חוות דעת

פגיעה לא חוקתית, לא מידתית ולא סבירה בקניין הפרטי במתחמי פינוי ובינוי במסגרת התחדשות עירונית

פרופסור חיים זנדברג

"On the one hand we will have, as we commonly do have, supralocal agencies which plan *for* and provide *for people's housing needs,* with the result that the people so planned for and provided for turned into consumers or passive beneficiaries. On the other hand, if housing is treated as a verbal entity, as a means to human ends, as an activity rather as a manufactured and packaged product, decision-making power must, of necessity, remain in the hands of the users themselves. I will go beyond that to suggest that the ideal we should strive for is a model which conceives housing as an activity in which the users – as a matter of economic, social and psychological common sense – are the principal actors".

John F. C. Turner *Housing as a verb* In FREEDOM TO BUILD 148, 153 - 154 (John F. C. Turner & Robert Fichter eds., 1972)

תקציר

- **בעשורים האחרונים זנחה המדינה את מדיניות שמירת הבעלות בקרקע העירונית והעבירה את הבעלות למאות אלפי חוכרים שלה. מהלך זה הצטרף לעיגון החוקתי של הזכות לקניין פרטי.**
- **שני המהלכים נועדו להקנות לכל בעלי הקניין הפרטי את היציבות, החירות והיוזמה לפיתוח קניינם הפרטי במסגרת מדיניות התכנון הארצית, בכלל, ובמסגרת תכנית ארצית להתחדשות עירונית, בפרט.**
- **בניגוד לכך, המערכת הנורמטיבית שעוסקת בהתחדשות עירונית כופה על בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי אמת מידה פוגענית שלפיה תמורת פינוי המקרקעין ונשיאה בתלאות, בסיכונים ובעיכובים הרבים הכרוכים בעסקת פינוי ובינוי, יאלצו לקבל דירה אחת בלבד, השווה בגודלה או גדולה אך במעט מהדירה אותה הם מפנים, בעוד שמי שיזכו בעיקר השווי הכלכלי של זכויות הבעלים במקרקעין יהיו יזמים שאינם בעלי המקרקעין.**
- **זוהי פגיעה חמורה בקניין הפרטי שאין לה כל קשר לבעיה של סחטנות בין בעלי מקרקעין משותפים. היא פוגעת באופן בלתי חוקתי, בלתי מידתי ובלתי סביר בקניינם הפרטי וברצונם החופשי של בעלי המקרקעין במתחמים אלה וכמוה כהפקעה ללא פיצוי.**
- **פגיעה זו יש לבטל הן בשל הציווי החוקתי להגן על הקניין הפרטי, הן בשל כך שאינה תורמת להגשמת מטרות מדיניות הדיור וההתחדשות העירונית הממשלתית אלא מעכבת אותן.**
- **הפגיעה אינה שוויונית, פוגעת בערך של צדק חלוקתי ומנציחה חולשה חברתית וכלכלית של תושבי השכונות המתחדשות.**
- **הפגיעה מנוגדת למדיניות ההפרטה של מקרקעי ישראל שמעבירה את הקניין במקרקעין והיוזמה לפיתוחו מן הממשלה לבעלי הדירות, שהם בעלי הקניין בקרקע ובזכות לפיתוחה.**
- **הפגיעה האמורה היא תוצאה של מערכת נורמטיבית משולבת שנתמכת בחקיקה אך מבוססת בעיקר על חקיקת משנה ועל מדיניות ממשלתית ועל כן כדי להסירה יש להתייחס לכל מרכיביה כמקשה אחת במסגרת עתירה זו.**
- **רק תכנית כוללת להתחדשות עירונית אשר תעמוד ביעדי הציפוף הנדרשים לשם מתן מענה הולם ומפולח כראוי לביקוש לדיור ותאפשר לבעלי המקרקעין בשכונות לממש את מלוא זכויות הקניין שלהם תזניק קדימה את התחדשות הליבה העירונית של מדינת ישראל.**

<u>הפגיעה בקניין</u>

- ברירת המחדל הנורמטיבית המעוגנת בתקן שמאי 21 ובתיקוניו בתקן 21.1 כופה על בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי מוכרזים לקבל כתמורה **דירה אחת בלבד** מוגדלת בפרויקט שייבנה במתחם. **תמורה זו נופלת מן התמורה שמקבלים בעלי מקרקעין בעסקאות קומבינציה שאינן כפופות למערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי.**
- ברירת המחדל הנורמטיבית מותירה את מלוא יתרת הזכויות לפיתוח במתחמים שמוכרזים כמתחמי פינוי ובינוי בידי יזמים שמפיקים מן העסקה רווח העולה על מה שניתן להפיק בשוק תחרותי ללא הפגיעה.
- ברירת מחדל זו (להלן: **ברירת המחדל הפוגענית**) פוגעת ב**זכות הקניין של בעלי המקרקעין לפיתוח נכחי או עתידי של המקרקעין**. זכות זו **נתונה לבעלי הדירות בבית משותף כמו לכל בעל מקרקעין וזאת בנוסף לבעלותם בדירה** ובחלק בלתי מסוים (מנה) ברכוש המשותף.
- אף כי לתקינה השמאית אין מעמד נורמטיבי מחייב, ברירת המחדל הפוגענית **נכפית** על בעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי מוכרזים באמצעות מנגנון כפייה רב זרועות ש**מנצל את חולשותיהם**, לרבות פיצולם, חולשתם החברתית והטיות קוגניטיביות שונות. מנגנון זה, שמעוצב ומעוגן בחקיקה ובתקנות, מאמץ את ברירת המחדל הפוגענית וגורם ל**כבילת בעלי דירות להסכמים עם מארגנים ויזמים** נעדרי תנאי כשירות וחובות אתיות, **המעוצבים לפי ברירת המחדל הפוגענית** תוך פגיעה בזכויות הקניין שלהם ובחופש החוזים.
- **הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית ומערכת התכנון בכל רמותיה, היו אמורים להגן על זכויות הקניין של כל בעלי המקרקעין במתחמים המיועדים להתחדשות עירונית ולאפשר, במסגרת התכנון הכולל של התחדשות עירונית, לממשן בצורה מיטבית ומעצימה. תחת זאת, גופים אלה שותפים פעילים בכפיית נוסחת התמורה הפוגענית** על בעלי המקרקעין. הרשות מיישמת ומטמיעה אותה בכל תחומי פעילותה ובמיוחד **במסגרת תהליך ההכרזה** על מתחמי פינוי ובינוי שהוא תנאי לתחולת ברירת המחדל הפוגענית.
- קביעתה של ברירת המחדל הפוגענית **אינה מבוססת על תכנית מתאר ארצית להתחדשות עירונית** אלא בעיקר על יוזמות ספורדיות של יזמים ורשויות שמתבססות על ברירת המחדל הפוגענית. פעילות הרשויות בהקשר זה היא דוגמה מובהקת ל**ניצול של כוח ההתערבות המנהלי בשוק לטובת קבוצות אינטרסים.**
- במערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי אין ערובות מספקות למניעת הפגיעה, ו**הסיכון של השתת אחריות נזיקית** על בעלי מקרקעין המבקשים להתנער מברירת המחדל הפוגענית או **הסיכון של כבילתם לעסקה בכפייה, כובשים את יכולת ההתנגדות** לברירת המחדל הפוגענית.
- הסמכות הניתנת לרוב לכפות את רצונו על מיעוט נועדה למנוע בעיות של **התנגדות סחטנית** של בעלי דירות, אך **אינה מצריכה ואינה מצדיקה הלכה למעשה כפיית עסקאות שאינן כדאיות כלכלית** בחסות ברירת המחדל הפוגענית. בעוד ש**בעיית הסחטנות היא שולית** בהשפעתה על עיכוב עסקאות פינוי ובינוי **הפגיעה בקניין מכוח ברירת המחדל הפוגענית גורמת לעיכובים בהיקף התחדשות העירונית.**
- ההכרזה על מתחמים להתחדשות עירונית ("מקבץ פינוי ובינוי" כהגדרתו בחוק) מופעלת בצורה סלקטיבית לגבי שכונות שאוכלוסיית חלקן מן החלשות במדינת ישראל. **רק בשכונות אלה** בעלי

המקרקעין נתפסים ברשתה של הגישה הפוגענית שמכתיבה להם תמורה של דירה אחת בלבד, חדשה, דחוקה בגודלה, בתוספת של מ-0 עד 25 מ״ר ובצירוף מרפסת. מנגנון הכבילה של ברירת מחדל זו מושת רק על בעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי מוכרזים בעוד כל יתר בעלי המקרקעין בישראל אינם כפופים לברירת המחדל הפוגענית. לא זו בלבד שהפגיעה החמורה בקניין של בעלי המקרקעין במתחמים אלה **אינה שוויונית, היא מתמקדת רק באוכלוסייה, החלשה בדרך כלל, של מתחמים מוכרזים ומעבירה את קניינה לקבוצת יזמים קטנה וחזקה**. היא **פוגעת בערך של צדק חלוקתי** וסותרת כל רציונל שמצדיק הפקעה – בכלל, ו**הפקעה ללא פיצוי** – בפרט.

- הטמעת ברירת המחדל הפוגענית בתוכניות ההתחדשות העירונית ובכל מנגנוני ביצוען **פוגעת** לא רק בקניינם של בעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי אלא גם **בצרכי הציבור** שהיא אמורה לכאורה לקדם, קרי עידוד ההתחדשות העירונית והגדלת היצע הדיור במרקם העירוני הבנוי. היא מתעלמת ממדיניות ההפרטה של בעלות לחוכרים של מקרקעי ישראל ומשקפת תפיסת עולם ארכאית ש**מעדיפה התערבות ממשלתית כופה לטובת בעלי עניין על פני יוזמה חופשית והתפתחות חברתית** של בעלי המקרקעין.
- נוכח המעורבות העמוקה של הרשויות בהטמעת ברירת המחדל הפוגענית ולאור פגיעתה הן בקניין הפרטי והן בצרכי הציבור, **תפקידו וחובתו של בית המשפט להפעיל בקורת שיפוטית על מנגנון הכפייה** כדי להסיר את הפגיעה הבלתי חוקתית בזכות הקניין של בעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי. ההתערבות השיפוטית במקרה זה היא **הסעד היחיד שיאפשר מניעת פגיעה בצד חלש שכל הרשויות חברו יחדיו כדי לפגוע בזכויות הקניין שלו. אין ראוי ממקרה זה להתערבות שיפוטית להגנת הקניין**.
- **לסיכום, הגישה הפוגענית גורמת לפגיעה חמורה, בלתי רצויה, בלתי סבירה ובלתי מידתית הן בזכות החוקתית לקניין פרטי והן באינטרס הציבורי ולכן יש לבטלה.**

<u>הסעדים הנדרשים לתיקון הפגיעה</u>

- ליבת הגישה הפוגענית טמונה בהוראות תקן שמאי 21, כפי שתקונו מעת לעת, שאף כי אינו בגדר חיקוק, אמת המידה הפוגענית שלו מוטמעת בתקנות ומיושמת כאמת מידה שאין בילתה בתכנון, בחוזים ובכל מהלכי הרשויות העוסקות בקידום עסקאות פינוי ובינוי ובכפייתן על בעלי מקרקעין. היא נותרה בעינה גם בנוסחי התקן העדכניים ביותר. **על כן יש להורות על ביטול תקן 21 ועל הפסקת השימוש בו ובאמת המידה הפוגענית שקבע כאמת מידה לקביעת כדאיות של עסקאות פינוי ובינוי.**
- יש להורות לרשויות התכנון והבנייה, לרשות להתחדשות עירונית ולשמאי פינוי ובינוי הפועלים לפי תקנות פינוי ובינוי **להימנע מן השימוש באמת המידה הפוגענית, שנקבעה בתקן 21 ובתקן 21.1 בנוסחיו המתוקנים, במסגרת הליכי תכנון של מתחמי פינוי ובינוי.**
- יש לקבוע כי בכל מקום בחקיקה, או בחקיקת משנה, **לרבות תקנות פינוי ובינוי,** או במסמכי מדיניות, שבו נזכרת ״התמורה״ לבעלים בעסקת פינוי ובינוי או שנזכרת ״כדאיות העסקה״ יתפרשו מונחים אלה באופן שלפיו **התמורה לבעלי הדירות אינה חייבת להסתכם בשום פנים ואופן בתמורה של דירה אחת בלבד וכי בעלי דירות במתחם פינוי ובינוי רשאים לשאת ולתת**

על קבלת תמורה העולה על דירה אחת, תוך מימוש מלוא זכויות הקניין שלהם בהתאם לדרישות התכנון.

- יש לקבוע כי התנגדות לעסקת פינוי ובינוי **בטענה כי תמורה של דירה אחת בלבד אינה כדאית כלכלית ומקפחת או עקב רצון לשאת ולתת לעסקת אחוזים - אינה יכולה להקים לכשעצמה אחריות נזיקית או אישור כפוי של העסקה לפי ס' 2 לחוק פינוי ובינוי** והיא גם יכולה להוות **עילה לביטול עסקת פינוי ובינוי**. **הטיפול בבעיית הסחטנות ייוחד רק למקרים שבהם ההתנגדות היא באמת סחטנית ו"אסטרטגית" ולא ככלי לכפיית הגישה הפוגענית.**
- נוכח המשקל הקטן שיש לסחטנות כטעם לעיכוב עסקאות פינוי ובינוי **אין הצדקה להקטנת הרוב המיוחס בס' 1 לחוק פינוי ובינוי** בחוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2021 ו -2022), תשפ"ב-2021 **ויש לבטלה.**
- יש להורות לרשות להתחדשות עירונית לפעול לשם **הבהרת** האמור לעיל והגשמתו בכל **פרסומיה והנחיותיה** וכן לעמוד על קיומה של ההבהרה לעיל כאשר היא בוחנת **הכרזת מתחמים** כמתחמי פינוי ובינוי.
- יש להורות לרשות להתחדשות עירונית להימנע מלהכריז על מתחמי פינוי ובינוי בטרם תקבע **תכנית מתאר להתחדשות עירונית כוללת ברמה הארצית**, לחייב את הרשות לתת **בטרם הכרזה** ובמסגרת כל פעולותיה **משקל מכריע לשמירת מלוא זכויות הקניין הפרטי של בעלי המקרקעין** במתחם, להימנע מהטמעת הגישה הפוגענית בשיקולי ההכרזה ולאפשר לבעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי להישמע בטרם הכרזה.
- **יש להחזיר לבעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי את השליטה על פיתוח המתחמים. במקומות שבהם הם מתקשים לעשות זאת בעצמם, טוב תעשינה הרשויות אם תסייענה לבעלי המקרקעין לממש באופן המיטבי את זכויות הקניין שלהם אך תימנענה מפעולות שפוגעות בקניינם ומעבירות אותו ליזמים או לרשויות ללא כל פיצוי.**

תוכן עניינים

פרק	עמוד
מבוא	**9**
פרק א: זכות הקניין בדירה – כוללת את הזכות לפיתוח והזכות לניצול זכויות הבנייה	**11**
הזכות לפיתוח נכחי ועתידי – חלק מהקניין	**11**
עסקאות מרצון בזכות הפיתוח – עסקת קומבינציה ועסקת פינוי ובינוי	**13**
איור א' – זכויות הבנייה של הבעלים בעסקת קומבינציה ובעסקת פינוי ובינוי הגישה הראויה	**14**
פרק ב: הפגיעה בזכות הקניין במסגרת הליכי פינוי בינוי-הגישה הפוגענית	**16**
כללי: המסגרת הנורמטיבית והפגיעה – בתמצית	**16**
גישה פוגענית: דירה אחת במקום חלק יחסי בזכויות הבנייה	**17**
איור ב' – זכויות הבנייה של הבעלים בעסקת פינוי ובינוי גישה ראויה וגישה פוגענית	**19**
העיגון המשפטי של הגישה הפוגענית	**19**
חקיקה ותקנות	**19**
תקן 21	**20**
הצעת תקן 21.1 – 2019	**26**
הצעת תקן 21.1 – 2022	**28**
תקן 21.1 – נוסח יוני 2022	**30**
מדיניות הרשות להתחדשות עירונית	**31**
השפעת מדיניות הרשות להתחדשות על מדיניות רשויות התכנון	**34**
סיכום פרק ב	**38**
פרק ג: הפגיעה בזכות הקניין במסגרת הליכי פינוי בינוי-פגיעה כפויה ולא הסכמה מרצון	**39**
כללי: רשת הכפייה	**39**
בעיית הפעולה המשותפת: התנגדות אסטרטגית כתירוץ לפגיעה בלתי נחוצה בקניין	**39**
חכמים על חלשים: ניצול חולשות הבעלים לכפיית תמורה פוגענית	**42**
כבילה כפויה למארגנים	**44**
כבילה כפויה ליזמים	**47**
האיום המשתק במכירה כפויה או באחריות נזיקית	**48**

הכרזה על מתחם פינוי ובינוי כהפקעה ללא תכנון וללא התחשבות בבעלי המקרקעין	51
הפקעה ללא פיצוי	54
סיכום פרק ג	57
איור ג' - מנגנוני הכפייה של הגישה הפוגענית	58
פרק ד: פגיעה לא חוקתית לא מידתית ולא סבירה בקניין	59
כללי: הגנה חוקתית לזכות הקניין	59
העדר צורך ציבורי	59
העדר צורך ציבורי ספציפי	59
פגיעה שלא לפי תכנון כולל	60
פגיעה ללא מתן הזדמנות מספקת למשא ומתן חופשי	62
זניחת מטרות הרפורמה במקרקעי ישראל -הפרטת הקרקע העירונית	63
פתרון בעיית הפעולה המשותפת אינו מצדיק פגיעה בזכויות קניין	65
פגיעה בצדק חלוקתי	67
פגיעה ללא פיצוי	68
סיכום פרק ד	70
פרק ה: סעדים -כיצד ניתן לבטל את הפגיעה?	71
חובת התערבות לטובת הצד החלש	71
ההתערבות השיפוטית הנדרשת	72
תוצאות ההתערבות השיפוטית	73
נספח: פרופ' חיים זנדברג – רקע מקצועי מקוצר	74

מבוא

1. חוות דעת זאת נעשית בתמיכה לעמדת העותרת בבג"ץ 8958/21 **המכון לרפורמות מבניות בע"מ נ' כנסת ישראל** (להלן: **העתירה**) וזאת לבקשת העותרת ובתגובה לתגובות המשיבות לעתירה. העתירה מכוונת כנגד כנסת ישראל, משרד הבינוי והשיכון, הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית והוועדה לתקינה שמאית במשרד המשפטים. בית המשפט התבקש להורות על ביטול ס' 38(1) לחוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2021 ו -2022), תשפ"ב-2021 וכן לאסור על פרסום טיוטת תקן 21.1 של הועדה לתקינה שמאית במשרד המשפטים שעניינו "פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי - בינוי".
2. בחוות דעת זאת אראה כי המערכת הנורמטיבית שכופה **אמת מידה פוגענית** שלפיה בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי יקבלו בתמורה לפינוי המקרקעין זכות לדירה אחת בלבד פוגעת באופן בלתי חוקתי, בלתי מידתי ובלתי סביר בקניינם הפרטי וברצונם החופשי של בעלי המקרקעין במתחמים אלה וכמוה כהפקעה ללא פיצוי. פגיעה זו יש לבטל הן בשל הציווי החוקתי להגן על הקניין הפרטי, הן בשל כך שאינה תורמת להגשמת מטרות מדיניות הדיור וההתחדשות העירונית הממשלתית אלא מעכבת אותן. הפגיעה אינה שוויונית, פוגעת בערך של צדק חלוקתי ומנציחה חולשה חברתית וכלכלית של תושבי השכונות המתחדשות. היא מנוגדת למדיניות ההפרטה של מקרקעי ישראל שמעבירה את הקניין במקרקעין והיוזמה לפיתוחו מן הממשלה לבעלי הדירות.
3. חוות דעתי מבוססת על ניסיוני כחוקר, מרצה, עורך דין ומשפטן העוסק בתחום דיני המקרקעין ודיני הקניין. תיאור מקוצר של הרקע המקצועי שלי מצורף כ**נספח** לחוות דעתי זו.
4. בחוות הדעת חמישה פרקים. ב**פרק א** אראה כי זכות הקניין בדירה בבית משותף כוללת גם את הזכות לפיתוח נכחי ועתידי של המקרקעין ואת הזכות לניצול זכויות הבנייה בהם. אצביע על האופן שבו עסקת קומבינציה או עסקת פינוי ובינוי המתרחשות בשוק תחרותי ללא כשלי שוק, מובילות לרכישת חלק מהזכויות לפתח את המקרקעין מבעלי המקרקעין על ידי יזם או קבלן וזאת בתמורה לביצוע הפרויקט עבור בעלי המקרקעין.
5. ב**פרק ב** אציג ואנתח גישה פוגענית שהתפתחה בתקינה השמאית בישראל ואומצה במידה מסוימת גם בחקיקה ולפיה בעל דירה במתחם פינוי ובינוי יקבל בתמורה להסכמתו לפינוי הדירה רק דירה אחת מוגדלת בפרויקט שייבנה במתחם, בעוד שמלוא יתרת הזכויות לפיתוח במתחם תיוותר בידי יזמים, גם כאשר היא עולה על השיעור הסביר של רווח יזמי ונופלת מן התמורה שמקבלים בעלי מקרקעין בעסקאות קומבינציה.
6. ב**פרק ג** אראה שהגישה הפוגענית שתוארה בפרק ב נכפית על בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי וכמוה כהפקעת זכויות הקניין שלהם וזאת ללא כל פיצוי. אציג את מנגנון הכפייה שמנצל את חולשותיהם של בעלי הדירות, לרבות פיצולם, חולשתם החברתית והטיות קוגניטיביות שונות. אראה כיצד מנגנון זה גורם לכבילת בעלי דירות להסכמים עם מארגנים ויזמים המעוצבים לפי ברירת המחדל של הגישה הפוגענית ונכפים הלכה למעשה על בעלי הדירות תוך פגיעה בחופש החוזים ובזכויות הקניין שלהם. כל זאת באצטלא של החלטות רוב, ולעתים אף, מיעוט של בעלי הדירות. אראה כי המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי אינה מספקת כל ערובה למניעת הפגיעה.
7. ב**פרק ד** אטען כי הגישה הפוגענית פוגעת פגיעה חמורה, בלתי חוקתית, בלתי מידתית ובלתי סבירה בקניין בעלי הדירות. הפגיעה אינה הכרחית לצורך קידום היעדים הציבוריים שאליהם היא חותרת ואף פוגעת בהם, היא אינה מוצדקת ואינה נצרכת לשם מניעת התנגדות סחטנית של בעלי דירות,

היא אינה שוויונית, מתמקדת רק באוכלוסייה החלשה של מתחמים מוכרזים ומעבירה את קניינה לקבוצת יזמים קטנה וחזקה. לא ניתן להצדיקה באמצעות איזו מן ההצדקות המקובלות לפגיעה בקניין הפרטי או הפקעתו – בכלל, וללא פיצוי – בפרט.

8. **בפרק ה** אצביע על ההכרח בהתערבות שיפוטית להגנת קניינם של בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי, אסכם את הסעדים הנדרשים כדי לבטל את הפגיעה החמורה בקניין הפרטי ואצביע על התוצאה של ביטולם.

פרק א

זכות הקניין בדירה – כוללת את הזכות לפיתוח והזכות לניצול זכויות הבנייה

הזכות לפיתוח נכחי ועתידי – חלק מהקניין

9. מלומדי המשפט נוהגים להמשיל את זכות הקניין לקופסה[1] או לאגד זכויות.[2] בקופסה או באגד הזכויות ישנם תכנים שונים, כגון הזכות להחזיק ולהשתמש, הזכות לפירות הנכס או "הזכות לעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".[3] קופסת הבעלות במקרקעין כוללת, כברירת מחדל, גם את האפשרות לפיתוח נכחי או עתידי שעמה האפשרות להנות מהשבחת המקרקעין ומהרווחים הגלומים בה.[4]

10. פוטנציאל הפיתוח של המקרקעין בהווה ובעתיד מותנה ברגולציה תכנונית. הזכות לפיתוח באה לידי ביטוי בישראל, בין היתר, במושגים "זכויות בנייה" או "אחוזי בנייה" אשר מבטאים את המכסה המותרת לבניה נוספת במקרקעין. מערך התכנון בישראל אמנם אינו מעניק זכויות כאלה לכל בעל מקרקעין וגם אין לבעלי מקרקעין זכות קנויה לקבלן, אך ככל שהוא מעניקן, הרי הזכות לנצל את זכויות הבנייה, כמובן בכפוף למגבלות הדין, מבטאת באופן מעשי מרכיב חשוב בקופסת הבעלות, שכמובן גם משפיע על ערכה.[5] הזכות לנצל את זכויות הבנייה שייכת לבעל המקרקעין אף כי זכויות הבנייה עצמן אינן תמיד עבירות בנפרד ובמנותק מן הקניין בקרקע.[6]

11. המשפט הישראלי מכיר בקניינו של בעל מקרקעין בזכות לפיתוח בשלל מקרים. ראשית, כאשר יש השבחה תכנונית של הנכס הוא מטיל על בעליו היטל השבחה[7] וכאשר הוא פוגע באפשרויות הפיתוח הוא מפצה על הפגיעה.[8] שנית, ההתחשבות בזכויות בנייה וזכויות אחרות שמשפיעות על פיתוח המקרקעין וערכם משתקפת בדרך שגרה בשומת שווי מקרקעין לצרכים שונים,[9] לרבות במקרקעין בנויים שהשימוש המיטבי בהם הוא הריסתם[10] או בתוכניות איחוד וחלוקה.[11] חוכרים של מקרקעי

---

[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] הגדרת "בעלות" בס' 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 ימלל גבורות מקרקעי ישראל – בחינה של הצדקות להמשך הבעלות הלאומית על המקרקעין" **עיוני משפט** כא 535, 538 (1998) (מתארת שיטות ש"מלאימות" את ערך הפיתוח); Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Givings*, 111 YALE L.J. 547, 613 - 612 (2001) (מתארים את הכללתן שלהרעפות (givings) בזכות הקניין כנקודת מוצא מקובלת אך לא הכרחית).

[5] ויסמן **בעלות**, לעיל הע' 1, בעמ' 414 – 416; תיאודור אורין "אחוזי בניה" - זכות קניינית? **הפרקליט** לב 525, 540 (1979)(מדקדק כי "הזכות לבניה היא זכות קניינית בעלת ערך... אך אין בקביעת שיעור השטח המותר לבניה באחוזים ('אחוזי בניה') כדי לשנות מהבעלות על זכות הבניה אף כי היא משפיעה על ערכה").

[6] ע"א 36/11 **חברת דואר ישראל בע"מ נ' חפציבה שיכון ופיתוח בע"מ**, פס' 36 – 41 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו, 3.9.2015) (מגדירה "זכויות הבנייה – זכות ה"שייכת" לקרקע" ומשום כך שוללת עבירות ללא העברת הזכויות בקרקע); ע"א 467/14 **שטינברג נ' חברת לילינבלום 13 בע"מ**, פס' 17 – 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו, 9.9.2015); דפנה לוינסון-זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיצוי הראויים ו"זכויות בנייה עבירות" (TDR)", **משפטים** לא 11, 90 – 91 (תש"ס) (תומכת בהעברת זכויות בנייה כפיצוי בגין פגיעות שימור).

[7] 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.

[8] ס' 197 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה – 1965, **ס"ח** 307.

[9] מועצת שמאי מקרקעין הועדה לתקינה שמאית **תקן 1.0 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין לסוגיהן** (נובמבר 2006), https://www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/approved_standards/he/1.pdf (ס' 4 מונה בין "הנושאים המדווחים בשומות המקרקעין לסוגיהן" גם את "המצב התכנוני"); מועצת שמאי מקרקעין הועדה לתקינה שמאית תקן 6.0 בדבר הוראות לעריכת "המצב התכנוני" בשומות מקרקעין (ספטמבר 2009), https://www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/approved_standards/he/6.pdf (ס' 3 קובע כי בסעיף "המצב התכנוני" יפורטו זכויות בנייה וזכויות תכנוניות אחרות ככל שיש להן השפעה של שווי הנכס).

[10] מועצת שמאי מקרקעין הועדה לתקינה שמאית **תקן 3.0 בדבר יישום גישת השומה בשומת מקרקעין לנכסים לא בנויים** (ספטמבר 2007) (להלן: **תקן 3.0**), https://www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/approved_standards/he/3.pdf (ס' 6 קבע כי "בשומת נכס בנוי שהשימוש המיטבי בו הוא הריסתו יישום הנכס כקרקע ריקה").

[11] מועצת שמאי מקרקעין הועדה לתקינה שמאית **תקן 15.0 בדבר פירוט מזערי נדרש בטבלת הקצאה ואיזון הנערכת לתוכנית איחוד וחלוקה** (אפריל 2008),

ישראל המקבלים זכויות קרובות לבעלות משלמים דמי חכירה מהוונים גם עבור "כל הזכויות הקיימות והעתידיות, הניתנות למימוש בתוכנית קיימת ועתידית".[12]

12. בשורה של מקרים נקבע כי הזכות לנצל את זכויות הבנייה או להנות מהן ומהשפעתן על ערך הנכס נתונה בישראל הן לבעלים של מקרקעין[13] הן לחוכר לדורות של חלק מסוים במקרקעין.[14] זכות הקניין של בעל דירה בבית משותף כוללת, בנוסף לבעלותו בדירה[15] ובחלק בלתי מסוים (מנה) ברכוש המשותף,[16] גם בעלות בלתי מסוימת בזכויות הבנייה המוקנות לבעלי הקרקע, שהן נכס משותף של כל בעלי הדירות.[17] נכס זה ניתן להצמדה לדירה פלונית[18] ולהעברה מדירה לדירה.[19] הוא נותר בבעלות בעלי הדירות לפי חלקם ברכוש המשותף גם לאחר ביטול רישומו כבית משותף.[20] כפי שכתבה השופטת ברק-ארז "כל אחד מבעלי היחידות בבית המשותף הוא בעל זכות קניין עצמאית. שוויה של כל זכות אינו מושפע רק משטחה, אלא גם ממאפייניה האחרים, כפי שדברים אמורים בכל זכות במקרקעין".[21]

13. ערכם של מקרקעין מושפע מתוכן קופסת הבעלות. הזכות לפיתוח משפיעה על הערך (value) של קופסת הבעלות. כך, למשל, הגדלת מכסת זכויות הבנייה במקרקעין מעתירה על המקרקעין ערך נוסף (shifting value)[22] או "רווח יזמי" וגורמת להשבחתם.[23] הקטנת המכסה עשויה לגרום לפגיעה בשווי המקרקעין.[24] בהעדר זכויות פיתוח יהיה השווי נמוך יותר וישקף לכל היותר את הציפיות הכלליות בנוגע לאפשרות להוסיף ולבנות (floating value).[25] מימוש ערך הפיתוח הנכחי והעתידי

---

https://www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/approved_standards/he/15.pdf (ס' 3, 4.2, 5.6 ו 5.7 ממחישים כי זכויות הבנייה והמצב התכנוני נלקחים בחישוב השווי של זכו הבעלים הן במצב יוצא והן במצב נכנס).

[12] ס' 4.1.2 (קרקע עירונית למגורים ותעסוקה) ו – 8.3.48 (פיצול חלקת מגורים בנחלה), **קובץ החלטות מועצת מקרקעי ישראל** (מעודכן ל 1.2.2022), https://apps.land.gov.il/CouncilDecisions/#/main.

[13] פרשת **שטיינברג**, לעיל הע' 6, בפס' 19 ("זכויות הבנייה נגזרות, בעיקרו של דבר, מזכות הבעלות בנכס. לפיכך, ברגיל, חלוקת הבעלות בנכס משפיעה אף על הבעלות בזכויות הבנייה הקיימות בו").

[14] 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); ת"א (מחוזי-ים) 2159-08 **קופרשטוק נ' חברת שומרי אמונים בע"מ** פס' 21 לפסק דינו של השופט ונוגרד (נבו, 28.11.2012).

[15] ס' 54 לחוק המקרקעין.

[16] ס' 55(א) לחוק המקרקעין.

[17] ויסמן, **בעלות**, לעיל הע' 1, בעמ' 415; מיגל דויטש **קניין** 665 (כרך א', 1997)(להלן: דויטש **קניין**); ע"א 136/63 **לווינהיים נ' וורצמן**, פ"ד יז 1722, 1726 (1963); ע"א 19/81 **ביבי נ' הורברט**, פ"ד לז (2) 497, 501 (1983); ע"א 432/83 **מזרחי נ' חביב**, פ"ד מ (4) 673, 680 (1986); ע"א 7156/96 **שואעי נ' בכרך**, פ"ד נג (1) 469, 476 (1999); ע"א 7260/12 **עמליה פרנק כהן נכסים והשקעות בע"מ נ' חברת "וזוב נכסים בע"מ"**, בפס' 41 לפסק דינה של השופטת נאור (20.11.2016).

[18] ס' 55(ג) ו-62(א) לחוק המקרקעין.

[19] ס' 62א לחוק המקרקעין.

[20] ס' 147 לחוק המקרקעין (ניתן צו ביטול, יבטל הרשם את רישום הבית בפנקס ויחדש את רישומו בפנקסי המקרקעין בתור נכס שהוא בבעלותם המשותפת...).

[21] רע"א 6898/16 **עזבון המנוח שלמה אהרוני ז"ל נ' עופר מרכזים בע"מ**, פס' 51 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו, 28.12.2017)(להלן: פרשת **מרכזים**).

[22] דפנה לוינסון-זמיר **פגיעות במקרקעין על ידי רשויות התכנון** 115 (1994)(להלן: לוינסון-זמיר **פגיעות**)(הענקת זכויות בנייה "מעבירה ערך ממקום למקום (shifting value)").

[23] **להבי וליכט**, לעיל הע' 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 עלֿגביה, בהתחשב בתוחלת הסיכונים והסיכויים הכרוכים בפיתוחה של הקרקע הלכה למעשה....זאת, להבדיל מהרכיב השני של הרווח הצפוי מהפרויקט, דהיינו "הרווח הקבלני", שהוא הרווח המשתלם לקבלנים העוסקים בביצוע עבודות במסגרת בינוי המתחם בפועל").

[24] לוינסון-זמיר **פגיעות**, לעיל הע' 22, בעמ' 278.

[25] שם, בעמ' 115; ע"א 483/86**בירנבך נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 228, 233 (1988)("אינפורמציה תכנונית רלוואנטית מצויה גם בתכניות צפויות, המיועדות לחול על המקרקעין. המדובר בסיכוי להרחבת אפשרויות הניצול של המקרקעין, למשל, על דרך של שינוי ייעוד או הגדלת אחוזי בנייה, ובלבד שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא ודאי, או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין"); בר"מ 10212/16 **דליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה**, פס' 105 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז ופס' 10 -17 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (1.4.2020)(הפוטנציאל התכנוני יכול לשקף במחיר השוק גם ציפיות ספקולטיביות לעליית ערך עתידית).

מותנה לעתים קרובות בעלויות שונות ובהן הוצאות ומיסים. בדרך כלל יש בו גם ממד של סיכון וחוסר וודאות. כל אלה עשויים להשפיע על שווי המקרקעין.[26]

14. כאשר בעלים של מקרקעין שוקל אם לפתח נכס הוא לוקח בחשבון את עלויות הפיתוח והסיכונים הכרוכים בכך. הבעלים עשוי להעדיף לפתח את הנכס תוך שמירת הקיים או להרוס את הקיים ולפתח מחדש. כך, למשל, כאשר בנוי על המקרקעין בניין חדש, סביר להניח כי פיתוחו הנוסף יתבצע בדרך של שיפורים או תוספות למצב הקיים. לעומת זאת, כאשר הבנוי ישן ומט ליפול או שמקרקעין אינם בנויים כלל – הפיתוח הנוסף לא יצריך שמירה על הקיים. יכול שבעלים יישא בעלויות ובסיכונים בעצמו ויכול שישתף בהם אחרים. כל עוד הקניין בקופסת הבעלות נותר בידי בעליה, הזכות הבלעדית בידיו להחליט באיזה נתיב ילך ועד כמה ינצל כל אחד מרכיבי הבעלות. גם הציבור עשוי להשתתף הן בהנאה מן ההשבחה (למשל במסגרת היטל השבחה) והן בעלות של הפגיעה (על ידי תשלום פיצויים).

עסקאות מרצון בזכות הפיתוח – עסקת קומבינציה ועסקת פינוי ובינוי

15. דוגמה מובהקת למקרה בו בעלים מחליט לחלוק עם אחרים את הזכות לפיתוח היא עסקת קומבינציה. בעסקה זו חולקים בעלי המקרקעין את אפשרויות הפיתוח הנוסף עם קבלן ועם רוכשי דירות. הקבלן נדרש לממש את אפשריות הפיתוח הנוסף במלואן ובתמורה מקבל מהן, לעצמו או לרוכשיו, נתח המכסה את הוצאות מימוש הפיתוח במלואן וכן רווח קבלני.[27] **שיעור הקומבינציה**, קרי שיעור התמורה שניתנת לבעלי הדירות, אינו שרירותי והוא מתחשב בתקבולים הצפויים ובעלויות.[28] הוא משקף את היחס בין שווי הקרקע, שהוא המרכיב שתורמים לעסקה בעלי המקרקעין לסה"כ ההשקעה של הצדדים בעסקה, הכוללת את שווי המקרקעין בצירוף עלות בניה.[29]

16. שיעור הקומבינציה תלוי ברמת המחירים הכללית שבסביבת המגרש, כך שבשנים 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%".[30] לפי שומת אחוזי קומבינציה ממוצעים שצורפה לעתירה, אחוזי הקומבינציה הממוצעים הם בתל אביב – 62.5%, בירושלים וברמת גן - 52%, בהרצליה 46%, בחיפה – 44%, ברחובות – 38%, באשדוד ובחדרה – 33% ובקריות – 30%.[31]

17. 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 של מקרקעין בהיקף נרחב מבקשים להרוס מספר בניינים, אולי שכונה שלמה, ולנצל את אפשרויות הפיתוח הנוספות המוקנות לבעלי המקרקעין. 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

---

[26] הגדרת "רווח יזמי" אצל **להבי וליכט**, לעיל הע' 4; **תקן 3.0**, לעיל הע' 10 (ס' 5.2 "שימוש בגישת העלות" וס' 7 לדברי הסבר מדגימים שילוב ההוצאות, המיסים והסיכון בהערכת שווי).

[27] ע"א 205/83 **חובני נ' דיקלה חברה לבנין והשקעות בע"מ**, פ"ד מא(3) 96, 99 (1987)(דוגמא אחת מיני רבות. יחס הקומבינציה 12:4 מתוך 16).

[28] 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).

[29] שלמה מרקוביץ' "**עקרונות ומרכיבים בגיבוש אחוזי תמורה בעסקת אחוזים ברחבי הארץ**" 3 (18.11.2021), חוות דעת שצורפה כנספח 20 לעתירה (להלן: **חו"ד מרקוביץ'**).

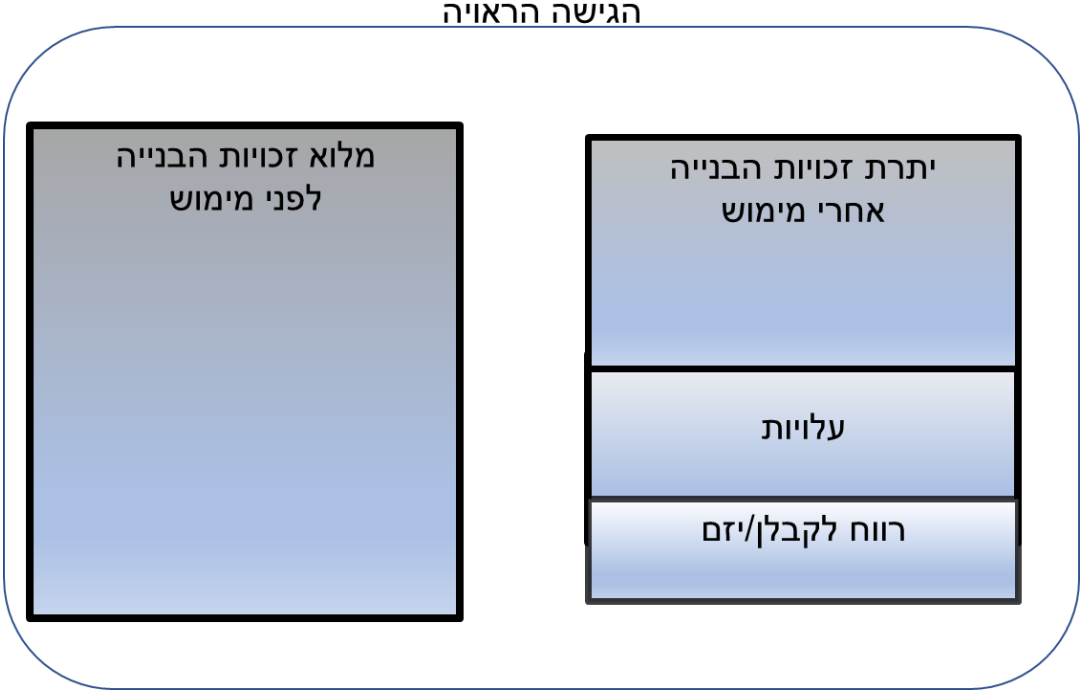
[30] שומה מכרעת 21-756-653 **שפירא נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת השרון**, בעמ' 18 לשומה המכרעת של השמאי אייל יצחקי (נבו, 26.8.2021).

[31] **חוו"ד מרקוביץ'**, לעיל הע' 29, בעמ' 3 - 4.

חלק (או כל) מהזכויות החדשות שלהם בתמורה לשירותים של היזם".[32] מבחינת סוג הזכויות המנוצלות, זהות בעליהן ומטרתה העיקרית של העסקה ההבדל היחיד בין שני סוגי העסקאות הוא בהיקף.

18. כדי לממש את מלוא פוטנציאל זכויות הבנייה במקרקעין יהיה על הבעלים, בעסקת פינוי בינוי רצונית כמו גם בעסקת קומבינציה, לשאת בעלויות ובסיכונים שכרוכים במימוש כזה. ככל שבעלי המקרקעין יחפצו למסור את המימוש לאדם אחר יהיה עליהם למכור לו בתמורה נתח מזכויות הבנייה הקיימות או העתידיות שיוקנו למקרקעין. נתח זה ישקף את מכלול העלויות והסיכונים שייטול על עצמו אותו גורם זר וכן רווח שיבקש להפיק מהעסקה. כל אחד ממרכיבים אלה יכול להשתנות בהתאם לשווי הקרקע וכן בהתאם להיבטים מיוחדים המייקרים או מוזילים את העלויות או את הרווח או מגלמים בהם את סיכוני הקבלן או היזם. בעסקת פינוי ובינוי העלויות והסיכונים עשויים להיות גדולים יותר מעסקה בקרקע שאינה בנויה בשל טעמים שונים שבראשם הצורך לפנות את הבעלים ולספק להם סידור חלוף לתקופת העסקה. בכל אחת מהעסקאות יתרת זכויות הבנייה שתיוותר בידי הבעלים אמורה להיות תוצאת הפחתת העלויות והרווח לקבלן/יזם מן התמורות שצפויות להתקבל ממלוא זכויות הבנייה של הבעלים (ראו **איור א**).

איור א' – זכויות הבנייה של הבעלים
בעסקת קומבינציה ובעסקת פינוי ובינוי
הגישה הראויה



19. אם כך, במצב שבו אין פגיעה בזכות הקניין של הבעלים שמורה לו הזכות המלאה להנות מהזכות לפיתוח או מגילומה המעשי – הזכות לניצול זכויות הבנייה הקיימות והעתידיות. הדבר נכון בכל

[32] עמ"נ (מחוזי-ת"א) 52383-10-20 **ועדה מקומית לתכנון תל אביב נ' אשדר חברה לבניה בע"מ**, פס' 48 לפסק דינה של השופטת סרוסי (נבו, 26.8.2021) (להלן: פרשת **אשדר**).

סוג של מקרקעין ולגבי כל סוג של בעלות – משותפת או יחידנית, בחלקה אחת או במקבץ של חלקות. כאשר בעלים של מקרקעין מכל סוג שהוא מבקשים להרוס בניין אחד או קבוצה של בניינים ולבנות מחדש בניין אחד או קבוצה של בניינים, הרי הם מנצלים בכך את זכותם הקניינית לפתח את המקרקעין ולנצל את זכויות הבנייה. מן הסתם לא יעשו כן אלא אם התועלת שבהריסה ובבנייה מחדש עולה על התועלת שבשימור המצב הקיים וכן על העלויות הכרוכות בשינוי המצב.

20. בעלי המקרקעין יכולים למסור לאחרים את פעולת מימוש הזכויות, קרי ההריסה והבנייה מחדש, אך מן הסתם לא יעשו כן אם לא יותירו בידם יתרה עודפת של זכויות. כדאיותו של השינוי עולה ככל שהיתרה הנותרת לבעלים גדלה, ויורדת או מתאפסת, ככל שהיא קטנה או נעדרת.

21. **במשא ומתן בין בעלי מקרקעין ויזמים/קבלנים בעלי עמדת מיקוח שוות כוח, בעלי המקרקעין לא יקנו ליזמים/קבלנים נתח העולה על עלויות העסקה ורווח סביר שניתן לגבותו בשוק תחרותי. הזכות להנות מהיתרה שתיוותר אחר הפחתת העלויות והרווח הריאלי לקבלן/יזם היא זכות קניינית של בעלי הזכויות במקרקעין. כל פגיעה כפויה בה היא למעשה פגיעה בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין.**

פרק ב

הפגיעה בזכות הקניין במסגרת הליכי פינוי בינוי-הגישה הפוגענית

כללי: המסגרת הנורמטיבית והפגיעה - בתמצית

22. בפרק זה אראה כי המחוקק הישראלי והממשלה פוגעים בזכות הקניין של בעלי מקרקעין במיזמים לפינוי ובינוי שעליהם חלים חוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), תשס"ו-2006 (להלן "**חוק פינוי ובינוי**"),[33] חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, תשע"ו-2016 (להלן: "**חוק הרשות להתחדשות**"),[34] חוק התחדשות עירונית (הסכמים לארגון עסקאות), תשע"ז-2017 (להלן: "**חוק המארגנים**")[35] ותקן מועצת השמאים מס' 21 בדבר "פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי – בינוי" (להלן: "**תקן 21**").[36] פגיעה זו התעצמה בתיקונים לחקיקה שנזכרה אשר התקבלו בחוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2021 ו -2022), תשפ"ב-2021 (להלן: "**תיקון 2021**")[37] היא תוכננה להתמסד ולהתגבר בהצעת תקן מס' 21.1 שהוצעה לתיקון תקן 21 הנזכר לעיל בנובמבר 2019 (להלן: "**הצעת תקן 21.1 – 2019**").[38] במהלך שנת 2022 פורסמה להערות הציבור טיוטה נוספת של תקן 21.1 שמשתלבת אף היא בגישה הפוגענית (להלן: "**הצעת תקן 21.1 –2022**")[39] וממש בטרם חתימתה של חוות דעתי זאת עוגנה שוב בנוסח מתוקן של תקן 21.1 (להלן: "**תקן 21.1- נוסח יוני 2022**").[40] כמו כן נוספו למארג זה גם תקנות פינוי ובינוי (פיצויים) (מינוי שמאי פינוי ובינוי וסדרי דין בבקשות שיוגשו לשמאי פינוי ובינוי), תשע"ב-2012 (להלן: "**תקנות מינוי שמאי**")[41] ולאחרונה גם תקנות פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי)(כינוס בעלי הדירות ומסמך עיקרי הצעה), התשפ"ב-2022 (להלן: "**תקנות פינוי ובינוי**").[42] להלן אכנה את החיקוקים והתקנים שהוזכרו בכינוי הכללי "**המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי**".

---

[33] **ס"ח** 171.

[34] **ס"ח** 1234.

[35] **ס"ח** 616.

[36] מועצת שמאי מקרקעין הועדה לתקינה שמאית **תקן 21.0 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתכנית פינוי - בינוי** (דצמבר 2012), https://www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/approved_standards/he/21.pdf.

[37] **ס"ח** 80.

[38] מועצת שמאי מקרקעין הוועדה לתקינה שמאית **תקן 21.1 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתכנית 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_tiotat_teken_21.pdf.

[39] מועצת שמאי מקרקעין הועדה לתקינה שמאית **טיוטת תקן מספר 21.1 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתכנית 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%9A-%D7%91%D7%93%D7%99%D7%A7%D7%94-%D7%A9%D7%9E?language=iw.

[40] מועצת שמאי מקרקעין הוועדה לתקינה שמאית **תקן 21.1 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתכנית פינוי - בינוי** (1.6.2022) (להלן: **תקן 21.1 – נוסח יוני 2022**), אתר משרד המשפטים (פורסם ב - 13.6.2022), https://www.gov.il/he/departments/news/tikon_teken_21_1.

[41] **ק"ת** 1146.

[42] **ק"ת** 2026.

23. הפגיעה בקניין בעלי המקרקעין הנגרמת כתוצאה מהמסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי באה לידי ביטוי בכמה נדבכים ש**בראשם** הנהגת מדיניות שמפקיעה מבעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי שהוכרזו על ידי הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית (להן: "**מתחמי פינוי ובינוי**") נתח מרכזי מהזכות להוסיף ולפתח את המקרקעין. על פי מדיניות זו הסכמים בין בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי, שהם כאמור גם בעלי המקרקעין, לבין יזמים שמתחייבים למשש תכנית לפינוי ובינוי של המקרקעין, יקנו לבעלי הדירות במתחמים שכפופים למערכת נורמטיבית זאת זכות לקבל רק דירה אחת מוגדלת בבניין או בבניינים החדשים שייבנו. מדיניות זו מעבירה הלכה למעשה את כל יתרת זכויות הבנייה הנוספות במתחם ליזמים, גם כאשר תוצאה זו אינה נובעת מן העלויות הנדרשות לשם מימוש הפרויקט או לשם הבטחת רווח יזמי/קבלני מקובל בשוק תחרותי. גישה זו מאומצת על ידי הרשות להתחדשות עירונית ועל ידי רשויות התכנון והבנייה אשר, בהעדר תכנית מתאר ארצית להתחדשות עירונית, משתתפות באופן פעיל בהטמעתה תוך פגיעה הן בקניין הפרטי הן באינטרס הציבורי. **בפרק זה** אציג מדיניות זו ואראה כיצד היא פוגעת הן בקניינם של בעלי הדירות במתחם פינוי ובינוי הכפוף למסגרת הנורמטיבית שהוצגה לעיל והן באינטרס הציבורי.
24. הנדבך השני שמוביל לפגיעה האמורה בקניינם של בעלי דירות במתחם פינוי ובינוי הוא שהתמורה המופחתת נכפית על בעלי הדירות, שהם צד שעמדת המיקוח שלו היא חלשה, באמצעות שורה של כלים שמעוצבים במסגרת הנורמטיבית וכובלים את בעלי הדירות מבלי להותיר להם יכולת ממשית להתנות עליה. כפייה זו אינה אלא הפקעה או פגיעה חמורה בזכות הקניין של בעלי הדירות במתחם פינוי ובינוי והיא נעשית ללא כל פיצוי הולם. בהיבט זה יעסוק **פרק ג** לחוות דעתי.
25. הנדבך השלישי לפגיעה, שבו אעסוק ב**פרק ד**, טמון בכך שלפגיעה האמורה אין כל הצדקה מהותית: אין כל צורך ציבורי המצדיק אותה והיא אף פוגעת בשורה של צרכי ציבור לרבות בצורך בהתחדשות עירונית, היא אינה נחוצה כדי לפתור את בעיית התיאום והפעולה המשותפת של בעלי הדירות ואף מחריפה אותה, היא פוגעת בעקרון הצדק החלוקתי ואינה נתמכת באיזו מן ההצדקות להפקעה ופגיעה במקרקעין ללא פיצוי. בשל כל אלה המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי מובילה לפגיעה בלתי מידתית ובלתי סבירה בהגנה החוקתית לקניין ועל כן יש לבטל את המרכיבים הפוגעניים בה.

גישה פוגענית: דירה אחת במקום חלק יחסי בזכויות הבנייה

26. "עסקת פינוי ובינוי" הוגדרה בנוסח המקורי של חוק פינוי ובינוי כ"חוזה בין יזם לבין בעל דירה בבית משותף, אשר על פיו מתחייב בעל הדירה בבית המשותף למכור את זכויותיו בו, כולן או מקצתן, לצורך הריסת הבית המשותף והקמת בית משותף חדש..." (הדגשה שלי – ח.ז.).[43] הגדרה זו, ובמיוחד הסמכת המילה "בו" לבית המשותף ולא לדירה בלבד, מובילה לכאורה למסקנה, המתבקשת גם מניתוחי בפרק א לעיל, 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 אמורה להתיישב עם הניתוח לעיל לפיו עיצוב ההסכם בין בעלי הדירות לבין יזמים יוביל לכך שלאחר הפחתת העלויות והרווח המגיע ליזמים תיוותר בידי בעלי הדירות יתרת התמורה בגין מימוש זכויות הבנייה.
27. לא כך פני הדברים. יישום החקיקה מראשיתה, תיקוניה עם השנים ובעיקר התקינה השמאית שעוסקת בפינוי ובינוי הובילו לכך שבעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי נכפים להסתפק בתמורה של

[43] ס' 1. בנוסח המקורי דובר בלשון רבים על "חוזים" ועל כך ש"מתחייבים בעלי הדירות בבניין למכור את זכויותיהם בו".

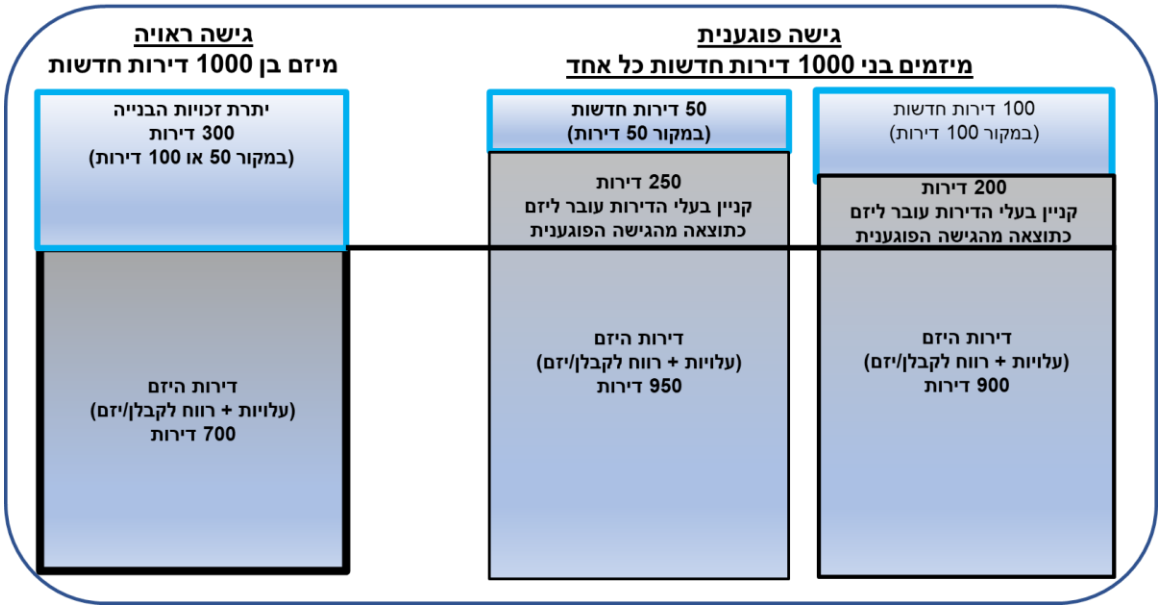
דירה חדשה <u>אחת</u> המקבילה בשטחה לדירתה הקודמת אך נוספת לה תוספת קבועה ואחידה, וזאת ללא קשר להיקף זכויות הבנייה שהוקנו או שניתן להקנות לבעלי המקרקעין במסגרת תוכניות מתאר לפינוי המתחם ובינויו. כך למעשה נכפית על בעלי המקרקעין בפרויקט פינוי ובינוי העברת כל יתרת הזכויות הניתנות לניצול בפרויקט ליזמים, גם אם שווין של אלה עולה על הנדרש לצורך כיסוי עלויות הבנייה ורווח סביר ונכבד ליזם. בטרם אצביע על המקורות הנורמטיביים והמעשיים שמובילים לתוצאה זו ברצוני להדגימה בדוגמה מספרית.

28. הבה נניח שני מתחמים דמיוניים של פינוי ובינוי שבכל אחד מהם מתאפשרת בנייה של 1000 דירות חדשות (המספר - לצורך נוחות החישוב בלבד). אחד מהם ממוקם במקרקעין שיש בהם 50 דירות מקוריות והשני על מקרקעין שיש בהם 100 דירות מקוריות (נניח שגודל הדירות שווה). עלויות הבנייה בשני הפרויקטים זהות וכן שיעור הרווח הסביר ליזם. ההבדל בעלויות הפינוי וההריסה – קטן ולצורך הדוגמה אתעלם ממנו. נניח כי מכירת 70% מהדירות מכסה את כל העלויות והרווח הקבלני הסביר. זו הנחה שתואמת שיעור קומבינציה נמוך מאוד ביחס למקובל באזור המרכז.[44] בהנחה שבעלי הדירות היו נושאים ונותנים כאיש אחד וללא מורא עם יזם המבקש להתקשר עמם בעסקת פינוי ובינוי בנתונים כאלה, 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 מזכות הקניין שלהם בזכויות הבנייה ובזכות לפיתוח המקרקעין. זו היא **הגישה הראויה** לזכות הקניין של בעלי הדירות.

29. המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי מובילה, הלכה למעשה, לתוצאה שונה שלפיה יקבל כל בעל דירה בשני המתחמים דירה אחת משופרת. כתוצאה מכך היזם יזכה במקרה הראשון, בנוסף לדירות ששווין אמור לכסות את העלויות ואת הרווח הסביר של היזם, לתוספת של כ-250 דירות (סה"כ 950) ובמקרה השני לתוספת של כ-200 דירות (סה"כ 900). בעלי הדירות יוותרו עם דירה אחת בלבד מוגדלת במעט. המנגנון שאותו מקדמת המסגרת הנורמטיבית תוך כפייתו על בעלי הדירות הוא אם כך מנגנון שפוגע פגיעה חמורה בזכות הקניין של בעלי הדירות בשני המתחמים ומעביר את הקניין של בעלי הדירות בנתח משמעותי של זכויות הבנייה והזכות לפיתוח - ליזמים. זו היא גישה פוגענית כלפי זכות הקניין של בעלי הדירות (להלן: **הגישה הפוגענית**). ההבדלים בין הגישה הראויה לגישה הפוגענית מוצגים להלן **באיור ב**.

[44] ראו לעיל פסקה 15 וטקסט.

איור ב' – זכויות הבנייה של הבעלים בעסקת פינוי ובינוי
גישה ראויה וגישה פוגענית



העיגון המשפטי של הגישה הפוגענית

<u>חקיקה ותקנות</u>

30. הגישה הפוגענית שלפיה כל בעל דירה במתחם פינוי ובינוי יקבל דירה אחת מוגדלת ולא תמורה המשקפת חלק יחסי מזכויות הבנייה לא באה לידי ביטוי בנוסחו המקורי של חוק פינוי ובינוי. גישה פוגענית זו היא תוצאה של יישומו של החוק ושל תהליך הדרגתי שהתרחש לאחר חקיקתו. התיקונים שבוצעו במסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי בשנת 2021 וכן התיקונים לתקן 21.1 נועדו לעגן ולחזק את המנגנון הכופה אותה.

31. הגישה הפוגענית באה לידי ביטוי חקוק בולט בחוק הרשות להתחדשות אשר הגדיר רק בשנת 2017 "מיזם בינוי-פינוי-בינוי" כ"מיזם שבמסגרתו בעלי דירות מקבלים זכויות **<u>בדירה</u>** בבניין אחר בתמורה להעברת זכויותיהם בדירתם ופינויה עם המעבר ל**<u>דירה</u>** בבניין האחר" (הדגשות שלי – ח.ז.). כלומר התפיסה המשתקפת מחוק זה היא תפיסה שגויה שלפיה לבעלי דירות בבניין יש רק זכות בדירה וכי עסקת פינוי ובינוי היא עסקה שבה ממירים בעלי הזכויות שטח דירה אחת שברשותם בדירה אחת חדשה מוגדלת שתיבנה במיזם החדש. תפיסה זו מתעלמת מכך שזכות הקניין של בעלי הדירות במיזם כוללת לא רק דירה אלא גם מנה ברכוש המשותף ובזכויות הבנייה השייכות לבעלי המקרקעין.

32. הגישה הפוגענית באה לידי ביטוי גם בס' 17 לחוק הרשות להתחדשות שמקנה הטבות בארנונה למקבלי "דירת תמורה אחת" במיזם להתחדשות עירונית ואף מגדיר את המונח "דירת תמורה" כ"**<u>דירת מגורים</u>** בבית משותף מחודש שניתנה למחזיק שהוא בעל הזכויות בדירת מגורים בבית משותף שנהרס במסגרת מיזם להתחדשות עירונית, **<u>בתמורה לדירה הקודמת</u>** שבה התגורר ערב הריסת הבית המשותף..." (הדגשות שלי – ח.ז.).

33. חוק פינוי ובינוי אמנם לא קבע במקור כי מדובר במכירה של דירה בלבד ועודו מכיר, במסגרת הרישא של הגדרת עסקת פינוי ובינוי שנדונה לעיל בזכויות בעלי הדירות בבית ולא רק בדירה.[45] עם זאת תיקונים מאוחרים לו חשפו בהדרגה את התפיסה שבאה לידי ביטוי גם בחוק הרשות להתחדשות. כך, בשנת 2017 תוקנה הגדרת עסקת פינוי ובינוי בחוק פינוי ובינוי כך שנקבע כי חוזה בעסקה כזו יכלול בין היתר גם התייחסות ל"מועדים המרביים לאישור תכנית מפורטת, לקבלת היתר בנייה ולמסירת **<u>הדירה החדשה</u>** לבעל הדירה בהתאם לחוזה" (הדגשה שלי – ח.ז.).[46] בשנת 2018 נוספה לסעיף ההגדרות בחוק פינוי ובינוי הגדרת "דירת תמורה" שמפנה להגדרת המונח בס' 17 לחוק הרשות להתחדשות.[47] 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- "**<u>דירת התמורה</u>**".[48]

34. הגישה הפוגענית אומצה גם בחקיקת משנה. תקנה 19 לתקנות מינוי שמאי קובעת כי "סבר בעל **<u>דירה</u>** כי שווי **<u>דירתו</u>** 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.

35. ממש לאחרונה נקבע גם בתקנות פינוי ובינוי כי עקרונות התמורה שנדרש יזם לפרט במסמך עיקרי ההצעה שעליו להמציא לבעלי הדירות שבועיים לפני חתימת עסקת פינוי ובינוי ראשונה, יכללו "כדוגמה" (הדגשות שלי-ח.ז.), "תוספת לשטח **<u>ה</u>**דירה - תוספת מוצעת במטרים רבועים או באחוזים או במספר חדרים ויכול שיצוין טווח תמורות" וכן "הצמדות **<u>ל</u>**דירה" ו"מפרט **<u>ה</u>**דירה".[49] ניסוח ה"דוגמה" המוצעת ומקומה של הא הידיעה בו מעיד כי מנסחיו ראו בתמורה הפוגענית של דירה אחת בלבד, עם תוספות משתנות, תמורה ראויה בעסקת פינוי ובינוי.

<u>תקן 21</u>

36. אף כי 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 בו, לקבוע "הנחיות מקצועיות בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי בינוי". התקן מתיימר לחול הן על שומות מקרקעין הבוחנות כדאיות כלכלית של עסקת פינוי עבור יזם ו/או לצורך התדיינות עם רשויות התכנון על היקף הבניה בתוכנית המוצעת החדשה והן על שומות שבוחנות את הכדאיות הכלכלית של התמורה לבעלי דירות בעסקת פינוי ובינוי.

37. התקינה השמאית מנוסחת לכאורה (לפחות לפי מה שנכתב בה) על ידי הועדה לתקינה שמאית, שהחלה את פעילותה בשנת 2005,[50] ומאושרת על ידי מועצת שמאי מקרקעין. כפי שפורסם באתר משרד המשפטים "מעמד התקינה כיום הינו בבחינת נורמת עבודה מומלצת בלבד ולא קיימת החובה לערוך את שומות המקרקעין על פי התקנים".[51] עם זאת ישנם חיקוקים המחייבים שימוש

---

[45] ראו לעיל הע' 18 וטקסט סמוך.
[46] ס' 18 לחוק הרשות להתחדשות.
[47] ס' 2 לחוק פינוי ובינוי (פיצויים)(תיקון מס' 6) תשע"ח – 2018, **ס"ח** 951.
[48] שם, בס' 4.
[49] ס' 4(7) לתקנות פינוי ובינוי; ס' 1א(ב), 1ב(ג) לחוק פינוי ובינוי (על פיהם הותקנו התקנות).
[50] לעתירה זו צורף תצהירו של מר רן וירניק, לשעבר יושב ראש לשכת שמאי מקרקעין בישראל, המעיד כי היה ועודנו חבר הוועדה וכי זו אינה מתפקדת משנת 2014 ועל כן גם לא דנה כיאות בתיקונים שהוצעו לתקן 21.
[51] "הועדה לתקינה משפטית – אודות", אתר משרד המשפטים (23.5.2019), https://www.gov.il/he/departments/general/about_appraiser_standards_committee.

בתקן (גם בעניינו) ומתן שירות מקצועי מנוגד לתקן עשוי להיחשב כ"התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע".[52]

38. חברי הועדה שניסחה את תקן 21 היו שמאי מקרקעין (גלית אציל לדור, טל אלדורטי - השמאי הממשלתי באותה עת, דברת אולפינר, ברי צ'רניאבסקי), משפטנים עובדי מדינה (שרית דנה וכרמית יוליס) ועובדת מדינה האחראית על התחדשות עירונית במשרד השיכון (עינת גנון).[53]

39. אף כי התקינה השמאית היא בגדר נורמת עבודה מומלצת בלבד, להמלצות שגובשו בתקן 21 נועד מעמד מיוחד החורג ממעמדם של תקני שמאות אחרים, שכן הם נועדו 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".[54] תקן 21 מציין במפורש שהוא נועד להנחות שמאי פינוי ובינוי המתמנים לפי חוק פינוי ובינוי ותקנות מינוי שמאי.[55]

40. יתר על כן, כפי שאראה להלן, תקן 21 שאינו חיקוק ולכל היותר מהווה מעין הנחיה מנהלית מומלצת שאין לה מעמד נורמטיבי מחייב, הוא שהוביל להטמעתה של הגישה הפוגענית שתיארנו לעיל בקרב יזמים, פקידי ציבור ומתכננים העוסקים בקידום פרויקטים של פינוי ובינוי, בכל הרמות. כל זאת, תוך שהוא מצניע ואולי אף מסתיר מבעלי דירות את הפגיעה הגלומה בו בזכויותיהם ובקניינם. מדוח של משרד המשפטים עולה כי המניע לכתיבתו של התקן היה הרצון לשפר את הכדאיות הכלכלית של תוכניות פינוי ובינוי <u>ליזמים</u>.[56]

41. תקן 21 כולל שלושה חלקים. החלק הראשון כולל הנחיות לעריכת שומה שתבחן את הכדאיות הכלכלית של עסקת פינוי ובינוי עבור היזם. חלק זה מורה על בחינת היקף הזכויות הניתנות לניצול במסגרת "פרוגרמה תכנונית אשר תכלול פרוט של מאפייני דירות התמורה שימסרו לבעלי הדירות ושל הדירות החדשות אשר יהיו בבעלות היזם וישווקו על ידו".[57] כמו כן הוא מנחה הכנת אומדן תקבולים הצפויים ליזם ממכירת הדירות החדשות המיועדות לשיווק על ידי היזם[58] והכנת שומות של העלויות וההוצאות שהיזם צריך לשאת בהן ואשר יש להפחיתן מהתקבולים הצפויים.[59]

42. התקן גם מגדיר את "הרווח היזמי" שמוצע ליזם כ"מבטא את התמורה הראויה המגיעה ליזם עבור הסיכון שהוא לוקח על עצמו, וכן את הפסד התשואה האלטרנטיבית להונו העצמי", וקובע בהתאם כי "רווח יזמי מקובל בשלב של הכנת התוכנית מוערך בכ - <u>25% - 30%</u> מכלל העלויות הצפויות".[60] בסמוך לקביעה זו מפנה התקן להערת שוליים בה מצוין כי "מועצת שמאי מקרקעין תבחן את התאמתו של הרווח היזמי שנקבע בתום שנתיים ממועד כניסת התקן לתוקף".[61] כמו כן נכתב כי אם "מצא השמאי כי הרווח היזמי גבוה/נמוך מהרווח היזמי המקובל יחווה את דעתו האם הרווח היזמי סביר וינמק את החלטתו".[62]

---

[52] בר"מ 1621/18 **אטבליסמנט סמונד נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שרונים**, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו, 18.6.2019) ; תקנה 1 ל תקנות שמאי מקרקעין (אתיקה מקצועית), תשכ"ו-1966, **ק"ת** 712.

[53] הרכב חברי הועדה המקצועית תקן 21, תקן 21 בעמ' 1.

[54] ס' 2 לתקן 21 ; ס' 2(ב)(1) לחוק פינוי בינוי.

[55] ס' 2 ו 18 לתקנות מינוי שמאי ; ס' 2 לתקן 21.

[56] 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**)(אחת המחברות הייתה חברת הועדה המקצועית שניסחה את תקן 21. המסמך מציין כי (הדגשה שלי – ח.ז.) "הצורך בתקן עלה לאחר שתוכניות פינוי ובינוי אושרו במוסדות התכנון, אך לא מומשו בפועל, בהעדר כדאיות כלכלית מספקת של הפרויקט ל**יזם**").

[57] תקן 21, ס' 4.14(א)

[58] שם, ס' 4.14(ב).

[59] שם, ס' 4.14 (ג)-(ט) ; ס' 4.15.

[60] שם, ס' 4.14(ז).

[61] שם, שם בהערת שוליים 9.

[62] שם, ס' 4.14(ז) סיפא.

43. התחשיב שמוצע בחלק הראשון של התקן נראה לכאורה כתחשיב זהה לזה שמבצע שמאי הבוחן את כדאיותה הכלכלית של עסקת קומבינציה. עם זאת יש בו שני רמזים לגישה הפוגענית אשר נחשפת בחלקיו האחרים של התקן. ראשית, האבחנה בין "דירות התמורה שימסרו לבעלי הדירות" לבין "הדירות החדשות אשר יהיו בבעלות היזם" (הדגשה שלי-ח.ז.) מעוררת את החשד שמנסחי הנוהל לא סברו שבעלי המקרקעין יהיו זכאים לנתח כלשהוא של דירות חדשות מעבר לדירה שיקבלו כתחליף לדירתם המקורית.

44. שנית, שיעור הרווח היזמי המוצע בחלק הראשון של התקן עולה באופן משמעותי על שיעור הרווח היזמי הסביר שמקובל בהקשרים אחרים. כדי להצביע על כך הבה נעיין תחילה במשמעות של המונח "רווח יזמי" בהקשר זה. הקווים המנחים של אגף שומת מקרקעין מגדירים אותו 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".[63]

45. עוד מוסיפים הקווים המנחים כי "שיעור הרווח היזמי המתוכנן משתנה מתקופה לתקופה בהתאם לרמת התחרות בין היזמים לבין עצמם, לרמת הסיכון הכללי בענף הנדל"ן ולמשתנים כלכליים נוספים".[64] יזמים אינם אמורים אפוא 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 שיקטין מינה וביה את שיעור הרווח. 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. רווח העולה על הסביר משקף מן הסתם חולשה מיקוח יחסית של בעלי המקרקעין**.

46. 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%.[65]

47. התייחסות לרווח יזמי סביר קיימת גם בהקשרים נוספים. רווח קבלני סביר שמקובל לפי הנחיות מס שבח הוא 15%-20%.[66] הרשות להתחדשות עירונית דורשת כתנאי סף להגשת בקשה של רשות מקומית להכרזה על מתחם פינוי ובינוי כי שיעור הרווח היזמי במתחם לא יפחת מ-20% אם אפשרות לאשר גם מקרים של 18%.[67] בנקים המלווים יזמים בדרך כלל דורשים כתנאי למתן מימון מרווח סיכון מינימאלי שלפיו שיעור הרווח היזמי הוא בגדר 15% עם מרווח בטחון נוסף של 3% - 5%.[68] מרווח הסיכון שנוטלים הבנקים משקף לא אחת חישובים פסימיים ביותר וגבוהים ממה

---

[63] 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/kavim18new.pdf.

[64] שם, שם.

[65] שם, בעמ' 14 (ס' 3.3.1).

[66] פרשת **אשדר**, לעיל הע' 32, בפס' 50.

[67] הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **אוגדן הנחיות לסיוע לרשויות המקומיות בקידום פרויקטים של פינוי בינוי** (להלן: **אוגדן הנחיות**), בס' 2.2.2.5 (1.5.2021), 11, https://www.gov.il/BlobFolder/policy/ogdan_pinuy_binuy/he/hithadshut_ironit_documents_ogdan_pinuy_binuy.pdf.

[68] איתן פלד "מימון קבוצות רכישה – בחינה ביקורתית" **רבעון לבנקאות** 180, 48, 66 (2017).

שבאמת השוק מוכן להציע.[69] הוא נובע מכך ש"תיאבון הסיכון של הבנקים למימון פרויקטים סגורים הוא שמרני יחסית. שמרנות זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בדרישה לשיעורים מזעריים במשתנים כגון... רווח יזמי נדרש לפי התכנון...".[70]

48. אם כך, בהשוואה לשיעורי הרווח היזמי המקובלים בהקשרים שסקרנו לעיל הרווח היזמי שתקן 21 קובע כי הוא "מקובל" הוא ללא ספק גבוה מאוד ומשקף סיכון יוצא דופן (25% - 30%). קביעה זו כמובן נוגסת באפשרות שלפי תקן 21 יוכלו בעלי הדירות להנות מתמורות נוספות בנוסף לדירה האחת שהתקן מגדירה כתמורה סבירה.

49. 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".[71] קביעה גורפת וכללית כזאת אינה מפרטת את גורמי הסיכון והיא גם אינה מבחינה בין סוגים שונים של מיזמי פינוי ובינוי שמן הסתם יש ביניהם הבדלים ברמת הסיכון. היא 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.[72] הוצאות הבנייה בפרויקט פינוי ובינוי מתבצעות רק עם השלמת רתימת בעלי הדירות לעסקה וההוצאה על שכנוע הדיירים היא בדרך כלל זניחה.[73] הטענה שיש בעסקאות כאלה סיכון גדול יותר אינה מדויקת גם מנקודת המבט של יזמים, אשר חלקם מודים כי בעסקאות התחדשות עירונית הסיכון הוא קטן.[74]

50. יתרה מזאת, הניסיון להצדיק רווח יזמי גבוה בסיכון מיוחד שגלום בעסקה מתעלם מכך שבחישוב העלויות כבר ניתן ביטוי לרבים ממרכיבי הסיכון המיוחדים בעסקת פינוי ובינוי. מרכיבים אלה מגולמים בסעיפים בתקן 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.[75] גם חישובי דחייה של ההכנסות בשווי מצב חדש משקפים התחשבות בסיכון של התארכות הפרויקט.[76] כלומר הרווח היזמי הגדול משקף התחשבות כפולה בסיכונים שכבר באו לידי ביטוי בחישוב העלויות, שמקטין אותו בהתאם.

51. יש להוסיף כי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת **אשדר** נרמז כי השיעור הגבוה של הרווח היזמי בתקן 21 נקבע בין היתר בשל כך שהתמורה ליזם ניתנת לו לעתים קרובות "עבור פעולות

---

[69] 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.themarker.com/realestate/1.2344447.

[70] בנק ישראל מערכת הפיקוח על הבנקים, היחידה הכלכלית **מערכת הבנקאות בישראל סקירה שנתית 2020** 134 (מאי 2021), https://www.boi.org.il/he/NewsAndPublications/RegularPublications/DocLib4/BankingSystemAnnualReport/skira20/Kollel2020.pdf .

[71] ס' 4.14(ז) תקן 21, בעמ' 7.

[72] 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, 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").

[73] שם, שם (מנכ"ל בוני התיכון: "בהתחדשות עירונית, בכל שלבי התכנון וההחתמה של הדיירים על הליך הפינוי-בינוי, הכספים שחברות הנדל"ן משקיעות זניחים יחסית"); קובי שגב "מותו של מכפיל ההון או - ההזדמנות בחברות ההתחדשות העירונית" **ביזפורטל** 10.3.2022, https://www.bizportal.co.il/realestates/news/article/802643 (מגיע למסקנות דומות לגבי היקף ההוצאה להחתמת דיירים בנוגע לפרויקט פינוי ובינוי של חברת בוני התיכון בקרית אונו).

[74] ראו הפרסומים לעיל בהע' 72 - 73.

[75] סעיפי המשנה של ס' 4.14 לתקן 21.

[76] נזכרו לראשונה רק ב**הצעת תקן 21.1 - 2019** בס' 5.15.3 אך מן הסתם מבוצעים כבדרך שגרה כאשר שמאי מעריך הכנסות צפויות.

ייזום שהן "חיצוניות" לתוכנית, ומימוש התוכנית אינו תלוי בהן"[77] וכי נכון "לנכות רווח יזמי סביר בשיעור נמוך בגין כל אותן פעולות שהן הכרחיות למימוש התוכנית".[78] כמו כן, נמתחה ביקורת על כך שהתפיסה שלפיה היזמים בהסכם פינוי ובינוי אינם זוכים בכל השבחה (בשל עלויותיהם הגדולות) "מהווה תמריץ נוסף ליזם להקטין במידת האפשר את דירות הדיירים החדשות".[79]

52. מכל מקום, ההבטחה של מנסחי תקן 21 לשוב ולדון בשיעור הרווח היזמי כחלוף שנתיים מלמדת שמנסחי התקן חשו אי נוחות מסוימת מן השיעור שקבעו. אמנם התקן אינו מסביר האם אי הנוחות שמשתקפת בהערת השוליים נבעה מכך שהשיעור האמור הוא גבוה או נמוך מן המצופה. ככל הנראה נבעה אי נוחות זאת לא מכך שהשיעור נראה גבוה מידי אלא מכך שהוא עשוי היה להיתפס כהצבת תקרה, גם אם מאוד גבוהה ולא סבירה, לרווח היזמי, בעוד שהכוונה האמיתית, שמשתקפת כבר בחלק השני של תקן 21 (שיוצג להלן) הייתה פוגענית עוד יותר ולפיה בעלי הדירות המקוריות יקבלו דירת תמורה אחת בלבד גם אם הרווח היזמי שיגרוף היזם עולה על הנדרש בהינתן תקרת הרווח יזמי שנקבעה בחלק הראשון.

53. אכן, דוח של משרד המשפטים משנת 2020 אישר כי "במהלך השנים עלו טענות מצד יזמי התחדשות עירונית כי מוסדות התכנון מתייחסים לנתון זה (קרי לרווח היזמי שנקבע בחלק הראשון של תקן 21 – ח.ז.) כרווח יזמי **מקסימלי**, ולא בהתאם לכוונת התקן כרווח – מינימלי הנדרש כדי להבטיח את כדאיות הפרויקט".[80] דברים אלה מעידים על ההשפעה הנכרת שהייתה לעמדת יזמים על ניסוח התקן ומסבירים לא רק את הכוונה שעמדה אחרי הערת השוליים בדבר השינוי הצפוי בגובה הרווח היזמי, אלא גם את הרקע להיווצרות הגישה הפוגענית בתקן 21.

54. החלק השני של תקן 21 חושף את הגישה הפוגענית במלוא הדרה. הוא כולל הנחיות לעריכת שומה שמטרתה היא "לבחון האם העסקה שהוצעה <u>לבעלי הדירות</u> האופייניות היא כדאית כלכלית ואם איננה כדאית, באילו תנאים תיחשב כדאית כלכלית וזאת ביחס לדירות אופייניות במקבץ" (הדגשה שלי – ח.ז.).[81] ראשית, אמת המידה הכללית שנקבעת בחלק זה לכדאיות הכלכלית היא מינימאלית קרי "האם בעלי הדירות מקבלים את <u>המינימום הסביר</u> והאם התמורה המוצעת כדאית כלכלית, בהתחשב, בין השאר, ברווח היזמי ובנתוני הפרויקט" (הדגשה שלי – ח.ז.).[82] ניתן היה לצפות כי תקן שנועד לקבוע חזקות כדאיות עבור בעלי זכויות שעמדת המיקוח שלהם היא בדרך כלל חלשה יותר ייתן להם תמונה של מרחב הזכויות המירבי או האופטימאלי שביכולתם לשאת ולתת על כדאיותו ולא רק מינימום סביר. זאת במיוחד לאור שיעור הרווח היזמי שנקבע ברף גבוה מאוד, ככל הנראה גבוה מידי.

55. בהמשך החלק השני מתברר כי "ככלל, התמורה הסבירה לבעל הדירה הינה <u>דירה חדשה</u> וכיסוי כל העלויות הכרוכות בפינוי. ככלל, <u>הדירה החדשה</u> תכלול חדר נוסף, ממ"ד ומרפסת כהגדרתם בתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר תנאיו ואגרות), או שטח בהיקף דומה וכן חנייה עפ"י התקן" (הדגשות שלי- ח.ז.).[83] בהערת שוליים המפרשת את התיבה "או שטח בהיקף דומה" מוסיף התקן כי "המקובל הוא תוספת שטח של כ- 25 מ"ר, אשר יבואו לידי ביטוי בתוספת חדר / חדרים או שטח בהיקף דומה".[84]

---

[77] פרשת **אשדר**, לעיל הע' 32, בפס' 44.
[78] שם בפס' 54.
[79] שם, בפס' 60.
[80] **סיכום צוות חסמים**, לעיל הע' 56, בעמ' 29.
[81] תקן 21, ס' 5.11.
[82] שם, שם.
[83] שם, בס' 5.11(ג).
[84] שם, בהערת שוליים 15.

56. אם כן, לפי הנחת התמורה המוצעת בחלק זה של תקן 21 בעלי דירות בפרויקט מן הסוג שהודגם באיור ב׳ יקבלו הערכה שמאית שלפיה הצעת יזם להקנות להם דירה חדשה אחת כנגד דירתם המקורית היא תמורה ״סבירה״. לפי אותה הערכה ההצעה היא כדאית שכן הדירה תהיה חדשה, היא תהיה גדולה יותר מדירתם המקורית ויהיו בה חדר נוסף בשטח של 25 מ״ר, ממ״ד מרפסת וחניה. עם זאת, במיזמים כגון אלה שתיארתי לעיל באיור ב, יכולה הצעת המינימום ה״סבירה״ שהוצעה להם להיות נחותה עשרות מונים מזו שהם יכולים לדרוש, וזאת גם אם יוותר בידי היזם רווח יזמי סביר ושמן. האם מחויב השמאי להבהיר זאת לבעלי הדירות?

57. התשובות שניתנו בתקן 21 לשאלה זו אינן נותנות ערובה מספקת לבעלי הדירות. ראשית, התקן מציין כי ״ככל שמוצעת תמורה אחרת, יבדוק השמאי את שוויה של התמורה בהתחשב באמור בסעיף זה ובנתוני הפרויקט״.[85] הנחיה זאת מותנה בכך ש״תוצע״ תמורה כזו על ידי היזם. איזה הוא יזם שיתפתה להציע תמורה כזו אם התקן מוציאו ידי חובתו בתמורה המינימאלית הסבירה של דירה כנגד דירה?[86]

58. שנית, התקן מנחה את השמאי כי ״יובא בחשבון כי הרווח היזמי הראוי ליזם (לא כולל מימון) בפרויקט פינוי בינוי בשלב שלאחר אישור התוכנית, הינו בשיעור של 20%-25%. מצא שמאי כי הרווח היזמי גבוה מהרווח היזמי המקובל, יבדוק ויחווה דעתו בדבר הצורך להביא את הדבר לידי ביטוי בבחינת הכדאיות הכלכלית של העסקה שהוצעה לבעלי הדירות באופן שהתמורה המוצעת להם תהיה גבוהה יותר מזו המפורטת בסעיף קטן (ג) לעיל (דירה כנגד דירה-ח.ז.)״. במבט ראשון נראה כי הנחיה זאת מחייבת את השמאי שעורך שומה בשלב אישור התוכנית להביא לידיעת בעלי הדירות במקרים שמתוארים באיור ב׳ לעיל את האפשרויות הגלומות בפניהם לקבלת תמורה נוספת. עם זאת, אין הוא אמור לערער על שיעור הרווח היזמי הגבוה שנקוב בתקן והוא גם לא נדרש להבהיר כי תמורה גבוהה יותר יכולה להיות גם יותר מדירה אחת ולאו דווקא תוספת שטח לדירה החדשה האחת שהתקן מפרטה.

59. החלק השלישי של התקן עוסק בשומת כדאיות הנדרשת לצורך תביעת בעל דירה לפגיעה בשווי דירת התמורה שמיועדת לו ביחס לשווי דירותיהם של בעלי דירות אחרות.[87] חלק זה של השומה יוצא מנקודת ההנחה שדירת תמורה אחת היא תמורה כדאית כלכלית ובוחן רק את שאלת התאמתה היחסית מבחינת הגודל והשווי לנתוני ״דירת תמורה אופיינית״.[88] שומה מעין זו אולי תוכל להצביע על כי הדירה שמוצעת לבעל דירה היא גדולה או קטנה מ״דירה אופיינית״, אך בעל דירה לא יוכל ללמוד משומה מעין זו כי התמורה הראויה בעסקה יכלה להיות מספר דירות.

60. **לסיכום, תקן 21 קבע אמות מידה שמאיות אשר נוטות בצורה ברורה לראות בעסקת פינוי ובינוי עסקה שבה בעל דירה בפרויקט פינוי ובינוי מחליף את דירתו בדירה חדשה אחת.** הוא רואה בהענקתה של דירה אחת כזו עם תוספות נקובות תמורה סבירה ולמעשה מעודד התעלמות מזכות

---

[85] תקן 21, ס׳ 5.11(ג).

[86] הנה דוגמה לכך: בשומה שהוכנה לבקשת יזם לקראת תכנית פינוי ובינוי אומצו עקרונות תקן 21. השמאי כותב: ״התמורות אשר ימסרו לדיירים התקבלו מאת היזם. הסכמי העקרונות מול חלק ניכר מהדיירים נקבעו טרם ביצוע העבודה. אנו מתייחסים בשומתנו לתמורות אלו כעובדה גמורה״. עפר כהן כהנא **תכנית 101-0345298 אור גנים ירושלים – חוו״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.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4&mp_id=TOpflW7W099GV8vhxb2xAwGT4Wr6gx2Dh616sHSOy8pjvHBPSSbcE4sGaBN0T7lfJ%2FAZvynQsPlEwWo6W46B7887gqbOeDtee%2Bazi4m4a5g%3D.

[87] תקן 21, ס׳ 6.11; ס׳ 18 לתקנות מינוי שמאי.

[88] תקן 21 ס׳ 2 מגדיר ״דירת תמורה אופיינית״ כ ״דירה טיפוסית הממוקמת עד קומה רביעית בבניין המיועד לפינוי והריסה...״.

הקניין של בעלי הדירות בקרקע ובזכויות הבנייה, גם כאשר מספר הדירות שתתאפשרנה בפרויקט יעלה על הנדרש כדי לכסות את העלויות ורווח יזמי סביר. **זו גישה פוגענית הפוגעת באופן חמור בזכות הקניין של בעלי הדירות.**

61. יתרה מזאת, הגישה הפוגענית נותנת עדיפות מוחלטת לסיכונים שנוטל על עצמו הצד החזק (היזם) ומתעלמת מן הסיכונים שנוטלים על עצמם בעלי הקניין. בעלי הדירות נאלצים לעזוב את דירותיהם על כל המשתמע מכך ולהסתמך רק על הביטחונות שיקנה להם היזם, ככל שיקנה להם, ובשיעור שיקנה להם,[89] שהרי חובה חוקית לעשות זאת טרם הוטלה עליו במפורש על אף הצעות חוק שנזנחו בשלבי חקיקה מתקדמים בכנסת,[90] וחוזרות ומונחות על שולחן הכנסת.[91] יתר על כן, עלות הערבויות שניתנות לבעלי דירות היא חלק מהחישוב של עלויות הפרויקט שמנוכה מהרווח היזמי. זה סיכון שהיזם אינו נושא בו. בשנים האחרונות התרבו דיווחים על מקרים שבהם יזמי פינוי בינוי התנערו ממחויבויותיהם, הותירו בעלי דירות בלא בטחונות, התעכבו בקיום המחויבות או שנעלמו במהלך הפרויקט תוך שהם מותירים את בעלי המקרקעין ללא פתרון דיור הולם.[92] **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.**

62. ההנחיות שכולל התקן בנוגע לחובות הגילוי של שמאי כלפי בעלי דירות במקרה שכדאיות העסקה מאפשרת לכל בעל דירה תמורה העולה על דירה אחת – הן מוגבלות, לא בהירות ובפועל לא הספיקו ואינן מספיקות כדי למנוע במקרים אלה את הפגיעה החמורה בקניין בעלי הדירות.

<u>הצעת תקן 21.1 –2019</u>

63. ייתכן כי מנסחי תקן 21 לא כיוונו להופכו לתקן פוגעני, אך בחלוף שנים הבינו במשרד המשפטים, גם אם לא בשכנוע מוחלט, כי "לאורך השנים, השתרשה לעיתים הבנה מוטעית בשוק כי התמורה המצוינת לעיל (קרי תוספת שטח דירה של כ- 25 מ"ר -ח.ז.) היא **התמורה הקבועה** עבור דיירים כך שלא ניתן להעניק להם תמורה נדיבה או מופחתת יותר, אפילו כאשר זכויות הבנייה בתוכנית מאפשרות זאת. הבנה זו משפיעה באופן ישיר על הליך המשא ומתן בין בעלי הדירות במתחם פינוי ובינוי לבין היזם".[93]

---

[89] דוח מבקר המדינה קבע בשנת 2016 כי "במהלך השנים התפתח נוהג בעסקאות אלה ולפיו היזמים נותנים לבעלי הדירות ערבויות בסכום שבין 85% משווי הדירה הקיימת לסכום שווי הדירה החדשה העתידה להיבנות". **דוח מבקר המדינה 66ג** 1300 (2016), https://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_537/0e642333-5d49-4444-aa94-49cfa5e170cf/228-housing-minst.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1

[90] הצעת חוק המכר (דירות) הבטחת השקעות של רוכשי דירות)(תיקון מס' 8)(התחדשות עירונית), התשע"ה-2014, **הצ"ח כנסת** 14 (הצעה להחיל את הוראות חוק המכר במקרה זה טרם הנחקקה); פרוטוקול ישיבה מס' 440 של ועדת הנים והגת הסביבה של הכנסת התשע עשרה (9.12.2014)(התנגדויות שונות שהובעו להצעה בכנסת, לרבות של התאחדות בוני הארץ).

[91] 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=lawsuggestionssearch&lawitemid=2190513.

[92] הנה מספר דוגמאות לסיכון שכרוך בכך עמרי מילמן "קבלן פינוי־בינוי השאיר אתכם בלי דירה? יש סיכוי שלא תוחזר כל הערבות", **כלכליסט** (30.1.2020)(תשלום ערבויות מתעכב או חייב במס); " אנחנו גרים בחירבה, זו סכנת נפשות": סיוט תמ"א 38 בלוד" **כאן 11** (2.2.2022), https://www.kan.org.il/Item/?itemId=121560 (יזם בפרויקט פינוי בינוי נקלע לקשיים. מותיר את בעלי הדירות לחסדי הבנק); עדי כהן "דם רע, תביעות ואלפי דיירים שמחכים: מה קורה בחברת ההתחדשות העירונית המובילה בישראל?" **דה מרקר** (18.2.2022), https://www.themarker.com/realestate/.premium-MAGAZINE-1.10618389 (תלונות רבות על השתהות במסירת פרויקטים של חברת ענב).

[93] **סיכום צוות חסמים**, לעיל הע' 56, בעמ' 30.

64. הבנה זו היא שהביאה לכאורה ולפי גרסת המנסחים לתיקון התקן.[94] הרכב הצוות שניסח את התיקון כלל את השמאי הממשלתי (אוהד עיני) ושלוש מחברות הצוות שניסח את תקן 21 (המשפטנית כרמית יוליס, השמאית גלית אציל לדור וסמנכ"לית הרשות הממשלתית עינת גנון). טיוטת תקן 21.1 הוצגה לציבור בנובמבר 2019.[95]

65. למרבה הצער, הצעת תקן 21.1 שפורסמה בשנת 2019 חיזקה את הגישה הפוגענית וכפי שעולה ממנה בבירור, ביחס לתקן המקורי היא החמירה את הפגיעה בבעלי הדירות והיטיבה עם היזמים.

66. ראשית, נקודת המוצא שלפיה כל בעל דירה זכאי לקבל דירה חדשה אחת הובהרה הפעם בצורה מפורשת גם בחלק הראשון של התקן לאמור: "<u>התמורה תהיה דירה חדשה</u> הכוללת מרפסת מחסן וחניה" (הדגשה שלי – ח.ז.).[96]

67. שנית, בעוד שבתקן המקורי נקבע כי לשטח הדירה החדשה יתַוסף, ביחס לשטח הדירה המקורית, שטח נוסף בהיקף "מקובל" של 25 מ"ר,[97] הרי הצעת התקן מקטינה את השטח הנוסף המוצע ל"תוספת שבין 12 מ"ר לבין 25 מ"ר וזאת בהתאם למגבלות התכנוניות במיזם בהתאם למדיניות העירונית והמחוזית ועל פי מו"מ בין היזם לדיירים".[98] על כך מוסיף התקן כי "ככל שהתכנון מאפשר רווחיות מעבר לנקבע בתקן זה, ניתן להביא בחשבון תמורה לדיירים גבוהה יותר".[99] הנה כי כן, לא זו בלבד שנוסחת התמורה הפוגענית נותרת בעינה, גם תוספת השטח המזערית שנכללה בה – הופחתה. האפשרות להעניק תמורה הוגנת יותר לבעלי הדירות נחבאת אגב אורחא תוך התייחסות לשאלת המטראז' שניתן להוסיף לדירת התמורה היחידה.

68. שלישית, בעוד שהתקן המקורי קבע כי רווח יזמי מקובל בשלב שלפני אישור תכנית הוא של 25% - 30%[100] דבר שהובן כתקרה לרווח היזמי המקסימלי,[101] קובעת הצעת התקן החדשה כי "טווח <u>המינימום</u> לשיעור הרווח היזמי מהעלויות יעמוד על 20% - 25%" (הדגשה שלי – ח.ז.).[102] אם כן בעוד שבתקן המקורי נקבע טווח מקסימלי, גבוה למדי, לשיעור הרווח היזמי, הרי בהצעת התיקון <u>לא נקבע כל טווח מקסימלי</u> לרווח היזמי אלא רק טווח מינימלי.

69. לנימוקים שנזכרו בתקן 21 להצדקת השיעור הגבוה של הרווח היזמי נוספה עתה הנמקה חדשה והיא "טווח המינימום נקבע גם בשים לב לשיעורי הרווח הנדרשים על ידי הבנקים המלווים, שבוחנים קרוב למועד הליווי, ולאחר השארת מרווח מסוים לשינויים פוטנציאלים עד למועד הליווי, כדי להימנע ממצבים גבוליים".[103] כפי שציינתי לעיל מרווחי הסיכון שדורשים הבנקים נמוכים יותר והם משקפים רמה גבוהה של שמרנות הלוקחת בחשבון סיכונים מרחיקי לכת.[104] הנמקה זאת בוודאי לא מצדיקה קביעת שיעור מינימום כה גבוה.

70. זאת ועוד, הצעת תקן 21.1 2019 הנחתה בצורה ברורה כי יש להתחשב בגורמי סיכון רבים במסגרת אומדן השווי במצב החדש ובהם מגבלות תכנוניות, ריבוי שותפים וכן קיומם או העדרם של הסכמים עם בעלי דירות. היא קבעה בהתאם שיעורי היוון לדחייה.[105] כל אלה, בצירוף סיכונים

---

[94] שם, שם.
[95] **הצעת תקן 21.1 - 2019**, לעיל הע' 38, בעמ' 1.
[96] ס' 5.13(ב) ל **הצעת תקן 21.1 - 2019**.
[97] ראו לעיל טקסט סמוך להערת שוליים 84.
[98] ס' 5.13(ב) ל **הצעת תקן 21.1 - 2019**.
[99] שם, שם.
[100] טקסט סמוך להערה 60 לעיל.
[101] טקסט סמוך להערה 80 לעיל.
[102] ס' 5.14 (יא) ל **הצעת תקן 21.1 - 2019**.
[103] ס' 5.14 (יא) סיפא.
[104] ראו לעיל הע' 68 - 70 וטקסט סמוך.
[105] ס' 5.15.3 לתקן 21 עמ' 11 – 12.

אחרים שמשוקללים ממילא בחישוב העלויות וההכנסות הצפויות כמפורט לעיל,[106] כמובן מקטינים את שיעור הרווח היזמי ומעלים את הסיכוי שייכנס לתוך המרווח "המינימאלי", הגבוה למדי, של הרווח הסביר. כלומר הסיכונים גם משוקללים בחישוב התמורה (אותה הם מקטינים) או העלויות (שאותן הם מגדילים) וגם מובאים כנימוק לקביעת שיעור רווח יזמי גבוה ו"מינימאלי".

71. הנה כי כן, לא זו בלבד שהצעת תקן 21.1 2019 לא הקהתה במאומה את הגישה הפוגענית של התקן המקורי, היא אף חיזקה והעצימה אותה באופן מובהק. היא דבקה בנוסחת התמורה של דירה אחת מוגדלת ואף הקטינה את ההיקף הנדרש של שטח דירת התמורה. אין בה, כפי שאין בתקן המקורי, כל ערובות שיבטיחו לבעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי, כגון אלה שהוצגו באיור ב, את הנתח הראוי להם בזכויות הבנייה. הלכה למעשה ההצעה הכשירה את הכללת מלוא זכויות הבנייה העודפות מעבר לדירת התמורה בתוך רווח יזמי ללא תקרת מקסימום.

<u>הצעת תקן 21.1 – 2022</u>

72. בסוף פברואר 2022 הזמינה מועצת שמאי מקרקעין את הציבור להעביר הערות לטיוטה מעודכנת של הצעת תקן 21.1 אשר פורסמה באתר משרד המשפטים. מסיבה לא ברורה, נקצב לציבור פרק זמן קצר מאוד של כשלושה שבועות בלבד להגשת הערות לטיוטה המעודכנת, עד ליום 14 במרץ 2022. הטיוטה המעודכנת חוברה על ידי הצוות שחיבר את טיוטת 2019 שאליו הצטרפו מר חזקיה העצני, שמאי מקרקעין וכלכלן, וכן מר אלון כהני, מנהל תחום פיתוח ידע וכלכלה ברשות הממשלתית להתחדשות עירונית.[107]

73. הצעת תקן 21.1 – 2022 לא התיימרה כלל לנטוש את תפיסת היסוד הפוגענית, שאפיינה את נוסחיו הקודמים של התקן, שלפיה התמורה לבעלי הדירות תהיה של דירה אחת והלכה למעשה היא אף החמירה אותה. כך נקבע כי "לצורך התחשיב, השמאי יביא בחשבון תמורות לבעלי הזכויות, במדרגות, לפי המפתח הבא (הדגשה שלי – ח.ז.): דירות מגורים בבניה רוויה - התמורה תהיה <u>דירה חדשה</u> הכוללת מרפסת, מחסן וחניה. ככלל, שטח הדירה החדשה יהיה כשטח הדירה הקיימת על פי היתר, <u>בתוספת של 0 מ"ר</u>, 12 מ"ר ו 25 מ"ר".[108]

74. אכן בהערת שוליים קטנה הסמוכה לתיאור אופציות תוספת השטח לדירה נכתב כי "אין באמירה זו משום קביעת מינימום או מקסימום תמורה בפועל לבעלי הדירות. בהקשר זה ראו טבלת הרגישות..."[109] עם זאת, בגוף ההנחיות המוצעות בנוגע להכנת "טבלת רגישות, שמטרתה לסייע למוסד התכנון לדייק, במידת הצורך, את התכנון ביחס לכדאיות הכלכלית, וכן לסייע לצדדים לחלק את הרווח באופן מאוזן בהתאם לתכנון המוצע", נדרש כי "תוצג התמורה לבעלי הדירות לפי תוספת של 0 מ"ר, 12 מ"ר ו 25 מ"ר".[110] אלה גם שלוש החלופות שמוצגות בקובץ האקסל המדגים את טבלת הרגישות.[111]

75. אם כן, התקן משקף בצורה מלאה את התפיסה שלפיה עסקה שבה מקבל כל אחד מבעלי הדירות דירה חדשה אחת בשטח דומה עם תוספת שטח שאינה עולה על 25 מ"ר היא עסקה כדאית. למעשה הוא מאפשר לשמאי הפועל לפיו לקבוע כי היא כדאית גם במקרים בהם דירת התמורה <u>לא תכלול כל תוספת מטראז'</u> זולת מחסן ומרפסת ובכך הוא אף מחמיר את הפגיעה בבעלי המקרקעין.

---

[106] ראו לעיל פסקה 49.
[107] **<u>הצעת תקן 21.1 – 2022</u>**, לעיל הע' 39, בעמ' 1.
[108] ס' 5.13 ל**<u>הצעת תקן 21.1 – 2022</u>**, לעיל הע' 39, בעמ' 6.
[109] שם בעמ' 6 (ה"ש 9).
[110] שם, בס' 5.17.
[111] ראן להלן הע' 117.

76. חידוש נוסף של הטיוטה מתייחס לאופן החישוב של הרווח היזמי. בכל הנוגע לתמורה לבעלי הדירות כבר ראינו שאין כל חידוש של ממש וההצעה דבקה בגישה הפוגענית. למרבה הצער גם ככל הנוגע לרווח היזמי אין בה בשורות, שכן חידושיה של ההצעה בתחום זה כבולים בתפיסת היסוד הפוגענית שרואה בדירה אחת תמורה סבירה לעסקה שאינה פוגעת בכדאיותה.

77. הפנייה לציבור מסכמת את עיקרי השינוי בה ביחס להצעת 2019 כהאי לישנא:[112] "עיקרי השינויים בטיוטה זו, ביחס לטיוטה הקודמת, הם בהתייחסות לשאלת הרווח היזמי ולתמורה לבעלי הדירות, שיהוו תמריץ ראוי למימוש תכנית. בשני נושאים אלה התקן המוצע אינו קובע מספרים מוחלטים, אלא עקרונות לתחשיב, ומנחה את השמאי להציג את הרווח במספר אפשרויות תמורה. כך, חוות דעת שתיערך לפי התקן תציג באופן שקוף וברור את הרווח שאמור להתקבל מהתכנון המוצע, ואת אפשרויות חלוקת הרווח בין היזם לבין בעלי הדירות".

78. הצעת תקן 21.1 - 2022 מסבירה את העובדה שאינה נוקבת במפורש בשיעור רווח יזמי מינימאלי או מקסימאלי בכך ש"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".[113]

79. עם זאת ועל אף ההנמקה הנ"ל, ההצעה אינה מתנערת מן היומרה לקבוע שיעור רווח יזמי שיהווה תמריץ ראוי בכל שומה ושומה. היא מטילה את משימת קביעתה על השמאי העורך שומת כדאיות וזאת בהתאם להנחיה הבאה שמופיעה תחת הכותרת "הכדאיות הכלכלית למימוש המיזם":[114] "בהינתן הרווח הנובע מהתכנון המוצע... יש לבחון האם הרווח המתקבל מהווה תמריץ ראוי למימוש התוכנית המסוימת, אותו יציג השמאי בחוות דעתו".

80. ההצעה מנחה את השמאי לקבוע את שיעור הרווח היזמי הראוי בכל מקרה שכן "רווח יזמי, המהווה תמריץ ראוי, משתנה בין מיזם למיזם ומושפע מגורמים רבים". בהמשך היא ספק מדגימה מקרה מיוחד ספק קובעת כלל שלפיו (הדגשות שלי – ח.ז.) "כך, מיזם פינוי בינוי מבוצע בדרך כלל בהיקפים גדולים, נמשך זמן רב **ויש בו מרכיבי סיכון שאינם אופייניים למיזמים אחרים**. **לכן, שיעור הרווח היזמי במיזמים אלה נדרש להיות גבוה יותר לעומת בנייה בקרקע פנויה, באותו מקום ובאותו זמן**". כפי שהסברתי לעיל, הסיכון של יזם בעסקת פינוי ובינוי נמוך מהסיכון של יזם שנושא בעלויות הקרקע ודברים ברוח זו נאמרים בריש גלי על ידי מנהלי חברות יזמות מוכרות.[115]

81. כיצד ייקבע אותו שיעור רווח יזמי "ראוי"? הצעת 2022 מנחה את השמאי לשקול "פרמטרים שעל השמאי לקחת בחשבון, לשם גיבוש חוות דעתו לעניין הרווח היזמי הראוי" ובהם "הרווח המקובל לבנייה בקרקע פנויה באותו מועד ובאותו אזור, בשים לב לעובדה שהמועד הקובע לתחשיב לפי תקן זה הוא ערב ההפקדה בעוד הרווח היזמי המקובל הוא לאחר אישור התוכנית, ובשים לב גם לרווח המאפשר ליווי בנקאי למיזם, וכן, מאפייני המיזם, מיקומו, היקפו, סוג הנכס והשימושים הקיימים, שיעור ההסכמות מבין בעלי הדירות (ככל שידוע) וכד'. פרמטרים אלה מבטאים בעיקר את הסיכון הכרוך במיזם". עוד מחייבת ההצעה את השמאי להתחשב בחוות דעתו של השמאי

[112] נוסח הפנייה לציבור באתר משרד המשפטים, לעיל הע' 39.
[113] ס' 5.14 ל**הצעת תקן 21.1 – 2022**, לעיל הע' 39, בעמ' 7.
[114] שם, בס' 5.14 יג.
[115] ראו לעיל פסקה 49 והאסמכתאות בהע' 72 - 73.

מטעם מוסד התכנון הרלוונטי כי "הרווח היזמי שהתקבל מהתכנון המוצע אינו מהווה תמריץ ראוי להקמת המיזם".[116]

82. פרמטרים אלה, ובמיוחד שיעור הרווח בעסקה בקרקע פנויה והרווח הנדרש על ידי הבנקים לשם הסכמה לליווי בנקאי מכוונים את השמאי לשיעורי רווח יזמי מינימאליים של 15 - 18% שקרובים פחות או יותר, גם אם מעט נמוכים יותר, לשיעורים שנקבעו בתקן 21.1. אף כי בגוף ההצעה לא נזכר שיעור רווח יזמי מינימאלי הרי שבקובץ אקסל שצורף לה כנספח שכותרתו "בחינת הכדאיות הכלכלית, לפי חלק א' בתקן 21.1", ומהווה, בהתאם להפניות בגוף ההצעה, חלק בלתי נפרד ממנה, מוצגת דוגמה של פרויקט שבה נזכר שיעור של כ- 18% כ"רווח המהווה תמריץ ראוי".[117]

83. העולה מהנחיות אלה הוא כי אף שהצעת 2022 נמנעת מלנקוב בשיעור מפורש של רווח יזמי ראוי בעסקת פינו ובינוי, היא מנחה את השמאי שיעסוק בכך לקבוע בכל מקרה ומקרה שיעור רווח ראוי שלא יפחת מ-18% ובדרך כלל יהיה גבוה יותר מהשיעור המקובל בשוק בנוגע לקרקע פנויה. כמו כן בהתאם להנחיות שנקבעו כבר בטיוטה הקודמת ולא שונו כאן, שיעור גבוה זה יתחשב במרכיבי סיכון שכבר גולמו בחישוב ההוצאות,[118] ויתעלם לחלוטין מן הסיכון שנוטלים על עצמם בעלי הדירות.[119] בכל מקרה לא נקבעה בתקן כל הנחייה שתאפשר לשמאי, במקרה מתאים כלשהו, להציע לבעלי דירות תמורה העולה על דירה אחת או להצביע על כדאיותה של עסקת אחוזים בשיעור כלשהו.

84. ניתן לסכם אפוא כי הצעת תקן 21.1 2022 לא חוללה שינוי בתפיסה הפוגענית לפיה עסקת פינוי ובינוי המעניקה לבעלי דירות במתחם פינוי ובינוי תמורה של דירה אחת היא עסקה כדאית וסבירה. היא אף פוגעת בבעלי הדירות ביחס לטיוטות הקודמות, שכן בעוד שהיא מגבילה את תוספת השטח האפשרית לאותה דירת תמורה לחלופה מקסימלית של 25 מ"ר בלבד, היא מאפשרת במקרים מסוימים לקבוע כי עסקאות שאין בהן כל תוספת מטראז' לדירה זולת מחסן ומרפסת הן עסקאות כדאיות. דומה גם כי התיקונים הקוסמטיים שהיא מציעה בנוגע לדרך קביעתו של שיעור רווח יזמי ראוי לא יביאו לשינוי התמורות שמוצעות לבעלי הדירות אלא, לכל היותר, להתאמת הזכויות שיוקצו למתחמים על ידי רשויות התכנון כדי לספק את שיעורי הרווח היזמי אליהן מכוונת ההצעה, כמפורט לעיל.

<u>תקן 21.1 – נוסח יוני 2022</u>

85. ממש בטרם חתימת חוות דעתי זאת התפרסם נוסח מתוקן של תקן 21.1 אותו אשרה מועצת שמאי מקרקעין בתחילת יוני 2022.[120] 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.[121] התקן וכן טבלת הרגישות שמצורפת לו אינם כוללים כלל אפשרות שבעלי דירות

---

[116] שם, בס' 5.12.

[117] 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=00D1t000000uX5h&ids=0683Y00000KYIHp&d=%2Fa%2F3Y000001WA4p%2FPS97_XN.qA7A40FEV7qnoQy.r3dQrsh4MKTeeXDyzSQ&asPdf=false.

[118] ס' 5.15.3 ל**הצעת תקן 21.1 –2022**, לעיל הע' 39, בעמ' 11 – 12. סעיף זה זהה לנוסח הסעיף בהצעת 2019, ראו לעיל הע' 105 וטקסט סמוך.

[119] ראו לעיל פסקה 61 טקסט ואסמכתאות.

[120] **תקן 21.1 – נוסח יוני 2022**, לעיל הע' 40.

[121] שם, בס' 5.13ב. ס' 5.17.

יקבלו יותר מדירה אחת ומרחב התמרון היחיד שהן מותירות לבעלי הדירות הוא לגבי היקף התוספת לדירת התמורה.[122]

86. בסוגיית הרווח היזמי קבע השמאי הממשלתי במסמך נפרד ששמר לעצמו הסמכות לשנותו, שלוש מדרגות לרווח 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%.[123] שיעורים אלה נמוכים מאלה שנקבעו בנוסחים קודמים של התקן, שבהם נקבעו שיעורי רווח מינימאלי או מכסימלי גבוהים יותר. האפשרות לשוב ולעדכנם היא ככל הנראה תוצאה של פשרה בין הדרישה הנכונה שלא לנקוב בשיעור כזה כלל לבין דרישת הרשות להתחדשות עירונית ונציגי היזמים לנקוב בשיעורים גבוהים יותר.[124]

87. הנה כי כן בעוד התקן שב וקובע אמת מידה **מינימאלית** בלבד לשיעור הרווח היזמי, אין בו או בטבלת הרגישות שצורפה לו כל הוראה המאפשרת לשמאי לתרגם באופן פרקטי שיעורי רווח יזמי גבוהים יותר למסקנה לפיה הענקת תמורה של דירה אחת בלבד לבעלי הדירות אינה כדאית כלכלית. התקן דבק בעקרון של דירת תמורה אחת עם מדרגות מוגבלות של תוספת שטח גם במקרים בהם שיעור הרווח היזמי יעלה על השיעור המזערי שננקב בו ובוודאי במקרים בהם יהיה נמוך ממנו. על כן ברי כי גם הנוסח המתוקן לא שינה את הנוסחה הפוגענית שנהגתה בנוסחיו הקודמים. בעוד בעלי המקרקעין יקבלו לכל היותר דירה אחת מוגדלת, תוביל קביעת שיעורי רווח יזמי המינימאליים להתאמת הזכויות שיוקצו למתחמים על ידי רשויות התכנון, או, לחלופין וכפי שארע עד כה, לניתוב מלוא שיעורי הרווח היזמי - ליזמים.

<u>מדיניות הרשות להתחדשות עירונית</u>

88. הגישה הפוגענית שפותחה בעיקרה בתקנים חסרי מעמד משפטי מחייב, ויש לה גם רמזים מסוימים בחקיקה, התחזקה עם הקמת הרשות להתחדשות עירונית והיא באה לידי ביטוי במדיניותה.

89. חוק הרשות להתחדשות עירונית אמנם מונה בין מטרותיה של הרשות את הצורך לתת "מענה הולם לצורכי האוכלוסייה המתגוררת במתחמים המיועדים להתחדשות עירונית"[125] (ס' 1). כמו כן נקבע בו כי אחד מתפקידי הרשות הוא "סיוע להתארגנות דיירים לשם מימוש וקידום מיזמים להתחדשות עירונית".[126] עם זאת, נראה כי היעד של הגנת הקניין של בעלי דירות במתחמי פינוי בינוי נדחק תחת מטרותיה האחרות של הרשות.[127]

90. הרשות להתחדשות מזדהה לחלוטין עם הגישה הפוגענית שנזכרה לעיל בדוח משרד המשפטים, לפיה התמורה לבעלי דירות בפרויקט פינוי ובינוי היא של דירה אחת עם תוספות וכי כעניין שבשגרה לא ניתן להעניק להם נתח נדיב יותר.[128] למעשה היא גם אחת התומכות בעיגונה של גישה זאת בתקן 21.1. בפברואר 2020 הודיעה הרשות להתחדשות בפומבי כי לפי עמדתה "תמורה ראויה היא תוספת של 12 מ"ר ומרפסת. תמורה זו... מהווה שיפור משמעותי באיכות החיים ובערך הנכס, בנוסף

---

[122] שם, בהע' שוליים 8 וכן גיליון אלקטרוני נלווה לתקן – תבנית טבלת נתונים וחישובים לתקן 21.1, אתר משרד המשפטים, https://www.gov.il/he/departments/news/tikon_teken_21_1.

[123] 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.

[124] 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.

[125] ס' 1 לחוק הרשות להתחדשות.

[126] ס' 4(א)(8) לחוק הרשות להתחדשות.

[127] ס' 1 ו – 4(א) לחוק הרשות להתחדשות.

[128] ראו לעיל טקסט סמוך להערת שוליים 93.

לשדרוג הנובע מעצם קבלת דירה חדשה, ממוגנת, מחוזקת, עם חניה, ועל פי רוב גם מחסן".[129] הרשות הציעה להגדיל את התוספת ל-25 מ"ר במקרים של דירות קטנות במיוחד.[130]

91. יתר על כן, הרשות להתחדשות מציגה את הגישה הפוגענית לבעלי דירות כגישה הנוהגת והראויה. כך, למשל, במדריך שהכינה למתעניינים בהסכמי פינוי ובינוי מצוין כי "בתמורה למכירת דירתו מקבל בעל הדירה דירה חדשה בשטח גדול יותר ועל פי רוב בתוספת מחסן וחנייה...".[131] באותו מדריך מודגשת גם זכותו של יזם "לבטל הסכם אם אינו מגיע לרווח יזמי מינימלי" או לקבוע בהסכם כי "כאשר היקף הבנייה המאושר במסגרת התב"ע מאפשר מתן תמורות נמוכות בהרבה מהתמורות שנקבעו בעת חתימת ההסכם, נקבע בהסכם שבעלי הדירות רשאים לקבל את ההצעה לתמורה מופחתת לרווח יזמי מינימלי או לדחותה".[132]

92. אמנם המדריך גם מידע את המתעניינים כי "ההסכם מאפשר לקבוע כי בעלי הזכויות יהיו זכאים לתמורה מוגדלת, אם התב"ע החדשה כוללת זכויות בהיקף גבוה בהרבה מהזכויות שעליהן הסתמך היזם בעת חתימת ההסכם..."[133] אך לא מצאתי במדריך הבהרה מה היא תמורה מוגדלת כזאת ולא הודגם כיצד ומתי בעלי הזכויות יכולים לדורשה מראש לפני חתימת ההסכם. ספק אם ניתן לצפות כי בעלי דירות יבינו מטקסט זה שביכולתם לדרוש כתמורה נוספת דירות נוספות. נוכח הקריטריונים שנקבעו בתקן 21 ובתקן 21.1 לחישוב התמורות והרווח היזמי – ספק אם יימצא מקרה שבו לפי תקנים אלה ניתן יהיה לדרוש תמורה נוספת.

93. גם נוסח ההסכם לדוגמה שמוצג באתר הרשות להתחדשות[134] משקף בצורה ברורה מאוד את הגישה שלפיה התמורה לכל בעל דירה בהסכם פינוי ובינוי היא דירה אחת. כך למשל קובע ס' 1.13 להסכם זה כי: "כל דייר זכאי לקבל דירה חדשה בשטח דירתו הנוכחית כמפורט ב**נספח ב'**". הערות בודדות לגבי אפשרות לקבוע מנגנון תמורה אחר או לשנותו לא מובלטות בחוזה[135] ואין בו כל הבהרה של אפשרות שבעלי הדירות יהיו זכאים לדרוש מלכתחילה או בכלל דירות **אחדות** ולא רק דירה אחת.

94. גם ה"מחשבון לבדיקת כדאיות כלכלית של מתחמי פינוי-בינוי", המוצג לעין כל באתר הרשות להתחדשות[136] משקף לכל הצופים בו את העמדה שלפיה כנגד כל דירה תתקבל דירה אחת. המחשבון מעוצב כך שלעולם יציב המחשבון 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" ליזם.

95. בהתאם אם נציב במחשבון של רשות ההתחדשות את הדוגמה שהצגתי באיור ב' שבמסגרתה ניתן לבנות בפרויקט 1000 דירות חדשות, ונציב 50 במספר הדירות במצב הקיים - **נקבל 50 גם במספר דירות התמורה**. אם נציב 100 במספר הדירות במצב קיים **נקבל 100 במספר דירות התמורה**. שיעור

---

[129] 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/hithadshut_ironit_documents_renewal_neyar_emda_03022020.pdf.

[130] שם שם.

[131] 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_madrich_heskem_pinuy_binuy.pdf .

[132] שם, בעמ' 8.

[133] שם, בעמ' 17.

[134] הרשות להתחדשות עירונית, הסכם לדוגמה בין בעלי דירות ליזם לעסקת פינוי-בינוי, https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/heskem-pinuy-binuy-ledugma/he/hithadshut_ironit_documents_heskem_pinuy_binuy_ledugma.docx

[135] ראו למשל שם בס' 5.5 העוסק בתוספת זכויות מעבר לתכולה מינימאלית שנקבעה בחוזה.

[136] הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **המחשבון לחישוב כדאיות כלכלית של מתחמי פינוי ובינוי** (1.9.2020), https://paz-ui-paz.b9ad.pro-us-east-1.openshiftapps.com/.

הרווח לעלות יהיה במקרה הראשון 28.1% ובמקרה השני 23.4%. **מספר דירות התמורה לא ישתנה** גם אם נציב במספר הדירות החדשות **3000** דירות. שיעור הרווח אז ישתנה ל – 27.5% ו – 29% בהתאמה. המחשבון ממחיש היטב לא רק את הפגיעה של השיטה הפוגענית בזכויות בעלי הדירות המקוריות אלא גם את חוסר ההיגיון האבסורדי שבה. לא זו בלבד שפרויקטים שהיקף ההוצאה והסיכון שבהם ליזם הוא זהה מניבים לו רווח שונה, גם הוספה של אלפי דירות לפרויקט שיש בו רק מאה ופחות דירות מובילה לשיעורי רווח יזמי שלפי התקן הם "סבירים".

96. זאת ועוד, נראה שהגישה הפוגענית קנתה לה אחיזה במציאות הנוהגת הלכה למעשה. לפי הנתונים שמפרסמת הרשות להתחדשות קיימים פערים ניכרים ושכיחים בין מספר דירות התמורה בפרויקטים של פינוי ובינוי לבין מספר הדירות החדשות. נתון זה מעיד על כך שהגישה הפוגענית מובילה הלכה למעשה לפגיעה עקבית ורחבת היקף בבעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי.

97. כך, למשל, הדוח השנתי של רשות ההתחדשות לשנת 2020 מדווח בין היתר על תוכניות פינוי–בינוי שאושרו במצטבר עד סוף שנת 2020 בעשר "הערים המובילות". בערים אלה תוכננו מתחמים בהם במצטבר 18314 יחידות דיור קיימות תוחלפנה ב-75,918 יחידות דיור מוצעות. ברחובות, שהיא לפי הדוח העיר המובילה בתוספת יחידות דיור במסגרת פינוי ובינוי, מתוכננות 12,601 יחידות דיור במתחמים שבהם 1926 יחידות דיור ובלוד מתוכננות להניב 1636 יחידות דיור קיימות 10,155 יחידות דיור חדשות. בתל אביב מניבות 3137 יחידות דיור 10,255 יחידות חדשות ובירושלים מניבות 2894 יחידות קיימות 10,153 יחידות חדשות.[137] בשנת 2021 נוספו למעגל התכנון בערי אלה עוד 2303 יחידות דיור דירות מקוריות שמתוכנן להחליפן ב 8998 יחידות דיור חדשות ובסך הכול עד סוף שנת 2021 תוכננו במצטבר בעשר הערים 84,916 יחידות דיור חדשות שנועדו להחליף 20,676 יחידות דיור קיימות.[138]

98. עולה מכך כי באופן ממוצע בפרויקטים שמאמצים את תקן 21 כל יחידת דיור מניבה **ליזמים** בממוצע עוד 3 יח"ד, ברחובות ובלוד – עוד **למעלה מחמש** ובערים הגדולות, שבהם שווי הקרקע גבוה יותר, עוד למעלה מ**שתי יח"ד**. התמורה המגיעה לבעלי הדירות בכל המקומות היא לפי התקן - זהה. תמורות אלה נופלות מהתמורות שמקבלים בעלי דירות לפי שיעורי הקומבינציה המקובלים בערים אלה. כך, למשל, לפי חוות הדעת שצורפה לעתירה, על פי שיעורי הקומבינציה המקובלים ברחובות תוספת של כחמש דירות בגין כל יח"ד מקורית יכולה להקנות לכל בעל יח"ד מקורית **שתי** דירות חדשות. יתר על כן, בעסקאות קומבינציה מוסדות התכנון אינם כובלים עצמם לאמת המידה הפוגענית של תקן 21 וכאשר הם מאשרים בניה בהיקפים רחבים יותר – עסקאות קומבינציה מניבות לבעלים תמורה גדולה יותר.[139] כאמור לעיל שיעור הקומבינציה בעסקאות קומבינציה באזור המרכז הוא של 40% ולעתים גם מעל 50% - קרי בעלי הקרקע מקבלים 40% ואף 60% מהדירות.[140]

99. הפערים האמורים מצביעים על כך שהפגיעה של הגישה הפוגענית בחלק הראוי של בעלי דירות בזכויות הבנייה במתחמי פינוי ובינוי היא שיטתית, שרירותית ורחבת היקף. יצוין כי לא מצאתי בפרסומי הרשות להתחדשות כל הסבר בדבר פערים אלה או ניתוח פרטני שלהם. בדוח שחיבר מרכז המידע של הכנסת לקראת חקיקת תיקון 2021 נמסר כי "חסרים נתונים כלכליים ושמאיים על

---

[137] הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **דוח התחדשות עירונית לשנת 2020** 26 (אפריל 2021)(להלן: **דוח 2020**), https://www.gov.il/BlobFolder/reports/urban_renewal_report_2020/he/hithadshut_ironit_documents_urban_renewal_report_2020.pdf

[138] הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **דוח התחדשות עירונית לשנת 2021** 25 (אפריל 2022).

[139] ראו **חו"ד מרקוביץ'**, לעיל הע' 31 בעמ' 4.

[140] ראו לעיל הע' 30 - 31 וטקסט סמוך.

התוכניות, ובתוך כך עלויות הפרויקטים, התפלגות העלויות למרכיבים השונים (הריסה, בניה, תמורות לבעלי הדירות, דיור חליפי לתקופת הפרויקט, וכדומה) שיעור הרווח היזמי שנקבע בתקן 21, שיעור הרווח היזמי בפועל, התמורות שהובטחו לבעלי הדירות והתמורות שניתנו להם בפועל".[141]

100. אם כן, עמדתה של הרשות להתחדשות עירונית מסייעת להטמעת הגישה הפוגענית בקרב בעלי דירות וזאת על אף שאחד מתפקידיה של הרשות הוא כאמור לסייע להם. תופעה זו אינה חדשה בתחום תוכניות דיור ממשלתיות ותואמת היטב את התיאור הציני שהעניק כבר לפני יובל שנים המלומד Turner לפרויקטים ממשלתיים של דיור לאמור:

"When the housing supply does not match the home buyer's or renter's demand well enough to generate the will to pay or to care for the property, the seller or landlord depends on coercion. This can take two forms: direct police power or reification through propaganda, which tries to persuade the consumer that what he really wants is just what the producer is selling him and that value lies in the product rather than in its usefulness. Which of these two ways of enslaving man is the worst is a much-debated question. For the present purpose, however, we can wish the plague on both these authoritarian houses, and build some hope on the fact that excessive police power and excessive advertising are far too costly for most nations' economies".[142]

<u>השפעת מדיניות הרשות להתחדשות על מדיניות רשויות התכנון</u>

101. הגישה הפוגענית שהותוותה במסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי הוטמעה הלכה למעשה גם בעמדתן של רשויות התכנון והבנייה ברמה המקומית וזאת בין היתר באמצעות מנהלות התחדשות עירונית שפועלות בעיריות השונות בהנחיית הרשות להתחדשות. כך, היקף הבנייה המאושר בתוכניות פינוי ובינוי ובמסמכי מדיניות תכנוניים נגזר מן התמורה לבעלי הדירות הנקובה בתקן 21 וכבדרך שגרה אינו מניח אפשרות לציפוף הבנייה מעבר לנדרש לשם השגת ברירת המחדל המינימאלית האמורה, אלא, למצער, ככל הנדרש לשם שיפור הרווחיות ליזמים. האפשרות של הגדלת התמורה לבעלי הדירות והיזם אהדדי, תוך שמירה על שיעור הרווחיות הנדרש לשם הגדלה כזאת, כלל אינה נשקלת. מדיניות זו נוגדת את מדיניות התכנון הארצית השואפת **להגדלת ציפוף הבנייה**, לפי קריטריונים מסוימים של כמות יחידות דיור ליחידת שטח, כפי שהיא משתקפת, למשל, בתיקונים המוצעים לתמ"א 35.[143] היא גם נוגדת את אחת המטרות המרכזיות של ההתחדשות העירונית על פי ס' 1 לחוק הרשות להתחדשות שהיא "הגדלת היצע הדיור במרקם העירוני הבנוי".

---

[141] מתן שחק **סוגיות בהתחדשות עירונית - לקראת דיון ברפורמה המוצעת בהתחדשות העירונית בפרק ד' להצעת חוק התכנית הכלכלית** 23 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 12.10.2021)(להלן: **דוח מחקר הכנסת**), https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/433601fa-e4c5-ea11-8107-00155d0aee38/2_433601fa-e4c5-ea11-8107-00155d0aee38_11_18174.pdf.

[142] John F. C. Turner *Housing as a verb* In FREEDOM TO BUILD 148, 161 (John F. C.Turner & Robert Fichter eds., 1972).

[143] תכנית מתאר ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור תמ"א 35 - שינוי מס. 4 צפיפות מינימלית למגורים – נוסח סטטוטורי לדיון 5 (29.9.2021), עמוד מסמכי התוכנית באתר מנהל התכנון, https://mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4&mp_id=6vCdEltSxBUIC2Xhjyd74%2FTbFFdHxoAkyOtz81Tb5buAdcwnvnkp3SnP8xbW5cvifmVR9qir3RhVKEvuxYtPnb1Q%2FJqYmDAvSVLlpC1hzgA%3D&et=1 (לוח 1 הקובע צפיפות נטו של יח"ד לדונם).

102. אף על פי כן, במסמך הנחיות שניסח מנהל התכנון בפברואר 2019 נקבע כי חישוב מקדמי ציפוף מינימאליים ביח"ד ובשטחי בנייה יערך לפי דוח שמאי מסכם לפי תקן 21 וכי הוא ייקח בחשבון את התמורות לבעלי הדירות לפי תקן זה. בהקשר זה נכתב כי: "תמורה נורמטיבית לדיירים: התמורה המוצעת לתושבי מתחם התכנון משפיעה באופן ישיר על היקף יח"ד בפרויקט המוצע. התקן ממליץ על תוספת ממוצעת של כ-25 מ"ר (עיקרי+שירות) לכל דירה קיימת, כלומר תוספת של כ-2 חדרים".[144]

103. רשויות מקומיות מאמצות את הגישה הפוגענית בהתלהבות שכן הן רואות בכך הזדמנות לצמצם את ציפוף הבנייה בניגוד למדיניות התכנון הארצית ומתוך ציפייה כי המענה למשבר הדיור יוגשם ברשויות אחרות ולא בשטחן (גישה הידועה בכינוי "Not in my backyard" או בקיצור NIMBY).[145] 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 וכדי).[146]

104. במילים אחרות, אימוץ הנוסחה הפוגענית של תקן 21, לרבות בתיקוניו האחרונים, על-ידי הרשויות המקומיות, בהתאם להנחיית הרשות להתחדשות עירונית, סותר למעשה את המטרה המפורשת הן של מדיניות התכנון הארצית והן של חוק הרשות להתחדשות להגדיל את היצע הדיור כדי לתת מענה למשבר הדיור. בעוד שמסמכי תכנון ארציים קובעים מכסות בנייה בהיקף של מאות אחוזים במקומות שונים (כגון באזורים המתוכננים בסמיכות לקווי מטרו), דווקא באזורי התחדשות עירונית, שהם משאב מקרקעין רב ממדים הנמצא באזורי הביקוש, מסלילה הנוסחה הפוגענית את הרשויות להסתפק בתמורה מינימאלית של דירת תמורה אחת בלבד המובילה ליצירת היצע דיור תת-אופטימלי ביחס למדיניות התכנון הארצית. הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין פוגעת גם באינטרס הציבורי בהגדלת היצע הדיור.

105. הנוסחה האמורה 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.[147] כך, התפיסה הפוגענית של התקן בדבר היקף התמורה לבעלי הדירות, קרי דירה אחת עם תוספת של 12 מ"ר ולעתים גם חניה ומרפסת, אומצה עקרונית, גם אם בהבדלי ניואנסים קלים, בשורה של מסמכי מדיניות שמנחים את מעצבי מדיניות ההתחדשות העירונית בערים שונות ובהן

---

[144] מנהל התכנון **מדריך מנהל התכנון לבחינה וקידום של תוכניות להתחדשות עירונית** 8 (פברואר 2019), https://www.gov.il/BlobFolder/policy/urban_renewal_g/he/urban_renewal.pdf.

[145] תא/מק/9112 - מדיניות תוכניות להתחדשות עירונית - דיון באישור מדיניות 2 (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%A%20%D7%A2%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA.pdf (מסמך המדיניות של תל אביב מניח כי "מאחר ותוכניות להתחדשות עירונית מקודמות במרקמים בנויים, כל תוספת שטחי בנייה סחירים בהכרח באה על חשבון שטחים לשימושים ציבוריים, איכות וצפיפות הבינוי").

[146] שרית דנה, שלום זינגר **דיני תכנון ובנייה** 87 (2015); צבי אקשטיין, אפרת טולקובסקי ואח' **רפורמות בענף הדיור – נייר מדיניות** 13, 22 (דצמבר 2015), https://din-online.info/pdf/ah6.pdf.

[147] מנהל התכנון **תמהיל גדלי דיור בישראל – מסמך רקע** 49 – 50 (2022).

(בסדר אלף בית) באר שבע,[148] הרצליה[149] חדרה,[150] חולון,[151] כפר סבא,[152] לוד,[153] נתניה,[154] פתח תקווה,[155] רמלה,[156] רמת-גן,[157] ותל אביב.[158]

106. מסמך של עיריית חיפה שקבע מדיניות תמורה דומה[159] 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, אגב החלשת שיקול הדעת, מבלי לשמוע את עמדת הציבור, לרבות היזמים, בנושא בעל אופי תכנוני שיש בו כדי להשפיע על גורל ההתחדשות העירונית בשכונות עד לאישור תכנית אב, היא בלתי סבירה בעיניי".[160]

107. יש לציין כי התחדשות עירונית בישראל והכרזות על מתחמי התחדשות אינם מבוססים על מדיניות כוללת הבוחנת את הצורך בהתחדשות עירונית ברמה הארצית. על אחת כמה וכמה שאין בחינה תכנונית של ההצדקה לשימוש בכלים פוגעניים במקרה כזה או אחר. כפי שכתבו מרגלית ושטרן המצב בישראל הוא של "היעדר מדיניות כוללת וקידום פרויקטים של התחדשות בהתאם למדיניות של כל רשות ורשות, המשתנה מעת לעת" וכן "תכנון ההתחדשות העירונית בישראל נעשה בצורה

---

[148] 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.

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

[150] מנהלת התחדשות עירונית חדרה **מדיניות תכנונית להתחדשות עירונית בחדרה** 13 (מרץ 2020)(ס' 6 תמורה לדיירים), https://www.hakal.co.il/files/medinut.pdf.

[151] 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.

[152] 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

[153] 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

[154] 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.

[155] עיריית פתח תקוה **מדיניות התחדשות עירונית - פרוטוקול ישיבה 20210009 של ועדת המשנה לתכנון 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.

[156] 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.

[157] **פרוטוקול דיון והחלטות ישיבת מליאת הועדה המקומית רמת גן** 40 (27.12.2020)(אגב דיון בתוכנית מפורטת 0684472 506 נקבע כי "בהתאם למדיניות הוועדה, שטח דירות תמורה לא יעלה על 12 מ"ר לדירה + מרפסת, בנוסף לקיים בהיתר"), https://archive.gis-net.co.il/RamatGan/Pirsumim/778/fa554e8a-cb35-478d-9d71-7a4b00dc092b.pdf

[158] שם, בעמ' 5 (ס' 3.1 ב).

[159] 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**). ראו גם להלן פס' 206 והטקסט שם.

[160] שם בפס' 73.

מקוטעת (fragmentation) הפוגעת בתכנון מיטבי, יעיל וראוי המתייחס אל מכלול מרחביה העירוניים של ישראל".[161]

108. יצירת תמ"א להתחדשות עירונית שמבוססת על ראיה תכנונית ארצית ורחבת היקף תיצור וודאות תכנונית, תקבע את אזורי היעד להתחדשות עירונית ותקבע יעדי ציפוף על בסיס שיקולי תכנון ולא על בסיס יישום ספוראדי של אמת המידה הפוגענית והשרירותית שנקבעה בתקן 21. כיום יש בליבה העירונית של מדינת ישראל למעלה מ-190 "מתחמי עוני" הטעונים התחדשות.[162] תכנית ארצית להתחדשות עירונית תבהיר את היקף זכויות הפיתוח שנתונות לבעלי המקרקעין בשכונות הטעונות התחדשות עירונית ותמנע ניצול העמימות התכנונית הקיימת כיום על ידי יזמים ורשויות כאחד לשם פגיעה בקניין הבעלים. היא תאפשר לבעלי המקרקעין בשכונות לממש את מלוא זכויות הקניין שלהם, לצאת ממעגל העוני ולהזניק קדימה את הליבה העירונית של מדינת ישראל.[163]

109. 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".[164] למיטב ידיעתי לא חל שינוי בממצא זה עד עצם היום הזה. 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.

110. אם כך, בהעדר תכנית מתאר ארצית, ברירת המחדל הפוגענית והשרירותית של התקינה השמאית, אשר דואגת בעיקר לרווח הסביר של היזם ומשרתת גם את האינטרסים של רשויות מקומיות, השפיעה על התכנון של התחדשות עירונית לא פחות ואולי אף יותר משיקולים תכנוניים אחרים אשר יכלו או עשויים היו להשפיע על בחירת אזורים להתחדשות עירונית. היא לא מבוססת כלל על תכנית ארצית שתשקול שיקולים כבדי משקל של תכנון ארוך טווח ותאזן בין צרכי הציבור, זכויות הקניין הפרטי ותמריצים ליזמים. למעשה התכנון של ההתחדשות העירונית מבוסס לא אחת על יוזמות ספוראדיות של יזמים שמניעים אותו תוך חתירה להגדלת הרווח היזמי שלהם מבלי לשנות את התמורה המינימאלית לבעלי המקרקעין, וזאת בחסות הגישה הפוגענית של תקן 21.

111. המבוא להצעת תקן 21.1 2022, אשר אושר ביוני 2022, כלל הצהרה חשובה שמתיימרת לכאורה לשנות את הסדר המעוות שלפיו התקן הוא זה שקובע את היקף הבנייה בתוכנית. הוא מצהיר כי הסדר צריך להיות הפוך, קרי "התכנון מוביל ובעקבותיו ועל פיו תיבדק ההתכנות הכלכלית". הצהרה זו אומצה גם בנוסח שאושר ביוני 2022. בהתאם מצהיר התקן כי סדר הפעולות הנכון הוא "קביעת מדיניות תכנון; הכנת תכנית או פרוגרמה תכנונית בהתאם למדיניות התכנון" ורק לאחר

---

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

[162] עומר טל **מיפוי מתחמי העוני בישראל – תמונת מצב עדכנית של ריכוזי עוני בישראל** 5 (המכון לרפורמות מבניות, 2015)("מתחם עוני" הוגדר כ"אזור שבו ההכנסה החציונית לנפש תקנית במתחם אינה עולה על 80% מההכנסה החציונית לנפש תקנית בישראל), http://ref-inst.org/wp-content/uploads/2015/08/%D7%9E%D7%99%D7%A4%D7%95%D7%99-%D7%A9%D7%9B%D7%95%D7%A0%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%A0%D7%99-1.1.pdf.

[163] המכון לרפורמות מבניות **נייר עמדה – מדיניות דיור לאומית** 2 (יוני 2015)(" ישנן כיום כ-190 שכונות ברחבי מדינת ישראל המשוועות לשיקום. אם נכפיל פי חמש את אחוזי הבנייה בשכונות אלו, נוכל לייצר דיור במרכזים עירוניים עבור כל המגזרים שידם אינה משגת לרכוש דירה או לשכור דירה לטווח ארוך במחיר הוגן"), http://ref-inst.org/wp-content/uploads/2015/07/%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%93%D7%99%D7%95%D7%A8-%D7%9C%D7%90%D7%95%D7%9E%D7%99%D7%AA-%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%A8-%D7%A2%D7%9E%D7%93%D7%94.pdf.

[164] **דוח מבקר המדינה 66**, לעיל הע' 89, בעמ' 1272.

מכן "בדיקת הרווח היזמי הצפוי ממימוש התוכנית בהתאם לתחשיב הקבוע בתקן זה".[165] עם זאת, נוכח העדר תכנון ארצי משולב להתחדשות עירונית וכן כל עוד ברירת המחדל הפוגענית של תקן 21.1 עומדת בעינה, קשה לראות כיצד יתאפשר תכנון עצמאי המנותק ממנה. ספק רב אם סעיף המבוא לתקן 21.1 בנוסחו העדכני יכול לשנות נורמה שהשתרשה בצורה כה עמוקה במוסדות התכנון. יתרה מזאת, כפי שהראיתי לעיל הנוסח העדכני של התקן גם אינו מכוון הלכה למעשה לביטול נורמה זו.

<u>סיכום פרק ב</u>

112. **מפרק זה עולה כי המסגרת 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. כמו כן, המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי מתווה מנגנונים לקביעתם ואכיפתם של שיעורי מינימום של רווח יזמי בפרויקט פינוי ובינוי והיא מנחה הלכה למעשה את הגורמים השונים המעורבים בתחום זה.**

113. **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.**

114. **מנגנוני הליווי של המדינה, לרבות הרשות להתחדשות עירונית, מועצת שמאי מקרקעין ומשרד המשפטים תומכים בעמדה הפוגענית ומסייעים להטמעתה ולהתקבעותה כברירת מחדל שאין בלתה בקרב כל העוסקים בתחום. ברירת המחדל הפוגענית היא גם שיקול תכנוני מכריע בקביעת מכסות הבנייה באזורי התחדשות עירונית. בכל אלה יש משום פגיעה חמורה הן בקניין של בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי והן באינטרס הציבורי "להגדיל את היקף המימוש של מיזמים להתחדשות עירונית ולהאיץ את ביצועם לשם הגדלת היצע הדיור במרקם העירוני הבנוי" (ס' 1 לחוק הרשות להתחדשות).**

[165] **הצעת תקן 21.1 –2022**, לעיל הע' 39, בעמ' 2 ; **תקן 21.1 – נוסח יוני 2022**, לעיל הע' 40,בעמ' 2.

פרק ג

הפגיעה בזכות הקניין במסגרת הליכי פינוי ובינוי-פגיעה כפויה ולא הסכמה מרצון

כללי: רשת הכפייה

115. בפרק זה אטען כי הגישה הפוגענית שתוארה בפרק ב' נכפית על בעלי הדירות וכמוה כהפקעת זכויות הקניין שלהם. פעולת ההפקעה מנצלת את עמדת המיקוח החלשה של בעלי הדירות כדי לכפות עליהם הסדר פוגעני באמצעות שורה של כלים שמעוצבים במסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי. כלים אלה נכרכים כרשת דייגים סביב בעלי הדירות לכדי מלכודת שאינם יכולים עוד להיחלץ ממנה.

116. מנגנון הכפייה המשולב שלוכד את בעלי הדירות משלב אמצעי כפייה שונים ובהם מנגנוני כבילה חוזיים, מנגנוני הכרעה של רוב או אף מיעוט של בעלי הדירות, מעורבות ממשלתית והעדר ערובות למניעת קיפוח ופגיעה. השילוב של מנגנונים אלה מוביל בסופו של דבר לכפיית הגישה הפוגענית על בעלי הדירות, תוך ניצול חולשותיהם כצד מפוצל ובעל יכולות ומידע נחותים מיכולותיהם של יזמים, מארגנים ורשויות. כפייה זו אינה אלא הפקעה או פגיעה חמורה בזכות הקניין של בעלי הדירות במתחם פינוי ובינוי והיא נעשית ללא כל פיצוי הולם. פרק זה יוקדש להצגת מנגנוני כפייה אלה.

117. בפרק זה אתמקד בתיאור אופן הפעולה של מנגנוני הכפייה הכופים על בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי את התוצאות הפוגעניות של הגישה הפוגענית.

118. בטרם אנתח את מנגנוני הכפייה אנסה לשער מה היו הקווים של עסקת פינוי ובינוי שבה מתקשרים שני צדדים שווי כוח: מצד אחד, בעל מקרקעין דמיוני עתיר נכסים המוחזקים על ידו ומצד שני – יזם. מרכיבי המשא ומתן בין שני הצדדים מוכרים הן בעסקת קומבינציה והן בעסקת פינוי ובינוי: הבעלים מבקש מהיזם לדאוג על חשבונו לכל המרכיבים הנדרשים להוצאתו לפועל של המיזם לרבות תכנון, ביצוע, אשראי ומיסוי. הבעלים יחפוץ לשמר בידו את הנתח המרבי של זכויות, בכפוף למחירה של העסקה. הוא גם מבקש לספק סידור חלופי לכל הפעילויות במקרקעין בשעת ההקמה או לחילופין לבנות את מבני התמורה או חלקם לפני הפינוי (הקדמת הבינוי לפינוי). בתמורה מבקש היזם לקבל זכויות במקרקעין בהיקף שיאפשר לממן באמצעות מכירתן את כל חיוביו בצירוף הרווח המרבי שיוכל להפיק מכך.

119. סביר להניח שנקודת המפגש בין שני הרצונות תוביל להסדר דומה למנגנון הנוהג בעסקת קומבינציה, כפי שהצגתיו לעיל בפרק א. סביר להניח כי הבעלים לא יסכים להעניק ליזם עבור שירותיו נתח מזכויות הקניין שלו העולה על מה שסביר ומקובל בשוק שכן יוכל תמיד לפנות ליזם אחר שיסתפק בנתח המקובל בשוק. מאותה סיבה סביר להניח שיזם לא יסתפק בתמורה נמוכה שאינו משקפת את הוצאותיו והסיכון שהוא נוטל, שכן במקרה כזה לא יהיה יזם אחר שייטול על עצמו סיכון שכזה. עסקה רצונית בין שני הצדדים תקנה ליזם את התמורה המכסימלית שיוכל לקבל בשוק תחרותי ותותיר בידי בעל המקרקעין את כל יתרת זכויותיו.

120. כפי שהראיתי בפרק ב ובאיור 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. סביר להניח שבעל המקרקעין הדמיוני שהצגנו בפסקאות הקודמות לא יסכים לתמורה כזו. בפרק זה אראה כיצד בעלי מקרקעין בעסקת פינוי ובינוי נכפים להסכים לכך שלא מרצון

ולעתים אף בבלי דעת. עם זאת בטרם אעשה זאת, אבהיר מה הוא הרקע ליצירתם של מנגנוני הכפייה.

<u>בעיית הפעולה המשותפת: התנגדות אסטרטגית כתירוץ לפגיעה בלתי נחוצה בקניין</u>

121. 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 האופטימאלי שהבעלים היחיד שתואר לעיל יכול היה להגיע אליו. ריבוי הבעלים גם יקשה על היזם להגיע להסכמה עם כל הבעלים וייקר את ההתקשרות מבחינתו. כתוצאה מכך יש סיכוי שהמיזם לא יצא לפועל וכך ייגרם נזק לא רק לבעלים אלא לציבור כולו, ככל שיש צורך חיוני בהתחדשות עירונית באותו מתחם.[166]

122. שתי שיטות הוצעו לפתרון בעיית הפעולה המשותפת: הכרעת רוב והפקעה של הנכס המשותף. השיטה של הכרעת רוב מקובלת בדיני השיתוף הכלליים[167] ובדיני הבתים המשותפים.[168] 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.[169]

123. הנה כמה דוגמאות לכך שכאשר מוענקת סמכות הכרעה לרוב היא בדרך כלל מותנה בערובות לשמירת זכויות הקניין של היחיד. סמכות הרוב בנכס מקרקעין משותף במנות 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".[170] 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.[171] 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".[172]

124. בדומה, השופטת ברק ארז המליצה להשקיף על מערכת היחסים בין בעלי דירות בבית משותף שנהרס במשקפי דיני עושק המיעוט בחברות המבקשים למנוע מצב שבו "הרוב נוקט למעשה בעמדה הפוגעת ביכולתו של המיעוט למקסם את הערך הכלכלי של זכויותיו".[173] דיני החברות מאפשרים לבעלי מניות לקבל סעד של הסרת קיפוח או מניעתו.[174] כאשר הצעת רכש נכפית על מיעוט של בעלי מניות בחברה, הם רשאים לפנות לבית המשפט לקבלת "סעד הערכה" שיקבע "כי התמורה בעבור המניות הייתה פחות משוויין ההוגן, וכי יש לשלם את השווי ההוגן".[175] בחישוב השווי יובאו בחשבון

---

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

[167] ס' 30 לחוק המקרקעין.

[168] סעיפים שונים בחוק המקרקעין ובהם ס' 60, 62, 71ב, התקנון המצוי בתוספת; חוק המקרקעין חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008, **ס"ח** 154.

[169] דגן, **קניין**, לעיל הע' 2, בעמ'403, 405.

[170] 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**).

[171] ס' 62 לחוק המקרקעין.

[172] ס' 71ב(2) לחוק המקרקעין.

[173] פרשת **מרכזים**, לעיל הע' 21, בפס' 71 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

[174] ס' 191 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, **ס"ח** 189.

[175] ס' 338 לחוק החברות.

גם "הרווחים הצפויים מהשקעותיה העתידיות של החברה" וזאת כדי להבטיח כי "חלקו של המיעוט ברווחים אלה לא יחסר, ומצבו לא יורע".[176]

125. אם כן, מתן סמכות לרוב לכפות פעולה על המיעוט נועד למנוע סחטנות של מיעוט סרבן המשתמש בכוחו כדי למנוע פעולה משותפת שאינה פוגעת בו אם הרוב חפץ בה, אך הרוב אינו אמור להשתמש בסמכותו כדי לפגוע בזכויות הקניין של המיעוט. הסמכת הרוב לפגוע בזכויות הקניין של המיעוט אינה אלא הפקעה ופגיעה בקניין החורגת מן המטרה שלשמה מוסמך הרוב להפעיל את כוחו. תפקידו של המשפט, המחוקק או השופט, לדאוג שהרוב לא ישתמש בכוחו כדי לפגוע בקניין המיעוט. החוק הישראלי רצוף דוגמאות לדאגה כזאת, אך, כפי שאראה בפרק זה, המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי אינה מונעת את פגיעתה החמורה של הגישה הפוגענית בבעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי.

126. פתרון מרחיק לכת ופוגעני עוד יותר לבעיית הפעולה המשותפת הוא פתרון של 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 מכירה[177] או בהפקעה לצרכי ציבור.[178] החסרונות של שיטה זו טמונים הן בסכנה שסמכות ההפקעה תעודד התנהגות אופורטוניסטית של הרשות המפקיעה והן בפגיעה החמורה של ההפקעה בקניין הפרטי: ההפקעה שוללת מן הבעלים המקוריים את היכולת ליהנות מהנכס ומעליית הערך שלו בעתיד.[179]

127. בשל פגיעתה של ההפקעה המוחלטת הוצעו פתרונות הפקעה מתונים יותר אשר מאפשרים לבעלי המקרקעין שהופקעו להנות מהמקרקעין ומעליית הערך שלהם לאחר ההפקעה. פתרון כזה מוכר בתוכניות איחוד וחלוקה ללא הסכמה[180] וכן במודל תאגידי לשיתוף בעלים בפיתוח שלאחר הפקעת מקרקעין.[181] 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.

128. הנחת המוצא של מעצבי המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי הייתה שהם נדרשים ורשאים לעצב מנגנוני כפייה שימנעו התנהגות סחטנית של רוב 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.[182] אלה גם המונחים ששימשו להצדקת תיקון

---

[176] ע"א 10406/06 **עצמון נ' בנק הפועלים בע"מ**, בפס' 58 לפק דינו של השופט דנציגר (נבו, 28.12.2009); רע"א 779/06 **קיטאל החזקות ופיתוח בינלאומי בע"מ נ' ממן**, בפס' 63 – 65 לפסק דינו של השופט דנציגר וכן פס' כד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו, 28.12.2012).

[177] ס' 40 לחוק המקרקעין; פרשת **מרכזים**, לעיל הע' 21, בפס' 61 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ("החלטה על ביטול רישום של צו בית משותף שאינה מתקבלת פה אחד, קרובה מבחינה רעיונית למצב של הפקעה, אם כי לא על-ידי השלטון").

[178] בג"ץ 3956/92 **מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה**, פס' 10 לפסק דינו של השופט אור (נבו, 22.12.1994)(להלן: פרשת **מקור הנפקות**)("רק ריכוז הבעלות והקמת שכונת המגורים בידי המדינה תצליח להביא להקמת השכונה בגודל ותוך פרק זמן כנדרש"); בג"ץ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, 82 - 83 (1995)(הצדקת שיהוי בהפקעה של חלקה כלואה שלא ניתנה לנצלה עקב כך במנותק ממקרקעי התוכנית); בג"ץ 10784/02 **קרן קיימת לישראל נ' אתרים בחוף ת"א חברה לפיתוח אתרי תיירות בת"א יפו**, פ"ד נח(3) 757, 767 (2004)("יש לשמר את חטיבת הקרקע המופקעת כמיקשה אחת...על-מנת שיהיה ניתן לבצע את הפרויקט כולו במתכונת שבה תוכנן").

[179] **חביב-סגל**, לעיל הע' 166, בעמ' 461 - 468; **להבי וליכט**, לעיל הע' 4, בעמ' 108 - 112; דגן, **קניין**, לעיל הע' 2, בעמ' 126 – 129.

[180] **להבי וליכט**, לעיל הע' 4, בעמ' 130 - 135.

[181] שם, בעמ' 140 ואילך.

[182] הדגשות להלן: שלי – ח.ז.): הצעת החוק פינוי ובינוי (פיצויים), תשס"ה – 2005, **הצ"ח** 198 (ההצעה "נועדה להתמודד עם תופעה שלפיה פרויקטים של פינוי ובינוי אינם יוצאים לפועל, חרף רצונם של רוב הדיירים, בשל התנגדות **בלתי סבירה** של אחד או יותר מבעלי הדירות. לרוב, ההתנגדות מקנה ל**סרבן** עמדת מיקוח מיוחדת שבה הוא משתמש פעמים אפילו במחיר של הכשלת העסקה"); הצעת חוק פינוי ובינוי (פיצויים) (תיקון מס' 4) (פינוי בשל סירוב בלתי סביר), תשע"ו–2016, **הצ"ח** 568 ("החוק נועד להתמודד עם תופעת אי–התממשותן של עסקאות פינוי ובינוי, חרף העובדה ששיעור משמעותי מבין בעלי הדירות מעוניינים בעסקה, וזאת בשל התנגדות **בלתי–סבירה** של אחד או יותר מבעלי

2021 שהקטין את הרוב הנדרש כדי להפעיל את מנגנוני הכפייה.[183] זה גם ההסבר שסיפק המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לתיקון זה במהלך הדיונים בכנסת: "המטרה בתיקונים שאנחנו רוצים לעשות היא לאפשר התמודדות עם תופעות לא סבירות, עם תופעות שאנחנו לא יכולים להשלים אתם, תופעות שפוגעות בזכויות של אנשים אחרים".[184]

129. 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 ליזם. כפיית תוצאה זו על בעלי הדירות היא, הלכה למעשה, הפקעה מוחלטת של זכויותיהם ללא פיצוי.

130. המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי אינה מסגרת פורמאלית של הפקעה ומנסחיה לא הציגו אותה ככזאת ולא כיוונו להפקעה לצרכי ציבור.[185] היא יוצרת את הרושם המוטעה 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 הדירות במתחמי פינוי ובינוי לא יכולים או לפחות מתקשים מאוד לשאת ולתת על הסדרים שימנעו את הפגיעה שנגרמת לקניינם כתוצאה מהגישה הפוגענית.

<u>חכמים על חלשים: ניצול חולשות הבעלים לכפיית תמורה פוגענית</u>

131. מנגנון הכפייה שמתווה המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי הוא מנגנון משולב המבוסס לכאורה על משא ומתן חופשי בין בעלי הדירות לגורמים שונים. בטרם אנתח את המודל על שלביו השונים, אבהיר מאפיין חשוב שמשפיע על תוצאותיו והוא ההבדל בעמדות המיקוח של הצדדים. עמדת המיקוח של בעלי הדירות במשא ומתן חלשה ביחס לשחקנים האחרים בעסקה, קרי היזם או הרשויות.

132. חולשתם של בעלי הדירות נובעת בראש ובראשונה מפיצולם, הגורר בעיית פעולה משותפת. כפי שבעיה זו מכבידה על איסוף הסכמות להצעות היזם, היא גם מכבידה על יכולתם של בעלי דירות לגבש עמדה אחידה ומוצדקת <u>כנגד</u> הגישה הפוגענית.

133. כמו כן, קיימים פערי מידע בין אוכלוסיית בעלי הדירות לבין היזמים. כפי שמציינת הרשות הממשלתית להתחדשות באחד מפרסומיה: "בתהליכי התחדשות עירונית טמונה סכנת פגיעה בחוסן החברתי-קהילתי, מאחר שהחיבור בין בעלי הון לבעלי נכסים פרטיים, לעיתים מהשכבות המוחלשות בחברה, אינו טבעי ולעיתים סובל מחוסר סימטריה ביחסי הכוחות והמידע".[186] אוכלוסיית מתחמים שמיועדים לפינוי ובינוי בדרך כלל אינה מתמצאת ברזי הדין וידה אינה משגת

הדירות. הצורך בהסכמת כל בעלי הדירות לשם ביצוע עסקת פינוי ובינוי מקנה לבעל דירה יחיד **עמדת מיקוח בעייתית**, שבה הוא עלול לעשות **שימוש לרעה**, לעתים גם במחיר הכשלת העסקה").

[183] 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: "מוצע לקבוע כי הרוב הדרוש לתביעת בעל דירה המסרב לעסקת פינוי ובינוי **סירוב בלתי סביר** או שמתנה את הסכמתו לעסקה ב**תנאים בלתי סבירים**...").

[184] **פרוטוקול מס' 19 של ישיבת וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-24** 21 (4.10.2021). ראו גם **פרוטוקול מס' 38 של ישיבת וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ה-24** 29 -30 (19.10.2021).

[185] מרגלית ושטרן, לעיל הע' 161, בעמ' 12, 22 ("הדין הנוהג מעניק בכורה ליזמים ולכוחות השוק, תפקיד ביצועי מינורי לדיירים ותפקיד שולי בלבד לרשויות, המסתפקות באסדרה של ההליכים התכנוניים ובמידה גוברת לאחרונה אף בהבטחת זכויותיהם של הדיירים". חוות דעתי מעוררת ספק בדבר הסיפא של משפט זה).

[186] 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.

לקבל ייעוץ מקצועי מבעלי מקצוע בלתי תלויים כמו עורכי דין, שמאים או מתכננים. גם ההסכמה להסתייע באלה עלולה להיתקל במחסום של בעיית הפעולה המשותפת.

134. 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. עדות לכך ניתן למצוא בהבהרות שוועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין נדרשה לפרסם בנוגע ל"התנהלות עורכי דין בפרויקט התחדשות עירונית" ומהן עולה כי "על מנת לקדם את התהליך וכחלק מהתמורה, מסכים היזם לשלם את שכר טרחת עורך הדין המייצג את הדיירים לכל אורך ההליך, מה שמוביל למספר דילמות אתיות. לאור ריבוי הפרויקטים להתחדשות עירונית בשנים האחרונות, בידי ועדות האתיקה התקבלו תלונות רבות בעניין הנדון כנגד עורכי דין, הקשר שלהם עם היזם, הנאמנות לדיירים, טענות רבות על שידול בתחום ועוד".[187] 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 לייעץ לבעלי דירות.[188]

135. 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.[189] 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".[190]

136. לא מן הנמנע מלהביא כאן את דברי בית המשפט המחוזי בפרשת **אשדר** כי: "אף אם נקבל את ההנחה, כי הבעלים של הקרקע מתנהג בצורה רציונאלית ואף אם נניח כי כלל הדיירים זהים באינטרסים שלהם ומיוצגים נאמנה, אין משמעות הדבר כי ליזם לא יתאפשר להרוויח מעבר לרווח יזמי סביר. ועדת הערר מתעלמת מכשלי שוק אפשריים המשפיעים על המשא ומתן עם היזם, דוגמת פערי הידע המשמעותיים בין הצדדים. אין מחלוקת שבפרויקט פינוי-בינוי קיימים מכשולים רבים בדמות ארגון ואיסוף חתימות הדיירים וכדומה. אם אכן כל הדיירים היו רציונאליים, אחידים באינטרסים שלהם, מיוצגים נאמנה ומודעים לכלל הנתונים, הפרויקט מלכתחילה לא היה אמור להיתקל בקשיים כה רבים".[191]

137. עוד נציין כי מנגנון הכפייה של הגישה הפוגענית פועל לרעת בעלי הדירות בשל כמה הטיות קוגניטיביות מוכרות. כך, למשל, הנטייה הטבעית של בני אנוש, אשר הוכחה בשורה של מחקרים פסיכולוגיים, היא לשנאת הפסד (loss Aversion), קרי חשש מאבדן הקיים, יותר מאשר חשש

---

[187] 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.

[188] 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.

[189] ראו לעיל פרק ב' סעיפים 88 - 106.

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

[191] פרשת **אשדר**, לעיל הע' 32, בפס' 56.

מאבדן רווח שטרם נוצר.[192] על כן אך טבעי הוא שהטיה קוגניטיבית (bias) זאת תמקד את תשומת ליבם של בעלי המקרקעין שמתבקשים לפנות את מקרקעיהם - בסידור מקום מגורים מידי וזמני כנגד הדירה המתפנה, בערובות לו ובהבטחת קבלתה של דירה חדשה, ופחות בעמידה על קבלת מלוא הרווח שניתן להפיק מהעסקה. תחושת האובדן של מדור מוחשית יותר מתחושת האבדן של זכותם הקניינית לנתח גדול הרבה יותר מפוטנציאל הפיתוח של הנכס.

138. 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.[193] 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 השקעת משאבים זמן ומאמץ יוצרים אצל בעלי דירות מחויבות לעסקה גם במחיר של גמישות באשר לתמורה.[194]

139. 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. להלן אנתח בהדרגה את מנגנון הכפייה ואצביע על האופן שבו, שלב אחר שלב, הוא מאפשר תהליך שכופה על בעלי מקרקעין במתחם פינוי ובינוי, ובמיוחד על החלשים שבהם, את הגישה הפוגענית שתוארה בפרק ב'. המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי פורשת על בעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי "רשתות רשתות, המוטלות, זו על גבי זו"[195] עד שהם נלכדים בהן ומאבדים את זכויותיהם ללא כל יכולת להיחלץ מאחיזתן.

<u>כבילה כפויה למארגנים</u>

140. 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".

141. "הסכם לארגון עסקת פינוי ובינוי" הוא הסכם ש"**אינו** עסקת פינוי ובינוי" (הדגשה שלי – ח.ז.),[196] אך יש בו התחייבות של "מארגן" "לבצע פעולות לשם איתור יזם שיוכל לבצע את העסקה" וכן "לבצע פעולות לשם התקשרות בהסכם לארגון עסקת התחדשות עירונית עם שאר בעלי הדירות בבית המשותף".[197] 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".[198]

---

[192] אייל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר –בעקבות הלכת אדרס" **ספר שלמה לוין** 323, 344 – 349 (2013).
[193] דורון טייכמן, איל זמיר ויובל פרקש "ניתוח התנהגותי של דיני החוזים: ממצאים אמפיריים, תובנות תאורטיות והשלכות משפטיות" **ספר גבריאלה שלו - עיונים בתורת החוזה** 3, 17 – 21 (יהודה אדר, אהרן ברק, אפי צמח עורכים, 2021).
[194] שם, בעמ' 14 – 15.
[195] שאלתי את הדימוי מתיאורו הציורי של השופט ברק לעוולות הנזיקין בע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 113, 126 (1985).
[196] הגדרתו בס' 1 לחוק המארגנים.
[197] ס' 3(א)(4) לחוק המארגנים.
[198] הגדרתו בס' 1 לחוק המארגנים.

142. אף כי הסכם עם מארגן מגביל בצורה משמעותית את בעלי הדירות – הוא למעשה אינו מקנה להם כל תמורה ממשית זולת מחויבות לשאת ולתת עם יזם ועם בעלי דירות אחרים. תפקידו של ה"מארגן" הוא למעשה לגבש את הסכמת בעלי הדירות, תוך התגברות על התנגדויות ועל בעיית הפעולה המשותפת עד להשלמת הדבר ה"אמיתי", שהוא חתימת עסקת פינוי ובינוי עם היזם. הכינוי העממי של הסכם כזה - הסכם Non-shop, מבטא גם את המטרה המרכזית שלו שהיא כבילת בעלי הדירות.[199] הוא משקף מחויבות חוזית חלשה או מוגבלת שמאפיינת בדרך כלל הסכמים להסכים או "הצהרות כוונות".[200] למרות זאת כפי שנראה בהמשך החוק תומך בכבילת בעלי הדירות להסכמים מעין אלה למשך שנים ארוכות. המארגנים מצידם אינם מוגבלים כלל ביכולת לסחור בזכויותיהם.

143. 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".[201] החוק אינו קובע תנאי כשירות או רישוי ל"מארגן" זולת הדרישה כי לא יהיה לו עניין אישי בהסכם, אלא אם כן גילה אותו לבעל הדירה החותם על ההסכם וקיבל את הסכמתו לכך.[202] כמו כן נקבע כי ארגון עסקת פינוי ובינוי בתמורה לא ייחשב ל"פעולת תיווך",[203] ומשום כך לא יחולו על מארגן חובות רישוי ופיקוח החלות על מתווכים.[204] 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".[205]

144. 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 ובינוי".[206] 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.[207]

145. האם חובות גילוי עמומות אלה מחייבות את המארגן לפעול להשגת הסכם שהתמורה בו עולה על התמורה המוצגת בתקן 21 לדורותיו? האם מוטלת עליו החובה להבהיר לבעלי הדירות כי הסתפקות בתמורה הנקובה בתקן 21 לדורותיו תנתב את זכויות הקניין שלהם ליזם שהרווח שלו ממילא עולה על רווח יזמי סביר ותעשיר אותו באופן לא פרופורציונאלי? כפי שאבהיר להלן, תהא אשר תהא

---

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

[200] דניאל פרידמן, נילי כהן **חוזים** 314 – 318 (כרך א, 1991).

[201] הגדרת מארגן בס' 1 לחוק המארגנים.

[202] ס' 12 לחוק המארגנים.

[203] ס' 14 לחוק המארגנים. מה המשמעויות?

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

[205] 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.

[206] ס' 11 לחוק המארגנים.

[207] ס' 2 לחוק המארגנים.

התשובה המשפטית שתינתן לשאלה זו באופן עיוני, הלכה למעשה אמת המידה היחידה שהמארגנים רואים עצמם כבולים לה, וגם זאת לא באופן מוחלט, היא אמת המידה של תקן 21.

146. הגדרת תפקידו של המארגן מציבה אותו <u>בניגוד עניינים מובנה</u>. 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.[208] נוכח ניגוד עניינים זה והעדר דרישה ברורה בנוגע לצורך לדאוג לתמורה המרבית האפשרית עבור בעלי הדירות, אך טבעי הוא שמארגנים יחתרו 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 ניתן להניח כי התקשרויות של מארגנים עם בעלי דירות, אינן כוללות כל מחויבות החורגת באופן משמעותי מהנורמה שנקבעה בתקן 21. הם חוליה ראשונה בכפייתה של נורמה זאת על בעלי הדירות. המארגנים נוטלים חלק פעיל בשכנוע הדיירים כי ברירת המחדל של הגישה הפוגענית אינה אלא מתת שמיים וכי לא פתוחה בפניהם חלופה אחרת זולתה.

147. 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,[209] אך החוק מאריך את תוקפו לתקופות של שנה וחצי ואף שנתיים, ככל שמצטרפים אליו יותר בעלי דירות[210] וככל שהוא מוביל את המצטרפים לחתימת הסכמי פינוי ובינוי עם היזמים.[211] קליטת תכנית פינוי ובינוי במוסד תכנון יכולה להאריכו, ככל שעמד בתוקפו שנתיים, לארבע שנים[212] והפקדתה – לשש שנים.[213]

148. 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. הבה נדגים זאת לגבי הבניין בן 100 הדירות שהזכרנו באיור ב. אם המארגן מתקשר עם 40% מבעלי הדירות יעמוד ההסכם בתוקפו למשך שנה וחצי.[214] אם בתוך תקופה זו התקשרו אותם 40 בעלי דירות עם יזם, יעמוד ההסכם בתוקפו למשך שנתיים.[215] אם בתוך שנתיים נקלטה תכנית פינוי ובינוי במוסד תכנון, יעמוד ההסכם בתוקפו למשך ארבע שנים מקליטת התוכנית.[216] אם הופקדה התוכנית בתוך ארבע השנים יוארך ההסכם למשך שנתיים נוספות **והכל – כאשר פחות מרוב של בעלי הדירות חתמו עליו**.[217]

149. הנה כי כן, שלב הסכם ההתארגנות מאפשר לקדם תכנית פינוי ובינוי לפי הגישה הפוגענית באמצעות התקשרות עם פחות מרוב של בעלי הדירות, או, לכל היותר, באמצעות התקשרות עם 2/3 (שני שלישים) מהם.[218] את התוכנית מקדם מארגן שאינו כפוף לתנאי כשירות או אתיקה כלשהם,

---

[208] 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 (החברה הנילונה טענה כי "כלל אינה בגדר "מארגן", כמשמעו בחוק, אלא משמשת כיזם בפרויקט") ; ראו גם המקורות והטקסט הסמוך לעיל להערות שוליים 187 - 188.

[209] ס' 5(א) לחוק המארגנים.

[210] 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).

[211] ס' 5(ב)(2) לחוק המארגנים – התקשרות עם יזם בהסכמי פינוי בינוי עם מספר דיירים כמפורט בס' 5(א) – שנתיים.

[212] ס' 5(ג) לחוק המארגנים.

[213] ס' 5(ד) לחוק המארגנים.

[214] אם התקיימו תנאי ס' 5(א)(2) לחוק המארגנים.

[215] אם התקיימו תנאי ס' 5(ב) (2) לחוק המארגנים.

[216] אם התקיימו תנאי ס'5 (ג) לחוק המארגנים.

[217] אם התקיימו תנאי ס' 5(ד) לחוק המארגנים.

[218] ס' 5(ב)(1) לחוק המארגנים.

שחותר להשאת תועלתו על ידי התקשרות עם יזם ושאין 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.[219] 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.

150. גם החותמים על ההסכם כבולים להסכם לתקופות הולכות ומתארכות ומנועים לסגת ממנו ולהתקשר עם אחרים. בעלי הדירות החותמים כבולים לתנאים שהכתיב להם המארגן שבוודאי אינם עולים על התמורה לפי הגישה הפוגענית. כוח המיקוח של מי שלא הסכימו לכך פוחת ככל שמתקדם תהליך ההחתמה ועמו תהליך הכנת תוכניות הפינוי. כל אלה מצטרפים למאפייני החולשה וההטיות הקוגניטיביות של בעלי הדירות שתוארו לעיל[220] ומובילים לקיבוע הנורמה הפוגענית כבר בשלבים המוקדמים של ההתארגנות לעסקה.

<u>כבילה כפויה ליזמים</u>

151. השלב הבא בתהליך הכבילה הוא חתימת "עסקת פינוי ובינוי" בין יזם לבעלי דירות. בעסקה זו "מתחייב בעל הדירה בבית המשותף למכור את זכויותיו בו, כולן או מקצתן, לצורך הריסת הבית המשותף והקמת בית משותף חדש במקומו בהתאם לתוכנית לפינוי ובינוי".[221] "יזם" הוא "מי שמתקשר עם בעל דירה בעסקת פינוי ובינוי".[222]

152. 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 פינוי ובינוי ראשונה,[223] את "העקרונות לקביעת התמורה שיקבל כל בעל דירה לפי החוזה"[224] וכן את "המועדים המרביים... למסירת **הדירה החדשה** לבעל הדירה בהתאם לחוזה" (הדגשה שלי -ח.ז.).[225] גם עקרונות התמורה בתקנות פינוי ובינוי מניחות תמורה של **דירה אחת**.[226] 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 והסיכוי 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.

153. גם פעילותו של היזם ניתנת לקידום על ידי חתימה של פחות מרוב של בעלי הדירות. כך, למשל, אם היזם נמנע מכינוס מוקדם של בעלי הדירות בטרם חתימת עסקה ראשונה לא ניתן יהיה לבטל את ההסכמים אם חתמו עליהם 40% מבעלי הדירות.[227] די בחתימת 50% ו-60% כדי להאריך את ההסכמים למשך שנתיים או ארבע שנים (בהתאמה),[228] ולעתים אף לחמש שנים.[229] יתרה מזו,

---

[219] ס' 10 לחוק המארגנים.
[220] ראו לעיל פסקאות 131 - 138.
[221] ס' 1 לחוק פינוי בינוי.
[222] ס' 1 לחוק המארגנים.
[223] ס' 1א(ב) לחוק פינוי בינוי.
[224] ס' (1) להגדרת "עסקת פינוי ובינוי" בס' 1 לחוק פינוי ובינוי.
[225] שם" בתת סעיף (2).
[226] ראו לעיל טקסט ואסמכתא בהע' 49.
[227] ס' 1ג לחוק פינוי בינוי.
[228] ס' 1ד(א)(1) לחוק פינוי בינוי.
[229] ס' ד(ב) לחוק פינוי בינוי.

הוראות חוק פינוי ובינוי מעודדות את תהליך הכבילה ההדרגתי של בעלי הדירות לחוזים עם יזמים בלא שהן קובעות אמות מידה מפורטות לתוכן הערובות שיסופקו לבעלים, מועדי התכנון והמסירה או מאפייני הקבלן שיבצע או ייבחר לבצע את העסקה.[230] אמת המידה היחידה שבה המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי קבעה כללים מפורטים היא נוסחת התמורה של הגישה הפוגענית.

154. 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 הפוגעני. ראשית, ההטיות הקוגניטיביות של הסלמה במחויבות (escalation of commitment) ועלויות שקועות (sunk costs) יקשו על סטייה מהנורמה שכבר נקבעה בחוזים המוקדמים לפי תקן 21.[231] בעלי הדירות שכבר כבלו את עצמם במשך תקופה ארוכה להסכם מקפח ייטו להשלים עם עסקה מוכרת שתנאיה המקפחים כבר נקבעו ואשר השקיעו בה כבר זמן המתנה ומשאבים נוספים (עלויות שקועות) על פני פתיחת משא ומתן מחודש על עסקת אחוזים כדאית שמוצעת על ידי המיעוט. שנית, קיומה של סנקציה שתכפה את ברירת המחדל של תקן 21 תרתיע בעלי דירות שונאי סיכון ממהלכים לשינוי תוכן החוזים המוקדמים שנקבעו. שלישית, הסנקציה המרתיעה עשויה לשרת 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".[232]

155. תהליך הכבילה ההדרגתי ליזם מוביל אפוא לתוצאות דומות לאלה שפרופ' חנוך דגן הזהיר מפניהם בנוגע לשימוש בכוח כופה של הפקעה, לאמור: "קיים חשש מובנה כי יזמים יניעו את גלגלי ההפקעה לשם השגת כל היתרונות שינביע הפרויקט שהם יוזמים גם בנסיבות שבהן אין כל הצדקה לכך מהכיוון של "סחיטה מסכלת" (hold out) של בעלי המקרקעין שהפרויקט עתיד להיות מוקם עליהם".[233]

<u>האיום המשתק במכירה כפויה או באחריות נזיקית</u>

156. ואכן, על ראשו של כל בעל דירה המסרב לקבל את הגישה הפוגענית, בכל השלבים, מרחפת הסכנה שעם הצטברות רוב מיוחס של בעלי הדירות שלא יקבל את עמדתו הוא ייחשב כמי שסירב סירוב בלתי סביר לעסקה ואז תושת עליו אחריות נזיקית לנזק שלכאורה ייגרם לבעלי הדירות האחרות עקב אי ביצוע העסקה,[234] או שיחויב בעסקה בעל כורחו ואף יפונה בכפייה מדירתו.[235]

157. 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

---

[230] הגדרת עסקת פינוי ובינוי בס' 1 לחוק פינוי ובינוי.
[231] ראו לעיל פסקה 138 והפניות שם.
[232] **דוח מחקר הכנסת**, לעיל הע' 141, בעמ' 28.
[233] דגן **קניין**, לעיל הע' 2, בעמ' 128.
[234] ס' 2(א)(1) לחוק פינוי בינוי.
[235] ס' 2(א)(2) לחוק פינוי ובינוי.

לשם גיבושו של רוב זה: בעלות ב-60% מהדירות (במקום 66%) וב- 50% מהמנות ברכוש המשותף (במקום 66%).[236]

158. במבט ראשון נראה כי בעל דירה המתנגד לגישה הפוגענית בטענה שזו פוגעת בנתח המגיע לבעלי הדירות מזכויות הבנייה אינו חשוף לאיומים של מכר כפוי או של אחריות נזיקית שכן לכאורה עומדת לזכותו טענת הגנה ראויה שלפיה "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 המחדל הפוגענית או נקשרו בה בשלבים מוקדמים יותר.

159. זאת ועוד, במועד המאוחר שבו נבדקת כדאיות העסקה במסגרת תביעת מכר כפוי או תביעה נזיקית – קרי אחרי שכבר רוב בעלי הדירות חתמו על העסקה, בהחלט סביר כי כבר הושלם עיצובן של תוכניות העסקה בהתאם לגישה הפוגענית באופן שאינו מותיר לבעלי הדירות תמורה העולה על התמורה המוצעת על ידי הגישה הפוגענית. דרישה לשנות את התוכנית בשלב זה תוביל לעיכוב משמעותי בפרויקט וסכנת העיכוב עשויה להרתיע את כל הנוגעים בדבר מלשנות את עמדתם בשלב מאוחר זה.

160. 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" (הדגשה שלי – ח.ז.). הזכות לבקש את מינויו 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 כבל עצמו לגישה הפוגענית או כאשר אינו רוצה לשאת בעלויות הכרוכות בכך ועל כן המיעוט יצטרך לשאת בנטל של הוכחת הפוגעניות בעצמו.[239]

161. גם כאשר תובא סוגיית הכדאיות להכרעת שמאי פינוי ובינוי לא יוכל שמאי כזה לגלות גישה עצמאית החותרת תחת הגישה הפוגענית של תקן שמאי 21, שכן תקנות מינוי שמאי מאמצות את הגישה שלפיה דירת תמורה אחת היא כדאית ומסמיכות אותו לבחון רק את כדאיות דירת התמורה שניתנה לבעלים אחד "ביחס לשווי דירה אופיינית במקבץ" (תקנות 18 ו - 19). שמאי פינוי ובינוי ממונה על ידי מנהל הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית,[240] שכאמור תומכת בגישה הפוגענית. נדרשים אומץ ויושרה יוצאים מגדר הרגיל כדי להתנער בנסיבות אלה מגישה שמשקפת את ברירת המחדל הממלכתית.

162. כל הטעמים שהובאו עד כה יקשו מאוד על בעל דירה לשכנע <u>גם את בית המשפט</u> לנטוש את הגישה הפוגענית. כאשר תעמודנה לפני בית משפט חוות דעת שמאיות סותרות, בית המשפט ייטה להעדיף את הוראותיו של תקן 21.[241] כך, למשל, בפרשת **ליכטמן**, נדרש בית המשפט להכריע בדבר כדאיותה של עסקת פינוי ובינוי ששמאי מטעם המיעוט טען שהיא "פרוייקט פינוי-בינוי 'דה-לוקס', שכן

---

[236] הגדרת "רוב מיוחס מבין בעלי הדירות) בס' 1 לחוק פינוי בינוי כפי שתוקנה בס' 38 לתיקון 2021.
[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**, פס' 6 לפסק דינו של השופט דראל (נבו, 4.12.2013)("במהלך הדיונים הועלו שתי אפשרויות לקידום בירורה בלא שמיעתה עד תומה. האפשרות האחת הייתה פנייתם של היזם, התובעים ושאר הנמנים על הרוב המיוחס למינוי שמאי פינוי-בינוי כהגדרתו בחוק, ואולם התובעים סרבו לאפשרות זו המסורה להם ורק להם").
[240] ס' 2א(ב) לחוק פינוי בינוי.
[241] פרשת **ליכטמן**, לעיל הע' 239, בפס' 50 – 52, 100, 104-105 לפסק דינו של השופט דראל (נבו, 4.12.2013).

מכפיל מספר הדירות בין המצב הנכנס למצב היוצא הוא מכפיל של פי 4 (מ- 65 יחידות ל- 220). מכפיל כזה מביא לרווח עצום ליזם – מעל 40% - ולכן אף שכך קובע תקן 21 לדעתו במקרה זה צריך להפחית את הרווח היזמי".[242] בית המשפט נמנע מלקבוע כי העסקה אינה כדאית, תוך הסתמכות על תקן 21.[243] הוא סיכם את עמדתו בקביעה ש"למרות הפער, ולמרות שיש לפער כזה ערך כלכלי לא מבוטל ביחס לכל דייר בפני עצמו, התוצאה בבחינה הכוללת, "מגובהו של כדור פורח", אם לשאול את הביטוי מבא כוח התובעים, מביאה למסקנה כי יש בהצעה כדי לקיים אחר דרישת הכדאיות הכלכלית".[244]

163. אם בית המשפט נוטה לאשר את כדאיותה של עסקה שהרווח היזמי בה גבוה מברירת המחדל, הגבוהה לכשעצמה, של תקן 21, יש להניח כי הסיכוי לפסול הצעות הגורפות רווח יזמי בשיעור גבוה יקטן עוד יותר אם שאלת הכדאיות תישקל לפי הנוסח העדכני של תקן 21.1 אשר, כזכור, אינו קובע כל תקרה לשיעור הרווח של היזם אלא רק שיעור מינימאלי.[245] על אחת כמה וכמה שבית המשפט יתקשה לסטות מהכרעה של שמאי פינוי ובינוי שתקן 21 וההצעות לתיקונו מתיימרים להנחותו וחוק פינוי בינוי מבסס עליה חזקה בדבר כדאיות העסקה.

164. יש לזכור כי בית המשפט יידרש לבחון את כדאיות העסקה בשלבים מתקדמים מאוד של העסקה. הוא בוודאי אינו שש להביא בשלב מאוחר זה לעצירתה של עסקה שהגיעה לפַרקה לאחר שנים רבות. על אחת כמה וכמה שכך יהיה אם יצטרך להכריע כנגד הכרעת שמאי פינוי ובינוי שהחוק קובע חזקה בדבר נכונות הכרעתו. במצבים כאלה נכונה אבחנתו הכללית של פרופ' דגן בנוגע למצבים דומים של הפקעה כי "לא ברור עד כמה ביקורת שיפוטית עשויה לעזור שכן אין זה פשוט לשופטים להבחין בדיעבד בין מצבים של כשל-שוק לבין מצבים שוקיים תקינים שאין בהם הצדקה להפעיל את סמכות ההפקעה".[246]

165. 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 אלה שאינם מודעים לה או מסוגלים 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 תקן 21.

166. הסיכון של אחריות נזיקית או של מכר כפוי, באמצעות מינוי עורך דין או רואה חשבון, שיהיה מוסמך להתקשר בעסקה בשם בעל הדירה המסרב ועלול להוביל לפינוי כפוי שלו מהדירה, 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 של תקן 21. 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.

---

[242] שם, בפס' 96.
[243] שם, בפס' 109-100.
[244] שם, בפס' 105.
[245] ראו לעיל פסקאות 68, 79 - 83, 86 - 87.
[246] דגן **קניין**, לעיל הע' 2, בעמ' 128.

הכרזה על מתחם פינוי ובינוי כהפקעה ללא תכנון וללא התחשבות בבעלי המקרקעין

167. נדבך נוסף במנגנון הכפייה המשולב של הגישה הפוגענית הוא ההכרזה של מתחם פינוי ובינוי המתוספת למארג הרשתות הלופתות את בעלי הדירות. כל מנגנוני 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". "**תכנית לפינוי ובינוי**" על פי מערכת נורמטיבית זאת היא **רק** "תכנית מפורטת שמטרתה הריסת הבית המשותף והקמת בית משותף ב**שטח מתחם פינוי ובינוי**" (קרי שטח שהוכרז כאמור-ח.ז.) ו"עסקת פינוי ובינוי" היא **רק** עסקה "בהתאם ל**תוכנית לפינוי ובינוי**".[247]

168. עולה מכך כי במקרקעין שלא הוכרזו אין כל דרך לאלץ דיירים לקבל את הגישה הפוגענית. במקרקעין כאלה כל מגנוני הכפייה שגלומים בה, לרבות האיום במכר כפוי ובאחריות נזיקית בשל סירוב בלתי סביר – אינם חלים.[248] כפי שציין בית המשפט המחוזי בפרשת **יהלי בנה לי** (הדגשה שלי-ח.ז.):[249]

"מקום בו מעוניינים רוב בעלי הדירות להתקשר מרצונם עם יזם לצורך הריסת הבית המשותף ובניית בית אחר תחתיו...**להסכם קומבינציה מעין זה "לא הייתה תקומה" ללא הסכמתם של כל הבעלים**, ואלו רשאים לסרב לה מכוח "השרירות" שמקרינה זכות הקניין שלהם בדירותיהם והיותה של זכות זו מקרינה "שלטון ללא מצרים".

בהמשך מוסיף בית המשפט (הדגשה שלי-ח.ז.):[250]

"**בעל דירה סרבן בבית משותף, שחוק פינוי ובינוי אינו חל עליו - כפי שהמצב לגבי הבית שלפנינו - לא יחוב בנזיקין כלפי רוב בעלי הדירות המעוניינים בעסקה, וזאת אף אם סירובו ילקה בשרירות ובחוסר סבירות**".

169. ההכרזה על מתחם פינוי ובינוי היא אם כן **תנאי הכרחי** לכפיית הגישה הפוגענית על בעלי דירות. ס' 14 לחוק הרשות להתחדשות מסמיך את מנהל הרשות "להכריז על שטח כעל מתחם לפינוי לשם בינוי או לעיבוי בנייה". הכרזה מעין זו מובילה לשתי תוצאות חלוקתיות שונות בתכלית. התוצאה האחת היא מתן תוקף משפטי להפעלת מנגנוני הכפייה של הרוב שתוארו לעיל בפרק זה. רק במתחם שהוכרז יכולים מארגנים, יזמים, מיעוט או רוב מיוחס של בעלי הדירות לכפות על מיעוט של בעלי דירות שאינם משתפים פעולה את התוצאות של הגישה הפוגענית. זו היא למעשה פגיעה בזכויות קניין שכמוה כהפקעה.

170. התוצאה השנייה של ההכרזה היא מתן הטבות ציבוריות שונות בנוגע לתוכנית פינוי ובינוי ובהן הכשרת סמכויות מיוחדות בתחום התכנון והבנייה,[251] סיוע ממשלתי לרשויות מקומיות במימון של הכנת תכנית מפורטת לפינוי ובינוי וסיוע בגיבוש הסכמות תושבים לתכנון המתחם,[252] אפשרות מתן

---

[247] הגדרות מונחים אלה בס' 1 לחוק פינוי ובינוי.

[248] ע"א (ת"א) 54948-06-12 **יהלי בנה לי בע"מ נ' יצחקי**, פס' 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] שם, בפס' 21. ראו גם להלן הע' 333 והדיון שם (בפרשת **צודלר**).

[250] שם, בפס' 23.

[251] ס' 62א (א2),(ג)(2),(ז)(4) לחוק התכנון והבנייה.

[252] **אוגדן הנחיות**, לעיל הע' 67, בעמ' 7.

פטור חלקי (הסתפקות ברבע מההשבחה במקום מחצית) או מלא מהיטל השבחה,[253] פטור ממכרז לצורך הקצאת קרקע משלימה לתוכנית,[254] מתן פטור מארנונה לבעלי דירות במתחם,[255] ומימון "עבודה חברתית" של "יועצים חברתיים" שמטרתה "לארגן את התושבים במתחם, לסייע להם בהבנת התהליך ולפעול להתאמת הפרויקט לצרכיהם".[256]

171. חלק מהטבות אלה מיטיבות באופן ישיר עם בעלי מקרקעין במתחם (הנחה מארנונה, פטור מהיטל השבחה) וחלקן מאפשרות התקיימות הפרויקט וכך תורמות לבעלי הדירות באופן עקיף. 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 – בעיקר יזמים ורשויות מקומיות. הזכות לבקש הכרזות כאלה מיועדת על פי חוק רק לרשויות מקומיות וליזמים.[257]

172. מידת ההנאה שבעלי הדירות מפיקים מן ההרעפות שמסבה ההכרזה אינה שוות ערך לפגיעה הכלכלית שנגרמת או עשויה להיגרם להם כתוצאה מהגישה הפוגענית. כך, למשל, במקרה המובא באיור ב' סביר להניח כי חמש שנות פטור חלקי ומותנה מארנונה,[258] כמו גם פטור חלקי מהיטל השבחה, אינם שווי ערך לנטילת זכויות בהיקף של כמה דירות. מכל מקום 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 תקן 21. כך, הפעלת הגישה הפוגענית, בכל רבדיה, אינה מותנית בקיומו או בבדיקתו של איזון בין ההרעפות לבין היקף הפגיעה בקניין.

173. שיקולי המדיניות שמכתיבים הכרזות על מתחמי פינוי ובינוי מפורטים כחלק ממטרות הרשות בס' 1 לחוק הרשות להתחדשות, שעיקרן "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". בהתאם למטרות אלה, הרשות שוקלת בצורה מקדמית את מידת הרווחיות ליזם ודורשת אחוז רווחיות מינימאלי של 18%-20%[259] אך ניתן ניקוד נוסף עבור שיעור רווחיות גבוה יותר.[260] כמו כן נשקלת היכולת לבצע מספר מקסימלי של יחידות דיור ללא השקעות ציבוריות[261] ומידת התרומה שצפויה להיות לתוכנית על תהליכי ההתחדשות העירונית ברשות המקומית.[262]

174. עם זאת, כפי שציינתי לעיל,[263] וכפי שארחיב גם להלן בפרק ד', ההכרזות אינן מבוססות על תכנית מתאר ארצית להתחדשות עירונית ועל כן אינן מבוססות על מגוון השיקולים התכנוניים והציבוריים

---

[253] ס' 3א לתוספת השלישית לחוק התנכון והבנייה, כפי שתוקן בס' 36 לתיקון 2021 ; **אוגדן הנחיות**, לעיל הע' 67, בעמ' 40 - 41.

[254] ס' 16 לחוק הרשות להתחדשות.

[255] ס' 17 לחוק הרשות להתחדשות.

[256] **אוגדן הנחיות**, לעיל הע' 67, בעמ' 28 (ס' 3.6) ; 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 הע' 186 (הנחיות הרשות לעבודה חברתית שכזו).

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

[258][258] 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).

[259] **אוגדן הנחיות**, לעיל הע' 67, בעמ' 11 (ס' 2.2.2.5).

[260] שם, בעמ' 19 ("היתכנות כלכלית: היחס בין שיעור הרווח המוצע על פי תוצאת המודל הדינמי לבין שיעור הרווח המינימלי הנדרש הניקוד ייקבע באופן שלהלן: המתחם בעל שיעור הרווח המוצע הגבוה ביותר יקבל ניקוד מירבי והיתר ינוקדו באופן יחסי").

[261] שם, בעמ' 19 (היתכנות ליישום מההיבט הציבורי: היכולת לבצע מספר מקסימלי של יחידות דיור (או שווה-ערך) ללא השקעות ציבוריות").

[262] שם, בעמ' 19 ("תרומת המתחם לתהליכי התחדשות עירונית").

[263] ראו לעיל פסקאות 101 - 111.

שראוי לשקול בטרם מחליטים על הפקעות זכויות קניין לצרכי ציבור. הן נובעות במידה רבה מיוזמות ספוראדיות של יזמים ורשויות המבוססות על הגישה הפוגענית של תקן 21.

175. לעומת זאת, המשקל שניתן בשלב ההכרזה לאינטרסים של בעלי הדירות הוא מצומצם יותר. סעיף 1 לחוק הרשות אמנם דורש לתת "מענה הולם לצורכי האוכלוסייה המתגוררת במתחמים המיועדים להתחדשות עירונית", אך הצורך במתן מענה כזה נתפס כהכרח בדרך להגשמת המטרה המרכזית שהיא ההתחדשות העירונית. 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.[264] 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.

176. השיקול של הגנה על זכויות הקניין של בעלי המקרקעין מצטמצם בעת ההכרזה בד' אמות של הגישה הפוגענית. אף כי הרשות שואפת להצעות רווחיות ככל האפשר ומתנה מתן הטבות בכדאיות כלכלית ליזם,[265] היא אינה רואה עצמה מחויבת לבחון או לדרוש שיתוף של בעלי הדירות ברווחיות מעבר לתמורה המינימאלית שנקבעה בתקן 21. כפי שהסברתי לעיל היא גם תורמת להטמעת הגישה הפוגענית בקרב כל העוסקים בדבר ובקרב בעלי דירות במסגרת המדריכים, המכרזים, ההנחיות וההסברים שהיא קובעת ומפרסמת בציבור. בהנחיות של הרשות ליועצים חברתיים שמלווים בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי היא מנחה אותם להתמקד בחששות של בעלי הדירות מהפינוי או מהתאמת התמורה המגיעה 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.[266]

177. בדוח של מרכז המחקר של הכנסת שהוכן לקראת תיקון 2021 צוין כי "אין כיום מיפוי של אזורים, שכונות או ערים לפי מידת הצורך בחידוש מבנים ותשתיות" וכי "בעבר הוצעו מנגנונים לקידום הכרזה במתחמים לפי מידת הצורך בהתחדשות עירונית, אך כיום אין תבחינים או מדדים כאלו, וכתוצאה מכך הפכה ההכרזה להליך טכני". עוד הוסיף הדוח כי יש חשש "כי ההטבות הממשלתיות הנרחבות בתחום יינתנו בהתאם לכדאיות הכלכלית שבקידום ומימוש פרויקטים כאלו על ידי יזמים, ולא לפי הצורך העירוני והארצי בכך".[267] החששות הללו רלוונטיים לא רק לגבי ההטבות אלא גם ולא פחות לגבי הפגיעות בזכויות בעלי המקרקעין.

178. למרות אופייה של ההכרזה כפעולה שגוררת פגיעה בזכויות קניין פרטיות וזאת לכאורה לצרכי ציבור, תהליך ההכרזה אינו מלווה בכל הליך של ערעור או שימוע מצד הנוגעים בדבר וזאת בשונה

---

[264] שם, בעמ' 19 ("היתכנות קניינית: מספר ממוצע של יח"ד או של בעלי הזכויות בנכסים המצויים בכל אחד מהמקבצים במתחם, אשר תידרש הסכמתם לצורך הקמת מבנה חדש בכל מקבץ. הניקוד ייקבע באופן שלהלן: המתחם בעל הממוצע הנמוך ביותר יקבל ניקוד מירבי והיתר ינוקדו באופן יחסי").

[265] שם, בס' 2.2.3.2 ("יובהר כי התחשיב יבוצע על ידי הרשות הממשלתית ויתבסס על נתוני המתחם על בסיס תקן 21"); בס' 6.2 (אישור פטור מהיטל השבחה לבקשת יזם ב"מסלול מיסוי" מותנית בחוות דעת שמאי המאשרת כי "אין כדאיות כלכלית"); בס' 2.3.2.4 (הקצאת קרקע משלימה נדרשת במקרים בהם אין כדאיות כלכלית); תנאי סף לבקשת רשות מקומית להכרזה הוא כדאיות כלכלית מינימאלית של 20% ולעתים 18%, ראו לעיל מקורות וטקסט סמוך להע' 67;

[266] הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **מדריך להכנת דוח חברתי במיזמי התחדשות עירונית**, https://ext.moch.gov.il/books/renewal_012018/; הנחיות לעבודה חברתית, לעיל הע' 186.

[267] **דוח מחקר הכנסת**, לעיל הע' 141, בעמ' 38.

למה שמקובל במקרה של הפקעה לצרכי ציבור[268] או אישור תוכניות מתאר פוגעניות.[269] כל שהחוק דורש מהרשות הוא לפרסם הודעה על ההכרזה ברשומות ובאתרי האינטרנט של הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית ושל הרשות המקומית שבתחומה נמצא המתחם המוכרז.[270] על אף ההשלכות הקנייניות של ההכרזה, אין בחוק, שכזכור תוקן בשנת 2021, כל דרישה לפרסם את דבר ההכרזה במתחם עצמו או להודיע על כך לבעלי הדירות בו. לא הותווה בחוק כל הליך שבו יכולים בעלי מקרקעין להתנגד להחלת מנגנוני הכפייה השונים או שיצריך אישור שיפוטי של ההכרזה, כפי שמקובל במקרים אחרים של מתן סמכות לרוב לכפות את רצונו על מיעוט.[271]

179. 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)[272] או "לחץ בלתי סביר" ולא בבחינת התנגדות של מיעוט בעלי המקרקעין לגישה הפוגענית הגלומה במסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי.[273]

180. עד לתיקון 2021 יכלה ועדה מייעצת להמליץ לשר המלצות בנוגע להכרזות ולתנאים הנקבעים בהם. ועדה מייעצת זאת אמנם אינה יכולה להיחשב כתחליף לזכות שימוע לנפגעים שכן הרכבה נתן ייצוג זניח (1/12) לנציג אחד שאינו עובד מדינה ויכול היה אולי לשמש פה לבעלי זכויות (נציג ארגון העוסק בנושאי חברה ורווחה שימנה שר העבודה הרווחה והשירותים החברתיים בהסכמת השר).[274] קיומה של ועדת מייעצת זו לא הוביל עד כה לשינוי דבקותה של הרשות בגישה הפוגענית. מכל מקום, הוועדה המייעצת בוטלה בתיקון 2021.[275]

181. **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. ההכרזות אינן מבוססות על תכנית מתאר ארצית להתחדשות עירונית והן תוצאה של יוזמות ספוראדיות המסתמכות על אמת המידה הפוגענית. לבעלי דירות במתחם פינוי ובינוי המסתייגים מן ההכרזה ומפגיעתה בזכויות הקניין שלהם לא ניתנת כל הזדמנות להישמע בטרם ההכרזה.**

<u>הפקעה ללא פיצוי</u>

182. סמכות ההכרזה על מתחמי פינוי ובינוי גם אינה מלווה בכל מנגנון המאפשר לבעלי מקרקעין לתבוע פיצוי בגין הפגיעה שנגרמה או עשויה להיגרם להם כתוצאה מן ההכרזה. זאת בניגוד למקובל בנוגע להפקעות לצרכי ציבור ובנוגע לפגיעות על ידי תכנית, שם קובע החוק במפורש הן את קיומה של

---

[268] ס' 5א לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 (להלן: פקודת הקרקעות), כפי שתוקן בס' 6 לחוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור)(מס' 3), התש"ע-2010, **ס"ח** 346 (להלן: פקודת הקרקעות-תיקון 2010)(זכות להשמעת טענות נגד רכישת מקרקעין לצרכי ציבור); הנחיות היועץ המשפטי לממשלה **6.302 הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור - שימוע הבעלים** (9.3.2003), https://rfa.justice.gov.il/SearchPredefinedApi/Documents/LegalAdvisor/qbzy6YGclFcfnCFYoj1MQlb=kP1u5m0Qq0c2eVwKxHxw.

[269] ס' 100 לחוק התכנון והבנייה (זכות להגשת התנגדות לתוכנית מתאר).

[270] ס' 14 (ב) לחוק הרשות להתחדשות.

[271] ס' 30 (ב), 71ג לחוק המקרקעין; ס' 5, 5א לחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008, **ס"ח** 154.

[272] ס' 5ב לחוק פינוי בינוי.

[273] ס' 7 לחוק הרשות הממשלתית.

[274] ס' 14 לנוסח המקורי של חוק הרשות, **ס"ח** תשע"ו 1234.

[275] ס' 46(1)(א); (5); (6) לתיקון 2021.

זכות לפיצוי, הן את זהות הגורם שישלם אותו, הן את המקרים שבהם ניתן לפטור את הגורם הפוגע מתשלום פיצוי מלא והן את אמות המידה לפטור כזה.[276] במקרה של הכרזה על מתחם פינוי ובינוי אין כל הוראה שקובעת זכות או חובה לפיצוי בגין פגיעה מוחלטת או יחסית בזכויות הקניין של בעלי דירות וגם לא הנחיות או אמות מידה לקביעת פטור חלקי או מלא מפיצוי כזה.

183. כאמור לעיל, ההרעפות של ההכרזה על בעלי הדירות הן חלקיות. גם הפיצוי בדמות דירה אחת מוגדלת (וממילא כזו שאינה מוגדלת, כפי שמאפשר נוסח תקן 21.1 העדכני) אינו מהווה פיצוי הולם כאשר קיימת יתרת זכויות בנייה גדולה לאחר העברת רווח תחרותי ליזם. הנזק לבעלי הדירות נותר במקרה זה יתום. העושר מועבר בכפייה מבעלי הדירות ליזמים, שהם, כאמור לעיל, אינם צריכים להשקיע מהונם ברכישת המקרקעין אלא רק בבנייה ובהוצאות הנלוות.[277]

184. הבה נדגים זאת שוב באמצעות **איור ב**. באיור זה היזם נוטל מזכויות הבנייה בפרויקט, לאחר כיסוי כל הוצאותיו ורווח יזמי, נתח שווה ערך ל-200 או 250 דירות. נטילה זו התאפשרה באמצעות ההכרזה ומנגנון הכפייה שתואר לעיל. **זו היא הפקעה של זכויות לכל דבר ועניין**. נפגעים ממנה בעלי דירות הרוב והמיעוט כאחד. התמורה שתינתן לבעלי הדירות לפי תקן 21 בדמות 50 או 100 דירות מוגדלות איננה פיצוי בגין הנתח העודף שנטל היזם מזכויות הבנייה. בגין נתח זה אין כל פיצוי. סביר להניח כי פטור חלקי ומותנה מארנונה בגין דירה זאת וגם פטור חלקי או מלא מהיטל השבחה לא יכסה את הפער, ומכל מקום אין כל מנגנון המחייב פיצוי במקרה של העדר הלימה בין ההרעפות לבין הפגיעה. כאמור לעיל גם אין כל מנגנון, שיפוטי או ממלכתי, שבודק זאת בשלב ההכרזה. בהינתן רוב לא גדול במיוחד של בעלי דירות שיתפתו לתת הסכמתם לגישה הפוגענית בשל מנגנון הכפייה המשולב שתואר לעיל – דבר לא יוכל למנוע את הפגיעה ואיש לא יפצה את הנפגעים.

185. הואיל וקריטריון הפיצוי לפי הגישה הפוגענית הוא קבוע, הנזק שנגרם לבעלי מקרקעין במקומות שונים הוא אקראי ומשתנה באופן שרירותי בהתאם לשווי הקרקע. כך, למשל, שווי של 200 דירות בתל אביב עולה על שווין בלוד או ברחובות. באותה מידה משתנה גם פוטנציאל הרווח המועבר, על חשבון בעלי הדירות, ליזמים.

186. 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. המתחמים המוכרזים כמתחמי פינוי ובינוי הם לעתים קרובות מתחמים בהם האוכלוסייה היא חלשה. התוצאה היא שבעוד שפוטנציאל ההתחדשות באזורים החלשים, קרי במתחמי פינוי ובינוי, מועבר בעיקרו ליזמים, דווקא באזורים בהם מתגוררת אוכלוסייה מבוססת יותר נותר נתח גדול יותר של פוטנציאל ההתחדשות בידי הבעלים. השימוש בכלי של פינוי ובינוי ממשיך בדרך של תהליכי אי שוויון מרחבי וסגרגציה בין אזורים עירוניים שונים.[278]

187. לא מצאתי בפרסומי הרשות להתחדשות נתונים סטטיסטיים מרוכזים בנוגע למצב הסוציו-אקונומי של אוכלוסיית מתחמים מוכרזים. הרשות טוענת בפרסומיה כי אוכלוסיית המתחמים היא "לעיתים מהשכבות המוחלשות בחברה".[279] עיון ברשימת מתחמים שהוכרזו במסלול רשויות

---

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

[277] ראו לעיל פסקה 49 והאסמכתאות שם.

[278] טליה מרגלית "מגדלי יוקרה בתל-אביב: גידור בשלושה ממדים ועוד אחד" **משפט, חברה ותרבות - קהילות מגודרות** 259, 283 – 284, 303 (אמנון להבי עורך, תש"ע)(מצביעה על הבדלים בפיתוח רמת אביב וכפר שלם בשנות השבעים המצבעים על "גידור תכנוני וממחישים את מהותו החברתית").

[279] לעיל הע' 186.

מקומיות[280] וכן בדוחות חברתיים שמוכנים בהנחיית הרשות מגלה כי לפחות בחלק ממתחמי פינוי ובינוי מדובר באוכלוסייה חלשה מבחינה סוציו-אקונומית.[281]

188. דוגמה מובהקת למתחם מעין זה הוא מתחם לאה גולדברג-הס בלוד, אחד המתחמים שנזכרו בדוח רשות התחדשות לשנת 2020.[282] עיון ב"סיכום עבודה חברתית במתחם" שנעשה על ידי המנהלת העירונית להתחדשות בלוד משרטט את קווי המתאר של אוכלוסיית המתחם: "האוכלוסייה הכללית הינה ברובה אוכלוסייה מתבגרת ומזדקנת. החלק הארי של בעלי הדירות שאינן להשקעה וחיים בדירותיהם, הם אותם קשישים/הורים מבוגרים, אשר ילדיהם על פי רוב עזבו את העיר תושבים וותיקים ועולים. לצד אלה, כשליש מהדירות הינן דירות להשקעה, אשר ברובן מושכרות לאוכלוסייה ממעמד סוציו אקונומי מוחלש במיוחד עולים, מהגרי עבודה, פליטים וכיו"ב. לצד זאת נראית בשכונה גם כניסה של סטודנטים וזוגות צעירים, מגרעין "בני עקיבא" בעיקר. בשכונה נוכחות דלה של צעירים, משפחות צעירות וילדים, בשל מאפייני הרחוב וגודלן הקטן יחסית של יחידות הדיור. כ- 20% מיחידות הדיור במתחם הינן דירות עמידר. נראה כי במרבית המבנים שילוב רכיבי האוכלוסייה שתוארו לעיל מייצרים העדר יכולת התארגנות או זיקה ושייכות למבנים ולמתחם המשותף, ולכן בחלק מהמבנים ניכרת הזנחה הנובעת מאותו חוסר יכולת התארגנות/ העדר יכולת כלכלית או הנהגה מקומית".[283]

189. המתחם שזו אוכלוסייתו הוא אחד משני מתחמי משנה שבהם מתוכננות להיבנות לאחר הפינוי 3250 יחידות. באחד מהם מתוכננות 1160 יח"ד חדשות תמורת פינוי 258 יחידות דיור קיימות.[284] מפתח התמורה שנמסר לצורך הכנת השומה לתוכנית נקבע לפי תקן 21, שלפיו יקבלו בעלי הדירות המקוריים, שמחזיקים כיום 258 יחידות דיור בשטח ממוצע של 55 מ"ר, **258 דירות חדשות בשטח ממוצע של 67 מ"ר** בצירוף מרפסות. היזמים יקבלו **902 דירות (פי 3.5) בשטח ממוצע של 123 מ"ר ועוד כשלושים אלף מ"ר למסחר, תעסוקה ושטחים ציבוריים בנויים**.[285] אם בעלי הדירות היו מבצעים עסקת קומבינציה היו נתונים אלה מצביעים על **שיעור קומבינציה נמוך מאוד ולא סביר של 22%**.

190. זאת ועוד, הדוגמה שהבאתי מצביעה על כך שעקב נוסחת התמורה של תקן 21 עשויים בעלי הדירות המקוריות לקבל את הדירות הקטנות במתחמים החדשים בעוד האוכלוסייה החדשה שתצטרף אליהם תאייש את הדירות הגדולות יותר. **לפנינו סוגה תכנונית וארכיטקטונית חדשה שתורמת**

---

[280] הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית "מתחמים במסלול הרשויות המקומיות" (נצפה 7.2.2022) https://www.gov.il/apps/moch/viewlist/renew/mithamey_pinuy_binuy

[281] זו גם הנחתם של מרגלית ושטרן, לעיל הע' 161, בעמ' 19 ("בשכונות הוותיקות בערים -שכונות שהינן יעד להתחדשות עירונית – מתגוררים על דרך הכלל תושבים וותיקים, מרביתם בחתך סוציו אקונומי נמוך"); מתן רבינוביץ' **מבט אל אוכלוסיית הזקנים בתהליכי התחדשות עירונית** 118 – 129 (נובמבר 2017)(נתונים מספריים על אוכלוסיית הזקנים במתחמי פינוי ובינוי שהוכרזו התומכים במסקנה הנ"ל), http://din-online.info/pdf/hg7.pdf.

[282] **דוח 2020**, לעיל הע' 137, בעמ' 23.

[283] המבואה לוד-המינהלת העירונית להתחדשות **נספח חברתי** 1 (6.2.2019), - דף "תכנית תמל/ 2002, התחדשות שכונות הס - לאה גולדברג" באתר מנהל התכנון-תכנון זמין, https://www.mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4&et=1&mp_id=6vCdEltSxBWfFr0Jh8%2F9eAP6lVypJE0cII00W1%2B1XlaBACa0GaYVh3sQn3YVAekBIueCN%2BfMCEjXdm2c%2BQHD5WrUM8H%2BCqlAcBEQ5F1FYtY%3D

[284] **דוח 2020**, לעיל הע' 137, בעמ' 23 מדבר על 256 יחידות ו 3596 מתוכננות. עם זאת בחוות דעת כלכלית שמופיעה באתר התוכנית הנתונים הם כפי שציינתי בטקסט. פז כלכלה והנדסה **חוות דעת לפי תקן 21 – התחדשות עירונית מתחם לאה גולדברג לוד תמ"ל/2002 שומת מקרקעין מבוססת הנחה** (10.12.2018), דף התכנית ב באתר מנהל התכנון-תכנון זמין, https://www.mavat.moin.gov.il/MavatPS/Forms/SV4.aspx?tid=4&et=1&mp_id=6vCdEltSxBWfFr0Jh8%2F9eAP6lVypJE0cII00W1%2B1XlaBACa0GaYVh3sQn3YVAekBIueCN%2BfMCEjXdm2c%2BQHD5WrUM8H%2BCqlAcBEQ5F1FYtY%3D.

[285] שם בעמ' 19, 24.

להנצחת פערים חברתיים בעוד שהתחדשות עירונית אמורה, לכאורה, להוביל למחיקתם או, למצער, לצמצומם.

191. אין ספק כי לאוכלוסיית הפרויקט כפי שהיא מצטיירת מהדוח החברתי אין את הכלים לבחון את ההנחות הגלומות בתקן 21 לדורותיו ואת סבירותן. איש לא בחן אותן במסגרת העבודה החברתית שנערכה עמה. **החשוב ביותר - בכל שלב שהוא לא הוצגה לבעלי הדירות ולא עמדה על הפרק חלופה תכנונית או עסקית שתאפשר עסקת אחוזים במקום החלופה הפוגענית שמוצעת להם. המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי הסלילה את כל העוסקים בתחום לברירת המחדל הפוגענית.**

192. אם כן, **נראה כי בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי אינם בעלי יכולת אמיתית לשאת ולתת על זכויותיהם. חולשה זו מנוצלת על ידי מארגנים, יזמים, רשויות מקומיות וחמור מכך – על ידי הרשות להתחדשות שמטרתה לסייע לבעלי הזכויות - כדי ליטול מהבעלים ללא פיצוי נתחים רבי ערך של זכויות הקניין שלהם.**

<u>סיכום פרק ג</u>

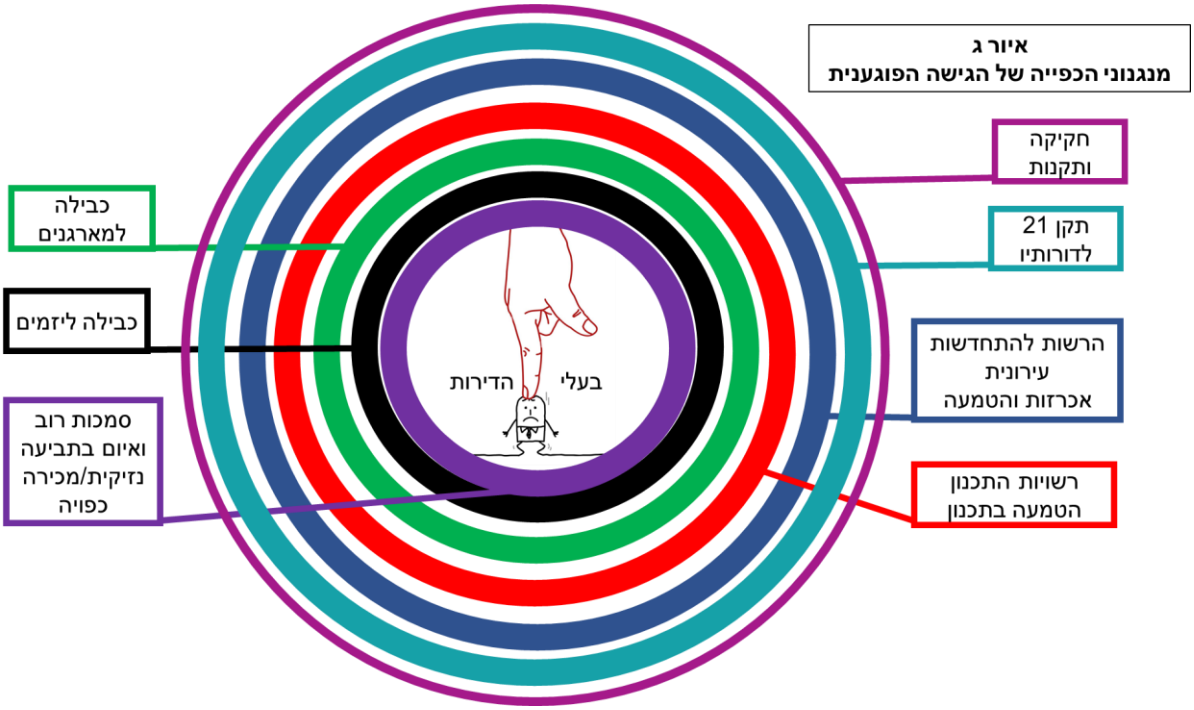
193. **בפרק זה הצבעתי על כך שהפגיעה של הגישה הפוגענית בזכויות הקניין של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי, פגיעה שבתיאורה עסק פרק ב', אינה פגיעה שבעלי המקרקעין מקבלים על עצמם ברצון אלא פגיעה שנכפית עליהם על ידי מנגנון כפייה משולב שאינו מאפשר להם לסטות מן הגישה הפוגענית.**

194. **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.**

195. **כל אלה מנצלים את חולשתם 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.**

196. **איור ג' מציג את רשת מעגלי הכפייה שתיארתי בפרקי ב' ו- ג' לעיל אשר כופים את הגישה הפוגענית על בעלי הדירות.**

197. **בפרק הרביעי אראה מדוע כפייה זו אינה מוצדקת ומדוע יש להסירה ולבטלה.**


איור ג
מנגנוני הכפייה של הגישה הפוגענית
חקיקה ותקנות
תקן 21 לדורותיו
הרשות להתחדשות עירונית אכרזות והטמעה
רשויות התכנון הטמעה בתכנון
כבילה למארגנים
כבילה ליזמים
סמכות רוב ואיום בתביעה נזיקית/מכירה כפויה
בעלי הדירות

פרק ד

פגיעה לא חוקתית לא מידתית ולא סבירה בקניין

כללי: הגנה חוקתית לזכות הקניין

198. ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) קובע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם".[286] הפגיעות בקניינם של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי נגרמות בגין חקיקה ומדיניות ממשלתית שנתקנו לאחר חקיקת חוק היסוד ועל כן אינן נהנות מן ההגנה שניתנת לפגיעות במקרקעין או הפקעות שגלומות בחיקוקים מוקדמים יותר.[287] סעיף 8 לחוק היסוד (להלן פסקת ההגבלה) קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק". מכאן שפגיעות, שיסודן בתקן 21 או תקן 21.1, שאינם בגדר חיקוקים ומשקפים מדיניות ממשלתית, סותרות את ההגנה החוקתית לזכות הקניין ויש מקום לבטלן ולעקרן מן המדיניות הממשלתית שכן לא נקבעו בחוק או על פיו. מסקנה זו מתחזקת לאור דברים שנכתבו בתצהירו של חבר הועדה המקצועית לתקינה שמאית, השמאי רן וירניק, אשר צורף לעתירה זו וממנו עולה כי התקנת תקן 21.1 נעשתה ללא סמכות ותוך חריגה מהמאפיינים המקצועיים של התקינה השמאית.

199. גם הוראות החקיקה שרומזות לקיומו של מגנון התמורה הפוגעני ראויות לביטול או למצער לפרשנות "מקיימת" באופן שאינו יוצר סתירה בין ההגנה החוקתית לקניין לבין התוכן והמטרות של החקיקה בתחום פינוי ובינוי.[288] בפרק זה אטען כי פרשנות החקיקה בתחום פינוי ובינוי באופן שיאפשר המשך הפגיעה בקניין בהתאם לגישה הפוגענית אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה לפי ס' 8 לחוק היסוד שכן לא נועדה לתכלית ראויה ואינה עומדת במבחן המידתיות. אטען כי לא ניתן להצדיק את הגישה הפוגענית באמצעות איזו מן ההצדקות המקובלות לפגיעה בקניין הפרטי או הפקעתו. על אחת כמה וכמה שלא ניתן להצדיק פגיעה כזו ללא פיצוי הולם.

200. סדר הטענות יהיה כדלקמן: ראשית, אראה כי לא קיים צורך ציבורי בפגיעה (להבדיל מן הצורך הציבורי הכללי בהתחדשות עירונית) ועל כן הפגיעה היא בלתי מידתית ובלתי סבירה. אטען כי הפגיעה נעשית שלא על פי תכנון כולל, ללא מתן הזדמנות מספקת למשא ומתן חופשי, תוך זניחת מטרות הרפורמה במקרקעי ישראל. שנית, אטען כי הצורך להתערב לשם פתרון בעיית הפעולה המשותפת אינו מצדיק פגיעה בקניין המיעוט. שלישית, אראה כי הגישה הפוגענית פוגעת בערך הצדק החלוקתי ובאמות המידה המצדיקות פגיעה בקניין ללא פיצוי.

העדר צורך ציבורי

העדר צורך ציבורי ספציפי

201. קיומו של צורך ציבורי הוא תנאי להפעלת סמכות הפקעה גם בחקיקה שקדמה לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.[289] אין להניח כי ניתן כיום להפקיע מקרקעין מבלי לעמוד למצער בדרישה זו וכבר נפסק ש"לאור עליית קרנה של זכות הקניין... המקום היחיד בחוק התכנון והבניה המאפשר נטילה לצרכי ציבור וקובע הוראות בעניין זה, הוא הפרק הדן בהפקעה, פרק ח'. בלא שימוש בהוראותיו של פרק זה לא ניתן... להפקיע או להקצות קרקעות".[290]

---

[286] **ס"ח** תשנ"ב 150.
[287] ס' 10 לחוק היסוד.
[288] פס' 5 בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**, פס' 59 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו, 8.7.2021).
[289] **ס'** 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) 1943; ס' 188 לחוק התכנון והבנייה.
[290] עע"ם 5839/06 **בראון נ' יו"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז**, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו, 25.9.2008).

202. אין מחלוקת כי התחדשות עירונית היא אינטרס ציבורי ראוי בכלל, ועל אחת כמה וכמה במדינת ישראל. המועצה הלאומית לכלכלה הזהירה כבר בשנת 2017, במסגרת התוכנית האסטרטגית לדיור לשנים 2017 – 2040, כי "**ללא התחדשות עירונית בהיקפים גדולים יותר משמעותית, נעמוד בפני קטסטרופה תכנונית של אזילת השטחים הפתוחים המיועדים לבינוי במרכז הארץ**".[291] אין בכוונתי להמעיט כהוא זה בחשיבותו של צורך זה או בחשיבות מטרותיה של הרשות להתחדשות עירונית. כל שבכוונתי לטעון הוא שמטרות נכבדות אלה אינן מצריכות ואינן מצדיקות את הפגיעה בקניין שמציעה הגישה הפוגענית. יתרה מזאת, הפגיעה היתרה בקניין אינה מקדמת את הצורך הציבורי בהתחדשות עירונית ובהגדלת היצע הדיור אלא מעכבת אותו.

203. ודוק, הדגש המרכזי של המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי הוא על הצורך להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת של בעלי דירות או דיירים שאינם משתפים פעולה. אתייחס לטעם זה בנפרד בהמשך. עם זאת, גם בהנחה שקיימת בעיה של פעולה משותפת, אין הצדקה לפעול בדרך של הפקעה ופגיעה בקניין בכל מקום שהיא קיימת. יש להצביע על טעם נוסף, צורך ציבורי עצמאי, שיצדיק התערבות כופה לשם פתרון פוגעני של בעיית הפעולה המשותפת בכל מקרה ומקרה. פגיעה בקניין שאינה מתבססת על בחינה **פרטנית** של הצדקתה ונחיצותה במקרה פלוני אינה מידתית ועל כן, כפי שנקבע לגבי חוק ההסדרה,[292] אינה חוקתית.[293] כיום אין בוחנים באופן **פרטני** את ההצדקה לשימוש בכלים פוגעניים במתחם פינוי ובינוי פלוני והגישה הפוגענית חלה באופן אחיד בכל מתחם מוכרז.[294] עצם קיומו של צורך ציבורי כללי בהתחדשות עירונית אינו מצדיק התערבות שלטונית ובוודאי פגיעה בקניין במקרה פלוני. במשפט הישראלי אין כלל שקובע כי כל מקרקעין שבעליהם לא מסכימים על אופן פיתוחם – יופקעו, וברי כי אם היה נחקק כלל כזה – הוא היה בלתי חוקתי בעליל.

פגיעה שלא לפי תכנון כולל

204. כפי שציינתי לעיל, התחדשות עירונית בישראל, הכרזות על מתחמי התחדשות וכן השימוש באמצעי הכפייה של הגישה הפוגענית אינם מבוססים על מדיניות כוללת הבוחנת את הצורך בהתחדשות עירונית ברמה הארצית. תוכנית ארצית להתחדשות עירונית צריכה לשקול את מכלול הצרכים והמטרות של ההתחדשות למול מכלול משאבי המקרקעין, ברמה הארצית וברמה המקומית וזאת בהתאם לשיקולי התכנון.

205. החלת המדיניות הכופה כיום אינה מבוססת על תכנית הקובעת כי יש צורך ציבורי בכפיית הגישה הפוגענית במתחם פלוני והיא פרי יוזמות ספוראדיות ואקלקטיות של רשויות, "מארגנים" ו"יזמים". המסגרת 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.

206. זאת ועוד, האפשרות להסתפק בתמורות מוגבלות לבעלים לפי תקן 21 והצעות התיקון לו מעודדת יזמים ורשויות לאשר תוכניות פינוי ובינוי שהיקף הציפוף שלהם קטן במידה שמספקת את צרכי העמדה הפוגענית.[295] בית המשפט המחוזי בחיפה כבר פסק כי "קביעת האחדה" תכנונית גורפת

---

[291] עופר רז-דרור, נעם קוסט **התוכנית האסטרטגית לדיור לשנים 2017 – 2040** 24 (המועצה הלאומית לכלכלה, משרד ראש הממשלה, 2017), http://economy.pmo.gov.il/councilactivity/housing/documents/strategy050717.pdf.

[292] חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז – 2017, **ס"ח** 410.

[293] בג"ץ 1308/17 **עירית סילואד נ' הכנסת** פס' 99, 100 ו – 110 לפסק דינה של הנשיאה חיות (9.6.2020)

[294] ראו לעיל פס' 107 - 108.

[295] ראו לעיל פסקאות 101 - 106.

שמאמצת את מפתח התמורה הפוגעני מבלי להבחין בין שכונות שונות היא בלתי סבירה. הוא גם רמז שהיא תוצאה של "קבוצות אינטרסים".[296] תוצאה זו גורמת לניצול יעיל פחות של הקרקע וכך היא פוגמת במטרות מדיניות מפורשות שקובע חוק הרשות להתחדשות ובהן "הגדלת היצע הדיור במרקם העירוני הבנוי, בשים לב לחשיבות שימור השטחים הפתוחים, ייעול השימוש בקרקע". כפי שהרחבתי לעיל, מדיניות כזו נוגדת את מדיניות התכנון הארצית השואפת להגדלת ציפוף הבנייה, כפי שהיא משתקפת, למשל, בתיקונים המוצעים לתמ"א 35.[297]

207. יתרה מזאת, השלטת הנורמה הפוגענית פוגעת גם בצורך הציבורי של התחדשות עירונית שכן פגיעתה בבעלי דירות ממריצה את חלקם שלא להסכים לעסקאות שאינן כדאיות וגורמת להתמשכות יתר ולייקור של הליכי פינוי ובינוי. התוצאה היא עיכובים ממושכים וארוכים במימוש התוכניות. אין מחלוקת כיום שהיקף המימוש של עסקאות פינוי ובינוי בשנים האחרונות היה דל.[298] הרשות להתחדשות מודה בכך אף כי היא מייחסת את העיכוב לטעמים אחרים: "במסלול הרשויות המקומיות הצטבר מלאי תכנוני גדול לאורך השנים מאז נוסד מסלול זה. בשנים הראשונות לקיומו סבל המסלול מחבלי הלידה המאפיינים כל מיזם חדש, כל שכן מיזם מורכב עשרות מונים מפרויקט בנייה חדשה, שאורך בממוצע 12 שנים (על פי נתוני בנק ישראל)...".[299]

208. זאת ועוד, עד כה טרם הוכח כי בעיית הפעולה המשותפת היא הטעם המרכזי לעיכוב הליכי פינוי ובינוי בישראל, ולמעשה מהראיות הקיימות עולה כי ההיפך הוא הנכון. בדוח השנתי של הרשות להתחדשות לשנת 2020 היא פרסמה את התוצאות של מיפוי שערכה לראשונה של "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. על פי הדוח חוסר הסכמה בין בעלי הדירות היווה חסם להתקדמות רק **בשלושה** (קרי 5.4%) מתוך 55 הפרויקטים שנסקרו.[300] דוח מרכז המחקר של הכנסת שהוכן לקראת חקיקת תיקון 2021 הבחין בכך ש"נתון זה אינו מפרט את הטעמים והסיבות לאי ההסכמות, כלומר שלא ידוע אם הן נובעות מ"סרבנות" או מסיבות אחרות, או אם היו חסמים נוספים במתחמים אלו".[301]

209. כפי שכתבתי לעיל, קיימת אפשרות שדווקא חוסר הכדאיות הגלום בגישה הפוגענית הוא שמעכב הסכמות ולאו דווקא סרבנות שרירותית. כפי שהראינו לעיל, אמת המידה הפוגענית אינה משקפת את שיעורי הקומבינציה המקובלים באזורים שונים בארץ ובוודאי שאינה יכולה להיות תמורה כלכלית מוצדקת ראויה והגונה במלוא המקרים עליהם היא אמורה לחול (בכל הארץ וביחס לכל דירה). ביטולה היה לבטח מצמצם מחלוקות בנוגע לחוסר כדאיות כלכלית ומגביר את נכונותם של בעלי המקרקעין להסכים לעסקאות פינוי ובינוי. אכן, בעסקאות קומבינציה שבהן מממשים בעלי מקרקעין את מלוא זכויות הקניין שלהם ומקבלים תמורה ההולמת את שווי זכויותיהם בשוק החופשי לא ידוע על בעיה של פעולה משותפת. אין שום ספק שאם זכויות הבנייה שמוקנות בתוכניות של התחדשות עירונית לא היו כבולות למגבלות של אמת המידה הפוגענית ומאפשרות שיעורי תמורות כנהוג בעסקאות קומבינציה, שיתוף הפעולה של תושבי השכונות המתחדשות היה מתעצם ומזניק קדימה את ההתחדשות העירונית.

---

[296] פרשת **שומרי הסף**, לעיל הע' 159, בפס' 11, 16, 73 ו – 74 לפסק דינו של השופט ג'השאן.
[297] ראו לעיל הע' 143.
[298] מרגלית ושטרן, לעיל הע' 161, בעמ' 13; זיו, לעיל הע' 190, בעמ' 32.
[299] **דוח 2020**, לעיל הע' 137, בעמ' 69.
[300] **דוח 2020**, לעיל הע' 137, בעמ' 42.
[301] **דוח מחקר הכנסת**, לעיל הע' 141, בעמ' 8.

210. כמו כן, כפי שהראיתי לעיל, בהחלט אפשרי כי בעלי דירות מאמצים את הגישה הפוגענית לא בשל כדאיותה אלא בשל טעמים אחרים ובהם חוסר יכולת להעריך את כדאיותה, חוסר מודעות לפגיעתה ולזכויותיהם, הטיות קוגניטיביות שונות שדוחקות בהם לאמץ ברירת מחדל פוגענית, מנגנון הכפייה המשולב שתואר לעיל וגם ה"עבודה החברתית" של יועצים חברתיים מטעם הרשות להתחדשות שמטמיעה בהם את ההבנה השגויה כי התמורה שמוכתבת על ידי הגישה הפוגענית היא התמורה שלה הם זכאים ואין בלתה. אימוץ הגישה הפוגענית בלית ברירה אינו משתקף כלל במחקר שבוחן רק את "החסמים" שכן ההתנגדות לפגיעה מושתקת באמצעות מנגנוני הכפייה הנ"ל.

211. הגישה הפוגענית גם עשויה להוביל לתוצאה הלא רצויה שלפיה כפיית ההתחדשות עירונית (urban renewal) תהפוך לסילוק עירוני (urban removal)[302] ותוביל לג'נטריפיקציה, קרי לעזיבת התושבים המקוריים לטובת אוכלוסייה מבוססת יותר.[303] כפיית הבעלים המקוריים של מתחם פינוי ובינוי להסתפק בדירה אחת קטנה בבניינים שיאוכלסו באוכלוסייה חדשה ומבוססת יותר, שתרכוש דירות גדולות יותר (כפי שהדגמתי לעיל במתחם לאה גולדברג בלוד), תנציח את חולשת הבעלים המקוריים. רק הותרת מלוא זכויות הקניין בידי הבעלים תוך הסרת כבליה של הגישה הפוגענית תאפשר להם ולמשפחותיהם הזדמנות להתבסס כלכלית. בהקשר זה נכונים במיוחד דבריו של פרופ' 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".[304]

212. מימוש המטרות הציבוריות החשובות שרובצות לפתחה של הרשות להתחדשות עירונית לא מצריך ולא מצדיק את הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי מקרקעין פרטיים במתחמים שהוכרזו כמתחמי פינוי ובינוי. הרשות להתחדשות עירונית לא הוקמה ע"י המחוקק על מנת לפגוע בבעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי אלא להיפך - על מנת לחזק אותם ולסייע להם לממש את זכויות הקניין שלהם. מימוש זכויות הקניין שלהם באופן המיטבי אינו סותר את המטרות האחרות של הרשות והוא שיוביל להאצת ההתחדשות העירונית ולהגדלת היצע הדיור.

פגיעה ללא מתן הזדמנות מספקת למשא ומתן חופשי

213. גם כאשר קיים צורך ציבורי כללי בהתחדשות עירונית אין בו כשלעצמו כדי להצדיק כפיית מימושו בדרך של הפקעה אם צורך זה ניתן להגשמה על ידי בעלי המקרקעין ללא כפייה. בית המשפט העליון כבר פסק כי "אם ניתן להגיע לאותה תוצאה של סיפוק צורך ציבורי שלא בדרך הפקעה, ראוי היה לילך בה".[305] ההצדקה המשפטית לפגיעה כפויה בקניין אינה טמונה בעצם קיומו של צורך ציבורי אלא בחוסר יכולת להגשימו בלא התערבות כופה. רק קיומו של כשל שוק שמונע מהבעלים הפרטיים להגשים את הצורך הציבורי בלא התערבות כופה מצדיק פגיעה כפויה בקניין. פגיעה זו כמובן צריכה להיות מידתית ו"אין לפגוע בזכות הקניין אלא במידה המזערית הנדרשת להשגת הצורך הציבורי".[306]

214. הגישה הפוגענית של המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי פוגעת בזכויות הקניין של בעלי דירות בבתים משותפים במתחמי פינוי ובינוי מבלי שהיא מחייבת בשום שלב משלבי הכפייה (משא ומתן, כריתת הסכם, הכרזה או דיון בבית המשפט) כי בטרם יופעל המנגנון הכופה, יתקיים בין כלל בעלי

---

[302] Michael Cohen *John F.C. Turner and Housing as a Verb* 41 BUILT ENVIRONMENT 412, 413 (2015) ; *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, 485 (2005).

[303] מרגלית ושטרן, לעיל הע' 161, בעמ' 20.

[304] דגן **קניין**, לעיל הע' 2, בעמ' 61.

[305] פרשת **מקור הנפקות**, לעיל הע' 178, בפס' 6 לפסק דינו של השופט אור.

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

הדירות במתחם לבין יזם משא ומתן חופשי, אשר יאפשר הגעה להסכם תוך שיתוף מלא של בעלי הדירות במלוא זכויות הקניין שלהם. תחת זאת, המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי מאפשרת למארגנים וליזמים לכבול בהדרגה בעלי דירות להצעות פוגעניות כבר מהשלבים המוקדמים של המשא ומתן. היא קובעת מראש – תחת הכותרת "תקן" - סטנדרט שמאי ותכנוני פוגעני שאינו מאפשר השתתפות במלוא עליית הערך העתידית ובכך שוללת מראש כל סיכוי לכך שמשא ומתן חופשי יוביל להשגת העסקה בהתאם לכללי השוק ולא על פי הנורמה הכופה המוכתבת מראש. התוצאה של גישה פוגענית זו היא פגיעה בקניין שאינה נחוצה לצורך הגשמת הצורך הציבורי. תוצאה זו חמורה במיוחד משום שהיא נגרמת לקבוצת אוכלוסייה חלשה יחסית של בעלי דירות שאין להם את הידע או היכולת להתמודד עם הגישה הפוגענית.

215. 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.[307] הותרת מלוא זכויות הקניין בידי הבעלים מעניקה להם את המוטיבציה הכלכלית לשתף פעולה עם תהליך ההתחדשות ואף ליזום אותו. תפקיד ההתערבות הממשלתית הוא לסייע להם לממש את זכויותיהם ולא לכפות עליהם מתכונת מצומצמת ופוגענית של התחדשות. לעבוד עם התושבים ולא עבורם. להותיר בידיהם את ההכרעה ולא להחליט בשבילם.[308]

216. באופן שאינו מפתיע, דברים ברוח דומה נכתבו על ידי לשכת שמאי המקרקעין בהערות לנוסחת התמורה ששלחה למועצת שמאי מקרקעין לאחר שפורסמה הצעת תקן 21 - 2019 לאמור: "יש לתת לכוחות השוק להתנהל בתוך מסגרת תכנונית ואז מאליו ייקבעו שטחי הבנייה הראויים שיהוו את מאזן האינטרסים בין בעלי הקרקע ליזם בתוך גבולות גזרה שייקבעו על ידי גורמי התכנון".[309] העקרון שלפיו "התכנון מוביל ובעקבותיו ועל פיו תיבדק ההתכנות הכלכלית" נקבע גם בהצעת תקן 21.1 – 2022 ובתיקון לתקן שפורסם בעקבותיו,[310] אך התקן אינו מפנים את העולה ממנו קרי – הותרת איזון האינטרסים בין בעלי הקרקע לבין היזם בתוך גבולות הגזרה התכנוניים בידי בעלי הקרקע ולא בידי מתקיני התקן.

זניחת מטרות הרפורמה במקרקעי ישראל - הפרטת הקרקע העירונית

217. הגישה הפוגענית עומדת גם בסתירה למטרות של הרפורמה במקרקעי ישראל שבמסגרתה הוחלט על העברת הבעלות במקרקעי ישראל שהם קרקע עירונית לחוכריהם. במסגרת רפורמה זו הופרטה הבעלות לחוכרים יחד עם מלוא הזכויות הקיימות והעתידיות במקרקעין.[311] הרפורמה שקפה תפיסה 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. הנחת

---

[307] 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).

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

[309] 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.

[310] ראו לעיל פסקה 111.

[311] חיים זנדברג **חוק יסוד: מקרקעי ישראל** 253 – 256 (פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך, 2016)(להלן: זנדברג **חוק יסוד**).

המוצא של מציעי הרפורמה הייתה כי "העברת הבעלות במקרקעין אלה לידי החוכרים תמריץ את הפעילות הכלכלית במשק".[312]

218. הגישה הפוגענית לפיה בעל מקרקעין ראוי לפיצוי בגין דירתו בלבד נולדה בתקופה שבה מקרקעי ישראל הוחזקו בידי שוכרים, דיירים או חוכרים שאין להם בעלות במקרקעין או זכות לקבלה. במקרקעין כאלה שמרה המדינה לעצמה את הזכות להנות מעליית ערך המקרקעין בעתיד באמצעות גביית דמי היתר או דמי הסכמה או באמצעות הבאת ההתקשרות לידי סיום. כאשר מפנים מחזיקים כאלה, שאין בידם זכות בעלות, כפי שארע למשל בפרשת **גבעת עמל**, יש אולי הצדקה לפצות את המחזיקים רק כדי זכות ל"דיור אקוויוולנטי' כפשוטו וכלשונו, דהיינו דיור של ממש, וזאת לצרכי פיצוי בלבד ולא לצרכי הכרה בזכות".[313] במקרה זה למרות ש"היושבים בקרקע רואים נגד עיניהם את הפרויקט שעתיד לקום במקום ועיניהם כלות... בכך אין כדי ללמד על היקף זכויותיהם. טענות הבעלות שהועלו בחלק מן הבקשות הועלו בלא שנתמכו בראיות המלמדות עליהן".[314]

219. פרויקטים של שיקום או פינוי שכונות בשנות השישים של המאה הקודמת זכו לכינוי "עידן הבולדוזר" משום שאכן הובילו לסילוקם של בעלי דירות מקבוצות מוחלשות תמורת סידור חלוף.[315] זו הייתה התפיסה הריכוזית של מציעי חוק פינוי ובינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965.[316] לעומת זאת, הפרטת מקרקעי ישראל שקפה מדיניות של הפרטת זכויות הקניין במלואן. מדיניות ההפרטה נבעה מתפיסה רחבה יותר ש"שמה דגש בחירות פעולתם של הפרטים בשוק הכלכלי".[317] תהליך ההפרטה של מקרקעי ישראל חולל מהפיכה חברתית שהשפיעה על מאות אלפי חוכרים שהפכו לבעלי דירות.[318] ההפרטה נועדה להעביר את זכויות הפיתוח לחוכרים מתוך תפיסה שפיתוח פרטי מתאים יותר לקרקע עירונית מאשר פיתוח ממשלתי.

220. בתמיכה ברפורמה הצהירה המדינה בפני בית הדין הגבוה לצדק כי "הלכה למעשה במסגרת הרפורמה תינתן זכות בעלות לחוכרים לדורות של המקרקעין שבפועל נוהגים בהם מנהג בעלים", כי "יכולת השליטה של המינהל על מקרקעין אלה, ובכלל זה על עיתוי וניצול זכויות הבנייה לפיתוח, מועטה עד כדי שאינה קיימת כלל"[319] וכי הקניית הבעלות נעשית "בקרקע לגביה יש תוכניות מפורטות, כלומר, קרקע שניתן לבנות עליה ללא צורך בהליך תכנוני נוסף. המשמעות היא... שהקרקע זמינה באופן מיידי לבנייה".[320] בית המשפט העליון אישר את מדיניות ההפרטה.[321]

221. יתר על כן, הנחת המוצא של תהליך ההפרטה של מקרקעי ישראל הייתה כי יש די מקרקעי ציבור בישראל כדי לממש באמצעותם את צרכי הציבור. יש מלאי מקרקעין ציבורי גדול גם בערי המרכז שהן שיאניות מיזמי פינו ובינוי.[322] כאשר אישר בית המשפט העליון את חוקתיות תהליך ההפרטה של מקרקעי ישראל הוא אימץ הנחה זאת והשתכנע כי "לא מצאנו כי די בעצם הטענה – שלא הונחה לה כל תשתית – כי העברת קרקעות ממשטר של חכירה למשטר של בעלות תביא לצמצום של

---

[312] 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).

[313] ע"א (מחוזי-ת"א) 6097-09-18 **דיור ב.פ. בע"מ נ' עזבון המנוחה שרה בן נון ז"ל**, בפס' 69 לפסק דינו של השופט ורדי (נבו, 23.12.2019).

[314] רע"א 409/20 **יהוד (שרפי) נ' דיור ב.פ. בע"מ**, בפס' 45 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו, 29.11.2020).

[315] מרגלית ושטרן, לעיל הע' 161, בעמ' 4, 7.

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

[317] מרגלית ושטרן, לעיל הע' 161, בעמ' 10 - 11.

[318] עד סוף שנת 2020 נרשמו בבעלות בספרי המקרקעין מעל 660000 נכסים שהופרטו, מתוכם כ-460,000 נכסים במסגרת הרפורמה במקרקעי ישראל. רשות מקרקעי ישראל **דוח 2020** 46 (19.1.2022).

[319] בג"ץ 729/10 **תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל** בפס' 18 לפסק דינה של השופטת ביניש 24.5.2012)(להלן : פרשת **דרור**).

[320] שם בפס' 21.

[321] שם בפס' 40, 44.

[322] ראו זנדברג, **חוק יסוד**, לעיל הע' 311, בעמ' 115 – 119 (טבלת היקף השטח בבעלות פרטית וציבורית).

הקרקע כמשאב ציבורי עד כי תפגע ביכולתה של המדינה להבטיח קורת גג לכלל תושבי המדינה".[323] מאז הונהגה מדיניות ההפרטה לא חל שינוי של ממש במלאי המקרקעין הציבורי והפרטי ועל כן לא ברור כיצד נוצר, תוך כעשור אחד בלבד, צורך ציבורי מחודש לכפות את הגישה הפוגענית באזורים בבעלות פרטית, כאשר לא חל שינוי בהנחה שיש מלאי מספיק של מקרקעין בבעלות ציבורית כדי לספק את צרכי הדיור של ישראל. עוד יש לציין כי מצבה של מדינת ישראל, שבידה מלאי מקרקעין גדול שרק 9 אחוזים מממנו תפוסים,[324] טוב ממצבן של מדינות מערב אחרות שבהן רוב מלאי המקרקעין העירוני הוא פרטי.[325]

222. בעקבות הפרטת מקרקעי ישראל, כאשר החוכרים כבר קבלו את מלוא קופסת הבעלות, הרי הם הזכאים להנות ממלוא פירות הזכות לפיתוח ולא רק מזכות מוגבלת ל"דיור אקווילנטי". לעומת זאת, 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 נוטלת את זכויות הפיתוח מהחוכרים לשעבר ומעבירה אותן ליזמים. זו מדיניות שפוגעת בזכויות קניין שכבר הוקנו ואשר בעליהן הסתמכו עליהן. **היא מתעלמת ממדיניות ההפרטה של בעלות לחוכרים של מקרקעי ישראל ומשקפת תפיסת עולם ארכאית שלא הוכיחה את עצמה, שמעדיפה התערבות ממשלתית כופה לטובת בעלי עניין על פני יוזמה חופשית והתפתחות חברתית של בעלי המקרקעין**.

פתרון בעיית הפעולה המשותפת אינו מצדיק פגיעה בזכויות קניין

223. כפי שציינתי לעיל אחת הסיבות שלשמה נוצרו מנגנוני הכפייה המתמשכים בחקיקה העוסקת בפינוי ובינוי היא הצורך להתגבר על בעיית הפעולה המשותפת. טעם זה הוצג כטעם המרכזי לצורך בחקיקת מנגנוני הכפייה המשולבים שתוארו לעיל במסגרת הליכי החקיקה של חוק פינוי ובינוי, לרבות תיקון 2021 שהקטין את הרוב הנדרש.[326] מעצבי הגישה הפוגענית והמחוקק לא ראו בה הפקעה לצרכי ציבור ועל כן לא סיפקו טעם אחר לגישה זו זולת הצורך להתגבר על בעלי דירות סחטנים. עם זאת, כפי שציינתי לעיל, לא זו בלבד שאין כל ראיה לכך שבעיית הסחטן אכן מעכבת את רוב הפרויקטים של פינוי ובינוי בישראל, הרי הצורך למנוע התנהגות סחטנית, ככל שקיים, אינו מצדיק לכפות הסדרים שפוגעים בקניין בעלי המקרקעין.

224. גם אם נניח כי בעיית הפעולה המשותפת היא החסם המרכזי שמעכב התחדשות עירונית המטרה של סמכות הרוב היא למנוע התנהגות סחטנית ושרירותית של מיעוט באופן שימנע עסקה שאינה פוגעת במיעוט. מנקודת מבט קניינית קלאסית ההצדקה להתערבות המשפט במקרה כזה מותנית בכך שהתערבות תשרת את עניינו העצמי של המתנגד ושאין סיבה לגיטימית להתנגדותו מלבד התנהגות סחטנית אסטרטגית.[327] התערבות כופה מוצדקת במקרה זה רק כדי להסיר את כשל השוק ואין הצדקה לפגיעה כפויה מעבר לנדרש לשם כך.[328] היא מחייבת ביקורת שיפוטית קפדנית שתבחן האם בטרם נבחרה הדרך הכופה נוהל משא ומתן בתום לב עם בעלי המקרקעין או אם העדר

---

[323] פרשת **דרור**, לעיל הע' 319, בפס' 45 לפסק דינה של השופטת ביניש.

[324] מדינת ישראל **דוחות כספיים ליום 2020 בדצמבר** 85 – 86 (יולי 2021), https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/financial-reports-2020/he/financial-reports_financial-reports-2020-AccessibleFile.pdf.

[325] זנדברג, **חוק יסוד**, לעיל הע' 311, בעמ' 87 – 93;

[326] ראו לעיל פסקה 128 וההפניות שם.

[327] דגן **קניין**, לעיל הע' 2, בעמ' 405.

[328] ראו לעיל מקורות וטקסט סמוך להערות שוליים 178 - 181.

ההסכמה נבע מכשל שוק או מהתנהגות סחטנית של הבעלים.[329] לא ניתן לכפות על מיעוט עסקה שאינה כדאית, אשר כופה תמורה פוגענית שניתן היה בעליל להשיג תמורה טובה ממנה.

225. גישה זו מחייבת את המחוקק כאשר הוא מעניק כוח כפייה לרוב לדאוג לכך שהרוב לא יוכל לכפות על המיעוט פגיעה בזכויותיו. סמכות הרוב בנכס משותף מותנית בחיקוקים שונים בכך שלא יגרום לקיפוח המיעוט או לפגיעה בזכויותיו.[330] 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 ובהצעות התיקון לו מאפשרת לרוב, הכבול להסכמים עם מארגנים ויזמים, לכפות על המיעוט הסדר פוגעני שמונע מכל בעלי הדירות 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.

226. החובה להימנע מפגיעה בקניין המיעוט עולה גם מפסיקת בית המשפט העליון בפרשת **צודלר**.[331] 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 מסוימת 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 לאמור: "השיתוף ברכוש המשותף - אם תרצה: החיים יחדיו - אוצל מאליו על תכונותיה של זכות הבעלות הנפרדת: מצמצם ומצר הוא את תוכנה של הבעלות הקלאסית".[332]

227. עם זאת, בית המשפט בפרשת **צודלר** סייג את עמדתו זו רק למקרה שבו בית משותף נהרס שלא מרצונם של הבעלים. בהתאם הוא ציין כי (הדגשה שלי – ח.ז.) "אך מובן הוא, כי להריסת בית מכוונת נדרשת הסכמת כל הבעלים. כאן תתגלה זכות הקניין הקלאסית במלוא הדרה: **הזכות - והשרירות שהיא מקרינה**".[333] בית המשפט בפרשת **צודלר** גם הביע את העמדה כי אין לפגוע בזכויות הבנייה של בעל דירה ללא הסכמתו. כך קבע כי אפילו במסגרת שיקום בית שנהרס אין מקום לפגיעה בחלקם של בעלי הדירות בזכויות בנייה מוקנות: "זכות לבנייה נוספת שייכת לכל בעלי הבית המשותף... במה דברים אמורים? בזכות מוקנית, ואילו בענייננו, כאמור, לא הייתה לבעלי הבית המשותף כל זכות מוקנית לבנייה נוספת".[334]

228. על פסיקת בית המשפט בפרשת **צודלר** נמתחה ביקורת מכיוונים שונים. פרופ' יהושע ויסמן סבר כי עמדת בית המשפט "אינה מתיישבת עם גישת היסוד של המחוקק למוסד הבית המשותף. גישת יסוד זו מבוססת על כיבוד עצמאותו של בעל דירה בבית המשותף".[335] פרופ' מיגל דויטש סבר כי

---

[329] **להבי וליכט**, לעיל הע' 4, בעמ' 123; פרשת **זול בו**, לעיל הע' 170, בעמ' 744 ("עצם העובדה, שהחלטת הרוב היא הקובעת...אין בה כדי לשחרר את הרוב מהחובה להציג את מלוא העובדות למיעוט ולשתפו בקבלת ההחלטה. מהחובה להפעיל את כוחו של הרוב בדרך מקובלת ובתום-לב מתבקשים, בין השאר, התייעצות עם המיעוט, העמדתו על הצורך בפעולה המתבקשת וגילוי כל העובדות הרלוואנטיות, תוך מתן הזדמנות למיעוט, אם יחפוץ, לפנות לבית המשפט בטענת קיפוח. הרוב אינו רשאי לפעול במחשכים").

[330] ראו לעיל פסקאות 123 - 124 והדוגמאות המובאות בה.

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

[332] שם, בעמ' 564.

[333] שם, בעמ' 568. ראו גם לעיל הע' 249 – טקסט ומקור (פרשת **יהלי בנה לי**).

[334] שם, בעמ' 571 – 572.

[335] ויסמן **בעלות**, לעיל הע' 1, בעמ' 511.

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".[336] פרופ' חנוך דגן, שהביע תמיכה בתוצאת פסק הדין, סבר כי ההסבר הראוי הן לסמכות הרוב לפי ס' 60 והן להחלטת בית המשפט בפרשת **צודלר** 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".[337]

229. אם כך, מבקרי פסק הדין בפרשת **צודלר** כתומכיו לא ראו בו הכשר לפגיעות כלכליות ממשיות בקניינו של בעל דירה בבית משותף, אלא רק היתר להתגברות על תלונות סרק שרירותיות או "אסטרטגיות". בוודאי שלא ראו בו הכשר לפגיעה כלכלית נרחבת כמו זו שנגרמת לבעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי עקב הגישה הפוגענית (ושוב ראו נא **איור ב'** כמשל).

230. אם כך, בהתאם להלכת **צודלר** אין מקום לאפשר לרוב של בעלי דירות במתחם פינוי ובינוי לכפות על המיעוט עסקת פינוי ובינוי המאלצת את המיעוט להסתפק בתמורות המוגבלות המוכתבות על פי הגישה הפוגענית. כאשר תכנית הפינוי והבינוי מקנה לכל בעלי הדירות זכויות בנייה – זכויות אלה הם קניינם והם זכאים ליטול מהן, בניכוי ההוצאות והרווח של הקבלן, תמורות העולות על אלה שמוקצות להם לפי הגישה הפוגענית. כפיית בעלי הדירות לוותר עליהן היא פגיעה בקניין הפוגעת בכדאיות העסקה עבורם. ההתנגדות לוויתור כפוי עליהן היא טעם התנגדות לגיטימי, ולא שרירותי או אסטרטגי, ועל כן אין הצדקה לאפשר כפייה כזו.

פגיעה בצדק חלוקתי

231. הגישה הפוגענית של המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי היא פסולה גם משום שהיא מובילה לפגיעה בערך של "צדק חלוקתי" שעניינו "בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים".[338] התוצאה החלוקתית של הגישה הפוגענית היא כפיית העברת עושר בלתי שוויונית ובלתי מוצדקת מבעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי ליזמים שעוסקים בפיתוח המקרקעין וזאת בנוסף להטבות נוספות שמורעפות על היזמים ועל רשויות מקומיות.

232. התמורות שמקבלים בעלי הדירות על פי המפתח של הגישה הפוגענית אינן שוות ערך למלוא התרומה שבעלי הדירות נאלצים לתרום למיזם, במיוחד במקרים בהם היקף זכויות הבנייה בו הוא גדול, כפי שמומחש ב**איור ב'** לעיל. הפער בין מה שמקבלים הבעלים לבין מה שהם מעניקים הוא למעשה מתת, העברת עושר, שהבעלים נכפים למסור ליזמים.

233. העברת עושר זאת אינה צודקת ואינה הוגנת כפי שנדרש מעקרון הצדק החלוקתי וזאת בשל כמה טעמים: ראשית, היא נכפית רק על בעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי שהוכרזו 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 שציינתי לעיל הכניסה לקבוצה אינה נעשית מרצון של כל חבריה והיא גם תוצאה של שיקולי כדאיות ויוזמה אקראית של יזמים ורשויות ולא פרי תכנון ארצי. שנית, העברת העושר הזאת נכפית על קבוצת אוכלוסייה חלשה וגדולה באופן יחסי למול הקבוצה החזקה והמצומצמת של נהנים (יזמים). הגישה הפוגענית פוגעת אפוא בבעלי

---

[336] דויטש **קניין**, לעיל הע' 17, בעמ' 656 - 657.
[337] דגן **קניין**, לעיל הע' 2, בעמ' 409 – 410.
[338] בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002).

המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי על ידי הטלת נטל לא שוויוני הפוגע יותר דווקא בקבוצות חברתיות חלשות יותר.

234. כפי שציינתי לעיל הגישה הפוגענית מנציחה את חולשת בעלי המקרקעין במתחמים ואף יוצרת לא אחת הבחנה בין מאפייני הדיור המצומצמים של דירות התמורה של בעלים מקוריים לבין מאפייני הדיור של דיירים חדשים בפרויקטים אלה. היא גם יוצרת הבחנה בין מאפייני הדיור והבינוי בתוך מתחמי פינוי ובינוי לבין מאפייניהם מחוצה להם. כדי להיווכח בכך די להביט על המבנים הנשקפים בנסיעה לאורך ציר ז'בוטינסקי או בנתיבי איילון בתל אביב וברמת-גן. בעוד בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי מקבלים תמורה מזערית של דירה אחת, במתחמים אחרים זכויות הקניין כמו גם גישת המערכת התכנונית אינם מוגבלים על ידי הגישה הפוגענית ומובילים למיצוי מכסימלי של זכויות הקניין וזכויות הבנייה.

פגיעה ללא פיצוי

235. הפגיעה של הגישה הפוגענית סותרת גם את העמדה שהתגבשה בחקיקה ובפסיקה הישראלית בנוגע לסמכות לפגוע במקרקעין או להפקיעם ללא פיצוי. גישה זו התפתחה בנוגע לפרשנות סעיפי חוק שחוסים תחת סעיף שמירת הדינים בחוק היסוד אך ראוי לאמצה במשנה תוקף בכל הנוגע לתוקפן או פרשנותן של חקיקה ומדיניות ממשלתית שכפופות באופן מלא להוראות חוק היסוד.

236. בנוגע להפקעות ללא פיצוי, גם המחוקק הביע את עמדתו כנגד האפשרות להפקיע מקרקעין ללא פיצוי כאשר ביטל את האפשרות להפקיע מקרקעין ללא פיצוי ברמה הארצית.[339] הפטור מפיצוי לפי חוק התכנון והבנייה אמנם נותר בתוקפו אך צומצם בהיקפו בפרשת **הולצמן**, שבה נפסק שאין מקום להפקיע נכס באופן מלא ללא פיצוי.[340] בפסיקה מאוחרת יותר, שעסקה ב"פיצויי סבל" בגין הפקעות חלקיות, נקבע כי ככלל יש לפצות את הנפגע אם ההפקעה לא הובילה להשבחת יתרת המקרקעין שנותרה בידי הבעלים.[341] 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.[342]

237. שיקולים דומים התעוררו גם בפרשות **הורוויץ** שבהן נדונו העקרונות לבחינת הלגיטימיות של פגיעה במקרקעין ללא פיצוי לפי ס' 200 לחוק התכנון והבנייה.[343] הנשיא (כתוארו אז) ברק סבר שהעיקרון של אחריות חברתית של הקניין מאפשר מרחב פגיעה גדול יותר בקניין בלא פיצוי אך התווה בהקשר זה שלוש אמות מידה: היקף הפגיעה (יש לפצות על פגיעה גדולה ואין לפצות על פגיעה קטנה), חשיבות המטרה הציבורית (יש לפצות על מטרה זניחה ואין לפצות על מטרה חשובה) ומידת פיזור הנזק (יש פטור רק על "הפגיעות השכיחות, המתפזרות על חלק ניכר מהאוכלוסייה ושהן חלק מהסיכון של התכנון עצמו").[344]

---

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

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

[341] 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).

[342] שם (פרשת **מסרי**), בפס' 77 – 95 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

[343] ע"א 3901/96 **הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נו(4) 913 (2002)(להלן: ערעור **הורוויץ**); דנ"א 1333/02 **הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נח(6) 289 (2004)(להלן: דנ"א **הורוויץ**).

[344] שם (ערעור **הורוויץ**) בעמ' 942 – 943 (2002).

238. 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:

"בעלי בתים של ימינו אינם עוד "בעלי-בתים" של ימים עברו. בעלי מקרקעין בימינו – והמשיבה בכללם – אינם בהכרח מבוססים מבחינה כלכלית ופיננסית יותר מאחרים בקהילתם. ויש מביניהם שהקרקע הנפגעת היא רכושם היחיד. אכן, הפאודלים היום פאודלים של הון הם. אין הם עוד הפאודלים של ימים עברו. ראוי לנו אפוא כי נהיה זהירים יותר כלפי מי שתוכניות תכנון פוגעות ברכושם, שאפשר רכושם היחיד הוא. תוכניות התכנון הפוגעות אמורות להַנוֹת את הרבים, ואין זה ראוי, למצער במקום של פגיעה משמעותית בקניין, כי בנזק לא תישא הקהילה כולה. כך גם יקוים צדק השוויון שהוא כה חיוני לקיומה של קהילה בריאה".[345]

239. גם הניתוח האקדמי של פרופ' חנוך דגן הידוע בתמיכתו בקידום ערכי הקהילה והאחריות החברתית מדגיש כי "מנקודת המבט של הצדק החלוקתי והאחריות החברתית אין לעצם העובדה שהפרויקט חשוב כל נפקות לשאלה מי יישא בעלותו".[346] הוא מוסיף ומזהיר 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".[347]

240. רעיון דומה הביעה גם פרופ' (כתוארה אז) ברק ארז לאמור: "הדיון בהצדקות התומכות בהתערבות שלטונית בשוק צריך להתקיים בצל ההכרה שכוח ההתערבות המנהלי עשוי להיות מנוצל לרעה, ולאו דווקא לצורך הגשמת תכליותיו המקוריות. בהקשר זה חשוב להתייחס במיוחד לתפקיד שקבוצות אינטרסים מאורגנות ממלאות בניסיונות להטות את השימוש בסמכויות אלה לצורכיהן".[348]

241. יישום המבחנים שנקבעו בפסיקה ובשיח האקדמי בנוגע להצדקות לפגיעה ללא פיצוי מוביל למסקנה כי הגישה הפוגענית של המסגרת הנורמטיבית של פינוי ובינוי אינה חוקתית. ראשית, היא אכן מאפשרת פגיעה בזכות הפיתוח של בעלי הדירות <u>ללא פיצוי</u>. התפיסה שלפיה הדירה החדשה והמורחבת שמוקנית למפונים היא בגדר פיצוי הולם מתעלמת מהפגיעה הרחבה יותר שהיא עשויה להסב לערכן של זכויות הפיתוח, כמפורט למשל ב**איור ב**. במקרה זה שיעור הפגיעה הוא גדול. שנית, פגיעה זו אינה מתפזרת באופן שווה על הציבור בכללותו אלא רק על מתחמים שמוכרזים כמתחמי פינוי ובינוי. שלישית, היא גם מעבירה את עיקר פירות הזכות לפיתוח ליזמים פרטיים ולא מתמקדת רק או בעיקר בהעברת תועלת לבעלי המקרקעין או לקהילתם הקרובה. כפי שציין בית המשפט המחוזי בפרשת **אשדר**: "קו דק עובר בין מתן תמריץ ליזם להתחדשות עירונית לבין פתיחת פתח לגריפת רווחים ניכרים של היזם על חשבון הציבור...".[349]

242. יישום המבחנים שתיארתי מוביל בבירור למסקנה כי הגישה הפוגענית לא רק פוגעת בקניין אלא גם שלא ניתן להצדיקה באמצעות עקרונות של צדק חלוקתי או אחריות חברתית. זו גישה שמביאה לתוצאות חלוקתיות פסולות. זו גישה לא מידתית ולא סבירה ועל כן אינה חוקתית.

---

[345] דנ"א 1333/02 **הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נח(6) 289, 315 – 316 (2004).
[346] דגן **קניין**, לעיל הע' 2, בעמ' 165.
[347] שם, בעמ' 166.
[348] דפנה ברק ארז "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקתיות להפרטה" **עיוני משפט** כה 503, 508 (תשס"ב).
[349] פרשת **אשדר**, לעיל הע' 32, בפס' 63.

<u>סיכום פרק ד</u>

243. **בפרק זה הראיתי כי כפיית הגישה הפוגענית על בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי הכפופים לה פוגעת באופן בלתי חוקתי, בלתי מידתי ובלתי סביר בקניינם הפרטי של בעלי הדירות במתחמים אלה.**

244. **פגיעה זו מפרה את הציווי החוקתי להגנה על הקניין הפרטי. היא אינה תורמת להגשמת צרכי הציבור ואף פוגעת בהם, שכן היא מונעת או מעכבת את הגשמתם של היעדים שהיא אמורה לכאורה לקדם - קרי עידוד ההתחדשות העירונית והגדלת היצע הדיור במרקם העירוני הבנוי. היא מתעלמת ממדיניות ההפרטה של בעלות לחוכרים ומשקפת תפיסת עולם ארכאית שמעדיפה התערבות ממשלתית כופה לטובת בעלי עניין, על פני יוזמה חופשית והתפתחות חברתית של בעלי המקרקעין.**

245. **הסמכות הניתנת לרוב לכפות את רצונו על מיעוט נועדה לכאורה למנוע בעיות של פעולה משותפת והתנגדות סחטנית של בעלי דירות, אך אינה מצריכה ואינה מצדיקה הלכה למעשה כפיית עסקאות שאינן כדאיות כלכלית בחסות ברירת המחדל הפוגענית. בעוד שבעיית הסחטנות היא שולית בהשפעתה על עיכוב עסקאות פינוי ובינוי הפגיעה בקניין מכוח ברירת המחדל הפוגענית גורמת לעיכובים בהיקף התחדשות העירונית ולנזקים נוספים לצרכי הציבור.**

246. **הפגיעה החמורה בקניין של בעלי הדירות אינה שוויונית, מתמקדת רק באוכלוסייה החלשה של מתחמים מוכרזים ומעבירה את קניינה לקבוצת יזמים קטנה וחזקה. היא פוגעת בערך של צדק חלוקתי וסותרת כל רציונל שמצדיק הפקעה בכלל והפקעה ללא פיצוי בפרט. הפגיעה מנציחה חולשה חברתית וכלכלית של תושבי השכונות המתחדשות.**

247. **לסיכום, הגישה הפוגענית גורמת לפגיעה חוקתית חמורה, בלתי רצויה, בלתי סבירה ובלתי מידתית הן בקניין הפרטי והן באינטרס הציבורי ולכן על בית המשפט לבטלה.**

פרק ה

סעדים - כיצד ניתן לבטל את הפגיעה?

חובת התערבות לטובת הצד החלש

248. הגישה הפוגענית שתוארה לעיל פוגעת בקניין הפרטי של בעלי מקרקעין במתחמי פינוי ובינוי פגיעה בלתי חוקתית, בלתי מידתית ובלתי סבירה אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה בחוק היסוד. המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי מובילה לפגיעה זו באמצעות מנגנון מורכב ומשולב של חקיקה, תקנות ומדיניות ממשלתית. על בית המשפט להתערב כדי למנוע פגיעה זו ולהסירה. **עליו להשיב לבעלי הקניין את האחיזה המלאה בקניינם ואת החירות והחופש לממשו כרצונם.**

249. חולשות עמדת המיקוח של בעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי והמעורבות היתרה של רשויות המדינה בקביעת מנגנון התמורה בעסקאות כאלה מחייבות את המדינה להגן על זכויות הבעלים במידה לא פחותה מזו שבה היא מגינה על שקילות התמורות שהיא עצמה מקבלת מיזמים כאשר מועברים נכסים ציבוריים לידיים פרטיות. אם, כפי שטוענת פרופ׳ (כתוארה אז) ברק ארז, ״מכירת נכסי ציבור כנגד תמורה לא נאותה פוגעת באינטרס הציבורי ומהווה הפרה של חובת הנאמנות המוטלת על הרשות בניהולו של קניין הציבור״,[350] על אחת כמה וכמה שכפיית מנגנון תמורה לא הוגן ולא סביר על בעלי מקרקעין בעסקאות פינוי ובינוי מהווה הפרה של חובת נאמנות של הרשויות. הדגש שניתן על ידי הרשויות לאינטרסים שאותם הן רוצות לקדם לא יכול לבוא על חשבון בעלי המקרקעין.

250. בהתאם, יישום הגישה הפוגענית בידי הרשויות צריך גם ״להוביל לפתיחות רבה יותר להפעלתה של ביקורת שיפוטית ממשית גם בנושאים אלה״.[351] פרופ׳ (כתוארה אז) ברק-ארז מזהירה מפני ה״**סכנה הכרוכה בהפעלת סמכויות מינהליות בעידודו של המגזר העסקי באופן שתורם למעשה להעשרתם של בודדים על חשבון טובתו של הציבור הרחב. המודעות לסכנה זו של שימוש פסול בסמכויות בעלות פן טכני מובהק, כגון סמכויות תקינה, חייבת כמובן לחלחל גם אל בתי המשפט**״ (הדגשה שלי – ח.ז.).[352]

251. גם פרופ׳ חנוך דגן הזהיר כי ״כאשר המקרקעין מיועדים לשימוש של יזם, השילוב בין האינטרס העצמי של היזם להניע את הרשות להפקיע על-מנת לגרוף את כל עליית הערך של מקרקעין כתוצאה מהשימוש החדש המוקנה להם לבין הכוח העצום שסמכות ההפקעה מקנה מחייב מידה משמעותית של חשדנות״.[353] חולשתם של בעלי המקרקעין בעסקאות פינוי ובינוי ותמיכת הרשויות בגישה הפוגענית מחייבת אפוא התערבות פעילה יותר של בית המשפט כדי להגן על קניינם.

252. הצדקה נוספת להתערבות שיפוטית במקרה דנן נובעת מכך שהמנגנון האחיד של חישוב התמורה שאותו מחדירה המערכת הנורמטיבית של פינוי ובינוי לחוזי פינוי ובינוי, בחסות מנגנוני הכפייה שתוארו לעיל, אינו אלא חוזה אחיד, קרי ״נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם״.[354] למעשה מהווה מנגנון קביעת התמורה של הגישה הפוגענית תנאי מקפח בחוזה אחיד ומתקיים בו הטעם המרכזי לפסילת תנאי מקפח: פערי המידע בין שני צדדים שאינם שווי כוח - בעלי מקרקעין, מצד אחד, ויזמים, מצד שני. פערים אלה פוגעים ביכולתם של בעלי הדירות להעריך

---

[350] דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי - משפט מינהלי כלכלי** 305 (כרך ג, 2013).
[351] דפנה ברק – ארז ״המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים״ **עיוני משפט** ל 461, 505 (2008)
[352] ברק ארז ״הוראת המשפט המנהלי״, לעיל הע׳ 348 , בעמ׳ 509.
[353] דגן **קניין**, לעיל הע׳ 2, בעמ׳ 146.
[354] ס׳ 2 לחוק החוזים האחידים, תשמ״ג – 1982, **ס״ח** 8.

נכונה את הפגיעה בזכויותיהם ולעמוד על מניעתה.[355] גם מנקודת מבט זאת נדרשת התערבות שיפוטית להסרתו של הקיפוח.

253. אם כך, נוכח התמונה החמורה ששורטטה בחוות דעתי זו **תפקידו וחובתו של בית המשפט להפעיל בקורת שיפוטית כוללת על מנגנון הכפייה כדי להסיר את הפגיעה החוקתית בבעלי הדירות במתחמי פינוי ובינוי. ההתערבות השיפוטית במקרה זה היא הסעד היחיד שיאפשר מניעת פגיעה בצד חלש שכל הרשויות חברו יחדיו כדי לפגוע בזכויות הקניין שלו. אין ראוי ממקרה זה להתערבות שיפוטית להגנת הקניין.**

<u>ההתערבות השיפוטית הנדרשת</u>

254. הבריח התיכון של הגישה הפוגענית הוא הרעיון שלפיו התמורה של דירה אחת היא תמורה סבירה וכדאית עבור עסקת פינוי ובינוי. קביעה גורפת זו גוררת פגיעה חמורה בקניין באותם מקרים שבהם היקף זכויות הבנייה בתוכנית מותיר מרווח גדול לתמורה נוספת והיא גם משפיעה על אמות המידה התכנוניות. קביעה זו יסודה בראש ובראשונה בנוסחו של תקן 21 ובתיקוניו משנת 2019 ולאחרונה משנת 2022. תיקונה של הפגיעה האמורה **מחייב את ביטולם של תקן 21 ותקן 21.1 והפסקת השימוש בהם כאמת מידה לקביעת כדאיות של עסקאות פינוי ובינוי.** מסקנתי זו המבוססת על ניתוח הפגיעה בקניין כמפורט בחוות דעתי מתיישבת עם מסקנות חוות דעתו של עו"ד דרור שטרום שצורפה לעתירה ומבוססת על טיעון המצוי בתחום מומחיותו לפיו מדובר בהסדר כובל.

255. יש להורות לרשויות התכנון והבנייה ולרשות להתחדשות עירונית **להימנע מן השימוש באמת המידה הפוגענית, שנקבעה בתקן 21 ובתקן 21.1, במסגרת הליכי תכנון של מתחמי פינוי ובינוי.**

256. יש לקבוע כי כל אזכור, בחקיקה, בתקנות או במסמכי מדיניות, של התמורות לבעלים בעסקת פינוי ובינוי או של כדאיות עסקה כזו, יתפרש באופן שלפיו **התמורה לבעלי הדירות אינה חייבת להסתכם בשום פנים ואופן בתמורה של דירה אחת בלבד וכי בעלי דירות במתחם פינוי ובינוי רשאים לשאת ולתת על קבלת תמורה העולה על דירה אחת, תוך מימוש מלוא זכויות הקניין שלהם, כמקובל בעסקאות קומבינציה.**

257. יש לקבוע 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 לכשעצמן אחריות נזיקית או אישור כפוי של העסקה לפי ס' 2 לחוק פינוי ובינוי** והן גם יכולות להוות **עילה לביטול עסקת פינוי ובינוי**. **הטיפול בבעיית הסחטנות ייוחד רק למקרים שבהם ההתנגדות היא סחטנית ו"אסטרטגית" באמת ולא ככלי לכפיית הגישה הפוגענית.**

258. נוכח המשקל הקטן שיש לסחטנות כטעם לעיכוב עסקאות פינוי ובינוי **אין הצדקה להקטנת הרוב המיוחס בס' 1 לחוק פינוי ובינוי בתיקון 2021 ויש לבטלה.**

259. יש להורות לרשות להתחדשות עירונית לפעול לשם **הבהרת** האמור לעיל והגשמתו בכל **פרסומיה והנחיותיה** וכן לעמוד על קיומה של ההבהרה לעיל כאשר היא בוחנת **הכרזת מתחמים** כמתחמי פינוי ובינוי.

260. יש להורות לרשות להתחדשות עירונית ולמי שמוסמך להכריז על מתחם פינוי ובינוי להימנע מלהכריז על מתחמי פינוי ובינוי בטרם תקבע **תכנית התחדשות עירונית כוללת ברמה הארצית**, לחייב את הרשות לתת **בטרם הכרזה** ובמסגרת כל פעולותיה **משקל מכריע לשמירת מלוא זכויות**

[355] השוו אריאל פורת "חוזים אחידים", **חוזים – כרך ג'** 729, 737, 757 (דניאל פרידמן ונילי כהו עורכ', 2003)

הקניין הפרטי של בעלי מקרקעין במתחם, להימנע מהטמעת הגישה הפוגענית בשיקולי ההכרזה ולאפשר לבעלי דירות במתחמי פינוי ובינוי להישמע בטרם הכרזה.

<u>תוצאות ההתערבות השיפוטית</u>

261. ביטול הגישה הפוגענית כאמור לא יוביל כפי שאולי חוששים מעצבי המדיניות לפגיעה במדיניות הדיור הלאומית או בצורך בהתחדשות עירונית. הוא יוביל להחזרת בעלי הקניין כשחקנים חשובים בשוק זה, כפי שהדבר מתרחש באזורים שלא הוכרזו במתחמי פינוי ובינוי. הוא יביא לידי ביטוי את רצונותיהם ואת העדפותיהם ובסופו של דבר יוביל לעיצוב עסקאות מועילות יותר הן לחברה והן לכלכלה.

262. ביטול הגישה הפוגענית כמובן אינו פוטר את הרשויות מן הצורך לתכנן ברמה הארצית את המתחמים הראויים לפינוי ולבינוי, להקצות להם זכויות פיתוח שיתמרצו את בעלי הקניין לחתור להתחדשות עירונית, ולהציע לבעלי הקניין תמריצים נוספים או אף תמיכה ישירה. **רק תכנית כוללת להתחדשות עירונית אשר תעמוד ביעדי הציפוף הנדרשים לשם מתן מענה הולם ומפולח כראוי לביקוש לדיור ותאפשר לבעלי המקרקעין בשכונות לממש את מלוא זכויות הקניין שלהם, תזניק קדימה את התחדשות הליבה העירונית של מדינת ישראל.**

263. 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. כמו כן טוב יעשו הרשויות אם תדאגנה להבטיח לבעלי הדירות בטחונות מתאימים כגון ערבויות שהצעות חוק להקנייתן תלויות ועומדות על שולחנה של הכנסת שנים אחדות.[356] 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 שנקבע בתקן 21 ובתקן 21.1.

264. מיקוד תשומת הלב **בבעלי הקניין** ימריצם לבחור **מרצון** בעסקאות פינוי ובינוי שישקפו נכונה את זכויותיהם, מבלי לכובלם ליוזמות מקפחות של מארגנים, יזמים או רשויות. הסטת המיקוד מהיזמים לבעלי הקניין תמנע קיפוח של בעלי הקניין, תוביל לתוצאות חברתיות טובות יותר ובסופו של דבר תמריץ גם את תהליך ההתחדשות העירונית עצמו. גורלה של ההתחדשות העירונית יהיה כגורלם המוצלח של אלפי פרויקטים של בניה והתחדשות שנעשו בקרקע פרטית בדרך של עסקת קומבינציה או הריסה ובנייה שלא במסגרת הכרזות על מתחמי פינוי ובינוי.

265. **יש להחזיר לבעלי המקרקעין במתחמי פינוי ובינוי את השליטה על פיתוח המתחמים. במקומות שבהם הם מתקשים לעשות זאת בעצמם, טוב תעשינה הרשויות אם תסייענה לבעלי המקרקעין לממש באופן המיטבי את זכויות הקניין שלהם אך תימנענה מפעולות שפוגעות בקניינם ומעבירות אותו ליזמים או לרשויות ללא כל פיצוי.**

[356] ראו לעיל הע' 90 - 91.

נספח

פרופ׳ חיים זנדברג – רקע מקצועי מקוצר

השכלה:

- דוקטור למשפטים (LL.D.), האוניברסיטה העברית בירושלים (1999)((מנחה: פרופ׳ יהושע ויסמן).
- מוסמך למשפטים (LL.M.), האוניברסיטה העברית בירושלים (1995).
- בוגר במשפטים (LL.B.), בהצטיינות, האוניברסיטה העברית בירושלים (1990).

מינויים אקדמיים:

- פרופסור חבר, מרצה לדיני קניין, המסלול האקדמי של המכללה למנהל, הפקולטה למשפטים ע״ש שטריקס (חבר סגל הפקולטה משנת 1996).
- מרצה לדיני קניין, האוניברסיטה העברית (1996–1997, משנת 2001), אוניברסיטת תל-אביב (2012–2013; משנת 2017).

עריכת דין וייעוץ משפטי:

- פרופ׳ חיים זנדברג, עו״ד-ייעוץ ומתן חוות דעת משפטיות (2000 ואילך).
- עורך-דין במשרד עורכי דין, ירושלים (1991–1996, 1999–2000).
- חבר לשכת עורכי הדין בישראל (1991 ואילך).

פעילות ציבורית מקצועית בתחום המומחיות:

- שופט צבאי (מיל), בתי הדין הצבאיים באזור יהודה ושומרון (ועדות ערר לרישום מקרקעין)(2006 ואילך).
- יו״ר ועדת ערר על הבחינות המסכמות של מועצת שמאי מקרקעין, משרד המשפטים (2003 ואילך).
- חבר הוועדה הממשלתית-ציבורית לבחינת המדיניות הקרקעית לניהול הקרקע החקלאית הנכללת בגדר מקרקעי ישראל (2010-2011).

פרסומים:

- ארבעה ספרים בעברית ואחד באנגלית, ביניהם: **הסדר מקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל** (מכון סאקר האוניברסיטה העברית, תשס״א); **חוק יסוד: מקרקעי ישראל** (פירוש לחוקי-היסוד, יצחק זמיר-עורך, מכון סאקר האוניברסיטה העברית, 2016); Haim Sandberg, LAND LAW AND POLICY IN ISRAEL-A PRISM OF IDENTITY (Perspectives on Israel Studies Series, Indiana University Press, 2022).
- עשרות מאמרים בעברית ובאנגלית.

כנסים והרצאות:

- הרצאות בתחומי ההתמחות בהשתלמויות שופטים, עורכי דין, פרקליטים, מוסדות ממשל, גופים מסחריים, ארגונים ולקהל הרחב.
- הרצאות בכנסים אקדמיים בארץ ובחו״ל.