

נטילה שלטונית של מקרקעין: חששות, מנגנוני הגנה ויחסי גומלין

שי שטרן*

שלושה הם עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית שבמסגרתם השלטון יכול ליטול בכפייה את זכויותיו של הפרט במקרקעין: קיומו של הליך הוגן, דרישת הצורך הציבורי ודרישת הפיזיו. עקרונות אלה הינם למעשה מנגנוני הגנה אשר הוטמעו בדיני הנטילה השלטונית כדי להגן מפני חששות אינהרנטיים הנובעים מהענקת הכוח לשלטון ליטול זכויות במקרקעין בכפייה. מאמר זה מציע מודל חדשני שבמסגרתו יש להכיר במערך יחסי הגומלין שמנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מקיימים על מנת לאפשר לשלטון להפעיל את כוחו באופן ראוי, מחד גיסא, ולשמר מידת הגנה מספקת מפני החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית, מאידך גיסא.

המאמר ממשיך ומציג שני מסלולים שבהם המודל המוצע עשוי לשרת את עריכתה של ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה המבקשים לפעול בדיני הנטילה השלטונית: האחד הוא המסלול ה"מסורתי", הרואה במודל המוצע ובמערכת האיזונים המתקיימת בו אמצעי לאומדן הפגיעה בזכותו של הפרט לקניין כמו גם לבחינת מידתיותה של פגיעה זו; והאחר הוא המסלול ה"דמוקרטי", המטמיע את המודל המוצע בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

לבסוף, המאמר מבקש לבחון את יישומו של המודל המוצע, תוך בחינת הטמעתו בדיני הנטילה השלטונית הנוהגים בישראל. במסגרת זו המאמר מצביע על השלכות פרשניות בעלות אופי יישומי הן בכל הקשור לביקורת השיפוטית על החלטותיו של שר האוצר באשר לצרכים ציבוריים, הן בשאלת הפחתת הפיזיו לבעלי הזכויות במקרקעין והן בהתנהלות הראויה בשעה שזכויות במקרקעין ניטלות במצבי חירום.

* חבר סגל בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. ברצוני להודות לחנוך דגן, לצילי דגן, ליפעת הולצמן-גזית, לאביטל (טלי) מרגלית, לשלי קרייצר-לוי ולמנאל תותרי-ג'ובראן על הערותיהם המועילות למאמר. כמו כן ברצוני להודות לאילנה ספיר על עזרתה במחקר.

מבוא

- פרק א: עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית – הכרה בכוח שלטוני לצד הטמעת מנגנונים להגנת הבעלים והחברה
- פרק ב: מערכת יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה – המודל המוצע
1. שלב ראשון: זיהוי ההגנה שמנגנוני ההגנה השונים מספקים
 2. שלב שני: איתור מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים
- פרק ג: מתיאוריה למעשה – המודל המוצע בשירות הביקורת השיפוטית
- פרק ד: יישומים מעשיים – השפעתו של המודל המוצע על הדין הנוהג
1. חזרתו של מבחן "ציפוריות" המטרה למוקד הביקורת השיפוטית
 2. הפחתת פיצוי – מסמכות מוקנית לסמכות מותנית
 3. הליך הוגן ומצבי חירום

סיכום

מבוא

נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין הינה כוח שלטוני המאפשר לשלטון, במישור הלאומי או המקומי, ליטול זכויות במקרקעין של בעלים פרטיים לצורך מימושו של צורך חברתי.¹ הענקת הכוח לשלטון ליטול זכויות של בעלים פרטיים במקרקעין מקימה שלושה חששות עיקריים, אשר אחד מהם נובע מעצם הענקתו של כוח כופה לשלטון, ואילו השניים האחרים ייחודיים לנטילה של זכויות במקרקעין. חשש אחד הוא מפני השחתת הכוח השלטוני ושימוש לא ראוי בו; חשש שני הוא לאי-הוגנות אפשרית בכל הקשור לחלוקת הנטלים הכרוכים במימוש מטרות ציבוריות וחברתיות; והשלישי נוגע באי-יעילות אפשרית במימושו של כוח שלטוני זה. על מנת להתמודד עם חששות אלה, הטמיעו דיני הנטילה השלטונית במדינות המערב, ובישראל בפרט, שלושה מנגנוני הגנה: האחד תובע קיומו של הליך הוגן, שיעניק ביטוי ומעמד לבעלי המקרקעין המקוריים; שני תובע כי מטרת הנטילה השלטונית תהיה אך ורק הגשמת צורך ציבורי; והשלישי דורש שהרשויות המשתמשות בכוחן ליטול זכויות במקרקעין יפצו את בעלי המקרקעין. מנגנוני הגנה אלה, אשר אומצו על ידי רוב שיטות המשפט במערב, נהפכו לעקרונות יסוד בדיני הנטילה השלטונית.

על פני הדברים נדמה כי מנגנוני ההגנה שהוטמעו בדיני הנטילה השלטונית בישראל אינם מקיימים זיקה זה לזה, וכל אחד מהם נועד להגן מפני אתגרים שונים בתכלית. תפיסה זו גורסת כי ביקורת על יישומו של כל אחד ממנגנוני ההגנה נערכת באופן בלתי תלוי, וכי למידת יישומו של האחד אין השלכה על זו של האחרים. לטענתי, אימוצה של

1 אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין כרך ראשון 23 (מהדורה שמינית, משה י' קמר עורך, 2013); אהרן נמדר הפקעת מקרקעין: עקרונות, הליכים ופיצויים 27 (2005).

תפיסה זו משמיע הגנה לא ראויה בדיני הנטילה השלטונית, כך שבחלק מהמקרים תוענק הגנת יתר מפני החששות המאפיינים מערכת דינים זו, בעוד שבחלק אחר של המקרים תוענק הגנת חסר. בחינת יישומו של כל מנגנון הגנה באופן שאינו תלוי ביתר מנגנוני ההגנה עלולה להוביל להגנת יתר מכיוון שהיא אינה מאפשרת הקלה כלשהי ביישומו של אחד ממנגנוני ההגנה. הגנת יתר מפני החששות המאפיינים את דיני הנטילה השלטונית עלולה להוביל ליישום חסר של פרויקטים ציבוריים ולהימנעות של רשויות ממתן מענה ראוי לצורכי הציבור.² מאידך גיסא, הקפדה זו על יישומו של כל מנגנון הגנה באופן בלתי תלוי עלולה להוביל, במקרים אחרים, להגנת חסר. מציאות זו עלולה להיווצר כאשר הקפדה יתרה על יישומו של כל מנגנון הגנה כשלעצמו אינה מאפשרת את סיפוקם של צרכים ציבוריים דחופים וחיוניים. במצב דברים זה הרשויות עשויות "להרים ידיים" בכל הקשור ליישומו של מנגנון הגנה זה או אחר, ולהכשיר נטילה שלטונית גם אם זו אינה מקיימת הגנה על כל החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית.³

מאמר זה מציע ניתוח מעמיק של מנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית, כמו גם של מאפייני ההגנה שהם מספקים. ניתוח זה מגלה כי אלה מקיימים ביניהם מערכת יחסי גומלין מורכבת, המאפשרת להקל במימושו של אחד המנגנונים תוך הקפדה על רף מימוש גבוה בשניים האחרים. מערכת יחסי גומלין זו מבטאת הכרה ביעודו העיקרי של כל אחד ממנגנוני ההגנה, מחד גיסא, ובהגנה שכל אחד מהם מעניק גם ביחס ליתר החששות האינהרנטיים לנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין, מאידך גיסא. ההבנה כי מערכת ההגנה האינהרנטית בדיני הנטילה השלטונית מאפשרת לרשויות לספק את צורכי החברה באופן ראוי תוך שמירה על הוגנות ויעילות הופכת את המערכת הזו לחיונית לצורך בחינת כשרותה של הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין.

זיהויים של מנגנוני ההגנה האמורים כעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, והכרת מערכת יחסי הגומלין שמנגנונים אלה מקיימים ביניהם, מאפשרים התמודדות עם האתגרים הייחודיים בענף משפטי זה. במקביל הם מאפשרים עריכת ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה המבקשים לפעול בענף דיני הנטילה השלטונית. לצורך זה המאמר מציג שני מסלולים שבהם המודל המוצע במאמר זה עשוי לשרת את הביקורת השיפוטית בענף דיני הנטילה השלטונית: המסלול האחד, שאכנה אותו "המסלול המסורתי", מטמיע את המודל המוצע בדרישת המידתיות הנבחנת בשעה שהשלטון פוגע בזכותו של הפרט לקניין; והמסלול האחר, שאכנה אותו "המסלול הדמוקרטי", רואה ביישום כלליו

2 הגנת יתר היא העומדת בבסיס ההימנעות משימוש בנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין לצורך קידום תהליכים של התחדשות עירונית, חרף ההבנה הרווחת כי שימוש זה עשוי לזרז ולייעל תהליכים אלה. ראו, לדוגמה, אלון כהן "התחדשות עירונית בישראל: חסמים מרכזיים והצעות ייעול" סדרת ניירות המדיניות של מכון אהרן למדיניות כלכלית ע"ש אהרן דוברת ז"ל 20-21 (2019). www.idc.ac.il/he/research/aiep/documents/urban-renewal-israel.pdf.

3 כך, לדוגמה, ס' 4 לחוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, התש"י-1949, נמנע מלהעניק זכויות הליכיות לבעלי הזכויות במקרקעין הניטלות באמצעות החוק.

של המודל המוצע חלק אינהרנטי ממימוש ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. שני המסלולים מסתמכים על יכולתו המוכחת של בית המשפט להתערב בחקיקה מכוח חוקי היסוד, ובפרט מכוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לבסוף, אבקש לבחון את ההשלכות היישומיות שעשויות להיות לאימוצו של המודל המוצע במאמר זה אל דיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין. במסגרת זו אצביע על כך שאימוץ המודל צפוי להשיב את הביקורת השיפוטית על החלטותיו של שר האוצר בכל הקשור ל"ציבוריות" המטרה שלשמה הזכויות במקרקעין ניטלות, להרחיב את מתחם הפטור שניתן לרשויות המצויות בקשיים כלכליים ממתן פיצוי מלא לבעלי הזכויות במקרקעין, ולהגדיר מחדש את מרחב הפעולה הראוי של רשויות המבקשות ליטול זכויות במקרקעין במצבי חירום.

בפרק א של המאמר אזהה את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, ואראה כיצד עקרונות אלה נועדו להעניק הגנה מפני חששות אינהרנטיים למערכת דינים זו. בפרק ב למאמר אפרוש את התשתית למודל המוצע, תוך הצבעה על מערך יחסי הגומלין שמנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מקיימים. בפרק ג למאמר אעסוק בהשלכותיו של המודל המוצע על עריכת ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה המבקשים לפעול בענף דיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין. בפרק ד ייבחנו ההשלכות היישומיות שיש לאימוץ המודל המוצע על דיני הנטילה השלטונית הנוהגים בישראל.

פרק א: עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית – הכרה בכוח שלטוני לצד הטמעת מנגנונים להגנת הבעלים והחברה

הכוח המוענק לשלטון ליטול בכפייה את זכויותיו של הפרט במקרקעין – כוח אשר פוגע בהעברת זכויות מקרקעין בשוק החופשי – הוכר ברוב שיטות המשפט המערביות לצורך התגברות על כשלי שוק המונעים רשויות שונות מלספק את צורכי החברה.⁴ יכולתן של

4 להרחבה באשר לתחולתם הבין-לאומית של דיני הנטילה השלטונית ראו, RACHELLE ALTERMAN, TAKINGS INTERNATIONAL: A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON LAND USE REGULATION AND COMPENSATION RIGHTS (2010). אלטרמן עורכת בחינה משווה של דיני הנטילה השלטונית ביותר משלוש-עשרה מדינות מערביות שונות, ביניהן ארצות הברית, גרמניה, אוסטרליה, קנדה, בריטניה וישראל. במסגרת המחקר היא מצביעה על השונות הקיימת בין דיני הנטילה השלטונית במדינות אלה, תוך שימת דגש בהיקפה של הזכות לפיצוי. עם זאת, מחקרה מצביע על הכרה גורפת בכוחו של השלטון במדינות המערב ליטול זכויות במקרקעין, ככל שאלה נדרשות לצורך מימושו של צורך ציבורי. ראו גם יפעת הולצמן-גזית "הגבלות על הפקעת קרקעות: מלכתחילה ובדיעבד (בעקבות חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010)" **חוקים ד** 102, 97 (2012).

הרשויות לרכוש בכפייה את המקרקעין מונע את אי-סיפוקם של צורכי החברה. אולם רכישה זו בכפייה טומנת בחובה גם חששות המאפיינים כל פעולה שלטונית בעלת מימד כופה.

חשש אחד נעוץ בהשחתת הכוח השלטוני.⁵ בהתאם לחשש זה, רשויות אשר יקבלו הכשר משפטי לנטילה בכפייה של זכויות במקרקעין עלולות לעשות שימוש בהכשר זה גם במקרים שבהם היה אפשר לרכוש את אותן זכויות בשוק החופשי. דוגמה בולטת לחשש זה היא שימוש בכוח המוקנה לרשויות בדיני הנטילה השלטונית על מנת להעניק זכויות במקרקעין למקורבים לכוח.⁶

חשש שני נעוץ בהפעלה לא הוגנת של כוח שלטוני זה כלפי האזרחים. חשש זה מתחדד בשעה שהרשויות נדרשות להחליט על נטילת מקרקעיו של בעלים פרטי אחד כדי לספק את צורכי החברה.⁷ במצב דברים זה מתחדדת השאלה אם על היחיד לשאת בנטל של סיפוק צרכיה של החברה כולה, או במילים אחרות – כיצד ניתן לראות בהטלת נטל כאמור על יחיד פעולה הוגנת.

חשש שלישי הכרוך בנטילה בכפייה של זכויות במקרקעין על ידי הרשויות נעוץ באפשרות שנטילה בכפייה של זכויות במקרקעין עלולה להתעלם משיקולי יעילות בהוצאת הפרויקט הציבורי אל הפועל. טענה זו נובעת בעיקרה מן העובדה שנטילת הזכויות במקרקעין נעשית תוך עקיפה של מנגנוני השוק החופשי. הנתק שבין הליכי הנטילה השלטונית לבין מנגנוני השוק מקים חשש מפני העדר מסגרת כלכלית יעילה להליכים אלה. בספרות יוחס חשש זה לשני הצדדים למעשה הנטילה השלטונית – הרשות והבעלים הפרטיים.⁸ החשש מפני העדר יעילות בפעולתה של הרשות המפקיעה נובע מהתעלמותה של זו ממחירן של הזכויות במקרקעין בשעה שהיא מחשבת את יעילותו הכלכלית של מימוש הצורך הציבורי.⁹ במובן זה, הטענה הרווחת בספרות היא כי הרשות עלולה להיקלע ל"אשליה פיסקלית", שבעטייה היא תימנע מלהתייחס למחירן של הזכויות הניטלות במסגרת חישוב עלויות הפרויקט.¹⁰ אולם החשש מפני העדר

5 שם, בעמ' 103.

