

מדינת ישראל
מינהל התכנון – משרד הפנים
ועדת ערר לתכנון ובניה
פיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל אביב

בפני הוועדה: בנימין זלמנוביץ, יו"ר

מר זהר עירון, שמאי מקרקעין ומודד מוסמך
מר יעקב קרייזלר, מתכנן ערים ואזורים- נציג מתכנן המחוז

העוררים: התובעים בעררי תכנית השימור תא/2650/ב לפי סעיף 197 לחוק
(נספח א' להחלטה)

-נגד-

המשיבה: הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב

החלטה

מבוא

1. האם העוררים שבפנינו הרימו את נטל הראיה הנדרש על מנת להוכיח ירידת ערך, בהתאם להוראת סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965 (להלן: "החוק"), כתוצאה מאישורה של תכנית השימור של העיר תל-אביב, תכנית תא/2650/ב', שפורסמה למתן תוקף ביום 4.6.2008 (להלן: "תכנית השימור" או "תכנית 2650ב'"); זו השאלה העומדת לפתחנו בעררים שבנדון.
2. החלטה זו יוצאת במקביל להחלטתנו בעררים שעניינם חיוב בהיטל השבחה בגין תכנית השימור (להלן: "החלטה בעררי היטל השבחה") בה קבענו כי לא הוכחה עליית ערך מקרקעין במועד הקובע לאישורה של תכנית השימור, שכן במקביל לדרישות היטל השבחה שהגישה הוועדה המקומית הגישו בעלי נכסים שונים, עליהם חלה תכנית השימור, תביעות ירידת ערך לפי סעיף 197 לחוק. ההחלטה בעררי היטל השבחה מהווה חלק אינטגרלי מהחלטה זו וסוגיות אשר הכרענו בהן בהחלטה בעררי השימור לא נדון בהן בשנית בהחלטה זו.

3. עיקר טענות העוררים הינה בגין פגיעה בפוטנציאל פיתוח הקרקע. לטענת העוררים תכנית השימור האוסרת את הריסת הבניין ומונעת תוספות בנייה עתידיות, מעבר לתוספות הבנייה שאושרו במסגרת תכנית השימור, פוגעת בציפייתם הסבירה של בעלי הנכסים להשבחת המקרקעין.

4. שאלת הציפיה במקרה של תכנית השימור נגזרת למספר סוגיות:

א. האם לבעל קרקע זכות לצפיה שמקרקעיו יושבחו בשל פיתוחה של העיר. בלשון אחר, האם למקרקעין עליהם בנויים בניינים בטבורה של עיר, המיועדת לבניה רוויה למגורים, פוטנציאל שזכויותיה יוגדלו עם השנים ועל כן האיסור להריסת המבניין לשימור מאיינת את פוטנציאל הפיתוח.

ב. האם למי שגר בבניין הנדרש לחיזוק מפני רעידות אדמה ציפיה סבירה שעל מקרקעיו יאושר היתר בניה מכח תמ"א 38?

5. עוד טוענים העוררים שתכנית השימור פגעה פגיעה ישירה בנכסיהם. ראשית, בשל האיסור להרוס את הבניין לשימור ושנית, הגם שתכנית השימור אינה פוגעת בתכניות קודמת הרי שהיא מוסיפה עליהן תניות המקשות על מימושן של זכויות שטרם נוצלו, במצב הקודם לתכנית השימור.

6. הועדה המקומית טוענת שאין זכות לבעל קרקע לזכויות שטרם באו לעולם ומכל מקום תכנית השימור משביחה את ערך המקרקעין (עמדתה של הועדה המקומית היא העומדת בבסיס החלטתנו בעררי היטלי ההשבחה). מעבר לכך טוענת הועדה המקומית להחלת סעיף 200 לחוק, לפיו גם לו תוכח פגיעה כלשהי הרי שהיא "אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין".

7. לאחר ששמענו את הצדדים באריכות סבורים אנו כי אין מקום לבחינת ירידת ערך כתוצאה מאישור של תכנית השימור באמצעות שמאי מכריע.

א. ראשית, סבורים אנו כי הפגיעה הנטענת, ככל וזו אכן קיימת, אינה חוסה תחת סעיף 197 ואיננה מגיעה כדי "פגיעה במקרקעין".

ב. שנית, ככל ותכנית השימור יכולה להוות "פגיעה במקרקעין" הרי שהעוררים לא הרימו את נטל הראיה להוכחת תביעתם.

ג. שלישית, סבורים אנו כי ככול וישנה פגיעה כלשהי (בניגוד להכרעותינו שלהלן) הרי שזו חוסה תחת כנפי סעיף 200 לחוק.

שימור מחמיר

8. ביחס לבניינים שסווגו כבניינים לשימור מחמיר בתכנית השימור קבענו, בעררי היטל השבחה, כי הזכויות בתכנית השימור הינן זכויות צפות המתגבשות רק בעת אישורה של תכנית הניוד. בהתאם לכך תביעה מכח סעיף 197 מתגבשת אך ורק בתכנית הניוד, שכן עד לאישורה של תכנית הניוד תכנית השימור לא מסוימת

וברורה ולפיכך אינה יכולה להוות עילה לתביעת ירידת ערך. בהקשר זה הכרעתנו לעניין מהות תכנית השימור ביחס לבניינים לשימור מחמיר הולכת בתלם שחרש בית המשפט העליון ביחס לתמ"א 38 ותמ"א 36. ביחס לתכניות אלה קבע בית המשפט שהוצאת היתר הבניה היא ההופכת את הפגיעה לפגיעה "ממוקדת" להבדיל מפגיעה "מפוזרת" ולכן משיקולי הגינות, "הרתעת יתר" של רשויות התכנון ואף שיקולים צופי פני עתיד ביחס לדרישות הרגולטוריות, לעת הוצאת ההיתר, המועד הקובע להגשת תביעת 197 הינו מועד הוצאת היתר הבניה. (בר"מ 1560/13 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעה בע"מ (פורסם בנבו, 22.7.2014) (להלן: "עניין מגן"). כך גם ביחס לבניינים לשימור מחמיר תביעת ירידת הערך מתגבשת במועד אישור תכנית הניוד, שכן רק אז הוראותיה של תכנית השימור על זכויותיה וחובתיה מתגבשות.

9. כנגד עמדה זו של ועדת הערר יכולה לעלות טענה לפיה עצם איסור הריסת המבנה מהווה פגיעה. אלא שבהקשר זה נציין כי ביחס לבניינים לשימור מחמיר ישנו מנגנון פרטני באמצעות ניוד זכויות שקובע כי תכנית עתידית תדאג לכך שבעל המקרקעין לא יצא בחסרון כיס. בהקשר זה נדמה כי מסקנה זו עולה בקנה אחד עם פסק הדין בע"א 4809/91 הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' קהתי (פורסם בנבו, 16.3.1994) (להלן: "עניין קהתי") שם קבע בית המשפט כי כאשר תכנית מאוחרת מאיינת או מקטינה פגיעה שנגרמה מכח תכנית קודמת, לא יהיה זכאי בעל המקרקעין לפיצויים מכח התכנית המוקדמת. להבדיל מעניין קהתי שם חלפו 17 שנים בין שתי התכניות, כאשר התכנית המוקדמת הקפיאה את המצב התכנוני ולפיכך בית משפט הכיר שהנזק מהקפאת אפשרויות הבניה בקרקע בתקופה שבין שתי התכניות ניתן לפיצוי מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה' תכנית השימור קובעת במפורש את העקרון של זכויות תמורת שימור ובמקרה של שימור מחמיר היא קובעת שזה ייעשה בתפירה אישית באמצעות תכנית ניוד פרטנית. לא זו אף זו, **בעניין קהתי** לא היה צפי לכך שתאושר תכנית "המשחררת" את זכויות הבניה בתוך זמן קצר יחסית ממועד כניסתה לתוקף של התכנית, זאת להבדיל מתכנית השימור שקובעת מנגנון סדור, בריר ובהיר ליישום תכנית השימור ולשחרור ההקפאה. זאת ועוד, תכנית הניוד על אף הקשיים שבה, קידומה תלוי באופן בלעדי בבעל המקרקעין.

10. נדמה אפוא, כי החשיבות של **עניין קהתי** למקרה בפנינו נעוצה באמירה לפיה בחינת הפגיעה צריכה להיעשות בראיית מאקרו; ראייה הצופה פני עתיד. בהקשר זה אמר בית המשפט בבר"מ 3781/04 הועדה המקומית לתכנון ובניה נתניה נ' **מרדכי הר** (פורסם בנבו, 7.8.2006):

"סוגיה חשובה נוספת העולה מפסק דין הרוב בעניין קהתי, שיש לה חשיבות גם בענייננו, היא ההכרה בכך שניתן

בתביעת פיצויים לפי סעיף 197 לחוק לבחון את הקשר בין תכנית מוקדמת שהוראותיה גורמות לפגיעה במקרקעין לתכנית מאוחרת יותר החלה על אותם מקרקעין ומשפיעה על היקף הפגיעה, כך שלמעשה יש לבחון את השפעתן הכוללת של שתי התכניות על שווי המקרקעין. בעניין קהתי הוכר הקשר בין שתי התכניות כאשר היה מדובר בתכניות שלא היו קשורות זו לזו מבחינה פורמאלית ועמדו כל אחת בפני עצמה. נראה שבענייננו הקשר בין התכנית המקפיאה לתכנית המשחררת הינו הדוק אף יותר, כפי שפורט לעיל, ועל כן על פני הדברים אין כל מניעה עקרונית בהתייחסות לשתי התכניות כתכנית אחת לצורך תביעת פיצויים לפי סעיף 197 לחוק" (שם, בפסקה 9 לפסק דינה של כב' השופטת ביניש).

ובהמשך:

"נראה, אם כן, כי כאשר קיימות שתי תכניות שנועדו להשיג מטרה תכנונית משותפת ניתן בנסיבות מתאימות להתייחס אליהן כתכנית אחת לצורך תביעת פיצויים לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. קשה להגדיר מראש רשימה סגורה של כל המצבים בהם הדבר יהיה אפשרי. אולם, ניתן להצביע על מספר מאפיינים של תכניות, שבהתקיימם מן הראוי יהיה לראות שתי תכניות, שפורמאלית הן נפרדות זו מזו, כתכנית אחת לצורך תביעה לפי סעיף 197. ראשית, על מנת ששתי תכניות תוכרנה כתכנית אחת לצורך תביעת פיצויים על הזיקה התכנונית ביניהן להיות הדוקה ומשמעותית. על שתי התכניות לחול על אותם מקרקעין ונדרש קיומו של קשר ענייני ומשמעותי ביניהן. זאת, בדומה למקרה שלפנינו בו התכנית המקפיאה מייעדת שטח מסוים לאיחוד וחלוקה והתכנית המשחררת מיישמת את שנקבע בתכנית המקפיאה וקובעת את אופן האיחוד והחלוקה. שנית, קיומה של זיקה פורמאלית בין שתי התכניות, כך שהתקנון של תכנית אחת צופה את אישורה של תכנית מאוחרת יותר המתייחסת לאותם מקרקעין, מחזק את האפשרות כי שתי התכניות תוכרנה כתכנית אחת לצורך תביעת פיצויים. שלישית, פרק הזמן שצפוי לחלוף בין מועדי אישורן של שתי התכניות אף הוא בעל חשיבות לשאלת ההכרה בהן כתכנית אחת. כך למשל, כאשר התכנית המוקדמת יותר היא תכנית

שבמהותה היא תכנית זמנית שנועדה לחול לפרק זמן מוגבל עד לאישורה של התכנית המאוחרת יותר, יהיה בכך כדי לחזק את הקשר בין שתי התכניות. ודוק: עצם העובדה שבדיעבד מסתבר שהתקופה שחלפה בפועל בין מועדי אישורן של שתי התכניות הייתה ארוכה יותר מזו שנצפתה מלכתחילה, אין בה כדי לנתק את הקשר בין שתי התכניות. מקום בו יתקיימו שלושת המאפיינים שתוארו לעיל הנטייה תהיה, אפוא, להתייחס לשתי התכניות הנדונות כתכנית אחת לצורך תביעת פיצויים לפי סעיף 197 לחוק. עם זאת, מאפיינים אלה אינם בגדר תנאי בל יעבור להכרה בשתי תכניות שונות כתכנית אחת לצורך תביעת פיצויים, וניתן להניח כי בבוא העת יוכרו מצבים נוספים בהם זו תהיה התוצאה הראויה." (שם, בפסקה 10 לפסק דינה של כבי השופטת ביניש).

11. כך גם בפס"ד בבר"מ 5898/16 רומן ברג ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון (פורסם בנבו, 10.3.2020) אמר בית המשפט:

"ער אני לכך שהמאפיינים האמורים שנקבעו בעניין הר אינם ממצים, וכי במפורש נקבע שם כי אפשר שבעתיד יוכרו מצבים נוספים העולים כדי "רצף תכנוני". ואולם, סבורני כי גם על פי רוחה, הלכת הר לא חלה בענייננו. זו נועדה ליתן מענה לקשת צרה של מקרים שבהם הזיקה בין שתי תכניות פוגעות – כמשמעותה של דרישה זו בסעיף 197 – היא כה הדוקה ומשמעותית, עד שנכון יותר מבחינה עניינית ומהותית, לראות בהן, בלשונו היפה של השופט מ' חשין בעניין קהתי, כ"אירוע של שתי-תכניות-שהן-אחת" ולא ש"כל אחת מהן היא לעצמה" (סעיף 53)

12. דומה, אפוא, כי מעבר לראיית תכנית השימור במבנים לשימור מחמיר כתכנית המעניקה זכויות צפות, המסקנה הן מפסק הדין בעניין מגן והן מפסקי הדין בעניין קהתי, הר וברג הינה כי נסיבות תכנית השימור מחייבות כי בחינת ירידת ערך במבנים לשימור מחמיר תעשה אך ורק עם אישור תכנית הניוד. בעניינו מדובר בזיקה הדוקה ומשמעותית ולא בתכניות שלהן גרעין תכנוני משותף בלבד. למעשה, בבנינים לשימור מחמיר, תכנית הניוד היא המפיחה חיים בתכנית השימור.

13. לפיכך מכריעים אנו כי העררים שעניינם בניינים שסווגו בתכנית השימור כבניינים ים הגבלות מחמירות הינם עררים מוקדמים ועילת התביעה בגינם, ככל שזו אכן קיימת לאור מנגנון הניוד הפרטני, הינה לעת אישור תכנית הניוד.

פיצויים בגין תכנית פוגעת - המסגרת הנורמטיבית

14. נדמה כי על מנת להשיב על השאלות שבמחלוקת בעררים שבפנינו יש לשרטט את עילת התביעה לפי סעיף 197 לחוק, תוך בחינת המשותף והשונה בין היטלי השבחה לירידת ערך, וזאת בשל הכרעתנו בעררי היטל השבחה לפיה לא הוכחה "עליית שוויים של המקרקעין" במועד הקובע לתכנית השימור. .

15. סעיף 197 לחוק התכנון והבניה קובע:

"(א) נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200"

סעיף זה המעגן את זכאותו של בעל מקרקעין לקבל פיצויים מהוועדה המקומית בסיסו בהגנה על זכות הקניין כמו גם העיקרון הכללי של צדק חלוקתי, שלפיו הפרט אינו צריך לשאת לבדו בנזק שגורמת פעולה תכנונית התורמת לטובת הכלל (ראו: ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר סבא (פורסם בנבו, 1.10.1992) (להלן: "עניין פרי הארץ"); ע"א 1968/00 חברת גוש 2842 חלקה 10 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נתניה (פורסם בנבו, 11.11.2003) (להלן: "עניין חלקה 10"); רע"א 6483/15 נתיבי ישראל החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ נ' קטן (פורסם בנבו, 2.8.2016) (להלן: "עניין קטן"); ע"א 5958/15 פרחי ביקל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה – ראשון לציון (פורסם בנבו, 15.12.2016)). בנוסף, הסדר הפיצויים נועד לתרום להכוונת הפעילות התכנונית באופן שיאפשר קבלת הכרעות המאזנות כראוי בין טובת הפרט לטובת הכלל, כך שיופנמו העלויות הכרוכות בפגיעה במקרקעין, בתחום התכנית ובגובלים עמה. (ראו: דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ (פורסם בנבו, 12.5.2004) (להלן: "עניין הורוויץ"); שרית דנה ושלוש זינגר דיני תכנון ובנייה (2015, כרך א, 81-83) (להלן: "דנה וזינגר")).

16. כפי שנקבע בפסיקה, סעיף 197 מדבר על פגיעה במקרקעין ולא על פגיעה באדם. לפיכך נבדקת הפגיעה לפי מבחן אובייקטיבי של פגיעה במקרקעין, כלומר בתכונותיהם כמקרקעין, ולא לפי מבחן סובייקטיבי של פגיעה באדם המחזיק אותו זמן במקרקעין. כפי שאמר בית המשפט ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' ברעלי (פורסם בנבו, 10.4.1995) (להלן: "עניין ברעלי") "אדם בא הולך ואילו המקרקעין לעולם עומדים". בהתאם לכך הרכיב הראשון בהוכחת ירידת ערך הינו הוכחה שתכונות המקרקעין נפגעו; זאת להבדיל מירידת ערכם של

מקרקעין בשוק גרידא, שיכולה לנבוע מסיבות אחרות. (בהקשר דומה ראו: בית המשפט ברע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רחובות נ' מ. לוסטרניק ובנו חברה לבניין והנדסה בע"מ (פורסם בנבו, 22.6.2003) (להלן: "עניין לוסטרניק") (540-536). ודוק, להבדיל מסעיף 200 לחוק, כפי שנרחיב להלן, הנבחן לאחר הבחינה השמאית הבוחנת ירידת ערך, ההכרעה בשאלה האם הפגיעה הינה פגיעה בתכונות המקרקעין היא מוקדמת, כרונולוגית ואנליטית, לשאלת ירידת הערך. בערר (מרכז) 218/01 קיבוץ בארות יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה לודים (פורסם בנבו, 31.10.2007) אמרה על כך ועדת הערר בראשות עו"ד אייל מאמו (בע' 23):

"דבר כללי נוסף שבדעתנו להציב בפתיח זה, בדבר היקף תחולתו של ס' 197, נוגע לעניין הפגיעה. לדעת ועדת הערר תנאי ראשון להוכחת תביעה לפיצויים שלי ס' 197 לחוק, הוא קיומה של פגיעה במקרקעין עצמם, אותה ניתן אחר כך לשום לפי השינוי בערכם של המקרקעין, ככל שהוא נובע מאותה פגיעה (להבדיל משינוי ערך שאינו קשור בפגיעה כגון תנודות בערכי המקרקעין בשוק עקב מצב כללי במשק וכיו"ב). הפגיעה שצריך להוכיח היא פגיעה בתכונות המקרקעין ככאלה, באופן אובייקטיבי.

כדי להכריע בתביעת פיצויים לפי ס' 197 עלינו לבחון מהו השינוי התכנוני שמחוללת התכנית הנדונה בה, דהיינו מה מביאה התכנית לעולם מבחינה נורמטיבית, וכתוצאה מכך מה צפוי להתפתח עובדתית, ביחס למה שהיה קיים ערב אישורה, נורמטיבית ועובדתית. עלינו להעריך אם אכן גורת התכנית לפגיעה במקרקעין הנדונים ואם אכן קיימת פגיעה אזי נשאלת השאלה כיצד יש להעריך את גובה הפגיעה, ומהי באשר לכל נכס ונכס"

17. היוצא מהאמור הינו ששוק המקרקעין מורכב יותר מעולם התכנון. על שוק המקרקעין פועלים וקטורים שונים המשפיעים על ערך המקרקעין. משום כך כשם שביחס להיטלי השבחה אמר בית המשפט בעניין לוסטרניק "היטל השבחה מתמקד בהשלכות התכנית המשביחה על ערך המקרקעין, ומראש הוחלט שלא לעשות בו שימוש כללי למיסוי מקרקעין בגין עליות בשוויים שאינן נובעות מהתכנית המשביחה, בין היתר משום שאותן עלויות חייבות במס מכוחם של חיקוקים אחרים, כמו מס שבח ומס הכנסה" כך ביחס לתביעת ירידת ערך קובעת הפסיקה שהתביעה מתגבשת רק כאשר ירידת הערך נובעת מפגיעה במקרקעין. במילים אחרות, המחוקק צפה מצב בו ערך המקרקעין ירד, לאחר אישורה של

התכנית, עם זאת כאשר התכנית אינה פוגעת במקרקעין או בתכונותיהם אנו לא נכנסים בשערי סעיף 197. המחירים בשוק משוכלל, אפוא, מושפעים מנקדות החיתוך של עקומת היצע וביקוש אשר מושפעות, כאמור, מוקטורים שונים הפועלים על שוק המקרקעין, שאין להם דבר עם פגיעה בתכונות המקרקעין כתוצאה מתכנית. בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שניתנה ביחס לתמ"מ 3/21 ביום 14.4.2010 נכתב:

"ניטול דוגמא היפותטית ולפיה תמ"א 35 על הוראותיה המגבילות לפי יכולת הפיתוח מבוטלת. היצע הקרקעות לפיתוח בשוק – גדל באחת בשיעור ניכר. אם תורת הכלכלה מורה אותנו כללים נכונים, אזי יש להניח שנוכח הגידול החד בהיצע, עם שמירה על היקף הביקושים, מחיר המקרקעין ירדו חדות. גם אם ביטול זה נעשה בתכנית, וגם אם ניתן לחלץ באופן מובהק ירידה בערכי המקרקעין שהתכנית המבטלת לא קבעה לגביהם דבר וחצי דבר, בבחינה לפני אישורה ולאחריו, ברור כי התכנית המבטלת אינה יכולה להיחשב ככזו הפוגעת באופן כלשהו בתכונות המקרקעין הללו"

18. נדמה כי בנקודה זו טמון עיקר השוני בין היטל השבחה לירידת ערך ולכך התכוון בית המשפט בבר"ם 10212/16 דלי דליה ועדו 333 אח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (פורסם בנבו, 1.4.2020) (להלן: "עניין דלי דליה") שאמר "גם אם לכאורה מדובר בשני הסדרים המהווים 'תמונת ראי' זה של זה בכמה היבטים עקרוניים, הרי שהפסיקה כבר עמדה על כך שאין מדובר בהסדרים משלימים באופן מלא, ושלמעשה הם אינם סימטריים... זאת, אף מבלי למנות את כל ההבדלים הדיוניים והמהותיים בין השניים" (ראו גם בר"ם 2090/16 הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' אקרו בע"מ (פורסם בנבו, 15.3.2018) פסקה 72 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק ארז).

