

מקרקעין

דו-ירחון לענייני מקרקעין

- דיני קניין במקרקעין
- מיסוי מקרקעין
- תכנון ובנייה
- מינהל מקרקעי ישראל
- שמאות ויזמות

עורכים ראשיים:

אהרן נמדר
מאיר מזרחי
יחזקאל פלומין
מוטי בניאן
גדעון ויתקין
נתן מאיר
צבי שוב

כרך י', מס' 4, יולי 2011

הוצאת רונן

הקצאה כפויה של זכויות בתכנית איחוד וחלוקה מחדש - האם לפי תרומת הבעלים לתכנית או לפי שווי נכסיהם?

מאת

ברי צ'רניאבסקי, שמאי מקרקעין
יוני צ'רניאבסקי, שמאי מקרקעין

תקציר

תכניות איחוד וחלוקה בדרך כלל מיטיבות את מצב כל הבעלים שבתחומן ולעיתים נדירות פוגעות באחד או יותר מהבעלים. כאשר התכנית מיטיבה, מתקבלת "עוגת זכויות בנייה" האמורה להתחלק בין הבעלים לפי עקרון "משחק סכום אפס": ככל שיוספו זכויות לפלוני, כך יופחתו הזכויות לכל שאר הבעלים.

כאשר התכנית נערכת ללא הסכמת כל הבעלים, הקצאת הזכויות ביניהם צריכה לשאוף להיות זהה לתוצאה שהייתה מתקבלת לו הבעלים ניהלו מו"מ בינם לבין עצמם (והיתה נערכת תכנית בהסכמת כל הבעלים) או לתוצאה שהייתה מתקבלת במו"מ כאשר יזם היה מבקש לרכוש את הזכויות של כל אחד מהבעלים.

במו"מ בתנאי שוק חופשי, סביר לצפות, כי לא תתקבל תוצאה מוסכמת כאשר ישנם בעלים המרוויחים בצורה משמעותית לאין-שיעור מחבריהם, או כאשר ישנם בעלים הנדרשים "לפצות" על חשבונם בעלים אחרים בעוד אלה אינם תורמים דבר להגדלת ה"עוגה". לפיכך, לא סביר לצפות, שהבעלים יסכימו להתעלם מהבדלים בשווי הקרקע שלהם ערב התכנית. כמו-כן לא סביר לצפות, שבעלי חלקות שבחרו לא לבנות מבנה על חלקתם, יסכימו לפצות על חשבונם בעלים שכן הקימו מבנה ממנו נהנו לאורך השנים, אך כעת איננו תורם דבר ליצירת הערך הכלכלי בתכנית החדשה ומיועד להריסה. לפיכך, גם כאשר שמאי המקרקעין מקצה את זכויות הבנייה בין הבעלים בתכנית, ללא הסכמת כל הבעלים, ראוי לקבוע, כי מחד יתחשב בערך הקרקע ערב התכנית כריקה ופנויה ומאידך, לא יקצה פחות זכויות לחלקות פנויות ממבנים רק משום כך.

מבוא

עקרון הצדק החלוקתי (Distributive Justice) הוא העיקרון לפיו תועלת כלשהי או נטל כלשהו צריכים להתחלק באופן צודק בין הפרטים הנוגעים בדבר. כך, למשל, נכסים

השייכים לכלל הציבור (כגון אוצרות טבע, קרקע, מים וכיו"ב) צריכים להתחלק בין תושבי המקום בצורה צודקת.¹

בתחום המקרקעין, צדק חלוקתי נקשר באופן עקיף לעיקרון על פיו תושבי **מקום מסוים** צריכים לפצות בעל מקרקעין שנפגע עקב אישור של תכנית חדשה המיטיבה עמם (פיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה), או למקרה שבעל מקרקעין צריך לשתף את תושבי **עירו** אם התעשר בעקבות אישור תכנית (היטל השבחה לפי התוספת השלישית לחוק התו"ב), או למקרה שבו תושבי **המדינה** צריכים (באמצעות קופת האוצר) לפצות בעל מקרקעין שהקרקע שלו הופקעה ממנו לטובת הציבור (חוקי ההפקעה השונים) ולסוגיות נוספות הקשורות בהקצאה ובשימוש בקרקעות המדינה.

אחד האתגרים המעניינים ביותר הינו יישום עקרון הצדק החלוקתי בהליך תכנוני נפוץ מאד של "איחוד וחלוקה מחדש". שאלת הצדק וההוגנות קשורה כבר בשלב המקדמי (לפני עריכת טבלת הקצאה ואיזון), בו יש להחליט, האם התכנית תכלול מתחם אחד בלבד לאיחוד וחלוקה או יותר. לסוגיה זו ראוי להקדיש דיון נפרד, שאיננו נכלל במאמר זה. במקרים נדירים יחסית, תכנית איחוד וחלוקה פוגעת באחד הבעלים או יותר, ושאלת הצדק החלוקתי במקרים כאלה אף היא ראויה לדיון נפרד.² המצב הנפוץ ביותר הוא זה שבו תכנית האיחוד והחלוקה מיטיבה עם כל הבעלים שבתחומה ועליהם להתחלק בתועלת הנובעת ממנה. כאשר אין הסכמה בין כל הבעלים בתכנית, קובע החוק, כי שמאי מקרקעין יקבע את חלוקת הזכויות בין הבעלים ולפיכך נשאלת השאלה: מהי הדרך ההוגנת ביותר לעשות זאת?

עקרון התרומה היחסית ועקרון השווי היחסי

ההטבה שנושאת התכנית לבעליה היא, בדרך כלל, זכויות בנייה מוגדלות במגרשים חדשים ו/או ייעוד מושבח, שנקבעו בהליך התכנוני החדש. סך שווי זכויות הבנייה הוא "העוגה" שיש לחלק בין הבעלים על-פי עקרון של "משחק סכום אפס", קרי: ככל שלפלוני יוקצו יותר זכויות בנייה, כך אלה יופחתו מיתר הבעלים. מהי, אם כן, הדרך ההוגנת ביותר לחלוקת זכויות הבנייה בין הבעלים שבתחום התכנית?

עיקרון מנחה אחד לחלוקה הוגנת עשוי להיות עיקרון שנכנה אותו להלן "עקרון התרומה היחסית". לפי עיקרון זה, כל בעל מקרקעין זוכה להקצאת זכויות בהתאם לתרומתו

1. חדוה חברוני ורחל אלטרמן **צדק חלוקתי במקרקעין** (2008), מציינות: "על פי אבינרי (2002), הדיון הקלאסי בצדק חלוקתי מתרכז בשאלה כיצד מחלקים אובייקט כלשהו בין הפרטים העשויים להיות שונים זה מזה בזכויותיהם, בצרכיהם וכיוצא באלה. סוגיית הצדק החלוקתי נדונה לראשונה על-ידי אריסטו באתיקה הניקומאכית שבה הוא ניסח את עקרון הפרופורציונאליות. על פי רעיון זה, יש לחלק טובין על פי הזכויות שאנשים מביאים להקשר הנדון. כאשר הזכויות ניתנות לכימות, יש להביא לכך שהתוצאה הסופית תהיה פרופורציונאלית, כלומר ביחס ישר לזכויות (אבינרי, שם)".
2. נציין בהערות אגב, כי לדעתנו, מנגנון הפיצוי שנקבע בסעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, לפיצוי בגין אישורה של תכנית, איננו מהווה סעד מספק במקרים שבהם תכנית איחוד וחלוקה כופה על בעל מקרקעין עלויות הקשורות בפינוי כפוי למשל של מפעלו או ביתו ומציאת "סידור חלוף".

