

פגיעה בקניין הפרטי במתחמי פינוי ובינוי

מאת

חיים זנדברג*

המסגרת הנורמטיבית שעוסקת בהתחדשות עירונית בישראל כופה על בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי אמת מידה אחידה ופוגענית שלפיה תמורת פינוי המקרקעין ונשיאה בסיכונים הרבים הכרוכים בעסקת פינוי ובינוי, הם ייאלצו לקבל דירה אחת בלבד, השווה בגודלה לדירה שאותה הם מפנים או הגדולה ממנה אך במעט. אמת מידה זו, שנתמכת בחקיקה אך מבוססת בעיקר על מדיניות ממשלתית, נכפית על בעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי מוכרזים באמצעות מנגנון כפייה רב זרועות שמנצל את חולשותיהם, לרבות פיזולם, חולשתם החברתית והטיות קוגניטיביות שונות. לפיכך הזוכים בעיקר הרווח הכלכלי שנובע מפיתוח מתחמי פינוי ובינוי אינם בעלי המקרקעין אלא יזמים או רשויות מקומיות שבתחומן מפותחים המקרקעין. אמת המידה הפוגענית מוטמעת גם בתכנון העירוני כמגבלה על היקף הבנייה שמעכבת את ההתחדשות העירונית ואת הגדלת היצע הדיור.

במאמר אטען כי כפיית אמת המידה האמורה היא פגיעה שאינה חוקתית בקניין הפרטי. היא נעשית ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית, יש ספק אם היא משרתת תכלית ראויה כלשהי, ואם היא משרתת תכלית כזו היא אינה מידתית. היא גם מביאה לתוצאות שאינן הולמות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שכן היא פוגעת בערכי השוויון והצדק החלוקתי. בשל כך אציע לבטל את אמת המידה הפוגענית או למצער ליישמה ולפרשה פירוש שימנע את הפגיעה החוקתית.

מבוא. א. הקניין בזכות לפיתוח נוכחי ועתידי של מקרקעין. 1. זכויות הבנייה – קניין של בעל המקרקעין. 2. מימוש זכויות הבנייה בעסקאות קומבינציה ופניוני-בינוי. **ב. הגישה הפוגענית.** 1. המערכת הנורמטיבית והפגיעה – בתמצית. 2. עיגון הפגיעה בחקיקה ובתקנות. 3. לידתה של הפגיעה בתקן 21. 4. תיקוני תקן 21 – דבקות בגישה הפוגענית. 5. מדיניות הרשות להתחדשות עירונית. 6. מדיניות התכנון. 7. הגישה הפוגענית – סיכום ביניים. **ג. כפיית הגישה הפוגענית במסגרת הליכי פינוי ובינוי.** 1. רשת הכפייה – בתמצית. 2. בעיית הפעולה המשותפת כתירוף לפגיעה. 3. חכמים על חלשים: ניצול חולשות הבעלים לכפיית תמורה פוגענית. 4. כבילה כפויה למארגנים. 5. כבילה כפויה ליזמים. 6. האיום המשתק במכירה כפויה או באחריות נזיקית. 7. הכרזה על מתחם פינוי ובינוי כפגיעה

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. ברצוני להודות לכל המפורטים להלן על הערות ועל תובנות חשובות ומאירות עיניים שקיבלתי מהם על טיטות מוקדמות של המאמר: חברי מערכת כתב העת **משפטים**, ובראשם העורכים נועה דרון רוזה ועדו שלזינגר; משתתפי הסדנה במשפט פרטי ומסחרי באוניברסיטה העברית בירושלים בהנחיית פרופ' איל זמיר ובהשתתפות פרופ' דפנה לוינסון-זמיר. הרעיונות שפיתחתי במאמר זה מצאו את ביטויים הראשוניים בחוות דעת שהגשתי למכון לרפורמות מבניות במסגרת עתירה שהגיש בבג"ץ 8958/21 **המכון לרפורמות מבניות בע"מ נ' כנסת ישראל** (נבו 23.3.2025). החכמתי משיחותיי עם ראש המכון, עו"ד שרגא בירן, ועם עורכי הדין ניב ורובל, גיא וילף ואילן סופר. האחריות הבלעדית לתוכנו של המאמר – שלי.

בקניין. 8. ההכרזה כפגיעה בקניין ללא פיצוי. 9. כפיית הפגיעה – סיכום. ד. **הפגיעה אינה חוקתית**. 1. העדר הסמכה בחוק. 2. תכלית מסופקת. 3. הפגיעה אינה מועילה לתכליותיה. 4. פגיעה לא מידתית: עולה על הנדרש. 5. מחירה החברתי של הפגיעה עולה על תועלתה. 6. ביטול הפגיעה. ה. **סיכום**.

מבוא

המסגרת הנורמטיבית שעוסקת בהתחדשות עירונית בישראל כופה על בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי אמת מידה אחידה ופוגענית, שלפיה תמורת פינוי המקרקעין ונשיאה בסיכונים הרבים הכרוכים בעסקת פינוי ובינוי, ייאלצו בעלי המקרקעין לקבל דירה אחת בלבד, השווה בגודלה לדירה שאותה הם מפנים או גדולה ממנה אך במעט. אמת מידה זו, שנתמכת בחקיקה אך מבוססת בעיקר על מדיניות ממשלתית, נכפית על בעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי מוכרזים באמצעות מנגנון כפייה רב זרועות שמנצל את חולשותיהם, לרבות פיצולם, חולשתם החברתית והטיות קוגניטיביות שונות. לפיכך הזוכים בעיקר הרווח הכלכלי שנובע מפיתוח מתחמי פינוי ובינוי אינם בעלי המקרקעין אלא יזמים או רשויות מקומיות שבתחומן מפותחים המקרקעין. זוהי פגיעה לא חוקתית ולא מידתית בקניין הפרטי של בעלי המקרקעין במתחמים אלה. יתרה מזאת, אמת המידה הפוגענית מוטמעת ברבות מתוכניות ההתחדשות העירונית בישראל כאמת מידה מנחה לתכנון ומגבילה אפוא את היקף הבנייה במסגרתן ופוגעת בתכליות שהיא אמורה לקדם, כלומר עידוד ההתחדשות העירונית והגדלת היצע הדיור. היא גם מנוגדת למדיניות ההפרטה של מקרקעי ישראל שהעבירה את הקניין במקרקעין המופרטים ואת היוזמה לפיתוחם מן הממשלה לבעלי הדירות.

במאמר זה אטען כי הפגיעה של אמת המידה האמורה בקניין הפרטי אינה חוקתית, שכן נעשתה ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. יש ספק רב אם היא משרתת תכלית ראויה כלשהי, ואם היא משרתת תכלית כזו היא אינה מידתית. היא גם מביאה לתוצאות שאינן הולמות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, שכן היא פוגעת בערכי השוויון והצדק החלוקתי, היא מתמקדת באוכלוסייה החלשה של מתחמים מוכרזים ומעבירה את קניינה לקבוצת יזמים קטנה וחזקה. לכן ראוי לבטלה, או למצער ליישמה ולפרשה באופן שימנע את הפגיעה החוקתית האמורה.

במאמר חמישה פרקים. בפרק א אראה כי זכות הקניין במקרקעין כוללת בישראל גם את הזכות לפיתוח נכחי ועתידי של זכויות הבנייה שיוקנו למקרקעין. כמו כן אצביע על האופן שבו מחושבת התמורה בעסקאות לפיתוח מקרקעין הנרקמות בין בעלי מקרקעין לבין יזמים בשוק תחרותי ללא כשלי שוק. אראה כי בעסקאות כאלה אמור הבעלים להותיר בידיו את מלוא הזכויות שאינן נחוצות לכיסוי הוצאות היזם ורווח מקובל. בפרק ב אציג את התפתחות הגישה הפוגענית שלפיה בעל דירה במתחם פינוי ובינוי, בכל מקום בארץ, יקבל בתמורה להסכמתו לפינוי הדירה רק דירה אחת מוגדלת בפרויקט שייבנה במתחם, ואילו מלוא יתרת הזכויות לפיתוח במתחם, אם תהיה כזאת, תיוותר בידי יזמים או בידי הציבור. בפרק ג אראה כיצד הגישה הפוגענית שתוארה בפרק ב נכפית על בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי וכמוה

כפגיעה בזכויות קניין שלהם, וזאת ללא כל פיצוי. אציג את מנגנון הכפייה ואראה כיצד הוא כובל בעלי דירות להסכמים המעוצבים לפי ברירת המחלף הפוגענית. בפרק ד אסביר מדוע כפיית הגישה הפוגענית על בעלי הדירות אינה חוקתית ואינה מידתית, ומה נדרש לעשות כדי לבטל את הפגיעה החוקתית. אסיים בסיכום.

א. הקניין בזכות לפיתוח נכחי ועתידי של מקרקעין

1. זכויות הבנייה – קניין של בעל המקרקעין

מלומדי המשפט נוהגים להמשיל את זכות הבעלות לקופסה¹ שיש בה אגד זכויות.² חוק המקרקעין קובע כי הבעלות במקרקעין כוללת גם את "הזכות לעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".³ האפשרות לפיתוח נכחי או עתידי של המקרקעין היא חלק מהזכות של בעליהם לעשות בהם "כל דבר".⁴ אכן, מרכיב זה של הבעלות מותנה באסדרה תכנונית שמגבילה את הבעלים. המושגים "זכויות בנייה" או "אחוזי בנייה" מבטאים בישראל את המכסה המותרת לבנייה על פי האסדרה התכנונית.⁵ לולא היו מגבלות תכנוניות חלות על הבעלות, היה כל בעלים יכול לבנות על מקרקעיו ולפתחם כאוות נפשו. משהותנה הזכות לפיתוח בצורך בתכנון ובקבלת היתר מהרשויות, הפכה קבלת ההכשר התכנוני אמצעי למימוש זכות הבעלות, שיש לו השפעה מובחנת על ערכם הכלכלי של המקרקעין. הגדלתה של מכסת זכויות הבנייה במקרקעין מעתירה על המקרקעין ערך נוסף (shifting value)⁶ או "רווח יזמי" וגורמת להשבחתם.⁷ הקטנת המכסה עשויה לגרום לפגיעה בשווי המקרקעין.⁸ בהיעדר זכויות פיתוח מוכרות יהיה השווי נמוך יותר וישקף, לכל היותר, את הציפיות הכלליות בנוגע לאפשרות להוסיף ולבנות (floating)

1 יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 31 (1997) (להלן: ויסמן בעלות).

2 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 66–67 (2005).

3 ס' 2 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259.

4 אמנון להבי ועמיר ליכט "הפקעת מקרקעין לייעודים נושאי רווח: הצעה למודל תאגידי" עיוני משפט כט 99, 106–107 (2007) (רואים בפגיעה במרכיבים אלה פגיעה בקניין); רחל אלתרמן "מי ימלא גבורות מקרקעי ישראל – בחינה של הצדקות להמשך הבעלות הלאומית על המקרקעין" עיוני משפט כא 535, 538 (1998) (מתארת שיטות ש"מלאימות" את ערך הפיתוח); Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Givings*, 111 YALE L.J. 547, 612–613 (2001) (מתארים את הכללתן של הרעפות (givings) בזכות הקניין כנקודת מוצא מקובלת אך לא הכרחית).

5 אבי וינרוט ואריק מגידש "זכויות בנייה: עיון מחודש" משפטים נא 201, 202 (2021).

6 דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על ידי רשויות התכנון 115 (1994) (להלן: לוינסון-זמיר פגיעות).

7 להבי וליכט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 105 הערת שוליים 17 (מגדירים "רווח יזמי": "רווח הצפוי לבעל הזכויות בקרקע כתוצאה מעצם אישורו של הפרויקט, באופן המגלם בתוכו בעיקר את העלייה בשווי השוק של הקרקע בשל שינוי ייעודה ו/או הקניית זכויות הבנייה עלגביה, בהתחשב בתוחלת הסיכונים והסיכויים הכרוכים בפיתוחה של הקרקע הלכה למעשה").

8 לוינסון-זמיר פגיעות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 278.

9. (value). השפעתן של זכויות הבנייה על ערכה של קופסת הבעלות – מכרעת.¹⁰ אם כך, לאסדרה התכנונית יש ערך כלכלי שמורעף על ידי רשויות התכנון והבנייה על המקרקעין, משפיע על ערכם ומתמזג בזכות הקניינית של בעליהם לעשות בהם כל דבר, כפוף למגבלות הדין.

רשויות התכנון אינן מרעיפות את זכויות הבנייה לכל בעל מקרקעין וגם אין לבעלי מקרקעין זכות קנויה לקבל היתר לממשן, אף כי גם הציפייה לקבלן זוכה למידה מוגבלת של הגנה.¹¹ לא תמיד ניתן לנתק את זכויות הבנייה מהמקרקעין ולהעבירן לאחר בנפרד ובמנותק מהעברת הקניין במקרקעין.¹² האופי המופשט והלא מוחשי של זכויות הבנייה, התלות ברשויות לשם מימושן וגם הקושי לנתק אותן מהמקרקעין גרמו למלומדים שונים להתלבט באשר לשאלה אם מדובר בזכות במקרקעין או שמא בנכס אחר, קרי זכות "חוזית" או "אובליגטורית" או "מעין קניינית".¹³ ברוח זו היו שסברו כי אין מדובר בזכות במקרקעין, שכן היא אינה מוגדרת על פי חוק, כנדרש בס' 161 לחוק המקרקעין.¹⁴ יהושע ויסמן אף הרחיק לכת וטען כי זכויות הבנייה הן רק "גבול למה שהבעל רשאי לעשות במקרקעין", ולכן "אין לראותם כנכס", שכן "המקרקעין הם הנכס ולא אחוזי הבנייה".¹⁵ עם זאת הקושי לסווג נכס במסגרת אחת הקטגוריות המוכרות של נכסים אינו בהכרח שולל את אופיו כנכס. לזכויות הבנייה יש כמה תכונות בולטות שמאפיינות גם נכסים וגם זכויות קניין, ובהם ה"רכושויות", שהיא האפשרות להמרה בכסף, העבירות שהיא היכולת לעשות בהן עסקאות והעדיפות כלפי צדדים שלישיים.¹⁶ אכן העבירות של זכויות הבנייה מוגבלות,

- 9 שם, בעמ' 115; ע"א 483/86 בירנבך נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 228–233 (1988); בר"מ 10212/16 דליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה, בפס' 105 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק ארז ובפס' 10–17 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (1.4.2020).
- 10 ויסמן בעלות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 414–416; תיאודור אורין "אחוזי בניה" – זכות קניינית? הפרקליט לב 525, 540 (1979).
- 11 ע"א 36/11 חברת דואר ישראל בע"מ נ' חפציבה שיכון ופיתוח בע"מ, בפס' 42–44 לפסק דינה של השופטת נאור, פסק דינו של השופט עמית (נבו 3.9.2015) (להלן: פרשת דואר ישראל). (מתארים את מחויבותן של רשויות התכנון כלפי בעל מקרקעין – הן, במידה מוגבלת יותר, בטרם אישורן והן לאחר אישורן); ע"מ 3192/14 גרנות נ' האגודה שיתופית רמת רזיאל כפר שיתופי של תנועת חרות, בפס' 11–13 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 30.11.2015). (מסכם את ההלכות המגבילות את שיקול הדעת הנתון לגורמי הרישוי לסרב ליתן היתר בנייה התואם תוכנית תקפה); וינרוט ומגידש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 207 (מדגישים את היעדר המחויבות של הרשות להקצות זכויות לבעלים).
- 12 פרשת דואר ישראל, לעיל ה"ש 11, בפס' 36–41 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו 3.9.2015); ע"א 467/14 שטינברג נ' חברת לילינבלום 13 בע"מ, בפס' 17–19 לפסק דינה של השופטת ברק ארז (נבו 9.9.2015); דפנה לוינסון-זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיזיו הראויים ו"זכויות בנייה עבירות" (TDR) "משפטים לא 11, 90–91 (2000) (להלן: לוינסון-זמיר "ניוד").
- 13 וינרוט ומגידש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 204–211 (מתארים את הלבטים שהתעוררו בספרות ובפסיקה).
- 14 שם בעמ' 209.
- 15 ויסמן בעלות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 416.
- 16 לדיון כללי בתכונות אלה של הזכות הרכושית והקניינית ראו יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 55–67 (1993) (להלן: ויסמן חלק כללי); מיגל דויטש קניין כרך א 19–20, 43–52 (1997).

במיוחד ככל הנוגע להעברתן במנותק מהמקרקעין או בנוגע לניודן אל מחוץ למקרקעין.¹⁷ גם העדיפות במימושן כלפי צדדים שלישיים אינה מוחלטת.¹⁸ עם זאת, כפי שאראה להלן, מגבלות אלה הן חלקיות, וממילא אין בהגבלת עבירותו של נכס או אף בהגבלת היקף עדיפות בעליו כלפי צדדים שלישיים כדי לשלול את אופיו כנכס או את אופיו כקניין של בעליו.¹⁹ מגבלות עבירות אינן שוללות את האפשרות של בעל נכס לממש היבטים אחרים של קניינו, כגון הזכות להשתמש בנכס, לנצל אותו או לקבל פיצוי על הפקעתו. זאת ועוד, ניתן למסגר את זכויות הבנייה כחלק מן הזכויות במקרקעין גם אם אין מוקדשת להן הגדרה נפרדת ברשימת הזכויות הנזכרות בפרק הראשון של חוק המקרקעין, שכן לאחר הרעפתן על המקרקעין נטמעת הזכות לממשן בזכותו המפורשת של הבעלים לעשות במקרקעין "כל דבר", כמובן כפוף לכל דין. משום כך אין לטעמי כל קושי לסווגן זכות "לפי חוק", כאמור בס' 161 לחוק המקרקעין. אם זכויות הבנייה אינן רק מגבלה אלא גם ביטוי מעשי לזכות לעשות "כל דבר", ניתן להכיר בהן כחלק מהקניין של בעלי המקרקעין הן לפי תפיסת הקניין כריבונות, שלפיה מגבלות על הזכות הן חיצוניות לה,²⁰ והן, ועל אחת כמה וכמה, לפי תפיסת קניין ריאליסטית פלורליסטית ליברלית הרואה בקניין מוסד המכיל בחובו, כחלק אינהרנטי, גם מגבלות הנובעות מצורכי הכלל.²¹ הסיווג התאורטי המדויק של נכס בגדרי "זכות במקרקעין" או "זכות קניין" הוא ממילא עניין ל"וויכוח, שאין לו סוף, בין חכמי המשפט",²² או ש"יותר משהוא עניין בימינו למשפט, עניין הוא לתורת המשפט".²³ ממילא למונח "זכות קניינית" אין משמעות אחידה ומוסכמת, והוא משתנה לפי הנסיבות ולפי תכלית הדיון בו.²⁴ משום כך בתי המשפט נוטים להימנע מהכרעה בשאלות סיווג תאורטיות מעין אלה ומתמקדים בדרך כלל במתן מענה קונקרטי לשאלות שלפניהם.²⁵

המציאות הישראלית והמשפט הישראלי הנוהג אכן מכירים בכך שהאפשרות של בעל מקרקעין לפתחם ולבנות עליהם, אם אכן הוכרה על ידי רשויות התכנון והבנייה, כלומר "זכות הבנייה" שהוקנתה למקרקעין, היא נכס ששייך לבעל המקרקעין ולא לאדם אחר בין שנסווגה כחלק מהבעלות במקרקעין ובין שנסווגה סיווג תאורטי אחר. ראשית, כאשר יש השבחה תכנונית של הנכס, הדין מטיל על בעליו היטל השבחה,²⁶ וכאשר הוא פוגע

17 ראו לעיל האסמכתאות בה"ש 12; וינרוט ומגידש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 217 (היעדר יכולת למשכנן לעלן בנפרד מהמקרקעין).

18 שם, בעמ' 215–217 (קשיי ההפרדה מהמקרקעין מונעים רישום הערת אזהרה בגין התחייבויות בנוגע לזכויות בנייה).

19 ויסמן חלק כללי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 58–59 (מגבלות עבירות אינן בהכרח שוללות קניין), 61 (גם קניין שביושר, שעדיפותו מוגבלת, יכול להיחשב כקניין).

20 דגן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24 (הצגת הגישה).

21 שם, בעמ' 70; ע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד. חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח ורחובות, פ"ד סב(1) 57, 84–86 (2006); וינרוט ומגידש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 221.

22 ע"א 564/79 רומנו נ' שוחט, פ"ד לו(1) 634, 640 (1982).

23 אביגדור לבונטין "זכות קניין – מהי?" משפטים ט 384, 413 (1979).

24 ויסמן חלק כללי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 47.

25 דויטש, לעיל ה"ש 16, בעמ' 37–38.

26 ס' 196א וס' 1–2 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965, כפי שתוקנו בחוק התכנון והבניה (תיקון מס' 18), התשמ"א–1981, ס"ח 184.

באפשרויות הפיתוח, הוא מפצה על הפגיעה.²⁷ הוא גם ממסה את הבעלים בגין עסקאות בזכויות בנייה.²⁸ לולא הייתה האפשרות לפתח את המקרקעין חלק מקופסת הבעלות של בעל המקרקעין, לא הייתה כל הצדקה לחייבו בתשלום היטל על הגדלת היקפה (ההשכחה), לפצותו על הפגיעה שנגרמה בה או למסותו על עסקה שעשה בה. שנית, ההתחשבות בזכויות בנייה משתקפת בדרך שגרה בשומת שווי מקרקעין לצרכים שונים,²⁹ לרבות במקרקעין בנויים שהשימוש המיטבי בהם הוא הריסתם³⁰ או בתוכניות איחוד וחלוקה.³¹ חוכרים של מקרקעי ישראל המקבלים זכויות קרובות לבעלות משלמים דמי חכירה מהוונים גם עבור "כל הזכויות הקיימות והעתידיות, הניתנות למימוש בתוכנית קיימת ועתידית".³² אין מחלוקת כי זכות הפיתוח, כלומר האפשרות להוסיף ולבנות על המקרקעין, היא בעלת השפעה רבה, לעיתים קרובות מכרעת, על שווי השוק שלהם.³³ הכללתה בהנחיות לשומת המקרקעין היא אפוא הכרה משפטית מתבקשת ופורמלית בכך שזכות זו היא חלק מתוכני הבעלות במקרקעין. שלישית, בכמה וכמה מקרים נקבע בפסיקה בתי המשפט ובחקיקה כי הזכות לנצל את זכויות הבנייה או ליהנות מהן נתונה הן לבעלים של מקרקעין³⁴ הן לחוכר לדורות של חלק מסוים במקרקעין.³⁵ זכות הקניין של בעל דירה בבית משותף כוללת, נוסף על בעלותו בדירה ובחלק לא מסוים (מנה) ברכוש המשותף במובנו הפיזי,³⁶ גם בעלות לא מסוימת בזכויות הבנייה, שהכול מסכימים כי הן נכס משותף של כל בעלי הדירות, גם אם אינו בהכרח חלק מהרכוש המשותף במובנו הפיזי.³⁷ זכויות הבנייה נותרות בבעלות בעלי

- 27 ס' 197 לחוק התכנון והבניה.
 28 פרשת נכסי ר.א.ר.ד., לעיל ה"ש 21, בעמ' 94 ("זכויות הבנייה הנתפשות לצורכי מס כחלק מאגד הזכויות המרכיבות את הבעלות או את החכירה"); וינרוט ומגידש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 212; פרשת שטיינברג, לעיל ה"ש 11, בפס' 32 לפסק דינה של השופטת ברק ארז (מצינת כי הכללת זכויות הבנייה בהגדרת "זכות במקרקעין" בחוק מיסוי מקרקעין היא ביטוי ל"פן הכלכלי של הזכות" ול"מהות הכלכלית" שלה).
 29 מועצת שמאי מקרקעין "תקן 1.0 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין לסוגיה" (נובמבר 2006) <https://did.li/FQgba> (ס' 4); מועצת שמאי מקרקעין "תקן 6.0 בדבר הוראות לעריכת "המצב התכנוני" בשומות מקרקעין" (ספטמבר 2009) <https://did.li/QiUgT> (ס' 3).
 30 מועצת שמאי מקרקעין "תקן 3.0 בדבר יישום גישות השומה בשומת מקרקעין לנכסים לא בנויים" (ספטמבר 2007) (להלן: תקן 3.0) www.landvalue.org.il/loadedFiles/_heb_txq-03-.pdf (ס' 6).
 31 מועצת שמאי מקרקעין "תקן 15.0 בדבר פירוט מזערי נדרש בטבלת הקצאה ואיוון הנערכת לתוכנית איחוד וחלוקה" (אפריל 2008) <https://did.li/toD6q> (ס' 3, 4.2, 5.6, 5.7).
 32 ס' 4.1.2 (א), 8.3.48 (א) (פיצול חלקת מגורים בנחלה), קובץ החלטות מועצת מקרקעי ישראל (מעודכן ל-24.11.2022) <https://apps.land.gov.il/CouncilDecisions/#/main>.
 33 פרשת נכסי ר.א.ר.ד., לעיל ה"ש 21, בעמ' 94; וינרוט ומגידש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 202, הטקסט בסמוך לה"ש 9 והאסמכתאות בה.
 34 פרשת שטיינברג, לעיל ה"ש 11, בפס' 19 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.
 35 רע"א 2821/95 לוסטיג נ' מייזלס, פ"ד נ(1) 517, 526-528 (1996); ע"א 297/16 שלוסברג נ' הוד, בפס' 18-22, 29 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו) 4.12.2017.
 36 ס' 54, 55 (א) לחוק המקרקעין.
 37 ויסמן בעלות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 415; דויטש, לעיל ה"ש 16, בעמ' 665; ע"א 136/63 לווינהיים נ' שוורצמן, פ"ד יז 1722, 1726 (1963); ע"א 19/81 ביבי נ' הורברט, פ"ד לז(2) 497, 501 (1983); ע"א 432/83 מזרחי נ' חביב, פ"ד מ(4) 673, 680 (1986); ע"א 7156/96 שואעי נ' בכרך, פ"ד נג(1) 469, 476 (1999); ע"א 7260/12 עמליה פונק כהן נכסים והשקעות בע"מ נ' חברת "זווב נכסים בע"מ", בפס' 41 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו) 20.11.2016.

הדירות לפי חלקם ברכוש המשותף גם לאחר ביטול רישומו של בית משותף.³⁸ כל אלה הן דוגמאות למקרים שבהם המשפט הישראלי מכיר במפורש בהיותה של זכות הפיתוח, קרי זכות הבנייה, נכס ששייך לבעל המקרקעין. רביעית, החוק הישראלי מכיר במפורש באפשרות להעביר זכויות בנייה בבית משותף באמצעות הצמדתן לדירה פלונית³⁹ או העברתן מדירה לדירה.⁴⁰ עסקאות בדירה חלות ממילא הן על המנה הלא מסוימת שיש לבעל הדירה בזכויות הבנייה⁴¹ והן על זכויות הבנייה שהוצמדו לו כדין.⁴² כל העסקאות האלה ניתנות לרישום בין כחלק מעסקה במקרקעין עצמם ובין כחלק משינוי התקנון וצו הרישום.⁴³ במציאות הכלכלית בישראל זכויות בנייה נסחרות ומועברות מיד ליד גם למי שאינם בעלי דירות בבית משותף והן בגדר "נכס חי וקיים".⁴⁴ בית המשפט העליון הכיר בזכותם של בעלי דירות בבית משותף לבצע עסקאות בזכויות בנייה עם מי שאינם בעלי דירות באותו בית משותף,⁴⁵ ואף, במגבלות שונות ובמשורה, גם באפשרות לפצות על נטילתן באמצעות נידון, כלומר הענקת זכויות בנייה כפיצוי במקום אחר.⁴⁶

המסקנה כי זכויות הבנייה שהוקנו או יוקנו כדין למקרקעין הן נכס של בעל המקרקעין מתחזקת במיוחד כאשר מבקשים לברר אם הן קניין במובן החוקתי, כלומר אם הן ראויות להגנה מפני פגיעות או מפני נטילה שלטונית. נפסק כי גם פגיעה תכנונית ב"זכויות שאינן זכויות קניין במובן הצר" ראויה לפיצוי, וכי מטרת החקיקה היא "להרחיב את מעגל הזכאים לפיצוי בגין פגיעה מעבר למעגל הצר של בעלי המקרקעין".⁴⁷ כאשר פוגעים במקרקעין או מפקיעים אותם, נכללות זכויות הבנייה בחישוב שווים ערב הפגיעה או ההפקעה לצורכי פיצוי.⁴⁸ המונח "קניין" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש בפסיקה פירוש רחב הפורס את הגנת החוק גם על נכסים "בעלי ערך רכושי שנרכשו על-פי המשפט הציבורי" ועל

- 38 ס' 147 לחוק המקרקעין; רע"א 6898/16 עזובן אהרונ' נ' עופר מרכזים בע"מ, בפס' 99–100 (נבו 28.12.2017).
- 39 ע"א 10322/03 ישעיהו נ' שטרייכר, פ"ד נט(6) 449, 466 (2005); ויסמן בעלות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 434; דויטש, לעיל ה"ש 16, בעמ' 665.
- 40 ס' 1א62 לחוק המקרקעין.
- 41 שם, בס' 55(ב).
- 42 שם, בס' 55(ג).
- 43 שם, בס' 62(ג), 1א62 סיפא, 143.
- 44 וינרוט ומגיד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 212. כן ראו שם, בעמ' 211.
- 45 ע"א 11965/05 עזובן קליין נ' שרון, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 27.8.2009); ע"א 3451/07 קאופמן נ' כהן, בפס' 9 (נבו 18.2.2010); פרשת שטינברג, לעיל ה"ש 11, בפס' 25–26 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.
- 46 ע"מ 3030/03 לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה באר שבע, פ"ד נט(1) 851, 863 (2004); פרשת שטינברג, לעיל ה"ש 12, בפס' 27–30 לפסק דינה של השופטת ברק ארז; לוינסון-זמיר "ניוד", לעיל ה"ש 12, בעמ' 86–89.
- 47 ע"א 511/88 מנדלבאום נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ראשון-לציון, פ"ד מד(3) 522, 528–529 (1990).
- 48 ראו התקינה השמאית לעיל בה"ש 29–31; פרשת דליה, לעיל ה"ש 9, בפס' 82–87 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.

