ההגדרה היא מדרון חלקלק שיוביל ל"אפקט רובין הוד' הפוך", שבו גורמים עתירי ממון ותאגידים חזקים המקושרים פוליטית ידחפו את הפוליטיקאים לנטילת קרקעות מן ההמון והעברתן לידי בעלי ההון.

26 Cf. Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *The Uselessness of Public Use*, 106 COLUM. L. REV. 1412, 1413 (2006).

נראה כי אם נעשה אנלוגיה מדעת הרוב בעניין *Kelo* לעניין דנא, הרי שגם הפקעה של מקרקעין לטובת פרויקט מגורים לאומי תוגדר "שימוש ציבורי", שכן אם עידוד ופיתוח של משרות עבודה לתושבים נחשבים "צורך ציבורי", הרי שאספקת מקום מגורים היא בוודאי ובוודאי צורך ציבורי. ההצדקה זהה – הטבת מצבם הכלכלי-סוציאלי של התושבים. מאידך גיסא, גם שיקולי הנגד דומים. מסחר, כמו מגורים, אינו נתפס באופן אינטואיטיבי כצורך ציבורי הכרחי, והוא מסוג הדברים שיש להותירם לכוחות השוק.²⁷ נוסף על כך, גם הקמת מרכז מסחרי היא הפקעה מידי הפרט לטובת פרט אחר שיהא בעל המרכז המסחרי, זאת לעומת הפקעות לצרכים ציבוריים קלסיים, שהם הפקעה מהפרט לידי המדינה.²⁸ ואכן, יש הסוברים כי ההגדרה הרחבה של ה"צורך הציבורי" שנקבעה בעניין *Kelo* תביא להגברת השימוש של המדינה במכשיר ההפקעה גם לצורך בניית מגורים.²⁹ זאת ועוד, פסיקת בית המשפט בעניין *Kelo* עוררה סערה ציבורית, ותגובות-הנגד לה היו רבות. פסיקה זו נתפסה בציבור האמריקאי כחותרת תחת אושיות היסוד של החברה האמריקאית בדבר החירות וההגנה על הקניין הפרטי.³⁰ שנה לאחר הפסיקה בעניין *Kelo* הוציא הנשיא ג'ורג' ו' בוש צו נשיאותי שלפיו הפקעת מקרקעין שנועדה אך ורק לצורך רווחים כלכליים ושלא לטובת הציבור הרחב – תיאסר.³¹ הצו אומנם נוסח באופן שאינו סותר את הפסיקה בעניין *Kelo*, שכן פסיקת בית המשפט העליון יצאה מנקודת הנחה שיש בפרויקט משום תועלת לציבור

- 27 דברי השופט דורנר בדנג"ץ נוסייבה, לעיל ה"ש 9.
- 28 ראו למשל דברי הנשיא אהרון ברק בע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 938 913 (2002) (להלן: ע"א הורוויץ); "חיי החברה מותנים ביכולת הציבור לעשות שימוש במקרקעין, כגון לבנות כבישים, לסלול מסילות, להסדיר אמצעי תקשורת, להבטיח בנייתם של מוסדות ציבור, לשמר עתיקות ונכסים תרבותיים, לשמר שטחים פתוחים ולקיים שמירה על ביטחון הציבור ושלומו". ראו גם ליכט ולהבי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 124–130, המקטלגים את השימושים המסחריים ואת בניית המגורים באותה קטגוריה של "כינון טובין פרטיים".
- 29 Smith, לעיל ה"ש 20, בעמ' 366. הדברים נכתבו לאחר שמדינת לואיזיאנה סבלה נזקים קשים מסופות ההוריקן "ריטה" ו"קתרין", והיה צורך ברור בשיקום המדינה, לרבות בניית מגורים חדשים ומרכזי תעסוקה ומסחר לתושבי האזור.
- 30 Richard Posner, *Foreward: A Political Court*, 119 HARV. L. REV. 32, 98 (2005); Nicole Stelle Garnett, *The Neglected Political Economy of Eminent Domain*, 105 MICH. L. REV. 101, 136 (2006); Marcilynn A. Burke, *Much Ado About Nothing: Kelo v. City of New London, Babbitt v. Sweet Home, And Other Tales From the Supreme Court*, 75 U. CIN. EDITORIAL, *The Limits of משל* L. REV. 663, 683 (2006). לתגובות בעד ההחלטה ראו למשל *Property Rights*, THE NEW YORK TIMES (June 24, 2005); Editorail, *Eminent Latitude*, THE WASHINGTON POST (June 24, 2005).
- 31 Executive Order: Protecting the Property Rights of the American People (June 23, 2006).

הרחב ולא רק רווח ליזמים הפרטיים, אולם רוח הדברים הייתה שהצו מוצא לשם שמירה על הקניין הפרטי, המשקף את ערכי החירות של החוקה האמריקאית. הקונגרס האמריקאי הגיב אף הוא לפסיקת בית המשפט בעניין *Kelo* והוגשו במסגרתו כמה הצעות חוק לאסור הפקעה למטרות כלכליות.³² בית הנבחרים אף קיבל החלטה (מס' H.R.4128), שלפיה הממשל הפדרלי יימנע מביצוע השקעות כלכליות במדינות שבהן תותר הפקעה לטובת פיתוח מסחרי. במילים אחרות, גם בית הנבחרים ראה בהפקעה לצורך מסחרי הפרה של התיקון החמישי לחוקה האמריקאית, המגן על הקניין הפרטי. המצב הנורמטיבי השורר בארצות הברית שלאחר הפסיקה בעניין *Kelo* הוא מגוון ומפולג בין המדינות. אומנם ההלכה הפסוקה בבית המשפט העליון הפדרלי היא שהפקעת מקרקעין לשם העברתם ליזמים פרטיים עשויה להיכלל בהגדרה של "שימוש ציבורי", אך המגמה המרכזית בציבוריות האמריקאית, כמו גם בחקיקה, אינה מקבלת הפקעת קניינם של אזרחים לצורך שימושים מסחריים על ידי גופים פרטיים. עוד קודם לפסיקת בית המשפט בעניין *Kelo* חוקקו כמה מדינות מהפדרציה חוקים המגבילים הפקעת מקרקעין לטובת שימושים מסחריים.³³ בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בעניין *Kelo* נקטו מרבית המדינות שינויים חקיקתיים וביקשו לאסור או למצער להגביל ולהתנות את האפשרות להפקיע מקרקעין לצורך שימושים מסחריים ורווחה כלכלית. רובן הגדול של מדינות הפדרציה תיקנו את החקיקה – 22 מתוכן העבירו חוקים שאסרו באופן חד ומפורש את ההפקעה שהותרה בעניין *Kelo*, ואילו היתר העבירו חוקים שהתנו והגבילו הפקעה כאמור.³⁴ קשה ללמוד מן ההלכה שנקבעה בארצות הברית, שהרי דעת המיעוט מעלה טיעונים כבדי משקל לא פחות מדעת הרוב והיא גם זו השוררת מבחינה נורמטיבית במדינות רבות בארצות הברית. קשה אפוא להסיק מסקנות בדבר מדיניות רצויה מעיון במטריה הנורמטיבית בארצות הברית, שכן יש בה אמביוולנטיות קשה.

11. קשה ללמוד מניסיונם של אחרים כאשר גם שם שוררת מבוכה רבה. נוסף על כך, נראה כי בעוד ברוב המדינות בארצות הברית נקבעו חוקים שאינם מאפשרים הפקעה לטובת גורמים פרטיים, הרי שבבריטניה נקבעו חוקים המאפשרים זאת. כך למשל קובע סעיף 226 לחוק התכנון העירוני כי רשות יכולה להפקיע מקרקעין שנחוצים לה לצורך ביצוע תכנון ראוי (Proper Planning) – לצורך שיפור הרווחה הכלכלית (Economic well-being) ולשיפור

32 ראו למשל Protection of Homes, Small Businesses and Private Property Act of 2005 (S.B. 131). הצעות אלה לא התקבלו בסופו של יום.

33 Edward J. Lopez, R. Todd Jewell & Noel D. Campbell, , *Pass a Law, Any Law, Fast!* State Legislative Responses to the *Kelo* Backlash, 5 REVIEW OF LAW & ECONOMICS 101 (2009).

34 לסקירת ההתפתחות החקיקתית בעקבות פסק דין *Kelo* ראו שם.

הרווחה החברתית (Social well-being) של האזור.³⁵ לכאורה מדובר בהגדרה רחבה מאוד, שיש בה כדי לאפשר לרשויות להפקיע מקרקעין כמעט לכל סיבה ומטרה, שהרי כמעט כל שימוש עשוי להיות בגדר שיפור רווחה כלכלית וחברתית של האזור. כך גם קובע סעיף 188 לחוק התכנון העירוני של סקוטלנד כי הרשות יכולה לבצע רכישה כפויה של מקרקעין, כל עוד יש בהם צורך לשיפור ופיתוח האזור.³⁶ אומנם בית הלורדים קבע כי את הסמכות הקבועה בחוק זה יש לפרש באופן מצומצם ובייחוד כאשר עסקינן ברכישה כפויה מאדם פרטי לטובת העברת המקרקעין לגורמים פרטיים אחרים,³⁷ אך מצומצמת ככל שתהיה, מדובר בהגדרה רחבה מאוד ביחס לארצות הברית ולישראל, והיא עשויה לכלול בתוכה מטרות רבות. ואכן, בית הלורדים קבע במפורש כי במסגרת הגדרה זו נכללת פעולת רשות של הפקעת קרקע מבעלים פרטיים אחד על מנת להעביר לבעלים פרטיים אחר שעשוי, לדעתה, לפתח את האזור בצורה טובה יותר.³⁸ הגדרה זו אינה מונעת אפוא הפקעת מקרקעין לטובת שימושים פרטיים, כל עוד יש בהם כדי לשפר את הרווחה הכלכלית או החברתית של המקום. בהתאם לכך, נראה כי גם הפקעת מקרקעין לצורכי מגורים בעת מצוקת דיור תהיה צורך ציבורי לגיטימי, שכן יש בה כדי לשפר את הרווחה הכלכלית של ציבורים מסוימים. הניסיון באנגליה הוא אפוא תמרור הנחיה הפוך לניסיון האמריקאי. נוסף על כך, נראה כי אין מקום לעשות אנלוגיה מן הדין באנגליה, שכן המונח הישראלי "צורך ציבורי" והמונח האמריקאי "Public use" מצריכים פרשנות והכרעה בדבר ציבוריות השימוש, ואילו באנגליה הנושא הוסדר בחקיקה הנוקטת שפה רחבה, המכילה גם צורך זה.

12. כדי להכריע בשאלה אם ראוי להכיר בישראל בצורכי דיור כעילה להפקעה, כאשר המקרקעין המופקעים מועברים מגורם פרטי אחד לגורם אחר שאף הוא פרטי (או אוסף של פרטים), נראה כי יש לדון בתכליתם של חוקי ההפקעות, תוך בחינת הערכים העומדים ביסוד דיני הקניין בכלל ודיני ההפקעות בפרט. נוסף על כך, נראה כי יש להביא בחשבון את עקרון המידתיות, שכן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קבע בסעיף 3 את זכות הקניין כזכות יסוד המעוגנת בחוק, ועל כן פגיעה בזכות זו חייבת לעמוד בתנאי "פסקת ההגבלה"

35. Town and Country Planning Act 1990.

36. Town and Country Planning (Scotland) Act 1997.

37. Sainsbury's Supermarkets Ltd, R v. Wolverhampton City Council & Anor, [2010] UKSC 20.

38. Standard Commercial Property Securities Ltd v. Glasgow City Council (No 2), [2006]

33 UKHL 50, 2007 SC (HL) 33. BARRY DENYER-GREEN, COMPULSORY PURCHASE AND COMPENSATION 43 (10th ed. 2014).

הקבועים בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³⁹ הסוגיה מעוררת אפוא את שני ההיבטים הבאים:

א. פרשנות המונח "צורך ציבורי" – האם נכלל בהגדרה זו גם שימוש במקרקעין שאינו נעשה על ידי הציבור כולו אלא על ידי פרטים? לכאורה, במקרים אלו השימוש אינו ציבורי כלל, אלא רק האינטרס לביצוע ההפקעה הוא ציבורי.

ב. מידתיות – בשים לב לכך שהפקעה היא פגיעה בזכות הקניין של הפרט המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁴⁰ האם נטילה של מקרקעין מפרט אחד והעברתם לפרט אחר עומדת במבחן המידתיות?

ג. פרשנות המונח "צורך ציבורי"

13. סעיף 2 לפקודת הקרקעות קובע כי ניתן להפקיע מקרקעין לטובת "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב" וכן לטובת "צורך ציבורי" אחר שייקבע על ידי שר האוצר. עלינו להידרש אפוא לשתי השאלות הבאות:

א. האם הפקעה שמניעה ציבוריים ובבסיסה צרכים לאומיים, אך הנהנה הישיר ממנה אינו הציבור הרחב אלא אנשים פרטיים, נכללת בכלל "צורך ציבורי"?

ב. בנייה המיועדת לאנשים פרטיים נעשית, מטבע הדברים, במקום יישוב, ומביאה לפיתוחו ולהרחבתו. האם יש בכך כדי להכשיר את ההפקעה גם במקרה של ייעוד הקרקע לאנשים פרטיים?

במסגרת הדיון בשאלות אלה באים לידי ביטוי הן מדיניות משפטית ראויה והן עקרונות של פרשנות. תהליך פרשנותו של חוק מתחיל באופן טבעי בלשון החוק, אולם אינו מתמצה בכך ויש לבחון גם את תכליתו של החוק.⁴¹ על תכלית החקיקה אפשר ללמוד ממקורות מגוונים – בראש ובראשונה מנוסחו של החוק, אך גם ממבנהו, מן ההיסטוריה החקיקתית שקדמה

39 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 54 (1997).

40 על פרשנות מחודשת לסעיפי חוק שנחקקו קודם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לאור חשיבותה של זכות הקניין ראו למשל דנג"ץ נוסייבה, לעיל ה"ש 9, פס' 4 לחוות דעתה של השופטת דורנר והאסמכתאות המובאות שם.

41 ע"א 3067/11 קיבוץ אילות נ' מנהל מע"מ אילת, פס' 12 לחוות דעתו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 20.11.2012) והאסמכתאות המובאות שם. לביקורת על מגמת בתי המשפט האחרונה לבכר את הפרשנות המילולית ביחס לדיני המס ראו רפעתא עזאם "פרשנות דיני המיסים: מס-אמת וזכויות האדם בפסיקת בית-המשפט העליון" משפט ועסקים יח 401 (2014).

לו ומערכי היסוד של השיטה שבתחומם הוא התגבש.⁴² נוסף על כך, עסקינן בפרשנות של נורמה שיש בה כדי ליטול את ממונו של הפרט. בהקשר זה דומה היא ההפקעה לגביית מס,⁴³ וממילא דרך הפרשנות הנוהגת בדיני המס נכונה לכאורה גם בהקשר דנא.⁴⁴ שיטת הפרשנות ביחס לדיני המס עברה תנועת מטוטלת. בעבר שררה הלכה שלפיה דיני המס יפורשו באופן לשוני ודוקני, שכן יש בהם כדי לפגוע בזכויות הקניין של הפרט.⁴⁵ הלכה זו שונתה בפסיקת בית המשפט העליון בעניין קיבוץ חצור, ונקבע כי יש לפרש את דיני המס כפי שמפרשים כל חוק, דהיינו בהתאם למטרת החקיקה – פרשנות תכליתית.⁴⁶ המטוטלת

- 42 ע"א 9333/02 מנהל מס ערך מוסף טבריה נ' אבו סאלח, פ"ד סד (1) 17, 19 (2010); רע"א 10643/02 חבס ח.צ. פיתוח (1993) בע"מ נ' עיריית הרצליה (פורסם בנבו, 14.5.2006); ע"א 364/80 (בר"ע 41/80) מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, חיפה נ' פרוסקאואר, פ"ד לד (3) 579, 581 (1980); אהרן ברק "פרשנות דיני המסים" משפטים כח 425 (1998).
- 43 על הפקעת מקרקעין כמעין-מס המוטל על היחיד ראו שאול ויסמן "זכות הקניין כזכות חוקתית מוגנת, היקף ההגנה על פי פרשנות בית המשפט העליון – בשולי הפסיקה 'פרשת הורוויץ'" (הוגש כנייר עמדה וחוות דעת לכנסת ישראל, ועדת חוקה חוק ומשפט – ועדת המשנה ל"חוקה בהסכמה", 25.5.2005). על הזכות לשוויון כזכות חוקתית ראו למשל בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כז (1) 698, 693 (1969); בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב (2) 806, 800 (1978); בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד נו (5) 393, 415 (2002); בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו (3) 31, 39 (2003); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202 (2006); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (1999); פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241 (1994); אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר: מאמרים 287 (חלק א, 2003); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 271 (כרך א, מהדורה חמישית, 1996).
- 44 כאשר בפנינו מטריית משפטיות שיש בהן רציונלים זהים, מן הראוי כי תשרור הרמוניה נורמטיבית, כך שכלל חלקי המשפט ישתלבו זה בזה מבלי שתיווצרנה סתירות ביניהם. ראו לעניין זה בג"ץ 8615/14 פדלשטיין נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 24 (פורסם בנבו, 5.1.2017); בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית, פס' 78 לחוות דעת השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 19.7.2017); בג"ץ 4790/14 יהדות התורה – אגודת ישראל – דגל התורה נ' השר לשירותי דת, פס' 33 (פורסם בנבו, 19.10.2014); ע"פ 2144/08 מונדרוביץ נ' מדינת ישראל, פס' 41 (פורסם בנבו, 14.1.2010); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617, 627 (1989); בג"ץ 6728/06 עמותת "אומ"ץ" נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 6–7 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (פורסם בנבו, 30.11.2006); ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 98 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.5.2012). ככלל, מלאכתו של הפרשן בהקשר זה הושוותה לכתיבתו של "רומן שרשרת" ("chain novel"), כהגדרת מלאכת השיפוט בדימויו המפורסם של דבורקין. ראו לעניין זה אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה 589 (1993).
- 45 עזאם, לעיל ה"ש 41, בעמ' 403–404.
- 46 ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט (2) 70 (1985).

