

סעיף 196 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965

מאת

משה י. קמר, עו"ד

1. תחולת הסעיף

סעיף 196 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, קובע:

"שינוי ייעוד של רכוש מופקע ללא תשלום

(א) מקרקעין שהופקעו לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים וייעודם שונה לייעוד שלמענו אין להפקיע מקרקעין לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים, תשלום הוועדה המקומית פיצויים למי שהיה זכאי להם בשעת ההפקעה אילו היתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים באותה שעה, או אם רצה בכך, תחזיר את המקרקעין למי שהופקעו ממנו.

(ב) בפעולה לפי סעיף זה - לענין סעיף 12 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, יבוא במקום מועד הפרסום של ההודעה על הכוונה לרכוש מקרקעין - המועד של שינוי הייעוד, ושווי המקרקעין ייקבע בשים לב לייעודם מחדש."

סעיף זה חל רק על מקרקעין שהופקעו ללא תמורה. על מקרקעין שהופקעו בתמורה חלות הוראותיו של סעיף 195 לחוק. באשר להיקף תחולתו של סעיף 196 קיימים שלושה מצבים עיקריים:

(א) מקרקעין שהופקעו בהפקעה פורמלית בהליכים הקבועים בפרק ח' לחוק התכנון והבניה;

(ב) מקרקעין שנלקחו בכפייה על יסוד הוראות אחרות בחוק התכנון והבניה, שלא במסגרת הליכי ההפקעה שבפרק ח' לחוק;

(ג) מקרקעין שנמסרו בעיסקה רצונית לאור סמכויות ההפקעה שניתן היה להפעיל לגביהם.

אין ספק, כי מצודתו של סעיף 196 לחוק פרושה על מקרקעין שהופקעו בהליכים הקבועים בפרק ח', שכן, הסעיף האמור הינו חלק מהסעיפים העוסקים בהפקעה שבפרק ח' לחוק. השאלה הנשאלת היא, האם הסעיף חל גם בשני המצבים האחרים. נראה, כי הסעיף יחול גם במצב שהמקרקעין נלקחו בכפייה על יסוד הוראות אחרות בחוק התכנון והבניה. אולם, דומה כי הסעיף לא יחול במקרה שהמקרקעין נמסרו בעסקה רצונית, שהתבצעה בצילן של סמכויות ההפקעה.

הסיטואציה השנייה מתייחסת למקרקעין שנלקחו בכפייה על-פי חוק התכנון והבניה, אך שלא בהליכי ההפקעה הקבועים בפרק ח' לחוק. מצב שיגרתי מאוד הוא, שנעשית הפרשה כפוייה מהמקרקעין במסגרת הליך של איחוד וחלוקה לפי סימן ז' של פרק ג' לחוק. במרבית תכניות האיחוד והחלוקה, בין שהן נעשות בהסכמת הבעלים ובין שהן נעשות שלא בהסכמת הבעלים, נלקחת מבעליה של חלקה המשתתפת בתכנית הפרשה לצרכי ציבור. נשאלת השאלה, האם סעיף 196 לחוק חל על מקרקעין שנלקחו בדרך זו מבלי שניתן לבעליהם פיצוי במסגרת התכנית. התשובה לשאלה זו הינה כאמור בחיוב. היא מתבקשת מלשונו של הסעיף, שבו נאמר:

"מקרקעין שהופקעו לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים..."

בסעיף זה לא נקט המחוקק במילים "לפי פרק זה", דהיינו, לפי פרק ח', העוסק בהפקעות. אילו רצה המחוקק שתחולתו של סעיף 196 לחוק תהיה מוגבלת רק למקרקעין שהופקעו לפי פרק ח', היה הוא נוקט במילים "לפי פרק זה". משנקט המחוקק לשון רחבה יותר: "לפי חוק זה", גילה הוא דעתו, שסעיף 196 אמור לחול גם על מקרקעין שהופקעו לפי פרקים אחרים בחוק התכנון והבניה. ודוק: בסעיפים אחרים בפרק ח' לחוק, המצויים בסמוך לסעיף 196, הקפיד המחוקק לנקוט בלשון "לפי פרק זה". כך, לדוגמה, קובע סעיף 192 לחוק:

"שום דבר שבהסכם בדבר חילופי מקרקעין לפי פרק זה לא יתפרש כאילו בא להתיר שימוש במקרקעין שלא בהתאם לתכנית."

סעיף 193 לחוק קובע:

"מקרקעין שהופקעו לפי פרק זה ינהגו בהם כאמור בתכנית החלה עליהם."

סעיף 194 לחוק קובע:

"בהליכי הפקעה מכוח פרק זה לא יפונה בית מגורים שנועד בתכנית להריסה..."

משנקט המחוקק במונחים שונים באותו חוק, וליתר דיוק - באותו פרק בחוק, מתבקשת המסקנה, כי כוונתו היתה להבחין בין ההוראות השונות. אומר לעניין זה פרופ' אהרן ברק¹:

"... אם החוק נוקט לשון זהה יש להניח כי הוא מבטא רעיון זהה, ואם הוא נוקט לשון שונה יש להניח כי הוא מבטא רעיון שונה."

המונח "הפקעה" שבו נוקט סעיף 196 לחוק אינו מוזכר בסעיפים אחרים של חוק התכנון והבניה זולת פרק ח' לחוק. נשאלת השאלה, האם יש להתייחס אל מונח זה

1. אהרן ברק, פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה, בעמ' 600.

במשמעותו המילולית או במשמעותו המהותית. התייחסות למונח זה במשמעותו המילולית מביאה לתוצאה הנוגדת את כוונתו מרחיבת-התחולה של המחוקק, אשר נקט במונח מקרקעין שהופקעו לפי "חוק" זה, ולא במונח המצומצם: לפי "פרק" זה. לעומת זאת, התייחסות למונח "הפקעה" במשמעותו המהותית מגשימה את כוונת המחוקק בניסוחו של סעיף 196.

מעצם מהותה, הפקעת מקרקעין הינה רכישה כפויה, דהיינו, היא נעשית ללא רצונו של הבעלים. בספרו של אריה קמר הוגדרה "הפקעה" כד²:

"הפקעה" הינה רכישה כפויה של זכויות פרטיות במקרקעין על-ידי המדינה או מטעמה למטרה ציבורית כנגד תשלום פיצויים.

בפרשת רפאלי³ נפסק לעניין זה מפי הנשיא שמגר⁴:

"כמקובל עלינו, ההפקעה הינה רכישה כפויה של זכויות פרטיות במקרקעין, המתבצעת על-ידי המדינה או מטעמה, למטרה ציבורית, ומתלווה בתשלום פיצויים (השווה א. קמר, דיני הפקעת מקרקעין (מירב, מהדורה 3, 1985) 1)..."

בפרשת גרובר⁵ נפסק לעניין זה מפי השופט ד. לוי⁶:

"... הפקעה היא רכישה כפויה של זכויות במקרקעין למען מטרה ציבורית. כנגד רכישה זו משלמים פיצויים, כאשר בבסיס ההפקעה מצויים, בין היתר, שני יסודות חשובים: הכפייה והמטרה הציבורית. שני אלה מעידים על האופי הכפוי של תהליך ההפקעה..."

לפי ההגדרה הזו, גם הפרשה כפויה של מקרקעין בהליך של איחוד וחלוקה לפי סימן ז' לפרק ג' לחוק התכנון והבניה הריהי כהפקעה לכל דבר. לעניין זה נפסק בפרשת בנייני מידות⁷ מפי השופטת פרוקצ'יה⁸:

"ומעבר לכך: אפילו היתה הסכמה של כל בעלי הקרקעות בתחום התוכנית, היש בכך כדי לטשטש את העובדה כי ההסכם משנת 1965 בין המבקשת לעירייה נעשה על רקע כוונה של העירייה להפקיע שטחים ובתוכם 'בור שיבר' למטרות ציבוריות אם לא יועברו כמוסכם? האם לנסיון לסווג תוכנית תחת כותרת כזו או אחרת צריכה להיות נפקות לגבי שאלת זכותו של בעלים מקורי

2. אריה קמר, **דיני הפקעת מקרקעין**, מהדורה שישית (2001), בעמ' 13-14.

3. ע"א 261/84 רפאלי נ' חנניה ואח', פ"ד מ(4) 561.

4. שם, בעמ' 565.

5. ע"א 655/82 גרובר ואח' נ' פרבשטיין ואח', פ"ד מ(1) 738.

6. שם, בעמ' 748.

7. ה"פ (י-ם) 186/96 בנייני מידות בע"מ נ' עיריית ירושלים ואח', פ"מ תשנ"ז(2) 419.

