

מאמרים

הפקעת מקרקעין לייעודים נושאי רווח: הצעה למודל תאגידי

מאת
אמנון להבי, עמיר ליכט*

תקציר

הפקעת מקרקעין נתפסת כמקרה מובהק של התערבות שלטונית תוקפנית בקניינו של הפרט. הפגיעה בזכות היסוד לקניין חמורה במיוחד כאשר סמכות ההפקעה מופעלת לצורך פרויקטים גדולי-היקף לייעודים נושאי רווחים בכות, כגון הקמת שכונת-מגורים, בעיקר משום שמשטר הפיצוי הנוכחי שולל מבעלי המקרקעין המופקעים את מלוא העלייה בערך הנכס הצפויה מהפרויקט ("הרווח היזמי"). המאמר מציג מסגרת משפטית חדשה, המבוססת על מודל תאגידי, שביסודה החתירה למידתיות בפגיעה בזכות הקניין. בעלי המקרקעין המופקעים יוכלו לבחור בין הפיצוי לפי הדין הקיים לבין הקצאת מניות בחברת פיתוח שמטרתה תהיה שיווק המקרקעין לכל המרבה במהיר לשם ביצוע הפרויקט המיועד. המודל המוצע יאפשר לרשות השלטונית למלא באופן אפקטיבי את התפקיד הריכוזי של תיאום הפעולה המשותפת הכרוכה בתכנון הפרויקט ובקידומו, ובאותה עת לזכות את בעלי הקרקע בנתח משמעותי מהרווח היזמי.

- א. מבוא
- ב. ההצדקה העיונית להפקעה לצורך פיתוח מקרקעין בהיקף נרחב
 1. הפקעה כפתרון לבעיה של איסוף מקרקעין – כללי
 2. הפרויקטים שבעבורם נאספים מקרקעין על-ידי הפקעה
 - (א) איסוף מקרקעין לצורך כינון טובין ציבוריים
 - (ב) איסוף מקרקעין לצורך כינון "טובין חברתיים"
 - (ג) איסוף מקרקעין לצורך כינון טובין פרטיים
 3. ההכשר השיפוטי להפקעת מקרקעין לצורך כינון טובין פרטיים
- ג. סקירת החלופות הקיימות
 1. "חלוקה חדשה"
 2. שינוי משטר הפיצוי

* מרצה ומרצה בכיר, בהתאמה, המרכז הבינתחומי הרצליה. אנו מבקשים להביע תודות על ההערות המועילות שקיבלנו מדפנה ברק-ארוז, חנוך דגן, עמרי ידלין, אירית חביב-סגל, דפנה לוינסון-זמיר, יורם מרגליות, אוריאל פרוקצ'יה וחברי המערכת של עיוני משפט.

- ד. המודל המוצע – חברת פיתוח
1. מבוא
 2. חברת פיתוח – קווים לדמותה
 - (א) עיקרי המתווה
 - (ב) טיב הזכויות במקרקעין
 - (ג) הצעת המניות לבעלי המקרקעין
 - (ד) תוכן הכלכלי של המניות
 - (ה) הקצאת מניות למדינה
 - (ו) הגבלת מטרותיה של החברה
 - (ז) הגבלת משך פעילותה של חברת הפיתוח, חלוקת רווחים ופירוק
 - (ח) הערה על מיזמים מעורבים
 3. היבטים של משטר חברות ודיני ניירות-ערך
 4. תחולת המשפט הציבורי על חברת הפיתוח
 5. על הבחירה בין חברת פיתוח רגילה לבין חברת פיתוח ממשלתית
- ה. סיכום

א. מבוא

הסמכות הנתונה לרשויות שלטוניות להפקיע מקרקעין לצורכי ציבור מצויה תחת זכויות-מגדלת שיפוטית מאז חוקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹ הפקעת מקרקעין

1 ס"ח תשנ"ב 150. שני חוקי ההפקעה המרכזיים הם פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, ע"ר תוס' 1 (ע) 32 (א) 44 (להלן: פקודת הקרקעות), וחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307 (להלן: חוק התכנון והבניה). לסקירת חוקי ההפקעה השונים ראו א' קמר דיני הפקעת מקרקעין (מהדורה שישית, מ' י' קמר עורך, תשס"א) 35-86. אף שחוקי הפקעה אלה קדמו לחקיקת חוק-היסוד, ועל-כן חלה עליהם הוראת סעיף 10 לחוק-היסוד בדבר שמירת דינים, קבע בית-המשפט העליון כי מעמדה העדכני של זכות הקניין כזכות חוקתית "מחייב לפרש חוקים אלה ברוח ההוראות של חוק היסוד", ובהתאם לכך, "חקיקת חוק היסוד הביאה לשינויים ניכרים בפירוש שנתנו בתי המשפט לפקודת הרכישה" כמו-גם לחוקי ההפקעה האחרים. ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 641 (להלן: עניין הולצמן). כן נבהיר, כבר בראשית הדברים, כי לאורך המאמר אנו מתייחסים להפקעה של זכות בעלות בקרקע, אף כי ניתן להפקיע גם זכויות החזקה ושימוש לתקופה מסוימת במקרקעין (דהיינו, שכירות, דיירות מוגנת ורשות שימוש) וכן זיקת הנאה. ראו סעיף 3 לפקודת הקרקעות. נוסף על כך, אף שזכות המשכנתא אינה כלולה בגדר הזכויות שניתן להפקיע לפי סעיף 3 לפקודה, הפקעת מקרקעין כרוכה גם בפיצוי בעבור שווייה של זכות זו. לנוכח העובדה שהפקעת זכויות קנייניות כאלה (ובמיוחד זכויות חזקה ושימוש

נתפסת כמקרה מובהק – אולי המובהק ביותר – של התערבות שלטונית תוקפנית בקניינו של הפרט.² ייפוי הכוח הבלתי-מוגבל כמעט שנתנו בתי-המשפט בעבר לביצוע הפקעות מקרקעין הומר בהצבת מכשולים יצירי-פסיקה לפני הרשויות המבקשות לעשות שימוש בסמכות זו.³ כך הדברים לגבי הכפפת עצם תוקפה של החלטת ההפקעה למבחן של מידתיות על-ידי בדיקת נחיצות ההפקעה⁴ (אם כי בית-המשפט העליון טרם פסל אופרטיבית הפקעה של מקרקעין פרטיים בנימוק זה);⁵ ביטול הפקעת מקרקעין בשל שיהוי

(משניות) הינה בגדר מציאות רווחת, התפתחו מנגנונים שמאיים מוכרים להערכת שווי הזכויות השונות לצורך חלוקת הפיצוי בגין הפקעת מקרקעין. ראו קמר, שב, בע' 401 – 411. מנגנונים אלה ישימים אפוא גם לחישוב השווי היחסי של הזכויות לצורך המודל המוצע שבבסיס המאמר.

2 לביטוי רדיקלי של תפיסה זו ראו את דברי השופט חשין בבג"צ 2390/96 קרסיק נ' מ"י, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 675 (להלן: עניין קרסיק); "אכן, אותו אינסטינקט השוכן בנפשו של תינוק ואשר ימנע ממנו מתת לאחר חפץ שהוא מחזיק בידו, אותו אינסטינקט עצמו שוכן בנפשו של בוגר ויעורר בו יצר-התנגדות 'טבעי' – אינסטינקטיבי – לרצונו של אחר לקחת ממנו נכס מנכסיו, ולו בתשלום פיצויים."

3 לניתוח מגמות עדכניות בפסיקה בנוגע להפקעת מקרקעין ראו ד' לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן (ש' לרנר וד' לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב) 375; ח' דגן קניין על פרשת דרכים (תשס"ה) פרק ג; ח' זנדברג "הפקעות, אחריות חברתית והגנת הקניין הפרטי – אגב דין וחשבון הועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943" המשפט 19 (2005) 88. כותבים אלה סבורים, במידה רבה של צדק, כי הפסיקה בתחומים השונים הכרוכים בהפקעת מקרקעין (דהיינו, עצם השימוש בסמכות ההפקעה, סוגיית הפיצוי וכן הנושא הקרוב של פגיעות שלטוניות שלא על-דרך הפקעה) אינה מלמדת על מגמת-על חד-כיוונית מובהקת, וכי מכלול הלכותיו של בית-המשפט העליון יוצר תמונה נוכחית של בלבול ומבוכה.

4 שלושת רכיבי המבחן השיפוטי של נחיצות השימוש בסמכות ההפקעה הם: "קיומו של צורך ציבורי מסוים ומוגדר; זיקתו של הצורך הציבורי המסוים למקרקעין המסוימים המיועדים להפקעה; וקיום צורך בהפקעת המקרקעין המסוימים כדי לממש את הצורך הציבורי." בג"צ 5091/91 נוסייבה נ' שר האוצר, דינים עליון לו 67 (להלן: בג"צ נוסייבה), פסקה 3 לפסק-דינו של השופט מצא, בהתבסס על דברי הנשיא שמגר בבג"צ 307/82 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד לו(2) 141 (להלן: עניין לוביאניקר). מבחן זה מזוהה כאמור על-ידי בית-המשפט כמבחן של מידתיות בהקשר של השימוש בסמכות ההפקעת מקרקעין. עניין קרסיק, לעיל הערה 2, בע' 639.

5 למשל, מקרה אחד שבו החזיר בית-המשפט העליון על כנו מעשה הפקעה, לאחר שזה נפסל על-ידי בית-המשפט המחוזי בשל העדר נחיצות, הוא ע"א 396/98 מ"י נ' פז חברת נפט בע"מ, פד נח(3) 145 (להלן: עניין פז). לעומת זאת, יצוין כי בעע"מ 2449/02 עיריית טירת כרמל נ' מ"י, תק"על 2003 (1) 1471 (להלן: עניין עיריית טירת כרמל),

במימוש מטרת ההפקעה;⁶ הקביעה העקרונית כי עם מיצויה של המטרה הציבורית שבגינה הופקעו המקרקעין, גם בחלוף עשרות שנים ממעשה ההפקעה, קמה לבעלים המקורי הזכות העקרונית להשבת הקרקע לידיו;⁷ הטלת חובה על הרשות להפקיע זכות בעלות, ולא זכות חזקה או שימוש, במקרה של גריעה בעלת מימד קבוע;⁸ ומתן פרשנות המרחיבה את תחולתו של סעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבנייה, האוסר הפקעת חלק ממגרש אם כתוצאה מכך פוחת שווייה של יתרת המגרש.⁹ מגמה זו מוצאת ביטוי, אם כי מסויג יותר, בסוגיית היקף הפיצוי בגין הפקעה¹⁰ – הנבחנת אף

- הותיר בית-המשפט העליון על כנה החלטה של בית-המשפט המחוזי לפסול הפקעה של מקרקעין בבעלות המדינה על-ידי ועדה מקומית לתכנון ולבנייה בשל העדר נחיצות.
- 6 בג"צ 174/88 אמיתי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה המרכז, פ"ד מב(4) 89 (המקרה היחיד לפני חקיקת חוק-היסוד); בג"צ 465/93 טריידט ס.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה, פ"ד מח(2) 622. כן ראו עת"מ (ת"א) 49/97 בן יוסף נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, דינים מחוזי לד(1) 84; עת"מ (ת"א) 1132/01 בירנבוים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה אור יהודה – אזור, דינים מחוזי לג(3) 640.
- 7 עניין קרסיק, לעיל הערה 2. בעקבות פסק-הדין, ובמיוחד לנוכח סוגיית מועד תחולתו של הכלל העקרוני החדש, הוקמה ועדה בין-משרדית לצורך קביעת הסדר סטטוטורי בעניין. ראו דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (אוקטובר 2004). תזכיר החוק לתיקון הפקודה, שהוכן על-ידי הוועדה, כולל בין היתר הסדרים פרטניים לעניין השבת מקרקעין שהמטרה הציבורית שבבסיס הפקעתם מוצתה, כמו-גם לעניין ביטול הפקעה בשל שיהוי במימוש מטרתה (סוגיה שנידונה לעיל בהערה 6). ראו סעיף 9 לתזכיר חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (תיקון מס' 3), תשס"ה-2004 (להלן: תזכיר חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)).
- 8 משמעותה של חובה זו היא, בין היתר, הגדלת סכום הפיצוי. ע"א 119/01 אקונס נ' מ"י, פ"ד נו(1) 817 (להלן: עניין אקונס) (לעניין הפקעת חלקים תת-קרקעיים מבעלי קרקעות בחיפה לצורך כריית "מנהרות הכרמל").
- 9 עע"מ 1975/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה כרמיאל נ' רובינשטיין, פ"ד נו(6) 638.
- 10 בעניין הולצמן, לעיל הערה 1, קבע בית-המשפט העליון כי על הרשות לשאת בתשלום פיצוי מלא בגין הפקעת חלקה בשלמות, תוך הפיכת הלכה שנקבעה קודם לחוק-היסוד, בע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת-גן, פ"ד לה(3) 645. מקורה של סוגיה זו הוא בסמכות המוקנית לרשות בחוקי ההפקעה להפקיע חלק מחלקה (40% מכוח חוק התכנון והבנייה, ו-25% מכוח פקודת הקרקעות) לצורך שימושים מסוימים בלא תשלום פיצויים. השאלה הפרשנית שעולה, ואשר נענתה כאמור בשלילה בעניין הולצמן, היא אם כאשר מופקעת חלקה בשלמות ניתן "לנכות" סך השווה ל-25% או ל-40% (לפי העניין) מסך הפיצוי. אולם השוו ע"א 3819/01 מ"י נ' אסלן, תק"על 2004 (4) 2760, שבו הותיר בית-המשפט העליון על כנה הערכת שווי שמאית של מקרקעין שעשה בית-המשפט המחוזי, אשר כללה הפחתה של 40% משווי מקרקעין שהופקעו

היא במשקפי המידתיות¹¹ - וכן בנוגע לפגיעות שלטוניות במקרקעין שלא על-דרך הפקעה.¹²

אלא שלצד הגברת הפיקוח הכללית על הרשות השלטונית בתחום זה, ולו באופן הזהיר, בתי-המשפט ממשיכים לתת הכשר עיוני ומעשי לשימוש שהרשויות עושות

- בשלמות, על-סמך ההנחה שאילו נעשה פיתוח הקרקע על-ידי הבעלים עצמם, היה סיכוי ודאי להפקעה בשיעור של 40% משטח המקרקעין בלי פיצוי.
- 11 השופט דורנר מנמקת את ההחלטה בעניין הולצמן בחובה, שהתעצמה מאז הועלתה זכות הקניין לדרגה של זכות חוקתית, למנוע מצב-עניינים שבו מטילים על כתפי הפרט את העלות החברתית של פרויקט שנועד לתועלת הציבור הכללי. לגישתה, הפקעת חלקה שלמה בלי מתן פיצוי מלא, ומבלי שהבעלים יזכו בהנאה שוות-ערך אחרת, פוגעת בשוויון בין בעלי מקרקעין שונים, ופגיעה בלתי-שוויונית כזו בזכות יוצרת פגיעה במידה העולה על הנדרש. עניין הולצמן, שם, בע' 641-643. מכאן נראה כי בתי-המשפט מאמין מבחן מידתיות כפול בנוגע להפקעת מקרקעין: ראשית, בנוגע לעצם השימוש בסמכות ההפקעה; ושנית, בנוגע לפיצוי הראוי בגין מעשה זה. מבחן זה מהווה למעשה עיבוד של מבחן המידתיות הכללי הנוהג בפסיקת בתי-המשפט בנוגע לפגיעה בזכות חוקתית בחוק או מכוחו: (1) התאמה בין האמצעי הפוגע לבין התכלית החקיקתית; (2) העדר אמצעי אחר שפגיעתו פחותה; (3) מבחן מידתיות צר: קיום יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת החברתית הנצמחת מהפגיעה. ראו, למשל, בג"צ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 279-280; בג"צ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, תק"על 2004 (3) 2429, פסקה 14.
- 12 ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913 (פגיעה מכוח הוראות של תוכנית בניין עיר בשיעור של 11.8% משווי הקרקע עוברת את "תחום הסביר", ואינה מצויה במסגרת החרג המופיע בסעיף 200 לחוק התכנון והבנייה בנוגע לתשלום פיצוי בגין הפגיעה לפי סעיף 197 לחוק). בדיון הנוסף שהתקיים בעניין נותרה על כנה ההכרעה האופרטיבית של פסק-הדין בערעור האזרחי, על-אף מחלוקת בין שבעת השופטים אם אכן עברה הפגיעה בנסיבות המקרה דגן את "תחום הסביר". זאת, לנוכח מחלוקת עקרונית יותר בשאלה אם זכות הקניין כוללת כשלעצמה גם גרעין של "אחריות חברתית", המחייב לעיתים את נסיגת האינטרסים של הפרט לטובת החברה שבה הוא מצוי ופועל, ובשאלת המבחנים הפרטניים שיש להחיל בהתאם לכך לבדיקת "סבירותה" של הפגיעה. דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' הורוויץ, תק"על 2004 (2) 1210 (להלן: עניין הורוויץ). בעניין זה נותרה כאמור התוצאה האופרטיבית על כנה, שכן גם השופטים שסברו כי הפגיעה לא עברה בנסיבות העניין את "תחום הסביר" הגיעו למסקנה כי לא התקיים התנאי המצטבר האחר הנדרש בסעיף 200, דהיינו, כי "אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים". ברי, עם זאת, כי ככל שהתפיסה העקרונית של "אחריות חברתית" כגלומה במוסד הקניין הפרטי תתעצם ותתקבע בבית-המשפט העליון, תהיה לכך השלכה עקרונית ואופרטיבית על הכרעותיו השיפוטיות בתחומים השונים של פגיעות שלטוניות במקרקעין.

בסמכות להפקעת מקרקעין לצורך הקמת פרויקטים בקנה-מידה גיאוגרפי גדול – דהיינו, בהיקפים של מאות דונמים ויותר – גם כאשר הייעודים המתוכננים בפרויקט כזה הינם נושאי רווחים בכוה, בראש ובראשונה כאשר מדובר בהפקעת חטיבת קרקע לצורך הקמת שכונת-מגורים, על הייעודים הכלכליים והציבוריים הנלווים אליה (כגון מרכז מסחרי ומבני-ציבור, בהתאמה).¹³ במבט ראשון קשה ליישב את מתן הגושפנקה השיפוטית בנסיבות כאלה למגמה הכללית של הביקורת השיפוטית על השימוש בסמכות ההפקעה, והיא אפשר אולי לצפות שבעידן הנוכחי יפסלו בתי-המשפט באופן קטגורי את עצם השימוש בסמכות זו לצורך פרויקט מגורים, במיוחד כאשר יחידות-הדיוור הנבנות אמורות להימכר בסופו של יום בשוק החופשי לרוכשים פרטיים. שכן לא זו בלבד שהקמת שכונת-מגורים אינה נתפסת באופן מובהק כ"צורך ציבורי",¹⁴ אלא שהפקעה כזו גורמת פגיעה כבדה באינטרס הכלכלי של בעל הקרקע לנוכח משטר הפיצוי הקיים בדיון, שלפיו הוא זכאי לתשלום שווי השוק של הקרקע בייעודה שלפני מעשה ההפקעה (בדרך-כלל ייעוד חקלאי או שטח פתוח),¹⁵ בעוד הרווחים הגלומים כתוצאה משינוי ייעודה של הקרקע

- 13 ראו סקירה של פסקי-הדין המרכזיים בסוגיה להלן בתת-פרק 3.
- 14 יצוין כי המונח "צורך ציבורי" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הקרקעות כ"כל צורך שאותו אישר שר האוצר כצורך ציבורי", ומכאן שאין הגבלה סטטוטורית על היקף המונח. בסעיף 188(ב) לחוק התכנון והבנייה מצויה רשימה של "צרכי ציבור". רשימה זו אינה כוללת "שימוש למגורים", אולם בסיפא של הסעיף מוקנית לשר הפנים הסמכות לאשר "כל מטרה ציבורית אחרת" לצורך הסעיף. שר הפנים אישר בהודעה מטעמו מטרה ציבורית של "שכונות מגורים לצורך קליטת עליה". ראו הודעה על אישור מטרה ציבורית לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, "פ תשנ"א 2247. למיפוי של "צרכי ציבור" לצרכים מובהקים ולצרכים שאינם כאלה, לעניין ההצדקה לשימוש בסמכות ההפקעה לשם הגשתם, ראו דיון בפרק 2 להלן.
- 15 נדגיש כי איננו מתייחסים במאמר זה לסוגיות הייחודיות הכרוכות במשטר המשפטי החל על זכויות בקרקעות חקלאיות המצויות בגדר מקרקעי ישראל (כהגדרתם בסעיף 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח תש"ך 56 (להלן: חוק-יסוד: מקרקעי ישראל)) לעניין הפיצוי הניתן לחקלאים עם שינוי ייעודה של הקרקע והשבתה לידי מנהל מקרקעי ישראל. יוער רק כי החלטה 727 של מועצת מקרקעי ישראל, שחישבה את התמורה לחקלאים באחוזים משווי הקרקע לאחר שינוי הייעוד ("החלטה בדבר קרקע חקלאית שיעודה שונה למטרה אחרת לפי חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960", החלטת מועצת מקרקעי ישראל 727, 3.7.1995), בוטלה בבג"צ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומית, פ"ד נו(6) 25, בשל אי-סבירותה של ההטבה הגלומה בכך. בעקבות זאת קיבלה מועצת מקרקעי ישראל את החלטה 969, שהשיבה את בסיס הפיצוי לשווי הנמוך באופן משמעותי של קרקע חקלאית ("החלטה בדבר הפסקת חכירה בקרקע חקלאית שיעודה שונה למטרה אחרת", החלטת מועצת מקרקעי ישראל 969, 11.12.2003).

ומהקמת הפרויקט אמורים ליפול לידי המדינה ו/או לידי הקבלנים הפרטיים שיוכו במכרזים לפיתוח המתחם.¹⁶

כפי שנראה במאמר זה, הן ההצדקה העיונית והן ההצדקה השיפוטית למתן סמכות הפקעה לצורך פרויקטים כגון אלה נשענות על יכולתה של הרשות השלטונית, כגוף ציבורי-ריכוזי, לפתור את "בעיית הפעולה המשותפת" שעלולה להתעורר בין בעלי הזכויות הרבים (במקרים הטיפוסיים שנידונו בפסקי-הדין מדובר במאות ואף באלפים) באופן שעלול למנוע ביצוע פרטי של הפרויקט על בסיס הסכמי. איננו מבקשים לערער באופן יסודי על תזה זו, ומקובל עלינו כי בעיית הפעולה המשותפת עשויה לחייב התערבות של הרשות השלטונית על-מנת להוציא לפועל את הפרויקט היעיל מצרפית. זאת, במיוחד אם הקמת שכונת-המגורים נתפסת כרצויה גם משיקולים קיבוציים, נוסף על סך כל "הערכים הפרטיים" הגלומים בהקמתה. אולם בה-עב, אף אם נניח שהשימוש בסמכות שלטונית כופה למטרה זו הינו מוצדק, אופן השימוש הנוכחי בה, כמו-גם נטילת מלוא הרווח היומי הצפוי מהפרויקט מידי הבעלים,¹⁷ נתפסים בעינינו כפגיעה קשה מדי בזכויותיהם של האחרונים, באופן שמפר את עקרון המידתיות.

כלומר, בהקשר של ייעודים נושאי רווח, מבהני המידתיות שבית-המשפט מאמץ ביחס להפקעת מקרקעין (הן בנוגע לעצם השימוש בסמכות ההפקעה והן בסוגיית הפיצוי)¹⁸ אינם מקיימים כנדרש את העיקרון המהותי של מידתיות הפגיעה בבעל זכות הקניין.¹⁹

16 כלומר, מבחן המידתיות שבית-המשפט מקיים כיום בנוגע להיקפה של חובת הפיצוי מוגבל בתקרה הקבועה בדין החקוק, שלפיו הפיצוי יחושב לפי שווי השוק של הקרקע עובר לפרויקט. לדיון מפורט בכללי הפיצוי בגין הפקעה ראו תת-פרק 2 להלן.

17 במונח "רווח יומי" כוונתנו, בהקשר של מאמר זה, לרווח הצפוי לבעל הזכויות בקרקע כתוצאה מעצם אישורו של הפרויקט, באופן המגלם בתוכו בעיקר את העלייה בשווי השוק של הקרקע בשל שינוי ייעודה ו/או הקניית זכויות הבנייה על-גביה, בהתחשב בתוחלת הסיכונים והסיכויים הכרוכים בפיתוחה של הקרקע הלכה למעשה. כאשר יש צורך באיסוף קרקעות לצורך מימוש הפרויקט, היקף העלייה בשווי מושפע גם מהמצב התכנוני של קרקעות סמוכות. זאת, להבדיל מהרכיב השני של הרווח הצפוי מהפרויקט, דהיינו "הרווח הקבלני", שהוא הרווח המשתלם לקבלנים העוסקים בביצוע עבודות במסגרת בינוי המתחם בפועל. במצב-העניינים הרגיל, כגון כאשר קרקע חקלאית "מופשרת" ומוסדות התכנון מאשרים הקמת פרויקט מסחרי על-גבי הקרקע, חלק-הארי של הרווח הגלום בפרויקט הוא הרווח היומי, ומכאן שעיקר העניין העיוני והמעשי ממוקד בשאלה מיהו הגורם שיוכה ברכיב זה.

18 ראו לעיל הערה 11.

19 נעיר כי איננו עוסקים במאמר זה, ולו במרומז, בנושא של "צדק חלוקתי", דהיינו, בהשלכתם של דיני ההפקעות על שיקולים נרחבים יותר של חלוקת עושר בכלל החברה. לעמדתנו, ממילא, אין דיני ההפקעות מהווים זירה ראויה להתמודדות ישירה עם נושא זה. לטענה כי דיני הקניין ככלל, ודיני ההפקעות בפרט, אמורים להוות מכשיר חיוני לקידום השוויון המהותי בחברה בין חזקים לחלשים, ראו ח' דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 97, 108-116.

לעמדתנו, בהקשר של הפקעת מקרקעין, משמעותו של עיקרון זה היא לנסות לצמצם ככל האפשר שני רכיבים שונים של פגיעה: ראשית, את הפגיעה הנובעת מעצם הנטילה הכפויה של הקרקע, תוך איבוד יכולת השליטה, הניהול והשימוש הייחודיים בנכס, על ההשלכות הסובייקטיביות הכרוכות בכך לנוכח העובדה ששיטת המשפט שלנו מכירה ככלל בערך הפנימי של שליטה פרטית במקרקעין;²⁰ שנית, את הפגיעה בשווי הכלכלי של הנכס לבעליו, ובכלל זה בסיכוי להפיק ממנו תשואה מוגברת בעתיד. זאת, במיוחד על רקע הכרתו הכללית של המשפט בזכאותו של בעל קרקע ליהנות, ולו חלקית, מהרווחים הגלומים בהשבחת הקרקע עם שינוי ייעודה או הגדלת הפוטנציאל הכלכלי שלה בדרך סטטוטורית אחרת, כגון הגדלת אחוזי הבנייה על-גבי החלקה בתוכנית מתאר,²¹ או עקב

20 ראו, למשל, את דברי השופט טירקל ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 246-245, אשר מצטט את המימרה "ביתו של אדם הוא מבצרו", ומציין כי "תחושת הביטחון של בעל נכס - הנובעת מן הידיעה שקניינו מוגן וכי מי שינסה לפלוש לנכסיו יסולק - היא בגדר תועלת חשובה, אפילו אינה נשקלת בכסף". דבר זה משליך לגישתו על מידת ההגנה המוקנית במשפט למרחב השליטה הפרטית - "ריבונות" הבעלים - כמטרה בפני עצמה. לתפקידו של הקניין הפרטי כמשקף ערכים חוץ-כלכליים של חירות מפני התערבות אחרים, השוו: J. Nedelsky *Private Property and the Limits of American Constitutionalism - The Madisonian Framework and Its Legacy* (Chicago & London, 1990) 207-208; C.R. Susntein "On Property and Constitutionalism" 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 907, 914-915. אין אנו טוענים, כמובן, כי הערך של שליטה פרטית הינו מוחלט ומהווה תמיד "קלף מנצח" בעימות מול אינטרסים אחרים, כגון קידום טובת הכלל, אולם די בעצם ההכרה בחשיבותו העקרונית של ערך זה לנסות לצמצם את הפגיעה בו במקום שבו ניתן לעשות כן.

21 לפי הוראות סעיף 196א והתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, במקרה של השבחה (דהיינו, עליית שוויים של מקרקעין) עקב אישור תוכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג, הבעלים זוכה בהשבחה אך חייב בהיטל בשיעור מחצית ההשבחה. "ביסוד היטל ההשבחה מונח רעיון של צדק חברתי. הרשות הציבורית השקיעה בתכנון ובפיתוח. כתוצאה מכך עלה ערכם של המקרקעין. בעל המקרקעין מתעשר מכך. מן הראוי שבעל המקרקעין יישא בהוצאות התכנון והפיתוח." ע"א 1341/93 סי אנד סאן ביין' הוטלס בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב יפו, פ"ד נב(5) 715, 719. לצד ההצדקה למיסויה של נתינה שלטונית זו, ברורה לגישתנו גם ההצדקה לשמירת נתח של ממש בידי הבעלים, ולו מהטעם של מתן תמריץ כלכלי משמעותי לבעלים לשאת בהוצאות ובסיכונים הכרוכים במימושו של הפוטנציאל התכנוני, לנוכח ההנחה כי השינוי האמור נתפס על-ידי הרשות השלטונית כמגדיל את הרווחה החברתית המצרפית. בהתאם לכך, גם כותב פרוגרסיבי דוגמת חנוך דגן רואה בחיוב את החלוקה של עוגת ההשבחה בין הפרט לכלל, כפעולה שמגשימה "ערכי קניין חשובים: קהילה, רווחה מצרפית, עבודה, חירות ואישיות". דגן, לעיל הערה 3, בתת-פרק 53. לדיון בנתיבות שלטוניות, במיוחד

שינוי בתנאי השוק, כגון עליית הביקוש לנכסים באיזור מסוים.²² לטענתנו, בהקשר של הפקעה לייעודים נושאי רווח, המשטר המשפטי הנוכחי אינו מצמצם כנדרש את הפגיעה בשני רכיבים אלה. ראשית, הדין לוקה בתפיסה דיכוטומית לגבי עצם הצורך בהתערבות שלטונית, דהיינו, הוא שוקל רק שתי אפשרויות: הפקעה גורפת או אי-התערבות. נוסף על כך, במקום שבו מוכחת נחיצותה של התערבות שלטונית, הוא פוטר את עצמו למעשה מדיון בשאלת המידתיות באשר לרכיב הפגיעה השני, ומכשיר מניה וביה את הדרת הבעלים ממלוא תוחלת הרווח הצפויה מהפרויקט נושא ההפקעה.²³

עמדנו זו מבוססת על התפיסה כי הנצחתו של המתח בין היעילות לבין המידתיות בהקשר של הפקעת מקרקעין בקנה-מידה גדול לייעודים נושאי רווח אינה בגדר גזרת גורל, וכי ניתן ליישב בין הצורך בהתערבות שלטונית לבין שמירת מעמד לבעלי המקרקעין, לפחות בכל הנוגע לקבלת חלק מהרווחים הגלומים בפרויקט. במאמר זה נציע פתרון עקרוני לסוגיה זו, המקיים כנדרש את העיקרון המהותי של המידתיות על-ידי אימוץ מודל תאגידי של הקמת חברת פיתוח, שאליה יועברו זכויות קנייניות במתחם הקרקע המיועד לפעולה המתואמת. בחברה זו יוקצו מניות באופן יחסי לבעלי הקרקעות במתחם, תוך שיובטח כי פעולות החברה יהיו מתואמות לחלוטין עם ניהול המיזם הכללי. מטרתו של מודל מוצע זה היא, מחד גיסא, לאפשר לרשות למלא באופן אפקטיבי את התפקיד הריכוזי של תיאום המיזם וכן להפריש לה את הקרקע הדרושה לצורכי הציבור ה"אמיתיים", ומאידך גיסא, לזכות את בעלי הקרקע בנתח משמעותי מהעושר הנובע

בהקשר של השבחת מקרקעין, ראו: A. Bell & G. Parchomovsky "Givings" 111 *Yale L.J.* (2001) 547.

