

## האם ישולמו פיצויי הפקעה בגין בנייה או שימוש בלתי-חוקיים?

מאת

רפי אטינגר, עו"ד<sup>1</sup>

### מבוא

בכל מקרה של הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור קיימת התנגשות בין שני אינטרסים: מצד אחד - האינטרס הציבורי המחייב הקצאת מקרקעין לצורכי ציבור, לעיתים גם במחיר הפקעתם מידי הפרט (שהרי הקרקע הינה משאב מוגבל); ומצד שני - זכות הקניין של הנפקע, שכידוע, זכתה למעמד-על בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>2</sup>

על הרשות המפקיעה או על בית המשפט לאתר את נקודת האיזון הנכונה למקרה הספציפי בין שני האינטרסים הללו, על פי החוק והפסיקה, ובהתאם לכך לקבוע תחילה, האם יש הכרח להפקיע את המקרקעין המסוימים, כולם או חלקם, ואם הוחלט, כי אין מנוס אלא לבצע הפקעה - אילו פיצויים יקבל הנפקע בגין ההפקעה.<sup>3</sup>

מעיון בפסיקת בתי המשפט בשנים האחרונות עולה, כי בסוגיות שונות בדיני ההפקעה בכלל ובנוגע לפיצויי ההפקעה בפרט, אין אחידות בשאלה, מהי נקודת האיזון הנכונה בין האינטרסים הללו.<sup>4</sup>

באופן גס, החלוקה היא בין הגישה המעדיפה את האינטרס הציבורי שבהפקעת מקרקעין, במחיר לא מוגזם, לבין הגישה המבכרת את זכות הקניין.

דוגמה בולטת למחלוקת האמורה היא בשאלה, האם על הרשות המפקיעה לפצות גם בגין בנייה או שימוש בלתי-חוקיים במקרקעין המופקעים. מחלוקת זו התגלעה, בין היתר, לנוכח הסדרים לא אחידים הקיימים בחוקי ההפקעה השונים.

1. המחבר הוא ממושרד יגאל ארנון ושות', חבר בפורום תכנון ובנייה של לשכת עורכי הדין ומתמחה בדיני תכנון ובנייה והפקעות.
2. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד") קובע, כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". כן ראו את סעיף 8 לחוק היסוד (פסקת ההגבלה), ומאידך - את שמירת הדינים בסעיף 10 לחוק היסוד.
3. כפוף לחריגים של הפקעה ללא תשלום פיצויים, בהם לא אעסוק ברשימה זו (אך ראו להלן הי"ש 4).
4. דוגמה לכך היא המחלוקת בבית המשפט העליון ביחס ליישום ההלכה שנקבעה בע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001), מקרקעין א/1 339 (2001) (להלן: "הלכת הולצמן"), הקובעת שבהפקעת חלקה בשלמותה לא יחולו סעיפי החוק המתירים הפקעת 25% או 40% משטח מגרש ללא תשלום פיצויים - ראו פסקי הדין בע"א 3819/01 מדינת ישראל נ' אסלן, מקרקעין ד/2 404 (2004) (להלן: "עניין אסלן") ובע"א 8736/04 אורה כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה, מקרקעין ה/2 601 (2006) (להלן: "עניין אורה כהן"), המייצגים עמדות חולקות.

פסק הדין בעניין **פינקלשטיין**,<sup>5</sup> שניתן לאחרונה על ידי המשפט העליון, הינו המקיף ביותר עד כה בסוגייה זו, וחשיבותו העיקרית היא בכך שהוא מגשר על חוסר האחידות הקיים בפסיקה ומנסה לקבוע כללים אחידים לכל סוגי ההפקעות. עם זאת, הוא עדיין מעורר קשיים ומותיר שאלות לא פתורות.

ברשימה זו אסקור את החקיקה הבלתי אחידה בכל הנוגע לשאלת פיצויי ההפקעה בגין בנייה ושימוש בלתי-חוקיים בנכס המופקע, ואת המגמות השונות הקיימות בפסיקה, תוך התמקדות בהלכת **פינקלשטיין** - על הפתרונות שהיא מספקת והשאלות שהיא מותירה.

### הצגת השאלה על רקע מטרת פיצויי ההפקעה

מטרתם המרכזית של פיצויי ההפקעה היא להעמיד את הנפקע באותו מצב בו היה אלמלא ההפקעה.<sup>6</sup>

ממטרה זו נגזרים כללים שונים לשומת פיצויים. להלן כמה מהכללים הרלוונטיים לענייננו:

1. ככלל, כאשר מופקעת קרקע שעליה קיימים מחוברים (מבנה, גידולים וכו'), חישוב הפיצויים צריך להיות מבוסס על שווי הקרקע כולל המחוברים.
2. המקרקעין מוערכים לפי השימוש המיטבי שניתן היה לעשות בהם במועד הקובע להפקעה.<sup>7</sup>
3. כאשר במועד הקובע להפקעה נוהל עסק על המקרקעין - יש לשלם פיצויים לא רק על הנכס עצמו (קרקע ומחוברים) אלא גם על העסק שהתנהל בו.<sup>8</sup>

אולם, כללים אלו אינם נותנים מענה לשאלות הבאות: מה הדין כאשר המבנה הבנוי על הקרקע נבנה ללא היתר בנייה כחוק - האם גם אז ישולמו פיצויים בגין המחוברים על פי הכלל הראשון לעיל; כיצד יש לנהוג כאשר השימוש שנעשה במקרקעין במועד הקובע נוגד

---

5. ע"א 3015/06 מדינת ישראל - מינהל מקרקעי ישראל נ' **פינקלשטיין**, תק-על 2392 (4)2008 (2008) (להלן: "**עניין/הלכת פינקלשטיין**"). לתקציר פסק הדין ראו **מקרקעין ח/1** 419 (2008).

6. ע"א 272/59 מרכז וולבלסקי בע"מ נ' מרכז החרש והאומן בע"מ, פ"ד טו 1289, 1309 (1961); רע"א 1054/03 הועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' **בדיחי, מקרקעין ב/4** 398, בסעיף 4 לפסק הדין (2003) (להלן: "**עניין/הלכת בדיחי**"). כמו כן, לפיצויי הפקעה קיימות מטרות נוספות, שעניינן "צדק חלוקתי" והרתעת הרשות מהפקעות מיותרות - ראו הלכת **פינקלשטיין**, לעיל הי"ש 5, בעמ' 2398.

7. בהפקעה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: "**פקודת הקרקעות**"), המועד הקובע הינו מועד פרסום הודעת ההפקעה ברשומות; בהפקעה לפי פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943 (להלן: "**פקודת הדרכים**"), המועד הקובע הינו מועד מתן צו ההפקעה על ידי השר; בהפקעה לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק התכנון והבניה**"), המועד הקובע הינו 60 יום לאחר מועד פרסום הודעת ההפקעה ברשומות. ככלל, השימוש המיטבי הינו על פי ייעודה התכנוני של הקרקע במועד הקובע, אולם הפסיקה הכירה גם בפוטנציאל לשינוי ייעוד - ראו למשל ע"א 483/86 **בירנבך נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(3) 228, 231 (1988).

8. ע"א 740/75 **דוידוביץ נ' אתרים בחוף תל-אביב, חברה לפיתוח אתרי תיירות בתל-אביב-יפו בע"מ**, פ"ד לא(3) 3, 10 (1977) (להלן: "**עניין/הלכת דוידוביץ**").

את השימוש החוקי המותר (כגון: מגורים בשטח שייעודו הסטוטוטורי הינו חקלאי) - האם יש להעריך את שווי המקרקעין המופקעים על פי ייעודם החוקי, או שמא על פי השימוש בפועל, גם אם אינו חוקי;<sup>9</sup> וכיוצא בזה - האם קיימת חובת תשלום פיצויים בגין ההפסדים שנגרמו לעסק, כאשר העסק נוהל ללא רשיון, והאם גם במקרה זה יחול **הכלל השלישי** לעיל?

**המשותף לכל המקרים הללו הינו שהפיצויים הנתבעים או חלק מהם מבוססים על פעילות בלתי-חוקית, ונשאלת השאלה, האם בתשלום פיצויי ההפקעה יש להתחשב בפעילות הבלתי-חוקית הזו או להתעלם ממנה?**

אסקור תחילה את החקיקה הרלוונטית לשאלה זו, ולאחר מכן אסקור את הפסיקה הקיימת בנושא.