8. שם, בעמ' 444.

של קרקע לרוכשה בחזרה בנסיבות בהן היא הועברה לרשות הציבורית ב'שולי' ההפקעה, וייעודה הציבורי שונה לאחר זמן? ועוד, הגישה הגורסת כי מעצם היות התוכנית תוכנית 'איחוד וחלוקה' נובע כי אין בה יסוד של הפקעה הינה אמירה גורפת שאינה תואמת את המציאות בכל מקרה.

לא למותר לציין בהקשר זה את העמדה של ד"ר לוינסון-זמיר, המובעת בספרה הנ"ל, לפיה:

יש לראות הפרשה כפוייה של קרקע לצורכי ציבור במסגרת הליכי חלוקה חדשה כהפקעה לכל דבר ועניין. לכן יש להחיל על הפרשות אלו את המגבלות החלות על הפקעת קרקע לצרכי ציבור.

... הפקעה במהלך חלוקה חדשה כפופה, עקרונית, לדיני ההפקעה הכלליים שבחוק התכנון והבניה ובפקודת הרכישה. לכן יש להחיל את המגבלות והסייגים הקבועים בדינים הללו, אלא אם כן ראוי לפרש כלל מסוים של החלוקה החדשה כדוחה את ההסדר הכללי.

בהמשך לאותו רעיון, ראוי גם בתכנית חלוקה חדשה להחיל את ההגנות הניתנות לבעל קרקע שאדמתו נרכשה בביצוע תוכנית על-פי הסכם, בנסיבות בהן הרכישה היתה ב'שולי' ההפקעה.

במקום אחר בפסק-הדין מתייחס בית המשפט לכך, שסעיף 196 עוסק בהפקעה במובן הפורמלי-טכני⁹:

"כשבוחנים את מהותם של ההסכם מ-1965 ותכנית 36א, הרי אין מדובר במקרה זה בהעברת 'בור שיבר' לבעלות העירייה מכוח צו הפקעה פורמאלי. הנתונים שבפנינו הם כי תכנית 36א והסכם 1965 שנועד לביצועה הם שהיוו בסיס להעברת השטח מהמבקשת לבעלות העירייה והשטח מעולם לא הופקע במשמעות הטכנית של מושג זה. הוראות החוק הפורשות הגנתן על בעל קרקע מקורי שאדמתו הופקעה ויעודה הציבורי שונה מניחות כי נתקיימה הפקעה במובן הפורמאלי כתפישת החוק, ולא מצאתי סימוכין לתפישה לפיה ניתן לראות העברת קרקע לרשות מכוח הסכם, בתנאים כאלה או אחרים, כשוות-ערך וכשקולה ממש למצב של הפקעה במובנה הפורמאלי, והוא - גם אם הסכם ההעברה התגבש על רקע מציאות בשטח שהגבילה באופן ממשי את אופציות השימוש בקרקע הפתוחות בפני הבעלים, ותיעלה אותו למצב של הסכמה מכורח הנסיבות להעברת נכסו לרשות הציבורית במגמה למזער את נזקיו עקב הפקעה צפויה."

ובהמשך¹⁰:

"בדומה, כך גם בענייננו: מקום שהחוק מדבר ב'הפקעה' משמעה כשמה כן היא: הפקעה במונח הפורמאלי-טכני, כמשמעות מושג זה בדין: לצורך החלת סעיפים 195 ו-196 העוסקים בהפקעה יש צורך בקיום התנאי כי המקרקעין אכן הופקעו בצו הפקעה פורמאלי. העברת הקרקע מכוח הסכם גם תחת 'אילוץ או כפייה' עקב קיום תכנית אין דינה כ'הפקעה' וטענה ברוח זו דינה להידחות."

נראה, כי יש לסייג דברים אלה ולפרשם על רקע העובדות שנדונו באותו עניין. בית המשפט שם בחן את השאלה, מה דינה של העברת מקרקעין לרשות מכוח הסכם. על רקע זה אמר בית המשפט, שהעברה מכוח הסכם אינה יכולה לחסות תחת כנפיו של סעיף העוסק בהפקעה של מקרקעין. ברם, אין לפרש את דבריו אלה של בית המשפט כמתייחסים גם לשאלה הנפרדת של היחס שבין הפקעה פורמלית לרכישה כפויה בהליכים של איחוד וחלוקה. לא זו השאלה שעמדה באותו הקשר בפני בית המשפט, וממילא הוא לא נתן את דעתו לה באותו הקשר. זאת ועוד; בהמשך פסק-הדין¹¹, כפי שצוטט לעיל, מביע בית המשפט את דעתו, כי רכישה כפויה בהליכי איחוד וחלוקה הינה בגדר הפקעה.

בפרשת **מסיקה**¹² נפסק מפי השופט קלינג:

"די במגרעות אשר הוצגו, ואשר אינן ממצות את כל ההבדלים בין נטילה על דרך הפקעה לבין נטילה במסגרת איחוד וחלוקה, כדי לקבוע שנטילה בדרך האחרונה פוגעת בזכויותיו של בעל המקרקעין יותר משהוא נפגע בדרך של הפקעה. משלא הקנה המחוקק במפורש את הסמכות לנטילה במסגרת האיחוד והחלוקה, אין לפרש אותן הוראות כמקנות סמכות נטילה, העוקפת את דיני הפקעה."

בפרשת **חונוביץ**¹³ נפסק לעניין זה מפי השופטת גילאור¹⁴:

"הסמכות להפריש שטחים לצרכי ציבור במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה מעלה שאלות נכבדות בקשר לחוקיותה ולמהותן של הפרשות מקרקעין לצרכי ציבור. הקביעה שניתן להפריש מקרקעין לצרכי ציבור בהליך של חלוקה מחדש איננה נותנת מענה לשאלה האם הפרשות אלה נעשות במסגרת דיני ההפקעות לפי חוק התכנון והבניה, או שהן מהוות מקור עצמאי ללקיחה שלטונית של מקרקעין פרטיים על-ידי השלטון לצרכי ציבור (ראה בג"ץ 4914/91 איראני נ' שר הפנים).

10. שם, בעמ' 432-433.

11. שם, בעמ' 444.

12. ה"פ (ת"א) 2121/95 חברת מסיקה ברוך בע"מ נ' הוועדה להשלמת תכניות (לא פורסם).

13. עת"מ (חיפה) 409/01 חונוביץ נ' המועצה המקומית פרדס-חנה כרכור, פ"מ מינהליים (תשס"ג) 193.

14. שם, בעמ' 205.

על פי א. נמדר בספרו פגיעה במקרקעין (פיצויים בגין נזקי תכנית), בעמ' 193:

'... התשובה לשאלה זו איננה קלה כלל ועיקר. סעיפים 120-128 לחוק רב בהם הסתום יותר מהגלוי בכל הנוגע להפקעת מקרקעין לצרכי ציבור. עם זאת, הנטיה הראשונית הינה לקבוע כי הוראות החוק העוסקות בחלוקה חדשה אינן באות ליצור מנגנון חדש ונפרד של הפקעות אלא לקבל את ההסדר האמור בסעיפים 188-202 לחוק כמו שהוא'.

גישתה של המלומדת ד. לוינסון-זמיר (בספרה פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון, בעמ' 175 ואילך) הינה ברורה ונחרצת. לדעתה, ראיית הליכי החלוקה החדשה כמקור הסמכה עצמאי לרכישת מקרקעין תשחרר את הרשויות מהמגבלות של סעיפים 188-196 לחוק התכנון והבניה. דבר זה יביא לתוצאות בלתי מתקבלות על הדעת, כגון יצירת אפשרות להפקיע יותר מ-40% מהמקרקעין ללא פיצוי, או להפקיע שלא לצורך המטרות הציבוריות המנויות בסעיף 190(א)(1) לחוק, או אפילו שלא לצורך ציבורי כלל, או לעקוף את הוראת סעיף 190(א)(1) סיפה לחוק, האוסר הפקעת מקרקעין במקרה של פגיעה בחלקם הנותר, או מגבלות אחרות האמורות בסעיפים 195 ו-196 לחוק, הבאות להגן על זכויות הקניין."

פרופ' אהרן נמדר בספרו אומר לעניין זה¹⁵:

"הסמכות להפריש שטחים לצרכי ציבור במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה מעלה שאלות נכבדות בקשר לחוקיותה, ובהקשר למהותן של הפרשות מקרקעין לצרכי ציבור האם הן בבחינת 'הפקעה' כך שההוראות של סעיף 197 יחולו עליהן בשלב של פרסום התכנית. מסקנתנו הינה כי הוראות בתכנית לאיחוד וחלוקה המורות על הפרשת שטחים לצרכי ציבור הינן בבחינת הפקעה לפי חוק התכנון..."