19. יתירה מכך, המחוקק עצמו איבחן בין היטלי השבחה לירידת ערך. בעוד שבעניין היטל השבחה נקט המחוקק בסעיף 1 לתוספת השלישית בלשון "עליית שווים של מקרקעין עקב אישור תכנית..." הרי שביחס לתביעה לפי סעיף 197 נקט המחוקק בלשון "נפגעו על ידי תכנית... מקרקעין" ולא ירד ערכם או שווים של המקרקעין. מכאן שאם ירד שווים של המקרקעין, אפילו כתוצאה מאישור התכנית, אבל לא נפגעו המקרקעין, אין תחולה לפיצויים מכח סעיף 197.

20. בעררי היטל השבחה הכרענו שתכנית השימור במועד הקובע לא הביאה לעליית שווים של המקרקעין. כעת יש לבחון האם תכנית השימור שלא זו בלבד שאין בה, כשלעצמה, הפחתה בזכויות התכנוניות הקיימות במקרקעין, אלא יש בה תוספת זכויות, יש בה פגיעה במקרקעין.

השפעת תכנית השימור על מימוש המצב הקודם

21. הרציונל בבסיס דיני התכנון והבניה נובע מהבניה שזכויות הבניה ואפשרויות שונות לניצול הקרקע מהוות משאב ציבורי מוגבל. בשל עלויות עסקה והחצנות הבניה המדינה שללא רגולציה מימוש הקרקע לא יביא לתוצאה היעילה. המדינה, אפוא, באמצעות דיני התכנון והבניה מבקשת להתערב בשוק בהקצאת המשאבים על מנת להביא לניצול יעיל של משאב הקרקע. (להרחבה על הצורך בדיני תכנון ובניה ראו: פרופ' דפנה לוינסון זמיר פגיעות במקרקעין על ידי רשויות התכנון (האוניברסיטה העברית, תשנ"ה) 33-46, 53-56 (להלן "פגיעות במקרקעין")). המשמעות הינה שלבעל קרקע אין זכות קנויה, שהמקרקעין שברשותו יושבחו וכי יוכל להגדיל את אפשרויות הניצול של הקרקע, מעבר למה שאישרו לו מוסדות התכנון. (אכן על פי תפיסה זו ניתן לערער על חלק ממנגנוני הפיצוי בגין נטילה שלטונית אלא ששעה שהמחוקק קבע את שקבע אין לנו אלא לצעוד במסלול שהתווה המחוקק. להרחבה על ההצדקות לפיצויים בגין פגיעות תכנון ראו: פגיעות במקרקעין, בע' 105-144). כפי שכותב המלומד שלום זינגר במאמרו "פגיעה עקיפה במקרקעין" (מקרקעין ג' (5) (2004) (להלן: "זינגר פגיעה עקיפה")) "תוכן קניינו של אדם במקרקעין זהה להיקף ולמהות הנורמה התכנונית החלה על אותם מקרקעין. זכות הקניין כוללת, לפיכך, לא רק את הקרקע כשלעצמה, "העירומה", אלא גם - ואולי אף בעיקר - את הזכויות התכנוניות הממלאות בתוכן את זכות הקניין בקרקע." אלא שכל עוד לא ניתנו זכויות תכנוניות אין לבעל המקרקעין זכות קנויה לקבל כאלה ודאי שאין לו זכות קנויה לצפות לקבל זכויות נוספות מעבר למה שקיבל בעבר (להרחבה בסוגיה זו ראו להלן). בהקשר זה קבעה הפסיקה כי לא תקום עילת תביעה מכוח טענה לפיה שכניו של בעל מקרקעין קיבלו זכויות שלא הוענקו לו. כך בע"א 761/85 ליפשיץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון (פורסם בנבו, 29.12.1991) (להלן: "עניין ליפשיץ") אמר בית המשפט:

"כך, למשל, פסקנו, כי בחישוב הפיצויים אין להביא בחשבון את העובדה, שהמקרקעין לא נועדו להשבחה בתכנית החדשה לעומת מקרקעין אחרים, אשר ערכם עלה בגין אותה תכנית... וכי אין מעריכים את מידת הפגיעה תוך התייחסות לשינוי הייעוד שיחול ביתר המקרקעין שבסביבה אחרי תחילתה של התכנית החדשה ומכוחה."
(סעיף 5 לפסק הדין)

22. דברים דומים אמר בית המשפט בע"א 483/86 יעקב (אוטו) בירנבך נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו (פורסם בנבו, 15.9.1988):

"שאלה נפרדת היא, אם יש לקחת בחשבון בחישוב הפיצויים את העובדה, שהתכנית הפוגעת היטיבה עם

החלקות הסמוכות והשביחה אותן (בדומה לצפוי על-פי תכנית 897 שלא אושרה). טענת המערער היא, כי יש לפצות על כך, כי "אילולא קבעו לנכס של המערער ייעוד של אתר שמור, אף הוא היה מקבל זכויות בנייה בשיעור של 228% על-ידי בנייה לגובה של 8 קומות, ועל-כן יש לקבוע את הפיצויים המגיעים לו על בסיס זה". משמעות הטענה היא, כי נזקו של המערער איננו מתמצה רק בהשוואת הפוטנציאל התכנוני של הנכס שבבעלותו לפני התכנית הפוגעת ולאחריה, כלומר, פגיעה במקרקעין ביחס לעצמם, אלא הטענה היא, כי הפגיעה שבגינה הוא זכאי לפיצוי כוללת גם את אי-הכללתם בתכנית המשביחה מקרקעים סמוכים אחרים, היא תכנית 897 א'. על-פי הטענה, יש למדוד את שיעור הפגיעה בהשוואה לפוטנציאל התכנוני של החלקות הסמוכות, אשר הושבחו עקב התכנית הפוגעת, ומטרת הפיצויים לפי זה היא להעמיד את המקרקעין שנפגעו במצב שבו היו יכולים להיות, לו הושבחו באותו השיעור בו הושבחו החלקות הסמוכות.

אין לקבל טענה זו.

הפגיעה, שבה מדבר סעיף 197 לחוק, אשר בגינה מוקנית זכות לפיצוי, היא פגיעה בערכם של מקרקעין בהשוואה לערך שהיה להם עובר לתכנית הפוגעת. קרי, הנתונים המשווים הם ערכם של המקרקעין לפני התכנית הפוגעת ולאחריה. בהשוואה זו אין להביא בחשבון את העובדה, שהמקרקעין לא נועדו להשבחה בתכנית החדשה לעומת מקרקעין אחרים, אשר ערכם עלה בגין אותה תכנית, שכן אין זכות מוקנית להיכלל בתכנית בכלל ובתוכנית משביחה בפרט.

סיכומו של דבר, הפגיעה, שבה מדבר סעיף 197, מתבטאת בירידת ערכם של המקרקעין לעומת הערך שהיה להם עובר לתכנית הפוגעת. אין היא מתבטאת בהשוואת ערכם של המקרקעין על-פי התכנית הפוגעת עם ערכם של מקרקעין אחרים, אשר לגביהם זוהי תכנית מיטיבה ומשביחה.

(סעיף 6)

23. לפיכך כל עוד מה שהיה הוא שיהיה, אין בתכנית שמצלמת מצב קיים ולא מאפשרת לשנותו, בבחינת "כזה ראה וקדש", בכדי להוות פגיעה. אלא שבסוגיה זו

טוענים העוררים שהם יכלו להרוס את המבנה ולהקים מבנה חדש עם הזכויות הקיימות במקרקעין, אלו שנוצלו ואלו שטרם נוצלו ולחילופין יכלו להוסיף את זכויות הבניה הקיימות (בעיקר מתכניות נושאיות) ללא צורך בשימור המבנה.

24. הפגיעה הנטענת על ידי העוררים, נובעת מכך שדרישת השימור והעלויות העודפות הכרוכות בה, מביאה לכך שזכויות הבניה הקיימות במצב הקודם, כמו גם זכויות הבניה המוקנות בתכנית השימור, אינן רווחיות ולמצער אינן כדאיות כלכלית במועד הקובע. בנוסף טוענים העוררים כי ההוראה בתכנית לפיה אסור להרוס את המבנים לשימור מהווה אף היא פגיעה במקרקעין, בהקשר זה הטענה הינה שבעל מקרקעין רשאי בכל עת להרוס את הבניין שברשותו והוראה האוסרת זאת מהווה פגיעה במקרקעין כשלעצמה מעבר לסתימת הגולל על פוטנציאל עתידי; טענה שתדחה להלן.

25. על מנת לבסס טענה זו של העוררים יש להראות היתכנות כלכלית שנפגעה. בעררי היטל השבחה הכרענו שבהעדר כדאיות כלכלית אין היטל השבחה. באופן דומה בהיעדר כדאיות כלכלית למימוש זכויות שלא נוצלו במצב הקודם או בהיעדר כדאיות כלכלית להריסת הבניין לשימור ובניית מבנה חדש במגבלות זכויות הבניה הקיימות אין פגיעה ובאין פגיעה אין ירידת ערך. הלכה למעשה, בנסיבות הקונקרטיות של ענייננו, בהיעדר כדאיות כלכלית לא נגרם לעוררים נזק בגין אישורה של תכנית השימור, ומשכך אין בסיס לטעמנו לפסיקת פיצוי. על דרך ההשוואה וההיקש, נבקש להפנות לפסק דינו של בית המשפט בבר"מ 2348/10 הועדה המקומית לתכנון ובניה שורקות נ' גבעת השבילים בע"מ (פורסם בנבו, 3.7.2014), שקבע כדלקמן:

"הדברים עשויים להסתבך עוד אם במועד מכירתה של הזכות, הקונה, או שני הצדדים גם יחד, לא היו מודעים לדבר קיומה של התכנית הפוגעת, והזכות נרכשה בשווייה ללא הפגיעה. במקרה שכזה, השארת זכות התביעה בגין הפגיעה בידי המוכר עלולה לגרום עוול לקונה שרכש את הזכות במחיר מלא, ואילו המוכר עשוי ליהנות פעמיים (עיינו: נמדר, 477-478), ולכן לכאורה נשללת הזכות לתבוע פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק ע"י המוכר. דין דומה חל, לטעמי, גם במקרה שבו המוכר, הוא עצמו, רכש, מלכתחילה, את הזכות במקרקעין, כשהוא מודע לדבר קיומה של התכנית הפוגעת (גם אם היא טרם אושרה), והתמורה שהוא עצמו שילם בעבורה "הפנימה" כבר את ירידת הערך בגין אישורה הצפוי של התכנית. כאשר זהו מצב הדברים, דומה כי המסקנה שלפיה למוכר, שנותר בעל הזכות הרשומה (הקניינית)

במקרקעין, לא נגרם כל נזק במשמעות סעיף 197 לחוק – היא
מסקנה מתבקשת...” (סעיף 10(ד) לפסק הדין)

26. אמירה ברוח דומה נאמרה גם בפסק הדין ברע"א 7172/96 קרית בית הכרם בע"מ
נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 1.6.1998), :

”לעומת זאת, מי שבאותה עת לא היה בעל זכויות במקרקעין,
ורכש את זכויותיו לאחר שהתכנית האמורה נתקבלה, אינו זכאי
לפיצוי. אדרבא, בדרך-כלל ניתן להניח כי כשנרכשה הזכות
במקרקעין, אשר נפגעו על-ידי תכנית שאושרה קודם לרכישת
הזכות, הובאה הפגיעה האמורה בחשבון במחיר הרכישה. כאשר
זהו מצב הדברים, עולה המסקנה כי התכנית הפוגעת לא הסבה
לרוכש המאוחר כל נזק. בעל הזכות בעת אישור התכנית הוא
שנפגע, והוא הזכאי לפיצויים. הכרה בזכות פיצויים גם לבעלים
המקורי וגם לרוכש המאוחר, משמעה העשרתו של הרוכש
המאוחר שלא כדין – קבלת פיצוי על פגיעה, אשר הובאה בחשבון
במחיר הרכישה. תוצאה זו היא בלתי סבירה בעליל, ואין
לקבלה.” (ע' 522)

27. הדוגמא המובאת בפסק הדין עוסקת אכן בהעדר זכות תביעה של רוכש מאוחר
לאישורה של התכנית, אך הגיונם של דברים, וחוסר הסבירות שבפסיקת פיצוי במקרה כזה,
נכון לטעמנו גם מקום שבו לא הוכחה כלל פגיעה בגין היעדר כדאיות כלכלית, שכן התכנית
לא הסבה כל נזק לבעל המקרקעין.

28. כאמור, להכרעתנו על מנת לבסס טענה זו יש להראות כדאיות כלכלית
שנפגעה. ביחס לסעיף 197, אין משמעות לאיסור על הריסת מבנה, אם היא לא מגיעה
כדי ”נפגעו על ידי תכנית...מקרקעין”. כאמור בעררים שבפנינו לא הוכח שהייתה
כדאיות כלכלית במימוש הזכויות הקיימות, ללא שימור, או בהריסת המבנה ובניית
מבנה זהה (בתוספת יתרת הזכויות, ככל שישנה). על כן, כל עוד אין כדאיות כלכלית
אין נזק וכל עוד אין נזק אין פגיעה וכל עוד אין פגיעה לא מגיע לבעל המקרקעין
פיצוי כלשהו. בהקשר זה נציין כי לא הוצג בפנינו ולו מבנה אחד שנהרס ונבנה מחדש
עם אותן זכויות בניה, בבחינת ”פוק חזי מאי עמא דבר” (=צא וראה מה העם נוהג).

29. גם שומות העוררים לא מוכיחים זאת. שומות העוררים מבוססות על שני
מודלים תאורטיים בחישוב שווי מצב קודם. האחד, השארת המבנה הקיים בתוספת
זכויות שונות שניתן, לטענת העוררים, לקבל. כמו זכויות מכח תכנית ע1, זכויות
מכח תמ"א 38/1 שהייתה אז בתוקף, הקלות וזכויות מכח תקנות התכנון והבניה
(התייחסות לסוגית הפוטנציאל ראו להלן). השני, הריסת המבנה ובנייתו מחדש תוך
תוספת זכויות מכח תכניות תקפות, כגון תכנית מ', תכנית ע1, תכנית הגגות, הקלות

כמותיות וזכויות מכח תקנות התכנון והבניה. לטענת העוררים, לאחר אישורה של תכנית השימור לא ניתן לממש אף אחת מהאפשרויות. מלבד העובדה שבפועל במצב הקודם אף אחד לא מימש אף לא אחת מהאפשרויות נדמה כי העוררים שבפנינו חישובו את הזכויות הנטענות תוך שלא לקחו בחשבון עלויות שונות, שנקבעו בפסיקה, ביחס להיטלי השבחה, שיש לקחתם. על מנת להרוס מבנה ולבנותו מחדש או על מנת לעבות בניין בפרויקט תמ"א 38 יש צורך להכניס יזם לתמונה, במקרה כזה, כפי שאמרה ועדת הערר בערר (תל-אביב – יפו) 85224/14 **אשדר חברה לביטוח בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב** (פורסם בנבו, 20.4.2020):

"בעלות הקמת הפרויקט יש לקחת בחשבון את עלות הבנייה הישירה, עלות הבנייה העקיפה הכוללת, אגרות בנייה, היטלי פיתוח, הוצאות תכנון ויועצים, חיבורי חשמל, הוצאות שיווק ופרסום עבור דירות היזם, דירות התמורה, הוצאות הנהלה והוצאות כלליות, הוצאות בלתי צפויות, עלות הריסת המבנים ופיתוח חצר, עלויות מיוחדות הכרוכות בהוצאה לפועל של פרויקט פינוי-בינוי, תשלומים לבעלי קרקע, עלויות נוספות הנובעות מטיפול בדיירים, כגון, שכר דירה בתקופת הבנייה, הוצאות וליווי משפטי, עלות העברה, ניהול וארגון דיירים וכדו', ערביות חוק מכר לדירות התמורה שיקבלו בעלי הקרקע. עלויות מיסוי הכוללות היטל השבחה שיפורט בהחלטה זו מהו, מס רכישה, מס שבח, מס ערך מוסף והוצאות מימון ורווח יזמי שהוערך מבלי לקבוע מסמרות בעניין בכ- 25% עד 30% מכלל העלויות הצפויות."
(סעיף 41)

30. הפגיעה הכלכלית שהעוררים מנסים לבסס בוחנת השוואה בין שני מצבי תכנון ואין בה בחינה של כדאיות כלכלית למימוש הזכויות שהעוררים טוענים שהן מוקנות להם במצב הקודם. במילים אחרות, העוררים לא הוכיחו שבמועד הקובע הייתה כדאיות כלכלית להריסת המבנה (בשים לב להוצאות הנדרשות לשם כך) ובניית מבנה תוך ניצול כלל הזכויות שנטען כי הן מוקנות במצב הקודם כמו גם עיבוי הבניין והוספת כלל הזכויות שנטען כי הן מוקנות במצב הקודם.

31. לא זו אף זו, טענת העוררים מבקשת לחשב פיצוי לפי פעולה אריתמטית שמשווה שני מצבי תכנון ולא בוחנת ערכי קרקע. עמדה על כך ועדת הערר בערר (תל-אביב – יפו) 95228/11 **הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' בכור איתן ואח'** (פורסם בנבו, 1.3.2016) מפי יו"ר הועדה עו"ד גילת אייל:

"טענת המשיבים, הינה, בתמצית, כי הליך לפי סעיף 197 לחוק לא נועד לקבוע את שווי הקרקע, אלא את שווי הפיצוי

במידה ונגרמה ירידת ערך הקרקע. משקבע השמאי המכריע את גובה הפיצוי, הרי שלשיטת העוררים השאלה כיצד הגיע לתוצאה זו פחות רלבנטית. לטעמם, השאלה מה היה ערך הקרקע לפני התכנית הפוגעת ולאחריה הינה טפלה, והעיקר הוא בהפרש שבין ערכים אלה, הקובע את גובה הפיצוי.

לא נוכל לקבל טענה זו, הפיצוי הנפסק מכח סעיף 197 לחוק, מבוסס (לאחר שהוכחה פגיעה), על בחינת ההפרש שבין ערכי המקרקעין לפני אישורה של התכנית הפוגעת ולאחריה. מיותר כמעט לומר כי כל שינוי בערכי הקרקע הנקבעים, בכל אחד מצידי המשוואה – בין אם לפני אישורה של התכנית ובין אם לאחריה, יש לו השפעה של ממש על הפרש זה ועל היקף ירידת הערך הנקבע. ההערכה השמאית מתמקדת, כמצוות הפסיקה, בקביעת ערכי הקרקע בשני מצבי התכנון, משאלה נקבעו, הרי שחישוב ירידת הערך הוא חישוב אריתמטי פשוט של ההפרש בין שני המצבים שאין לו ערך עצמאי. ממילא, אין כל דרך לבחון את סבירותה ונכונותה של ירידת הערך שנקבעה, ללא בחינת האופן שבו נקבעו ערכי הקרקע בשני מצבי התכנון, סבירותם ונכונותם של אלה.

לא זו אף זו, תילי תילים של פסיקה יצאו מלפני הערכאות השונות, ובית המשפט העליון בראשן, בסוגיות שונות שעניינן האופן שבו יש לאמוד את המקרקעין בשני מצבי התכנון, ובתוך כך, אילו אלמנטים יש לכלול, אילו אלמנטים יש לנטרל וכיו"ב. על פי גישת המשיבים יוצא שהערכאות השונות השחיתו חו"ח זמנן לריק, באשר אין כל משמעות לשאלת ההצדקות לקביעת ערכי הקרקע בשני מצבי התכנון או הטעויות שנפלו בה, אלא רק להפרש בין שני מצבי התכנון, שאינו אלא תוצאה פעולה אריתמטית פשוטה של השוואה בין שני המצבים, פעולה נטולת כל שיקול דעת שבוודאי דבר אין לה עם שיקולי מדיניות משפטית.

אנו דוחים איפוא טענה זו" (ע' 7 להחלטה)

32. לעניין הטענה לפיה עצם האיסור על הריסת המבנה מהווה "פגיעה במקרקעין" הרי שגם טענה זו אין בידינו לקבל. בסופו של יום המקרקעין נושא העררים שבפנינו אינם קרקע בתולית ריקה אלא קרקע בנויה שזכויות הבניה בה נוצלו, גם אם ישנן זכויות נוספות כלשהן – לרוב מכח תוכניות נושאות ואחרות –

שטרם נוצלו. לא הוכח בפנינו שישנה הצדקה כלכלית להרוס בגינן את המבנה הבנוי עליה ולבנות את אותו בינוי בתוספת הזכויות הנטענות. משום כך לא ניתן לטעון שעצם האפשרות להריסת המבנה במצב הקודם היא אפשרות ראלית כלשהי בהיעדר כדאיות כלכלית במועד הקובע. אם כן בהינתן שמה שהיה הוא שיהיה, והזכויות שהיו מוקנות בעת אישור תכנית השימור בלבד נשארות מוקנות, הרי שלא ניתן להצביע על פגיעה במקרקעין.

33. נדמה כי החשיבה הכלכלית בבסיס טענה זו של העוררים מגלמת ציפייה לקבל זכויות שטרם הוקנו למקרקעין, ציפייה שכפי שיורחב להלן אין להביאה בחשבון. ככל ובעל המקרקעין היה יודע שמה שהיה הוא שיהיה וכי אין לו לצפות לקבל זכויות נוספות פשוט וברור שהיה מתחזק את בניין שברשותו ולא הורס אותו. במילים אחרות, הריסה בפני עצמה אינה כלכלית אלא להפך יש בה להביא הפסד לבעל המקרקעין, בהקשר זה ובהתייחס לדעת המיעוט של נציג הציבור בוועדה נאמר ששימוש ביניים לחניון לדוגמה, נדרש להליך תכנוני ואף הוא מהווה פוטנציאל שיש להתעלם ממנו בבדיקת הכדאיות הכלכלית להרוס את המבנה.