## החקיקה

### כללי

**סמכויות ההפקעה מוענקות למספר רשויות מכוח חוקים שונים. להלן הרשויות העיקריות והחוקים הרלוונטיים:**

- **שר האוצר** - מוסמך להפקיע מקרקעין "לכל צורך ציבורי", מכוח פקודת הקרקעות.<sup>10</sup>
- **שר התחבורה** - מוסמך להפקיע מקרקעין למטרת סלילת דרכים ומסילות ברזל, מכוח פקודת הדרכים.
- **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה** - חוק התכנון והבנייה<sup>11</sup> מסמיך את הוועדה המקומית להפקיע מקרקעין שייעודו לצורכי ציבור בתכנית.<sup>12</sup> בסעיף 190 לחוק התכנון והבנייה נקבע, כי ביצוע ההפקעה יהיה על פי פקודת הקרקעות, במספר שינויים ותיאומים המפורטים בהמשך הסעיף וכן בסעיפים הבאים. כפי שנראה להלן, אחד השינויים הללו נוגע לבנייה בלתי-חוקית.<sup>13</sup>
- רשויות נוספות מכוח חוקים ספציפיים, שלא אתמקד בהם ברשימה זו.<sup>14</sup>

9. בהפקעות לפי חוק התכנון והבנייה, שלב ההפקעה יבוא לעולם אחרי השלב הראשון של שינוי הייעוד בתכנית לייעוד הציבורי שלטובתו נעשית ההפקעה. במקרים כאלה, בהיעדר הרשאה לשימוש חורג מכוח התכנית או היתר לשימוש חורג, לא ניתן להמשיך להשתמש במקרקעין אלא לייעוד שנקבע בתכנית. בהפקעות לפי פקודת הקרקעות ופקודת הדרכים, יכול שההפקעה תתבצע בלא תכנית הקובעת ייעוד ציבורי, ואז, לעיתים, השימוש למטרה הפרטית נעשה כדין.

10. ראו סעיף 3 לפקודת הקרקעות, לפיו מי שקובע מהו הצורך הציבורי, הינו שר האוצר עצמו. סמכות רחבה זו סויגה בפסיקה, ונקבע, ששיקול דעתו של השר עומד לביקורת שיפוטית - ראו למשל בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 323-324 (1996).

11. פרק ח' לחוק התכנון והבנייה - סעיפים 188-196.

12. ראו סעיף 188 לחוק התכנון והבנייה. מסעיף 189 עולה, כי "תכנית" הינה תכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת, להבדיל, למשל, מתכנית מתאר מחוזית או ארצית.

13. סעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבנייה, אליו נתייחס להלן.

14. בין חוקי ההפקעה הללו ניתן למנות את חוק כביש ארצי לישראל, התשנ"ה-1994 (להלן: "חוק כביש ארצי לישראלי"); חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002; חוק המים, התשי"ט-1959 ועוד.

בחוקים האמורים אין תשובה ברורה ואחידה לשאלת ההתחשבות בבנייה או שימוש שלא כדין בנכס המופקע, במסגרת קביעת פיצויי ההפקעה. בעוד שחוק התכנון והבנייה נותן מענה מפורט ומסודר לשאלת הבנייה הבלתי-חוקית, הוא שותק ביחס לשאלת השימוש. חוקים אחרים, ובראשם פקודת הקרקעות, שותקים גם ביחס לשאלת הבנייה הבלתי-חוקית וגם ביחס לשאלת השימוש הבלתי-חוקי. נפרט עתה את המצב המשפטי ביחס לכל אחד מחיקוקי ההפקעה המרכזיים.

### פקודת הקרקעות

בסעיף 12 לפקודת הקרקעות נקבעו כללי שומת הפיצויים, אולם אין בהם התייחסות מפורשת לשאלת הפיצויים בגין בנייה או שימוש בלתי-חוקיים.

סעיף המשנה שעשוי להבהיר בכל זאת את כוונת המחוקק, הינו סעיף 12(ב) לפקודת הקרקעות, שזו לשונו:

**"בבוא בית המשפט להעריך את הפיצויים שיש לפסוק בעד כל קרקע או זכות או טובת הנאה בקרקע, ינהג לפי התקנות הבאות:**

(א) ...

(ב) בכפוף למותנה לקמן יקובל כשוויה של הקרקע, אותו הסכום שהיה מתקבל ממכירת הקרקע אילו נמכרה בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב..."

על פי מבחן זה, הידוע כ"מבחן השוק החופשי", יש להעריך מה היה שווי המקרקעין המופקעים לו נמכרו בסמוך למועד ההפקעה בעסקה רצונית - "ממוכר מרצון לקונה מרצון", ומכאן לגזור את גובה הפיצוי.

לכאורה ניתן לטעון, שמבחן השוק החופשי מנטרל כל אלמנט ערכי בקביעת הפיצויים. לפי מבחן זה, השוק הוא שיקבע מה היה שווי המקרקעין במועד הקובע, על פי כל הפרמטרים הנדרשים. עובדת אי-חוקיותו של הבניין או של השימוש בו היא רק עוד אחד מהפרמטרים הללו.

בעניין פינקלשטיין<sup>15</sup> סברה כבי' השופטת ארבל, כי יש לפרש את סעיף 12(ב) לפקודת הקרקעות כאוסר על התחשבות בבנייה או שימוש בלתי-חוקיים.

ספק אם פרשנות זו מתיישבת עם לשון סעיף 12(ב), אולם ניתן להגיע לאותה מסקנה באמצעות ההלכה הוותיקה, לפיה רשימת כללי השומה שבסעיף 12 לפקודת הקרקעות איננה בבחינת "רשימה סגורה"<sup>16</sup>.

15. עניין פינקלשטיין, לעיל ה"ש 5.

16. ע"א 299/60 כצנשטיין נ' עיריית רמת גן, פ"ד טו 2107, 2112 (1961) (להלן: "עניין כצנשטיין"); עניין דוידוביץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 10.

על בסיס הלכה זו ניתן לטעון, כי גם אם ייקבע שווי מסוים לנכס על פי מבחן השוק החופשי, עדיין על בית המשפט להפחית משווי זה את שווי הבנייה הבלתי-חוקית.<sup>17</sup> במילים אחרות, לפי פרשנות זו, המבחן אינו "כלכלי" גרידא אלא גם "ערכי". שווי השוק אינו חזות הכל, ובית המשפט רשאי להפחית משווי השוק, כדי שלא ליתן יד לבנייה או לשימוש בלתי-חוקיים.

גם סעיף 9(ב) לפקודת הדרכים וסעיף 11 לחוק כביש ארצי לישראל מאמצים את מבחן השוק החופשי, בלא שיש בהם התייחסות מפורשת לשאלת הבנייה או השימוש הבלתי-חוקיים.

### חוק התכנון והבנייה

כאמור, סעיף 190(א) לחוק התכנון והבנייה מחיל את פקודת הקרקעות לעניין ביצוע הפקעה על ידי ועדה מקומית, בשינויים ובתיאומים המפורטים בהמשך הסעיף. לפיכך, כללי השומה הקבועים בסעיף 12 לפקודת הקרקעות חלים גם על הפקעה לפי חוק התכנון והבנייה, לרבות "מבחן השוק החופשי".

עם זאת, סעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבנייה קובע את אחד ה"שינויים" לעומת פקודת הקרקעות, וזו לשונו:

**"לא תחול חובת תשלום פיצויים על הפקעת כל מבנה, גידול, עץ או דבר אחר המחובר לקרקע אם הוקמו, ניטעו או חוברו תוך הפרת חוק זה; אך רשאית הועדה המקומית לשלם פיצויים לתובע אם ראתה כי הוא פעל בתום לב וכי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות תשלום פיצויים."**

נקבע כאן, אפוא, חריג ל"מבחן השוק החופשי", לפיו לא ישולמו פיצויים על מחוברים שהוקמו או חוברו תוך הפרת חוק התכנון והבנייה. גם אם השוק מתעלם לחלוטין או במידה מסוימת מאי-חוקיות הבנייה, עדיין אין חובה לשלם פיצויים על בנייה בלתי-חוקית. יש כאן, אפוא, קביעה ערכית, הגוברת על המבחן השמאי-כלכלי.

