

שחזור זכויות בהליכי איחוד וחלוקה

מאת: ע"ד שירלי תומר

הליכי איחוד וחלוקה המוסדרים בפרק ג' סימן ז' לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "החוק"), הינם אחד הכלים המשמעותיים ביותר ב"ארגז הכלים" של מוסדות התכנון. מדובר באמצעי להוצאתו אל הפועל של תכנון חדש, מקום בו החלוקה הקניינית הקיימת אינה מאפשרת פיתוח השטח וניצולו באופן יעיל¹. הוראות החוק מתירות למוסדות התכנון לאחד מגרשים ולחלקם לבעלים השונים באופן התואם את הצרכים התכנוניים החדשים. ההליך כורך בדרך כלל גם שינויים בייעוד המקרקעין ובזכויות הבניה. הסמכויות המוענקות למוסדות התכנון בהקשר זה הינן רחבות ביותר, וכוללות בין היתר, אפשרות להעתיק בעלויות ממקום אחד לאחר, לפרק שותפויות וליצור שותפויות חדשות ולהפריש שטחים לצרכי הציבור, והכל אף ללא הסכמת הבעלים^{2, 3}.

מאחר והליך האיחוד והחלוקה מביא לשינוי במערך זכויות הקניין של בעלי הקרקעות בתחום התכנית וממילא מהווה התערבות קיצונית בזכות הקניין של הפרט, קובע החוק מספר כללים שנועדו להגן על זכויותיהם של בעלי הקרקע. ראשית - מוסד התכנון מחוייב לנסות ולהקצות לבעלים מגרש קרוב ככל הניתן למגרש המקורי (להלן: "חלקת המקור"). שנית - מוסד התכנון מחוייב לשמור על עקרון השווי היחסי. על פי עקרון זה, היחס בין שוויו של מגרש אשר יוקצה לאחד הבעלים במסגרת תכנית האיחוד והחלוקה לבין סך שווים של כל המגרשים שיוקצו בתכנית לכלל הבעלים, יהיה זהה ליחס שבין שווי חלקת המקור של אותם הבעלים לבין סך שווין של כל חלקות המקור^{4, 5}. משמעות הדבר היא, כי בהליכי איחוד וחלוקה מחולקת ההשבחה הגלומה בתכנית (כמו גם הפגיעה הטמונה בה) באופן שווה⁶ בין בעלי הקרקעות בתחומה, וזאת, בשונה מהליכי תכנון רגילים אשר אינם כפופים לכלל זה⁷.

אחת השאלות העולות בהקשר של אמדן שווי חלקות המקור, נוגעת להפקעות אשר בוצעו בהן בעבר. בהקשר זה השתרש בפרקטיקה התכנונית מנגנון המכונה "שחזור זכויות". הכוונה היא לביצוע הערכת שווי של חלקת המקור, על בסיס מאפייניה ההיסטוריים של החלקה ותוך התעלמות מהפקעות אשר בוצעו בה במהלך השנים. מנגנון זה מיושם בשתי קטגוריות של מצבים:

הקטגוריה הראשונה - כוללת מצבים בהם מוסד תכנון מבקש לבצע פרויקט ציבורי המצריך הפקעת מקרקעין, דבר אשר באופן רגיל מחייב את הרשות בתשלום פיצויי הפקעה וכן פיצויים בגין ירידת ערך המקרקעין לפי סעיף 197 לחוק (להלן: "פיצויי 197"). מוסד התכנון מעוניין לבצע את הפרוייקט אך שואף להימנע מתשלום הפיצויים מקופתו. לשם כך, מגיע מוסד התכנון להסכם עם בעל הקרקע, ולפיו זה האחרון יוותר על הפיצויים בתמורה להכללת החלקה בתכנית איחוד וחלוקה עתידית (שהינה תכנית משביחה), תוך "שחזור זכויותיו" בחלקה. קרי - חישוב שווי החלקה במצב הנכנס לתכנית על פי שטחה וייעודה טרם ההפקעה. הסדר זה מאפשר למוסדות התכנון

¹ מ. רז כהן. איחוד וחלוקה (בורסי הוצאה לאור של ספרי משפט), עמודים 21 - 22

² ע"ד א. נמדר החלת דיני ההפקעות על הפרשות מקרקעין לצרכי ציבור במסגרת תכנית לאיחוד וחלוקה מקרקעין ג(5) ספטמבר 2004.

³ וראה גם בג"ץ 4914/91 קאסם מנשאדי איראני נ' שר הפנים, פ"ד מו (4) 749.

⁴ מ. רז כהן (שם) עמ' 165.

⁵ הערכת שווי חלקות המקור והמגרשים החדשים נעשה על ידי שמאי מקרקעין. תוצר הערכת השווי הינו "טבלת ההקצאה והאיזון"

המהווה חלק בלתי נפרד ממסמכי תכנית האיחוד והחלוקה.

⁶ הכוונה לשוויון יחסי, קרי פרופורציונאלי למצב הקודם לתכנית.

⁷ לשם דוגמה - כאשר למגרש פלוני נקבעות זכויות בניה מסויימות, אזי לבעל המגרש השכן אין זכות קנויה לקבל את אותן זכויות, הואיל והשיקולים הם תכנוניים ולא חלוקתיים. ראה בהקשר זה ע"א 483/86 יעקב (אוטו) בירנבך נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ואח' פ"ד מב(3) 228 (בסעיף 6 לפסק הדין).

לפצות את בעל המקרקעין בדרך של השבחת מקרקעיו, אך מבלי להוציא כספים בפועל מהקופה הציבורית (להלן: **"שחזור כתחליף לפיצוי"**)⁸.

הקטגוריה השניה - כוללת מצבים בהם מוסד תכנון מפקיע מקרקעין לצרכי ציבור אך אינו מממש את הייעוד הציבורי במקרקעין המופקעים משך שנים רבות. בחלוף הזמן מאושרת תכנית איחוד וחלוקה הקובעת גם שינוי ייעוד באזור בו נמצאת החלקה המופקעת. אם הייעוד החדש הינו פרטי במהותו, ניתן לראות את הייעוד הציבורי כנזנת. במקרה כזה ניתן לקבוע בטבלת ההקצאה והאיזון, כי המגרש אשר יוקצה בגין החלקה המופקעת יירשם על שם הבעלים המקורי של החלקה וכי הערכת שוויה של החלקה המופקעת (לצורך קביעת ההקצאות) תיעשה על בסיס הייעוד שקדם לייעוד הציבורי (להלן: **"השחזור כתחליף להשבה"**).

האם השימוש במנגנון שחזור הזכויות הינו חוקי? זו השאלה אשר אותה אנסה לברר במאמר זה.

פסק הדין העוסק בסוגיה זו באופן המרחיב ביותר הינו פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב (כב' השופט מודריק) בפרשת אגבבא (להלן: **"פסק דין אגבבא"**)⁹. על פסק דין אגבבא, אשר אישר את חוקיותו של מנגנון שחזור הזכויות, הוגש ערעור לבית המשפט העליון וביום 7 לנובמבר 2011 ניתן פסק הדין בערעור¹⁰. ואולם, בית המשפט העליון לא נדרש לסוגיה גופה, וזאת לאור ההסכמה אליה הגיעו הצדדים לתיק, לפיה פסק דין אגבבא יבוטל, אך תוך הותרת שחזור הזכויות בתכנית נשוא פסק הדין על כנו. משכך, הסוגיה דנן נותרה ללא הכרעה עקרונית ומקיפה של בית המשפט העליון.

