

פיצוי נאות: על סעדים וצדק בדיני הנטילה השלטונית בישראל

מאת

שי שטרן*

תקציר

דיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין בישראל מאפשרים למדינה, או לרשויות אחרות המוסמכות לכך בדין, להפקיע זכויות במקרקעין לשם מימושו של צורך ציבורי בתמורה למתן פיצוי לבעלי הזכויות הניטלות. ככלל, הפיצוי המוענק לבעלי הזכויות במקרקעין מושתת על סטנדרט אחיד שנועד לבטא את שוויין השוקי של הזכויות שניטלו. קיימים אומנם חריגים לכלל זה, אולם אלה מצומצמים בהיקפם, וחלקם מותנים בשיקול-דעתן של הרשויות. מאמר זה טוען כי חרף חתירתה של מדיניות הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית בישראל להעניק פיצוי נאות והוגן לבעלי הזכויות במקרקעין, היא כושלת במימוש שאיפתה זו. הסיבה לכך נעוצה בפיצוי-החסר המשתלם לעיתים לבעלי הזכויות במקרקעין בשל ביסוסה של מדיניות הפיצוי על סטנדרט פיצוי אחיד. נוסף על כך, המדיניות הנוהגת כושלת בהגשמת תפיסת הצדק שדיני הנטילה השלטונית בישראל פועלים לאורה – תפיסת הצדק המתקן – וזאת בשל התעלמותה מהשונוה הקיימת בין בעלי הזכויות הניטלות במקרקעין במקרים של נטילות שלטוניות וכן ממאפייני הנכסים עצמם. במובן זה, מדיניות הפיצוי הנוהגת בדיני הנטילה השלטונית מבכרת פשטות וודאות משפטית על השגת צדק בנסיבותיה של כל נטילה שלטונית. המאמר קורא לרפורמה במדיניות הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית של מקרקעין בישראל, שתאפשר ביסוסה של מדיניות פיצוי אשר תשמור על רמת ודאות גבוהה, מחד גיסא, אך תהא צודקת מזו הנוהגת כיום, מאידך גיסא. רפורמה מוצעת זו מושתתת על שני אדנים מרכזיים. האחד הוא הטמעה סדורה של מנעד הסעדים שיעמדו לרשות בעת ביצוע נטילה

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אבקש להודות לגרגורי אלכסנדר, לחנוך דגן, לצילי דגן, ליפעת הולצמן-גזית, לתומס מיטשל, לאביטל מרגלית, לג'וזף סינגר, לגדעון פרחומובסקי ולשלי קרייצר-לוי על הערותיהם המועילות למאמר זה, וכן ללורי עובדיה על עזרה מעולה במחקר. כן ברצוני להודות למערכת כתב-העת עיוני משפט, לעורכת בר דור ולחברי המערכת ענת עובדיה-רוזנר, עוז פנחס ואורי שפראך על הערותיהם המועילות ועבודתם המאומצת, אשר תרמו רבות למאמר.

שלטונית של זכויות במקרקעין. במסגרת זו המאמר מציע כי מדיניות הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית תכלול גם סעדים בעין (ובראשם הענקת דיור חלופי או העתקה), פרמיות כספיות קבועות או משתנות וכן סעדים עקיפים, ובכלל זה, בין היתר, הלוואות בריביות נמוכות, מענקים וכן הקלה בחסמים ביוורקטיים. עיגונו של מנעד סעדים בדין יאפשר להפוך את הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית לאמצעי להשגת תוצאה צודקת, תוך הבחנה בין נסיבותיהן השונות של נטילות שלטונית כמו־גם בין מאפייניהם השונים של הנכסים המופקעים ושל בעליהם. האדן האחר שהרפורמה מושתתת עליו הוא שרטוט קווי מתאר לשימוש ראוי במנעד הסעדים המוצע, תוך יצירת קטגוריות על בסיס האתגרים שדיני הנטילה השלטונית ניצבים בפניהם. קטגוריזציה זו תמתן את החשש מפני פגיעה ביציבות ובוודאות המאפיינות את דיני הנטילה השלטונית.

מבוא

א. הדין הנוהג

ב. הטיעון הפוזיטיבי: השוק המדומיין ופיצוי־החסר

1. אובדן הבעלות בכוח

2. ערכים סובייקטיביים

3. ערכים שוקיים המודרים מהסטנדרט של מחיר השוק

ג. הטיעון הנורמטיבי: אחדות הסעד כחתימה תחת מטרת הפיצוי

ד. פסק־הדין בעניין דוויק – זרז להנחת תשתית נורמטיבית בדיני הנטילה

השלטונית הנוהגים בישראל

ה. פיצוי נאות – קווים לדמותה של רפורמה בדיני הנטילה השלטונית

1. עיגונו של מערך סעדים מגוון בדיני הנטילה השלטונית

(א) פרמיות

(ב) סעדים בעין – דיור חלופי או העתקה קהילתית

(ג) סעדים עקיפים

2. קטגוריזציה

(א) קטגוריה א: סעדים המשמרים את הבעלות בכוח

(ב) קטגוריה ב: סעדים המבטאים הכרה באובדן ערכים סובייקטיביים

(ג) קטגוריה ג: סעדים המבטאים ערכים כלכליים שונים

סיכום

מבוא

דיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין בישראל מקיימים לכאורה נוסחה פשוטה בתכלית. המדינה, או רשויות אחרות המוסמכות לכך בדין, רשאיות להפקיע זכויות במקרקעין לשם מימושו של צורך ציבורי בתמורה למתן פיצוי לבעל הזכויות הניטלות.¹ היקף הפיצוי נקבע בפקודת הרכישה ככזה שנועד לשקף את שווייה של מכירה רצונית של הזכויות במקרקעין על-ידי בעליהן.² בתי-המשפט פירשו הוראה זו כקריאה להחלת סטנדרט פיצוי אחיד, המושתת על מחיר השוק של הזכויות שניטלו.³ לפיכך, הגם שדיני הנטילה השלטונית כוללים חריגים – שבאמצעותם הרשויות יכולות להפחית את סך הפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות במקרקעין (כך שיהא נמוך משוויין השוקי של הזכויות)⁴ או לחלופין להעניק סעדים שאינם כספיים⁵ – בתי-המשפט חותרים על-פירוב להאחדת הפיצוי המשתלם לבעלי זכויות במקרקעין שנפגעו כתוצאה מנטילה שלטונית, תוך ביסוסו על הסטנדרט של מחיר השוק. חתירה זו להאחדת הסעד בדיני הנטילה השלטונית הינה תולדה של רצון לשמר נוסחה פשוטה ככל האפשר של פיצוי בעבור נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין. אכן, אימוצו של סטנדרט פיצוי אחיד, המושתת כביכול על מדדים אובייקטיביים הנלמדים ממחיריהן של אותן זכויות בשוק,⁶ מצמצם את שיקול-הדעת של הרשויות ובתי-המשפט, ומציב תג מחיר ברור וודאי לרשויות ולבעלי הזכויות במקרקעין גם-יחד. אולם לצד ההכרה ביתרונות הגלומים בוודאות המשפטית והכלכלית הנובעת מאימוצו של סטנדרט פיצוי אחיד המושתת כביכול

1 קיימים יותר מעשרים פקודות וחוקים המסמיכים את הממשלה, רשויות תכנון וכן רשויות אחרות ליטול זכויות במקרקעין פרטיים. לפירוט ראו אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין כרך א 79-223 (מהדורה שמינית, 2013). עד לאחרונה שימשו שלושה חוקים עיקריים לביצוען של נטילות שלטוניות בישראל: פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הרכישה), פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, וחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה). תיקון מס' 3 לפקודת הקרקעות, שנכנס לתוקפו ביום 15.2.2010, ביטל את פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח) – ראו ס' 22 לחוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010, ס"ח 346 (להלן: תיקון מס' 3 לפקודת הרכישה).

2 ס' 12 לפקודת הרכישה. ראו גם ס' 190 לחוק התכנון והבניה.

3 ראו, למשל, ע"א 2405/91 מדינת ישראל נ' עיזבון הורוביץ, פ"ד נא(5) 23 (1997); ע"א 8937/08 מדינת ישראל מנהל מקרקעי ישראל נ' חביב אללה (פורסם בנבו, 1.12.2011); ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין (פורסם בנבו, 9.12.2008); ע"א 3471/11 דוויק נ' מע"צ, החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2014).

4 ראו, למשל, ס' 20(א) ו-20(ב) לפקודת הרכישה וכן ס' 190(א) ו-20(ב) לחוק התכנון והבניה.

5 ראו, למשל, ס' 194 לחוק התכנון והבניה.

6 לתפיסה שלפיה הסטנדרט של מחיר השוק של הזכויות במקרקעין מהווה מדד אובייקטיבי לפיצוי בעלי הזכויות במקרקעין ראו ד"ר 29/69 אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 397, 411 (1970); ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אטא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 643 (2001); עניין פינקלשטיין, לעיל ה"ש 3, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת ארכל.

על מדד אובייקטיבי, יש בהכרעה זו כדי לפגוע ביכולת להעניק פיצוי שיהיה נאות והוגן.⁷ במובן זה, החתירה לפשטות הפיצוי פוגמת ביכולתו לשמש אמצעי להשגת תוצאה צודקת. על-מנת לבסס טענה זו בדבר אובדן הצדק הכרוך באימוצו של סטנדרט פיצוי אחיד המבוסס על מחירן של הזכויות הניטלות בשוק החופשי, אציג במאמר זה טיעון פוזיטיבי לצד טיעון נורמטיבי. עיקרו של הטיעון הפוזיטיבי הוא שהאחדת הפיצוי והשתתתו על מחיר השוק של הזכויות הניטלות בלבד פוגעת בבעלי הזכויות במקרקעין ומעמידה אותם, במקרים מסוימים, במצב של פיצוי-חסר. הטיעון הנורמטיבי יעמוד על המתח שסטנדרט פיצוי אחיד מקיים עם תפיסת הצדק שדיני הנטילה השלטונית מושתתים עליה, כמרגם עם מגוון הערכים אשר מבנים מערכת דינים זו, כפי שהם באים לידי ביטוי בהצדקות העיקריות להענקת הפיצוי.

בתי-המשפט הכירו בפגיעה הנגרמת לבעלי הזכויות במקרקעין בשל החלתו של סטנדרט פיצוי אחיד, אולם ראו את עצמם כבולים להוראת המחוקק בדבר האחדת הפיצוי.⁸ עם זאת, בשורה של פסקי-דין, אשר קיבלו לאחרונה משנה תוקף בפסק-הדין בעניין דוויק,⁹ התיר בית-המשפט את הכבלים, והורה על זכותם של בעלי זכויות במקרקעין לקבל פיצוי בגין הוצאות הנגרמות להם בשל ביצוע הנטילה השלטונית, גם אם אלה חורגות ממחיר השוק של הזכויות עצמן. קביעה זו של בית-המשפט בעניין דוויק פותחת צוהר לפרשנות חדשה של הוראת המחוקק בפקודת הרכישה בדבר היקף הפיצוי. פרשנות זו דוחה את האחדת הסעד ואת הצבתו על הסטנדרט של מחיר השוק של הזכויות הניטלות. חלף זאת פרשנות זו קוראת את הוראת המחוקק בפקודת הרכישה ככזו המצווה על הרשויות להעניק לבעלי הזכויות במקרקעין את השווי הריאלי של מכירה רצונית של אותן זכויות, ובכלל זה כל אותן עלויות הכרוכות במכירה זו מבחינת בעליהן. פרשנות זו מאפשרת להתגבר על הכשלים המאפיינים את סטנדרט הפיצוי הנוהג, וממילא יש בה כדי להוות פתח לרפורמה בדיני הנטילה השלטונית.

אולם יש להדגיש כי ניסיון להשיב את הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית לייעודו – קרי, להופכו לאמצעי להשגת תוצאה צודקת כאשר מתממשת נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין – אינו קריאה לכאוס משפטי. הרפורמה המוצעת במאמר זה אינה קוראת להעדפת הצדק על הפשטות והוודאות המשפטית. למעשה, טענתו העיקרית של המאמר היא כי להבדיל מהמצב הנוהג, שבו דיני הנטילה השלטונית מעניקים קדימות לפשטות ולוודאות על השגת התוצאה הצודקת, אין כל הצדקה להעדיף את האחד על האחר, בעיקר מכיוון שבאמצעות יישומה של מדיניות מובחנת ניתן להשיג איזון בין שניהם. לפיכך הרפורמה המוצעת במאמר זה מושתתת על שני אדנים מרכזיים, אשר שילובם יבטיח מדיניות פיצוי

7 ראו ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לרכישים בישראל בע"מ, פס"מ 69 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.5.2012). ראו גם יפעת הולצמן-גזית "בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי: פיתוחם של דיני הפקעת מקרקעין בפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים" עיוני משפט כט 311, 313-314 (2006).

8 ראו, למשל, ע"א 57/73 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 486, 490 (1975); 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).

9 עניין דוויק, לעיל ה"ש 3.

אשר תשמור על רמת ודאות גבוהה, מחד גיסא, אך תהא צודקת מזו הנוהגת כיום, מאידך גיסא. ראשית, הרפורמה תכלול הטמעה סדורה של מנעד הסעדים שיעמדו לרשות בעת ביצוע נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין. במסגרת זו המאמר מציע לכלול במסגרת הסעדים הפוטנציאליים גם סעדים בעין (ובראשם הענקת דיור חלופי או העתקה), פרמיות כספיות קבועות או משתנות וכן סעדים עקיפים, ובכלל זה, בין היתר, הלוואות בריביות נמוכות, מענקים וכן הקלה בחסמים בירוקרטיים. עיגונו של מנעד סעדים בדין יאפשר להפוך את הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית לאמצעי להשגת תוצאה צודקת, תוך הבחנה בין נסיבותיהן השונות של נטילות שלטוניות כמו גם בין מאפייניהם השונים של הנכסים המופקעים ושל בעליהם. שנית, הרפורמה תשרטט קווי מתאר לשימוש ראוי במנעד הסעדים האמור, תוך יצירת קטגוריות על בסיס האתגרים שדיני הנטילה השלטונית ניצבים בפניהם. חלוקה זו תאפשר למתן את החשש מפני פגיעה ביציבות ובוודאות המאפיינות את דיני הנטילה השלטונית.

המאמר ימשיך, אם כן, כדלקמן: בפרק א אסקור את מדיניות הפיצוי הנוהגת בדיני הנטילה השלטונית בישראל, ואצביע על כך שמדיניות זו חותרת להאחדת הפיצוי תוך ביסוסו על סטנדרט פיצוי המושתת על מחירן של הזכויות במקרקעין בשוק. כפי שאראה בפרק זה, הגם שדיני הנטילה השלטונית בישראל מכירים בקיומם של חריגים לסטנדרט של מחיר השוק, השימוש בחריגים אלה מוגבל, וכפוף ברובו לשיקול-דעתן של הרשויות. בפרק ב של המאמר אצביע על כמה כשלים פוזיטיביים הנובעים ממדיניות הפיצוי הנוהגת בדיני הנטילה השלטונית. במסגרת זו אטען כי מדיניות פיצוי המאמצת סטנדרט פיצוי אחיד עלולה לגרום לאובדן יכולתם של בעלי הזכויות במקרקעין לשוב ולרכוש זכויות חליפיות, מתעלמת מאובדן ערכים סובייקטיביים שבעלי הזכויות במקרקעין מייחסים לנכסיהם, ואף מדירה ממשוואת הפיצוי ערכים כלכליים בעלי ערך שוקי. בפרק ג למאמר אעמוד על הטעון הנורמטיבי הרוחה את אימוצו של סטנדרט פיצוי אחיד בדיני הנטילה השלטונית. טיעון זה – המתבסס על תפיסת הצדק שדיני הנטילה השלטונית בישראל מאמצים, קרי, תפיסת הצדק המתקן – שולל את האפשרות שהדין יתעלם מנסיבותיה של כל נטילה שלטונית, ממאפייניהם של בעלי הזכויות הניטלות במקרקעין וממאפייניהם של הנכסים עצמם. שלילתה של האחדת הסעד בדיני הנטילה השלטונית נכונה גם בהתאם לתפיסה פלורליסטית של קניין, המוטמעת בדיני הנטילה השלטונית ובמנגנון הפיצוי הקבוע בהם, כפי שניתן ללמוד מההצדקות השונות לחובת הפיצוי המופיעות בספרות. נוסף על כך אדון בפרק זה בכמה הצדקות נורמטיביות אפשריות להאחדת הסעד, ואראה כי אין בהן כדי להכשיר מדיניות זו מבחינה נורמטיבית. בפרק ד למאמר אראה כי בתי-המשפט בישראל אכן הכירו בחוסר הצדק הנוצר כתוצאה מהחלה דווקנית של הסטנדרט של מחיר השוק בדיני הנטילה השלטונית. הכרה זו, כפי שאראה בפרק זה, הובילה את בתי-המשפט להענקת פרשנות רחבה – גם אם לא רחבה דייה, כפי שאטען – לשומת הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית. מהלך פרשני זה שהובילו בתי-המשפט לשם הרחבת הצדק בדיני הנטילה השלטונית היה כאמור מצומצם, אולם יש בו כדי לשמש מגדלור לשינוי אפשרי, ורצוי, בדיני הנטילה השלטונית בישראל. בפרק ה של המאמר אפנה להציג את השינוי המוצע במאמר זה. בפרק זה אעמוד על שני האדנים המרכזיים ששינוי זה מושתת עליהם: הרחבת מנעד הסעדים שבידי הרשויות והצגת קווי מתאר למדיניות של הקצאת סעדים בדיני הנטילה השלטונית. המדיניות המוצעת בפרק

זה תבקש לאזן בין ההכרה בחשיבותן של הפשטות והוודאות המשפטית לבין הרצון להשיב לפיצוי את ייעודו כאמצעי להשגת צדק בדיני הנטילה השלטונית.

א. הדין הנוהג

דיני הנטילה השלטונית הישראלים מקיימים לכאורה נוסחה פשוטה בתכלית. בהתאם לנוסחה זו, המדינה, או רשות כלשהי מן הרשויות האחרות המוסמכות לכך בדין, רשאיות להפקיע זכויות במקרקעין לשם מימושה של מטרה ציבורית בתמורה למתן פיצוי לבעל הזכויות הניטלות.¹⁰ זכותו של בעל הזכויות הניטלות לפיצוי הוגדרה על-ידי בית-המשפט כתנאי משלים למימושה של סמכות ההפקעה, ואף נטען כי מטעמים של צדק ויושר ראוי שהיא תוכר כזכות-יסוד.¹¹ על רקע זה קבעו בתי-המשפט כי על הפיצוי המשתלם לבעל הזכויות במקרקעין להיות נאות, במובן זה שהוא ישקף פיצוי צודק על אובדן הזכויות במקרקעין.¹² הכרה זו בחשיבות הפיצוי התעצמה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן את הזכות לקניין כזכות חוקתית.¹³ במובן זה ניתן לומר כי ההכרה בזכותם של בעלי זכויות במקרקעין שניטלו במסגרת נטילה שלטונית לפיצוי מבקשת לבטא תפיסה של צדק.

10 כאמור בה"ש 1 לעיל, קיימים בישראל כעשרים דברי חקיקה המסמיכים רשויות שונות ליטול זכויות במקרקעין השייכים לבעלים פרטיים. עם זאת, רוב ההפקעות בישראל נעשות מכוחם של שני חוקים עיקריים: פקודת הרכישה וחוק התכנון והבנייה. קיימות כמה הבחנות בין שני חוקים אלה, הגם שהם מקיימים ביניהם יחסי-גומלין. כך, לדוגמה, פקודת הרכישה מסמיכה את שר האוצר, או מי מטעמו, ליטול זכויות במקרקעין פרטיים, וזאת בכפוף להליכים הקבועים בפקודה ובתמורה לפיצוי בעלי הזכויות. חוק התכנון והבנייה, לעומת זאת, מקנה סמכות זו לוועדות המקומיות. מערכת היחסים בין שני דברי חקיקה אלה מתבטאת הן בכל הקשור להגדרת השימושים שלשמן מותרת נטילה שלטונית של מקרקעין (ראו לעניין זה ס' 2 לפקודת הרכישה וס' 190 לחוק התכנון והבנייה), הן בהליכים למימושה של מטרת הנטילה השלטונית (ראו לעניין זה ס' 9 לפקודת הרכישה) והן בכל הקשור לאומדן הפיצוי (ראו לעניין זה ס' 190(א) לחוק התכנון והבנייה).

11 ראו ע"א 216/66 עיריית תל-אביב-יפו נ' אבו דאיה, פ"ד (4) 522, 546 (1966). ראו גם קמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 60-61 ("בצד הפגיעה על-ידי הרשות בזכות הקניינית של הפרט, חייבת להיות לפרט זכות לפיצוי. זהו האידך-סיטרא של הסמכות להפקיע... מבחינה זו, הפיצוי משמש מעין תחליף עבור הקניין שנשלל והוא מבטא את מעמדה החוקתית של זכות הקניין").

12 עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7.

13 ראו ע"א 5964/03 עיזבון ארידור נ' עיריית פתח-תקה, פ"ד (4) 437, 455-456 (2006) (להלן: עניין ארידור) ("טעם הדבר הוא שפיצויי ההפקעה חוט של קניין משוך עליהם. יתר על כן, 'פיצויי קניין' הם. פיצויי ההפקעה באים תחת נכס הקניין, ונועדים הם לתפוש את מקומו של הקניין. אופיים אופי של קניין הוא, אופי של נכס. תחת נכס המקרקעין שהופקע בא נכס שלבושו לבוש פיצויים הוא, ותוכו הוא נכס קניין. כספי הפיצויים הם תחלוף לקניין, וקווי אופי של הקניין עוברים – ולו בחלקם – אל הפיצויים שבידי הרשות"). ראו גם קמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 60-61.