6 RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 167 (1985). אך השווה Gregory S. Alexander, *Takings, Narratives, and Power*, 88 COLUM. L. REV. 1752 (1988). אלכסנדר מציג נרטיבים שונים בשיח על אודות נטילות שלטוניות ביחס לחשש מפני השחתת הכוח השלטוני.

7 לדיון בדבר החשש מפני העדר הוגנות ראו, לדוגמה, Michael A. Heller & James E. Krier, *Commentary: Deterrence and Distribution in the Law of Takings*, 112 HARV. L. REV. 997, 1000–1001 (1999).

8 שם, בעמ' 999; Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 HARV. L. REV. 1165, 1214–1218 (1967).

9 Lawrence Blume, Daniel L. Rubinfeld & Perry Shapiro, *The Taking of Land: When Should Compensation be Paid?*, 99 Q. J. ECON. 71, 88–90 (1984).

10 שם, בעמ' 72. להסבר על אודות טיעון "האשליה הפיסקלית" ראו Ronit Levine-Schnur & Gideon

יעילות בנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין נוגע גם בבעלי הזכויות הפרטיים. בהתאם לחשש המובע בספרות, מדיניות ההשקעה של בעלי זכויות במקרקעין עלולה להתעוות עקב החשש מפני נטילה שלטונית עתידית של מקרקעיהם.¹¹ כך, לדוגמה, קיים חשש שבעלים של זכויות במקרקעין אשר יפעלו תחת משטר משפטי הפוטר את השלטון מתשלום פיצוי במקרה של נטילת זכויותיהם יקיימו מדיניות של השקעת חסר במקרקעין.¹²

חששות אלה אינהרנטיים לרכישה בכפייה של זכויות במקרקעין. הם נובעים מטיבה הכופה של הפעולה השלטונית, מכך שהפעולה השלטונית מוחלת מחוץ לגדרי השוק החופשי, וכן ממאפיינים מוכנים של פעולה שלטונית ושל יחסי השלטון עם מקורבים לכוח.¹³ דיני הנטילה השלטונית ברוב מדינות המערב ביקשו לתת מענה לחששות הנלווים לנטילה בכפייה של זכויות במקרקעין באמצעות הטמעת מנגנוני הגנה אל תוך הדין.¹⁴ שלושה מנגנוני הגנה הוטמעו כאמור ברוב מדינות המערב. האחד הוא הצבת דרישות פרוצדורליות שמטרתן העיקרית היא לוודא כי הליכי הנטילה השלטונית מנוהלים באופן ראוי ותקין. מנגנון הגנה זה, שאכנה אותו "המנגנון הפרוצדורלי", כולל, על דרך הכלל, הגדרת הליכים ברורים ושקופים הן עובר למימוש הנטילה השלטונית והן במהלכה,¹⁵ הטלת חובות גילוי והספקת מידע על הרשויות

Parchomovsky, *Is the Government Fiscally Blind? An Empirical Examination of the Effect of the Compensation Requirement on Eminent-Domain Exercises*, 45 J. LEGAL STUD. 437, (2016).

11 לדיון בדבר השלכות הפיצוי על מדיניות ההשקעה של הבעלים במקרקעיהם ראו Blume, Rubinfeld & Shapiro, לעיל ה"ש 9, בעמ' 73–88. שם. 12

13 לחשש מפני ניצול לא ראוי של כוח הנטילה השלטונית על ידי השלטון ראו Amnon Lehari & Amir N. Licht, *Eminent Domain, Inc.*, 107 COLUM. L. REV. 1704 (2007); Ilya Somin, *Overcoming Poletown: County of Wayne v. Hathcock, Economic Development Takings, and the Future of Public Use*, 2004 MICH. ST. L. REV. 1005, 1009–1016 (2004); Charles E. Cohen, *Eminent Domain After Kelo v. City of New London: An Argument for Banning Economic Development Takings*, 29 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 491, 547–551 (2006); Gideon Kanner, *Kelo v. New London: Bad Law, Bad Policy, and Bad Judgment*, 38 URB. LAW. 201, 233–235 (2006); חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 128 (2005).

14 לסקירה רחבה של דיני הנטילה השלטונית הנוהגים ברוב מדינות המערב ראו ALTERMAN, לעיל ה"ש 4; GREGORY S. ALEXANDER, *THE GLOBAL DEBATE OVER CONSTITUTIONAL PROPERTY: LESSONS FOR AMERICAN TAKINGS JURISPRUDENCE* (2006); EXPROPRIATION LAW IN EUROPE (Jacques Sluysmans, Stijn Verbist, Emma Waring eds., 2015).

15 כך, לדוגמה, דיני הנטילה השלטונית הישראלים קובעים – בס' 5 ו-5א לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הקרקעות) – דרישות הליכיות, ובכלל זה מתן הודעות מקדימות לבעלי הזכויות במקרקעין על אודות הכוונה להפקיע את זכויותיהם, שמיעת התנגדויות להפקעה וכן ניהול משא ומתן עם בעלי הזכויות במקרקעין. להרחבה על אודות הליכים אלה ראו קמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 243–320; נמדר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 901–922.

המפקיעות,¹⁶ וכן קביעת זכויות דיוניות וזכויות שימוע לבעלי הקניין הפרטי.¹⁷ מטרתם של הליכים אלה היא כאמור להגן מפני התממשותו של החשש שהשלטון יעשה שימוש לא ראוי בכוח הנטילה השלטונית המוענק לו.¹⁸ ההליכים השונים שהוטמעו אל דיני הנטילה השלטונית נועדו לחייב את הרשות לספק מידע לבעלים הפרטיים שזכויותיהם ניטלות מהם, לאפשר להם להביע את עמדתם ביחס לרכישה בכפייה, וכן לאפשר בחינה מחודשת של הצורך שבשמו הזכויות במקרקעין ניטלות וחשיבותו לחברה. הליכים אלה מפחיתים את החשש שהרשות המפקיעה תעשה שימוש לא ראוי בכוחה השלטוני, שכן הם מגבירים את השקיפות, מבטיחים הספקת מידע על אודות הפרויקט, ומאפשרים לבעלי הזכויות במקרקעין לפנות אל מקבלי ההחלטות עובר לקבלת ההחלטה בעניין זכויותיהם.¹⁹

מנגנון הגנה שני שנועד להתמודד עם החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית הוא התביעה כי הזכויות המופקעות מהבעלים הפרטיים ישמשו אך לצורך ציבורי. דרישות התובעות כי הנטילה השלטונית תיעשה ל"צורך ציבורי"²⁰ או ל"שימוש ציבורי"²¹ הוטמעו במרבית דיני הנטילה השלטונית במערב.²² ההצדקה להפעלתו של

16 ס' 5(1) לפקודת הקרקעות מטיל על הרשויות חובות גילוי ודיווח.

17 ס' 5 לפקודת הקרקעות מקנה זכות שימוע לבעל הקרקע ולבעל טובת הנאה בקרקע. ראו גם הולצמן-גזית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 114-117.

18 שם, בעמ' 113-114.

19 שם, בעמ' 150.

20 ס' 3 לפקודת הקרקעות קובע כי שר האוצר יכול להורות על נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין ככל שהוא נוכח "...לאחר התייעצות עם הוועדה המייעצת, כי דרוש או נחוץ הדבר לכל צורך ציבורי...". עם זאת, הגדרת "צורך ציבורי" בדיני הנטילה השלטונית הישראלים הינה רחבה, ומותירה שיקול דעת רחב בידי שר האוצר. ראו ס' 2 לפקודת הקרקעות. ראו גם ס' 188 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. בתי המשפט נמנעו ככלל מהעמקת הביקורת השיפוטית על ההגדרה של "צורך ציבורי". ראו בג"ץ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141, פס" 4 לפסק דינו של מ"מ הנשיא שמגר(1983). אך השוו לבג"ץ 2390/96 קריסק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, פס" 1 לפסק דינה של השופטת ביניש (2001).

21 U.S. CONST. amend. V. התיקון החמישי לחוקה האמריקנית קובע: "...nor shall private property be taken for public use, without just compensation." השאלה מהו "שימוש ציבורי" שלשמו מוענקת לשלטון הסמכות ליטול בכפייה מקרקעין של הפרט העסיקה רבות את הפסיקה והספרות. ראו Philip Nichols, Jr., *The Meaning of Public Use in the Law of Eminent Domain*, 20 B.U. L. REV. 615 (1940); Lawrence Berger, *The Public Use Requirement in Eminent Domain*, 57 OR. L. REV. 203 (1978); Thomas W. Merrill, *The Economics of Public Use*, 72 CORNELL L. REV. 61 (1986). פסק דין *Kelo*, שבו קבע בית המשפט העליון האמריקני כי פיתוח כלכלי עונה על הגדרת הצורך הציבורי הקבוע בתיקון החמישי לחוקה, העלה את השאלה הזו למוקד השיה הפוליטי, הציבורי והמשפטי. ראו *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005). לביקורת על פסק הדין ראו Cohen, לעיל ה"ש 13; Kanner, לעיל ה"ש 13.

22 כך, לדוגמה, ס' 14(3) לחוקה הגרמנית קובע כי נטילה שלטונית מותרת אך ורק לצורך הטוב הציבורי. ראו [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], art. 14(3) (Ger.), translation at

כוח זה נעוצה אם כן במחויבותיו של היחיד כלפי החברה בכללותה. מחויבות זו – הגם שהיקפה שנוי במחלוקת בין תפיסות קנייניות שונות²³ – היא המעניקה לגיטימציה למעשה הנטילה השלטונית.²⁴ הפרשנויות השונות שניתנו לדרישת ה"ציבוריות" של מטרת הנטילה השלטונית ביטאו מחלוקת באשר להיקף מחויבותו של היחיד כלפי החברה, אולם לא ערערו על ההבנה כי רק מימושה של מחויבות זו של היחיד כלפי החברה מצדיק את הפעלתו של כוח שלטוני זה.²⁵ דרישת "ציבוריות" המטרה שלשמה ניטלות הזכויות במקרקעין נועדה אם כן להגן מפני נטילה שלטונית שמטרתה חורגת ממסגרת מחויבותיו של היחיד כלפי החברה. דרישה זו מגינה מפני חשש זה בכך שהיא מספקת בסיס רעיוני להקרבה הנתבעת מהיחידים בחברה, ובתוך כך מבהירה למעשה את גבולותיה של אותה הקרבה.

מנגנון ההגנה השלישי המוטמע במרבית דיני הנטילה השלטונית במדינות המערב הוא דרישת הפיצוי. הדרישה כי בעלי הזכויות הניטלות במקרקעין יפוצו על נטילת הזכויות נועדה, בעיקרה, להבטיח את יעילותו הכלכלית של הליך הנטילה השלטונית.²⁶

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html ; ס' 14 לחוקה ההולנדית קובע כי נטילה שלטונית מותרת רק למען האינטרס הציבורי. ראו STATUUT NED [Charter] art. 14 ; וגם דיני הנטילה השלטונית בצרפת מתירים הפקעה רק לשם צורך ציבורי. להרחבה על אודות הטמעת "ציבוריות" המטרה כתנאי סף להכשרתה של נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין במדינות אירופה ראו J.A.M.A. Sluysmans & E.J.L. Waring, *Core Principles of European Expropriation Law*, 5 EUR. PROP. L.J. 142, 146–153 (2016).

23 חנוך דגן עומד על ההבחנות באשר להיקפה של מחויבות זו, וקובע כי "אכן, מנקודת־מבטה של הגישה הריאליסטית־הליברלית לקניין, דיני הנטילה השלטונית מהווים אתגר קשה במיוחד. הסיבה לכך היא שהקשר חברתי זה של יחסי פרט ורשות שלטונית מציב מתח לא פשוט בין ערכי הקניין השונים, בפרט בין ערך החירות של הקניין לבין הערכים של צדק חלוקתי ואחריות חברתית. כל מערכת משפטית שאינה דבקה באידיאל הליברטריאני – כל תפיסה של קניין שיש בה מקום לערכים של צדק חלוקתי ואחריות חברתית – צריכה להכיר בסמכותה של הרשות השלטונית להגדיר ולהגדיר מחדש את יחסי הזכויות והכוחות בין האזרחים". ראו דגן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 110. לעניין הגדרתה של החובה המוטלת על בעלי קניין ביחס לחברה בכללותה ראו גם Gregory S. Alexander, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, 94 CORNELL L. REV. 745 (2009); JOSEPH WILLIAM SINGER, *THE EDGES OF THE FIELD: LESSONS ON THE OBLIGATIONS OF OWNERSHIP* (2000).

24 בג"ץ 3100/05 **שטוקלמן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 23 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם באר"ש, 17.8.2009) ("במעשה ההפקעה מתערב השלטון בקניינו של הפרט תוך שלילת זכויותיו במקרקעין והעברתן לקניין הציבור... ההתערבות בקניינו של הפרט נעשית בנסיבות בהן קיים צורך ציבורי במקרקעין הגובר על אינטרס הפרט... אין חולק כי ההפקעה מהווה אמצעי חשוב המסייע למדינה בתהליך פיתוחה...").

25 לחשיבותו של הצורך הציבורי ראו, לדוגמה, דנג"ץ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68 (1995); בג"ץ 3028/94 **מהדרין בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד נא(3) 85 (1995); בג"ץ 2739/95 **מחול נ' שר האוצר**, פ"ד נ(1) 309 (1996).

26 DAVID A. DANA & THOMAS W. MERRILL, *PROPERTY: TAKINGS* 32–52 (2002)

כאמור, נטילה שלטונית של מקרקעין, מעצם ביצועה בכפייה, אינה באה בגדר השוק החופשי. הניתוק בין מעשה הנטילה השלטונית לבין השוק מקים חשש בדבר אי-יעילות של מימוש מטרת הנטילה השלטונית או לחלופין של ההליכים למימושה.²⁷ העדר היעילות האפשרי בנטילה שלטונית יכול להתבטא בשניים. ראשית, הרשות המפקיעה עלולה להתעלם מהעלות של הזכויות במקרקעין במסגרת התחשיב הכלכלי של מימוש מטרת הרכישה. הטיעון העיקרי הוא כי מתן הכשר לרשויות ליטול זכויות במקרקעין ללא מתן פיצוי לבעליהן עלול להוביל את הרשויות לאשליה פיסקלית, שמשמעותה התעלמות מערכן של הזכויות במקרקעין בתחשיב הכלכלי שנערך לגבי מימוש מטרת הנטילה השלטונית.²⁸ אשליה זו מערערת את המשוואה הכלכלית שעל פיה הנטילה השלטונית מוצאת אל הפועל, וממילא עלולה לפגום ביעילותה. שנית, סוגיית הפיצוי או העדרו משליכה גם על מדיניות ההשקעה של הבעלים במקרקעיהם.²⁹ על פי דעות שונות המופיעות בספרות, דרישת הפיצוי, וחשוב לא פחות – סוגיית היקפו, משפיעות על האופן שבו יבחרו הבעלים להשקיע במקרקעיהם, וממילא יש בהן כדי להשליך על הרווחה המצרפית.³⁰

שלושה מנגנוני הגנה אלה, המוטמעים במרבית דיני הנטילה השלטונית במדינות המערב, ובכלל זה בישראל, מעניקים הגנה משולשת מפני החששות המאפיינים נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין. המנגנון הפרוצדורלי מעניק הגנה מפני השחתת הכוח השלטוני, דרישת "ציבוריות" המטרה מעניקה הגנה מפני העדר הוגנות, ודרישת הפיצוי מעניקה הגנה מפני חוסר יעילות כלכלית במימוש מטרת הנטילה השלטונית.