ומוסיף פרופ' נמדר ואומר לעניין זה¹⁶:

"... במקרה של הפרשת מקרקעין לצרכי ציבור, הנעשית במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה, גם מאפיין זה מתמלא, ולכן יש לראותה כהפקעת מקרקעין לכל דבר ועניין."

ופרופ' דפנה לוינסון-זמיר אומרת לעניין זה¹⁷:

"במישור התוצאתי, ראיית הליכי החלוקה החדשה כמקור הסמכה עצמאי לרכישת מקרקעין ללא פיצוי, שאינו כפוף למגבלות שבסעיפים 188-196 לחוק, מובילה לתוצאות בלתי-רצויות. פרשנות כזו תאפשר לעקוף לא רק את

15. פרופ' אהרן נמדר, פגיעה במקרקעין, בעמ' 163.
16. פרופ' אהרן נמדר, "תכנית לאיחוד וחלוקה: אופיה של הפגיעה היחסית ושאלת ההסמכה לתכנית", מקרקעין א/3 עמ' 363, בעמ' 371.

17. פרופ' דפנה לוינסון-זמיר, פגיעות במקרקעין על ידי רשויות התכנון, בעמ' 179-180.

תיקרת 40%, אלא אף הוראות אחרות שבדיני ההפקעה הכלליים, שנועדו להגן על בעלי מקרקעין. באמצעות טיעונים דומים ניתן יהיה להגיע למסקנה שהפקעה ללא פיצוי במסגרת חלוקה חדשה אינה מוגבלת לרשימת המטרות הציבוריות הסגורה שבסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון (ואולי אף שחלוקה חדשה אינה כפופה לדרישה שההפקעה תשמש למטרה ציבורית בכלל). הרשות אף עלולה לעקוף את האיסור על הפקעה ללא פיצוי של המחוברים המצויים על המקרקעין, או את האיסור על הפקעת חלק מהמקרקעין אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש. באופן דומה, ניתן לשלול את האפשרות לפנות לשר הפנים בבקשה לפיצוי לפנים משורת הדין בגין 'סבל', או את זכות הקדימה לרכישת המקרקעין שהופקעו אם שונה ייעודם והרשות מעוניינת להעבירם לאחר. אין הצדקה עניינית להבחין בין הפקעה שאינה במסגרת תוכנית לחלוקה חדשה לבין הפקעה שהיא חלק מתוכנית כזו וליצור מסלול הפקעה ללא כל מנגנוני ההגנה על זכויות הפרט. החלת הוראות ההפקעה בכל היבטים שנמנו לעיל, מחייבת להחילן גם בעניין ההפקעה ללא פיצוי.

לסיכום, הפקעה במהלך חלוקה חדשה כפופה, עקרונית, לדיני ההפקעה הכלליים שבחוק התכנון ובפקודת הרכישה. לכן, יש להחיל עליה את המגבלות והסייגים הקבועים בדינים הללו, אלא אם כן ראוי לפרש כלל מסויים של החלוקה החדשה כדוחה את ההסדר הכללי. אין בהוראות החלוקה החדשה דבר שימנע תחולה עקרונית כזו.

ועוד אומרת פרופ' לוינסון-זמיר¹⁸:

"... עדיף הפירוש הרואה בהפרשה כפויה של קרקע לצורכי ציבור במסגרת חלוקה חדשה הפקעה לכל דבר ועניין. יש להחיל על הפרשות אלו את המגבלות החלות על הפקעת קרקע לצרכי ציבור, בכפוף להוראות המיוחדות שנקבעו לגבי חלוקה חדשה בסעיפים 122-128 לחוק התכנון."

ובהמשך אומרת פרופ' לוינסון-זמיר¹⁹:

"... מקור הסמכות להפקיע מקרקעין מצוי בסעיפים 188-196 לחוק התכנון ופקודת הקרקעות ואין בהוראות החלוקה החדשה דבר שימנע תחולה עקרונית של דיני ההפקעה הכלליים גם על הפקעות המבוצעות במהלך חלוקה חדשה."

מהמקובץ מתבקשת איפוא המסקנה, כי הוראותיו של סעיף 196 לחוק חלות גם על רכישה כפויה של מקרקעין בידי ועדה מקומית במסגרת הליכי איחוד וחלוקה.

18. פרופ' דפנה לוינסון-זמיר, "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין", ספר ויסמן, 375, בעמ' 396.

19. שם, בעמ' 396-397.

הסיטואציה השלישית מתייחסת להעברת המקרקעין "מרצון" לוועדה המקומית, אשר לה מוקנות סמכויות הפקעה, מבלי שהיא נקטה בהליכים כלשהם של רכישה כפויה.²⁰ נשאלת השאלה, האם העברה שכזו מקנה זכות לבעלים לדרוש מהרשות לפעול לפי הוראותיו של סעיף 196 לחוק. בתי המשפט השיבו על שאלה זו בשלילה. נפסק, כי כאשר המקרקעין מועברים לרשות שלא בעקבות פעולת הפקעה, אלא בהעברה "רצונית", ואפילו תחת איום בהפקעה, אין לראות בכך הפקעה, שעליה פרושות הוראותיו של סעיף 196 לחוק. בפרשת **וולמן**²¹, שנדונה עוד בטרם חקיקתו של חוק התכנון והבניה, ואשר התייחסה להוראות פקודת בנין ערים, 1936 בנושא זה, פסק בית המשפט העליון, כי מקרקעין שהועברו לצרכי ציבור בהליך של חלוקה רצונית ומבלי שננקטו הליכי הפקעה, אין בעל המקרקעין יכול לתובעם בחזרה משחלפו שנים מבלי שהרשות מימשה עליהם צרכים ציבוריים. וכך נפסק שם מפי השופט ויתקון²²:

"לגופו של ענין סבורים אנו כי אין ממש בתלונת המבקשים. למסקנה זו נימוקים מספר. יש לציין, ראשית כל, שהקרקע הועברה על-ידי המבקשים לא כתוצאה מצו הפקעה, וכל שכן לא כתוצאה ממעשה אילוץ או כפיה, אלא תוך משא-ומתן חופשי. אמת הדבר, המבקשים ידעו על קיום התכנית ועל הדין המאפשר לוועדה המקומית להפקיע, ללא תשלום פיצוי, עד כדי רבע מאדמתם, אך הם השלימו עם המצב הזה, לא הגישו התנגדות לתכנית המפורטת והסכימו להעברת השטח הנדרש מהם ואף למעלה מזה. משום כך אין הם יכולים לטעון כעת: אנוסים היינו. יתר על כן, על סמך מה יוחזר להם היום השטח שהם העבירו לידי הממשלה? ההוראות שבסעיפים 29 ו-30 לפקודת בנין הערים, 1936, אינן חלות על המקרה שלפנינו, כי לא הופקעה הקרקע מידי המבקשים ואין היא עומדת למכירה. נראה לנו כי אין למבקשים מעמד, ושאין בידם עילה, לדרוש את ביטול ההעברה, שנעשתה מרצון, ואת החזרת הקרקע לידיהם."

בנתיב זה פסע בית המשפט העליון בפרשת **חברה לשיכון עממי**²³, שבה נדון סעיף 196 לחוק. באותו עניין נעשה הסכם בין המערערת לבין העירייה, לפיו כנגד הפרשה מוגדלת של שטחים לצרכי ציבור מצד המערערת, היא תקבל מהעירייה זכויות בניה מוגדלות. על זה אמר בית המשפט, שלא מדובר בהליך של הפקעה אלא בהסכם, ועל כן אין תחולה להוראות סעיף 196 לחוק. וכך נפסק שם מפי הנשיא לנדוי²⁴:

"עוד יותר פשוטים הם הדברים ביחס לסעיף 196 של חוק התכנון והבניה: הסעיף דן במקרקעין, אשר הופקעו ללא תמורה. כאן לא הייתה שום הפקעה, אלא הכול נעשה בהסכם בין שני צדדים מתמקחים. אכן, אחד הנתונים,

20. בפועל נרשמים המקרקעין בשמה של הרשות המקומית על יסוד הוראותיו של סעיף 26(א) לחוק התכנון והבניה.

21. בג"ץ 318/61 וולמן נ' שר הפנים ואח', פ"ד טז. 766.

22. שם, בעמ' 768-769.

23. ע"א 31/79 חברה לשיכון עממי בע"מ ואח' נ' עיריית רמת-גן ואח', פ"ד לה(3). 295.

24. שם, בעמ' 298.

