

# בין "הסדרה" להפקעה: חשיבה מחודשת על עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית בעקבות בג"ץ חוק ההסדרה

מאת

שי שטרן\*

## תקציר

פסילתו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017 בדעת רוב בבג"צ, והקביעה כי חוק ההסדרה אינו מידתי, הציפה שוב את העמימות הנוהגת בשאלת המידתיות בכלל, וביישומה בדיני הנטילה השלטונית בפרט. עיקר המחלוקת בין דעת הרוב ודעת המיעוט בפסק הדין נסובה סביב השאלה האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה ובין הנזק שעלול להיגרם לזכויות חוקתיות (ובמקרה הנוכחי: הזכות לקניין). מבחן זה, מטבע הדברים, הינו עמום ונתון להשפעות ערכיות, כמו גם לתפיסות פוליטיות, דתיות, חברתיות וכלכליות. עמימות זו של מבחן המידתיות במובנו הצר, וחשיפתו לשיקולים לבר-משפטיים, מערערות לא רק על לכידות ההכרעות המשפטיות בשאלה זו, אלא גם על מידת הלגיטימציה המוענקת להן מבחינה פוליטית, ציבורית ומשפטית.

העמימות הערכית המאפיינת את הכרעת בג"צ בעניין חוק ההסדרה מחדדת את הצורך בהנחת תשתית נורמטיבית סדורה לבחינת מידתיותה של רכישה כפויה של זכויות פרטיות במקרקעין על ידי רשות שלטונית. התשתית הנורמטיבית הנפרסת במאמר זה שואבת את כוחה מההכרה במשמעות מנגנוני הגנה שהוטמעו בדיני הנטילה השלטונית בעולם המערבי בכלל, ובישראל בפרט: דרישת ההליך ההוגן; דרישת הצורך הציבורי ודרישת הפיצוי. על פי המודל המוצע במאמר זה, מנגנונים אלה נועדו לספק הגנה מפני חששות אינהרנטיים הנובעים מהענקת הכוח לשלטון ליטול זכויות במקרקעין בכפייה. המודל המוצע מציג להכיר במערך יחסי הגומלין אשר מקיימים מנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית – זאת על מנת לאפשר לשלטון להפעיל את כוחו באופן ראוי, מחד גיסא, ולשמר מידת הגנה מספקת מפני החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית, מאידך גיסא.

ההבנה כי מנגנוני ההגנה האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית, כמו גם מערך יחסי הגומלין שהם מקיימים זה עם זה, מבנים את גבולות כוחו של השלטון כבואו ליטול בכפייה זכויות במקרקעין, הופכת את המודל המוצע למבחן ראוי מבחינה נורמטיבית וישים מבחינה מעשית לשאלת מידתיותה של הנטילה השלטונית. במקביל, הבנה זו מחדדת את הבסיס הדמוקרטי המצדיק, מלכתחילה, את השימוש בכוח שלטוני זה. המודל המוצע, אם כן, מאפשר לבחון את היותו של הסדר משפטי המאפשר נטילה כפויה של זכויות פרטיות במקרקעין רצוי, תוך שימוש במסגרת נורמטיבית סדורה

\* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, וחוקר בכיר וראש תחום דיור במכון החרדי למחקרי מדיניות.

הנובעת ממאפייניו של כוח שלטוני זה, כמו גם החששות שהשימוש בו מקים. הוא מפור את מסך העמימות הנוהג ביחס למבחן המידתיות והתכלית הראויה, ומקנה לבית המשפט סט כלים ראוי מבחינה נורמטיבית, וישים מבחינה מעשית, לצורך בחינת הסדרים המאפשרים נטילה כפויה של זכויות במקרקעין.

המודל המוצע מגלה כי חוק ההסדרה נמנע מהענקת הגנה מספקת מפני החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית. הוראותיו של חוק ההסדרה אינן מקנות לבעלי הזכויות הפרטיות הליך ראוי, ואינן מצליחות לבסס את חיוניות הצורך הציבורי אשר לשמו מופקעות, כאמור, זכויות אלה. משמעותו של כישלון זה הינה כי הפעלת הכוח השלטוני לנטילה כפויה של זכויות במקרקעין בהתאם להוראות חוק ההסדרה חותרות תחת הבסיס הדמוקרטי המצדיק את השימוש בכוח זה, והשימוש בו, לפיכך, סותר את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. במקביל, ההבנה כי הוראות חוק ההסדרה אינן מקנות הגנה מספקת מפני החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית, וכי פגם זה אינו מתרפא כתוצאה ממערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים, מבהירה את חוסר המידתיות של ההסדר המוצע בחוק ההסדרה.

#### מבוא

- א. דיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין: חששות והגנות מובנים
  - ב. מערך יחסי גומלין בין מנגנוני ההגנה המובנים בדיני הנטילה השלטונית
  - ג. חוק ההסדרה: הפקעה רטרואקטיבית של זכויות במקרקעין
  - ד. חוק ההסדרה ודיני הנטילה השלטונית
  - ה. מההלכה אל המעשה: ביקורת שיפוטית על חוק ההסדרה
- סיכום

## מבוא

החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017, אשר התקבל בכנסת ישראל ביום 6 בפברואר 2017, נועד "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה"<sup>1</sup>. עיקרו של החוק הינו הכשרה בדיעבד של תפיסת קרקעות פרטיות, השייכות לבעלים פלסטיינים, על ידי מתיישבים ישראלים בשטחי יהודה ושומרון, תוך תשלום פיצוי לבעלים המקוריים.<sup>2</sup> חוק זה זכה

<sup>1</sup> ס' 1 לחוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017, ס"ח 410 (להלן – חוק ההסדרה).

<sup>2</sup> ראו דברי הסבר להצעת חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2016, ה"ח הכנסת 44, 44–45; בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פס' 51–52 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 9.6.2020).

לביקורת ציבורית ומשפטית רבה.<sup>3</sup> עיקרה של ביקורת זו עסק בשאלות משפטיות מתחום המשפט החוקתי והבינלאומי. העתירות שהונחו לפתחו של בג"צ כנגד חוק ההסדרה ערערו על סמכותה המשפטית הבינלאומית של ישראל לחוקק חוקים העוסקים במשטר המקרקעין ביהודה ושומרון,<sup>4</sup> ובמקביל, על חוקתיות הפגיעה בזכות לקניין פרטי ובזכות לשוויון.<sup>5</sup>

ביום 9.6.2020 פרסם בג"צ את פסק דינו בעתירות שהוגשו כנגד חוק ההסדרה על ידי ראשי עיריות ומועצות פלסטיניות וארגוני זכויות אדם שונים.<sup>6</sup> בית המשפט נמנע מלדון בגופן של טענות העותרים בכל הקשור לסמכותה של הכנסת לחוקק באופן המשפיע על מקרקעין ביהודה ושומרון.<sup>7</sup> חלף זאת קבע בית המשפט בפסק הדין כי דינו של חוק ההסדרה להתבטל, וזאת כיוון שאין הוא חוקתי, שכן אין הוא מציע מנגנון מידתי להשגת התכליות העומדות בבסיסו.<sup>8</sup> ממילא, כך בית המשפט, פגיעתו של חוק

<sup>3</sup> ראו לדוגמה עמיחי כהן "חוק ההסדרה: הצעת חוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון התשע"ז 2016" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (15.11.2016), <https://www.idi.org.il/ministerial-committee/12076>; עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראלי "תגובת מרכז עדאלה לאישורו של 'חוק ההסדרה'" (הודעה לעיתונות 07.02.2017) (להלן: **תגובת עדאלה**); לדעה שונה ראו שמחה רוטמן, "חוק ההסדרה – כתב הגנה" **מידה** (23.1.2017); <https://did.li/NtHNf>; אבי בל "חוק ההסדרה: כן חוקי" **ישראל היום** (18.11.2016); <https://www.israelhayom.co.il/opinion/428471>; "חוות דעת של פרופ' יוג'ין קונטורוביץ לועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על חוק ההסדרה" (29.11.2016) (להלן: **חוות דעתו של קונטורוביץ**).

<sup>4</sup> ראו לעניין זה "הצעת חוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2016 (פ/3433/20) של ח"כ סמוטריץ' וח"כ אחרים; הצעת חוק ההסדרה, התשע"ה-2015 (פ/1973/20) של ח"כ קיש וח"כ אחרים; הצעת חוק ההסדרה, התשע"ו-2016 (פ/3127/20) של ח"כ מועלם-רפאלי וח"כ אחרים" (חוות דעת של היועץ המשפטי לכנסת 27.11.2016) (להלן: **חוות דעתו של היועץ המשפטי**); ס' 272–286 לכתב העתירה בבג"ץ 2055/17 **ראש מועצת הכפר עין יברוד נ' הכנסת** (נבו) (05.03.2017) (להלן: **כתב העתירה בעניין יברוד**); ס' 40–60 לכתב העתירה בבג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (08.02.2016); ס' 96–105 לבקשת הצטרפות כידיד בית המשפט בבג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (01.03.2017) (להלן: **בקשת ידיד בית המשפט**).

<sup>5</sup> כתב העתירה בעניין **יברוד**, לעיל ה"ש 4, בס' 150–172.

<sup>6</sup> עניין **סלואד**, לעיל ה"ש 2.

<sup>7</sup> שם, בפס' 33 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>8</sup> שם, בפס' 108 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

ההסדרה בזכותם של הבעלים הפלסטיניים לקניין (ולשוויון) נפגעת באופן שאינו מידתי. למסקנה זו הגיע בית המשפט בעיקר לאור הטענה כי לא מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה ובין הנזק שעלול להיגרם לזכויות חוקתיות, וכי קיימים מנגנונים והמתיישבים הישראליים – מנגנונים אשר מאפשרים בחינה נקודתית וממוקדת של נסיבות הסכסוך.<sup>9</sup> מאמר זה טוען כי בעוד שהתוצאה שאליה הגיע בית המשפט בפסילת החוק הינה נכונה, במובן זה שההסדר המוצע בחוק אינו מידתי ופוגע בבסיס הדמוקרטי המבנה את כוחו של השלטון ליטול בכפייה זכויות במקרקעין, הרי שהצדקה שדעת הרוב בחרה בה על מנת לתמוך מסקנה זו שגויה נורמטיבית, ואינה רצויה מבחינה משפטית, פוליטית וציבורית. החלטתו של בית המשפט לבסס את הכרעתו בדבר פסילתו של חוק ההסדרה על מבחן המידתיות במובן הצר – מבחן עמום המשקף הכרעה ערכית, לבר-משפטית – מבלי שהעניק מסגרת נורמטיבית ברורה לאופן החלתו, מערערת לא רק על לכידות ההכרעה המשפטית בשאלה זו אלא גם על מידת הלגיטימציה המוענקת לה מבחינה פוליטית, ציבורית ומשפטית. חלף זאת המאמר מציע נקודת מבט שונה לבחינת כשרותו הנורמטיבית של חוק ההסדרה המתבססת על כישלונו של החוק לקיים את האיזון הפנימי הנוהג של הענף המשפטי שבו הוא פועל, קרי, דיני הנטילה השלטונית. המודל המוצע במאמר זה מעניק בידי בית המשפט כלים ראויים יותר מבחינה נורמטיבית, וישימים יותר מבחינה פוזיטיבית, לבחינת כשרותו של חוק ההסדרה.