חשוב לא פחות לזהות כי כל אחד ממנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מכיל רצף פנימי, החל במידת הגנה נמוכה וכלה בגבוהה. מנגנון ההגנה הפרוצדורלי, לדוגמה, קורא לקיומם של הליכים שקופים ושיתופיים, שבמסגרתם יקבלו בעלי המקרקעין אפשרות ביטוי וזכות טיעון. על מנת להשיג תוצאה זו, מדינות שונות תובעות קיום הליכים רבים ומגוונים, דוגמת התייעצות עם מומחים,³¹ חובות שימוע והספקת מידע,³² וכן קיום הליכים ציבוריים שקופים החשופים לביקורת ציבורית

27 ראו Michelman, לעיל ה"ש 8; Jack L. Knetsch & Thomas E. Borcharding, *Expropriation of Private Property and the Basis for Compensation*, 29 U. TORONTO L.J. 237 (1979); William A. Fischel & Perry Shapiro, *Takings, Insurance, and Michelman: Comments on Economic Interpretations of "Just Compensation" Law*, 17 J. LEGAL STUD. 269 (1988).

28 Blume, Rubinfeld & Shapiro, לעיל ה"ש 9.

29 שם. המחברים מנתחים את ההשפעות של כללי פיצוי שונים על מדיניות ההשקעה של בעלי הזכות בקניין עובר לביצוע הנטילה השלטונית.

30 שם; Thomas J. Miceli, *Compensation for the Taking of Land Under Eminent Domain*, 147 J. INST. & THEORETICAL ECON. 354 (1991).

31 ס' 2 לפקודת הקרקעות מכונן "ועדה מייצעת", אשר כוללת, לצד מינויים פוליטיים, גם מינויים מקצועיים; וס' 3 לפקודת הקרקעות מחייב את שר האוצר להתייעץ עם ועדה זו עובר להחלטה על נטילה שלטונית קבועה של זכויות במקרקעין.

32 ס' 5 ו-5א לפקודת הקרקעות. בארצות הברית רוב ההליכים נקבעים במישור המדינתי, וקיימים

ושיפוטית.³³ התממשותו של מנגנון הגנה זה אינה בינרית, אם כן, במוכן זה שמדינות שונות עשויות לקיים הליכים מסוימים ולהימנע מאחרים. תביעת הצורך הציבורי מקיימת אף היא רצף, וזאת באשר ל"ציבוריות" המטרה שלשמה הזכויות במקרקעין ניטלות. מן העבר האחד עומדות מטרות ציבוריות במוכן ה"קשה", קרי, מטרות בטחוניות, מטרות הקשורות במישרין לבריאות הציבור ולבטיחותו, או מטרות הקשורות במישרין להספקת שירותים חיוניים כתחבורה.³⁴ מן העבר האחר עומדות מטרות

הבדלים באשר להיקף הספקת המידע לבעלי זכויות הקניין, כמו גם באשר להיקפה של זכות השימוע המוענקת להם. לסיכום מפורט של מאפייני ההליכים השונים במדינות השונות בארצות הברית ראו D. Zachary Hudson, *Eminent Domain Due Process*, 119 YALE L.J. 1280, 1322–1327 (2010). ס' 108(3) לחוק הבנייה הפדרלי הגרמני (BauGB) מחייב את הרשות המפקיעה לזמן לשימוע את בעלי הזכויות שעתידות להיות מופקעות, ואילו ס' 1(29) ו-1(25) לחוק הפרוצדורה המנהלית הגרמני (VwVfG) קובעים את חובת הרשויות לספק מידע ומסמכים הן על אודות הנטילה השלטונית לגופה והן על אודות זכויותיהם של בעלי הקניין להשתתף בהליך. ראו BÜRGERLICHES GESETZBUCH [BGB] [CIVIL CODE] § 108(3); VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (2)(16)3 ו-1(16)3, § 25(1), 29(1) [VwVfG] [ADMINISTRATION LAW CODE]. ס' 1(15)3, 3(1) ו-3(16)3 לחוק המנהלי ההולנדי (Awb) קובעים כי מי שנפגע כתוצאה מנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין רשאי להגיש התנגדות לביצוע הנטילה השלטונית, ואילו ס' 78(4) לדיני ההפקעה ההולנדיים (OW) קובע את חובת הרשות המפקיעה לערוך שימוע לכל הנפגעים הפוטנציאליים כתוצאה מביצוע הנטילה השלטונית. ראו Art. 78(4) OW; Arts. 3:15(1), 3:16(1), 3:16(2) Awb; Art. 78(4) OW. להרחבה ראו, למשל, Björn Hoops, *Expropriation Procedures in Germany and the Netherlands: Ready for the Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure?*, 5 EUR. PROP. L.J. 236, 256–260 (2016).

- 33 להיקף השקיפות ההליכית במדינות השונות בארצות הברית ראו Hudson, שם, בעמ' 1327–1322; לבחינת השקיפות ההליכית בגרמניה ובהולנד ראו Hoops, שם, בעמ' 248–251.
- 34 כאמור, הדין הישראלי אינו עורך הבחנה בין המטרות השונות שלשמן המקרקעין ניטלים על פי מידת חיוניותן, אלא מעניק שיקול דעת רחב לשר האוצר לקבוע את "ציבוריות" המטרה. ראו לעניין זה את דברי מ"מ הנשיא שמגר בעניין **לוביאניקר**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 147: "עניין הצורך הציבורי, שהגדרתו הוזכרה לעיל, מותר ביד שר האוצר שיקול-דעת רחב, כי אמת המידה, אשר באה לידי ביטוי בהגדרה, הכלולה בסעיף 2 לפקודה, איננה מעוגנת ביסודות אובייקטיביים המצביעים על **קיומו של צורך ועל אופיו של הצורך** כבעל סממן ציבורי, אלא אישורו של השר בדבר קיומו של צורך ובדבר אופיו הוא שמקנה לו את המעמד של צורך ציבורי. בשל היקפה הרחב של ההגדרה, המקנה לאישורו של השר מעמד של הכרעה החלטית, שאין כאילו להרהר אחריה, נתפתחה בעבר הגישה, לפיה לא יתערב בית-משפט זה בשיקוליו של השר, כאשר קבע מטרה פלוגית כצורך ציבורי לצרכי הפקודה הנ"ל." (ההדגשות במקור). כן ראו יפעת הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" **ספר ויסמן** 73, 77–85 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002). עם זאת, העתקת הדיון המשפטי למידתיותה של הנטילה השלטונית, תוך שימת דגש ביכולתם של הבעלים לממש את מטרת ההפקעה בעצמם, בעיקר בשעה שהפרויקט שלשמו המקרקעין ניטלים הינו בעל מאפיינים מסחריים, מותרת את ההבחנה בין נטילות שלטוניות שונות מבחינת מידת ה"ציבוריות" הגלומה בהן. ראו עניין **נוסיבה**, לעיל ה"ש 25; עניין **מהדרין בע"מ**, לעיל ה"ש 25.

ציבוריות במובן ה"רך", קרי, מטרת שממומשות על ידי גורמים פרטיים ואשר תורמות לרווחת הציבור בעקיפין. דוגמה בולטת במשפט הישראלי למטרות בעלות ציבוריות "רכה" ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **שוורץ נ' שר האוצר**, שבו הכשיר בית המשפט נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין לצורך המשך פעילותו של מפעל פרטי, וזאת כדי למנוע החרפה במצב התעסוקה באזור.³⁵ דוגמאות נוספות למטרות ציבוריות "רכות" הן שימושים מסחריים במקרקעין המופקעים, אשר מיועדים בעיקרם להניב רווחים ליזמים ולגורמי מסחר פרטיים אולם מאפשרים לציבור ליהנות משירותי מסחר שונים.³⁶ לבסוף, דרישת הפיצוי מקיימת רצף בכל הקשור לשיעור הפיצוי (או לסוג הסעד) שראוי כי ישתלם לבעלי הזכויות הפרטיים. ככלל, הדין הישראלי מבסס סטנדרט פיצוי המושתת על מחיר השוק של הזכויות הניטלות.³⁷ עם זאת, הדין הישראלי מתיר הפחתה של הפיצוי במקרים מסוימים³⁸ או לחלופין הענקת סעד שונה במקרים אחרים.³⁹ כמו כן, במקרים מסוימים המשפט הישראלי מתיר להגדיל את הפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות במקרקעין מעבר למחיר השוק של הזכויות, וזאת תוך הבאה בחשבון של עלויות נוספות הכרוכות בביצוע נטילה שלטונית.⁴⁰

הנה כי כן, מנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מבקשים להגן מפני החששות המאפיינים כוח שלטוני זה. במובן זה, מנגנוני ההגנה האמורים מבקשים לוודא כי הכוח השלטוני המוענק לרשויות ליטול בכפייה את זכויות הפרטים במקרקעין יופעל באופן ראוי, הוגן ויעיל. אולם, כפי שאראה להלן, הקפדה על רף גבוה בכל אחד ממנגנוני ההגנה עלולה לעיתים לסכל את המטרה שלשמה הוענק כוח זה לשלטון מלכתחילה.

35 בג"ץ 114/77 **שוורץ נ' שר האוצר**, פ"ד לא(2) 800 (1977). ארבעים שנים מאוחר יותר, בעניין *Kelo*, לעיל ה"ש 21, פסק בית המשפט העליון האמריקני כי "פיתוח כלכלי", גם אם הוא נעשה על ידי גורמים פרטיים ומניב להם רווחים, עונה על הגדרת "Public Use" על פי התיקון החמישי לחוקה האמריקנית, וניתן ליטול זכויות במקרקעין בגינו.

36 ראו עניין **מהדרין בע"מ**, לעיל ה"ש 25; דגן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 113.

37 ס' 12(ב) לפקודת הקרקעות קובע כי "בכפוף למותנה לקמן יקובל כשוויה של הקרקע, אותו הסכום שהיה מתקבל ממכירת הקרקע אילו נמכרה בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב...".

38 ס' 20(2) לפקודת הקרקעות; ס' 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה.

39 ס' 191 ו-194 לחוק התכנון והבניה; ס' 14 לפקודת הקרקעות; ס' 39 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965.

40 הפסיקה הכירה בזכאותם של בעלי זכויות במקרקעין לקבלת פיצויים העולים על מחיר השוק של הזכויות שניטלו, לרבות הוצאות פירוק, הובלה והכשרה של המגורים או העסק החדש. ראו לעניין זה ע"א 740/75 **דוידוביץ נ' אתרים בחוף תל-אביב**, חברה לפיתוח אתרי תירות בתל-אביב-יפו בע"מ, פ"ד לא(3) 3, 10 (1977); ע"א 361/83 **עיריית חיפה נ' אליהו**, פ"ד מ(2) 187 (1986); ע"א 10873/06 **בכר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו** (פורסם באר"ש, 22.2.2010); ולאחרונה גם ע"א 3471/11 **דוויק נ' מע"צ**, החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פורסם באר"ש, 27.1.2014).

פרק ב: מערכת יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה – המודל המוצע

בפרק זה אטען כי הגם שמנגנוני ההגנה המוכּנים בדיני הנטילה השלטונית מספקים הגנה מפני שלושת החששות העיקריים הכרוכים בנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין פרטיים, הקפדה על הרף הגבוה בכל השלושה גם יחד עלולה לעיתים לפגוע במטרה שלשמה הוענק כוח שלטוני זה לרשויות מלכתחילה. הסמכת השלטון ליטול את זכויותיו של הפרט במקרקעין בכפייה נועדה לאפשר לרשויות לספק צרכים חברתיים, אשר אלמלא נטילה זו בכפייה לא היו יוצאים אל הפועל מסיבות שונות. כאמור, דיני הנטילה השלטונית הטמיעו אל תוכם מנגנוני הגנה שנועדו להבטיח כי נטילת זכויותיו של הפרט במקרקעין בכפייה תיעשה באופן ראוי, הוגן ויעיל. אולם הקפדה על יישום מנגנונים אלה ברף גבוה עלולה, במקרים מסוימים, לשמוט את הקרקע מתחת מטרותיו של כוח שלטוני זה. כך, לדוגמה, בעיתות חירום הרשויות עשויות להידרש למקרקעין מסוימים מבלי שיש ביכולתן לקיים את מכלול ההליכים הנהוגים על ידיה בעיתות שגרה; במקרים אחרים עשויה להידרש מעורבות של גורמים פרטיים על מנת להבטיח את מימושה של מטרת הנטילה השלטונית; וייתכנו גם מקרים שבהם השלטון נדרש לספק שירותים ומצרכים לחברה מבלי שיש בקופתו משאבים מספקים לצורך תשלום פיצוי מלא על פי שוויון של הזכויות במקרקעין הנדרשות לשם כך. מצבים "לא מושלמים" אלה מחדדים את השאלה אם נטילה שלטונית של זכויות הפרט במקרקעין מותנית ביישום המלא של שלושת מנגנוני ההגנה שהוטמעו בדיני הנטילה השלטונית או שמא במצבים מסוימים ניתן להקל ביישומם של מנגנונים אלה.

עיקרה של הטענה המוצגת בפרק זה היא כי הרציונל המצדיק את הטמעת מנגנוני ההגנה האמורים בדיני הנטילה השלטונית הוא גם זה המצדיק, במקרים מסוימים, הקלה ביישומם. כאמור, בבסיס הטמעתם של מנגנוני ההגנה בדיני הנטילה השלטונית עומד הרצון להבטיח כי נטילת זכויותיו של הפרט במקרקעין תיעשה באופן ראוי בשלושה מישורים: הכוח השלטוני לא יושחת על ידי הרשויות; השימוש בכוח שלטוני זה ייעשה למטרות ציבוריות חיוניות, באופן שיבטיח את הוגנותו; ומימוש המטרות יהיה יעיל. אולם הניסיון להבטיח יישום ראוי של כוח השלטון ליטול זכויות במקרקעין מותנה בהכרה בצורך לאפשר לשלטון לספק לחברה את צרכיה החיוניים. עמידה דווקנית ונוקשה על יישומם של מנגנוני ההגנה האמורים ברף הגבוה עלולה לפגוע ביכולתו של השלטון לספק צרכים חיוניים אלה, וממילא יש בה כדי לשמוט את הקרקע מתחת מערכת דינים זו. הבנה זו מצריכה אם כן מציאת איזון בין חובתו של השלטון לספק לחברה את צרכיה החיוניים לבין הרצון להבטיח כי חובה זו תוגשם באופן ראוי. איזון זה יעמוד במוקד פרק זה.