22 במקרה כזה הבעלים זוכה בעושר, אך הוא עשוי לחוב בגינו בתשלום מס שבת מקרקעין בעת מכירת זכותו, לפי הוראות חוק מיסוי מקרקעין (שבת, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963, ס"ח 156. המונח "שבת" מוגדר בסעיף 6(ב) לחוק זה כ"סכום שבו עולה שווי המכירה על יתרת שווי הרכישה". מטבע הדברים, עליית שווי כאמור יכולה להיות תוצאה הן של השקעת משאבים "פנימית" של הבעלים בנכס והן של שינויי שוק "חיצוניים" שאינם פרי עמלו. בדומה לסוגיית הנתינה השלטונית, במקום שבו עליית ערך הנכס הינה תוצאה של מצבור פעולות חיצוניות של גורמים שונים במסגרת דינמיקת השוק, אנו סבורים כי מתקיים איוון ראוי באמצעות מיסוי חלקי של העלייה בשווי הנכס. נדגיש כי איננו מפתחים במאמר זה תזה כללית בנוגע לשאלה העקרונית מי זכאי ליהנות, ובאיזה שיעור, מיצירת ערך עודף (surplus value) לנכס מסוים כתוצאה מפעולה שלא נעשתה, כולה או חלקה, על-ידי בעל הנכס. פיתוח כזה ייעשה במקום אחר. מכאן גם עולה כי הגישה המוצעת במאמר עשויה להיות מקובלת וראויה אף בעיניו של מי שאינו תומך בהכרח בעיקרון של מתן זכות אוניוורסלית לבעל נכס ליהנות מערך עודף הנוצר לנכסו, יהיו הנסיבות אשר יהיו.

23 יוער לעניין זה כי בתזכיר חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (שנידון לעיל בהערה 7) אין כדי לשנות את המצב האמור, הן לעניין טווח האפשרויות בנוגע לשימוש בסמכות ההפקעה והן לעניין משטר הפיצוי בגין הפקעה.

ממימוש המיזם ולעיתים גם במעורבות בקבלת החלטות בנוגע למיזם. מכאן, שהמסגרת המוצעת מעוצבת כך שתהיה מידתית יותר מבחינת הפגיעה בזכות היסוד לקניין ושקולה מבחינת יעילות המימוש.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: בפרק ב ננתח באופן עיוני את סמכותן של רשויות שלטוניות להפקיע מקרקעין לצורך סוג הפרויקטים שמאמר זה עוסק בהם, ונדון בנימוקיו של בית המשפט למתן ההכשר העקרוני לפעולה זו. מכיוון שהפתרון שאנו מציעים במאמר מצריך יצירת הסדר חקיקתי חדש, נבקש בפרק ג לבחון אם קיימים מנגנונים אחרים המאפשרים השגת אותה תוצאה בלא שינוי חקיקתי (ולעניין זה נתמקד בהליך התכנוני של "חלוקה חדשה") או למצער במסגרת החקיקתית המוכרת (ולצורך כך נדון באפשרות לשנות את הנוסחה הנוכחית לחישוב הפיזיו שנקבעה בחוקי ההפקעות). לנוכח מסקנתנו כי אין די במנגנונים האמורים, נציג בפרק ד את קווי המתאר של המודל המוצע.

ב. ההצדקה העיונית להפקעה לצורך פיתוח מקרקעין בהיקף נרחב

1. הפקעה כפתרון לבעיה של איסוף מקרקעין – כללי

מדוע להעניק לרשות שלטונית את הסמכות להקנות לעצמה מקרקעין בכפייה, ובכך להגביל את זכויות הבעלים להגנה של "כלל אחריות" (liability rule) תחת ההגנה הקיימת בדרך-כלל לבעלים במשפט, דהיינו, זו של "כלל קניין" (property rule)?²⁴ כלומר, מדוע לא לחייב את הרשות להתקשר אך ורק בעסקות רצוניות עם בעלי הזכויות הפרטיים לצורך רכישת המקרקעין? הטיעון הבסיסי בעד מתן סמכות הפקעה כאשר מתכננים פרויקט המחייב איסוף זכויות במקרקעין שונים (land assemblage), כגון לצורך כביש, קו תשתית, מחנה צבאי, פארק וכיוצא בהם, היא שלנוכח הצורך בתוואי רציף ומוגדר לפרויקט, כל אחד מבעלי המקרקעין המצויים לאורך התוואי עלול לנצל לרעה את עמדתו המונופוליסטית למעשה, ולעכב באופן אסטרטגי את העסקה עימו על-מנת לבסות "לסחוט" מחיר גבוה משווי השוק האמיתי של זכויותיו, שיהיה קרוב ככל האפשר לסך כל התועלת נטו הצפויה מהפרויקט. התנהגות מעין זו מגדילה באופן ניכר את עלויות העסקה הכרוכות בפרויקט, ולעיתים היא עלולה אף להכשילו לחלוטין, כאשר התנהגות אסטרטגית זו מאמצת על-ידי בעלי קרקעות רבים בתחום הפרויקט, המבקשים כל אחד

24 זכות בנכס מוגנת ב"כלל קניין" כאשר העברתה חייבת להיעשות בהסכם רצוני, שבו שווי הזכות נקבע בהסכמת המוכר. לעומת זאת, במשטר של "כלל אחריות", זכותו של אדם בנכס כפופה לאפשרות של העברה או ביטול לא-רצוניים כנגד תשלום בגין שווייה של הזכות. G. Calabresi & A.D. Melamed "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089, 1092–1093.

להיות "האחרון שצריך לשאת-ולתת איתו".²⁵ ברור גם כי ככל שהפרויקט המתוכנן גדול יותר בהיקפו, ובהתאם לכך נדרשת רכישת זכויות ממספר רב יותר של בעלים, כן גדל הסיכון להתנהגות אסטרטגית מעין זו ולהאמרתן של עלויות העסקה הכרוכות בפרויקט.²⁶ לנוכח העלויות המנהליות הנוספות הכרוכות בהליך של הפקעה לעומת הליך של עסקה רצונית,²⁷ היה ניתן לכאורה להניח שהרשויות השלטוניות ינסו קודם-כל למצות את המשא-ומתן עם בעלי הזכויות.²⁸ אולם יש לזכור כי בנסיבות של איסוף מקרקעין

25 לניתוח הבעיה של איסוף מקרקעין ראו: R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (New York, 6th ed., 2003) 55–56. מבחינה מעשית, אין חשיבות של ממש לשאלה אם בעיה זו מוגדרת במונחים של "מונופולין" או במונחים של "עלויות עסקה". T.W. Merrill "The Economics of Public Use" 72 *Cornell L. Rev.* (1986) 61, 75–76. יוער כי בעיית איסוף המקרקעין אינה הסיטואציה היחידה שבה מוצדק להשתמש בסמכות ההפקעה מבחינת הניתוח הכלכלי. מקרה אפשרי אחר הוא כאשר נכס בבעלות פרטית נמצא במקום ייחודי הדרוש להקמת פרויקט ציבורי מסוים – למשל, צוק שרק עליו ניתן להקים מגדלור. גם כאן הבעלים הפרטי עשוי למצוא את עצמו בעמדת סחיטה מונופוליסטית.

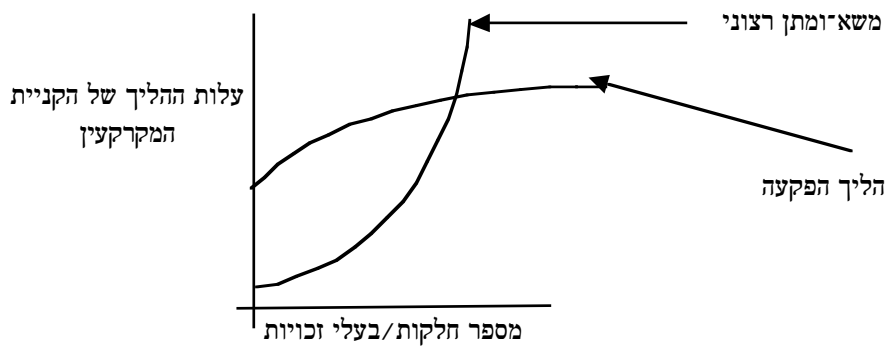
26 לסקירת מקרים שבהם יכולים גורמים פרטיים או ממשלתיים, להתגבר בכל-זאת על הבעיה של איסוף מקרקעין מבעלי זכויות רבים באמצעות עסקות רצוניות (בין היתר על-ידי טקטיקות מתוחכמות של משא-ומתן חשאי) ראו: R.C. Ellickson & V.L. Been *Land Use Controls – Cases and Materials* (Gaithersburg & New York, 2nd ed., 2000) 1029–1040.

27 בקיצור נמרץ ייאמר, לדוגמה, כי הליך של הפקעת קרקע לפי פקודת הקרקעות מחייב: ראשית, פרסום הודעה מפורטת ברשומות על הכוונה להפקיע מקרקעין, לפי סעיף 5 לפקודת הקרקעות, תוך שליחת הודעה אישית לכל אחד מבעלי הזכויות; שנית, הליך של שמיעת התנגדויות להפקעה (מקורו של הליך זה אינו בפקודת הקרקעות או בחוק אחר, אלא בהנחיות של היועץ המשפטי לממשלה – ראו "הפקעת מקרקעין לצורכי ציבור: שימוע הבעלים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.3002 כרך ב (1.1.1986)); שלישית, פרסום הודעה ברשומות, לפי סעיף 7 לפקודת הקרקעות (יחד עם ההודעה לפי סעיף 5 או לאחריה), המורה למחזיק המקרקעין למסור את החזקה במקרקעין לידי הרשות במועד מסוים, ואם המחזיקים מסרבים למסור את החזקה במקרקעין, הרשות רשאית לפנות לבית-המשפט בבקשה לקבלת צו מיוחד למסירת החזקה לפי סעיף 8 לפקודת הקרקעות; רביעית, פרסום ברשומות של הודעת הקנייה, לפי סעיף 19 לפקודת הקרקעות (בלא צורך במסירת הודעה אישית), המקנה לרשות את הזכות לרשום את המקרקעין על-שמה בפנקסי המקרקעין; חמישית, גיהול הליך שיפוטי של תובענה לפיצויים, לפי סעיף 9 לפקודת הקרקעות. מובן שעל כך יש להוסיף את האפשרות הנתונה לבעל הזכות לפנות לערכאה המתאימה לשם תקיפת הפעולות המנהליות בשלביהן השונים. לסקירה מפורטת של הליך ההפקעה ראו קמר, לעיל הערה 1, בע' 330–115.

28 בהתאם לכך, כאשר הרשות יכולה לבחור בין חלופות שונות לצורך הפרויקט, כך ששום

מגורמים רבים, העלות השולית של הוספת חלקה להליך ההפקעה צפויה להיות נמוכה מהעלות השולית של ניהול משא-ומתן עם בעל החלקה הנוספת, ודבר זה עשוי להניע את הרשות לנקוט מלכתחילה הליך של הפקעה לגבי כלל המתחם. תרשים 1 מדגים את היחס בין העלויות בשני ההליכים.

תרשים 1: עלויות ההליך של הקניית מקרקעין (בלי עלויות התשלום בגין שווי הזכויות)



מטבע הדברים, כאשר מוקנית סמכות שלטונית "עוקפת קניין" כזו, מתעורר החשש מפני ניצול-יותר שלה באופן לא-יעיל ו/או לא-רצוי מבחינה חברתית. אומנם, דרישת הפיצוי העקרונית הקבועה בדין נועדה למנוע את הטלת מלוא הנטל של הפרויקט הציבורי על כתפיהם של פרטים יחידים²⁹ - באופן שיש בו גם כדי לשלוח "איתותים" לבעלי קרקעות אחרים שיתמרצו אותם לערוך השקעות יעילות במקרקעין³⁰ - וכן ליצור מסגרת

גורם פרטי אינו נמצא בעמדת מונופול ולפיכך השוק "עבה" (thick), ניתן להניח כי הרשות השלטונית תעדיף לנקוט הליך של עסקות רצוניות, שאינן כרוך בעלויות המנהליות הנוספות של הפקעה. Merrill, *supra* note 25, at pp. 77-81.
 29 ראו לעיל הערה 11. נימוק זה מהווה אבן-יסוד לחובת הפיצוי בגין הפקעות בשיטות משפט שונות. ראו, לדוגמה, את הסברו של בית-המשפט הפדרלי העליון בארצות-הברית לדרישת הפיצוי הנקובה בתיקון החמישי לחוקה הפדרלית. לפי פסק-דינו של השופט Black:

"The Fifth Amendment's guarantee... is designed to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens, which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole." *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 49 (1960).

30 לדיון בהשפעתו של משטר הפיצוי על תמריציהם של בעלי קרקע לערוך השקעה יעילה במשאבים, ובכלל זה החשש מפני השקעת-חסר במשטר של העדר פיצוי על הפקעות

של יעילות מצרפית לפעילות הרשות.³¹ אלא שמשטר הפיצוי העקרוני הקבוע בדין הישראלי, שלפיו בעל הקרקע זכאי לשווי השוק של הקרקע בערכה שלפני מעשה ההפקעה,³² עלול להותיר על כנם לפחות חלק מהקונפליקטים הכרוכים בשימוש בסמכות ההפקעה. במיוחד, נוסחת הפיצוי עלולה לעודד התנהגות אסטרטגית דווקא מצידם של הרשות ושל גורמים פרטיים המצפים ליהנות מפירות הפרויקט, כזו המקדשת רווח פרטי גם על-חשבון התועלת החברתית (rent-seeking behavior),³³ כך שבסופו של דבר אנו

מול החשש מפני השקעת-יתר במשטר של פיצוי מלא ובלתי-מסויג, ראו: S. Rose- Ackerman "Regulatory Takings: Policy Analysis and Democratic Principles" *Taking Property and Just Compensation: Law and Economics Perspectives of the Takings Issue* (Boston, N. Mercuro ed., 1992) 25, 30-32; L. Blume & D.L. Rubinfeld "Compensation for Takings: An Economic Analysis" 72 *Cal. L. Rev.* (1984) 569, 584-588. מתן פיצוי לבעלי קרקע מפחית את החשש מפני יצירת "עלויות דמורליזציה", העלויות להיגרם במקרה של הפקעה ללא פיצוי ל"מפסידים בלתי-מפוצים, אלה המזדהים עימם, ומשקיפים אחרים החוששים שיקבלו גם הם יחס דומה בעתיד" [התרגום שלנו - א' ל' וע' ל']. לפי Michelman, "עלויות הדמורליזציה" מתבטאות באופן ייצור עתידי מצד אלה הסובלים מהדמורליזציה (באופן המשקף תמריצים שליליים או אי-שקט חברתי) וכן בשווי הנוק שנגרם למפסידים ולא לה המזדהים עימם בשל עצם העובדה שלא הוצע להם פיצוי. F.I. Michelman "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law" 80 *Harv. L. Rev.* (1967) 1165, 1214

31 הטלת חובת פיצוי מלא על הרשות השלטונית מחייבת אותה להפנים את מלוא העלויות האמיתיות הכרוכות בפרויקט הציבורי. בכך יש כדי למנוע את החשש כי בהעדר דרישה לפיצוי, תתעלם הרשות הציבורית מהנוקים הנגרמים לפרטים כאשר היא מביאה בחשבון את שיקולי התועלת המצרפית של הפרויקט - תופעה המכונה "fiscal illusion" ("אשליה פיסקלית"). ראו: Blume & Rubinfeld, *ibid*, at pp. 620-622. נימוק זה מוצא ביטוי מפורש בפסיקת בית-המשפט העליון. ראו ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא, פ"ד מו(4) 627, 640; עניין הורוויץ, לעיל הערה 12, פסקה 2 לדברי המשנה לנשיא אור.

32 זאת, הגם שיש בנוסחה זו טעם עקרוני, לפחות לגבי סוגים מסוימים של טובין, כפי שנראה להלן בטקסט הנלווה להערות 42-49, 57-58.

33 לניתוח מקיף של ה"rent-seeking behavior" ראו: *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society* (J.M. Buchanan, R.D. Tollison & G. Tullock eds., 1980) כאשר התנהגות כזו ננקטת על-ידי רשות שלטונית ו/או על-ידי גורמים פרטיים בעלי עוצמה פוליטית, נוצר "כשל שוק פוליטי", שבו מתקבלות החלטות שגורעות מהתועלת החברתית המצרפית (כלומר, שסך כל עלותם החברתית עולה על סך כל התועלת החברתית שלהם) על-ימנת ליצור את הרווח הפרטי. ראו: S. Levmore "Just Compensation and Just Politics" 22 *Conn. L. Rev.* (1990) 285, 298-305

עלולים להמיר התנהגות אופורטוניסטית רעה אחת (של בעל הקרקע) באחרת (של הרשות וגורמים פרטיים אינטרסנטיים) שתביא לידי שימוש יתר בסמכות ההפקעה.³⁴ נציין כי מנקודת מבט חברתית, פגיעתו הרעה של האופורטוניזם מן הסוג השני חמורה יותר, שכן יש בה גם פתח לשחיתות, דהיינו, לניצול עמדת כוח ושררה לשם הפקת טובות־הנאה פרטיות.³⁵

עם זאת, חשוב להבין כי היקפה וטיבה של בעיית הפעולה המשותפת, כמו גם החשש מפני שימוש יתר בסמכות ההפקעה והדילמות הנובעות מכך בנוגע לשיקולי המידתיות והיעילות, אינם זהים לגבי כל סוגי הפרויקטים שבגינם נעשה שימוש במנגנון ההפקעה לצורך איסוף מקרקעין. בסעיף הבא נערוך סיווג של סוגי הפרויקטים לשלוש קטגוריות עיקריות, ונראה כי הצורך בשינוי הדין תקף בעיקר לקטגוריה של שימוש בהפקעה לאיסוף מקרקעין לצורך הספקת טובין פרטיים שהינם נושאי רווח בכוח.

34 לצורך ניתוח זה אנו מקבלים באופן כללי את התפיסה העומדת בבסיס תיאוריית "הבחירה הציבורית" (public choice), שלפיה קבלת החלטות ציבוריות, ובכלל זה בהקשר של הקמת פרויקטים ציבוריים והפקעת מקרקעין פרטיים לצורך כינונם, נעשית ב"שוק פוליטי" שבו הן השחקנים הציבוריים-הפוליטיים והן השחקנים הפרטיים פועלים על־מנת להשיא את התועלת האישית שלהם. למיפוי זרמי־החשיבה השונים בתיאוריית "הבחירה הציבורית" ראו: S. Levmore "The Public Choice Threat" 67 *U. Chi. L. Rev.* (2000) 941. להבעת חשדנות מפורשת כלפי המדינה, כמי שעושה שימוש בסמכות ההפקעה כדי להעשיר את קופתה על־חשבון הפרט, ראו את דברי השופט ד' לויין בדעת המיעוט בדג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 93 (להלן: דג"צ נוסייבה).

35 ראו: P. Bardhan "Corruption and Development: A Review of Issues" 35 *J. Econ. Lit.* (1997) 1320, 1320–1321; S. Rose-Ackerman "Corruption" *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (London, P. Newman ed., 1998, Vol. I) 517. כאשר שחיתות נהפכת לנורמה חברתית רווחת, נלווית אליה גם ירידה במידת שלטון החוק במדינה. כיום יש תיעוד אמפירי נרחב לכך שגורמות של שחיתות והעדר שלטון חוק גורמות לתוצאות הרסניות, לרבות פיגור כלכלי ובערות. ראו, למשל: D. Kaufmann, A. Kraay & P. Zoido-Lobaton "Governance Matters from Measurement to Action" 37 *Fin. & Dev.* (2000) 10. כן נעיר כי בציבוריות הישראלית יש רגישות מיוחדת לזיקות בין גורמי השלטון לבין בעלי הון, בפרט בתחום הנדל"ן, ומכאן שיש חשיבות מיוחדת לצמצום האופורטוניזם מן הסוג השני. ראו ז' מאור "בולט מעל כולם, אבל לא לבד" הארץ נדל"ן 25.1.2004. נדגיש כבר עתה כי לנוכח מעורבותה הרבה של המדינה גם במודל המוצע מטעמנו בפרק ד, אנו מודעים לאפשרות של "העתקת" השחיתות אליו, ולפיכך המודל המוצע מעוצב באופן המבקש לצמצם ככל הניתן את האפשרות לשחיתות שלטונית.

2. הפרויקטים שבעבורם נאספים מקרקעין על-ידי הפקעה

(א) איסוף מקרקעין לצורך כינון טובין ציבוריים

הקטגוריה הראשונה של איסוף מקרקעין היא לצורך פרויקטים של הספקת "טובין ציבוריים טהורים" (pure public goods) או "טובין ציבוריים מעורבים" (mixed goods). טובין ציבוריים טהורים, כגון ביטחון לאומי, מתאפיינים בשתי תכונות הצפויות להכשיל את הספקתם באופן פרטי: non-excludability (חוסר היכולת למנוע – בעלות סבירה – הפקת הנאה מהמשאב על-ידי מי שאינו משלם)³⁶ ו non-rivalry (העדר יריבות – מצב שבו העלות השולית של משתמש נוסף, לפחות עד סף מסוים, הינה אפס בקירוב, ושימוש זה אינו גורע מהנאתם של המשתמשים הקיימים, ומכאן שמניעת השימוש על-ידי מי שאינו משלם אינה יעילה).³⁷ תכונות אלה עלולות להניע את חברי הקבוצה הרלוונטית לאמץ אסטרטגיה עיקרית של טפילות וחוסר שיתוף-פעולה, תוך סירוב לתרום לפרויקט המשותף, כך שבעיית הפעולה המשותפת (collective action problem) מחייבת במקרים אלה התערבות ממשלתית חזקה בהקמת הפרויקטים הרצויים והיעילים מבחינה חברתית.³⁸

לפיכך פרויקט של איסוף מקרקעין וכינון טובין ציבוריים על-גביהם טומן בחובו כשל שוק. בשל התכונות של סוגי טובין אלה, אין אפשרות לייצרם באופן פרטי על בסיס הסכמי-רצוני, כך ששימוש הייעוד הקרקעי מחייב הספקה ובעלות ציבוריות בטובין אלה. זאת ועוד, הדבר משליך גם על השלב המוקדם יותר של איסוף המקרקעין לצורך הפרויקט. שכן איסוף הקרקעות לפרויקט, במיוחד כאשר יש צורך ביצירת תוואי קרקעי רציף ו/או במיקום מוגדר לפרויקט באופן שאינו מותיר מקום לגמישות בהיצע הקרקעות, צפוי להיתקל בהתנהגות אסטרטגית מעכבת מצד בעלי הקרקע השונים. הסיבה להתנהגות כזו אינה רק ניסיון לסחוט תשלום גבוה ככל האפשר בגין הקרקע, אלא גם ניסיון "אותנטי" להכשיל את הפרויקט כולו, משום שהשימוש הצפוי בקרקע אינו נתפס ממילא כאטרקטיבי מבחינה כלכלית-מסחרית.³⁹

36 לתיאור מאפיין זה ראו, למשל: N. Bruce *Public Finance and the American Economy* (Reading, 1st ed., 1998) 73–76.

37 *Ibid.*, at pp. 76–78.

38 לבעיית הפעולה המשותפת, הנגרמת בעיקר בשל תכונת ה non-excludability ואשר מוצגת לעיתים תכופות כסוג של "דילמת האסיר" (prisoner's dilemma), ראו באופן כללי: M. Olson *The Logic of Collective Action – Public Goods and the Theory of Groups* (Cambridge, 1971); D.G. Baird, R.H. Gertner & R.C. Picker *Game Theory and the Law* (Cambridge, 1994) 31–35.

39 בהתאם לכך, אף כותבים המונעים מגישה ליברטריאנית מובהקת, של צמצום פעילות המדינה למינימום ההכרחי, תומכים במתן סמכות הפקעה למדינה לצורך כינון טובין ציבוריים. R.A. Epstein *Takings – Private Property and the Power of Eminent Domain* (Cambridge, 1985) 161–181.

דברים אלה תקפים במידה רבה גם לגבי טובין ציבוריים מעורבים בקנה-מידה גדול, כגון כבישים או פארקים גדולים.⁴⁰ אומנם, בניגוד לטובין ציבוריים טהורים, בטובין מסוג זה ניתן למנוע בדרך-כלל, בעלות סבירה, הפקת הנאה מהמשאב על-ידי מי שאינו משלם. כמו-כן, אף שכאשר מספר המשתמשים-במקביל נמוך מתקיימת התכונה של העדר יריבות, החל במספר מסוים של משתמשים נוצרת בעיה של צפיפות ותחרות, הגורמת לכך שמעתה והלאה העלות השולית של משתמש נוסף הינה משמעותית.⁴¹ עם זאת, תכונות מעורבות אלה יוצרות דומיננטיות ציבורית גם בהספקת טובין ציבוריים כאלה.⁴²

השימוש בסמכות ההפקעה לפרויקטים מעין אלה, כנגד תשלום שווי השוק של המקרקעין עובר למעשה ההפקעה, אינו מעורר בדרך-כלל חשש ממשי להתנהגות אסטרטגית של הרשות. שווי השוק העתידי של הקרקע עם הקמת פרויקטים מעין אלה אינו צפוי להיות גבוה יותר משווי השוק הנוכחי שלפיו מחושב תשלום הפיצוי. זאת, משום שפרויקטים כאלה תומנים בחובם תועלת חברתית (כגון הגברת הביטחון הלאומי או הנאת המשתמשים בשטחים פתוחים), אולם לא כזו המיתרגמת כולה ל"מטבע קשה", ולפיכך לא טמון רווח יומי בעצם שינוי הייעוד.⁴³ בעקבות זאת, שווי השוק של קרקע בייעוד של שטח

40 לניתוח "טובין מעורבים" ראו, למשל: A. O'sullivan *Urban Economics* (Boston, 4th ed., 2000) 457–460.

41 ראו: R. Cornes & T. Sandler *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods* (Cambridge, 2nd ed., 1996) 461–463.

42 במסגרת מאמר זה לא נוכל למנות את כל הסיבות לכך, ודי לציין בתמצית שלוש מהן. ראשית, חלק ניכר מהכבישים (חשבו על אזורי פריפריה) ומהפארקים אינם סובלים מבעיית צפיפות ותחרות על בסיס יומי קבוע. שנית, כאשר מדובר של טובין כגון כבישים, תמחור העלות השולית כמו-גם העלות הכרוכה בעצם קיומו של מנגנון הגבייה נעשים יקרים מאוד. שלישית, חלק ניכר מהמשאבים האלה נתפסים גם כ"טובין חברתיים" מעצם טבעם (ראו להלן סעיף 2(ב)), כך שיש טעם ערכי-כלכלי באי-גביית תשלום שיממן את מלוא העלות השולית. ראו לעניין זה: Bruce, *supra* note 36, at pp. 79–81. כן יוער כי הלכה למעשה, גם כאשר מדובר בכביש-אגרה המופעל באופן שוטף על-ידי זכייין פרטי (דוגמת כביש "חוצה ישראל"), פעולות הכינון של הטובין, כגון הקניית הקרקע, תכנון התוואי וקביעת תנאי ההתקשרות לתפעול הכביש, נעשות על-ידי הרשויות השלטוניות תוך שימוש בכוח הכפייה שלהן, כך שאין מדובר כאן בהספקה פרטית של ממש. ראו חוק כביש ארצי לישראל, התשנ"ה-1994, ס"ח 38 (להלן: חוק כביש ארצי לישראל).

43 אין לשלול אומנם את האפשרות כי במקום שבו מפעיל הפרויקט הציבורי רשאי לגבות תשלום בעבור השימוש בו (דוגמת כביש "חוצה ישראל"), הפרויקט עשוי להיות רווחי במונחים יומיים מקובלים, והדבר ימצא ביטוי גם בשווי הקרקע בייעודה החדש, וישליך על מערך התמריצים של כל הגורמים המעורבים. אולם לפחות במצב-הדברים הנוכחי, שבו המדיניות הממשלתית המקובלת היא שגביית תשלום בנכסים מעין אלה נועדה למימון הוצאות, אין לראות ככלל את הפרויקטים הללו כמונעים מהרצון לרווח יומי.

ציבורי פתוח, לדוגמה, מחושב בדרך-כלל בשיעור שמאי נמוך בהשוואה לקרקעות דומות באיזור,⁴⁴ ודברים אלה תקפים גם לגבי שווי השוק של קרקע ביעוד של כביש.⁴⁵ במקרים אלה, אפוא, פיצוי לפי שווי השוק הקודם מציב את בעל הקרקע בעמדה טובה יותר מאשר אילו היה מפוצה לפי שווי השוק העתידי, ובהתאם לכך, אין ככלל מקום לחשש כי השימוש בסמכות ההפקעה ייעשה לצורכי גריפת רווח יזמי והעברת עושר מידי הפרט אל הגוף השלטוני ו/או צד שלישי שיקבל לידי את המקרקעין.⁴⁶

עם זאת נעיר כי לעיתים עשויים להימצא גורמים פרטיים שירוויחו מפרויקטים ציבוריים כאמור, כגון קבלנים שיגרפו רווח קבלני מביצועו בפועל של המיזם,⁴⁷ או בעלי מקרקעין באיזור הפרויקט שיהנו מהעלייה בערך המקרקעין כתוצאה מהקמת פארק ציבורי נאה או מסלילת כביש המקצר את משכי ההגעה למקומות שונים בעיר.⁴⁸ מצבים כאלה יוצרים מימד של חלוקה-מחדש של עושר בעקבות מעשה ההפקעה ומתמרצים אפוא

ראו לעניין זה בג"צ 8676/00 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' עיריית רעננה, תק-על 2004 (4) 116, פסקה 28 לפסק-דינו של השופט עדיאל, בדבר מסקנותיה של הוועדה המשרדית שהקים מנכ"ל משרד הפנים בנוגע לאמות-המידה לגביית דמי כניסה בפארקים עירוניים.

44 לעמדה שלפיה שווי השוק של שטח ציבורי פתוח הינו עד 10% משוויים של מגרשים דומים באותו איזור, ראו י' אלוני שמאות מקרקעין בישראל (תש"ס) 550-557. לטענה כי הערכת השווי של שטח ציבורי פתוח, הרווחת בקרב אנשי-המקצוע, נעה בין 10% ל-40% משווי הסביבה, ראו י' דנוס וא' כהן "שיקולים בהערכת שווי שטח ציבורי פתוח (ש.צ.פ.)" מקרקעין וערכם קכו-126 (2003) 17, 22.

45 אלוני, שם, בע' 543-549. לקביעת "שווי שוק" של קרקע ביעוד לכביש כאפס, ראו ת"א (ת"א) 165/97 פרלמן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה, דינים מחוזי לב(6) 860.

46 זאת, כאמור, אף לגישתם של אלה התומכים בצמצום סמכות ההפקעה של המדינה ככל שאפשר. Epstein, *supra* note 39, at pp. 161-181.

47 להבחנה בין רווח יזמי לבין רווח קבלני ראו לעיל הערה 17.

48 ראו, למשל, צ' רינת "ירוק בעיניים, ירוק בכיס" הארץ נדל"ן 4.4.2004 (הצגת תוצאות מחקר שלפיו נוף של שטחים ירוקים הנשקף מדירה מוסיף בממוצע 18,000 דולר לשווי הדירות שנבדקו). לגבי הקבוצה השנייה ייאמר כי באופן עקרוני, על-פי הדין הקיים, ניתן להטיל היטל השבחה בשל תוכנית כאמור גם על נכסי מקרקעין ה"גובלים" בפרויקט. ראו סעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה. אולם אף אם ראוי להטיל חובת תשלום על אותם שכנים שזכו בהנאה סבילה, מבחינה מעשית יש לכך משמעות מועטה, הן בשל היקפם המצומצם של בעלי הנכסים הגובלים-ממש, והן משום שבמקרה זה מועד "מימוש הזכויות" שבו ייגבה התשלום בפועל צפוי להיות רק בעת מכירת הנכס, אם בכלל (ראו לעניין זה סעיף 1(א)(3) לתוספת השלישית). מכאן, שאם למשל יוחמר משטר הפיצוי בגין הפקעות לפרויקטים מעין אלה, אזי הקופה הציבורית לא תוכל לאזן את עצמה בעתיד הנראה לעין שלאחר ההפקעה, והדבר ירתיע עוד יותר את הרשות מלבצע פרויקטים כאלה.

גורמים כאלה להפעיל את כוחם ב"שוק הפוליטי" לקידום הפרויקט. אף ששיקול זה אינו מבוטל, אנו סבורים כי שינוי משטר הפיצוי בגין הפקעת מקרקעין לצורך כינון טובין ציבוריים ייצור הרתעת-יתר לא-יעילה של הרשות מהקמת פרויקטים כאלה,⁴⁹ ודומה כי ההסדר המשפטי הנוכחי מקיים ככלל את דרישת המידתיות.