הענקת הכוח לשלטון ליטול זכויות במקרקעין של בעלים פרטיים מקימה שלושה חששות עיקריים, חלקם נובעים מעצם הענקת כוח כופה לשלטון ואילו אחרים ייחודיים לנטילה של זכויות במקרקעין. החשש הראשון הינו השחתת הכוח השלטוני ושימוש לא ראוי בו; השני, היעדר ההוגנות בכל הקשור לחלוקת הנטלים הכרוכים במימוש מטרות ציבוריות וחברתיות ואילו השלישי כרוך בהיעדר יעילות במימוש של כוח שלטוני זה. על מנת להתמודד עם חששות אלה הטמיעו דיני הנטילה השלטונית במדינות המערב, ובישראל בפרט, שלושה מנגנוני הגנה: הראשון תובע קיומם של הליכים שקופים, המעניקים ביטוי לבעלי המקרקעין המקוריים;<sup>10</sup> השני תובע כי מטרת הנטילה השלטונית תהיה אך להגשמת צורך ציבורי<sup>11</sup> ואילו השלישי דורש כי הרשויות העושות שימוש בכוחן ליטול זכויות במקרקעין תפצנה את בעלי המקרקעין.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> שם, בפס' 95–103 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>10</sup> ראו לדוגמה ס' 5 ו-5א לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943.

<sup>11</sup> ראו לדוגמה ס' 2 ו-3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור); ס' 188 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

<sup>12</sup> ראו לדוגמה ס' 12 ו-20 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור); ס' 190 לחוק התכנון והבניה.

המאמר מציע לראות במנגנוני ההגנה האמורים כאלה המקיימים מערכת יחסי גומלין מורכבת שבמסגרתה ניתן להקל בהתממשותו של אחד מהמנגנונים האלה, תוך הקפדה על רף גבוה בשניים האחרים. מערכת יחסי גומלין זו מבטאת הכרה בייעודו העיקרי של כל אחד ממנגנוני ההגנה מחד גיסא, ובהגנה שכל אחד מהם מעניק גם ביחס ליתר החששות האינהרנטיים לנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין מאידך גיסא. ההבנה כי מערכת ההגנה האינהרנטית בדיני הנטילה השלטונית מאפשרת לרשויות לספק את צורכי החברה באופן ראוי, תוך שמירה על הוגנות ויעילות, הופכת מערכת זו לחיונית לצורך בחינת כשרותה של נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין. על בסיסה של מערכת יחסי הגומלין האמורה המאמר מגיע למסקנה כי חוק ההסדרה אינו מקיים את ההגנה הנדרשת שעה שרשות מפעילה את כוחה ליטול זכויות במקרקעין. מסקנה זו מצדיקה את הגדרתו של חוק ההסדרה כלא-חוקתי מאחד משני טעמים, שיפורטו בהמשך: האחד, כי הפגיעה שנגרמת לזכותם של בעלי המקרקעין הפלסטיניים לקניין כתוצאה מיישום הוראותיו של חוק ההסדרה אינה מידתית, וממילא דינו של החוק להתבטל. הטעם האחר נעוץ בהפרת הבסיס הדמוקרטי העומד ביסוד כוחו של השלטון ליטול בכפייה זכויות במקרקעין, הפרה המעמידה את החוק בסתירה לערכיה הדמוקרטיים של המדינה.

המאמר ממשיך כדלקמן: בחלק א' אעמוד בתמצית על העקרונות שחוק ההסדרה מבקש ליישם בנוגע למקרקעין פרטיים שנתפסו בעבר על ידי מתיישבים ישראלים בשטחי יהודה ושומרון, כמו גם על הכרעתו של בית המשפט העליון לבטל את החוק בשל אי חוקתיותו. בחלק ב' של המאמר אעמוד על עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית – הענף המשפטי שחוק ההסדרה מבקש לפעול בו – ואראה כיצד עקרונות אלה, המאומצים על ידי מרבית מדינות המערב, וישראל בכללן, מבקשים להעניק הגנה מפני שלושה חששות עיקריים: השחתת הכוח השלטוני; היעדר הוגנות בחלוקת הנטלים הכרוכים במימוש הצורך הציבורי והחשש מפני היעדר יעילות בפעולת הרשויות. בחלק ג' של המאמר אצביע על מערך יחסי הגומלין שמקיימים מנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית, ועל האפשרות שמערך יחסי גומלין זה מעניק לצורך התמודדות עם נסיבותיה השונות של כל נטילה שלטונית. חלק ד' של המאמר יבחן את הוראותיו של חוק ההסדרה ויעמוד על מידת התאמתן לעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית. חלק ה' יעמוד על משמעות אימוצו של המודל המוצע במאמר זה על חוקיותו של חוק ההסדרה, כמו גם על השלכות אימוצו על חוקתיותו של חוק ההסדרה.

## א. דיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין: חששות והגנות מובנים

נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין הינה כוח שלטוני המאפשר לשלטון, במישור הלאומי או המקומי, ליטול זכויות במקרקעין של בעלים פרטיים לצורך מימושו של צורך חברתי.<sup>13</sup> כוח שלטוני זה הוכר במרבית שיטות המשפט המערביות לצורך התגברות על כשלי שוק המונעים מרשויות שונות לספק את צורכי החברה.<sup>14</sup> כפי שטענתי במקום אחר, ההכרה בחשיבות אספקת צורכי הציבור, עם זאת, אינה מבטלת את החששות הכרוכים בפעולה שלטונית בעלת ממד כופה: החשש מפני השחתת הכוח השלטוני, החשש מפני החלה לא שוויונית של הכוח והחשש מפני פגיעה ביעילות.<sup>15</sup> כאמור, חלק מהחששות האמורים נובעים מעצם הענקת כוח כופה לשלטון, וחלקם ייחודיים לכוחו של השלטון ליטול בכפייה זכויות במקרקעין. החשש מפני השחתת הכוח השלטוני נובע מכך שרשויות אשר תקבלנה הכשר משפטי בלתי מרוסן לנטילה כפויה של זכויות במקרקעין עלולות לעשות שימוש בהכשר זה גם במקרים שבהם ניתן היה לרכוש אותן זכויות ללא כפייה.<sup>16</sup> הקניית הסמכות לנטילה כפויה של זכויות במקרקעין, אם כן, עלולה לתמרץ את הרשויות לעשות שימוש בכוחן השלטוני גם כאשר אין לכך הצדקה. החשש השני, הנובע מהיעדר הוגנות בהפעלת הכוח השלטוני, מתחדד עשה שהרשויות נדרשות להחליט על נטילת מקרקעיו של

<sup>13</sup> ראו לדוגמה אריה קמר **דיני הפקעת מקרקעין** 23 (מהדורה שמינית, משה י' קמר עורך, 2013); אהרן נמדר **הפקעת מקרקעין** כרך א: עקרונות, הליכים ופיצויים 27 (2005).

<sup>14</sup> להרחבה באשר לתחולתם הבינלאומית של דיני הנטילה השלטונית ראו: RACHELLE ALTERMAN, TAKINGS INTERNATIONAL: A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON LAND USE REGULATION AND COMPENSATION RIGHTS (2010). אלתרמן עורכת בחינה משווה של דיני הנטילה השלטוניים בלמעלה מ-13 מדינות מערביות שונות, ובכללן ארה"ב, גרמניה, אוסטרליה, קנדה, בריטניה וישראל. במסגרת המחקר אלתרמן מצביעה על השונות הנוהגת בין דיני הנטילה השלטונית במדינות אלה, בדגש על היקפה של הזכות לפיצוי. יחד עם זאת, המחקר מצביע על הכרה גורפת בכוחו של השלטון במדינות המערב ליטול זכויות במקרקעין, ככל שאלה נדרשות לצורך מימושו של צורך ציבורי. ראו גם יפעת הולצמן-גזית "הגבלות על הפקעת קרקעות: מלכתחילה ובדיעבד (בעקבות חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010)" **חוקים** ד 97, 102 (2012).

<sup>15</sup> שי שטרן "נטילה שלטונית של מקרקעין: חששות, מנגנוני הגנה ויחסי גומלין" 39 **משפט ועסקים** כד (2021).

<sup>16</sup> ראו הולצמן-גזית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 107.

בעלים פרטי אחד כדי לספק את צורכי החברה.<sup>17</sup> שני החששות האמורים אינם ייחודיים לנטילה של זכויות במקרקעין, אלא מבטאים חשש רחב מפני שימוש לא ראוי בכוח המוענק לשלטון. החשש השלישי ייחודי לכוח הנטילה הכפויה של זכויות במקרקעין, והוא נעוץ באפשרות כי נטילה כפויה לא תביא בחשבון את כל העלויות הכרוכות במימושה של המטרה הציבורית. חשש זה מתבסס על ההנחה כי השוק החופשי הינו המנגנון האופטימלי להשגת תוצאות יעילות. על רקע זה, החשש השלישי הוא כי נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין המהווה פעולה כפויה, העוקפת את מנגנוני השוק החופשי, מקשה על אומדן היעילות הכרוך במימוש הצורך הציבורי שלשמו ניטלו הזכויות. עיקר החשש בהקשר זה הינו כי הרשויות תיקלענה לכדי "אשליה פיסקלית" אשר מכוחה תימנענה מלהפנים את כלל העלויות הכלכליות והחברתיות של מימוש הצורך הציבורי.<sup>18</sup>

חששות אלה הינם מובנים ברכישה כפויה של זכויות במקרקעין. הם נובעים מטיבה הכפוי של הפעולה השלטונית, מהיותה פעולה המוחלת מחוץ לגדרי השוק החופשי וממאפיינים מובנים של פעולה שלטונית ויחסי השלטון עם מקורבים לכוח.<sup>19</sup> דיני הנטילה השלטונית במרבית מדינות המערב ביקשו לתת מענה לחששות מובנים אלה באמצעות הטמעת מנגנוני הגנה אל תוככי הדין. שלושה מנגנוני הגנה הוטמעו, כאמור, על ידי מרבית מדינות המערב. הראשון הוא הבניית הליכים אשר מטרתם לוודא כי

<sup>17</sup> לדין בדבר החשש מפני היעדר הוגנות ראו לדוגמה Michael A Heller & James E. Krier, *Deterrence and Distribution in the Law of Takings*, 112 HARV. L. REV 997, 1000–1001 (1999).

<sup>18</sup> ראו Lawrence Blume et al., *The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?*, 71 Q. J. ECON. 88–90 (1984). בספרות מובא גם חשש מפני פגיעה בתמריצים המשפיעים על מדיניות ההשקעה של הבעלים הפרטיים במקרקעין. ראו שם, בעמ' 73–88.

<sup>19</sup> לחשש מפני ניצול לא ראוי של כוח הנטילה השלטונית על ידי השלטון ראו Amnon Lehari & Amir N. Licht, *Eminent Domain, Inc*, 107 COLUM. L. REV. 1704 (2007); Ilya Somin, *Overcoming Poletown: County of Wayne v. Hathcock, Economic Development Takings, and the Future of Public Use*, 2004 MICH. L. REV. 1005, 1009–2016 (2005); Charles E. Cohen, *Eminent Domain After Kelo v. City of New London: An Argument for Banning Economic Development Takings*, 29 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 491, 547–551 (2006); Gideon Kanner, *Kelo v. New London: Bad Law, Bad Policy, and Bad Judgement*, 38 URB. LAW. 201, 233–235 (2006), 112, 118 (2005).

