

גירסת קדם-פירסום למאמר שהתפרסם בכתב העת **מקרקעין** ט/5 (ספטמבר 2010)

גירסה זו עשויה להחיל טעויות קלות בעריכה או באיזכורים ומומלץ להתייחס לנוסח שיצא לאור

ירידת ערך מקרקעין בשל נזקי תוכניות: ניתוח השוואתי בינלאומי כבסיס לרפורמה בישראל¹

מאת

פרופ' רחל אלטרמן*

עזרה בתרגום מהמקור באנגלית ובעדכון פסיקה ישראלית - עו"ד ניר מועלם**

מבוא

המושג "נזקי תכנון" או "פגיעות תכנון" מתייחס לפגיעות בערכים של נכסי מקרקעין על ידי החלטות תכנוניות, ללא הפקעתם מידי הבעלים. בשני העשורים האחרונים ניכרת בישראל מגמה של ריבוי תביעות בגין ירידת ערך. בפני הוועדות המקומיות תלויות ועומדות תביעות בהיקף רב (ברנד ואלטרמן 2010).² אם רובן יתקבלו, תהיה זו טלטלה לא רק לתקציבי הרשויות המקומיות אלא גם לתקציב המדינה. ועדות התכנון - מן הדרג הארצי ועד לדרג המקומי - שלרובן אין מכרות של כספי ציבור לתשלום פיצויים - מנמעות לעיתים מלקבל החלטות תכנון שנראות להן חשובות וראויות, רק מחשש לתביעות הפיצויים. ישראל הקטנה הפכה למעצמת פסיקה בעניין נזקי תכנון והיא מובילה בעולם הרחב בתכיפות שבה נדרש בית המשפט העליון לעסוק בנזקי תכנון. מספר פסקי הדין בנושא

¹ מאמר זה מבוסס על מחקר השוואתי רחב יותר מפרי עטי, שיצא לאור בספר בארה"ב. המאמר מוסיף על כך ניתוח מיוחד של ההשלכות של המחקר ההשוואתי עבור המשפט והמדיניות ב ישראל. עבור המחקר ההשוואתי המלא ראו: Rachele Alterman, *Takings International: A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights* (Alterman *et al* 2010, American Bar Association, Chicago) (להלן: "Alterman *et al.* 2010").

* פרופ' רחל אלטרמן היא מתכנתת ערים ומשפטנית, מחזיקת הקתדרה לארכיטקטורה ובינוי ערים ע"ש דוד עזריאלי וחברה במועצה הארצית לתכנון ולבנייה כנציגת הטכניון. ראש המרכז לחקר העיר ואיזור בטכניון, מתמחה בהיבטים המשפטיים והמוסדיים של קבלת החלטות בתכנון, במדיניות קרקעית ובתיאוריות התכנון בעיקר במסגרת של מחקר השוואתי בינלאומי. כמו כן, פרופ' אלטרמן הינה הנשיאה המייסדת של האגודה הבינלאומית האקדמית לתכנון, משפט וזכויות במקרקעין (PLPR).

** מתכנן ערים, דוקטורנט בפקולטה לארכיטקטורה ובינוי ערים, הטכניון.

תודה מיוחדת: לעו"ד ניר מועלם אשר יזם וביצע את התרגום לעברית של הפרקים הרלוונטיים מתוך ספרי. ניר גם דאג לעדכן את הדין הישראלי ולשלב במאמר. אלמלא יוזמה זו, היה החומר נשאר ללא תרגום לעברית. תודתי המיוחדת לניר על שדירבן אותי לפרסם מאמר זה לקראת הדיון בכנסת ברפורמה המוצעת לחוק התכנון והבנייה.

² שירי ברנד ורחל אלטרמן הזכות שקמה על יוצרה: תביעות לפיצויים בגין נזקי תכנון בישראל (המרכז לחקר העיר והאיזור, הטכניון חיפה 2010). (להלן: "ברנד ואלטרמן 2010").

בישראל - אפילו במספרים מוחלטים - הוא כנראה הגבוה בעולם.³ כאילו לא היו במחוזותינו נושאים חשובים אחרים. בפני הכנסת עומדת עתה הצעת חוק התכנון והבנייה.⁴ בעוד הוויכוח הציבורי הלוהט מתמקד בעיקר בסמכויות של המוסדות השונים ובשאלת הביזור (או ביזור לכאורה), הצעת החוק חובקת בתוכה שינוי דרמטי יותר: צמצום מסוים של הזכות לקבלת פיצוי בגין "נזקי תכנון". השינוי המוצע אינו מבטל כליל את זכות הפיצויים, אלא מצמצמה במקצת על מנת להעמידה בתוך הטווח הבינלאומי, במקום בנקודת הקיצון הנחשבת למרחיבה יתר על המידה. גם לאחר השינויים המוצעים תהיה זכות הפיצוי בישראל בין הרחבות ביותר בעולם. השינוי צנוע, אך השפעותיו הצפויות מרחיקות לכת: הוא צפוי להקל על פיתוח עירוני אינטנסיבי מחד, ולשמור של שטחים פתוחים מאידך, מבלי שהרשויות תירתענה מהחשש להגשת תביעות פיצויים במימדי ענק.

הגבלת הזכות לתביעות פיצויים על ידי בעלי מקרקעין גובלים, כפי שבאה לידי ביטוי בהצעת החוק, צפויה להקל על פיתוח עירוני בישראל הצפופה, ואילו התיקונים המוצעים להגבלת הזכות לתביעות ישירות יקלו על שימורם של שטחים פתוחים, משאבי טבע ומבנים היסטוריים, מבלי שהרשויות יירתעו עקב החשש מתביעות פיצויים במימדי ענק. ערב כניסתו של מאמר זה לדפוס ערכה הממשלה תיקונים בהצעת החוק ושחקה את השיפורים שנכללו בהצעת החוק כפי שהתפרסמה. יש לקוות שהכנסת תשכיל להוציא מתחת ידה חוק תכנון חדש ובו זכות מידתית לפיצויים.

1. מחקר השוואתי עם תכלית מקומית

המחקר שעומד ביסודו של מאמר זה, הינו הראשון מסוגו בעולם. המחקר מנתח את הדין והפרקטיקה בהקשר לזכות לפיצויים בגין נזקי תכנון, ב-13 מדינות מפותחות. המחקר התפרסם במלואו לאחרונה בספר בארצות הברית (Alterman *et al* 2010). לנוחות הקוראים הישראלים, מובאים להלן עיקרי הניתוח השוואתי.

הממצאים הראשוניים של המחקר שימשו כבר בשנים 2005 ו-2006 כמסד העיוני לשינוי המוצע בחוק התכנון והבנייה בהקשר זה. בשלבים המוקדמים של הצעת החוק, אף נשקל נוסח מרחיק לכת יותר להסדרת זכות הפיצויים, וראוי לחזור אליו. ממצאי המחקר מצביעים באופן ברור על כך, שזכות הפיצוי בישראל התרחבה מאוד במשך השנים. היום

³ מספר רב של פסקי הדין והחלטות של בית המשפט העליון עוסקים בסעיפים 197-200 לחוק התכנון והבנייה, מאז זוכה הפסיקה למיחשוב. חיפוש במאגר המשפטי "נבו" מניב לפחות 100 פסקי דין והחלטות העוסקים ישירות בסעיפים הללו במסגרת תביעות שעניינן ירידת ערך או במסגרת דיון בסוגיות דוקטריניות קרובות - הפקעות, היטלי השבחה, חלוקה חדשה, התנגדויות לתכניות, נספחי בינוי, סמכויות ועדות ערר מחוזיות, שומות מכריעות, מיסוי פיצויים שמשלמים לניזוק ועודבארצות הברית המספר הכולל במשך כל השנים הוא כשלושים. ברוב המדינות האחרות שבמחקר המספרים קטנים הרבה יותר, או שאין כלל פסיקה.

⁴ הצעת חוק התכנון והבנייה, התש"ע-2010, ה"ח 499 (להלן: "הצעת החוק" או "הרפורמה").

גירסת קדם-פירסום למאמר שהתפרסם בכתב העת **מקרקעין** ט/5 (ספטמבר 2010)

היא קיצונית בהיקפה, ואף יצאה "מחוץ לטווח" בהשוואה למדינות האחרות. יחד עם זאת, המחקר מצביע גם על שני נושאים בהם זכות הפיצוי בישראל דווקא מקפחת את בעלי המקרקעין, וראוי שנקודות אלה יתוקנו בהצעת החוק.

בניגוד לציבור הרחב, האדיש למהפכת הפיצויים שב"רפורמה", בקרב אנשי המקצוע בתחום המקרקעין מתנהל ויכוח תוסס: האם ראוי לצמצם את זכות הפיצוי על נזקי תכנון בישראל?

הדין הישראלי הנוכחי משקף דוקטרינה משפטית שהתפתחה בעשורים האחרונים. במאמר אחר⁵ טענתי, שהחקיקה מימי המנדט הבריטי מעולם לא התכוונה לייסד דוקטרינה של זכות פיצוי מרחיבה. לשון החוק כמעט שלא שונתה במשך 85 שנה; הפרשנות בפסיקה הישראלית יצרה זכות פיצוי כה רחבה, שהמשך קיומה בגרסה הנוכחית יפגע קשות בכושרם של מוסדות התכנון לאזן באופן סביר בין זכות הקניין ובין טובת הציבור.

שינוי חקיקה בישראל כרוך בעמידה בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד"). משימה זו קשה במיוחד לאור ההגנה על זכות הקניין הקבועה בסעיף 3 לחוק היסוד. אחד התנאים שקובע סעיף 8 לחוק היסוד, לגבי חוק הפוגע באחת מהזכויות המוגנות בו, הוא עקרון המידתיות: "במידה שאינה עונה על הנדרש". הבעיה במקרה הנוכחי היא, שבתי המשפט עצמם הם אלה שביצרו את עיקרי הדוקטרינה הנוכחית; משמע, הם כבר הביעו דעתם, מהי רמת המידתיות ההולמת את זכות הפיצוי.

כדי לפרוץ מעגל זה, מציע המאמר ללמוד אודות אמת המידה של מידתיות מתוך סקאלת הדינים הנהוגים במדינות אחרות. המאמר משווה את הדין הישראלי עם הדין במדינות אחרות בעלות מסורת דמוקרטית איתנה. ההשוואה הינה פרי מחקר בן 5 שנים, המקיף 13 מדינות החברות ב-OECD (כולל ישראל). מדובר במדגם הכולל כ-40% ממדינות ה-OECD. ניתוח הממצאים תומך בהשערה, כי ההסדר הישראלי הינו חריג בנוף העולמי, וכך גם היקף התביעות לפיצויים. העשרת הידע מזווית השוואתית-בינלאומית מיועדת לשרת הן את בתי המשפט והן את המחוקקים.

מחקר זה הוא חלוצי גם בתרומתו לידע הבין-לאומי (באמצעות הספר באנגלית). הוא הראשון המתמקד בניתוח בין-לאומי השוואתי רחב של זכויות פיצוי בגין פגיעות תכנון, ומקיף מספר גדול של מדינות. באמצעות הלימוד אודות מיגוון הדינים והגישות, מאפשר המחקר למקבלי החלטות ולמשפטנים במדינות השונות, ללמוד מהדין הנהוג במדינות האחרות. על ידי כך, ניתן להוציא את הסוגייה של זכויות פיצויים מהסחרור של הדין הפנים-מדינתי בלבד, בו היא שרויה כיום.

Alterman, Rachelle, "The Right to Compensation for Land Use Restrictions in Israel: Property Rights Gone to Extremes" 6 *Global Studies Law Review*, 121-153 (2007) (להלן: "Alterman 2007").⁵

2. הקשר בין החלטות תכנון ושינוי בערך המקרקעין

חקיקה תכנונית אינה יכולה להתעלם מהיחס בינה לבין ערכי מקרקעין. אף שהנושא אוניברסלי, הפתרונות שבנמצא הינם מקומיים, לפעמים נקודתיים. ניתן היה לצפות, שנושא זה יהיה מטרה מרכזית למחקר השוואתי, אולם בפועל, נעשו מעט מחקרים קודמים בנושא וגם הם הקיפו רק 3-4 מדינות.⁶ התרומה החשובה ביותר בנושא זה בארץ היא ספרה של דפנה לוינסון-זמיר, שמתמקד בישראל אך מציע גם ניתוח השוואתי לשלוש מדינות נוספות.⁷ בהיעדר מחקר משווה רחב-יריעה, כל מדינה סיגלה לעצמה הסדר חוקי משלה. למחוקקים, לשופטים ולעורכי הדין לא הייתה אפשרות לבחון את המתרחש במדינות שונות. מחקר זה מבקש למלא חסר זה.

תכנון ובנייה - סוגייה אוניברסלית

ברוב מדינות העולם קיימת חקיקה תכנונית המסדירה שימושי קרקע (אם כי לא כל המדינות מיישמות ואוכפות חקיקה כזו). הכוונה לרגולציה הכוללת חקיקה ראשית ומשנית, תכניות בניין עיר ושאר מסמכי תכנון סטטוטוריים, שיש בהם כדי לקבוע שימושים, גודלי מגרשים, זכויות בנייה, אופן הבנייה ועוד. חוקים אלה שונים ממדינה למדינה, אך מכנה משותף אחד בבסיסם: כולם מתמודדים עם שינוי בערך הקרקע כתוצאה מהחלטות של תכנון סטטוטורי על נכסי דלא נידי. לעתים, החלטות התכנון משביחות את ערכי הקרקע, אך לעתים הן פוגעות בהם. ירידה בערכי הקרקע פוגעת בבטן הרכה של התכנון והיא עשויה להכביד על יישומן של תכניות.

חקיקה מדינתית בנושאים שונים משפיעה על ערכי נכסים. מדוע אם כן, כתוצאה מחקיקה בתחום התכנון והבנייה, דווקא השפעה שלילית על מקרקעין תופסת מקום מיוחד? אחת הסיבות היא, שנכסי דלא-נידי משקפים את ההשקעה העיקרית של אדם, את עיקר הונו ומרכז חייו. דבר זה רלוונטי במדינות המערב, במדינות פוסט-סוציאליסטיות ואף - באופן גובר - במדינות מתפתחות. יחידים וחברות מבססים החלטות חשובות על ערכי מקרקעין. ירידת ערך המקרקעין עשויה להיתפס כאיום ממשי על הפרט ועל קבוצות שלמות באוכלוסייה.

בריטניה היתה זו שסללה את הדרך להכיר בחקיקה בקשר המיוחד שבין חקיקה תכנונית לערכי קרקע. הבריטים השתמשו במונחים "השבחה" מול "הרעה" (Betterment or Worsement)⁸ כבר במאה ה-19.⁹ האמריקאים, לעומת זאת, לא ביססו טרמינולוגיה

6 סקירת הספרות בעניין זה מבוססת בעיקר על מקורות בשפה האנגלית, בעברית ומעט גם בצרפתית.
7 דפנה לוינסון זמיר **פגיעה במקרקעין על ידי רשויות התכנון** (1994). שם מספקת המחברת גם מבט דוקטרינרי רחב ומעמיק על הדין המצוי והרצוי בסוגיית הפגיעה התכנונית (להלן: "לוינסון-זמיר").

מסורתית כדי לתאר תופעות קוטביות אלה, ואולם ניתן למצוא בספרות האקדמית ובהתדיינות משפטית את השימוש במונחים "לעשות מכה" ו"להפסיד בגדול" (Windfalls or Wipeouts).¹⁰ מונחים אלה הפכו מכותרת היתולית של ספר רב-השפעה לטרמינולוגיה מקצועית שגורה.¹¹ כמו כן, שגור בפרקטיקה המשפטית והתכנונית בארצות הברית השימוש במונח של "נטילה רגולטורית" (regulatory takings), ואולם לצידו השני - נתינה רגולטורית - אין מונח מקובל בארצות הברית (דהיינו "Givings").

השבחה וירידת ערך: האומנם שני צדדים לאותו מטבע?

במבט ראשון נראה, כי "השבחה" ו"פגיעה תכנונית" הינם צמד קוטבי הקשורים זה בזה בעבותות. מצד אחד, חקיקה שיש בה כדי להעלות את ערך המקרקעין ומן הצד האחר, חקיקה העשויה להביא להפחתה בערכם. לכאורה, אם ניתן פיצוי בשל ירידת ערך, מן הראוי לגבש מנגנון שיקצור עבור הציבור חלק מההשבחות הנגרמות לאחר אישור תכנית. אולם סקירה בין-לאומית מראה, שבפועל, המשוואה של "השבחה" מחד ו"פגיעה" מאידך, היא תיאורטית יותר משהיא מעשית. הסבר מעמיק לכך אינו ענייננו במאמר זה, ואולם יש להעיר מספר הערות כלליות בהקשר זה.

החשובים שבהוגי הדעות, שהצדיקו את חלוקת העושר בגין השבחת מקרקעין, לא עסקו כלל בנושא הפיצויים.¹² אמנם בראשית המאה העשרים בבריטניה נחקקו לראשונה הסדרים שלכאורה הציגו הקבלה בין שני הצדדים של המטבע, אך הם מעולם לא פעלו כך.¹³ הרעיונות של הסדרים מקבילים לכאורה יוצאו אל הקולוניות הבריטיות, ואף לישראל.¹⁴

-
- 8 לשימוש במונחים אלו ודומיהם ראו: Andrew Cox, **Adversary Politics And Land: The Conflict Over Land And Property Policy In Post-War Britain** 28 (2002); Paul Lowenberg, **Windfalls For Wipeouts? An Annotated Bibliography On Betterment Recapture And Worsenment Avoidance Techniques In The United States, Australia, Canada, England, And New Zealand** 618-20 (1974); Barrie Needham, **Dutch Land Use Planning: Planning And Managing Land Use In The Netherlands, The Principles And The Practice** 175 (2007).
- 9 ראו: Arthur A. Baumann, **Betterment, Worsenment and Recoupment** (1894).
- 10 מונחים אלה הוטבעו עלי ידי: **Windfalls For Wipeouts: Land Value Recapture And Compensation** (Donald G. Hagman & Dean J. Misczynski Eds., 1978).
- 11 לשימוש הנרחב במינוחים אלה, ראו לדוגמה: **Wipeouts And Their Mitigation: The Changing Context For Land Use And Environmental Law** (Joseph Dimento Ed., 1990).
- 12 ראו להלן 2011 Alterman: Rachele Alterman Forthcoming 2011. "Land use regulations and property values: The "Windfalls Capture" Idea Revisited". Chapter in **The [Oxford] Handbook of Urban Economics and Planning** edited by Geritt Knaap and Nancy Brooks.
- 13 Malcolm Grant, "Compensation and Betterment", in **BRITISH PLANNING** 62-76 (Barry Cullingworth 13 ed., 1999).
- 14 ראו: Patrick McAuslan, **Bringing The Law Back In: Essays In Land, Law And Development** 155-58, 188 (2003); Robert Home, **Of Planting And Planning: The Making Of British Colonial Cities** (1997).

דרכיהן של ה"השבחה" מול ה"פגיעה" נפרדו בבריטניה זה מכבר. לבריטניה מסורת ארוכה של ניסיונות להתמודד עם עליית ערך והפחתת ערך מקרקעין כתוצאה מהחלטות תכנון. בשנות ה-30 חוקקה בריטניה חוקים שנועדו לקצור את ההשבחה, אך גם לפצות בגין ירידת ערך, ואולם מנגנונים אלה לא עבדו לשביעות רצון קובעי המדיניות.¹⁵ גם רעיונות אלה יוצאו אל הקולוניות הבריטיות ולישראל ביניהן.¹⁶

בבריטניה עצמה, הקשר בין השבחה לפגיעה תכנונית לא החזיק מעמד זמן רב. מאז מלחמת העולם השנייה נפרדו שני קטבים רעיוניים אלה. ממשלת בריטניה מינתה אז ועדה מיוחדת, שהבחינה בין "ערך צף" (Floating Value) לבין "ערך משתנה" (Shifting Value).¹⁷ האחרון מבוסס על הרעיון לפיו הביקוש באיזור נתון לשימוש קרקע מסוג מסויים, אינו ביקוש אינסופי; אם רשות מקומית אחת תטיל מגבלות על מקרקעין בתחומה, ערכם עלול לרדת בתחומה אך לעלות בתחום רשות מקומית שכנה, אשר לא הגבילה את השימוש בקרקע. המונח "ערך צף" מתייחס לתופעה אחרת - האופי הספקולנטי של ערכי קרקע: בעלי נכסים עשויים לחשוב, כי ללא הגולציה עתידית (או בשל רגולציה כזו) ערכי מקרקעיהם יעלו משמעותית. ציפייה זו עשויה להישאר בגדר ציפייה בלבד.¹⁸ צמד רעיונות זה ערער במידה רבה את המשטר התכנוני הבריטי, שהיה עד אז דומה למשטר בישראל וברוב המדינות האחרות: תפקידן של התוכניות היה לקבוע זכויות בנייה על מגרשים ספציפיים. האמונה, כי יש לפצות בגין ירידת ערך שנגרמה לכאורה למקרקעין, התערערה. מסיבה זו עם תום מלחמת העולם השנייה בוטלו בבריטניה תוכניות הקובעות זכויות בנייה, ועימן בוטלה הזכות לפיצויים (מלבד במצבים נדירים המפורטים במחקר המלא (Alterman *et al* 2010) שמקצתם ננתח בהמשך).

מנגד, היטל ההשבחה בצורות שונות לא בוטל באותה עת. במשך ארבעים שנה לאחר מכן, הועלו ובוטלו מספר הסדרים של גביית חלק מההשבחה, במעין נדנדה שנעה עם חילופי השלטון בין השמרנים לליברל.¹⁹ ואולם החל משנות ה-80, לא נחקקו הסדרים חדשים לקצירה ישירה של ההשבחה (אם כי בבריטניה, כמו במדינות רבות אחרות, מצליחות הרשויות ליהנות ממקצת ההשבחה מעת לעת באמצעות הסכמים עם יזמים וכלים דומים).²⁰

Malcolm Grant, "Compensation and Betterment", in **BRITISH PLANNING** 62-76 (1999).

15

16 ראו:

Patrick McAuslan, **Bringing The Law Back In: Essays In Land, Law And Development** 155-58, 188 (2003); Robert Home, **Of Planting And Planning: The Making Of British Colonial Cities** (1997).

17 ועדה זו כונתה - ועדת אולתיואט, על שם יושב הראש שלה.

18 Victor Moore, **A Practical Approach To Planning Law** 3 (2005).

19 מספר כתבים מתארים מגמות תנודתיות אלה. ראו:

Rachelle Alterman, "Land Value Recapture: Design And Evaluation Of Alternative Policies" (Occasional Paper No. 26, Center For Human Settlements, University Of British Columbia, (1982); John Ratcliffe, Michael Stubbs & Miles Keeping, **Urban Planning And Real Estate Development** 166-67 (3d Ed. 2009).

20 לדיון מקיף בנושא זה מפרי עטי ראו Alterman 2011 לעיל הי"ש 11.

