

# הפקעות, אחריות חברתית

## והגנת הקניין הפרטי

אגב דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943<sup>1</sup>

**"וכי מהי אופנה בסך-הכול? מנקודת מבט אמנותית היא בדרך כלל צורת כיעור כה בלתי-נסבלת עד שעליך להחליף אותה כל שישה חודשים"<sup>2</sup>**

ה"קפיטליסטית" של הגנת הקניין הפרטי. פסק הדין עסק בעתירתם של היורשים של בעלי מקרקעין באזור חדרה, שהופקעו בשנות החמישים לצורכי שטח אימונים צבאי. לימים חדל השטח לשמש לייעודו הצבאי לאחר שיועד למטרות בנייה. העותרים סברו כי משמוצתה מטרת ההפקעה המקורית, יש להשיב את הקרקע לבעליה<sup>5</sup>. בית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, פסק כי, באופן עקרוני, משמוצתה מטרתה של הפקעה, יש לבעלים המקוריים של המקרקעין המופקעים זכות להשבתם<sup>6</sup>. בית המשפט נמנע מלקבוע את פרטי החלטה של הדוקטרינה העקרונית, שכן טרם דן בשאלה אם תחול קביעתו רטרואקטיבית גם על העותרים בפרשת **קריסיק**. הדיון בעניין זה עודנו תלוי ועומד. בית המשפט דחק במחוקק להסדיר את פרטי הסוגיה ואף השהה את הכרעתו כמה פעמים מתוך "ציפייה ותקווה" לחקיקת חוק חדש בנושא<sup>7</sup>.

חברי הוועדה הבין-משרדית שהוקמה בעקבות פרשת **קריסיק** היו עובדי ציבור ממשרדים ממשלתיים שונים<sup>8</sup>, והיא קיבלה ייעוץ משפטי השוואתי<sup>9</sup>. המלצותיה של הוועדה עסקו גם בנושא הפקעה שמוצתה, שהתעורר בפרשת **קריסיק**, וגם בנושאים נוספים הנוגעים להפקעות לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: "הפקודה")<sup>10</sup>. בין המלצותיה הכוללות של הוועדה: לא תהיינה יותר הפקעות ללא תמורה לפי הפקודה<sup>11</sup>; תיקבע בחוק חובה לקביעת תקופה מרבית (הניתנת להארכה) למימוש מטרתה של הפקעה<sup>12</sup>; אם מומשה מטרת ההפקעה וחדל הצורך הציבורי שלשמו בוצעה (כפי שאירע בניסיונות פרשת **קריסיק**), לנפקע (מי שמקרקעיו הופקעו) תהיה זכות לרכישה מחדש של המקרקעין במחיר עדכני ומלא (אך לא זכות להשבת המקרקעין)<sup>13</sup>; הסדרי הרכישה או ההשבה יחולו ללא קשר לשאלה אם שולמו פיצויים לנפקע אם לאו, למעט נפקע שקיבל פיצוי בקרקע<sup>14</sup>. הם יחולו רק על הפקעות שטרם חלפו עשרים וחמש שנים ממועד פרסום ההודעה על תפיסת החזקה במקרקעין, אך גם על הפקעות שבוצעו בעם<sup>15</sup>. בין חברי הוועדה הבין-משרדית התגלעה מחלוקת בסוגיית זכותו של הנפקע להשבת מקרקעיו במקרה שלא מומשה מטרת ההפקעה בתוך תקופת המימוש שנקצבה לה. לפי גישה אחת, שניתן לומר שהייתה קשובה יותר לרוח הגנת הקניין הפרטי שנשבה מפסק הדין בפרשת **קריסיק**, יש להעניק במקרה זה לנפקע זכות להשבת הנכס<sup>16</sup>. לפי הגישה השנייה, שניתן להגדירה כ"חלוקתית" יותר, ראוי גם במקרה זה להעניק לנפקע רק זכות לרכישת הנכס במחיר מלא<sup>17</sup>. יש לציין כי בהצעת התזכיר שגובשה לאור דו"ח

תהליך מעניין מסתמן בעת האחרונה אצל שופטי בית המשפט העליון, ככל הנוגע לסוגיית דיני ההפקעות. תמצית הטענה היא שבית המשפט העליון, שבאופן מסורתי היה במשך שנים "חלוקתי" מאוד, קרי אפשר למדינה ליטול מקרקעין בקלות יחסית ולחלק אותם מחדש, עמד להחליף, בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהתאם לרוחות שנשבו מכיוון האקדמיה, את כסותו ה"חלוקתית", שנראתה כשמרנית מדי, ולהמיר אותה בכסות אחרת, ליברלית-קפיטליסטית, פחות חלוקתית ויותר "קנייניסטית", קרי מגנה על קניין הפרט. והנה עוד בטרם התרגלו השופטים לכסותם החדשה, כבר בחרו כמה מהם לחזור אל כור מחצבתם החלוקתי, אפשר משום שחשו, גם בעקבות רוח שנשבה מכיוון האקדמיה, כי האפנה החדשה אף היא – שמרנית. שבים הם אפוא אל הסגנון החלוקתי, אך הפעם החלוקתיות עצמה היא הבון-טון, היא "הדבר". וכמו בענייני אפנה, יש כאלה שמובילים את האפנות החדשות עוד בטרם אחרים הסתגלו לאפנות הישנות. כפי שנראה להלן, אנו נמצאים כיום בעיצומו של ויכוח בין שתי האסכולות באשר למשקל שיש לייחס לכל אחת מהן בפסיקת בית המשפט.