היחסית לתכנית, קרי - בהתאם לתרומתו היחסית ביצירת סך הערך הכלכלי שנוצר בתכנית והוא הסך המיועד לחלוקה בין הבעלים.

עיקרון מנחה אחר לחלוקה הוגנת עשוי להיות עיקרון שנכנה אותו להלן: **"עקרון השווי היחסי"**. לפי עיקרון זה, כל אחד מהבעלים בתחום התכנית אמור ליהנות מהתכנון החדש באותו שיעור (כלומר, כתוצאה מהתכנון החדש, שווי הזכויות של כל אחד מן הבעלים צריך לגדול למשל פי 10 ביחס למצבם ערב התכנית).

נעמיק להלן את הדיון בשני העקרונות הללו ונבחן האם בפועל הם יכולים לדור בכפיפה אחת.

עקרון התרומה היחסית ועקרון השווי היחסי - הילכו שניהם יחדיו?

לפי עקרון התרומה היחסית, לכל אחד מהבעלים יוקצו זכויות בהתאם לתרומתו היחסית לתכנית, קרי - בהתאם לתרומתו היחסית ביצירת סך הערך הכלכלי שנוצר בתכנית, אותו יש לחלק בין הבעלים.

במצב השכיח, מתוכננת חטיבת קרקע מחדש בלי תלות ובלי קשר לתכנון הקודם שלה. למשל, חטיבת קרקע שבה קיים אזור תעשייה ישן מיועדת בתכנון החדש למגורים ולשטח ציבורי פתוח (שצ"פ). במצב זה, כל בעל מקרקעין "תורם" את שטח חלקתו להשלמת חטיבת הקרקע המתוכננת למגורים ולשצ"פ, ואין כל משמעות לשאלה, אם על חלקה זו היה בנוי מבנה כלשהו או לא, ויותר מכך - גם אין כל משמעות בתכנון החדש לכך שהחלקה היתה מיועדת ערב התכנית החדשה לתעשייה (או לכל ייעוד אחר), שהרי ממילא אין לכך השפעה על התכנון החדש.

כלומר, לפי עקרון התרומה היחסית, התרומה של כל אחד מהבעלים תיאמד לפי השטח היחסי³ שהוא תורם לתכנית. כך, למשל, אם שטח החלקה של פלוני הינו 100 מ"ר וסך שטח התכנית הינו 1,000 מ"ר, הרי שפלוני תרם ליצירת 10% משווי התכנית החדשה ויש להקצות לו, בהתאם, 10% מסך שווי הזכויות בתכנון החדש. אם, למשל, ערב התכנית החדשה היה על חלקתו של פלוני מבנה תעשייה שחלקתו הייתה מיועדת למשרדים, אזי אין בכך כדי לתרום ליצירת הערך בתכנון החדש, שממילא מתעלם מהמצב ערב התכנית.

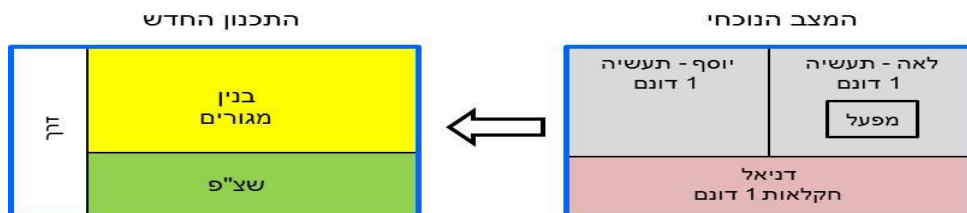
כאשר ערב התכנון החדש לכל החלקות יש ייעוד זהה (חקלאות, למשל) ועל אף אחת מהן לא בנוי מבנה, אזי גם שוויין נאמד (פחות או יותר) לפי שטחן, ובמצב דברים זה, יש התאמה בין עקרון התרומה היחסית ובין עקרון השווי היחסי: שווי הזכויות שיוקצה לכל אחד מהבעלים בתכנון החדש יגדל באותו שיעור וזאת הן על בסיס תרומת שטח הקרקע שלו לתכנית והן על בסיס שווי הקרקע שלו ערב התכנית.

3. במאמר זה לא נתעכב על הבדלים שמאיים אפשריים בשווי חלקות קרקע שייעודן וזכויותיהן שוות אך עקב מאפיינים אחרים, שוויין אינו נובע אך ורק משטחן.

אולם, המצב מורכב יותר כאשר שווי החלקות איננו נאמד רק על פי שטחן אלא גם על פי מאפיינים אחרים שלהן. למשל, כאשר על חלקה בתחום התכנית קיים מבנה אשר משפיע על שווי המקרקעין של בעליה ערב התכנית או כאשר ישנם הבדלים בין שווי החלקות אשר נובעים מייעוד שונה או מזכויות הבנייה השונות בהן (למשל, חלקה המיועדת למשרדים לעומת חלקה המיועדת לחקלאות). במצב זה, ניתן אמנם לדבוק בעקרון התרומה היחסית ולהקצות את זכויות הבנייה החדשות אך ורק לפי השטח הקרקעי שכל בעל מקרקעין תורם לתכנית, אולם הקצאה כזו לא תעמוד במבחן עקרון השווי היחסי. זאת מאחר שהקצאה כזו תביא למצב שבו בעלי החלקות ששוויין ערב התכנית היה נמוך משווי חלקות אחרות (מאחר שהן ריקות ממבנים לעומת אחרות שיש עליהן מבנים, או שהן ביעוד בעל שווי נמוך לעומת חלקות אחרות, או שהיקף זכויות הבנייה בהן נמוך לעומת חלקות אחרות וכיוצ"ב), ירוויחו מהתכנון החדש בשיעור גבוה בהרבה מבעלי החלקות ששווי הזכויות שלהם ערב התכנית היה גבוה יותר.

