

פגיעה בקניין הפרטי במתחמי פינוי ובינוי

מאת

חיים זנדברג*

מבוא. א. הקניין בזכות לפיתוח נכחי ועתידי של מקרקעין. 1. זכויות הבנייה – קניין של בעל המקרקעין. 2. מימוש זכויות הבניה בעסקאות קומבינציה ובעסקאות פינוי-בינוי. ב. הגישה הפוגענית. 1. המערכת הנורמטיבית והפגיעה – בתמצית. 2. עיגון הפגיעה בחקיקה ובתקנות. 3. לידתה של הפגיעה בתקן 21. 4. תיקוני תקן 21 – דבקת 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 כתירוץ 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 נזיקת. 7. הכרזה על מתחם פינוי ובינוי כפגיעה 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 לתכליתיה. 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, יאלצו לקבל דירה אחת בלבד, השווה בגודלה או גדולה אך במעט מהדירה אותה הם מפנים. 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. כתוצאה מכך, מי שזוכים 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

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למנהל. ברצוני להודות לכל המפורטים להלן על הערות ותובנות חשובות ומאירות עיניים שקבלתי בהתייחס לטיטות מוקדמות של המאמר: חברי מערכת כתב העת משפטים ובראשם העורכים נועה דרון רווה ועדו שלזינגר; משתתפי הסדנא במשפט פרטי ומסחרי באוניברסיטה העברית בהנחיית פרופסור אייל זמיר ובהשתתפות פרופ' דפנה לוינסון-זמיר. הרעיונות שפיתחתי במאמר זה מצאו את ביטויים הראשוני בחוות דעת שהגשתי למכון לרפורמות מבניות במסגרת עתירה שהגיש בבג"ץ 8958/21 המכון לרפורמות מבניות בע"מ נ' כנסת ישראל. החכמתי משיחותי עם ראש המכון, עו"ד שרגא בין, ועם חוקר המכון, עו"ד ניב ורובל. האחריות הבלעדית לתוכנו של המאמר – שלי.

במתחמים אלה. יתרה מזאת, אמת המידה הפוגענית מוטמעת ברבות מתוכניות ההתחדשות העירונית בישראל כאמת מידה מנחה לתכנון כך שהיא מגבילה את היקף הבנייה במסגרתן ופוגעת בתכליות שהיא אמורה לקדם, קרי 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 כלשהיא וככל שהיא 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. בשל כך מן הראוי 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 בידי את מלוא הזכויות שאינן נחוצות לכיסוי הוצאות היזם ורווח מקובל. בפרק ב אציג את התפתחות הגישה הפוגענית לפיה בעל דירה במתחם פנימי ובינוי, בכל מקום בארץ, יקבל בתמורה להסכמתו לפינוי הדירה רק דירה אחת מוגדלת בפרויקט שייבנה במתחם, בעוד שמלוא יתרת הזכויות לפיתוח במתחם, ככל שתהיה כזאת, תיוותר בידי יזמים או בידי הציבור. בפרק ג אראה כיצד הגישה הפוגענית שתוארה בפרק ב נכפית על בעלי הדירות במתחמי פנימי ובינוי וכמוה כפגיעה בזכויות קניין שלהם, וזאת ללא כל פיצוי. אציג את מנגנון הכפייה ואראה כיצד הוא כובל בעלי דירות להסכמים המעוצבים לפי ברירת המחזל 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 או לאגד 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

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

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

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

⁴ אמנון להבי, עמיר ליכט "הפקעת מקרקעין לייעודים נושאי רווח: הצעה למודל תאגידי", עיוני משפט כט 99, 106 – 107 (2007) (להלן: להבי וליכט) (רואים בפגיעה במרכיבים אלה פגיעה בקניין); רחל אלתרמן "מי ימלא

תכנונית, שמגבילה את הבעלים. המושגים "זכויות בנייה" או "אחוזי בנייה" מבטאים בישראל את המכסה המותרת לבניה על פי האסדרה התכנונית.⁵ לולא היו מגבלות תכנוניות חלות על הבעלות יכול היה כל בעלים לבנות ולפתח את מקרקעיו כאוות נפשו. משהותנתה הזכות לפיתוח בצורך בתכנון ובקבלת היתר מהרשויות, הפכה קבלת ההכשר התכנוני אמצעי למימוש זכות הבעלות, שיש לו השפעה מובחנת על ערכם הכלכלי של המקרקעין. הגדלת 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 בהעדר זכויות פיתוח מוכרות יהיה השווי נמוך יותר וישקף, לכל היותר, את הציפיות הכלליות בנוגע לאפשרות להוסיף ולבנות (floating value).⁹ 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 ומתמוג בזכות הקניינית של בעליהם לעשות בהם כל דבר, בכפוף 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

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 (2001) 612 - 613 547, 111 YALE L.J. Parchomovsky, *Givings*, (מתארים את הכללתן של הרעפות (givings) בזכות הקניין כנקודת מוצא מקובלת אך לא הכרחית).

⁵ אבי וינרוט ואריק מגידיש "זכויות בנייה: עיון מחודש" **משפטים** נא 201, 202 (2021) (להלן: **וינרוט ומגידיש**).

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" כ"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 על-גביה, בהתחשב בתוחלת הסיכונים והסיכויים הכרוכים בפיתוחה של הקרקע הלכה למעשה....").

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

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-ארו ובפס' 10-17 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (1.4.2020) (להלן: **פרשת דליה**).

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, באופן מוגבל יותר, בטרם אישורן, והן לאחר אישורן); ע"מ 3192/14 **גרנות נ' האגודה שיתופית רמת רזיאל כפר שיתופי של תנועת הרות**, בפס' 11 – 13 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו, 30.11.2015) (מסכם את הלכות המגבילות את שיקול הדעת הנתון לגורמי הרישוי לסרב ליתן היתר בניה התואם תכנית תקפה); **וינרוט ומגידיש**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 207 (מדגישים את העדר המחויבות של הרשות להקצות זכויות לבעלים).

מהעברת הקניין במקרקעין.¹² האופי המופשט והבלתי מוחשי של זכויות הבנייה, התלות ברשויות לשם מימושן וגם הקושי לנתק אותן מהמקרקעין גרמו למלומדים שונים להתלבט באשר לשאלה האם 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 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 בהם: "הרכושיות", שהיא האפשרות להמרה בכסף, העבירות שהיא היכולת לעשות בהן עסקאות, והעדיפות כלפי צדדים שלישיים.¹⁶ אכן העבירות של זכויות הבנייה מוגבלת, 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 לא שוללות את האפשרות של בעל נכס לממש היבטים אחרים של קניינו בו כגון הזכות להשתמש בנכס, לנצל אותו או לקבל פיצוי על הפקעתו. זאת ועוד, ניתן למסגר את זכויות הבנייה כחלק מן הזכויות במקרקעין, גם אם לא 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 בכפוף לכל דין. משום כך אין לטעמי כל קושי לסווגן כזכות "לפי חוק" כאמור בס' 161 לחוק המקרקעין. **אם זכויות הבנייה אינן רק מגבלה אלא ביטוי מעשי לזכות לעשות "כל דבר", ניתן להכיר בהן כחלק מהקניין של בעלי המקרקעין הן לפי תפיסת הקניין כריבונות, שלפיה מגבלות על הזכות הן**

¹² פרשת **חברת 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)(להלן: פרשת **שטינברג**); דפנה לוינסון-זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיצוי הראויים ו"זכויות בנייה עבירות" (TDR)", **משפטים** לא 90 – 91 (תש"ס)(להלן: לוינסון-זמיר, "ניוד").

¹³ **וינרוט ומגידיש**, 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** 20-19, 43-52 (כרך א', 1997)(להלן: דויטש **קניין**).

¹⁷ ראו לעיל האסמכתאות בהע' 12; **וינרוט ומגידיש**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 217 (העדר יכולת למשכנן לעלן בנפרד מהמקרקעין).

¹⁸ **וינרוט ומגידיש**, לעיל ה"ש 5, 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).

חיצוניות לה,²⁰ ועל אחת כמה וכמה לפי תפיסת קניין ריאליסטית פלורליסטית ליברלית הרואה בקניין מוסד המכיל בחובו, כחלק אינהרנטי, גם מגבלות הנובעות מצרכי הכלל.²¹ הסיווג התיאורטי המדויק של נכס לגדרי "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 בהתאם לנסיבות ולתכלית הדיון בו.²⁴ משום כך בתי המשפט נוטים להימנע מהכרעה בשאלות סיווג תיאורטיות מעין אלה ומתמקדים בדרך כלל במתן מענה קונקרטי לשאלות שבפניהם.²⁵

המציאות הישראלית והמשפט הישראלי הנוהג אכן מכירים בכך שהאפשרות של בעל מקרקעין לפתחם ולבנות עליהם, ככל שהוכרה על ידי רשויות התכנון והבנייה, קרי "זכות הבנייה" שהוקנתה למקרקעין, היא נכס ששייך לבעל המקרקעין ולא לאדם אחר וזאת בין אם נסווגה כחלק מהבעלות במקרקעין ובין אם נסווגה סיווג תיאורטי אחר. ראשית, כאשר יש השבחה תכנונית של הנכס הדין מטיל על בעליו היטל השבחה²⁶ וכאשר הוא פוגע 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 (ההשבחה), 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

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

²¹ דגן, קניין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 70; ע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד. חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח רחובות, פ"ד סב(1) 57, 84 - 86 (2006) (להלן: פרשת ראורד); וינרוט ומגידיש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 221.

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

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

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

²⁵ דויטש קניין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 37 - 38.

²⁶ ס' 196א, ס' 1 ו 2 לתוספת השלישית, חוק התכנון והבנייה, תשכ"ח-1965, כפי שתוקנו בחוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 18), תשמ"א-1981, ס"ח 184.

²⁷ ס' 197 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ח - 1965, ס"ח 307.

²⁸ פרשת ראורד, לעיל ה"ש 21, בעמ' 94 ("זכויות הבנייה הנתפשות לצורכי מס כחלק מאגד הזכויות המרכיבות את הבעלות או את החכירה"); וינרוט ומגידיש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 212; פרשת שטיינברג, לעיל ה"ש 11, בפס' 32 לפסק דינה של השופטת ברק ארז (מציינת 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 מוערי נדרש בשומות מקרקעין לסוגיהן (נובמבר 2006), מועצת שמאי מקרקעין תקן 6.0 בדבר הוראות לעריכת "המצב התכנוני" בשומות מקרקעין (ספטמבר 2009) https://www.landvalue.org.il/loadedFiles/_heb_txq-01.pdf (ס' 4); מועצת שמאי מקרקעין תקן 6.0 בדבר הוראות לעריכת "המצב התכנוני" בשומות מקרקעין (ספטמבר 2009) https://www.landvalue.org.il/loadedFiles/_heb_txq-06.pdf (ס' 3).

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, קרי האפשרות להוסיף ולבנות על המקרקעין, היא בעלת השפעה רבה, לעתים קרובות מכרעת, על שווי השוק שלהם.³³ הכללתה בהנחיות לשומת המקרקעין היא אפוא הכרה משפטית מתבקשת ופורמאלית בכך שזכות זו היא חלק מתכני הבעלות במקרקעין. שלישיית, בשורה של מקרים נקבע בפסיקת בתי המשפט ובחקיקה כי הזכות לנצל את זכויות הבנייה או להנות מהן נתונה הן לבעלים של מקרקעין³⁴ הן לחוכר לדורות של חלק מסוים במקרקעין.³⁵ זכות הקניין של בעל דירה בבית משותף כוללת, בנוסף לבעלותו בדירה ובחלק בלתי מסוים (מנה) ברכוש המשותף במובנו הפיסי,³⁶ גם בעלות בלתי מסוימת בזכויות הבנייה, שהכול מסכימים כי הן נכס משותף של כל בעלי הדירות, גם אם אינו בהכרח חלק מהרכוש המשותף במובנו הפיסי.³⁷ זכויות הבנייה נותרות בבעלות בעלי הדירות לפי חלקם ברכוש המשותף גם לאחר ביטול רישומו של בית משותף.³⁸ כל אלה הן דוגמאות למקרים שבהם המשפט הישראלי מכיר במפורש בכך שזכות הפיתוח, קרי זכות הבנייה, היא נכס ששייך לבעל המקרקעין. רביעית, החוק הישראלי מכיר במפורש באפשרות להעביר זכויות

³⁰ מועצת שמאי מקרקעין תקן 3.0 בדבר יישום גישות השומה בשומת מקרקעין לנכסים לא בנויים (ספטמבר 2007) (להלן: תקן 3.0), https://www.landvalue.org.il/loadedFiles/___heb___txq-03-.pdf, (ס' 6).

³¹ מועצת שמאי מקרקעין תקן 15.0 בדבר פירוט מזערי נדרש בטבלת הקצאה ואיזון הנערכת לתוכנית איחוד וחלוקה (אפריל 2008), https://www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/teken_15/he/land_assessor_shameim_15.p (ס' 3, 4.2, 5.6 ו-5.7).

³² ס' 4.1.2 (א) 1 – 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 ראור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 94; וינרוט ומגידיש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 202, טקסט סמוך להערת שוליים 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 קניין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 665; ע"א 136/63 לווינהיים נ' וורצמן, פ"ד יז 1722, 1726 (1963); ע"א 19/81 ביבי נ' הורברט, פ"ד לו (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 "חוב נכסים בע"מ", בפס' 41 לפסק דינה של השופטת נאור (20.11.2016).

³⁸ ס' 147 לחוק המקרקעין; רע"א 6898/16 עזבון שלמה אהרוני ז"ל נ' עופר מרכזים בע"מ, בפס' 99 - 100 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו, 28.12.2017) (להלן: פרשת מרכזים).

בנייה בבית משותף על ידי הצמדתן לדירה פלונית³⁹ או העברתן מדירה לדירה.⁴⁰ עסקאות בדירה חלות ממילא הן על המנה הבלתי 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, קרי 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 האם הן קניין במובן החוקתי קרי האם הן ראויות להגנה מפני פגיעות או 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 מפיקיעים אותם נכללות זכויות הבנייה בחישוב שווים ערב הפגיעה או ההפקעה לצרכי פיצוי.⁴⁸ המונח "קניין" בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו פורש בפסיקה באופן רחב הפורש את הגנת החוק גם על נכסים "בעלי ערך רכושי שנרכשו על-פי המשפט הציבורי" ועל "זכויות שאינן זכויות קניין במובן הקלאסי".⁴⁹ בין אם נראה בזכויות הבנייה שהוקנו למקרקעין זכויות קניין במקרקעין ובין אם נסווגו כנכס אחר, סוג של "קניין חדש", קרי היתר או רישיון שניתן על ידי הרשויות,⁵⁰

³⁹ ע"א 10322/03 ישעיהו נ' שטרייכר, פ"ד נט(6) 466, 449 (2005); ויסמן בעלות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 434; דויטש קניין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 665.

⁴⁰ ס' 1א62 לחוק המקרקעין.

⁴¹ ס' 55(ב) לחוק המקרקעין.

⁴² ס' 55(ג) לחוק המקרקעין.

⁴³ ס' 62(ג), 1א62 סיפא ו 143 לחוק המקרקעין.

⁴⁴ וינרוט ומגידיש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 212 וכן ראו שם, בעמ' 211.

⁴⁵ ע"א 11965/05 עזובן המנוח מרדכי קליין נ' שרון, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו, 27.8.2009); ע"א 3451/07 קאופמן נ' כהן, בפס' 9 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו, 18.2.201); פרשת שטינברג, לעיל ה"ש 11, בפס' 25 – 26 לפסק דינה של השופטת ברק ארו.

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 11, בפס' 27 – 30 לפסק דינה של השופטת ברק ארו; 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-ארו.

⁴⁹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221, 431 (1995); דויטש קניין, 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 ולבניה מודיעין, פ"ד נא(2) 825, 842-841 (1997); אסף וינר, "קניין חדש תוצרת

הרי שהקשיים המושגיים בסיווגן, שנובעים בעיקר מהמגבלות החלקיות החלות על עבירותן ועל דרך יצירתן, לא 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 לקבלן ולנצלן, בכפוף למגבלות הדין, כקניין של בעלי המקרקעין. האם זו תוצאה ראויה? הדיון הערכי בשאלה זו עשוי לעתים קרובות להשפיע גם על סיווגו הנוהג של נכס כקניין הן בשל העדר הגדרה נהגת ממצה למושג והן בשל נטייתן של תפיסות קניין שונות להחדיר להגדרת המונח גם דיון ערכי בשאלה האם 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...". 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 צרכי פיתוח ותשתיות.⁵⁴ אינטרסים ציבוריים או השקעה ציבורית יכולים גם להצדיק נטילה ציבורית של חלק מהערך המוסף (value capture) שזכויות הפיתוח מסבות לבעלי מקרקעין בין על ידי התנאת זכויות הפיתוח בפעולה של הבעלים⁵⁵ ובין בדרך של מיסוי עליית הערך שהן מסבות לבעל המקרקעין.⁵⁶ עם זאת, כל אלה לא פוגמים בתפיסת היסוד השיורית שלפיה אותן הרעפות שאינן "נתפסות" הן חלק מקניינו של הבעלים.

הארץ – אימוץ דוקטרינת הקניין החדש בישראל ורציונותה 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, קניין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 35 – 64; ויסמן חלק כללי, בעמ' 16 – 26; דויטש קניין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 74 – 80; לוינסון-זמיר פגיעות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 33 – 103.

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) (להלן: זנדברג מקרקעי ישראל).

⁵⁵ רונית לוין שנוור החוק, החוזה והתכנון העירוני - היבטים משפטיים של הסכמי פיתוח בין רשויות מקומיות ליוזמים פרטיים 57 (2013).

⁵⁶ Rachele Alterman *Land Use Regulations and Property Values: The 'Windfalls' Capture' Idea Revisited* THE OXFORD HANDBOOK OF URBAN ECONOMICS AND PLANNING 755, 762 – 768 (Nancy Brooks, Kieran Donaghy, and Gerrit-Jan Knaap, eds., 2012).

ההכרעה בשאלה האם בכלל או במקרה פלוני ראוי להעתיר את זכויות הפיתוח על בעלי מקרקעין היא בסופו של דבר הכרעה ערכית ופוליטית. הדיון בשאלה כללית זו בהחלט מתאים גם לשאלה המיוחדת האם ראוי להעתיר את עליית הערך שמסכות 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. אתיחס בהרחבה לשאלות אלה בפרק ד, אך אדגיש כבר עתה כי בעוד ההצדקות המקובלות לקניין הפרטי תומכות 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 בגינוי, הם מחשבים אותו בשומת המקרקעין לכל צורך ועניין וגם מכירים במפורש באפשרות להעבירו, גם אם בכפוף למגבלות מסוימות. בכל אלה יש כדי לבסס את המסקנה כי זכויות הבנייה והזכות לפיתוח עתידי, בכפוף 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 על ידי כך שכופים את בעליו למוסרו לאחר בניגוד לרצונו הרי לפנינו פגיעה בקניין, לפחות כפי משמעותה בס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), לפיו "אין פוגעים בקניינו של אדם".⁵⁷

2. מימוש זכויות הבניה בעסקאות קומבינציה ופינוי-בינוי

הפיתוח הנכחי או העתידי של מקרקעין מותנה לעתים קרובות בעלויות שונות, הוצאות ומיסים. בדרך כלל יש בו גם ממד של סיכון וחוסר וודאות.⁵⁸ כאשר בעלים של מקרקעין שוקל אם לפתח נכס הוא לוקח בחשבון את עלויות הפיתוח והסיכונים הכרוכים בכך. יכול שבעלים יישא בעלויות ובסיכונים בעצמו ויכול שישתף בהם אחרים. הזכות הבלעדית בידי להחליט באיזה נתיב ילך ועד כמה ינצל כל אחד מרכיבי הבעלות.