### ברצוני להעיר שלוש הערות בהקשר לסעיף זה:

1. לא כל בנייה ללא היתר תשלול את הזכות לפיצויים, אלא רק בנייה שנעשתה "תוך הפרת חוק זה", הלא הוא חוק התכנון והבנייה. מכאן, שעל בנייה שבוצעה לפני כניסתו של חוק התכנון והבנייה לתוקף (ב-12 לפברואר 1966), יש לשלם פיצויים.<sup>18</sup>

17. קיימת פרקטיקה לפיה בית המשפט מורה לשמאי המכריע לקבוע שתי חלופות להערכת השווי: האחת, למקרה שבית המשפט יקבע, כי יש לפצות בגין הבנייה הבלתי-חוקית, והשנייה למקרה שבית המשפט יקבע, כי אין לפצות בגינה. בשלב הבא מועברת להכרעת בית המשפט השאלה, האם יש לפצות על הבנייה הבלתי-חוקית אם לאו.

18. אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין 57, בה"ש 239 (מהדורה שביעית, 2008).

2. בהתאם לסיפא של הסעיף, עדיין קיימת סמכות לוועדה המקומית לשלם פיצויים לתובע "אם ראתה כי הוא פעל בתום לב וכי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות תשלום פיצויים".
3. חוק התכנון והבנייה אינו קובע הסדר דומה ביחס לשימוש בלתי-חוקי.

### סיכום החקיקה

מהאמור לעיל עולה, כי העניין היחיד שזכה להסדר חקיקתי מפורש בחוקי ההפקעה המרכזיים הינו בנייה בלתי-חוקית (להבדיל משימוש) בהפקעה לפי חוק התכנון והבנייה.<sup>19</sup> פקודת הקרקעות ויתר החיקוקים שהלכו בעקבותיה שותקים בשאלה, האם להתחשב בבנייה או בשימוש בלתי-חוקיים לעניין פיצויי ההפקעה.

החקיקה החסרה יצרה גם פסיקה בלתי אחידה.

### המגמות הסותרות בפסיקה

#### כללי

סקירת פסיקתו של בית המשפט העליון בסוגייה זו מצביעה על שתי גישות עיקריות. את האחת ניתן לכנות הגישה "השמאית-כלכלית",<sup>20</sup> ואת השנייה - הגישה "הערכית".

**שופטי הגישה "השמאית-כלכלית"** דוגלים בפרשנות דווקנית ל"מבחן השוק החופשי", תוך נטרולו מאלמנטים ערכיים. לפי גישה זו, אין זה מעניינו של בית המשפט הדין בפיצויי הפקעה, אם השימוש או הבנייה חוקיים אם לאו. עובדת אי-החוקיות רלוונטית, רק אם צדדים לעסקה רצונית לקחו אותה בחשבון בפועל ותמחרו אותה בהתאם. מטבע הדברים, שאלה זו תבוא על פתרונה באמצעות הערכת שמאי. ממילא, בית המשפט יימנע מלהתערב בהערכתו של השמאי, שכן מדובר בעניין מקצועי טהור שלבית המשפט אין מומחיות בו.

לעומתם, **שופטי הגישה "הערכית"** גורסים, כי שווי השוק אינו חזות הכל. גם אם השמאי יקבע שווי מלא או שווי כלשהו לבנייה או לשימוש הבלתי-חוקיים, בית המשפט רשאי להפחית את הפיצוי משיקולים של תקנת הציבור, שלטון החוק וכו'. עקרונות אלה גוברים, אפוא, על מבחן השוק החופשי. לפיכך, על פי גישה זו, ההכרעה הסופית בעניין נתונה לבית המשפט.<sup>21</sup>

19. קיים הסדר דומה בסעיף 92 לחוק המים, התשי"ט-1959.

20. יש לסייג ולהבהיר, כי גם מאחורי הגישה "השמאית-כלכלית" עומדת תפיסה ערכית, של הגנה מוגברת על זכות הקניין.

21. מחלוקת דומה הינה זו שהוזכרה לעיל בין פסקי הדין בעניין **אסלן ואורה כהן** (ראו לעיל ה"ש 4). בפסקי הדין הללו נחלק בית המשפט העליון בשאלה, האם להתערב בהערכת שמאי אשר קבע, כי משווי השוק יש לנכות 40% בגין הפקעה צפויה. בענין **אסלן** הציג בית המשפט גישה שמאית-כלכלית, ונמנע מלהתערב בקביעת השמאי, בעוד שבעניין **אורה כהן**, החליט בית המשפט להתערב בהערכת השמאי,

**ניתן להצביע גם על גישת ביניים:** גישה זו מסכימה עקרונית עם הגישה הערכית, אולם מסייגת אותה בכך, שאם הרשויות עצמן הפגינו אוזלת יד כלפי הבנייה או השימוש הבלתי-חוקיים, רואים אותן במקרים המתאימים כמי שהשלימו עם אי-החוקיות ומחלו עליה, ולפיכך לנפקע יגיעו פיצויים מלאים.

נעבור עתה לסקירת הפסיקה על גישותיה השונות.

### הלכת דוידוביץ

שאלת חובת הרשות לשלם פיצויים על בנייה בלתי-חוקית, עלתה כבר לפני שנים בעניין **דוידוביץ**. בית המשפט העליון, מפי כב' השופט לנדוי, בהסכמת חבריו להרכב, קבע:<sup>22</sup>

**"התעוררה השאלה, אם על הרשות הרוכשת לשלם פיצויים עבור בנייה שבוצעה בניגוד לחוק. דעתו של השופט בן-דרור היתה, שהדיירים אינם זכאים לפיצוי עבור מבנים שהוקמו שלא על-פי החוק וכדין (סוף ע' 4 של פסק-הדין בענין אל-בן). גם אני סבור כד, והטעם לדבר שמבנה אשר נבנה בניגוד לחוק צפוי להריסה גם כאשר הוא בידי הרשות הרוכשת, אשר לא בנתה אותו (ראה סעיף 212(3) לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965). על-כן לא ישולם פיצוי על מבנה שלגביו כבר ניתן צו-הריסה שטרם בוצע, אך הוא עדיין בתוקף. הוא הדין במבנה אשר נבנה בניגוד לחוק, כאשר הליכים לקבלת צו-הריסה תלויים ועומדים, או שהזמן לנקיטת הליכים כאלה טרם עבר ויש להניח שהליכים כאלה יינקטו..."**<sup>23</sup> (ההדגשות אינן במקור - ר.א.)

בנסיבות המקרה, קבע בית המשפט, כי יש לשלם פיצויים גם על המחברים, מהנימוק הבא:<sup>24</sup>

**"עבור השטח מס' 71 קבע השופט המלומד 900 ל"י למ"ר. כאמור, שטח זה הושכר כחצר, אך הדיירת הקימה עליו מבנה נוסף. השופט קורא לו עדיין בשם "שטח החצר" (פיסקה 16(ב) של פסק-דינו), ואין זה ברור, אם הוא העריך אותו כשטח פתוח או כשטח בנוי. לדעתי מן הדין להעריכו כמו שהוא, כשטח בנוי, כי לא הוכח שהמבנה נבנה בניגוד לחוק או שניתן לגביו צו-הריסה או שאפשר כיום להשיג לגביו צו-הריסה..."** (ההדגשות אינן במקור - ר.א.)

---

מתוך גישה ערכית. במקרה האחרון, הערך המוגן היה דווקא זכות הקניין: "...אף שהפקעה עתידית כזו הינה בהחלט נתון רלוונטי מבחינה שמאית להערכת שווי שוק, הרי שבשל עקרונות יסוד הראויים להגנה ולזכות בכורה, אין מקום להביאה בחשבון לצורך קביעת שווי שוק של הקרקע הנפגעת במצב שקדם לתוכנית הפוגעת..."

22. עניין **דוידוביץ**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 12.

