

## למשמעויותיו של חוק התכנון והבניה בישראל

**ד**משפט המודרני אוסר להפקיע את זכותו של אדם לנכס מסויים, אלא אם כן קיים חוק מיוחד, המעניק לממשלה, לשריה, או לנציגים ממלכתיים אחרים בחוק סמכות מיוחדת לכך. רק אז יכולים להפקיע את זכותו של היחיד ולהעבירה לרשות אחרת.

בהפקעת זכות הפרט נתקל החוק המודרני בקושי רציני, הנובע מההתנגשויות של שני יסודות המשפט האזרחי. אחד מהם הוא זכות הבעלות (או זכות הקניין הפרטי) על נכסים בכלל וקרקעות בפרט<sup>1</sup>; ואילו השני הוא הזכות להפקיע נכסים מרשות בעליהם לטובת הכלל. החברה המאורגנת במסגרת של מדינה נאורה מקבלת על עצמה את העקרון, שזכות הקניין הפרטי מבטיחה לבעלים שלטון גמור על נכסיו, שהם קנינו הפרטי הגמור. אך על אף הכרה זו נוטלת לעצמה המדינה רשות להטיל על זכות זו של הפרט הגבלות שונות<sup>2</sup>, ולפעמים היא מגיעה עד לידי הפקעתה הגמורה של זכות הבעלים. דרוש רק תנאי עיקרי חשוב והוא שההפקעה תיעשה לטובת הכלל.

המציאות מוכיחה, שבתנאים מסויימים עשוי עקרון הקניין הפרטי להתנגש בצורה קשה עם האינטרסים של הכלל. לפיכך, הכרחי הוא שהמדינה תהיה זכאית להפקיע נכסים, ובייחוד מקרקעין, לטובת הכלל. משום כך מחוקקת כל חברה מאורגנת חוקים בדבר זכותה של המדינה להפקיע מקרקעין או זכויות מסויימות שבהם.

חוקים אלה קיימים בכל מדינה ותכליתם — טובת הציבור. ויחד עם זאת יש בהם משום ערובה מסויימת לפרט, שלא יפגעו בנכסיו, אם אין טובת הכלל מחייבת את הדבר. המדינה אינה יכולה להפקיע את נכסיו מלבד באותם המקרים המוזכרים בחוק.

אחד החוקים החשובים במדינת ישראל המעניק לוועדות מקומיות סמכויות הפקעה עצמאיות<sup>3</sup> הוא "חוק התכנון והבניה, תשכ"ה (1965)". חוק זה נחקק הן כדי ליצור הסדרים חדשים, והן כדי לשפר את המצב התחיקתי, שנוצר על-ידי המחוקק המנדטורי. בהקשר זה יש להזכיר כי פקודת בנין ערים 1936 הקנתה לוועדות המקומיות לבנין ערים סמכות להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור. הפקודה קבעה גם שני הסדרים חשובים נוספים: האחד, שהועדה המקומית רשאית להפקיע בלי שום פיצוי קרקע הכלולה בתכנית בנין ערים והיא דרושה לצרכי ציבור, בתנאי שההפקעה לא תעלה על רבע משטח הקרקע של הבעלים. ההסדר השני גורס, שאם על-ידי ההפקעה במסגרת הרבע המותר יגרם עוול לבעל הקרקע, ישולם לו פיצוי בתור חסד<sup>4</sup>.

(1) ראה פרק ג' לחוק המקרקעין, תשכ"ט — 1969.

(2) ראה סעיף 11 לחוק המקרקעין הנ"ל.

(3) ראה סעיפים 188—196 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה—1965.

(4) ראה סעיף 27 לפקודת בנין ערים, 1936.