דוגמה שכיחה למקרה בו בעלים מחליט לחלוק עם אחרים את סיכונים וסיכויי 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

⁵⁷ ס"ח תשנ"ב 150.

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

מקבל מהן, לעצמו או לרוכשיו, נתח המכסה הן את מלוא הוצאות מימוש הפיתוח והן רווח המשקף את הסיכון שנטל.⁵⁹

שיעור הקומבינציה, קרי שיעורן של הדירות החדשות שיוותרו בידי בעלי המקרקעין לאחר השלמת הבנייה בידי הקבלן, משקף את היחס בין שווי הקרקע וזכויות הבנייה שצפויות להתקבל, שהם המרכיבים שתורמים לעסקה בעלי המקרקעין, לסה"כ השווי הצפוי של הפרויקט, שמשקף את מלוא ההשקעה של שני הצדדים בעסקה, קרי הן את שווי המקרקעין והן את תרומת הקבלן (הבניה).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 בהתאם למיקום, לשווי המקרקעין הנגזר ממנו ולסטנדרט 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%, בהרצליה 46%, בחיפה – 44%, ברחובות – 38%, באשדוד ובחדרה – 33% ובקריות – 30%.⁶³

בעוד שעסקת קומבינציה נעשית בדרך כלל במקרקעין בהיקף מצומצם, עסקת פינוי ובינוי שיוזמים בעלי מקרקעין אמורה להתנהל, לפי אותו היגיון כלכלי, במקרקעין בהיקף נרחב: הבעלים מבקשים להרוס מספר 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 המשביחה, הבעלים מוכרים חלק (או כל) מהזכויות החדשות שלהם בתמורה לשירותים של היזם".⁶⁴ כדי לממש את מלוא פוטנציאל זכויות הבנייה במקרקעין יהיה על הבעלים, בעסקת פינוי ובינוי רצונית, בדומה לבעלים בעסקת קומבינציה, לשאת בעלויות ובסיכונים שכרוכים במימוש כזה. ככל שבעלי המקרקעין יחפצו למסור את המימוש ליזם יהיה עליהם למכור לו בתמורה נתח מהדירות שניתן יהיה לבנות

⁵⁹ נדב בן ארי "עסקת קומבינציה" ניהול גדל"ן 875, 892 – 896 (מאיר דלברי עורך, 1997) (להלן: בן ארי "קומבינציה"); אבי וינרוט דיני קניין - פרקי יסוד 233 (מהד' 2, 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).

⁶¹ שומה מכרעת 15-1079-508 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.גן ניהול ואחזקות בע"מ נ' אלון, פס' 38 לפסק דינו של השופט עמית (נבו, 6.9.2011) (שינויים בלתי צפויים בזכויות הבנייה לאחר כריתת החוזה לא משנים את שיעור הקומבינציה אך אמורים להתחלק בין הבעלים לקבלן באופן שווה).

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

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

⁶⁴ עמ"נ (מחוזי-ת"א) 52383-10-20 ועדה מקומית לתכנון תל אביב נ' אשרד חברה לבניה בע"מ, בפס' 48 לפסק דינה של השופטת סרוסי (נבו, 26.8.2021) (להלן: פרשת אשרד).

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 בהתאם לשווי המקרקעין וכן בהתאם להיבטים 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 המכסימלית שיוכל לקבל בשוק תחרותי ותותר בידי בעל המקרקעין את כל יתרת זכויותיו. מי שאמור לשקלל את הסיכון היחסי שגלום בעסקה הוא השוק. נוכח הדמיון במבנה העסקאות ובהגיון העסקי סביר להניח ששיעור הקומבינציה הנוהג באזור מסוים, שמשקף את תנאי השוק באותו אזור, יהווה נקודת מוצא לקביעת שיעור החלוקה של פירותיה של עסקת פינוי ובינוי בין בעלי המקרקעין לבין היזם, בכפוף 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 ייגזר משיעור זה ולא יועמד באופן שרירותי על תקרה מצומצמת שתשקף רווח נמוך מהרווח שמפיקים בעלים מעסקאות קומבינציה במקרקעין סמוכים.

את המסקנה האמורה יש לסייג במקצת בשל כך שבעסקאות פינוי בינוי ניתן לצפות לשיעור קומבינציה קטן יותר וזאת בשל מספר גורמים. 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 בינוי מקשה על השגת הסכמה לעסקה ומצריך השקעה כספית ייחודית בהשגת הסכמה זו. ההשקעה בתכנון הפרויקט נעשית בתנאים של חוסר וודאות לגבי עתיד הפרויקט. קיים סיכון שהוצאות אלה ירדו לטמיון אם לא ימצא הרוב הדרוש לעסקה. עם זאת, כפי שהעידו מנהלי חברות שעוסקים בתחום, ההוצאות המקדימות על תכנון ושכנוע דיירים להתפנות הן זניחות ביחס להוצאותיו של הפרויקט והפרויקט על שלל סיכונים יוצא לדרך רק לאחר שהושגה הסכמה או הכשרה משפטית לפינוי והוסרה אי הוודאות המקדמית הכרוכה בשאלת היתכנותו.⁶⁶ הוצאות התכנון

⁶⁵ בן ארי "קומבינציה", 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).

⁶⁶ רועי ויינברגר "הטרנד החם בנדל"ן שמושך את חברות הביטוח להשקיע בגדול" גלובס 13.3.2022, <https://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 - ההודמנות בחברות ההתחדשות העירונית" ביזפורטל 10.3.2022, <https://www.bizportal.co.il/realestates/news/article/802643>

ממילא אינן ייחודיות לפרויקט פינני ובינוני, שכן אין פרויקט ללא תכנון, ושיעורן היחסי במכלול עלויות כל פרויקט אינו גדול.⁶⁷

בפרויקט פינני ובינוני מוטלות על היזם גם עלויות ייחודיות, אשר בדרך כלל אינן מוטלות עליו בעסקת קומבינציה, אך היקפן קטן, לעתים זניח, ביחס לכלל הוצאות והכנסות הפרויקט. הכוללות בנייה הן עלויות הריסה,⁶⁸ עלות שכירות לבעלים בתקופת הבנייה, צורך להקצות שטחים לצרכי ציבור⁶⁹ ובמקרים מסוימים גם עלות קרן תחזוקה לבניינים למשך פרק זמן של מספר שנים לאחר השלמת הבנייה.⁷⁰ עלויות אלה מוטלות על היזם רק לאחר שמוסרת אי הוודאות בנוגע להיתכנותה של העסקה וזולת הגדלת ההוצאה אינן משקפות סיכון מיוחד. הן אכן נכללות בחישוב עלויות הפרויקט ועל כן מקטינות את שיעור התמורה בעסקה ביחס לשיעורי קומבינציה באזור, אך, נוכח היקפן, ההתחשבות בהן אינה אמור לגרור, בשוק תחרותי, סטייה משמעותית משיעורי הקומבינציה.

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

(מגיע למסגרות דומות לגבי היקף ההוצאה להחתמת דיירים בנוגע לפרויקט פינני ובינוני של חברת בוני התיכון בקרית אונו).

⁶⁷ אגף שומת מקרקעין **קווים מנחים פרק יח: שימוש בגישת העלות ובחירת "הרווח היזמי" (עדכון מספר 1) 3** (ינואר 2020), https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/guideline18new/he/kavi_m18new.pdf (להלן: **קווים מנחים יח**) (עלות הוצאות תכנון בין 3-6% מעלות בנייה ישירה); רמה מאור **שומת מכרעת היטל השבחה רחוב כצנלסון ברל שכונת רמת יוסף, בת ים 250** (נבו, 20.6.22) (להלן: **שומת בת ים**) (4% הוצאות תכנון ויועצים בשומה מכריעה של פרויקט פינני ובינוני בבת ים).

⁶⁸ מחיר מקובל להריסת מבנה נע בין 220-440 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 למעלה מ-16 קומות. עלות בניית מרפסות, חניונים תת קרקעיים ופיתוח חצר מוספה לסכומים אלה עוד כ- 4385 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 **שומת בת ים**, לעיל ה"ש 67, בעמ' 255 (חישוב המצביע במקרה הנשום על כך ששווי כל אחת מהוצאות אלה הוא פחות מאחוז מהשווי הצפוי של הנכס במצב החדש, קרי עם סיום הבניה).

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 פינני - בינוני (1.6.2022)** (להלן: **תקן 21.1 – נוסח יוני 2022**), אתר משרד המשפטים (פורסם ב- 13.6.2022), https://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://apps.land.gov.il/IturTabotData/nispachim/jerus/1051707/100/%D7%93%D7%95%D7%97%D7%97%D7%A9%D7%9E%D7%90%D7%99.pdf> (עלות קרן תחזוקה בפרויקט זה – 0.2% מסך כל העלויות).

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, בעוד שבעסקאות קומבינציה במקרים רבים בעלי המקרקעין תורמים לעסקה מקרקעין פנויים ומקבלים דירות חדשות יש מאין לפי שיעורי הקומבינציה המקובלים, בעלי המקרקעין בעסקאות פינוי ובינוי תורמים לעסקה מקרקעין שעדיין משמשים אותם למגורים או מניבים להם הכנסות. בשנים האחרונות התרבו דיווחים על מקרים שבהם יזמי פינוי ובינוי התנערו ממחויבותיהם, הותירו בעלי דירות בלא בטחונות, התעכבו בקיום המחויבות או שנעלמו במהלך הפרויקט תוך שהם מותירים את בעלי המקרקעין ללא פתרון דיור הולם.⁷²

כל אלה מובילים למסקנה כי על אף ההבדלים בין עסקת קומבינציה לבין עסקת פינוי ובינוי, לפנינו, בסופו של דבר, עסקאות הדומות בעקרון הפעולה שלהן. בשקלול כל ההבדלים בעלויות, בסיכונים ובתוחלת הרווח של הצדדים לעסקאות אלה, שיעורי חלוקת התמורה בעסקאות פינוי ובינוי לא אמורים היו להיות, בהנחה שהיו נקבעים בשוק חופשי ותחרותי, שונים בצורה נכרת ולא פרופורציונאלית 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 ויזמים בעלי עמדת מיקוח שוות כוח, יתחשב בהיקף העלויות וההכנסות הצפויות וייתן ביטוי לסיכונים אלה בחישובם. עם זאת, נוכח הגדלת הסיכון לשני הצדדים לא סביר כי בעלי מקרקעין יסכימו ששיעור חלקם בתמורה יקטן בצורה משמעותית מחלקם של בעלי מקרקעין באותה סביבה הנקשרים במסגרת עסקת קומבינציה. זכותם של בעלי המקרקעין לשאת ולתת על שמירת מלוא פירות הבנייה שיוותרו בהתחשב בעלויות הפרויקט וגם זכותם להימנע מלעשות עסקה מסוכנת ובלתי 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 "הטרנד החם", לעיל ה"ש 66 (מנכ"ל חברת בוני התיכון, מר עמי פרץ ומר עודד סתר עודד סתר, סמנכ"ל מימון, השקעות ופיתוח עסקי ומימון של הכשרת הישוב מסבירים מדוע הסיכון וההוצאה בהתחדשות עירונית הרבה יותר נמוכים מאשר בייזום 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), <https://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), <https://www.themarket.com/realestate/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), תשס"ו-2006 (להלן "חוק פינוי ובינוי"),⁷³ חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, תשע"ו-2016 (להלן: "חוק הרשות להתחדשות"),⁷⁴ חוק התחדשות עירונית (הסכמים לארגון עסקאות), תשע"ז-2017 (להלן: "חוק המארגנים")⁷⁵ ותקן מועצת השמאים מס' 21 בדבר "פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי – בינוי",⁷⁶ לרבות השינויים שחלו בנוסחו לפי הצעות שפורסמו בנובמבר 2019 ובפברואר 2022,⁷⁸ עד לפרסום נוסחו הנוכחי ביוני 2022.⁷⁹ גם חוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2021 ו-2022), תשפ"ב-2021 (להלן: "תיקון 2021")⁸⁰ תקנות פינוי ובינוי (פיצויים) (מינוי שמאי פינוי ובינוי וסדרי דין בבקשות שיוגשו לשמאי

⁷³ ס"ח 171.

⁷⁴ ס"ח 1234.

⁷⁵ ס"ח 616.

⁷⁶ מועצת שמאי מקרקעין הועדה לתקינה שמאית תקן 21.0 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי - בינוי (דצמבר 2012) (להלן: תקן 21), https://www.landvalue.org.il/loadedFiles/_heb_Txq_21.pdf.

⁷⁷ מועצת שמאי מקרקעין הועדה 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), אתר משרד המשפטים, הצעה לתיקון תקן 21-קבלת הערות מהציבור: https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/_228112019/he/land_assessor_shameim_fiotat_teken_21.pdf.

⁷⁸ מועצת שמאי מקרקעין הועדה 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), אתר משרד המשפטים, פנייה לקבלת הערות מהציבור: <https://www.tazkirim.gov.il/s/law-item/a093Y00001YissbQAB/%D7%98%D7%99%D7%95%D7%98%D7%AA-%D7%AA%D7%A7%D7%9F-%D7%9E%D7%A1%D7%A4%D7%A8-211-%D7%91%D7%93%D7%91%D7%A8-%D7%A4%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%98-%D7%9E%D7%96%D7%A2%D7%A8%D7%99-%D7%A0%D7%93%D7%A8%D7%A9-%D7%91%D7%A9%D7%95%D7%9E%D7%95%D7%AA-%D7%9E%D7%A7%D7%A8%D7%A7%D7%A2%D7%99%D7%9F-%D7%94%D7%9E%D7%91%D7%95%D7%A6%D7%A2%D7%95%D7%AA-%D7%9C%D7%A6%D7%95%D7%A8%D7%A-%D7%91%D7%93%D7%99%D7%A7%D7%94-%D7%A9%D7%9E?language=iw>.

⁷⁹ תקן 21.1 – נוסח יוני 2022, לעיל ה"ש 70.

⁸⁰ ס"ח 80.

פינוי ובינוי), תשע"ב-2012 (להלן: "תקנות מינוי שמאי")⁸¹ ולאחרונה גם תקנות פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי) (כינוס בעלי הדירות ומסמך עיקרי הצעה), התשפ"ב-2022 (להלן: "תקנות פינוי ובינוי")⁸² 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, וזאת 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 קומביניציה המקובלים באזור ואינה נובעת מן העלויות הנדרשות לשם מימוש הפרויקט או לשם הבטחת רווח יזמי 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 קומביניציה מקובלים באזור לבין שיעורן של התמורות שהמערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי כופה על בעלי המקרקעין במתחמים אלה.

הנה דוגמה מספרית היפותטית הממחישה תוצאה זו. הבה נניח שני מתחמים שבכל אחד מהם מתאפשרת, בהתאם לתכנון, בנייה של 1000 דירות חדשות. באחד מהם יש 50 דירות מקוריות ובשני 100 דירות מקוריות (נניח שגודל הדירות שווה).⁸³ 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 קומביניציה נמוך מאוד ביחס למקובל באזור המרכז.⁸⁴ בהנחה שבעלי הדירות היו נושאים ונותנים כאיש אחד וללא מורא עם יזם המבקש להתקשר עמם בעסקת פינוי ובינוי ומבקשים לחלק את הדירות בהתאם לשיעור קומביניציה המותאם לנתוני העסקה, הם היו דורשים כי יוותרו בידם 300 דירות (30%). כך היו נותרות בידי כל בעל דירה במקרה הראשון 6 דירות ובמקרה השני 3 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 שלפיה יקבל כל בעל דירה בשני המתחמים דירה אחת משופרת. כתוצאה מכך היזם יזכה במקרה הראשון, בנוסף ל-700 הדירות ששווין 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

⁸¹ ק"ת 1146.

⁸² ק"ת 2026.

⁸³ הנחתה של הדוגמה הדמיונית היא שהתכנון אינו נגזר ממספר הדירות הקיימות. אף כי זה המצב הרצוי, כפי שאבהיר להלן בפרק (6) אין זה בדרך כלל המצב הנהוג במתחמי פינוי ובינוי בשל אימוץ אמת מידה תכנונית הקושרת בין מספר הדירות הקיימות לבין היקף הבנייה המאושרת.

⁸⁴ ראו לעיל ה"ש 62-63 וטקסט סמוך להן.

יוותרו עם דירה אחת בלבד, שתהיה אמנם גדולה יותר וגם שוויה 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 תוך כפייתו על בעלי הדירות הוא אם כך מנגנון שנוטל מבעלי הדירות נתח משמעותי של זכות הפיתוח ומעבירו ליזמים. זו היא הגישה שאני מגדיר כ"גישה פוגענית" כלפי קניין בעלי הדירות (להלן: הגישה הפוגענית). הגישה הפוגענית מניחה בטעות שקניינם של בעלי הדירות מתמצה בדירה שהם מפנים ומכאן מסיקה כי תמורה של דירה אחת חדשה ששווה יותר מהדירה שמתפנה מהווה תמורה נאותה עבור הדירה המתפנה. הנחת מוצא שגויה זו מתעלמת מכך שעיקר קניינם של בעלי המקרקעין המתפנים טמון בזכויות הבנייה שמועותרות על המקרקעין במסגרת תכנית 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 בנוסח המקורי כ"חוזה בין יזם לבין בעל דירה בבית משותף, אשר על פיו מתחייב בעל הדירה בבית המשותף למכור את זכויותיו בן, כולן או מקצתן, לצורך הריסת הבית המשותף והקמת בית משותף חדש..."⁸⁵ הגדרה זו, ובמיוחד הסמכת המילה "בן" לבית המשותף ולא לדירה בלבד, מתיישבת עם התפיסה כי זכויות בעלי הדירות בבית משותף הן רחבות מהזכויות בדירה והן כוללות גם את הזכות להוסיף ולפתח את המקרקעין, קרי 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...".

⁸⁵ הדגשת המחבר. ס' 1.

הגישה הפוגענית הוחדרה גם לחוק פינוי ובינוי כאשר בשנת 2017 תוקנה הגדרת עסקת פינוי ובינוי כך שנקבע בה שחווה בעסקה כזו יכלול גם התייחסות ל"מועדים המרביים...למסירת הדירה החדשה לבעל הדירה בהתאם לחווה".⁸⁶ בשנת 2018 נוספה לסעיף ההגדרות בחוק פינוי ובינוי הגדרת "דירת תמורה" שמפנה להגדרת המונח בס' 17 לחוק הרשות להתחדשות.⁸⁷ 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 או שוות ערך ל – "דירת התמורה".⁸⁸

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 שעליו להמציא לבעלי הדירות שבועיים לפני חתימת עסקת פינוי ובינוי ראשונה, יכללו "כדוגמה", "תוספת לשטח הדירה – תוספת מוצעת במטרים רבועים או באחוזים או במספר חדרים ויכול שיצוין טווח תמורות" וכן "הצמדות לדירה" ו"מפרט הדירה".⁸⁹ מקומה של הא 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 חיקוק המכונה תקן 21. מטרתו של תקן זה, שאושר על יד מועצת שמאי מקרקעין, הייתה, לפי האמור בסעיף 1 לנוסחו המקורי משנת 2012, לקבוע "הנחיות מקצועיות בשמות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי בינוי". התקינה השמאית מאושרת על ידי מועצת שמאי המקרקעין והיא נועדה להיות "בבחינת נורמת עבודה מומלצת בלבד".⁹⁰ עם זאת ישנם חיקוקים המחייבים שימוש בתקנים ומתן שירות מקצועי מנוגד לתקן עשוי להיחשב כ"התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע".⁹¹ חברי הועדה שניסחה את

⁸⁶ ס' 18 לחוק הרשות להתחדשות.