23. ראו גם **קמור**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 557-560. המחבר מסיק מהלכת **דוידוביץ** ומהוראות חוק התכנון והבנייה, שעניין בנייה בלתי-חוקית, כי קיימת הבחנה בין מבנה ישן שנבנה ללא היתר אך לא הוצא לגביו צו הריסה - לגביו חייבת הרשות המפקיעה לשלם פיצויים בכל מקרה, לבין מבנה חדש שנבנה ללא היתר - לגביו לא תהיה חייבת הרשות המפקיעה בתשלום פיצויים, אם עדיין ניתן להעמיד את הבונה לדין.

24. עניין **דוידוביץ**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 14.

על אף ששופטי הגישה הערכית הסתמכו רבות על הלכת דוידוביץ, נראה לי, כי בית המשפט בעניין דוידוביץ אימץ דווקא את המבחן השמאי-כלכלי ולא את המבחן הערכי: המבחן היחיד שבית המשפט העמיד לנגד עיניו היה, האם למבנה הבלתי-חוקי יש שווי, ומהו אותו שווי. לפי מבחן זה ברור, שאם המבנה צפוי להיהרס מכוח הליכי התכנון והבנייה, ממילא אין לתת לו שווי עצמאי. לכן, בנסיבות המקרה, מכיוון שהרשות המפקיעה לא הוכיחה, כי המבנה נבנה בניגוד לחוק "או" שאפשר כיום להשיג לגביו צו הריסה - נקבע, כי יש להעריך את השטח כשטח בנוי. ודוק: המילה "או" מלמדת, כי גם אם הרשות המפקיעה היתה מוכיחה, כי המבנה נבנה בניגוד לחוק, אך לא הוכיחה, כי אפשר להשיג לגביו צו הריסה - די היה בכך כדי להביא למסקנה, כי יש להעריך את השטח כבנוי.

מהלכת דוידוביץ עולה אם כן, כי לעניין פיצויי הפקעה, בית המשפט אדיש לשאלה הערכית. הוא אינו שולל תשלום פיצויים על בנייה בלתי-חוקית אם זו אינה צפויה להיהרס, כלומר: אם היא בת-קיימא.

יצוין, כי במספר פסקי דין מאוחרים יותר פורשה הלכת דוידוביץ כמייצגת את גישת הביניים שהוזכרה לעיל, לפיה במקרה של אוזלת יד באכיפה כנגד אי-החוקיות, יש לראות בכך מעין מחילה מצד הרשות על אי-החוקיות.<sup>25</sup>

## הגישה הערכית

### הלכת ברעלי

ביטוי מובהק לגישה הערכית, ניתן על ידי בית המשפט העליון בעניין ברעלי,<sup>26</sup> שעסק בשימוש בלתי-חוקי, דווקא תוך "גיוס" הלכת דוידוביץ, ותוך מתן פרשנות "ערכית" להלכה זו - לעניות דעתי, בשונה מכוונתה.

אמנם, באותה פרשה נדונה תביעה לפיצויים בגין פגיעה במקרקעין על ידי תכנית לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, אולם העקרונות של תביעה כזו דומים מאד לאלה של תביעה לפיצויי הפקעה. כך סבר גם בית המשפט כאשר הקיש מהלכת דוידוביץ.<sup>27</sup> וכך נאמר בעניין ברעלי:

"אף-על-פי כן, טוענת המערערת, אין המשיב זכאי לפיצויים לפי סעיף 197. וכל כך למה? משום שלפי תכנית מס' 62 הבית עומד בשמורת טבע, ותכנית זאת, כאמור, אינה מרשה מגורים בשמורת טבע. המשיב, לטענתה, עושה בדירה שימוש חורג ללא היתר. לשון אחר, הוא מתגורר בדירה שלא כדין. וכי יעלה על הדעת שהדין

25. ראו ע"א 2991/06 מנשה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה - חולון, מקרקעין ז/1, 601, 610 (2007), שם הזכיר בית המשפט העליון את הלכת דוידוביץ בקשר לעמדה, כי "אי המעש של הרשות מהווה מעין מחילה".

26. ע"א 1188/92 הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 472-473 (1995) (להלן: "עניין/הלכת ברעלי").

27. וכך גם להיפך: הלכת ברעלי מצוטטת בפסקי דין רבים שעניינם פיצויי הפקעה, ובמיוחד לעניין בנייה או שימוש בלתי-חוקיים.



יעניק פיצויים על פגיעה בשימוש שלא כדיון? על דרך ההיקש ניתן ללמוד מע"א 740/75 דוידוביץ ואח' נ' אתרים... כי התשובה שלילית. שם נפסק כי בהפקעת מקרקעין לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943, אין לשלם פיצויים עבור בנייה שבוצעה בניגוד לחוק.

אכן, כך הוא הדיון, לדעתי, גם לגבי תשלום פיצויים לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. מעולה לא תצמח עילה. מי שנוהג בניגוד לחוק אינו קונה לו זכות. הנה, למשל, אדם שבנה בית ללא היתר או אדם שהפך דירת מגורים לחנות או למשרד בניגוד לתכנית מיתאר. אדם זה עבר עבירה, ודינו, לפי חוק התכנון והבניה, קנס או מאסר. העונש נועד להרתיע מפני עבירה. לכן אין זה הולם את תכלית החוק, אף אין זה סביר, לפרש את סעיף 197 לחוק כך שהעברין יקבל פרס על העבירה. מכאן שסעיף 197, כאשר הוא קובע כי פגיעה במקרקעין על-ידי תכנית מזכה בפיצויים את "בעל הזכות" במקרקעין, מתכוון לזכות שנרכשה כדיון ואינה נוגדת דין. המסקנה היא שלפי סעיף 197 אין חובה לפצות אדם שנפגע על-ידי תכנית, אפילו הוא דייר מוגן, על שימוש חורג ללא היתר" (ההדגשות אינן במקור - ר.א.).

הנה כי כן, בית המשפט "צובע" את הלכת דוידוביץ בצבעים ערכיים, ולוקח אותה לכיוון הכלל הידוע בידינו הנזיקין של "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה". בית המשפט מנמק את פסיקתו בנימוקים מתחום המשפט הפלילי - הרתעה ואי-מתן פרס על עבירה. "זכות" בעיניו היא רק זכות שנרכשה כדיון.

בית המשפט כלל אינו מתעניין בשאלה השמאית, האם שווי השוק גילם את אי-החוקיות אם לאו, כפי שעשה בית המשפט בעניין דוידוביץ. ניתן לומר, אפוא, שמבחינת בית המשפט, שיקולי תקנת הציבור ושלטון החוק גוברים על שווי השוק.

יישום הלכה זו על דיני ההפקעה מביא למסקנה, כי "מבחן השוק החופשי" אינו חזות הכל ובית המשפט רשאי לקחת בחשבון שיקולים נוספים.<sup>28,29</sup>

### הלכת בדיחי

יישום הגישה הערכית על הליך של תביעה לפיצויי הפקעה, נעשה בפרשת בדיחי,<sup>30</sup> שעניינה שימוש בלתי-חוקי בנכס.

המשיבים באותו עניין ניהלו עסק לממכר פלאפל בנכס, מבלי שהותר לגביו שימוש מסחרי. בקשה להיתר לשימוש חורג שהגישו המשיבים נדחתה. העירייה התריעה בפניהם, כי הם מנהלים עסק שלא כדיון, אך לא פעלה לסגירת העסק. הנכס הופקע והמשיבים תבעו פיצויי הפקעה.

28. השוו לעניין כצנשטיין, לעיל ה"ש 16 - כללי השומה אינם רשימה סגורה.

29. יצוין כבדרך אגב, כי בעניין ברעלי פסק בית המשפט, כי המשיב זכאי לפיצויים, שכן היה בידו היתר לשימוש חורג, תוך שהוא דוחה את טענת הוועדה המקומית, כי ההיתר שהיא עצמה נתנה אינו חוקי בשל פגמים פרוצדורליים שנפלו בו לטענתה - ראו עניין ברעלי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 471-473.

30. עניין בדיחי, לעיל ה"ש 6.