(ב) איסוף מקרקעין לצורך כינון "טובין חברתיים"

קטגוריה שנייה של פרויקטים שרשויות שלטוניות מבצעות כדבר שבשגרה היא כינון טובין כגון חינוך ציבורי, שירותי רווחה וסעד, בידור ותרבות, גינות ושטחי נופש מקומיים, אשר לצורך הספקתם מוכשרים שטחי קרקע ומוקמים מבנים ומתקנים בבעלות ציבורית.

יצוין כי טובין כגון חינוך הניתן בבית-ספר מסוים או גינה שכונתית הינם בגדר "טובין ציבוריים מקומיים" (local public goods), שלגביהם ניתן למנוע בקלות יחסית הפקת הנאה על-ידי מי שאינו משלם, והעלות השולית של משתמש נוסף הינה משמעותית כבר בשלב מוקדם יחסית.⁵⁰ משאבים אלה קרובים אם כן מבחינת תכונותיהם לטובין פרטיים. בהתאם לכך, אין כל מניעה לספק טובין כאלה בשוק הפרטי.⁵¹ הסיבה המרכזית לכינון משאבים כאלה באופן ציבורי – משאבים שבמאמר זה נכנה אותם "טובין חברתיים" – היא תפיסה ערכית-חברתית של "שוויוניות נקודתית",⁵² הקיימת בדרגה זו

49 למעשה, טענתנו היא כי באופן הופכי לבעיית האשליה הפיסקלית שתוארה לעיל בהערה 31, הטלת חובת פיצוי מוגדלת על הרשות (כזו המשקפת חלק מהתועלת המצרפית נטו הגלומה בפרויקט), בהעדר מקורות מקבילים להפקת רווח כספי ישיר מהטובין הציבוריים, תגרום לרשות הציבורית בעיה שאנו מכנים אותה "מציאות-יתר פיסקלית" (fiscal hyper-reality), אשר תרתיע את הרשות מלהוציא לפועל פרויקטים רצויים חברתית כאלה ותניע אותה לבכר עליהם שימושי קרקע "מניבים". בעיה זו קיימת כבר כיום, במשטר הפיצוי הנוכחי. ראו צ' רינת "זו לא גינה, זה בית כנסת" הארץ The Marker נדל"ן 18.3.2005 (המציג תוצאות מחקר בדבר שינוי ייעוד שיטתי של שטחים ציבוריים פתוחים לטובת בנייה מניבת ארנונה ברשויות מקומיות שונות בישראל).

50 טובין עם תכונות כאלה מכונים בספרות גם "club goods". לדיון השיטתי הראשון בטובין אלה ראו: J.M. Buchanan "An Economic Theory of Clubs" 32 *Economica* 1 (1965). מאז זכו טובין אלה בניתוח מעמיק – ראו, למשל: Cornes & Sandler, *supra* note 41, at pp. 347–480. יצוין כי באופן עקרוני ייתכן קיומם של טובין ציבוריים מקומיים שהינם טובין ציבוריים "טהורים", כגון אותות שידור של תהנת-טלוויזיה הנקלטים מהאוויר ברדיוס מסוים, אולם רוב הטובין הציבוריים המקומיים הינם "מעורבים" מבחינת תכונותיהם. Bruce, *supra* note 36, at pp. 79–81.

51 בהתאם לכך, במדינות המערב, טובין ציבוריים מקומיים כגון מועדוני נופש וספורט מסופקים כמעט תמיד באופן פרטי. Cornes & Sandler, *ibid*, at pp. 347–351.

52 J. Tobin "On Limiting the Domain of Inequality" 13 *J. L. & Econ.* (1970) 263, 264.

או אחרת גם במדינות קפיטליסטיות מובהקות.⁵³ לפי תפיסה זו, קיימים סוגים מסוימים של טובין אשר אנו, כחברה, רוצים לספק ברמה שווה – או למצער ברמה מינימלית – לכל אזרח, בלי קשר לרמת הכנסתו.⁵⁴ גם כאשר המדינה גובה תשלום בעבור טובין אלה (כגון בעבור חינוך), תשלום זה אינו מממן את מלוא העלות השולית של המשתמש, אלא רק משלים מימון ציבורי מסיבי.⁵⁵ בהתאם לכך, הרשות השלטונית המספקת ומפעילה את הטובין אינה צפויה, מטבע הדברים, לגרוף רווחים פיננסיים ישירים בגין הפרויקט. בדומה לאיסוף מקרקעין לצורך כינון טובין ציבוריים, גם במקרה של טובין חברתיים אנו צפויים להיתקל בהתנהגות אסטרטגית של בעלי הקרקעות השונים, שיעכבו השגת הסכמים רצוניים לרכישת הקרקע מתוך מטרה "אותנטית" להכשיל את הפרויקט, באופן שמצדיק שימוש בסמכות ההפקעה של הרשות. אומנם, ניתן לכאורה לטעון נגד נחיצות ההפקעה במקום שבו ניתן תיאורטית לספק את הפרויקט גם באופן פרטי. אולם בהנחה שאנו מכירים בכך שהגשמת מדיניות פרוגרסיבית בדבר הספקת טובין חברתיים מהווה "מטרה ציבורית", יש לאפשר את מימושה באופן זה, כל עוד ההפקעה מהווה אמצעי להגשמת אותה תכלית מוגדרת, ואינה מטרה בפני עצמה לחלוקה-מחדש של העושר בחברה.⁵⁶

גם בנוגע לטובין חברתיים אין במשטר הפיזיו הנוכחי בעיה חמורה של מידתיות כלפי בעלי הקרקעות. שווי השוק של המקרקעין לפני מעשה ההפקעה, המשמש לצורך חישוב הפיזיו, צפוי להיות גבוה משווי השוק בייעודו החדש, שכן גם כאן התועלת החברתית-המצרפית הצפויה מהפרויקט (הענקת חינוך לילדי האיוור, למשל, ועצם הסיפוק מהגשמת עקרונות השוויוניות הנקודתית) אינה מיתרגמת כולה לרווח כספי ישיר.⁵⁷ זאת, כפוף

53 לסקירת הנימוקים השונים להספקת "טובין ציבוריים מקומיים" באופן ציבורי ראו: A. Lehavi "Property Rights and Local Public Goods: Toward a Better Future for Urban Communities" 36 *Urb. Law.* (2004) 1, 16–24.

54 *Tobin, supra note 52, at p. 265.*

55 כותבים כגון Milton Friedman (בנוגע לחינוך) ו-Richard Posner (בהקשר כולל יותר) טוענים כי גם אם המטרה של הספקת טובין מינימליים לכל אזרח הינה לגיטימית, אין הדבר מחייב הספקה מדינתית, שכן אותה תוצאה ניתנת להשגה על-ידי הספקה פרטית הנתמכת בסובסידיה ממשלתית לספק הפרטי או במתן שוברים (vouchers) או שווי-כסף אחרים לאוכלוסיות מעוטות-אמצעים על-מנת שיוכלו לרכוש את הטובין. ראו, בהתאמה: M. Friedman *Capitalism and Freedom* (Chicago & London, 1962) 85–107; Posner, *supra note 25, at p. 87.*

56 זאת, כאמור, בניגוד לעמדתו של הנוך דגן, הרואה בדיני הקניין בכלל, ובדיני ההפקעות בפרט, מכשיר ראוי לקידום המטרה של "צדק חלוקתי" כללי בחברה ולקידום מעמדן של אוכלוסיות חלשות. דגן, לעיל הערה 19.

57 שווי השוק של קרקע המיועדת לבית-ספר או למבני-ציבור דומים אחרים (שב"צ), במקום שבו בכוונת הרשות לעשות שימוש בקרקע למימוש הייעוד האמור, נמוך מזה של קרקעות מקבילות אחרות בשל מרכיב "אי-הסחירות" של הקרקע, היות שמדובר במשתמש ספציפי ומיוחד. אלוני, לעיל הערה 44, בע' 562–569.

לדברים שציינו לעיל בנוגע לאפשרות הרווח הקבלני של גורמים פרטיים וכן להשבחת נכסים סמוכים בעקבות ביצוע הפרויקט.⁵⁸

(ג) איסוף מקרקעין לצורך כינון טובין פרטיים

הקטגוריה השלישית של איסוף מקרקעין על-ידי הפקעה נוגעת בפרויקטים שנועדו לכינון טובין פרטיים (private goods), כגון יחידות-מגורים, שטחי מסחר, מבני-תעשייה וכדומה. אם נתמקד ביחידות-מגורים, לצורך הדיון, טובין אלה הינם "פרטיים" באופן מובהק משום שניתן למנוע שימוש בהם על-ידי מי שאינו משלם, והעלות השולית של משתמש נוסף הינה גבוהה החל במשתמש-במקביל הראשון.⁵⁹ נוסף על כך, התועלת המופקת מיחידות-מגורים מיתרגמת לרווח כספי ישיר בעת העברת הזכויות מיצרן הטובין אל הצרכן. לפיכך, אם בחברה מסוימת טובין כאלה אינם נתפסים מבחינה ערכית בגדר "טובין חברתיים"⁶⁰ (או לחלופין מסופקים כ"טובין חברתיים" אך ורק לאוכלוסייה מצומצמת ברבדים החברתיים-הכלכליים הנמוכים ביותר),⁶¹ ובהנחה שבאותה חברה יש העדפה עקרונית להספקה פרטית על הספקה ציבורית בכל מקום שבו הדבר אפשרי, אין מקום לכאורה לפעילות ישירה של המדינה בייצור טובין פרטיים כאלה כדבר שבשגרה. למרות האמור לעיל, אנו נתקלים לא-אחת במצב-עניינים שבו מדינת-ישראל מפעילה את סמכות ההפקעה שלה לצורך הקמת פרויקטים של טובין פרטיים. מדובר בדרך-כלל במקרים של הפקעת הטיבות מקרקעין בהיקפים נרחבים, שהזכויות בהן מפוזרות בין בעלים רבים מאוד, על-מנת להקים על-גביהן מתחם מגורים חדש (להלן נכנה מתחם כזה "שכונת-מגורים"). ההצדקה העיונית התועלתנית למתן סמכות הפקעה למדינה במקרה כזה היא כי אף-על-פי שבאופן עקרוני מדובר בייצור של טובין פרטיים, בעלי הזכויות צפויים להיתקל בבעיית הפעולה המשותפת אם ינסו להתארגן בינם לבין עצמם על-מנת להקים על-גבי כלל המתחם את שכונת-המגורים.⁶²

58 ראו דיון לעיל בטקסט הנלווה להערות 47-49.

59 Bruce, *supra* note 36, at p. 66.

60 בעוד רוב החברות נוטות להאמין בזכותם של כל בני-האדם לרמה מינימלית של בריאות או חינוך, הן אינן נוהגות לחשוב כך בנוגע לסוגי נכסים אחרים (כגון מכונות).
Tobin, *supra* note 52, at p. 265.

61 כך, למשל, דיור ציבורי בארצות-הברית מסופק ככלל - הן באופן ישיר (על-ידי בנייה ממשלתית) והן באופן עקיף (באמצעות סכסוד ואמצעי מימון אחרים) - רק לתושבים המצויים מתחת לקו-הכנסה מוגדר. לדיון בתוכניות הפיתוח והמימון הציבוריים לדיור בארצות-הברית, ולהערכה שלהן, ראו: Ellickson & Been, *supra* note 26, at pp. 1047-1072.

62 Olson, *supra* note 38, at pp. 44-45; M. Taylor *The Possibility of Cooperation* - *Studies in Rationality and Social Change* (Cambridge, 1987) 13-20. עם זאת, כפי שיודגם להלן בתת-פרק ב(3), נראה כי לעיתים המניעים האמיתיים למעשי ההפקעה בישראל הינם חברתיים, קיבוציים או לאומיים. לסקירת מימושן של מטרות חברתיות-

על-מנת להמחיש את הבעיה, נתאר לעצמנו מתחם קרקע ריק "שום מקום" בשטח כולל של 500 דונם, המחולק ל-500 חלקות (כל אחת בת דונם אחד) בבעלות 500 אנשים שונים. לכאורה, אם הקמת שכונת-מגורים הינה השימוש עם הערך הכלכלי המצרפי הגבוה ביותר למתחם הקרקע, הבעלים השונים יכולים להגיע ביניהם להסכם פרטי ולפעול יחדיו לשינוי ייעוד הקרקע ולהקמת שכונת-מגורים, על השימושים הנלווים, התשתיות והמתקנים הדרושים. מדוע בכל-זאת הבעלים השונים עלולים להגיע למבוי סתום ביחסים ביניהם ולא לגבש פעולה משותפת ומוסכמת? לענייננו, די למנות שתי סיבות מרכזיות:

ראשית, ייתכן שלבעלי הקרקעות השונים יהיו באמת ובתמים העדפות שונות לגבי השימוש הראוי במתחם. חלקם עשויים לסבור כי שימוש אחר לקרקע (כגון תעשייה, חקלאות או מלונאות) הינו ראוי יותר משימוש למגורים, בין היתר בשל מאפיינים ייחודיים שיש לבעלים מסוימים (כגון מומחיות חקלאית) או בשל העדפות אידיאולוגיות שונות (רצון של חלק מבעלי הקרקע לשמר את המתחם כשטח פתוח לעומת רצון של אחרים לפתח את הקרקע). לפחות חלק משיקולים אלה עלולים להקשות גם ארגון עסקה קולקטיבית שבה "יירכשו החוצה" אלה שאינם מעוניינים בהקמת שכונת-מגורים. נוסף על כך, ייתכן כי בתוך כל אחת מהחלקות יהיו גורמים בעלי אינטרסים נבדלים, כגון דיירים מוגנים או פולשים, שעלולים גם הם להכשיל את ביצוע העסקה.

שנית, וחשוב מכך, אף אם באופן עקרוני יש העדפה הומוגנית בקרב כלל בעלי הזכויות במתחם, כך שכולם מעוניינים לאמיתו של דבר בהקמת שכונת-מגורים על-גביו, לנוכח מספרם הרב של השחקנים, הקבוצה צפויה להיתקל בעלויות עסקה פנימיות גבוהות ובחשש ממשי ליצירת אסטרטגיה של אי-שיתוף-פעולה מצד בעלי הזכויות השונים, במצב שבו הם אינם קשורים עדיין זה לזה במערכת הסכמית הניתנת לאכיפה פורמלית. למשל, אנו צפויים להיתקל בניסיון של חלק מהבעלים להתנהג כ"טפילים" אל מול מאמציהם של בעלים אחרים להתארגן באופן ראשוני, לזהות את השחקנים השונים, לשכור שירותים של אנשי-מקצוע, לקדם ולממן הליכי תכנון אל מול הרשויות, וכדומה.⁶³ קיים גם חשש מפני התנהגות "סחטנית" של חלק מבעלי הקרקע, העלולה להכשיל השגת הסכמה על הקצאה

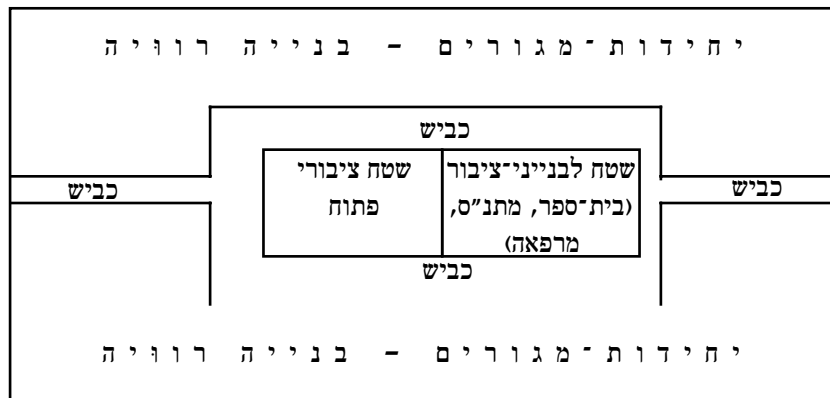
קיבוציות באמצעות הדיור הציבורי ראו, למשל, נ' כרמון "מדיניות השיכון של ישראל: 50 השנים הראשונות" המדיניות הציבורית בישראל (ד' נחמיאס וג' מנחם עורכים, 1999) 381. לסוגיית מעורבותה של המדינה בדיור ככלי במסגרת הסכסוך היהודי-ערבי ראו להלן הטקסט הנלווה להערות 76-90.

63 לניתוח הנסיבות שעלולות ליצור בעיה של פעולה משותפת בתחום הספציפי של התארגנות הסכמית בין בעלי מקרקעין ראו: N.K. Komesar *Law's Limits – The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights* (Cambridge, 2001) 15-16 (תיאום בין חלקות שכונת לגבי שימושי קרקע); Baird, Gertner & Picker, *supra* note 38, at pp. 31-33 (תיאום בין בעלי קרקעות במאבק נגד "אויבים משותפים", כגון שיטפון). לטענה כי ניתן להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת בנסיבות כאלה בלא צורך בפתרון של הפקעה, ולהצגת פתרון חלופי כאמור, ראו א' חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 449, 468-473.

של מכלול הנכסים וליצור בעיה של איסוף מקרקעין לפרויקט. בהנחה שקיימת דרישה חיצונית של מוסדות התכנון לגודל מינימלי של 500 דונם ולשימור רצף קרקעי של שכונת-המגורים, כל אחד מבעלי הקרקע - ובפרט אלה המצויים במיקומי-מפתח במתחם - מצוי בעמדה מונופוליסטית כלפי הקבוצה, באופן שעלול להוליך להתנהגות אסטרטגית של אי-שיתוף-פעולה.

חשוב להבין לעניין זה כי המבוי הסתום בין חברי הקבוצה יכול לנבוע לא רק מהתנהגות "סחטנית" או "טפילה" במתכוון, אלא גם מהעובדה שכאשר מדובר בתכנון של שכונת-מגורים, השווי הכלכלי של הקרקעות במתחם לא יהיה אחיד בין החלקות השונות. תכנון מתחם כזה מחייב שחלק מהקרקעות במתחם יוקצו לשימושים לא-כלכליים, כגון כבישים, שטחים פתוחים, מתקני תשתית ומבני-ציבור (בתי-ספר, מתנ"סים, מגרשי ספורט), שיספקו את השירותים הדרושים לקהילה שתתגורר בשכונת-המגורים.⁶⁴ חשוב, למשל, על תכנון עקרוני של מתחם "שום מקום", המתואר בתרשים 2.

תרשים 2: תוכנית פיתוח עקרונית למתחם "שום מקום"



אף שבעלי המתחם יכולים באופן עקרוני ליצור ביניהם מנגנון של תשלומי איזון כדי לפצות את בעלי הקרקעות שיוועדו לשימוש לא-כלכלי (סוגיה שנדון בה ביתר פירוט בהקשר של "חלוקה חדשה"),⁶⁵ סביר להניח שכל אחד מבעלי הקרקעות יפעל כדי להבטיח שהשימושים הכלכליים ייעשו על-גבי המקרקעין שבבעלותו (בין היתר, לנוכח ציפייה

64 ראו המכון למחקר ופיתוח מוסדות הינוך ורווחה תדריך תכנון להקצאת קרקע לצרכי ציבור (2000). תדריך זה הוכן בהנחיית ועדה בין-משרדית שהוקמה על-פי החלטת ממשלה מס' 1316 מיום 8.1.1997, ואומץ בהחלטת ממשלה מס' 2873 מיום 28.1.2001, כך שהוא מהווה הנחיה מקצועית של משרדי הממשלה המופקדים על נושא התכנון והבנייה.

65 ראו תת-פרק 11 להלן.

שבעתיד יהיה אפשר אף להגדיל את הפוטנציאל הכלכלי של החלקה, למשל על-ידי הוספת אחוזי בנייה, ולא יסתפק בקבלת כספים מהקופה הקיבוצית לכשוו תגבש.⁶⁶ בהנחה שמתחם הקרקע כולו ראוי ונדרש מבחינה תכנונית לצורך הקמת שכונת-המגורים (אמת-מידה שהינה חיצונית להעדפות של חברי הקבוצה), המבוי הסתום שחברי הקבוצה עלולים להגיע אליו טומן בחובו חשש להפסד חברתי נקי (deadweight loss), המצדיק עקרונית פעולה ציבורית מתקנת.⁶⁷ לעניין זה נדגיש כי המטרה הראשית הטעונה קידום היא פיתוחו של המתחם על-פי התכנון העקרוני המיטבי, הנקבע על-ידי מוסדות התכנון המוסמכים. המטרה המשנית, הכפופה למטרה הראשית, היא פתרון בעיית הפעולה המשותפת על-מנת להגשים תכנון זה.

הפתרון למבוי הסתום הוא לכאורה שימוש בסמכות ההפקעה השלטונית לצורך איסוף המקרקעין, וריכוז הזכויות בהם בידי גורם אחד. אולם, כפי שהוזכר לעיל, כאשר מדובר בפרויקט שיעודיו הם טובין פרטיים שהינם נושאי רווחים בכוח, מתעורר החשש שהרשות תיחפז לעשות שימוש במנגנון ההפקעה, גם כאשר השימוש בסמכות זו אינו מחויב-

66 למעשה, הבעיה שאנו מתארים כאן היא זו המכונה בספרות "anticommons", דהיינו, מצב שבו פיצול-יתר של זכויות ומתן זכות וטו לכל אחד מבעלי הזכויות גורמים לשיתוק היכולת לפעול באופן משותף על-מנת לקדם את טובת הקבוצה וחבריה השונים. ראו: M.A. Heller "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets" 111 *Harv. L. Rev.* (1997-1998) 621.

67 דוגמה אחת ל"סנה" הכרוכה בארגונים של אלפי בעלי קרקעות לכלל פעולה משותפת היא המקרה של "הגוש הגדול": מתחם קרקע בהיקף של 1,067 דונם ליד שדה-התעופה דב שבצפון תל-אביב. באופן מקורי הייתה הקרקע במתחם מסוג מושע, כך שכל הבעלים בה - כאלפיים במספר - היו בעלים במשותף של כלל המתחם, בלי אפשרות לחלוקת הקרקע ביניהם. באמצע שנות השבעים מינה בית-המשפט השלום בתל-אביב כמה מנהלים מורשים למתחם על-מנת לבצע הליך של חלוקה (פרצלציה), שתאפשר את פיצול הזכויות בין הבעלים השונים ואת קידום הליכי התכנון במתחם. בפיקוחו של בית-המשפט, חילקו המנהלים המורשים במהלך השנים את הבעלים השונים במתחם לכמה קבוצות-בנייה, ובין הקבוצות נערכה הגרלה שקבעה את מיקומי הבעלויות בחלקות החדשות שבגוש הגדול. על-אף פעילותם של המנהלים המורשים, וחרף ההתערבות של בית-המשפט מחד גיסא ושל עיריית תל-אביב מאידך גיסא בפיקוח ובסיוע להשלמת ההליכים לצורך קידום הבנייה, רק לפני שנים אחדות הושלם שלב הרישום של חלקות הבנייה בלשכת רישום המקרקעין, והחלו הליכי הבנייה של יחידות-הדיור במתחם. מכאן, שהתארגנות הבעלים במתחם הייתה רחוקה מלהיות התארגנות פרטית על בסיס הסכמי בלא צורך בהתערבות שלטונית-ציבורית, וגם כך התמשכו ההליכים פרק-זמן ארוך ביותר. ראו א' מירובסקי "הגוש הגדול בתל אביב: מתווכים מעריכים כי מחירי הדירות במתחם יעלו עקב היצע דירות מוגבל וביקושים גדלים" הארץ *The Marker* נדל"ן 18.3.2005 (המציין כי מבין 3,300 יחידות-הדיור שאושרו במתחם בשנת 1993 בנויות כיום בפועל רק 55 דירות).

המציאות, על-מנת להפיק רווח פיננסי ישיר מביצוע הפרויקט, באופן שאף יגרום לה להעדיף מלכתחילה פרויקטים "מניבים" על פרויקטים שתועלתם המצרפית גדולה יותר אך אינה באה לידי ביטוי ב"מטבע קשה". שנית, כאשר נעשית הפקעה לצורך כינון טובין מעין אלה, מתעוררת הדילמה החלוקתית, משום שכל הרווחים כתוצאה מאיסוף הקרקע, מהשינוי ביעוד הקרקע וממימוש הפרויקט צפויים ליפול לידי הרשות ו/או הגורמים הפרטיים שייטלו חלק בפרויקט.⁶⁸

דרך אחת למנוע ישירות שימוש יתר במנגנון ההפקעה היא לאסור באופן קטגורי את עצם השימוש בסמכות זו כאשר מדובר בפרויקט שמטרתו כינון טובין פרטיים, כלומר, לקבוע בחוק או על-דרך פרשנות שיפוטית כי פרויקט מגורים (או פרויקט מסחרי-כלכלי אחר) לעולם אינו מהווה "צורך ציבורי".⁶⁹ אלא שלפחות האפשרות השיפוטית מעוררת דילמות קשות בנוגע לעקרון הפרדת הרשויות ולכשירות המוסדית של בית-המשפט להכריע בשאלות ראשוניות של מדיניות ציבורית.⁷⁰ מעבר לכך, חשוב להבין כי אימוץ גישה כזו טומן בחובו את הסכנה ליצירת דינמיקה שתפגום ביכולתה של המדינה ומוסדותיה לנקוט מדיניות פרוגרסיבית כלשהי,⁷¹ ובכלל זה לספק באופן ציבורי טובין חברתיים שניתן לספקם באופן עקרוני באמצעות השוק הפרטי.⁷²

68 Merrill, *supra* note 25, at pp. 86–88; L.A. Fennell "Taking Eminent Domain Apart" 2004 *Mich. St. L. Rev.* (2004) 957, 962–967.

69 כאמור לעיל בהערה 14, לפי המצב המשפטי הנוהג כיום, שר האוצר אינו מוגבל סטוטורית בהגדרת המונח "צורך ציבורי" בהפקעה לפי פקודת הקרקעות, ובהפקעה לפי חוק התכנון והבנייה שר הפנים רשאי לאשר מטרות ציבוריות נוספות מעבר לרשימה הספציפית הכלולה בסעיף 188. בית-המשפט לא הכריז עד כה באופן קטגורי על מטרה מסוימת ככזו שאינה יכולה להיות לעולם "מטרה ציבורית". ראו סקירת הדיון בעניין קרסיק, בנוגע ל"ציבוריות" המטרה של הקמת שכונת-מגורים, להלן בטקסט הנלווה להערות 96–102.

70 השוו' ו' ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" מקרקעין בישראל (ח' דגן עורך, תש"ס) 27, 32–34 (הטוען כי בבדיקת חוקתיות של פעולות שלטוניות לאור זכות הקניין, על בית-המשפט – לפחות בשיטת המינוי הנוכחית של שופטים – להיזהר מפני ניהול המדינה וקביעת תכליותיה הבסיסיות של החברה באצטלה של הכרעה משפטית).

71 ראו לעניין זה א' גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 79, 89–95 (המפרש את פסיקתו של בית-המשפט העליון בנוגע לזכויות חוקתיות כלכליות, ובכלל זה זכות הקניין, כמבטאות אתוס חזק של שימור הסטטוס-קוו הכלכלי בחברה).

72 ראו לעיל הערה 56. נציין כי איננו נדרשים במאמר זה לשאלה העקרונית אם יש מקום לאיסור קטגורי מעין זה במקרים שבהם ההפקעה השלטונית מהווה אך דרך עוקפת למצב של מבוי סתום בין שני גורמים פרטיים (או מספר קרוב לכך) – למשל, במצב שבו בית-עסק מצוי במקום ייחודי ומבקש להתרחב לתוך החלקה השכנה, או במצב שבו מפעל מזהם מבקש "לרכוש החוצה" בעל חלקה סמוכה המאיים למנוע את המשך

הדרך השנייה למתן ישירות את החשש מפני הפקעות רבות מדי, מבלי להתערב ככלל בהערכת הלגיטימיות של עצם "המטרה הציבורית", היא על-ידי ביקורת שיפוטית מחמירה בדבר נחיצותו של האמצעי – שימוש בסמכות שלטונית כופה – לצורך השגת המטרה. כותבים התומכים בהעדפה של מבחן נחיצות האמצעי (means-end scrutiny) על התערבות ישירה במטרה הציבורית עצמה גורסים כי יש במבחן כזה כדי ליצור מסגרת יעילה למקרים שבהם הרשות פועלת באופן מוטא משיקולי רווח יומי פרטי על-חשבון התועלת המצרפית.⁷³ במקום שבו תנאי לכשרות הכפייה השלטונית הוא העדר אפשרות לרכוש את הקרקע בעסקות רצוניות, תיאלץ הרשות הציבורית להראות כי ניהולה משא־ומתן בתום-לב והציעה לבעלים תמורה הולמת שסורבה, או להוכיח בדרך אחרת כי המבוי הסתום שקדם להליך ההפקעה היה תוצאה של התנהגות אסטרטגית סחטנית מצד הבעלים או של כשל שוק מובנה, באופן שמצדיק שימוש בסמכות ההפקעה מבחינת התועלת המצרפית.⁷⁴

כאמור, המקרים שאנו מתמקדים בהם במאמר זה נוגעים בשימוש בסמכות ההפקעה לצורך הקניית זכויות בחטיבות קרקע בהיקפים גדולים. לגבי מקרים אלה אנו נכונים להניח, ככלל, כי עצם השימוש של הרשות בסמכות ההפקעה מלמד על קיום כשל מובנה של בעיית פעולה משותפת, אשר מבחינת היקפו הינו נרחב דיו להכשיר את התערבותה של הרשות. אולם כאן אנו מבקשים לשוב ולהבחין בין עצם השימוש בסמכותה הכופה של הרשות כ"רע הכרחי" לבין אופי ההתערבות, במיוחד לגבי התוצאות החלוקתיות הנובעות ממנה. מודל ההפקעה החדש שעקרונותיו מוצגים במאמר זה נועד להבטיח את מה שאנו תופסים כחלוקה ראויה של הרווחים-בכוח מהפרויקט, לצד ההכרה בלגיטימיות של השימוש בסמכות, באופן המקיים עיקרון של מידתיות. מעבר לכך, לגישתנו, המודל החדש, אף שהוא מתמקד בהשלכות החלוקתיות של הפעולה השלטונית, יוצר כשלעצמו מנגנון המרסן באופן אפקטיבי את עצם השימוש בסמכות, על-ידי כך שהוא מדכא את התמריץ הנסתר שהיה קיים עד עתה לרשות להפקיע מקרקעין כדי לקדם רווח יומי (שלה או של גורמים פרטיים בעלי השפעה פוליטית), ומבטיח בהתאם שהרשות תונע מעתה והלאה לעשות שימוש במנגנון ההפקעה רק במקרים שבהם בעיית הפעולה המשותפת אכן מסכלת פרויקט יעיל ורצוי חברתי.⁷⁵

פעילותו של המפעל – או כאשר השימוש בסמכות נעשה ל"מטרה ציבורית", כגון "מניעת סגירתו של מפעל" (ראו בג"צ 114/77 שורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא(2) 800). זאת, משום שאנו מתמקדים כאן במקרים של שימוש בסמכות ההפקעה לצורך הקניית זכויות לרשות השלטונית בחטיבות קרקע בהיקפים של מאות דונמים ויותר. לגבי פרויקטים כאלה אנו נכונים להניח כי הם כלליים מספיק מבחינת היקף תחולתם והשפעתם, כך שמתקיים בהם הרכיב ה"ציבורי" (גם אם אין אנו מתערבים בתוכנו).

73 ראו: N.S. Garnett "The Public-Use Question as a Takings Problem" 71 *Geo.* 73
 .Wash. L. Rev. (2003) 934, 963–970; Merrill, *supra* note 25, at pp. 66–72

74 Garnett, *ibid*, at pp. 968–970

75 בכך יהא גם כדי להפחית את החשש מפני שחיתות שלטונית ותוצאותיה המזיקות בהקשר זה, כמוסבר לעיל בהערה 35 ובסקסט הנלווה אליה.