**בין המלצותיה הכוללות של הוועדה: לא תהיינה יותר הפקעות ללא תמורה לפי הפקודה; אם מומשה מטרת ההפקעה וחדל הצורך הציבורי שלשמו בוצעה, לנפקע תהיה זכות לרכישה מחדש של המקרקעין**

יש להניח כי לנקודת האיזון בין הגישות השונות תהיה השפעה על האופן שבו תעמודנה במבחן משפטי המלצותיה של הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: "הוועדה הבין-משרדית"). הוועדה הגישה את המלצותיה לשר האוצר בחדש אוקטובר 2004, ואלה עוגנו לאחרונה בהצעת תזכיר חוק שהוכנה על ידי משרד האוצר<sup>3</sup>. הוועדה מונתה בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 2390/96 **קריסיק נ' מ"י**<sup>4</sup>, אשר ניתן בעיצומו של תהליך ההסתגלות לאפנה

\* דוקטור למשפטים. מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. מבוסס על הרצאה שניתנה במסגרת ערב עיון שהתקיים ביום 18.1.2005 במסגרת המרכז למשפט מסחרי, בפקולטה למשפטים, באוניברסיטת בר-אילן.



צילום: ליאור מזרחי – באובא

צילום: תומר אפלאבוס – באובא

- 3 תזכיר חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (תיקון מס' 3), תשס"ה-2004 (עותק שמור במערכת) מיום 22.11.2004 (להלן: "התזכיר").
- 4 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מ"י, פ"ד נה(2) 625 (להלן: פרשת קרסיק).
- 5 שם, בע" 634–635.
- 6 שם, בע" 678–679 (חשין), 701–702 (זמיר), 705 (שטרסברג-כהן), 713 (שי לוי), 714 (דורנר), 718 (ביניש), 720 (אור ומצא).
- 7 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מ"י (טרם פורסם, החלטה מיום 24.7.2002), תקדין עליון 2002(2) 875, פסקה 6 לפסק דינו של השופט חשין.
- 8 תשעת חב"י הוועדה היו: ארבעה יועצים המשפטיים של משרדי ממשלה (האוצר, הבינוי והשיכון, הפנים, התשתיות), יועצים משפטיים של מנהל מקרקעי ישראל ושל עיריית תל אביב, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר, נציג פרקליטות המדינה ונציגת מחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים. דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע" 5.
- 9 הוועדה הזמינה עבודות מחקר השוואתי מדי יפעת הולצמן-גזית, מהמסלול האקדמי המכללה למינהל, לגבי הדין בצרפת, קנדה וארצות-הברית, ומפרופ' ריכרד בארטלשפר מאוניברסיטת Erlangen, לגבי הדין הגרמני. שם.
- 10 הדו"ח איננו עוסק כלל בהפקעות לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע" 8 המלצה 11.
- 11 שם, בע" 7 המלצה 1.
- 12 שם, המלצה 3.
- 13 שם, המלצה 4 וכן דברי הסבר בע" 35.
- 14 שם, המלצה 9.
- 15 שם, המלצות 8 ו-10.
- 16 שם, המלצה 5 וכן דברי הסבר בע" 37 ואילך.
- 17 שם, וכן דברי הסבר בע" 40 ואילך.
- 18 התזכיר, לעיל הערה 3, בע" 2 (דברי הסבר).
- 19 ראו ד' לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין" ספר ויסמן (שי' לרנר, וד' לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב) 375–404, 405; י הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר ויסמן (שי' לרנר, וד' לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב) 73–85, 86.
- 20 לתיאור ההתפתחות ראו הולצמן-גזית, לעיל הערה 19, בע" 78–80.
- 21 י' ה' קלינגהופר "יודדים של מדען המשפט הציבורי: רשימה אוטוביוגרפית" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 25, 27.
- 22 י' ה' קלינגהופר משפט מינהלי (תשי"ז) 154. הקטע צוטט על ידי השופט חשין בפרשת קרסיק, לעיל הערה 4, בע" 646. ראו גם י' ה' קלינגהופר "צמידות של קרקע מופקעת ליעודה" עיוני משפט ב (תשל"ב) 874.

