

סמינריון לדוגמא בנושא: הפקעות מקרקעין

השאלה המשפטית:

כיצד ניתן לעשות שימוש בהפקעת קרקעות על מנת להתמודד עם סוגיית "משבר הדיור"?

ראשי פרקים

- מבוא..... עמ' 2
- מצוקת הדיור – העדר מקרקעין פנויים לריבוי טבעי..... עמ' 3
- הזכות החוקתית לקניין עמ' 5
- סמכות המדינה להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור..... עמ' 7
- אמות המידה והתנאים להפקעת מקרקעין כמענה למשבר הדיור..... עמ' 9
- משפט משורה..... עמ' 10
- סיכום ומסקנות

סמינריון לדוגמא

משבר הדיור הפוקד את ישראל מזה עשרות בשנים נבע בהעדר "שחרור" קרקעות לבניית שכונות למגורים. יש שטענו בהעדר תוכניות בניין עיר ויש שטענו שהרשויות המקומיות לא מתירות היתרי בניה אלא גורמות לסחבת, נסיבות שהביאו לפער בין היצע הדירות העומדות לרשות הציבור, לבין הביקוש ההולך וגדל לדירות מגורים בשל הריבוי הטבעי של האוכלוסייה בכל עיר ועיר. הבעיה יותר חמורה בגוש דן, בו עתודות הקרקע הפנויות לבניית בנייני מגורים הולכות ומצטמצמות כך שבגוש דן תהא בעיה חמורה במשבר הדיור ומחירי הדירות ילכו ויעלו.

בין השנים 2002-2022 עלו מחירי הדיור למעלה מ-250%. במרוצת השנים עלו מספר ניסיונות לטפל במשבר הדיור: מע"מ אפס, מחיר למשתכן, מחיר מופת, מחיר מטרה, דירה בהנחה, תמ"א 38 ופינוי בינוי. אך ליבת הבעיה היא אי שחרור קרקעות לבניה.

מצוקת הדיור - העדר מקרקעין פנויים לריבוי טבעי

בישראל זה עשרות בשנים הביקוש לדירות מגורים עולה לאין ערוך על קצב שיווק הקרקעות והתחלות הבנייה. מאז שנת 2002 צמח התוצר המקומי הגולמי בכ-25% והתוצר לנפש עלה בכ-1.15%¹ מסוף שנת 2002 ועד ספטמבר 2007 גדלה האוכלוסייה בישראל בשיעור של 6.8%. הייתה התאוששות מסוימת אך לבסוף חלה עלייה במחירי הדירות בישובים רבים במרכז הארץ, ובעיקר במרכז הארץ. בישראל ניתן להתגבר על הפער במחסור באמצעות העמדת ריבית נמוכה, הורדת המע"מ, שיעור אינפלציה נמוכים ואף ירידה בערך הדולר. אך בסוף, הבעיה העיקרית היא מחסור בקרקעות במרכז הארץ. המסחר נובע בהעדר עתודות קרקע פנויות לבניה, לצד הוצאת תוכניות בניין עיר בקצב שאינו הולם את הגידול הטבעי של האוכלוסייה.

לצד זאת, מבחינת הדיור הציבורי תקציבי משרד השיכון לבנית דירות עבור האוכלוסייה החלשה, הלך ופחת, למשל, בשנת 208 ירד התקציב ב-146 מיליון ₪ בהשוואה לראשית שנת 2000.² כשלי השוק הללו מסבירים במידה רבה מדוע קיים צורך במעורבות ממשלתית בשוק הדיור בישראל. נדרשת בחינה מחודשת של מדיניות הבינוי והשיכון של הממשלה, תוך עיצוב אסטרטגיה רב-שנתית להסרת חסמים ולהבטחת מלאי תכנוני זמין שניתן יהיה לשווקו מיידית בעת הצורך בכל אזורי הארץ. נדרשים צעדי מדיניות הן בצד ההיצע הן בצד הביקוש, על-מנת לגשר על עודפי הביקוש באזורי הביקוש ולממש את פוטנציאל הביקושים בפריפריה תוך צמצום עודפי ההיצע לדיור.

אלא שהבעיה העיקרית היא מדינו קלוקלת של שיווק קרקעות על ידי מנהל מקרקעי ישראל אשר שולט בכ-93% מהקרקעות בישראל. ממ"י משווק קרקעות באופן מונופוליסטי, בטפטוף איטי ובמחיר המרבי בכל אזור, ולכן מחירי הקרקע בישראל גבוהים יחסית. המנהל אף לא עמד ביעד השיווק השנתי שנקבע לו מדי שנה, והיקף שיווק הקרקעות קטן במידה ניכרת מהיעדים שהממשלה קובעת. גם לא יושמה רפורמה נרחבת בשיווק הקרקעות ולא חל גידול מהותי בהיצע. היצע קרקעות במחירים נמוכים מביא למימוש הביקושים גם בפריפריה. בשנת 2007 ירד היקף הקרקעות לבנייה למגורים ששווקו על ידי משרד הבינוי והשיכון וממ"י בכ-9% בהשוואה לשנת 2006, וזאת לאחר גידול של כ-14% בין השנים 2005 ו-2006.

¹ מצוקת הדיור בישראל, הכנסת, מרכז המחקר והמידע (2005).
² שם, בעמ' 1.