הנטילה השלטונית מיושמת באופן ראוי והוגן.<sup>20</sup> מנגנון זה כולל, על פי רוב, הגדרת הליכים ברורים ושקופים הן עובר למימוש הנטילה השלטונית והן במהלכה;<sup>21</sup> הטלת חובות גילוי ואספקת מידע על הרשויות המפקיעות<sup>22</sup> וכן קביעת זכויות דיוניות וחובות שימוע עבור בעלי הקניין הפרטי.<sup>23</sup> מטרתם העיקרית של הליכים אלה הינה מתן הגנה לפרט מפני התנהלות שלטונית לא ראויה, ובכלל זאת שימוש לא ראוי בכוח שהוענק

- <sup>20</sup> בארצות הברית רוב ההליכים נקבעים במישור המדינתי, וקיימים הבדלים באשר להיקף הספקת המידע לבעלי זכויות הקניין, כמו גם באשר להיקפה של זכות השימוע המוענקת להם. לסיכום מפורט של מאפייני ההליכים השונים במדינות השונות בארצות הברית ראו D. Zachary Hudson, *Eminent Domain Due Process*, 119 YALE L.J. 1280, 1322–1327 (2010). ס' 108(3) לחוק הבנייה הפדרלי הגרמני (BauGB) מחייב את הרשות המפקיעה לזמן לשימוע את בעלי הזכויות שעתידות להיות מופקעות (ראו BÜRGERLICHES GESETZBUCH [BGB] [Civil Code], § 108, para. 3, (1)25(1) לחוק הפרוצדורה המנהלית הגרמני (VwVfG) קובעים את חובת הרשויות לספק מידע ומסמכים הן על אודות הנטילה השלטונית לגופה והן על אודות זכויותיהם של בעלי הקניין להשתתף בהליך (ראו VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ [VwVfG] § 25(1), § 29(1) (1)(16)3(1)3(1)(15)3, ו-1(1)25(1) לחוק המנהלי ההולנדי (Awb) קובעים כי מי שנפגע כתוצאה מנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין רשאי להגיש התנגדות לביצוע הנטילה השלטונית (ראו Arts. 3:15(1) 3:16(1) Awb (3:16(2) Awb, ואילו ס' 78(4) לדיני ההפקעה ההולנדיים (OW) קובע את חובת הרשות המפקיעה לערוך שימוע לכל הנפגעים הפוטנציאליים כתוצאה מביצוע הנטילה השלטונית (ראו Art. 78(4) OW). להרחבה ראו למשל Björn Hoops, *Expropriation Procedures in Germany and the Netherlands: Ready for the Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure?*, 5 EUR. PROP. L. J. 236, 256–260 (2016).
- <sup>21</sup> כך לדוגמה קובעים דיני הנטילה השלטונית הישראליים דרישות הליכיות ובכללן מדידות והכנת תשריטים של המקרקעין המיועדים להפקעה (ס' 1(4) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)); בחינת התאמתם של המקרקעין המיועדים להפקעה למטרת ההפקעה; הערכת פיצויים עבור הזכויות הניטלות; שמיעת התנגדויות לביצוע ההפקעה וכן ניהול משא ומתן מול בעלי הזכויות במקרקעין. להרחבה על אודות הליכים אלה ראו קמר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 243–320; נמדר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 901–922.
- <sup>22</sup> ראו ס' 1(5) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), המטיל חובות גילוי ודיווח על הרשויות.
- <sup>23</sup> ראו ס' 5א לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), המקנה חובת שימוע לבעל הקרקע ולבעל טובת הנאה בקרקע. עוד ראו הולצמן-גזית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 114–117.



לו ליטול בכפייה זכויות במקרקעין.<sup>24</sup> הליכים אלה נועדו לשמר את הבעלים בתמונה, ולחייב את הרשויות הנוטלות את זכויותיו של הפרט במקרקעין להעניק לו קול ונוכחות במסגרת רכישה כפויה זו. הליכים אלה מפחיתים את החשש כי הרשות המפקיעה תעשה שימוש לא ראוי בכוחה השלטוני. הטעם לכך נעוץ בהגברת השקיפות, באספקת המידע על אודות הפרויקט ובנגישות של בעלי הזכויות במקרקעין למקבלי ההחלטות עובר לקבלת ההחלטה בעניין זכויותיהם.

מנגנון ההגנה השני שדיני הנטילה השלטונית מטמיעים במרבית מדינות המערב מוצא ביטוי בתביעה כי הזכויות המופקעות מהבעלים הפרטי תשמנה אך לצורך ציבורי.<sup>25</sup> מנגנון זה הינו תולדה של התפיסה שהפעלתו של כוח שלטוני זה נעוצה במחויבותיו של היחיד כלפי החברה בכללותה. מחויבות זו – הגם כי היקפה שנוי

<sup>24</sup> שם, בעמ' 113–114.

<sup>25</sup> ס' 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) קובע כי שר האוצר יכול להורות על ביצוע נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין ככל שנוכח, "לאחר התייעצות עם הוועדה המייעצת, כי דרוש או נחוץ הדבר לכל צורך ציבורי". הגדרת "צורך ציבורי" בדיני הנטילה השלטונית הישראלים הינו רחב ומותר שיקול דעת רחב בידי שר האוצר, ראו ס' 2 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) וס' 188 לחוק התכנון והבניה. בתי המשפט נמנעו, ככלל, מהעמקת הביקורת השיפוטית על קביעה זו. ראו דברי המשנה לנשיא (כתוארו אז) שמגר בבג"ץ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 141, 147 (1983). אך השוו לדבריה של השופטת (כתוארה אז) בינייש בבג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 718 (2001). בארצות הברית, התיקון החמישי לחוקה האמריקאית קובע כי "nor shall private property be taken for public use, without just compensation". השאלה מהו "שימוש ציבורי" אשר לשמו מוענקת הסמכות לשלטון ליטול בכפייה מקרקעין של הפרט העסיקה רבות את הפסיקה והספרות. ראו לדוגמה Philip Nichols Jr., *The Meaning of Public Use in the Law of Eminent Domain*, 20 B.U. L. REV. 615 (1940); Lawrence Berger, *Public Use Requirement in Eminent Domain*, 57 OR. L. REV. 203 (1978); Thomas W. Merrill, *Economics of Public Use*, 72 CORNELL L. REV. 61 (1986). פסק הדין שהעלה את השאלה הזו למוקד השיח הפוליטי, הציבורי והמשפטי היה Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (2005), שבו קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי פיתוח כלכלי עונה להגדרת הצורך הציבורי הקבוע בתיקון החמישי לחוקה. להרחבה על אודות הטמעת "ציבוריות" המטרה כתנאי סף להכשרתה של נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין במדינות אירופה ראו J.A.M.A. Sluysmans & E.J.L. Waring, *Core Principles of European Expropriation Law*, 5 EUR. PROP. L. J 142, 146–153 (2016).

במחלוקת בין תפיסות קנייניות שונות<sup>26</sup> – היא המעניקה לגיטימציה למעשה הנטילה השלטונית.<sup>27</sup> דרישת "ציבוריות" המטרה שהזכויות במקרקעין ניטלות לשמה נועדה אם כן להגן מפני נטילה שלטונית שמטרתה חורגת ממסגרת מחויבויותיו של היחיד כלפי החברה.

מנגנון ההגנה השלישי הינו דרישת הפיצוי. הדרישה כי בעלי הזכויות הניטלות במקרקעין יפרצו על נטילת הזכויות נועדה, בעיקרה, להבטיח את יעילותו הכלכלית של הליך הנטילה השלטונית.<sup>28</sup> עיקרה של דרישה זו נועד להבטיח כי הרשויות המפקיעות מפנימות את כלל העלויות הכלכליות והחברתיות הכרוכות במימוש הצורך הציבורי, וממילא לוודא כי יישומו של זה ייעשה באופן יעיל.<sup>29</sup>

על מנת להבין טוב יותר כיצד שלושה מנגנוני הגנה אלה מפחיתים את החששות האינהרטיים לדיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין חשוב להבחין כי כל אחד מהם מכיל מעין רצף פנימי הנע בין הגנה נמוכה לגבוהה. כך, לדוגמה, מדינות שונות תובעות קיום של הליכים רבים ומגוונים דוגמת התייעצות עם מומחים,<sup>30</sup> חובות שימוע ואספקת מידע<sup>31</sup> וכן קיומם של הליכים ציבוריים שקופים, החשופים לביקורת ציבורית

<sup>26</sup> ראו דגן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 110. לעניין הגדרתה של החובה המוטלת על בעלי קניין ביחס לחברה בכללותה ראו עוד: Gregory S. Alexander, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, 94 CORNELL L. REV 745 (2009); JOSEPH WILLIAM SINGER, (2001) THE EDGES OF THE FIELD: LESSONS ON THE OBLIGATIONS OF OWNERSHIP.  
<sup>27</sup> ראו בג"ץ 3100/05 שטוקלמן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 23 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 17.08.2009) ("במעשה ההפקעה מתערב השלטון בקניינו של הפרט תוך שלילת זכויותיו במקרקעין והעברתן לקניין הציבור... ההתערבות בקניינו של הפרט נעשית בנסיבות בהן קיים צורך ציבורי במקרקעין הגובר על אינטרס הפרט... אין חולק כי ההפקעה מהווה אמצעי חשוב המסייע למדינה בתהליך פיתוחה...").

<sup>28</sup> ראו לדוגמה DAVID DANA & THOMAS W. MERRILL, PROPERTY: TAKINGS 32–52 (2002).

<sup>29</sup> ש. ראו גם: Thomas J. Miceli, *Compensation for the Taking of Land Under Eminent Domain*, 147 J. INST. THEORETICAL ECON. 354, 355–356 (1991).

<sup>30</sup> ס' 2 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) מכונן "ועדה מייצגת" אשר תכלול, לצד מינויים פוליטיים, גם מינויים מקצועיים. חובתו של שר האוצר התייעץ עם ועדה זו עובר להחלטה על נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין קבועה בס' 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור).

<sup>31</sup> ראו ס' 5 ו-5א לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור).

ושיפוטית.<sup>32</sup> התממשותו של מנגנון הגנה זה, אם כן, אינה בינארית, במובן זה שמדינות שונות עשויות לקיים הליכים מסוימים ולהימנע מאחרים.

דרישת הצורך הציבורי מקיימת אף היא רצף בדבר "ציבוריות" המטרה, כאשר מן הצד האחד עומדים צרכים ציבוריים במובנם ה"קשה" (צרכים ביטחוניים, בטיחותיים, בריאותיים)<sup>33</sup> ומן הצד האחר עומדים צרכים ציבוריים במובן "רך", קרי צרכים אשר בעיקרם משרתים פרטים או גורמים פרטיים, וכדרך אגב מביאים תועלת כלשהי לציבור כולו (על דרך הכלל צרכים אלה יהיו בעיקרם בעלי מאפיינים מסחריים).<sup>34</sup>

<sup>32</sup> להיקף השקיפות ההליכית במדינות השונות בארה"ב ראו Hudson, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1322–1327; לבחינת השקיפות ההליכית בגרמניה והולנד ראו Hoops, לעיל ה"ש 20, בעמ' 248–251.

<sup>33</sup> הדין הישראלי אינו עורך הבחנה, כאמור, בין מידות חיוניותן של המטרות שהמקרקעין ניטלים לשמן, אלא מעניק שיקול דעת רחב לשר האוצר לקבוע את "ציבוריות" המטרה. ראו עניין **לוביאניקר**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 147 ("עניין הצורך הציבורי, שהגדרתו הוזכרה לעיל, מותיר בידי שר האוצר שיקול-דעת רחב, כי אמת המידה, אשר באה לידי ביטוי בהגדרה, הכלולה בסעיף 2 לפקודה, איננה מעוגנת ביסודות אובייקטיביים המצביעים על קיומו של צורך ועל אופיו של הצורך כבעל סממן ציבורי, אלא אישורו של השר בדבר קיומו של צורך ובדבר אופיו הוא שמקנה לו את המעמד של צורך ציבורי. בשל היקפה הרחב של ההגדרה, המקנה לאישורו של השר מעמד של הכרעה החלטית, שאין כאילו להרהר אחריה, נפתחה בעבר הגישה, לפיה לא יתערב בית-משפט זה בשיקוליו של השר, כאשר קבע מטרה פלונית כצורך ציבורי לצורכי הפקודה הנ"ל"). עוד ראו: יפעת הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" **ספר ויסמן: מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן** 73, 77–85 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002). יחד עם זאת, העיסוק במידתיותה של הנטילה השלטונית, תוך שימת דגש על יכולתם של הבעלים לבצע את מטרת ההפקעה באופן עצמי (ראו לעניין זה דנג"ץ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, 82 (1995)), או לחילופין מאפייניו המסחריים של הפרויקט שהמקרקעין ניטלים לשמו (ראו לעניין זה בג"ץ 3028/94 **מהדרין בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד נא(3) 85, 105–107 (1995)), מחדדים את ההבחנה בין מידות ה"ציבוריות" הגלומות בנטילות שלטוניות שונות.

