

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2390/96
בג"ץ 360/97
בג"ץ 1947/97

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוי
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרים בבג"ץ: 2390/96

1. יהודית קרסיק
2. מרים איצקוביץ
3. אמה מרוט
4. אהרן חטר ישי

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ: 2390/96

1. מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל
2. עיריית חדרה
3. הוועדה המקומית לתכנון ולבניה שליד עיריית חדרה
4. הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה, מחוז חיפה

העותרים בבג"ץ: 360/97

1. מיכאל סמואל
2. ורדינה סימון

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ: 360/97

1. שר האוצר
2. מינהל מקרקעי ישראל
3. משרד הבינוי והשיכון
4. הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה, מחוז חיפה

העותרים בבג"ץ: 1947/97

1. שאול רוטמן
2. מלכה אראל
3. פנינה גורן

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ: 1947/97

1. שר האוצר
2. משרד הבינוי והשיכון
3. הוועדה לבניה למגורים ותעשייה, מחוז חיפה

תאריך הגשת הסיכומים:	כ"ה בטבת התשנ"ט (13.1.1999)
בשם העותרים בבג"ץ 2390/96:	עו"ד צבי הר נבו עו"ד טל הר-נבו
בשם העותרים בבג"ץ 360/97	עו"ד אמנון עברון עו"ד אלון סמואל
בשם העותרים בבג"ץ 1947/96:	עו"ד אריה פייגנבוים עו"ד יעקב לסרי
בשם המשיבים בבג"ץ 2390/96, בבג"ץ 360/97 ובבג"ץ 1947/97:	עו"ד אסנת מנדל

תשובה לעתירות למתן צו על-תנאי וצו ביניים

החלטה

השופט מ' חשין:

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

דברי-רקע לעתירה

2. בשילהי שנות החמישים נזקק הצבא לשטח אימונים - בעיקר למיטווחים - ולמטרה זו פעלו הרשויות להפקעת מיתחם בן כ-137 דונם קרקע באיזור חדרה. הליך ההפקעה נערך כסדר: כנדרש בדין פורסמו הודעות בילקוט הפירסומים על-כך שהקרקע באותו מיתחם דרושה לחלוטין לשר האוצר לצורכי ציבור, ועל-כך ששר האוצר מתכוון לקנות חזקה מיידית בה. ראו הודעות לפי הסעיפים 5 ו-7 לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943 (להלן נכנה פקודה זו - **הפקודה או פקודת ההפקעות**), שנתפרסמו ביה"פ לשנת תשי"ט, מס' 640 מיום 25.12.58, ע' 477, ומס' 652 מיום 27.2.59, ע' 757. לאחר מספר שנים - ביום 24.3.1966 - וכסמכותו בסעיף 19 לפקודת ההפקעות, פירסם שר האוצר הודעה על הקנייתה של הקרקע למדינה (יה"פ לשנת תשכ"ו, מס' 1266, עמ' 1368). הקרקע נרשמה במשרד ספרי האחזזה על-שם המדינה.

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

4. הקרקע המופקעת שימשה לייעודה כדבר ההפקעה: שטח אימונים לחיילי צה"ל. אכן, חיילי מילואים וחיילי סדיר יזכרו היטב את "חולות אולגה" שליד חדרה (אולגה, ייאמר למתעניין, היתה אישתו של יהושע חנקין הזכור לטוב, ומתוך כבוד לחנקין נקראה הסביבה על-שמה). כך היה במשך כשלושה עשורים, מאז הופקעה הקרקע ועד לשנת 1996.

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

6. מילים מספר על תוכניות תכנון עיר החלות על הקרקע. בראשית שנות השמונים ניזומה תוכנית אשר במיסגרתה יועדה מרבית הקרקע לאיזור מגורים א' ולקריית חינוך וספורט (תוכנית חד/450). תוכנית זו הופקדה אך לא ניתן לה תוקף. בהתאם לתוכנית חד/761 שפורסמה למתן תוקף ביום 15.9.1985 (יה"פ לשנת תשמ"ה מס' 3248, עמ' 3358) יועד שטח ההפקעה לבנייתה של שכונת קוטג'ים, לנופש ולשיטחי ציבור. בשנת 1989 הופקדה תוכנית שינוי לתוכנית הקודמת (ושמה: תוכנית חד/761/א'), אך זו לא אושרה. לאחר החלטת הממשלה משנת 1993, הכין משרד הבינוי והשיכון תוכנית חלופית - תוכנית שכונתה חד/במ/944 - ולפיה יועד שטח בן 160 דונם, ובו קרקעות העותרים, לבנייה רבת-קומות (592 יחידות דיור), למיבני ציבור, לאיזור מסחרי ולשטחים ציבוריים פתוחים. העותרים בבג"ץ 360/97 (משפחת סמואל) הגישו התנגדות לתוכנית, בהוסיפם כי חובה היא המוטלת על המדינה להשיב את הקרקע לבעליה המקורי. העותרים בעתירות האחרות לא הגישו התנגדות לתוכנית. התנגדותה של משפחת סמואל נדחתה, והתוכנית אושרה בוועדה לבניה למגורים ולתעשייה ביום 17.11.1996. דבר אישור התוכנית פורסם ברשומות ביום 21.7.1997 (יה"פ לשנת תשנ"ז, מס' 4545, עמ' 4479).

7. משרד הבינוי והשיכון החל בביצוען של עבודות להכשרת הקרקע לתשתית ולכבישים, עד שביום 24.10.1997 נתפרסמה הודעתו של יושב-ראש הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה באיזור חיפה על ביטול אישורה של תוכנית חד/במ944/ (יה"פ לשנת תשנ"ח, מס' 4577 מיום 24.10.97, עמ' 96).

חילוקי הדעות בין בעלי-הדין

8. טוענים העותרים ואומרים: משתם הצורך הציבורי שלשמו הופקעה הקרקע, חובה היא המוטלת על המדינה להשיב את הנכס לבעליו, קרא: למי שהנכס נלקח ממנו, לו או ליורשיו. זכות הקניין של הבעלים - באשר זכות קניין היא - מחייבת את הרשות המפקיעה להגביל את הפגיעה בקניינו של היחיד אך-ורק למטרה הציבורית שלשמה הופקעה קרקע; ומשנתמצתה אותה מטרה ציבורית, שב הקניין אל ביתו, אל בעליו המקורי. לענייננו: הקרקע הופקעה לשימוש בה לאימוני הצבא; עתה, משמטרה ציבורית זו כלתה וחדלה מהיות, יש להשיב את הקרקע לבעליה. אשר לייעודה החדש של הקרקע - בניה למגורים - על כך שתי טענות הן בפי העותרים: אחת, מטרה זו אינה מטרה ציבורית כלל ועל-כן נקטע הרצף ה"ציבורי" של השימוש בקרקע. לחלופין: גם אם אמרנו כי בניה למגורים מטרה ציבורית היא, אין כל מניעה כי העותרים יקיימוה, ויבצעו הם-עצמם את פרויקט הבניה. אין צורך שהמדינה דווקא תקיים אותה בניה (בניה אשר תבוצע, כמקובל, בידי קבלנים פרטיים). העותרים מסכמים את טענותיהם כך: חובה היא המוטלת על המדינה להחזיר את הקרקע לידינו, או, למיצער, לפצות אותנו כערכה הנוכחי של הקרקע ולא כערכה לעת הפקעתה.

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

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

מיתווה כללי במשפט ההפקעות

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

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

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

מילים אחדות על הליך ההפקעה

12. אין חולקים על הצורך להעניק למדינה סמכות להפקיע קרקע של היחיד לטובתו ולרווחתו של הכלל. כך לסלילת כבישים, להקמת גנים, לבניית מיבני-ציבור, וכך לצורכי-ציבור אחרים; והוא, כמוכן - ועל דרך העיקרון - תוך תשלום פיצוי נאות לבעלים. הכרה זו היא המונחת בתשתיתה של פקודת ההפקעות, ולפיה קנה שר האוצר - קרא: המדינה - סמכות להפקיע קרקעות לצורכי ציבור. וכהוראת סעיף 3 לפקודת ההפקעות: במקום בו נוכח שר האוצר לדעת כי הדבר דרוש או נחוץ לכל מטרה ציבורית ("necessary or expedient for any public purpose") מוסמך הוא לרכוש (בין השאר) בעלות, חזקה וזכות שימוש בכל קרקע. קובעת הוראת סעיף 5(1) לפקודה, כי שר האוצר יפרסם ברשומות הודעה על כוונתו לרכוש קרקע למטרה ציבורית, ומוסיפה הוראת סעיף 5(2) ומורה אותנו כי פירסום ברשומות כאמור "ייחשב כראייה מכרעת ששר האוצר אישר

כי המטרה שלשמה עומדים לרכוש את הקרקע, היא מטרה ציבורית". מהי "מטרה ציבורית"? על כך מורה אותנו סעיף 2 לפקודת ההפקעות, כי מטרה ציבורית היא "כל מטרה שאותה אישר שר האוצר כמטרה ציבורית".

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

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

(המ' 33/53 מאיר סלומון נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז (2) 1023, 1028). "שיקול דעתו הבלתי מוגבל של שר-האוצר" - כך קבע בית-המשפט; בית-משפט בימינו לא היה עולה על דעתו להתבטא בדרך מעין-זו. ראו עוד: יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (ירושלים, תשנ"ו - 1996, כרך א'), 106-107, 197-198. באותה רוח אמר בית-המשפט באותה פרשה (שם, 1027) כי "אין ספק, שלפי נוסח סעיף 3 שיקול דעתו של השר הוא מוחלט". ראו עוד: בג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט (2) 1261, 1264. עוד קבעו בתי המשפט אותה עת, כי פירסום ברשומות שלפי סעיף 5 לפקודת ההפקעות אין שר האוצר נדרש לפרט בו את המטרה שלמענה הופקעה הקרקע.

14. כך היה בשכבר הימים, בשנותיה הראשונות של המדינה. במהלך השנים נשתנתה ההלכה אט-אט, וכל העת בכיוון אחד: לצימצום שיקול דעתו של שר האוצר ולהכבדה עליו בהליכים שלקראת הפקעה. זכותו של היחיד לקניינו יקרה בעיני בית-המשפט, עלתה בחשיבותה, וככל שגברה והלכה ההכרה כי יש לשמור על קניינו של הפרט מפני מעשי הרשות, כן נצטמצם והלך כוחו של השר במעשה הפקעה. כך, למשל, בפרשת לוביאניקר (בג"ץ 302/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז (2) 141) קבע מ"מ הנשיא שמגר, כי הפרשנות שניתנה להילכת סלומון "היתה לעיתים מרחיקת לכת מדי" (שם, 147), ובהמשך:

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

כן הוסיף בית-המשפט וקבע בפרשת לוביאניקר - בניגוד להלכה ששררה עד אותה עת - כי חובה היא המוטלת על שר האוצר לפרט בהודעה המתפרסמת ברשומות את המטרה שלשמה הופקעה הקרקע: "כדי למנוע שימוש שרירותי בסמכויות הרחבות, שהוקנו על-פי הפקודה", "[ו]כדי שניתן יהיה לקיים פיקוח אפקטיבי על דרך הפעלתו של שיקול הדעת ועל אופיו, ראוי שהמטרה של ההפקעה תהיה ידועה." (שם, 148); ראו עוד: בג"ץ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (1) 281; בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309-328; 327; בג"ץ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר (לא פורסם, בפיסקה 4 לחוות-דעתו של השופט מצא); בג"ץ 465/93 טריידט נ' הוועדה המקומית, פ"ד מח (2) 622, 633. באותה רוח נקבע כי לא תקום ולא תהיה הפקעה כדין אלא בהתקיים שלושה תנאים אלה במצטבר:

קיומו של צורך ציבורי מסויים ומוגדר; זיקתו של הצורך הציבורי המסויים למקרקעין המסויים המיועדים להפקעה; וקיום צורך בהפקעת המקרקעין כדי לממש את הצורך הציבורי

(מדברי השופט מצא בפרשת נוסייבה, בפיסקה 3 לחוות-הדעת, בהסתמכו על דברי מ"מ הנשיא שמגר בפרשת לוביאניקר, שם, 146-147).

15. על-פי ההלכה שנקבעה, אין די בקיומה של מטרה ציבורית להפקעתה של קרקע פלונית; שומה על הרשות להוסיף ולהראות כי המקרקעין המסויים "אמורים ומתאימים לשמש צורך מסויים" (פרשת טריידט, שם, 633). כך לעניין הוכחת הזיקה בין הקרקע לבין המטרה הציבורית וכך לעניין הצורך להוכיח כי רק הפקעה היתה מוליכה את הרשות למטרתה, קרא: כי לא ניתן היה להשיג את המטרה באמצעי שפגיעתו פחותה; בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה (לא פורסם; בפיסקה 6 לחוות דעתו של השופט אור). במילה אחת: על ההפקעה לעמוד במבחן המידתיות. ראו: דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט (4) 68, 88 (מפי השופט דורנר); בג"ץ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נא (3) 85, 107, מפי השופט גולדברג. ראו עוד והשוו: חנוך דגן, "דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (בעריכת פרופ' אריאל רוזן-צבי) 673, 684-685. לגישה דומה במשפט העברי, ראו: אביעד הכהן, "וכי הרבים גזלנים הם?" - על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי", שערי משפט, כרך א' (תשנ"ז-1997), 39, 44-45, 54. הלכה מורכבת זו, ההלכה שעניינה החלתו של מיבחן המידתיות על מעשה הפקעה, והקפדת-יתר בהחלתו של המיבחן - נזכור ונשמור אותה היטב להמשך דברינו. מדברים אנו עתה בתקופה הראשונה של מערכת הפקעה - בתקופת הלידה - ולעת הגיענו לענייננו לגופו - בבחינתה של התקופה השניה - נבקש ללמוד היקש מתקופה ראשונה לתקופה העוקבת אותה.

עד כאן - עיקרים במעשה ההפקעה.

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

16. נתמלאו כל התנאים המוקדמים הנדרשים על-פי פקודת ההפקעות, ושר האוצר הורה על הפקעתה של קרקע מסויימת למטרה פלונית. מה דינה של הקרקע לאחר הפקעתה? האם יכול ורשאי הוא שר האוצר למסור את הקרקע למחרת יום ההפקעה לכל המרבה במחיר? הרשאי ומוסמך הוא לשנות את המטרה שלשמה הופקעה הקרקע למטרה אחרת? לכל מטרה אחרת - בין אם מטרה ציבורית היא בין אם לא? האם קונה המדינה בעלות בקרקע המופקעת משל היתה אדם שירש קרקע מהוריו? האם קונה המדינה בקרקע בעלות נקיה מכל זיקת הבעלים-לשעבר?

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

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

החרמת נכסים על-פי תקנה 48, אינה מעשה חד-פעמי ומוגמר, אלא פעולה רצופה ושוטפת, היונקת תדיר את זכות הקיום שלה מתוך רצונה המתמיד של הרשות המחרימה.

(בג"ץ 31/48 יכימוביץ נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה, 1939 ו-1945, פ"ד ב 198, 200). על-פי הדין ששרר אותה עת, ניתן היה להחליט על תפישתם של מקרקעין רק למטרה ספציפית כבטחון הציבור, הגנת המדינה, פעולתה היעילה של המלחמה או קיום אספקה ושירותים חיוניים לציבור; וקשר זה בין צו התפישה לבין

המטרה שהצו נועד להשיגה, הוא שהולך למסקנה כי המשך קיומה של התפישה "טעון המשך קיומן של המטרות שלשמן היא נעשתה": ה' קלינגהופר, משפט מינהלי (תשי"ז 1957-) 108. ראו עוד: בג"ץ 70/53 חברת מ"ש בע"מ נ' ברגמן, פ"ד ז 590, 593 (מפי השופט ש' ז' חשין).

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

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

מעשה הפקעת קרקע - האם מעשה מנתק-זיקה

הוא אם מעשה שומר-זיקה?

19. כיצד נסווג מעשה של הפקעת קרקע? האם מעשה מנתק-זיקה הוא אם מעשה שומר-זיקה? הוראות החוק בעירומן אינן מורות אותנו במפורש לא כך ולא אחרת. לכאורה, יכול הטוען לטעון כי הפקעה הינה מעשה מנתק-זיקה, לאמור, כי לאחר ההפקעה מאבד הבעלים המקורי - לעתיד-לבוא - כל זיקה שהיא לנכס שהופקע. בה-בעת, יכול הטוען-שכנגד לטעון, כי הפקעה הינה מעשה מורכב גם ממעשה מנתק-זיקה גם ממעשה שומר-זיקה. וכך, ככל שהמדובר הוא במעשה ההפקעה גופו, תחול עליו מערכת נורמות המתאימה עצמה למעשה מנתק-זיקה. בה-בעת, **מוסד** ההפקעה, קומפלקס ההפקעה, יחסו של הבעלים-לשעבר לקרקע שהופקעה - כמוהם כתפישת נכסים בדוגמה שהבאנו לעיל - הינה פעולה שומרת-זיקה. כנדרש מכאן, גם לאחר מעשה

ההפקעה ממשיך הבעלים המקורי לשמור על זיקה לנכס - במידת הדיקות זו או אחרת - במקביל לחובתה של הרשות להמשיך ולעשות בנכס המופקע שימוש כייעודו בעת ההפקעה.

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

20. בעבר הרחוק - וגם בעבר הלא-כל-כך רחוק - שלטה דוקטרינה שסיווגה את מוסד ההפקעה כמעשה מנתק-זיקה, מעשה שנשלם - תם ונשלם - למיצער עם רישומה של הקרקע המופקעת על-שם המדינה. עם העברת הקניין בקרקע מן הבעלים למדינה, הושלמה ההפקעה, ולאחריה נותקה לעד הזיקה בין הבעלים המקורי לבין הקרקע. אכן, הבעלים יכול ורשאי היה לתקוף את מעשה ההפקעה באשר-הוא, אך משנמצא כי אין פגם במעשה ההפקעה גופו, נפרד הבעלים מאדמתו. ההיקש שלעניין היה מעסיקת מכר רגילה (out-and-out sale), שלאחר השלמתה מאבד המוכר כל זיקה לקרקע. אכן, לצרכים מסויימים - כגון לשומת פיצויים - דימו (ועדיין מדמים) הפקעה למכר כפוי (compulsory purchase), אלא שהדוקטרינה הרחיבה בעבר היקש זה למעשה מכר גם לעניין זיקתו - שמא נאמר: להיעדר זיקתו - של הבעלים-לשעבר לנכס לאחר ההפקעה. ההלכה סמכה עצמה, בין השאר, להוראת סעיף 19 לפקודת ההפקעות, שלאחר פירסום הודעה ברשומות מטעם שר האוצר על כך שקרקע פלונית מוקנית לו "תוקנה הקרקע לשר האוצר ... חופשית מכל נטל, ומנהל אגף הרישום והסדר הקרקעות יגרום שתיערכנה הרשומות הנאותות בספרי האחוזה." (סעיף 19(2) לפקודה). כך, למשל, אמר השופט חיים כהן בד"נ 29/69 אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כד (2) 397, 414:

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

ואמר השופט יצחק כהן (שם, 408):

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

21. על-פי הלכה זו, עם השלמת מעשה ההפקעה נמוגה זכותו של בעל הנכס, והרשות רשאית וחופשית לעשות בנכס כרצונה, משל היתה בעלים שירש את הקרקע מזקניו. המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע מיצתה עצמה במעשה ההפקעה; משך חייה של אותה מטרה היה כמשך חייו של מעשה ההפקעה; ומשם מעשה ההפקעה ונשלם, משתלטת הרשות על קרקע הבעלים, ואילו לבעלים-לשעבר לא נותר כל שיור באותה קרקע. הלכה זו חזרה ונשנתה בפרשת מוריס בנין (בג"ץ 282/71 מוריס בנין נ' שר האוצר, פ"ד כה (2) 466), בה הופקעה קרקע לשימוש של הצבא ("מחנה אלנבי"), ולימים ביקשה המדינה להציע את הקרקע לתושבי-חוץ "במסגרת חיסכון להקמת דירות מגורים". הבעלים הקודם, מוריס בנין, ביקש כי לאחר זניחת המטרה הציבורית תוחזר הקרקע לבעלותו, אך בית-המשפט החליט כי אין בסמכותו להיעתר לו, בהניחו כמובן מאליו כי מעשה ההפקעה ניתק כל זיקה בין הבעלים לבין הקרקע שהופקעה. השופט יצחק כהן הזכיר את הוראות הסעיפים 195 ו-196 לחוק התיכנון והבניה, תשנ"ה-1965 (שעניין המשך זיקתו של הבעלים-לשעבר לנכס שהופקע, ולהן נידרש בהמשך דברינו), ובדברו בהן אמר (שם, 469) כי: "... יתכן שרצוי לחוקק הוראות דומות לגבי כל מקרקעין שהופקעו לצרכי ציבור, אך עניין זה הוא בסמכותו ובשיקולו של המחוקק". כל זאת, על-אף שלדעת השופט "במקרהו של העותר אי-הצדק נראה כמשווע במיוחד..." (שם, 469). השופט לנדוי הסכים כי "נגרם לעותר עוול משווע" ובכל-זאת הסכים להכרעת הדין:

כאשר נגרם לעותר עוול משווע, כפי שציין חברי הנכבד השופט י' כהן, ואין בידי בית-המשפט להושיע, סימן הוא שהחוק והשימוש שנעשה בו הלכה למעשה אינם ממלאים אחרי דרישות הצדק. (שם, 469).