במאמר זה אסקור את דברי החקיקה הרלוונטיים לסוגיה זו, את העמדות השונות אשר הובעו בפסיקה ביחס לכל אחת מהקטגוריות של שחזור הזכויות וכן את הכללים אשר נקבעו בנדון במסגרת התקנים המקצועיים של מועצת שמאי המקרקעין והועדה לתקינה שמאית¹¹. בהמשך אציג את ההסדר המוצע בסוגיה זו במסגרת הרפורמה המתגבשת בדיני התכנון והבניה, ואבדוק האם ההסדר המוצע עונה על הקשיים אשר הועלו בפסיקה.

ההסדר שבחיקה

1. הסעיף בחוק הדין בהקצאת מגרשים בתכנית איחוד וחלוקה הינו סעיף 122 לחוק, הקובע כדלקמן:

חלוקה שלא הושגה עליה הסכמתם של כל הבעלים הנוגעים בדבר, יחולו עליה הוראות מיוחדות אלה:

(1) **כל מגרש שיוקצה יהיה קרוב, ככל האפשר, למקום בו היה קודם מגרשו של מקבל ההקצאה;**

(2) **שוויו של המגרש שיוקצה כאמור ביחס לשוויים של סך כל המגרשים החדשים שנוצרו על ידי החלוקה, יהיה, ככל האפשר, כשוויו של המגרש הקודם של מקבל ההקצאה ביחס לשוויים של סך כל המגרשים הקודמים;**

(3) **לא היתה אפשרות לשמור על מלוא היחסיות כאמור, יהיה מקבל ההקצאה, ששווי מגרשו החדש נמוך ביחס משווי של מגרשו הקודם, זכאי לקבל מהועדה המקומית תשלום ההפרש, ומקבל ההקצאה ששווי מגרשו החדש גבוה ביחס משווי של מגרשו הקודם, חייב**

⁸ דוג' מספרית: נניח מצב בו ישנן 2 חלקות ששטחן דונם אחד וייעודן חקלאות. בחלקה מס' 1 מבוצעת הפקעה של 50% משטחה. בחלקה מס' 2 לא מבוצעת הפקעה כלל. הרשות מעוניינת להימנע מתשלום פיצויים לבעלים של חלקה מס' 1, ולפיכך מתחייבת כלפי הבעלים של חלקה מס' 1, כי בתכנית האיחוד והחלוקה העתידית (אשר גם תשנה את ייעוד החלקות למגורים), חלקתו תקבל הקצאה זהה לחלקה מס' 2. היינו, שווי החלקה במצב הנכנס לתכנית האיחוד והחלוקה לא יושפע מההפקעה.

⁹ עת"מ (תא 2323/06) **עזרא אגבבא ו- 23 אחרים נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה - ועדת המשנה לעררים ואח'** (פורסם בנבו).

¹⁰ עע"מ 7277/10 **המועצה הארצית לתכנון ובניה ואח' נ' עזרא אגבבא ואח'** (לא פורסם)

¹¹ ר' ה"ש מס' 31 להלן.

לשלם לוועדה המקומית את ההפרש;

- (4) מוסד התכנון המוסמך לאשר את התכנית יחליט אם ובאיזו מידה אפשר לשמור על היחסיות בשווי המגרש החדש שהוקצה, או על קרבת מקומו למגרש הקודם, אולם רשאי מוסד התכנון לקבוע כי החלטה בדבר זכויות בעלי המגרשים הכלולים בתכנית שהוכנה לפי סימן זה, תועבר לבורר שהסכימו עליו בעלי המגרש והועדה המקומית; לא הסכימו בעלי המגרש והועדה המקומית על בורר מוסכם, ימנה אותו יושב ראש ועדת הערר בהתייעצות עם יושב ראש הוועדה המחוזית; הבורר שמונה, בין בהסכמה ובין שלא בהסכמה, יקבע את שכרו ואת החייבים בתשלומו; הוא ינמק את החלטתו לגבי הזכאות כאמור אם דרש זאת מוסד התכנון או אחד הצדדים; על הבוררות יחולו הוראות חוק הבוררות, תשכ"ח-1968, בכפוף להוראות סעיף זה;
- (5) שום דבר בסעיף זה לא יתפרש כאילו מותר בתכנית לחלוקה חדשה לסטות מהוראות תכנית מיתאר המחייבת במקום.

ניתן לראות, כי הסעיף מסדיר היבטים שונים בהקצאת המגרשים - קרבת המגרש לחלקה המקורית (ס"ק 1), שמירה על השווי היחסי בין המגרשים החדשים לבין חלקות המקור (ס"ק 2) וקביעת מנגנון של תשלומי איזון במקרה בו לא ניתן לשמור על השווי היחסי (ס"ק 3). ואולם, הסעיף שותק לעניין אופן ההתייחסות למצבה הקנייני והתכנוני של חלקת המקור, כלומר, האם חלקת המקור מוערכת על פי נתונה ההיסטוריים או שמא לפי המצב הקנייני והתכנוני בעת אישור תכנית האיחוד והחלוקה. משכך, הסעיף אינו נותן תשובה לשאלת חוקיותו של מנגנון שחזור הזכויות.

2. דבר חקיקה נוסף העוסק באיחוד וחלוקה הינו תקנות התכנון והבניה (תכנית איחוד וחלוקה), תשס"ט-2009. התקנות קובעות הוראות שונות לענין עריכת התכנית, רישום החלוקה החדשה, הכנת טבלאות ההקצאה והאיזון ועוד. ואולם, גם התקנות אינן שופכות אור על הסוגיה דנן. יתרה מכך, הואיל ומדובר בהוראות להסדרת ההיבטים הטכניים של עריכת תכניות האיחוד והחלוקה וטבלאות האיזון וההקצאה, אזי לא ניתן לדעתי להסיק מהן לנושאים מהותיים כדוגמת התייחסות להפקעות עבר. נמצאנו למדים, כי החקיקה הקיימת אינה מעגנת מפורשות את הפרקטיקה של שחזור הזכויות. יחד עם זאת, החקיקה אינה עוסקת מפורשות וממילא אינה אוסרת את השימוש במנגנון זה¹².

המחלוקת בפסיקה

בתי המשפט הביעו גישות שונות בשאלת חוקיותו של מנגנון שחזור הזכויות כאשר עסקו בקטגוריה של שחזור כתחליף להשבה, לעומת מקרים בהם עסקו בקטגוריה של שחזור כתחליף לפיצוי.

שחזור כתחליף להשבה

1. פסק דין חשין משנת 2006¹³ עוסק בשטח קרקע אשר הופקע (או הועבר מרצון לצרכי ציבור) מתוך חלקת מקור בשנות ה-40 של המאה הקודמת. הזכויות בשטח המופקע נרשמו בלשכת רישום המקרקעין על שם הנציב העליון ולימים הועברו על שם מדינת ישראל, אך לא נעשה בקרקע כל שימוש ציבורי. בשנת 1997,

¹² . השווה לענין זה את הדיון בעע"מ 3030/03 אברהם לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה באר שבע פ"ד נט(1), 851, הדן בנושא של ניווד זכויות בניה. בפסק הדין נקבע כי מאחר והחוק אינו מטיל איסור על ניווד זכויות בניה, אזי אין להטיל איסור כזה באופן גורף באופן שיפוטי.

¹³ . עת"מ (ת"א) 1767/05 מינהל מקרקעי ישראל מחוז תל אביב נ' יורשי הגב' לאה חשין ז"ל ואח' (פורסם בנבו).