34. לא זו אף זו, אכן הלכה היא כי שיקול הדעת הנתון לגורמי הרישוי לסרב ליתן היתר בניה התואם תכנית תקפה החלה על המקרקעין, מוגבל מלכתחילה למקרים יוצאים מן הכלל. אלא שלטעמנו במסגרת שיקול הדעת של הרשות ליתן היתר הריסה מונח השיקול שלא להשאיר קרקע ריקה בטבורה של העיר; נפרט. בהיעדר כדאיות כלכלית הסיבה היחידה להריסת מבנה הינה חוסר רצון לתחזק את המבנה הקיים לצד שאיפה שבעתיד הנראה לעין תאושר תכנית שתוסיף זכויות שיהפכו את מימוש הקרקע לכלכלי. לטעמנו רשאית הועדה המקומית שלא ליתן היתר להריסת מבנה קיים ללא שמוגש בציודו היתר לבניית מבנה חדש בהתאם לזכויות התקפות או תכנית בשלבי תכנון מתקדמים. לטעמנו כחלק מהפעלת שיקול הדעת של הרשות והשיקולים שהיא צריכה להביא בחשבון היא נדרשת לדאוג שלא תישארנה קרקעות ריקות בטבורה של העיר. המסקנה הינה, אפוא, שהיתר הריסה יינתן רק כשלב ראשון לבניה על המקרקעין בין אם ישנה כדאיות כלכלית למימוש זכויות קיימות בהריסה ובניה ובין אם יש תכנית בשלבי תכנון מתקדמים המקנה זכויות נוספות.

35. נציין כי כך גם נוהגת המשיבה ביחס לבקשות לקבלת היתר חפירה ודיפון. בערר (תל-אביב -יפו) נציגות דיירי הבנין שברחוב אנטוקולסקי 3-7 נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב (פורסם בנבו, 18.7.2016) תמכה ועדת הערר בראשות עו"ד הילה סירוטה ליבנה במדיניות המשיבה שלא להרוס מבנה בטרם ישנו אופק תכנוני:

”כך גם אנו סבורים כי בשל הנימוקים אשר הציגה לנו הועדה המקומית, כאמור לעיל, מקרה זה מצדיק חריגה

ממדיניות הועדה המקומית לפיה בדרך כלל אין מקום להתיר את פעולות החפירה והדיפון במנותק מהבקשה לבניית הבניין. אנו סבורים כי בשל הנסיבות החריגות, לפיהן עסקינן במגרש ששטחו כ – 3 דונמים עליו אשר הליך פינויו והריסת המבנים הבנויים עליו יארך זמן רב, ניתן לנתק בין השלבים כאשר במהלך ובמקביל לפינוי המגרש יקודם ההליך התכנוני לבינוי העילי ...

יחד עם זאת בכדי להבטיח כי לא ינותק הקשר בין שני השלבים, באופן גורף, יש להורות כי היתר לחפירה ולדיפון יינתן רק לאחר שתופקד התכנית הקובעת את הבינוי העילי, ובכפוף למתן התחייבות מבקש ההיתר, בנוסח שיאושר על ידי היועצת המשפטית של הועדה המקומית, שתבטיח את השבת המצב לקדמותו במידת הנדרש, ככל שהתוכנית לבינוי העילי לא תאושר או תאושר במתכונת שונה" (ע' 7 להחלטה)

36. המסקנה לעררים מושא החלטה זו הינה שאין פגיעה במקרקעין מכח תכנית השימור ביחס לזכויות הבניה במצב הקודם בלא שהוצגה לנו כדאיות כלכלית קונקרטית, ולא תאורטית, מבוססת. מעבר לאמור סבורים אנו, כאמור, כי במסגרת שיקול הדעת של הועדה המקומית שלא ליתן היתר הריסה כאשר כל מטרת היתר ההריסה הינה להשאיר קרקע ריקה באופן שימנע את פיתוח העיר, לרבות ערכים של שימור, היסטוריה ותרבות. בסופו של יום תוכנית השימור לא פוגעת במבנה, בבחינת מה שהיה הוא שיהיה. תכנית השימור מצלמת את המצב הקיים וביחס אליו אומרת לבעל הנכס אסור לך להרוס את המבנה.

37. טענה נוספת של העוררים הינה שתכנית השימור שכאמור, אפוא, אוסרת את הריסת המבנה כופה את השימור, על אף מה שכתוב בהוראותיה שיישומה הוא וולנטרי, גם בהיעדר כדאיות כלכלית וזאת בשל העובדה שלבניין מגורים ישנם חיים כלכליים תחומים בזמן.

38. טענה זו להכרעתנו בטעות יסודה ונדמה שהעוררים לא דייקו בשימוש במונח "חיים כלכליים". חיים כלכליים של נכס לא אומרים בהכרח הריסת המבנה הקיים ובניית מבנה זהה תחתיו. חיו הכלכליים של נכס מקרקעין מוגדרים בספרות המקצועית כאורך הזמן בו ההשבחות תורמות לשווי הכולל של הנכס:

" The economic life of a building is the period over which the improvements contribute to property value "
(The Appraisal of Real Estate (15th Edition, 2022) p. 245
(Below: "Appraisal")

מכאן שהגדרת החיים הכלכליים של נכס מקרקעין נמדדת על פי אורך התקופה בה המבנה תורם לשווי הכולל אך לא קשורה לשאלת הכדאיות הכלכלית בהריסת המבנה. הריסת המבנה ובניית מבנה זהה תחתיו איננה פועל יוצא של תום החיים הכלכליים של הנכס. ובעררים שלפנינו לא הוכחה כדאיות כלכלית בהריסת המבנים (ללא הטענה, שנדון בה להלן, שהריסת המבנה מביאה לתוספת משמעותית של זכויות פוטנציאליות). במילים אחרות לא התכנית שוללת את מימוש הזכויות (במצב הקודם), אלא השוק השוקל שיקולים של כדאיות כלכלית.

39. נדמה כי די היה לנו באמור עד כאן על מנת לדחות את העררים שבפנינו, שכן שווי השוק והכדאיות הכלכלית שבבסיסו הם המבססים הצדקה לתביעה לפי סעיף 197 ולא מודלים תאורטיים; ובלשונו של בית המשפט בע"א 8736/04 **אורה כהן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה** (פורסם בנבו, 24.1.2006) **"ובטוחני שהכל יסכימו שאין מקום שהאזרח יקבל מן הרשות יותר ממה שהיה מקבל בשוק החופשי"**, אלא שנדמה כי ישנם שיקולים נוספים על מנת לדחות את טענות העוררים.

דרישת שימור איננו פגיעה בתכונות המקרקעין

40. מעבר לכך שאין לראות בתכנית שמעניקה זכויות לא כלכליות כתכנית פוגעת, בהינתן שהיא אינה פוגעת בזכויות קיימות, עצם דרישת השימור איננה פגיעה בתכונות המקרקעין. להכרעתנו פגיעה זו, הנטענת על ידי העוררים, איננה פגיעה בתכונות המקרקעין כי אם פגיעה באפשרות מימוש תכנית השימור (ובכלל זה זכויות קיימות במצב הקודם) במועד אישורה, תכנית שכאמור מעניקה תוספת זכויות רחבה יותר מהמצב התכנוני הקודם, בשל התנאים הקבועים בה. להכרעתנו הפגיעה הנטענת היא, אפוא, פגיעה כלכלית שלא זכאית לפיצוי בהתאם לסעיף 197 ולא פגיעה תכנונית; נסביר.

41. אין חולק על כך שככל ובוחנים שווי תכנית, יש להביא בחשבון את כלל האלמנטים שבתכנית – משביחים ופוגעים כאחד. מסיבה זו בעררי היטל השבחה הבוחנים **"עליית שוים של מקרקעין"** הובאו בחשבון העלויות העודפות בהתאם לחוות דעת המומחה שמונה. אלא שבתביעת 197 יש להוכיח ראשית פגיעה בתכונות מקרקעין (ראו: עא 600/89 **גדעון וכרמלה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נתניה** (פורסם בנבו, 5.5.1993) משלא נחצתה מְשׁוֹכָה זו, אין מקום לבירור שאלת ירידת הערך, שכן רק בהינתן שישנה פגיעה בתכונות המקרקעין מגיעה הבחינה השמאית בהתאם לעקרונות הפסיקה. כאמור בענייננו לא הוכחה אף ירידת הערך הנטענת, כפי שהראינו לעיל וכפי שיפורט להלן בניתוח שומות העוררים.

42. הרציונל בבסיס תכנית השימור הינו זכויות תמורת שימור. תכנית השימור נתנה תמריצים לשימור באופן שבו כנגד עלויות השימור העודפות יינתנו תמריצים תכנוניים ובראשם תוספת זכויות (או לבניין לשימור עצמו או לניוד). היטיבה לסכם

זאת ועדת משנה לעררים בערר (מטה) 28/06 חיים שוב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 19.11.2007) (להלן: "עניין שוב"):

"כעולה מרשימת התמריצים, במבנים שאינם לשימור במגבלות מחמירות, לא נשללה אפשרות הבינוי במסגרת התכניות התקפות וניתנו תמריצים המאפשרים אף בינוי נוסף. גישת השימור שבה נקטה התכנית אינה מתיימרת אך "להקפיא" את מבני העבר ולהפכם למעין מוצגים "מוזאליים" כי אם, ומתוך ראייה מציאותית, התכנית מכירה בעובדה, שכדי לאפשר לשימור להתרחש, יש להופכו לפעולה כלכלית ככל האפשר, וזאת בדרך של תמרוץ פעולות אלה גם ע"י מתן זכויות לבניה."

43. לא זו אף זו, כפי שמציינת ועדת המשנה בערר בעניין שוב לתכנית עצמה מנגנוני הגנה מפני פגיעה בבעלי הנכסים:

" התכנית מלווה בשני מנגנוני הגנה חשובים – "תחנות יציאה" המשלימים את התמונה ומגנים על הפרט במקרה של חוסר כלכליות: האחד – העובדה כי יישום התכנית נמצא, כאמור לעיל, באחריות הבעלים של התכנית וכי העלויות, התמריצים והשימור יבוצעו רק ביוזמת הבעלים. אכן, יש למנגנון זה חולשה מסוימת, שהרי נוקיה הנטענים של התכנית יכולים להיתבע גם בעיתוי שאינו חופף את מימושה של התכנית. יחד עם זאת, יש בכך כדי למזער נזקים במקרה כזה או אחר. כך למשל, למזער את הקושי הנובע מכך שמבנה מטויס מאוכלס ע"י 23 דיירים מוגנים, והאפשרות לממש בגינו את התכנית בזמן קרוב אמוז מעשית ואמת כלכלית. ראוי לציין כי לעובדה זו יש משמעות כפי שעלה גם בעת הדון בערר 41/05. לצד המערער הופיע שכן בבניין, מר ומטר, שביקש "לחזק את ידי" המערער ד"ר עדו סימון. אולם מששמע זה כי אין כופים עליו לשפץ ולשמר את הבניין מיד עם אישור התכנית, נראה היה כי תמיכתו בערר פחתה ואולי אף פסקה. השני – אפשרות של הוועדה לסגת מהתכנית במגרש מסוים או במספר מגרשים. ראוי להדגיש, כי אין באפשרות זו כדי להצביע על יחס ספקני בנוגע לתכנית, בבחינת ציפייה מראש לעשות שימוש באפשרות זו. אולם, ברור כי אופציה זו משמשת "קו הגנה" למקרה שבו תיערך שומה פרטנית ותתברר אי הכדאיות במקרים אלה או אחרים. דהינו, במקרה שבו יתברר, כי התמרוץ אינו מהווה איזון לפגיעה וכי הפיצוי הצפוי להשתלם מנטרל את יתרונות הכללת המבנה בתכנית. זאת בהתאם לסעיף

8 לתוספת הרביעית המתיר, במקרה של היעדר מקור כטפי למימון פיצויים, להביא אף להחרגתו של מבנה מתכנית לשימור. כאמור, אלה "קווי הגנה" בלבד – ברירות מחדל. לטעמנו, התמריצים, אשר חוזקו ועובו בעקבות בדיקת החוקר, יוצרים את האיזון הראוי ואת הבסיס הכלכלי הנדרש שלאורו התכנית ראויה מבחינה כלכלית"

נוסף על מנגנונים אלו נמצאת קרן השימור העירונית שמטרתה סיוע כספי לשיפוץ מבנים לשימור.

44. ודוק, מנגנונים אלו, כפי שהכרענו בעררי היטל השבחה לא הביאו לעליית שווים של המקרקעין במועד הקובע, אלא שמנגנונים אלו גם לא הוכיחו פגיעה במקרקעין. תכנית השימור מוסיפה, כאמור, זכויות כתמריצים למימושה. מבחינת תכונות המקרקעין, אפוא, לא זו בלבד שזכויות הבניה לא נפגעו אלא שהן אף הוגדלו כחלק ממטרות התכנית "ליצור תמריצים לשיקום המבנים לשימור ולהקים מנגנונים הנדרשים ליישום התכנית" (סעיף 8(ג) להוראות התכנית, סעיף 8.5, 8.6). אמנם כפי שהכרענו בעררי היטל השבחה התכנית, במועד הקובע, לא כלכלית ולפיכך לא מביאה "לעליית שווים של המקרקעין", אלא שהשאלה הינה האם דרישת השימור המתבטאת בעלויות חיזוק גבוהות מגיעה כדי פגיעה במקרקעין; להכרעתנו התשובה שלילית. בהקשר זה דומה תכנית השימור לפסקי הדין בע"א 650/83 הועדה המקומית לתכנון ובנייה זבולון נ' קורן ואח' וערעור שכנגד (פורסם בנבו, 2.9.1986) (להלן: "עניין קורן") ובר"ם 10510/02 הועדה המקומית לתכנון ובניה חדרה נ' כהן (פורסם בנבו, 31.1.2007) (להלן: "עניין חדרה נ' כהן"), שעניינם אבחנה בין פגיעה כלכלית לפגיעה תכנונית. הפגיעה הנטענת איננה זכויות בניה שנפגעו כי אם עלויות השימור המקשות על מימוש הפוטנציאל המלא של התכנית. בספרם מבקרים זינגר ודנה (עמוד 85, חלק א) את האבחנה בין נזק כלכלי לנזק תכנוני:

"על מקומו של האינטרס הכלכלי הטהור (להבדיל משינוי תכונות המקרקעין) בשיקולי תכנון ניתן ללמוד גם מהתייחסותו של בית המשפט לזכות לפיצוי לפי סעיף 197 בשל פגיעה כלכלית טהורה. במספר פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות סרב בית המשפט העליון להעניק פיצוי בשל שינוי תכנוני שלא שינה את תכונות המקרקעין אף אם גרם לפגיעה כלכלית ולירידת ערך המקרקעין. ההנמקות להבחנה בין שני סוגי הנזקים, זה הנוגע לתכונות המקרקעין לעומת נזק כלכלי טהור, אינן חדות דיין. הן מסתמכות על אינטרס ציבורי בוודאות ועל הצורך לצמצם את היקף הפיצויים שבהם תשאנה הוועדות המקומיות. אך נראה שניתן לחלץ מהן

את אותו רציונל שעמד בבסיס הפסיקות שצוינו לעיל שלפיו "מטרת החוק היא להגן על שימוש בזכויות והנאה מנכסים ולא על אינטרסים כלכליים". גישה זו מסיטה כביכול הצידה את המהפך בתפישה התכנונית שהתרחשה בעולם התכנון ובמקביל בעולם המשפט בכל הנוגע להיקפם הרחב של שיקולי תכנון, ומתכנסת חזרה לתפישת תכנון כמסדיר שימושי קרקע בלבד. במסגרת תכנונית-משפטית כזו, הרואה בתכנון עולם ומלואו, קשה לבסס התעלמות מאינטרסים כלכליים בהליך התכנוני, על הטענה שהתכנון עניינו בשימוש והנאה מנכסים בלבד ולא באינטרסים כלכליים, תכנון העוסק בדמוגרפיה, איכות סביבה, כלכלה, רגשות ציבור ועוד אינו יכול שלא לעסוק בהשלכות התכנון על רווחתו הכלכלית של פלוני בנימוק לקוני ששיקול זה אינו עניין תכנוני".

45. נדמה כי דבריהם של זינגר ודנה עניינם בדין הרצוי אבל בדין המצוי זו בדיוק מטרת המחוקק. נזק כלכלי מוגדר:

"כשינוי לרעה במצבו הפיננסי של הניזוק, המוסבר על ידי מניעת רווח צפוי או יצירת עלות בלתי מתוכננת, ואינו ממבטא פגיעה באינטרסים לא-כספיים של אותו ניזוק....הנזקים הכלכליים האמיתיים נחלקים לשתי קבוצות: נזק כלכלי תוצאתי ונזק כלכלי טהור (או נזק כספי גרידא) נזק כלכלי תוצאתי (consequential loss) הוא נזק כלכלי, אשר נובע מפגיעה פיזית בגופו או ברכושו של תובע. תוצאות כלכליות של היזק לרכוש עשויות להיות, למשל, אובדן רווחים מחוזה להשכרת נכס או למכירתו; הגדלת העלויות הכרוכות בביצוע חוזה כאמור... נזק כלכלי טהור (pure economic loss) הוא נזק כלכלי שאינו תוצאתי... למשל: א' פוגע בכבל להפסקת חשמל, הנמצא בבעלותו של ג' ומשרת את מפעלו של ב'; כתוצאה מכך נפגעים חומרי גלם על פס הייצור (חזק פיזי) וב' מפסיד את הרווח ממכירת המוצרים שהיו מופקים מהם (נזק כלכלי תוצאתי) כמו כן, מושבת פס הייצור במשך הפסקת החשמל וב' מפסיד את רווחי המכירה של מוצרים נוספים, אותם הוא יכול לייצר באותו זמן מחומרים אחרים (נזק כלכלי נלווה). היעדר הקישור הסיבתי בין הנזק הפיזי שנגרם לב' לבין הנזק הנלווה הופך את האחרון לנזק כלכלי טהור" (רונן פרי אופקים חדשים במשפט – ריקושטים כלכליים (תשס"ב)

46. אכן המתת שקיבלו העוררים מהרשות בדמות זכויות בניה לא כדאית כלכלית במועד הקובע, אלא שאי הכדאיות, במועד הקובע, איננה מגיעה כדי "פגיעה במקרקעין" לכל היותר מדובר ב"ריקושט כלכלי של נזק פיזי", כפי שהגדיר פרופסור רונן פרי. לטענתו "ריקושט כלכלי של נזק פיזי... מעיד, כי הנזק בו עסקינן הוא נזק, הנובע מנזק אחר, שלא נגרם לאותו אדם; הוא מבהיר, שהנזק הפיזי הוא הסובב ושהנזק הכלכלי הוא המסובב" (שם, עמ' 11).

47. כאמור, הפגיעה הנטענת כאן על ידי העוררים דומה לפסקי הדין בעניין קורן ובעניין חדרה נ' כהן". בעניין קורן, דובר על פגיעה נטענת בתחנת דלק בשל תכנית ששינתה את הסדרי התנועה ועקב כך קטן מספר כלי הרכב הנגישים לתחנת הדלק, וכתוצאה מכך ירד ערך תחנת הדלק. בית המשפט העליון, על אף שלא שלל כי נגרמה ירידת ערך, לא הכיר בזכות בעלי המקרקעין לפיצוי, היות והתכנית לא הגבילה את השימוש וההנאה מהמקרקעין והנזק שנגרם הינו נזק כלכלי שאינו מהווה פגיעה במקרקעין:

"אכן, לתכנית ולכביש החדש שנסלל על פיה יש השלכה עקיפה על התחנה. מספר המכוניות הנוסעות בכביש הגובל עם התחנה פחת. אך זה נזק כלכלי שנגרם בעקיפין. נזק כזה אינו מהווה פגיעה מקרקעין ככאלה..." (עמ' 643)

48. בית המשפט בעניין קורן קבע, אפוא, כי ירידת ערך של מקרקעין אינה נחשבת פגיעה המזכה בפיצוי לפי סעיף 197 כאשר אין מדובר בפגיעה בתכונות המקרקעין. בעניין חדרה נ' כהן חזר בי המשפט וקבע:

"מכאן שלמעשה, לא נפגע השימוש המלא במקרקעין ולא נפגעה ההנאה המלאה מהם. לכן, הנזק שנגרם הינו נזק כלכלי גרידא שאינו בר פיצוי לפי סעיף 197(א) לחוק, אף בהנחה שניתן לראות את התוכניות כמהלך תכנוני אחד ואת המקרקעין כגובלים בהן." (עמ' 12)

49. יש לחדד לטעמנו את האבחנה שיוצר בית המשפט בעניין קורן ובעניין חדרה נ' כהן ביחס לשאלה מתי זכויות "לא כלכליות" הן בגדר פגיעה במקרקעין ומתי הן בגדר פגיעה כלכלית. בכל מתן זכויות ישנן עלויות הנדרשות להוצאתן מהכוח אל הפועל; כך במקרה שבהן נדרש להוציא דיירים מבתיים בתקופת הבנייה וכך במקרה של דרישות חיזוק. לטעמנו במצב בו בעל המקרקעין יכול לממש את הזכויות וכל מה שמפריד בין מימוש הזכויות בכח למימושן בפועל הוא עלות המימוש, מדובר בפגיעה כלכלית ולא תכנונית. ואילו כאשר נדרשות פעולות תכנוניות, רישויות או משפטיות לממש את הזכויות, ופעולות אלו הופכות את הזכויות ללא כלכליות,

הפגיעה הינה תכנונית. נדמה כי זו האבחנה בין המקרה שבפנינו לפסק הדין **בעניין ליפשיץ**. **בעניין ליפשיץ** דובר במגרש שחלקו יועד להפקעה. הנזק שנטען נבע מהעובדה שלמרות השינוי הקטן בזכויות הבניה לא ניתן היה לממש את זכויות הבניה ללא הריסת מבנה קיים שבו התגוררו 15 דיירים מוגנים. הועדה המקומית טענה שמדובר בנזק "סובייקטיבי" שאינו בר פיצוי. בית המשפט לא קיבל את עמדת הועדה המקומית וטען כי לא ניתן להתעלם מנתונייהם המיוחדים של המקרקעין שבהם מדובר. לפיכך ומכיוון שבשל ההפקעה הפכו זכויות הבניה, בנסיבות המקרה, ללא כלכליות יש לפצות, את בעל המקרקעין. אלא שחוסר הכלכליות בתכנית נובע מדרישה להריסת מבנה קיים. לשון אחר, ניצול זכויות הבניה במקרקעין נדרש לפעולה מקדימה והיא הריסת המבנה הקיים. אכן הריסת המבנה הקיים ועלות פינוי הדיירים הופכת את מימוש התכנית ללא כלכלי אלא שהדרישה הכלכלית איננה דרישה למימוש הזכויות כי אם דרישה להכשרת המקרקעין למימוש התכנית. בהקשר זה הריסת המבנה הקיים ופינוי הדיירים המוגנים במסגרת סעיף 197, הן פעולות הנדרשות לשם מימוש מלא של התכנית. בית המשפט מתייחס לפסק הדין **בעניין קורן** ומסביר את ההבדל בינו לבין **עניין ליפשיץ**:

"סימוכין לטענתן [הועדה המקומית והוועדה המחוזית – ב' ז']¹, כי הנזק שסבלו התובעים אינו בר-פיצוי לפי החוק, מוצאות הוועדות בדברי השופטת נתניהו בע"א 650/83... [עניין קורן – ב' ז']² כי-

"את ההלכה של פסק הדין... [פס"ד בד"נ 28/79 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' וארון ואח' (פורסם בנבו, 26.11.1980) – ב' ז']³ על כל הפרשנות וההתבטאות המרחיבה שבה, יש לקרוא בהקשר לעובדות שבהן דנה. כשדובר שם על ירידת ערכם של מקרקעין שנפגעו על-ידי התכנית, ברור שהפגיעה היא פגיעה במקרקעין, בתכונותיהם המקרקעיות. תכונות אלה נפגעו שם על ידי מניעת אור ואוויר וחסירת הנוף".