1. שלב ראשון: זיהוי ההגנה שמנגנוני ההגנה השונים מספקים

הצעד הראשון בהשגתו של איזון כאמור הוא בחינת ההגנה שכל אחד ממנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מספק. הצעד השני בהשגת אותו איזון יהיה לבחון אם ניתן לספק הגנה מפני החששות האינהרנטיים לנטילה בכפייה של זכויות במקרקעין גם אם אחד ממנגנוני ההגנה מיושם באופן חלקי בלבד. כאמור, כל אחד ממנגנוני ההגנה מספק הגנה מפני חשש מרכזי הטבוע בהענקת הכוח לשלטון ליטול זכויות מקרקעין: המנגנון הפרוצדורלי נועד להפחית את החשש מפני השחתת הכוח השלטוני; דרישת הצורך הציבורי נועדה להבטיח את הוגנות ההליך; ואילו דרישת הפיצוי נועדה בעיקרה להבטיח כי ההליך כולו יהיה יעיל. אולם, אף שכל אחד ממנגנוני ההגנה מעניק הגנה מסדר ראשון מפני אחד מהחששות המובנים במימושה של הנטילה השלטונית, כל אחד מהם מגן, גם אם בהגנה מסדר שני, אף מפני יתר החששות. להלן אפרט.

המנגנון הפרוצדורלי מגן, בראש ובראשונה, מפני השחתת הכוח השלטוני ליטול את מקרקעיו של הפרט. אכן, קיומם של הליכים מוסדרים ושקופים, חובת התייעצות עם מומחים והענקת זכות שימוע וזכויות דיוניות נוספות לבעלי המקרקעין מפחיתים את החשש שהשלטון יוכל לעשות במקרקעי הפרט כרצונו.⁴¹ אולם קיומם של הליכים אלה מגן, גם אם באופן פחות, גם מפני יתר החששות האינהרנטיים לנטילה של זכויות הפרט במקרקעין. קיומם של הליכים כאמור מפחית את החשש מפני העדר הוגנות במימוש הכוח השלטוני ליטול את זכויות הפרט במקרקעין, מכיוון שהליכים שקופים, המשתפים את הציבור, יחייבו את הרשויות לשמור על איזונים ביחס לנטלים המושטים על הפרטים בחברה.⁴² החשש מפני הטלה לא מאוזנת של נטלים פוחת אם כן בשעה שהרשויות נדרשות להצדיק את החלטותיהן, וחשוב לא פחות – בשעה שמעשיהן גלויים וחשופים לביקורת ציבורית ומשפטית. הקפדה על הליכים כאמור מפחיתה גם את החשש מפני העדר יעילות במימושה של נטילה שלטונית. הסיבה לכך נעוצה בהיות הליכים אלה זירה שבה הצדדים יכולים לחשוף זה לפני זה את העלויות הכרוכות במימוש הנטילה השלטונית. ככל שהחשש העיקרי מפני העדר יעילות בנטילות שלטוניות נעוץ ב"אשליה הפיסקלית" שהרשויות עלולות ליפול אליה בעת הפעלת כוחן ליטול זכויות במקרקעין בכפייה, הליכים שבעלי הזכויות במקרקעין מעורבים בהם – וחשוב לא פחות, כאלה שבהם ניתנת לאותם בעלים הזכות להשמיע לפני הרשות את טענותיהם, ובכלל זה לחשוף את הערכים שזכויות אלה מקיימות מבחינתם, כגון הערכים הסובייקטיביים של

41 ראו Hudson, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1287.

42 הנחה זו נובעת מההבנה כי הליכים הכפופים לביקורת ציבורית ומשפטית יהיו קשובים יותר להתנגדות ציבורית, מחד גיסא, ויאפשרו את התגבשותה של התנגדות או מחאה ציבורית כאמור, מאידך גיסא (הודות להיחשפות הציבור למידע).

הזכויות במקרקעין – מפחיתים במידה משמעותית את החשש שהרשויות יתעלמו מערכים אלה.⁴³

הדברים נכונים גם ביחס לדרישת הצורך הציבורי. כאמור, החשש העיקרי שדרישת הצורך הציבורי מגינה מפניו הוא הוגנות הנטילה השלטונית.⁴⁴ עיקרו של חשש זה הוא שהנטל של סיפוק צורכי החברה יוטל באופן לא מאוזן, וממילא לא ראוי, על כתפיהם של בעלים פרטיים. דרישת הצורך הציבורי מגינה מפני חשש זה בכך שהיא מספקת בסיס רעיוני להקרבה הנתבעת מהיחידים בחברה, ובתוך כך מבחירה למעשה את גבולות אותה הקרבה. אולם עיון מעמיק יותר מגלה כי דרישה זו מספקת הגנה, אף אם מסדר שני, גם מפני שני החששות האחרים האינהרנטיים לנטילה שלטונית: החשש מפני השחתת הכוח שלטוני והחשש מפני חוסר יעילות של ההליך. הדרישה כי כוחו של השלטון ליטול זכויות של פרטים במקרקעין תיעשה אך ורק לצורך ציבורי מפחיתה את החשש מפני שימוש לרעה בכוח שלטוני, שכן היא מצמצמת את מרחב המטרות והשימושים שלשמן השלטון יכול ליטול זכויות של פרט במקרקעין. הגם שמדובר בהגנה מסדר שני בלבד, הגבלת מטרותיה של נטילה שלטונית במקרקעין מפחיתה במידה משמעותית את יכולתו של השלטון ליטול זכויות במקרקעין ולעשות בהן כרצונו. דרישת הציבוריות מפחיתה גם את החשש מפני העדר יעילות במימושה של נטילה שלטונית, שכן ההצדקה לשימוש בכוח השלטוני לנטילת זכויות במקרקעין בכפייה נעוצה באבחון כשל שוק המונע את מימושו של הצורך הציבורי ללא התערבות ממשלתית. לפיכך, באותם מקרים שבהם ניתן להתגבר על כשלי השוק ללא מעורבות ממשלתית – כלומר, במקרים שבהם הפרויקטים אינם טוביין ציבוריים, אלא טוביין פרטיים – אין כל הצדקה כלכלית לשימוש בכוחה הכופה של המדינה.⁴⁵

לבסוף, דרישת הפיצוי נועדה אומנם, בראש ובראשונה, להבטיח את יעילותו של הליך הנטילה השלטונית, אולם יש בה כדי להפחית גם את החששות מפני השחתת הכוח השלטוני והעדר הוגנות בהליך. הדרישה כי בעלי הזכויות במקרקעין יזכו בפיצוי חלף הזכויות הניטלות מהם מפחיתה את החשש מפני השחתת הכוח השלטוני, מכיוון שהיא מצמידה תג מחיר כלכלי לפעולת הרשות. אילו הייתה הרשות פטורה ממתן פיצוי לבעלי הזכויות הניטלות, היה לה תמריץ ליטול זכויות פרטיות במקרקעין, באשר פעולה זו לא הייתה כרוכה בשום עלות. תמריץ זה היה עלול לגרום לנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין גם במקרים שבהם נטילה זו הייתה מספקת לא את צורכי החברה, אלא את האינטרסים של הגורמים המקורבים לשלטון. הצמדת תג מחיר לנטילה השלטונית של

43 החשש מפני אשליה פיסקלית מתמתן בשעה שהרשויות המפקיעות נחשפות לערכי הזכויות במקרקעין במהלך ההליכים.

44 ראו Heller & Krier, לעיל ה"ש 7.

45 ראו Epstein, לעיל ה"ש 6, בעמ' 166-168. לטענה בדבר אי-היעילות הכרוכה בשימוש בכוח הנטילה השלטונית לצורך הוצאתם אל הפועל של פרויקטים פרטיים, ולמודל המציע פתרון לכשלי השוק הכרוכים בכך, ראו אירית חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא 449 (1998); Lehavi & Licht, לעיל ה"ש 13. אך השווה Abraham Bell, *Private Takings*, 76 U. CHI. L. REV. 517 (2009).

זכויות במקרקעין מצמצמת – גם אם לא מאיינת לחלוטין – את התמריץ המוקנה לרשויות לנצל את כוחן למטרות שאינן ראויות, שכן מעתה פעולה זו כרוכה בתשלום בעבור הזכויות הניטלות. דרישת הפיזיו מצמצמת אף את העדר ההוגנות של הליך הנטילה השלטונית, בעיקר בכל הקשור לחשש שעל כתפי יחידים יוטל נטל לא מאוזן של נשיאה בצורכי החברה בכללותה. תביעת הפיזיו מפחיתה חשש זה, מכיוון שהיא מקנה לאותם יחידים, אשר זכויותיהם במקרקעין ניטלות לצורך סיפוק צורכי החברה, פיזיו לכל הפחות בעבור חלק מערכן של זכויות אלה.⁴⁶ במצב דברים זה, הפיזיו משמש לאיזון הנטל המוטל על בעלי הזכויות במקרקעין, וממילא מפחית את החשש שהם יאלצו לשאת במלוא הנטל הכרוך בסיפוק צורכי החברה.

2. שלב שני: איתור מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים

העובדה שכל אחד ממנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מעניק הגנה, ולו חלקית, מפני מכלול החששות האינהרנטיים לנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין מאפשרת להכיר בקיומו של מערך יחסי גומלין בין מנגנוני ההגנה אלה, וממילא מאפשרת הקלה מסוימת ביישומם המלא בנסיבות מסוימות. בפרק שלהלן אעמוד על מערך יחסי גומלין זה, וחשוב לא פחות – על האופן שבו ניתן להשתמש בו כדי להקל את יישומם של מנגנוני ההגנה אלה בנסיבות מסוימות. התפיסה המוצעת במאמר זה היא בעיקרה שמערך יחסי הגומלין האמור, והעובדה שכל אחד ממנגנוני ההגנה מגן – ולו באופן חלקי – מפני שלושת החששות האינהרנטיים לנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין, מאפשרים להקל במידת מה את הרף באחד ממנגנוני ההגנה. זאת, מתוך הנחה שהחשש שמפניו הוא נועד להגן יתמתן באמצעות הקפדה על רף גבוה בשני מנגנוני ההגנה האחרים. משמעות הדברים היא שנטילה שלטונית עשויה להיות לגיטימית גם אם אחד ממנגנוני ההגנה ייושם באופן חלקי בלבד, וזאת כל זמן ששני מנגנוני ההגנה האחרים ייושמו באופן מלא.

חשוב, למשל, על מצב שבו המדינה נדרשת ליטול את זכויותיו של פרט במקרקעיו לצורך מבצעי או בטחוני דחוף.⁴⁷ במצב דברים זה, קיום הליכים מוסדרים ושקופים יהיה קשה לביצוע, ועלול לסכל את מטרת הנטילה השלטונית מאליה. האם המדינה

46 לטיעון בדבר ההגנה שהפיזיו מעניק מפני הטלה לא שוויונית של נטל הנשיאה בצורכי החברה על בעלי מקרקעין ראו, לדוגמה, ע"א 5964/03 עיזבון ארידור נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד ס(4) 437, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ארבל (2006): "היבט אחר של הפיזיו הוא בחלוקה הוגנת של הנטל הציבורי. עקרונות האחריות המשותפת שבבסיס התנהלותה של החברה מחייבים כי צורכי הציבור ימומנו על ידי החברה כולה. פסיקתנו שבה והדגישה כי מעשה של הפקעה גורר עמו חובה של פיזיו, וכי מתן פיזיו לנפקע נועד, בין היתר, לפזר את הוצאות הציבור על הציבור ולמנוע התעשרותו של הציבור על חשבוננו של הנפקע...". עוד ראו Michelman, לעיל ה"ש 8.

47 ראו ס' 17 לחוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום והתקנות שהותקנו על פיו, המקנים הליכים מצומצמים בלבד (דוגמת ערעור על החלטת תפיסה ללא זכות שימוע או חובת פרסום של צו התפיסה).

אינה יכולה להסתפק בקיומם של שני מנגנוני ההגנה האחרים – קרי, צורך ציבורי ותשלום פיצוי – כדי להכשיר את ביצוע הנטילה השלטונית? או חשבו על תרחיש שבו מצבה הכלכלי של הרשות אינו מאפשר רכישה של זכויות במקרקעין במחיר השוק המלא לצורך מימושה של מטרה שנועדה לספק לחברה צורך חיוני. האם במצב זה יש לקבוע כי אי־יכולתה של הרשות לשלם לבעלי הזכויות במקרקעין את מלוא הפיצוי שומטת את הקרקע מתחת הלגיטימיות של הנטילה השלטונית? לבסוף, חשבו על מצב שבו הרשות מעוניינת לקדם מטרה באמצעות סיוע של גורמים פרטיים או לחלופין על מצב שבו השגת המטרה שלשמה הרשות מעוניינת ליטול את הזכויות במקרקעין תתאפשר רק כאשר גורמים פרטיים יניבו רווחים כלכליים מנטילה שלטונית זו. האם במצבים אלה אפשר לראות את הנטילה השלטונית כהפעלה לגיטימית של כוחו הכופה של השלטון או שמא בגלל מעורבותם של גורמים פרטיים (ואולי אף רווחיהם) יש לשלול את כשרותה של הנטילה השלטונית?