הוועדה המקומית טענה, כי אל לשמאי המכריע לקחת בחשבון את ההפסדים העסקיים שייגרמו למשיבים בשל הפקעת הנכס ואת הפגיעה במוניטין של העסק, משום שהעסק הופעל ללא רישיון כדן.<sup>31</sup>

בהקישו מהלכת ברעלי ומהלכת דוידוביץ (בהתאם לפרשנות שניתנה לה בהלכת ברעלי), קיבל בית המשפט העליון את טענת הוועדה המקומית, ופסק:<sup>32</sup>

**"... הפיצוי בגין הפקעה נועד לרפא את הפגיעה בזכויות הקנויות של בעל הנכס המופקע, ולכן עליו לשקף פגיעה זו. מטרת הפיצוי היא להעמיד את בעל הנכס במצב בו היה עומד אלמלא ההפקעה.**

**במקרה דנן, כאשר הופקעה זכותם של המשיבים בנכס, לא נפגעה כל זכות קיימת שלהם להפעלת העסק במקום - כיוון שזכות כזו לא הייתה קיימת בידיהם מעולם. מכאן שאין הם זכאים לפיצוי על הפגיעה במוניטין העסק ועל אובדן ההכנסות שהוא מניב. שימוש בלתי חוקי בנכס אינו מצמיח זכות להמשך שימוש שכזה. אדם אינו יכול לקנות לעצמו זכות להפר את החוק מכוח העובדה שהרשות לא הקפידה לאכוף אותו. אין להשלים עם הפרה בוטה של דיני התכנון והבנייה ושל דיני רישוי העסקים. יתכן שאוזלת היד של הרשויות באכיפת דינים אלה ראויה לגנאי, אך אין להשלים עם מצב בו יתמרצו דיני פסיקת הפיצויים בגין הפקעה להפר את דיני התכנון והבנייה, ואת דיני רישוי העסקים, ויתגמלו את מפרי החוק.**

**אשר על כן, יש לקבוע כי למשיבים לא הייתה כל זכות להפעיל עסק בנכס שהם בעליו, ולכן אין גם כל הצדקה למתן פיצוי על הפגיעה בזכות זו בעקבות ההפקעה. מתן הפיצוי במקרה שכזה לא ישיב את המצב לקדמותו - כמטרתו של הפיצוי בגין הפקעה - כי אם ישפר את מצבם של המשיבים ביחס למצבם החוקי המקורי. זאת, כיוון שערב ההפקעה אסורה הייתה הפעלת העסק בנכס וניתן היה להפסיקה בכל רגע, ואילו כיום, אחרי ההפקעה, מבקשים המשיבים פיצוי אשר יגלם את ההכנסות מהמשך הפעלתו של עסק שכזה לצמיתות" (ההדגשות אינן במקור - ר.א.).**

גישתו של בית המשפט העליון בעניין בדיחי היא, אפוא, גישה ערכית מובהקת. ביטויים כגון "הפרה בוטה של דיני התכנון והבנייה" ו"אי-תגמול מפירי החוק", אינם מותרים מקום לספק.

אף שבית המשפט הוסיף נימוק בעל אופי "שמאי-כלכלי", לפיו אין לתת פיצוי שישפר את מצבו של הנפקע, מדובר בסמנטיקה בלבד, שהרי לו סבר בית המשפט שזהו עניין לשמאי להכריע בו, ולו נצמד ל"מבחן השוק החופשי" כלשונו, היה נמנע מלאסור על השמאי המכריע לקחת בחשבון את ההפסדים העסקיים והפסד המוניטין שנגרמו בשל ההפקעה, והשמאי (או הכלכלן) היה בוחן, אם שווי העסק נפגע בשל היעדר ההיתר ואם כן - באיזה

31. כמובן, שלא היתה מחלוקת שיש לפצות על הזכויות בנכס עצמו. המחלוקת היתה על ההפסדים הכלכליים של העסק.

32. עניין בדיחי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 400-401.

שיעור. אלא שבית המשפט כלל לא היה מוכן להעביר את הכדור למגרשו של השמאי או של הכלכלן, שכן פסיקתו היתה ערכית טהורה.

בפסק הדין בעניין שמולביץ,<sup>33</sup> שניתן על ידי כב' השופט גינת מבית המשפט המחוזי בחיפה, הורחבה ההלכה, בהסתמך על אמרת אגב שניתנה בעניין בדיחי, ונקבע:

**"... עסק שפועל ללא רישיון פועל באופן לא חוקי. העובדה כי אם המבקש היה פונה לקבלת רישיון כאמור, ייתכן ובקשתו הייתה נענית, אין בה כדי לרפא את הפגם שנפל בהפעלת העסק בניגוד לכל דין..."**

בכך הורחבה הלכת בדיחי גם למקרה של אי-חוקיות "טכנית", כלומר - שימוש לא-חוקי שניתן היה להימנע ממנו על ידי הגשת בקשה לרישיון, שלא היתה סיבה להניח שתסורב.

#### פרשת גיאן

ביטוי נוסף לגישה הערכית ניתן בהחלטה חדשה יחסית בפרשת גיאן,<sup>34</sup> בה יישמה כב' השופטת נאור את הלכת ברעלי גם על בנייה ללא היתר, וקבעה:

**"הלכה היא כי בעליו של מבנה שנבנה שלא כדין או ללא היתר לא יזכה את בעליו בפיצויים בגינו או בפגיעה בערכו."**

#### הגישה השמאית-כלכלית

##### הלכת מנאע

את הגישה השמאית-כלכלית מייצגת באופן מובהק החלטתה של כב' השופטת דורנר בעניין מנאע.<sup>35</sup> בעניין זה נצמד בית המשפט ל"מבחן השוק החופשי" וכלל לא התעניין בהיבט הערכי של תקנת הציבור (אם כי ביסס את פסיקתו על ערך אחר - הגנה על זכות הקניין).

באותו עניין נדונה תביעת פיצויים בגין הפקעת קרקע ששימשה למחצבה בניגוד לייעוד התכנוני. בית המשפט דחה את טענת המדינה, כי מתן פיצוי יעניק למשיבים טובת הנאה שלא היו זכאים לה אלמלא עשו בקרקע שימוש בלתי-חוקי. בצטטה את סעיף 12 לפקודת הקרקעות, הקובע את "מבחן השוק החופשי", פסקה כב' השופטת דורנר:

**"קנה המידה שעל-פיו מוערך שוויה של הקרקע, הוא, איפוא, השווי שעשוי היה בעל המקרקעין לקבל תמורתה, לו העמיד אותה למכירה בשוק במועד ההפקעה."**

33. ת"א (מחוזי חי') 646/02 שמולביץ נ' יפה נוף תחבורה, תשתיות בע"מ, תק-מוח 13829 (1)2006, 13835 (2006) (להלן: "עניין שמולביץ").

34. בר"ם 3903/07 גיאן נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה נתניה, תק-על 2950 (1)2008, 2953 (2008) (להלן: "פרשת גיאן").

35. רע"א 2620/01 מדינת ישראל (מינהל מקרקעי ישראל) נ' מנאע, תק-על 761 (2)2001 (2001) (להלן: "עניין/הלכת מנאע").

קריטריון זה קובע מבחן אובייקטיבי, הנשען כולו על הערך שנקבע בשוק החופשי, והוא איננו תלוי בטיב השימוש שנעשה בקרקע בפועל.

עקרון זה נקבע במקרה דומה שנדון בבית-משפט זה, בע"א 1510/94 מינהל מקרקעי ישראל נ' פרחאת (לא פורסם). אף בפרשה זו, ניהל המשיב מקרקעין ובהם מחצבה. בתחילה ניהל אותה בהיתר, אך לאחר זמן הוחלט שלא לחדשו, והמשיב המשיך להפעילה ללא היתר כאמור, במשך כעשר שנים. לכשהופקעה הקרקע, התעוררה השאלה האם מן הדין לשום את ערכה כקרקע חציבה או כקרקע חקלאית...

... אכן, פרשנות זו של טיב הזכות לפיצויים מתיישבת הן עם לשונו של ההסדר והן עם תכליתו. מבחינת לשונו, ההסדר מעניק בידי הנפגע זכות לפיצויים בהתאם לערך השוק של הקרקע. ערך זה מגלם לא רק את ייעודה התכנוני של הקרקע, אלא גם את השימוש שנעשה בה בפועל.