⁸⁷ ס' 2 לחוק פינוי ובינוי (פיצויים)(תיקון מס' 6) תשע"ח – 2018, ס"ח 951.

⁸⁸ שם, בס' 4.

⁸⁹ ס' 7(4) לתקנות פינוי ובינוי; ס' 1א(ב), 1ב(ג) לחוק פינוי ובינוי (על פיהם הותקנו התקנות).

⁹⁰ השמאי הממשלתי "הודעה לציבור שמאי המקרקעין" (18.9.2018), https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjBosGO_vX6AhWQjaQKHfhjBcoQFnoECA8QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.landvalue.org.il%2Fsavefile.php%3Ffile%3Dfile_832.doc&usg=AOvVaw0eYcYk4wFJUP3wubFE0JwM

⁹¹ בר"מ 1621/18 אטבליסמנט סמונד נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה שרונים, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (נבו, 18.6.2019); תקנה 1 לתקנות שמאי מקרקעין (אתיקה מקצועית), תשכ"ו-1966, ק"ת 712.

תקן 21 במקור היו השמאי הממשלתי, שלושה שמאי מקרקעין נוספים, שני משפטנים מלשכת היועץ המשפטי לממשלה ועובדת מדינה האחראית על התחדשות עירונית במשרד השיכון.⁹² להמלצות שגובשו בתקן 21 נועד מעמד מיוחד החורג ממעמד של תקני שמאות אחרים, שכן התקן נועד להנחות שמאי פינוי ובינוי שלפי חוק פינוי ובינוי קביעתם כי עסקת פינוי ובינוי כדאית כלכלית תהווה "חזקה כי היא כדאית כאמור לעניין בחינת סבירותו של הסירוב, אלא אם כן הוכח אחרת".⁹³ תקן 21 ציין במפורש שהוא נועד להנחות שמאי פינוי ובינוי המתמנים לפי חוק פינוי ובינוי ותקנות מינוי שמאי.⁹⁴ כפי שאראה להלן, אף כי תקן 21 היווה רק הנחיה מנהלית מומלצת שאין לה מעמד נורמטיבי מחייב, הוא שהוביל להטמעתה של הגישה הפוגענית שתוארנו 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.⁹⁵ טעם זה הוא הסיבה לכך שבעוד שתקן שמאי אמור 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 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.⁹⁶ בעוד שהנימוק הראשון מתעלם מכך שעסקאות קומבינציה יכולות לשמש כנקודת מוצא לקביעת התמורות בעסקת פינוי ובינוי, הנימוק 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 מסתבר להניח כי גם אם קביעותיו של התקן יבוטלו או, למצער, ימותנו, כפי שארע לגבי חלק 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 מספר 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 בהם נקבעו הנחיות לבחינת הכדאיות הכלכלית של תכנית פינוי ובינוי עבור היזם (חלק א) עבור בעלי הדירות (חלק ב) ולבחינת יחס התמורות הניתנות לבעלי דירות שונות (חלק ג). התחשיב שהוצע בתקן נראה במבט ראשון זהה לזה שמבצע

⁹² הרכב חברי הוועדה המקצועית תקן 21, תקן 21 בעמ' 1.

⁹³ ס' 2 לתקן 21; ס' 2(ב)(1) לחוק פינוי ובינוי.

⁹⁴ ס' 18 ו 2 לתקנות מינוי שמאי; ס' 2 לתקן 21.

⁹⁵ כרמית יוליס, אסתי ורהפטיג, סיכום עבודת צוות הסרת חסמים בהתחדשות עירונית 29 (2020), אתר משרד המשפטים <https://www.gov.il/BlobFolder/news/news-30-04-20/he/urban-renewal.pdf>

(להלן: סיכום צוות חסמים).

⁹⁶ ראו להלן בפרק ג.2.

שמאי הבוחן את כדאיותה הכלכלית של עסקת קומבינציה. הוא הורה כיצד להעריך את שווי כל הזכויות הניתנות לניצול במסגרת הפרויקט⁹⁷ את התקבולים הצפויים ליזם ממכירת הדירות החדשות המיועדות לשיווק על ידו⁹⁸ את העלויות וההוצאות שהיזם צריך לשאת בהן ואשר יש להפחיתן מהתקבולים הצפויים⁹⁹ ואת "הרווח היזמי" של היזם.¹⁰⁰ התחשיב אמור לכאורה להותיר בידי היזם רק את נתח הזכויות שמשקף את העלויות והרווח 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"¹⁰¹ יש לאמץ אמת מידה מינימאלית קרי "האם בעלי הדירות מקבלים את המינימום הסביר...".¹⁰² 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...".¹⁰³ בהערת שוליים המפרשת את התיבה "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".¹⁰⁴ החלק השלישי של התקן בחן, לאור ההנחה שדירת תמורה אחת היא תמורה כדאית כלכלית, את שאלת התאמתה היחסית מבחינת הגודל והשווי לנתוני "דירת תמורה אופיינית".¹⁰⁵ אמנם, התקן מציין כי "ככל שמוצעת תמורה אחרת, יבדוק השמאי את שוויה של התמורה בהתחשב באמור בסעיף זה ובנתוני הפרויקט",¹⁰⁶ 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 המינימאלית הסבירה של דירה כנגד דירה?¹⁰⁷ התקן גם לא הבהיר כי תמורה גבוהה יותר יכולה להיות גם 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 לא מציע לשמאי לחשב את התמורות בעסקת הפינוי והבינוי באופן שבו מחשבים תמורה בעסקאות קומבינציה. הוא מקבע את הגישה הפוגענית כברירת מחדל שאין בילתה ומניח, מבלי לחייב, שלא לומר, להמליץ, על ביצוע חישוב תמורות אחר כלשהוא, כי סטייה ממנה אינה כדאית.

⁹⁷ תקן 21, ס' 4.14 (א)

⁹⁸ שם, ס' 4.14 (ב).

⁹⁹ שם, ס' 4.14 (ג)-(ט); ס' 4.15.

¹⁰⁰ שם, ס' 4.14 (ז).

¹⁰¹ תקן 21, ס' 5.11.

¹⁰² הדגשת המחבר. שם, שם.

¹⁰³ הדגשות המחבר. שם, בס' 5.11 (ג).

¹⁰⁴ שם, בהערת שוליים 15.

¹⁰⁵ תקן 21 ס' 2.

¹⁰⁶ תקן 21, ס' 5.11 (ג).

¹⁰⁷ הנה דוגמא אופיינית לכך: שמאי מאמץ תמורות שנקבעו על ידי יזם לפי עקרונות תקן 21 כ"עובדה גמורה". 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>

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 עבורו. התקינה השמאית הכללית הגדירה רווח יזמי כ"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".¹⁰⁸ 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".¹⁰⁹ 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 לצרכי כדאיות נהוג להבחין בין מקרים בהם 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 בעוד שרווח נמוך מהסביר משקף חוסר כדאיות ליזמים. התקן ניסה ליטול על עצמו את תפקידו של השוק במציאת נקודת האיזון, אך גם כאן הציב רף המיטיב עם היזמים בהשוואה לרווח 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 ל"בניה יזמית למגורים (צמודת קרקע או רוויה)" הוא 15%-18%, אף כי "בסביבת מגורים מתהווה, שצביונה טרם עוצב יכול להידרש גם שיעור רווח גבוה יותר". כמו כן הם קובעים כי רווח יזמי למרכז מסחרי קניון חדש נע בין 20%-30%.¹¹⁰ רווח קבלני סביר שמקובל לפי הנחיות מס שבח הוא 15%-20%.¹¹¹ הרשות להתחדשות עירונית דורשת כתנאי סף להגשת בקשה של רשות מקומית להכרזה על מתחם פיננסי ובינוי כי שיעור הרווח היזמי במתחם לא יפחת מ-20%, עם אפשרות לאשר גם מקרים של 18%.¹¹² בנקים המלווים יזמים בדרך כלל דורשים כתנאי למתן מימון מרווח סיכון מינימאלי שלפיו שיעור הרווח היזמי הוא בגדר 15%

¹⁰⁸ אגף שומת מקרקעין קווים מנחים פרק יח: שימוש בגישת העלות ובחירת "הרווח היזמי" (עדכון מספר 1) 13 – ס' 3.3 (ינואר 2020), <https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/guideline18new/he/kavi.m18new.pdf>

¹⁰⁹ שם, שם.

¹¹⁰ שם, בעמ' 14 (ס' 3.3.1).

¹¹¹ פרשת אשרד, לעיל ה"ש 64, בפס' 50.

¹¹² הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית אוגדן הנחיות לסייע לרשויות המקומיות בקידום פרויקטים של פיננסי בינוי 10 - 11, בס' 2.2.2.5 (24.7.2022) (להלן: אוגדן הנחיות), https://www.gov.il/BlobFolder/policy/ogdan_pinuy_binuy/he/hithadshut_ironit_documents_ogdan_pinuy_binuy_july_2022.pdf

עם מרווח בטחון נוסף של 3% - 113.5% מרווח הסיכון שנוטלים הבנקים משקף לא אחת חישובים שמרניים וגבוהים ממה שבאמת השוק מוכן להציע.¹¹⁴

בהשוואה לשיעורי הרווח היזמי שנסקרו לעיל, הרווח היזמי שהועיד נוסחו המקורי של תקן 21 ליזמים היה ללא ספק גבוה מאוד ושיקף סיכון יוצא דופן (25% - 30%).¹¹⁵ קביעה זו כמובן נגסה באפשרות שלפי תקן 21 יוכלו בעלי הדירות להנות מתמורות נוספות בנוסף לדירה 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".¹¹⁶ 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 שעשויה להוביל למסקנה כי הפערים אינם בהכרח גדולים.¹¹⁷ היא גם מתעלמת מהסיכון הקטן יחסית שיש בעסקאות שבהן מי שתורם את הקרקע הם בעלי המקרקעין ביחס לעסקאות שבהן היזם צריך לרכוש את המקרקעין ולשאת בהוצאות מימון, פיתוח והוצאות נוספות עוד בטרם מכר דירה אחת.¹¹⁸ 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 ערבויות לדיירים.¹¹⁹ גם חישובי דחייה של קבלת ההכנסות משקפים התחשבות בסיכון של התארכות הפרויקט.¹²⁰ כלומר הרווח היזמי הגדול משקף התחשבות כפולה בסיכונים שכבר באו לידי ביטוי בחישוב העלויות, שמקטין אותו בהתאם. כמו כן, בעוד התקן נותן עדיפות לסיכונים שנוטל על עצמו הצד החזק (היזם) הוא מתעלם מן הסיכונים שנוטלים על עצמם בעלי הקניין.¹²¹ בעלי הדירות נאלצים לעזוב את דירותיהם על כל המשתמע מכך ולהסתמך רק על הביטחונות שיקנה להם

¹¹³ איתן פלד "מימון קבוצות רכישה – בחינה ביקורתית" רבעון לבנקאות 180, 48, 66 (2017).

¹¹⁴ בנק ישראל מערכת הפיקוח על הבנקים, היחידה הכלכלית מערכת הבנקאות בישראל סקירה שנתי 2020 (מאי) 134

<https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/RegularPublications/DocLib4/BanKingSystemAnnualReport/skira20/Kollel2020.pdf>; נמרוד בוסו "צד ההיצע - מימון בנקאי | ליווי בנקאי - כל הדרך לעליית המחירים וכפיית רווח של 15% על היזמים" דה-מרקר (10.6.2014), <https://www.themarket.com/realestate/1.2344447>.

¹¹⁵ שם, ס' 4.14 (1).

¹¹⁶ ס' 4.14 (1) תקן 21, בעמ' 7.

¹¹⁷ ראו לעיל בפרק א.2.

¹¹⁸ ראו לעיל ה"ש 66 ו- 71.

¹¹⁹ סעיפי המשנה של ס' 4.14 לתקן 21.

¹²⁰ הצעת תקן 21.1 - 2019 בס' 5.15.3.

¹²¹ ראו לעיל ה"ש 72 וטקסט סמוך.

היזום, ככל שיקנה להם,¹²² שהרי חובה חוקית לעשות זאת טרם הוטלה עליו במפורש.¹²³ יתר על כן, עלות הערבויות שניתנות לבעלי דירות היא חלק מהחישוב של עלויות הפרויקט שמנוכה מהרווח היזמי. זה סיכון שהיזום אינו נושא בו. בעוד שני הצדדים נוטלים סיכונים, הצד החזק, שאינו בעל הקניין, מתוגמל בנדיבות על אלה שהוא נוטל אותם, בעוד שהצד החלש, בעל הקניין, מקבל תמורה מינימאלית.

לסיכום, אמות המידה שתקן 21 קבע בשנת 2012 בנוגע לתמורות הראויות בעסקת פינוי ובינוי נוטות בצורה ברורה 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 בבעלותו כמו בעל מקרקעין בעסקת קומבינציה וכי גם הוא נוטל על עצמו סיכונים. הן אפשרו ליזמים להנות מרווח יזמי העולה משמעותית 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 לידע את בעלי הדירות אם מצא כי "הרווח היזמי גבוה מהרווח היזמי המקובל",¹²⁴ 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 היזום".¹²⁵

4. תיקוני תקן 21 – זבקות 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 הפעם בצורה מפורשת גם בחלק הראשון של התקן לאמור: "התמורה תהיה דירה חדשה הכוללת מרפסת מחסן וחניה".¹²⁶ שנית, בעוד שבתקן המקורי נקבע כי לשטח הדירה החדשה יתוסף, ביחס לשטח הדירה המקורית, שטח נוסף בהיקף "מקובל" של 25 מ"ר,¹²⁷ הרי הצעת התיקון משנת 2019 הקטינה את השטח הנוסף המוצע לתוספת שבין 12 מ"ר לבין 25 מ"ר.¹²⁸

¹²² דוח מבקר המדינה 1300 166ג (2016) (דיווח על נוהג לפיו יזמים נותנים לבעלי הדירות ערבויות בסכום שבין 85% משווי הדירה הקיימת לסכום שווי הדירה החדשה).

¹²³ הצעת חוק המכר (דירות) הבטחת השקעות של רוכשי דירות (תיקון מס' 8) (התחדשות עירונית), התשע"ה-2014, הצ"ח כנסת 14; הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון – הבטחת נכסי בעלי דירות בעסקאות מסוג של התחדשות עירונית), התשפ"ב-2022 (9.3.2022) (הצעת חוק פרטית של ח"כ איתן גינצבורג, הונחה לדיון מוקדם במליאה), <https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsu.ggestionssearch&lawitemid=2190513>.

¹²⁴ שם, ס' 4.14 (ז) סיפא; 5.11 (ד).

¹²⁵ סיכום צוות חסמים, לעיל ה"ש 95, בעמ' 30.

¹²⁶ הדגשת המחבר. ס' 5.13 (ב) ל הצעת תקן 21.1 - 2019.

¹²⁷ ראו לעיל טקסט סמוך להערת שוליים 104.

¹²⁸ ס' 5.13 (ב) ל הצעת תקן 21.1 - 2019.

אמנם ההצעה הוסיפה כי "ככל שהתכנון מאפשר רווחיות מעבר לנקבע בתקן זה, ניתן להביא בחשבון תמורה לדיירים גבוהה יותר",¹²⁹ אך אפשרות זו נחבאה אגב אורחא תוך התייחסות לשאלת המטראז' שניתן להוסיף לדירת התמורה היחידה. שלישית, בעוד שהתקן המקורי קבע כי רווח יזמי מקובל בשלב שלפני אישור תכנית הוא של 25% - 30%¹³⁰ דבר שהובן כתקרה לרווח היזמי המקסימלי,¹³¹ קבעה הצעת התקן החדשה כי "טווח המינימום לשיעור הרווח היזמי מהעלויות יעמוד על 20% - 25%".¹³² אם כן בעוד שבתקן המקורי נקבע טווח מקסימלי, גבוה למדי, לשיעור הרווח היזמי, הרי בהצעת התיקון לא נקבע כל טווח מקסימלי 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 בהם דירת התמורה האחת לא תכלול כל תוספת מטראז' זולת מחסן ומרפסת.¹³³ שינוי נוסף ולכאורה חיובי יותר שמנסחי ההצעה הצטעצעו בו היה הימנעות מקביעת שיעורי רווח יזמי מינימאליים או מקסימליים וזאת 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".¹³⁴ על אף הנמקה נכונה זו, ההצעה לא התנערה לחלוטין מן היומרה לקבוע הנחיות בנוגע לשיעור הרווח היזמי. כך כוונה את השמאי הקובע אותו לשקול במיוחד את התמריץ הכלכלי הראוי ליזמים¹³⁵ וכן נקבע כי "...שיעור הרווח היזמי במיזמים אלה נדרש להיות גבוה יותר לעומת בנייה בקרקע פנויה, באותו מקום ובאותו זמן"¹³⁶ וכי קביעתו יש לקחת בחשבון שורה של פרמטרים "מבטאים בעיקר את הסיכון הכרוך במיזם".¹³⁷ אף כי בגוף ההצעה לא נזכר שיעור רווח יזמי מינימאלי הרי שבקובץ אקסל שצורף לה כנספח ומהווה, בהתאם להפניות בגוף ההצעה, חלק בלתי נפרד ממנה, הוצגה דוגמה של פרויקט שבה נזכר שיעור של כ-18% כ"רווח המהווה תמריץ ראוי".¹³⁸ הצעת התיקון לא קבעה כל הנחייה שתאפשר לשמאי, במקרה מתאים כלשהו, להציע לבעלי דירות תמורה העולה על דירה אחת.

¹²⁹ שם, שם.

¹³⁰ טקסט סמוך להערה 100 לעיל.

¹³¹ סיכום צוות חסמים, לעיל ה"ש 95

, בעמ' 29.

¹³² הדגשת המחבר. ס' 5.14 (יא) ל הצעת תקן 21.1 - 2019.

¹³³ ס' 5.13, 5.17 ל הצעת תקן 21.1 - 2022, לעיל ה"ש 78 (חלופת תוספת 0 מ"ר).

¹³⁴ ס' 5.14 ל הצעת תקן 21.1 - 2022, לעיל ה"ש 78, בעמ' 7.

¹³⁵ שם, בס' 5.14 יג וכן בס' 5.12.

¹³⁶ שם, שם.

¹³⁷ ס' 5.14 ל הצעת תקן 21.1 - 2022, לעיל ה"ש 78, בס' 5.14 יג.

¹³⁸ טיוטת נספח א' - תבנית טבלת נתונים וחישובים לתקן 21.1 - (סופי)(להלן: קובץ האקסל), אתר משרד המשפטים,

<https://moj.my.salesforce.com/sfc/dist/version/download/?oid=00D1t00000uX5h&i>

בחדש יוני 2022 אשרה מועצת שמאי מקרקעין את הנוסח המתוקן של תקן 21.1.¹³⁹ נוסח זה הולך בתלם שנחרש על ידי קודמיו. הוא מאמץ את הקביעה כי התמורה לבעלי הדירות "תהיה דירה חדשה הכוללת מרפסת, מחסן וחניה" 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.¹⁴⁰ התקן וכן טבלת הרגישות שמצורפת לו אינם כוללים כלל אפשרות שבעלי דירות יקבלו יותר מדירה אחת ומרחב התמרון היחיד שהן מותרות לבעלי הדירות הוא לגבי היקף התוספת לדירת התמורה.¹⁴¹ בסוגיית הרווח היזמי קבע השמאי הממשלתי במסמך נפרד, ששמר לעצמו את הסמכות לשנותו, שלוש מדרגות רווח יזמי מזערי: 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%.¹⁴² שיעורים אלה נמוכים מאלה שנקבעו בנוסחים קודמים של התקן והאפשרות לשוב ולעדכנם היא ככל הנראה תוצאה של פשרה בין הדרישה הנכונה שלא לנקוב בשיעור כזה כלל ולהותיר את קביעתו למשא ומתן בין בעלי המקרקעין ליזמים לבין דרישת הרשות להתחדשות עירונית ונציגי היזמים לקבוע מראש שיעורים גבוהים יותר.¹⁴³ 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 קומבינציה 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 בין מטרותיה של הרשות את הצורך לתת "מענה הולם לצורכי האוכלוסייה המתגוררת במתחמים המיועדים להתחדשות עירונית"¹⁴⁴ (ס' 1) וכן נקבע בו כי אחד מתפקידי הרשות הוא "סיוע להתארגנות דיירים לשם מימוש וקידום מיזמים להתחדשות עירונית".¹⁴⁵ עם זאת, הרשות להתחדשות מזדהה לחלוטין עם הגישה הפוגענית שנזכרה לעיל לפיה התמורה לבעלי דירות בפרויקט פינוי ובינוי היא של

ds=0683Y00000KYIHp&d=%2Fa%2F3Y000001WA4p%2FPS97_XN.qA7A40FEV7qn
oQy.r3dQrsh4MKTeexDyzSQ&asPdf=false

¹³⁹ תקן 21.1 – נוסח יוני 2022, לעיל ה"ש 70.

