



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6744/20 ו-188 אח'

לפני :
כבוד הנשיאה אי חיות
כבוד השופט יי עמית
כבוד השופט עי גרוסקופף

המערערת בע"א 6744/20 : מדינת ישראל - רשות מקרקעי ישראל

נגד

המשיבה בע"א 6744/20 : לילא טבר

189 ערעורים על פסקי דין שניתנו על-ידי בתי המשפט המחוזיים בנצרת, חיפה ומרכז-לוד

תאריך הישיבה : ט"ו בטבת התשפ"ב (19.12.2021)

בשם המערערת : עו"ד אפי יגל, עו"ד מרווה בזיה

בשם נציגות הנפקעים : עו"ד איימן אבורייה ; עו"ד אילן יחזקאלי ; עו"ד אמיל נחאס ; עו"ד אחמד נזאל ; עו"ד גימאל עבדו ; עו"ד מוחמד כריים

בשם הנפקעים : עו"ד גסאם אבו ורדה ; עו"ד מגידי עאבד ; עו"ד אחמד יאסין ; עו"ד נייתם אסדי ; עו"ד טרביה אמין ; עו"ד ויסאם ח'טיב ; עו"ד אמין עודה ; עו"ד פיראס גאבוזוי ; עו"ד נדאל דאוד ; עו"ד ראמי חזאן ; עו"ד מוחמד אבורייה ; עו"ד סאלח גנאים ; עו"ד וליד חורי ; עו"ד ונוס שלופה שהין ; עו"ד מרוואן משריקי ; עו"ד מוחמד פהד שיח' ; עו"ד שירן אברהם ; עו"ד חן אברהם

פסק-דין חלקי

השופט ע' גרוסקופף:

החל משלהי שנות ה-50 ועד ראשית שנות ה-80 של המאה הקודמת ביצעה מדינת ישראל הפקעות רבות של מקרקעין לצרכי ציבור מכוח פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: הפקודה או פקודת הקרקעות). חלק ניכר מהפקעות אלה נערכו באזור הגליל, כאשר עיקר הקרקעות שהופקעו בחבל ארץ זה שימשו להקמת יישובים חדשים (כרמיאל ונוף הגליל). בחלק מהמקרים שילמה המדינה פיצויי הפקעה בגין ההפקעות האמורות בסמוך למועד תפיסת הקרקע או במועד מאוחר יותר. ואולם, במקרים אחרים בעלי המקרקעין שהופקעו לא הגישו בזמן אמת, ואף לא שנים רבות לאחר מכן, דרישה לפיצויי הפקעה, ועד להגשת התביעות בהן עסקינן המדינה לא שילמה להם דבר בעבור המקרקעין (להלן: הפקעות העבר שטרם שולם פיצוי בגינן או הפקעות העבר). אלא שבעשור האחרון חלו תמורות בנושא פיצויים בגין הפקעות מכוח פקודת הקרקעות, בעקבותיהן הונחו מאות תביעות לפתחן של הערכאות הדיוניות שעניינן בפיצוי בגין הפקעות העבר שטרם שולם פיצוי בגינן. בעוד שברובם המכריע של המקרים המדינה אינה חולקת על עצם הזכאות לפיצויים, בין הצדדים התגלעה מחלוקת בנוגע לשיעור "דמי החכירה האבודים", המשולמים מכוח סעיף 13(1) לפקודת הקרקעות, להם זכאים בעלי המקרקעין שהופקעו בהפקעות העבר, ושהחזקה בהם נמסרה מבלי ששולמו פיצויי ההפקעה (להלן: שאלת חישוב דמי החכירה האבודים או השאלה שבמחלוקת). בכך, בעיקרו של דבר, עוסקים הערעורים שלפנינו.

שאלת חישוב דמי החכירה האבודים היא שאלה המשותפת למאות הליכים (כ-400 להערכת המדינה) שהתנהלו ומתנהלים בבתי המשפט המחוזיים (בעיקר במחוזות חיפה ונצרת) (להלן: ההליכים בעניין הפקעות העבר). על פסקי דין שניתנו במסגרת ההליכים בעניין הפקעות העבר הוגשו עד כה לבית משפט זה לא פחות מ-189 ערעורים, המעלים, בעיקרם, את אותה שאלה שבמחלוקת (להלן: הערעורים בעניין הפקעות העבר). רובם המוחלט של הערעורים הללו אוחדו בהסכמה למסגרת דיונית אחת שתתואר בהמשך הדברים, ובמסגרתה ניתן פסק דין חלקי זה (להלן: ההליך המאוחד). יובהר, עם זאת, כי להכרעה בשאלה שבמחלוקת השלכות רוחב החורגות מההליך המאוחד, בעיקר נוכח ריבוי ההליכים בעניין הפקעות העבר שעודם תלויים ועומדים בפני הערכאות הדיוניות. בהינתן כל זאת, מובן כי נדרשת הכרעה כוללת ואחידה בשאלה שבמחלוקת, אשר תאפשר גזירת תוצאות קונקרטיות ביחס לכל אחד

מההליכים בעניין הפקעות העבר – הן אלה לגביהם כבר הוגש ערעור, והן אלה התלויים ועומדים לפני הערכאות הדיוניות. למותר לציין כי להכרעה זו השלכה כלכלית משמעותית, הן על המדינה (האחראית, באמצעות רשות מקרקעי ישראל, לתשלום הפיצויים בכל התיקים) והן על כל אחד ואחת מהנפקעים (שהמקרקעין המופקעים היוו חלק משמעותי מרכושם או מרכוש מורשיהם).

סדר הדיון בהמשך הדברים יהיה כדלהלן: תחילה נמקד את השאלה שבמחלוקת ונציג את השלכותיה על היקף הפיצוי לו זכאים הנפקעים; לאחר מכן נציג את ההליך המאוחד שהתקיים בבית משפט זה ביחס לערעורים בעניין הפקעות העבר; בהמשך נפרט את טענות הצדדים במסגרת ההליך המאוחד; על רקע זה נכריע בשאלת חישוב דמי החכירה האבודים, כמו גם בסוגיות נוספות שהונחו לפתחנו; ולבסוף ניתן הנחיות ביחס להמשך הדיון בהליך המאוחד בפרט, ובהליכים בעניין הפקעות העבר בכלל.

השאלה שבמחלוקת והשלכותיה

1. התשתית העובדתית והמשפטית הדרושה לענייננו משותפת לרובם המוחלט של ההליכים בעניין הפקעות העבר (גם אם לא לכולם). להלן יוצג דפוס הדברים האופייני.

2. כפי שצוין בפתח, החל מחצי היובל הראשון לקיומה ביצעה מדינת ישראל, באמצעות רשות מקרקעי ישראל (ובשמה בעבר – מינהל מקרקעי ישראל), הפקעות רבות של מקרקעין לצרכי ציבור, חלק גדול מהן באזור הגליל. הודעות על כל הפקעה והפקעה פורסמו בילקוט הפרסומים, בהתאם לסעיפים 5 ו-7 לפקודת הקרקעות, וכן במרבית המקרים פורסמו גם הודעות על הקניית המקרקעין ורישומם על שם מדינת ישראל, בהתאם לסעיף 19 לפקודה. חרף זאת, לחלק מבעלי המקרקעין שהופקעו בשעתו לא שולמה תמורה בגין המקרקעין המופקעים (להלן: הנפקעים ו-המקרקעין המופקעים, בהתאמה). ויובהר כבר עתה, אין לפנינו טענה נגד תקינות הליכי ההפקעה האמורים, אלא עסקינן בתמורה לה זכאים הנפקעים בגין הפקעות העבר שטרם שולם פיצוי בגינן.

3. במועד בו בוצעו הפקעות העבר חלה על רובם המכריע של המקרקעין המופקעים התכנית המנדטורית RP/50/42 (להלן: התכנית המנדטורית). על

פי לשונה, התכנית המנדטורית אומנם ייעדה את המקרקעין המופקעים לשימושים חקלאיים ("אזור חקלאי" כלשון התכנית המנדטורית); ואולם בהתאם לפרשנותה בפסיקתו של בית משפט זה, במקרקעין ששטחם עולה על דונם ניתן היה לבנות מבנה מגורים אחד, בכפוף למגבלות מסוימות (עד 15% משטח החלקה או 180 מ"ר, לפי הנמוך ביניהם. ראו, בין היתר, ע"א 9355/02 מדינת ישראל נ' ראשד, פ"ד נח(4) 406, 419-413 (2004) (להלן: עניין ראשד); ע"א 8937/08 מדינת ישראל מנהל מקרקעי ישראל נ' חביב אללה, פסקה 24 (1.12.2011) (להלן: עניין חביב אללה)). בהתאם, נפסק כי במקרקעין עליהם חלה התכנית המנדטורית וששטחם עולה על דונם, ברירת המחדל היא שיוך הדונם הראשון לייעוד של מגורים (להלן: הדונם הראשון), וזאת ללא צורך להוכיח בכל מקרה ומקרה כי התקיימה הצדקה פרטנית לבניית בית המגורים (ע"א 7060/14 מדינת ישראל - מנהל מקרקעי ישראל נ' דבאח, פסקה 30 (6.12.2016) (להלן: עניין דבאח); ע"א 4299/15 מדינת ישראל, פסקה 31 (8.12.2016) (להלן: עניין אטו)). עוד נקבע בפסיקה כי לצורך קביעת פיצויי ההפקעה (ובכלל זה לצורך קביעת דמי החכירה האבודים לפי סעיף 13 לפקודה), יש להתעלם מכך שבפועל אומצה כבר בשנת 1955 מדיניות תכנונית שהקפיאה את האפשרות לקבל היתרי בנייה במקרקעין המופקעים. לפיכך, יש להניח כי בדונם הראשון ניתן היה לבנות מבנה מגורים אחד, על אף שמבחינה מעשית לא היה הדבר אפשרי עובר למועד ההפקעה (ראו, עניין דבאח, פסקאות 30-40; עניין אטו, פסקאות 31-39).

4. במשך עשרות השנים שלאחר ביצוע הפקעות העבר, וחרף העובדה שהחזקה במקרקעין המופקעים נמסרה למדינה זה מכבר, לא דרשו הנפקעים בהם עסקינן את פיצויי ההפקעה המגיעים להם בגין זכויותיהם במקרקעין המופקעים. הטעמים לכך שנויים במחלוקת, והם לא התבררו לפנינו. יהיו הסיבות אשר יהיו, מצב דברים זה השתנה בעקבות מתן פסק הדין בעניין דנ"א 1595/06 עובון המנוח ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד סו(2) 58 (2013) (להלן: הלכת ארידור). בהלכת ארידור נקבע כי על תביעות שעניינן פיצוי בגין הפקעת זכויות במקרקעין מכוח פקודת הקרקעות חלה התיישנות בחלוף שבע שנים, כאשר המועד הקובע להתגבשות עילת התביעה הוא, לכל המאוחר, מועד תפיסת החזקה במקרקעין על ידי הרשות המפקיעה. עם זאת, בשים לב לכך שמדובר בהלכה חדשה, ובהתחשב בחוסר הבהירות ששרר בסוגיה, נקבע כי יש לתת לה תחולה פרוספקטיבית, ואף זאת רק בחלוף שלוש שנים ממועד מתן פסק הדין, דהיינו לאחר יום 21.3.2016 (להלן: הוראת המעבר ו-המועד הקובע, בהתאמה). משמעות הדברים היא שנפקעים אשר לא הגישו תביעה לפיצוי בגין הפקעות העבר עד למועד הקובע, אינם יכולים עוד לעשות כן בשל התיישנות תביעתם.

5. על רקע הלכת ארידור, פקד גל של תביעות בגין הפקעות העבר את בתי המשפט בישראל, כאשר חלק לא מבוטל מהן הוגש בסמוך מאוד למועד הקובע. אלפי בעלי מקרקעין שהופקעו מכוח פקודת הקרקעות (ויורשיהם) הגישו תביעות נגד מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל (להלן: המדינה) בדרישה לפיצויי הפקעה (לדברי נציגי המדינה, דובר בכ-1,600 תביעות). בחלק מהמקרים נמצאו בארכיוני המדינה אסמכתאות המעידות על תשלום פיצויים בגין ההפקעות בסמוך לנטילת המקרקעין, ועל כן תביעות אלו נדחו. ביחס ליתרת התביעות, התברר כי גם אם המדינה אינה חולקת על עצם הזכאות לפיצויים, הרי שקיימת מחלוקת ביחס לסכום פיצויי ההפקעה לו זכאים הנפקעים בעבור הפקעות העבר שטרם שולם פיצוי בגינן. להבהרת מחלוקת זו, העומדת בלב ההליך הנוכחי, נפנה עתה.

6. הפיצוי לו זכאי בעל מקרקעין בגין הפקעת זכויותיו על פי פקודת הקרקעות מורכב משניים: האחד, פיצוי בגין השווי הנומינאלי (לא צמוד) של המקרקעין במועד ההפקעה (ביום פרסום ההודעה על פי סעיף 5(1) לפקודת הקרקעות. להלן: השווי ההיסטורי), המכונה לעיתים פיצוי קרן או הון, וזאת בהתאם להוראות סעיף 12(ב) לפקודת הקרקעות (להלן: רכיב הקרן או פיצויי הקרן); השני, המכונה לעיתים פיצוי פירותי, נועד לשקף את הנזק שנגרם לבעל המקרקעין שהופקעו בתקופה שבין מועד ההפקעה ועד לקבלת הפיצוי בפועל (להלן: הרכיב הפירותי). מטבע הדברים, רכיב זה שמור למצבים בהם לא שולם שווי המקרקעין בסמוך למועד ההפקעה – או אז יש מקום לפצות את בעל המקרקעין שהופקעו גם בגין אובדן ערך הכסף של פיצויי הקרן.

7. ביחס לרכיב הפירותי, נקבעו בחוק ובפסיקה שלושה מנגנונים חלופיים לקביעתו, אשר עמדו לבחירת הנפקעים בבואם לתבוע פיצויי הפקעה:

(-) תשלום ריבית שנתית לא צמודה בשיעור של 6% לשנה מהשווי ההיסטורי של המקרקעין, וזאת בהתאם להלכה שנקבעה בע"א 212/59 רשות הפיתוח נ' אל-דיב, פ"ד יד 2141 (1960). להלן יכונה מסלול זה מסלול הריבית הפסיקתי.

(-) תשלום ריבית והצמדה בשיעורים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964 (להלן: חוק לתיקון דיני הרכישה). במאמר מוסגר, יוער כי שיעורים אלה נמוכים משמעותית מאלו שנקבעו בחוק

פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 (להלן: חוק פסיקת ריבית). להלן יכונה מסלול זה מסלול ההצמדה והריבית שבחוק.

(-) פיצוי בגין "דמי חכירה אבודים" בהתאם לאמור בסעיף 13(1) לפקודת הקרקעות, וזאת החל מהמועד בו תפסה הרשות המפקיעה חזקה במקרקעין. ודוק, התשלום בגין רכיב זה הוא בערכים נומינאליים, ואולם דמי החכירה מתעדכנים מדי שנה. כתוצאה מכך, בעוד שדמי החכירה האבודים בגין השנים שקדמו לתכנית הייצוב הכלכלית של שנת 1985 נשחקו לחלוטין בגלגלי האינפלציה, דמי החכירה משנת 1986 ואילך נותרו משמעותיים, והצטברותם לאורך השנים מסתכמת לרכיב פירותי משמעותי. להלן יכונה מסלול זה מסלול דמי החכירה האבודים או המסלול שבסעיף 13(1) לפקודה.

ויובהר, אומנם לנפקעים שמורה זכות בחירה בין המסלולים השונים, אך משבחרו במסלול מסוים אין הם רשאים לשנותו ולדרוש פיצוי במסלול אחר המתברר כמשתלם יותר מהמסלול בו בחרו מלכתחילה (ראו: ע"א 2405/91 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח הורוביץ ז"ל, פ"ד נא(5) 23, 46 (1997) (להלן: עניין הורוביץ); ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, פסקה 26 (9.12.2008) (להלן: עניין פינקלשטיין); ע"א 3079/08 מדינת ישראל נ' הקדש קרן עזרה ע"ש הייטנר, פסקה 11 (4.7.2012) (להלן: עניין הייטנר)). מכל מקום, יהא המסלול שבו יבחרו אשר יהא הנפקעים אינם זכאים לתשלום ריבית לפי חוק פסיקת ריבית בנוסף לפיצוי לפי המסלולים המתוארים לעיל או במקומו (ראו: עניין הורוביץ, בעמ' 46-60; ע"א 7809/01 מסד חברה הדדית להלוואות וחסכונות בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד נט(1) 701 (2004) (להלן: עניין מסד)).