מבחינת תכליתו, ההסדר מבקש למזער את הפגיעה בזכות הקניין, שהינה פועל יוצא של פעולת ההפקעה. פגיעה זו, ככל פגיעה בזכות יסוד, מן הדין שתעלה בקנה אחד עם עקרון המידתיות. משאיתרע מזלו של פלוני, ונבחרה הקרקע שבבעלותו להיות מופקעת לצורכי ציבור, הרי שעקרון המידתיות מחייב כי זכותו לפיצויים תתפרש באופן רחב, אשר יביא את היקף הפגיעה בו לידי מינימום הכרחי. ההסדר החוקי מגשים עקרון זה, באמצעות קביעת הקריטריון אשר מעמיד את הנפגע באותו המקום בו היה מצוי, לו נמכרו מקרקעיו בשוק החופשי לכל המרבה במחיר.

במקרה זה, צדק איפוא בית-המשפט המחוזי בקבעו כי ערך המקרקעין שעל-פיו צריכים להשתלם הפיצויים, גבוה מערכה על-פי דיני התכנון כקרקע חקלאית, אך נמוך מערכה כקרקע חציבה בעלת היתר. שקלול זה של מאפייניה השונים של הקרקע בעת ההפקעה מתאר באופן מדויק את ערכה, ועל-כן יש בו כדי להגשים באופן ראוי את ההסדר הסטטוטורי (ההדגשות אינן במקור - ר.א.).

על פי פרשנות זו של "מבחן השוק החופשי", פיצויי הפקעה אמורים להוות תחליף לתמורת חוזה מכר בעסקה רצונית: כפי שבעסקה רצונית של צדדים הפועלים באופן סביר, כשבדיהם כל הנתונים הרלוונטיים, הקונה אינו "מעניש" את המוכר על בנייה או שימוש בלתי-חוקיים בנכס, אלא משלם את שווי השוק - כך גם בהפקעה.

וכפי שכבר נאמר לעיל, שווי השוק עצמו יכול שיגלם בתוכו את הבנייה או השימוש הבלתי-חוקיים, כעניין שמאי-כלכלי טהור ולא כעניין ערכי. השוק עצמו חכם דיו כדי לשקלל את הבנייה או השימוש הבלתי-חוקיים במקרים המתאימים. כמצוטט לעיל, אכן באותו עניין נקבע בהתאם לכך, כי ערך הקרקע שעל-פיו צריכים להשתלם הפיצויים, גבוה מערכה על-פי דיני התכנון כקרקע חקלאית, אך נמוך מערכה כקרקע חציבה בעלת היתר.

יובהר עוד, כי לגישת כב' השופטת דורנר, אין צורך בקיומן של נסיבות חריגות, שהתקיימו למשל בפרשת פרחאת להלן, כדי לקבוע, כי יש לשלם פיצויי הפקעה מלאים: תביעת פיצויי הפקעה אינה המסגרת המתאימה לחנך או להעניש את העבריינין. לשם כך קיימים הליכים פליליים. לו חפצה בכך הרשות, היא היתה נוקטת, מן הסתם, בהליכים מתאימים כנגד

העברייין ומביאה להעמדתו לדין, אך את פיצויי ההפקעה עליה לשלם במלואם, לפי שווי השוק.<sup>36</sup>

## גישת הביניים

### פרשת פרחאת

גישת הביניים, לפיה השלמת הרשויות עם השימוש הבלתי-חוקי עשויה להוות מעין מחילה, המונעת מהן לטעון כי לא מגיעים לנפקע פיצויי הפקעה - נתקבלה בשנות התשעים של המאה הקודמת, בפרשת פרחאת.<sup>37</sup>

במשך למעלה מעשרים שנה חצב המשיב באותו עניין בחלקה נשוא ההפקעה, על פי רשיונות חציבה שנתיים שהוצאו לו לפי פקודת המכרות. מאז שנת 1973 ועד להפקעת החלקה בשנת 1976, בוצעה החציבה בחלקה "ללא רשיון ממש" (כלשון בית-המשפט), "אלא אך בידיעת השלטונות (קצין המחוז), ומכל מקום - ללא התנגדות או מחאה מצד השלטונות".

בית-המשפט העליון פסק:

"... אין מחלוקת על כך, כי לפני שהוכרזה על ידי הולק"ח כ"קרקע חקלאית" שימשה החלקה בפועל לחציבה במשך למעלה מעשרים שנה, על פי רשיונות חציבה שנתיים שניתנו למשיב על פי פקודת המכרות; וכי החציבה נמשכה מעבר לתקופה זו, כשהשלטונות "משלימים" עמה. הדעת אינה סובלת נישולו של המשיב מזכותו הקניינית להמשיך ולנצל את החלקה לחציבה, בהודעה מטעם הולק"ח על קביעת החלקה כ"קרקע חקלאית"; מה עוד שעשרה ימים לאחר מכן, אושרה תכנית ג/1364, החוזרת ומאשרת את יעודה של החלקה לחציבה. המשיב קנה לו במשך השנים הארוכות של חציבה - רובן על פי היתר כחוק - זכות להמשיך בחציבה כל עוד ניתן לקיים כזאת בחלקה; ונטילת הזכות ממנו בדרך של הפקעה - מחייבת את השלטונות בתשלום פיצויים כחוק עבורה" (ההדגשות אינן במקור - ר.א.).

בית המשפט קובע, אפוא, כי לא תמיד יישללו הפיצויים בנסיבות של בנייה או שימוש בלתי-חוקיים, וזאת כאשר הרשות השלימה עם העבירה. בנסיבות אלה, חלים על הרשות מניעות או השתק.

כאמור, בעניין בדיחי, המאוחר לפרשת פרחאת, נקבעה הלכה הפוכה, לפיה "אדם אינו יכול לקנות לעצמו זכות להפר את החוק מכוח העובדה שהרשות לא הקפידה לאכוף אותו".<sup>38</sup>

36. יש לציין, כי החלטתה של כב' השופטת דורנר ניתנה בבקשת רשות ערעור על החלטת ביניים של בית המשפט המחוזי. החלטת הביניים, ולמעשה גם החלטתה של כב' השופטת דורנר, נהפכו מאוחר יותר על ידי בית המשפט העליון בעניין פינקלשטיין (לעיל ה"ש 5), בו אחד הצדדים היה מנאע הנ"ל.

37. ע"א 1510/94 מינהל מקרקעי ישראל נ' פרחאת, תק-על 196 (1) 542, 545 (1996) (להלן: "פרשת פרחאת").

38. ראו לעיל ה"ש 32.

יש לציין, כי בעניין **מנאע** הסתמכה כב' השופטת דורנר על פרשת **פרחאת**, כדי לתמוך בגישתה הכלכלית-שמאית, אולם כאמור, פסק הדין בפרשת **פרחאת** אינו תומך בגישה זו, ובצדק אבחנה כב' השופטת ארבל בפסק דינה בעניין **פינקלשטיין**<sup>39</sup> את נסיבותיה המיוחדות של פרשת **פרחאת** מנסיבות פרשת **מנאע**, שכאמור היה אחד המשיבים בעניין **פינקלשטיין**.

### פרשת מנשה

בעניין **מנשה**<sup>40</sup> נדונה תביעת פיצויים בגין בהפקעה לפי חוק התכנון והבנייה, שכאמור קיים בו הסדר מיוחד לעניין בנייה בלתי-חוקית (סעיף 190(א)(3) לחוק), לפיו לא חלה חובת תשלום פיצויים בגינה.

בית המשפט אכן ציין עובדה זו ואף הסתמך על הלכת **בדיחי** באומרו, כי "**אין זה ראוי לתגמל את מפרי החוק על-ידי פסיקת פיצוי**". אולם, על אף הגישה הערכית המסתמנת מפסק הדין, קבע בית המשפט, כי ישולמו פיצויים גם על המבנים הבלתי-חוקיים, שכן מתקיימות נסיבות הסיפא של סעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבנייה, לפיה "**רשאית הועדה המקומית לשלם פיצויים לתובע אם ראתה כי הוא פעל בתום לב וכי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות תשלום פיצויים**".