השתלשלות החקיקה הבריטית מעידה על היפרדות דרכם של היטל ההשבחה והפיצויים בגין ירידת ערך. אף על פי שמבחינה לוגית מדובר על שני צדדים של אותו מטבע, בחר המחוקק הבריטי לבטל תחילה את פיצויי הפגיעה, ולאחר מכן אף את היטל ההשבחה. בדומה לבריטניה, ממצאי המחקר שערכנו מעידים, כי גם בשאר המדינות הנחקרות - להוציא את ישראל - אין מדיניות מקבילה בין הזכות לפיצוי לבין החובה לשלם בגין השבחה. עד כמה שהדבר ייראה מוזר, ישראל היא המדינה היחידה שבה קיימות, זו לצד זו, זכות הפיצוי וחובת תשלום בגין השבחה, בהקבלה ניכרת (אם כי לא מלאה). ביתר המדינות, להוציא את פולין במידת-מה, אין חובת תשלום בגין השבחה כזו - ללא קשר לשאלה, האם מוענקת בהן זכות לפיצוי, אם לאו.

הדיון הציבורי בנוזקי תכנון: ארצות הברית בהשוואה ליתר המדינות

ארצות הברית היא המדינה בה השיח הציבורי בעניין פיצויים על נזקי תכנון הוא השסוע והטעון ביותר. למרות שממצאי המחקר מראים, כי זכות הפיצוי בגין פגיעות תכנון בארצות הברית ממוקמת במידה רבה באמצע הסקאלה, עוצמת הוויכוח ומטעניו האידיאולוגיים הם הקיצוניים ביותר במדגם המדינות. שלא כמו במדינות אחרות שחקרנו, בארצות הברית מתנהל הוויכוח סביב פגיעות תכנון בקרב הציבור, ולא רק בקרב קבוצות אקדמיות או מקצועיות צרות.

בארצות הברית נתפס הנושא של נזקי תכנון כחלק מהליגה של זכויות הקניין ונכרך בוויכוחים אודות זכויות קניין במובן הרחב. נושא זה זוכה לאלפי מאמרים אקדמיים ועשרות שנים של פסיקה.²¹ ואולם, למרות הניתוח האקדמי העצום והרב ועשרות השנים של דיון משפטי, ציבורי ואקדמי ער, הדין האמריקאי רחוק מהתוויית קווים ברורים בדבר ההבחנה בין פגיעות המחייבות פיצוי ובין אלה שאינן מזכות בפיצוי.²²

הוויכוח בדבר פגיעות שלטוניות תכנוניות אינו חדש בארצות הברית. כותבים רבים עסקו בנושא, עוד לפני שהתלהט.²³ החל משנות ה-90, כאשר הפגיעות התכנוניות הפכו למרכז

21 חיפוש מדגמי במאגרי מידע למאמרים משפטיים בשפה האנגלית (למשל: Lexis-Nexis) תוך שימוש במילות החיפוש Land-Use & Regulatory Takings מניב אלפי פריטים.

22 ראו סקירה ברוח זו אצל יורגנסמאיר ואחרים:

Julian C. Juergensmeyer & Thomas E. Roberts, **Land Use Planning And Development Regulation** Law Ch. 10 (2d Ed. 2007).

23 ספרו של אפשטיין מהווה בסיס יסוד אינטלקטואלי לתנועת זכויות הקניין בארצות הברית. אפשטיין אוחז בדעה הגורפת לפיה, כל חקיקה תכנונית הינה בבחינת פגיעה בזכות הקניין. לעומתו סבר ברומלי, כי למדינה היכולת והסמכות לחוקק מבלי שיחשב הדבר בהכרח לפגיעה המזכה בפיצוי:

Richard Epstein, **Takings: Private Property And The Power Of Eminent Domain** (1985); Daniel J. Bromley, **Environment And Economy: Property Rights And Public Policy** (1991).

מצעם של ארגונים שמרניים בארצות הברית, הפך הוויכוח לעוצמתי עוד יותר,²⁴ תוך שהוא מעסיק מלומדי משפט וארגוני זכויות רבים.²⁵

זרז נוסף שהצית ויכוחים רבים בעולם הפגיעות התכנוניות בארצות הברית היה פרשת ההפקעות בעניין **קילו** (Kelo).²⁶ שם אמנם דובר בהפקעת בעלות ולא בפגיעות כתוצאה מרגולציה תכנונית, אולם פרשה זו הביאה להעלאת המודעות הציבורית גם לנושא של נזקי התכנון, ורבים אינם מבחינים בין הסוגיות. פסק הדין של בית המשפט העליון הכיר - אם כי ברוב דחוק - בסמכות לבצע הפקעה עבור שימוש עסקי של קרקע (מפעל תרופות גדול). בעקבותיו, עלה הנושא של זכויות קניין כאחד הנושאים הבולטים בבחירות המדינתיות בשנת 2007. התנועות השמרניות יזמו חקיקה מדינתית רבה לצמצום סמכויות ההפקעה. בהזדמנות זו ביקשו מדינות רבות לכלול בשינוי גם את הזכות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות בקניין. אולם גם במקרים אלה, יוזמות רבות נותרו ללא מימוש.²⁷

בהשוואה לדיון הנרחב בארצות הברית, במדינות אחרות אותן חקרנו הסתבר, כי הוויכוח, גם אם קיים, אינו תופס מקום מרכזי בדיונים על זכות הקניין. עובדה זו אינה גורעת מחשיבותו של מחקר השוואתי כמקור ללמידת לקחים הדדית.

24 ראו בעניין זה:

Jerold S. Kayden, **Charting The Constitutional Course Of Private Property: Learning From The 20th Century, In Private Property In The 21st Century** 31-49 (Harvey M. Jacobs Ed., 2004); Hannah Jacobs, "Searching For Balance In The Aftermath Of The 2006 Takings Initiatives", 116 **Yale L.J.** 1518 (2007).

25 היקף הכתיבה בנושא זה הוא עצום ואין זה המקום לסקירתו המלאה. עם זאת, להלן מספר כתבים הראויים לציון, המלמדים על עוצמתה והיקפה של המחלוקת בין "קנייניסטים" שונים:
Land Rights: The 1990s' Property Rights Rebellion (Bruce Yandle Ed., 1995); John D. Echeverria & Raymond B. Eby, **Let The People Judge: Wise Use And The Private Property Rights Movement (1995)**; **Who Owns America? Social Conflict Over Property Rights** (Harvey M. Jacobs Ed., 1998); Harvey M. Jacobs, "State Property Rights Laws: The Impact Of Those Laws On My Land" (Lincoln Institute Of Land Policy, Policy Focus Report, 1999); William Fischel, **Regulatory Takings: Law, Economics, And Politics** (1995); And E. Donald Elliott, "How Takings Legislation Could Improve Environmental Regulation" 38 **Wm. & Mary L. Rev.** 1177, 1178 (1997).

26 **Kelo V. City Of New London**, 545 U.S. 469 (2005). פרשת **קילו** נגעה בשאלה: האם ניתן להפקיע מקרקעין פרטיים לצורך ייעוד פרטי אחר, שיש בו כדי לסייע לרווחת הקהילה? המקרה נגע להפקעת מקרקעין לטובת פרויקט חדש, אשר עתיד היה למנף צמיחה כלכלית בעיר ניו-לונדון שבמדינת קונטיקט. בית המשפט הפדרלי ציין, כי הפקעה זו אינה בגדר פגיעה קניינית, שכן גלום בה אינטרס ציבורי להביא לצמיחה. החלטה זו הציתה גלים של דיונים בדבר דוקטרינת ההפקעה האמריקנית והיקף ההגנה על הקניין הפרטי.

27 ראו אצל:

John D. Echeverria & Thekla Hansen-Young, "The Track record on takings legislation: lessons from Democracy's laboratories 1-2" (Georgetown Public Law Research Paper No. 1138017, 2008); available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138017.

3. האתגר של מחקר השוואתי ותועלתו לדין הישראלי

המחקר המשפטי ההשוואתי אינו נטול קשיים, אך גם עתיר יתרונות שלא ניתן להשיגם באמצעות מחקר העוסק בשיטת משפט אחת, או באמצעות מחקר תיאורטי גרידא.

מחקר השוואתי מספק קנה-מידה

מחקר השוואתי אינו נוקט בשיטה אחידה ויחידה, אלא מאפשר גישות שונות: חלק מהמחקרים הינם נורמטיביים, חלקם תיאוריים. במחקר זה אינני שואפת לטעון להשקפת עולם, לאידיאולוגיה או למטרות מסויימות בדבר זכות הקניין, לפיכך מחקר זה אינו מחקר נורמטיבי.²⁸ לנוכח מצב הידע הבין-לאומי הזעום, מטרת המחקר היא לתאר ולנתח את מגוון הגישות, כדי לאפשר לימוד הדדי בין אנשי המשפט, התכנון והמדיניות הציבורית בכל אחת מהמדינות המשתתפות. המחקר אף לא נועד להיות מחקר מסביר, דהיינו כזה המוצא סיבות וקשרים באשר לשאלה, מדוע אימצו מדינות מסוימות הסדר אחד, בעוד שאחרות אימצו הסדר אחר. אף כי מטרה זו לכאורה קורצת למחקר השוואתי, רמת הידע הקיים אינה מאפשרת הצבת השערות המכילות "משתנים מסבירים" אפשריים. עם זאת, תוצע כאן מסגרת ראשונית, שיש בה כדי לתת בסיס להבנה של קווי השוני או הדמיון בין המדינות.

בימים אלה, בהם חוק התכנון והבנייה הישראלי,²⁹ ועמו סעיף הפיצויים על נזקי תכנון, עומדים בפני הכנסת לקראת "רפורמה", בתי המשפט וערכאות כעין-שיפוטיות ממשיות להתמודד עם תביעות בדבר פגיעות תכנון. הממצאים ההשוואתיים שבמחקר זה עשויים לספק אספקלריה רחבה וקנה-מידה חדש למקבלי ההחלטות. רק כך ניתן יהיה לבחון, אם זכות הפיצוי בישראל היא אומנם זכות שיש לשמר בהתאם לפרשנות שניתנה לה על ידי בתי המשפט, או שהיא רחבה ונדיבה מדי לבעלי המקרקעין, כפי שנטען כאן.

ישראל הינה מדינה בעלת שיטת משפט מעורבת: יסודותיה במשפט המקובל, שירשנו מהבריטים, ולצידו השפעות של המשפט הקונטיננטלי. התקדים הוא מחייב, מקומו של השופט מכריע, ואולם בד בבד, החקיקה בישראל הינה בעלת מעמד מיוחד - מגמה שהתחזקה למן קום המדינה.³⁰

28 חנוך דגן מציין את המגבלות של מחקר השוואתי שנועד להנביע מסקנות נורמטיביות (להבדיל מתיאוריות):

Hanoch Dagan, "The Social Responsibility of Ownership", 92 *Cornell L. REV.* 1255 (2007).

29 חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה").
30 למעמדו של המשפט הישראלי וסממניו המעורבים, ראו עוד אצל מרדכי א. ראבילו ופבלו לרנר, "על מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל", **מחקרי משפט** כא 89 (2004), שם מדגימים המחברים, כיצד המשפט ההשוואתי בישראל אינו זוכה להתייחסות רבה וראויה. לדעתם, תהליכים משפטיים מדינתיים וגלובליים בישראל מחזקים את הצורך במשפט השוואתי ובידע השוואתי. ראו גם דפנה ברק ארז, "משפט השוואתי כפרקטיקה - היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים", **דין ודברים** ד 81 (2008), בו מזוקקים הגורמים הפועלים בעת מחקר השוואתי: הפן המוסדי, התרבותי והיישומי. מחקרנו, כאמור, אינו זונח היבטי מפתח אלה.

גם בית המשפט העליון אינו חושש מלהזדקק לידע השוואתי בעת קביעת הלכה בנושא פגיעות תכנוניות.³¹ אף הפרשנות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יכולה, במקרים המתאימים, להסתייע במשפט השוואתי. למחקר ההשוואתי המתומצת כאן יש מטרה "ישראלית", בנוסף למטרה האקדמית הטהורה - להציע סקאלה השוואתית, בין-לאומית, לצורך פרשנות אמת המידה של המידתיות בסעיף 8 לחוק היסוד, על מנת לאפשר שינוי של הוראות חוק התכנון והבנייה בנושא הפיצויים.

שיטת המחקר ובחירת המדינות

במסגרת המחקר ההשוואתי הצגנו את השאלות הבאות: האם לבעלי נכסים יש זכות על פי חוקי המדינה לתבוע פיצויים בגין נזקי תכנון הגורמים לירידת ערך? אם אכן קיימת זכות כזו, מהם התנאים העובדתיים והמשפטיים בהם על בעל הנכס לעמוד כדי לזכות בפיצוי? כמו כן שאלנו, עד כמה בפועל רווחות תביעות על ירידות ערך בכל מדינה נחקרת?

המחקר סוקר את מלוא טווח הפגיעות האפשרי: החל מפעולות תכנוניות, שגורמות רק נזק מזערי, דרך פגיעות חלקיות בערך הנכסים וכלה בפגיעות המאיינות את ערך הנכס כלי. ויודגש: עסקינן בפגיעות בערך המקרקעין הנובעות מהחלטות של רגולציה תכנונית. אין אנו כוללים במסגרת זו החלטות שלטוניות או חקיקה אחרת המשפיעה על ערכי נדל"ן (למשל, חקיקה מתחום דיני המסים). גם חקיקה סביבתית שאינה קשורה ישירות לשימוש בקרקע אינה כלולה במחקר. וכאמור, אין המחקר עוסק ישירות בהפקעת מקרקעין.³² לבסוף, מחקר זה אינו מטפל באופן השוואתי בחובות להפרשות קרקע לצורכי ציבור או בסוגים אחרים של "נטל יזמים". נושא זה ראוי למחקר השוואתי בפני עצמו.³³

המדינות שבחרנו - 13 במספר - לא מהוות "מדגם סטטיסטי". עם זאת, הן בעלות מכנה משותף חשוב: כולן מדינות החברות ב-OECD, עם שיטת ממשל דמוקרטית וכלכלת שוק מפותחת. בנוסף, בחרנו מדינות הממוקמות באזורים גיאוגרפיים שונים על ארבע יבשות, ובעלות מאפיינים גיאוגרפיים, דמוגרפיים ותרבותיים שונים. הקפדנו לבחור מדינות בעלות שלטון פדרלי לצד אלה בעלות שלטון בלתי פדרלי, ומדינות בעלות רמות שונות של הגנה חוקתית על זכות הקניין. לאור החשיבות שבבחינת שינויים משפטיים ואידיאולוגיים העוברים על מדינות פוסט-סוציאליסטיות, נבחרה גם מדינה אחת מגוש זה (פולין).

31 ראו עמ' 326 לפסק דינו של השופט טירקל בדנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004) (להלן: "פרשת הורוויץ").

32 במדינות שונות עושים שימוש בטרמינולוגיה שונה לתיאור הפקעה: כך אנו עדים באופן מתחלף לשימוש במונחים כגון expropriation, eminent domain, compulsory purchase ועוד. מונחים אלה עשויים לתאר הפקעה דה-יורה תוך העברת בעלות לרשות המפקיעה. לעומת זאת, הפקעה שבפועל, דה-פקטו, אינה מובחנת תמיד מהפקעה דה-יורה במדינות אותן סקרנו. עם זאת, חשוב להדגיש, כי מחקרנו עוסק במצבי נטילות תכנוניות העולות כדי הפקעה בפועל, גם אם אין מדובר בהליך פורמלי של הפקעה. כך למשל, במקרה אישורה של תכנית בניין עיר הנוטלת מהמקרקעין את כל ערכם ולמעשה "מפקיעה" את כל אפשרות השימוש בהם. תופעה זו נקראת בספרות במגוון שמות כגון: inverse condemnation או blight planning. כאמור, תופעות אלה נכללות במסגרת מאמר זה ואנו מתייחסים אליהן כאל פגיעות תכנוניות לכל דבר ועניין.

33 לסקירה השוואתית מקיפה בנושא ה"הקדשות" התכנוניות, ראו: **Private Supply Of Public Services: Evaluation Of Real Estate Exactions, Linkage, And Alternative Land Policies** (Rachelle Alterman Ed., 1988).

מדינות מתפתחות לא נכללו במחקר, משום שהנושא של פיצויים על נזקי תכנון כמעט שאינו מעסיק שם את הרשויות או את בתי המשפט. אמנם ברוב המדינות ישנם כיום חוקי תכנון, אולם בדרך כלל הללו אינם זוכים ליישום תקין והם מופרים לעתים תכופות, הן על ידי התושבים והן על ידי הרשויות. במדינות אלה, הנושא העיקרי המטריד את כל הצדדים הוא פיצויים הוגנים על הפקעות של ממש.

הקפדנו שקבוצת המדינות שנבחרו תהיה מגוונת: אלה הנטועות הן במסורת המשפט המקובל ואלה החברות במשפחת המשפט הקונטיננטלי.³⁴ בריטניה (הממלכה המאוחדת)³⁵ קנדה, ארצות הברית, אוסטרליה וישראל³⁶ חברות במשפחת המשפט המקובל, ופולין, גרמניה, שבדיה, פינלנד, יוון, הולנד, אוסטריה וצרפת חברות במשפחת המשפט הקונטיננטלי.

לשם ביצוע המחקר הקמתי צוות של חוקרים מובילים ממדינות המחקר השונות. החוקרים נדרשו לנתח את המצב בהתאם למסגרת אנליטית שבניתי מבעוד מועד. האתגר בהליך מחקרי מסוג זה בלט לאורך כל שלבי המחקר: רבים מהחוקרים הניחו, כי המתרחש במדינתם והטרמינולוגיה בה הם משתמשים משותפים לקוראים במדינות אחרות. לפיכך נקטתי במספר "סיבובים" של דיונים כדי להביא את הניתוחים למכנה המשותף של המסגרת התיאורטית שפיתחתי.

4. מבט ראשוני על הממצאים השוואתיים

ממצאי המחקר מצביעים על כך, שאין גישה אוניברסלית מוסכמת או אפילו גישה דומיננטית לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות, מהסוג בו עוסק המחקר. מדינות שונות סיגלו גישות שונות לטיפול בהשפעת הרגולציה התכנונית על ערך הקרקע.

מיגוון גדול של הסדרים

ממצאי המחקר מפתיעים במגוון הגדול המתגלה: אין שתי מדינות ובהן הסדר דומה בקשר לפגיעות תכנוניות! גם מדינות המשתייכות לאותה מסורת של משפט (מקובל, קונטיננטלי) מציגות גישות שונות להתמודדות עם ירידות ערך. אפילו מדינות בעלות תרבות משותפת כמו גרמניה ואוסטריה, פינלנד ושוודיה, הן בעלות הסדרים שונים מאוד. השוני שאיתרנו במחקר זה נוגד את האינטואיציה והוא בלתי צפוי. ממצאי המחקר בהקשר לחלוקה

34 לדיון כללי על מסורות משפט שונות ומקומן במחקר השוואתי, עיינו בגלדון ואח': Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza & Colin B. Picker, **Comparative Legal Traditions: Text, Materials And Cases Of Western Law** 23-49 (2007).

35 כידוע, בריטניה מורכבת ממספר ישויות מדיניות. מחקר זה עוסק בממלכה המאוחדת - United Kingdom - אך מאחר שמונח זה אינו נפוץ בעברית, לא תמיד הקפדנו לציין זאת. בהמשך, כל אימת שמדובר על בריטניה בהקשר למדינות המדגם, הכוונה היא לממלכה המאוחדת.

36 סיווגה של ישראל אינו חד-משמעי, שכן ניתן לראות בה מדינה בעלת מסורת משפטית מעורבת, היונקת הן מהמשפט המקובל והן מהקונטיננטלי (והגרמני בפרט). מחד, מתבססת ישראל על שיטת התקדים, ומאידך קיימות בה השפעות קונטיננטליות כגון המגמה לקודיפיקציה של המשפט האזרחי ועוד. ליתר פירוט ראו אצל גלדון ואח' (ה"ש 33 לעיל) בעמ' 976-982.

למשפחות המשפט הדומיננטיות אף הם סותרים את האינטואיציה: ההבדלים בתוך כל "משפחה" בהקשר לפגיעות תכנון אינם נופלים מההבדלים בין שתי הקבוצות.

ממצאי המחקר מראים גם, כי לא ניתן לאפיין את קבוצת המדינות בעלת המסורת הבריטית לעומת המדינות האחרות. ארבע המדינות שתחיקתן הושפעה רבות מהחקיקה הבריטית (ישראל, קנדה, אוסטרליה והממלכה המאוחדת עצמה), מציגות הסדרים קוטביים למדי על גבי סקאלת הפיצוי: קנדה בקיצון האחד של הסקאלה (זכות מוגבלת למדי) וישראל בקיצון האחר (הסדר פיצוי נדיב ויש שיאמרו - מוגזם).

הופתענו לגלות, כי גם לתשע מדינות האיחוד האירופי שנכללו במדגם אין מכנה משותף באשר לזכות לפיצוי, על אף שמדינות אלה כפופות לפסיקתו של בית המשפט האירופאי לזכויות האזרח (European Court of Human Rights).

עד כמה שהדבר מאכזב את "אינסטיקט החוקר" הטמון בקרב רבים, ואף נוגד את התובנות המוסכמות בתחומי משפט אחרים - לא מצאנו כל "משתנה מסביר" שעל פיו ניתן היה לצפות מראש, מה אומר הדין של מדינה מסויימת או קבוצת מדינות אודות הזכות לפיצויים. כל ההשערות הקשורות בשיטת המשפט, המבנה המשפטי-מוסדי, קירבה גיאוגרפית, שפה משותפת, רקע תרבותי, או צורך תכנוני - כל אלה לא היה בהם כדי לשמש כהסגר לשונה או לדומה בין מדיניות.

דירוג המדינות לפי רוחב הזכות לפיצויים

אם נדמיין סולם היפותטי של פיצויים בגין פגיעות תכנוניות (ראו איור 1), ניווכח, שהמדינות אותן חקרנו מציגות דרגות שונות ומגוונות של פיצוי. בקצה אחד של הספקטרום מצויות מדינות המונעות פיצוי באופן כמעט גורף. בתווך מצויות מדינות המעניקות פיצוי מסוים בנסיבות ובמידות לא ברורות מבחינת הדין. בקצה השני של הספקטרום מצויות מדינות שמעניקות זכויות רחבות לפיצויים, גם כאשר רמת הפגיעה אינה גדולה. הקיצונית מבין מדינות אלה היא ישראל. שלוש הקבוצות של המדינות הן:

זכות צרה - קנדה, בריטניה, אוסטרליה, צרפת ויוון.

זכות עמומה - פינלנד, אוסטריה וארצות הברית (לרבות המקרה המיוחד של מדינת אורגון).

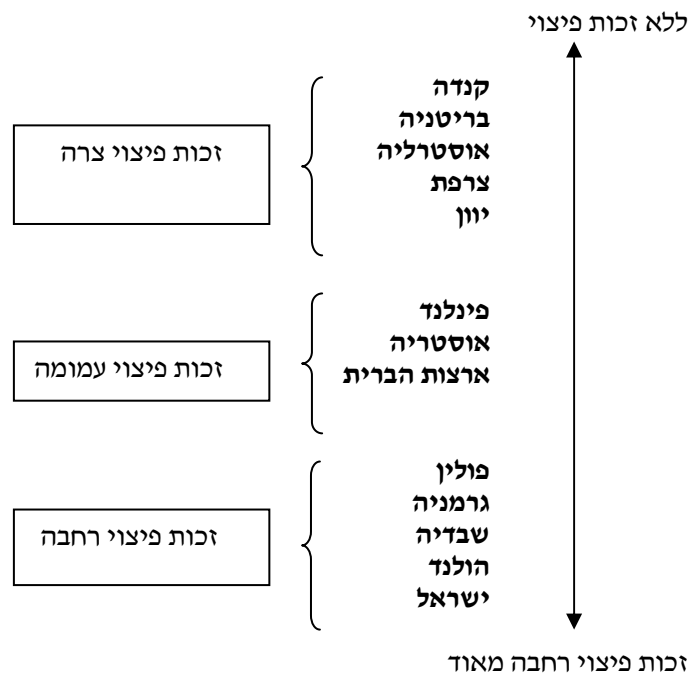
זכות רחבה³⁷ - פולין, גרמניה, שוודיה, הולנד וישראל.