אשרה הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב תכנית איחוד וחלוקה. במסגרת התכנית החליטה הועדה "לשחזר" את הזכויות בחלקת המקור, קרי - להעניק לבעלים הקצאות בכמות המגיעה לחלקת המקור בשלמותה ובהתעלם מההפקעה. כפועל יוצא, למדינה לא הוקצו זכויות כלל במסגרת תכנית האיחוד והחלוקה. משכך עתר מינהל מקרקעי ישראל (המייצג את המדינה) נגד החלטת הועדה המקומית, וטען כי הועדה המקומית אינה מוסמכת לשנות זכויות בעלות רשומות במסגרת הליכי איחוד וחלוקה. לשיטתה של המדינה, היה על הועדה המקומית להקצות לה מגרשים בייעוד פרטי, כפי שהוקצו לשאר הבעלים של חלקות המקור. בעלי חלקת המקור מצדם טענו, כי המדינה קיבלה בשעתו את הקרקע בנאמנות עבור הציבור ועל מנת שייעשה בה שימוש ציבורי. על כן, לא יעלה על הדעת להעניק למדינה זכויות בייעוד פרטי למגורים.

בית המשפט קיבל את עמדת המינהל, ונימק עמדתו זו בנימוקים הבאים:

נימוק ראשון - מעמדו המקודש של מרשם המקרקעין: סעיף 122 לחוק אינו מקנה לרשות התכנונית סמכות לנשל בעלים רשומים של קרקעות (ובענייננו - מדינת ישראל) מזכויותיהם. תכליתו של סעיף 122 לחוק הינה ליתן כלים בידי רשויות התכנון לפיתוחו של שטח קרקע גדול ומרובה בעלים. יחד עם זאת, המחוקק מצא לנכון להטיל מגבלות על רשויות התכנון, על מנת לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בבעלים (כמפורט בראשית המאמר). מגבלות אלו, קובע בית המשפט, נועדו לאזן בין הצורך הציבורי בהוצאתה לפועל של התכנית (לה לא הסכימו הבעלים), לבין זכויותיהם הקנייניות של הבעלים, המחייבות צמצום הפגיעה הכלכלית בהם.

אני סבורה כי נימוק זה כולל סתירה פנימית. נכון הדבר, כי למרשם המקרקעין יש וראוי שיהיה מעמד משפטי איתן. ואולם, בהקשר דנן מדובר על קרקעות הרשומות על שם המדינה מן הטעם כי אלו הופקעו או הופרשו לצרכי הציבור. אשר על כן, קביעה כי יש להתייחס אך ורק לזכויות הרשומות במרשם המקרקעין אינה עולה בקנה אחד עם הנימוק של שמירה על זכות הקניין הפרטי. בנסיבות פסק הדין, דווקא ההפך הוא הנכון - הקצאת מגרשים בייעוד פרטי למדינה, בגין קרקעות אשר הופקעו לצורך ציבורי אשר לא מומש, דווקא פוגע בזכות הקניין של הבעלים ואינו עולה בקנה אחד עם המעמד החוקתי שהוענק לזכות זו במשפט הישראלי. על כן, ככל שזכויות הבעלים הן אלו אשר עליהן מבקש בית המשפט להגן, אזי המסקנה הנובעת מכך הפוכה מזו הקבועה בפסק הדין.

נימוק שני - סמכות ההכרעה בשאלות קניין - בית המשפט קובע, כי מוסדות התכנון אינם מוסמכים לעסוק בסוגיות קנייניות, ועל כן הם אינם מוסמכים להחליט על שחזור זכויות. על כן, לדידו של בית המשפט, החוק מתיר שתי אפשרויות בלבד - ככל שזכויותיה הרשומות של מדינת ישראל בקרקע מעוגנות בדין, אזי לא ניתן לנשלה מהן במסגרת תכנית איחוד וחלוקה. מצד שני - אם על פי הדין המדינה מחוייבת בהשבת הקרקע לבעלים הקודמים של הקרקע, אזי יש לנקוט בהליך המתאים לכך והוא תביעת השבה אשר אותה יש להגיש לבית המשפט המוסמך¹⁴.

אף נימוק זה מוקשה, שהרי הליכי איחוד וחלוקה כוללים בהגדרה היבטים של קניין ולא היבטי תכנון בלבד¹⁵. כך למשל, הרשות מוסמכת למחוק בעלויות בחלקות ולרשום בעלויות בחלקות חדשות, להפריש

¹⁴ ואכן, בעקבות פסק דין חשין עתרו הבעלים הקודמים לבית המשפט במסגרת הפ 1374/06 עדיאל חשין ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו) ובפסק הדין שניתן בהליך זה נקבע כי לאור שינוי המטרות הציבוריות שלשמה הופקעה הקרקע יש להשיבה לבעלים המקורי בין בפועל ובין באמצעות תשלום. דוגמא נוספת לפסק דין אשר ניתן בעתירה להשבת קרקע מופקעת בשל זניחת מטרות ההפקעה הינו פסק הדין ב'ע"א 8626/05 Josephin Rena Lilley ואח' נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו).

¹⁵ . ר' מ. רז כהן (שם) בעמ' 21 לעניין הימצאותם של דיני האיחוד והחלוקה על הגבול שבין דיני הקניין לבין דיני התכנון והבניה.

קרקעות לצרכי ציבור, לפרק וליצור בעלויות משותפות ועוד¹⁶. על כן, אין הגיון בהחרגת הנושא של שחזור הזכויות ממכלול הסמכויות הנתונות למוסדות התכנון בהקשר של איחוד וחלוקה.

2. גם פסק הדין בענין ארליך משנת 2010¹⁷, מצדד בעמדה אשר הביע בית המשפט בפסק דין חשין וקובע, כי "שחזור הזכויות" אינו בסמכות מוסדות התכנון, באשר אלו אינם מוסמכים לדון ולהכריע בשאלות קניין.

שחזור כתחליף לפיצוי

3. בג"צ פריימן משנת 1990¹⁸, עסק בשתי חטיבות קרקע בעיר נתניה, אשר היו מיועדות על פי תכנית משנת 1936, למגורים. בשנת 1982 אושרה תכנית אשר שינתה את יעודה של אחת החטיבות לחקלאות ובעתיד, לאחר תכנון מחדש - למוסדות ציבור (להלן: "הקרקע החקלאית" ולהלן: "תכנית שינוי הייעוד"). תכנית שינוי הייעוד קבעה עוד, כי תנאי להוצאת היתרי בניה, הן בקרקע החקלאית והן בחטיבה הנוספת (להלן: "הקרקע למגורים"), הינו אישור חלוקה אשר תבטיח השגת היעדים הציבוריים. בשלב מאוחר יותר, אכן אושרה תכנית איחוד וחלוקה אשר כללה בתחומה את הקרקע החקלאית והקרקע למגורים גם יחד. התכנית הקצתה בגין הקרקע החקלאית, הקצאות המשקפות שווי של קרקע בייעוד למגורים ולא בייעוד חקלאי או ציבורי (להלן: "תכנית האיחוד והחלוקה").

העותרים (הם בעלי הזכויות בקרקע למגורים) טענו, כי הקצאת המגרשים לבעלי הקרקע החקלאית בהתאם לייעוד ההיסטורי אינו חוקי ומנוגד להוראות סעיף 122 לחוק התכנון והבניה. העותרים נימקו טענתם זו בכך שאת הערכת שווין של חלקות המקור יש לבצע על פי הייעוד הסטטוטורי של החלקה בלבד. בהקשרו של טיעון זה יש לשוב ולהדגיש, כי על פי המנגנון הקבוע בסעיף 122 לחוק, תכנית איחוד וחלוקה מחוייבת בחלוקה שוויונית (באופן פרופורציונאלי למצב התכנוני הקודם) של ההשבחה הנובעת ממנה. משכך, מדובר ב"משחק סכום אפס", קרי, ככל שלחלקה מסויימת מיוחס שווי גבוה יותר וכפועל יוצא מוקצות לה זכויות בעלות שווי גבוה יותר, כך מופחת שווין של הזכויות המוקצות לחלקות הנתרות. על כן, משמעות שיטת ההקצאה בה נקטה רשות התכנון במקרה דנן, היתה הפחתת הערכים הכלכליים המוענקים לעותרים¹⁹.