הוועדות מחרות מחזיקות אחר מלים אלה ומוסיפות, כי לו רצה המחוקק להיטיב עם כל נזק כלכלי "סובייקטיבי" לבעל המקרקעין, היה נוקט לשון "נפגע בעל מקרקעין", ולא "נפגעו מקרקעין". לטענתן, בחר המחוקק בפיצוי על נזק "אובייקטיבי" בלבד, הכרוך בפגיעה ב"תכונות המקרקעיות", ולא איפשר להתחשב בשיקולים כלכליים טהורים של הבעלים אם להרוס מבנה קיים אם לאו, אם לפנות דיירים שבנכס אם לאו.

דומה, כי הוועדות לא דקו פורתא בהלכת [עניין קורן - ב' ז']... שם דובר בתובע שהיה בעל זכויות חכירה של מקרקעין, עליהם הוקמה תחנת דלק. תכנית בניין ערים, שפורסמה לאחר הפעלת התחנה, הביאה לשינוי דרכי התעבורה באזור, שינוי אשר בעקבותיו ירד מספר הנזקקים לשירותיה של התחנה. לגבי נזק מסוג זה נפסק, כי הינו עקיף וכי אינו מגביל את ניצול המקרקעין נושא התביעה. כדברי השופטת נתניהו, שם, בעמ' 643, אשר להם הסכמתי: "...התכנית והכביש החדש שנסלל כלל אינם מגבילים את השימוש המלא במקרקעין אלה ואת ההנאה המלאה מהם. אכן, לתכנית ולכביש החדש שנסלל על פיה יש השלכה עקיפה על התחנה. מספר המכוניות הנוסעות בכביש הגובל עם התחנה פחת. אך זה נזק כלכלי שנגרם בעקיפין. נזק כזה אינו מהווה פגיעה במקרקעין ככאלה..."

מה שאין כן במקרה דנן, בו שינתה התכנית את אפשרויות הבנייה בחלקה עצמה, באופן שהביא ישירות לירידת ערך המקרקעין. "תכונותיהם המקרקעיות" של המקרקעין אכן נפגעו כאן. לפני התכנית היה ניתן לבנות בכל החלקה (חסר החלק שנועד כבר אז להפקעה בשטח של 292 מ"ר); באה התכנית החדשה ושינוייה והתנתה ניצול מרבית זכויות הבנייה בהריסת המבנה הקיים ואף את הזכויות הנותרות דלדלה מערכן, באופן אשר הופך את אחוזי הבנייה הקיימים "על הנייר" לכלי כמעט ריק מתוכן. נזק כזה הינו בר-פיצוי לפי החוק. מובן, כי שונה היה המצב, אילו גם לפני התכנית לא היה ניתן לממש את זכויות הבנייה, שאז לא הייתה התכנית החדשה פוגעת בערך המקרקעין..." (סעיף 7)

50. להכרעתנו התניית תוספת הזכויות או מימוש זכויות קיימות בשימור המבנה לא דומה לפסק הדין בעניין ליפשיץ. בעניין ליפשיץ התכנית הפוגעת שינתה את אפשרויות הבנייה בחלקה עצמה, דהיינו שינתה את המקרקעין גופם ואילו בעררים שבפנינו תכנית השימור שמה מגבלות על מימוש זכויות הבניה הקיימות והנוספות. במובן זה תכנית השימור העניקה זכויות אך יצרה מגבלה על מימושן בניגוד לעובדות בבסיס פסק הדין בעניין ליפשיץ שם הפכה התכנית זכויות קיימות כלכליות לבלתי כלכליות בשל שינוי באפשרויות הבינוי במקרקעין שהוא הוא שינוי המקרקעין עצמם. כפי שכתבה פרופ' דפנה לוינסון זמיר (פגיעות במקרקעין על ידי רשויות התכנון (האוניברסיטה העברית, תשנ"ה) 318) "... רשות התכנון אינה חייבת בפיצוי על

הגבלות פיתוח הנובעות מהתכונות הפיסיות או הגאוגרפיות של המקרקעין או מגורמים כלכליים הקשור לשוק המקרקעין. במקרים אלה, אף אם היתה התכנית מתירה את הבנייה המבוקשת, לא היה הפרט יכול לממשה משום שהיא לא היתה אפשרית מבחינה מעשית או כדאית מבחינה כלכלית. לכן לא נגרם לו נזק כתוצאה מהתכנית...". בעניין ליפשיץ נוצרה בעיה תכנונית שלא מאפשרת את ניצול הזכויות ואילו בעניינו מדובר בטענה להיעדר כדאיות כלכלית למימוש זכויות הבניה.

51. למסקנה דומה הגיע בית המשפט העליון בעניין בר"ם 5514/06 מאיר רוטמן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה (פורסם באתר נבו, 18.10.2006), כאשר ההנמקה מבוססת על שיקולי מדיניות והעדר יסוד של פגיעה בתכונות האובייקטיביות של המקרקעין. הנה כי כן, בית המשפט העליון, בשורה של פסקי דין, הגביל משיקולי מדיניות, את הפיצוי לבעלי מקרקעין שערכם ירד עקב אישור תכנית, וזאת בשעה שלא הוכח יסוד הפגיעה האובייקטיבי במקרקעין. במקרה שלפנינו, השתכנענו אפוא, שעל אף שניתן לאבחן בין פסקי הדין בעניין קורן ובעניין חדרה נ' כהן, הרציונאל דומה; מדובר בנזק שאינו כרוך בפגיעה בתכונות המקרקעין ככאלו, ולפיכך בדומה לנזק הכלכלי בהלכות דלעיל, אינו מזכה בפיצוי. ודוק, אין מחלוקת כי אלמלא עלויות השימור העודפות תכנית השימור הייתה כלכלית ועל כן השאלה הינה האם עלויות השימור הינם פגיעה בתכונות המקרקעין. בהקשר זה יש להביא בחשבון את העובדה שחיזוק החזיתות היה יכול להיעשות בדרכים אחרות, כמו באמצעות חוקי העזר. כך בעמ"נ (ירושלים) 101/10 מ. פרלמן נ' ועדת ערר לפיצויים והיטל השבחה מחוז ירושלים (פורסם בנבו, 18.7.2010) נדונה תביעתה של המערערת לפיצוי לפי סעיף 197 עקב אישור תכנית הרכבת הקלה, אשר מנעה גישה לחלקתה המשמשת כחניון. בית המשפט קיבל את עמדת הוועדה שדחתה את התביעה בטענה שהמצב התכנוני לא שונה, וכי מניעת הגישה יכולה הייתה להיעשות לא רק בתכנית אלא גם על ידי רשות התמרור.

52. נדמה שלא בכדי שם המחוקק את הדגש על פגיעה במקרקעין והפסיקה דייקה והסבירה שהכוונה היא לתכונות המקרקעין. מכיוון שהקרקע חסרת תנועה היא מושפעת מהשפעות חיצוניות יותר מרוב הסחורות, השירותים או המוצרים הכלכליים האחרים. (ראו: Appraisal, p. 345) ולפיכך בטרם תערך הבדיקה השמאית יש להגדיר מהי פגיעה הנכנסת בשערי הסעיף. וכאן הכריעה הפסיקה שכל עוד נשתמרה יכולתו של בעל המקרקעין לעשות במקרקעיו שימוש מלא, והנאתו מהם לא נפגעה, הרי שנוזקים שנגרמו לו, אם נגרמו, לא יהיו ברי פיצוי לפי סעיף 197. ודוק, תכנית השימור אכן אסרה את הריסת הבניין לשימור אך לא הקפידה את הבניה ולא מנעה את המשך ההנאה מהמקרקעין בהתאם למצב הקיים. הפסיקה שהכירה בהקפאת בניה כפגיעה שיכולה להכנס בשערי הסעיף (ראו: ע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב (פורסם בנבו, 4.1.1999); 719, 715; אהרון נמדר פגיעה במקרקעין – פיצויים בגין נזקי תכנית

(תשס"ב) 97-98) עניינה רק אם הוכחה פגיעה בתכונות המקרקעין הזמינות, כלומר זכות ממשית שנגזרה בשל אישור התכנית החדשה. ככל שהבנייה או השימוש לא התאפשרו באופן זמין, עובר לאישור התכנית החדשה, ממילא לא נגרמה "הקפאה" כלשהי בעקבות אישורה, והשוואת תכונות המקרקעין, בין שני מצבי התכנון, לא תצביע על הרעה וממילא לא תצביע על פגיעה. (ראו ערר (מרכז) 365/00 **מרדכי הר ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה נתניה** (פורסם בנבו, 15.4.2002)). בהקשר זה, ביחס לזכויות שלא מומשו, נדמה כי יקשה על בעל מקרקעין שלא מימש תכנית במשך שנים רבות לטעון שנפגע מתכנית שמוסיפה זכויות אשר, בנקודת הזמן של תחילת התכנית, לא הביאו ל"עליית שווים של מקרקעין". מכיוון שעניין לנו בתכנית שמוסיפה זכויות בניה הרי שהפגיעה צריכה להיבחן ביחס למקרקעין ספציפיים, בהתחשב במגבלותיהם השונות ובהתעלם מההשפעות השונות שיש לפגיעה על בעליהם. בכך שונה המקרה שבפנינו מהמקרה שנדון בע"א 6826/93 **הועדה המקומית לתכנון ובניה כפר סבא נ' חייט** (פורסם בנבו, 13.4.1997) (להלן: "**עניין חייט**") שם קבע בית המשפט שפגיעה במקרקעין על ידי הפחתת אחוזי בנייה, לא ניתן לדחותה, בגין כך שהבעלים ממילא לא היו מנצלים את אחוזי הבנייה, שכן, כאמור, כאן אין פגיעה באחוזי הבניה כי אם פגיעה כלכלית בכדאיות מימושן של זכויות מוקנות.

53. נדמה כי נקודה זו מחדדת את ההבדל בין היטל השבחה לירידת ערך. בהיטל השבחה כאמור בוחנים את "עליית שווים של מקרקעין" שומת ההשבחה היא הבסיס לבחינה המשפטית ובהקשר זה, כפי שקובע בית המשפט, יש לבחון "האם מדובר בחיוב שבלעדיו לא הייתה יכולה התכנית המשביחה לבוא לאוויר העולם" ואם אכן "מדובר בתנאי בלעדיו אין למימושה של התכנית המשביחה ועל כן יש לקחתו בחשבון בעת עריכת השומה" (בר"מ 7255/17 **הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' אורלי בורשטיין** (פורסם בנבו, 22.3.2021) סעיף 19). בירידת ערך, כאמור, נבחנת ראשית שאלת הפגיעה ורק לאחריה נבחן שיעור הפגיעה. שיעור הפגיעה נבחן באמצעות שומה הבוחנת את כלל רכיבי התכנית במבחי שווי שוק, אלא שהשומה שנערכת ביחס לסעיף 197 היא, כאמור, מאוחרת לבחינת הפגיעה.

54. בהקשר זה נציין כי טענת העוררים לאובדן זכויות בניה מכח תכניות קודמות שדחינו לעיל, ומעבר למה שנאמר ומעבר לקבוע בסעיף 10.5.1 (א) להוראת תכנית השימור הקובעת "**במבנים לשימור ללא הגבלות מחמירות יותר מימוש זכויות הבניה מתוקף התוכניות התקפות במגרש**", הרי שככל והעוררים טוענים על זכויות שהוקנו במצב הקודם ונגרעו בתכנית השימור, הרי שיש לקזז את "הפגיעה" הנטענת מול היטל השבחה. אמר על כך בית המשפט בעניין **חייט** :

"שאלה אחרת היא, אם קיום חוב בגין היטל השבחה מהווה רכיב שיש להביאו בחשבון בעת עריכת שומת הפיצויים.

כשלעצמי, נוטה הייתי להשיב לשאלה זו בחיוב. אחיזה לכך ניתן למצוא לא רק בהיגיון הכלכלי, אלא גם בסעיף 4(5) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, המורה כיצד תחושב ההשבחה (שתהווה בסיס לחיוב בהיטל) "במקרקעין שבהם אושרו מספר תכניות בזו אחר זו, בלי ששולם היטל עקב אף אחד מאישורים אלה...". משמע שהסיטואציה של אי-תשלום היטל בעקבות תכנית משביחה – ואף בעקבות כמה תכניות משביחות – לא נעלמה מעיני המחוקק והוא דאג להסדיר את עניינה. אך שאלה זו, שאיש מן הצדדים לא העמידה לבירור, אינה טעונה הכרעה בענייננו, ולפיכך נוכל להניחה בצריך עיון." (סעיף 15)

55. לסיכום, תכנית השימור מעניקה זכויות שלא היו קנויות לבעלי המקרקעין. מבחינת תכונות המקרקעין הרי שבמצב הקודם היו לבעל המקרקעין X זכויות וכעת יש לו $+X$ זכויות. אכן לשם מימוש הזכויות בתכנית החדשה, 2650ב, הוא נדרש לשימור הבניין, אלא שקושי זה איננו פגיעה בתכונות המקרקעין אלא מגבלה על מימוש התכנית.

עוד על תכונות המקרקעין

56. לטעמנו הוראת סעיף 197 הקובע "נפגעו מקרקעין על ידי תכנית" דורשת גם שהפגיעה תהיה פגיעה שניתן לעשותה באמצעות תכנית בלבד. הפגיעה צריכה להיות כזו הנגרמת באופן בלעדי ואקסקלוסיבי על ידי תכנית. ההנמקות בבסיס סעיף 197 מלמדות שהסעיף לא מפצה בגין כל נזק שניתן לייחסו לתכנית. בחינת הרציונליים בבסיס הסעיף מובילה למסקנה שהסעיף מפצה רק בגין פגיעות שיכולות להגרם באמצעות תכנית ובאמצעותה בלבד. הפסיקה ביססה שתי תכליות בבסיס הזכות לפיצוי הקבועה בסעיף 197 לחוק. האחת, פיצוי הפרט על הפגיעה בקניינו, כך שהוא לא יאלץ לשאת לבדו במלוא נטל הפגיעה הנובעת מן התכנית. השניה, תמרוץ רשויות התכנון להפנים את הפגיעה הכרוכה בתכנית בבואן להחליט אם לאשרה. נדמה כי שתי התכליות לא מצדיקות את הפעלת הסעיף במקרה שבו ניתן להגיע לאותה תוצאה, מלאה או חלקית, שלא בדרך של תכנית. (לניתוח דומה בעניין גובלים ראו: 8119/18 (ערר (ירושלים) אלייז נדל"ן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 13.4.2021))

57. נדמה כי זו מסקנת בית המשפט המחוזי בת"א (ירושלים) 407/95 מרכז רפואי שערי צדק נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (לא פורסם, 24.4.1997). באותו מקרה הגיש בית החולים שערי צדק תביעה בגין שינוי ייעוד מבנה בית החולים הישן ברחוב יפו לשימור. בית המשפט דחה את התביעה בנימוק שתכנית השימור לא גרמה לבעלים כל נזק, שכן המקרקעין הוכרזו כאתר לשימור על ידי

רשות התכנון ונכללו ברשימת האתרים "בכרטסת". לטענת בית המשפט "הכרטסת" היא זו שיצרה את הפגיעה ולא התכנית. פרופסור לוינסון-זמיר מבקרת את פסק הדין במאמרה "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיצוי הראויים ו"זכויות בנייה עבירות" (TDR) "משפטים לא(1) (תש"ס) 12, 60 הע"ש 160). אלא שלטעמנו לא הרישום בכרטסת הוא זה שלא מעניק את הפיצוי כי אם העובדה שהפגיעה איננה "פגיעה במקרקעין" כמשמעותה בסעיף 197 לחוק, שכן היא איננה אקסקלוסיבית לתכנית ויכולה להיגרם באמצעות כלים רגולטורים אחרים. בהקשר זה השופט ד"ר אליהו צ. בן זמרה מבקר את שומת המרכז הרפואי שערי צדק תוך שהוא מציין כי "שמאי זה מתעלם ממדינות רשויות התכנון מאז 1968 לשמר את מבנה ביה"ח ומסרובן להיתרי את הריסת המבנה או את שינויו גם לפני היום הקובע". ובהמשך "אין כל משקל להערכת השמאי בקשר לערך המופחת של מבנה ביה"ח עקב הוראת השימור, שכן ההערכה מניחה ללא כל יסוד כי ניתן היה ללא התכנית להרוס את המבנה או להוסיף עליו" השופט ד"ר בן זמרה מבהיר גם ש"כל תכנית ונסיבותיה" וכי אין ללמוד ציפיות ממתחמים שונים שאושרו בעיר. בהקשר זה נפנה להחלטת ועדת הערר בערר (תל-אביב – יפו) 85079/14 חברת יהודה הלוי 70-72 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה (פורסם בנבו, 24.8.2020) שם קבעה ועדת הערר שכאשר ישנה אפשרות להגיע לתוצאה זהה באמצעות פעולה תכנונית שאיננה מהווה עילה לגביית היטל השבחה, הרי שהגעה לאותה תוצאה באמצעות פעולה תכנונית שמהווה עילה להיטל השבחה לא תהווה השבחה בפועל. בית המשפט המחוזי אמנם דחה במישור המשפטי את עמדת ועדת הערר במסגרת עמ"נ (תל-אביב – יפו) 8373-12-20 הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' יהודה הלוי 70-72 בע"מ (פורסם בנבו, 13.6.2021) אלא שנדמה כי במישור השמאי אין מחלוקת כי יש להביא בחשבון את השפעת האפשרות לקבלת הזכויות באמצעות הליך תכנוני שלא ניתן לגבות בגינו היטל השבחה. אלא שבעוד ובהיטלי השבחה יכול וההליך התכנוני התאורטי יביא להקטנת ההשבחה או לאיון ההשבחה במבחן "עליית שווים של המקרקעין", הרי שבירידת ערך ההליך התאורטי מלמד שלא מדובר בפגיעה אקסקלוסיבית שניתן להגיע אליה באמצעות תכנית בלבד.

58. כאמור, חוק העזר העירוני של תל אביב חוק העזר לתל-אביב – יפו (שמירת הסדר והנקיון), תש"מ – 1980 מאפשר לוועדה המקומית לדרוש שיפוץ חזיתות מבנים כך גם חוק שיפוץ בתים ואחזקתם, התש"מ – 1980, המסמיך את שר השיכון להכריז על אזור שיפוץ ולכפות על בעלי הבתים באותו אזור לבצע את השיפוץ. כך גם סעיפים שונים בפקודת העיריות [נוסח חדש] מעניקים סמכות לכפות שיפוץ על בעלי בתים ודיירים מוגנים (סעיפים 249 (13א), 250 ו-251א) ומכוח חוק זה חוקקה העיר תל אביב את חוק העזר האמור.

שומות העוררים

59. בית המשפט בעע"ם 683/13 רשות שדות התעופה נ' אליהו טויטו ואח' (פורסם בנבו, 3.9.2015) הסביר כי סעיף 197 לא דורש שהתובע יוכיח כי הפגיעה הנטענת הובילה לירידה בפועל בשווי המקרקעין בהשוואה לשוויים קודם לתכנית, במובן זה שהמקרקעין שווים כיום – לאחר אישור התכנית – פחות משוויים טרם אישורה ויישומה. מה שנדרש להוכיח "הוא כי נגרע שווי מקרקעיו בהשוואה לשווי שעשוי היה להיוודע להם אילו לא אושרה ויושמה התכנית" וזאת במטרה להעמיד את הפרט "במצב שבו הוא היה לולא באה התכנית לעולם" (פגיעות במקרקעין, בעמ' 377). כפי שסיכם בית המשפט בעניין טויטו:

"אין הוכחתה של התביעה תלויה אם כך בירידת ערך המקרקעין במובן זה ששוויים כיום נמוך משוויים עובר לאישור התכנית – והיעדר נתון מעין זה לא גוזר את דינה של התביעה לדחייה. תחת זאת, התובע נדרש להוכיח כי שווי השוק של המקרקעין נגרע לעומת השווי שהיה להם, או שעשוי היה להיות להם, אילו לא אושרה התכנית הפוגעת. יש להראות כמובן כי התכנית הפוגעת היא שגרמה לתוצאה – קרי לגריעת שווי המקרקעין". (פסקה 55 לפסק הדין של השופט פוגלמן)

60. בית המשפט חוזר אפוא לעקרון יסוד הן בהיטלי השבחה והן בירידת ערך והוא "שווי שוק" ובהקשר זה קבע בית המשפט לא אחת כי השיטה השמאית המועדפת הינה שיטת ההשוואה המבוססת על סקר עסקאות. אמנם "באין נתונים מתאימים להשוואה, כאשר הפגיעה היא ייחודית וללא תקדים או כאשר נסיבות הפגיעה הן נדירות או מיוחדות, נטען כי יש לסמוך על שיטת המודל, שבו מדמה השמאי נסיבות דומות לאלו של הנכס ושל הפגיעה בזיקה למצב מוכר אחר. בעזרת המודל מחשב השמאי את שיעור הפגיעה הצפויה בנכס כתוצאה מאישור התכנית על בסיס נתונים רלוונטיים, בהסתמך על ממצאי מחקרים זמינים ותוך שילוב הנחות המתיישבות עם ניסיונו והגיונו של השמאי". (שם, סעיף 60) אלא שבמקרים שבפנינו הטענה הינה שתכנית השימור פגעה פגיעה "ישירה" במקרקעין ועל כן דרך המלך הינה גישת ההשוואה הישירה.