"זכויות שאינן זכויות קניין במובן הקלאסי".⁴⁹ בין שנראה בזכויות הבנייה שהוקנו למקרקעין זכויות קניין במקרקעין ובין שנסווגן כנכס אחר, סוג של "קניין חדש", כלומר היתר או רישיון שניתן על ידי הרשויות,⁵⁰ הרי שהקשיים המושגיים בסיווגן, שנובעים בעיקר מהמגבלות החלקיות החלות על עבירותן ועל דרך יצירתן, אינם אמורים לפגום, וגם אינם פוגמים, בתפיסתן כנכס, כ"קניין" של בעלי המקרקעין, שכפוף להגנה חוקתית.⁵¹ המשפט הישראלי מכיר אפוא למעשה בזכויות הבנייה ובזכות לעשות כל דבר כדי לקבל ולנצל, כפוף למגבלות הדין, כקניין של בעלי המקרקעין. האם זו תוצאה ראויה? הדין הערכי בשאלה זו עשוי לעיתים קרובות להשפיע גם על סיווגו הנוהג של נכס כקניין הן בשל היעדר הגדרה נהגת ממצה למושג והן בשל נטייתן של תפיסות קניין שונות להחדיר להגדרת המונח גם דיון ערכי בשאלה אם ראוי לסווג נכס כ"קניין".⁵² נקודת המוצא של רוב המלומדים היא כי ערכים של חירות, אישיות, עבודה והגדלת רווחה מצרפית מצדיקים הכרה בחירותו של אדם לעשות כרצונו בנכסיו כל עוד לא הוגבל מטעמים ראויים, כגון הצורך לתקן כשלי שוק או ליישם ערכים של שוויון וקהילה.⁵³ זו גם תפיסתו של ס' 2 לחוק המקרקעין שלפיו בעל המקרקעין זכאי "לעשות בהם כל דבר... בכפוף להגבלות לפי דין או הסכם" כל אלה מצדיקים הן את הדין השיורי הקיים המקנה את זכויות הבנייה לבעלי המקרקעין, ולא לגופים שאינם בעלי מקרקעין, והן את ההימנעות מהקצאת זכויות בנייה או הגבלתן כאשר יש בעיות חמורות של פעולה משותפת או אינטרסים ציבוריים רחבים יותר כגון רצון לקדם שוויון בחלוקת משאבים או צורך לספק צורכי פיתוח ותשתיות.⁵⁴ אינטרסים ציבוריים או השקעה ציבורית יכולים להצדיק גם נטילה ציבורית של חלק מהערך המוסף (value capture) שזכויות הפיתוח מסיבות לבעלי מקרקעין בין בהתנאות זכויות הפיתוח בפעולה של הבעלים⁵⁵ ובין בדרך של מיסוי עליית הערך שהן מסיבות לבעל

- 49 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995); דויטש, לעיל ה"ש 16, בעמ' 239–249.
- 50 ויסמן חלק כללי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 72–73; ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין, פ"ד נא(2) 825, 841–842 (1997); אסף וינר "קניין חדש תוצרת הארץ – אימוץ דוקטרינת הקניין החדש בישראל ורציונות המשפטית והחברתית" משפטים מז 365, 373–375 (2018).
- 51 אהרן ברק "הזכות החוקתית לקניין: היקפה והפגיעה בה" ספר אשר גרוניס 117, 181 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2022).
- 52 Bell & Parchomovsky, לעיל ה"ש 4 וכן האסמכתאות לעיל בה"ש 21.
- 53 לדיון כללי בהצדקות להכרה בקניין הפרטי או לשלילתה ראו דגן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 35–64; ויסמן חלק כללי, בעמ' 16–26; דויטש, לעיל ה"ש 16, בעמ' 74–80; לויןסון-זמיר פגיעות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 103–33.
- 54 שי שטרן "נטילה שלטונית של מקרקעין: חששות, מנגנוני הגנה ויחסי גומלין" משפט ועסקים כד 39, 45–46 (2021); חיים זנדברג חוק יסוד: מקרקעי ישראל 71–80 (פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך 2016).
- 55 רונית לוין שנור "החוק, החוזה והתכנון העירוני – היבטים משפטיים של הסכמי פיתוח בין רשויות מקומיות ליזמים פרטיים" 37, 43–57 (מחקרי פלוסהיימר, האוניברסיטה העברית 2013).

המקרקעין.⁵⁶ עם זאת כל אלה לא פוגמים בתפיסת היסוד השיוויונית שלפיה אותן הרעפות שאינן "נתפסות" הן חלק מקניינו של הבעלים.

ההכרעה בשאלה אם בכלל או במקרה פלוני ראוי להעביר את זכויות הפיתוח על בעלי מקרקעין היא בסופו של דבר הכרעה ערכית ופוליטית. הדיון בשאלה כללית זו מתאים בהחלט גם לשאלה המיוחדת אם ראוי להעביר את עליית הערך שמסיבות תוכניות פינוי ובינוי למקרקעין על בעליהם או שמא יש מקום למסותם או להפקיע את זכויותיהם. ההכרעה בין שתי האפשרויות מושפעת מן ההצדקות שמנינו לעיל. ההצדקות לשיתוף בעלי המקרקעין בעליית הערך הן המרצת הפיתוח וההתחדשות העירונית, מימוש חירותם של הבעלים לפתח את קניינם וגם טעמים של צדק חלוקתי. שלילה של הזכות לפיתוח מבעלי המקרקעין או הגבלתה פוגעת בחירותם, אך ניתן לנמקה בצורך לפתור בעיות של פעולה משותפת, בהנחה שאלה מעיבות על הפיתוח. אעסוק בהרחבה בשאלות אלה בפרק ד, אך אדגיש כבר עתה כי לעומת ההצדקות המקובלות לקניין הפרטי, התומכות בהקניית זכויות בנייה לבעלי המקרקעין במיזמי פינוי ובינוי, ההצדקות המסורתיות לפגיעה בזכות הקניין אינן מצדיקות את הפגיעה בקניין שאני טוען להתרחשותה במתחמי פינוי ובינוי.

מכל מקום, דיון בשאלת הדין הרצוי לא שינה עד כה את התפיסה המשפטית הנוהגת של זכויות הבנייה על פי הדין המצוי. המחוקק הישראלי וגם בתי המשפט רואים בזכויות הבנייה שהועתרו על מקרקעין נכס של בעלי המקרקעין. הם ממסים את עליית הערך שנגרמת בגינו, הם מחשבים אותו בשומת המקרקעין לכל צורך ועניין וגם מכירים במפורש באפשרות להעבירו, גם אם כפוף למגבלות מסוימות. בכל אלה יש כדי לבסס את המסקנה כי זכויות הבנייה והזכות לפיתוח עתידי, כפוף למגבלות הדין, הן לא רק חלק בלתי נפרד מזכות הקניין של כל בעל מקרקעין בישראל אלא גם מרכיב חשוב מאוד, ובבניינים שמיועדים להריסה – מרכיב מכריע, בערכה של זכות הקניין במקרקעין. מכאן נובע שאם פוגעים בנכס זה בכך שכופים את בעליו למוסרו לאחר בניגוד לרצונו, הרי לפינוי פגיעה בקניין, לפחות כפי משמעותה בס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), שלפיו "אין פוגעים בקניינו של אדם".⁵⁷

2. מימוש זכויות הבנייה בעסקאות קומבינציה ופינוי-בינוי

הפיתוח הנכחי או העתידי של מקרקעין מותנה לעיתים קרובות בעלויות שונות, בהוצאות ובמיסים. בדרך כלל יש בו גם ממד של סיכון וחוסר ודאות.⁵⁸ כאשר בעלים של מקרקעין שוקל אם לפתח נכס הוא מביא בחשבון את עלויות הפיתוח ואת הסיכונים הכרוכים בכך. יכול שבעלים יישא בעלויות ובסיכונים בעצמו ויכול שישתף בהם אחרים. הזכות הבלעדית בידיו להחליט באיזה נתיב ילך ועד כמה ינצל כל אחד מרכיבי הבעלות.

Rachelle Alterman, *Land Use Regulations and Property Values: The 'Windfalls Capture' Idea Revisited*, in THE OXFORD HANDBOOK OF URBAN ECONOMICS AND PLANNING 755, 762–768 (Nancy Brooks, Kieran Donaghy & Gerrit-Jan Knaap eds., 2012).

57 ס"ח התשנ"ב 150.

58 הגדרת "רווח יזמי" אצל להבי וליכט, לעיל ה"ש 4; תקן 3.0, לעיל ה"ש 30 (ס' 5.2, 7).

דוגמה שכיחה למקרה שבו בעלים מחליט לחלוק עם אחרים את סיכוניו וסיכוייו של מימוש הזכות לפיתוח היא עסקת קומבינציה. בעסקה כזו מעבירים בעלי המקרקעין לקבלן חלק מהסיכונים הכרוכים בפיתוח וכן את נטל הנשיאה בהוצאות הפיתוח בתמורה לשיתוף הקבלן באפשרויות הפיתוח הנוסף ובאפשרות למכור את פירותיו לרוכשי דירות. הקבלן נדרש לממש את אפשרויות הפיתוח הנוסף במלואן ולמסור לבעלי המקרקעין דירות חדשות, ובתמורה מקבל מהן, לעצמו או לרוכשיו, נתח המכסה הן את מלוא הוצאותיו של מימוש הפיתוח והן רווח המשקף את הסיכון שנטל.⁵⁹

שיעור הקומבינציה, קרי שיעורן של הדירות החדשות שייוותרו בידי בעלי המקרקעין לאחר השלמת הבנייה בידי הקבלן, משקף את היחס בין שווי הקרקע לזכויות הבנייה שצפויות להתקבל, שהם המרכיבים שתורמים לעסקה בעלי המקרקעין, לסך כל השווי הצפוי של הפרויקט, שמשקף את מלוא ההשקעה של שני הצדדים בעסקה, כלומר הן את שווי המקרקעין והן את תרומת הקבלן (הבנייה).⁶⁰ הוא מתחשב בשווי הדירות החדשות, בתקבולים שיתקבלו ממכירת חלקן על ידי הקבלן ובעלויות, כפי שהם מחושבים וצפויים בעת כריתת החוזה.⁶¹ הוא משקף את שווי המשקל שיוצר משא ומתן חופשי בין בעלי המקרקעין לקבלנים ומשתנה בעיקר לפי המיקום, לפי שווי המקרקעין הנגזר ממנו ולפי סטנדרט הבנייה. כך, בשנים האחרונות "באזורים שבהם קיים ביקוש ער בערי הלוויין של תל אביב שיעור הקומבינציה השכיח הוא כ-40% ובאזורים מבוקשים בתל אביב עצמה... שיעור הקומבינציה עולה על 50%".⁶² אחוזי הקומבינציה הממוצעים בשנת 2022 היו בתל אביב – 62.5%, בירושלים וברמת גן – 52%, בהרצלייה 46%, בחיפה – 44%, ברחובות – 38%, באשדוד ובחדרה – 33% ובקריית – 30.3%.⁶³

עסקת קומבינציה נעשית בדרך כלל במקרקעין בהיקף מצומצם, ואילו עסקת פינוי ובינוי שיוזמים בעלי מקרקעין אמורה להתנהל, לפי אותו היגיון כלכלי, במקרקעין בהיקף נרחב: הבעלים מבקשים להרוס כמה בניינים ולנצל את אפשרויות הפיתוח הנוספות המוקנות להם. כפי שפסק לאחרונה בית המשפט המחוזי, גם בעסקת פינוי ובינוי "הבעלים מקבלים זכויות בנייה רבות, חלקן מיועדות להרחבת הדירות הקיימות וחלקן לבניית דירות חדשות. רק לאחר קבלת כלל הזכויות בעקבות התוכנית המשיכה, הבעלים מוכרים חלק (או כל)

59 נדב בן ארי "עסקת קומבינציה" ניהול נדל"ן 875, 892–896 (מאיר דלברי עורך 1997); אבי וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד 233 (מהדורה שנייה 2020).

60 שלמה מרקוביץ' "עקרונות ומרכיבים בגיבוש אחוזי תמורה בעסקת אחוזים ברחבי הארץ" 3 (18.11.2021), חוות דעת שצורפה כנספח 20 לעתירת העותרת בבג"ץ 8958/21 המכון לרפורמות מבניות בע"מ נ' כנסת ישראל (להלן: חו"ד מרקוביץ'). עותק שמור בידי המחבר.

61 שומה מכרעת 508-1079-15 דקל נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה, בפס' 10 לשומה המכרעת של השמאית שושי שרביט שפירא (נבו 27.3.2016); ע"א 10489/09 א.ג.ץ ניהול ואחזקות בע"מ נ' אלון, פס' 38 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 6.9.2011) (שינויים לא צפויים בזכויות הבנייה לאחר כריתת החוזה אינם משנים את שיעור הקומבינציה אך אמורים להתחלק בין הבעלים לקבלן שווה בשווה).

62 שומה מכרעת 653-756-21 שפירא נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון, בעמ' 18 לשומה המכרעת של השמאי אייל יצחקי (נבו 26.8.2021).

63 חו"ד מרקוביץ', לעיל ה"ש 60, בעמ' 3–4.

מהזכויות החדשות שלהם בתמורה לשירותים של היזם.⁶⁴ כדי לממש את מלוא הפוטנציאל של זכויות הבנייה במקרקעין יהיה על הבעלים, בעסקת פינוי-בינוי רצונית, בדומה לבעלים בעסקת קומבינציה, לשאת בעלויות ובסיכונים שכרוכים במימוש כזה. אם בעלי המקרקעין יחפצו למסור את המימוש ליזם, יהיה עליהם למכור לו בתמורה נתח מהדירות שיהיה אפשר לבנות במסגרת העסקה במקרקעין. נתח זה ישקף את מכלול העלויות והסיכונים שייטול על עצמו אותו יזם וכן רווח שיבקש להפיק מהעסקה. כל אחד מרכיבים אלה יכול להשתנות לפי שווי המקרקעין וכן לפי היבטים מיוחדים המייקרים או מוזילים את העלויות, את הסיכונים ואת תוחלת הרווח של היזם. כדאיותה של עסקה עולה ככל שהיתרה הנותרת לבעלים גדלה, ויורדת או מתאפסת, ככל שהיא קטנה או נעדרת.

במשא ומתן בין בעלי מקרקעין המיועדים לפינוי ובינוי לבין יזם, שבו שני הצדדים הם בעלי כוח מיקוח שווה, סביר להניח כי הבעלים לא יסכימו להעניק ליזם עבור שירותיו נתח מזכויות הקניין שלהם העולה על מה שסביר ומקובל בשוק. עסקה רצונית בין שני הצדדים תקנה ליזם את התמורה המרבית שיוכל לקבל בשוק תחרותי ותותיר בידי בעל המקרקעין את כל יתרת זכויותיו. מי שאמור לשקלל את הסיכון היחסי שגלום בעסקה הוא השוק. בשל הדמיון במבנה העסקאות ובהגיון העסקי סביר להניח ששיעור הקומבינציה הנוהג באזור מסוים, שמשקף את תנאי השוק באותו אזור, יהיה נקודת מוצא לקביעת שיעור החלוקה של פירותיה של עסקת פינוי ובינוי בין בעלי המקרקעין לבין היזם, כפוף לשינויים ייחודיים שמביאה עימה עסקה כזו בתרומת הצדדים לעסקה ובחלוקת הסיכונים במסגרתה. כלומר, בדיוק כמו בעסקת קומבינציה, שיעור דירות התמורה שבעלי המקרקעין יכולים לתבוע לעצמם בעסקת פינוי ובינוי מסך הדירות בפרויקט החדש אמור לכאורה לשקף את שווי מכלול הזכויות במקרקעין שהם תורמים לו, שהן בעיקרן הזכויות לפיתוח נוסף של המקרקעין – ביחס לשווי הצפוי הכולל של הפרויקט. כנקודת מוצא, מספר דירות התמורה שיתבעו לעצמם ושטחן ייגזרו משיעור זה והוא לא ייקבע שרירותית לפי תקרה מצומצמת שתשקף רווח נמוך מהרווח שמפיקים בעלים מעסקאות קומבינציה במקרקעין סמוכים.

את המסקנה האמורה יש לסייג במקצת משום שבעסקאות פינוי ובינוי ניתן לצפות לשיעור קומבינציה קטן יותר, בשל גורמים אחדים: ראשית, הבדלים בגודל העסקאות מובילים לסיכון גדול יותר, אך כנגד סיכון זה העלות הממוצעת ליחידת בנייה פוחתת, ומכאן שתוחלת הרווח עולה.⁶⁵ כמו כן ריבוי הבעלים בפרויקט פינוי ובינוי מקשה על השגת הסכמה לעסקה ומצריך השקעה כספית ייחודית בהשגת הסכמה זו. ההשקעה בתכנון הפרויקט נעשית בתנאים של חוסר ודאות באשר לעתיד הפרויקט. קיים סיכון שהוצאות אלה ירדו לטמיון אם לא יימצא הרוב הדרוש לעסקה. עם זאת, כפי שהעידו מנהלי חברות שעוסקים בתחום, ההוצאות המקדימות על תכנון ועל שכנוע דיירים להתפנות הן זניחות ביחס להוצאותיו של הפרויקט, והפרויקט על שלל סיכוניו יוצא לדרך רק לאחר שהושגה הסכמה או הכשרה משפטית לפינוי והוסרה אי-הוודאות המקדמית הכרוכה בשאלת

64 עמ"נ (מחוזי ת"א) 52383-10-20 ועדה מקומית לתכנון תל אביב נ' אשרד חברה לבניה בע"מ, בפס' 48 (נבו 26.8.2021).

65 בן ארי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 896; מחירון דקל לבנייה ותשתיות (פברואר 2023) (להלן: מחירון דקל 2023) (לפי נספח "תוספות והפחתות למחירי עבודות" – המחיר יורד ככל שהיקף העבודה גדול יותר).

היתכנותו.⁶⁶ הוצאות התכנון ממילא אינן ייחודיות לפרויקט פינני ובינוי, שכן אין פרויקט ללא תכנון, ושיעורן היחסי במכלול עלויות כל פרויקט אינו גדול.⁶⁷ בפרויקט פינני ובינוי מוטלות על היזם גם עלויות ייחודיות שבדרך כלל אינן מוטלות עליו בעסקת קומבינציה, אך היקפן קטן, לעיתים זניח, ביחס לכלל הוצאות והכנסות הפרויקט. הבולטות שבהן הן עלויות הריסה,⁶⁸ עלות שכירות לבעלים בתקופת הבנייה, צורך להקצות שטחים לצורכי ציבור,⁶⁹ ובמקרים מסוימים גם עלות קרן תחזוקה לבניינים למשך פרק זמן בן כמה שנים לאחר השלמת הבנייה.⁷⁰ עלויות אלה מוטלות על היזם רק לאחר שמוסרת אי-הודאות בנוגע להיתכנותה של העסקה, וזולת הגדלת ההוצאה, הן אינן משקפות סיכון מיוחד. הן אכן נכללות בחישוב עלויות הפרויקט, ועל כן מקטינות את שיעור התמורה בעסקה ביחס לשיעורי קומבינציה באזור, אך בשל היקפן ההתחשבות בהן אינה אמור לגרור, בשוק תחרותי, סטייה גדולה משיעורי הקומבינציה.

עוד יש לציין כי הסיכון הכרוך בעסקת פינני ובינוי נופל מזה הכרוך בעסקאות שבהן היזם צריך לרכוש את המקרקעין ולשאת בהוצאות מימון, פיתוח והוצאות נוספות עוד

66 רועי ויינברגר "הטרנד החם בנדל"ן שמושך את חברות הביטוח להשקיע בגדול" **גלובס** (13.3.2022) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001405220 (מנכ"ל חברת בוני התיכון: "בהתחדשות עירונית, בכל שלבי התכנון וההחלטה של הדיירים על הליך הפינוי-בינוי, הכספים שחברות הנדל"ן משקיעות זניחים יחסית"); קובי שגב "מותו של מכפיל ההון או – ההזדמנות בחברות ההתחדשות העירוניות" **ביזפורטל** (10.3.2022) www.bizportal.co.il/realestates/news/article/802643 (מגיע למסכנות דומות בדבר היקף ההוצאה להחתמת דיירים בנוגע לפרויקט פינני ובינוי של חברת בוני התיכון בקריית אונו).

67 אגף שומת מקרקעין "שימוש בגישת העלות ובחירת הרווח היזמי" פרק יח: קווים מנחים (עדכון מספר 1) 3 (01.2020) <https://did.li/u5rDN> (עלות הוצאות תכנון בין 3%–6% מעלות בנייה ישירה); רמה מאור **שומה מכרעת היטל השבחה רחוב כצנלסון ברל שכונת רמת יוסף, בת ים** 250 (נבו 20.6.2022) (4% הוצאות תכנון ויועצים בשומה מכריעה של פרויקט פינני ובינוי בבת ים).

68 מחיר מקובל להריסת מבנה נע בין 220 ל-440 ש"ח למ"ר, כאשר העלות למ"ר יורדת ככל שמטראז' המבנה גדול יותר. לשם השוואה, עלות בנייה של מ"ר מגורים, כולל רווח קבלני, נעה בין כ-5,200 ש"ח למ"ר בבתים של עד 8 קומות ל-5,460 ש"ח בבתים גבוהים של יותר מ-16 קומות. עלות בניית מרפסות, חניונים תת-קרקעיים ופיתוח חצר מוסיפה לסכומים אלה עוד כ-4,385 ש"ח למ"ר. סכומים אלה מחושבים לפי מטראז' הבנייה ולא לפי מטראז' ההריסה. כלומר, מחיר ההריסה משקף שברי אחוזים מעלויות הבנייה של פרויקט. **מחירון דקל 2023**, לעיל ה"ש 65, בפרק 24.082 (הריסת מבנה קשיח) ובנספח "עלויות בניה ופיתוח במ"ר".

69 מאור, לעיל ה"ש 67, בעמ' 255 (חישוב מעיד במקרה הנשום ששווי כל אחת מהוצאות אלה הוא פחות מאחוז מהשווי הצפוי של הנכס במצב החדש, כלומר עם סיום הבנייה).

70 ס' 19(ב) לחוק הרשות להתחדשות עירונית (פטור למשך חמש שנים מהוצאות ניהול ותחזוקה); מועצת שמאי מקרקעין, הוועדה לתקינה שמאית "תקן 21.1 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתכנית פינוי-בינוי" (1.6.2022) (להלן: תקן 21.1 – נוסח יוני 2022), אתר משרד המשפטים (פורסם ב-13.6.2022) www.gov.il/he/departments/news/tikon_teken_21_1 (עלות קרן תחזוקה למימון הפטור מחושבת לפי הפרש דמי הניהול בבניין הישן והחדש במכפלת מקדם 0.8); ברק פרידמן ואח' **שומת מקרקעין התחדשות עירונית מתחם קולומביה ירושלים** 17, 23–25 (ספטמבר 2018) <https://did.li/XHxmC> (עלות קרן תחזוקה בפרויקט זה – 0.2% מסך כל העלויות).

בטרם מכר דירה אחת, ויתרון זה מושך יזמים רבים לעסקאות כאלה.⁷¹ כמו בעסקת קומבינציה, בעלי הדירות, ולא היזם, הם שנושאים בעלות של תרומת הקרקע ובסיכונים הנובעים מכך. הסיכון העודף שנובע מגודל עסקת פינוי ובינוי רובץ גם לפתחם של בעלי המקרקעין. זאת ועוד, בעסקאות קומבינציה בעלי המקרקעין תורמים במקרים רבים לעסקה מקרקעין פנויים ומקבלים דירות חדשות יש מאין לפי שיעורי הקומבינציה המקובלים, ואילו בעסקאות פינוי ובינוי בעלי המקרקעין תורמים לעסקה מקרקעין שעדיין משמשים אותם למגורים או מניבים להם הכנסות. בשנים האחרונות התרבו דיווחים על מקרים שבהם יזמי פינוי ובינוי התנערו ממחויבויותיהם, הותירו בעלי דירות בלא ביטחונות, התעכבו בקיום המחויבות או שנעלמו במהלך הפרויקט כשהם מותירים את בעלי המקרקעין ללא פתרון דיוור הולם.⁷²

כל אלה מובילים למסקנה כי על אף ההבדלים בין עסקת קומבינציה לבין עסקת פינוי ובינוי, עסקאות אלה, בסופו של דבר, דומות בעקרון הפעולה שלהן. בשקלול כל ההבדלים בעלויות, בסיכונים ובתוחלת הרווח של הצדדים בעסקאות אלה, שיעורי חלוקת התמורה בעסקאות פינוי ובינוי לא היו אמורים להיות, בהנחה שהיו נקבעים בשוק חופשי ותחרותי, שונים שינוי ניכר ולא פרופורציונלי משיעורי הקומבינציה המקובלים באזור. שיעור הקומבינציה הנהוג בסביבה הוא נקודת מוצא סבירה למשא ומתן חופשי בין בעלי מקרקעין לבין יזמים. הוא משקף נאמנה את תרומת הצדדים לעסקה לפי מחירי השוק שלה. משא ומתן בין בעלי מקרקעין ליזמים בעלי עמדת מיקוח שוות כוח, יתחשב בהיקף העלויות וההכנסות הצפויות וייתן ביטוי לסיכונים אלה בחישובם. עם זאת בשל הגדלת הסיכון לשני הצדדים לא סביר כי בעלי מקרקעין יסכימו ששיעור חלקם בתמורה יקטן במידה רבה מחלקם של בעלי מקרקעין באותה סביבה הנקשרים במסגרת עסקת קומבינציה. זכותם של בעלי המקרקעין לשאת ולתת על שמירת מלוא פירות הבנייה שייחותרו בהתחשב בעלויות הפרויקט, וזכותם להימנע מעסקה מסוכנת ולא כדאית היא חלק בלתי נפרד מקניינם במקרקעין. פגיעה כפויה בה היא למעשה פגיעה בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין. כפי שאראה להלן, המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי אכן פוגעת בקניינם זה של בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי ומאלצת אותם להסתפק בתמורה שרירותית קבועה ונמוכה של דירה אחת עם תוספות מצומצמות, שאינה מתחשבת כלל בשיעורי הקומבינציה המקובלים בסביבתם.

71 ויינברגר, לעיל ה"ש 66 (מנכ"ל חברת בוני התיכון, מר עמי פרץ, ומר עודד סתר, סמנכ"ל מימון, השקעות ופיתוח עסקי ומימון של הכשרת הישוב מסבירים מדוע הסיכון וההוצאה בהתחדשות עירונית הרבה יותר נמוכים מבייזום רגיל).

72 עמרי מילמן "קבלן פינוי-בינוי השאיר אתכם בלי דירה? יש סיכוי שלא תוחזר כל הערבות" כלכליסט (30.1.2020); "אנחנו גרים בחירבה, זו סכנת נפשות": סיוט תמ"א 38 בלוד" כאן 11 (2.2.2022) www.kan.org.il/Item/?itemId=121560; עדי כהן "דם רע, תביעות ואלפי דיירים שמחכים: מה קורה בחברת ההתחדשות העירונית המובילה בישראל?" **דה מרקר** (18.2.2022) www.themarker.com/realstate/premium-MAGAZINE-1.10618389

ב. הגישה הפוגענית

1. המערכת הנורמטיבית והפגיעה – בתמצית

בפרק זה אראה כי המחוקק הישראלי והממשלה פוגעים בזכות הקניין של בעלי מקרקעין במיזמים לפינוי ובינוי. פגיעה זו נגרמת באמצעות מערכת נורמטיבית משולבת הכוללת את חוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), התשס"ו-2006 (להלן: חוק פינוי ובינוי), חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, התשע"ו-2016 (להלן: חוק הרשות להתחדשות), חוק התחדשות עירונית (הסכמים לארגון עסקאות), התשע"ז-2017 (להלן: חוק המארגנים) ותקן מועצת השמאים מס' 21 בדבר "פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי – בינוי"⁷³, לרבות השינויים שחלו בנוסחו לפי הצעות שפורסמו בנובמבר 2019 ובפברואר 2022⁷⁴, עד לפרסום נוסחו הנוכחי ביוני 2022⁷⁵. גם חוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2021 ו-2022), התשפ"ב-2021 (להלן: תיקון 2021)⁷⁶ תקנות פינוי ובינוי (פיצויים) (מינוי שמאי פינוי ובינוי וסדרי דין בבקשות שיוגשו לשמאי פינוי ובינוי), התשע"ב-2012 (להלן: תקנות מינוי שמאי) ולאחרונה גם תקנות פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי)(כינוס בעלי הדירות ומסמך עיקרי הצעה), התשפ"ב-2022 (להלן: תקנות פינוי ובינוי) הם חלק ממארג נורמטיבי זה שאכנה אותו להלן "המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי".

המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי פוגעת בקניינם של בעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי שהוכרו על ידי הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית בכך שהיא מאלצת בעלי דירות המתקשרים עם יזמים בהסכמים לפינוי ובינוי של מקרקעין להסתפק בתמורה של דירה חדשה אחת המקבילה בשטחה לדירה הקודמת אך נוספת לה תוספת קבועה ואחידה ללא קשר להבדלים בהיקף זכויות הבנייה שהוקנו או שניתן להקנות לבעלי המקרקעין במסגרת תוכניות מתאר החלות על המתחם. מדיניות זו מעבירה הלכה למעשה את כל יתרת זכויות הפיתוח במתחם – בניכוי התמורה האמורה של דירה אחת עם תוספת קבועה ואחידה – ליזמים, גם כאשר תוצאה זו רחוקה משיעורי הקומבינציה המקובלים באזור ואינה נובעת מן העלויות הנדרשות לשם מימוש הפרויקט או לשם הבטחת רווח יזמי

73 מועצת שמאי מקרקעין – הוועדה לתקינה שמאית "תקן 21.0 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי-בינוי" (12.2012) (להלן: תקן 21) www.landvalue.org.il/loadedFiles/_heb_Txq_21.pdf.

74 מועצת שמאי מקרקעין – הוועדה לתקינה שמאית "תקן 21.1 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי-בינוי" (נובמבר 2019) (להלן: הצעת תקן 21.1 – 2019); משרד המשפטים "הצעה לתיקון תקן 21 – קבלת הערות מהציבור" <https://did.li/RiUgT>.

75 מועצת שמאי מקרקעין – הוועדה לתקינה שמאית "טיוטת תקן מספר 21.1 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי-בינוי" (21.2.2022) (להלן: הצעת תקן 21.1 – 2022); משרד המשפטים "פנייה לקבלת הערות מהציבור" <https://did.li/GQgba>.

76 תקן 21.1 – נוסח יוני 2022, לעיל ה"ש 70.

77 ס"ח 80.

מקובל בשוק תחרותי. היקף ההעברה משתנה ותלוי בשווי הקרקע ובמידה שבה התוכנית החדשה משביחה את המתחם. ככל שערכים אלה גבוהים יותר, כך יגדל הפער בין שיעורי קומבינציה מקובלים באזור לבין שיעורן של התמורות שהמערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי כופה על בעלי המקרקעין במתחמים אלה.