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

במקרה דנן היה הצדק דורש שהמדינה תחזיר לעותר ולאחיו את הקרקע, אחרי שחדל הצורך הבטחוני שלמענו נרכשה הקרקע בשעתו, ותשלם להם דמי שימוש לשנים שבהן שימשה הקרקע למטרה הבטחונית.

... אם דרושה הקרקע כיום למדינה למטרה ציבורית אחרת (ואין אני יודע אם יש לראות בתכנית המכירה למשקיעי-חוץ מטרה ציבורית), היה הצדק דורש שהעותר יפוצה לפי ערכה של הקרקע כיום. אולם אין לזה יסוד בחוק הקיים, מאחר שהבעלות בקרקע הוקנתה למדינה עוד בשנת 1961, ומה שנרכש כבר לצרכי ציבור, אין לרכשו שנית.

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

באותה רוח פסק בית-המשפט בפרשת גאולת הכרך (בג"ץ 224/72 גאולת הכרך בע"מ

נ' שר האוצר, פ"ד כו(2) 155, 157). ושוב: בית-המשפט לא נדרש כלל לקלסיפיקציה הדיכוטומית למעשים מנתקי-זיקה ולמעשים שומרי-זיקה. הנחת-התשתית לפסק-הדין - הנחה שהכל ראו בה הנחה מובנת-מאליה - היתה זו, שמוסד ההפקעה סב-חג את **מעשה ההפקעה**, ומעשה הפקעה שהושלם כדין מנתק אחת-ולתמיד זיקה בין הבעלים לבין הקרקע שהופקעה מידו.

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

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

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

23. הילכת המעשה המנתק-זיקה חייבה עצמה בביקורת חריפה מפיו של מחולל תורת המשפט המינהלי בישראל, הלא הוא פרופ' הנס קלינגהופר. ביקורת זו הושמעה בהערה לפסק-הדין בפרשת גאולת הכרך, ברשימה שכותרתה היא "צמידות של קרקע מופקעת לייעודה" (עיוני משפט ב (תשל"ב-1972) 874). פרופ'

קלינגהופר הציע להכיר במוסד של "קניין ציבורי", ולפיו קרקע שהופקעה כפופה למישטר מיוחד, מישטר השונה מקרקע שלא הופקעה. אותו מישטר אמור לשלוט בקרקע המופקעת שנים לאחר ההפקעה, מחייב הוא את הרשות בנורמות מסוימות, ובה-בעת מזכה הוא את הבעלים בזכויות מסוימות. מישטר נורמטיבי זה הוא מישטר של פעילות שומרת-זיקה, ועם מעשה ההפקעה אין ניתוק-זיקה בין הבעלים המקורי לבין הקרקע שהופקעה. הפרופ' קלינגהופר מצטט מפסק-הדין בפרשת גאולת הכרז אמירה כי: "... דרישת העותרת [הבעלים-לשעבר של הקרקע המופקעת] היא למעשה דרישה שהמדינה תעביר לה חלק מהרכוש אשר הוא היום בבעלותה", וכי "לא מן הראוי שנתערב אנו ונהפוך סידרי הקניין באדמה על פיהם", ועל-כך אומר הוא דברים אלה (שם, 876, 877):

... מלים אלו, יותר משהן משקפות פירוש של הוראות חוק, נותנות ביטוי לגישה ועקרון. השאלה היא אם הגישה והעקרון מובנים מאליהם בתורת ההפקעות ודיניהן. בכמה וכמה מדינות אין זאת הסברה ואין זה הדין. שם, צמידות של קרקע מופקעת לייעודה אינה עניין פורמאלי גרידא שדי להכריז עליו שעה שמחליטים על ההפקעה, ושאחרי העברת הבעלות לידי הזוכה בה מכוח ההפקעה אין מייחסים לו עוד חשיבות. ההיפך הוא הנכון: הזיקה לצורך הציבורי שלמענו ניתנה ההפקעה, מלווה את הנכס עוד זמן רב אחריו הוצאתו מרכוש בעליו. ואם אין משתמשים בנכס כלל, או אין משתמשים בו בהתאם לייעודו, הרי הבעלים הקודם רשאי לתבוע את החזרתו ... אם תיקבע בחוק הרשות לדרוש החזרה של קרקע שלא נוצלה כלל לפי ייעודה, ימצא אולי המחוקק אגב כך לנכון לקבוע כי רשות זו תינתן גם לגבי קרקע שניצלה וחדלו לנצלה.

על אותו רעיון עמד פרופ' קלינגהופר כחמש-עשרה שנים קודם לכן, בסיפרו על המשפט המינהלי. וכך אמר (שם, 154):

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

24. הנה-כי-כן, פרופ' קלינגהופר הציע (אם כי לא במילים אלו) להחליף את הדוקטרינה בדוקטרינה טובה הימנה; לאמור: תחת סיווגו של מעשה הפקעה כמעשה מנתק-זיקה, לסווגו כמעשה שומר-זיקה. וניתן דעתנו לדבר: הרעיון לשנות את הדוקטרינה אין בו כדי לשנות את הוראותיה של פקודת ההפקעות או כדי לפרש

הוראות-חוק שלא כדרך. מדברים אנו בדוקטרינת-תשתית שפקודת ההפקעות כמו נבנתה עליה. פקודת ההפקעות כמו "אדישה" היא לדוקטרינה, וניתן לפרשה על-פי הדוקטרינה האחת או על-פי הדוקטרינה האחרת. הוראות הפקודה נשארות כשהיו, בלא כל שינוי - גם לפי הדוקטרינה האחת גם לפי הדוקטרינה האחרת - ואין כל מניעה להחזיק בדוקטרינה זו או בדוקטרינה זו. בהיעדר הוראות מפורשות בחוק - והוראות מפורשות בחוק אין - העדפתה של דוקטרינה אחת על רעותה אינה אלא הכרעה במלחמת-ערכים; הערכים הם שיכריעו, הם ולא כל פירוש טכני להוראת-חוק זו או אחרת. ערכים אלה - כפי שאמרנו במקום אחר - הינם מגופו ומרוחו של בית-המשפט לעת שיבתו לעשות צדק ומשפט. ראו: רע"א 6339/97 רוקב נ' סלומון (טרם פורסם; בפיסקאות 22 ואילך לחוות-דעתי).

25. נראה לנו כי צדק פרופ' קלינגהופר בביקורתו על ההלכה, על אותה הלכה שאימצה לה את דוקטרינת המעשה מנתק-הזיקה. לא זו בלבד שדוקטרינה זו אינה נדרשת מן הפקודה, אלא שנדרשת ממנה דווקא הדוקטרינה של הפעילות שומרת-הזיקה. דוקטרינה זו האחרונה מתבקשת - כמו-מאליה - משני אלה: אחד, מן הצורך לפרש באורח אינטגרטיבי ובהרמוניה את הוראות הדין בהפקעה - ובעיקר את ההמשכיות והרציפות המתבקשות בין התקופה הראשונה של ההפקעה לבין התקופה השנייה; שניים, ושיקול ראשון במעלה הוא: מעקרוני-יסוד המשורגים בכל נורמה ונורמה במשפט (הפועלים, כמובן, גם בתקופה הראשונה).

26. אשר להמשכיות מן התקופה הראשונה לתקופה השנייה: בדברינו למעלה (ראו פסקה 14) עמדנו מעט על התקופה הראשונה בחייה של הפקעה - היא התקופה הנספֶּה על מעשה ההפקעה גופו - ונתנו בה כמה וכמה סימנים. ראשית לכול, ראינו כי נטל הוא המוטל על שר האוצר לפרש ולפרט בהודעה המתפרסמת ברבים על אודות כוונתו להפקיע קרקע פלונית, ולא יזו מטרה מבקש הוא להפקיע אותה קרקע. שנית, להבדיל מן ההלכה שנקבעה בשנותיה הראשונות של המדינה - ולפיה היה מעשה ההפקעה כמעט כחדר נעול שאין באים בו - קבע בית-המשפט - באורח מפורש - את סמכותו לקיים פיקוח "אפקטיבי" על כל מעשה הפקעה. שלישית, על הרשות להוכיח כי במעשה ההפקעה נתקיימו שלושה אלה: קיומה של מטרה ציבורית מסויימת ומוגדרת; זיקתה של המטרה הציבורית לקרקע שנדונה להפקעה; וקיום צורך בהפקעה דווקא כדי לממש את המטרה הציבורית. לשון אחר: ההפקעה חייבת לעמוד במבחן המידתיות על שלוש האונות שבו: אונת ההתאמה הרציונאלית בין אמצעי למטרה; אונת האמצעי שפגיעתו פחותה; ואונת התועלת-נזק, אונה הידועה בציבור גם כמבחן המידתיות במובנה הצר (ראו דברי השופט דורנר בדג"ץ נוסיבה, 88; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 728, 776-777).

27. נעבור עתה על מאפיינים אלה הנדרשים לקיומה של הפקעה - נעבור עליהם ונקשה קושיות. שר האוצר נושא בנטל לפרש ולפרט את מטרתה של ההפקעה. לכאורה, ובהיעדר אינדיקציה נוגדת, הדעת נותנת - וזה פירושה הסביר של פקודת ההפקעות - כי פירוטה של המטרה ופירסומה ברבים נועדה לא אך ליום ההפקעה עצמו אלא להמשכה של הדרך; כי מטרתה של ההפקעה אמורה ללוות את הקרקע לא אך ביום ההפקעה עצמו אלא שנים רבות לאחר מעשה ההפקעה. פירוש זה שלפקודה סביר מן הפירוש הנוגד ולפיו מטרת ההפקעה נמוגה ונעלמת ביום ההפקעה. ואמנם, האם סביר להניח כי הנטל להודיע ברבים על כך שההפקעה נעשית למטרה מפורשת ומסויימת דווקא, כי נטל זה ממצה עצמו ביום מעשה ההפקעה? כי מטרת ההפקעה נבלעת ונטמעת במעשה ההפקעה עד בלי-שייר? כי מטרת ההפקעה היתה כ"דִּרְךְ הַנְּשָׂר בְּשָׂמִים, דִּרְךְ נְחֹשׁ עַלִּי צוּר, דִּרְךְ-אֲנִיָּה בְּלִב־יָם וְדִרְךְ גָּבֵר בְּעֵלְמָה" (משלי ל, י"ט)? - לאמור, כי יום לאחר מעשה ההפקעה נעלמת המטרה לבלי השאר סימן? הנקבל כי יום לאחר ההפקעה תוכל המדינה למכור את הקרקע למרבה במחיר משום שמטרת ההפקעה הפכה, כביכול, להיותה בלתי רלבנטית? האם נסכים כי לאחר ההפקעה תוכל המדינה לשקוט על שמריה שנים רבות ושלא לעשות שימוש בקרקע למטרה שלמענה הופקעה? השאלות שאלות והתשובות בהן.

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

דומה אף זאת, שההגנה אשר הקניין ראוי לה - הקניין באשר קניין הוא - מחייבת מסקנה זו. כשם שזכות הקניין אינה חיה אך יום אחד בלבד אלא מתקיימת לאורך ימים ושנים - ובעניינה של קרקע: לעד - כן נתבע, כמסקנה נגזרת, כי המיגבלות אשר תחולנה על **שלילת** זכות הקניין בידי השליט, תהיינה בעלות עוצמה

השווה לזכות הקניין; תהיינה בעלות עוצמה שווה, ותתלווינה כצל אל זכות הקניין המופקעת לאחר שעברה אל הרשות.

אם אלה דברים אמורים בתנאים העקרוניים להפקעה ובפירסומה של ההפקעה לרבים, לא-כל-שכן ייאמרו הם - ובקול רם - לעניינו של מיבחן המידתיות, מיבחן שמעשה ההפקעה חייב לעמוד בו בכבוד. בדנג"ץ נוסיבה (שם, 88) אמרה השופטת דורנר על מיבחן המידתיות בהקשר הפקעתה של קרקע:

יסוד זה - המידתיות - כולל בענייננו שלושה רכיבים: ראשית, הקרקע צריכה להתאים להגשמת הצורך הציבורי המוגדר שלשמו הופקעה. שנית, אין לפגוע בזכות הקניין אלא במידה המזערית הנדרשת להשגת הצורך הציבורי. כלומר, מותר להפקיע את הקרקע רק אם לא ניתן להגשים את הצורך הציבורי ללא הפקעה, כגון על-ידי ביצוע הפרויקט שלשמו מבקשים להפקיע את הקרקע על-ידי בעל המקרקעין.. שלישית, נדרש קיומו של יחס נאות בין התועלת שתצמח לציבור מן הקרקע לבין הנזק שייגרם לאזרח עקב ההפקעה.

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

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

30. כך הוא לעניין מאפייניה של ההפקעה מתוכה ובה, ובוודאי כך הוא בתיתנו דעתנו לעקרוני-יסוד במשפט ולאינטרסים הלוחמים ביניהם לבכורה: מזה צרכיה של המדינה, צרכיו של הציבור, ומזה אינטרס הפרט בהגנה על קניינו. למותר לומר - הדברים נלמדים מאליהם - כי נטיעתה של זכות הקניין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחייבת אותנו לחזק - ובאורח ניכר - את ההגנה על קניינו של היחיד. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מורנו - בסעיף 3 בו - כי "אין פוגעים בקניינו של אדם", וקביעה זו שבחוק-יסוד - על ההגבלות המתחייבות מתוך חוק-היסוד גופו - משמיעה אותנו בלשון ברורה ערכו של קניין היחיד מהו. נשקיף על זכות הקניין של היחיד מבעד לפריסמה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וידענו כי הדוקטרינה שומרת-הזיקה - לאמור: דוקטרינה שכל-

כולה ומעיקרה לא נועדה אלא להגנת קניינו של היחיד - זכתה בתנא דמסייע מן המעלה הראשונה (תרת-משמע). על חשיבותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לעניינינו עמדו חברינו בפרשות נוסייבה ומחול - חברתנו השופטת דורנר אף עשתה חוק-יסוד זה תשתית לדבריה - ואנו לא באנו אלא לחזק דברים שאמרו. ראו עוד: זמיר, שם, 200-201.

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

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

32. בשולי הדברים נוסף ונעיר (והוא שלא לענייננו במישרין): דין החל במקום שרשות מיצתה מטרה ציבורית שלשמה הופקעה קרקע פלונית, דין דומה לו יחול גם על מקרה בו לא מימשה הרשות את מעשה ההפקעה זמן רב יתר-על-המידה. אכן, רשות שהפקיעה קרקע למטרה פלונית ושנים ארוכות אין היא עושה שימוש בקרקע למטרה שלשמה הופקעה הקרקע, בעצם מחדלה זה מלמדת היא על עצמה כי אין היא זקוקה לקרקע שהופקעה: לא בזמן שהופקעה ולא למטרה שהופקעה למענה. אותו צורך ציבורי שבעטיו נלקח הקניין

מן היחיד והועבר לשימוש הכללי, הוכח בעליל כי אין הוא עז דיו וממילא כי אין הוא מצדיק נטילה כפויה של הקרקע. אם אמרנו כי מיבחן המידתיות חל על ביצועה של הפקעה, השתהות בביצוע ההפקעה משך תקופה ארוכה מעוררת ספק אם אמנם היתה ההפקעה אמצעי מידתי בנסיבות העניין (ראו בהקשר זה דברי השופט דורנר בדנג"ץ **נוסייבה**, עמ' 89). מכאן נדרשת כמו-מאליה הלכה שנתקבלה ולפיה, השתהות בלתי סבירה מטעם הרשות במימוש מטרת ההפקעה מקנה זכות לפרט לדרוש את ביטולה של ההפקעה. ראו, למשל: פרשת **טריידט ונוסייבה**. ראו עוד: בג"ץ 174/88 **אמיתי נ' המועצה המקומית לתכנון ולבניה**, המרכז, פ"ד מב (4) 89; בג"ץ 67/79 **שמואלזון נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(1) 281; פרשת **מחול**. ראו בהרחבה: אריה קמר, **דיני הפקעת מקרקעין** (תשנ"ה 1995-, מהדורה חמישית), 178-188.

מדוקטרינה לדוקטרינה

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

34. ההכרה כי ראוי שהדוקטרינה המקובלת, דוקטרינת המעשה מנתק-הזיקה - תיבטל, וכי תבוא דוקטרינה אחרת תחתיה - היא הדוקטרינה שומרת-הזיקה - חילחלה בהלכה זמן לא-מעט: החל בהערותיו של השופט לנדוי בפרשות **אביבים ומוריס בנין**; המשך בהערת הפרופ' קלינגהופר; עבור בהלכות שקבע מ"מ הנשיא שמגר בפרשת **לוביאניקר**; ועד פרשת **נוסייבה** בשני גילגוליה. הלחץ גבר והלך, הלך וגבר, עד שהדוקטרינה המקובלת החלה מאבדת משיווי-מישקלה ומציבותה.

מכה קשה על הילכת המעשה מנתק-הזיקה ניחתה בפרשת **מחול**, ובאותו מהלך החלה עולה לפנינו - צחה ונקיה - הדוקטרינה שומרת-הזיקה. באותה פרשה הופקעה קרקע לפיתוח ולבניית שיכונים, מיבני ציבור ורווחה עבור תושבי האיזור ומפוני העיר העתיקה בעכו. הרשויות לא מימשו את מטרת ההפקעה. לאחר עבור כ-16 שנים מאז פירסום ההודעה לפי סעיף 5 לפקודת ההפקעות, וכ-6 שנים לאחר הקנייתה של הקרקע

למדינה (כהוראת סעיף 19 לפקודה), הוחלט לשנות את מטרת ההפקעה. עקב גל העליה של ראשית שנות התשעים נוצרה מצוקת דיור קשה, ועל-כן תוכנן להקים במקום שכונה לעולים חדשים תחת התיכונן הראשון של ההפקעה. על שינוי זה במטרת ההפקעה באה טרוניית העותר, הבעלים המקורי של הקרקע. השופטים נחלקו בדיעותיהם באשר לשאלה אם שינוי ייעוד ודילוג ממטרה ציבורית אחת למישינה יש בהם כדי לעקור את ההפקעה ממקומה (ועל כך נשוחח בהמשך דרכנו); ואולם דעת הכל היתה, כי בעלים של קרקע שהופקעה ממשיך לשמור על זיקה לקרקע, וכי על דרך העיקרון זכותה של הרשות בקרקע המופקעת תלויה-ואחוזת כל-כולה בהמשך שימושה של הקרקע למטרה ציבורית. אמר על כך השופט גולדברג (בעמ' 321-322):

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

ובהמשך (בעמ' 322):

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

ואמר השופט מצא (בעמ' 328):

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

ראו עוד דברי השופט דורנר בדנג"ץ נוסייבה, בעמ' 87-88, ודברי השופט מצא בבג"ץ נוסייבה, בפסקה 5

לחות דעתו.

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

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

37. ואמנם: מה פירושה של אותה "זיקה" ומה היקף פרישתן של אותן "חובות"? באלו נסיבות יוכל בעלים-לשעבר לתבוע לבוא אל-שלו? אימתי נאמר כי הרשות המפקיעה חרגה ממיסגרת המנדט שניתן לה להמשיך ולהחזיק בקרקע המופקעת, ובאלו נסיבות תוטל חובה על הרשות להחזיר קרקע לבעליה? מה הקשר בין חובתה של הרשות המפקיעה להחזיר קרקע לבעליה-לשעבר לבין חובתה לשלם לו פיצויים? שאלות אלו, הן ואחרות כיוצא בהן, חייבים אנו לדון בהן באורח מסודר, אחת לאחת, ולא בחבילה אחת. זאת נוכל לומר: ענייננו הוא בתקופה השניה - בתקופה שלאחר מעשה הפקעה שנעשה כדין - ובמקום שהרשות אינה עושה שימוש

בקרקה המופקעת לאותו ייעוד שהוכרז עליו עם מעשה ההפקעה. זה המכנה המשותף לכל סוגי המקרים שלענייננו, ואולם מכאן נפרדות הדרכים, שכן לא הרי סוג מקרים אחד כהרי סוג מקרים אחר. כך, למשל, מקרה בו עושה הרשות שימוש בקרקה המופקעת למטרה ציבורית אחרת מזו שלמענה נועדה ההפקעה, אינו דומה למקרה בו נתמצה ייעוד ההפקעה והקרקה עומדת בשימונה או שהרשות מבקשת למוכרה לצד שלישי; ושני מקרים אלה שונים מסוג מקרים אחר, בו אין הרשות מממשת את ייעודה על הקרקה המופקעת ושנים עוברות באפס-מעשה. כל אחד מסוגי מקרים אלה חייב להידון בנפרד, והשיקולים החלים על סוג מקרים אחד לא יחולו בהכרח על סוג מקרים אחר אף-הוא. כך, למשל, נדרש בית-המשפט בעבר לשאלה מה דינה של קרקה שהופקעה אך הרשות לא מימשה כלל את ייעוד ההפקעה; ראו פרשת נוסייבה; ראו עוד: פרשת טריידט. ואולם הלכות שנקבעו לעניין זה לא בהכרח תתפושנה לעניין המרתה של מטרה ציבורית אחת במטרה ציבורית אחרת.