נטילת זכויות כאמור ללא מתן פיצוי, או תוך מתן פיצוי שאינו נאות, כמוה כגזל קניינו של הפרט, ויש בה כדי לפגוע בהצדקת הנטילה השלטונית.¹⁴ אולם עיון מעמיק בנבכייהם של דיני הנטילה השלטונית בישראל חושף כי מדיניות הפיצוי הנוהגת בהם מורכבת מזו הנחזית תחילה. עיון זה מגלה כי לצד אימוצו של סטנדרט פיצוי המבוסס כאמור על מחירן השוקי של הזכויות במקרקעין, דיני הנטילה השלטונית כוללים חריגים שונים, הפורצים את אחידות הסעד. החריג העיקרי להחלת הסטנדרט של מחיר השוק קבוע בסעיף 20 לפקודת הרכישה, שבמסגרתו הרשויות יכולות להפחית ממחיר השוק של הנכס.¹⁵ במקור הוסמכו הרשויות להפחית עד 25% ממחיר זה, אולם בהמשך הורחבה סמכות זו בחוק התכנון והבנייה, והועמדה על שיעור מרבי של 40% ממחיר השוק של הנכס.¹⁶ חריג זה של הפחתת הפיצוי פוגע, על פניו, בזכות הקניין של הבעלים, באשר הוא שולל מהם את הזכות לקבל את סטנדרט הפיצוי הקבוע בדין בשל אובדן זכויותיהם.¹⁷ אכן, חריג זה, המקנה לרשויות סמכות להפחית את הפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות במקרקעין שניטלו, העמיד בספק את מימד הצדק הגלום בפיצוי.¹⁸ בתי-המשפט פתרו ספק זה בטענה כי הפחתת הפיצוי בהתאם לדיני הנטילה השלטונית אינה פוגעת בצדקת הפיצוי, ואינה יוצרת מצב של פיצוי-חסר של בעלי הזכויות במקרקעין, שכן אלה נהנים מהשבחת יתרת המקרקעין שנותרה בידיהם.¹⁹ מכאן שחרף הפחתת הפיצוי, בעלי הזכויות במקרקעין נמצאים במצב כלכלי דומה לזה שבו עמדו עובר לביצוע הנטילה השלטונית.²⁰ הבנה זו של בית-המשפט זכתה בביסוס בפסק-הדין בעניין הולצמן, שבו שלל בית-המשפט את סמכות ההפחתה במקרה של הפקעת המקרקעין בשלמותם.²¹ מאוחר יותר, בפסק-הדין בעניין רוטמן, הבהיר בית-המשפט כי אם הנטילה השלטונית אינה משביחה את המקרקעין, ראוי שסמכות ההפחתה הקבועה בדין לא תמומש.²² תיקון מס' 3 לפקודת הרכישה צמצם עוד יותר את סמכות הפחתת הפיצוי

- 14 ראו ע"א 695/76 עיריית חיפה נ' רוזן, פ"ד לג(1) 175, 188 (1978).
- 15 ס' 20(2)א(2)20(ב) לפקודת הרכישה.
- 16 ס' 190א(1) לחוק התכנון והבנייה.
- 17 ראו עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7.
- 18 ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 645, 656-657 (1981).
- 19 שם; עניין הולצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 636-639; ע"א 474/83 הוועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים, ראשון לציון נ' חממי, פ"ד מא(3) 370, 384 (1987); ע"א 6663/93 צאיג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נה(1) 49, 67 (1999); עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 34-35. ראו עוד אהרן נמדר הפקעת מקרקעין 470-471 (2011).
- 20 שם, בעמ' 472. לתפיסה הרואה בפיצוי אמצעי להעמדת בעלי הזכויות במקרקעין במצב שבו עמדו עובר לביצוע הנטילה השלטונית ראו עניין ארידור, לעיל ה"ש 13, בעמ' 487-488, וכן עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 72 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.
- 21 עניין הולצמן, לעיל ה"ש 6.
- 22 עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7. השופט פוגלמן סוקר בפסק-הדין את השימושים השונים שלשמן נעשו הנטילות שלטוניות שבהן הופחת הפיצוי בהתאם להוראות הדין, ומבחין בין שימוש כללי לשימוש קהילתי. את קביעתו בדבר החובה להשלים את הפיצוי על-פי ס' 20(2)ג לפקודת הרכישה הוא מייחד לנטילות שלטוניות שאינן משביחות את יתרת המקרקעין ואשר נעשות

המוקנית לרשויות, והגביל את יישומה אך לנטילות שלטוניות מכוח חוק התכנון והבנייה או לאלה הנעשות מכוח פקודת הרכישה בעבור רשויות מקומיות בלבד.²³

חריג נוסף, הקשור לסמכותן של הרשויות להפחית את הפיצוי, קבוע בסעיף 20(2)(ג) לפקודת הרכישה, המקנה שיקול-דעת רחב לשר האוצר להורות על תוספת פיצוי לבעלי הזכויות במקרקעין. חריג זה נתפס על-דרך-הכלל כמגן מפני הפחתת פיצוי במקרים שבהם הנטילה השלטונית אינה מביאה לידי השבחתה של יתרת הקרקע הנותרת בידי הבעלים.²⁴ אולם קריאה זו של מטרת החריג מרוקנת אותו מתוכן ככל שסמכות הפחתת הפיצוי נשללת מאליה כאשר אין השבחה של המקרקעין הנותרים בידי הבעלים.²⁵ קריאה רחבה יותר של הסעיף – אשר נותר על כנו גם לאחר תיקון מס' 3 לפקודת הרכישה – תואמת את דבריה של השופטת דורנר בעניין הולצמן שלפיהם מטרת הסעיף היא להסמיך את שר האוצר להגדיל את שיעור הפיצוי אל מעבר למחירן השוקי של הזכויות, ככל ש"אמות-המידה האובייקטיביות הסטנדרטיות לחישוב הפיצויים אינן מובילות לתוצאה צודקת".²⁶ במילים אחרות, קריאה רחבה זו של החריג הקבוע בסעיף 20(2)(ג) מאפשרת לשר האוצר לקבוע תוספת תשלום – פרמיה – על-גבי מחירן השוקי של הזכויות במקרקעין.

חריג נוסף המאפשר לרשות המפקיעה לסטות מסטנדרט הפיצוי של מחיר השוק הוא מתן סעד בעין, קרי, מתן זכויות חליפיות במקרקעין לבעלים. כך, לדוגמה, סעיף 191 לחוק התכנון והבנייה מתיר לוועדה המקומית, בתנאים מסוימים, להעניק לבעלי הזכויות במקרקעין זכויות במקרקעין אחרים כסעד בגין נטילת הזכויות. דוגמה נוספת היא הנוהג של רשויות התכנון להעניק לבעלי הזכויות במקרקעין אחוזי בנייה במקום סעד כספי.²⁷ מופע בולט נוסף של שימוש בסעדים בעין הוא השימוש בתוכניות לאיחוד וחלוקה מחדש של המקרקעין – בין בהסכמת הבעלים ובין ללא קבלת הסכמתם.²⁸ במקרים אלה הרשות

-
- לשם הגשמתו של צורך שאינו קהילתי במאפייניו. ראו שם, פס' 110 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. להרחבה על-אודות ההבחנה בין השימושים השונים שלשמן נעשות נטילות שלטוניות, והשלכתה של שונות זו על היקף סמכותן של הרשויות להפחית את הפיצוי בהתאם לס' 20 לפקודת הרכישה, ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 141-142, 170 (2005).
- 23 ראו עוד לעניין זה יפעת הולצמן-גזית "הגבלות על הפקעת קרקעות: מלכתחילה ובדיעבד (בעקבות חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010)" חוקים ד 97, 118-117 (2012); קמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547-550.
- 24 ראו עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 107-111 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.
- 25 ראו עניין הולצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 636-637.
- 26 שם, בעמ' 643.
- 27 עת"ם (מנהליים חי') 1296/05 גולדמן נ' עיריית קרית אתא, פס' 23 לפסק-דינו של סגן הנשיא גינת (פורסם בנבו, 31.5.2009).
- 28 סימן ז לפרק ג לחוק התכנון והבנייה (ס' 120-128). לביקורת על הותרת הבחירה בדבר ההליך הרצוי בידי הרשות ראו דפנה לוינסון-זמיר "על עקיפתה של הזכות להשבת מקרקעין שהופקעו באמצעות תוכנית לחלוקה חדשה – בעקבות עת"מ (ת"א) 1121/00 ישראל נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון" עיוני משפט כו 985 (2003). להכרעה כי הליכי איחוד וחלוקה כפופים להוראות פרק ח לחוק התכנון והבנייה ראו ע"מ 5839/06 בראון נ' יו"ר הועדה

שומרת לעצמה את שיקול-הדעת כאשר לאופן מימושו של הצורך הציבורי.²⁹ פיצוים של בעלי הזכויות במקרקעין באמצעות מתן זכויות חליפיות במקרקעין חורג מסטנדרט הפיצוי של מחיר השוק, אולם חריגה זו נתונה כאמור לשיקול-דעתה של הרשות המוקדת על ביצוע הנטילה השלטונית. חריגה זו אינה משקפת אם כן זכות מוקנית של בעלי הזכויות במקרקעין לקבלת סעד בעין, ואין היא מטילה כל חובה על הרשות להעניק סעד זה. להבדיל מהמצבים המתוארים לעיל, יש מקרים שבהם הרשות המפקיעה חייבת להעניק לבעלי הזכויות במקרקעין סעד בעין (או לכל-הפחות להציע להם סעד זה). כך, סעיף 194 לחוק התכנון והבנייה מורה לרשות, במקרה שבו היא נוטלת מכוח החוק זכויות במקרקעין המשמשים למגורי הבעלים, להעמיד לרשות בעלי הזכויות שיכון חלופי או פיצוי כספי שיאפשר לו רכישת דיור חלופי. דוגמה נוספת היא סעיף 39 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965, הקובע הוראות ברורות בדבר חובתה של הרשות המפקיעה להעניק לבעלי הזכויות במקרקעין סעד בעין של דיור חלופי כתנאי למימוש הנטילה השלטונית.

הנה כי כן, דיני הנטילה השלטונית בישראל מאמצים סטנדרט פיצוי כספי המושתת על מחירן השוקי של הזכויות הניטלות, אולם לצידו הם מציעים שורה של חריגים המקנים סעדים נוספים – חלקם כספיים וחלקם בעין – לבעלי הזכויות במקרקעין. אימוץ זה של כלל אחד ולצידו מספר מצומצם של חריגים מעיד כי דיני הנטילה השלטונית בישראל הפנימו את המתח שבין הצורך בוודאות, ביציבות ובפשטות, מחד גיסא, לבין צדק, מאידך גיסא. אימוצו של סטנדרט פיצוי אחד מגביר את הוודאות, היציבות והפשטות ביישום הדין, בעוד ההכרה בחריגים לכלל מבקשת ליתן מענה פרטני בנסיבות שבהן החלת הכלל פוגעת בצדק. אולם לצד ההכרה הרעיונית במתח מובנה זה, ישימותו המעשית מצומצמת. ראשית, החלתם של רוב החריגים הקבועים בדין נתונה לשיקול-דעתן של הרשויות, כך שרובם אינם מקנים כל זכאות לסעד חליפי לבעלי הזכויות במקרקעין.³⁰ שנית, אותם חריגים שהחלתם אינה נתונה לשיקול-דעתן של הרשויות הינם מצומצמים בהיקפם – הן מבחינת היקף הזכאים להם והן מבחינת חריגתם מסטנדרט הפיצוי השוקי. לבסוף, חרף קיומם של חריגים שונים בדיני הנטילה הישראלית, ראו עצמם בתי-המשפט בישראל, על-דרך-הכלל, ככולים להוראותיו של המחוקק בדבר אחידות הסעד בדיני הנטילה השלטונית.³¹ תפיסה זו הובילה את בתי-המשפט לאימוץ מדיניות מצמצמת בכל הקשור לחריגה מהסטנדרט של מחיר

המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז (פורסם בנבו, 25.9.2008). עוד ראו קמר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 144-147.

29 ש.ם.

30 ראו לעיל ליד ה"ש 24-26. הקניית שיקול-דעת רחב לרשויות בכל הקשור להקניית סעדים מצייפה את החששות הקשורים בעיקרם לפגיעה אפשרית בשלטון החוק. על-פי עקרון שלטון החוק, ראוי שהמחוקק יקבע בחוק את הכללים הראויים בנסיבותיו של כל מקרה. עם זאת, המציאות המודרנית, כמרגם השינויים החברתיים, אינם מאפשרים למחוקק לעשות כן. ראו לעניין זה בג"ץ 113/52 זקס נ' שר-המסחר והתעשיה, פ"ד ו 696, 702-703 (1952). לדיון רחב על-אודות החסרונות הגלומים בהענקת שיקול-דעת רחב לרשויות מנהליות ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 230 (מהדורה ראשונה, 1996); אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה 375, 389 (2000).

31 ראו, למשל, את המקורות המופיעים בה"ש 8 לעיל.

השוק.³² נראה אם כן כי לצד ההכרה במתח שבין יציבות, ודאות ופשטות הדין, מחד גיסא, לבין צדק, מאידך גיסא, הדין הנוהג נוטה אל עבר הקוטב הראשון תוך ויתור מודע על השני.

ב. הטיעון הפוזיטיבי: השוק המדומיין ופיצוי החסר

אימוצו של סטנדרט פיצוי אחיד וצמצום עקבי של החריגים לו טומנים בחובם פגיעה בזכויותיהם של בעלי המקרקעין. עיקרו של הטיעון הפוזיטיבי שיוצג בפרק זה הוא שהאחדת הפיצוי והשתתות על מחיר השוק של הזכויות הניטלות בלבד פוגעות בבעלי הזכויות במקרקעין ומעמידות אותם, במקרים מסוימים, במצב של פיצוי-חסר. מציאות זו הינה תולדה של הפיקציה השוקית שיצר המחוקק הישראלי לאומדן הפיצוי בגין נטילה כפויה של זכויות במקרקעין. כפי שאראה להלן, החלת הסטנדרט של מחיר השוק כסטנדרט הפיצוי האחיד בדיני הנטילה השלטונית מייצרת "שוק מדומיין", אשר עלול, במקרים מסוימים, להוביל לאובדן הבעלות בכוח. כמו-כן היא מתעלמת מקיומם של ערכים סובייקטיביים שבעלי קניין מייחסים לנכסיהם, ומדירה ממשוואת הפיצוי ערכים נוספים שדווקא נושאים ערך שוקי.

1. אובדן הבעלות בכוח

הסטנדרט של מחיר השוק מתיימר לבטא את מחירן הריאלי של הזכויות במקרקעין שניטלו, כאילו הבעלים מוכר אותן בשוק החופשי.³³ אכן, המחוקק הישראלי הבהיר מפורשות כי סך הפיצוי צריך להיקבע כאילו הרכישה נעשתה בין מוכר מרצון לקונה מרצון.³⁴ אולם החלת סטנדרט שוקי בתהליך שאינו נעשה במסגרת השוק החופשי אינה אלא פיקציה משפטית. פיקציה זו אינה מביאה בחשבון לעיתים את המכשולים שבעלי הזכויות במקרקעין צפויים להתמודד עימם ככל שייבקשו לחזור ולרכוש לעצמם זכויות חדשות.³⁵ במקרים כאלה השוק המדומיין שדיני הנטילה השלטונית מבקשים ליצור כושל, וממילא הפניה לסטנדרט של מחיר השוק שוללת את היכולת לראות את הפיצוי המוענק לבעלי הזכויות במקרקעין ככזה המבטא את מכלול הפגיעה שנוצרה אצל בעלי הזכויות במקרקעין.

הדוגמה הבולטת בהקשר זה היא נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין בנכסים המצויים בשכונות ותיקות, שבהן מצב הנכסים ירוד ועל-כן שוויים השוקי נמוך. במצבים כאלה פיצוי המושתת על הסטנדרט של מחיר השוק עלול להוביל לתוצאה שבה אף-על-פי שבעלי הזכויות במקרקעין יקבלו את המחיר הריאלי של זכויותיהם בשוק, סכום זה צפוי להיות מזערי, כך שלא יהיה בו כדי לאפשר להם לשוב ולרכוש את מעמדם כבעלים במקרקעין אחרים. מציאות זו מותירה את בעלי הזכויות במקרקעין במצב גרוע מזה שבו היו לפני ביצוע הנטילה השלטונית – הם נותרו אומנם עם סכום כספי השווה למחיר שהשוק מעניק

32 שם.

33 ראו קמר, לעיל ה"ש 1, כרך ב, בעמ' 681-684.

34 ס' 12 לפקודת הרכישה.

35 ראו עניין דוויק, לעיל ה"ש 3, פס' 18 לפסק-דינו של השופט עמית ("השוואת מצבו של הנפקע למצבו של מי שמכר את המקרקעין מרצון היא פיקציה משפטית, שהרי מבחינת הנפקע, אין מדובר במשא ומתן המשתכלל לחוזה ומשקף את גמירות דעתם של הצדדים, אלא מדובר ב'הצעה שלא ניתן לטרום לה'").

לזכויותיהם, אולם הם מוצבים בעמדה שאינה מאפשרת להם להיפך שוב לבעלים של זכויות במקרקעין. בעלי הזכויות במקרקעין מאבדים אם כן לא רק את זכויותיהם בנכס המסוים שנלקח מהם בעת מימוש הנטילה השלטונית, אלא גם את בעלותם בכוח במקרקעין אחרים. אפשר אומנם לטעון כי במציאות הישראלית חשש זה מפני כשלון שוק שיביא לידי אוברן יכולתם של בעלים לבסס מחדש את מעמדם כבעלים ניתן למזעור על-ידי שימוש באמצעים הקיימים בדין הנוהג. כך, לדוגמה, דיני הנטילה השלטונית מאפשרים – גם אם לא מחייבים – מתן זכויות במקרקעין חלף פיצוי כספי.³⁶ באופן דומה, תוכניות להתחדשות עירונית, המוחלות על-דרך-הכלל בשכונות ותיקות כאמור, פועלות תחת הסדרה משפטית המניחה את הותרת הבעלים המקוריים במתחם שנבנה מחדש.³⁷ אולם נראה כי סעדים חליפיים אלה, הגם שיש בהם כדי למתן חשש זה, אינם מאיינים אותו לגמרי. הטעם לכך הוא שברוב המקרים הענקת סעדים אלה נתונה לשיקול-דעתן של הרשויות, ומקום שהדין מחייב את הרשות להעניק סעד חליפי, סעד זה מצומצם לרוב בהיקפו, ועשוי לא לכלול עסקים³⁸ או בתי מגורים שלא התגוררו בהם בפועל.³⁹

2. ערכים סובייקטיביים

ההסתמכות על מחיר השוק כסטנדרט פיצויי אחיד בדיני הנטילה השלטונית מדירה ערכים שאינם שוקיים מהפיצוי הניתן לבעלים בגין אוברן הזכויות. במחקר שערכה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה נמצא כי בעלי דירות בישראל מעריכים את שווי בתי המגורים שלהם בסכום שגבוה בכ- 10%-20% ממחירם השוקי.⁴⁰ בין יתר ההסברים לתופעה זו ניתן למנות גם את הערך הסובייקטיבי שבעלי הקניין מייחסים לנכסיהם.⁴¹ בתי-המשפט בישראל הכירו מפורשות

36 ראו לעיל ליד ה"ש 27.

37 ס' 1 ו-2 לחוק פינני ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006; ס' 5 לחוק המקרקעין (חיזוק בתי משותפים מפני רעירות אדמה), התשס"ח-2008.

38 ס' 194 לחוק התכנון והבנייה.

39 ס' 39 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום. ביחס לאתגרים שתוכניות להתחדשות עירונית מציבות ראו יעל פדן וגיל גן-מור "שיקולים חברתיים בהליכי התחדשות עירונית" *מקרקעין* יב(5) 63 (2013). ראו גם *התחדשות עירונית – היבטים חברתיים בתכנון 43-48* (מקום – מתכננים למען זכויות תכנון, 2014) www.bimkom.org/wp-content/uploads/דוח-התחדשות-עירונית.pdf (2014) (מסמך המנתח את האתגרים שתוכניות להתחדשות עירונית מציבות הן במישור הערכי – קרי, כיצד יש להתמודד עם האוכלוסייה המתגוררת בשכונות החלשות עובר לביצוע ההתחדשות העירונית – והן במישור הכלכלי).

40 ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה *הדירור בישראל – נתונים מסקר הוצאות משק הבית 1997-2012* (פרסום מ' 1589, 2015) www.cbs.gov.il/webpub/pub/text_page.html?pub (2015) www.cbs.gov.il/publications15/1589/pdf/append_h.pdf. את דברי ההסבר לסקר ניתן למצוא בנספח: www.cbs.gov.il/publications15/1589/pdf/append_h.pdf.

41 כאן המקום להבחין בין שלושה רכיבים שונים העשויים להיכלל בערך הסובייקטיבי שבעלי הנכסים מייחסים לנכסיהם. רכיב אחד נובע מהטיה אשר מוכרת בספרות העוסקת בכלכלה התנהגותית, ומכונה "אפקט הבעלות" (endowment effect). הטיה זו, אשר נחקרה לעומקה על-ידי חוקרים וחוקרות רבים, גורסת כי אנשים נוטים לתת ערך כלכלי גבוה יותר למוצר

בהשלכה זו של החלת סטנדרט פיצוי אחיד המבוסס על מחיר השוק של הזכויות הניטלות, ואף הצרו על הפגיעה הנגרמת לבעלי הזכויות במקרקעין בשל הדרת נזקים אלה ממשוואת הפיצוי.⁴² עם זאת, נראה כי בתי-המשפט השלימו עם הדרתם של נזקים סובייקטיביים אלה, בעיקר בשל הקושי בכימותם הכספי ומטעמים של פישוט ההליך.⁴³ השלמה זו תמוהה לנוכח נכונותו של המשפט הישראלי להכיר בקיומם של ערכים סובייקטיביים שכימותם קשה ומורכב בענפי משפט אחרים, ובפרט בדיני הנזיקין. אכן, בדיני הנזיקין המשפט הישראלי מכיר בחובת המזיק לפצות את הנזוק גם בגין ראשי-נזק שאינם ממוניים ואשר כימותם מורכב. בית-המשפט דוחה מפורשות את קשיי הכימות של אותם נזקים לא-ממוניים כטעם למניעת ההכרה בהם, וקובע כי "קטן הוא משקלה של הטענה כי קשיי הכימות צריך שיעמדו בדרכו של בית המשפט למתן פיצויים".⁴⁴ עם זאת, כאמור, נמנעו בתי-המשפט מליישם הכרה זו בנזקים סובייקטיביים בדיני הנטילה השלטונית.⁴⁵

לגופם של דברים, שאלת הרציות הנורמטיבית של התייחסות – במסגרת הפיצוי בגין נטילה שלטונית – לערכים נטולי ערך שוקי שבעלי זכויות במקרקעין מייחסים לנכסיהם שנויה במחלוקת בספרות. אחדים ביקרו את חוסר הצדק הגלום בפיצוי המתעלם מערכים אלה,⁴⁶ ואילו אחרים ערערו על ההנחה הרווחת כי בעלי זכויות במקרקעין מפוצים תמיד

שבבעלותם מאשר למוצר דומה או זהה לו אשר אינו בבעלותם. ראו לעניין זה, Richard Thaler, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, 1 J. ECON. BEHAV. & ORG. 39 (1980); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, 5 J. ECON. PERSP. 193 (1991) שישו להשפיע על הערך הסובייקטיבי שבעלי הנכס מייחסים לנכסיהם נובע מהתאמה ייחודית של הנכס לצורכיהם. ראו לעניין זה את דבריו של השופט פונזר ב- Coniston Corp. v. Vill. of Hoffman Estates, 844 F.2d 461, 464 (7th Cir. 1988) את הערך הסובייקטיבי שבעלי הנכסים מייחסים לנכסיהם הוא הרכיב הרגשי, קרי, ערכו של הקשר הרגשי שבעלי הנכסים חשים ביחס לנכסיהם. ראו, לדוגמה, Brian Angelo Lee, *Just Undercompensation: The Idiosyncratic Premium in Eminent Domain*, 113 COLUM. L. REV. 593, 596–98 (2013); Janice Nadler & Shari Seidman Diamond, *Eminent Domain and The Psychology of Property Rights: Proposed Use, Subjective Attachment, and Taker Identity*, 5 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 713 (2008)

42 ראו עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 69 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

43 עניין הולצמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 643–644; דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 131. הפסיקה האמריקנית, השוללת אף היא הענקת פיצוי בגין אובדן ערכים סובייקטיביים שבעלי קניין מייחסים לנכסיהם, טוענת מפורשות כי ערכים אלה ראויים לפיצוי, וכי הדרתם נובעת אך ורק מטעמים מעשיים הכרוכים בהעדר היכולת לאמוד את שוויים. ראו לעניין זה Olson v. United States, 292 U.S. 246, 261–62 (1934); United States v. Miller, 317 U.S. 369, 374 (1943); United States v. 50 Acres of Land, 469 U.S. 24, 35–36 (1984)

44 ע"א 4022/08 אגבכה נ' ד.י.ש חברה בע"מ, פ"ד סד(2) 309, 284 (2010).