37 המונח "זכות רחבה" עשוי לבלבל. רוחב הזכות הינו תלוי מספר פרמטרים אליהם אנו מתייחסים במאמר זה. זכות רחבה לפיצוי בגין פגיעות תכנון, אליבא דמאמר זה, קשורה ברף המינימום הקבוע לפיצוי, בנגישות לערכאות, בקיומם של תנאים מוקדמים להגשת תביעה, בקיומו של נטל ראיתי על התובע, בהתיישנות, בקיום מגוון מעשים תכנוניים המקימים עילת תביעה ומגוון פגיעות (חלקיות ומלאות, ישירות ועקיפות, ציבוריות ופרטיות) המאפשרות את הגשתה.

גירסת קדם-פירסום למאמר שהתפרסם בכתב העת **מקרקעין** ט/5 (ספטמבר 2010)

הסדר בו מופיעות המדינות בכל מקבץ משקף גם את מיקומן היחסי באותו מיקבץ, בסולם עולה עם רוחב זכות הפיצוי. כך למשל, קנדה היא המדינה המגבילה ביותר בעוד הולנד וישראל הן המרחיבות ביותר.

איור 1: הסולם ההשוואתי של רוחב זכות הפיצוי על נזקי תכנון



5. סיווג מוצע של פגיעות תכנוניות

מחקרנו מקיף שלושה סוגים עיקריים של פגיעות. הידע ההשוואתי שנאסף מ-13 המדינות הנחקרות אורגן באופן שאיפשר לקטלג דרגות שונות של פגיעה ואף להשוותן:

- א. פגיעות רבתי, שאינן מותרות שווי כלכלי בנכס ("פגיעה רבתי");
- ב. פגיעות חלקיות, הנובעות מתחולה ישירה על הנכס ("פגיעה חלקית");
- ג. פגיעות חלקיות, הנובעות מתחולה עקיפה על הנכס ("פגיעה עקיפה").

שלושת סוגי הפגיעות הללו נהירים ומוכרים לקוראים הישראלים, אף אם לא במונחים אלה דווקא.³⁸ אולם קוראים במדינות בהן זכות הפיצוי מוגבלת, עשויים לראות בסוג השני ובעיקר השלישי מעין "מדע בדיוני".

פגיעות רבתי משקפות מצבים שבהם החקיקה התכנונית מכבידה עד מאוד על הנכס הנדון ופוגעת בכל הערך הכלכלי שיש לו או בחלק הארי שלו. אני מכנה מצב זה "פגיעה רבתי" - major injury. אף שפגיעה מסוג זה מוכרת בכל אחת מהמדינות, אין לה מונח אחיד. בדין האמריקני נוהג המונח "פגיעות קטגוריות" (Categorical Takings).³⁹ בדין הקנדי נוהגים לכוונת זאת "הפקעה קונסטרוקטיבית".⁴⁰ בדוקטרינה הישראלית טרם התגבשה הבחנה במונחים בין פגיעה רבתי לבין פגיעה חלקית (אולם כן התגבשו מונחים המבחינים בין פגיעה ישירה (א' ו- ב') לבין פגיעה עקיפה).

הסוג השני והשלישי של פגיעות בהן נעסוק הן **פגיעות חלקיות**. עניינן בהחלטות תכנון הגורמות להפחתה חלקית בלבד בערך המקרקעין ומוותרות חלק משמעותי מהשווי בידי הבעלים. **פגיעות חלקיות הנובעות מתחולה ישירה** כרוכות בפגיעה הנגרמת ישירות למקרקעין על ידי החלטות התכנון החלות על המקרקעין המסוימים. **פגיעות חלקיות הנובעות מתחולה עקיפה** - בקיצור, "פגיעות עקיפות" - נגרמות לנכסים אחרים מאלו שעליהם מוחלת ההחלטה התכנונית. דרגת הסמיכות הגיאוגרפית משתנה ממדינה למדינה. פגיעה עקיפה נוצרת על ידי השפעות חיזוניות מהמקרקעין שעליהם חלה ההחלטה הפוגעת כלפי מקרקעין אחרים. פגיעות חלקיות בדרך כלל אינן מאיינות כליל את ערכם של המקרקעין ולכן אין קטגוריה של פגיעות רבתי עקיפות.

ממצאינו מצביעים על כך, שלא כל המדינות במדגם מעניקות פיצוי בגין פגיעות חלקיות-ישירות, ורק שתיים מבין המדינות מעניקות זכות משמעותית לפיצויים בגין פגיעות עקיפות. בהמשך המאמר ננתח את הדין החל במדינות המדגם על פי שלושה סוגי הפגיעות הללו. אולם תחילה יש לסקור את המצב החוקתי בהקשר לקניין בכל אחת מהמדינות.

38 ההלכה בישראל היא, כי פגיעה לעניין סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, כוללת פגיעה עקיפה, ולא רק פגיעה ישירה, הנגרמת על ידי המעשה התכנוני. כמו כן קיים פיצוי בגין פגיעות דרסטיות במקרקעין ולצידן פגיעות "העוברות את תחום הסביר" גם אם אין דרסטיות. פגיעות חלקיות ועקיפות נכללות תחת מטריית הפיצוי: כך הוא הדבר כאשר התוכנית הפוגעת מתירה לבנות על מקרקעין סמוכים מבנה המהווה מטרד, כגון רעש או ריח, או מבנה הגורם לחסימת אור, איוורור ונוף (ראו: ע"א 603/77 **וארון נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים**, פ"ד לג(3) 409 (1979); ד"נ 28/79 **הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' וארון ואח'**, פ"ד לה(1) 561 (1980) (להלן: "עניין וארון").

39 ראו: David L. Callies, Robert H. Freilich & Thomas E. Roberts, **Cases And Material On Land Use** 334 (4th Ed. 2004).

40 לפירוט בסיסי נוסף ראו את מאמרו של יאנג: Raymond E. Young, "Canadian Law Of Constructive Expropriation", 68 **Saskatchewan L. Rev.** 345 (2005)

בית המשפט העליון הקנדי כינה סוג זה של פגיעות בשם "הפקעות דה פקטו". ראו למשל: **Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)**, [2006] 1 S.C.R. 227, available at: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2006/2006scc5/2006scc5.pdf>.

6. הגנות חוקתיות על זכות הקניין

השאלה הראשונה הנשאלת במסגרת המחקר המשווה היא, האם זכות הקניין זוכה להגנה חוקתית בכל מדינה. הכוונה הינה למשפט חוקתי מדינתי ולא בינלאומי.⁴¹ אולם לנוכח חלקן הגדול של המדינות האירופאיות במדגם (9 מתוך 13), מתייחס הניתוח החוקתי גם להשפעה של האמנה האירופית לזכויות האדם על החוק המדינתי.

בכל מדינות המדגם, מלבד ארצות הברית,⁴² מצאנו, כי קיים חוק "רגיל" המתייחס לנושא הפגיעה בקניין כתוצאה מפגיעות תכנוניות - בין אם לשלילת הזכות או להענקתה. השאלה הנשאלת הינה: האם ניתן להצביע על קשר בין עיגונה החוקתי של זכות הקניין בכל מידה, לבין התכנים של החקיקה הסטוטורית ופרשנותה על ידי בתי המשפט? הסקר שלהלן אינו מתיימר להוות ניתוח עומק של זכות הקניין החוקתית,⁴³ אך הוא מספק את הרקע לניתוח הפגיעות התכנוניות.

זכות הקניין החוקתית במדינות המדגם

בכל הקשור לדיני הפיצויים, הניתוח ההשוואתי מלמד, כי ניתן לייחס רק חלק קטן מההבדלים בין המדינות לדרגת ההגנה החוקתית על הקניין הנוהגת בהן. ההגנה החוקתית על הקניין מאפשרת למחוקק "גבולות גזרה" רחבים מבחינת זכות לפיצוי בשל פגיעות תכנון. במסגרת מאמר זה לא ניתן להציג את נוסח ההגנה על הקניין - או היעדרו - המפורטת בכל אחת מהמדינות. ניתוח זה מוצג במלואו בספרי Alterman *et al.* 2010:24-35). אציג כאן רק מבט כללי על מידת הקשר בין זכות הקניין החוקתית לבין זכות הפיצוי על נזקי תכנון.

מבין מדינות המדגם, עשר מגינות על הקניין הפרטי, אך קיימים הבדלים משמעותיים בחקיקה המסדירה פגיעות תכנוניות. החוקים בדבר זכויות פיצוי מייצגים את הטווח המלא של מידות הפיצוי השונות וקשה להצביע על מכנה משותף;⁴⁴ כך צרפת, יוון ופינלנד, המעניקות הגנה חוקתית על הקניין, מעניקות רק פיצוי מינימלי או פיצוי מסדר שני. מהעבר השני של הספקטרום, מספר מדינות מציגות גישה מרחיבה לפיצוי (פולין, גרמניה,

41 לסקירה בינלאומית ראו:

Jon A. Stanley, "Comment: Keeping Big Brother Out of Our Backyard: Regulatory Takings as Defined in International Law and Compared to American Fifth Amendment Jurisprudence", 15 *Emory Int'l L. Rev.* 349 (2001).

42 מספר מועט של מדינות בארצות הברית חוקקו חוקים מדינתיים המכירים בעילת תביעה בגין פגיעות תכנוניות חלקיות. לחקיקה זו היתה השפעה שולית, למעט במקרה של מדינת אורגון, שם תוקנה "תקנה 37" (measure 37) עד להחלפתה. לסקירה מפורטת יותר ראו בהמשך המאמר וכן:

Joni Armstrong Coffey, "High Hopes, Hollow Harvest: State Remedies for Partial Regulatory Takings", 39 *Urb. Law.* 619-32 (2007); "Stacey S. White, State Property Rights Laws: Recent Impacts And Future Implications", 52 (7) *Land Use L. & Zoning Digest* 3 (2000).

43 Gregory S. Alexander, *The Global Debate Over Constitutional Property: Lessons For American Takings Jurisprudence* (2006)

44 ממצא זה נתמך גם במחקרו של אלכסנדר אשר הראה, כיצד הגנה חוקתית על הקניין מולידה קשת רחבה של דוקטרינות הנוגעות לפיצויים בגין ירידת ערך מקרקעין. למחקרו של אלכסנדר, ראו לעיל הי"ש

שבדיה, ישראל והולנד). עם זאת, מתוך לשון חוקותיהן (או חוקי היסוד שלהן) לא ניתן לחזות מראש, מה תהיה גישתן לפיצוי.

רק במספר קטן של מדינות ניתן להבחין בקשר ברור בין עוצמת ההגנה החוקתית על הקניין ובין החקיקה הנוגעת לפגיעות תכנוניות. קשר זה אנו מוצאים דווקא במדינות בהן זכות הקניין איננה מעוגנת בחוקה. מדינות אלו הן קנדה, בריטניה (עד שנת 1998) ואוסטרליה (בה ההגנה החוקתית היא עקיפה וחלשה). חוקי המדינות הללו מעניקים רק זכות פיצוי מינימלית בגין פגיעות תכנוניות. לעומת זאת, לא נמצא קשר הופכי: כלומר, עיגון חוקתי נרחב של זכות הקניין לא מוביל בהכרח לדינים המעניקים זכות רחבה לפיצוי על פגיעות תכנון. צרפת למשל, מגינה על זכות הקניין כחלק ממורשתה החוקתית רבת השנים, ולמרות זאת החקיקה אינה מכירה בפגיעות תכנוניות כלל, אף לא בחמורות שביניהן. בצד האחר של הספקטרום, בישראל מוגנת זכות הקניין במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו רק משנת 1992, בעוד שחלק ניכר מהפסיקה שפירשה את לשון החוק באופן רחב ניתן עשור תמים לפני חקיקת חוק היסוד.⁴⁵

הגנה על הקניין על פי האמנה האירופאית לזכויות אדם וחירויות בסיסיות (ECHR)

האמנה האירופאית⁴⁶ נוסחה על ידי המועצה האירופית ונחתמה ב-1950.⁴⁷ כמו כן הוקם בית המשפט האירופי לזכויות אדם. האמנה מתייחסת לכל מדינות אירופה, לא רק לחברות באיחוד האירופי. עד כה, 47 מדינות החברות במועצה האירופית אישרו את האמנה והן נדרשות להגן על החירויות והזכויות הכלולות בה. האמנה מעניקה למדינות ולאנשים פרטיים את האפשרות לעתור לבית המשפט האירופי לזכויות האדם. פסק דינו של בית המשפט מחייב את המדינה החתומה על האמנה ורשויותיה מצופות ליתן תרופה אפקטיבית למי שנפגע כתוצאה מהפרתה.⁴⁸

פרוטוקול⁴⁹ האמנה מעגן באופן בהיר את הזכות לקניין:⁵⁰

45 ראו למשל עניין **וארון**, לעיל ה"ש 37, שם יצר בית המשפט זכות שלא הייתה קיימת קודם. מנסחי החוק הבריטיים, ככל הנראה, מעולם לא התכוונו להעניק את הזכות לפיצויים לבעלי מקרקעין שאינם כלולים בתוכנית הפוגעת.

46 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – ECHR

47 לצפייה בטקסט המלא של האמנה, פנו ל-

<http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a/0/englishanglais.pdf>

48 סעיף 13 לאמנה האירופאית לזכויות אדם וחירויות בסיסיות.

49 הזכות מעוגנת בפרוטוקול מס' 1 לאמנה, על תיקוניו:

Protocol 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 11, art. 1, Mar. 20, 1952, Europe. T.S. No. 9, available at <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/009.htm>.

"לכל אדם הזכות ליהנות הנאה שלוה מרכושו. לא תיגרע זכותו של אדם ליהנות מרכושו, אלא אם האינטרס הציבורי מחייב זאת בכפוף לתנאי הדין והעקרונות הכלליים של הדין הבינלאומי. זכות זו לא תגרע מכוחה של המדינה לאכוף חוקים החיוניים להסדרת השימוש בקניין בהתאם לאינטרס הכללי או להבטיח את תשלומם של מסים, תשלומים אחרים או להטיל עונשים."

חלקים אחרים באמנה משמשים גם הם לצורך דיונים על פגיעות תכנוניות. כך, לדוגמה, סעיף 8 לאמנה⁵¹ שעיקרו הגנה על החיים, המשפחה והבית. ניתוח מפורט של עיקרי האמנה אינו מטרתנו כאן⁵¹ ואולם יש לציין כי מספר החלטות שנגעו לזכות הקניין הכלולה באמנה, התקבלו על רקע פגיעות תכנוניות. ואכן, המקרה הראשון בו קבע בית המשפט האירופאי כי הופרה זכות הקניין, נגע לפגיעות תכנוניות בשבדיה וניתן ב-1982.⁵²

במספר פסקי דין פסקו בתי המשפט לזכויות האדם או בתי משפט מדינתיים שמדינות אחדות במדגם (שבדיה, יוון, פולין, ופינלנד) מפירות את זכות הקניין בהקשר לפגיעות תכנוניות הקבועות באמנה. רוב המקרים הללו קשורים בפגיעות רבתי או בהקפאות תכנוניות ארוכות של אפשרויות הבנייה והניצול של הנכס ולא בפגיעות חלקיות או עקיפות. שתי מדינות במדגם (שבדיה ופינלנד) אף שינו את החקיקה המדינתית שלהן בנושא פגיעות תכנוניות כתוצאה מהחלטות בית המשפט האירופאי. מדינות אירופאיות אחרות (בריטניה וצרפת) הטמיעו בפסיקתן את זכות הקניין על פי הוראות האמנה בעת דיון בפגיעות תכנוניות. בניגוד להן, בחלק מהמדינות לא ניכרת השפעת בית המשפט האירופאי על הפסיקה המדינתית ובתי המשפט המקומיים נוטים להתעלם ממנה (יוון, פולין ואוסטריה).

מתוך הממצאים עולה, שלאמנה האירופית לזכויות אדם יש גם השפעה עקיפה רבה. מסתבר שישנן תפיסות שונות בדבר המשמעות של לשון האמנה עבור הדין המקומי. החוקרים של כל אחת ואחת מהמדינות דיווחו, שמקבלי החלטות במדינתם סבורים שהחקיקה והפסיקה בה אכן תואמות את האמנה ואת הלכות בית המשפט האירופאי - אולם תפיסות אלה חלות ללא קשר לשאלה, האם החוק המדינתי מעניק זכות פיצוי צרה או רחבה בגין פגיעות תכנוניות.

ניתוחנו מביא למספר מסקנות לגבי השלכת האמנה האירופאית על דיני הפגיעות התכנוניות במדינות האירופאיות שבמדגם:

1. פרשנות האמנה סובלת קשת רחבה של דינים מדינתיים - אלה הבוחרים להעניק זכות פיצוי נדיבה ואלה שאינם מעניקים זכות פיצוי אלא במקרים קיצוניים.

50 תרגום של כתבי המאמר. הנוסח האנגלי הרשמי הנו:

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, in any way, impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties".

51 לניתוח המבחינים אשר פותחו על ידי בית המשפט האירופי לזכויות לצורך הגנה על הקניין: Hendrik D. Ploeger & Danielle A. Groetelaers, "The Importance of the Fundamental Right to Property for the Practice of Planning: An Introduction to the Case Law of the European Court of Human Rights on Article 1", Protocol 1, 15 EUR. PLAN. STUDS. 1423 (2007).

52 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 7151/75, 7152/75 [1982] ECHR 5 (Sept. 23, 1982).

2. למרות שעברו עשורים רבים מאז החלת האמנה, ואף שבית המשפט האירופי קיבל החלטות לא מעטות בנושאי קניין, לא ניכרת האחדת דינים משמעותית בתחום הפגיעה התכנונית.

3. פסיקת בית המשפט האירופאי בכל זאת מגבילה את הגישות הקיצוניות ביותר של שלילת פיצוי. צרפת, יוון, חלק ממדינות אוסטריה ואולי גם פינלנד עשויות בעתיד להתבקש לשנות את החקיקה המדינית שלהן כדי לכלול בה פיצוי בגין פגיעות רבתי, כפי שנדרשה שבדיה בשנות ה-80. המסקנה השלישית נוגעת ישירות לישראל: מתוך עיגון חוקתי מפורש של זכויות קניין, כפי שעושה האמנה האירופית לזכויות האדם, לא בהכרח נובעת זכות רחבה לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות. זכות הקניין יכולה "לסבול" מגוון של פרשנויות היוצקות לתוכה תכנים שונים.

עתה נפנה לניתוח משווה של סוגי הפגיעות השונות והפיצוי הניתן (או לא) בגין במדינות המדגם.

7. הזכות לפיצוי בשל פגיעות רבתי

נתחיל בסקירת פגיעות ישירות – רבתי, דהיינו, פגיעות קיצוניות מאוד בערך המקרקעין המכלול לגמרי או כמעט לגמרי את ערכם של המקרקעין ואת אפשרויות השימוש והניצול הפרטי שלהם. כיצד מתייחס הדין בכל מדינה ממדינות המחקר לפגיעות מסוג זה? הניתוח שלהן מוצג על פי סדר מקבצי המדינות אותם הגדרנו. ככלל, ניתן לומר כי קיים דימיון רב (אם כי לא מלא) בין המדינות באשר לפגיעות רבתי מאשר לפגיעות חלקיות (עקיפות או ישירות).

מבט משווה

כמעט בכל המדינות אותן סקרנו, החוק המקומי מכיר בפיצוי על פגיעות קיצוניות בחומרתן במקרקעין. היחס לפגיעות רבתי הוא תלוי-הקשר. ההבדלים הקיימים בכל זאת בין מדינה למדינה מספקים הזדמנות ללמידה הדדית על הרציונלים לפיצוי ועל סוגי התרופות השונות הקיימים.

פגיעות רבתי נחלקות לשתי קטגוריות עיקריות, בהתאם לייעוד המקרקעין על פי החלטות התכנון הפוגעות: ייעוד למטרות ציבוריות או למטרות פרטיות.

במקרה הראשון, הרשות מייעדת מחדש את מקרקעיו של פלוני לצורכי ציבור, אך אינה מממשת את הייעוד הציבורי במשך זמן רב ואינה מפקיעה את הקרקע. בתקופת הדמדומים, שבין קביעת הייעוד החדש לבין מימושו בפועל, עלולים הבעלים להמשיך ולהחזיק במקרקעין תקופות ארוכות. ערכם של אלה עלול לצנוח עקב הציפייה להפקעה ביום מן הימים. לעיתים תכופות, פגיעות רבתי הן נשוא של התדיינות משפטית. גם בית המשפט האירופי לזכויות אדם נזקק לסוגיה זו בפסיקה חלוצית.

קיימות מספר סיבות לכך שפגיעה משמעותית בערך הנכסים מהווה בעיה אשר חוצה גבולות מדינתיים: מדינות רבות מבקשות ליצור תכנון ארוך טווח ולייעד מראש קרקעות לצורכי ציבור, אך הן נתקלות בקשיים כספיים לרכישת המקרקעין. עם זאת, שעה שמדובר ברשויות מקומיות שקופתן מלאה, או במדינות אמידות, כגון אלה שבמרכז וצפון אירופה, הבעיה מתונה יותר, שכן יש בידי גופי השלטון לפצות את הבעלים ללא שיהוי.

על אף הדמיון בין המדינות מבחינת ההכרה בפגיעות חמורות, קיימים הבדלים משמעותיים בתרופות הניתנות לבעל הזכות. לעתים יכולים הבעלים לתבוע פיצוי, ולעיתים הם יכולים לחייב את הרשות המפקיעה לרכוש את הנכס בתמורה הולמת. פתרון זה של רכישה כפויה מוכר במדינות רבות אותן סקרנו. הביטוי המינימלי של זכות זו מוכר במדינות רבות בשם severance - קטיעה או ניתוק. בישראל, זכות זו קיימת באופן מצומצם מאוד, רק במקרה של פגיעה ביתרת המגרש לאחר שחלקו האחר הופקע (ראו את סיפת סעיף 190(א) לחוק התכנון והבנייה).⁵³

הזכות לכפות על הרשויות להפקיע אל מול ה"הלכה הדו-שלבית" בישראל

הזכות לכפות על הרשויות לרכוש מקרקעין ש"ספגו" פגיעה רבתי - גם כאשר חלקם לא הופקע - קיימת במספר מדינות במדגם. בארצות הברית הזכות קיימת, אך בהיקף מצומצם. היא קרויה שם inverse condemnation (דהיינו: "הפקעה נגדית" או "רכישה הופכית"). בבריטניה, סוג זה של פתרון קרוי planning blight (קרי: "שידפון תכנוני") או reverse compulsory acquisition (כלומר, הפקעה הופכית בכפייה). באוסטריה מכנים את הרכישה ההופכית בשם redemption (בתרגום מגרמנית לאנגלית), דהיינו, "פדיון קרקע" מאת בעל הזכות הנפגע. ובגרמניה קרוי ההליך בשם היבש - "העברת זכות בנכס" (transfer of title).