להלן דוגמה הממחישה זאת:

נניח חטיבת קרקע בשטח 3 דונם בשולי אזור עירוני, המיועדת כיום לחקלאות ולתעשייה ועליה בנוי גם מפעל. נניח, כי לפי התכנון החדש משתנה ייעוד הקרקע מחקלאות ותעשייה למגורים, שצ"פ ודרך, וכדי לממש את התכנית יש צורך להרוס את המפעל הבנוי. להלן סכימה למצב זה:



להלן נתונים לגבי המצב הקיים (שווי בש"ח):

מצב נוכחי

שם הבעלים	שטח הקרקע (דונמים)	יעוד הקרקע	שוי דונם	שווי הקרקע	שווי המבנים	שווי המקרקעין
דניאל	1	חקלאי	40,000	40,000	אין מבנים	40,000
יוסף	1	תעשייה	500,000	500,000	אין מבנים	500,000
לאה (על חלקתה בנוי מפעל)	1	תעשייה	500,000	500,000	1,000,000	1,500,000
סה"כ	3			1,040,000	1,000,000	2,040,000

נניח, כי שווי חטיבת הקרקע בייעודה החדש למגורים הינו 20 מיליון ש"ח, וכעת יש לחלק סך זה בין הבעלים.

להלן טבלאות ההקצאה, כאשר נתבסס על עקרון התרומה היחסית בלבד:

מצב יוצא		הבסיס להקצאה (לפי התרומה בלבד)	מצב נכנס		
שווי המקרקעין גדל פי -	הקצאה		שווי המקרקעין	שטח הקרקע (דונמים)	שם הבעלים
167	6,666,667	33% ←	40,000	1	דניאל
13	6,666,667	33% ←	500,000	1	יוסף
4	6,666,667	33% ←	1,500,000	1	לאה (על חלקתה בנוי מפעל)
10	20,000,000	100%	2,040,000	3	סה"כ

לפיכך, הקצאה לפי עקרון התרומה היחסית בלבד תביא לכך שמצד אחד, כל אחד מהבעלים יזכה להקצאה בגובה של כ-6.7 מיליון ש"ח (לפי תרומתו היחסית הזוהה - דונם אחד) אך מצד שני, הקצאה זו איננה מתיישבת עם תחושת הצדק: סך השווי בתכנית החדשה גדל פי 10, אך היא היטיבה עם דניאל בצורה משמעותית לאין שיעור מאשר עם יוסף ולאה (שווי המקרקעין שלו גדל פי 167 בעוד ששווי המקרקעין של יוסף גדל פי 13 ושווי המקרקעין של לאה הוכפל פי 4 בלבד).

נראה, שהעדפה חד-צדדית ומוחלטת של עקרון התרומה היחסית עלולה לסתור גם את התנהגות השוק החופשי. אין חולק על כך, שהקצאת זכויות לבעלים, הנכפית עליהם באמצעות שמאי מקרקעין, אמורה לשקף ולעמוד בקנה אחד עם הקצאת הזכויות שהייתה נעשית בתנאי השוק החופשי וללא התערבותו של השמאי. לחילופין, ההקצאה בתכנית שאיננה בהסכמת הבעלים צריכה במצבה האופטימלי לשקף הקצאה שהייתה נעשית בהסכמת כל הבעלים, כאשר על אף אחד מהם לא הופעל לחץ.

נניח, למשל, מצב שבו יזם צופה כי לקרקע הנ"ל ישנו פוטנציאל לשינוי ייעוד למגורים ולפי תחזיותיו, לאחר שינוי ייעודה למגורים, קרקע זו תהיה שווה 20 מיליון ש"ח. יזם זה מבקש לרכוש את 3 החלקות הנ"ל מבעליהן ונשאלת השאלה, מה צפוי להיות המחיר בעסקה שתיערך בשוק החופשי בין היזם ובין כל אחד מהבעלים. כמוצג לעיל, הסכום המקסימלי שהיזם יהיה מוכן לשלם עבור שלוש החלקות יחד הינו 20 מיליון ש"ח,⁴ ולמעשה הוא יהיה אדיש לשאלה, כיצד יתחלק סכום זה בין הבעלים. מנקודת ראות היזם, תרומתו של כל אחד מהבעלים היא תרומת השטח הקרקעי שלו בלבד, שכן אין כל משמעות לכך שכיום יש מבנים על הקרקע (שייהרסו ממילא) או שחלק מהקרקע מיועד לחקלאות וחלקה לתעשייה או למשרדים (שהרי ממילא כל הייעוד ישתנה למגורים). לפיכך, מנקודת מבטו של היזם, הוא עשוי להציע לכל אחד מהבעלים סכום המשקף את תרומתו הקרקעית לתכנית,

4. נתעלם לשם הפשטות ממרכיבי הפוטנציאל והיזמות שיש להביא בחשבון.

ובדוגמה הנ"ל - מאחר שכל אחד מהבעלים תרם דונם אחד, הרי שלכל אחד מהם יוצע סכום של כ-6.7 מיליון ש"ח. כמו-כן, בדוגמה הנ"ל, בעל החלקה החקלאית (דניאל) עשוי לדרוש תשלום של 6.7 מיליון ש"ח עבור חלקתו בנימוק שזהו הסכום המשקף נכונה את תרומתו היחסית לתכנית, קרי תרומתו היחסית ליצירת הערך הכלכלי הטמון בחטיבת הקרקע המתוכננת למגורים. זאת ועוד, הוא עשוי לטעון, ובצדק, שללא צירוף חלקתו, התכנית בכללותה לא תוכל להתגשם כלל. לפיכך, בעל החלקה החקלאית יקבל את הצעת היזם.

אולם, סביר להניח, כי יוסף ולאח לא יסכימו להצעת היזם בנימוק, כי אין זה צודק שמצבו של דניאל ישתפר לאין ערוך מאשר מצבם. כלומר, מנקודת מבטם של הבעלים ששווי המקרקעין שלהם טרם התכנית החדשה גבוה יותר משווי המקרקעין של בעלים אחר, עקרון ההקצאה ההוגן עשוי להיות עקרון השווי היחסי. בעלים אלה יטענו, שההקצאה ההוגנת אשר תשקף את הצדק היחסי היא זו שתגדיל לכל הבעלים בתכנית את שווי הנכס באותו שיעור.

לפיכך, קיים קונפליקט בין עקרון התרומה היחסית לבין עקרון השווי היחסי - כל אחד מהם נראה הוגן כשלעצמו, אך ההתנגשות ביניהם מעלה קונפליקט המשקף אינטרסים מנוגדים של בעלים שונים במתחם המיועד לאיחוד וחלוקה. הקונפליקט בין העקרונות מתעורר כאשר חטיבת הקרקע המיועדת לאיחוד וחלוקה אינה הומוגנית במאפייניה: בדרך כלל, כאשר ערב התכנית החדשה לא כל החלקות מיועדות לאותו שימוש או כאשר ישנם מבנים על חלק מהחלקות התורמים לשווי שלהן, בעוד חלקות אחרות ריקות ממבנים.

נחזור למבחן השוק החופשי: מהו המחיר שבו תימכר, בסופו של דבר, הקרקע של כל אחד מהבעלים בדוגמה הנ"ל? לדעתנו, העסקאות יבטאו התגמשות ופשרה מצד חלק מהבעלים בתחום התכנית, שהרי ברור, כי כל הבעלים מעוניינים בביצוע העסקה. נגיע לכך בהמשך המאמר.