3. ההכשר השיפוטי להפקעת מקרקעין לצורך כינון טובין פרטיים

טעם מרכזי שעמד מאחורי השימוש שנעשה בשנים הראשונות לאחר קום המדינה בהפקעות קרקע מסיביות לצורך הקמת שכונות-מגורים (אף שהדברים לא נאמרו בדרך-כלל מפורשות) היה המדיניות הציבורית להטיית המאזן הלאומי היהודי-ערבי בהיקף הבעלות בקרקעות והחזקתן בפועל, בפרט באזורים שהיה בהם רוב ערבי וכן באזורי התפר.⁷⁶

הדוגמה המובהקת ל"גאולת הקרקע" בדרך זו היא הפקעות הקרקע שנעשו בשנות החמישים לצורך הקמת נצרת עילית וכרמיאל. ממילא, מספר העתירות המועט יחסית שהוגשו עקב אותן הפקעות, כמו-גם שיקול-הדעת המוחלט למעשה שהותירו בתי-המשפט למדינה בהגדרת המונח "צורך ציבורי",⁷⁷ בלא שביקרו כלל את נחיצותם של אמצעי ההפקעה,⁷⁸ פטרו הן את המדינה והן את בתי-המשפט מן הצורך להתעמק בשאלה אם וכיצד הקמת שכונות-מגורים נבדלת מייעודים ציבוריים מובהקים.

הגל המשמעותי הבא של הפקעות מקרקעין מסיביות לצורך הקמת שכונות-מגורים התרחש לאחר מלחמת ששת-הימים באזורים שונים בירושלים ובסביבותיה. גם כאן, המטרה המובהקת הייתה חיזוק האחיזה היהודית בירושלים על-ידי קביעת "עובדות בשטח" – הקמת כמה שיותר יחידות-מגורים מהר ככל האפשר.⁷⁹ עם זאת, העובדה

76 ראו י' הולצמן-גזית "דיני הפקעת מקרקעין בשנות החמישים בראי האידיאולוגיה הציבורית של קליטת עלייה וקניין פרטי" מקרקעין בישראל (ח' דגן עורך, תש"ס) 223, 241-227; ס' קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 665, 684.

77 ראו בג"צ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט 1261. באשר לספקות שהעלו העותרים בנוגע ל"ציבוריות" המטרה, בית-המשפט עונה בתמצית: "...אין זה מתפקידנו לבחון, אם המטרה, שלשמה נרכשו אדמות, היתה מטרה ציבורית במובן החוק, אם לא היתה מטרה כזאת; הרי לפי סעיף 5(2) לפקודה, עצם פרסום ההודעה משמשת ראיה חותכת, שהמטרה אושרה כמטרה ציבורית, ואין להרהר אחריה." שם, בע' 1264. באשר לטענת העותרים להפליה על רקע לאומי, בית-המשפט עונה: "אין לנו כל יסוד להניח שהמשיבים בחרו באדמות המבקשים, לא לשם הגשמת המטרה הציבורית המוצהרת ולא מכיוון שאדמות אלו הנאות ביותר למטרה, כי אם כדי לפגוע בתושבי העיר הערביים." שם, בע' 1266. לדחיית עתירה שהוגשה מטעם בעלי קרקע שהופקעה לצורך הקמת שיכונני-עולים בכרמיאל, ראו בג"צ 180/52 יורשי אבראהים דור נ' שר האוצר, פ"ד (2) 908.

78 ראו את דברי השופט ח' כהן בד"נ 29/69 אביבים בגוש 3947 בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 397, 414: "לא זו בלבד שהמטרה הציבורית שלשמה נעשתה ההפקעה אינה צריכה להתגלות כלל לבעל הנכס המופקע, אלא היא אף אינה מחייבת את הרשות המפקיעה כל עיקר; ברצותה משתמשת בנכס המופקע לאותה המטרה הציבורית, ברצותה משתמשת בו לצרכים אחרים, ברצותה אינה משתמשת בו בכלל..."

79 ראו ד' קרויאנקר ירושלים – המאבק על מבנה העיר וחזותה (תשמ"ח) 58-112;

שהפקעת הקרקעות נעשתה לא רק מבעלים ערבים, אלא גם מיהודים, סייעה, במהלך הדיון השיפוטי, בטשטוש המטרה הלאומית שעמדה מאחורי "הצורך הציבורי".⁸⁰ בהתאם לכך אף הטעם המהותי שעמד בבסיס העתירות שהוגשו באותה תקופה על-ידי עותרים יהודים לא היה התנגדות עקרונית לפרויקט, אלא העובדה שנמנעה מבעלי הקרקעות האפשרות לממש בעצמם את הפוטנציאל הכלכלי הגלום בפיתוח הקרקעות, או לפחות ליטול בו חלק. כך, בבג"צ 147/74 ספולינסקי נ' שר האוצר,⁸¹ ביקשה העותרת לבטל הפקעת קרקע בשטח של 7.5 דונם, שנכללה בחטיבת קרקע של 2,240 דונם ליד ארמון הנציב שהופקעה בשלמותה.⁸² קצפה של העותרת יצא במיוחד על כך שלצד כמה אלפי יחידות דיור שתוכננו להיבנות בחטיבת הקרקע הנ"ל לזכאי משרד השיכון, תוכננה גם הקמת יחידות דיור שייבנו ויאוכלסו על-ידי חברות בנייה פרטיות, מהן שלושים ותשע יחידות של קוטג'ים יוקרתיים, ששלוש מביניהן היו אמורות להיבנות בחלק מהשטח שהופקע מהעותרת.⁸³

בדחות את העתירה, נדרש בית-המשפט לראשונה, למיטב ידיעתנו, להצדקה תועלתנית, ניטרלית על פניה מבחינה אידיאולוגית, לשימוש בסמכות ההפקעה לצורך הקמת פרויקט למגורים. דבריו של בית-המשפט מהווים במהותם ניתוח של בעיית הפעולה המשותפת:

"הקרקעות שבשטח ארמון הנציב היו שייכות למאות בעלים שונים. ברור שאי-אפשר היה להשיג את המטרה של בינוי ופיתוח השטח הזה, בייחוד בצורה מאורגנת ומהירה, לו נשארה הזימה לכך בידי בעלי הקרקעות הפרטיים עצמם, מה גם שהיתה דרושה, ועודנה דרושה, השקעה עצומה של עשרות מיליונים לירות להכנת התשתית לפיתוח השטחים ולבינויים."⁸⁴

בנוגע לטענת אי-ההגינות החלוקתית שהעלתה העותרת, שלפיה השימוש במכשר ההפקעה נעשה בעצם על-מנת להעביר את העושר הצפוי בעקבות הקמת אותן יחידות מגורים יוקרתיות מידי הבעלים לידיהן של המדינה והחברות הפרטיות שזכו במכרזים

ש' ברקוביץ מלחמת המקומות הקדושים - המאבק על ירושלים והמקומות הקדושים בישראל, יהודה, שומרון וחבל עזה (תש"ס) 63-64.

80 אם כי, כמוכן, טענת ישראל ששני שלישים מהאדמות המופקעות היו רכוש ציבורי או בבעלות יהודית לא סייעה בהרגעת הסערה שהתחוללה בעולם הערבי ובזירה הבינ-לאומית בכלל בעקבות הפקעת הקרקעות והבנייה הנרחבת בירושלים. ברקוביץ, שם, שם.

81 פ"ד כט(1) 421 (להלן: עניין ספולינסקי).

82 זאת, כחלק מהפקעה בהיקף נרחב יותר של כ-12,000 דונם בחלקים שונים של ירושלים, שנועדה להביא לידי הקמת סך כולל של 25,000 יחידות דיור בעיר בתוך חמש שנים. שם, בע' 421-423.

83 שם, בע' 422.

84 שם, בע' 423.

לפיתוח המתחם, בית־המשפט מצביע ראשית על החשיבות התועלתנית המצרפית שבהקמת יחידות־מגורים יוקרתיות במתחם לצד הדירות לזכאי משרד השיכון, שכן דירות־היוקרה יוצרות החצנות חיוביות של העלאת המעמד הכלכלי, החברתי והתרבותי של השכונה כמכלול. שנית, אומר בית־המשפט, גם אם טמון בפרויקט רווח כלכלי, הוא בגדר תוצאה עקיפה של ההפקעה, שאינה גורעת כשלעצמה מכשרות השימוש במכשיר זה להשגת המטרה הציבורית.⁸⁵

הכשרת הבעייתיות שבהעברת העושר מידי הבעלים לידי המדינה וצדדים שלישיים, בשם הצורך לפתור את כשל השוק הצפוי לפיתוח מהיר ויעיל של מתחם מגורים בקנה־מידה גדול, נעשתה לאחר־מכן בשורה של פסקי־דין, שעסקו אף הם בהפקעות מסיביות לצורך בניית שכונות־מגורים בירושלים. בעניין לוביאניקר⁸⁶ הוכשרה הפקעת מקרקעין בשטח כולל של 4,400 דונם בצפון ירושלים, שהיה בבעלותם של כ־3,500 בעלים בסך־הכל, לצורך הקמת 12,000 יחידות־דירה. בית־המשפט דחה את בקשתם של העותרים, בעלי שטח קרקע של 70 דונם, לאפשר להם לבנות בעצמם את יחידות־הדירה שתוכננו על־גבי שטח זה, בנימוק כי יש צורך ב"תכנון ממלכתי כולל" לכלל האיזור.⁸⁷ לעניין זה נעיר כי ככל שיש להכיר בלגיטימיות של הפקעה לצורכי בנייה למגורים, נימוק זה נראה ראוי הן מבחינת היעילות והן מבחינת ההגינות: העותרים ביקשו למעשה "לרכוב" על־גבי התכנון הכולל שנעשה על־ידי המדינה וליטול לאחר מעשה נתח יחסי, מנות־כביכול, מהפרי הבשל של התכנון המתואם, ודבר זה היה גורר עימו תהליך מהיר של קריסת הפעולה המתואמת. דחיית הבקשה בנימוק זה מנעה היווצרותו של פער חלוקתי פנימי לטובת אותם בעלים שהתמזל מזלם והמקרקעין שבבעלותם תוכננו לייעודים נושאי רווח, לעומת אלה שמקרקעיהם יועדו לתשתיות ולייעודים הציבוריים התומכים בהם. פער כזה היה עלול לחתור תחת יכולתה (ולמעשה, חובתה) של הרשות הציבורית לערוך תכנון מיטבי של המתחם במנותק מזהותם של הבעלים השונים.⁸⁸ נימוק זה מצדיק לגישתנו גם את ההכרעה בדיון הנוסף בעניין נוסייבה, שגם בו ניסו העותרים ללא הצלחה לבטל את ההפקעה של חלקתם על־מנת לאפשר להם לממש בעצמם בניית מבנה מסחרי שיועד לתא השטח שלהם, במסגרת תכנון כולל של 485 דונם.⁸⁹

85 שם, בע' 424.

86 לעיל הערה 4.

87 שם, בע' 149.

88 לדיון באיסור "תכנון נקודתי" שנועד לקדם אך ורק את האינטרסים הכספיים של בעל קרקע מסוים, ולא גם את טובת הציבור, ראו ע"א 577/66 וולוכבינסקי נ' עופר, פ"ד כא(2) 36, 39–40.

89 לעיל הערה 34. בעניין זה דובר בהפקעת חטיבת קרקע באיזור קו־התפר בירושלים, שהליכיה החלו סמוך לאחר מלחמת ששת־הימים אך לא הושלמו עד לתחילת שנות התשעים. אחת מטענות העותרים הייתה כי לפי תוכנית המתאר שהופקדה לצורך יישום תוכנית הפיתוח, חלקתם של העותרים, יחד עם שלוש חלקות צמודות לה, יועדו לשימוש מסחרי. עמדת העותרים הייתה כי אף אם המרכז המסחרי המתוכנן ראוי להיחשב ל"מטרה

אלא שלצד הטעם הרב במניעת המימוש העצמי הפרטני, אין ספק כי במישור היחסי שבין בעלי הקרקעות כקבוצה, מצד אחד, לבין המדינה והיום הזוכה, מן הצד האחר, מתעוררת בחריפות רבה השאלה החלוקתית של העברת העושר הגלום בפיתוחה של הקרקע. זאת, במיוחד לנוכח עמדתה המפורשת של המדינה בעניין נוסייבה, שלפיה יש צורך בשימוש בסמכות ההפקעה ובמניעת האפשרות למימוש עצמי חלקי על-מנת להגדיל את "אטרקטיביות המקרקעין",⁹⁰ דהיינו, כדי לאפשר למדינה לקבל הצעות גבוהות יותר במכרז לפיתוח המתחם, וכדי לאפשר ליום הזוכה להגדיל את רווחיו במכירת הנכסים לרוכשים.

אתגר משמעותי יותר לנאותות השימוש במכשיר ההפקעה ליעוד נושא הרווח של שכונת מגורים הוצב על-ידי בית-המשפט בבג"צ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה,⁹¹ שעסק בהפקעת מתחם של כ-1,850 דונם באזור הר חומה בירושלים. קודם לתחילתם של הליכי ההפקעה, עסקה העותרת, שהייתה בעלת זכויות בשטח של 563 דונם,⁹² במלאכה של איסוף קרקעות ובמשא-ומתן עם הימנותא וקרן קיימת לישראל, ובעקבות זאת עמדו לרשות קבוצה זו קרקעות בהיקף כולל של 1,075 דונם. על-מנת להגדיל את שטח התכנון, הציעה הקבוצה למנהל מקרקעי ישראל לפעול להפקעת מלוא המתחם של 1,850 הדונם, ובכלל זה השטחים של חברי הקבוצה, וששטחים אלה יוחזרו להם אחר כך כ"פיצוי בעין" על ההפקעה.⁹³ בעקבות סירוב המדינה לנהוג כך, ביקשה קבוצה זו לפעול בנפרד להקמת שכונה בשטחים שברשותה, אך היא נענתה בשלילה על-ידי המדינה, אשר ראתה הכרח בתכנון מאוחד של המתחם כולו והורתה לפיכך על הפקעת כלל המתחם.⁹⁴ במהלך הדיון, שהתקיים לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד

ציבורית" (למרות היותו מנותק פיזית ותכנונית משכונות-המגורים), מטרה זו נזנחה, ולמצער יש לאפשר להם לממש בעצמם את הבנייה על-גבי חלקתם. לאחר ביטול ההפקעה בבג"צ נוסייבה, לעיל הערה 4, בדיון הנוסף שהתקיים בתיק אושר בסופו של דבר מעשה ההפקעה ברוב של ארבעה שופטים נגד שלושה. עמדת הרוב באשר לאפשרות המימוש העצמי הייתה כי שיווק המתחם ליום כחטיבה אחת יאפשר למדינה להגשים בצורה הטובה והמהירה ביותר את ייעודו המסחרי. למרות זאת אמר השופט גולדברג, בדעת הרוב, כי היה מוכן "לשקול בכובד ראש את האפשרות כי העותרים בעצמם יפתחו את החלקה, לו הייתי משוכנע כי הדבר ניתן בידם", אך הגיע למסקנה כי הדבר לא הוכח, בין היתר לנוכח העובדה שהחלקה "כלואה" בלי גישה ישירה לכביש, ומכאן שההפקעה מידתית. דנג"צ נוסייבה, לעיל הערה 34, בע' 82-83.

90 דנג"צ נוסייבה, שם, בע' 76.

91 תק"על 479 (4)94 (להלן: עניין מקור הנפקות וזכויות).

92 יצוין כי הקרקע הייתה רשומה על-שם הימנותא (החברה-הבת של קרן קיימת לישראל) כנאמנה של מקור הנפקות וזכויות. שם, בפסקה 3.

93 שם, שם. כלומר, חברי הקבוצה ביקשו מהמדינה לעשות שימוש בסמכות ההפקעה שלה על-מנת לעקוף את הצורך במשא-ומתן עם הבעלים הרבים האחרים במתחם, באופן שגם יגדיל את נתח הרווחים היחסי הצפוי לחברי הקבוצה.

94 שם, בפסקות 3-4.

האדם וחירותו, הפנה בית־המשפט את העותרת ואת בעלי הקרקעות האחרים שהיו צדדים לדיון לנהל ביניהם משא־ומתן ל"איחוד משאבים" לצורך הקמת השכונה באופן פרטי, תוך שהמדינה מסכימה לוותר על בניית השכונה בהיקפה המרבי המתוכנן. אולם המשא־ומתן בין העותרת לבין הבעלים האחרים נכשל, ובסופו של דבר פנו האחרונים בחזרה אל המדינה והגיעו עימה להסכמים בדבר הפקעת הקרקע כנגד תשלום פיצוי מוסכם. בעקבות זאת הודיעו אף הימנותא וקק"ל כי הן מעמידות ללא כל סייג את הקרקע לרשות המדינה, כך שהעותרת גותרת עם 563 הדונם שלרשותה, היקף שלגביו קבע בית־המשפט כי אי־אפשר לתכננו ולפתחו בנבדל מיתר המתחם.⁹⁵

בעניין קרסיק⁹⁶ נדרש בית־המשפט, אגב אורחא, לשאלה אם הקמת שכונת־מגורים הינה "מטרה ציבורית". השופט חשין סבר כי "לדעתנו אין לה לשאלה זו תשובה חד־משמעית ונחרצת",⁹⁷ בציינו כי "על דרך־הכלל היוזמה להקמת בתי־מגורים ניתנת לפרט ולא למדינה".⁹⁸ עם זאת, בנסותו ליצור הבחנה בין "עיקרים ציבוריים" לבין "עיקרים פרטיים" לצורך בדיקת הלגיטימיות של הפקעת קרקע לבניית שכונת־מגורים, נראה כי הוא מאתר את העיקר הציבורי בכך ש"רק ריכוז הקרקע ביד אחת יאפשר ביצועו של הפרויקט", בעוד העיקר הפרטי, לפי חשין, הוא הרצון להפיק רווח.⁹⁹ אולם בהסתמכו על ההלכות בעניין ספולנסקי¹⁰⁰ ובבג"צ 3028/94 מהדרין בע"מ נ' שר האוצר,¹⁰¹ קבע השופט חשין למעשה כי כאשר העיקר הפרטי של הפקת הרווח טפל לעיקר הציבורי (דהיינו, פתרון בעיית הפעולה המשותפת), אין בו כדי לפגום בכשרות השימוש בסמכות ההפקעה.¹⁰² כלומר, האינטרס הציבורי ה"פרודודורלי" בפתרון בעיית הפעולה המשותפת הוא שמכשיר את המהות הציבורית של בניית שכונת־המגורים.

ציון־הדרך האחרון עד כה בדיון השיפוטי בשימוש בסמכות ההפקעה לצורך פרויקטים

95 שם, בפסקות 8-9. סירובו החד־משמעי של בית־המשפט, בעקבות כשלון המשא־ומתן, לפצל את מתחם הר חומה לשני מתחמי־משנה, אשר יתוכננו ויפותחו בנפרד, נבע ככל הנראה מהחשש שאפילו שני צדדים - המדינה והעותרת - לא יוכלו להגיע לתיאום מינימלי בין המתחמים השונים על־מנת למנוע יצירת החצנות שליליות בין מתחמי־המשנה (כגון ציפוף־יתר של הבינוי באופן שייצור עומסי תנועה מחוץ לטווח של מתחם־המשנה, מחד גיסא, והשקעת־חסר ב"טובין ציבוריים מקומיים" לשירות כלל תושבי המתחם, מאידך גיסא). נראה כי חשש זה, המופרוז אולי, הניע בסופו של דבר את בית־המשפט לסגת משאיפתו המוצהרת לאפשר מימוש עצמי, ולחזור לביצוע ריכוזי של הפרויקט על־ידי המדינה.

96 לעיל הערה 2.

97 שם, בע' 679-680.

98 שם, בע' 682.

99 שם, בע' 681-682.

100 לעיל הערה 81.

101 פ"ד נא(3) 85 (להלן: עניין מהדרין).

102 עניין קרסיק, לעיל הערה 2, בע' 682.

בקנה-מידה גדול הכוללים מרכיב של רווח מסחרי הוצב בעניין פז.¹⁰³ חלקת הקרקע של פז, בשטח של 5 דונם, נלקחה במסגרת הפקעת המקרקעין המסיבית - בהיקף של 4,822 דונם - לטובת פרויקט "נתב"ג 2000" (הפקעה שהוכשרה עקרונית עוד קודם לכן בעניין מהדריין).¹⁰⁴ פז ביקשה לבטל באופן נקודתי את הפקעת החלקה, בטענה כי לנוכח הצורך בהקמת תחנות-תדלוק בשטח הנמל, ואף שבתוכנית המתאר לא יועדה החלקה הספציפית להקמת תחנה, יש לאפשר לה לבצע "מימוש עצמי" של ייעוד זה, ולהפריד לצורך כך את החלקה ממכלול השטח המופקע. בית-המשפט העליון, בדחתו עמדה זו, מצייין כי גם בעידן החוקתי של זכות הקניין "עומדת בעינה ההלכה המתייחסת להפקעה לצרכי מימוש פרויקט רחב היקף המחייב תכנון כולל בקנה מידה גדול",¹⁰⁵ ומדגיש את התועלת החברתית הצפויה בנסיבות העניין ממימוש ההפקעה על-ידי גורם ריכוזי במקום פיצול הזכויות הקנייניות בפרויקט בין שני גורמים.¹⁰⁶ גושפנקה שיפוטית נוספת לכך ניתנה באחרונה גם בפסק-הדין בבג"צ 10784/02 קרן קיימת לישראל נ' אתרים בחוף ת"א חברה לפיתוח אתרי תיירות בתל-אביב-יפו.¹⁰⁷ פסק-דין זה עסק אומנם בשאלה של שיהוי במימוש המטרה הציבורית כעילה לביטול הפקעה של 220 דונם שנעשתה בשנת 1973,¹⁰⁸ אולם תוך כדי

103 לעיל הערה 5.

104 לעיל הערה 101.

105 עניין פז, לעיל הערה 5, בע' 152-153.

106 שם. נימוק זה שימש קודם לכן לדחיית של טענת "המימוש העצמי" בעניין מהדריין, לעיל הערה 101. מהדריין בע"מ, שממנה הופקעו זכויות החכירה בשטח שיועד לפי התוכנית לשימושים כגון בתי-מלון, מרכזי קניות, מגרשי-חניה וכיוצא בהם, טענה כי אף אם ניתן לראות בשימושים אלה "צורך ציבורי", היא עצמה יכולה להקים ולבצע באופן פרטי את השימושים הנ"ל בהתאם לתוכנית. שם, בע' 103-104. בית-המשפט דחה טענה זו, בקבלו את עמדתה של רשות שדות-התעופה שלפיה "אם יפוצלו הזכויות הקנייניות בפרויקט נמל התעופה בינה ובין גורם נוסף, באופן שבמתחם מסוים תוכף זכותה לזכותו של אותו גורם, כי אז יקשה עליה למלא תפקידה כראוי". שם, בע' 108. לביקורת על נימוק זה ראו לוינסון-זומר, לעיל הערה 3, הערת-שוליים 19 בע' 381. כן יצוין כי בהחלטתו בעניין פז, בית-המשפט העליון דוחה את מסקנתו של בית-המשפט המחוזי - שלפיה אין מניעה ליצור פיצול כאמור משום שכל שאר המקרקעין המיועדים לתוכנית (4,817 דונם) כבר הועברו לחזקת הרשות וכל שנותר הוא להעביר את חמשת הדונמים של פז - ומצייין כנגד זה כי "הענקת יתרון לבעל המקרקעין המתעקש להיות האחרון למסור את החזקה בחלקתו, עלולה ליצור תמריץ שלילי למסירת החזקה לרשות המפקיעה, לעודד סחטנות-יתר, ובסופו של דבר לפגוע ביכולתה של הרשות לממש מטרות ציבוריות חיוניות באמצעות ההפקעה". עניין פז, לעיל הערה 5, בע' 154.

107 פ"ד נה(3) 757.

108 חטיבת הקרקע, הנמצאת באיזור נמל תל-אביב הישן ומגרשי התערוכה, הופקעה במקור לצורך הקמת פרויקט "מרינה סיטי". קרן קיימת לישראל וקרן היסוד - אשר היו יחדיו בעלים של 95 דונם ואשר במהלך שנות התשעים החלו בייזום עקרוני מקביל של

דחייתה של טענת השיהוי אשרר בית־המשפט מפורשות את החשיבות העקרונית של תכנון כוללני ובעלות קניינית מרוכזת במתחם המיועד לפיתוח מסחרי.¹⁰⁹ תמונת־המצב העדכנית בנוגע להפקעה נרחבת של מקרקעין לייעודים נושאי רווח בעלי מימד "ציבורי" מלמדת על קיומו של בסיס תועלתני משכנע לעצם השימוש בסמכות שלטונית כופה, ולעניין זה אין אנו רואים רבותא של ממש בשאלה אם במקרים השונים שנידונו לפני בתי־המשפט דובר בנימוק אמיתי או בכסות בלבד לקידום אינטרסים לאומיים ואחרים. אולם בה־בעת נותרת על כנה הבעייתיות הנובעת מהעדר קיומן של אפשרויות־ביניים בין הפקעה גורפת לבין העדר התערבות, ומהפער הקשה בין שיקולי היעילות הכללית לבין התוצאות החלוקתיות של ההפקעה, באופן שעלול להמריץ את המדינה "לנסות את מזלה" ולהפקיע קרקעות גם כאשר הדבר אינו הכרחי לפתרון בעיית הפעולה המשותפת. לפיכך, לגישתנו, נותר על כנו הצורך בשינוי המשטר המשפטי באופן שמוותר בידי המדינה את השימוש בסמכות ההפקעה במקרים ראויים, אך דואג לחלוקת העוגה בין הצדדים השונים באופן מאוזן ומידתי יותר.

ג. סקירת החלופות הקיימות

קודם להצגת הפתרון המוצע בפרק ד, ולנוכח העובדה שהוא מחייב יצירת הסדר חקיקתי יש מאין, נבקש בפרק הנוכחי לבדוק שתי חלופות לפתרון זה: ראשית, מעבר לשימוש שיטתי במנגנון של "חלוקה חדשה" המופיע בחוק התכנון והבנייה; ושנית, שינוי נוסחת הפיצוי הקבועה כיום בחוקי ההפקעות.

1. "חלוקה חדשה"

חוק התכנון והבנייה יוצר מכשיר תכנוני של "חלוקה חדשה" (רפרצלציה) של קרקעות¹¹⁰ במקום שבו "החלוקה הקיימת איננה מאפשרת פיתוח השטח וניצולו

פרויקט לבניית 600 יחידות־דיור יוקרתיות על השטח שהופקע מהן – עתרו לבית־ המשפט בבקשה לבטל את ההפקעה בשל שיהוי במימוש מטרתה. בית־המשפט מגיע למסקנה כי אף שפרויקט "מרינה סיטי" ננטש עוד באמצע שנות השבעים, בשנים האחרונות החלה עיריית תל־אביב לקדם את פרויקט "הצי־האי הירקוני", הדומה במהותו לפרויקט המקורי, באשר הוא מייעד את חטיבת הקרקע ל"מטרות ציבוריות ובכללן שימור ושיחזור, הקמת מוקדי בילוי, נופש ופנאי, בצד בתי אוכל, מסחר, תעסוקה, מלונאות ומשרדים", וכן לכ־300 יחידות־דיור שמטרתן לשאת מבחינה כלכלית, יחד עם השטחים המסחריים, את עלויות הפיתוח הציבורי. שם, בע' 760–762. על רקע הגשמת המטרה הציבורית, אליבא דבית־המשפט, הוא דוחה את עתירתן של קרן קיימת לישראל וקרן היסוד. שם, בע' 767.

109 שם, בע' 766–768.

110 פרק ג, סימן ז לחוק התכנון והבנייה.

הרציונאלי, לטובת בעלי הקרקע ולטובת הציבור.¹¹¹ כלומר, בהתייחס למתחם קרקע מסוים, מוסד התכנון המוסמך עשוי לראות לנגד עיניו תכנון עקרוני אידיאלי, אלא שתכנון זה אינו תואם את מפת הזכויות הקנייניות ו/או את חלוקת החלקות הנוכחית, כפי שהיא רשומה בלשכת רישום המקרקעין. למשל, חלק מהחלקות כפי שהן רשומות כיום עשויות להיות קטנות מדי או בעלות צורה לא-רגולרית שאינה מאפשרת את מימוש של ייעודי התוכנית.¹¹² במיוחד רלוונטי לענייננו מצב שבו לפי התכנון המיטבי של המתחם, ייעודים ציבוריים (כגון כבישים, בתי-ספר או שטחים פתוחים) אמורים להיות ממוקמים דווקא על-גבי קרקעות המצויות כיום בבעלות פרטית, ולהפך: האזורים המתאימים ביותר מבחינה תכנונית לבנייה לצורכי מגורים או לצורכי מסחר עשויים להיות ממוקמים על-גבי קרקעות בבעלות ציבורית. הפתרון לחוסר ההתאמה הוא לאחד את כל המגרשים במתחם לכלל יחידה אחת, ולאחר-מכן לחלק מחדש את המגרשים שאוחדו באופן התואם את צורכי התוכנית. חלוקה חדשה כזו אינה חייבת את הסכמת הבעלים, אולם מוסד התכנון העורך את החלוקה החדשה כפוף לעקרונות המצויים בחוק התכנון והבנייה, ובכלל זה שימור "השוויון היחסי" בין הבעלים השונים בהקצאת המגרשים החדשים, תוך זכאות לתשלומי איזון במקום שבו אין בהקצאה-בעין של המגרשים החדשים כדי לשמור על מלוא היחסיות.¹¹³

בעבר נתפס המנגנון של חלוקה חדשה כמיטיב עם הרשות הציבורית לעומת מנגנון של הפקעת מקרקעין, לנוכח ההלכה שלפיה הליך החלוקה החדשה מעניק סמכות עצמאית ונבדלת להפרשת מקרקעין לצורכי ציבור במתחם מושא ההליך.¹¹⁴ מכאן, שאם הרשות הציבורית מקצה לבעלים במצב החדש מגרש קטן יותר אך ששוויו המוחלט אינו נופל משוויו של המגרש המקורי (למשל, על-ידי הגדלת אחוזי הבנייה במגרש החדש), היא אינה חייבת בתשלום פיצוי כלשהו על הגריעה הפיזית משטח המגרש – בניגוד למצב-העניינים הרגיל במקרה של הפקעה.¹¹⁵ אומנם באחרונה החלה מתגלעת בבתי-המשפט מחלוקת באשר להיקפו של הפטר הליך החלוקה החדשה מההגבלות הכלליות החלות על הפקעות,¹¹⁶ אולם ככלל, עומדת עדיין על כנה ההלכה שלפיה בעלי החלקות בתחום

111 בג"צ 4914/91 איראני נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 749, 757.

112 לוינסון-זמיר, לעיל הערה 3, בע' 393.

113 סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה.

114 ראו בג"צ 26/70 בר נ' שר הפנים, פ"ד כד(1) 645, 647-648.

115 שם, שם. לעומת זאת, לפי פקודת הקרקעות, גם כאשר מדובר בצורכי הציבור הספציפיים המנויים בסעיף 20 לפקודה (דרך קיימת, מגרש-משחקים או מגרש-נופש), אי-אפשר להפקיע יותר מ-25% מהחלקה מבלי לשלם פיצויים. כאשר מדובר בהפקעה לפי חוק התכנון והבנייה, גם לאותם צורכי ציבור המנויים בסעיף 190(א)(1), אי-אפשר להפקיע יותר מ-40% בלי פיצוי. ראו לעיל הערה 10.

116 בה"פ (ת"א) 2121/95 חברת מסיקה ברוך בע"מ נ' הועדה להשלמת תכניות לתכנית נת/542/א מחוז המרכז (ניתן ביום 29.3.1999 – לא פורסם; להלן: עניין מסיקה), פסק השופט קלינג כי אי-אפשר להפריש לצורכי ציבור באמצעות הליך של חלוקה חדשה

התוכנית "אינם יכולים להלין על כך שהרשות בחרה באמצעי של חלוקה מחדש ובכך חסכה הוצאת כספים מקופתה",¹¹⁷ אף שגם הלכה זו בוקרה בפסקי־דין מאוחרים וסוגיה למעשה בדרישה של מניעת פגיעה לא־מידתית.¹¹⁸

אלא שבאחרונה החלו בעלי קרקעות פרטיים לגלות העדפה כי הרשות תפעל דווקא בדרך של חלוקה חדשה, ולא של הפקעה, כאשר מדובר בפרויקטים שצפויים להשביח באופן ניכר את שווי של כלל המתחם. שכן, אף אם הליך החלוקה החדשה אינו כפוף להגבלות הכלליות החלות על הפקעות, המנגנון של הקצאת קרקע בשטח המתחם עשוי לאפשר לבעלים ליהנות לפחות מחלק מהרווח היזמי הצפוי מהפרויקט, בעוד שימוש במנגנון ההפקעה מונע אפשרות כזו. בהתאם לכך, בשורה של מקרי הפקעות שנידונו באחרונה,¹¹⁹ ובכלל זה בעניין פז,¹²⁰ דרשו בעלי קרקע (בינתיים ללא הצלחה) לחייב את הרשות לנקוט את "ההליך המידתי הראוי, הליך של איחוד וחלוקה, שהוא מכשיר תכנוני שפגיעתו פחותה מזו של הפקעה".¹²¹

עם זאת יצוין כי בשנים האחרונות אנו רואים שימוש וולונטרי הולך וגובר של רשויות ומוסדות תכנון במנגנון של "חלוקה חדשה" לצורך תכנון מתחמי קרקע גדולים, באופן שמוותר בידי הרשות את יכולת התכנון הריכוזי ומאפשר לה להפריש שטחים נרחבים לצורכי ציבור (ובכלל זה לשטחים "ירוקים") מבלי לשאת בפיצוי כספי, מחד גיסא, ומשמר

יותר מ־40% משטח חלקה ללא פיצוי. לעומת זאת, בעת"מ (ת"א) 807/96 הרטבי נ' שר הפנים, פד"מ ב(2) 495, פסק השופט גורן כי ניתן להפקיע במסגרת חלוקה חדשה אף יותר מ־40% משטח חלקה ללא פיצוי. במסגרת דיון בבית־המשפט העליון, שדן במאוחד בערעורים על שני פסקי־הדין, הגיעו הצדדים השונים לפשרה, ובעקבותיה ביטל בית־המשפט העליון בהסכמה את שני פסקי־הדין "מבלי לחוות דעה לגבי תוכנם". ע"א 99/3329 הועדה מקומית לתכנון ולבניה נתניה נ' חברת מסיקה ברוך בע"מ (ניתן ביום 25.12.2001 - לא פורסם).