התרחישים המתוארים לעיל אינם דמיוניים. למעשה, הם מוצאים ביטוי בנסיבותיהן של חלק משמעותי מהנטילות השלטוניות הנערכות בישראל ובעולם.⁴⁸ התפיסה הרווחת בדיני הנטילה השלטונית הישראלים היא כי יישומו של כל אחד ממנגנוני ההגנה צריך להיעשות באופן בלתי תלוי, וכי אין השלכה למידת יישומו של האחד על זה של האחרים. תפיסה זו משמיעה עוצמת הגנה לא ראויה בדיני הנטילה השלטונית, כך שבחלק מהמקרים תוענק הגנת יתר מפני החששות המאפיינים מערכת דינים זו, בעוד בחלק אחר של המקרים תוענק הגנת חסר. הגנת יתר מפני החששות המאפיינים את דיני הנטילה השלטונית עלולה להוביל ליישום חסר של פרויקטים ציבוריים ולהימנעותן של רשויות ממתן מענה ראוי לצורכי הציבור. כך, לדוגמה, קיימים מקרים שבהם לא ייעשה שימוש בנטילה שלטונית של מקרקעין אך בשל העלות הגבוהה הכרוכה ביישומה, וזאת חרף היעילות הפוטנציאלית הטמונה בשימוש זה. דוגמה בולטת להגנת יתר זו היא הימנעות משימוש במכשיר הנטילה השלטונית בהליכי התחדשות עירונית והותרת הליכים אלה לרגולציה של יזמות פרטית, בעיקר בגלל העלויות הכרוכות בתשלום פיצוי לבעלי הדירות.⁴⁹ אולם תפיסה התובעת הקפדה יתרה על יישום מלא של כל אחד ממנגנוני ההגנה באופן בלתי תלוי עלולה להוביל במקרים אחרים להגנת חסר. כך, לדוגמה, במצבי חירום או כאשר הצורך שלשמו הזכויות במקרקעין ניטלות הינו חיוני, רשויות עשויות לוותר לחלוטין על יישומו של מנגנון הגנה מסוים. כך, במצבי חירום

48 בשעת מלחמה או משבר יש הקלה ברשימות של הליך ההפקעה, אך נדרשת עדיין הענקת פיצוי לבעלי המקרקעין. ראו Standard-Vacuum Oil Co. v. United States, 127 F. Supp. 195, 196–197 (Fed. Cl. 1955); Chicago League Ball Club v. The City of Chicago, 77 Ill. App. 124, 138–139 (1898); David D. Mitchell, Plaintiff in Error v. Manuel X. Harmony, 54 U.S. 115 (1851); United States v. Russell, 80 U.S. 623 (1871) הפקעה של מקרקעין בעיתות חירום לצורכי שימוש לבין הפקעה כאמור לצורכי השמדה ראו Brian Angelo Lee, *Emergency Takings*, 114 MICH. L. REV. 391 (2015).

49 ראו לעניין זה כהן, לעיל ה"ש 2. כן ראו אביטל מרגלית ושי שטרן "התחדשות עירונית: מאסדרה מאפשרת למעורבות מושכלת" **מחקרי משפט** (צפוי להתפרסם ב־2020).

החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום מתיר להפקיע זכויות במקרקעין של בעלים פרטיים ללא הקניית זכויות הליכיות לבעלי הזכויות במקרקעין.⁵⁰ תפיסה זו בדבר יישומם של מנגנוני ההגנה באופן בלתי תלוי זה בזה נושאת עימה, אם כן, הגנת יתר במקרים מסוימים והגנת חסר במקרים אחרים. מכל מקום, אין היא מאפשרת התאמה של ההגנה הראויה לנסיבותיו של כל מקרה.

זיהויו של מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים בדיני הנטילה השלטונית מאפשר שינוי תפיסתי ביחס להגנה שעל אלה להעניק לבעלי הזכויות במקרקעין. מאמר זה קורא אם כן לדחות את ההגנה האולטימטיבית – אך האוטופית – המשתמעת מהטמעת מנגנוני ההגנה האמורים בדיני הנטילה השלטונית, ולהכיר ביחסי הגומלין בין מנגנונים אלה כאמצעי לריפוי פגמים אפשריים באחד מהם. הכרה זו מותנית, עם זאת, בשני תנאים מצטברים: האחד, שכל מנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית יתקיימו בצורה חלקית לפחות; והאחר, שהקלה מסוימת ברף היישום של אחד ממנגנוני ההגנה תחייב הקפדה על רף גבוה ביישומם של שני מנגנוני ההגנה האחרים. יישומה של הצעה זו על אותן נסיבות "לא מושלמות" המאפיינות רבות מהנטילות השלטוניות בישראל ובעולם מגלה כי היא מצדיקה נורמטיבית רבות מאותן נטילות שלטוניות.

המודל המוצע במאמר זה מאפשר אם כן הכרה בכוחן השלטוני של רשויות ליטול בכפייה מקרקעין פרטיים גם בשעה שאחד ממנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מתקיים באורח חלקי בלבד. תפיסת שלושת מנגנוני ההגנה – המנגנון הפרוצדורלי, מנגנון הצורך הציבורי ומנגנון הפיצוי – כמכלול שנועד להגן מפני חששות אינהרנטיים לכוחו של השלטון ליטול בכפייה זכויות במקרקעין מכירה בקיומו של מערך גומלין המאפשר התמודדות עם מציאות שאינה מושלמת. בפרק הבא של המאמר אבחן כיצד ניתן ליישם את המודל המוצע במשפט הישראלי.

פרק ג: מתיאוריה למעשה – המודל המוצע בשירות הביקורת השיפוטית

יישומו של המודל המוצע במשפט הישראלי מחדד את תפקידה של הביקורת השיפוטית על חקיקה המבקשת להכשיר נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין. בפרק זה של המאמר אבקש להציג שני מסלולים שונים לביקורת שיפוטית זו, אשר מאמצים, כל אחד בדרכו, את המודל המוצע: המסלול האחד, שאכנה אותו "המסלול המסורתי" מטמיע את המודל המוצע בדרישת המידתיות הנבחנת בשעה שהשלטון פוגע בזכותו של הפרט לקניין; ואילו המסלול האחר, שאכנה אותו "המסלול הדמוקרטי", רואה ביישום כלליו של המודל המוצע חלק אינהרנטי ממימוש ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית

50 ס' 4 לחוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום.

ודמוקרטיה. שני המסלולים גם יחד מסתמכים על יכולתו המוכחת של בית המשפט להתערב בחקיקה מכוח חוקי היסוד, ובפרט מכוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. המודל המוצע במאמר זה מניח תשתית לביקורת שיפוטית של דבר חקיקה המבקש להכשיר נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין בעקרונות היסוד של ענף משפטי זה. המסלול האחד שבו מתאפשרת עריכת ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה מעין זה הוא המסלול ה"מסורתי", המטמיע את דרישות המודל בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי תפיסה זו, בהפרת עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית יש לראות עדות להתקיימותה של פגיעה בזכות החוקתית לקניין.⁵¹ הבנה זו מאמצת את התפיסה כי לא כל נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין מהווה פגיעה בזכות לקניין של הבעלים, והיא נשענת על ראיית הזכות לקניין כמוסד חברתי שגבולותיו והיקפו (וממילא היקף ההגנה עליו) נגזרים מאיזונים של ערכים שונים בחברה.⁵² ההבנה כי הזכות לקניין הינה מערך המאזן בין הזכויות והחובות של בעלי הזכות לבין אלה של כלל החברה אינה מאפשרת לראות בכל נטילה שלטונית באשר היא פגיעה בזכות הקניין, שכן במקרים מסוימים היא עשויה לבטא את חובתם של היחידים, בעלי הזכויות, כלפי קהילתם.⁵³ תפיסה זו של הזכות לקניין מחייבת אם כן לערוך הבחנה בין נטילה שלטונית הפוגעת בזכות החוקתית לקניין לבין כזו שאינה פוגעת בזכות זו. הבחנה זו, כך מציע המודל המוצע במאמר זה, צריכה להתבסס על עמידתה של הנטילה השלטונית בעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, קרי, על התמודדותה עם החששות המוטמעים בשימוש בכוח שלטוני זה באמצעות מנגנוני ההגנה השונים. המודל המוצע במאמר זה קובע, אם כן, את גבולותיה של הזכות החוקתית לקניין, וממילא את היקף ההגנה החוקתית שיש להעניק לה. אימוצו של המודל המוצע במאמר זה כבסיס להכרה בפגיעת החוק בזכות הקניין מאפשר קביעת גבולות מוגדרים לתחולתה של הזכות, ומונע ראיית נטילה שלטונית של מקרקעין באשר היא כפגיעה בזכות לקניין. אולם זיהויה של פגיעה בזכות לקניין אינה בבחינת סוף פסוק באשר לכשרותו של החוק. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר להכשיר פגיעות בזכויות המנויות בו, לרבות הזכות לקניין, כל זמן שאלה עומדות בפסקת ההגבלה הקבועה בחוק.⁵⁴ המודל המוצע במאמר זה אינו משמש אך ורק אמצעי לזיהוי קיומה של פגיעה בזכות לקניין, אלא מציע אף מנגנון מובנה לאומדן מידתיותה של פגיעה זו. אומדן זה מושתת על מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית. כאמור, מערך יחסי הגומלין במודל המוצע מאפשר לקבוע אם הפגיעה שנגרמה לזכות הקניין של בעלי הזכויות במקרקעין

51 ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

52 דגן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 37 ("...זכות זו [הקניין – ש' ש'] היא פרי הכרעה אנושית ומשום שניתן לעצב אותה כפי שטוב לבני אדם").

53 להרחבה על אודות תפיסה קהילתנית של קניין, השוללת את התפיסה כי כל נטילה שלטונית של זכויות היחיד במקרקעין מהווה פגיעה בקניין, ראו Gregory S. Alexander & Eduardo M. Peñalver, *Properties of Community*, 10 THEORETICAL INQ. L. 127 (2009).

54 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

היא מידתית או לא. ככל שמערך יחסי הגומלין נשמר, קרי ככל שהפשרה על אחד ממנגנוני ההגנה מאוזנת באמצעות הקפדה על רף גבוה בשני מנגנוני ההגנה האחרים, ניתן לראות את הפגיעה כמידתית. אולם ככל שמערך יחסי הגומלין המוטמע במודל המוצע קורס, יש לקבוע כי הפגיעה בזכות לקניין של בעלי הזכויות במקרקעין אינה מידתית. התפיסה המוצעת לעיל בדבר הטמעתו של המודל המוצע אל תוככי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשרת התמודדות משפטית מעשית עם דבר חקיקה שנועד לאפשר נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין, וזאת באמצעות קביעת אמות מידה ברורות למבחן המידתיות.

המסלול השני לעריכת ביקורת שיפוטית על חקיקה המבקשת להכשיר נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין צועד בנתיב דומה אך שונה במעט. המסלול ה"דמוקרטי" מציע כי חקיקה אשר אינה עומדת בדרישות הקבועות במודל המוצע חותרת תחת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. על פי תפיסה זו, התעלמותה של חקיקה מעקרונות היסוד המבנים את דיני הנטילה השלטונית חותרת תחת הבסיס הדמוקרטי המשמש מצע לכוח שלטוני זה. במילים אחרות, הימנעותה של חקיקה המבקשת להכשיר נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין מלהתמודד עם מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה האינהרנטיים לבין דיני הנטילה השלטונית אינה מעידה אך ורק על הזכות הנפגעת או מידתיותה של הפגיעה, אלא יש בה ערעור על היסודות הדמוקרטיים של הפעלת הכוח השלטוני. הבנה זו נובעת ממאפייניו הייחודיים של הכוח השלטוני ליטול את זכויותיו של הפרט במקרקעין באופן כופה – כוח המהווה צומת מרכזי של מערכת היחסים שבין השלטון, הפרט הנפגע ויתר הפרטים בחברה. על מנת להבין את הזיקה שכוח שלטוני זה מקיים עם שימור הדמוקרטיה, יש לשאול, תחילה, מכוח מה השלטון מקבל את כוחו הכופה ליטול זכויות קנייניות של הפרט. המענה המרכזי בספרות לשאלה זו ניתן על ידי ג'ון לוק (John Locke), אשר קבע כי יכולתו של השלטון ליטול בכפייה את זכויותיו של הפרט במקרקעין נובע מהסכמה שניתנה לפעולה זו על ידי בעליה של הזכות הניטלת.⁵⁵ לוק מגדיר "הסכמה" באופן רחב; לדידו, השתתפות אזרחית ודמוקרטית של אזרחים מהווה מעין הסכמה מרומזת, ראשונית, להענקת כוח שלטוני זה לידי נציגי הציבור.⁵⁶ לוק קושר אם כן במישורין בין ההשתתפות בהליך הדמוקרטי לבין כוחו הכופה של השלטון ליטול זכויות במקרקעין: כוחו של השלטון ליטול זכויות במקרקעין ללא הסכמה מפורשת של בעליהן נובע מהסכמה ראשונית שנתנו אלה כאשר השתתפו בהליך הדמוקרטי. אולם הסכמה ראשונית זו אינה יכולה להיות בלתי מוגבלת. מאמר זה מציע הרחבה מסוימת של המגבלות המוטלות על הסכמה ראשונית זו, בהתלותו את סמכות השלטון לעשות שימוש בכוחו ליטול בכפייה זכויות במקרקעין של הפרט בהקפדה על שלושת מנגנוני ההגנה המובנים בדיני הנטילה השלטונית ועל מערך הגומלין ביניהם. על פי המודל המוצע במאמר זה, אם כן, מנגנוני

55 ג'ון לוק המסכת השנייה: על הממשל המדיני 104 (יוסף אור מתרגם, הוצאת מאגנס, התשע"ג) ("...הרשות העליונה אינה זכאית לקחת משום אדם חלק כל-שהוא מקנינו שלא בהסכמתו").

56 שם, בעמ' 107.

ההגנה כמו גם מערך יחסי הגומלין ביניהם מהווים תנאי הכרחי להפעלת הכוח השלטוני ליטול זכויות במקרקעי הפרט. החלטה שלטונית להתעלם מתנאי הכרחי זה מהווה אם כן פגיעה בדמוקרטיה, ופורמת את הבסיס להפעלת כוח זה. מהבחינה הפוזיטיבית, קריאה מהותית זו מערערת על האפשרות להכיר בחקיקה שאינה עומדת בתנאי המודל המוצע ככזו המקיימת את מטרותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם ככזו התואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁵⁷ בפרק הבא של המאמר אבקש לבחון יישומים מעשיים למודל המוצע במאמר זה, תוך ניתוח של דיני הנטילה השלטונית הנוהגים כיום.

פרק ד: יישומים מעשיים – השפעתו של המודל המוצע על הדין הנוהג

בפרק זה של המאמר אבקש לעבור מתיאוריה למעשה, תוך בחינת השפעתו האפשרית של אימוץ המודל המוצע במאמר זה על דיני הנטילה השלטונית הנוהגים בישראל. כפי שאראה להלן, לאימוצו של המודל המוצע יש כמה השלכות משמעותיות על האופן שבו על בתי המשפט לפרש את הוראות דיני הנטילה השלטונית, כמו גם על התוצאות המעשיות של פרשנות זו.

1. חזרתו של מבחן "ציבוריות" המטרה למוקד הביקורת השיפוטית

דיני הנטילה השלטונית בישראל קובעים כי נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין תיעשה לצורך ציבורי, בתמורה לפיצוי בעלי הזכויות במקרקעין.⁵⁸ אולם המחוקק הישראלי העניק לרשויות המופקדות על ביצוע הנטילה השלטונית שיקול דעת רחב בהגדרת הצורך הציבורי. כך, פקודת הקרקעות כמו גם חוק התכנון והבניה מונים רשימה מוגדרת של צרכים ציבוריים (ביניהם גנים, שטחי נופש וספורט וכן בניינים לצורכי חינוך, תרבות, דת ובריאות),⁵⁹ אולם לצד זאת מותרים לשר האוצר שיקול דעת רחב לקבוע מטרות נוספות כציבוריות.⁶⁰ בחינת הפסיקה מראשית המדינה ועד ימינו מגלה כי בתי המשפט נמנעו מלהתערב בשיקול דעתו של שר האוצר כל אימת שהונח לפתחם

57 ס' 2 ו-8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

58 ס' 12 לפקודת הקרקעות; ס' 190 לחוק התכנון והבניה.

