

## הפרשת קרקע לצורכי ציבור במסגרת חלוקה מחדש בעקבות פרשת בראון

מאת

משה רז כהן, עו"ד\*

### מבוא

דיני החלוקה מחדש נשענים על מספר מועט של הוראות חוק. הוראות סימן ז' בפרק ג' לחוק התכנון והבנייה<sup>1</sup> (להלן: "סימן ז'") מהוות את הבסיס לפרקטיקה הרחבה של עריכת תכניות לחלוקה מחדש.<sup>2</sup> בהוראות סימן ז' אין ולו במילה התייחסות לאפשרות להפריש שטחים לייעוד ציבורי במסגרת הליך של חלוקה מחדש. לא ייפלא איפוא, כי בשאלות המתעוררות סביב הסוגייה נחלקו בתי המשפט וכמובן מוסדות התכנון. נראה, כי אחת השאלות הבולטות השנויה במחלוקת היא, האם יש להכפיף הפרשת קרקע לצורכי ציבור במסגרת תכנית לחלוקה מחדש, לדיני ההפקעות הכלליים. לשאלה זו משמעות רבה, בעיקר בתחום ההגנה על זכויות הקניין. דיני ההפקעות מטילים סייגים שונים על זכות ההפקעה ומביאים לצמצום סמכות הרשות. השאלה ששבה ועולה באופן תדיר היא, איפוא, האם הרשות, הנוטלת קרקע לצורכי ציבור במסגרת חלוקה מחדש, כפופה לכל ההגבלות, ההגנות והסייגים שבדיני ההפקעות הכלליים.

ביום 28.9.2008 ניתן פסק הדין בפרשת **בראון**,<sup>3</sup> המתיימר לשים קץ למחלוקת. אולם, כפי שנראה, אף כי בית המשפט סיפק פיתרון נכון וראוי למקרה שהונח לפניו, הוא הותיר שאלות רבות ללא מענה וקבע את תחולתה העקרונית של תרופה שאיננה ניתנת ליישום.

במסגרת רשימה זו נסקור בקצרה את הפרקטיקה הקיימת בהפרשת קרקע לצורכי ציבור בחלוקה מחדש במסגרת תכנית לפי סימן ז'. נדון בהלכות הקיימות בתחום זה, נצביע על היתרונות הגלומים בנטילת קרקע לצורכי ציבור בחלוקה מחדש על פני נטילה במסגרת הליכי ההפקעה המסורתיים, ונבאר על-שום-מה לא ניתן כלל להכפיף את דיני החלוקה מחדש לדיני ההפקעות.

\* מוסמך במשפטים, משרד עורכי דין רז-כהן ושות'.  
1. חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה" או "החוק").

2. המונח "חלוקה מחדש" ישמש אותנו לתיאור ההליך של איחוד וחלוקה במסגרת תכנית הנערכת לפי סימן ז' לפרק ג' לחוק התכנון והבניה. להבהרת המונח ראו גם משה רז כהן **איחוד וחלוקה** 49 (הוצאת בורסי, 2008).

3. עע"מ 5839/06 **בראון נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז, מקרקעין ח/4** 375 (2008) (להלן: "פרשת בראון").

## המסגרת החוקית וסמכות הרשות

הליכי ההפקעה המסורתיים מוסדרים בפרק ח' לחוק התכנון והבנייה; הוראות הפרק מפנות לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943<sup>4</sup>. אם מקרקעין יועדו לצורך ציבורי מן הצרכים המפורטים בסעיף 188(ב) לחוק, קמה סמכות לוועדה המקומית, בהתאם להוראת סעיף 189 לחוק, לבצע את ההפקעה. לבעל הזכויות שהופקעו עומדת הזכות לקבל פיצויים בגין שינוי הייעוד לפי הוראת סעיף 197 לחוק, ובגין נטילת הקרקע לפי הוראות פקודת הקרקעות.<sup>5</sup>

האפשרות ליטול קרקע לצרכי ציבור במסגרת חלוקה מחדש לפי סימן ז', באה בנוסף לאפשרות ההפקעה המסורתית. מדובר בשתי דרכים לגיטימיות להשגת היעדים הציבוריים<sup>6</sup>, שהרשות רשאית לבחור ביניהן.<sup>7</sup>

הוראות סימן ז' אינן קובעות במפורש, כי לרשות קיימת סמכות ליטול קרקע לצרכי ציבור במסגרת החלוקה מחדש. סמכות זו נלמדת בדרך פרשנית. הוראת סעיף 26(א) לחוק התכנון והבנייה קובעת, כי מקרקעין שהופקעו על-ידי הוועדה המקומית או "שיש להקנותם לה בדרך אחרת", מכוח חוק התכנון והבנייה עצמו או על-פיו, יירשמו בספרי המקרקעין על-שם הרשות המקומית. הוראה זו מקפלת בתוכה את ההנחה, כי קיימת בחוק התכנון והבנייה אלטרנטיבה להליכי ההפקעה. יותר משהוראה זו יצרה את הסמכות, היא באה כעוגן להצדקת הפרקטיקה הקיימת, במסגרתה הופקעו קרקעות לצרכי ציבור במסגרת חלוקה מחדש.

<sup>4</sup> ע"ר 1305, תוס' 1, עמ' 32 (10.12.1943) (להלן: "פקודת הקרקעות").

<sup>5</sup> להלכת הפיצוי הדו-שלבי ראו: בג"ץ 75/57 קלמס נ' הוועדה המקומית לבנייה ותכנון ערים תל אביב-יפו, פ"ד יא 1601 (1957); ע"א 474/83 הוועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים, ראשון לציון נ' חממי, פ"ד מא(3) 370 (1987) (להלן: "פרשת חממי").

<sup>6</sup> ראו בג"ץ 483/88 פריימן נ' שר הפנים, פ"ד מד(2) 463, 467 (1990) (להלן: "פרשת פריימן"). ההלכה הפסוקה המסורתית גרסה, כי כאשר מקרקעין נדרשים למימושה של מטרה ציבורית, הבחירה בין דרך של הפקעה לבין דרך של חלוקה חדשה, מסורה לרשויות התכנון - בג"ץ 26/70 בר נ' שר הפנים, פ"ד כד(1) 645 (1970) (להלן: "פרשת בר"). תפיסה דומה באה לביטוי גם בפסיקה מאוחרת יותר של בתי המשפט המחוזיים: עת"מ (מחוזי ת"א) 1002/02 שמש נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה "זמורה", מאגר נבו (2002) וכן עת"מ (מחוזי ת"א) 17/98 ענבי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, מחוז ת"א, פד"מ ב(2) 179. בצד האמור נבחר, כי רשויות תכנוניות, כמו כל רשות מינהלית המפעילה את סמכותה ובוחרת בין שני אפיקי פעולה אפשריים, חייבות לשקול, בצד שיקולי תכנון ושיקולים ענייניים שונים (ביניהם יעילות וקידום מימוש צרכי הציבור), גם את התכלית הכללית של החקיקה, ואת הצורך להימנע מפגיעה לא מידתית בזכויות היסוד (בענייננו - הפגיעה בזכות הקניין) - ראו בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423, 429-432 (1999). ראו גם רחל אלטרמן "הפקעות קרקע לצרכי ציבור ללא תמורה לפי חוק התכנון והבניה - לקראת הערכה מחדש" משפטים טו 179, 192-194 (1986); בג"ץ 4914/91 איראני נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 767, 749 (1992) (להלן: "פרשת איראני").

<sup>7</sup> ע"א 9569/04 עבידאת נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה - ירושלים, תק-על(1)2008 (1)2306 (2008); פרשת בר, לעיל הי"ש 6, בעמ' 647 ואילך; פרשת פריימן, לעיל הי"ש 6, בעמ' 463.

החוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964 (להלן: "החוק לתיקון דיני הרכישה"), הכניס מספר תיקונים בדיני ההפקעות הפזורים בין דברי חקיקה שונים. הוראת סעיף 4(1) שבו קובעת, כי לשם חישוב האחוזים מתוך חלקה שמותר לרכוש ללא תשלום פיצויים, אין מביאים בחשבון רכישה מכוח חלוקה חדשה לפי סימן ז' לפרק ג' לחוק התכנון והבנייה. המחוקק הכיר איפוא באפשרות ליטול קרקע במסגרת חלוקה מחדש. זוהי ההנחה החבויה בהוראות הסעיף. שהרי אלמלא קיימת הסמכות ליטול מן הקרקע, לשם מה מצא המחוקק לנכון להדירה מפורשות מתחולת סעיף 4 לחוק לתיקון דיני הרכישה? אמנם נכון שהמחוקק ביקש להבחין בין הפרשה במסגרת חלוקה מחדש לבין הפקעות מסורתיות, אולם אין ספק שהמחוקק, ראשית לכול, ראה בעצם הסמכות להפרשת קרקע לצרכי ציבור במסגרת חלוקה מחדש, כסמכות קיימת שאין עוד לערער אחריה!<sup>8</sup>

### הטכניקה הנוהגת

כמעט בכל תכנית לחלוקה מחדש מתעורר הצורך בהפרשת שטחים לצרכי ציבור. הליכי החלוקה מחדש מביאים עימם, בדרך כלל, להכשרתו של שטח לבנייה. בתכנית מוגדרים מגרשים לבנייה לייעודים שונים, וממילא מתעורר הצורך בהקצאת שטחי ציבור, שבדרך כלל מיועדים לשרת את המגרשים. כך לדוגמה, על פי רוב יש צורך בהסדרת דרכי גישה, בשטחי ציבור פתוחים, שישמשו כפארקים, ובמבני ציבור שונים, בהתאם לצרכים החזויים של האוכלוסייה המתגוררת במקום.

הפרשת קרקעות לצרכי ציבור הפכה לאחת המטרות המרכזיות של החלוקה מחדש.<sup>9</sup> חלוקה מחדש עשויה לקדם מדיניות אורבנית לשימוש יעיל ומיטבי בקרקע. בתוך כך, היא מהווה כיום כלי מרכזי ליישום גישות תכנון מתקדמות, התחדשות עירונית ומניעת התפשטות עירונית בלתי נשלטת.<sup>10</sup> הכוונה מבוקרת של הכשרת שטחים ושל התחדשות עירונית, מחייבת מתן מענה כולל לצרכי הציבור. ההכשרה לצרכי ציבור הינה, איפוא, חלק בל ינתק מהליך החלוקה מחדש.

באופן סכמטי, ניתן לחלק את ההליך למספר שלבים: בשלב הראשון מאוחדות כל החלקות לכדי חטיבה אחת, שהבעלות בה משותפת לכל בעלי הזכויות בתחום התכנית; בשלב השני, שטחים מתוך חטיבת הקרקע המאוחדת מופרשים לצרכי ציבור; בשלב השלישי, מחולקת

<sup>8</sup> לביקורת על גישה זו, ראו דבריו של כב' השופט מודריק בעת"מ (מינהליים ת"א) 1044/01 תמיר נ' שר הפנים, מקרקעין ד/4 366 (2005): "כשלעצמי אני מתקשה לראות כיצד אפשר ב"סביבה" של חקיקת היסוד המגינה על קניין הפרט ואוסרת לפגוע בו בלי עיגון מפורש בחוק (גם אם יש לכך תכלית ראויה וגם אם מידת הפגיעה אינה עולה על הנדרש), ליטול מן הפרט אחוזים ניכרים מקניינו בלי פיצוי. הרי הכל מסכימים כי זכות הירידה לקניין הפרט במסגרת הליכי איחוד וחלוקה אינה מצוינת בחוק במפורש. הדוגלים בה סומכים יתדותיהם בפרשנות הדין או באמירות עקיפות שבו. ספק בעיני אם די בכך".

<sup>9</sup> רחל אלתרמן וחדווה חברוני "חלוקה חדשה של מקרקעין: פגיעה בזכות הקניין או כלי תכנון מיטבי? - סקירת הידע הבין-לאומי" מקרקעין ח/1 17 (2006).

<sup>10</sup> להרחבה ראו רז כהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 56-60.

הקרקע, שנותרת לאחר ההפרשה בין כל הבעלים, בהתאם לכללי ההקצאה הקבועים בהוראות סימן ז'.

לעיתים קרובות, השטח המיועד לאיחוד וחלוקה אינו כולל, ערב אישור התכנית, חלקה שבבעלות הרשות הציבורית. מנגד, בעקבות ההליך, "זוכה" הרשות במגרשים ביעוד ציבורי.

החלקות הפרטיות שבתחום התכנית, ערב אישורה, נכללות בטבלת האיזון לשם קביעת השווי היחסי של כל בעל זכויות.<sup>11</sup> בעלי הזכויות בתחום התכנית יחלקו בקרקע הנותרת לאחר ניכוי השטח שהופרש לצורכי ציבור. כך, אם לדוגמה חלקת קרקע המיועדת לחקלאות שבבעלות משותפת, נכללת בתכנית לחלוקה מחדש, המקצה 60% מתוכה למגרשי מגורים ו-40% לצורכי ציבור, יוקצה בין בעלי הזכויות שטח בהיקף של 60% מן הקרקע המקורית. כך, בעוד שכל שטח הקרקע יעמוד בבסיס חישוב שווי המגרשים במצב הקודם, הרי שרק יתרת הקרקע תוקצה לבעלי הזכויות, בהתאם לשווי היחסי של זכויותיהם.<sup>12</sup> המגרשים המוקצים לצורכי ציבור נרשמים, על-פי הנוהג המקובל, בסופה של טבלת ההקצאות. שדה זה זכה לכינוי "מתחת לקו" והמגרשים הנכללים בו אינם מוקצים במסגרת תחשיב האיזון הכללי.<sup>13</sup>

תכנית לאיחוד וחלוקה יכולה להתבצע בשלבים במסגרת מספר תכניות, שניתן לראות בהן מהלך תכנוני אחד.<sup>14</sup> השאלה, אימתי ניתן לראות בשתי תכניות משום רצף תכנוני אחד, נדונה בהקשרים אחרים<sup>15</sup>, אך נראה כי ניתן לאמץ את ההלכות שנקבעו שם אף בענייננו.

האפשרות לפצל בין התכניות הולידה את הפרקטיקה השנויה במחלוקת, לפיה בתחילה מאושרת תכנית החלה על שטח מצומצם ומייעדת קרקעות לשטח ציבורי. באותה תכנית נקבע, כי נטילה זו נערכת במסגרת מהלך כולל של איחוד וחלוקה, שייערך לצד תכנית עתידית נוספת, שבה בעלי הזכויות בקרקע שנטילה בתכנית הראשונה, יזכו להשתתף באיזון על פי שווי הקרקע המשוחזר ערב התכנית הראשונה.<sup>16</sup>

שיעור השטח שניטל לצרכי ציבור איננו בהכרח השיעור שניטל מכל בעל זכות בתחום התכנית. אם, לדוגמה, הרשות נוטלת מסך כל השטח המיועד לאיחוד וחלוקה כ-40%

<sup>11</sup> ד"ר 4/80 טור נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון, פ"ד לד(4) 600, 608 (1980) (להלן: "פרשת טורי"); פרשת איראני, לעיל ה"ש 6.

<sup>12</sup> הנוסחה לשמירת השווי היחסי קבועה בהוראות סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה.

<sup>13</sup> לדעות שונות בדבר השתתפות הרשות במסגרת האיזון הכללי ראו רז כהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 310-314.

<sup>14</sup> ראו: פרשת טור, לעיל ה"ש 11, בעמ' 604; פרשת איראני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 759; ע"א (מחוזי ת"א) 1968/97 פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רחובות, מאגר נבו (1999).

<sup>15</sup> לסיווג שתי תכניות כרצף תכנוני אחד ראו: עת"מ (מחוזי ת"א) 1040/00 דשבסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים", מאגר נבו (2001); עמ"מ (מינהליים ת"א) 214/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה - נתניה נ' הר, מאגר נבו (2004); עמ"מ (מינהליים נצרת) 1012/05 עזאם עבדאללה נ' הוועדה המקומית "גבעת אלונים", מאגר נבו (2006).