8. המסלול בו בחרו הנפקעים בהליכים בעניין הפקעות העבר, רובם ככולם, הוא מסלול דמי החכירה האבודים לפי סעיף 13(1) לפקודה, ובו יתמקד דיוננו. ודוק, המסלול הראשון, מסלול הריבית הפסיקתי, איננו כולל כל מנגנון התמודדות עם ההיפר-אינפלציה שפקדה את מדינת ישראל בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים. לפיכך, הלכה למעשה, אין הוא מעניק כל פיצוי לנפקע, וממילא אף נפקע לא בחר, ולא יבחר, במסלול זה. בבחירה בין שני המסלולים האחרים, עדיף לנפקעים ברובם המוחלט של המקרים לבחור במסלול דמי החכירה האבודים, וזאת גם אם תאומץ במלואה פרשנות המדינה לאופן חישוב הפיצוי המוענק במסגרתו (וראו לעניין זה הסימולציות המוצגות בפסקה 12 להלן).

הערה: סעיף 13 לפקודת הקרקעות, הקובע את שיעור הפיצוי לפי "אובדן דמי חכירה", בוטל בשנת 2010, במסגרת החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010 (להלן: תיקון 3 לפקודה). ואולם, תיקון 3 לפקודה נכנס לתוקף ביום 15.2.2010, והוא חל על הפקעות שפורסמו לאחר מועד תחילתו. מכאן שאין חולק כי סעיף 13 לפקודת הקרקעות תקף ביחס להפקעות אשר בוצעו לפני כניסתו לתוקף של תיקון 3 לפקודה, ובכלל זאת על ההפקעות נושא הערעורים שלפנינו.

9. ייחודו של מצב הדברים בו עסקינן נובע מחלוף הזמן. בתרחיש אופטימלי, מקבל הנפקע את הפיצוי בגין שווי המקרקעין (פיצויי הקרן) בד בבד או בסמוך להפקעת המקרקעין. בתרחיש פחות אופטימלי, מתקיים פער זמנים של חודשים ואף שנים בין מועד תפיסת החזקה במקרקעין על ידי הרשות המפקיעה לבין מועד תשלום פיצויי ההפקעה לנפקע, באופן המחייב תשלום מסוים בגין הרכיב הפירותי, לצד רכיב הקרן. יחד עם זאת, במצב דברים זה רכיב הקרן (הרכיב ההוני) הוא המשמעותי מבין השניים. ובלשונו הציורית של השופט מישאל חשין ז"ל בעניין הורוביץ: "פיצוי-קרן מזה, 'פיצוי-פירות' – הטפל לו – מזה" (שם, בעמ' 35). המקרים בהם עסקינן שונים במובן זה שמתקיים פער זמנים של עשרות שנים בין מועד תפיסת החזקה במקרקעין לבין מועד תשלום פיצויי ההפקעה, באופן השוחק עד דק את פיצויי הקרן, והופך אותם לזניחים. כפי שהובהר לעיל, פיצויי הקרן הם נומינאליים (ראו: עניין הורוביץ, בעמ' 36-35; עניין הייטנר, פסקה 10), ובחלוף השנים ירד ערכם עד שכיום הוא זניח לחלוטין. על כן, הפיצוי המרכזי אותו צפויים הנפקעים לקבל הוא פיצוי בגין הרכיב הפירותי, קרי פיצוי בגין אובדן דמי החכירה.

10. במסגרת ההליכים השונים הוגשו חוות דעת שמאיות מטעם הצדדים – הנפקעים מזה והמדינה מזה, ובחלק מהמקרים אף מונה מומחה מטעמו של בית המשפט (להלן: חוות הדעת השמאיות). בשל העובדה שרכיב הקרן הוא נומינאלי, הרי שכאמור הוא נשחק בשנות האינפלציה, ואין לו משמעות של ממש כיום. בדומה, גם דמי החכירה האבודים המתייחסים לשנים שבין מועד קבלת החזקה במקרקעין המופקעים ועד לשנת 1985 אינם משמעותיים, הואיל ואיבדו את כל ערכם בתקופת ההיפר-אינפלציה. חוות הדעת השמאיות מתייחסות, איפוא, לגובה הפיצוי שיש לשלם במסלול דמי החכירה האבודים בגין השנים 1986 ואילך. בעניין זה התגלעה מחלוקת קשה בין המדינה לבין הנפקעים, אשר השתקפה גם בחוות הדעת השמאיות שהוגשו מטעם הצדדים להליכים בעניין הפקעות העבר.

11. ליבת המחלוקת בין הנפקעים למדינה נוגעת לשאלה מהו שיעור דמי החכירה השנתיים לו זכאים הנפקעים: עמדתם העקבית של הנפקעים הייתה שיש לחשב את דמי החכירה האבודים מדי שנה על בסיס של 6% מהשווי הכולל המתעדכן של המקרקעין המופקעים, וזאת ללא הבחנה בין הדונם הראשון לבין יתר השטח שהופקע (להלן: יתרת החלקה); עמדת המדינה ידעה שינויים במהלך השנים, ואולם התקבעה לבסוף על הנוסחה לפיה יש לחשב את דמי החכירה האבודים מדי שנה על בסיס של 2.5% מהשווי המתעדכן של הדונם הראשון בתוספת 1.5% מהשווי המתעדכן של יתרת החלקה.

12. על מנת להמחיש את המשמעות הכספית של המחלוקת האמורה, הצדדים התבקשו להכין סימולציות המתייחסות למקרה היפותטי בו בוצעה הפקעה של מקרקעין בשטח של 10 דונם ביום 1.1.1976, ולהתייחס לפיצוי שיפסק נכון ליום 1.1.2021, על פי מנגנוני שערך שונים: הצמדת רכיב הקרן למדד המחירים לצרכן (להלן: הצמדה לטדד); תשלום הפרשי הצמדה וריבית לפי סעיף 4(א) לחוק פסיקת ריבית (להלן: שיערוך לפי חוק פסיקת ריבית); תשלום לפי מסלול ההצמדה והריבית שבחוק לתיקון דיני רכישה (להלן: שיערוך לפי החוק לתיקון דיני הרכישה); תשלום דמי חכירה אבודים לפי עמדת הנפקעים, דהיינו 6% מהשווי המתעדכן של כלל המקרקעין (להלן: עמדת הנפקעים); ותשלום דמי חכירה אבודים לפי עמדת המדינה, דהיינו 2.5% מהשווי המתעדכן של הדונם הראשון ו-1.5% מהשווי המתעדכן של יתרת החלקה (להלן: עמדת המדינה); הערכה שמאית בדבר שווי השוק הנוכחי של המקרקעין (בהנחה שייעודם לא השתנה) (להלן: הערכת שווי המקרקעין כיום).

הצדדים הבחינו בחוות הדעת השמאיות בין הפקעה שבוצעה באזור כרמיאל להפקעה שבוצעה באזור נצרת, וזאת מאחר שהשינויים בשווי המקרקעין בכל אחד מהאזורים הללו היו אחרים (באזור נצרת עלה ערך המקרקעין במהלך השנים בצורה תלולה יותר מאשר באזור כרמיאל).

להלן טבלאות המסכמות את ממצאי הסימולציות (המספר הראשון בכל טור מתאר את ממצאי סימולצית המדינה; והמספר השני – את ממצאי סימולצית הנפקעים. כל הנתונים בטבלאות הם בשקלים חדשים):

אזור נצרת

(תחת ההנחה כי שווי החלקה נכון ליום 1.1.1976¹ הוא 132,000 ל"י לפי החלוקה הבאה: דונם ראשון 60,000 ל"י; יתרת החלקה: 72,000 ל"י).

הערכת שווי המקרקעין כיום	עמדת המדינה (1.5% ו- 2.5% לפי העניין)	עמדת הנפקעים (6%)	שיערוך לפי החוק לתיקון דיני הרכישה	שיערוך לפי חוק פסיקת ריבית	הצמדה למדד	
3,333,605	1,171,639	4,227,813	376,992	816,684	275,220	חישוב המדינה
4,470,000	661,009	2,369,144	404,642	839,925	283,238	חישוב הנפקעים

אזור כרמיאל

(תחת ההנחה כי שווי החלקה נכון ליום 1.1.1976 הוא 126,000 ל"י לפי החלוקה הבאה: דונם ראשון 63,000 ל"י; יתרת החלקה: 63,000 ל"י)

הערכת שווי המקרקעין כיום	עמדת המדינה (1.5% ו- 2.5% לפי העניין)	עמדת הנפקעים (6%)	שיערוך לפי החוק לתיקון דיני הרכישה	שיערוך לפי חוק פסיקת ריבית	הצמדה למדד	
1,169,872	326,433	1,122,272	359,856	779,562	262,710	חישוב המדינה
1,385,383	360,327	1,224,407	386,211	801,948	270,363	חישוב הנפקעים

13. מבלי לדקדק בפערים מסוימים הקיימים בין נתוני הצדדים, הרי שמהסימולציות לעיל עולות בבירור המסקנות הבאות:

ראשית, מסלול הצמדה והריבית שבחוק (הוא מנגנון השיערוך לפי החוק לתיקון דיני הרכישה) נחות משמעותית משיערוך לפי חוק פסיקת ריבית (פחות ממחצית הפיצוי).

¹ 19.3.1976 על פי חישוב המדינה

שנית, עמדת הנפקעים ביחס למנגנון דמי החכירה האבודים מביאה לפיצוי גבוה באופן משמעותי, הן ממסלול ההצמדה והריבית שבחוק (באזור נצרת: פי כ-11 לפי תחשיב המדינה ופי כ-6 לפי תחשיב הנפקעים; באזור כרמיאל: פי כ-3 לפי שני התחשיבים) והן משיערוך לפי חוק פסיקת ריבית (באזור נצרת: פי כ-5 לפי תחשיב המדינה ופי כ-3 לפי תחשיב הנפקעים; באזור כרמיאל: פי כ-1.5 לפי שני התחשיבים).

שלישית, עמדת המדינה ביחס למנגנון דמי החכירה האבודים מביאה לפיצוי הקרוב יחסית לשיערוך לפי חוק פסיקת ריבית באזור נצרת (לפי תחשיב המדינה: גבוה ב-43% לפי תחשיב הנפקעים: נמוך ב-21%), והקרוב למסלול ההצמדה והריבית שבחוק באזור כרמיאל (נמוך ב-10% לפי שני התחשיבים).

14. להשלמת התמונה, יצוין כי בעוד ההליכים מתנהלים בפני הערכאות הדיוניות, ניתן פסק דין בבית משפט זה בעניין ע"א 8717/17 מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל נ' עזבון המנוח איסמעיל ז"ל (23.7.2019) (להלן: עניין איסמעיל), אשר עסק בשניים מההליכים בעניין הפקעות העבר. פסק הדין בעניין איסמעיל דן, בעיקרו, בפיצוי על פי המסלול שבסעיף 13(1) לפקודה, ובתוך כך נסב סביב השאלה כיצד יש לחשב את דמי החכירה האבודים. השופט אלכס שטיין סבר כי חישוב שיעור הפיצויים בגין אובדן דמי חכירה לפי סעיף 13 לפקודה צריך להיעשות על בסיס אחת משתי מתודות: האחת, עניינה בחישוב הרווח שהמדינה הפיקה בפועל מהשימוש במקרקעין, והיא מעוגנת לשיטתו בדיני עשיית עושר ולא במשפט (להלן: תחשיב על בסיס רווח המדינה); השנייה, עניינה בחישוב הרווח שבעל המקרקעין שהופקעו יכול היה להפיק מהשכרת המקרקעין, כעניין שבעובדה, במהלך התקופה שבה לא קיבל פיצוי אף שהיה זכאי לכך (להלן: תחשיב על בסיס הפסד הנפקע). אמת מידה אפשרית לחישוב הפסד זה היא "דמי חכירה הנהוגים בשוק הנדל"ן" אותם "ניתן לקבוע לפי שיעור התשואה השנתי ממקרקעין הדומים לאלו של הנפקע מבחינת המקום, הייעוד, השטח ושאר המאפיינים הרלבנטיים", בהתאם לשיטת ההשוואה (ראו פסקה 29 לחוות דעתו של השופט שטיין). כן הובהר כי נטל ההוכחה מוטל על בעל המקרקעין שהופקעו התובע פיצוי (פסקאות 42-46 לחוות דעתו של השופט שטיין). בתוך כך, חזר ושנה השופט שטיין כי אמות המידה לקביעת שיעור הפיצויים בגין אובדן דמי חכירה צריכות להתבסס על ממצאים עובדתיים, להבדיל מממצאים תיאורטיים, נורמטיביים או היפותטיים (וראו פסקה 30 לחוות דעתו). במקרה הנדון שם, הואיל והן חוות הדעת השמאית מטעם המדינה והן חוות

הדעת השמאית מטעם הנפקעים שהוגשו באותו עניין לא התבססו על ממצאים עובדתיים כאמור, הוחזר הדיון בתיקים לבית המשפט המחוזי לשם קביעת שיעור הפיצוי מחדש.

השופט ג'ורג' קרא הצטרף לעמדתו של השופט שטיין לעניין התוצאה, תוך שהוא מעיר כי "עמדת הפסיקה היא כי בעת עריכת החישוב של דמי החכירה האבודים יש להתחשב באותם שימושים המתאפשרים על פי יעודה התכנוני של הקרקע נכון למועד ההפקעה. אך יחד עם זאת, יש להביא בחשבון גם שימוש מיטבי בדמות הפוטנציאל הגלום במקרקעין וכן ציפייה סבירה לשינוי תכנוני".

השופט (כתוארו אז) ניל הנדל הסכים לעיקרי חוות דעתו של השופט שטיין, וכן להערתו של השופט קרא, אך הסתייג מקביעתו של השופט שטיין כי ניתן לפנות לדיני עשיית עושר ולא במשפט, ולבסס את תחשיב דמי החכירה על בסיס רווח המדינה מהחזקה במקרקעין. לשיטתו, בהינתן שהפקעת המקרקעין נעשתה כדין ו"נועדה לטובת הציבור ולמענו", הרי שמנגנון דמי החכירה האבודים מבוסס אך ורק על ההפסד שנגרם לנפקע, וזאת בין אם המדינה הרוויחה מהשימוש במקרקעין בתקופת הביניים ובין אם לאו. ובלשונו: "הנפקע מפוצה בגין אובדן יכולת השימוש שלו בקרקע. יכולת השימוש שלו, ולא יכולת השימוש של המדינה. ההנחה היא שברוב המקרים תהא סימטריה בין השניים, אך אין הכרח לכך" (ההדגשה במקור).

הנפקעים בעניין איסמעיל לא השלימו עם פסק הדין, והגישו בקשה לדיון נוסף. בקשה זו נדחתה על ידי חברתי, הנשיאה אסתר חיות, מן הטעם שקיים קושי לחלץ מפסק הדין הלכה ברורה וגלויה, וממילא אין בו כדי לשנות מהלכה קיימת, אלא לכל היותר מהווה הוא רובד נוסף בפיתוח ההלכה הקיימת במישור הרעיוני (דנ"א 5261/19 עזבון המנוח אסמעיל נ' מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל (25.2.2020) (להלן: דנ"א איסמעיל)). אגב דחיית הבקשה, מצאה הנשיאה חיות לנכון לחדד מספר נקודות:

ראשית, "מטרת הפיצוי לפי סעיף 13 לפקודה היא להעמיד את הנפקע באותו מצב כספי שבו היה עומד אלמלא ההפקעה, וזאת באמצעות פיצוי הוגן ושווה ערך. על מנת להגשים מטרה זו, נקבע בהלכה הפסוקה כי דמי החכירה הראויים הם דמי החכירה ששוכר מרצון היה משלם למשכיר מרצון, וכי מבין השיטות הנהוגות להערכת שווי קרקע לצורך פיצויי הפקעה עדיפה השיטה ההשוואתית, המכונה לעתים גם "שיטת שווי השוק". זאת, למעט באותם מקרים שבהם דמי שכירות המשולמים בפועל בעד השכרת מקרקעין דומים אינם זהים לתשואה הכלכלית הנגזרת משווי הנכס, למשל מקום שבשל נסיבות מיוחדות

אין בעסקאות השוואה כדי לשקף תמונה מדויקת והוגנת של ערך הקרקע שהייתה בידי הנפקע אלמלא ההפקעה" (שם, בפסקה 9. ההפניות הושמטו).

שנית, ככלל, "אמת המידה שלפיה ראוי לקבוע את הרווח שאבד לנפקע היא דמי החכירה הנהוגים בשוק הנדל"ן, עליהם ניתן לעמוד באמצעות שיעור התשואה השנתי ממקרקעין הדומים לאלו של הנפקע מבחינת המקום, הייעוד, השטח ושאר המאפיינים הרלוונטיים" (שם, בפסקה 11).

שלישית, הנשיאה חיות עמדה על כך שגם לגישת השופט שטיין יש לאמוד את דמי החכירה האבודים "על בסיס דמי החכירה הנהוגים בשוק הנדל"ן, ובכלל זה דמי החכירה הנהוגים ברשות מקרקעי ישראל", והוסיפה כי "אמת מידה זו אכן שימשה את בתי המשפט השונים לאורך השנים, מתוך הנחה כי רשות מקרקעי ישראל היא המחכירה הגדולה ביותר של קרקעות בישראל וכי דמי חכירה אלו משקפים דמי חכירה ראויים" (שם).