הוועדה אימץ שר האוצר בעניין זה את הגישה הקשובה יותר להגנת הקניין הפרטי המעניקה לנפקע זכות להשבת המקרקעין אם מטרת ההפקעה לא מומשה<sup>18</sup>.

כאשר ניתן פסק הדין בפרשת קרסיק, נראה היה שיפרוץ את הדרך לאפנת הגנת הקניין הפרטי<sup>19</sup>. אולם, כפי שנראה בהמשך, זרם אחד של השופטים, בהנהגת הנשיא ברק, כבר מאמץ לו אפנה חדשה, או שמא נאמר חדשה-ישנה (אלט-נוי), של חלוקתיות, ואילו זרם אחר, בהנהגת השופט חשין, עודנו מתרפק בנוסטלגיה על אפנת הגנת הקניין הפרטי, שעוד טרם הצליחה להשתרש וכבר נוטשים אותה. האפנה החדשה-ישנה, החלוקתית, אינה מבשרת טובות למי שרוצה לתקוף את המלצות הוועדה הבין-משרדית מן הכיוון הקפיטליסטי, כמו למשל העותרים בפרשת קרסיק, שהמערכה הרעיונית שהתנהלה על גבם לא תועיל להם ככל הנראה, ולו בגלל ההמלצה לסייג את זכות הרכישה מחדש בתקרה של 25 שנים. האפנה הקפיטליסטית, שהתיישנה מהר, אינה מבשרת טובות למי שתומכים בגישה כי עם סיומה של מטרה ציבורית או עקב אי-מימושה נתונה לנפקע רק זכות לרכישה מחדש של הנכס במחיר מלא ולא זכות להשבתו. מעניין אפוא היכן בדיוק תעמוד מטוטלת הדעות בבית המשפט העליון, כאשר תגיע הצעת התיקון לחוק אל מפתנו. בפסקאות הקרובות ארחיב קצת את המבט אל ההתפתחות שתיארתי עתה בקצרה.

כאמור לעיל, בית המשפט העליון באופן מסורתי הוא בית משפט "חלוקתי" מאוד בעמדותיו. חלוקתי – קרי כזה המאפשר לרשויות לקחת רכוש ולחלקו מחדש, בין כולנו (לצורכי כלל הציבור) או בין חלקנו. גישה חלוקתית מעין זו באה ליד ביטוי בשורה של פסקי דין שבהם הוכשרו הפקעות שביצוען השתהה או שמטרתן הוחלפה<sup>20</sup>. גישה זו זכתה בעבר לביקורת רבה, גם מכיוון האקדמית, שכן הכסות של עמדתו החלוקתית של בית המשפט נראתה שמרנית. חצי הביקורת באו משני כיוונים. האחד ותיק. השני, חדש יותר. אחד המבקרים הבולטים "הוותיקים" של "היד הקלה" של בית המשפט על הפקעות היה פרופ' הנס קלינגהופר, מורם ורובם של השופטים ברק, זמיר וחשין. קלינגהופר, יליד האימפריה האוסטרו-הונגרית, שרת בעיריית וינה עד שנאלץ לברוח בשנת 1938 "מטעמים מובנים" (כפי שכתב לימים בשימה אוטוביוגרפית)<sup>21</sup>. על רקע הניסיון האישי של קלינגהופר בתקופת הנאצים, כמו גם הרקע הקונטיננטלי-ליברלי שקלט בתקופה שקדמה לכך, ניתן להבין את גישתו הביקורתית, הליברלית-קפיטליסטית, כלפי שימוש בלתי ראוי בכלי של הפקעות. "יצירת קנין ציבורי, בין אם היא תלויה בהעברת בעלות לידי השלטון ובין אם לאו, מהווה בדרך כלל התערבות רצינית ולעיתים אף חמורה בזכויות רכושיות שאין להצדיקה אלא לשם מימוש מטרת מסוימות לטובת הציבור"<sup>22</sup>. להשקפותיו של קלינגהופר הייתה השפעה משמעותית מאוד על פסק דינו של השופט חשין בפרשת

1 דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (2004) (להלן: "דו"ח הוועדה"), ראו באתר האינטרנט של משרד האוצר. <http://www.mof.gov.il/karka.htm> (last visited on 8.2.05).

2 אוסקר ויילד לפי א' כהן (עורך) ספר הציטוטים הגדול: הגיגים, אמרי שפר ופתגמים מפי אנשי שם רוח וספר (1996) 43.