<sup>16</sup> ליישחזור זכויות במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה ראו רז כהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 216-221.

לטובת שטחי ציבור, אין משמעות הדבר, כי שיעור זהה ניטל מכל בעל חלקה. שטח הקרקע המוקצה לכל בעל זכויות נקבע, בסופו של דבר, על-פי שיקולים תכנוניים ומתוך מטרה לשמור, במידת האפשר, על השוויון היחסי, בהתאם להוראת סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה. השווי נגזר כמובן מייעוד הקרקע, ממיקומה ומשטחה. ייתכן אפוא, כי לפלוני, שנכנס לטבלת האיזון בשווי יחסי זהה לאלמוני, יוקצה מגרש בשטח גדול בייעוד שאינו אטרקטיבי ולאמוני יוקצה מגרש קטן בשטחו אך בייעוד אטרקטיבי.<sup>17</sup> האיזון ביניהם מושג באמצעות שוויה של הקרקע. מאחר שהפגיעה היא זהה, מדוע להעניק הגנת יתר דווקא לזה שזכה לקרקע ששוויה רב, אך שטחה קטן?

### התמורה לבעל הזכויות כנגד הנטילה לצורכי ציבור

בעוד שבמסגרת הפקעה לפי פרק ח' לחוק התכנון והבנייה עלול בעל הזכויות להיוותר עם פיצוי חלקי בלבד<sup>18</sup>, במסגרת חלוקה מחדש זכאים בעלי הזכויות, שנטלו חלק בהליך חלוקה מחדש שכלל הפרשת קרקע לצורכי ציבור, לפיצוי מלא, בדרך כלל בדמות השבחת הקרקע, ובמיעוט המקרים - בדמות פיצויים לפי הוראת סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה.

הפרט זוכה, למעשה, לפיצוי מלא תמורת ההפקעה. ברוב רובם של המקרים, ההליך אינו טעון פיצוי, שכן בעל הזכויות זכה למגרש ששוויו עולה על שווי חלקת המקור, או במילים אחרות, הפיצוי מתבטא בהשבחת הקרקע לה הוא זכאי בטבלת ההקצאות, לעומת הקרקע שהוא תרם להליך. לפירות ההשבחה הוא זכאי בעין, בעצם הקצאת המגרש, או בתשלומי איזון. עם זאת, לא לעולם עולה ערך הקרקע בתחום התכנית. אפשר שבעקבות התכנית דווקא ייאבדו המגרשים מערכם. בעלי הזכויות בתחום התכנית זכאים, במקרה כזה, לתבוע את אובדן הערך בהתאם להוראות פרק ט' לחוק התכנון והבנייה.

הוראת סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה קובעת את הזכות לפיצוי בגין ירידת ערך עקב אישור תכנית. לפיכך, בתכנית שאינה מביאה עמה השבחה, בין מכיוון שהופרשו שטחים ניכרים לצורכי ציבור ובין מכיוון ששינוי הייעוד לא הביא עמו תוספת ערך מספקת, ימצא בעל הקרקע את הזכות לפיצוי במסגרת הוראת סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה.

<sup>17</sup> כמובן, שבמידה שלא ניתן לשמור על השווי היחסי בהתאם לשווי המגרשים, ישולמו בין הצדדים תשלומי איזון. להרחבה ראו: פרשת **איראני**, לעיל הי"ש 6, בעמ' 763; ע"א 2665/96 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חיפה**, פ"ד (4) 124, 140 (1998): "מטרתם של דמי איזון, כעולה מהוראות סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה, היא לתקן מצב שבו נעשית חלוקה מחדש של מגרשים במסגרת תכנית, ובגדרה של חלוקה זו לא ניתן לשמור על היחס שהיה בין שווי של המגרש הקודם של מקבל ההקצאה לבין שוויים של סך כל המגרשים הקודמים לחלוקה מחדש (להלן - היחסיות המקורית). על-מנת לקבוע את הזכות לתשלומי איזון ואת שיעורה, יש להשוות בין היחס המקורי לבין היחס בין שווי המגרשים בעקבות החלוקה מחדש..."

<sup>18</sup> דפנה לוינסון-זמיר "הפקעות מקרקעין ללא פיצוי" **מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי** 139 (חנוך דגן עורך, הוצאת רמות, 1999); אלתרמן, לעיל הי"ש 6; אהרון נמדר **הפקעת מקרקעין - עקרונות, הליכים ופיצויים** כרך ב 447 (חושן למשפט, 2005).

במידה שהתכנית קובעת הפרשה לצורכי ציבור, אין ספק, כי ניתן לומר לגביה שהיא תכנית פוגעת.<sup>19</sup> הפגיעה, שהיא מיסודות העילה שבסעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, מתקיימת כל אימת שקיימת הפרשה של שטחים לצורכי ציבור. לשם קביעת שיעור הפגיעה, יש לבחון את ההפרש בין שווי החלקה ערב התכנית לבין שווי המגרש שהוקצה לבעל החלקה המקורית על פי התכנית. שיעור הפגיעה הוא תולדה של קיטון השטח ושל אופיו של הייעוד החדש. אין להפריד בין הרכיבים, ושניהם כאחד מובאים בחשבון לשם קביעת שיעור הפגיעה.

### החלת דיני ההפקעות על נטילת קרקע במסגרת חלוקה מחדש - ההלכה הפסוקה

השאלה, אם יש להחיל את דיני ההפקעות על נטילת הקרקע לצורכי ציבור במסגרת חלוקה מחדש, נתעוררה בהקשר לסוגיית שיעור ההפקעה המותר ללא פיצוי. הפקעת קרקע מעל 40% משטח החלקה על פי חוק התכנון והבנייה מחייבת תשלום פיצוי.<sup>20</sup> השאלה שעלתה בהקשר זה היא, האם ניתן ליטול מתוך החלקה, במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה, שטח בשיעור העולה על 40%.

שני פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים עמדו זה מול זה שנים רבות. מן העבר האחד, עמד פסק דינו של נשיא בית המשפט המחוזי (כתוארו דאז), כב' השופט אורי גורן, בפרשת **הרטבי**,<sup>21</sup> שבו נקבע, כי אין לראות בהפרשת קרקע לצורכי ציבור במסגרת סימן ז', משום הפקעה המוגבלת לביצוע ללא פיצוי לשיעור של 40% משטח החלקה; מן העבר השני, ניצב פסק דינו של כב' השופט קלינג בפרשת **מסיקה**.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> ליסוד הפגיעה ראו: ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463 (1995); דפנה לוינסון-זמיר **פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1994).

<sup>20</sup> סעיף 20(2) לפקודת הקרקעות קובע שיעור של רבע מכלל שטחו של המגרש המותר להפקעה ללא פיצוי; כן ראו סעיף 7 לפקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943. סעיף 190(1) לחוק התכנון והבנייה, מפנה להוראת סעיף 20 לפקודת הקרקעות, תוך הגדלת השיעור המותר להפקעה ללא תשלום מ"רבע" ל"ארבע עשיריות". ראו גם סעיף 6 לחוק כביש ארצי לישראל, התשנ"ה-1994, המפנה אף הוא להוראת סעיף 20 לפקודת הקרקעות.

<sup>21</sup> עת"מ (מינהליים ת"א) 807/96 **הרטבי נ' שר הפנים**, פד"מ ב(2) 495, 507 (1997) (להלן: "**פרשת הרטבי**"). "לטעמי, יש לפרש ההוראות הנ"ל כמקנות לרשויות אפשרות לרכוש קרקעות במסגרת הליך של חלוקה מחדש אף מעבר ל-40% האמורים. פרוש זה, שהולך בעקבות הפסיקה שהובאה לעיל, מאפשר הליך גמיש יחסית המקנה לרשויות התכנון אפשרות לבצע שינויים שונים בחלוקת המקרקעין הנגזרים מצרכי המציאות והצרכים התכנוניים המשתנים. בין צרכים אלה ישנו את הצורך להעביר קרקעות לצורכי ציבור. אכן, בדרך כלל הליך החלוקה מחדש כולל העברת קרקעות לבעלות הרשות, ולא כמרכיב שולי בהליך. יתרה מכך, מחסור בקרקעות הציבור מהווה סיבה מרכזית לביצוע חלוקה חדשה. לטעמי, חלק מתכלית הוראות החוק בענין חלוקה מחדש הוא לאפשר השימוש בחלוקה מחדש להפרשת קרקעות לצורכי ציבור, בשל דרישות תכנוניות של השטח".