רביעית, הנשיאה חיות הבהירה כי עמדת השופט שטיין, לפיה בחישוב דמי החכירה יש להתייחס לפוטנציאל הפיתוח העתידי של המקרקעין רק אם השוק מכיר בו ומתמחר עניין זה במסגרת עסקאות השוואה, היא בגדר עמדת יחיד, מאחר שהשופט קרא הביע עמדה הסותרת קריאה צרה זו של ההלכה שנקבע בעניין הייטנר, והשופט הנדל הצטרף להערתו (שם).

חמישית, הובהר כי גם עמדת השופט שטיין לפיה ניתן לאמץ תחשיב על בסיס רווח המדינה היא בגדר עמדת יחיד, שכן היא לא זכתה להסכמת שני חברי המותב האחרים: השופט הנדל הסתייג ממנה במפורש; השופט קרא הצטרף לתוצאה אך לא להנמקה (שם, בפסקה 10). ויודגש כבר בשלב זה כי הצדדים להליכים שלפנינו לא ביססו טיעוניהם על עמדת השופט שטיין בעניין זה. ממילא, כפי שיובהר להלן, אף אנו לא מצאנו לנכון לעשות כן.

15. למרבה הצער, פסק הדין בעניין איסמעיל, כמו גם ההבהרות שניתנו בדנ"א איסמעיל, לא הועילו ליישוב המחלוקת בין הצדדים. הצדדים, המדינה מזה והנפקעים מזה, מציגים עמדות שקשה ליישבן: המדינה כאמור מציעה 2.5% בעבור הדונם הראשון ו-1.5% בעבור יתרת המקרקעין, ואילו הנפקעים דורשים 6% בעבור כל החלקה. הערכאות הדיוניות נחלקו בהכרעותיהן בסוגיה זו, כאשר מקצתן קיבלו את עמדת המדינה, ואילו רובן קיבלו את עמדת הנפקעים. הלכה אחידה ומבוררת לא יצאה מלפניהם.

16. על רקע חילוקי הדעות שנתגלעו בין הערכאות הדיוניות כאמור, כמו גם לאור ההשלכות של פסק הדין בעניין איסמעיל ואופן יישומו על הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, הוגשו מספר רב של ערעורים לפתחו של בית משפט זה – הם הערעורים שלפנינו. בטרם נקרב מבטנו לטיעוני הצדדים לגופה של המחלוקת, נפרט בקצרה את קורות ההליך המאוחד המתנהל בעניינם.

קיצור תולדות ההליך המאוחד

17. נוכח ריבוי הערעורים בעניין הפקעות העבר, ביום 3.2.2021 קבע רשם בית משפט זה באותה עת, השופט רון גולדשטיין, את כלל הליכי הערעור שהיו תלויים ועומדים בשעתו לדיון מקדמי לפניי. ביום 28.2.2021 התקיים דיון כאמור, במהלכו נכחו באי כוח הצדדים (בעצמם או באמצעות נציג מטעמם). בתום הדיון, נקבע הסדר האחדה של כלל התיקים (להלן: ההסדר הדיוני) והוגדרו הפלוגתאות העולות בכלל הערעורים, תוך הבחנה בין פלוגתאות המשותפות לכל התיקים (להלן: הפלוגתאות המשותפות) לבין הפלוגתאות הרלוונטיות לחלק מהתיקים (להלן: הפלוגתאות הפרטניות). לענייננו רלוונטיות הפלוגתאות המשותפות באשר הן אלה העומדות להכרעה לפנינו.

שלוש הן הפלוגתאות המשותפות:

האחת, הצדדים הסכימו כי לצורך ההליכים שלפנינו חישוב אובדן דמי החכירה ייעשה בשיטה של גזירת אחוז משווי המקרקעין המתעדכן, באמצעות הכפלת שיעור התשואה השנתי של המקרקעין מאותו סוג (להלן: שיעור התשואה) בשווי המתעדכן על בסיס שנתי של המקרקעין. למען בהירות הדברים נציין כי דרך חישוב זו – התואמת את האמור בהבהרה השנייה שניתנה על ידי הנשיאה חיות בדנ"א איסמעיל, כפי שהוצגה לעיל – רצויה וראויה בענייננו כדרך להפשטה והאחדה של חישוב הפיצוי במסלול דמי החכירה האבודים. המחלוקת המעשית בין הצדדים מתמצית, אם כך, בקביעת שיעור התשואה על פיו יחושב הפיצוי, ובפרט – האם על שיעור זה להיות אחיד ביחס לדונם הראשון ויתרת החלקה (כעמדת הנפקעים); ומהו השיעור שראוי לקבוע בטווח שבין עמדת המדינה (2.5% בדונם הראשון ו-1.5% ביתרת החלקה) לבין עמדת הנפקעים (6% ביחס לכל המקרקעין המופקעים) (להלן: המחלוקת המרכזית).

השנייה, האם, לצורך קביעת שיעור התשואה האמור, אפשר להתבסס על שיעור התשואה שהמדינה גובה משוכרים בגין מקרקעין מאותו סוג, וככל שהתשובה לכך חיובית – מהו אותו שיעור (להלן: המחלוקת המשנית).

שלישית, מהו גובה שכר הטרחה שיש לפסוק לטובת עורכי הדין של הנפקעים (להלן: סוגיית שכר הטרחה).

עוד נקבע במסגרת הדיון המקדמי האמור, כי לצורך הדיון בפלוגתאות המשותפות, הנפקעים ייוצגו באמצעות נציגות הנפקעים – המורכבת משישה עורכי דין שהוסמכו על ידי באי כוח הנפקעים (להלן: נציגות הנפקעים), תוך שהובהר כי יתר באי כוח הנפקעים יהיו רשאים להמשיך ולנכוח בדיונים.

18. ביום 22.3.2021 התקיים דיון קדם ערעור נוסף, אשר בעקבותיו התבקשו הצדדים להגיש את המסמכים הבאים: סימולציה של מקרה תיאורטי מייצג הכולל תחשיבים בהתאם לחמישה מנגנונים שהוגדרו (ראו פסקה 12 לעיל); 3-5 חוות דעת שמאיות מייצגות מבין חוות הדעת שהוגשו לערכאות הדיוניות בהליכים מושא הערעורים, כל צד לפי בחירתו, באופן המייצג את טענותיו בצורה המיטבית; וטיעונים משפטיים בכתב ביחס למחלוקת המרכזית והמחלוקת המשנית מבין הפלוגתאות המשותפות.

19. ביום 13.6.2021 התקיים דיון קדם-ערעור נוסף, שלישי במספר, בעקבותיו הותר למדינה להגיש מסמך השלמה מטעמה, וכן נציגי הנפקעים הורשו להגיש התייחסות לו. בהמשך, ביקשה נציגות הנפקעים לקיים דיון מקדמי נוסף, והוא נערך ביום 26.8.2021. בסופם של אותם דיונים, ביום 12.9.2021 הוצעה לצדדים הצעת פשרה מטעם בית המשפט. משהגישה נציגות הנפקעים הודעה בה דחתה את הצעת בית המשפט, נדחתה הצעת הפשרה, וזאת עוד בטרם התייחסה המדינה להצעה.

20. בהעדר הסכמה, ובהתאם לעקרונות שנקבעו בהסדר הדיוני, נקבע הדיון בתיקים לפני מותב תלתא, וזאת לצורך הכרעה בפלוגתאות המשותפות. ביום 19.12.2021 התקיים הדיון לפני המותב שבכותרת, במהלכו שבו הצדדים, וטענו בעל פה לעניין הפלוגתאות המשותפות.

21. יצוין כי במסגרת ההליך המאוחד כלולים היו במועד הדיון לפני המותב 178 הליכי ערעור (176 כמפורט בטבלה שהגישה המדינה ביום 15.12.2021, להם התווספו ע"א 4811/21 ו-ע"א 3151/21). על הליכים אלה נוספו במהלך התקופה שחלפה מאז 11 ערעורים נוספים בהתאם להחלטותי מהתאריכים 19.12.2021, 23.12.2021, 9.1.2022, 2.2.2022, 21.2.2022, 14.3.2022, 28.3.2022, 11.4.2022 ו-7.6.2022. עוד יצוין כי קיימים שני ערעורים בהם ביקשו הנפקעים שלא להיכלל בהליך המאוחד, ואשר הדיון בהם עוכב עד להכרעה בהליך המאוחד (ראו החלטותי מהימים 23.11.2021 ו-25.11.2021 בע"א 7446/21 ובע"א 7737/21, בהתאמה).

מסקירת קורות ההליך המאוחד נעבור להצגת טענות הצדדים במסגרתו.

טענות המדינה

22. לטענת המדינה, פיצוי במסלול דמי החכירה האבודים על פי סעיף 13(1) לפקודה צריך לשקף את "דמי החכירה שניתן היה לקבל בפועל לפי מציאות עסקית ממשית של עסקאות שכירות שנערכו במשך השנים בין משכיר מרצון לשוכר מרצון, וזאת ביחס למקרקעין הדומים במאפייניהם למקרקעין המופקעים" (סעיף 29 לטיעון המשפטי מטעם המדינה). כך על פי לשון סעיף 13 לפקודה, כך על פי ההלכה הפסוקה, וכך על פי פסק הדין בעניין איסמעיל. לעניין זה, מוסיפה המדינה כי אמת המידה לחישוב דמי החכירה האבודים יכולה להתבסס הן על הכפלת שיעור התשואה השנתי בשווי המקרקעין המשתנה, והן על השוואה לעסקאות שכירות במקרקעין בעלי מאפיינים דומים שנכרתו בפועל בשוק החופשי. בתוך כך, המדינה דוחה את שיעור התשואה המוצע על ידי הנפקעים, בהיותו כוללני ושרירותי, נעדר הבחנה בין ייעודי המקרקעין השונים, נעדר ביסוס עובדתי (קרי, עסקאות השוואה קונקרטיות והרלוונטיות לעניין), ואף מנוגד להלכה הפסוקה. משכך, לשיטת המדינה, הואיל ושיעור התשואה לא הוכח באף אחד מההליכים על פי אמות המידה האמורות, הנפקעים לא עמדו בנטל ההוכחה המוטל עליהם, ומכאן שדין תביעותיהם לקבלת פיצוי לפי סעיף 13 לפקודת הקרקעות להידחות. לחילופין, נטען כי בהתאם למסד הנתונים המצוי ברשות המדינה (המבוסס על עסקאות בנות השוואה הרלוונטיות לענייננו), וכפי שהוצג בחוות הדעת מטעמה, שיעור התשואה ביחס לדונם הראשון המיועד למגורים הוא לכל היותר 2.5%, וביחס ליתרת השטח המיועד לחקלאות הוא 1.5% לכל היותר. לפיכך, אם לא יידחו התביעות לגופן, למצער יש לאמץ את עמדתה בקביעת שיעור התשואה.

23. בהסבירה את שיעורי התשואה האמורים, טוענת המדינה כדלהלן: בכל הנוגע לייעוד החקלאי, נטען כי רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י) לא גובה דמי חכירה בשיעור של 5% בעבור מקרקעין המיועדים לחקלאות, אלא הרבה פחות מכך; וכי פסיקת הערכאות הדיוניות בעניין זה אינה מבוססת על עסקאות השוואה של דמי חכירה בייעוד חקלאי, אלא על שיעור דמי החכירה הנגבה על ידי רמ"י בעבור מקרקעין בייעוד עירוני, שאיננו רלוונטי לעניין. לעומת זאת, המדינה הראתה לשיטתה, באמצעות הצגת מאות עסקאות שנכרתו ביחס לקרקע חקלאית, הן בשוק הפרטי והן בעסקאות שרמ"י היא צד להן, כי שיעור דמי החכירה של חלקות חקלאיות עומד לכל היותר על 1.5%. כן מציינת המדינה כי הגם שעסקאות ההשוואה שהציגה מתייחסות למקרקעין שאין בהם את מלוא השימושים האפשריים במקרקעין המופקעים על פי התכנית המנדטורית, ממילא היה צורך להוכיח מהו שיעור התשואה המתאים באמצעות עסקאות השוואה למקרקעין עם אותם שימושים, דבר שלא עשו הנפקעים. חלף זאת, בחרו הנפקעים ללמוד על שיעור התשואה משיעור דמי החכירה שגובה רמ"י ביחס למקרקעין עם ייעוד שונה בתכלית, ומכאן שלא ניתן לקבל את עמדתם.

אשר לדונם הראשון המיועד למגורים, נטען כי לא ניתן ללמוד גזירה שווה משיעור דמי החכירה שגובה רמ"י בעבור מקרקעין עירוניים ריקים, כפי שמנסים הנפקעים לעשות, וזאת בשל השוני המהותי ביניהם. למצער, ככל שמבקשים להשוות ביניהם יש לעשות כן בכפוף להתאמות. המדינה מציינת כי אומנם אין עסקאות השוואה רלוונטיות, מאחר שאין שוק ממשי להשכרת קרקעות חקלאיות ריקות למגורים, אך חישובה את שיעור התשואה התבצע על בסיס השוואה לשוק השכירות במקרקעין בנויים שייעודם למגורים, וזאת באמצעות לקיחת שיעור דמי השכירות (שנע בין 3.5% ל-5% משווי הנכס הבנוי) והפחתה ממנו של הרכיב הבנוי (שנע בין 2% ל-2.5%).

24. כן דוחה המדינה את ההשוואה לדמי השימוש שגובה רמ"י מממסיגי גבול למקרקעי ציבור שלא כדין, הן משום שאלו אינם נקבעים על בסיס עסקה רצונית (ובכך סוטים מהוראת פקודת הקרקעות בשומת הפיצוי), הן משום שהתכליות שבבסיסם שונות, והן משום שהקביעה לפיה הרשות גובה דמי שימוש בשיעור של 6% ממסיגי גבול היא קביעה כללית וגורפת, אשר לא בוססה בנתוני השוואה קונקרטיים, ומתעלמת מכך שבמקרים רבים נגבו דמי שימוש הנמוכים משיעור זה.

25. עוד מוסיפה המדינה, כי הגם שלא חלה התיישנות על התביעות מושא ההליכים דנן, נוכח הלכת ארידור, ועל אף שמרבית התביעות לא נדחו מחמת שיהוי,

בעת קביעת דמי החכירה הראויים יש לקחת בחשבון את חלוף הזמן הניכר שדבק בתביעות, במובן זה שיש למנוע מהנפקעים לצאת נשכרים מכך שקפאו על השמרים ולא הגישו את תביעותיהם במועד, ובוודאי שאין לזקוף זאת לחובת המדינה. זאת, גם בשים לב להוראות הפקודה, וסעיף 5 בפרט, המטילות את האחריות על הנפקע לפנות בדרישה לקבלת פיצוי.

26. לבסוף, טוענת המדינה כי בחישוב דמי החכירה האבודים אין לקחת בחשבון את רכיב "הפוטנציאל" הגלום במקרקעין, היות שרכיב זה מתייחס לשווי המקרקעין, ואינו משפיע על גובה דמי החכירה שהיו משולמים בגין שימושים חקלאיים (שהרי החוכר למטרת שימוש חקלאי לא נהנה מפוטנציאל הפיתוח של המקרקעין, אלא רק מהשימושים החקלאיים המותרים לו).

טענות הנפקעים

27. הנפקעים, לעומת זאת, גורסים כי שיעור התשואה עומד על 6% ביחס לכל המקרקעין המופקעים, הן הדונם הראשון המיועד למגורים והן יתרת השטח המיועדת לחקלאות. ראשית, נטען כי בניגוד לעולה מטענות המדינה, הפסיקה חזרה ושנתה, הן לפני פסק הדין בעניין איסמעיל והן לאחריו, כי במקרים שבהם קיים פער בין עסקאות השכירות בפועל לבין התשואה הכלכלית מהמקרקעין (בשים לב לשימושים המותרים בהם), ניתן לחשב את גובה דמי החכירה בדרך של חישוב רעיוני, כנגזרת אחוז משווי המקרקעין. מכאן שאין הכרח כי הנפקע יוכיח אובדן דמי חכירה בפועל, ואף לא שהיה לו סיכוי להשכיר את המקרקעין שהופקעו. כך במיוחד במקרים בהם קיים קושי פרקטי לברר סוגיה זו בחלוף שנים כה רבות, כבענייננו. כן מציינים הנפקעים בהקשר זה כי דרך החישוב של דמי החכירה בחוות דעתו של השופט שטיין, אשר עליה נסמכת המדינה, נגזרת מההנחה שמנגנון הפיצוי לפי סעיף 13 מבוסס על דיני עשיית עושר ולא במשפט, אך משנדחתה דעתו של השופט שטיין לעניין הבסיס העיוני שביסוד חישוב דמי החכירה האבודים, ממילא נדחתה גם דרך החישוב הנגזרת ממנו.