61. בהקשר זה ולמעלה מן הצורך נאמר כי ספק בעניינו אם אכן מדובר בפגיעה ישירה. התבְּחָנָה בין פגיעה ישירה לפגיעה עקיפה איננה הקו הכחול של התכנית. המושג שינוי תכונות במקרקעין בפגיעות עקיפות הינו מושג טבעי, המתרחש בעולם של המציאות הפיזית. המציאות הפיזית כתוצאה מאישור התכנית היא זו המשתנה. ויודגש, פגיעה עקיפה יכולה לקרות בקרקע הגובלת ב"קו הכחול" של התכנית הנחזית כפוגעת, או כפי שהדבר קורה לעתים, אף בתוך תחומי "הקו הכחול" של

התכנית האמורה, ובלבד שהשפעתה על המקרקעין הנדונים היא עקיפה-פיזית ולא ישירה-נורמטיבית. בפגיעות ישירות, לעומת זאת, השינוי בתכונות המקרקעין איננו מתייחס לעולם הפיזי, אלא לאפשרויות הניצול של הקרקע כפועל יוצא של העולם הנורמטיבי. המלומד שלום זינגר במאמרו "על הזכות לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה" (מקרקעין ג/5 (ספטמבר 2004) 24 מסכם :

"את הפגיעות התכנוניות מכוחו של סעיף 197 מקובל לחלק לשתי קטגוריות מרכזיות: פגיעות בתחום התכנית (הקו הכחול) ופגיעות מחוץ לאותו קו.

חלוקת משנה נוספת, שרבים מזהים אותה בטעות עם הקטגוריה הראשונה, הינה לפגיעות ישירות ולפגיעות עקיפות. פגיעות ישירות הינן פגיעות הנובעות משינוי הנורמה התכנונית ומיוחסות לה במישרין. דרך משל, שינוי אחוזי הבנייה המותרים מ-100% ל-50%. הפגיעה נוצרת עקב הפחתת "הזכויות התכנוניות". פגיעה עקיפה, לעומת זאת, אינה נובעת במישרין מפגיעה בזכויות תכנוניות אלא ממציאאות תכנונית החלה הן בתחום התכנית והן מחוצה לה. דרך משל, תכנית המאפשרת בנייה לגובה על חלקה א' באופן שיהיה בו כדי לפגוע בחלקה ב' - "זכויותיה התכנוניות" של חלקה ב' אינן משתנות, ולכן הפגיעה בה לא תוגדר כישירה. עם זאת, התכנית, לכשתמומש, דהיינו כאשר חלקה א' תבנה בהתאם למתוכנן, תגרום פגיעה באיכות החיים של דיירי המבנה בחלקה ב'."

62. באשר לפגיעה ישירה דייק המלומד זינגר :

"פגיעה ישירה הינה זו המפחיתה, באמצעות נורמה שלטונית ישירה, את יכולתו של בעל הקרקע לנצל את נכסו. מאז חקיקתם של דיני התכנון והבנייה בישראל - כמו ברחבי העולם כולו - ניצול הקרקע מווסתת כל כולו על ידי גופי תכנון ייעודיים; בישראל, אלו הם מוסדות התכנון המאשרים תכנית על קרקע ולאחר מכן מאשרים את הבנייה מכוחה של התכנית, באמצעות היתר בנייה. קניינו של אדם בקרקע כפוף לרגולציה שלטונית הדוקה הנעשית על ידי מוסדות התכנון.

תוכן קניינו של אדם במקרקעין זהה להיקף ולמהות הנורמה התכנונית החלה על אותם מקרקעין. זכות הקניין כוללת, לפיכך, לא רק את הקרקע כשלעצמה, "העירומה", אלא גם - ואולי אף בעיקר - את הזכויות התכנוניות הממלאות בתוכן את זכות הקניין

בקרקה. שינוי לרעה בנורמה התכנונית החלה על הקרקע מהווה, מיניה וביה, פגיעה בקניינו של אדם כאשר היא פוגעת בקרקע הנושאת עימה את הזכויות התכנוניות שהוקצו לה".

63. במאמר נוסף של המלומד שלום זינגר "על הזכות לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות ישירות לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה" (מקרקעין ה/3 (מאי 2006) 56) הורחב היחס בין פגיעה בתכונות המקרקעין לבין פגיעה בערך השוק של המקרקעין:

"בהקשר זה חשוב לציין, כי מנקודת ראות זו, תוצר הרגולציה הקרקעית - התכנון - הוא נושא לזכות קניין ולפיכך פגיעה בו היא פגיעה בזכות קניין; כפגיעה כזו תיחשב רק פגיעה המשנה את הנורמה התכנונית החלה על הנכס. אין די לפיכך באירוע תכנוני העשוי להשפיע על ערך הנכס בשוק. על מנת לזכות בפיצוי, יש להוכיח פגיעה בנורמה התכנונית החלה על הנכס דוגמת שינוי באחוזי הבנייה, בשימושים ובייעודים וכדומה - נורמות אשר שינוי בהן משפיע במישרין על יכולת הניצול והשימוש במקרקעין. לעומת זאת, שינוי בנורמה תכנונית שאיננו פוגע ביכולת הניצול של קרקע, אם כי עלול לפגוע בערך השוק שלה, לא ייחשב כפגיעה המזכה בפיצוי. דוגמה לכך ניתן למצוא בתכנית המשנה הוראה בתכנית קודמת, שקבעה שלביות פיתוח באופן שהעניק יתרון כלכלי ל-א', בעל קרקע פלונית. ביטולה של אותה שלביות בתכנית מאוחרת יותר אינו פוגע בזכויות הניצול של א', למרות שבכך ניטל ממנו היתרון הכלכלי שהיה לו קודם לכן, ומכל מקום, הרציונל העומד בבסיס הזכות לפיצוי כזכות קניינית מוגנת אינו קיים בהקשר זה. זכויותיו הקנייניות של א' בנכס שלו לא נפגעו, כקודם כן עתה - זכותו לניצול הנכס הינה מלאה. היתרון הכלכלי שניתן לו באמצעות השלבויות שנקבעה בתכנית, איננו ראוי להיחשב כחלק מ"אגד הזכויות" הצמוד למקרקעין. כך, גם שינוי נורמה תכנונית באופן שלא שינה את הסטטוס התכנוני אך פגע בציפיות לפיתוח עתידי, אינו פוגע באגד הזכויות המהווה את זכות הקניין.

פגיעה בציפיות בלבד, בלי לשנות את הנורמה התכנונית החלה על הנכס, אינה מצדיקה לפיכך פיצוי בגין פגיעה הנגזרת מזכות הקניין החוקתית.

הכרה בזכות לפיצוי בגין שינוי הנורמה התכנונית מניחה, כי זכות הקניין בקרקע משתרעת לא רק על הקרקע, כשלעצמה, אלא גם על הנורמה התכנונית החלה עליה. האומנם? על מנת להשיב על

שאלה זו, יש לבחון תחילה את היקף זכות הקניין בקרקע, כפי שהיא מוגדרת על ידי הפסיקה והדין הישראלי. ”

64. לטענת העוררים מדובר בפגיעה שיש לסווגה כפגיעה ישירה. להבנתנו הפגיעה הנטענת כאן אינה פגיעה ישירה שכן אין שינוי בנורמה התכנונית של המקרקעין ואף לא במציאות התכנונית, הפגיעה הינה במימוש המצב התכנוני. נדמה, אפוא, שגם אבחנה זו מובילה לכך שעניין לנו בפגיעה כלכלית, ובכך נדמה כי הכרעתנו כאן הולכת בתלם שחרש המלומד זינגר במאמריו המוזכרים.

65. יחד עם זאת ככל וטענת העוררים מדברת על פגיעה ישירה, העוררים לא הרימו את נטל הראיה להוכחת טענתם. טענתם כי במצב קודם ”יכולתי לבנות (או להרוס) ובמצב החדש איני יכול עוד” וכתוצאה מכך נגרם לי נזק הניתן לפימות, לא הוכחה במונחי שווי שוק. טענה של פגיעה ישירה כפי שטוענים העוררים צריכה לבוא לידי ביטוי בעסקאות השוואה. בהיעדר ביטוי בעסקאות השוואה, מקום שישנן עסקאות השוואה, דין העררים להידחות שכן, כפי שאמר בית המשפט בעמ”נ (תל-אביב – יפו) 24576-04-10 ישיבת יקירי ירושלים נועם נ’ הועדה המקומית לתכנון ובניה חולון (פורסם בנבו, 13.8.2013) (להלן ”יקירי ירושלים”):

”הנטל להוכחת התביעה לפיצוי מוטל על כתפי המערערים ועליהם להוכיח את הפגיעה שנגרמה להם ואת שיעורה. ועדת הערר איננה כלי להעברת העניין להכרעתו של שמאי מכריע מקום שכלל לא הוכחה קיומה של פגיעה במקרקעין.

כדי להוכיח תביעה על המערערים להתייחס למצב התכנוני החל על החלקה אשר יש לו השפעה על שווי המקרקעין. המערערים לא ביססו את תביעתם לפיצויים וגם חוות הדעת שהגישו לא התבססה על נתונים רלוונטיים ומשום כך רשאית היתה ועדת הערר לא למנות שמאי מכריע.”. (עמ’ 14)

66. כך גם בפסק דין בעת”מ 200/03 בנימין חקק ואח’ נ’ ועדת הערר לתכנון ולבניה מחוז ת”א ואח’ (פורסם בנבו, 23.8.2004) נקבע:

”שמאי מכריע כשמו כן הוא, ייעודו להכריע בין שתי עמדות, תוך שהוא מפעיל את כישוריו וידיעותיו המקצועיות לשם כך.

אין מקום למנות שמאי מכריע כאשר אין כל ראיות לתמיכה באחת העמדות או שהיא אינה מבוססת.

...

בהעדרן של דוגמאות ובהעדר כל ניתוח אחר לביסוס חוות הדעת על סמך הנתונים הרלוונטיים כמפורט לעיל, רשאית היתה הועדה

שלא לייחס משקל לחוות דעת המערערים ולא למנות שמאי מכריע. (פסקה 12 ו-19)

...

67. וכפי שסיכם בית המשפט בעניין יקירי ירושלים:

"לועדת הערר מסור שיקול הדעת האם להחליט להעביר את ההכרעה לשמאי מכריע בהתאם לנסיבות שבפניה.

בענייננו, ולאור האמור לעיל, החליטה ועדת הערר שלא להעביר את ההכרעה לשמאי מכריע ובדין כך." (עמ' 15)

68. אלא שהעוררים שבפנינו לא הלכו בדרך זו. העוררים שבפנינו חלף הוכחה במבחני שווי שוק ובעסקאות השוואה שערכם של המקרקעין ירד בנו מודלים תאורטיים. שומות העוררים בנויים על שווי זכויות היפותטי שניתן היה לקבל במצב הקודם, תוך לקיחה בחשבון של מקדמי דחיה אל מול זכויות הבניה שמעניקה תכנית השימור בקיזוז עלויות השימור העודפות. לא מצאנו אף לא שומה אחת שהראתה בעסקאות השוואה ירידת ערך. כאמור, מקרקעין עליהם ניתן לבנות 5,000 מ"ר מגורים ששונתה בתכנית פוגעת כך שכעת ניתן לבנות עליה 2,000 מ"ר ברור שערכה ירד ובמבחני שווי שוק שווי המקרקעין יפחת. אלא שבדיקה כזו לא הוצגה לנו. על מנת להיכנס בשערי ועדת הערר בתביעת ירידת ערך חובה היה על העוררים לבסס את הערכתם ביחס לפגיעה בראש ובראשונה בהצגת עסקאות השוואה.

69. העוררים ביקשו ללמוד את ירידת הערך, אשר לא השתקפה בשוק, בהצבעה על נתוני השוואה שונים. בהעדרן של דוגמאות ובהעדר כל ניתוח אחר לביסוס חוות הדעת על סמך הנתונים הרלוונטיים, כמפורט לעיל, הדין הוא עם הוועדה המקומית בטענתה כי המדובר בטיעונים כללים אשר העוררים לא ביססו את הקשר בינם לבין ירידת הערך הנטענת על ידם. די בכך לטעמנו על מנת לדחות את התביעה מהטעם שלא הוכחה ירידת ערך.

70. ודוק, בפסק הדין בעניין טויטו אמר בית המשפט כי יש לפצות בתביעה לפי סעיף 197 בגין נזק שעתיד להתגבש בעתיד ושהיקפו המלא ייוודע באופן ודאי רק בהמשך הדרך:

"... לעיתים יש קושי להעריך את השלכותיה העתידיות של תכנית מתאר מסוימת ואת השפעתה על שווי המקרקעין. אך בפסיקתנו כבר נקבע כי קושי זה בכימות שיעור הפגיעה אינו מהווה כשלעצמו עילה לשלילת הפיצוי. הדגים זאת השופט י' עדיאל:

"כך, למשל, הערכת פגיעה במקרקעין בשל בניית כביש בצמוד אליהם עשויה להקים זכות לפיצוי בגין הרעש הפוגע בשווי הקרקע. נזק זה, תלוי בגורמים רבים כגון, היקף התנועה ועוצמת הרעש, שעוצמתם והיקפם ייודעו רק בעתיד. בכך אין כדי למנוע את קביעת שווי המקרקעין והיקף הפגיעה הנגזר מכך בעת כניסתה של התכנית לתוקף ועוד בטרם נבנה הכביש"

...

לכך יש להוסיף כי הליך הפגיעה בערך המקרקעין אינו מתרחש באבחה אחת, מיד למחרת התכנית הפוגעת. לעיתים נפגע ערך המקרקעין כבר במהלך התקדמות התכנית לקראת אישורה, שכן עצם הידיעה על הכנת התכנית או הפקדתה עשויים לגרום לירידה בערך הקרקע... לעיתים רק ביצועה של התכנית הוא שמוביל לירידת הערך. המשיבים הדגימו זאת באופן הבא: עם הכנת התכנית לסלילת דרך חלה ירידת ערך כלשהי במקרקעין הגובלים בה. זו אינה משתנה בהרבה במהלך שלבי אישור התכנית או במועד אישור התכנית, ומתמצית רק בשלב ביצועה – כשמטרדי התנועה הפכו למוחשיים. אכן כך.

אשר על כן, לעיתים כדי לאפשר לפרט למצות את זכות התביעה שלו יש לנקוט בהערכה המבוססת כדבעי בשמאות ראויה. הערכה זו מאפשרת להעניק פיצויים.. בגין פגיעה שיש צפי להתרחשותה בעתיד; אך הענקת הפיצויים מותנית, כאמור, בכך שהפגיעה האמורה מוכחת באמצעים שמאיים. כך ניתן לעשות גם אם היקפה של פגיעה זו אינו נגלה לחלוטין בשלב זה. אם לא נאמר כך, הרי שאף אם יתגלה נזק[ו]... בעתיד, אפשר שלא יוכל הוא להיפרע בגינו (ונוכח כי סעיף 197 לחוק קובע תקופת התיישנות שאינה ארוכה – שלוש שנים ממועד פרסום התכנית כאמור בסעיף 197(ב) לחוק... השאלה מהי דרך השמאות המיטבית לילך בה לצורך הערכת הפגיעה משתנה ממקרה למקרה, ואין לקבוע בה מסמרות א-פריורית". (סעיפים 57-59 לפסק הדין של השופט פוגלמן)

71. אלא שבעניין טויטו דובר בפגיעה עקיפה שעתידה להתרחש בעתיד, וגם זאת בנסיבות מסוימות. במקרה שלנו הטענה הינה, כאמור, פגיעה ישירה. אדרבה

בהתאם למה שנאמר **בעניין טויטו** לפיו את הפגיעה במקרקעין יש לבחון בראייה צופה פני עתיד, כך שאם נפגעו המקרקעין יש לבחון את ירידת הערך לא לפי ירידת שוויים של המקרקעין במועד הקובע כי אם בראיית הפגיעה כפי שזו אמורה להתגבש בעתיד. הרי שבאופן דומה נדמה כי במקרה שבפנינו העובדה שאין ירידת ערך נעוצה במטרת התכנית ובראיית השוק את התכנית.

72. בסופו של יום, מטרת התכנית הינה זכויות תמורת שימור. השוק, הגם שידע שעלויות השימור גבוהות ידע, בראיה צופה פני עתיד, שישנם מנגנונים שידעו לאזן ולהביא את בעל המקרקעין לנקודת האיזון. משום כך על אף שלטענת העוררים תכנית השימור פגעה פגיעה ישירה במקרקעין, הדבר לא בא לידי ביטוי בשווי השוק במועד הקובע. התביעה שהוגשה על ידי העוררים מנותקת אפוא ממכלול הנתונים שבתכנית השימור ואינה עורכת בחינה כדבעי המבוססת על שווי שוק ואף אינה מסבירה מדוע לא הלכה בדרך ההשוואה הישירה.

73. המסקנה העולה מהכרעותינו בסוגיה זו הינה כי דין העררים להידחות בהיעדר הוכחה המובססת על שווי שוק לירידת ערך. ולכן גם מטעם זה דין העררים להידחות.

74. כאמור, בבסיס שומות העוררים מונחת הטענה לפיה היו לעוררים זכויות קיימות מכוח תכניות קיימות שניתן היה לנצלם ותכנית השימור הטילה מגבלות על ממושן ובנוסף היה למקרקעין פוטנציאל לקבלת זכויות בניה מכח תמ"א 38, מכח תקנות התכנון והבניה ובאמצעות קבלת הקלות כמותיות; נדמה כי מעבר לכך שמדובר במודל תאורטי שלא מתבטא בשווי שוק, המודל מתחשב בזכויות שהפסיקה קבעה כי אין להביא אותם בחשבון, בהיותם לכל היותר בגדר ציפיות שאין להתחשב בהן.

ציפיות וירית ערך

75. בבר"מ 10212/16 **דלי דליה ועוד 333 אח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה** (פורסם בנבו, 1.4.2020) נדרש בית המשפט העליון לשאלה האם וכיצד יש להתחשב בציפייה בלתי ממומשת לשינוי ייעוד של מקרקעין במסגרת בחינת תביעה לפיצויים בגין פגיעה במקרקעין לפי סעיף 197 לחוק. זו, בעיקרו של דבר, השאלה בעלת ההשלכות השמאיות המשמעותיות ביותר לעררים שבפנינו.

76. במקרה שבפנינו שאלת הפוטנציאל היא כפולה. ראשית, האם יש לקחת בחשבון את הפוטנציאל שיאושר היתר בניה במקרקעין מכח תמ"א 38. שנית, האם יש להתחשב בפוטנציאל כללי הנובע מהצפייה לפיתוחה של העיר המביא לעיבוי הבניה המרקמית בעיר. בתוך כך נדרשים אנו לשאלה האם קיבוע מצב קיים המונע ציפייה יוצר פגיעה.

77. נקדים את המאוחר ונציין כי סעיף 200 לחוק, שעוד נרחיב בו להלן, מגביל

את תחום הפריסה של הסדר הפיזיים וקובע בצדו סייגים שחלים בנסיבות הקבועות בו. זאת, בעיקרו של דבר, כדי להימנע מהרתעת יתר של רשויות התכנון, בשל החשש שלא יוכלו לעמוד בתשלום הפיזיים שיוטל עליהן (ראו: ע"ם 2775/01 ויטנר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים" (פורסם בנבו, 4.9.2005); בר"ם 10510/02 הועדה המקומית לתכנון ובניה חדרה נ' כהן (פורסם בנבו, 31.1.2007) (להלן: "עניין כהן"). כפי שסיכם זאת בית המשפט בעניין דלי דליה "אם כן, ניתן לומר כי החלתו ויישומו של סעיף 197 לחוק מצויים תמיד בסימן האיזון העדין והמורכב בין העקרונות המתחרים שתוארו לעיל" (ראו: בר"ם 1560/13 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 22.7.2014)).

78. בעניין דלי דליה קבע בית המשפט הלכה בעניין התחשבות בפוטנציאל. בית המשפט קבע כי התחשבות בפוטנציאל תכנוני תעלה כדי פגיעה במקרקעין לעניין סעיף 197, בהתקיים שני תנאים מצטברים:

הראשון, הוא כי הפגיעה בפוטנציאל התכנוני תהא קונקרטי. פוטנציאל קונקרטי קבע בית המשפט יחשב רק אם ביחס למקרקעין הספציפיים קיימים הליכי תכנון קונקרטיים שצפויים להביא להשבתם, בדרך כלל, בדרך של שינוי ייעוד לייעוד מניב, שבאים לידי ביטוי בתכנית קונקרטיה הנמצאת 'בקנה', או הליכי תכנון שמטרתם תוספת זכויות בייעוד הקיים. מכאן קבע בית המשפט כי "במקרים שבהם שווי השוק של מקרקעין מושפע ממגמות תכנון כלליות או הנחות ספקולטיביות לגבי מגמות אלה, כאשר אין ברקע הדברים הליך תכנוני קונקרטי ביחס למקרקעין ספציפיים, טענה לפגיעה בפוטנציאל התכנוני כשלעצמה לא תקים עילה לפיצויים לפי סעיף 197 לחוק". כלומר לא די, "שקיימות הערכות לפיתוחם בעתיד הרחוק או הקרוב של המקרקעין, אלא שיש צורך להצביע על תכנון שיחול באופן קונקרטי וישיר על המקרקעין הרלוונטיים".

השני, הוא כי הפגיעה בפוטנציאל התכנוני תהא קרובה לוודאי. בהקשר זה קבע בית המשפט שהליכי התכנון במקרקעין יהיו קונקרטיים. בית המשפט בעניין דלי דליה קבע שהוודאות הקרובה של הפוטנציאל התכנוני כוללת בחובה שני יסודות. על בעל המקרקעין הטוען לפיצוי להצביע על תכנית מופקדת שגלום בה פוטנציאל משביח ביחס למקרקעין הרלוונטיים, ואשר קבלתה של התכנית הפוגעת סותמת את הגולל על אותו פוטנציאל צפוי. שנית, לצד ההצבעה על תכנית מופקדת קבע בית המשפט כי יש לעמוד על קיומו של "דבר מה נוסף", שמבסס את הציפיה בנסיבות העניין. בהתאם להלכה זו יש לבחון את טענת העוררים שבפנינו.

79. ראשית יש לציין כי עסקינן בתמ"א 38/1 שאושרה למתן תוקף ביום 16.8.2007 כאשר עובר לאישורה של תמ"א 38 הופקדה תכנית השימור ובהתאם פורסמה ההפקדה ברשומות ביום 21.5.2001 ועל כן ספק רב האם הייתה כאן ציפיה

כלשהי שעה שידוע כי על המקרקעין הללו תחול הסדרה תכנונית פרטנית, וזאת כיוון שבחלק גדול מהמקרים, אם לא בכולם, יישום של תמ"א 38/1 לא היה כלכלי לאור מיעוט הזכויות כמו שנתוני השוקי הוכיחו בפועל.