<sup>34</sup> דוגמה בולטת בפסיקה הישראלית ל"ציבוריות" במובן הרך ניתן למצוא בבג"ץ 114/77 **שוורץ נ' שר האוצר**, פ"ד לא(2), 806-807800 (1977). ארבעים שנה מאוחר יותר פסק בית המשפט העליון האמריקאי בעניין Kelo, לעיל ה"ש 25, כי "פיתוח כלכלי", גם אם

דרישת הפיצוי מקיימת רצף בכל הקשור לסעד או הפיצוי שראוי כי ישתלם לבעלי הזכויות הפרטיים. ככלל, הדין הישראלי מבסס סטנדרט פיצוי המושתת על מחיר השוק של הזכויות הניטלות.<sup>35</sup> יחד עם זאת הדין הישראלי מתיר הפחתה של פיצוי במקרים מסוימים,<sup>36</sup> ולחילופין מאפשר הענקת סעד שונה במקרים אחרים.<sup>37</sup> כמו כן, במקרים מסוימים המשפט הישראלי מתיר להגדיל את הפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות במקרקעין מעבר למחירן השוקי של הזכויות – וזאת תוך לקיחה בחשבון של עלויות נוספות הכרוכות בביצועה נטילה שלטונית.<sup>38</sup> הנה כי כן, מנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מבקשים לוודא כי הכוח השלטוני המוענק לרשויות ליטול בכפייה את זכויות הפרטים במקרקעין יופעל באופן ראוי, הוגן ויעיל. ואולם כפי שאראה להלן, הקפדה על רף גבוה בכל אחד ממנגנוני ההגנה עשויה, לעיתים, לרדת לשורש הכוח המוענק לשיטל בכפייה זכויות במקרקעין.

---

נעשה על ידי גורמים פרטיים ומביא להשאת רווחיהם, עונה להגדרת "Public Use" על פי התיקון החמישי לחוקה האמריקאית וניתן ליטול זכויות במקרקעין בגיננו.

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

36 ראו ס' 20(2) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור); ס' 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה.

37 ראו ס' 191 ו-194 לחוק התכנון והבניה; ס' 14 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור); ס' 39 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965.

38 הפסיקה הכירה בזכותם של בעלי זכויות במקרקעין לקבלת פיצויים העולים על מחירן השוקי של הזכויות שניטלו לרבות הוצאות פירוק, הובלה והכשרה של המגורים או העסק החדש, ראו לעניין זה: ע"א 740/75 דוידוביץ נ' אתרים בחוף תל אביב, חברה לפיתוח אתרי תיירות בתל אביב-יפו בע"מ, פ"ד לא(3) 10, 3 (1977); ע"א 361/83 עיריית חיפה נ' אליהו, פ"ד מ(2) 187 (1986); ע"א 10873/06 בכר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו (נבו 22.2.2010); ולאחרונה גם בע"א 3471/11 דוויק נ' מע"צ, החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (נבו 27.01.14).

## ב. מערך יחסי גומלין בין מנגנוני ההגנה המובנים בדיני הנטילה השלטונית

בחלק זה אטען כי הגם שמנגנוני ההגנה המובנים בדיני הנטילה השלטונית מספקים הגנה מפני שלושת החששות העיקריים הכרוכים בנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין פרטיים, הרי שהקפדה על הרף הגבוה בכל השלושה גם יחד עלולה לעיתים לפגוע במטרה שלשמה הוענק כוח שלטוני זה מלכתחילה בידי הרשויות, זאת משום שבמצבי חירום הרשויות עשויות להידרש למקרקעין מסוימים מבלי יכולת לקיים את מכלול ההליכים הנהוגים על ידהן בעיתות שגרה. כך, לדוגמה, בעת מצב חירום ביטחוני המדינה או מי מרשויותיה עשויות להידרש למקרקעין לצורך קיום הצורך הביטחוני, וזאת מבלי שיהיה ביכולתן להשתהות עד לקיומם של כלל ההליכים הנהוגים בשגרה. לחילופין, במקרים מסוימים עשויים דווקא גורמים פרטיים – ולא שלטוניים – להיות אלה אשר ייטיבו את מימוש המטרה שלשמה ניטלו המקרקעין. כך לדוגמה עשויים ספקי תשתיות פרטיים להיטיב להקים תשתיות שונות. גם במקרה זה, העמידה הדווקנית על מימוש המטרות הציבוריות על ידי רשויות השלטון, מבלי לערב גורמים פרטיים, עלולה לפגוע במימוש המטרה הציבורית, או באיכות יישומה. לבסוף, במקרים אחרים עשויה רשות שלטונית להידרש לאספקת שירותים ומצרכים לתושבים מבלי שיש בקופתה די משאבים לצורך תשלום פיצוי מלא על פי שוויין של הזכויות במקרקעין הנדרשות לשם כך. במצב זה עלולות רשויות להימנע מלספק לתושביהן את השירותים החיוניים, וזאת אך מפני שלא יהיה באפשרותן לשלם את מלוא הפיצוי לבעלי הזכויות במקרקעין. מצבים אלה הינם מצבים "לא מושלמים" המחייבים בחינה של רציות ההקפדה על יישומם של מנגנוני ההגנה בדיני הנטילה השלטונית ללא קשר לנסיבות העניין.

בחלק זה של המאמר אטען כי הרציונל המצדיק את הטמעת מנגנוני ההגנה האמורים בדיני הנטילה השלטונית הוא זה המצדיק, במקרים מסוימים, הקלה ביישומם. כאמור, בבסיס הטמעתם של מנגנוני ההגנה עומד הרצון להבטיח כי נטילת זכויותיו של הפרט במקרקעיו תיעשה באופן ראוי בשלושת המישורים שפורטו לעיל, אולם הניסיון להבטיח יישום ראוי של כוח השלטון ליטול זכויות במקרקעין מותנה בהכרה הבסיסית כי יש לאפשר לשלטון לספק לחברה את צרכיה החיוניים. עמידה דווקנית ונוקשה על יישומם של מנגנוני ההגנה ברף הגבוה עלולה לפגוע ביכולתו של השלטון לספק צרכים חיוניים אלה, וממילא יש בה כדי לערער את ההנחה העומדת בבסיס הטמעתם של מנגנוני ההגנה אל דיני הנטילה השלטונית. הבנה זו מצריכה, אם כן, מציאת איזון בין חובתו של השלטון לספק לחברה את צרכיה החיוניים ובין הרצון להבטיח כי חובה זו תוגשם באופן ראוי. איזון זה יעמוד במוקד חלק זה.

על מנת להשיג איזון זה ראוי לבחון את מהות ההגנה שמספק כל אחד ממנגנוני ההגנה. כאמור, כל אחד מהם מספק הגנה מפני חשש מרכזי הטבוע בהענקת הכוח לטול זכויות במקרקעין לשלטון: הדרישות ההליכיות ושימור נוכחותם של בעלי

המקרקעין בתמונה נועדו להפחית את החשש מפני השחתת הכוח השלטוני; דרישת הצורך הציבורי נועדה להבטיח את הוגנות ההליך ואילו דרישת הפיצוי נועדה, בעיקרה, להבטיח כי ההליך כולו יהיה יעיל. ואולם הגם כי כל אחד ממנגנוני ההגנה מעניק הגנה מסדר ראשון מפני אחד מהחששות המובנים במימושה של נטילה השלטונית, הרי שכל אחד מהם מגן, גם אם בסדר שני, כנגד יתר החששות. למעשה כל אחד מהם מגן, במידה שונה, כנגד כל אחד מהחששות האינהרנטיים בנטילה שלטונית. הטמעת הדרישות ההליכיות אל דיני הנטילה השלטונית מספקת הגנה מסדר ראשון מפני השחתת הכוח השלטוני,<sup>39</sup> ואולם קיומם של הליכים אלה מספק הגנה, גם אם מסדר שני, כנגד יתר החששות האינהרנטיים בנטילה של זכויות הפרט במקרקעין. קיומם של הליכים, כאמור, מפחית את החשש מפני היעדר הוגנות במימוש הכוח השלטוני, כיוון שהליכים שקופים, המשתפים את הציבור, יחייבו את הרשויות לשמור על איזונים ביחס לנטלים המושטים על הפרטים בחברה.<sup>40</sup> החשש מפני הטלה לא מאוזנת של נטלים, אם כן, פוחת שעה שהרשויות תידרשנה להצדיק את החלטותיהן, וחשוב לא פחות, מעשיהן יהיו גלויים וחשופים לביקורת ציבורית ומשפטית. הקפדה על הליכים מפחיתה כאמור גם את החשש מפני היעדר יעילות במימושה של נטילה שלטונית; הטעם לכך נעוץ בהיות הליכים אלה זירה שבה הצדדים יכולים לחשוף זה בפני זה את העלויות הכרוכות במימוש הנטילה השלטונית. ככל שהחשש העיקרי מפני היעדר היעילות בנטילות שלטוניות נעוץ ב"אשליה הפיסקלית" שהרשויות עלולות להיקלע אליה בעת הפעלת כוחן, הרי שהליכים שבעלי הזכויות במקרקעין מעורבים בהם – וחשוב לא פחות, כאלה שניתנת בהם לאותם בעלים הזכות להשמיע בפני הרשות את טענותיהם, לרבות חשיפת הערכים שזכויות אלה מקיימות עבורם – מפחיתים במידה רבה את החשש מפני התעלמות הרשויות מערכים אלה.<sup>41</sup>

הדברים נכונים גם ביחס למנגנון ההגנה השני, המתבסס על הטמעת הדרישה של הצורך הציבורי. כאמור, החשש העיקרי שדרישה זו מגינה מפניו מסדר ראשון הוא הוגנות הנטילה השלטונית<sup>42</sup> בכך שהיא מספקת בסיס רעיוני להקרבה הנתבעת מהיחידים בחברה, ולמעשה מבהירה את גבולות ההקרבה הזו. אולם עיון מעמיק יותר

<sup>39</sup> ראו Hudson, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1287.

<sup>40</sup> הנחה זו נובעת מההכנה כי הליכים הנתונים לביקורת ציבורית ומשפטית יהיו קשובים יותר להתנגדות ציבורית מחד גיסא, ויאפשרו את התגבשותה של התנגדות או מחאה ציבורית, כאמור, מאידך גיסא (זאת בשל חשיפת הציבור למידע).

<sup>41</sup> החשש מפני אשליה פיסקלית מתמתן שעה שהרשויות המפקיעות תיחשפנה לערכי הזכויות במקרקעין במהלך ההליכים. ראו לעניין זה Shai Stern, *Remodeling Just Compensation: Applying Restorative Justice to Takings Law Doctrine*, 30(2) J. L. & JURIS. 413 (2017).

<sup>42</sup> ראו Heller & Krier, לעיל ה"ש 17.