¹⁴⁰ שם, בס' 5.13.ב. ס' 5.17.

¹⁴¹ שם, בה"ש שוליים 8 וכן גיליון אלקטרוני נלווה לתקן – תבנית טבלת נתונים וחשובים לתקן 21.1, אתר משרד המשפטים, https://www.gov.il/he/departments/news/tikon_teken_21_1.

¹⁴² שם בס' 5.14. יג וכן מסמך השמאי הממשלתי בדבר הרווח המזערי האפשרי בתכניות פינוי בינוי, אתר משרד המשפטים, https://www.gov.il/he/departments/news/tikon_teken_21_1.

¹⁴³ יובל ניסני "מסתמן: משרד המשפטים ורשות ההתחדשות לקראת פשרה על רווח יזמי" **גלובס** (24.5.2022), <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001412916>.

¹⁴⁴ ס' 1 לחוק הרשות להתחדשות.

¹⁴⁵ ס' 4(א)(8) לחוק הרשות להתחדשות.

דירה אחת עם תוספות. היא תמכה פומבית בעיגונה של גישה זאת בתקינה השמאית¹⁴⁶ ומציגה אותה בפרסומי ההדרכה שלה.¹⁴⁷ אמנם הרשות גם מציינת כי ניתן לתבוע תמורה נוספת במקרה שהתכנון מאפשר זאת אך אינה מבהירה כיצד ומתי בעלי הזכויות יכולים לדורשה והאם ביכולתם לדרוש כתמורה נוספת דירות נוספות.¹⁴⁸ נוסח ההסכם לדוגמה שמוצג באתר הרשות משקף בצורה ברורה מאוד את הגישה שלפיה התמורה לכל בעל דירה בהסכם פינוי ובינוי היא דירה אחת.¹⁴⁹ ה"מחשבון לבדיקת כדאיות כלכלית של מתחמי פינוי-בינוי", המוצג לעין כל באתר הרשות, מעוצב כך שלעולם יציב את מספר הדירות שהוזן בו כ"מספר דירות במצב קיים" גם במשבצת שכותרתה "דירות תמורה לדיירים" וזאת מבלי להתחשב בשינוי הערכים ב"מספר הדירות החדשות". המשתנה היחיד שישתנה במקרה זה הוא שיעור "רווח לעלות" ליום.¹⁵⁰

זאת ועוד, לפי הנתונים שמפרסמת הרשות להתחדשות קיימים פערים ניכרים ושכיחים בין מספר דירות התמורה בפרויקטים של פינוי ובינוי לבין מספר הדירות החדשות. כך דוות, 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 עליהם 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 – זהה.¹⁵¹ תמורות אלה נופלות מהתמורות שמקבלים בעלי דירות לפי שיעורי הקומבינציה המקובלים בערים אלה, שלפיהם בעלי הקרקע מקבלים 40% ואף 60% מהדירות.¹⁵²

¹⁴⁶ הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית עמדת הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית בנושא תחשיב התמורות לדיירים במיזמי פינוי בינוי במסגרת הליכי אישור תכניות (3.2.2020), https://www.gov.il/BlobFolder/policy/renewal_neyar_emda_03022020/he/hithadshu_t_ironit_documents_renewal_neyar_emda_03022020.pdf

¹⁴⁷ הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית מדריך להסכם פינוי ובינוי 2 (להלן: מדריך הרשות), https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/heskem-pinuy-binuy-ledugma/he/hithadshut_ironit_documents_madrach_heskem_pinuy_binuy.pdf

¹⁴⁸ שם, בעמ' 17.

¹⁴⁹ הרשות להתחדשות עירונית, הסכם לדוגמה בין בעלי דירות ליום לעסקת פינוי-בינוי (ס' 1.13, ס' 5.5), https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/heskem-pinuy-binuy-ledugma/he/hithadshut_ironit_documents_heskem_pinuy_binuy_ledugma.docx

¹⁵⁰ הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית המחשבון לחישוב כדאיות כלכלית של מתחמי פינוי ובינוי (1.9.2020), <https://paz-ui-paz-21-prod.b9ad.pro-us-east-1.openshiftapps.com/>

¹⁵¹ הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית דוח התחדשות עירונית לשנת 2022 (אפריל 2023) (להלן: דוח 2022); הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית דוח התחדשות עירונית לשנת 2021 (אפריל 2022), https://www.gov.il/BlobFolder/reports/urban_renewal_report_2021/he/hithadshut_ironit_documents_urban_renewal_report_2021.pdf; ראו גם הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית דוח התחדשות עירונית לשנת 2020 (אפריל 2021) (להלן: דוח 2020), https://www.gov.il/BlobFolder/reports/urban_renewal_report_2020/he/hithadshut_ironit_documents_urban_renewal_report_2020.pdf

¹⁵² ראו לעיל ה"ש 61-62 וטקסט סמוך להן.

הפערים האמורים מצביעים על כך 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 וזאת על אף שאחד מתפקידיה של הרשות הוא כאמור לסייע להם.

6. מדיניות התכנון

הגישה הפוגענית הוטמעה הלכה למעשה גם בעמדתן של רשויות התכנון והבנייה וזאת בין היתר באמצעות מנהלות התחדשות עירונית שפועלות בעיריות השונות בהנחיית הרשות להתחדשות. במסמך הנחיות שניסח מנהל התכנון נקבע כי חישוב מקדמי ציפוף מינימאליים ייקח 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"¹⁵³. התפיסה הפוגענית לפיה התמורה לבעלי הדירות תהיה של דירה אחת עם תוספת של 12 מ"ר ולעתים גם חניה ומרפסת, אומצה עקרונית, גם אם בהדלי ניואנסים קלים, בשורה של מסמכי מדיניות שמנחים את מעצבי מדיניות ההתחדשות העירונית בערים שונות ובהן (בסדר אלף בית) באר שבע,¹⁵⁴ הרצליה¹⁵⁵ חדרה,¹⁵⁶

¹⁵³ מנהל התכנון מודריך מנהל התכנון להתחדשות עירונית באר שבע המדיניות התחדשות עירונית 9 (עדכון 6 ינואר 2021), https://www.gov.il/BlobFolder/policy/guide_urban_renewal/he/binder_instructions._urban_renewal.pdf

¹⁵⁴ המנהלת להתחדשות עירונית בבאר שבע המדיניות התחדשות עירונית באר שבע 28, 29, 32, 51, 75 (אוגוסט 2019) (לגבי חלק מהמתחמים נקבעה תוספת שטח לדירה של עד 25 מ"ר), <https://urban7.co.il/wp-content/uploads/2019/09/%D7%97%D7%95%D7%91%D7%A8%D7%AA-%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%90%D7%95%D7%92%D7%95%D7%A1%D7%98-2019.pdf>

¹⁵⁵ מנהל ההנדסה בעיריית הרצליה מפנה למסמכי המדיניות של הרשות להתחדשות עירונית, אתר המנהל, http://handasa.herzliya.muni.il/hithadshut/Pages/toshav_info.aspx

¹⁵⁶ מנהלת התחדשות עירונית חדרה מדיניות תכנונית להתחדשות עירונית בחדרה 13 (מרץ 2020) (ס' 6 תמורה לדיריים), <https://www.hakal.co.il/files/medinut.pdf>

חולון,¹⁵⁷ כפר סבא,¹⁵⁸ לוד,¹⁵⁹ נתניה,¹⁶⁰ פתח תקווה,¹⁶¹ רמלה,¹⁶² רמת-גן,¹⁶³ ותל אביב.¹⁶⁴ 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

- ¹⁵⁷ עיריית חולון **התחדשות עירונית חולון מסמך מדיניות** 23 (מרץ 2020) ("התמורה לדיירים תכלול תוספת ממ"ד, מרפסת וחניה"), <https://www.minhelet-holon.co.il/wp-content/uploads/2020/03/holon.pdf>.
- ¹⁵⁸ עיריית כפר סבא **התחדשות עירונית בכפר סבא - מורה נבוכים לעיקרי המדיניות V.2 - עדכון לוועדה מקומית** 24 (24.11.2021), http://archive.gis-net.co.il/ksaba/files/handasasite/Urbanrenewal/%D7%A2%D7%93%D7%9B%D7%95%D7%9F_%D7%9C%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA_%D7%94%D7%AA%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%95%D7%AA_%D7%A2%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA%20_1.pdf.
- ¹⁵⁹ המבואה לוד המנהלת העירונית להתחדשות מסמך מדיניות להתחדשות המרקם העירוני הוותיק בלוד 52 (11.1.2021) (ס'), (6.3.1), https://lod.bartech-net.co.il/site_media/34034/%D7%9E%D7%A1%D7%9E%D7%9A-%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%9E%D7%A2%D7%95%D7%93%D7%9B%D7%9F-%D7%A1%D7%95%D7%A4%D7%99-21-1-11.pdf.
- ¹⁶⁰ עיריית נתניה **מדיניות כלל עירונית לקביעת הנחיות לדירות תמורה** 2 (3.6.2019), https://vaadnet.netanyagis.co.il/site_media/1272/%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%97%D7%AA%D7%95%D7%9E%D7%94.pdf.
- ¹⁶¹ עיריית פתח תקווה **מדיניות התחדשות עירונית - פרוטוקול ישיבה 20210009 של ועדת המשנה להכנון ולבניה** 1 (6.5.2021), <https://www.petah-tikva.muni.il/Engineering/2/%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%AA%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%95%D7%AA%20%D7%A2%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA.DOC>.
- ¹⁶² עיריית רמלה **מדיניות עירונית להתחדשות עירונית בעיר רמלה** 2 (ללא תאריך) (ס') (7.2), https://handasa.ramla.muni.il/site_media/33930/%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%A2%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA-%D7%9C%D7%94%D7%AA%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%95%D7%AA-%D7%A2%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA-%D7%91%D7%A2%D7%99%D7%A8.pdf.
- ¹⁶³ פרוטוקול דיון והחלטות ישיבת מליאת הוועדה המקומית רמת גן 40 (27.12.2020), <https://archive.gis-net.co.il/RamatGan/Pirsumim/778/fa554e8a-cb35-478d-9d71-7a4b00dc092b.pdf>.
- ¹⁶⁴ תא/מק/9112 - מדיניות תוכניות להתחדשות עירונית - דיון באישור מדיניות 5 (4.12.2019), <https://www.tel-aviv.gov.il/Residents/Development/DocLib/9112-%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%AA%D7%95%D7%9B%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%AA%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%95%D7%AA%20%D7%A2%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA.pdf>.

(מכפיל) ישתנה בעיקר בהתאם לשווי הקרקע ולא יעלה על הנדרש לשם סיפוק התמורה המינימאלית לבעלי הדירות ושיפור הרווחיות של היזמים.¹⁶⁵

מדיניות זו חונקת באיבה 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 הציבור בכללותו. אמנם זכותם של בעלי הקניין כפופה לסמכויות של רשויות התכנון להגבילה מטעמים תכנוניים אבל אימוץ אמת המידה האחידה של תקן 21 אינו מעוגן בטעמים תכנוניים ולמעשה פוגע בצרכי התכנון. ראשית, נוסחת התמורה של תקן 21 היא נוסחה אחידה וכמעט אינה מבחינה בין ערים שונות או אזורים שונים בתוך הערים. היא גם כמעט אינה לוקחת בחשבון כי באזורים שונים נדרש תמהיל שונה של גודל דירות (גדולות/קטנות/מספר חדרים) נוכח הבדלים בגודל משקי הבית, בהיצע ובביקוש לדירות מסוגים שונים.¹⁶⁶ מסמך של עיריית חיפה שקבע מדיניות תמורה דומה¹⁶⁷ בוטל בהחלטת בית המשפט המחוזי בחיפה, משום שסבר כי "חיפה אינה עשויה מקשה אחת, ואף בתוך השכונה האחת קיימים רחובות בעלי אופי שונה. קביעת האחדה... היא בלתי סבירה...."¹⁶⁸ 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".¹⁶⁹ דוח מבקר המדינה קבע בשנת 2016 כי על אף הצורך החיוני בהכנת תכנית לאומית להתחדשות עירונית, צורך שנקבע בתמ"א 35 כבר בשנת 2005, טרם התגבשה "תכנית לאומית סדורה בתחום ההתחדשות עירונית".¹⁷⁰ ההימנעות רבת השנים מהכנתה של תמ"א להתחדשות עירונית מעוררת תמיהה לאור העובדה שהמועצה הארצית לתכנון ובנייה ומנהל התכנון מצאו את הזמן והמשאבים 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 35.¹⁷¹ כך גם נפגעת אחת

¹⁶⁵ ראו לעיל ה"ש 151 והטקסט הסמוך לה.

¹⁶⁶ מנהל התכנון תמהיל גדלי דיור בישראל – מסמך רקע 49 – 50 (2022).

¹⁶⁷ עת"מ (מחוזי-חי') 15694-06-20 שומרי הסף התנועה להגנת ערכי שלטון החוק (ע"ר) נ' עיריית חיפה, בפס' 16 לפסק דינו של השופט ג'השאן (נבו, 23.12.2020) (להלן: פרשת שומרי הסף).

¹⁶⁸ שם בפס' 73.

¹⁶⁹ אביטל מרגלית ושי שטרן "התחדשות עירונית: מאסדרה מאפשרת למעורבות מושכלת", מחקרי משפט לד 14, 1 (2021).

¹⁷⁰ דוח מבקר המדינה 66, לעיל ה"ש 122, בעמ' 1272.

¹⁷¹ תכנית מתאר ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור תמ"א 35 - שינוי מס. 4 צפיפות מגורים 10 עמוד מסמכי התוכנית באתר מנהל התכנון, (2.6.2022), <https://mavat.iplan.gov.il/SV4/1/99005181336/310> (לוח 1 הקובע צפיפות נטו של יח"ד לדונם).

המטרות המרכזיות 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 המענה למשבר הדיור יוגשם ברשויות אחרות ולא בשטחן (גישה הידועה בכינוי "Not in my backyard" או בקיצור NIMBY).¹⁷² זאת בנוסף לתמריץ הטבעי שלהן להעדיף שימושים המניבים ארנונה גבוהה והוצאה ציבורית קטנה יחסית (עסקים ומסחר) על פני הגדלת מכסות מגורים המניבות ארנונה נמוכה וההוצאה הציבורית בגינן גדולה (למשל בשל הצורך לבנות מוסדות חינוך וכד').¹⁷³ 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 מקרקעי 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 זה שקובע את היקף הבנייה בתוכנית וכי הסדר צריך להיות הפוך, קרי "התכנון מוביל ובעקבותיו ועל פיו תיבדק ההתכנות הכלכלית".¹⁷⁴ עם זאת, נוכח מניעיהן של רשויות התכנון ובהעדר תכנון ארצי משולב להתחדשות עירונית, שינוי הצהרתי זה טרם הביא, וספק אם ביכולתו להביא, לשינוי נורמה שהשתרשה בצורה כה עמוקה במוסדות התכנון ואשר גורמת הלכה למעשה לפגיעה 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. בעוד שאין במערכת הנורמטיבית כל ערובה שתאפשר להגדיל את התמורה לבעלי הדירות מעבר לתוספות מוגבלות לדירת תמורה אחת, היא כוללת הנחיות ברורות בנוגע לאופן ההגדלה של הרווח ליזמים, לעתים על חשבון התמורה המינימאלית שהיא מייעדת לבעלי הדירות. מנגנוני האסדרה של ההתחדשות העירונית בישראל תומכים בעמדה הפוגענית ומסייעים להטמעתה כברירת מחדל שאין בלתה בקרב כל העוסקים בתחום והם אלה ששכנעו את המחוקק לאמץ אותה. ברירת המחדל הפוגענית היא גם שיקול תכנוני מכריע בקביעת מכסות הבנייה באזורי התחדשות עירונית כך שזו מגבילה את פוטנציאל ההשתתפות של בעלי המקרקעין בפיתוח הנוסף. בכל אלה יש משום פגיעה חמורה בקניין של בעלי הדירות.

¹⁷² שם, בעמ' 2.

¹⁷³ שרית דנה, שלום זינגר דיני תכנון ובנייה 87 (2015); צבי אקשטיין, אפרת טולקובסקי ואח' רפורמות בענף הדיור – נייר מדיניות 13, 22 (דצמבר 2015), https://www.runi.ac.il/media/1lnj4y/housing_reform.pdf.

¹⁷⁴ הצעת תקן 21.1–2022, לעיל ה"ש 78, בעמ' 2; תקן 21.1 – נוסח יוני 2022, לעיל ה"ש 70, בעמ' 2.

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 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 מיכולותיהם של יזמים, מארגנים ורשויות. כך נכפה עליהם הסדר פוגעני באמצעות שורה של 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 שלא מרצון ולעתים אף בבלי דעת.

2. בעיית הפעולה המשותפת כתירוץ לפגיעה בלתי נחוצה בקניין

מתחמי פינוי ובינוי מתאפיינים בדרך כלל בריבוי בעלים. ריבוי בעלים יוצר לעתים בעיות של תיאום ופעולה משותפת. בעיות אלה מכבידות על היכולת של בעלי המקרקעין לשתף פעולה כדי להגיע ביחד להסכם או פטימאלי שאליו יכול להגיע בעלים יחיד או קבוצה מאורגנת היטב של בעלים. ריבוי הבעלים גם יקשה על יזם להגיע להסכמה עם כל הבעלים וייקר את ההתקשרות מבחינתו. כתוצאה מכך יש סיכוי שהיזם לא יצא לפועל וכך ייגרם נזק לא רק לבעלים אלא לציבור כולו, ככל שיש צורך חיוני בהתחדשות עירונית באותו מתחם.¹⁷⁵ שתי שיטות הוצעו לפתרון בעיית הפעולה המשותפת: הכרעת רוב והפקעה של הנכס המשותף. השיטה של הכרעת רוב מקובלת בדיני השיתוף הכלליים¹⁷⁶ ובדיני הבתים המשותפים.¹⁷⁷ 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 כך שלא יוכל לנצל את כוחו כדי לקפח את המיעוט או לפגוע בזכויות הקניין שלו.¹⁷⁸ כך, למשל, סמכות בעלי רוב המנות בנכס מקרקעין

¹⁷⁵ אירית חביב-סגל, "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין" עיוני משפט כא 449, 463 - 468 (1998)(להלן: **חביב-סגל**); **להבי וליכט**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 108-109; דגן, קניין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 401 - 402; אברהם בל, גרעון פרחמובסקי "דיני קניין", **הגישה הכלכלית למשפט** 339, 353 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012)(להלן: **בל ופרחמובסקי**).