45 עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7.

46 ראו, למשל, Robert Brauneis, *Eastern Enterprises, Phillips, Money, and the Limited Role of the Just Compensation Clause in Protecting Property "in Its Larger and Juster Meaning"*, 51 ALA. L. REV. 937, 937–42 (2000); Marisa Fegan, *Just Compensation Standards*

בחסר בשל התעלמות הדין מערכים שאינם שוקיים.⁴⁷ בחלק זה אני טוען כי על-מנת להכריע בשאלה אם ראוי שערכים שאינם שוקיים יובאו בחשבון במסגרת תחשיב הפיצוי בגין נטילה שלטונית, עלינו לשאול ראשית את השאלה העובדתית אם בעלי קניין אכן מייחסים ערכים סובייקטיביים לנכסיהם. אם התשובה לשאלה עובדתית זו תהא חיובית, אזי פיצוי המתעלם מערכים אלה יעמיד את בעלי הזכויות במקרקעין במציאות של פיצוי-חסר.

על-מנת להמחיש טענה זו, חשבו על שניים מבין הערכים הסובייקטיביים שנדונו רבות בספרות: אובדן בית המגורים ואובדן הקהילה. אובדן בית המגורים הינו לעיתים תהליך מורכב וקשה מבחינת הבעלים. אני סבור כי חוקרים מכל קצות השיח הקנייני, כמו-גם האישה או האיש ברחוב, יסכימו כי אובדן בית מגורים כרוך בקשיים נוספים על אלה הכרוכים באובדן של נכסים אחרים, וזאת במיוחד ככל שהבעלים התגורר בבית תקופה ממושכת.⁴⁸ לנוכח קושי זה נטו בתי-המשפט להכיר בקיומם של ערכים סובייקטיביים שבעלים מייחסים לבית המגורים.⁴⁹ אולם הכרה זו בקיומם של ערכים סובייקטיביים, כמו-גם ההשלכות המעשיות והמשפטיות שלה על דיני הקניין, ניצבות בפני ביקורת כפולה. הטענה האחת תמחה על התוקף האמפירי של ההנחה הרווחת בדבר חשיבותם של בתי מגורים לזהותם של בעליהם ולאישיותם.⁵⁰ מחקרים אמפיריים מתחום הפסיכולוגיה, הסוציולוגיה והדמוגרפיה מעלים כי המעמד המיתי שבו זכה בית המגורים הוא מוגזם, ואינו משקף את המציאות הרווחת.⁵¹ ככל שנתונים אלה חושפים מציאות, הכרה בבית המגורים כנכס שהפקעתו כרוכה באובדן סובייקטיבי משמעותי אינה מבוססת. עמדה אחרת מכירה אומנם בקיומם של ערכים

and Eminent Domain Injustices: An Underexamined Connection and Opportunity for Reform, 6 CONN. PUB. INT. L.J. 269, 283–92 (2007)

47 ראו, למשל, Lee, לעיל ה"ש 41, בעמ' 596–598.

48 ראו Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 991–92 (1982)

הדנה ב"קרשות בית המגורים"; Robert C. Ellickson, *Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls*, 40 U. CHI. L. REV. 681, 736 (1973) ("For example, a longtime owner of a single-family home in a stable residential area might not willingly part with his dwelling except at a substantial premium over the market price. His surplus would be based in part on experience in using this particular house and sentimental memories connected to it")

49 ראו עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 69 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ("...הפיצוי בגין ההפקעה מחושב לפי שווי שוק של הקרקע ואינו מביא בחשבון את ערכה האישי-סובייקטיבי לבעליה, למשל כשמופקע בית מגוריו או קרקע שמעובדת בידי או בידי משפחתו ויש לו ערך רגשי כלפיה..."); עניין דרויק, לעיל ה"ש 3, פס' 18 לפסק-דינו של השופט עמית ("בנוסף, איננו מכירים בנזקים אחרים הכרוכים בהפקעה – הנפקע אינו זכאי לפיצוי בגין הקשר הרגשי והערך הסובייקטיבי של הקרקע בעיניו, או בגין אי רצונו להיפרד מהמקרקעין או חוסר הנוחות בעזיבת בית מגוריו").

50 Stephanie M. Stern, *Residential Protectionism and the Legal Mythology of Home*, 107 MICH. L. REV. 1093 (2009) (להלן: Stephanie Stern).

51 שם, בעמ' 1109–1120. אולם השוו לסקר של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה הקובע כי בעלי דירות מעריכים את שווי דירותיהם בסכום גבוה ממחיר השוק – ראו לעיל ה"ש 40 והתקסט שלידיה.

סובייקטיביים שבעלי מקרקעין מייחסים לבית המגורים שלהם, אולם גורסת כי רוב הערכים הסובייקטיביים המיוחסים לנכסים על-ידי בעליהם כבר משוקללים מאליהם במחיר השוק של הנכס.⁵² טענות דומות הועלו גם ביחס לאובדן נוסף בעל מאפיינים סובייקטיביים – אובדן הקהילה. בעלי זכויות במקרקעין אשר התגוררו עובר ליישומה של הנטילה השלטונית בקהילת מגורים צפויים לאבד, במקביל לשוויין השוקי של זכויותיהם, גם את הערכים שהם מייחסים לקהילתם.⁵³ הטענות האמורות תקפות גם ביחס לערכים אלה: ראשית, האם בעלי זכויות במקרקעין אכן מייחסים ערכים סובייקטיביים משמעותיים לאובדן הקהילה? ושנית, האם ערכים אלה אינם משוקללים ממילא במחיר השוק של הנכס?

הגם ששתי טענות ביקורת אלה סותרות במידת-מה זו את זו, שתיהן מערערות על רצינותה של התייחסות לערכים סובייקטיביים כאל חלק אינהרנטי מהפיצוי בגין נטילה שלטונית. עם זאת, כל אחת משתי הביקורות מצריכה התייחסות שונה. הטענה כי בית המגורים זוכה ביחס מיתי, שאינו מקיים בהכרח קשר למציאות, מחייבת בחינה בדבר המאפיינים של בית מגורים נכנס המקיים זיקה עמוקה לזהותם של בעליו ולאישיותם. טענה זו אינה מערערת על חובתן של הרשויות לפצות בגין אובדן ערכים סובייקטיביים בנטילה שלטונית, אלא גורסת כי ההנחה הרווחת שבית המגורים הינו נכס שבעליו מייחסים לו ערכים כאלה הינה שגויה, וממילא הפיצוי בגינם מתייתר.⁵⁴ הטענה השנייה, מאידך גיסא, אינה מכחישה את הערך הסובייקטיבי שבעלי קניין מייחסים לבית המגורים שלהם, אולם חרף הכרה זו היא דוחה את הצורך העקרוני לפצות בגין ערכים אלה, שכן אלה, כך לדירה, כבר מגולמים במחירן השוקי של הזכויות במקרקעין.⁵⁵

אולם, אף אם יש בטענות אלה כדי לערער על קיומם הוודאי של ערכים סובייקטיביים שבעלי הקניין מייחסים לנכסיהם בנסיבותיה של כל נטילה שלטונית, אין בהן כדי לשלול לחלוטין קיומם של ערכים כאמור. בתי-המשפט הכירו בקיומם של ערכים אלה בנסיבות מסוימות, הגם שנמנעו מלהעניק לבעלי הזכויות במקרקעין סעד בגין אובדנם.⁵⁶ ממילא, אף שאי-אפשר לייחס באופן גורף ערכים סובייקטיביים לזכויות הניטלות במקרקעין, באותם מקרים שבהם ניתן לייחסם, סטנדרט הפיצוי האחיד מעמיד את הבעלים במציאות של פיצוי-חסר.

3. ערכים שוקיים המודרים מהסטנדרט של מחיר השוק

הכשלים הנובעים מאימוצו של סטנדרט פיצוי אחיד בדיני הנטילה השלטונית אינם מסתכמים אך באובדן הבעלות בכוח או בהתעלמותו של הדין הנוהג מערכים סובייקטיביים. סוג נוסף של ערכים העלולים להיות מודרים ממשוואת הפיצוי בגין נטילה שלטונית של

52 Lee, לעיל ה"ש 41, בעמ' 607-618.

53 לדיון באובדן הקהילה בעקבות נטילה שלטונית של מקרקעין, ובהשלכותיו של אובדן זה על הסעד, ראו Gideon Parchomovsky & Peter Siegelman, *Selling Mayberry: Communities* and *Individuals in Law and Economics*, 92 CAL. L. REV. 75, 139 (2004); שי שטרן "כניסה, משטר ויצאה: קהילות מגורים במשפט הישראלי" משפט וממשל יח 7, 48-52 (2017).

54 Stephanie Stern, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1093.

55 Lee, לעיל ה"ש 41, בעמ' 596.

56 ראו את המקורות המופיעים בה"ש 49 לעיל.

מקרקעין הוא ערכים שדווקא נושאים ערך שוקי מובהק אולם אינם מהווים חלק אינהרנטי ממחיר השוק של הזכויות עצמן. מדובר בערכים שהינם אינהרנטיים להליך של נטילה שלטונית, אשר משיתה למעשה על בעלי הזכויות במקרקעין נטישה כפויה של נכסיהם. הדוגמאות הבולטות לערכים אלה הן הוצאות הנלוות להידיינות בין הרשות לבין בעלי הזכויות סביב מימוש הנטילה השלטונית, ובכלל זה שכר-טרח של עורך-דין ושכר שמאי; העלויות הכרוכות בהליך המעבר של בעלי הזכויות למקרקעין אחרים, ובכלל זה שכר מתווך והוצאות העברה; וכן העלויות הכרוכות בהפסקת הפעילות העסקית של בעלי הזכויות בשל מימוש הנטילה השלטונית, ובכלל זה הוצאות התאמה, אוכדן מוניטין או פגיעה בו, ואוכדן רווחים. כאמור, אימוצו של סטנדרט פיצוי אחיד בדיני הנטילה השלטונית אשר מדיר ערכים אלה – שיש להם ערך שוקי או שהשוק מכיל אמצעים לאומדן שווים – מוביל למסקנה בדבר פיצוי-חסר, מכיוון שבדיני כי בעלי הזכויות במקרקעין נדרשים להוצאות אלה אך ורק בשל מימוש הנטילה השלטונית.⁵⁷

ג. הטיעון הנורמטיבי: אחידות הסעד כחתיירה תחת מטרת הפיצוי

בחלק הקודם עמדתי על שלושה אתגרים פוזיטיביים העלולים להוביל לפיצוי-חסר בדיני הנטילה השלטונית כל זמן שהפיצוי מבוסס על סטנדרט אחיד המושתת על מחיר השוק של הזכויות שנטלו. בחלק זה אטען כי החלתו של סטנדרט פיצוי אחיד בדיני הנטילה השלטונית אינו ראוי גם מהבחינה הנורמטיבית. על-מנת לבסס טענה זו – קרי, שבהחלת סטנדרט זה יש משום פיצוי לא-הוגן ולא-צודק על נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין – עלינו לשאול תחילה מהו פיצוי הוגן וראוי בראי המשפט הישראלי. במילים אחרות, עלינו לשאול מהי תפיסת הצדק שהמחוקק ובתי-המשפט בישראל מבקשים להחיל בדיני הנטילה השלטונית. המשפט הישראלי מספק תשובה ברורה לשאלה זו: את דיני הנטילה השלטונית הוא מבסס על תפיסה של צדק מתקן.⁵⁸ בהתאם לתפיסה זו, על הרשויות להשיב את בעלי הזכויות

57 ההנחה העומדת בבסיסה של תפיסה זו היא שהוצאות אלה, שיש להן ערך שוקי, היו מובאות בחשבון ומשוקללות במחיר המכירה של הנכס במקרה של מכירה רצונית. ראו לעניין זה עניין דוויק, לעיל ה"ש 3, פס' 18 לפסק-דינו של השופט עמית.

58 ראו, למשל, ע"א 589/87 משרד השיכון נ' בירנבוים, פ"ד מט(1) 625, 632 (1995) ("מטרת הפיצויים בגין הפקעה היא להעמיד את בעל הזכות במקרקעין שהופקעו באותו מצב כספי שבו היה עומד אלמלא ההפקעה, כך שבכספי הפיצויים שיקבל יוכל לשוב ולרכוש זכות דומה לזו שהופקעה ממנו"); דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 317 (2004) ("וכך, בהילקח קניין שומה עליה על הרשות הלוקחת לפצות את בעל הקניין שאיבד את קניינו. כך הוא – על-פי דין – בהפקעה וכך הוא בפגיעה במקרקעין כהוראת סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. על דרך העיקרון, דומה היא הזכות לפיצויים בשל הפקעת מקרקעין או פגיעה בהם לזכות לפיצויים המוקנית לנפגע ממעשה נזיקין או לנפגע מהפרת חוזה. גם-כאן גם-כאן הזכות לפיצויים נמדרת על-פי הכלל של השבה לקרמות (*restitution*).") (*in integrum*).

במקרקעין למצב שבו עמדו עובר לביצוע הנטילה השלטונית.⁵⁹ מאמר זה יתבסס אם כן על הנחה זו שאימץ המשפט הישראלי, הגם שיש הקוראים לשינויה.⁶⁰ אולם אימוצה של תפיסת הצדק המתקן כבסיס הנורמטיבי לדיני הנטילה השלטונית אינו מסיים את הדיון בדבר הפיצי הראווי בדיני הנטילה השלטונית, אלא אך פותח אותו. כפי שאראה להלן, ככל שדיני הנטילה השלטונית אכן פועלים על-מנת להשיב את המצב לקדמותו, ובכך לבסס תפיסה של צדק מתקן, עליהם להתייחס לשתי השאלות הבאות: האחת, מהו היקפה של הזכות הקניינית הניטלת? והאחרת, בהתחשב בהיקפה של הזכות הניטלת, כיצד ניתן להשיב את המצב לקדמותו? התשובה לשאלה הראשונה צריכה להיקבע בהתאם לאיזון הערכי המבנה את זכויות הקניין במשפט הישראלי. במובן זה, וכפי שניתן ללמוד מההצדקות השונות למתן הפיצי לבעלי הזכויות במקרקעין, דיני הקניין מאמצים תפיסה פלורליסטית השוקלת מגוון של ערכים קנייניים, אשר חלקם מצויים במתח זה עם זה, כפי שיתואר בהרחבה מייד.⁶¹ בשלב השני, ולאחר קביעת היקפה של הזכות הקניינית הניטלת, עלינו לאתר את הסעד הראוי שיאפשר להשיב את המצב לקדמותו, כפי שתפיסת הצדק המתקן תובעת.

כאמור, השלב הראשון בבחינת רציותו הנורמטיבית של הפיצי בדיני הנטילה השלטונית מחייב בחינה של היקף הזכות הנפגעת. כפי שניתן ללמוד מההצדקות השונות שהוכרו בספרות ובפסיקה לחובת הפיצי בדיני הנטילה השלטונית, המשפט הישראלי אימץ בהקשר זה תפיסה פלורליסטית של קניין, והוא מעמת ערכים קנייניים שונים זה מזה בתכלית לצורך

59 ש.ם.

60 ראו חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא 491 (1998) (להלן: דגן "שיקולים חלוקתיים") (הקורא להחלת שיקולים חלוקתיים על דיני הנטילה השלטונית); Shai Stern, *Remodeling Just Compensation: Applying Restorative Justice to Takings Law Doctrine*, 30 CAN. J.L. & JURIS. 413 (2017) (הקורא לבחינת החלתה של תפיסת צדק מאחה בדיני הנטילה השלטונית). יש לציין כי השיח המתקיים בדיני הנטילה השלטונית כולל לעיתים התייחסות לשיקולים חלוקתיים, אולם על-דרך-הכלל ניתן לומר כי שימוש זה נעשה כחלק מהניסיון להשבת המצב לקדמותו. כך, אמירות המתייחסות לכאורה לשיקולים חלוקתיים עושות זאת על-מנת להשיב את בעלי הזכויות שנפגעו למצבם עובר לביצוע הנטילה השלטונית, תוך קריאה לחלוקת הנטל על כלל הציבור. לדוגמה בולטת לשימוש בשיקולי חלוקה לצורך ביסוסה של תפיסת צדק מתקן בדיני הנטילה השלטונית ראו ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, 639-640 (1992) ("חשיבותה של העובדה, שנקודת המוצא היא תשלום פיזיוניים לבעל זכות במקרקעין שנפגעו על-ידי תכנית, מתרכזת בשני שיקולי יסוד. האחד שואב את כוחו מהכלל, לפיו פגיעה על-ידי המדינה בזכות קניינית של הפרט – חייב להיות בצדה פיזיו... בבסיסו של שיקול זה "צדק חלוקתי", לפיו גם אם התכנית מביאה תועלת ורווחה לכלל הציבור, אין זה מן הראוי שאותם בעלים, שהתכנית פוגעת בהם, לא יקבלו פיזיו בגין הרעת מצבם. באמצעות הפיזיויים, נושא ציבור משלמי המסים בהשפעתה השלילית של התכנית על מקרקעין של בעלים מסוימים, במקום שישאו בנזק זה אך ורק אותם בעלים").

61 להבחנה בין תפיסות מוניסטיות ופלורליסטיות של קניין ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 74-19.

קביעת היקפה של הזכות.⁶² הספרות והפסיקה הכירו בשלוש הצדקות מרכזיות לחובת הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית. הצדקה אחת גורסת כי דרישת הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית הינה חלק מחובת המדינה להתייחס לכל אזרחיה בשוויון. כלומר, על המדינה מוטלת חובה להשיב את בעלי הזכויות במקרקעין שנכסיהם ניטלו במסגרת נטילה שלטונית לאותו מצב שבו עמדו עובר לנטילה השלטונית של זכויותיהם, וזאת מכיוון שהימנעות מכך תטיל נטל לא-שוויוני על בעלי מקרקעין מסוימים.⁶³ תיאוריה זו תובעת "תרומה שווה" מצד כלל הנהנים מהפרויקט שלשמו ניטלו הזכויות במקרקעין, ובכך מבקשת להעניק הגנה לבעלי הזכויות במקרקעין מפני פגיעה לא-שוויונית בזכויותיהם. את ההצדקה הזו לפיצוי בדיני הנטילה השלטונית היטיב לבטא השופט פוגלמן באומרו: "הפקעת חלקת מקרקעין לטובת הכלל, בלא לשלם פיצוי מלא בגינה, משמעותה שבעל הקרקע המופקעת נושא בנטל מימנם של שירותים שאינו מוטל באופן שווה על כל חברי הקהילה האחרים..."⁶⁴.

הצדקה שנייה לחובת הפיצוי המוטלת על הרשויות מבטאת ערך קנייני שונה בתכלית. הצדקה זו רואה בדרישת הפיצוי אמצעי לקידום הרווחה המצרפית, המביאה בחשבון הן את

62 שם. כן ראו עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 80 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (ההדגשות במקור):

"התפיסה השנייה – זו שנכנה בשם 'הקניין כמוסדות'... – רואה בזכות הקניין זכות מורכבת וסבוכה... אשר 'אין לראות [בה] אחדות מושגית'... תפיסה זו רואה בקניין מוסד משפטי, יציר בני האדם, שעוצב בידיהם כדי לשרת מטרת חברתיות שונות, ושמשמעותו משתנה בהתאם לאינטרסים המתנגשים ולנסיבות העניין... הגם שגישה זו מכירה בערך החירות כבעל משקל ניכר באיזון מול ערכים אחרים, לשיטתה אין מדובר בערך יחיד שהזכות מבקשת להגן עליו; קיימים לפחות חמישה ערכים נוספים שחלקם אינם מתיישבים בהכרח עם ערך החירות וחלקם אף מתחרים בה; ואלה הם בתמצית: (1) ערך האישיות שלפיו אישיותו האידינטיקטית של הפרט עשויה להיות משוקעת במשאבים מסוימים באופן שיש להם ערך סובייקטיבי מיוחד ולכן הפגיעה בהם אינה רק חומרית. ערך האישיות מבקש להבחין בין משאבים מכוננים (כגון דירות מגורים) למשאבים בני חליפין (כגון דירה להשקעה) וליתן להבחנה משקל באיזון בין ערכי הקניין השונים; (2) ערך העבודה רואה בעבודה שהפרט השקיע במשאב הצדקה להקנות לו בעלות בו בהתקיים תנאים מסוימים; (3) ערך הרווחה המצרפית הרואה חשיבות בהגברת התועלת הכלכלית; (4) ערך הקהילה, הנשען על ההנחה שבעל הקניין נהנה באופן שוטף מיתרונות חברותו בקהילה ולפיכך מוצדק להטיל עליו חובות כלפיה בהתקיים תנאים מסוימים; (5) ערך הצדק החלוקתי שעניינו בשאיפה לצמצם (או לכל הפחות לא להרחיב) פערים חברתיים במובן של הימנעות מקביעת כללי קניין בעלי תוצאות רגרסיביות... כל אחד מהערכים הללו נתמך בתיאוריות המבקשות להצדיק את הזכות לקניין פרטי ואת היקף ההגנה על הזכות בנסיבות שונות..."

63 ראו, למשל, ע"מ 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "שרונים", פ"ד (2) 230, 253-252 (2005); דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון 106-109, 127-129 (1994).