80. לא זו אף זו, כפי שנקבע בעע"מ 7381/15 ש. דורפברגר בע"מ נ' אברהם עודד (פורסם בנבו, 30.10.2016) בניגוד לזכויות בניה הקבועות בתכניות מפורטות אחרות, בהן זכויות הבניה מהוות "זכויות מוקנות" ולגביהן יש למוסד התכנון שיקול דעת מצומצם, הרי שלמבקש היתר, במסגרת תמ"א 38 אין זכות קנויה לקבלת זכויות הבניה המבוקשות. משום כך טרם העניק מוסד התכנון היתר בניה על פי התמ"א, אין עסקינן בזכויות וודאי לא בזכויות קנייניות ועל כן פגיעה בתמ"א 38 אינה פגיעה בתכונות המקרקעין אלא בחלומות בעל המקרקעין.

81. כפי שנקבע בפסק הדין בעניין אליק רון:

"תמ"א 38 חלה על כל המקרקעין בתחומי המדינה, ולכאורה יוצרת השבחה תיאורטית לכל בניין בארץ, ובכך שונה עניינה מתמ"א 18 ותמ"א 10 המשנים ייעוד כזה או אחר בתכנית מפורטת. לכן, דומה כי מלכתחילה לא ניתן היה לראות את אישור תמ"א 38, כשלעצמה, כאירוע השבחה המצית את החיוב במס ומחייב בהיטל כבר בעת המכירה. מבחינה זו, תמ"א 38 משולה למין תכנית המרחפת מעל כל שטח המדינה, ובהיקף ל"שיעבוד צף" המתגבש בהתקיים אירוע מסויים, כך גם התגבשות ההשבחה היא במועד הוצאת היתר הבניה... ..המחוקק רק את מועד הוצאת היתר הבניה כמועד המצית את החיוב בהיטל השבחה.. ולא את מועד אישור התכנית." (שם, פסקה 56)

כך גם בבר"מ 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, אשקלון (פורסם בנבו, 20.4.2016), בו נקבע כי הוראות תמ"א 18 תיקון 4 בעניין תחנות תדלוק הינן הוראות המרחפות מעל כלל המקרקעין ומועד אירוע המס לצורך היטל ההשבחה הוא המועד בו זכתה התמ"א למימוש קונקרטי במקרקעין ספציפיים ולא מועד אישורה.

82. בהתבסס על עקרונות אלו באשר לטיב הזכויות בהיבט מועד גיבוש זכות התביעה, קבע בית המשפט בעניין מגן כי משמדובר בזכויות מותנות ושאינן מוקנות המועד להגשת תביעה לפי סעיף 197 הוא מועד הוצאת היתר הבניה ולא מועד אישורה של התכנית:

"... אכן, אחד המאפיינים המיוחדים של התכנית הוא שחרף היותה תכנית מתאר ארצית היא מאפשרת להוציא היתרי

בניה מכוחה, ללא צורך בקיומן של תכניות מקומיות מפורטות יותר....לכאורה, יש בכך כדי לשוות לה אופי של תכנית קונקרטית. אולם, זו אינה קונקרטיות מספקת, מאחר שגם כך התכנית רובצת כ"עננה", מעל שטח המדינה כולו, וכל עוד לא הוצא ההיתר לא ניתן לדעת היכן מתממשת הפגיעה....

...

...הפגיעה בבעל מקרקעין שרק חושש כי יוקמו מתקני שידור במקרקעין סמוכים היא פגיעה "עקיפה" בלבד. במובן זה שהתכנית הפוגעת אינה משנה את המצב התכנוני החל על המקרקעין הנפגעים. הפגיעה בהם נובעת גם (כתנאי בלעדיו אין) מהחלטות של בעלי הזכויות במקרקעין השכנים, וממילא יש בה מימד ספקולטיבי, שכן אפשר שהפגיעה כלל לא תתממש..."

...

אנו סבורים כי מאחר שתמ"א 36 איננה קובעת מיקומים ספציפיים להתרת שימושים שיש בהם כדי להוות פגיעה, פגיעה הנובעת ממנה תתגבש רק במקרה בו ניתן היתר בניה המביא ליישומה של התכנית על מקרקעין. על דרך האנלוגיה ניתן לומר שתמ"א 36 קבעה נורמה מופשטת, אך רק ההחלטה ליתן היתר למתן ספציפי מיישמת את הנורמה ומעניקה לה קונקרטיזציה אשר מוציאה אותה מן הכוח אל הפועל....

... מדוע לחסום את התביעה על הסף? התשובה לשאלות אלה היא ברורה. אם במישור הנורמטיבי לא יכולה להיות עילה - אין מקום לבזבוז משאבים על התדיינות עקרה. אין מדובר במקרה שבו נחסמת כליל אפשרות התביעה... אלא רק בדחיית התביעה למועד מאוחר יותר, שבו יתגבשו העובדות שיאפשרו דיון בה.:"

83. בהתאם להלכות אלו אין כל השפעה תכנונית של תמ"א 38 על המקרקעין בטרם מתן היתר בניה על פי התכנית שכן טרם התגבשה הקונקרטיזציה המוציאה את התכנית מן הכוח אל הפועל. כפי שאמרה ועדת הערר בערר (תל-אביב -יפו) 9504-11-18 ערן ועידית פולק נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב - יפו (פורסם בנבו, 31.5.2020) :

”הצד השני של המטבע בהקשר זה לטעמנו הוא כי אין לקחת בחשבון בבחינת מצב קודם ביחס למגרשים הגובלים את הזכויות הפוטנציאליות על פי תמ”א 38, שכן אין ודאות כי אלו יתגבשו. על כן, אין לבחון את הפגיעה בהתייחס לפער בין לבין הזכויות על פי התכנית הפוגעת.”

84. נדמה כי בסיס ההכרעה שבפנינו נדרש לאבחנה בין היטלי השבחה לירידת ערך ולשיקולים השונים העומדים בבסיסם וזאת בין היתר לאור החלטת ועדת הערר בערר (ירושלים) 403/17 אהרון ברק נ’ הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 5.9.2022) ובעררי היטל השבחה. שם קבעה ועדת הערר כי יש להביא בחשבון את הפוטנציאל הכללי של תמ”א 38 ככל שזה אכן השפיע על שווים של המקרקעין במועד הקובע.

85. לטעמנו בסוגיה זו של הפוטנציאל קיימת אבחנה ברורה בפסיקה בין היטל השבחה לתביעת ירידת ערך. בפסק הדין בבר”מ 2090/16 הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ’ אקרו בע”מ (פורסם בנבו, 15.3.2018) אמרה כבוד השופטת דפנה ברק ארז (סעיף 72) **”... גם אם לכאורה מדובר בשני הסדרים המהווים ”תמונת ראי” זה של זה בכמה היבטים עקרוניים, הרי שהפסיקה כבר עמדה על כך שאין מדובר בהסדרים משלימים באופן מלא, ושלמעשה הם אינם סימטריים... אין מקום לומר אפוא שהפרשנות המוצעת על ידי בכל הנוגע להוראות החוק העוסקות בהיטל השבחה מחייבת גם הרחבה של ההסדר הכללי החל על פיצויים.”**

86. בעניין דלי דליה הרחיבה השופטת ברק ארז והסבירה:

”חשוב לחזור ולהזכיר, כי התכליות העומדות בבסיס הסדר הפיצויים לפי סעיף 197 לחוק הן שונות. כפי שצינתי בעבר, ”גם אם לכאורה מדובר בשני הסדרים המהווים ’תמונת ראי’ זה של זה בכמה היבטים עקרוניים, הרי שהפסיקה כבר עמדה על כך שאין מדובר בהסדרים משלימים באופן מלא, ושלמעשה הם אינם סימטריים.”

ובהמשך

”סעיף 197 לחוק התכנון והבניה מגן רק על אותן ציפיות שהיה להן ביטוי תכנוני, להבדיל מציפיות שהיה להן ביטוי שוקי. המשפט אינו מקנה הגנה מלאה על הציפייה לשימור ערכו של נכס, או לעלייה נוספת במחירו. הגנה זו ניתנת, בענפי משפט שונים, רק לציפייה הנחשבת לגיטימית או סבירה”

87. היטל השבחה נועד, אפוא, למסות בעל קרקע שמקרקעיו הושבחו מכוחה של הפעולה התכנונית הקבועה בתוספת השלישית. לשם כך יש להוכיח קשר סיבתי בין

הפעולה התכנונית לעליית ערך המקרקעין. בהקשר זה כפי שציין המלומד זינגר "משכך נקודות ה"לפני ואחרי" אינן בפועל, נקודות בזמן אלא במרחב התכנוני או בתהליך התכנוני, דהיינו, הערכת שוויים של המקרקעין לפני תחילת הליכי התכנון יוצרי ההשבחה, לעומת ערכם בעקבות ההשבחה, ובלשון המקובלת "נטרול ציפיות". (שלום זינגר "היטל השבחה – הלכת אליק רון מאין ולאן?" **מקרקעין** יז(1) 39, 45). ירידת ערך מאידך בוחנת פגיעה שנגרמה בשל אישור תכנית. יש להוכיח שאישורה של התכנית לא זו בלבד שפגע בערך המקרקעין אלא שהפגיעה היא בתכונות המקרקעין. בהתאם לאמור נדמה כי אין להביא בחשבון פוטנציאל כלשהו בגין תמ"א 38, גם לא ציפייה כללית, בלשון פס"ד בברע"א 4487/01 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רחובות נ' מ. לוסטרינק ובנו חברה לבניין והנדסה בע"מ** (פורסם בנבו, 22.6.2003).

88. מסיבות אלו גם אין להביא בחשבון זכויות כלשהן לקבל הקלה כמותית או כל הקלה אחרת שכן הן אינן ודאיות. אלא שלא זו אף זו, התחשבות בשווי מצב קודם בהקלות או בזכויות מכח תקנות משמעותה שבעל המקרקעין יקבל פיצוי בגין הקלה כאשר המחוקק במפורש קבע "**פגיעה במקרקעין מכח תכנית**" ולא מכח הקלה ושימוש חורג; זאת להבדיל מהיטל השבחה שם נקבע כי היטל השבחה ייגבה גם בשל אישור הקלה וגם בשל אישור שימוש חורג.

89. בהקשר זה נדמה כי הסיבה בגינה אין ירידת ערך כתוצאה מאישור הקלה נובעת מכך שעל אף שיכול והקלה תביא לעליית שוויים של מקרקעין לעולם אין באישור הקלה פגיעה במקרקעין, בשים לב לגמישות הטבועה בתכנית, הבאה לידי ביטוי במנגנון ההקלה, והנלקחת בחשבון על ידי השוק בעת אישור התכנית. נדמה כי עמדה זו תואמת את אמות המידה שנקבעו בפסיקה לאישור הקלה. אכן הפסיקה הכירה בחריגה מהוראות תכנית באמצעות מתן הקלה או אישור שימוש חורג וזאת בשל הצורך בגמישות וביעילות תכנונית (ראו למשל: ע"א 6291/95 **בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ובנייה מודיעין** (פורסם בנבו, 25.06.1997), בפסקה 18 לפסק הדין של השופט אור, ע"א 5927/98 **בחוס נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חיפה** (פורסם בנבו, 02.07.2003), בפסקה 17 לפסק הדין). אלא שאמות המידה מצריכות גם הצדקה תכנונית וגם מניעת פגיעה בסביבה ובצדדים שלישיים ולכן לעולם לא ניתן לראות בהם פגיעה במקרקעין ולמצער מוסד התכנון מצמצם את הפגיעה ככל הניתן.

90. באשר לציפייה כללית לפיתוחם של מקרקעין נדמה כי ההלכה הפסוקה היא ברורה וחד משמעית ולפיה ציפייה ללא הליך תכנוני קונקרטי בשלבים מתקדמים ו"דבר מה נוסף" כמפורט לעיל איננה דבר שיש להתחשב בו ופוטנציאל כזה, ככל שישנו, לא מגיע כדי פגיעה במקרקעין. נדמה כי עקרון זה תואם דברים שאמרנו בראשית הדברים לפיה אין לו לבעל המקרקעין זכות כלשהי שיפותחו מקרקעיו.

91. מעבר לזכויות בגין תמ"א 38, זכויות מכח הקלות, זכויות מכח תקנות שכאמור אין להתחשב בהן שומות העוררים קבעו עלויות שימור גבוהות משמעותית מעלויות השימור העודפות שקבענו בעררי היטל השבחה ועל כן בהמשך לקבוע בהחלטתנו בעררי היטלי השבחה יש להיצמד לסכומים שנקבעו בחוות דעת המומחה אדריכל משה שפירא, בכפוף לתיקונים שנקבעו על ידינו בהחלטה בעררי היטלי השבחה.

92. כמו כן נדמה כי יש לדחות גם את טענת העוררים לפיה יש להביא בחשבון עלויות אחזקה עתידיות הגבוהות מעלויות אחזקה של בניין רגיל. בסוגיה זו הרחבנו בהחלטתנו בעניין היטלי השבחה. נסכם ונאמר כי מאמצים אנו את חוות דעת המומחה לפיה:

"4.6 עלויות עודפות בעבודות תחזוקה שוטפות (צבע, חלונות ותריסים, הזרקות לטיח)

העוררים העלו טענה בדבר העלות העודפת בתחזוקת מבנים לשימור – תחזוקת הצבכ, החלונות, התריסים וביצוע הזרקות לשימור הטיח.

איני רואה בהוצאה זו הוצאה עודפת ישירה כחלק משימור המבנה, שכן מצבו של המבנה משתנה בהתאם לאיכות הביצוע, ופעמים רבות עבודה במבנים לשימור המתבצעת בפיקוח נאות שומרת על מצבו הפיזי של המבנה.

במקרים רבים הטכנולוגיה העתיקה מונעת ופותרת בעיות תחזוקתיות – לדוגמא – טיח שימורי ע"ב סיד מאפשר לאדי מים שנכלאו תחת הטיח לצאת, ובכך עדיף במובן זה על צמנטי בו המים נכלאים ועשויים לגרום לרטיבות בפנים המבנה.

הנסיון מראה כי חלונות עץ ככלל אינם דורשים החלפה בתדירות גבוה יותר מחלונות אלומיניום. חלונות מראשית המאה ה-20 אשר יוצרו והתקנו בצורה נאותה נמצאים היום בשימוש ולעיתים רחוקות דורשים החלפה.

בנוסף, הבלאי המדובר הינו אסתטי ולא תפקודי. יש לזכור כי חזות המבנה המשומר בצורה איכותית מאופיינת בגילוי "שינויי הזמן", ולא בחזות של מבנה חדש.

זאת ועוד, עבודות התחזוקה הנ"ל אינן עבודות המחוייבת ע"י העיריה, ועל כן קיים קושי לכלול אותן כהוצאה הנובעת מהכללת המבנים בתכנית השימור."

93. המסקנה מהאמור לעיל הינה כי שומות העוררים סותרות הלכות פסוקות וככל ושאר הטענות שלעיל ולהלן ידחו על ידי ערכאות הערעור עדיין יש לשנות את שומות העוררים כך שלא יקחו בחשבון פוטנציאל לקבלת זכויות מכח תמ"א 38, מכח הקלות ותקנות,

סעיף 200

94. בטרם סיום נבקש להתייחס לסעיף 200 לחוק. להכרעתנו מעבר לאמור דרישת שימור למבנה קיים והעלויות העודפות הכלולות בה מהווה שיקול לדחיית תביעת ירידת ערך בהתאם לסעיף 200 לחוק.

95. סעיף 200 לחוק קובע כדלקמן:

"לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים:

- (1) שינוי בתחום אזורים ובתנאי השימוש בקרקע שבהם;
- (2) קביעת המירווח מסביב לבנינים וביניהם;
- (3) הגבלת מספר הבנינים בשטח מסויים;
- (4) הסדרת אתריהם של בנינים, גדלם, גבהם, תכנון צורתם או מראם החיצוני;
- (5) איסור הבניה או הגבלתה, לצמיתות או לשעה, במקום שהקמת בנינים על הקרקע עלולה, בגלל מקומה או טיבה, להביא לידי סכנת שטפון, סחף קרקע, סכנה לבריאות או סכנת נפשות או לידי הוצאה יתירה של כספי ציבור להתקנת דרכים או ביבים, להספקת מים או לשירותים ציבוריים אחרים;
- (6) איסור השימוש בקרקע או הגבלתו שלא בדרך איסור בניה או הגבלתה, כשהשימוש עלול להביא לידי סכנה לבריאות, סכנת נפשות או פגיעה רצינית אחרת לרעת הסביבה;
- (7) הגבלת דרכי השימוש בבנינים;
- (8) קביעת קו במקביל לדרך, שמעבר לו לא יבלוט שום בנין;
- (9) חיוב להתקין על יד בנין המיועד לעסק, למלאכה או לתעשייה מקום לטעינת כלי רכב, פריקתם וציודם בדלק, הכל כדי למנוע חסימת דרך לתעבורה;
- (10) חיוב להתקין בבנין המיועד לעסק, למלאכה או לתעשייה, למגורים, לבית לינה או לשימוש על ידי הציבור, או על יד בנין כאמור, מקום לחניית כלי רכב, למקלט או למחסה בפני התקפה אווירית;

(11) הוראה בתכנית שחל עליה סעיף 81"

83. בפסק הדין בעע"מ 683/13 רשות שדות התעופה נגד אליהו טויטו ואח' (פורסם בנבו, 3.9.2015) אמר בית המשפט ביחס לסעיף זה:

"סעיף זה הוא חריג לכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 197 לחוק, והוא פוטר את הועדה המקומית – שהנטל הוכחת האמור רובץ על שכמה – מתשלום בהתקיים שלושה תנאים:

(א) הפגיעה נגרמת על ידי התכנית נמנית עם 11 מסוגי המקרים הקבועים בסעיף 200 לחוק;

(ב) הפגיעה "אינה עוברת את תחום הסביר" בנסיבות העניין;

(ג) "אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים".

שלושת אלה הם תנאים מצטברים." (פסקה 105 לפסק הדין של השופט פוגלמן)

96. אמנם באשר לתנאי השני, קבע בית בעניין פרי הארץ:

"עלינו לבדוק את סבירותו של פרמטר פשוט, והוא אחוז ירידת הערך של המקרקעין. ירידת ערך זו, שכבר חושבה לצורך חישוב ה"פגיעה" במקרקעין האמורה בסעיף 197, אין לחשבה מחדש ואין לפרקה לגורמים. ראוי, שעם התפתחות ההלכה בעניין זה והצטברות ניסיון שיפוטי רב יותר, תתבסס הלכה, לפיה אחוז זה או אחר של פגיעה במקרקעין יהווה את "גבול הסבירות", שמעליו יקשה מאוד על רשויות התכנון להראות שהפגיעה הינה בתחום הסביר. התפתחות הילכתית מעין זו תתרום במידה משמעותית לוודאות המשפטית בעניין זה, שערכה, כאמור לעיל, רב ביותר." (עמ' 646)

97. אלא שנדמה כי מגמת הפסיקה ביקשה לבחון את תנאי הסבירות בראיה של תפיסה הדורשת איזון בין ערכים ואינטרסים מתנגשים ולא בראיה פורמליסטית המבקשת לקבוע מספר מוגדר שיהווה את "גבול הסבירות". כך בע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון ובניה נ' היהודית הורוויץ (פורסם בנבו, 28.1.2002) דן בית המשפט בתכנית המתאר לרעננה שהביאה לכך שחלק מהמקרקעין בעיר נפגעו בלמעלה מ-11%. בית המשפט דן במגוון השיקולים הלגיטימיים לפטור מחובת הפיצוי במסגרת סעיף 200. נקודת המחלוקת בין השופטים השונים נעה סביב השאלה, מהו טיב האינטרסים שיש בהם כדי להצדיק אי-תשלום פיצוי. הנשיא (בדימ') אהרון ברק, שדעתו אושררה בד"נ בעניין הורוויץ, סבור שהערך הציבורי של הפרויקט, פיזור הנזק ואלמנטים נוספים אחרים, משמשים מרכיב חשוב בגיבוש נקודת האיזון, השופטים מישאל חשין ז"ל ויעקב טירקל ז"ל מעניקים משקל מרכזי

לגובה הנזק בלבד. (ראו התייחסות קצרה לפסק דין זה אצל זינגר במאמרו פגיעה עקיפה). בבואו לבחון את רכיב הסבירות בבחינת הפטור לפי סעיף 200 בוחן הנשיא ברק את זכות הקניין אל מול האינטרס הציבורי שמשקפת בתכנית. ביחס לשיקולים הציבוריים אומר בית המשפט:

”מה הם השיקולים של האינטרס הציבורי המונחים ביסוד הפיצוי לנפגע בשל פגיעתה של תכנית, כאמור בסעיף 200 לחוק? ביסוד תפיסה זו מונחת המציאות כי המקרקעין – ואני מתרכז עתה בהיבט זה של הקניין – הוא משאב לאומי. כמות המקרקעין אינה ניתנת להגדלה. חיי החברה מותנים ביכולת הציבור לעשות שימוש במקרקעין, כגון לבנות כבישים, לסלול מסילות, להסדיר אמצעי תקשורת, להבטיח בנייתם של מוסדות ציבור, לשמר עתיקות ונכסים תרבותיים, לשמר שטחים פתוחים ולקיים שמירה על ביטחון הציבור ושלומו... כל אלה הופכים את קניין המקרקעין לקניין שממד האחריות החברתית בו הוא חשוב. שיקולים אלה ואחרים מחייבים מתן כוח למדינה לפגוע בקניין הפרטי כדי לקיים את אינטרס הציבור. בכך מתבטאת האחריות החברתית המיוחדת של הקניין הפרטי.” (עמ' 938)

בהמשך מסביר בית המשפט את אמות המידה לבחינת תנאי זה:

”מהו האיזון הראוי בין הזכות החוקתית לקניין לבין טובת הציבור? בעניין זה אין לצפות לקביעה טכנית. אין לקבוע מסמרות בלבד או חוזים אלה או אחרים. מושג הסבירות אינו סובל גישה שכזו. כל שניתן הוא להעמיד שיקולים מספר שיש להביאם בחשבון. מה הם שיקולים אלה? השיקול הראשון הוא גודל הירידה בערך המקרקעין הנפגעים.... השיקול השני הוא זה של מידת ”פיזור” הנזק.... השיקול השלישי נוגע ל”אינטרס ציבורי חיוני הגלום בתכנית”” (עמ' 942)

98. השיקול השלישי בבחינת דרישת הסבירות פורש בעניין פרי הארץ כך:

”כך, למשל, תכנית הבאה למנוע סכנות בטיחותיות, שריפות, שיטפונות, מיפגעים תברואתיים וכיוצא באלה, שהיא הכרח המציאות, והאינטרס הציבורי החיוני שבבסיסה אינו מגולם בכספים הזורמים לקופת הרשות. במקרים חריגים אלה מקבל אני שקיימת סכנה, שתכנית שיישומה הכרחי לא תופעל מלכתחילה עקב החשש להצפת תביעות, שהרשות לא תוכל לעמוד בה בדיעבד. בידי הוועדה המקומית, במקרה שתכנית חיונית מסוג זה יצאה אל הפועל, לשכנע את בית המשפט, שבמקרה

הנדון תוצף הרשות בתביעות בעלי מקרקעין שלא תוכל לעמוד בהן. אם השתכנע בית המשפט שאכן כך, רשאי הוא לקחת את האינטרס החיוני של התכנית כשיקול במסגרת מבחן הסבירות" (עמ' 649)

99. האם במקרה שלפנינו "הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין"? **בעניין הורוויץ** סבר הנשיא ברק כי "נסיבות הענין" המבקשות להתאים את תכנית המיתאר של העיר רעננה לצרכים המשתנים של המקום מובילים למסקנה כי הפגיעה סבירה חרף שיעור הפגיעה. לטעמנו בבחינת סבירות הפגיעה יש לבחון האם ישנן חלופות להגיע לאותה תוצאה. בהקשר שלנו בית המשפט שהכיר בדיני התכנון והבניה ככלי להשגת יעדים חברתיים ראה בערך השימור כאינטרס ציבורי, ותכנית השימור, המנגנון שבחר לממש את האינטרס הציבורי בשימור, הוא המנגנון הכי פחות פוגעני בהיותו מבוסס על העיקרון של זכויות תמורת שימור.