הליך מעין זה אינו קיים בישראל, וטוב היה לו חוקק, כביטוי הולם לזכות הקניין החוקתית. מתן הזכות לבעלים לפנות לרשויות ולדרוש, בדין, שיפקיעו את הקרקע, תעניק לבעלים הגנה במקרים קיצוניים, בהם עדיף לבעלים לאבד את זכות הקניין במקום להישאר "תלויים בין שמיים וארץ". הליך כזה, ראוי שיחליף את ה"הלכה הדו-שלבית"⁵⁴ הנהוגה בישראל, המהווה פגיעה קשה בבעלים ואשר לא נמצאה לה מקבילה בדין ההשוואתי. לפי הלכה זו, כדי לקבל את מלוא הפיצוי על מקרקעין, שבסופו של דבר מופקעים, על בעלי הקרקע לתבוע פיצויים בשני שלבים: בשלב הראשון, בגין ייעוד המקרקעין לצורכי ציבור, ובשלב השני, בגין ההפקעה עצמה. מאחר שבשלב הראשון לעיתים תכופות יורד חלק ניכר או אף מירב הערך, החמצה של שלב זה תקפח את בעלי הקרקע שלא יקבלו פיצוי זה בשלב ההפקעה.

53 הפסיקה פירשה זכות זו באופן מצומצם מאוד. לדיון הלכתי בתחולתה של הגנת שווי המגרש ראו ע"מ 1975/01 ועדה מקומית לתכנון ולבנייה, כרמיאל נ' רובינשטיין, פ"ד נו(6) 638 (2002); לפיתוחה של הלכה זו ראו ע"מ 9749/03 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה קרית-אתא נ' יורם אליהו, מאגר נבו (2007). וכן דנ"א 7624/07 יורם אליהו נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה קרית-אתא, תק-על 2008 (2) (2008).

54 ראו: ע"מ 474/83 הוועדה המקומית לבנייה ולתכנון ערים, ראשון לציון נ' חממי, פ"ד מא(3) 370 (1987) (להלן: "עניין חממי").

פגיעות רבתי במדינות המקבץ הראשון

חמש המדינות במקבץ זה (קנדה, אוסטרליה, בריטניה, צרפת ויוון) מעניקות פיצוי מינימלי בגין פגיעות רבתי, ואולם ניתן לאתר הבדלים בין המדינות בתוך המקבץ. שתיים ממדינות חבר העמים הבריטי - קנדה ואוסטרליה - מתחרות ביניהן על התואר "המדינה המגבילה ביותר" מבחינת זכות הפיצוי על פגיעות דרסטיות במקרקעין. לעומתן, בריטניה מציגה מודל מגביל פחות לפיצוי. צרפת ויוון נחשבות, גם הן, כמדינות מגבילות, אך בד בבד במקרים מיוחדים הקבועים בחוק, יש זכות לפיצוי.

קנדה: כדי לזכות בפיצוי בגין ירידת ערך מקרקעין, על בעל הזכות הקנדי להראות, ככלל, כי הוא אינו יכול לעשות כל שימוש סביר במקרקעין בעקבות המעשה הרגולטורי התכנוני. בנוסף, נדרש בעל הזכות להצביע על כך, שהרשות הפוגעת נהנתה באופן ישיר מהמעשה התכנוני שהביא לפגיעה דרסטית בערך המקרקעין. מלומדים קנדיים⁵⁵ ביקרו את ההסדר הקנדי, אך בתי המשפט חזרו פעם אחר פעם על הלכה זו. ישנן מספר פרובינציות המעניקות בכל זאת פיצוי במקרים של פגיעות משמעותיות מסוגים שונים. פירוט הדינים הוא מעבר לגבולות מאמר זה. באופן כללי, אילו קנדה היתה באירופה, ספק אם החוק הקנדי היה עומד בביקורת השיפוטית של בית המשפט האירופאי לזכויות אדם.

אוסטרליה: אפשרות הבעלים לכפות על הרשות לרכוש את מקרקעין שערכם נפגע בעקבות החלטת תכנון, מוגבלת מאוד. כדי לזכות בפיצויים, על בעל הזכות להצביע על כך שלא ניתן לעשות שימוש פרטי כלשהו במקרקעין שיועדו לצרכים ציבוריים. מחבר הפרק בספרי אודות אוסטרליה מבקר חריפות הסדר זה ומלין על השימוש הרחב שעושות בו רשויות המדינות כדי לשמר שטחים פתוחים. פרקטיקה בעייתית נוספת, לדעת המחבר, היא נטייתן של רשויות התכנון באוסטרליה ליעד קרקעות לשימוש ציבורי שנים רבות לפני שהן מממשות את כוונתן להפקיען. ברמה המדינתית, חלק ממדינות אוסטרליה מכבידות על הבעלים עוד יותר בדרישה להוכיח, שנגרמה מצוקה מיוחדת (special hardship) כתוצאה משינוי בייעוד הקרקע.

בריטניה: החוק בבריטניה נדיב במקצת יותר מזה הנוהג בקנדה או באוסטרליה. בנוסף, החוק מציג רציונאל בהיר להסדרים הגלומים בו. אף על פי שהרפורמה בתכנון משנת 1947 "הלאימה" לכאורה את זכויות הפיתוח במקרקעין (בכך שביטלה את כל הזכויות שלא מומשו), הרי שהלכה למעשה, מכיר החוק, אף אם באופן מאוד מצומצם, בזכות לפיצוי עקב פגיעה רבתי כתוצאה ממעשים תכנוניים מסויימים.

בריטניה מתווה שני אפיקים מרכזיים לפיצוי בגין פגיעות רבתי. הראשון נקרא "שידפון תכנוני" (Planning Blight) ובמסגרתו יש זכות לפיצוי עת תכנית מייעדת קרקע פרטית ליעוד ציבורי מבלי להפקיעה. בניגוד לדין הישראלי, כדי לזכות בפיצוי אין צורך שהתכנית תאושר באופן רשמי ודי בתכנית רעיונית ואולם, על בעל הזכות להצביע על כך, שאם היה מוכר את הנכס ביעודו הציבורי החדש, התמורה שהיה מקבל נמוכה משמעותית מהתמורה

55 כך סבורים המחברים שתרמו לספרי Bryan Schwartz and Melanie R. Bueckert בתוך Alterman Raymond E. Young, "Canadian Law of Constructive Expropriation" 68 Saskatchewan L. REV. 345 (2005) .ראו גם: et al 2010 pp. 93-106

שהיתה מתקבלת ללא הייעוד הציבורי. בנוסף, על הייעוד הציבורי להיות כזה המופעל אך ורק על ידי גופים ממשלתיים ולא על ידי גופים ציבוריים אחרים.

ההליך השני לפיצוי בעלים על פגיעות רבתי קרוי בשם "הודעת רכישה" (או Purchase Notice). פיצוי זה ניתן, לא רק בגין ייעוד ציבורי חדש לקרקע פרטית, אלא גם במצבים בהם קרקע אמורה להיוותר בבעלות פרטית, אך לאחר ההחלטה התכנונית, אין לקרקע כל ערך כלכלי או שימוש ימועילי (seuno beneficial). מסיבה זו, נתיב זה לפיצוי הינו מורכב יותר: בעוד שבמסגרת ה"שידפון התכנוני" די לבעל הזכות להראות ירידת ערך משמעותית, הרי שבמסלול השני עליו להראות, כי אין עוד ערך למקרקעין. תנאי נוסף הוא, שבעל הזכות על המקרקעין יגיש בקשה לרשויות התכנון לשימוש בעל ערך כלכלי כלשהו וזו תסורב, או לחלופין, שהיתר בנייה שניתן לו, יבוטל. מחבר הפרק הבריטי בספר סבור, כי הסדר זה מטיל על הבעלים עול כבד מנשוא ואינו מתקבל על הדעת. כתמיכה, הוא מציין את המספר המצומצם של תביעות לפיצוי בנתיב זה.

סיכומו של דבר, החוק הבריטי נתפס על ידי מלומדים⁵⁶ כעולה בקנה אחד עם האמנה האירופאית לזכויות האדם. בריטניה לא נחשבה עד כה כמפירה את האמנה האירופית לזכויות האדם.

צרפת: צרפת מעניקה זכות מוגבלת מאוד לפיצוי, בדומה לאוסטרליה וקנדה. בקשות לפיצוי בגין פגיעות רבתי כמעט שלא מוגשות, למעט מקרים של הפקעה. עם זאת, החל מ-1998 קיימת מגמה קלה של הגמשה. בית המשפט העליון בצרפת קבע, תוך יישום האמנה האירופאית לזכויות אדם, כי כאשר המעשה התכנוני יוצר פגיעה "לא נורמלית ויוצאת דופן" מבחינת ערך הנכס של פלמוני, תעמוד לו הזכות לתבוע פיצוי. בפועל, פסיקה זו לא הביאה לגל של תביעות פיצויים בשל הלשון הצרה בה נקט בית המשפט. מכאן, שעיקר הפיצוי בגין ירידות ערך משמעותיות ניתן לבעלים רק במקרים של ייעוד מקרקעיהם לצורכי ציבור (או אז רשאי הבעלים לדרוש מהרשות את הרכישה הכפויה) ואף במקרים בהם הנכסים שלהם מצויים בתחום העובר כולו התחדשות עירונית (אף אם הפיתוח לא נעשה בידי רשויות ציבוריות).

סוג אחר של זכות לפיצוי - יוצאת דופן לעומת המדינות האחרות וללא הקבלה בישראל - קמה לבעלים במקרים בהם המקרקעין מצויים בתחום גן לאומי. אם בעל הזכות מוכיח אובדן הכנסה של 50% לפחות מהנכס, הוא יכול לפנות לממשלה כדי שזו תרכוש את הנכס כולו. נכסים המצויים מסביב לאיזורי חדירה וחלחול של מים, זכאים גם הם לפיצוי בנסיבות דומות.

יוון. שלא כמו מדינות רבות במדגם, הדין היווני אינו מכיר בזכותו של בעל מקרקעין לפנות אל רשויות השלטון בדרישה לרכישה כפויה של המקרקעין כאשר אלה נפגעו משמעותית כתוצאה מהמעשה התכנוני (ובדרך כלל יועדו המקרקעין לצורכי ציבור). בתי המשפט לא הכירו באפיק זה לפיצוי בגין פגיעות רבתי, ובמספר מקרים מנעו פיצוי אף כאשר חלה הקפאה מוחלטת של האפשרות לבנות בנכס: כך היה במקרה של הקפאה למשך 25 שנה אשר נבעה מגילוי ממצאים ארכיאולוגיים, שלא אפשרו לבעל הזכות כל שימוש במקרקעין.

56 ראו בפרק המוקדש לבריטניה בספרי Alterman et al 2010 ונכתב על ידי Michael Purdue (בעמ' 130 ואילך).

זאת ועוד, הרשויות ביוון נהגו בסחבת במימוש הפקעות שתוכננו מבעוד מועד ובכך יצרו חוסר ודאות מתמשך אצל בעלי הזכויות. אין פלא איפוא, שבית הדין האירופי לזכויות אדם פסק, לא אחת, כנגד יוון. בית המשפט העליון ביוון תיקן במשהו את הדין בעת שפסק, כי אם לא מתבצעת הפקעה ומשתלמים פיצויים בקרקע המיועדת להפקעה במשך 8 שנים, רשאי בעל הזכות לדרוש להסיר את הייעוד הציבורי.

התמונה היוונית לפיצוי בגין פגיעות רבתי הופכת מורכבת עוד יותר באיזורים כפריים.⁵⁷ ביוון קיימת זכות, שאותה נכנה "זכות מסורתית", לפיתוח. בחלקות כפריות בגודל מסויים והמחוברות לתשתית, קיימות זכויות מוטמעות לבניית בית למשפחה אחת.⁵⁸ עם העלאת המודעות לצורך בשמירה על שטחים פתוחים ושמורות טבע (והוראות של האיחוד האירופי) מתעוררת בעיה כאשר הרשויות מבקשות ליעד מקרקעין כפריים לשמירת טבע ובכך הן מגבילות את אותה "זכות מסורתית". במקרה זה, ציפיית הבעלים מופרת, אך למרבה הפליאה, בתי המשפט היווניים סירבו להכיר בציפייה זו כבת-פיצוי. פסיקה זו הובילה לפנייה לבית המשפט האירופאי לזכויות האדם. האחרון פסק, כי ההנחה המשפטית בדבר המשך קיומו של ערך כלכלי למקרקעין חקלאיים אינה ברורה מאליה, ויש לבחון אותה בכל מקרה לגופו. הזכות לפיצוי עשויה לחול בנסיבות המתאימות. פסיקה זו של בית המשפט האירופי פתחה פתח צר להרחבת דיני הפיצויים בגין פגיעות תכנוניות.

פגיעות רבתי במדינות המקבץ השני

במקרים של פגיעה רבתי שלוש המדינות במקבץ השני - פינלנד, אוסטריה וארצות הברית – מעניקות זכות רחבה יותר לפיצוי מאשר מדינות המקבץ הראשון. ואולם, שלא כמו המדינות במקבץ השלישי, החקיקה במדינות המקבץ הנוכחי הינה עמומה בסוגיית הפיצוי, ופסיקת בתי המשפט (עם הייתה כזו) לא הצליחה להפיג את העמימות ואת אי הוודאות.

פינלנד. בפינלנד קיים פער מוזר מעט בין לשון החוק - המבטיחה לכאורה זכויות פיצוי בגין קשת רחבה של פגיעות - לבין היעדרן של תביעות לפיצויים, אפילו במקרים של פגיעה רבתי. הפסיקה בנושא מעטה מאוד משום שהחברה הפינית אינה ככלל "חברה מתדיינת" (בניגוד למספר מדינות אחרות במדגם, ביניהן ישראל).

החוק הפיני מעניק פיצויים בגין פגיעות משמעותיות, מקום בו בעלי הזכות לא יכולים לעשות שימוש במקרקעין באופן המשיא תשואה סבירה, או אם המגבלה התכנונית גורמת ל"חוסר נוחות משמעותית" לבעלי הזכות.⁵⁹ באין גוף של פסיקה, לא ברור אם מושגים אלה ראויים לפירוש רחב או צר. על כן יש לפנות לפרקטיקה התכנונית.

בפרקטיקה, כאשר אין תכנית סטטוטורית מפורטת, רשויות התכנון מחויבות במתן היתר בנייה כל אימת שהסירוב להענקתו יגרום פגיעה משמעותית למבקש ההיתר. לחלופין, על הרשות לשלם פיצויים לנפגע או לרכוש את הקרקע. בדומה, אם הקרקע מיועדת לשימוש

57 הסדר דומה קיים גם בקפריסין, וזאת בהתבסס על תקשורת אישית עם מתכננים קפריסאים.

58 המדובר ב- single family homes, בתרגום מיוונית לאנגלית.

59 בתרגום לאנגלית: significant inconvenience. מונח זה תורגם לבקשתי מפינית לאנגלית על ידי עמיתי המחקר מפינלנד.

ציבורי, מצופה מהרשויות לרכוש את הקרקע ללא שיהוי רב או לשלם פיצויים בגין חוסר יכולתו של בעל הזכות לבנות. אף שהחוק בפנינלנד אינו מקנה לבעלים זכות מפורשת לדרוש מהרשויות שירכשו את המקרקעין במועד נתון, אין פסיקה משמעותית בסוגיה זו.

בינתיים, לא נמצאה סתירה בין החוק הפיני לבין האמנה האירופאית לזכויות אדם, ואולם ייתכן, כי אם תתגבר הנטייה להתדיינות משפטית, יהיה צורך להתאים את הפרקטיקה הפינית להוראות האמנה ולהרחיב את הזכות לפיצוי על ידי, למשל, הקלה בתנאי הסף להגדרת פגיעה.

אוסטריה. הדין האוסטרי בנושא פגיעות תכנוניות שונה מהותית מזה הקיים בפנינלנד, ואולם גם באוסטריה ניכר, כי נושא הפגיעות התכנוניות אינו מצוי במרכזה של התדיינות משפטית או ביקורת ציבורית. תהליכי "התכווצות עירונית" מחמת שיעור הילודה הנמוך מאוד, מחייבים את מוסדות התכנון האוסטריים להסב קרקעות שנועדו לפיתוח ליעוד לשטחים פתוחים.

אוסטריה מהווה מעבדה מעניינת ללימוד פגיעות תכנוניות. במדינותיה השונות קיימות גישות שונות. שלא כמו במדינות פדראליות אחרות הכלולות במדגם (ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה וגרמניה), באוסטריה אין עקרון-על או דוקטרינת-על וכאמור, אין פסיקה החלה על כל המדינה הפדראלית. כל מדינה בפדרציה החילה חקיקה פרטנית בנוגע לזכות לפיצוי. לימוד השוואתי של חקיקה זו מציג תמונה כאוטית למדי של כללים לפיצוי בשל ירידות ערך.

ממצאינו מראים, כי חמש מתוך תשע מדינות אוסטריה מכירות לכאורה אך ורק בזכאות לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות דרסטיות.⁶⁰ ארבע המדינות הנותרות מאפשרות תביעת פיצוי גם בגין החלטות תכנון פוגעניות פחות.⁶¹ מדינת וינה אינה מבחינה בין ייעודי קרקע פוגעניים אלא קובעת שיעור של ירידת ערך - 83% ומעלה.⁶² ניתן להצביע על עיקרון משותף אחד בין מדינות אוסטריה: כאשר ירידת הערך נובעת בעיקר מצפיית הבעלים ולא מזכויות ממשיות, ואם לא ניתן לפתח את השטח משום שאין עדיין תשתיות, לא קמה עילת פיצוי כלשהי. אף על פי כן, במספר מדינות אוסטריה בכל זאת ממלא עקרון הציפייה תפקיד חשוב.⁶³ הסדרים מעניינים, שאין דומה להם בשאר מדינות המדגם, מעניקים זכות פיצוי אם ניטל רוב שווי המקרקעין ובנוסף לכך, אם הפגיעה היא יחסית לעומת נכסים סמוכים (אין מדובר באיחוד וחלוקה).

מכנה משותף אחד קיים בין רוב המדינות המרכיבות את אוסטריה: החוק והפסיקה קבעו, שעל הרשויות לפצות בגין השקעות בתשתיות (מים, דרכים וכיו"ב) שנעשו עקב הסתמכות על התוכניות התקפות. לעומת זאת, בווינה - ורק שם - קיים תנאי נוסף, שכדי לקבל את פיצויי הפגיעה, על הבעלים להעביר את זכות הבעלות לרשות. הדין בתשע מדינות אוסטריה שונה גם בטווח הזמנים המזכה בפיצוי: במדינת קארינתיה האוסטרית, התנאי הוא,

60 מדינות אלו הן: וינה, זלצבורג, בורגנלנד, קארינתיה, ואוסטריה-עילית.

61 מדינות אלו הן: טירול, ווראברג, סטיריה ואוסטריה-תחתית.

62 מדינת וינה היא מיוחדת, שכן אין היא מכירה בפגיעות רגולטוריות כלשהן כפוגעות במקרקעין. וינה

מעניקה פיצוי בגין הפחתת ערך רק כאשר הבעלים מוכן להעביר את הבעלות לרשות.

63 אוסטריה-עילית וסטיריה.

שהקרקע הנפגעת נרכשה עד 25 שנה לפני מועד הפגיעה; בזלצבורג, על התוכנית הפוגעת להתאשר בתוך 10 שנים ממועד אישור התוכנית המקורית כדי לזכות את המקרקעין בפיצוי; ההיגיון בכך הוא, שאם נרכשה הקרקע, ומזה זמן רב לא מימש בעל הזכות את זכויות הפיתוח המוענקות בה, הרי שהלה קיפד בכך את זכותו לפיצוי על ירידת ערך.⁶⁴ בשאר המדינות אין מגבלת מועדים דומה.

המבטיים מבחוץ על ההסדרים האוסטריים יתמהו, כיצד משלימים תושבי אוסטריה הקטנה, בה המעבר מפרובינציה לפרובינציה עשוי לארוך חצי שעה, עם משטר חוקי לא עקבי ולעתים מבלבל. שלא כמו בארצות הברית או בישראל, ההתדיינות המשפטית באוסטריה בנושא הפיצויים אינה ענפה. ייתכן שההסברים לתשומת הלב הציבורית הנמוכה לפגיעות תכנוניות הם תרבותיים. סיבה אפשרית נוספת היא, שבדומה לפינלנד, הרשויות האוסטריות נוהגות לנהל משא ומתן עם בעלי הזכויות ובכך מונעות סכסוכים מראש.

ארצות הברית. בארצות הברית קיים דין אחיד למדי בין המדינות בנוגע לפגיעות תכנוניות בכלל ופגיעות דרסטיות במיוחד. החוקה הפדרלית מהווה מסמך-על, שפרשנותו מוחלטת בכל מדינה. מספר מדינות העניקו בחקיקה זכויות רחבות יותר לפיצוי, ואולם החקיקה המדינתית אינה מחליפה את ההלכה הכללית שהתגבשה בפסיקה בנוגע לפגיעות תכנוניות, בהסתמך על לשון החוקה. הפסיקה בארצות הברית בתחום הפגיעות התכנוניות היא ענפה מאוד. למרות זאת, הפסיקה טרם הגדירה קווים ברורים לפיצוי, ומותרת שיקול דעת פרשני ממקרה למקרה.

על פי הדין האמריקני, אם המעשה התכנוני רוקן את המקרקעין "מכל שימוש כלכלי אפשרי", מדובר בפגיעה רבתי להבדיל מפגיעה חלקית. הבחנה זו מעוררת שאלות לא קלות ובלתי פתורות כגון: האם על בעל הזכות להוכיח, שהערך הכלכלי של המקרקעין נפגע במלואו, או די לו להצביע על פגיעה דרסטית, גם אם היא מותרת שווי כלשהו?

במבט ראשון, הדין האמריקאי נראה דומה לזה הנהוג במדינות האחרות אותן סקרנו. עם זאת, הרעיון האמריקאי בדבר "נטילות" רגולטוריות הוא רחב הרבה יותר. ברוב המדינות שבמחקר, להוציא ארצות הברית, פגיעה תכנונית תוכר רק אם היא תוצאה של החלטת תכנון חדשה (בארצות הברית בדרך כלל תהיה זו החלטה של zoning - איזור; דהיינו, חוקי עזר מקומיים הדומים לתוכנית של ייעודי קרקע). ללא שינוי בהסדר התכנון החל על המקרקעין, לא תקום זכות תביעה לפיצויים. לעומת זאת, ירידת ערך לא חייבת לנבוע משינוי בהסדר התכנון. אף אם לא הוקנו לאתר זכויות פיתוח קודמות, ייתכנו מצבים שבהם סירוב לאשר זכויות בנייה חדשות ייחשב כפגיעה הטעונה פיצוי. לדוגמה, בעלי קרקע חקלאית, שמסיבות שונות הפכה להיות חסרת ערך כלכלי, עשויים לבקש שינוי ייעוד לשימוש כלכלי. סירוב מוסדות התכנון לאשר ייעוד חדש עשוי לשמש עילה לתביעה, בתנאי שהשימוש הנוכחי (חקלאות) הנו חסר כל ערך כלכלי.

64 הסדר דומה קיים בשבדיה וגרמניה אם כי שם תקופת היישום הינה שונה.

הבדל זה, בין ארצות הברית למדינות אחרות, אינו מינורי. הוא משקף תפישה שונה של זכות הבעלות וזכויות פיתוח הרווחת בארצות הברית. לתפישה זו עשויה להיות השלכה רבה בעידן בו מדינות רבות נאבקות בפיתוח-יתר, ומבקשות להגן על הסביבה ולרסן פיתוח מיותר.

