

הפקעות, אחריות חברתית והגנת הקניין הפרטי בעיני בית המשפט העליון אגב דין וחשבון הועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943¹

חיים זנדברג *

"זכי מהי אופנה בסך־הכול? מנקודת מבט אמנותית היא בדרך כלל צורת
כיעור כה בלתי־נסבלת עד שעליך להחליף אותה כל שישה חודשים"².

תהליך מעניין מסתמן בעת האחרונה אצל שופטי בית המשפט העליון, ככל הנוגע לסוגיית דיני ההפקעות. תמצית הטענה היא שבית המשפט העליון, שבאופן מסורתי היה במשך שנים "חלוקתי" מאוד, קרי אפשר למדינה ליטול מקרקעין בקלות יחסית ולחלק אותם מחדש, עמד להחליף, בעקבות חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהתאם לרוחות שנשבו מכיוון האקדמיה, את כסותו ה"חלוקתית", שנראתה כשמרנית מדי, ולהמיר אותה בכסות אחרת, ליברלית־קפיטליסטית, פחות חלוקתית ויותר "קנייניסטית", קרי מגנה על קניין הפרט. והנה עוד בטרם התרגלו השופטים לכסותם החדשה, כבר בחרו כמה מהם לחזור אל כור מחצבתם החלוקתי, אפשר משום שחשו, גם בעקבות רוח שנשבה מכיוון האקדמיה, כי האפנה החדשה אף היא — שמרנית. שבים הם אפוא אל הסגנון החלוקתי, אך הפעם החלוקתיות עצמה היא הבון־טון, היא "הדבר". וכמו בענייני אפנה, יש כאלה שמוכילים את האפנות החדשות עוד בטרם אחרים הסתגלו לאפנות הישנות. כפי שנראה להלן, אנו נמצאים כיום בעיצומו של ויכוח בין שתי האסכולות באשר למשקל שיש לייחס לכל אחת מהן בפסיקת בית המשפט.

* רוקטור למשפטים. מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. מבוסס על הרצאה שניתנה במסגרת ערב עיון שהתקיים ביום 18.1.2005 במסגרת המרכז למשפט מסחרי, בפקולטה למשפטים, באוניברסיטת בר־אילן.

1 דין וחשבון הועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (2004) (להלן: "דו"ח הוועדה"), ראו באתר האינטרנט של משרד האוצר [http://www.mof.gov.il/karka.htm] (last visited 3.6.07).

2 אוסקר ויילד לפי א' כהן (עורך) ספר הציטטות הגדול: הגיגים, אמרי שפר ופתגמים מפי אנשי שם רוח וספר (1996) 43.

יש להניח כי לנקודת האיזון בין הגישות השונות תהיה השפעה על האופן שבו תעמודנה במבחן משפטי המלצותיה של הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: "הוועדה הבינ-משרדית"). הוועדה הגישה את המלצותיה לשר האוצר בחודש אוקטובר 2004, ואלה עוגנו לאחרונה בהצעת תזכיר חוק שהוכנה על ידי משרד האוצר.³ הוועדה מונתה בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מ"י,⁴ אשר ניתן בעיצומו של תהליך ההסתגלות לאפנה ה"קפיטליסטית" של הגנת הקניין הפרטי. פסק הדין עסק בעתירתם של היורשים של בעלי מקרקעין באזור חדרה, שהופקעו בשנות החמישים לצורכי שטח אימונים צבאי. לימים חדל השטח לשמש לייעודו הצבאי לאחר שיועד למטרות בנייה. העותרים סברו כי משמוצתה מטרת ההפקעה המקורית, יש להשיב את הקרקע לבעליה.⁵ בית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, פסק כי, באופן עקרוני, משמוצתה מטרתה של הפקעה, יש לבעלים המקוריים של המקרקעין המופקעים זכות להשבתם.⁶ בית המשפט נמנע מלקבוע את פרטי החלטה של הדוקטרינה העקרונית, שכן טרם דן בשאלה אם תחול קביעתו רטרואקטיבית גם על העותרים בפרשת קרסיק. הדין בעניין זה עורנו תלוי ועומד. בית המשפט דחק במחוקק להסדיר את פרטי הסוגיה ואף השהה את הכרעתו כמה פעמים מתוך "ציפייה ותקווה" לחקיקת חוק חדש בנושא.⁷