117 בג"צ 483/88 פריימן נ' שר הפנים, פ"ד מד(2) 463, 467. לביקורת על שימוש בהליך של חלוקה חדשה כאמצעי לעקיפת ההגבלות הקיימות בדיני ההפקעות (בנסיבות של "ריקונה מתוכן" של זכות ההשבה העקרונית שנקבעה בעניין קרסיק במקרה של החלפת מגרשים ושינוי ייעודם באמצעות חלוקה חדשה), ראו ד' לוינסון־זמיר "על עקיפתה של הזכות להשבת מקרקעין שהופקעו באמצעות תוכנית לחלוקה חדשה - בעקבות עת"מ (ת"א) 1121/00 ישראלי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון" עיוני משפט כו (תשס"ג) 985.

118 ראו עניין מסיקה, לעיל הערה 116; עת"מ (י"ם) 13/97 רייכנשטיין נ' מ"י - הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים, דינים מחוזי לב(3) 311; לוינסון־זמיר, שם, בע' 1007-1008.

119 ראו, למשל, עת"מ (י"ם) 11/99 קריסטל נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ת"א, תק"מח 2002 (2) 607.

120 לעיל הערה 5.

121 שם, בע' 148.

את האינטרס הקנייני של הבעלים על-ידי הקצאה בפועל של מגרשים במתחם, מאידך גיסא.¹²² אם כך פני הדברים, אזי פתרון אפשרי אחד לבעיה המוצגת במאמר זה הוא לאלץ את הרשות השלטונית לנקוט תמיד הליך של חלוקה חדשה כאשר היא מבקשת לתכנן באופן ריכוזי חטיבת קרקע בהיקף נרחב לצורך פרויקט שהינו נושא רווחים בכוח. כלומר, בהנחה שמתחם "שום מקום" מצוי כולו בבעלותם של גורמים פרטיים לפני הפרויקט, תתכנן הרשות הציבורית את המתחם באופן אידיאלי, ובמסגרת החלוקה החדשה היא תפריש לעצמה את השטחים שהיא זקוקה להם לצורכי ציבור, ואילו את השטחים במתחם המיועדים לשימושים כלכליים-מסחריים היא תקצה לבעלי הקרקע הפרטיים.

אלא שלצד היתרון המשמעותי בהליך של חלוקה חדשה, גלומה בו גם מגרעת מובנית העלולה להקשות במקרים מסוימים תכנון חטיבת קרקע בהיקף נרחב של מאות דונמים ויותר, במיוחד כאשר מדובר בפרויקט להקמת שכונת-מגורים "יש מאין". תכנון ראוי ומבוקר של פרויקט בסדר-גודל כזה עשוי לדרוש לעיתים פיתוח הדרגתי בכמה שלבים, אשר יימשכו במצטבר מספר שנים לא-מבוטל, ובמקרה שבו מתגלה תוך כדי הפיתוח ההדרגתי צורך בשינויים לעומת התכנון המקורי, יש הכרח ביצירת מנגנון גמישות והתאמה. לעומת זאת, תכנון חד-שלבי קשיח עלול במקרים רבים להנציח טעויות. הבעיה בניסיון ליישם את מנגנון החלוקה החדשה לפיתוח חטיבת קרקע המצויה בבעלותם של מאות בעלים ויותר נעוצה בצורך לכלול במסמכי התוכנית גם "לוח הקצאות וטבלת איזון", המפרטים במדויק את הקצאת השטחים ואת פירוט השווי של כל "מגרש ישן" ו"מגרש חדש", כבסיס לקביעת תשלומי האיזון בין הבעלים.¹²³ מסמך כזה חייב להיכלל כבר בשלב הפקדת התוכנית, על-מנת לאפשר לבעלי-העניין להגיש התנגדות לתוכנית

122 לסקירה כללית של השימוש שרשויות שלטוניות עושות בפועל במכשיר החלוקה החדשה להשגת קרקע לצורכי ציבור, ראו ר' אלתרמן ומ' ויטק מהפקעות ועד הסכמים – דרכים להשגת קרקע לצורכי ציבור (מהדורה שנייה, 1996) 47-58. דוגמה עדכנית לשימוש מוצלח במכשיר החלוקה החדשה היא תוכנית רע/במ/2001 ברעננה (לפי שיחה עם עמליה אשכנזי מהמחלקה לרישוי ולתכנון בניין עיר בעיריית רעננה, מיום 29.4.2004). תוכנית זו משתרעת על שטח של 1,050 דונם. במסגרת התוכנית רוכזו זכויות הבנייה של הבעלים הפרטיים בשכונת-מגורים "לב הפארק רעננה", הכוללת, לצד 1,189 יחידות-דיור, גם מבני-ציבור, מבני-קהילה ושטחים פתוחים שכונתיים. נוסף על כך הוקצה במסגרת התוכנית שטח של 190 דונם להקמת "פארק רעננה", המשרת את כל תושבי האיזור, וכן שטח של כ-92 דונם למרכז ספורט עירוני. כלומר, לצד יצירת שכונת-מגורים, על שימושי הנלווים, שימש המכשיר של חלוקה חדשה גם ליצירת שטחים ירוקים ושטחי ספורט "יש מאין" למען תושבי העיר והאיזור בכלל. עם זאת, חשוב לציין כי יש לזקוף את קידומה המהיר של התוכנית (אשר הופקדה ביום 6.11.1990 ואושרה למתן תוקף ביום 25.4.1991) לעובדה שתוכנית זו נידונה לפני הוועדה לבנייה למגורים (הול"ל), שפעלה בשנות התשעים בהליכים מזורזים על-מנת לייצר במהירות יחידות-דיור בכמות מספקת לקליטת גלי העלייה הגדולים ממדינות חברי-העמים.

123 סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה.

במקרה שבו הם מבקשים לתקוף את עצם ההקצאה ו/או את בסיס החישוב של שווי המגרשים.¹²⁴ העובדה שלוח ההקצאות וטבלת האיוון הינם חלק ממסמכי הסטטוטוריים של התוכנית גורמת לכך שמרגע הצגתם בשלב הפקדת התוכנית, כל רצון לערוך שינוי "פנימי" בהם בשלב מאוחר יותר (עקב שינוי של היזם בתפיסת התכנון הפרטני במתחם תוך כדי הליך הפיתוח) עלול להחזיר לאחור את הליכי התכנון ולחייב את הפקדתה מחדש של התוכנית.¹²⁵

החשש של הרשות השלטונית מפני עיכוב בהליכי אישורה של התוכנית לכלל המתחם בשל כל שינוי פרטני בהקצאת מגרש (חשש המוכיח את עצמו במציאות)¹²⁶ מתמרץ

124 ראו סעיף 100 לחוק התכנון והבנייה.

125 יצוין כי כאשר הדרישה להפקדה מחדש של התוכנית לצורך שמיעת התנגדויות עולה בעקבות שינויים שהוכנסו בתוכנית בשלב שבין הפקדת התוכנית לבין אישורה על-ידי מוסדות התכנון המוסמכים, בעקבות הדיון בהתנגדויות לתוכנית בנוסחה המקורי, יחזור הליכי התכנון לאחור רק כאשר "מרב שינויים לא יכירו עוד את התוכנית המקורית". בג"צ 3236/93 מרכז על שם ורה סלומונס נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז המרכז, דינים עליון לד 46, פסקה 15. כן ראו לעניין זה הוראת סעיף 106(ב) לחוק התכנון והבנייה, שלפיה כאשר שינוי הנעשה על-ידי מוסד התכנון בעקבות הגשת התנגדויות עלול "לפגוע באדם שאף הוא היה רשאי להגיש התנגדות לתוכנית", יתאפשר לאותו בעל-עניין להשמיע את התנגדותו.

126 דוגמה לבעייתיות המובנית בתוכנית "חלוקה חדשה" בהקשר זה, לצד היתרונות הגלומים בה, ניתן לראות במקרה של תוכנית "המע"ר העירוני החדש" בנתניה, שנספרה נת/5422 (לפי שיחה עם מירי יונגר, סגנית מנהלת היחידה לתכנון עיר בעיריית נתניה, מיום 22.4.2004). שטחה הכולל של התוכנית הוא 885 דונם, ובתחילת הדרך היו יותר מאלף בעלים שונים במתחם. לאחר שנים רבות של תכנון מקדמי הופקדה התוכנית, שכללה לוח הקצאות וטבלת איוון, בשנת 1990. בעקבות ההפקדה הגישו עשרות רבות של בעלים התנגדויות להקצאה המתוכננת, ובשל התארכות הדיון בהתנגדויות מעבר למועד הקבוע לכך בחוק התכנון והבנייה, הועבר הטיפול בתוכנית לוועדה להשלמת תוכניות שמונתה מטעם יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז המרכז, לפי סעיף 109 לחוק. לפני הוועדה להשלמת תוכניות נערך סבב נוסף של שמיעת התנגדויות, שבעקבותיו הורתה הוועדה להכניס שינויים בחלק מהקצאות הקרקע במתחם. אלא שלנוכח העובדה ששינויים כאלה בלוח ההקצאות נחשבים לשינוי שעלול לפגוע בבעל-עניין בתוכנית, היה צורך, לפי האמור בסעיף 106(ב) לחוק התכנון והבנייה, לקיים לאחר-מכן סבב חדש של שמיעת התנגדויות מצד אותם בעלי קרקע במתחם שלא היו מרוצים מהשינויים. כלומר, השינוי בהקצאה הפרטנית של חלק מהמגרשים והצורך לשנות את מסמכי התוכנית בשל כך יצרו "אפקט דומינו" שהחזיר לאחור את הליכי התכנון. אם בכל אלה לא די, לאחר ההכרעה בהתנגדויות הוגשה נגד הקצאת המגרשים העתירה המנהלית מושא פסק-הדין בעניין מסיקה, לעיל הערה 116, אשר הסתיימה בסופו של דבר בהסכם פשרה. רק ביום 3.2.2003 פורסמה התוכנית למתן תוקף (ראו מרחב תכנון מקומי נתניה – הודעה

את הרשות לפעול באחת משתי דרכים: לנקוט הליך של חלוקה חדשה ולעמוד בעיקשות על התכנון המקורי על־מנת להביא לידי אישור התוכנית בפרק־זמן סביר, תוך התעלמות משינויים המצדיקים את עדכון התוכנית, או לוותר לחלוטין על המנגנון של חלוקה חדשה ולהעדיף את החלופה של הפקעת מקרקעין. מעבר לכך, פקודת הקרקעות אינה תולה הליך של הפקעת מקרקעין במוקדם של תוכנית (בניגוד להליך הפקעה לפי חוק התכנון והבנייה),¹²⁷ ולפיכך, כאשר מדובר בפרויקטים בהיקפים של מאות דונמים ויותר, הרשות עשויה לבחור מלכתחילה במסלול המהיר יותר של הקניית כלל הקרקע במתחם לפי הפקודה, במקום הקניה לפי חוק התכנון והבנייה, תוך נטישת המנגנון של חלוקה חדשה.

כאמור לעיל, אפילו אילצנו באופן תיאורטי את הרשות הציבורית לנקוט מעתה והלאה אך ורק הליכים לפי חוק התכנון והבנייה, הליך של חלוקה חדשה, מעצם טיבו, אינו מאפשר תמיד את הגמישות ואורך־הנשימה הדרושים לפיתוח מתחם קרקע בהיקף גדול. מכאן, אפוא, שחלופה זו, על־אף הפוטנציאל המשמעותי הגלום בה לשיתוף הבעלים ברווחי הצפויים של הפרויקט, אינו יכול להעניק פתרון מוחלט לסוגיה שבבסיס המאמר.

2. שינוי משטר הפיצוי

אפשרות אחרת לפתרון המתה בין שיקולי היעילות לשיקולי המידתיות בהפקעת מקרקעין לפרויקטים נושאי רווחים בכוח היא לשנות את משטר הפיצוי הקבוע כיום בדיון הישראלי. לפי העקרונות הקבועים בפקודת הקרקעות ובחוקי ההפקעה האחרים, הפיצוי שבעל הזכות בקרקע זכאי לו הוא שווי השוק שלה, דהיינו, המחיר שהיה מושג בעסקה בין

בדבר אישור תכניות מתאר מקומיות, "פ תשס"ג 1364) והושלם הליך התכנון. יצוין כי במקרה זה היה בעיכוב ההליכים של אישור התוכנית כדי לגרום נזק מיוחד לבעלי הקרקעות עצמם, שכן מדובר בקרקעות עירוניות שרבות מהן היו מיועדות לפי התוכניות ההיסטוריות למגורים, אלא שאפשרות ניצולן של הקרקעות "הוקפאה" עד למועד אישורה של התוכנית החדשה.

127 בעניין מהדריין, לעיל הערה 101, בתגובה על טענת העותרים כי שר האוצר היה חייב להמתין עד לאישור תוכנית המגדירה במדויק את השטחים הנדרשים בטרם הפעיל את סמכותו להפקיע, השיב בית־המשפט כי "ההלכה שיצאה מלפני בית־משפט זה היא כי אפשר שתופקע קרקע קודם שננקטו הליכי תכנון", וכי הלכה זו "שרירה וקיימת גם לאחר חוק היסוד... [אולם] אין לראות הלכה זו כנותנת היתר 'על החלק' לשר האוצר להפקיע טרם שהסתיימו הליכי התכנון. אולם יש שנסיבות תצדקנה להקדים הפקעה לתכנון, נסיבות כגון הוודאות בצורך הציבורי באותה קרקע אף לפני תכנונה, או החשיבות הציבורית בהקדמת ההפקעה". שם, בע' 97. לעומת זאת, לפי חוק התכנון והבנייה, תנאי מוקדם להליך הפקעת מקרקעין הוא מתן תוקף לתוכנית מתאר מקומית או לתוכנית מפורטת שבהן מקרקעין מוגדרים מיועדים למטרה ציבורית מסוימת (סעיף 189 לחוק).

קונה מרצון למוכר ברצון "בזמן ששר האוצר פרסם ברשומות את ההודעה על כוונתו לרכוש אותה, ובלי להביא בחשבון כל השבחה או עבודות שנעשו או שנבנו או שתעשינה או שתבנינה על אותה קרקע".¹²⁸

כלומר, בקביעת הפיצויים יש להתעלם משינויים בשווי הקרקע, לטובה או לרעה, שהינם תוצאה של השימוש המתוכנן על-ידי הרשות המפקיעה.¹²⁹ כפי שציינו, במקרים שבהם הקרקע המופקעת מיועדת לצורכי ציבור מובהקים, כגון כביש או שטח ציבורי פתוח, משטר הפיצוי מטיב עם בעל הקרקע, משום ששווי השוק העתידי צפוי להיות נמוך מהשווי הנוכחי. לעומת זאת, כאשר השימוש המתוכנן צפוי להשביח את שווי הקרקע, מתעוררת הדילמה החלוקתית שבעטייה יש לשקול אם לשנות את נוסחת הפיצוי באופן שיאפשר לבעל הקרקע ליהנות, לפחות באופן חלקי, מההשבחה הגלומה בפרויקט. לעניין זה נציין כי בסעיף זה איננו עוסקים בשאלה אם שיעור הפיצוי המתוקן יתבסס על שווי השוק העתידי של החלקה המסוימת של בעל הקרקע, או שמא שיעור הפיצוי המוגדל יבטא חלק יחסי בלתי-מסוים של בעל הקרקע בשווי העתידי של כלל המתחם המופקע. סוגיה זו, שעניינה בשיקולים החלוקתיים בין בעלי הקרקעות השונים במתחם, תידון בתת-פרק ד(2)ג) בהקשר של חלוקת המניות במודל המוצע של חברת הפיתוח.

לעמדתנו, על-אף הקסם הראשוני הטמון בפתרון של שינוי נוסחת הפיצוי במסגרת הדין הקיים, אין בו כשלעצמו כדי לתת מענה ראוי למכלול הסוגיות העולות בהקשר של מיזמים נושאי רווחים בקנה-מידה גדול, והוא מעורר בעיות ממשיות בכל הנוגע למערכת התמריצים של הרשות השלטונית, לכשירותו המוסדית של בית-המשפט ולסוגיות המידתיות עצמה.

ראשית, ברור כי מתן זכות לפיצוי מיידי בעת נטילת החזקה בקרקע (או סמוך לאחר-מכן) על-סמך שווי השוק של הקרקע עם מימוש הפרויקט, בהתאם להסדר הקבוע כיום בחוקי ההפקעות, ייצור הרתעת-יתר של הרשות מפני ביצוע פרויקטים יעילים חברתית. זאת, משום שלא זו בלבד שלא יהיה צפוי לרשות כל יתרון מהתערבותה לפתרון בעיית הפעולה המשותפת, אלא שבמשטר כזה "תסבסד" הרשות באופן ניכר את בעלי הקרקע אף מעבר לכך, שכן רווחי הפרויקט אינם ודאיים, ומימושם המלא, אם בכלל, דורש תהליך שאורך שנים לא-מעטות. שינוי כזה יפעל באופן חד-צדדי לטובת הבעלים, ואילו לטעמנו, יצירת מערכת תמריצים הדדית ראויה מחייבת שאותם בעלי קרקעות המבקשים ליהנות מהסיכויים לרווח עתידי הטמונים בפרויקט יישאו באופן יחסי גם בסיכונים הנובעים ממנו.

128 סעיף 12(ב) לפקודת הקרקעות.

129 ראו קמר, לעיל הערה 1, בע' 364. עם זאת יצוין כי במקום שבו לפני מעשה ההפקעה היה פוטנציאל ממשי לשינוי ייעוד של הקרקע (למשל, שינוי מיעוד לחקלאות לייעוד למגורים), לנוכח הליכי תכנון שהיו מצויים בעיצומם, יש להביא בחשבון לצורך חישוב שווי השוק של הנכס גם את הפוטנציאל התכנוני המשביח האמור, "ובלבד שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא וודאי או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין". ע"א 483/86 בירנבך נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב-יפו, פ"ד מב(3) 228, 233.

במצב־העניינים הרגיל, משטר של קניין פרטי חושף את הבעלים לשינוי עתידי לרעה בשווי הקרקע ובתשואה ממנה, כשם שהוא מעניק לו את הסיכוי לרווח מוגבר, ואיננו רואים הצדקה כלשהי לכך שהציבור יספק מראש "תעודת־ביטוח" לפרט במקום שבו הציבור נוטל על עצמו את מלוא הסיכון ו/או המימון הכרוכים במיזם.

מענה אפשרי אחד לטענתנו זו הוא שבית־המשפט, בבואו להעריך את גובה הפיצוי מייד לאחר מעשה ההפקעה, יבסס אותו מפורשות על תוחלת השווי העתידי של הפרויקט, באופן המביא לכאורה לידי ביטוי סיכונים וסיכויים כאחד. אך דומה שלא נטעה אם נאמר שהטלת תפקיד שיטתי כזה על בית־המשפט תהיה קשה מאוד ליישום, וממילא היא אינה רצויה.¹³⁰ לא בכדי נרתע בית־המשפט באופן שיטתי מן הניסיון להפוך אותו למנהל־על של עסקים או לגוף תכנוני, וזאת לא רק משיקולים של הפרדת רשויות, אלא בעיקר משיקולים של אי־כשירות מוסדית.¹³¹ בית־המשפט אינו הפורום המתאים לניבוי הצלחתם של פרויקטים עסקיים.¹³² הדברים תקפים, קל וחומר, לגבי פרויקטים סבוכים ועתירי אי־ודאות, דוגמת מיזמי מקרקעין גדולי־היקף, בפרט אם יידרש בית־המשפט לשים מראש "תג מחיר" מדויק על כל אחד מהשטחים השונים במתחם נושא הפרויקט.

ניתן לטעון כי חלופה אחרת היא לשלם סכום פיצוי ראשוני עם ההפקעה, ולדחות את קביעת גובהה של יתרת הפיצוי למועד מאוחר יותר, בהתאם להתפתחותו של הפרויקט

130 יש אומנם מקרים שבהם בית־המשפט ניצב במצב של חוסר בררה, ועליו להכריע בסוגיות הקשורות לערכי שווי עתידיים על רקע של אי־ודאות, כפי שהדבר רווח, למשל, בפיצויי נזיקין (כפוף לאפשרות של דחיית מועד הפיצוי, כמפורט להלן בהערה 133). ראו ק' פוקס, ב' שמואלי ור' שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עולתית באינטרס" עיוני משפט כז (תשס"ג) 323; ומן העבר האחר ראו א' פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט" עיוני משפט כז (תשס"ג) 357. אולם מדובר במקרים שבהם אין גוף אחר, פרטי או ציבורי, המוסמך לדון ולהכריע בעניין. אין זה המקרה בנושא הנידון במאמר זה.

131 לא־התערבות בסוגיות של תכנון מקצועי משיקולים של כשירות מוסדית ראו בג"צ 2920/94 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נ(3) 441, 468–469; א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטטוטיוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך א) 347–350. לניתוח כללי של סוגיית הכשירות המוסדית היחסית של מחוקקים, בתי־משפט, גופים מנהליים והשוק הפרטי, ראו: N.K. Komesar *Imperfect Alternatives – Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* (Chicago & London, 1994).

132 תובנה יסודית זו עומדת בבסיס ההסדר המשפטי לגבי חובת הוהירות של נושאי־משרה, כפי שהוא מעוגן בסעיף 253 לחוק החברות, התשנ"ט–1999, ס"ח 189 (להלן: חוק החברות). דהיינו, לוו החובה הוא לנקוט אמצעים סבירים לאיסוף המידע הנדרש לקבלת החלטה עסקית, ובלבד שזו מתקבלת בתום־לב. מכיוון שבית־המשפט נעדר כישורים מוסדיים להערכת פרויקטים עסקיים, הביקורת השיפוטית מתמצית אך ורק בבחינת סבירות התהליך של איסוף המידע. התוכן המהותי של ההחלטה אינו חשוף לביקורת

הלכה למעשה.¹³³ ברי כי במצב־עניינים כזה, אם הפרויקט יצבור הפסדים בעתיד, יהיה על בית־המשפט לחייב את הבעלים המקוריים להחזיר חלק מסכום הפיצוי שקיבלו. לפי הצעה זו, הבעלים לא ייאלצו להמתין לסיום הפרויקט על־מנת לקבל את יתרת הפיצויים, אלא יוכלו להמחות לאחרים את הזכות לפיצוי עתידי במעין "שוק" שיווצר לצורך העניין. אלא שהקורא והקוראת הערניים יבחינו היטב כבר עתה כי הצעה כזו מבקשת ליצור למעשה מודל דומה, אך נחות, לניהול תאגידי של המיזם. ראשית, ספק אם למדינה יהיה תמריץ כלשהו להשיא את רווחי הבעלים המקוריים, בהעדר כללי משטר דוגמת אלה המצויים בדיני החברות. שנית, הצעה כזו מבקשת לשתף את הבעלים המקוריים בסיכון ובסיכוי באופן דינמי לאורך ציר הזמן, בדומה לבעלי מניות במודל תאגידי. אלא שהיא מחייבת הידרשות תכופה לבית־המשפט בכל אחד משלבי הפרויקט, על כל העלויות המנהליות הכרוכות בכך, בין שמדובר במודל שלפיו כל בעל קרקע יוכל לבקש לערוך לו בנפרד "חשבון סופי" עם מימוש אותו חלק מהפרויקט המבוצע על הקרקע שהייתה בבעלותו, ובין שמדובר במנגנון פיצוי המבוסס על השווי הכולל של המיזם, שלפיו תפנה קבוצת הבעלים במשותף לבית־המשפט לצורך חלוקת רווחים בסיום כל אחד משלבי־הביניים של הפרויקט.¹³⁴ נוסף על כך, אין ספק כי "השוק להמחאות פיצויים"

שיפוטית מכוח דוקטרינת שיקול־הדעת העסקי (business judgment rule). ראו: *Caremark International Inc. Derivative Litigation* 698 A.2d 959, 967–968 (Del. Ch. 1996) (ההדגשות במקור): "[C]ompliance with a director's duty of care can never appropriately be judicially determined by reference to the content of the board decision that leads to a corporate loss, apart from consideration of the good faith or rationality of the process employed... To employ a different rule – one that permitted an 'objective' evaluation of the decision – would expose directors to substantive second guessing by ill-equipped judges or juries... Thus, the business judgment rule is process oriented and informed by a deep respect for all good faith board decisions". אלא שברור כי במקרה של פיצוי בגין הפקעת מקרקעין אי־אפשר להסתפק בבדיקת ה"סבירות" של גובה הפיצוי המוצע על־ידי המדינה כבעלת־דין, ולפיכך בית־המשפט לא יוכל לפטור את עצמו מהכרעה ישירה בשאלת התחלת של שווי הפרויקט.

133 דחיית מועד הפיצוי נהוגה בדיני הנזיקין מכוח הלכותיו של בית־המשפט העליון שלפיהן נתונה לו סמכות טבועה לפסוק פיצויים עיתיים לנפגעי גוף במקרים שבהם מדובר בנוק עתידי שהערכתו קשה, "באופן שטעות בהערכת הסיכוי בעתיד עשויה להיות קשה לשני הצדדים". ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 782. כן ראו ע"א 960/02 עזבון המנוח טלאל סביחי ז"ל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(2) 30.

134 לעניין זה יוער כי היקף המעורבות הישירה של בתי־המשפט בקביעת השווי השמאי של המקרקעין לצורך חישוב הפיצויים הינו גבוה כיום, בין היתר לנוכח הפערים העצומים הקיימים בין העמדות השמאיות של המדינה, מחד גיסא, ושל הבעלים, מאידך גיסא. בהתאם לכך, בתי־המשפט נוהגים לעיתים תכופות למנות שמאי־חוקר כמומחה מטעמם,

שתואר לעיל יהיה משוכלל פחות מהמנגנון המוכר והיעיל של מסחר בניירות-ערך תאגדיים.¹³⁵

מודל אחר לשינוי משטר הפיזוי, המונע בעיקרו על-ידי הרצון להרתיע את הרשות מלהשתמש בסמכות ההפקעה כ"מסלול עוקף שוק" בלא למצות תחילה את האפשרות לעסקה רצונית עם הבעלים, הוא בנוסח הצעתו של Thomas Merrill, שלפיה בהתקיים נסיבות החשודות כהתנהגות המונעת על-ידי רצון לגריפת רווח פרטי, תוכל הרשות להפעיל את סמכות ההפקעה שלה רק אם תשלם לבעלי הקרקע פיזוי בסך כולל של 150% משווי השוק הנוכחי של הקרקע.¹³⁶ הפיזוי המוגדל על ההפקעה יישמש מס'סף (surtax), שאין בו העלויות המנהליות הכרוכות בהערכה "אמיתית" של הפיזויים. מטרתו של פיזוי מוגדל זה, כאמור, היא לתמרץ את הרשות לעשות שימוש רב יותר במנגנון של רכישת זכויות רצונית, מבלי לאסור לחלוטין את השימוש בסמכות ההפקעה כאשר בית-המשפט אינו מעוניין בכך (משיקולים ראייתיים נקודתיים או משיקולי מדיניות כלליים יותר).¹³⁷ עם זאת, ברור כי מעצם טיבו של "כלל אצבע" כזה, אין בו כדי להבטיח כי הבעלים יקבלו פיזוי ראוי וכי רק הפקעות יעילות יצאו אל הפועל.¹³⁸ לעומת זאת, המודל המוצע במאמר זה הינו מדויק יותר, שכן הוא פועל באופן דינמי לאורך ציר הזמן, ומגיב כנדרש על התפתחות הנסיבות.

מעבר לאמור לעיל, אנו סבורים כי המודל התאגידי שנציג עתה עדיף על שינוי משטר

ולעסוק באופן בלתי-אמצעי במלאכת ההערכה השמאית. ראו קמר, לעיל הערה 1, בע' 323. אנו סבורים כי תופעה דומה תתרחש גם בהינתן החלופה של פיזויים עיתיים בגין הפקעה.

135 דוגמה להיקף הקשיים והסבך המשפטי-המנהלי שצפויים להתעורר במסגרת הסדר כאמור ניתן למצוא בהליכים המשפטיים בחלזות פירעון. הליכים אלה מתנהלים בפיקוח בית-משפט, וגם כאשר מתמנה מפרק, כונס נכסים או נאמן לשם הפעלת העסק עד סיום ההליכים, הלה נזקק לבקשות תכופות לקבלת הוראות. הצעות לרפורמה שהעלה Bechuk, שעיקרן מכירת זכויות עתידיות (אופציות) לעסק לאחר סיום ההליך, זכו בהערכה על חדשנותן אך נתקלו בקשיים ובביקורת לנוכח הקושי ליצור שוק לזכויות עתידיות אלה ולנוכח בעיות המימון שהדבר מעורר. ראו: L.A. Bechuk "Using Options to Divide Value in Corporate Bankruptcy" 44 *Eur. Econ. Rev.* (2000) 829; P. Aghion, O. Hart & J. Moore "The Economics of Bankruptcy Reform" 8 *J. L. Econ. & Org.* (1992) 523

136 Merril, *supra* note 25, at pp. 90–93. הצעה זו מבוססת על מודל גורף יותר שהציע Lawrence Berger ו-Richard Epstein, שלפיו יוענק פיזוי בשיעור של 150% בכל מקרה של הפקעה לצורך כינון משאבים שאינם "טובין ציבוריים". ראו, בהתאמה: Epstein, *supra* note 39, at pp. 174–175; L. Berger "The Public Use Requirement in Eminent Domain" 57 *Or. L. Rev.* (1977–1978) 203, 243

Merrill, *ibid*, at p. 91 137

Ibid, at pp. 91–92 138

הפיצוי גם בכך שהוא מפחית את הפגיעה בערך הפנימי של שליטה פרטית במקרקעין.¹³⁹ כפי שנראה להלן, המודל התאגידי עשוי לאפשר במקרים מסוימים לבעלי המניות ליטול חלק בקבלת ההחלטות בנוגע לניהול הנכס, באופן שיצמצם, ולו במעט, את הפגיעה גם ברכיב זה, בעוד ההצעה לשינוי משטר הפיצוי מוותרת למעשה על הסיכוי לשמר את יכולת השליטה והניהול של הבעלים. גם מכאן עולה שהמודל התאגידי המוצע כפתרון לבעיה שבבסיס המאמר מגלם בתוכו שורה של יתרונות מצטברים שאינם מצויים כמכלול בחלופות שהוצעו בפרק זה.