מגלה כי דרישה זו מספקת הגנה, גם אם מסדר משני, מפני שני החששות האחרים האינהרנטיים לנטילה שלטונית: החשש מפני השחתת הכוח שלטוני ויעילותו של ההליך. הדרישה כי נטילת זכויות של פרטים במקרקעין תיעשה אך לצורך ציבורי מפחיתה את החשש מפני שימוש לרעה בכוח שלטוני שכן היא מצמצמת את מרחב המטרות והשימושים שלשמן השלטון יכול ליטול זכויות של פרט במקרקעין. הגם כי מדובר בהגנה מסדר משני בלבד, הרי שהגבלת מטרותיה של נטילה שלטונית במקרקעין מפחיתה במידה ניכרת את יכולתו של השלטון לעשות בזכויות הניטלות כרצונו. דרישה זו מפחיתה גם את החשש מפני היעדר היעילות במימושה של נטילה שלטונית, שכן ההצדקה לעשות שימוש בכוח השלטוני ליטול בכפייה זכויות במקרקעין נעוץ באבחון כשל שוק אשר ימנע את מימושו של הצורך ללא התערבות ממשלתית. במקרים שבהם ניתן להתגבר על כשלי השוק ללא מעורבות ממשלתית – כלומר במקרים שבהם הפרויקטים אינם טובין ציבוריים, אלא טובין פרטיים – אין כל הצדקה כלכלית לשימוש בכוחה הכופה של המדינה לצורך הוצאתם אל הפועל.<sup>43</sup>

לבסוף, דרישת הפיזיו אומנם נועדה, בראש ובראשונה, להבטיח את יעילותו של הליך הנטילה השלטונית, אולם יש בה כדי להפחית גם את החששות מפני השחתת הכוח השלטוני והיעדר ההוגנות בהליך. הדרישה לפיזיו מפחיתה את החשש מפני השחתת הכוח השלטוני כיוון שהיא מצמידה תג מחיר כלכלי לפעולת הרשות. הצמדה זו מצמצמת, גם אם אינה מאיינת לחלוטין, את התמריץ המוקנה לרשויות לנצל את כוחם למטרות שאינן ראויות שכן מעתה פעולה זו כרוכה בתשלום עבור הזכויות הניטלות. דרישת הפיזיו מצמצמת אף את היעדר ההוגנות של הליך הנטילה השלטונית, בעיקר בכל הקשור לחשש מפני הטלת נטל לא מאוזן על כתפי היחידים לשאת בצורכי החברה בכללותה. תביעת הפיזיו מפחיתה חשש זה כיוון שהיא מקנה ליחידים אשר זכויותיהם במקרקעין ניטלות לצורך אספקת צורכי החברה פיזיו עבור, לכל הפחות, חלק מערכן של זכויות אלה.<sup>44</sup> במצב דברים זה, הפיזיו משמש כאיזון הנטל המוטל

<sup>43</sup> RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 166–168 (1985). לטענה בדבר היעדר היעילות הכרוך בשימוש בכוח הנטילה השלטונית לצורך הוצאתם אל הפועל של פרויקטים פרטיים ולמודל המציע פתרון לכשלי השוק הכרוכים בכך ראו עוד אירית חביב סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא(3) 449, 459–460 (1998); Lehavi & Licht, לעיל ה"ש 19, אך השור Abraham Bell, *Private takings*, 76 U. CHI. L. REV. 517 (2009).

<sup>44</sup> לטיעון בדבר ההגנה שהפיזיו מעניק מפני הטלה לא שוויונית של הנטל על בעלי מקרקעין ראו לדוגמה ע"א 5964/03 עיזבון ארידור נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד ס(4) 437, 484 (2006) ("היבט אחר של הפיזיו הוא בחלוקה הוגנת של הנטל הציבורי. עקרונות

על בעלי הזכויות במקרקעין, וממילא מפחית את החשש כי אלה ייאלצו לשאת במלוא הנטל לצורך אספקת צורכי החברה.

העובדה כי כל אחד ממנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מעניק הגנה, ולו חלקית, ביחס למכלול החששות האינהרנטיים לנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין מאפשרת להכיר בקיומו של מערך יחסי גומלין בין מנגנוני הגנה אלה – וממילא, מאפשרת הקלה מסוימת ביישומם המלא בנסיבות מסוימות. מערך יחסי הגומלין האמור וההגנה שכל אחד מהמנגנונים מספק מאפשרים להקל במידת מה את הרף באחד מהם, תוך הנחה כי החשש שמפניו הוא נועד להגן יתמתן באמצעות הקפדה על רף גבוה בשני המנגנונים האחרים. משמעות הדברים הינה כי נטילה שלטונית עשויה להיות לגיטימית גם אם אחד ממנגנוני ההגנה יושם אך באופן חלקי, זאת כל זמן ששני המנגנונים האחרים יושמו באופן מלא.

הבנה זו של מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים בדיני הנטילה השלטונית קוראת לדחות את ההגנה האולטימטיבית – אך האוטופית – המשתמעת מהטמעת מנגנונים אלה בדיני הנטילה השלטונית, ולהכיר ביחסי הגומלין בין המנגנונים כאמצעי לריפוי פגמים אפשריים באחד מהם. הכרה זו מותנית, עם זאת, בשני תנאים מצטברים: הראשון, כי כל מנגנוני ההגנה יתקיימו לכל הפחות חלקית, ואילו השני, כי הקלה מסוימת ברף היישום של אחד מהם תחייב הקפדה על רף גבוה ביישומם של שני האחרים. כך לדוגמה, ככל שמצב חירום ידרוש התפשרות מסוימת במימוש כלל הדרישות הפרוצדורליות הנהוגות בימי שגרה, הרשויות הנוטלות את מקרקעיו של הפרט תידרשנה להקפיד על קיום שני מנגנוני ההגנה האחרים ברף גבוה. כך, נטילות שלטונית מעין אלה תתבצענה רק למטרות ציבוריות חיוניות ביותר,<sup>45</sup> וכן תמורת פיצוי מלא של בעלי הזכויות במקרקעין. הדברים נכונים גם ככל שהתפשרות מסוימת נדרשת באחד משני מנגנוני ההגנה האחרים.<sup>46</sup>

המודל המוצע במאמר זה, אם כן, מאפשר הכרה בכוחן השלטוני של רשויות ליטול בכפייה מקרקעין פרטיים – גם שעה שאחד ממנגנוני ההגנה המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית מתקיים אך באורח חלקי. תפיסה של שלושת מנגנוני ההגנה – הפרוצדורלי, הצורך הציבורי והפיצוי – כמכלול שנועד להגן על הכוח השלטוני לנטילת זכויות במקרקעין מפני חששות אינהרנטיים להפעלתו של כוח זה, מכירה בקיומו של מערך

---

האחריות המשותפת שבבסיס התנהלותה של החברה מחייבים כי צורכי הציבור ימומנו על ידי החברה כולה. פסיקתנו שבה והדגישה כי מעשה של הפקעה גורר עמו חובה של פיצוי, וכי מתן פיצוי לנפקע נועד, בין היתר, לפזר את הוצאות הציבור על הציבור ולמנוע התעשרותו של הציבור על חשבוננו של הנפקע".

<sup>45</sup> לדוגמה מטרות ציבוריות המחויבות לצורך הגנה על ביטחון הציבור, בטיחותו המיידית, בריאות הציבור וכיו"ב.

<sup>46</sup> להרחבה ראו שטרן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 53–55.



יחסי גומלין המאפשר התמודדות עם מציאות שאינה מושלמת. מנגנוני ההגנה, כמו גם מערך יחסי הגומלין הפועל ביניהם, הם הם עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית. חלקו הבא של המאמר יבחן האם חוק ההסדרה מקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית.

## ג. חוק ההסדרה: הפקעה רטרואקטיבית של זכויות במקרקעין

חוק ההסדרה נועד להכשיר בדיעבד תפיסת מקרקעין על ידי מתיישבים ישראלים בשטחי יהודה ושומרון, הגם כי מקרקעין אלה מצויים בבעלותם של בעלים פלסטיניים.<sup>47</sup> חוק זה חוקק בתגובה לקבלתן של עתירות אחדות שעניינן פינוי מתיישבים ישראלים ממקרקעין השייכים לבעלים פלסטיניים, וזאת גם ככל שפינוי זה כולל הריסה של מבנים שנבנו במקרקעין. כך לדוגמה, בג"ץ נעתר לעתירותיהם של בעלי מקרקעין פלסטיניים שתבעו את פינוי המתיישבים הישראלים בשכונת האולפנה<sup>48</sup> ובבתי דריינוף בבית אל,<sup>49</sup> במאחז עמונה<sup>50</sup> וביישוב עופרה.<sup>51</sup> קבלת עתירות אלה, וההערכה כי ברחבי יהודה והשומרון קיימים עוד כ-2,000 מבנים על מקרקעין השייכים לבעלים פלסטיניים פרטיים, הביאה את המחוקק הישראלי לנסות להכשיר, בדיעבד, את תפיסת המבנים, ובעיקר למנוע את פינוי המתיישבים הישראלים מהמקרקעין שתפסו.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, שם; דברי הסבר להצעת חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, לעיל ה"ש 2, שם.

<sup>48</sup> בג"ץ 9060/08 עבדאללה נ' שר הביטחון, פ"ד סה(2) 669 (2012).

<sup>49</sup> בג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון (נבו) 08.09.2014.

<sup>50</sup> בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (נבו) 25.12.2014.

<sup>51</sup> בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון (נבו) 08.02.2015.

<sup>52</sup> ראו את דברי ההסבר להצעת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 44 ("מטרת הצעת החוק היא להסדיר את מעמדם של יישובים ישראלים ביהודה והשומרון (להלן – האזור), כדי לאפשר את המשך ביסוס ופיתוח ההתיישבות הישראלית באזור. במקרים רבים, נבנו יישובים באזור בהסכמה ואף בעידוד ובהשתתפות המדינה, או בתום לב של האזרחים הישראלים שבנו את היישוב, ולא היו מודעים לכך שמדובר במקרקעין בבעלות פרטית. הותרת המצב ביישובים אלו כפי שהוא היום או הריסתם

ההליכים שקדמו לחקיקת החוק ארכו זמן רב. עוד משנת 2012 קידמו חברי כנסת הצעות חוק שנועדו להכשיר תפיסת מקרקעין ביהודה והשומרון בדיעבד,<sup>53</sup> אולם רק בשנת 2017 אישרה הכנסת את החוק. חוק ההסדרה קובע כי הרשויות המוסמכות באזור, קרי מפקד הכוחות הצבאיים באזור, רשאים ליטול את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין אשר נתפסו על ידי מתיישבים ישראלים ונבנתה עליהם התיישבות.<sup>54</sup> החוק שולל את שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות באזור בכל הקשור להקצאת הזכויות שהן נטלו לצורכי התיישבות הבנויה במקרקעין.<sup>55</sup> בנוסף, החוק שולל כל הליך המערב את בעלי הזכויות במקרקעין עובר להפקעת זכויותיהם. כך, ובשונה מדיני הנטילה השלטונית הנוהגים בישראל המקנים זכות שימוע לבעלים,<sup>56</sup> החוק מאשר נטילה שלטונית בדיעבד של זכויות במקרקעין, וזאת תוך שלילת מעורבות כלשהי של בעלי הזכויות בהליכי הנטילה השלטונית.

אולם סטייתו של החוק מדיני הנטילה השלטונית הנוהגים בישראל לא תמה בשלילת מעורבותם של בעלי הזכויות בהליכים שקודמים לביצוע הנטילה. גם בכל הקשור לפיצוי שהחוק מעניק לבעלי הזכויות במקרקעין בגין נטילת זכויותיהם החוק קובע הסדר משפטי ייחודי שעל פיו החוק פורץ את סטנדרט הפיצוי המשתלם עבור נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין – קרי, מחירן השוקי של הזכויות.<sup>57</sup> החוק קובע כי תמורת נטילתן של זכויותיהם במקרקעין יהיו בעלי הזכויות זכאים לפיצוי באחד משני אופנים: הראשון, תשלום דמי שימוש שנתיים בשיעור של 125% מ"ערכם

---

עלולה לגרום לפגיעה קשה ולא מוצדקת במי שמתגורר בהם שנים רבות. לפיכך, נדרשת הסדרה של אותם היישובים".

<sup>53</sup> ראו לדוגמה הצעת חוק ההסדרה על מחזיקים במקרקעין ביהודה והשומרון, התשע"ב-2012, פ/4384/18.

<sup>54</sup> ס' 3 לחוק ההסדרה.

<sup>55</sup> שם.

<sup>56</sup> ראו ס' 5א לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור).

<sup>57</sup> אשר לסטנדרט הפיצוי בדיני הנטילה השלטונית ראו ס' 12 ו-20 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור); ס' 190 לחוק התכנון והבניה. לדיון רחב על אודות סטנדרט הפיצוי הנוהג בישראל עבור נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין ראו עוד שי שטרן "פיצוי נאות: על סעדים וצדק בדיני הנטילה השלטונית בישראל" עיוני משפט מא 141 (2018).