נשאלת אם כן השאלה, האם ראוי להעדיף בצורה מוחלטת עיקרון אחד על משנהו או לחילופין, האם ראוי ליישם פרקטיקה המפשרת בין עקרון התרומה היחסית לבין עקרון השווי היחסי כאשר אלו מתנגשים? במילים אחרות: האם כאשר חטיבת הקרקע המיועדת לאיחוד וחלוקה איננה הומוגנית, אזי ראוי לדבוק ביישום עקרון התרומה היחסית ולהביא בחשבון אך ורק את תרומת השטח הקרקעי של כל אחד מהבעלים, או לחילופין, ראוי לדבוק רק בעקרון השווי היחסי ולהביא בחשבון את שווי המקרקעין (גם לפי ייעודו, זכויות הבנייה, המבנים שעליו) של כל אחד מהבעלים ערב התכנית, או שראוי ליישם **דרך ביניים המאזנת בין העקרונות**.

סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק התכנון והבנייה**") הינו הסעיף החקיקתי המנחה, כיצד יש להקצות את זכויות הבנייה/המגרשים לבעלים בתכנית איחוד וחלוקה. לדעתנו, אין ספק שכוונת המחוקק הייתה לקבוע מנגנון שמטרתו השגת הוגנות אופטימלית בחליץ של הקצאה ואיזון בין הבעלים.

וכך קובע סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה:

"שווי של המגרש שיוקצה כאמור ביחס לשוויים של סך כל המגרשים החדשים שנוצרו על ידי החלוקה, יהיה, ככל האפשר, כשווי של המגרש הקודם של מקבל ההקצאה ביחס לשוויים של סך כל המגרשים הקודמים".⁵

לפיכך, סעיף זה עולה בקנה אחד עם עקרון השווי היחסי, ולפיו שווי הזכויות שיוקצה לכל אחד מהבעלים יהיה על בסיס שווי הזכויות שלו במצב "הנכנס" (טרם התכנית) וייווצר מצב שבו השווי היחסי "היוצא" (לאחר התכנית) שווה לשווי היחסי "הנכנס". אולם, סעיף זה, אשר נוסח בשנת 1957 והוכנס לחוק התכנון והבנייה בשנת 1965, חוקק כאשר לנגד עיני המחוקק עמדה חטיבת קרקע הומוגנית, כגון: מתחם ללא תכנון או מתחם בתכנון ישן אשר מיועד לתכנון מחדש באמצעות תכניות של איחוד וחלוקה.⁶ כמו-כן, החוק לא הבהיר, כיצד יש לחשב את שווי המגרשים לשם הכללתם בתכנית איחוד וחלוקה: האם במילה "מגרש" הכוונה הינה לקרקע בלבד ללא מבנים?⁷ האם יש להביא בחשבון את הייעוד, זכויות הבנייה, המבנים (אם קיימים) אם לא? האם יש להביא בחשבון שווי רק חלק ממאפייני המקרקעין? האם יש להביא בחשבון את שווי השוק של המגרש כולל הפוטנציאל להשבחתו? וכיוצא ב.⁸

בפרקטיקה שהתקבעה בישראל נהוג כמעט תמיד להביא בחשבון ב"שווי הנכנס" את ייעוד החלקה ואת זכויות הבנייה שהוקנו לה ערב התכנית. בכך, מאמצת הפרקטיקה באופן חלקי את עקרון השווי היחסי תוך ויתור חלקי על עקרון התרומה, מאחר שכאמור, אין בייעוד ובזכויות הבנייה ערב התכנית כל השפעה או תרומה ליצירת הערך הכלכלי המתקבל מהתכנית החדשה. פרקטיקה זו מונעת מצבים קיצוניים שבהם התועלת של חלק מהבעלים בתכנית תהיה גדולה לאין ערוך מהתועלת של בעלים אחרים, כפי שהראינו בדוגמה לעיל.

אולם, יש מחלוקת בקרב העוסקים בסוגיות אלה בשאלה, האם בהערכת שווי הזכויות של הבעלים במצב הנכנס יש להביא בחשבון גם שווי של מבנים (אם נבנו) כפי שהובאו בחשבון הייעוד וזכויות הבנייה,⁹ או שיש להתחשב אך ורק בשווי הקרקע כאשר היא ריקה ופנויה לפי ייעודה ולפי זכויות הבנייה התקפות, בין אם נוצלו ובין אם לא נוצלו (גם אם יש עליה

5. ולפי הנוסח המוצע כיום בתיקון לחוק התכנון והבנייה: **"שווי של כל מגרש תמורה ביחס לשווי סך כל מגרשי התמורה, יהיה, ככל האפשר, כשווי של החלקה הנכנסת ביחס לשווי סך כל החלקות הנכנסות (בפרק זה - שוויים יחסיים)".**

6. ראו: פנינה אבן חן, "מגרש בחלוקה חדשה" - למה התכוון המחוקק? **מקרקעין וערכם** (1999).

7. שם.

8. במדינות שונות נהוגות שיטות הקצאה שונות ושיטות שונות לחישוב שווי הזכויות של הבעלים. ראו סקירה כללית, ללא פירוט של עקרונות הערכת השווי, אצל חדוה חברוני ורחל אלתרמן, **צדק חלוקתי במקרקעין** (2008) והשוו:

The calculation of shares can be based mainly on area, on value before the process, on the potential value of holding... The most important thing is to make sure that no landowner suffers a direct loss and that any profit from the enterprise appears to be distributed in reasonable manner, i.e. that building rights are allocated more or less in accordance with previous land holdings... G. Iersson, Land Readjustment: A modern approach to Urbanization, Avebury, Aldershot, (pp. 126-127) England (1993).

9. ראו עדי צביקל, "ראוי ונכון להכליל שווי מחוברים במצב קודם בטבלת איזון, המסגרת איחוד וחלוקה מחדש" **מקרקעין וערכם** (דצמבר 2006); עדי צביקל "הכללת שווי מחוברים במצב קודם בטבלת איזון, במסגרת איחוד וחלוקה מחדש" **מקרקעין** ה-2, 59 (2006).

מבנים).¹⁰ מחלוקת זו משקפת אף היא את הקונפליקט בין עקרון התרומה היחסית לעקרון השווי היחסי.

התומכים בהכללת המבנים בשווי הנכנס מצדדים, למעשה, בהעדפה מוחלטת של עקרון השווי היחסי על פני עקרון התרומה היחסית. לדידם, יש לפרש את המונח "מגרש" שהוגדר בסעיף 122 לחוק התכנון והבנייה כ"מקרקעין" וכמו-כן, יש לדעתם להעריך את "שווי של המגרש" כפי שמעריכים נכס מקרקעין בשוק החופשי וללא התייחסות כלשהי להיותו חלק מתכנית איחוד וחלוקה חדשה.

המתנגדים להכללת המבנים בשווי הנכנס מצדדים, למעשה, בדרך ביניים המפשרת בין עקרון התרומה היחסית ועקרון השווי היחסי: לדידם, יש להביא בחשבון את ייעוד החלקה ואת זכויות הבנייה ערב התכנית (כעולה בקנה אחד עם עקרון השווי היחסי), אך אין להביא בחשבון את שווי המבנים כאשר אלה אינם תורמים לשווי במצב היוצא (כעולה בקנה אחד עם עקרון התרומה היחסית).