עוד טענו העותרים, כי תכנית האיחוד והחלוקה נועדה להוות תחליף לתשלום פיצויי 197 ו/או פיצויי הפקעה, ומטרה זו אינה מטרה אשר יש להגשימה באמצעות תכנית בניין עיר. יודגש, כי במועד מתן פסק הדין כבר התיישנה זה מכבר התביעה לפיצויי 197 וייתכן שחלף המועד גם לתביעת פיצויי הפקעה. על כן, משמעות קבלת טענת העותרים היתה שלילת הפיצויים מבעלי הקרקע החקלאית.

בית המשפט העליון דחה את טענות העותרים, בנימוק כי תכנית שינוי הייעוד ותכנית האיחוד והחלוקה הינן חלק ממהלך תכנוני אחד. בית המשפט ביסס מסקנתו זו על העובדה, כי תכנית שינוי הייעוד התנתה הוצאת היתרי בניה באישור תכנית האיחוד והחלוקה. משכך, קובע בית המשפט, יש ליישם את סעיף 122 תוך התייחסות לשווי חלקות המקור, על פי הייעוד שקדם למהלך התכנוני כולו (קרי, ייעוד למגורים)²⁰.

¹⁶ ש. רויטל, דיני התכנון והבניה (כרך ראשון), עמ' 297.

¹⁷ עת"מ (ת"א) 1745/08 ארליך שרה ואח' נ' י"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ת"א ואח' (פורסם בנבו).

¹⁸ בג"צ 483/88 יהושע פריימן ואח' נ' שר הפנים ואח' פ"ד מד(2), 463.

¹⁹ חשוב לציין, כי בניגוד למקרה נשוא פסק דין חשין, בית המשפט לא נדרש להתמודד עם סוגיה של נישול בעלים מזכויות קניין רשומות. הערה זו נכונה לגבי כלל המקרים בקטגוריה של "שחזור כתחליף לפיצוי" הכוללת כאמור מצבים בהם ההפקעה מומשה, מכיון שהקצאת הזכויות העודפות לבעלי הקרקע המופקעת אינו משמיע מחיקת זכויותיו הרשומות של הגוף המפקיע.

²⁰ לעניין הכשרת מנגנון שחזור הזכויות במצב של שתי תכניות המהוות חלק ממהלך תכנוני אחד ראה גם מ. רז כהן (שם), פרק 32 בעמ'

פסק דין כרמלי משנת 2005²¹, עוסק בתכנית איחוד וחלוקה החלה על חטיבת קרקע באזור עתלית. טבלאות ההקצאה והאיזון אשר צורפו לתכנית קבעו הקצאה לחלקה שייעודה לדרך, המשקפת שווי זהה לשאר החלקות בתחום התכנית שייעודן חקלאי. בדומה למקרה נשוא פסק דין פריימן, אף במקרה דנן הקצאת הזכויות הנוספות לחלקת הדרך גרעה מזכויותיהם של שאר בעלי החלקות בתחום התכנית. ואולם, בית המשפט דחה את עתירתם של בעלי החלקות הנ"ל וקבע (בסעיף 13 לפסק הדין), כדלקמן:

"איני רואה הצדקה להתערב בהחלטה לשחזר את החלקה שהוכרזה כ"דרך" בשנת 1962 במסגרת התכנית דנן (חלקה 24); החלטה זו מעוגנת בכללים שמאיים הנהוגים במקרים דומים ושאינם נתונים בדרך כלל להתערבות בית המשפט, ניתנה על סמך תשתית עובדתית מספקת (נסחי רישום והבהרות של שמאי החברה שיזמה את התכנית) וטענות העותרים כנגד הסתמכות על עובדות אלו נטענו באופן סתמי ובלתי מבוסס".

פסק הדין אמנם אינו מכריע באופן מפורש בשאלה המשפטית של חוקיות מנגנון שחזור הזכויות, אך ניתן לדעתי להסיק מדרך הילוכו של בית המשפט את המסקנות הבאות: ראשית - בית המשפט קובע כי ההחלטה מעוגנת בכללים שמאיים. המשמעות הנובעת מדברים אלו לדעתי היא, כי בית המשפט סבור שאין מדובר בשאלה משפטית (האם המנגנון חוקי אם לאו), אלא בשאלה שמאית בלבד. במילים אחרות - אין מניעה חוקית לפרש את סעיף 122 כמתיר לבצע שחזור זכויות, והשאלה היחידה היא האם הדבר תקין מן ההיבט השמאי. שנית - בחינת הסוגיה מההיבט השמאי מעלה, כי הפרקטיקה של שחזור הזכויות הינה פרקטיקה מקובלת. שלישית - משמצאנו כי מדובר בפרקטיקה מקובלת, אזי בית המשפט ימנע מהתערבות בה.

בחודש אוגוסט 2010 פורסם פסק דין אגבא הנזכר בראשית מאמר זה, אשר כאמור קבע מפורשות כי שורת שחזור הזכויות הינה חוקית. כפי שציניתי, הצדדים לתיק הסכימו על ביטולו של פסק הדין תוך שמירה על טענותיהם ותוך הותרת שורת שחזור הזכויות על כנה במקרה נשוא פסק הדין. עוד צוין בפסק הדין, כי בית המשפט העליון המליץ למערערים (אשר התנגדו לשחזור הזכויות) לחזור בהם מערעורם. על כן, נראה כי פסק דין אגבא לא נמחק מהשיח המשפטי הנוגע לשחזור הזכויות ומן הראוי לדון בו.

פסק הדין עוסק בקרקע שהופקעה לצורך סלילת כביש מכבית. הבעלים הסכימו לוותר על פיצויי הפקעה ופיצויי 197, בתמורה להבטחת הרשות המקומית כי זכויותיהם בקרקע המופקעת ישוחזרו בתכנית איחוד וחלוקה עתידית משביחה. לעת אישור תכנית האיחוד והחלוקה הגישו בעלים נוספים בתחום התכנית התנגדות לשורת שחזור הזכויות, ועמדתם התקבלה על ידי הועדה המחוזית וועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית (להלן: "ועדת העררים"). משכך עתרו בעלי הקרקע המופקעת נגד החלטת ועד העררים, ובית המשפט קיבל את העתירה, בהתבסס על הנימוקים הבאים:

5.1 **התכנית המפקיעה כחיקוק** - המתנגדים לתכנית טענו, כי שורת שחזור הזכויות אינה חוקית, באשר מעמדה של התכנית הראשונה (היא התכנית המפקיעה, אשר שינתה את יעוד הקרקעות לייעוד ציבורי - להלן: "התכנית המפקיעה") הינו כמעמד דין תקף אשר לא ניתן לפעול בניגוד לו. לפיכך

²¹ עת"מ (חי) 1356/05 פרופ' דוד כרמלי ואח' נ' יגאל שחר - יל"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה - מחוז חיפה ואח' (פורסם בנבו).

(טענו מתנגדי השחזור), לא ניתן לחשב את שווי החלקה על-פי ייעוד קרקע שונה מהייעוד הסטטוטורי ערב תכנית האיחוד והחלוקה.