100. הרחבת תנאי הסבירות טשטש במעט את האבחנה בינו לבין תנאי הצדק. כפי שאמר בית המשפט **בעניין טויטו** :

"חרף אי הבהירות, בפסיקתנו הודגש כי תנאי זה הוא בעל מעמד עצמאי ומבחן מתנאי הסבירות, כך שאף אם הפגיעה במקרקעין אינה עולה על הסביר, יזכה בעל המקרקעין בפיצוי אלא אם הוכח כי "אין זה מן הצדק" לשלם לו פיצויים" (פסקה 113)

101. תנאי הצדק פורש בפסיקה **בעניין פרי הארץ** ו**בעניין הורוויץ** כתנאי פתוח וגמיש המתבסס על שיקולים מגוונים, אשר משתנים ממקרה למקרה על פי העובדות הקונקרטיות הנחשפות לפני בית המשפט **בעניין הנדון** לפנינו. כפי שאמר בית המשפט **בעניין פרי הארץ** "כל נסיבה עשויה להיות רלוואנטית לשאלת הצדק, הכל על-פי שיקול-דעתו הרחב של בית המשפט". יחד עם זאת נדמה כי הפסיקה טוותה שיקולים שונים שיש להביא בחשבון. שיקול כזה הינו יחסי הרשות והאזרח, כפי שציין בית המשפט **בעניין טויטו** :

"...הודגשה בכל הקשור למבחן הצדק מערכת היחסים שבין בעל המקרקעין לבין רשויות התכנון... כך, למשל, ניתן לבחון כיצד נהגה הרשות כלפי התובע: אם בחנה היא חלופות תכנון ראויות, פוגעניות פחות; אם עשתה מאמץ לקדם את התכנון בזמן סביר ומבלי להשתהות, במטרה לצמצם פגיעה אפשרית; וכן הלאה. מן העבר השני, הוזכרה בפסיקה גם האפשרות לבחון את ניקיון כפיו של התובע בבואו לדרוש סעד מן הרשות... בין שני אלה העיקר להשקפתי הוא התנהלותה של הרשות, שחובתה לנהוג

בהגינות ביחסיה עם הפרט "אבן פינה היא בדיני המינהל הציבורי" ... רשות שכלכלה צעדיה ביושר ובהגינות בכל שלבי התכנית הפוגעת – החל משלב התכנון, עובר בשלב הוצאתה של התכנית לפועל וכלה בניהול הליך לפיצוי מכוח סעיף 197 – תעבור היא את משוכת הצדק בהיבט האמור. לא עשתה כן – תצא וידיה על ראשה, ויהא זה גם ביטוי לכוחם של דיני התכנון ודרישת הפיצוי לתמרץ את פקידי הרשות להתנהלות ראויה לעתיד לבוא. כך לטעמי הדגש, כאמור, אך אין בכך כדי למצות. כל מקרה – לפי נסיבותיו". (פסקה 114)

102. בענייננו הגענו לכלל מסקנה כי גם מבחן הצדק מוביל למסקנה שאין מקום למתן פיצוי (ככל ואכן קיים כזה, וכפי שהכרענו איננו סבורים כך) מהנימוקים שהותוו בפסיקה בדבר חשיבות האינטרס הציבורי הגלום בתכנית השימור. כפי שכותבות פרופ' רחל אלתרמן ועו"ד שירה ברנד (הזכות שקמה על יוצרה-תביעות לפיצויים בגין נזקי תכנון בישראל (הטכניון, 2010)) "בהחלטות מאוחרות... יצקו ועדות הערר תוכן משלהן ופירשו את הפטור האמור בסעיף 200 בהתאם לנסיבות העניין. ככל שהצליחה הועדה המקומית להוכיח את חשיבותה ונחיצותה לציבור של התכנית הפוגע כך נוטה יותר ועדת הערר ליתן את הפטור" (עמ' 37-38).

103. הפסיקה בשורה ארוכה של החלטות (ראו בין היתר ערר (תל אביב) 95065/07 אבי אדרי ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה תל אביב (פורסם בנבו, 27.4.2010); ערר (תל אביב-יפו) 95193/07 חוה אקירוב ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה תל אביב (פורסם בנבו, 30.5.2010) ערר (ירושלים) 9007/20 שאול כהן ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים (פורסם בנבו, 5.7.2022)) הכירה בכך שבעל זכות במקרקעין לא קנה לעצמו את הזכות שהעיר לא תתפתח. בערר 47/06 אמיר לירן ואח' נגד הועדה המקומית לתכנון ובנייה ראש העין (פורסם בנבו, 12.4.2007) קבעה ועדת הערר מפי יו"ר הועדה דאז עו"ד אייל מאמו את הדברים הבאים (להלן: "עניין לירן") :

"התביעה שבפנינו עניינה הרחבתו של ישוב, אשר נטען כי תסב נזק וירידת ערך לנכסי תושביו הותיקים יותר של הישוב המתגוררים בסמיכות לתחום ההרחבה. מצב דומה לתביעה שבפנינו עלה כאמור בפני ועדת הערר במס' מקרים קודמים ונדמה כי לאור הניסיון, ולאור עמדת ועדת הערר כולה אשר מורכבת הן מאנשי מקצוע והן מנציגי ציבור, הגיעה העת לגבש מדיניות באשר לתביעות כגון זו שבפנינו העוסקות בהרחבה של ישוב קיים.

נראה כי בישראל של העת הזו, שהיא מדינה הקולטת עלייה, גדלה ומתפתחת ומצויה בהתהוות ועיצוב דרכה, מוחזק הציבור כמי שיודע כי ישובים צפויים ויכולים להתרחב. במיוחד נכון הדבר באשר למרכז הארץ. צפייה כללית זו נכונה בכל סוגי הישובים הן במגזר הכפרי והן במגזר העירוני. משנראה הדבר בעינינו כציפייה סבירה ומוטמעת היטב בתודעה הציבורית הרי סביר להניח כי ציפייה זו מגולמת בערכים של הנכסים המצויים בשולי הערים והיישובים השונים. מכל מקום אין לאדם זכות קנויה כי פיתוח היישוב ייעצר בקצה מגרשו או כי בעלי הזכויות במקרקעין סמוכים לא יהיו זכאים לפתחם ולנסות לממשם, וככל שהדבר נעשה בסבירות תוך שמירת אופיו של הישוב והסביבה ולא בשינוי מהותי או חריג שלהם, ומבלי שעולות נסיבות או אלמנטים פוגעניים מיוחדים, הרי שיש לטעמנו למנוע הגשת תביעות מעין אלה".

104. בערר (תל אביב-יפו) 91014-01-19 הועדה המקומית לתכנון ובנייה רמת השרון נ' פזית ודורון מחלב ואח' (פורסם בנבו, 1.12.19), דייקה יו"ר ועדת הערר עו"ד שרון טל, כי השיקול "התפתחות טבעית של העיר אינה מזכה בפיצוי" מקורו בכך שפגיעה הנובעת מפיתוחה של העיר נכנסת בגדרי סעיף 200. לטעמנו פיתוחה של הארץ מחייב לבחון את סעיף 200 בראייה רחבה יותר. להכרעתנו במונח התפתחות טבעית של עיר נכללים גם ערכים של שיקום תשתיות, ערכי תרבות, אדריכלות ושימור, מענה לאתגר ציפוף, התחדשות עירונית, פעילויות כלכליות, תירותיות ותרבותיות הנדרשות לפיתוחה של העיר. בהקשר זה נדמה כי שימור העיר מהווה שיקול מרכזי בשל חשיבותו לפיתוחה של העיר. בפראפרזה על דבריו של יגאל אלון "עם שאינו מכבד את עברו, ההווה שלו דל ועתידו לוט בערפל" (שבתאי גל-און "כפר תבור - מולדת ארגון השור" בתוך: סיפורי מושבות: סיפורן של חמישים ושתיים המושבות (זאב ענר, עורך. 2005) 102, 107).

105. ביחס לחשיבות השימור אמר בית המשפט בע"א 8366/99 גדעון עפרת נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 3.9.2011) את הדברים הבאים:

"בשנים האחרונות גדלה והולכת המודעות לחשיבות השימור של מבנים בעלי ערך היסטורי, תרבותי וארכיטקטוני. מתוך ראייה זאת, אף נחקקה בשנת תשנ"א התוספת הרביעית לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה – 1965 העוסקת בנושא של שימור אתרים (ה"ח 2045 (תשנ"א) 174). שימורם של מבנים מיטיב עם הציבור בתחומים רבים ומגוונים, כמו עידוד תחושות של סולידריות ושל יציבות

בקהילה, הוא תורם לעיצוב הזהות והאישיות של אנשים ומקדם ערכים של יופי ואסתטיקה (ד' לוינסון-זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיזיוניים הראוייה ו"זכויות בנייה עבירות" משפטים לא' והמקורות שם). אין להתעלם גם מאלה בהכרעה בנושא של שימור אתרים."

106. בשולי הדברים נציין כי לטעמנו שימור איננו שונה מצרכי ציבור אחרים הדורשים לעיתים את העדפת האינטרס הציבורי על פני זה הפרטי. הנחת המוצא לפיה שימור צריך להיות כלכלי ולמצער לא לפגוע בבעלי מקרקעין, איננה נכונה בהכרח ובוודאי שהאינטרס הכלכלי של בעל המקרקעין איננו האינטרס היחיד ובוודאי לא המרכזי שיש להתחשב בו. המלומד אשוורת (Ashworth) טען שבבסיס השימור מונחת ההבנה שניתן לשמר את העבר על ידי שימור שרידיו המוחשיים וש אפשר להוריש אותו לעתיד. (See: Ashworth Gregory J. "Preservation, Conservation and Heritage: Approaches to the past in the present through the Built Environment", *Asian Anthropology* 10 (2011) 6-8) יש לזכור כי מטרתו העיקרית של השימור היא למנוע נזק פיזי עתידי ולא תפקוד המקום בהווה או בעתיד. בהקשר זה התייחסות לשימור במסגרת שיח של "שיקום", "החייאה", התחדשות" "שיפוץ" משקפת את השלב השני של השימור שאשוורת מכנה פרדיגמת השימור (שם, 9-10) (ראו: יעל אלף מילון מונחים בשימור המורשת הבנויה (רשות העתיקות, תשס"ט) 10) שלב בו השימור נע משימור למען שימור או שימור כפועלה טכנולוגית גרידא, לשימור כפעולה שמשקפת ערכים ואינטרסים מגוונים כולל אינטרסים כלכליים. (Ashworth Gregory J. & Tunbridge John E. *The Tourist Historic City: Retrospect and Prospect of Managing the Heritage City* (1990) 23-25)

107. גם המחוקק עצמו ראה ערך בשימור ובהתאם קבע בסעיף 61 לחוק התכנון והבניה המתייחס למטרות של תכנית מתאר מקומית את סעיף קטן (3) הקובע: "שמירה על כל בניין ודבר שיש להם חשיבות אדריכלית, היסטורית, ארכיאולוגית וכיוצא באלה". כך גם סעיף 76א והתוספת הרביעית לחוק התכנון והבניה הוספו לחוק בתשנ"א מתוך מגמה ברורה של המחוקק לקדם תכלית של שימור. בדברי ההסבר לתוספת הרביעית (תיקון מספר 32 לחוק התכנון והבניה התשנ"א – 1991). נאמר במפורש שהתוספת הוספה אפוא כדי ליצור כלים שיחייבו ביצועו של שימור "כדי למנוע את התפוררותם והיעלמותם של מבנים שהחברה החליטה לשמרם". התוספת יצרה מנגנונים שיחייבו לנקוט בהליכי שימור ויאפשרו, בשל הליכי שימור, להטיל חיובים. ביחס לשימור העיר תל אביב אמר בית המשפט בעת"מ (תל-אביב – יפו) 1206/01 ד"ר מן נגד הוועדה למגורים ולתעשייה (פורסם בנבו, 20.3.2002):

... יפה עשו המשיבים שדאגו לשימור מורשתה הארכיטקטונית של העיר תל אביב ולא שכחו לדאוג לאסתטיקה העירונית ולתרבותה; עקרונות חשובים לא פחות מעצם הצורך להגדיל את מספר יחידות הדיור בעיר. בנייה ללא מיצרים המצלקת את פני העיר ומחריבה את המורשת התרבותית הורסת את העיר. תכנית שעניינה הרחבת בנייה ומתן אפשרות להגדיל מספר יחידות דיור עשויה לטמון בחובה סכנה לאסתטיקה ולארכיטקטורה העירונית, לכן טוב עשתה הרשות כאשר לא אפשרה לבנות ולהרחיב ללא מיצרים ובצדק של התכניות קבעה הוראות לשימור בניינים. אילו הופרדו ההוראות בדבר שימור הבניינים מיתר חלקי שתי התכניות, האחרונות היו מאושרות במהירות דרך נתיב מהיר שבחוק ואילו הוראות השימור היו מבוששות להגיע בשל הליכי ההפקדה והאישור המהירים פחות; כן יתכן ועקרונות שימור באסתטיקה והתרבות העירוניים היו נפגעים".

108. כפי שמפרט ד"ר איל סליג'ר בעבודת הדוקטורט שלו (כלכלת מבנים בעלי ערך תרבותי היסטורי: העיר הלנה תל אביב (הוגש לסנט הטכניון, דצמבר 2011) (להלן: "סלינג'ר") וכפי שמפרטת ד"ר שלי-אן פלג בעבודת הדוקטורט שלה (יחסי גומלין בין התושבים במרחבים העירוניים ההיסטוריים בישראל לבין תהליכי השימור והפיתוח המתרחשים בהם (הוגש לסנט הטכניון, יולי 2017) לשימור תועלות חברתיות רבות "השימור בכללותו נועד להאריך את חיי המונומנטים וסביבתם כך שהם יהוו עדות היסטורית לכל תקופותיהם. מטרת השימור הן לתרום להבנת המורשת התרבותית ומשמעויותיה, וגם להבטיח את המשך קיומה החומרי ואת הנגשתה לציבור הרחב.... אם בעבר עסק השימור בשחזורם ובשימורם של מבנים ואתרים, הרי שכיום מהווה השימור חלק אינטגרלי משיקום האזור כולו זהו כלי תכנוני לשיקום מתחמי מסחר, תירות ומגורים ומנוף לפיתוחם" (שם, 51) כפי שמפרט סלינג'ר בהיות השימור מוצר ציבורי ולמצער מוצר מעורב הוא סובל מכשלי שוק הן השפעות חיצוניות והן מ"טרגדיית הרכוש המשותף" ועל כן הוא נדרש להתערבות רגולטורית (סלינג'ר, 7-25). מטרת הכדאיות הכלכלית הינה מימוש המטרה הציבורית שרואה בשימור כשלעצמו ערך ציבורי חשוב ולא כלי למיקסום רווחים ציבוריים.

109. חשיבות השימור, אפוא, מטה את הכף לכך שישנה חשיבות ציבורית ומכאן מטה היא את הכף לשלילת פיצוי (שסבורים אנו שלא קיים בעררים שבפנינו) לפי סעיף 200 משיקולי סבירות וצדק.

110. מעבר לשיקולי המורשת, התרבות וההיסטוריה הכירה הספרות המחקרית בשימור כערך ליצירת רבגוניות אורבנית. בספרה **מותן וחייהן של ערים אמריקאיות גדולות** (בבל, 2020) מקדישה החוקרת ג'יין ג'יקובס בחלק השני של הספר שעניינו "התנאים לרבגוניות עירונית" (ע' 185-296) פרק שלם המוקדש לחשיבות "הצורך בבניינים ישנים" (ע' 235 ואילך) לפיתוחה של עיר:

"תנאי מספר שלוש: ברובע יהיו בניינים מתקופות שונות ובמצבי תחזוקה שונים, ובכלל זה מספר מתאים של בניינים ישנים.

בניינים ישנים חיוניים כל כך לעיר, ובלעדיהם, כנראה, רחובות ורבעים איתנים לא צומחים. בבניינים ישנים אינני מתכוונת לבניינים בעלי ערך מוזיאוני או לבניינים ישנים ששוקמו למופת בכסף רב – אף שאלה מרכיבים נאים – אלא גם למספר לא מבוטל של בניינים ישנים רגילים, פשוטים, בעלי ערך נמוך, וביניהם כמה בניינים ישנים מוזנחים.

...

הנזק היחיד שבניינים ישנים עלולים להמיט על רובע או רחוב עירוני יכול לנבוע אך ורק מעצם גילם – אותו נזק הנובע מהזדקנות ומבליה. אלא שאזור עירוני הנמצא במצב כזה אינו נכשל משום שהוא זקן. ההפך הוא הנכון: האזור זקן משום שהוא כישלון. בשל סיבה אחרת, או צירוף של סיבות,

...

רובע עירוני מצליח דומה לאסם תבואה שגרתי לגמרי בכל הנוגע לבנייה. שנה אחר שנה חלק מהבניינים הישנים מתחלפים בבניינים חדשים – או שהם משוקמים במידה השקולה להחלפה. לכן, על פני שנים יש תמהיל של בניינים מתקופות שונות ומסוגים שונים. התהליך כמובן דינמי, ומה שהתחיל כחדש הופך בסופו של דבר לגורם ישן בתמהיל.

.....

הזמן הופך את עלויות הבנייה הגבוהות של דור אחד למציאות של הדור הבא. הזמן מכסה את עלויות ההון המקוריות, וירידת הערך עשויה להשתקף בתשואות הנדרשות מבניינים. הזמן הופך מבנים מסוימים למיושנים למטרות מסוימות וזמינים למטרות אחרות. הזמן יכול להפוך את יעילות השטח של דור אחד למותרות השטח של

דור אחר. בנייה שגרתית במאה אחת עשויה להפוך לחריג שימושי במאה אחרת.

....

בנייה בת גיל אחד באזורים עירוניים מוגנת כיום לעתים מפני הסכנה של תחרות מצד מסחר יעיל וגמיש. הגנה זו – שהיא למעשה מונופול – נחשבת ל"מתקדמת" מאוד בחוגי המתכננים.

תכנון מונופוליסטי עשוי להביא להצלחות כלכליות במקומות לא יעילים ומנוונים מעצם טבעם, שבנייניהם בני גיל אחד. אך אין הוא יכול לייצור בשיטה הזאת, כבמטה קסם, שווה ערך לרבגוניות עירונית. תכנון כזה גם אינו תחליף, בערים, ליעילות של עירוב גילים ותקורה מגוונת.

השפעת גיל הבניינים על מידת השימושיות שלהם ומידת הנחשקות שלהם היא דבר יחסי למדי. דבר ברובע עירוני חיוני אינו ישן מכדי שמי שיש לו ברירה יבחר להשתמש בו – או מכדי שמקומו ייתפס, בסופו של דבר, בידי משהו חדש. השימושיות של הישן אינה רק עניין של ייחוד או חן אדריכלי.

רבים מבין תושבי העיר והעסקים במתנהלים בה אינם זקוקים לבנייה חדשה. בקומת הבניין שהספר הזה נכתב בה נמצאים גם מועדון בריאות וחדר כושר, חברה של אדריכלי פנים המעצבים כנסיות, מועדון מרדני להתחדשות המפלגה הדמוקרטית, מועדון פוליטי של המפלגה הליברלית, קבוצה של שוחרי מוזיקה, איגוד של נגני אקורדיון, יבואן בדימוס שמוכר עלי תה מאטה באמצעות הדואר, אדם שמוכר נייר וגם מטפל במשלוח המאטה, מעבדת שיניים, סטודיו המציע שיעורים בציור בצבעי מים ותכשיטנית המעצבת תכשיטים מאבנים לא יקרות. בין הדיירים שהיו כאן ויצאו לפני שנכנסתי הנה היה אדם שהשכיר חליפות טוקסידו, סניף איגוד מקצועי מקומי ולהקת רקדנים מהאיטי. אין מקום לאנשים שכמותנו בבנייה חדשה. והדבר האחרון שאנו זקוקים לו הוא בנייה חדשה. מה שאנחנו צריכים, ומה שצריכים גם רבים אחרים, הם בניינים ישנים ברובע תוסס, וכמה מאיתנו יוסיפו לתסיסתו.