ופרופי חנוך דגן<sup>37</sup> מאוניברסיטת תל-אביב על מגרעותיה של "חליפת" הגנת הקניין הפרטי. הגנת הקניין הפרטי אינה אלא שימור חלוקת המשאבים הקיימת. זוהי תוצאה לא רצויה לדידם. כלשונו של דגן: "התפיסה האבסולוטית של הקניין מקפאיה את הסטטוס-קוו הכלכלי, חוסמת כל הצעה לשנות את חלוקת המשאבים בחברה, בלי קשר למידת רציותו של השינוי המוצע... תפיסה כזו הינה הרסנית מנקודת-מבטם של ערכי האחריות החברתית והצדק החלוקתי"<sup>38</sup>. לדידו של דגן, אין זה רצוי שבית המשפט יכביד ידו על ניסיונות צודקים של הרשות לשנות את חלוקת המשאבים בחברה. מושג הקניין, אומר דגן, משמיענו "אחריות חברתית", קרי – תרומה של היחיד לחברה. על פי תפיסתו ה"קהילתנית", יחסי ה"יתן וקח" הנובעים מחיים בקהילה מהווים "מקור נורמטיבי ראוי של חובות כלפי אחרים... גם אם חובות אלה אינן מעוגנות בהתחייבויות רצוניות"<sup>39</sup>. המשמעות הפרקטית של גישה זו עשויה להיות לכאורה הכשרה של פגיעות בקניין גם אם הן מעמיסות על פרט פלוני חלק בלתי פרופורציונלי מנטל האינטרס הציבורי. דגן מסתייג מגישה קיצונית שכזאת<sup>40</sup> משום שהוא חושש, על סמך ניסיון זר וגם על סמך הניסיון הישראלי, שהקלת ההדק על פגיעה בקניין פרטי תפגע דווקא בבעלי מקרקעין חלשים, חסרי כוח פוליטי או כלכלי<sup>41</sup>. הגנת הקניין הפרטי, לדידו, צריכה להתמקד דווקא באלו. מטרת האחריות החברתית והצדק החלוקתי המאפשרים פגיעה בקניין היא לדידו: "השאפה לקידום השוויון המהותי בחברה: קרי: צמצום, או למצער אי הרחבתם של הפערים בין חזקים וחלשים בחברה"<sup>42</sup>. אם מיישמים את האידיאולוגיה הזאת על סוגיית ההפקעות שמוצו או שטרים מומשו, נראה כי יש בה כדי להכשיר השתתות של הרשות המשרתת את החברה ובה במידה יש בה כדי להקשיח הגנה על הקניין הפרטי כאשר בעל הקניין שייך לקבוצה טעונת חיווק.

מאז סוף שנות התשעים נושבת אפוא מן האקדמיה רוח חדשה, פרוגרסיבית-חלוקתית, או אם תרצו – שמאלית חברתית, אשר יש בה כדי להכשיר "יד קלה" של הרשויות על מכשיר ההפקעות. יש בה כדי להכשיר הפקעה ללא פיצוי, שיהיו הפקעות למטרות חלוקתיות ראויות או ביצוען בנסיבות חלוקתיות. על פי תפיסה זו ניתן לשאול: כלום אין מקום לדרוש מאדם שהפקיעו לו שדה בור זול לפני שנים לגלות "אחריות חברתית" ולכבוש את זיקתו לנכס א-לה-קלינגהופר חשין?

דומה שרוחות "האחריות החברתית" נקלטו בחלקן אצל נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק. אם לומר את האמת, רוחות אלה אינן זרות לנשיא ברק. הוא היה שותף להחלטה החלוקתית בע"א 377/79 פיצור נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, אשר אפשרה לנכות 40% מן הפיצויים בגין הפקעה גם כאשר הופקעה החלקה במלואה<sup>43</sup>. הלכה זו כידוע נהפכה בפרשת הולצמן, בהסכמת השופט ברק, אך תוך הסברת הסכמתו בכך ש"חקיקה, הקובעת פיצוי בשיעור של 60% מערכה של חלקה שהופקעה במלואה [...] מנצלת את האחריות החברתית של הקניין מעבר למידתיות הנדרשת" (ההדגשה שלי – ח.ז.)<sup>44</sup>. דומה כי הנשיא ברק, בהדרגה, מאמץ

קריסיק. "מחולל תורת המשפט המינהלי בישראל"<sup>23</sup>, "רבי"<sup>24</sup>, הגדיר חשין את קלינגהופר. כיוון ביקורתי אקדמי חדש יותר כלפי גישתו המתונה והסלחנית של בית המשפט העליון כלפי הפקעות הוא כיוון הניתוח הביקורתי, מבית מדרשה של אסכולת ה-Critical Legal Studies. הטענה בפשטות היא שהיד של בית המשפט העליון על "הדק" ההפקעות הייתה קלה משום שרבות מן ההפקעות במדינת ישראל היו הפקעות של קרקע מאוכלוסייה ערבית, ובית המשפט חש הזדהות רבה עם נימוקים ביטחוניים-לאומיים<sup>25</sup>.