הראוי"<sup>58</sup>, והשני, הקצאת קרקע חלופית.<sup>59</sup> בהיבט זה, ייחודו של ההסדר הוא בכך שבניגוד לפקודת הקרקעות אשר קובעת אפשרות לסטות מהמחיר השוקי של הזכויות באופן נקודתי (משהדבר נדרש לאור הנסיבות), הסדר זה קובע סטנדרט פיצוי גבוה ממחיר השוק כברירת המחדל. עניין הפיצוי המשתלם לבעלי הזכויות במקרקעין הוא גם המקום היחיד בחוק שלבעלי הזכויות במקרקעין מוענקת בו אפשרות להתנגד או להביע את עמדתם לגבי הסדרי החוק. כך, החוק מקים ועדת שומה שתפקידה לקבוע את ערכם הראוי של דמי השימוש השנתיים או את המקרקעין החלופיים שיוקצו לבעלי הזכויות במקרקעין.<sup>60</sup> במסגרת זו מוקנית לבעלי הזכויות זכות טיעון ושימוע, ועדת השומה מחויבת לממשא עובר לקבלת החלטה בעניין.<sup>61</sup> במקביל, החוק מקים גם ועדת השגות על החלטותיה של ועדת השומה שבעלי הזכויות במקרקעין הרואים עצמם נפגעים מהחלטות ועדת השומה יכולים לפנות אליה.<sup>62</sup> זכויות הליכיות אלה מסתכמות, כאמור, אך בשאלת הפיצוי, היקפו או טיבו. החוק מונע כל מעורבות של בעלי הזכויות במקרקעין בהליכים אחרים עובר לביצוע הנטילה השלטונית או במהלכה.

חקיקת חוק ההסדרה בשנת 2017 עוררה סערה פוליטית, משפטית וציבורית גם יחד.<sup>63</sup> כנגד החוק הוגשו עתירות מספר אשר התמקדו בשני קווי טיעון עיקריים: חריגת החוק מכללי המשפט הבינלאומי ופגיעתו בזכויות בעלות מעמד חוקתי.<sup>64</sup> ההתנגדות לחוק במישור הבינלאומי עסקה בעיקרה בשאלת סמכותה של ישראל לחוקק חוקים דוגמת חוק ההסדרה בשטחי יהודה ושומרון, וזאת בשל מעמדו המשפטי של האזור מבחינת המשפט הבינלאומי.<sup>65</sup> ההתנגדות לחוק במישור החוקתי נובעת מהטענה כי החוק והוראותיו פוגעים בשורה של זכויות אדם חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במישור זה נטען כי החוק פוגע בעיקר בזכות לקניין, שוויון וכבוד

<sup>58</sup> ס' 8(א) לחוק ההסדרה. בחוק לא הוקנתה זכות לדמי שימוש עבור התקופה שבה נתפסה הקרקע לפני חקיקת החוק וההכרזה על נטילת הקרקע.

<sup>59</sup> ס' 8(א) לחוק ההסדרה, הקובע כי "ככל שהדבר אפשרי בנסיבות העניין" יוכל בעל הזכויות במקרקעין לבחור לקבל את הפיצוי בקרקע חליפית ולא בתשלום כספי.

<sup>60</sup> ס' 9 לחוק ההסדרה.

<sup>61</sup> ש.ם.

<sup>62</sup> ס' 10 לחוק ההסדרה.

<sup>63</sup> כהן, לעיל ה"ש 3; תגובת עדאלה, לעיל ה"ש 3; רוטמן, לעיל ה"ש 3; בל, לעיל ה"ש 3; חוות דעתו של קונטרוביץ, לעיל ה"ש 3.

<sup>64</sup> עניין **סלואד**, לעיל ה"ש 2, בפס' 22 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>65</sup> ראו לעניין זה חוות דעתו של היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 3-5; כתב העתירה בעניין **יברוד**, לעיל ה"ש 4, בס' 272-286; כתב העתירה בעניין **סלואד**, לעיל ה"ש 4, בס' 40-60; בקשת ידיד בית המשפט, לעיל ה"ש 4, בס' 96-105.

האדם.<sup>66</sup> מאמר זה יעסוק רק בקו הטיעון השני שהועלה כנגד החוק, קרי, הפגיעה בזכויות החוקתיות של בעלי המקרקעין, בדגש על הזכות לקניין.

בחודש יוני 2020 פרסם בג"צ את הכרעתו בעתירות שהוגשו נגד החוק. בית המשפט נמנע מלהתמודד עם הטענות הקשורות לסמכותה של כנסת ישראל לחוקק חוקים המשפיעים על משטר המקרקעין ביהודה ושומרון,<sup>67</sup> וחלף זאת בחר למקד את הביקורת השיפוטית שערך על חוק ההסדרה בשאלת חוקתיותו של החוק, ופגיעתו בזכויותיהם של בעלי המקרקעין הפלסטיניים לקניין ושוויון.<sup>68</sup> בית המשפט קבע כי ההסדרים המשפטיים של חוק ההסדרה ממקמים אותו, הלכה למעשה, בדיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין. הבנה זו, כך קבע בית המשפט, מחייבת כי הביקורת השיפוטית על חוק ההסדרה תצא מנקודת הנחה כי הוא פוגע בזכותם של בעלי המקרקעין הפלסטיניים לקניין, וכי על מנת שפגיעה זו תוכשר עליו לעמוד ב"עקרונות היסוד המוכרים והמקובלים בדיני ההפקעה".<sup>69</sup> ואולם בית המשפט קבע בדעת רוב כי לא מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה ובין הנזק שעלול להיגרם לזכויות החוקתיות, וזאת מבלי להציג תשתית נורמטיבית סדורה המובילה למסקנה זו. חלף זאת פנה בית המשפט אל מבחן המידתיות השלישי, "מבחן המידתיות במובן הצר", וקבע, בדעת רוב, כי לא מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה ובין הנזק שעלול להיגרם לזכויות החוקתיות.<sup>70</sup> דעת הרוב אף מחזקת קביעה זו באמצעות סקירה של מנגנונים קנייניים אחרים אשר לטענת בית המשפט יכולים היו לשמש לצורך השגת תכלית החקיקה, וזאת בפגיעה נמוכה יותר בבעלי המקרקעין.<sup>71</sup> כך קבע בית המשפט כי קיומם של מנגנונים קנייניים דוגמת "תקנת שוק",<sup>72</sup> התיישנות רוכשת<sup>73</sup> או דיני בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת<sup>74</sup> – הגם כי אין הם מספקים מנגנון אחיד להשגת תכלית החקיקה כפי שמציע חוק ההסדרה – יש בהם כדי להצביע על היעדר מידתיותו של חוק ההסדרה, וממילא להצדיק את בטלותו.<sup>75</sup> מסקנתו של בית המשפט בעניין סלואד, אם כן, הינה שמנגנון הנטילה השלטונית הקבוע בחוק

<sup>66</sup> ראו חוות דעתו של היועמ"ש לכנסת, לעיל ה"ש 4, בעמ' 9–12; בקשת ידיד בית המשפט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 15–34.

<sup>67</sup> עניין **סלואד**, לעיל ה"ש 2, בפס' 32–33 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>68</sup> שם, בפס' 108 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>69</sup> שם, בפס' 79 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>70</sup> שם, בפס' 106 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>71</sup> שם, בפס' 95–99 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>72</sup> ס' 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

<sup>73</sup> ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967.

<sup>74</sup> ס' 21–23 לחוק המקרקעין.

<sup>75</sup> עניין **סלואד**, לעיל ה"ש 2, בפס' 89, 95–97, 106 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

ההסדרה אינו מידתי, ולפיכך החוק פוגע באופן שאינו חוקתי בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין הפלסטיניים ודינו להתבטל.

במאמר זה אני טוען כי מסקנתו של בית המשפט ביחס לחוק ההסדרה נכונה במובן זה שהסדר המוצע בחוק אינו מידתי ופוגע בבסיס הדמוקרטי המבנה את כוחו של השלטון ליטול בכפייה זכויות במקרקעין; יחד עם זאת ההצדקה שבה בחרה דעת הרוב לתמוך מסקנה זו שגויה נורמטיבית, ואינה רצויה מבחינה משפטית, פוליטית וציבורית. החלטתו של בית המשפט לבסס את הכרעתו בדבר פסילתו של חוק ההסדרה על מבחן המידתיות במובן הצר – מבחן עמום המשקף הכרעה ערכית<sup>76</sup> – מערערת לא רק על לכידות ההכרעה המשפטית בשאלה זו,<sup>77</sup> אלא גם על מידת הלגיטימציה המוענקת לה מבחינה פוליטית, ציבורית ומשפטית. יתרה מזאת, החלטה זו מוקשית עוד יותר נוכח קביעתה הברורה של הנשיאה חיות בדעת הרוב כי "מנגנון ההסדרה הקבוע בחוק ככל שהדבר נוגע לנטילה שלטונית כפוייה אינו עונה, אפוא, על עקרונות היסוד המוכרים והמקובלים בדיני ההפקעה".<sup>78</sup> בחירתו של בית המשפט לפנות אל מבחן המידתיות במובנה הצר – מבחן המושתת, כאמור, על תפיסות ערכיות לבר משפטיות – חלף בחינה מעמיקה של אותם עקרונות יסוד מוכרים ומקובלים בדיני הנטילה השלטונית, מייצרת מחלוקת במקום שבו נראה כי זו אינה צריכה להתגלע. בחירה זו נמנעת מבירור נורמטיבי סדור של הוראות החוק והשלכותיהן. כפי שאבקש להראות בפרקים הבאים, הבנת עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, וחשוב לא פחות של מערך יחסי הגומלין שהם מקיימים, לא רק תעניק לבתי המשפט כלים איכותיים לבחינת כשרותן של נטילות שלטוניות של זכויות במקרקעין, אלא אף תאפשר הכרעה ברורה ולכידה יותר בנסיבותיו של כל עניין. עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, ומערך יחסי הגומלין שהם מקיימים, מספקים מודל לביקורת שיפוטית סדורה אשר אינו כפוף לקיומם או להיעדרם של מנגנונים קנייניים חלופיים.

<sup>76</sup> ראו לעניין זה אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 422 (2010) ("מבחן זה משווה את האפקט החיובי של הגשמת מטרות החוק עם האפקט השלילי של הפגיעה בזכות החוקתית. זוהי השוואה בעלת אופי ערכי. היא נועדה לקבוע אם היחס בין התועלת לבין הנזק הוא ראוי. כה חזק הוא ההיבט הערכי של מבחן זה, עד כי השופט מ' חשין ציין כי 'ראוי הוא כי יכונה מבחן המידתיות 'במובנו הערכי'. עניינו של מבחן זה הוא בערכים, וכך ראוי הוא כי נכנהו'").

<sup>77</sup> עניין **סלואד**, לעיל ה"ש 2, בפס' 43–50 לפסק הדין של השופט סולברג.

<sup>78</sup> שם, בפס' 79 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

## ד. חוק ההסדרה ודיני הנטילה השלטונית

כפי שקבע בית המשפט בעניין סלואד, חוק ההסדרה – המאפשר לרשויות ליטול את זכויות ההחזקה והשימוש במקרקעין המשמשים, נכון למועד חקיקת החוק, להתיישבות ישראלית – משייך עצמו לדיני הנטילה השלטונית.<sup>79</sup> האם חוק ההסדרה מקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית? כאמור, חוק ההסדרה מתיר לרשויות המוסמכות ליטול את זכויות השימוש והחזקה של בעלים פרטיים במקרקעין אשר נתפסו ויושבו על ידי אחרים.<sup>80</sup> נטילת זכויות במקרקעין בדיעבד, כאשר זהותם של הבעלים הפרטיים ברורה, מקימה את מכלול החששות האינהרנטיים לנטילה שלטונית של זכויות במקרקעין. בין היתר, פעולה זו מעלה חשש בדבר השחתת השימוש בכוח השלטוני, שכן היא פוסחת על ההליכים המקדימים שרשות המבקשת ליטול זכויות במקרקעין פרטיים נתבעת לעמוד בהם. זאת ועוד, נטילה שלטונית הנעשית בדיעבד, קרי לאחר שהזכויות במקרקעין כבר נתפסו ונעשה בהן שימוש על ידי מי שאינו בעל הזכויות החוקי, מקימה חשש של העדפת מקורבים לכוח. הדברים מתחדדים עוד יותר שעה שחוק ההסדרה נועד לחול על מקרקעין המצויים ביהודה ושומרון – אזור שמתקיימות בו זו לצד זו אוכלוסיות בעלות מידה שונה מהותית של קרבה לשלטון הישראלי.<sup>81</sup>

האם נטילה שלטונית בדיעבד של זכויות במקרקעין שומטת בהכרח את הקרקע תחת כשרותו של המעשה השלטוני? בהתאם למודל המוצע במאמר זה, התשובה לשאלה זו תלויה בשתיים: ראשית, בשאלה האם החוק מורה על קיומם של הליכים שקופים המאפשרים מעורבות של בעלי הקניין – גם אם באופן חלקי או מצומצם – או שמא הוא מונע הליכים אלה לחלוטין; שנית, אם אכן ניתן להצביע על קיום, ולו חלקי ומצומצם, של הליכים, בשאלה האם שני מנגנוני ההגנה האחרים מתקיימים ברף גבוה.