דעתנו בעניין זה נמנית עם אלו המצדדים בדרך הביניים בין שני העקרונות הנ"ל. יש אמנם להביא בחשבון את ייעוד החלקה ואת זכויות הבנייה ערב התכנית כדי למנוע הקצאה בלתי מאוזנת באופן קיצוני (כפי שהראינו בדוגמה לעיל) אך אין להביא בחשבון את שווי המבנים (אם יש כאלה). על פניו, ההבחנה שנעשית בין ייעוד וזכויות בנייה ובין מבנים נראית מלאכותית ומאולצת, שכן ניתן לטעון ששוויים של מקרקעין נקבע לפי מכלול מאפייניהם: הייעוד, זכויות הבנייה, המבנים וכיוצא ב"ב ולפיכך, התעלמות מגורם זה או אחר בהערכת השווי איננה לגיטימית ועלולה להביא לתוצאה מעוותת.¹¹ אולם, אנו בדעה כי במקרה המיוחד של הערכת השווי לצורך הליך של הקצאה ואיזון בין בעלים בתכנית איחוד וחלוקה, יש להבחנה זו חשיבות והצדקה. כמו כן, גישת הביניים מגשימה בצורה הטובה ביותר את כוונת המחוקק להשגת מנגנון הוגן ככל האפשר של הקצאה ואיזון בין הבעלים, ונסביר מדוע.

על מנת שטבלת ההקצאה והאיזון תהיה הוגנת וצודקת, יש לשאוף לכך שאף אחד מהבעלים לא יקופח כתוצאה מההקצאה. יישום צודק והוגן בהליך ההקצאה והאיזון מחייב לשאוף להליך שוויוני ככל האפשר בין הבעלים. המכנה המשותף הבסיסי ביותר בין הבעלים הינו הקרקע שבבעלותם ולעניין הקרקע, כבר הבענו לעיל את דעתנו, כי ראוי להביא בחשבון את ייעודה ואת זכויות הבנייה בתחשיב שוויה ב"מצב הנכנס", כפי שמקובל ללא מחלוקת בפרקטיקה וכפי שמתבקש על-פי עקרון השווי היחסי. מעבר לכך, כל בעלים רשאי, ללא תלות בבעלים אחרים, לבנות על הקרקע שלו מבנים כפי שמתיר לו החוק. כלומר, שווי הקרקע ללא המבנים שנבנו או לא נבנו עליה, הוא המפתח הבסיסי להליך

10. ראו ברי צ'רניאבסקי, "איחוד וחלוקה מחדש - האם יש להכליל את ערך הבנוי בשווי המגרשים?" **מקרקעין וערכם** (יולי 1999); ברי צ'רניאבסקי "איחוד וחלוקה מחדש - האם יש להכליל את שווי המחוברים?", **מקרקעין וערכם** (דצמבר 2006); פנינה אבן חן "מגרש בחלוקה חדשה - למה התכוון המחוקק?" **מקרקעין וערכם** (דצמבר 1999); אחיקם ביתן "איחוד וחלוקה מחדש - האם יש להכליל את שווי המחוברים?" **מקרקעין וערכם** (דצמבר 2006).

11. ראו צביקל (שם); משה רז כהן, **איחוד וחלוקה**, בורסי הוצאה לאור של ספרי משפט, עמ' 201 (2008).

שווייני והוגן של הקצאה ואיזון. כמו כן, בעל קרקע שבחר לבנות מבנה על חלקתו איננו "מפסיד" מכך שהמבנים שבנה אינם מובאים בחשבון, כפי שנראה להלן.

שנית, אם נביא את המבנים בחשבון ב"שווי הנכנס", יגדל שווי הזכויות המוקצות לבעלי החלקות שעליהן מבנים וזאת **על חשבון הבעלים האחרים**, אשר להם יוקצו כתוצאה מכך זכויות מופחתות. ניתן לראות זאת בהמשך של הדוגמה הנ"ל בתוצאות השונות שמתקבלות במקרה שההקצאה מתבצעת לפי עקרון השווי היחסי בלבד, קרי - כאשר שווי המבנים מובא בחשבון, לעומת המקרה שבו ננקטת גישת הביניים שאיננה מביאה בחשבון את המבנים:

הקצאה לפי עקרון השווי היחסי

מצב יוצא		הבסיס להקצאה (לפי השווי כולל המבנים)	מצב נכנס		
שווי המקרקעין - גדל פי -	הקצאה (במעוגל)		שווי המקרקעין (כולל המבנים)	יעוד	שם הבעלים
10	400,000	2% ←	40,000	חקלאי	דניאל
10	4,900,000	25% ←	500,000	תעשייה	יוסף
10	14,700,000	74% ←	1,500,000	תעשייה	לאה (על חלקתה בנוי מפעל)
10	20,000,000	100%	2,040,000		סה"כ

הקצאה לפי גישת הביניים

מצב יוצא		הבסיס להקצאה (לפי שווי הקרקע ללא המבנים)	מצב נכנס		
שווי המקרקעין - גדל פי -	הקצאה (במעוגל)		שווי המקרקעין (כולל המבנים)	שווי הקרקע	שם הבעלים
19	770,000	4% ←	40,000	40,000	דניאל
19	9,600,000	48% ←	500,000	500,000	יוסף
6	9,600,000	48% ←	1,500,000	500,000	לאה (על חלקתה בנוי מפעל)
10	20,000,000	100%	2,040,000	1,040,000	סה"כ

ניתן לראות, שכאשר ההקצאה בוצעה לפי עקרון השווי היחסי בלבד (המבנים הובאו בחשבון במצב הנכנס) - שווי המקרקעין של כל הבעלים גדל אמנם באותו שיעור (פי 10), אך המרוויחה מכך הינה לאה - בעלת המקרקעין שעל חלקתה ישנו מפעל (אשר מיועד להריסה ואינו תורם דבר ליצירת הערך בתכנון החדש). לאה זוכה להקצאה של 14.7 מיליון ש"ח וזאת לעומת ההקצאה המתקבלת בגישת הביניים, שבה המפעל איננו מובא בחשבון ואז ההקצאה ללאה הינה 9.6 מיליון ש"ח בלבד. המפסידים מאימוץ מלא של עקרון השווי היחסי הינם שאר בעלי המקרקעין: דניאל זוכה להקצאה בשווי של כ-400 אלף ש"ח בלבד לעומת כ-770 אלף ש"ח, ויוסף זוכה להקצאה של 4.9 מיליון ש"ח בלבד לעומת 9.6 מיליון ש"ח. כלומר, ביישום עקרון השווי היחסי, הבעלים שלא בנו מבנה נאלצים "לפצות", על חשבונם, את הבעלים שכן בנו מבנה ולהסתפק בהקצאה מופחתת.¹²