נעה שוב, ולאחרונה נקבע כי יש לתת משקל בכורה לפרשנות התואמת יותר את לשון החוק.⁴⁷

14. השלב הראשון בתהליך הפרשני הוא בחינתו של רכיב הלשון. על הפרשן לחלץ מלשון החוק את שלל המשמעויות המצויות במתחם האפשרויות הלשוניות ולהסיר מדרכו את אלו שמילות החוק אינן יכולות "לשאת" מן הבחינה הלשונית. אם לאחר זאת נותרת יותר מאפשרות לשונית אחת, על הפרשן לבחור בזו המגשימה באופן המיטבי את תכלית החקיקה.⁴⁸

הפרשנות התכליתית מורכבת מתכלית סובייקטיבית – המטרה שהמחוקק ביקש להגשים באמצעות החוק,⁴⁹ ומתכלית אובייקטיבית – המטרות, הערכים והעקרונות שאותם נועד להגשים דבר חקיקה בחברה דמוקרטית ומודרנית.⁵⁰ בתהליך הפרשנות התכליתית ההנחה היא שכל דבר חקיקה באשר הוא נועד להגשים את עקרונות היסוד של השיטה ולקדם זכויות אדם, שכן זוהי ה"מטרייה הנורמטיבית" הפרוסה מעל דברי החקיקה כולם.⁵¹ בעת התהליך הפרשני יש אפוא להביא בחשבון, כהנחה וכחזקה פרשנית, כי תכלית החקיקה לא נועדה לפגוע בזכויות יסוד אלא לקדם. חזקה זו חלה ביתר שאת מקום שבו עסקינן בחוקים שמטרתם ליטול את רכושו של הפרט לטובת מטרות ציבוריות. כך למשל, בכל הנוגע לחוקי

- 47 לביקורת על מגמת בתי המשפט לאחרונה לבכר את הפרשנות המילולית ביחס לדיני המס ראו עזאם, לעיל ה"ש 41.
- 48 ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי, פס' 26, 41, 45 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (פורסם בנבו, 28.5.2008); רע"א 6845/06 בנק הפועלים בע"מ נ' טוריאל, פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 20.1.2009); ע"א 8570/06 פקיד שומה תל אביב 5 נ' בודה, פס' כ"ט-ל, ל"ד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.3.2009); ע"א 8863/07 ב.מ. כפריס דדו בע"מ נ' מנהל מע"מ חיפה, פס' 17–19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 28.3.2010); ע"א 2755/08 פלח נ' מס הכנסה – פקיד שומה תל אביב 3, פס' 5 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 10.8.2010); ע"א 8958/07 פקיד שומה תל אביב-יפו 5 נ' שבטון, פס' 20 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 18.8.2011); בר"ם 6372/15 זרביב נ' מדינת ישראל, פס' 30 (16.1.2017); עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 34 לחוות דעתו של השופט פוגלמן; ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' מסרי, פס' 48 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 24.5.2018).
- 49 ראו למשל ע"ע 7749/09 אורט ישראל נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פס' 22 (פורסם בנבו, 30.11.2011); בג"ץ 273/10 אלמיוזק נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פס' 14 (פורסם בנבו, 2.9.2011); רע"א 8233/08 כובשי נ' שוורץ, פס' 27 (פורסם בנבו 10.10.2010).
- 50 ראו למשל בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 6 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 8.10.2017).
- 51 עניין אבו סאלח, לעיל ה"ש 42, פס' 12 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

המיסים, ההנחה היא שיש להימנע מפגיעה בזכויות האדם, ובמיוחד בזכות הקניין הנתונה לאדם, אלא במידה הכרחית הנחוצה להגשמת התכלית של גביית מס אמת.⁵² האינטרס הציבורי המגולם בחוק מתפרש אפוא על רקע הכרת השיטה בזכויות היסוד של האדם, ונדרש איזון פרשני הנותן ביטוי לאינטרס הציבורי, תוך התחשבות בזכויות הפרט.⁵³

15. לעיתים ניצבות בפני הפרשן תכליות מספר העומדות ברקע החוק. כאשר הן אינן מתיישבות זו עם זו, יש להכריע ולפשר ביניהן, על דרך האיזון, אגב מתן משקל יחסי ראוי לכל אחת מהן. איזון זה נעשה על רקע ערכיה הכלליים של השיטה כולה.⁵⁴ ואולם, בכל הנוגע לחוקים שמטרתם נטילת קניינו של הפרט, הכלל הוא שאם לאחר מיצויו של תהליך הפרשנות נשארה ההוראה סתומה, יש ליתן את אותו פירוש שאין בו חיוב האזרח להיפרד מהחופש האישי שלו, או מרכושו ונכסיו, שכן כך תושג מזיגה ראויה בין הצורך לקיים את צורכי המדינה לבין הצורך לשמור על זכויות הפרט.⁵⁵

16. חוקי ההפקעות, בדומה לחוקי המס, עוסקים בנטילה שלטונית מן הפרט לטובת צורכי הכלל.⁵⁶ על כן, גם בחוקי ההפקעות אנו מניחים, כחזקה וככלל פרשני, כי תכליתם היא לקדם זכויות אדם ושלא לפגוע בהם במידה העולה על הנדרש.⁵⁷ לחוקי היסוד משמעות חשובה בפרשנות החקיקה. כפי שנפסק לא אחת, הגם שחוק היסוד אינו גורע מתוקפו של דין שקדם לו, יש בכוחו של חוק היסוד כדי לשנות את מובנו של החוק הישן.⁵⁸ יתרה מכך, בעניין הולצמן קבע הנשיא ברק כי "על הפרשן לעשות כל מאמץ פרשני, בגדריהם של כללי

52 ביחס לחוקי המס ראו למשל שם, פס' 13 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה; ברק "פרשנות דיני המסים", לעיל ה"ש 42, בעמ' 427; יוסף מ' אדרעי "אירועי מס: עלייתם (ואיבונם?) של דיני מסים בישראל" 27 (2007).

53 סעיף 3 לחוק היסוד מורה כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". חוק היסוד ביצר את מעמדה של זכות הקניין ונוסף על כך הינו מקור פרשני עבור דברי חקיקה שקדמו לו. ראו לעניין זה עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 63 לחוות דעתו של השופט פוגלמן והאסמכתאות שם, וכן בג"ץ 3100/05 שטוקלמן נ' מינהל מקרקעי ישראל פס' 14 (פורסם בנבו, 17.8.2009).

54 ברק "פרשנות דיני המסים", לעיל ה"ש 42, בעמ' 433.

55 ראו למשל עניין קיבוץ חצור, לעיל ה"ש 46, בעמ' 77-78; ע"א 702/84 גד נ' מנהל מס שבח, פ"ד מ(4) 812, 802 (1987).

56 הפקעה היא נטילה שלטונית של קרקע מידי אדם בניגוד לרצונו למען מטרה ציבורית. ראו למשל ע"א 3159/09 חברת רכבת ישראל בע"מ נ' בית עדה, פס' מג (פורסם בנבו, 28.4.2013); עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 61; דנ"א הורוויץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 335.

57 ראו למשל ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 649, 629 (2001); עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 38 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.

58 ראו למשל דנג"ץ נוסייבה, לעיל ה"ש 9, פס' 4 לחוות דעתה של השופטת דורנר והאסמכתאות המובאות שם.

הפרשנות, להגיע לתוצאה המתיישבת עם חוק היסוד.⁵⁹ בעניין גנימאת נקבע כי השפעת חוקי היסוד על חוקים ישנים היא בשני היבטים חשובים:⁶⁰ ראשית, בקביעת התכלית החוקית המונחת ביסוד דבר חקיקה (ישן) יש ליתן משקל חדש ומוגבר לזכויות היסוד הקבועות בחוק היסוד. חוקי היסוד העלו את מעמדן של זכויות האדם מזכויות יסוד לזכויות חוקיות על-חוקיות והגבילו את אפשרות הפגיעה בהן, ולפיכך השתנתה נקודת האיזון בין זכויות הפרט לאינטרס הציבור. שינוי נקודת האיזון עשוי להוביל לשינוי התכלית האובייקטיבית וכן לשנות את היקף פריסתו.⁶¹ בהתאם לכך נפסק כי יש ליתן לדיני ההפקעה המנדטוריים מובן אשר יתיישב עם הוראות חוק היסוד.⁶² שנית, בהפעלת שיקול דעת שלטוני, המעוגן בדין הישן, יש לתת משקל חדש ומוגבר לאופי החוקי של זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד. כך למשל, בהפעלת סמכות שמעוגנת בדין ישן שיש בה כדי לפגוע בזכות יסוד, על הרשות להביא במניין שיקוליה הענייניים את הפגיעה האפשרית בזכות ובעוצמתה ולתת לה משקל ראוי.⁶³ כמו כן, על הרשות המנהלית להפעיל סמכויות פוגעניות שיוסודן בדינים שקדמו לחוק היסוד בהתאם לאמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה.⁶⁴

17. בבסיס דיני ההפקעות ניצבים שני אינטרסים מתנגשים: מן הצד האחד ניצבת זכות הקניין של בעל המקרקעין, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומן הצד האחר ניצב האינטרס הציבורי.⁶⁵ זכות היסוד של הפרט לקניין אינה זוכה להגנה מוחלטת, ויש לאזנה אל מול צרכים ציבוריים שונים, המתבטאים לעיתים בצורך בהפקעת מקרקעין.⁶⁶ ההנחה

- 59 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 649 (1995) (להלן: דנ"פ גנימאת).
 60 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 410–412 (1995).
 61 דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 59, בעמ' 652–654.
 62 עניין הולצמן, לעיל ה"ש 57, בעמ' 649; דנ"א 1595/06 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה, פס' 1 לחוות דעת השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 21.3.2013); עניין מסרי, לעיל ה"ש 48, פס' 49 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.
 63 ראו למשל יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 170 (מהדורה שנייה מורחבת 2009).
 64 בג"ץ 951/06 שטיין נ' המפקח הכללי משטרת ישראל, פס' 16 (פורסם בנבו, 30.4.2006); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 138 (1995); בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 887–890 (2005); בג"ץ 10203/03 "המפקד האומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 28–60 (פורסם בנבו, 20.8.2008).
 65 בית המשפט נדרש לאזן בין שני אינטרסים אלה. ראו למשל עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 60 לחוות דעת השופט פוגלמן; דנ"א הורוויץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 303–304, 312; עניין קרסיק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 699, 712, 719.
 66 דנ"א הורוויץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 299; אהרן נמדר הפקעת מקרקעין: עקרונות, הליכים ופיצויים 28–29, 32–33 (2005).

היא שזכות הקניין של הפרט מקימה עימה גם חובות, כלפי הציבור והחברה, כך שבעל הזכות נושא באחריות גם כלפי צרכים קולקטיביים.⁶⁷ במקרים אלו יש לערוך "איזון פנימי" בין ההיבטים של זכויות הפרט בקניין לבין החובות שזכות זו נושאת בחובה. ואולם, דומה שהשאלה המתעוררת במקרה דנא חורגת מאיזון פנימי זה, שהרי לכאורה אין לומר כי זכויות הקניין כוללות גם חובות כלפי פרט אחר באותה חברה. בהקשר זה תתעורר שאלה פרשנית שבה יש לערוך איזון "חיצוני" בין זכויות הקניין מחד גיסא לבין אינטרסים לאומיים שונים מאידך גיסא.

18. על רקע דברים אלה נפנה לבחינת פרשנותה של פקודת הקרקעות. הפרשנות שאלה נידרש נוגעת לשתי הגדרות: האחת, ההגדרה בדבר "הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב", הקבועה בסעיף 2 לפקודת הקרקעות; האחרת, הגדרת סמכותו של האוצר להוסיף ולקבוע מטרות ציבוריות, הקבועה הן בסעיף 2 לפקודת הקרקעות והן בסעיף 188 לחוק התכנון והבניה. נפתח ברכיב הלשון.

1. לשון החוק

הקמה, הרחבה או פיתוח של יישוב.

19. בכל הנוגע להיבט הלשוני, נראה כי משמעותה המילולית של הסמכות "להקים, להרחיב או לפתח יישוב" שונה ביחס לכל אחד מחלקי ההגדרה. כך, הסמכות להקים יישוב אינה דומה לסמכות להרחיב יישוב או לפתחו. בעוד הקמה של יישוב מחייבת, על פי משמעותה הלשונית הפשוטה, הפקעה של מקרקעין לטובת בניית מגורים, שכן לכאורה אין יישוב בלא ציבור תושבים שמתגורר בו, הרי שהרחבה או פיתוח של יישוב יכולים להתבצע על ידי שימוש במקרקעין לטובת פיתוח מתקני ציבור, דרכים וכיוצא באלה שימושים ציבוריים. ואולם, סעיף 2 לפקודת הקרקעות עוסק בצורך לפתח יישוב, כשהאינטרס העומד לנגד עיני הרשות בעת ההפקעה הוא צורכי היישוב, ואילו פתרון מצוקת דיור לאומית אינו אינטרס ספציפי של היישוב. נוסף על כך, אי-אפשר לומר ככלל כי בנייה של שכונת מגורים מפתחת יישוב, ולו רק מכיוון שההגדרה של יישוב כוללת אף יישובים שאין בהם שכונות מגורים. כך למשל, במדינת ישראל קיימים גם "יישובים מוסדיים".⁶⁸ מדובר ביישובים

67 בג"ץ 3421/05 מח'ול נ' שר האוצר – משרד האוצר, פס' 14 לחוות דעתה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 18.6.2009); עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 64 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.

68 כגון אשל הנשיא, אלוני יצחק, גבעת וושינגטון, כפר גלים, כפר הנוער בן-שמן ועוד רבים אחרים.

קטנים, המאכלסים אך ורק מוסד מסוים, כגון בית ספר, בית חולים או מחנה צבאי. ביישובים אלה לא מתגוררים תושבים דרך קבע, וממילא אין הכרח שהגדרת המונח "ישוב" תכלול הפקעה לטובת מגורים פרטיים המרחיבים את היישוב. לכן, בכל הנוגע להיבט הלשוני של הסמכות האמורה, נראה כי הפרשנות המילולית לבדה אינה מסייעת לפתרון, ויש להמשיך במסע הפרשני אל עבר התכלית החקיקתית, כאשר הלשון כשלעצמה סובלת פרשנות לגיטימית לחיוב ולשלילה.

"צורך ציבורי" / "מטרות ציבוריות"

20. לשון החוק, המסמיכה את שר האוצר לקבוע "צורך ציבורי"⁶⁹ או "מטרות ציבוריות"⁷⁰, היא עמומה ועשויה להכיל קשת רחבה של צרכים או מטרות שאפשר להגדרים כציבוריים.⁷¹ היא מצויה בתווך שבין לשון דיני ההפקעות הבריטיים לבין לשון התיקון החמישי לחוקה האמריקאית. כאמור, לשון החוק באנגליה נוקטת הגדרה רחבה מאוד, הכוללת כל צורך לשיפור הרווחה הכלכלית (Economic well-being) ולשיפור הרווחה החברתית (Social well-being) של האזור. לעומת זאת, התיקון החמישי לחוקה הפדרלית האמריקאית קובע כי המדינה רשאית ליטול קניין פרטי לטובת שימוש ציבורי (Public use). מהגדרה זו עולה לכאורה כי השימוש באותם מקרקעין מופקעים חייב להיעשות על ידי הציבור. ממילא לא ניתן יהיה לכאורה להפקיע מקרקעין לטובת בניית מגורים, שכן השימוש בהם לעולם לא ייעשה על ידי הציבור כי אם על ידי פרטים שיתגוררו באותן יחידות דיור. ברם, פרשנות זו להגדרת ה"שימוש הציבורי" נדחתה על ידי רוב השופטים שדנו בעניין *Kelo*. דעת הרוב הייתה שאפשר לכלול שימושים פרטיים בהגדרה זו וכי אין לקבל את הפרשנות שלפיה השימוש חייב להיעשות על ידי הציבור. נמצא אפוא כי בהגדרת ה"שימוש הציבורי" אפשר לכלול גם מגורים לטובת אזרחים.⁷² עם זאת, יש לזכור כי הדברים לא נקבעו במפורש בפסק הדין בעניין *Kelo*, שכן הוא עסק בהקמת מתחם מסחרי. ייתכן כי ניתן יהיה להבחין בין שימוש פרטי במרכז מסחרי, שממנו ייחנה גם הציבור, לבין שימוש פרטי למגורים, שמהם לעולם לא יוכל הציבור ליהנות אלא פרטים בלבד.

69 לפי ס' 2 לפקודת הקרקעות.

70 לפי ס' 188 לחוק התכנון והבניה.

71 על איהודאות הלשונית בכל הנוגע ל"ביטויי מטרה" ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 33–34 (2004).

72 ראו Smith, לעיל ה"ש 20.

21. ההגדרות בדבר "צורך ציבורי" או "מטרות ציבוריות" נמצאות כאמור בתווח, שכן הן אינן רחבות כהגדרות הקבועות בדין האנגלי, אך מנגד אינן מצומצמות ל"שימוש" על ידי הציבור (הגם שלשונה של הגדרה זו הורחבה כאמור מעבר למשמעותה הפשוטה). משמעותה הלשונית הפשוטה של ההגדרה הישראלית אינה נחרצת וברורה. בדומה למונח האמריקאי, יש בה צדדים לכאן ולכאן. כך למשל, אפשר לגרוס כי "צורך ציבורי" או "מטרה ציבורית" לעולם יהיו כאלה שישרתו את הציבור במישרין; ואולם, באותה מידה תקבל לכאורה פרשנות שלפיה גם הפקעה אשר תשרת בעקיפין צורך או מטרה ציבורית. המחוקק ראה צורך להציע תיקון לחוק אשר יאפשר במפורש את האפשרות להפקיע מקרקעין לטובת דיור ברהשגה לצעירים ומעוטי יכולת. מהצעת החוק האמורה עולה כי לשונה של הגדרת "צורך ציבורי" או "מטרה ציבורית" אינה ברורה די הצורך, וספק אם יש לאפשר הפקעה לבניית מגורים.

22. נראה אפוא כי הפרשנות הלשונית של ההגדרות הקבועות בסעיף 2 לפקודת הקרקעות ובסעיף 188 אינה מספקת לצורך הכרעה פרשנית. ברם, מתחם הפרשנות הלשונית רחב יחסית, ועל כן עלינו להידרש לכללי הפרשנות התכליתית.⁷³ במסגרת זו יש להביא בחשבון את העובדה שחוקי היסוד העלו את מעמדן של זכויות האדם מזכויות יסוד לזכויות חוקתיות על-חוקיות והגבילו את אפשרות הפגיעה בהן. כך למשל, בעניין פייצר קבע הנשיא לנדוי כי כאשר מבחינה לשונית אפשריים שני פירושים לחוקי ההפקעה, יש להעדיף "את הפירוש התואם אותו עיקרון כללי, המגלם זכות יסוד של אזרח בעל קניין במקרקעין".⁷⁴ בהמשך לכך ציין הנשיא ברק בעניין הולצמן כי "מאז הילכת פייצר שינתה זכות הקניין – ועמה כמה זכויות נוספות – את מעמדה. היא הפכה להיות זכות חוקתית-על-חוקית" וכי "משקלה באיזון הפרטי גבר". נמצא כי נקודת האיזון בין זכויות הפרט לאינטרס הציבור השתנתה. שינוי זה עשוי להוביל לשינוי התכלית האובייקטיבית וכן עשוי לשנות את היקף פריסתו. על כן, ההכרעה בסוגיה דנא כרוכה בהכרח באיזון בין הערכים, השיקולים והאינטרסים המנוגדים, והמאזניים נוטות לכיוונה של הזכות לקניין. נסקור על כן את הערכים השונים העומדים בבסיס הקניין הפרטי מחד גיסא וההפקעה מאידך גיסא.

73 כפי שציין השופט פוגלמן בעניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 46: "מושגים בעלי 'רקמה פתוחה', מעצם טבעם, אין בהם אמת מידה להבחנה בין המצבים העובדתיים שנכללים בהם לבין מצבים שלא יבואו בגדרם. המחוקק משתמש בהם כדי לאפשר לבתי המשפט להתאימם לנסיבות שונות ולזמנים משתנים, לפי תפיסות העולם ואמות המידה הרווחות באותה עת. אכן, מושגים אלו מתמלאים תוכן בהלכה הפסוקה, בהתבסס על שיקולים רלוונטיים ואיזון בין ערכים נוגדים, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה".

74 ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה (3) 645, 651 (1981).

