

ביקורת ספרים

דפנה לוינסון-זמיר

פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון

הוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, ירושלים
450 עמודים

מאת

רחל אלתרמן*

סוף-סוף זכינו אנו, המתעניינים בדיני תכנון ובניה בדיני מקרקעין, בספר חדש ומחדש, העוסק בסוגיא שהיא מבין החשובות – והקשות ביותר – שבתחום דיני תכנון ובנייה: מהו הגבול בדין הקיים ובדין הרצוי בין סמכויות התכנון להגביל את השימוש במקרקעין לבין הזכות לפיצוי על פגיעה במקרקעין של היחיד מהפעלת סמכויות אלה.

עיתוי הוצאתו של הספר לאור חשוב במיוחד בתקופה הנוכחית. שני תהליכים חדשים מתרחשים בדיני תכנון ובנייה ובדיני הפקעות בישראל: מחד גיסא, גברה מאוד ההגנה על הקניין בעקבות מצוותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והשפעתו כבר ניכרת בכהירות בשנתיים האחרונות בפסיקה ובהתלבטות על דברי החקיקה החדשים הנמצאים בתהליך ייצור מואץ (תיקון מקיף לחוק התיכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 שיזמה הממשלה; חוק כביש ארצי לישראל תשנ"ה-1995; ומגמה חדשה של הצעת תיקונים לחוק התכנון והבנייה ולחוקים גלויים כאמצעות

* רחל אלתרמן היא פרופסור מן המניין בטכניון, בעלת תואר שני ושלישי בתכנון ערים מאוניברסיטת מניטובה ומהטכניון ובעלת תואר ראשון במשפטים מאוניברסיטת תל-אביב. פרופ' אלתרמן מתמחה במחקרים הקושרים את ההיבטים המשפטיים של תכנון ובנייה עם תיאוריות התכנון ועם אופן הביצוע בפרקטיקה.

הצעות חוק פרטיות). ומאידך גיסא, מצוקת מחירי הדיור, הגוברת והנתפשת כבנייה פוליטית לקראת הבחירות של 1996, גורמת לרווח-תזוית במערכת התכנון והבנייה וללחצים רבים להחשת תהליכי אישור של תוכניות. הללו באים לידי ביטוי בחקיקה החדשה לזירוז הליכים בחוק התכנון והבנייה ובחוקים גלויים, ויש בהם כדי להחריף את הפגיעות בקניין מקרקעין.

הספר מבוסס על עבודת-מחקר לתואר דוקטור שנעשתה על-ידי החוקרת בהנחיית פרופ' יהושע וייסמן מהאוניברסיטה העברית. תרומתו הרבה של המחקר לידע נעוצה בהיקף, בתיאוריה ובהבהרת הדין הישראלי. מבחינת היקף השכיחה המחברת לזהות גבולות וקשרים חדשים של הסוגיא על-ידי סריקה של כל הסוגיות הנוגעות לשאלת הפיצוי – אלה המוכרות ואלה שאינן מוכרות היטב. היא שוזרת סוגיות אלה ליריעה אחת שלמה. התרומה התיאורטית היא בהארה החדשנית של הסוגיא על-פי תיאוריות הלקוחות מתחומי התכנון והכלכלה. התרומה בהבהרת הדין נעוצה בניתוח משפטי שיטתי, ולעתים אף נועז ומפתיע, של סוגיות שהיו סתומות עד עתה.