"בית המגורים, המסגרייה והנגרייה נבנו על גבי החלקות שבבעלות המשיבים במהלך שנות ה-40, שנים רבות טרם חקיקתו של חוק התכנון והבנייה, ואין סיבה לסבור שנבנו בחוסר תום לב. גם לאחר שנחקק חוק זה, לא היתה בידי המשיבים אפשרות ממשית לקבל היתרי בניה למבנים - בשל העדרה של תכנית מתאר מאושרת שתחול על החלקות ועל המקרקעין שבסביבתם... במרוצת השנים, עם אישור תכנית המתאר משנת 1978 שחלה על חלקות אלה, נוצר מצב מבחינה תכנונית אשר העמיד את המשיבים במלכוד - מחד גיסא נבצר מהם לקבל היתרי בניה למבנים המשמשים למגורים ולמלאכה, שכן כפי שהוברר לעיל החלקות יועדו על פי התכנית לאזור תעשייה עתירת ידע; מאידך גיסא החלקות הללו לא היו זמינות לבניית מבני תעשייה עתירת ידע שכן בנייה זו נאסרה עד לביצוע תכנית איחוד וחלוקת קרקעות באזור על ידי המבקשת, כאשר אין מחלוקת כי למעשה עד למועד זה ממש טרם בשלו התנאים המקדמיים שנקבעו בתכנית לאישורה של בניה כלשהי באזור.

לא זו אף זו. מחוות דעת השמאי עולה כי מבנים רבים אשר הוקמו בשנות ה-40 ומשמשים כיום למלאכה ולמגורים פזורים באזור בו מצויות החלקות דנו, ואין מחלוקת כי המבקשת ועיריית חולון יושבות על המדוכה במשך עשרות רבות של שנים ולא הביאו לפינויים או להריסתם של מבנים אלה. העובדה כי מדובר בחלקות רבות שנפגעו ממחדליהן התכנוניים של המבקשת ושל עיריית חולון, וחלוף הזמן הממושך בו לא ננקטו כל צעדים שהם נגד מפרי החוק לכאורה - אשר חורג מגדר

39. עניין **פינקלשטיין**, לעיל ה"ש 5.

40. ה"פ (מחוזי ת"א) 628/04 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה חולון נ' מנשה, מקרקעין 3/ה 382 (2006) (להלן: "עניין מנשה").

**הסביר בכל קנה מידה אפשרי - מלמדים כי אין מדובר בקשיי אכיפה של דיני התכנון והבניה אלא במדיניות העלמת עין בה נוקטות המבקשות ועיריית חולון לנוכח חוסר היכולת של הבעלים בחלקות אלה לעשות שימוש חוקי בקרקעות שברשותם.**"

אגב, ספק אם היה צורך להפעיל את הסיפא של סעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבניה, שהרי כמצוטט לעיל, המבנים נבנו בשנות ה-40 של המאה הקודמת, לפני תחילתו של חוק התכנון והבניה, ולפיכך לא התקיים הרישא של הסעיף, לפיו המבנים נבנו "תוך הפרת חוק זה".

פסק הדין מהווה ביטוי נוסף לגישת הביניים, שככלל, מאמצת את הגישה הערכית, אולם רואה בחוסר מעש מצד הרשות מעין מחילה.

ואכן, בפסק דינו של בית המשפט העליון באותו עניין,<sup>41</sup> שדחה את ערעורם של בני משפחת מנשה בנקודה זו, נאמר:

**"כדי להפיס דעתם של המערערים אזכיר, כי הפיצוי הכללי שולם חרף היעדר היתרי בניה, בשל גישתו של בית המשפט קמא כי אי המעש של המשיבה בעניין זה מהווה מעין מחילה (ראו הלכת דוידוביץ בעמ' 12), וכן פוצו על חלקה 409 כולה, ולא על חלק הימנה בלבד שהיה נחוץ למשיבה."**

ספק אם לאחר הלכת בדיחי, הלכה זו יכולה לצאת מגבולות הסיפא של סעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבניה, ובמילים אחרות: בכל אותם מקרים בהם לא חל סעיף 190(א)(3) סיפא, לא ישולמו פיצויים, גם אם הרשות גילתה אוזלת יד. זו גם המסקנה אליה הגיע בית המשפט העליון בעניין פינקלשטיין, אם כי הוא הרחיב את סעיף 190(א)(3) לחוק תכנון והבניה, וממילא גם את הסיפא שלו - לכל הפקעה.

## הלכת פינקלשטיין

כאמור, פסק הדין בעניין פינקלשטיין<sup>42</sup> הינו המקיף ביותר עד כה בשאלת פיצויי ההפקעה בגין בנייה או שימוש בלתי-חוקיים, והוא גם מהווה ניסיון ליצור הסדר אחיד בין חוקי ההפקעה השונים. בית המשפט קבע, כי אף שבפקודת הקרקעות אין סעיף מקביל לסעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבניה, יש להקיש ממנו גם לגבי הפקעה לפי פקודת הקרקעות, וגם בהפקעה כזו אין לפצות על בנייה או שימוש בלתי-חוקיים (באותו מקרה דובר בשימוש).<sup>43</sup>

41. ראו לעיל ה"ש 25.

42. לעיל ה"ש 5.

43. ההיקש אינו רק מדיני ההפקעה: בית המשפט מחיל גם את הכלל לפיו "אין חוטא יוצא נשכר" שאומץ בין היתר בדיני החוזים, בדיני עשיית עושר ולא במשפט ובדיני המס, וכן את הכלל הנויקי, לפיו "מעילה בת עוולה לא תצמח עילת תביעה".

כב' השופטת ארבל, בהסכמת כב' השופטים גרוניס וחיות, אימצה את הגישה הערכית שנקבעה בעניין ברעלי, בעניין בדיחי ובעניין ג'יאן. להלן סיכום ההלכה בסעיף 24 לפסק הדין:

**"... בהתחשב במכלול השיקולים שנמנו לעיל, מצאתי כאמור כי הפרשנות הראויה לסעיף 12(ב) הינה זו אשר קובעת כי במסגרת שומת הפיצויים אין להתחשב בשימוש הבלתי-חוקי שנעשה בקרקע אלא בשווייה בהתאם לייעודה התכנוני במועד ההפקעה. לפי פרשנות זו יזכה הבעלים של הקרקע לפיצוי ששייב את מצבו למצב בו היה עובר להפקעה בהתאם לשימושים החוקיים בקרקע. בכך יש כדי ליצור איזון הולם בין תכליתו של סעיף 12 לפקודת הרכישה לבין המשקל שיש ליתן לעקרון שלטון החוק ותקנת הציבור במסגרת מלאכת הפרשנות של דבר חקיקה. שכן, לפי הפרשנות שהותוותה לא נוצר תמריץ, ולו בעקיפין, לבעלים להפר את הוראות דיני התכנון והבנייה החלים על המקרקעין. פרשנות זו אף יוצרת הרמוניה בין הסדר הפיצויים הקבוע בפקודת הרכישה לבין זה הקבוע בחוק התכנון והבנייה"** (ההדגשות אינן במקור - ר.א.).

בניגוד לכב' שופטת דורנר בעניין מנאע, כב' השופטת ארבל אינה נצמדת ל"מבחן השוק החופשי" ככתבו וכלשונו, והיא קוראת לתוכו תנאי של חוקיות. לאור ההלכה לפיה מטרת פיצויי ההפקעה היא להעמיד את הנפקע באותו מצב בו היה אלמלא ההפקעה, ובעקבות הלכת בדיחי, קובעת כב' השופטת ארבל, כי:

**"פרשנות לפיה מעשיו הבלתי-חוקיים של בעל המקרקעין יניבו לו פיצוי גבוה יותר בגין ההפקעה, תגרום לכך שמצבו של אותו אדם יהיה טוב יותר בעקבות ההפקעה מאשר היה לפי זכויותיו עובר לה."**

לפי גישה "ערכית" זו, גם אם בעסקה רצונית היו הצדדים מתחשבים בבנייה או בשימוש הבלתי-חוקיים, בית המשפט היה רשאי להתערב בעקרונות השמאיים הטהורים:

**"לשיטתי, אף בענייננו התכליות העומדות ביסוד הסדר הפיצוי עקב הפקעה, כמו-גם התכלית הכללית של עקרון שלטון החוק, מצדיקות "התערבות" בעקרונות השמאיים הטהורים בקביעת שווי השוק, כך ששומת שווי הקרקע תתבצע רק בהתחשב באותם שימושים המתאפשרים על-פי ייעודה התכנוני של הקרקע במועד ההפקעה."**