2. תכלית החוק – הערכים העומדים בבסיס דיני ההפקעה והזכות לקניין

23. מקרקעין הם משאב מוגבל, אשר נצרך כמעט לכל פעולה ולמימוש כל מטרה. הם המפתח לקיום האנושי.⁷⁵ לשם קיומה של חברה משגשגת ופורה נדרשת המדינה לעשות שימוש במקרקעין כדי להקים מוסדות מדינתיים, לסלול כבישים ולהניח מסילות רכבת, לבנות תחנות כוח וחשמל וכיוצא בזה. ללא כל אלה, אין קיום למדינה המודרנית.⁷⁶ בהיעדר משאבים ומתקנים הנדרשים לקיומה לא תוכל המדינה המודרנית להתקיים, וממילא גם לא תוכל לשמור על הערכים שאותם היא מגלמת ומקדמת, כגון שוויון ורווחה.⁷⁷

24. תפקידן של רשויות התכנון הוא להפיק את השימוש המרבי והמיטבי ממשאב מוגבל זה ולהשיא את הרווחה המצרפית,⁷⁸ ומוסד ההפקעות הוא חלק בלתי נפרד מארגו הכלים העומד לרשותן של רשויות התכנון בהגשמת תפקידן הציבורי.⁷⁹ בבסיס הסמכות להפקיע מקרקעין ולהסב את השימוש בהם לטובת הציבור עומד הצורך לאפשר לחברה מאורגנת לספק לחבריה שירותים ומוצרים שהשוק החופשי מתקשה לספקם באופן מיטבי ויעיל. הדברים נעשים תחת ההנחה שרכישה רצונית של חלקות מקרקעין רבות, הדרושות למימוש מטרות ציבוריות ומצויות בבעלותם של פרטים רבים, כרוכה בהוצאות עסקה גבוהות הנובעות, בין היתר, מבעיות תיאום ומחשש להתנהגות אסטרטגית-אופורטוניסטית מצד בעלי החלקות. מגבלות אלו מערימות קשיים ניכרים על הגעה לתוצאה יעילה ומצדיקות

75 ראו למשל S. ROWTON SIMPSON, LAND LAW AND REGISTRATION 30 (1976), שם צוין כי: "Land is the source of all material wealth. From it we get everything that we use or value, whether it be food, clothing, fuel, shelter, metal, or precious stones. We live on land and from the land, and to the land our bodies or our ashes are committed when we die. The availability of land is the key to human existence, and its distribution and use are of vital importance". על חשיבותם של המקרקעין כמשאב ראו עוד גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 58–59 (2014).

76 כך ציין למשל הכלכלן ארתור אוקון בספרו ARTHUR M. OKUN, EQUALITY AND EFFICIENCY – THE BIG TRADEOFF 46 (1975), כי תעשיית הרכב ההמוני של הנרי פורד הפכה להצלחה גדולה במדינה עם הכנסה מוצעת גבוהה, שלושת אלפים של מיילים המאפשרים נהיגה ללא הפרעות, כוח עבודה ערני ושפתני וממשל שמסוגל להגן על נוסעים ולאכוף את חוקי התנועה. תעשייה זו הייתה הופכת לכישלון אילו הוקמה, לדוגמה, במדינה כמו לוב.

77 ראו למשל אבי נוב "המדינה הריבונית ומשטר המם בעידן של גלובליזציה" בתוך חזרה לפוליטיקה: המדינה המודרנית, לאומיות וריבונות 329 (אילן נחום עורך, התשס"ט).

78 עניין מח'ול, לעיל ה"ש 67, פס' 14 לחוות דעתה של השופטת ארבל; נמדר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 32–33.

79 עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 64 לחוות דעת השופט פוגלמן. בכל הנוגע לסמכויות ההפקעה יש כמובן להבחין בין סמכות ההפקעה בפקודת הקרקעות לבין סמכות ההפקעה בחוק התכנון והבניה, שהינה מוגבלת יותר ומקומית יותר.

התערבות שלטונית.⁸⁰ עם זאת, נשאלת השאלה, מהם אותם שירותים ומוצרים שהמדינה המודרנית זקוקה להם לצורך קיומה והשוק החופשי מתקשה לספקם באופן מיטבי ויעיל? נעמוד להלן על היבטים שונים המתעוררים במענה לשאלה זו.

(א) פתרון למצוקת הדיור

25. הצורך בהפקעת מקרקעין פרטיים לטובת בניית מגורים עלול להתעורר, כאמור, במקרה של מצוקת דיור, כאשר לאזרחים רבים אין אפשרות לרכוש או לשכור דירה בשל מחירים מופקעים ומאמירים, הנובעים ממחסור של קרקעות לבנייה. שיקולי צדק חלוקתי מחייבים את חלוקת המשאב היקר ביותר של ישראל, הקרקע, בין אזרחיה, ויישום של עקרון הצדק החלוקתי מחייב, מתן הזדמנות שווה לכלל אזרחי המדינה לרכוש דירת מגורים.⁸¹ הזכות לדיור נאות היא אחת מזכויות האדם הבסיסיות. עוד במקורותינו נאמר כי "כל אדם שאין לו קרקע אינו אדם".⁸² בסעיף כ"ה ל"הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם"⁸³ נקבעה זכותו של כל אדם לרמת חיים נאותה, הכוללת את הזכות לדיור. מדינת ישראל, כמו מרבית מדינות העולם, קיבלה על עצמה התחייבות לכבד את הזכות לדיור,⁸⁴ המוגנת באמנות בין-לאומיות, ובמיוחד באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות,⁸⁵ שישראל צד לה. כמו כן, מאז נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשנת 1992, חזר בית המשפט העליון ופסק כי "אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע"⁸⁶ וכן כי "הזכות למדור – כחלק מן הזכות למינימום תנאי קיום

80 ליכט ולהבי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 108–112; חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 126–127 (2005); Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1106–1108; Posner, לעיל ה"ש 17, בעמ' 2011.

81 הזכות לדיור מושרשת היא במסורת ישראל. כך למשל, הרב ישראל מאיר הכהן מראדין, הידוע בכינויו "החפץ חיים", בספרו "אהבת חסד" (חלק ג, פרק שביעי) מבאר את הפסוק "משכיל אל דל" (תהילים מא 1) כמתייחס לשלושת צרכיו העיקריים של אדם, אשר מוטל על החברה לוודא כי לא יחסרו אף אצל אדם דל, והן: אכילה, בגד ובית. כמו כן, לא למותר לציין כי זאב ז'בוטינסקי, מראשי התנועה הציונית, כתב במאמרו "הגאולה הסוציאלית" שפורסם ב-1934 כי חובתה של המדינה לספק חמישה צרכים בסיסיים המתחילים באות מ"ם: מזון, מעון, מלבוש, מורה ומרפא.

82 בבלי, יבמות סג, ע"א.

83 The Universal Declaration of Human Rights, December 1948, זמין באתר האינטרנט של האו"ם: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.

84 שם, Article 25.1.

85 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, כ"א 1037, כרך 31.

86 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001).

אנושיים – נתפסת גם היא כזכות יסוד בעלת תוקף חוקתי".⁸⁷ זאת ועוד, הזכות לדיור חשובה גם מהיבט דמוקרטי, שכן כפי שציין פורד:⁸⁸

Residence [...] involves more than simply the location of one's domicile; it also involves the right to act as a citizen, to influence the character and direction of a jurisdiction or association through the exercise of the franchise, and to share in public resources.

26. אכן, הזכות לדיור אינה מחייבת בעלות בדירת המגורים ועשויה להתממש באמצעות שכירת נכס. ואולם, עבור שכבות סוציו-אקונומיות חלשות הוצאות שכירות הן נטל כבד, וממילא להכבדה בנטל של הוצאות הדיור עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת הנוגעות לחייו ולרווחתו של הפרט ולחוסנו הכלכלי. החשש העולה מכך אינו רק בהיבט של דאגה לפרט, שכן ההנחה היא שאם תימשך מגמה זו של היעדר אפשרות לרכוש או לשכור מגורים, היא עלולה להשפיע לרעה על מצב המשק כולו.⁸⁹ בפנינו אפוא צורך לאומי, המצדיק לכאורה התערבות שלטונית שתביא להפקעת המקרקעין והעמדתם לרשות מחוסרי דיור בדרך של העברת בעלות בדירות לידיהם או בדרך של הותרת הדירות בבעלות הרשות והשכרתן במחיר מוזל. עם זאת, נשאלת השאלה: האם גם צורך לאומי עקיף שכזה מצדיק את הפקעת קניינו של הפרט, כאשר בסוף התהליך עוברת הקרקע מידי של פרט אחד לידיו או לשימושו של פרט אחר (נזקק)?

(ב) ההבחנה בין "צורך ציבורי" ישיר ל"צורך ציבורי" עקיף

27. ההצדקה האינטואיטיבית להפקעת מקרקעין לצרכים ציבוריים, כמו ההצדקה להטלת מיסים, נעוצה בעובדה שלקניין הפרטי אין ערך בלא תשתית ציבורית ומדינתית התומכת בו. אפשרות הפגיעה בזכויות הקניין של הפרט נעוצה בהסכמתו המשתמעת של כל חבר בקהילה לשלם מכספו, לאור היחסים הסינרגטיים בין היחיד לבין הקהילה שבה הוא מתגורר, פועל, מייצר וצורך.⁹⁰ כך הבהיר אדווין זליגמן כי כל מי שחי, פועל, מייצר וצורך

87 ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004) 942. ראו גם בג"ץ 6906/13 טוהא נ' רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 7.2.2017).

88 Richard T. Ford, *The Boundaries of Race: Political Geography in Legal Analysis*, in THE LEGAL GEOGRAPHIES READER: LAW, POWER AND SPACE 87 (Nicholas Blomley, David Delaney & Richard T. Ford eds. 2001).

89 דוח ביקורת "משבר הדיור", לעיל ה"ש 1, בעמ' 18.

90 גם חסידיו של ג'ון לוק החלו לראות כי לא רק עבודתו של אדם יוצרת נכסים, עושר וקניין, אלא גם הידע והמומחיות המשמשים אותו בעבודתו. ראו לדוגמה את התיאור בדבר התהוותו

חב חובת נאמנות כלכלית (economic allegiance) כלפי המדינה, המאפשרת לו פעילויות אלה.⁹¹ נראה כי מתוך חובות אלה של הפרט כלפי החברה שבה הוא חי נובעת האפשרות לפגוע בקניינו של הפרט וליטול ממנו מיסים. הפקעת מקרקעין נועדה לספק "מוצרים" המשרתים פונקציות ציבוריות חשובות שאין בידי השוק החופשי לספק בעצמו באופן מיטבי.⁹² ההפקעה נחשבת לפיכך "הכרח בל יגונה",⁹³ והיא מעין מס המוטל על הפרט, שהרי היא נוטלת מנכסיו הפרטיים לצורכי הכלל.⁹⁴ כך למשל, בהיעדר כביש גישה המוביל למקרקעין, קשה להפיק מהם תועלת.⁹⁵ ההפקעה היא אפוא חלק מן האמנה החברתית

- של הכסף אצל אדם סמית עושר העמים 108–112 (יריב עיטס ושמשון ענבל מתרגמים, 1996). ואולם, גם עבודה, ידע אישי והון פיננסי אינם מספקים. אדם זקוק לתנאים שיתמכו בו ויאפשרו לו לפעול. איכות עבודתו נרכשת גם בזכות קיומה של מערכות חינוך, הכשרה, מחקר ופיתוח. יצירתו של אדם לא תוכל להיות שלו ללא מערכת חוקים שתכיר בזכות הקניין שלו; הוא לא יוכל לסחור בפרי עמלו ללא הכרה בחופש החוזים ובהיעדר חוקים המסדירים ואוכפים את ההסכמים שהוא עורך; הוא גם לא יוכל לממש את מרב הפוטנציאל הטמון בפרי עמלו בהיעדר שוק משוכלל, שהתחרות בו מפקחת ונאכפת על ידי הממשל. ראו OKUN, לעיל ה"ש 76. כך גם ציין ריצ'רד פוזנר במאמרו *Hegel And Employment At Will: A Comment*, 10 *CARDOZO L. REV.* 1625, 1626 (1989), כי הזכויות הכלכליות הן "מותרות המתאפשרים על ידי ארגון חברתי" וכי לחיים בצוותא ולאיכות הקהילה שבה אדם חי ופועל יש חשיבות מכרעת לרווחתו הכלכלית. להרחבה בעניין זה ראו יוסף מ' אדרעי "מיסוי ועידוד השקעות הון פיננסי, הון חברתי והון אנושי" משפטים מ 437 (2011).
- 91 EDWIN R. A. SELIGMAN, *ESSAYS IN TAXATION* (8th ed. 1913). דברים אלו אומצו על ידי ועדה של חבר הלאומים במסגרת *REPORT ON DOUBLE TAXATION, LEAGUE OF NATIONS. ECONOMIC AND FINANCIAL, Commission Doc.E.F.S.73F.19* (1923).
- 92 עניין מחול, לעיל ה"ש 67, פס' 14 לחוות דעתה של השופטת עדנה ארבל.
- 93 ע"מ 9316/05 הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' בכור, פס' 13 לפסק דינו של השופט ד' חשין (פורסם בנבו, 5.3.2008); ראו גם ע"מ 1369/06 הלבין נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חדרה, פ"ד סב(4) 634, פס' 40 לפסק דינו של השופט דנציגר (2008).
- 94 השוו דברי השופט חשין בדנ"א הורוויץ, לעיל ה"ש 21, פס' 7.
- 95 ראו בהקשר זה דברי חבר הכנסת עמוס דגני ממפלגת מפא"י ביחס להצעת חוק התכנון והבניה, התשכ"ג–1962 במסגרת ישיבתה ה-247 של הכנסת החמישית (כ' אייר התשכ"ג), בעמ' 1843: "כיום אין ערך בכלל לבתים הנבנים ללא כל מה שצריך להתלוות לבנין, ללא הגן הציבורי, ללא הדרך, ללא המדרכה, ללא החנות או הצרכניה, ללא גן-ילדים וללא בית-ספר. בלי כל אלה – מה ערכם של הבתים? נניח שלא נוכל להפקיע ונתיר לכל אחד לבנות על אדמתו. הרי יגבבו בתים על בתים. מה ערכו של בית כזה, מבחינת הערך הכספי ממש, כאשר ירצה אדם למכור אותו ולא יהיו סביב הבית כל אותם הדברים שהזכרתי? על ידי כך שנגדיל את האחוז שאפשר להפקיע, את האחוז שנתבע מבעלי המגרשים למסור לצרכים ציבוריים, אין לי כל ספק שתהיה בכך השבחה גדולה ביותר של ערך הקרקע של הפרט, שכביכול נראה בעינינו כאילו נפגע; לא רק שהוא לא ייפגע, אלא שאף ייהנה מכך."

שעליה כתב רוסו,⁹⁶ שלפיה אדם מוכן לוותר על חלק מחירותו וקניינו כדי שיוכל לחיות חיים נורמטיביים במסגרת חברה בת־תרבות. הפקעה לצורך בניית מוסדות ציבור וחינוך מובנת כצורך ציבורי, שהרי כל פרט החבר בקהילה זקוק למוסדות אלו, וממילא מסכים לתרום מעצמו למען קיומם.⁹⁷

28. עם זאת, הפקעה לצורך בניית מגורים חורגת לכאורה מקשת שיקולים זו, שכן הרשות המפקעה נוטלת קרקע מאזרח אחד ומעבירה אותה לפרטים אחרים, בעוד בהפקעות לצרכים ציבוריים "קלסיים", כגון כבישים, רכבות, חשמל, מים וכו', המקרקעין עוברים מהפרט לידי המדינה. בניגוד להפקעות לצורכי ציבור "קלסיים", המקרקעין המופקעים לעולם לא ישמשו גם את האזרח שממנו הופקעו. אין לו כל תועלת בהם, שהרי לא יוכל להשתמש בדירת מגורים של אזרח אחר וגם לא יפיק תועלת ממשית מהעובדה שלפרטים אחרים יהיה מקום מגורים.⁹⁸ אם כן, גם אם אפשר להצדיק את בניית המגורים כצורך ציבור באופן תאורטי, הרי שקשה למצוא לכך הצדקה נורמטיבית; היא חורגת מן ההסכמה החברתית, הניצבת ביסוד הזכות ליטול מן הפרט זכות יסוד שלו. בהפקעה לצורך בניית מגורים יש משום נטילה מן הפרט – לצורך פרט אחר ולא לצורך הקהילה. ההסכמה החברתית אומנם כוללת בחובה גם נטילת קניינו של הפרט לטובת צרכים ציבוריים, אך זאת כאשר מדובר בצרכים ציבוריים ישירים, קרי שימוש במקרקעין על ידי הציבור או המדינה. ואולם, הסכמה זו אינה כוללת בחובה הפקעה לשם הפקת תועלת ציבורית עקיפה. מנגד, ניתן לומר כי הפרט הנפקע מחויב חברתית גם לצרכים הסוציאליים של הכלל – לסייע למי שאין באפשרותו להשיג דיור הולם – שהרי הוא חלק מקהילה שאמורות להיות בה סולידריות ומחויבות הדדית לקיום זכויות היסוד של החברים בה. ניתן לומר כי גם הסכמה זו נכללת באמנה החברתית של בני החברה, שלפיה כל אחד מבני החברה מקבל על עצמו מראש לוותר במידת מה על זכויותיו, כדי שלא ייווצר מצב שבו נשללות זכויות לקיום בכבוד של שאר בני החברה. אם כן, כשם שגובים מן הפרט מס ושוללים את זכות הקניין שלו כדי לאפשר רווחה מינימלית של בני החברה,⁹⁹ כך אפשר להגדיר הפקעה המיועדת לצרכים אלו "צורך ציבורי".

96 ז'אק רוסו האמנה החברתית (2006).

97 לאור זאת נראה כי יש מקום להסמיך ועדה מקומית לטפל בעניין זה, שהרי זו מוסמכת להסדיר צרכים מקומיים-קהילתיים.

98 ראו למשל ה"פ (מחוזי ת"א) 1455/96 קצוף נ' הועדה לבניה למגורים מחוז מרכז, פס' ט' (פורסם בנבו, 10.9.1997).

99 ודוקו, מס גובים ממי שהרוויח, ואילו הפקעה עלולה להיות גם מאדם שאינו מרובה נכסים ומדובר בנכס המקרקעין היחיד שלו.

29. להנחה שעסקינן במעשה שאין בנוגע אליו הסכמה חברתית יש נפקות רבה, שכן במקום שבו יש הסכמה כאמור, זכות הקניין כוללת בחובה באופן אינהרנטי גם את ההגבלה של הזכות. טווח ההסכמה הוא אפוא מבחן נורמטיבי ללגיטימיות של ההפקעה. מה שחורג מהטווח עולה כדי מעשה כוחני של נטילת זכויות הפרט, שהרשות אינה מוסמכת לבצע. עולה אף חשש כי נטילה כוחנית שכזו היא צעד אל עבר מדינה טוטליטרית, וכדרכו של כוח רב – הדבר אף מזמין ניצול לרעה.

(ג) ניצול לרעה של כוח שלטוני

30. זכות הקניין מגנה על הפרט מפני השלטון והפגיעה בה מגבירה את החשש מפני ניצול לרעה של כוח שלטוני המצוי בידי הרשות. ביזור הבעלות במשאבים מביא לביזור כוחות. ככל שמשאבים רבים יותר נשלטים על ידי הפרט, כך קטן כוחו של המנגנון המדינתי, ונשמרת חירות הפרט מפני עריצות שלטונית.¹⁰⁰ לזכות הקניין יש אפוא חשיבות גם מזווית ראייה דמוקרטית, ויש להציב סייג ליכולתה של המדינה להגדיר מחדש את יחסי הזכויות והכוחות הנקבעים על ידי זכויות הקניין. הפקעת מקרקעין מידי בעליהם שלא לצרכים ציבוריים מובהקים נתפסת כדרך פעולה של משטרים לא-דמוקרטיים.¹⁰¹ השתלטות מדינה על קרקעות לצורך חלוקתן להמון היא נחלתם של משטרים קומוניסטיים, שביצעו הפקעות לשם ביצוע חלוקה מחדש של ההון¹⁰² בשם עקרון השוויון, במטרה לתקן פערי מעמדות קשים.¹⁰³ פעולות כאלה זרות למשטרים דמוקרטיים ואינן נכללות בהסכמה החברתית

100 ראו למשל MILTON FRIEDMAN, CAPITALISM AND FREEDOM ch. I-II (1962); Cass R. Sunstein, *On Property and Constitutionalism*, 14 CARDOZO L. REV. 907, 914-915 (1993).