חברי הוועדה הבינ-משרדית שהוקמה בעקבות פרשת קרסיק היו עובדי ציבור ממשדיים ממשלתיים שונים,⁸ והיא קיבלה ייעוץ משפטי השוואתי.⁹ המלצותיה של הוועדה עסקו גם בנושא הפקעה שמוצתה, שהתעורר בפרשת קרסיק, וגם בנושאים נוספים הנוגעים להפקעות לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: "הפקודה").¹⁰ בין המלצותיה הבולטות של הוועדה: לא תהיינה יותר

3 תזכיר חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (תיקון מס' 3), תשס"ה-2004 (עותק שמור במערכת) מיום 22.11.2004 (להלן: "התזכיר").

4 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מ"י, פ"ד נה(2) 625 (להלן: פרשת קרסיק).
5 שם, בע' 634-635.

6 שם, בע' 678-679 (חשין), 701-702 (זמיר), 705 (שטרסברג-כהן), 713 (ש' לוי), 714 (דורנו), 718 (ביניש), 720 (אור ומצא).

7 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מ"י (טרם פורסם, החלטה מיום 24.7.2002), תקדין עליון 2002(2) 875, פסקה 6 לפסק דינו של השופט חשין.

8 תשעת חברי הוועדה היו: ארבעה יועצים המשפטיים של משרדי ממשלה (האוצר, הבינוי והשיכון, הפנים, התשתיות), יועצים משפטיים של מנהל מקרקעי ישראל ושל עיריית תל אביב, סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר, נציג פרקליטות המדינה ונציגת מחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים. דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 5.

9 הוועדה הזמינה עבודות מחקר השוואתי מד"ר יפעת הולצמן-גזית, מהמסלול האקדמי המכללה למינהל, לגבי הדין בצרפת, קנדה וארצות-הברית, ומפרופ' ריכרד בארטלשפרגר מאוניברסיטת Erlangen, לגבי הדין הגרמני. שם, שם.

10 הדו"ח איננו עוסק כלל בהפקעות לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 8 המלצה 11.

הפקעות ללא תמורה לפי הפקודה¹¹; תיקבע בחוק חובה לקביעת תקופה מרבית (הניתנת להארכה) למימוש מטרתה של הפקעה¹²; אם מומשה מטרת ההפקעה וחדל הצורך הציבורי שלשמו בוצעה (כפי שאירע בנסיבות פרשת קרסיק), לנפקע (מי שמקרקעיו הופקעו) תהיה זכות לרכישה מחדש של המקרקעין במחיר עדכני ומלא (אך לא זכות להשבת המקרקעין)¹³; הסדרי הרכישה או ההשבה יחולו ללא קשר לשאלה אם שולמו פיצויים לנפקע אם לאו, למעט נפקע שקיבל פיצוי בקרקע¹⁴. הם יחולו רק על הפקעות שטרם חלפו עשרים וחמש שנים ממועד פרסום ההודעה על תפיסת ההחזקה במקרקעין, אך גם על הפקעות שבוצעו בעבר¹⁵. בין חברי הוועדה הבינ-משרדית התגלעה מחלוקת בסוגיית זכותו של הנפקע להשבת מקרקעיו במקרה שלא מומשה מטרת ההפקעה בתוך תקופת המימוש שנקצבה לה. לפי גישה אחת, שניתן לומר שהייתה קשובה יותר לרוח הגנת הקניין הפרטי שנשבה מפסק הדין בפרשת קרסיק, יש להעניק במקרה זה לנפקע זכות להשבת הנכס¹⁶. לפי הגישה השנייה, שניתן להגדירה כ"חלוקתית" יותר, ראוי גם במקרה זה להעניק לנפקע רק זכות לרכישת הנכס במחיר מלא¹⁷. יש לציין כי בהצעת התזכיר שגובשה לאור דו"ח הוועדה אימץ שר האוצר בעניין זה את הגישה הקשובה יותר להגנת הקניין הפרטי המעניקה לנפקע זכות להשבת המקרקעין אם מטרת ההפקעה לא מומשה¹⁸.