64 עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 74 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

פעילותן של הרשויות והן את תמריצי ההשקעה של בעלי הזכויות במקרקעין.⁶⁵ בהתאם להצדקה זו, ההנחה היא שהחובה להעניק פיצוי לבעלי הזכויות במקרקעין תתמרץ את הרשויות להביא בחשבון את כל העלויות הכרוכות במימושו של הצורך הציבורי.⁶⁶ תומכיה של תפיסה זו רואים את דרישת הפיצוי כאמצעי למניעת שקיעתן של הרשויות באשליה פיסקלית.⁶⁷ החובה להעניק פיצוי לבעלי הזכויות במקרקעין מקימה מחסום בפני רשויות שאינן אחראיות מבחינה כלכלית, באלצה אותן להפנים את כל העלויות של מעשיהן ופעילותן.⁶⁸ טיב הפיצוי והיקפו עשויים גם להשפיע על מדיניות ההשקעה של בעלי הזכויות במקרקעין.⁶⁹ כפי שחוקרים שונים טוענים, בעלי קניין מתומרצים להפנים את כל הסיכונים והעלויות של ההשקעה בנכסיהם בכפוף למדיניות הפיצוי הנהוגה בדיני הנטילה השלטונית.⁷⁰

65 שם, פס' 75 לפסקדינו של השופט פוגלמן ("הפקעה ללא פיצוי בצידה (או בפיצוי חלקי) מספקת לרשויות התכנון תמריצים לקויים לאופן הפעלת סמכות ההפקעה הנתונה להן ומביאים לתוצאה שאינה יעילה. כך, הזכות להפקיע מקרקעין ללא פיצוי מעוררת חשש שידם של גורמי התכנון תהיה קלה על הדק ההפקעה, ותניע את הרשות לנקוט בדרך הזולה – זו המאפשרת ליטול את כל שניתן ללא עלות. כתוצאה מכך נפגעים צרכי התכנון והתועלת המצרפית פוחתת"). כן ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 136.

66 שם.

67 רשויות עלולות להיקלע ל"אשליה פיסקלית" אם הן אינן מפנימות את כלל העלויות החברתיות של מעשיהן. בהקשר של נטילות שלטונית, אם הרשויות לא יחובו בתשלום פיצוי בעבור הזכויות הניטלות, הן עלולות להעריך בחסר את עלות מימושו של הפרויקט הציבורי שלשמו ניטלו הזכויות, שכן הן לא יפנימו את העלות של הזכויות במקרקעין. לעניין זה ראו Michael A. Heller & James E. Krier, *Deterrence and Distribution in the Law of Takings*, 112 HARV. L. REV. 997, 999 (1999); פרשת החברה להפצת פרי הארץ בע"מ, לעיל ה"ש 60, בעמ' 645 ("על הרשות, המחליטה אם ליישם תכנית, להפנים אל תוך תקציבה את ההשפעות השליליות של התכנית, שהרי רק כך יובטח, שתיתן את המשקל הראוי להשפעות שליליות אלה, כשיקול רלוואנטי בשאלה, אם ראוי להוציא את התכנית אל הפועל").

68 ABRAHAM G. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 64 (5th ed. 1998). ראו גם Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Taking Compensation Private*, 59 STAN. L. REV. 871, 881–84 (2007).

69 ראו Louis Kaplow, *An Economic Analysis of Legal Transitions*, 99 HARV. L. REV. 509, 523–32 (1986) (אשר מציג את ההשלכות השונות של קביעת היקף הפיצוי – פיצוי מלא, פיצוי חלקי וכלל של העדר פיצוי – על מדיניות ההשקעה של בעלי הזכויות במקרקעין, וטוען כי אף שיש להביא שיקול זה בחשבון בעת הקביעה של שיעור הפיצוי, יש בו כדי להוביל לעיתים למסקנות סותרות בדבר כלל הפיצוי הראוי); Lawrence Blume, Daniel L. Rubinfeld, & Perry Shapiro, *The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?*, 99 Q.J. ECON. 71, 90–91 (1984) (הטוענים כי כללי פיצוי שונים הננקטים בנסיבות שוקיות שונות עשויים לעוות את מדיניות ההשקעה של בעלי הזכויות במקרקעין).

70 ראו Susan Rose-Ackerman, Bell & Parchomovsky, לעיל ה"ש 68, בעמ' 882–884; *Regulatory Takings: Policy Analysis and Democratic Principles*, in TAKING PROPERTY AND JUST COMPENSATION: LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVES OF THE TAKINGS ISSUE 25, 30–34 (Nicholas Mercuro ed., 1992).

ההצדקה השלישית לחובת הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית רואה בחובה זו מכשיר למניעת שימוש לרעה בכוח השלטוני ליטול זכויות במקרקעין.⁷¹ ההנחה העומדת בבסיסה של הצדקה זו לפיצוי היא שאם רשויות יהיו פטורות מתשלום בעבור השימוש בכוחן ליטול בכפייה זכויות במקרקעין, הן יעשו בו שימוש לרעה, תוך פגיעה בבעלי זכויות במקרקעין המשתייכים לקבוצות חברתיות שכוחן הפוליטי והכלכלי נמוך.⁷² בעלי קניין המשתייכים לקבוצות אלה נתונים ממילא בסיכון גבוה יותר לאובדן זכויותיהם באמצעות נטילה שלטונית, ותפקידה של חובת הפיצוי – כך לפי הצדקה זו – הוא למתן את החשש מפני הרחבת סיכון זה.

כל אחת מן ההצדקות האמורות מחדדת ערך קנייני שונה, שיש בו כדי להשפיע על קביעת היקפה של הזכות הניטלת. כך, לדוגמה, ההצדקה הראשונה מבקשת לברר את היקף מחויבויותיהם של בעלי הזכויות במקרקעין לקהילתם, ובכך עומדת על המתח שבין חירות הבעלים לבין מחויבותם לקהילה. ההצדקה השנייה מעלה על נס את ערך הרווחה המצרפית, בשעה שהיא בוחנת את מערך התמריצים שהפיצוי עשוי להעניק הן לרשויות והן לבעלי הזכויות במקרקעין. ההצדקה השלישית מבקשת להטמיע ערכים חלוקתיים בקביעת היקפה של הזכות הקניינית, תוך הקפדה על הפחתת הסיכון מפני פגיעה לא־ראויה בקבוצות חברתיות שכוחן הפוליטי והכלכלי נמוך.

העובדה ששלוש הצדקות אלה הוכרו בספרות ובפסיקה כמשמשות זו לצד זו בקביעת חובת הפיצוי מחדדת את ההכרה כי דיני הקניין הישראליים בכלל, ודיני הנטילה השלטונית בפרט, אימצו תפיסה פלורליסטית של הזכות לקניין, ובהתאם לכך קביעת היקפה של הזכות נעשית תוך איזון בין ערכים שונים. ודוק: התפיסה הפלורליסטית של הקניין המוצגת כאן היא כזו המבקשת לתת ביטוי לערכים קניינים שונים שנפגעו כתוצאה מהנטילה השלטונית, כמו־גם לנסיבות שונות שאפפו את הנטילה השלטונית, אשר רק התחשבות מלאה בהם תאפשר להשיב את מצבם של הבעלים לקדמותו, כפי שאראה בהמשך.⁷³ חשוב לא פחות לציין כי המתחים שתפיסה זו מעוררת קיימים לא רק בין ערכים שונים, אלא גם בתוככי כל ערך. כך, לדוגמה, ההצדקה הראשונה, המבקשת לאמור את היקף חובותיהם של בעלי הזכויות במקרקעין לקהילתם, נדרשת לאיזון בין חירות הבעלים לבין מחויבויותיהם לקהילתיות. ההצדקה השנייה לחובת הפיצוי – המושתתת על ערך הרווחה המצרפית – מאזנת באורח פנימי בין התמריצים הניתנים לרשויות לבין אלה הניתנים לבעלי הזכויות במקרקעין. באופן דומה, ההצדקה השלישית, השוקלת ערכים חלוקתיים כחלק מהגדרת היקפה של הזכות לקניין, נתבעת לערוך איזון פנימי בין קבוצות שונות ובעלי קניין שונים בחברה. תוצאתם של איזונים פנים־ערכיים אלה, לצד האיזונים בין הערכים השונים, היא קביעת היקפה של הזכות לקניין.⁷⁴ מתחים אלה הינם אינהרנטיים כאמור לתפיסה פלורליסטית של קניין,

71 Saul Levmore, *Just Compensation and Just Politics*, 22 CONN. L. REV. 285, 306–7 (1990).

72 Daniel A. Farber, *Economic Analysis and Just Compensation*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 125, 130–31 (1992).

73 ראו דגן "שיקולים חלוקתיים", לעיל ה"ש 60, בעמ' 506–507.

74 ראו להלן ליד ה"ש 80–82.

74 ראו דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 110.

המקנה חשיבות להבחנות חשובות בין בעלי קניין שונים, בין סוגי קניין שונים, וחשוב לא פחות – בין נסיבותיהן השונות של נטילות שלטוניות שונות.

על-מנת לבחון את עוצמת ההשפעה של מתחים ערכיים אלה בקביעת היקפה של הזכות לקניין, ראוי להבחין בין שתי תפיסות של פלורליזם קנייני אשר רווחות בשיח המשפטי. התפיסה האחת מקנה חשיבות לקיומם של מוסדות קנייניים שונים, המושתתים כביכול על איזונים שונים בין ערכים קנייניים, אולם מכפיפה את המוסדות כולם לערך האוטונומיה של הפרט.⁷⁵ תפיסה פלורליסטית זו חותרת אם כן לפלורליזם מבני, המציע מגוון של מוסדות קנייניים לפעולתם של היחידים.⁷⁶ עם זאת, לטענתי, תפיסה זו מרוששת את ריבוי המוסדות מתוכן בשעה שהיא מכפיפה את כולם גם-יחד לערך יחיד. תפיסה פלורליסטית שונה תובעת אף היא את קיומם של מוסדות קנייניים שונים, שבמסגרתם מתקיים איזון שונה בין ערכי הקניין, אולם להבדיל מהפלורליזם המבני, תפיסה פלורליסטית עמוקה זו מבקשת ליתן משמעות לשונות שבין המוסדות השונים. אליזבת אנדרסון טוענת כי מכיוון שבני-אדם חווים את העולם ככולל ערכים שונים, על המדינה לאפשר להם לחיות בהתאם לערכים שונים אלה, וזאת באמצעות כינונם של מוסדות חברתיים מגוונים, שבהם יוכלו האזרחים להשתמש לצורך מימוש תפיסות הטוב שלהם.⁷⁷ אנדרסון גורסת לפיכך שהמדינה חבה כלפי אזרחיה חובה להרחיב את מנעד האפשרויות המשמעותיות הזמינות להם, באמצעות תמיכה במוסדות שיאפשרו להם לכתוב את סיפור חייהם בהתאם לנורמות ולערכים הפנימיים לתפיסות הטוב שלהם.⁷⁸ הבנה זו של אנדרסון מחייבת אם כן הכרה בשונות הקיימת בין האזרחים ביחס לתפיסות הטוב שהם מקדמים, וממילא מכתובה שונות ביחסה של המדינה אליהם.⁷⁹

החלת התובנות של אנדרסון על דיני הנטילה השלטונית מציעה כי לא זו בלבד שהמדינה צריכה להתיר לאזרחיה לחיות בהתאם לערכיהם ולאמונותיהם, היא נדרשת גם להעניק להם את האפשרות המעשית לעשות כן. יישומה של תפיסה זו לדיני הקניין בכלל, ולדיני הנטילה השלטונית בפרט, משמיע חבות של המדינה להעניק משמעות לשונות הקיימת בין בעלי זכויות במקרקעין וכן בין הנכסים השונים שבבעלותם, שאם לא כן לא תהא כל משמעות להכרה העקרונית בשונות זו. ההכרה בקיומה של שונות זו מבטאת אם כן איזון ערכי שונה, המשפיע במישרין על היקפה של הזכות לקניין. על-מנת לגבש את היקף זכותם הקניינית של בעלי הזכויות במקרקעין, יש לבחון את הערכים הקנייניים הרלוונטיים, כמו-גם לערוך איזון ביניהם. במובן זה, זכותה של האחת אינה זהה בהכרח לזכותו של האחר.

מסקנה זו – שהיקפה של הזכות הקניינית הניטלת בעת ביצועה של נטילה שלטונית עשוי להיות שונה ממקרה למקרה – מחייבת את דיני הנטילה השלטונית להטמיע הבנה זו גם בשלב השני, שבו המשפט מבקש להחיל מדיניות פיצוי החותרת להשבת המצב

75 שם, בעמ' 37.

76 Hanoch Dagan, *Pluralism and Perfectionism in Private Law*, 112 COLUM. L. REV. 1409, 1421–27 (2012).

77 ראו ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 1, 149 (1993).

78 שם.

79 Gregory S. Alexander, *Pluralism and Property*, 80 FORDHAM L. REV. 1017, 1035–42 (2011).

לקדמותו. כאמור, דיני הנטילה השלטונית בישראל מאמצים את תפיסת הצדק המתקן כבסיס הנורמטיבי של מדיניות הפיצוי הקבועה בהם.⁸⁰ השבת המצב לקדמותו מחייבת, מטבע הדברים, את בירורו של המצב הראשוני, ובהקשר של דיני הנטילה השלטונית – את בירור היקפה של זכותם המקורית של הבעלים לקניין. הטמעת תפיסה פלורליסטית זו של קניין במערכת דיני הנטילה השלטונית, המבוססים כאמור על תפיסת הצדק המתקן, מבהירה כי על-מנת לראות פיצוי כ"צורך", על הרשויות להביא בחשבון את השונות בין נסיבותיהן של נטילות שלטוניות שונות, שאם לא כן כיצד יוכלו הרשויות לנסות להשיב, באמצעות הפיצוי, את המצב לקדמותו? לא זו אף זו, כל ההצדקות המפורטות לעיל – הגם שיש בהן ביטוי לערכים קנייניים שונים בתכלית, המקיימים ביניהם מתח אינהרנטי – מחייבות הכרה בשונות הקיימת בין נטילות שלטוניות שונות, שכן הן מושתתות על נסיבותיהם הפרטניות של בעלי הזכויות במקרקעין, על מאפייניהם המסוימים של המשאבים הניטלים ועל נסיבות הוצאתה אל הפועל של כל נטילה שלטונית.

אימוצה של תפיסה זו מטיל צל נורמטיבי על המדיניות של האחרת הסעד, אשר מתעלמת, כפי שהראינו לעיל, מהשונות בין זכויותיהם של הבעלים לקניין. חֶשְׁבו לְדוּגְמָה עַל הַטִּיעוֹן – שכבר עמדנו עליו בחלק הקודם – שלפיו שלילת פיצוי בעבור אובדן הערכים הסובייקטיביים שבעלי הזכויות במקרקעין מייחסים לקניינם בשעה שזכויותיהם ניטלות במסגרת נטילה שלטונית של מקרקעין אינה מובילה בהכרח לפיצויי-חסר.⁸¹ לטיעון פוזיטיבי זה יש גם פן נורמטיבי, שלפיו המדינה אינה צריכה להיות מחויבת להכיר בערכים "ייחודיים" או בהבחנות בין אזרחיה, שכן הכרה זו עלולה להטיל נטל כבד מדי – וממילא לא-ראוי – על כתפיהם של יתר האזרחים.⁸² בהתאם לטענה זו, פיצוי צורך בדיני הנטילה השלטונית אינו משמיע פיצוי בעבור ערכים הנובעים מהעדפה ייחודית של בעליהם. מכאן נובע לכאורה שמדיניות הקוראת להאחדת הסעד בדיני הנטילה השלטונית – קרי, מדיניות המתעלמת מאותם ערכים סובייקטיביים – היא ראויה מבחינה נורמטיבית. אולם ככל שדיני הנטילה השלטונית בישראל מאמצים תפיסה פלורליסטית עמוקה של קניין, טיעון זה אינו ראוי. נהפוך הוא: תפיסה פלורליסטית של קניין תובעת מהמדינה להתאים בכל נטילה שלטונית את הסעד הניתן לבעלי הזכויות במקרקעין לנסיבות הרלוונטיות, למאפיינים של הבעלים ולנזקים שנגרמים להם. שלילת התאמתו של הסעד להיקפה המסוים של הזכות הניטלת תמנע מהמשפט את היכולת להשיב את המצב לקדמותו. האחדת הסעד בדיני הנטילה השלטונית אינה ראויה, אם כן, מכיוון שמטבעה ומטיבה היא מבקשת להתעלם משונות מובנית זו.

סיכומו של הטיעון הנורמטיבי המוצג בפרק זה הוא אם כן שעל-מנת להגשים את מדיניות הפיצוי הראויה בדיני הנטילה השלטונית – זו המושתתת על תפיסת הצדק המתקן – עלינו לברר את התשובות לשתי שאלות: ראשית, מהו היקף זכותם של הבעלים לקניין? ושנית, מהו הסעד המתאים על-מנת להשיב את הבעלים קרוב ככל האפשר למצבם הקודם? את התשובה לשאלה הראשונה עלינו לגבש באמצעות עריכת איזונים בין ערכי הקניין השונים. איזונים אלה צפויים לבטא שונות בין זכויות שונות בהתאם למאפייני הבעלים, לנסיבות

80 ראו את המקורות בה"ש 58 לעיל.

81 Lee, לעיל ה"ש 41.

82 שם, בעמ' 632.

ביצועה של הנטילה השלטונית ולמאפייני הנכסים הניטלים. שונות זו צריכה להוות בסיס גם לבריור התשובה לשאלה השנייה, קרי, לאיתור הסעד הראוי לצורך השבת הבעלים קרוב ככל האפשר למצבם עובר לביצוע הנטילה השלטונית. ההבנה כי לא הרי היקפן של זכויות הקניין הניטלות במקרה אחד כהרי היקפן של אלה הניטלות במקרה אחר מנביעה דחייה של אחידות הסעד הנוהגת כיום בדיני הנטילה השלטונית, שאם לא כן לא תתאפשר השבת המצב לקדמותו.

אולם האם אי־אפשר להכיר ברציוותה הנורמטיבית של האחדת הסעד מטעמים אחרים? אעמוד כעת על שלושה טיעונים נורמטיביים שעשויים להצדיק מדיניות של האחדת הסעד לצד ההכרה במאפיינים הפלורליסטיים של דיני הנטילה השלטונית. כבר בראשית הדברים יש לומר כי אף שחלק מאותם טיעונים צפויים להשפיע על גיבושה של מדיניות ראויה בהקצאת סעדים בדיני הנטילה השלטונית, אין בהם כדי להצדיק מבחינה נורמטיבית החלת סעד אחד המושתת על מחירן השוקי של הזכויות הניטלות. טיעון אחד הוא שהשימוש בסטנדרט פיצויי אחד המבוסס על מדד אובייקטיבי – מחיר השוק – הופך את הפיצוי לצודק דווקא בשל פשטות החלתו.⁸³ טיעון זה אינו מתכחש לסתירות הקיימות בין סטנדרט פיצויי אחד לבין מדיניות פיצויי המושתתת על תפיסה של צדק מתקן, אולם הוא נכון להכשיר עיוותים אלה מבחינה נורמטיבית בשל היתרונות הנובעים מהפשטות ומהוודאות הטמונות בהחלת סעד אחד.⁸⁴ טיעון שני גורס כי בעוד עיגון מנעד של סעדים בדיני הנטילה השלטונית עשוי להקל על הרשויות להשיג תוצאה צודקת במקרה מסוים, דווקא סטנדרט פיצויי אחד עשוי להבטיח צדק באופן כוללני ומקיף. על־פי טיעון זה, הגם שבעלים מסוימים של זכויות במקרקעין עשויים להיות מפוצים בחסר בגין נטילת זכויותיהם תחת סטנדרט פיצויי אחד, ניתן לראות הסדר זה כצודק מכיוון שהוא מפנים את האינטרסים של החברה בכללותה. טיעון זה יכול להתבסס על שתי תפיסות, אשר שונות זו מזו במהותן: האחת היא תפיסת חבותו של הפרט לקהילה, המכשירה הקרבה מסוימת מצד הפרט;⁸⁵ ואילו האחרת היא התפיסה הכלכלית, אשר דוחה את הנטל הכבד המוטל על כתפי החברה על־ידי אומדן הנזקים הספציפיים

83 זו למעשה ההצדקה שסיפק בית־המשפט העליון האמריקני לביסוס מחיר השוק כסטנדרט הפיצויי האחד בדיני הנטילה השלטונית. ראו לעניין זה את המקורות בה"ש 43 לעיל.

84 על החשיבות שהמשפט מקנה לוודאות ולפשטות הדין, כמו־גם על הניסיון להשיג ודאות זו באמצעות כללים ברורים וצמצום שיקול־דעת של הרשויות, ראו יששכר רוזן־צבי ההליך האזרחי 58–61 (2015); מנחם מאוטנר "על אי־הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223 (2005).

85 לטענה בדבר חובותיהם של היחידים, בעלי הקניין, כלפי החברה ראו, JOSEPH WILLIAM SINGER, ENTITLEMENT: THE PARADOXES OF PROPERTY 19–25 (2000); JOSEPH WILLIAM SINGER, THE EDGES OF THE FIELD: LESSONS ON THE OBLIGATIONS OF OWNERSHIP 84 (2001); Hanoch Dagan, *Expropriatory Compensation, Distributive Justice, and the Rule of Law*, in *RETHINKING PUBLIC INTEREST IN EXPROPRIATION LAW* 349, 365 (Björn Hoops et al eds., 2016) ("One way of doing this is by drawing a distinction between expropriations of lots of land that benefit the public at large, and those benefitting the community to which the property owner belongs, so the latter lead to less than full compensation"); Gregory S. Alexander & Eduardo M. Peñalver, *Properties of Community*, 10 THEORETICAL INQ.

שנגרמו לכל אחד מבעלי הקניין.⁸⁶ הטיעון השלישי שונה מהשניים שקדמו לו בכך שהוא אינו טוען לרציות נורמטיבית של סעד אחיד מלכתחילה, אך מכשירו בדיעבד. טיעון זה מניח כי השגת צדק "מלא" אינה בגדר האפשר, ולכן ההסתפקות בסעד אחיד בדיני הנטילה השלטונית ראויה מבחינה נורמטיבית בשל היותה הטובה ביותר מבין האפשרויות השונות. טיעונים אלה, אף שיש בחלקם כדי להשפיע כאמור על עיצובה של מדיניות הקצאת הסעדים בדיני הנטילה השלטונית, אינם מצדיקים מדיניות המושתתת על סעד אחיד. הטיעון בדבר היות סעד אחיד מקור לוודאות משפטית בדיני הנטילה השלטונית אינו מופרך. אין ספק שהאחדת הסעד בדיני הנטילה השלטונית – אשר פוטר את בתי-המשפט מהפעלת שיקול-דעת באשר להקצאת סעדים שונים בכפוף לנסיבותיה של כל נטילה שלטונית – מצמצמת את חוסר הוודאות הן מבחינת הרשויות והן מבחינת בעלי הזכויות במקרקעין.⁸⁷ אולם בחינה נורמטיבית של מדיניות זו מעלה את השאלה בנוגע ליכולתה לבסס אמת-מידה ראויה של צדק. ככל שתפיסת הצדק שהמשפט הישראלי מאמץ בדיני הנטילה השלטונית מבכרת להשיב את בעלי הזכויות במקרקעין למצבם עובר לביצוע הנטילה השלטונית, וככל שאנו מתייחסים ברצינות לפיצוי-החסר במצבים דוגמת אלה שהוצגו בפרק ב לעיל, ברי כי מדיניות זו – הגם שהיא מרחיבה את מימד הוודאות בדיני הנטילה השלטונית – יש בה כדי לעקר את הניסיון להשגת תוצאה צודקת. עם זאת, וכפי שאראה להלן, אף שהרצון לשמר מרחב של ודאות בדיני הנטילה השלטונית אינו מצדיק נורמטיבית את האחדת הסעד במערכת דינים זו, יש בו כדי להצדיק זהירות והקפדה בהרחבת מערך הסעדים.