בית המשפט המחוזי דחה את הנימוק בקבעו, כי התכנית החדשה אינה משנה את הייעוד שנקבע בתכנית הראשונה, אלא אך קובעת **חזקה עובדתית**, על - פיה שווי המגרש יחושב לפי הייעוד שקדם לתכנית המפקיעה. בית המשפט קובע, כי חזקות עובדתיות כדוגמת הנ"ל, הינן דבר מקובל בשיטתנו המשפטית, הן כבסיס להסדרה חוזית והן כבסיס להסדרה נורמטיבית.

5.2 **התכנית כמכשיר לפיצוי** - המתנגדים טענו, כי תכנית הינה אמצעי להשגת יעדים תכנוניים וכי לא ניתן להשתמש בה ככלי לפיצוי. בית המשפט דחה נימוק זה וקבע, כי שורת שחזור הזכויות אינה הופכת את תכנית האיחוד והחלוקה לתכנית שיעודה פיצוי. לתכנית האיחוד והחלוקה יעדים תכנוניים, יחד עם זאת, קבע בית המשפט, לצד השינויים התכנוניים יש לקבוע הוראות בדבר חלוקת הזכויות. ניתן לראות במנגנון שחזור הזכויות כמכשיר לחלוקה צודקת ויעילה של הזכויות אשר אותן מקנה תכנית האיחוד והחלוקה.

5.3 **אזכור השחזור בתכנית המפקיעה** - הועדה המחוזית וועדת העררים טענו, כי תנאי לחוקיות שורת שחזור הזכויות הינו אזכור המנגנון כבר בתכנית המפקיעה. הועדה המחוזית וועדת העררים נימקו, כי בדרך זו תובטח שקיפות כלפי בעלי הקרקעות בתחום תכנית האיחוד והחלוקה העתידית. בית המשפט דחה את הטענה בקבעו, כי אזכור המנגנון בתכנית המפקיעה אינו תנאי מספיק ואף אינו תנאי הכרחי לשמירה על זכויות המתנגדים: **תנאי מספיק** - עלולים להיות מצבים בהם תכנית האיחוד והחלוקה תכלול שטחים אשר לא נצפו לכתחילה בתכנית המפקיעה. במקרים כאלו (גם בדרך המוצעת על ידי וועדת העררים) תיגרם פגיעה לבעלי השטחים הנוספים. **תנאי הכרחי** - המתנגדים לא ייפגעו מהעדר ציון השחזור בתכנית המפקיעה, שכן תמיד שמורה להם הזכות להתנגד לתכנית האיחוד והחלוקה עצמה.

5.4 **פגיעה בבעלי קרקעות בתכנית האיחוד והחלוקה** - המתנגדים טענו, כי שורת שחזור הזכויות פוגעת באופן בלתי מידתי בבעלי הקרקעות בתחום התכנית. המתנגדים הסבירו, כי באופן רגיל פיצויי הפקעה ופיצויי 197 משולמים מתוך הקופה הציבורית. לעומת זאת, מקום בו נעשה שחזור זכויות, נטל הפיצוי נופל על כתפי בעלי הקרקעות שבתחום תכנית האיחוד והחלוקה בלבד²². בית המשפט דחה טענה זו בקבעו קביעה עובדתית, לפיה הוכח שבתחום תכנית האיחוד והחלוקה הוספו זכויות נוספות בהיקף גבוה מזה המקובל בתכנית דומות בסביבה. על כן, בפועל לא נגרמה פגיעה לבעלי קרקעות בתחום התכנית. יש לציין, כי בית המשפט סייג דבריו בקבעו, כי הבטחת הרשות לבצע את שחזור הזכויות אינה יכולה לעמוד, מקום בו היקף זכויות הבניה (המיועדות למעשה לפיצוי בעלי הקרקע המופקעת) אינו עולה בקנה אחד עם שיקולים סביבתיים, חברתיים וכדומה.

בנוגע לנימוק זה אעיר שלוש הערות:

הערה ראשונה - ככל שאכן תכנית שינוי הייעוד והתכנית המפקיעה הינן חלק ממהלך תכנוני אחד, אזי למעשה אין לטענה מקום, וזאת ללא כל תלות בהוספת זכויות בניה לתכנית לצורך פיצוי הבעלים. אין חולק, כי אלמלא הפיצול בין התכניות היה השטח המופקע "מופרש" מתוך כלל

²² . כאמור לעיל, מדובר ב"משחק סכום אפס", לפיו כאשר ניתנות זכויות רבות יותר לאחד מבעלי הקרקע אזי זכויות אלו נגרעות מהבעלים האחרים.

השטחים הכלולים בתחום התכנית ונגרע מזכויות הבעלים כולם באופן שווה. על כן, ככל שהפיצול בין התכניות הינו "טכני" בלבד, אזי למתנגדים לא נגרמה למעשה כל פגיעה, מאחר ומצבם לא הורע לעומת מצב בו המהלך התכנוני כולו היה מבוצע במסגרת של תכנית אחת.

הערה שניה - ניתן להגיע לתוצאה התכנונית אשר אליה ביקשו העותרים להגיע, גם ללא שימוש במנגנון שחזור הזכויות. זאת, הואיל ושווי השוק של חלקה אשר עברה הפקעה ואשר לא ניתן לבצע בה הפקעות נוספות ללא פיצוי, אכן גבוה יותר משווי השוק של חלקה אשר לא עברה הפקעה מעולם²³, ומשכך על פי הוראות סעיף 122 ניתן היה להעניק לה הקצאות המשקפות שווי גבוה זה. על כן, אף אם בית המשפט היה קובע כי שחזור הזכויות אינו חוקי, אזי ניתן היה להגיע לאותה תוצאה (קרי, הקצאת זכויות לחלקה המופקעת על בסיס שטחה ויעודה עובר להפקעה), על ידי יישום הוראות סעיף 122 כלשונו.

הערה שלישית - השקפתו של בית המשפט בפסק דין אגבבא ביחס לנושא הפגיעה בבעלי זכויות בתחום התכנית עולה בקנה אחד עם ההשקפה אשר הובעה על ידי בית המשפט העליון בפרשת בראון²⁴. בפרשת בראון נקבע, כי ניתן להפקיע קרקעות לצרכי ציבור במסגרת תכנית איחוד וחלוקה ללא הגבלת שיעור ההפקעה. זאת, ובלבד שערך מגרשם של כל אחד מבעלי הזכויות יעלה כתוצאה מההשבחה הגלומה בתכנית. למעשה, בית המשפט רואה בהשבחת המגרש של כל אחד מהבעלים כ"מרפאה" את הפגם שבשיעור ההפקעות העולה על השיעור המקסימאלי המותר בחוק ללא פיצוי. בפרשת אגבבא - כאמור בית המשפט דוחה את טענת המתנגדים אודות קיפוחם (היחסי) לעומת בעלי הקרקע המופקעת, נוכח העובדה כי מקרקעי המתנגדים - כשלעצמם וללא השוואה לאחרים - הושבחו כתוצאה מהתכנית. משמע, גם בפסק דין אגבבא בית המשפט סבור כי הפגם (אם וככל שקיים) בשמירה על השווי היחסי נרפא על ידי השבחת מקרקעי המתנגדים.

5.5 שיקולים ערכיים - בית המשפט קבע אם כן, כי לא נפל פגם חוקי בהכללת שורת שחזור הזכויות, אך לא הסתפק בכך, אלא בחן את הסוגיה אף מן ההיבט הערכי. בהקשר זה קבע בית המשפט, כי אף אם היה נמצא כי הליך שחזור הזכויות אינו חוקי, בכל זאת היה מקום כי ועדת העררים תשקול להתיר את השחזור במקרה הספציפי, וזאת נוכח הפגיעה הצפויה בזכויות בעלי הקרקע המופקעת.