28. אשר לשיעור התשואה, סבורים הנפקעים כי העמדתו על 6%, כמבוקש על ידם, מגשימה את תכליתו של סעיף 13 לפקודה, וכן תואמת את דמי השימוש והחכירה הנגבים על ידי רמ"י (העומדים, על דרך הכלל, על שיעור של 5%, ללא מע"מ), כמו גם את הקווים המנחים של השמאי הממשלתי הראשי ואת קביעתם של השמאים שמונו מטעם בית המשפט. לא בכדי, כך נטען, אושר שיעור זה על ידי הערכאות הדיוניות.

בתוך כך, הודגש כי דמי החכירה שרמ"י גובה מחוכרים הם ללא מע"מ, נגבים מראש (ולא בדיעבד כפי שנעשה בתשלום לפי סעיף 13 לפקודה) ונגזרים מבעלות שאיננה מלאה כבענייננו, ועל כן דמי החכירה הראויים במקרה בו עסקינן, לשיטת הנפקעים, צריכים להיקבע בשיעור גבוה יותר מ-5% (ואף מ-6%). בהקשר זה, מוסיפים הנפקעים וטוענים כי דמי השימוש שגובה רמ"י ממסיגי גבול (בשיעור של 6% בתוספת מע"מ) מהווים גם הם אמת מידה ראויה לקביעת שיעור התשואה. לא זו אף זו, לטענת הנפקעים, גם שיעור תשואה בגובה של 6% הוא על הצד הנמוך, משאין בו כדי להשיב את המצב לקדמותו באופן מלא.

29. לעניין זה, מדגישים הנפקעים כי לפני פסק הדין בעניין איסמעיל, טענה המדינה (והשמאים מטעמה) במסגרת מאות הליכים, לרבות לפני בית משפט זה, כי שיעור דמי החכירה צריך לעמוד על 5% משווי המקרקעין המשתנה – הוא שיעור התשואה המקובל ברמ"י בשוק הנדל"ן הישראלי כאמור, וזאת מבלי להיזקק לדמי החכירה ששולמו בפועל בעסקאות דומות. בהתאם, עיקר המחלוקת בין הצדדים היה בשאלה האם יש לקבוע שיעור תשואה בגובה של 5%, כטענת המדינה, או בגובה של 6%, כטענת הנפקעים. לפיכך, הנפקעים גורסים כי, לכל הפחות, המדינה מושתקת מלסטות משיעור זה בשלב הנוכחי. זאת ועוד, נטען כי גם לאחר פסק הדין בעניין איסמעיל, מרבית הערכאות הדיוניות, וכן כלל השמאים שמונו מטעם בתי המשפט, דחו את עמדתה של המדינה, הן לעניין דרך החישוב והן לעניין שיעור התשואה, וזאת בהתבסס על שיקולים מקצועיים ועל ראיות שהוצגו, ומכאן שגם לעניין זה יש ליתן משקל.

30. בהתייחסם לשיעורי התשואה הנטענים על ידי המדינה, הנפקעים עומדים על כך כי בכל הנוגע לדונם הראשון המיועד למגורים, אין טעם מבורר לקבוע שיעור הנמוך מ-5% או 6% אותו גובה רמ"י בעצמה. אשר לחלק המיועד לחקלאות, נטען כי אין להישען על דמי השכירות שגובה רמ"י בעבור קרקע חקלאית "טהורה", ושעליה מתבססת המדינה בטיעוניה, וזאת הן משום שהם לא משקפים את כלל השימושים המותרים על פי התכנית המנדטורית החלה על המקרקעין (ואף לא את הפוטנציאל הגלום בהם), והן משום שמדובר בדמי שכירות סמליים שנגבים במטרה לעודד חקלאות והתיישבות חקלאית. חלף זאת, מדגישים הנפקעים כי דמי החכירה הנגבים על ידי רמ"י בעבור קרקע עירונית הם הרלוונטיים לענייננו, מאחר שהם משקפים בצורה טובה יותר את השימושים המיטביים לפי התכנית המנדטורית החלה על המקרקעין נושא הערעורים.

הנפקעים מוסיפים וטוענים כי אין לעשות הבחנה בין שיעור התשואה בחלק המקרקעין המיועד למגורים לבין שיעור התשואה בחלק המקרקעין המיועד לשימוש חקלאי, הואיל וכך גם פועלת המדינה בקובעה שיעור דמי חכירה אחיד לכלל הייעודים והשימושים במקרקעין ובכלל האזורים הגיאוגרפיים. הנפקעים מוסיפים וטוענים כי ההבחנה האמורה רלוונטית לצורך חישוב שווי המקרקעין, אך לא לצורך חישוב שיעור דמי החכירה האבודים, שאז יש להתייחס למקרקעין כיחידה תכנונית וכלכלית אחת.

31. כן נטען כי יש להתחשב גם ברכיב הפוטנציאל הגלום במקרקעין, בשים לב לתכנית החלה עליהם, וכן להתרחבות הטבעית של היישובים הסמוכים. בתוך כך, חוזרים וטוענים הנפקעים כי הואיל ועסקאות השכירות בפועל אינן משקפות את הפוטנציאל של המקרקעין, אין לקבוע על פיהן את שיעור דמי החכירה.

32. לבסוף, נטען כי יש לדחות את טענת המדינה בדבר שיהוי. כך, בהינתן שהמדינה היא זו שהשתתחה בתשלום פיצויי ההפקעה במשך עשרות שנים, ואף לאחר שהוגשו לה דרישות לקבלת פיצוי נמנעה מלעשות כן, ותחת זאת ניהלה "מלחמת [ה]התשה נגד הנפקעים", יש לראות בה כאחראית למצב שנוצר. על כן, נטען כי הגיעה העת שהמדינה תשלם לנפקעים פיצוי הוגן ושווה ערך.

תשובת המדינה לטענות הנפקעים

33. המדינה בתשובתה דחתה את טענות הנפקעים תוך שהיא חוזרת על טיעוניה. לצד זאת, הוסיפה המדינה כי בכל הנוגע לטענת הנפקעים בדבר קיומו של השתק שיפוטי, אין היא מתכחשת לכך שבעבר טענה בחלק מהמקרים לשיעור תשואה של 5%, ואולם לאור ההתפתחויות בפסיקה והיקף התביעות שהוגשו, נדרשה המדינה לבחון את עמדתה מחדש, ובעקבות בחינה מחודשת זו שינתה מעמדתה. ממילא, נטען כי מעת שנדחתה שומת המדינה בפסק הדין בעניין איסמעיל, היה עליה לשנות מעמדתה על מנת שתהיה תואמת את הוראות הדין והפסיקה.

דיון והכרעה

34. מסלול דמי החכירה האבודים הוא בגדר "מת מהלך": "מת" מאחר שבשנת 2010 הורה המחוקק על ביטולו של סעיף 13 לפקודת הקרקעות, ובהלכת ארידור קבע

בית משפט זה כי יש להחיל את דין ההתיישנות על תביעה לפיצויי הפקעה מכוח הפקודה. לפיכך, ביחס להפקעות שבוצעו ויבוצעו לאחר יום 15.2.2010 אין למסלול זה תחולה מלכתחילה, ואילו ביחס לרוב המוחלט של ההפקעות שבוצעו קודם למועד זה, חל דין ההתיישנות המונע את הגשתן לאחר המועד הקובע (21.3.2016). "מהלך" מאחר שבעקבות הוראת המעבר אשר נקבעה בהלכת אריזור, הוגשו מאות תביעות לפיצויים בגין הפקעות עבר עובר למועד הקובע, ותביעות אלה מבוססות כולן על מסלול דמי החכירה האבודים. מכאן, שלפנינו מצב דברים חריג בו רשימת התיקים לגביה יש לפסק דין זה השלכה היא רשימה סגורה ומתוחמת, ואולם היקפה של רשימה זו משמעותי, והופך את הכרעתנו לכבדת משקל.

35. במצב הדברים החריג שנוצר, סברנו כי מוטב להתמקד במחלוקות הקונקרטיות שלפנינו, תוך מתן הכרעה ברורה וחדה לשאלות שבמחלוקת, באופן שיאפשר סיום מהיר של מכלול ההליכים בעניין הפקעות העבר – ולמצער של רובם הגדול. גישה פרקטית זו נובעת ממספר שיקולים מצטברים: ראשית, קיימת פסיקה ענפה ביחס לפרשנותו של מסלול דמי החכירה האבודים, והיא מספקת הדרכה המאפשרת להגיע להכרעות קונקרטיות; שנית, אין תועלת משמעותית בהרחבת המסגרת התיאורטית ביחס להסדר חוק שעבר מהעולם; שלישית, ניסיון העבר מלמד כי דיון עיוני, ובצידו החזרת ההליך לערכאות הדיוניות, כפי שנעשה בעניין איסמעיל, לא הועיל לצמצום מחלוקות, אלא רק הרבה התדיינות והעמיס עלויות הן על הצדדים והן על מערכת בתי המשפט; רביעית, קביעת גובה דמי החכירה האבודים היא אומנם עניין שמאי במהותו, ואולם ככל קביעה שמאית המשמשת לצורך פסיקת פיצויים, היא נשענת על הנחיה משפטית (ראו: ע"א 8736/04 כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה, פסקאות 5-4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה דאז) אסתר חיות ופסקה 2 לחוות דעתו של השופט אדמונד לוי (24.1.2006)); עניין פינקלשטיין, פסקה 20. ראו גם: בר"ם 10212/16 דלי דליה ועוד 333 אה' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה (1.4.2020), שם הוסכם עקרון זה בין כל חברי ההרכב). לפנינו הונחו חוות דעת שמאיות הבוחנות את בסיס הנתונים הקיים, כמו גם את ההנחיות המשפטיות השונות שניתנו בעבר. מחוות דעת אלה מתברר כי בנושא בו עסקינן קיים מחסור בנתונים, הנובע מהקושי באיתור עסקאות השוואה רלוונטיות. במצב דברים זה, איננו סבורים כי הנחיה משפטית נוספת לשמאים תביא לתוצאות מדויקות וראויות יותר מאלה אליהן באפשרותנו להגיע על סמך הנתונים שהונחו לפנינו. ולבסוף, במאבק התמידי שבין "אמת ויציב", סברנו כי ביחס לסוגיה בה עסקינן, יד היציבות והוודאות גוברת על יד האמת והמדויק. כך, בהינתן

שהמדובר במתן פיצוי על הפקעות שבוצעו והושלמו לפני עשרות בשנים, ובמחלוקת שההכרעה בה היא עניין של שיעור, ולא של מידה מדוייקת.

36. הכרעה בפלוגתאות המשותפות שהונחו לפתחנו מחייבת התייחסות לשורה של סוגיות משנה:

א. האם המדינה מנועה מלהתכחש לעמדתה השמאית בעבר, במסגרתה טענה כי יש לבצע את חישוב דמי החכירה האבודים על בסיס 5% מהשווי המתעדכן של כלל המקרקעין (להלן: הטענה למניעות נגד המדינה).

ב. האם ניתן, כשיטת המדינה, להכריע במחלוקת על סמך הטענה כי הנפקעים לא עמדו בנטל ההוכחה (להלן: הטענה בדבר אי-עמידת הנפקעים בנטל ההוכחה).

ג. האם יש מקום לקבוע שיעור תשואה אחיד לכלל המקרקעין, כשיטת הנפקעים, או שיש הצדקה להבחין בין הדונם הראשון לבין יתרת המקרקעין, כשיטת המדינה (להלן: האם יש מקום להבחנה בין הדונם הראשון לבין יתרת החלקה).

ד. האם ניתן להיעזר לצורך קביעת שיעור התשואה באופן קביעת דמי השימוש הנגבים על ידי רמ"י מחוכרים וממסיגי גבול (להלן: האם יש להתחשב באופן קביעת דמי השימוש על ידי רמ"י).

ה. מהו, בהינתן ההכרעות בשאלות המשנה הקודמות ושיקולים נוספים, שיעור התשואה אותו יש לפסוק לנפקעים במסגרת ההליכים בעניין הפקעות העבר (להלן: קביעת שיעור התשואה משווי המקרקעין המתעדכן).

ו. עד איזה מועד יש לפסוק פיצוי בגין דמי חכירה אבודים, ומאיזה מועד ראוי לפסוק ריבית והצמדה לפי חוק פסיקת ריבית (להלן: המועד שעד אליו ייפסקו דמי חכירה אבודים).

ז. מהו גובה שכר הטרחה שיש לפסוק לבאי כוח הנפקעים בגין ייצוגם בהליכים בעניין הפקעות העבר (להלן: גובה שכר טרחת עורכי הדין).

להלן נדון בכל אחת מהסוגיות הללו, ונכריע בה. נקדים לדברים התייחסות קצרה, ותמציתית, לעקרונות היסוד שנקבעו בפסיקה לעניין מתן פיצויים לפי מנגנון דמי החכירה האבודים.

מסלול דמי החכירה האבודים – עקרונות יסוד

37. מסלול דמי החכירה האבודים, שהוא כאמור אחד משלושת המסלולים שהוכרו בעבר לחישוב הרכיב הפירותי בפיצויי ההפקעה, היה מעוגן בסעיף 13(1) לפקודת הקרקעות. נוסחו של סעיף זה, ערב ביטולו בשנת 2010, היה כדלהלן:

13. (1) מקום שקנה הנציב העליון אחיזה בקרקע כל-שהיא, בהמשך להודעה לפי סעיף 7, ישלם פיצויים לבעליה של אותה קרקע ולכל בני אדם הזכאים בזכות או טובת-הנאה כל-שהן בה, בשל אבדן דמי-חכירה לתקופה שבין הזמן, אשר בו קנה הנציב העליון אחיזה כנ"ל, והזמן אשר בו שולמה השכירות, המגיעה על אותה קרקע לפי הסכם, לאדם הזכאי בה, או הזמן שבו שולמו פיצויים בגין אותה קרקע לאותו אדם או לבית המשפט לפי קביעות הפקודה הזאת, הכל לפי המועד המוקדם יותר; [...] (ההדגשה הוספה)

ובנוסחו האנגלי:

13. (1) Where the High Commissioner has, in pursuance of a notice under section 7, entered into possession of any land, he shall pay compensation to the owner of such land and to all persons entitled to any right or interest therein **for loss of rents** for the period between the time when the High Commissioner so entered into possession and the time when the consideration due for the land under an agreement has been paid to the person entitled thereto, or compensation in respect of such land has been paid to such person or has been paid into Court under the provisions of this Ordinance, whichever is the earliest; [...]
(emphasis added)

38. תכליתו של סעיף 13 לפקודה היא לדמות מצב שבו הרשות המפקיעה שוכרת את המקרקעין שהופקעו מידי בעליהם, בתקופה שבין נטילת המקרקעין לבין תשלום הפיצוי בעד המקרקעין שהופקעו, ועל כן נדרשת הראשונה לשלם לאחרון פיצוי "בשל אבדן דמי חכירה" (ובלשון הנוסח האנגלי – for loss of rents), דהיינו בשל דמי החכירה שהיו משתלמים לבעל המקרקעין בגין השימוש במקרקעין בתקופה זו. באופן הזה, הנפקע מפוצה על אובדן הרכיב הפירותי שיכול היה להפיק מהמקרקעין שהופקעו אילו היו נותרים בחזקתו, או מנכס מקרקעין דומה שיכול היה לרכוש באמצעות רכיב הקרן לו היה משולם במועד תפיסת החזקה, עד למועד בו ישולמו הפיצויים על ידי הרשות המפקיעה (ראו: עניין הורוביץ, בעמ' 35; עניין מסד, בעמ' 708; הצעת חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התשס"ו-2006, ה"ח 414, 417; אהרן נמדר הפקעת מקרקעין 416-417 (2011) (להלן: נמדר)).

39. הבסיס העיוני עליו נשען סעיף 13(1) לפקודת הקרקעות, כמו גם סעיף 12 לפקודה, הוא נזיקי. הוא מושתת על עקרון השבת המצב לקדמותו, לפיהם יש להעמיד את בעל המקרקעין שהופקעו במצב שבו היה אילו כספי הפיצויים בעד המקרקעין היו משולמים לו במועד תפיסת החזקה, כך שהוא יכול היה לרכוש בהם זכות דומה לזו שניטלה ממנו ולעשות בה שימוש (עניין הייטנר, פסקה 25; דנ"א 9983/16 מדינת ישראל – רשות מקרקעי ישראל נ' זבאח, פסקה 39 (15.8.2007)). מכאן שבעניין זה לא ניתן לקבל את גישתו של השופט שטיין בעניין איסמעיל לפיה מנגנון דמי החכירה האבודים מבוסס גם על דיני עשיית עושר ולא במשפט, אלא יש להעדיף את הגישה המקובלת, שהובעה באותו עניין על ידי השופט הנדל, לפיה יש לפצות את הנפקע בגין אובדן יכולת השימוש שלו במקרקעין (וראו גם פסק דינו של חברי, השופט יצחק עמית, בעניין ע"א 5316/20 רמתיים צופים אגודה הודית בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות 23-21 (4.4.2021) אליו הצטרפו השופטים דוד מינק ו-יוסף אלרון). במילים אחרות, הפיצוי לו זכאי בעל המקרקעין בגין הנטילה השלטונית, ובכלל זה הפיצוי במסגרת מסלול דמי החכירה האבודים, נקבע על פי הנזק שנגרם לנפקע בעקבות הפעולה השלטונית, ולא על פי קריטריונים חלופיים, כגון ההתעשרות שהפיקה הרשות המפקיעה בעקבות הנטילה (ראו: ע"א 589/87 משרד השיכון נ' בירנבוים, פ"ד מט(1) 625, 632-633 (1995); נמדר, בעמ' 535-536), או עלותו של נכס חלופי מסוים (ע"א 10873/06 בכר נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו, פסקאות 25-26 (22.2.2010)). ראו גם: אריה קמר דיני הפקעת מקרקעין כרך שני 705-712 (מהדורה שמינית, 2013).