59 ס' 2 לפקודת הקרקעות; ס' 188(ב) לחוק התכנון והבניה.

60 ס' 2(10) לפקודת הקרקעות מונה בין הצרכים הציבוריים גם "צורך ציבורי אחר שאישר שר האוצר, בהתייעצות עם הוועדה המייעצת ובאישור ועדת הכספים של הכנסת"; וס' 188(ב) לחוק התכנון והבניה קובע הוראה דומה.

ערעור על ציבוריותו של צורך מסוים.⁶¹ כך, בתי המשפט אישרו נטילה שלטונית של זכויות פרטיות במקרקעין לצורך הקמת שכונות מגורים,⁶² לצורך המשך פעילותו של מפעל המצוי בבעלות פרטית,⁶³ לצורך הקמת מרכזי מסחר,⁶⁴ וכן לשם שימור שטחים פתוחים.⁶⁵ הותרת שיקול דעת רחב בידי שר האוצר בקביעת ציבוריותה של מטרה מסוימת שלשמה ניטלות זכויות במקרקעין, כמו גם הימנעות בתי המשפט מעריכת ביקורת שיפוטית על שיקול דעת זה, הובילו לפיחות בשאלת ציבוריותן של המטרות שלשמן ניטלו הזכויות במקרקעין. אין באמור כדי לומר כי בתי המשפט ויתרו לחלוטין על עריכת ביקורת שיפוטית על נטילות שלטונית של זכויות במקרקעין, אלא שאלה המירו את העיסוק ב"ציבוריות המטרה" בבחינה חלופית העוסקת ב"מידתיות ההפקעה". בתי המשפט קבעו מבחנים שונים שיש בהם כדי להעיד על מידתיותה של הנטילה השלטונית של הזכויות במקרקעין,⁶⁶ אולם אף לא אחד מהם עסק, במישורין או בעקיפין, במאפייניה של המטרה ובשאלת היותם של מאפיינים אלה בעלי סממנים ציבוריים. סיכום ראוי למדיניות זו של דיני הנטילה השלטונית ניתן על ידי מ"מ הנשיא שמגר, אשר קבע כי הגדרת "הצורך הציבורי" בפקודת הקרקעות "...איננה מעוגנת ביסודות אובייקטיביים המצביעים על קיומו של צורך ועל אופיו של הצורך כבעל סממן ציבורי...". וממילא "נתפתחה בעבר הגישה, לפיה לא יתערב בית-משפט זה בשיקוליו של השר, כאשר קבע מטרה פלונית כצורך ציבורי...".⁶⁷ העתקת הביקורת השיפוטית על נטילות שלטונית של זכויות במקרקעין משאלת "ציבוריות המטרה" לשאלת "מידתיות ההפקעה" נובעת, כאמור, משיקול הדעת הרחב שהקנה המחוקק לשר האוצר בהכשרת מטרות המצדיקות נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין. שיקול דעת רחב זה הוביל, כאמור, להכשרה של נטילות שלטונית של זכויות במקרקעין גם למטרות אשר מימד הציבוריות הגלום בהן פחות, דוגמת מרכזים מסחריים, מפעלים פרטיים ושכונות מגורים.⁶⁸ המודל המוצע במאמר זה, הגם שאינו מערער על שיקול דעת רחב זה הניתן

61 כך, בקשה לפסילת הפקעת מקרקעין פרטיים לצורך בנייה של שיכוני עולים נדחתה בבג"ץ 180/52 יורשי דור נ' שר-האוצר, פ"ד ו 908 (1952); בקשה לפסילת הפקעת מקרקעין פרטיים לשם בנייה פרטית נדחתה בבג"ץ 147/74 ספולינסקי נ' שר האוצר, פ"ד כט(1) 421 (1974); ובקשה לפסילת הפקעת מקרקעין פרטיים לצורך המשך פעילותו של מפעל המצוי בבעלות פרטית נדחתה בעניין שורץ, לעיל ה"ש 35.

62 עניין יורשי דור, שם; עניין ספולינסקי, שם; בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 22.12.1994).

63 עניין שורץ, לעיל ה"ש 35.

64 עניין נוסייבה, לעיל ה"ש 25; עניין מהרין בע"מ, לעיל ה"ש 25.

65 ע"א 4067/07 ג'בארין נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 3.1.2010).

66 ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817 (2003); בג"ץ 7817/98 מועצה מקומית זמר נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נה(3) 503 (2001); עניין קרסיק, לעיל ה"ש 20; עניין מקור הנפקות וזכויות בע"מ, לעיל ה"ש 62.

67 עניין לוביאניקר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 147 (ההדגשות במקור).

68 ראו לעניין זה את המקורות בה"ש 66 לעיל.

כאמור לשר האוצר בפקודת המחוקק, קורא להרחבת הביקורת השיפוטית על מאפייניה הציבוריים של המטרה שלשמה הזכויות במקרקעין ניטלות.

המודל המוצע במאמר זה מתאר את דרישת הצורך הציבורי כאחד ממנגנוני ההגנה של דיני הנטילה השלטונית, ועורך הבחנה בין צרכים ציבוריים שונים שלשם הגשמתם ניטלות זכויותיהם של בעלים פרטיים במקרקעין על בסיס מידת החיוניות הגלומה במימוש צרכים אלה מבחינת החברה בכללותה.⁶⁹ המאמר מצביע על קיומו של רצף בפרמטר של "ציבוריות" המטרה, אשר מצידו האחד עומדים צרכים ציבוריים במובנם ה"קשה" (צרכים בטחוניים, בטיחותיים, בריאותיים או תשתיתיים) ומעברו האחר עומדים צרכים ציבוריים במובן ה"רך", קרי, כאלה אשר משרתים בעיקרם פרטים או גורמים פרטיים אבל כדרך אגב גם מקימים תועלת כלשהי לציבור כולו (ככלל, צרכים אלה יהיו בעיקרם בעלי מאפיינים מסחריים).⁷⁰ על פי המודל המוצע במאמר זה, ככל שהצורך הציבורי שהרשות מבקשת לממשו באמצעות נטילה שלטונית קרוב יותר אל קוטב הציבוריות ה"קשה", יש לראות בכך יישום רף גבוה של דרישת הצורך הציבורי, ואילו ככל שהצורך הציבורי קרוב יותר אל קוטב הציבוריות ה"רכה", יש בכך כדי להעיד כי יישומו של מנגנון הגנה זה הינו חלקי.⁷¹

כאמור לעיל, ההבחנה בין יישום מלא ליישום חלקי של אחד ממנגנוני ההגנה, ובמקרה זה של תביעת הצורך הציבורי, משליכה על כשרותה של הנטילה השלטונית. המשמעות היא שאם תביעת הצורך הציבורי מתקיימת באופן חלקי בלבד (קרי, הנטילה משרתת בעיקרה פרטים או גורמים פרטיים, ורק כדרך אגב מקימה תועלת כלשהי לציבור כולו), יש להקפיד על התקיימותם של שני מנגנוני ההגנה האחרים – דרישת ההליך ודרישת הפיזוי – ברף גבוה.⁷² ממילא, המודל המוצע במאמר זה מציע להשיב את בחינת "ציבוריות" המטרה אל מרכז הביקורת השיפוטית על נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין. הקביעה בדבר מידת "ציבוריות" המטרה שלשמה הזכויות במקרקעין ניטלות מחויבת, אם כן, על מנת לקבוע את רף הקיום של יתר מנגנוני ההגנה, וממילא כדי להכריע בשאלת כשרותה של הנטילה השלטונית. יובהר כי המודל המוצע אינו מתעלם משיקול הדעת הרחב שהעניק המחוקק לשר האוצר בקביעת מטרות ציבוריות, אלא מציע לא לראות בהחלטתו קביעה דיכוטומית בדבר ציבוריותו של הצורך. הגם שקיים שיקול דעת רחב לשר האוצר בקביעת מטרה מסוימת כצורך ציבורי, על בתי המשפט לבחון את מידת ציבוריותו של הצורך – הכרעה שיש בה כדי להדק את הביקורת השיפוטית על התקיימותם של יתר מנגנוני ההגנה, וממילא כדי להשפיע על קביעת כשרותה של הנטילה השלטונית.

69 ראו לעיל ה"ש 34–35 והטקסט שלידן.

70 שם.

71 שם.

72 ראו לעיל בתחפרק ב2.

המחשה של יישום המודל ניתן למצוא בעניין **שוורץ**.⁷³ בעניין זה הכשיר בית המשפט העליון את הנטילה השלטונית, מכיוון שבעליהם של המקרקעין המופקעים זכה בסעד משפטי שהיב מפעל פרטי שעמד סמוך למקרקעין להשקיע משאבים עצומים על מנת להפחית את מפלס הרעש והזיהום מפעילות המפעל. מהנתונים המפורטים בפסק הדין עולה כי הנטילה השלטונית נעשתה תוך יישום מנגנון ההגנה הפרוצדורלי.⁷⁴ ההתדיינות בין הצדדים עברה גלגולים שונים בבתי המשפט, שבמסגרתם זכו בעלי המקרקעין להעלות את טענותיהם, כמו גם לחשוף את ערכן של הזכויות מבחינתם.⁷⁵ שר האוצר הוציא אל הפועל את ההחלטה רק לאחר קבלת המלצה של הוועדה המייעצת, והמלצה זו התקבלה רק לאחר שהוועדה וידאה כי התקיים משא ומתן בין בעלי המקרקעין לבין בעלי המפעל, אשר תבעו את ביצוע הנטילה השלטונית.⁷⁶ הנה כי כן, נטילה שלטונית זו נעשתה לאחר הקפדה על רף גבוה של יישום מנגנון ההגנה הפרוצדורלי. במקביל זכו בעלי הזכויות במקרקעין לקבל פיצוי בעבור זכויותיהם במקרקעין, וזאת בהתאם למחיר השוק של זכויות אלה.⁷⁷ אולם לצד קיומם של שני מנגנוני הגנה אלה, המחלוקת בעניין **שוורץ** התמקדה בשאלת מימושו של מנגנון ההגנה השני, קרי, דרישת הצורך הציבורי.⁷⁸ הנטילה השלטונית באותו עניין התבקשה על ידי מפעל פרטי, אשר על מנת לחסוך בעלויות שהוא נתבע כדין להשקיע לצורך הפחתת מפלס הרעש,⁷⁹ פנה אל המדינה בבקשה שזו תפעיל את כוחה הכופה ותיטול את זכויותיהם של בעלי המקרקעין. מציאות זו מערערת על יישומו של הצורך הציבורי בעניין **שוורץ**, שכן לא זו בלבד שגורמים פרטיים היו עתידים להרוויח כתוצאה מיישומה של הנטילה השלטונית, הם אלה שעמדו מאחורי הבקשה לביצוע נטילה זו. בית המשפט דחה את עתירתם של בעלי המקרקעין מבלי להידרש להכרעה בשאלת ציבוריותו של הצורך שלשמו הופקעו המקרקעין. דחיית העתירה נעשתה בשל תפיסתו המתמשכת של בית המשפט בדבר העדר סמכותו לבקר שיפוטית את קביעתו של שר האוצר כי צורך מסוים עולה כדי צורך ציבורי.⁸⁰ עם זאת הסביר בית המשפט כי אילו נדרש להכריע בשאלת ציבוריותו של הצורך, הוא היה מכיר בהתקיימותה של דרישת הצורך הציבורי, מכיוון שסירוב הרשויות ליטול את מקרקעי הבעלים היה עלול להוביל לסגירתו של

73 עניין **שוורץ**, לעיל ה"ש 35.

74 שם, בעמ' 804.

75 שם.

76 שם.

77 שם, בעמ' 805.

78 שם, בעמ' 806.

79 שם.

80 שם, בעמ' 808: "הפקודה לא ייחסה קרקעות מסוימות להפקעה לצורך עסק זה או אחר; היא הסמיכה את שר האוצר להפקיע כל מקרקעין הדרושים **לדעתו** לצורך ציבורי, והוא לבדו מחליט ומאשר **מהו הצורך הציבורי** במקרה מסויים. משהחליט שר האוצר להפקיע קרקע לצורך שהוא אישרו כצורך ציבורי, אין עוד אפשרות לטעון שההפקעה נעשתה למטרה אחרת מזו שנקבעה על-ידי המחוקק." (ההדגשות במקור).

המפעל, וממילא להרחבת מעגל האבטלה באזור.⁸¹ שימור הפעילות הכלכלית באזור נתון הוכר אם כן בעניין שוורץ כמקיים את דרישת הצורך הציבורי. קשה לא לראות בפסק הדין בעניין שוורץ משום פתח להתממשות החשש מפני הטלה לא הוגנת של נטלים בחברה, שכן ספק אם ראוי והוגן שבעלי הזכויות במקרקעין יישאו על כתפיהם את מצב התעסוקה באזור שמקרקעיהם מצויים בו.⁸² המודל המוצע במאמר זה מספק הסבר ראוי יותר להלכת שוורץ ולהשלכותיה. על פי הסבר זה, בעניין שוורץ אכן יושמה דרישת הצורך הציבורי באופן חלקי בלבד. כך, אף שמצב התעסוקה אכן עשוי להיחשב צורך חיוני בחברה, מעורבותם של בעלי המפעל הפרטי הן ביוזמת הנטילה השלטונית והן ברווחים המופקים מיישומה מטילה צל על הוגנות השימוש בכוח שלטוני להשגת מטרה זו. אולם פגם זה עשוי להירפא, כך על פי המודל המוצע במאמר זה, ככל ששני מנגנוני ההגנה האחרים – קרי, המנגנון הפרוצדורלי ודרישת הפיצוי – יתקיימו ברף הגבוה. על פי המודל המוצע, העובדה שבעניין שוורץ התקיימו הן המנגנון הפרוצדורלי והן דרישת הפיצוי ברף הגבוה תומכת במסקנה שאלהי הגיע בית המשפט בקובעו כי חרף חלקיות מימושה של דרישת הצורך הציבורי יש להכיר בכשרות ההפקעה.