הינה דוגמה מספרית היפותטית הממחישה תוצאה זו. הבה נניח שני מתחמים שבכל אחד מהם מתאפשרת, לפי תכנון, בנייה של 1000 דירות חדשות. באחד מהם יש 50 דירות מקוריות ובשני 100 דירות מקוריות (נניח שגודל הדירות שווה).⁷⁸ עלויות הבנייה בשני הפרויקטים זהות וכן שיעור הרווח הסביר ליזם. ההבדל בעלויות הפינוי וההריסה – קטן, ולצורך הדוגמה אתעלם ממנו. נניח כי מכירת 70% מהדירות מכסה את כל העלויות והרווח הקבלני הסביר. זו הנחה שתואמת שיעור קומבינציה נמוך מאוד ביחס למקובל באזור המרכז.⁷⁹ בהנחה שבעלי הדירות היו נושאים ונותנים כאיש אחד וללא מורא עם יזם המבקש להתקשר עימם בעסקת פינוי ובינוי ומבקשים לחלק את הדירות לפי שיעור קומבינציה המותאם לנתוני העסקה, הם היו דורשים כי ייוותרו בידם 300 דירות (30%). כך היו נותרות בידי כל בעל דירה במקרה הראשון שש דירות ובמקרה השני שלוש דירות. דירות אלה משקפות את מה שנותר בידם מקניינם בזכות לפיתוח המקרקעין. זו היא הגישה הראויה כלפי זכות הקניין של בעלי הדירות. המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי מובילה לתוצאה שונה, ולפיה יקבל כל בעל דירה בשני המתחמים דירה אחת משופרת. לפיכך יזכה היזם במקרה הראשון, נוסף על 700 הדירות ששוויין אמור לכסות את העלויות ואת הרווח הסביר שלו, בתוספת של כ-250 דירות (סה"כ 950), ובמקרה השני – בתוספת של כ-200 דירות (סה"כ 900). בעלי הדירות ייוותרו עם דירה אחת בלבד, שאומנם תהיה גדולה יותר וגם שווייה יהיה גבוה משווי דירתם המקורית, אך לא ישקף את שווי הדירות שיכלו לקבל על פי מפתח של עסקת קומבינציה. שווי זה משקף כאמור את קניינם בזכויות הבנייה ובזכות לפתחן והוא עשוי להיות גדול פי כמה משווי הדירה החדשה האחת שיקבלו. המנגנון שאותו מקדמת המערכת הנורמטיבית אגב כפייתו על בעלי הדירות הוא אפוא מנגנון שנוטל מבעלי הדירות נתח גדול מזכות הפיתוח ומעבירו ליזמים. זו היא הגישה שאני מגדירה "גישה פוגענית" כלפי קניין בעלי הדירות (להלן: הגישה הפוגענית). הגישה הפוגענית מניחה בטעות שקניינם של בעלי הדירות מתמצה בדירה שהם מפנים, ומכאן היא מסיקה כי תמורה של דירה אחת חדשה ששווה יותר מהדירה שמתפנה היא תמורה נאותה עבור הדירה המתפנה. הנחת מוצא שגויה זו מתעלמת מכך שעיקר קניינם של בעלי המקרקעין המתפנים טמון בזכויות הבנייה שמועצות על המקרקעין במסגרת תוכנית הבנייה המחודשת, ומשכך, התמורה שהיו יכולים לשאת ולתת עליה לולא נכפו לתמורה מצומצמת הייתה אמורה להיגזר משיעור תרומתם זו לשווי הצפוי של הפרויקט.

הגישה הפוגענית לא באה לידי ביטוי בנוסחו המקורי של חוק פינוי ובינוי והיא תוצאה של יישומו ושל תהליך הדרגתי שהתרחש לאחר חקיקתו. "עסקת פינוי ובינוי" הוגדרה

78 הנחתה של הדוגמה הדמיונית היא שהתכנון אינו נגזר ממספר הדירות הקיימות. אף כי זה המצב הרצוי, כפי שאבהיר להלן בפרק ב(6), אין זה בדרך כלל המצב הנוהג במתחמי פינוי ובינוי בשל אימוץ אמת מידה תכנונית הקושרת בין מספר הדירות הקיימות לבין היקף הבנייה המאושרת.

79 ראו לעיל ה"ש 62–63 וטקסט סמוך להן.

בנוסח המקורי: "חוזה בין יזם לבין בעל דירה בבית משותף, אשר על פיו מתחייב בעל הדירה בבית המשותף למכור את זכויותיו בו, כולן או מקצתן, לצורך הריסת הבית המשותף והקמת בית משותף חדש".⁸⁰ הגדרה זו, ובייחוד הסמכת המילה "בו" לבית המשותף ולא לדירה בלבד, מתיישבת עם התפיסה כי זכויות בעלי הדירות בבית משותף רחבות מהזכויות בדירה והן כוללות גם את הזכות להוסיף ולפתח את המקרקעין, כלומר את זכויות הבנייה הקיימות או העתידיות בנכס. הגדרה זאת מניחה לכאורה כי משא ומתן בין בעלי הדירות לבין יזמים יוביל לכך שלאחר נשיאה בעלויות וברווח המגיע ליזמים תיוותר בידי בעלי הדירות יתרת זכויות הבנייה הממומשות. בפרק זה אציג את השינוי שחל בגישה זו ואת פגיעתו בקניין הפרטי ובאינטרס הציבורי. תחילה אציג את עיגונה של הגישה הפוגענית בחקיקה ראשית ומשנית ולאחר מכן אראה כיצד התפתחה, עוד קודם לתיקוני החקיקה, בתקינה שמאית ובמדיניות ממשלתית. בפרק הבא אראה כיצד הגישה הפוגענית נכפית על בעלי הדירות.

2. עיגון הפגיעה בחקיקה ובתקנות

הביטוי החקיקתי הראשון לגישה הפוגענית ניתן רק עם חקיקת חוק הרשות להתחדשות בשנת 2017, שבו הוגדר (בס' 2): "מיזם בינוי-פינוי-בינוי" כ"מיזם שבמסגרתו בעלי דירות מקבלים זכויות בדירה בבניין אחר בתמורה להעברת זכויותיהם בדירתם ופינויה עם המעבר לדירה בבניין האחר". ס' 17 לחוק הרשות להתחדשות הקנה הטבות בארנונה למקבלי "דירת תמורה אחת" במיזם להתחדשות עירונית ואף הגדיר את המונח "דירת תמורה" כ"דירת מגורים בבית משותף מחודש שניתנה למחזיק שהוא בעל הזכויות בדירת מגורים בבית משותף שנהרס במסגרת מיזם להתחדשות עירונית, בתמורה לדירה הקודמת שבה התגורר ערב הריסת הבית המשותף".

הגישה הפוגענית הוחדרה גם לחוק פינוי ובינוי כאשר בשנת 2017 תוקנה הגדרת עסקת פינוי ובינוי ונקבע בה שחוזה בעסקה כזו יכלול גם התייחסות ל"מועדים המרביים... למסירת הדירה החדשה לבעל הדירה בהתאם לחוזה".⁸¹ בשנת 2018 נוספה לסעיף ההגדרות בחוק פינוי ובינוי הגדרת "דירת תמורה" שמפנה להגדרת המונח בס' 17 לחוק הרשות להתחדשות.⁸² אותו תיקון גם הוסיף את ס' 2(ב)(6) לחוק פינוי ובינוי שבו מתוארות נסיבות שבהן ניתן לתת לקשיש אפשרויות מורחבות ומשופרות לקבלת תמורה שתהיה נוספת על "דירת התמורה" או שוות ערך לה.⁸³

הגישה הפוגענית אומצה גם בחקיקת משנה. תקנה 19 לתקנות מינוי שמאי קובעת כי "סבר בעל דירה כי שווי דירתו גבוה יותר משווי דירה אופיינית במקבץ פינוי ובינוי, רשאי הוא לפנות לשמאי פינוי ובינוי כדי שיקבע אם העסקה שהוצעה לו כדאית כלכלית". סמכות השמאי היא אפוא לבחון תמורה של דירה אחת ביחס לשווי דירה אחת אופיינית בפרויקט. בשנת 2022 נקבע גם בתקנות פינוי ובינוי כי עקרונות התמורה שנדרש יזם לפרט במסמך

80 ס' 1 לחוק פינוי ובינוי (ההדגשה הוספה).

81 ס' 18 לחוק הרשות להתחדשות.

82 ס' 2 לחוק פינוי ובינוי (פיצויים)(תיקון מס' 6), התשע"ח-2018, ס"ח 951.

83 שם, בס' 4.

שעליו להמציא לבעלי הדירות שבועיים לפני חתימת עסקת פינוי ובינוי ראשונה, יכלול "כדוגמה", "תוספת לשטח הדירה – תוספת מוצעת במטרים רבועים או באחוזים או במספר חדרים ויכול שיצוין טווח תמורות" וכן "הצמדות לדירה" ו"מפרט הדירה".⁸⁴ מקומה של ה"א הידיעה בניסוחים אלה מעיד כי המנסחים ראו בתמורה הפוגענית של דירה אחת בלבד, עם תוספות משתנות, תמורה ראויה בעסקת פינוי ובינוי.

3. לידתה של הגישה הפוגענית בתקן 21

אף כי כאמור יש רמזים לגישה הפוגענית בחקיקה, הורתה לא הייתה בחקיקה אלא במסמך שאינו חקוק, המכונה תקן 21. מטרתו של תקן זה, שאושר במועצת שמאי מקרקעין, הייתה, לפי האמור בסעיף 1 לנוסחו המקורי משנת 2012, לקבוע "הנחיות מקצועיות בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי ובינוי". התקנה השמאית מאושרת במועצת שמאי המקרקעין והיא נועדה להיות "בבחינת נורמת עבודה מומלצת בלבד".⁸⁵ עם זאת יש חוקים המחייבים שימוש בתקנים, ומתן שירות מקצועי מנוגד לתקן עשוי להיחשב "התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע".⁸⁶ חברי הוועדה שניסחה את תקן 21 במקור היו השמאי הממשלתי, שלושה שמאי מקרקעין נוספים, שני משפטנים מלשכת היועץ המשפטי לממשלה ועובדת מדינה האחראית להתחדשות עירונית במשרד השיכון.⁸⁷ להמלצות שגובשו בתקן 21 נועד מעמד מיוחד החורג ממעמדם של תקני שמאות אחרים, שכן התקן נועד להנחות שמאי פינוי ובינוי, שלפי חוק פינוי ובינוי קביעתם כי עסקת פינוי ובינוי כדאית כלכלית תהיה "חזקה כי היא כדאית כאמור לעניין בחינת סבירותו של הסירוב, אלא אם כן הוכח אחרת".⁸⁸ תקן 21 ציין במפורש שהוא נועד להנחות שמאי פינוי ובינוי המתמנים לפי חוק פינוי ובינוי ותקנות מינוי שמאי.⁸⁹ כפי שאראה להלן, אף כי תקן 21 היה רק הנחיה מנהלית מומלצת שאין לה מעמד נורמטיבי מחייב, הוא שהוביל להטמעתה של הגישה הפוגענית שתיארת לעיל בקרב יזמים, פקידי ציבור, מתכננים, ובסופו של דבר – גם מחוקקים.

מדוח של משרד המשפטים עולה כי המניע לכתיבתו של התקן היה הרצון לשפר את הכדאיות הכלכלית של תוכניות פינוי ובינוי ליזמים מתוך חשש שתוכניות כאלה לא יצאו לפועל.⁹⁰ טעם זה הוא הסיבה לכך שלעומת תקן שמאי האמור לעסוק רק בקביעת שיטות שומה ולא בהחלפת השוק בקביעת ערכים ומחירים, תקן 21 התיימר להחליף את כוחות השוק ולקבוע ערכי תמורה לבעלי המקרקעין וליזמים. ניתן להצדיק התערבות כזו בקביעת

84 ס' 4(7) לתקנות פינוי ובינוי; ס' 1א(ב), 1ב(ג) לחוק פינוי ובינוי (על פיהם הותקנו התקנות) (ההדגשות הוספו).

85 השמאי הממשלתי "הודעה לציבור שמאי המקרקעין" (18.9.2018) <https://did.li/12IOF>.

86 בר"מ 1621/18 אטבליסמנט סמונד נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שרונים, בפס' 11 (נבו 18.6.2019); תקנה 1 לתקנות שמאי מקרקעין (אתיקה מקצועית), התשכ"ו–1966, ק"ת 712.

87 הרכב חברי הוועדה המקצועית, תקן 21, לעיל ה"ש 73, בעמ' 1.

88 שם, ס' 2; ס' 1(ב) לחוק פינוי ובינוי.

89 ס' 2, 18 לתקנות מינוי שמאי; ס' 2 לתקן 21, לעיל ה"ש 73.

90 כרמית יוליס ואסתי ורהפטיג "סיכום עבודת צוות הסרת חסמים בהתחדשות עירונית" 29 (2020) www.gov.il/BlobFolder/news/news-30-04-20/he/urban-renewal.pdf (להלן: סיכום צוות חסמים).

ערכי השוק בכך שבעת עיצובו של תקן 21 טרם התפתח שוק חופשי לעסקאות פינוי ובינוי וכן בכך שבעיות של פעולה משותפת מעכבות הסכמות עם בעלי מקרקעין באופן המחייב קביעת ברירת מחדל ממלכתית.⁹¹ הנימוק הראשון מתעלם מכך שעסקאות קומבינציה יכולות לשמש נקודת מוצא לקביעת התמורות בעסקת פינוי ובינוי, והנימוק השני אינו מצדיק קביעתן של תמורות המיטיבות עם יזמים ביחס למקובל בעסקאות אחרות. כפי שאראה להלן, התמורות שנקבעו בתקן נוטות לטובת היזמים לא רק כאשר משווים אותן לשיעורי קומבינציה מקובלים אלא גם כאשר משווים אותן לתמורות שקבלנים מסתפקים בהם בסוגים אחרים של עסקאות. על כן סביר להניח כי גם אם קביעותיו של התקן יבוטלו, או למצער ימותנו, כפי שאירע לחלק מהן, לא יהיה בכך כדי לשלול את הכדאיות הכלכלית של העסקאות ליזמים. אפנה עתה לניתוח התקן והתמורות שהוא מתיימר להעניק לבעלי המקרקעין וליזמים. בנוסחו של התקן חלו עם השנים שינויים אך אלה הותירו בתוכנו את הגישה הפוגענית. אתייחס תחילה לנוסח המקורי ואחר כך אראה כיצד שרדה הגישה הפוגענית את השינויים שחלו בתקן מאוחר יותר.

תקן 21 כלל שלושה חלקים שבהם נקבעו הנחיות לבחינת הכדאיות הכלכלית של תוכנית פינוי ובינוי מבחינת היזם (חלק א), מבחינת בעלי הדירות (חלק ב) ולבחינת יחס התמורות הניתנות לבעלי דירות שונות (חלק ג). התחשיב שהוצע בתקן נראה במבט ראשון זהה לזה שמבצע שמאי הבוחן את כדאיותה הכלכלית של עסקת קומבינציה. הוא הורה כיצד להעריך את שווי כל הזכויות הניתנות לניצול במסגרת הפרויקט⁹² את התקבולים הצפויים ליזם ממכירת הדירות החדשות המיועדות לשיווק על ידיו,⁹³ את העלויות וההוצאות שהיזם צריך לשאת בהן ואשר יש להפחיתן מהתקבולים הצפויים⁹⁴ ואת "הרווח היזמי" של היזם.⁹⁵ התחשיב אמור לכאורה להותיר בידי היזם רק את נתח הזכויות שמשקף את העלויות ואת הרווח היזמי.

עם זאת הלכה למעשה יצר התקן את הגישה הפוגענית כאשר קבע כי בידי בעלי הדירות תיוותר רק דירה אחת. החלק השני של התקן קבע כי כדי לבחון "האם העסקה שהוצעה לבעלי הדירות האופייניות היא כדאית כלכלית"⁹⁶ יש לאמץ אמת מידה מינימלית, כלומר "האם בעלי הדירות מקבלים את המינימום הסביר".⁹⁷ בהמשך נקבע כי "ככלל, התמורה הסבירה לבעל הדירה הינה דירה חדשה וכיסוי כל העלויות הכרוכות בפינוי. ככלל, הדירה החדשה תכלול חדר נוסף, ממ"ד ומרפסת... או שטח בהיקף דומה וכן חנייה".⁹⁸ בהערת שוליים המפרשת את הביטוי "או שטח בהיקף דומה" הוסיף התקן כי "המקובל הוא תוספת שטח של כ-25 מ"ר, אשר יבואו לידי ביטוי בתוספת חדר/חדרים או שטח בהיקף דומה".⁹⁹

91 ראו להלן בפרק ג.2.

92 תקן 21, לעיל ה"ש 73, ס' 4.14 (א).

93 שם, ס' 4.14 (ב).

94 שם, ס' 4.14 (ג)–(ט), 4.15.

95 שם, ס' 4.14 (ז).

96 שם, ס' 5.11.

97 שם (הדגשה הוספה).

98 שם, ס' 5.11 (ג) (הדגשה הוספה).

99 שם, בה"ש 15.

החלק השלישי של התקן בחן, לפי ההנחה שדירת תמורה אחת היא תמורה כדאית כלכלית, את שאלת התאמתה היחסית מבחינת הגודל והשווי לנתוני "דירת תמורה אופיינית".¹⁰⁰ אומנם התקן מציין כי "ככל שמוצעת תמורה אחרת, יבדוק השמאי את שוויה של התמורה בהתחשב באמור בסעיף זה ובנתוני הפרויקט",¹⁰¹ אך הנחיה זאת מותנה בכך ש"תוצע" תמורה כזו על ידי היזם. איזה הוא יזם שיתפתה להציע תמורה כזו אם התקן מוציא ידיו חובתו בתמורה המינימלית הסבירה של דירה כנגד דירה?¹⁰² התקן גם לא הבהיר כי תמורה גבוהה יותר יכולה להיות יותר מדירה אחת ולא דווקא תוספת שטח לדירת התמורה האחת. התקן אינו דורש כלל מן השמאי להשוות את התמורות שהוא קובע לתמורות שנקבעו בעסקאות קומבינציה באזור ואף אינו מציע לשמאי לחשב את התמורות בעסקת הפינוי והבינוי באופן שבו מחשבים תמורה בעסקאות קומבינציה. הוא מקבע את הגישה הפוגענית כברירת מחדל שאין בלתה ומניח, בלי לחייב, שלא לומר להמליץ, על ביצוע חישוב תמורות אחר כלשהו, כי סטייה ממנה אינה כדאית.

התקן נטה לטובת היזמים לא רק בחישוב התמורה לבעלי המקרקעין אלא גם באמצעות הנחיות בנוגע לשיעור הרווח היזמי שיש לזקוף לטובת יזם כדי שהעסקה תהפוך לכדאית לו. התקינה השמאית הכללית הגדירה רווח יזמי: "הפרש (באחוזים או בערך כספי מוחלט) שבין שווי הנכס כבנוי לבין סכום עלות ההקמה הכוללת ומרכיב הקרקע שעליה הוא נבנה. הרווח היזמי מבטא את התמורה שדורש לעצמו היזם בעבור הסיכון שהוא נושא על עצמו, בעבור הפסד התשואה האלטרנטיבית להונו העצמי ובעבור יגיע כפיו האישי".¹⁰³ כמו כן נקבע כי "שיעור הרווח היזמי המתוכנן משתנה מתקופה לתקופה בהתאם לרמת התחרות בין היזמים לבין עצמם, לרמת הסיכון הכללי בענף הנדל"ן ולמשתנים כלכליים נוספים".¹⁰⁴ מכאן שיזמים אינם אמורים לגרוף לכיסם את כל הפער בין הכנסות להוצאות. כאשר הפער הזה גדול מאוד, בעלי מקרקעין בשוק תחרותי יקטינו אותו מן הסתם בדרך של דרישת נתח בהכנסות או בתמורות. זו הסיבה שכאשר מחשבים מראש את שיעור הרווח לצורכי כדאיות, נהוג להבחין בין מקרים שבהם הרווח היזמי הוא סביר לבין מקרים שבהם הוא עולה על הסביר. רווח יזמי סביר משקף שוק תחרותי שבו עסקאות כדאיות הן לבעלי המקרקעין והן ליזמים. רווח העולה על הסביר משקף חולשת מיקוח יחסית של בעלי המקרקעין, ורווח נמוך מהסביר משקף חוסר כדאיות ליזמים. התקן ניסה לקבל עליו את תפקידו של השוק במציאת נקודת האיזון, אך גם כאן הציב רף המיטיב עם היזמים לעומת הרווח היזמי המוכר בעסקאות אחרות.

כך, הקווים המנחים הכלליים של אגף שומת מקרקעין מציגים תחת הכותרת "שיעורי הרווח ליזם, מתוך סך ההשקעה, על פי הדעה הרווחת בקרב שמאים ויזמים כיום" כי רווח

100 שם, ס' 2.

101 שם, ס' 5.11(ג).

102 הנה דוגמה אופיינית לכך: שמאי מאמץ תמורות שקבע יזם לפי עקרונות תקן 21 (שם) כ"עובדה גמורה". ראו עפר כהן כהנא "תכנית 101-0345298 אור גנים ירושלים – חו"ד כלכלית נספח 0.6 – שומת מקרקעין מבוססת הנחה לצורך בדיקה כלכלית של תכנית פינוי-בינוי, עפ"י תקן 21" (ס' 11.25) (14.4.2019), <https://mavat.iplan.gov.il/SV4/1/1000372755/310>.

103 קווים מנחים, לעיל ה"ש 67, בעמ' 13.

104 שם.

ל"בניה יזמית למגורים (צמודת קרקע או רוויה)" הוא 15%–18%, אף כי "בסביבת מגורים מתהווה, שצבינה טרם עוצב יכול להידרש גם שיעור רווח גבוה יותר". כמו כן הם קובעים כי רווח יזמי למרכז מסחרי או קניון חדש נע בין 20% ל-105.30% רווח קבלני סביר שמקובל לפי הנחיות מס שבח הוא 15%–106.20% הרשות להתחדשות עירונית דורשת כתנאי סף להגשת בקשה של רשות מקומית להכרזה על מתחם פינוי ובינוי כי שיעור הרווח היזמי במתחם לא יפחת מ-20%, עם אפשרות לאשר גם מקרים של 107.18% בנקים המלווים יזמים בדרך כלל דורשים כתנאי למתן מימון מרווח סיכון מינימלי שלפיו שיעור הרווח היזמי הוא בגדר 15% עם מרווח ביטחון נוסף של 3%–108.5% מרווח הסיכון שנוטלים הבנקים משקף לא אחת חישובים שמרניים וגבוהים ממה שבאמת השוק מוכן להציע.¹⁰⁹

לעומת שיעורי הרווח היזמי שנסקרו לעיל, הרווח היזמי שהועיד נוסחו המקורי של תקן 21 ליזמים היה ללא ספק גבוה מאוד ושיקף סיכון יוצא דופן (25%–30%).¹¹⁰ קביעה זו כמובן נגסה באפשרות שלפי תקן 21 יוכלו בעלי הדירות ליהנות מתמורות נוספות על הדירה האחת שהתקן מגדיר כתמורה סבירה. לקביעת השיעור המוגדל של הרווח היזמי בחלק הראשון של תקן 21 נלוותה ההנמקה הגורפת שלפיה "פרויקט פינוי בינוי מבוצע בהיקפים גדולים ומתמשך לאורך זמן ארוך ויש בו מרכיבי סיכון שאינם אופייניים לפרויקטים אחרים. רמת הסיכון ואי הוודאות הגלומים בו גדולים".¹¹¹ קביעה גורפת וכללית כזאת אינה מבחינה בין סוגים שונים של מיזמי פינוי ובינוי, שמן הסתם יש ביניהם הבדלים ברמת הסיכון. היא אינה מבוססת על בחינה פרטנית של הבדלי העלויות והסיכונים ביחס לשיעורי קומבינציה מקובלים באזור פלוני שעשוי להוביל למסקנה כי הפערים אינם בהכרח גדולים.¹¹² היא גם מתעלמת מהסיכון הקטן יחסית שיש בעסקאות שבהן מי שתורם את הקרקע הם בעלי המקרקעין לעומת עסקאות שבהן היזם צריך לרכוש את המקרקעין ולשאת בהוצאות מימון, פיתוח והוצאות נוספות עוד בטרם מכר דירה אחת.¹¹³

יתרה מזאת, הניסיון להצדיק רווח יזמי גבוה בסיכון מיוחד שגלום בעסקה מתעלם מכך שבחישוב העלויות שמציע התקן כבר ניתן ביטוי לרבים ממרכיבי הסיכון המיוחדים בעסקת פינוי ובינוי. מרכיבים אלה מגולמים בסעיפים שכותרתם "בלתי צפוי מראש", "עלויות מיוחדות הכרוכות בהוצאה לפועל של פרויקט פינוי בינוי", "עלויות נוספות הנובעות מטיפול בדיירים", הוצאות מימון "כנגזרת של הריבית הנהוגה בשוק" או ערכויות

105 שם, בס' 3.3.1.

106 פרשת **אשד**, לעיל ה"ש 64, בפס' 50.107 הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית "אוגדן הנחיות לסיוע לרשויות המקומיות בקידום פרויקטים של פינוי בינוי" ס' 2.2.2.5 (24.7.2022) <https://did.li/vFOx5> (להלן: אוגדן הנחיות).108 איתן פלד "מימון קבוצות רכישה – בחינה ביקורתית" **רבעון לבנקאות** 180, 48, 66 (2017).109 בנק ישראל מערכת הפיקוח על הבנקים, היחידה הכלכלית "מערכת הבנקאות בישראל סקירה שנתית 2020" 134 (05.2021) <https://did.li/BoD6q>; נמרוד בוסר "צד ההיצע – מימון בנקאי | ליווי בנקאי – כל הדרך לעליית המחירים וכפיית רווח של 15% על היזמים" **דה-מרקר** (10.6.2014) www.themarket.com/realestate/1.2344447.

110 שם, ס' 4.14(ד).

111 ס' 4.14(ד) לתקן 21, לעיל ה"ש 73, בעמ' 7.

112 ראו לעיל בפרק א.2.

113 ראו לעיל ה"ש 66, 71.

לדיירי¹¹⁴. גם חישובי דחייה של קבלת ההכנסות משקפים התחשבות בסיכון של התארכות הפרויקט.¹¹⁵ כלומר, הרווח היזמי הגדול משקף התחשבות כפולה בסיכונים שכבר באו לידי ביטוי בחישוב העלויות, שמקטין אותו בהתאם. כמו כן התקן נותן עדיפות לסיכונים שמקבל עליו הצד החזק (היזם), אולם הוא מתעלם מן הסיכונים שמקבלים עליהם בעלי הקניין.¹¹⁶ בעלי הדירות נאלצים לעזוב את דירותיהם על כל המשתמע מכך ולהסתמך רק על הביטחונות שיקנה להם היזם, אם יקנה להם,¹¹⁷ שהרי חובה חוקית לעשות זאת טרם הוטלה עליו במפורש.¹¹⁸ יתר על כן, עלות הערבויות שניתנות לבעלי דירות היא חלק מהחישוב של עלויות הפרויקט שמנוכה מהרווח היזמי. זה סיכון שהיזם אינו נושא בו. שני הצדדים נוטלים סיכונים, אך הצד החזק, שאינו בעל הקניין, מתוגמל בנדיבות על הסיכונים שבהם הוא מסתכן, ואילו הצד החלש, בעל הקניין, מקבל תמורה מינימלית.

לסיכום, אמות המידה שתקן 21 קבע בשנת 2012 בנוגע לתמורות הראויות בעסקת פינוי ובינוי נוטות בבירור לטובת היזמים. הן רואות בעסקת פינוי ובינוי עסקה שבה בעל דירה בפרויקט פינוי ובינוי מחליף את דירתו בדירה חדשה אחת ומתעלמות מכך שהוא מוכר זכויות בנייה שבבעלותו כמו בעל מקרקעין בעסקת קומבינציה, וכי גם הוא מקבל עליו סיכונים. הן אפשרו ליזמים ליהנות מרווח יזמי העולה במידה רבה על זה שהם מסתפקים בו בעסקאות אחרות אף כי הסיכונים שהם נוטלים אינם בהכרח מצדיקים את הפער, וגם בעלי הדירות נוטלים סיכונים מיוחדים. ייתכן כי מנסחי תקן 21 לא כיוונו להופכו לתקן פוגעני, שכן הנחו את השמאי ליידע את בעלי הדירות אם מצא כי "הרווח היזמי גבוה מהרווח היזמי המקובל",¹¹⁹ אך כפי שדיווח צוות של משרד המשפטים, "לאורך השנים, השתרשה לעיתים הבנה מוטעית בשוק כי התמורה המצוינת לעיל היא התמורה הקבועה עבור דיירים כך שלא ניתן להעניק להם תמורה נדיבה או מופחתת יותר, אפילו כאשר זכויות הבנייה בתוכנית מאפשרות זאת. הבנה זו משפיעה באופן ישיר על הליך המשא ומתן בין בעלי הדירות במתחם פינוי ובינוי לבין היזם".¹²⁰

4. תיקוני תקן 21 – דבקות בגישה הפוגענית

בשנת 2019 פורסמה הצעת תקן 21.1 שהחמירה את הפגיעה בבעלי הדירות והיטיבה עם היזמים. ראשית, נקודת המוצא שלפיה כל בעל דירה זכאי לקבל דירה חדשה אחת הובהרה

¹¹⁴ סעיפי המשנה של ס' 4.14 לתקן 21, לעיל ה"ש 73.

¹¹⁵ הצעת תקן 21.1 – 2019, לעיל ה"ש 74, בס' 5.15.3.

¹¹⁶ ראו לעיל ה"ש 72 וטקסט סמוך.

¹¹⁷ מבקר המדינה פעולות הממשלה לקידום התחדשות עירונית כצורך לאומי 1300 (2016) (דיווח על נוהג שלפיו יזמים נותנים לבעלי הדירות ערבויות בסכום שבין 85% משווי הדירה הקיימת לסכום שווי הדירה החדשה) (להלן: מבקר המדינה התחדשות עירונית).

¹¹⁸ הצעת חוק המכר (דירות) הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון מס' 8) (התחדשות עירונית), התשע"ה–2014, ה"ח הכנסת 14; הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון – הבטחת נכסי בעלי דירות בעסקאות מסוג של התחדשות עירונית), התשפ"ב–2022, פ/3663/24, <https://did.li/H8rDN>.

¹¹⁹ שם, ס' 4.14 (ד)4.11, סיפה, (ד).

¹²⁰ סיכום צוות חסמים, לעיל ה"ש 90, בעמ' 30.