<sup>22</sup> ה"פ (מחוזי ת"א) 2121/95 **חברת מסיקה ברוך בע"מ נ' הוועדה להשלמת תכניות לתכנית נת/542 א/מחוז המרכז**, פד"מ ג(2) 3 (1999) (להלן: "**פרשת מסיקה**"), שם הביע כב' השופט קלינג עמדה הפוכה. לגרסתו, הואיל ובהוראות סימן ז' אין רמז לזכותה של הרשות במגרשים יש מאין, כפופה זכותה של הרשות ליטול מגרשים להיותה בעלת זכויות ערב אישור התכנית. בהיות הרשות "בעלים" של מגרשים

בתי המשפט המחוזיים נדרשו שוב ושוב לסוגייה.<sup>23</sup> על פסקי הדין המנוגדים בפרשת **מסיקה** ובפרשת **הרטבי** הוגשו ערעורים לבית המשפט העליון, אלא שלמרבח הצער ההתדיינות נסתיימה בפשרה, מבלי שבית המשפט העליון חיווה דעתו בסוגייה.<sup>24</sup>

כ-10 שנים חלפו מאז פרשות **מסיקה** ו**הרטבי** ועד למתן פסק הדין בפרשת **בראון**. כבי השופטת נאור, שאליה הצטרפו כבי השופטים ריבלין וארבל, קבעה, שבאופן עקרוני, יש לראות נטילת קרקעות במסגרת תכנית איחוד וחלוקה כהפקעה. ואולם, גם אם נראה את הקצאת הקרקעות בתכנית כ"דרך אחרת" שאינה הפקעה, ראוי, לגישתה, להחיל את המגבלות החלות על הפקעות שבחוק התכנון והבנייה גם על הדרך האחרת. אי החלת המגבלות האמורות מהווה, לגישתו של בית המשפט, פגיעה בלתי מידתית בזכות הקניין, וממילא פגיעה בלתי סבירה.<sup>25</sup> לפיכך, יחול הכלל לפיו לא ניתן ליטול מעל ל-40% משטח החלקה ללא פיצוי. אם נפל פגם וניטלו יותר מ-40% ללא פיצוי, תוצאתו של הפגם איננה צריכה להיות בטלות התכנית. לנפגע תעמוד זכות לפיצוי "עליו יוחלט בהליך מתאים".<sup>26</sup>

בית המשפט הוסיף וקבע, כי אם אמנם ניטלו מאדם מעל 40% מן החלקה עימה "נכנס" להליך, ואולם עקב הגדלת אחוזי הבנייה, ערך המגרש שנותר דווקא עלה, למרות ששטחו קטן, לא יהיה זכאי בעל הקרקע לפיצוי, שכן אין לראות בנטילה זו כהפקעה מעל ל-40%.<sup>27</sup>

בית המשפט אף דן, למעלה מן הצורך, בשאלה, האם יש לתבוע את הפיצוי בשני שלבים, בהתאם לכללים החלים על הפקעה. מסקנתו היתה, שהכלל בדבר הפיצוי הדו-שלבי יחול אף בעניין זה: בשלב הראשון, ניתן לתבוע פיצויים בגין הפגיעה שנגרמה על-ידי התכנית,

---

בשטח התכנית, היא יכולה להשתתף בחלוקה מחדש. אם מבקשת הרשות ליטול שטחים נוספים מעבר לאלה המגיעים לה על-פי זכותה לפי הוראת סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה, עליה לנקוט בהליכי הפקעה, תחת המגבלות שבדיני ההפקעות. דהיינו, היא לא תוכל ליטול מעבר ל-40% משטח החלקה ללא פיצוי.

<sup>23</sup> עת"מ (מינהליים ת"א) 2680/05 **מעלה ראשון בע"מ נ' עיריית ראשון לציון**, מאגר נבו (2007). כבי השופטת רובינשטיין קבעה בסעיף 16 לפסק הדין, כי: "... הפרשת מקרקעין בתכנית איחוד וחלוקה אינה יכולה להיחשב כהפקעת מקרקעין. הרציונל העומד בבסיס הבחנה זו משותף לכל החריגים לכלל שנקבע בפרשת צאיג שלעיל - קבלת תמורה עבור הפרשת המקרקעין שוללת את ההיגיון שבהחלת דיני ההפקעה, אשר נובעים מחד צדדיותו של אקט ההפקעה ומהפגיעה שהוא מסב. ואמנם, כאמור לעיל, בתכנית איחוד וחלוקה זוכים בעלי המקרקעין להטבות שונות הנוגעות למיקסום זכויותיהם במקרקעין שבעלותם. מכוח זאת אין הם יכולים לטעון כי הפרשת המקרקעין משולה להפקעה. קביעה זו מובילה אותי לשתי מסקנות שונות: האחת כי אין להחיל את דיני ההפקעה על שטח שהועבר במסגרת תוכנית איחוד וחלוקה, והשנייה כי במסגרת תכנית שכזו רשאים הצדדים להעביר לרשות הרשות מקרקעין ששטחם עולה על 40%. פירוש הדבר במקרה שלפניי הינו כי אין למצוא פגם בהעברתם של למעלה מ-40% מהמקרקעין שבעלות העותרים למשיבה (ואין זה משנה לצורך העניין אם בעבר הופקעו שטחים נוספים מהעותרים). יתר על כן, אין מקום להשוות את דיני ההפקעה השונים בהקשר זה גם על המקרה הנדון".

<sup>24</sup> ע"א 3066/97 **הרטבי נ' שר הפנים** (לא פורסם).

<sup>25</sup> פרשת **בראון**, לעיל ה"ש 3, בסעיף 13 לפסק הדין.

<sup>26</sup> **שם**, בסעיף 14 לפסק הדין.

<sup>27</sup> **שם**, בסעיף 15 לפסק הדין.

בכך שיעדה את הקרקע להפקעה (וזאת במסגרת סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה), ובשלב השני ניתן לתבוע פיצוי בגין הנטילה הפיזית של הנכס לפי ערכו לאחר הפגיעה.<sup>28</sup>

למרות הקביעות האמורות, פסק הדין בפרשת **בראון** לא נתן מענה לשאלות המתבקשות הבאות: האם דינה של השבחה, שאין מקורה בתוספת זכויות בנייה (לדוגמה במקרה של שינוי ייעוד מתעשייה למגורים), כדין תוספת זכויות בנייה? האם במקרה בו קטן השטח באופן שניטלו יותר מ-40% ממנו, ותוספת אחוזי הבנייה מהווה פיצוי חלקי בלבד, יש לראות בכל זאת באותה נטילה כחורגת מ-40%?

### היתרונות הגלומים בנטילת קרקע במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה על פני הליכי ההפקעה המסורתיים

#### הפיצוי החל: סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה

בניגוד למי שהקרקע ניטלה ממנו בהתאם להליכי ההפקעה המסורתיים, מי שניטלה ממנו הקרקע במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה נהנה מהגנה כמעט מלאה על-פי דיני הפיצוי. כזכור, הרשות פטורה מתשלום פיצויים בגין 40% משטח החלקה. בניגוד להנחה שעמדה בבסיס פסק הדין בפרשת **בראון**, אין כל אפשרות פרקטית להחלת פיצויי הפקעה על נטילה במסגרת איחוד וחלוקה, והתוצאה היא, למעשה, שהתכנית לאיחוד וחלוקה מעבירה את הנפגע כתוצאה מנטילת הקרקע, ממשטר הפיצוי הדו-שלבי, של פיצוי לפי פקודת הקרקעות בגין עצם הנטילה ופיצוי לפי סעיף 197 בגין הייעוד לצורכי ציבור, למשטר של פיצוי חד-שלבי, לפי הוראת סעיף 197 בלבד. נבחר זאת.