### מאז סוף שנות התשעים נושבת מן האקדמיה רוח חדשה פרוגרסיבית-חלוקתית, או אם תרצו – שמאלית חברתית, אשר יש בה כדי להכשיר "יד קלה" של הרשויות על מכשיר ההפקעות

אילולא נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ספק אם חצי הביקורת שנוכרו לעיל היה בהם כדי לגרום לשינוי בעמדתו של בית המשפט העליון; חלף זמן מעט שנחקק ועד שהשופטים חשו כי הגיע העת להשיל את הכסות הישנה ולשנות כיוון, לפחות מן הבחינה הרטורית<sup>26</sup>. ידועה לכול פרשת דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר<sup>27</sup> שבה, בסופו של דבר, לא שונה הכיוון, ובית המשפט בדעת רוב דבק בעמדתו השמרנית-חלוקתית, שלפיה אין מקום לבטל הפקעה למרות שיהיו משמעות<sup>28</sup> ולמרות טענות בדבר יכולת הפרט למימוש עצמי של מטרות<sup>29</sup>. אין לאפשר לעותר "לסכל את המטרה של יישוב ירושלים ובינוייה..."<sup>30</sup>, חזר השופט גולדברג על דברים שאמרו קודמיו עשרים שנה קודם לכן<sup>30</sup>. השופט דורנר, שנשאה את דגל הגישה החדשה, המגנה על הקניין הפרטי, נותרה שם במיעוט<sup>31</sup>. כשהגיעה זמנה של פרשת קריסיק, דומה היה שהקערה התהפכה. ראש וראשון לנושאי הדגל – הפך השופט חשין, לא מעט, כאמור, בהשפעת מורו קלינגהופר<sup>32</sup>. הנשיא ברק עצמו הפנה לעמדתה של השופטת דורנר בפרשת נוסייבה בסכמו: "באיוון בין זכות הקניין של הבעלים המקורי לבין צרכי הכלל חל שינוי[...] הוא מוביל להתחשבות גוברת בזכויותיו של הבעלים המקורי"<sup>33</sup>. שיא נוסף במהלך הזה נרשם בע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה נ' הולצמן<sup>34</sup>, שבו נפסק, על ידי השופטת דורנר, בתמיכת הנשיא ברק וחמישה שופטים נוספים, כי אין עוד מקום להפחתת פיצויים בשיעור של 40% כאשר מתבצעת הפקעת מקרקעין במלואה.

אולם מכאן ואילך אנו רואים התפתחות חדשה. ניצנים להתפתחות זו ניתן למצוא בכתיבה אקדמית. אפנה אקדמית חדשה יובאה מארצות-הברית. המייבאים, אנשי אקדמיה שמצאו את השכלתם הגבוהה בתחום המשפט בארצות-הברית. במאמרים שפורסמו בסוף שנות התשעים וכן מאוחר יותר, בשנת 2001, בקובץ "צדק חלוקתי בישראל"<sup>35</sup> מצביעים ד"ר אייל גרוס<sup>36</sup>



23 פרשת קריסק, לעיל הערה 4, בע' 645.

24 שם, בע' 690.

25 לתיאור הטענה ולאסמכתאותיה ראו הולצמן-גזית, לעיל הערה 19, בע' 102 ואילך, וכן אי חביב סגל "ביעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 9, 4, 486.

26 לוינסון-זמיר מעלה האפשרות שהשפעת חוק-היסוד על השופטים הייתה "פסיכולוגית" קרי "חוק היסוד משנה את האווירה ואת הלכי הרוח בחברה ובקרב השופטים". לוינסון-זמיר, לעיל הערה 19, בע' 404–405.

27 דגניץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68 (להלן: פרשת נוסייבה).

28 ההפקעה בפרשת נוסייבה בוצעה בשנת 1968 ולא הוחל במימושה כחלוף 18 שנה אחר כך. גם לאחר מכן השתנה ביצועה במשך שנים רבות. שם, בע' 74–75.

29 שם, בע' 81–82. לביקורת על גישה זו ראו חביביסגל, לעיל הערה 25, בע' 460; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 19, בע' 383; הולצמן-גזית, לעיל הערה 19, בע' 83.

30 פרשת נוסייבה, לעיל הערה 27, בע' 80; ראו גם ח' זנדברג "ירושלים – הסדר והפקעת זכויות במקרקעין" המשפט ח (תשס"ג) 505, 515.

31 פרשת נוסייבה, לעיל הערה 27, בע' 83 ואילך.

32 דבריו של השופט חשין: "יהנה באנו עתה והפכנו קערה על-פיה: [...] ואולם גם זו אמת, שהדחת המלכה מכיסאה והכרתה של מלכה חדשה תחתיה יש בה משום מהפכה-זוטא בדיון ההפקעות". פרשת קריסק, לעיל הערה 4, בע' 693.

33 שם, בע' 712.

34 ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (להלן: פרשת הולצמן).

35 מי מאוטר (עורך) צדק חלוקתי בישראל (תשס"א) (להלן: "צדק חלוקתי בישראל").