יש להדגיש, כי בנסיבות המקרה נשוא פסק הדין, בעלי הקרקע המופקעת נמנעו מלתבוע פיצויי הפקעה ופיצויי 197, בהסתמכם על הבטחת הרשות המקומית, לפיה קרקעותיהם יכללו בתכנית האיחוד והחלוקה. במועד בו דנה ועדת העררים בהתנגדות לתכנית האיחוד והחלוקה, כבר חלף המועד להגשת תביעות הפיצויים בגין התכנית המפקיעה. על כן, החלטת ועדת העררים (נשוא העתירה) הותירה למעשה את העותרים ללא סעד חוקי להטבת נזקם.

שיקול הפגיעה בבעלי הקרקע המופקעת מקבל משנה תוקף, לדידו של בית המשפט, נוכח התועלת הציבורית הגלומה במנגנון שחזור הזכויות. תועלת זו נובעת מהעובדה כי מנגנון שחזור הזכויות מאפשר להוציא לפועל פרויקטים ציבוריים, מבלי להמתין לאישורה של תכנית איחוד וחלוקה (האורך בדרך כלל זמן רב), ובד בבד להימנע מתשלום פיצויים בגין ההפקעות הדרושות עבור אותם

²³ ר' פירוט בעניין זה בפרק הדין בתקנים השמאיים בהמשך המאמר.

²⁴ ע"מ 5839/06 אלפרד בראון נ' י"ר הועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז מרכז (פורסם בנבו) (להלן: "פרשת בראון").

פרוייקטים²⁵. משמע, מנגנון שחזור הזכויות תורם להאצת פיתוחם של פרויקטים ציבוריים ובמקביל חוסך בכספי ציבור אשר היו משולמים כפיצויי ההפקעה.

בהקשר זה יש לשוב ולהזכיר את עקרון השוויון היחסי החל על הליכי האיחוד והחלוקה. כפי שהוסבר בראשית המאמר, המחוקק קבע כי על ההשבחה הגלומה בתכנית האיחוד והחלוקה להתחלק באופן שווה בין הבעלים השונים. על כן, מצב בו בעל קרקע אחד סופג את הפגיעה הגלומה בתכנון החדש בעוד שאר בעלי הקרקע נהנים מההשבחה הטמונה בו, נראה כמנוגד הן ללשון החוק והן לכוונת המחוקק.

בית המשפט פוסק, כי משקלם המצטבר של כל השיקולים הנ"ל היה מספיק כדי להכשיר את שורת שחזור הזכויות - אף אם כטענת המתנגדים, נמצא בה פגם חוקי כלשהו.

לטעמי, פסק דין אגבא (ובפרט אמרת האגב הנזכרת בפסקה 5.5 לעיל) הינו דוגמא לכך שבתי המשפט בישראל מייחסים משקל רב לשיקולים ערכיים בעת שהם עוסקים בהפקעות מקרקעין. ניתן להבחין, כי אותם הערכים משתנים בין טענות מקדמיות המתייחסות לעצם פעולת ההפקעה, לבין טענות מאוחרות להפקעה, המתייחסות לסעד לו זכאי בעל הקרקע:

ביחס לטענות מקדמיות להפקעה (לדוגמא: העדר צורך ציבורי, אפשרות למימוש עצמי של מטרת ההפקעה ופגיעה ביתרת שווי המגרש), בתי המשפט נוטים לתמוך במתן סמכות רחבה לרשות המפקיעה. עמדה זו מבוססת על ערך האחרייות החברתית של בעל הקרקע כלפי "חברי הקהילה" אשר בתוכה הוא חי. אותה אחרייות חברתית מצדיקה (כך על פי הגישה המקובלת), ליתן לרשויות אפשרות להיטיב עם הציבור כולו גם במחיר פגיעה מסויימת בפרט²⁶.

לעומת זאת, ביחס לטענות בדיעבד, קרי טענות העולות לאחר ביצוע ההפקעה, כגון זניחת הצורך הציבורי וחובת תשלום פיצויים, גישת בתי המשפט מאופיינת בחיזוק ההגנה על זכות הקניין הפרטי ותחימה ברורה של סמכות הרשויות לפגוע בזכות זו בדרך של הפקעה, ובפרט כשזו נעשית ללא פיצוי²⁷. פסיקה זו נוקטת בדרך של פרשנות תכליתית להוראות החוק העוסקות בהפקעות, לעתים תוך הגמשת לשון החוק כדי להתאימה לערכים עליהם מבוקש להגן²⁸.

כך גם בפסק דין אגבא - בית המשפט קובע כי שיקולי צדק המתעוררים במקרה הפרטי, עשויים לגבור גם על כללים הקבועים בחקיקה ראשית.

²⁵ זאת, בשל האפשרות לפצל בין התכנית המפקיעה לבין תכנית האיחוד והחלוקה, תוך הסכמה כי הפיצוי בגין ההפקעה (בתכנת המוקדמת) יינתן בדרך של זכויות בניה בתכנית האיחוד והחלוקה המאוחרת יותר.

²⁶ ח. דגן קניין על פרשת דרכים (2005) וראה גם את דעת הרוב בפסק הדין בעעמ 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' קרן תורה ועבודה (פורסם בנבו).

²⁷ ראה י. הולצמן גזית בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי, עיוני משפט כט' תשס"ו, עמ' 311.

²⁸ לשם דוגמא ראה את פסקי הדין בע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אחא ואח' נ' הולצמן ואח', פ"ד נה(4), 629, בע"א 8736 אורה כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה (פורסם בנבו) (דעת מיעוט הש' א. לוי) ובה"פ (ת"א) 166/05 אוזנוביץ' אליעזר נ' מדינת ישראל - מע"צ (פורסם בנבו), הקובעים כי הרשות תהא פטורה מתשלום פיצויי הפקעה על פי הוראת סעיף 190(א)(1) לחוק, רק בתנאי שיתרת המגרש המופקע הושבחה כתוצאה מההפקעה, וזאת אף שהתניה זו כלל אינה מעוגנת בלשון הסעיף. כן ראה את פסק הדין בפרשת בראון (ה"ש 24 לעיל) הקובע כי הפרשת קרקעות לצרכי ציבור במסגרת של תכנית איחוד וחלוקה (המוסדרת בפרק ג' סימן ז' לחוק), כפופה גם להוראות פרק ח' לחוק לענין האיסור על הפקעת שטח העולה על 40% מהחלקה ללא פיצוי.

²⁹ בהקשר זה ראוי לציין אף החוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע - 2010 (ס"ח 2228, א' באדר התש"ע, 15.2.2010), אשר חוקק בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בפסק דין קרסיק (בג"צ 2390/96, 360,97, 1947/97 יהודית קרסיק ואח' נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נה(2) 625). חוק זה מיישם (בין היתר) את העקרון אשר נקבע בפסק דין קרסיק, לפיו לבעל הקרקע זיקה נמשכת לקרקע המופקעת, המחייבת השבת הקרקע לבעליה מקום בו הצורך הציבורי זנח (ראה גם צ. שוב ות. שטחל רפורמה בדיני ההפקעות - האמנם? מקרקעין, כרך ט/3 (מאי 2010)).