פגיעות רבתי במדינות המקבץ השלישי

חמש המדינות שאותן סיווגנו בקטגוריה זו מעניקות זכות פיצוי רחבה בגין פגיעות תכנוניות. בעיקר נבדלת קבוצת מדינות זו באשר לייחסן לפגיעות חלקיות, בהקשר לפגיעות רבתי בהן אנו עוסקים עתה, מעניקים חוקי מדינות אלה בדרך כלל זכות פיצוי נרחבת. יחד עם זאת, ניתן להבחין בחוסר עקביות מסויים בין המדינות ובהבדלים מבחינת הרציונאליים לפיצוי בכל מדינה.

פולין. פולין היא המדינה הראשונה בקבוצה, משום שזכות הפיצוי בה פחות רחבה מזו של עמיתותיה ברשימה. אף שהחוק בפולין מעניק זכות כללית רחבה לפיצוי בגין פגיעות משמעותיות, נכללים בו מספר חריגים מגבילים. כמדינה פוסט-קומוניסטית, בדומה למדינות אחרות שהשתחררו מהמשטר הסובייטי, גם בפולין, זכות הקניין זוכה להגנה משפטית ואידיאולוגית-פוליטית רבה. החוקה מגינה מפורשות על זכות הקניין.

חוק התכנון הפולני משנת 2003 מציב הסדרים נבדלים לפגיעות רבתי לעומת פגיעות חלקיות. לגבי פגיעות רבתי, החוק קובע, כי "אם השימוש בקניין הפך בלתי אפשרי או הוגבל משמעותית"⁶⁵ בשל תכנית בניין עיר חדשה, או החלטה אחרת, הבעלים זכאים לפיצוי. קו הגבול בין פגיעה רבתי לבין פגיעה חלקית אינו ברור ועד כה, אין פסיקה המפרשת את לשון החוק. השותף הפולני למחקר, Miroslaw Gdesz, מציע לראות ב-50% של ירידת ערך כקו פרשת המים המבחין בין פגיעה רבתי לפגיעה חלקית. בראייה השוואתית, זו עצמה פרשנות מאוד מרחיבה של זכות הפיצוי; ישנן מדינות בהן רמה זו תיחשב לפגיעה חלקית.

בדומה לרבות מבין המדינות במדגם, לרבות ישראל, החוק הפולני מתייחס למצב דברים בו קרקע יועדה לצורכי ציבור, אך הייעוד הציבורי לא מומש משך שנים רבות והקרקע לא ניטלה בפועל על ידי הרשות הציבורית. מקרים אלה הנם שכיחים בפולין, בעיקר בשל המעבר מהמשטר הקומוניסטי למשטר החדש, והמעבר מכלכלה קומוניסטית שכשלה לכלכלת שוק מתפתחת. חוק התכנון הראשון, משנת 1994, העניק לבעלים, לראשונה, את הזכות לפנות לרשות הציבורית בדרישה, כי תפקיע את מקרקעיהם ותשלם פיצויים, אולם חקיקת מעבר פטרה את הרשויות מחובתן לשלם פיצויים בגין קרקעות שיועדו לצורכי ציבור לפני שנת 1995. ארבעה מקרים כאלה, של השתהות בהפקעה ואי פיצוי בעלים, הגיעו לבית המשפט האירופי לזכויות אדם. בית הדין פסק, כי פולין הפרה את הוראות האמנה ובפרט את הסעיף הקנייני בה.

65 התרגום העברי הוא שלנו, בהתבסס על תקשורת אישית עם ד"ר מירוסלב גדז'. הסעיף הרלוונטי הינו סעיף 36:

Land Planning Act of 2003, Dz. U. of 2003, No. 43, item 296, art. 36(1) (Pol.).

גרמניה. הדינים הנוהגים בגרמניה ובשבדיה באשר לפגיעות רבתי דומים מאוד זה לזה, אך שונים מכל המדינות האחרות. המודל של גרמניה ושבדיה יכול להוות מקור השראה למדינות אחרות.

בכל הקשור לפגיעות משמעותיות, החוק הגרמני הוא הבהיר והעקבי ביותר מבין המדינות שנסקרו. בניגוד לחוק האמריקאי ולחוק הפולני, החוק הגרמני אינו משאיר קצוות פתוחים. חוסר הוודאות עבור בעל הזכות והרשויות הנו זניח. הזכות החוקית לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות מוענקת בכל מצב של ירידת ערך כתוצאה ממעשה תכנוני רגולטורי.

החוק הגרמני מגדיר רשימה סגורה של 14 סוגים של שימושים ציבוריים, שרק עבורם ניתן לייעד את המקרקעין לצורכי ציבור. אם הרשות הציבורית משתהה ברכישת הקרקע, יכול בעל הזכות לפנות בדרישה לרכישתה. ברם, במידה שהרשות הציבורית מראה, כי למקרקעין יש עדיין ערך כלכלי סביר (למשל, כתוצאה מהשכרת הנכס), היא מוסמכת לדחות את תביעת הרכישה ולהפקיע את הקרקע במועד הרצוי לרשות. החוק הגרמני אינו מגביל את פרק הזמן בו הבעלים יכול לדרוש את רכישתה של הקרקע. מצב זה שונה מהדין החל בגרמניה כאשר קרקע פרטית נפגעת על ידי אישורו של ייעוד פרטי, או אז קיימת מסגרת זמנים לתביעה.⁶⁶

שבדיה. אף שהחוק השבדי בנוגע לפגיעות רבתי דומה עד מאד לזה הגרמני, המקורות שלו שונים. החוק הגרמני הוא תוצאה של התפתחות אורגנית והדרגתית, ולעומת זאת החוק השבדי משקף תגובה לפסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם. ב-1982 ניתן פסק הדין בפרשת *Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*⁶⁷ - הראשון בנושא של זכויות במקרקעין שהגיע להחלטה בבית הדין. העתירה עסקה בשתי חלקות, שלגביהן ניתנה הודעה על הכוונה להפקיען. אחת החלקות שהתה תחת חרב ההפקעה משך 23 שנים והאחרת משך 10 שנים ללא פיצוי. אף על פי כן, לא הושלמה ההפקעה ולא הועברה הבעלות לרשויות. בעלי החלקות פנו לבית המשפט האירופי אשר פסק, כי מדובר בהפרה של הזכות הקניינית. לנוכח פסק הדין שינתה שבדיה את חוק התכנון שלה וב-1987 נחקקה הזכות לפיצוי. הפרלמנט של שבדיה הרחיק לכת וחוקק לא רק זכות לפיצוי במצבים חמורים, הדומים לעובדות של פסק הדין, אלא גם בגין פגיעות חלקיות.

בהקשר לפגיעות רבתי, מבחין החוק השבדי, בדומה לחוק הגרמני, בין שימושים ציבוריים לפרטיים.⁶⁸ בעלי מקרקעין המיועדים לשימוש ציבורי יכולים לפנות לרשות בדרישה שתרכוש את המקרקעין בכל עת לאחר שאושרה התכנית החדשה המייעדת את הקרקע לשימוש ציבורי. בכך פסע הפרלמנט השבדי כברת דרך מעבר לנדרש מתוך פסיקתו של בית הדין האירופי. לעתים, יכולים בעלי הזכות לדרוש רכישה של המקרקעין אפילו כאשר הייעוד החדש יתופעל על ידי גוף פרטי בעל אופי ציבורי. לעומת זאת, כאשר שינוי ייעוד הקרקע הוא לצורך פרטי מובהק, שיש עימו פגיעה רבתי בערך הקרקע, או אז חלה מגבלת זמנים על תביעתו של בעל הזכות הנפגע, בדומה לפגיעה חלקית - ובך נדון בסעיף העוסק בפגיעות חלקיות.

66 בכך נדון בהקשר למקרים של פגיעות תכנוניות חלקיות בגרמניה.
67 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* 7151/75;7152/75 [1982] ECHR 5 (Sept. 23, 1982)
68 החלפת דעות אישית של המחברת עם פרופ' תומס קאלברו (2-3 בספטמבר 2008).

הולנד וישראל. הצמד המוזר של הולנד וישראל מציג דמיון מפתיע באשר לדין החל על נזקי תכנון. מדובר בשתי מדינות שאינן חולקות מסורת משפטית או חוקתית דומה. הדין בשתי המדינות מעניק לבעלי מקרקעין זכות רחבה מאוד לפיצוי בגין ירידות ערך. שלא כמו מספר מדינות אחרות במדגם, הדין הישראלי והדין ההולנדי אינם מבחינים בין פגיעות הנובעות מייעוד לשימוש ציבורי לבין אלו הכרוכות בייעוד לשימוש פרטי. מאידך, הדינים בשתי מדינות אלה אינם מכירים בזכות הבעלים לדרוש את רכישת הקרקע על ידי הרשות הפוגעת.⁶⁹

למרות הדמיון בדינים בין שתי המדינות, קיים הבדל משמעותי בהקשר למדיניות הקרקעית: אצל הרשויות בהולנד קיימת מסורת ארוכת שנים של "בנקאות קרקע", דהיינו רכישה מבעוד מועד של קרקעות פרטיות לצורכי התרחבות העיר בעתיד.⁷⁰ הרשויות ההולנדיות נוהגות לפעול מראש כדי לאגור מלאי של קרקע ובכך יש כדי להפחית את תדירותן של תביעות ירידות ערך.⁷¹ בישראל, הרשויות נעדרות משאבים בהשוואה לאלה בהולנד.⁷² כתוצאה מכך, לעיתים תכופות נוהגות הרשויות בישראל לדחות את ההפקעה שנים רבות וכך גם את תשלום הפיצוי לנפגע שחבר ההפקעה מרחפת מעליו. תופעה זו הופכת פגיעה רבתי לפגיעה חמורה עוד יותר, בשל אי הוודאות בה שרויים הבעלים והבצורת הכלכלית בה שרויים המקרקעין.

הבדל זה אינו מבטל את הנסיבות של פגיעות עקב החלטות תכנון אלא רק מקטינו. בהולנד, כמו בישראל, יכול עדיין הבעלים לתבוע את ירידת הערך שנבעה כתוצאה מאישורה של התוכנית הפוגענית. כך יכול בעל הזכות להיפרע את נזקו התכנוני, ובשלב השני להיפרע מיתרת נזקו, עת הקרקע מופקעת לצורך ציבורי (אם זהו ייעודה). מצב זה קרוי בישראל "ההלכה הדו-שלבית".⁷³ הלכה זו עדיפה אומנם על אי-פיצוי כלל באשר לפגיעה התכנונית,

69 בישראל קיים אמנם פתרון חלקי המזכיר זאת, אשר מעוגן בהגנת "יתרת המגרש" שבסעיף 190 לחוק התכנון והבנייה, אך הגנה זו מוגבלת בהיקפה למצבים מסוימים מאוד. כמו כן הפרט יכול לפנות לערכאות בבקשה, כי קרקע המיועדת בתכנית להפקעה, אך הליך ההפקעה בה טרם הסתיים ברישום זכויות, תופקע על ידי הרשות.

70 לפירוט נוסף ראו אצל **לוינסון-זמיר** בעמ' 293-294.

71 אם כי תופעת "בנקאות קרקע" הצטמצמה בשנים האחרונות בהולנד. יחד עם זאת, היא עדיין בגדר מסורת תכנונית בהולנד. לפירוט נוסף פנו ל-

Barrie Needham, **One Hundred Years Of Public Land Leasing In The Netherlands, In Leasing Public Land: Policy Debates And International Experiences** 61-82 (Steven C. Bourassa & Yu-Hung Hong Eds., 2003); See Also: Edwin Buitelaar, **The Cost Of Land Use Decisions: Applying Transaction Cost Economics To Planning And Development** 65-67 (2007).

72 בהתאם לכך, הרשויות בישראל מחפשות פתרונות יצירתיים למימון צורכי הציבור ולצורך אספקת קרקע לשימושים ציבוריים. פתרונות אלה קורמים עור וגידים בדמות הסכמים עם יזמים, ניווד זכויות, ואף שימוש נרחב בתוכניות איחוד וחלוקה. לפירוט רחב יותר בסוגיה זו ראו: אביבה צוברי ורחל אלטרמן **בין מסורות ציבוריות למטלות פרטיות, הסכמים בין רשויות תכנון ליזמים - הדוגמה של תל אביב**, מפרסומי המרכז לחקר העיר והאיזור, הטכניון (2008); לירית מרגלית ורחל אלטרמן, 1998, **מהיטלים ועד הסכמים: דרכים לשיתוף יזמים בנטל פיתוח והקמה של מוסדות ושירותי ציבור**, הוצאת המרכז לחקר העיר והאיזור, הטכניון; רחל אלטרמן עם מירי ויטק, 1991, **מהפקעות ועד הסכמים: דרכים חלופיות להשגת קרקע לצורכי ציבור**, הוצאת המרכז לחקר העיר והאיזור, הטכניון.

73 לדיון בתורת שני השלבים ראו את עניין **חממי**, לעיל הי"ש 53, שם צוין כי שינוי ייעוד מכוח תוכנית, הפוגע בשוויים של מקרקעין, עשוי לזכות את הבעלים בפיצוי דו-שלבי: פעם אחת בשל שינוי הייעוד ובפעם השנייה בשל ההפקעה. עוד נקבע, כי אם הרשות המקומית מבקשת למנוע את כפל הטיפול בנושא הפיצויים, היא יכולה לבצע את ההפקעה מיד עם תחילתה של התוכנית ובמקביל לכניסתה לתוקף.

אולם היא מטילה נטל בלתי סביר על בעלי הקרקע. הפן החיובי הוא, שבעלי המקרקעין יכולים לזכות בפיצוי בגין הפגיעה התכנונית - שהיא לעיתים תכופות המשמעותית יותר - מבלי להמתין עד להפקעת הקרקע. הפן השלילי הוא, שלאחר ייזום תביעה שכזו, העשויה לארוך זמן רב ולהיות כרוכה בעלויות, על הבעלים יהיה להגיש תביעה נוספת אם וכאשר יחליטו הרשויות על נטילה ממשית של המקרקעין. בשלב זה, תהיה התביעה עבור ערך המקרקעין ערב ההפקעה, בייעוד הציבורי החדש.

בהיבט חשוב אחד מקפח הדין הישראלי את בעלי הקרקע לעומת הדין ההולנדי. בישראל, חוק התכנון והבנייה מגביל את הזכות לתבוע פיצויים על השלב הראשון של שינוי הוראות התכנון לשלוש שנים בלבד.⁷⁴ בעל המקרקעין ההולנדי יכול להמתין עד למועד הפקעת הקרקע ולקבל את מלוא הפיצוי - הן את החלק שנגרם מההחלטה התכנונית הפוגעת והן את זה הנובע מההפקעה עצמה. להבדל זה יש השלכות מרחיקות לכת לבעלי הזכות בישראל, משום שלפי הדין הישראלי, אין חובה על הרשויות, בדרך כלל, למסור הודעה אישית לבעלי המקרקעין שנפגעו, אף לא כאשר המקרקעין מיועדים בתוכנית לא רק לייעוד ציבורי אלא גם להפקעה. הרפורמה המוצעת אינה מתקנת עיוות קשה זה, וחבל.

8. הזכות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות

פרק זה יעסוק בפגיעות ישירות - חלקיות, דהיינו, כאלה המותירות חלק ניכר משווי המקרקעין בידי הבעלים, והנובעות מהוראת תכנון החלק ישירות על המקרקעין. מחלוקת רבה קיימת סביב השאלה, אם ראוי להעניק זכות לפיצוי כאשר הפגיעה היא חלקית בלבד ומותירה שימוש כלכלי במקרקעין. מסיבה זו, משמש כאן הדין בדבר פגיעה חלקית כאבן בוחן מלוטשת להבנת ההבדלים בין מדינות המדגם, יותר מאשר הפגיעה רבתי. ממצאי המחקר מצביעים על מגוון עשיר של גישות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות. מיגוון זה יכול להעשיר את הדיון הציבורי והמשפטי המתקיים כיום בישראל בסוגיה זו. הצדדים משני צידי מתרס "הזכויות" יכולים למצוא טיעונים התומכים בגישתם: אלה התומכים בהצרת הזכות לפיצוי ואלה התומכים בהרחבתה.

מבט משווה

ניתן היה לצפות, כי במדינות המקבץ הראשון, המקמצות בפיצוי אפילו בגין פגיעות רבתי, לא תוענק כלל זכות לפיצוי עבור פגיעות חלקיות. ככלל, השערה זו נכונה. עם זאת, בשלוש מבין חמש מדינות המקבץ הראשון (בריטניה, צרפת ויוון) קיימים חריגים צרים המתירים פיצוי גם עבור פגיעות חלקיות. זכויות רחבות יותר לפיצוי על ירידת ערך חלקית אנו מוצאים במדינות המקבץ השני (אוסטריה, פינלנד וארצות הברית). ואולם, תנאי הסף למימוש זכות הפיצוי נוטים להיות קשים או עמומים. במדינות המקבץ השלישי (פולין, גרמניה, שבדיה, ישראל והולנד), זכות הפיצוי בגין פגיעות תכנוניות חלקיות מעוגנת באופן ברור, אם כי במידות שונות.

ואולם, למרבה הצער שיקולים כלכליים ותכנוניים אינם מתמרצים את הרשויות, בדרך כלל, לבצע מהלך כזה.

74 עם אופציה להאריך תקופה זו מסיבות מיוחדות באישורו של שר הפנים (סעיף 197(ב) לחוק התכנון והבנייה).

הממצא הבולט ביותר הוא ההבדלים הרבים בין המדינות במדגם במספר היבטים של הזכות לפיצוי: ההגדרות של פגיעות חלקיות, תנאי הסף החלים, מסגרת הזמן לתביעה והנטל הכספי המוטל על רשויות הציבור. בשתי המדינות בעלות זכות הפיצוי הרחבה ביותר בסולם - הולנד וישראל - מצאנו, כי הנטל הכספי בשל ריבוי התביעות הוא כה משמעותי עד כי גוברות הקריאות לשינוי בדיני הפיצוי. רק בשתי מדינות אלו נתפס היקף התביעות כבעיה ציבורית. לעומתן, בשבדיה ובגרמניה ניכר, כי הדין מצא נקודת איזון נאותה בין הבטחה של תכנון למען הציבור לבין ההגנה על הקניין הפרטי. המצב בפולין בהקשר זה עדיין לא ברור; זו מדינה בה הדין מצוי במעבר ויש להמתין עד שניתן יהיה לבחון, כיצד מתבטאת הפרקטיקה של תביעות בגין פגיעות חלקיות במקרקעין.

קיימים הבדלים גם בתפקידו של הדין החוקתי בהקשר לפגיעות חלקיות. מבין 13 המדינות, רק בישראל, בארצות הברית ובהולנד מועלות שאלות בדבר זכות הקניין החוקתית בהקשר לפגיעות חלקיות. בשאר המדינות מתמקדות השאלות החוקתיות - אם כלל - בעיקר בסוגיות הנובעות מפגיעות רבות.

פגיעות חלקיות במדינות המקבץ הראשון

קנדה ואוסטרליה אינן מכירות כלל בזכות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות. מנגד, שלוש המדינות האחרות שבמקבץ הראשון, המקמצות בדרך כלל בפיצוי, כוללות חריגים מעניינים המאפשרים פיצוי בגין פגיעות חלקיות (וישירות).

בריטניה. על פניו, הדין הבריטי אינו מכיר בפגיעות חלקיות משום שכאלה אינן יכולות להתרחש, בדרך כלל, על פי הכללים הנהוגים. מאז שבריטניה ביטלה בשנת 1947 את המוסד של זכויות פיתוח במקרקעין, והחלטות אם לאשר בנייה, אם לאו, נוגעות לכל בקשה נקודתית בעת הגשתה, לא ניתן למצוא סיטואציה בה תוכנית חדשה יוצרת פגיעה ישירה אך חלקית (למשל, פגיעה בהיקף של 10% מערך הקרקע).

ואולם, יש יוצא מן הכלל. משניתן "היתר תכנון" (שילוב בין תוכנית מפורטת למגרש אחד והיתר בנייה), ובמסגרתו הזכות לבנות בהיקף מסוים, ההיתר יהיה תקף למשך 5 שנים.⁷⁵ אם בתקופה זו בוטל ההיתר או הרשות בוחרת לשנותו, ובעל ההיתר יהיה זכאי לתבוע פיצוי בגין פגיעה זו. המחבר של הפרק הבריטי בספר, Michael Purdue, מסביר, כי ביטול או שינוי ההיתר מזכה את הבעלים בפיצוי בגין אובדן הרווחים העתידי וההוצאות שנגרמו לבעל ההיתר וכן בגין ירידת ערך המקרקעין. אולם בפועל, מספר השינויים או הביטולים של היתרי תכנון בבריטניה הוא זעום ומצריך אישור של השר הממונה. שינויים אלו מתאפשרים, בדרך כלל, רק אם קיים אינטרס ציבורי מהמעלה הראשונה.

צרפת. למרות מדיניות אי-הפיצוי הבולטת בצרפת, ניכרים מספר חריגים בחוק ובפרקטיקה המעניקים פיצוי דווקא בגין פגיעות חלקיות. למשל, כאשר מקרקעין פרטיים מיועדים לשימוש לצורכי ייעור, חקיקה ספציפית מעניקה לבעלים את הזכות לפיצוי בגין החלק שניטל ממנו. פיצוי זה יכול להינתן בדמות קרקע חלופית. דוגמה נוספת הינה כאשר מוקמים קווי מתח גבוה על או בסמוך למקרקעיו של פלוני. במצב זה נוהגות הרשויות

Philip Booth, *Planning By Consent: The Origins And Nature Of British Development Control*. 75 (2003)

לשאת ולתת עם הנפגע ולפצותו בגין פגיעה חלקית הנגרמת לו. מחקרנו מצביע על פרקטיקות הסכמיות ותיקות, שתכליתן למזער את התנגדויות הבעלים ואת תביעותיהם. בין היתר מכירות הרשויות הצרפתיות גם באפשרות לתיקונים נקודתיים בתוכניות בניין עיר וכן בניוד זכויות ממקרקעין למקרקעין, כדי למזער או לאיין את הפגיעה במקרקעין.⁷⁶

עד כה לא הכירו בתי המשפט בזכות לפיצוי בגין ירידת ערך חלקית, מלבד המקרים אותם מנינו לעיל. ייתכן, כי החלטתו יוצאת הדופן של בית המשפט הצרפתי מ-1998, שהוזכרה לעיל, טומנת בחובה את המפתח להכרה הולכת וגוברת גם בפגיעות חלקיות, שכן החלטה זו מכירה בפיצוי בנסיבות של פגיעה "יוצאת דופן".⁷⁷

יוון. ככלל, הדין היווני (כמו הצרפתי) אינו מכיר בזכות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות. ישנם שני חריגים: שימור טבע או שימור מבנים היסטוריים. חקיקה קונקרטית מעניקה לבעל הזכות פיצוי כאשר מקרקעיו מיועדים כשטח לשימור טבע, ובלבד שהם "נפגעים בצורה ניכרת". מלומדים יוונים⁷⁸ נוהגים לפרש תיבה זו ככוללת גם פיצוי בגין פגיעות חלקיות. עם זאת, בהיעדר תקנות, חוק זה נותר בלתי ממומש. לנוכח פסיקת בית המשפט האירופי, יאלצו הרשויות היווניות לתת את הדעת לחוסר זה, במסגרת של תביעות עתידיות.