36 אי גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405 וכן אי גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל, לעיל הערה 35, בע' 79.

37 ח' דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 491 וכן ח' דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל, לעיל הערה 35, בע' 97.

38 שם, בע' 102. הערות במקור הושמטו.

39 שם, בע' 106.

40 שם, בע' 103.

41 שם, בע' 102.

42 שם, בע' 109.

43 ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, פ"ד לה(3) 645, 657. למען הדיוק יש לציין כי השופט ברק סבר שם שלפגעי ישנה תרופה בחוק לקבלת פיצוי – פנייה בבקשה מיוחדת לשר האוצר.

44 שם, בע' 650.

45 ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 937 (להלן: ע"א הורוויץ); דני"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ (טרם פורסם), תקדין עליון 1210 (2)2004, בפסקאות 11–12 לפסק דינו של השופט אור (להלן: דני"א הורוויץ).

46 ע"א 119/01 אקונס נ' מ"י, פ"ד נו(1) 817.

47 שם, בע' 863. ראו גם ח' זנדברג "פרשת מנהרות הכרמל וחלוקה תלת-מימדית של הבעלות במקרקעין-אגב ע"א 119/2001 אקונס נ' מדינת ישראל" מקרקעין ב(2) (2003) 3, 13–14.

48 ע"א 3819/01 מ"י נ' אסלן (טרם פורסם, ניתן ביום 27.12.2004, עותק שמור במערכת) (להלן: פרשת אסלן).

49 שם, בפסק דינו של השופט ברק.

50 בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25 (להלן: פרשת הקשת הדמוקרטית המזרחית).

51 ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית, פ"ד מו(4) 627, 639–640 (השופט מלץ): "בבסיסו של שיקול זה 'צדק חלוקתי', לפיו גם אם התכנית מביאה תועלת ורווחה לכלל הציבור, אין זה מן הראוי שאותם בעלים בהם התכנית פוגעת לא יקבלו פיצוי בגין הרעת מצבם".

52 דני"א הורוויץ, לעיל הערה 45, פסק דינה של השופטת דורנר.

53 ע"א הורוויץ, לעיל הערה 45, בע' 946.

54 דני"א הורוויץ, לעיל הערה 45, פסק דינו של השופט אור.

את רעיון האחריות החברתית של הקניין, תחילה על דרך העיקרון ובהמשך גם תוך יישומו להצדקת פגיעות בקניין. ביטוי משמעותי לקליטתו של הרעיון ניתן למצוא בעמדתו של הנשיא ברק בפרשות הורוויץ<sup>45</sup>, שם נעשה בו שימוש כדי להצדיק, פוטנציאלית, פגיעה במקרקעין ללא פיצוי (הפחתת זכויות בנייה וייעוד חלק מחלקה פרטית לשמש כשטח ציבורי פתוח) וכן בע"א 119/01 אקונס נ' מ"י<sup>46</sup> שם הרבה השופט ברק באשר לקשר שבין אחריות חברתית ליכולת לשלול את בעלותם של פרטים בתת-הקרקע<sup>47</sup>. באחרונה, בע"א 3819/01 מ"י נ' אסלן<sup>48</sup> פסק השופט ברק בדעת רוב (בהסכמת השופטת ביניש וכנגד דעתו החולקת של השופט לוי), כי אין מקום להחיל את הלכת הולצמן באופן אוטומטי על הפקעה חלקית וכי "אין בה כדי לשלול אפשרות כי יפקע ללא תמורה חלק משטחה של חלקה"<sup>49</sup>. אמנם פסיקתו זו מתבססת על אי-התערבות באומדן שמאי שנעשה בעבר. אמנם הפעם לא נזכר רעיון האחריות חברתית. עם זאת, השורה התחתונה – ההחלטה מעדיפה פרשנות חלוקתית המאפשרת הפקעה ללא פיצוי, לא רק להלכה אלא גם למעשה.

להשערת, אחד התמריצים לקליטתו של רעיון האחריות החברתית של הקניין על ידי חלק משופטי בית המשפט העליון, היה הצורך בדגל חדש שיוכל לאזן בין המגמה של הגנת הקניין הפרטי לבין האווירה הציבורית ה"חלוקתית" שנוצרה במהלך עתירת הקשת הדמוקרטית המזרחית<sup>50</sup>. הטרמינולוגיה של הגנה הקפדנית על הקניין הפרטי לא התאימה לשמש בסיס אידאולוגי לפסק דינו של בית המשפט בפרשה זו. ניתן היה לשאול, כיצד זה יכול בית המשפט העליון, מחד, לדבוק בעמדה המקנה לאדם שהפקיעו לו קרקע לפני שנים רבות, זכות להשבת הקרקע ומצד שני, להתעלם מציפיותיהם ומהסתמכותם של חוכרים או בני רשות שמחזיקים בקרקע במשך פרקי זמן ארוכים. לעניות דעתי, הואיל ובית המשפט ידע שאין מקום לפסק דין רווי הגנת קניין פרטי בפרשת הקשת הדמוקרטית המזרחית, הוא תר אחר חיזוק שיקולי המדיניות החלוקתיים. "הצדק החלוקתי" יצא מהארון, הפעם בלבוש מודרני של "אחריות חברתית". למען האמת, המונח עצמו "צדק חלוקתי" עבר מהפך. אם בע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית<sup>51</sup> נועד המונח להסביר מדוע יש לפצות על הפקעה, הרי עתה משמשת "האחריות החברתית" כדי להסביר מדוע אין לפצות עליה או מדוע אין לבטל אותה.