38. קיצורם של דברים: לעת הזו לא קבענו אלא **מיסגרת** למערכת הנורמטיבית שתחול על קרקה שהופקעה בתקופה השניה - ועתה שומה עלינו למלא מיסגרת זו בתוכן מהותי. והשאלה הנשאלת היא: אלו אמות-מידה תדריכנה אותנו בקביעת תוכן המערכת הנורמטיבית שתחול על קרקה שהופקעה בתקופה שלאחר ההפקעה? לשאלה זו ולשאלות נילוות לה נידרש עתה.

הערה מתודית

39. חוות-דעת זו נִסְבָּה על שאלת מעמדה המשפטי של קרקה שהופקעה מבעליה. ניתן לבחון שאלה זו מנקודת ראותם של שני בעלי-העניין: מצידו של הבעלים-לשעבר ומצידה של הרשות המפקיעה. מצידו של הבעלים-לשעבר נִשְׁאָל, האם ממשיך הוא ושומר בידו זיקה משפטית כלשהי לקרקה לאחר שהופקעה? מצידה של הרשות המפקיעה נִשְׁאָל, האם רשאית היא הרשות לעשות בקרקה המופקעת כבתוך שלה - משל קנתה את הקרקה מבעליה - או שמא חלות מיגבלות כלשהן על זכותה לעשות שימוש בקרקה? ניתן, איפוא, להתבונן בסוגיית מעמדה של קרקה שהופקעה מנקודת ראותם של שני בעלי-העניין, ולמותר לומר כי הסוגייה אחת היא, בין אם נבחן אותה מימין בין אם נבחן אותה משמאל; כך הוא פיתרונה, שאף הוא אחד הוא. הדרך אל הפיתרון אינה מצביעה, בעיקרה, אלא על מתודיקה לבירור הסוגיה.

בחוות-דעתנו בחרנו לבחון את הסוגיה מנקודת מבטו של הבעלים-לשעבר, ומטעמים אלה (מן הקל אל הכבד): אחד, כך נבחנה השאלה בעבר, ולא נמצא לנו כי ראוי לסטות מן הדרך שנכבשה. שניים, תחנת

המוצא למסע הפרשנות היא במעשה ההפקעה: פלוני הוא בעליו של נכס, והנה באה המדינה ומפקיעה אותו נכס מחזקתו. בניתוח המערכת מנקודת מבטו של פלוני - הבעלים - אנו מלווים במבט ובמחשבה את הליך ההפקעה ואת מסעה של הקרקע מיד-אל-יד, וכדבר הנלמד מאליו שואלים אנו מה נותר בידי הבעלים - אם נותר דבר בידו - לאחר מעשה ההפקעה. שלושה, בחינת הסוגיה מביתו של הבעלים-לשעבר מדגישה בהדגש-יתר את זכות הקנין של היחיד, ואת כניסתה האלימה של המדינה לרשותו של היחיד - כניסה בהיתר, אומנם, ובכל-זאת כניסה אלימה. דומה שכך ראוי לעשות, בייחוד לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק יסוד אשר רומם את זכות הקנין והושיב אותה במעלות זכויות-היסוד.

כאמור, נגיע אל אותו פיתרון עצמו בין אם נבוא אליו ממזרח בין אם נבוא אליו ממערב. והנה, בהגיענו אל הפיתרון ימצא לנו - ולא להפתעתנו - כי מישכנו הוא בצומת הצטלבותן של שתי דרכים: מכאן דרכו של המשפט החוקתי ומכאן דרכו של המשפט המינהלי. המשפט החוקתי מחיל עצמו במישרין על סוגיית ההפקעה, והרי מדברים אנו בפגיעה בזכות חוקתית, בשלילת זכות הקנין. בה-בעת, הליך ההפקעה, ולאחריו - מעמדה המשפטי של הקרקע המופקעת, על דרך הכלל, עניינים הם לטיפולו של המשפט המינהלי. הקרקע המופקעת "קנין ציבורי" היא. קנין - כל קנין - שרשות ציבורית מחזיקה בו, לטובת הכלל מחזיקה היא בו, וממילא כפוף אותו קנין למישטר של המשפט הציבורי. כך ידענו מאז פרשת כפר שמריהו (בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101), ודבר לא נשתנה. ואולם קרקע שהופקעה מבעליה - "קנין ציבורי" מסוג מיוחד היא, ועל קנין ציבורי זה חלה מערכת נורמות מיוחדת, בין השאר, לעניין השימושים המותרים בו.

40. ובהמשך לדברים שאמרנו. אחרי כותבי דברים שכתבתי, קראתי את חוות-דעתו של חברי השופט זמיר. אומר חברי, כי בְּדָבָרֵי על דוקטרינת-הזיקה הנמשכת והולכת נקטתי "לשון הנעוצה במשפט האזרחי", ועל-כך מעיר הוא ואומר כך: "אך אנחנו מצויים במשפט הציבורי. לכן אני סבור שעדיף לומר, בלשון של המשפט הציבורי, כי סמכות ההפקעה צמודה למטרת ההפקעה לכל משך ההפקעה" (בפיסקה 7 לחוות-הדעת). קראתי את הדברים, ועל עומדי אעמוד.

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

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

דבר שלישי: להבדיל ממני שניתחתי את הסוגיה מנקודת ראותו של הבעלים-לשעבר - ועקב כך דיברתי על זיקת-בעלים נמשכת והולכת לקרקע שהופקעה מחזקתו - מתאר חברי את סמכות ההפקעה כסמכות "צמודת מטרה", לאמור, כסמכות בה "מטרת הסמכות צריכה להתקיים, לא רק בעת הפעלת הסמכות, אלא גם לאחר הפעלת הסמכות" (בפיסקה 6 לחוות-דעתו). לעניין זה מוסיף חברי ומזכיר (בין השאר) את פרשת **יכימוביץ**, עליה עמדתי גם אני. את היסוד לדוקטרינה זו של סמכות צמודת מטרה - להבדילה מן הדוקטרינה שקדמה לה בהלכה - מוצא חברי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכך משמיע הוא אותנו: "השינוי בפירוש של סמכות ההפקעה, שהכיר בסמכות זאת כסמכות צמודת מטרה, חל בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו." הנה-כי-כן, לדעת חברי מוצאים אנו את חוק היסוד בינותינו, ולא עוד אלא שהוא-הוא דבר-החוק המורה אותנו תורה. ואני אעמוד ואשאל: אם הוראת-הקנין שבחוק היסוד היא-היא המשנה את ההלכה, הלא נלמד מכאן כי הגנת הקנין - כהוראת חוק-היסוד - בה עיקר? כי סמכותה של הרשות - להפקעה צמודת מטרה - תבוא **בעקבות** זכות הקניין ותוגבל **עקב** זכות הקנין (זכות מן המשפט הפרטי או מן המשפט החוקתי)? כי סמכותה המוגבלת של הרשות להפקיע מקרקעין - עצם היותה סמכות צמודת-מטרה - אינה אלא **נגזרת** מזכות הקנין? כי בזכות הקנין עיקר וכי פקודת ההפקעות מפרשים אנו אותה כמגבילה את סמכות ההפקעה כנדרש מזכות הקנין? דעתי-שלי תילמד משאלות ששאלתי. ואולם, כפי שאמרתי לעיל (בפיסקה 39) עומדות רגלינו בצומת של המשפט החוקתי והמשפט המינהלי - נוסף לצומת את דרכו של המשפט הפרטי - ונוכל להשקיף על המערכת מכל אחת מדרכים אלו תוך שנכלא במבטנו את שתי הדרכים האחרות אף-הן.

ועוד הערה מתודית

41. ראוי לנו שנדייק בהשפעה שהיתה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על תחומי פרישתה של סמכות ההפקעה. פקודת ההפקעות קדמה לחוק-היסוד, וכהוראת סעיף 10 לחוק-היסוד, אין בו באותו חוק "כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". הוראת-חוק זו היתה נושא לחילוקי-דעות, ודעתי-שלי היתה - ולא נשתנתה - כי חוק היסוד כוחו עימו בתחומי הפרשנות אך אין בכוחו ליצור יש-מאין באשר לחוקים שקדמו לו. ראו למשל: בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355; דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589. אמרתי על-כן בבש"פ **גנימאת** (שם, 397-398):

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

הוספתי על-כך ואמרתי בדנ"פ **גנימאת** (שם, 643):

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

כך אף בעניינינו-שלנו, שפקודת ההפקעות ניתנה לפירושים שונים מעיקרה, כפי שלימדנו פרופ' קלינגהופר. זרע הדוקטרינה של זיקת-בעלים היה טמון - גם אם רדום - בקרקע הפקודה מתחילתה. כל שעושים אנו עתה אינו אלא להשקות את האדמה שעליו וסביבו; וכדרכה של פרשנות - במובנה הרחב - עולה וצומחת נגד עינינו דוקטרינה שהיתה רדומה כל השנים ועתה קמה היא לתחיה.

42. כפי שלמדתי לדעת, דעתו של חברי השופט זמיר היא כי לאחר קום המדינה "אפשר וראוי היה" שבית-המשפט יפרש את הפקודה על דרך הגבלת סמכותה של הרשות לפגוע בזכות הקנין. לשון אחר: פקודת ההפקעות, ניתן - וראוי - היה לפרשה בדרכנו עתה כבר לפני היות חוק היסוד. אני מסכים לדברי חברי. אכן, דברי-חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט, לא הרי פירושם לעת היוולדם כהרי פירושם לאחר קום המדינה. בשאלה זו דנתי בפרשת **אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** (בג"ץ 2722/92, פ"ד מו(3) 643), שעה שנדרשנו לפירוש סמכותו של מפקד צבאי להורות על הריסה בתים כהוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה שלשנת 1945. וכך אמרתי על סמכות זו להורות על הריסת בתים (בעמ' 705):

אני מסכים, כי בלשון התקנה - בנוסחה המילולי, כדבר חברי - אין אחיזה לפרשנות המצמצמת, אותה פרשנות המקובלת עליי. אכן, סמכותו של המפקד הצבאי עומדת לו, על-פי לשון התקנה, להורות על הריסה רחבת ממדים כגון הריסתו של אותו בית בן חמש הקומות בדוגמה שהזכרנו - ואף הרבה אל מעבר לכך, כפי שהזכרתי בבג"צ 4272/91, 5359 [חיזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150] - ואולם דומה שאיש לא יעלה על דעתו

הפעלת סמכות בדרך זו. ועוד אני מסכים עם חברי, כי "על-פי רוח הדברים הנאמרים בה", בתקנה, אין מקום לצמצם את פירושה - והוא, אם כוונת דבריו ל"רוח הדברים" בעת היוולד התקנה, בשנת 1945, וברוח שבית-משפט המורכב משופטים אנגליים "מנדטוריים" היה נופח בתקנה. ואולם אותה "רוח דברים" של התקנה נעלמה והייתה כלא הייתה - וברוח גדולה הימנה - בשנת תש"ח, עם קום המדינה. דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה (שעת חירום) - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו - ובימינו - הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים.

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

נורמות החלות על קרקע שהופקעה

- היקש מחוק התיכנון והבניה, תשכ"ה-1965-

43. כאמור, אי-שימוש בקרקע כיעודה במועד ההפקעה יכול שיבוא מטעמים שונים זה-מזה, והלכות שתחולנה במקרה אחד לא בהכרח תחולנה במקרה אחר. למותר לומר כי אין בכוונתנו לדון בכל אחד ואחד מסוגי המקרים שאירעו בעבר - או באלה אשר אפשר יארעו בעתיד - שלכל זמן ועת לכל חפץ. בדברינו שלהלן דון אך בעיקרי המישטר הנורמטיבי שיחול, לדעתנו, על הקרקע המופקעת בתקופה השניה, בעיקרים ובנושאים ספציפיים המתעוררים בעניין שלפנינו. לגילוי ולגיבוש תוכנו של אותו מישטר נורמטיבי, נידרש בדברינו להלן להיקש מהוראות חוק התיכנון והבניה, תשכ"ה-1965; ללימוד מהסדרים שנתקבלו בשיטות משפט אחרות; ולנורמות המתבקשות - אף נדרשות - לדעתנו ממסד ההפקעה גופו. נפתח בהוראות חוק התיכנון והבניה, תשכ"ה-1965, שלהלן נכנה אותו - **חוק התיכנון**.

44. במקביל לסמכות הקבועה בפקודת ההפקעות - להפקעתה של קרקע או להפקעת זכויות בה - מקדיש חוק התיכנון פרק שלם - פרק ח' ובו הסעיפים 188 עד 196 - לעניין של הפקעות על-פי תוכנית תיכנון. חוק התיכנון מעניק סמכות להפקיע קרקע שיועדה בתוכנית מיתאר מקומית או בתוכנית מפורטת למטרה ציבורית, ומוסיף הוא וקובע הוראות ספציפיות להליך ביצוע ההפקעה. שלא כבפקודת ההפקעות, חוק התיכנון

קובע במפורש ובמפורט "צורכי ציבור" מהם (דרכים, גנים, שטחי נופש וספורט, שמורות טבע, עתיקות ועוד - סעיף 188(ב) לחוק), ובסופם של הפירוש והפירוט מוסיף הוא וקובע "וכל מטרה ציבורית אחרת שאישר שר הפנים לעניין סעיף זה". הגדרתו המפורטת של המושג "צורכי ציבור" אינה מוסיפה הרבה, וניתן להניח כי "צורכי הציבור" שבחוק התיכנון והבניה זהים למטרה הציבורית שבפקודת ההפקעות. ענייננו עתה אין הוא בכל ההוראות המפורטות בהליך של הפקעה על-פי חוק התיכנון, אלא בהוראות הסעיפים 195 ו-196, הקובעים וזו לשונם:

- | | |
|--|---|
| <p>195. מקרקעין שנרכשו בביצוע תכנית על פי הסכם או שהופקעו כך תמורת תשלום פיצויים, יחולו עליהם הוראות מיוחדות אלה:</p> <p>(1) כל עוד לא שונה ייעודם על פי הוראות חוק זה, מותר להשכירם לגוף ציבורי או לאדם אחר, למטרה שלה נועדו בתכנית, ובלבד ששר הפנים, בהתייעצות עם הועדה המחוזית, נתן אישור על כך;</p> <p>(2) שונה ייעודם על פי הוראות חוק זה, מותר באישור ובהתייעצות כאמור למכרם, להשכירם או לעשות בהם העברה אחרת, ובלבד שניתנה למי שרכשו ממנו את המקרקעין או לחליפו הודעה שהוא רשאי, תוך שלושים יום, לקנותם במחיר שלא יעלה על הסכום שבו נרכשו ממנו, בצירוף שווייה של כל השבחה בהם הנובעת מהתכנית; הודיע מקבל ההודעה תוך המועד האמור שהוא מוכן לקנות את המקרקעין, יועברו אליו כאמור.</p> <p>(א) מקרקעין שהופקעו לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים וייעודם שונה לייעוד שלמענו אין להפקיע מקרקעין לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים, תשלם הועדה המקומית פיצויים למי שהיה זכאי להם בשעת ההפקעה אילו הייתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים באותה שעה, או אם רצה בכך, תחזיר את המקרקעין למי שהופקעו ממנו.</p> <p>(ב) בפעולה לפי סעיף זה - לענין סעיף 12 לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, יבוא במקום מועד הפרסום של ההודעה על הכוונה לרכוש מקרקעין - המועד של שינוי הייעוד, ושווי המקרקעין ייקבע בשים לב לייעודם מחדש.</p> | <p>דין
מקרקעין
שנרכשו
בתמורה</p> <p>שינוי ייעוד
של רכוש
מופקע ללא
תשלום</p> |
|--|---|

אין צורך שנעמוד על פרטי ההסדר. נספק עצמנו באומרנו, כי במקום זה הכיר המחוקק מפורשות בזיקה נמשכת והולכת בין בעלים (לשעבר) לבין קרקע שהופקעה מבעלותו, ובאופציה החייבת להינתן לבעלים, בנסיבות מסויימות, להחזיר את הקרקע לבעלותו. ואלו הן הנסיבות: שונה ייעודה של הקרקע על-פי חוק התיכנון - קרא: הייעוד שונה מכוח תוכנית שנתקבלה על-פי חוק התיכנון - תינתן לבעלים-לשעבר אופציה לקנות את הקרקע בתמורה; ובקרקע שהופקעה לפי חוק התיכנון ללא תשלום פיצויים, וייעודה שונה לייעוד שלמענו אין להפקיע קרקע לפי חוק התיכנון - תוחזר הקרקע לבעליה חינם או ישולמו פיצויים למי שהיו בעלים בעת ההפקעה אילו היתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים. בדונו בפקודת ההפקעות בעבר הזכיר בית-המשפט הסדר זה כהסדר הוגן, בהביעו תיקווה כי ההסדר - או הסדר דומה לו - יוחל גם על פקודת ההפקעות. ראו: פרשת בנין, 469-468, 470; השוו: פרשת אביבים, 405.

45. האם אוצל ההסדר שבחוק התיכנון על מערכת הנורמות החלה על התקופה השניה בחייו של נכס שהופקע לפי פקודת ההפקעות? אין ספק כי הסדר חוק התיכנון אינו חל מעצמו על הפקעה שלפי פקודת ההפקעות: ההסדר שבחוק התיכנון אינו מחיל עצמו על פקודת ההפקעות, ופקודת ההפקעות מצידה אין בה הוראת אינקורפורציה של ההסדר שבחוק התיכנון. והגם שאלה השניים - הסדר חוק התיכנון והסדר פקודת ההפקעות - זרים הם, לכאורה, זה-לזה, יהא זה אך מוזר אם בבניית מערכת הנורמות שתשלוט על נכס שהופקע לפי פקודת ההפקעות נתעלם מכל-וכל מהסדר חוק התיכנון. הנה-כי-כן, יכולות הן הרשויות להפקיע קרקע מראובן על-פי פקודת ההפקעות או על-פי חוק התיכנון, ולא לראובן השליטה אם קרקע שבבעלותו תופקע כך או כך (לעניין זה נוסף ונזכור, כי שר האוצר קנה סמכות להפקיע לפי פקודת ההפקעות גם באין תוכנית תיכנון, הגם שבדרך-כלל תידרש תוכנית תיכנון להפקעה. ראו, למשל: פרשת מהדרין, שם, 96-97).

הברירה היא איפוא בידי הרשויות באיזו דרך ועל-פי איזו סמכות תופקע קרקע פלונית, אם לפי חוק התיכנון ואם לפי פקודת ההפקעות. ראו, למשל: פרשת מהדרין, שם, 111 (נזכור עם זאת, כי בהימצא לרשות שתי סמכויות שונות להשגתה של אותה מטרה, לא תמיד תהא נתונה הברירה החופשית בידה אם תעשה שימוש בסמכות האחת או בסמכות האחרת; והוא ככל שהמדובר בפגיעה בזכות-יסוד. ראו: ה"פ (ת"א) 1015/96 מדינת ישראל - שר האוצר נ' "פז" חברת נפט בע"מ (מפי השופט ג' קלינג; טרם פורסם); בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(4) 397, 405, והאסמכתאות שם; יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (נבו, תשנ"ו, כרך א) 155-161). בנסיבות אלו, יהא זה אך מוזר אם זכויותיו של ראובן - בעל הקרקע המופקעת - יהיו שונות על-פי גורם בלתי רלבנטי לכאורה, לאמור: על-פי מקור הסמכות ששימש להפקעת הקרקע מבעלותו. אין פלא בדבר, איפוא, שעלתה מחשבה להשוואה בין שני ההסדרים; ראו דברי השופט מצא בפרשת מחול, 328.

מהו איפוא היחס בין שני ההסדרים?