חריג אחר נוגע לשימור אתרי מורשת היסטוריים וארכיאולוגים. החוק מעניק זכות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות בערכו של מבנה לשימור. לאור ריבוי אתרי המורשת ביוון וחשיבותם לתיירות, אין פלא שבית המחוקקים היווני נתן את הדעת לסוגיה זו. הצרה היא, שלא נקבעו תנאי סף לתביעות, אין הנחיות ואף לא פסיקה מנחה.

נתיב אחר לפיצוי חלקי, אף הוא במצבי שימור היסטורי ושימור טבע, הוא בדרך של ניוד זכויות בנייה. שלא כמו בארצות הברית, ביוון נושא זה מעוגן בחקיקה ראשית: החוק היווני מתיר מפורשות ניודן של זכויות בנייה כדי להימנע מפיצוי בגין ירידת ערך של מבנים היסטוריים.

פגיעות חלקיות במדינות המקבץ השני

הדין באוסטריה, בפינלנד ובארצות הברית מכיר באפשרות לזכות בפיצוי בגין ירידת ערך חלקית כתוצאה מפגיעה ישירה. עם זאת, קיימים קשיים במימושה של תביעה מסוג זה.

פינלנד. במבט ראשון נראה, כי הדין הפיני אינו מכיר באפשרות לקבל פיצוי בגין פגיעות חלקיות. מבט קרוב יותר מצביע על חריגים המתירים פיצוי בכל זאת.

76 פרקטיקה זו מיובאת מארצות הברית אל מדינות רבות בעולם, לרבות ישראל. לעיון נוסף ראו: Rachelle Alterman, *A View From The Outside: The Role Of Cross-National Learning In Land-Use Law Reform In The United States*, In *Planning Reform In The New Century* 309-20 (Daniel R. Mandelker ed., 2005).

77 בצרפתית: *special et exorbitant*. פסק הדין ידוע בשמו - *Bitouzet*: Conseil d'Etat Section [CE Sect.] [highest administrative court section], July 3, 1998, Ministère de l'Équipement c/ Bitouzet.

78 לסקירה מעמיקה על הדין היווני ראו הפרק על יוון בספרי *Alterman et al 2010*, בעמ' 149.

החריג הראשון בפינלנד נוגע למקרקעין המצויים באיזורים כפריים שלא חלות עליהם תוכניות בניין עיר. בדומה לדין היווני, גם בפינלנד קיימים איזורים כפריים ובהם לבעלים של קרקע קיימת, כחלק מזכות הבעלות, יש זכות נלווית לפיתוח המקרקעין לצורך הקמת בית מגורים ומבנים לשימושים נלווים. זכות זו עשויה להיפגע כאשר החלטות תכנון חדשות אוסרות לחלוטין על בנייה כלשהי, למשל בשל ייעוד לשמורת טבע או לשטח להגנה על זני חי או צומח. במצב דברים זה, ייתכן שתהיה לבעלים הזכות לתבוע את הפגיעה החלקית הגלומה באובדן היכולת לבנות. אולם בפועל, זכויות אלה אינן מביאות לתביעות רבות, משום שהאיזורים הכפריים שאין עליהם תוכניות בניין עיר, דווקא נוטים להתרוקן מתושבים עקב הגירה לערים.

החריג השני, המעניין יותר, קיים במצבי שימור היסטורי. החקיקה הפינית מכירה בזכות לפיצוי מלא בגין פגיעה תכנונית הנובעת מייעוד מקרקעין (והמבנים בהם) למטרת שימור היסטורי, וזאת בתנאי שהפגיעה אינה שולית. אם בעל הזכות אינו יכול לנצל את המבנה לשימור בצורה סבירה, ונמנעת ממנו היכולת להפיק ממנו תועלת סבירה, הוא יהיה זכאי לפיצוי. בנוסף, הוא יפוצה בגין הוצאות מיוחדות הנדרשות לתחזוקת המבנה לשימור.

לנוכח ההגנה החוקתית על הקניין בפינלנד ופסיקת בית המשפט האירופי, יש לשער כי בעתיד תורחב הזכות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות.

אוסטריה. במסגרת הדינים של מדינות אוסטריה, לשון החוק בארבע מתוך תשע המדינות מכירה באפשרות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות, אולם המושגים שמאמצים חוקים אלה אינם מתיישבים זה עם זה. במדינת טירול, מורה החקיקה המדינתית, כי תוכנית אשר "מפחיתה את זכויות הפיתוח", תזכה את הנפגע בפיצויים. במדינת וורארלברג מדבר החוק על "הפחתה" בזכויות הפיתוח. באוסטריה-תחתית, לשון החוק מורה על פיצוי במצבים של "שיללה" או "הגבלה משמעותית" של זכויות הפיתוח. במדינת סטיריה החוק מדבר על "הפחתה בערכה של החלקה". תיבות אלה מאפשרות לפצות גם בגין פגיעות חלקיות במקרקעין, ולא רק במצבים של פגיעות דרסטיות, ואולם בהיעדרה של פסיקה, קשה לומר עד כמה לשון החקיקה בארבע המדינות הללו מאפשרת לפצות בגין פגיעה כזו.

ארצות הברית. הדין האמריקני אומנם מכיר במושג הכללי של פגיעות חלקיות אולם התנאים שהציבה הפסיקה מקשים מאוד על קבלת פיצוי במקרים כאלה. בשלוש מדינות נחקקו חוקים - שונים מאוד זה מזה - שמיועדים להקל על תביעות כאלה. אולם התחולה של חוקים אלה מוגבלת, וגם על פיהם קשה להגיש תביעה שתתקבל. מספר התביעות שהתקבלו, הלכה למעשה, במדינות אלה הוא קטן מאוד.

מצבי ביניים של פגיעות חלקיות הינם מורכבים מאלו של פגיעות דרסטיות ולכן מספקים מצע נרחב להתדיינות משפטית בארצות הברית. המבחנים הפתוחים שפותחו על ידי בתי המשפט, אינם מוסיפים בהירות בנוגע לקשת המצבים בגינם ניתן לפצות.

מבחן המפתח לקביעת קיומה של פגיעה תכנונית חלקית הוא תלת-ראשי. הוא נקבע בפסק הדין המכונן משנת 1978 בפרשת **Penn Central**.⁷⁹ נקבעו שלושה מבחנים: הראשון הוא

. Penn Central Transportation Co. v. New York City 438 U.S. 104 (1978) 79

מידת הפגיעה הכלכלית לתובע. זו צריכה להיות משמעותית, גם אם היא חלקית. פסיקות שונות קבעו רף שונה של פגיעה: 60%, 70%, 85% ואף יותר מכך.⁸⁰ רף זה גבוה הרבה יותר מזה הנהוג במדינות המקבץ השלישי, לרבות זה הנהוג בישראל (ראו **ברנד ואלתרמן 2010**). המבחן השני עניינו במידה בה ההחלטה השלטונית הפוגעת פגעה ב"ציפיות מגבות השקעה" אצל הנפגע - *Investment backed expectations*. על הנפגע להראות, כי הסתמך הסתמכות קונקרטי על המצב המשפטי הקיים טרם הפגיעה בו והשקיע מכספו באופן ממשי לקראת מימוש הבנייה. מעבר לעיקרון הכללי, הפסיקה האמריקנית משאירה אי-ודאות רבה ומידת ה"הסתמכות" הדרושה נקבעת ממקרה למקרה. המבחן השלישי עניינו בטיבה של הפעולה הממשלתית:⁸¹ במשך שנים רבות פירשו בתי המשפט ומוסדות התכנון האמריקנים את המבחן הזה כמאזן בין הצורך הציבורי לפגיעה הפרטית. כך, גם אם נקבע, כי הפגיעה היא אמנם משמעותית וכי הציפיות נתמכו בהשקעה של ממש, עדיין יכלו הרשויות לקבוע שהמטרה הציבורית יותר חשובה מהפגיעה בקניין הפרטי. אולם בשנת 2005 צמצם בית המשפט העליון את המבחן השלישי וקבע, כי הוא נוגע אך ורק לשאלה, האם הפגיעה כרוכה גם בהפקעה פיזית, אם לאו. בפגיעות ללא הפקעה נותרו איפוא רק שני המבחנים.

בשנות ה-80 וה-90, תוך קבלת עידוד מהתנועה המקדשת את הקניין הפרטי, החלו מדינות אחדות לחוקק הסדרים בשם הקניין, שמטרתם לעגן הסדרים ברורים באשר לזכויות פיצוי על פגיעות חלקיות. ואולם בפועל, רוב החוקים הללו הסתפקו בדרישה מהרשויות לערוך תחקיר מקדים לפגיעה האפשרית בקניין (*takings assessment*) ולא היה בכך משום בשורה לבעלים.⁸² מדינת פלורידה חוקקה בשנות ה-90 חוק שמעניק פיצוי בגין פגיעות תכנוניות חלקיות, אך בפועל התנאים שהציב החוק אינם מאפשרים לתביעות רבות להבשיל.⁸³

הטלטלה הבולטת ביותר במישור של החקיקה המדינתית חלה כאשר בשנת 2004 מדינת אורגון אישרה חקיקה מדינתית שיצרה הדים רבים בארצות הברית. היתה זו יוזמת חקיקה של תושבים (המתאפשרת לפי חוקת אורגון) בשם "תקנה 37" (Measure 37).⁸⁴

80 הגישה האמריקנית מזכירה מעט את זו הישראלית אשר דנה באופן קזואיסטי בסוגי הפגיעות וברף הפגיעה המצדיק פיצוי. ואולם, בעוד הגישה האמריקנית קובעת רף פיצוי גבוה למדי, ניכר כי הגישה הישראלית מנמיכה רף זה באופן משמעותי. לעיון מפורט בגישה האמריקנית ראו: Douglas T. Kendall, Timothy J. Dowling & Andrew W. Schwartz, **Takings Litigation Handbook: Defending Takings Challenge To Land Use Regulations** 209-19 (2000).

81 הטרימינולוגיה האמריקנית היא: *The Character Of The Government Decision*: לסקירה בנושא זה ראו: 82

Stacey S. White, "State Property Rights Laws: Recent Impacts and Future Implications", 52(7) **LAND USE L. & ZONING DIGEST** 3 (2000); John D. Echeverria & Thekla Hansen-Young, "The track record on takings legislation: Lessons from democracy's laboratories 1-2" (Georgetown Public Law Research Paper No. 1138017, 2008), available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138017.

83 על התקוות שנגוזו ראו:

Joni Armstrong Coffey, "High Hopes, Hollow Harvest: State Remedies for Partial Regulatory Takings", 39 **URB. LAW.** 619 (2007).

84 יוזמת התושבים הינה במסגרת הליך הקיים במספר מדינות בארצות הברית. Ballot Measure 37, Or. Rev. Stat. § 197.352 (2005). *codified at* הסטטוטורי ביחס לשאר מדינות ארצות הברית. עם מערכת תכנונית מקצועית ומדיניות תכנונית

חוק זה הרחיב באופן קיצוני את הזכות לפיצוי גם במקרים של פגיעה חלקית. זו החקיקה הנדיבה ביותר בה נתקלנו במסגרת מחקר זה. תקנה 37 העניקה פיצוי מלא לכל סוג של פגיעה תכנונית במקרקעין: לא רק כזו הנובעת מהחלטות תכנון ואיזור אלא גם פגיעה הנובעת מחקיקה סביבתית. תקנה 37 לא קבעה סף כלשהו לפגיעה המזכה בפיצוי, וחייבה את כל רשויות הממשל באורגון. בנוסף, התירה חקיקה גורפת זו - באופן חסר תקדים - לפצות גם בגין נזקים רטרואקטיביים, כל עוד הללו התרחשו לאחר שנת 1950.⁸⁵ תקנה 37 פתחה סכר למבול של תביעות, שסכומן הסתכם בכ-14 מיליארד דולר.⁸⁶ רבות מהרשויות נאלצו לחזור בהן מהחלטות תכנוניות וסביבתיות. האפקט המצטבר של תהליך זה היה משתק והוביל לשינוי חקיקתי מהיר למדי.

כעבור שלוש שנים בלבד, ב-2007, מדינת אורגון ניסתה להקטין את הנזקים שנגרמו כתוצאה מהתביעות הרבות שהוגשו. יוזמת חקיקה זו - "תקנה 49" (Measure 49)⁸⁷ - נועדה להקשות על אפשרות התביעה בגין פגיעות חלקיות, אך היא עדיין מעניקה זכויות פיצוי רחבות יותר מאלה שמעניקה החוקה וכפי שנהוג ברוב מדינות ארצות הברית. הוויכוח בין הקבוצות הפוליטיות מצא ביטוי גם בוויכוח בין מלומדים.⁸⁸

פגיעות חלקיות במדינות המקבץ השלישי

המשותף למדינות במקבץ השלישי הוא, שהחוק בהן מכיר בזכות הפיצוי בגין פגיעות חלקיות, אף אם הן עולות כדי אחוזים בודדים בלבד מערך המקרקעין. את חמש המדינות שבמקבץ זה דירגנו לפי היקף הזכות לפיצוי. היקף הזכות קשור בסוגי הפגיעות המוכרות לפיצוי, התנאים לפיצוי, רף הפגיעה המינימלי ועוד. דירוג המדינות, מהפחות נדיבות לנדיבות ביותר, הוא: פולין, גרמניה, שבדיה, ישראל והולנד.

פולין. ברמה העקרונית, מכיר החוק הפולני בזכות לפיצוי "מהזלוטי הראשון". לא נקבע רף מינימלי של ירידת ערך. בנוסף, החוק מכיר במיגוון גדול של החלטות תכנון כמקנות זכות לפיצוי. הללו כוללות לא רק שינויים לתוכניות בנין עיר אלא גם החלטות בדבר היתרי פיתוח הניתנים במקומות (הרבים מאוד עדיין) שטרם הוכנה עבורם תוכנית בנין עיר. פרק הזמן המוענקת לתובעים להגשת התביעה מאז יום ההחלטה הוא ארוך יחסית - 5 שנים

לאומית, מהווה אורגון את חוד החנית של תכנון מסדיר בארצות הברית. למחקר נוסף המתאר את המתרחש באורגון, ראו -

Connie Ozawa, *The Portland Edge: Challenges And Successes In Growing Communities* (2004).

85 החקיקה באורגון פתחה פתח של שנתיים ימים להגשת תביעות רטרואקטיביות. בעלים שהזדרזו לעשות כן הביאו למבול של תביעות אשר איתן נאלצת מדינת אורגון להתמודד עד היום.

86 ראו הפרק האמריקאי בספרי. Alterman et al 2010, עמ' 215-228.

87 **2007 OR. LAWS ch. 424, § 4, codified at OR. REV. STAT. § 195.305**

88 בסוגיה זו נשברו עטים ועפרונות רבים. ואכן, תקנה 37 סימנה את תחילתו של מאבק עיקש בין המצדדים בהרחבה זכות הפיצוי ובין אלה הסבורים שיש לרסנה עד מאוד. בצד המצדדים בזכות הפיצוי בשל פגיעות תכנון ראו:

Sara C. Galvan, "Gone Too Far: Oregon's Measure 37 and the Perils of Over-regulating Land Use", 23 *YALE L. & POLY REV.* 587 (2005).

ובצד המתנגדים לזכות הפיצוי הרחבה שהוענקה באורגון ראו:

Rebekah, R. Cook, "Incomprehensible, Uncompensable, Unconstitutional: The Fatal Flaws of Measure 37", 20 *J. ENVTL. L. & LITIG.* 245, 256-60 (2005);

למאמר יסודי ומעניין במיוחד ראו:

Edward J. Sullivan, "Year Zero: The Aftermath of Measure 37", 38 *URB. LAW.* 237 (2006).

מיום אישור התוכנית או ההיתר. ואולם, בהשוואה לארבע המדינות הנותרות בקבוצה, התנאים לפיצוי בפולין הינם קשים יותר. על בעלי הזכויות שנפגעו להראות פגיעה ממשית בכך שהעבירו בפועל את זכותם (לדוגמה, מכרו את הנכס) וקיבלו בעבורה מחיר הנמוך מהמחיר שהיה משתלם אלמלא ההחלטה הפוגעת.

עד כה, אזרחי פולין לא הגישו תביעות פיצויים רבות והפסיקה מועטה למדי. אולם, פולין היא מדינת כלכלה במעבר ואזרחיה דווקא מודעים מאוד לזכויות במקרקעין ואינם מרבים לפנות לבתי המשפט בסוגיות אחרות. יש להניח, כי עם המשך השיפור ברמת החיים והמשך העלייה התלולה במחירי הקרקע, וכן עם התגברות המודעות של המדינה לצורך למנוע פיתוח כדי להגן על שטחים פתוחים, נהיה עדים לתביעות פיצויים רבות יותר ולהתגבשות של פסיקה בנושאים הטעונים פרשנות.

גרמניה. שלא כמו בפולין, החוק הגרמני בנוגע לפגיעות תכנון מצוי עלי-ספר שנים רבות וניכר, כי נמצאה בו נקודת האיזון המתאימה בין פיצוי יתר לפיצוי חסר בנוגע לפגיעות חלקיות. בכלל, גרמניה היא גם אחת המדינות הבודדות עם היסטוריה ארוכה של חקיקת תכנון.⁸⁹ הגישה הגרמנית לנזקי תכנון נבדלת מאלה הנהוגות בשאר מדינות המחקר, מלבד שבדיה.

החקיקה הפדרלית בגרמניה היא הקובעת את הדין בעניין נזקי תכנון. היא מבחינה באופן חד בין פגיעות רבתי לפגיעות חלקיות. פגיעות רבתי המערבות ייעוד ציבורי אינן תחומות בזמן, כפי שהוסבר לעיל. לעומת זאת, פגיעות חלקיות תחומות בשעון זמנים של 7 שנים, אך ההגדרה של פרק הזמן שונה מאוד מהנהוג בישראל ובמדינות אחרות רבות. את פרק הזמן הזה מונים ממועד אישורה של התוכנית המקורית, שהעניקה את זכויות הבנייה, ולא ממועד אישורה של התוכנית הפוגעת. הווה אומר, ניתן לאשר תוכנית פוגעת (פגיעה חלקית) כל עוד תוכנית זו מתאשרת לאחר 7 שנים ממועד האישור המקורי. התוכנית עצמה אינה פוקעת - אין קשר בין טווח זמן זה לטווח התחולה של התוכנית. רק הזכות לפיצוי מתבטלת.

בנוסף, מכיר החוק הגרמני בזכות בעלי הקרקע להיפרע בגין הוצאות שהוציאו תוך הסתמכות על המצב התכנוני שקום לפגיעה. כך למשל, יכול בעל הזכות לזכות בהחזר הוצאות אותן שילם לבעלי מקצוע (מהנדס, אדריכל). הזכאות להוצאות אלה אינה מותנית בכך שהבעלים בנה בפועל על חלקתו או ניצל את זכויותיו.

באמצעות כללים אלה משיג החוק הגרמני איזון בין האינטרס הציבורי לאינטרס של בעלי הקניין. האחרונים יוכלו להיפרע את מלוא נזקם אם הרשויות נאלצו לאשר תוכנית חדשה

89 גרמניה כללה כבר בימי הביניים תקנות שנועדו להסדיר שימושי קרקע. השימוש בתקנות איזור גבר במהלך המאה ה-19. לפירוט היסטורי נוסף ראו Philip Booth, *Controlling Development* (1996) בעמ' 71. עוד ראו:

Sonia Hirt, "The Devil Is in the Definitions: Contrasting American and German Approaches to Zoning" 73 *J. AM. PLAN. ASS'N* 436 (Autumn 2007).

פוגעת בתוך פרק הזמן של 7 שנים, כל עוד הפגיעה עולה על זוטי דברים - דה-מינימיס.⁹⁰ לאחר חלוף הזמן של 7 שנים, אם בעל המקרקעין לא מימש את הזכויות, תוכל רשות התכנון לבטל את זכויות הבנייה ללא זכות לפיצוי. ואולם, עם זאת, תקופת 7 השנים אינה מבססת זכות מוקנית או חוזה בין הרשות לפרט.

הרציונל הטמון ב"כלל 7 השנים" הוא לאפשר הן לרשויות והן לבעלי הקרקע לכלכל את צעדיהן במסגרת ודאית של כללים. התקופה של 7 השנים מגדירה את כללי המשחק ואת הציפיות הלגיטימיות בין הצדדים. מחד, לבעלים יש אינטרס לבקש היתר בנייה במשך תקופה זו, שהרי אם לא יעשו כן, הם לוקחים סיכון שזכויות הבנייה יינטלו מהם לאחר 7 שנים ללא כל פיצוי. בה בעת, מאותתות הרשויות, כי הן אינן מתכוונות לשנות את המצב התכנוני במשך 7 השנים הבאות. כדי לשנות את התוכנית עם תום תקופה זו (בצורה פוגעת), על הרשות להציג נימוקים משכנעים. בצורה זו, בעל הזכות זוכה בוודאות והרשות התכנונית בגמישות מספקת המאפשרת שינויים תכנוניים.

לכלל 7 השנים שלושה חריגים המאפשרים לבעל הזכות לתבוע, גם אם התכנית הפוגעת אושרה לאחר 7 שנים: ראשית, אם קיים שימוש נוכחי על החלקה, ועל פי התוכנית החדשה (שאושרה לאחר 7 שנים) נאסר השימוש - יזכה בעל הזכות לפיצוי המבטא את שווי השימוש שנאסר עליו, ונד בבד יוכל להמשיך לעשות שימוש בקרקע כפי שהיה נהוג טרם אישור התכנית החדשה. למדינה יש סמכות להפקיע את הקרקע אם היא מעוניינת בהפסקת השימוש ה"חורג" (זו הדרך היחידה לכפות הפסקה של שימוש כזה בדין הגרמני). שנית, אם הבעלים לא יכול היה להשיג היתר בנייה מסיבה אובייקטיבית בתוך טווח 7 השנים (כגון שהרשות לא סיפקה תשתיות), הוא יהיה זכאי לפיצוי אם לא הסתייע בידיו לבנות. שלישית, אם היה בידי בעל הזכות היתר בנייה בר-תוקף (שלא מומש) בתוך תקופת 7 השנים, והיתר בנייה זה בוטל, הוא יהיה זכאי לפיצויים.

הדין הגרמני כולל מגבלות נוספות על הזכות לפיצוי: ככלל, הפיצוי בגין פגיעות תכנוניות חלקיות יינתן רק בעבור פגיעות הנגרמות מתוכניות מפורטות. תוכניות מתאר כוללניות (מעין תוכניות אב סטטוטוריות) או תוכניות אזוריות לא יזכו את בעל הזכות בפיצוי. כלל דומה קיים באוסטריה, בפינלנד, בפולין ובשבדיה. זאת ועוד, החקיקה הגרמנית גודרת שלושה מצבים המגבילים את אפשרות הפיצוי: ראשית, לא ניתן לתבוע פיצוי בגין קרקע שאינה משורת על ידי תשתיות (שירותי מים, ביוב, דרכים וכיוצא"ב). ההיגיון מאחורי קביעה זו הינו למנוע רכישה ספקולטיבית. שנית, כאשר רבים מבין בעלי המקרקעין באיזור גיאוגרפי נתון אינם מנצלים את מלוא זכויות הבנייה שלהם, הרשויות זכאיות להתייחס אל רמת ניצול הזכויות הנוכחית הרווחת כמשקפת את הביקוש. לכן, במקרה כזה, מוסמכות הרשויות לאשר תוכנית חדשה הממצמצת זכויות קיימות ללא חבות בפיצויים. שלישית, כאשר החלטות תכנון קובעות שינוי ייעוד זמני, שיפקע בסיום תקופה מוגדרת, לא יהיו בעלי הקרקע זכאים לפיצויים עם פקיעת הזכויות הארעיות.