שהביאו לעשיית ההסכם, היה 'האיום', שהמועצה המקומית (הוועדה המקומית לבניין) מוסמכת לנצל את מרבית השטח של פרדס טודרוס לצרכי ציבור, על סמך תכנית מיתאר P.S.12. אולם איום זה הוסר עם עשיית ההסכם בין האדונים לוביאניקר וקריניצי...²⁵

על הלכה זו חזר בית המשפט המחוזי בירושלים בפרשת בנייני מידות²⁶, שם נפסק מפי השופטת פרוקצ'יה²⁷:

"כשבוחנים את מהותם של ההסכם מ-1965 ותכנית 36א, הרי אין מדובר במקרה זה בהעברת 'בור שיבר' לבעלות העירייה מכוח צו הפקעה פורמאלי. הנתונים שבפנינו הם כי תכנית 36א והסכם 1965 שנועד לביצועה הם שהיו בסיס להעברת השטח מהמבקשת לבעלות העירייה והשטח מעולם לא הופקע במשמעות הטכנית של מושג זה. הוראות החוק הפורשות הגנתן על בעל קרקע מקורי שאדמתו הופקעה ויעודה הציבורי שונה מניחות כי נתקיימה הפקעה במובן הפורמאלי כתפישת החוק, ולא מצאתי סימוכין לתפישת לפיה ניתן לראות העברת קרקע לרשות מכוח הסכם, בתנאים כאלה או אחרים, כשוות-ערך וכשקולה ממש למצב של הפקעה במובנה הפורמאלי, והוא - גם אם הסכם ההעברה התגבש על רקע מציאות בשטח שהגבילה באופן ממשי את אופציות השימוש בקרקע הפתוחות בפני הבעלים, ותיעלה אותו למצב של הסכמה מכורח הנסיבות להעברת נכסו לרשות הציבורית במגמה למזער את נזקיו עקב הפקעה צפויה."

ובהמשך²⁸:

"בדומה, כך גם בענייננו: מקום שהחוק מדבר ב'הפקעה' משמעה כשמה כן היא: הפקעה במובן הפורמאלי-טכני, כמשמעות מושג זה בדין: לצורך החלת סעיפים 195 ו-196 העוסקים בהפקעה יש צורך בקיום התנאי כי המקרקעין אכן הופקעו בצו הפקעה פורמאלי. העברת הקרקע מכוח הסכם גם תחת 'אילוץ או כפייה' עקב קיום תכנית אין דינה כ'הפקעה' וטענה ברוח זו דינה להידחות."

פסיקה זו פוסעת בנתיב שהותווה בפסקי-דין שניתנו בשאלות של מיסוי מקרקעין מופקעים. באותם פסקי-דין נקבע, כי ההוראות המיוחדות בחוקי המס בדבר פטור או הפחתה של המס על פיצויי ההפקעה חלות רק כאשר המקרקעין נלקחו בהליך של

25. יצויין, כי התייחסותו של בית המשפט להוראותיו של סעיף 196 לחוק התכנון והבניה בטעות יסודה, שכן, ההסכם על-פיו הועברו המקרקעין נעשה עוד קודם לחקיקתו של החוק, ועל כן, אם בכלל התגבשה זכותו של הבעלים לקבל את המקרקעין בחזרה, היא התגבשה על יסוד הוראותיו של סעיף 30 לפקודת בנין ערים, 1936. השווה: ע"א 284/98 אלנתן נ' עיריית ירושלים ואח', פ"ד נד(5) 721, בעמ' 727.

26. ה"פ 186/96, לעיל הערה 7.

27. שם, בעמ' 431-432.

28. שם, בעמ' 432-433.

הפקעה פורמלית. אולם אם המקרקעין הועברו בהעברה רצונית, אפילו תחת איום של הפקעה, אין תחולה להוראות הפטור הללו.²⁹

הואיל ולשונו של סעיף 196 לחוק הינה ברורה, והוא נוקט במונח "הפקעה", לא קיימת אופציה פרשנית להכליל במסגרתו מקרקעין שהועברו בהעברה הסכמית, שלא במסגרת הליך של הפקעה. יתר-על-כן, השוואת נוסחו של סעיף 196 עם נוסחו של סעיף 195 לחוק מחייבת מסקנה זו. סעיף 195 מונה שתי אפשרויות לרכישת מקרקעין: **האחת** - "מקרקעין שנרכשו בביצוע תכנית על פי הסכם"; **השניה** - מקרקעין "שהופקעו". לעומתו, עוסק סעיף 196 לחוק רק ב"מקרקעין שהופקעו". השוני האמור מחייב את המסקנה, שסעיף 196 איננו עוסק במקרקעין שנרכשו על-פי הסכם.

עם זאת, התוצאה האמורה אינה מניחה את הדעת. על-פי-רוב, אין אדם מתנדב ליתן לרשות נכסים במתנה, ובמיוחד - נכסי מקרקעין ששוויים רב. מתנה שכזו אינה בגדר "מתנה". אדם מקנה מקרקעין לרשות כאשר הוא מחוייב לעשות כן. כך, לדוגמה, כאשר חפץ בעל המקרקעין שרשויות התכנון יאשרו את חלוקת מקרקעיו, נאלץ הוא, כתנאי למתן אישורו, להעביר להן ללא תמורה, ומבלי שיינקטו הליכי הפקעה פורמליים, שטח בשיעור של עד 40%, המהווה את השטח שאותו מוסמכת הוועדה המקומית להפקיע ללא תשלום פיצויים (ראה הוראות סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה). בהקשר זה ראוי להפנות לדברים שנפסקו באשר לאבחנה האמורה בין הסכמה מאולצת לבין הפקעה בפרשת **צאיג**³⁰ מפי השופט זמיר³¹:

"אולם, האם יש הבדל לעניין זה, מן הבחינה של תכלית החוק, בין הפקעה לבין העברה מרצון? נניח, לדוגמה, כי הבעלים של מקרקעין העביר מרצון לרשות המפקיעה שטח של 40% מן המקרקעין לצרכי ציבור. האם, מן הבחינה של תכלית החוק, הרשות המפקיעה רשאית להתעלם מן ההעברה מרצון, והיא עדיין מוסמכת להפקיע ללא תשלום פיצויים רק 10% מן המקרקעין? השאלה היא, אם מבחינת האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי יש טעם להבחנה בין הפקעה לבין העברה מרצון. ברור כי יש טעם להבחנה כזאת אם מדובר בהעברת מקרקעין מן הבעלים אל רשות מינהלית בעיסקה מסחרית רגילה. אולם העברה מרצון שונה מעיסקה כזאת. בהעברה מרצון מדובר בהעברת מקרקעין לצרכי ציבור, בדרך-כלל כאשר המקרקעין יועדו לצרכי ציבור בתכנית לפי חוק התכנון והבניה, וההעברה מתבצעת ללא תמורה משום שהחוק מסמיך רשות מינהלית להפקיע מקרקעין אלה ללא תשלום פיצויים. במקרה כזה, הבעלים מעביר את המקרקעין אל הרשות המנהלית, כביכול מרצון חופשי, בצל הצפייה, ואולי נכון יותר לומר תחת איום, של

29. ע"א 154/76 בן-צבי נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור תל-אביב, פ"ד לב(1) 785, בעמ' 787; ע"א 652/76 זלוסקי ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד לא(2) 403; ע"א 64/78 פלאצי נ' מנהל מס שבח מקרקעין תל-אביב, פד"א י 57; ע"א 764/78 עובדיה נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פד"א י 264; ע"א 94/81 עיריית נצרת נ' דעבול, סביר כג 97; ע"א 2515/94 לוי נ' עיריית חיפה ואח', פ"ד נ(1) 723, בעמ' 736.

30. ע"א 6663/93 צאיג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון-לציון, פ"ד נה(1) 49.

31. שם, בעמ' 67-68.

הפקעה. יתרה מזאת, לא פעם הבעלים מעביר את המקרקעין אל הרשות המנהלית, כביכול מרצון חופשי, משום שאחרת הוא ייאלץ להמתין זמן ממושך לקבלת אישור או היתר הנדרשים לצורך הפיתוח של המקרקעין. אילולא כן, הבעלים לא היה מעביר את המקרקעין אל הרשות המנהלית ללא תמורה. העברה כזאת דומה להפקעה במסווה של הסכמה, בחינת כופין אותו עד שיאמר רוצה אני.

העברה מרצון עדיפה על הפקעה מבחינות שונות. היא עשויה לחסוך הן מן הבעלים והן מן הרשות המפקיעה טרחה ומשאבים הכרוכים בהתדיינות בעקבות צו הפקעה, והיא מסלקת מחסום בפני פיתוח מהיר של המקרקעין. לכן יש אינטרס ציבורי לעודד העברה מרצון. גם מבחינה זאת ראוי שלא יהיה הבדל, לצורך קביעת הזכות לפיצויים, בין העברה מרצון לבין הפקעה.