## חוק התכנון והבניה וסמכויות ההפקעה

באוקטובר 1962 הושמה על שולחן הכנסת הצעת חוק התכנון והבניה, שהציעה להעניק לוועדה המקומית סמכויות הפקעה מורחבות. יש לציין שנוסח החוק, הודן בהפקעות כפי שהוגש להצבעה בקריאה שניה ושלישית בשנת 1965 שונה מהנוסח המקורי. בשלב מאוחר זה של פרסום נוסח החוק מופיעה בו לראשונה הפיסקה, הקובעת את הכלל הבא: "אולם אל יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש"<sup>6</sup>. בהמשך הדברים נגסה לעמוד על המשמעויות השונות של פיסקה זו ועל התוצאות שעשויות לנבוע ממנה בשאלות תכנון ובניה.

### מטרות ההפקעה והתנאים לביצועה על פי החוק

החוק קובע כי מותר לוועדה המקומית להפקיע מקרקעין לשתי מטרות אפשריות:

(א) "צרכי ציבור"<sup>7</sup>.

(ב) "לצורך הפקעה"<sup>8</sup>.

ממבט ראשון לא ברור מדוע מזכיר החוק יעוד לצרכי ציבור כשונה מיעוד למטרת הפקעה. אך בדיקה מפורטת יותר מצביעה על הבדל ניכר בין יעוד להפקעה מלכתחילה, לבין יעוד לצרכי ציבור גרידא, בכך שכדי להפקיע מקרקעין שנועדו לצרכי ציבור יש צורך בהסכמת הוועדה המחוזית<sup>9</sup> בעוד שאם נועדו המקרקעין מלכתחילה להפקעה, אין ההפקעה טעונה אישור הוועדה המחוזית.

החוק מציב מספר תנאים מפורטים טרם שהוועדה המקומית תוכל להפקיע מקרקעין כמפורט להלן:

(א) ניתן להפקיע על פי החוק רק מקרקעין.

(ב) ניתן להפקיע אך ורק כמסגרת תכנית בניתאר מקומית או תכנית מפורטת.

(ג) ניתן לבצע את ההפקעה בכל עת לאחר תחילת תוקפה של התכנית.

(ד) ביצוע הפקעה למטרה ציבורית טעון אישור ועדה מחוזית.

### ביצוע ההפקעה

החוק קובע, בסעיף 190 (א), כי במידה שלא נקבעו הוראות מיוחדות בהוק עצמו, תבוצע ההפקעה על פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, כאילו הורשתה הוועדה המקומית בהודעה ברשומות להשתמש בסמכויות ולמלא את התפקידים של הממשלה, או של היועץ המשפטי לממשלה לפי הפקודה האמורה. לכאורה היה מתקבל על הדעת כי דרך ההפקעה העיקרית היא זו המנויה בפקודת הקרקעות הנ"ל, ואמנם סברה זו הועלתה בכתב הגנה לתביעה שהוגשה על ידי ניפקע נגד עיריית רמת-גן<sup>10</sup>.

לא כן סבר בית המשפט העליון, בפסק-דין שניתן על ידי כב' השופט י. ויתקון נקבע במפורש שקיימות כיום שתי דרכים נפרדות להפקעת מקרקעין:

5) ראה סעיף 190(א) (1) סיפא הצעת החוק שפורסמה להצבעה וכן אותו סעיף בחוק.

6) ראה סעיף 188(ב) לחוק.

7) ראה המשתמע מסעיף 189 לחוק.

8) ראה סעיף 189 סיפא לחוק.

9) ראה ע"א 269/70 רמת-גן נגד בנימין תיק, פסק-דין כה (1) עמ' 87.

(א) הדרך המוטווית בפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, סעיף 20 של אותה פקודה קובע שלא ישולמו פיצויים על ההפקעה, אלא אם כן יעלה השטח המופקע על רבע מהחלקה כולה.

(ב) הדרך המוטווית בפרק ח' לחוק התכנון והבניה, 1965, ואשר לפיה ניתן לבצע הפקעה ובלבד שלא יעלה החלק המופקע על ארבע עשיריות משטח החלקה.