זאת ועוד, ככל ששווי המבנים גבוה יותר, כך השווי של החלקות הבנויות במצב הנכנס גבוה יותר וכתוצאה מכך, ההפחתה בזכויות המוקצות לשאר הבעלים גדולה יותר. אולם, הפחתה זו איננה הגיונית מאחר שאין כל קשר בין הבנייה בחלקה מסוימת לאי-הבנייה בחלקה אחרת. התחשבות במבנים תפגע שלא בצדק בבעלים שלא הקימו מבנים בחלקתם ותאפשר לאקראיות לשלוט בהליך האיזון וההקצאה: האם בדוגמה הנ"ל מוצדק והגון שלדניאל ויוסף יוקצו זכויות בשווי נמוך יותר רק מאחר ששכנתם לאה החליטה לבנות על חלקתה מפעל? ונניח כי לאחרונה החליטה לאה לשפץ את מפעלה או בנתה בו חדר נוסף לצורך איחסונו של גנרטור חדש - האם יהיה זה הוגן שפעולות אלה יבואו על חשבונם של שאר הבעלים ויקטינו את שווי הזכויות שיוקצה להם? ובכן, ברור שהתשובה לכך שלילית, שכן הליך הוגן וצודק של איזון בין הבעלים איננו יכול להתבסס על אקראיות.

מצד שני ניתן לטעון, שאי-הכללת המבנים איננה הוגנת ואיננה צודקת מאחר שהיא פוגעת בזכויותיהם של בעלי המבנים, אשר מחד השקיעו בבנייתם ומאידך הם אינם נכללים בשווי זכויותיהם ב"מצב הנכנס". אולם בטענה זו אין ממש משתי סיבות:

האחת, בעלי המבנים אמנם השקיעו את כספם בבנייתם אך הם גם הפיקו מהם תועלת. כך, למשל, בעליו של מפעל הפיק ממנו תועלת כאמצעי ייצור ליצירת הכנסה או מהשכרתו. לא זו בלבד שבעלי המבנים הפיקו מהם תועלת, ולפיכך לא נראה שיש הצדקה "לפצות" אותם בגין השקעתם, אף זו שבעלי המבנים לא שיתפו את שכניהם (אשר לא בנו מבנים על חלקתם) בתועלת שנצמחה להם לאורך השנים מהמבנים. כלומר, בעלי החלקות הפנויות לא הפיקו תועלת מכך ששכניהם בנו מבנים ולפיכך לא יהיה זה צודק והוגן, כי בהליך ההקצאה והאיזון של זכויות הנובעות מתכנית חדשה יובאו מבנים אלה בחשבון באופן הפוגע בזכויותיהם של בעלי החלקות הפנויות. כך למשל בדוגמה הנ"ל, ההבדל היחידי שבין יוסף ולאה הינו שלאה בנתה מפעל ממנו היא מפיקה תועלת ויוסף לא בנה מפעל ולא הפיק תועלת מהקרקע. יהיה זה בלתי הוגן "לפצות" בגין כך את לאה על חשבונם של יוסף.

ניתן לחשוב על מקרה קיצוני ונדיר שבו נרכשה קרקע שעליה מבנים וזמן קצר לאחר רכישתה נוסף לקרקע פוטנציאל תכנוני לתכנית איחוד וחלוקה, שלא היה ידוע בעת

12. איננו טוענים שאין לפצות במקרים מסוימים את לאה על הריסת המפעל שלה, אולם הפיצוי הצודק לא יינתן על ידי הבעלים האחרים במתחם התכנית.

העסקה. במקרה כזה, שהינו כאמור מקרה בלתי סביר, מאחר שבעלי הקרקעות בישראל מעריכים את הפוטנציאל הטמון בקרקע שלהם גם שנים לפני מימושו, ייתכן מצב תיאורטי שבו בעל הקרקע שעליה המבנה לא הפיק מהמבנה תועלת "מספקת" שיש בה כדי "לפצותו" על אי-הכללת המבנה בשווי ב"מצב הנכנס". אולם, גם במקרה תיאורטי ולא סביר מעין זה, לא יהיה זה הוגן ששאר הבעלים בתחום התכנית יפצו, על חשבונם, את הרוכש מאחר שמישהו ביצע עסקה "גרועה" באופן יחסי, מבחינתו.

השנייה, יש לזכור, שההנחה כאן הינה, שהתכנית **מייטיבה** עם בעלי המקרקעין, ובכללם בעלי המקרקעין שבנו מבנים על חלקותיהם. לפיכך, בעלי המקרקעין צפויים לשלם לרשות המקומית היטל השבחה ובתחשיב שווי המקרקעין במצב הקיים יובא בחשבון שווי המבנים (כחלק משווי המקרקעין). ככל ששווי המקרקעין במצב הקיים גבוה יותר, כך פוחת ההפרש בינו ובין שווי הזכויות במצב החדש וכך פוחת בהתאמה היטל ההשבחה. באופן זה משתתפת הרשות המקומית, קרי, כלל תושבי היישוב, ב"פיצוי" בעל המבנים בגין ההשקעה שביצע. היטל ההשבחה שיושת על בעלי הקרקע הפנויה יהיה גבוה בהרבה מהיטל ההשבחה שיושת על בעל הנכס הבנוי.

קיימת טענה מסוג אחר והיא, שהליך ההקצאה והאיזון דומה במהותו להליך חלוקת שוויו של תאגיד לבעלי המניות שלו.¹³ לפי אנלוגיה זו, בעלי המקרקעין שבתחום האיחוד והחלוקה נמשלים לבעלי מניות בתאגיד, אשר השקיעו בקרקע שבבעלותם כאילו הייתה תאגיד. בהתאם לאנלוגיה זו, בעת הקצאת המגרשים בתכנון החדש יזכה כל בעל קרקע להקצאה הנובעת משווי השקעתו במקרקעין (ובאנלוגיה במניות התאגיד) ערב התכנית. כך, למשל, אם בעל קרקע השקיע בבניית מבנה, הרי ששווי מניותיו בתאגיד גבוה יותר מבעל קרקע זהה שלא בנה עליה מבנה, ולפיכך, יש להקצות לו מגרש בשווי גבוה יותר משווי המגרש שיש להקצות לבעל קרקע שלא בנה עליה מבנה. אולם, המשלת הקרקע שבתחום התכנית לתאגיד והמשלת בעלי הקרקע לבעלי המניות של תאגיד זה איננה לגיטימית ויסודה בטעות, ונסביר.

בעת חלוקת שוויו של התאגיד לבעליו (למשל, בעת פירוקו), מוקצה לכל בעל מניות בתאגיד סכום המתאים לשיעורו היחסי במניות התאגיד. חלוקה זו הוגנת וצודקת מאחר שכל אחד מבעלי המניות השקיע בתאגיד תוך נקיטת סיכון ומתוך ציפייה שהשקעתו בתאגיד תביא להעלאת שוויו וכפועל יוצא לעליית שוויו מניותיו. כלומר, במודל התאגידי ישנו **קשר ישיר** בין ההשקעה בתאגיד ובין צמיחתו (בתקווה) של התאגיד והגדלת שוויו ולפיכך, ההוגן והצודק הוא חלוקת שווי התאגיד בין בעלי מניותיו על-פי מידת השקעתם והסיכון שהיה כרוך בהשקעה זו.