עיון בהוראותיו של חוק ההסדרה מגלה כי התשובה לשאלת קיומם של הליכים שקופים – כאלה שעומדים בבסיס המנגנון הפרוצדורלי – הינה שלילית. הליכי הנטילה השלטונית של הזכויות במקרקעין הקבועים בחוק ההסדרה הינם מוחלטים, ומונעים כל השתתפות של בעלי הזכויות במקרקעין בהליכים עובר לביצוע הנטילה השלטונית

<sup>79</sup> שם, בפס' 64 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>80</sup> ס' 3 לחוק ההסדרה.

<sup>81</sup> מבחינה זו, החשש מפני השימוש בכוחו הכופה של השלטון ליטול זכויות במקרקעין של אחד והענקתם לאחר המקורב לשלטון מתחזק כאשר החוק מורה על נטילה של זכויות בעלי מקרקעין פלסטיניים והענקתם, בדיעבד, למתיישבים ישראלים.

ובמהלכה.<sup>82</sup> למעשה, החוק מונע מבעלי המקרקעין, או מכל גורם בעל עניין אחר, להשיג על ההליכים או על הקריטריונים השונים המפורטים בחוק לצורך הכשרת הנטילה השלטונית.<sup>83</sup> נכונותו של החוק להקנות לבעלי הזכויות במקרקעין מעמד בכל הקשור לשומת הפיצוי שהם זכאים לו לפי חוק אינה מקהה את החשש בדבר השחתת הכוח השלטוני.<sup>84</sup> ככל שמטרתו של מנגנון ההגנה הפרוצדורלי הינה מניעת ההשחתה של הכוח השלטוני, ברי כי מעורבות מאוחרת זו של בעלי הקניין בהליך – מעורבות אשר אינה באה לידי ביטוי בהחלטה על ביצוע הנטילה השלטונית ובמהלכה – אינה יכולה למנוע או למתן חשש זה. יחד עם זאת, כאמור, גם ככל שנכיר במעורבות מצומצמת זו של בעלי הקניין בהליך כמקיימת חלקית את מנגנון ההגנה הפרוצדורלי לא יהיה בכך כדי לשנות את המסקנה כי חוק ההסדרה כושל מלעמוד בעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית. הטעם לכך נעוץ במערך יחסי הגומלין שעליו הצביע מאמרו זה ואשר תבע כי ככל שאחד ממנגנוני ההגנה מתקיים ברף נמוך, על השניים האחרים לקיים רף גבוה. כפי שנראה להלן, חוק ההסדרה כושל מלעמוד ברף הגבוה של דרישת הצורך הציבורי.<sup>85</sup>

על פי המודל המוצע במאמר זה, ככל שהצורך הציבורי שהרשות מבקשת לממש באמצעות נטילה שלטונית קרוב יותר אל קוטב הציבוריות ה"קשה", יש לראות בכך יישום רף גבוה של דרישת הצורך הציבורי. מאידך גיסא, ככל שהצורך הציבורי יהא קרוב יותר אל קוטב הציבוריות ה"רכה", אזי הגם כי אין בכך כדי לשלול לחלוטין את ציבוריותו של הצורך הרי שיש בכך כדי לקבוע שיישומו של מנגנון הגנה זה הינו חלקי.

ניסיון למקם את המטרה שלשמה ניטלות הזכויות במקרקעין מתוקף חוק ההסדרה מעלה כי ככל שניתן לאתר סממנים ציבוריים במטרה זו, הרי שאלה ממקמים אותה סמוך לקוטב הציבוריות ה"רכה". הטעם לכך הוא כי באמצעות חוק ההסדרה המחוקק הישראלי מבקש להפקיע, בדיעבד, זכויות במקרקעין של בעלי זכויות פרטיים לצורך הסדרת מגוריהם של פרטים אחרים. אומנם, נטילה שלטונית של זכויות הפרט

<sup>82</sup> ס' 3 לחוק ההסדרה שולל שיקול דעת של הרשויות המוסמכות לפעול באזור וסעיפי החוק אינם כוללים כל התייחסות למעורבות של בעלי הזכויות במקרקעין במסגרת הליכי הנטילה השלטונית.

<sup>83</sup> עניין **סלואד**, לעיל ה"ש 2, בפס' 100 לפסק הדין של הנשיאה חיות. בהקשר זה ראוי להעיר כי גם אילו היה החוק מקנה מעמד פורמלי לבעלי הזכויות במקרקעין עובר לביצוע ההפקעה, לדוגמה באמצעות זכות לשימוע, ספק אם היה ניתן לראות בכך הטמעה מלאה של מנגנון ההגנה למניעת השחתה של הכוח השלטוני, וזאת בשל הקשיים האינהרנטיים של האוכלוסייה הפלסטינית למימוש ראוי של מעמד זה.

<sup>84</sup> ס' 9 לחוק ההסדרה.

<sup>85</sup> בכל הקשור למנגנון הפיצוי, חוק ההסדרה אכן עומד ברף הגבוה בכך שהוא מציע פיצוי העולה כדי 125 אחוזים משווי השוק של הזכויות הניטלות. ראו ס' 8 לחוק ההסדרה.

במקרקעיו לצורך הקמת בתי מגורים אושרה על ידי בית המשפט העליון עוד בשנות החמישים של המאה הקודמת,<sup>86</sup> אולם אישור זה נבע, על פי כלל, מאימוצה של מדיניות המצמצמת ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות בכל הקשור לקביעת ציבוריות הצורך. לפיכך, אין בהתנהלות זו כשלעצמה כדי להעיד על מאפייניה הציבוריים של המטרה, או לחילופין על חיוניות מימושה של המטרה עבור הציבור. יתרה מזאת, במקרה הנוכחי מאפייניה הציבוריים של המטרה שהמקרקעין ניטלים לשמה מעורערים עוד יותר: ראשית, יישומו של חוק ההסדרה ביהודה ושומרון מחייב בחינה של הגדרת הציבור שהמקרקעין ניטלים עבורו. במקרה הנוכחי, הפקעת זכויותיהם של בעלי קניין פלסטיניים לטובת התיישבות ישראלית מתעלמת ממרביתו של הציבור הרלוונטי במרחב, ומקשה על הגדרת הנטילה השלטונית ככזו המיועדת ל"צורכי ציבור".<sup>87</sup> שנית, חוק ההסדרה נועד לרפא מצבים שבהם מעמדם החוקי של מבנים מסוימים בתוככי ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון אינו מאפשר עוד את המשך ההתיישבות בהם. למעשה, עיקר פעולתו של חוק ההסדרה נועד למנוע פינוי והריסה של מבנים מסוימים בתוך יישובים, ולא יישובים שלמים. במצב דברים זה, גם אלו הסבורים כי ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון בכללותה מהווה צורך ציבורי חיוני (קרי, כזה הצמוד לקוטב ה"קשה" של רצף הציבוריות), בשל חשיבותה הביטחונית, יתקשו לטעון כן ביחס למבנה מסוים או לקבוצה קטנה של מבנים אשר נבנו באופן לא חוקי. על רקע האמור, גם אם לא ניתן לשלול את ציבוריות המטרה שחוק ההסדרה ביקש להגשים הרי שיש בה כדי להעיד על הרף הנמוך של קיום דרישת הצורך הציבורי.<sup>88</sup>

האם יש במנגנון הפיצוי הקבוע בחוק כדי לשנות את מערך יחסי הגומלין המוצע במודל? הגם כי חוק ההסדרה מציע לבעלי הזכויות במקרקעין פיצוי בשיעור של 125% משוויין השוקי של הזכויות הניטלות<sup>89</sup> – שיעור גבוה מסטנדרט הפיצוי הקבוע בדיני הנטילה השלטונית בישראל<sup>90</sup> – הרי שהתשובה לכך הינה שלילית. הטעם לכך נובע מכישלונו של חוק ההסדרה להטמיע כראוי את שני מנגנוני ההגנה האחרים, קרי דרישת ההליך ההוגן ודרישת הצורך הציבורי.<sup>91</sup> על פי המודל המוצע, על מנת לגבש הגנה ראויה מפני החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין

<sup>86</sup> ראו בג"ץ 180/52 דור נ' שר האוצר, פ"ד ו 908 (1952). לדיון רחב בשאלת נטילה שלטונית לצורך הקמה של שכונת מגורים ראו דגן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 125–129.

<sup>87</sup> ראו עניין סלואד, לעיל ה"ש 2, בפס' 74 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>88</sup> כפי שניתן ללמוד מדברי השופט חשין בעניין דור, לעיל ה"ש 86, בעמ' 910, שלפיהם בית המשפט אינו רשאי לדון בהיקף "ציבוריות" המטרה, שכן זו נמסרה לשיקול דעתו של שר האוצר.

<sup>89</sup> ס' 8 לחוק ההסדרה.

<sup>90</sup> ראו ס' 12 ו-20 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור); ס' 190 לחוק התכנון והבניה.

<sup>91</sup> ראו לעיל בפרק ב.



ניתן להקל במימושו של אחד ממנגנוני ההגנה, זאת בתנאי ששני המנגנונים האחרים יתקיימו ברף גבוה. כפי שתואר לעיל, חוק ההסדרה כושל מלהעניק הליך הוגן לבעלי הזכויות במקרקעין הניטלים, וציבוריות המטרה אף היא מוטלת בספק. במצב דברים זה, מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים אינו מאפשר הענקת הגנה ראויה מפני החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית, ואין בכוחו של מנגנון הפיצוי, כשלעצמו, אף כי נקבע ברף גבוה, כדי לרפא פגם זה.

סיכומם של דברים, חוק ההסדרה כשל מלקיים את עקרונות היסוד של הענף המשפטי שבו הוא ביקש לפעול, קרי דיני הנטילה השלטונית. חוק ההסדרה נמנע מלהציע הליכים סדורים לביצוע הנטילה השלטונית, תוך שהוא שולל מבעלי המקרקעין הפלסטיניים כל נוכחות בהליכים אלה, וממילא כל אפשרות להשמיע את קולם ואת תביעותיהם. התעלמותו של חוק ההסדרה ממנגנון ההגנה הפרוצדורלי כשלעצמה צריכה הייתה להביא למסקנה כי החוק אינו מקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית. אולם לצד התעלמות זו ממנגנון ההגנה הפרוצדורלי, הצורך שהזכויות במקרקעין ניטלות לשמו הינו, לכל היותר, ציבורי במונח "רך", קרי קיימת התפשרות גם ביישומו של מנגנון הגנה זה. כאמור, גם ההקפדה על רף גבוה במנגנון הפיצוי אינה מאפשרת מתן הגנה ראויה מפני מכלול החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית. החלק הבא של המאמר יבחן כיצד ניתן וראוי ליישם הבנה זו – שחוק ההסדרה כשל מלקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית – במסגרת הביקורת השיפוטית על חוק ההסדרה.