2. הפחתת פיצוי – מסמכות מוקנית לסמכות מותנית

שני דברי החקיקה העיקריים המסדירים נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין בישראל – פקודת הקרקעות וחוק התכנון והבניה – קובעים כי הפיצוי שישתלם לבעלי זכויות במקרקעין שזכויותיהם ניטלו לצורך מימושו של צורך ציבורי יעמוד על מחירן השוקי של זכויות אלה.⁸³ אולם לצד זאת הם מאפשרים לרשויות להפחית את הפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות במקרקעין ככל שההפקעות נעשות לצרכים המוגדרים בחוק ועד לשיעורים הקבועים בו.⁸⁴ הטעם שנתן בית המשפט לסמכותן של הרשויות להפחית את הפיצוי המשתלם לבעלים ממחירן השוקי של הזכויות הניטלות נעוץ בהשבחה אפשרית ליתרת החלקה שנותרת בידי הבעלים.⁸⁵ השבחה אפשרית זו, כך על פי בית המשפט, מפצה את הבעלים על נטילת חלק מזכויותיו, וממילא אין כל הצדקה שהוא יקבל פיצוי כפול על הפגיעה שנגרמה לו.⁸⁶ לאורו של רציונל זה פסקו בתי המשפט כי במקרים שבהם מופקעות כל זכויותיו של הבעלים במקרקעין – קרי, בתרחיש שבו החלקה מופקעת בשלמותה – הרשויות אינן יכולות לעשות שימוש בסמכות ההפחתה, ועליהן

81 שם, בעמ' 804 ו-806.

82 הדברים נכונים ביתר שאת לנוכח העובדה שבית המשפט העליון קבע כי במסגרת דיני הנוזקין – קרי, במסגרת היחסים שבין שני גורמים פרטיים המתעמתים זה עם זה – זכותו של שוורץ גוברת על זו של המפעל. מאידך גיסא ראו דגן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 114–115.

83 ס' 12 לפקודת הקרקעות; ס' 190 לחוק התכנון והבניה.

84 ס' 20 לפקודת הקרקעות; ס' 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה.

85 ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה (3) 645 (1981).

86 שם.

לשלם את מלוא המחיר השוקי של הזכויות הניטלות.⁸⁷ לאחרונה, ותוך נאמנות לרציונל האמור, קבע בית המשפט העליון כי גם במקרים שבהם חלק מהזכויות נותרות בידי הבעלים, אם אין כל השבחה ליתרת החלקה, ראוי ששר האוצר יפעיל את סמכותו להגדיל את הפיצוי המשתלם לבעלים – סמכות המוקנית לו בחוק – על מנת למנוע פגיעה לא מידתית בזכות הקניין של הבעלים.⁸⁸

המודל המוצע במאמר זה אינו שולל מקרים שבהם ייאלצו רשויות לשלם לבעלי הזכויות במקרקעין פיצוי הנמוך ממחירן השוקי של הזכויות הניטלות. כפי שנטען מעלה, בבסיסם של דיני הנטילה השלטונית עומדת ההבנה כי רשויות נדרשות לעיתים ליטול זכויות של בעלים פרטיים במקרקעין לצורך סיפוק צורכיהם החיוניים של כלל האזרחים.⁸⁹ חובה זו לסיפוק צרכיה החיוניים של האוכלוסייה אינה פוסחת על רשויות אשר מצויות בקשיים תקציביים או נעדרות בסיס כלכלי איתן. הימנעות מהכרה ביכולתן של רשויות חלשות מבחינה כלכלית לשלם פיצוי נמוך ממחירן השוקי של הזכויות הניטלות תפגע אם כן ביכולתן לממש את חובותיהן כלפי האזרחים – מציאות הסותרת את ההצדקה העיקרית העומדת בבסיסם של דיני הנטילה השלטונית.⁹⁰ עם זאת, הכרתו של המודל המוצע במאמר זה בסמכותן של רשויות להפחית את הפיצוי ממחירן השוקי של הזכויות במקרקעין אינה מבוססת על הטיעון כי נטילת חלק מזכויות הבעלים במקרקעין משביחה את יתרת מקרקעיו. למעשה, המודל המוצע מרחיב את מתחם הפטור המוענק לרשויות, ומאפשר להן להפחית את הפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות במקרקעין אל מתחת למחירן השוקי של הזכויות הניטלות גם כאשר לא צפויה השבחה ליתרת מקרקעין, וזאת במקרים שבהם אמצעיה הכלכליים של הרשות המפקיעה אינם מאפשרים תשלום פיצוי השווה למחירן השוקי. אימוצו של המודל המוצע יאפשר אם כן לרשויות להפחית את הפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות אל מתחת למחירן השוקי של הזכויות הניטלות באחד משני מקרים: במקרים שבהם נוצרת השבחה ליתרת מקרקעין הבעלים יהיו הרשויות זכאיות להפחית את הפיצוי בשיעור ההשבחה הצפויה, וזאת על מנת להימנע מתשלום פיצוי כפל לבעלי המקרקעין מקופת הציבור;⁹¹ ובמקרים שבהם

87 ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אחא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001).

88 פסיקה ברוח זו החלה בע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פורסם באר"ש, 14.5.2012), שעסק בנטילה שלטונית מכוח פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943. בעניין זה נקבע כי נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין מכוח הפקודה, כאשר יתרת השטח אינה מושבחת, מחייבת את שר האוצר לעשות שימוש בסמכותו ולהעניק לבעלי הזכויות במקרקעין פיצוי מלא. לאחרונה פסק בית המשפט העליון ברוח דומה ביחס לנטילות שלטוניות שנעשו מכוח חוק התכנון והבניה. בע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' מסרי (פורסם באר"ש, 24.5.2018) קבע בית המשפט כי יש להעניק פיצויי "סבל" מכוח ס' 190(א)(2) לחוק התכנון והבניה בנסיבות שבהן יתרת החלקה לא הושבחה (למעט בנסיבות חריגות המנויות בפסק הדין).

89 ראו לעיל בפרק א.

90 ראו לעיל בתת-פרק ב2.

91 ראו את המקורות המופיעים בה"ש 88 לעיל.

לא נוצרת השבחה ליתרת מקרקעי הבעלים יורשו רשויות חלשות מבחינה כלכלית – כאלה שתשלום פיצוי העולה כדי מחירן השוקי של המקרקעין יאיים על יכולתן לספק את צורכיהם החיוניים של תושביהן – להפחית את הפיצוי בהתאם לשיעורים הקבועים בחוק.

הרחבת מתחם הפטור המוקנה לרשויות על פי המודל המוצע במאמר זה עשויה להסביר את התיקון שנערך בשנת 2010 בחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964 (להלן: החוק לתיקון דיני הרכישה).⁹² סעיף 13 ב לחוק לתיקון דיני הרכישה, שהוסף בתיקון זה, קובע כי הסמכות שהוענקה לרשויות עד לאותה עת להעניק לבעלי הזכויות במקרקעין פיצוי מופחת בהפקעות הנערכות מכוחה של פקודת הקרקעות בטלה, למעט בנטילות שלטוניות הנערכות על ידי רשויות מקומיות או בעבורן. בדברי ההסבר להצעת החוק שבמסגרתה הוצע התיקון האמור שינה המחוקק את טעמה של סמכות ההפחתה, וקבע כי הטעם לשימור סמכותן של רשויות מקומיות להפחית את הפיצוי נובע מכך שאלה עשויות להתקשות לשלם את מחיר השוק המלא של השירותים והצרכים החיוניים של האזרחים בשל מצבן הגרעוני.⁹³ הנה כי כן, להבדיל מהטעם שהעניק בית המשפט לסמכות הפחתת הפיצוי, הטמיע המחוקק אל תוכני דיני הנטילה השלטונית את הטעם העומד בבסיסו של המודל המוצע במאמר זה: סמכותן של רשויות להפחית מהפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות במקרקעין נובעת מחובתן לספק לאזרחים את השירותים החיוניים, בפרט כאשר אין להן האמצעים הכרוכים במתן פיצוי המבוסס על מחירן השוקי המלא של הזכויות הנטילות. הקניית הסמכות להפחתת פיצוי לרשויות המקומיות בלבד⁹⁴ – רשויות הלוקות כאמור בגירעון תקציבי קשה – נועדה לאפשר להן להגשים את מטרותם של דיני הנטילה השלטונית ולספק את צורכיהם החיוניים של תושביהן.

אולם הטמעה זו של סמכות הפחתת הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית הנוהגים אינה שלמה. כזכור, על פי המודל המוצע במאמר זה, במקרה שבו הפיצוי נמוך ממחירן השוקי של הזכויות הנטילות יש להקפיד ששני מנגנוני ההגנה האחרים יתקיימו ברף

92 תיקון זה נעשה במסגרת חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010, ס"ח 346.

93 כך נכתב בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 414, 426-427: "אף שיש לראות בהפקעה בידי המדינה אמצעי הכרחי לשם קיום צרכים ציבוריים, יש לשאוף לכך שהפיצויים בשל הפקעה כזו יצמצמו את הפגיעה למינימום ההכרחי הנובע מהפקעת הקרקע כשלעצמה, ולכן יש להבטיח כי הפיצוי יהיה מלא. לפיכך מוצע לקבוע כי החל במועד תחילתו של החוק המוצע, לא יהיה שר האוצר רשאי להפיקע קרקע או חלק ממנה בלא מתן פיצויים מלאים. [עם זאת,] מוצע שלא להחיל הוראה זו על רכישת מקרקעין לפי חוק התכנון והבניה או על רכישת מקרקעין בידי רשות מקומית מכוח הרשאה שנתן שר האוצר לפי ס' 22(2) לפקודה, וזאת מכיוון שלשינוי ההסדר החל על הפקעות מכוח חוק התכנון והבניה או על הפקעות של רשות מקומית מכוח הרשאה לפי הפקודה [יש] השלכות ניכרות על תקציבי הרשויות המקומיות, העשויות למנוע הפקעות הנחוצות לרווחת הציבור." (ההדגשות הוספו).

94 שם, וכן ס' 13 ב לחוק לתיקון דיני הרכישה.

גבוה.⁹⁵ משמעות הדברים היא כי בשעה שרשות מבקשת להעניק פיצוי הנמוך ממחירן השוקי של הזכויות במקרקעין, עליה לעשות זאת תוך הקפדה מלאה על כללי ההליך הקבועים בחוק, ורק לצרכים ציבוריים במובנם ה"קשה" (קרי, לצרכים בטחוניים, בטיחותיים, בריאותיים או תשתיתיים). דיני הנטילה השלטונית הנוהגים אומנם טובעים מרשות המבקשת ליטול את זכויותיהם של בעלים פרטיים במקרקעין להקפיד על כללי ההליך הקבועים בחוק, אך אינם עורכים הבחנה בין צרכים ציבוריים במובנם ה"קשה" לבין צרכים ציבוריים במובנם ה"רך". גם לאחר תיקון דיני הרכישה בשנת 2010, רשות מקומית רשאית – כך על פי הדין הנוהג – ליטול את זכויותיהם של בעלים פרטיים במקרקעין מכוח פקודת הקרקעות תוך הפחתת הפיצוי המשתלם לבעלים, וזאת גם כאשר נטילת הזכויות נועדה בעיקרה לשרת גורמים פרטיים ורק באופן שולי צומחת ממנה גם תועלת כלשהי לציבור כולו. מציאות נהגת זו עומדת בסתירה לעקרון יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים העומד בבסיסו של המודל המוצע במאמר זה. אימוצו של המודל מחייב אם כן את התניית סמכותן של רשויות המצויות במצב כלכלי קשה להפחית מהפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות במקרקעין בכך שהנטילה תיעשה רק לצורך הגשמת צרכים ציבוריים במובנם ה"קשה", קרי, צרכים חברתיים הכרחיים וחיוניים, דוגמת תשתיות, בריאות, ביטחון או בטיחות.

להטמעת המודל המוצע במאמר זה צפויות להיות אם כן השלכות על עיצובם של כללי הפחתת הפיצוי, המצוי כיום בעיצומו. כאמור, בפסק הדין בעניין **רוטמן** קבע בית המשפט כי בהפקעות מכוחה של פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, סמכות השר להשלמת פיצוי במקרים שבהם אין השבחה ליתרת החלקה נהפכת מסמכות רשות לסמכות חובה.⁹⁶ ביחס להפקעות הנעשות מכוחו של חוק התכנון והבניה, לעומת זאת, נמנע בית המשפט בעניין **מסרי** מלקבוע הוראה דומה. חלף זאת קבע בית המשפט כי הכלל הוא שבהעדר השבחה ליתרת החלקה על השר להשלים את הפיצוי, אולם לכלל זה קיים חריג, אשר יישומו ייקבע בהתאם לשיקולים שונים, ביניהם שיעור הפגיעה במקרקעין, שוויון במימון וקיומם של ערכים קהילתיים.⁹⁷ המודל המוצע במאמר זה אינו שולל את השיקולים שהציע בית המשפט בעניין **מסרי**, אך מחייב שכל בחינה כאמור תוודא את התקיימותם של שני מנגנוני ההגנה האחרים – הליך ראוי וצורך ציבורי – ברף גבוה. עיקר ההשפעה של יישום המודל המוצע במאמר זה על הדין הנוהג נוגעת אם כן במציאות של הפחתת פיצוי שאינה כרוכה בהשבחה ליתרת החלקה. במצב דברים כזה הפחתת פיצוי בשל מיעוט אמצעים כלכליים בידי הרשות תאושר אך ורק במקרים שבהם ההפקעה נעשית לצורך ציבורי "קשה", קרי, לצורך בטחוני, בטיחותי, בריאותי או תשתיתי.

95 ראו לעיל בתת-פרק ב2.

96 עניין **רוטמן**, לעיל ה"ש 88.

97 עניין **מסרי**, לעיל ה"ש 88.

באותו אופן ראוי לפרש את הוראת הפטור בפקודת הקרקעות.⁹⁸ בעוד שבכלל הקשור להסדרים מכוחה של פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח) ומכוחו של חוק התכנון והבניה הכריע בית המשפט באשר להשלמת הפיצוי על ידי שר האוצר במקרים שבהם לא הושבחה יתרת החלקה,⁹⁹ טרם התקבלה הכרעה בכלל הקשור להפחתות פיצוי שנעשו מכוח פקודת הקרקעות. בהתאם למודל המוצע במאמר זה, ובאופן שתואם את כוונת המחוקק בדברי ההסבר לתיקון שנעשה בשנת 2010 לחוק לתיקון דיני הרכישה,¹⁰⁰ אין לשלול הפחתת פיצוי בהפקעות הנעשות מכוחה של פקודת הקרקעות גם במקרים שבהם לא נוצרת השבחה ליתרת החלקה. הטעם העומד בבסיסה של ההרשאה להפחתת הפיצוי נעוץ בהעדר משאבים כלכליים מספקים בידי הרשויות המקומיות להספקת שירותים חיוניים לתושבי הרשויות. עם זאת, בהתאם למודל המוצע במאמר זה, אין לעשות שימוש בהפחתת הפיצוי אלא בנטילת שלטונות לצרכים ציבוריים במובנם ה"קשה", קרי, לטובת מימושם של צרכים בטחוניים, בטיחותיים, בריאותיים או תשתיתיים. סיפוק צרכים ציבוריים "רכים", הגם שאינו פסול כלל ועיקר, אינו יכול להיעשות בלי פיצוי מלא לבעלי הזכויות במקרקעין.