גורם נוסף שהביא לבעיית הדיור הוא מדינו בממשלה ביחס לבירוקרטיה ומיסוי מקרקעין. תוכניות הבינוי מאושרות בוועדות התכנון העירוניות, המחוזיות והארציות באופן איטי. הליך האישור נמשך זמן רב ומלווה בבירוקרטיה מסורבלת המייקרת את הבנייה. ביישובים רבים אין שוק קרקעות משוכלל, ובעלות פרטית מפוצלת על הקרקע מקשה אישור תוכניות בנייה בהיקף גדול. לצד זאת, שיעורי המס בענף הנדל"ן הם גבוהים כך שמחירי הדיור גבוהים יחסית כך שבהעדר שימוש מספיק במערכת המס לעורר את הענף הרדום. התוצאה מזאת היא ירידה תלולה ושיטתית בהיצע דירות חדשות בישראל. במסגרת כתיבה זו נבחן כיצד שימשו במנגנון המדינה להפקיע קרקעות מהציבור לצורך בניית בנייני מגורים יכול לקדם את המאבק במשב הדיור. ברור שאפשרות זו מתקיימת רק בערים בהן יש בעיה בעתודות קרקע, כמו בגוש דן כך שאין למנהל מקרקעי ישראל מגרשים לצורך עמידה בגידול הטבעי של האוכלוסייה, גם בראיה עתידית ולכן ברור כי הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור (בניית בנייני מגורים) היא אלטרנטיבה סבירה וראויה.

סמכות המדינה להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור

במדינת ישראל בידי רשויות החוק שלושה אפשרויות להפקיע מקרקעין מידי הבעלים לצורך מימוש צורך ציבורי. העיגון הראשון הוא חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה"). העיגון השני ומשמש כמקור נורמטיבי להפקעת מקרקעין הוא פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. המקור השלישי הוא פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943. ברם, בחודש פברואר 2010 נכנס לתוקפו החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010.³ על פי הוראות התיקון בסעיף 22 נקבע כי פקודת הדרכים לפיה היה מוסמך שר האוצר להפקיע מקרקעין בטלה ומבוטלת. יודגש כי מירב ההפקעות לצרכי ציבור שאינן לפי תוכנית, נעשות כיום על פי פקודת הקרקעות.

פקודת הקרקעות

כידוע, פקודת הקרקעות מהווה תחליף לסמכויות הפקעה שהיו בעידן המנדט הבריטי היה בידי הנציב העליון סמכות להפקיע מקרקעין למטרות שראה בהם הכתר (המלך) עניין ראוי וציבורי. כיום, סעיף 3 לפקודת הקרקעות מסמיך את שר האוצר לרכוש מאדם את הזכויות שיש לו במקרקעין. החוק מסמיך את השר להפקיע רק בנסיבות בהן נוכח השר כי: "דרוש או נחוץ הדבר לכל צורך ציבורי". אולם, מהו אותו "צורך ציבורי" שיש בו להסמיך את השר לפגוע בזכות חוקתית? התשובה לכך נמצאת בסעיף 2 לפקודה הנ"ל המגדיר את אותו "צורך ציבורי" כ: "כל צורך שאותו אישר הנציב העליון כצורך ציבורי". ברם, לאור הפגיעה בזכויות בהפקעת מקרקעין מורה סעיף 15(1) לפקודה הנ"ל שכל הפקעה העומדת להתבצע יש לפרסמה ברשומות ולהורות בה כי שר האוצר עתיד לרכוש את הזכויות במקרקעין ולציין בהודעה את התכלית והמטרה הציבורית הגלומה בהפקעה. על פי הוראת סעיף 25(2) לפקודה נמצא כי "פרסום ברשומות של הודעה לפי סעיף קטן (1) רואים אותו כראיה מכרעת שהנציב העליון אישר כי המטרה שלשמה עומדים לרכוש את הקרקע, היא מטרה ציבורית".

סעיף 7 לפקודה הנ"ל מסמיך את שר האוצר לתפוס חזקה במקרקעין המיועדים להפקעה בתוך חודשיים ממועד הפרסום ברשומות. נציין כי דומה שהפקודה אינה מחייבת את השר לפרסם

³ ס"ח 346.

ברשומות במסגרת ההודעה על ההפקעה את המטרה הציבורית העומדת בבסיס ההפקעה. כאמור, על פי הפקודה רשאי השר להפקיע לכל מטרה ולכל צורך שיראה בעיניו כראוי בהסתמכו על סעיף 3 המציין את ההפקעה כצורך ציבורי, שהוא "כל צורך" כלשון סעיף 2 פקודה. יובהר כי השר אינו נדר לחקור את אמתות הצורך הציבורי ואף אינו חייב ליתן לנפגע את זכות הטיעון כפי שמורה הדין לכל אזרח העלול להיפגע מהחלטה מנהלית של גוף ציבורי כאמור.