הפעם במפורש גם בחלק הראשון של התקן, לאמור: "התמורה תהיה דירה חדשה הכוללת מרפסת מחסן וחניה".¹²¹ שנית, בתקן המקורי נקבע כי לשטח הדירה החדשה יתווסף, ביחס לשטח הדירה המקורית, נוסף בהיקף "מקובל" של 25 מ"ר,¹²² ואילו הצעת התיקון משנת 2019 הקטינה את השטח הנוסף המוצע לתוספת שבין 12 מ"ר לבין 25 מ"ר.¹²³ אומנם ההצעה הוסיפה כי "ככל שהתכנון מאפשר רווחיות מעבר לנקבע בתקן זה, ניתן להביא בחשבון תמורה לדיירים גבוהה יותר",¹²⁴ אך אפשרות זו נחבאה אגב אורחא תוך התייחסות לשאלת המטראז' שניתן להוסיף לדירת התמורה היחידה. שלישית, התקן המקורי קבע כי רווח יזמי מקובל בשלב שלפני אישור תוכנית הוא של 25%–30%,¹²⁵ דבר שהובן כתקרה לרווח היזמי המרבי,¹²⁶ והצעת התקן החדשה קבעה כי "טווח המינימום לשיעור הרווח היזמי מהעלויות יעמוד על 20%–25%".¹²⁷ אם כן, בתקן המקורי נקבע טווח מרבי, גבוה למדי, לשיעור הרווח היזמי, ואילו בהצעת התיקון לא נקבע כלל טווח מרבי לרווח היזמי אלא רק טווח מינימלי.

גם הנוסח המתוקן של הצעת תקן 21.1 שפורסם בפברואר 2022 לא נטש את תפיסת היסוד הפוגענית, ולמעשה החמיר אותה בכך שאפשר לשמאי הפועל לפיו לקבוע כי התמורה כדאית גם במקרים שבהם דירת התמורה האחת לא תכלול כל תוספת מטראז' זולת מחסן ומרפסת.¹²⁸ שינוי נוסף ולכאורה חיובי יותר שמנסחי ההצעה הצטעצעו בו היה הימנעות מקביעת שיעורי רווח יזמי מינימליים או מרביים, שכן "לא נכון לקבוע בתקן כללי, מהו הרווח היזמי הראוי בתוכנית מסוימת. בנוסף, קביעה כללית של רווח יזמי ראוי עשויה ליצור מצב בו במקום שהתכנון יוביל... הרווח היזמי הכללי הוא שינחה תכנונית, מבלי לדעת כלל האם הרווח שנקבע נכון ומתאים לתוכנית המסוימת אותה מבקשים לקדם".¹²⁹ על אף הנמקה נכונה זו, ההצעה לא התנערה לחלוטין מן היומרה לקבוע הנחיות בנוגע לשיעור הרווח היזמי. כך כיוונה את השמאי הקובע אותו לשקול במיוחד את התמריץ הכלכלי הראוי ליזמים¹³⁰ וכן נקבע כי "שיעור הרווח היזמי במיזמים אלה נדרש להיות גבוה יותר לעומת בנייה בקרקע פנויה, באותו מקום ובאותו זמן",¹³¹ וכי בקביעתו יש לקחת בחשבון שורה של פרמטרים ש"מבטאים בעיקר את הסיכון הכרוך במיזם".¹³² אף כי בגוף ההצעה לא נזכר שיעור רווח יזמי מינימלי, הרי שבקובץ אקסל שצורף לה כנספח, ולפי הפניות בגוף ההצעה הוא חלק בלתי נפרד ממנה, הוצגה דוגמה של פרויקט שבה נזכר

121 ס' 5.13 (ב) להצעת תקן 21.1 – 2019, לעיל ה"ש 74 (ההדגשה הוספה).

122 ראו לעיל הטקסט בסמוך לה"ש 99.

123 ס' 5.13 (ב) להצעת תקן 21.1 – 2019, לעיל ה"ש 74.

124 שם.

125 הטקסט בסמוך לה"ש 95 לעיל.

126 סיכום צוות חסמים, לעיל ה"ש 90, בעמ' 29.

127 ס' 5.14 (יא) להצעת תקן 21.1 – 2019, לעיל ה"ש 74 (ההדגשה הוספה).

128 ס' 5.13, 5.17 להצעת תקן 21.1 – 2022, לעיל ה"ש 75 (חלופת תוספת 0 מ"ר).

129 שם, ס' 5.14, בעמ' 7.

130 שם, ס' 5.14 יג, 5.12.

131 שם.

132 שם, ס' 5.14 יג.

שיעור של כ-18% כ"רווח המהווה תמריץ ראוי".¹³³ הצעת התיקון לא קבעה כל הנחיה שתאפשר לשמאי, במקרה מתאים כלשהו, להציע לבעלי דירות תמורה העולה על דירה אחת.

בחודש יוני 2022 אישרה מועצת שמאי מקרקעין את הנוסח המתוקן של תקן 21.1.¹³⁴ נוסח זה הולך בתלם שנחרש בידי קודמיו. הוא מאמץ את הקביעה כי התמורה לבעלי הדירות "תהיה דירה חדשה הכוללת מרפסת, מחסן וחינה", וכי "ככלל, שטח הדירה החדשה יהיה כשטח הדירה הקיימת על פי היתר", בתוספת שתחושב במדרגות של 0 מ"ר, 12 מ"ר ו-25 מ"ר.¹³⁵ התקן וכן טבלת הרגישות שמצורפת לו אינם כוללים כלל אפשרות שבעלי דירות יקבלו יותר מדירה אחת, ומרחב התמרון היחיד שהן מותירות לבעלי הדירות הוא באשר להיקף התוספת לדירת התמורה.¹³⁶ בסוגיית הרווח היזמי קבע השמאי הממשלתי במסמך נפרד, ששמר לעצמו את הסמכות לשנותו, שלוש מדרגות לרווח יזמי **מוזערי**: בת"א – 14%; ב"גוש דן" (הכולל את ירושלים וכן את האזורים שנמצאים דרומית לנתניה, צפונית ליבנה, גבול מזרחי כביש 40, לא כולל לוד ורמלה) – 16%, וביתר האזורים – 17%.¹³⁷ שיעורים אלה נמוכים מאלה שנקבעו בנוסחים קודמים של התקן, והאפשרות לשוב ולעדכןם היא ככל הנראה תוצאה של פשרה בין הדרישה הנכונה – שלא לנקוב בשיעור כזה כלל ולהותיר את קביעתו למשא ומתן בין בעלי המקרקעין ליזמים – לבין דרישתם של הרשות להתחדשות עירונית ושל נציגי היזמים לקבוע מראש שיעורים גבוהים יותר.¹³⁸ אין בתקן כל הוראה המאפשרת לשמאי לתרגם באופן פרקטי שיעורי רווח יזמי גבוהים יותר למסקנה כי הענקת תמורה של דירה אחת בלבד לבעלי הדירות אינה כדאית כלכלית לבעלי הדירות. אין בו כל הנחיה לבחון ולו רק לשם השוואה שיעורי קומביניציה מקובלים בסביבה.

5. מדיניות הרשות להתחדשות עירונית

הגישה הפוגענית התחזקה עם הקמתה בשנת 2016 של הרשות להתחדשות עירונית והיא באה לידי ביטוי במדיניותה. חוק הרשות להתחדשות מונה עם מטרותיה של הרשות את הצורך לתת "מענה הולם לצורכי האוכלוסייה המתגוררת במתחמים המיועדים להתחדשות עירונית"¹³⁹ (ס' 1), וכן נקבע בו כי אחד מתפקידי הרשות הוא "סיוע להתארגנות דיירים

¹³³ משרד המשפטים "טיוטת נספח א' – תבנית טבלת נתונים וחשובים לתקן 21.1 – (סופי)" <https://did.li/gumUY>

¹³⁴ תקן 21.1 – נוסח יוני 2022, לעיל ה"ש 70.

¹³⁵ שם, בס' 5.13, 5.17.

¹³⁶ שם, בה"ש 8 וכן גיליון אלקטרוני נלווה לתקן – תבנית טבלת נתונים וחשובים לתקן 21.1, www.gov.il/he/departments/news/tikon_teken_21_1

¹³⁷ שם בס' 5.14 יג וכן מסמך השמאי הממשלתי בדבר הרווח המזערי האפשרי בתוכניות פינוי בינוי, www.gov.il/he/departments/news/tikon_teken_21_1

¹³⁸ יובל ניסני "מסתמן: משרד המשפטים ורשות ההתחדשות לקראת פשרה על רווח יזמי" **גלובס** www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001412916 (24.5.2022)

¹³⁹ ס' 1 לחוק הרשות להתחדשות.

לשם מימוש וקידום מיזמים להתחדשות עירונית¹⁴⁰. עם זאת הרשות להתחדשות מזדהה לחלוטין עם הגישה הפוגענית שנוכרה לעיל שלפיה התמורה לבעלי דירות בפרויקט פינוי ובינוי היא של דירה אחת עם תוספות. היא תמכה פומבית בעיגונה של גישה זאת בתקינה השמאית¹⁴¹ ומציגה אותה בפרסומי ההדרכה שלה¹⁴². אומנם הרשות גם מציינת כי ניתן לתבוע תמורה נוספת במקרה שהתכנון מאפשר זאת, אך היא אינה מבהירה כיצד ומתי בעלי הזכויות יכולים לדורשה ואם ביכולתם לדרוש כתמורה נוספת דירות נוספות¹⁴³. נוסח ההסכם לדוגמה שמוצג באתר הרשות משקף בבירור רב את הגישה שלפיה התמורה לכל בעל דירה בהסכם פינוי ובינוי היא דירה אחת¹⁴⁴. ה"מחשבון לבדיקת כדאיות כלכלית של מתחמי פינוי-בינוי", המוצג לעין כול באתר הרשות, מעוצב באופן שלעולם יציב את מספר הדירות שהוזן בו כ"מספר דירות במצב קיים" גם במשבצת שכותרתה "דירות תמורה לדיירים" בלי להתחשב בשינוי הערכים ב"מספר הדירות החדשות". המשתנה היחיד שישתנה במקרה זה הוא שיעור "רווח לעלות" ליוזם¹⁴⁵.

זאת ועוד, לפי הנתונים שמפרסמת הרשות להתחדשות, קיימים פערים ניכרים ושכיחים בין מספר דירות התמורה בפרויקטים של פינוי ובינוי לבין מספר הדירות החדשות. כך דווח כי במתחמים שתוכננו עד סוף שנת 2022 בעשר "הערים המובילות" תוחלפנה במצטבר 23,983 דירות קיימות ב-102,491 דירות מוצעות. עולה מכך כי בפרויקטים שעליהם מדווחת הרשות, שמאמצים את תקן 21, כל דירה מניבה ליזמים בממוצע עוד כשלוש דירות: בתל-אביב – עוד חמש דירות, בירושלים ובלוד – עוד כארבע. התמורה המגיעה לבעלי הדירות בכל המקומות היא לפי התקן – זהה¹⁴⁶. תמורות אלה נופלות מהתמורות שמקבלים בעלי דירות לפי שיעורי הקומבינציה המקובלים בערים אלה, שלפיהם בעלי הקרקע מקבלים 40% ואף 60% מהדירות¹⁴⁷.

הפערים האמורים מעידים שהגישה הפוגענית מובילה לפגיעה שיטתית, שרירותית ורחבת היקף בבעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי. עמדתה של הרשות להתחדשות עירונית מסייעת להטמעת הגישה הפוגענית בקרב בעלי דירות אף שאחד מתפקידיה של הרשות הוא כאמור לסייע להם.

140 שם, בס' 4(א)(8).

141 הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית "עמדת הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית בנושא תחשיב התמורות לדיירים במיזמי פינוי בינוי במסגרת הליכי אישור תכניות" (3.2.2020). <https://did.li/Uz6Iw>.

142 הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית "מדריך להסכם פינוי ובינוי" 2 (להלן: מדריך הרשות) <https://did.li/sWZZH>.

143 שם, בעמ' 17.

144 הרשות להתחדשות עירונית "הסכם לדוגמה בין בעלי דירות ליוזם לעסקת פינוי-בינוי" ס' 1.13, ס' 5.5, <https://did.li/l5rDN>.

145 הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית "המחשבון לחישוב כדאיות כלכלית של מתחמי פינוי ובינוי" <https://paz-ui-paz-21-prod.b9ad.pro-us-east-1.openshiftapps.com> (1.9.2020).

146 הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **דוח התחדשות עירונית לשנת 2022** 23 (אפריל 2023); הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **דוח התחדשות עירונית לשנת 2021** 25 (אפריל 2022) <https://did.li/ndbsl>. ראו גם הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **דוח התחדשות עירונית לשנת 2020** 26 (אפריל 2021)(להלן: **דוח 2020**) <https://did.li/5SZZH>.

147 ראו לעיל ה"ש 61–62 והטקסט בסמוך להן.

6. מדיניות התכנון

הגישה הפוגענית הוטמעה הלכה למעשה גם בעמדתן של רשויות התכנון והבנייה, בין היתר באמצעות מנהלות התחדשות עירונית שפועלות בעיריות השונות בהנחיית הרשות להתחדשות. במסמך הנחיות שניסח מנהל התכנון נקבע כי חישוב מקדמי ציפוף מינימליים יביא בחשבון את התמורות לבעלי הדירות לפי תקן 21, שכן "בהינתן קיומו של תקן 21 במסגרתו הנוכחית, הוא מאפשר יצירת מסד נתונים כמותי ברור ואחיד, המתבטא בסופו של דבר בהיקפי הבנייה הנדרשים בתוכנית".¹⁴⁸ התפיסה הפוגענית שלפיה התמורה לבעלי הדירות תהיה של דירה אחת עם תוספת של 12 מ"ר ולעיתים גם חניה ומרפסת, אומצה עקרונית, גם אם בהבדלי ניואנסים קלים, בכמה וכמה מסמכי מדיניות שמנחים את מעצבי מדיניות ההתחדשות העירונית בערים שונות, ובהן (בסדר אל"ף-בי"ת) באר שבע,¹⁴⁹ הרצליה¹⁵⁰ חדרה,¹⁵¹ חולון,¹⁵² כפר סבא,¹⁵³ לוד,¹⁵⁴ נתניה,¹⁵⁵ פתח תקווה,¹⁵⁶ רמלה,¹⁵⁷ רמת-גן¹⁵⁸ ותל אביב.¹⁵⁹ התוצאה של אימוץ אמת המידה הפוגענית כאמת מידה תכנונית היא שבדרך כלל לא תאושר בנייה בהיקף העולה על הנדרש כדי לספק את דרישות המינימום של תקן 21 בנוגע לתמורה לבעלי הדירות. היחס בין מספר יחידות הדיור המקוריות לבין מספר יחידות הדיור החדשות (מכפיל) ישתנה בעיקר לפי שווי הקרקע ולא יעלה על הנדרש לשם סיפוק התמורה המינימלית לבעלי הדירות ושיפור הרווחיות של היזמים.¹⁶⁰

- 148 מנהל התכנון "מדריך מנהל התכנון להתחדשות עירונית" 9 (עדכון 6, 01.2021). <https://did.li/0BOx5>
- 149 המנהלת להתחדשות עירונית בבאר שבע "המדיניות התחדשות עירונית באר שבע" 28, 29, 32, 51, 75 (08.2019) (לגבי חלק מהמתחמים נקבעה תוספת שטח לדירה של עד 25 מ"ר) <https://did.li/9BOx5>
- 150 מנהל ההנדסה בעיריית הרצליה מפנה למסמכי המדיניות של הרשות להתחדשות עירונית, אתר המנהל, http://handasa.herzliya.muni.il/hithadshut/Pages/toshav_info.aspx
- 151 מנהלת התחדשות עירונית חדרה "מדיניות תכנונית להתחדשות עירונית בחדרה" 13 (03.2020) (ס' 6 תמורה לדיירים) <https://www.hakal.co.il/files/medinut.pdf>
- 152 עיריית חולון "התחדשות עירונית חולון מסמך מדיניות 23" (03.2020) ("התמורה לדיירים תכלול תוספת ממ"ד, מרפסת וחניה") www.minhelet-holon.co.il/wp-content/uploads/2020/03/holon.pdf
- 153 עיריית כפר סבא "התחדשות עירונית בכפר סבא – מורה נבוכים לעיקרי המדיניות V.2 – עדכון לוועדה מקומית" 24 (11.2021) <https://did.li/pNgba>
- 154 המבואה לוד המנהלת העירונית להתחדשות "מסמך מדיניות להתחדשות המרקם העירוני הוותיק בלוד" 52 (1.2021) (ס' 6.3.1) <https://did.li/GYIOF>
- 155 עיריית נתניה "מדיניות כלל עירונית לקביעת הנחיות לדירות תמורה" 2 (06.2019) <https://did.li/vw6Iw>
- 156 ישיבה מס' 20210009 של ועדת המשנה לתכנון ולבנייה עיריית פתח תקווה, בעמ' 1 לפרוטוקול הדיון מיום 6.5.2021 <https://did.li/MHxmC>
- 157 עיריית רמלה "מדיניות עירונית להתחדשות עירונית בעיר רמלה" 2, ס' 7.2 (ללא תאריך), <https://did.li/4SZZH>
- 158 עמ' 40 לפרוטוקול ולהחלטות מהדיון מיום 27.12.2020 משיבת מליאת הוועדה המקומית רמת גן, <https://did.li/HYIOF>
- 159 תא/מק/9112 "מדיניות תוכניות להתחדשות עירונית – דיון באישור מדיניות" 5 (4.12.2019) <https://did.li/fID6q>
- 160 ראו לעיל ה"ש 146 והטקסט הסמוך לה.

מדיניות זו חונקת באֶפֶה כמעט כל ניסיון של בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי להשיא את הרווח שיוכלו להפיק מפיתוח נוסף של קניינם ומנתבת כבר בשלב התכנון כל רווח פוטנציאלי כזה לידי יזמים או לציבור בכללותו. אומנם זכותם של בעלי הקניין כפופה לסמכויותיהן של רשויות התכנון להגבילה מטעמים תכנוניים, אבל אימוץ אמת המידה האחידה של תקן 21 אינו מעוגן בטעמים תכנוניים ולמעשה פוגע בצורכי התכנון. ראשית, נוסחת התמורה של תקן 21 היא נוסחה אחידה וכמעט אינה מבחינה בין ערים שונות או בין אזורים שונים בתוך הערים. היא גם כמעט אינה מביאה בחשבון כי באזורים שונים נדרש תמחיל שונה של גודל דירות (גדולות/קטנות/מספר חדרים) בשל הבדלים בגודל משקי הבית, בהיצע ובביקוש לדירות מסוגים שונים.¹⁶¹ מסמך של עיריית חיפה שקבע מדיניות תמורה דומה בוטל בהחלטת בית המשפט המחוזי בחיפה, משום שסבר כי "חיפה אינה עשויה מקשה אחת, ואף בתוך השכונה האחת קיימים רחובות בעלי אופי שונה.¹⁶² קביעת האחדה... היא בלתי סבירה".¹⁶³ שנית, הכרזות על מתחמי התחדשות אינן מבוססות על מדיניות כוללת הבוחנת את הצורך בהתחדשות עירונית בכלל, ואת הצורך בפגיעה בקניין הפרטי בפרט – ברמה הארצית. כפי שכתבו מרגלית ושטרן, "תכנון ההתחדשות העירונית בישראל נעשה בצורה מקוטעת (fragmentation) הפוגעת בתכנון מיטבי, יעיל וראוי המתייחס אל מכלול מרחביה העירוניים של ישראל".¹⁶⁴ דוח מבקר המדינה קבע בשנת 2016 כי על אף הצורך החיוני בהכנת תוכנית לאומית להתחדשות עירונית, צורך שנקבע בתמ"א 35 כבר בשנת 2005, טרם התגבשה "תכנית לאומית סדורה בתחום ההתחדשות עירונית".¹⁶⁵ ההימנעות רבת השנים מהכנתה של תמ"א להתחדשות עירונית מעוררת תמיהה משום שהמועצה הארצית לתכנון ולבנייה ומנהל התכנון מצאו את הזמן ואת המשאבים לשקוד במשך שנים על תוכניות מתאר ארציות בתחומים שונים שקשורים לפיתוח עירוני, לרבות תמ"א 35, תמ"א 38 ותמ"א 40. דווקא בתחום ההתחדשות העירונית, שהוא כה חיוני לפיתוח העירוני, אין אסדרה תכנונית ארצית. שלישית, השימוש בתקן 21 כאמת מידה תכנונית גם נוגד את מדיניות התכנון הארצית השואפת להגדלת ציפוף הבנייה, לפי קריטריונים מסוימים של כמות יחידות דיור ליחידת שטח, כפי שהיא משתקפת, למשל, בתיקונים לתמ"א 35.¹⁶⁶ כך גם נפגעת אחת המטרות העיקריות של ההתחדשות העירונית על פי ס' 1 לחוק הרשות להתחדשות שהיא "הגדלת היצע הדיור במרקם העירוני הבנוי".

רשויות מקומיות מאמצות את אמת המידה הפוגענית בתקן 21 בהתלהבות דווקא משום שהן רואות בכך הזדמנות לצמצם את ציפוף הבנייה בתחומן, ככל הנראה מתוך ציפייה כי

161 חן נאור, אנדי איד'ק וטל ונגר "תמחיל גדלי דיור בישראל – מסמך רקע" 49–50 (2022).

162 עת"מ (מחוזי חי') 15694-06-20 **שומרי הסף התנועה להגנת ערכי שלטון החוק (ע"ר) נ' עיריית חיפה** פס' 16 (נבו 23.12.2020).

163 שם, בפס' 73.

164 אביטל מרגלית ושי שטרן "התחדשות עירונית: מאסדרה מאפשרת למעורבות מושכלת" **מחקרי משפט** לד 1, 14 (2021).

165 מבקר המדינה **התחדשות עירונית**, לעיל ה"ש 117, בעמ' 1246.

166 מנהל התכנון "תוכנית מתאר ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור תמ"א 35 – שינוי מס. 4 צפיפות מגורים" 10 (2.6.2022) <https://mavat.ipan.gov.il/SV4/1/99005181336/310> (לוח 1 הקובע צפיפות נטו של יח"ד לדונם).

המענה למשבר הדירור יוגשם ברשויות אחרות ולא בשטחן (גישה הידועה בכינוי "not in my backyard" או בקיצור NIMBY).¹⁶⁷ זאת נוסף על התמריץ הטבעי שלהן להעדיף שימושים המניבים ארנונה גבוהה והוצאה ציבורית קטנה יחסית (עסקים ומסחר) על פני הגדלת מכסות מגורים המניבות ארנונה נמוכה ושההוצאה הציבורית בגינן גדולה (למשל בשל הצורך לבנות מוסדות חינוך וכד').¹⁶⁸ התוצאה של נטייה זו, שכאמור גם אינה משרתת את האינטרס התכנוני, היא הגבלת זכויות הקניין דווקא במתחמי פינוי ובינוי, שרק הם כפופים לתקן 21. אין מגבלות דומות על מקרקעי ישראל או על מקרקעין פרטיים שאינם מוכרזים כמתחמי פינוי ובינוי. עמד על כך המבוא לנוסח החדש של תקן 21.1 שאושר ביוני 2022 כאשר קבע כי יש לשנות את הסדר המעוות שלפיו התקן הוא שקובע את היקף הבנייה בתוכנית, וכי הסדר צריך להיות הפוך, כלומר "התכנון מוביל ובעקבותיו ועל פיו תיבדק ההתכנות הכלכלית".¹⁶⁹ עם זאת בשל מניעה של רשויות התכנון ובהיעדר תכנון ארצי משולב להתחדשות עירונית, שינוי הצהרתי זה טרם הביא, וספק אם ביכולתו להביא, לשינוי נורמה שהשתרשה כה עמוק במוסדות התכנון ואשר פוגעת הלכה למעשה בקניינים של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי.

7. הגישה הפוגענית – סיכום ביניים

מפרק זה עולה כי המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי מעצבת ברירת מחדל פוגענית שלפיה בעל דירה בפרויקט פינוי ובינוי מקבל בתמורה לפינוי המקרקעין רק דירה חדשה אחת עם תוספות צנועות. במערכת הנורמטיבית אין כל ערובה שתאפשר להגדיל את התמורה לבעלי הדירות מלבד תוספות מוגבלות לדירת תמורה אחת, אך היא כוללת הנחיות ברורות בנוגע לאופן ההגדלה של הרווח ליזמים, לעיתים על חשבון התמורה המינימלית שהיא מיעדת לבעלי הדירות. מנגנוני האסדרה של ההתחדשות העירונית בישראל תומכים בעמדה הפוגענית ומסייעים להטמעתה כברירת מחדל שאין בלתה בקרב כל העוסקים בתחום והם ששכנעו את המחוקק לאמץ אותה. ברירת המחדל הפוגענית היא גם שיקול תכנוני מכריע בקביעת מכסות הבנייה באזורי התחדשות עירונית, והיא מגבילה אפוא את פוטנציאל ההשתתפות של בעלי המקרקעין בפיתוח הנוסף. בכל אלה יש משום פגיעה חמורה בקניין של בעלי הדירות.

ג. כפיית הגישה הפוגענית במסגרת הליכי פינוי ובינוי

1. רשת הכפייה – בתמצית

כפי שהראיתי בפרק ב, הגישה הפוגענית שנקבעה במסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי מציעה לבעלי מקרקעין בעסקת פינוי ובינוי תמורה של דירה אחת מוגדלת בלבד, גם אם זו

¹⁶⁷ שם, בעמ' 2.

¹⁶⁸ שרית דנה ושלום זינגר **דיני תכנון ובנייה** 87 (2015); צבי אקשטיין ואח' "רפורמות בענף הדירור – נייר מדיניות" 13, 22 (דצמבר 2015) www.runi.ac.il/media/ilnjump4y/housing_reform.pdf.

¹⁶⁹ הצעת תקן 21.1 – 2022, לעיל ה"ש 75, בעמ' 2; תקן 21.1 – נוסח יוני 2022, לעיל ה"ש 70, בעמ' 2.

נופלת בערכה מהפער שבין הרווח שאותו אמור לקבל היזם בשוק תחרותי לבין מלוא הרווח שניתן להפיק מהעסקה. בפרק זה אטען כי הגישה הפוגענית נכפית על בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי וכמוה כהפקעת זכויות הקניין שלהם. פעולת ההפקעה נובעת מניצול עמדת המיקוח החלשה של בעלי הדירות, שנובעת מחולשתם כצד מפוצל ובעל יכולות ומידע נחותים מאלה של יזמים, מארגנים ורשויות. כך נכפה עליהם הסדר פוגעני באמצעות כמה וכמה כלים, ובהם מנגנוני כבילה חוזיים, מנגנוני הכרעה של רוב ומעורבות ממשלתית. כלים אלה נכרכים כרשת סביב בעלי הדירות לכדי מלכודת שאינם יכולים עוד להיחלץ ממנה. אין בהם ערובות מספקות למניעת הפגיעה. כפיית הגישה הפוגענית על בעלי הדירות היא פגיעה חמורה בזכות הקניין של בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי והיא נעשית ללא פיצוי הולם. פרק זה יתמקד בתיאור אופן הפעולה של מנגנוני כפייה אלה ויראה כיצד בעלי מקרקעין בעסקת פינוי ובינוי נכפים להסכים לכך ולעיתים אף בבלי דעת.

2. בעיית הפעולה המשותפת כתירוץ לפגיעה לא נחוצה בקניין

מתחמי פינוי ובינוי מתאפיינים בדרך כלל בריבוי בעלים. ריבוי בעלים יוצר לעיתים בעיות של תיאום ופעולה משותפת. בעיות אלה מכבידות על היכולת של בעלי המקרקעין לשתף פעולה כדי להגיע יחד להסכם אופטימלי שאליו יכולים להגיע בעלים יחיד או קבוצה מאורגנת היטב של בעלים. ריבוי הבעלים גם יקשה על יום להגיע להסכמה עם כל הבעלים וייקר את ההתקשרות מבחינתו. לפיכך יש סיכוי שהמיזם לא יצא לפועל, ובכך ייגרם נזק לא רק לבעלים אלא לציבור כולו, אם יש צורך חיוני בהתחדשות עירונית באותו מתחם.¹⁷⁰ שתי שיטות הוצעו לפתרון בעיית הפעולה המשותפת: הכרעת רוב והפקעה של הנכס המשותף. השיטה של הכרעת רוב מקובלת בדיני השיתוף הכלליים¹⁷¹ ובדיני הבתים המשותפים.¹⁷² מטרתה של הכרעת הרוב להקטין את כוח המיקוח של כל יחיד בקבוצה ולאפשר בדרך זו לרוב להוביל את הפעולה המשותפת. החיסרון של שיטה זו טמון בכך שהרוב עלול לקפח את המיעוט וגם לפגוע בזכויות הקניין שלו או אף של הקבוצה כולה. אשר על כן מקובל להגביל את סמכות הרוב שלא יוכל לנצל את כוחו כדי לקפח את המיעוט או לפגוע בזכויות הקניין שלו.¹⁷³ כך למשל, סמכות בעלי רוב המנות בנכס מקרקעין משותף מוגבלת רק לניהול ולשימוש "רגילים", הוא חייב להפעיל את כוחו בתום לב, וכל שותף רשאי לבקש סעד מבית המשפט אם הוא רואה עצמו "מקופח".¹⁷⁴ סמכות רוב בעלי הדירות בבית משותף לערוך תקנון מוגבלת באיסור לשנות זכויות של בעל דירה, להטיל

170 אירית חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" **עיוני משפט** כא 449, 463–468 (1998); להבי וליכט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 108–109; דגן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 401–402; אברהם בל וגדעון פרחמובסקי "דיני קניין" **הגישה הכלכלית למשפט** 339, 353 (אוריאל פרוקצ'יה עורך (2012).

171 ס' 30 לחוק המקרקעין.

172 סעיפים שונים בחוק המקרקעין ובהם ס' 60, 62, 71, התקנון המצוי בתוספת; ס' 3–5 לחוק החיזוק.

173 דגן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 403, 405.

174 ס' 30 לחוק המקרקעין; ע"א 810/82 **זול בו בע"מ נ' זיידה**, פ"ד (4) 737, בפסק דינו של השופט ברק (1983).

עליו חובות או לבצע הצמדה של חלקים משותפים ללא הסכמתו.¹⁷⁵ רוב מיוחס של בעלי דירות בבית משותף רשאי לקבל החלטה בדבר הוצאה של חלקים מהרכוש המשותף ומזכויות הבנייה והצמדתם לדירה פלונית לשם הרחבתה, אך אינו רשאי לעשות כן אם "יש בה כדי לפגוע בזכויות בנייה יחסיות של כל בעל דירה להרחבה".¹⁷⁶ בדומה לזה, ניתן להשקיף על מערכת היחסים בין בעלי דירות בבית משותף שנהרס במשקפי דיני עושק המיעוט בחברות.¹⁷⁷ אם כן, מתן סמכות לרוב לכפות פעולה על המיעוט נועד למנוע סחטנות של מיעוט סרבן המשתמש בכוחו כדי למנוע פעולה משותפת שאינה פוגעת בו, אך הרוב אינו אמור להשתמש בסמכותו כדי לפגוע בזכויות הקניין של המיעוט. הסמכת הרוב לפגוע בזכויות הקניין של המיעוט אינה אלא פגיעה בקניין החורגת מן המטרה שלשמה מוסמך הרוב להפעיל את כוחו.