לשלב ההפקעה קודם שלב שינוי הייעוד, שהוא נפרד ונבדל משלב ההפקעה. בשלב שינוי הייעוד, הקרקע נותרת בידי בעליה, אלא שערכה פחת, ובגין ירידת ערך זו הוא זכאי לפיצוי. מנגד, תכנית לחלוקה מחדש יוצרת בהינף אחד מצב חדש, בעל משמעויות תכנוניות וקנייניות. עם אישור התכנית, הוגשם השלב הקנייני.<sup>29</sup> השינויים התכנוניים מתרחשים, איפוא, בד בבד עם התמורות הקנייניות, ולא ניתן להפריד בין שני השלבים.

בהליך של חלוקה מחדש חלק מן הקרקע שיצא מידי בעליה, משנה את ייעודו ועובר לידי הרשות. כך לדוגמה, אם פלוני היה בעלים של חלקה בת דונם אחד, ובמסגרת איחוד וחלוקה הוא זכה במגרש בשטח 600 מ"ר בלבד, החלקה המקורית שלו, בדרך כלל, יצאה במלואה מידי. אפשר שהחלקה המקורית כלל לא יועדה לצורכי ציבור ואפשר שיועדה בחלקה או במלואה לצורכי ציבור. לא ניתן באמת ובתמים לזהות את הפער בין החלקה המקורית (1 דונם) לבין המגרש שהוקצה לבעלים המקורי (600 מ"ר) בפיסת קרקע ספציפית. ממילא לא ניתן לזהות את השטח שבעטיו יש לשלם פיצויי הפקעה ולא ניתן לזהות את השטח שיייעודו שונה ובגינו יש לשלם פיצוי לפי סעיף 197 לחוק.

<sup>28</sup> שם, בסעיף 16 לפסק הדין.

<sup>29</sup> רז כהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 341.



עקב הקושי בזיהוי השטח המופקע ועקב חוסר האפשרות להפריד בין שלב שינוי הייעוד לבין שלב הנטילה, לא ניתן ובלתי מעשי לקבוע פיצויי הפקעה בגין הנטילה במסגרת איחוד וחלוקה.<sup>30</sup> הגישה לפיה הפיצוי אותו ניתן לשלם בגין פגיעה שמקורה בתכנית לאיחוד וחלוקה (בין בגין נטילה לצורכי ציבור ובין בגין שינוי תכנוני כלשהו) הוא רק פיצוי לפי סעיף 197 לחוק, היא הגישה האפשרית היחידה.<sup>31</sup>

יוצא, אפוא, שזכותו של בעל זכויות בתחום תכנית לאיחוד וחלוקה לפיצויים איננה מוגבלת על ידי הפטור מפיצוי בגין הפקעה של עד 40% מהחלקה. למעשה, הוא זוכה לפיצוי למן המטר הראשון, בין בדמות השבחה ובין בדמות הפיצוי הכספי לפי סעיף 197 לחוק.<sup>32</sup>

תכנית לאיחוד וחלוקה מביאה בדרך כלל להשבחת הקרקע. בחלק ממדינות העולם, שבהן הדין מאפשר לרשות לערוך תכנית לאיחוד וחלוקה ללא הסכמת הבעלים, יסוד ההשבחה הינו כמעט הכרחי לאישור התכנית.<sup>33</sup> במיוחד נכון הדבר כשהליך החלוקה מחדש נכפה על

<sup>30</sup> גם אם הליך החלוקה מחדש נערך במסגרת שתי תכניות: האחת - משנה ייעודים והשנייה - קובעת חלוקה למגרשים, טבלת הקצאות וטבלאות איוון, לא ניתן לערוך הפרדה. אם שטח חלקה מסוימת מיועד כל כולו לצרכי ציבור בתכנית הראשונה, כלל לא ברור אם המגרש שיוקצה בגין נטילת אותה חלקה יפחת בשטחו משטח החלקה המקורית.

<sup>31</sup> מ. רז כהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 449.

<sup>32</sup> הזכות לקבלת פיצוי בגין פגיעה תכנונית לפי סעיף 197 לחוק מוגבלת מכוח הוראת סעיף 200 לחוק. לעומת זאת, נראה כי הזכות לפיצוי בגין פגיעה שמקורה בנטילת חלק מהקרקע לצרכי ציבור, לא תסוייג מכוח הוראת סעיף 200 לחוק. על פי מדיניות משפטית ראויה, אין לקבוע שהפגיעה מקום בו ניטל חלק מן הקרקע במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה אינה עוברת את תחום הסביר. לעניין אי-החלת הפטור שבפיצויי הפקעה בגין 40% מן השטח על תשלום פיצויים לפי סעיף 197 ראו: פרשת **חממי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 379-380, שם טענה הוועדה המקומית, כי יש לנכות 40% מסכום הפיצויים שיש לשלם בגין ירידת ערך לפי סעיף 197 לחוק, וזאת בהסתמך על סעיף 20(א) לפקודת הקרקעות ועל סעיף 190(א) לחוק. טענה זו נדחתה ובצדק רב. קיים שוני יסודי בין הוראות פרק ט' לחוק לבין הוראות ההפקעה. פיצויים על הפקעה נפסקים על-פי הוראות פקודת הקרקעות, שמכוחה בלבד מתאפשר ניכוי של 40%. סעיף 190(א) לחוק מחיל, כאמור, את הוראות סעיף 20 לפקודת הקרקעות גם על הפקעת מקרקעין לצרכי גנים, שטחי נופש, ספורט וכן לבנייני חינוך, תרבות, דת ובריאות, כאשר בכל מקום שמדובר בו ב"רבע" יבוא "ארבע עשיריות". הוראה כאמור לא קיימת במסגרת פרק ט' לחוק, העוסק בפיצויים על ירידת ערך. תביעה לפי פרק ט' היא עצמאית ואינה נוגעת לפקודת הקרקעות. ההוראה שמאפשרת הפקעת ארבע עשיריות מהקרקע ללא תשלום פיצויים, מיועדת אך ורק למסגרת ההפקעה.

<sup>33</sup> G. Larsson Land readjustment: **A modern approach to Urbanization**, Avebury, Aldershot, England (1993): "One condition for the public sector supporting coercive measures in connection with joint development is for the measure to be profitable and to generate a profit for the participants. There are various ways of putting this. The Swedish legislation, for example, makes it the duty of the executive official to ascertain that the inconveniences of cooperation from a public or private point of view do not outweigh the benefits to be derived from it. He therefore has to investigate the economic consequences. Legislation in the other countries does not as a rule formally stipulate that the project must yield a profit. Even so, this requirement is normally met by the preliminary investigation including both an estimate of the total benefit and total costs of the development, and also by a qualified majority of the participants having to come out in support of the plan on the strength of this

בעלי הזכויות וכשבמסגרת החלוקה מחדש מופרשת קרקע לצרכי ציבור ללא תמורה.<sup>34</sup> ההשבחה מאפשרת את מימון ההפרשות לצרכי ציבור.<sup>35</sup>

בשל קיומו של כלל משפטי לפיו זכאי בעל הזכויות לפיצוי מלא במקרה של אובדן ערך עקב אישור תכנית, התנאת ההפרשה לצרכי ציבור בהשבחה של התכנית איננה הכרחית בשיטתנו,<sup>36</sup> שהרי ממילא הוראות הפיצוי שבפרק ט' לחוק יעמידו את הנפגע לפחות במצבו ערב התכנית.

מכל מקום, המעבר ממשטר הפיצוי הדו-שלבי למשטר של פיצוי חד-שלבי - דהיינו, בגין נזקי תכנון בלבד - מיטיב עם הנפגע. ההגנה המסופקת לנפגע היא הגנה מלאה, ללא הסייגים מפני פיצוי מלא החלים בדיני ההפקעות.<sup>37</sup>

### חלוקה הוגנת של נטל ההפקעה

investigation."