¹⁷⁶ ס' 30 לחוק המקרקעין.

¹⁷⁷ סעיפים שונים בחוק המקרקעין ובהם ס' 60, 62, 71, התקנון המצוי בתוספת; ס' 3 - 5 לחוק החיזוק.

¹⁷⁸ דגן, קניין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 403, 405.

משותף מוגבלת רק לניהול ושימוש "רגילים", הוא חייב להפעיל את כוחו בתום לב וכל שותף רשאי לבקש סעד מבית המשפט אם הוא רואה את עצמו "מקופח".¹⁷⁹ סמכות רוב בעלי הדירות בבית משותף לערוך תקנון מוגבלת באיסור לשנות זכויות של בעל דירה, להטיל עליו חובות או לבצע הצמדה של חלקים משותפים ללא הסכמתו.¹⁸⁰ 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".¹⁸¹ בדומה, ניתן להשקיף על מערכת היחסים בין בעלי דירות בבית משותף שנהרס במשקפי דיני עושק המיעוט בחברות.¹⁸² 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 על ידי מכירה¹⁸³ או בהפקעה לצרכי ציבור.¹⁸⁴ החסרונות של שיטה זו טמונים הן בסכנה שסמכות ההפקעה תעודר 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.¹⁸⁵ בשל פגיעתה של ההפקעה הוצעו פתרונות מתונים יותר אשר מאפשרים לבעלי המקרקעין שהופקעו להנות מהמקרקעין ומעליית הערך שלהם לאחר ההפקעה. פתרון כזה מוכר בתוכניות איחוד וחלוקה ללא הסכמה¹⁸⁶ וכן במודל תאגידי לשיתוף בעלים בפיתוח שלאחר הפקעת מקרקעין.¹⁸⁷ גם סוג זה של פתרונות סובל מפגיעה כפויה בזכויות הקניין של הבעלים, אך בניגוד למודל ההפקעה הוא מאפשר לבעלים להמשיך ולהנות מעליית הערך העתידית של הנכס.

¹⁷⁹ ס' 30 לחוק המקרקעין; ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה ואח', פ"ד ל"ז (4) 737 (1983) (להלן: פרשת זול בו).

¹⁸⁰ ס' 62 לחוק המקרקעין.

¹⁸¹ ס' 71ב(2) לחוק המקרקעין.

¹⁸² פרשת מרכזים, לעיל ה"ש 38, בפס' 71 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

¹⁸³ ס' 40 לחוק המקרקעין; פרשת מרכזים, לעיל ה"ש 38, בפס' 61 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

¹⁸⁴ בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה, בפס' 10 לפסק דינו של השופט אור (נבו), 22.12.1994 (להלן: פרשת מקור הנפקות); בג"ץ 4466/94 נוסייבה 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) 767, 757 (2004).

¹⁸⁵ חביבי-סגל, לעיל ה"ש 175, בעמ' 461 - 468; להבי וליכט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 108 - 112; דגן, קניין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 126 - 129.

¹⁸⁶ להבי וליכט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 130 - 135.

¹⁸⁷ שם, בעמ' 140 ואילך.

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", "בלתי סבירה", "שימוש לרעה" "עמדת מיקוח בעייתית" של מיעוט המסכל פעולה משותפת.¹⁸⁸ אלה גם המונחים ששימשו להצדקת תיקון 2021 שהקטין את הרוב הנדרש כדי להפעיל את מנגנוני הכפייה.¹⁸⁹ 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 להנות ממלוא פירות תוכנית הפינוי והבינוי ומנתבת אותם לזים 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 הפורמאליות.¹⁹⁰ 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 לא יכולים לשאת ולתת על הסדרים שימנעו את הפגיעה שנגרמת לקניינם כתוצאה 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 הזים או הרשויות. חולשתם של בעלי הדירות נובעת בראש ובראשונה מפיצולם, הגורר בעיית פעולה משותפת. כפי שבעיה זו מכבידה על איסוף הסכמות להצעות הזים, היא גם מכבידה על יכולתם של בעלי דירות לגבש עמדה אחידה כנגד הגישה הפוגענית. כמו כן, קיימים פערי מידע בין אוכלוסיית בעלי הדירות וכפי שמציינת הרשות להתחדשות "...החייבור בין בעלי הון לבעלי נכסים פרטיים, לעיתים מהשכבות המוחלשות בחברה, אינו טבעי ולעיתים סובל מחוסר סימטריה ביחסי הכוחות והמידע".¹⁹¹ אוכלוסיית מתחמים שמיועדים לפינוי ובינוי בדרך כלל אינה מתמצאת

¹⁸⁸ הצעת החוק פינוי ובינוי (פיצויים), תשס"ה – 2005, הצ"ח 198; הצעת חוק פינוי ובינוי (פיצויים) (תיקון מס' 4) (פינוי בשל סירוב בלתי סביר), תשע"ו–2016, הצ"ח 568.

¹⁸⁹ הצעת חוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ו-2022), התשפ"א–2021, הצ"ח 840, 877 (דברי ההסבר לס' 22); פרוטוקול מס' 19 של ישיבת וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-24 (4.10.2021) 21–24; פרוטוקול מס' 38 של ישיבת וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-24 (19.10.2021) 29–30.

¹⁹⁰ מרגלית ושטרן, לעיל ה"ש 169, בעמ' 12, 22.

¹⁹¹ הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית הנחיות לעבודה חברתית למנהלות להתחדשות עירוניות 4 (2.6.2020) (להלן: הנחיות לעבודה חברתית).

https://www.gov.il/BlobFolder/reports/hanchayot_leavoda_chevratit/he/hithadshut_ironit_documents_hanchayot_leavoda_hevratit.pdf

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"¹⁹².

לעומת זאת, יזמים ומארגנים, שאומנותם ופרנסתם בתחום פינוי ובינוי, בקיאים בתמונה המשפטית, התכנונית והשמאית, מצוידים ביועצים המתאימים וביכולת לפנות אליהם וגם אינם סובלים מבעיית פעולה משותפת כל אימת שהם רוצים להיעזר בבעלי מקצוע. ליזמים גם היכולת להשפיע על מי שמתיימרים לייצג את בעלי הדירות. מהבהרות שפרסמה וועדת 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"¹⁹³. קדמה לכך פנייה של משרד המשפטים ללשכה ממנה עולה כי עורכי דין, שפועלים בשירות יזמים ומארגנים של עסקאות פינוי ובינוי, אינם חושפים את תפקידם זה בעת שהם מתיימרים לייצג לבעלי דירות.¹⁹⁴

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, בעוד שקבוצת בעלי הדירות תתקשה מאוד לעמוד על מימוש זכויותיה באופן מיטבי תוך התנערות מן העמדה הפוגענית. קושי זה גובר במיוחד נוכח תמיכתן המובהקת של הרשויות בגישה הפוגענית, ובראשן הרשות להתחדשות, שהיא הגורם הממשלתי המלווה בעלי מקרקעין במיזמי פינוי ובינוי.¹⁹⁵ 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"¹⁹⁶.

זאת ועוד, מנגנון הכפייה של הגישה הפוגענית מנצל לרעת בעלי הדירות כמה הטיות קוגניטיביות מוכרות. כך, למשל, הנטייה הטבעית של בני אנוש היא לשנאת הפסד (loss aversion), קרי חשש מאבדן הקיים, יותר מאשר חשש מאבדן רווח שטרם נוצר.¹⁹⁷ על כן

¹⁹² פרשת **אשדר**, לעיל ה"ש 64, בפס' 56.

¹⁹³ מנחם מושקוביץ עו"ד, יו"ר ועדת האתיקה הארצית, לשכת עורכי הדין "התנהלות עורכי דין בפרויקט התחדשות עירונית-את/21/67" (12.4.2021),

https://www.israelbar.org.il/UploadFiles/urban_renewal_eth_67-21_full.pdf.

¹⁹⁴ שלומית צור "משרד המשפטים ללשכת עוה"ד: הסדירו את תפקיד עוה"ד בהתחדשות עירונית", **כלכליסט** (13.1.2020), https://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** כו, 303, 318 – 320 (תשפ"ב).

¹⁹⁵ ראו לעיל פרק ב' סעיף 4.

¹⁹⁶ נטע זיו "התחדשות עירונית בישראל – דינמיקה של מרחב חברתי ורגולטורי" **משפט, כלכלה ומוסדות בישראל** 15, 42 (רון חריס ודרור גולדברג עור', 2022).

¹⁹⁷ אייל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר – בעקבות הלכת אדרס" **ספר שלמה לוי** 323, 344 – 349 (2013).

אך טבעי הוא שהטיה קוגניטיבית זאת תמקד את תשומת ליבם של בעלי המקרקעין שנדחקים לפנות את מקרקעיהם – בסידור מקום מגורים מידי זמני 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 יותר מתחושת האבדן 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 על הסטייה מברירת המחדל שמציבה הגישה הפוגענית במתכונת של דירה כנגד דירה.¹⁹⁸ התהליך המדורג, הממושך והרב שלבי של התרקמות העסקה מוביל לכך שצד יתקשר בתנאים נחותים בשל תופעת ההסלמה במחויבות (escalation of commitment) או 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 פחות כדאית.¹⁹⁹ הטיית הסטטוס קוו תוביל את בעלי הדירות, לאחר שנלכדו ברשת הכבילה שתואר בהמשך, להעדיף את ההצעה שכבר התגבשה על פני סטייה ממנה.²⁰⁰ גם הטיית העיגון (anchoring) ממריצה את בעלי הדירות להתייחס לתמורה של דירה אחת שמוצעת על ידי יזמים לפי התקן כנקודת מוצא תוך התעלמות מקיומן של אלטרנטיבות שונות שאינן כלולות בו (כגון שיעור קומבינציה).²⁰¹ גם העדריות, קרי הליכת פרטים בעקבות סביבתם, עשויה להקשות על בעלי דירות לסטות מאמת מידה שאמצו כל הסובבים אותם – הרשויות, היזמים, מי שהקדימו לכבול עצמם בעסקה או מי שהתקשרו במתחמים אחרים.²⁰² כל אלה גורמים לכך שמנגנון הכפייה המשולב שמעוגן במסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי כובל את הקבוצה המוחלשת בהדרגה לעמדת המארגנים והיזמים וזאת תוך 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" קרי הסכם ש"אינו עסקת פינוי ובינוי",²⁰³ אך יש בו התחייבות של "מארגן" לבצע פעולות לשם איתור יזם שיוכל לבצע

¹⁹⁸ 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).

¹⁹⁹ שם, בעמ' 14 – 15.

²⁰⁰ שם, בעמ' 18.

²⁰¹ שם, בעמ' 13; מיה בר הלל ואוריאל פרוקציה "פרק ב: כלכלה התנהגותית" הגישה הכלכלית למשפט 71, 106 (אוריאל פרוקציה עורך, התשע"ב).

²⁰² מיכל לביא אחריות מתוכי תוכן לעוללות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה 37 (2018).

²⁰³ הדגשת המחבר. הגדרתו בס' 1 לחוק המארגנים.

את העסקה" וכן "לבצע פעולות לשם התקשרות בהסכם לארגון עסקת התחדשות עירונית עם שאר בעלי הדירות בבית המשותף".²⁰⁴ 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 להסכם".²⁰⁵ אף כי הסכם עם מארגן מגביל בצורה משמעותית את בעלי הדירות – הוא למעשה אינו מקנה להם כל תמורה ממשיית זולת מחויבות לשאת ולתת עם יזם ועם בעלי דירות אחרים. תפקידו של המארגן הוא למעשה לגבש את הסכמת בעלי הדירות, תוך התגברות על התנגדויות ועל בעיית הפעולה המשותפת עד להשלמת היעד האמיתי, שהוא חתימת עסקת פינוי ובינוי עם היזם. הכינוי העממי של הסכם כזה – הסכם non-shop, מבטא את המטרה המרכזית שלו שהיא כבילת בעלי הדירות.²⁰⁶ הוא משקף מחויבות חוזית חלשה או מוגבלת שמאפיינת בדרך כלל הסכמים להסכים או "הצהרות כוונות".²⁰⁷ 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 כ"מי שמתקשר עם בעל דירה בהסכם לארגון עסקת התחדשות עירונית, או מבצע פעולות לקראת התקשרות עם בעל דירה בהסכם כאמור".²⁰⁸ החוק אינו קובע תנאי כשירות או רישוי למארגן זולת הרישה כי לא יהיה לו עניין אישי בהסכם, אלא אם כן גילה אותו לבעל הדירה החותם על ההסכם וקיבל את הסכמתו לכך.²⁰⁹ כמו כן נקבע כי ארגון עסקת פינוי ובינוי בתמורה לא ייחשב ל"פעולת תיווך",²¹⁰ ומשום כך לא יחולו על מארגן חובות רישוי ופיקוח החלות על מתווכים.²¹¹ המארגן בוודאי אינו חייב להיות עורך דין שאומנותו בייצוג לקוחות והוא גם אינו כפוף לכללי אתיקה כלשהם. למעשה כל אחד יכול להיות מארגן. אין זה פלא כי החוק שאמור להסדיר את פעולתם של המארגנים זוכה לא אחת לכינוי העממי "חוק המאכערים".²¹² 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" לפיה עליו לפעול "לטובת בעלי הדירות בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת" ולמסור לבעל הדירה "כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לעסקת הפינוי

²⁰⁴ ס' 3(א)(4) לחוק המארגנים.

²⁰⁵ הגדרתו בס' 1 לחוק המארגנים.

²⁰⁶ ת"א (חי) 15869-06-20 רוברט ביליה נכסים ובנין בע"מ נ' קרית מטלון בפס' 30, 55, 54, 56 לפסק דינו של השופט רניאל (נבו, 25.10.2021).

²⁰⁷ דניאל פרידמן, נילי כהן חוזים 314 – 318 (כרך א, 1991).

²⁰⁸ הגדרת מארגן בס' 1 לחוק המארגנים.

²⁰⁹ ס' 12 לחוק המארגנים.

²¹⁰ ס' 14 לחוק המארגנים.

²¹¹ הצעת חוק פינוי ובינוי (הסכמים לארגון עסקאות פינוי ובינוי), 2016-התשע"ו, הצ"ח 572 (דברי ההסבר לס' 8).

²¹² ראו למשל מדריכי גלובס "מדריך וידאו: מהו "חוק המאכערים" וכיצד הוא מגן על בעלי הדירות?", גלובס (20.12.2019), <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001303139>.

ובינוי²¹³. עם זאת, ככל הנוגע לתמורה שאותה ניתן יהיה 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 ולידע אותם בעניינים שונים, שנושא התמורה בעסקת הפינוי ובינוי אינו נמנה עליהם במפורש.²¹⁴

הגדרת תפקידו של המארגן מציבה אותו בניגוד עניינים מובנה. מצד אחד הוא אמור לייצג את עניינם של בעלי הדירות אך, מצד שני, משימתו המרכזית היא להוביל ליצירת קשר עם יזם. לא אחת המארגנים קשורים ליזמים שאיתם עומדת להתרחש העסקה ולעתים הם אף מכוונים להיות היזמים.²¹⁵ נוכח ניגוד עניינים זה והעדר דרישה ברורה בנוגע לצורך לדאוג לתמורה המרבית האפשרית עבור בעלי הדירות, אך טבעי הוא שמארגנים יחזרו להשגת עסקה שבה תינתן לבעלי הדירות התמורה המינימאלית שמתווה הגישה הפוגענית. גישה כזו גם תביא באופן מהיר יותר להשגת היעד של הסכם הארגון, קרי – ההתקשרות עם היזם. משכך התקשרויות של מארגנים עם בעלי דירות אינן כוללות כל מחויבות החורגת באופן משמעותי מהנורמה הפוגענית. הן חוליה ראשונה בכפייתה של נורמה זאת על בעלי הדירות. המארגנים נוטלים חלק פעיל בשכנוע הדיירים כי ברירת המחולל של הגישה הפוגענית אינה אלא מתת שמיים וכי לא פתוחה בפניהם חלופה אחרת זולתה.

על אף המחויבות המוגבלת של המארגן, חוזה עם מארגן כובל את בעלי הדירות שחתמו עליו. אמנם חוק המארגנים קבע כי תוקפו של הסכם זה לחצי שנה בלבד,²¹⁶ אך החוק מאריך את תוקפו לתקופות של שנה וחצי ואף שנתיים, ככל שמצטרפים אליו יותר בעלי דירות²¹⁷ וככל שהוא מוביל את המצטרפים לחתימת הסכמי פינוי ובינוי עם היזמים.²¹⁸ קליטת תכנית פינוי ובינוי במוסד תכנון יכולה להאריכו, ככל שעמד בתוקפו שנתיים, לארבע שנים²¹⁹ והפקדתה – לשש שנים.²²⁰ 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 של בעלי הדירות. כך מאפשר הסכם ההתארגנות לקדם תכנית פינוי ובינוי לפי הגישה הפוגענית באמצעות התקשרות עם פחות מרוב של בעלי הדירות.²²¹

²¹³ ס' 11 לחוק המארגנים.

²¹⁴ ס' 2 לחוק המארגנים.

²¹⁵ החלטת הממונה על פניות דיירים לפי חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, תשע"ו – 2016:1 (פנייה מס' 32, 31.10.2018), https://www.gov.il/BlobFolder/policy/decision-31102018/he/hithadshut_ironit_documents_renewal_decision_31102018.pdf; ראו גם המקורות והטקסט הסמוך לעיל להערות שוליים 193 - 194.

²¹⁶ ס' 5(א) לחוק המארגנים.

²¹⁷ ס' 5(א)(1)-(3) לחוק המארגנים (הצטרפות של 40% בבית משותף שיש לו 17 דירות או יותר ו 35% בבית שיש בו 36 דירות או יותר – שנה וחצי); ס' 5(ב)(1) (התקשרות של 2/3 מבעלי הדירות-שנתיים).

²¹⁸ ס' 5(ב)(2) לחוק המארגנים – התקשרות עם יזם בהסכמי פינוי ובינוי עם מספר דיירים כמפורט בס' 5(א) – שנתיים.

²¹⁹ ס' 5(ג) לחוק המארגנים.

²²⁰ ס' 5(ד) לחוק המארגנים.

²²¹ ס' 5(ב)(1) לחוק המארגנים.

את התוכנית מקדם מארגן שאינו כפוף לתנאי כשירות או אתיקה כלשהם, שחותר להשאת תועלתו על ידי התקשרות עם יזם ושאינן כל חובה חוקית המחייבת אותו לדאוג להשגת תמורות עבור בעלי הדירות מעבר לנורמה של הגישה הפוגענית. הסיכון הרובץ על המארגן הוא גדול מאוד שכן בתום תקופות הארכה יפקע ההסכם ללא כל זכות לפיצוי.²²² 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 לסגת ממנו ולהתקשר עם אחרים. בעלי הדירות החותמים כבולים לתנאים שהכתיב להם המארגן שבדאי אינם עולים על התמורה לפי הגישה הפוגענית. כוח המיקוח של מי שלא הסכימו לכך פוחת ככל שמתקדם תהליך ההחתמה ועמו תהליך הכנת תוכניות הפינני. כל אלה מצטרפים למאפייני החולשה וההטיות הקוגניטיביות של בעלי הדירות שתוארו לעיל²²³ ומובילים לקיבוע הנורמה הפוגענית כבר בשלבים המוקדמים של ההתארגנות לעסקה.