כאשר ניתן פסק הדין בפרשת קרסיק, נראה היה שיפרוץ את הדרך לאפנת הגנת הקניין הפרטי¹⁹. אולם, כפי שנראה בהמשך, זרם אחד של השופטים, בהנהגת הנשיא ברק, כבר מאמץ לו אפנה חדשה, או שמא נאמר חדשה-ישנה (אלט-נוי), של חלוקתיות, ואילו זרם אחר, בהנהגת השופט חשין, עודדו מתרפק בנוסטלגיה על אפנת הגנת הקניין הפרטי, שעוד טרם הצליחה להשתרש וכבר נוטשים אותה. האפנה החדשה-ישנה, החלוקתית, אינה מבשרת טובות למי שרוצה לתקוף את המלצות הוועדה הבינ-משרדית מן הכיוון הקפיטליסטי, כמו למשל העותרים בפרשת קרסיק, שהמערכה הרעיונית שהתנהלה על גבם לא הועיל להם ככל הנראה, ולו בגלל ההמלצה לסייג את זכות הרכישה מחדש בתקרה של 25 שנים. האפנה הקפיטליסטית, שהתיישנה מהר, אינה מבשרת טובות למי שתומכים

11 שם, בע' 7 המלצה 1.

12 שם, המלצה 3.

13 שם, המלצה 4 וכן דברי הסבר בע' 35.

14 שם, המלצה 9.

15 שם, המלצות 8 ו-10.

16 שם, המלצה 5 וכן דברי הסבר בע' 37 ואילך.

17 שם, שם וכן דברי הסבר בע' 40 ואילך.

18 התזכיר, לעיל הערה 3, בע' 2 (דברי הסבר).

19 ראו ד' לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין" ספר ויסמן (ש' לרנר, וד' לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב) 375, 404-405; "הולצמן-גזית" מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר ויסמן (ש' לרנר, ד' לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב) 73, 85-86.

בגישה כי עם סיומה של מטרה ציבורית או עקב אי־מימושה נתונה לנפקע רק זכות לרכישה מחדש של הנכס במחיר מלא ולא זכות להשבתו. מעניין אפוא היכן בדיוק תעמוד מטוטלת הדעות בבית המשפט העליון, כאשר תגיע הצעת התיקון לחוק אל מפתנו. בפסקאות הקרובות ארחיב קצת את המבט אל ההתפתחות שתיארת עתה בקצרה.

כאמור לעיל, בית המשפט העליון באופן מסורתי הוא בית משפט "חלוקתי" מאוד בעמדותיו. חלוקתי — קרי כזה המאפשר לרשויות לקחת רכוש ולחלקו מחדש, בין כולנו (לצורכי כלל הציבור) או בין חלקנו. גישה חלוקתית מעין זו באה ליד ביטוי בשורה של פסקי דין שבהם הוכשרו הפקעות שביצוען השתהה או שמטרתן הוחלפה²⁰. גישה זו זכתה בעבר לביקורת רבה, גם מכיוון האקדמיה, שכן הכסות של עמדתו החלוקתית של בית המשפט נראתה שמרנית. חצי הביקורת באו משני כיוונים. האחד ותיק. השני, חדש יותר. אחד המבקרים הבולטים "הוותיקים" של "היד הקלה" של בית המשפט על הפקעות היה פרופ' הנס קלינגהופר, מורם ורבים של השופטים ברק, זמיר וחשין. קלינגהופר, יליד האימפריה האוסטרו־הונגרית, שרת בעיריית וינה עד שנאלץ לברוח בשנת 1938 "מטעמים מובנים" (כפי שכתב לימים ברשימה אוטוביוגרפית)²¹. על רקע הניסיון האישי של קלינגהופר בתקופת הנאצים, כמו גם הרקע הקונטיננטלי־ליברלי שקלט בתקופה שקדמה לכך, ניתן להבין את גישתו הביקורתית, הליברלית־קפיטליסטית, כלפי שימוש בלתי ראוי בכלי של הפקעות. "יצירת קנין ציבורי, בין אם היא תלויה בהעברת בעלות לידי השלטון ובין אם לאו, מהווה בדרך כלל התערבות רצינית ולעיתים אף חמורה בזכויות רכושיות שאין להצדיקה אלא לשם מימוש מטרת מסוימות לטובת הציבור"²². להשקפותיו של קלינגהופר הייתה השפעה משמעותית מאוד על פסק דינו של השופט חשין בפרשת קרסיק. "מחולל תורת המשפט המינהלי בישראל"²³, "רבי"²⁴, הגדיר חשין את קלינגהופר. כיוון ביקורתי אקדמי חדש יותר כלפי גישתו המתונה והסלחנית של בית המשפט העליון כלפי הפקעות הוא כיוון הניתוח הביקורתי, מבית מדרשה של אסכולת ה־Critical Legal Studies. הטענה בפשטות היא שהיד של בית המשפט העליון על "הדק" ההפקעות הייתה קלה משום שרבות מן ההפקעות במדינת ישראל היו הפקעות של קרקע מאוכלוסייה ערבית, ובית המשפט חש הזדהות רבה עם נימוקים ביטחוניים־לאומיים²⁵.