40. כיצד, אם כן, מתבצע החישוב של דמי החכירה האבודים לפי סעיף 13(1) לפקודה? הדרך המקובלת לקביעת שווי השוק של נכס מקרקעין, ודמי החכירה הראויים בגינו, היא שיטת ההשוואה (או בשמה האחר – שיטת שווי השוק), לפיה דמי החכירה נאמדים באמצעות עסקאות השוואה שדרכן נבחן המחיר ששולם בעבור חכירת נכסים דומים בעסקה רצונית בשוק החופשי (ע"א 161/79 שר האוצר נ' זילברשטיין, פ"ד ל"ד(3) 225, 227 (1980); ע"א 323/85 מדינת ישראל נ' מזרחי, פ"ד לט(4) 185, 187-188 (1985); ע"א 738/10 דבאח נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (17.11.2013) (להלן: עניין קאסם דבאח)). יחד עם זאת, במקרים בהם לא ניתן להפעיל את שיטת ההשוואה, בשל העדרן של עסקאות השוואה מספקות או כאשר עסקאות ההשוואה שנמצאו אינן מגלות תמונה הוגנת של ערך המקרקעין, קבעה הפסיקה כי יש לבכר את השיטה של "דמי חכירה רעיוניים" על פני דמי החכירה שניתן היה לקבל בפועל על פי נתוני ההשוואה (עניין הייטנר, פסקאות 15-28; ע"א 7137/15 לאפי נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-14 (23.2.2017); דנ"א איסמעיל, פסקה 9).

41. לבסוף, סוגיה אחרונה אליה יש להידרש היא נטל ההוכחה. על בעל המקרקעין שהופקעו, אשר תובע את זכותו לפיצויים, מוטל הנטל להוכיח את שיעור דמי הפיצויים לו הוא זכאי. על דרך הכלל, אומדן שוויים של מקרקעין שהופקעו, וכן אובדן דמי החכירה הראויים בגינם, נעשה בהתאם להערכות שמאיות של המומחים לדבר, ועל פי ההנחיות המשפטיות שניתנות להם (עניין איסמעיל, פסקה 42. ראו והשוו: דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 295 (2004); ע"א 4611/13 כהן ואח' נ' מעצ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 7 (21.5.2015)).

מצוידים בתוכנות אלה, נפנה לבחון את שאלות המשנה שהוצגו לעיל.

הטענה למניעות נגד המדינה

42. המדינה מודה כי בעבר נקטה בעמדה לפיה גובה הפיצוי במסלול דמי החכירה האבודים צריך להיות מחושב על בסיס שיעור של 5% משווי המקרקעין, וזאת ללא הבחנה בין הדונם הראשון לבין יתרת המקרקעין. זאת ועוד, המדינה אף מאשרת כי בעבר נתמכה עמדה זו בחוות דעת שמאיות שהוגשו מטעמה. יחד עם זאת, לשיטת המדינה הדבר נבע מטעות בפרשנות הסדר החוק שבסעיף 13(1) לפקודה, אשר היא לא רק רשאית, אלא גם חייבת, לתקן במסגרת ההליכים בעניין הפקעות העבר, על מנת

שלא יביא הדבר לתשלום פיצויי יתר לנפקעים על חשבון הקופה הציבורית. הנפקעים, לעומת זאת, מבקשים להיאחזו בטיעוני המדינה בעבר, וסוברים כי אין לאפשר למדינה לטעון למגנון פיצוי המעניק להם תשלום נמוך מזה שטענה לו המדינה בשעתו, ומזה אשר על פיו שילמה בשעתו פיצוי לנפקעים אחרים.

43. אין באפשרותנו לקבל את טענת המניעות כפשוטה. מבחינה משפטית-דוקטרינרית, הנפקעים בהם עסקינן בחרו בנתיב ההתדיינות. בעשותם כן, דחו מניה וביה כל הצעה לפיצוי שהונחה לפניהם על ידי המדינה (ככל שהצעה שכזו הייתה קיימת), ומשעשו כן פקעה הצעת המדינה, ואין הנפקעים יכולים לחייב את המדינה לפעול לפיה (וראו סעיף 4(1) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). כך, בוודאי בנסיבות בהן הסיבה לשינוי בעמדת המדינה היא שהתברר לה, לשיטתה, כי עמדה זו בטעות יסודה (בג"ץ 2908/05 אלטנע נ' מנהל מקרקעי ישראל ע"י המנהלה לקידום הבדואים בנגב, פסקה 11 והאסמכתאות שם (12.10.2008); דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך א' 186-180, 274-296 (מהדורה שנייה, 2018)). זאת ועוד, בחלק ניכר מההליכים בעניין הפקעות העבר אין מדובר כלל בתחשיב עליו התבססה המדינה במסגרת ההליך הפרטני, אלא רק בניסיון של הנפקעים להיבנות מדרך תחשיב לפיה נהגה המדינה בעבר בהליכים דומים. במילים אחרות, מדובר בשינוי מדיניות, ולא בחזרה מהצעה. אלא שבעניין זה מקובלת ההלכה לפיה אין רשות מנהלית כבולה למדיניותה, לא כל שכן כאשר המדובר במדיניות שגויה (בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 202-204 (1991); בג"ץ 2223/04 ניסים נ' מדינת ישראל, פסקה 39 (4.9.2006); עע"ם 3973/21 רשות מקרקעי ישראל נ' קחם חברה להשקעות בע"מ, פסקה 37 (20.12.2021); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 205-204 (2010)).

44. זאת ועוד, לרכיב הזמן יש תפקיד לא מבוטל בהחלטת המדינה לבחון מחדש את מדיניותה ביחס לאופן חישוב הפיצוי במסלול דמי החכירה האבודים. על רקע ריסון האינפלציה באמצע שנות השמונים, והעלייה המתמדת במחירי המקרקעין בישראל, הפך מסלול זה לרווחי במיוחד בעבור הנפקעים, שכן שחיקת דמי החכירה בגין העבר אינה משמעותית, בעוד שהתוספת המשולמת מדי שנה עולה באופן חד בהתאם לעליית ערך המקרקעין. כתוצאה מכך נותן המסלול שבסעיף 13(1) לפקודה לעת הזו תשואה גבוהה במיוחד, העולה באופן משמעותי על זו שהמדינה נוהגת לשלם בגין עיכוב בביצוע תשלום כספי (וראו הסימולציות שהובאו בפסקה 12 לעיל, המלמדות כי פיצוי על בסיס טענת הנפקעים מביא לפיצוי העולה משמעותית על שיערוך לפי חוק פסיקת

ריבית. פער זה אומנם קטן אם הפיצוי הוא לפי שיעור של 5% בלבד (ולא 6% כתביעתם המלאה של הנפקעים), ואולם הוא עדיין משמעותי). על רקע זה, החליט המחוקק לבטל את מסלול דמי החכירה האבודים בשנת 2010, ובעקבות ההליכים הרבים בעניין הפקעות העבר שהוגשו בעקבות הלכת ארידור, נערכה בדיקה חוזרת של אופן חישוב הפיצוי שהמדינה נכונה לשלם במסגרתו. בדיקה זו לימדה, לשיטת המדינה, כי קיים פער בין הסכומים שהסכימה לשלם בעבר לבין הסכומים אותם עליה לשלם על פי דין. אם אכן כך, הרי שגם מבחינה מהותית אין פסול בסטיית המדינה ממדיניותה בעבר – נהפוך הוא.

45. יחד עם זאת, העובדה כי המדינה נהגה בעבר להעריך את דמי החכירה האבודים לפי שיעור של 5% משווי המקרקעין, וזאת על בסיס חוות דעת שמאיות מטעמה, איננה חסרת משמעות מבחינה ראייתית. מדיניות העבר מצדיקה, לכל הפחות, להטיל על המדינה נטל ראשוני להצדיק את השינוי שחל במדיניותה, דהיינו להניח תשתית ראשונית לטענתה כי פיצוי הנפקע על בסיס השיעור לו טענה בעבר שיקף הבנה שגויה של הדין או של המציאות הכלכלית-שמאית. כל עוד לא הונחה תשתית כזו, תתקשה המדינה לשכנע כי יש הצדקה לסטייה ממדיניות הפיצוי לה טענה בעבר. ככל שתונח תשתית כזו, באופן כללי או בהקשר נתון, יעבור הנטל לנפקע לשכנע בצדקת תביעתו לאחוז העולה על זה שמציעה המדינה כיום.

46. לאחר הדברים האלו, קראתי את חוות דעתה של חברתי, הנשיאה אסתר חיות, המוסיפה על התייחסותי לעניין השינוי בעמדת המדינה נדבך נוסף, שעניינו טענת ההשתק השיפוטי שהועלתה על ידי הנפקעים. הערות חברתי מקובלות עלי במלואן, ויש בהן כדי לתת משנה תוקף למסקנותיי בעניין זה.

הטענה בדבר אי-עמידת הנפקעים בנטל ההוכחה

47. כאמור נטל ההוכחה לשכנע בגובה דמי החכירה האבודים מוטל על הנפקעים. המדינה סבורה כי כלל הנפקעים לא עמדו בנטל זה. זאת מאחר שגם לאחר שנפסק עניין איסמעיל לא השכיל מי מהם להציג חוות דעת שמאית המבוססת על עסקאות השוואה רלוונטיות, והמבססת את הטענה כי מקובל לשלם דמי חכירה בשיעור של 6% משווי המקרקעין ביחס למקרקעין שהשימושים המותרים בהם הם מהסוג שקובעת התכנית המנדטורית. במצב דברים זה, טוענת המדינה, דין תביעות הנפקעים לפיצוי במסלול

דמי החכירה האבודים להידחות, ולכל היותר עליהם להסתפק בפיצוי על פי השיעורים המוצעים על ידה – דהיינו 2.5% ביחס לדונם הראשון ו-1.5% ביחס ליתרת החלקה.

48. טיעונה של המדינה בעניין זה אינו יכול להתקבל. הטעם לכך הוא שגם המדינה מודה, הלכה למעשה, כי אין בנמצא נתוני השוואה רלוונטיים, וממילא לא ניתן לבוא לנפקעים, ולשמאים מטעמם, בטרוניה על כך שלא ביססו תביעותיהם על נתונים שאינם בנמצא. הדבר פשוט וברור ביחס להערכת דמי החכירה ביחס לדונם הראשון, שכן לגביו טענת המדינה היא שאין בנמצא עסקאות השוואה רלוונטיות (ודוק, ביחס לדונם הראשון הנפקעים הם שטוענים לקיום עסקאות השוואה, בדמות דמי חכירה שגובה רמ"י מחוכרים, בעוד שהמדינה טוענת כי אין בכלל עסקאות השוואה, ובפרט אין להשוות לעסקאות המבוצעות על ידי רמ"י). המצב מורכב מעט יותר ביחס ליתרת החלקה, שכן לגבי חכירות חקלאיות (ללא אפשרות בנייה למגורים) הציגה המדינה, לכאורה, בסיס נתונים הכולל עשרות ומאות חוזים להחכרה חקלאית (ראו נספח ח' למסמך מס' 6 לקובץ הנספחים, וחוות דעת מייצגת שהגישה המדינה ביום 29.4.2021 בהליך שלפנינו, ואשר הוגשה לבית המשפט המחוזי בנצרת בת"א 16-03-21764). אלא שגם בעניין זה מודה המדינה כי הנתונים שהוצגו על ידה אינם מייצגים עסקאות השוואה מתאימות. כך ממספר טעמים: ראשית, המדובר בחוזי חכירה לתקופות קצרות, בעוד שהחכירה אותה יש לדמות היא לשנים רבות; שנית, לפי התכנית המנדטורית מותרים שימושים נוספים בצד העיבוד החקלאי, ואין חולק כי נתוני המדינה אינם מתייחסים לשימושים אלה (וראו פסקה 68 להלן. כן השוו: עניין אטדי, בפסקה 35: "בשנים הרלבנטיות לגביהן חישבה המשיבה את דמי החכירה האבודים, כלומר החל משנת 1986 ואילך, כלל לא התקיימו עסקאות השוואה של מקרקעין שייעודם "אזור החקלאי", בשל ביטולה של התכנית המנדטורית וקביעתה של תכנית מתאר חדשה תחתיה"); שלישית, המדינה מודה כי קיים קושי משמעותי באיסוף הנתונים וביחוס מהימנות להם, היות שחוזים להחכרת קרקע לצרכים חקלאיים אינם מדווחים בשגרה לרשויות. ואכן, יותר משבסיס הנתונים מאפשר לאמוד את דמי החכירה האבודים שראוי לקבוע במקרה זה או אחר, הוא משמש את המדינה על מנת לטעון כי דמי החכירה המשולמים בפועל בגין חכירות חקלאיות נופלים משמעותית מ-5% או 6% משווי מקרקעין הכולל רכיב משמעותי של ציפיות לשינוי ייעוד – כפי המצב בענייננו. במילים אחרות, דומה כי גם ביחס ליתרת החלקה המדינה אינה טוענת כי ראוי לקבוע את דמי החכירה האבודים על בסיס עסקאות ההשוואה ששימשו בסיס לעמדתה; אלא עיקר טענתה הוא כי הנתונים שהציגה למלמדים כי דמי החכירה האבודים שיש לשלם ביחס ליתרת החלקה בגין הפקעות העבר נופלים משמעותית מ-5%-6% משווי המקרקעין, שכן השווי המתעדכן

של המקרקעין בעשורים האחרונים מושפע באופן משמעותי מציפיות לשינוי ייעוד. לעניין זה עוד נחזור בהמשך הדברים.

49. סיכומו של דבר, בסיס הנתונים הקיים ביחס לעסקאות השוואה הוא חסר, ואינו מאפשר לקבוע את דמי החכירה האבודים בשיטת השוואה. אין מנוס, אם כך, מקביעתם על פי דמי חכירה רעיוניים – דהיינו, דמי חכירה המנסים לשער מה היה מוסכם בין מחכיר מרצון לחוכר מרצון. כך נהגו, הלכה למעשה, הן הנפקעים והן המדינה, ואין לומר כי הנפקעים כשלו רק מהטעם שלא הצליחו להצביע על עסקאות השוואה שאינן בנמצא.

האם יש מקום להבחנה בין הדונם הראשון לבין יתרת החלקה?

50. אחת ממחלוקות היסוד בין הצדדים נוגעת לשאלה האם, לצורך קביעת שיעור התשואה המיוחס לדמי החכירה האבודים משווי המקרקעין המתעדכן, יש להבחין בין חלק המקרקעין המיועד למגורים על פי התכנית המנדטורית, דהיינו הדונם הראשון, לבין חלק המקרקעין המיועד לשימושים חקלאיים ללא אפשרות בנייה למגורים, דהיינו יתרת החלקה. ויובהר, אין חולק כי לצורך קביעת שווי המקרקעין המתעדכן קיים שוני ניכר בין הדונם הראשון לבין יתרת החלקה – שוני המגיע לכדי מאות אחוזים (כשנות החמישים של המאה העשרים היה מקובל להניח יחס של 8:1. ראו, למשל, עניין דבאח, פסקאות 41-44. אולם נראה כי לאור העלייה בשווי המקרקעין בעשורים האחרונים, חל צמצום בפער זה. לפי נתוני המדינה, נכון לשנת 2020 מחיר הדונם למגורים היה גבוה פי 2.5 עד 3.5 בהשוואה לדונם מיתרת החלקה; נתוני הנפקעים אינם שונים משמעותית, ומצביעים על כך שמחיר דונם למגורים היה גבוה בשנת 2020 פי 2.66 עד 3.2 ממחיר דונם יתרת החלקה). המחלוקת היא בשאלה האם מעבר לפער זה, המובא בחשבון בשל השפעתו על שווי המקרקעין המתעדכן, קיים שוני גם בשיעור התשואה שיש לייחס לצורך קביעת דמי החכירה האבודים – לשיטת המדינה שיעור זה צריך להיות נמוך ב- 40% ביתרת החלקה בהשוואה לדונם הראשון (1.5% בהשוואה ל- 2.5%; ואילו לשיטת הנפקעים יש לייחס את אותו שיעור לכלל המקרקעין.