G. Larsson **id.**: "A superior authority whose permission is required will of course also have an eye to the economic aspects. The same is true when the authority decides how large an area the landowners are to surrender, free of charge, for communal purposes. Finally, in connection with new allocation of land a check is made to ensure that the landowner receives an allocation, the value of which covers both the value of his holdings before the project and the expense he incurred in connection with the - project. Especially in cases where the local authority itself takes the initiative and bears the full cost as in Germany - no introductory profitability assessment is needed to protect the economic interests of the landowners. On the other hand, German legislation does stipulate that, if the value of the land surrendered by the landowners to the local authority does not cover the cost of readjustment, then the loss is to be borne by the local authority itself."<sup>34</sup>

בית המשפט העליון הביע דעתו בע"א 6663/93 צאיג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נה(1) 49 (1999), כי הטעם לאי-החלת הוראות החוק לתיקון דיני הרכישה על נטילה במסגרת איחוד וחלוקה הוא, שבנטילה במסגרת איחוד וחלוקה נהנה בעל הקרקע מתמורה בדמות השבחה הקרקע: "לפי סעיף 114) של החוק לתיקון דיני הרכישה, "לעניין חישוב האחוזים של חלקה שמוותר לרכוש לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים - (1) אין מביאים בחשבון רכישה מכוח חלוקה חדשה לפי סעיף 20א לפקודת בניין ערים, 1936, ולפי סימן ז' לפרק ג' לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965; ומדוע? משום שחלוקה מחדש (רפרצלציה) מיטיביה באופן ישיר עם הבעלים של המקרקעין...". בהמשך מפנה בית המשפט לדברי ההסבר להצעת החוק, לפיהם: "... החוק המוצע בא להגביל את ההפקעות החוזרות ללא תשלום פיצויים ולקבוע ששטח הקרקע שיופקע ללא תשלום כאמור, לא יעלה על 25% מהשטח המקורי, יהא מספר ההפקעות החוזרות אשא יהא, ויהא מספר הבעלים שתחלפו אשר יהא. יוצאת מכלל הגבלה זו רה-פרצלציה, כי במקרה זה נהנה הנפגע על ידי ההפקעה במישרין, ולא רק בעקיפין - מהשיפור שבתכנית הרה-פרצלציה" - ראו ה"ח 592, 58, בעמ' 59 (8.1.1964).

השוו: ת"א (מחוזי ת"א) 2336/02 ריוב נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פתח תקווה, מקרקעין ו/370 (2007).<sup>35</sup>

לדעה שונה ראו: אהרון נמדר פגיעה במקרקעין - פיצויים בגין נזקי תכנית 198-199 (חושן למשפט, 2002). והשוו: לוינסון-זמיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 176 ואילך. ראו גם: אלתרמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 194; רחל אלתרמן ומירי ויטק מהפקעות ועד הסכמים: דרכים להשגת קרקע לצרכי ציבור 56 (מהדורה שנייה, המרכז לחקר העיר והאזור, 1996).<sup>36</sup>

הליך של הפקעת מקרקעין יוצר התנגשות ברורה בין צורכי הכלל לבין צורכי הפרט. הפגיעה בזכויות היסוד של הפרט ברורה. לפיכך, ניתן להבין את הצורך להביא לפיזור הפגיעה בין מספר רב של פרטים.<sup>38</sup>

החלת עקרון השוויון במימון על דיני ההפקעות הוכרה בספרות.<sup>39</sup> יישום העקרון אינו כה פשוט. התאמת התכנון לעקרון השוויון במימון היא כמעט בלתי אפשרית. כך טבעי הוא, שהרחבת דרך ציבורית נוגסת משטחם של בעלי הקרקע הסמוכה לדרך, שבדרך כלל כבר הופקע מהם בעבר חלק מן הקרקע. כמעט ולא ניתן לקבוע את השטחים הציבוריים בהתאם לצורך בפיזור ההפרשה לצורכי ציבור בין מספר רב של בעלי קרקעות.

מאידך, עקרון השוויון במימון מיושם באופן אופטימלי בהפרשת קרקע לצורכי ציבור במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה. על מנת להבין את יישום עקרון השוויון במימון, ניתן לשוב לרעיון חלוקת ההליך לשלושת שלביו: בשלב ראשון, מאוחדות כל הקרקעות; בשלב שני, מופרשים שטחים לטובת צורכי ציבור. השטחים ניטלים מן הקרקע המאוחדת. כל בעל זכויות נדרש להפריש כפי חלקו בקרקע המאוחדת; בשלב שלישי, הקרקע הנותרת מתחלקת בין בעליה המשותפים. כל בעלי הזכויות משתתפים, איפוא, בהפרשה ובאופן השוויוני ביותר - כל אחד בהתאם לשווי הקרקע שבידו, או אם תמצי, בהתאם לחלקו בהשבחה.

עקרון השוויון במימון עומד למעשה ביסוד ההליך של חלוקה מחדש. העובדה שכל בעל זכויות נושא בעלויות התכנית באופן פרופורציונלי לחלקו בטובת ההנאה שבתכנית, מקדמת בצורה הטובה ביותר עיקרון זה.

### שמירת הזיקה בין הנטילה לבין המטרה

הואיל וההפקעה, מעצם טיבעה, מקריבה מאינטרס הפרט לטובת הכלל, היא כרוכה בתחושת קיפוח מצד מי שרכושו ניטל ממנו. בעוד שהייעוד הציבורי משרת את הציבור כולו, ההפקעה, המיועדת להגשמת אותו ייעוד ציבורי, פוגעת בבודדים, שלעיתים קרובות כלל לא מפיקים תועלת ממימוש הצורך הציבורי.

מאידך, בנטילת קרקע לצורכי ציבור במסגרת חלוקה מחדש, הפרט אינו חש כמי שהקריב מרכושו לטובת אחרים. במקרה זה נוצר הקשר ההדוק ביותר בין הנטילה לבין האינטרס

<sup>38</sup> אהרון נמדר **הפקעת מקרקעין - שומה, תובענות וסדרי דין** 54 (חושן למשפט, 2006).

<sup>39</sup> לעקרון השוויון במימון ראו **ד. לוינסון-זמיר**, לעיל הערה 18 בעמ' 314-315, 323-325; חנוך דגן "דיני קניין - דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** 673 (א. רוזן-צבי עורך, 1996); חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" **עיוני משפט** כא 491 (1998); אירית חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" **עיוני משפט** כא 449 (1998); דפנה ברק-ארוז "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה - צדק חלוקתי בהליך המנהלי" **צדק חלוקתי בישראל** 203 (מנחם מאוטנר עורך, הוצאת רמות, אוניברסיטת תל אביב, 2000).

של זה שממנו ניטלה הקרקע. כל הפרשה של קרקע לצורכי ציבור באה, בדרך כלל, כדי לשרת את הקרקעות בתחום התכנית.<sup>40</sup> בעלי הקרקעות נדרשים להפריש משטחם לצורכי ציבור, ואותן הפרשות תורמות במישרין או בעקיפין להשבת ייתרת הקרקע, שהרי חלק מן הייעודים שבתכנית אינם ניתנים למימוש ללא יצירת שטחי ציבור הנותנים מענה לאותם שימושים. כך לדוגמה, הקמת שכונת מגורים מחייבת הקמת בתי ספר, גני ילדים, דרכים, פארקים ועוד. ההפרשה לצורכי ציבור עומדת בזיקה ישירה לתועלת שמפיק בעל הזכויות שממנו ניטלה הקרקע.

בעל הזכויות שנאלץ להפריש מרכושו, אינו חש, איפוא, כי הוא נתון לקפריזה שלטונית. הקשר הישיר בין ההפרשה לבין טובת ההנאה שמפיק בעל הזכויות עצמו מן התכנית, מביא ליצירת אמון בין הפרט לבין הרשות ולהסרת החשש, שמא הוא נתון לגחמה שלטונית ושלא נבחר דווקא הוא, באופן אקראי, כמי שהנטל ייפול על כתפיו. אשר על כן, לצד עצם ההגינות הטמונה בכלל, מביא יישומו ליצירת אמון בין הפרט לשלטון.