התקנים של מועצת שמאי המקרקעין והועדה לתקינה שמאית

מקור נוסף העוסק בסוגיית שחזור הזכויות הינו התקנים המקצועיים המנחים את שמאי המקרקעין. התקנים הינם כללים שמטרתם קביעת סטנדרטים מקצועיים לעריכת שומות מקרקעין, והם נערכים על ידי הועדה לתקינה שמאית³⁰, בהתאם למתווה אשר אושר על ידי מועצת שמאי המקרקעין³¹. יש להקדים ולציין, כי מעמדם הנורמטיבי של התקנים הינו מנחה בלבד והשמאים אינם מחוייבים על פי דין לציית להם. ממילא ברור, כי התקנים אינם יכולים לחייב את מוסדות התכנון בהפעלת סמכויותיהם לצורך הכנתן ואישורן של תכניות איחוד וחלוקה. הפעלת סמכויות אלו כפופה אך ורק לכללים הקבועים בחקיקה ראשית (ובתקנות על פיה), כפי שהללו ממפורשים בפסיקה

33 32

תקן מס' 15 של מועצת שמאי המקרקעין אשר כותרתו "פרוט מזערי נדרש בטבלת הקצאה ואיזון הנערכת לתכנית איחוד וחלוקה" (להלן: "התקן"), מתייחס באופן מפורש לנושא שחזור הזכויות.

וכך נקבע בסעיף 8.5 לתקן (שכותרתו "הפקעות והפרשות עבר"):

"לא ייעשה שיחזור של הפקעות או הפרשות לצרכי ציבור שנעשו בעבר. גודל החלקה או המגרש אשר ילקחו בחשבון במצב הנכנס יהיה השטח הקבוע במרשם למעט:

(א) חלקות או מגרשים המיועדים להפקעה בתכנית קודמת והחזקה בהם הועברה לגורם המפקיע אף אם ההפקעה טרם נרשמה (במקרה כזה לא ילקח בחשבון השטח שהופקע)³⁴.

(ב) אושרה תכנית איחוד וחלוקה קודמת שטרם נרשמה, יחושב המגרש הנכנס כפי המופיע בתכנית האמורה.

השמאי יביא בחשבון את השפעתן של הפקעות העבר ככל שהפקעות אלה משפיעות על שווי השוק בין קונה מרצון ומוכר מרצון במצב הנכנס".

התייחסות נוספת נמצאת בסעיף 8.8 לתקן (שכותרתו "הבטחות או הסכמות בלתי חוקיות עם הרשויות"), הקובע:

"חישוב השווי במצב נכנס ובמצב היוצא ייעשו על פי הוראות החוק ועל פי תקן זה. לא יובאו בחשבון הסכמות או הבטחות אשר ניתנו בניגוד לחוק ו/או בחריגה מסמכות על ידי גורם ציבורי כלשהו ובכללן הסכמות לחישוב זכויות במצב נכנס על פי שטח החלקה הישנה טרם הפקעתה, חישוב המגלם התחשבות עם הרשות המקומית/העירייה וכיוצא באלה".

³⁰ ועדה אשר הוקמה על ידי מועצת שמאי המקרקעין בשיתוף עם אגף שומות מקרקעין, לשכת שמאי המקרקעין, צרכני שומות ובעלי עניין בתחום שמאות המקרקעין.

³¹ המועצה הינה גוף סטטוטורי אשר הוקם מכוח חוק שמאי מקרקעין, תשס"א - 2001, פורסם ס"ח תשס"א מס' 1799 מיום 24.7.2001, עמ' 436.

³² בפסק דין אגבבא, בהערת שוליים מס' 10, הביע כב' השופט מודריק עמדתו כי התקן אינו יכול להוות ראייה לענין חוקיות שחזור הזכויות. התקן מהווה הנחיה לשמאים כיצד לערוך את טבלאות האיזון וההקצאה. במקרה בו התכנית תקבע כי יש לעשות שחזור זכויות, יהיה על השמאי לציית להוראה זו.

³³ סתירה בין הוראות התקן לבין חקיקה ראשית עולה לכאורה גם ביחס לשאלת ההתחשבות בשווי מחוברים לקרקע במסגרת טבלאות ההקצאה והאיזון. מצד אחד - סעיף 12 לחוק המקרקעין קובע כי "הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע". מצד שני - הוראות התקן קובעות (בסעיף 8.1 ו- 8.2) כי יש להעריך את שווייה של החלקה הנכנסת בתכנית איחוד וחלוקה כפנויה ממבנים, ולאחר קביעת ההקצאה להוסיף לבעלי החלקות הבנויות הקצאה נוספת כשווי תרומת המבנים לתכנית (בהקשר זה ראה את מאמרו של ע. צביקל **הכללת שווי מחוברים במצב קודם בטבלת איזון, במסגרת איחוד וחלוקה מחדש**, מקרקעין ה-2, 59 (2006)).

³⁴ . הכוונה לדעתי היא למצב בו ישנה תב"ע המייעדת חלק מחלקה להפקעה. ההפקעה טרם נרשמה במרשם המקרקעין בדרך של פיצול השטח המופקע ורישום הזכויות בו על שם המדינה / הרשות המקומית, אך הרשות כבר תפסה חזקה בקרקע המופקעת.

מהוראות אלו ניתן להסיק כי עמדת הוועדה לתקינה שמאית היא, שלועדות התכנון אין סמכות לבצע שחזור זכויות. יחד עם זאת, התקן קובע כי יש להתחשב בהפקעות העבר במובן של ערך הקרקע. כך למשל, מקום בו שתי חלקות ששטחן ההיסטורי דונם אחד, אך בחלקה אחת בוצעה הפקעה של 40%³⁵ יוערכו במצב הנכנס לתכנית באופן הבא: החלקה המופקעת תוערך על פי שטח של 600 מ"ר והחלקה הלא מופקעת תוערך על פי שטח של דונם. יחד עם זאת, לחלקה המופקעת ייוחס שווי נוסף הנובע מהעובדה כי בוצעה בה הפקעה בשיעור המקסימלי המותר בחוק, ועל כן לא ניתן להפקיע ממנה שטחים נוספים ללא פיצוי. ברם, כפי שצויין התקן אינו מחייב את שמאי המקרקעין וודאי לא את מוסדות התכנון. על כן לא ניתן להסתמך על הוראותיו להכרעת הסוגיה דנן.

הרפורמה בחוק התכנון והבניה

כידוע, בימים אלו עומלת הכנסת על הצעה חוק המיועד להחליף את חוק התכנון והבניה הקיים (להלן: "הצעת החוק")³⁶. הפרק העוסק בתכניות איחוד וחלוקה הינו פרק ד' להצעת החוק (סעיפים 193 - 218). התייחסות ספציפית לנושא דנן ניתן למצוא בסימן משנה ד' לפרק ד' להצעת החוק שכותרתו: "הוראות מיוחדות לענין עריכת טבלאות הקצאה ואיזון". וכך נקבע בסעיפים 206(א) - 206(ד) להצעת החוק:

"אופן חישוב שווי מגרשים 206(א) שווי החלקה הנכנסת ייקבע לפי התכניות החלות עליה ערב הפקדת התכנית לאיחוד וחלוקה, ושווי מגרש התמורה ייקבע כאילו חלה עליו התכניות לאיחוד וחלוקה כפי שמוסד התכנון החליט להפקידה.

(ב) לצורך חישוב שוויה של החלקה הנכנסת, יהיה גדלה של החלקה הנכנסת כקבוע בפנקסי המקרקעין; היתה החלקה הנכנסת מגרש, שנקבע בתכנית הכוללת חלוקה למגרשים או בתשריט חלוקה שטרם נרשמו בפנקסי המקרקעין - יהיה גודל המגרש כפי שנקבע בתכנית או בתשריט כאמור.