הטיעון השני מבקש כאמור להצדיק נורמטיבית את המדיניות של האחדת הסעד בהיותה אמצעי להשגת צדק חברתי כולל, המפנים את כלל העלויות החברתיות במסגרת מדיניות הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית. אולם הניסיון לבסס על טיעון זה מדיניות סעדים אחידה בדיני הנטילה השלטונית קשה משלושה טעמים: ראשית, טיעון זה מושתת על תפיסת צדק תועלתנית, העומדת בסתירה לתפיסת הצדק המתקן, שאומצה בדיני הנטילה השלטונית בישראל;⁸⁸ שנית, תפיסה תועלתנית זו אינה מתיישבת אף עם ההצדקות השונות לפיצוי, אשר לצד הכרתן בחשיבותה של הרווחה המצרפית – ובכלל זה בצורך להפנים את העלויות החברתיות הנובעות מביצועה של נטילה שלטונית של מקרקעין – מבטאות תפיסה פלורליסטית ודוחות את המוניזם הערכי המוצע בטיעון זה;⁸⁹ שלישית, וחשוב לא פחות, טיעון זה מרחיב

L. 127, 134 (2009); Gregory S. Alexander, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, 94 CORNELL L. REV. 745, 757 (2009)

RICHARD A. EPSTEIN, *SIMPLE RULES FOR A COMPLEX WORLD* 30–36 (1995) 86

להשלכות של הפיצוי ושל אופן קביעת היקפו על התנהלותם של הרשויות ובעלי הזכויות במקרקעין ראו את המקורות המופיעים בה"ש 67–69 לעיל. 87

כאמור, תפיסת הצדק שדיני הנטילה השלטונית בישראל מאמצים היא תפיסת הצדק המתקן, אשר נכונה אומנם להכיר בשיקולים כלכליים התורמים ליעילות, אך אינה נכונה להקנות בכורה לשיקולים אלה. ראו Ernest J. Weinrib, *Toward a Moral Theory of Negligence Law*, 2 LAW & PHIL. 37, 37 (1983) ("Corrective justice is an ordering of transactions between two parties which restores them to an antecedent equality. It is thus incompatible with (the comprehensive aggregation of utilitarianism)". 88

ראו לעיל ליד ה"ש 63–74. 89

את החשש – האינהרנטי לדיני הנטילה השלטונית – מפני פגיעה לא־ראויה באוטונומיה של בעלי המקרקעין.⁹⁰ הטעם לכך נעוץ בנכונותו של טיעון זה להתעלם מנסיבותיה של כל נטילה שלטונית, תוך הכרה בכך שבחלק מהמקרים ייפגעו בעלי הזכויות במקרקעין באופן קשה. הטיעון השלישי שונה כאמור משני הטיעונים הקודמים בכך שהוא מכיר מלכתחילה בסעד האחיד כפתרון מסדר שני, וזאת בשל העדר היכולת להשיג צדק "מלא" באירועי נטילה שלטונית של מקרקעין. טיעון זה, כפי שאראה להלן, טומן בחובו הכרה חשובה בגבולות יכולתו של המשפט להשיב את המצב לקדמותו. אולם הכרה זו אינה יכולה לשמש בסיס נורמטיבי יציב דיו לאימוצה של מדיניות האחדת הסעד בדיני הנטילה השלטונית. הטעם לכך הוא שככל שאנו מאמצים תפיסה של צדק מתקן, הכרה בגבולות יכולתו של המשפט להשיב את המצב לקדמותו אינה פותרת אותו מלעשות ככל יכולתו על-מנת להתקרב להשבה זו. הכשלים הפוזיטיביים שתוארו לעיל, אשר טומנים בחובם פיצוי־חסר לבעלי המקרקעין, אינם מאפשרים לראות את האחדת הסעד בדיני הנטילה השלטונית כניסיון להתקרב ככל האפשר להשבת המצב לקדמותו.

סיכומם של דברים, לצד האתגרים הפוזיטיביים, שתוארו בפרק הקודם, קשה להצדיק את מדיניות האחדת הסעד בדיני הנטילה השלטונית גם מבחינה נורמטיבית. ביסוסם של דיני הנטילה השלטונית בישראל על תפיסת הצדק המתקן קורא להענקת פיצוי אשר יאפשר להשיב את בעלי הזכויות הניטלות למצבם עובר לביצוע הנטילה השלטונית. מדיניות האחדת הסעד מונעת את השבת המצב לקדמותו, שכן היא מתעלמת מנסיבותיה של כל נטילה שלטונית ובכך מבטלת את האפשרות ליתן מענה משפטי ראוי בנסיבות שונות. כשלוננו הנורמטיבי של סטנדרט הפיצוי האחיד, כמו־גם האתגרים הפוזיטיביים שהחלתו בדיני הנטילה השלטונית מנביעה, מצדיקים שינוי של דיני הנטילה השלטונית.

ד. פסק־הדין בעניין דוויק – זרז להנחת תשתית נורמטיבית בדיני הנטילה השלטונית הנוהגים בישראל

כשלוננו הנורמטיבי של סטנדרט הפיצוי האחיד בדיני הנטילה השלטונית, כמו־גם האתגרים הפוזיטיביים הכרוכים בהחלתו, לא נעלמו מעיני השופטים. אלה, מצידם, מתחו ביקורת על האחדת הסעד בדיני הנטילה השלטונית, בההגישם את א־הצדק הכרוך לעיתים בהחלתו.⁹¹ בעניין רוטמן, שם נדונה שאלת היקף הפיצוי בשעה שהנטילה השלטונית אינה משכיחה את המקרקעין שנותרים בידי בעליהם, קבע השופט פוגלמן כי "על אף שהפסיקה דיברה בזכות ל'פיצוי נאות' בגין ההפקעה... בפועל פיצויי הפקעה המשולמים מכוח כלל חיקוקי ההפקעה אינם מיטיבים את מלוא הנזקים שגרמה ההפקעה לבעל הקרקע המופקעת".⁹² השופט פוגלמן מנה שלוש סיבות עיקריות לפגיעה הנגרמת לבעלי הזכויות במקרקעין בגין יישומה של

90 לדיון בדבר היות הפגיעה באוטונומיה אינהרנטית לנטילה שלטונית של מקרקעין ראו Lee, לעיל ה"ש 41, בעמ' 635-645.

91 ראו עניין דוויק, לעיל ה"ש 3, פס' 18 לפסק־דינו של השופט עמית; עניין רוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 69 לפסק־דינו של השופט פוגלמן.

92 שם.

נוסחת הפיצוי הנוהגת: ראשית, העדר ההתייחסות לרכיב הכפייה; שנית, ההתעלמות מאובדן הערכים הסובייקטיביים שבעלי הקניין מייחסים לנכסיהם; ולבסוף, הפחתת הפיצוי הנעשית לא פעם על-ידי הרשויות, תוך ניצול הסמכות שהוקנתה להן בחוקים ובפקודות השונים.⁹³ הכרה זו באי־צדקת החלתו של סטנדרט פיצוי אחיד הניעה את בתי־המשפט בישראל לחפש פרצות בהסדרי הפיצוי הנוהגים בדיני הנטילה השלטונית, אשר יאפשרו הגעה לתוצאה צודקת יותר בנסיבותיו של כל מקרה. כך, לדוגמה, בתי־המשפט הכירו באופן זוחל, אך לא־עקבי, בזכאותם של בעלי זכויות במקרקעין לקבל שיפוי בגין הוצאות נלוות שנגרמו להם כתוצאה מיישום הנטילה השלטונית, ובכלל זה ההוצאות הכרוכות במעבר מהנכס המופקע לנכס אחר.⁹⁴ אולם הכרה זו הגיעה לשיאה בפסק־הדין בעניין דוויק,⁹⁵ שם נדונה חובתה של מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל – לפצות את משפחת דוויק בגין נטילה שלטונית של זכויותיהם במקרקעין שעליהם שכן בית המגורים של המשפחה. השאלה המשפטית שעמדה במוקד פסק־הדין הייתה אם בעלי זכויות במקרקעין שזכויותיהם ניטלו בנטילה שלטונית זכאים לפיצוי העולה על שווי השוק של הזכויות עצמן, כך שפיצוי זה יכלול גם שיפוי על הוצאות נלוות לנטילה השלטונית ולרכישת נכס חלופי. בית־המשפט בעניין דוויק הכיר בהעדר מקור נורמטיבי מפורש בחקיקה המכיר בזכות של בעלי הזכויות במקרקעין לפיצוי העולה על מחיר השוק של זכויותיהם.⁹⁶ עם זאת הוא קבע כי אין לראות בהוראות החוק המקבעות את הסטנדרט של מחיר השוק כסעד האחיד בדיני הנטילה השלטונית משום רשימה סגורה.⁹⁷ לפיכך הכיר בית־המשפט בזכאותם של בעלי זכויות במקרקעין לשיפוי בגין הוצאות נלוות הניתנות לכימות שכרוכות באובדן זכויותיהם במקרקעין בשל מימוש הנטילה השלטונית, לרבות הוצאות העברה, שכר שמאי, דמי תיווך ושכר־טרח של עורך־דין.⁹⁸

הכרעת בית־המשפט בעניין דוויק, הגם שהיא נשענת על פסיקה שקדמה לה, מהווה פריצת־דרך בכל הקשור לפיצוי שבעלי הזכויות במקרקעין זכאים לו כאשר זכויותיהם ניטלות בנטילה שלטונית. במובן זה, פסק־הדין מציע פלטפורמה לשינוי מהותי במדיניות הקצאת הסעדים בדיני הנטילה השלטונית. הקביעה כי אין לראות את הוראות החוק – המקבעות

93 שם.

94 ראו עניין דוידוביץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 10 (הכרה בחובת פיצוי על הוצאות נלוות הכרוכות בהעקת פעילותו של עסק); ע"א 361/83 עיריית חיפה נ' אליהו, פ"ד מ(2) 187 (1986) (פיצוי בגין הוצאות העברה והתאמה של עסק); ע"א 7957/01 קלפא נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, מחוז חיפה, פ"ד נו(1) 625 (2002) (רחיית טענה לפיצוי בגין מס רכישה); ע"א 10873/06 בכר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב־יפו (פורסם בנבו, 22.2.2010) (הבחנה בין בית מגורים לבין עסקים לצורך קביעת פיצוי בגין הוצאות נלוות).

95 עניין דוויק, לעיל ה"ש 3.

96 שם, פס' 10 לפסק־דינו של השופט עמית (שם מצוין "היעדרו של מקור נורמטיבי מפורש... [לחובה כלשהי של] הרשות המפקיעה לשיפוי הנפקע בגין הוצאות נלוות").

97 שם, פס' 11 לפסק־דינו של השופט עמית ("בפסיקה הוכרה זכות הנפקע להוצאות נלוות אגב הפקעה, מתוך תפיסה כי כללי השומה של שווי שוק על פי סעיף 9 לפקודת הדרכים וסעיף 12 לפקודת הקרקעות אינם בגדר רשימה סגורה").

98 שם, פס' 27 לפסק־דינו של השופט עמית.

את הסטנדרט של מחיר השוק כפיצוי האחיד והיחיד בדיני הנטילה השלטונית – כשוללות כל פיצוי אחר שומטת את הקרקע מתחת למדיניות של האחדת הסעד, ופותחת פתח לכינונה של מדיניות הקצאת סעדים שתהיה רגישה יותר לפגיעה הנגרמת לבעלי הזכויות במקרקעין. "פותחת פתח" אמרנו, ולא בכדי, שכן פסק־הדין בעניין דוויק נמנע מלעשות את הצעד הנוסף, קרי, הנחת תשתית רחבה ומקיפה לשינוי מהותי במדיניות הקצאת הסעדים בדיני הנטילה השלטונית. חלף זאת בחר בית־המשפט לייחד את קביעתו אך לנוקים שניתנים לכימות ואשר קיומם הוכח בפועל על־ידי בעלי הזכויות במקרקעין.⁹⁹ הפרק הבא של המאמר יבקש להציע את קביעתו העקרונית של בית־המשפט בעניין דוויק – שלפיה רשימת הסעדים בדיני הנטילה השלטונית אינה סגורה – צעד נוסף קדימה. ההבנה כי אין לראות בסטנדרט של מחיר השוק סעד בלתי אין מאפשרת הנחת תשתית לשינוי מהותי במדיניות הסעדים בדיני הנטילה השלטונית.

ה. פיצוי נאות – קווים לדמותה של רפורמה בדיני הנטילה השלטונית

בפרק זה של המאמר אבקש להציע קווים לרפורמה במערך הסעדים המוצעים בדיני הנטילה השלטונית בישראל. רפורמה זו תושתת על ההבנה כי ראוי וניתן להרחיב את מערך הסעדים המצויים בידי הרשויות לצורך פיצוי בעלי זכויות במקרקעין בשל נטילה שלטונית של זכויותיהם. בחלקו השני של פרק זה אבקש לקשור בין הפן הנורמטיבי לבין זה הפוזיטיבי, תוך הנחת תשתית להקצאת הסעדים השונים בדיני הנטילה השלטונית.

1. עיגונו של מערך סעדים מגוון בדיני הנטילה השלטונית

החלת סטנדרט פיצוי אחיד, המבוסס על מחיר השוק של הזכויות שניטלו, אינה גזרה משמים. למעשה, כפי שטענתי לעיל, הדין הישראלי מכיר בצורך לחרוג מסטנדרט פיצוי זה במקרים מסוימים, וזאת במטרה לתת מענה צודק ונאות לנסיבותיה של הנטילה השלטונית.¹⁰⁰ בפרק זה של המאמר אטען כי היכולת לשחרר את דיני הנטילה השלטונית מכבלי הסטנדרט של מחיר השוק – יכולת שעליה הצביע בית־המשפט בפסק־דינו בעניין דוויק – מאפשרת הטמעה של סעדים נוספים אל תוככי הדין. לפיכך אקדיש את חלקו הראשון של פרק זה להצגת סעדים נוספים אחרים, אשר אימוצם אל דיני הנטילה השלטונית עשוי לאפשר מתן מענה לנסיבותיה של כל נטילה שלטונית.

(א) פרמיות

הדין על־אודות פרמיות – קרי, תשלום כספי נוסף העולה על מחיר השוק של הזכויות במקרקעין – אינו זר לספרות העוסקת בדיני הנטילה השלטונית.¹⁰¹ יש הטוענים כי תשלום כספי נוסף, כסעד משלים לסטנדרט של מחיר השוק, עשוי לשמש פתרון למאפיינים

99 שם, פס' 21 לפסק־דינו של השופט עמית.

100 ראו פרקים א ו־ד לעיל.

101 ראו Ellickson, לעיל ה"ש 48, בעמ' 736-737; Lee, לעיל ה"ש 41, בעמ' 635-647; Parchomovsky & Siegelman, לעיל ה"ש 53, בעמ' 139; RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS;

הייחודיים של בעלי הזכויות או של הנכסים עצמם. אולם האם השימוש בפרמיות – קרי, בהענקת סעד כספי נוסף לבעלי הזכויות במקרקעין – עשוי להפוך את מדיניות הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית לרגישה יותר לנסיבות ביצועה של הנטילה השלטונית כמו־גם למאפייניהם של הנכסים המופקעים ובעליהם?

על־מנת להשיב על שאלה זו, עלינו לזהות שני סוגים של פרמיות: פרמיה קבועה ופרמיה משתנה. עיקר הדיון בספרות על־אודות פרמיות עוסק בפרמיה קבועה. פרמיה קבועה הינה תוספת של סכום כסף קבוע ומוגדר המיועדת להשלים את התשלום על־פי הסטנדרט של מחיר השוק.¹⁰² פרמיה קבועה עשויה להיות יעילה כאשר הסטנדרט של מחיר השוק מתעלם מערכים מסוימים הטבועים בנכס הניטל (דוגמת ערכים סובייקטיביים), וכאשר השוק כושל בהעמדת בעלי הזכויות במקרקעין באותו מצב שבו עמדו עובר לביצוע הנטילה השלטונית. היתרונות הבולטים של שימוש בפרמיה קבועה נעוצים בכך שהיא מספקת ודאות באשר לעלויות מימושו של הצורך הציבורי, וחשוב לא פחות – היא קלה ופשוטה יחסית ליישום. מכיוון שהפרמיות קבועות, הרשויות יכולות להיות מודעות מראש לעלויות הכרוכות במימוש הנטילה השלטונית, ושיקול־הדעת המוקנה לבתי־המשפט בפסיקת הפיצויים מצומצם באופן יחסי.

עם זאת, פרמיות קבועות תומנות בחובן גם חסרונות. הן מתקשות להתגבר על הכשלים הנוצרים כתוצאה מהחלת סטנדרט הפיצוי האחיד, כמתואר בפרק ב לעיל. הסיבה לכך היא שהענקת תוספת כספית מוגדרת וקבועה אינה מאפשרת יצירת מנגנון פיצוי שיהיה רגיש לנסיבותיה של כל נטילה שלטונית. כך, לדוגמה, פרמיה קבועה תתקשה ליצוק משמעות בשונות שבין הערכים הסובייקטיביים שבעלי זכויות במקרקעין מייחסים לנכסיהם או לבטא את השונות האפשרית בין הוצאותיהם הנלוות של בעלי זכויות במקרקעין. פרמיה קבועה, בדומה לסטנדרט האחיד של מחיר השוק, הינה סעד אשר עיוור לשוני בין בעלי זכויות במקרקעין, בין סוגי נכסים ובין נסיבותיהן של נטילות שלטונית שונות.

בשל הכשלים המוכּנים בהטמעת פרמיה קבועה בסכמת הסעדים שבדיני הנטילה השלטונית, היו חוקרים שהציעו כי סטנדרט הפיצוי של מחיר השוק יושלם דווקא על־ידי פרמיות שאינן קבועות.¹⁰³ פרמיות אלה משתנות בשני מובנים. ראשית, הן עשויות להשתנות בהתאם לנסיבות שונות של נטילה שלטונית וכן בהתאם לערכים שהן מבקשות לפצות בגינם. על־פי משמעות זו, כל סוג של נטילה שלטונית תקנה לבעלי הזכויות במקרקעין תוספת של פרמיה התואמת את הנסיבות הייחודיות של אותה נטילה שלטונית. כך, לדוגמה, בעלי זכויות במקרקעין המאבדים את יכולתם לשוב ולרכוש זכות דומה – גם כאשר הם מקבלים לידם פיצוי כספי המבטא את שוויין השוקי של הזכויות שניטלו – יקבלו פרמיה כספית בשל אובדן זה. פרמיה זו עשויה להיות שונה בהיקפה מהפרמיה שתוענק לבעלי זכויות

PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 184 (1985); Nathan Burdsal, *Just Compensation and the Seller's Paradox*, 20 B.Y.U. J. PUB. L. 79, 95–96 (2005)

102 Ellickson, לעיל ה"ש 48, בעמ' 737–736; Lee, לעיל ה"ש 41, בעמ' 636–635.

103 John Fee, *Eminent Domain and the Sanctity of*; 737–736; בעמ' 48, לעיל ה"ש 48, בעמ' 814–15 (2006); Thomas W. Merrill, *The Economics of Public Use*, 72 CORNELL L. REV. 61, 82–85 (1986)

במקרקעין אשר איברו, כתוצאה מביצועה של הנטילה השלטונית, נכס שהם מייחסים לו ערכים סובייקטיביים משמעותיים (לדוגמה, אובדן בית המגורים או הקהילתיות). עם זאת, על-פי מובן ראשון זה, הפרמיה שתוענק לשני בעלי זכויות במקרקעין אשר איברו את יכולתם לשוב ולרכוש זכות במקרקעין בשל ביצועה של נטילה שלטונית תהא זהה, ללא התייחסות לשונות שאפשר שקיימת ביניהם מבחינת יכולתם לשוב ולרכוש זכות דומה במקרקעין. במובן זה, פרמיה משתנה מבטאת שונות בין ערכים שונים אך מקיימת זהות ביחס לאותו ערך. המשמעות השנייה גורסת לא רק הבחנה בין נסיבות ספציפיות של נטילה שלטונית או הבחנה בין ערכים שונים המעורבים במימושה, אלא גם יצירת הבחנה בין בעלי זכויות במקרקעין שזכויותיהם ניטלו במסגרת אותה נטילה שלטונית ממש. כך, לדוגמה, בעלי זכויות במקרקעין שהסטנדרט של מחיר השוק אינו מאפשר להם לשוב ולרכוש זכות אחרת במקרקעין, בשל היקפו הנמוך, עשויים להידרש לתוספת בעלת ערך כלכלי שונה על-מנת לשוב ולשקם את סטטוס הבעלות שלהם. כך, בעוד בעלים מסוימים עשויים להידרש לתוספת צנועה בלבד, אחרים עשויים להידרש לתוספת משמעותית יותר. באותו אופן, הפרמיה שתוענק לבעלי זכויות במקרקעין שאיברו את בית מגוריהם כתוצאה ממימוש נטילה שלטונית עשויה להשתנות, למשל, בהתאם למספר שנות המגורים שלהם בבית שאיברו. שני מובנים אלה של שונות עשויים להיות רלוונטיים גם בכל הקשור לערכים שאינם שוקיים, שאותם הדין הנוהג מדיר כאמור ממשוואת הפיצוי. ערכים אלה הינם סובייקטיביים מטיבם, וניסיון להתייחס אליהם באופן אחיד וקבוע עלול להחטיא את מטרתה של תוספת הפיצוי. לפיכך פרמיות משתנות עשויות להתייחס טוב יותר לערכים אלה. המובן הראשון של שונות מחייב לקטלג ערכים לא-שוקיים שעשויים להיות מושפעים מנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין, ולייחס תג מחיר לכל אחד מהם. לדוגמה, אנו עשויים למצוא כי בתי מגורים הם סוג מסוים של נכס הכולל ערך רב של אישיות בעליו, ולפיכך לתת פרמיה מסוימת על כל נטילה שלטונית הכרוכה בפינוי של בית מגורים. הדבר נכון גם לגבי אובדן הקהילה או פגיעה בעבודה.¹⁰⁴ אין ספק שחלוקתם של אותם ערכים לקבוצות אכן מספקת וראויה ופשטות, אולם מטרתה של תוספת הפיצוי עלולה לא להתממש בשל ההבדלים המשמעותיים הקיימים בין בעלי זכויות במקרקעין ביחס לערכים אלה ממש. לדוגמה, הערך הסובייקטיבי המיוחס לבית המגורים שונה מבעלים אחד לאחר, ואותו דבר נכון גם לגבי הערך שחברי קהילה שונים מייחסים לחברותם בקהילה. מכיוון שלא כל הקהילות דומות, ולא כל חברי הקהילה מייחסים משמעות זהה לחברותם בקהילה, אובדן הקהילתיות בשל נטילה שלטונית ישפיע באופן שונה על בעלי קניין שונים. המשמעות השנייה של שונות עשויה ליתן מענה להבחנות אלה. באמצעות קביעת "כללי אצבע" כגון משך המגורים בנכס או טיבן של הזכויות הקנייניות, אשר יאפשרו יצירת הבחנה בין בעלי זכויות במקרקעין ביחס לערכים שהם מייחסים למקרקעיהם, ניתן ליצור מדיניות פיצוי מובחנת ורגישה יותר.¹⁰⁵

104 להרחבה בסוגיית הפיצוי בגין אובדן זכויות במקרקעין של חברי קהילות מגורים ראו Shai Stern, *Takings, Community, and Value: Reforming Takings Law to Fairly Compensate Common Interest Communities*, 23 J.L. & Pol'y 141 (2014) (להלן: Shai Stern, *Takings, Community, and Value*).