כל שנדרש הוא שהשר יפעל בתום לב, כדי לעמוד על תכלית ההפקעה ומימוש מדיניות משרדו ומדיניות הממשלה בקידום אינטרסים ציבוריים באמצעות הפקעה. הביקורת על פעולת השר נעשית בבית המחוקקים, בכנסת.⁴ ברם, על רקע הלכת לוביאניקר,⁵ דומה לבסוף כי כוחו של שר האוצר להפקיע "ללא מתן דין וחשבון" כורסמה על רקע המעמד הזכות הקניינית של הבעלים במקרקעין כך שיש לנפגע מערכת של הגנות לאור חוק היסוד.⁶ הפסיקה אכן קבעה כי על הרשות המפקיעה להראות זיקה וקשר הדוק בין המקרקעין המופקעים לאותה מטרה ציבורית ראויה. פסיקה זו מאפשרת לבעלים של המקרקעין לתקוף את החלטת השר המפקיע באמצעות בחינת עמידתה בדרישות האמורות בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד על מנת לדרוש הוכחה לפיה פעלה הרשות המפקיעה בכל מרצה וכוחה ולא יכלה באמצעים אחרים להשיג את התכלית והצורך הציבורי העומדים בבסיס ההפקעה. במלים פשוטות, על הרשות להוכיח כי לא עומד לא אמצעי אחר, חלופי להשגת המטרה הציבורית שמידת פגיעתו בזכות היסוד של הבעלים של המקרקעין הינה פחותה.⁷ כיום, אין חולק כי הפקעה צריכה לעמוד בתנאים האמורים בפסקת ההגבלה.⁸

חוק התכנון והבניה

כידוע, חוק התכנון והבניה מסדיר נושאים רבים ומגוונים הקשורים למקרקעין ובהקשרים רבים. למשל הקמת שכונות, ערים, קביעת ייעוד למקרקעין, מתן היתרי בניה, היתרי חציבה וכיו"ב. יחד עם זאת, חוק התכנון מסמיך את רשויות התכנון להפקיע מקרקעין מידי הבעלים כאמור בסעיפים 188 - 196. על פי הוראות חוק זה, ניתן להפקיע קרקע שיועדה זה מכבר בתוכנית מפורטת שקודמה בוועדות ופורסמה ברשומות ובלבד שההפקעה מיועדת לממש מטרה ציבורית ראויה. חוק זה, בשונה מן הפקודה, מציין מפורשות מהם אותם יעדים ציבוריים ומתאר זאת למשל כצורך להקמה וסלילת דרכים, גנים, שטחי נופש וספורט, שמורות טבע וכיו"ב. בהמשך לזאת, מורה סעיף 188(ב) לעניין מטרות ציבור, "וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר הפנים לעניין סעיף זה". ברם, שוב נעשה שימוש במושג השסתום-"צרכי ציבור" כך שאין בזאת ללמדך מפורטות אלא שסביר לטעון כי "צרכי הציבור" שבחוק זה זהים לאותם "צרכי ציבור" האמורים בפקודה.

על פי הוראות סעיף 189 לחוק התכנון והבניה נמצא כי סמכות הוועדה המקומית לתכנון ולבניה המחוזית להפקיע מקרקעין מציבה דרישה שההפקעה תהיה על בסיס תוכנית מתאר מפורטת. עוד נדרש כי ההפקעה תהיה למטרה הציבורית וכתומכת את התוכנית המפורטת.

הזכות החוקתית לקניין

⁴ המ' 33/53 סלומון נ' היועץ המשפטי, בעמ' 1028.

⁵ בג"ץ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141.

⁶ בג"ץ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141, בעמ' 147.

⁷ בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה, פס' 6.

⁸ דנג"ץ 4466/94 נוסיבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68.

אך טבעי הוא במשטר דמוקרטי שזכויות אדם נדרשות לא אחת לעמוד במבחן חוקתי (איזון אופקי, אנכי) על מנת לחלץ את הזכות שידה על העליונה. בנסיבות הפקעת מקרקעין דומה כי במשוואת "איזון הזכויות" ניצבים שני אינטרסים או שתי זכויות הנאבקים על הבכורה. מחד, הזכות לקניין של הבעלים של הקרקע המיועדת להפקעה. מנגד, הזכויות של הציבור לעמוד על הצרכים החיוניים לצורך קיום בסיסי. כלומר, אינטרס הציבור הוא כזה שמצריך לא אחת לפגוע בפרט למען הכלל באמצעות לקיחת קרקע ולממש בה את אותו צורך ציבורי נחוץ.⁹ כל אימת שיש איזון בין זכויות נדרש לבחון את מעמדן החוקתי ובנסיבות דנן עומדת לפרט הזכות לקניין אשר בעידן החוקתי מעמדה אינהרנטי, על חוקי שיש להגן עליו.¹⁰ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן בסעיף 3 את הזכות לקניין באופן מפורש וכלשון ההוראה: "אין פוגעים בקנינו של אדם". כל אימת שזכות זו עוגנה מפורשות בחוק היסוד הרי שלזכות נצמד אותו מעמד 'על חוקי' שלא בנקל ניתן יהיה לפגוע בה.¹¹ כך למשל, בפרשת בראון נקבע שחוק היסוד הנ"ל העמיד את הזכות לקניין פרטי ממעמד של זכות פסיקתית בה נקט בית המשפט אל עבר אותה זכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד שבאה לידי ביטוי מפורש בחוק, ומכאן מעמדה הרם.¹² נוסף על זאת, העיגון בחוק היסוד מעניק הגנה על הזכות בפן החיובי והשלילי. כיצד, בפן השלילי מורה חוק היסוד שאין לפגוע בזכות זו כך שהפרט והשלטון מנועים מפגיעה בזכות זו. הפן החיובי נוגע לאות ההגנה אשר על הרשות לעשות על מנת להגן על מעמד הזכות. כך מורה סעיף 11 לחוק היסוד לפיו על הרשויות לכבד את הזכות ואף בית המשפט נדרש להגן על הזכות כל אימת שבפתחו הליך המבקש לפגוע בזכות זו.¹³