5. כבילה כפויה ליזמים

השלב הבא בתהליך הכבילה הוא חתימת "עסקת פינני 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 לפינני ובינוי".²²⁴ "יזם" הוא "מי שמתקשר עם בעל דירה בעסקת פינני ובינוי".²²⁵ החוק אינו דורש מיזם תנאי כשירות כלשהם. הוא גם אינו מטיל על יזם את חובות הנאמנות שמוטלות על מארגן ומכאן שאין מחסום משפטי, ולו פורמאלי 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 פינני ובינוי ראשונה,²²⁶ את "העקרונות לקביעת התמורה שיקבל כל בעל דירה לפי החוזה"²²⁷ וכן את "המועדים המרביים... למסירת הדירה החדשה לבעל הדירה בהתאם לחוזה".²²⁸ בנסיבות אלה ברור שהתוכנית העסקית של היזם תהיה שלא לחרוג מהגישה הפוגענית לטובת בעלי הדירות, שעה שהחוק לא מחייבו להעניק לבעלי הדירות יותר מכך. היזם יתמקד בהשאת רווחיו שלו. הסיכוי שבעלי דירות יגבשו רוב שישנה גישה כזו קטן לאור מה שנכתב קודם בנוגע למאפיינים של בעלי הדירות וגם נוכח 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 ניתן יהיה

²²² ס' 10 לחוק המארגנים.

²²³ ראו לעיל פרק ג.3.

²²⁴ ס' 1 לחוק פינני בינוי.

²²⁵ ס' 1 לחוק המארגנים.

²²⁶ ס' 1א(ב) לחוק פינני בינוי.

²²⁷ ס' 1(1) להגדרת "עסקת פינני ובינוי" בס' 1 לחוק פינני ובינוי.

²²⁸ הדגשת המחבר. שם, בתת סעיף (2).

לבטל את ההסכמים אם חתמו עליהם 40% מבעלי הדירות.²²⁹ די בחתימת 50%-ו 60% כדי להאריך את ההסכמים למשך שנתיים או ארבע שנים (בהתאמה),²³⁰ ולעתים אף לחמש שנים.²³¹ מה שנכתב לעיל לגבי התמריץ השלילי של המארגן ובעלי הדירות שחתמו על הסכם התארגנות להתנגד לגישה הפוגענית, נכון על אחת כמה וכמה לגבי ההתקשרות בין 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 הפוגענית שכבר נקבעה בחוזים המוקדמים.²³² בעלי הדירות שכבר כבלו 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 מחדש 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 סנקציה בגין התנגדות לכדאיות העסקה. הסכנה שמרחפת על ראשו של כל בעל דירה המסרב לקבל את הגישה הפוגענית היא שעם הצטברות רוב מיוחס של בעלי הדירות שלא יקבל את עמדתו הוא ייחשב כמי שסירב סירוב בלתי סביר לעסקה ואז תושט עליו אחריות נזיקית לנזק שלכאורה ייגרם לבעלי הדירות האחרים עקב אי ביצוע העסקה,²³³ או שיחויב בעסקה בעל כורחו ואף יפונה בכפייה מדירתו.²³⁴ יש להדגיש כי תיקון 2021 העצים איום זה שכן הפחית את הרוב המיוחס הנדרש לשם מימושו מארבע חמישיות (80%) לשני שלישים (66%). כמו כן הקל בתנאים המצטברים הנוספים הנדרשים לשם גיבושו של רוב זה: בעלות ב-60% מהדירות (במקום 66%) וב-50% מהמנות ברכוש המשותף (במקום 66%).²³⁵ הסנקציה 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 בכפיית הסכם על המסרבים לעסקה עשוי לשמש אותו כדי לנסות להפחית את התמורה לבעלים תוך משיכת זמן ובכך להגדיל את רווחיו".²³⁶

²²⁹ ס' 1ג לחוק פינוי בינוי.

²³⁰ ס' 1ד(א)(1) לחוק פינוי בינוי.

²³¹ ס' ד(ב) לחוק פינוי בינוי.

²³² ראו לעיל פרק ב.3.

²³³ ס' 2(א)(1) לחוק פינוי בינוי.

²³⁴ ס' 2(א)(2) לחוק פינוי בינוי.

²³⁵ הגדרת "רוב מיוחס מבין בעלי הדירות) בס' 1 לחוק פינוי בינוי כפי שתוקנה בס' 38 לתיקון 2021.

²³⁶ מתן שחק סוגיות בהתחדשות עירונית - לקראת דיון ברפורמה המוצעת בהתחדשות העירונית בפרק ד' להצעת חוק התכנית הכלכלית 28 (הכנסת - מרכז המחקר והמידע, 12.10.2021)(להלן: דוח מחקר הכנסת).

בעל דירה יכול לכאורה לטעון כנגד עסקה המאמצת תמורה התואמת את תקן 21 כי "עסקת הפינוי ובינוי אינה כדאית כלכלית".²³⁷ עם זאת, כאמור לעיל, יש סיכוי גדול שבעלי דירות אינם מודעים כלל לפגיעה שמסבה 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 תוך מאבק משפטי יקר וקשה במארגן, ביזם ובבעלי הדירות שבחרו בברירת המחל הפוגענית או נכבלו בה בשלבים מוקדמים יותר. זאת ועוד, במועד המאוחר שבו נבדקת כדאיות העסקה, קרי במסגרת תביעת מכר כפוי או תביעה נזיקית אחרי שכבר רוב בעלי הדירות חתמו על העסקה, בהחלט סביר כי כבר הושלם עיצובן של תוכניות המתחם בהתאם לגישה הפוגענית באופן שאינו מותיר לבעלי הדירות תמורה העולה על התמורה המוצעת במסגרתה. דרישה לשנות את התוכנית בשלב זה תוביל לעיכוב משמעותי בפרויקט וסכנת העיכוב עשויה להרתיע את כל הנוגעים בדבר מלשנות את עמדתם בשלב מאוחר זה. גם דרך ההוכחה של טענת העדר 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 מינוי של שמאי כזה נתונה רק לרוב מיוחס של בעלי הדירות שבבעלותו 2/3 מהדירות ומהרכוש המשותף במקבץ.²³⁸ רוב כזה עשוי להימנע מלבקש זאת כאשר כבר ככל עצמו לגישה הפוגענית או כאשר אינו רוצה לשאת בעלויות הכרוכות בכך ועל כן המיעוט יצטרך לשאת בנטל של הוכחת הפוגעניות בעצמו.²³⁹ 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 שתינתן כנגד "דירות אופייניות" (שאינן בהן הצמדות מיוחדות) מול גודל דירת תמורה שתינתן כנגד דירות "לא אופייניות" (שיש בהן הצמדות מיוחדות). השמאי נדרש בעיקר לבחון את היישום השוויוני של עקרון הפיצוי כלפי דירות מתפנות בגדלים שונים.²⁴⁰ זאת ועוד, שמאי פינוי ובינוי ממונה על ידי מנהל הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית,²⁴¹ שכאמור תומכת בגישה הפוגענית. נדרשים אומץ ויושרה יוצאים מגדר הרגיל כדי להתנער בנסיבות אלה מגישה שמשקפת את ברירת המחל הממלכתית.

https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/433601fa-e4c5-ea11-8107-00155d0aee38/2_433601fa-e4c5-ea11-8107-00155d0aee38_11_18174.pdf

²³⁷ ס' 2(ב)(1) לחוק פינוי בינוי.

²³⁸ ס' 2א(א) לחוק פינוי בינוי.

²³⁹ תא (מחוזי-י-ם) 18270-06-12 ליכטמן נ' אהרן, בפס' 6 לפסק דינו של השופט דראל (נבו, 4.12.2013)(הרוב המיוחס סרב למינוי שמאי פינוי-בינוי).

²⁴⁰ תקן 21.1 – נוסח יוני 2022, לעיל ה"ש 70 (ס' 4 - 6).

²⁴¹ ס' 2א(ב) לחוק פינוי בינוי.

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, בית המשפט ייטה להעדיף את הוראות התקינה השמאית.²⁴² 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 לזים – מעל 40% - ולכן אף שכך קובע תקן 21 לדעתו במקרה זה צריך להפחית את הרווח היזמי".²⁴³ בית המשפט נמנע מלקבוע כי העסקה אינה כדאית, תוך הסתמכות על תקן 21.²⁴⁴ הוא סיכם את עמדתו בקביעה ש"למרות הפער, ולמרות שיש לפער כזה ערך כלכלי לא מבוטל ביחס לכל דייר בפני עצמו, התוצאה בבחינה הכוללת, "מגובה של כדור פורח"...מביאה למסקנה כי יש בהצעה כדי לקיים אחר דרישת הכדאיות הכלכלית".²⁴⁵ 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 הזים אלא רק שיעור מינימאלי.²⁴⁶ 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 בצורה משמעותית 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 גם גורמים וימשיכו לגרום לכך שיזמים ישהו 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 מבלי להניח ערובות מספקות למניעתה.

7. הכרזה על מתחם פינוי ובינוי כפגיעה בקניין

²⁴² פרשת ליכטמן, לעיל ה"ש 239, בפס' 50 – 52, 100, 105-104 לפסק דינו של השופט דראל (נבו, 4.12.2013).

²⁴³ שם, בפס' 96.

²⁴⁴ שם, בפס' 109-100.

²⁴⁵ שם, בפס' 105.

²⁴⁶ ראו לעיל פרקים ב.3, ב.4.

נדבך נוסף במגנון הכפייה המשולב של הגישה הפוגענית הוא ההכרזה של מתחם פינוי ובינוי. כל מגנוני הכפייה שתוארו עד עתה אינם ניתנים ליישום בכל מקרקעין שיש בהם תכנית 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".²⁴⁷ עולה מכך כי במקרקעין שלא הוכרזו אין כל דרך לאלץ דיירים לקבל את הגישה הפוגענית וכל מגנוני הכפייה שגלומים בה, לרבות האיום במכר כפוי ובאחריות נזיקית בשל סירוב בלתי סביר – אינם חלים.²⁴⁸ ההכרזה על מתחם פינוי ובינוי היא אם כן תנאי הכרחי לכפיית הגישה הפוגענית על בעלי דירות.

הכרזה מעין זו מובילה לשתי תוצאות חלוקתיות שונות בתכלית. התוצאה האחת היא מתן תוקף משפטי להפעלת מגנוני 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 הצדקתה 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 והבנייה,²⁴⁹ סיוע ממשלתי לרשויות מקומיות במימון של הכנת תכנית מפורטת לפינוי ובינוי ושל סיוע בגיבוש הסכמות תושבים לתכנון המתחם,²⁵⁰ אפשרות מתן פטור חלקי (הסתפקות ברבע מההשבחה במקום מחצית) או מלא מהיטל השבחה,²⁵¹ פטור ממכרז לצורך הקצאת קרקע משלימה לתוכנית,²⁵² מתן פטור מארנונה לבעלי דירות במתחם,²⁵³ ומימון "עבודה חברתית" של "יועצים חברתיים" שמטרתה "לארגן את התושבים במתחם, לסייע להם בהכנת התהליך ולפעול להתאמת הפרויקט לצרכיהם".²⁵⁴ חלק מהטבות אלה מיטיבות באופן ישיר עם בעלי מקרקעין במתחם (הנחה מארנונה, פטור מהיטל השבחה). עם זאת, רובן מיטיבות בעיקר עם הרשות המקומית או עם יזמים. התוצאה החלוקתית של ההכרזה אינה מאוזנת. בעוד שבתוצאות הפוגעניות של ההכרזה נושאים רק בעלי הדירות, ההרעפות שהיא מרעיפה מניבות טוב בעיקר לאחרים –

²⁴⁷ הגדרות המונחים "תכנית לפינוי ובינוי" ו"עסקת פינוי ובינוי" בס' 1 לחוק פינוי ובינוי.

²⁴⁸ ע"א (ת"א) 54948-06-12 יהלי בנה לי בע"מ נ' יצחקי, בפס' 20 – 26 לפסק דינו של השופט ענבר (נבו, 20.11.2013); רע"א 8459/13 יצחקי נ' יהלי בנה לי בע"מ (נבו, 8.3.2015) (בקשה לרשות ערעור נמחקה בהסכמה).

²⁴⁹ ס' 62 א (2א), (2ב), (2ג), (4) לחוק התכנון והבנייה.

²⁵⁰ אוגדן הנחיות, לעיל ה"ש 112, בעמ' 7.

²⁵¹ ס' 3 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, כפי שתוקן בס' 36 לתיקון 2021; אוגדן הנחיות, לעיל ה"ש 112, בעמ' 103, 107, 117.

²⁵² ס' 16 לחוק הרשות להתחדשות.

²⁵³ ס' 17 לחוק הרשות להתחדשות.

²⁵⁴ אוגדן הנחיות, לעיל ה"ש 112, בעמ' 28 (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 191 (הנחיות הרשות לעבודה חברתית שכזו).

יזמים ורשויות מקומיות. הזכות לבקש הכרזות כאלה מיועדת על פי חוק רק לרשויות מקומיות וליזמים.²⁵⁵ מידת ההנאה שבעלי הדירות מפיקים מן ההרעפות שמסבה ההכרזה אינה שוות ערך לפגיעה הכלכלית שנגרמת או עשויה להיגרם להם כתוצאה מהגישה הפוגענית. כך, למשל, סביר להניח כי חמש שנות פטור חלקי ומותנה מארנונה,²⁵⁶ כמו גם פטור חלקי מהיטל השבחה (ככל שיינתן), אינם שווים ערך לנטילת זכויות בהיקף של כמה דירות. הכרזה על מתחם פינוי ובינוי אינה מותנית באיזון בין שווי ההרעפות לבין גובה הפגיעה. איזון כזה אינו חלק משיקולי הרשות בנוגע להכרזה וזו מסתפקת באופן אוטומטי בכך שהתוכנית מקנה לבעלי הדירות את התמורה המינימאלית לפי הגישה הפוגענית. שתי התוצאות החלוקתיות שפורטו לעיל הופכות את ההכרזה לאטרקטיבית עבור יזמים ורשויות 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 הדירות במרקם העירוני הבנוי, בשים לב לחשיבות שימור השטחים הפתוחים, ייעול השימוש בקרקע, חיזוק העירוניות, שיפור פני העיר ושיפור איכות החיים של התושבים". בהתאם למטרות אלה, הרשות שוקלת בצורה מקדמית את מידת הרווחיות ליזם,²⁵⁷ את היכולת לבצע מספר מקסימלי של יחידות דיור ללא השקעות ציבוריות,²⁵⁸ ואת מידת התרומה שצפויה להיות לתוכנית על תהליכי ההתחדשות העירונית ברשות המקומית.²⁵⁹ לעומת זאת, המשקל שניתן בשלב ההכרזה לאינטרסים של בעלי הדירות ולזכויות הקניין שלהם הוא מצומצם יותר, למרות שס' 1 לחוק הרשות להתחדשות דורש מן הרשות לדאוג גם ל"מתן מענה הולם לצורכי האוכלוסייה המתגוררת מתחמים". כך, כאשר נבחנת "היתכנות קניינית" לא נבחנת שאלת הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הדירות, אלא רק השאלה כמה בעלי דירות יידרשו לתת את הסכמתם לשם כפיית הפגיעה. ניקוד מירבי יינתן להצעה שבה הממוצע הנמוך ביותר של בעלי דירות.²⁶⁰ כלומר הרשות תעדיף לתמוך בפרויקט שבעיית הפעולה המשותפת בו היא קטנה ולא לתמוך בפרויקט שבו בעיית הפעולה המשותפת חמורה יותר, בעוד שהצורך 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 בכך שבעלי המקרקעין יקבלו את התמורה המינימאלית שנקבעה בתקן 21 ולא בוחן או מתמרץ בדרך כלשהיא את האפשרות של בעלי הדירות לקבל תמורה העולה על התמורה המינימאלית שמגיע להם התקן.²⁶¹ כפי שהסברתי לעיל הרשות גם תורמת להטמעת הגישה הפוגענית בקרב כל

²⁵⁵ ס' 14 לחוק הרשות, כפי שתוקן בס' 46 (5) לתיקון 2021.

²⁵⁶ תקנות הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית (הנחה בארנונה), תשע"ט-2018, ק"ת 1454 (הפטור מותנה בתקרת הכנסה והיקפו יורד מפטור מלא בשנתיים הראשונות לפטור של 25 בשנה החמישית).

²⁵⁷ **אוגדן הנחיות**, לעיל ה"ש 112, בעמ' 10 – 11, 18.

²⁵⁸ שם, בעמ' 18.

²⁵⁹ שם, שם.

²⁶⁰ שם, שם.

²⁶¹ שם, בס' 2.2.3.2 ("יובהר כי התחשיב יבוצע על ידי הרשות הממשלתית ויתבסס על נתוני המתחם על בסיס תקן 21").

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 מספר דירות.²⁶² ההכרזה על מתחם פינוי ובינוי היא אפוא נדבך נוסף ומשמעותי בקיבוע אמת המידה של תקן 21 כתקרה לתמורה שאותה יכולים בעלי המקרקעין לתבוע בפרויקט פינוי ובינוי. היא חלק 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 אלטרנטיבה כדאית יותר מאמת המידה של תקן 21.

לכך יש להוסיף כי, כפי שציינתי לעיל, ההכרזות אינן מבוססות על תכנית מתאר ארצית להתחדשות עירונית ועל כן אינן מבוססות על מגוון השיקולים התכנוניים והציבוריים שראוי לשקול בטרם מחליטים על פגיעה בקניין לצרכי ציבור.²⁶³ 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".²⁶⁴ החששות הללו רלוונטיים לא רק לגבי ההטבות אלא גם ולא פחות לגבי הפגיעות 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 שיקול תכנוני אלא תוצאה של יוזמות ספוראדיות של יזמים ורשויות.

למרות אופייה של ההכרזה כפעולה שגוררת פגיעה בזכויות קניין פרטיות וזאת לכאורה לצרכי ציבור, תהליך ההכרזה אינו מלווה בהליך של ערעור או שימוע מצד הנוגעים בדבר וזאת בשונה למה שמקובל במקרה של הפקעה לצרכי ציבור²⁶⁵ או אישור תוכניות מתאר פוגעניות.²⁶⁶ כל שהחוק דורש מהרשות הוא לפרסם הודעה על ההכרזה ברשומות ובאתרי האינטרנט של הרשות להתחדשות ושל הרשות המקומית שבתחומה נמצא המתחם המוכרז.²⁶⁷ 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

²⁶² הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית מודרך להכנת דוח חברתי במיזמי התחדשות עירונית, https://ext.moch.gov.il/books/renewal_012018; הנחיות לעבודה חברתית, לעיל ה"ש 191.

²⁶³ ראו לעיל ה"ש 169 - 170 וטקסט סמוך.

²⁶⁴ דוח מחקר הכנסת, לעיל ה"ש 236, בעמ' 38.

²⁶⁵ ס' 5 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הקרקעות), כפי שתוקן בס' 6 לחוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010, ס"ח 346 (להלן: פקודת הקרקעות-תיקון 2010) (זכות ההשמעת טענות נגד רכישת מקרקעין לצרכי ציבור); הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.302 הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור - שימוע הבעלים (9.3.2003),

<https://rfa.justice.gov.il/SearchPredefinedApi/Documents/LegalAdvisor/qbzy6YGcl.=FcfnCFYoj1MQlbkP1u5m0Qq0c2eVwKxHxw>

²⁶⁶ ס' 100 לחוק התכנון והבנייה (זכות להגשת התנגדות לתוכנית מתאר).

²⁶⁷ ס' 14 (ב) לחוק הרשות להתחדשות.