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

47. הניתן להרחיק לכת מכך? כשאני לעצמי, הייתי נזהר בדרכי. כך, למשל, ניתן לשאול: שינוי "יעוד" כהוראת סעיף 195(2) לחוק התיכנון, הניתן להחילו על שינוי "מטרה" לקרקע שהופקעה לפי פקודת ההפקעות אף באין שינוי בתוכנית תיכנון? התשובה לשאלה זו - וכמותה לשאלות רבות אחרות - אינה קלה, ולו מן הטעם ששינוי יעוד לפי חוק התיכנון צורך, לכאורה, יצירתה של נורמה משפטית חדשה - עשיית תוכנית מיתאר מקומית או תוכנית מפורטת - בעוד ששינוי יעוד על-פי פקודת ההפקעות יעשה, על דרך הכלל, במעשה ולא בנורמה. שאלה אחרת: האם בִּהְתַּמְצוֹת המטרה הציבורית שלמענה הופקעה הקרקע מוטל נטל על הרשות להודיע על הדבר לבעלים-לשעבר? ראו, למשל, ביקורתו של פרופ' קלינגהופר (במאמרו שהיזכרנו בפסקה 23 לעיל, שם, 877) על דברי בית המשפט בפרשת גאולת הכרך; לדעתו של פרופ' קלינגהופר ראוי שיוטל נטל מעין-זה על הרשות המפקיעה. ראו עוד להלן, פסקה 85. נותר שאלה זו - וכמותה שאלות אחרות - לימים יבואו, שלענייננו עתה אין נדרשת הכרעה בה. נספק עצמנו, איפוא, באומרנו כי **עיקרי** ההסדר שבחוק התיכנון - שמא נאמר: **רוחו ונשמתו** של ההסדר - יהא ראוי כי נשקול להחילם, בשינויים המתחייבים מן העניין, על הפקעה שלפי פקודת ההפקעות אף-היא. השוו: פרשת מחול, 319. כך, מכל מקום, עד שהמחוקק יתפנה לעניינינו של נושא ההפקעות ויעשה להאחדה ולשיפורם של ההסדרים.

נורמות החלות על קרקע שהופקעה

- היקשים מן המשפט המשווה

48. רעיונות נוספים לתוכן הסטטוס החל על קרקע שהופקעה ניתן לשאוב מן המשפט המשווה. כך, למשל, פסק בית-המשפט הקונסטיטוציוני בגרמניה כי נכס שהופקע חוזר לבעליו-לשעבר במקום שמטרת ההפקעה אינה מתגשמת או במקום שאין הנכס נדרש עוד למטרת ההפקעה. בית-המשפט ייסד מסקנתו זו בהחילו על הפקעה את האוּנְה השניה של עקרון המידתיות: שימוש באמצעי הפוגע פחות. ראו: David P. Currie, The Constitution of the Federal Republic of Germany (1994), 293-294 ובלשונו

של בית-המשפט הקונסטיטוציוני:

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

ובתרגום חופשי:

זכות שמירת הקניין על פי סעיף 14 (1) ל- GG מכילה את זכות השבת הקרקע של הבעלים הקודם, כאשר תכלית ההפקעה אינה מוגשמת. למימוש זכות זו אין צורך לחוק מפורש.

ראו עוד: Jarass/Pieroth, GG, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3.

(Auflage, 1995, Art. 14 Rdnr. 60).

מעניין לציין, כי הלכה זו שקבע בית-המשפט בגרמניה מהווה "משפט מקובל נוסח גרמניה". בית-

המשפט ייסד מסקנתו על הוראת סעיף 14(1) לחוק היסוד הגרמני, ולפיו זכות הקניין שמורה (מובטחת) ("Property and the right of inheritance shall be guaranteed") ולפי פירושו של בית-המשפט, שמירת זכות הקניין מכילה בקירבה גם את זכותו של הבעלים-לשעבר להחזיר לבעלותו נכס שהופקע מבעלותו במקום שתכלית ההפקעה אינה מוגשמת. כן קבע בית-המשפט, כי הוראת סעיף 14(3) לחוק-היסוד - המתירה הפקעה אך-ורק לטובת הכלל: ("Expropriation shall only be permissible for the public good")

- גם היא מוליכה אל אותה מסקנה: מעשה הפקעה הוא מעשה לגיטימי רק אם לטובת הכלל הוא, ומשפקעה וחדלה טובת הכלל - קרא: משפגה אותה מטרה שלשמה הופקע הנכס - נשמטת מאליה הקרקע מתחת להפקעה גופה. עם פקיעת מטרת ההפקעה, פוקעת מאליה גם הלגיטימיות של החזקת הקרקע בידי המדינה. כאמור, הלכה זו חלה הן במקום בו לא הוגשמה כלל מטרת ההפקעה והן במקום בו פקעה תכליתה הראשונה של ההפקעה. ראוייה היא הלכה זו לתשומת-לב, ולו משום שאין היא תוצר של חוק מפורש; פירוש היא לחוק, פירוש היוצר משפט מקובל נוסח גרמניה. ובפירושו-שלנו לפקודת ההפקעות - כמונו כמוהם. אכן, משתם השימוש שלשמו נעשתה הפקעה, כמו אמורה זכות הבעלות לחזור אל הבעלים-לשעבר נקיה מכל שעבוד ומכל זכות נוגדת (בכפוף, כמובן, להחזרת הפיצויים וכו'). זכות הקניין של היחיד בקרקע הינה ערך משפטי נעלה; ומשתם השימוש הציבורי, תש כוחה של המדינה להחזיק בקרקע, וממילא חוזרת היא הביתה, לביתה המקורי קודם ההפקעה. זכותו של הבעלים-לשעבר אינה נגרעת גם אם קיבל בזמנו פיצויים חלף הקרקע. יחד-עם-זאת - כך מוסיפה וקובעת ההלכה בגרמניה - אם עברו שנים רבות מאז ההפקעה ועד נטישת המטרה המקורית, זכאית הרשות להמשיך ולהחזיק בקרקע ואין היא חייבת להחזירה לבעלים-לשעבר.

דין דומה חל במשפט הצרפתי, ובמקום בו עושה הרשות - לאחר עבור תקופת שנים מסויימת מאז ההפקעה - שימוש בקרקע המופקעת שלא בהתאם למטרת הפקעה, זכאי הבעלים-לשעבר לתבוע השבת הקרקע לבעלותו תמורת תשלום כשוויה. כך גם בארצות אחרות בקונטיננט. ראו מאמרו של פרופסור קלינגהופר, שם, 896.

49. שונה הדין בארצות-הברית ובקנדה. הפקעת בעלות תמורת פיצוי הוגן, מצמיחה זיקה בין הבעלים לבין הקרקע; הזכות לפיצוי כמו ממצה את זכות הקניין של הבעלים; ושינוי המטרה הציבורית לאחר מכן - או זניחתה מכל-וכל - אין בהם כדי להקנות זכויות כלשהן לבעלים-לשעבר. ראו, למשל: Higginson v. United States, 384 F. 2d 504 (6th Cir, 1967) ; Wood v. City of East Providence, 811 F. 2d 677 (1st Cir, 1987) ; 27 American Jurisprudence 2d, sub. tit. "Eminent Domain", §§ 934, 937, 940; ובקנדה: Pineridge Property Ltd. v. Board of School Trustees of School District No. 57 (British Columbia Supreme Court), 40 B.C.L.R 221 (1982). יחד-עם-זאת, לעניין הפקעתן של זכויות פחותות מבעלות, חל בארה"ב ובקנדה דין דומה לדין שבקונטיננט. במקום שהרשות הפקיעה אך זכות מוגבלת בקרקע למטרה ציבורית פלונית, חוזרת הקרקע לבעליה - נקיה מן ההפקעה - עם תום מימושה של המטרה הציבורית, והרשות אינה מותרת לעשות שימוש בקרקע למטרה אחרת. ובלשון בית-המשפט בפרשת Federal Farm Mortgage Corp. V. Smith 89 P. 2d 838, 839 (1939):

"(I)f or when the purposes which authorized the condemnation had been terminated the burden of servitude is lifted from the land and the owner of the basic fee returns to full dominion" (at 839).

ראו עוד: Isley v. Bogart, 338 F. 2d 33, 34 (10 th Cir. 1964); 27 Am. Jur. §§ 934, 936, 939.

יתר-על-כן: בשל הבחנה זו שבין הפקעת בעלות לבין הפקעת זכות פחותה מבעלות, מפרשים בתי-המשפט בארצות-הברית בצימצום זכות שרשות אומרת לקנות בקרקע, ונטייתם היא לסווגה כזכות מוגבלת המאפשרת לבעלים לחזור אל-שלהם. ראו:

Crouch v. State, 218 N.Y.S 173 (App. Div. 1926) בפרשת 27 Am. Jur. §§ 911, 924. היקנה חוק סמכות לרשות לתפוש קרקע לשימושה של חברת רכבות. הקרקע נתפשה, שולמו פיצויים, ולאחר זמן ננטשה מטרת ההפקעה. בית-המשפט קבע כי חברת הרכבות קנתה אך זיקת-הנאה בקרקע (easement), וכמסקנה נדרשת הוסיף וקבע, כי בנסיבות שנוצרו חזרה הבעלות לבעלים המקורי נקיה מן ההפקעה. וכך אמר בית-המשפט (שם, 179):

The rule is that, when private property is taken in the exercise of the right of eminent domain, particularly by a private corporation, the taking is limited to the reasonable necessities of the case, to carry out the purpose for which permission to take is given, so far as the owners of the property are concerned.

We hold, therefore, that an easement only was taken in the property in question, which terminated when the state, through its sovereignty, diverted the lands from railroad purposes and appropriated them to its own use.

.....

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

ראו עוד: People.v. Helinski, 634 N.Y.S 2d 837 (App. Div. 1995).

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

51. ניזהר בדברינו: אין אנו מדברים אלא בעיקריה של דוקטרינת-הזיקה; בעיקרים - ולא בפירוט הנורמות שדוקטרינה זו גוררת אחריה. ליבתה של הדוקטרינה חשובה, למותר לומר, אך מכאן ואילך נוסיף ונאמר כי "הרשות נתונה" וכך, משלמדנו את העיקרון, נניח אותו בתרמיל שעל גבנו, ובהמשך דרכנו נלך בכוחנו-שלנו. נפתח את העיקרון בדרכנו, ונכבוש אט-אט את הדרך בה נצעד, תוך שנכריע - על אחריותנו - במאבק בין עיקרי-היסוד המדריכים אותנו כל העת: מזה, זכותו של היחיד לקניין והיקף ההגנה הראויה לקניין, ומזה, אינטרס הכלל - רווחתו של הכלל והצורך שאין-עליו-עוררין להקים תשתיות ראויות לחברה בה אנו חיים.

קרקע שהופקעה - דילוג ממטרה ציבורית אחת למישנה

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

לדעתי, הרשות רשאית להשתמש בקרקע שהופקעה למטרה ציבורית אחרת, המצדיקה, כשלעצמה, הפקעת הקרקע, ואין לכבול את ידיה דווקא למטרה המקורית שעמדה ביסוד ההפקעה. על כך שגישה זו עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי אין צורך להכביר מילים. ... אם הנחתנו היא, כי הצורך הציבורי החדש מצדיק הפקעת הקרקע וכי אלמלא הופקעה הקרקע בשעתה לצורך [הראשון] הייתה הרשות מפקיעה אותה

כעת לצורך החדש, מה היא ההצדקה שלא להתיר את שינוי המטרה? דוגמה זו ממחישה כי האינטרס הציבורי, שעל קידומו אמונות רשויות התכנון, מחייב כי אלה לא תעצומנה עיניהן למראה צורכי החברה המשתנים ונוכח שינויים בסדרי העדיפות החברתית. נהפוך הוא: רשות המקבעת את מדיניות ניצול הקרקע שהפקיעה לצרכים שהיו יפים בשעת ההפקעה, ואינה מתאימה עצמה לצורכי הזמן והמקום, היא שחוטאת לאינטרס הציבורי.

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

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

בפרשת מחול (שם, 328):

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

דברים דומים השמיענו השופט מצא בבג"ץ נוסייבה, בפסקה 5 לחוות-דעתו. כן היו דבריה של השופטת דורנר

בדנג"ץ נוסייבה (שם, 87-88):

במדינות המכירות בזכות הקניין כזכות יסוד, רשות שלטונית אינה בת-חורין להשתמש בנכס שהפקיעה אלא לאותה מטרה שלשמה הופקע, ואין לעשות שימוש בנכס למטרה אחרת, אף אם היא לטובת הציבור. ... בישראל הפראקטיקה היא שונה. רשות שהפקיעה קרקע למטרה ציבורית מסוימת נוהגת לנצל אותה למטרה אחרת. פראקטיקה זו אינה יכולה לעמוד, שכן, פרשנות מרחיבה של הסמכות, המאפשרת לרשות להשתמש בקרקע למטרה שונה מן המטרה שלשמה הופקעה, נוגדת את הכלל שקבעה הפסיקה בדבר פירוש מצמצם של סמכות לפגוע בזכות יסוד של האדם. לא כל שכן שאין לקבל גישה פרשנית מרחיבה עם חקיקת חוק היסוד. מסקנתי היא איפוא כי שינוי המטרה הוא עילה לביטול ההפקעה.

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

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

שנית, יש בו בפירוש זה לדין כדי ליתן תוקף ועוצמה לזכות הקניין של הפרט, כראוי לה בזמננו ובמקומנו. בהקשר זה נוסיף ונזכיר את שידענו כולנו, והוא, המעמד הנעלה שזכות הקניין קנתה לה בהוראת סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, אם הופקעה קרקע של ראובן למטרה ספציפית שלטובת הציבור, מה הצדק יש שהציבור יוסיף ויחזיק באותה קרקע לאחר חדילתה של מטרת ההפקעה, ולו במקום בו באה מטרה ציבורית אחרת תחתיה? אם אכן צמחה ועלתה מטרה ציבורית אחרת, תיכבד-נא הרשות: תפקיע את הקרקע מחדש, ועל דרך זה תיתן ביטוי הולם וראוי לזכות הקניין של הבעלים בקרקע. היחיד שקרקע הופקעה מבעלותו העלה כבר את תרומתו לציבור, ואין הצדק כי דווקא הוא יוסיף ויתרום שוב לציבור. אדרבה: עקרון השוויון המהותי - אותו עיקרון המשוּכָּג בכל נורמה ונורמה במשפט - מחייב כי בהתמצות המטרה הציבורית שלמענה הופקעה קרקע מפלוני לטובת הציבור כולו, תוחזר הקרקע לפלוני - בעליה-לשעבר - לאותו בעלים שכבר העלה את תרומתו לציבור. עם החזרת הקרקע לבעליה - ויכולה שתהא זו, כשלב ביניים, החזרה מושגית גרידא - יחייבנו עקרון השוויון כי תיעשה הערכה מחדש איזו קרקע ראוי להפקיע עתה, ואם תהא זו שוב קרקעו של פלוני. בהערכה זו מחדש יכול וראוי שישמש גם השיקול כי אותו פלוני העלה כבר את תרומתו לציבור. זו, בהקשר ענייננו, אחת המסקנות המתבקשות מעקרונות הסולידריות החברתית והאחריות הקהילתית. ראו עוד והשוו: חנוך דגן, "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שילטונית של מקרקעין", עיוני משפט כא (תשנ"ח-1998)

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

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

לא כל שינוי, אלא רק שינוי מהותי בהגדרת הצורך הציבורי שלשמו בוצעה ההפקעה, ראוי להיחשב כצורך ציבורי חדש. משמע, כי בשינוי שאינו מהותי לא יהיה כדי לגרוע מתקפותה הלכאורית של ההפקעה (ההדגשה במקור - מ' ח')

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

גם בעניין זה - בהסתייגויות שעמדנו עליהן למעלה - נוטה דעתנו לדעתו של השופט מצא. עד שנהא רשאים לומר כי מטרתה המקורית של ההפקעה חדלה ואיננה עוד, חייב שיתחולל בה במטרה שינוי מהותי. כך יהא באשר לחדילתה של מטרה ציבורית, בין אם באה מטרה ציבורית אחרת תחתיה, בין אם לאו. אלא שבבוא מטרה ציבורית אחרת תחת המטרה המקורית, תישאל שאלה נוספת, והיא: עד כמה מרוחקת היא המטרה החדשה מן המטרה המקורית עד שנאמר כי המטרה הראשונה חדלה ואיננה. ההכרעה בשאלה זו תהא תלויה בנסיבותיו של כל עניין ועניין, ונתקשה לקבוע מסמרות מראש. אכן, יש שמטרות ציבוריות הן כה קרובות זו-אל-זו עד שלעיתים נתקשה להבחין ביניהן. בעיקרם של דברים, השאלה הנשאלת היא עד איזו רמת הפשטה נולך את עצמנו בבחינתן של מטרות ציבוריות ביניהן-לבין-עצמן. השופט גולדברג, כפי שראינו, סבר כי רשאית היא הרשות לנוע באורח חופשי בין המטרות הציבוריות, ביניהן לבין עצמן, ושלא לחוב בהחזרת הקרקע לבעליה גם אם באה מטרה ציבורית חדשה תחת המטרה המקורית. זו רמת הפשטה הגבוהה ביותר. גירסת-פירוש זו קשתה עלינו, כפי שראינו. מן הצד האחר, לא נסכים כי כל שינוי ולו השינוי הזעיר יביא להשבת קרקע לבעליה. השאלה מצמצמת עצמה איפוא לרמת הפשטה שתימצא ראויה בעינינו, על דרך הכלל ובכל עניין ועניין.

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

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

57. בסוף-כל-הסופות, השאלה הנשאלת היא - בליבתה ובעיקרה - שאלה של עלות. על-פי הגירסה האחרת, דעתה של הרשות יכולה שתהא קלה בהחלטתה אם תשנה שימושיה של קרקע ממטרה אחת למישינה. שינוי השימוש לא יחייב כל תוספת עלות, וממילא לא תאמץ הרשות עצמה יתר-על-המידה בהחלטת השינוי. לא כן בגירסה שאנו נוטים לה, ששינוי מטרה יחייב את הרשות בהחזרת הקרקע לבעליה או בהפקעתה מחדש ובתשלום פיצוי כערכה של הקרקע בעת השינוי (בניכויים כמקובל). חיובים אלה שיפלו על הרשות יחייבו אותה בהתעמקות-יתר ובבחינת כדאיות של שינוי המטרה; קרא: החיוב להחזיר את הקרקע לבעליה-לשעבר או להפקיעה ולשלם פיצויים תמורתה. אם כך יהא - אם תשקול הרשות שאלות של עלות-תועלת - תימנענה מעצמן - מתוך המיבחן ובו - הפקעות שאינן יעילות כלכלית. השוו עוד: ע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח(2) 190, 202-205. כך אף לא "תמציא" (או: לא תמצא) הרשות מטרה ציבורית חדשה לשימוש בקרקע אך מטעם זה בלבד ששינוי המטרה לא יחייב אותה בתשלום פיצויים.

תשלום פיצויים עבור קרקע שהופקעה - האם יש בו כדי לנתק זיקה?

58. שאלה אחרונה בהקשר דברינו עתה: האם תשלום פיצויים לבעלים המקורי ינתק את זיקתו לקרקע המופקעת? האם בעלים של קרקע שהופקעה ממצה את זכות הבעלות שלו - ומתנתק לעד מן הקרקע - בכך שהוא מקבל פיצויי-הפקעה מן הרשות? שאלה זו אינה מתעוררת במישרין בענייננו, הואיל והעותרים סירבו לקבל את הפיצויים שהוצעו להם, ועומדים הם על סירובם עד עתה. נעלה עם זאת מספר הירחורים בנושא זה.

59. בעבר הושמעה דעה כי תשלום פיצויים אין בו כדי למעט מזיקתו של הבעלים לקרקע גם בתקופה השנייה. ראו, למשל: פרשת מחול, 319, והאסמכתאות הנזכרות שם. וכלשונו של השופט גולדברג (שם, שם): "תשלום פיצויים אכן ממזער את הפגיעה הכלכלית הנובעת מהפקעת הקרקע, אולם הוא אינו מאיין את הפגיעה הרגשית שהיא מנת חלקו של מי שנושל מאדמתו." (ההדגשות במקור - מ' ח'). ראו עוד והשוו: יוסף מ' אדרעי, "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית - מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם", משפטים כח (תשנ"ז1997-), 461, 468; אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיני משפט כא (תשנ"ח1998-), 405. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "'אין פוגעים בקניינו של אדם"; והגם שעם תשלום פיצויים ראויים ניתן היתר לפגוע בקניין (בהתמלא שאר הדרישות להפקעה), הנה הפגיעה בקניין, בתורת שכזו, נותרת גם לאחר תשלום פיצויים. השוו דברי השופט דורנר בדנג"ץ נוסיבה, 85. אותה פגיעה בקניין היא-היא שבכוחה ליצור זיקה בין בעלים לבין קרקע שהופקעה ממנו, גם אם זכה בפיצויים.