101 כך למשל, בסין של שנות השבעים והשמונים של המאה העשרים הפקיעו אדמות לטובת בניית בנייני מגורים על ידי יזמים פרטיים. ראו לעניין זה Margo Rosato-Stevens, *Peasant Land Tenure Security in China's Transitional Economy*, 26 B.U. INT'L L.J. 97, 108-109 (2008). יצוין כי בשלב מסוים הועלתה הצעה להגדיר באופן מפורש בחוק כי "צורך הכללי" להפקעה לא יכלול מטרת מסחריות, אולם ההצעה לא התקבלה. ראו Gebhard M. Rehm & Hinrich Julius, *The New Chinese Property Rights Law: An Evaluation from A Continental Perspective*, 22 COLUM. J. ASIAN L. 177, 220 (2008).

102 Nicole M. Rivers, *The Limits of Chavez's Bolivarian Socialism: A Case Study of The Venezuelan Cacao Industry*, 39 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 1 (2011-2012).

103 כך נעשה במדינות אפריקאיות שקיבלו עצמאות לאחר שנים ארוכות של שלטון "לבן", כגון דרום אפריקה, נמיביה ועוד. ראו David Shriver, *Rectifying Land Ownership Disparities Through Expropriation: Why Recent Land Reform Measures in Namibia are Unconstitutional and Unnecessary*, 15 TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS. 419 (2005-)

הניצבת בבסיס המדינה הדמוקרטית, שלפיה כל פרט מוכן לוותר על פיסה מחירותו רק כדי לאפשר לחברה להתקיים. נטילה מפרט אחד לטובת פרט אחר היא בסמכותה של הרשות השופטת ולא של הרשות המנהלית, וגם סמכותה של הרשות השופטת מוגבלת על פי הדין המהותי להכרעה בסכסוך בין שני פרטים.¹⁰⁴ נטילה שרירותית מאחד והעברה לאחר אינה בסמכותה של רשות כלשהי במדינה דמוקרטית. ההגבלות על סמכויות ההפקעה נחוצות אפוא לא רק מזווית ראייה של הצורך להגן על זכויות הפרט, אלא גם מזווית ראייה דמוקרטית.

31. מלבד החשש לעריצות ופגיעה ביחסי הכוחות שבין המדינה לבין אזרחיה, נראה כי ההגבלות על זכות המדינה להפקיע נחוצות גם כדי למנוע שחיתות. כשם שחוק חובת מכרזים, התשנ"ב–1992, יצא מנקודת הנחה שהותרת משאבים ציבוריים לחלוקה בידי הרשות היא פתח לשחיתות, כך נראה כי העברת המשאב העיקרי במדינה (המקרקעין) לידי הרשות הציבורית כדי שאלו ישמשו לבנייה פרטית, פותחת פתח למדרון חלקלק של שחיתות בחלוקת המשאבים.¹⁰⁵ סביר להניח כי התקשרות עם הגורמים הפרטיים שיבצעו את הבנייה תהא כפופה לחוק חובת המכרזים. ואולם, מטבע הדברים, בנייה מסיבית היא פרי נחלתם של גורמים בודדים, העומדים ביכולות הכלכליות הנדרשות לשם כך וממילא משתתפים מלכתחילה במכרז – רק בעלי הון ובעלי השפעה.¹⁰⁶

Judge Justice Moloto, *South African Legal Reform After April 1994*, 26 N.C.J. ; 2006) INT'L L. & COM. REG. 653 (2001–2002).

104 ראו לעניין זה יצחק הנס קלינגהופר **משפט מנהלי 2** (1957), המבהיר כי תפקידה של רשות מחוקקת הוא לקבוע נורמות אחידות כלליות המסדירות פעילויות של אנשים או גופים לא מסוימים ואילו תפקידה של הרשות השופטת הוא להחליט באופן אינדיווידואלי בסכסוך בין שני צדדים או יותר.

105 הדברים נכונים במיוחד עת שסמכות ההפקעה כלולה בחוק התכנון והבניה ומסורה לוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, שכן המקרקעין נרשמים על שם הרשות המקומית ועלולים להגיע לקבלנים מקומיים המקורבים לרשות המקומית. חשש זה פוחת בהפקעות שמבצע שר האוצר לפי פקודת הקרקעות, שכן מנגנון השיווק מבוצע על ידי רשות מקרקעי ישראל, אם כי כשם שלימדונו חז"ל כי "אין אפוטרופוס לעריות", כך "אין אפוטרופוס לכסף". אדרבה, חז"ל לימדונו (בבלי, בבא בתרא, קסה, ע"א) כי רוב בני האדם נכשלים בענייני כספים ורק מיעוט לא נורמטיבי נכשל בעריות. ממילא, החשש מפני מדרון חלקלק ביחס לעריות צריך להיות נכון שבעתים ביחס לפיתויים כספיים, ואין גוף המורכב מבני אדם היכול לסבור כי הוא חסין בפני כך.

106 גם בעניין *Kelo*, לעיל ה"ש 2, ציינה השופטת אוקונר (בדעת המיעוט) את החשש שהפקעה לצורך בנייה פרטית תביא לידי כך שהנהנים מהמקרקעין יהיו תאגידי גדולים, ואילו קורבנות ההפקעה יהיו אנשים שהקרקע הפרטית היא כל רכושם, וממילא ייווצר אפקט "רובין הוד הפוך".

(ד) הערכים העומדים בבסיס מושג הקניין הפרטי

32. ההנחה שעמדה בבסיס הניתוח עד כה היא שזכויות הקניין כוללות, באופן אינהרנטי, גם חובות כלפי החברה, שכן הזכות לקניין היא בת ערך רק בחברה מודרנית שיש בה אמצעי תעבורה, מוסדות חינוך ושירותים חיוניים אחרים. ואולם, כאשר בוחנים את השאלה אם גם מדיניות ציבורית הכוללת את רווחת האזרחים נכללת במסגרת חובות הפרט בעל הקניין, יש צורך לבחון את מהותה של זכות הקניין.

33. ביחס למושג הקניין הפרטי קיימות שתי גישות מתחרות.¹⁰⁷ הגישה הראשונה מכונה ה"קניין כריבונות",¹⁰⁸ ולפיה הקניין הוא מתחם של "שרירות בעלים", שבו מסורה לפרט החירות לנהוג ככל שיעלה על רוחו, ובידו להחליט מה ייעשה בקניינו בלא כל התערבות חיצונית. ביסודה של תפיסת הריבונות עומדת הגישה שלפיה עשייה בנכסים היא דרך לביטוי אישיותו של האדם, והגנה על רצון זה, על דרך של כיבוד הזכות בנכסים שביחס אליהם הביע האדם את רצונו, היא הגנה על אישיותו וחירויותיו. חירות השליטה בנכסים היא העושה את האדם חופשי, שכן אדם התלוי ברכוש שלאחר יש שליטה בו לא יוכל לחיות בחירות.¹⁰⁹ גישה זו מבקשת "לשמור בידי הפרט תחום של חירות שלילית המהווה תנאי הכרחי לאוטונומיה אישית ולפיתוח עצמי".¹¹⁰ היא נועדה להגן על הפרט מפני שלטון מתערב וכופה.¹¹¹ גישת הריבונות אומנם מכירה ב"הגבלות אנכיות" על אופן השימוש בקניין באמצעות הוצאת שימושים מסוימים מ"אגד הזכויות" המסור לבעליו, אולם מרגע שהחלטה מסוימת מצויה בתחום שליטתו של בעל הקניין, קרי הינה חלק מ"אגד הזכויות" המסור לו – תשלול תפיסה זו כל התערבות באופן שבו הוא מפעיל את שיקול דעתו.¹¹² לפי גישה זו, במרכזה של זכות הקניין ניצב הפרט, בנבדל מן החברה.

107 ראו למשל דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 14–16; חיים זנדברג "הפקעות, אחריות חברתית והגנת הקניין הפרטי בעיני בית המשפט העליון אגב דין וחשבון הוועדה הבין-משרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 "המשפט יא 585 (2007); עופר גרוסקופף "שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" משפט ועסקים י 317, 327–334 (2009).

108 דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 24–25; גרוסקופף, לעיל ה"ש 107, בעמ' 327.

109 יהושע ויסמן דיני קניין, חלק כללי 20 (1993).

110 חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל 97, 100 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

111 Frank I. Michelman, *Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property*, 72 IOWA L. REV. 1319, 1329 (1987).

112 ראו ע"א 281/61 שלוסר נ' כ"ץ, פ"ד טו 2329, 2333 (1961); גרוסקופף, לעיל ה"ש 107, בעמ' 327–328; דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 23–24.

34. הגישה השנייה, שכונתה ה"קניין כמוסדות"¹¹³, רואה בקניין מוסד משפטי, יציר בני האדם, שעוצב בידיהם כדי לשרת מטרת חברתיות שונות. משמעותו של מוסד הקניין משתנה בהתאם לאינטרסים המתנגשים ולנסיבות העניין.¹¹⁴ לפי תפיסת הקניין כמוסדות, הפרט אינו ניצב במרכזה של זכות הקניין. לפי תפיסה זו, הקניין אינו מבטא רק זכויות אלא הינו "מצע ליחסים של שיתוף ומקור לאחריות מיוחדת של הבעלים כלפי פרטים אחרים וכלפי הקהילה (או החברה) בכללותה".¹¹⁵

לפי תפיסה זו, אחריות חברתית אינה מגבלה חיצונית על זכות הקניין אלא חלק אינטגרלי ופנימי של זכות הקניין עצמה. גישה זו מדגישה כי בני אדם נטועים בקהילה חברתית ובקשרי גומלין מתמשכים אחרים של "תן וקח". מטעם זה ראוי להטיל עליהם, בהקשרים מסוימים, חובות המיועדות להגשים את האינטרס החברתי הכולל. חובות אלו לטובת האינטרס החברתי עשויות לבוא לידי ביטוי במגבלות שונות המוטלות על זכותם של בעלי מקרקעין לעשות בהם כרצונם. אותן חובות יכולות לבוא לידי ביטוי גם "בכך שאין זה ראוי לפצות בעל קניין פלוני בגין נטל מסוים המוטל על קניינו (או בגין נגיסה מסוימת ממנו) לטובת קידומו של אינטרס הכללי".¹¹⁶ בעל הקניין נהנה באופן שוטף מיתרונות חברותו בקהילה ולפיכך חב בחובות כלפיה בהתקיים תנאים מסוימים.¹¹⁷ גישת הקניין כמוסדות רואה בקניין מוסד המגלם גם ערכים של צדק החלוקתי, שעניינו בשאיפה לצמצם (או לכל הפחות לא להרחיב) פערים חברתיים.¹¹⁸ תפיסת הקניין כריבונות מקנה אפוא משקל אך ורק לערך החירות של הפרט בעל הקניין, ואילו גישת הקניין כמוסדות כוללת בתוכה גם ערכים קהילתיים.¹¹⁹ בעוד גישת הקניין כריבונות רואה את האחריות החברתית כחיצונית לזכות הקניין ואף מתחרה בה,¹²⁰ הרי שגישת הקניין כמוסדות רואה באחריות חברתית זו חלק פנימי של זכות הקניין.¹²¹

- 113 שם, בעמ' 37; גרוסקופף, לעיל ה"ש 107, בעמ' 327.
- 114 השוו רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999); יהושע ויסמן, לעיל ה"ש 109, בעמ' 43-44.
- 115 דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 52.
- 116 עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 63. לביקורת על תאוריית הקניין כמוסדות בכלל, ועל היקף החובה שראוי להטילה מכוח אחריותו החברתית של הקניין בפרט, ראו אלון הראל "קניין על פרשות דרכים: הערות ביקורתיות על ספרו של חנוך דגן קניין "על פרשת דרכים" עיוני משפט ל 435 (2007).
- 117 ע"א הורוויץ, לעיל ה"ש 28, בעמ' 936; עניין הולצמן, לעיל ה"ש 57, בעמ' 650.
- 118 דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 37-65.
- 119 עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 80.
- 120 ראו למשל דברי השופט חשין בדנ"א הורוויץ, לעיל ה"ש 21: "כך [...] יש להבין את הוראת סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תכלית החוק הייתה, כלשונה, לחזק את זכות הקניין ולבצר את האוטונומיה של היחיד מפני המבקשים לפגוע בה; תכליתה לא הייתה להטיל

35. התפיסות השונות מביאות לאיזון שונה בין הערכים המתנגשים ביחס להפקעת מקרקעין לצורכי ציבור. מטבע הדברים, תפיסת הקניין כמוסדות סובלנית ותומכת יותר בהפקעה של מקרקעין פרטיים. לפי תפיסה זו, לא נהסס ליטול את הקניין הפרטי, בצורה מאוזנת ומידתית, על מנת להגשים ערכים אחרים של הקהילה או לטובת ערכים של צדק חלוקתי, שהרי הם חלק ממימושה של זכות הקניין בהיותם ערכים פנימיים לה. לעומת זאת, גישת הקניין כריבונות תגן על הפרט ביתר שאת מפני נטילה שלטונית כלשהי, גם אם תכליתה לקיים ערכים חברתיים. גישה זו רואה בערכים חברתיים ערכים מתחרים לזכות לקניין.

36. בית המשפט העליון לא הכריע בין שתי הגישות ונראה כי הדעות בעניין זה קוטביות. כך למשל, הנשיא ברק קבע בעניין הורוויץ כי "לקניין תפקיד חברתי – הוא צריך לשרת את טובת הכלל" ועל כן לבעל הקניין מחויבות חברתית לשרת את האינטרס של טובת הציבור.¹²² גישה זו אומצה בפסיקה בהודמנויות מספר.¹²³ לעומת זאת, השופטים חשין ודורנר ביכרו עמדה שונה שלפיה "עיקרה של זכות הקניין אינו בחובות או באחריות המוטלות על בעליה, אלא דווקא בכוח ובסמכות הניתנים לבעלים. יתר-על-כן, כפי שאמרנו לעיל, עיקרה של זכות הקניין הוא דווקא בהגנה שהיא זוכה לה. וההגנה היא כנגד רשויות השלטון וכנגד הקהילה ויחידיה של הקהילה לבר-הבעלים".¹²⁴ ברם, אף על פי שבית המשפט העליון לא הכריע במחלוקת העקרונית שבין גישת הקניין כמוסדות לבין גישת הקניין כריבונות, בפסק דין של הנשיא ברק בעניין הולצמן מצינו

חבויות ואחריות על בעל הקניין. אכן, בעל הקניין נושא בנטלים, אלא שאלה חיצוניים הם לזכות ויש לבוחנם כעומדים אל-מול זכות שנתעצמה והלכה בחוק-היסודי".
 121 ראו למשל דברי הנשיא ברק בעניין הולצמן, לעיל ה"ש 57, עמ' 650.
 122 ע"א הורוויץ, לעיל ה"ש 28, בעמ' 937. ראו גם דברי השופט אור בדנ"א הורוויץ, לעיל ה"ש 21, פס' 13 לחוות דעתו: "מתוך רעיון זה, שאין לאדם זכות כי ערך מקרקעיו אך יעלה כתוצאה מפתוח בידי הציבור, אלא כרוכה בהחזקת מקרקעין גם חובה כלפי הציבור, קובע המחוקק כי אין אדם זכאי לפיצוי בגין כל נסיגה שנסוג ערך מקרקעיו ובגין כל פגיעה שהוסבה להם. כל עוד פגיעה זו אינה בלתי פרופורציונית ואינה בלתי צודקת, על בעל המקרקעין לספוג עלות זאת כחלק מהמחיר שהוא משלם על היותו חבר בקהילה".
 123 ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, פס' 10 (פורסם בנבו, 9.12.2008); ע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד. חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח וחובות, פ"ד סב(1) 57, 83–86 (2006); ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל נ' אביגדורוב, פס' 5 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (פורסם בנבו, 14.9.2005).
 124 דנ"א הורוויץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 312–313.

הבחנה שממנה עולה כי גם אם ננקוט השקפת עולם של קניין כמוסדות, יש לכאורה מקום להתנגד להפקעה מן הפרט אל הפרט.¹²⁵

בעניין הולצמן ערך הנשיא ברק הבחנה בין מימוש פנימי של האחריות החברתית הגלומה בזכות הקניין, שאז יש לפטור מהצורך לבחון את מידתיות ההפקעה שכן אין מדובר בערכים מתחרים, לבין מימוש חיצוני של האחריות החברתית, אשר יחייב בחינה מידתית ואיזון בין אינטרסים מנוגדים.¹²⁶ הבחנה יסודית זו מלמדת כי גם המצדדים בגישת ה"קניין כמוסדות", שחונך דגן נמנה עם מייצגיה, יסכימו כי הפקעת מקרקעין וייעודם למגורים לטובת פרטים אחרים אינה נכללת במסגרת האחריות החברתית הפנימית לזכות הקניין.

דגן סבור כי את הוראות דיני הנטילה השלטונית יש לפרש באופן המפריד "בין מקרים שבהם הנטל העודף המושם על הפרט לטובת הפרויקט הציבורי מהווה מחיר ראוי של השתייכות לקהילה הנהנית מפרויקט זה, לבין מקרים שבהם עולה הנטל האמור כדי ניצול שלו על ידי הרוב".¹²⁷ במקרה הראשון יהיה מוצדק זה להפקיע מקרקעין מידי הפרט בלא מתן פיצוי מלא, שכן יש בכך משום מימוש ערכיה של זכות הקניין לרווחה מצרפית ולצדק חלוקתי; במקרה השני, כאשר אין הפרט נמנה עם חברי הקהילה הנהנית מהשימוש

125 בעניין הולצמן, לעיל ה"ש 57. ניצנים לגישה זו נמצאו כבר בחיבורו של השופט ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 71, שם ציין כי: "התשובה לשאלה מהו האיזון שיש לנקוט – אנכי או אופקי – [...] מצויה במהותם של הערכים המתנגשים ובמשקלם הפנימי. אלה יקבעו אם יש מקום לויתור הדדי או שמא יש עדיפות לערך אחד על-פני חברו. על כן, אין לומר למשל כי האיזון האופקי חל ביחסים שבין זכויות אדם לבין עצמן ואילו האיזון האנכי חל ביחסים שבין זכויות האדם לאינטרס הציבורי. [...] יש לבחון בזהירות את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה תוך איתור הערכים המתחרים ותוך נקיטת עמדה באשר למשקלם היחסי". ראו גם ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 227 (2016). לעומת זאת, במקום אחר ערך השופט ברק הבחנה בין "איזון פנימי" שמשמעו קביעת העדיפות בין נורמות ששתיהן משקפות זכויות יסוד, ובמקרה זה ההכרעה אינה מבוססת על פסקת הגבלה ועל מבחנים של מידתיות, לבין "איזון חיצוני", הנערך כאשר יש סתירה בין נורמה המשקפת זכות יסוד לבין נורמה שאינה כזו (אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א 253, 262–265 (1993)). בהתאם להבחנה זו, הפקעה מחייבת לכאורה איזון חיצוני, שכן מתחרים בה זכות הקניין, שהיא זכות יסוד, עם הערכים של צורכי הציבור הניצבים בבסיס דיני ההפקעות, שאינם משקפים זכויות יסוד. נראה כי לכאורה שונה הוא השימוש שעשה השופט ברק במונחים אלו בעניין הולצמן, לעיל ה"ש 57, בנוגע להפקעות. בפסק דין זה ראה השופט ברק את זכות הקניין עצמה ככוללת חובות חברתיות, ובכך הכניס את "צורכי הציבור" העומדים בבסיס דיני ההפקעה אל תוך ה"איזון הפנימי".

126 עם זאת יצוין כי בתי המשפט התייחסו לאינטרסים הציבוריים המגולמים בדיני ההפקעה כמתחרים בזכות לקניין, גם אם ראו בזכות הקניין כמי שמגלמת גם אחריות חברתית. ראו למשל חוות דעת השופט פוגלמן בעניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, ובעניין מסרי, לעיל ה"ש 48.

127 חנוך דגן "חדשנות שמרנית ושמרנות חדשנית בדיני הקניין" ספר ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק 475, 482 (2009).