השופט קובע: "הדרכים שונות זו מזו ולא נתמזגו לדרך אחת. כל עוד חלה פקודת בנין ערים לא היה הבדל בין שני החיקוקים מבחינת גדל החלק הניתן להפקעה ללא תשלום פיצויים. לפי שניהם היה הגבול המירבי רבע משטח החלקה כולה. ואילו מאז תחילת חוק התכנון והבניה יש הבדל, כי הפקעה המבוססת על חוק זה ניתנת לבצועה ללא תשלום פיצויים ובלבד שלא יעלה השטח המופקע על ארבע עשיריות, בעוד שהפקעה המבוססת על פקודת הרכישה (משנת 1943) לבדה עדיין כפופה להגבלה שאין לעשותה בלי תשלום פיצויים כשהחלק המופקע עולה על רבע מהחלקה כולה<sup>10</sup>).

### שלוש משמעויות אפשריות

נחזור עתה לפסיקה הסופית של סעיף 190 (א) אשר הוזכר לעיל, והמתייחס לאפשרות של ירידת השווי של יתרת המיגרש במקרה הפקעה. לפיסקה זו שלוש משמעויות אפשריות:

(א) אם ניתן להוכיח באמצעות שומה או בדרך אחרת, כי שוויה של יתרת המגרש יפחת עקב ההפקעה, אין אפשרות לבצע את ההפקעה וצרכי הכלל נסוגים בהכרח מפני צרכי הפרט.

(ב) במקרה זה על הגוף המפקיע (הועדה המקומית) להפקיע את כל המגרש בשלמותו ו/או לשלם את מלוא תמורתו.

(ג) במקרה זה רשאי שר הפנים להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים בנסיבות שבהן היא רשאית לשלמם לפי פקודת הקרקעות משנת 1943 (סעיף 20).

נראה כי מכל המשמעויות הללו המתקבלת ביותר על הדעת היא האפשרות הראשונה שלפיה אין להפקיע חלק ממגרש, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש. ההנמקה לסברה זו עשויה להיות מושתתת על מספר נימוקים:

ראשית, הפיסקה שלעיל קובעת את העקרון הפותח במילים: "אולם אל יופקע חלק ממגרש בתשלום או ללא תשלום" (ההדגשות שלי — ד.מ.). כלומר, המחוקק קבע בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים שאפילו תמורת תשלום אין כל אפשרות חוקית להפקיע במקרה האמור.

שנית, המשמעות השניה שלעיל אינה סבירה; בעיקר מן הטעם, שאין אפשרות להפקיע מבלי למלא אחר התנאים המוקדמים להפקעה. דהיינו, יתרת המגרש צריכה להיות מיועדת להפקעה בתכנית מיתאר מקומית או מפורטת. אך יש להניח כי הדבר לא נכלל מלכתחילה בתכנית; שהרי אחרת לא היתה מתעוררת כלל מחלוקת.

שלישית, המשמעות השלישית סבירה אמנם יותר מקודמתה, כיוון שסעיף 20(2) לפקודת הקרקעות הנ"ל קובע, כי השר רשאי להורות על תשלום פיצויים באם הוכח שהצמצומים שהוטלו בפסיקות א' ו-ב' של אותו סעיף יגרמו סבל.

ואולם, לאחר התיקונים שהוכנסו בפקודת הרכישה הנ"ל לא ברורה המשמעות של המושג

(10) ראה לעיל בעמ' 89 מול האותיות א-ב.