או שיצריך אישור שיפוטי של ההכרזה, כפי שמקובל במקרים אחרים של מתן סמכות לרוב לכפות את רצונו על מיעוט.²⁶⁸ הסמכות הניתנת ל"ממונה על פניות דיירים", שהוא עובד הרשות להתחדשות שממונה על ידי מנהלה, לברר פניות כנגד יזמים, מארגנים, מנהלות עירוניות ודיירים – אינה כוללת סמכות לבטל הכרזה על מתחם פינוי ובינוי, שהיא מקור הפגיעה שמסבים מנגנוני הכפייה למיניהם. היא אמנם כוללת סמכות לבטל עסקת פינוי ובינוי פלונית אך טעמי הביטול מתמקדים ב"החתמה פוגענית" (בשל קשיי שפה, מגבלה רפואית, מצגי שווא)²⁶⁹ או "לחץ בלתי סביר" ולא בבחינת התנגדות של מיעוט בעלי המקרקעין לגישה הפוגענית הגלומה במסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי.²⁷⁰ 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 מזכות הקניין שלהם כתוצאה מן ההכרזה וגם לא הנחיות או אמות מידה לקביעת פטור חלקי או מלא מפיצוי כזה. זאת בניגוד למקובל בנוגע להפקעות לצרכי ציבור ובנוגע לפגיעות על ידי תכנית.²⁷¹ כאמור לעיל, ההכרזה היא תנאי להפעלת מנגנוני הכפייה הנוספים שתוארו בפרק זה (כגון סמכויות כבילה, סמכות הרוב) בעוד ההרעפות של ההכרזה על בעלי הדירות הן חלקיות. התמורה של דירה אחת מוגדלת (לכל היותר) מהווה פיצוי חלקי שאינו הולם את מלוא הזכויות הנפגעות. ערכה של הדירה החדשה אמנם גבוה יותר מערכה של הדירה הישנה אך תוספת הערך אינה משקפת את יתרת זכויות הבנייה שהורעפו על המקרקעין, כאשר שווין עולה על העלויות בצירוף רווח תחרותי לזים. זכויות אלה הן קניינים של הבעלים ומנגנון הכפייה שתיארת גורם להעברתו ליזמים ואינו מאפשר לבעלי המקרקעין ליטול בהם חלק העולה על התמורה שנקבעה בתקן 21. נזק זה נותר יתום. העושר מועבר בכפייה מבעלי הדירות ליזמים. תהליך ההכרזה אינו כולל כל מנגנון של פיצוי בגין עצם הכפייה הכרוכה בהכרזה או בגין הנזק הכלכלי שנגרם או עלול להיגרם כתוצאה ממנה.

הואיל וקריטריון התמורה לפי הגישה הפוגענית הוא קבוע, הנזק שנגרם לבעלי מקרקעין במקומות שונים הוא אקראי ומשתנה באופן שרירותי בהתאם לשווי הקרקע. באותה מידה משתנה גם פוטנציאל הרווח המועבר, על חשבון בעלי הדירות, ליזמים. יתרה מזאת, הנזק שנגרם לבעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי בשל הגישה הפוגענית אינו מתפזר באופן שווה 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,

²⁶⁸ ס' 30 (ב), 71 לחוק המקרקעין; ס' 5, 5 לחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008, ס"ח 154.

²⁶⁹ ס' 5 לחוק פינוי בינוי.

²⁷⁰ ס' 7 לחוק הרשות הממשלתית.

²⁷¹ ס' 190 ו-200 לחוק התכנון והבנייה; ס' 20 לפקודת הקרקעות וביטולו החלקי בס' 13 לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, תשכ"ד-1964 כפי שתוקן בס' 23(2)(ב)(5) לפקודת הקרקעות-תיקון 2010.

אוכלוסיית מתחמים המוכרזים כמתחמי פינוי ובינוי היא לעתים קרובות חלשה מבחינה סוציו-אקונומית.²⁷² התוצאה היא שבעוד שפוטנציאל ההתחדשות באזורים החלשים, קרי במתחמי פינוי ובינוי, מועבר בעיקרו ליזמים, דווקא באזורים בהם מתגוררת אוכלוסייה מבוססת יותר נותר גדול יותר של פוטנציאל ההתחדשות בידי הבעלים. השימוש בכלי של פינוי ובינוי ממשיך בדרך של תהליכי אי שוויון מרחבי וסגרגציה בין אזורים עירוניים שונים.²⁷³ כמו כן, הגישה הפוגענית מובילה לעתים ליצירת סוגה תכנונית וארכיטקטונית חדשה לפיה בעלי דירות מקוריות יקבלו דירות קטנות במתחמים החדשים בעוד האוכלוסייה החדשה שתצטרף אליהם תרכוש את הדירות הגדולות יותר.²⁷⁴ כך תורמת הגישה הפוגענית להנצחת פערים חברתיים בעוד שהתחדשות עירונית אמורה, לכאורה, להוביל למחיקתם או לצמצומם.

9. כפיית הפגיעה – סיכום

בפרק זה הצבעתי על כך 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 שנכפית עליהם על ידי 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 רוב לא גדולים במיוחד לכפות את הגישה הפוגענית על כלל הבעלים, על העדר יכולת להתנגד להכרזות שמאפשרות הפעלתם של מנגנוני הכפייה ועל מדיניות מוצהרת של הרשות להתחדשות ורשויות 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 ובאופן בלתי שוויוני. זו פעולה שמעבירה עושר מיחידים חלשים ליזמים ובעלי הון.

²⁷² הנחיות לעבודה חברתית, לעיל ה"ש 191, בעמ' 20-21; מרגלית ושטרן, לעיל ה"ש 169, 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), https://www.israhc.org/_files/ugd/976b1a_45f34bb963714c0fb14d34c7218f8e51.pdf; המבואה לוד-המינהלת העירונית להתחדשות נספח חברתי 1 (6.2.2019), - דף "תכנית תמל/ 2002, התחדשות שכונות הס - לאה גולדברג" באתר מנהל התכנון, <https://mavat.iplan.gov.il/SV4/1/99000953333/310> (אוכלוסיית המתחם – קשישים ושוכרים ממעמד סוציו אקונומי מוחלש).

²⁷³ טליה מרגלית "מגדלי יוקרה בתל-אביב: גידור בשלושה ממדים ועוד אחד" משפט, חברה ותרבות - קהילות מגודרות 259, 283 – 303 (אמנון להבי עורך, תש"ע) (מצביעה על הבדלים בפיתוח רמת אביב וכפר שלם בשנות השבעים המצביעים על "גידור תכנוני וממחישים את מהותו החברתית").

²⁷⁴ פז כלכלה והנדסה חוות דעת לפי תקן 21 – התחדשות עירונית מתחם לאה גולדברג לוד תמ"ל/ 2002 שומת מקרקעין מבוססת הנחה 19, 24 (10.12.2018), דף התכנית באתר מנהל התכנון, <https://mavat.iplan.gov.il/SV4/1/99000953333/310>.

ד. הפגיעה אינה חוקתית

1. העדר הסמכה בחוק

בפרקים הקודמים הסברתי כיצד המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי פוגעת בקניינם של בעלי הדירות במתחמים אלה. פגיעה זו עומדת בסתירה להוראות ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיהן "אין פוגעים בקניינו של אדם".²⁷⁵ בפרק זה אטען כי פגיעה זו בקניין בעלי המקרקעין אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה בס' 8 לחוק היסוד, שכן נעשתה ללא הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית, יש ספק רב אם היא משרתת תכלית ראויה כלשהיא וככל שהיא 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.

כפי שהראיתי בפרקים הקודמים, הפגיעה בקניינם של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי נגרמת באמצעות מארג נורמטיבי שמשלב חקיקה ומדיניות ממשלתית שנתקנו לאחר חקיקת חוק היסוד ועל כן אינן נהנות מן ההגנה שניתנת לפגיעות במקרקעין או הפקעות שגלומות בחיקוקים מוקדמים יותר.²⁷⁶ 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,²⁷⁷ אין כל חוק המסמיך את מחברי התקן להכשיר באמצעותו פגיעה בקניין. מטרתו הפורמאלית של תקן שמאי היא להנחות שמאים בשומת שווי השוק של נכס ולכאורה תוקפו כהמלצה בלבד, אך הלכה למעשה תוכנו של תקן 21 גורם לפגיעה בקניין של בעלי המקרקעין הן באמצעות החדרתו כאמת מידה מחייבת למשא ומתן בין בעלי דירות חלשים לבין יזמים בעלי כוח מיקוח רב והן עקב אימוץ אמות המידה הפוגעניות שנקבעו בו על ידי מנגנוני התכנון וההתחדשות העירונית.²⁷⁸ אכן חלק מהוראות החקיקה שעוסקות בפינוי ובינוי אמצו 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 עומדים בסתירה לקביעות 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 כלשהיא, ועל אחת כמה וכמה באופן מפורט הכולל את עיקרי ההסדר ואת תכלית הפגיעה בזכות החוקתית.²⁷⁹ מכאן נובע כי ההוראות הפוגעניות בתקן (להבדיל מהוראות אחרות בו) בטלות שכן יש בהן פגיעה חוקתית בלתי

²⁷⁵ ראו לעיל פרק א(1) ובמיוחד ה"ש 49 - 50.

²⁷⁶ ס' 10 לחוק היסוד.

²⁷⁷ ראו לעיל ה"ש 93 והטקסט הסמוך לה.

²⁷⁸ ראו לעיל פרקים (3) – (6).

²⁷⁹ ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 145 – 146, 149 – 150 (2016).

ראויה בקניין. מכל מקום, גם אם הפגיעה בקניין שנגרמת בגין אמת המידה הפוגענית שנקבעה בתקן הייתה מבוססת כולה על הנחיות מפורשות בחקיקה, מן הראוי היה לבטלה, או למצער לפרשה באופן "מקיים" שאינו פוגע בקניין הפרטי,²⁸⁰ שכן 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".²⁸¹ דרישה דומה, לקיומו של "צורך ציבורי" מוכרת גם כתנאי להפעלת סמכות הפקעה או פגיעה במקרקעין בחקיקה שקדמה לחקיקת חוק היסוד.²⁸² בהתאם נפסק כי לא ניתן כיום להפקיע מקרקעין מבלי לעמוד למצער בדרישה זו.²⁸³

בהעדר הסמכה חוקית מפורשת לפגיעה שהצבעתי עליה במאמר זה קשה מאוד לאתר את התכלית הסובייקטיבית של הפגיעה. מנסחי תקן 21 לא כוונו 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 שתיארת 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".²⁸⁴ 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

²⁸⁰ בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, בפס' 59 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו, 8.7.2021).

²⁸¹ ס' 8 לחוק היסוד וכן מדינה, לעיל ה"ש 279, בעמ' 163.

²⁸² ס' 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943; ס' 188 לחוק התכנון והבנייה.

²⁸³ ע"מ 5839/06 בראון נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו, 25.9.2008).

²⁸⁴ עופר רז-דרור, נעם קוסט התוכנית האסטרטגית לדיור לשנים 2017 – 2040 (המועצה הלאומית לכלכלה, משרד ראש הממשלה, 2017), https://www.gov.il/BlobFolder/news/news_strategy01022017/he/news_strategy3010.17.pdf

לכפות על בעלי מקרקעין הסדרים שונים כדי להתגבר על התנגדות של בעלי דירות סחטנים הנובעת מפיצולם של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי.²⁸⁵ אין בכוונתי להמעט 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 להצביע על כך שהיא אכן מועילה להשגת תכליות החקיקה הפוגעת וכי קיים קשר רציונאלי בין הפגיעה לבין התכלית.²⁸⁶ ספק רב אם הפגיעה בקניין על ידי המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי אכן מועילה להשגת תכליותיה וזאת מכמה טעמים. ראשית, השלטת הנורמה הפוגענית ממריצה חלק מבעלי הדירות לעכב הסכמתם לעסקאות שאינן כדאיות וגורמת לעיכובים ממושכים וארוכים במימוש תוכניות לפינוי ובינוי. אמנם בסופו של דבר בעלי דירות מאמצים את הגישה הפוגענית לא בשל כדאיותה אלא בשל מנגנון כפייה משולב שמטמיע בהם את ההבנה השגויה כי התמורה שמוכתבת על ידי הגישה הפוגענית היא התמורה שלה הם זכאים ואין בלתה. עם זאת, אם ההתחדשות העירונית לא הייתה כבולה לאמת המידה הפוגענית ושיעורי התמורות היו כנהוג בעסקאות קומבינציה, מסתבר כי שיתוף הפעולה של בעלי הדירות היה מתעצם ומחיש את קצב ההתחדשות העירונית. היקף הדירות שיוצרו בעבר במסגרת מיזמי פינוי ובינוי לא היה מרשים.²⁸⁷ עד לשנים האחרונות אורך ממוצע של פרויקט היה 12 שנים.²⁸⁸ בשנים האחרונות חל שיפור בקצב התכנון של מיזמים כאלה אך היקף המכירה של דירות בעסקאות כאלה, המעיד על מימוש התכנון, עודנו קטן.²⁸⁹ זאת ועוד, סרבנות של בעלי דירות אינה הגורם המרכזי לעיכוב הליכי פינוי ובינוי בישראל. בשנת 2020 פרסמה הרשות להתחדשות עירונית דו"ח 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%) העיכוב נבע מבעיות בכדאיות הכלכלית (לפי תפיסת הרשות) ורק בששה פרויקטים (כ-11%) היו בעלי הדירות אחראים לעיכוב, כאשר רק בשלושה העיכוב נבע מטעמים שאינם נוגעים לסכסוכי פנימיים ביניהם.²⁹⁰ 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

²⁸⁵ ראו לעיל ה"ש 188 – 189.

²⁸⁶ אהרן ברק *מידתיות במשפט* 373 (2010); *מדינה*, לעיל ה"ש 279, בעמ' 193.

²⁸⁷ מרגלית ושרון, לעיל ה"ש 169, בעמ' 13; זיו, לעיל ה"ש 196, בעמ' 32.

²⁸⁸ *דוח 2020*, לעיל ה"ש 151, בעמ' 69.

²⁸⁹ *דוח 2022*, לעיל ה"ש 151, בעמ' 21, 24, 37 (בשנים 2016-2022 אושרו תוכניות לכ-118,000 יח"ד

תוספתיות, נתנו היתרי בניה לכ-38,000, אך בשנת 2022 נמכרו במסגרת זו רק 3,497 יח"ד).

²⁹⁰ *דוח 2020*, לעיל ה"ש 151, בעמ' 42.

אחרות, או אם היו חסמים נוספים במתחמים אלו.²⁹¹ ביטול אמת המידה הפוגענית יקטין את החסמים הנובעים מבעלי הדירות, ימנע את הפגיעה הכפויה בקניינם ויותר 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 צרכי העמדה הפוגענית.²⁹² בית המשפט המחוזי בחיפה כבר פסק כי "קביעת האחודה" תכנונית גורפת שמאמצת את מפתח התמורה הפוגעני מבלי להבחין בין שכונות שונות היא בלתי סבירה.²⁹³ תוצאה זו גורמת לניצול יעיל פחות של הקרקע וכך היא פוגמת במטרות מדיניות מפורשות שקובע חוק הרשות להתחדשות ובהן הגדלת היצע הדיוור במרקם העירוני הבנוי וייעול השימוש בקרקע. כפי שהרחבתי לעיל, מדיניות כזו נוגדת את מדיניות התכנון הארצית השואפת להגדלת ציפוף הבנייה, כפי שהיא משתקפת, למשל, בתיקוני תמ"א 35.²⁹⁴

שלישית, הגישה הפוגענית עומדת בסתירה למדיניות שאומצה על ידי המדינה במסגרת הרפורמה במקרקעי ישראל שבמסגרתה הופרטה הבעלות לחוכרים יחד עם מלוא הזכויות הקיימות והעתידיות במקרקעין.²⁹⁵ הרפורמה שקפה תפיסה הדוגלת ב"חירות פעולתם של הפרטים בשוק הכלכלי",²⁹⁶ 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.²⁹⁷ בית המשפט העליון אישר את מדיניות ההפרטה.²⁹⁸ הגישה הפוגענית משקפת עמדה שהתאימה לאופי הריכוזי של פרויקטים של שיקום או פינוי שכונות לפי חוק פינוי ובינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965.²⁹⁹ אלה זכו לכינוי "עידן הבולדוזר" משום שאכן הובילו לסילוקם של בעלי דירות מקבוצות מוחלשות תמורת סידור חלוף.³⁰⁰ זו הייתה תקופה שבה מקרקעי ישראל הוחזקו בידי שוכרים, דיירים או חוכרים שאין להם בעלות במקרקעין. כאשר מפנים מחזיקים כאלה, כפי שארע למשל בפרשת גבעת עמל, יש אולי הצדקה לפצות את המחזיקים רק כדי זכות ל"דיוור אקוויולנטי".³⁰¹ בעקבות הפרטה

²⁹¹ דוח מחקר הכנסת, לעיל ה"ש 236, בעמ' 8.

²⁹² ראו לעיל פרק ב(6).

²⁹³ פרשת **שומרי הסף**, לעיל ה"ש 167, בפס' 11, 16, 73 – 1 לפסק דינו של השופט ג'השאן.

²⁹⁴ ראו לעיל ה"ש 171.

²⁹⁵ רשות מקרקעי ישראל **דוח 2020** 46 (19.1.2022); זנדברג **מקרקעי ישראל**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 253 – 256.

²⁹⁶ מרגלית ושטרן, לעיל ה"ש 169, בעמ' 10 – 11.

²⁹⁷ הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, ס"ח 348, בעמ' 515 (דברי הסבר לפרק יח הכולל תיקוני חקיקה המאפשרים העברת בעלות לחוכרים של קרקע עירונית).

²⁹⁸ בג"ץ 729/10 **תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל** בפס' 40, 44 לפסק דינה של השופטת בייניש (24.5.2012)(להלן: פרשת **דרור**).

²⁹⁹ ס"ח 279 (ס' 37-39); הצעת חוק פינוי ובינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965, הצ"ח 160, 168.

³⁰⁰ מרגלית ושטרן, לעיל ה"ש 169, בעמ' 4, 7.

³⁰¹ ע"א (מחוזי-ת"א) 6097-09-18 **דיוור ב.פ. בע"מ נ' עובד המנוחה שרה בן נון ז"ל**, בפס' 69 לפסק דינו של השופט ורדי (נבו, 23.12.2019); ראו גם רע"א 409/20 **יהוד (שרפי) נ' דיוור ב.פ. בע"מ**, בפס' 45 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (נבו, 29.11.2020).

מקרקעי ישראל, כאשר החוכרים כבר קבלו את מלוא קופסת הבעלות, הרי הם הזכאים והאחראים לניצול מלוא פירות הזכות לפיתוח ולא רק בעלי זכות מוגבלת ל"דיור אקווילנטי". הגישה הפוגענית נוטלת מהחוכרים שאך זה קבלו את הבעלות בדיוק את מה שהעברת הבעלות נועדה להקנות להם ומעמידה אותם באותו מצב כאילו לא קיבלו את הבעלות. היא משקפת חזרה לאחור למדיניות שמעדיפה התערבות ממשלתית כופה לטובת בעלי עניין על פני יוזמה חופשית של בעלי המקרקעין. הטעמים להנהגת מדיניות ההפרטה כמו גם הניסיון ההיסטורי עם פרויקטים 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 המשוערות שתוארו לעיל, השימוש בה לא עומד במבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" שכן הפגיעה בקניין אינה הכרחית להשגת התכלית ופגיעתה עולה על הנדרש לשם הגשמת התכלית.³⁰² ראשית, הפגיעה בקניין מבוססת על הסדר גורף (תקן 21) ולא על בחינה פרטנית של הצדקתה ונחיצותה במקרה פלוני. ככלל הסדר גורף אינו נחשב אמצעי שפגיעתו פחותה.³⁰³ 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 ובוודאי 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 שציניתי 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, מארגנים ויזמים. המערכת הנורמטיבית הפוגענית של פינוי ובינוי מעודדת יוזמות כאלה ולמעשה רותמת את עגלת ההתחדשות העירונית לפני הסוס – קרי לפני שגובשה תכנית כוללת שממפה את האזורים שבהם אכן יש צורך בה.