בראש הספר פורשת לנו ד"ר לוינסון-זמיר תיאוריות השאובות מתחומים שבדיסציפלינות חוץ-משפטיות, שכלי הבנתן המעמיקה לא ניתן להפעיל את דיני התכנון בצורה מושכלת. הדיון עוסק בעצם ההצדקה להתערבות בקניין הפרט באמצעות תכנון – נושא הנכלל בתחום "תיאוריות התכנון" ובתחום הפילוסופיה הכלכלית בדבר ההצדקה לקניין הפרט. כבר בפרישה התיאורטית בדרך זו ישנה תרומה של ממש לספרות דיני תכנון. המסד התיאורטי המוצק משמש את המחברת בהמשך העבודה כדי לזהות את הגבול הראוי בין פיצוי לאי-פיצוי בכל אחת מן הסוגיות המשפטיות הרבות שהיא סוקרת בהמשך. הצדקות להתערבות בקניין חשוכות לקוראים היום יותר מאי-פעם בעבר בשל הביקורת הציבורית הגוברת על מערכת התכנון והבנייה בישראל. הפרקים התיאורטיים מוגשים בצורה כה מקיפה ומאירת-עיניים, שמיד עם פרסום הספר ראיתי לנכון להחליף בהם את פריטי הקריאה המקבילים (בלועזית) הכלולים ברשימת הקריאה בקורסים שאני מלמדת בטכניון בתחום תיאוריות התכנון ודיני תכנון ובנייה.

עבור הקוראים העוסקים בפרקטיקה המשפטית התכנונית, או השמאית, התרומה הממשית ביותר של הספר היא בדיון בסוגיות הספציפיות שעניינן הקשר בין הוראות תכנון ובנייה לשאלת הזכאות לפיצויים. הבעייתיות שבסוגיות אלה הולכת וגוברת לאחרונה עקב הוראות חוק-היסוד והאמרת מחירי המקרקעין. בעלי זכויות במקרקעין מראים בשנים האחרונות נכונות גוברת להשקיע מומן בהתדיינות משפטית, ועל-כן רב הצמא בקרב הקהילה המשפטית למחקר מעין זה. עיקר הספר עוסק בפרישה של יריעה רחבה ושימושית של סוגיות שבדין הישראלי, מבלי להרפות מאף אחת מהסוגיות. חלק מהסוגיות כבר נותחו על-ידי

אחרים, דוגמת הסוגיות של הפקעה ללא תמורה והשגת קרקע על-פי הסכמים שבהן עסקתי לא מעט¹. אך גם כאשר המחברת עוסקת בסוגיות אלה, היא משכיחה להציגן בהעמקה רבה יותר מאשר בספרות הקיימת.

המחברת מציגה פרשנות מעמיקה ולעיתים נועזת גם של סוגיות שטרם זכו למחקר מעמיק. אביא כדוגמא את סוגיית הגבולות לאי-פיצוי בהליך של חלוקה חדשה על-פי חוק התכנון והבנייה (המוכרת משום-מה עדיין בשמה הלועזי "ה-פרצלציה"). בנושא זה מציגה המחברת פרשנות חדשה — מפתיעה ומשכנעת — בדבר הגבול לאי-פיצוי. הדעה המקובלת בקרב העוסקים בחלוקה חדשה היא שבהליך של חלוקה חדשה ללא הסכמת הבעלים (סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה) אין לראות את הפרשות הקרקע לצורכי ציבור כהפקעות שעליהן חלים הכללים לגבי הפקעה ללא תמורה (סעיף 190(א)(1) לחוק). לפי דעה זו, אין הגבלה באשר לשיעור הקרקע שניתן לקחת לצורכי ציבור כל עוד שוויו של חלקו היחסי של כל בעל-קרקע בשלב שלפני החלוקה החדשה יישמר גם בשלב שלאחריה או שישולמו תשלומי האיוון בין הבעלים כנדרש בחוק. דעה זו נסמכת על סעיף 4 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצורכי ציבור, התשכ"ד-1964 המורה כי "לענין חישוב האחוזים של חלקה שמותר לרכוש לפי חוק זה ללא תשלום פיצויים — (1) אין מביאים בחשבון רכישה מכוח חלוקה חדשה לפי סעיף 20א' לפקודת בנין ערים, 1936, ולפי סימן ז' לפרק ג' לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965".

