

## תוכן עניינים

1. מבוא ..... 3
2. היבטים משפטיים כלליים של הליך ההפקעה ..... 4
3. המעמד המשפטי המיוחד של מרחב תת קרקעי ..... 9
4. סוגיית ההפקעה של מרחבים התת-קרקעיים ..... 14
5. התפתחויות במשפט בארה"ב  
לגבי המעמד של המרחב התת-קרקעי ..... 18
6. סיכום ..... 22

## **1. מבוא**

סעיף 11 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 קובע כי "הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע". בכך מיישם סעיף 11 לוק המקרקעין את הדוקטרינה המשפטית המקובלת ברוב מדינות העולם עד היום שלפיה הבעלות בתת-הקרקע מתמזגת בבעלות של פני הקרקע. וכפי שנקבע בתלמוד הבעלות משתרעת "מתהום ארעא ועד רום רקיעא".

דוקטרינה זו, שלפיה הבעלות על הקרקע מתפשטת בצורה של קונוס "עד מרכז כדור הארץ", נוצרה מלפני אלפי שנים כאשר ניצול ושימוש במרחב התת-קרקעי היה מאוד נדיר ובממדים מזעריים. היה מדובר, למעשה, במושג תיאורטי, ללא השלכות מעשיות.

בעשורים האחרונים ניכרת עליה משמעותית ביותר בניצול במרחב התת-קרקעי בעיקר בתחום התחבורה: למשל מנהרות הכרמל בחיפה, מנהרות כביש חוצה ישראל, מנהרות הרכבת לירושלים ולכרמיאל והרכבת התחתית בתל-אביב ועוד.

פרופ' חיים זנדברג בספרו "פירוש לחוק יסוד: מקרקע ישראל"<sup>1</sup> מציין את חשיבותו של המרחב התת-קרקעי והצורך לנצל אותו באופן יעיל יותר. הסיבות לניצול הולך וגובר של המרחב התת-קרקעי הן הצטמצמות השטחים הפנויים במרקמים העירוניים והרצון לשמור על שטחים פתוחים, הטופוגרפיה המקומרת של חלק מאזורי המדינה, קיומן של שכבות היסטוריות שיש לשמר, הצורך במיגון מפני ירי רקטות או מנרות תקיפה ואפילו רעיונות מדיניים בדבר חלוקת הריבונות בשכבות שונות של קרקע בהר הבית או "במעבר הבטוח"<sup>2</sup>.

ניצול הולך וגובר של המרחב התת-קרקעי מעורר שאלות משפטיות לא פשוטות, שכן הוא מתבצע במקרים רבים, תוך הפקעת חללים ששייכים לבעלים פרטיים של שכבות הקרקע העליונות. כמו כל הפקעה אחרת, גם הפקעה תת-קרקעית מחייבת איזון בין זכות הקניין של הפרט לבין האינטרסים החברתיים של פיתוח ערים ותשתיות.

בפסק דין בע"א 119/01 **אקונס נ' מדינת ישראל**<sup>3</sup> (פרשת **מנהרות הכרמל**) צין בית המשפט העליון כי המרחב התת-קרקעי עדיין בגדר של "טריטוריה חדשה", אך הדגיש כי גם ההפקעות התת-קרקעיות מחייבות יישום הולם של האיזונים הקיימים בין זכות הקניין של הפרט לבין האינטרסים החברתיים:

"נראה כי המרחב התת-קרקעי משקף ה-terra nullius של עידן הקידמה. על המשטר הקנייני המשפטי לאזן כראוי בין זכות הקניין של הפרט לבין האינטרסים החברתיים בניצול נאות של המרחב התת-קרקעי כך שיענה על צרכי החברה.

...

**ההפקעה לצורך כריית מנהרות הכרמל משקפת צורך ציבורי ראשון במעלה. אלא**

**שככל הפקעה, גם הפקעה שכזו כפופה למבחן המידתיות**".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> חיים זנדברג, **פירוש לחוק יסוד: מקרקע ישראל**, מכון סאקר, נבו 2016.

<sup>2</sup> שם, בעמ' 105.

<sup>3</sup> ע"א 119/01 **אקונס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז (1) 817 (2003).

<sup>4</sup> שם, בעמ' 862.