51. אנו סבורים כי בעניין זה יש להעדיף את עמדת המדינה, וזאת משלושה טעמים מרכזיים:

ראשית, הצדדים מסכימים כי אין בנמצא עסקאות השוואה רלוונטיות, המאפשרות לאמוד את שווי החלקה כיחידה אחת. לו היו בפנינו עסקאות השוואה מסוג זה, יש להניח כי הללו היו משקפות את הייעוד המשולב של המקרקעין ומאפייניו, קרי את מלוא השימושים שניתן לעשות במקרקעין, לרבות בניית בית מגורים בשטח הדונם הראשון, וייתכן כי ניתן היה לגזור שיעור תשואה אחיד ביחס לכל החלקה (עניין קאטם דאב, פסקאות 21-26; עניין אטדי, פסקה 32). ברם, משאין בפנינו עסקאות כאמור, עלינו להתחקות אחר שיעור התשואה אשר ישקף בצורה ההוגנת ביותר את מאפייני המקרקעין.

בעניין אטדי, אליו מפנים הנפקעים, נדרש בית משפט זה לשאלה האם לשם חישוב שווי המקרקעין, קרי רכיב הקרן, יש להתחשב בייעוד התכנוני השונה בין הדונם הראשון (המיועד למגורים) לבין יתרת המקרקעין (המיועדת לחקלאות). באותו עניין, נפסק כי בהעדר עסקאות השוואה למקרקעין במצב תכנוני דומה, "אין מנוס מלקבל את העיקרון שבא לידי ביטוי בעמדת המערערים, לפיו בחישוב הפיצוי נדרש היה לבחון בנפרד עסקאות במקרקעין מכל אחד מהייעודים, חקלאות ובנייה, ומהן לגזור את שווי החלקות בכל שנה ושנה. זאת, כמובן, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות למאפיינים הייחודיים לחלקות (ובהם היותן ממוקמות בלב אזור חקלאי)" (פסקה 36). אכן, באותו עניין, בית המשפט לא אימץ הבחנה דומה ביחס לשיעור התשואה, ואולם זאת מכיוון שסוגיה זו לא הייתה שנויה במחלוקת בין הצדדים. לגישתנו, כשם שיש להבחין בייעוד המקרקעין השונה בעת חישוב ערך המקרקעין, כך גם יש לפעול לצורך חישוב דמי החכירה הראויים מקום בו לא קיימות עסקאות השוואה רלוונטיות, כבענייננו. ודוק, שיעורי התשואה הללו צריכים לשקף אומדן לסכום הראוי אותו יש לשלם לנפקעים בעבור זכויותיהם במקרקעין תוך שקילת מכלול הנסיבות הייחודיות בענייננו.

שנית, כפי שיובהר בהמשך (ראו פסקאות 62-69 להלן), קיימים הבדלים משמעותיים במצע הראייתי המונח לפנינו לצורך חישוב דמי החכירה האבודים ביחס לדונם הראשון מזה, וביחס ליתרת החלקה מזה. קיומו של בסיס נתונים שונה ביחס לכל אחד מסוגי המקרקעין ממילא מצדיק דיון נפרד בכל אחד מהם.

שלישית, גם מבחינה רעיונית, קיים הבדל משמעותי בין הדונם הראשון לבין יתרת החלקה לעניין גובה דמי החכירה הראויים. כך, בדונם הראשון ניתן היה לפי התכנית המנדטורית לעשות שימוש למגורים, ועל כן עליית ערכם עם השנים אינה משקפת רק פוטנציאל שימוש עתידי, אלא את עליית ערך השימוש המותר למגורים

בעקבות התפתחות היישובים באזור. ככזו היא צפויה להביא גם לעלייה של דמי החכירה האבודים שניתן היה לקבל בעבור הדונם הראשון. לעומת זאת, כשמדובר בחכירה לצרכים חקלאיים, עליית ערך המקרקעין שיקפה פוטנציאל לשינוי ייעוד, שספק אם יש לו השפעה על גובה דמי החכירה האבודים, שהרי חוכרים חקלאיים אינם צפויים להפיק תועלת משינוי זה, ועל כן לא יעלו (בוודאי שלא באותה מידה) את גובה דמי השימוש בעקבות הגדלת הסיכוי כי הקרקע תוכשר בעתיד לבניה למגורים. במילים אחרות, בעוד שעליית שווי המקרקעין בשל התפתחות היישובים בסביבה צפויה להשפיע באופן משמעותי מאוד על שווי השימוש בדונם הראשון לצרכי מגורים, ספק אם יש בה כדי להשפיע באופן כה משמעותי על שווי השימוש ביתרת המקרקעין לצרכים חקלאיים.

52. בהינתן האמור, עלינו למקד את מבטנו כעת בשיעור התשואה שיש להחיל על המקרקעין המופקעים, תוך הבחנה בין חלק המקרקעין המיועד למגורים (הוא הדונם הראשון) לבין חלק המקרקעין המיועד לחקלאות (הוא יתרת שטח המקרקעין לאחר הפחתת הדונם הראשון).

האם יש להתחשב באופן קביעת דמי שימוש על ידי רמ"י?

53. הפסיקה הבהירה כי בעת קביעת דמי החכירה האבודים יש להביא בחשבון לא רק את המקובל בשוק החופשי, אלא גם את אופן קביעת דמי החכירה על ידי רמ"י ביחס למקרקעי ישראל, וזאת במיוחד בהינתן המעמד המרכזי שיש לרמ"י בשוק המקרקעין בישראל. עמדה על כך חברתי, הנשיאה חיות, בדנ"א איסמעיל, בציינה ביחס להסתייעות בדמי החכירה הנהוגים ברמ"י כי "אמת מידה זו אכן שימשה את בתי המשפט השונים לאורך השנים, מתוך הנחה כי רשות מקרקעי ישראל היא המחכירה הגדולה ביותר של קרקעות בישראל וכי דמי חכירה אלו משקפים דמי חכירה ראויים" (שם, בפסקה 11). על רקע זה טענו הנפקעים כי מאחר שרמ"י נוהגת לגבות דמי שימוש ראויים ממסיגי גבול בגובה של 6% משווי המקרקעין, הרי שיש להעמיד את דמי החכירה האבודים על שיעור זה ביחס למכלול המקרקעין. לחילופין, טענו הנפקעים כי המדינה גובה מחוכרים עירוניים דמי חכירה על בסיס תחשיב של 5% משווי המקרקעין, וכי שיעור זה בוודאי ראוי להחיל ביחס לדונם הראשון (המשמש לשימושים דומים – דהיינו מגורים), ובהעדר ראיות לסתור, גם ביחס ליתרת החלקה. המדינה דחתה מכל וכל קו טיעון זה. לשיטתה לא ניתן להסיק ממנהגה ביחס למסיגי גבול על דמי החכירה שעליה לשלם בעקבות הפקעה חוקית, ואף לא ניתן ללמוד משיעור דמי החכירה בו היא

מחייבת חוכרים של קרקע עירונית, על השיעור הראוי במקרקעין שייעודם לשימוש חקלאי (וזאת אף אם בחלקם מותרת בנייה למגורים).

54. אין באפשרותנו לקבל את טענת הנפקעים כי שיעור דמי השימוש אותו דורשת רמ"י ממסיגי גבול מהווה אינדיקציה לשיעור הראוי של דמי החכירה האבודים. הפיצוי הניתן לבעל המקרקעין שהופקעו, הן בגין שווי המקרקעין (פיצויי הקרן) והן בגין הנזק שנגרם בתקופת הביניים בין נטילת המקרקעין לבין תשלום הפיצויים בפועל (הרכיב הפירותי), נעשה על בסיס עקרונות של עסקה רצונית, כאשר "אין לו לבית המשפט להביא בחשבון את העובדה שהקרקע נרכשה בכפיה" (סעיף 12(א) לפקודה). כך, שווי המקרקעין נקבע כאמור על פי הסכום שהיה מתקבל בין מוכר מרצון לקונה מרצון. באופן דומה, דמי החכירה האבודים נקבעים על פי דמי החכירה שהיו משתלמים לבעל המקרקעין בגין המקרקעין שהופקעו לו היה מחכיר אותם בשוק החופשי (וראו גם סעיף 12(ה) לפקודה). לעומת זאת, דמי השימוש בהם מחויבים מסיגי גבול במקרקעין אינם מבוססים על דימוי של עסקה רצונית, שכן למסיג הגבול לא הייתה זכות להשתמש במקרקעין, ואין לאפשר לו לכפות על בעליהם עסקה בתנאי שוק. כנגזר מכך, דמי השימוש שנדרש מסיג גבול לשלם נקבעים בדיעבד לפי הגבוה שבין ההפסד שנגרם לבעל המקרקעין לבין התועלת שהפיק מסיג הגבול, ואין הם משקפים את המחיר שהיה נקבע מלכתחילה בין מחכיר מרצון לחוכר מרצון. זאת, משום שלרשות בעל המקרקעין עומדות נגד מסיג הגבול הן עילה בנזיקין בגין הנזק שגרם (ראו סעיף 29 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]), והן עילה בעשיית עושר ולא במשפט בגין טובת ההנאה שהפיק (לאפשרות לתבוע מסיג גבול במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט ראו, למשל: ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (2) 633 (1983); רע"א 7452/96 מדינת ישראל משרד הביטחון נ' חברה קבלנית האחים אהרון בע"מ, פ"ד נא(5) 874, 877 (1998); ע"א 8468/99 לייזר נ' עיריית הרצליה (3.4.2001)). כן השוו לפסיקה האמריקאית שהבהירה כי מסיג גבול עשוי להתחייב בהשבת הרווח שהפיק בפועל, ולא רק בתשלום מחיר השוק של מה שנטל: Edwards v. Lee's Administrators, 96 S.W. 2d 1028 (1936). לדיון בקריטריון ההשבה במקרים של הסגת גבול, ראו: דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט 694-711 (מהדורה שלישית, 2015)). מכאן שלא ניתן לראות בדמי השימוש שרמ"י דורשת ממסיגי גבול ביטוי לדמי החכירה האבודים שהנפקע זכאי לדרוש מהמדינה בגין הפקעה שבוצעה כדין – בעוד שהראשונים משקפים את הסכום שרמ"י סוברת כי באפשרותה לגבות בדיעבד ממעוול אשר עשה שימוש שלא כדין במקרקעין שבניהולה; האחרונים אמורים

לשקף את המחיר שהיה מוסכם מלכתחילה במסגרת עסקה רצונית בין מחכיר מרצון לחוכר מרצון.

55. לעומת זאת, יש טעם בטענת הנפקעים לפיה אופן קביעת דמי החכירה על ידי רמ"י בעסקאות שהיא צד להן, עשויה לשמש אינדיקציה לקביעת דמי החכירה האבודים שעל המדינה לשלם במסלול שבסעיף 13(1) לפקודה. זאת, בהנחה שדמי החכירה הנגבים על ידי רמ"י מהחוכרים נקבעים על בסיס כלכלי, ומשקפים את מחיר השוק הראוי לשיטתה.

56. ככל שמדובר במקרקעין עירוניים, הרי שהכלל המקובל אצל רמ"י הוא לחייב חוכרים שאינם באזור המוגדר כאזור עדיפות לאומית בדמי חכירה בגובה 5% משווי המקרקעין (ראו, למשל, סעיף 4.1.3 לקובץ החלטות מועצת מקרקעי ישראל, המתייחס לדמי החכירה שייגבו בהרשאה זמנית של עד 10 שנים). המדינה לא כפרה בנתון זה, ואולם היא טענה כי אין הוא רלוונטי לענייננו משני טעמים עקריים: ראשית, המקרקעין המופקעים אינם מקרקעין עירוניים, כי אם מקרקעין חקלאיים במהותם, ועל כן בין אם מדובר בדונם הראשון (בו מותרת כאמור בנייה למגורים בהיקף מוגבל) ובין אם מדובר ביתרת החלקה (בה לא מותרת כלל בנייה למגורים), אין הנתון האמור רלוונטי כנתון השוואה. שנית, מנגנון החישוב והגבייה של דמי החכירה על ידי רמ"י שונה משמעותית מהמנגנון המשמש לחישוב ולגבייה של דמי החכירה האבודים. כך, רמ"י גובה את דמי החכירה מראש, בעבור כל תקופת החכירה, ובהתבסס על שווי המקרקעין במועד העמדתם לרשות החוכר; לעומת זאת, דמי החכירה האבודים משולמים בדיעבד, ועל בסיס הערך המתעדכן של המקרקעין מדי שנה בשנה. השוני במנגנון החישוב והגבייה גוזר, לשיטת המדינה, כי לא ניתן ללמוד מהכא להתם.

57. טענותיה של רמ"י בדבר הקושי ללמוד ממדיניותה ביחס לגביית דמי חכירה במקרקעין עירוניים לענייננו אינן מופרכות. יחד עם זאת, ככל שמדובר בדונם הראשון, המשמש לצרכי מגורים, אין בהן די על מנת לשכנע כי לא מדובר בנתון הרלוונטי גם לענייננו. השימוש בקריטריון של 5% משווי המקרקעין לצורך קביעת דמי החכירה שגובה רמ"י במקרקעין עירוניים נעשית על ידה על בסיס רחב. בהתחשב בכך שהשימוש המיטבי בדונם הראשון הוא לצרכי מגורים, קשה שלא לייחס לנתון זה משקל. כך, במיוחד אם מביאים בחשבון את הערתו של השופט קרא בעניין איסמעיל (לה הסכים גם השופט הנדל), לפיה בקביעת דמי החכירה האבודים "יש להביא בחשבון גם שימוש מיטבי בדמות הפוטנציאל הגלום במקרקעין וכן ציפייה סבירה לשינוי תכנוני".

58. בהינתן האמור, ההבדלים הקיימים בין אופן החישוב והגבייה של דמי החכירה על ידי רמ"י לאופן קביעת דמי החכירה האבודים, גם אם אינם נעדרים משמעות מבחינה כלכלית, אין בהם כדי להצדיק התעלמות מהנתון של 5% משווי המקרקעין שרמ"י ראתה בעבר, ועודה רואה גם כיום, כאומדן ראוי לדמי החכירה שיש לשלם בעבור החכרת קרקע למגורים. יצוין בהקשר זה כי ההבדלים האמורים אינם פועלים בכיוון אחד: גביית דמי החכירה מראש על ידי רמ"י מהווה יתרון על גביית תשלום בדיעבד על ידי הנפקע (וביתר שאת, כשמדובר בתשלום בלתי צמוד); גבייה על בסיס ערך משתנה על ידי הנפקע היא יתרון על פני גבייה לפי ערך במועד מסירת המקרקעין על ידי רמ"י (בשוק שבו ערכם הראלי של המקרקעין עולה). מבחינה כלכלית, ההבדלים הללו עשויים שלא לבטל זה את זה בדיעבד, ואולם מלכתחילה אין לומר כי עצם קיומם מלמד שהשיעור של 5% משווי המקרקעין אינו זהה.

59. שונים הדברים ככל שמדובר ביתרת החלקה, דהיינו במקרקעין שאינם מיועדים למגורים. ביחס לחלק זה של המקרקעין המופקעים לא ניתן להסיק מדמי החכירה שרמ"י נוהגת לגבות ביחס למקרקעין עירוניים, מהטעם שהשימושים המותרים לפי התכנית המנדטורית שונים בתכלית מאלה שמותר לעשות בקרקע עירונית. ויובהר, רמ"י אינה מבססת את דמי החכירה הנגבים על ידה מחוכרים של מקרקעין לשימושים חקלאיים על אחוז משווי המקרקעין, אלא על סכומים קבועים לדונם הנקבעים על ידי מועצת מקרקעי ישראל, ואשר אינם משקפים את שווי השוק של דמי החכירה, וזאת משיקולי מדיניות הנוגעים לעידוד העיסוק בחקלאות וההתיישבות החקלאית (ראו סעיף 8.17 לקובץ החלטות מועצת מקרקעי ישראל). ממילא, אין דמי החכירה הנגבים על ידי רמ"י בגין מקרקעין חקלאיים יכולים לשמש בסיס לקביעת דמי החכירה האבודים. הנפקעים גם לא טענו לכך.

60. סיכומה של סוגיה זו, טענת הנפקעים כי ניתן ללמוד מדרך התנהלותה של רמ"י ביחס לגביית דמי שימוש או דמי חכירה צריכה להידחות בחלקה ולהתקבל בחלקה: יש לדחותה ככל שהיא מתייחסת למדיניות רמ"י ביחס למסיגי גבול, וכן לדחותה בכל הנוגע לניסיון להקיש ממדיניות רמ"י ביחס לחוכרים לעניין דמי החכירה האבודים שיש לשלם בגין חלק המקרקעין המיועד לשימושים חקלאיים (יתרת החלקה); יש לקבלה ככל שמדובר באפשרות ללמוד ממדיניות רמ"י ביחס לחוכרים לעניין חלק המקרקעין המיועד למגורים (הדונם הראשון). לשון אחר – לא ניתן ללמוד מתעריפי דמי החכירה שגובה רמ"י על דמי החכירה האבודים ביתרת החלקה, ואולם ניתן לראות

במנהגה של רמ"י לגבות 5% משווי המקרקעין בגין מקרקעין עירוניים כאינדיקציה לשיעור התשואה אותו ראוי לפסוק כדמי חכירה אבודים בגין הדונם הראשון.