פתרון פוגעני עוד יותר לבעיית הפעולה המשותפת הוא הפקעה מוחלטת של הנכס המשותף. ההפקעה מבטלת את בעיית הפעולה המשותפת באמצעות נטילה כפויה של הבעלות מן השותפים. פתרון זה מקובל בפירוק שיתוף באמצעות מכירה¹⁷⁸ או בהפקעה לצורכי ציבור.¹⁷⁹ החסרונות של שיטה זו טמונים הן בסכנה שסמכות ההפקעה תעודד התנהגות אופורטוניסטית של הרשות המפקיעה והן בפגיעה החמורה של ההפקעה בקניין הפרטי: ההפקעה שוללת מן הבעלים המקוריים את היכולת ליהנות מהנכס ומעליית הערך שלו בעתיד.¹⁸⁰ בשל פגיעתה של ההפקעה הוצעו פתרונות מתונים יותר אשר מאפשרים לבעלי המקרקעין שהופקעו ליהנות מהמקרקעין ומעליית הערך שלהם לאחר ההפקעה. פתרון כזה מוכר בתוכניות איחוד וחלוקה ללא הסכמה,¹⁸¹ וכן במודל תאגידי לשינוף בעלים בפיתוח שלאחר הפקעת מקרקעין.¹⁸² גם סוג זה של פתרונות סובל מפגיעה כפויה בזכויות הקניין של הבעלים, אך בניגוד למודל ההפקעה, הוא מאפשר לבעלים להמשיך וליהנות מעליית הערך העתידית של הנכס.

הנחת המוצא של מעצבי המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי הייתה שהם נדרשים ורשאים לעצב מנגנוני כפייה שימנעו התנהגות סחטנית של בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי. יצירתם של מנגנונים אלה נועדה לכאורה למנוע התנהגות "סחטנית", "לא סבירה", "שימוש לרעה", "עמדת מיקוח בעייתית" של מיעוט המסכל פעולה משותפת.¹⁸³ אלה גם המונחים ששימשו להצדקת תיקון 2021 שהקטין את הרוב הנדרש כדי להפעיל את מנגנוני

175 ס' 62 לחוק המקרקעין.

176 שם, בס' 71ב(2).

177 פרשת **עזובן אהרני**, לעיל ה"ש 38, בפס' 71 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.

178 ס' 40 לחוק המקרקעין; פרשת **עזובן אהרני**, לעיל ה"ש 38, בפס' 61 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.

179 בג"ץ 3956/92 **מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה פס' 10** (נבו 22.12.1994); בג"ץ 4466/94 **נוסיבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, 82–83 (1995); בג"ץ 10784/02 **קרן קיימת לישראל נ' אתרים**

בחוף ת"א חברה לפיתוח אתרי תיירות בת"א יפו, פ"ד נח(3) 757, 767 (2004).

180 חביב-סגל, לעיל ה"ש 170, בעמ' 461–468; להבי וליכט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 108–112; דגן, לעיל ה"ש

2, בעמ' 126–129.

181 להבי וליכט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 130–135.

182 שם, בעמ' 140 ואילך.

183 הצעת החוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ה–2005, ה"ח 198; הצעת חוק פינוי ובינוי (פיצויים) (תיקון

מס' 4) (פינוי בשל סירוב בלתי סביר), התשע"ו–2016, ה"ח 568.

הכפייה.¹⁸⁴ עם זאת מנגנוני הכפייה שעוצבו משמשים להגשמת מטרה אחרת לגמרי: הם כופים על כל בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי את הגישה הפוגענית שתוארה בפרק ב, אשר שוללת מבעלי הדירות את זכותם ליהנות ממלוא פירותיה של תוכנית הפינוי והבינוי ומנתבת אותם ליזם או לציבור. כפיית תוצאה זו על בעלי הדירות פוגעת הלכה למעשה בקניינם ללא פיצוי, אף כי מנסחי המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי לא הציבו את הפגיעה הכפויה הזאת כאחת ממטרותיה הפורמליות.¹⁸⁵ כך נוצר רושם מוטעה שאימוצה של הגישה הפוגענית במסגרת הסכמי פינוי ובינוי הוא תוצאה של בחירה רצונית של רוב בעלי הדירות במתחמים אלה בחלופה כדאית המועדפת עליהם. בפסקאות הבאות אראה כי בחסות מנגנוני הכפייה שעוצבו לכאורה כדי למנוע סחטנות שרירותית, בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי אינם יכולים לשאת ולתת על הסדרים שימנעו את הפגיעה שנגרמת לקניינם מהגישה הפוגענית.

3. חכמים על חלשים: ניצול חולשות הבעלים לכפיית תמורה פוגענית

מנגנון הכפייה שמתווה המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי הוא מנגנון משולב המבוסס לכאורה על משא ומתן חופשי בין בעלי הדירות לגורמים שונים שבו לכאורה רשאים שני הצדדים לסטות מאמת המידה של דירה כנגד דירה. עם זאת עמדת המיקוח של בעלי הדירות במשא ומתן חלשה ביחס לשחקנים האחרים בעסקה, קרי היזם או הרשויות. חולשתם של בעלי הדירות נובעת בראש ובראשונה מפיצולם, הגורר בעיית פעולה משותפת. כפי שבעיה זו מכבידה על איסוף הסכמות להצעות היזם, היא מכבידה גם על יכולתם של בעלי דירות לגבש עמדה אחידה נגד הגישה הפוגענית. כמו כן קיימים פערי מידע בין אוכלוסיית בעלי הדירות, וכפי שמציינת הרשות להתחדשות: "החייב בין בעלי הון לבעלי נכסים פרטיים, לעיתים מהשכבות המוחלשות בחברה, אינו טבעי ולעיתים סובל מחוסר סימטריה ביחסי הכוחות והמידע".¹⁸⁶ אוכלוסיית מתחמים שמיועדים לפינוי ובינוי בדרך כלל אינה מתמצאת ברזי הדין, וידה אינה משגת לקבל ייעוץ מקצועי מבעלי מקצוע בלתי תלויים כמו עורכי דין, שמאים או מתכננים. גם ההסכמה להסתייע באלה עלולה להיתקל במחסום של בעיית הפעולה המשותפת. כפי שסיכם בית המשפט המחוזי בפרשת **אשדר**, אם כל הדיירים היו "מיוצגים נאמנה ומודעים לכלל הנתונים, הפרויקט מלכתחילה לא היה אמור להיתקל בקשיים כה רבים".¹⁸⁷

לעומת זאת יזמים ומארגנים שאומנותם ופרנסתם בתחום פינוי ובינוי בקיאים בתמונה המשפטית, התכנונית והשמאית, מצוידים ביועצים המתאימים וכיכולת לפנות אליהם וגם

184 הצעת חוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ו-2022), התשפ"א–2021, ה"ח 840, 877 (דברי ההסבר לס' 22); פרוטוקול מס' 19 של ישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-24, 21 (4.10.2021); פרוטוקול מס' 38 של ישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-24, 29–30 (19.10.2021).

185 מרגלית ושרטון, לעיל ה"ש 164, בעמ' 12, 22.

186 הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית "הנחיות לעבודה חברתית למנהלות להתחדשות עירונית" 4 (2020) (להלן: הנחיות לעבודה חברתית) www.gov.il/BlobFolder/reports/hanchayot_leavoda_ironit_documents_hanchayot_leavoda_hevratit.pdf.

187 פרשת **אשדר**, לעיל ה"ש 64, בפס' 56.

אינם סובלים מבעיית פעולה משותפת כל אימת שהם רוצים להיעזר בבעלי מקצוע. לזימים גם היכולת להשפיע על מי שמתיימרים לייצג את בעלי הדירות. מהבהרות שפרסמה ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין עולה כי "על מנת לקדם את התהליך וכחלק מהתמורה, מסכים היזם לשלם את שכר טרחת עורך הדין המייצג את הדיירים לכל אורך ההליך", וכי "בידי ועדות האתיקה התקבלו תלונות רבות בעניין הנדון כנגד עורכי דין, הקשר שלהם עם היזם, הנאמנות לדיירים, טענות רבות על שידול בתחום ועוד".¹⁸⁸ קדמה לכך פנייה של משרד המשפטים ללשכה שממנה עולה כי עורכי דין שפועלים בשירות יזמים ומארגנים של עסקאות פינוי ובינוי אינם חושפים את תפקידם זה בעת שהם מתיימרים לייצג לבעלי דירות.¹⁸⁹

במשא ומתן בין שתי הקבוצות, בעלי דירות מחד גיסא, ויזמים מאידך גיסא, סביר להניח שהקבוצה האחרונה, החזקה, תוכל ביתר קלות לדבוק בגישה הפוגענית ולהשפיע על יישומה המצומצם, ואילו קבוצת בעלי הדירות תתקשה מאוד לעמוד על מימוש זכויותיה באופן מיטבי תוך כדי התנערות מן העמדה הפוגענית. קושי זה גובר במיוחד בשל תמיכתן המובהקת של הרשויות בגישה הפוגענית, ובראשן הרשות להתחדשות, שהיא הגורם הממשלתי המלווה בעלי מקרקעין במיזמי פינוי ובינוי.¹⁹⁰ כפי שמציינת בצדק נטע זיו, "בדרך זו הרשויות (הן השלטון המרכזי והן השלטון המקומי) מעצבות את מרחב המשא ומתן בין הצדדים באחת הנקודות המרכזיות ביותר בעסקת ההתחדשות העירונית".¹⁹¹ זאת ועוד, מנגנון הכפייה של הגישה הפוגענית מנצל לרעת בעלי הדירות כמה הטיות קוגניטיביות מוכרות. כך, למשל, הנטייה הטבעית של בני אנוש היא שנאת הפסד (loss aversion), כלומר חשש מאובדן הקיים, והיא גדולה מחשש מאובדן רווח שטרם נוצר.¹⁹² על כן אך טבעי הוא שהטיה קוגניטיבית זאת תמקד את תשומת ליבם של בעלי המקרקעין שנדחקים לפנות את מקרקעיהם בסידור מקום מגורים מיידי וזמני כנגד הדירה שהם נאלצים לפנות, בערובות לו ובהבטחת קבלתה של דירה חדשה, ופחות בעמידה על קבלת מלוא הרווח שניתן להפיק מהעסקה. תחושת האובדן של המדור מוחשית מתחושת האובדן של זכותם הקניינית לנתח גדול הרבה יותר מפוטנציאל הפיתוח של הנכס. כמו כן הנטייה הטבעית של אנשים, ובמיוחד צדדים לא מתוחכמים, שלא לסטות מברירות מחדל, מקשה

188 מנחם מושקוביץ עו"ד, יו"ר ועדת האתיקה הארצית, לשכת עורכי הדין "התנהלות עורכי דין בפרויקט התחדשות עירונית-את/21/67" (12.4.2021) www.israelbar.org.il/UploadFiles/urban_renewal_eth_67-21_full.pdf.

189 שלומית צור "משרד המשפטים ללשכת עוה"ד: הסדירו את תפקיד עוה"ד בהתחדשות עירונית" **כלכליסט** (13.1.2020) www.calcalist.co.il/real_estate/articles/0,7340,L-3777634,00.html; דניאלה אסרף ופנינה ליפשיץ-אבירם "ייצוג משפטי במסגרת עסקת התחדשות עירונית: הגיעה העת לשינוי נורמטיבי" **המשפט** כז 303, 318–320 (תשפ"ב).

190 ראו לעיל פרק ב.4.

191 נטע זיו "התחדשות עירונית בישראל – דינמיקה של מרחב חברתי ורגולטורי" **משפט, כלכלה ומוסדות בישראל** 15, 42 (רון חריס ודרור גולדברג עורכים) (2022).

192 אייל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר – בעקבות הלכת אדרס" **ספר שלמה לזין** 323, 344–349 (2013).

על הסטייה מברירת המחלף שמציבה הגישה הפוגענית במתכונת של דירה כנגד דירה.¹⁹³ התהליך המדורג, הממושך והרב-שלבי של התקמות העסקה מוביל צד להתקשר בתנאים נחותים בשל תופעת ההסלמה במחויבות (escalation of commitment) או בשל תופעת העלויות השקועות (sunk costs) שלפיהן החשש לאבד את ההשקעה בזמן ובמשאבים יוצר אצל בעלי דירות מחויבות לעסקה שכבר התגבשה, גם אם התברר להם בשלב מתקדם שהיא כדאית פחות.¹⁹⁴ הטיית הסטטוס קוו תוביל את בעלי הדירות, לאחר שנלכדו ברשת הכבילה שתואר בהמשך, להעדיף את ההצעה שכבר התגבשה על פני סטייה ממנה.¹⁹⁵ גם הטיית העיגון (anchoring) ממריצה את בעלי הדירות להתייחס לתמורה של דירה אחת שמוצעת על ידי יזמים לפי התקן כנקודת מוצא תוך כדי התעלמות מקיומן של חלופות שונות שאינן כלולות בו (כגון שיעור קומבינציה).¹⁹⁶ גם העדירות, כלומר הליכת פרטים בעקבות סביבתם, עשויה להקשות על בעלי דירות לסטות מאמת מידה שאימצו כל הסוכבים אותם – הרשויות, היזמים, מי שהקדימו לכולל עצמם בעסקה או מי שהתקשרו במתחמים אחרים.¹⁹⁷

כל אלה גורמים לכך שמנגנון הכפייה המשולב שמעוגן במסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי כובל את הקבוצה המוחלשת בהדרגה לעמדת המארגנים והיזמים תוך כדי פגיעה בקניינם של בעלי הדירות והעברת מלוא זכויות הפיתוח – זולת דירת התמורה המורחבת – ליזם.

4. כבילה כפויה למארגנים

השלב הראשון בתהליך הכפייה מתחיל עוד בטרם הסכים ולו דייר אחד לעסקת הפינוי והבינוי. הוא אינו הכרחי אך יכול להתרחש בשל הקושי של הבעלים להתארגנות עצמית ובשל העניין שמוצאים בו מי שמתפרנסים ממנו: מארגנים של עסקת פינוי ובינוי. הוא בא לידי ביטוי בכריתת "הסכם לארגון עסקת פינוי ובינוי", כלומר הסכם ש"אינו עסקת פינוי ובינוי",¹⁹⁸ אך יש בו התחייבות של "מארגן" "לבצע פעולות לשם איתור יום שיוכל לבצע את העסקה" וכן "לבצע פעולות לשם התקשרות בהסכם לארגון עסקת התחדשות עירונית עם שאר בעלי הדירות בבית המשותף".¹⁹⁹ חוזה עם מארגן כובל את בעלי הדירות שחתמו עליו. לפי הגדרתו הוא "כולל, בין השאר, התחייבות של בעל הדירה שלא לנהל משא ומתן או שלא להתקשר בכל הסכם אחר בעניין ארגון בעלי הדירות באותו בית משותף או קידום עסקת פינוי ובינוי בדרך אחרת, לגבי אותו בית משותף, אלא בהסכמת הצד השני

193 דורון טייכמן, איל זמיר ויובל פרקש "ניתוח התנהגותי של דיני החוזים: ממצאים אמפיריים, תוכנות תאורטיות והשלכות משפטיות" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 3, 17 – 21 (יהודה אדר ואח' עורכים) (2021).

194 שם, בעמ' 14–15.

195 שם, בעמ' 18.

196 שם, בעמ' 13; מיה בר הלל ואוריאל פרוקצ'יה "פרק ב: כלכלה התנהגותית" הגישה הכלכלית למשפט 106, 71 (אוריאל פרוקצ'יה עורך) (2012).

197 מיכל לביא אחריות מתוכני תוכן לעולות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה 37 (2018).

198 הגדרתו בס' 1 לחוק המארגנים (ההדגשה הוספה).

199 ס' 3(א)(4) לחוק המארגנים.

להסכם".²⁰⁰ אף כי הסכם עם מארגן מגביל את בעלי הדירות במידה ניכרת – הוא למעשה אינו מקנה להם כל תמורה ממשית זולת מחויבות לשאת ולתת עם יזם ועם בעלי דירות אחרים. תפקידו של המארגן הוא למעשה לגבש את הסכמת בעלי הדירות תוך כדי התגברות על התנגדויות ועל בעיית הפעולה המשותפת עד להשלמת היעד האמיתי, שהוא חתימה של עסקת פינוי ובינוי עם היזם. הכינוי העממי של הסכם כזה – הסכם non-shop – מבטא את המטרה המרכזית שלו שהיא כבילת בעלי הדירות.²⁰¹ הוא משקף מחויבות חוזית חלשה או מוגבלת שמאפיינת בדרך כלל הסכמים להסכים או "הצהרות כוונות".²⁰² למרות זאת כפי שנראה בהמשך החוק תומך בכבילת בעלי הדירות להסכמים מעין אלה למשך שנים ארוכות. המארגנים מצידם אינם מוגבלים כלל ביכולת לסחור בזכויותיהם.

המונח "מארגן" הוגדר בחוק המארגנים: "מי שמתקשר עם בעל דירה בהסכם לארגון עסקת התחדשות עירונית, או מבצע פעולות לקראת התקשרות עם בעל דירה בהסכם כאמור".²⁰³ החוק אינו קובע תנאי כשירות או רישוי למארגן זולת הדרישה כי לא יהיה לו עניין אישי בהסכם אלא אם כן גילה אותו לבעל הדירה החותם על ההסכם וקיבל את הסכמתו לכך.²⁰⁴ כמו כן נקבע כי ארגון של עסקת פינוי ובינוי בתמורה לא ייחשב לפעולת תיווך,²⁰⁵ ומשום כך לא יחולו על מארגן חובות רישוי ופיקוח החלות על מתווכים.²⁰⁶ המארגן בוודאי אינו חייב להיות עורך דין שאומנותו בייצוג לקוחות, והוא גם אינו כפוף לכללי אתיקה כלשהם. למעשה כל אחד יכול להיות מארגן. אין פלא שהחוק שאמור להסדיר את פעולתם של המארגנים זוכה לא אחת לכינוי העממי "חוק המאכערים".²⁰⁷ החוק מאפשר אפוא לכבול בעלי דירות לחסדם של מארגנים חסרי הכשרה ובעלי עניין. את המענה לקושי זה מנסה המחוקק לספק באמצעות הטלת חובות על פי דין על המארגן. כך הוא חב בחובת "הגינות וזהירות" שלפיה עליו לפעול "לטובת בעלי הדירות בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת" ולמסור לבעל הדירה "כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לעסקת הפינוי ובינוי".²⁰⁸ עם זאת בכל הנוגע לתמורה שאותה יהיה אפשר להשיג בעסקת פינוי ובינוי, חוק המארגנים מטיל על המארגן אך ורק את החובה לכלול בחוזה "הבהרה כי התמורה שיקבל בעל דירה תיקבע במסגרת עסקת הפינוי ובינוי". הוא גם מטיל עליו חובה לכנס את כל בעלי הדירות בטרם חתימה על ההסכם הראשון עם אחד מהם וליידע אותם בעניינים שונים שנושא התמורה בעסקת הפינוי ובינוי אינו נמנה עימם במפורש.²⁰⁹

200 ס' 1 לחוק המארגנים.

201 ת"א (מחוזי חי') 15869-06-20 רוברט ביליה נכסים ובנין בע"מ נ' קריחי מטלון פס' 30, 54–56 (נבו 25.10.2021).

202 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 314–318 (1991).

203 ס' 1 לחוק המארגנים.

204 ס' 12 לחוק המארגנים.

205 ס' 14 לחוק המארגנים.

206 הצעת חוק פינוי ובינוי (הסכמים לארגון עסקאות פינוי ובינוי), התשע"ו–2016, ה"ח 572 (דברי ההסבר לס' 8).

207 ראו למשל מדריכי גלובס "מדריך וידאו: מהו 'חוק המאכערים' וכיצד הוא מגן על בעלי הדירות?" גלובס (20.12.2019) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001303139.

208 ס' 11 לחוק המארגנים.

209 ס' 2 לחוק המארגנים.

הגדרת תפקידו של המארגן מעמידה אותו בניגוד עניינים מובנה. מצד אחד הוא אמור לייצג את עניינם של בעלי הדירות, ומצד שני משימתו העיקרית היא להוביל ליצירת קשר עם יזם. לא אחת המארגנים קשורים ליזמים שאיתם עומדת העסקה להיעשות, ולעיתים הם אף מכוונים להיות היזמים.²¹⁰ בשל ניגוד עניינים זה ובשל היעדר דרישה ברורה בנוגע לצורך לדאוג לתמורה המרבית האפשרית עבור בעלי הדירות, אך טבעי הוא שמארגנים יחתרו להשגת עסקה שבה תינתן לבעלי הדירות התמורה המינימלית שמתווה הגישה הפוגענית. גישה כזו גם תשיג מהר יותר את היעד של הסכם הארגון, קרי ההתקשרות עם היזם. משכך, התקשרויות של מארגנים עם בעלי דירות אינן כוללות כל מחויבות החורגת הרבה מהנורמה הפוגענית. הן חוליה ראשונה בכפייתה של נורמה זאת על בעלי הדירות. למארגנים חלק פעיל בשכנוע הדיירים כי ברירת המחל של הגישה הפוגענית אינה אלא מתת שמיים וכי אין פתוחה בפניהם חלופה אחרת זולתה.

על אף המחויבות המוגבלת של המארגן, חוזה עם מארגן כובל את בעלי הדירות שחתמו עליו. אומנם חוק המארגנים קבע כי תוקפו של הסכם זה לחצי שנה בלבד,²¹¹ אך החוק מאריך את תוקפו לתקופות של שנה וחצי ואף שנתיים, ככל שמצטרפים אליו בעלי דירות רבים יותר,²¹² ואם הוא מוביל את המצטרפים לחתימת הסכמי פינוי ובינוי עם היזמים.²¹³ קליטת תוכנית פינוי ובינוי במוסד תכנון יכולה להאריכו, אם עמד בתוקפו שנתיים, לארבע שנים,²¹⁴ והפקדתה – לשש שנים.²¹⁵ מנגנון ההארכה של ההתקשרות הכובלת יכול להביא להארכת תוקפו של ההסכם עם המארגן למשך תקופה של כמה שנים גם אם המארגן הצליח להתקשר עם פחות ממחצית בעלי הדירות. כך מאפשר הסכם ההתארגנות לקדם תוכנית פינוי ובינוי לפי הגישה הפוגענית באמצעות התקשרות עם פחות מרוב של בעלי הדירות.²¹⁶ את התוכנית מקדם מארגן שאינו כפוף לתנאי כשירות או אתיקה כלשהם, שחותר להשגת תועלתו בהתקשרות עם יזם ושאינו כל חובה חוקית המחייבת אותו לדאוג להשגת תמורות עבור בעלי הדירות מלבד הנורמה של הגישה הפוגענית. הסיכון הרובץ על המארגן הוא גדול מאוד, שכן בתום תקופת הארכה יפקע ההסכם ללא כל זכות לפיצוי.²¹⁷ בנסיבות אלה די ברור שיכולתו של המארגן לייצג את בעלי הדירות באופן המיטבי מוגבלת, ואין לו תמריץ לתבוע בשם בעלי הדירות זכויות שיגרמו להרחקת הסכמים עם יזמים. גם החותמים על ההסכם כבולים להסכם לתקופות הולכות ומתארכות ומנועים מלסגת ממנו ולהתקשר עם

210 החלטת הממונה על פניות דיירים לפי חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, התשע"ו–2016, 1 (פנייה מס' 32, 31.10.2018) www.gov.il/BlobFolder/policy/decision-31102018/he/hithadshut ironit_documents_renewal_decision_31102018.pdf ראו גם המקורות והטקסט הסמוך לעיל לה"ש 189–188.

211 ס' 5(א) לחוק המארגנים.

212 שם, בס' 5(א)(1)–(3) (הצטרפות של 40% בבית משותף שיש לו 17 דירות או יותר ו 35% בבית שיש בו 36 דירות או יותר – שנה וחצי), 5(ב)(1) (התקשרות של 2/3 מבעלי הדירות – שנתיים).

213 שם, בס' 5(ב)(2) – התקשרות עם יזם בהסכמי פינוי ובינוי עם מספר דיירים כמפורט בס' 5(א) – שנתיים.

214 שם, בס' 5(ג).

215 שם, בס' 5(ד).

216 שם, בס' 5(ב)(1).

217 שם, בס' 10.

אחרים. בעלי הדירות החותמים כבולים לתנאים שקבע המארגן שבוודאי אינם עולים על התמורה לפי הגישה הפוגענית. כוח המיקוח של מי שלא הסכימו לכך פוחת ככל שמתקדם תהליך ההחתמה ועימו תהליך הכנת תוכניות הפינוי. כל אלה מצטרפים למאפייני החולשה וההטיות הקוגניטיביות של בעלי הדירות שתוארו לעיל ומובילים לקיבוע הנורמה הפוגענית כבר בשלבים המוקדמים של ההתארגנות לעסקה.²¹⁸

5. כבילה כפויה ליזמים

השלב הבא בתהליך הכבילה הוא חתימה על "עסקת פינוי ובינוי" בין יזם לבעלי דירות. בעסקה זו "מתחייב בעל הדירה בבית המשותף למכור את זכויותיו בו, כולן או מקצתן, לצורך הריסת הבית המשותף והקמת בית משותף חדש במקומו בהתאם לתוכנית לפינוי ובינוי".²¹⁹ "יזם" הוא "מי שמתקשר עם בעל דירה בעסקת פינוי ובינוי".²²⁰ החוק אינו דורש מיזם תנאי כשירות כלשהם. הוא גם אינו מטיל על יזם את חובות הנאמנות שמוטלות על מארגן, ומכאן שאין מחסום משפטי, ולו פורמלי בלבד, שיעמוד בפני אינטרס היזם למקסם את רווחיו. החוק מטיל על היזם חובה לפרט בהסכם וגם בכינוס של בעלי הדירות שעליו לכנס לא יאוחר משבועיים לפני חתימת עסקת פינוי ובינוי ראשונה,²²¹ את "העקרונות לקביעת התמורה שיקבל כל בעל דירה לפי החוזה",²²² וכן את "המועדים המרביים... למסירת הדירה החדשה לבעל הדירה בהתאם לחוזה".²²³ בנסיבות אלה ברור שהתוכנית העסקית של היזם תהיה שלא לחרוג מהגישה הפוגענית לטובת בעלי הדירות שעה שהחוק אינו מחייבו להעניק לבעלי הדירות יותר מכך. היזם יתמקד בהשאת רווחיו שלו. הסיכוי שבעלי דירות יגבשו רוב שישנה גישה כזו קטן בשל מה שנכתב קודם בנוגע למאפיינים של בעלי הדירות וגם בשל מנגנוני הכבילה שהחוק מעניק ליזם, כמפורט להלן. החוק מאפשר ליזם לכבול בהדרגה את בעלי הדירות לברירת המחדל הפוגענית. כך, גם אם היזם נמנע מכינוס מוקדם של בעלי הדירות בטרם חתימת עסקה ראשונה לא יהיה אפשר לבטל את ההסכמים אם חתמו עליהם 40% מבעלי הדירות.²²⁴ די בחתימת 50% ו-60% כדי להאריך את ההסכמים למשך שנתיים או ארבע שנים (בהתאמה),²²⁵ ולעיתים אף לחמש שנים.²²⁶ מה שנכתב לעיל בנוגע לתמריץ השלילי של המארגן ושל בעלי הדירות שחתמו על הסכם התארגנות להתנגד לגישה הפוגענית, נכון על אחת כמה וכמה כשמדובר בהתקשרות שבין היזם לבין בעלי הדירות שחתמו על עסקת הפינוי והבינוי. הדינמיקה שעשויה להתפתח ככל שמתקדמת החתימה על הסכמים עם היזמים תחזק את הכבילה לברירת המחדל הפוגענית. ההטיות הקוגניטיביות שתוארו לעיל יקשו על סטייה מהנורמה

218 ראו לעיל פרק ג.3.

219 ס' 1 לחוק פינוי ובינוי.

220 ס' 1 לחוק המארגנים.

221 ס' 1א(ב) לחוק פינוי ובינוי.

222 שם, בס' 1 (הגדרת "עסקת פינוי ובינוי").

223 שם, בכת סעיף (2) (ההדגשה הוספה).

224 ס' 1ג לחוק פינוי ובינוי.

225 שם, בס' 1ד(א)(1).

226 שם, בס' ד(ב).

הפוגענית שכבר נקבעה בחוזים המוקדמים.²²⁷ בעלי הדירות שכבר ככלו את עצמם במשך תקופה ארוכה להסכם מקפח ייטו להשלים עם עסקה מוכרת שתנאיה המקפחים כבר נקבעו ואשר השקיעו בה זמן המתנה ומשאבים נוספים (עלויות שקועות) על פני פתיחת משא ומתן מחודש על עסקת אחוזים כדאית ביוזמת המיעוט.

6. האיום המשתק במכירה כפויה או באחריות נזיקית

גורם נוסף שכופה את ברירת המחדל הפוגענית על בעלי דירות שונאי סיכון ומרתיעם ממהלכים לשינוי תוכן החוזים המוקדמים שנקבעו הוא קיומה של סנקצייה בגין התנגדות לכדאיות העסקה. הסכנה שמרחפת מעל ראשו של כל בעל דירה המסרב לקבל את הגישה הפוגענית היא שעם הצטברות רוב מיוחס של בעלי הדירות שלא יקבל את עמדתו הוא ייחשב למי שסירב סירוב לא סביר לעסקה, ואז תושט עליו אחריות נזיקית לנזק שלכאורה ייגרם לבעלי הדירות האחרים בשל אי-ביצוע העסקה,²²⁸ או שיחויב בעסקה בעל כורחו ואף יפונה מדירתו בכפייה.²²⁹ יש להדגיש כי תיקון 2021 העצים איום זה, שכן הוא הפחית את הרוב המיוחס הנדרש לשם מימושו מארבע חמישיות (80%) לשני שלישים (66%). כמו כן הוא הקל בתנאים המצטברים הנוספים הנדרשים לשם גיבושו של רוב זה: בעלות ב-60% מהדירות (במקום 66%) וב-50% מהמנות ברכוש המשותף (במקום 66%).²³⁰ הסנקצייה המרתיעה עשויה לשרת דווקא את היזם כאמצעי להפחתת התמורה לבעלי המקרקעין למינימום האפשרי. עמד על כך דוח מרכז המחקר של הכנסת שהוצג לחברי הכנסת בטרם קבלת תיקון 2021, באומרו: "במצב בו קיימת אפשרות חוקית לכפות הסכמה על בעלי הרכוש, עשויה להיווצר בעיית השתהות דווקא מצד היזם, מפני שהאיום בכפייה הסכם על המסרבים לעסקה עשוי לשמש אותו כדי לנסות להפחית את התמורה לבעלים תוך משיכת זמן ובכך להגדיל את רווחיו".²³¹

בעל דירה יכול לכאורה לטעון נגד עסקה המאמצת תמורה התואמת את תקן 21 כי "עסקת הפינוי ובינוי אינה כדאית כלכלית".²³² עם זאת, כאמור לעיל, יש סיכוי גדול שבעלי דירות אינם מודעים כלל לפגיעה שמסיבה להם הגישה הפוגענית וגם אינם מצוידים בידע וביכולות לבחון אותה או לאתגר אותה. כמו כן בעל דירה שינסה לערער על הגישה הפוגענית יצטרך לבסס אותה ולנהל מאבק משפטי יקר וקשה במארגן, ביזם ובבעלי הדירות שבחרו בברירת המחדל הפוגענית או נכבדו בה בשלבים מוקדמים יותר. זאת ועוד, במועד

227 ראו לעיל פרק ב.3.