אכן, מבחינת האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי, העיקר הוא שהבעלים של מקרקעין יעביר חלק מן המקרקעין, עד 40%, לצורכי ציבור ללא פיצויים, ושיטת ההעברה, אם מרצון ואם בהפקעה, אינה צריכה לשנות את נקודת האיזון. ראו גם ד. לוינסון-זמיר, פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון, בעמ' 424-428.

מסקנה זאת מתחזקת לאור המעמד של זכות הקניין. זכות זאת נפגעת באופן קשה על-ידי עצם האפשרות, שנקבעה בחוק התכנון והבניה, להפקיע 40% מן המקרקעין לצורכי ציבור ללא תשלום פיצויים. על-פי כללי הפרשנות המקובלים, אין זה ראוי להחמיר את הפגיעה ללא הוראה מפורשת בחוק. במיוחד כך לאחר שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את זכות הקניין (בסעיף 3) למדרגה של זכות חוקתית. אכן, חוק היסוד אינו פוגע בתוקף של חוקים קודמים, ובכלל זה חוק התכנון והבניה. אולם יש בו כדי להשפיע על הפירוש של חוקים אלה באופן שיצמצם את הפגיעה בזכות הקניין. ראו, לדוגמה, ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, בעמ' 483, הפירוש הראוי של סעיף 2(א) של החוק לתיקון דיני הרכישה הוא, לאור חוק היסוד, שהעברה מרצון, שמבחינה מהותית היא דומה להפקעה, תבוא במניין השטח הפטור מתשלום פיצויים כאילו היא הפקעה.

לאור דברים אלה, ראוי איפוא, כי המחוקק יתקן את נוסחו של סעיף 196 לחוק, באופן שהוראותיו יוחלו גם לגבי מקרקעין שהועברו לרשות ללא תמורה במסגרת אותו שטח שמותר לוועדה המקומית להפקיע ללא תשלום פיצויים.

2. ללא תשלום פיצויים

סעיף 196 לחוק עוסק במקרקעין "שהופקעו... ללא תשלום פיצויים". ניסוח זה מעורר בעייתיות כפולה: ראשית, ההגדרה של "מקרקעין" בפקודת הפרשנות (נוסח חדש) כוללת הן קרקע והן מחוברים לקרקע. סעיף 196 לחוק מכוון לחול על אותו חלק של קרקע שניתן להפקיעו ללא תשלום פיצויים. ברם, אם על הקרקע מצויים מחוברים, זכאי בעל המקרקעין לקבל מהוועדה המקומית פיצויים בעד המחברים

(אך לא בעד הקרקע)³². כלום במצב דברים זה יחולו הוראותיו של סעיף 196 לחוק, או שמא יש לראות בהפקעה האמורה הפקעה בפיצויים, שעליה לא חלות הוראות הסעיף, אלא הוראותיו של סעיף 195 לחוק? התשובה לכך היא בשלילה. הסעיף הרלוונטי לעניין הינו סעיף 196 לחוק, הואיל וכוונתו של המחוקק הינה לקרקע עצמה ולא למחוזרים אליה³³.

הבעייתיות הנוספת הנובעת מלשון סעיף 196 לחוק מתבקשת מהשימוש בניסוח "ללא תשלום פיצויים". ניסוח זה אינו מדויק. ניתן להבין ממנו, כי תחולתו של הסעיף הינה גם על הפקעות המזכות את בעל הזכויות לקבל פיצויים, אך בפועל טרם שולמו לו פיצויים. כלום תהיה תחולה לסעיף זה גם על סוג זה של הפקעות? גם התשובה לשאלה זו הינה בשלילה. הסעיף חל רק על הפקעות שאינן מזכות בתשלום פיצויים בעד הפקעת הקרקע.

3. שינוי הייעוד

סעיף 196 לחוק קובע, כי הזכות לפיצויים או לקבלת המקרקעין בחזרה קמה, אם ייעודם של המקרקעין שונה לייעוד, שלמענו אין להפקיע מקרקעין לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים. ניסוח זה מעורר את השאלה, מה יהא הדין במקרה קיצוני יותר, שבו הוועדה המקומית משנה את ייעודם של המקרקעין לייעוד שכלל אינו מאפשר הפקעה של המקרקעין על-ידיה, דהיינו, לייעוד שאינו בגדר "צרכי ציבור", כהגדרתם בסעיף 188(ב) לחוק. כלום התכוון המחוקק, כי במקרה שכזה לא יחולו הוראותיו של הסעיף? תוצאה זו הינה בלתי-סבירה בעליל, ועל דרך של קל-וחומר יש להחיל את הוראות הסעיף. לעניין זה נאמר בספרו של אריה קמר כך³⁴:

"סעיף 196 לחוק עוסק, לכאורה, רק בסיטואציה של שינוי הייעוד 'לייעוד שלמענו אין להפקיע מקרקעין לפי חוק זה'. הסעיף אינו דן בסיטואציה, שבה שונה הייעוד מייעוד שהוא בגדר 'צרכי ציבור' כהגדרתם בסעיף 188(ב) לחוק לייעוד שאיננו בגדר אלה, דהיינו, ייעוד לשימוש פרטי או מסחרי. כלום ניתן לסבור, שבסיטואציה שכזו תוכל הוועדה המקומית להוסיף ולהחזיק במקרקעין המופקעים ואף לא לשלם בעדם את שוויים? נראה, איפוא, כי בדרך של קל-וחומר חלות הוראותיו של הסעיף על סיטואציה זו, והוועדה המקומית תהיה חייבת להשיב את המקרקעין לבעליהם או לשלם לו את תמורתם, לפי בחירתו."³⁵

32. סעיף 20(א) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. ראה גם: אריה קמר, **דיני הפקעת מקרקעין**, מהדורה שישית (2001), בעמ' 512.

33. בכלל ההפקעות שאינן מזכות בתשלום פיצויים, שעליהן חל הסעיף, נראה כי יש מקום לכלול גם הפקעות שבהן שולמו פיצויים לפני-משורת-הדין בנסיבות הקבועות בסעיף 190(א) לחוק, הקובע: "שר הפנים רשאי להורות לוועדה המקומית לשלם פיצויים בנסיבות שבהן היא רשאית לשלם לפי סעיף 20(ג) לפקודה האמורה" (פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 - מ.י.ק.). שולמו פיצויים בנסיבות האמורות, יופחתו הפיצויים ששולמו מהפיצויים המשולמים על יסוד הוראותיו של סעיף 196 לחוק.

34. אריה קמר, **דיני הפקעת מקרקעין**, מהדורה שישית (2001), ה"ש 107, בעמ' 231.

35. ראה גם עת"מ (ת"א) 1121/00 **ישראלי ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון ואח' (לא פורסם)**.

תנאי לתחולתו של סעיף 196 לחוק הוא, שיעודם של המקרקעין שונה; לא שונה ייעודם של המקרקעין, אין תחולה להוראות הסעיף³⁶. עם זאת, אין בהוראותיו של סעיף זה כדי לשלול את הזכות המוקנית לבעל המקרקעין לדרוש את ביטול ההפקעה והשבת המקרקעין לידי משהשתתה הוועדה המקומית במימוש מטרת ההפקעה באופן המעיד על זניחת המטרה הציבורית, גם אם הוועדה המקומית לא נקטה בהליכים לשינוי ייעודם של המקרקעין.