לעומת זאת, סך שווי הזכויות שיש לחלק בצורה הוגנת בין בעלי המקרקעין בהליך ההקצאה והאיזון איננו קשור ואיננו תלוי כלל בשווי המקרקעין של הבעלים בתחום התכנית, ובהיקף השקעתם או אי-השקעתם במקרקעין שלהם. זאת מאחר שסך שווי הזכויות שיש לחלק בצורה הוגנת בין בעלי המקרקעין (בדוגמה לעיל 20 מיליון ש"ח) הוא שווי שנאמד עפ"י התכנון החדש, אשר מאופיין ביעודי הקרקע המבוקשים (מגורים,

13. ראו: משה רז הכהן, **איחוד וחלוקה**, בורסי הוצאה לאור של ספרי משפט, עמ' 201.

תעשייה, מוסדות ציבור וכיוצ"ב), זכויות הבנייה המתאימות לסביבה המתכוננת וכיוצ"ב. אין כל קשר בין התכנון החדש ואומדן שווי המקרקעין הנובע ממנו ובין השווי של בעלי המקרקעין ערב התכנית או השקעותיהם ערב התכנית. יש לציין, שבמקרים רבים, השקעות בעלי המקרקעין נעשו גם עשרות שנים לפני התכנון וברור שאין קשר בין השניים.

לסיכומו של דבר, נחזור למבחן השוק החופשי ולדוגמה הנ"ל, שבה יזם היה מבקש לעשות עיסקה עם כל אחד מהבעלים תמורת סך כולל של 20 מיליון ש"ח. ראינו לעיל, שכל אחד מהבעלים תורם דונם אחד ליצירת סך השווי במצב החדש ולפיכך דניאל עשוי לדרוש שליש מסך זה - 6.7 מיליון ש"ח, ובכך להגדיל את שווי הזכויות שלו פי 167 לעומת שאר הבעלים המגדילים את זכויותיהם פי 13 ופי 4 בלבד. לאור הפערים הגדולים הללו, לא סביר ששלוש העסקאות יצאו לפועל במחירים אלה.

מצד שני, לא סביר גם ששלוש העסקאות יצאו לפועל כאשר ההקצאה מבוססת על עקרון השווי הנכנס בלבד - כאשר מובאים בחשבון המבנים במצב הנכנס. זאת מאחר שלא סביר שבעלי הקרקע, שלא בנו מבנים, ובמיוחד בעל הקרקע ביעוד זהה שלא בנה מפעל, "יפצו" על חשבונם בעל קרקע שבנה לפי החלטתו מבנה ואף נהנה ממנו לאורך תקופה. בדוגמה לעיל - לאה בחרה לבנות מפעל והפיקה ממנו לאורך השנים רווחים ואין הוגנות בכך שיוסף (שבחר לא לבנות מפעל) יפסיד בגין כך ויאלץ "לפצות" על חשבוננו את לאה. לדעתנו, בסופו של מו"מ, הצדדים יתפשרו ויגיעו לאיזון זה או אחר. כמו-כן, לדעתנו, אין הבדל עקרוני בין מצב שבו יזם מבקש לרכוש את הקרקע מהבעלים ומנהל עם כל אחד מהם מו"מ ובין מצב שבו הבעלים מנהלים בינם לבין עצמם מו"מ לחלוקת "עוגת" זכויות הבנייה כדי להגיע להסכמות ולתכנית שהינה **תכנית בהסכמת כל הבעלים**. החשוב הוא, שהקצאת הזכויות על-ידי שמאי המקרקעין בתכנית איחוד וחלוקה שנערכת ללא הסכמת כל הבעלים צריכה לשאוף להיות זהה להקצאת הזכויות לו הייתה נקבעת לאחר מו"מ בין יזם ובין הבעלים בתנאי השוק החופשי או לו הייתה נערכת בהסכמת כל הבעלים. הן במו"מ הנערך על-ידי יזם והן במו"מ בין הבעלים לבין עצמם, לא סביר לצפות מבעל קרקע, שלא בנה בחלקתו מבנה, "לפצות" על חשבוננו בעל קרקע סמוך שהחליט מטעמיו שלו כן לבנות.

גישת הביניים המביאה בחשבון את הייעוד ואת זכויות הבנייה אך איננה מביאה בחשבון את המבנים מהסיבות שצוינו לעיל, הינה בעלת סיכויים טובים לעמוד במבחן השוק החופשי, פשוטה ושיימה ולדעתנו, גם מבחינה רעיונית היא הגישה המשקפת את השאיפה לעשיית צדק אופטימלי עם כל הצדדים. לפיכך, גישה זו היא המתאימה ליישום בהליך של הקצאת הזכויות לבעלים באופן כפוי בתכניות איחוד וחלוקה. סביר כי מגשר בעל יכולת היה מביא את הצדדים להסכים לגישת הביניים הזו.

נוסח הצעת החוק החדשה לחוק התכנון והבנייה מלמד, כי גם מנסחי ההצעה מבקשים למעשה לגשר בין עקרון התרומה היחסית ובין עקרון השווי היחסי, אולם בצורה אחרת. על-פי הנוסח המוצע, במקרה שיש מבנים בתחום התכנית, יש לבצע את ההקצאה בין הבעלים כאילו לא היו מבנים אך בנוסף לכך, יש "לפצות" את בעלי המבנים בגובה שווי

המבנים (המיועדים כאמור להריסה) וזאת על חשבון שאר הבעלים בתכנית.¹⁴ מאחר שה"פיצוי" מגיע מכיסם של בעלים אחרים, הרי שלדעתנו מצב זה איננו מוצדק ואיננו הוגן (כפי שהוסבר בהרחבה לעיל) ואף ישנו חשש כי הנוסח המוצע איננו עומד בקנה אחד עם זכות הקניין המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

באשר לפסיקה, ככל הידוע לנו, בתי המשפט המחוזיים התייחסו עד כה לסוגיה זו בשלושה מקרים ובשלושתם התקבלה גישת הביניים לפיה אין להביא בחשבון את שווי המבנים ב"מצב הנכנס" כאשר הם אינם תורמים דבר לסך השווי שיש לחלק בין הבעלים לפי התכנון החדש (כלומר, המבנים מיועדים להריסה):

כב' השופטת יפה הכט בעת"מ 42/99 שלמה תותי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים,¹⁵ קיבלה את עמדת הוועדה המחוזית וקבעה:

"בענייננו, המבנה שעל החלקה מיועד להריסה. הבעלים הנוספים של המקרקעין הכלולים בתוכנית אינם נהנים מעצם קיומו של המבנה. קיומו של המבנה, במקרה זה, אינו נושא בחובו כל תועלת לבעלים האחרים, וההטבה שנוצרה להם, נוצרה עקב השימוש בקרקע עצמה ולא עקב קיומו של המבנה. אמנם, הבעלים האחרים נהנים מהקרקע הפנויה, אך עובדה זו כשלעצמה אינה מצדיקה להטיל על שכמם את נטל הפיצוי בגין הריסת המבנה, כשם שאין להטיל על שכמם העותרים פיצוי בגין מבנים אחרים העשויים להימצא בשטח הנתון לחלוקה מחדש."