228 ס' 2(א)(1) לחוק פינוי ובינוי.

229 שם, בס' 2(א)(2).

230 הגדרת "רוב מיוחס מבין בעלי הדירות" בס' 38 לחוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ו-2022), התשפ"ב – 2021, ס"ח 79 (תיקון עקיף לחוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), התשס"ו–2006).

231 מרכז המחקר והמידע של הכנסת סוגיות בהתחדשות עירונית – לקראת דיון ברפורמה המוצעת בהתחדשות העירונית בפרק ד' להצעת חוק התכנית הכלכלית 28 (12.10.2021) (להלן: דוח מחקר הכנסת) https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/433601fa-e4c5-ea11-8107-00155d0aee38/2_433601fa-e4c5-ea11-8107-00155d0aee38_11_18174.pdf

232 ס' 2(ב)(1) לחוק פינוי ובינוי.

המאוחר שבו נבדקת כדאיות העסקה, כלומר במסגרת תביעת מכר כפוי או תביעה נזיקית אחרי שכבר רוב בעלי הדירות חתמו על העסקה, סביר מאוד כי כבר הושלם עיצובן של תוכניות המתחם לפי הגישה הפוגענית באופן שאינו מותיר לבעלי הדירות תמורה העולה על התמורה המוצעת במסגרתה. דרישה לשנות את התוכנית בשלב זה תוביל לעיכוב ניכר בפרויקט, וסכנת העיכוב יכולה להרתיע את כל הנוגעים בדבר מלשנות את עמדתם בשלב מאוחר זה.

גם דרך ההוכחה של טענת היעדר הכדאיות תקשה מאוד על בעלי דירות להתנגד לגישה הפוגענית. החוק קובע כי "קבע שמאי פינוי ובינוי כי העסקה כדאית כלכלית, תהווה קביעה זו חזקה כי היא כדאית כאמור לעניין סבירותו של הסירוב, אלא אם כן הוכח אחרת". הזכות לבקש את מינויו של שמאי כזה נתונה רק לרוב מיוחס של בעלי הדירות שבבעלותו שני שלישים מהדירות ומהרכוש המשותף במקבץ.²³³ רוב כזה עשוי להימנע מלבקש זאת כאשר כבר ככל עצמו לגישה הפוגענית, או כאשר הוא אינו רוצה לשאת בעלויות הכרוכות בכך, ועל כן יהיה על המיעוט לשאת בנטל של הוכחת הפוגעניות בעצמו.²³⁴ כאשר תובא סוגיית הכדאיות להכרעת שמאי פינוי ובינוי יתקשה שמאי כזה לגלות גישה עצמאית החותרת תחת הגישה הפוגענית של התקינה השמאית, שכן תקנות מינוי שמאי מאמצות במשתמע את הגישה שלפיה דירת תמורה אחת היא כדאית, כאשר הן מסמיכות את השמאי לבחון את כדאיות דירת התמורה שניתנה לבעלים אחד ביחס ל"דירות האופייניות במקבץ" (תקנה 18) או ל"שווי דירה אופיינית במקבץ" (תקנה 19). המונח "דירה אופיינית" משמש בתקן 21 ובמיוחד בחלקו השלישי כאמת מידה להערכת גודל של דירת תמורה אחת שניתנת כנגד "דירות אופייניות" (שאינן בהן הצמדות מיוחדות) מול גודל דירת תמורה שניתנת כנגד דירות "לא אופייניות" (שיש בהן הצמדות מיוחדות). השמאי נדרש בעיקר לבחון את היישום השוויוני של עקרון הפיצוי במקרים של דירות מתפנות בגדלים שונים.²³⁵ זאת ועוד, שמאי פינוי ובינוי ממונה בידי מנהל הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית,²³⁶ שכאמור תומכת בגישה הפוגענית. נדרשים אומץ ויושרה יוצאים מגדר הרגיל כדי להתנער בנסיבות אלה מגישה שמשקפת את ברירת המחדל הממלכתית.

כל הטעמים שהובאו עד כה יקשו מאוד על בעל דירה לשכנע גם את בית המשפט לנטוש את הגישה הפוגענית. כאשר תעמודנה לפני בית משפט חוות דעת שמאיות סותרות, ייטה בית המשפט להעדיף את הוראות התקינה השמאית.²³⁷ כך למשל בפרשת ליכטמן נדרש בית המשפט להכריע בדבר כדאיותה של עסקת פינוי ובינוי ששמאי מטעם המיעוט טען שהיא "פרויקט פינוי-בינוי 'דה-לוקס', שכן מכפיל מספר הדירות בין המצב הנכנס למצב היוצא הוא מכפיל של פי 4 (מ-65 יחידות ל-220). מכפיל כזה מביא לרווח עצום ליוזם – מעל 40% – ולכן אף שכך קובע תקן 21 לדעתו במקרה זה צריך להפחית את הרווח

233 שם, בס' 2א(א).

234 ת"א (מחוזי-ים) 18270-06-12 ליכטמן נ' אהרן, פס' 6 (נבו 4.12.2013) (הרוב המיוחס סרב למינוי שמאי פינוי-בינוי).

235 תקן 21.1 – נוסח יוני 2022, לעיל ה"ש 70 (ס' 4-6).

236 ס' 2א(ב) לחוק פינוי בינוי.

237 פרשת ליכטמן, לעיל ה"ש 234, בפס' 50-52, 100, 104-105.

היזמי".²³⁸ בית המשפט נמנע מלקבוע כי העסקה אינה כדאית, בהסתמכו על תקן 21.²³⁹ הוא סיכם את עמדתו בקביעה ש"למרות הפער, ולמרות שיש לפער כזה ערך כלכלי לא מבוטל ביחס לכל דייר בפני עצמו, התוצאה בבחינה הכוללת, 'מגובהו של כדור פורח'... מביאה למסקנה כי יש בהצעה כדי לקיים אחר דרישת הכדאיות הכלכלית".²⁴⁰ יש להניח כי הסיכוי לפסול הצעות הגורפות רווח יזמי בשיעור גבוה יקטן עוד יותר אם שאלת הכדאיות תישקל לפי הנוסח העדכני של תקן 21 אשר כזכור אינו קובע כל תקרה לשיעור הרווח של היזם אלא רק שיעור מינימלי.²⁴¹ בית משפט הנדרש לבחון את כדאיות העסקה בשלבים מתקדמים מאוד של העסקה בוודאי אינו שש להביא בשלב מאוחר זה לעצירתה של עסקה שהגיעה לפרקה לאחר שנים רבות. על אחת כמה וכמה שכך יהיה אם יצטרך להכריע כנגד הכרעת שמאי פינוי ובינוי שהחוק קובע חזקה בדבר נכונות הכרעתו.

כל אלה מובילים למסקנה כי הערכתו של בעל דירה כי הסיכון שכרוך בהתנגדותו לגישה הפוגענית עולה על הסיכוי שהיא תתקבל היא הערכה סבירה. על כן גם בעל דירה שמודע לפגיעה, ולא רק מי שאינו מודע לה או מסוגל להעריכה, עשוי להירתע ממשא ומתן לשיפור התנאים. בכל מקרה יזם יימנע, בשל מודעותו לאותו סיכון ובשל עמדת המיקוח המשופרת שלו, מלהיענות לדרישות הסוטות במידה ניכרת מברירת המחדל של התקינה השמאית. הסיכון של אחריות נזיקית או של מכר כפוי וכן מנגנוני הכבילה שהוזכרו לעיל מובילים, וימשיכו להוביל, לכבישת ניסיונות מצד מיעוט של בעלי דירות להתנגד לברירת המחדל הפוגענית, או למצער לקטיעתם באיבם. כל אלה גורמים, וימשיכו לגרום, ליזמים להשהות את הסכמתם להצעות של בעלי דירות שחורגות מברירת המחדל הפוגענית. ברגיל פגיעות כאלה אמורות להימנע באמצעות ערובות מפורשות בחוק או במדיניות הממשלתית. במקרה דנן ברירת המחדל של החוק והמדיניות הממשלתית היא שמכשירה את הפגיעה בלי להניח ערובות מספקות למניעתה.

7. הכרזה על מתחם פינוי ובינוי כפגיעה בקניין

נדבך נוסף במנגנון הכפייה המשולב של הגישה הפוגענית הוא ההכרזה של מתחם פינוי ובינוי. כל מנגנוני הכפייה שתוארו עד עתה אינם ניתנים ליישום בכל מקרקעין שיש בהם תוכנית לפיתוח נוסף בדרך של הריסה ובנייה מחדש. על פי המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי הם ניתנים להפעלה רק במקרקעין שנמצאים או עומדים להימצא ב"מתחם פינוי ובינוי" שהוא "שטח שהוכרז כמתחם פינוי ובינוי לפי סעיף 14 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית".²⁴² עולה מכך כי במקרקעין שלא הוכרזו אין כל דרך לאלץ דיירים לקבל את הגישה הפוגענית, וכל מנגנוני הכפייה שגלומים בה, לרבות האיום במכר כפוי

238 שם, בפס' 96.

239 שם, בפס' 100–109.

240 שם, בפס' 105.

241 ראו לעיל פרקים ב.3, ב.4.

242 הגדרות המונחים "תכנית לפינוי ובינוי" ו"עסקת פינוי ובינוי" בס' 1 לחוק פינוי ובינוי.

ובאחריות נזיקת בשל סירוב לא סביר – אינם חלים.²⁴³ ההכרזה על מתחם פינוי ובינוי היא אפוא תנאי הכרחי לכפיית הגישה הפוגענית על בעלי דירות.

הכרזה מעין זו מובילה לשתי תוצאות חלוקתיות שונות בתכלית: התוצאה האחת היא מתן תוקף משפטי להפעלת מנגנוני הכפייה של הרוב שתוארו לעיל בפרק זה. רק במתחם שהוכרז יכולים מארגנים, יזמים, מיעוט או רוב מיוחס של בעלי הדירות לכפות על מיעוט של בעלי דירות שאינם משתפים פעולה את התוצאות של הגישה הפוגענית. זו היא למעשה פגיעה בקניינם, וכאמור לעיל הצדקה טמונה ברצון לפתור התנגדות אסטרטגית לפעולה המשותפת. התוצאה השנייה של ההכרזה היא מתן הטבות ציבוריות שונות בנוגע לתוכנית פינוי ובינוי, ובהן הכשרת סמכויות מיוחדות בתחום התכנון והבניה,²⁴⁴ סיוע ממשלתי לרשויות מקומיות במימון של הכנת תוכנית מפורטת לפינוי ובינוי ושל סיוע בגיבוש הסכמות תושבים לתכנון המתחם,²⁴⁵ אפשרות מתן פטור חלקי (הסתפקות ברבע מההשכחה במקום מחצית) או מלא מהיטל השכחה,²⁴⁶ פטור ממכרז לצורך הקצאת קרקע משלימה לתוכנית,²⁴⁷ מתן פטור מארנונה לבעלי דירות במתחם,²⁴⁸ ומימון "עבודה חברתית" של "יועצים חברתיים" שמטרתה "לארגן את התושבים במתחם, לסייע להם בהבנת התהליך ולפעול להתאמת הפרויקט לצרכיהם".²⁴⁹ חלק מהטבות אלה מיטיבות ישירות עם בעלי מקרקעין במתחם (הנחה מארנונה ופטור מהיטל השכחה). עם זאת רובן מיטיבות בעיקר עם הרשות המקומית או עם יזמים. התוצאה החלוקתית של ההכרזה אינה מאוזנת. בתוצאות הפוגעניות של ההכרזה נושאים רק בעלי הדירות, ואילו ההרעפות שהיא מרעיפה מניבות טוב בעיקר לאחרים – יזמים ורשויות מקומיות. הזכות לבקש הכרזות כאלה מיועדת על פי חוק רק לרשויות מקומיות וליזמים.²⁵⁰ מידת ההנאה שבעלי הדירות מפיקים מן ההרעפות שמסיבה ההכרזה אינה שוות ערך לפגיעה הכלכלית שנגרמת או עשויה להיגרם להם מהגישה הפוגענית. כך למשל סביר להניח כי חמש שנות פטור חלקי ומותנה מארנונה,²⁵¹ כמו גם פטור חלקי מהיטל השכחה (ככל שיינתן), אינם שווים ערך לנטילת

243 ע"א (מחוזי ת"א) 54948-06-12 יהלי בנה לי בע"מ נ' יצחקי, בפס' 20–26 (נבו 20.11.2013); רע"א 8459/13 יצחקי נ' יהלי בנה לי בע"מ (נבו 8.3.2015) (בקשה לרשות ערעור נמחקה בהסכמה).

244 ס' 62א(2), (ג)2, (ד)4 לחוק התכנון והבניה.

245 אוגדן הנחיות, לעיל ה"ש 107, בעמ' 7.

246 בס' 36 לחוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ר'2022), התשפ"ב–2021, ס"ח 79 (תיקון עקיף לחוק התכנון והבניה); אוגדן הנחיות, לעיל ה"ש 107, בעמ' 103, 107, 117.

247 ס' 16 לחוק הרשות להתחדשות.

248 שם, בס' 17.

249 אוגדן הנחיות, לעיל ה"ש 107, בעמ' 29 (ס' 4.6.1); ס' 4(ב)9 לחוק הרשות (הרשות מוסמכת "למנות ולהעסיק יועצים חברתיים לליווי דיירים במהלך קידום מיזמים להתחדשות עירונית, בין השאר לטובת התאמת המיזמים לצרכים של אוכלוסיית הדיירים"); הנחיות לעבודה חברתית, לעיל ה"ש 186 (הנחיות הרשות לעבודה חברתית שכזו).

250 ס' 14 חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ר'2022), התשפ"ב–2021, ס"ח 79 (תיקון עקיף לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, התשע"ו–2016).

251 תקנות הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית (הנחה בארנונה), התשע"ט–2018, ק"ת 1454 (הפטור מותנה בתקרת הכנסה והיקפו יורד מפטור מלא בשנתיים הראשונות לפטור של 25 בשנה החמישית).

זכויות בהיקף של כמה דירות. הכרזה על מתחם פינוי ובינוי אינה מותנית באיזון בין שווי ההרעפות לבין מידת הפגיעה. איזון כזה אינו חלק משיקולי הרשות בנוגע להכרזה, וזו מסתפקת אוטומטית בכך שהתוכנית מקנה לבעלי הדירות את התמורה המינימלית לפי הגישה הפוגענית.

שתי התוצאות החלוקתיות שפורטו לעיל הופכות את ההכרזה לאטרקטיבית ליזמים ולרשויות מקומיות. כאשר הרשות מחליטה אילו בקשות לקבל והיכן להכריז על מתחם פינוי ובינוי, היא שוקלת שיקולי מדיניות שונים. שיקולים אלה נובעים מס' 1 לחוק הרשות להתחדשות שמסמיך את הרשות לדאוג ל"הגדלת היצע הדיור במרקם העירוני הבנוי, בשים לב לחשיבות שימור השטחים הפתוחים, ייעול השימוש בקרקע, חיזוק העירוניות, שיפור פני העיר ושיפור איכות החיים של התושבים". לפי מטרות אלה, הרשות שוקלת שקילה מקדמית את מידת הרווחיות ליזם,²⁵² את היכולת לבצע מספר מרבי של יחידות דיור ללא השקעות ציבוריות²⁵³ ואת מידת התרומה שצפויה להיות לתוכנית להתחברות ההתחדשות העירונית ברשות המקומית.²⁵⁴ לעומת זאת המשקל שניתן בשלב ההכרזה לאינטרסים של בעלי הדירות ולזכויות הקניין שלהם הוא קטן יותר, אף שס' 1 לחוק הרשות להתחדשות דורש מן הרשות לדאוג גם ל"מתן מענה הולם לצורכי האוכלוסייה המתגוררת מתחמים". כך, כאשר נבחנת "היתכנות קניינית" אין נבחנת שאלת הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הדירות אלא רק השאלה כמה בעלי דירות יידרשו לתת את הסכמתם לשם כפיית הפגיעה. ניקוד מרבי יינתן להצעה שבה הממוצע הנמוך ביותר של בעלי דירות.²⁵⁵ כלומר, הרשות תעדיף לתמוך בפרויקט שבעיית הפעולה המשותפת בו היא קטנה ולא לתמוך בפרויקט שבו בעיית הפעולה המשותפת חמורה יותר, כשהצורך בהתערבות הרשות מבחינת אינטרס בעלי הדירות הוא לכאורה חזק יותר ככל שיש יותר בעלי דירות. כמו כן שיקול הדעת של הרשות מאמץ את הגישה הפוגענית שלפיה די שבעלי המקרקעין יקבלו את התמורה המינימלית שנקבעה בתקן 21 ואינו בוחן או מתמרץ בדרך כלשהי את האפשרות של בעלי הדירות לקבל תמורה העולה על התמורה המינימלית שמיעד להם התקן.²⁵⁶ כפי שהסברתי לעיל, הרשות גם תורמת להטמעת הגישה הפוגענית בקרב כל העוסקים בדבר. בהנחיות של הרשות ליועצים חברתיים שמלווים בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי היא מנחה אותם להתמקד בחששות של בעלי הדירות מהפינוי או מהתאמת התמורה למגיע להם לפי תקן 21, אך לא מצאתי בהן כל הנחיה להציג לבעלי הדירות את האפשרות לעמוד על תמורה מוגדלת מזו שנקובה בתקן 21 ובוודאי לא רמז לאפשרות לתבוע כתמורה כמה דירות.²⁵⁷ ההכרזה על מתחם פינוי ובינוי היא אפוא נדבך נוסף ובלע חשיבות בקיבוע אמת המידה של תקן 21 כתקרה לתמורה שאותה יכולים בעלי המקרקעין לתבוע בפרויקט פינוי ובינוי. הוא חלק

252 אוגדן הנחיות, לעיל ה"ש 107, בעמ' 10–11, 18.

253 שם, בעמ' 18.

254 שם.

255 שם.

256 שם, בס' 2.2.3.2 ("יובהר כי התחשיב יבוצע על ידי הרשות הממשלתית ויתבסס על נתוני המתחם על בסיס תקן 21").

257 הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית "מדריך להכנת דוח חברתי במיזמי התחדשות עירונית" https://ext.moch.gov.il/books/renewal_012018; הנחיות לעבודה חברתית, לעיל ה"ש 186.

ממנגנוני הכפייה שתוארו לעיל המונעים מבעלי המקרקעין הלכה למעשה את האפשרות לעמוד על מיצוי מלוא זכויות הקניין שלהם במקרקעין. היא מאפשרת לכפות עליהם פינוי של המקרקעין על פי עסקה בתנאים נחותים גם כאשר קיימת חלופה כדאית יותר מאמת המידה של תקן 21.

על זה יש להוסיף כי כפי שצינתי לעיל, ההכרזות אינן מבוססות על תוכנית מתאר ארצית להתחדשות עירונית, ועל כן הן אינן מבוססות על מגוון השיקולים התכנוניים והציבוריים שראוי לשקול בטרם מחליטים על פגיעה בקניין לצורכי ציבור.²⁵⁸ בדוח של מרכז המחקר של הכנסת שהוכן לקראת תיקון 2021 הובע החשש כי "ההטבות הממשלתיות הנרחבות בתחום יינתנו בהתאם לכדאיות הכלכלית שבקידום ומימוש פרויקטים כאלו על ידי יזמים, ולא לפי הצורך העירוני והארצי בכך".²⁵⁹ החששות הללו רלוונטיים לא רק להטבות אלא גם ולא פחות לפגיעות בזכויות בעלי המקרקעין. כלומר, חיזוק האפשרות לכפות על בעלי המקרקעין מיזם פינוי ובינוי בתמורה נחותה, הנובעת מתוצאות ההכרזה, אינו בהכרח תוצאה של צורך ציבורי או של שיקול תכנוני אלא תוצאה של יוזמות ספוראדיות של יזמים ורשויות.

למרות אופייה של ההכרזה כפעולה שגוררת פגיעה בזכויות קניין פרטיות, לכאורה לצורכי ציבור, תהליך ההכרזה אינו מלווה בהליך של ערעור או שימוע מצד הנוגעים בדבר, בשונה ממה שמקובל במקרה של הפקעה לצורכי ציבור.²⁶⁰ או של אישור תוכניות מתאר פוגעניות.²⁶¹ אין החוק דורש מהרשות אלא לפרסם הודעה על ההכרזה ברשומות ובאתרי האינטרנט של הרשות להתחדשות ושל הרשות המקומית שבתחומה נמצא המתחם המוכרז.²⁶² על אף ההשלכות הקנייניות של ההכרזה אין בחוק, שכזכור תוקן בשנת 2021, כל דרישה לפרסם את דבר ההכרזה במתחם עצמו או להודיע על כך לבעלי הדירות בו. לא הותווה בחוק כל הליך שבו יכולים בעלי מקרקעין להתנגד להחלת מנגנוני הכפייה השונים או שיצריך אישור שיפוטי של ההכרזה, כפי שמקובל במקרים אחרים של מתן סמכות לרוב לכפות את רצונו על מיעוט.²⁶³ הסמכות הניתנת ל"ממונה על פניות דיירים", שהוא עובד הרשות להתחדשות שממונה בידי מנהלה, לברר פניות נגד יזמים, מארגנים, מנהלות עירוניות ודיירים, אינה כוללת סמכות לבטל הכרזה על מתחם פינוי ובינוי, שהיא מקור הפגיעה שמסיבים מנגנוני הכפייה למיניהם. אומנם היא כוללת סמכות לבטל עסקת פינוי ובינוי פלונית, אך טעמי הביטול מתמקדים ב"החתמה פוגענית" (בשל קשיי שפה, מגבלה רפואית או מצגי שווא)²⁶⁴ או ב"לחץ בלתי סביר" ולא בבחינת התנגדות של מיעוט בעלי

258 ראו לעיל ה"ש 164–165 והטקסט הסמוך להן.

259 דוח מחקר הכנסת, לעיל ה"ש 231, בעמ' 38.

260 ס' 6 לחוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010, ס"ח 346 (להלן: פקודת הקרקעות – תיקון 2010) (זכות להשמעת טענות נגד רכישת מקרקעין לצרכי ציבור); הנחיות היועץ המשפטי לממשלה "6.302 הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור – שימוע הבעלים" (9.3.2003).

261 ס' 100 לחוק התכנון והבניה (זכות להגשת התנגדות לתוכנית מתאר).

262 ס' 14(ב) לחוק הרשות להתחדשות.

263 ס' 30(ב), 71 לחוק המקרקעין; שם, בס' 5; 5 לחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח-2008.

264 ס' 5 לחוק פינוי ובינוי.

המקרקעין לגישה הפוגענית הגלומה במסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי.²⁶⁵ ניתן לסכם אפוא כי שיקול הדעת שמופעל לפני ההכרזה על מתחם פינוי ובינוי, שהיא נדבך מרכזי בכפיית הגישה הפוגענית, מושפע מן הגישה הפוגענית ואינו מביא בחשבון כלל את הפגיעה בקניין הכרוכה בה.

8. ההכרזה כפגיעה בקניין ללא פיצוי

סמכות ההכרזה על מתחמי פינוי ובינוי אינה מלווה בכל מנגנון המאפשר לבעלי מקרקעין לתבוע פיצוי בגין פגיעה מוחלטת או יחסית שנגרמה או עשויה להיגרם לזכות הקניין שלהם מן ההכרזה וגם לא הנחיות או אמות מידה לקביעת פטור חלקי או מלא מפיצוי כזה, בניגוד למקובל בנוגע להפקעות לצורכי ציבור ובנוגע לפגיעות מתוכנית.²⁶⁶ כאמור לעיל, ההכרזה היא תנאי להפעלת מנגנוני הכפייה הנוספים שתוארו בפרק זה (כגון סמכויות כבילה, סמכות הרוב). לעומת זאת ההרעפות של ההכרזה על בעלי הדירות הן חלקיות. התמורה של דירה אחת מוגדלת (לכל היותר) היא פיצוי חלקי שאינו הולם את מלוא הזכויות הנפגעות. אומנם ערכה של הדירה החדשה גבוהה מערכה של הדירה הישנה, אך תוספת הערך אינה משקפת את יתרת זכויות הבנייה שהורעפו על המקרקעין, כאשר שוויין עולה על העלויות בצירוף רווח תחרותי ליוזם. זכויות אלה הן קניינים של הבעלים, ומנגנון הכפייה שתיארת גורם להעברתו של קניין זה ליוזמים ואינו מאפשר לבעלי המקרקעין יהיה בהם חלק העולה על התמורה שנקבעה בתקן 21. נזק זה נותר יתום. העושר מועבר בכפייה מבעלי הדירות ליוזמים. תהליך ההכרזה אינו כולל כל מנגנון של פיצוי בגין עצם הכפייה הכרוכה בהכרזה או בגין הנזק הכלכלי שנגרם או עלול להיגרם ממנה.

הואיל וקריטריון התמורה לפי הגישה הפוגענית הוא קבוע, הנזק שנגרם לבעלי מקרקעין במקומות שונים הוא אקראי ומשתנה שרירותית לפי שווי הקרקע. באותה מידה משתנה גם פוטנציאל הרווח המועבר, על חשבון בעלי הדירות, ליוזמים. יתרה מזאת, הנזק שנגרם לבעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי בשל הגישה הפוגענית אינו מתפזר שווה בשווה על כל האוכלוסייה. בעלי מקרקעין שאינם מוכרזים כמתחמי פינוי ובינוי יוכלו לעמוד על מימוש מלוא פוטנציאל הפיתוח במקרקעיהם, שלא כמי שנקלעו למתחמים מוכרזים. כמו כן אוכלוסיית מתחמים המוכרזים כמתחמי פינוי ובינוי היא לעיתים קרובות חלשה מבחינה חברתית-כלכלית.²⁶⁷ התוצאה היא שפוטנציאל ההתחדשות באזורים החלשים, קרי במתחמי פינוי ובינוי, מועבר בעיקרו ליוזמים, ודווקא באזורים שבהם מתגוררת אוכלוסייה

²⁶⁵ ס' 7 לחוק הרשות הממשלתית.

²⁶⁶ ס' 190, 200 לחוק התכנון והבניה; ס' 20 לפקודת הקרקעות וביטולו החלקי בס' 13 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964, כפי שתוקן בס' 23(2)(ב)(5) לפקודת הקרקעות – תיקון 2010.

²⁶⁷ הנחיות לעבודה חברתית, לעיל ה"ש 186, בעמ' 20–21; מרגלית ושטרן, לעיל ה"ש 164, בעמ' 19; מתן רבינוביץ, מבט אל אוכלוסיית הזקנים בתהליכי התחדשות עירונית 118 – 129 (נובמבר 2017) (נתונים מספריים על אוכלוסיית הזקנים במתחמי פינוי ובינוי שהוכרוזו התומכים במסקנה הנ"ל) www.israhc.org/_files/ugd/976b1a_45f34bb963714c0fb14d34c7218f8e51.pdf; המבואה לוד – המינהלת העירונית להתחדשות נספח חברתי 1 (6.2.2019); מנהל התכנון "תכנית תמל/ 2002, התחדשות שכונות הס – לאה גולדברג" <https://mavat.ipan.gov.il/SV4/1/99000953333/310> (אוכלוסיית המתחם – קשישים ושוכרים ממעמד חברתי-כלכלי מוחלש).

מבוססת יותר נותר נתח גדול יותר של פוטנציאל ההתחדשות בידי הבעלים. השימוש בכלי של פינוי ובינוי ממשיך בדרך של תהליכי אי-שוויון מרחבי ושל סגרגציה בין אזורים עירוניים שונים.²⁶⁸ כמו כן הגישה הפוגענית מובילה לעיתים ליצירת סוגה תכנונית וארכיטקטונית חדשה שלפיה בעלי דירות מקוריות יקבלו דירות קטנות במתחמים החדשים, ואילו האוכלוסייה החדשה שתצטרף אליהם תרכוש את הדירות הגדולות יותר.²⁶⁹ כך תורמת הגישה הפוגענית להנצחת פערים חברתיים, אף שהתחדשות עירונית אמורה, לכאורה, להוביל למחיקתם או לצמצומם.

9. כפיית הפגיעה – סיכום

בפרק זה הראיתי שהפגיעה של הגישה הפוגענית בזכויות הקניין של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי, פגיעה שבתאורה עסק פרק ב, אינה פגיעה שבעלי המקרקעין מקבלים על עצמם ברצון אלא פגיעה שכופה עליהם מנגנון כפייה משולב שאינו מאפשר להם לסטות מן הגישה הפוגענית. מנגנון זה מבוסס על כבילה חוזית של חלק מבעלי הדירות למארגנים וליזמים, על מתן כוח למיעוט או לרוב לא גדולים במיוחד לכפות את הגישה הפוגענית על כלל הבעלים, על היעדר יכולת להתנגד להכרזות שמאפשרות הפעלתם של מנגנוני הכפייה ועל מדיניות מוצהרת של הרשות להתחדשות ושל רשויות התכנון הדבקה בגישה הפוגענית ומטמיעה אותה. כל אלה מנצלים את חולשותיהם של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי כדי לפגוע בזכויות הקניין שלהם ללא פיצוי הולם ובלא שוויוניות. זו פעולה שמעבירה עושר מיחידים חלשים ליזמים ולבעלי הון.

ד. הפגיעה אינה חוקתית

1. היעדר הסמכה בחוק

בפרקים הקודמים הסברתי כיצד המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי פוגעת בקניינם של בעלי הדירות במתחמים אלה. פגיעה זו סותרת את הוראות ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שלפיהן "אין פוגעים בקניינו של אדם".²⁷⁰ בפרק זה אטען כי פגיעה זו בקניין בעלי המקרקעין אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה בס' 8 לחוק היסוד, שכן היא נעשתה ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית, יש ספק רב אם היא משרתת תכלית ראויה כלשהי, ואם היא משרתת תכלית כזו, היא עושה זאת במידה העולה על הנדרש ואינה מידתית. היא גם מביאה לתוצאות שאינן הולמות את ערכיה של מדינת ישראל, שכן היא פוגעת בערכי השוויון והצדק החלוקתי.