## ה. מההלכה אל המעשה: ביקורת שיפוטית על חוק ההסדרה

כישלוננו של חוק ההסדרה בקיום עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, כמו גם הימנעותו מריפוי כשלים אלה באמצעות מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה האינהרנטיים לענף משפטי זה, מערערים על יכולתו לשמש בסיס ראוי לביצוע נטילה שלטונית של זכויות במקרקעין. אולם במשטר המשפטי הנוהג בישראל, הבנה זו כשלעצמה אינה מאפשרת לשלול את תוקפו של החוק. במצב דברים זה מתחדדת השאלה מהי תרומתו של המודל המוצע במאמר זה לביקורת המשפטית על חוק ההסדרה, או חוקים אשר כושלים כמותו בקיום עקרונות היסוד בענף המשפטי שבו הם פועלים. בחלק זה של המאמר אני טוען כי המסקנה בדבר כישלון התמודדותו של חוק ההסדרה עם עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית מצדיקה, נורמטיבית ופוזיטיבית, את שלילת תוקפו של החוק. מבחינה נורמטיבית, המודל המוצע במאמר זה מעניק הצדקה לשלילת תוקפו של חוק ההסדרה שכן הוא מחדד את התעלמותו מעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית. התעלמות זו מבהירה כי חוק ההסדרה

כושל מלהעניק הגנה ראויה מפני החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית, וממילא אין הוא מהווה הסדר משפטי ראוי להחלתו של הכוח השלטוני המוענק לרשויות ליטול בכפייה זכויות במקרקעין. האם כישלוננו של חוק ההסדרה מלקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, כאמור, מצדיק את פסילתו? הבחינה הפוזיטיבית של המודל המוצע יכולה להתבצע בשני מסלולים, "המסורתית" ו"הדמוקרטית". על פי המסלול האחד – "המסורתית" – תרומתו של המודל המוצע במאמר זה עשויה להתבטא בהיותו מכשיר משפטי לזיהוי פגיעה בזכות לקניין, וחשוב לא פחות, מדד למידתיותה של פגיעה זו. על פי המסלול "המסורתית", הפרת עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית היא עדות לקיומה של פגיעה בזכות החוקתית לקניין. יתרה מזאת, הפרה זו אף משמשת מנגנון לאומדן מידתיותה של פגיעה זו. אומדן זה מושגת על מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים המוטמעים בדיני הנטילה השלטונית. כאמור, מערך יחסי הגומלין במודל המוצע מאפשר לקבוע האם הפגיעה שנגרמה לזכות לקניין של בעלי הזכויות במקרקעין מידתית היא אם לאו. ככל שמערך יחסי הגומלין נשמר, קרי ככל שהתפשרות על אחד ממנגנוני ההגנה מאוזנת באמצעות הקפדה על רף גבוה בשני מנגנוני ההגנה האחרים, ניתן לראות את הפגיעה כמידתית. מאידך גיסא, ככל שמערך יחסי הגומלין המוטמע במודל המוצע אינו מתקיים, הרי שיש לקבוע כי הפגיעה בזכות לקניין של בעלי הזכויות במקרקעין אינה מידתית. המסלול "המסורתית", אם כן, מטמיע את המודל המוצע אל תוך דרישת המידתיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – תוך שהוא מעניק תשתית נורמטיבית סדורה להתקיימותו של מבחן המידתיות כמובנה הצר. במובן זה, המודל המוצע מבקש להמיר את מאפייניו הערכיים של מבחן מידתיות זה בסט כלים בהיר וישים. הטמעת המודל אל תוכני מבחן המידתיות במובן הצר תקל על אומדן מידתיותן של נטילות שלטוניות על ידי בתי המשפט, ותעניק משמעות קונקרטית ומעשית לבחינת היחס בין התועלת ממעשה ההפקעה ובין הפגיעה בזכויות הקניין של הבעלים. בנוסף, וחשוב לא פחות, בעיקר בנטילות שלטוניות המבוצעות בהקשרים בעלי רגישות פוליטית וחברתית, הטמעת המודל המוצע בגדריו של מבחן המידתיות במובן הצר תאפשר לפזר את מסך העמימות הערכי המאפיין מבחן זה, וממילא עשויה להשיא את הלגיטימציה המשפטית, הפוליטית והציבורית להכרעות שיפוטיות. יישומו של המסלול "המסורתית" על חוק ההסדרה מגלה כי כישלון החוק לעמוד בעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, כמו גם לקיים את מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה השונים, מצביעים על כך שההסדרים הקבועים בו פוגעים באופן לא מידתי בזכויות הקניין של הבעלים הפלסטיניים. הטמעתו של המודל תאפשר זיהוי והתמודדות עם מקרים דומים בעתיד.

אולם לצד הבנה "מסורתית" זו של הפגמים המאפיינים את חוק ההסדרה, מאמר זה מציע קריאה נוספת, מהותית יותר, שלפיה התעלמותו של חוק ההסדרה מעקרונות היסוד המבנים את דיני הנטילה השלטונית חותרת תחת הבסיס הדמוקרטי המשמש מצע לכוח שלטוני זה. במילים אחרות, הקביעה כי חוק ההסדרה נמנע מלהתמודד עם מערך יחסי הגומלין בין מנגנוני ההגנה האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית אינה מעידה אך על הזכות הנפגעת או מידתיותה של הפגיעה, אלא יש בה כדי לערער את

יסודותיה הדמוקרטיות של הפעלת הכוח השלטוני. הבנה זו נובעת ממאפייניו הייחודיים של הכוח השלטוני ליטול את זכויותיו של הפרט במקרקעין באופן כפוי – כוח המהווה צומת מרכזי של מערכת היחסים שבין השלטון, הפרט הנפגע ויתר הפרטים בחברה. על מנת להבין את הזיקה שכוח שלטוני זה מקיים עם שימור הדמוקרטיה יש לשאול, תחילה, מכוח מה השלטון מקבל את כוחו הכופה ליטול זכויות קנייניות של הפרט. המענה המרכזי בספרות לשאלה זו ניתן על ידי ג'ון לוק כאשר קבע כי יכולתו של השלטון ליטול בכפייה את זכויותיו של הפרט במקרקעין נובעת מההסכמה שניתנה לפעולה זו על ידי בעליה של הזכות הניטלת.<sup>92</sup> לוק מגדיר "הסכמה" באופן רחב, כאשר לדידו השתתפות אזרחית ודמוקרטית של אזרחים מהווה מעין הסכמה מרומזת, ראשונית, להענקת כוח שלטוני זה לידי נציגי הציבור.<sup>93</sup> במובן זה, לוק קושר במישרין בין ההשתתפות בהליך הדמוקרטי ובין כוחו הכופה של השלטון ליטול זכויות במקרקעין, כאשר כוחו של השלטון ליטול זכויות במקרקעין ללא הסכמה מפורשת של בעליהן נובעת מהסכמה ראשונית שנתנו אלה כאשר השתתפו בהליך הדמוקרטי. הנה כי כן, לוק משרטט את הזיקה שבין דמוקרטיה ונטילה שלטונית. אולם הסכמה ראשונית זו אינה יכולה להיות בלתי מוגבלת. ריצ'ארד אפשטיין, לדוגמה, ביקש להגבילה לחובת הפיצוי המוטלת על השלטון.<sup>94</sup> מאמר זה מציע הרחבה מסוימת של המגבלות המוטלות על הסכמה ראשונית זו, תוך התליית סמכות השלטון לעשות שימוש בכוחו ליטול בכפייה זכויות במקרקעין של הפרט בהקפדה על שלושת מנגנוני ההגנה המובנים בדיני הנטילה השלטונית, ומערך יחסי הגומלין ביניהם. על פי המודל המוצע במאמר זה, אם כן, מנגנוני ההגנה כמו גם מערך יחסי הגומלין ביניהם מהווים תנאי הכרחי להפעלת הכוח השלטוני ליטול זכויות במקרקעין הפרט. החלטה שלטונית להתעלם מתנאי הכרחי זה מהווה, אם כן, פגיעה בדמוקרטיה ופורמת את הבסיס להפעלת כוח זה. ההבנה בדבר הקשר שבין דמוקרטיה ובין יכולתו של השלטון ליטול בכפייה זכויות במקרקעין מחדדת את הבעייתיות המאפיינת את חוק ההסדרה. ראשית, עיקרה של ההצדקה הדמוקרטית להענקת כוח שלטוני לנטילה כפויה של זכויות במקרקעין נובעת מההנחה בדבר הסכמה ראשונית הנלמדת מהשתתפות, או לכל הפחות פונטציאל השתתפות, בהליך הדמוקרטי. העובדה שחוק ההסדרה נועד ליטול בכפייה את מקרקעיהם של בעלי זכויות פלסטיניים, אשר אינם משתתפים או אינם בעלי פוטנציאל השתתפות בהליך הדמוקרטי הישראלי, מנתקת את הקשר בין השלטון ובעלי הזכויות – קשר העומד בבסיס ההצדקה הדמוקרטית להענקת כוח זה לשלטון – וממילא אינה מאפשרת לראות את יישומו של כוח זה ככזה הנשען על הסכמה. שנית, קריאה מהותית זו מערערת על יכולתו של חוק ההסדרה – או של כל חוק המאפשר הפקעה של זכויות במקרקעין, ואשר כושל מלקיים

<sup>92</sup> ג'ון לוק **המסכת השנייה: על הממשל המדיני** 104 (יוסף אור מתרגם, הוצאת מאגנס, התשע"ג).

<sup>93</sup> שם, בעמ' 107.

<sup>94</sup> EPSTEIN, לעיל ה"ש 43, בעמ' 15.

את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, כאמור – לעמוד במטרות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם להתאים לערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>95</sup> בהתאם למשפט החוקתי הנוהג, היעדר התאמתו של חוק לערכיה של מדינת ישראל – כמדינה יהודית ודמוקרטית – מהווה עילת פסילה במסגרת השלב השני של פסקת ההגבלה.

## סיכום

מאמר זה מבקש ליצוק תוכן נורמטיבי ומעשי אל הקביעה העקרונית של בית המשפט העליון בעניין סלואד, לפיה חוק ההסדרה אינו מקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין. המאמר מזהה את החששות האינהרנטיים לדיני הנטילה השלטונית, את מנגנוני ההגנה שמרבית מדינות המערב הטמיעו במערכת דינים זו וכן את מערך יחסי הגומלין שבין מנגנוני הגנה אלה. על רקע זה המאמר מציע מודל המאפשר הוצאתן אל הפועל של נטילות שלטוניות גם במצבים "לא מושלמים", קרי במצבים שבהם לא ניתן לקיים בדיוקנות את כלל מנגנוני ההגנה המוטמעים על חוק. מודל זה, על מערך יחסי הגומלין המעוגן בו, מהווה את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית.

לאורו של מודל זה המאמר בוחן את חוק ההסדרה וקובע כי החוק נמנע מלקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית, תוך שהוא קורא להפקעה רטרואקטיבית של זכויות פרטיות במקרקעין (תוך הדרה של בעלי הזכויות מההליך כולו), וזאת לצורך יישובם של בעלי זכויות פרטיים אחרים באותם מקרקעין ממש. כישלוננו של חוק ההסדרה לקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית אינו מוצא מרפא גם במערך יחסי הגומלין שבין מנגנוני ההגנה האמורים. על רקע הבנה זו המאמר מציע לעגן את כישלוננו של חוק ההסדרה לקיים את עקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית באחד משני אופנים: הראשון, בהכרה בהיות הפגיעה הנגרמת לזכויותיהם של בעלי המקרקעין הפלסטיניים פגיעה שאינה מידתית, ולחילופין, בקביעה כי התעלמות מעקרונות היסוד של דיני הנטילה השלטונית פוגעת בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בחירה בכל אחד מהמסלולים האמורים מחייבת הכרה כי הכרעת הדין בעניין חוק ההסדרה ראויה היא, וכי דינו של החוק להתבטל.

<sup>95</sup> ס' 2 ו-8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.