בפסק הדין בעניין ברעלי קבע בית המשפט כי על רקע מעמדה הנחרץ של הזכות לקניין רואי הוא שנקודת האיזון או נקודת ההשקה בין הזכויות הנאבקות על הבכורה היסטה אותה נקודה לטובת הזכות לקניין הפרטי של הבעלים על הקרקע. יוצא אפוא, לזכות הקניינית מיוחס משקל סגולי כביר יותר בהשוואה למשקלה של הזכות או האינטרס הציבורי העומד בבסיס ההפקעה.¹⁴ על רקע זאת כאשר הרשות מבקשת לפגוע בזכות יסוד מובהקת יש לפרש את ההוראה החוקית המסמיכה את הרשות להפקיע, היינו, חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 באופן שונה מאותו שיח הזכויות מהעידן הטרומי חוקתי. כיום, על רקע חוק היסוד ברי כי שומה על בית המשפט לבחון את המשמעות שיש ליצוק בהוראות החוק המבקש לפגוע בזכות לקניין כך שיהלום את מעמד זכויות הפרט בשים לב לערכי היסוד כיום.

ודוק: הפסיקה אכן ישמה הסדר זה בפרשת קרסיק כאשר עמד בית המשפט על מעמד הזכות והמגמה לדידה שומה על בית המשפט להגביר את ההגנה על הזכויות מכוח סעיף 11 לחוק היסוד במתן מעטפת הגנתית מפני פגיעה בזכות חוקתית.¹⁵ יושם לב כי בעבר בתי המשפט נהגו שלא להתערב בהחלטות הרשות להפקיע מקרקעין וככל שהיה צורך להתערב הרי שזו נעשתה במשורה ובאופן מצומצם.¹⁶ בפרשת סלומון נפסק כי מרחב שיקול דעתו של השר ליזום הפקעת מקרקעין

⁹ דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 298, 312 (2004).
¹⁰ ע"א 524/88 "פרי העמק" - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 546, 529 (1991).
¹¹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995).
¹² ע"מ 5839/06 בראון נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז מרכז (טרם פורסם) (ניתן ביום, 25.9.2008).
¹³ דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 85 (1995).
¹⁴ ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 483, 463 (1995); ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817, 840-841 (2003).
¹⁵ בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625.
¹⁶ המ' 33/53 סלומון נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 1023 (1953).

מן הפרט כאמור על פי סמכותו כאמור בסעיף 3 הנ"ל הוא מוחלט שכן לא הייתה חובה בעת ההיא לציין ברשומות את עילת ההפקעה או את המטרה הציבורית אשר לשמה הופקעו המקרקעין.

ברם, בעידן החוקתי בה הזכות הוכרה ועוגנה בחוק היסוד כזכות על חוקית המטריה השתנתה כך שההלכה שנפסקה בעניין זה בפרשת לוביאנקר לימדה אותנו שהזכות אכן הוסטה במשוואת האיזונים החוקתית לטובת זכויות הפרט.¹⁷ על פי פסק הדין בעניין לוביאנקר נפסק שאין בסעיפים 3 ו-5 לפקודת הקרקעות למנוע מבית המשפט לבחון "אם שיקוליו של השר, לרבות מתן האישור בדבר קיומו של צורך ציבורי, אינם נגועים בפגם היורד לשורשו של עניין, כגון חוסר תום לב או שרירות".¹⁸ השינוי הוא בכך שכעת אין ליתן משקל עודף לסמכות השר המפקיע ששיקול דעתו הרחב יעמוד לו, ולא יהיה כפוף לביקורת שיפוטית של בית המשפט. כך למשל, על השר לציין ברשומות במסגרת הכוונה להפקיע מכוחו של סעיף 5 את מטרת ההפקעה. פסיקה זו הינה פועל יוצא של הזכות לקניין שזכתה כאמור לנורמה נחרצת.¹⁹ בסוף המונח "צורך ציבורי" או "אינטרס ציבורי" אין מילות קסם" כך שלגופו של עניין כ להפקעה נבדקת לגוו של עניין אם אותו צורך ציבורי חזק כדי לאפשר את ההפקעה ועומד בדרישת המידתיות והסבירות.²⁰

בפרשת הורוויץ הדגיש בית המשפט כי: "כיום בוודאי אין חולק שהאיזון שמקדם אינו יכול לשקף את דרך המלך של המשפט הישראלי בעידן החוקתי. כיום יש להבין את (פקודת הדרכים) ככלי חריג שנועד למטרות חריגות".²¹ על רקע מעמד הזכות החוקתית לקניין על בית המשפט לעמוד בהקשר הפגיעה בזכות זו בשתי נפקויות אופרטיביות: הראשונה, הוראת חוק שמועד כניסתה לתוקף לאחר כניסת חוק היסוד לתוקף שנמצאה כי היא פוגעת בזכות יסוד במנוגד לדרישות פסקת ההגבלה מבקשת מתן הכרעה באשר למעמד החוק החורג ויש סמכות לפסול את החוק כאמור בהתאם לבחינת עמידת ובפסקת ההגבלה; השנייה, חוק שנחקק טרם כניסת חוק היסוד לתוקף ונמצא כי הוא פוגע בזכות הקניין של בעל זכויות במקרקעין, יפורש ברוח חוק היסוד מכוח חזקת שמירת הדינים, אולם ככל שהיא פוגעת בזכויות בית המשפט מוסמך להכריע בעניין עד לכדי פסילת ההוראה או באופן אחר כך שמידת הפגיעה תהיה פחותה.²²