סיכומו של דבר, על אף המגבלות הללו, הזכות לפיצוי שמעניקה גרמניה על פגיעות חלקיות הינה נדיבה למדי במבט השוואתי. הזכות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות מכירה גם בפגיעות קטנות, אינה תלויה בפרשנות של ועדות התכנון ובתי המשפט, אלא מעוגנת בחקיקה

90 החוק הגרמני אינו קובע רף כמותי מינימלי לפיצוי, אלא מציון, כי על הפגיעה להיות משמעותית. הפרקטיקה פירשה מונח זה כמעניק פיצוי מלא על ירידות ערך חלקיות, מלבד ירידות ערך מזעריות.

ראשית ומשרה ודאות לשחקנים השונים. המודל הגרמני הוא עקבי, מאוזן וצפוי יותר מזה הקבוע בכל המדינות האחרות, להוציא את שבדיה (בה נדון להלן). ההסדר הגרמני מאוזן יותר מההסדר הישראלי אשר חסר את הוודאות ואת האיזונים והבלמים הנהוגים בגרמניה. אינדיקטור אחד (לא בלעדי) להצלחתו של המודל הגרמני הוא מספר התביעות הקטן במקרים של פגיעות חלקיות. הישג זה משקף את כללי המשחק הברורים: רשויות התכנון נמנעות ככל האפשר מתיקוני תוכניות בתוך תקופת הביצוע (7 שנים) ואילו יזמים, שבכוונתם לנצל את זכויותיהם, אינם שוקטים על השמרים במהלך תקופה זו. אין ספק, שהדין הגרמני עומד בדרישות של האמנה האירופית לזכויות האדם.

שבדיה. המודל השבדי דומה עד מאוד למודל הגרמני. יש להניח שבמקרה של שתי מדינות אלה - ורק אלה - חלה למידה הדדית חוצת-גבולות. כזכור, השבדים ערכו רביזיה מקיפה בדיני התכנון והפיצוי שלהם בעקבות ה"נזיפה" שקיבלו מבית הדין האירופי. אף שהפסיקה הנדונה עסקה בפגיעות רבתי ולא בפגיעות חלקיות, החליטו השבדים להרחיב את זכות הפיצוי גם בקשר עם פגיעות חלקיות ואימצו הסדר דומה להסדר הגרמני. החוק השבדי אף נדיב יותר מזה הגרמני: אין בחוק השבדי אפילו רף מינימום של "ענייני זוטות" (de minimis). מסיבה זו, גם פגיעות מזעריות זכאיות לפיצוי על פי דין. עם זאת, החוק השבדי אינו שלם כמו מקבילו הגרמני.

כפי שנהוג בעוד מדינות במדגם (פינלנד, אוסטריה, פולין וגרמניה), רק תוכנית ברמה מפורטת נחשבת כהחלטה פוגעת. בדומה להסדר הגרמני, החוק בשבדיה מגדיר תקופת ביצוע לתוכנית, אולם בשבדיה החוק מאפשר לרשויות גמישות מסוימת בקביעת התקופה: בין 5 ל-15 שנים. אם לא נקבעה תקופת יישום וביצוע, החוק קובע ברירת מחדל של 15 שנים. המנגנון שקובע החוק דומה לזה שבגרמניה: אם שונתה התוכנית לרעת הבעלים במסגרת תקופת הזמן שנקבעה, יהווה הדבר עילה לתביעת פיצויים. היתרון של המנגנון השבדי הוא בגמישות שהוא מותיר לרשויות התכנון: הללו יכולות להתאים את תקופת היישום של התוכנית לנסיבות מקומיות שונות.

במקרים שבהם זכאים בעלי הקרקע לפיצוי, תחול חובה לפיצוי מלא על ירידת הערך, ללא כל רף מינימום. בדומה לישראל, אך בשונה למשל מארצות הברית או מפולין, בעלת הזכות איננה נדרשת להוכיח פגיעה של ממש אלא "פגיעה על הנייר"; היא אינה נדרשת להראות הפסד ממשי, כגון זה הנובע ממכירה בפועל במחיר הנמוך משווי השוק הקודם לפגיעה. ואולם, הדין השבדי אינו מפצה בגין ערך המבוסס על ציפיות של הבעלים לקבלת זכויות נוספות - אפילו אם הציפייה היא בעלת בסיס איתן. זאת, בשונה מהדין הישראלי שהוא היחיד במחקר אשר מכיר בנסיבות המבססות ציפיה (ראו: Alterman et al 2010).

דמיון נוסף בין גרמניה לשבדיה קשור בסיום תקופת הביצוע שנקבעה לתוכנית: עם חלוף 7 השנים בדין הגרמני, או חלוף 15-5 שנים על פי הדין השבדי, התכנית המקורית אינה פוקעת אלא ממשיכה לחול על המקרקעין (כל עוד לא שונתה או תוקנה על ידי תוכנית חדשה). הזכות לפיצוי היא שפוקעת. בנוסף, בשבדיה, כמו בגרמניה, זכאים בעלי הזכות להחזר הוצאות שנגרמו להם בהסתמכותם על המצב התכנוני הקודם. דמיון אחר הוא במצבים בהם קיים במקרקעין שימוש חוקי, אשר הופך ל"חורג" בעקבות אישור תוכנית חדשה. במצבים אלה, הן בגרמניה והן בשבדיה, זכאים בעלי הזכות לפיצוי בגין ירידת ערך.

גירסת קדם-פירסום למאמר שהתפרסם בכתב העת **מקרקעין** ט/5 (ספטמבר 2010)

בנוסף, קובעים חוקי שבדיה מצבי תכנון מיוחדים להם, שלא כאן המקום לפרטם (ראו Alterman et al 2010: 55-58). גם בהם יש זכות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות, אך חוקים אלה מציבים ספי מינימום שונים זה מזה, הנעים בין 10% ובין 15%. לסעיפים אלה אין מקבילים בדין הגרמני.

סיכומו של דבר, הדין השבדי בנוגע לפיצוי בגין פגיעות חלקיות מציג מסגרת דומה להפליא למסגרת הגרמנית. גם בשבדיה, מיעוטן של תביעות הוא אינדיקטור להצלחת המודל ולוודאותם של כללי הפיצוי. יחד עם זאת, מחבר הפרק השבדי בספרי, Thomas Kalbro, מבקר את ספי המינימום השונים, ועל כן סבור כי הדין השבדי מציג חוסר עקביות. מסיבה זו גוברים בשבדיה לאחרונה קולות המבקשים לקבוע רף ירידת ערך אחיד של 10% כדי לפשט את הדין.

הדמיון בין הולנד לישראל. ישראל והולנד ממוקמות בקצה הספקטרום של מדינות המקבץ השלישי. קשה להחליט מי מהן זוכה בתואר המדינה בעלת זכות הפיצוי הרחבה ביותר. בהיבטים מסוימים מציגה הולנד את משטר הפיצויים הנדיב ביותר, ובהיבטים אחרים מציגה ישראל מסגרת נדיבה יותר. אולם הדין ההולנדי מכיל יותר איזונים וריסונים, ועל כן, היקף התביעות בפרקטיקה הוא צנוע בהשוואה להיקף העצום בישראל, ואינו מכביד על תקציב הרשויות והמדינה באותה מידה.

שתי המדינות מכירות בזכות כללית לפיצוי בגין פגיעות חלקיות - הן פגיעות ישירות והן עקיפות (בעקיפות נדון בפרק הבא). כמו כן, החוק או הפסיקה הכירו ברף אחוזים נמוך למדי של פגיעה כמזכה בפיצוי, בהשוואה לדין האמריקאי, לדוגמה (לניתוח הפסיקה ראו: **ברנד ואלתרמן 2010**).

הדמיון - המקרי לחלוטין - בהתפתחות ההיסטורית של דיני הפיצוי גם הוא מעורר השתאות. בישראל כמו בהולנד, היתה זו הפסיקה אשר העצימה את דוקטרינת הפיצוי. בשתי המדינות, שינויים מינהליים שנערכו לצרכים אחרים (לייעול הליכי תכנון) הפכו את הגשת התביעות לקלה יותר וגרמו להצפה של תביעות.

למרות הדמיון, קיימות מספר נקודות שוני חשובות מאוד, שעליהן נעמוד בפרוטרוט.

הולנד. פגיעות חלקיות בהולנד זוכות לפיצוי מכובד בדומה לנהוג בישראל, ובמובנים מסוימים אף נרחב יותר. אולם כפי שציינו, חרף הזכות הרחבה לכאורה, בפועל שיעור התביעות והיקפן נמוך בהרבה מישראל. הסיבות להבדלים נעוצות "בפרטים הקטנים" שבדין ההולנדי.

בדומה לישראל, נקבעה בהולנד אמת מידה שיש לעבור אותה כדי לזכות בפיצוי, שלשונה: "כל עוד לא ניתן לצפות באופן סביר כי על בעל הזכות לספוג את הפגיעה"⁹¹. אולם בדומה

⁹¹ התרגום העברי הוא שלנו. ביקשנו מעמית המחקר ההולנדי שלנו, פרופ' הובמה, לתרגם את התיבה הזו לאנגלית, שכן תרגום רשמי של הממשל ההולנדי לא היה בנמצא נכון לדצמבר 2008. התנאי ההולנדי, על פי נוסח המתרגם הנו - "... insofar as the loss cannot reasonably be expected to be borne by the

לישראל, לא ניתן ללמוד מלשון החוק על הפרשנות הנדיבה מאוד של אמת מידה זו. אם בתחילה התפרש התנאי בחוק כמתיר פיצוי עבור פגיעות משמעותיות בלבד, החל משנות ה-80 פירשו בתי המשפט ההולנדיים את התנאי כמתיר הגשת תביעות גם בעבור פגיעות חלקיות מזעריות. וכמו בישראל, רפורמה מינהלית (במבנה בתי המשפט המינהליים), שאף היא התרחשה במקרה באמצע שנות ה-90, הפכה את הגשת התביעות לקלה יותר והביאה לגידול רב במספרן.

הדין ההולנדי שונה מהישראלי בהיבט חשוב אחד: הגדרת ההחלטות התכנוניות המקנות זכות לפיצוי. בהולנד אין מגבלה על סוגי ההחלטות הפוגעות. כמו בישראל, הללו כוללות את אישורן של "תוכניות" בכל רמה, אולם בנוסף גם כל החלטה שלטונית אחרת, כולל תקנות והוראות ממלכתיות אחרות. יתר על כן: הדין ההולנדי מכיר לא רק בפגיעה בערך המקרקעין, אלא גם בפגיעה בפעילות העסקית המתרחשת עליהם, כגון אובדן לקוחות בעסק.⁹² הולנד היא המדינה היחידה במדגם המכירה בסוג זה של פגיעה. יתר על כן: הפסיקה ההולנדית מכירה גם באפשרות לפצות בגין נזקים תכנוניים הנובעים ממגבלות זמניות הכרוכות במטרדי בנייה.

החוק ההולנדי מעמיד הסדרים מינהליים ידיוותיים במיוחד לרשות מי שתובע פיצויים. כדי להיכנס בדלתו של מוסד התביעה, מספיק שהבעלים יטענו לירידת ערך ואין הם נדרשים בתחילה לספק חוות דעת שמאית או הוכחה מקצועית אחרת הקושרת בין המעשה התכנוני לפגיעה שנגרמה לכאורה. נטלים ראייתיים אלה רובצים לפתחן של הרשויות ולא לפתחו של בעל הזכות. זאת ועוד, עד ל-2005, לא היתה מגבלת זמן כלשהי להגשת תביעת ירידת ערך ורק ב-2008 שונה החוק באופן בו יש להגיש את התביעה בתוך 5 שנים ממועד החלטה הפוגעת.

לכאורה, החוק ההולנדי הוא גן העדן לבעלי מקרקעין. ואולם, בפרטי החוק נחבאים הבדלים מהותיים המבחינים בין הסדר משפטי בעל איזונים סבירים, לבין הסדר משפטי כמו זה בישראל. במובן מהותי, מגביל החוק ההולנדי את בעלי זכות התביעה: חלה עליהם חובה להקטין את הנזק. משמע, שאין הם יכולים לשקוט על השמרים מבלי לנצל את זכויות הבנייה המוענקות להם בצפייה לקבל היקף זכויות נרחב יותר, או להבדיל - בצפייה כי תאושר תוכנית פוגעת אשר תקים להם עילת תביעה. בכך דומה החוק ההולנדי במהותו לחוק הגרמני והשבדי, אף כי החוק ההולנדי אינו נוקב בפרק זמן מסוים ומשאיר את העניין לקביעה קזואיסטית. לא ביקש הפרט היתר בנייה בתוך תקופה סבירה, ואושרה לאחר מכן תוכנית פוגעת, תישלל ממנו זכות לקבל פיצוי.

למרות תנאים אלה, ממשלת הולנד רואה את היקף התביעות כרחב מדי. במטרה לצמצמו, תוקן ב-2005 החוק ההולנדי, ולראשונה הוטלה אגרה. אף כי אמצעי זה מרתיע תובעים קנטרניים, אין הוא מהווה חסם משמעותי. בית המחוקקים ההולנדי ביקש להצר עוד יותר את אפשרויות התביעה. תיקון שנכנס לתוקפו בתחילת 2008 הגדיר תנאי נוסף לשלילת

applicant... תנאי זה נמצא בחוק התכנון ההולנדי: [Spatial Planning 2006 Wet ruimtelijke ordening] art. 6.1 (Neth Act).

⁹² הפסיקה הישראלית נמנעה, ככלל, מלהכיר בסוג נזק זה כבר-פיצוי. נזקים כלכליים, לרבות הקטנת היקף לקוחות, אינם זוכים לפיצוי, בדרך כלל (בר"ם 10510/02 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חדרה נ' כהן תק-על 2007(1) 1166; ע"א 650/83 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נ' קורן, פ"ד (מ3), 640 (1986)).

הזכות לפיצוי: על בעלי המקרקעין לספוג את הנזק אם הוא עולה בקנה אחד עם "הסיכון החברתי הסטנדרטי שעל הבעלים לקחת בחשבון". כיום, עדיין לא ברור, מהו אותו "סיכון סטנדרטי" וטרם נקבעה פסיקה שתפרש זאת. ואולם, להערכתנו התנאי יפורש באופן התואם את הנדיבות ההולנדית, שכן בניגוד לחקיקה בדבר פגיעות עקיפות, שם נקבע רף מינימום (אך נמוך מאוד, ראו להלן), לגבי פגיעות חלקיות לא נקב המחוקק ברף כמותי כלשהו. יש רק להניח, כי הסף הכמותי שייקבע בפרקטיקה במשך הזמן ל"סיכון סטנדרטי" יהיה נמוך עוד יותר מזה שנקבע עבור פגיעות עקיפות. השותפים ההולנדים למחקר הביעו אופטימיות, שהשינויים החקיקתיים האחרונים יאזנו את החקיקה וימתנו במידת מה את התופעה של תביעות פיצויים רבות מדי. אין צורך, לדעתם, בשינוי גדול.

ישראל. עבור הקוראים הישראליים, התיאור שלהלן אודות פגיעות חלקיות מובא רק בקווים כלליים, כדי ליצור נקודת התייחסות להשוואה עם מערכות הדינים האחרות ובפרט לזו ההולנדית. על פרטי הדין הישראלי כתבנו במקומות אחרים (**ברנד ואלתרמן 2010**; **Alterman et al 2010**).

ב-1995, במסגרת תיקון לחוק התכנון והבנייה, הוקמו ועדות ערר מחוזיות, שייעודן העיקרי היה לייעל את הבירור של סכסוכים אודות הליכי תכנון בדרג המקומי. ועדות אלה הוסמכו גם לדון בעררים על תביעות לפיצויים בגין ירידת ערך. לעומת ההליכים שקדמו לתיקון, עת היו בעלי הקרקע נדרשים לערור לוועדות המחוזיות העמוסות, היו ועדות הערר שינוי מבורך לבעלי הקרקע. יעילותן ונגישותן של ועדות הערר המחוזיות וסמכויותיהן הרחבות לפסוק בתביעות עוררו מבול של תביעות לפיצויים, שלא נראה כמותו בהסדר הקודם.⁹³

היקפן הגדל והולך של התביעות לא נבע רק משינוי זה בחקיקה. הבסיס לתביעות הוא פרשנותם של בתי המשפט ובעיקר של בית המשפט העליון. הפסיקה הושפעה מזכות הקניין החוקתית, ואולם ההלכה לגבי פגיעות תכנוניות חלקיות - והפיצוי בגינן - החלה מתגבשת גם לפני חקיקת חוקי היסוד. דוגמה ראשונה לפרשנות המרחיבה קשורה לשאלה, אלו מעשים תכנוניים מקימים עילת תביעה. החוק הישראלי מדבר על פגיעה הנובעת מ"תוכנית". פסיקת בית המשפט הישראלי פירשה מונח זה באופן רחב, ככולל גם תוכניות מחוזיות וארציות.⁹⁴ בנוסף, דרגת הפירוט אינה חייבת להיות רבה. מספיק שהתוכנית תאפשר להבחין בפגיעה קונקרטיית למאן דהוא, כדי להקים עילת תביעה.

93 השוו את הממצאים בדבר היקף התביעות שדווחו על ידי אלטרמן ונעים בשנת 1990 עם הדיווח על השניים המאוחרות יותר, שנבדקו על ידי **ברנד ואלתרמן 2010**. רחל אלטרמן ואורלי נעים, **פיצויים על ירידת ערך הקרקע**, המרכז לחקר העיר והאזור, הטכניון (1992).

94 תוכנית מחוזית או ארצית, ממנה יכול בעל הזכות ללמוד על פגיעה, מהווה גם היא תוכנית פוגעת לעניין סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה. אבן הבוחן הינה, האם התוכנית מפורטת דיה כדי לאפשר לבעל הזכות ללמוד על פגיעה בו. בבג"צ 62/61 **זקס נ' הועדה המקומית לבנייה ולתכנון עיר, ירושלים**, פ"ד טו 1516 (1961), נפסק, כי לא ניתן היה ללמוד על הפגיעה שגרמה התוכנית הפוגעת, שכן המפה שצורפה לתוכנית היתה בקנה מידה קטן, ולא ניתן היה להבין מה ייעוד החלקה של התובע. דברים אלו זכו לחיזוק על ידי בית המשפט העליון בע"א 462/86 **נשר מפעלי מלט ישראליים נ' הועדה המחוזית, פ"ד מב(2) 353 (1988)**. בנוסף, ראוי לציין, כי קיימים מעשים תכנוניים אחרים אשר - ברמה העקרונית - יכולים לעורר את זכות התביעה. בית המשפט הרחיב את התוכן שיש לצקת למונח "תוכנית" והכיר גם בסוגי מעשים תכנוניים אחרים העלולים לפגוע חלקית במקרקעין - אם באופן ישיר, אם באופן עקיף. מסיבה זו הכיר - בית המשפט, באופן עקרוני, באפשרות, כי תכנית ביוב עירונית (תכנית להקמת תחנת שאיבה), שאינה תוכנית על פי חוק התכנון והבנייה, תהווה תוכנית פוגעת לצורך סעיף 197 לחוק: עע"ם 8489/07 **ריכטר נ' ועדת המשנה הנקודתית של הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה תק-על 2553 (4) 2009** (2009).

מגמת הפסיקה להרחיב את הזכות לפיצוי במקרים של פגיעה חלקית טמונה גם בפרשנות לסעיף 200 בחוק התכנון והבנייה. הסעיף מונה שורה של מצבים לגביהם קמה הנחה, כי אינם מהווים פגיעה במקרקעין, ורשימה זו מקיפה כמעט את כל הסוגים של החלטות הכלולים בתוכניות. אלא שהסעיף קובע גם, שפטורים אלה לא יחולו אם הפגיעה "עוברת את תחום הסביר" ואם משיקולים של "צדק" לא יהיה זה ראוי שלא לפצות את הנפגע. אמות המידה הללו מזכירות במעט את הקריטריון של מעשה תכנוני "מוגזם" (goes too far) על פי הדין האמריקני.⁹⁵ כפי שדיוננו מראה עד כה, מונחים בעלי אופי של סטנדרטים הנקוטים במדינות שונות, דהיינו בעלי "רקמה פתוחה", ניתנים לפרשנות מגוונת וזוכים לפרשנות שונה ממדינה למדינה. הפרשנות הישראלית ל"עוברת את תחום הסביר" מתורגמת לפגיעה אחוזית-כמותית לצד מבחני עזר נוספים.⁹⁶ בהשוואה לדין האמריקני, נראה, כי הדוקטרינה הישראלית שהתפתחה בפסיקת בתי המשפט ברורה יותר, אולם בהשוואה לדין הגרמני והשבדי, הפרשנות היא פחות חד-משמעית.

הקריטריון של "צדק" הוא עמום מטיבו. עיון בפסיקת בתי המשפט הישראליים לא מצביע על גישה אחידה באשר לתוכן שיש לצקת למונח זה.⁹⁷ אין הדבר מפתיע, שכן הכלליות של תבחין מסוג "צדק" נועדה לשרת קשת רחבה של מצבים. למרות העמימות ניתן לומר, כי בדרך כלל, על פי הפסיקה עד כה, פגיעה העוברת את תחום הסביר, תזכה לפיצוי. אלמנט ה"צדק" לא היווה בדרך כלל חסם.

מעניין, שבמסגרת אמת המידה של "צדק" לא פיתח עד כה הדין הישראלי דוקטרינה הדומה לזו של "ציפיות המגובות בהשקעה" (investment backed expectations), הדומה לזו הנהוגה בארצות הברית. דוקטרינה כזו היתה מאפשרת למנוע קבלת פיצויים על ציפיות ספקולנטיות במקרקעין. אין גם ציפייה פסיקתית, שבעלי הזכות יממשו את זכותם לפתח את המקרקעין במסגרת זמנים קבועה, כמו זו הקבועה בגרמניה, שבדיה או הולנד, או שיצביעו על חסרון כיס ממשי שנגרם להם (הוצאות והפסדים בעין). מכאן, שמערכת האיזונים והבלמים שהמחוקק ביקש להכניס בחוקקו את סעיף 200, לא מילאה עד כה את תפקידה באופן משכנע ואף לא נוצקו לתוכה תכנים חדשים, שיש בהם כדי למתן את הגל העצום של תביעות בגין פגיעות תכנון והשלכותיו התקציביות.

95 Pennsylvania Coal v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922).

96 גם שיקולים שבצדק חלוקתי ופיזור נזק עשויים להשליך על פרשנות התיבה "עוברת את תחום הסביר", ועל כן אין די אך ורק בבדיקה אחוזית טכנית. כך נפסק בעמ"נ (ב"ש) 8/06 ועדה מקומית לתכנון ובנייה אשקלון נ' גינוסר (2007). בנוסף, גם שיקולים של יעילות תכנונית נותנים את הטון ולכן, גם אם נקבע כי קיימת פגיעה אחוזית, וגם אם זו אינה בגדר אחוזים בודדים, הביע בית המשפט עמדתו, כי ייתכן שהפגיעה תהיה סבירה נוכח מטרות ציבוריות ותכנוניות חשובות (פרשת הורוויץ). לדיון נרחב במונחי הסבירות והצדק, ולטעינתם במשמעות ערכית לצד כלכלית, ראו את הדיון במוטב השופטים המורחב בפרשת הורוויץ. ככלל, פרשה זו משקפת במידה רבה את האיזון העדין בין הפגיעה בפרט לפגיעה ברשות ובין חופש הרשות לתכנן וחירות הקניין של הפרט. כמו כן ראו את הדיון המקיף של סוגיית היחס בין אמת המידה של "סבירות" מול אמת המידה של "צדק" בפסק דינה של השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן: עמ"נ (מחוזי ת"א) 318/07 אליהו טויטו ואח' נ' הועדה המקומית לתו"ב בראש"צ ואח', מאגר נבו (2010) (להלן: "עניין טויטו").