"צימצומים". עד לפסק-הדין בענין בירמון נגד שר-התחבורה<sup>11</sup> סבורים היו כי, לאור הנוסח הלקוי של הפסקות א' ו-ב' לסעיף 20 (2), כי בכל פעם שרשות רוצה להפקיע רבע ממגרש חינם היא יכולה לעשות זאת. ובדרך זו אפשר מבחינה טכנית להפקיע מגרש שלם ללא פיצויים כלשהם. פסק-הדין הנ"ל שינה תפיסה זו וקבע כי הפקעה של למעלה מרבע המגרש "המקורי" אמנם מותרת, אך יש לשלם פיצויים בגין "הסבל" שנגרם לבעלים.

כב' השופט בהן מתלבט בשאלה מהו "סבל" ואומר: "אין אני יודע, ואין מעניני לבדוק, אם יש מקרים אשר בהם עלול להיגרם "סבל" כמשמעותו בפקודות ההן". אך בהמשך דבריו קובע השופט כי ברור לו שהפקעת רבע המגרש בפעם השנייה ושלישית היא מקרה ברור המזכה בפיצויים בגין "סבל".

מתברר, איפוא, כי גם המשמעות השלישית אינה באה בחשבון. לכן נותרת רק המשמעות הראשונה, על התוצאות החמורות העלולות לגבוע ממנה הן במישור התכנוני והן במישור הפיסקלי.

## דוגמאות לפגיעה בערך של יתרת המגרש

מבחינה טכנית מעשית ניתן לציין לפחות שתי דוגמאות עקרוניות שבהן עלולה להיגרם הפחתה בשווי של יתרת מגרש כתוצאה מהפקעה של חלק ממנו (שאינו עולה על ארבע עשיריות משטחו):

(א) כאשר מחמת ההפקעה המותרת מאבדת יתרת המגרש פוטנציאל בניה (בשלמותו או בחלקו). דוגמה מעשית לכן ניתן להביא ממקרה שבו נקבע בתכנית המיתאר המקומית, כי שטח מינימאלי לבניה הוא 500 מ"ר. מחמת ההפקעה לצורך סלילת דרך הופקעו 40% משטח מגרש בן חצי דונם, באופן שגשאו בידי הבעלים רק 300 מ"ר. שטח זה אינו מאפשר כל בניה שהיא לפי תכנית המיתאר המקומית, ולפיכך מאבדת יתרת המגרש פוטנציאל בניה בשלמותו.

מקרה אחר הוא הפקעה של 40% משטח מגרש של 2000 מ"ר. בהנחה שבתקנות תכנית המיתאר נאמר שמגרש אשר שטחו גדול מ-1600 מ"ר יכול לזכות בפוטנציאל בניה מיוחד (במסגרת הקלות או במסגרת בניית רב-קומות). הפקעה של 40% משטחו מביאה לכך שהבעלים לא יוכלו לזכות בפוטנציאל מיוחד מסוג זה. ומשמע שיתרת המגרש איבדה חלק משוויה אחרי ההפקעה.

(ב) כתוצאה מההפקעה חל שינוי בצורת המגרש הנותר, באופן שלא ניתן לנצלו כמלואו או בחלקו. אם למשל, עקב ההפקעה נשאר מגרש שצורתו משולשת, נראה שהשימוש בו יהיה פחות יעיל מהשימוש במגרש בעל אותו שטח אך בעל צורה מרובעת.

לגבי קרקע חקלאית יכולה להיות כדוגמה להפקעה לצורך סלילת דרך העוברת בתוך פרדס ומחלקת אותו לשני חלקים. כתוצאה מכך עלול להיפגע העיבוד החקלאי וכן עלולים להיווצר שטחים מתים ללא שימוש או ללא אפשרות של גישה טובה. ואין ספק שמחיר יתרות המגרשים החקלאיים עלול לרדת בעקבות ההפקעה הזאת.

(11) ע"א 336/59 פורסם בפסקי-דין כרך סו (2) עמ' 1681.

## מסקנות והמלצות

אם נניח שהמשמעות הראשונה של הפיסקה שלעיל היא הנכונה, הרי אין הועדה המקומית רשאית להפקיע חלק ממגרש (בתשלום או ללא תשלום), אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש.