3. הליך הוגן ומצבי חירום

המציאות הבטחונית השוררת במדינת ישראל למן היווסדה הביאה את המחוקק הישראלי לידי הכרה בקיומם של מקרי חירום המצריכים נטילה שלטונית מהירה של זכויות במקרקעין. הכרה זו זכתה בביטוי בחוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, התש"י-1949 (להלן: החוק), שנועד לאפשר לרשויות לתפוס מקרקעין הנדרשים לרשויות בשעת חירום. חוק זה הינו חלק ממערך דיני הנטילה השלטונית, שכן הוא מאפשר נטילת זכויות פרטיות במקרקעין. עם קום המדינה נחקק החוק במטרה לאפשר תפיסת מקרקעין הדרושים למדינה ולמוסדותיה אשר זה עתה הוקמו, כמו גם לאפשר את יישובם של חיילים משוחררים ועולים חדשים.¹⁰¹ עם חלוף השנים הצטמצמה תפיסת המקרקעין לפי חוק זה בעיקר לצורכי מערכת הביטחון, וגם זאת למשך פרקי זמן מוגבלים.¹⁰²

החוק מכיל הליכים מקוצרים, השונים בתכלית מאלה הנוהגים ביתר דיני הנטילה השלטונית.¹⁰³ הטעם לכך ברור: מצבי חירום עשויים להצריך את הרשויות לתפוס

98 ס' 20(2) לפקודת הקרקעות.

99 בהתאמה, עניין רוטמן, לעיל ה"ש 88; עניין מסרי, לעיל ה"ש 88.

100 ראו לעיל ה"ש 93.

101 ס' 3(ב) לחוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום קובע כי "רשות מוסמכת לא תתן צו תפיסת מקרקעים או צו דיור על פי חוק זה אלא אם היא משוכנעת שמתן הצו דרוש לשם הגנת המדינה, בטחון הציבור, קיום אספקה חיונית או שירותים חיוניים, קליטת עולים או שיקום חיילים משוחררים או נכי מלחמה".

102 תזכיר חוק תפיסת מקרקעין לצרכים דחופים, התשע"ד-2013.

103 ס' 16-17 ו-20 לחוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום.

מקרקעין באופן מהיר לצורך הספקת שירותים לציבור, ודרישה לפעול בהתאם להליכים המאפיינים מצבי שגרה עלולה לסכל זאת. כך, לדוגמה, החוק מתיר להוציא צו לתפיסת הזכויות במקרקעין ללא מתן הודעה מוקדמת לבעלי הזכויות במקרקעין, מצמצם באופן משמעותי את טווח הזמן שבו בעלי הזכויות במקרקעין יכולים להגיש ערעור על צו התפיסה, וקובע סדרי דין וערעור מקוצרים לצורך דיון בטענותיהם של בעלי הזכויות במקרקעין.¹⁰⁴ הנה כי כן, חרף ייחודו למקרי חירום, החוק אינו מבטל לחלוטין את דרישת ההליך ההוגן, אלא רק מצמצם אותה בהשוואה לזו הקיימת בדיני הנטילה השלטונית הנוהגים בעיתות שגרה.

המודל המוצע במאמר זה מכיר בכך שייחכנו מצבים המצריכים את הרשויות לפעול במהירות רבה לנטילת זכויותיהם של הבעלים במקרקעין על מנת לספק את צורכי הציבור או למנוע פגיעה בציבור.¹⁰⁵ אכן, ניתן לחשוב על מצבי חירום המצריכים את הרשויות ליטול באופן מהיר זכויות במקרקעין לצורך התמודדות עם פגעי טבע, סיפוק צרכים בטחוניים או בטיחותיים, או הבטחת בריאות הציבור. התעקשות שגם במצבי חירום יקוימו ההליכים המלאים הנוהגים בעיתות שגרה עלולה לסכל את יכולתן של הרשויות להתמודד עם מצבים אלה, ולפגוע באפשרותן לתת מענה ראוי לצורכי הציבור. אולם קיומה החלקי של דרישת ההליך ההוגן, כפי שמתיר החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, מעלה חשש שרשויות יעשו שימוש לא ראוי בכוחן ליטול זכויות במקרקעין. כפי שנטען לעיל, דרישת ההליך ההוגן בדיני הנטילה השלטונית נועד להגן מפני חשש להשחתת הכוח השלטוני ולשימוש לא ראוי של רשויות השלטון בכוחן ליטול בכפייה זכויות במקרקעין פרטיים. המודל המוצע במאמר זה מאפשר להכשיר קיומו של הליך חלקי, אולם מתנה זאת בהקפדה על קיום שני מנגנוני ההגנה האחרים – דרישת הצורך הציבורי ודרישת הפיזוי – ברף גבוה. משמעות הדברים היא כי נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין הנעשית במצב חירום, ואשר מבקשת בשל כך לפגוע בהליך ההוגן המוקנה לבעלי הזכויות במקרקעין, צריכה להיעשות אך ורק לצורך הגשמתם של צרכים ציבוריים במובנם ה"קשה" (קרי, צרכים בטחוניים, בטיחותיים, בריאותיים או תשתיתיים) ותוך הקפדה על פיזוי מלא של בעלי הזכויות במקרקעין.

לשם המחשת תחולתו של המודל המוצע במצבי חירום ניתן לבחון כיצד פירש בית המשפט את זכאותם של בעלי זכויות במקרקעין לפיזוי מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה). תקנה זו מקנה למפקד הצבאי סמכות "להכריז בצו על כל שטח או מקום, כי הם שטח סגור לצרכיהן של התקנות האלה". הגם שתקנה זו אינה מקנה סמכות להפקעת זכויות במקרקעין, היא פוגעת בזכויותיהם של בעלי המקרקעין, ונוטלת מהם לפחות חלק מאגד הזכויות הקנייני שעמד להם עובר לשימוש בתקנה זו. כך, לדוגמה, צו מכוחה של תקנה 125 לתקנות ההגנה מונע מבעלי המקרקעין את האפשרות להחזיק במקרקעין ולעשות בהם שימוש כלשהו.¹⁰⁶ אולם חרף

104 ש.ש.

105 ראו לעיל בתת-פרק ב2.

106 ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 28.4.2010).

פגיעה זו בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין, תקנות ההגנה אינן מקנות כל זכויות הליכיות לבעלים, ואף אינן קובעות חובת פיצוי בגין פגיעה זו. במובן זה, תקנה 125 לתקנות ההגנה מקיימת את דרישת הצורך הציבורי, שכן ההנחה היא כי מדובר בצורך חיוני ודחוף, אך נמנעת מלקיים הן את דרישת ההליך והן את דרישת הפיצוי. בית המשפט העליון, בדונו בשאלת זכאותם של הבעלים שלגבי מקרקעיהם הוצא צו מכוחה של תקנה 125 לתקנות ההגנה, קבע, ברוב דעות, כי הבעלים אינם זכאים לפיצוי.¹⁰⁷ למסקנה זו הגיעו השופטים ג'ובראן ופרוקצ'יה בשל תפיסתם כי הימנעות המחוקק מקביעת פיצוי בעבור הנזקים שנגרמים לבעלי המקרקעין מכוחה של תקנה 125 לתקנות ההגנה מהווה הסדר שלילי, השולל מתן פיצוי לבעלי הזכויות במקרקעין.¹⁰⁸ על דעתם חלק השופט דנציגר, אשר סבר כי לאורו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראוי לפרש את תקנה 125 לתקנות ההגנה ככזו שהשימוש בה מקנה פיצוי לבעלי הזכויות במקרקעין על הפגיעה שנגרמה לזכותם הקניינית.¹⁰⁹

המודל המוצע במאמר זה דוחה את הפרשנות שהוצעה על ידי דעת הרוב בעניין **אבן זוהר**, וגורס, כדעתו של השופט דנציגר, כי פרשנות ראויה של דבר חקיקה במערכת דיני הנטילה השלטונית מחייבת קריאתה של חובת פיצוי אל גדריה של תקנה 125 לתקנות ההגנה. כאמור, הוצאת צו סגירה למקרקעין מכוחה של תקנה 125 לתקנות ההגנה אינה מפקיעה את הבעלות מידיהם של בעלי המקרקעין, אולם יש בה כדי ליטול מהם חלק מאגד הזכויות הכלולות בזכותם לבעלות.¹¹⁰ כפי שציין השופט דנציגר:

"החלת צו סגירה על המקרקעין אמנם אינה מפקיעה באופן פורמאלי את זכות החזקה במקרקעין ואף אינה מפקיעה את זכות הבעלות (להבדיל מהפקעה למשל) אולם היא מגבילה באופן משמעותי את יכולת השימוש של הבעלים בקרקע. ככזו, יש בה בפועל פוטנציאל פגיעה ממשית בזכות הקניין והשימוש של הבעלים... הפגיעה בזכות השימוש, הנגרמת מכוחו של צו הסגירה, גורעת מיכולת ההנאה של הבעלים (המערערים) מן המקרקעין, וככזו מהווה פגיעה בזכות הקניין של הבעלים."¹¹¹

במצב דברים זה, על דבר החקיקה להטמיע את שלושת מנגנוני ההגנה הייחודיים לדיני הנטילה השלטונית: צורך ציבורי, הליך הוגן ופיצוי. אפשר להניח שתקנה 125

107 שם.

108 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 5 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

109 שם, פס' 56-60 לפסק דינו של השופט דנציגר.

110 ס' 2 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, קובע כי "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

111 עניין **אבן זוהר**, לעיל ה"ש 106, פס' 54 לפסק דינו של השופט דנציגר.

לתקנות ההגנה עומדת ברף הגבוה של דרישת הצורך הציבורי,¹¹² אולם היא מתעלמת מדרישות ההליך והפיצוי. בעוד צמצום דרישת ההליך היא צפויה, בשל מאפייניהן של תקנות ההגנה ותחולתן בעיתות חירום שאינן מאפשרות מימוש הליכים כבשגרה,¹¹³ שלילת זכאותם של הבעלים לפיצוי חותרת תחת מערך יחסי הגומלין הנוהג בין מנגנוני ההגנה השונים, ובכך פוגעת במידת ההגנה הראויה בדיני הנטילה השלטונית. על פי המודל המוצע במאמר זה, אם כן, פרשנות השוללת את זכאותם של בעלי הזכויות במקרקעין לפיצוי הופכת את הנטילה השלטונית הקבועה בתקנה 125 לתקנות ההגנה לבלתי מידתית או לחלופין לבלתי דמוקרטית. המודל המוצע במאמר זה מחייב אם כן לפרש את תקנה 125 לתקנות ההגנה ככזו אשר לא רק מחייבת מתן פיצוי לבעלים על זכויותיהם שנפגעו, אלא אף משמיעה פיצוי ברף גבוה, קרי, בשיעור הפגיעה שנגרמה לבעלים בשל נטילת זכויותיהם במקרקעין.

סיכום

השימוש בנטילה שלטונית של זכויות מקרקעין בישראל צפוי להתגבר במהלך השנים הקרובות כתוצאה מתהליכי עיור, מצפוף אוכלוסין ומהמשכה הצפוי של המתיחות הבטחונית באזור. נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין מאפשרת לרשויות השלטון הלאומי והמקומי להתגבר על כשלי שוק, לקדם פרויקטים במהירות יחסית ולהתמודד עם איומים בטחוניים ובטיחותיים. עם זאת, כפי שהמאמר מצביע, השימוש בנטילה שלטונית של מקרקעין כפוף לשלושה מנגנוני הגנה, המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית ברוב מדינות המערב – הליך הוגן, דרישת הצורך הציבורי ודרישת הפיצוי. אולם הקפדה על יישום מנגנונים אלה ברף גבוה עלולה, במקרים מסוימים, לחתור תחת ההצדקות לשימוש בנטילה שלטונית של מקרקעין מלכתחילה. כך, לדוגמה, במצבי משבר ובעיתות חירום רשויות עשויות להידרש למקרקעין מבלי שיש ביכולתן לקיים את ההליכים שהן מקיימות בשגרה. באותו אופן, רשויות עשויות להידרש לתת מענה לצורכי

112 ראו הגדרת מטרתן של תקנות ההגנה בס' 6 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (הגנה), 1937 ("...להבטיח את בטחון הציבור, ההגנה על ישראל, השלטת הסדר הציבורי ודיכוי התקוממות, מרד ופרעות וכדי לקיים את האספקה והשירותים שהם הכרחיים לציבור").

113 יישום ראוי של המודל המוצע במאמר זה מחייב שכל אחד משלושת מנגנוני ההגנה – לרבות הדרישות ההליכיות – יתקיימו באופן חלקי לפחות. נכון להיום, סגירת שטחים בהתאם לתק' 125 לתקנות ההגנה אינה כוללת הליכים מוסדרים של יידוע או שיתוף של בעלי הזכויות במקרקעין בהליכי הנטילה השלטונית, ומציאות זו אינה מתיישבת עם ההגנה הראויה בדיני הנטילה השלטונית. הגם שבעלי זכויות במקרקעין הנסגרים בעטיו של צו שהוצא מכוחה של תק' 125 לתקנות ההגנה רשאים לפנות למפקד הצבאי או לרשויות הצבאיות לצורך ערעור על הצו או על היקפו, והגם שיש ביכולתם לעתור נגד הצו לבית המשפט, יישום ראוי של המודל מצריך קביעת הליכי יידוע, שיתוף או ערר בתקנות.

הציבור מבלי שיש בקופתן משאבים מספקים לצורך תשלום פיצוי מלא על פי שוויין של הזכויות במקרקעין הנדרשות לשם כך. מצבים אלה ממחישים כי בעולם שאינו מושלם הקפדה על יישום מנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית ברף גבוה תמנע שימוש ראוי, הוגן ויעיל במכשיר הנטילה השלטונית.

המאמר מציע לראות את מנגנוני ההגנה האמורים כמקיימים מערכת יחסי גומלין המאפשרת הקלה מסוימת במימושו של אחד ממנגנוני ההגנה תוך הקפדה על מימוש השניים האחרים ברף גבוה. המודל המוצע במאמר מאפשר לערוך איזון בין הצורך של רשויות השלטון ליטול לעיתים זכויות מקרקעין בכפייה לצורך מימוש מטרות חברתיות לבין ההגנה על זכויותיהם של בעלי הזכויות במקרקעין. יתר על כן, הוא מעניק למערכת המשפט כלים לצורך עריכת ביקורת שיפוטית על חקיקה החלה בדיני הנטילה השלטונית.

המודל המוצע במאמר זה משמעותי לגבי יכולתן של רשויות להוציא אל הפועל נטילות שלטוניות של זכויות במקרקעין באופן ראוי, הוגן ויעיל. התגברות השימוש בנטילה שלטונית של מקרקעין הצפויה בעתיד הנראה לעין מחייבת את התאמתו של השימוש בכוח שלטוני זה למצבים "לא מושלמים", תוך שימור יכולתן של הרשויות לספק את צורכי הציבור בצורה יעילה, מחד גיסא, והענקת הגנה ראויה לבעלי הזכויות במקרקעין, מאידך גיסא.