4. הזכאות לפיצויים

סעיף 196 לחוק קובע, כי תשלום הפיצויים או השבת המקרקעין ייעשו "למי שהיה זכאי להם בשעת ההפקעה אילו היתה ההפקעה מחייבת תשלום פיצויים באותה שעה". נשאלת השאלה, האם הזכות האמורה היא זכות אישית, או שהיא מוקנית גם לחליפו של אותו אדם³⁷. השוואת הוראתו זו של סעיף 196 לחוק עם הוראתו של סעיף 195 לחוק מגלה הבדל: סעיף 195 קובע, כי הזכות לקנות מקרקעין שנרכשו בביצוע תכנית על-פי הסכם או שהופקעו כך תמורת תשלום פיצויים מוקנית "למי שרכשו ממנו את המקרקעין או לחליפו". שוני זה בין שני סעיפים סמוכים באותו פרק של החוק עשוי לכאורה ללמד, כי כוונתו של המחוקק לגבי שני הסעיפים היתה שונה, כך שסעיף 196 לחוק אינו מקנה זכות לקבל פיצויים או לקבל את המקרקעין לחליפו של מי שהיה זכאי לפיצויים בשעת ההפקעה אילו היתה היא מחייבת תשלום פיצויים. ברם, נראה כי חרף ההבדל הניסוחי שבין הסעיפים, אין להסיק מסקנה מרחיקה-לכת זו. תוצאה שכזו אינה מתחייבת מלשונן של סעיף 196 לחוק, והיא עומדת בניגוד לעקרונות מושרשים. אחד המאפיינים של הזכות הקניינית הוא עבירותה. בעל הזכות במקרקעין יכול להקנותה לאחר, ואין היא מוגבלת לבעל הזכות המקורי בלבד. במותו של בעל הזכות, עוברת היא ליורשיו. אומר לעניין זה פרופ' יהושע ויסמן³⁸:

"לדעתנו, ראוי לבחון את שאלת העבירות בהתייחס במישרין אל זכות הקניין, ולא רק בעקיפין, בהתייחס אל יסוד אחד בלבד מן היסודות המרכיבים את זכות הקניין, דהיינו, תכונת הרכושיות. תהא אשר תהא עמדתנו בשאלת העבירות של זכויות רכושיות בדרך כלל (הכוללות, כזכור, הן זכויות קניין אישיות, כגון זכותו של נושה), אותנו, בהקשר זה, מעניינת שאלת העבירות של אותן זכויות רכושיות שהן זכויות קניין (דהיינו, זכויות רכושיות הפועלות כלפי הכול). לשאלה זו התשובה המקובלת היא שזכויות הקניין מטבען ניתנות להעברה. תכונתן זו נובעת מכך שכוחן של זכויות הקניין אינו מוגבל לחייב מוגדר (זאת - מזוויית הראייה של הכפוף לזכות), ומכך שאין הזכות הקניינית קשורה קשר הדוק באישיותו המסוימת ובמעמדו האישי של בעליה (וזאת - מזוויית הראייה של בעל הזכות). אמנם, העבירות אינה חייבת להיות תמיד

36. ע"א 31/79, לעיל הערה 23; ה"פ 186/96, לעיל הערה 7.

37. חליף הינו מי שבא מבחינה משפטית במקומו של אחר, אם מכוח הוראת העברה בדין (לדוגמה: בירושה), ואם מכוח הסכמה (לדוגמה: בחוזה). השווה: ע"א 242/66 יעקובסון נ' גז, פ"ד כא (1) 85, בעמ' 98.

38. פרופ' יהושע ויסמן, דיני קניין - חלק כללי, סעיף 2.12, בעמ' 56-57.

מוחלטת, ואפשר שהחוק יתיר רק דרכי העברה מסוימות (כגון העברה מחמת מיתה - mortis causa), אבל עקרונית, ובאין הגבלה מיוחדת בחוק, עשויה זכות הקניין שתעבור מאדם לאדם, ואין היא מוגבלת למקבל הזכות המקורי בלבד."

ופרופ' מיגל דויטש אומר לעניין זה³⁹:

"... ברור שהזכויות הקנייניות המובהקות הן עבירות, וכפי שנראה להלן, במקרה המובהק יש לייחס לקניין כוח-עבירות חזק..."

בפסיקה שנפסקה עוד קודם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע, כי הזכות לפיצויי הפקעה עומדת על מדרגה של זכות-יסוד. לעניין זה נפסק בפרשת אבו דאיה⁴⁰ מפי הנשיא אגרנט⁴¹:

"... ניתן לומר, שהזכות לפיצויים לא רק שהיא נושאת היום אופי אוניברסלי אלא גם עומדת, מפאת חשיבותה היתירה, על מדרגה - או כמעט על מדרגה - של 'זכות-יסוד', וזאת ללא קשר להוראה קונסטיטוציונית המקנה לה את המעמד הזה, ואף אם מקומה יכירנה, כאן ושם, בהוראת חוק סטטוטורית בלבד. אכן, הזכות היסודית הזאת משתקפת גם בחוק המקומי, בכך שבסעיף 3 לפקודה הוטלה על הרשות המפקיעה החובה לשלם פיצויים לבעל הנכס שהופקע (בנתון למקרים יוצאים מן הכלל - ראה סעיף 20), כאמור (ראה בג"ץ 124/55)."⁴²

פסיקה זו קיבלה משנה-תוקף משהועלה מעמדה של זכות הקניין לזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בשל מהותה של הזכות הזו לקבלת פיצויי הפקעה, נקבע בפסיקה, כי בהעדר הוראה מפורשת בחוק אשר שוללת פיצויים, זכאי בעל הזכות שהופקעה לקבל פיצויים⁴³. עוד נקבע בפסיקה, כי יש לפרש בצמצום⁴⁴ ובאופן דווקני את הוראותיו של חוק, השולל זכות לפיצויים או המגביל את היקפם אל פחות מפיצוי נאות והוגן, אם נחקק קודם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך התאמתו, ככל שניתן מבחינה

39. פרופ' מיגל דויטש, קניין, כרך א', סעיף 1.21, בעמ' 43.

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

41. שם, בעמ' 546.

42. ראה בהרחבה: אריה קמר, דיני הפקעת מקרקעין, מהדורה שישית (2001), בעמ' 28-33.

43. בג"ץ 15/50 מיכקשוילי נ' שר הבטחון, פ"ד ד 277, בעמ' 286; ע"א 272/59 מרכז ולובלסקי בע"מ ואח' נ' מרכז החרש והאומן בע"מ, פ"ד יד 2101, בעמ' 2119; בג"ץ 150/69 רייך נ' מנהל אגף העתיקות והמוזיאונים, פ"ד כ(1) 204, בעמ' 209; ע"א 9/86 ויין ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 713, בעמ' 718; ע"א 6663/93 לעיל הערה 30, בעמ' 68; אריה קמר, דיני הפקעת מקרקעין, מהדורה שישית (2001), בעמ' 31.

44. ע"א 974/91 עמיד חברה קבלנית לבנין בע"מ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה זמורה ואח', פ"ד (5) 104, בעמ' 109.

פרשנית, לעקרונות המותווים בחוק-היסוד⁴⁵. כך, לדוגמה, נפסק בפרשת צאיג⁴⁶ באשר לסמכות להפקיע מקרקעין ללא תשלום פיצויים מפי השופט זמיר⁴⁷:

"מסקנה זו מתחזקת לאור המעמד של זכות הקניין. זכות זאת נפגעה באופן קשה על-ידי עצם האפשרות, שנקבעה בחוק התכנון והבניה, להפקיע 40% מן המקרקעין לצורכי ציבור ללא תשלום פיצויים. על-פי כללי הפרשנות המקובלים, אין זה ראוי להחמיר את הפגיעה ללא הוראה מפורשת בחוק. במיוחד כך לאחר שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את זכות הקניין (בסעיף 3) למדרגה של זכות חוקתית. אכן, חוק היסוד אינו פוגע בתוקף של חוקים קודמים, ובכלל זה חוק התכנון והבניה. אולם יש בו כדי להשפיע על הפירוש של חוקים אלה באופן שיצמצם את הפגיעה בזכות הקניין. ראוי, לדוגמה, ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, בעמ' 483. הפירוש הראוי של סעיף 2(א) של החוק לתיקון דיני הרכישה הוא, לאור חוק היסוד, שהעברה מרצון, שמבחינה מהותית היא דומה להפקעה, תבוא במניין השטח הפטור מתשלום פיצויים כאילו היא הפקעה."

בסעיף 196 לחוק אין כל הוראה השוללת זכות לפיצויים או לקבלת המקרקעין בחזרה מחליפו של מי שהיה בעל הזכות במקרקעין במועד ההפקעה. אילו חפץ המחוקק להגביל את זכויותיהם של חליפיו של בעל הזכות, היה המחוקק נוקט בלשון ברורה, כפי שעשה בסעיף 20(1) לפקודת הקרקעות (הפקעה), משנת 1926, שבו נקבע:

"אם יבוא יום והמבצעים ימצאו כי קרקע או חלק מן הקרקע הזה שנרכש על ידם אינו דרוש יותר למטרת המפעל שלשמו נרכש יהיו המבצעים רשאים לישא וליתן ולבוא לכלל הסכם עם איזה אדם שהוא בדבר מכירת הקרקע הזה.