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

60. בהקשר זה הועלה טעם ולפיו הגנת הקניין נגזרת, במישרין או בעקיפין, מכבוד האדם, מן האוטונומיה של רצון האדם, מאישיותו של האדם ומחירותו. ראו: פרשת מחול, 319, ומראי המקומות שם; דנג"ץ נוסיבה, 85. הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שתופי, פ"ד מט (4) 221, 431; פרופ' יהושע ויסמן, דיני קניין (תשנ"ג-1993), חלק כללי, 115; Margaret Jane Radin, "Property and

Frank I. Michelman, "Personhood", 34 Stanford Law Review 957 (1982) ראו עוד:
 "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just
 Compensation' Law", 80 Harvard Law Review (1967) 1165, 1214-1218
 והמסקנה: הבעלים זוכה אולי לפיצוי בממון על ניזקו בממון, אך אין הוא זוכה ל- *quid pro quo* על הפגיעה בכבודו,
 באישיותו, באוטונומיה של רצונו, בחירותו.

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

וידבר אחאב אל נבות לאמר תנה לי את כרמך ויהי לי לגן ירק כי הוא
 קרוב אצל ביתי ואתנה לך תחתיו כרם טוב ממנו אם טוב בעיניך אתנה
 לך כסף מחיר זה. ויאמר נבות אל אחאב חלילה לי מה' מתתי את נחלת
 אבתי לך. (מלכים א, כא, ב-ד).

העיסקה שהציע אחאב לנבות היתה, לכאורה, עיסקה הוגנת: תחת הכרם שיתן, יקבל נבות "כרם טוב ממנו" או
 "כסף מחיר זה". ואולם נבות אינו מתעניין לא ב"כרם טוב ממנו" אף לא בפיצויי-כסף. "חלילה לי מה' מתתי את
 נחלת אבתי לך". זו נחלה שנבות ירש מאביו, אביו מאביו, ואביו מאביו עד דור ראשון; כאביו וכאבי-אביו לפניו
 נולד נבות באותה נחלה, שיחק בה כילד, בילה בה את ימי בחרותו, עבד בה כאיש בוגר ומכיר הוא כל פינה בה,
 גם פינות שאחרים אינם יודעים כלל על קיומן; הנחלה נמזגה באישיותו של נבות והיתה לחלק מקיומו בעולם.
 ויש מי שיגנו על נחלתם מפני הפקעה כמי שיגנו על מולדתם מפני צר-ואוייב. נבות ונחלתו היו לאחדים ומנחלתו
 נבות לא ייפרד. על נחלה מעין-זו ייאמר כי כבוד האדם היא, כי הפכה להיותה חלק מאישיותו של אדם.

61. כך בנבות היזרעאלי ובנחלת אבותיו. הנוכל להסב דברים אלה - הראוי להסב דברים אלה - על קרקע
 שסוחר קרקעות, או מתווך קרקעות, מחזיק בה למוכרה למרבה-במחיר? והרי קרקע זו כל-כולה אינה אלא
 חלף-כסף. אכן, במקרה זה יקשה עלינו לזהות את הקניין עם כבוד האדם או עם אישיותו. השו: Radin, שם.
 ראו עוד: אביעד הכהן, שם, 45-46 (להבחנת המשפט העברי בין נחלת-אבות ובין קרקע שנקנתה בכסף). האם
 נסיק מכאן כי במקום בו מפקיעה הרשות קרקע מסוחר בקרקעות תנתק ההפקעה זיקה של הבעלים לקרקע?
 תשובתנו לשאלה היא בשלילה. אין זאת אלא שקיים טעם אחר, טעם נוסף, להגנה על הקניין, בנפרד ובנבדל
 מהגנה על אישיות האדם, על כבודו, על חירותו, על רצונו החופשי. והטעם הוא, לדעתנו, אותו טעם שהגדול-בין-

גדולים, השופט אוליבר וונדל הומס (Oliver Wendell Holmes) העלה כטעם להגנה על החזקה. וכך אמר

השופט הומס בסיפירו (1881), 213: The Common Law

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

ראו עוד: דנ"א 7325/95 ידועות אחרונות בע"מ נ. קראוס (פ"ד נב) 1, 77-76.

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

62. זאת ועוד. לו אמרנו כי קבלת פיצויים גודעת את הקשר בין בעלים לבין קרקע שהופקעה ממנו, כך יטען הטוען, כמעט סתמנו את הגולל על אותה הזיקה שבין הבעלים לבין קרקע שהופקעה ממנו. אכן, קבלת פיצויים אינה אלא המעט שהבעלים זכאי לו, ויהא זה קשה - קשה מאוד - אם ייפסק כי רק אי-קבלת פיצויים תותיר בידי הבעלים-לשעבר זיקה לקרקע. הברירה שתועמד לפני הבעלים - שלא לקבל פיצויים ולהמתין לבלתי-נודע, או לקבל פיצויים ולאבד זיקה - כך יוסיף הטוען ויטען, ברירה היא שאין בה סבירות; ברירה אכזרית

היא; ברירה היא שאין בה צדק. אכן, אין טעם מוצדק כי נחייב את היחיד לתרום לכלל מרכושו, ותמורה שתינתן לו תצמצם עצמה באותה "זיקה" שאיננו יודעים מה היא עליה.

מן הצד האחר, כך יוכל הטוען-שכנגד לטעון, קבלת פיצויים ראוי לה שתביא לניתוק זיקה. וכל-כך למה? שתשלום פיצויים בגין ההפקעה אמור ליתן בידי הבעלים - למיצער באורח תיאורטי - את שוויה של הקרקע המופקעת. יתכבד-נא איפוא הבעלים, יקח אותם פיצויים ויקנה קרקע אחרת תחת הקרקע שהופקעה ממנו. ואם לא יקנה הבעלים קרקע אחרת, ייאמר עליו: איהו הוא דאפסיד אנפשיה.

63. משאמרנו כל דברים שאמרנו, נוסף עתה ונאמר כי שאלה פתוחה היא, האם קבלת פיצויים תגדע - או לא תגדע - את זיקתו של הבעלים-לשעבר לקרקע שהופקעה מבעלותו, או שמא תשפיע קבלת פיצויים רק על שאלת חיובו של הבעלים להחזיר פיצויים שקיבל כתנאי להשבת הקרקע לבעלותו. השוו: סעיף 196(א) לחוק התיכונן. ראו עוד והשוו: ה"פ 51/94 ארד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); מפי השופט דוד חשין, בפסקה 6 לחוות דעתו).

דוקטרינת-הזיקה: האם תופשת בה "התיישנות"?

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

מן הצד האחר, כך יטען הטוען-שכנגד, הכרזה על קיומה של זיקה שאין-לה-קץ הינה הכרזה שאין בה לא טעם ולא הגיון. ה'יאמר כי בעלים-לשעבר - הוא ועימו יורשיו, יורשי-יורשיו ויורשי-יורשיו עד דור אחרון - יוכלו לתבוע השבה של קרקע שהופקעה מאז דור ראשון? התחיה הזיקה חמישים שנים? מאה שנים? מאתיים שנים? ואשר לטענה שהזיקה נושאת בגופה את הצופן הגנטי של אימה - הבעלות - ישיב הטוען-שכנגד

כי לא הרי זו כהרי זו. בכך שונה זיקה מקנין בעלות: קנין בעלות, על דרך הכלל, מוסדר בסיפרי המקרקעין או שהבעלים מחזיקים בפועל בקרקע, ומכאן ניתן לגזור כי בעלות בקרקע אין לה סוף (עד הפקעה...). שלא כמות הבעלות היא זיקה לקרקע שהופקעה, שזכות מותנית היא מעיקרה וממילא זכות "חלשה" היא לעומת זכות הבעלות.

65. אם כך דין, וישאל הטוען-שכנגד, מה תהא תקופת ה"התיישנות" של זיקת בעלים-לשעבר לקרקע שהופקעה מחזקתו? לאחר כמה שנים תימוג הזיקה ותיעלם? לאחר שבע שנים, כהתיישנות בשאינו מקרקעין לפי חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958? לאחר חמש עשרה שנים או עשרים וחמש שנים, כהתיישנות במקרקעין שלא נרשמו ובמקרקעין שנרשמו? ואולי נקבע תקופה "שרירותית"? למשל, תקופה בת עשר שנים? כל פתרונות-הצלה אלה אינם נראים לנו. ראשית לכל, ההיקש מחוק ההתיישנות נראה בעינינו מוקשה; משידענו שהנושאים אינם זהים, נוסף ונדע כי ההיקש אינו ראוי. אשר לתקופת-שנים "שרירותית", גם זו אינה ראויה, שאיש לא הסמיכנו לקבוע תקופת-שנים גזורה ומדודה מראש. מלאכה זו, מלאכתו של המחוקק היא; המחוקק על מקומו הוא ואנו על מקומו. מהו איפוא פיתרון שיאמץ לו הטוען-שכנגד?

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

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

ומן הכלל אל הפרט

67. הקרקע בענייננו הופקעה לשימוש של הצבא. אכן, כמינהג הימים ההם לא נאמר בהודעה על ההפקעה אלא זאת שהקרקע דרושה לחלוטין לצורכי ציבור, ואולם כולנו ידענו כי סוף מעשה במחשבה תחילה: מתוך זה שמלכתחילה - ושנים רבות לאחר ההפקעה - לא שימשה הקרקע אלא את צורכי הצבא, נסיק, ולו על דרך ההילוך לאחור, כי למטרה זו הופקעה. מטרה זו היתה מטרה ציבורית, ועל כך אין חילוקים. משתם השימוש בקרקע לצורכי הצבא, ביקשה הרשות להסב את השימוש בה למטרה חדשה: למטרת בנייתה של שכונת מגורים. על הסבת-מטרה זו מעלים העותרים כמה טענות, ועל אלו נעמוד עתה.

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

הבה נעמוד על שאלות אלו, אחת לאחת, כסידרן.

68. ראשית לכל נאמר, כי על-פי המארג הנורמטיבי שעמדנו עליו בדברינו למעלה (ובכפוף לדברים שנוסיף ונעמוד עליהם להלן, כגון בשאלת הזמן שחלף מאז ההפקעה), ניתן לטעון כי זכאים הם הבעלים - על דרך העיקרון - להשבת הקרקע לידיהם, הואיל ונתמצתה המטרה הציבורית שלשמה הופקעה מלכתחילה. יתר-על-כן: גם אם אמרנו כי מטרת הקמתה של שכונת מגורים מטרה ציבורית היא - ושאלה זו עצמה תלוייה בספק - גם אז לא יחול שינוי במסקנה. טעם הדבר הוא, כך ניתן לטעון, ששתי המטרות - קרקע לשימוש בה לייעודי

הצבא וקרקע לשימוש בה להקמתה של שכונת מגורים - הן כה שונות זז-מזז, עד שאין לומר כי המטרה האחת אינה אלא וריאציה של המטרה האחרת (ראו פסקה 54 לעיל). מסקנה (לכאורה): על-פי המארג הנורמטיבי-התיאורטי, ניתן לטעון כי זכאים הם העותרים - על דרך העיקרון - שהקרקע תושב להם, וחייבים הם המשיבים להשיב לעותרים את הקרקע.

זאת ועוד זאת: הקרקע הופקעה לצורכי אימונים, למיטווחים ולעוד שימושים כיוצא באלה של הצבא. משידענו מה היתה מטרת ההפקעה, נוסף ונדע - ולו על דרך ההילוך לאחור - כי מעיקרם של דברים יכולה היתה הרשות לספק עצמה בהפקעת החזקה בלבד - להבדילה מהפקעת הבעלות (נזכיר כי על-פי הוראת סעיף 3 לפקודת ההפקעות, ניתנה סמכות לשר האוצר לרכוש בעלות או כל זכות אחרת בקרקע, לרבות כל זכות שימוש בקרקע). וכך, לו הפקיע שר האוצר, מלכתחילה, אך את זכות השימוש בקרקע בלבד, דומה כי לא היו נמצאים חולקים על-כך שעם פינוי הצבא מן המקום היו הבעלים זכאים להשבת הקרקע לידיהם. השוו: הדוקטרינה השוררת בארצות-הברית כמתואר בפסקה 49 לעיל. ואולם, ביודענו כי הלכה למעשה הופקעה הקרקע ליעודה לאימוני הצבא - וכי כך גם שימשה במשך כל השנים - נוסף ממילא ונדע כי לאמיתם של דברים לא היתה הפקעה, מעיקרה, אלא לשימוש בה ולא לניצולה כבעלים (כגון, לצורכי בניה); ומשתם השימוש בקרקע לאימוני הצבא, אך דין הוא שהקרקע תחזור הביתה. נמהר ונדגיש: אין אנו משמיעים שיקול זה מגרונו. אין זה אלא שיקול שניתן להעלותו כשיקול-בין-שיקולים להצדיק החזרת הקרקע לידיהם של העותרים.

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

הקמתה של שכונת מגורים -

האם מטרה ציבורית היא?

69. האם מטרת בנייתה של שכונת מגורים הינה מטרה ציבורית לעניינה של פקודת הפקעות? גם הכרעה בשאלה זו אינה נדרשת במישרין לענייננו, אך נוסף ונאמר כי לדעתנו אין לה לשאלה זו תשובה חד-משמעית ונחרצת. הכל תולה עצמו בהקשר הדברים: יש שבנייתה של שכונת מגורים תהא מטרה ציבורית לעניינה של פקודת ההפקעות - אפשר אף מטרה ציבורית נעלה - ויש שבנייתה של שכונת מגורים לא תהא

מטרה ציבורית כלל באותו הקשר. ההכרעה בשאלה תהא לעולם הכרעה תלוית-נסיבות, ונתקשה להקיש ממקרה אחד למישנהו. אם כך במישור הנורמטיבי, על-אחת-כמה-וכמה בנסיבות ענייננו שלנו. נפרש ונפרט.

70. נתעלם לרגע מכוחו של שר האוצר על-פי פקודת ההפקעות, שהוא האמור לקבוע - על-פי שיקול דעתו - מה היא "מטרה ציבורית" המצדיקה הפקעתה של קרקע פלונית. נניח, איפוא, כי המושג "מטרה ציבורית" - בהקשרה של פקודת ההפקעות - נתון לפירושו של בית-המשפט כדרך הפרשנות המקובלת (לאמיתם של דברים, ובסוף-כל-הסופות, ההבדלים בין שתי גירסאות אלו מעטים וקטנים הם). בהציגנו כך את השאלה, יתייבצו לפנינו שני דגמים משני העברים: דגם אחד מכריז על עצמו כעל "מטרה ציבורית" ודגם אחר מכריז על עצמו כעל מטרה שאינה מטרה ציבורית. מן העבר האחד יעמדו לפנינו, למשל, הקמת גן ציבורי, סלילת כבישים, הקמת בית-ספר, ועוד כיוצא באלו מטרות המכריזות על עצמן בקול כי מטרות "ציבוריות" הן. מן העבר האחר תעמודנה מטרות שלכאורה אין הן מטרות ציבוריות. כך, למשל, הקמתו של בנין משרדים בליבה של שכונת עסקים. קרקע כי יפקיע שר האוצר למטרה זו האחרונה, דומני שנתקשה לסווג אותה מטרה - במהלך הדברים הרגיל - כמטרה "ציבורית". וניתן דעתנו לדבר: בסווגנו מטרה פלונית כמטרה ציבורית או כמטרה שאינה ציבורית, מביאים אנו במנין שיקולינו, בין השאר - ולו בתת-מודע - שיקולים של כוחות-השוק בשוק חופשי ושיקולים של מוסכמות חברתיות המקובלות במקומנו. כך, למשל, מניחים אנו שאדם פרטי לא יסכים, מרצונו הטוב והחופשי, להקים על אדמתו גן ציבורי לשירות הכלל, ולו תמורת פיצוי כמקובל. מן הצד האחר, אנו מניחים כי קרקע שניתן להקים עליה בנין משרדים והיא בליבו של איזור עסקים, כוחות השוק יביאו לבנייתו של בנין משרדים על אותה קרקע.

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

72. בהקשר דברינו כאן נוסף ונעיר, כי בכל מקרה ובכל עניין יחול הכלל הגדול של עיקר וטפל, לאמור: בבחינת ביצוע מטרתה של הרשות יש להשקיף על המיכלול ולא על פרט זה-או-אחר בו. ובלשונו של השופט ברנזון בבג"ץ 147/74 ספולינסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט (1) 421, 424:

העובדה, שתוך כדי ביצוע מטרת ההפקעה מושג פה ושם רווח, אם על-ידי הממשלה ואם על-ידי חברת בניה פרטית הפועלת מטעמה, אינה

גורעת ממהותה האמיתית של ההפקעה ואינה יכולה לפגום במטרתה, אם רק מלכתחילה היא לא נעשתה לשם השגת רווחים בלבד. כשמטרת ההפקעה איננה עשיית רווחים וזו רק תוצאה עקיפה של ההפקעה, אין בכך כלום. זה אינו משפיע על חוקיות ההפקעה.

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

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

ובהמשך (שם, 107):

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

טעם הדבר הוא, שרק ריכוז הקרקע ביד אחת יאפשר ביצועו של הפרוייקט (שם, 108):

גם נראית לי טענתה של רש"ת כי אם יפוצלו הזכויות הקניניות בפרוייקט נמל התעופה בינה ובין גורם נוסף, באופן שבמתחם מסוים תוכפף זכותה לזכותו של אותו גורם, כי אז ייקשה עליה למלא את תפקידה כראוי.

ממהותו של הפרוייקט ומרכיביו מתחייב כי הזכויות בכל שטחו יהיו כולן בידי רש"ת, באופן שיהיה בידיה חופש פעולה בכל מקום שבו, על פי הצרכים המשתנים וההתפתחויות העתידיות, בלי שתהיה תלויה ברצונו ובהסכמתו של גורם אחר. רק ריכוז הזכויות בידי רש"ת יאפשר לה למלא את תפקידה על פי הסמכויות שניתנו לה.

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

כך נפסק אף במקום בו הוסכם כי השימוש בקרקע למטרה הציבורית עתיד להניב רווחים. גורם הרווחים לא שלל את חוקיות ההפקעה, ואולם כך היה שעה שניתן היה - ולדעת בית-המשפט, ראוי היה - להשקיף על ההפקעה הספציפית בהקשר כולל של מטרה שהיא מטרה ציבורית לכל הדעות (איזור מיסחר בתוככי נמל תעופה). ראו: פרשת מהדרין ודנג"ץ נוסייבה. נזכיר עם זאת את דעת המיעוט של השופטת דורנר בדנג"ץ נוסייבה (שם, 88), כי: "הקמתו של מבנה מסחרי בשכונה בנויה אינה נכנסת לגדר 'צורך ציבורי' המצדיק הפקעה. מילוי צרכים מסוג זה יש להשאיר לכוחות השוק". אכן, פרשת נוסייבה - והשוואת דעת הרוב לדעת המיעוט - מדגימה יפה את ההתגוששות הקשה שבין היסוד ה"ציבורי" בהפקעה לבין היסוד ה"פרטי" בה. ראו עוד: אירית חביב סגל, "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין", עיוני משפט כא (תשנ"ח1998-), 449.

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

75. ומה בענייננו? נזכור כי בתחילה - מאז אמצע שנות השמונים - יועדה הקרקע לבנייה צמודת-קרקע, נופש ושיטחי ציבור, וכי בשנת 1995 הוחל בתיכנון תוכנית חלופית: לייעודה של הקרקע לבנייה רבת-קומות, למיבני ציבור, לאיזור מסחרי ולשטחים ציבוריים פתוחים. המשיבים טוענים כי תיכנון חדש זה נעשה לצורך ציבורי מובהק, וכך משמיענו מר דן סתו, סמנכ"ל ומנהל אגף תיכנון ופיתוח במינהל מקרקעי ישראל:

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

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

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

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

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

נדע מכאן, כי הנחות-המוצא של ועדת התיכנון ושל המדינה היו הנחות כי לבעלים-לשעבר אין כל זיקה לקרקע, וכי הקרקע אינה קשורה כלל בטבורה למטרה ציבורית כלשהי. הנחות אלו הן אף שהוליכו להליכי התיכנון כפי שהיו בפועל. משידענו - על-פי המארג הנורמטיבי-התיאורטי - כי הנחות אלו הנחות שגויות היו, נסיף ונדע ממילא כי סיווג בנייתה של שכונת מגורים כמטרה "ציבורית" בא אך בדיעבד ולא מראש. טעם הדבר: הרשויות לא נתנו כלל דעתן - מראש - לא לפקודת ההפקעות ולזיקתם של הבעלים-לשעבר לקרקע ולא לשאלה אם

המטרה מטרה "ציבורית" היא. טיעון זה - בהילוך והפנים לאחור - כך יטען הטוען, לא יסכון. ראייה לדבר, כך יוסיף הטוען ויטען, תימצא לנו במיבחן נייר-הלקמוס הבא.