20 לתיאור ההתפתחות ראו הולצמן־גזית, לעיל הערה 19, בע' 78–80.

21 'ה' קלינגהופר "נדודים של מדען המשפט הציבורי: רשימה אוטוביוגרפית" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי ('זמיר עורך, תשנ"ג) 25, 27.

22 'ה' קלינגהופר משפט מינהלי (תשי"ז) 154. הקטע צוטט על ידי השופט חשין בפרשת קרסיק, לעיל הערה 4, בע' 646. ראו גם 'ה' קלינגהופר "צמיחות של קרקע מופקעת לייצודה" עיוני משפט ב (חשל"ב) 874.

23 פרשת קרסיק, לעיל הערה 4, בע' 645.

24 שם, בע' 690.

25 לתיאור הטענה ולאסמכתאותיה ראו הולצמן־גזית, לעיל הערה 19, בע' 102 ואילך, וכן א'

אילולא נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ספק אם חצי הביקורת שנוכרו לעיל היה בהם כדי לגרום לשינוי בעמדתו של בית המשפט העליון; חלף זמן מעט שנחקק ועד שהשופטים חשו כי הגיע העת להשיל את הכסות הישנה ולשנות כיוון, לפחות מן הבחינה הרטורית²⁶. ידועה לכל פרשת דג"ץ 4466/94 נויסיבה נ' שר האוצר²⁷ שבו, בסופו של דבר, לא שונה הכיוון, ובית המשפט בדעת רוב דבק בעמדתו השמרנית-חלוקתית, שלפיה אין מקום לבטל הפקעה למרות שיהיו משמעותי²⁸ ולמרות טענות בדבר יכולת הפרט למימוש עצמי של מטרות²⁹. אין לאפשר לעותר "לסכל את המטרה של יישוב ירושלים ובינוייה..."³⁰, חזר השופט גולדברג על דברים שאמרו קודמיו עשרים שנה קודם לכן³¹. השופט דורנר, שנשאה את דגל הגישה החדשה, המגנה על הקניין הפרטי, נותרה שם במיעוט³². כשהגיעה זמנה של פרשת קרסיק, דומה היה שהקערה התהפכה. ראש וראשון לנושאי הדגל – הפך השופט חשין, לא מעט, כאמור, בהשפעת מורו קלינגהופר³². הנשיא ברק עצמו הפנה לעמדתה של השופטת דורנר בפרשת נויסיבה בסכמו: "באיזון בין זכות הקניין של הבעלים המקורי לבין צרכי הכלל חל שינוי[...]. הוא מוביל להתחשבות גוברת בזכויותיו של הבעלים המקורי"³³. שיא נוסף במהלך הזה נרשם בע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה נ' הולצמן³⁴, שבו נפסק, על ידי השופט דורנר, בתמיכת הנשיא ברק וחמישה שופטים נוספים, כי אין עוד מקום להפחתת פיצויים בשיעור של 40% כאשר מתבצעת הפקעת מקרקעין במלואה. אולם מכאן ואילך אנו רואים התפתחות חדשה. ניצנים להתפתחות זו ניתן למצוא בכתיבה אקדמית. אפנה אקדמית חדשה יובאה מארצות-הברית. המייבאים, אנשי אקדמיה שמצאו את השכלתם הגבוהה בתחום המשפט בארצות-הברית. במאמרים

חביב סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 486, 449.

26 לוינסון-זמיר מעלה האפשרות שהשפעת חוק-היסוד על השופטים הייתה "פסיכולוגית" קרי "חוק היסוד משנה את האווירה ואת הלכי הרוח בחברה ובקרב השופטים". לוינסון-זמיר, לעיל הערה 19, בע' 404–405.