בנייה חדשה למגורים בערים גם היא אינה טוב צרוף, וחסרונות רבים מתלווים אליה. לערך המיוחס ליתרונות שונים או למחירם של חסרונות מסוימים משקל שונה אצל אנשים שונים. יש המעדיפים, למשל, שטח גדול יותר בתמורה לכספם (או שטח זהה בפחות כסף) על פני פינת אוכל חדשה המתכוננת לגמדים. יש המבקרים קירות שמבעדם לא שומעים קולות. את היתרון הזה נקל להשיג בבניינים ישנים רבים, אך לא בדירות החדשות, בין שדירות בשיכונים ציבוריים בשכר דירה של 14 דולר לחודש לחדר ובין שדירי יוקרתי בשכר דירה של 95 דולר לחודש לחודש. יש מי שמעדיפים שהשיפורים בתנאי מגוריהם לא ייעשו ללא הבחנה מצדם, אך על כולם ישלמו כסף. במקום זאת הם רוצים לבחור את השיפורים החשובים להם ביותר ולשלם תמורת חלק מהם בעבודה ובכושר המצאה. בשכונות עוני אשר משתקמות בספונטניות ותושביהן בוחרים להישאר שם, ניכר שתושבים רבים עמדו על כוחם של צבע, תאורה וריהוט להסב חללים קודרים או עגומים לחדרים נעימים ושימושיים; הם כבר שמעו על מיזוג אוויר בחדר השינה או על מאווררי חלון חשמליים, למדו על סילוק מחיצות שאינן קיר תומך ואפילו שמעו על מיזוג שתי דירות קטנות לדירה אחת. עירוב של בניינים ישנים, וכפועל יוצא עירוב ביוקר המחיה ובטעם, חיוניים להשגת רבגוניות ויציבות בין אוכלוסיית הדיירים, כמו גם רבגוניות של מפעלים.

אחד המראות המענגים ומעוררי ההתפעלות לאורך מדרכות הערים הגדולות הוא מראם של מבנים ישנים שהוסבו בתחום רב לשימושים חדשים. טרקלין הבית הפרטי שהיה לחדר התצוגה של האמן, הארווה שהיתה לבית, המרתף שהיה למועדון מהגרים, מוסך או מבשלת שיכר שהיו לתיאטרון, המספרה שהיתה לקומת הקרקע של בית דו-מפלסי, המחסן שהיה למפעל לאוכל סיני, בית המשפט למחול שהיה לבית דפוס קטן, הסנדלרייה שהיתה לכנסייה וחלונותיה צוירו באהבה – הוויטראז'ים של העניים, חנות הקצב שהיתה למסעדה; כל אלה הם דוגמאות לשינויים המזעריים המתחוללים באזורי עיר חיוניים הנענים לצרכים אישיים.

.....

ערים זקוקים לעירוב של בניינים ישנים כדי לטפח הרכבי רבגוניות של שימושים עיקריים, כמו גם רבגוניות של שימושים משניים. הן זקוקות בעקר לבניינים ישנים כדי לטפל רבגוניות חדשה של שימושים עיקריים".

111. נדמה אפוא ששמירת הישן בבחינת "הישן יתחדש והחדש יתקדש" (אגרות הראי"ה א (ירושלים, תשכ"ב) ע' רי"ד) מוביל ליצירת "מארג של תבניות אנושיות... והאדריכלות משקפת ומבטאת את ההבדל הזה – שהוא הבדל בתוכן ולא רק בצורה... באדריכלות כמו בספרות ובדרמה, עושר המגוון האנושי, הוא שנותן חיוניות וצבע לסביבה האנושית" (שם, ע' 283). מדובר אפוא באינטגרציה אדריכלית שיש בה כדי להביא לאינטגרציה רב תרבותית (ראו, בהקשר זה, גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות - בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות (2014)) מעבר לשיקולי השימור נדמה כי המגוון האדריכלי יש בו כדי להשיג יעדים חברתיים ראויים, שלולא התערבות המחוקק לא היו מושגים בשל שרירות הבעלים. בהקשר זה מפנה גונטובניק בספרו (שם, ע' 61) לעמדה החוקתית הגרמנית:

"העובדה כי לא ניתן להגדיל מקרקעין והיותם ללא תחליף אוסרת את השארת שאלת השימוש בהם לחלוטין לידי משחק כוחות השוק הבלתי צפוי, ולשיקול דעתו של הפרט. משטר חברתי ומשפטי צודק דורש לשים יותר דגש על אינטרס הציבור כשמתייחסים למקרקעין להבדיל מנכסים אחרים. החשיבות החברתית והכלכלית של מקרקעין עולה על זו של נכסים אחרים. אין להתייחס אליהם כאל מיטלטלין".

112. מעבר לנדרש נבקש לציין את התפיסה אותה פיתח המלומד זינגר במאמרו פגיעות עקיפות. זינגר מבקש לשרטט את גבולות סעיף 197 בהתאם לדיני הקניין:

"ההצעה הפרשנית אותה הייתי מבקש להציע הינה לקרוא את סעיף 197 הקובע "נפגעו על ידי תוכנית, שלא בדרך הפקעה מקרקעין הנמצאים בתחום התוכנית או גובלים עימה", כקובע נפגעו "זכויות" במקרקעין. פגיעה המזכה בפיצוי לפי סעיף 197 מתגבשת, לא כל אימת שנפגעו מקרקעין או ערכם של מקרקעין פחת, אלא אם, ורק אם, הפגיעה הינה בזכות קניינית המוצמדת למקרקעין מכוח דיני הקניין הכלליים. הצמדת הזכויות אינה נעשית באמצעות תורת פיצוי "כלל אחריות", כלשונם של קלברזי ומלמד, אלא באמצעות כללי הקניין, שרק לאחריהם מגיע תורם של דיני ההתחייבות והפיצוי".

לטענת זינגר גם שיקולים של פיתוח עיר, כפי שהרחבנו לעיל, הנכנסים בגדרו של סעיף 200 העוסק בהפחתת חיוב ולא בגדרו של סעיף 197 העוסק בעצם החיוב, מגלמים את העקרון שסעיף 197 משורטט בהתאם לזכות הקניין. (דיון בהפעלת סעיף 200 תוך אבחנה בין פגיעה ישירה לעקיפה כפי שעורך זינגר במאמרו לא נדרש בהחלטה זו)

113. נדמה אפוא כי מעבר לאמור עד כה שדי היה בו על מנת לדחות את העררים גם סעיף 200 לחוק מוביל למסקנה זו. נדמה כי הפגיעות הנטענות (שעה שמורידים מהם פוטנציאל וזכויות שאינן קיימות וודאי זכויות שאינן כלכליות) נחשבות כפגיעה שאינה עוברת את הסביר בשל האינטרס הציבורי הגלום בה.

התייחסות להסתייגות נציג מתכנן המחוז

114. נציג מתכנן המחוז בחר להצטרף לתוצאה אך ביקש להוסיף הסתייגויות על בסיס ייעוץ משפטי שקיבל. הסתייגות זו משקפת הלכה למעשה את עמדתו של הייעוץ המשפטי של הוועדה המחוזית.

115. נוכח מעמדה העצמאי של ועדת הערר, כמו גם הוראתו המפורשת של סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועצת המשפטית לממשלה) [נוסח חדש] הרי שהדרך הראויה להציג עמדה זו הינה התייצבות היועצת המשפטית לממשלה, בהליך שנוהל בפני ועדת הערר, כמקובל וכפי שנעשה לא אחת בעבר, ולא במסגרת הסתייגות משפטית של נציג מתכנן המחוז.

116. בכפוף לאמור להלן תובא הסתייגות נציג מתכנן המחוז כלשונה בסוף ההחלטה.

דעת נציג הציבור בוועדת הערר

1. תכנית השימור של העיר תל-אביב, תכנית תא/2650/ב, שפורסמה למתן תוקף ביום 4.6.2008 (להלן: "תכנית השימור" או "תכנית 2650ב") מחייבת את בעלי הזכויות במבנים אשר הוחרגו כ'מבנה לשימור', בעלויות המביאות לכדי חוסר כדאיות כלכלית או למצער לאובדן רווח יזמי בעת ביצוע מיזם של בניה במקרקעין; הוראות התכנית מחייבות לערוך תיק תיעוד כתנאי לקבלת כל היתר בניה, לרבות היתרים לבניה חלקית בלבד, אוסרות על הריסת המבנה (אשר מאליו הוא מבנה ותיק) ללא כל קורלציה למצבו הפיזי ועלות השמשתו לצרכים המודרניים הקיימים, מחייבת את שיקום כל החלקים המשותפים שבמבנה על חשבון בעלי הזכויות מבקשי היתר הבניה, ביצוע תחזוקה שוטפת תחת מגבלות התוספת הרביעית לחוק התכנון והבניה ועריכת כל עבודת בניה ושימוש במבנה, במגבלות שנגזרו בהוראות התכנית; בנוסף, איינה התכנית את כלל זכויות הרחבת הבניה כפי שהוגדרו בתכניות קודמות.

2. במבנה לשימור עם הגבלות מחמירות מאפשרת התכנית, כפיצוי חלקי, העברת ("ניוד") זכויות בניה למגרש אחר; אולם, ההעברה מוגבלת על-פי המדיניות התכנונית של הוועמ"ק במועד ההעברה, בהתייחס לעיצוב הרחוב והסביבה של המגרש המקבל; מדיניות אשר אינה ידועה במועד אישור התכנית, כמו-כן, לצורך מימוש הזכויות, נדרש בעל הזכויות לערוך (על חשבוננו) תכנית מפורטת לניוד הזכויות, להציג התחייבות לשיפוי כנגד תביעת

פיצויים בעת מימוש זכויות הבניה ולהניח את דעת הועדה המקומית כי ברשותו מקורות מימון לביצוע הוראות השימור.

3. תביעת ירידת ערך בהתאם לסעיף 197 לחוק התכנון ובניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק") אינה מתגבשת במועד אישור תכנית הניוד, כפי שכל תביעת ירידת ערך אחרת אינה יכולה להתגבש בעת אישור תכנית המאוחרת ממנה, המאפשרת מימוש זכויות, או בעת מתן היתר בניה.

4. אכן, מוסכם כי הזכויות שבתכנית השימור, ביחס לבניינים לשימור מחמיר, הן זכויות צפות המתגבשות בעת אישורה של תכנית הניוד, אולם אין בכך לשנות את הוראות החוק לפיהן תביעה מכח סעיף 197 לחוק מתגבשת במועד אישור תכנית השימור בלבד; לכן, יש לאמוד את שווי הזכויות, במבנה לשימור מחמיר, כפי שהן נגזרות מהוראות התכנית, במועד אישור התכנית, ללא פרשנות הנגזרת ממידע מאוחר בזמן ולהביא בחשבון כי תכנית הניוד אינה מסוימת וברורה, לרבות רמת הסיכון הנגזרת מחוסר הידיעה של אופן אפשרות (אם בכלל) מימוש הזכויות ויש לבחון את עילת התביעה לירידת ערך על-ידי שמאי מייצע.

5. על השמאי המייצע לבחון את טענת היעדר הכדאיות הכלכלית כפי שניתן היה לאמוד אותה במועד אישור התכנית ולבחון את הסבירות הכלכלית של עריכת מיזמי בניה במקרקעין נשוא העררים במועד הקובע.

6. שומות העוררים נערכו תוך השוואת ערך הזכויות במקרקעין בין המצב שנתגבש עם אישורה של תכנית השימור (השווי לאחר אישור התכנית) לבין המצב הקודם, ערב אישור תכנית השימור (לפני אישורה), ב-2 חלופות (של המצב הקודם); האחת, של הרחבת המבנה הקיים בתוספות בניה לפי הוראות התכנון התקף ערב מועד אישורה של תכנית השימור, והשניה, של הריסת המבנה הקיים ובניה מחדש לפי הוראות התכנון התקף ערב מועד אישורה של תכנית השימור; מאליו, את החלופות יש לאמוד במצב הקודם לפי שווי השוק של המקרקעין בהתייחס לנכס הבנוי לרבות עלויות הריסתו (שהן זניחות ביחס להקמת מיזם על מגרש בלב העיר תל-אביב) ולא לפי מוד תאורטי; על השמאי המייצע לבחון את החלופה המיטבית בכל מגרש ובהתאמה לאמוד במידה וחלה ירידת ערך בשל אישור התכנית, את ערכה.

7. בנוסף, את שווי הזכויות במצב הקודם יש לאמוד בהתייחס לציפיות הסבירות למימוש של הפוטנציאל התכנוני אשר חל על המקרקעין; מאליו, על השמאי המייצע לבחון כי המדובר בציפייה סבירה בנסיבות העניין ורק אם קיימת הצדקה לציפייה סבירה שכזאת יש לאפיין אותה כבעלת ערך כלכלי.

8. להבנתי, האפשרות הניתנת לוועדה המקומית לסרב לתת היתר להריסת מבנה קיים, אשר תם אורך חייו הכלכליים ואין כל סבירות כלכלית להותירו נטוע במקומו חסר שימוש, פוגעת בערך הזכויות במקרקעין; למותר לציין כי גם למגרש פנוי קיימים שימושים מבוקשים (לרבות שימושי ביניים) כדוגמת שצ"פ, מגרשי חניה וכד'; קבלת החלטה לפיה אין להשאיר קרקע ריקה בטבורה של העיר ועדיף להותיר מבנה רעוע במקומו, עלולה לפגוע הן בזכות הקניינית של בעלי הזכויות והן בנראות האסטטית הסביבתית. להבנתי, האפשרות

שנתנה התכנית לרשות במסגרת שיקול דעתה לחייב בעלי זכויות במבנים המוגדרים כ'מבנים לשימור' לתחזוק, באופן מוגדר, מבנה אשר תמו חייו הכלכליים, מהווה במהותה פגיעה במקרקעין ובזכויות במקרקעין.

9. כאמור, אין מחלוקת כי המתת שקיבלו העוררים מהרשות בדמות זכויות בניה לא הייתה בעלת כדאיות כלכלית במועד הקובע, התכנית הפכה זכויות קיימות כלכליות לבלתי כלכליות בשל שינוי באפשרויות הבינוי במקרקעין ומאחר ואין כדאיות כלכלית, הרי שאין להביאה בחשבון בעת חישוב שווי השוק של זכויות הבעלות במקרקעין, במועד הקובע; גם אם אין בזכויות הבניה שקבלו העוררים פגיעה כלכלית אין בהן, במועד הקובע, כל יתרון כלכלי אשר יש להביאו בחשבון בעת אומדן הפגיעה במקרקעין.

10. את העלויות המחויבות מכח תכנית השימור יש להבנת להביא בחשבון בעת אומדן שווי 'המצב החדש' שלאחר אישור התכנית, וכפי שנקבע, יש להתחשב בכלל גורמי התכנית המשפיעים על שווי המקרקעין במצבם החדש, הן בגורמים המשביחים את שווי המקרקעין והן בגורמים הפוגעים בהם (רע"א 147/14 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' סוניה אברמוביץ (פורסם בנבו, 31.12.2014)).

11. להבנתי, את חישוב הטענה בדבר ירידת ערך המקרקעין יש לבחון על-פי עקרון היסוד של "שווי השוק", חישוב שכזה נערך רק על-ידי שמאי מקרקעין וכאשר קיימת מחלוקת עניינית, בין שמאי הצדדים, בדבר ירידת ערך המקרקעין, אשר נתמכת בשיקולים מקצועיים מוכחים, מוגבלת ועדת הערר בסמכויותיה וחייבת היא להפנות את הסוגיה לשמאי מייעץ.

12. למרות שבערר זה לא הוצגו בפני וועדת הערר תחשיבים המבוססים על עסקאות השוואה אלא מודלים שמאיים בלבד, יש מקום בהתייחס לאופי התכנית ומהותה כמגבילת זכויות מימוש וניצול, והתניית הבניה בהוצאות עודפות, להעביר את הסוגיה לפתחו של שמאי מייעץ.

13. לאור האמור, לו דעתי תישמע היינו ממנים שמאי מייעץ לבחינת שיעור הפגיעה במקרקעין מכח תכנית השימור הן ביחס לבניינים לשימור והן ביחס לבניינים לשימור עם מגבלות מחמירות. לאחר קבלת חוות הדעת של השמאי המייעץ ובכפוף למסקנותיו תעמוד לצדדים הזכות לשטוח טענותיהם ביחס לסעיף 200 לחוק.

סיכום


110. קראנו את חוות דעת נציג הציבור ואיננו מסכימים לאמור בה. לדעתנו, על אף שנציג הציבור נתלה באילנות גבוהים, דעת המיעוט בעניין דלי דליה, להבנתנו טעה נציג הציבור טעות משולשת. ראשית, אין התייחסות בחוות דעת נציג הציבור לאבחנה בין "פגיעה במקרקעין" לבין "ירידת שווים של מקרקעין". שנית, משעה שמשכים נציג הציבור כי "לא הוצגו בפני וועדת הערר תחשיבים המבוססים על עסקאות השוואה אלא מודלים שמאיים בלבד" אין מנוס ממקנה פיה העוררים לא הרימו את נטל ההוכחה הנדרש למינוי שמאי מייעץ. שליטת, בהתאם לפסק הדין בעניין דלי דליה יש


להתעלם מפוטנציאל של מקרקעין למעט אם הופקדה תכנית ו"דבר מה נוסף", שאינם מתקיימים במקרה שלנו.

111. לפיכך, מכלול השיקולים והמסקנות בדעת הרוב שלעיל מביאות למסקנה חדש משמעות לפיה אין מקום למינוי שמאי מכריע לבחינת טענות העוררים. ביחס לבניינים שסווגו לשימור מחמיר סבורים אנו שהפגיעה הנטענת צריכה להיבחן רק לעת אישורה של תכנית הניוד ולפיכך העוררים ביחס לנכסים אלו הן מוקדמים. ביחס לבניינים שסווגו לשימור רגיל סבורים אנו כי העוררים לא הוכיחו את תביעתם מהנימוקים הבאים: ראשית, לאדם אין זכות קנויה שמקרקעיו יושבחו ושיקבל זכויות נוספות מעבר למה שהמצב התכנוני התקף מעניק לו, לפיכך, בהעדר כדאיות כלכלית במימוש זכויות שנטען כי הן קיימות במצב קודם או בהריסת המבנה ובנייתו מחדש במגבלות זכויות הבניה במצב הקודם, אין פגיעה במקרקעי. שנית, דרישת שימור הן לצורך מימוש זכויות המוקנות במצב הקודם והן לצורך מימוש זכויות מכח המצב החדש אינה מהווה פגיעה בתכונות המקרקעין כפי שזו פורשה בפסיקה. שלישית, שומות העוררים לא הוכיחו ירידת ערך במועד הקובע באמצעות עסקאות השוואה ולפיכך בהיעדר ירידת ערך במועד הקובע הרי שלא הוכחה טענת העוררים לפגיעה. רביעית, גם לו היו מוכיחים העוררים פגיעה וירידת ערך הרי שהמטרה הציבורית בשימור מצדיקה בהתאם לעקרונות שנקבעו בפסיקה ביחס לסעיף 200 לחוק אין מתן פיצויי ירידת ערך.

112. בכפוף לאמור וכנגד עמדתו של נציג הציבור, אנו דוחים את העוררים. העוררים יסגרו ובנסיבות העניין ללא צו להוצאות.

ההחלטה ניתנה בדעת רוב (כנגד דעתו החולקת של נציג הציבור) ביום ח' בתמוז תשפ"ג,
27 ביוני 2023.


בנימין זלמנוביץ', עו"ד
יו"ר ועדת הערר
לפיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל-אביב


אילנית מלניק דבי, עו"ד
מזכירת ועדת הערר
מחוז תל-אביב

הסתייגות נציג מתכנן המחוז

השאלה שבפנינו בעררים שבנדון הינה - האם תכנית השימור (ב/2650), הינה תכנית פוגעת כמשמעותה בסעיף 197 לחוק, ואם כן האם הרימו התובעים את נטל ההוכחה הנדרש לתביעה לפי הסעיף האמור.

אחרי שעיינתי בעמדת היו"ר, החלטתי להצטרף אליה בתוצאה, לפיה, ככלל, תכנית השימור, איננה תכנית פוגעת, ואף במרכיבי התביעה שיתכן שיש בהם כדי פגיעה במקרקעין, לא הרימו התובעים את נטל ההוכחה כנדרש, והכל במפורט להלן.

בתמצית – בכל הנוגע לטענות כי תכנית השימור פגעה בציפייה לאישור תכניות משבחות, ובכלל זה באפשרות לבקש היתר מכוח תמ"א 38, מסכים אני לעמדת היו"ר, כי בהתאם להלכה הפסוקה, ככלל, אובדן פוטנציאל תכנוני, לא חוסה תחת סעיף 197, אף אם תוכח ירידת ערך עקב אישור התכנית, וזאת בשל העדר 'פגיעה' בתכונות המקרקעין. עמדה זו נכונה אף ביחס לאובדן פוטנציאל לקבל היתר מכוח תמ"א 38, כפי שהובהר אף בעמדת המשנה ליועמ"ש. החריגים שהוכרו בפסיקה בעניין זה, לא מתקיימים בעררים שבפנינו, ולפיכך דין התביעות בהקשר אובדן ציפייה ופוטנציאל, להידחות.

כך גם בכל הנוגע לטענות בדבר פגיעה באפשרות הריסת המבנה ובנייתו מחדש לפי הזכויות המאושרות, אני מצטרף לעמדת היו"ר, כי מובן שעל מנת לבסס תביעה כאמור, נדרש היה להוכיח את ישימותה מבחינה כלכלית וזו לא הוכחה בפנינו.

גם בנוגע לטענות בנוגע למימוש זכויות מאושרות במבנים לשימור, או הטענות בדבר פגיעה במבנים לשימור מחמיר לאור ביטול האפשרות למימוש זכויות מאושרות במגרשים אלה, אני מצטרף לעמדת היו"ר, כי בהתחשב בכל מרכיביה של תכנית השימור, ובכלל זה התמריצים שניתנו בה, לא הוכחה בפנינו ירידת ערך, כפי שנדרש על מנת לבסס תביעה לפי סעיף 197.

עם זאת, ראיתי לנכון להשאיר בצריך עיון את קביעת היו"ר, לפיה אף אם תוכח ירידת ערך במבנים לשימור מחמיר (וכאמור זו לא הוכחה בעררים שבפנינו), מועד התגבשות התביעה, הינו רק במועד אישורה של תכנית ניוד, זאת אף בהמשך לעמדת לגבי מועד התגבשות ההשבחה במצבים אלה, כפי שצינתי בעררי היטל ההשבחה.

בנוסף, אשאיר בצריך עיון גם את האמור בעמדת היו"ר, כי מגבלה או תנאים על מימוש זכויות מאושרות (דוגמת ביצוע עבודות שימור), איננה מהווה פגיעה בתכונות ולפיכך איננה ברת פיצוי לפי סעיף 197 אף אם תוכח ירידת ערך, וכן את האמור בעמדת היו"ר כי תביעה לפי סעיף 197 אפשרית רק אם מדובר בתוצאה שניתן להגיע אליה אך ורק באמצעות תכנית בלבד.