(ג) על אף הוראות סעיף קטן (ב), היתה החלקה הנכנסת, כולה או חלקה, ניתנת להפקעה לפי חוק זה או לפי חוק הפקעה אחר, או שהוקצתה לרשות המקומית או למדינה (בפרק זה - הרשות) בתכנית איחוד וחלוקה, ונתפשה בה חזקה בידי רשות כאמור, יראו אותה כבעלת הזכויות בחלקה הנכנסת או בחלק ממנה כאמור, גם אם טרם נרשמה כבעלת הזכויות בפנקסי המקרקעין."

(ד) הוכנה תכנית לאיחוד וחלוקה על פי הוראות תכנית לאיחוד וחלוקה בעתיד, ייקבע שווין של החלקות הנכנסות, כשווין ערב הפקדתה של התכנית לאיחוד וחלוקה בעתיד (הדגשה אינה במקור, ש.ת.)"

³⁵ . השעור המקסימלי אשר אותו ניתן להפקיע לטובת רשות מקומית ללא פיצוי.

³⁶ פורסם בהצ"ח הממשלה - 499, כ"ט באדר התש"ע, 15.3.2010.

המונח "תכנית לאיחוד וחלוקה בעתיד", מוגדר בסעיף 198 להצעת החוק, באופן הבא:

"בתכנית ניתן לקבוע הוראות לגבי שטח, שהוצאת היתר בניה בו תותנה באישור תכנית איחוד וחלוקה (בחוק זה - תכנית לאיחוד וחלוקה בעתיד)".

ניתן לראות אם כן, כי המחוקק הגדיר שני מצבים בהם רשאי יהיה הגוף המתכנן להתעלם מהפקעות שבוצעו בחלקת מקור, לצורך הערכתה בטבלת ההקצאה והאיזון של תכנית איחוד וחלוקה:

מצב ראשון (סעיף 206(ב) ו- (ג)) – מצב בו מתקיימים שני תנאים: אחד - זכויותיה של הרשות המפקיעה בקרקע לא נרשמו בלשכת רישום המקרקעין ושני - הרשות לא תפסה חזקה בשטח המופקע^{37 38}.

מצב שני (סעיף 206(ד) ו- (198)) - כאשר שתי התכניות (התכנית המפקיעה המוקדמת ותכנית האיחוד והחלוקה המאוחרת יותר) הינן חלק ממהלך תכנוני מאוחד. המחוקק התווה מושג חדש והוא "תכנית לאיחוד וחלוקה בעתיד" אשר משמעו תכנית בניין עיר המתנה הוצאת היתרי בניה באישור תכנית לאיחוד וחלוקה. תכנית מוקדמת זו היא אשר תקבע את שינוי יעוד הקרקע, לרבות ליעודים ציבוריים. המחוקק רואה בתכנית זו חלק בלתי נפרד מתכנית האיחוד והחלוקה המאוחרת לה, ועל כן מתיר לחשב את ההקצאות בתכנית האיחוד והחלוקה על בסיס המצב התכנוני והקנייני שקדם למהלך כולו (קרי, קודם ל"תכנית לאיחוד וחלוקה בעתיד").

מן ההסדר שנקבע בהצעת החוק ניתן להסיק לדעתי, כי המחוקק מנסה ליתן מענה לקשיים המתעוררים בכל אחת מהקטגוריות של שחזור הזכויות אשר אותן הגדרתי בתחילת המאמר:

לגבי שחזור כתחליף לפיצוי - הצעת החוק קובעת כאמור, כי השחזור מותר מקום בו המעשה של שינוי היעוד ולאחריו האיחוד והחלוקה, הינם חלק ממהלך תכנוני אחד. בכך מאפשר המחוקק למוסדות התכנון להשיג את התועלת הנובעת מפיצול התכניות (קרי, האצת פיתוחם של פרויקטים ציבוריים ובמקביל חסכון בכספי ציבור), תוך שמירה על זכויות בעל הקרקע המופקעת ואף מבלי להיזקק להסכמים ולהבטחות שלטוניות. יש להדגיש, כי השמירה על זכויות בעל הקרקע נובעת מקיומו של "מצב ביניים" תכנוני (לאחר אישור התכנית המפקיעה וטרם אישור התכנית לאיחוד וחלוקה) בו שווי הקרקע יורד כתוצאה משינוי היעוד ליעוד ציבורי. המחוקק מגן על בעל הקרקע על ידי קביעת מנגנון המאפשר למוסדות התכנון לפצותו בעת השלמת המהלך התכנוני.

בנוגע לשחזור כתחליף להשבה - המחוקק מעניק לגוף המתכנן סמכות להשיב את הקרקע המופקעת לבעליה ככל שהרשות כלל לא החלה במימוש ההפקעה (בין אם בדרך של רישום ובין אם בדרך של תפיסה בפועל), וזאת מבלי לחייב את הבעלים לנקוט בהליכים משפטיים ממושכים לצורך השבת הקרקע.

מכל מקום, כמובן שהצעת החוק בשלב זה הינה חסרת תוקף סטוטורי ואינה יכולה להשליך על הוראת בדבר שחזור זכויות, הכלולות בתכנית שאושרו או הופקדו עד כה.

³⁷ . אסביר - הכלל הקבוע בס"ק ב' הינו כי יש להתייחס לחלקות המקור בהתאם לקבוע במרשם המקרקעין. משמע - ניתן להתעלם מהפקעות ככל שזכויותיה של המדינה / הרשות המקומית בקרקע המופקעת לא נרשמו במרשם. בס"ק ג' צומצם הכלל, ונקבע כי יש להתחשב גם בהפקעות שלא נרשמו ובלבד שהרשות תפסה חזקה בקרקע המופקעת. פועל יוצא מהנ"ל הוא שהחוק מתיר להתעלם מההפקעה רק במקרים בהם ההפקעה לא נרשמה וכמו כן לא נתפסה חזקה בקרקע המופקעת.

³⁸ . המחוקק מאמץ בהקשר זה למעשה את הכלל הקבוע בתקן 15 (סעיף 8(א)).

סיכום ומסקנות

אני סבורה, כי יש לברך על כך שהמחוקק מצא לנכון להסדיר את נושא שחזור הזכויות במסגרת הצעת החוק. יחד עם זאת, עיון בנוסח הצעת החוק ודברי ההסבר לה³⁹ מעלה, כי ייתכן והמחוקק לא נתן משקל מספק לזכויות בעלי הקרקעות המיועדות להפקעה. במקרים רבים, בעלים אלו הסתמכו על פרקטיקה קיימת ולעתים אף על הבטחות שלטוניות מפורשות, על פיהן מקרקעיהם שהופקעו יושבו להם (או לחילופין יינתן פיצוי בגינם) במסגרת תכנית איחוד וחלוקה עתידית.

על כן לדעתי, יש להוסיף הוראות מעבר ספציפיות בענין שחזור הזכויות. על הוראות המעבר לקבוע, כי הדין החדש לא יחול על תכניות לאיחוד וחלוקה הכוללות מנגנון של שחזור זכויות, מקום בו השחזור מתייחס להפקעות שאירעו טרם כניסתו לתוקף של החוק. הוראת מעבר כזו מתחייבת לדעתי נוכח עליית מעמדה של זכות הקניין בדין הישראלי, דבר אשר בא לידי ביטוי הן בחקיקה החדשה והן בפסיקה.

³⁹ על פי דברי ההסבר להצעת החוק, סעיף 206 נועד להבהיר נושאים אשר היתה לגביהם אי בהירות ואי אחידות בחוק הקודם. דברי ההסבר אינם מפרטים את השיקולים למנגנון שנקבע בהצעת החוק.