קביעת שיעור התשואה משווי המקרקעין המתעדכן

61. בהינתן מסקנות הדיון עד כה, הרי שיש לקבוע את שיעור התשואה משווי המקרקעין המתעדכן ביחס לכל אחד מחלקי המקרקעין: הדונם הראשון מזה ויתרת החלקה מזה.

קביעת שיעור התשואה ביחס לדונם הראשון

62. ככל שמדובר בדונם הראשון, בו ניתן לעשות שימוש גם למגורים, הרי שנקודת המוצא לקביעת דמי החכירה האבודים היא מדיניות רמ"י, בעבר ובהווה, לפיה את דמי החכירה בגין מקרקעין עירוניים יש להעריך על בסיס של 5% משווי המקרקעין. רמ"י לא הניחה לפנינו כל בסיס נתונים עובדתי המצדיק סטייה מנקודת מוצא זו. טענתה כי יש להפחית את דמי החכירה ביחס לדונם הראשון התבססה בעיקרה על תחשיבים תיאורטיים המבוססים על כך שהמבנה טרם הוקם. ואולם עניין זה (העדר מבנה על המקרקעין) מובא בחשבון בקביעת שווי המקרקעין, ולא מצאנו כי הוא משפיע על שיעור דמי החכירה שרמ"י נוהגת לגבות מחוכרים של קרקע עירונית. ונתמה – אם אין מקום לשנות את שיעור דמי החכירה בקרקע עירונית לפי השאלה אם המבנה הוקם או טרם הוקם, מדוע יש טעם לשנות שיעור זה כשמדובר בדונם הראשון?

63. זאת ועוד, כפי שכבר צוין (ראו פסקה 42 לעיל), עמדת המדינה בעבר הייתה שיש לחשב את דמי החכירה האבודים על בסיס של 5% משווי המקרקעין. עוד הבהרנו כי המדינה רשאית הייתה לסטות ממדיניות זו, אך היה עליה להניח תשתית ראשונית לטענתה כי פיצוי הנפקע על בסיס השיעור שנהג בעבר משקף הבנה שגויה של הדין או של המציאות הכלכלית-שמאית. ואולם, ככל שמדובר בדונם הראשון, המדינה לא הציגה נתונים כלשהם העשויים ללמד כי חישוב על בסיס של 5% משווי המקרקעין אינו משקף את דמי החכירה המקובלים ביחס למקרקעין שהשימוש המיטבי בהם הוא למגורים. מכאן שהמדינה לא עמדה בנטל להצדיק סטייה ממדיניות העבר בעניין הדונם הראשון.

64. הנפקעים טענו כי על דמי החכירה שגובה רמ"י יש להוסיף לטובתם מע"מ. התקשינו לראות את הבסיס לטענה זו. אין לה תמיכה בחוות הדעת השמאיות מטעם הנפקעים, ואף לא הסבר עיוני (מעבר לטענה הכלכלית שאם רמ"י מוסיפה מע"מ לדמי החכירה שהיא גובה, הדבר עשוי להשתקף בעליית מחיר השוק של חכירת מקרקעין). היא נראית בלתי מוצדקת במיוחד בהתחשב בכך שהנפקעים אינם נדרשים לשלם מע"מ על הפיצויים המשולמים להם במסלול דמי החכירה האבודים (השוו: עניין פינקלשטיין, פסקאות 30-31), שם נמנע בית המשפט מלצרף מע"מ על הרכיב ההוני החייב ברגיל במע"מ, משהודיעה המדינה כי בכוונתה לשאת בתשלום המע"מ). קיצורו של דבר, לא ראינו מקום לקבל טענה זו.

65. נוכח האמור, אנו סבורים כי יש לקבוע ששיעור התשואה מהשווי המתעדכן של המקרקעין אותו על המדינה לשלם לנפקעים במסלול דמי החכירה האבודים בגין הדונם הראשון עומד על 5%.

קביעת שיעור התשואה ביחס ליתרת החלקה

66. כפי שהובהר לעיל, ככל שמדובר ביתרת החלקה לא ניתן להתבסס על דמי החכירה המקובלים אותם גובה רמ"י במקרקעין המיועדים לשימושים חקלאיים, מאחר שדמי החכירה הללו אינם משקפים את גובה דמי החכירה המקובלים בשוק. אף לא ניתן להתבסס על שיעור דמי החכירה הנגבים על ידי רמ"י במקרקעין עירוניים, לאור השוני בשימושים המותרים. זאת ועוד, בסיס הנתונים שהציגה רמ"י ביחס לחכירות חקלאיות, גם אם אין בו כדי לאפשר קביעת דמי חכירה על בסיס עסקאות השוואה, די בו כדי להניח תשתית ראשונית המצדיקה את סטיית המדינה ממדיניותה בעבר. במילים אחרות, המדינה עמדה בנטל הראשוני המוטל עליה להצדיק בחינה מחודשת של עמדתה בעניין האופן בו יש לחשב את דמי החכירה האבודים ביחס ליתרת החלקה.

67. עמדתה העדכנית של המדינה היא כי שיעור התשואה מתוך השווי המתעדכן של המקרקעין המשקף את דמי החכירה האבודים ביתרת החלקה עומד לכל היותר על 1.5%. לשיטתה, שיעור נמוך זה נובע מכך שחוכר קרקע לשימושים חקלאיים אינו מייחס חשיבות לשינויים שחלים בערך המקרקעין בעקבות ציפיות לשינוי ייעוד, ומייחס ערך מוגבל מאוד לקרבה שבין המקרקעין ליישוב עירוני. כתוצאה מכך, הוא אדיש לעיקר העלייה בערך המקרקעין המופקעים בעשורים האחרונים, ונכונותו לשלם דמי חכירה לא השתנתה משמעותית בערכים מוחלטים (ואם כך, ירדה כאחוז משווי

המקרקעין). נבחר את טענת המדינה באמצעות דוגמה מספרית: שווי דונם מקרקעין חקלאיים באזור כרמיאל עמד בשנת 1986 על כ-6,000 ש"ח (כ-39,000 ש"ח במונחי שנת 2016) וב-2016 על 110,000 ש"ח. אם מנטרלים את הרכיב האינפלציוני, משמעות הדבר כי הערך הריאלי של המקרקעין עלה פי 2.8. ואולם, אם מניחים כי הערך שחוכר מוכן לשלם בעבור שימוש במקרקעין למטרות חקלאיות נותר קבוע בערכים ריאליים, שכן התועלת שניתן להפיק משימושים חקלאיים בקרקע לא השתנתה משמעותית, הרי שגם אם בשנת 1986 היא עמדה על 5% משווי המקרקעין, דהיינו 300 ש"ח לשנה (כ-1,950 ש"ח במונחי 2016), בשנת 2016 היא מהווה רק כ-1.8% משווי המקרקעין.

68. עמדת המדינה אינה משוללת היגיון. אכן, קשה להניח כי דמי החכירה האבודים שניתן היה לקבל בעבור יתרת החלקה עלו במהלך השנים באופן התואם לעלייה שחלה בשווי השוק של המקרקעין, וזאת בהינתן שעלייה אחרונה זו נובעת משינויים שהשפעתם על השימושים החקלאיים שניתן לעשות במקרקעין אינה רבה. יחד עם זאת, אין אנו סבורים כי הפער האמור מצדיק את הפחתת השיעור משווי המקרקעין שייפסק ביחס ליתרת החלקה בשיעור כה דרמטי, כפי שטוענת המדינה. לכך מספר טעמים:

ראשית, גם אם העלייה בשווי המקרקעין אינה משתקפת במלואה בגובה דמי החכירה החקלאיים אותם ישלם חוכר מרצון למחכיר מרצון, הרי שניתן להניח כי לפחות חלק מהעלייה כן ישתקף בהם. כך, למשל, קירבה למקום מיושב עשויה להוריד את עלויות החקלאי, ועליית הביקוש לקרקעות עשויה להביא לייקור גם בדמי החכירה לחקלאות.

שנית, התהליך של היווצרות פער בין העלייה בשווי המקרקעין לשינוי שחל בגובה דמי החכירה החקלאיים הוא הדרגתי, ומשתרע על פני שנים רבות. יש להניח כי בתחילת התהליך היו דמי החכירה החקלאיים ההוגנים קרובים יותר ל-5% משווי המקרקעין, וכי כיום הם נמוכים יותר, וייתכן שמגיעים לשיעור בו נקבה המדינה, ואולי אף מתחת לכך. האחוז אותו עלינו לקבוע הוא אחוז ממוצע, המתייחס לכל השנים לגביהם יש לחשב את דמי החכירה האבודים. מכאן, שעליו להימצא בטווח שבין השיעור שהיה ראוי בשנים הראשונות הרלוונטיות לחישוב לבין השיעור הראוי בסמוך לתום התקופה הרלוונטית (המשתרעת, כפי שיובהר להלן, בין השנים 1986 ל-2016).

שלישית, התכנית המנדטורית איפשרה שימושים נוספים על הקרקע החקלאית השונים מאלה שניתן היה לעשות בקרקע חקלאית "רגילה" (לעת ההיא). בתוך כך, ניתן למנות (ראו נספח 14 לנספחי הנפקעים, עמ' 1354 לתכנית המנדטורית): משתלות (Nurseries), חממות (Green houses), אורוות (Stables), רפתות (Cattlesheds), לולים (Poultry houses) וכן שימוש לצרכי פנאי שנוסחו Recreation buildings (הנפקעים סבורים כי שימוש זה משמעו מלונאות ונופש, ובפרט חוזרים ומציינים את האפשרות לבנות "צימרים" בשימוש האמור. ספק אם לכך התכוון המחוקק המנדטורי, אולם אין צורך שנכריע בכך). בתחשיביה, המדינה לא הביאה בחשבון שימושים אלה, ודומה כי היה מקום לייחס להם משמעות מסוימת. ודוק, גם אם אפשר היה להקים על הקרקע, מהפך התכנוני, לול, חממה או רפת – אין להסיק מכך שניתן היה להקים על כל השטח שייעודו לחקלאות. טענה לפיה דונמים על דונמים של שטחים יכולים לשמש לנופש ופנאי, ולחילופין למשתלות או לאורוות, אינה יכולה לעמוד הואיל וייעודים אלו מצריכים הוצאה כספית לא מבוטלת לצורך הקמה ותחזוקה, כפופים לעיתים למכסות (כך למשל בנוגע לולים ורפתות), ומעצם טיבם וטבעם מוגבלים לשטחים מצומצמים. אומנם, בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי על עריכת השומה להיעשות על בסיס השימוש החוקי שיניב את הערך הגבוה ביותר לקרקע בהתחשב בתכונותיה, ויש אף להביא בחשבון שימוש מיטבי הצפוי להתאשר בעתיד (ראו: עניין חביב אללה, פסקה 26; עניין דבאח, פסקה 21). ואולם, ההנחה שעל עיקר המקרקעין המופקעים היו מוקמים משתלות וחממות, שלא לדבר על שימושי נופש ופנאי, איננו "שימוש מיטבי" אלא "שימוש דמיוני" (וראו גם בעניין ראשד, שם נפסק כי פוטנציאל הבנייה מעבר לבית המגורים בדונם הראשון הוא "קלוש אם לא לומר אפס" (שם, בעמ' 418)).

69. בהינתן השיקולים האמורים, ובהביאנו בחשבון את העובדה שככל הנראה לא ניתן להגיע לקביעה מדויקת של דמי השימוש האבודים בשל מחסור בנתונים ביחס לעסקאות השוואה, אנו מוצאים לנכון לקבל את עמדת המדינה לפיה שיעור התשואה המשקף את דמי החכירה האבודים ביתרת החלקה נמוך משמעותית משיעור התשואה המשקף את דמי החכירה האבודים בדונם הראשון. מאחר שאין לנו וודאות בעניין המיקום המדויק בתוך המשרעת, סברנו כי מוטב לבחור במיצוע שבין עמדת המדינה ביחס ליתרת החלקה (1.5%) לבין הערך שנקבע על ידנו ביחס לדונם הראשון (5%), דהיינו להעמיד את דמי החכירה ביחס ליתרת החלקה על 3.25%. יצוין כי המדינה העריכה כי דמי החכירה של יתרת החלקה עומדים על 60% ממדמי החכירה של הדונם הראשון (1.5% לעומת 2.5%), ומשמעות הדבר היא כי אם העמדנו את דמי החכירה

מהדונם הראשון ל- 5% משווי המקרקעין המתעדכן, יש להעמיד על פי שיטת המדינה את דמי החכירה ביחס ליתרת החלקה ל- 3% משווי המקרקעין המתעדכן. הפער בין הערך שנקבע על ידנו בשיטת המיצוע (3.25%) לבין הערך שנגזר מהיחס שנקבע על ידי המדינה (3%) אינו משמעותי. בהעדר טעם של ממש לבחור דווקא ביחס לו טענה המדינה, העדפנו את שיטת המיצוע.

המועד שעד אליו ייפסקו דמי חכירה אבודים

70. משקבענו את הפרמטרים לפיהם יחושבו דמי החכירה האבודים, נדרשים אנו לשאלה עד מתי ייפסק הפיצוי לפי מסלול זה, וממתי יוצמד סכום הפיצויים לפי הוראות סעיף 4(א) לחוק פסיקת ריבית. לעניין זה, סברנו כי יש לפעול על פי הכלל המקובל, לפיו סכום התביעה מתגבש ביום הגשתה על פי עילותיה, וממועד זה ואילך הוא מתעדכן על פי שיקול דעת בית המשפט, בהתאם להוראות חוק פסיקת ריבית (סעיף 2 לחוק פסיקת ריבית. ראו גם: יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 308-309 (2015)). מכאן שדמי החכירה האבודים לפי סעיף 13(1) לפקודת הקרקעות ייפסקו עד למועד הגשת התביעה ביחס לכל תיק ותיק, וממועד זה ועד למועד התשלום ייפסקו הפרשי הצמדה וריבית לפי השיעור הקבוע בסעיף 4(א) לחוק פסיקת ריבית.

גובה שכר טרחת עורכי הדין

71. הנפקעים ביקשו כי לפיצויים שיפסקו לטובתם יצטרף שכר טרחת באי כוחם בשיעור של 15% בתוספת מע"מ. המדינה לא הציגה עמדה בעניין זה, ולמעשה הותירה אותו לשיקול דעת בית המשפט. בהינתן המאמץ שהיה כרוך בניהול התובענות, והקושי המשפטי שהן עוררו, סברנו כי ראוי להיענות לבקשת הנפקעים בעניין זה.

הנחיות להמשך

72. מהמקובץ עולה כי גובה הפיצוי שיש לשלם ביחס למקרקעין מופקעים בתחומי התכנית המנדטורית צריך להיקבע באופן הבא:

א. חישוב הפיצוי בגין התקופה שממועד תפיסת החזקה על ידי המדינה ועד ליום הגשת התביעה לבית המשפט המחוזי (להלן: מועד הגשת התביעה)

ייעשה במסלול דמי החכירה האבודים, וזאת על בסיס הכפלת השווי המשתנה על בסיס שנתי של הקרקע כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי (להלן: שווי המקרקעין) בשיעורי התשואה המפורטים להלן:

1. ביחס לדונם הראשון – 5%.

2. ביחס ליתרת החלקה – 3.25%.

ב. על הסכום שיחושב כאמור בס"ק (א) לעיל יתווספו הפרשי הצמדה וריבית לפי סעיף 4(א) לחוק פסיקת ריבית ממועד הגשת התביעה ועד מועד תשלום הפיצויים בפועל על ידי המדינה (ככל שבוצע תשלום חלקי במהלך ההליך, יש לקזזו במועד בו בוצע. לעניין אופן ביצוע הקיזוז ראו ע"א 7351/17 מדינת ישראל נ' אטדי (23.6.2019)).

ג. על הסכום הכולל שיתקבל מהתחשיב לפי ס"ק (א) ו-(ב) יתווסף שכר טרחת עורך דין בשיעור של 15% בתוספת מע"מ.

73. ביחס לתיקי ההפקעה הבודדים שבהליך המאוחד המתייחסים למקרקעין שהתכנית המנדטורית אינה חלה עליהם, ייקבע התחשיב על בסיס השימושים שהיו מותרים בהם בעת ההפקעה, בהתאם למפתח האמור – דהיינו, ככל שמותרת בנייה למגורים ישולם הפיצוי לפי 5% משווי המקרקעין, וככל שמותרים שימושים חקלאיים בלבד ישולם הפיצוי לפי 3.25% משווי המקרקעין.

74. המדינה תעביר עד ליום שני, ה- 12.9.2022 הודעה לבית משפט זה ולנפקעים, בה תפרט את גובה הסכום לו זכאים הנפקעים בכל אחד מהתיקים שבהליך המאוחד לפי התחשיב המפורט בפסקאות 72 או 73 לעיל, לפי העניין (להלן: תחשיב המדינה). כן תציין המדינה ביחס לכל אחד מהתיקים האם עומדות לה במסגרתו טענות הנשענות על פלוגתאות פרטניות המצריכות לשיטתה בירור.