הגישה החלוקתית אליבא דדגן נקלטה באופן ברור אצל הנשיא ברק. האם חבריו השופטים שותפים לאימוצה המהיר של הגישה החדשה-ישנה הזאת בכסותה החדשה? ניתן לומר שבין השופטים, פורשים כמכנהים, יש אשר נוהים אחר האפנה החדשה ויש אשר אוחזים באפנה שנקלטה רק לפני עשור. בין אלה שכבר אינם מכהנים ניתן למצוא את השופטים דורנר<sup>52</sup> וזועבי<sup>53</sup>, מצד אחד, ואת אור<sup>54</sup> מצד שני. בין המכהנים – ניתן לראות תמיכה מסוימת בגישה החלוקתית בהצטרפותה של השופטת ביניש לעמדת הנשיא ברק בפרשת אסלן. תמיכה בולטת בגישה זו ניתן למצוא בפסק דינה של השופטת חיות בבג"ץ 10784/02 קרן קיימת לישראל נ' אתרים בחוף

ימים עברו. ראוי לנו אפוא כי נהיה זהירים יותר כלפי מי שתוכניות תיכנון פוגעות ברכושם, שאפשר רכושם היחיד הוא[...] כך גם יקויים צדק השוויון שהוא כה חיוני לקיומה של קהילה בריאה"<sup>65</sup>.

בית המשפט העליון נמצא אפוא היום בעיצומה של מחלוקת אידאולוגית או שמא נאמר מחלוקת בין-דורית בין אסכולת דגן-ברק לבין אסכולת חשין-קלינגהופר. במבט ראשון ובמידה רבה של הכללה המחלוקת הזאת משקפת את הגושים הפוליטיים הכלכליים-חברתיים (להבדיל מהמדיניים) בחברה הישראלית. מצד אחד גוש "חברתי-שמאלי" ומצד שני גוש "מיני-קפיטליסטי". לא פלא הוא ששר האוצר, שניתן לזהותו כמוביל הגוש השני, העדיף את אופציית זכות ההשבה, המיטיבה יותר עם בעלי מקרקעין שהופקעו, על פני אופציית זכות הרכישה במחיר מלא. עם זאת, במבט שני, גם הוא על דרך ההכללה, כפי שהגבולות של המפה הפוליטית אינם ברורים דיים מבחינת קבוצות התמיכה החלוקתיות, גם המפה השיפוטית אינה חד-משמעית, וניתן למצוא עירוב של גישות בפסיקת כל אחד מהזרמים. למעשה נראה כי כמו שהמפה הפוליטית-חברתית נמצאת במבוכה ככל הנוגע לכיווני השינוי הראויים, כך גם בית המשפט מתלבט בקרב. צריך גם לזכור שעיקר הוויכוח שהתפתח עד כה בפסיקת בית המשפט העליון התפתח סביב סוגיית אי-תשלום פיצוי ולא סביב סוגיית ההפקעות הבטלות או הממוצות. בסוגיה זו היו שני הצדדים די עמומים בפרשת **קריסיק**, ואפשר שדווקא בעניין זה יעדיפו כל הכרעה של המחוקק. נראה, מצד אחד, שזכות ההשבה בגין הפקעה שלא מומשה מעוצבת בהצעת הוועדה בצורה מוגבלת דיה כדי שלא תהווה טעם לתקיפה מצד חסידי הגישה החלוקתית (תקרת השנים, אפשרויות הארכה). מצד שני, מתן זכות הרכישה בלבד בגין הפקעה שמומשה (שהיא מוגבלת ביחס לזכות השבה) וגם שלילת פיצוי בגין מעב לצורך חדש לאחר מימוש צורך ישן<sup>66</sup>, אינם עומדים בסתירה להסתיווגיות של השופט חשין<sup>67</sup> ושל אחרים<sup>68</sup> בפרשת **קריסיק** ממחלטותה של זכות ההשבה במישור הפרקטי (להבדיל מזה העקרוני). דווקא על רקע זה, נראה כי הצעת התיקון מאזנת, בסך הכול, היטב בין שתי המגמות האלה.