²⁶⁸ טליה מרגלית "מגדלי יוקרה בתל-אביב: גידור בשלושה ממדים ועוד אחד" **משפט, חברה ותרבות – קהילות מגודרות** 259, 283–284, 303 (אמנון להבי עורך התש"ע) (מצביעה על הבדלים בפיתוח בין רמת אביב לכפר שלם בשנות השבעים המצביעים על "גידור תכנוני וממחיש את מהותו החברתית").
²⁶⁹ "חוות דעת לפי תקן 21 – התחדשות עירונית מתחם לאה גולדברג לוד תמ"ל 2002/ שומת מקרקעין מבוססת הנחה" 19, 24 (פז כלכלה והנדסה, 10.12.2018) <https://mavat.iplan.gov.il/SV4/1/> 9900095333/310.

²⁷⁰ ראו לעיל פרק א.1 ובמיוחד ה"ש 49–50.

כפי שהראיתי בפרקים הקודמים, הפגיעה בקניינם של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי נגרמת ממארג נורמטיבי שמשלב חקיקה ומדיניות ממשלתית שנתקנו לאחר חקיקת חוק היסוד, ועל כן הן אינן נהנות מן ההגנה שניתנת לפגיעות במקרקעין או להפקעות שגלומות בחיקוקים מוקדמים יותר.²⁷¹ כמו כן עיקר הפגיעה יסודה בתכנון הפוגעניים של תקן שמאי 21 שעיקרם אמת המידה הפוגענית שהוא קובע לתמורה שבעלי הדירות זכאים לה. תקן שמאי אינו בגדר חיקוק, ואף אם נראה בו בדוחק הנחיה מנהלית המיישמת את סמכותו של שמאי פינוי ובינוי על פי חוק לקבוע את כדאיותה של עסקת פינוי ובינוי,²⁷² אין כל חוק המסמך את מחברי התקן להכשיר באמצעותו פגיעה בקניין. מטרתו הפורמלית של תקן שמאי היא להנחות שמאים בשומת שווי השוק של נכס ולכאורה תוקפו כהמלצה בלבד, אך הלכה למעשה תוכנו של תקן 21 פוגע בקניין של בעלי המקרקעין הן באמצעות החדרתו כאמת מידה מחייבת למשא ומתן בין בעלי דירות חלשים לבין יזמים בעלי כוח מיקוח רב והן בשל אימוץ אמות המידה הפוגעניות שנקבעו בו באמצעות מנגנוני התכנון וההתחדשות העירונית.²⁷³ אכן, חלק מהוראות החקיקה שעוסקות בפינוי ובינוי אימצו את מנגנון התמורה הפוגעני שנקבע בתקן 21, אך התקן והוראותיו הפוגעניות לא נקבעו מכוח הסמכה מפורשת בהוראות חוק אלה, ולמעשה תרומתן של הוראות החקיקה לפגיעה בקניין נובעת מאימוץ אמות המידה הפוגעניות שהתווה תקן 21. התכנים הפוגעניים של תקן 21 סותרים את הקביעות הנחרצות של סעיף 8 לחוק היסוד כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק" או "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". אין כל הוראת חקיקה שמסמיכה במפורש את קביעתם בצורה כלשהי, ועל אחת כמה וכמה באופן מפורט הכולל את עיקרי ההסדר ואת תכלית הפגיעה בזכות החוקתית.²⁷⁴ מכאן נובע כי ההוראות הפוגעניות בתקן (בשונה מהוראות אחרות בו) בטלות, שכן יש בהן פגיעה חוקתית לא ראויה בקניין. מכל מקום, גם אם הפגיעה בקניין שנגרמת בגין אמת המידה הפוגענית שנקבעה בתקן הייתה מבוססת כולה על הנחיות מפורשות בחקיקה, היה ראוי לבטלה, או למצער לפרשה פירוש "מקיים" שאינו פוגע בקניין הפרטי,²⁷⁵ שכן היא אינה עומדת בשאר התנאים שנקבעים בפסקת ההגבלה.

2. תכלית מסופקת

לפי הוראותיו של חוק היסוד, הן החקיקה הפוגעת בקניין והן עצם הפגיעה בקניין צריכות לקדם תכלית ראויה, והפגיעה צריכה לשרת את התכלית "במידה שאינה עולה על הנדרש".²⁷⁶ דרישה דומה לקיומו של "צורך ציבורי" מוכרת גם כתנאי להפעלת סמכות

271 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

272 ראו לעיל ה"ש 88 והטקסט הסמוך לה.

273 ראו לעיל פרקים ב.3–6.

274 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 145–146, 149–150 (2016).

275 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 59 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 8.7.2021).

276 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; מדינה, לעיל ה"ש 274, בעמ' 163.

הפקעה או פגיעה במקרקעין בחקיקה שקדמה לחקיקת חוק היסוד.²⁷⁷ לפי זה נפסק כי לא ניתן כיום להפקיע מקרקעין בלי לעמוד למצער בדרישה זו.²⁷⁸

בהיעדר הסמכה חוקית מפורשת לפגיעה שהצבעתי עליה במאמר זה קשה מאוד לאתר את התכלית הסובייקטיבית של הפגיעה. מנסחי תקן 21 לא כונו מלכתחילה לפגיעה שנגרמת באמצעותו, וגם אין כל הוראת חוק שקובעת כי נכון להפקיע מבעלי דירות את קניינם לצורך פינוי בינוי או התחדשות עירונית. זו היא תוצאה של המערכת הנורמטיבית שתוארת לעיל שלא לוותה בהנמקה מפורשת של כוונת הפקעה או פגיעה בקניין. עם זאת יש למערכת נורמטיבית זו כמה תכליות אובייקטיביות כלליות שבאות לידי ביטוי מפורש בנוסח החקיקה, ואפשר לנסות להצדיק את הפגיעה בקניין באמצעותן. כך, למשל, תכלית בולטת של המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי היא קידום התחדשות עירונית. אין מחלוקת כי התחדשות עירונית היא אינטרס ציבורי ראוי בכלל, ועל אחת כמה וכמה במדינת ישראל. המועצה הלאומית לכלכלה הזהירה כבר בשנת 2017 כי "ללא התחדשות עירונית בהיקפים גדולים יותר משמעותית, נעמוד בפני קטסטרופה תכנונית של אזילת השטחים הפתוחים המיועדים לבינוי במרכז הארץ".²⁷⁹ תכליות נוספות של המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי מפורשות בס' 1 לחוק הרשות להתחדשות, ובהן "הגדלת היצע הדיור במרקם העירוני הבנוי, בשים לב לחשיבות שימור השטחים הפתוחים, ייעול השימוש בקרקע, חיזוק העירוניות, שיפור פני העיר ושיפור איכות החיים של התושבים לרבות מתן מענה הולם לצורכי האוכלוסייה המתגוררת במתחמים המיועדים להתחדשות עירונית". כפי שציינתי לעיל, הטעם המרכזי לצורך בחקיקת מנגנוני הכפייה של הגישה הפוגענית היה הצורך להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת במתחמים מרובי בעלים. מעצבי הגישה הפוגענית והמחוקק סברו שיש מקום לכפות על בעלי מקרקעין הסדרים שונים כדי להתגבר על התנגדות של בעלי דירות סחטנים הנובעת מפיצולם של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי.²⁸⁰ אין בכוונתי להמעיט כהוא זה בחשיבותן של תכליות כלליות אלה. טענתי היא שהגשמתן אינה מצריכה ואינה מצדיקה את הפגיעה בקניין בשל הגישה הפוגענית, וזאת לפי המבחנים המקובלים לבחינת מידתיותה של פגיעה חוקתית.

3. הפגיעה אינה מועילה לתכליותיה

כדי להצדיק פגיעה בקניין יש להראות שהיא אכן מועילה להשגת תכליות החקיקה הפוגעת, וכי קיים קשר רציונלי בין הפגיעה לבין התכלית.²⁸¹ ספק רב אם הפגיעה בקניין באמצעות המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי אכן מועילה להשגת תכליותיה, מכמה טעמים:

²⁷⁷ ס' 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943; ס' 188 לחוק התכנון והבניה.
²⁷⁸ ע"מ 5839/06 בראון נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו 25.9.2008).
²⁷⁹ עופר רוזנדרור ונעם קוסט התוכנית האסטרטגית לדיור לשנים 2017 – 2040 (המועצה הלאומית לכלכלה, משרד ראש הממשלה 2017) www.gov.il/BlobFolder/news/news_strategy01022017/he/ www.gov.il/BlobFolder/news/news_strategy301017.pdf.
²⁸⁰ ראו לעיל ה"ש 183–184.
²⁸¹ אהרן ברק מידתיות במשפט 373 (2010); מדינה, לעיל ה"ש 274, בעמ' 193.

ראשית, השלטת הנורמה הפוגענית ממריצה חלק מבעלי הדירות לעכב הסכמתם לעסקאות שאינן כדאיות וגורמת לעיכובים ממושכים וארוכים במימוש תוכניות לפינוי ובינוי. אומנם בסופו של דבר בעלי דירות מאמצים את הגישה הפוגענית לא בשל כדאיותה אלא בשל מנגנון כפייה משולב שמטמיע בהם את ההכנה השגויה כי התמורה שקובעת הגישה הפוגענית היא התמורה שלה הם זכאים ואין בלתי. עם זאת מתברר שאם ההתחדשות העירונית לא הייתה כבולה לאמת המידה הפוגענית, ושיעורי התמורות היו כנהוג בעסקאות קומבינציה, שיתוף הפעולה של בעלי הדירות היה מתעצם ומחיש את קצב ההתחדשות העירונית. היקף הדירות שיוצרו בעבר במסגרת מיזמי פינוי ובינוי לא היה מרשים.²⁸² עד לשנים האחרונות היה אורך ממוצע של פרויקט היה 12 שנים.²⁸³ בשנים האחרונות חל שיפור בקצב התכנון של מיזמים כאלה, אך היקף המכירה של דירות בעסקאות כאלה, המעיד על מימוש התכנון, עודנו קטן.²⁸⁴ זאת ועוד, סרבנות של בעלי דירות אינה הגורם העיקרי לעיכוב הליכי פינוי ובינוי בישראל. בשנת 2020 פרסמה הרשות להתחדשות עירונית דוח על "החסמים המרכזיים המעכבים מימוש פרויקטים להתחדשות עירונית במתחמים שהתכנון שלהם הסתיים ותוכניתם אושרה אך טרם הונפקו בהם היתרי בנייה". הדוח מסכם ניתוח של 55 פרויקטים שבהם כ-31,000 יחידות דיור. לרוב העיכובים אחראים הרשויות המקומיות, רשויות התכנון ויזמים. בארבעה-עשר מקרים (25%) נבע העיכוב מבעיות בכדאיות הכלכלית (לפי תפיסת הרשות), ורק בשישה פרויקטים (כ-11%) היו בעלי הדירות אחראים לעיכוב, כאשר רק בשלושה העיכוב נבע מטעמים שאינם נוגעים לסכסוכים פנימיים ביניהם.²⁸⁵ דוח מרכז המחקר של הכנסת שהוכן לקראת חקיקת תיקון 2021 הבחין בכך ש"נתון זה אינו מפרט את הטעמים והסיבות לאי ההסכמות, כלומר שלא ידוע אם הן נובעות מ'סרבנות' או מסיבות אחרות, או אם היו חסמים נוספים במתחמים אלו".²⁸⁶ ביטול אמת המידה הפוגענית יקטין את החסמים הנובעים מבעלי הדירות, ימנע את הפגיעה הכפויה בקניינם ויתיר את אמצעי הכפייה לטיפול בבעיה השולית יחסית של התנגדות אסטרטגית.

שנית, האפשרות להסתפק בתמורות מוגבלות לבעלים לפי תקן 21 מעודדת יזמים ורשויות לאשר תוכניות פינוי ובינוי שהיקף הציפוף שלהם קטן במידה שמספקת את צורכי העמדה הפוגענית.²⁸⁷ בית המשפט המחוזי בחיפה כבר פסק כי "קביעת האחדה" תכנונית גורפת שמאמצת את מפתח התמורה הפוגעני בלי להבחין בין שכונות שונות איננה סבירה.²⁸⁸ תוצאה זו גורמת לניצול יעיל פחות של הקרקע ובכך היא פוגמת במטרות מדיניות מפורשות שקובע חוק הרשות להתחדשות, ובהן הגדלת היצע הדיור במרקם העירוני הבנוי וייעול השימוש בקרקע. כפי שהרחבתי לעיל, מדיניות כזו נוגדת את מדיניות

282 מרגלית ושרטון, לעיל ה"ש 164, בעמ' 13; זיו, לעיל ה"ש 191, בעמ' 32.

283 דוח 2020, לעיל ה"ש 146, בעמ' 69.

284 שם, בעמ' 21, 24, 37 (בשנים 2016–2022 אושרו תוכניות לכ-118,000 יח"ד תוספתיות, נתנו היתרי בנייה לכ-38,000, אך בשנת 2022 נמכרו במסגרת זו רק 3,497 יח"ד).

285 שם, בעמ' 42.

286 דוח מחקר הכנסת, לעיל ה"ש 231, בעמ' 8.

287 ראו לעיל פרק ב.6.

288 פרשת שומרי הסף, לעיל ה"ש 162, בפס' 11, 16, 73.

התכנון הארצית השואפת להגדלת ציפוף הבנייה, כפי שהיא משתקפת למשל בתיקוני תמ"א^{289.35}

שלישית, הגישה הפוגענית עומדת בסתירה למדיניות שאימצה המדינה ברפורמה במקרקעי ישראל שבה הופרטה הבעלות לחוכרים עם מלוא הזכויות הקיימות והעתידיות במקרקעין.²⁹⁰ הרפורמה שקפה תפיסה הדוגלת ב"חירות פעולתם של הפרטים בשוק הכלכלי",²⁹¹ שלפיה אין עוד טעם לשמירת הבעלות במקרקעי ישראל שהם קרקע עירונית, וכי מכאן ואילך בעלי המקרקעין הם שיהיו אחראים לפיתוח המקרקעין ולמימוש זכויות הקניין שלהם.²⁹² בית המשפט העליון אישר את מדיניות ההפרטה.²⁹³ הגישה הפוגענית משקפת עמדה שהתאימה לאופי הריכוזי של פרויקטים של שיקום או פינוי שכונות לפי חוק פינוי ובינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה–1965.²⁹⁴ אלה זכו לכינוי "עידן הבולדוזר" משום שאכן הובילו לסילוקם של בעלי דירות מקבוצות מוחלשות תמורת סידור חלופי.²⁹⁵ זו הייתה תקופה שבה מקרקעי ישראל הוחזקו בידי שוכרים, דיירים או חוכרים שאין להם בעלות במקרקעין. כאשר מפנים מחזיקים כאלה, כפי שאירע למשל בפרשת גבעת עמל, יש אולי הצדקה לפצות את המחזיקים רק כדי זכות ל"דיור אקוויולנטי".²⁹⁶ בעקבות הפרטת מקרקעי ישראל, כאשר החוכרים כבר קיבלו את מלוא קופסת הבעלות, הרי הם הזכאים והאחראים לניצול מלוא פירות הזכות לפיתוח ולא בעלי זכות מוגבלת ל"דיור אקוויולנטי". הגישה הפוגענית נוטלת מהחוכרים שאך זה קיבלו את הבעלות בדיוק את מה שהעברת הבעלות נועדה להקנות להם ומעמידה אותם באותו מצב כאילו לא קיבלו את הבעלות. היא משקפת חזרה לאחר למדיניות שמעדיפה התערבות ממשלתית כופה לטובת בעלי עניין על פני יוזמה חופשית של בעלי המקרקעין. הטעמים להנהגת מדיניות ההפרטה כמו גם הניסיון ההיסטורי בפרויקטים של פינוי ובינוי בתקופות קודמות מעוררים ספק באשר לייעילותה הלכאורית של השיבה לגישה הכופה והפוגענית ככלי להשגת תכלית החקיקה דנן.

4. הפגיעה לא מידתית: עולה על הנדרש

אף אם נניח שהגישה הפוגענית מקדמת את התכליות המועדפות שתוארו לעיל, השימוש בה אינו עומד במבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה", שכן הפגיעה בקניין אינה הכרחית להשגת

289 ראו לעיל ה"ש 166.

290 רשות מקרקעי ישראל דוח 2020 46 (19.1.2022); זנדברג, לעיל ה"ש 54, בעמ' 253–256.

291 מרגלית ושרטון, לעיל ה"ש 164, בעמ' 10–11.

292 הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט–2009, ס"ח 348, 515 (דברי הסבר לפרק יח הכולל תיקוני חקיקה המאפשרים העברת בעלות לחוכרים של קרקע עירונית).

293 בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל, בפס' 40, 44 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (24.5.2012).

294 ס"ח 279 ס' 37–39; הצעת חוק פינוי ובינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה–1965, ה"ח 160, 168.

295 מרגלית ושרטון, לעיל ה"ש 164, בעמ' 4, 7.

296 ע"א (מחוזי ת"א) 6097-09-18 דיוור ב.פ. בע"מ נ' עובד בן נון, בפס' 69 (נבו 23.12.2019); רע"א 409/20 יהוד נ' דיוור ב.פ. בע"מ, בפס' 45 (נבו 29.11.2020).

התכלית, ופגיעתה עולה על הנדרש לשם הגשמת התכלית.²⁹⁷ ראשית, הפגיעה בקניין מבוססת על הסדר גורף (תקן 21) ולא על בחינה פרטנית של הצדקה ונחיצותה במקרה פלוני. ככלל, הסדר גורף אינו נחשב אמצעי שפגיעתו פחותה.²⁹⁸ כיום אין בוחנים באופן פרטני את ההצדקה לשימוש בכלים פוגעניים במתחם פינוי ובינוי פלוני, והגישה הפוגענית חלה באופן אחיד בכל מתחם מוכרז. עצם קיומו של צורך ציבורי כללי בהתחדשות עירונית אינו מצדיק התערבות שלטונית וודאי שלא פגיעה בקניין במקרה פלוני. גם בהנחה שקיימת במתחמי פינוי ובינוי בעיה של פעולה משותפת, ועל כך ארחיב בהמשך, יש להצביע על טעם מיוחד שיצדיק התערבות כופה לשם פתרון פוגעני שלה בכל מקרה ומקרה. זאת ועוד, כפי שצינתי לעיל, הכרזות על מתחמי התחדשות וכן השימוש באמצעי הכפייה של הגישה הפוגענית אינם מבוססים על מדיניות כוללת הבוחנת את הצורך בהתחדשות עירונית ברמה הארצית וגוזרת ממנו צורך ציבורי בכפיית הגישה הפוגענית במתחם פלוני. היא נובעת מיוזמות ספוראדיות ואקלקטיות של רשויות, של מארגנים ושל יזמים. המערכת הנורמטיבית הפוגענית של פינוי ובינוי מעודדת יוזמות כאלה, ולמעשה רותמת את עגלת ההתחדשות העירונית לפני הסוס – כלומר לפני שגובשה תוכנית כוללת שממפה את האזורים שבהם אכן יש צורך בה.

שנית, גם כאשר קיים צורך ציבורי מיוחד בהתחדשות עירונית במקום פלוני יש מקום לבחון תחילה אם צורך זה ניתן להגשמה בידי בעלי המקרקעין ללא כפייה.²⁹⁹ ההצדקה המשפטית לפגיעה כפויה בקניין אינה טמונה בעצם קיומם של צורך ציבורי או של תכלית אלא בחוסר יכולת להגשימם בלא התערבות כופה. רק קיומו של כשל שוק שמונע מהבעלים הפרטיים להגשים את הצורך הציבורי בלא התערבות כופה מצדיק פגיעה כפויה בקניין. פגיעה זו כמוכח צריכה להיות רק "במידה המזערית הנדרשת להשגת הצורך הציבורי".³⁰⁰ הגישה הפוגענית מושתתת על בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי בלי שהיא מחייבת בשום שלב משלבי הכפייה כי בטרם יופעל המנגנון הכופה יתקיים בין כלל בעלי הדירות במתחם לבין יום משא ומתן חופשי אשר יאפשר הגעה להסכם בשיתוף מלא של בעלי הדירות במלוא זכויות הקניין שלהם. תחת זאת היא מאפשרת למארגנים וליזמים לכבול בהדרגה בעלי דירות להצעות פוגעניות כבר מהשלבים המוקדמים של המשא ומתן. היא קובעת מראש – תחת הכותרת "תקן" – סטנדרט פוגעני שאינו מאפשר השתתפות במלוא עליית הערך העתידית ובכך מקטינה מראש את הסיכוי שמשא ומתן חופשי יוביל להשגת העסקה לפי כללי השוק ולא על פי הנורמה הכופה הנקבעת מראש. התקינה השמאית, תהליך הכבילה ההדרגתי והירתמות כל הרשויות לאימוץ אמת המידה הפוגענית מקטינים מאוד את הסיכוי שסמכותו של בית המשפט לבחון את כדאיותה הכלכלית של העסקה, המופעלת

297 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 281, בעמ' 391–396; מדינה, לעיל ה"ש 274, בעמ' 199.

298 בג"ץ 1308/17 **עירית סלואד נ' הכנסת**, בפס' 99–100, 110, פסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 9.6.2020); רע"ב 6956/09 **יונס נ' שירות בתי הסוהר**, פס' 74 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 7.10.2010); בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פס' 69 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 281, בעמ' 409–407.

299 פרשת **מקור הנפקות**, לעיל ה"ש 179, בפס' 6.

300 ע"א 119/01 **אקונס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 817, 845 (2003).

בשלבים מתקדמים של העסקה, תהיה ערובה למניעת כפייה של עסקה שעוצבה מראש לפי הגישה הפוגענית. תהליך הכפייה ההדרגתי של אמת המידה הפוגענית, על כל שלביו ומנגנוניו, הוא שגורם להיעדר אפשרות למנוע פגיעה בקניין שאינה נחוצה לצורך הגשמת הצורך הציבורי. לעומת זאת הותרת מלוא זכויות הקניין בידי הבעלים תוך כדי הסרת כבליה של הגישה הפוגענית עשויה להגדיל את התמריץ שלהם לשתף פעולה עם תהליך ההתחדשות ואף לזוּם אותו. היא תאפשר להם לשאת ולתת בחופשיות למימוש מלוא זכויותיהם ובכך תקדם את הצורך הציבורי בהתחדשות עירונית. בהערות שפרסמה לשכת שמאי המקרקעין להצעת תקן 21 – 2019 היא המליצה, בצדק, "לתת לכוחות השוק להתנהל בתוך מסגרת תכנונית ואז מאליו ייקבעו שטחי הבנייה הראויים שיהוו את מאזן האינטרסים בין בעלי הקרקע לזום".³⁰¹

שלישית, גם אם יש צורך בכפייה לשם פתרון בעיות של פעולה משותפת יש לבחון אם הכפייה נדרשת לשם מניעת התנהגות סחטנית שמעכבת את השגת התכליות הציבוריות שתוארתי לעיל, ואין הצדקה להשתמש באמצעי הכפייה כדי להשיג פגיעה נוספת ולא הכרחית בקניינם של בעלי המקרקעין. מטרתה של סמכות הרוב היא למנוע התנהגות סחטנית ושרירותית של מיעוט באופן שימנע עסקה שאינה פוגעת במיעוט. ההצדקה להתערבות המשפט במקרה כזה מותנית בכך שהתערבות תשרת את עניינו העצמי של המתנגד ושאינן סיבה לגיטימית להתנגדותו מלבד התנהגות סחטנית אסטרטגית.³⁰² היא מחייבת ביקורת שיפוטית קפדנית שתבחן אם בטרם נבחרה הדרך הכופה, נוהל משא ומתן בתום לב עם בעלי המקרקעין או אם היעדר ההסכמה נבע מכשל שוק או מהתנהגות סחטנית של הבעלים.³⁰³ לא ניתן לכפות על מיעוט עסקה שאינה כדאית, אשר כופה תמורה פוגענית אם היה אפשר להשיג "מנקודת מבט אובייקטיבית הבוחנת את הפרויקט כמכלול"³⁰⁴ תמורה טובה ממנה. אכן אין הכרח שהתמורות לזום ולבעלי הדירות תהיינה שוות, ועליהן לשקף את חלוקת הסיכונים ביניהם, אך על התמורה להיות "הוגנת".³⁰⁵ סמכות הרוב בנכס משותף מותנית בחיקוקים שונים בכך שהרוב לאיגרום, כאשר הוא מפעיל אותה, לקיפוח המיעוט או לפגיעה בזכויותיו.³⁰⁶ גם חוק פינוי ובינוי מכון לכך כאשר הוא אינו מאפשר לאיים על בעל דירה בתביעה נזיקית או בפינוי כפוי אם התנגדותו נובעת מכך שהעסקה "אינה כדאית כלכלית". כוונתו המקורית של מחוקק חוק פינוי ובינוי תאמה את הגיונה זה של כל התערבות חוקית לטובת הרוב, אך הגישה הפוגענית שהתפתחה ברבדים מאוחרים של החקיקה ובתקן 21 בנוסחיו השונים מאפשרת לרוב, הכבול להסכמים עם מארגנים ועם יזמים, לכפות על המיעוט הסדר פוגעני שמונע מכל בעלי הדירות, לרבות אלה שנכפים

301 מכתב לשכת שמאי מקרקעין למועצת שמאי מקרקעין מיום 31.12.2019, אתר לשכת שמאי מקרקעין, <https://did.li/udbsl>.

302 דגן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 405. וראו לעיל מקורות והטקסט הסמוך לה"ש 179–182.

303 להבי וליכט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 123; פרשת זול בו, לעיל ה"ש 174, בעמ' 744; ע"א 3511/13 שורצברגר נ' מרין, פס' 29 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 24.7.2014).

304 שם, בפס' 33 לפסק דינו של השופט דנציגר.

305 שם; יונתן בוקשפן "הזכות לסרב לעסקת פינוי ובינוי: הבית המשותף בין הפרטי לקהילתי" פורום עיוני משפט מד 1, 36 (התשפ"א).

306 ראו לעיל פרק ג.2.

להסכים לה, לממש את מלוא זכויות הקניין שלהם. ההכרה בהסדר זה היא פגיעה מיותרת ולא נחוצה בקניין הפרטי שאינה הכרחית וגם לא מוצדקת לשם פתרון בעיית הפעולה המשותפת.

החובה להימנע מפגיעה בקניין המיעוט עולה גם מפסיקת בית המשפט העליון בפרשת **צודלר**.³⁰⁷ באותה פרשה נדונה התנגדותו של מיעוט בעלי הדירות להחלטת רוב של בעלי הדירות בדבר שיקומו של בית משותף שנהרס בדרך של תוספת דירות חדשות גדולות יותר. בית המשפט אישר את ההחלטה אף כי הייתה בה פגיעה בזכות הקניין של המיעוט (הקטנת המנה ברכוש המשותף בשל תוספת דירות חדשות) אגב הסתמכות על הוראות ס' 60 לחוק המקרקעין. בפסק דינו ביטא השופט חשין תפיסה שלפיה זכות הבעלות ברכוש המשותף בבית המשותף חורגת לכאורה מזכות הקניין הקלאסית באופן ש"מצמצם ומצרר הוא את תוכנה של הבעלות הקלאסית".³⁰⁸ עם זאת חשין סייג את עמדתו זו רק למקרה שבו בית משותף נהרס שלא מרצונם של הבעלים. לפיכך הוא פסק כי "להריסת בית מכוונת נדרשת הסכמת כל הבעלים. כאן תתגלה זכות הקניין הקלאסית במלוא הדרה: הזכות – והשרירות שהיא מקרינה".³⁰⁹ חשין קבע כי אין מקום לפגיעה בחלקם של בעלי הדירות בזכויות מוקנות לבנייה נוספת.³¹⁰

על פסיקת בית המשפט בפרשת **צודלר** נמתחה ביקורת מכיוונים שונים. יהושע ויסמן סבר כי עמדת בית המשפט "אינה מתיישבת עם גישת היסוד של המחוקק למוסד הבית המשותף. גישת יסוד זו מבוססת על כיבוד עצמאותו של בעל דירה בבית המשותף".³¹¹ מיגל דויטש סבר כי הדגש שהושם על "ההיבט הקומונאלי", לדבריו, "הולם מצבים שבהם בעל הקניין נוהג בשרירות, כמו בעניין צודלר; לא כך כאשר הוא מבקש הגנה עניינית על זכותו החוקתית לקניין... הפקעת קניין לטובת האחרים היא פגיעה חריפה ביותר, המחייבת גישה מצמצמת".³¹² חנוך דגן, שהביע תמיכה בתוצאת פסק הדין, סבר כי ההסבר הראוי לה הוא "הסדרה שתכליתה הינה לעקף את כוחו של המיעוט הסרבן... וזאת לאור העובדה שהמתנגדים לא יכלו להצביע על סיבה לגיטימית – או למצער על מניע אמין שאינו אסטרטגי – להתנגדותם".³¹³ מבקרי פסק הדין בפרשת **צודלר** כתומכיו לא ראו בו הכשר לפגיעות כלכליות ממשיות בקניינו של בעל דירה בבית משותף אלא רק היתר להתגברות על תלונות סרק שרירותיות או "אסטרטגיות". ודאי שלא ראו בו הכשר לפגיעה כלכלית נרחבת כמו זו שנגרמת לבעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי מן הגישה הפוגענית.

רביעית, הגישה הפוגענית שוללת מבעלי הדירות פיצוי מלא על הפגיעה בזכויות הבנייה שלהם. היא סותרת את ההלכות שהתגבשו בפסיקה הישראלית בנוגע לסמכות לפגוע במקרקעין או להפקיעם ללא פיצוי. הלכות אלה פירשו סעיפי חוק שחוסים בסעיף שמירת הדינים בחוק היסוד ושראוי לאמצן במשנה תוקף בנוגע לתוקפן או לפרשנותן של חקיקה

307 רע"א 7112/93 **צודלר נ' יוסף**, פ"ד מח(3) 550 (1994).

308 שם, בעמ' 564.

309 שם, בעמ' 568. ראו גם פרשת **יהלי בנה לי**, לעיל ה"ש 243.

310 שם, בעמ' 571–572.

311 ויסמן **בעלות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 511.

312 דויטש, לעיל ה"ש 16, בעמ' 656–657.

313 דגן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 409–410.