הציבורי, אין לאפשר הפקעה בלא פיצוי מלא. במילים אחרות, כאשר עסקינן בהפקעה לצרכים ציבוריים שיש לבעל המקרקעין המופקעים הנאה קרובה מהם, בהיותו נמנה עם חברי הקהילה שנהנית מהפקעתם, נראה בהפקעה כאמור משום מימוש של ערכים קהילתיים פנימיים לזכות הקניין. לעומת זאת, כאשר עסקינן במימוש ערכים לאומיים או צורכי קהילה אחרת, נראה בכך אינטרסים חיצוניים לזכות הקניין ומתחרים בה.

37. כפי שצינו לעיל,¹²⁸ נראה כי הפקעת מקרקעין לשם טיפול במצוקת דיור לאומית אינה בגדר של "צורך ציבורי ישיר", באשר הגורם שממנו הופקעו המקרקעין, ואף הציבור בכללותו, אינם עתידים כלל להשתמש במקרקעין לאחר הפקעתם, כי אם גורמים פרטיים בלבד. ממילא, קשה יהיה לקבל גישה שלפיה הפקת תועלת ציבורית עקיפה נכללת בגדר האחריות החברתית הפנימית לזכות הקניין. אכן, ייתכן כי טיפול במצוקה לאומית הוא חלק מהאחריות החברתית של הפרט כלפי המדינה. ואולם, זו אינה פנימית לזכות הקניין אלא חיצונית לה, גם על פי שיטת הקניין כמוסדות. בהתאם להבחנה זו, נמצא כי גם המחזיקים בגישת הקניין כמוסדות יסכימו כי במקרה דנא מדובר באינטרסים מתחרים (קניין מול אינטרסים לאומיים), שכן אין לומר במקרה זה שזכות הקניין מחייבת איוון פנימי בין הערכים השונים שהיא מגלמת (זכויות הפרט מול חובותיו כלפי החברה). הנשיא ברק הבהיר, בעניין הולצמן, כי בעימות בין אינטרסים חיצוניים כאלה יש לפנות אל בחינת המידתיות שבמעשה ההפקעה, בהתאם לפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד.

ד. האחריות החברתית של הקניין – האם במידה הנדרשת?

1. מידתיות כתנאי לפגיעה בזכות הקניין

38. בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע כי אפשר לפגוע בזכויות יסוד של הפרט כל עוד מדובר בפגיעה על פי חוק או מכוח הסמכה בחוק ההולמים את ערכי מדינת ישראל, שנועדו לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. מבחינה פרשנית נראה כי ניתן לפרש את פקודת ההפקעות וחוק התכנון והבניה באופן המכיל סמכות של שר האוצר לקבוע כי הפקעת מקרקעין לשם בניית מגורים מהווה "מטרת ציבורית" לצורך הפקעה. כמו כן, קשה יהיה לטעון כי הטבה ושיפור של מצבם ומעמדם של אזרחים הזקוקים לדיור אינם תכלית ראויה, שהרי הזכות לדיור הוכרה כאחת מזכויות האדם (שאינן כתובות עלי

128 לעיל פרק ג2(ב).

ספר).¹²⁹ בצד הדרישה שהמטרה תהיה ראויה (כדרישת סף) עומדת הדרישה שהאמצעים להגשמתה יהיו ראויים, וכי מתקיים יחס ראוי בין הגשמת המטרה לפגיעה בזכות, כלומר שהפגיעה תהיה מידתית. בהתאם לכך, אין די בקיומה של מטרה ציבורית ראויה להפקעת קרקע, ויש להידרש לשאלת המידתיות.

39. המידתיות הינה אמת המידה הקובעת יחס ראוי בין מטרות (aims) לבין אמצעים (means).¹³⁰ הביטוי של היחס הראוי בין התועלת שבהגשת המטרה לבין הנזק לזכות הוא בדרישה שהפגיעה בזכות החוקתית תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש". דרישה זו כוללת שלושה רכיבים: (א) ההתאמה הרציונלית בין אמצעי למטרה; (ב) האמצעי שפגיעתו פחותה; (ג) מבחן התועלת אל מול הנזק, הידוע גם כמבחן המידתיות במובנה הצר.¹³¹ בפסיקה נקבע כי יש לוודא את קיומם של כל מבחני המשנה ולא די בפחות מכך.¹³² בהתאם לכך נקבע באופן ספציפי בנוגע להפקעות כי יישום של מבחן המידתיות כולל בחובו שלושה רכיבים:¹³³

(א) הקרקע צריכה להתאים להגשמת הצורך הציבורי המוגדר שלשמו הופקעה.
(ב) 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.

129 ראו לעיל פרק 2(א). אין ספק כי עסקינן בזכויות יסוד של אדם, אף שזכויות סוציאליות בכלל, והזכות לדירור בפרט, לא זכו לעיגון חוקתי. ראו לעניין זה יורם רבין ויובל שני "הזכויות החברתיות: רעיון שהגיע זמנו" בתוך זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 11 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). עם זאת, בית המשפט הגן על מדיניות הרשות המעודדת רווחה חברתית וכלכלית לציבור, אף על פי שהביאה לפגיעה בזכות הקניין. כך בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221 (1995), הגן בית המשפט על חוק שהביא למחיקת חובות חקלאים וקבע כי הוא חוקתי, שכן "זו מעין חקיקת חירום, אשר נועדה להגן על קיומם של חברי מושבים [...] היא מהווה ביטוי למדיניות של מדינת סעד". ראו עוד מדינה, לעיל ה"ש 125, בעמ' 817-821.

130 אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 170 (2010) (להלן: ברק מידתיות).

131 ראו דברי השופטת דורנר בדנג"ץ נוסייבה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 88; בג"ץ 3648/97 סמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 728, 776-777 (1999); דברי השופט חשין בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 3, פס' 26. לדעת אהרן ברק, המידתיות כוללת מבחן נוסף של בחינת ה"מטרה הראויה". ואולם, נראה כי גישה זו לא התקבלה על דעת רוב שופטי בית המשפט העליון. ראו לעניין זה ברק מידתיות, לעיל ה"ש 130. מכל מקום, שאלת המטרה הראויה ממילא נבחנת במסגרת התנאי של "תכלית ראויה".

132 ראו שם, בעמ' 171 והאסמכתאות המובאות שם.

133 דנג"ץ נוסייבה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 88.

(ג) נדרש קיומו של יחס נאות בין התועלת שתצמח לציבור מן הקרקע לבין הנזק שייגרם לפרט עקב ההפקעה.

לצורך הדיון, נצא מנקודת הנחה שהרשות תנהג באופן רציונלי וכי הרכיב הראשון מתקיים, קרי מדובר במקרקעין המתאימים לתוכנית לבניית מגורים. נפנה על כן לבחינת השיקולים השונים בדרך שהתוותה הפסיקה בשאלה של מידתיות ההפקעה ביחס לשני הרכיבים האחרים.

2. האמצעי שפגיעתו פחותה

40. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה בוחן, במישור הפרוגנוזה והתשתית העובדתית, אם אפשר להגשים את המטרות החקיקתיות על ידי שימוש באמצעים הפוגעים בזכות החוקתית.¹³⁴ ברוב המקרים ההכרעה באמצעי המתאים נתונה למחוקק, ובחירתו מתקבלת במתחם שיקול הדעת החקיקתי,¹³⁵ אך עם זאת, מבחן זה הוכר בפסיקה כמבחן המשנה החשוב ביותר בעת בחינת המידתיות.¹³⁶ בכל הנוגע לסוגיה דנא, נראה כי יש לפחות שני אמצעים שפגיעתם פחותה: האחד, אפשרות ה"ביצוע העצמי", שלפיה בעל המקרקעין יזכה בעצמו בהזדמנות לממש את מטרת ההפקעה ולבנות דירות מגורים על מקרקעיו. אם הוא מנצל את המקרקעין ובונה בעצמו למגורים, אין כל סיבה להפקיע ממנו את הקרקע כדי לעשות בה את אותו שימוש, שהרי ניתן להגיע לאותה תוצאה לאומית בלי פגיעה בזכות הקניין האישי. האמצעי האחר, האפשרות שמדינת ישראל תגביר את קצב שיווק הקרקעות למגורים או לחלופין תבנה דירות מגורים על מקרקעיה שלה. נבחן אמצעים אלה להלן.

(א) ביצוע עצמי

41. החלופה שהוכרה בפסיקה כ"אמצעי שפגיעתו פחותה" לקיום התכלית הציבורית שבהפקעת המקרקעין היא האפשרות ל"ביצוע עצמי" של המטרה הציבורית על ידי בעלי המקרקעין, קרי מתן הזדמנות לבעל המקרקעין המיועדים לתכלית ציבורית לקיימה בעצמו באמצעות בניית המתקנים הציבוריים הנדרשים.¹³⁷ אכן, חלופה זו פוגעת במידת האוטונומיה שיש לפרט על קניינו; היא מחייבת אותו לפעול באופן מסוים, והדבר בא לידי

134 ברק מידתיות, לעיל ה"ש 130, בעמ' 415–416.

135 ש.ם.

136 ראו למשל דברי הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 129, בעמ' 437; דברי השופטת (כתוארה אז) ביניש בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 279 (2002); ברק

מידתיות, לעיל ה"ש 130, בעמ' 415.

137 פרשת מקור הנפקות, לעיל ה"ש 17; עניין קרסיק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 687.

ביטוי במיוחד מקום שבו הרשות משנה את הייעוד באופן שהקרקע תוכל להיות ממומשת רק לצורך של בנייה למגורים, כאשר שיקולי התכנון אינם סביבתיים ואורבניים אלא לאומיים, ומושפעים מהצורך להגדיל את היצע הדירות בישראל. ואולם, אין ספק שרשויות התכנון רשאיות לקבוע כי מקרקעין שונים יהיו מיועדים למטרות שונות ובכך אין כדי להוות פגיעה בזכות הקניין, שכן גם גישת הקניין כריבונות מכירה ב"הגבלות אנכיות" על אופן השימוש בקניין באמצעות הוצאת שימושים מסוימים מ"אגד הזכויות".¹³⁸ נראה אפוא כי הפגיעה בזכות הקניין במקרה של בנייה עצמית היא מזערית. אפשרות הביצוע העצמי היא לכאורה פשוטה ומתבקשת, שכן יש בה כדי לקיים את המטרה הציבורית מחד גיסא ולשמור על ליבת זכות הקניין של הפרט מאידך גיסא.

42. ביצוע עצמי של בנייה העומדת בתכליות הציבוריות הנדרשות עשויה להיות אפקטיבית ביחס למספר מועט של בעלי מקרקעין קרובים. ואולם, כאשר עסקינן בהגשמה של תכליות לאומיות, נראה כי היקף המקרקעין הנדרשים עשוי להיות רחב מאוד, ויש צורך בשיתוף פעולה של בעלי מקרקעין רבים.¹³⁹ במקרים אלה, מימוש המטרות הלאומיות מצריך תכנון כולל וארגון מרכזי של גוף אחד, ועשויה להיות הצדקה לאשר את ההפקעה מידיהם של בעלי המקרקעין השונים.¹⁴⁰ השאלה הנשאלת היא, האם הקושי הביצועי והארגוני ביישום פרויקט בממדים לאומיים, ומשך הזמן הנדרש למימוש המטרה הציבורית, מצדיקים את הפקעת המקרקעין? שאלה נוספת היא, האם אכן קיימת חזקה שלפיה הרשות תבצע את הפרויקט באופן יעיל ומהיר יותר? הניסיון מלמד כי הרשויות מתעכבות תקופות

138 ראו לעניין זה גרוסקופף, לעיל ה"ש 107, בעמ' 327–328; דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 23–24.

139 כך מלמד הניסיון שהצטבר בפסיקה. לעניין זה ראו למשל עניין ספולינסקי, לעיל ה"ש 15; פרשת מקור הנפקות, לעיל ה"ש 17; עניין לוביאניקר, לעיל ה"ש 9.

140 עניין מחיזל, לעיל ה"ש 67, פס' 28–30 לחוות דעתה של השופטת עדנה ארבל. יצוין כי בשנות החמישים והשישים של המאה העשרים נעשה שימוש בטכניקה של הפקעת חטיבת קרקע, תכנונה והשבתה לבעלים לאחר שנלקחו ממנה השטחים הציבוריים. כך לדוגמה, שר האוצר הסמיך את עיריית חולון להפקיע חטיבות קרקע גדולות ולהעבירן לבעלותה כדי שיהיה אפשר לתכנן אותן ללא התנגדות הבעלים, ולאחר שהעירייה עשתה תוכנית איחוד וחלוקה והותירה בידיה את השטחים הציבוריים, היא נתנה לבעלים זכות בחירה בין קבלת שטחי בנייה בהיקף מסוים מהשטחים שהופקעו מידיהם לבין קבלת פיצויי הפקעה. ראו בג"ץ 407/83 ברוקר נ' עיריית חולון, פ"ד לח(1) 829, 833 (1984); קמר, לעיל ה"ש 7, כרך ב בעמ' 866. ואולם, ספק אם אופציה זו אפשרית עוד לאור הוראות חוק חובת המכרזים, שאינו מאפשר להחזיר לפרט את הקרקע שנלקחה ממנו, שכן משהפכה למקרקעי הציבור, העברתה לגורם פרטי טעונה מכרז. נוסף על כך, נראה לנו כי תכנון ללא התנגדות אינו בגדר "צורך ציבורי" ולא יעמוד בביקורת שיפוטית. הניסיון למנוע התנגדויות אינו אלא פגיעה בזכות השמיעה, שאינו עומד במבחן משפטי כשלעצמו, ובוודאי אינו עילה לפגיעה בזכות הקניין.

ארוכות (לעתים אף עשרות שנים) במימוש מטרות ההפקעה. עם זאת, בהקשר זה חזקה על הרשות שביצועה של המטרה הציבורית צריך להיעשות באופן מהיר כדי לתת פתרון למצוקה, שהולכת וגוברת מדי יום.¹⁴¹

43. נראה לנו כי משהוכר צורך לאומי המצדיק הפקעה של מקרקעין, הוא כולל בחובו גם את לוחות הזמנים הנדרשים לשם ביצועו. יעד לאומי שיוגשם רק בחלוף שנים ארוכות נחשב ככזה שנזנח.¹⁴² ואכן, בעניין מח'ול סבר בית המשפט העליון כי הוצאתה לפועל של התוכנית באופן ריכוזי נהנית מיתרון לגודל, המביא להפחתת עלויות, ומאמצעי מימון נרחבים,¹⁴³ וכי "הדברים מקבלים משנה תוקף כשהמקרקעין הרלוונטיים מורכבים מחלקות המצויות בבעלויות שונות, שאז עשויות להיות לאפשרות המימוש העצמי עלויות עסקה כבדות עקב היתרון ממנו נהנה, במצב כזה, זה אשר מתעקש להיות האחרון המוסר את החזקה בחלקתו".¹⁴⁴

44. העברת מקרקעין מידיהם של רבים לידי של גוף אחד שיקדם את פיתוחם אינה נחלת דיני ההפקעות בלבד. סעיף 40 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, קובע כי אם שותף מבקש לפרק את השיתוף בקרקע שאינה ניתנת חלוקה בעין, אין הבעלים של המקרקעין המשותפים יכול להיאחז בקרקע, וזו תימכר לצד ג' שיביא לפיתוחה. בפסיקה הובהר כי "כלל גדול הוא בדיני המקרקעין שלנו שבעל משותף במקרקעין יכול לבקש את פירוק השיתוף בכל עת";¹⁴⁵ זכותו הקניינית של הבעלים אינה מגינה עליו מפני מכירת המקרקעין, המתחייבת מכוח הצורך בפירוק השיתוף, שכן פירוק השיתוף "מעודד ניצול יעיל יותר של המקרקעין, בעוד שהבעלות המשותפת מכבידה על פיתוח הנכס ופוגעת בסחירותו".¹⁴⁶ נמצא כי המחוקק העדיף את האינטרס הציבורי של פיתוח מקרקעי המדינה על פני האינטרס של

141 הלכה היא כי אל לה לרשות להתמהמה ולהשתהות עם מימוש המטרה הציבורית שלשמה מופקעים המקרקעין, שכן "אם אמנם קיים צורך ציבורי ביסוד ההפקעה, מורה האינטרס הציבורי כי צורך זה יבוא על סיפוקו בזמן המינימאלי האפשרי ולא ייגרר עד בלי די". ראו עניין מח'ול, לעיל ה"ש 67, פס' 17 והאסמכתאות המובאות שם. הגיונה של הלכה זו נכון גם כשיקול להפקיע מקרקעין הסובלים מ"בעיית הפעולה המשותפת".

142 ראו והשוו בג"ץ 174/88 אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, המרכז, פ"ד מב(4) 89 (1988); עניין מח'ול, לעיל ה"ש 67, פס' 15-20; עניין הלבין, לעיל ה"ש 93; ע"מ 9554/10 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חדרה נ' "חליפיו של יעקב רויכמן ז"ל" (פורסם בנבו, 29.1.2013); ע"מ 7946/16 הרץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה פתח תקווה (פורסם בנבו, 28.1.2018).

143 בג"ץ נוסייבה, לעיל ה"ש 9, פס' 8 לחוות דעתו של השופט אור.

144 דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 118-119; ליכט ולהבי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 119.

145 ע"א 47/78 חלקה 3 בגוש 6541 בע"מ נ' בן אפרים, פ"ד לב(3) 723, 727 (1978).

146 רע"א 1497/09 בעלי זכויות בחלקה 10 בגוש 6884 נ' ויסמן (פורסם בנבו, 25.7.2010).

הפרט להחזיק ברכושו. רציונל זה נכון לכאורה כהווייתו גם כאשר הרשות סבורה כי הניצול האופטימלי של המקרקעין ייעשה על ידי הפקעתם מגורם פרטי שאינו משתמש בהם לצרכים של דיור לציבור. גם במקרה זה יועדף הערך של ניצול משאב המקרקעין על פני הבעלות, ובלבד שיישמר אינטרס הבעלים לקבל את שוויים הכלכלי של המקרקעין.

(ב) שחרור קרקעות המדינה או ביצוע הבנייה למגורים על מקרקעיה

45. חלופה נוספת העומדת לרשות המדינה כפתרון למצוקת הדיור היא שחרור מלאי הקרקעות שברשותה לצורך בניית מגורים וכן ביצוע פרויקטים למגורים על קרקעות אלה. לעומת מדינות אחרות במערב, מדינת ישראל חריגה מאוד בהקשר זה, שכן היא מחזיקה בידיה 93% מקרקעות המדינה, אשר מנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י). לכאורה, בידי המדינה "לשחרר" קרקעות מן המלאי ולספק קרקעות לבנייה באופן שיקל ויסייע לפתרון מצוקת הדיור, בלי ליטול את "כבשת הרש" של הפרט.¹⁴⁷ מדינת ישראל אינה עושה כן, ולמצער אינה עושה כן בצורה מספקת. ביקורת על כך חזרה ונשמעה על ידי גורמים שונים. כך למשל, בדוח מיוחד שנערך על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת, אשר הוגש לוועדת הכלכלה של הכנסת ב-3.3.2008, נקבע כי רמ"י משווקת קרקעות "באופן מונופוליסטי, בטפטוף אטי ובמחיר מרבי בכל אזור, ולכן מחירי הקרקע בישראל גבוהים יחסית".¹⁴⁸ בדוח מיוחד של מבקר המדינה על משבר הדיור גם צוין כי "התכניות למגורים שהגישה רמ"י למוסדות התכנון במחוזות השונים לא תאמו את הגידול היחסי במספר משקי הבית באותם מחוזות", וכי "מועצת מקרקעי ישראל לא קבעה מדיניות ברורה בנושא שיווק קרקעות למגורים ולא קיבלה החלטות מפורשות בנוגע ליעדי השיווק".¹⁴⁹ חלק ניכר ממלאי הקרקעות המופיע בתכניות העבודה לשיווק של רמ"י ושל משרד הבינוי אינו זמין בפועל לשיווק, דהיינו נרשם פער גדול בין כמות יחידות הדיור הכלולות בתכנית העבודה ליח"ד המתפרסמות לשיווק".