בתנאי שאם הבעל הראשון של הקרקע שממנו רכשו המבצעים את הקרקע עודנו בחיים תהיה לו זכות בכורה בשלמו את הסכום שהוסכם או שנפסק להנתן לו בתורת פיצויים בתוספת סכום ערך ההטבה שנעשתה בקרקע מיום שלקחוהו המבצעים. סכום נוסף זה יקבע ע"י בית המשפט אם שני הצדדים לא יוכלו לבוא לידי הסכמה."⁴⁸

משלא שלל המחוקק במפורש את הזכות לפיצויים או להחזרת המקרקעין מחליפו של הבעלים, אין לעשות זאת על דרך היקש מלשונו של סעיף 195 לחוק. נראה, כי

45. ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברזילי ואח', פ"ד מט(1) 463, בעמ' 482; בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה ואח', דינים עליון לח 125; דנג"ץ 4466/94 נוסייבה ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נט(4) 68, בעמ' 85; ע"א 2515/94 לוי נ' עיריית חיפה ואח', פ"ד נ(1) 723, בעמ' 737; בג"ץ 4146/95 עזבון המנוחה לילי דנקנר ז"ל ואח' נ' מנהל רשות העתיקות ואח', פ"ד נב(4) 774, בעמ' 787; ע"א 6663/93, לעיל הערה 30; ע"א 6320/98 נאבולסי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, תקדין עליון 33(3) 33; ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, בעמ' 924.

46. ע"א 6663/93, לעיל הערה 30.

47. שם, בעמ' 68.

48. ראה: ע"א 284/98, לעיל הערה 25.

הסיבה להבדל הניסוחי שבין סעיף 195 לבין סעיף 196 לחוק נעוצה בהיקף תחולתם של הסעיפים: סעיף 196 עוסק רק בסיטואציה של הפקעה, ולא בסיטואציה של העברה מוסכמת. בנסיבות האמורות בסעיף 196 ברור, כי הזכות לפיצויים מוקנית הן לבעל המקרקעין והן לחליפו, כפי שהדבר בכלל הפיצויים המשתלמים בעד הפקעת המקרקעין. לעומת זאת, סעיף 195 עוסק בשתי סיטואציות חלופיות: האחת - מקרקעין שהופקעו; השניה - מקרקעין שנרכשו בביצוע תכנית על-פי הסכם. ככל הנראה, בהקנתו את הזכות שעל-פי סעיף זה גם לחליפו של מי שרכשו ממנו את המקרקעין, התכוון המחוקק, למנוע טענה כאילו הזכות אינה מוקנית גם בסיטואציה ההסכמית.⁴⁹

החליפות השכיחה ביותר בהפקעת מקרקעין ללא תשלום פיצויים היא זו הנוצרת בדרך של ירושה (בהבדל מחליפות מכוח המחאת זכויות). במקרים רבים חולפות שנים רבות בין מועד ההפקעה לבין מועד שינוי הייעוד ולעיתים בתוך זמן זה נפטר בעל המקרקעין, שממנו הופקעו המקרקעין ללא פיצוי. כלום יש הצדקה עניינית לשלול מיורשיו את הזכות לקבל פיצויים בעד הפקעת המקרקעין או לקבל את המקרקעין בחזרה, לאחר פטירתו של מורישם? כך, לדוגמה, מדוע צריך להיות הבדל בין שני שכנים, שמהם הופקעו מקרקעין ללא תשלום פיצויים, שעה שהאחד שפר עליו מזלו והאריך ימים ושנים עד לשינוי הייעוד, ולעומתו, שכנו ביש המזל, שנלקח בטרם עת לבית עולמים? כלום דמם של בני משפחתו של הראשון סמוק יותר מדמם של יורשי השני?

זאת ועוד; חובתה של הרשות המפקיעה לשלם פיצויים הפקעה וזכותה להיות מופטרת מהם בנסיבות המסויימות הקבועות בסעיף 190(א) לחוק התכנון והבניה תלויות בנסיבות אובייקטיביות, הנובעות מצרכיה התכנוניים. אין הן אמורות להיות

49. קיים הבדל מהותי בין עבירותה של זכות קניינית לבין עבירותה של זכות אובליגטורית. אומר לעניין זה פרופ' מיגל דויטש בספרו קניין, כרך א', סעיף 1.22, בעמ' 44-45:

"עצם קיומה של עבירות, אין בו כדי להבחין בין זכות קניינית לזכות אובליגטורית. זכויות אובליגטוריות, מטבען, הן עבירות, על-פי חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, כפי שהוא המצב בדרך-כלל לעניין זכויות קנייניות.

אולם, האם קיים הבדל לעניין איכותה ועוצמתה של העבירות, בהשוואה בין זכויות אובליגטוריות לבין זכויות קנייניות?

נראה, כי התשובה לכך היא בחיוב. הבדל אחד ניכר בעליל, והוא בסייגים הקבועים בדין באשר לעבירות. העבירות של זכויות, אפשר שתישלל, על-פי סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, לא רק בחוק או בהסכם, אלא גם מכוח הנסיבות. סייג דומה לא קיים, לא בחקיקה הקניינית ולא בקונספציה הקניינית.

הבדלי העוצמות באים לידי ביטוי נוסף, כאשר בוחנים את כוחה של הגבלת עבירות חוזית על שני סוגי הזכויות. כפי שנראה להלן, הגבלות חוזיות על העבירות של זכויות קניין הן פחות תקפות, ופחות אפקטיביות מאשר אותן הגבלות חוזיות (אותן הגבלות - מבחינת תוכנו), כשהן מתייחסות לעבירות של זכויות אובליגטוריות. אם ניתן להוכיח, שכאשר אותו כוח עצמו מופעל כנגד עבירותה של זכות חוזית וכנגד עבירותה של זכות קניינית, האפקט של כוח זה הוא חזק יותר בהתמודדו מול דחף העבירות של הזכות האובליגטורית, מאשר מול דחף העבירות של הזכות הקניינית, המסקנה ההכרחית מכך תהיה, שכוח העבירות של הקניין הוא חזק יותר מכוח העבירות של הזכות האובליגטורית. זהו כלל "פיסיקלי" הכרחי. יושם אל לב: בשני המקרים, אנו עוסקים בהגבלה חוזית על העבירות. מושא ההגבלה הוא שונה; פעם אחת נבחנת ההגבלה על הזכות החוזית, ופעם אחרת - ההגבלה על הזכות הקניינית."

מושפעות מנסיבות סובייקטיביות, הנעוצות במצבו האישי של בעל הזכויות במקרקעין המופקעים. לפיכך, מתבקשת המסקנה, כי אין בחילופי הזכויות במקרקעין שהופקעו ללא תשלום פיצויים כדי לשלול מחליפיו של בעל הזכויות את הזכות לקבל פיצויי הפקעה או לקבל את המקרקעין בחזרה.

5. החזרת המקרקעין

סעיף 196 לחוק מקנה למי שהופקעו ממנו המקרקעין את זכות הבחירה בין קבלת פיצויים לבין קבלת המקרקעין. לעומתו, הוועדה המקומית אינה יכולה לאכוף על בעל הזכות את רצונה, בין אם לשלם לו כסף תמורת המקרקעין, ובין אם להחזיר לו את המקרקעין במקום כסף.

גישתו של המחוקק בכל הנוגע לזכותו של בעל המקרקעין לבחור בקבלתם חזרה מעוררת בעיה. שינוי ייעודם של המקרקעין "לייעוד שלמענו אין להפקיע מקרקעין לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים" מלמד, כי לוועדה המקומית אכן יש צורך אמיתי במקרקעין ל"צרכי ציבור" כהגדרתם בסעיף 188(ב) לחוק. החזרתם של המקרקעין לבעליהם תסכל איפוא את מימושו של הצורך הציבורי הזה. אין זה סביר, כי יום אחד יכירו רשויות התכנון בכך שהמקרקעין דרושים לצרכי ציבור ויאשרו תכנית לשינוי ייעודם, ולמחרתו יוחזרו המקרקעין לבעליהם ותישלל מהציבור האפשרות להשתמש בהם.

לא תמיד המקרקעין המוחזרים הינם אותה קרקע במיקום הפיזי שבו היו המקרקעין שהופקעו. קיימת אפשרות שבעל המקרקעין יקבל את המגרש החלופי שהוקצה במקום המקרקעין לרשות המקומית בהליכי איחוד וחלוקה. הקצאה שכזו יכולה להיות באחד משני מצבים: **הראשון**, כאשר המקרקעין הופקעו בהליכי הפקעה לפי פרק ח' לחוק התכנון והבניה, ובמועד מאוחר יותר נערכה תכנית איחוד וחלוקה, שבמסגרתה הועברו הזכויות במקרקעין אל מגרש אחר, שהוקצה כנגד המקרקעין. **השני**, כאשר המקרקעין נלקחו מלכתחילה בהליך של איחוד וחלוקה וכנגדם הוקצה מגרש אחר. בשני המקרים, מששונה ייעודו של אותו מגרש חלופי - בין אם לייעוד שלמענו אין להפקיע ללא תשלום פיצויים, ובין אם לייעוד שאינו בגדר "צורך ציבורי" כהגדרתו בסעיף 188(ב) לחוק - קמה זכותו של מי שהמקרקעין הופקעו ממנו על-פי סעיף 196 לחוק לבחור בין קבלת פיצויים לבין קבלת המגרש.