מסקנה זו היא מנוגדת לאינטרס התכנון ולטובת הציבור, אשר היו צריכים לגבור על אינטרס הפרט, אם כי היא מחייבת לפצות פרט זה בדרך נאותה במקרה של הפקעה הפוגעת בערך של יתרת המגרש).

ניתן להעלות מספר הצעות והמלצות לשם פתרון של בעיה זו :

(א) אם נניח שטובת הציבור עדיפה, יש לשנות את החוק ולתקן את הפיסקה הזאת באופן שאפשר יהיה לבצע הפקעה גם אם נגרם נזק ליתרה, או באופן שיהא צורך להפקיע הכל או לשלם פיצוי מיוחד.

(ב) אפשר להימנע מהתנגשות עם פיסקה זו אם בשעה שמכינים תכנית מיתאר מקומית או תכנית מפורטת מזמינים שמאי מקרקעין (רצוי גוף של כמה שמאים מובחרים) אשר יקבע בהתאם לנסיבות, אם עלול להיווצר מצב שיתרת מגרש מופקע עלולה להיפגע. אין ספק שבעיה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, שהרי עלולים להתהוות חילוקי דעות בין מספר שמאים באשר לכל מקרה ומקרה. אך סבורני כי על אף קשיים אלה רצוי לתת לגוף השמאים סמכות לקבוע מתי עלולה להיפגע יתרת שוויו של מגרש באורח עקרוני. וכתוצאה מכך תהיה הועדה המקומית חייבת להתליט אם אמנם יש להפקיע הכל מלכתחילה או יש לייעד את יתרת המגרש כהשלמה למגרש אחר. יש לציין שקביעה מפורטת כי יתרת המגרש (במקרה שאינו ניתן לניצול) תיועד להשלמה, עשויה לפתור את בעיית ירידת ערך יתרת המגרש. שהרי בעל המגרש הזקוק להשלמה זו ישלם מחיר שוק מלא בתמורה לצירוף יתרת המגרש המופקע לחלקו.

(ג) אפשר גם לנקוט דרך דרסטית יותר, והיא שבמקרה של ירידה בערך של יתרת המגרש, ניתן יהיה להציע תיקון לתכנית ולייעד גם את היתרה הזאת להפקעה או להשלמה ועל-ידי כך למנוע כיצויים מיותרים או סיבוכים העלולים לנבוע מביצוע ההפקעה. אך הקושי הוא שפתרון כזה היה מעכב את ביצוע ההפקעה המקורית; וזאת משום שבחוק קיימים פרקי זמן קבועים לפרסומים, התנגדויות, עררים וכו', והתוצאה עלולה להיות סחבת מרובה.

(ד) ניתן היה במקרה זה לפנות לשר האוצר כדי לקבל הרשאה לבצע את ההפקעה לפי סעיף 22 לפקודת הקרקעות. אלא שכאן עלולים להתעורר שני קשיים רציניים: קושי אחד הוא כי במקרה כזה ניתן להפקיע רק 25% בלבד חינם, ונוסף לכך עלולה להתעורר הבעיה של נזק ליתרה כאמור בסעיף 12 לאותה פקודת קרקעות. קושי שני טמון בכך, שהפקעה לפי סעיף 20 לפקודת הקרקעות אפשרית במקרים הבאים בלבד: (א) הגדלה או הרחבה של דרך קיימת; (ב) הגדלת מגרש משחקים או מגרש-נופש; (ג) סלילת דרך חדשה או התקנת מגרש משחקים או (מגרש נופש) חדשים. מכאן משתמע, כי המושג "צרכי ציבור" בפקודה זו מצומצם בהרבה מאשר בחוק התכנון והבניה. הדבר יכול כמובן לגרום קשיים. שכן יתכן שההפקעה היא לצורך שאינו מותר לפי סעיף 20 לפקודת הקרקעות.