ד. המודל המוצע – חברת פיתוח

1. מבוא

כמבואר לעיל, הבעיה המרכזית בהגשמת מיזמי מקרקעין גדולים היא בעיית הפעולה המשותפת. בעיה זו יוצרת כשל שוק, אשר מעכב או מונע כליל ביצוע מיזמים מסוג זה.¹⁴⁰ העמדה המנחה את קובעי המדיניות ואת קובעי הדין – דהיינו, את הממשלה ובתי המשפט – היא שאת הקשר הגורדי שיוצרים בעלי זכויות הקניין המרובים ניתן לבתק רק באבחה מוקדונית של הממשלה, בדמות הפקעה גורפת שתרכז את הזכויות בכל חלקות המקרקעין בבעלות ממשלתית אחת. לפי עמדה זו, מיזמים מן הסוג האמור יכולים להתבצע רק בשתי דרכים, הנבדלות דיכוטומית זו מזו, לאמור: חוזה רב-צדדי בין בעלי הקרקע הרבים או צו של המדינה המעביר את הבעלות בקרקע לידיה לשם ניהול ריכוזי של המיזם. הפתרון החוזי דינו כישלון, ולכן הצו נתפס כרע במיעוט. אנו טוענים כי בעמדה זו מסתרת הנחה מובלעת שאינה הכרחית. קיימת מסגרת משפטית שתכליתה המובהקת היא ריכוז מספר רב של אינטרסים כלכליים מגוונים והפנייתם לייעודים חדשים באופן ריכוזי. זוהי, כמובן, החברה. מודל חברת הפיתוח שאנו מציעים אינו מיועד (ואינו מסוגל), כשלעצמו, להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת המונעת את התארגנותם של בעלי המקרקעין לשם ביצוע המיזם המסוים שהמדינה חפצה בו. בהתאם לכך, אין הוא בא במקום ההפקעה ותיאום העל הריכוזי על-ידי המדינה. מטרת המודל היא להציע לבעלי המקרקעין זכויות רכושיות, אשר יקנו להם אפשרות לזכות בחלק מהרווח היזמי הגלום בפרויקט המתוכנן גם לאחר ההפקעה.¹⁴¹

139 ראו לעיל הערה 20 והטקסט הנלווה אליה.

140 כשל השוק שבעיית הפעולה המשותפת יוצרת מחמיר, כמבואר, כאשר מטרת המיזם הינה ציבורית מבובהק, מכיוון שאו גם ה"מוצר" המיועד הינו מוצר ציבורי במידה זו או אחרת.

141 אירית חביב-סגל מזכירה בקצרה, ומבלי לפרט, את האפשרות של הקמת חברה על-ידי בעלי המקרקעין, כחלופה לעצם ההפקעה, על-מנת לממש יתרון לגודל בביצוע המיזם על-ידי יזם אחד. חביב-סגל, לעיל הערה 63. כאמור, אנו סבורים כי בעיית הפעולה

כבר בשנת 1937 עמד רונלד קוז (Ronald Coase) על טבעה של הפירמה כמסגרת לארגון פעילות כלכלית שאינה ניתנת לביצוע באמצעות עסקות שוק (לאמור, חושים).¹⁴² קוז הבחין בכך שלמרות יעילותה של מערכת המחירים בניתוב משאבים לשימושים כלכליים, חלק ניכר מן הפעילות הכלכלית במשק נעשית מחוץ לשוק וללא מחיר, אלא מכוח ציוויים במערכות היררכיות, הלא הן הפירמות. קוז עמד על כך שבהקשרים מסוימים העלות הכרוכה בכריתת עסקות (עלויות העסקה) גדולה מתועלתן, ואילו ביצוע הפעילות מכוח ציווי אינו כרוך בעלויות אלה. הפירמה, גרס קוז, הינה טכנולוגיה ארגונית להיסכון בעלויות עסקה הגורמות לכשל שוק.

הרעיון שפירמות קיימות כדי להתגבר על כשלי שוק באמצעות ניהול ריכוזי-סמכותני של משאבים זכה בפיתוח נרחב בתיאוריה הכלכלית, אשר סקירתו אינה נחוצה במסגרת הנוכחית.¹⁴³ בשנים האחרונות יושמה תוכנה זו גם בספרות המשפטית, הן בישראל והן בספרות הזרה. אירית חביב-סגל עמדה על כך שהיות החברה המסחרית אישיות משפטית נפרדת מתבטאת בהיותה מאגר בלתי-פריק של נכסים, כלשונה.¹⁴⁴ המסגרת המשפטית של החברה המסחרית מאפשרת לרכז תחת סמכותם של המנהלים תשומות מסוגים שונים בקלות יחסית, תוך הפרדתן משליטתם של המשקיעים. לעומת זאת, שורה של כללים משפטיים מקשים מאוד הוצאת נכסים מן החברה בתנאים שיורידו את שווייה המצרפי – למשל, כללי החלוקה (בעבר: שמירת ההון) או פיקוח על עסקות בניגוד עניינים.¹⁴⁵ שנים מספר לאחר-מכן הציגו Henry Hansmann ו-Reinier Kraakman טיעון דומה, שלפיו תרומתם המרכזית של דיני התאגידים היא ביצירת הפרדה אפקטיבית של נכסי התאגיד מנכסיהם של המשקיעים.¹⁴⁶ הפרדה זו מגינה על נכסי התאגיד מפני נושיהם של

המשותפת בין בעלי החלקות המרובים לבין עצמם צפויה להכשיל כל תיאום אפשרי בין בעלי המקרקעין, לרבות במשאומתן על חלוקת הזכויות בחברה שינסו לאגד.

R.H. Coase "The Nature of the Firm" 4 *Economica* (1937) 386, reprinted in 142
R.H. Coase *The Firm, the Market and the Law* (Chicago & London, 1988)

143 לתרומות מרכזיות בפיתוח עבודתו של קוז והתיאוריה של הפירמה ראו, למשל:
O.E. Williamson *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications – A Study in the Economics of Internal Organizations* (New York, 1975);
O.E. Williamson *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting* (New York, 1985); O. Hart *Firms, Contracts, and Financial Structure* (Oxford, 1995)

144 ראו א' חביב-סגל "על מהותה של החברה המסחרית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 13.

145 ראו גם: M.M. Blair "Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century" 51 *UCLA L. Rev.* (2003–2004) 387, אשר סוקרת את התפתחותם ההיסטורית של דיני החברות בארצות-הברית וטוענת כי הם נועדו להגן על נכסי החברה מפני בעלי המניות.

146 ראו: H. Hansmann & R. Kraakman "The Essential Role of Organizational Law" 110 *Yale L.J.* (2000) 387
E.B. Rock & M.L. Wachter "Islands of

המשקיעים, ובכך מאפשרת את המשך פעילותו הסדירה באופן בלתי־לוי במצבם הכלכלי של המשקיעים.

קיים מגוון רחב של גורמים העלולים ליצור כשלי שוק אשר יכבידו על כמה שחקנים לנהל פעילות כלכלית משותפת. לעיתים אפילו שני שחקנים כלכליים לא יצליחו לפעול במשותף. למשל, הפעילות עשויה לחייב את אחד הצדדים להשקיע מראש בייצור נכס ספציפי שיש לו ערך רק במסגרת אותה פעילות, ובכך לחשוף אותו להתנהגות אופורטוניסטית בדיעבד של הצד האחר, אשר אי־אפשר למונעה באמצעות חוזה. הכנסת שני הצדדים תחת כנפי פירמה אחת עשויה לפתור את הבעיה.¹⁴⁷ כשלי השוק נעשים שכיחים והריפים יותר עם עליית מספרם של המשתתפים והיווצרותה של בעיית הפעולה המשותפת.¹⁴⁸ בכל המקרים הללו הצדדים עוברים ממסגרת של חוזה למסגרת של משטר (governance).

לעמדתנו, ניתן לעצב מנגנון משפטי המבוסס על הקמת חברה גם לשם ביצוע מיזמי מקרקעין גדולים לשימושים נושאי רווח. המודל התאגידי שיוצג עתה מגלם בתוכו יתרונות מצטברים שאינם מצויים כמכלול בחלופות שהוצעו בפרק הקודם: ראשית, מודל זה מאפשר לצדדים לקדם את התכנון המיטבי של מתחם הקרקע באופן הדרגתי ותוך שמירת מנגנוני הגמישות הדרושים במהלך שלבי המימוש של הפרויקט; שנית, המודל משפיע לחיוב על מערכת התמריצים הן של הרשות הציבורית והן של הבעלים; שלישית, הוא טומן בחובו שיתוף של הצדדים בסיכונים ובסיכויים של הפרויקט; רביעית, יש בו כדי לצמצם, לפחות במידה מסוימת, את הפוטנציאל לתופעות של שחיתות במיזמי מקרקעין. בכך יש במנגנון זה כדי לקדם את הבחנתו של השופט חשין בעניין קרסיק בין "העיקר הציבורי" בפתרון בעיית הפעולה המשותפת לבין "העיקר הפרטי" בהפקת הרווחים מהפרויקט,¹⁴⁹ ולאפשר עמידה על שני העיקרים בו־זמנית. בה־בעת יש להבהיר, כבר בשלב זה, כי המסגרת המוצעת אינה פתרון־קסם. משולבים בה יסודות אשר במבט חטוף עלולים להיראות לא־רצויים. בפרט, תיתכן ביקורת לגבי הרחבה אפשרית של מקום המדינה בפעילותו של המגזר הפרטי ולגבי משטר החברות המוצע לחברה. בהמשך הפרק נדון גם באלה.

Conscious Power: Law, Norms, and the Self-Governing Corporation" 149 *U. Pa. L. Rev.* (2000–2001) 1619. במשפט הישראלי התחדדה ההפרדה בין התאגיד לחבריו לעניין הבעלות בנכסים (ובחובות) בע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות, פ"ד מה(4) 529. לדיון ראו א' פרוקצ'יה "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 167.

147 צעד כזה מוכר כ"אינטגרציה אנכית". ראו חיבורו של: Williamson, *supra* note 143.

148 ראו, כללית: Olson, *supra* note 38; R. Hardin *Collective Action* (Baltimore & London, 1982).

149 ראו לעיל הערות 96–102 והטקסט הנלווה אליהן.

2. חברת פיתוח – קווים לדמותה

אנו מציעים מסגרת חלופית למתכונת הנוהגת כיום לצורך ביצוע מיזמי מקרקעין בקנה-מידה גדול ליעודים נושאי רווח. המסגרת החלופית תהיה חברה מיוחדת, אשר תכונה "חברת פיתוח". חברת הפיתוח אמורה לאפשר את ניתוק הזיקה הקניינית בין בעלי המקרקעין המקוריים למקרקעיהם, אך בה-בשעה להמשיך לשמור על זיקה כלכלית לאותם מקרקעין על-ידי הפיכת בעלי המקרקעין לבעלי מניות בחברה המחזיקה בהם, באופן שהינו מידתי יותר מבחינת הפגיעה בקניין, ושקול יותר מבחינת יעילות המימוש, לעומת דין ההפקעות הנוכחי.

להלן נתווה בקיצור נמרץ מתווה סכמתי לביצוע מיזם מקרקעין באמצעות חברת פיתוח, ונציין את התכונות העיקריות שאנו ממליצים שיהיו לחברה זו. לאחר-מכן נפרוט את עיקרי המתווה, נשיב על חלק מהשאלות שהוא מעורר, ונוסיף ביאורים והערות הבהרה. כאן נעיר כי היבט כבד-משקל של המנגנון המוצע של חברת הפיתוח, שרשימה זו אינה דנה בו, הוא נושא המיסוי. נסתפק בהבעת עמדה עקרונית שלפיה השלכות המיסוי של פעולה במסגרת המודל המוצע צריכות להיות שקולות לאלה של פעולה במתכונות המקובלות כיום, כך ששיקולי מס לא ירתיעו מפני אימוץ המודל ופעולה על-פיו.¹⁵⁰

(א) עיקרי המתווה

- הקצאת המקרקעין הנדרשים למיזם תמשיך להתבסס על הפקעתם מידי בעליהם הנוכחיים לידי המדינה (או הרשות המקומית במקרים נדירים). גם ההליכים הקודמים להפקעה יתנהלו על-פי הדין הקיים.
- המדינה תאגד חברה – חברת פיתוח – אשר מטרתה המוגדרת יהיו קידום התכנון המתואם למתחם ומכירת זכויות במקרקעין המיועדים לשימושים הלא-ציבוריים של המיזם. לצורך כך יוקנו לחברת הפיתוח זכויות חכירה במקרקעין המיועדים לשימושים אלה. הבעלות ומלוא הזכויות במקרקעין שיוועדו לפי התכנון לצורכי ציבור ייוותרו בידי הרשות השלטונית.
- לבעלי המקרקעין המופקעים יוצעו מניות בחברת הפיתוח בשיעור יחסי, בינם לבין

150 לסקירת היבטי המס הכרוכים כיום בהפקעת מקרקעין ראו א' נמדר ומ' מורחי מיסוי הפקעת מקרקעין (1999). לעניין זה ניתן להיעזר במודל המיסוי המאפיין קרנות REIT (Real Estate Investment Trusts), אשר נפוצות בארצות-הברית ובמדינות אירופיות אחדות, ואשר סוגיית הקמתן בישראל נידונה בדוח הוועדה לבחינה ולהסדרה של פעילות קרנות נדל"ן בישראל (מוגש לנציבת מס הכנסה ומיסוי מקרקעין וליושב-ראש הרשות לניירות-ערך, 2003). קרנות נדל"ן אלה הינן תאגידיים המחזיקים ומנהלים נדל"ן מניב, כגון דירות-מגורים להשכרה, בנייני-משרדים, מרכזים מסחריים, קניונים וכולי. הקרנות, שחלקן נסחרות בבורסה, זוכות במעמד מיסוי מיוחד, ברמת הקרן וברמת המשקיע, בתנאי שהן עומדות בתנאים מוגדרים, ובעיקר החוקה של נכסי נדל"ן מניב וחלוקה שוטפת של הרווחים למשקיעים. שם, בע' 10.

- עצמם, לפי מפתח מסוים. הצעת המניות תהיה על-פי תשקיף או מסמך גילוי דומה. בעלי מקרקעין שיעדיפו לא להצטרף להסדר זה יקבלו פיצויים על-פי הדין הנוהג, דהיינו, בהתאם לשווי השטחים שהיו בבעלותם לפי השווי עובר להפקעה.
- במסגרת הצעת המניות האמורה יידרשו בעלי המקרקעין שיבקשו להצטרף להסדר לבחור, תוך פרק-זמן קצוב, בין שתי חלופות בנוגע למבנה החברה: "חברת פיתוח רגילה", ובה סוג מניות אחד; או "חברת פיתוח ממשלתית", שבה שני סוגי מניות – המדינה תחזיק מניות בלתי-סחירות המקנות את מלוא זכויות הניהול, ולבעלי המקרקעין יוקצו מניות הוניות בלבד.
 - חברת הפיתוח תהיה חברה ציבורית, ועדיף שמניותיה יהיו רשומות למסחר בבורסה (למעט מניות הניהול בחלופה של חברת פיתוח ממשלתית).
 - פעולות של החברה אשר טעונות לפי הדין החלטת אספה כללית יהיו טעונות אישור בהצבעות-סוג של כל סוגי המניות (בהתאם לאופן שבו תעוצב החברה). כל ההחלטות בתחומי הניהול, הפיקוח וקביעת המדיניות יהיו בסמכותם של מוסדות החברה כמקובל, דהיינו, ההנהלה והדירקטוריון.
 - ביצועו המעשי של המיזם יתנהל במתכונת המקובלת מבחינת תכנון סטטוטורי, הוצאת מכרזים וביצוע הבנייה. הרשות השלטונית היא שתיוזם ותקדם, סמוך למעשה ההפקעה, את אישור תוכנית המתאר המקומית הקובעת את העקרונות התכנוניים למתחם. לאחר אישורה של תוכנית זו, תיטול על עצמה חברת הפיתוח את התפקיד של ייזום וקידום תוכניות מפורטות (שהיו כפופות נורמטיבית לתוכנית המתאר המקומית)¹⁵¹ וקידום ההליכים של רישוי הבנייה.
 - לחברת הפיתוח יהיה משך חיים מוגבל, בהתאם ללוח-הזמנים של הפרוגרמה התכנונית, ובכל מקרה – לא יותר ממספר סופי של שנים. פרק-זמן אלה יעוגנו בתקנון החברה, ויהיה אפשר לשנותם רק בהחלטה של אספת בעלי המניות.
 - כחלוף המוקדם מבין פרקי-הזמן האמורים, תיכנס החברה להליכי פירוק מרצון. אם תיבחר החלופה של חברת פיתוח ממשלתית, יפקעו מניות הניהול, והזכויות המוקנות להן יוקנו למניות המקרקעין. בפועל, סמכויות החברה יהיו בידי המפרק, שיידרש למכור את יתרת נכסיה של החברה, לחלק את כספיה ולדאוג לחיסולה.

(ב) טיב הזכויות במקרקעין

תכליתו העיקרית של מודל חברת הפיתוח היא לצמצם את מידת הפגיעה של המיזם בזכויותיהם של הבעלים הנוכחיים של המקרקעין המיועדים לו. ממבט ראשון הדברים תמוהים: גם במתכונת המקובלת כיום וגם במתכונת המוצעת מופקעות כל זכויותיהם של בעלי המקרקעין. אכן, אף אנו בדעה כי אין חלופה מעשית ליצירת "מסה קריטית" של

151 ראו סעיף 129 לחוק התכנון והבנייה: "תכנית מיתאר מקומית – כוחה יפה מתכנית מפורטת, אם לא נאמר אחרת בתכנית המיתאר." הסמכות הנתונה לחברת הפיתוח להגיש תוכניות מפורטות תהיה מכוח מעמדה הקנייני כבעלת זכויות החכירה במתחם, לפי האמור בסעיף 61א(ב) לחוק התכנון והבנייה.

שטחי קרקע, הנחוצים למיזמים גדולי-היקף, אלא בדרך של הפקעה. מאידך גיסא, אנו סבורים כי תוצאתן הכלכלית של הפקעות כאלה קשה יותר מן המידה ההכרחית, ובהיבט זה יש למודל המוצע יתרונות בולטים.

במקרים רבים – אולי אף ברובם המוחלט – הפגיעה שהפקעת הקרקע גורמת הינה כלכלית בעיקרה. בעלת הקרקע מחזיקה בציפייה לגיטימית לראות תשואה על נכסיה (הן לנוכח המצב התכנוני הקיים והן מתוך ציפייה להשבחה תכנונית של הקרקע בעתיד), והנה באה המדינה ומפקיעה את בלעה מפיה. העובדה שהפגיעה הינה כלכלית בעיקרה בולטת כאשר בעלת הזכויות היא חברה עסקית, כגון בעניין מקור הנפקות וזכויות.¹⁵²

אויא אין חולק כי לחלקת קרקע מסוימת אין ערך רגשי כפי שעשוי להיות במקרה של הפקעת נחלת אבות מידיהם של בני משפחה, המנהלים את חייהם על הקרקע זה דורות רבים. במקרה האחרון הזיקה הרגשית לקרקע עשויה להיות בלתי-לוויה לחלוטין בפיצוי הכלכלי (אם כי אנו מפקקים בכך).¹⁵³ בהקשר דומה, הרווח בישראל, גורמים מסוימים – ולא דווקא בעלי הקרקע – עשויים לייחס למעשה ההפקעה משמעות חברתית רחבה יותר, במיוחד בהקשר של היחסים בין האוכלוסייה היהודית והאוכלוסייה הערבית בארץ.¹⁵⁴

האטרקטיביות של המודל המוצע עשויה להיות קטנה יותר, לפיכך, במקרים שבהם המשמעות הכלכלית של מעשה ההפקעה הינה משנית למשמעויות הלא-כלכליות. במקרים מעין אלה, שני הצדדים – לאמור, המדינה ובעלי הקרקע ומנהיגיהם – עשויים להעדיף פתרון המבוסס על חילופי קרקעות.¹⁵⁵ מבחינת המדינה הדבר עשוי להיות כדאי יותר, שכן מדובר כמעט תמיד בקרקע חקלאית או בקרקע לא-מעובדת, ששוויין נמוך יותר בהעדר תכנון עקרוני לשינוי ייעוד. מבחינת בעלי הקרקע יש בכך חלופה קרובה יותר למצב הקודם ומענה ישיר לערך הרגשי של הבעלות בקרקע. עם זאת, מכיוון שהמודל המוצע מקנה לבעלי המקרקעין המופקעים חלק ניכר מפירות ההשבחה העתידית, יש בו כדי להקהות גם את הפגיעה בערך הרגשי האמור, ובכך למתן את ההשלכות החברתיות השליליות של פעולות הפקעה, במיוחד במגזר הערבי.

152 ראו לעיל הטקסט הנלווה להערות 91-95.

153 השוו: M.J. Radin *Reinterpreting Property* (Chicago & London, 1993) 35-44, הגורסת כי יש לעצב את מוסד הקניין באופן המסייע בכינונה ובטיפוחה של האישיות. מחברים אחרים מביעים עמדה ספקנית בנוגע לכך. ראו, לדוגמה: J.W. Harris, *Property and Justice* (Oxford, 1996) 222-223.

154 ראו ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 – דין וחשבון (תשס"ג, כרך א) 41-47.

155 סעיף 4(2) לחוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960, ס"ח 56, מכיר בנסיבות מסוימות באפשרות להעביר בעלות במקרקעי ישראל במסגרת עסקה לחילופי מקרקעין. גם בהפקעה שנעשתה לצורך הקמת כביש חוצה ישראל ניתנה לבעלי הקרקעות האפשרות לקבל קרקעות חלופיות במקום פיצוי כספי. ראו סעיף 8(ג) לחוק כביש ארצי לישראל; ד' רטנר "חקלאי בקה אל-גרביה קיבלו תמורה להפקעות לטובת כביש 6: אדמה שהופקעה מהוריהם ב-48" הארץ 2.1.2005.

המודל המוצע רואה בחברת הפיתוח מכשיר זמני, אף אם למשך שנים מספר. משכך, הבעלות במקרקעין המופקעים תעבור לידי המדינה,¹⁵⁶ ואילו לחברת הפיתוח יוקנו זכויות חכירה בלבד. ניתן להעלות על הדעת חלופה לתוצאה זו, שבה הבעלות במקרקעין מוקנית לחברת הפיתוח וזו מקנה בהם זכויות חכירה וזכויות אחרות. לעניין זה נציין כי כל עוד עומד על תילו חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, שלפיו אין להעביר את הבעלות במקרקעי המדינה¹⁵⁷ – עיקרון ששאלת רצייתו הנורמטיבית חורגת כמובן מגדרו של מאמר זה¹⁵⁸ – נראה כי החלופה של שימור הבעלות בידי המדינה מועזעת פחות את מכלול הדין הקיים.¹⁵⁹ עם זאת נעיר כי הטיעונים העיוניים בזכות ייחוד השימוש בסמכות ההפקעה לגופים שלטוניים ובעד שימור הבעלות בקרקע ברשותם¹⁶⁰ מאבדים מעוצמתם כאשר הבעלות בקרקע מועברת לאחר מעשה ההפקעה לתאגיד שמניותו מוחזקות בידי הבעלים המקוריים שמהם נעשתה ההפקעה. זאת, מבחינה עיונית-עקרונית. מן הבחינה המעשית, מנהל מקרקעי ישראל אימץ במהלך השנים האחרונות מדיניות שלפיה נחתמים

156 עקרונית, סמכות ההפקעה של מקרקעין והכוח לקנות בהם בעלות מוקנית לשר האוצר בעבור המדינה, לפי סעיף 3 לפקודת הקרקעות, וכן לוועדות מקומיות לתכנון ולבנייה, לפי סעיף 27 לחוק התכנון והבנייה. בפועל, המיזמים שהמודל המוצע עשוי להיות מסגרת ראויה להם הינם רחבי-היקף, כך שהגורם המפקיע הרלוונטי בהם צפוי להיות בדרך-כלל המדינה, ולהלן נדון רק בה.

157 סעיף 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל קובע: "מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת." יצוין כי הוראה זו אינה חלה לגבי קרקעות הנרשמות על-שם רשות מקומית (הן כאשר מדובר בהפקעה מכוח חוק התכנון והבנייה, והן כאשר שר האוצר מפקיע את הקרקע מכוח פקודת הקרקעות בעבור הרשות המקומית). ההוראה החולשת על סמכותה של עירייה להעביר זכויות במקרקעיה היא זו הקבוצה בסעיף 188 לפקודת העיריות [נוסח חדש], תשכ"ד-1964, נ"ח 197.

158 לדיון עדכני בשאלת המשך רצייתו של עקרון הבעלות הלאומית במקרקעין ראו, למשל, ר' אלתרמן "מי ימלל גבורות מקרקעי ישראל? בחינה של ההצדקות להמשך הבעלות הלאומית על המקרקעין" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי (ח' דגן עורך, תש"ס) 265; ש' בן אליהו וג' ויתקון מקרקעי ישראל – המלצות לצמצום המעורבות הציבורית בניהול המקרקעין (2003); א' בורוכוב וא' ורצברגר מחקר בנושא: האם הבעלות הציבורית על הקרקע עדיין רצויה (2003).

159 יוער בהקשר זה כי בעניין עיריית טירת כרמל, לעיל הערה 5, הותיר בית-המשפט העליון בצריך עיון את השאלה אם הפקעת קרקע של המדינה לטובת רשות מקומית סותרת את העיקרון הבסיסי של חוק-יסוד: מקרקעי ישראל.

160 יודגש, עם זאת, כי הדין הנוכחי מכיר באפשרות של הפקעה לשימוש של אדם פרטי, ואף באצילת סמכות ההפקעה של שר האוצר לגורם אחר, לרבות לאדם פרטי. ראו סעיף 22 לפקודת הקרקעות. לביקורת על האפשרות לאצול את סמכות ההפקעה לאדם פרטי בנסיבות "רגילות", שאנו מסכימים עימה, ראו קמר, לעיל הערה 1, בע' 44.

חוזי חכירה מהוונים לפרקי-זמן מצטברים של 196 שנה, באופן שיש בו משום "הפרטה זוחלת" של מקרקעי ישראל, שכן "למעשה, צורה כזו של חכירה כמוה כמכירה מלאה של הבעלות".¹⁶¹

(ג) הצעת המניות לבעלי המקרקעין

על-פי המודל המוצע, תוקנה לבעלי המקרקעין זכות בחירה (election) לקבל פיצוי על אובדן זכויותיהם באחד מבין שני אופנים: פיצוי כספי על-פי הדין הקיים או קבלת מניות בחברת הפיתוח. למעשה, אנו מציעים לתת לבעלי המקרקעין אופציית רכישה (call), שלפיה בעל החלקה קונה את מניות המקרקעין תמורת ויתור על סכום הפיצויים. לפיכך, ככלל, בעלי מקרקעין יבחרו לקבל פיצויים לפי הדין הקיים רק אם הם סבורים שהערך המהוון של התקבולים העתידיים מן הפרויקט המוצע אינו עולה על הפיצוי הסטטוטורי. מתווה זה מקנה לבעלי המקרקעין אפשרות לא להצטרף בעל-כורחם למסע המשותף כבעלי מניות בחברת הפיתוח. עם זאת, הנחת-העבודה שלנו היא שבמתווה המוצע, רובם המכריע של בעלי הקרקעות יבקשו להצטרף למיזם, שכן גם אותם בעלי קרקעות שהינם שונאי סיכון במיוחד, או שאינם יכולים להמתין מבחינה כלכלית עד למימוש הפרויקט, יוכלו להצטרף לחברת הפיתוח ולמכור סמוך לאחר-מכן את מניותיהם, במיוחד כאשר מניות החברה יהיו רשומות למסחר בבורסה. גם בהקשר זה, אפוא, יש במנגנון התאגידי כדי לקדם את עקרון המידתיות ביחס לאותם בעלי מקרקעין שאינם בעלי נטיות יזמיות מטבעם.¹⁶²

לשמירת האפשרות לבחור בפיצויים לפי הדין הקיים יש כמה יתרונות. מבחינה מבנית, המודל המוצע על-ידינו יפעל כתוספת מודולרית לדין הקיים. האפשרות לבחור בפיצוי על-פי דין מבטיחה כי לבעלי המקרקעין יש מעין "רשת-ביטחון" הנהנית מגושפנקה של חוקתיות כפיצוי ראוי. ביסוסה של הקצאת המניות על מנגנון של הצעה ובחירה חופשית מבטיח שמירה מסוימת על האוטונומיה של הרצון, אף אם במידה מוגבלת לנוכח מעשה ההפקעה. ההסדר המוצע גם מתייחס באופן שוויוני יחסית לבעלי המקרקעין מבחינת יכולתם הכלכלית, מכיוון שהוא אינו מחייב את הנפקעים לשלם בעבור איזו מבין שתי האפשרויות. הפעלת אופציית הרכישה במסגרת זכות הבחירה אינה מצריכה אמצעים

161 נוסף על הפטור מדמי חכירה שוטפים ומהצמדתם לעליית הערך של המוחכר, החוכר נהנה מפטור מתשלום לבעלי הקרקע בעת העברת זכויות או מכירתן. מועצת מקרקעי ישראל אף הדגישה כי יעד המדיניות הוא מכירה כמעט מלאה של הבעלות. בן אליהו וויתקון, לעיל הערה 158, בע' 22-23.

162 ניתן להעלות על הדעת הוספת אופציית מכירה (put) לאופציית הרכישה המוצעת, כך שבעל המקרקעין יוכל להתחרט - אם בכל עת ואם במועדים נקובים - ולדרוש קבלת פיצוי על-פי דין במקום המניות שבחר לקבל. יסוד נוסף זה אינו נראה לנו רצוי מטעמים של סרבול מנהלי ובמיוחד מטעמים כלכליים. מנגנון מעין זה יהפוך את המדינה למבטח של בעלי המקרקעין לקבלת תשואה חיובית בכל עת על קניינם - תוצאה שיש בה משום פיצויי-יתר על-חשבון הקופה הציבורית.

נזילים מכיוון שהתשלום ייעשה על-ידי ויתור על הפיצי הסטטוטורי. יתרון כלכלי נוסף של ההסדר המוצע הוא שיוכל להתפתח שוק לאופציות הרכישה עוד לפני הקמתה של חברת הפיתוח. מחיר השוק של האופציות ישקף את מיטב הערכתם של כלל שחקני השוק לגבי שוויין של מניות המקרקעין. אכן, קיומה של האופציה עשוי לחייב פרסום תשקיף,¹⁶³ ובכך יינתן תמריץ נוסף לתמחור מבוסס-שוק של האופציה.¹⁶⁴

(ד) תוכנן הכלכלי של המניות

המודל המוצע אמור להגשים את תכליתו על-ידי שיתוף בעליהם של המקרקעין המופקעים בפירותיו המקווים של המיזם כמו-גם בסיכונים העסקיים הצפויים בו. החברה העסקית היא המסגרת, בה"א הידיעה, שעיצב המשפט הפרטי לשיתוף נכסים סביל ולהפנייתם למיזמים נושאי סיכון. המנגנון המיועד לכך הוא המניות בחברת הפיתוח. מניות אלה ירכזו את כל הזכויות הרכושיות שיש לבעלי המניות, ובפרט את הזכות להתחלק ברווחי החברה ובנכסיה כאשר נעשית חלוקה.

גיבוש הזכויות הכלכליות במניות ישיג שורה של מטרות רצויות: ראשית, תושג התוצאה העיקרית של שיתוף בעלי המקרקעין בתשואה הפוטנציאלית, אשר נטילתה בכוח הסמכות השלטונית היא המקור העיקרי לטרונותם של בעלי מקרקעין מופקעים; שנית, באופן סימטרי, יושג גם שיתוף של בעלי המקרקעין בסיכון של כישלון עסקי – סיכון שהיה אורב לבעלי המקרקעין אילו ניסו לפתח אותם בעצמם, כפי שביקשו לעשות

163 ראו להלן הטקסט הנלווה להערה 187 ואילך.

164 שאלה נפרדת היא אם מועד הבחירה על-ידי בעל המקרקעין יכול – או צריך – להידחות עד לאחר רישום המניות למסחר בבורסה. יתרונה של דחייה כזו הוא שאז יהיה מחיר שוק אובייקטיבי לזכויות הנפקעים, ויקל עליהם להחליט במה לבחור. החיסרון הוא שמתן אפשרות לחכות עלול ליצור דילמת אסיר מרובת-צדדים. שיווי-המשקל הוא שכל בעלי המקרקעין יחכו שמישהו אחר זולתם יממש את האופציה למניות. המסחר בבורסה עלול לסבול אז מחוסר עומק (depth), דהיינו, לא תהיה מספיק סחורה לענות על תנודות בביקושים, והדבר ישפיע לרעה על המחיר. חיסרון זה אינו חמור כפי שניתן לסבור. יהיה אפשר לקיים שוק גם במכשירים נגזרים (אופציות רכישה ומכירה) על המניות עצמן, להבדיל מזכות הבחירה של הנפקעים. שוק זה יוכל לתת קירוב טוב של שווי זכויות הבחירה, ובכך להקל את החלטתם. לנוכח זה נראה כי ראוי לתת לנפקעים אפשרות לערוך את הבחירה זמן קצר לאחר תחילת המסחר במניות. כן יוער לעניין זה כי אף שבחלופה זו ייווצר פער זמנים בין מועד ההפקעה לבין מועד הבחירה במסלול התמורה, לא יהיה בהסדר זה משום החמרה במצבם של בעלי הקרקע לעומת ההסדר המשפטי הנוכחי. שכן גם כיום הפיצי משולם לא בעת ההודעה על כוונת ההפקעה לפי סעיף 5 לפקודת הקרקעות, אלא רק במועד מאוחר יותר, עם מסירת ההחזקה בקרקע לרשות המפקיעה ולעיתים אף לאחר-מכן, ותכופות יש פער של שנים בין המועדים. קמר, לעיל הערה 1, בע' 279-283. לפיכך ניתן לעצב את המודל כך שייקבע פרק-זמן מוגבל להקמתה של החברה ולרישומה בבורסה מיום מתן ההודעה על כוונת ההפקעה.