הזכות לבחור בין קבלת פיצויים לבין קבלת המקרקעין עשויה לעורר בעיות כאשר קיימים רצונות נוגדים, וזאת בשני מצבים: **האחד**, כאשר המקרקעין שהופקעו היו בבעלותם של שניים, שהאחד חפץ בקבלת פיצוי כספי והשני חפץ בהחזרת המקרקעין. במקרה שכזה, תיאלץ הוועדה המקומית לשלם פיצויים לאחד ולהפוך שותפתו של השני במקרקעין. **השני**, כאשר במקרקעין המופקעים היו לשניים זכויות שלא באותה דרגה. לדוגמה, המקרקעין היו בבעלותו של אחד, בעוד שלאחר היתה בהם חכירה לדורות. גם במקרה כזה תיאלץ הוועדה המקומית לשלם פיצויים למי שיחפוץ, ולהקנות לשני זכויות כפי שהיו לו ערב ההפקעה.

בחר בעל הזכויות בקבלת המקרקעין, תחזיר לו הוועדה המקומית את המקרקעין באותו מצב פיזי שבו הם היו ערב ההפקעה, וכן תדאג, על חשבונה, להחזיר את הרישומים בפנקסי המקרקעין על שמו.

6. המועד להפעלת הזכות

בקשר למועד להפעלת הזכות לקבלת פיצויים או להשבת המקרקעין, מתעוררות שתי שאלות: **האחת** - האם קיימת מגבלת-זמן בין מועד ההפקעה לבין מועד שינוי הייעוד, כך שאם חלף פרק-זמן ארוך ביניהם לא עומדת לבעלים הזכות המוקנית בסעיף 196 לחוק לקבלת פיצויים או להשבת מקרקעין. **השניה** - האם קיימת התיישנות של הזכות לתבוע פיצויים או השבה של המקרקעין אם חלף פרק-זמן ארוך ממועד שינוי הייעוד עד מועד הגשת התביעה.

בסעיף 166 להצעת חוק התכנון והבניה, התשכ"ג-1963, מצויה היתה הוראה המתייחסת לשאלה הראשונה, דהיינו, מגבלת-זמן של חמש שנים מיום הקנייתם של המקרקעין לוועדה המקומית. וזו לשונו:

"מקרקעין שהופקעו לפי חוק זה ללא פיצויים ותוך חמש שנים מהקנייתם שונה ייעודם לייעוד שלמענו אין להפקיע מקרקעין לפי חוק זה אלא תמורת פיצויים, תשלום הוועדה המקומית פיצויים למי שהיה זכאי להם בשעת ההפקעה אילו היתה ההפקעה מחייבת לפיצויים אותה שעה או תחזיר את המקרקעין למי שהופקעו ממנו..."

בדברי ההסבר להצעת החוק הוסברו הדברים כך (סעיף 11):

"... כדי למנוע הערמה על החוק ולשמור על זכויות בעל הקרקעות, קובע החוק המוצע שאם תוך חמש שנים מיום ההפקעה ישתנה הייעוד של קרקע שהופקעה ללא תשלום פיצויים כאמור, חייבת הרשות המפקיעה בתשלום פיצויים מלאים (סעיף 166)."

הצעה זו לא אומצה להוראותיו של חוק התכנון והבניה. גם מלשונו של סעיף 196 לחוק לא מתבקשת מסקנה בדבר קיומה של מגבלת-זמן.

בפרשת **קרסיק**⁵⁰ אמר בית המשפט העליון, אגב-אורחא, כי אין התיישנות שכזו בסעיף 196 לחוק. וכך אומר שם השופט חשין⁵¹:

"משקבענו כי בעלים שקרקע הופקעה מחזקתו ממשידך ושומר באמתחתו זיקה לקרקע שהופקעה, צפה ועולה שאלה נגררת, והיא - אם זיקה זו תישמר

50. בג"ץ 2390/96 קרסיק ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נה(2). 625.

51. שם, בעמ' 676.

ותתקיים לעולמי-עד משל הייתה זכות קניין מן-המניין (אם תרצו: זכות קניין במקרקעין מוסדרים הרשומים בספרי המקרקעין). או שמא נאמר, גבול הושם לה לאותה זיקה, ובעוברנו את הגבול תיעלם הזיקה. פתרונה של שאלה זו אינו פשוט כלל-ועיקר. מן הצד האחד, יכול הטוען שיטען כי זיקתו זו שבעלים-לשעבר מחזיק בצקלונו נגזרת מקניין הבעלות (או מזכות קניין אחרת שהופקעה), וכשם שקניין 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 התכנון, ולפיהן זכותו של הבעלים להחזיר לעצמו - בתנאים הקבועים בחוק - קרקע שהופקעה מחזקתו אין תופשת בה 'התיישנות'."

גם הזכות לתבוע פיצויים או לקבל את המקרקעין בחזרה לאחר שיעודם שונה אינה מוגבלת. בכל הנוגע לתביעה הכספית, היבענו דעתנו במקומות אחרים, שאין התיישנות של התביעה⁵². בכל הנוגע לתביעה להשבת המקרקעין, אפילו חלות על העניין הוראותיו של סעיף 25(2) לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, גם אז ככל שמדובר במקרקעין מוסדרים אין התיישנות⁵³, ובשאינם מוסדרים - פרק-הזמן להתיישנות הוא 25 שנים.

7. השבחת המקרקעין

הוועדה המקומית, בהחזירה לבעלים את המקרקעין או בשלמה לו פיצויים, אינה זכאית לדרוש ממנו לשאת בתשלום בעד השבחת המקרקעין.

כאשר בוחר בעל המקרקעין לקבלם בחזרה, אין הוועדה המקומית מוסמכת לדרוש ממנו לשלם לה בעד השבחת המקרקעין בין ייעודם הקודם לבין ייעודם החדש. שני טעמים לדבר: האחד - בסעיף 196 לחוק אין הוראה שכזו. השני - החבות בהיטל השבחה הקבועה בסעיף 2 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, מוטלת על מי שהוא בעל המקרקעין בעת מתן התוקף לתכנית. בשעה זו לא היה הבעלים בגדר בעל המקרקעין. לעניין זה נאמר בספרו של אריה קמר⁵⁴:

"סעיף 195(2) לחוק מתנה את החזרת המקרקעין לבעלים בתשלום שוויה של כל השבחה בהם הנובעת מהתוכנית ששינתה את ייעודם. בסעיף 196 לחוק אין הוראה מקבילה. המסקנה המתבקשת היא, שהוועדה המקומית אינה זכאית לתשלום בגין השבחה שנקבעה בתוכנית על יסוד סעיף 196. הוועדה המקומית גם אינה זכאית לגבות היטל השבחה, הואיל והחייב בו מוטל על מי

52. אריה קמר, דיני הפקעת מקרקעין, מהדורה שישית (2001), בעמ' 311-316; משה י. קמר, "האומנם תקופת ההתיישנות הכללית חלה על התביעות לפיצויי הפקעה", *מקרקעין* א/5 עמ' 26; משה י. קמר, "הערות בשאלת ההתיישנות של תביעות לפיצויי הפקעת מקרקעין", *מקרקעין* ב/4 עמ' 41.

53. סעיף 159(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

54. אריה קמר, דיני הפקעת מקרקעין, מהדורה שישית (2001), ה"ש 111, בעמ' 232.

שהיה הבעלים ביום מתן התוקף לתוכנית, ובמועד זה היתה הרשות המקומית הבעלים של המקרקעין.

כאשר בוחר בעל המקרקעין בקבלת פיצויים, על הוועדה המקומית לשלם לו את הפיצויים לפי שווי המקרקעין במועד שינוי הייעוד (מועד מתן התוקף לתכנית המשנה את ייעודם של המקרקעין) "ושווי המקרקעין ייקבע בשים לב לייעודם מחדש" (סעיף 196(ב) לחוק). בהבדל מהוראותיו של סעיף 195 לחוק, העוסק ברכישת מקרקעין שהועברו בהסכם או בהפקעה בתמורה במחיר שבו נרכשו מהבעלים "בצירוף שוויה של כל השבחה בהם הנובעת מהתכנית", הרי שלפי סעיף 196 אין להפחית מהפיצויים את השבחה בהם עקב התכנית, או את היטל השבחה בגינה.