לעומת זאת, טוענת ד"ר לוינסון-זמיר שיש לראות הפרשה כפויה של קרקע לצורכי ציבור במסגרת של חלוקה חדשה כהפקעה לכל דבר ויש להחיל עליה את המגבלות הכמותיות והאחרות שמציב חוק התכנון והבנייה על הפקעה ללא תמורה. המחברת מנמקת, שההסדר אשר חוק התכנון והבנייה קובע לגבי חלוקה חדשה אינו עוסק כלל בהפקעת מקרקעין ולפיכך אין ללמוד ממנו, לא לחיוב ולא לשלילה, על שיעור הלקיחה המותר ומגבולותיה. ההוראות בדבר הפקעות קרקע ללא תמורה חלות גם בהליך של חלוקה חדשה; ובאשר להוראות החוק לתיקון דיני הרכישה המחברת מצביעה על כך שגם על-פי הוראת חוק זה, השיעור המירבי של הפקעה שניתן לבצע ללא תמורה במסגרת חלוקה חדשה הוא 40%, הגם שכבר בעבר הופקעו 40% במסגרת תוכנית שאינה חלוקה חדשה. תחשיב מתימטי מהיר מורה שהחוק לתיקון דיני הרכישה מאפשר להפקיע עד 64% (40% בתוכנית המקורית ועוד 40% מתוך ה-60% בתוכנית לחלוקה חדשה = 64%) ולא יותר. פרשנות זו

1 רחל אלטרמן "הפקעת קרקע לצורכי ציבור ללא תמורה לפי חוק התכנון והבנייה — לקראת הערכה מחדש" משפטים טו (תשמ"ה) 179; רחל אלטרמן ומירי ויטק מהפקעות ועד הסכמים — דרכים להשגת קרקע לצורכי ציבור (1991); Rachele Alterman, "From Expropriations to Agreements — Developer Obligations for Public Services in Israel" 24 *Israel Law Review* (1990) 58.

משכנעת וסבירה ואף עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר ספק אם היה סובל את הפרשנות הקודמת שהתירה לכאורה לקיחת קרקע ללא גבול כמותי או מהותי כלשהו.

הספר דן גם בהקשר בין פיצויים לשימוש חורג, שמירה על קרקע חקלאית, הקפאה ותנאים בתקופות ביניים ובכל אחד מנושאים אלה המחברת מציגה ניתוח מעמיק של הדין הנוכחי שיש בו להועיל לעוסקים בתחום. כמו בסוגיות אחרות, אין המחברת מסתפקת בכך ומעמידה את הדין הנוכחי, כדרכה, מול אמות-המידה של צדק חלוקתי ומועילות ציבורית המלוות את ניתוחיה לכל אורך הספר.

במיוחד נועזת פרשנותה של ד"ר לוינסון-זמיר לסעיף 200 הסתום והעולם שבחוק התכנון והבנייה, המכיל רשימה של מצבים של "יוצאים מן הכלל" בסעיף 197 ושבחם אין לבעלי המקרקעין זכות לפיצויים על ניזקי תיכנון עקב שינוי תוכנית, אלא אם הפגיעה נוגדת את הצדק ועוברת את תחום הסביר. אף שסעיף זה עומד בספר החוקים שלנו בנוסח כמעט יציב מזה עשרות שנים, טרם זכה לפרשנות מקיפה בפסיקה או בכתובים. אמנם, לאחרונה התייחס בית-המשפט העליון לרישא של סעיף זה בסדרה של פסקי-דין, אך לא לגוף הסעיף שבו רשימת היוצאים-מן-הכלל. הרישא של סעיף 200 קובעת: "לא ידאו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים". פסקי-הדין האחרונים עשו רבות להבהרת אמות-המידה של "תחום הסביר" ו"צדק" (ובעיקר, הצד הכמותי של סבירות), אך טרם נדרש בית המשפט להתעמק ברשימת סעיף-המשנה שבהם נמנים כל היוצאים-מן-הכלל. הסברה המקובלת היא, שרשימת סעיף-המשנה של סעיף 200 כוללת כמעט את כל סוגי הגבלות התכנון ובכך מחזירה את מוקד הדין לאמות-המידה של סבירות וצדק שבראשיתו של סעיף 200. המחברת מציגה פרשנות חדשה לסעיף זה, המצמצמת את התחולה הגורפת-לכאורה של היוצאים-מן-הכלל ובכך יוצקת בסעיפים 200(1) ו-200(4) תוכן קונקרטי חדש. אף שאינני בטוחה כי אני מסכימה עם פרשנותה של המחברת, הרי היא תרמה תרומה רבה בהעלאת שאלת הצורך בפרשנות עקיבה ומקיפה של סעיפים 197 ו-200 והקשר ביניהם. נושא זה יעורר מן-הסתם עניין רב בקרב קהילת עורכי-הדין והשופטים ואני צופה שיהיה לו ביטוי קרוב בפסיקה ה"חמה" כל-כך לאחרונה בהקשר לסעיפים 197 ו-200.