קשה יהיה להצדיק נטילה שלטונית של מקרקעין מאזרחים לשם הקלה של מצוקת הדיור, בעוד המדינה עצמה מחזיקה ברוב המוחלט של הקרקע בישראל ובידיה לפתור את המצוקה בעצמה, על ידי כך שתזום את אותם פרויקטים לאומיים שיבוצעו – על מקרקעיה שלה. נראה אפוא כי מעשה כזה יהווה פגיעה לא מידתית בזכויות היסוד של האזרח.

147 ראו גם גונטובניק, לעיל ה"ש 75, בעמ' 105, שלפיו המקרקעין הציבוריים נועדו לשם הגשמת יעדים ציבוריים.

148 מצוקת הדיור בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4.

149 דוח ביקורת "משבר הדיור", לעיל ה"ש 1, בעמ' 11.

46. נראה כי הפקעה של מקרקעי הפרט כאשר יש בידי המדינה קרקעות משלה אינה הוגנת ואינה סבירה. יש לזכור כי אחד מן הרציונלים לחיוב המדינה לפצות את הפרט בגין הפקעה הוא מניעת התנהגות בלתי סבירה וניצול לרעה של כוח. הפנמתן של עלויות ההפקעה על ידי הרשות מתמרצת אותה להפעיל שיקול דעת הולם בטרם תבצע הפקעה הפוגעת בזכויות של בעלי מקרקעין.¹⁵⁰ במישור הרעיוני, כוח המדינה להפקיע מעורר את החשש שהמדינה תנצל כוח זה לרעה, ונהוג לראות את החובה לפצות במקרים של הפקעה כממתנת חשש זה. פיצוי בגין הפקעה מבטיח כי הרשות תפנים את העלויות הגלומות במעשה ההפקעה; מנגד, ללא חובת פיצוי עולה חשש שהמדינה תסב נזק לבעלי המקרקעין המופקעים העולה על התועלת שתצמח לאינטרס הציבור ממנה. בית המשפט הבהיר בעניין מסרי כי יש לחתור לפיצוי כספי מלא של הנפקע, שכן כאשר הרשות מפנימה את עלות הנזק שמסבה ההפקעה לנפקע בדמות תשלום פיצויים, ההנחה היא שהיא תימנע מהפקעות שבהן הפגיעה בפרט חמורה מאוד ועולה על התועלת הציבורית, שהרי המדינה תצטרך לשלם את ההפרש מכיסה.¹⁵¹ ובכן, בהתאם להיגיון זה, אם יש בידי המדינה קרקע שלה עצמה, שבאמצעותה היא יכולה להגשים את המטרות הציבוריות, איזה היגיון כלכלי יש בהפקעה שמחמתה צריכה המדינה לשלם כסף כפיצוי מלא לנפגע? אם, לעומת זאת, המדינה אינה משלמת פיצוי מלא, וזהו השיקול שלא להשתמש במקרקעיה שלה, הרי שבפנינו פגיעה בזכות הקניין שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

47. זאת ועוד, יש להביא בחשבון בהקשר זה גם את ההבחנה הבאה: כאשר עסקינן בצורך לאומי של בנייה למגורים, אין לכאורה הכרח להגשים את הצורך הציבורי על ידי ביצוע ההפקעה דווקא במיקום ספציפי. האינטרס הוא להרבות בבנייה – יהא מיקומה אשר יהא. ממילא, במבחן המידתיות קיים קושי לבצע הפקעה ולשלול את זכויות הקניין של הפרט, בייחוד כאשר יש בידי המדינה מקרקעין משלה, שבאמצעותם תוכל להגשים את מדיניותה בנוגע להספקת צורכי המגורים בישראל.¹⁵² שונים יהיו פני הדברים כאשר מתעורר צורך

150 דנ"א הורוויץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 294.

151 עניין מסרי, לעיל ה"ש 48, פס' 86 לחוות דעתו של השופט פוגלמן. ראו עוד אברהם בל וגדעון פרחומובסקי "דיני קניין" בתוך הגישה הכלכלית למשפט 339, 368–369 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012); לדיון בתכלית דומה ביחס לזכות לפיצוי בגין פגיעה הנובעת מתוכנית הקבועה בס' 197 לחוק התכנון והבניה ראו ע"מ 683/13 רשות שדות התעופה נ' טויטו, פס' 10 (פורסם בנבו, 3.9.2015); על החשיבות של פיצוי כאמצעי הפנמת עלויות של פעולת הרשות וריסונה ראו Lawrence Blume & Daniel Rubinfeld, *Compensation for Takings: An Economic Analysis*, 72 CAL. L. REV. 569, 620–622 (1984).

152 מבחינת שיקולי מדיניות, נראה כי שלילת קניינו של הפרט מחמת צרכים לאומיים סותר את הדרך שהותוותה על ידי המחוקק. סעיף 2 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, התשמ"ד–1984 קובע כי הממשלה אינה יכולה להפקיע השקעות פיננסיות של

בהפקעת מקרקעין באזור מסוים דווקא. כך למשל, מקרקעין באזור מסוים שייכים לגורם עוין ויש צורך לבצע הפקעה ולאכלס את האזור באזרחי המדינה, כדי לשמור על ביטחונה, או על אינטרסים לאומיים אחרים באזור מסוים זה. במקרה זה, הצורך הציבורי גורר עימות עם בעלי מקרקעין ספציפיים אלו ולא ניתן תמיד לספק אותו באמצעות מקרקעין השייכים למדינה. נראה אפוא כי ההפקעה במקרה כזה תעמוד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, אולם נראה כי אין להקיש ממקרה זה אל הכלל הרחב, שבו הצורך הציבורי אינו מתייחס למקרקעין המסוימים שאותם מפקיעים.

(ג) הפגיעה בזכות הקניין ממוזערת באמצעות פיצוי כספי

48. בבואנו לבחון את המידתיות של הפגיעה השלטונית, יש להביא בחשבון את העובדה שבצד הנטילה של המקרקעין ניתן לנפגע פיצוי כספי בגין המקרקעין שהופקעו ממנו. פיצוי זה מחויב מכוח הוראות החוק ומכוח הפסיקה¹⁵³ ויש בו כדי להפחית את היקף הפגיעה בזכות הקניין, שכן במקרה זה האזרח אומנם מאבד את הקרקע עצמה, אך שומר על ערכה המרכזי – שווייה הכלכלי.¹⁵⁴ לא אחת נעשה שימוש בכלי הפיצויים לבעל המקרקעין כאמצעי ליצירת איוון ראוי בין זכויות הקניין של הפרט לבין האינטרסים הציבוריים.¹⁵⁵ השופט חשין אף גרס בעניין ארידור כי "פיצויי הפקעה באים תחת נכס הקניין, ונועדים הם לתפוש את מקומו של הקניין. אופיים אופי של קניין הוא, אופי של נכס. תחת נכס המקרקעין שהופקע בא נכס שלבושו לבוש פיצויים הוא, ותוכו הוא נכס קניין. כספי הפיצויים הם תחלוף לקניין, וקווי אופי של הקניין עוברים – ולו בחלקם – אל הפיצויים שבידי הרשות".¹⁵⁶ בהתאם לעיקרון זה אפשר היה לכאורה לומר כי לא נפגעה זכות הקניין

הציבור וכן אינה יכולה לשנות לרעה את התנאים שנקבעו להן לפני תחילתו של החוק. הדברים נכונים לכאורה גם ביחס למקרקעין, שאזרחים רבים משקיעים בהם כ"פנסיה" וכחיסכון לעת מצוקה. ההכנסות הפסיביות מהשכרת מקרקעין דומות במהותן להכנסות פסיביות מחסכונות פנסיוניים. על כן, נראה כי מבחינת מדיניות יש לשלול פגיעה בזכויות קניין כדי לקדם מטרות כלל-משקיות.

153 הפיצוי בגין הפקעת מקרקעין מחושב אפוא, בדרך כלל, בהתאם לשווי המקרקעין שהופקעו, נכון למועד ההפקעה. פיצוי זה ייקבע על פי שווי שוק של המקרקעין דהיינו בהתאם למחיר הצפוי בעסקה שבין מוכר מרצון לקונה מרצון. ראו בהקשר זה ס' 12 (ב) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943; ע"א 8937/08 מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל נ' חביב אללה (פורסם בנבו, 1.12.2011); עניין פינקלשטיין, לעיל ה"ש 123; ע"א 133/83 מרכז מסחרי בני פ.י. בע"מ נ' מינהל מקרקעין ישראל, מחוז הצפון, פ"ד מ(4) 154 (1986).

154 עניין עזבון ארידור, לעיל ה"ש 62, בעמ' 459–460.

155 עניין מסרי, לעיל ה"ש 48, פס' 74 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.

156 עניין עזבון ארידור, לעיל ה"ש 62.

כלל, שהרי לא פגעו בקניין אלא החליפו נכס בנכס. ואולם, בעוד דברי השופט חשין נועדו להבהיר כי לפיצוי בגין ההפקעה יש אופי קנייני ולא נזיקי, לא נראה נכון לומר כי יש בפיצוי זה כדי לאיין את הפגיעה הקניינית. נכון יותר לראות בכך המתקת הגלולה בגין פגיעה זו, שבלעדיה לא תוכל לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁵⁷ בזכות הקניין יש יותר מאשר האינטרס לשמור על ערכו הכלכלי של הנכס בידי בעליו. אכן, בעת בחינת ההפקעה בהיבט של מידתיות יש בפיצוי הכספי הניתן לבעלים כדי למתן את הפגיעה בבעלות, אך ברור כי אין בפיצוי זה כדי להסיר לחלוטין את תוקף הפגיעה בזכות הקניין. בעניין הכשרת הישוב הבהיר בית המשפט העליון כי "הפיצוי הכספי מרכז את הפגיעה הכלכלית בבעל הקרקע, הגם שאין הוא נותן מענה לפגיעה באוטונומיה של הפרט כתוצאה מהכפייה הגלומה במעשה ההפקעה".¹⁵⁸ השופט ברק הבהיר בעניין בנק המזרחי:¹⁵⁹ "בדרך כלל הפקעה פוגעת בקניין. פיצוי נאות אינו מסיר את הפגיעה, אך הוא עשוי להיות חוקתי אם הוא מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה". כך גם ציינה השופטת דורנר בעניין הולצמן:¹⁶⁰ "הפקעת מקרקעין כשלעצמה פוגעת בזכות לקניין, אך הפקעה ללא פיצויים שווי ערך פוגעת בזכות במידה חמורה יותר". הדברים חדים עוד יותר בדברי השופט חשין בעניין קרסיק:¹⁶¹ "הבעלים זוכה אולי לפיצוי בממון על נזקו בממון, אך אין

157 כך ציין השופט דנציגר בע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל, פס' 51 (פורסם בנבו, 28.4.2010) "אם נבחן את הדברים בראי פסקת ההגבלה, הרי אף שנפסק כי פגיעה בקניין לצורך ציבורי הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ועשויה להיות לתכלית ראויה, כאשר מפיקעים מאדם נכס למטרה ציבורית בלא תשלום פיצויים הולמים ושווי ערך, יהא בכך, בדרך כלל, משום פגיעה בבעל הנכס מעבר לנדרש [...] משכך, נפסק כי הפיצוי משפיע על המידתיות של הפגיעה, שכן הוא מביא לצמצום הפגיעה בזכות הקניין כדי שלא תעבור את המידה הראויה, וכך משרת את תכליתו של חוק היסוד [...] במתן פיצוי בגין פגיעה אמנם אין כדי לבטל את הפגיעה בקניין, אך יש בו כדי לעשותה מידתית. לפיכך גם כאשר הרשות החליטה כי קיים אינטרס ציבורי המחייב פגיעה במקרקעין, הרי בעיקרון עליה ליתן פיצויים לבעלי הזכויות במקרקעין שנפגעו באופן המעמיד אותם באותו מצב כלכלי שבו היו בטרם הפגיעה".

158 ע"א 7043/14 חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל, פס' 10 (פורסם בנבו, 1.5.2016).

159 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 129, בעמ' 431.

160 עניין הולצמן, לעיל ה"ש 57, בעמ' 640.

161 קרסיק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 673. השופט חשין המשיך וציין שם כי "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: וַיִּדְבֹר אַחְזָב אֶל-נְבוֹת לְאמֹר תְּנֵה-לִי אֶת-פְּרִמֹךָ וַיְהִי-לִי לְגֶן-יֵזֶק כִּי הוּא קְרוֹב אֶצְל בֵּיתִי וְאֶתְנָה לְךָ תַחֲתֵיוּ כָּרֶם טוֹב מִמֶּנּוּ אִם טוֹב בְּעֵינֶיךָ אֶתְנֶה-לְךָ כֶּסֶף מְחִיר זֶה. וַיֹּאמֶר נְבוֹת אֶל-אַחְזָב חֲלִילָה לִי מֵה' מִתְּתִי אֶת-נַחְלַת אֲבֹתִי לְךָ (מלכים א, כא, ב-ג). העסקה שהציע אחאב לנבות

הוא זוכה ל-*quid pro quo* על הפגיעה בכבודו, באישיותו, באוטונומיה של רצונו, בחירותו". הפיצוי הכספי אינו נותן מענה לפגיעה באוטונומיה של הפרט כתוצאה של הכפייה הגלומה במעשה ההפקעה.¹⁶²

49. הנה כי כן, הפיצוי ממתיק את הגלולה אך אינו מבטל את הפגיעה בזכות הקניין. עסקינן בזכות שיש לה היבטים החורגים מן המסגרת הכלכלית, שכן הקניין אינו מתמצה רק בהיבט הפרטיקולרי של סיפוק צרכיו של האדם, ויש בזכות זו גם משום ביטוי חיצוני לחירותו ולאישיותו של אדם,¹⁶³ ולדעת הגל אף לתבונתו.¹⁶⁴ לאמיתו של דבר, עסקינן

הייתה, לכאורה, עסקה הוגנת: תחת הכרם שייתן יקבל נבות 'כָּרֶם טוֹב מְּנוּגוֹ' או 'כָּסֶף מְּחִיר זָה'. ואולם, נבות אינו מתעניין לא ב'כָּרֶם טוֹב מְּנוּגוֹ' אף לא בפיצויי-כסף. 'תְּחִילָה לִּי מֵהַ מְּתִי אֶת-נְחֻלַּת אֲבֹתַי לְךָ'. כך גם ציין השופט גולדברג בבג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309 (1996): "תשלום פיצויים אכן ממזער את הפגיעה הכלכלית הנובעת מהפקעת הקרקע, אולם הוא אינו מאיין את הפגיעה הרגשית שהיא מנת חלקו של מי שנושל מאדמתו". הטעם לכך הוא, כפי שמציין פרופ' יהושע ויסמן, לעיל ה"ש 109, בעמ' 115: "[...] אין לך תחליף מלא לחלקת אדמה כלשהי [...] המשפט מתחשב בהיבט זה של המקרקעין ומשתדל שלא לנשל אדם ממקרקעיו, ושלא ליצור מצב שבו יאלץ בעל קרקע לקבל פיצוי כספי כתחליף למקרקעין".

עניין הכשרת היישוב, לעיל ה"ש 158, פס' 10.

162 בעולמה של חסידות מצינו כי קניינו של אדם "קשור בשורש נפשו". ראו למשל רבי צדוק הכהן מלובלין **צדקת הצדיק** אות פ"ו: "כל מה שהוא קניין האדם [...] הכל הוא משורש נפשו"; **בצדקת הצדיק** (אות צ"א) מכונה הקניין "מחלקי חיותו". המהר"ל, בספרו **נתיבות עולם** (נתיב הצדקה פרק ה'), מציין כי באדם יש שלושה חלקים: גוף, נפש וממון "כי הממון של האדם נחשב חלק האדם" (לכן אומרים אנו כי תשובה (צום כנגד הגוף) ותפילה (קול כנגד הנפש) וצדקה (ממון) מעבירים את רוע הגזירה, ובספר שפתי כהן על במדבר פרק ט"ו פסוק כ"א מבואר בדרך זו הציווי של "ואהבת את ה' אלוקיך בכל לבבך (גוף), ובכל נפשך (נפש) ובכל מאודך (ממון)). המהר"ל מבאר את דבריו אלה ב**נתיב גמילות חסד** פרק ה': "כי גם הממון נכנס בגדר האדם, לפי שהממון הוא חיותו". רבי נתן שטרנהארץ (תלמידו של רבי נחמן מברסלב), בספרו **לקוטי הלכות** (חושן משפט הלכות מתנה ומתנת שכיב מרע הלכה א), מסביר בהתאם לכך באופן מרהיב את ההלכה שמתנה של "שכיב מרע" (דהיינו מי שסבור כי באה שעתו והוא מצווה לאחרים את כל נכסיו בלי להותיר לעצמו מאומה) אינה טעונה מעשה הקניה ודי בדיבור (ובלשון חז"ל: "דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו"). ההסבר הוא שנכסים של אדם קשורים בשורשי נשמתו, וממילא יש צורך במעשה קניין, כדי שנכס ייצא "משורש נפשו אל חברו". "ועל פן השכיב מרע שמתנתו רק לאחר מותו ואין יוצא הנפש ונבדלת מן העשירות, פי לא במותו יקח הפל (תהלים מט), ומה חפצו בביתו אחריו, דהיינו שלא נשארו לו שום חפץ ורצון שהוא בחינת נפש בביתו אחריו דהיינו בביתו ורשותו שהם נכסים שלו, על פן בדיבור בעלמא נקנה המתנה לחברו במתנת שכיב מרע, פי בקל הדבר נכנס לרשות חברו לאחר מיתת השכיב מרע מאחר שאין שרש נפשו שם". לדעת רש"י, זכות הקניין גוברת אף על ערך החיים, במובן זה שאסור לאדם להציל את עצמו על ידי הקרבת ממון חברו,

בעיקרון עתיק יומין, שאותו מצינו כבר בתלמוד הבבלי, שלפיו "אדם רוצה בקב [=כמות קטנה] שלו [=יותר מאשר] תשעה קבים של חברו".¹⁶⁵ אדם יעדיף בדרך כלל להישאר עם חלקת האדמה הקטנה שלו מאשר לקבל רוב ממון מחברו. נוכח חשיבותו המיוחדת בתרבות האנושית של נכס מקרקעין, אמרו חכמים: "קפוץ זבין ארעא [=קפוץ וקנה קרקע]"¹⁶⁶ – ולא נאמר להפך (מכור קרקע וקבל כסף). ממילא מובן כי אף על פי שייתכן כי התכלית הסובייקטיבית של רבים מבעלי הקניין היא כלכלית, אין בפיצוי כספי כדי להביא לאיון הפגיעה בזכות הקניין, שכן לזכות זו תכלית אובייקטיבית נעלה יותר.

50. הדברים נכונים במיוחד בשים לב לכך שהפיצוי הכספי בגין הפקעה אינו פיצוי מלא.¹⁶⁷ אף על פי שהפסיקה קבעה את הזכות ל"פיצוי נאות" בגין ההפקעה, הרי שבפועל פיצוי הפקעה המשולמים מכוח דיני ההפקעה אינם מיטיבים את מלוא הנזקים שהסבה

שלא בהסכמתו. לעניין זה ראו אברהם וינרוט החיים בהלכה – עקרונות יסוד ומקרי גבול פרק ג 129–153 (2010).

164 גיאורג וילהלם פרידריך הגל פילוסופיה של המשפט: קווי יסוד לפילוסופיה של המשפט 55–56 (גדי גולדברג מתרגם, תשע"א).

165 בבלי, בבא מציעא לח, ע"א.

166 בבלי, יבמות סג, ע"א.