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

רשאית היא, איפוא, המדינה לדלג ממטרה למטרה אך-ורק במקום בו יש צורך ציבורי חדש, ושעה שצורך זה מצדיק הפקעת הקרקע כהיום הזה. ראו דברי השופט גולדברג בפרשת מחול, שם, 323, המובאים בפיסקה 52 לעיל. דעתנו-שלנו היא - במובחן מדעתו של השופט גולדברג - כי במקרה מעין זה חייבת המדינה להחזיר את הקרקע לבעליה או לשוב ולהפקיעה בדרך הרגילה. ואולם, אם כך דין, יש להניח כי עד הגיעה לכלל החלטה על הפקעה, היתה הרשות (בענייננו) שוקלת היטב-היטב בדעתה אם ראוי להפקיע את הקרקע לאותה מטרה חדשה, דהיינו: להפקיע - ולחוב בתשלום פיצויים לבעלים. הנה-הינהו נייר הלקמוס: בענייננו לא שקלה המדינה בדעתה את הדבר; ולו שקלה, אפשר לא היתה מחליטה על הפקעה - לצורך הקמתה של אותה שכונת מגורים - תוך חיוב-עצמי לשלם פיצויי-הפקעה.

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

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

78. נניח - בלא שהיסכמנו להנחה - כי מטרת ההקמה של שכונת מגורים (בנסיבות העניין) מטרה ציבורית היא, אשר על-כן מוסמכת היא הרשות - על דרך העיקרון - להפקיע מחדש את הקרקע נושא הדין (למותר לומר, כאמור, ששאלה זו לא עלתה כלל, שכן הרשות יצאה מהנחה - שגוייה לדעתנו - כי הקרקע היא בבעלותה נקיה מכל זיקת בעלים-לשעבר). גם אז, כך טוענים העותרים, צפה ועולה מעצמה שאלה, והיא: האם

זכאית היא הרשות, בנסיבות העניין, להפקיע את הקרקע למטרה של הקמת שכונת מגורים? מתוך ששאלה זו לא עלתה מפורשות לדיון, ממילא לא שמענו טיעונים בה. נאמר עם זאת, במלוא הזהירות, דברים אחדים בסוגיה, בלא שנתיימר להכריע בה לכאן או לכאן.

79. עד שרשאית היא הרשות להפקיע קרקע למטרה ציבורית - ולענייננו הינחנו כי הקמתה של שכונת מגורים יכולה שתהייה, בנסיבות מסוימות, מטרה ציבורית - שומה עליה לברר ולמצוא אם אין ניתן להשיג את המטרה הציבורית - אותה מטרה שלמענה מבקשת היא להפקיע את הקרקע - שלא על דרך של הפקעה ושלא בהכרח על דרך הפקעתה של הקרקע שהופקעה ושהפקעתה פקעה. ולכאורה, תנאי מוקדם הוא לסמכות ההפקעה, שאין ניתן להשיג את מטרת ההפקעה בדרך יעילה אחרת שאינה הפקעה. תנאי-מוקדם זה לכוח להפקיע קרקע נדרש מתוך כיבוד זכות הקניין של היחיד, וזכות הקניין משמיעה כמו-מעצמה נטל זה המוטל על הרשות. אכן, במקום בו אומרת הרשות להפקיע קרקע של ראובן להגשמתה של מטרה פלונית; ראובן מצהיר באותו מועד על כוונתו להגשים הוא-עצמו אותה מטרה, בהוכיחו בעליל כי כוונתו כנה, כי ביכולתו לעשות את הדבר, וכי עומד הוא להגשים אותה מטרה בזמן סמוך; יכול הטוען לטעון - ואנו לא נכריע בטענה - כי בנסיבות אלו תישלל סמכותה של הרשות - אמנם, לא בכל נסיבות שהן ולא בכל מקרה - להפקיע את הקרקע. אותו טוען יכול שיוסיף ויטען - ואנו לא נביע דעתנו על-כך - כי הנטל על הרשות מוטל הוא, להצביע על צורך להפקיע את הקרקע דווקא להגשמתה של מטרת ההפקעה, ולהסביר ולהצדיק מדוע לא תיתן לבעלים בעצמו להשיג אותה מטרה. ובלשונה של השופטת דורנר בדנג"ץ נוסייבה (שם, 89):

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

ואמר על-כך השופט אור בפרשת מקור הנפקות זכויות (מפי השופט אור, בפסקה 6 לפסק-הדין):

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

כך אף לימדנו השופט גולדברג בדנג"ץ נוסייבה (שם, 82):

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

ראו עוד: פרשת מהדרין, שם, 107. אלא שהשאלה סבוכה ביותר ואנו לא ניטול על עצמנו להכריע בה. אכן, חיי-המעשה לימדונו כי במקרים רבים - אפשר במרבית המקרים - טיבה של התוכנית, היקפה, ריבוי הבעלויות בקרקע ועוד גורמים כיוצא באלה ימנעו ביצוע עצמי של תוכנית ויחייבו הפקעתה של קרקע להגשמתה של מטרה ציבורית ראויה. ראו, למשל: פרשת מקור הנפקות וזכויות, פרשת ספול'ניסקי; פרשת מהדרין. יחד-עם-זאת, במקרים בהם יכול שיהיה ביצוע עצמי, אפשר נגיע לכלל מסקנה כי הפקעה תהא בבחינת אמצעי בלתי-ראוי, אמצעי העולה על הנדרש. בהקשר זה ראוי שניתן דעתנו לדברים של השופטת דורנר (בדעת מיעוט) בדנג"ץ נוסייבה (שם, 91):

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

ראו עוד: פרשת פז הנזכרת בפסקה 45 לעיל.

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

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

81. בעניינינו-שלנו, כך טוענים העותרים, ניתן להשיג את המטרה הציבורית גם שלא על דרך הפקעה אלא בקידום הליכי התיכנון לבנייתה של שכונת מגורים בידי הבעלים; והקידום יבוא על דרך איחוד וחלוקה (הליך הנחוץ ממילא) והכנתה של טבלה שעניינה הקצאת-שטחים ואיזון; והכל כהוראות הסעיפים 121 עד 128 לחוק התיכנון. כך לא יידרשו הבעלים לוותר על אדמותיהם, וכך יהיו אלה הם שיקדמו את הבניה תחת שיעשו זאת קבלנים פרטיים שיבנו עבור המדינה. טיעונם זה של העותרים עולה בקנה אחד עם ההלכה, אלא שבסוברה כי אין היא נדרשת לכך כלל - שהרי הקרקע בבעלותה השלמה והגמורה - לא ניסתה המדינה כלל לעמוד בקשר עם העותרים לבירור סוגיה זו של ביצוע עצמי. אכן כן: המדינה טוענת כי שטח התוכנית מפוצל בין בעלי חלקות רבים; כי בשל ריבוי המטרות של התוכנית תתקשינה הרשויות בבנייתן של טבלאות איזון; וכי בשל כל אלה לא תתאפשר הקמתה של שכונת מגורים בידי הבעלים בפרק זמן רצוי. ואולם, כל טענות אלו כולן לא עלו אלא כתשובה לעתירות, והמדינה לא טרחה כלל מעולם לנסות ולברר עם הבעלים נושאים אלה שלטענתה מונעים ביצוע-עצמי. על דרך פעולה זו נמנעה מן העותרים אפשרות להוכיח כי יכולים הם לעמוד בביצוע-עצמי, וממילא נגרע מזכויותיהם.

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

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

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

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

כפי שניתן לראות בחלקים אחרים של העיר חדרה, כמו גם בערים אחרות בהן קיימות חלקות מפוצלות רבות בבעלות פרטית, תהליך הפיתוח של השכונות החדשות, שלא באמצעות גופים וכלים ממלכתיים הוא ארוך, איטי ולעיתים בלתי אפשרי. רק שכונות בהן גוף ממלכתי, כמו משרד הבינוי והשיכון, מטפל בתכנון ובהקמתן, בהתבסס על מצאי של קרקעות בבעלות המדינה, ניתן להקימן בתנופה ובהיקף ראויים, שיהא בהם כדי לשרת את צורכי הציבור המידיים.

לא אביע דעתי על דברים אלה, לא לחיוב ולא לשלילה. אספק עצמי באומרי כי נושא זה לא לובן כלל בין העותרים לבין המדינה, וממילא אין מקום כי נידרש אנו לו. אם כך ככלל, לא-כל-שכן שכולנו ידענו כי גם המדינה, בהיותה ממונה על בניית פרויקט ציבורי, נעזרת ביזמים פרטיים לביצוע. ראו עוד: אירית חביב-סגל, "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין", שם.

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

שיהוי

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

ואמנם: הלכה היא מכבר כי שיהוי בתקיפתו של מעשה הפקעה - שיהוי המלון בשינוי מצבה של הרשות בשל השקעות שהשקיעה בקרקע המופקעת - יכול שיביא לדחייתה של עתירה אך מטעם זה בלבד. ראו, למשל: בג"ץ 63/52 נוימן נ' שר האוצר, פ"ד ו 680; בג"ץ 334/63 גלינוביץ נ' שר האוצר, פ"ד יח (4) 352; אריה קמר, דיני הפקעת מקרקעין, (תשנ"ה 1995-, מהדורה חמישית), 149-153.

85. טענתה זו של המדינה מזרה-משהו. העותרים לא ידעו כלל על תוכניות המתכננות לקרקע המופקעת, ואף לא היה להם כל יסוד להניח כי במקביל לשימושה של הקרקע לייעודי הצבא מתכננות הרשויות תוכניות לבניה אזרחית במקום. יתר-על-כן: בסוברה כי היא הבעלים ללא-כל-סייג, לא יידעה המדינה את הבעלים-לשעבר על דבר קיומן של התוכניות, ואין לנו אלא לתמוה על טענת שיהוי שהיא מעלה, קרא: טענה המוטחת בפניו של עותר השוקט על שמריו. בפרשת גאולת הכרך (לעיל) גילתה העותרת, בעלים של קרקע מופקעת - לאחר עבור חמש שנים מיום ההפקעה - כי פיסה מאותה קרקע שהופקעה לא נדרשה לרשויות לביצועה של המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע. העותרת ביקשה להצהיר כי ההפקעה לא תפשה באותה פיסת-קרקע, אך בית-המשפט סבר כי בשל אותו שיהוי אין לשמוע לה. על הלכה זו יצא קיצפו של פרופ' קלינגהופר, וכך הישמיענו במאמרו על צמידות הקרקע המופקעת לייעודה (לעיל, שם, 877):

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

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

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

חובה זו המוטלת על הרשות - כך יכול הטוען לטעון - יכולה אף שתילמד מתוך הוראת סעיף 195(2)

לחוק התיכנון, ולפיה:

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

**דין
מקרקעין
שנרכשו
בתמורה**

(1)

(2) שונה ייעודם על פי הוראות חוק זה, מותר באישור ובהתייעצות כאמור למוכרם, להשכירם או לעשות בהם העברה אחרת, ובלבד שניתנה למי שרכשו ממנו את המקרקעין או לחליפו הודעה שהוא רשאי, תוך שלושים יום, לקנותם ...

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

86. בעניינינו לא יידעה הרשות את הבעלים על התוכניות - ועל השנויים בהן - ואילו על פני הקרקע, למוטר לומר, לא ניכרו כל שינויים; נהפוך הוא. יתר-על-כן: קריאת דברי העותרים בתיק בג"ץ 360/97 תלמדנו כי עו"ד סמואל המנוח עמד על דעתו כי יש לבטל את ההפקעה, ואף שהשנים נקפו לא ויתר על מבוקשו להחזרת הקרקע לרשותו. בנו של המנוח, מר מיכאל סמואל, מודיענו כי בשילהי שנות השמונים ובראשית שנות התשעים נסע לאיזור המופקע - במיצוות אביו וביוזמתו-שלו - וביקש ללמוד את מצב הקרקע. רק בשילהי שנת 1995, כך מצהיר הוא, נודע לו - בעקיפין - על שינויים המתבצעים בקרקע, ורק בעקבות כך למד על התוכניות החלות עליה. זאת ועוד: אף שעו"ד סמואל המנוח, ויורשיו לאחר פטירתו, פנו כמה-וכמה פעמים אל המינהל בבקשה כי הקרקע תוחזר לרשותם, עמד המינהל על דעתו כי ההפקעה אינה ניתנת לביטול מחמת שימוש הצבא בה; וכל אותן שנים לא גָּלה המינהל את אוזני העותרים על דבר השינוי בתוכנית. משנודע להם דבר השינוי, פנו העותרים מיידית בבקשה להחזרת הקרקע לרשותם, וביום 21.3.1996 אף הגישו התנגדות לתוכנית החדשה שהופקדה. התנגדותם נדחתה ביום 17.11.1996; דבר הדחייה הודע להם ביום 2.12.1996; וביום 16.1.1997 עלו אל בית המשפט העליון. על רקע כל אלה נתקשה להבין במה נשתהו העותרים בעתירתם.

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

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

87. טענת השיהוי מוקשה בעינינו מטעם נוסף. סומכת היא עצמה על הוצאות שהוציאו הרשויות בביצועה ובקידומה של תוכנית חד/במ944/. ואולם, כפי שראינו (בפיסקה 7 לעיל) - וכהודעתו של יו"ר הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה לאיזור חיפה שפורסמה ביום 24.10.1997 - תוכנית זו בוטלה. משבוטלה התוכנית, מה להם למשיבים כי ילינו על שינוי מצבם לרעה עקב ביצועה של תוכנית שאינה עוד בין-החיים? בין כך ובין אחרת, הוצאות שהוציאה המדינה - כך יש להניח (וכך נטען לפנינו) - יובאו בחשבון אם תוחזר הקרקע לבעליה.

טענת השיהוי אין בה ולא כלום ודינה דחייה.

מועד התחולה - לעבר ולעתיד או לעתיד בלבד?

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

89. בפסק-דיננו לא גילינו יבשת חדשה אף לא המצאנו דוקטרינה יש-מאין. רעיון הזיקה הנמשכת-והולכת - כפי שראינו - עלה כבר בעבר לא-אחת, ובמהלך השנים אף חיבבה עצמה הדוקטרינה על מיקצת מן השופטים. לא נכחד עם זאת, כי זו לנו הפעם הראשונה שקובעים אנו - ובהרכב רחב - דברים נחרצים באשר לזיקתו של בעלים לקרקע שהופקעה מידו. עד-כה שררה הדוקטרינה של ניתוק-הזיקה, והנה באנו עתה והפכנו קערה על-פיה: עקרנו דוקטרינה ממקומה ונטענו דוקטרינה אחרת תחתיה. אכן כן: נמצא כי דוקטרינת-הזיקה שולחת שורשים אל דין ההפקעות וכי מפקודת ההפקעות יונקת היא את כוחה - והרי אחרת לא יכולים היינו

לפסוק את שאנו פוסקים - ואולם גם זו אמת, שהדחת המלכה מכיסאה והכתרתה של מלכה חדשה תחתיה יש בה משום מהפכה-זוטא בדין ההפקעות. דומה כי לא נרחק מן האמת אם נאמר, כי חילופי-המישמרות שאנו עורכים בין דוקטרינה לדוקטרינה מדמים עצמם לשינוי חוק; שעד ליום מסויים קבע חוק פלוני סדרים במיקטע מסויים של החיים, ובאותו יום נחקק חוק אלמוני הקובע סדרים אחרים באותו מיקטע-חיים, ובמובנים מסויימים - סדרים הפוכים לסדרים הקודמים.

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

91. שאלת המועד הנכון לתחולת הסדרים החדשים כורכת שיקולים משיקולים שונים וחשובים; ביניהם: אינטרס ההסתמכות של הרשות המפקיעה - בעת ההפקעה או בעת שינוי או ויתור על הצורך הציבורי; שאלות-תקציב והתדיינויות הנדרשות מאליהן מקביעתה של תחולה רטרואקטיבית; וכנגדן שיקול אינטרס הבעלים שקרקעותיהם הופקעו בעבר; ועוד.

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

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

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

קריאה למחוקק

92. משהיכרענו בדיון הדוקטרינה, רואים אנו מחובתנו להפנות קריאה למחוקק כי יעשה - ובמהרה - להסדרת נושא הפקעתם של מקרקעין בחוק מקיף ומסודר. פקודת ההפקעות דהאידינא נחקקה בתקופת המנדט - בשנת 1943 - ובקרב תחגוג ששים שנים להיוולדה. עתה, עם בואה של דוקטרינת-הזיקה, אין ספק בדעתנו כי תצוצנה מפה-ומשם שאלות לא-מעט - על חלקן עמדנו בדברינו למעלה - ושאלות אלו, למיצער עיקריהן, ראוי שתמצאנה פתרון בחוק חרות. באותה משיכה ראוי שהמחוקק יתן דעתו להוראות ההפקעה שבחוק התיכנון, וישקול אפשרות להאחדת הדיון. המלאכה מרובה ועת לעשות.

שׁוֹפֵט

השופט י' זמיר:

אני מסכים לעיקר בפסק הדין של השופט חשין. ומה העיקר? העיקר הוא, שהסמכות להפקיע מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, צמודה למטרה ציבורית. פירושו של דבר, שמטרה ציבורית נדרשת, לא רק כתנאי מוקדם, שצריך להתקיים לפני הפקעת מקרקעין לפי הפקודה, אלא גם כתנאי מאוחר, שצריך להתקיים אף לאחר ההפקעה. מכאן, שאם המטרה הציבורית חדלה להתקיים לאחר ההפקעה, ניתן וראוי, מבחינה עקרונית, לבטל את ההפקעה.

זה העיקר, אך אני מגיע אליו בדרך משלי, שונה מן הדרך בה הלך השופט חשין. אמנם מדובר בתיאוריה. אולם, כידוע, התיאוריה סופה שהיא משפיעה על הפרקטיקה.

סמכות ההפקעה: הפירוש המקורי

1. פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן - פקודת ההפקעות), היא פקודה מנדטורית, לא רק על פי התקופה, אלא גם על פי אופיה. הפקודה, כמו פקודות אחרות מאותה תקופה, מבטאת את רוח השלטון המנדטורי של בריטניה. שלטון זה לא היה שונה הרבה, ברוח ובמעשים, משלטון קולוניאלי, כפי שהיה נוהג במושבות של הכתר הבריטי. השלטון, על פי טבעו של שלטון קולוניאלי, לא היה מחוייב לערכים של דמוקרטיה, אלא בעיקר לאינטרס של הכתר. לצורך זה השלטון הקנה לעצמו, באמצעות פקודות ואמצעים אחרים, סמכויות מפליגות. הסמכויות שהוקנו לשלטון לא גילו כבוד ראוי לזכויות היסוד של האדם, אלא להיפך, אפשרו פגיעה קשה בזכויות אלה.

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

זאת ועוד. פקודת ההפקעות, לפי לשונה, אינה דורשת משר האוצר לערוך חקירה בדבר הצורך הציבורי, כדי לקבוע אם אמנם קרקע מסויימת נדרשת לצורך ציבורי מסויים במידה המצדיקה הפקעה; היא אינה מחייבת את השר לתת לבעלים של הקרקע הזדמנות להשמיע טענות נגד ההפקעה, כפי שמתבקש מכללי הצדק הטבעי; והיא אפילו אינה מטילה חובה לציין, בהחלטת ההפקעה, מה הצורך הציבורי שביסוד ההפקעה. ראו, לדוגמה, בג"ץ 67/79 שמואלזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 281. אכן, כפי שאמרתי במקום אחר, "זוהי דוגמה בולטת לקלות הבלתי-נסבלת של פגיעה שלטונית בזכות הקניין". ראו י' זמיר, הסמכות המינהלית (1996), עמ' 197.

2. כאשר מדינת ישראל הוקמה, אפשר היה לצפות שעצם המעבר משלטון מנדטורי למשטר דמוקרטי יוביל לביטול פקודת ההפקעות המנדטורית וחקיקה של חוק הפקעות ישראלי, שיאזן כראוי בין צרכי הציבור לבין זכויות האדם. אכן, בבריטניה עצמה החוק המסדיר הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור עבר שינויים מהותיים, והוא מגן על זכות הקניין הרבה יותר מאשר פקודת ההפקעות. אך בישראל, ראו זה פלא, לא זו בלבד שפקודת ההפקעות לא בוטלה, ולא פינתה מקום לחוק חדש, אלא היא נותרה, כפי שהיתה, בלי שהוכנס בה אף לא תיקון

אחד במשך כל השנים מאז הוקמה המדינה, כאילו היא חוק מושלם. יתירה מזאת. היא נותרה בנוסח המקורי שלה, הוא הנוסח האנגלי, עם תרגום לעברית שאינו מוצלח ואינו מחייב, ואפילו לא הוצא לה נוסח חדש לפי סעיף 16 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948-. האם אין זה כך משום שהפקודה נוחה כל כך לממשלה, שניתנת לה יד קלה כל כך לצורך הפקעה, עד שהממשלה חוששת לגעת בה, שמא יתברר הצורך לתקן אותה באופן יסודי? כך או כך, העובדה שפקודה זאת נותרה על כנה כפי שהיתה כל כך הרבה שנים, אינה אות כבוד למדינת ישראל. ועדיין אפשר וראוי לתקן את המעוות.