העותרים בחלק מן הפרשות הנזכרות לעיל; שלישית, גיבוש הזכויות במניות ייצור גמישות דינמית על-פני ציר הזמן, ולבעלי המניות תהיה אפשרות לבחור בכל רגע אם ברצונם להמשיך להשתתף במיזם (כבעלי מניות) או לממש את החזקתם על-ידי מכירת מניותיהם; רביעית, הקצאת מניות במקום תשלום פיצויים תשפר את המצב המימוני של המדינה, אשר לא תצטרך לגייס מראש את הסכומים הנדרשים לפיצויים. פיצויים אלה עשויים להסתכם בסכום לא-מבוטל במיזמים רחבי-היקף, והם עשויים לעלות עוד ככל שתעלה קרנה של זכות-היסוד לקניין בבת-המשפט.

שתי שאלות נפרדות מתעוררות לגבי שיעורי ההחזקות במניות המקרקעין: האחת נוגעת בחלוקת המניות בין בעלי המקרקעין המופקעים; והאחרת נוגעת בהקצאת מניות מקרקעין למדינה. בשאלה הראשונה נדון כעת, ובשאלה השנייה נדון בסעיף הבא, כחלק מן הדיון בהקצאת מניות למדינה בכלל.

הקצאת המניות לקבוצת בעלי המקרקעין צריכה להיעשות לפי מפתח מסוים. ניתן להעלות על הדעת שתי שיטות עיקריות לקביעת מפתח ההקצאה: לפי השטח הפיזי של המקרקעין או לפי שוויים הכלכלי. יתרונו העיקרי של מפתח השטח הפיזי הוא פשטותו ונוחות הפעלתו. את נתון-הבסיס להקצאת המניות – דהיינו, שטח החלקה המופקעת – קל להשיג באמצעות מדידה פשוטה, מהירה ואובייקטיבית. אלא שחסרונו העיקרי של מפתח זה נעוץ בעובדה שהוא מתעלם מהפרשים ניכרים שעשויים להיות בשווי המקרקעין המופקעים – למשל, מחמת הבדלים במצבם התכנוני עובר למעשה ההפקעה. כך, ייתכן שלצורך מיזם מסוים יופקעו הן מקרקעין שיעודם חקלאי או שמורת-טבע, ששוויים נמוך, והן כאלה המיועדים לבנייה, ששוויים גבוה. מכיוון שהיקף הפגיעה הכלכלית כפועל יוצא מן ההפקעה מושפע ישירות מהיבט זה, יהיה צורך להשלים הקצאת מניות על-פי מפתח השטח הפיזי בתשלום "פיצויים משלימים" כבר בשלב הראשוני שלפני ביצוע המיזם. נקל לראות כי עם הפיכת השיטה למעין שיטה "מעורבת", יאבד יתרונו של מפתח השטח הפיזי כפשוט ליישום.

השיטה השנייה, העדיפה בעינינו, לקביעת המפתח להקצאת מניות מבוססת על שוויים של המקרקעין. השווי הכלכלי מבוסס אומנם על קביעות שיסודן הערכות שמאיות, שהינן מטיבן שנויות יותר במחלוקת, אולם כאמור, מפתח השווי משקף ביתר נאמנות את הפגיעה בזכות הקניין, אף אם לא באופן מלא ובהתעלם משיקולים רגשיים. אימוצה של שיטה זו מחייב גם קביעה בנוגע למועד הערכת השווי. אנו סבורים כי המועד הראוי הוא המועד הקובע לפי דיני ההפקעה הכלליים, דהיינו, עובר להפקעה או להליכי התכנון. אימוץ מועד זה כמועד קובע ימנע את בעיות ההערכה הקשות הכרוכות בפרויקט העתידי, יאפשר את שילובו של המודל המוצע באופן הרמוני עם יתר חלקי הדין, ויקל את הפעלת אופציית היציאה המתוארת לעיל. קביעת מפתח חלוקה לפי השווי היחסי הנוכחי, ולא לפי השווי העתידי הצפוי, ראויה יותר גם מבחינת ההגינות בין בעלי המקרקעין השונים. זאת, משום שמפתח כזה מביא בחשבון את האובדן הכלכלי היחסי שכבר נגרם לכל בעל מקרקעין עקב הכפייה השלטונית, אך בהיבט מכיר בכך שהתכנון הקיבוצי החדש של כלל המתחם נעשה במנותק מהשיוך הקנייני הקודם. במילים אחרות, ייעודה של חלקה מסוימת במתחם לשימוש רווחי במיוחד (למשל, לבניית בנייני-מגורים או להקמת המרכז המסחרי של השכונה החדשה) מתאפשר אך ורק בעקבות העובדה שבעלי הקרקעות

האחרים אולצו "לתרום" את חלקותיהם לפעולת התכנון המשותף, ובכלל זה לצורך שימושים תומכים שאינם רווחיים כשלעצמם. תוצאה זו מצדיקה את ניתוק הזיקה בין הבעלים לבין חלקתו לשעבר, ואת הפיכתו לשותף בחלקים בלתי-מסוימים במיזם הכולל בהתאם לשווי הנוכחי היחסי של הקרקע.

(ה) הקצאת מניות למדינה

שתי החלופות באשר למבנה החברה טומנות בחובן שוני מהותי בנוגע להחזקת מניות בחברת הפיתוח על-ידי המדינה. בחלופה של חברת פיתוח רגילה, המניות היחידות שיהיו למדינה, אם בכלל, ישקפו את בעלות המדינה במקרקעין במתחם עובר למעשה ההפקעה וכן באותן חלקות שבהן ביקש הבעלים להפעיל את אופציית היציאה ולקבל את פיצויי ההפקעה מכוח הדין במקום להצטרף לחברת הפיתוח. לעומת זאת, בחלופה של חברת פיתוח ממשלתית אמורים להיות שני סוגי מניות: "מניות הוניות", שיקנו זכות לתקבולים כספיים; ו"מניות ניהול", שיקנו זכות למינוי מנהלים, ולמעשה – שליטה. במתכונת של חברה ממשלתית המדינה אמורה להיות בעלים הן של מניות הוניות והן של מניות ניהול. בתת-פרק 57 נדון בתמצית בטרונות ובחסרונות שגלומים בכל אחת מהחלופות (ואשר עשויים להשפיע על בחירתם של בעלי המקרקעין המופקעים). אולם כבר עתה נדגיש כי אף אם יבחרו בעלי המקרקעין בחלופה של חברת פיתוח ממשלתית, אי-הקניית מניות ניהול לבעלי המקרקעין אין משמעה הדרה מוחלטת שלהם מהליכי קבלת ההחלטות בנוגע לפיתוח אדמותיהם. בעניינים אלה, הנוגעים בניהול השוטף של עסקי התאגיד, אין אומנם לבעלי המניות סמכות להתערב,¹⁶⁵ אולם לבעלי המקרקעין יש זכות להביע את עמדתם במסגרת הליכי התכנון עובר להפקעה ולהקמת חברת הפיתוח.¹⁶⁶ במינוח של Hirschman, אף אם אין לבעלי המקרקעין "שליטה" (control) ואין להם אפשרות "יציאה" (exit), מחמת ההפקעה, יש להם "קול" (voice), לפחות במידה מסוימת.¹⁶⁷ מן הצד האחר, כדי להבטיח שמניות הניהול אכן יישמשו כמקבילה התאגידית של הסמכות המנהלית לצורך הכוונת-על של המיזם, אנו מציעים כי מניות הניהול יהיו בלתי-סחירות בחלופה של חברת הפיתוח הממשלתית. אי-סחירותן של המניות תבטיח שכל הערך הכלכלי בר-המימוש מן המיזם יתרכז במניות המקרקעין. כך תצומצם במידה ניכרת האפשרות להפיק טובות-הנאה פרטיות מן השליטה הממשלתית בחברת הפיתוח.

בחלופה של חברת הפיתוח הממשלתית, המתווה הסכמתי דלעיל מניח כי למדינה יוקצו גם מניות מקרקעין בחברת הפיתוח, כך שיהיה למדינה אינטרס כלכלי ישיר בהצלחתו העסקית של מיזם המקרקעין. תהא זו טעות, לדעתנו, להטיל על המדינה סמכות ואחריות כבעלת השליטה בחברה אך לשלול ממנה לחלוטין כל חלק בפירות המיזם.

165 ראו סעיפים 92 ו-121 לחוק החברות.

166 סעיף 100 לחוק התכנון והבנייה.

167 ראו, כללית: A.O. Hirschman *Exit, Voice, and Loyalty – Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Cambridge & London, 1970)

המודל התאגידי המוצע מספק מנגנון יעיל לשיתוף המדינה בסיכוי ובסיכון, ועל-ידי כך יוצר תמריץ להצלחת המיזם ולסיומו בהקדם, שמהם ייהנו גם בעלי המקרקעין המופקעים. הנקודה האחרונה משליכה גם על השיעור של מניות המקרקעין שראוי להקצות למדינה מכוח מעמדה בחלופה זו. לנוכח העדר זכויות ניהול למניות המקרקעין, אין חשש שהקצאת רוב במניות אלה למדינה תפתח פתח לשימוש לרעה בעמדת הרוב בסוג מניות זה לשם קיפוח בעלי המקרקעין שהופקעו. עם זאת, הדעת נותנת שיש להקצות לבעלי המקרקעין את רוב מניות המקרקעין, ולהסתפק בגוש של מניות מינוס למדינה. זאת, במיוחד לנוכח העובדה שהמדינה מותרת בידיה את שטחי הקרקע המיועדים לצורכי ציבור. מניות אלה אמורות לא רק לפצות על הפגיעה בזכות הקניין, אלא גם להקנות לבעלי הקניין שאבד חלק בפירותיו העתידיים. ככל שיגדל שיעור המניות שיוקצה למדינה, תצטרך התשואה על ההשקעה במיזם להיות גדולה יותר כדי לשמור על רמה קבועה של תשואה לבעלי המקרקעין המופקעים.

בסופו של דבר, קביעת השיעור של מניות המקרקעין שיוקצה למדינה בחלופה זו הינה עניין שבאומדן כללי, שלא לומר שרירותי. לצורך זה ראוי לבחור ערך שהינו בבחינת "נקודת מוקד" (focal point), לאמור, נתון שיש לגביו אינטואיציה משותפת רחבה.¹⁶⁸ בהקשר זה ניתן להעלות על הדעת ערך כגון 5%, המוכר בדיני התאגידים כרמת-סף להחלת כללים וחוקות שונים בדבר בעלי-עניין וזכויות מינוס.¹⁶⁹ נדגיש כי מדובר בקישור אינטואיטיבי בלבד, ולא בהתבססות על דיני ההפקעות הנוכחיים, שכן ההלכה בעניין הולצמן מחייבת תשלום פיצויים מלאים במקרה של הפקעה מלאה.¹⁷⁰ את ה"נסוגה" הלכאורית מההלכה בעניין הולצמן ניתן להצדיק בשיתופם של בעלי המקרקעין בפירות המיזם.¹⁷¹ כן יצוין כי צירופן של מניות מקרקעין אלה למניות שיוקצו למדינה ממילא – בגין אדמות מדינה שייכללו במיזם ובגין קרקעות שיופקעו מאותם בעלים שיבקשו לא להצטרף למיזם – עשוי בהחלט להציב את המדינה בעמדת רוב בסוג מניות זה. איננו רואים בכך מעקש מכריע, מכיוון שבמצב זה יש לצפות לקביעה כי המניות שבידי בעלי המקרקעין המופקעים מהוות סוג נפרד בכל הקשור לקבלת אישורים באספות הכלליות.¹⁷²

168 ראו גם: E. Rasmusen *Games and Information – An Introduction to Game Theory* (Malden & Oxford, 3rd ed., 2001).

169 ראו, למשל, סעיף 1 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, ס"ח 234 (להלן: חוק ניירות-ערך) (הגדרת "בעל עניין"), וסעיף 337 לחוק החברות (תנאי-הסף לביצוע רכישה כפויה).

170 עניין הולצמן, לעיל הערה 1.

171 נוסף על כך, ההלכה בעניין הולצמן תמשיך לחול על אותם בעלי מקרקעין שיעדיפו קבלת פיצויים בגין הפקעת אדמתם על קבלת מניות המקרקעין בחברת הפיתוח.

172 ראו רע"א 5932/91 כלל תעשיות בע"מ נ' לאומי פיא חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ, פ"ד מז(2) 329; המ' (ת"א) 9465/91 לאומי-פיא חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ נ' כבלי ציון מפעלים מאוחדים בע"מ, פ"מ תשנ"ב (1) 485.

(ו) הגבלת מטרותיה של החברה

הגישה המודרנית רואה בחברה כלי משפטי כללי שאינו שונה, מבחינת התייחסות המשפט אל ישותו, מאישיות משפטית בשר-ודם.¹⁷³ הקמת חברה עם רשימה סגורה של מטרות וללא מטרה שיווית כללית של ניהול עסקים כדין הינה כיום חריג נדיר. בהקשר הנוכחי, וכחלופה למטרות המוגבלות שאנו רואים לנכון לקבוע לחברת הפיתוח, ניתן להעלות על הדעת הקמת חברה עסקית שבתקנונה סעיף מטרות כללי. בפרט, חברה מעין זו תוכל לבצע גם את עבודות הבינוי הכרוכות בהקמת המיזם. כפועל יוצא מכך, תוכל חברה כזו גם להפיק את הרווח הקבלני הגלום בעבודות אלה, ולא להסתפק רק ברווח היזמי עקב שינוי ייעודם של המקרקעין.

לדעתנו, עיצוב המנגנון התאגידי בצורה רחבה מעין זו אינו רצוי. ראשית, אין טעם הכרחי לכרוך את מכירת המקרקעין בביצוע עבודות הבינוי. כריכת עבודות הביצוע במכירת המקרקעין, באמצעות הקמת חברה עסקית כללית, תטיל על בעלי המקרקעין סיכונים נוספים מעבר לאי-הוודאות לגבי התמורה ממכירת המקרקעין. בעלת מקרקעין שתחפוץ להשקיע במיזמי בינוי תוכל תמיד לרכוש מניות בחברה קבלנית קיימת או לגשת למכרזי בינוי בעצמה. שנית, אם יבחרו בעלי המקרקעין בחלופה של הקמת חברת פיתוח ממשלתית, אזי יש טעם מיוחד להבטיח כי ייקבעו לה מטרות מסוימות בלבד ותחומות היטב בזמן, כדי למנוע תופעות שליליות המוכרות בחברות ממשלתיות בעלות מטרה עסקית כללית, כמתואר להלן. לפיכך, במודל שאנו רואים לנגד עינינו, תעסוק חברת הפיתוח אך ורק בקידום התכנון הסטטוטורי המפורט למקרקעין המופקעים ובמכירת הזכויות בהם.¹⁷⁴ לא למותר לחזור ולהדגיש כי עצם המכירה של המקרקעין אינה עומדת להחלטת בעליהם. אנו מניחים כי מטרת ההפקעה מצדיקה את ביצועה, ומדובר למעשה במכירה כפויה. במילים אחרות: הפקעת המקרקעין תיעשה בכל מקרה; כל שנותר לעשות הוא למזער את הפגיעה הכלכלית בבעליהם ולעשותה מידתית יותר, תוך מתן אפשרות לבעלי המניות להשתתף במידה מסוימת גם בקבלת ההחלטות של החברה במסגרת המנדט המוגבל שלה.

(ז) הגבלת משך פעילותה של חברת הפיתוח, חלוקת רווחים ופירוק

מעבר לאמור לעיל, המודל המוצע אינו נוגע עקרונית בהיבטים המעשיים של ביצוע מיזם המקרקעין. היבטים אלה אינם אמורים להיות מושפעים מן האישיות המשפטית שהמיזם פועל באמצעותה.

173 ראו ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מ"י, פ"ד מה(4) 364.
 174 חברת הפיתוח המוצעת תהיה שונה בכך מחברות ממשלתיות ועירוניות רבות, הקרויות בשמות כגון "החברה לפיתוח איזור פלוני" או "החברה הכלכלית ליישוב אלמוני". חברות מסוג זה עוסקות במגוון של פעילויות עסקיות ועסקיות למחצה. כמבואר להלן, משטר החברות בחברות אלה לקוי ביסודו, ואיננו רואים בחברות אלה מודל לחיקוי, אלא להפך. ראו להלן תת-פרק 5ד.

בהיותם אישיות משפטיות הנעדרות קיום פיזי, תאגידיים יכולים להתקיים לנצח. זו בררת-המחדל המשתמעת מחוק החברות ואשר מקובלת בחיי המעשה.¹⁷⁵ הנקודה המרכזית שבה המודל המוצע סוטה מן המצב הנוכחי היא היסוד של משך החיים המוגבל של חברת הפיתוח. משך חיים זה יבוא לידי ביטוי בקביעת תאריך מסוים ו/או אירוע מתלה בתקנון החברה, אשר ישמשו עילה להתחלת הליכים של פירוק מרצון.¹⁷⁶ מאחורי יסוד זה עומדת המחשבה כי יש לקבוע תמריץ חזק לביצועו בפועל של המיזם שלשמו הופקעו המקרקעין, לכל-הפחות כאשר מדובר בחלופה של חברת פיתוח ממשלתית. כוונה זו עולה בקנה אחד עם פסיקת בית-המשפט העליון בעניין קרסיק,¹⁷⁷ ובעקבותיה גם עם תזכיר החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), הקובע תקופות מרביות למימוש מטרת ההפקעה.¹⁷⁸ אף שאנו סבורים כי ההסדר המוצע צריך להיות חריג מפורש להסדרים הפסיקטיים או החקיקטיים הכלליים שיחולו לגבי מימוש המטרה של הפקעת המקרקעין,¹⁷⁹ יש עדיין צורך בקביעת הגבלה מקבילה במישור התאגידי. המודל של חברת הפיתוח מאפשר גמישות בהקשר זה. ניתן לקבוע פרק-זמן ראשוני כלשהו – למשל, עשר שנים – ואז לקבוע תאריכים מאוחרים יותר בהסכמתם של בעלי מניות המקרקעין באספה הכללית.

ככל שיתארך משך חייה של חברת הפיתוח כן תקצר סבלנותם של בעלי המקרקעין שהופקעו, המצפים לראות פירות על השקעתם. דיני החברות שלאחר חקיקת חוק החברות קובעים מערכת כללים גמישה לגבי חלוקת רווחים על-ידי חברה. במסגרת זו החוק קובע

175 סעיף 5 לחוק החברות קובע: "קיומה של חברה הוא מיום ההתאגדות... ועד לפקיעת ההתאגדות, כתוצאה מחיסולה של החברה."

176 סעיף 319 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, נ"ח 761 (להלן: פקודת החברות), קובע: "חברה יכולה להתפרק מרצון באחת מאלה: (1) תמה התקופה שנקבעה בתקנון לקיומה, או אירע הדבר שבאירועו צריכה החברה, לפי הוראה שבתקנון, להתחסל, והחברה באסיפה כללית החליטה להתפרק מרצון."

177 לעיל הערה 2.

178 לפי סעיף 5 לתזכיר החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), שר האוצר נדרש לקבוע תקופה מרבית למימוש מטרת הרכישה שלא תעלה על עשר שנים ממועד פרסום ההודעה, לפי סעיף 7 לפקודת הקרקעות, בדבר קניית חזקה בקרקע. השר רשאי, מטעמים מיוחדים שיירשמו, לקבוע תקופה מרבית ארוכה יותר, ובתנאי שלא תעלה על שבע-עשרה שנים ממועד פרסום ההודעה לפי סעיף 7 לפקודה.

179 זאת, בין היתר, לנוכח העובדה שבמקרה של פירוק מרצון עולה השאלה אם הנכסים שיחולקו לבעלי המניות יהיו השבה בפועל של המקרקעין (בדומה להסדר החקיקתי המוצע בסעיף 9 לתזכיר החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור)) או סכום כסף המשקף את שווי המקרקעין המקוריים לאחר הליך ההפקעה ושינוי הייעוד. אנו בדעה כי החלופה השנייה עדיפה עקרונית, על-מנת לא להשיב לחלוטין את הגלגל אחורנית, אף שהדבר יחייב את המפרק לממש את מכירת הפרויקט ולתקן בכך את מחדליהם של מנהלי החברה.

כי חברה יכולה לחלק דיבידנד מתוך רווחיה, ובלבד שלא יהיה בחלוקה כדי להעמידה בסכנה של חדלות פירעון.¹⁸⁰ בכל הנוגע לחברת פיתוח, סכנה של חדלות פירעון נראית מרוחקת מאוד. חברה זו אינה אמורה ליטול על עצמה סיכונים עסקיים ממשיים, אלא בעיקר למכור זכויות במקרקעין.¹⁸¹ עיקר הסיכון העסקי שחברת הפיתוח תעמוד לפניו נוגע בהיקף התמורה הכספית שהיא תוכל לקבל תמורת הזכויות, כך שהיקף ההון העצמי שיידרש לחברה צפוי להיות קטן. לפיכך יש מקום למדיניות של חלוקת רווחים מרבית על בסיס תקופתי, וניתן אף לעגן מדיניות כזו בתקנון (כפוף לכללי החלוקה החרותים ולעקרונות טובת החברה).

אכן, ייתכנו מצבים שבהם יופקעו מקרקעין ויוקנו זכויות חכירה בהם לחברת פיתוח באזורים שבהם לא יהיה ביקוש מסחרי, עד כדי כך שהחברה תראה לנכון להעביר זכויות אלה ללא תמורה לקבלנים. במצבים אלה יעדיפו בעלי המקרקעין שהופקעו לקבל את הפיצוי על-פי דין, נמוך ככל שיהא. אלה שלא יעשו כן ויעדיפו לקבל מניות מקרקעין בחברת הפיתוח לא יוכלו להלין אלא על עצמם כאשר זו לא תוכל לחלק דיבידנדים, בהעדר רווחים לחלוקה.

(ח) הערה על מיזמים מעורבים

עד כה עסקנו בהיבטים הפרטניים של המודל המוצע לביצוע מיזמי מקרקעין נושאי רווח. נשאלת השאלה באיזו מידה המודל יכול להתמודד גם עם מיזמי מקרקעין רחבי-היקף שחלקים מהם הינם נושאי רווח ואילו יתרתם – ואולי רובם – אינה כזו. טלו, לדוגמה, את פרויקט נתב"ג 2000, שסביבו נסבו ההחלטות בעניין פז וקודם לכן בעניין מהדרין.¹⁸² מימוש עצמי של אותם שימושים נושאי רווח (כגון בתי-מלון או מרכזי קניות) על-ידי בעלי מקרקעין שחלקתם נכללת בשטח המופקע אינו מעשי מן הסיבות שצוינו על-ידי בית-המשפט העליון, במיוחד משום שרק צירוף מקרים נדיר יאפשר הקמת פונקציה מסוימת, כגון תחנת-דלק, דווקא על אותה חלקה של הבעלים המעוניין במימוש עצמי, כגון חברת פז. בלא להיכנס לפירוט, נעיר רק כי במודל המוצע מצויים יסודות שיאפשרו את התאמתו גם למיזמים מעורבים מסוג זה. ההפרדה שהמודל יוצר בין נכסי המקרקעין לבין הזכויות המשפטיות ליהנות מפירותיהם מאפשרת גמישות שהחלופות

180 סעיף 302 לחוק החברות.

181 במיזמים נושאי רווח, כגון עיר או שכונה חדשה, גם הבינוי הציבורי אינו אמור להסב הוצאות לחברת הפיתוח. סלילת כבישים, בניית מוסדות-ציבור וכיוצא בהן יבוצעו ויומנו על-ידי הקבלנים המבצעים או על-ידי המדינה. מעבר לכך, איננו רואים את חברת הפיתוח כמעין "חברה משכנת-על", קרי, כגורם שירכז מרשם פנימי של זכויות-משנה במקרקעין – ובפרט בדירות-מגורים – כפי שמקובל כיום. דעתנו כדעת בן אליהו וויתקון, דהיינו, שהמצב הנוכחי אינו רצוי וכי רישום הזכויות במקרקעין צריך להיעשות אצל רשם המקרקעין. ראו בן אליהו וויתקון, לעיל הערה 158, בע' 21.

182 ראו לעיל הערות 103–106 והסקסט הנלווה אליהן.

הקיימות כיום אינן מספקות. במסגרת זו יהיה אפשר לתת ביטוי גם לעובדה שחלק מהמקרקעין ישמשו למוצרים ציבוריים טהורים או מעורבים.

3. היבטים של משטר חברות ודיני ניירות-ערך

החברה העסקית מתאימה במיוחד לשמש מסגרת לארגון פעילות כלכלית משותפת של בעלי-עניין רבים כאשר הכלים החוזיים אינם מספיקים להם.¹⁸³ יתרונו העיקרי של המודל המוצע נעוץ בכך שהוא מסתמך באופן מרבי על כלים משפטיים ואבני-בניין קיימים שדיני התאגידים מספקים לכל מתאגד. בפרט, כפי שציינו זה עתה, דיני התאגידים מכילים מערכת מפותחת של כללי התנהגות, החלים על מי שיש בידיו בפועל כוח להשפיע על האינטרסים של קבוצת-עניין אחרות בתאגיד – בראש ובראשונה החובות החלות על נושאי-משרה ובעלי שליטה. כללי-היסוד בדבר חובות אלה, ובמיוחד באשר לחובת האמון והאיסור להפיק טובות-הנאה אישיות מניגוד עניינים, חלים על חברת הפיתוח מכוח דיני החברות הכלליים. למשל, בעלי המניות מן הציבור ייהנו מן ההגנות הנובעות מחובותיהם של בעלי השליטה ומאיסור הקיפוח.¹⁸⁴

נוסף על דיני התאגידים הרגילים, גם דיני הגילוי והדיווח, החלים על חברות ציבוריות מכוח דיני ניירות-ערך, משליכים על המשטר בחברה.¹⁸⁵ לנוכח זה אנו סבורים כי הקניית מעמד של חברה ציבורית, שמניותיה רשומות למסחר בבורסה, חיונית לשיפור

183 מבחינה זו, בדימוי השגור של החברה כפקעת של חוזים (nexus of contracts) יש כדי להטעות. החברה אינה רק פקעת של חוזים, ולו מן הסיבה שהטעם היסודי להקמתה הוא כשל של המסגרת החוזית, כפי שציינו לעיל. ראו ע' ליכט "תכליות החברה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 173. לביקורת נוקבת על ראיית התאגיד כפקעת של חוזים ראו: M.A. Eisenberg "The Conception that the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm" 24 *J. Corp. L.* (1998–1999) 819; J. Nesteruk "Persons, Property, and the Corporation: A Proposal for a New Paradigm" 39 *DePaul L. Rev.* (1989–1990) 543; W.T. Allen "Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation" 14 *Cardozo L. Rev.* (1992–1993) 261.

184 סעיף 2 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, ס"ח 132 (להלן: חוק החברות הממשלתיות), מחיל על חברה ממשלתית את פקודת החברות (וכיום גם את חוק החברות). ראו, למשל, ע"פ 5689/92 מן נ' מ"י, דינים עליון לז 103. כן ראו, לגבי האיסור הכללי לפעול בניגוד עניינים בחברה ממשלתית, בג"צ 3250/94 אורן נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד מט(5) 17. לסקירה מעמיקה ראו א' וינרוט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המינהלי (תשנ"ה).

185 ראו ע"א 5320/90 א.צ. ברנוביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, 831. לדיון מפורט ביחסי-הגומלין בין דיני החברות לדיני ניירות-ערך ראו: A.N. Licht "Stock Exchange Mobility, Unilateral Recognition, and the Privatization of Securities Regulation" 41 *Va. J. Int'l L.* (2000–2001) 5

המשטר בחברות הפיתוח, בעלי המניות צפויים לסבול מנחיתות מידעית (אינפורמטיבית) קשה לעומת המנהלים ויתר אנשי הפנים ביחס למצבה העסקי של החברה. החלת חובות גילוי מכוח דיני ניירות-ערך תוליך למיתונה של נחיתות זו. הקמת חברת הפיתוח כחברה ציבורית תביא לידי החלתן של חובת פרסום התשקיף וחובת הדיווח התקופתי. בכך יהיה גם כדי לשפר את איכות הניהול בחברה.¹⁸⁶ לבסוף, רישום המניות של בעלי המקרקעין למסחר בבורסה יגדיל באופן דרמטי את סחירותן ולכן גם את שוויין. הרישום למסחר יאפשר לבעלי המקרקעין שהופקעו לבחור מועד נוח להם למימוש התשואה על המניות, מבלי להמתין בהכרח למועדים של חלוקת הדיבידנדים, ולגבי חלקם – ייתכן שגם בתנאי מיסוי עדיפים.

מעמדה של חברת הפיתוח כחברה ציבורית, או לכל-הפחות החלת הדרישה לפרסום תשקיף מכוח חוק ניירות-ערך, עשויים לנבוע מעצם הקמתה של החברה. העמדת האפשרות לבחור בין מניות המקרקעין לבין קבלת הפיצוי על-פי הדין הנוהג תחייב את בעלי המקרקעין לקבל החלטת השקעה. לפיכך יש מקום לראות בה "הצעה" לעניין חוק ניירות-ערך.¹⁸⁷ במיזמי מקרקעין רחבי-היקף עשויים להיות מאות בעלי חלקות, ואף אלפים, שהצעה זו תופנה אליהם. על-כן נכון לראותם כ"ציבור" – הן לנוכח מספרם והן לנוכח מצבם המהותי, שבו הם זקוקים להגנה שחובת הגילוי מספקת, בהעדר יכולת להשיג גישה למידע המהותי הנחוץ לשם קבלת החלטת השקעה.¹⁸⁸ משכך, תחול על החברה חובת פרסום תשקיף.¹⁸⁹ אכן, הקמתה וניהולה של חברה ציבורית יהיו כרוכים

186 L. Lowenstein "Financial Transparency and Corporate Governance: You השוו: Manage What You Measure" 96 Colum. L. Rev. (1996) 1335

187 סעיף 1 לחוק ניירות-ערך מגדיר "הצעה לציבור" כ"פעולה המיועדת להניע ציבור לרכוש ניירות ערך". בתי-המשפט הבהירו כי ההצעה דנן אינה צריכה לקיים את הדרישות החלות על ההצעה בתי-הקיבול לעניין כריתת חוזה, ודי בכך שמדובר בפעולה אקטיבית שיש בה כדי לעורר עניין אצל הנפנה. ראו ת"פ (ת"א) 31/73 מ"י נ' אברון, פ"מ תשל"ז (1) 329 (להלן: עניין אברון); ת"א (ת"א) 2969/00 י"ר הרשות לניירות ערך נ' מונדרגון אגודה שיתופית בע"מ, דינים מחוזי לג(4) 6 (להלן: עניין מונדרגון); מבחינה כלכלית מדובר באופציה לרכישת ניירות-ערך של חברת הפיתוח במחיר ויתור על הפיצוי על-פי דין. ראו לעיל הטקסט הנלווה להערה 162.

188 סעיף 16 לחוק ניירות-ערך; עניין אברון, שם; עניין מונדרגון, שם. במצבים שבהם מספרם של בעלי החלקות קטן משלושים וחמישה, עשוי לחול הסייג להגדרת הצעה לציבור שבסעיף 15א לחוק. ראו תקנה 2 לתקנות ניירות ערך (פרטים לעניין סעיפים 15א עד 15ג לחוק), התש"ס-2000, ק"ת 616.