167 ליכט ולהבי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 106–107. אכן, הפקעות "לצורכי ציבור" כהגדרתן בס' 188 (ב) לחוק התכנון והבניה, שאינן לצורך דרכים, מגרשי משחקים ונופש, ענייני חינוך, תרבות ובריאות, יש לשלם פיצויים מלאים החל מהמ"ר הראשון שהופקע. ואולם, קיימות בחוק הוראות שונות המאפשרות לרשות להימנע מפיצוי כספי מלא. כך למשל קובע ס' 190 (א) לחוק התכנון והבניה כי (ביחס להפקעות למטרות המנויות בס' 190(א)) לא ישולמו פיצויי הפקעה בגין 40 האחוזים הראשונים מהמגרש שבו בוצעה ההפקעה. בעניין הולצמן (לעיל ה"ש 57) אכן נקבע כי הוראות ההפחתה הללו לא יחולו כאשר מופקעים מקרקעין בשלמותם, שכן בעקבות הפקעת מקרקעין בשלמותם לא צפויה לבעליהם כל הנאה שהיא מפיתוח יתרת המקרקעין. הפחתה מעין זו חורגת על כן מהיקף החובה שראוי להטיל על הפרט מכוח אחריותו החברתית, וככזו אין היא מקיימת את דרישות פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ברם, הלכת הולצמן לא הוחלה ביחס להפקעה חלקית, ובע"א 3819/01 מדינת ישראל נ' אסלן (פורסם בנוב, 27.12.2004) ציין הנשיא ברק כי הלכת הולצמן אינה נוגעת לעצם האפשרות להפקיע 40 אחוזים משטחה של חלקה לצורכי ציבור, כאשר זו אינה מופקעת בשלמותה. במסגרת תיקון מס' 3 לפקודת הקרקעות, משנת 2010, נקבע כי יש להותיר על כנו את הסדר הפטור הקבוע בס' 190(א)(1) לחוק, כך שזה יחול אף במקרים שבהם לא הושבחה יתרת החלקה. התיקון ביטל את ההוראה בפקודת הדרכים בדבר מתן פטור מפיצוי ביחס לרבע הראשון (25%) שהופקע מחלקה, שהיה קבוע בס' 7 לפקודת הדרכים. ואולם, בס' 13 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד–1964, הוראות סעיף 20 לפקודת הקרקעות תוספנה לחול על הפקעה לפי הוראות חוק התכנון והבניה (ושל הרשות המקומית לפי ס' 22(2) לפקודת הקרקעות).

ההפקעה לבעל הקרקע המופקעת.¹⁶⁸ כך למשל, פיצויי ההפקעה נישומים למועד ההפקעה ולא למועד התשלום, ואין בהכרח מתאם בין תשלום הפיצויים בצירוף הפרשי הצמדה וריבית לבין ערך הנדל"ן בעת תשלום הפיצויים.¹⁶⁹ כמו כן, הפיצוי הכספי אינו מביא בחשבון את פוטנציאל ההשבחה של הקרקע, שהוא בשעת ההפקעה בלתי ממומש, כגון בדרך של הגדלת אחוזי הבנייה.¹⁷⁰ נוסף על כך, בעל הקרקע אינו זכאי לפיצוי בגין הרכיב הרגשי (עוגמת הנפש שנגרמה לו), שנפגע מעצם הפקעת בעלתו במקרקעיו באופן כופה.¹⁷¹ כמו כן, הפיצוי בגין ההפקעה מחושב לפי שווי שוק של הקרקע ואינו מביא בחשבון את ערכה האישי-סובייקטיבי לבעליה, למשל כשמופקע בית מגוריו או קרקע המעובדת בידיו או בידי משפחתו והוא מייחס לה ערך רגשי.¹⁷² כמו כן, הבעלים אינו זכאי לפיצוי נוסף בגין מס שבח מקרקעין שישלם מפיצויי ההפקעה שיקבל ואשר כתוצאה ממנו סכום הפיצוי נטו שיוותר בידיו לא יאפשר לו לקנות נכס שווה ערך לנכס שהופקע מידיו.¹⁷³

51. נראה אפוא כי אף על פי שהפקעת המקרקעין נעשית אגב מתן פיצוי כספי, אין בכך כדי לעמוד בדרישת המידתיות ויש לבחון את היחס הראוי שבין התכלית הציבורית לבין הפגיעה בזכויות הקניין של הפרט.¹⁷⁴

(ד) המודל התאגידי של להבי וליכט

52. במאמרם "הפקעת מקרקעין לייעודים נושאי רווח: הצעה למודל תאגידי" מציעים להבי וליכט מודל שיאפשר הפקעה כאמור מחד גיסא, ומאידך גיסא ימזער את הפגיעה בזכות הקניין של בעלי המקרקעין, שהרווח היזמי של בניית שימושים רווחיים, כגון מסחר

- 168 עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44.
 169 קמר, לעיל ה"ש 7, כרך ב בעמ' 689-690.
 170 נמדר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 34-35; עניין חביב אללה, לעיל ה"ש 153, פס' 21.
 171 ראו יפעת הולצמן-גזית "בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי: פיתוחם של דיני הפקעת מקרקעין בפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים" עיוני משפט כט 311, 314 (2006) (להלן: הולצמן-גזית "פיתוחם של דיני הפקעה").
 172 ראו למשל ע"א 6675/10 חקיקי נ' החברה הלאומית לדרכים מע"צ (פורסם בנבו, 20.1.2014); קמר, לעיל ה"ש 7, כרך ב בעמ' 709; דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 126; הולצמן-גזית "פיתוחם של דיני הפקעה", לעיל ה"ש 171, בעמ' 314. בהקשר זה יצוין כי הקושי להעריך את הנזק האישי אינו מצדיק שלא לשלם פיצוי בגינו, בדומה לפיצוי שדיני הנזיקין מעניקים בגין כאב וסבל. ראו דגן על פרשת דרכים, שם, בעמ' 131; Gideon Parchomovsky & Peter Siegelman, *Selling Mayberry: Communities and Individuals in Law and Economics*, 92 CAL. L. REV. 75, 139-142 (2004).
 173 קמר, לעיל ה"ש 7 בעמ' 811-812.
 174 ראו להלן פרק ד.3.

או מגורים, נגזל מהם.¹⁷⁵ הצעתם היא שקודם להפקעת המקרקעין יוכלו בעלי המקרקעין לבחור בין האפשרות לקבל פיצוי כספי (האפשרות הקיימת בחוק) לבין הקצאת מניות בחברת פיתוח, שמטרתה תהיה שיווק המקרקעין לכל המרבה במחיר לשם ביצוע הפרויקט המיועד. על פי החלופה השנייה יהפכו בעלי המקרקעין שותפים של המדינה ברווחים הגלומים בפרויקט המגורים. על פי מודל זה הופך בעל המקרקעין לבעל מניות בתאגיד שנשלט על ידי המדינה, והיא אשר מכתיבה את פעולותיו.

53. מודל זה נראה לנו בעייתי מטעמים מעשיים, שכן הקצאת מניות לבעלי קרקע בתאגיד שיפתח את המקרקעין יצריך שיתוף פעולה בין המדינה ובין בעלי מקרקעין רבים וכן מעקב ופיקוח של האזרח ובית המשפט אחר פעולות הרשות בפרויקט רחב-היקף ומורכב. מכל מקום, לצורך הדיון בסוגיה דנא, נראה כי מודל זה דומה במהותו למודל הפיצוי הכספי. עשוי להיות בו מענה לחלקיות הפיצוי הכספי שניתן לבעלי המקרקעין בכך שהוא מאפשר לבעלי המקרקעין להיות שותפים להשבחתם, אולם אין בו כדי לתת מענה על הפגיעה בהיבטים אחרים של זכות הקניין, שעליהם עמדנו. ואכן, להבי וליכט מכירים בכך שאין במודל זה כדי לאיין את הפגיעה בזכות הקניין אלא כדי להפוך אותה למידתית יותר. אם כן, גם הפקעה על פי המודל התאגידי של להבי וליכט תידרש לעמוד במבחן המידתיות, הכולל בחינה של חלופות פוגעניות פחות וכן בחינה של היחס הראוי שבין התועלת הציבורית המופקת לפגיעה בזכויות הפרט.

3. היחס הראוי בין התועלת הציבורית לנזקו של הפרט

54. מבחן היחס הראוי בין התועלת הציבורית לנזקו של הפרט "מחייב שקילת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק לפרט בהפעלת האמצעי".¹⁷⁶ האמצעי שנקבע בחוק, או שנעשה בו שימוש בהסכמה על פי חוק, "צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית".¹⁷⁷ בחינת היחס הראוי בין התועלת הציבורית לפגיעה בזכויות הפרט תיעשה באמצעות בחינת השאלות הבאות: מה יהיה הדין אם השימוש באמצעים האחרים שפגיעתם פחותה יגרור הוצאה כספית גדולה יותר? האם השימוש באמצעים אחרים שפגיעתם פחותה יביא לפגיעות בזכויות או באינטרסים חברתיים אחרים שמחוץ למטרה הציבורית?¹⁷⁸

175 ליכט ולהבי, לעיל ה"ש 17.

176 ברק מידתיות, לעיל ה"ש 130, בעמ' 419.

177 ש.ס.

178 ראו והשוו שם, בעמ' 419.

55. בכל הנוגע לשאלה הראשונה, נראה כי גם אם עלות הפיצוי לבעל מקרקעין זולה משימוש במקרקעין המדינה, אין בכך כדי לעמוד כנגד החובה להימנע מפגיעה בזכויות אדם. נקודת המוצא היא ש"הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית".¹⁷⁹ לכן נקבע כי "כאשר מדובר בשיקול כספי בלבד, כי אז ניתן לומר שהחברה צריכה לשלם את המחיר",¹⁸⁰ שכן נוחות מנהלית או חיסכון כספי אינם, כשלעצמם, יעדים חברתיים המצדיקים פגיעה בזכות אדם או הגבלתה.¹⁸¹ השאלה היא אפוא מה יהא במקרה שבו אין מדובר בשיקול כספי בלבד, כי אם בקושי לממש את המטרה הציבורית במהירות וביעילות. כפי שצינו לעיל,¹⁸² הצורך במימוש מהיר של המטרה הציבורית הוא שיקול רלוונטי וראוי להפקעה, תוך פיצוי חלף האפשרות למימוש עצמי (להבדיל מהאפשרות למימוש המטרה הציבורית במקרקעין המדינה).

56. בכל הנוגע לשאלה השנייה, נראה כי לא זו בלבד שהשימוש בחלופות האחרות (ביצוע עצמי או בנייה במקרקעין מדינה) למימוש המטרה הציבורית יביא לפגיעה בזכויות אחרות, חיצוניות למטרה הציבורית, אלא יש בכך גם כדי למנוע פגיעה בעקרון השוויון במימון הצרכים הציבוריים.

הפקעה היא, כאמור, פעולה הדומה במהותה למיסוי – בשתייהן עסקינן בנטילה מאת היחיד למימון צורכי הכלל. על שתי הפעולות יש להחיל את עקרון השוויון במימון הצרכים הציבוריים, שלפיו יש להבטיח מימון שוויוני של השירותים הציבוריים הדרושים.¹⁸³ דברים

179 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 528 (1994).

180 עניין מילר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 127.

181 לעיל ה"ש 172. כך למשל בבג"ץ 5263/94 הירשנזון נ' שר האוצר, פ"ד מט' (5) 837, 845 (1996) קבע בית המשפט העליון כי "מקום בו מפקיע השלטון זכות קניין של הפרט למען צורכי הציבור, זכותו של הפרט היא לקבל פיצוי נאות על הפגיעה בו, והטענה שחובת הפיצוי מעמיסה על השלטון נטל כספי שאינו יכול לעמוד בו, לאו טענה היא".

182 לעיל פרק ד.2 (א).

183 דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון 187–188 (1994). שם, בעמ' 209, עמדה לוינסון-זמיר על ההבחנה בין מטרות ההפקעה המנויות בס' 188 (ב) לחוק התכנון והבניה, שבו ההפקעה מחייבת פיצוי מלא, לבין המטרות המנויות בס' 190 (א) לחוק, שבו הוועדה המקומית רשאית להפקיע בלי לפצות את הנפקע באופן מלא, בכך שבס' 188 (ב) עסקינן במטרות שאינן משרתות דווקא את הנפקע, כגון שמורות טבע, עתיקות, שדות תעופה, נמלים, מזחים, תחנות רכבת, תחנות אוטובוס, בתי קברות, תחנות משטרה, תחנות לשירות כיבוי אש ומזבלות. אלו דוגמאות מובהקות לשימושים המשרתים אנשים רבים, ובהפקעה לצורך שימושים כאלה אין הצדקה להטיל דווקא על פרטים מסוימים לממנם. לעניין זה ראו גם רחל אלטרמן "הפקעות קרקע לצורכי ציבור ללא תמורה לפי חוק התכנון והבניה לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965 – לקראת הערכה מחדש" משפטים טו 179, 206–207.

דומים קבע הלורד דנינג בפסק הדין הידוע בעניין *Bromely*.¹⁸⁴ בפסק דין זה נדונה החלטה של מועצת העיר לונדון לעמוד בהבטחת בחירות ולהזיל תעריפי תחבורה ציבורית המשרתת תושבים המגיעים מחוץ לעיר לונדון, שדבר שהיה כרוך בהעלאת מיסים לציבור תושבי העיר. הלורד דנינג קבע כי יש בכך משום הפרה של חובת האמון המוטלת על הרשות. לדבריו, חובת אמון זו אוסרת העדפת אינטרס של אזרח אחד על פני זולתו באופן לא הוגן. במקרה זה, חוסר ההגינות הוא בכך שהחלטה מעדיפה את טובתו של ציבור מסוים (ציבור הנוסעים) על חשבוננו של ציבור אחר (ציבור משלמי המיסים).¹⁸⁵ בדומה לכך, גם הפקעתם של מקרקעין מפרט אחד לטובת שימושו של פרט אחר אינה צודקת ומפרה את חובת הרשות לאזן בין האינטרסים שעליהם היא מופקדת. הפקעה כזו הופכת למעין מס המוטל על בעל הקרקע באופן לא שוויוני.¹⁸⁶

57. אימוץ עיקרון זה בדיני ההפקעות מניב שורה של מסקנות.¹⁸⁷ לוינסון-זמיר,¹⁸⁸ למשל, עמדה על ההבחנה החשובה הבאה, אשר התקבלה בפסיקה בית המשפט העליון:¹⁸⁹ מקום שבו מפקיעים מאדם קרקע כדי לשרת צרכים של הקהילה שבה מצויה הקרקע, הוא מקבל תועלת הנובעת מכך שהוא נמנה עם בני אותה קהילה, וממילא יש בכך כדי לחפות על העובדה שהפיצוי מוגבל. לעומת זאת, אם הקרקע מופקעת כדי לשרת צרכים של בני קהילה אחרת, הרי שבהיעדר פיצוי מלא נמצא כי הוטל מס לא שוויוני על בעל הקרקע שהופקעה. נמצא כי הפקעה ללא פיצוי לשימושים כלל-ארציים, לעומת שימושים קהילתיים שמהם יינה גם בעל הקרקע המופקעת, עומדת בניגוד לעקרון השוויון במימון, שלפיו אפשר

(1985). עם זאת, ההבחנה אינה חדה, שכן ייתכן כי מבני חינוך לא ישרתו אדם מבוגר ומבנה דת לא ישרת אתאיסט, ואילו תחנת משטרה או כיבוי אש עשויות לשרת את כולם.
184 Bromley London Borough Council v. Greater London Council: HL 17 Dec 1981. לניתוח מפורט של פסק דין זה ראו אבי וינרוט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המינהלי (תשנ"ה) (להלן: וינרוט חברות ממשלתיות).
185 שם, בעמ' 70.
186 הפגיעה בשוויון כונתה בפסיקה במילים "הרע מכל רע". ראו דברי השופט חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996).
187 חנוך דגן "מבט חדש על מקרקעי ישראל" בתוך מקרקעין בישראל 11 (חנוך דגן עורך, 1999).
188 לוינסון-זמיר, לעיל ה"ש 183.
189 ראו למשל ע"א 3159/09 חברת רכבת ישראל בע"מ נ' בית עדה, פס' נב (פורסם בנבו, 28.4.2013); עניין רוטמן, לעיל ה"ש 44, פס' 99. דברים דומים ציינה השופטת אוקונר בעניין עניין *Kelo*, לעיל ה"ש 2: "While the Takings Clause presupposes that government can take private property without the owner's consent, the just compensation requirement spreads the cost of condemnations and thus prevents the public from loading upon one individual more than his just share of the burdens of government".

להטיל על בעל מקרקעין לממן את צורכי הציבור הדרושים לאזור שבו מצויים המקרקעין, אך אי-אפשר לדרוש ממנו לממן שימושים שישרתו אוכלוסייה באזור אחר.

58. לגישתנו, הגיונם של דברים אלה נכון כהווייתו גם ביחס לפעולת ההפקעה עצמה, ולא רק ביחס לפיצוי בגינה. זכות הקניין מגלמת יותר מאשר אינטרס כלכלי צר לקבל את שווייה הכספי של הקרקע. לכן, גם במקרה שבעל הקרקע מפוצה, ובייחוד כאשר מדובר בפיצוי חלקי, נפגעת זכות הקניין הפרטי. פגיעה זו מוצדקת רק כאשר מדובר בהפקעה לתועלת הציבור שעומו הוא נמנה ולצורכי קהילתו. ואולם, כאשר שאר הנהנים מהשירות לא השתתפו כלל בעלותו, וכן מקום שבו מבקשים להפקיע לשם הגשמת צורך של אוכלוסייה המצויה במקום אחר, או כאשר אין התאמה יחסית בין הרכישה לבין היזקקותו של בעל המקרקעין לשימוש המיועד בקרקע המופקעת – נמצא כי הבעלים הפרטי שהקרקע שלו הופקעה מממן צרכים ציבוריים שמהם אינו נהנה.

בהתאם לכך נראה כי הפקעה לצורך בניית מגורים מפרה את האיזון בין זכות הקניין של הפרט לבין צורכי הציבור, שכן אין לבעל המקרקעין המופקעים יכולת ליהנות מייעודם החדש של המקרקעין. משכך, ההפקעה פוגעת גם בעקרון השוויון, אשר בא לידי ביטוי גם במימון הצרכים הציבוריים.

59. זאת ועוד, בעניין מסרי ציין בית המשפט העליון כי עקרון השוויון דורש לנהוג באחידות ביחס הרשות כלפי בעלי מקרקעין באותו אזור.¹⁹⁰ אותו עיקרון שחל ביחס של המדינה אל בעלי קרקע שונים מחייב גם כי יחול שוויון בנטל בין המדינה כבעלת קרקע לבין היחיד כבעל קרקע. אין בהקשר זה הבדל בין יחיד לציבור, והמדינה כבעלת נכסים (Fiscus) חייבת לשאת בנטל בדיוק כשם שהיחיד חייב בכך. יתר על כן, זכויות הקניין של המדינה נופלות מאלו של הפרט, שהרי הפרט רשאי לראות בזכות הקניין ביטוי לאישיותו הפרטית ודרך לבטא את חירותו, לרבות החירות לנהוג בשרירות. לעומת זאת, לרשות הציבורית אין משלה ולא כלום, וכנאמן של הציבור עליה לעשות ברכוש זה את מה שמחייב האינטרס הציבורי.¹⁹¹ ממילא, כשיש צורך לאומי, מן ההכרח להשתמש במקרקעין אלה כדי

190 עניין מסרי, לעיל ה"ש 48, בעמ' 187. מכוח עיקרון זה נקבע כי נדרש שהפרטים שמהם הופקעו המקרקעין יהיו הצרכנים העיקריים של מטרת ההפקעה (שם, בעמ' 191, 197), שאם לא כן, עולה החשש כי בעוד פרט בודד יישא בנטל החברתי שמבקשת ההפקעה להגשים, יתר הפרטים בחברה יהיו "טפילים" או "טרמפיסטים" (free riders), שיהנו מהתכלית הציבורית שמבקשת ההפקעה להגשים מבלי שישאו בנטל הכרוך בכך.