75. הנפקעים בכל אחד מהתיקים שבהליך המאוחד ימסרו עד ליום שני, ה- 24.10.2022, הודעה לבית המשפט ולמדינה בה יבהירו האם יש להם השגות על תחשיב המדינה. כן יציין כל אחד מהנפקעים האם עומדות לו טענות הנשענות על פלוגתאות פרטניות המצריכות לשיטתו בירור. נפקע שלא ימסור הודעה עד למועד האמור יראו אותו כמי שהסכים לתחשיב המדינה, והודיע כי אין לו טענות הנשענות על פלוגתאות פרטניות.

76. למען הסר ספק מובהר כי העלאת טענות הנשענות על פלוגתאות פרטניות, בין אם על ידי המדינה ובין אם על ידי הנפקעים, תתאפשר רק בכפוף למתווה הדיוני שנקבע להליך המאוחד.

77. הצדדים להליכים בעניין הפקעות עבר שעודם מתנהלים בערכאות הדיוניות, או שהוגש בעניינם ערעור לבית משפט זה שאינו כלול בהליך המאוחד, ינסו להגיע להבנות ביניהם, על בסיס ההנחיות שניתנו בפסקאות 72 ו-73 לעיל. המדינה תמסור בכל אחד מהתיקים האמורים הודעה מעדכנת בדבר תוצאות המאמצים הללו לבית המשפט הדן בתיק עד ליום שני, ה- 12.9.2022. עד למתן הודעה כאמור, יעוכב הדיון בתיקים הללו.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מצטרפת לחוות דעתו המנומקת של חברי השופט ט' גרוסקופף ולתוצאה שאליה הגיע, אך אבקש להוסיף מספר הערות.

1. כפי שציין חברי השופט גרוסקופף בחוות דעתו, המדינה טענה בעבר – במסגרת הליכים משפטיים שהתנהלו בעניינם של נפקעים אחרים – לשיעור תשואה של 5% עבור המקרקעין שהיו כפופים לתכנית המנדטורית, על כל חלקיהם. על עמדה זו חזרה המדינה בכמה וכמה הליכים אשר התנהלו בבתי המשפט המחוזיים לאורך השנים. אולם, נוכח התפתחויות בפסיקה ובחיי המעשה טוענת עתה המדינה כי התעורר צורך לבחון עמדה זו מחדש, ובעקבות זאת התגבשה עמדתה העדכנית – לפיה שיעור התשואה עומד על 2.5% ביחס לדונם הראשון ו-1.5% ביחס ליתרת החלקה. בתגובה טוענים הנפקעים כי המדינה מנועה מלהתכחש לטענתה הקודמת.

2. חברי השופט גרוסקופף ניתח את הסוגיה באספקלריה של הדינים הנוגעים לשינוי מדיניות מטעם רשות מנהלית (פסקאות 42-45 לחוות דעתו) ולגישתי יש לבחון את הנושא מנקודת מבט נוספת, שאף הועלתה בטענות הנפקעים (פסקה 5 לטיעוניהם

מיום 3.6.2021; כן ראו פסקאות 29 ו-33 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף) – והיא שאלת תחולתו של כלל ההשתק השיפוטי בענייננו.

3. מן הטעמים שאפרט להלן, התנהלות המדינה בהקשר זה אינה חפה מקשיים. ואולם, לאחר שקילת הנושא ובחינת מכלול הנסיבות הנוגעות לעניין, באתי לידי מסקנה כי לא מתקיימים בענייננו התנאים לתחולתו של כלל ההשתק השיפוטי. לפיכך אין מקום לחסום את דרכה של המדינה מלטעון לשיעור תשואה שונה מזה שטענה לו בעבר. לצד זאת, הקשיים בהתנהלותה הדיונית של המדינה, והעובדה כי המקרה דנן הוא גבולי בכל הנוגע לתחולת כלל ההשתק השיפוטי – כל אלה מחזקים בעיני את קביעתו של חברי השופט גרוסקופף, לפיה עמדתה הקודמת של המדינה "איננה חסרת משמעות מבחינה ראייתית" (בפסקה 45 לחוות דעתו).

4. כלל ההשתק השיפוטי קובע, בתמצית, כי כאשר בעל דין מעלה טענה משפטית או עובדתית בהליך מסוים – הוא מושק מלהתכחש לה ולטעון טענה הפוכה בהליך אחר, וזאת גם כאשר ההליך המאוחר מתנהל מול מי שלא היה בעל דין בהליך המוקדם (ע"א 4170/14 כהן נ' כהן, פסקה 8 לפסק דיני (14.1.2016) (להלן: עניין כהן); ראו גם: ע"א 513/89 Exin-Lines Bros. S.A. נ' Interlego A/S, פ"ד מח(4) 133, 194 (1994)). כלל ההשתק השיפוטי חל על המדינה בדומה לכל בעל דין אחר, ואולי אף ביתר שאת – וזאת על רקע חובת ההגינות שאליה כפופות רשויות המדינה (ע"א 8378/11 יגל מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פסקה 31 לפסק דיני (27.10.2016); רע"א 8297/12 הפניקס הישראלי לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקאות 13 ו-16 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל (16.7.2013) (להלן: עניין הפניקס); ע"א 7204/15 פקיד שומה תל אביב 4 נ' עיזבון המנוחה לשם, פסקה 86 (2.1.2018) (להלן: עניין לשם); אבישי אדד טיעון בלתי-עקיב: סופיות, מניעות והשתק 299-300 (2021) (להלן: אדד); מנגד, לביקורת על היקף השימוש בכלל זה ולדיון בנחיצותו במשפט הישראלי, ראו: יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 270-271 (2015) (להלן: רוזן-צבי)).

5. התכלית העיקרית שבבסיס כלל זה היא השאיפה למנוע פגיעה בטוהר ההליך וניצול לרעה של הליכים משפטיים (עניין כהן, בפסקה 8 לפסק דיני). כפי שהובהר בפסיקה, "לתכלית זו שני היבטים: בהיבט המוסרי, הנגזר מעיקרון תום הלב, מבקש הכלל למנוע ניצול לרעה של בתי המשפט; בהיבט המעשי, נועד הכלל כדי למנוע קבלת

החלטות סותרות בידי טריבונלים שונים" (ע"א 1445/11 מרטינו נ' רילוב, פסקה 24 (25.11.2012)).

6. על רקע התכליות הללו, הועלתה בפסיקה האפשרות כי תנאי מקדים לתחולת ההשתק השיפוטי הוא שהטענה אותה העלה בעל הדין בעבר, ושאליה הוא מבקש להתכחש כעת – התקבלה במסגרת ההליך המוקדם, או לכל הפחות הקנתה לו יתרון או טובת הנאה. תנאי זה, הידוע כ"תנאי ההצלחה הקודמת", נותר עד כה שנוי במחלוקת במשפט הישראלי (ראו: עניין כהן, בפסקה 9 לפסק דיני; ע"א 4438/15 סלמה נ' משטרת ישראל, פסקה 7 (26.2.2017); רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625, 634-633, 637 (2005); עניין הפניקס, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט זילברטל; רוזן-צבי, בעמ' 270-271).

7. בפועל, בתי המשפט נוהגים להחיל את כלל ההשתק השיפוטי בעיקר כאשר ניכרת סטייה מהתכליות שעומדות בבסיסו – כלומר, כאשר התנהלות בעל הדין הטוען טענות סותרות, לוקה בחוסר תום לב או בניצול לרעה של ההליך המשפטי (עניין כהן, בפסקה 9 לפסק דיני והאסמכתאות שם; בע"מ 2158/16 פלוני נ' פלונית, פסקה טז (1.5.2016); עניין לשם, בפסקאות 86-87; ראו גם אדד, בעמ' 293; עידו באום ואבישג ברוך "השתק שיפוטי: עיון ביקורתי בכלל ההצלחה הקודמת" ספר אליקים רובינשטיין 1461, 1494 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים, 2021) (להלן: באום וברוך)).

8. כך למשל, במקרים מסוימים שבהם התקבלה טענה להשתק שיפוטי, הדגיש בית המשפט נסיבות שמעידות על חוסר תום-לב – כגון היעדר הסבר מניח את הדעת לשינוי הגרסה, או "הודאה במסירת דברים שאינם אמת בתצהיר ובעדות" (ראו, בהתאמה: ע"א 3561/13 שרגאי נ' פקיד שומה תל אביב 1, פסקה 31 (23.10.2017); ע"א 9056/12 קינג נ' פקיד השומה ירושלים, פסקה 13 (4.8.2014); וראו גם ע"א 892/20 פקיד שומה חיפה נ' פאר, פסקאות 17-18 (4.11.2020); אדד, בעמ' 255-262). מנגד, כאשר נקבע כי הכלל אינו חל, נתנה הפסיקה משקל לנסיבות שמעידות כי הטענה הסותרת לא הועלתה בחוסר תום-לב. כך למשל כאשר הטענה המוקדמת הועלתה עקב שגגה חד-פעמית; או מצב שבו בעל הדין אימץ קביעה שיפוטית שניתנה בניגוד לטענות שהעלה בהליך המוקדם (ראו, בהתאמה: ע"א 135/16 המוסד לביטוח לאומי נ' רוזנטל, פסקה 13 (7.3.2017); ע"א 8119/06 יבולי גליל בע"מ נ' מדינת ישראל-אגף המכס ומס ערך מוסף, פסקה 44 (31.1.2013); ע"א 8309/20 אבו דולה נ' עזבון המנוחה

אבו אלדוואלה (30.6.2022)). במקרה אחד ציין השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן בהקשר

זה:

"להשקפתי, חריג לתחולת הכלל [בדבר השתק שיפוטי] הוא מצב שבו יוכיח מי שמבקש לטעון טענה הפוכה לזו שטען בהליך ראשון כי טענתו המקורית נטענה עקב טעות תמת לב, או כתוצאה מתרמית או מהונאה. מקום שבו הוכח 'יסוד נפשי' מסוג זה, נראה לי כי יש להימנע מלהחיל את כלל ההשתק השיפוטי [...]. בהוכחת ה'יסוד הנפשי' ניתן להביא בחשבון נסיבות הייצוניות המעידות על כך שהשימוש בטענה היה מכוון (למשל, בין היתר ומבלי למצות, נסיבות המצביעות על כך שבעל הדין עשה שימוש בטענה זו גם לשם הפקת טובות הנאה נוספות)" (בר"ם 8689/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה מגדל העמק נ' מבני תעשייה בע"מ, פסקה 14 לחוות דעתו (4.5.2015)).

9. בענייננו, הנימוק שהציגה המדינה לסטייה מעמדתה הקודמת הוא לאקוני במידה רבה. הוא אינו כולל פירוט באשר לסיבה שבגינה נפלה שגגה בעמדתה הקודמת, או הסבר על תהליך הבחינה שהוביל לאיתור השגיאה ולתיקונה (ראו פסקה 96 להודעת הערעור בע"א 6744/20). על רקע זה, השינוי בגרסת המדינה בהחלט מעורר קושי. עם זאת, אינני סבורה כי השינוי מעיד על התנהלות בחוסר תום-לב או על ניצול לרעה של ההליכים המשפטיים, באופן שיש בו כדי להקים השתק השיפוטי ביחס למדינה.

10. כפי שפירט חברי השופט גרוסקופף (בפסקה 3 לחוות דעתו), ההליכים שלפנינו עוסקים בחלקות מקרקעין שהיו כפופות, ברובן המכריע, לתכנית מנדטורית ייחודית אשר הפסיקה נדרשה לא אחת לפרש את תנאיה. קיימת, אפוא, מורכבות עובדתית ומשפטית אינהרנטית בכל הנוגע לקביעת פוטנציאל התשואה של המקרקעין על רקע השימושים המותרים בהם. למורכבות זו מצטרפים שינויים משמעותיים שאירעו לאורך השנים במצב העובדתי והמשפטי הנוגע לעניין: האינפלציה וריסונה בשנות השמונים; העלייה המתמשכת במחירי המקרקעין; ביטול מסלול "דמי החכירה האבודים" בשנת 2010; ולבסוף, פסק הדין בדנ"א 1595/06 עזבון המנוח ארידור נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד סו(2) 58 (2013) (ראו פסקה 44 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף).

11. על רקע מכלול הנסיבות הללו, אשר העלו סימני שאלה משמעותיים באשר לדרך השמאית הנכונה לקבוע את שיעור התשואה של המקרקעין הרלוונטיים – אינני סבורה כי השינוי בעמדת המדינה מעיד כשלעצמו על חוסר תום-לב או על ניצול לרעה

של ההליכים המשפטיים שבהם הייתה ועודנה מעורבת (השוו: רע"א 3948/97 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נה(3) 808, 769 (2001); רע"א 11946/04 לובינסקי בע"מ נ' י.ת. נצר אחזקות בע"מ, פסקה 2 (22.5.2005); ע"א 6283/12 צדוק נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פסקה 9 (26.3.2014); ראו בהקשר זה גם א.ד.ד., בעמ' 339-338 ו-346-347; רוזן-צבי, בעמ' 269).

12. אוסיף ואציין כי בנסיבות העניין שלפנינו, לא ניתן לומר שהתנהלות המדינה הקנתה לה יתרון דיוני כלשהו על פני הנפקעים – וגם בכך יש כדי לתמוך במסקנה ששינוי העמדה לא נבע מחוסר תום-לב במישור הדיוני. כזכור, ההליכים שבהם העלתה המדינה בעבר את עמדתה הקודמת התנהלו מול נפקעים אחרים, כך שהנפקעים בהליכים שלפנינו לא שינו את מצבם לרעה בהסתמך על אותה עמדה קודמת (השוו: רע"א 3640/03 דקל נ' דקל, פסקה 18 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (16.12.2007); וראו גם א.ד.ד., בעמ' 298-299 ו-340-341). זאת ועוד: כעולה מטענות הצדדים, השינוי בעמדת המדינה לא היה מבוסס על מידע רלוונטי שהיה ברשותה ושאותו הסתירה מהנפקעים או מבתי המשפט המחוזיים, אלא על בחינה מחודשת של העובדות והנסיבות שהיו ידועות גם לנפקעים עצמם (השוו: ע"א 765/18 חיון נ' חיון, פסקה 34 (1.5.2019); רוזן-צבי, בעמ' 265; באום וברוך, בעמ' 1474).

13. כמו כן, בזיקה לתנאי "ההצלחה הקודמת" שהוזכר לעיל: אף ששאלת תחולתו של תנאי זה במשפט הישראלי טרם הוכרעה באופן סופי, בענייננו מצאתי לייחס משקל לעובדה שמתוך עשרות הליכים שבמסגרתם הציגה המדינה את עמדתה הקודמת – לפיה שיעור התשואה של קרקעות הכפופות לתכנית המנדטורית הוא 5% – עמדתה זו התקבלה רק במקרים ספורים (ראו פסקאות 16-18 לטיעוני הנפקעים מיום 3.6.2021). בשולי הדברים אוסיף, כפי שציינתי בעבר בהקשר דומה, כי "ההנחה כי הכלל בדבר השתק שיפוטי יכול לפעול לא רק כ'מגן' להשתקט טענותיו של תובע אלא גם כ'חרב', דהיינו להשתיק הגנה של נתבע ולזכות את התובע בסעד - אינה נקייה מספקות" (עניין כהן, בפסקה 10 לפסק דיני).

14. בשים לב למכלול הטעמים הללו, לא שוכנעתי כי יש מקום לכבול את המדינה לעמדתה השמאית הקודמת, לפיה שיעור התשואה של כל חלקי המקרקעין הכפופים לתכנית המנדטורית עומד על 5%. עם זאת, אני סבורה כי עצם שינוי העמדה מטעם המדינה, בצירוף ההסבר העמום שסיפקה לשינוי זה, מצדיקים מתן משקל ראייתי

מסוים לעמדתה הקודמת (ראו והשוו בהקשר זה: ע"א 7497/07 דינגל נ' לינדאור, פסקה 18 (22.2.2010)).

15. בהקשר זה אני מצטרפת, אפוא, לקביעת חברי השופט גרוסקופף לפיה יש להטיל על המדינה נטל ראשוני להצדיק את השינוי בעמדתה, בדמות "תשתית ראשונית לטענתה כי פיצוי הנפקע על בסיס השיעור לו טענה בעבר שיקף הבנה שגויה של הדין או של המציאות הכלכלית-שמאית" (בפסקה 45 לחוות דעתו). עוד אני מצטרפת לנימוקיו ולמסקנותיו של חברי השופט גרוסקופף בכל הנוגע לקביעת שיעור התשואה הקונקרטי של הדונם הראשון וכן של החלקים בעלי הייעוד החקלאי.

ה נ ש י א ה

השופט י' עמית:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף, ולהערות חברתי, הנשיאה א' חיות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בחוות דעתו של כב' השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, ח' בתמוז התשפ"ב (7.7.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה