

לכבוד

המכון לרפורמות מבניות בע"מ

באמצעות ד"א

שלום רב,

הנדון: חוות דעת בשאלת חוקתיות התיקונים האחרונים לחוק פינוי בינוי והסדרים המנהליים שנעשו על

פיו

נתבקשתי לחוות את דעתי לגבי ההיבטים החוקתיים והמנהליים הנוגעים לסעיף 38(1) לחוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ו-2022) (להלן בהתאמה: **"סעיף 38(1)"** ו-**"חוק ההסדרים"** או **"התיקון לחוק"**), וכן להסדרים מנהליים שונים הקשורים אליו, לרבות טיוטת תקן 21.1 של הוועדה לתקינה שמאית שבמשרד המשפטים (להלן: **"תקן 21.1"** או **"התקן"**), זאת במסגרת בג"ץ 8958/21 **המכון לרפורמות מבניות בע"מ נ' כנסת ישראל** (להלן: **העתירה**).

חוות דעת זו מבוססת על ניסיוני המקצועי והבנתי המשפטית בתחומי המשפט החוקתי והמנהלי ועל נתונים עובדתיים ודו"חות שנמסרו לי על ידי נציגים. אני מכהן כפרופסור מן המניין, פרו-דיקן ומופקד הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש אדווין א. גודמן בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית וכיהנתי כדיקן הפקולטה למשפטים. סיימתי תואר בוגר במשפטים באוניברסיטה העברית, תואר מוסמך למשפטים באוניברסיטת ברקלי, קליפורניה, ותואר דוקטור באוניברסיטה העברית. את ההשתלמות הבתר-דוקטוראלית שלי עשיתי בווסטר קולג' באוקספורד. כן לימדתי משפט מינהלי ומקצועות אחרים בתחום המשפט הציבורי וכיהנתי כפרופ' אורח באונ' קולומביה, ניו-יורק, אונ' פורדהאם, ניו-יורק, ואונ' מיאמי פלורידה. חקרתי ופרסמתי ספרים ומאמרים בתחום המשפט המינהלי והמשפט החוקתי בארץ ובחו"ל.

תקציר מנהלים

1. קיים קשר ענייני ומשפטי בל יינתק בין חוק פינוי בינוי והתיקון לחוק מ-2021 לבין ההסדרים המינהליים השונים והצעדים האדמיניסטרטיביים שננקטו על ידי רשויות התכנון ברמה הממשלתית והמקומית לאור ההשפעה העצומה והמצטברת שיש לכלל מערך הצעדים שנקטה המדינה על הזכויות הקנייניות של בעלי דירות בפרויקטים של פינוי בינוי. לפיכך, צריך לדון בחוקתיות התיקון לחוק על רקע התשתית הנורמטיבית והעובדתית הקיימת בתחום זה, כשם שצריך לדון בחוקיות של ההסדרים המינהליים הללו, ובראשם תקן 21.1 – על רקע התשתית הנורמטיבית שיוצר החוק והתיקון לחוק.
2. סמכותה של הכנסת להכניס שינויים בחקיקה באמצעות חוק ההסדרים איננה בלתי מוגבלת. עד היום בית המשפט הכיר בסמכותה של הכנסת לעשות שימוש במנגנון החקיקתי של חוק ההסדרים אך ורק לצורך הכנסת שינויים בתחום המשפט הציבורי, כגון במבנה רשויות המינהל, בדיני המיסוי או בתחום השירותים או ההטבות שרשויות המנהל מעניקות לאזרח.
3. התיקון הנדון לחוק פינוי בינוי איננו נוגע להסדרים השייכים למשפט הציבורי, אלא הוא עוסק בהסדרים השייכים ללב ליבו של המשפט הפרטי: חלוקת הזכויות בין בעלי דירות בבתים משותפים, כלומר בין מי שהם שותפים לבעלות בקניין בנכס מקרקעין. לפיכך, הכנסת לא הייתה מוסמכת להכניס שינוי כזה – בעניינים שהם בלב ליבו של המשפט הפרטי – באמצעות מנגנון החקיקה של חוק ההסדרים.
4. לפיכך, ולאור העובדה שבמקרה הנדון נעשתה באמצעות חוק ההסדרים רפורמה בעלת חשיבות בתחום המשפט הפרטי באופן שמרחיב ומותח באופן ניכר את גבולות סמכות השימוש בחקיקת ההסדרים, אין מקום להסתפק ברף המינימלי הדיוני של 'עיקרון ההשתתפות' כפי שנקבע בעניין **מגדלי העופות**, אלא יש במקרה זה הצדקה לאמץ במפורש את הגישה התובענית יותר, זו שנקבעה בעניין **קוונטינסקי** ואף מעבר לכך. ספק רב אם הליכי החקיקה שננקטו לעניין התיקון הנדון לחוק עומדים ברף הנדרש.
5. התיקון המוצע לחוק פינוי בינוי, המשנה את הרוב הנדרש לצורך הסכמת בעלי הדירות בבית משותף לביצוע פרויקט של פינוי בינוי - ובכך מחליש את כוחם היחסי של הדיירים המבקשים לעמוד על זכויותיהם הקנייניות בעת שמוגשת להם הצעה מיזם לביצוע פרויקט כזה – מהווה פגיעה ממשית וקשה בזכות הקניין של בעלי הדירות.
6. בנוסף התיקון פוגע בזכות לשוויון של בעלי הדירות בפרויקטים של פינוי בינוי ובעיקרון הצדק החלוקתי.
7. התיקון לחוק אמנם עומד בדרישה שהפגיעה בזכויות המוגנות תיעשה בחוק, וגם בדרישה שהחקיקה תהיה לתכלית ראויה, ואולם, הוא איננו עומד בדרישות מבחני המשנה של המידתיות.

8. התיקון לחוק נכשל במבחן השני של דרישת המידתיות (הוא מבחן 'האמצעי הפוגעני פחות') משום שקיימים אמצעים חלופיים, פוגעניים פחות, באמצעותם ניתן להשיג את התכלית החקיקתית, ובראשם הגדלת התמורה הניתנת לבעלי הדירות הקיימות בפרויקטים של פינוי בינוי.
9. התיקון לחוק נכשל גם במבחן השלישי של דרישת המידתיות (מידתיות במובן הצר) משום שאין הלימה בין הפגיעה הקשה, החמורה והוודאית בזכויות בעלי הדירות לבין התועלת החברתית הכוללת הנובעת מן התיקון. למעשה, ספק רב אם בכלל יש בתיקון לחוק כדי לקדם את האינטרס הכללי.
10. תקן 21.1, כמו גם מסמכי המדיניות של הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית וועדות התכנון המקומיות, הם הנחיות מינהליות. לכאורה, הנחיות מינהליות הן נורמות במעמד נמוך במדרג הנורמות והן אינן 'מחייבות' באופן פורמלי משום שהרשויות המוסמכות נדרשות לשקול את הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה ורשאיות לסטות מההנחיות במקרים המתאימים. אולם, הלכה למעשה, הניסיון המצטבר, כמו גם המחקרים האמפיריים בנושא, מוכיחים כי רשויות מינהל ממעטות לסטות מהנחיותיהן ואף אינן שוקלות כלל את אפשרות הסטייה. מכל מקום, קיים פער ניכר בין המעמד הפורמלי, הנמוך לכאורה, של הנחיות מינהליות לבין ההשפעה העצומה שיש לאימוצן על ידי הרשויות המחליטות ועל האופן שבו מופעל שיקול דעתן.
11. במקרה הנדון, תקן 21.1 אומץ כמות שהוא הן על ידי הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית והן על ידי שורה ארוכה של רשויות מקומיות וגורמי תכנון מקומיים. התפיסה המעוגנת בתקן - לפיה 'התמורה הראויה' לבעלי הדירות הקיימות בפרויקטים של פינוי בינוי היא קבלת דירה אחת בפרויקט החדש עם (לכל היותר) תוספת צנועה של מס' מטרים רבועים ומרפסת - היא הגישה השלטת ללא עוררין ומקובלת על כל הגורמים הממשלתיים והמקומיים בתחום. תפיסה זו גם מיושמת, הלכה למעשה, על בסיס התקן, על ידי כל הרשויות האמורות.
12. התקן, גם להלכה וגם למעשה, הוא הנורמה על פיה פועלים שמאי פינוי בינוי כשהם מעריכים את הכדאיות הכלכלית של עסקאות פינוי בינוי, בהתאם לסמכות המוענקת להם בחוק פינוי בינוי. מעבר להשלכות המשפטיות של התקן יש שורה של גורמים כלכליים, מוסדיים ומקצועיים רבי עוצמה שהופכים את האפשרות ששמאי פינוי בינוי יסטה מהתקן בהערכת עסקת פינוי בינוי נתונה לתיאורטית, או למצער לקלושה ביותר.
13. לאור ההשלכות הכלכליות רחבות ההיקף של התקן ולאור מידת ההשפעה שלו על זכויות הצדדים - ובמיוחד על זכויות בעלי הדירות בפרויקטים של פינוי בינוי - התקן מהווה 'הסדר ראשוני'. לפיכך, על מנת לאמץ את התקן נדרשת הסמכה מפורשת בחוק המסמיק. לאור העובדה שבחוק פינוי בינוי אין הסמכה לרשויות הנוגעות בדבר לאמץ את התקן - ולמעשה אין בחוק התייחסות לתקן בכלל - הרי ככל שרשויות אלו פועלות על פי התקן, הן חורגות מסמכותן.
14. האימוץ של התקן כאמת המידה הבלעדית להערכת הכדאיות של עסקאות פינוי בינוי לוקה בהפליה כנגד בעלי הדירות, בשרירות ובחוסר סבירות קיצוני.

15. אין מקום לקבל את הטענות המקדמיות שהועלו על ידי המדינה בנוגע לעתירה. העתירה עוסקת במסכת עניינית אחת ויש בין מרכיביה קשר ענייני הדוק והיא בשלה לדיון באשר קיימת תשתית נורמטיבית ועובדתית מספקת על מנת לדון בה. אין גם מקום לקבל את טענת היעדר זכות העמידה שהעלו המשיבים באשר העותר הוא העותר הנכון והראוי להביא בפני בית המשפט את השאלות העקרוניות שהעתירה מעלה.

1. חוק פינוי בינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), תשס"ו-2006 (להלן: **חוק פינוי בינוי** או '**החוק**') נחקק על ידי הכנסת בשנת 2006 מתוך כוונה לעודד ולהסדיר מיזמים של פינוי בינוי אשר במסגרתם בניינים (בעיקרם בתים משותפים) המצויים במרכזי ערים מפונים ונהרסים על מנת לנצל את משאבי הקרקע לצורך בנייה רוויה במסגרת פרויקטים של התחדשות עירונית.
2. מטרתו המוצהרת של החוק הייתה לאפשר לבעלי הדירות בבניינים משותפים לממש את האינטרסים הכלכליים שלהם ולקדם את האינטרס הציבורי הכללי, מתוך מודעות למגבלות העומדות בפני דיירי בתים משותפים במימוש זכויות הקניין שלהם (ראו המבוא לדברי ההסבר להצעת חוק פינוי ובינוי (פיצויים), ה"ח הכנסת תש"ו מס' 88, ע' 198).
3. לצד החוק נחקקו הסדרים נוספים כגון חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, תשע"ו-2016 (להלן: חוק הרשות להתחדשות עירונית), הותקנו מכוחו תקנות (כגון: תקנות פינוי ובינוי (פיצויים) (מינוי שמאי פינוי ובינוי וסדרי דין בבקשות שיוגשו לשמאי פינוי ובינוי), תשע"ב-2012) וכן נקבעו הסדרים נורמטיביים אחרים, ובראשם תקן שמאי מס' 21 בדבר "פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתוכנית פינוי – בינוי" (להלן: **"תקן 21"**).
4. בלב ליבו של החוק עומדים הסדרים בנוגע למערכת היחסים בין היזמים בפרויקטים של פינוי בינוי לבין הדיירים ובין הדיירים לבין עצמם. החוק מסדיר את השלבים השונים וההליכים הכרוכים בביצוע פרויקטים של פינוי בינוי וכן את הזכויות והחובות של הדיירים בבתים משותפים התומכים בביצוע הפרויקט ושל אלו המתנגדים לביצועו.
5. במהלך השנים, נעשו בחוק מספר תיקונים שבעיקרם נועדו לחזק את כוחם של היזמים ושל הדיירים בבניינים משותפים התומכים בביצוע פינוי בינוי אל מול הדיירים המתנגדים לביצוע הפרויקט. בין אלו ניתן למנות את התיקונים הבאים:
 - א. בתיקון משנת 2011 לחוק תוקן סעיף 2(ב)(1) לחוק כך שנקבע כי קביעה של שמאי פינוי בינוי (הוא השמאי שמונה על ידי מנהל הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, כאמור בס' 2א(ב) לחוק) שעסקת הפינוי היא כדאית כלכלית יוצרת **חזקה** לעניין בחינת סבירותו של סירוב של דייר להעביר את זכויותיו לשם ביצוע העסקה (כאמור בס' 2א(א) לחוק), סירוב שנושא עמו את ההשלכות המשפטיות הנובעות ממנו, כאמור באותו סעיף.¹

¹ חוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006 (תיקון מס' 2) כפי שנחקק במסגרת חוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011 ו-2012 (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, פרק י"א, ס"ח 2271, 6.1.211, עמ' 181.

ב. בתיקון משנת 2018 הוסף ס"ק 2(א) לחוק לפיו הוסמך בית המשפט הדן בהשלכות של סירוב בלתי סביר של דייר להעביר את זכויותיו לשם ביצוע עסקת פינוי בינוי ולמנות ממונה שיהיה מוסמך להתקשר בעסקה בשמו (זאת, בנוסף לסעד שהיה קיים קודם לכן של אפשרות חיובו של הדייר המסרב באחריות נזיקית כלפי שאר בעלי הדירות, כאמור בס"ק 2(א)(1) לחוק).²

ג. בתיקון משנת 2021 – הוא התיקון נשוא העתירה – תוקנה הגדרת "רוב מיוחס מבין בעלי הדירות" שבס' 1 לחוק. קודם לתיקון נדרשה **הסכמת 80% מבעלי הדירות** לעסקת הפינוי בינוי. אחרי התיקון רוב כזה מושג **עם השגת ההסכמה של 66%** (שני שלישים) מבעלי הדירות. משמעות הדבר היא כי עם השגת הרוב המיוחס (המוקטן, אחרי התיקון) נכנס לפעולה גם מנגנון האכיפה כאמור בס' 2(א) לחוק, לרבות האפשרות של הטלת אחריות בנזיקין על בעל דירה סרבן ומינוי ממונה המוסמך להתקשר בעסקה בשמו אם הגיע בית המשפט למסקנה כי סירוב הדייר לחתום על העסקה הוא בלתי סביר.

ד. התיקונים האמורים לחוק פינוי בינוי מצטרפים לתשתית שנוצרה בחוק הרשות להתחדשות עירונית. חוק זה מגדיר, בס' 2, "מיזם בינוי-פינוי-בינוי" כמיזם "שבמסגרתו בעלי דירות מקבלים **זכויות בדירה** בבניין אחר בתמורה להעברת זכויותיהם בדירתם ופינויה עם המעבר לדירה בבניין האחר" (ההדגשה הוספה) וכן קובע בס' 17 (העוסק בהנחות בארנונה) הגדרה של "דירת תמורה", כ"**דירת מגורים**" בבית משותף מחודש שניתנה למחזיק שהוא בעל הזכויות בדירת מגורים בבית משותף שנהרס במסגרת מיזם להתחדשות עירונית, **בתמורה לדירה הקודמת** שבה התגורר ערב הריסת הבית המשותף..." (הדגשות הוספו). חוק פינוי בינוי עצמו מפנה להגדרה זו בסעיף ההגדרות.

6. התיקון לחוק משתלב במערך של צעדים שננקטו בתקופה האחרונה על ידי הממשלה ורשויותיה השונות וכן על ידי רשויות מקומיות ורשויות תכנון מקומיות שונות, שמשמעותם היא פגיעה ביכולתם של בעלי דירות בבתיים משותפים המעוניינים בעסקאות פינוי בינוי למצות את מלוא הערך הקנייני והפוטנציאל הכלכלי של רכושם והקטנת כוחם להתנגד לעסקאות פינוי בינוי שאינן מאפשרות להם מיצוי זכויותיהם כאמור. להלן, נמנה כמה מהצעדים הללו:

א. בראש ובראשונה פרסמה מועצת שמאי המקרקעין במשרד המשפטים את **הצעת תקן 21.1** אשר נועד להחליף את תקן 21.1 (כפי שנקבע על ידי מועצת השמאים ופורסם מטעמה להערות הציבור בנובמבר 2019).³ בתקן המוצע נקבע כי "התמורה תהיה דירה

² חוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשע"ח-2018 (תיקון מס' 6), ס"ח 2749, 29.7.2018 עמ' 981.

³ 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), 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->

חדשה הכוללת מרפסת, מחסן וחניה." וכי שטח הדירה החדשה יהיה כשטח הדירה הקיימת עם מרפסת ותוספת אפשרית של 0, 12 או 25 מ"ר. (ראו ס' 5.13 בבעמ' 6 להצעת התקן). כלומר, ההצעה לתיקון התקן מעגנת את התפיסה לפיה בעלי הדירות הקיימים בפרויקט פינוי בינוי יוכלו לקבל **דירה אחת** בבניין החדש שיוקם (עם תוספת אפשרית של שטח מסוים שלא יעלה – אך יכול לרדת – מ- 25 מטרים). זאת, **ללא כל התחשבות במיקום** פרויקט הפינוי בינוי, או **ביחס שבין שווי הקרקע לבין עלות הבניה** בפרויקט הספציפי. (התקן מותיר אמנם פתח צר לקביעת "תמורה אחרת" על ידי השמאי, אך מחייב אותו "לנמק את קביעתו" במקרה כזה (שם בסיפה של ס"ק 5.13 הנ"ל). (התקן הקודם מ- 2019 הגדיר את התמורה ככוללת תוספת אפשרית שבין 12 ל- 25 מטרים).⁴

ב. התפיסה המעוגנת בתקן (על הצד הנמוך, מבחינת התוספת לבעלי הדירות) **אומצה על ידי הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית** (ראו הודעת הרשות מיום 3.2.2020 המובאת כנספח 4 לעתירה) אשר פרסמה נייר עמדה הקובע כי "עמדת הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית היא כי **תמורה ראויה היא תוספת של 12 מ"ר ומרפסת**". (שם בס' 2 להודעת הרשות, ההדגשה הוספה, י.ד.).

ג. התפיסה המעוגנת בתקן לפיה התמורה לבעלי דירות קיימות בפרויקט פינוי בינוי תכלול דירה אחת (עם או בלי תוספת של מרפסת ואפשרות לתוספת מטרז' של 12 מ"ר) אומצה גם בשורה ארוכה של **מסמכי מדיניות** בנוגע לפינוי בינוי של רשויות מקומיות וועדות תכנון מקומיות (ראו לדוגמא מסמך המדיניות של הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב – יפו מיום 4.12.2019 ס' 3.1⁵ והחלטת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן מיום 27.12.20 עמ' 40⁶, וכן דוגמאות נוספות המפורטות אצל חיים זנדברג: **חוות דעת: פגיעה לא חוקתית, לא מידתית ולא סבירה בקניין הפרטי במתחמי פינוי בינוי במסגרת התחדשות עירונית**, פס' 100-102 (2022) שהוגשה במצורף לעתירה הנוכחית (להלן: **חוות דעת זנדברג**)).

https://www.gov.il/BlobFolder/news/standard/he/land_assessor_shameim_tiotat_teken_21.pdf
<https://www.tel-aviv.gov.il/Residents/Development/DocLib/9112-94-99%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%AA%D7%95%D7%9B%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%AA%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%95%D7%AA%20%D7%A2%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA.pdf>

⁴ מועצת שמאי מקרקעין הוועדה לתקינה שמאית טיוטת תקן מספר 21.1 בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתכנית פינוי – בינוי (נובמבר 2019) ס' 5.13

⁵ ראו תא/מק/9112 - מדיניות תוכניות להתחדשות עירונית מיום 4.12.2019 (-)
<https://www.tel-aviv.gov.il/Residents/Development/DocLib/9112-94-99%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%AA%D7%95%D7%9B%D7%A0%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%AA%D7%97%D7%93%D7%A9%D7%95%D7%AA%20%D7%A2%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA.pdf>

⁶ פרוטוקול דיון והחלטות ישיבת מליאת הוועדה המקומית רמת גן 40 (27.12.2020) (אגב דיון בתוכנית מפורטת 506 0684472 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>

7. על הרקע הזה מתבקשת בחינה של חוקיות ההסדרים החדשים: התיקון לחוק פינוי ובינוי, התקן המוצע ומסמכי המדיניות השונים המאמצים אותו וזאת באספקלריה של המשפט החוקתי והמינהלי. אלא שלפני שאפתח בבחינה כזו מן הראוי להדגיש כי למרות שמדובר בהסדרים שהם לכאורה נפרדים ושונים זה מזה (חוק, מסמך תקינה והחלטות מדיניות) המצויים במדרג נורמטיבי שונה (חקיקה ראשית, חקיקת משנה והנחיות מינהליות), ושנעשו על ידי רשויות שונות (הכנסת, ועדת תקינה במשרד המשפטים, רשויות מקומיות), הרי שקיימים ביניהם קשרים הדוקים מבחינת **ההשפעה המעשית המצטברת** שלהם על זכויות הקניין של בעלי הדירות בפרויקטים של פינוי בינוי ולכן יש לראותם **כמערכת נורמטיבית אחת** שהיא חלק **ממערך ביצועי כולל** שתוכנן והוצא לפועל על ידי המדינה ורשויותיה השונות.
8. לפיכך, כאשר בוחנים את החוקיות של כל אחד מהמרכיבים הללו של המערך הנורמטיבי הזה לא ניתן להתעלם משאר המרכיבים. היינו, בחינת החוקיות של כל אחד מצעדים הללו שנגקטו על ידי המדינה איננה יכולה להיעשות במנותק מהרקע הנורמטיבי והעובדתי הרחב יותר, אלא היא חייבת להיעשות באספקלריה של התפקיד שיש למכשיר הנורמטיבי הספציפי בתוך המערך הכולל של הצעדים שמשפיעים, בסופו של דבר, על זכויות בעלי הדירות.

חוקתיות התיקון לחוק פינוי ובינוי

היבטים מבניים: חקיקת התיקון כחלק מחוק ההסדרים

9. היבט אחד הראוי לבחינה בנוגע לעמידה של התיקון לחוק פינוי בינוי בדרישות המשפט החוקתי נוגע לעובדה שהתיקון נחקק כחלק מחוק ההסדרים. אקדים ואציין כי בדרך כלל העובדה שחוק מסוים נחקק כחלק מחוק ההסדרים נבחנת באספקלריה של הבחינה של הליך החקיקה, כלומר כחלק מהדיון בשאלה האם הליך חקיקת החוק עומד בדרישות של 'הליך חקיקה נאות' (ראו למשל בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל** **אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14, 50-51 (2004) (להלן: **עניין מגדלי העופות**)). ואולם, לדעתי יש מקום במקרה הנדון לבחון תחילה את **עצם ההתאמה** של חקיקת התיקון לחוק פינוי בינוי לחקיקה במסגרת חוק ההסדרים כשאלה **עצמאית**, וזאת עוד קודם שנכנסים לדיון במידת הנאותות של ההליך עצמו. בקליפת אגוז טענתי היא כי המקרה הנדון של התיקון לחוק שונה **שוני מהותי** מכל המקרים שנדונו עד היום בהקשר זה ולכן יש מקום להטיל ספק האם **מלכתחילה** היה מקום להכליל תיקון חקיקה מסוג זה במסגרת של חוק ההסדרים.
10. מן המפורסמות הוא כי חוק ההסדרים אינו דבר חקיקה רגיל, אלא המדובר ב'חקיקת סל' הכורכת במסגרת הליך חקיקה אחד מכלול של תיקוני חקיקה בנושאים שונים, ואשר נחקקים בהליך חקיקה מזורז, זאת (בדרך כלל) במקביל וכחלק מהליכי אישור תקציב המדינה. כדברי השופטת ביניש (כתוארה אז) בעניין **מגדלי העופות**:

החוקים מסוגו של חוק ההסדרים מתאפיינים בכך שהם מורכבים ממכלול של נושאים, והם משמשים "אמצעי סל" לביצוע חקיקה ותיקוני חקיקה בתחומים רבים ומגוונים. כמו כן חוקים אלה מתאפיינים בהליכי חקיקתם המהירים והחריגים. כך למשל היוזמה לחקיקתם של החוקים הללו היא של משרד האוצר, להבדיל מהצעות חוק ממשלתיות רגילות שבהן היוזמה לחקיקה היא בדרך-כלל של השר שהחקיקה נוגעת לתחום סמכותו או של משרד המשפטים. הדיון בממשלה ובכנסת נעשה בדרך-כלל על מכלול הנושאים הכלולים בהצעת החוק כמיקשה אחת ובהליך מזורז ביותר; הצעת החוק מועברת על-פי רוב במלואה לדיון בוועדת הכספים במקום פיצולה לוועדות הכנסת האחרות שהנושא נמצא בתחום טיפולן. (שם בפס' 7 לפסק הדין בעמ' 33).

11. הנוהג החקיקתי של חקיקת חוקי הסדרים התפתח במקור כחקיקה שנועדה להשלים את חקיקת תקציב המדינה וזאת על רקע הצורך לעשות שינויים סטטוטוריים שנועדו להתאים את החקיקה הקיימת לחוק התקציב ולהשלים מהלכים כלכליים הקשורים ברפורמות תקציביות (ראו עניין **מגדלי העופות**, שם בפס' 7 רישה). אלא שבמהלך השנים הלך והתפתח הנוהג של שימוש בחוקי ההסדרים גם כפלטפורמה לחקיקה ולתיקוני חקיקה הרבה מעבר לכך, והוא כלל גם לא פעם עריכת רפורמות כלכליות ומבניות שונות. (ראו עניין **מגדלי העופות** שם, פס' 7 סיפה).
12. אלא, שפיתוח הפרקטיקה בנוגע להרחבת מתחם הנושאים שחוק ההסדרים עוסק בהם לא היה בה כדי לשנות את **התפיסה העקרונית** לפיה הנושאים הנכללים בגדרו של חוק ההסדרים נדרשים להיות כאלה שיש להם **זיקה מהותית** (או למצער זיקה **כלשהי**, ראו להלן) לתקציב המדינה ולרפורמות כלכליות ותקציביות הכרוכות בהליך של העברת תקציב המדינה. (ראו שילה הטיס רולף, **חוק ההסדרים – סוגיות והשוואות בין-לאומיות**, מרכז המחקר והמידע של הכנסת (2005) ע' 9-7)⁷. תפיסה עקרונית זו עומדת גם ביסוד הנוהג שהתפתח לפיו קודם להנחת הצעת חוק ההסדרים בפני הכנסת מתקיימים מגעים בין היועץ המשפטי של הכנסת לגורמים שונים, לרבות היועץ המשפטי לממשלה, לצמצום הנושאים הנכללים בהצעת חוק ההסדרים לכאלה שיש להם זיקה מהותית כזו לתקציב המדינה (ראו דברי בית המשפט בבג"ץ 1393/16 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל** (פס' 11 סיפה) (2019) (להלן: עניין **ההסתדרות הרפואית**). על רקע היועצויות אלו, היועץ המשפטי של הכנסת מכין, במסגרת ההליכים שקודמים לדיון בחוק התקציב, טבלאות ובהן נבחנת הזיקה של הפרקים השונים בחוק ההסדרים לתקציב המדינה. (ראו כדוגמה, מכתבו של היועץ המשפטי לכנסת עו"ד איל ינון מיום 5.6.2013 לגבי ההסכמות שהושגו בין הממשלה לכנסת בנוגע לנושאים שיכללו או יוצאו מהצעת חוק ההסדרים לשנים 2014-2015;⁸

⁷ ראו באתר הכנסת https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/998121ea-9732-e811-80de-00155d0a0235/2_998121ea-9732-e811-80de-00155d0a0235_11_8850.pdf.

⁸ ראו באתר הכנסת: <https://m.knesset.gov.il/Documents/050613.pdf>.

ודברי היועצת המשפטית (הנוכחית) לכנסת, עוה"ד שגית אפק, "יום עיון בנושא חוק התקציב וחוק ההסדרים" (13.9.2006) ע' 7⁹.

13. יובהר מיד כי אינני טוען שהנוהג החוקתי האמור לפיו נדרשת זיקה הדוקה של הפרקים הנכללים בחוק ההסדרים לתקציב המדינה כבר גובש בפסיקת בית המשפט **לכלל חוקתי מחייב**. למעשה, בעניין **מגדלי העופות** בית המשפט דחה את הטענה כי היעדרה של זיקה **"ישירה והכרחית"** לתקציב המדינה מהווה עילה **עצמאית** לפסילתו של החוק שעמד לדין באותו עניין (ושעסק ברפורמה מבנית מקיפה בתחום המועצות החקלאיות) (ראו עניין **מגדלי העופות**, עמ' 55 למטה). ואולם, העובדה שבית המשפט לא היה מוכן עד כה לפסול חקיקה הנכללת בחוק ההסדרים - רק משום שלחקיקה זו אין זיקה ישירה והכרחית לחוק התקציב – **אין** פירושה שלחקיקה הנכללת בחוק זה לא צריכה להיות זיקה **כלשהי** לתקציב המדינה ולעניינים הכרוכים בתקציב. הראייה היא, כאמור לעיל, שהנוהג החוקתי של פיקוח על מהות העניינים הנכללים בחוק ההסדרים – באספקלריה של הזיקה שלהם לתקציב המדינה הרלוונטי – נמשכת לאור השנים ונאכפת על ידי היועצים המשפטיים, הן של הרשות המחוקקת והן של הרשות המבצעת.
14. השאלה הנשאלת היא אפוא האם קיימות במשפט החוקתי שלנו מגבלות כלשהן לגבי הנושאים שהממשלה רשאית לכלול בהצעת חוק ההסדרים – או שלא קיימת **שום מגבלה** והממשלה רשאית לכלול בהצעת חוק ההסדרים **כל נושא** שעולה על דעתה גם ללא שום קשר או זיקה למעטפת הנושאים הכללית של תקציב המדינה - (והשוו לעניין זה את דברי כב' הנשיאה נאור בעניין **קוונטינסקי**, פס' 5 רישה, לפיהם "במקרים רבים הערנו על תקינות הליך החקיקה, אך נמנענו מהתערבות בחוק שהתקבל באותו הליך. כך היה בשל הריסון והאיפוק המתחייבים ביחסינו עם הכנסת. ייתכן שמנהגנו זה יצר תחושה כי "הכול מותר", ולא היא"). לדעתי, מגבלה בסיסית כזו על הנושאים שניתן לכלול בחוק ההסדרים קיימת גם קיימת – אם כי עד היום היא באה לידי ביטוי בפרקטיקה החוקתית שהתפתחה ביחסים שבין הממשלה לכנסת ובפסיקת בית המשפט רק באופן עקיף.
15. כדי לזהות את קיומה של המגבלה האמורה במשפט הקיים מן הראוי להתבונן ברשימת הכוללת של כל החוקים המהווים פרקים בחוקי ההסדרים השונים שהגיעו עד היום לפתחו של בית המשפט. הרשימה האמורה כלולה בטבלה א' (המצורפת **כנספח א'** לחוות דעת זו). התבוננות ברשימה זו מראה שבמהלך השנים הגיעו להכרעה שיפוטית בהקשר של חקיקת ההסדרים חוקים רבים ושונים, אך לכל החוקים הללו יש מכנה משותף אחד: הם עסקו כולם **בתחום המשפט הציבורי**, כלומר **ביחסים שבין רשויות המינהל לבין עצמן או ביחסים שבין המינהל הציבורי לבין האזרח**. חלק מן החוקים הללו עסקו ברפורמות מבניות הנוגעות לשינוי חלוקת הסמכויות של רשויות המינהל (למשל עניין **מגדלי העופות** הנ"ל, וראו גם בג"ץ 6018/08 **ישראלי נ' משרד החקלאות** (2009) (הסמכת מועצת הצמחים לגבות היטלים ממגדלים בענף החקלאות); בג"ץ

⁹ ראו באתר הכנסת בכתובת: https://www.knesset.gov.il/docs/heb/seminar_budget1.htm.

8612/15 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (2016) (רפורמה ברשות החשמה); חלקם עסקו בענייני מיסוי (בג"ץ 7557/13 לשכת רואי החשבון בישראל נ' הכנסת (2014); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' מדינת ישראל 2012 (להלן: עניין קוונטינסקי)), או בגובה דמי הביטוח הלאומי (ראו בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (2010)), וחלקם עסקו בסוגיות הכרוכות במימון מערכת הבריאות (למשל עניין ההסתדרות הרפואית הנ"ל וכן בג"ץ 334/21 הסתדרות מדיצינית "הדסה" נ' כנסת ישראל (2021); בענייני רישוי (בג"ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (2007) או בהענקת הטבות מהמדינה (בג"ץ 494/03 עמותת רופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר (2004)). ואולם, בשום מקרה שנדון בבית המשפט עד היום לא נדון ניסיון להכליל בחוק ההסדרים נושא החורג מגבולותיו של המשפט הציבורי אל תוך התחום של המשפט הפרטי, קרי הסדרים הנוגעים לחלוקת זכויות במשפט הפרטי בין האזרחים לבין עצמם.

16. לעומת זאת, התיקון הנדון בחוק ההסדרים איננו נוגע להסדרים השייכים למשפט הציבורי, אלא הוא עוסק בהסדרים השייכים ללב ליבו של המשפט הפרטי: חלוקת הזכויות בין בעלי דירות בבתים משותפים, כלומר בין מי שהם שותפים לבעלות בקניין בנכס מקרקעין. משל למה הדבר דומה: למצב שבו הכנסת הייתה מתיימרת – באמצעות חוק ההסדרים – לשנות את סדרי העדיפויות בין יורשים או את מערך הזכויות הרכושיות בין בני זוג עם פירוק השיתוף ביניהם. האם הכנסת רשאית לשנות את דיני חלוקת הרכוש בתחום דיני הירושה או בתחום דיני המשפחה תוך שימוש במעטפת של חקיקת ההסדרים? אני סבור שהתשובה לשאלה זו היא שלילית בתכלית. חוקי ההסדרים – המתלווים לחקיקת התקציב – הם חוקים שנועדו להסדיר את הפעילות התקציבית והכלכלית של המדינה בספירה הציבורית, כלומר בעניינים הנוגעים למבנה רשויות המינהל, או למערכת היחסים בין רשויות המינהל לבין האזרח. גם אם אנו נכונים להרחיב מאוד את התחום הנושאי שעליו יכולה לחול ה'מטריה' של חקיקת ההסדרים, ובמקביל לרכך מאוד דרישת 'הזיקה' בין חקיקת ההסדרים לבין תקציב המדינה, הרי יש גבול אחד שאותו לא ניתן לחצות – הוא גבול המשפט הציבורי. דבר אחד הוא להסדיר את מבנה רשויות המינהל – או את התכנים של חקיקת המס או הרישוי או את היקף ההטבות שהמדינה מעניקה לסקטורים שונים – ודבר אחר הוא לשנות את מערך הזכויות הקנייניות במשפט האזרחי ביחסים שבין הפרטים לבין עצמם.

17. למעשה, האופי החריג האמור של התיקון לחוק לא נעלם מעיני היועצים המשפטיים של הכנסת (והכוונה הן ליועץ המשפטי של הוועדה והן ליועצת המשפטית של הכנסת). הללו התריעו – ולא בכדי – שוב ושוב בפני חברי הכנסת על העובדה שמדובר בתיקון שעניינו פגיעה בזכויות קניין של בעלי דירות, שאין מקום להסדירו באמצעות המסגרת הבעייתית של חקיקת התקציב וההסדרים (ראו ההפניות בפס' 117 ו- 118 לעתירה וכן פס' 5 רישה לתגובת הכנסת לעתירה).

18. ודוק! אני מוכן להניח לצורך הדיון כי לשינוי חלוקת הזכויות בין בעלי שיתוף במקרקעין (בין בהקשר של בתים משותפים ובין בהקשר אחר) יכולה להיות השפעה מעשית עקיפה כלשהי על כלכלת המדינה או על שיפור מאזן התשלומים וכיו"ב מטרות שיש בינן לבין תקציב המדינה קשר כלשהו (קלוש ככל שיהא), ממש כשם שיתכן, עקרונית, שלשינוי מערך הזכויות בין בני זוג (למשל, על ידי הגנה טובה יותר על הזכויות הרכושיות של נשים בשלבי הגירושין) עשויה להיות השלכה דומה. אך בכך אין לשיטתי כדי להפוך את הנושאים הללו – המצויים בלב ליבו של המשפט הפרטי – לבעלי 'זיקה' מינימלית מספקת על מנת שיוכלו להיות מוסדרים במסגרת המהלכים הכוללניים (והליכי החקיקה המקוצרים והבעייתיים, ראו להלן) הנוגעים להעברת תקציב המדינה ולחקיקת חוקי ההסדרים.

19. לא למותר להזכיר בהקשר זה כי חקיקת התקציב נחשבה מאז ומתמיד לחקיקה המצויה בלב ליבו של המשפט הציבורי וכי חוק התקציב נחשב – במקור – כנורמה שנועדה להסדיר את מערך היחסים שבין הממשלה לבין הכנסת, אך "נורמה המופנית לאזרחי המדינה אין בו..." (ע"פ 213/56 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ**, פ"ד יא 695, 698 (1957) וכן א' ויתקון, "תקציב המדינה בראי השפיטה" **משפטים** י 367, 369 (תש"מ)). במלים אחרות, המסגרת של חקיקת התקציב – שבתוכה נכללת גם חקיקת ההסדרים – היא מסגרת המיועדת להסדיר את פעולתן של רשויות המדינה, ולא לערוך שינויים – לבטח לא שינויים מקיפים ומרחיקי לכת – בתחומי משפט הנוגעים ליחסים שבין הפרטים לבין עצמם, קרי המשפט הפרטי והאזרחי. גם אם נאמץ גישה הנכונה להרחיב מאוד את המסגרת הזו (כפי שנעשה בפועל, במהלך השנים, בחקיקת ההסדרים) אין פירוש הדבר כי לנכונות הזו אין גבולות כלל. אלא, היא משתרעת, **לכל היותר**, על תחומי הפריסה של המשפט הציבורי, קרי ענפי המשפט העוסקים בפעילות של רשויות המדינה.

20. ההבחנה בין תחומי ההתפרשות של המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי בהקשר של השימוש בחקיקת ההסדרים איננה רק עניין מושגי עיוני ואינה נעשית כאן אך מטעמים של בהירות אנליטית. להבחנה זו יש חשיבות מעשית בכל הנוגע להגנה על חירויות הפרט בפני פעולות פוגעניות של המדינה הפוגעות בזכויות היסוד. במשפט הפרטי שולטים העקרונות של יציבות הדין והגנה על הנכסים, וכן הזכויות והציפיות של הפרטים השונים. לעומת זאת, בתחום המשפט הציבורי עקרונות אלו נסוגים לעיתים קרובות אל מול הצורך בקידום האינטרס הציבורי הכללי. לפיכך, למשל, בניגוד לעקרונות היסוד של דיני החוזים במשפט האזרחי, הסכמים שרשויות מינהל צד להם כפופים לעקרונות הדינמיים של המשפט הציבורי ולאפשרות של שינוי תוכנם או חזרה מהם – בניגוד להסכמים שנעשים בין פרטים בתחום המשפט הציבורי (ראו למשל ע"א 3604/13 **מנהל רשות המסים נ' אייזינגר** (כב' השופט מזוז, פס' 14-21) (2015)). כלומר, המסגרות הכלליות של המשפט הציבורי ועקרונות היסוד שלו הם כאלה המותאמים לשינויים תכופים, בהתאם לאינטרס הציבורי ולצורכי השעה, אך אין הדבר כך לגבי המשפט הפרטי, המקדש ערכים של יציבות, צפיות והגנה על זכויותיו הקנייניות של הפרט.

21. לפיכך, גם כאשר אנו באים לבחון את מרחב התמרון של המחוקק להנהיג שינויים מרחיקי לכת בחקיקה קיימת באמצעות מנגנון החקיקה האינטנסיבי, העוצמתי והחפוז של חוקי ההסדרים יש חשיבות רבה להבחנה בין הפריפריה של המשפט הציבורי – הנתונה מטבעה לאפשרות של שינויים תכופים בהסדרים הקיימים לצורך קידום האינטרס הציבורי – לבין התחום של ליבת המשפט הפרטי, שבה יש חשיבות עליונה לאינטרסים של יציבות הדין, והגנה על זכויות וציפיות מוקנות של הפרט.
22. התיקון המוצע בחוק פינוי בינוי מהווה התערבות ברורה ובוטה של המדינה ביחסים הקנייניים שבין בעלי דירות בבתים משותפים ובזכויותיהם במסגרת השיתוף הקנייני ביניהם. התיקון נועד להחליש את כוחם של חלק מבעלי הדירות, המבקשים לעמוד על זכויותיהם הקנייניות במסגרת הליכי פינוי בינוי, אל מול הדיירים האחרים והיזמים. כלומר, זהו ניסיון להסדיר מחדש את יחסי השותפות הקנייניים בבתים משותפים, המוסדרים באמצעות נורמות של המשפט הפרטי, תוך פגיעה משמעותית בזכויות הקניין ובחופש החוזים של בעלי הדירות. לפיכך, זוהי רפורמה סטטוטורית שמלכתחילה אינה מתאימה להסדרה באמצעות המנגנון הבעייתי של חקיקת ההסדרים באשר לא מתקיימת בצעד כזה של המחוקק הזיקה המינימלית הנדרשת כדי לאפשר – במישור החוקתי – הכללת תיקון כזה במסגרת חוק ההסדרים.
23. מסקנתי היא אפוא, כי הכנסת לא הייתה מוסמכת **מלכתחילה** להסדיר את נושא חלוקת זכויות הבעלות בבתים משותפים ולגרוע מזכויות הקניין של בעלי הדירות במסגרת חוק ההסדרים. מכל מקום, הכרה מצד בית המשפט בחוקתיות של תיקון כזה, דרך המסגרת של חקיקת התקציב וחוק ההסדרים, תהווה הרחבה נוספת ובעייתית של סמכות הכנסת להתערב ולבצע רפורמות במשפט הפרטי באמצעות המסגרת הזו.
24. ואולם, אפילו אם אניח, למרות האמור לעיל, שלכנסת יש סמכות **עקרונית** לעשות רפורמות במשפט הפרטי – אגב פגיעה ישירה בזכויות קנייניות וחלוקת הכוחות בין בעלים של קניין משותף במסגרת חקיקת ההסדרים - הרי שלאופי של הנושא המוסדר חייבת להיות השפעה על רף הדרישות הדיוניות הנדרשות מהכנסת במסגרת הליך החקיקה באמצעות חוק ההסדרים. בכך אעסוק להלן.

הפן הדיוני: הפגמים בהליך החקיקה

25. כידוע, ההלכה הקיימת בנוגע להיקף הביקורת השיפוטית על הנאותות של הליכי החקיקה בכנסת אימצה מבחן מחמיר ומצמצם. כך קבע בית המשפט בעניין **מגדלי העופות**:

תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינו להבטיח כי בכנסת יתקיים הליך חקיקה אופטימלי. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אף אינו להבטיח כי יתקיים בכנסת דיון אחראי ושקול בכל הצעת חוק. תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה הינו להגן מפני פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי. לפיכך יגביל בית-משפט זה את ביקורתו השיפוטית על

הליך החקיקה להגנה על זכותם של חברי-הכנסת, הנגזרת מזכותם של שולחיהם הבוחרים ומעקרון הייצוג, להשתתף בהליך החקיקה. אולם משניתנה לחברי-הכנסת במסגרת הליך החקיקה אפשרות מעשית להשתתף בהליך, אלא שהם בחרו שלא לממשה, לא יהיה זה מתפקידו של בית-המשפט לחייבם לעשות כן.

(שם בפס' 29 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש (כתוארה אז) וראו גם פסק דינה המצטרף של כב' השופטת חיות (כתוארה אז) בעניין **קוונטינסקי** פס' 1 רישה).

26. המבחן האמור ביחס ל"עיקרון ההשתתפות" של חברי הכנסת בהליך החקיקה הורחב במידה מסוימת בפסק הדין בעניין **קוונטינסקי**, שם אמר בית המשפט את הדברים הבאים:

בחלוף 13 שנה מעת שיצאה מלפני בית משפט זה הלכת מגדלי העופות, דומה כי יש צורך בליטוש ובהכוונה. הלכת מגדלי העופות פעלה את פעולתה, אך לעת הזאת, על מנת לאזן כיאות בין ריבונות הכנסת לבין הצורך בקיום הליך חקיקה ההולם את עקרונות משטרנו הפרלמנטרי החוקתי, סבורני כי אין לשים עוד את הדגש על השאלה האם נשללה מחברי הכנסת 'כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים'. יש צורך במבחן שונה, ישים ואפקטיבי יותר, מעין המדד השני שעלה בעניין מגדלי העופות; עניינו – הליך חקיקה אשר יאפשר לחברי הכנסת 'לגבש עמדה' לגבי הצעת החוק הנדונה. רוצה לומר, אין די בכך שהליך החקיקה יעוצב כך שתינתן לחברי הכנסת האפשרות 'לדעת על מה הם מצביעים' – לקרוא את הצעת החוק, לשמוע על אודותיה ולהבין באופן שטחי את החוק העומד להצבעה; הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, ולו באופן המצומצם ביותר, בנוגע להצעת החוק המונחת לפניהם. גיבוש עמדה איננו אקט 'פסיבי' גרידא, אלא דורש מהלך מחשבתי מסוים, עיבוד עצמאי של המידע הנמסר לחבר הכנסת, וקבלת החלטה מושכלת בעד או נגד הצעת החוק. רק כאשר תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעין זו, ניתן יהיה לומר כי היתה להם הזדמנות להשתתף, באופן פעיל ואמיתי, בהליך החקיקה.

(ראו פס' 59 לפסק דינו של כב' השופט סולברג, שם, וראו גם איתי ברסימנטוב, "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או "סטייה רבתי" בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה" **משפטים** לב, 906-909 (תש"פ)).

27. לפיכך, ולאור העובדה שבמקרה הנדון נעשתה באמצעות חוק ההסדרים רפורמה בעלת חשיבות בתחום המשפט הפרטי באופן שמרחיב ומותח באופן ניכר את גבולות סמכות השימוש בחקיקת ההסדרים, אין מקום להסתפק ברף המינימלי הדיוני של 'עיקרון ההשתתפות' כפי שנקבע בעניין **מגדלי העופות**, אלא יש במקרה זה הצדקה לאמץ במפורש את הגישה התובענית יותר, זו שנקבעה בעניין **קוונטינסקי** ואף מעבר לכך. היינו, אין די בכך שחברי הכנסת ידעו "על מה הם

מצביעים", אלא נדרש היה שלחברי הכנסת ניתנה אפשרות לכל אורך ההליך לקבל מידע ראוי, לעבד אותו ולקבל החלטה מושכלת.

28. האם במקרה הנדון הליך חקיקת התיקון לחוק פינוי בינוי עמד ברף הנדרש – התובעני יותר

– כמתחייב מהאופי יוצא הדופן והפוגעני של התיקון הנדון? במקרה הנדון אמנם קויימו כמה ישיבות בוועדת הפנים של הכנסת בעניין התיקון, אך המידע והנתונים שניתנו לחברי הכנסת לגבי המצב בתחום הפינוי בינוי היה חלקי מאוד ואף מוטע (משום שמקורו היה בגורמים בעלי עניין ובראשם התאחדות הקבלנים, ראו סעיפים 99, 107 ואילך ובמיוחד ס' 113 לכתב העתירה) ואף עמד בניגוד לנתונים שנאספו על ידי המרכז למחקר ולמידע של הכנסת (ראו נספח 2 לעתירה וכן ס' 106-101 לכתב העתירה).

29. יתרה מזו, בעניין **קוונטינסקי** נתן בית המשפט מקום של כבוד לעמדתם של היועצים המשפטיים של הכנסת בכל הנוגע לתקינות של הליכי החקיקה שהתריעו וחזרו והתריעו על אי התקינות של הליכי החקיקה באותו עניין (ראו במיוחד פסק דינה המצטרף של כב' השופטת חיות (כתוארה אז) שם, פס' 4-3).

30. לעומת זאת, במקרה דנן קבעה היועצת המשפטית של הכנסת, עוה"ד חגית אפק, ביחס להצעת החוק כי המדובר ב:

תיקון מורכב מאוד ומעורר בחלקו קשיים משפטיים מהותיים. בין היתר בענין זכות הקניין של בעלי דירות במתחמי פינוי בינוי באופן שנדרש דיון מעמיק בסוגיות אלה. אין קשר לתקציב.

החרה החזיק אחריה היועץ המשפטי של ועדת הפנים והגנת הסביבה, עוה"ד תומר רוזנר, שהתריע על כך שהמסגרת הבעייתית של חקיקת ההסדרים איננה מתאימה לדיון בהצעת התיקון המערבת פגיעה בזכויות חוקתיות בסיסיות (ראו פרוטוקול הדיון של ועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 17.10.2021 בנספח 8, עמ' 254 לאגד הנספחים שצורפו לעתירה).

31. לאור כל האמור לעיל ספק רב בעיניי אם הליך החקיקה שקוים בנוגע לתיקון לחוק פינוי בינוי עומד באמות המידה החוקתיות הנדרשות לגבי חקיקה פוגענית, המתערבת ביחסים משפטיים קנייניים בתחום המשפט הפרטי, זו הכלולה בתיקון.

הפן המהותי: עמידת התיקון לחוק במבחנים החוקתיים

הפגיעה בקניין

32. לית מאן דפליג כי התיקון המוצע לחוק פינוי בינוי, המשנה את הרוב הנדרש לצורך הסכמת בעלי הדירות בבית משותף לביצוע פרויקט של פינוי בינוי, ובכך מחליש את כוחם היחסי של הדיירים המבקשים לעמוד על זכויותיהם הקנייניות בעת שמוגשת להם הצעה מיזם לביצוע פרויקט כזה – מהווה פגיעה ממשית וקשה בזכות הקניין של בעלי הדירות. הזכות לקניין כוללת בחובה, בין היתר, גם את הזכות ליהנות מהשבחת הנכס ומעליית

ערכו כתוצאה מהליכים של פיתוח תכנוני ו/או עשיית עסקאות בנכס (ראו האסמכתאות בפס' 9-10 לחוות דעת זנדברג). מכל מקום, הפגיעה בכוחם היחסי של בעלי דירות בבית משותף להתנגד לעסקה שהם רואים אותה כפוגעת באינטרסים הקנייניים שלהם וביכולתם לעשות עסקאות חלופיות ברכושם, אגב הליך הכרוך בהכרח בפינויים מהרכוש לתקופה של חודשים ואף שנים, מהווה ללא ספק 'פגיעה' בזכות המוגנת לקניין המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הפגיעה בעיקרון הצדק החלוקתי ובזכות לשוויון

33. עיקרון הצדק החלוקתי הוצג במשפטנו בבג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש למען השיח נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002) (להלן: **עמותת שיח חדש**). שם אמר בית המשפט את הדברים הבאים:

הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מנהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים. לדברים אלה משקל מיוחד במקרה שבפנינו. מינהל מקרקעי ישראל הינו גוף המופקד על כלל מקרקעי ישראל. לא ניתן להפריז בחשיבותו של נכס זה ובחשיבות שיש לחלוקתו ולהקצאתו באופן צודק וראוי (...) קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על-ידי המדינה או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר (...) למשפט תפקיד חשוב בכל הנוגע לפיקוח על החלטות שעניינן חלוקת עושר בחברה, וכי תפקיד זה הוא לפתח מערכת נורמטיבית המבטיחה כי החלטות בעלות השלכות חלוקתיות יהיו תוצאה של הליך צודק ופתוח, במיוחד לנוכח הסכנה שהחלוקה תטיב רק עם קבוצות לחץ מאורגנות היטב..."

(ראו שם, בפס' 39 לפסק דינו של כב' השופט אור, וראו גם בג"ץ 1027/04 **פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל** (פס' 50) (2011) (להלן **עניין פורום ערים**); בג"ץ 1836/16 **פירט נ' מועצת מקרקעי ישראל** (פס' 34) (2018); בג"ץ 446/12 **האגודה לצדק חלוקתי בע"מ נ' מועצת מקרקעי ישראל** (פס' 47-49) (2012) (להלן **עניין האגודה לצדק חלוקתי**), וכן דפנה ברק-ארז, "צדק חלוקתי בהליך המינהלי: בעקבות בג"ץ הקרקעות החקלאיות", המשפט י' 291, 299-301 (תשס"ה) (להלן: **ברק-ארז – צדק חלוקתי**)

וראו גם ברק-ארז – צדק חלוקתי, 293:

הדיון המתפתח במשמעויותיה של החובה לנהל את מקרקעי ישראל תוך התחשבות בשיקולים של צדק חלוקתי יכול להסתייע בכתיבה שעוסקת בשאלות של תכנון צודק. גם במדינות המערביות שבהן רוב המקרקעין הם בבעלות פרטית, רשויות השלטון משפיעות על השימושים בקרקע ועל מידת ההנאה ממנה באמצעות סמכויות

סטטוטוריות בתחום התכנון. ההחלטות המתקבלות על ידי רשויות התכנון משפיעות על שוויון של הקרקעות, על צפיפות הדיור ועל נגישות לשירותים קהילתיים ולמקורות תעסוקה. החלטות אלה הן בעלות משמעות חלוקתית מובהקת, ולקחי הדיון התאורטי בהן יכולים לשמש מקור השראה ליישום הרעיון של צדק חלוקתי בהקשר הקרוב של ניהול מקרקעין לטובת הציבור. (שם, בעמ' 293, ההדגשה הוספה).

34. התיקון לחוק פינוי בינוי כשהוא משתלב בצעדים מינהליים אחרים שננקטו על ידי רשויות התכנון ברמה המדינתית והמקומית, בראש ובראשונה תקן 21.1 וההחלטות על אימוצו על ידי רשויות התכנון השונות, פוגעים בעיקרון הצדק החלוקתי משום שהם כופים, הלכה למעשה, העברת עושר מבעלי הדירות במתחמי פינוי בינוי (או, למצער, מבעלי הדירות המתנגדים לתכניות המוצעות על ידי היזמים) לטובת הקבוצה החזקה והמצומצמת של היזמים.
35. יודגש כי הפגיעה בעיקרון הצדק החלוקתי במקרה הנדון היא חריפה וישירה יותר מאשר בעניין עמותת שיח חדש, שהרי שם תקפה העותרת, עמותת ציבורית, החלטה להעניק הטבות יתר על חשבון הכלל (קרי, על חשבון הרזרבות הקרקעיות והתכנוניות השייכות לציבור כולו) לקבוצה קטנה ומאורגנת של יזמים וחוכרים קרקעיים. כלומר, בית המשפט הכיר בעיקרון הצדק החלוקתי במסגרת עתירה שהיא 'נגטיבית' באופייה (וראו בהתאמה גם עניין פורום ערים הנ"ל ועניין האגודה לצדק חלוקתי הנ"ל). לעומת זאת, במקרה הנדון אין מדובר במתן העדפה לקבוצה מסוימת על חשבון הכלל, אלא שהמהלכים המוצעים על ידי המדינה בחקיקה ובהסדרים מנהליים שונים נועדו לפגוע בזכויות הקנייניות של הדיירים בבתים המשותפים על ידי העברה ישירה של זכויותיהם (והפוטנציאל למימוש זכויות אלו במסגרת תכניות פינוי בינוי) לקבוצה קטנה ומועדפת של יזמים ובעלי אינטרסים ובעלי השפעת יתר על הרשויות השלטוניות הנוגעות בדבר (ראו דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי כרך ג': משפט מינהלי כלכלי, 571-575 (2013) (להלן: ברק-ארז משפט כלכלי)). (לעניין הסכנה של הפעלת סמכויות מינהליות בעידודו של המגזר העסקי, באופן שפועל, בסופו של דבר, להעשרתם של בודדים על חשבון הציבור הרחב, ראו גם דפנה ברק-ארז, "הוראת המשפט המינהלי: בין חוקיות להפרטה, עיוני משפט כה 503, 508-509 (תשס"ב)).
36. כאן המקום להעיר כי עיקרון הצדק החלוקתי יושם עד כה בפסיקת בתי המשפט כעיקרון של המשפט המינהלי, כלומר כעיקרון החל על החלטות מינהליות (ולהבדיל מעיקרון חוקתי המגביל את המחוקק הראשי). ואולם, במקרה הנדון התיקון בחוק פינוי בינוי משתלב בצעדים שננקטו על ידי רשויות המינהל השונות, ברמה הממשלתית והמקומית, לכדי מערכת אופרטיבית אחת שיש לדון בה במאוחד. לפיכך, יש לדון בחוקתיות של התיקון לחוק פינוי בינוי באספקלריה של ההסדרים המינהליים השונים שפורטו לעיל ולראות את התיקון לחוק ואת ההסדרים הללו כמסכת נורמטיבית אחת. מכאן, שגם אם אין בפגיעה החמורה בעיקרון הצדק החלוקתי כשלעצמה כדי להשליך על

חוקתיות התיקון, הרי שיש בעיקרון כדי להשליך על הדרך שבה יש לפרש את התיקון לחוק, ועל הדיון בחוקיותם של ההסדרים המינהליים שנעשו בתחום זה (ושיידונו בהמשך חוות דעת זו).

37. בנוסף, הפגיעה החמורה בעיקרון הצדק החלוקתי ביחס לחלוקת המשאבים הקרקעיים בין בעלי דירות בבתים משותפים לבין היזמים, הנובעת מהשילוב בין התיקון המוצע לחוק לצעדים המינהליים שננקטו על ידי רשויות הממשלה והרשויות המקומיות, יכולה להיחשב גם כפגיעה בעיקרון השוויון ובזכות לשוויון של בעלי הדירות בבתים משותפים ביחס לזכויות ולהטבות שההסדרים הנורמטיביים הנדונים מעניקים ליזמים בפרויקטים של פינוי בינוי (ראו **ברק-ארז משפט כלכלי**, 572 וכן דפנה ברק ארז, **משפט מינהלי** 708-710 (2010)).

התיקון לחוק בראי של פסקת ההגבלה

38. המסקנה של הניתוח לעיל היא כי התיקון המוצע לחוק, במיוחד כשהוא משתלב במסכת הצעדים הסטטוטוריים והמינהליים שננקטו על ידי הכנסת והממשלה, פוגע פגיעה חמורה בזכויות הקניין ובזכות לשוויון של בעלי דירות בבתים משותפים שבהם מתבצעים פרויקטים של פינוי בינוי. מסקנה זו, כשלעצמה, אין בה די כדי להוביל למסקנה הנוספת כי דינו של התיקון בחוק להיפסל, אלא שיש לבחון את הפגיעה בזכויות באספקלריה של הוראות פסקת ההגבלה המעוגנת בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי הוראות אלו הפגיעה בזכויות היסוד נדרשת להיעשות "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש..." כלשון הסעיף. להלן, נבחן את שאלת התקיימות התנאים האמורים לגבי התיקון לחוק כסדרם.

פגיעה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"

39. הדרישה הראשונה של פסקת ההגבלה היא שהפגיעה בזכויות המוגנות תיעשה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל". ככל שעסקינן בתיקון 38 עצמו, הרי שניתן לומר כי הוא צולח את הדרישה האמורה (הגם שנחקק במסגרת הבעייתית של חוק ההסדרים, ראו הדיון בפס' 16 ואילך ו-25 ואילך לעיל), שכן הפגיעה בזכות הקניינית של בעלי הדירות בבתים משותפים לממש את זכות ההתנגדות שלהם לפרויקטים של פינוי בינוי באמצעות הקטנת הרוב הנדרש לאישור הפרויקט אכן נעשתה בחקיקה ראשית של הכנסת. (עם זאת, כאמור לעיל, מסכת הפגיעות בזכויות בעלי הדירות איננה מתמצה בתיקון לחוק עצמו, אלא היא משתלבת בצעדים מינהליים נוספים אשר חוקיותם תידון בהמשך).

תכלית ראויה

40. דברים דומים ניתן לומר גם לגבי דרישת התכלית הראויה. התכלית המוצהרת של תיקון 38 לחוק פינוי בינוי היא "...להקל על הליכי תכנון וגיבוש הסכמות דיירים בפרויקטים של התחדשות עירונית לייעל אותם..." (ראו דברי ההסבר להצעת חוק ההסדרים, הצעות חוק הממשלה 1443, 31.8.2021, עמ' 877). זוהי תכלית שהיא כשלעצמה ראויה, במיוחד על רקע המחסור בדירות מגורים ועליית מחיריהן ברחבי המדינה ובמיוחד באזורי ביקוש עירוניים (אם כי בנסיבות המקרה

בכללותן קיים חשש כי תכלית זו משמשת כעלה תאנה בשירותן של קבוצות אינטרס מאורגנות היטב, אשר אינן מתאמצות יתר על המידה להסוות את העובדה כי הן עומדות מאחורי תיקון 38 והמהלכים השלובים יחד עימו. יתרה מזו, כפי שאראה להלן, תכלית זו אינה מושגת באמצעות תיקון 38 אלא דווקא מסוכלת בעטיו).

מידתיות

41. מכאן לשאלה האם התיקון המוצע עומד במבחן המידתיות. מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה. הראשון, הוא הדרישה שיתקיים **קשר רציונלי** בין התכלית של החקיקה הפוגעת בחירויות המוגנות לבין האמצעים שננקטים על מנת להגשים את אותה תכלית. המבחן השני הוא מבחן **האמצעי שפגיעתו פחותה** ואילו מבחן המשנה השלישי הוא מבחן **האמצעי היחסי** (מידתיות "במובנה הצר"). (ראו, למשל, בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807, 836-841 (2004) בג"צ 9516/10 **מועצת הכפר וולג'ה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית** (2011) פס' 12 לפסק הדין).

מבחן המשנה הראשון: קשר רציונלי

42. מבחן המשנה הראשון של דרישת המידתיות הוא מבחן **הקשר הרציונלי**. על פי המבחן נדרש "קשר של רציונליות בין המטרה הראויה לבין האמצעי שנבחר". (בג"ץ **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (פס' 66) (2006). על מהותו של קשר זה אמר בית המשפט את הדברים הבאים:

לא נדרשת, מחד גיסא, ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו, ומאידך גיסא, אין להסתפק בסיכון קלוש ותיאורטי ... נדרשת אותה מידת הסתברות שהיא ראויה בהתחשב במהות הזכות, עוצמת הפגיעה בה, והאינטרס הציבורי שהפגיעה נועדה להגשים. לא נדרשת וודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו. די במידת הסתברות רצינית להשגת התכלית על ידי האמצעי הפוגע בזכות. מידת ההסתברות הנדרשת תיקבע בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת ושל תכלית הפגיעה.

(ראו עניין **עדאלה הנ"ל**, שם (מרכאות פנימיות הושמטו)) וכן בג"ץ 1757/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 420 (1997); בג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח(5) 10, 78 (2004))

43. הדרך לקביעת התקיימותו של קשר רציונלי עשויה לדרוש מבית המשפט להיכנס להערכה מורכבת של "עובדות חברתיות" (ראו עניין **עדאלה הנ"ל**, פס' 67) ואף של הערכות לגבי התפתחויות עתידיות, אשר נדרשות להיות מבוססות על העובדות בהווה שמשלעצמן עשויות להיות חסרות. מכאן, שהנטל המוטל על כתפי מי שטוען להיעדר קיומו של קשר רציונלי בין התכלית החקיקתית לבין האמצעי שנבחר על ידי המחוקק הוא נטל משמעותי (ראו בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464 (כב' השופט א' לוי, פס' 17-19)

(2005). על כן, בהיעדר ראיות ברורות לסתור, בשלב בו החוק העומד לדין עדיין לא יושם בפועל ולא הופקו לקחים מלאים מאכיפתו, ייטה בית המשפט להניח כי קשר רציונלי כזה קיים, זאת כל עוד שלא הוכח **שעל פני הדברים** לא קיים קשר רציונלי בין תכלית החקיקה לבין האמצעי שנבחר (ראו למשל בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות אדם, נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (כב' הנשיאה ביניש, פס' 47) (2009) (להלן: עניין **המרכז האקדמי**); בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (כב' הנשיאה חיות, פס' 87) (2020)). זאת ועוד, גם אם האמצעי שנבחר מקדם באופן חלקי את תכלית החוק (או חלק מתכליותיו) די בכך כדי שתתקיים דרישת הקשר הרציונלי (בג"ץ 9134/12 **גביש נ' הכנסת** (פס' 42 סיפה) (2016)).

44. במקרה הנדון קיים לדעתי ספק רב האם האמצעי שבו נקטה הכנסת - והוא החלשת כוחם היחסי של בעלי הדירות המתנגדים להליך פינוי בינוי ביחס לכוחם של בעלי הדירות התומכים בהליך - אכן מקיים את דרישת הקשר הרציונלי עם התכלית של קידום וייעול הליכים של פינוי בינוי. התשתית העובדתית שהוצגה בעת דיוני וועדת הכנסת לעניין זה הייתה חסרה ומחוררת, ולמעשה המסמך המשמעותי היחיד שהכיל נתונים היה המחקר של מרכז המחקר והמידע של הכנסת אשר הציג בפני הוועדה נתונים **שסתרו** את ההנחה שעמדה ביסוד התיקון. היינו, מחקר הכנסת הצביע על העובדה שבפני הכנסת לא עמדו נתונים מבוססים ומקיפים על תופעה של קשיים, חסמים ועיכובים בביצוע פרויקטים של פינוי בינוי כתוצאה מהתנגדות בעלי דירות, ואילו הנתונים שכן הובאו בפני הכנסת הצביעו על כך שרק אחוז קטן (שלא לומר זניח) של פרויקטים של פינוי ובינוי סבלו מעיכוב משמעותי כתוצאה מסרבנות של דיירים (ראו דו"ח מרכז המחקר של הכנסת, נספח 2 לעתירה ס' 4.3 בעמ' 42 שכותרתו "בעיית חוסר הנתונים לביסוס הצעת החוק" וכן עמ' 43 שם).

45. זאת ועוד, הבחינה של עוצמת הקשר הרציונלי נעשית גם על רקע מהות הזכות ועוצמת הפגיעה בה (ראו דברי בית המשפט בעניין **עדאלה** הנ"ל המצוטטים בפס' 42 לעיל). לפיכך, לאור העוצמה הניכרת של הפגיעה בזכות הקניין של בעלי הדירות במסגרת התיקון הנדון לחוק, המסקנה המתחייבת היא שהפגיעה איננה מקיימת את דרישת הקשר הרציונלי. לכאורה מסקנתי זו מייתרת את הצורך להמשיך ולבחון את התקיימות שאר המבחנים של המידתיות לגבי התיקון המוצע, שכן כידוע מבחני המשנה של דרישת המידתיות הם **מבחנים מצטברים**. אף על פי כן, אמשיך להלן לבחון את שאלת עמידתו של התיקון לחוק גם במבחני המשנה האחרים של דרישת המידתיות ולו למען שלמות התמונה.

מבחן המשנה השני: אמצעי שפגיעתו פחותה

46. מבחן המשנה **השני** של דרישת המידתיות הוא **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**. על פי המבחן הזה החקיקה העומדת לדין לא תצלח את הבחינה החוקתית אם קיים אמצעי אחר המאפשר להגשים את התכלית החקיקתית ופגיעתו בזכות המוגנת היא קטנה יותר (ראו למשל עניין **עדאלה** הנ"ל, בפס' 69). ודוק! על מנת שהחקיקה הנדונה לא תעמוד במבחן זה, האמצעי החלופי האמור נדרש לקדם את התכלית החקיקתית (לפחות) **באותה מידה** כמו האמצעי שנבחר

על ידי המחוקק (ראו למשל עניין **עיריית סלואד**, פס' 4 לפסק דינו (המצטרף) של כב' השופט הנדל ופס' 32 לפסק דינו של כב' השופט סולברג (במיעוט)).

47. לדעתי, התיקון הנדון לחוק פינוי בינוי איננו צולח את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, זאת משום שקיימים גם קיימים אמצעים חלופיים רבים שיכולים לקדם את התכלית המוצהרת של התיקון (זירוז ויעול הליכי פינוי בינוי) וזאת תוך פגיעה קלה הרבה יותר בזכויות בעלי הדירות מאשר זו הנגרמת כתוצאה מהאמצעי שנבחר על ידי המחוקק. כוונתי, בראש ובראשונה, לאמצעים של **הגדלת חלקם של בעלי הדירות ב'עוגה' התכנונית** במסגרת פרויקטים של פינוי בינוי על חשבון חלקם (המוגזם) של היזמים, כפי שנקבע (הלכה למעשה) על פי המערך הנורמטיבי המעוגן בחקיקה הקיימת, בתיקון הנדון ובהסדרים המינהליים שנעשו מכוחם. היינו, **אם אכן** הבעיה שהמחוקק ראה לנגד עיניו – כבעיה מרכזית הנוגעת לזירוז וקידום של פרויקטים של פינוי בינוי – היא הבעיה של חוסר שיתוף פעולה מספיק מטעם בעלי הדירות הקיימות בבתיים המשותפים הרי שההיגיון מחייב כי הדרך הטובה והיעילה ביותר לקדם שיתוף פעולה כזה תהיה **הגדלת התמריצים** הכלכליים של בעלי הדירות עצמם לקדם פרויקטים כאלה.

48. על פי המתכונת הנורמטיבית הקיימת התמורה המוצעת לבעלי הדירות הקיימות בפרויקטים של פינוי בינוי היא קבלת דירה בבניין החדש עם תוספת צנועה ביותר לגודל הדירה (שעומדת, בדרך כלל, על פי המתכונת הקיימת, על 12 מטרים רבועים, ראו פס' 6 לעיל) וזאת ללא כל יחס או הלימה לשווי המקרקעין באזור המדובר, או ל"יחס הקומבינציה" באותו אזור (ראו חוות דעת זנדברג, בפס' 18, 29 ו-92-90)). במצב דברים כזה לא יפלא אם רבים מבעלי הדירות אינם מתלהבים, בלשון המעטה, מלהצטרף ולהעניק את הסכמתם לפרויקטים של פינוי בינוי, שהרי הצטרפות לפרויקט כזה כרוכה, מבחינת בעלי הדירות, בסיבוכים בירוקרטיים, באובדן אפשרי של הכנסות (משכירות וכד'), באי-נוחות ובסיכונים לא מעטים שהם לוקחים על עצמם במקרה שפרויקט כזה 'נתקע' או מתעכב מסיבות כאלה או אחרות. לא צריך להכביר מלים כדי להסביר שיחסם של בעלי הדירות לפרויקט אפשרי כזה ישתנה לחלוטין אם התמורה שהם יוכלו לקבל בעקבות הפרויקט תהיה משמעותית ותיתן ביטוי לערך האמיתי של קניינם במסגרת הפרויקט (כגון, דירה **נוספת** בבניין החדש או הגדלה משמעותית וטיוב משמעותי של הנכס שבבעלותם).

49. טלו למשל פרויקט של פינוי הנעשה באחד מאזורי הביקוש, כגון בעיר תל-אביב (שם יחס הקומבינציה הוא 60%, ראו חוות דעת זנדברג, פס' 92-95). קשה לחשוב על שום סיבה הגיונית שחלקם של בעלי הדירות בפרויקט פינוי בינוי (שעשוי להגדיל את מספר הדירות על חלקת הקרקע המדוברת פי כמה וכמה) יסתכם בתוספת הדלה המוצעת על פי ההסדרים הנורמטיביים הקיימים, ותוך התעלמות מוחלטת משווי הקרקע ומיחס הקומבינציה הרלוונטי. מכל מקום ברור שאין צורך שהמחוקק ינקוט באמצעים (פוגעניים) שיגבירו את המוטיבציה של בעלי מקרקעין לעשות עסקאות קומבינציה באזורים כאלה. אם תינתן לבעלי הדירות תמורה נאותה ומשמעותית במסגרת פרויקטים של פינוי בינוי, בעיית חוסר המוטיבציה שלהם לשתף פעולה עם היזמים צפויה להיעלם לחלוטין (או, למצער, לקטון באופן משמעותי).

50. מכאן, שהגדלת התמריצים של בעלי הדירות, על ידי הגדלת חלקם בעוגה התכנונית, היא אמצעי שהוא לא רק צודק והוגן יותר המגשים את עיקרון הצדק החלוקתי ולא רק אמצעי שמפחית עד מאוד את הפגיעה החמורה בקניינים של בעלי הדירות, אלא שזהו גם האמצעי **היעיל ביותר**, על מנת לגרום לבעלי הדירות לשתף פעולה ברצון, בפרויקטים של פינוי בינוי!

51. אלא שהמדינה - במקום לפתור את הבעיה באמצעות 'הגזר' של הענקת תמורה הוגנת והולמת לבעלי הדירות – בחרה לעשות שימוש דווקא 'במקל' כלומר להקטין את חלקם של בעלי הדירות בתמורה הנובעת מפינוי בינוי, תוך קביעת הסדרים נורמטיביים ברמות שונות (כגון התקן השמאי, ראו להלן), אשר בפועל פוגעים בכוחם להתנגד להסדרים המקפחים את חלקם ואת זכויותיהם הקנייניות (באמצעות התיקון לחוק) ולהרע את מצבם אגב יצירת מצב שבו רוב הרווח הכלכלי כתוצאה מפינוי בינוי מגיע לידיהם של היזמים.

52. האמצעי שנבחר על ידי המחוקק הוא – בוודאות – אמצעי שפוגע קשות בזכויות ובקניין של בעלי הדירות, אם כי (כאמור לעיל) אין כל וודאות שהוא אכן מקדם באופן רציונלי את התכלית החקיקתית. הרי התכלית של התיקון איננה להעשיר את היזמים בפרויקטים של פינוי בינוי (על חשבון בעלי הדירות) אלא להקל, לתמרץ ולזרז פרויקטים של פינוי בינוי. הגדלת הכדאיות של פינוי בינוי על ידי חלוקה הוגנת של הזכויות והתמורות מהפרויקט, בין היתר תוך הבאה בחשבון של השווי הריאלי של זכויות בעלי הדירות בקרקע, תקדם את התכלית החקיקתית לא פחות מהאמצעי הפוגעני שננקט על ידי המחוקק אלא יותר. מכאן מתחייבת המסקנה שהתיקון הנדון לחוק נכשל מלצלוח את המבחן השני של דרישת המידתיות.

מבחן המשנה השלישי: מידתיות במובן הצר

53. מבחן המשנה **השלישי** של דרישת המידתיות הוא מבחן 'המידתיות במובן הצר'. "מבחן זה מחייב את קיומו של יחס סביר בין הזכות החוקתית המוגנת לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה" (ראו למשל עניין **המרכז האקדמי**, פס' 46; בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, בעמ' 279-280 (2002); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פס' 57-61 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק) (2006)).

54. מן הנאמר בסעיפים הקודמים עולה כי היתרון החברתי הצומח לאינטרס הציבורי (קידום וזירוז של פרויקטים של פינוי בינוי) כתוצאה מהפתרון שנבחר על ידי המחוקק בתיקון לחוק מוטל בספק או היפותטי לכל היותר. לעומת זאת הפגיעה בזכויות של בעלי הדירות בבניינים משותפים היא קשה, בוטה וודאית. בחינה כזו של עוצמת הפגיעה בזכות צריכה להיעשות על רקע **בחינה של כלל ההסדרים הנורמטיביים הנוגעים לנושא** (ראו בג"ץ **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 592 (2005); בג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה** (פס' 22) (2006)).

55. התיקון הנדון לחוק פוגע, כשלעצמו, פגיעה קשה בזכות הקניין של בעלי הדירות משום שהוא מקטין בצורה משמעותית את הרוב הנדרש על מנת לחייב בעלי דירות להכפיף את עצמם לפרויקטים של פינוי בינוי ומחליש מאוד את כוחם להתנגד לפרויקטים כאלה, תוך עמידה על זכויותיהם הקנייניות

וציפיותם לקבל תמורה המשקפת את השוויון הקרקעי של דירתם. אולם את ההיקף האמיתי של הפגיעה בזכויות בעלי הדירות לא ניתן לראות, אלא אם כן בוחנים את התיקון לחוק על רקע כלל ההסדרים הנורמטיביים הקיימים לעניין זה במישור הסטטוטורי ובמישור של ההסדרים המינהליים הרלוונטיים.

56. בראש ובראשונה, הפגיעה שמסב התיקון לחוק ביכולת של הדיירים לעמוד על זכויותיהם במסגרת פינוי בינוי ולהשיג תמורה הולמת לרכושם, מצטרפת לשורה של הסדרים סטטוטוריים אחרים, לרבות אלו שעוגנו בתיקונים מוקדמים יותר לחוק פינוי בינוי, ובכללם קביעת 'החזקה' הסטטוטורית – המבוססת על הערכת שמאי פינוי בינוי (שהיא עצמה מבוססת על התקן השמאי, ראו להלן) – לפיה עסקה היא 'כדאית כלכלית', קביעה המכפיפה את בעלי הדירות למשטר קשוח ורצוף סיכונים להטלת סנקציות במישור הקנייני והנזיקי כאחד, אם הם חפצים לעמוד על זכויותיהם הקנייניות במסגרת פינוי בינוי (ראו הפירוט בפס' 5 לעיל).

57. להסדרים המעוגנים בחוק מצטרפים גם שורה של הסדרים מינהליים – לרבות חקיקת משנה והנחיות מנהליות ברמה הממשלתית והמקומית – ובראשם התקן השמאי המחמיר והפוגעני שכבר אומץ על ידי רשויות תכנון רבות (ראו כמפורט בפס' 6 לעיל וראו הדיון להלן). התוצאה האופרטיבית הבלתי נמנעת של כל ההסדרים הללו היא שכאשר קיים שיתוף פעולה מינימלי של חלק קטן מבעלי הדירות עם יזם שבמסגרתו 'מותנע' פרויקט של פינוי בינוי לגבי בית משותף מסוים, היכולת המעשית של בעלי הדירות האחרים לנהל משא ומתן אמיתי כדי להפיק את התועלת הראויה וההוגנת ולהבטיח את זכויותיהם במסגרת הפרויקט כמעט ואיננה קיימת ועמדת המשא ומתן שלהם ומרחב התמרון שלהם מצטמצמים להיקף השואף לאפס. למעשה, במבנה הקיים של החוק, שאליו מצטרפים ההסדרים המינהליים השונים (שיידונו במפורט להלן), יוצר מבחינת שאר בעלי הדירות מעין 'תבנית' או 'מסלול' משפטי הכרחי ומוכתב מראש (שניתן לדמותו – עם כל ההסתייגויות המתחייבות – למעין 'קוראלס' (corrales) משפטי שאליו מובלות זכויותיהם הקנייניות של בעלי הדירות – לפגיעה קשה מבלי שנותר להם כל מרחב תמרון). כל צעד שינסו לנקוט על מנת למלט את עצמם מן המסלול ההכרחי הזה – צעד שבהכרח מצריך שיתוף פעולה גם מצד בעלי הדירות האחרים – חושף אותם לחבויות ולסיכונים משפטיים, שמהם יהיה להם קשה להימנע, ומכל מקום, הם אינם יכולים להיות בטוחים שיוכלו ללכת בו מבלי לשאת באותם סיכונים כבדים.

58. מכאן, שהתיקון לחוק, כשהוא מתווסף להסדרים הקיימים בחוק, לתיקונים הקודמים שנעשו במטרה להחליש את כושר התמרון ואת כוח המיקוח של בעלי הדירות ולחשוף אותם לסיכונים משפטיים, ועל רקע כלל ההסדרים הנורמטיביים לעניין פינוי בינוי – מהווה מעין 'קורה' ששוברת לחלוטין את גב הגמל, והוא מטה בבירור את כף האיזון לחובה אל מול התועלת הלא ברורה לקידום האינטרס הציבורי העומד בבסיס התכלית החקיקתית.

59. אשר על כן, המסקנה המתחייבת היא שהתיקון המוצע לחוק – כאשר בוחנים אותו על רקע כלל ההסדרים הנורמטיביים, הסטטוטוריים והאחרים – נכשל גם במבחן השלישי של המידתיות במובן הצר.

60. כפי שכבר נאמר, התיקון לחוק פינוי בינוי אינו עומד לבדו אלא הוא מצטרף לשורה ארוכה של צעדים שננקטו על ידי הכנסת והממשלה להגבלת זכויותיהם ולהצרת צעדיהם של בעלי דירות קיימות בפרויקטים של פינוי בינוי. חלק מהצעדים הללו נוגעים למבנה החוק המקורי ולתיקונים קודמים שהוכנסו בו (ראו פס' 5 לעיל). חלק אחר של ההסדרים הללו איננו מעוגן (ישירות) בחקיקה ראשית, אלא המדובר בשורה של אקטים מינהליים שננקטו על ידי הממשלה, הרשויות המקומיות ורשויות נוספות, כאשר **התוצאה המצטברת** של כל הצעדים הללו היא פגיעה קשה בזכויותיהם של בעלי הדירות. בחלק הנוכחי של חוות דעת זו אעסוק במערך הצעדים המינהליים הללו.
61. כידוע, המערך הנורמטיבי במדינת המינהל המודרנית איננו מורכב אך מחקיקה ראשית ואפילו לא מחקיקה ראשית בצירוף לחקיקת משנה. אלא, בתוך 'ממלכת' המינהל הציבורי קיים ערב רב של מכשירים מינהליים המשמשים את רשויות המינהל בפעולותיהן, לרבות הנחיות מינהליות, 'ניירות עמדה', תקנונים, תקנים וכיו"ב (ראו יואב דותן, **הנחיות מינהליות** 27 (1996) – להלן: **דותן-הנחיות**). לא תמיד יש למכשירים המינהליים הללו מעמד פורמלי ברור, ולא תמיד ברור – מנקודת ראות משפטית פורמליסטית – האם, ובאיזה מידה ואופן, המכשירים הללו יוצרים 'חיוב משפטי' (ראו בהרחבה דותן-הנחיות, 363 ואילך). לא פעם המכשירים הללו הם 'שקופים' וסמויים מן העין מנקודת הראות של האזרח, הנזקק לשירותי המינהל. ואולם, הלכה למעשה, ההשלכה שלהם על שיקול הדעת המינהלי, ובהתאם על זכויותיו של האזרח – היא מקיפה ומכרעת.
62. המקרה הנדון כאן מהווה דוגמה קלאסית למצב שבו קיים **מערך** של מכשירים מינהליים, שכל אחד מהם בנפרד מהווה, לכאורה, רק הנחיה מנהלית שיש לה מעמד 'מנחה' או הוראה של גורם שיש לו מעמד של גורם 'מיעץ' וכיו"ב – אך **ההשפעה המצטברת** של כל המכשירים הללו – בתוך המערך הסטטוטורי שיוצר החוק – היא השפעה מכרעת, שחותכת – הלכה למעשה – את הזכויות של כל הגורמים המשתתפים בהליכי פינוי בינוי.
63. הנדבכים העיקריים במערך הנורמטיבי הזה הם המרכיבים הבאים:
- א. חוק פינוי בינוי, ובמיוחד סעיפים 2(א) ו-2(ב)(1) לחוק;
- ב. תקן השמאות 21.1 (ראו פס' 6א לעיל);
- ג. עמדת הרשות להתחדשות עירונית (ראו פס' 6ב לעיל);
- ד. מסמכי המדיניות של וועדות התכנון והרשויות המקומיות שאימצו את התקן השמאי (ראו פס' 6ג לעיל);
64. אף אחד מהנדבכים הללו של המערך הנורמטיבי הזה איננו מצביע **כשלעצמו** על תוצאה משפטית **מתחייבת** או על פגיעה **ישירה** בזכויות הקנייניות של בעלי הדירות או גורם אחר. נוסח

החוק, כשלעצמו, איננו קובע כל קביעה חותכת לעניין זה, ואף איננו מתייחס ישירות לנדבכים האחרים במערך הנורמטיבי האמור (ראו להלן). ואילו שאר הנדבכים מהווים, לכאורה, לא יותר מאשר הנחיות מינהליות, או מסמכי מדיניות של גופים מייעצים, שאינם מחייבים, לכאורה, באופן פורמלי ומוחלט אף אחד ממקבלי ההחלטות המוסמכים בהליך פינוי בינוי. ואף על פי כן, **המשמעות המעשית המצטברת** של המערך הזה, היא מכרעת בכל הנוגע לזכויות הקנייניות של הצדדים לעסקאות פינוי בינוי ולמרחב התמרון המעשי שנותר להם במסגרת התהליכים הנוגעים לעניין.

65. כאן המקום להקדים ולציין כי האופי המבוזר והלא פורמלי של המערך הנורמטיבי הזה מקשה מאוד על המשפטן בבואו להעריך את השלכותיו מנקודת הראות של המשפט המינהלי. הרכיבים העיקריים במערך זה הם, כאמור, הנחיות או מסמכי עמדה לא פורמליים של גופים מייעצים – שלכאורה אין להם 'תוקף מחייב', ולכן גם אינם כובלים (ושוב, מתחייבת כאן המילה לכאורה) את שיקול דעתם של הגורמים המוסמכים – וממילא קשה לשים את האצבע על אותו רכיב קריטי שמעניק למערך הזה את כוחו הנורמטיבי האמיתי. בכל שלב ניתן לכאורה לטעון כי כל אחד מהנדבכים הללו, כשהוא עומד כשלעצמו, איננו 'כובל' את שיקול דעתם של הגורמים המוסמכים מקבלי ההחלטות, ולכן אין בו כדי להשליך באופן ישיר ומכריע על זכויותיהם של הנוגעים בדבר. מבחינה זו, הניסיון להעריך את התוקף הנורמטיבי של המערך הזה משול, מבחינת המשפטן, לניסיון לתפוס את הרוח. אולם, בכל אלו אין בכדי לשנות את העובדה שההשפעה המצטברת של המערך הנורמטיבי הזה – הלכה למעשה – יוצרת אפקט רב עוצמה ומכריע מבחינת האפשרות העומדת בפני בעלי הדירות בפרויקטים של פינוי בינוי לעמוד על זכויותיהם הקנייניות כדי להגיע לחלוקה הוגנת, המשקפת את השווי הריאלי של רכושם במסגרת פרויקטים כאלה.

66. לפיכך, במסגרת הניתוח להלן אבחן את המעמד המשפטי וההשלכות הנורמטיביות של כל אחד מהנדבכים הללו במערך הנורמטיבי הרלוונטי, זאת באספקלריה של ההשתלבות שלו בתמונה הכוללת שנוצרת בעקבות השילוב בין המרכיבים השונים של מערך זה.

נקודת המוצא הסטטוטורית – סעיף 2(ב) לחוק פינוי בינוי

67. נקודת המוצא לניתוח היא חוק פינוי ובינוי. נבחן אפוא תחילה את נוסח הסעיפים הרלוונטיים בחוק.

סעיף 2(א) לחוק קובע כדלקמן:

הסכים רוב מיוחס מבין בעלי הדירות במקבץ לפינוי ובינוי לכרות עסקת פינוי ובינוי, ומצא בית המשפט כי בעל דירה באותו מקבץ מסרב סירוב בלתי סביר להעביר את זכויותיו לשם ביצוע העסקה או מתנה את הסכמתו לכך בתנאים בלתי סבירים (בחוק זה – בעל דירה מסרב), רשאי בית המשפט לפעול באחת מאלה –

(1) לקבוע כי בעל הדירה המסרב אחראי בניזיקין כלפי שאר בעלי הדירות באותו מקבץ

המסכימים לעסקה, בשל הנזק שנגרם להם עקב אי-ביצוע העסקה;

(2) לאשר את ביצוע העסקה וכן למנות עורך דין או רואה חשבון, שאינו בעל דירה במקבץ,

שיהיה מוסמך, בהתאם להוראות בית המשפט, להתקשר בעסקה בשם בעל הדירה המסרב.

ואילו ס"ק 2(ב)(1) קובע כי:

(ב) סירוב להעברת זכויות כאמור בסעיף קטן (א) לא ייחשב כבלתי סביר, בין השאר, באחד

מאלה:

(1) עסקת הפינוי ובינוי אינה כדאית כלכלית; קבע שמאי פינוי ובינוי כי העסקה כדאית כלכלית,

תהווה קביעה זו חזקה כי היא כדאית כאמור לעניין בחינת סבירותו של הסירוב, אלא אם כן הוכח

אחרת; קבע שמאי פינוי ובינוי כי העסקה תהיה כדאית כלכלית בהתקיים תנאים שקבע, חזקה כי

היא כדאית כאמור בהתקיים התנאים שקבע, אלא אם כן הוכח אחרת;

(2)...

ובסעיף 2א לחוק נקבע כדלקמן:

(א) רוב מיוחס של בעלי הדירות לעניין קביעת כדאיות כלכלית רשאי לפנות למנהל הרשות

הממשלתית להתחדשות עירונית בבקשה למנות שמאי פינוי ובינוי לעניין סעיף 2(ב)(1), כדי שיחליט

אם עסקת הפינוי ובינוי המוצעת כדאית כלכלית, ואם אינה כדאית – באילו תנאים תיחשב כדאית.

(ב) מנהל הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית ימנה שמאי פינוי ובינוי מתוך רשימת

השמאים, ויודיע לפונים ולבעלי הדירות שאינם מבין הרוב המיוחס לעניין קביעת כדאיות כלכלית,

בתוך 15 ימים ממועד קבלת הפנייה, על זהות השמאי שמינה.

(ג) שמאי פינוי ובינוי ידון ויקבע אם עסקת פינוי ובינוי מוצעת כדאית כלכלית, ואם אינה כדאית

– באילו תנאים תיחשב כדאית.

(ד)....

ולבסוף, סעיף 2ב לחוק קובע:

(א) שר המשפטים יקבע, על פי המלצת הוועדה המייעצת, רשימה של שמאי מקרקעין הכשירים לכהן

כשמאי פינוי ובינוי;...

(ב) ...

68. עיון בסעיפים אלו מצביע על העובדה שהחוק אמנם מעניק מעמד חשוב לקביעותיו של

"שמאי פינוי ובינוי" (קרי שמאים שנכללו ברשימה שנקבעה על ידי שר המשפטים, כאמור בס' 2ב

לחוק), שקביעתו כי עסקת פינוי ובינוי היא כדאית כלכלית יוצרת חזקה כי הסירוב של בעלי הדירות

להסכים לעסקה הוא בלתי סביר (ולרבות כל ההשלכות של קביעה כזו כאמור בס' 2(א) לחוק), אך

החוק אינו קובע דבר, ולמעשה אינו מתייחס כלל, לתקן השמאי, למועצת השמאים או לוועדת

לתקינה שמאית.

69. מועצת השמאים והוועדה לתקינה אינן אפוא אלא במעמד של גופים מייעצים לממשלה

ולרשויות המקומיות בכל הנוגע לפרויקטים של בינוי פינוי. יוער, במאמר מוסגר, כי אמנם מעמדה

של המועצה מעוגן בחוק שמאי מקרקעין, התשס"א-2001 (להלן: חוק שמאי מקרקעין) אך חוק זה עוסק בעיקר בהליכי ההכשרה, ההסמכה והרישוי המקצועיים של שמאי מקרקעין ובקביעת נורמות אתיות למקצוע ולא בעניינים הנוגעים לתקינה שמאית, ומכל מקום גם חוק זה איננו מתייחס כלל לוועדת התקינה.

תקן שמאות 21.1 – הנחייה מינהלית

70. מהו אפוא מעמדו המשפטי של תקן 21.1? ומהן ההשלכות הנורמטיביות של קבלתו על ידי ועדת התקינה של מועצת השמאים ואימוצו על ידי הגורמים הרלוונטיים השונים העוסקים בפינוי בינוי?

71. כאמור לעיל, חוק פינוי בינוי אינו מעניק שום מעמד פורמלי למועצת השמאים, ולא כל שכן לוועדת התקינה של המועצה, וממילא אין בחוק הסמכה למועצה או לגורם כלשהו השייך אליה להתקין תקנות בעניין. לפיכך, ללא הסמכה ברורה כזו לקבוע נורמות מחייבות, התקן עצמו אינו נורמה במעמד של חקיקת משנה (ראו בג"ץ 5309/91 **גורן נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד מו(2) 233, 234–235 (1992)) אלא המעמד הנורמטיבי של התקן הוא כשל הנחיה מינהלית, כלומר כשל נורמה שרשיות מינהל שונות מוסמכות לאמץ אותה על מנת שיסייעו לה להפעיל את שיקול דעתן (ראו למשל ע"מ 9187/07 **לוזון נ' משרד הפנים** (כב' השופט דנציגר, פס' 58 (2008) – להלן: עניין **לוזון**)). דברים דומים ניתן לומר על מסמכי המדיניות העירוניים שאימצו את התקן כבסיס להפעלת שיקול דעתן של רשויות התכנון המקומיות (ראו פס' 6ג לעיל). (במאמר מוסגר יוער כי קל וחומר שזהו מצב הדברים לאור העובדה שתקן 21.1, כפי שפורסם על ידי משרד המשפטים בשנת 2021, מוגדר בשלב זה כ'הצעה' או כ'טיוטה' שעדיין לא קיבלה, לכאורה, אישור 'סופי' מטעם מועצת השמאים או מטעם המשרד, ראו ה"ש 4 לעיל).

72. העובדה שתקן 21.1 מסווג מבחינה משפטית פורמלית כהנחיה מינהלית ולא כחקיקת משנה אין בה כדי ללמד הרבה על החשיבות של התקן **במישור המעשי** ועל ההשלכות שיש לפרסומו מבחינה פרקטית על הפעלת שיקול הדעת של כלל רשויות התכנון והביצוע, ולרבות של שמאי פינוי בינוי המחווים את דעתם לגבי הכדאיות הכלכלית של עסקאות פינוי בינוי. בית המשפט כבר עמד על כך כי "בתחומים רבים בהם פועל המינהל מהוות ההנחיות את השלד הנורמטיבי העיקרי, ולעתים הבלעדי, אשר באמצעותו מתקבלות החלטות ומבוצעות פעולות" (ראו דברי השופט דנציגר בעניין **לוזון הנ"ל**, פס' 38 וכן יואב דותן, "פרסום הנחיות מינהליות" **משפט וממשל** ג(2) 475, 476 (תשנ"ו) וכן דותן-הנחיות, 361–346). התחום הנדון כאן, של קביעת הוראות בנוגע לחלוקת הזכויות התכנוניות בפרויקטים של פינוי בינוי, הוא דוגמה טובה לכך שהרי ההוראות הנורמטיביות הרלוונטיות לחלוקת הזכויות הקנייניות בפרויקטים של פינוי בינוי מעוגנות אך בתקן ובמסמכי המדיניות של הרשות להתחדשות עירונית ורשויות התכנון המקומיות, כלומר באופן בלעדי באמצעות הנחיות מינהליות כאלה.

73. היינו, למרות שלמועצת השמאים ולוועדת התקינה של המועצה אין לכאורה כל סמכות פורמלית לקבוע נורמות מחייבות בתחום הפינני בינוי וחלוקת הזכויות הקנייניות והתכנוניות בין בעלי הדירות לבין היזמים (וראו עוד להלן) והסמכות הנתונה בידיהן היא, לכל היותר, סמכות ייעוצית, הרי **שהלכה למעשה** תקן 21.1 הוא הנורמה על פיה יישק דבר בתחום זה, זאת משום שהתקן אומץ כבר הן על ידי הרשות להתחדשות עירונית והן על ידי גופי התכנון השונים ברמה המקומית (ראו פס' 6 לעיל). כלומר, כלל הגופים הרלוונטיים פועלים, הלכה למעשה, בהתאם להוראות שנקבעו בתקן.
74. אמנם, מבחינה פורמלית, לכאורה הנחיות מינהליות אינן נורמות 'מחייבות' במובן זה שהן אינן כובלות לחלוטין את שיקול הדעת של הרשויות הפועלות על פיהן ובמישור הפורמלי רשות הפועלת על פי הנחיות מינהליות נדרשת לשיקול את נסיבות כל מקרה ספציפי כדי לבחון האם יש מקום לסטות מההנחיות הכלליות (ראו למשל בג"ץ 92/83 **נגר נ' מנהלת ענף ביטוח נפגעי עבודה (פעולות איבה) במוסד לביטוח לאומי**, פ"ד לט(1) 353, 341 (1985); בג"ץ 5537/91 **אפרתי נ' אוסטפלד**, פ"ד מו(3) 515, 501 (1992); בג"ץ 4382/98 **גבאי נ' שר הבריאות**, פ"ד נב(3) 423, 418 (1998); רע"ב 4779/17 **אבו-צעלוק נ' שירות בתי הסוהר** (פס' 14א) (2020)). ראו גם יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** – כך ה: עילות הביקורת המשפטית, 3743-3746 (2020) (להלן: **זמיר**). אולם, הניסיון המצטבר כמו גם מחקרים אמפיריים שנעשו בנושא, מצביעים כל כך שרשויות המינהל אינן נוהגות לסטות מהנחיותיהן ואף אינן נוהגות לשיקול את אפשרות הסטייה במקרים הקונקרטיים במרביתם המכרעת של המקרים שבהם נעשה שימוש בהנחיות (ראו למשל Nicholas R. Parrillo, "Federal Agency Guidance and the Power to Bind: An Empirical Study of Agencies and Industries", 36 *Yale J. on Reg.* 165, 174 (2019) וכן דותן-הנחיות, 63-66, 415-418). הסיבה העיקרית לכך, מעבר לנטייה הטבעית של פקידי המנהל להיצמד לכללים אליהם הם מורגלים, היא העובדה שבדרך כללה הנחיות אינן נוצרות על ידי הדרג שמקבל את ההחלטה הספציפית אלא על ידי גורם בכיר יותר במסגרת הרשות המינהלית או המינהל בכללו. לפיכך, סטייה מהנחיות פירושה שהגורם הספציפי ברשות המינהלית נדרש לפעול בניגוד להוראות גורמים הממונים עליו או הנמצאים במדרג הגבוה יותר בתוך הארגון המינהלי (ראו דותן-הנחיות 417 ואסמכתאות שם).
75. את הדברים הללו ניתן להדגים אם נתבונן על מעמדו של התקן מנקודת הראות של שמאי הפינני בינוי שמתבקש לחוות את דעתו לגבי כדאיותה הכלכלית של עסקת פינני בינוי קונקרטית על פי הסמכות הנתונה לו בסעיף 2(ב)(1) לחוק פינני בינוי:
- א. ראשית, השמאי **ממונה לתפקידו** על ידי מנהל הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית (ראו ס"ק 2א(ב) לחוק שנוסחו מובא לעיל), קרי אותה רשות שכבר הודיעה ברבים כי היא מאמצת את תקן 21.1 כתקן הקובע מבחינתה לצורך הערכת הכדאיות של עסקאות פינני בינוי. זאת ועוד, השמאי יכול להתמנות לתפקידו אך ורק אם נכלל ב'רשימת השמאים' שהרכבה נקבע על ידי שר המשפטים, בהמלצת הוועדה המייעצת לשר (על פי סעיף 2ב לחוק). כלומר, השמאי

- תלוי לחלוטין מבחינה מקצועית וגם מבחינה כלכלית, לעניין זה, ברשות להתחדשות עירונית וברשויות משרד המשפטים (שממילא, כפי שניתן להניח בוודאות, פועלות בתיאום מלא עם מועצת השמאים, שהיא עצמה גוף שחבר מרכזי בו הוא השמאי הממשלתי הראשי שבמשרד המשפטים וחבריו ממונים על ידי שר המשפטים, ראו סעיף 2 לחוק שמאי מקרקעין).
- ב. מעבר לכפיפות המקצועית של שמאי פינוי בינוי להוראות מועצת השמאים, השמאי, שעה שהוא בא להעריך את הכדאיות הכלכלית של עסקת פינוי בינוי, חייב להביא בחשבון את העמדות והקביעות של הגורמים התכנוניים הרלוונטיים, ובראש ובראשונה של גורמי התכנון המקומיים. כפי שהראינו לעיל, הללו כבר אימצו, רובם ככולם, את התקן בתור המדיניות שהם פועלים על פיה (ראו פס' 6ג לעיל).
76. נשאלת אפוא השאלה, מהו הסיכוי המעשי ששמאי פינוי בינוי כלשהו יהיו לסטות מהתקן ולקבוע כי עסקת פינוי בינוי כלשהי שנמסרה להערכתו ועומדת בדרישות התקן היא 'בלתי כדאית מבחינה כלכלית' כאשר הוא יודע כי התקן אומץ על ידי מועצת השמאים – קרי הגוף העליון בהיררכיה המקצועית אליה הוא משתייך ועל ידי הגורמים שלהם הוא חייב את מינויו (קרי הרשות להתחדשות עירונית), ותוך כדי שהוא סותר את המדיניות המוצהרת שאומצה על ידי גורמי התכנון המקומיים האמונים על אישור תכנית הפינוי בינוי הספציפית? – דומה, שהתשובה המתחייבת לשאלה זו היא כי סיכוי כזה איננו קיים במציאות, או שהוא שואף לאפס.
77. בהקשר זה צריך לציין כי אמנם, בסופו של דבר, על פי סעיף 2(א) לחוק ההכרעה לגבי הפעלת אמצעי הכפייה שבסעיף על בעלי הדירות המתנגדים לעסקה מצויה בסמכות בית המשפט, ברם על פי ס"ק 2(ב)(1) קביעותו של שמאי פינוי בינוי יוצרת **חזקה** לגבי כדאיות העסקה ועמה גם חזקה לגבי סבירות הסירוב של בעלי הדירות. לפיכך, אם קובע השמאי, שהוא המומחה המקצועי שממונה על פי החוק על הערכת כדאיות העסקה, שהעסקה היא כדאית כלכלית מוטל על המתנגדים לעסקה נטל הוכחה כבד ביותר לסתירת החזקה והאפשרות המעשית שבית המשפט יתערב בקביעת השמאי היא קלושה, שכן לבית המשפט אין ידע מקצועי המאפשר לו לבקר את קביעת השמאי, ועל כן קשה לחשוב על סיטואציה שבה יפסוק נגד חוות דעת שמאי פינוי בינוי היוצרת חזקה חלוטה על-פי החוק ונערכה בהתאם ל"תקן שמאי", כביכול, שקיבל את ברכת רשויות המדינה.
78. ההשפעה המכרעת של התקן השמאי על קבלת ההחלטות, הן של הרשויות האדמיניסטרטיביות הרלוונטיות והן של בתי המשפט בתחום הנדון, איננה רק עניין של הערכת מלומדים אלא היא באה כבר לידי ביטוי בפסיקת בתי המשפט. בתי המשפט אמנם הכירו בכך שלתקינה השמאית לא ניתן "מעמד סטטוטורי במישרין" (בר"ם 1621/18 **אטבליסמנט סמונד נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שרונים** (כב' השופטת ברק-ארז, פס' 11) (2019) אך הדבר לא מנע מהם לפנות לתקן בתור הנורמה שעל-פיה יישק דבר. כך למשל בת"א (י-ם) 18270-06-12 **ליכטמן נ' משיח אהרן** (כב' השופט דראל, פס' 51) (2013) בית המשפט מצטט את האמור בתקן תוך שהוא קובע כי "הבדיקה הכלכלית תבחן את השאלה האם בעלי הדירות מקבלים את

המינימום הסביר והאם התמורה המוצעת כדאית כלכלית בהתחשב, בין השאר, ברווח היזמי ובנתוני הפרויקט. (ההדגשה הוספה). כלומר, התקן שימש לא רק אמת מידה מקצועית לחישוב שמאי של כדאיות התמורה ולא רק נקודת מוצא להערכת סבירות העסקה אלא גם בסיס לאימוץ **גישה פרשנית כוללת** של בית המשפט לחוק פינוי בינוי. לפי גישה זו **הכדאיות הכלכלית** של העסקה ו**סבירות הסירוב** של המתנגדים לעסקה (כמשמעותם בסעיפי החוק) – נקבעים לפי **גישת המינימום**. די בכך שלבעלי הדירות ניתנת תמורה מינימלית כדי שהעסקה תחשב לכדאית מבחינה כלכלית והסירוב יוגדר כסירוב בלתי סביר על כל המשתמע מכך. כאן המקום לציין כי לגישה פרשנית זו של בית המשפט אין עיגון בלשון החוק, ומכל מקום, בית המשפט גם לא נזקק לניתוח פרשני של החוק לעניין זה, אלא ביסס את גישתו הפרשנית, כל כולה, על התקן השמאי (שכשלעצמו, כאמור, אינו נזכר כלל בחוק פינוי בינוי). מכאן, שהתקן השמאי משמש לא רק אמת מידה מקצועית שלפיה נקבעות הערכות השמאים לגבי עסקה ספציפית, אלא שהוא משפיע ומעצב גם את גישת בתי המשפט לפרשנות החקיקה שמהווה את **המסגרת הנורמטיבית הכללית** בתוכה מתרחש ההליך כולו. (וראו גם גישה דומה שאומצה על ידי בית המשפט בע"א 3511/13 **שורצברגר נ' מרין** (כב' השופט דנציגר, פס' 33) (2014). ולעניין החשיבות שיש לתקן לצורך עבודתם של גופי התכנון ראו גם עת"מ (ת"א) 18151-0-19 **כהנוביץ נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ובנייה – מחוז תל-אביב** (פס' 127) (2020); ערר(ת"א 85224/14 **אשדר חברה לבנייה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב** (פס' 43) (2020); ערר (מרכז 47-18 **הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נתניה נ' הוועדה המחוזית** (פס' 62) (2019)).

79. לאמור לעיל יש להוסיף כי מעבר להשלכות המשפטיות של התקן הנובעות מאימוצו על ידי כל הרשויות העוסקות בפינוי בינוי (לרבות בתי המשפט), יש לו גם השלכה רבת עוצמה על דרכי קבלת ההחלטות של הנוגעים בדבר במישור הפסיכולוגי, אם בוחנים את הדברים מנקודת הראות של הכלכלה ההתנהגותית. מחקרים רבים שנעשו הוכיחו כי קבלת החלטות הנוגעות להערכות כספיות או מספריות חשופה מאוד **להטיית העיגון** (anchoring). כלומר, הצבת אמת מידה מספרית ראשונית (כגון, הצעת מחיר או קביעה מספרית כלשהי) יש לה השפעה ממשית על האופן שבו מי שמתבקש לבצע הערכה כלכלית או מספרית מפעיל את שיקול דעתו כמו גם על התוצאה הסופית. זאת ועוד, המחקר בתחום מוכיח כי הטיית העיגון היא מסוג ההטיות שגם מקבלי החלטות מקצועיים (לרבות שופטים מקצועיים) מתקשים מאוד לנטרל, אפילו אם הם מודעים לקיומה (ראו

Chris Guthrie Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, "Inside the Judicial Mind" 86 *Cornell L. Review* 777, 787-794 (2001); Doron Teichman & Eyal Zamir, "Behavioral Economics and Court Decisionmaking" *Hebrew Un. Legal Studies Research Paper*, No 21-27, p. 8-11 (2021) (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3935162)

עובדה זו מחזקת ביתר שאת את ההשלכות של התקן על שרשרת קבלת ההחלטות הנוגעת להכרעה בדבר הכדאיות הכלכלית של עסקאות פינוי בינוי, משום שאפילו נניח – הנחה קלושה למדי בנסיבות העניין – שמי ממקבלי ההחלטות ישקול ברצינות את האפשרות לסטות מהתקן בעסקת פינוי בינוי זו או אחרת הרי הקביעות שבתקן יגבילו מאוד, הלכה למעשה, את שיקול הדעת של הנוגעים בדבר.

80. לסיכום חלק זה: תקן 21.1 הוא הבריא המרכזי במערך של מכשירים מינהליים שונים, לרבות התקן עצמו, החלטות המדיניות של הרשות להתחדשות עירונית ושל גופי ממשלה שונים, והחלטות מדיניות של רשויות מקומיות ורשויות תכנון מקומיות. כל אחד מהרכיבים הללו כשלעצמו איננו יוצר, לכאורה, נורמה משפטית מחייבת, אך השילוב שלהן ביחד, והעובדה שהגופים השונים מאמצים במהירות ובאופן אחיד – וללא שקילה של נסיבות המקרה הקונקרטי או עסקת הפינוי ובינוי הקונקרטי – סטנדרטים כלליים זהים הופכת את התקן לנורמה מרכזית שעל פיה נחתכות, הלכה למעשה, הכדאיות של עסקאות פינוי בינוי לצורך הפעלת הסנקציות השונות הקבועות בחוק כנגד בעלי דירות 'סרבנים' (וראו גם למשל עת"מ (חיפה) **שומרי הסף התנועה להגנת ערכי שלטון החוק (ע"ר) נ' עיריית חיפה** (כב' השופט ג'השאן, פס' 73-71) (2020) (להלן: עניין **שומרי הסף**)). מערך זה, שברובו מורכב ממסמכי מדיניות והנחיות שלכאורה אינן 'מחייבות' או קושרות באופן פורמלי, יוצר, הלכה למעשה, שרשרת סיבתיות הכרחית כמעט, שחותכת את מערך הזכויות ואת חלוקת הזכויות הקנייניות והתכנוניות בין הצדדים לעסקאות פינוי בינוי. לפיכך, מתבקשת בחינה יסודית של החוקיות של מערך נורמטיבי זה על פי כללי המשפט המינהלי.

תקן שמאות 21.1 – סמכות והסדרים ראשוניים

81. המעמד המתואר של התקן, כנורמה שמכתיבה הלכה למעשה את עמדת שמאי המקרקעין ורשויות התכנון לגבי הכדאיות הכלכלית של עסקאות פינוי בינוי, מחייב לדון בשאלה מנין נובעת סמכותן של רשויות המינהל הרלוונטיות לעשות שימוש כאמור בתקן השמאי. כלומר, מתעוררת השאלה האם יש לרשויות הנוגעות בדבר סמכות לאמץ את התקן בתור אמת מידה אחידה שהלכה למעשה מכתיבה את עמדת שמאי פינוי בינוי ביחס לכדאיות הכלכלית של עסקאות פינוי בינוי ברחבי המדינה.

82. הנקודה הראשונה אותה יש לבחון בהקשר זה היא האם תקן השמאות הוא בבחינת 'הסדר ראשוני' שיצירתו ואימוצו מחייבים הסמכה מפורשת בחקיקה הראשית.

83. הפסיקה הענפה שהתפתחה בסוגיית ההסדרים הראשוניים בשני העשורים האחרונים עדיין לא הגדירה במדויק מהם הקריטריונים להכללתו של נושא מסוים או הסדר מסוים בגדר ההגדרה של הסדר ראשוני. גישה אחת בפסיקה נוטה לתלות את שאלת הכללתה של החלטה מסוימת כהסדר ראשוני בשאלה עד כמה ההסדר הנדון פוגע או משפיע על זכויות היסוד של הפרט (ראו למשל עמדת כב' הנשיא גרוניס בבג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל** (פס' 27) (2014) (להלן: עניין **ייצוא הגז**) וכן גישת כב' השופט פוגלמן בבג"ץ 7803/06

אבו ערפה נ' שר הפנים (פס' 54 רישה) (2017)). גישה אחרת נוטה לשים דגש על החשיבות הציבורית הכללית של ההסדר שבו מדובר, כלומר בהשלכות הכלכליות, התקציביות והאופרטיביות שלו (ראו למשל עמדת כב' השופט ג'ובראן (כתוארו אז) בפרשת **ייצוא הגז**, פס' 83 וכן עמדת כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ 4374/15 **התנועה למעין איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (2016) (עניין **מתווה הגז**)) וראו גם יואב דותן, "הסדרים ראשוניים ועיקרון החוקיות החדש" **משפטים** מב 379, 411-414 (2012) – להלן: **דותן-הסדרים**).

84. אולם, יהא הדבר אשר יהא, על פי שתי הגישות הללו תקן 21.1 – במיוחד באופן שבו הוא נתפש ומיושם על ידי כל הגורמים המשק העוסקים בפינוי בינוי – צריך להיחשב לכזה הקובע הסדר ראשוני בתחום זה. מסקנתי זו נובעת מכך שלתקן יש השלכות רחב כלכליות וחלוקתיות נרחבות המשתרעות על פני כל הפרויקטים של פינוי ובינוי במדינה, כלומר על האינטרסים הכלכליים של מאות יזמים ואלפים רבים של בעלי דירות. בד בבד יש לתקן השפעה רבתי על זכויות הקניין של כל הנוגעים בדבר ובמיוחד של בעלי דירות בפרויקטים של פינוי בינוי. לעניין זה לא למותר לציין כי בית המשפט כבר הכיר בעבר בכך שקביעות מדיניות (קרי: הנחיות מינהליות) המהוות הסדרי רוחב הנוגעים לזכויות במקרקעין והנושאות עמן השפעה על שאלות חלוקתיות בעניין זכויות במקרקעין במישור התכנוני והקנייני מהוות הסדרים ראשוניים (ראו עניין **עמותת שיח חדש** (פס' 32-29) וכן בג"ץ 2908/05 **אלסנע נ' מינהל מקרקעי ישראל** (הנשיאה ביניש, פס' 7) (2008)).

85. כידוע, העובדה שנושא מסוים או הסדר מסוים הוא בבחינת הסדר ראשוני אין פירושה שלרשויות המינהל אין סמכות, בשום מקרה, להסדירו. אלא, הנפקות של ההכרה בעניין מסוים כהסדר ראשוני היא שנדרשת **הסמכה ברורה ומפורשת** של המחוקק לרשות המינהלית לקבוע קביעות שהן בבחינת הסדרים ראשוניים (ראו עניין **עמותת שיח חדש**, שם; עניין **אלסנע הנ"ל**, שם; ע"א 5042/96 **כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, מחוז ירושלים**, פ"ד נג(1) 743, 757-759 (1999) וכן דותן-הסדרים, 411-404).

86. השאלה היא, אפוא, האם קיימת במקרה הנדון הסמכה מאת המחוקק הראשי למועצת השמאים או לגורם מינהלי כלשהו לקבוע נורמה קשיחה ואחידה שחלה על כל עסקאות פינוי בינוי ברחבי המדינה, כפי שנעשה באמצעות התקן. תשובה שלילית לשאלה זו היא מתבקשת. כפי שנאמר לעיל, חוק פינוי בינוי איננו מכיל כל הסמכה למועצת השמאים או לגורם אחר כלשהו לקבוע תקן שמאי אחיד ומחייב לכל עסקאות הפינוי בינוי הנבחנות על ידי שמאי פינוי בינוי (ולמעשה איננו מתייחס כלל למועצת השמאים). החוק אמנם מכיל הסמכה לשמאי פינוי בינוי לקבוע קביעות **קונקרטיות** לגבי הכדאיות הכלכלית של עסקאות פינוי בינוי **ספציפיות** העומדות לדיון בפני בית המשפט, אך הסמכה כזו לקבוע קביעות אינדיוידואליות פרטניות תוך הפעלת שיקול דעת קונקרטי על רקע נסיבות המקרה הספציפי איננה הסמכה לקבוע קביעות **מדיניות כללית וגורפת** בתחום המהווה הסדר ראשוני (ראו בעניין זה בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (פס' 19 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק) (1998)) שם נקבע כי הסמכה שניתנה למשיב בחוק

שירות ביטחון להעניק במקרים אינדיווידואליים פטור קונקרטי ליוצאי צבא משירות ביטחון – איננה יכולה להוות הסמכה תקפה לשר לקבוע **מדיניות כללית** שחלה על כלל המקרים הנופלים לגדר המדיניות).

87. המסקנה העולה מהדיון לעיל היא כי למועצת השמאים אין סמכות לקבוע תקן כללי אחיד ומחייב לעסקאות פינוי בינוי, ומכל מקום, ככל ששמאי פינוי בינוי, הפועלים מכוח הסמכות שניתנה להם על פי ס' 2(ב) לחוק פינוי בינוי, פועלים על פי התקן האמור – הם עושים זאת ללא סמכות.

תקן 21.1 – הפליה, חוסר סבירות ושרירות

88. עמדתי לעיל על העובדה שתקן 21.1, בהיותו משולב בשאר ההסדרים הנורמטיביים הנוגעים לחלוקת הזכויות הקנייניות בין בעלי הדירות בבתים משותפים לבין יזמי פינוי בינוי פוגע בעיקרון הצדק החלוקתי (ראו פס' 34 לעיל). בעניין **עמותת שיח חדש** קבע בית המשפט כי העדפה בלתי ראויה של סקטור מסוים על פני סקטורים אחרים בכל הנוגע להקצאת מקרקעין או זכויות הנובעות ממקרקעין מהווה פגיעה בעיקרון השוויון ובד בבד מהווה חוסר סבירות קיצוני מצד הרשות המחליטה (ראו עניין **שיח חדש** פס' 39 סיפה לפסק דינו של כב' השופט אור, וראו גם עתמ (חי') 62541-03-15 **בן שושן נכסים בע"מ נ' ועדת הערר לתכנון ובנייה מחוז הצפון** (פס' 67) (2015); **ברק ארז – משפט כלכלי**, 572).

89. אשר על כן, דינו של תקן 21.1 להיפסל גם משום שהוא לוקה בהפליה פסולה ובהעדפה פסולה של האינטרסים של היזמים על פני האינטרסים של בעלי הדירות בניגוד לעיקרון הצדק החלוקתי, וגם משום שהוא לוקה בחוסר סבירות קיצוני משום שהוא מעניק משקל בלתי סביר לאינטרסים הכלכליים של היזמים בפרויקטים של פינוי בינוי על פני אלה של בעלי הדירות.

90. בנוסף, ככל שרשויות המינהל המוסמכות לקבלת החלטות בתחום פינוי ובינוי מפעילות את התקן בלי לשקול את הנסיבות הקונקרטיות של העסקה הספציפית, הרי דין החלטותיהן להיפסל מחמת שרירות (ראו בג"ץ 376/81 **לוגסי נ' שר התקשורת**, פ"ד לו(2) 460, 449 (1982) וכן זמיר, 3446). כלומר, אימוץ 'אוטומטי' של המדיניות הכללית של התקן או של עמדת הרשות להתחדשות עירונית בלי לבחון את הנסיבות הקונקרטיות של כל פרויקט פינוי בינוי, מהווה שרירות וחוסר סבירות המצדיקות את פסילת ההחלטה הקונקרטית (ראו והשוו עניין **שומרי הסף** פס' 73, 79-81 שם נפסלה החלטה של ועדת המשנה של ועדת התכנון המקומית בשל אימוץ המלצות של צוות מהנדס העיר, שכשלעצמן נסמכו על מדיניות הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית לעניין זה, בשל קשיחות-יתר של ההחלטה, התעלמות מהנסיבות העובדתיות הקונקרטיות וחוסר סבירות קיצוני).

91. בנוסף, תקן 21.1 והמדיניות העומדת מאחוריו לוקה בחוסר סבירות קיצונית משום שהיא עומדת בניגוד לתפיסה התכנונית הכוללת של משרד הבינוי והשיכון ושל מינהל התכנון במשרד המדגישה את החשיבות של הבחנה בין אזורים שונים במדינה, בהתאם לביקוש ולהיצע של מקרקעין בכל אזור, בקביעת מדיניות התכנון והפיתוח (ראו למשל מסמך רקע: "תמהיל גדלי דיור

בישראל" (2021) כפי שפורסם על ידי מינהל התכנון במשרד הבינוי והשיכון). חוסר עקביות בין עמדות שונות של רשות מינהלית או של רשויות שונות בנוגע לאותו עניין מהווה פגם של חוסר סבירות קיצוני שמצדיק התערבות שיפוטית (ראו למשל בג"ץ 1862/18 **המיזם הרב מגזרי למיגור העישון נ' שר האוצר** (2019); בג"ץ 1107/21 **אורן שמש נ' ראש הממשלה** (2021)) וגם מסיבה זו מוצדקת התערבות בית המשפט לפסילת תקן 21.1 וההחלטות המסתמכות עליו.

טענות מקדמיות נוספות של המשיבים

92. לסיום חוות דעת זו מתבקשת התייחסות לעוד שורה של טענות שהועלו בתגובה המקדמית מטעם משיבי הממשלה (משיבים 4-2) (להלן: כתב התגובה והמשיבים בהתאמה). אלו הן ברובן טענות מקדמיות שנועדו לשכנע את בית המשפט שיש לדחות את העתירה על הסף, כלומר לחסום את העותרים בפרוזדור, מבלי להגיע לטרקלין של הדיון בחוקיות התיקון לחוק והתקן השמאי לגופם.

93. ככלל, ניתן לומר כי האסטרטגיה שהמשיבים מאמצים בתגובתם היא אסטרטגיה משולבת של 'אטומיזציה' של פעולות המדינה במישור המהותי, יחד עם אסטרטגיה של 'הדיפה' (dodging) של העותרים מעניין לעניין במישור הדיוני. במישור המהותי המשיבים מנסים להציג כל אחד מהמהלכים שנעשים על ידי הרשויות השונות (התיקונים לחוק, מדיניות הרשות להתחדשות עירונית, התקן השמאי, מסמכי המדיניות של הרשויות המקומיות) כמהלך נפרד העומד כשלעצמו, שיש לדון בו לגופו (אם בכלל ניתן לדון בו, ראו להלן) ושאינו קשור לשאר הצעדים שננקטים על ידי המדינה. זאת, תוך התכחשות לעובדה שהלכה למעשה כל פעולות המדינה בתחום זה של פינוי בינוי, הן חלק **ממהלך כולל ומתואם** שנועד כל כולו להביא למטרה אחת: החלשת כוח ההתנגדות והיכולת של בעלי דירות בבתים משותפים לעמוד על כך שיוכלו לקבל תמורה הוגנת במסגרת פרויקטים של פינוי בינוי, כזו המשקפת את הערך האמיתי של זכויותיהם (ראו דברי היועץ המשפטי של ועדת הפנים של הכנסת, כאמור בפס' 30 לעיל).

94. במישור הדיוני המשיבים מנסים, בהתאם, להראות כי הניסיון לתקוף כל אחד מהצעדים הללו כשלעצמו איננו אפשרי משום שעתירה כזו (בנפרד כנגד **כל אחד** מהמרכיבים של המערך הכולל הזה) דינה להיכשל בשל טענה מקדמית כזו או אחרת, כגון שהעתירה כללית מדי, מוקדמת מדי או מאוחרת מדי וכו'. כל זאת, משום שלשיטתם היה על העותרים לתקוף כביכול מרכיב אחר של המערך המתואר לעיל ולא את זה שבחרו לתקוף. כפי שיודגם להלן, כאשר יפנו העותרים לתקוף את המרכיב האחר, הרי מבחינת המשיבים הם יוכלו להעלות טענות דומות, ולהפנות את העותרים לתקיפת המרכיב הראשון וחוזר חלילה. אתייחס אפוא לטענות אלו אחת לאחת.

כריכת עניינים שונים בעתירה אחת

95. המשיבים טוענים (פס' 69 ואילך לכתב התגובה) כי העתירה כורכת עניינים שונים (התיקון לחוק והתקן) בכריכה אחת ולפיכך יש לדחותה על הסף. ממה שנאמר לעיל לאורך חוות דעת זו

ברור שלטעמי אין כל מקום לקבל טענה זו, זאת משום שבין שני העניינים, קרי: התיקון לחוק והתקן השמאי **קיים קשר ענייני הדוק**. לא ניתן לדון בחוקתיות התיקון לחוק מבלי להתייחס להסדרים המנהליים המשמשים את הרשויות המוסמכות שעה שהן מפעילות את החוק, ולא ניתן לדון בחוקיות של התקן השמאי מבלי להבין את המסגרת הסטטוטורית והאדמיניסטרטיבית הכוללת שבתוכה הוא מופעל. אין מדובר בעניינים נפרדים, אלא מדובר במערך נורמטיבי כולל ומתואם (מבחינת תכליותיו ומגמותיו) שחותר להשיג מטרות מסוימות בנוגע לקידום פרויקטים של פינוי בינוי תוך פגיעה בזכויות בעלי הדירות והחלשת כוחם לעמוד על זכויותיהם. כפי שכבר נאמר לעיל, ההשלכות הנורמטיביות והמעשיות על זכויות הצדדים בעסקאות פינוי בינוי נובעות מהצירוף של אקטים נורמטיביים שונים ברמות שונות, ורק התבוננות **בתמונה הכוללת של האפקט המצטבר של כל המכשירים הללו** מאפשר עמידה על ההשלכות שלו לגבי זכויותיהם של בעלי הדירות (ראו לעיל פס' 60-65).

עתירה מוקדמת

96. טענה נוספת של המשיבים היא כי העתירה כנגד התקן היא עתירה מוקדמת (פס' 76-79 לכתב התגובה) משום שתקן 21.1 הוא רק 'טיוטה' שעוד צפויה לעבור שינויים כתוצאה מהערות שיתקבלו מהציבור וכיו"ב.
97. כבר עמדתי לעיל על העובדה שהתקן (בין אם מדובר בהצעת התקן מ-2019 או זו מ-2021) הוא בבחינת הנחייה מינהלית. אחד המאפיינים המובהקים של הנחיות מינהליות הוא חוסר הפורמליות שלהן מבחינה משפטית. בניגוד לתקנות, להנחיות אין פרוצדורה סטטוטורית מוגדרת ליצירתן, או מקור קאנוני לבירור תוכן, ואין להן גם מועד מוגדר וקשיח של 'כניסה לתוקף', משום שהן אינן חייבות פרסום ברשומות (ראו דותן-הנחיות, 33-32). אשר על כן, הנחיה מסוימת עשויה להיות 'קיימת' ו'תקפה' **מבחינת ההשפעה שיש לה על הליכי קבלת החלטות**, למרות שמבחינה פורמלית תאריך תחילתה עדיין לא הגיע (ובהנחה שבכלל נקבע לה תאריך כזה).
98. תקן 21.1 הוא דוגמה מצוינת לחוסר הפורמליות של ההנחיות המנהליות. כפי שכבר נאמר, לתקן עצמו אין כל מעמד מוגדר בחוק פינוי בינוי (ולמעשה, מבחינת החוק הוא 'שקוף' לחלוטין), מה שלא מונע כמובן משורה ארוכה של רשויות וגורמי תכנון וקבלת החלטות ל'התיישר' על פי התקן מייד כשהוא מופץ על ידי וועדת התקינה. כך, לדוגמה, הנוסח המעודכן ביותר של התקן מפברואר 2022 מוגדר כ'טיוטה' (ראו התקן באתר משרד המשפטים https://www.gov.il/BlobFolder/news/standard_21_2122022/he/land_assessor_sha_meim_standard_21_2122022.pdf) אך הדבר לא מנע מהרשות להתחדשות עירונית להודיע כבר בחודש פברואר 2020 כי היא מאמצת את עקרונות התקן (ובראשם, התפיסה כי תוספת של 12 מ"ר ומרפסת היא 'תמורה ראויה' לבעלי הדירות בפרויקטים של פינוי בינוי, ראו הודעת הרשות המובאת כנספח 4 לעתירה).

99. זאת ועוד, לכאורה, גם אם טיוטת התקן הנוכחי הייתה מאושרת על ידי מועצת השמאים (דבר שהיה הופך את התקן מטיטה לתקן 'מוגמר' אך בלי שלעצם השלמת התהליך הזה הייתה נפקות נורמטיבית פורמלית ברורה בהיעדר כל התייחסות בחוק לנושא), שום דבר לא היה מונע מהמשיבים (לשיטתם) לטעון כי העתירה כנגד התקן היא עדיין מוקדמת מדי, משום שלתקן כשלעצמו אין (לכאורה) שום נפקות נורמטיבית (פורמלית), זאת כל עוד לא אומץ על ידי וועדות התכנון השונות. למעשה, גם אחרי אימוץ התקן על ידי הרשויות המקומיות וועדות התכנון המקומיות עדיין ניתן יהיה לטעון כי המדובר בלא יותר מ'הנחיה' – כלומר נורמה כללית לא פורמלית שאין מקום לדון ב'תוקפה' – כל זמן שלא יושם על ידי שמאי פינוי בינוי בהליך קונקרטי של הערכת כדאיות בהתדיינות ספציפית (ראו למשל בג"ץ 873/89 **הס נ' שר הביטחון והרמטכ"ל** (1994); בג"ץ 2581/91 **סלחאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 837 (1993) וכן יואב דותן, "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק", **עיוני משפט מ** 93, 101-103 (1996) (להלן: **דותן-עתירה כללית**)).

100. מכאן, שהשאלה החשובה לצורך ההכרעה בשאלת בשלותו של התקן לבחינתו של בית המשפט איננה השאלה האם הליכי היצירה של התקן כבר הושלמו במישור הפורמלי (מושג, שמשמעותו כאמור, אינה לחלוטין ברורה בנסיבות העניין), אלא האם התקן – והתפיסה העקרונית המעוגנת בו – כבר משמשים **בפועל** כיום כבסיס לקבלת ההחלטות של הרשויות והגורמים הנוגעים לעניין. התשובה לשאלה זו היא חיובית בתכלית.

101. במקרה הנדון, למרות שהתקן לא אושר על ידי מועצת השמאים הרי הוראותיו, ובמיוחד התפיסה המעוגנת בו לגבי התמורה הראויה לבעלי דירות בפרויקטים של פינוי בינוי, כבר משמשת בפועל את רשויות התכנון ואת מקבלי ההחלטות השונים. כלומר **השאלות המשפטיות** הנובעות מהוראות התקן הן **ברורות**. כמו כן קיימת **תשתית עובדתית ברורה ומוצקה** המאפשרת דיון בחוקיות ובחוקתיות של הוראות התקן, והיא התפיסה המעוגנת בתקן לגבי היקף התמורה המיועדת לבעלי הדירות – כפי שהיא מיושמת בפועל על ידי כל הרשויות הנוגעות בדבר ברמה הממשלתית והמקומית כאחת (ראו בג"ץ 6652/96 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, פ"ד נב(3) 117, 125 (1998) וכן זמיר 1906-1907). לפיכך, העתירה איננה מוקדמת והיא בשלה לדיון בשלב הנוכחי.

זכות עמידה

102. טענה נוספת של המשיבים היא כי העותר, כארגון ציבורי, הוא חסר זכות עמידה לתקוף את התקן וזאת משום שקיימים עותרים קונקרטיים שיכולים לתקוף את התקן ואת שאר ההוראות הנורמטיביות בתחום (פס' 83-80 לכתב התגובה).

103. על טענה מסוג זה השיב בית המשפט בבג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122 (2011) (להלן: **עניין קו לעובד**). כב' השופטת פרוקצ'יה קבעה את הדברים הבאים:

הצדק עם המשיבים בטענתם כי, דרך-כלל, כדי שבית משפט זה יזקק לעתירה, עליה להתייחס לתשתית עובדתית קונקרטית, ולהידרש לסעד קונקרטי המתבקש על-ידי עותר הטוען לפגיעה ישירה מפעולת הרשות, המזכה אותו בסעד. הספציפיות והקונקרטיות של העתירה הן מיסודות ההליך השיפוטי... **אולם**, כלל זה אינו נטול חריגים. עשויים להיות מצבים שבהם הגם שהעתירה אינה משקפת סכסוך פרטני, עדיין הדיון בה, חרף כלליותה, נוגע במערכת נתונים ספציפית אשר עשויה להיות רלבנטית ולהשפיע באופן ישיר על מספר רב של עותרים פוטנציאליים, גם אם אינם שותפים לעתירה. הדיון בעתירה בנסיבות אלה אינו אקדמי-תיאורטי, אלא בעל השלכה מיידית על מספר בלתי-ידוע של בני אדם שהענין נוגע אליהם ... במצב דברים כזה עשוי בית המשפט לדון ולהכריע בעתירה גם אם לא צורף אליה עותר ספציפי המציג מערכת נסיבות מסוימת הרלבנטית אליו. בענייננו, אכן לא צורפה לעתירה פנייה קונקרטית של עובדת זרה בהריון או של עובדת זרה שילדה ילד, הטוענות לפגיעה בהן עקב הנוהל. העתירה נסבה כולה על עיקרי הנוהל והעמדתו למבחן. עם זאת, בנסיבות הענין יש מקום לדון בעתירה חרף העדר התייחסותה לעותרת ספציפית ולמערכת עובדות פרטנית, וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית, עיקרה של העתירה בתקיפת מדיניות המשיבים ... כפי שזו באה לידי ביטוי בנוהל בנושא זה. מרכז הכובד של העתירה הוא בהעמדה למבחן של העיקרון המובנה בנוהל, מבחינה זו, לעתירה ישנו נושא ונידן קונקרטי – הוא הוראות הנוהל – והיא אינה כללית ואינה תיאורטית על אף שהיא אינה נוגעת לאדם ספציפי. השאלה הנשאלת בעתירה מגודרת ומתוחמת לעיקרי הנוהל, והסעד המבוקש בה הוא קונקרטי – קרי: ביטולו של הנוהל והחלפתו באחר. שנית, סביר להניח כי העמדת הנוהל למבחן שיפוטי במסגרת עתירה ספציפית עלולה להיתקל בקושי מבחינת מימד הזמן. ... שלישית, נראה שיש יתרון בדיון בחוקיות וסבירות הנוהל במסגרת עתירה כללית, בלא צירוף עותרת ספציפית. דיון כזה מאפשר להתרכז בבחינת המדיניות שברקע הוראות הנוהל, שתחום התפרשותה הוא כלל-ארצי. יתר על כן, תוצאתו של ההליך במישור העקרוני מקרינה על המקרים הפרטניים, ומביאה לחסכון ניכר במשאבים, ובזמן שיפוטי יקר שצריך היה להקדישו לדיון בעתירות פרטניות. מכלול נסיבות זה מצדיק דיון בעתירה במתכונתה האמורה. יש להוסיף, כי אופייה של העתירה כעתירה ציבורית מצדיק הכרעה בה הגם שהוגשה על-ידי עותרות ציבוריות בלבד, בלא צירוף עותרות ספציפיות שנפגעו או אשר עלולות להיפגע במישרין מהנוהל. כבר נפסק, כי עתירה העוסקת בענין בעל אופי ציבורי רחב עשויה להידון במסגרת עתירה ציבורית באמצעות עותרים ציבוריים, גם בלא עותרים ספציפיים הנפגעים במישרין מהמעשה המינהלי ...

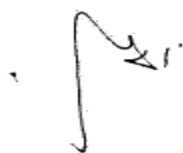
(שם בפס' 14-15 לפסק הדין, ההדגשות הוספו).

104. המקרה הנדון עונה היטב לתנאים שנקבעו בעניין **קו לעובד** הנ"ל לגבי הצורך לדון בעתירה המוגשת כנגד נורמה כללית (הנחיה מינהלית), זאת כאשר העתירה מוגשת על ידי ארגון ציבורי

(כגון העותר) ושלא על רקע תקיפה של החלטה ספציפית המיישמת את הנוהל. עתירה כזו מאפשרת לדון בשאלות החוקתיות והמשפטיות שהנורמה העומדת לדיון מעוררת, והדיון בה הוא חיוני על מנת להגן על האינטרסים של עותרים ספציפיים רבים שהיכולת הכלכלית שלהם לתקוף את הנוהל ואת שאר המערך הנורמטיבי האמור ב'התקפת רוחב' היא מוגבלת ביותר.

105. לאמור לעיל צריך להוסיף כי לאור ההתפתחויות האחרונות בפסיקה גם אין זה ברור כי ניתן

לתקוף את הנורמות הכלליות המבססות את המערך הנורמטיבי הנדון במסגרת עתירה פרטנית כנגד עסקת פינוי בינוי ספציפית, כלומר ב'תקיפה עקיפה', ומכל מקום, לא ברור כי ההיקף של הטענות שניתן יהיה להעלות במסגרת תקיפה עקיפה כזו יהיה זהה להיקף הטענות שייבחנו בעתירה לבג"ץ כנגד התיקון לחוק והוראות הנוהל בתקיפה ישירה. במלים אחרות, אם העותרים ימתינו עד ליישום פרטני של הנוהל (ושאר ההוראות הכלליות) במסגרת עסקת פינוי ספציפית ויבקשו לתקוף את אותן הוראות כלליות במסגרת ההתדיינות האזרחית בנוגע לתוקפה וחוקיותה של קביעת שמאי פינוי בינוי – כלל לא ברור אם הם יוכלו להעלות כנגד הנוהל ושאר ההוראות הכלליות את מגוון הטענות שעומד לרשותם במסגרת ההליך הנוכחי (ראו רע"א 2933/18 **עיריית אור עקיבא נ' מקורות** (2019); ע"א 4291/17 **אלפריח נ' עיריית חיפה** (2019); רע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם** (2020); בש"פ 5503/17 **רבין נ' מדינת ישראל** (2021)). גם מסיבה זו אין מקום להימנע מדיון בתוקף התקן וההוראות הנורמטיביות האחרות בנושא בהליך של עתירה לבג"ץ שבמרכזה עומדות הטענות כנגד חוקתיות וחוקיות הנורמות הכלליות הללו.



חתימה:

תאריך: 12.6.2022

נספח א'

טבלה א': פסקי דין שעסקו בעתירות כנגד הכללת חקיקה מהותית בחוק ההסדרים

מס'	העתירה	הנושא הספציפי	תחום
1	בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל (2004)	רפורמה בענף החקלאות – ביטול מועצות חקלאיות וכד	רפורמות מבניות – מבנה רשויות המינהל
2	בג"ץ 494/03 עמותת רופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר (2004)	הגדרת 'תושב' לעניין קבלת זכויות בביטוח לאומי	הטבות מהמדינה
3	בג"ץ 3106/04 האגודה לזכ' האזרח נ' הכנסת (2005)	עתירה כללית נגד חוק המדיניות הכלכלית	כללי – חוקתיות חוק ההסדרים בכלל
4	בג"ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה	הסמכת רוקחים לנפק תרופות שלא ע"פ מרשם רופא	רישוי
5	בג"ץ 6061/08 ישראלי נ' משרד החקלאות (2009)	הסמכת מועצת הצמחים לגבות היטלים ממגדלים בענף	רפורמה מבנית - מיסוי
6	בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (2010)	הגדלת תקרת ההכנסה לצורך גביית דמי הביטוח הלאומי	מיסוי/ביטוח לאומי
7	בג"ץ 7557/13 לשכת רואי חשבון בישראל נ' הכנסת (2014)	ביטול פטור לדירת מגורים ממס שבח	מיסוי
8	בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (2016)	הרפורמה ברשות החשמל	רפורמה מבנית – חלוקת הסמכויות במינהל הציבורי
9	בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' מדינת ישראל (2017)	מיסוי דירה שלישית	מיסוי
10	בג"ץ 1393/16 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (2019)	שינוי שיטת ההחזרים בביטוחי בריאות פרטיים ובתכניות השב"ן	רפורמה במימון מערכת הבריאות ובביטוחי בריאות
11	בג"ץ 334/21 הסתדרות מדיצינית "הדסה" נ' כנסת ישראל (2021)	הסדר התחשבנות בין בתי החולים לקופות החולים לשנת 2020	מימון מערכת הבריאות