105 Ellickson, לעיל ה"ש 48, בעמ' 736-737.

דוגמה להטמעתן של פרמיות משתנות בדיני הנטילה השלטונית בישראל ניתן למצוא בחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן: חוק יישום תוכנית ההתנתקות), אשר קובע בסעיף 46 לחוק מענק אישי בגין ותק. בניסיון להסביר את הוספת הפרמיה לפיצוי נאמר כי "יש פיצוי לבית, יש פיצוי למגרש, לעסק – ויש פיצוי לאדם".¹⁰⁶ בית-המשפט העליון סבר כי יש לראות בפרמיה זו חלק בלתי-נפרד מהפיצוי שראוי להשתלם לבעלי הזכויות, וקבע כי אין לראות בה תוספת "לפנים משורת הדין".¹⁰⁷ אכן, בית-המשפט קבע כי "המענק האישי ניתן נוכח 'השלכות אישיות' שיש לפינוי... מעבר לעלויות הישירות הנגרמות כתוצאה מן הצורך לעבור למקום מגורים חדש".¹⁰⁸ בית-המשפט אף הסביר את השונות שביסס החוק בין סכומי הפרמיה המוענקים לכל בעל זכאות – שונות אשר נקבעה בהתאם לוותק המגורים בשטח שפונה – וקבע כי יש בה כדי להעיד על השונות בעוצמת עוגמת-הנפש שהנטילה השלטונית עתידה לגרום לבעלי הזכויות בהתאם לנסיבותיהם הייחודיות. אולם פרמיות משתנות כרוכות בקשיים לא-מעטים, שחשוב להכיר בהם עובר להטמעתם בדין. קושי אחד הוא קושי מוסדי: הטמעת פרמיות משתנות במערך הסעדים בדיני הנטילה השלטונית מעבירה את עיקר הנטל של הקצאת הסעדים מהרשויות אל בתי-המשפט, ובתוך כך גם מעבירה את נטל ההוכחה אל כתפיהם של המתדיינים. בתי-המשפט יידרשו להפעיל שיקול-דעת בהערכת עוצמת הנזקים שנגרמו לכל אחד מהבעלים, והכרעות אלה עלולות להוביל למדיניות שיפוטית אד-הוקית בטבעה.¹⁰⁹ קושי שני בהטמעת פרמיות משתנות נוגע בהעדר הוודאות ככל הקשור לעלות הפיצוי – הן מזווית-הראייה של הרשויות¹¹⁰ והן מבחינת מדיניות ההשקעה של הבעלים.¹¹¹ לבסוף, פרמיות משתנות מחדדות את החשש מפני הסְחָרָה (קומודיפיקציה), הגלום ממילא בסעדים כספיים.¹¹² פרמיות אלה, המקנות פיצוי שונה בגין נזקים שונים (בעיקר בגין נזקים סובייקטיביים הקשורים לאישיותם של בעלי הזכויות או לעוצמת חברותם בקהילה), עלולות להעצים את ההשלכות ההסחרתיות בהשוואה לסעדים שמפצים על נזקים באופן אחיד.

(ב) סעדים בעין – דיור חלופי או העתקה קהילתית

הענקת סעדים בעין חלף פיצוי כספי נועדה להעמיד את בעלי הזכויות במקרקעין במצב שבו עמדו עובר לביצוע הנטילה השלטונית באופן מעשי, ולא רק מבחינה כלכלית. כך, בעלי

106 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 642 (2005).

107 ש.ם.

108 ש.ם.

109 לחשש מהכרעות אד-הוקיות ראו Susan Rose-Ackerman, *Against Ad Hocery: A Comment on Michelman*, 88 COLUM. L. REV. 1697, 1707-8 (1988). עוד ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 84.

110 לדיון נרחב בדבר חשיבותה של הוודאות התקציבית אצל הרשויות ככל הקשור לפיצוי הפקעה ראו דנ"א 1595/06 עוזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה (פורסם בנבו, 21.3.2013).

111 ראו דגן "שיקולים חלוקתיים", לעיל ה"ש 60, בעמ' 506-507.

112 לדיון על-אודות החשש מפני הסחָרָה בפיצוי הפקעה ראו Shai Stern, *Takings, Community, and Value*, לעיל ה"ש 104, בעמ' 198-193. לדיון רחב יותר על-אודות החשש מפני הסחָרָה בדיני הקניין ראו MARGARET JANE RADIN, *REINTERPRETING PROPERTY* 33-34, 136-45, 201 (1993).

זכויות במקרקעין בבית מגורים שנאלצו לאבד את ביתם יהיו זכאים לבית מגורים חלופי, ולא לפיצוי כספי בגין נטילת זכויותיהם. סעד זה לא ראוי כמוכן שיהא בכפייה. כלומר, בעלי זכויות במקרקעין שיהיו זכאים לסעד זה יוכלו לבחור לא לאמצו, ולקבל חלף זאת פיצוי כספי שווה-ערך. אולם הענקת סעד בעין מאפשרת, במקרים מסוימים, להתגבר על כשלים אינהרנטיים לפיצוי כספי, ובעיקר להתגבר על החשש מפני אובדן סטטוס הבעלות של בעלי הזכויות בשל מימוש הנטילה השלטונית.¹¹³ במילים אחרות, סעד זה מבטיח כי בעלים שנאלצו לעזוב את ביתם בעטייה של נטילה שלטונית יאבדו אומנם את הנכס הספציפי שניטל אך לא יחויבו לאבד את מעמדם כבעלים בכוח.

מאידך גיסא, הענקת סעד בעין עלולה להיות כרוכה בעלויות גבוהות יותר מפיצוי על-פי סטנדרט אחיד המבוסס על מחירן השוקי של הזכויות במקרקעין. העלויות הכרוכות בסעד של העתקה נובעות מהפער בין הפיקציה שיצרו דיני הנטילה השלטונית בכל הקשור לסטנדרט של מחיר השוק לבין מחירן הריאלי של זכויות במקרקעין בשוק החופשי.¹¹⁴ יתר על כן, סעד זה עלול להשית על הרשויות עלויות גבוהות יותר מאלה הכרוכות בהענקת פיצוי כספי על-פי הסטנדרט של מחיר השוק, וזאת בשל העובדה שסעד זה אינו מסתיים באינטראקציה חד-פעמית של הרשויות ובעלי הזכויות במקרקעין.¹¹⁵ הנה כי כן, הגם שאין בתוספת העלויות הכרוכות בהענקת סעדים בעין משום דחיית סעדים אלה מאליהם, יש בה כדי לחייב בחינה מעמיקה של הקצאתם, ואת ייחודם רק למקרים שבהם סעדים אחרים – הכרוכים בעלויות נמוכות יותר מבחינת הרשויות, וממילא, מבחינת החברה כולה – אינם מאפשרים השגת תוצאה צודקת וראויה. בקריאה זו יש משום הדגשת החשיבות של הנחת תשתית נורמטיבית סדורה להקצאת סעדים שונים המוצעים במסגרת מאמר זה.

הדין הישראלי הכיר בהענקת סעדים בעין בכמה מקרים מובחנים,¹¹⁶ אולם הביטוי הרחב ביותר של הענקת סעדים בעין במסגרת דיני הנטילה השלטונית הישראליים נקבע ביחס למפוני סיני, גוש קטיף וצפון השומרון, באמצעות חקיקה ייעודית שקבעה אפשרות להעקת קהילתית.¹¹⁷ עם זאת, הטמעת הסעדים בעין בדיני הנטילה השלטונית היא חסרה, וזאת מכמה בחינות. ראשית, הענקת סעדים אלה נתונה ברוב המקרים לשיקול-דעתן של הרשויות, וממילא אין לבעלי הזכויות הקנייניות זכות מוקנית לקבלת סעדים כאמור.¹¹⁸ שנית, וחשוב לא פחות, סעדים אלה ניתנים בחלק המקרים כסעדים לבר-קנייניים.¹¹⁹ הבנה

113 ראו תת-פרק 11 לעיל.

114 שם.

115 ראו Shai Stern, *Taking Community Seriously: Lessons from the Israeli Disengagement* (Shai Stern, *Taking Community Seriously*: Plan, 47 Isr. L. Rev. 149, 167 (2014)).
ראו עוד קרן שמיר "הפיצוי והטיפול במפונים כאמצעים ליצירת לגיטימציה למדיניות ההתנתקות" **תכנית ההתנתקות – הרעיון ושברו** 97, 104 (יעקב ברי-סימן-טוב עורך, 2009).

116 ראו לעיל פרק ב.

117 ס' 14 לחוק פיצוי מפוני סיני, התשמ"ב-1982; ס' 85 ו-85א לחוק יישום תוכנית ההתנתקות.

118 ראו ס' 191 לחוק התכנון והבנייה; ס' 85 לחוק יישום תוכנית ההתנתקות.

119 הכוונה בהגדרת הסעדים האמורים כ"לבר-קנייניים" היא שבת-המשפט פירשו סעדים אלה, ובפרט הענקת דיור חלופי, כפתרונות זמניים – סוציאליים בטיבם – שנועדו לפתור את מצוקתם המיידית של אלה המאבדים את בית מגוריהם כתוצאה מנטילה שלטונית של זכויות

זו של הסעד מעקרת את משמעותו במקרים מסוימים, ופוגעת ביכולתו להשיג צדק במקרים אחרים. שלישית, וכפי שניתן ללמוד מהסעדים הניתנים מכוח החקיקה הייעודית לעניין מפוני סיני וגוש קטיף, חלק מהסעדים בעין אינם מוטמעים בדיני הנטילה השלטונית באופן מובנה, אלא נעשים בצורה פרטנית לצורך התמודדות עם נסיבות חריגות. החקיקה הייעודית בעניין זה, ככל חקיקה ייעודית, פותחת צוהר רחב מדי לחששות העומדים בבסיסם של דיני הנטילה השלטונית.¹²⁰ הקצאת סעדים חריגים בחקיקה ייעודית מעוררת שאלות בדבר חלוקה ראויה של סעדים לקבוצות אוכלוסייה מובחנות כמו-גם באשר להיקף הסעדים המוענקים.¹²¹ ההכרה המוגבלת של דיני הנטילה השלטונית בסעדים בעין אינה מאיינת אם כן את החששות הטבעיים בדין הנהג. לפיכך היא מצריכה חשיבה מחודשת על האופן שבו ראוי לשלב סעדים אלה במערך הסעדים בדיני הנטילה השלטונית.

(ג) סעדים עקיפים

בהשוואה למנגנוני הפרמיות ולסעד ההעתקה, סעדים עקיפים מעוררים שאלות מורכבות יותר בכל הקשור לאפשרות הטמעתם בדין. סעדים "עקיפים" הוא מושג הכולל מערך של מנגנונים ומכשירים שהרשויות עשויות לעשות בהם שימוש על-מנת לפצות בעלי זכויות במקרקעין שזכויותיהם ניטלו מהם.¹²² בין המנגנונים האמורים ניתן למצוא מכשירים דוגמת מענקים, הלוואות בריבית נמוכה, היתרי בנייה והפחתה של חסמים ביורוקרטיים. המימד החיובי של הסעדים העקיפים הוא שהם מאפשרים תפירת מעטפת פיצוי המותאמת לצרכים ולנזקים הספציפיים של כל אחד מבעלי הזכויות במקרקעין או לנסיבותיה של כל נטילה שלטונית. סעדים עקיפים עשויים לפיכך להתגבר על חלק מהכשלים האינהרנטיים להחלת

במקרקעין. שאלת הפיצוי בגין אובדן הזכויות הקנייניות נבחנה לעיתים כנפרד מהקצאת הדיוור החלופי. דוגמה לכך ניתן לראות ברע"א 3092/01 קיסר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל-אביב-יפו, פ"ד נז(1) 313, 326 (2002) (שבו קבע בית-המשפט כי עיקרה של התביעה לדיוור חלופי היא "שהמפונים מן המקרקעין ימצאו קורת-גג לראשיהם, ואולם באמירה זו, למוטר לומר, לא התקדמו אלא מעט-מעט. עם זאת ברור כי השיכון החלופי אינו אמור לשקף את מלוא הפיצויים שהמפונה זכאי להם. שאלת הפיצויים אמורה להידון לעצמה, ובנפרד...").

120 ראו Shai Stern, *Taking Community Seriously*, לעיל ה"ש 115, בעמ' 161-162.

121 Shai Stern, *Just Remedies*, 68 RUTGERS L. REV. 719, 745 (2016).

122 השימוש במונח "סעדים עקיפים" במאמר זה נועד לבטא אמצעים שונים שנועדו ליתן פיצוי בגין פגיעה שנגרמה לבעלי הזכויות במקרקעין ואשר אי-אפשר לפצות בגינה – בין באופן מלא ובין באופן חלקי – באמצעות מנגנוני הפיצוי הישירים. פרשנות זו תואמת את גישתם של ג'רי גרין ואיתן ששינסקי, הבוחנים שימוש בסעדים עקיפים לצורך התמודדות עם מציאות שבה אי-אפשר להגיע לתוצאה הראויה באמצעים ישירים. ראו לעניין זה Jerry Green & Eytan Sheshinski, *Direct versus Indirect Remedies for Externalities*, 84 J. POL. ECON. 797 (1976) (גרין וששינסקי אף מרחיבים תפיסה זו באומרם כי לעיתים, גם כאשר הסעדים הישירים ניתנים להחלה, יש להעדיף סעדים עקיפים). השוו דפנה לוינסון-זמיר "סעדים עקיפים במשפט הפרטי" ספר לבונטין – מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 281 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים, 2013) (המגדירה "סעדים עקיפים" כסעדים שנועדו לתמרץ את הפוגע בזכות ליצור בעצמו את התוצאה הראויה על-פי דין).

סעד אחיד המתבסס על הסטנדרט של מחיר השוק של הזכויות במקרקעין – זאת, באמצעות הכרה בהבדלים המשמעותיים הקיימים בין בעלי זכויות במקרקעין, בין סוגי נכסים ובין נסיבותיהן של נטילות שלטוניות שונות. סעד המותאם לנסיבותיה של כל נטילה שלטונית ממתן חששות מפני אחדות גסה ונזקים המודרים ממסגרת הפיצוי. חשוב לא פחות, סעדים עקיפים עשויים לספק אמצעי מאוזן של פיצוי, אשר לא יטיל על הרשות (ובאמצעותה על הציבור) הוצאות כספיות גבוהות. במובן זה, סעדים עקיפים עשויים להיות האמצעי הטוב ביותר להשגת צדק מתקן בדיני הנטילה השלטונית, תוך מניעה של פיצויי-יתר ופיצויי-חסר כאחד.

אולם הטמעת סעדים עקיפים במסגרת דיני הנטילה השלטונית כרוכה בחסרונות, שיש בהם כדי להטיל צל על רציונה מלכתחילה. חסרונות אלה מתחדדים כאשר בוחנים את ההצדקות למתן פיצוי בנטילה שלטונית. ראשית, השימוש בסעדים עקיפים כרוך בקושי מוסדי משמעותי. כאשר אנו מספקים לרשויות ולבתי-המשפט סל רחב של אמצעים ומנגנונים לפיצוי בעלי זכויות במקרקעין, אנחנו מקנים להם במקביל שיקול-דעת בלתי-מוגבל כמעט בכל הקשור לסעדים שיוקצו בנטילה שלטונית נתונה. לדוגמה, הרשויות ובתי-המשפט יכולים לבחור להעניק במקרה אחד סעד עקיף בדמות הלוואה בריבית נמוכה, ואילו במקרה אחר – גם אם דומה בנסיבותיו – סעד המורה על הפחתת חסמים ביורוקרטיים. שיקול-דעת רחב זה עלול להוביל להכרעות אד-הוק של בתי-המשפט, וממילא לפגוע בהנחה שכל בעל זכות במקרקעין הנפגע כתוצאה מנטילה שלטונית יפוצה באופן שישב אותו אל מצבו עובר לביצוע הנטילה השלטונית.¹²³ אותם מאפיינים הופכים את הסעדים העקיפים לכאלה שהטמעתם כרוכה בהרחבת אי-הוודאות הכלכלית בדבר העלויות של מימוש הצורך הציבורי. אף שהשימוש במגוון של סעדים עקיפים עשוי להקנות לרשויות שליטה תקציבית טובה יותר במימוש הצורך הציבורי, סעדים אלה חסרים את הוודאות הכלכלית המאפיינת סעדים דוגמת פיצוי אחיד על-פי סטנדרט השוק או פרמיות קבועות. העדר ודאות זה חמור עוד יותר בכל הקשור לבעלי הזכויות במקרקעין. אם בעלים של זכויות במקרקעין לא יוכלו לצפות את טיבו או היקפו של הסעד שהם יהיו זכאים לו ככל שזכויותיהם במקרקעין ינטלו במסגרת נטילה שלטונית, הם יתקשו להחיל מדיניות השקעה יעילה.¹²⁴ לבסוף, המגוון הרחב של סעדים עקיפים כמו-גם ערכם הכלכלי העמום עלולים להוביל להעדר שקיפות בדבר הסעדים שיוענקו לבעלי זכויות במקרקעין. העדר שקיפות מעין זה מעלה את החשש מפני הטיה פוליטית של השימוש בסעדים אלה על-ידי הרשויות, תוך העדפת הקרובים לכוה באמצעות מתן סעדים העולים על שיעור הנזק שנגרם להם.

דוגמה להטמעת סעדים עקיפים בדיני הנטילה השלטונית ניתן למצוא בסעדים שהוקצו למפוני גוש קטיף וצפון השומרון במסגרת תוכנית ההתנתקות. כך, לדוגמה, חוק יישום תוכנית ההתנתקות מקנה הלוואה לשם רכישת דירה באזורים מסוימים, אשר לצד שיעורי

123 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 248 ("הבעיה בקביעת 'סעדים יצירתיים' היא שיצירתיות זו עשויה לעלות כדי פגיעה בשלטון החוק").

124 על ההשפעה שיש לקביעת טיב הפיצוי והיקפו על מדיניות ההשקעה של בעלי הזכויות במקרקעין ראו את המקורות המופיעים בה"ש 69 לעיל.

הריבית הנמוכים יחסית המאפיינים הלוואה זו, היא עשויה ליהפך למענק לאחר חמש שנים.¹²⁵ דוגמה נוספת לסעד עקיף המוצא ביטוי בחוק זה היא הקביעה כי הוועדה המיוחדת (שכוננה מכוח סעיף 137 לחוק) רשאית לתת "הוראות בדבר הקצאת קרקע חליפית בפטור ממכרז, בתמורה או שלא בתמורה" במסגרת הסכם להעתקה קהילתית.¹²⁶ הוראות אלה מבטאות סעדים עקיפים החורגים מתפיסת הפיצוי האחיד הנוהגת בדיני הנטילה השלטונית, ויש בהן כדי להמחיש את היתרונות, כמו גם את החסרונות, הגלומים בהענקת סעדים עקיפים. מצד אחד, יש בסעדים אלה כדי לאפשר התאמה של הסעד לנסיבותיה של הנטילה השלטונית, אך מצד אחר, הן יוצרות עמימות בדבר העלות הכלכלית הכרוכה בביצוע הנטילה השלטונית, כמו גם חשש מפני העדר השקיפות הכרוך בהחלתם.¹²⁷

2. קטגוריזציה

עיונו של מנעד סעדים בדיני הנטילה השלטונית מאפשר לרשויות המופקדות על ביצוע נטילות שלטוניות ליתן התייחסות ספציפית לנסיבותיה של כל נטילה שלטונית. הדבר מגדיל את מרחב הפעולה המוקנה לרשויות המופקדות על ביצוע נטילות שלטוניות, כמו גם את "ארגז הכלים" שבידיהן, וכך הן יכולות להוביל לתוצאה מוצדקת בהתאם לנסיבות הנטילה השלטונית. אולם עיונו של מנעד סעדים בדיני הנטילה השלטונית מציף את החשש מפני אובדן הוודאות בדינים אלה. במובן זה, יכולתן של הרשויות להקצות סעדים שונים לבעלי זכויות במקרקעין מציפה את החששות המוכנים בדיני הנטילה השלטונית: העדפת מקורבים לשלטון, פגיעה בשוויון בין בעלי זכויות קנייניות ונשיאה בעלויות גבוהות של חקירה וניהול משפט. ההכרה במנעד רחב של סעדים בדיני הנטילה השלטונית מאתגרת אם כן את כפיפותם של דינים אלה לשלטון החוק.

אתגרים אלה אינם פשוטים כלל ועיקר. ברי כי הרחבת "ארגז הכלים" שבידי הרשויות המופקדות על ביצוע נטילות שלטוניות צפוי לפגום בפשטות הגלומה בהחלת סטנדרט פיצוי אחיד. המעבר מסעד יחיד למגוון סעדים מרחיב, מטבע הדברים, את מגוון האפשרויות הכרוכות בהפעלת אותם סעדים. העובדה שחלק מהערכים העומדים לפיצוי הינם סובייקטיביים בטיבם מקשה אף היא על הכרעה פשוטה באשר לסעד הראוי ולהיקפו. הבנה זו מעלה חשש מפני הרחבת מתחם שיקול-הדעת של הרשויות המופקדות על נטילות שלטוניות, כמו גם של המערכת השיפוטית. ממילא יש בה כדי לערער על היציבות הגלומה בהחלת סטנדרט פיצוי אחיד.

125 ראו ס' 47 לחוק יישום תוכנית ההתנתקות.

126 ראו ס' 85(ד)(1) לחוק יישום תוכנית ההתנתקות.

127 יש לציין כי במסגרת תוכנית ההתנתקות הוענקו סעדים עקיפים נוספים, אשר חלקם לא מצאו ביטוי במסגרת החקיקה או הפסיקה. כך, לדוגמה, משרד האנרגיה פעל להענקת רישיון להפעלת תחנת כוח סולרית ביישובים החדשים שמפוני גוש קטיף מתגוררים בהם. ראו לעניין זה משרד האנרגיה "פרויקט השמש של מפוני גוש קטיף" אתר השירותים והמידע הממשלתי https://www.gov.il/he/departments/news/solar_katif (7.3.2012). סעד זה ממחיש את הבעייתיות הכרוכה בהענקת סעדים עקיפים בגין נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין, ובפרט את העדר השקיפות הכרוך בהענקת סעדים אלה ואת האפשרות לעשות בהם שימוש לא-ראוי לטובת מקורבים לשלטון.