לטענות של פרופ' חיים זנדברג<sup>5</sup>, אם נטילת המרחבים התת-קרקעיים לצרכי ציבור תיעשה ללא כל פיצוי לבעלי המקרקעין, הדבר עלול לגרום במקרים מסוימים לפגיעה בבעלי קרקע פרטיים. כמו כן, נטילת המרחב התת-קרקעי אינה מתיישבת עם השקפת העולם הליברלית, לפיה יש לייחס להגנת הקניין הפרטי חשיבות רבה ולא ניתן להטיל אחריות חברתית גורפת על בעלי הקניין הפרטי.<sup>6</sup>

במסגרת עבודה זו יובא דיון בסוגיית ההפקעה של המרחב התת-קרקעי, וזאת, מחד גיסא, תוך הפנייה לעקרונות הכלליים של דיני ההפקעות והמתחים הקיימים בין זכויות הקניין הפרטי לבין צרכים ציבוריים, ומאידך גיסא, תוך בחינת המעמד המשפטי המיוחד – לאור טיבו המיוחד – של מרחב תת-קרקעי.

העבודה תתייחס לסוגיות עקרוניות הבאות: האם במסגרת הליך ההפקעה שטחים תת-קרקעיים צריכים להיחשב כחלק בלתי נפרד מהקרקע או שיש לקבוע שמדובר ביחידת שטח נפרדת ולהתייחס אליהם כיחידת שטח נפרדת לצרכי ההפקעה; מה מידת הפגיעה בזכות הקניין במקרה של הפקעת שטחים תת-קרקעיים; מה נחשב כפיצוי הולם בגין הפקעת שטחים תת-קרקעיים. זאת, תוך התייחסות לספרות הקיימת בנושא זה ותוך הפניה לסוגיות דומות וניתוח שלהן במשפט זר.

## 2. היבטים משפטיים כלליים של הליך ההפקעה

טרם תחילת הדיון בסוגיה ספציפית של הפקעת מרחב תת-קרקעי אבקש לתת סקירה של היבטים כלליים של דיני הפקעות במשפט הישראלי.

מבחינה כללית, דיני הפקעות, או דיני הנטילה השלטונית של זכויות במקרקעין בישראל מאפשרים למדינה, או לרשויות אחרות המוסמכות לכך בדין, להפקיע זכויות של פרט במקרקעין לכל מיני מטרות בעלות אינטרס ציבורי, תמורת מתן פיצוי לאותם פרטים שזכויותיהם במקרקעין ניטלו.

פי שמציין שי שטרן במאמרו<sup>7</sup>, דיני הנטילה השלטונית הישראלים פועלים לכאורה לפי נוסחה פשוטה בתכלית: המדינה או רשות כלשהי מן הרשויות המוסמכות לכך לפי חוק רשאיות להפקיע זכויות במקרקעין לשם מימוש של מטרה ציבורית בתמורה למתן פיצוי לבעל המקרקעין המופקעים<sup>8</sup>.

אריה קמר, בספרו "דיני הפקעת מקרקעין"<sup>9</sup> מגדיר "הפקעה" כרכישה כפויה של זכויות פרטיות במקרקעין על ידי המדינה או מטעמה למטרה ציבורית כנגד תשלום פיצויים<sup>10</sup>. בהתאם להגדרה זו ניתן להצביע על שישה רכיבים של הליך ההפקעה:

1. רכישה – העברת זכויות במקרקעין מבעלים לידי המפקיע. כל עוד לא מועברים הזכויות – לא מדובר בהפקעה, אלא ב"הגבלה". כאשר המדינה לא רוכשת לעצמה זכויות במקרקעין של הפרט, אבל קובעת לפרט מגבלות בשימוש בזכויותיו במקרקעין (למשל בהתאם לסעיף 156 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, שמטיל הגבלות בקרקע חקלאית ובתחום הסביבה החופית) לא מדובר בהפקעה. יש לציין כי משום שמדובר באקט חד-צדדי של מפקיע הדגש בהגדרת ההפקעה הוא על יסוד הרכישה דווקא ולא על יסוד המכירה או ההעברה הרצונית, כפי שזה מקובל בהגדרות בחוקים שעוסקים במכירה ברצון.

<sup>5</sup> חיים זנדברג, פירוש לחוק יסוד: מקרקע ישראל, מכון סאקר, נבו 2016.

<sup>6</sup> שם, בעמ' 107.

<sup>7</sup> שי שטרן, פיצוי נאות: על הסעדים וצדק בדיני הנטילה השלטונית בישראל, עיוני משפט מא, תשע"ט (2018).

<sup>8</sup> שם, בעמ' 146.

<sup>9</sup> אריה קמר, דיני הפקעת מקרקעין, מהדורה שביעית (הוצאת מירב, התשס"ח-2008).

<sup>10</sup> שם, בעמ' 13.