27 דג"ץ 4466/94 נויסיבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68 (להלן: פרשת נויסיבה).

28 ההפקעה בפרשת נויסיבה בוצעה בשנת 1968 ולא הוחל במימושה כחלוף 18 שנה אחר כך. גם לאחר מכן השתהה ביצועה במשך שנים רבות. שם, בע' 74–75.

29 שם, בע' 81–82. לביקורת על גישה זו ראו חביב-סגל, לעיל הערה 25, בע' 460; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 19, בע' 383; הולצמן-גזית, לעיל הערה 19, בע' 83.

30 פרשת נויסיבה, לעיל הערה 27, בע' 80; ראו גם ח' זנדברג "ירושלים – הסדר והפקעת זכויות במקרקעין" המשפט ח (תשס"ג) 505, 515.

31 פרשת נויסיבה, לעיל הערה 27, בע' 83 ואילך.

32 דבריו של השופט חשין: "והנה באנו עתה והפכנו קערה על-פיה: [...] ואולם גם זו אמת, שהדחת המלכה מכיסאה והכתרתה של מלכה חדשה תחתיה יש בה משום מהפכה-זוטא בדיון ההפקעות". פרשת קרסיק, לעיל הערה 4, בע' 693.

33 שם, בע' 712.

34 ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (להלן: פרשת הולצמן).

ההחלטה מעדיפה פרשנות חלוקתית המאפשרת הפקעה ללא פיצוי, לא רק להלכה אלא גם למעשה.

להשערת, אחד התמריצים לקליטתו של רעיון האחזקות החברתית של הקניין על ידי חלק משופטי בית המשפט העליון, היה הצורך בדגל חדש שיוכל לאזן בין המגמה של הגנת הקניין הפרטי לבין האווירה הציבורית ה"חלוקתית" שנוצרה במהלך עתירת הקשת הדמוקרטית המזרחית⁵⁰. הטרימינולוגיה של הגנה הקפדנית על הקניין הפרטי לא התאימה לשמש בסיס אידאולוגי לפסק דינו של בית המשפט בפרשה זו. ניתן היה לשאול, כיצד זה יכול בית המשפט העליון, מחד, לדבוק בעמדה המקנה לאדם שהפקיעו לו קרקע לפני שנים רבות, זכות להשבת הקרקע ומצד שני, להתעלם מציפיותיהם ומהסתמכותם של חוכרים או בני רשות שמחזיקים בקרקע במשך פרקי זמן ארוכים. לעניות דעתי, הואיל ובית המשפט ידע שאין מקום לפסק דין רווי הגנת קניין פרטי בפרשת הקשת הדמוקרטית המזרחית, הוא תר אחר חיזוק שיקולי המדיניות החלוקתיים. "הצדק החלוקתי" יצא מהארון, הפעם בלבד מודרני של "אחזקות חברתית". למען האמת, המונח עצמו "צדק חלוקתי" עבר מהפך. אם בע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הועדה המקומית⁵¹ נועד המונח להסביר מדוע יש לפצות על הפקעה, הרי עתה משמשת "האחזקות החברתית" כדי להסביר מדוע אין לפצות עליה או מדוע אין לבטל אותה.

הגישה החלוקתית אליבא דדגן נקלטה באופן ברור אצל הנשיא ברק. האם חבריו השופטים שותפים לאימוצה המהיר של הגישה החדשה-ישנה הזאת בכסותה החדשה? ניתן לומר שבין השופטים, פורשים כמכהנים, יש אשר נוהים אחר האפנה החדשה ויש אשר אוחזים באפנה שנקלטה רק לפני עשור. בין אלה שכבר אינם מכהנים ניתן למצוא את השופטים דורנר⁵² חזועבי⁵³, מצד אחד, ואת אור⁵⁴ מצד שני. בין המכהנים — ניתן לראות תמיכה מסוימת בגישה החלוקתית בהצטרפותה של השופטת ביניש לעמדת הנשיא ברק בפרשת אסלן. תמיכה בולטת בגישה זו ניתן למצוא בפסק דינה של השופטת חיות בבג"ץ 10784/02 קרן קיימת לישראל נ' אתרים בחוף ת"א חברה לפיתוח אתרי תיירות בת"א יפו⁵⁵. שם נעשה ניסיון נוסף לבטל הפקעה שחל שיהוי ממושך ביותר במימושה (כשלושים שנה). הפעם

50 בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25 (להלן: פרשת הקשת הדמוקרטית המזרחית).

51 ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הועדה המקומית, פ"ד מו(4) 627, 639–640 (השופט מלך): "בבסיסו של שיקול זה 'צדק חלוקתי', לפיו גם אם התכנית מביאה תועלת ורווחה לכלל הציבור, אין זה מן הראוי שאותם כעלים בהם התכנית פוגעת לא יקבלו פיצוי בגין הרעת מצבם".

52 דנ"א הורוויץ, לעיל הערה 45, פסק דינה של השופטת דורנר.

53 ע"א הורוויץ, לעיל הערה 45, בע' 946.

54 דנ"א הורוויץ, לעיל הערה 45, פסק דינו של השופט אור.

55 בג"ץ 10784/02 קרן קיימת לישראל נ' אתרים בחוף ת"א חברה לפיתוח אתרי תיירות בת"א יפו, פ"ד נח(3) 757.

לא היה מדובר במזרח ירושלים, כמו בפרשת נוסייבה, אלא בתל-אביב. בית המשפט אינו מבטל את ההפקעה. הטרמינולוגיה החדשה של "אחריות חברתית" לא נשמעת בפי השופטת חיות אבל התוצאה החלוקתית הישנה — נשמעת גם נשמעת: "נראה לי כי השיהוי במקרה זה, אף כי היה ארוך ובלתי ראוי, אינו מקים בהיבט המהותי עילה לביטול ההפקעה[...] יש לבחון זה מול זה את הנזק העלול להיגרם למי שזכויותיו הופקעו אם לא תבוטל ההפקעה, לעומת הנזק העלול להיגרם לציבור אם תבוטל ההפקעה" (ההדגשה שלי — ח.ז.)⁵⁶.

בראש האסכולה של מגיני הקניין הפרטי ניצב עתה השופט חשין ולצדו השופטים טירקל⁵⁷ ולוי⁵⁸. ביטוי מובהק לפער בין האסכולות מצאנו בדניא הורוויץ⁵⁹. השופט חשין היטיב להבין את הקשר שבין עמדתו החדשה-ישנה של הנשיא ברק לבין גישתו של פרופ' דגן⁶⁰. דומה כי קשה לו להשלים עם חילופי האפנה, הבאים כל כך מהר לאחר שרק החלה להשתרש האפנה הקודמת של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "מוסכם על הכל כי מאז חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפכה זכות הקניין להיותה זכות שהיא משיכמה ומעלה גבוהה מזכויות אחרות שאינן זכויות-יסוד. לכאורה, אפוא, נתעצם והלך כוחה של זכות הקניין ביחס לאינטרסים הנוגדים אותה, בהם אינטרסים של צורכי הציבור. והנה מוצאים אנו כי דווקא חובותיו ואחריותו של בעל הקניין, דווקא הן זוכות להדגשת-תר. נקודת האיזון בין האינטרסים הנוגדים כמו נעה היא אל עבר צורכי הציבור שעה שהיינו מצפים, לכאורה, כי תנוע אל הכיוון האחר" (ההדגשה שלי — ח.ז.)⁶¹.

השופט חשין מבקר את רעיון האחריות החברתית. אין דעתו נוחה מן הערכים שמנסים חבריו להטמיע⁶²: "כשאני לעצמי, נתקשיתי באיתרון ובזיהוין של אותן חובות ואחריות שבעל המקרקעין חייב כלפי יחידים אחרים וכלפי החברה בכללה"⁶³. עם זאת, נראה כי הוא מוכן לאמץ את כלי הניתוח החדשים ולהגיע באמצעותם לתוצאה של הגנה על בעלי הקניין הפרטי. הוא מנסה לבקר את הגישה המאפשרת פגיעה בבעלי מקרקעין דווקא מנקודת מבט "חברתית חלוקתית". "האם הערבות ההדדית והסולידריות החברתית בנושאי תכנון נכלאו אך בכיתם של בעלי המקרקעין?"⁶⁴ הוא שואל? ומשיב: "בעלי בתים של ימינו אינם עוד 'בעלי-בתים' של ימים עברו. בעלי מקרקעין בימינו — והמשיבה בכללם — אינם בהכרח

56 שם, בע' 766.