ושל מדיניות ממשלתית שכפופות כפיפות מלאה להוראות חוק היסוד, במיוחד נוכח ביטול האפשרות להפקיע מקרקעין ללא פיצוי ברמה הארצית וצמצום היקפם של פטורים אחרים מפיצוי.³¹⁴ כך, בפרשת **הולצמן** נפסק שאין מקום להפקיע נכס הפקעה מלאה ללא פיצוי.³¹⁵ בפסיקה שעסקה ב"פיצויי סבל" בגין הפקעות חלקיות נקבע כי ככלל יש לפצות את הנפגע אם ההפקעה לא הובילה להשבחת יתרת המקרקעין שנותרה בידי הבעלים.³¹⁶ בפרשת **מסרי** נקבע כי חריגה מן הכלל שלפיו יש לשלם פיצויי סבל כאשר יתרת הנכס לא הושבחה תיעשה רק במקרים מיוחדים שבהם שיעור ירידת הערך נמוך, הנזק מתפזר באופן שוויוני בין כל בני הקהילה ומקדם אינטרס קהילתי מקומי חשוב, בשונה מאינטרס כללי.³¹⁷ שיקולים דומים עלו גם בפרשות **הורוויץ**, שבהן נדונו העקרונות לבחינת הלגיטימיות של פגיעה במקרקעין ללא פיצוי לפי ס' 200 לחוק התכנון והבניה.³¹⁸ הנשיא (כתוארו אז) ברק סבר שהעיקרון של אחריות חברתית של הקניין מאפשר מרחב פגיעה גדול יותר בקניין בלא פיצוי אך התווה בהקשר זה שלוש אמות מידה: היקף הפגיעה (יש לפצות על פגיעה גדולה ואין לפצות על פגיעה קטנה), חשיבות המטרה הציבורית (יש לפצות על מטרה זניחה ואין לפצות על מטרה חשובה) ומידת פיזור הנזק (יש פטור רק על "הפגיעות השכיחות, המתפזרות על חלק ניכר מהאוכלוסייה ושהן חלק מהסיכון של התכנון עצמו").³¹⁹ לעומת זאת חלק מהשופטים סברו כי בשל ההגנה על הקניין בחוק היסוד אין לאפשר פגיעה בקניין ללא פיצוי אלא במקרים נדירים ביותר. בלטה במיוחד אמירתו של השופט חשין, שיפה גם לגישה הפוגענית דנן, ולפיה: "בעלי מקרקעין בימינו... אינם בהכרח מבוססים מבחינה כלכלית ופיננסית יותר מאחרים בקהילתם. ויש מביניהם שהקרקע הנפגעת היא רכושם היחיד... אין זה ראוי, למצער במקום של פגיעה משמעותית בקניין, כי בנזק לא תישא הקהילה כולה".³²⁰

הגישה הפוגענית מאפשרת, כאמור לעיל, פגיעה בזכות הפיתוח של בעלי הדירות ללא פיצוי. הדירה החדשה והמורחבת שמוקנית למפונים אינה פיצוי הולם לפגיעה הרחבה יותר בזכויות הבנייה של בעלי המקרקעין שנותרת ללא פיצוי.³²¹ פגיעה זו אינה תואמת את המבחנים שנקבעו בפסיקה לפגיעה כזו, שכן הפגיעה אינה מתפזרת באופן שווה על הציבור בכללותו והיא פוגעת רק בבעלים של מתחמים שמוכרזים כמתחמי פינוי ובינוי. היא גם

314 ס' 23(2)(ב) (5) לחוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010 (תיקון עקיף לס' 13 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, התשכ"ד-1964).

315 ע"א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אחא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001).

316 ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"ץ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (נבו 14.5.2012); ע"א 6407/14 הועדה המקומית לתכנון ולבניה כרמיאל נ' מסרי (נבו 24.5.2018).

317 שם, בפס' 77-95 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

318 ע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון ולבניה, רענה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913 (2002) (להלן: ערעור הורוויץ); דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ובניה, רענה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004) (להלן: דנ"א הורוויץ).

319 ערעור הורוויץ, לעיל ה"ש 323, בעמ' 942-943.

320 דנ"א הורוויץ, לעיל ה"ש 323, בעמ' 315-316.

321 ראו לעיל פרקים ב.1 (הדוגמה המספרית), ג.8.

מעבירה את עיקר פירות הזכות לפיתוח ליזמים פרטיים ואינה מתמקדת רק או בעיקר בהעברת תועלת לבעלי המקרקעין או לקהילתם הקרובה.

5. מחירה החברתי של הפגיעה עולה על תועלתה

פגיעתה של המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי בקניין הפרטי אינה מידתית גם משום שמחירה החברתי ניכר ביחס לתועלת המסופקת ממילא שהיא מניבה, ועל כן היא אינה עומדת במה שמקובל לכנות "מבחן המידתיות במובן הצר" שיש הסוברים כי הוא החשוב ביותר במבחני המידתיות.³²² הניסיון שנצבר בארץ ובעולם בתוכניות של טיפול באזורים עירוניים שטעונים התחדשות מעלה שאמצעי כפייה תמיד הניבו תוצאות חברתיות נחותות מפרויקטים שהותירו בידי בעלי הדירות את היוזמה.³²³ כפיית הבעלים המקוריים של מתחם פינוי ובינוי להסתפק בדירה אחת קטנה בבניינים שיאוכלסו באוכלוסייה חדשה ומבוססת יותר שתרכוש דירות גדולות יותר, תנציח את חולשת הבעלים המקוריים, תמריץ הפיכתה של ההתחדשות עירונית (urban renewal) לסילוק עירוני (urban removal) ותוביל לג'נטריפיקציה,³²⁴ קרי לעזיבת התושבים המקוריים לטובת אוכלוסייה מבוססת יותר.³²⁵ זה מחיר כבד וישיר שאותו עלולה לשלם אוכלוסייה שס' 1 לחוק הרשות להתחדשות מצווה במפורש לתת "מענה הולם" לצרכיה. הוא נוגד את אחת הבחנות שהוצעו בספרות לבחינת המידתיות "במובן הצר" שלפיה יש לשקול לא רק את העלות-התועלת הכרוכה בפגיעה אלא גם את מידת הפיזור שלה.³²⁶ נכונים במיוחד דבריו של חנוך דגן שלפיהם "הגנת המשפט על בעלי הקניין מפני כוח השלטון... חשובה במיוחד במצבים שבהם הנפגעים (בכוח או בפועל) מפורזים או בלתי מאורגנים או כאשר מדובר בקבוצות אוכלוסייה חלשות".³²⁷

גם אם נסטה מן הניתוח הדווקני של מבחני המידתיות, הגישה הפוגענית מובילה לפגיעה קשה בערך של "צדק חלוקתי" שעניינו "בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים".³²⁸ כפי שמדגיש דגן, "מנקודת המבט של הצדק החלוקתי והאחריות החברתית אין לעצם העובדה שהפרויקט חשוב כל נפקות לשאלה מי יישא בעלותו".³²⁹ דגן מזהיר מפני "מבנה דוקטרינרי המזמין תוכניות היוצרות העברות רגרסיביות מבעלי מקרקעין לבעלי הון הפעילים בתחום הנדל"ן, ועל כן מחדדת את הצורך להגביל את 'סייג

322 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 281, בעמ' 419; מדינה, לעיל ה"ש 274, בעמ' 214.

323 Naomi Carmon & Tamar Gavrieli, *Improving Housing by Conventional Versus Self-help Methods: Evidence From Israel*, 24 URB.STUD. 324, 331 (1987) (מסכמות את היתרונות הברורים של שיקום עצמי מול פינוי ובינוי).

324 Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469, 485 (2005); Michael Cohen, *John F.C. Turner and Housing as a Verb*, 41 BUILT ENV'T 412, 413 (2015).

325 מרגלית ושרטן, לעיל ה"ש 164, בעמ' 20.

326 מדינה, לעיל ה"ש 274, בעמ' 216.

327 דגן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 61.

328 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002).

329 דגן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 165.

הפרויקטים החשובים' לטובין ציבוריים באופן שיהיה ברור כי לא נכללות בו תוכניות המערכות שימוש בסמכויות הנטילה השלטונית לטובתם של יזמים פרטיים.³³⁰ רעיון דומה הביעה פרופ' (כתוארה אז) ברק-ארוז בהקשר כללי יותר, לאמור: "הדיון בהצדקות התומכות בהתערבות שלטונית בשוק צריך להתקיים בצל ההכרה שכוח ההתערבות המנהלי עשוי להיות מנוצל לרעה, ולא דווקא לצורך הגשמת תכליותיו המקוריות. בהקשר זה חשוב להתייחס במיוחד לתפקיד שקבוצות אינטרסים מאורגנות ממלאות בניסיונות להטות את השימוש בסמכויות אלה לצורכיהן".³³¹

התמורות שמקבלים בעלי הדירות על פי המפתח של הגישה הפוגענית אינן שוות ערך למלוא התרומה שבעלי הדירות נאלצים לתרום למיזם. התוצאה החלוקתית של הגישה הפוגענית היא כפיית העברת עושר לא שוויונית ולא מוצדקת מבעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי ליזמים שעוסקים בפיתוח המקרקעין נוסף על הטבות אחרות שמורעפות על היזמים ועל רשויות מקומיות. העברת עושר זאת אינה תואמת את שנדרש מעקרון הצדק החלוקתי, בשל כמה טעמים: ראשית, היא נכפית רק על בעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי שהוכרזו והיא אינה נחלתם של כל בעלי המקרקעין בסביבתם או בישראל. זה הוא אפוא נטל שמוטל באופן לא שוויוני על קבוצה מסוימת, מצומצמת, ולרוב חלשה, של האוכלוסייה. כפי שציינתי לעיל, הכניסה לקבוצה אינה נעשית מרצון כל חבריה, והיא גם תוצאה של שיקולי כדאיות ויוזמה אקראית של יזמים ורשויות ולא פרי תכנון ארצי; שנית, העברת העושר הזאת נכפית על קבוצת אוכלוסייה חלשה וגדולה יחסית למול הקבוצה החזקה והמצומצמת של נהנים (יזמים); שלישית, הגישה הפוגענית מנציחה את חולשת בעלי המקרקעין במתחמים ואף יוצרת הבחנה בין מאפייני הדיוור המצומצמים של דירות התמורה של בעלים מקוריים לבין מאפייני הדיוור של דיירים חדשים בפרויקטים אלה. הגישה הפוגענית פוגעת אפוא בבעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי באמצעות הטלת נטל לא שוויוני הפוגע יותר דווקא בקבוצות חברתיות חלשות יותר.

אם כך, פגיעתה של המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי בקניין מובילה לתוצאות חברתיות וחלוקתיות לא רצויות הסותרות עקרונות יסוד של המשפט הישראלי כגון שוויון וצדק חלוקתי, ובמובן זה ניתן לומר גם שהיא סותרת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ספק אם יש הצדקה לתוצאות כאלה כאשר לא ברור כלל עד כמה תתרום הפגיעה בקניין, אם בכלל, להגשמת תכליותיה. כף המאזניים נוטה בבירור לכיוון של הימנעות מהפגיעה ותוצאותיה החברתיות במיוחד בשל ההסתברות שניתן להשיג תוצאות טובות יותר ללא הפגיעה בקניין. הותרת מלוא זכויות הקניין בידי הבעלים תמריצם לפעול מרצון להגשמת התוכניות וגם תוביל לתוצאה חברתית עדיפה שכן תיתן הזדמנות לתושבי המתחמים ומשפחותיהם להיחלץ ממעגל המצוקה ולהתבסס כלכלית. סביר להניח כי כך גם יוחש קצב ההתחדשות העירונית.

לסיכום, הפגיעה בקניין שמסיבה הגישה הפוגענית בזכויותיהם של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי אינה שקולה לתועלת שעולה ממנה ועל כן אינה עומדת במבחן הערכי של המידתיות.

330 שם, בעמ' 166.

331 דפנה ברק ארוז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" עיוני משפט כה 503, 508 (התשס"ב).

6. ביטול הפגיעה

מן האמור עד כה עולה כי אמת המידה הפוגענית אינה ראויה לשמש אמת מידה כללית שאין בלתה לקביעת כדאיותן של של עסקאות פינוי ובינוי וגם לא אמת מידה תכנונית להיקף הבנייה במתחמי פינוי ובינוי. תיקונו של מצב זה מצריך למצער מודעות לפוטנציאל הפגיעה שכרוך בנורמה הפוגענית הנוהגת, וזאת עשה מאמר זה עד כה. באופן מעשי יש מקום לבטל את קביעתה של אמת המידה הפוגענית בתקינה השמאית שיצרה אותה. כמו כן רצוי לשנות או לבטל את החקיקה שמאמצת את אמת המידה של דירה כנגד דירה או למצער לפרשה פירוש שיבהיר לכול כי היא אמת מידה מינימלית שאינה כובלת את בעלי הדירות. יש לפרש כל אזכור – בחקיקה, בתקנות או במסמכי מדיניות – של התמורות לבעלים בעסקת פינוי ובינוי או של כדאיות עסקה כזו פירוש שלפיו התמורה לבעלי הדירות אינה חייבת להסתכם בתמורה של דירה אחת בלבד, וכי בעלי דירות במתחם פינוי ובינוי רשאים לשאת ולתת על קבלת תמורה העולה על דירה אחת, לרבות תמורה שמבוססת על שיעורי קומבינציה מותאמים, תוך כדי מימוש מלוא זכויות הקניין שלהם. כן ראוי לתקן את החקיקה או לפרשה פירוש שיקבע כי התנגדות לעסקת פינוי ובינוי בטענה כי תמורה של דירה אחת בלבד אינה כדאית כלכלית ומקפחת, או התנגדות כאמור בשל רצון לשאת ולתת לעסקת אחוזים, אינן יכולות להקים אחריות נזיקית או אישור כפוי של העסקה לפי ס' 2 לחוק פינוי ובינוי, והן גם יכולות להיות עילה לביטול עסקת פינוי ובינוי. את הסנקציות של החוק יש להפעיל רק נגד התנגדות סחטנית ו"אסטרטגית" באמת ולא ככלי לכפיית הגישה הפוגענית.

כמו כן ראוי כי הרשות להתחדשות עירונית תפעל לשם הבהרת האמור לעיל ולשם הגשמתו בכל פרסומיה והנחיותיה וכן תעמוד על קיומה של ההבהרה לעיל כאשר היא בוחנת הכרזות מתחמים כמתחמי פינוי ובינוי. בטרם הכרזה על מתחם פינוי ובינוי וכן במסגרת שאר פעולותיה, על הרשות לתת משקל ראוי לשמירת מלוא זכויות הקניין הפרטי של בעלי מקרקעין במתחם, להימנע מהטמעת הגישה הפוגענית בשיקולי ההכרזה ולאפשר לבעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי להישמע בטרם הכרזה. כמו כן נכון כי רשויות התכנון והבנייה יחדלו מאימוץ אמת המידה הפוגענית כאמת מידה תכנונית הקוצבת את היקף הבנייה במתחמי פינוי ובינוי.

ביטול הגישה הפוגענית כמובן אינו פוטר את הרשויות מן הצורך לתכנן ברמה הארצית את המתחמים הראויים לפינוי ולבינוי להקצות להם זכויות פיתוח שיתמרצו את בעלי הקניין לחתור להתחדשות עירונית ולהציע לבעלי הקניין תמריצים נוספים או אף תמיכה ישירה. ביטול הגישה הפוגענית אין משמעותו הפסקת פעילות רשויות למניעת עושק וניצול לרעה של בעלי דירות בידי יזמים, מתן מידע מלא וסיוע מקצועי לבעלי הדירות וכן ליווי חברתי שלהם. בהקשר זה ראוי לערוך חשיבה מחודשת בנוגע לנחיצותם וליעילותם של מנגנוני הכבילה של בעלי הדירות למארגנים וליזמים ולהמירם במנגנוני התארגנות עצמאיים של בעלי הדירות תוך כדי הקפדה על ייצוגם באופן עצמאי ונטול פניות. פעולות אלה תסייענה לבעלי הדירות לממש את זכויות הקניין שלהם במקרקעין בצורה המיטבית, ויש בהן טעם גם כאשר תבוטל האפשרות לכפות על בעלי הדירות את מנגנון התמורה הפוגעני. חשוב שהרשויות תסייענה לבעלי המקרקעין להתגבר על חולשותיהם, לרבות בעיית הפעולה המשותפת אגב מימוש מיטבי של זכויות הקניין שלהם, ועם זאת תימנענה מפעולות

שפוגעות בקניין הבעלים ומעבירות אותו ליזמים או לרשויות ללא כל פיצוי. תפקיד ההתערבות הממשלתית הוא לסייע לבעלים לממש את זכויותיהם ולא לכפות עליהם מתכונת מצומצמת ופוגענית של התחדשות. לעבוד עם התושבים ולא עבורם. להותיר בידיהם את ההכרעה ולא להחליט בשבילם.³³²

ה. סיכום

במאמר זה הראיתי שהמערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי בישראל כופה על בעלי הדירות במתחמים שבהם היא חלה אמת מידה פוגענית שלפיה תמורה של דירה אחת מוגדלת היא תמורה סבירה וכדאית לעסקת פינוי ובינוי. כפיית אמת מידה זו גוררת פגיעה חמורה בקניין בעלי הדירות, בזכויות הבנייה המורעפות על המתחם למעלה מן הנדרש ולמקובל בעסקאות קומביניציה בשוק החופשי. פגיעה זו נכפית על בעלי הדירות באמצעות מערך נורמטיבי משולב ובמדיניות ממשלתית רב-מערכתית שמנצלים את חולשותיהם של הבעלים ואת פיצולם באופן הפוגע ביכולתם לשאת ולתת בחופשיות על מיצוי מלוא זכויותיהם.

הפגיעה מפירה את הציווי החוקתי להגנה על הקניין הפרטי. היא מבוססת בעיקר על תקינה שמאית, ואין לה הסמכה מפורשת בחוק. היא מונעת או מעכבת את הגשמת התכליות שהיא אמורה לכאורה לקדם, שהן בעיקר עידוד ההתחדשות העירונית והגדלת היצע הדירות במרקם העירוני הבנוי. היא מתעלמת ממדיניות ההפרטה של בעלות לזכרים שביטאה מעבר ממדיניות של התערבות ממשלתית כופה למדיניות המעודדת יוזמה חופשית של בעלי המקרקעין. היא אינה עומדת במבחני המידתיות. היא אינה מבוססת על בחינה פרטנית של הצורך בה במקום פלוני. היא שוללת מראש את יכולתם של בעלי המקרקעין לשאת ולתת על הסכמים החורגים מאמת המידה שנקבעת. היא חורגת מן הנדרש לפתרון בעיות של פעולה משותפת, שכן אינה מכוונת רק למניעת התנגדות סחטנית של בעלי דירות אלא לכפיית עסקאות שאינן כדאיות כלכלית בחסות ברירת המחלף הפוגענית. היא פוגעת בקניין בעלי הדירות ללא פיצוי ואינה עומדת במבחנים שיכולים להצדיק פגיעה ללא פיצוי. מחירה החברתי של הפגיעה בקניין של בעלי הדירות גבוה ביחס לתועלת המסופקת שהיא מניבה, ועל כן היא אינה עומדת במה שמקובל לכנות "מבחן המידתיות במובן הצר". הפגיעה אינה שוויונית, היא מתמקדת רק באוכלוסייה החלשה בחלקה של מתחמים מוכרזים ומעבירה את קניינה לקבוצת יזמים קטנה וחזקה. היא פוגעת בערך של צדק חלוקתי ומנציחה חולשה חברתית וכלכלית של תושבי השכונות המתחדשות.

לסיכום, הגישה הפוגענית גורמת פגיעה חוקתית חמורה, לא רצויה ולא מידתית הן בקניין הפרטי והן באינטרס הציבורי, ולכן יש לבטלה. יש לבטל את אמת המידה הפוגענית בתקינה השמאית ולבטל, או למצער לפרש פירוש מצמצם, את החקיקה המאמצת אותה. על רשויות התכנון והבנייה לזנוח את אמת המידה הפוגענית כאמת מידה תכנונית, ועל הרשות להתחדשות עירונית לסייע לבעלים לשאת ולתת על מיצוי מלוא זכויותיהם ולהימנע מן

Richard Harris, *A Double Irony: The Originality and Influence of John F.C. Turner*, 27 332 HABITAT INT'L 245, 249 (2003).

התמיכה באמת המידה הפוגענית. עיקור הגישה הפוגענית כאמור לא יוביל, כפי שאולי חוששים מעצביה, לפגיעה במדיניות הדיור הלאומית או בצורך בהתחדשות עירונית. הוא גם לא ישלול מיזמים את הזכות לחתור לרווח נאה והוגן מהתקשרות בעסקאות פינוי ובינוי. הוא יוביל להחזרת בעלי הקניין כשחקנים שווי כוח בשוק זה. הוא יביא לידי ביטוי את רצונותיהם ואת העדפותיהם, ובסופו של דבר יוביל לעיצוב עסקאות מועילות יותר לחברה, לכלכלה ולהתחדשות העירונית.

לאחר פרסומו של מאמר זה באתר כתב העת התפרסמה החלטתו של בג"ץ בעתירה שהגיש המכון לרפורמות מבניות כנגד חוקתיותו של תקן 21.³³³ בפסק דינו של בג"ץ פסק השופט כשר (בהסכמת השופטת וילנר והשופט גרוסקופף) כי אין כל פגם בתקן האמור שכן התקן "הוא רק הכלי המקצועי המניח את המשמעות של החלופות השונות על שולחן של הרשויות. לעניין זה, תקיפתו של התקן אינה שונה בהרבה, להשקפתי, מתקיפתה של תוכנת "אקסל" או מעתירה שלא לאפשר שימוש במכונת חישוב".³³⁴ לדידו של כשר התקן הוא מסמך "מקצועי" ניטרלי שכל מה שהוא עושה הוא להנחות שמאים ורשויות מה הם המשתנים שאותם צריך לקחת בחשבון כאשר הם שמים את כדאיותה של עסקת פינוי בינוי. לדידו התקן, כמו מקבילותיו הציוריות תוכנת האקסל או מכונת החישוב, רק משקפים את המציאות ולא יוצרים אותה. לכן לא ניתן לגישתו של בג"ץ לייחס לתקן וליוצריו את הפגיעה בקניין הפרטי שנגרמת לכאורה על ידי רשויות מקומיות המאמצות את התקן כאמת מידה תכנונית או על ידי יזמים שמציעים אותו לבעלי דירות. יואילו הנפגעים להתלונן אצל הרשויות.

קביעתו זו של השופט כשר אינה מתיישבת עם מה שנטען והוסבר במאמר זה. התקן אינו רק קובע נוסחאות שיש להציב בהן נתונים אלא גם משבץ בהן נתונים מספריים על היקף התמורה הכדאית לבעלי הדירות. תוכנת אקסל או מכונת חישוב אינן מספקות למשתמש בהן את הנתונים שעליו לשבץ בהן. מי שמשתמש בכלים מקצועיים אלה הוא משבץ בהם את הנתונים בהתאם למציאות שאותה הוא רוצה לחשב. תקני השמאות שאינם עוסקים בפינוי ובינוי מתארים טכניקות חישוב. הם אינם מספקים לשמאי את ערכי השווי שאותם הוא צריך לחשב אלא רק מספקים לו תבנית או נוסחה שעליו לשבץ בה נתונים שיאסוף מהשטח ויתאים אותם למקרה שבפניו. בכל המקרים האלה אמצעי העזר המקצועי לא מספק נתונים אלא רק נוסחת פעולה. המשתמש מציב את הנתונים אותם אסף מהשטח בנוסחת הפעולה. דף אקסל ומכונת חישוב הם לוח חלק.

לא זה המצב עם תקן 21. מנסחיו לא הסתפקו רק בקביעת נוסחה אלה הציבו בה גם נתונים. התמורה המוצעת לבעלי הדירות, כפי שמוצעת בבירור המחדל של התקן, תמורה של דירה אחת בלבד עם תוספות צנועות, אינה תמורה שאותה הפיקו מעסקאות השוואה במקום מסוים. זו תמורה שנראתה למנסחי התקן כתמורה ראויה. הם סבורים כי הענקת תמורה של דירה כנגד דירה עם תוספות מסוימות ראויה לשמש כבירור מחדל כדאית. בהחלט ייתכן שיש מצבים שבהם זו תמורה ראויה, אך לבטח יש מצבים שבהם נוכח הבדלים בשווי הקרקע היא אינה ראויה. החדרתם של ערכים מספריים שרירותיים לתקן

333 בג"ץ 8958/21 המכון לרפורמות מבניות נ' כנסת ישראל (נבו) 23.3.2025.

334 שם, בפס' 36 לפסק דינו של השופט כשר.

מקצועי שאמור רק לקבוע טכניקה לשיקוף ערכי המציאות אינה בגדר שיקוף של המציאות אלא ניסיון להשפיע על המציאות. זה ניסיון לכבול בעלי דירות לתמורות מינימאליות לשם השגת יעדים כלל ציבוריים. ייתכן שיעדים אלה מצדיקים כפייה כזו וייתכן שלא. אפשר לדון בכך ודנו בכך במאמר זה. השופט כשר עצמו ציין כי "לא נעלמה מעיניי טענתו של העותר, בדבר הפגיעה שנגרמת, להשקפתו, בתמורה הניתנת, בדרך כלל, לבעלי הדירות בפרויקטים של פינוי ובינוי. כך, גם באשר לטענה שאותה פגיעה (נטענת) נגרמת דווקא למי שבדרך כלל אינם נמנים על השכבות הסוציו-אקונומיות הגבוהות. דחייתה של העתירה אין משמעה אי-הכרה בחשיבותה של הטענה ואין משמעה דחייתה (או קבלתה) של הטענה לגופה. עמדתי כי דין העתירה להידחות, מבוססת, כמבואר לעיל, על כך שאיני רואה בתקיפת התקן כבעלת אחיזה בדין".³³⁵ בכל הכבוד – הקביעה כי התקן אינו יוצר את הפגיעה אלא רק משקף אותה כמכונת חישוב – מתעלמת מהמציאות. כפי שהראיתי במאמר זה, התקן אינו רק קובע נוסחה אלא גם מציב בה נתונים ומשכך משפיע על המציאות.

טענתו של השופט כשר כי התקן הוא "תקן מקצועי שהתקינה המדינה בכובעה השלטוני כדי להתוות עקרונות לעריכת שומה",³³⁶ מתעלמת גם מכך שלמדינה יש כובע נוסף זולת כובעה השלטוני כרגולטור מקצועי של שיטות שומה. הכובע הנוסף של יוצרי התקן, שחלקם היו יועצים משפטיים ופקידים של רשויות המדינה, הוא הכובע של הגנת האינטרס הכלכלי של המדינה בעידוד התחדשות עירונית והגדלת היצע הדירות. הכובע הזה אינו כובע של רגולטור מקצועי אלא כובע של מעצב מדיניות כלכלית. מדיניות זו עשויה לעמוד בניגוד לאינטרס הכלכלי של בעלי הקניין פרטי כמו כל מדיניות כלכלית שפוגעת בפרטים. אפשר כמובן להתווכח על השאלה האם פגיעה מסוימת היא ראויה או לא, האם היא טעונה פיצוי ועד כמה. אבל כאשר המדינה עושה שימוש בכובעה המקצועי כרגולטור של שמאים כדי להחדיר קני מידה כלכליים המשרתים את האינטרס הכלכלי שלה ושל הציבור – זו פעולה שמוציאה את הכלי המקצועי מהמסגרת המקצועית ומכניסה אותו לתחום של כפיית מדיניות כלכלית. זה שימוש לא מקובל, נגוע במידה מסוימת של ניגוד עניינים, בכובע המקצועי, לשם אכיפת מדיניות כלכלית.

גם קביעתו של השופט כשר כי "התקן אינו מכותיב את התמורה לבעלי הדירות, ואינו כובל את שיקול דעת בית המשפט",³³⁷ מתעלמת למרבה הצער ממציאות שתוארה במאמר זה שבה בעלי דירות רבים נכבלים בהדרגה להצעות של יזמים שמבוססות על אמות המידה המהותיות שהוחדרו לתקן, מבלי שיש להם את היכולת להציג באופן מאורגן עמדה נוגדת. בתי המשפט נתקלים במציאות זו בשלב מאוחר ונוטים להיצמד לתקן. אני מייחל לכך שהשוק ובתי המשפט יקלטו את קביעתו של השופט כשר לפיה חלופות התמורה המוצעות בתקן לבעלי הדירות אינן "כוללת רף מקסימום כלשהו, אף לא מומלץ או משוער, אלא רק רף מינימום בדמות שטח הדירה הקיימת בתוספת כיסוי כלל העלויות".³³⁸ אני חושש כי

335 שם, בפס' 47.

336 שם, בפס' 45.

337 שם, בפס' 44.

338 שם, בפס' 42.

דחיית העתירה תוביל לתוצאה ההפוכה. בעלי עניין המעוניינים לצמצם את התמורות לבעלי הדירות ייתלו בהכשר שבית המשפט העליון נתן לתקן בפסיקתו זו.

נחמה פורתא יכולים למצוא בעלי הדירות במיזמי פינוי ובינוי בהערת אגב חשובה של השופט גרוסקופף התומכת בהערכה "כי בעקבות הקלת התנאים לאישור עסקאות פינוי ובינוי על ידי בעלי הדירות (הקלות שנקבעו על מנת להתגבר על בעיית "הדייר הסרבן"), התקבעו בשוק סטנדרטים נמוכים מהראוי של פיצוי מקובל לבעלי דירות, באופן המקפח את בעלי הדירות, ומונע מהם מלזכות בנתח הראוי מתוך הרווח הנוצר בעקבות עסקאות פינוי ובינוי (דהיינו בנתח אותו היו מקבלים בשוק תחרותי, אילו לא הייתה קיימת בעניינם בעיית הפעולה המשותפת, אלא כל הדיירים היו פועלים כישות אחת). במילים אחרות, הטענה היא כי התרופה שניתנה לבעיה האחת ("בעיית הדייר הסרבן") יצרה בעיה אחרת ("העדר כוח מיקוח של בעלי דירות"). חשש זה עלול להיות ממשי, ומן הראוי כי המופקדים על האסדרה בתחום זה יתנו דעתם לעניין³³⁹. יש לקוות כי הערה זאת תמצא אוזן קשבת אצל מופקדי אסדרת מדיניות הממשלה כלפי התחדשות עירונית.

נוכח החלטת בג"ץ, בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי אינם יכולים עוד לקוות לישועתו של בית המשפט שיבטל את תקן 21 ולכן אין להם כל ברירה אלא להתארגן מראש, להתגבר על פיצולם ונטייתם למחלוקת ולנהל את ענייניהם בזהירות וכאיש אחד בבחינת אם אין אני לי מי לי ואם אני לעצמי מה אני. בטרם יתקשרו עם מאן דהוא יואילו לחפש שמאי מקרקעין עצמאי והגון שיעריך את שווי זכויותיהם לפי נתוני המציאות ולא יכבול עצמו להצעות מינימליסטיות בתואנה כי כך מחייב התקן. כאשר יזמים רשויות ושמאים ירמזו להם כי התנגדות לתמורות של תקן 21 תוביל לתביעתם כסרבנים, הם מוזמנים לצטט באוזניהם את דבריו של השופט כשר בפרשה זו לפיהם: "התקן לא מונע מבעלי הדירות לנהל משא ומתן עם היזם ולהתקשר אך ורק בהסכם שבו כנגד העברת זכויותיהם הינם מקבלים תמורה הולמת לשיטתם"³⁴⁰. ימים יגידו האם הסתמכות זאת על דברי בית המשפט אכן תוביל לשינוי המציאות או שמא תחזק את הפרקטיקה של היצמדות לאמות המידה של התקן.

339 שם, בפסק דינו של השופט גרוסקופף.

340 שם, בפס' 31 לפסק דינו של השופט כשר.