הפקעה באמצעות הדינים כיום, הפקודה או חוק התכנון והבניה מצריכה מהרשות המפקיעה בהפעלתה את סמכותה לבחון השיקול דעתה את הפגיעה האפשרית בזכות לקניין ואת שיעורה כך שתהיה סבירה ומידתית בנסיבות העניין.²³ הדרישה היא שהרשות המפקיעה תשקול את הליך ההפקעה ותעמוד בדרישות חוק היסוד.²⁴ המשמעות האופרטיבית היא שהפקעת מקרקעין הגם שנעשות כיום באמצעות ומכוחם של דינים שנחקקו טרם כניסת חוק היסוד לתוקף, הרי מכוח

¹⁷ בג"ץ 307/82 לוביאנקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141 (1983).

¹⁸ בג"ץ 307/82 לוביאנקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141 (1983), בעמ' 147.

¹⁹ בג"ץ 307/82 לוביאנקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141 (1983), בעמ' 148.

²⁰ בג"ץ 2739/95 מחיל נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 327-328 (1996).

²¹ שם.

²² בשי"פ 535/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 410-412 (1995).

²³ בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 892 (1953).

²⁴ בג"ץ 951/06 שטיין נ' המפקח הכללי משטרת ישראל (לא פורסם, 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 הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 28-60 (לא פורסם)

(ניתן ביום, 20.8.2008).

הפרשנות התכליתית וחזקת שמירת הדינים, יש לוודא שהם מתיישבים עם הוראות חוק היסוד ומעניקים הגנה ראויה לזכות הקניינית של הפרט.²⁵

אמות המידה והתנאים להפקעת מקרקעין כמענה למשבר הדיור

כאמור, המדינה מבקשת להתמודד עם משבר הדיור באמצעות הפקעת מקרקעין מהציבור. על מנת להצדיק זאת יש לעמוד בשני תנאים. הראשון, לאפשר לבעל המקרקעי להוציא אל הפועל את בניית בנייני המגורים ו/או שכונות, כי המדינה אינה רשאית להתערש משיווק הדירות שתבנה. שנית, ככל והבעלים לא יחפוץ להוציא אל הפועל את תוכניות הבניה, יש להפקיע את המקרקעין ולשלם לבעלים מחיר לפי ייעוד הקרקע על פי התוכנית, כלומר לפי יעוד מגורים ולא על פי הייעוד שהיה בקרקע ערב ההפקעה.

מבחן המידתיות כאמור, בוחן את מידת הפגיעה בזכות חוקתית, לאמור, האם בנסיבות הקונקרטיות של המקרה הפגיעה בעקבות ההפקעה מהווה אקט חוקי או שמא תאמר כי הפגיעה הינה יתר על המידה עד לכדי זאת שיש להכריז על בטלות ההפקעה מעיקרה. למשל, הופקעה קרקע מידי הפרט למימוש צורך ציבורי. אין חולק כי הפרט קשור לקרקע גם לאחר שהופקעה ולכן אם חלפה תקופה ארוכה והרשות המפקיעה לא יישמה את התכלית או המטרה שעמדה בבסיס ההפקעה הרי שהבעלים הקודמים רשאין לדרוש מבית המשפט ליתן צו להשיב את המקרקעין לבעלים בחזרה וזאת מן ההיבט הרגשי פנימי שפיתח כלפי הקרקע. שנית, לאור זאת שהייעוד לא עומד כרגע ולכם ההפקעה בטלה. השבת הקרקע אל הבעלים נתפסת כעניין של מידתיות הפגיעה בזכות יסוד. אמת, השבת המקרקעין לבעלים נתפסת כהגנה על זכות היסוד. הגנה נוספת נוגע בצורך להעמיד את הנפגע (כלכלית) במצב בו היה ערב ההפקעה, בדומה לעוללת הנזיקין. לכן, על הרשות המפקיעה לפצות את הפרט בגין ההפקעה כך שכלכלית יקבל תמורה בגין האקט החריג. הסדר של פיצוי הנפגע הינו עקרון יסודי בדיני ההפקעה ועמד על כך הנשיא אגרנט לפני חמישה עשורים.²⁶