57 דניא הורוויץ, לעיל הערה 45, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט טירקל: "אני משווה לנגד עיני בעיקר את האדם הנפגע ופחות מכך את הציבור".

58 דעת המיעוט בפרשת אסלן, לעיל הערה 48.

59 דניא הורוויץ, לעיל הערה 45.

60 שם, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט חשין.

61 שם, שם.

62 שם, בפסקה 7 לפסק דינו.

63 שם, בפסקה 11 לפסק דינו.

64 שם, בפסקה 12 לפסק דינו.

מבוססים מבחינה כלכלית ופיננסית יותר מאשר אחרים בקהילתם. ויש מביניהם שהקרקע הנפגעת היא רכושם היחיד. אכן, הפיאודלים של היום פיאודלים של הון הם. אין הם עוד הפיאודלים של ימים עברו. ראוי לנו אפוא כי נהיה זהירים יותר כלפי מי שתוכניות תיכנון פוגעות ברכושם, שאפשר רכושם היחיד הוא [...] כך גם יקויים צדק השוויון שהוא כה חיוני לקיומה של קהילה בריאה"⁶⁵.

בית המשפט העליון נמצא אפוא היום בעיצומה של מחלוקת אידאולוגית או שמא נאמר מחלוקת בין-דורית בין אסכולת דגן-ברק לבין אסכולת חשין-קלינגהופר. במבט ראשון ובמידה רבה של הכללה המחלוקת הזאת משקפת את הגושים הפוליטיים הכלכליים-חברתיים (להבדיל מהמדיניים) בחברה הישראלית. מצד אחד גוש "חברתי-שמאלי" ומצד שני גוש "מיני-קפיטליסטי". לא פלא הוא ששר האוצר, שניתן לזהותו כמוכיל הגוש השני, העדיף את אופציית זכות ההשבה, המיטיבה יותר עם בעלי מקרקעין שהופקעו, על פני אופציית זכות הרכישה במחיר מלא. עם זאת, במבט שני, גם הוא על דרך ההכללה, כפי שהגבולות של המפה הפוליטית אינם ברורים דיים מבחינת קבוצות התמיכה החלוקתיות, גם המפה השיפוטית אינה חד-משמעית, וניתן למצוא עירוב של גישות בפסיקת כל אחד מהזרמים. למעשה נראה כי כמו שהמפה הפוליטית-חברתית נמצאת במבוכה ככל הנוגע לכיווני השינוי הראויים, כך גם בית המשפט מתלבט בקרבו. צריך גם לזכור שעיקר הוויכוח שהתפתח עד כה בפסיקת בית המשפט העליון התפתח סביב סוגיית אי-תשלום פיצוי ולא סביב סוגיית ההפקעות הבטלות או הממוצות. בסוגיה זו היו שני הצדדים די עמומים בפרשת קרסיק, ואפשר שדווקא בעניין זה יעדיפו כל הכרעה של המחוקק. נראה, מצד אחד, שזכות ההשבה בגין הפקעה שלא מומשה מעוצבת בהצעת הוועדה בצורה מוגבלת דיה כדי שלא תהווה טעם לתקיפה מצד חסידי הגישה החלוקתית (תקרת השנים, אפשרויות הארכה). מצד שני, מתן זכות הרכישה בלבד בגין הפקעה שמומשה (שהיא מוגבלת ביחס לזכות השבה) וגם שלילת פיצוי בגין מעבר לצורך חדש לאחר מימוש צורך ישן⁶⁶, אינן עומדות בסתירה להסתייגויות של השופט חשין⁶⁷ ושל אחרים⁶⁸ בפרשת קרסיק ממוחלטותה של זכות ההשבה במישור הפרקטי (להבדיל מזה העקרוני). דווקא על רקע זה, נראה כי הצעת התיקון מאזנת, בסך הכול, היטב בין שתי המגמות האלה.

65 שם, בפסקה 13 לפסק דינו.

66 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 1, בע' 13 המלצה ד.6.

67 פרשת קרסיק, לעיל הערה 4, בע' 669, 675, 677, 694.

68 שם, בע' 702 (זמיר), 705 (שטרסברג-כהן), 713 (ברק), 714 (ש' לויז), 717 (דורנר), 719 (ביניש), 720 (אור), 720 (מצא).