**ת"א חברה לפיתוח אתרי תיירות בת"א יפו**<sup>55</sup>. שם נעשה ניסיון נוסף לבטל הפקעה שחל שיהוי ממושך ביותר במימושה (כשלושים שנה). הפעם לא היה מדובר במזרח ירושלים, כמו בפרשת **נוסייבה**, אלא בתל-אביב. בית המשפט אינו מבטל את ההפקעה. הטרימינולוגיה החדשה של "אחריות חברתית" לא נשמעת בפי השופטת חיות אבל התוצאה החלוקתית הישנה – נשמעת גם נשמעת: "נראה לי כי השיהוי במקרה זה, אף כי היה ארוך ובלתי ראוי, אינו מקים בהיבט המהותי עילה לביטול ההפקעה[...] יש לבחון זה מול זה את הנזק העלול להיגרם למי שזכויותיו הופקעו אם לא תבוטל ההפקעה, לעומת הנזק העלול להיגרם לציבור אם תבוטל ההפקעה" (ההדגשה שלי – ז.ח.)<sup>56</sup>.

בראש האסכולה של מגיני הקניין הפרטי ניצב עתה השופט חשין ולצדו השופטים טירקל<sup>57</sup> ולוי<sup>58</sup>. ביטוי מובהק לפער בין האסכולות מצאנו בדני"א **הורוויץ**<sup>59</sup>. השופט חשין היטיב להבין את הקשר שבין עמדתו החדשה-ישנה של הנשיא ברק לבין גישתו של פרופ' דגן<sup>60</sup>. דומה כי קשה לו להשלים עם חילופי האפנה, הבאים כל כך מהר לאחר שרק החלה להשתרש האפנה הקודמת של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "מוסכם על הכל כי מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפכה זכות הקניין להיות זכות שהיא משיכמה ומעלה גבוהה מזכויות אחרות שאינן זכויות-יסוד. לכאורה, אפוא,

**השופט חשין: "בעלי מקרקעין בימינו אינם בהכרח יותר מבוססים מבחינה כלכלית... ויש מביניהם שהקרקע הנפגעת היא רכושם היחיד. אכן, הפיאודלים של היום פיאודלים של הון המ"**

נתעצם והלך כוחה של זכות הקניין ביחס לאינטרסים הנוגדים אותה, בהם אינטרסים של צורכי הציבור. והנה מוצאים אנו כי דווקא חובותיו ואחריותו של בעל הקניין, דווקא הן זכות להדגש-יתר. נקודת האיזון בין האינטרסים הנוגדים כמו נעה היא אל עבר צורכי הציבור **שעה שהיינו מצפים, לכאורה, כי תנוע אל הכיוון האחר**" (ההדגשה שלי – ז.ח.)<sup>61</sup>.

השופט חשין מבקר את רעיון האחריות החברתית. אין דעתו נוחה מן הערכים שמנסים חבריו להטמיע<sup>62</sup>: "כשאני לעצמי, נתקשיתי באיתורן ובזיהוין של אותן חובות ואחריות שבעל המקרקעין חייב כלפי יחידים אחרים וכלפי החברה בכללה"<sup>63</sup>. עם זאת, נראה כי הוא מוכן לאמץ את כלי הניתוח החדשים ולהגיע באמצעותם לתוצאה של הגנה על בעלי הקניין הפרטי. הוא מנסה לבקר את הגישה המאפשרת פגיעה בבעלי מקרקעין דווקא מנקודת מבט "חברתית חלוקתית". "האם הערבות ההדדית והסולידריות החברתית בנושאי תיכנון נכלאו אך בביתם של בעלי המקרקעין?"<sup>64</sup>, הוא שואל, ומשיב: "בעלי בתים של ימינו אינם עוד יבעלי-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

55 בג"ץ 10784/02 קרן קיימת לישראל נ' אתרים בחוף ת"א חברה לפיתוח אתרי תיירות בת"א יפו, פ"ד נח(3) 757.

56 שם, בעי 766.

57 דני"א הורוויץ, לעיל הערה 45, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט טירקל: "אני משווה לנגד עיני בעיקר את האדם הנפגע ופחות מכך את הציבור".

58 דעת המיעוט בפרשת **אסלן**, לעיל הערה 48.

59 דני"א הורוויץ, לעיל הערה 45.

60 שם, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט חשין.

61 שם, שם.

62 שם, בפסקה 7 לפסק דינו.

63 שם, בפסקה 11 לפסק דינו.

64 שם, בפסקה 12 לפסק דינו.

65 שם, בפסקה 13 לפסק דינו.

66 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בעי 13 המלצה ד.

67 פרשת **קריסיק**, לעיל הערה 4, בעי 669, 675, 677, 694.

68 שם, בעי 702 (נומיר), 705 (שטרסברג-כהן), 713 (ברק), 714 (שי לוי), 717 (דורנר), 719 (ביניש),

720 (אור), 720 (מצא).