פרק חשוב ומקיף המחברת מקדישה לתחום של הסכמים בין יזמים לרשויות-התכנון. הכוונה היא לדרכים השונות שבהן רשויות-התכנון משיגות הטבות שונות לציבור מהיזם, מעבר לסמכותן בחוק. תחולתה של סוגיא זו כפועל (כך מראים מחקרים שעשיתי) הולכת וגוברת, ולאחרונה אף התארגנה לשכת-הקבלנים-והבונים להגשת תביעות ועתירות בנושא זה. כמי שסבורה כי הסכמים מעין אלה – הנעשים

בדרך-כלל לא "מטוב-לבם" של היוזמים – ימשיכו להתקיים בישראל, כמו במדינות אחרות, אני רואה תועלת מיוחדת בדיון המעמיק שהמחברת מציגה בנושא זה. קוראי הספר ימצאו בפרק זה הצעות מועילות בדבר אמות-המידה אשר – לפי המחברת – ראוי להפעיל על כל הסכם בין רשויות-התכנון ליוזמים. אמות-המידה אלה עוסקות במידת הזיקה בין הנטל הנכפה ובין ההשפעות השליליות שיוצר הפרוייקט וכן במידת הצדק שבחלוקת הנטל.

פן חשוב של הספר הוא בכושרו לשלב בניתוח המשפטי גם מידע ממחקר-שדה שעשו אחרים על אופן השימוש שהרשויות עושות בהוראות החוק. כמי שעוסקת מזה שנים בתחום זה, אוכל להעיד שדפנה לוינסון-זמיר משלבת היטב את ממצאי מחקרי בנושאים של הפקעות בתמורה וללא תמורה, הסכמים בין רשויות-תכנון ובין יזמים, פיצויים על נזקי תוכניות, היטל ההשבחה, שמירה על קרקע חקלאית וחלוקה חדשה.

הספר מצטיין באיכות הכתיבה הבהירה והרהוטה, המצליחה לגרות את הקוראים לכל אורך הדרך, חרף המורכבות של הסוגיות שהספר עוסק בהן. אם יש מגבלה בעבודה זו, היא קשורה בעניין טכני לחלוטין של מבנה הספר: במונוגרף עב-כרס מעין זה, הסיקר ושזור יחד סוגיות מורכבות, שיטת המספור של הסעיפים מקשה על ההתמצאות. השיטה היא זו הנהוגה בספרות המשפטית – צירוף בין מספרים רומיים, מספרים רגילים ואותיות עבריות. אולי הגיע הזמן לאמץ גם בספרות המשפטית דרכים יותר "ידידותיות" ולעבור לשיטות מספור המקובלות בתחומי מדע אחרים.

השמועה על הופעתו של ספר זה כבר נפוצה בקרב הקהילה ההולכת וגדלה של משפטנים, מתכנני ערים ושמאים, העוסקים בתחום התכנון והבנייה. ספר מצוין זה ממלא משבצת החסרה מאוד בספרות המשפטית בישראל ואין לי כל ספק, שהוא ראוי למצוא את מקומו בין "ספרות החובה" של כל העוסקים בתחום. ניתן לצפות שחותמו של הספר על הפסיקה בסוגיות הרבות שהוא סוקר תהיה רבה ומהירה. וחשוב עוד יותר: הספר מציב בסיס תיאורטי ועיוני מוצק לחשיבה-מחדש בקרב המחקרים על ההסדרים הראויים לישראל בנושאים שבהם הדילמה בין ההגנה על העניין הציבורי ובין ההגנה על קניין הפרט הולכת ומחריפה.