### אי-האפשרות להחיל את דיני ההפקעות על דיני החלוקה מחדש

בפרשת **בראון** קבע בית המשפט העליון, כי ראוי להחיל את המגבלות על פי דיני ההפקעות שבחוק התכנון והבנייה גם על הפרשת שטחים לצורכי ציבור במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה. אי-החלת המגבלות האמורות מהווה, לגישת בית המשפט, פגיעה בלתי סבירה ובלתי מידתית בזכות הקניין.<sup>41</sup> נשאלת השאלה, מה משמעות אמירה זו ועד כמה היא ניתנת ליישום; כלום יש לצמצם את הלכת **בראון** לנסיבות הספציפיות שנדונו בה?

המערערים בפרשת **בראון** ביקשו להורות על בטלות התכנית מחמת זאת שהופקעו מהם שטחים בשיעור שמעל 40%. בית המשפט העליון, בסיכום פסק הדין, קובע כי הערעורים, ככל שהם מכוונים לסעד של בטלות התכנית או בטלות טבלאות האיזון, נדחים.<sup>42</sup> בית המשפט לא נדרש לדון בסעד הפיצויים. לפיכך, קביעתו של בית המשפט, כי ראוי להחיל את המגבלות שבדיני ההפקעות גם על הליכי איחוד וחלוקה, לא נדרשה לשם הכרעה בערעור

<sup>40</sup> ראו ע"מ (מינהליים י-0) 1153/04 לוי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ירושלים, **מקרקעין** ח/5 459 (2006). במקרה זה החליטה הוועדה המחוזית להרחיב בית עלמין במסגרת תכנית משביחה לאיחוד וחלוקה. חלקות העותרים הסמוכות למתחם האיחוד והחלוקה, יועדו באותה תכנית לדרך ציבורית ולהפקעה. העותרים, שהופקע מהם שטח קרקע לטובת דרך ציבורית, ביקשו להכליל אותם במסגרת תכנית איחוד וחלוקה. היענות לבקשתם היתה מחייבת להטיל על בעלי הקרקעות הנמצאים במתחם האיחוד וחלוקה לשלם לעותרים תשלומי איזון. בית המשפט קבע: "בנסיבותיו של מקרה זה, לא מתקיים התנאי של קיום קשר סיבתי בין הינוקי שנגרם לעותרים, דהיינו; הפקעת חלקותיהם לצרכי כביש או גשר, תוך הענקת פיצויי הפקעה בהתאם לייעוד הקרקע עובר להפקעה (שמורת טבע), לבין מתן ההטבה לבעלי החלקות בתחום האיחוד והחלוקה (דהיינו; שינוי ייעוד חלקותיהם לבית עלמין). המשיבים הבהירו כי הכביש אינו מיועד לשרת במישרין את בית העלמין. המשיבים הסבירו גם, כי הטעם להחלטת מוסדות התכנון לצרף את הכביש לתוכנית בית העלמין, נעוץ בכך שתוכנית בית העלמין היא תוכנית לשימושים ציבוריים, המקודמת על-ידי המינהל, וסביר היה לדרוש מיזם ציבורי שכוה לתכנן את הגשר ואת הכביש...".

<sup>41</sup> פרשת **בראון**, לעיל ה"ש 3, בסעיף 13 לפסק הדין.

<sup>42</sup> שם, בסעיף 20 לפסק הדין.

ונאמרה בהערת אגב. בית המשפט אף מעלה אפשרות לכלל מרוכך יותר, שלפיו לא נראה בנטילת הקרקעות במסגרת איחוד וחלוקה משום "הפקעה", אלא שלמצער, כוחן של ההוראות בענייני הפקעה שורה על נטילה זו.<sup>43</sup>

נראה איפוא, כי השאלה, עד כמה להחיל את הוראות דיני ההפקעות על דיני החלוקה מחדש, נותרה עדיין פתוחה. לגישתנו, הואיל ודיני החלוקה מחדש יוצרים מנגנון שונה בתכלית להפרשת שטחים לצורכי ציבור, כמעט שלא ניתן להחיל את הסייגים שבדיני ההפקעות על דיני החלוקה מחדש.

כפי שכבר רמזנו לפני כן, חוסר האפשרות לזהות את הקרקע שניטלה בפועל, והעובדה כי החלקה פשטה צורה ולבשה צורה חדשה, מקשה על האפשרות להחיל את כלל הפיצוי הדו-שלבי לפיו, בשלב ראשון הנפגע זכאי לפיצוי בגין שינוי הייעוד לצורך ציבורי, ובשלב השני - לפיצוי בגין הנטילה. אלא שבמסגרת חלוקה מחדש, אין כלל התאמה בין החלק שניטל לבין החלק שיייעודו שונה בחלקה המקורית. אם פלוני זכה, לשם הדוגמה, להקצאה של מגרש בשטח של 50% מן החלקה המקורית, אין משמעות הדבר שחלקתו המקורית יועדה בחלקה או במלואה לצורך ציבורי. כך ייתכן, שבחלוקה מחדש הוקצתה חלקתו המקורית בייעוד שאינו ציבורי לאדם אחר; וייתכן מן הצד השני, שכולה שינתה ייעודה לייעוד ציבורי. לא ניתן לזהות, איפוא, את החלק ששינה ייעודו ושבינו יש לשלם פיצוי לפי הוראת סעיף 197 לחוק, ולא ניתן לזהות את החלק ש"הופקע", שבגינו יש לשלם פיצויי הפקעה. בנוסף, שלב הנטילה ושלם שינוי הייעוד מתרחשים בו-זמנית, עם אישור התכנית. כל אבחנה בין השלבים, תוך ניסיון לפצל בין חלקי ה"נוק", הינה אבחנה מלאכותית.

שיעור הפיצוי לפי הוראות סעיף 197 לחוק נקבע תוך השוואה בין שווי החלקה המקורית לבין שווי המגרש המוקצה (בתוספת או בהפחתה של דמי האיזון).<sup>44</sup> קביעת דמי הפיצוי באופן זה, מביאה להגנה מלאה על בעל הזכויות. מלבד העובדה, כי פסיקת פיצויי הפקעה תביא לפיצוי יתר, נראה כי לא ניתן להצביע באמת ובתמים על הקרקע המסוימת שהופקעה מאותו אדם, שבגינה יש לשלם פיצויי הפקעה.

נשאלת השאלה, איזה חלק מהשטח שניטל מבעל הזכויות, יעמוד בבסיס תחשיב פיצויי ההפקעה. האם יש להתמקד בחלקה המקורית ובקרקע שיועדה לצורכי ציבור מתוכה? אולם אם זכה אותו אדם לקרקע במקום אחר בתחום התכנית, וכל החלקה המקורית יועדה לצורכי ציבור, איזה שטח מתוך החלקה המקורית יעמוד בבסיס התחשיב? אם החלקה המקורית לא יועדה לצורכי ציבור והוא זכה במגרש קטן בשטחו, מה ישמש אז כבסיס לתחשיב השטח המופקע? על כל אלה מתווסף קושי נוסף: לגישת בית המשפט, תוספת אחוזי הבנייה יכולה להיחשב כפיצויי הפקעה.<sup>45</sup> כלום יש לערוך תחשיב של הפער בין שווי השטח שהופקע לבין שווי תוספת אחוזי הבנייה?

נראה, כי לא ניתן באמת ובתמים לחשב את שיעור פיצויי ההפקעה. מקושי זה מזדקר ועולה עניין נוסף: כיצד ניתן לקבוע, אם ניטל שיעור העולה על 40% מן החלקה המקורית? מה המשמעות של תוספת אחוזי הבנייה? במקרה בו נוספו אחוזי בנייה שאינם מביאים

<sup>43</sup> שם, בסעיף 15 לפסק הדין.

<sup>44</sup> מ. רז כהן, לעיל הי"ש 2, בעמ' 449-459.

<sup>45</sup> פרשת בראון, לעיל הי"ש 3, בסעיף 15 לפסק הדין.

לפיצוי מלא: כיצד יחושב השיעור שהופקע? האם שינוי ייעוד, המביא עימו השבחה ושאינו כולל תוספת אחוזי בנייה, ייחשב לפיצויי לעניין עריכת תחשיב השטח שהופקע?