189 אף שהכנת תשקיף כרוכה בדרך-כלל בעלות לא-מבוטלת, הכנת תשקיף של חברת פיתוח צפויה להיות פשוטה ולכן גם זולה יותר. לחברת פיתוח לא אמור להיות עבר עסקי שטעון תיאור, ואילו עסקיה העתידיים ניתנים לתיאור על בסיס תוכניות הבינוי המאושרות. מעבר לכך, ניתן לקבוע באמצעות חקיקה מסגרת גילוי שתהיה פשוטה יותר אך תספק עדיין את כל המידע המהותי הדרוש לבעלי המקרקעין השוקלים לוותר על

בעלות ממשית, לרבות העלויות של הכנת תשקיף והעסקתם של דירקטורים ונושאי-משרה אחרים בחברה. אולם אנו רואים ברכה בהחלת חובות הגילוי והדיווח לפי חוק ניירות-ערך, שראשיתן בפרסום תשקיף וברישום למסחר בבורסה, על-אף העלויות הכרוכות בכך.¹⁹⁰

נוסף על מיתון הנחיתות המידעית של בעלי מניות המקרקעין, הקמת חברת הפיתוח כחברה ציבורית תספק להם הגנה נוספת באמצעות הדירקטורים החיצוניים. איתלותם של הדירקטורים החיצוניים בבעלי השליטה (דבר שיתכן גם בחלופה של חברת פיתוח רגילה) תקטין את הסיכוי לפגיעה בבעלי מניות המקרקעין. כדירקטורים לכל דבר, גם הדירקטורים החיצוניים יחובו חובות אמון וזהירות כלפי החברה.¹⁹¹ בכך אין כדי לשלול את חובתם כלפי בעלי המניות, כציבור, ובפרט לא כלפי הציבור של בעלי מניות המקרקעין שאינם המדינה.¹⁹² במקרים חריגים, שבהם חברת הפיתוח לא תהיה חברה ציבורית, אנו רואים הכרח להבטיח נוכחות, ולו סבילה, מטעם בעלי מניות המקרקעין שאינם המדינה בדירקטוריון החברה. זאת ניתן להשיג על-ידי מינוי דירקטור משקיף.¹⁹³ כן נציין, לגבי החלופה של חברת פיתוח ממשלתית, כי גיוון הזכויות הגלום בה אומנם אפשרי על-פי חוק החברות,¹⁹⁴ אולם ההפרדה הנוצרת בה בין זכויות ההון לזכויות

הפיצוי הסטטוטורי תמורת המניות בחברה הפיתוח. מסמכי גילוי מסוג זה מכונים "מתאר". השוו תקנות ניירות-ערך (פרטי מתאר הצעת ניירות ערך לעובדים), התש"ס-2000, ק"ת 617.

190 גם פעולת הרישום של ניירות-ערך למסחר בבורסה נופלת לגדר הצעה לציבור הטעונה תשקיף, אף בהעדר גיוס הון (הנפקה). סעיף 1 לחוק ניירות-ערך. מאידך גיסא, אם מספר בעלי המניות נמוך מדי, החברה עלולה לא לעמוד בדרישות-הסף של הבורסה לצורך רישום למסחר, מחמת העדר "פיזור" מספיק, הגורם לאי-סחירות.

191 סעיפים 252 ו-254 לחוק החברות.

192 לדיון ראו א' פרוקציה "הבעלות על הפירמה וסייגיה - נושים, עובדים, אלמנות ויתומים בדיני החברות" משפטים כב (תשנ"ג) 301; ליכט, לעיל הערה 183. להכרה עקרונית בחובתם של נושאי-משרה כלפי בעלי מניות בנסיבות מסוימות ראו ע"א 741/01 קוט נ' עזבון ישעיהו איתן ז"ל, פ"ד נו(4) 171.

193 הדירקטוריון נהנה מגישה למידע עדכני ומפורט על-אודות החברה לאין ערוך יותר מאשר בעלי המניות. ראו סעיפים 184-187 לחוק החברות. כן ראו, כללית, י' דנציגר הזכות למידע אודות החברה (תש"ס); צ' כהן בעלי מניות בחברה - זכויות, תביעות ותרופות (תשנ"א). כדי להבטיח נגישות מסוימת למידע לבעלי מניות המקרקעין, ניתן להקנות למניות אלה זכות להצביע על מינוי דירקטור משקיף (או שניים) בהחלטה של האספה הכללית באספת-סוג.

194 סעיף 82 לחוק החברות. לפי התרחיש המוצע, חברת הפיתוח תרשום למסחר רק את מניות המקרקעין, שאמורות להיות נטולות זכות הצבעה על מינוי דירקטורים. סעיף 246 לחוק ניירות-ערך אוסר רישום למסחר בבורסה של מניות בחברה שיש בה כמה סוגי מניות. אולם איסור זה אינו חל על "מניות מדינה מיוחדות". לדעתנו, ניתן לראות גם את מניות הניהול של חברת הפיתוח כעונות על ההגדרה של "מניות מדינה מיוחדות".

השליטה עלולה לעורר קשיים. הפרדה מעין זו יוצרת בעיית נציג בין בעלי זכויות השליטה לבין בעלי זכויות ההון. כך, בעלי השליטה יכולים להיטיב עם עצמם (ועם עושי דברם מקרב נושאי־המשרה) על־חשבון החברה, כאשר בהפסד הכלכלי יישאו בעלי זכויות ההון.¹⁹⁵ אף־על־פי־כן, איננו רואים בכך קושי מכריע. במסגרת המודל המוצע, שבו למניות הניהול לא יהיו כל זכויות רכושיות, עיקר העברת הערך מבעלי מניות המקרקעין עלול להיות דרך תנאי ההעסקה של נושאי־המשרה – נושא שנדון בו בתת־פרק 5 להלן.¹⁹⁶

4. תחולת המשפט הציבורי על חברת הפיתוח

נוסף על כללי המשפט הציבורי החלים על הרשות השלטונית בהליכי ההפקעה עובר להקמת חברת הפיתוח, ונוסף על הכללים של דיני התאגידים במשפט הפרטי שיחולו על חברת הפיתוח בכל שלבי חייה, יש להביא בחשבון את האפשרות כי במהלך פעילותה יחולו על חברת הפיתוח עצמה כללים של המשפט הציבורי, לפחות באופן חלקי, ובמיוחד בחלופה של חברת פיתוח ממשלתית. זאת, לנוכח נכונותו ההולכת וגוברת של בית־המשפט להחיל נורמות מהמשפט הציבורי גם על גופים שאינם מהווים באופן פורמלי אורגן של המדינה או של רשות שלטונית אחרת.¹⁹⁷

195 L.A. Bebchuk, R. Kraakman & G.G. Triantis "Stock Pyramids, Lניתוח עיוני ראו: Cross-Ownership, and Dual Class Equity – The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control from Cash-Flow Rights" *Concentrated Corporate Ownership* (Chicago & London, R.K. Morck ed., 2000) 295

196 ראו להלן הטקסט הנלווה להערה 205 ואילך.

197 ראשיתה של מגמה זו הייתה בנוגע לתאגידים ב"בעלות ציבורית", דהיינו, תאגידים אשר הוקמו לפי דיני התאגידים הכלליים אך נשלטים על־ידי רשויות שלטוניות – בראש ובראשונה חברות ממשלתיות. בנוגע להחלת כללי המשפט המנהלי על תאגידים כאלה, נראה כי בית־המשפט עבר באופן הדרגתי מנימוק של מעין "הרמת מסך", במקרה שבו התאגיד מהווה רק "מסווה" לרשות השלטונית, לבדיקת סמכויותיו ואופיו של התפקיד שהתאגיד ממלא. ראו ד' ברק־ארו "תאגידים ציבוריים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 273, 288-295. ניתוח סמכותי־תפקודי כזה היווה את הבסיס להחלת כללים מן המשפט המנהלי גם על תאגידים בבעלות פרטית, כפי שנעשה, למשל, בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, וכן בע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196. בנוגע לכל סוגי התאגידים, הבדיקה הפרטנית של מערך הסמכויות ואופי התפקיד של תאגיד מסוים, לצורך מיקומו לאורך הספקטרום "פרטי" – "ציבורי", מכתובה גם את מידת ההחלה של כללי המשפט המנהלי על אותו גוף. כך, ככל שהתאגיד מתקרב לקצה ה"ציבורי", יוטלו עליו חובות מהמשפט המנהלי באופן נרחב ומקיף יותר. ראו בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 463.

אולם אף אם נניח שבית־המשפט יחיל נורמות מן המשפט המנהלי על חברת הפיתוח,¹⁹⁸ עיקר העניין הוא בשאלה אילו נורמות ספציפיות יוחלו, ומה צפויה להיות מידת השפעתן, אם בכלל, על פעילות החברה. לעניין זה ראוי להפריד בין הפעילות במעגל הפנימי של החברה – כלומר, בין החברה לבעלי המניות ובין בעלי המניות לבין עצמם – לבין המעגלים החיצוניים, הכוללים הן את הקבלנים שיתקשרו עם החברה לצורך פיתוח המתחם והן את המשתמשים הסופיים ביחידות־הדירור ובשטחי המסחר. במעגל הפנימי דומה כי לא תהיה השלכה משמעותית להחלת כללים מן המשפט הציבורי, לנוכח רשת־ההגנה שתהיה פרושה על בעלי המניות מכוח דיני התאגידים.¹⁹⁹

במעגל החיצוני, לעומת זה, עשוי להיות הבדל בין שתי החלופות של חברת הפיתוח בנוגע להתקשרות עם קבלנים. על חברות ממשלתיות מוחלת כיום במפורש חובת המכרז הפומבי מכוח חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992,²⁰⁰ באופן שיש בו – בהתייחס לחלופה זו – כדי להפיג את עיקר החשש מפני ניצול לרעה של סמכויות הניהול של המדינה לקידום גורמים מקורבים בעלי עוצמה פוליטית על־חשבון התועלת החברתית. חברות לא־ממשלתיות אינן כפופות באופן עקרוני לחובת עריכת מכרז.²⁰¹ אולם בהקשר הנוכחי, אם יבקשו נושאי־המשרה למכור את הזכויות במקרקעין לא באמצעות מכרז לכל המרבה במחיר, אלא דווקא לקבלן פלוני בעל מהלכים, יהיה בכך כמעט משום הפרה מניה וביה של חובות האמון והזהירות שלהם. דווקא משום שמטרותיה של חברת הפיתוח יהיו

198 חברת הפיתוח המוצעת הינה יציר־כלאיים מיוחד לעומת אלה שנידונו עד כה בפסקי־הדין. בחלופה שבה זכויות הניהול מוקנות למדינה, תהיה כאמור חברת הפיתוח "חברה ממשלתית", כהגדרתה בסעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות. מאידך גיסא, כל הונה של החברה יבוא ממקורות פרטיים, וינתן לכך ביטוי במסגרת התאגידית בדמות מניות המקרקעין. מטרתה של החברה תהיה, כאמור, השאת התמורה ממכירת הזכויות במקרקעין שהוקנו לה בעסקות שוק רגילות עם קבלנים. בפעילותה זו אין היא אמורה ליהנות מזכויות־יתר סטטוטוריות לעומת חברת נדל"ן עסקית רגילה. נמצא כי לפי המבחן הסמכותי־התפקודי שקנה לו אחיזה בפסיקה, החלת כללים מן המשפט הציבורי על חברת הפיתוח, בכל הקשור לפעולות המימוש של מטרותיה ממכירת הזכויות במקרקעין, אינה תוצאה הכרחית. לעומת זאת, בחלופה של חברת פיתוח רגילה, גם אם מבחינה מבנית פורמלית החברה הינה "פרטית", מבחינה סמכותית־תפקודית אין הבדל של ממש בין שתי החלופות, כך שגם בחלופה זו תיתכן החלת נורמות מהמשפט הציבורי.

199 ראו לעיל תת־פרק ד3.

200 ס"ח 114. סעיף 2(א) לחוק קובע כי "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, תאגיד מקומי, מועצה דתית וקופת חולים לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על־פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו". בסעיף 1 לחוק מוגדר המונח "תאגיד ממשלתי" כ"חברה ממשלתית, חברת־בת ממשלתית, או תאגיד שהוקם בחוק".

201 ראו ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 464 (דעת הנשיא שמגר).

מוגבלות, כאמור, יצומצם מרחב התמרון של נושאי-המשרה להצביע על שיקולים שאינם קשורים להשגת מחיר מרבי תמורת הזכויות.²⁰² מכיוון שאנו צופים שהחברה לא תעסוק ישירות בשיווק הזכויות ובמכירתן למשתמשים סופיים, תחולת המשפט הציבורי מבחינת רוכשי היחידות שייבנו עשויה להיות רלוונטית, למשל, במצב שבו גורם-הביניים – הקבלן – מפלה לרעה רוכשים על בסיס לאומי, גזעי וכיוצא באלה,²⁰³ או לגבי השאלה הכללית יותר אם יש להטיל על הקבלן עצמו חובות מנהליות, כגון מכירת יחידות-הדיור רק על-פי מכרז. המצב הראשון אינו מעורר בעיה מיוחדת, שכן אין בו כדי להכביד במיוחד על חברת הפיתוח, אולם המצב השני אינו רצוי, לטעמנו, שכן הוא מגביל משמעותית את פעילותה ורווחיותה של חברת הפיתוח בלא הצדקה של ממש.

5. על הבחירה בין חברת פיתוח רגילה לבין חברת פיתוח ממשלתית

כפי שציינו בעיקרי המתווה, אלה מבין בעלי המקרקעין המופקעים שיבקשו להצטרף למיזם יצטרכו להחליט תוך פרק-זמן קצוב בין שתי החלופות בדבר מבנה החברה: חברת פיתוח רגילה או חברת פיתוח ממשלתית. בחלק זה נבקש להאיר חלק מהיתרונות והחסרונות הגלומים בשתיהן, מתוך עמדה כי הבחירה אינה מובנת מאליה בהכרח, על-אף הרתיעה מהקמה-מדעת של חברות ממשלתיות, בהינתן חלופה של חברה לא-ממשלתית, לנוכח הניסיון השלילי שנצבר לגבי חברות ממשלתיות. אף אם תוקם חברת הפיתוח כחברה לא-ממשלתית, בעלי המניות המרובים צפויים

202 השוו: *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.* 506 A.2d 173 (Del. Sup. Ct. 1986), שם נקבע בהקשר שונה (של תחרות בין מציעים בהשתלטות עוינת על חברה ציבורית) כי משעה שהתברר שהשליטה בחברה עומדת למכירה, נושאי-המשרה חייבים להימנע באופן מוחלט מכל צעד שיש בו כדי לחבל בהשגת המחיר הגבוה ביותר תמורת המניות. צעד כזה ייחשב להפרת חובות האמונים כלפי בעלי המניות מן הציבור. כן ראו: *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858 (Del. Sup. Ct. 1985), שם נקבע כי נושאי-משרה התרשלו כאשר לא הקפידו לוודא שהמחיר המוצע לבעלי המניות תמורת מניותיהם הוא אכן המחיר המרבי שניתן להשיג לנוכח שווי החברה.

203 ראו לעניין זה בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, שבו נפסק כי כשם שהמדינה אינה רשאית ישירות להפלות באופן פסול על בסיס דת או לאום בהקצאת קרקעות המדינה, היא אינה רשאית לעשות כן גם בעקיפין, על-ידי הקצאת הקרקעות לגוף שלישי (באותו מקרה – הסוכנות היהודית והאגודה השיתופית קציר) אשר נוקט מדיניות מפלה. שם, בע' 283. הנשיא ברק משאיר אומנם בצריך עיון את השאלה "אם בקבלת זכות במקרקעי המדינה הוטלה על הצד השלישי גם החובה שלא להפלות בין יהודים לערבים" (כלומר, אם מוטלות חובות מנהליות על הגוף הפרטי), לנוכח קביעתו כי המדינה עצמה היא שהפרה את חובת השוויון (שם, שם), אולם מבחינה מעשית נראה כי התוצאה דומה.

לנקוט "אדישות רציונלית", כך שהשליטה בפועל בענייניה תימצא בידי נושאי-המשרה בה.²⁰⁴ בשתי החלופות צפויה להתעורר בעיית נציג בין החברה ובעלי מניותיה לבין קבוצת ההנהלה. הבסיס להשוואה בין שתי החלופות הוא, אם כן, הערכתם של מקבלי ההחלטה (בעלי המניות) לגבי תוחלת הפגיעה הרעה של בעיית הנציג בכל אחת משתי החלופות. למיטב הערכתנו, הפקדת השליטה בחברה עתירת נכסי מקרקעין בידי מנהלים במסגרת חברה עסקית רגילה תהיה כרוכה בעלויות נציגות (agency costs) לא-מבוטלות, אך ככל הנראה נמוכות מאלה שיחולו במצב שבו השליטה והניהול מופקדים בידי דירקטורים של חברה ממשלתית. בעניין זה יש פנים לכאן ולכאן. אם נניח כי בחברה לא-ממשלתית ניתן לבנות מערכת שכר שתתגמל את המנהלים על השאת מחיר המקרקעין בצורה יעילה יותר מאשר בחברה ממשלתית, יהא זה שיקול כבד-משקל לטובת החלופה הלא-ממשלתית. מאידך גיסא, מרחב התמרון של המנהלים בחברה הלא-ממשלתית להיטיב את תנאי העסקתם ללא תלות בביצועי החברה גדול יותר, ועלות זו תגרע מן הכספים שיועברו לבעלי המניות.²⁰⁵ מבלי להמעיט בחשיבות הסוגיה, נציין כי דווקא בחברות ממשלתיות יש מידה כלשהי של ריסון ופיקוח על תנאי השכר של המנהלים, בהשוואה לרמות התגמולים הגבוהות שנהוגות בחברות הציבוריות ואשר אינן מלוות בהכרח ביצועים עסקיים משופרים.²⁰⁶ מאידך גיסא, אין לכחד כי בנוף החברות הממשלתיות בישראל, מינויים לדירקטוריונים בחברות אלה משמשים מטבע עובר לסוחר לשם חלוקת טובות-הנאה למקורבים פוליטיים ואחרים,²⁰⁷ ודומה שבכך יש משום שיקול מכריע לדחיית המודל של חברה ממשלתית.

204 בהקשר הספציפי של מכירת הזכויות במתחם המקרקעין, יש סיכוי סביר שבעיית הנציג תביא לידי כך שהחלוקה הפנימית של התמורה בקרב בעלי המניות תהיה הוגנת יותר במקרה של חברה בניהול ציבורי. זאת, לנוכח האפשרות הסבירה שבמקרה של "הפרטת" זכויות הניהול, אותם בעלי מניות שיש להם "אורך-נשימה" ועמדת השפעה על ההחלטות הניהוליות ישתלטו בהדרגה על החברה וירכשו במחיר זול את מניותיהם של בעלי מקרקעין אחרים שהזמן דוחק להם לממש את זכויותיהם (בעיקר במצב-עניינים שבו זכויותיהם המקוריות של האחרונים בקרקע היוו חלק ניכר ממצבת הנכסים שלהם). בדרך זו יגרפו הראשונים לעצמם נתח גדול במיוחד מהתמורה שתושג בעקבות שיווק המקרקעין. ייתכן שבנסיבות רגילות אין בחשש זה כשלעצמו כדי להכשיר התערבות משפטית, אולם בהקשר הספציפי של המאמר, דינמיקה אפשרית כזו עלולה לחתור באופן ממשי תחת המטרה העומדת בבסיס הצעתנו - שיתוף בעלי המקרקעין השונים באופן יחסי ברווחים העתידיים.

205 ראו, כללית: L.A. Bebchuk & J.M. Fried "Executive Compensation as an Agency Problem", 17 *J. Econ. Persp.* (2003) 71. מאמר זה מתמקד במנהלים כמי שמצויים בעמדת כוח המאפשרת להם להיטיב עם עצמם.

206 השוו "מנהלי השמנת - חגיגת השכר בחברות הבורסאיות" הארץ כלכלה 5.4.2004.

207 ראו "אטינגר" השרים מתעלמים מהוראתו של שרון, ומספר הדירקטורים הערבים פחת הארץ 30.6.2004 ("בלשכת ראש הממשלה ובוועדה לבדיקת מינויים, בראשות השופט יצחק רביבי... מתלוננים שהם משגרים מכתבים לשרים בניסיון לדרבן אותם להציג

הגישה המקובלת כלפי פעילות ממשלתית במגזר העסקי – בראש ובראשונה באמצעות חברות ממשלתיות – שוללת פעילות זו באופן עקרוני.²⁰⁸ הספרות משובצת אנקדוטות אינספור למיזמים עסקיים כושלים של חברות ממשלתיות בכל רחבי העולם.²⁰⁹ אנקדוטות אלה הינן רק דוגמות לתופעה כללית יותר: חברות ממשלתיות מתחרות על מקורות מימון עם המגזר הפרטי ויוצרות עיוותים בהקצאת מקורות במשק, חברות ממשלתיות יעילות הרבה פחות מחברות בבעלות פרטית הפועלות באותם ענפים, חברות ממשלתיות מזהמות יותר את הסביבה, ועוד.²¹⁰ כפועל יוצא מכך, שאלת המדיניות היחידה שעמדה על הפרק ברחבי העולם – הן במדינות מפותחות והן במדינות מתפתחות – לא הייתה אם להפריט פעילות כלכלית ממשלתית, אלא כיצד לעשות זאת.²¹¹

כאשר המדינה היא בעלת השליטה בחברה, משמעות הדבר מבחינת המנהלים היא שלחברה אין בעלי מניות של ממש. השליטה בפועל בחברה הממשלתית מצויה בידי

מועמדים ערבים, אך בדרך כלל ללא הועיל. מינוי דירקטורים הוא תחום השמור למקורבים, ולערבים – יהיו כישוריהם מתאימים ככל שיהיו – כמעט בלתי אפשרי לחדור למעגלי מקורבים של שרים." לאחרונה אף אישרה ועדת השרים להקיקה הצעת חוק שמטרתה להקל איש דירקטוריונים של חברות ממשלתיות בפעילים פוליטיים הנעדרים כישורים מיוחדים, על-אף התנגדותם של היועץ המשפטי ושר המשפטים, שגרסו כי מדובר ב"שערוריה הפותחת את השערים לשחיתות מפלגתית". י' יעוז "התנועה לאיכות השלטון: לא לתמוך בהצעה שתקל על מינויים פוליטיים" הארץ 17.11.2004.

208 ראו, למשל: World Bank *Bureaucrats in Business – The Economics and Politics of Government Ownership* (Oxford, 1995); E.C. Perotti "State Ownership: A Residual Role?" *World Bank Policy Research Working Paper No. 3407* (2004) [URL: <http://ssrn.com/abstract=625284>] (4.5.2005)

209 ראו, למשל: World Bank, *ibid*, לסקירת ספרות ראו: M. Boycko, A. Shleifer & R.W. Vishny "A Theory of Privatisation" 106 *Econ. J.* (1996) 309

210 A. Shleifer & R.W. Vishny "A Survey of Corporate Governance" 52 *J. Fin.* 737, 767 (1997). נדגיש כי תופעות שליליות אלה עומדות לצד העלייה בשיעור השחיתות במדינות השונות, כאשר לרשות גורמי ממשל עומדות הזדמנויות רבות יותר להפיק טובות-הנאה פרטיות כתוצאה משליטתם בפעילות כלכלית עסקית. תופעה זו קשורה במיוחד לשימוש מסחרי במשאבי-טבע. ראו: D. Treisman "The Causes of Corruption: A Cross-National Study" 76 *J. Pub. Econ.* (2000) 399 בהקשר הנוכחי ניתן לראות במקרקעין משאבי-טבע. גם ללא חשש לשחיתות, נשמעה בעבר ביקורת נוקבת כלפי מעורבות ממשלתית בפיתוח מיזמי מקרקעין. ראו: W.J. Stern "State Capitalism, New York Style" *City J.* (Summer 1994) 70

211 לדיון ביקורתי קצר ונוקב ראו: W. Megginson, "Privatization – Think Again" 118 *Foreign Pol'y* (2000) 14 W.L. Megginson & J.M. Netter "From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization" 39 *J. Econ. Lit.* (2001) 321.

פקידים שאין להם כל זכות רכושית בחברה. הזכויות הרכושיות מפוררות למעשה, אם כי לא להלכה, בקרב הציבור. לפקידים הממונים ישירות על החברה (ככל שיש כאלה) אין אינטרס ישיר לפקח על המנהלים, ובהעדר פיקוח באים לידי ביטוי המופעים השליליים של בעיית הנציג בתאגיד במלוא חומרתם. במקרים המתונים מדובר בהעלאות שכר ללא קשר לביצועים הכלכליים; במקרים החריפים, השכיחים במדינות מרכז אירופה ומזרחה וכן באמריקה הלטינית, מדובר לא פעם בריקון החברה מנכסיה.²¹² לפי גישה זו, גם בהעדר תופעות חמורות כאלה, האינטרסים האישיים של הפקידים מתמקדים בקידום הקריירה האישית הפוליטית שלהם, ולא באינטרס הציבורי.

תפקודן של חברות ממשלתיות בישראל אינו יעיל יותר. מבקרי המדינה בדק ומצא כי "אף על פי שחברה ממשלתית אמורה לפעול משיקולים עסקיים כמו חברה במגזר הפרטי, המדינה בתורת בעלים אינה לוחצת על חברה ממשלתית למקסם את רווחיה כפי שעושים בעלים של חברה במגזר הפרטי. הדבר נכון בעיקר בחברות בבעלות ממשלתית מלאה".²¹³ חמור מכך, התברר במסגרת הביקורת כי גם בחברות מעורבות (שבהן למדינה יש עד מחצית מכוח ההצבעה או מינוי הדירקטורים) שותפי המדינה לבעלות פועלים אומנם בדרך כלל להשאת התשואה אך לעיתים קרובות האינטרסים שלהם אינם עולים בקנה אחד עם האינטרסים של המדינה.²¹⁴ יתר על כן, יש שפעולות של הדירקטוריון לטובת החברה גורמות נזק לבעליה. עיוות זה נובע מן העובדה שחובותיהם של נושאי המשרה בחברה הממשלתית מופנות כלפי החברה כאישיות משפטית.²¹⁵ הללו מפרשים לא פעם את חובתם כמאפשרת – אם לא מחייבת – נקיטת קו פעולה עצמאי, אפילו על אפה וחמתה של המדינה.²¹⁶ במצב דברים זה יש בהחלט מקום לדעה כי על המדינה להימנע לחלוטין מהקמת חברות ממשלתיות חדשות.

- 212 לתיאור התופעה מקובל כיום להשתמש בדימוי של כריית מנהרה מתחת לחברה והברחת נכסיה דרכה. ראו: S. Johnson, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes & A. Shleifer, "Tunneling" 90 *Am. Econ. Rev.* (2000) 22.
- 213 מבקר המדינה דוח שנתי 52 בלשנת 2001 ולחשבונית שנת הכספים 2000 (2002) 329.
- 214 שם, בע' 331.
- 215 ראו דין וחשבון הוועדה להכנתה של הצעת חוק חברות ממשלתיות (1970) 26 ("כאשר הם [הדירקטורים] נתקלים בקונפליקט בין טובתה של החברה לבין טובתו של אינטרס מחוץ לחברה, לרבות אינטרס של המדינה, עליהם להכריע בקונפליקט לטובת מה שנראה להם בתום לב כאינטרס של החברה הממשלתית").
- 216 ראו מבקר המדינה, לעיל הערה 213, בע' 331: "נוסח מסמכי היסוד של חברות ממשלתיות מאפשר להן בדרך כלל חופש פעולה נרחב גם בתחומים שאינם נמנים עם המטרות העיקריות שלשמן הוקמו. יש שהדירקטוריון של חברה מחליט להשתמש ברווחיה להשקעות בתחומי עיסוק נוספים שאינם ליבת עסקיה ואינם כלולים במטרות שלשמן הוקמה. החלטות כאלה לא תמיד תואמות את אינטרס הממשלה (הבעלים) המעוניינת להשקיע את חלקה ברווחים בהשקעות שמקומן בסדר העדיפות שלה, גבוה מהשקעות בחברה."

לצד האמור לעיל נציין בקצרה כי בספרות הכלכלית הוצעו ניתוחים המצביעים על החסרונות הגלומים בהפרטת משימות של המגזר הציבורי, כגון חינוך או בריאות. ניתוחים אלה מבוססים על התובנה כי קשה לעגן בחוזה את מכלול הציפיות של המדינה והציבור מספק השירותים הפרטי. דיון מלא בניתוחים אלה חורג מן המסגרת הנוכחית. נציין כי הימנעות מהפרטת המשימה הציבורית מבוססת על ההנחה כי עובדי המגזר הציבורי הממונים על הספקת השירות הציבורי (בענייננו, הדירקטורים בחברות הממשלתיות) מונעים על-ידי מניעים לא-אישיים.²¹⁷ במציאות של החברות הממשלתיות בישראל, הנחה זו טעונה הוכחה.

ה. סיכום

לעיתים מידתיות דורשת יצירתיות. אין ספק כי קווי-המתאר של הפתרון שהוצג כאן – חברת הפיתוח – מחייבים ליבון ושרטוט עדין יותר בטרם יבשילו ויכשירו את הקרקע לשינויו של הדין הקיים. בהתאם לכך אף איננו מתעלמים מהעלויות הכרוכות בשינוי כאמור הן בדיני המקרקעין והן בדינים הנלווים אליהם (למשל, בנוגע להיבטי המיסוי). עם זאת, יש לתת את הדעת למלוא העלויות הכרוכות בדבקות במסגרת המשפטית הקיימת, המותירה לבתי-המשפט שתי אפשרויות בלבד, דהיינו, לכוף את ראשם לפני תוצאות חלוקתיות קשות במקרה שבו ניתנת גושפנקה למעשה ההפקעה, או לחלופין, לשלול את עצם השימוש בסמכות ההפקעה של הרשות השלטונית באופן שיסכל הוצאתם לפועל של פרויקטים רצויים ויעילים חברתית. פתרון של חברת פיתוח, כדרך-ביניים, צפוי אולי לעורר מידה מסוימת של אי-שביעות-רצון מצד שני הגורמים העיקריים המעורבים (בעלי המקרקעין, מצד אחד, והרשות השלטונית, מן הצד האחר), אך אולי בכך דווקא יהיה כדי להבטיח כי הפתרון המוצע ייצור איזון הוגן ויעיל בתוך פקעת האינטרסים השונים.

לסיום נעיר כי פעילותה של המדינה והשימוש בסמכות ההפקעה על-מנת לפתור בעיית פעולה משותפת בין צדדים פרטיים עשויה לעורר את השאלה בדבר הרחבה אפשרית של אמצעי זה גם למקרים שבהם המדינה אינה מבקשת מראש להתערב, אך בעלי מקרקעין שכנים מעוניינים בקיומו של מנגנון שיחלץ אותם ממבוי סתום שאליו נקלעו בנוגע לקידומו של פרויקט מסוים. למשל, ניתן לחשוב על יצירת מנגנון משפטי שיאפשר

217 ראו, למשל: O. Hart, A. Shleifer & R.W. Vishny "The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons" 112 *Q. J. Econ.* (1997) 1127; A. Shleifer "State versus Private Ownership" 12 *J. Econ. Persp.* (1998) 133; T. Besley & M. Ghatak "Government versus Private Ownership of Public Goods" 116 *Q. J. Econ.* (2001) 1343; O. Hart "Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships" 113 *Econ. J.* (2003) C69

לבעלי מקרקעין באיזור גיאוגרפי מוגדר לקיים הצבעה פנימית ולהגדיר לצורך כך רף של רוב מיוחד. אם יושג רוב מיוחד כאמור, יוכלו בעלי המקרקעין לפנות אל המדינה בבקשה שתבצע הפקעה לשם קידום אותו פרויקט ותקצה מניות על-פי המודל של חברת פיתוח, כאשר בפנייה כזו תיהיה משום חזקה של קיום "מטרה ציבורית". המנגנונים שפורטו במאמר זה ישמשו על-מנת להגן על הזכויות והאינטרסים של המיעוט, ולמנוע ככל האפשר מצב שבו הצבעת הרוב נעשתה אך ורק על-מנת לפגוע במיעוט או "לרוכשו החוצה" במחיר זול.²¹⁸ לצורך כך, ייתכן שיהיה אפשר להשתמש, בשינויים המחויבים, גם במנגנונים הנהוגים כיום בנוגע למיזוגים בתאגידים ציבוריים.²¹⁹ את הדיון המעמיק ביתרונות ובחסרונות הגלומים בהרחבה כזו של המודל המוצע במאמר אנו מותירים למקום אחר.

218 השוו ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737, 740-739 (בהקשר של היקף שלטון הרוב במקרה של שותפים במקרקעין, לפי פרק ה לחוק המקרקעין).

219 ראו, כללית, א' חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש (2004, כרך ב) 522-465.