עם זאת, קבעה כב' השופטת ארבל, כי:

**"לצד זאת, בהתחשב בחשיבות שיש בכך שבעל הקרקע יקבל פיצוי הולם בגין הפקעה, ייתכנו מקרים חריגים בהם יהיה מקום לתת לשימוש שנעשה בקרקע תוך חריגה מהייעוד התכנוני ביטוי מסוים במסגרת הפיצויים להם זכאי בעל הקרקע. אף בהקשר זה ניתן ללמוד מהוראות סעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבניה, אשר קובע בסיפא לו כי ניתן להעניק פיצוי גם בגין מחוברים שנבנו בניגוד להוראות החוק במקרים בהם: "פעל (התובע - ע.א.) בתום לב וכי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות תשלום פיצויים..."**



ואכן, בית המשפט קבע בעניין **פינקלשטיין**, כי יש לפסוק תוספת מסוימת לפיצויים (30%), בשל קיום נסיבות חריגות, ובהן אי-בהירות ששררה באשר למדיניות הנוגעת להפעלת מחצבות במקרקעין; אי נקיטת הליכי אכיפה כלשהם על ידי המדינה; מתן רשיונות חציבה למשך תקופה מסוימת ביחס לחלק מהמשיבים; וקיומן של ראיות לכך שהשלטונות השלימו עם פעילות זו ואף עודדו אותה. בית המשפט הסיק, כי לפחות בחלק מהתקופה פעלו המשיבים בתום לב ומתוך הנחה כי פעולת החציבה הוסדרה כדין.

יצוין, כי בית המשפט הקפיד לקבוע, כי לא כל מקרה של היעדר אכיפה ייחשב כ"נסיבות מיוחדות". כמו כן, בית המשפט השתית את נכונותו לתת תוספת מסוימת לסכום הפיצויים בנימוק הבא:

**"מעבר לכך, מצאתי כי יש להקל במידת מה עם המשיבים אף מן הטעם שפרשנותו של סעיף 12 לפקודת הרכישה, כפי שהותוותה לעיל, הינה פרשנות חדשה, המבטלת את הכרעת בית המשפט המחוזי אשר זיכתה את המשיבים בפיצויים בחלוף שנים רבות מאז בוצעה ההפקעה..."**

#### השורה התחתונה של פסק הדין מעוררת מספר קשיים:

1. מצד אחד, בית המשפט החיל את הסיפא של סעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבנייה, ומצד שני הוא כמעט התעלם מהעובדה שלתחולת הסיפא יש שני תנאים מצטברים: תום לב ונסיבות מיוחדות. בעוד שבית המשפט ראה באוזלת ידן של הרשויות משום "נסיבות מיוחדות", הוא לא קבע, כי המשיבים פעלו בתום לב, אלא רק ב"חלק מהתקופה".
2. אף שכבי' השופטת ארבל ציינה, כי איננה "מוצאת לנכון לקבוע כעת מהם אותם מקרים בהם ייקבע כי בעל הקרקע פעל בתום-לב או כי התקיימו נסיבות חריגות, ויש להניח כי הפסיקה תתווה את הקריטריונים המתאימים בבוא העת"<sup>44</sup>, היא עצמה פוסקת, כי די בתום לב לגבי חלק קטן מהתקופה, וכי אוזלת יד מצד הרשויות עשויה להוות "נסיבה מיוחדת", ובכך היא מתווה למעשה קריטריונים מרחיקי לכת למדי.
3. נראה כי קיימת סתירה מסוימת או לפחות אי-בהירות בפסק הדין: **מצד אחד**, בית המשפט העליון מבטל את פסיקת בית המשפט המחוזי, שראה בקיומן של הנסיבות המיוחדות של אוזלת היד מצד הרשויות, גורם המצדיק מתן פיצויים מלאים, **ומצד שני**, בית המשפט העליון קובע, כי אותן נסיבות מיוחדות מצדיקות מתן פיצויים חלקיים (בניגוד להלכת **בדיחי**). נראה אפוא, כי אין כאן הבחנה איכותית-עקרונית אלא כמותית בלבד, וקו הגבול אינו ברור דיו.
4. לסיכום, נראה כי אף שבית המשפט העליון התיימר לתת הלכה ברורה ואחידה, בסופו של דבר הלכה זו עצמה יצרה אי-בהירות, שצפוי כי עוד תפרנס רבות שופטים

44. עניין **פינקלשטיין**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 2410.

ועורכי דין. חבל שבית המשפט העליון, שטרם לאפות עוגה כה נאה, הוציא אותה מהתנור בטרם נאפתה כל צרכה.

## סיכום

ניתוח ההלכות בעניין **פינקלשטיין, בדיחי וברעלי** מלמד, כי כיום שולטת בבית המשפט העליון **הגישה הערכית**. ההסדר הקבוע בסעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבנייה הוחל על דרך ההיקש גם על הפקעות מכוח חוקים אחרים.

הלכה זו מקבלת משנה תוקף על רקע נפוצותן של הפרות החוק בתחום התכנון והבנייה על כל גבעה ותחת (או ליד) כל עץ רענן.

אף שהדברים לא נאמרו במפורש, נראה כי הלכה זו משתלבת בגישה רחבה יותר, שקנתה לה אחיזה בשנים האחרונות בפסיקת בתי המשפט, הנוטה לטובת האינטרס הציבורי שבביצוע הפקעה, גם במחיר נגיסה מסוימת בזכות הקניין. לפי גישה זו, הבעלות על מקרקעין אינה רק נושא לזכויות אלא גם לחובות, או כלשון בית המשפט - "אחריות חברתית של בעל הקניין".<sup>45</sup> אחריות זו מחייבת בעלי נכסים להרים את תרומתם לחברה, בין היתר, על ידי אילוצם לוותר באופן חלקי או מלא על פיצויי הפקעה או פיצויים לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה במקרים המתאימים.<sup>46</sup> בהתאם לגישה זו, אי-חוקיות בשימוש במקרקעין, תהווה טעם ראוי לשלילת פיצויים. **עם כל חשיבותה של זכות הקניין, היא אינה כוללת את הזכות להפר את החוק.**

עם זאת, באמצעות ההיקש מחוק התכנון והבנייה, הוחלה גם הסיפא של סעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבנייה על כלל ההפקעות. לפיכך, הרשות המפקיעה או בית המשפט רשאים לשלם או לפסוק פיצויים לתובע, אם הוכח כי האחרון "**פעל בתום לב וכי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות תשלום פיצויים**".

נסיבות מיוחדות כאלה עשויות לכלול גם אוזלת יד באכיפה במקרים קיצוניים, אולם יש לזכור, כי על התובע להוכיח כי **פעל בתום לב**. היעדר תום לב - כמו בעניין **בדיחי** (ובמידה מסוימת גם בעניין **פינקלשטיין**) - ישלול את הפיצויים, גם אם הרשות נקטה באוזלת יד. בכך שונה ההלכה הנוכחית מגישת הביניים, שאינה דורשת בהכרח תום לב.

לאור העובדה שהלכת **פינקלשטיין** הותירה סימני שאלה לא מעטים, אין ספק שטרם נאמרה המילה האחרונה בסוגייה זו. ניתן רק לנחש, שהגישה השמאית-כלכלית, לא כל שכן - גישת הביניים, עוד יצוצו, אם באמצעות פרשנות מרחיבה לסיפא של סעיף 190(א)(3) לחוק התכנון והבנייה או להלכת **פינקלשטיין**, ואם באופן אחר.

45. ראו דני"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 300-301 (2004), **מקרקעין** ג/4 388 (2004).

46. ראו למשל, שם.

יש להיזהר משימוש לא מושכל בסיפא של הסעיף, שבעקבותיו ישתלט היוצא מן הכלל על הכלל עצמו. במקרה כזה, פסק הדין בעניין פינקלשטיין, שכוונתו היתה לקבוע הלכה ערכית מובהקת, עלול להשיג דווקא את המטרה ההפוכה.

וכמו בסוגיות רבות בדיני הפקעה - נדרש פתרון חקיקתי ברור ואחיד גם לסוגייה זו.