191 כך למשל ציין השופט חיים כהן בבג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו, פ"ד טו(1) 210 (1962): "בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה, נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שוויים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו

להגשים את הצורך האמור, שהרי לכך נועדה זכות הקניין של המדינה. יתרה מכך, עמדנו לעיל על הבחנה שערך הנשיא ברק בעניין הולצמן בין מימוש פנימי של האחריות החברתית הגלומה בזכות הקניין, שאז יש לפטור מהצורך לבחון את מידתיות ההפקעה, לבין מימוש חיצוני של האחריות החברתית, אשר יחייב בחינה מידתית ואיזון בין אינטרסים מנוגדים. מקום שבו עסקינן במקרקעין של המדינה, נראה כי הצורך הלאומי הוא מימוש פנימי של האחריות החברתית הגלומה בזכות הקניין. ואילו באשר למקרקעין של הפרט, צורך לאומי כזה, שאין בו כדי לפתח את המקרקעין באותו אזור, הינו מימוש חיצוני של האחריות החברתית. בלאו הכי אין שוויון בין זכויות הקניין של הפרט ושל המדינה, ויש להעדיף את נטילת מקרקעי המדינה על פני נטילת מקרקעי הפרט. נראה כי לא זו בלבד שהשימוש בחלופות האחרות למימוש המטרה הציבורית יביא לפגיעה בזכויות אחרות, חיצוניות למטרה הציבורית, אלא יש בכך כדי למנוע פגיעה גם בעקרון השוויון. זהו אפוא שיקול נוסף התומך בשלילת האפשרות ליטול את מקרקעי הפרט לטובת בניית מגורים.

ה. סיכום ומסקנות

שְׁנֵי אֲנָשִׁים הָיוּ בְּעִיר אַחַת, אֶחָד עֶשְׂרִי, וְאֶחָד רֶשֶׁת. לְעֶשְׂרִי, הָיָה צֶאֱן וּבָקָר
הַרְבֵּה מְאֹד. וְלָרֶשֶׁת אֵין כֹּל, כִּי אִם כֶּבֶשׂה אַחַת קִטְנָה אֲשֶׁר קָנָה, וַיִּחְיֶה, וַתִּגְדֵּל
עִמּוֹ וְעַם-בְּנָיו יִחְדָּו. מִפְתּוֹ תֹאכַל וּמִכֶּסֶׁת תִּשְׁתָּה, וּבְחִיקוֹ תִשְׁכַּב, וַתִּהְיֶה-לוֹ,
כֶּבֶת. וַיָּבֵא הַלֵּךְ, לְאִישׁ הָעֶשְׂרִי, וַיִּחְמַל לְקַחַת מִצֵּאֵנוֹ וּמִבְּקָרוֹ, לְעֲשׂוֹת לָאִרְחַ
הַבָּא-לוֹ. וַיִּקַּח, אֶת-כֶּבֶשֶׁת הָאִישׁ הָרֶשֶׁת, וַיַּעֲשֶׂהָ, לְאִישׁ הַבָּא אֵלָיו.

שמואל ב, יב 1-4

60. הפקעה מן הפרט אל הפרט אפשרית לכאורה מבחינה לשונית. פקודת הקרקעות וכן חוק התכנון והבניה מסמיכים את שר האוצר לקבוע "צורך ציבורי" או "מטרות ציבוריות", ולשון זו עמומה ועשויה להכיל קשת רחבה של צרכים או מטרות שאפשר להגדירם כציבוריים. בכלל זה נכללת גם הפקעה מן הפרט אל הפרט אשר תכליתה לקדם אינטרס

של בית משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה. ראו גם וינרוט חברות ממשלתיות, לעיל ה"ש 184, בעמ' 485-486; בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 64 (פורסם בנבו, 29.08.2002); בג"ץ 1836/16 פירט נ' מדינת ישראל רשות מקרקעי ישראל, פס' 37 (פורסם בנבו, 15.1.2018).

לאומי חשוב של הספקת דיור. הלשון סובלת אפוא פרשנות לכאן ולכאן. בסוגיה זו אין בארץ ניסיון מעשי, שממנו אפשר ללמוד, וגם הניסיון בארצות הברית ובאנגליה אינו מספק, לאור חילוקי הדעות הקוטביים המצויים שם ושעליהם עמדנו. גם מבחינת מדיניות משפטית נראה כי כפות המאזניים מעוינות, שכן דיור הוא צורך אנושי חשוב, העולה כדי זכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר. על כן, הפקעה מן הפרט לצורכי דיור מציבה בפנינו שני אינטרסים מנוגדים, אשר שניהם נוגעים לזכויות אדם. מצד אחד, ניצבת זכות הקניין של הפרט אשר מפקיעים את מקרקעיו, וזכות זו מוגנת במסגרת סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מצד אחר, בפנינו זכות לרווחה כלכלית, הכוללת בראש ובראשונה דיור של הפרט אשר המקרקעין מיועדים למצוא לו מענה.

61. התאוריה הניצבת בבסיס דיני ההפקעות אינה מלמדת מהי הדרך הנכונה להכרעה בסוגיה זו. ההנחה שבבסיס ההפקעה היא שהפרט מסכים מראש להפקעה, מכוח המחויבות שלו כלפי הקהילה ולנוכח העובדה שהאינטרסים הציבוריים משרתים גם אותו. ברם, הפקעה לצורך בניית מגורים לפרטים אחרים חורגת לכאורה מקשת שיקולים זו, שכן המדינה נוטלת קרקע מאזרח אחד ומעבירה אותה לפרטים אחרים, בעוד בהפקעות לצרכים ציבוריים "קלסיים", כגון כבישים, רכבות, חשמל, מים וכו', המקרקעין עוברים מהפרט לידי הרשות המפקיעה. בניגוד להפקעות לצורכי ציבור "קלסיים", המקרקעין המופקעים לעולם לא ישמשו גם את האזרח שממנו הופקעו. אין לו כל תועלת בהם, שהרי לא יוכל להשתמש בדירת מגורים של אזרח אחר וגם לא יפיק תועלת ממשית מהעובדה שלפרטים אחרים יהיה מקום מגורים. לעומת זאת, אפשר לומר כי הפרט הנפקע מחויב חברתית גם לצרכים הסוציאליים של הכלל לסייע למי שאין באפשרותו להשיג דיור הולם, שהרי הוא חלק מקהילה שאמורות להיות בה סולידריות ומחויבות הדדית לקיום זכויות היסוד של החברים בה. נראה שגם הסכמה זו נכללת באמנה החברתית של בני החברה, שלפיה מקבל על עצמו מראש כל אחד מבני החברה לוותר במידת מה על זכויותיו,¹⁹² כדי שלא ייווצר מצב שבו נשללות זכויות לקיום בכבוד של שאר בני החברה. לכן, כשם שגובים מס מן הפרט ושוללים את זכות הקניין שלו, כדי לאפשר רווחה מינימלית של בני החברה, כך אפשר להגדיר הפקעה המיועדת לצרכים אלו "צורך ציבורי".

62. התאוריה הניצבת בבסיס דיני הקניין כוללת אף היא שתי גישות המובילות למסקנות שונות בעניין דנא. הגישה האחת גורסת כי בתחום קניינו הפרטי הוא אדון מלא לעצמו, וזכות הקניין היא המתחם שבו האדם הפרטי יכול להביא לידי ביטוי רצונו האינדיווידואלי, אף בשרירות לב כלפי צורכי הזולת. לפי גישה זו, ההפקעה מן הפרט אל הפרט, שאינה תורמת לנפקע מאומה בתחום הכלכלי ואף אינה משרתת את הציבור בכללותו, אינה ראויה.

192 הנחה זו אינה נקייה מספקות, למשל כאשר מופקע מאדם נכס המקרקעין היחיד שלו.

לעומת זאת, יש גישה הרואה בזכות הקניין תחום שבו הפרט פועל במסגרת הקהילה, ולכן הוא מושא לזכויות אך גם לחובות. בהקשר זה, אפשר בהחלט לגרוס כי הפרט נושא גם בחובות חברתיות וסוציאליות כלפי הקהילה, ולכן ראוי לבצע הפקעה שיש בה כדי לפתור מצוקה חברתית של מחוסרי דיור.

63. בית המשפט העליון לא הכריע במחלוקת בין שתי הגישות האמורות ביחס למהות הזכות הקניינית. ואולם, בפסק דין הולצמן הבחין הנשיא ברק בין מקרים של "מימוש פנימי" של האחריות החברתית הגלומה בזכות הקניין, לבין "מימוש חיצוני" של חובות אלו. מימוש של ערכים קהילתיים פנימיים לזכות הקניין מצוי במקרים שבהם עסקינן בהפקעה לצרכים ציבוריים שיש לבעל המקרקעין הנאה קרובה מהם, בהיותו נמנה עם חברי הקהילה שנהנית מהפקעתם. לעומת זאת, כאשר עסקינן במימוש ערכים לאומיים או צורכי קהילה אחרת, נראה בכך אינטרסים שהם חיצוניים לזכות הקניין ומתחרים בה. במקרה של העברת מקרקעין מן הפרט אל הפרט עסקינן במימוש חיצוני של האחריות החברתית הגלומה בדיני הקניין, ועל כן כדי להצדיק הפקעה מסוג זה, עליה לעמוד במבחנים מחמירים של מידתיות.

64. במסגרת מבחן המידתיות נראה כי יש לתת משקל רב לעובדה שמדינת ישראל מחזיקה בידיה 93% מקרקעות המדינה, אשר מנוהלות על ידי רשות מקרקעי ישראל (רמ"י). בידי המדינה לספק קרקעות לבנייה באופן שיקל את מצוקת הדיור ויסייע לפתרונה, בלי ליטול את "כבשת הרש" של הפרט. מדינת ישראל אינה עושה כן ולמצער אינה עושה כן בצורה מספקת, וביקורת על כך חזרה ונשמעה מגורמים שונים, ובהם דוח מיוחד שנערך על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת ודוח מיוחד של מבקר המדינה. נראה כי כאשר עסקינן בצורך לאומי של בנייה למגורים, אין הכרח להגשים את הצורך הציבורי על ידי ביצוע הפקעה דווקא במקום ספציפי. האינטרס הוא להרבות בבנייה, יהא מיקומה אשר יהא. קשה להצדיק נטילה שלטונית של מקרקעין מן הפרט אל הפרט לשם הקלה במצוקת הדיור, בעוד המדינה עצמה מחזיקה ברוב המוחלט של הקרקע בישראל ובידה לפתור את מצוקת הפרט בעצמה. נראה כי מעשה כזה יהווה פגיעה לא מידתית בזכויות היסוד.

65. זאת ועוד, בעניין מסרי ציין בית המשפט העליון כי עקרון השוויון דורש לנהוג באחידות ביחס הרשות כלפי בעלי מקרקעין באותו אזור. עיקרון זה שחל ביחס המדינה אל בעלי קרקע שונים, מחייב גם כי יחול שוויון בנטל בין המדינה כבעלת קרקע לבין היחיד כבעל קרקע. אדרבה, זכויות הקניין של המדינה נופלות מאלו של הפרט, שהרי לרשות הציבורית אין משלה ולא כלום, והיא נאמן של הציבור לעשות ברכוש זה את מה שמחייב האינטרס הציבורי. ממילא, כשיש צורך לאומי, מן ההכרח להשתמש במקרקעין של המדינה כדי להגשים את הצורך האמור, שהרי לכך נועדה זכות הקניין של המדינה.

66. יתרה מכך, בהתאם להבחנה שעשה הנשיא ברק בעניין הולצמן נראה כי הצורך הלאומי הוא מימוש פנימי של האחריות החברתית הגלומה בזכות הקניין; לעומת זאת, באשר למקרקעין של הפרט, צורך לאומי כזה, שאין בו כדי לפתח את המקרקעין באותו אזור, הינו מימוש חיצוני של האחריות החברתית. ממילא אין שוויון בין זכויות הקניין של הפרט ושל המדינה, ויש להעדיף את נטילת מקרקעי המדינה על פני נטילת מקרקעי הפרט. נוסף על כך, נראה כי אם יש בידי המדינה קרקע משל עצמה, שבאמצעותה היא יכולה להגשים את המטרות הציבוריות, אין היגיון כלכלי בהפקעה שבגינה צריכה המדינה לשלם כסף כפיצוי מלא לנפגע, שעה שביכולתה להשתמש במקרקעיה שלה ולהימנע מהכבדה כספית על אוצר המדינה.

67. בנסיבות אלה, הפקעת רכושו של הפרט תהיה לא הוגנת ולא מידתית ובבחינת נטילת "כבשת הרש", כמשל הנביא. היא גם מעלה את החשש שהוצג על ידי דעת המיעוט בפסק הדין בעניין *Kelo*, לניצול לרעה של כוחה של הרשות. מכלול השיקולים מוביל אפוא למסקנה שנכון לעת הזו אין לאפשר הפקעה לצורך בניית מגורים.¹⁹³

68. שונים יהיו פני הדברים כאשר מתעורר צורך בהפקעת מקרקעין באזור מסוים דווקא. כך למשל, אם מקרקעין באזור מסוים שייכים לגורם עוין ויש צורך לבצע הפקעה ולאכלס את האזור באזרחי המדינה, כדי לשמור על ביטחונה, או כדי לשמור על אינטרסים לאומיים אחרים באזור מסוים זה.¹⁹⁴ לאחרונה הוגשה הצעת חוק שתאפשר למדינת ישראל להפקיע אדמות בשכונות ותיקות (רחביה וטלביה) בירושלים, המיושבות על ידי מאות משפחות זה שנים רבות, ואשר היו שייכות לכנסיה היוונית האורתודוקסית והוחכרו לרשות מקרקעי ישראל.¹⁹⁵ ביחס למקרקעין אלה התעורר חשש כי בתום תקופת החכירה יעמדו המשפחות

193 כי מקרקעין הם "משאב ציבורי החשוף לכליה באם ניצולו ייעשה בלא שים לב לצרכי הדורות הבאים" ועל כן יש לנהוג בהם בשום שכל וליתן "ביטוי גם לצורך בשימור הקרקע". ראו עע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע, פס' 38 (פורסם בנבו, 7.12.2006).

194 נוסף על כך, במקרה שיש קושי להשיג את המטרה של בינוי ופיתוח בצורה מאורגנת ומהירה אם תישאר היוזמה לכך בידי בעלי קרקעות פרטיים, כגון כשיש פיצול של שטח למאות בעלי יחידות או כאשר דרושה השקעה עצומה, והדבר מסכל אפשרות לנצל את הקרקע, הרי שבמשולב עם צורך לאומי לבנייה והספקת יחידות דיור ניתן יהא להגדיר את המקרה כהפקעה לצורך ציבורי, שאף עומדת במבחני המידתיות. ייתכן על כן כי מקרה מעין זה שנדון בפסק הדין בבג"ץ 147/74 ספולנסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט(1) 421 (1974), ייחשב כהפקעה מידתית, כאשר הצורך הציבורי הוא הגשמה של אינטרס לאומי של בנייה למגורים בהיקפים גדולים.

195 הצעת חוק קרקעות כנסייה, התשע"ז–2017. בדברי ההסבר מובהר "בירושלים לדוגמה בשנים 1950 עד 1952 חתמה הפטריארכיה היוונית האורתודוקסית על שלושה חוזי חכירה ל-99 שנים מול קרן קיימת לישראל וזו החכירה את הקרקעות ל-99 שנה לתושבים אשר בנו עליהם את

הללו בפני שוקת שבורה, אם ידרשו מהן לשלם תשלומים מופקעים בגין הארכת החכירה. המדינה מבקשת להסדיר את מעמדם של דיירים ותיקים אלה באמצעות הפקעה, ויש בכך באופן בולט הפקעה לצורכי פרט, כאשר הצורך הציבורי הוא התחשבות במאות משפחות ותיקות. במקרה זה אי אפשר כמובן לטעון כי המדינה יכולה להסדיר את העניין על ידי שימוש במקרקעין אחרים שלה, ויחולו הרציונלים שפורטו לעיל.

69. כמו כן נראה כי כאשר בניית המגורים היא צורך ציבורי ישיר, ניתן יהיה לאפשר הפקעה לטובת העניין. כך למשל, כאשר ההפקעה היא לטובת צורך ציבורי לאומי, כגון בניית יישוב חדש במיקום אסטרטגי שבו לא נותרו למדינה עתודות קרקע, לצורך שמירה על גבולות המדינה או על צביונו של אזור מסוים מפני גורמים עוינים לה – היא תתאפשר מן הבחינה הרעיונית.¹⁹⁶ במקרה זה, אף על פי שהשימוש במקרקעין ייעשה על ידי פרטים אחרים, אין המדובר בצורך של אותם פרטים, אלא בצורך ציבורי. כמו כן, תתאפשר, מן הבחינה הרעיונית, הפקעה של מקרקעין לטובת בניית מגורים כאשר בניית המגורים היא חלק קטן מהקמת פרויקט ציבורי וכאשר מדובר במגורים שהם בבחינת שימוש נלווה והכרחי למטרה הציבורית. כך למשל, אם מקרקעין הופקעו לצורך בניית מחנה צבאי ובמסגרת התוכנית מייעדים חלק משטח המקרקעין לצורך מגורים לאנשי קבע שישירותו באותו מחנה – הדבר יהיה מותר.¹⁹⁷ עם זאת, כל הפקעה כאמור תידרש לעמוד במבחן המידתיות, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, שכן היא אינה משרתת צורך קהילתי כי אם צורך לאומי, וממילא אין היא בגדר מימוש פנימי של האחריות הגלומה בזכות לקניין, כי אם מימוש חיצוני של אחריות זו.

בתיים והאמינו כי הקרקעות שבחכירה יחודשו באופן אוטומטי בדומה לחידוש האוטומטי של זכות החכירה של כל בעל קרקע באמצעות מנהל מקרקעי ישראל. ואולם, בשנים האחרונות מכרו הכנסיות חלק מזכויותיהן במקרקעין לגורמים פרטיים שזהותם לעתים עלומה. בעקבות כך, דיירים אלו מוצאים עצמם במצב שבו עתידים להסתיים להם רוב הסכמי החכירה שנחתמו עם הכנסייה ועלולים להידרש לשלם סכומי כסף נכבדים כדי להאריך את חוזה חכירת המשנה שלהם. מוצע לקבוע הסדר ולפיו מקרקעין למטרת מגורים שלגביהם נכרת חוזה חכירה בין כנסייה ובין הקרן הקיימת לישראל או כל חוכר אחר והוקנתה בהן זכות לחכירת משנה למטרת מגורים, ואשר הכנסייה העבירה את הזכויות בקרקע לגביהם לידי גורמי אחרים, פרטיים, יועברו הזכויות לגבי הקרקעות האמורות לקניין המדינה. עוד מוצע כי הגורמים האחרים יהיו זכאים לפיצוי בשל העברת זכויותיהם במקרקעין לטובת המדינה. גורמים אלו יהיו רשאים להשיג על גובה הפיצוי המוסכם אך לא על העברת הזכויות עצמה".

196 לשימוש בהתיישבות כאמצעי מגן ראו א' רטנר "עיקרי הביצור של נקודות יישוביות" בתוך מערכות אשמורות (נובמבר 1939); א' בן נר "בחירת מקום ליישוב חדש" מערכות גיליון 1 (אפריל 1940).

197 גישה דומה ננקטה על ידי בית המשפט העליון ביחס לשימושים מסחריים נלווים לשימושים הציבוריים. ראו למשל עניין מהדרין בע"מ, לעיל ה"ש 9, בעמ' 107, וכן ע"א 3521/10 עיריית חיפה נ' גסר, פס' 4 לחוות דעתה של המשנה לנשיא מרים נאור (פורסם בנבו, 7.1.2013).