כב' השופט עודד מודריק בעת"מ 1481/05 דקור רהיט (2000) 1089 בעת"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה - מחוז המרכז,¹⁶ קיבל את עמדת הוועדה המחוזית וקבע כדלקמן:

"עמדת הוועדה המחוזית נשענת על השקפה שמאית המקנה לעיקרון החוקי תוכן שונה מזה שהעותרת טוענת לו. השקפה זו גורסת שהשווי העודף של מגרש במצב הנכנס צריך להילקח בחשבון ככל שהוא תורם עודף שווי למגרש כלשהו במצב היוצא. מבנה תעשייתי המיועד להעברה או להריסה לא יתרום דבר במצב היוצא. פיתוח תשתיות קרקעיות (מים, ביוב, דרכי גישה, יישור הקרקע וכיו"ב) עשוי לתרום במצב היוצא. על כן הראשון לא יילקח בחשבון והאחרון יחושב."

14. נראה שנוסח הצעת החוק משקף את המנגנון המוצע בתקן מס' 15 של מועצת שמאי המקרקעין. בתקן זה מוצג מודל חישובי המהווה דרך ביניים לאיזון בין עקרון השווי היחסי ועקרון התרומה היחסית (התקן איננו משתמש בטרמינולוגיה זו) ולפיו יש להביא בחשבון בצורה מוגבלת את שווי המבנים ב"מצב הנכנס". כאמור, לדעתנו, די בהבאה בחשבון של ייעוד הקרקע וזכויות הבנייה החלות עליה במצב הנכנס, מבלי להתחשב במחבורים, כדי להביא לתוצאה ההוגנת ביותר וזאת מהנימוקים שתוארו לעיל. רז הכהן (ה"ש 11 לעיל) מציע אף הוא מודל חישובי מעניין, שמטרתו להגביל את שווי ההשקעה במבנים שיש להביא בחשבון במצב הנכנס על תוצאות ההקצאה. אולם, לדעתנו, מודל זה הינו תיאורטי ואיננו ניתן ליישום מבחינה מעשית.

15. עת"מ (מחוזי-י-ם) 42/99 שלמה תותי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים, מאגר נבו (2001).

16. עת"מ (מחוזי ת"א) 1481/05 דקור רהיט (2000) 1089 בעת"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה - מחוז המרכז, מאגר נבו (2009).

נוסף לכך הוועדה המחוזית גורסת כי הבאה בחשבון של כל המרכיבים שהעותרת טוענת להם תגרום לעיוות היחס בין המגרשים במצב היוצא. לכן ראוי שהעותרת תפוצה בגין נזקיה באמצעות מנגנון הפיצוי הקבוע בחוק ולא על חשבון שאר בעלי הזכויות.

אין לומר שגישת הוועדה איננה סבירה. לדעתי הגיונה נלמד גם מלשונו של סעיף 122(3) לחוק. הוראה זו שמיעה שבמקום שלא ניתן לשמור, במצב היוצא, על היחס שהתקיים במצב הנכנס, זכאי בעל המגרש המוקצה לתשלומי הפרש מן הוועדה המקומית. אמנם פסקה זו אינה נוגעת לשיפוי נזק שנגרם מן התוכנית, אולם היא מלמדת שתרופתה של פגיעה כספית בבעל מגרש צריכה לבוא מכספי הוועדה המקומית ולא על חשבון שאר בעלי המגרשים.

נראה שמקומה של הפגיעה שנגרמה לעותרת בהשבתת מפעלה על כל משמעויותיה הוא בתביעה בגין נזקי התוכנית לפי סעיף 197 לחוק¹⁷ (ההדגשה שלנו).

על פסיקתו של כב' השופט מודריק הוגש ערעור, אשר תלוי ועומד בבית המשפט העליון.

כב' השופטת אסתר קובו בעת"מ 08-1745 שרה ארליך נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז ת"א,¹⁷ קבעה כדלקמן:

"העקרון של קבלת ערך המגרש נטו ללא מחוברים, כאשר אלה אינם תורמים כהוא זה לתכנית החדשה, הוא עפ"י דעתי נכון וצודק. רק לשם חידוד הענין אתמה באשר לדרך בה יש לישום את המחובר - האם בערכי שווי הבנייה, שווי ההכנסה, רווח, תרומתו של הבנין לתכנית או הפרעתו ל?" (ההדגשה במקור).

על פסיקתה של כב' השופטת קובו הוגש ערעור לבית המשפט העליון אך לאחרונה המערערים חזרו בהם מערעורם לאחר שהצדדים הגיעו להסכמה. בפסק הדין אישר בית המשפט העליון את ההסכם שנערך בין הצדדים ולא כלל התייחסות לסוגיות עקרוניות.

סיכום

הקצאת הזכויות בין הבעלים, כאשר התכנית נערכת ללא הסכמת כל הבעלים, צריכה לשאוף להיות זהה לתוצאה שהייתה מתקבלת לו הבעלים ניהלו מו"מ בינם לבין עצמם (והייתה נערכת תכנית בהסכמת כל הבעלים) או לתוצאה שהייתה מתקבלת בתנאי השוק החופשי – למשל, כאשר יזם היה מנהל מו"מ עם הבעלים כדי לרכוש מהם את זכויותיהם ובכך להפוך לבעלים יחיד בחטיבת הקרקע המיועדת לאיחוד וחלוקה. המודל ההגיוני, הישים וההוגן ביותר להקצאת הזכויות הכפופה הנערכת על ידי שמאי מקרקעין הינו המודל המגשר והמפשר בין שני עקרונות הקצאה, אשר משקפים אינטרסים שונים של בעלים בתחום התכנית: עקרון התרומה היחסית ועקרון השווי היחסי. לפי מודל הביניים המוצע

17. עת"מ (מחוזי ת"א) 08-1745 שרה ארליך נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז ת"א, מאגר נבו (2010).

על ידינו, יש להביא בחשבון ב"מצב הנכנס" את שווי הקרקע כריקה ופנויה ערב התכנון החדש מבלי להתחשב במבנים הבנויים עליה (אם ישנם כאלה).

עד כה ידוע לנו על שלושה פסקי דין שניתנו בבתי המשפט המחוזיים התומכים בגישה זו, ובאחד מהם תלוי ועומד ערעור בבית המשפט העליון.

לפי נוסח הצעת החוק החדשה לתיקון חוק התכנון והבנייה, מבקשים מנסחיה להביא בחשבון את שווי המבנים (בצורה מוגבלת) ובכך, לדעתנו, צפויה פגיעה לא ראויה ולא הוגנת בבעלים אחרים במתחם התכנית, עד כדי חשש לפגיעה בזכות הקניין שלהם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.