אכן, צריכה אמת להיאמר, בפועל המצב השתנה כאשר חוק התכנון והבניה, התשכ"ה 1965-, נחקק. חוק זה מסדיר אף הוא הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור. בין היתר, הוא קובע, בסעיפים 195 ו-196-, הוראות למקרה בו שונה יעוד מקרקעין שהופקעו, ובכלל זה הוראות בדבר החזרת מקרקעין לבעלים המקורי. כיום חוק זה הוא הבסיס להפקעת מקרקעין במקרים רבים, וכנראה אף ברוב המקרים. אולם עדיין פקודת ההפקעות עומדת בתוקפה, כפי שהיתה, והיא מאפשרת הפקעות לפי הפקודה, ולא דווקא לפי חוק התכנון והבניה.

3. כיוון שהמחוקק לא עשה דבר לתיקון הפקודה, אפשר וראוי היה שבית המשפט יעשה דבר לפירוש חדש של הפקודה, כפי שנתבקש מעצם המעבר, עם הקמת המדינה, משלטון מנדטורי למשטר דמוקרטי. והרי כפי שנקבע בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948-, המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ערב הקמת המדינה יעמוד בתוקפו, בין היתר, "בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה". אחד השינויים החשובים ביותר, הנובעים מן האופי הדמוקרטי של המדינה, הוא המעמד היחסי של זכויות האדם כנגד צורכי הציבור. נקודת האיזון בין אלה לבין אלה, כך פסק בית המשפט, השתנתה עם הקמת המדינה. השינוי צריך לבוא לידי ביטוי גם בשינוי הפירוש של פקודות מנדטוריות, אף אם לשון הפקודה נותרה ללא שינוי. כך פסק בית המשפט, לדוגמה, לגבי פקודת העתונות משנת 1930. פקודה זאת הקנתה לשר הפנים סמכות, בין היתר, להפסיק הופעה של עתון שפרסם דבר שעלול, לפי דעתו של השר, לסכן את שלום הציבור. בא בית המשפט וקבע במשפט קול העם כי האופי הדמוקרטי של המדינה מחייב להקנות הגנה יעילה לחופש הביטוי, ולפיכך מתחייב פירוש חדש של פקודה זאת: לפי פירוש זה, שר הפנים אינו מוסמך להפסיק הופעה של עתון אלא אם נתפרסם בו דבר היוצר ודאות קרובה של סכנה ממשית לשלום הציבור. ראו בג"ץ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

בדרך דומה ניתן היה לפרש את פקודת ההפקעות, לאחר הקמת המדינה, באופן שיגביל את הסמכות לפגוע בזכות הקניין. אולם בית המשפט, אף שהצהיר על זכות הקניין כעל זכות יסוד, לא נהג בזכות הקניין כפי שנהג בחופש הביטוי. יתכן שכך היה משום שבית המשפט לא החשיב את זכות הקניין כפי שהחשיב את חופש

הביטוי, או משום שלא היה מוכן לפזר את כוחו על פני כל הזכויות, או משום טעם אחר. אמנם, לאחר שנים חל שינוי מסויים בגישה של בית המשפט כלפי פקודת ההפקעות, באופן שחזק במידת-מה את ההגנה על זכות הקנין. ראו בג"ץ 302/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141. עם זאת, באופן כללי, בית המשפט המשיך לתת לסמכות ההפקעה פירוש רחב, בהתאם ללשון הפקודה, באופן שאינו מקובל במדינות דמוקרטיות. בהמ' 33/53 סלומון נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 1023, 1028, אמר בית המשפט:

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

ברוח זאת פסק בית המשפט גם לאחר מכן. בין היתר קבע בית המשפט הלכה, שגם אם נתברר לאחר ההפקעה כי המקרקעין, שהופקעו לצורכי ציבור, אינם משמשים יותר לצורך ציבורי, והמדינה מתכוונת למכור אותם לכל המרבה במחיר, אין בכך כדי לבטל את ההפקעה. ראו, לדוגמה, בג"ץ 282/71 בנין נ' שר האוצר, פ"ד כה(2) 466. שם אמר השופט לנדוי (בעמ' 470):

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

ראו עוד א' קמר, דיני הפקעות מקרקעין (מהדורה 5, 1995), עמ' 158-160.

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

זכות הקנין כזכות חוקתית

4. בשנת התשנ"ב 1992- חל שינוי מהותי במעמד המשפטי של זכות הקנין בישראל. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנחקק אותה שנה, קבע בסעיף 3 לאמור: "אין פוגעים בקנינו של אדם". אמנם סעיף זה אינו עומד בפני עצמו, אלא הוא משתלב בסעיפים אחרים של חוק-היסוד, ובהם סעיף 8 ("פיסקת ההגבלה") המתיר לפגוע בזכויות היסוד, ובהן זכות הקנין, בתנאים מסויימים: פגיעה בחוק (או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו) ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. עם זאת, כפי שנפסק, חוק-היסוד העלה את זכות הקנין במדרגות הפירמידה של הנורמות המשפטיות והציב אותה בפיסגה:

הוא עשה אותה, לא רק זכות יסוד, אלא גם זכות חוקתית. ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

מן המעמד של זכות חוקתית נובעת, מבחינה מעשית, נפקות כפולה. ראשית, בית המשפט מוסמך לפסול הוראת חוק חדשה, שנחקקה לאחר חוק-היסוד, אם היא פוגעת בזכות בניגוד להוראות של חוק-היסוד. שנית, בית המשפט רשאי לפרש גם הוראת חוק ישנה, שנחקקה לפני חוק-היסוד, אם היא פוגעת בזכות, באופן שיצמצם את הפגיעה. אכן, בית משפט זה הבהיר היטב, בהקשרים שונים, כי הפירוש של חוק הפוגע בזכות חוקתית, ובהתאם לכך המשמעות של חוק זה, עשויים להשתנות בעקבות חוק-היסוד. ראו, לדוגמה, בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355. בית המשפט הבהיר זאת גם לגבי זכות הקנין. כך, לדוגמה, בע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 483, אמר בית המשפט: "הפירוש, כיום יותר מאשר בעבר, צריך לפעול בכיוון של צמצום הפגיעה בזכות הקנין". ראו גם רע"א 5222/93 גוש 1992 בנין בע"מ נ' חברת חלקה 168 בגוש 6181 בע"מ (לא פורסם).

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

סמכות ההפקעה: צמודת מטרה

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

קיים קשר הדוק בין סמכות לבין מטרה. לכל סמכות יש מטרה משלה. לעתים המטרה מפורשת בחוק ולעתים היא נלמדת, באופן משתמע, מתוך ההיסטוריה של החוק, לשון החוק, מהות הסמכות ועוד. חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, לדוגמה, מקנה בסעיף 188 סמכות לוועדה המקומית לתכנון ולבניה להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור, והוא מגדיר צרכי ציבור בפירוט רב. גם פקודת ההפקעות קובעת במפורש את המטרה של סמכות

ההפקעה: לרכוש מקרקעין לצורך (התרגום המדוייק מן המקור האנגלי הוא מטרה) ציבורי. אך מהו צורך ציבורי? הפקודה נוקטת בכוונה לשון סתומה: צורך ציבורי, כפי שסעיף 1 לפקודה קובע, הוא כל צורך שאותו אישר שר האוצר כצורך ציבורי. עם זאת, כיום ברור כי אישור השר, כמו כל החלטה מינהלית, כפוף לביקורת שיפוטית, בין היתר לביקורת מן הבחינה של מטרת החוק והשיקולים העניינים. לפיכך ברור כי על בית המשפט יהיה לפרש ולקבוע, כאשר יידרש, מהו צורך ציבורי לעניין סמכות ההפקעה, ואם צורך זה או אחר הוא צורך ציבורי לעניין זה. מכל מקום, ברור כי חובה היא להפעיל את סמכות ההפקעה, כמו כל סמכות, למטרת הסמכות ולא למטרה זרה. מכאן, שאם שר האוצר מחליט להפעיל סמכות זאת, למשל, לצורך אישי, ההחלטה פגומה ופסולה.

כך לגבי כל סמכות. אולם יש סמכויות, שניתן לקרוא להן סמכויות צמודות מטרה, בהן מטרת הסמכות צריכה להתקיים, לא רק בעת הפעלת הסמכות, אלא גם לאחר הפעלת הסמכות. בסמכות כזאת, הפעלת הסמכות משנה את המצב המשפטי לאורך זמן, בתנאי שמטרת הסמכות קיימת כל אותו זמן. כאשר התנאי חדל להתקיים, המצב המשפטי, שנוצר עם הפעלת הסמכות, צריך להשתנות. כך, לדוגמה, ראה בית המשפט את הסמכות לפי תקנות ההגנה משנת 1939 להפקיע את השימוש בנכס למטרה מסויימת, כגון, בטחון הציבור או אספקת שירותים חיוניים. הפקעה כזאת, אמר בית המשפט, היא "פעולה רצופה ושוטפת", ולכן היא יכולה להתקיים כל זמן שמטרת ההפקעה מתקיימת. ראו בג"ץ 31/48 יכימוביץ נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה 1939 ו-1945, פ"ד ב' 198, 200. דומה לכך גם הסמכות של שר הבטחון לפי סעיף 2 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט 1979-, להורות על מעצר מינהלי של אדם אם טעמי בטחון מחייבים שיוחזק במעצר, או הסמכות של פסיכיאטר מחוזי לפי סעיף 11 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א 1991-, להורות על טיפול מרפאתי כפוי לחולה נפש שזקוק להמשך טיפול מרפאתי. בסמכויות מעין אלה, אם מטרת הסמכות, שהיתה קיימת בעת ההחלטה להפעיל את הסמכות, חדלה להתקיים, אפשר שבית המשפט יבטל את ההחלטה.

6. סמכות ההפקעה, כאמור, לא נחשבה בשעתו סמכות צמודת מטרה. ראו לעיל פסקה 3. התוצאה היתה, שגם אם הצורך הציבורי שהביא להפקעה חדל להתקיים, ההפקעה המשיכה להתקיים, כאילו הקשר בין הסמכות לבין המטרה נותק. תוצאה זאת נראתה, לא פעם, בלתי-צודקת. בבג"ץ 282/71 בנין נ' שר האוצר, פ"ד כה (2) 466, בו נדון מקרה כזה, אמר בית המשפט (בעמ' 469-470) כי "במקרהו של העותר אי-הצדק נראה כמשווע במיוחד", וכי "במקרה דגן הצדק דורש שהמדינה תחזיר לעותר ולאחיו את הקרקע, אחרי שחדל הצורך הבטחוני שלמענו נרכשה הקרקע בשעתו". ראו גם ביקורת שהשמיע י. ה. קלינגהופר, "צמידות של קרקע מופקעת לייעודה", עיוני משפט ב (תשל"ג), עמ' 874. ראו עוד על תורת הקנין הציבורי המקובלת במדינות של יבשת אירופה, ולהבדיל על פקודת ההפקעות בישראל, ה' קלינגהופר, משפט מינהלי (1957), עמ'

141 ואילך. אך לא היה די בכך, במשך שנים רבות, כדי להביא שינוי בפירוש של סמכות ההפקעה כפי שנקבעה בפקודת ההפקעות.

7. השינוי בפירוש של סמכות ההפקעה, שהכיר בסמכות זאת כסמכות צמודת מטרה, חל בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השינוי בא לידי ביטוי תחילה בבג"ץ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר (לא פורסם). ראו גם דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68. שם התייחסה השופטת דורנר (שהיתה בדעת מיעוט, אך לא בעניין הנדון) למעמד החדש שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקנה לזכות הקניין כזכות חוקתית. וכך אמרה (בעמ' 87):

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

השינוי בא לידי ביטוי פעם נוספת, לאחר זמן קצר, בבג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1)

309, 321-322. שם אמר השופט א' גולדברג, בהסכמת השופט א' מצא והשופט י' קדמי, כך:

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

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

כך או כך, כיום אין יותר מקום לספק כי הלכה היא מלפני בית המשפט בהרכב רחב: באופן עקרוני, הפקעה של מקרקעין לצורך ציבורי תקפה כל זמן שהצורך הציבורי קיים. על הצורך הציבורי אפשר לומר, בלשון השאלה, עבר זמנו בטל קורבנו. זאת, כך נקרא לה, ההלכה החדשה.

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

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

מתי וכיצד, אם כן, ניתן וראוי ליישם את ההלכה החדשה בישראל?

בעיות ביישום ההלכה

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

אכן, כאשר הרשות המפקיעה נוכחה לדעת כי הצורך הציבורי פג, מן הראוי הוא שתודיע על כך לבעלים המקורי, ותבוא עמו בדברים כדי לקבוע הסדר להחזרת המקרקעין לידי, או כדי לגבש הסדר אחר (כגון רכישה או פיצוי) שיהיה מוסכם עליו, או אפילו כדי להודיע לו שבכוונתה להמשיך ולהחזיק במקרקעין לצורך ציבורי אחר.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

1. מקובל עלי, כי על פי ההלכה היוצאת מלפנינו בהחלטה זו מפי חברי, השופטים מ' חשין וי' זמיר, משמוצתה המטרה הציבורית לשמה הופקעה קרקע, זכאי - בעקרון - מי שהקרקע הופקעה מבעלותו, להשבת הקרקע או לפיצויים אם לא ניתן להשיבה, בכפוף לחריגים הנזכרים בחוות הדעת של חברי.

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

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

4. אני מצטרפת - איפוא - גם לתוצאה המקובלת על חברי, המוצאת ביטוי בסעיף 91 להחלטתו של השופט מ' חשין וכן מצטרפת אני לקריאת חברי למחוקק, להסדיר נושא חשוב זה בחקיקה, ויפה שעה אחת קודם.

שׁוֹפֵט ת

הנשיא א' ברק:

היום יוצאת לפנינו הלכה חשובה. על פיה, אם המטרה הציבורית אשר שימשה בסיס להפקעת מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן - פקודת ההפקעות) חדלה להתקיים, ההפקעה מתבטלת, וככלל (הכפוף לחריגים) יש להחזיר את המקרקעין לבעל המקרקעין ממנו הופקעו ("הבעלים המקורי"). הלכה זו מקובלת עלי. מבקש אני להעיר מספר הערות על התיאוריה (או המודל) המונחת ביסוד הלכה חשובה זו, ועל בסיסה הנורמטיבי.

המודל המונח ביסוד ההלכה

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

"מטרתה של התיאוריה הכללית כפולה: ראשית, יש בה כדי לתת הסבר לדין הקיים. מבחינה זו היא מהווה מכשיר של פרשנות; שנית, יש בה כדי לסייע לפתרון של בעיות חדשות, אשר טרם התעוררו. מבחינה זו היא מהווה נרמה משפטית אופרטיבית. במובן מסויים, דומה מלאכתנו למלאכתו של המתמטיקאי, אשר על יסוד מספר נתון של נקודות גיאומטריות על משטח מסיק צורה גיאומטרית כללית המייצגת נקודות אלה. בעזרת צורה גיאומטרית זו ניתן להסיק את הסתברות מיקומן של נקודות נוספות שטרם נקבעו" (א' ברק, מהותו של שטר 17 (1973)).

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

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

"החרמת נכסים על פי תקנה 48, אינה מעשה חד-פעמי ומוגמר, אלא פעולה רצופה ושוטפת, היונקת תדיר את זכות הקיום שלה מתוך רצונה המתמיד של הרשות המחרימה" (בג"ץ 31/48 יכימוביץ נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה, 1939 ו-1945, פ"ד ב' 198, 200).

אכן, אילו "מוסד" ההפקעה היה בנוי על התפישה כי ההפקעה אינה פעולה חד-פעמית אלא פעולה נמשכת, "היונקת תדיר את זכות הקיום שלה מתוך רצונה המתמיד של הרשות" המפקיעה, כי אז ניתן היה לומר כי מתוך מודל זה של הפקעה מתבקשת המסקנה - כביטוי לפן היוצר - כי אם המטרה הציבורית חדלה להתקיים ההפקעה צריכה להתבטל. אך ההפקעה אינה פעולה נמשכת. אין היא מהווה - תוך אימוץ תיאוריה שהגה השופט זילברג לעניין עשיית הצוואה - "מין יצור נייד ואמבולטורי" (ע"א 148/52 כספריוס נ' כספריוס, פ"ד ח' 1289, 1292). הפקעה היא פעולה משפטית חד-פעמית. הצורך בהמשך קיומה של המטרה הציבורית אינו נגזר מעצם מוסד ההפקעה. הוא מוסק משיקולים שהם חיצוניים להפקעה עצמה, ובמרכזם מעמדה המרכזי של זכות הקניין. אכן, כפי שהראה חברי, השופט חשין, במדינות שונות בהן קיים מוסד ההפקעה, ישנם פתרונות שונים לעניין הצורך בהמשך קיומה של המטרה הציבורית. אין ספק בעיני כי אין בדגם (או בתיאוריה) של הזיקה הנמשכת כדי לחולל את ההלכה העולה מפסק דינו. אין לומר כי מכיוון שהזיקה בין הבעלים המקורי למקרקעין המופקעים היא זיקה נמשכת, לכן עם חדלונה של המטרה הציבורית שעמדה ביסוד ההפקעה חוזרים המקרקעין לבעליהם המקוריים. כל שניתן לומר הוא שדגם (או תיאוריה) הזיקה הנמשכת מסביר תוצאה אליה הגיע בית המשפט מטעמים אחרים. יש על כן לומר כי מכיוון שעל פי ההלכה המדינה חייבת להחזיר לבעלים

המקורי - לו, ולא לזולתו - את המקרקעין שהופקעו ממנו, לכן הבעלים המקורי שומר, חרף ההפקעה, על זיקה למקרקעין שהופקעו. אכן, חשוב הוא להתייחס לדגם (או תיאוריה) של הזיקה הנמשכת כדגם המסביר מערכת נורמטיבית שעוצבה מכוח שיקולים שהם חיצוניים לו (פן מסביר), ולא כאל דגם שיש לו, לעניין השאלה הניצבת בפנינו, חיים משלו, באופן שבכוחו של הדגם להביא לביסוסה של ההלכה. אם אמנם הצדק עמי, ממילא כינוי של הדגם (המסביר) אינו מעלה שאלה בעלת חשיבות רבה. אין הוא אלא עניין לסמנטיקה שיפוטית. ניתן להזקק לו אם הוא מדוייק, ואינו יוצר בעיות מיותרות.

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

"דגם הזיקה הנמשכת-והולכת מורנו, כי הבעלים-לשעבר נשמרת בידו זיקה משפטית - בעוצמה זו או אחרת - לקרקע שהופקעה מבעלותו; כי אין במעשה ההפקעה כדי לנתק את הבעלים מכל-וכל מאותה קרקע" (פסקה 17).

בוודאי שאין זו גישתו של חברי, השופט מ' חשין. זיקתו הנמשכת של הבעלים המקורי אינה מעניקה לו זכות קנין במקרקעין שהופקעו. כל שהוענק לבעל המקורי היא הזכות לדרוש מהמדינה את ביטול ההפקעה והשבת הבעלות (או שוויה) לבעל המקורי. זוהי זכות אובליגטורית כלפי המדינה. אין היא זכות קנין במקרקעין. אין לומר כי לאחר ההפקעה הבעלים המקורי נתון ב"עמדת המתנה" לכך שבעלותו תתמלא בתוכן חדש (ראו י' ויסמן, דיני קניין בעלות ושיתוף 28 (1997)). לא נותרה בידו "קופסה" ריקה המכונה "בעלות" שתתמלא בזכויות הקנין שנקרעו ממנה (שם, עמ' 31). עם שכלול ההפקעה, חדל הבעלים המקורי להיות בעלים של המקרקעין. ה"קופסה" כולה הועברה למדינה. עם זאת, מכיוון שהקנין ניטל מהבעלים המקורי בלא הסכמתו ולשם הגשתה של מטרה ציבורית, מתבטלת ההפקעה וניתן סעד לבעלים המקורי בעקבות זאת.

4. חברי, השופט זמיר, מכנה את סמכותו של שר האוצר להפקיע מקרקעין כסמכות "צמודת מטרה". ברור מתוך פסק דינו, כי אין הוא רואה באיפיון זה כמקור לדרישה כי המטרה הציבורית תתקיים לא רק בעת ההפקעה אלא גם לאחר ההפקעה. אין איפיון זה מבטא את הפן היוצר של התיאוריה. איפיון זה הוא תאורי, והוא ביטוי לפן המסביר של גישתו. המקור לדרישה של "צמידות" המטרה אינו נובע מדיני ההפקעה עצמם, או מתורת המשפט המינהלי. המקור לדרישה זו נובע ממעמדה הנכבד של זכות הקנין, אשר הפכה ב-1992 לזכות חוקתית. השופט זמיר מציין כי "כיום אין אנו פורצים דרך חדשה, אלא ממשיכים ללכת בדרך שכבר נפרצה, בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא קושרת את סמכות ההפקעה למטרת ההפקעה" (פסקה 7). לגישה זו אני מסכים, וממילא אין לי כל התנגדות לשימוש בדיבור סמכות "צמודת מטרה". מקווה אני כי בעתיד

ניתן יהיה לפתח את כלליה של סמכות זו לעבר סמכויות נוספות ודומות, באופן שניתן יהיה להשתמש במודל זה לא רק להסברת תוצאות נורמטיביות המושגות על ידי מקורות שהם חיצוניים לו (הפן המסביר), אלא ניתן יהיה לראות במודל זה עצמו מקור לדרישה בדבר צמידות המטרה לסמכות (פן יוצר). עניין זה אינו מחייב הכרעה בדיון נוסף זה.