הפסיקה כיום עברה טרנספורמציה בכך שיש מעבר בהפקעה בכך שההפקעה שמה הפחות תשומת לב ל"ציבוריות המטרה" במעבר לבחינת "מידתיות ההפקעה". היבט זה מתבטא בכך שהרשות יכולה לשנות את המטרה הציבורית אך הדרישה היא שההפקעה מידתית כלומר שאין אפשרות לממש את המטרה הציבורית באמצעי אחר. הפסיקה קבעה כי על הרשות המפקיעה להראות זיקה וקשר הדוק בין המקרקעין המופקעים לאותה מטרה ציבורית ראויה. פסיקה זו מאפשרת לבעלים של המקרקעין לתקוף את החלטת השר המפקיע באמצעות בחינת עמידתה בדרישות האמורות בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד על מנת לדרוש הוכחה לפיה פעלה הרשות המפקיעה בכל מרצה וכוחה ולא יכלה באמצעים אחרים להשיג את התכלית והצורך הציבורי העומדים בבסיס ההפקעה. במלים פשוטות, על הרשות להוכיח כי לא עומד לא אמצעי אחר, חלופי להשגת המטרה הציבורית שמידת פגיעתו בזכות היסוד של הבעלים של המקרקעין הינה פחותה.²⁷ כיום, אין חולק כי הפקעה צריכה לעמוד בתנאים האמורים בפסקת ההגבלה.²⁸ על רקע זה אפשר לטעון למשל מבלי להיכנס פנימה לדין כי צריך שתהיה מטרה ציבורית ראויה להפקיע מקרקעין וכן נדרש שההפקעה תהיה

²⁵ בשי"פ 535/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 410-412 (1995) בעמ' 412.

²⁶ ע"א 216/66 עיריית תל אביב-יפו נ' אבו דאיה, פ"ד כ(4) 522, 546 (1966).

²⁷ בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה, פס"כ 6.

²⁸ דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68.

מלווה בפיצוי הנפגע. כמו כן אפשר לטעון שככל שהמטרה הציבורית שלשמה הופקעו המקרקעין אינה נדרשת עוד והמקרקעין נותר כמות שהופקעו הרי שיש להשיב את המקרקעין לבעלים המקורי. אפשר שהסדר הנ"ל מבטא פורמלית את ההגנה על הזכות.

שימוש עצמי של המטרה הציבורית מתבטא בכך שההפקעה הוא צעד דרסטי וקשה הפוגע בזכות הקניינית אך אם הבעלים של הקרקע יוכל לממש את המטרה הציבורית ולא יזם או זוכה במכרז ציבורי בכך יתבטא הדבר במידתיות הפגיעה בזכות החוקתית לקניין. כלומר אם נוטלים קרקע מבעלים ואומרים לו תישם את הצורך הציבורי כמו להקים בניינים עבור עולים חדשים לפחות הוא יכול להרוויח את הכסף מהקמת הבניינים ולא קבלן אחר שיזכה במכרז פומבי לכן זה מבטא מידתיות כי הוא ירוויח יותר כסף מאשר פיצוי בגין הפקעה וביתר שאת כאשר ניתן להפחית את הפיצוי על פי התנאים הקבועים בחוק.

על פי הלכת קרסיק שר האוצר יכול להחליף את המטרה הציבורית שבבסיס ההפקעה ולא להשיב את המקרקעין לבעלים ולכן ניתן לקבוע כי הסדר משפטי זה מחזק את הדרישה שההפקעה צריכה להיות מלווה בצורך ציבורי. לכן כל והצורך הציבורי חלף יש להשיב את המקרקעין לבעלים בשל הפגיעה בזכות לקניין אך אי השבת המקרקעין לבעלים בשל צורך ציבורי חלופי מבטא את המעמד שיש בבסיס ההפקעה לצורך ציבורי. המשטר המשפטי מבקש מהבעלים לוותר על זכות הבעלות בנכס לטובת צורך ציבורי ובכך מגלם מעבר להוראה החוקתית את הערבות של האדם למדינה, לחברה בבואו לקדם אינטרס ציבורי. אולם נפסק שאין להסיק שבית המשפט לא יבחן אם שיקולו של השר, לרבות מתן האישור בדבר קיומו של צורך ציבורי, אינם נגועים בפגם היורד לשורשו של עניין, כגון חוסר תום לב או שרירות.²⁹

לבסוף, אין להחיל את מנגנון אי פיצוי כשמפקיעים חלק ממקרקעין. על פי הוראות סעיף 190(א) לחוק התכנון והבניה הרי שעל הפקעה מכוח סעיף 20(2) לפקודת הקרקעות לא ישולם פיצוי בגין הפקעת שטח הקטן מרבע שטח המקרקעין, על פי סעיף 20(2)(א) לפקודת הקרקעות. אולם, אם מופקע חלק ממגרש שגודלו עולה על רבע משטח המקרקעין על הרשות המפקיעה לשלם פיצוי עבור החלק העודף שלא הופקע. על כן ניתן לומר כי מכוחו של סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה כאשר הופקעו מקרקעין למטרות ציבורי כאשר רבע משטח המגרש כפי האמור בסעיפים 20(2)(א); 20(2)(ב) לפקודת הקרקעות יבוא המונח "ארבע עשיריות". כלומר, על פי חוק התכנון והבניה בהפקעה למטרות ציבורי הרשות אינה מחויבת לשלם פיצוי עבור 40% מן השטח המופקע. הסיפא בסעיף 190(א)(1) מורה ש"לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש". כלומר הרשות אינה מוסמכת להפקיע חלק ממקרקעין, בשיעור האמור בסעיף הנ"ל, כאשר לא ניתן יהיה לעשות שימוש סביר ביתרת השטח שלא הופקע ונותר בידי הבעלים.³⁰ סעיף 190(א)(2) לחוק התכנון והבניה מסמיך את שר הפנים להורות לוועדה לתכנון ולבניה לפצות את הבעלים בגין ראש נזק בלתי ממוני, "סבלי".