נראה איפוא, שלאור השוני המהותי בין ההליכים, לא ניתן ליישם את הכללים הנוגעים לפיצויי ההפקעה, על נטילת קרקע לצורכי ציבור במסגרת חלוקה מחדש.

מספר כללים מחייבים את השבת הקרקע המופקעת לבעליה עם זניחת המטרה הציבורית על-ידי הרשות.<sup>46</sup> האם ניתן ליישם כללים אלה אף על נטילה במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה? הכללים יוצרים זיקה ארוכת טווח בין בעל הזכויות לבין הקרקע שהופקעה מידי. האינטרס של הבעלים בקרקע שהופקעה אינו פג עם השלמת הליכי ההפקעה וזכותו לדרוש את השבת הגלגל לאחור מתעוררת במקרה בו הרשות הציבורית זנחה בנסיבות מיוחדות את המטרה הציבורית שעמדה בבסיס ההפקעה.

יישום הכללים השומרים על זיקה בין בעל הזכויות לבין הקרקע שהופקעה מידי מעורר קשיים במקרים שבהם הקרקע ניטלה במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה. למעשה, תרופת ההשבה איננה ניתנת ליישום במקרה שכזה. הקרקע, המיועדת בתכנית לאיחוד וחלוקה לצורכי ציבור, ניטלה מכל בעלי הזכויות שבתחום התכנית. העובדה שהחלקה ההיסטורית-המקורית של פלוני יועדה לצורכי ציבור, אין משמעה, כי הקרקע הופקעה מידי דווקא, שהרי כמעט מכל בעלי הזכויות בתחום התכנית ניטלה הקרקע ההיסטורית שבעלותם, ותמורתה זכו הם להקצאת מגרש חליפי. אין כל מקום לאבחנה בין זה שחלקתו המקורית יועדה לצורך שאינו ציבורי לבין זה שחלקתו המקורית יועדה לצורך ציבורי. כזכור, לאחר השלב הרעיוני של איחוד כל החלקות בתחום התכנית, מופרשים השטחים לצורכי ציבור. דהיינו, כולם כאחד, בתחום התכנית, נוטלים חלק בהפרשה. שמירת הזיקה בין כל בעל זכויות לבין חלקתו המקורית, אינה משרתת שום אינטרס ועומדת בניגוד לרציונל של ההליך.

אם אכן הרשות תזנח את המטרה הציבורית שעמדה בבסיס נטילת הקרקע, למי מבעלי הזכויות בתחום התכנית תושב הקרקע? הבחירה במי שהיה בעל הזכויות ההיסטורית באותה חלקה, איננה משרתת שום אינטרס ואינה עולה בקנה אחד עם העובדה, שכולם כאחד תרמו למעשה שטח לצורכי ציבור. ייתכן שלפלוני, שהיה בעל החלקה ההיסטורית שיועדה לצורכי ציבור, הוקצה מגרש בשטח רב, בעוד שלאמוני, שחלקתו ההיסטורית לא יועדה לצורכי ציבור, הוקצה מגרש צר מימדים.

הואיל ולהפרשה לצורכי ציבור קודם שלב רעיוני של איחוד המגרשים, הנטילה נערכת למעשה מכל הבעלים כולם. מלבד חוסר ההיגיון הטמון בהשבת הקרקע לבעלים ההיסטורית, לא ניתן להשיב את הקרקע לבעלים יחיד. תיקון טבלת ההקצאות יגרור תגובת

<sup>46</sup> ראו, לדוגמה, הוראות סעיפים 195, 196 (א) לחוק. כן ראו: ד"ר 29/69 **אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד כד(2) 397, 408 (1970); בג"ץ 282/71 **בנין נ' שר האוצר**, פ"ד כה(2) 466 (1971); בג"ץ 2739/79 **מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה** (לא פורסם); בג"ץ 2390/96 **קריסיק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 625 (2001); ע"מ 1369/06 **הלביץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, חדרה, מקרקעין** 464 5/ז (2008).

שרשרת, שמחייבת את תיקון התכנית כולה. מה ייעשה בקרקע שהוקצתה לבעלים שזכאי להשבת הקרקע שיועדה לצורכי ציבור? האם היא תוקצה לרשות? בדרך כלל, מידות המגרשים החדשים שונות ממידות החלקות ההיסטוריות. לשם ביצוע השבה חלקית, יהיה צריך לאשר תכנית היוצרת מגרשים חדשים החופפים לחלקות ההיסטוריות. אף תיקון זה יגרור תגובת שרשרת בכל תחום התכנית.

כיצד ניתן להשיב מנגד את הפיצוי ששולם בשעתו תמורת ההפקעה? אם יש לראות בזכויות הבנייה משום פיצוי, כיצד ניתן כלל להשיבן? אם זכויות הבנייה נוצלו, האם ניתן להשיב את הגלגל לאחור? נראה, כי לא ניתן לעשות כן ללא ביטול התכנית כולה. ביטול תכנית לאיחוד וחלוקה, שלעיתים מומשה בחלקה והבנייה על פיה החלה בשטח ושלעיתים הזכויות בתחומה עברו גלגולים רבים, הינה משימה בלתי אפשרית. נראה איפוא, כי מערכת הכללים המעוגנים בחקיקה ובהלכה הפסוקה, הקובעים את צמידות ההפקעה למטרתה המקורית ושומרים על זיקה בין בעל הזכויות לבין הקרקע שהופקעה, אינם מתאימים ואינם ישימים במקרה של נטילת קרקע במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה.

## סיכום

התמונה העולה היא אחת: תכנית לאיחוד וחלוקה קובעת מנגנון ייחודי להפרשת קרקעות לצורכי ציבור. המנגנון הוא בעל מאפיינים דוקטרינריים ייחודיים, שאינם דומים להפקעה המסורתית. השדה המשפטי של כללי האיחוד והחלוקה צומח על בסיס המודל התאגידי: של יצירת פרויקט משותף לכל בעלי הזכויות בתחום התכנית על בסיס חלקם היחסי. על הדוקטרינות המשפטיות המתפתחות להתאים עצמן לשדה המשפטי החדש. ההלכות המשפטיות החלות על נטילת הקרקע במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה צריכות להשתלב בהגיון השזור בהליך.

נטילת קרקע במסגרת הליך של איחוד וחלוקה עדיפה, מבחינתו של הפרט, על פני נטילה במסגרת הליכי ההפקעה המסורתיים: בעל הזכויות תמיד זוכה לפיצוי מלא בעבור זכויותיו, בין בדמות השבתת הקרקע, בין באמצעות תשלומי איזון ובין באמצעות פיצוי לפי הוראת סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה. "הפקעה" במסגרת הליכי חלוקה מחדש מקדמת באופן האופטימלי את כלל השוויון במימון. דהיינו, נטל ההפרשה של קרקע פרטית לטובת הכלל מתפזר באופן פרופורציונלי בין פרטים רבים. בנוסף, מתקיימת זיקה ברורה בין מטרת ההפקעה לבין התועלת שהפרט מפיק ממנה. כלל זה מפחית כמעט לחלוטין את תחושת הקורבן שמלווה בעל זכויות שרכושו הופקע, ומביא להגברת האמון בין השלטון לפרט, משום שהוא מאיין את החשש של בעל הזכויות מכך שהוא נתון לקפריזה שלטונית.

מטעמים אלה, אין זה ראוי להחיל על נטילה במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה את כל אותם סייגים והגנות, ההכרחיים על מנת להגן על הפרט מפני נטילה במסגרת הליכי ההפקעה המסורתיים.

פרט לעובדה שאין זה ראוי להחיל את דוקטרינות ההגנה השונות על נטילה במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה, ראינו כי בשל השוני המהותי בין ההליכים, לא ניתן ממילא לעשות כן בפועל. ככל שיש להגביל את כוחה של הרשות, ראוי שההגנות תתפתחנה על רקע השדה

המשפטי החדש ועל רקע מאפייניו הייחודיים. החלה ישירה של ההגנות הדוקטרינריות מתחום ההפקעות אינה ראויה ואינה אפשרית.

\\מאמרים\הפרשת קרקע לצרכי ציבור במסגרת חלוקה מחדש.doc