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

מעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

6. מה תפקידו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בעתירות שלפנינו? בעניין זה קיים שוני מסויים בין גישתו של השופט זמיר לבין גישתו של השופט חשין. השופט זמיר רואה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כבסיס העיקרי לשינוי בפירושה של פקודת ההפקעות. כותב השופט זמיר:

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

עמדתו של השופט חשין מסוייגת יותר. לשיטתו, ניתן היה להגיע להלכה זו עוד בתקופת המנדט, ובוודאי לאחר קום המדינה ולפני חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נמצא, כי לא חוק היסוד הוא שחולל את ההלכה החדשה, אם כי הוא "עזר לנו... לחשוף את אור הגנוז, אך לא היה בו - ואין בכוחו - כדי ליצור יש-מאין באשר לדברי-חוק שקדמו לו" (פסקה 42). חילוקי דעות אלה אינם חדשים (ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589). מבקש אני להביע בהם את עמדתי בקצרה.

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

"מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למילים, אך המילים מגבילות את הפירוש... יתכן, שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, פירוש רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק" (ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(5) 715,701).

אך במסגרת מתחם האפשרויות הלשוניות של החוק הקודם, יש לחוק-היסוד השפעה רבה. היא פועלת בעיקר בגיבוש התכלית של החוק הקודם. תכלית זו הינה, כידוע, התכלית הספציפית והתכלית הכללית. הראשונה נלמדת מלשון החוק ומההיסטוריה שלו. השניה נלמדת מערכי היסוד של השיטה (ראו בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309). שתי תכליות אלה - והתכלית הסופית המתגבשת מהן - אינן קפואות בזמן. הן דינמיות (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 264, 603 (כרך שני, 1993)). על כן, תכלית שהיתה מתגבשת בתקופת המנדט אינה זהה לתכלית שבית המשפט היה מגבש אותה לאחר קום המדינה (ראו בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 627; בג"ץ 2722/92 אלעמרן נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705). תכלית שהיתה מתגבשת עם קום המדינה אינה זהה לתכלית שבית המשפט היה מגבשה בחלוף חמישים שנות עצמאות. הבנתנו את הלשון ואת ההיסטוריה (התכלית הספציפית) משתנה עם חלוף הזמן. תפישתנו את ערכי היסוד של השיטה (התכלית הכללית) משתנה עם שינוי הזמנים. ההבנה שאנו מבינים את הסובב אותנו משתנה כל העת, ועימה משתנה תפישתנו באשר לתכליתה של החקיקה. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

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

על כן, איני בא בטרוניה לשופטי בית המשפט העליון עם קום המדינה, על שלא פיתחו לפני חמישים שנה או אף לפני שלושים שנה את ההלכה העולה מפסק דינו שלנו. הזמנים היו שונים. הבעיות היו שונות. האופקים היו שונים. האיזון בין צרכי הכלל והפרט - המגבש את התכלית הכללית של כל חוק - היה שונה.

8. גורם מרכזי המביא לשינוי בהבנת לשון החוק הוא שינוי חוקתי. המסגרת החוקתית החדשה גוררת אחריה קונסטיטוציונליזציה של כל מערכות המשפט (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 522). משמעותה היא, שהיא מעלה ערכים חדשים או נותנת להם משקל חדש. נוצר איזון חדש בין הערכים הכלליים המתנגשים. כך בדרך כלל. כך במיוחד כאשר השינוי החוקתי הוא במתן מעמד חוקתי לזכויות אדם. שינוי זה יוצר מסגרת נורמטיבית חדשה למעמדן של זכויות האדם. כתוצאה מכך נוצר איזון חדש בין זכויות האדם לבין צרכי הציבור. מתרחשת "מפיכה חוקתית" (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 352). במסגרת איזון חדש זה עשוי לחול שינוי בתכליתם של החוקים הקודמים. תכלית שלא ניתן היה לגבשה בטרם הוחקו חוקי-היסוד, ניתנת לגיבוש לאחר חקיקתם של חוקי-היסוד. ושוב: לשון החוק לא השתנתה. אך תכלית החוק השתנתה. השינוי עשוי שיהיה קל. עשוי הוא לשקף תכלית חדשה שניתן היה להגיע אליה - גם אם בפועל לא הגיעו אליה - בעבר. השינוי עשוי להיות כבד. הוא עשוי לשקף תכלית חדשה שלא ניתן היה להגיע אליה בעבר. אכן, אימרתו של רדברוך כי לעולם החוק חכם מיוצרו נכונה במיוחד בתקופה של שינויים חוקתיים. אלה משנים את המרחב הנורמטיבי בו אנו ממשיכים לחשוב. אי אפשר עוד לאחר חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לחשוב על תכליתה הכללית של החקיקה, באותו אופן בו חשבנו על כך לפני חקיקתם של חוקי-היסוד. עולמנו הנורמטיבי השתנה. צורת החשיבה שלנו השתנתה (במודע או שלא במודע).

9. על כן, אך טבעי הוא בעיני כי גישתנו לתכליתה של פקודת ההפקעה שונה היא מהגישה אליה לפני חמישים שנה או שלושים שנה. השינוי המרכזי התרחש עם חקיקתו של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה העניק מעמד חוקתי-על-חוקי לזכות הקנין של הבעלים המקורי. באיזון בין זכות הקנין של הבעלים המקורי לבין צרכי הכלל חל שינוי. שינוי זה אינו משפיע על תוקפה של פקודת ההפקעה. תוקפה של פקודת ההפקעה נשמר. אך שינוי זה מוביל לשינוי בהבנתה של פקודת ההפקעה. הוא מתבטא בהבנתנו החדשה את תכליתה של פקודת ההפקעה. הוא מוביל להתחשבות גוברת בזכויותיו של הבעלים המקורי (ראו דג"ץ 4466/94 נוסיבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 88 (השופט דורנר); בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 321 (השופט גולדברג); עמ' 327 (השופט מצא)). התחשבות זו אין בה כדי ליצור זיקה קנינית בין הבעלים המקורי לבין הקרקע המופקעת. אך התחשבות זו יש בה כדי להטיל על המדינה את החובה לבטל את ההפקעה אם המטרה הציבורית שוב אינה קיימת. אכן, הבסיס להלכה הינו מעמדה המרכזי של זכות הקנין של הבעלים

המקורי. בזכות זו פגעה ההפקעה פגיעה אנושה. קנינו של הבעלים המקורי ניטל ממנו שלא בהסכמתו, בלא שנשתייר בידו בדל של זכות בקנינו. הטעם לנטילת הבעלות היה בקיומה של מטרה ציבורית שהצדיקה את הקרבת קנינו של הפרט על מזבח הכלל. הצדק דורש כי משנתבטלה המטרה הציבורית וניטל הטעם המקורי מהמשך בעלותה של המדינה במקרקעין, תוחזר הבעלות לבעלים המקורי (ראו בג"ץ 282/71 בנין נ' שר האוצר, פ"ד כה(2) 466, 469, 470). בעלותה של המדינה באה לה בשל שימוש בכוחותיה השלטוניים וכנגד רצונו של הבעלים המקורי. מכאן שבעלותה במקרקעין היא בעלת אופי מיוחד ("קנין ציבורי"). כך, למשל, אין זה ראוי שלמחרת ההפקעה תוכל המדינה למכור המקרקעין בשוק כדי לממן את תקציבה. על בעלותה של המדינה מוטלות מגבלות. אחת מאותן מגבלות - הנגזרת מדרישת הצדק וזכות הקנין של הבעלים המקורי שנשללה ממנו ללא הסכמתו - הינה שעם חלוף המטרה הציבורית שעמדה ביסוד ההפקעה, תתבטל ההפקעה עצמה.

10. חברי, השופטים זמיר, שטרסברג-כהן ולוין העלו שורה ארוכה של שאלות אותן הם ביקשו להשאיר בצריך עיון. מצטרף אני אליהם. כן מצטרף אני לפניה למחוקק, בדבר הצורך הדחוף להסדיר את הסוגיה כולה בדבר חקיקה.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ש' לוין:

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

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

מי שקרקעותיו הופקעו ושולמו לו פיצויים וכן את השאלה אם עקב שינוי המטרה הציבורית שומה על הרשות להפקיע מחדש את הקרקע.

אני מצטרף לקריאתם של חברי הנכבדים למחוקק להסדיר את נושא הפקעתם של מקרקעין בחוק מקיף, מודרני ומסודר.

המשנה לנשיא

השופט ד' דורנר:

1. מסכימה אני, כי סמכות ההפקעה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הרכישה) מוגבלת למטרת הגשמתו של צורך ציבורי, וכי כאשר הקרקע אינה דרושה עוד להגשמת הצורך הציבורי על שר האוצר, ככלל, לבטל את ההפקעה.

הלכה זו אינה חדשה עמנו. היא התגבשה בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד), שבגידרו הוקנה לזכות הקניין מעמד חוקתי. הדבר מחייב בחינה מחודשת של פרשנות דינים הפוגעים בזכויות הקניין. ראו דברי השופט תאודור אור בבג"ץ 3956/92 **מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה** (לא פורסם), בסעיף 6; ודברי המשנה-לנשיא אהרן ברק בבש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, בע' 418-419 (בדעת-רוב שאושרה בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, בע' 655).

2. עוד בטרם חקיקת חוק-היסוד הוכרה זכות הקניין כזכות-יסוד. בחלוף השנים אף חלו שינויים בפרשנות של פקודת הרכישה המנדטורית. נקבע, כי סמכותו של שר האוצר להפקיע קרקע קיימת לצורך מטרה מוגדרת, שאותה עליו לפרסם; כי שיקול-דעתו מוגבל ולא מוחלט; וכי ההפקעה תיפסל אם שיקולי השר היו נגועים בפגמים חמורים. ראו בג"ץ 307/82 **לוביאניקר נ' שר האוצר**, פ"ד לז(2) 141.

עם זאת, פסיקת בתי-המשפט למעשה - שאפשר שהלמה את המציאות החברתית של ימי ראשית המדינה - לא שיקפה את הרטוריקה שבתי-המשפט נקטו בדבר מעמדה של זכות הקניין כזכות-יסוד. ראו אירית חביב-סגל, "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 449, בע' 454-455.

3. בענייננו נפסק, כי הפקעה לפי פקודת הרכישה תקפה גם אם המטרה הציבורית שלשמה הופקעה הקרקע חדלה להתקיים, וכי בעיקרון בית-המשפט לא יתערב אלא אם ההפקעה הייתה נגועה בפגמים חמורים, כגון שרירות וחוסר תום-לב. כך, בבג"ץ 282/71 **בנין נ' שר האוצר**, פ"ד כה(2) 466 (להלן: בג"ץ **בנין**), נדחתה עתירה להשבת קרקע שהופקעה ללא פיצויים לצורך הקמת מחנה צבאי, שעם חלוף הצורך הביטחוני הוחלט למוכרה למשקיעים. בית-המשפט לא מצא יסוד בדין לחייב את שר האוצר לבטל את ההפקעה, הגם שסבר כי הצדק היה דורש זאת. כן נפסק, כי בהנחה שהקרקע דרושה למטרה ציבורית שונה מזו שלשמה הופקעה, לא ניתן לפצות את העותר לפי ערכה הנוכחי של הקרקע. זאת משום שעם ביצוע ההפקעה הוקנתה הבעלות בקרקע למדינה, "ומה שנרכש כבר לצרכי ציבור, אין לרכשו שנית" (השופט משה לנדוי, שם בע' 470). בית-המשפט אף המליץ על תיקון פקודת הרכישה באופן שיימנע אי-צדק.

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

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

בבג"ץ 5091/91 **נוסייבה נ' שר האוצר** (לא פורסם) (להלן: בג"ץ **נוסייבה**), הוחלט, בהסתמך על חוק-היסוד, על החזרת מקרקעין שהופקעו, לאחר שנקבע כי פג הצורך הציבורי שלשמו הם הופקעו. וכך כתב השופט דב לוין, בסעיפים 4 ו-8 לפסק-דינו:

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

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

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

גם בדיון הנוסף שקיים בפסק-דין זה - דנג"ץ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68 (להלן: דנג"ץ **נוסייבה**) - שבגידרו התקבלה עמדתו של השופט אור בבג"ץ **נוסייבה**, לא הובעה הסתייגות מן ההלכה הקובעת כי עם חלוף המטרה הציבורית על הרשות להחזיר את הקרקע לבעליה. המחלוקת בין שופטי הרוב לבין שופטי המיעוט הייתה עובדתית במהותה, ונגעה לשאלת קיומו של הצורך הציבורי. גם בספרות המשפטית הוסבר כי בדנג"ץ **נוסייבה** לא התערב בית-המשפט בהלכה שנפסקה בבג"ץ המקורי אלא רק בתוצאה. ראו חביב-סגל, שם בע' 460; חנוך דגן, "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש" **ספר השנה של המשפט בישראל** (בעריכת אריאל רוזן-צבי, תשנ"ו) 673, בע' 676, הערה 6. ממילא ההלכה כי דין הפקעה לפי פקודת הרכישה להתבטל כאשר הצורך הציבורי שלשמו הקרקע הופקעה לא קיים עוד שרירה ועומדת כבר מיום מתן בג"ץ **נוסייבה** - 9 באוגוסט 1994.

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

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

...

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

"אין פוגעים בקנינו של אדם".

...

אכן, [פקודה הרכישה] קדמה לחוק היסוד, ועל-כן אין בהוראותיו כדי לפגוע בתוקפה (סעיף 10 לחוק היסוד). עם זאת, על פירושה ועל הפעלת שיקול-דעת מכוחה חל סעיף 11 לחוק היסוד. על-פי סעיף זה, מחויבות כל רשויות השלטון - לרבות בית-המשפט - לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל יסודם הן פועלות. חובה זו על בית המשפט למלא על-ידי פרשנות דווקנית של הוראות חוק המתירות לפגוע בזכות הקניין, שתיתן ביטוי למעמדה של זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית, על-חוקית. ממעמד זה מתחייב איזון חדש בין האינטרס הציבורי לבין זכות היסוד.

...

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

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

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

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

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

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

שׁוֹפֵט

-

השופטת ד' ביניש:

הגענו להסכמה רחבה בקביעת ההלכה לפיה אם חדלה מלהתקיים המטרה הציבורית שהיתה ביסוד הפקעת מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, ההפקעה מתבטלת וזאת בכפוף לחריגים ולכללים שיש לגבשם. בטרם גיבשתי עמדתי בסוגיה שלפנינו, היתה בפני חוות הדעת המקיפה ורחבת היריעה שפרש חברי השופט חשין וחוות הדעת של חבריי השופט זמיר והנשיא ברק אשר הגיעו לאותה תוצאה בהתבססם על תיאוריות שונות.

משהסכמנו לתוצאה איני רואה להרחיב בשאלות הנוגעות לשוני בנקודת המוצא שביסוד התוצאה המשותפת. באופן כוללני יהיה זה נכון לומר כי התפיסה הבסיסית בשיטתנו היתה כי ההפקעה שוללת את זכות הקניין מהבעלים ומנתקת את זיקתו הקניינית למקרקעין בהעבירה את מלוא הזכויות למדינה. בהתאם לכך, אף לא ראה בית משפט זה כי בידו להתערב באשר להפעלת הסמכויות בכל הנוגע לשלבים המאוחרים של

ההפקעה, אף כי תוצאה זו היתה למורת רוחו וזכתה לביקורת. חברי השופט חשין סבור שיש לשנות תפיסה זו מעיקרה, ונתן בכך ביטוי לביקורת שנמתחה משך שנים רבות על התפיסה "מנתקת הזיקה". שאלת טיבה של הזיקה שבין בעל המקרקעין לקרקע המופקעת והמסקנה המתבקשת ממנה, נטועה בשיטה המשפטית שבה מעוגנת סמכות ההפקעה. בעיני, התוצאה שהגענו אליה מתחייבת מאופיה של סמכות ההפקעה ומהיחס שנוצר בין הרשות המפקיעה כרשות שלטונית לבין הפרט שרכשו הופקע. על סמכות ההפקעה וגם על הפעילות השלטונית שבעקבותיה, יחולו העקרונות המגבילים את כוחו של השלטון לפגוע בזכויות היסוד, כשהחובה לצמצם את הפגיעה אינה מתוחמת להליך ההפקעה עצמו. בעידן שלאחר חקיקת חוק היסוד יש לתת להגבלה זו משמעות שתבטא את צמצום סמכות ההפקעה למטרה הציבורית שלשמה נועדה.

בחוות הדעת השונות שלהם, הצביעו חבריי, כל אחד לפי דרכו, על ההתפתחות שחלה במשך השנים בגישתו של בית משפט זה ביחס לסמכות ההפקעה ולביקורת השיפוטית עליה. בתמצית ניתן לקבוע כי המסלול שעשתה פסיקתנו מאז ראשית המדינה ועד היום היה מסלול חד סטרי שהציע את בית-המשפט ככיוון אחד. כיוון של התפתחות פרשנית לפיה הועמד שיקול הדעת של הרשות בנושא ההפקעות בפני ביקורת שיפוטית על פי העקרונות הכלליים החלים על הרשות בבואה לפגוע בזכות יסוד.

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

חלקי עם אלה הסבורים כי השינוי בגישתו של בית-משפט זה ביחס לתוצאה המתחייבת מביטול מטרת ההפקעה המקורית, נעוץ בשינוי מערכת האיזונים שבין זכויות הפרט לאינטרס הציבור על פי חוק היסוד. שינוי זה משפיע גם על טיבה והיקפה של הסמכות השלטונית בכל הנוגע להפקעת רכוש הפרט למטרה ציבורית. על התפתחות זו שבאה בעקבות חוק היסוד עמדה חברתי השופטת דורנר בפסק-הדין בעניין נוסייבה (דנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 86-88).

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

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

ש ו פ ט ת

השופט ת' אור:

היו לי היתרון וההנאה לקרוא את פסקי הדין של חברי השופט חשין, השופט זמיר והנשיא ברק. התוצאה אליה הגיעו שלושתם מקובלת עלי, כמו על כל חברי המותב האחרים. על פי תוצאה זו: א. אם המטרה הציבורית אשר שימשה בסיס להפקעת מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, חדלה להתקיים, ככלל, מתבטלת ההפקעה ובעל המקרקעין המופקעים זכאי שהשבת המקרקעין בכפוף לחריגים וכללים אשר יש לגבשם; ב. משנקבע העיקרון האמור בפסק דינו, ראוי שהמחוקק יאמר דבר ויסדיר את סוגיית הפקעת מקרקעין על רקע האמור בפסק דין זה; ג. בשאלת תחולת הדין על עניינו, יוחלט לאחר קבלת טיעון בעלי הדין, כאמור בפסיקה 91 לפסק דינו של חברי השופט חשין.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

ההלכה היוצאת מלפנינו היום מבטאת, בלשון ברורה ומפורשת, את הגישה אותה הבעתי ובה תמכתי בפרשת נוייבה (בג"ץ 5091/91 ודנג"ץ 4466/97) ובפרשת מחול (בג"ץ 2739/95), בדבר היותה של סמכות

ההפקעה סמכות "צמודת מטרה". אני, כמובן, מסכים להלכה זו, המשקפת, אל נכון, שינוי בפרשנות שניתנה בעבר למשמעותה של הפקעה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, והמתחייבת מהכרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהיות הזכות לקניין זכות חוקתית מוגנת. משום השלכותיה האפשריות של הלכה זו, ומבלי לנקוט כל עמדה ביחס להכרעה הראויה בעניינם של העותרים, הנני מסכים להכרעה המוצעת בפסקה 91 לפסק-דינו של חברנו השופט חשין. אף לי נראה, כי ייטיב המחוקק לעשות אם יקדים לשקוד על גיבושו של הסדר חקיקתי, שיספק מענה מעשי וראוי לשורה של שאלות פתוחות, שיישומה של ההלכה החדשה עשוי לעורר.

שופט

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

היום, כ' בשבט התשס"א (13.2.2001).

נשיא	המשנה לנשיא	שופט	שופט	שופט
שופט	שופטת	שופטת	שופטת	שופטת

העתק מתאים למקור
 נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו בקובץ
 פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.
 שמריהו כהן - מזכיר ראשי
 G10.96023900 /גק