שנית, גם כאשר קיים צורך ציבורי מיוחד בהתחדשות עירונית במקום פלוני יש מקום לבחון תחילה האם צורך זה ניתן להגשמה על ידי בעלי המקרקעין ללא כפייה.³⁰⁴ 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.

³⁰² ברק, לעיל ה"ש 286, בעמ' 391 - 396; מדינה, לעיל ה"ש 279, בעמ' 199.
³⁰³ בג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת, בפס' 99, 100 - 110 לפסק דינה של הנשיאה חיות (9.6.2020); רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 74 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 07.10.2010); 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, לעיל ה"ש 286, בעמ' 407 - 409.
³⁰⁴ פרשת מקור הנפקות, לעיל ה"ש 184, בפס' 6 לפסק דינו של השופט אור.

פגיעה זו כמובן צריכה להיות רק "במידה המזערית הנדרשת להשגת הצורך הציבורי".³⁰⁵ הגישה הפוגענית מושתתת על בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי מבלי שהיא מחייבת בשום שלב משלבי הכפייה כי בטרם יופעל המנגנון הכופה, יתקיים בין כלל בעלי הדירות במתחם לבין יזם משא ומתן חופשי, אשר יאפשר הגעה להסכם תוך שיתוף 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 לכך שמשא ומתן חופשי יוביל להשגת העסקה בהתאם לכללי השוק ולא על פי הנורמה הכופה המוכתבת מראש. התקינה השמאית, תהליך הכבילה ההדרגתי והירתמות כל הרשויות לאימוץ אמת המידה הפוגענית מקטינים מאוד את הסיכוי שמכותו של בית המשפט לבחון את כדאיותה הכלכלית של העסקה, המופעלת בשלבים מתקדמים של העסקה, תהווה ערובה למניעת כפייה של עסקה שעוצבה מראש בהתאם לגישה הפוגענית. תהליך הכפייה ההדרגתי של אמת המידה הפוגענית, על כל שלביו ומנגנוניו, הוא שגורם לכך שלא ניתן יהיה למנוע פגיעה בקניין שאינה נחוצה לצורך הגשמת הצורך הציבורי. לעומת זאת, הותרת מלוא זכויות הקניין בידי הבעלים תוך הסרת כבליה של הגישה הפוגענית עשויה להגדיל את התמריץ שלהם לשתף פעולה עם תהליך ההתחדשות ואף ליזום אותו. היא תאפשר להם לשאת ולתת באופן חופשי למימוש מלוא זכויותיהם וכך 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 ליזם".³⁰⁶

שלישית, גם אם יש צורך בכפייה לשם פתרון בעיות של פעולה משותפת יש לבחון האם הכפייה נדרשת לשם מניעת התנהגות סחטנית שמעכבת את השגת התכליות הציבוריות שתיארת לעיל ואין הצדקה להשתמש באמצעי הכפייה כדי להשיג פגיעה נוספת ולא הכרחית בקניינם של בעלי המקרקעין. המטרה 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.³⁰⁷ היא מחייבת ביקורת שיפוטית קפדנית שתבחן האם בטרם נבחרה הדרך הכופה נוהל משא ומתן בתום לב עם בעלי

³⁰⁵ ע"א 119-01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817, 845 (2003).

³⁰⁶ מכתב לשכת שמאי מקרקעין למועצת שמאי מקרקעין מיום 31.12.2019, אתר לשכת שמאי מקרקעין, <https://www.landvalue.org.il/loadedFiles/31.12.19-%d7%a2%d7%9e%d7%93%d7%aa-%d7%9c%d7%a9%d7%9b%d7%aa-%d7%a9%d7%9e%d7%90%d7%99-%d7%9e%d7%a7%d7%a8%d7%a7%d7%a2%d7%99%d7%9f-%d7%9c%d7%a2%d7%a0%d7%99%d7%99%d7%9f-%d7%98%d7%99%d7%95%d7%98%d7%aa-%d7%aa%d7%a7%d7%9f-21.1.pdf>.

³⁰⁷ דגן קניין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 405 וראו לעיל מקורות וטקסט סמוך להערות שוליים 184 - 187.

המקרקעין או אם העדר ההסכמה נבע מכשל שוק או מהתנהגות סחטנית של הבעלים.³⁰⁸ לא ניתן לכפות על מיעוט עסקה שאינה כדאית, אשר כופה תמורה פוגענית אם ניתן היה להשיג "מנקודת מבט אובייקטיבית הבוחנת את הפרויקט כמכלול"³⁰⁹ תמורה טובה ממנה. אך אין הכרח שהתמורות ליזם ולבעלי הדירות תהינה שוות והן צריכות לשקף את חלוקת הסיכונים ביניהם, אך על התמורה להיות "הוגנת".³¹⁰ סמכות הרוב בנכס משותף מותנית בחיקוקים שונים בכך שלא יגרום לקיפוח המיעוט או לפגיעה בזכויותיו.³¹¹ גם חוק פינוי ובינוי מכוון לכך כאשר 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 ויזמים, לכפות על המיעוט הסדר פוגעני שמונע מכל בעלי הדירות, לרבות אלה שנכפים להסכים לה, לממש את מלוא זכויות הקניין שלהם. ההכרה בהסדר זה היא פגיעה מיותרת ובלתי 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.³¹² 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 כתוצאה מתוספת דירות חדשות) תוך 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 "מצמצם ומצר הוא את תוכנה של הבעלות הקלאסית".³¹³ עם זאת, חשין סייג את עמדתו זו רק למקרה שבו בית משותף נהרס שלא מרצונם של הבעלים. בהתאם הוא פסק כי "להריסת בית מכוונת נדרשת הסכמת כל הבעלים. כאן תתגלה זכות הקניין הקלאסית במלוא הדרה: הזכות – והשרירות שהיא מקרינה".³¹⁴ חשין קבע כי אין מקום לפגיעה בחלקם של בעלי הדירות בזכויות מוקנות לבנייה נוספת.³¹⁵

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.

³⁰⁸ להבי וליכט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 123; פרשת זול בו, לעיל ה"ש 179, בעמ' 744; ע"א 3511/13 שורצברגר נ' מרין, פס" 29 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו, 24.7.2014).

³⁰⁹ שם, בפס" 33 לפסק דינו של השופט דנציגר.

³¹⁰ שם, שם וכן ראו יונתן בוקשפן "הזכות לסרב לעסקת פינוי ובינוי: הבית המשותף בין הפרטי לקהילתי" פורום עיוני משפט מד 1, 36 (תשפ"א).

³¹¹ ראו לעיל פרק ג(2).

³¹² רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף פ"ד מח (3) 550 (1994).

³¹³ שם, בעמ' 564.

³¹⁴ שם, בעמ' 568. ראו גם פרשת יהלי בנה לי לעיל ה"ש 248.

³¹⁵ שם, בעמ' 571 – 572.

גישת יסוד זו מבוססת על כיבוד עצמאותו של בעל דירה בבית המשותף.³¹⁶ מיגל דויטש סבר כי הדגש שניתן 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".³¹⁷ חנוך דגן, שהביע תמיכה בתוצאת פסק הדין, סבר כי ההסבר הראוי לה הוא "הסדרה שתכליתה הינה לעקר את כוחו של המיעוט הסרבן... וזאת לאור העובדה שהמתנגדים לא יכלו להצביע על סיבה לגיטימית – או למצער על מניע אמין שאינו אסטרטגי – להתנגדותם".³¹⁸ מבקרי פסק הדין בפרשת צודלר כתומכיו לא ראו בו הכשר לפגיעות כלכליות ממשיות בקניינו של בעל דירה בבית משותף, אלא רק היתר להתגברות על תלוות סרק שרירותיות או "אסטרטגיות". בוודאי שלא ראו בו הכשר לפגיעה כלכלית נרחבת כמו זו שנגרמת לבעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי עקב 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 פרשו סעיפי חוק שחוסים תחת סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד וראוי לאמצן במשנה תוקף בנוגע לתוקפן או פרשנותן של חקיקה ומדיניות ממשלתית שכפופות באופן מלא להוראות חוק היסוד. זאת במיוחד נוכח ביטול האפשרות להפקיע מקרקעין ללא פיצוי ברמה הארצית,³¹⁹ וצמצום היקפם של פטורים אחרים מפיצוי. כך, בפרשת הולצמן, נפסק שאין מקום להפקיע נכס באופן מלא ללא פיצוי.³²⁰ 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.³²¹ בפרשת מסרי נקבע כי חריגה מן הכלל שלפיו יש לשלם פיצויי סבל כאשר יתרת הנכס לא הושבחה תתקיים רק במקרים מיוחדים שבהם שיעור ירידת הערך נמוך, הנזק מתפזר באופן שוויוני בין כל בני הקהילה ומקדם אינטרס קהילתי מקומי חשוב, להבדיל מאינטרס כללי.³²² שיקולים דומים התעוררו גם בפרשות הורוויץ שבהן נדונו העקרונות לבחינת הלגיטימיות של פגיעה במקרקעין ללא פיצוי לפי ס' 200 לחוק התכנון והבנייה.³²³ 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

³¹⁶ ויסמן בעלות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 511.

³¹⁷ דויטש קניין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 656 – 657.

³¹⁸ דגן קניין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 409 – 410.

³¹⁹ ס' 13ב לחוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, תשכ"ד-1964 כפי שתוקן בס' 23(2)(ב)(5) לפקודת הקרקעות-תיקון 2010.

³²⁰ ע"א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001).

³²¹ ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"ץ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (נבו, 14.5.2012); ע"א 6407/14

הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כרמיאל נ' מסרי (נבו, 24.5.2018).

³²² שם (פרשת מסרי), בפס' 77 – 95 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

³²³ ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913 (2002)(להלן: ערער הורוויץ); דני"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004)(להלן: דני"א הורוויץ).

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").³²⁴ לעומת זאת, חלק מהשופטים סברו כי נוכח ההגנה על הקניין בחוק היסוד אין לאפשר פגיעה בקניין ללא פיצוי אלא במקרים נדירים ביותר. בלטה במיוחד אמירתו של השופט חשין, שיפה גם בנוגע 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".³²⁵ הגישה הפוגענית מאפשרת, כאמור לעיל, פגיעה בזכות הפיתוח של בעלי הדירות ללא פיצוי. הדירה החדשה והמורחבת שמוקנית למפונים אינה מהווה פיצוי הולם לפגיעה הרחבה יותר בזכויות הבנייה של בעלי המקרקעין שנותרת ללא פיצוי.³²⁶ 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 מעבירה את עיקר פירות הזכות לפיתוח ליזמים פרטיים ולא מתמקדת רק או בעיקר בהעברת תועלת לבעלי המקרקעין או לקהילתם הקרובה.

5. מחירה החברתי של הפגיעה עולה על תועלתה

הפגיעה של המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי בקניין הפרטי אינה מידתית גם משום שמחירה החברתי ניכר ביחס לתועלת המסופקת ממילא שהיא מניבה ועל כן אינה עומדת במה שמקובל לכנות כ"מבחן המידתיות במובן הצר" שיש הסוברים כי הוא החשוב ביותר בין מבחני המידתיות.³²⁷ הניסיון שנצבר בארץ ובעולם בתוכניות של טיפול באזורים עירוניים שטעונים התחדשות מצביע על כך שאמצעי כפייה תמיד הניבו תוצאות חברתיות נחותות מפרויקטים שהותירו בידי בעלי הדירות את היוזמה.³²⁸ 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)³²⁹ ותוביל לג'נטריפיקציה, קרי לעזיבת התושבים המקוריים לטובת אוכלוסייה מבוססת יותר.³³⁰ זה מחיר כבד וישיר שאותו עלולה לשלם אוכלוסייה שס' 1 לחוק הרשות להתחדשות מצווה

³²⁴ שם (ערעור הורוויץ) בעמ' 942 – 943 (2002).

³²⁵ דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 315 – 316 (2004).

³²⁶ ראו לעיל פרקים ב(1) (הדוגמא המספרית) ו- ג(8).

³²⁷ ברק, לעיל ה"ש 286, בעמ' 419; מדינה, לעיל ה"ש 279, בעמ' 214.

³²⁸ Naomi Carmon and Tamar Gavrieli *Improving Housing by Conventional Versus Self-help Methods: Evidence From Israel* 24 URBAN STUDIES 324, 331(1987) (מסכמות)

את היתרונות הברורים של שיקום עצמי מול פינוי ובינוי).

³²⁹ Michael Cohen John F.C. ; *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, 485 (2005)

Turner and Housing as a Verb 41 BUILT ENVIRONMENT 412, 413 (2015)

³³⁰ מרגלית ושטרן, לעיל ה"ש 169, בעמ' 20.

במפורש לתת "מענה הולם" לצרכיה. הוא נוגד את אחת האבחנות שהוצעו בספרות לבחינת המידתיות "במובן הצר" שלפיה יש לשקול לא רק את העלות והתועלת הכרוכה בפגיעה אלא גם את מידת הפיזור שלה.³³¹ נכונים במיוחד דבריו של חנוך דגן לפיהם "הגנת המשפט על בעלי הקניין מפני כוח השלטון...חשובה במיוחד במצבים שבהם הנפגעים (בכוח או בפועל) מפוזרים או בלתי מאורגנים או כאשר מדובר בקבוצות אוכלוסייה חלשות".³³²

גם אם נסטה מן הניתוח הדוקני של מבחני המידתיות, הגישה הפוגענית מובילה לפגיעה קשה בערך של "צדק חלוקתי" שעניינו "בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים".³³³ כפי שמדגיש דגן "מנקודת המבט של הצדק החלוקתי והאחריות החברתית אין לעצם העובדה שהפרויקט חשוב כל נפקות לשאלה מי יישא בעלותו".³³⁴ 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 הפרויקטים החשובים' לטובין ציבוריים באופן שיהיה ברור כי לא נכללות בו תוכניות המערבות שימוש בסמכויות הנטילה השלטונית לטובתם של יזמים פרטיים".³³⁵ רעיון דומה הביעה גם פרופ' (כתוארה אז) ברק ארז 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".³³⁶

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 בלתי שוויונית ובלתי מוצדקת מבעלי המקרקעין במתחמי פינני ובינוי ליזמים שעוסקים בפיתוח המקרקעין וזאת בנוסף להטבות נוספות 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 פינני ובינוי שהוכרוזו ואינה 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 שציניתי לעיל הכניסה לקבוצה אינה נעשית מרצון של כל חבריה והיא גם תוצאה של שיקולי כדאיות ויזומה אקראית של יזמים ורשויות ולא פרי תכנון ארצי. שנית, העברת העושר הזאת נכפית על קבוצת אוכלוסייה חלשה וגדולה באופן יחסי למול הקבוצה החזקה והמצומצמת של נהנים (יזמים). שלישית, הגישה הפוגענית מנציחה את חולשת בעלי המקרקעין במתחמים ואף יוצרת הבחנה בין מאפייני הדיור המצומצמים של דירות התמורה של בעלים מקוריים

³³¹ מדינה, לעיל ה"ש 279, בעמ' 216.

³³² דגן קניין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 61.

³³³ בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002).

³³⁴ דגן קניין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 165.

³³⁵ שם, בעמ' 166.

³³⁶ דפנה ברק ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" עיוני משפט כה 503, 508 (תשס"ב).

לבין מאפייני הדיור של דיירים חדשים בפרויקטים אלה. הגישה הפוגענית פוגעת אפוא בבעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי על ידי 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 בלתי 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 נוכח 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 יוחש גם קצב ההתחדשות העירונית.

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

6. ביטול הפגיעה

מן האמור עד כה עולה כי אמת המידה הפוגענית אינה ראויה לשמש כאמת מידה כללית שאין בילתה לקביעת כדאיות של עסקאות פינוי ובינוי וגם לא כאמת 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 כך שיובהר לכל כי היא אמת מידה מינימאלית 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, באופן 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 מימוש מלוא זכויות הקניין שלהם. בהתאם ראוי לתקן את החקיקה או לפרשה באופן שיקבע כי התנגדות לעסקת פינוי ובינוי בטענה כי תמורה של דירה אחת בלבד אינה כדאית כלכלית ומקפחת, או התנגדות כאמור עקב רצון לשאת ולתת לעסקת אחוזים, אינן יכולות להקים אחריות נזיקית או אישור כפוי של העסקה לפי ס' 2 לחוק פינוי ובינוי והן גם יכולות להוות עילה לביטול עסקת פינוי ובינוי. את הסנקציות של החוק יש להפעיל רק כנגד ההתנגדות סחטנית ו"אסטרטגית" באמת ולא ככלי לכפיית הגישה הפוגענית.

כמו כן, מן הראוי כי הרשות להתחדשות עירונית תפעל לשם הבהרת האמור לעיל והגשמתו בכל פרסומיה והנחיותיה וכן תעמוד על קיומה של ההבהרה לעיל כאשר היא בוחנת הכרזת 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 פינני ובינוי להישמע בטרם הכרזה. כמו כן נכון כי רשויות התכנון והבנייה יחדלו מלאמץ את אמת המידה הפוגענית כאמת מידה תכנונית הקוצבת את היקף הבנייה במתחמי פינני ובינוי.

ביטול הגישה הפוגענית כמובן אינו פוטר את הרשויות מן הצורך לתכנן ברמה הארצית את המתחמים הראויים לפינני 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 ויעילותם של מנגנוני הכבילה של בעלי הדירות למארגנים וליזמים ולהמירם במנגנוני התארגנות עצמאיים של בעלי הדירות, תוך 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, תוך 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.³³⁷

ה. סיכום

במאמר זה הצבעתי על כך שהמערכת הנורמטיבית של פינני ובינוי בישראל כופה על בעלי הדירות במתחמים בהם היא חלה אמת מידה פוגענית שלפיה תמורה של דירה אחת מוגדלת היא תמורה סבירה וכדאית עבור עסקת פינני ובינוי. כפיית אמת מידה זו גוררת פגיעה חמורה בקניין בעלי הדירות בזכויות הבנייה המורעפות על המתחם מעבר לנדרש ולמקובל בעסקאות קומבינציה בשוק החופשי. פגיעה זו נכפית על בעלי הדירות באמצעות מערך נורמטיבי משולב ומדיניות ממשלתית רב מערכתית שמנצלים את חולשותיהם של הבעלים ואת פיצולם באופן הפוגע ביכולתם לשאת ולתת באופן חופשי על מיצוי מלוא זכויותיהם.

הפגיעה מפרה 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 הדיור במרקם העירוני הבנוי. היא מתעלמת ממדיניות ההפרטה של בעלות לחוכרים 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

Richard Harris *A Double Irony: The Originality and Influence of John F.C. Turner* ³³⁷
27 HABITAT INTERNATIONAL 245, 249 (2003).

הצורך בה במקום פלוני. היא שוללת מראש את יכולתם של בעלי המקרקעין לשאת ולתת על הסכמים החורגים מאמת המידה המוכתבת. 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 המחדל 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 כ"מבחן המידתיות במובן הצר". הפגיעה אינה שוויונית, 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 לפגיעה חוקתית חמורה, בלתי רצויה ובלתי מידתית הן בקניין הפרטי והן באינטרס הציבורי ולכן יש לבטלה. יש לבטל את אמת המידה הפוגענית בתקינה השמאית ולבטל או למצער לפרש באופן מצמצם את החקיקה המאמצת אותה. על רשויות התכנון והבניה לזנוח את אמת המידה הפוגענית כאמת מידה תכנונית ועל הרשות להתחדשות עירונית לסייע לבעלים לשאת ולתת על מיצוי מלוא זכויותיהם ולהימנע מן 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 פינני 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.