מאידך גיסא, עיגונו של מנעד סעדים בדיני הנטילה השלטונית אינו מחייב ויתור על פשטות הדין, יציבותו וודאותו. לאחר תקופת מעבר מסוימת אפשר שכל המערכות המשתתפות בכיצוע נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין או בביקורת השיפוטית שלה יפנימו את הסעדים החדשים ויחילו אותם באופן שיקנה ודאות לבעלי הזכויות במקרקעין ולרשויות כאחד. אולם על-מנת למתן את מידת הפגיעה בפשטות המאפיינת את דיני הנטילה השלטונית הנוהגים, יש להניח לפני כלל הגורמים המעורבים בנטילה השלטונית "מפת דרכים" ברורה באשר לאופן שבו עליהם להחיל סעדים אלה. "מפת דרכים" כזו צריכה להיות ברורה במובן זה שכל הצדדים יוכלו להעריך את מהות הסעד והיקף החלתו בהתאם לנסיבות המאפיינות את הנטילה השלטונית המסוימת. לצורך כך, הצעה לשינוי דיני הנטילה השלטונית הקוראת לעיגונם של כמה סעדים שונים זה מזה בתכלית צריכה לכלול קטגוריות ברורות – לא צרות מדי (שאו נותרנו עם שיקול-דעת רחב מדי של הרשויות ובתי-המשפט) ולא רחבות מדי (שאו שבנו אל העדר היכולת להעניק סעד הולם בהתאם לנסיבותיו של כל עניין). קטגוריות אלה צריכות להיות קטגוריות "אב-טיפוס", אשר כל אחת מהן תכלול כמה פריטים דומים, אם כי לא זהים.¹²⁸ אני סבור כי קטגוריות אלה ראוי שייקבעו בהתאם לכשלים שעליהם הצבענו בדין הנוהג. כך, לדוגמה, נטילה שלטונית המתאפיינת בחשש מפני חוסר אפשרות של בעלי הזכויות להשיב לעצמם את סטטוס הבעלות תצדיק מתן סעד שייתן משמעות לחשיבות שימורו של סטטוס זה. מאידך גיסא, נטילה שלטונית המתאפיינת בקיומם של ערכים סובייקטיביים (לדוגמה, הפקעה של בית מגורים) תצדיק מתן סעד שיבטא הכרה בקיומם של ערכים כאלה, גם אם לא בהכרח כזה שיבקש להעריך את שוויים. קטגוריה נוספת תכלול נטילות שלטוניות שבהן באים לידי ביטוי ערכים שוקיים שאינם בני-פיצוי תחת הדין הנוהג. גיבושן של קטגוריות לצורך התמודדות עם כשלי הדין הנוהג היא ראויה בין שהפרורמה המוצעת במאמר זה תיעשה בחקיקה ובין שהיא תיעשה באמצעות הפסיקה. כאן אף כאן יידרשו מקבלי ההחלטות – יהיו אלה המחוקקים והמחוקקות או השופטות והשופטים – להכריע באופן שיאזן כראוי בין פשטות הדין לבין הצדק שהוא מגלם. כאן אף כאן נדרש מתווה ברור דיו לצורך הגשתו של איוון זה.

חשיבות גיבושו של מתווה ברור להקצאת הסעדים השונים בדיני הנטילה השלטונית הינה רבה, בעיקר ככל שיישומה של הרפורמה המוצעת במאמר זה ייעשה על-ידי בתי-המשפט אי-גיבוש מתווה כזה או גיבוש מתווה עמום יותרו שיקול-דעת רחב מדי לבתי-המשפט ועלולים לפגוע ברציותו של שינוי המצב הנוהג בדיני הנטילה השלטונית. יתר על כן, מצב דברים זה עשוי לחתור תחת ההצדקות השונות למתן פיצוי בדיני הנטילה השלטונית, שכן אף לא אחת מההצדקות האמורות יכולה להתממש באמצעות פיצוי שנעדר קווים מנחים

128 ראו, למשל, Eleanor Rosch, *Principles of Categorization*, in COGNITION AND CATEGORIZATION, 27 (Eleanor Rosch & Barbara B. Lloyd eds., 1978); Eleanor Rosch, *Prototype Classification and Logical Classification: The Two Systems*, in NEW TRENDS IN CONCEPTUAL REPRESENTATION: CHALLENGES TO PIAGET'S THEORY? 73 (Ellin Kofsky Scholnick ed., 1983). להחלה של קטגוריות "אב-טיפוס" במשפט ראו Leora Bilsky, *Naming and Re-categorization in the Law*, INT'L J. CHILD. RTS. 147, 152–57 (1997).

ואיזון ערכי. מאידך גיסא, רפורמה זו אינה יכולה לקדש האחדה של הסעד בדיני הנטילה השלטונית, או חתירה להאחדה כאמור, מכיוון שזו תשמר את כשלי הדין הנוהג. הפתרון למציאת האיזון הראוי בדיני הנטילה השלטונית נעוץ אם כן ביכולת לאתר את האתגרים שהדין הנוהג ניצב בפניהם ולסווגם לקטגוריות שונות, המבטאות כל אחת משמעות שונה של אתגר, ערך או אובדן שאינם זוכים בהתייחסות במסגרת הדין הנוהג. העבודה בקטגוריות מאפשרת את עיגונו של מנעד סעדים לצורך פיצויים של בעלי זכויות במקרקעין בשל נטילה שלטונית של זכויותיהם. בהיעת עבודה בקטגוריות מוכנות מאפשרת התוויה של מסגרת פעולה מוגדרת וישימה, אשר מונעת קבלת החלטות אדר־הוק. כאמור, נסיבות ביצועה של הנטילה השלטונית כמו־גם הערכים שבעלי הזכויות מייחסים לנכסיהם שונים ממקרה למקרה. ניסיון להתייחס בדין לכל מאפיין של נטילה שלטונית נתונה, דק ככל שיהיה, יאיין הלכה למעשה את היכולת לפרוט את הרפורמה המוצעת לכדי מדיניות משפטית מעשית. במובן זה, הניסיון להרחיב את מימד הצדק בדיני הנטילה השלטונית עלול להסתיים לא רק באובדן הפשטות, אלא בכישלון מערכתי בהשגת שני היעדים (הרחבת מימד הצדק ופשטות) גם־יחד. מאידך גיסא, קטגוריות רחבות המושתתות על איתורו של מאפיין מרכזי המשותף לכל הרכיבים – קרי, מאפיין המצדיק חריגה מהדין הנוהג – עשויות לאפשר את יישומה המעשי של רפורמה אשר לא רק מרחיבה את מימד הצדק, אלא גם משמרת ברכוזן מתחם רחב של פשטות וודאות.

ניזכר שוב בכשלים הפוזיטיביים שעליהם הצבענו לעיל, הנובעים מהחלת סטנדרט פיצוי אחיד בדיני הנטילה השלטונית. טיעוננו זה עסק במגוון אתגרים שקשורים ליישום הסטנדרט של מחיר השוק בדיני הנטילה השלטונית, ואשר נובעים מניסונו של הדין לאמץ "שוק מדומיין": אובדן הבעלות בכוח, הימנעותו של הדין הנוהג מלהתייחס לערכים סובייקטיביים וכן התעלמותו מערכים בעלי ערך שוקי החורגים ממחיר השוק של הזכויות שניטלו. במקרים אלה, כפי שתואר לעיל, הבעלים עלולים לקבל פיצוי־חסר בגין אובדן זכויותיהם במקרקעין. התקיימותם של האתגרים האמורים (של אחד מהם או של כמה מהם יחדיו) תלויה בנסיבותיה של הנטילה השלטונית, במאפייניהם של בעלי הזכויות ובמאפייני הנכסים הניטלים. נטילה שלטונית נתונה עשויה אם כן להיות נקיה מן הכשלים המתוארים, אך לעיתים היא עלולה להיות חשופה לאחד מהם, ובמקרים מסוימים אף לכמה מהם בו־זמנית.¹²⁹ אולם בחינה של הכשלים האמורים מגלה כי אף שהם עשויים להתממש באופנים שונים בנטילות שלטוניות שונות, ניתן לאסוף אותם לקטגוריות מובחנות הנבדלות זו מזו בהתאם למהות האתגר שהדין הנוהג ניצב בפניו.

129 האפשרות שנטילה שלטונית מסוימת תשתייך לכמה קטגוריות מצריכה הגדרה ברורה של הקטגוריות עצמן, כמו־גם ביסוס שלהן על ערכים שונים ונבדלים זה מזה. ההקפדה על שונות מובנית זו בין הקטגוריות תמנע מצב של הענקת סעדים ביתר לבעלי זכויות במקרקעין. ניטול לדוגמה את הקטגוריות המוצעות במאמר זה: סעדים לשימורו של סטטוס הבעלות בכוח, סעדים בגין ערכים סובייקטיביים וסעדים בגין אובדן ערכים כלכליים נלווים. קטגוריות אלה מבקשות לבחון הענקת סעד בגין רכיבים שונים שאין ביניהם חפיפה. לפיכך הענקת סעד לשם שימור הבעלות בכוח אינה מוציאה, למשל, מתן סעדים בגין אובדן ערכים סובייקטיביים. באותו אופן, הכרה באובדן הערכים הסובייקטיביים אינה מיתרת מתן סעד בגין נזקים כלכליים שנגרמו לבעלי הזכויות במקרקעין ואשר אינם כלולים במחיר השוק של הזכויות עצמן.

על בסיס ניתוח האתגרים הפוזיטיביים המונחים לפתחו של הדין הנוהג, ואשר הוצגו בפרק ב לעיל, אבקש להציע להלן שלוש קטגוריות עיקריות הנבדלות זו מזו בהשלכות התוצאתיות של יישום הדין הנוהג בדיני הנטילה השלטונית. כן אראה כיצד הרחבת השימוש במגוון הסעדים שעליהם עמדי בראשיתו של חלק זה עשויה לסייע בהרחבת מימד הצדק בנטילות שלטונית המשתייכות לקטגוריות אלה.

(א) קטגוריה א: סעדים המשמרים את הבעלות בכוח

הקטגוריה הראשונה כוללת מקרים שבהם בעלי הזכויות במקרקעין מאבדים לא רק את בעלותם בפועל, אלא גם את בעלותם בכוח. בקטגוריה זו צריכים להיכלל כל אותם מקרים שבהם בעקבות יישום הנטילה השלטונית יאבדו הבעלים את מעמדם כבעלים, מכיוון שהם לא יוכלו לשוב ולרכוש זכויות אחרות במקרקעין, וזאת כתוצאה מהפער בין הסטנדרט של מחיר השוק לבין מחירן הריאלי של זכויות במקרקעין בשוק. מקרים אלה חולקים כמה מאפיינים דומים: ראשית, קשה מאוד להעריך אם כשל זה אכן יתממש ועד כמה יהיה היקפו חמור; שנית, מצבים אלה אינם יכולים להיפתר באמצעות תשלום פיצוי אחר על-פי הסטנדרט של מחיר השוק; ולבסוף, הם נסמכים באופן משמעותי על מחיר השוק של נכסים אחרים, אשר הרשויות נמנעות מלהתייחס אליו בשעה שהן מעניקות סעד המבוסס על מחירן השוקי של הזכויות הניטלות בלבד. הענקת פיצוי על-פי הסטנדרט של מחיר השוק במקרים אלה תביא לידי פגיעה משמעותית בבעלי הקניין, תוך שלילת יכולתם להשיב לעצמם את מעמדם כבעלי זכויות קניין. בהתאם לתפיסת הצדק המתקן, שאותה אימץ המשפט הישראלי בבסיסם של דיני הנטילה השלטונית, יש להתייחס לאובדן הבעלות בכוח כאל פגיעה המצריכה התייחסות, שאם לא כן נימצא נמנעים מלהשיב את בעלי הזכויות במקרקעין למצבם עובר לביצוע הנטילה השלטונית.¹³⁰

כאשר נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין מעלה חשש להתממשותו של כשל זה, קרי לאובדן הבעלות בכוח, הרשויות אינן יכולות להסתפק בהענקת פיצוי כספי שאין כל קשר בינו לבין מחירן הריאלי של זכויות במקרקעין בשוק החופשי, שכן הסתפקות כזו תפגע בבעלי הזכויות, ותשקף לפיכך אמת-מידה לא-ראויה לפיצוי. בשעה שבעלי הזכויות במקרקעין עלולים לאבד את מעמדם כבעלים בכוח, על הרשויות להבטיח הקצאה של סעדים שמטרתם לשמר פוטנציאל בעלות זה. תוצאה זו יכולה להיות מושגת באמצעות הענקת סעדים בעין, קרי הקצאת נכס חלופי לבעלי הזכויות במקרקעין, או לחלופין באמצעות הענקת פרמיה

130 שאלה מעניינת היא מה צריך להיות הדין במקרה שבו הפיצוי על-פי הסטנדרט של מחיר השוק שאותו יקבלו בעלי הזכויות במקרקעין אינו מספיק לרכישת זכויות דומות במקרקעין אחרים אולם הבעלים יכולים – בשל חוסנם הכלכלי – לרכוש זכויות כאמור תוך השלמת סכום הרכישה מכספם. התשובה לשאלה זו תלויה במידה רבה בתפיסת הצדק שדיני הנטילה השלטונית מושתתים עליה, ובעיקר בשאלה אם נכון לערב שיקולים חלוקתיים במערכת דינים זו. כאמור, הדין הנוהג בישראל נמנע מעשות כן, ומשתית את דיני הנטילה השלטונית על תפיסת הצדק המתקן. לפי תפיסה זו, אין זה ראוי להעניק משמעות לחוסנם הכלכלי של הבעלים בבחינת הסעד הראוי להשתלם להם כאשר זכויותיהם במקרקעין ניטלות. לתפיסה שונה, הקוראת לעיגון שיקולים חלוקתיים בדיני הנטילה השלטונית, ראו דגן "שיקולים חלוקתיים", לעיל ה"ש 60.

כספית אשר תאפשר רכישה של זכויות דומות במקרקעין. פרמיה זו אינה יכולה להיות קבועה, אלא יש לקבוע בהתאם למחירן הריאלי של זכויות במקרקעין בעת מתן הפיצוי. הבטחת יכולתם של בעלי הזכויות לשמר את מעמדם כבעלי קניין מעניקה חשיבות ראויה לנסיבות הייחודיות של כל נטילה שלטונית, כמו גם למאפיינים של הנכס ושל בעליו. יתר על כן, הקניית סעדים אלה – אשר נועדו להבטיח כי בעלי הזכויות במקרקעין לא יאבדו את פוטנציאל הבעלות כפי שאיבדו את בעלותם בפועל בזכויות שניטלו – מגשימה הלכה למעשה את קביעתו של המחוקק בסעיף 12 לפקודת הרכישה, שלפיה על הפיצוי להיות מחושב כאילו "נמכרה [הקרקע] בשוק ע"י המוכר מרצונו הטוב". כשם שברי כי אין אדם מוכר את ביתו מרצונו הטוב מבלי שמצא לעצמו נכס חלופי או לכל-הפחות שימר בידיו את האפשרות לרכישת נכס חלופי, כך ברי כי גם הפיצוי המוענק לבעלי הזכויות חייב לשמר פוטנציאל בעלות זה.¹³¹ הדין הישראלי מעניק כביכול מענה לחשש העומד בבסיסה של קטגוריה זו.¹³² עם זאת, שיקול-הדעת הרחב יחסית המוקנה לרשויות בהענקת סעדים בעין,¹³³ כמו גם עוצמת החשש מפני אובדן הבעלות בכוח, מצדיק את ביסוסה של הקטגוריה בדיני הנטילה השלטונית.

סוג נוסף של סעדים שניתן להחיל על נטילות שלטוניות החוסות תחת קטגוריה זו הוא סעדים עקיפים, דוגמת מענקים, הלוואות בריבית נמוכה, ובעיקר הסרת חסמים ביורוקרטיים (לדוגמה, שינוי תכנוני שיאפשר הגדלת יחידות דיור באזורים מסוימים). הקצאת סעדים עקיפים מאפשרת תפירת חליפת פיצוי למידותיהם הייחודיות של בעלי הזכויות במקרקעין, וככזו היא עשויה להיות זולה יותר בעלותה החברתית וליתן מענה טוב יותר לבעלי הזכויות עצמם. אומנם, אין ביתרונות אלה של השימוש בסעדים עקיפים כדי לבטל את החסרונות האינהרנטיים לסעדים אלה.¹³⁴ אולם אף שאין לבטל חששות משמעותיים אלה, שימוש בסעדים עקיפים במקרים המשתייכים לקטגוריה זו מצליח למתנם באופן מהותי, וזאת באמצעות הטלת חובה על הרשויות, כמו גם על בתי-המשפט, לבחון בכל מקרה לא רק את מחיר השוק של הזכויות הניטלות, אלא גם את מחיר השוק הריאלי של רכישה מחדש של זכויות דומות. זמינותו של ערך זה מאפשרת הצבת תקרה למסגרת הפיצוי, וממילא ממתנת את החשש מפני הרעפת פיצוי-יתר, מחד גיסא, ומפני קביעת פיצוי-חסר, מאידך גיסא.

ב) קטגוריה ב: סעדים המבטאים הכרה באובדן ערכים סובייקטיביים

הקטגוריה השנייה עוסקת בנטילות שלטוניות שמימושן מוביל לאובדן של ערכים סובייקטיביים לצד אובדן ערכן השוקי, האובייקטיבי, של הזכויות במקרקעין. הדוגמאות הבולטות ביותר לערכים אלה הן המשמעות הסנטימנטלית שבעלי זכויות במקרקעין מעניקים לבית המגורים שלהם או לעסקים משפחתיים¹³⁵ וכן תחושת ההשתייכות לקהילה, קרי, הערך

131 עניין דוויק, לעיל ה"ש 3, פס' 17 לפסק-דינו של השופט עמית ("בהיות הפיצוי 'תחליף קניין' הוא אמור להספיק לנפקע לצורך רכישת נכס חלופי הרומה לזה שהופקע ממנו...").

132 ראו לעיל אחרי ה"ש 29.

133 שם.

134 ראו לעיל ליד ה"ש 123-124.

135 ראו לעיל ה"ש 41.

שבעלי זכויות במקרקעין מייחסים להיותם חלק מהמרקם של קהילת המגורים שלהם.¹³⁶ בקטגוריה זו ניתן לכלול כל אותם ערכים החולקים שני מאפיינים עיקריים: ראשית, הם סובייקטיביים ותלויים לחלוטין כמעט בהעדפות אישיות; ושנית, קשה מאוד להעריך את שוויים – או לענייננו לשום את היקף הפגיעה שנגרמת בעשויים – באופן מדויק. מכנה משותף זה של הערכים הסובייקטיביים אינו מאיין את השונות הקיימת ביניהם. אכן, חלק מבעלי הזכויות במקרקעין עשויים לייחס ערך רגשי לבתי המגורים שלהם בעוד אחרים עשויים לא לייחס לבתיהם ערך רגשי, ובאופן דומה, קהילות עשויות להיבדל זו מזו בתרומתן ליכולת של חבריהן לשתף פעולה ביניהם.¹³⁷ שונות מובנית זו יש להביא בחשבון בעת קביעת הסעדים הראויים בגין נזקים אלה.

אילו סעדים יש ליתן בגין נזקים סובייקטיביים שנגרמו לבעלי המקרקעין בשל יישומה של נטילה שלטונית? מצבים אלה, המשתייכים לקטגוריה השנייה, נבדלים זה מזה באופן שמקשה על גיבוש מדיניות פיצוי אחידה. קשה עד בלתי-אפשרי להעניק סעד שיביא מזוור לאובדן של זכרונות, חוויות וקשרים רגשיים של בעלי בית מגורים בשעה שזה ניטל מהם במסגרת נטילה שלטונית. גם הענקת סעד בעין, קרי הענקה של בית מגורים חלופי, אינה צפויה לרפא אובדן סובייקטיבי זה. אולם הדברים שונים בשעה שמדובר באובדן הקהילתיות, קרי, באובדן יכולתם של בעלי זכויות במקרקעין להמשיך לשתף פעולה עם אחרים לצורך מימוש תפיסת הטוב שהם חולקים.¹³⁸ אובדן הקהילה, הגם שהוא אובדן סובייקטיבי במהותו, ניתן לריפוי ככל שהרשות המופקדת על ביצוע הנטילה השלטונית או בית-המשפט יורו על הענקת סעד בעין אשר ישמר את מסגרת הפעולה הקהילתית.

משאמרנו זאת, עלינו לזכור כי לא כל בעלי הזכויות במקרקעין מייחסים ערך רגשי לבתי המגורים שלהם, ולא כל הקהילות דומות במידה שבה הן מספקות לחבריהן מסגרת לשיתוף-פעולה משמעותי.¹³⁹ חֶשְׁבו, לְמַשֵּׁל, עַל עוֹמֵר, אֲשֶׁר יֵרֵשׁ אֶת בֵּית יִלְדוֹתוֹ מֵהוֹרָיו, וְגִידֵל בְּאוֹתוֹ בֵּית אֶת יִלְדָיו שְׁלוֹ. כִּלְל שְׁאֲנו סְבוּרִים כִּי בְעֵלֵי נִכְסִים עֲשׂוּיִים לִיַּחַס עֲרִכִים סוּבִיִּקְטִיבִיִּים לְנִכְסֵיהֶם,¹⁴⁰ נִיתֵן לְהַנִּיחַ כִּי הָעֲרִכִים הַסוּבִיִּקְטִיבִיִּים שְׁאוֹתֵם יַיַּחַס עוֹמֵר לְבֵית מִגוּרָיו יִהְיוּ גְבוּהִים, וּמִכָּאֵן שְׁנִטִּילָה שְׁלִטוֹנִית שֶׁל זְכוּיּוֹת בְּמִקְרָקְעִין אֲשֶׁר תֵּאלֵץ אוֹתוֹ לְפָנּוֹת אֶת בֵּית מִגוּרָיו תִּגְרוֹם לוֹ אוֹבְדָן הָעוֹלָה עַל מַחִירָן הַשׁוֹקֵי שֶׁל הַזְכוּיּוֹת בְּמִקְרָקְעִין. הַדְּבָרִים עֲשׂוּיִים לְהִיּוֹת שׁוֹנִים בְּמִקְרָה שֶׁל אֵילָה, אֲשֶׁר רִכְשָׁה אֶת בֵּית הַמִּגוּרִים שֶׁהִיא מִתְגוֹרֶרֶת בּוֹ חוֹדְשִׁים סְפוּרִים בְּלִבָּד עוֹבֵר לְבִיצוּעַ הַנְּטִילָה הַשְּׁלִטוֹנִית, וְרוֹאָה בּוֹ מְקוֹם לְהַנִּיחַ אֶת רֵאשָׁה בְּלִילָה בְּלִבָּד. בְּמִצַּב דְּבָרִים זֶה סְבִיר שְׁאֵילָה אֵינָה מִיַּחַסֶּת לְבֵית מִגוּרָיהָ עֲרִכִים סוּבִיִּקְטִיבִיִּים, בּוֹדָאֵי לֹא-מִשְׁמַעוּתִים, וְעַל-כֵּן נִיתֵן לְהַנִּיחַ כִּי נְטִילָה שְׁלִטוֹנִית שֶׁל זְכוּיּוֹתֵיהָ בְּבֵית הַמִּגוּרִים לֹא תִגְרוֹר אוֹבְדָן מִשְׁמַעוּתִים בְּגִין עֲרִכִים אֵלֶּה. הַבְּחִנָּה זֶה בֵּין יַחַסֵּם הַשׁוֹנָה שֶׁל עוֹמֵר וְאֵילָה לְזְכוּיּוֹתֵיהֶם בְּמִקְרָקְעִין מִרְמֹזֶת לְהַבְּחִנָּה – אֲשֶׁר מוֹכֶרֶת בְּסִפְרוֹת הָעוֹסֶקֶת בְּדִינֵי הַקְּנִיין כִּלְל

.THOMAS W. MERRILL & HENRY E. SMITH, PROPERTY: PRINCIPLES AND POLICIES 1254 (2007) 136

137 שטרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 13-14.