משפט משווה

הפיצויים אינם מבטלים את הפגיעה מעיקרה. משמעותם היא רק לעניין השאלה, אם הפגיעה אינה "במידה העולה על הנדרש", כאמור בסיפא של פסקת ההגבלה. בכך למעשה בחר המחוקק

²⁹ בג"ץ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141.

³⁰ ע"מ 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רענה נ' קרן תורה ועבודה, (לא פורסם, 23.10.2010).

הישראל בגישה המקובלת במדינות שבהן ניתן לקניין עצמו מעמד חוקתי, להבדיל מן הגישה המקובלת בארצות הברית, שבה ההגנה החוקתית על הקניין באה לביטוי רק באיסור על נטילתו ללא תשלום פיצויים.³¹

בגרמניה הזכות לקניין מעוגנת בחוקה ולכן מעמדה כזכות בכורה. זכות הקניין נתפסת לא רק כמיועדת להגן על אינטרסים כלכליים, אלא אף כמיועדת להגן על אישיותו של האדם ועל חירות פעולתו. תשלום פיצויים כשלעצמו אינו מכשיר להפקעת קניינו של אדם, ונדרש כי ההפקעה תשרת צורך ציבורי מהותי. הרכוש מוחזר לבעליו אם מסתבר כי אינו דרוש לאותו צורך. ההפקעה צריכה לעמוד אף בדרישת המידתיות.³²

במדינות המכירות בזכות הקניין כזכות יסוד כמו באנגליה, רשות שלטונית אנה בת חורין להשתמש בנכס שהפקיעה אלא לאותה מטרה שלשמה הופקע, ואין לעשות שימוש בנכס למטרה אחרת, אף אם היא לטובת הציבור.³³ ויש להציב אינטרס לגיטימי שיש בו לפגוע בזכות הקניינית.³⁴ כך גם הדין בקנדה שם נדרש להציב אינטרס ציבורי ברור ומובהק ולגיטימי על מנת להפקיע מקרקעין לטובת הציבור.³⁵ הוא הדין החל גם באוסטרליה.³⁶

יודגש כי על פי הדין העות'מאני, מתנה דין זה הפקעה של קרקע לצרכי ציבור בתשלום פיצוי מלא לבעל הקרקע. אולם, לכלל זה יש חריג לכלל שנקבע בחוק העות'מאני משנת 1891 שהתיר לרשות מקומית להפקיע עד רבע מחלקה ללא פיצוי לצורך סלילת כבישים חדשים או הרחבת קיימים, ובתנאי שמדובר בחלקה שטרם נבנה בה.³⁷ כלומר עוד בתקופה העות'מאנית הפקעה ללא פיצוי הייתה חריג לכלל. יש הסוברים שהוראה זו הייתה מקור השראה להוראות ההפחתה שנחקקו בתקופת המנדט.³⁸ הבריטים אימצו את החקיקה העות'מאנית עם תחילת המנדט בשינויים המחויבים מחילופי השלטון.³⁹

סיכום ומסקנות

זכות הקניין עוגנה מפורשות בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיו, "אין פוגעים בקנינו של אדם". ההגנה על הזכות הקניינית נבחנת על פי דרישות פסקת הגבלה המורות כי נדרש שהפגיעה בזכות תהיה מכוחו של חוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו ההולם את ערכיה של

³¹ Los Angeles County v. First Lutheran Church 3304 U. S (1987) at 316-314

³² d. P Currie, The Constitution of the Federal Republic of Germany 293, 291-290 (1994, Chicago)

³³ general v. Great Eastern Railway Co- Attorney (1880). App. Cas 5. 473. ראה למשל:

³⁴ peel v. London and North Western Ry [1907]. 5Ch 1 (c. a)

³⁵ E. Todd, The Law of Expropriation and Compensation in Canada (1992, nd. Ed 2, Toronto) e. C. 29

³⁶ Council of Sydney v. Campbell Municipal (1925) at 345

³⁷ FREDERICH M. GOADBY & MOSES J. DOUKHAN, THE LAND LAW OF PALESTINE 315, 332 (1935)

³⁸ דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנן 150 (1994).

³⁹ PUBLIC NOTICE, PROCLAMATIONS, ORDINANCES & NOTICES ISSUED BY O.E.T.A. (SOUTH)

TO AUGUST 1919, 33

מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. חוק היסוד העלה את הזכות לקניין למעמד על חוקי כך שהפקעה נדרשת לעמוד במבחן החוקתי של פסקת ההגבלה. האיזון הוא בין צרכי הציבור לבין ההגנה על זכותו הקניינית של הפרט.