138 ANDERSON, לעיל ה"ש 77.

139 ראו Stephanie Stern, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1120; ANDERSON, לעיל ה"ש 77, בעמ' 149.

140 להשגה על כך ראו לעיל ליד ה"ש 50-51.

ובדיני הנטילה השלטונית בפרט – בין נכסים מכווננים לנכסים חליפיים.¹⁴¹ דגן הצביע על הבחנה זו כחלק מההכרה בתרומתו של הקניין לאישיותם של בעליו, וקבע כי יש להכיר במקרקעין כ"מכווננים" ככל שהם משמשים כבית המגורים או כעסק העיקרי של בעליהם, אולם יש לראותם כ"חליפיים" ככל שהמקרקעין הינם "השקעה גרידא" מבחינת בעליהם.¹⁴² על-פי האמור לעיל, הבחנה זו רחבה מדי בשעה שעסקינן בניסיון לבחון את עוצמת הפגיעה הסובייקטיבית הנגרמת לבעלי הזכויות במקרקעין, שכן היא מאיינת את ההכרה בשונות הקיימת בין בעלים של בתי מגורים.¹⁴³ הדוגמה שהבאנו לעיל, הממחישה הבחנה אפשרית זו, מבהירה כי ככל שמטרת הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית היא להשיב את הבעלים למצבם עובר לביצוע הנטילה השלטונית, אין כל הצדקה להעניק פיצוי גורף בגין אובדן ערכים סובייקטיביים בשעה שאלה אינם אובדים כלל במסגרת הנטילה השלטונית של הזכויות במקרקעין. כיצד אם כן ניתן ליישם הבחנה זו במערכת הסעדים בדיני הנטילה השלטונית? שבריריות זו של הנזקים הסובייקטיביים מאיימת על האפשרות לכונן מערך סעדים ראוי, אשר יתגבר על הכשלים של החלת סעד אחיד המושתת על מחיר השוק, מחד גיסא, ויימנע מהכרעות אד-הוקיות, מאידך גיסא. כמו-כן, עלינו לשים אל לב את הצורך בהענקת בסיס אמפירי להכרה בערכים סובייקטיביים.¹⁴⁴ עם זאת, קשיים אלה אינם מצדיקים את הדרתם של ערכים אלה מסכמת הסעדים בדיני הנטילה השלטונית. המשפט הישראלי מכיר בצורך להעניק סעד לאלה שסבלו נזקים שאינם ממוניים, וזאת חרף קשיי ההערכה והכימות של נזקים אלה.¹⁴⁵ לפיכך, על-מנת להציע לבעלי זכויות במקרקעין פיצוי הוגן ונאות – כזה שימנע התעלמות מאובדנם של ערכים סובייקטיביים במקרים מסוימים, ובראשם בתי מגורים – עלינו לשקול פיצוי שיבטא את ההכרה באובדן, גם אם לא יהא בו משום פיצוי מלא בעבורו. מכיוון שרוב הנזקים הסובייקטיביים (דוגמת הפגיעה הרגשית שנגרמת לאדם בשל אובדן בית מגוריו או אובדן עסק משפחתי) אינם ניתנים לפיצוי באופן ישיר ואינם ניתנים גם לאומדן כמותי מדויק (אפילו על-ידי הבעלים עצמם),¹⁴⁶ הסעדים שראוי להעניק בשל נזקים אלה אינם צריכים לשקף הערכה מדויקת שלהם או לחלופין לנסות להחליף את הנכס שניטל וכך לאיננם. חלף זאת, הסעדים המוענקים בגין נזקים סובייקטיביים צריכים לבטא את ההכרה החברתית בקיומם של ערכים אלה – ולו באופן סמלי – באמצעות הענקת פרמיה כספית לבעלים. אכן, במקרים מסוימים התביעה לצדק צריכה להסתפק בפתרונות

141 דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 141-142 ו-170.

142 שם.

143 הטעם לכך הוא שדגן רואה בכל בית מגורים נכס מכוון, ללא הבחנה באשר למשמעות ולערכים שבעלי הקניין מייחסים לנכס באופן ספציפי.

144 Stephanie Stern, לעיל ה"ש 50. כן ראו את הדיון לעיל בתת-פרק 2.

145 ראו, למשל, עניין אגבכה, לעיל ה"ש 44, בעמ' 308-309 (המשנה לנשיאה ריבלין דוחה את הטענה כי אין כל הצדקה לפצות בגין ראש-הנזק הלא-ממוני של אובדן הנאות החיים, וקובע כי עצם ההכרה בו אינה מהווה פיצוי העולה על שיעור הנזק, אלא הפנמה של הנזק במלואו. באשר לקשיי ההערכה והכימות קובע ריבלין כי "קטן הוא משקלה של הטענה כי קשיי הכימות צריך שיעמדו בדרכו של בית המשפט למתן פיצויים").

146 ראו לעניין זה Bell & Parchomovsky, לעיל ה"ש 68, בעמ' 891-892.

מסדר שני (כגון תשלום פרמיות כספיות) המיועדים לבטא את ההכרה בזכאות במקום לנסות לאמור אותה מבחינה כמותית.

מבחינה מעשית ניתן להצביע על שתי אפשרויות להענקת פרמיות כספיות בגין אובדן ערכים סובייקטיביים בדיני הנטילה השלטונית. האפשרות האחת היא מתן פרמיה כספית קבועה בכל מקרה שבו קיימת אפשרות שהבעלים מייחס ערכים סובייקטיביים לנכסים הניטלים. כך, לדוגמה, נטילה שלטונית שבעטייה יאבדו בעלים את בית מגוריהם, או לחלופין את השתייכותם לקהילה מסוימת, תִּזְכָּה את הבעלים בתוספת כספית קבועה, שתכליתה לבטא הכרה בהיות הנכס הניטל כזה שאפשר שבעליו מייחסים לו ערכים סובייקטיביים. אפשרות זו מממשת את ההבחנה שהציע דגן בין נכסים "מכוננים" לנכסים "חליפיים" – הבחנה אשר אינה מבדילה בין נכסים המשתייכים לאותה קטגוריה.¹⁴⁷ כפי שצינתי לעיל, הבחנה זו רחבה מדי, במובן זה שהיא אינה מפנימה את תפיסת הצדק המתקן, קרי, יש בה כדי לוותר על הניסיון להשיב את הבעלים למצבם עובר לביצוע הנטילה השלטונית. יתר על כן, התעלמות מהשונות הקיימת בין בעלים וכן בין נכסים המשתייכים לאותה קטגוריה חותרת תחת ההצדקה העומדת בבסיס הענקת הפיצוי בגין אובדן ערכים סובייקטיביים. ככל שהפיצוי בגין אובדן ערכים סובייקטיביים נועד לבטא הכרה חברתית בחשיבותם של ערכים אלה, הענקתו באופן רחב, ללא הבחנה בין בעלים אחד לאחר, פוגעת במטרה זו.¹⁴⁸ האפשרות האחרת היא הענקת פרמיות משתנות במובן השני, כמתואר לעיל, כלומר, פרמיות בשיעורים כספיים שונים הן ביחס לערכים סובייקטיביים שונים (לדוגמה, פרמיה מסוימת לביטוי אובדן בית מגורים ופרמיה אחרת לביטוי אובדן קהילתיות) והן ביחס לערכים זהים (פרמיה שסכומה ייקבע על בסיס "כללי אצבע" המעידים על עוצמת האובדן הסובייקטיבי – לדוגמה, פרמיה בגין אובדן בית מגורים שתיקבע על-פי משך הזמן שבו התגוררו בו הבעלים). פרמיות משתנות יבטאו טוב יותר את השונות בין בעלי הזכויות במקרקעין, בין סוגי הנכסים השונים ובין הערכים שבעלי הזכויות מייחסים לנכסיהם. כאמור, הבחנה זו מבטאת אל־נכון את המשמעות שהפיצוי בגין ערכים אלה מבקש לבטא, קרי, את ההכרה בקיומם של ערכים סובייקטיביים שבעלי הזכויות במקרקעין מייחסים לנכסיהם, וממילא באובדן שהם חוו בגין נטילת זכויותיהם במקרקעין. לסיכום, אף שערכים סובייקטיביים אינם בני־המרה מטיבם, וקשה מאוד להעריך את שוויים הכספי (ככל שרצוי בכלל לעשות כן),¹⁴⁹ על דיני הנטילה השלטונית להכיר באובדנם, אם וככל שהם קיימים. כאן המקום לבחון אם אובדן הקהילתיות ראוי להיחשב אובדן סובייקטיבי. במקום אחר הצעתי סכמת פיצוי מקיפה ליצורך התמודדות עם נטילות שלטונית הכרוכות באובדן הקהילתיות.¹⁵⁰ סכמה זו מבקשת ליצור איזון בין ארבעה מרכיבים: התפקידים ששיתוף־הפעולה ממלא ביכולתם של חברי הקהילה לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם; הלגיטימציה

147 דגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 22, בעמ' 141-142 ו'170.

148 טענה זו נכונה כמובן גם ביחס לאפשרות של הענקת פרמיות משתנות במובן הראשון שתואר לעיל, קרי, קביעת פרמיה אחידה לכל תת־קטגוריה של ערכים סובייקטיביים (כלומר, פרמיה אחידה לכל נטילה שלטונית של בתי מגורים, ופרמיה אחידה – גם אם שונה בהיקפה – לכל נטילה שלטונית שגורמת לאובדן קהילתיות).

149 ראו את הדיון על־אודות הסחרה במקורות המופיעים בה"ש 112 לעיל.

150 שטרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 48-52.

החברתית של הקהילה; חוסנה הפוליטי והכלכלי של הקהילה; וההשפעה שיש לביצוע הנטילה השלטונית על יכולתה של הקהילה להמשיך לתפקד.¹⁵¹ באמצעות שקילתם של ארבעה מרכיבים אלה, כך אני טוען, ניתן לגבש סכמת פיצוי אשר רגישה לאובדן הקהילתיות ותומכת, במקרים מסוימים, ביכולתם של חברי הקהילה להקים את הקהילה מחדש.¹⁵² בחינה מקיפה זו בדבר אובדן הקהילתיות בנטילה שלטונית מגלה כי מה שמכונה לעיתים "אובדן הקהילתיות" כולל, הלכה למעשה, שני נזקים שונים בתכלית.¹⁵³ נזק אחד אכן תואם את מאפייני הקטגוריה של נזקים סובייקטיביים, קרי, הפגיעה הרגשית שנגרמת לבעלי זכויות במקרקעין בשל ניתוקם מהקהילה שבה חיו, אובדן תחושת המקום וזכרונות החיים עובר לביצוע הנטילה השלטונית. נזק אחר, הרלוונטי בעיקר לחברים בקהילות גיאוגרפיות שבהן שיתוף-הפעולה מהווה מרכיב משמעותי ביכולתם לממש את תפיסת הטוב המשותפת להם, אינו מבטא אך אובדן רגשי. במקרים אלה בעלי הזכויות במקרקעין מאבדים את יכולתם להמשיך לממש את תפיסת הטוב שהם אווזים בה.¹⁵⁴ אכן, כאשר נטילה שלטונית פוגעת בקהילות משמעותיות, חבריהן מאבדים את יכולתם לממש את תפיסת הטוב שלהם.¹⁵⁵ במילים אחרות, חברים בקהילות אלה מאבדים את יכולתם לכתוב את סיפור חייהם כרצונם באמצעות שיתוף-פעולה עם אחרים.¹⁵⁶ אובדן זה מזכיר יותר במאפייניו את מאפייניו של הקטגוריה הראשונה, קרי, זו המבקשת ליתן מענה לאובדן הבעלות בכוח.¹⁵⁷ אכן, להבדיל מנזקים סובייקטיביים אחרים הכרוכים במימושן של נטילות שלטוניות מסוימות, אובדן הקהילתיות במונח השני הוא בר-תיקון. הקמה מחדש של הקהילה עשויה למנוע מחברי הקהילה את אובדן מעמדם כחברי קהילה, ולאפשר להם להמשיך לשתף פעולה עם אחרים לצורך מימוש תפיסת הטוב המשותפת להם.¹⁵⁸ לפיכך הקצאת הסעדים בגין אובדן הקהילתיות צריכה להיקבע בכפוף למאפייניו של הקהילה. בקהילות משמעותיות בתי-המשפט צריכים לשאוף להעניק לבעלים סעד בעין או פיצוי כספי נוסף, על-מנת לאפשר לקהילה להקים את עצמה מחדש.¹⁵⁹ בקהילות משמעותיות פחות הסעד צריך לשקף את הנזק הסובייקטיבי שנגרם

151 שם, בעמ' 40-24.

152 שם, בעמ' 52-51.

153 Shai Stern, *Just Remedies*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 758.

154 שטרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 50. להשלכות אפשריות של הכרה זו על תפיסת השוויון במרחב ראו נטע זיו "הניחו לוועדות הקבלה – (בקרו) עשרים שנה לקעדאן" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 35, 4, 9-12 (2014) (העוסקת בשאלת ההקצאה הראשונה ובהשלכותיה של הקצאה היסטורית של מקרקעין להתיישבות מתבדלת על היכולת להשיג שוויון במרחב הישראלי).

155 שטרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 51-50.

156 שם.

157 ראו חלק 2(א) לעיל.

158 שטרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 52-50.

159 שם, בעמ' 52. אף שלא כאן המקום להרחיב בדבר הכללים להבחנה בין קהילות משמעותיות יותר לבין כאלה משמעותיות פחות, ראוי להדגיש כי במקרים מסוימים העדרה של הבחנה זו טומן בחובו עיוות משמעותי, המטיל על הרשויות עלויות כבדות שאינן מוצדקות, כאמור. כך, לדוגמה, ס' 85 לחוק יישום תוכנית ההתנתקות, המקנה זכות לסעד של העתקה קהילתית, אינו

לבעלי הזכויות במקרקעין כאשר הם מאבדים את תחושת ההשתייכות שלהם לקהילה.¹⁶⁰ במצבים כאלה תשלום של פרמיה המבטאת אובדן זה יהיה ראוי.

(ג) קטגוריה ג: סעדים המבטאים ערכים כלכליים שונים

הקטגוריה השלישית עוסקת בנזקים בעלי ערך שוקי שאינם מוצאים ביטוי בסטנדרט פיצוי אחיד המושתת על מחיר השוק של הזכויות במקרקעין. נזקים אלה כוללים תשלומים נלווים, דוגמת תשלום שכר-טרחה לעורכי-דין, שכר שמאים, מוניטין של עסק ועלויות משפט. קטגוריה זו כוללת גם תשלומים הנגזרים ממימוש הנטילה השלטונית, דוגמת הוצאות הובלה ועלויות של איתור מקום חלופי. קטגוריה זו זכתה במענה בפקס-הדין בעניין דוויק, אשר תיחס את גבולותיה של קטגוריה זו להוצאות נלוות הניתנות לכימות כלכלי.¹⁶¹ הנזקים המשתייכים לקטגוריה זו חולקים מכנה משותף, והוא היותם בעלי ערך שוקי. הגם שערכם השוקי של נזקים אלה עשוי להשתנות ממקרה למקרה, השוק מאפשר לרשויות ולבתי-המשפט להעריך את היקפם של נזקים אלה בקלות יחסית. בשל היכולת לאתר את אומדן העלויות של הוצאות אלה בשוק החופשי, נזקים אלה צריכים להיות מפוצים באמצעות פרמיות שישקפו את ערכם השוקי הסביר, ולא את שיעור ההוצאות שהוציאו בעלי הזכויות במקרקעין בפועל. כך, ראוי שבית-המשפט יימנע מלהתייחס להוצאות בפועל שהוציאו בעלי הזכויות במקרקעין על שירותים שונים (הובלה, שכר-טרחה של עורך-דין או דמי תיווך), ויבסס את הפרמיה הכספית על מחירם השוקי של שירותים אלה. במקרה של פערים נטענים בין ערכם השוקי של השירותים האמורים לבין התשלום שבוצע בפועל על-ידי בעלי הזכויות במקרקעין, יבחנו בתי-המשפט את הפערים הללו, ורק אם יהיה אפשר להסביר הפרש זה במאפייניהם של בעלי המקרקעין¹⁶² או בנסיבותיה הייחודיות של ההפקעה,¹⁶³ יהיה ראוי שהפרמיה המשתלמת תכסה הפרש זה.

מבחינת בין קהילות שונות (ולמעשה אף אינו דורש שהתובעים את העתקת הקהילה היו תושבי אותו יישוב עובר לביצוע הנטילה השלטונית). החוק מקנה זכות תביעה להעתקה קהילתית לכל עשרים תושבים – גם אם הם השתייכו כאמור לקהילות-מקור שונות – ובכך למעשה מקנה סעד רחב מדי, שאינו בוחן את המאפיינים של קהילות-המקור כמרגם של קהילות-היעד. העדר ההבחנה בין מאפייניהן של הקהילות השונות, כמרגם בין רמות החשיבות שלהן מבחינת יכולתם של חבריהן לממש את תפיסות הטוב שהם מחזיקים בהן, מטיל נטל כבד ולא-ראוי על הרשויות. ככל שהעיקרון העומד בבסיס הענקת הסעדים הוא השבת המצב לקדמותו, הענקת סעד זה (שעלותו גבוהה, כאמור) ללא הבחנה לפי מידת חשיבותה של הקהילה לבעלי המקרקעין (וממילא לפי עוצמת אובדנה) אינה מקיימת עקרון-יסוד זה.

160 ש.ם.

161 ראו את הדיון בפרק ד לעיל.

162 הבחנה כאמור עשויה להתרחש בעיקר על רקע מצבם החברתי-הכלכלי של בעלי הזכויות במקרקעין. כך, לדוגמה, בעלי זכויות במקרקעין במצב חברתי-כלכלי נמוך צפויים להידרש לשלם תשלומים גבוהים יותר בעבור שירותים שונים, וזאת בשל היותם פגיעים יותר לניזול, בעיקר בשל מצוקת הזמן שהם עלולים להיקלע אליה במקרה שבו ניטלו זכויותיהם במקרקעין. לדוגמה, אם נטילת הזכויות במקרקעין נעשית בטווח זמן מיידי, הפוגע ביכולתם של בעלי הזכויות הניטלות לנהל משא-ומתן סביר לצורך רכישת זכויות חלופיות במקרקעין אחרים.

שלוש הקטגוריות שהוצגו לעיל מאפשרות לחלק את מגוון האתגרים שדיני הנטילה השלטונית ניצבים בפניהם לקבוצות של נזקים בעלי מכה משותף. חלוקה זו, כאמור, מאפשרת לרשויות כמו-גם לבתי-המשפט להגיע להכרעה בדבר הסעד ההוגן בנטילה שלטונית על בסיס קטגוריות מוגדרות. העבודה לפי קטגוריות מוגדרות ומובחנות, המבקשות להעניק משמעות לנזקים השונים הנגרמים לבעלי הזכויות במקרקעין תוך הקצאת סעדים הנותנים מענה לנזקים אלה, מציבה תשתית נורמטיבית, אך גם מעשית, להשגת תוצאה צודקת יותר בדיני הנטילה השלטונית, וזאת מבלי לאבד את הוודאות המאפיינת כיום את הקצאת הסעד האחיד. הרפורמה המוצעת במאמר זה אינה קוראת אם כן להעדפת הצדק על הפשטות והוודאות המשפטית, אלא קוראת ליישומה של מדיניות מובחנת המאפשרת השגת איזון ראוי ביניהם.

סיכום

מאמר זה מבקש להציע רפורמה במערך הסעדים בדיני הנטילה השלטונית, תוך הטמעה של מגוון סעדים בעלי מאפיינים שונים אל תוככי הדין. עיקרה של הרפורמה המוצעת במאמר זה נעוץ בקריאה להרחבת השימוש בסעדים שונים לצורך פיצוי בעלי הזכויות במקרקעין חלף האחדת הסעד והשתתות על מחירן השוקי של הזכויות במקרקעין שניטלו. קריאה זו – המושתתת על תפיסת הצדק המתקן שאימצו דיני הנטילה השלטונית בישראל – מצריכה יישום זהיר וקפדני על-מנת לא להביא לידי אובדן הוודאות המשפטית במערכת דינים זו. לפיכך הרפורמה המוצעת במאמר זה מושתתת על שני אדנים מרכזיים, אשר שילובם יבטיח מדיניות פיצוי אשר תשמור על רמת ודאות גבוהה, מחד גיסא, אך תהא צודקת יותר מזו הנוהגת כיום, מאידך גיסא. האדן האחד הוא עיגונו של מנעד סעדים בדיני הנטילה השלטונית. במסגרת זו המאמר מציע לכלול במסגרת הסעדים הפוטנציאליים גם סעדים בעין (ובראשם הענקת דיור חלופי או העתקה), פרמיות כספיות קבועות או משתנות וכן סעדים עקיפים, הכוללים, בין היתר, הלוואות בריביות נמוכות, מענקים וכן הקלה בחסמים ביורוקרטיים. עיגונו של מנעד סעדים בדין יאפשר להפוך את הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית לאמצעי להשגת תוצאה צודקת, תוך הבחנה בין נסיבותיהן השונות של נטילות שלטונית כמו-גם בין מאפייניהם השונים של הנכסים המופקעים ושל בעליהם. האדן האחר שהרפורמה מושתתת עליו הוא שרטוט קווי מתאר לשימוש ראוי במנעד הסעדים המוצע. קווי מתאר אלה, אשר יתבססו על קטגוריזציה של אתגרים שדיני הנטילה השלטונית ניצבים בפניהם, יאפשרו למתן את החשש מפני אובדן היציבות והוודאות בדיני הנטילה השלטונית.