הגם שמוסד ההפקעה מחויב המציאות לשם הגשמת אינטרס הציבור, אין ולא יכול להיות חולק שהפקעת מקרקעיו של אדם נטילתם ממנו בעל כורחו פוגעת קשות בקניינו.⁴⁰ להפקעת חלקת אדמה מידי של הפרט עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת על הלך חייו.⁴¹ פרשת הולצמן עמדה השאלה בדבר פרשות הפיצוי בהפחתה במקרה של הפקעת חלקה לפי חוק התכנון והבנייה. נמצא שהפקעת חלקת מקרקעין במלואה בלא שבעליה נהנה מטובת הנאה "המקזזת", היא אינה שוויונית ואינה מידתית. כך גם בנוגע להפקעת חלקה במלואה תוך הפחתת 25% או 40% (לפי חוק התכנון והבניה) משיעור הפיצוי חורגת מהיקף החובה שראוי להטיל על הפרט מכוח אחריותו החברתית, ולכן אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

תכליתה האובייקטיבית של ההפקעה והוראות ההפחתה מוליכה לפרשנות המאפשרת הפקעת מקרקעין לצורך ציבורי אך כאשר הזכות לקניין נפגעת באופן בלתי מידתי אין לקבל דעה זו. למשל הופקעו מקרקעין ללא השבחת החלק הנותר ולא שולם פיצוי מלא בגין ההפקעה, סמכותו של שר התחבורה לשלם פיצויי סבל היא בבחינת סמכות חובה. הפיצויים אכן מאזנים ומפצים את הפגיעה בזכות. הפיצוי מאפשר לרשות למלא אחר אינטרס הציבור. אך, אדם שאדמתו הופקעה, זכאי לפיצוי הוגן לתקן את הפגיעה בזכותו. הפיצוי משמש תחליף לקניין שנשלל ומבטא את מעמדה החוקתי של זכות הקניין. הזכות לפיצויים אינה מוחלטת, כך שיש לאזנה עם זכות הציבור.

ישנה הצדקה להפקעה כאשר משלמים פיצוי בכסף או באמצעות השבחת החלקה בתוכנית. ברם, לא תמיד החלקה המופקעת משביחה את החלקה הנותרת לאחר ההפקעה ואז קם הצורך לפצות את הבעלים. ראינו כי חנוך דגן דוגל בהפקעה ללא פיצוי על רקע תפיסה חברתית, שכן, הבעלות במקרקעין מקימה אחריות חברתית של הבעלים כלפי הקהילה וחבריה בהיות המקרקעין משאב מוגבל. בפרשת הולצמן גישה זו נדחתה. בנוגע לפיצויים דומה כי האיזון בין האינטרסים של הצדדים מחייב מתן הגנה במצב בו הפקעה חלקית הביאה לירידה שוויה של החלקה שנותרה בידי הבעלים.

אשר על כן, הסמכות להפקיע מקרקעין ללא פיצוי מלא היא שריד מהתקופה העות'מאנית. תכליתה הייתה לאפשר הקמת דרכים על קרקעות בלתי מפותחות מתוך הנחה שנטילת חלק מקרקע כזו ללא פיצוי אינה אמצעי פוגעני. הבריטים אימצו סמכות זו כמות שהיא, ובמשך השנים סייגו אותה בסייגים שונים. בסופו של דבר, הסייג שנותר במכלול חיקוקי ההפקעה הוא הסמכות לשלם פיצויים כשנגרם סבל. מההקשר ההיסטורי עולה שפיצוי בגין סבל של הבעלים עקב ההפקעה נועד לתקן עוול שנגרם לפרט בעקבות הפקעה ללא פיצוי, אם נגרם כזה.

⁴⁰ בג"ץ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 281, 285 (1979).
⁴¹ ע"א 5964/03 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד ס(4) 437, 484 (2006).

מגמת הפסיקה להרחיב את היקף ההגנה על זכות הקניין הפרטי לא פסחה על האופן שבו פירש בית המשפט את הוראות המעגנות את הזכות לפיצויי הפקעה.⁴²

חוק התכנון והבניה מאפשר לשלם פיצויי הפקעה מופחתים לשימושים האמורים בחוק. בניגוד להפקעה מכוח פקודת הקרקעות, החוק מפחית את שיעור הפיצוי בשיעור של עד 40% לפי סעיף 190(א)(1) לחוק זה. לכאורה זו פגיעה בשיעור גבוה יותר מהפגיעה שמאפשרות הפקודות. דא עקא שפוטנציאל הפגיעה של הסדר זה בבעל הקרקע המופקעת קטן מזה של ההסדר הקבוע בפקודות ההפקעה. הפקעה מכוח חוק התכנון והבניה היא הפקעה דו שלבית אשר מזכה את בעל הקרקע ברובו המכריע של הפיצוי כבר בשלב הפגיעה התכנונית. הפיצוי בגין ההפקעה גופה מכוח החוק קטן משמעותית מהפיצוי שמשולם בשלב הפגיעה התכנונית זאת משום שהפיצוי בשלב השני מחושב לפי שווי הקרקע לאחר שינוי הייעוד. מכאן שהוראת ההפחתה שבחוק התכנון והבניה שוללת פיצוי בגין אחוים בודדים בלבד, ואילו פקודות הקרקעות שוללות פיצוי בשיעור גבוה משמעותית אם ההפקעה נעשתה מכוחם בלא תוכנית.

מסקנה

המנגנון של הפקעה לצורך התמודדות עם משבר הדיור נתפס כריאלי וראוי אך אסור למדינה להתעשר מההפקעה. לכן על המופקע להוציא את הפועל את התוכנית הציבורית, הקמת בנייני מגורים. ככל והבעלים לא יחפוץ לממש את הייעוד הציבורי בעצמו, יש לשווק את הקרקע ליזמים ולהעביר את הכסף לבעלים. זה ביטוי מידתי להגנה על זכות הקניין.

⁴² ע"א 813/03 עיריית נצרת נ' ג.י.בי. טורס בע"מ, פ"ד נח(5) 664, 672 (2004).