97 לעתים נזקק בית המשפט לכללי המשפט העברי כדי למלא מונח זה בתוכן: עמ"נ (מנהלי י-ם) 509/08 הועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' דרייזין-ברנוב תק-מח 2008 (3) 9962 (2008).

ואולם, הבעיה המרכזית בדין הישראלי אינה הפרשנות למונח "תוכנית" או הפרשנות המקילה אך המעורפלת של סעיף 200. הבעיה העיקרית המעיקה על החלטותיהם של מוסדות התכנון נעוצה בנכונות בתי המשפט להכיר ב"ערך הציפיות" כבר-פיצוי. אלה מצבים שבהם תוכנית חדשה אינה גורעת זכויות כלשהן שהוענקו בתוכנית קודמת, אלא פוגעת אך ורק בציפיית הבעלים לשינוי התוכניות כלפי מעלה דווקא.⁹⁸ ההכרה בערך הציפייה יצרה חוסר איזון בדיני הפיצוי הישראליים. במדינה צפופה המתפתחת במהירות כמו ישראל, יש לכך השפעה מרחיקת לכת: קרקע חקלאית או שטח פתוח אחר, ללא זכויות בנייה במצב התכנון הקודם, עשויים להיות מושא לתביעות פיצויים. אם יחליטו מוסדות התכנון להגן על שטחים אלה באופן יותר מובהק, לדוגמה, על ידי ייעודם לאזור חקלאי או לאזור כפרי שמור או ליחגורת ירק" בין ערים, זכאים הבעלים להגיש תביעה לפיצויים.⁹⁹ ניתן לראות בנקל, איך במציאות הכלכלית והתכנונית הישראלית עלולה הלכה זו להוות חסם בפני רשויות החושבות לשמר שטחים פתוחים שבבעלות פרטית (או בזכויות פחותות במקרה שאלו מקרקעי ישראל).

תזכיר חוק התכנון והבנייה אשר הופץ ב-2010,¹⁰⁰ נועד למתן את היקף התופעה ולהוות חסם מפני תביעות בגין ערך ציפיות. החקיקה מגדירה שורה של מקרים המהווים פגיעה ישירה (חלקית או מלאה) במקרקעין. רשימה סגורה זו נועדה להתמודד גם עם תביעות ציפיה אשר אינן כלולות במפורש במסגרת המקרים המקנים עילת תביעה.¹⁰¹

98 בישראל הציפיה מהווה חלק אינטגרלי מהפוטנציאל הכלכלי של הקרקע. קיימים מספר עיקרים לעקרון הציפיה: אין עסקינן בפגיעה תאורטית, ועל הטוען לציפיה להוכיח, כי ציפייתו היא סבירה וקשורה לנתונים עובדתיים או תכנוניים מסתברים, גם אם אינם ודאיים. מסיבה זו מונחים שמאים להתייחס בשמותם גם לתוכניות צפויים האמורות לחול בעתיד על המקרקעין. בנוסף ניתן להתחשב בציפיות "סבירות" לשינוי ייעוד והטבה במצב התכנוני, שהן פרי הצהרת מדיניות, הנחיות ואפילו נאומי בחירות (רע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רחובות נ' מ. לוסטרינק ובנו חברה להנדסה ובניין בע"מ ואח', פ"ד נז' 529 (5) 2003) בעמ' 539-536). מסיבה זו, האפשרות הקרובה להגדלת זכויות בנייה או שינוי ייעוד מיטיב מקימה ציפיה, שסיכולה עשוי להקים עילה לתביעה בגין ירידת ערך (רע"א 483/86 בירנבך נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו פ"ד מב(3) 228 (1988) בעמ' 233). לדיון מפורט על נסיבות התגבשות הציפיה ראו גם עמ"נ (מנהלי ת"א) 269/07 בריגל צבי אריה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת השרון תק-מח 2009(3) 13658 (2009).

99 סיכול ציפיה הוא נושא להתדיינות במצבי פגיעות חלקיות-ישירות, וגם במצבי פגיעות חלקיות-עקיפות. במקרה הראשון עשוי, למשל, ראובן לטעון, כי התגבשה אצלו ציפיה לגיטימית, שאינה מנותקת מהמציאות, כי ישתפר מצבו התכנוני. אי-שיפור או הרעה עשויים לכאורה להביא לתביעה בגין ירידת ערך (נוק ישר). במקרה השני יכול שמעון לטעון, כי ציפה שמקרקעין גובלים יישארו במתכונתם הנוכחית ולא יתבצע בהם שינוי תכנוני אשר ירע את מצבו. הסיטואציה השגורה הינה של פגיעה עקיפה כתוצאה משינוי ייעוד קרקע "פתוחה" לקרקע מבונה. במצב זה, שמעון עשוי לטעון, כי ציפה שהקרקע הסמוכה לו תישאר בפתחותה הויזואלית ולכן סיכול ציפייתו מוליד לו אפשרות לתבוע בגין ירידת ערך.

100 תזכיר חוק התכנון והבנייה, התש"ע-2010, כפי שהופץ להערות ביום 10.2.2010 (להלן: "תזכיר החוק").

101 לפירוט נוסף ראו סעיף 398 לתזכיר החוק. בניגוד למצב החוקי כיום, קובע תזכיר החוק מצבים אשר הם, והם בלבד, מהווים פגיעה ישירה במקרקעין. בין המצבים הללו נמנים הקטנת שטחי הבנייה, שינוי ייעוד הקרקע, שינוי השימושים המותרים בה, קביעת תנאים להיתר שיש בהם להשפיע השפעה ממשית על אופן הבנייה או השימוש במקרקעין, וכן שינויים בקווי בניין, גובה בניינים, צפיפות הבנייה, הוראות עיצוב ושימור.

9. הזכות לפיצוי בגין פגיעות עקיפות

הסוג האחרון של פגיעות הוא הנדיר ביותר במבט השוואתי. הוא גם מעורר את השאלות הקשות ביותר באשר להצדקתו הנורמטיבית. מדובר בפגיעות עקיפות - דהיינו, אלה שנובעות מהשפעות חיזוניות הנגרמות משינוי הוראות תכנון על מקרקעין אחרים. למשל, חלקת קרקע הנפגעת כתוצאה מאישור נתיב תחבורה מהיר בסמוך לה או חלקת קרקע הנפגעת בשל הסתרת נוף על ידי בנייה גבוהה בחלקה סמוכה. בדרך כלל, יהיו פגיעות אלה פגיעות חלקיות ולא פגיעות רבות. קשה לחשוב על מצבים בהם שינוי החל על מקרקעין אחרים יביא לאיון של כל השווי הכלכלי או כמעט כולו.

נבהיר, שאין אנו עוסקים כאן בתביעות נזיקין פרטיות של פלוני כנגד אלמוני, אם כי לא מן הנמנע, כי דיני הנזיקין והמטרדים מאפשרים הגשתן של תביעות מסוג זה במדינות השונות. אנו מתמקדים כאן בשאלה, האם הדין של כל אחת מהמדינות מקנה זכות לפיצוי מהרשויות הציבורית לבעלי קרקע שנפגעו עקב החלטה ששינתה את כללי הבנייה בחלקות אחרות - סמוכות, גובלות, או הגדרה גיאוגרפית אחרת.

מתוך הסקירה עולה, כי ככלל, ברוב המדינות הדין אינו מכיר בפגיעות עקיפות כמקנות זכות לפיצויים. פרק זה עוסק ביוצאים מן הכלל.

סיווג של פגיעות עקיפות

כדי להציג ניתוח קוהרנטי, חילקנו את הפגיעות העקיפות לשלוש קטגוריות, השונות מאוד זו מזו מבחינת הבסיס העיוני-פילוסופי להצדקה או לאי-הצדקה של זכות הפיצוי.

- א. פגיעות הנובעות מהפקעה חלקית של מגרש. יתרתו נפגעת ושוויה פוחת בשל ההחצנות של השימוש שבעברו בוצעה ההפקעה (יש המכנים מצב זה *Injurious affection*). פגיעות מסוג זה נכנה "**פגיעה ביתרת המגרש**".
- ב. פגיעה הנובעת מהקמת תשתית ציבורית בסמיכות לחלקה הנפגעת, כגון כבישים, מסילות ברזל, מתקנים הנדסיים וסביבתיים וכדומה. לעתים, הקמת התשתית הציבורית תתבצע לאחר הפקעה ממגרש סמוך (אך לא מהמגרש הנדון). סוג זה של פגיעות נכנה "**פגיעה מציבור על פרטי**". עניין טויטו¹⁰² הוא מקרה מיוחד של פגיעות ציבוריות-פרטיות. מחד, ניתן לראות בטיסות מעל מקרקעין כפגיעה ישירה, אולם מאידך, אופיה של הפגיעה הוא מטרד רעש ועל כן היא משתייכת במהותה לפגיעות העקיפות.
- ג. פגיעה הנובעת משינוי תכנוני בחלקה פרטית, הגורם פגיעה במגרש סמוך (או בדין הישראלי - במגרש "גובלי"). לדוגמה, מצב בו מאושרת הקמת בניין רב קומות המסתיר את הנוף לבעל מגרש סמוך. פגיעות מסוג זה נכנה "**פגיעות מפרטי על פרטי**".

¹⁰² לעיל, הי"ש 95, שם הפך בית המשפט על פניו את רוב החלטותיה של ועדת הערר מחוז תל אביב בה דחתה זו את תביעות הפיצויים של תושבים המתגוררים בישוים הסמוכים לשדה התעופה בן גוריון.

הסוג הראשון קל יותר להצדקה מאשר הסוגים האחרים, מאחר שניתן לראותו כספח לדיני הפקעה של מקרקעין. הסוג השני קל יותר להנמקה מאשר הסוג השלישי, משום שהוא מעלה שאלות של צדק חלוקתי, כאשר רבים נהנים משירות ציבורי אך מעטים סובלים מפגיעה בערך המקרקעין (ללא הפקעה הגוררת פיצוי). בהכללה ניתן לומר, שההפקעות העקיפות כולן מעלות שאלות קשות יותר מאשר פגיעות ישירות.

רוב מדינות המדגם מכירות בפגיעות מהסוג הראשון כבנות-פיצוי. כשני שליש מהמדינות מכירות גם בסוג השני, וביניהן יש כאלה הקובעות הסדרים מיוחדים לשדות תעופה. אולם רק מדינות בודדות מכירות בסוג השלישי של פגיעות עקיפות כבנות-פיצוי. סוג הפגיעות הראשון קשור בדיני ההפקעות, השונים ממדינה למדינה, ואין הם הנושא לניתוח הנוכחי. על כן לא נעסוק בסוג הראשון בהרחבה. החלקים הבאים יעסקו בסוג הפגיעות העקיפות הנכללות במצב השני והשלישי. נטען, כי ראוי להבחין בין פגיעות הנוצרות על ידי גורם ציבורי, כגון תשתית לאומית או אזורית, לבין אלה הנוצרות על ידי מיזם פיתוח פרטי, משום ששני סוגים אלה מעלים בדרך כלל שאלות נורמטיביות שונות מאוד זו מזו.

רק בשתי מדינות ממדינות המדגם, ישראל והולנד, מצאנו כי פגיעות ישירות ופגיעות עקיפות זוכות לכללי פיצוי כמעט זהים, כחלק מדיני התכנון והבנייה. דהיינו, מדינות מעטות מאוד ברחבי העולם (כך נשער על פי מדגם המדינות הרחב) מכירות בזכות לתביעת פיצויים ממשלם המיסים הציבורי בגין פגיעות שמחולל פיתוח של גורם פרטי כלפי גורם פרטי אחר בסמיכות מקום.

מתוך תזכיר הצעת חוק התכנון והבנייה החדש נראה, כי מגמה זו עומדת להשתנות, אף אם באופן צנוע. הצעת החוק אמנם אינה מבטלת את זכות הפיצויים בגין פגיעות עקיפות, אך מטילה יותר מגבלות על תביעות בגין פגיעות עקיפות. בה בעת, סמוך לפרסום המאמר נודע, שתיקונים שערכה הממשלה בהצעת החוק דווקא הביאו להרחבה של זכות התביעה בגין פגיעות עקיפות בקטגוריה של "מפרטי עלפרטי".

פגיעות עקיפות במדינות המקבץ הראשון

קנדה, צרפת, אוסטרליה ויוון. אין זה מפתיע, שמדינות אלה לא מכירות כלל בזכות הפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות. כפי שראינו, מדינות אלה מתקשות להכיר בזכות לפיצוי בגין פגיעות חלקיות ישירות ועל כן אין תימה על כך שפגיעות עקיפות נותרות מיותמות. גם במקרי פגיעה "מציבור על פרטי", דהיינו במצבים בהם יש צורך בהקמת תשתית או מתקן לשימוש ציבורי, שבעטיו חלה הפגיעה, מגבילות מדינות אלה את זכות הפיצוי, אם בכלל.

בריטניה. חריגה בקבוצה זו היא בריטניה. בעוד שאר המדינות במקבץ זה מקמצות בפיצוי בכלל ובפיצוי בגין פגיעות עקיפות בפרט, בבריטניה קיים הסדר מיוחד המאפשר לבעלים לזכות בפיצוי על פגיעות עקיפות, אך רק במצבי פגיעות "מציבור על פרטי". אם נפגעו לכאורה מקרקעין בשל הקמת תשתית ציבורית, ואין לבעל הזכות דרך משפטית להגיש תביעה מטרדית-נזיקית פרטית כנגד הרשות הפוגעת, יכול הלה לפנות בתביעה בגין הנזקים העקיפים שנגרמו לו, לטענתו.

הדוקטרינה הבריטית נובעת מהרצון להשוות את מצבם של בעלים שמקרקעיהם הופקעו למטרה תשתית-ציבורית, לבעלים סמוכים, שלא חוו הפקעה אך חלה אצלם ירידת ערך הנובעת מנזקי רעש, ריח, אור מלאכותי ורעידות, הנובעים ממקרקעין סמוכים. בבריטניה,

רשימת נזקים זו היא סגורה ונזקים אחרים אינם ניתנים לפיצוי במסגרת תביעת ירידת ערך (למשל, צפיפות, אובדן פרטיות ונוף). מחבר הפרק על בריטניה, Michael Purdue, רואה בהסדר זה הסדר המפלה לרעה בעלי מקרקעין סמוכים בהשוואה לאלו הזוכים בפיצוי מלא לאחר הפקעת הקרקע שלהם לצורך הקמת תשתית ציבורית.

פגיעות עקיפות במדינות המקבץ השני

אוסטרליה וארצות הברית. החוקים במדינות אלה אינם מכירים בפגיעות תכנוניות עקיפות כבנות-פיצוי. בתי המשפט האמריקנים לא פיתחו דוקטרינה המסדירה פגיעות כאלה, וגם החקיקות המדינתיות המועטות המסדירות פגיעות תכנון, אינן מתייחסות לסוג כזה של פגיעות.

פינלנד. שונה המצב בפינלנד. כמו אוסטרליה וארצות הברית, גם פינלנד נכללת במדינות המקבץ השני. היינו, מדינות שככלל, מכירות בזכות ביניים לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות. בהקשר של פגיעות חלקיות קיים שוני מפתיע בין היחס הפיני לפגיעות ישירות-חלקיות לבין היחס לפגיעות עקיפות-חלקיות: לעתים, האחרונות זוכות לפיצוי נדיב יותר מהפגיעות הישירות-חלקיות.

במקרים של פגיעות תכנון עקיפות, שהן בגדר פגיעות ציבוריות-פרטיות, מכיר החוק הפיני במספר אפיקי פיצוי. כאשר הפגיעה נובעת מסלילתה של דרך הסמוכה למקרקעין, יזכו בעליה בדרך כלל, הלכה למעשה, בפיצוי בגין הפחתת השווי שנגרמה להם, גם אם הפגיעה אינה גדולה.¹⁰³ הרציונל הוא, שלא להפלות בין בעלי מקרקעין שסבלו מהפקעה לצורך דרך (ופצו פיצוי מלא) לבין אלה הנמצאים בסמיכות לדרך. אפיק פיצוי שני מאפשר לנפגע העקיף לתבוע פיצוי בכל מקרה של הפקעה לצורכי ציבור אשר פגעה בו בצורה עקיפה. גם כאן, הרציונל הינו שוויון, אך בנתיב זה (בניגוד לנתיב הקודם) על בעל הזכות להראות, כי הפגיעה בו הינה משמעותית וכי יהיה זה סביר לפצותו בנסיבות על הפגיעה.¹⁰⁴ אפיק פיצוי שלישי עבור פגיעות חלקיות מצוי בחוק הפגיעות הסביבתיות:¹⁰⁵ חוק זה מכיר בפיצוי בגין פגיעות "מציבור על פרטי" ואף בגין פגיעות "מפרטי על פרטי" הקשורות בשימושי קרקע פוגעניים. הגדרת "פגיעה סביבתית" שבחוק הינה רחבה למדי וכוללת פגיעה (המזכה בפיצוי) אשר אין זה סביר כי תושפת על בעל הזכות, בשים לב לנסיבות מקומיות ולסיכויים שהנזק היה מתרחש בנסיבות דומות.¹⁰⁶

103 תקשורת אישית של המחברת עם פרופסור ארי אקרוס מאוניברסיטת הלסינקי (אוקטובר 2008).
104 החוק הפיני מכיר גם בזכאות עקרונית לפיצוי, כאשר רשות תכנון שינתה לרעה את אפשרות הגישה למגרשו של פלוני.
105 בתרגום מפינית לאנגלית: Act on Compensation for Environmental Damage.
106 בתרגום מפינית לאנגלית, מורה החוק: "Compensation shall be paid...only if toleration of the nuisance is deemed unreasonable [under] local circumstances, the situation resulting in the occurrence of the nuisance and the regularity of the nuisance elsewhere in similar circumstances."

פגיעות עקיפות במדינות המקבץ השלישי

רק שתי מדינות במקבץ המדינות השלישי, הולנד וישראל, מכירות בזכות לפיצוי בגין פגיעות עקיפות. פולין, גרמניה ושבדיה, המכירות בפגיעות רבתי ובפגיעות חלקיות-ישירות, כמעט שאינן מכירות בפגיעות חלקיות-עקיפות.

פולין. החוק הפולני אינו עקבי בסוגיית הפיצוי העקיף. מחד, אין הכרה בפיצוי במצב "הקלאסי" של פגיעה ביתרת החלקה שאינה מופקעת, עקב השימוש בשטח שהופקע. הנושא נפיץ למדי בפולין של היום. הממשל הפולני עוסק ברישות המדינה ברשת דרכים חדישה כדי להדביק את הפער שנוצר על ידי שנות הזנחה רבות מצד המשטר הקומוניסטי והוא מעוניין לצמצם את זכות התביעה לפיצויים על ידי בעלי חלקות שיתרתן נפגעה עקב הפקעה.

בה בעת, מעניק החוק הפולני זכות פיצוי לפגיעה עקיפה במקרה בו פלוני מקבל היתר פיתוח כאשר אין בנמצא תוכנית סטטוטורית, וערכם של מקרקעין של אחרים נפגע. מאחר שרוב שטחה של פולין עדיין אינו מכוסה בתוכניות, זכות זו לעורר תביעות רבות, אולם בינתיים היא 'רדומה' בשל חוסר מודעות על קיומה.

בנוסף, כמו בפינלנד ובשבדיה, פולין חוקקה חוק להגנה סביבתית המעניק עילת תביעה כנגד הרשויות לבעלי זכות אשר נפגעו כתוצאה משינוי בייעוד מקרקעין הסמוכים לשטחם. ואולם, שלא כמו בפינלנד ובשבדיה, זכות זו מוענקת רק כאשר הממשלה הפולנית מכריזה על איזור מיוחד, כגון איזור להקמת שדה תעופה.

גרמניה. הדין הגרמני אינו מכיר בזכות כוללת לפיצוי בגין פגיעות עקיפות, ובמיוחד אינו מכיר בתביעות מהסוג של "מפירטי על פרטי". אולם יש בנמצא מספר דברי חקיקה הנוגעים לתשתית ציבורית. כמו כן, קיימת חקיקה מיוחדת לגבי שדות תעופה, אם בשל הקמתם נמנעת האפשרות להקים בתי מגורים. תביעות בדבר פגיעה בפלוני יידונו כתביעות אזרחיות או - כאשר מדובר ברשות ציבורית - בפני בתי המשפט המינהליים. בניגוד לחוק החל על פגיעות ישירות, הדין מתיר שיקול דעת נרחב כאשר עולות על הפרק שאלות בדבר פגיעה בעקיפין; העיקרון המנחה הוא, שעל בעלי הזכויות לספוג נזקים הנגרמים להם כתוצאה משימושים ציבוריים, אלא אם כן הפגיעה בהם הינה "בלתי מתקבלת על הדעת". במצב של פגיעה כזו, קמה לבעל הזכות האפשרות לדרוש פיצוי או רכישת זכותו על ידי הגורם הציבורי הפוגע. השאלה, מהי פגיעה "בלתי מתקבלת על הדעת", נדונה ממקרה למקרה וקשורה בשימושי הקרקע הקיימים ובעוצמת הפגיעה. תנאי זה מזכיר את התנאי בחוק התכנון והבנייה הישראלי בדבר פגיעה שאינה "סבירה".

בגרמניה, כמו בשבדיה ובפינלנד, יש לזכות לפיצוי עקיף תפקיד חשוב כרקע למשא ומתן שמנהלים בעלי הקרקע עם הרשויות טרם הפגיעה או לאחריה.

שבדיה. חוק התכנון והבנייה השבדי, כמו החוק הגרמני, אינו מכיר בפיצוי נרחב עבור פגיעות תכנוניות עקיפות. קיימים חריגים מועטים בלבד, שאינם מכסים את טווח הפגיעות האפשרי. ואולם, בניגוד לגרמניה, חוקקה שבדיה את הקוד הסביבתי, אשר מקים עילת

תביעה בגין פגיעות עקיפות וישירות. על פי הקוד הסביבתי, אם מאושר שימוש חדש, שהוא אינטנסיבי יותר מזה שהיה קיים ערב תחילת השינוי החקיקתי, או שהשימוש החדש הינו בבחינת "אירוע תכנוני חריג",¹⁰⁷ כי אז תקום עילת תביעה. תנאי נוסף הוא, שהפגיעה תהיה בעלת "משמעות מסויימת".¹⁰⁸ כחברים בקהילה, מצופים בעלי הזכות השבדית לספוג נזק מסוים, ששיעורו נע בפרקטיקה בין 2% ל-5%.¹⁰⁹ פגיעות הנובעות מהקמת דרכים ראשיות ותשתיות ציבוריות דומות עומדות, בדרך כלל, ברף זה והן זוכות לפיצוי, אם בדרך של משא ומתן עם רשויות הדרכים השבדיות, או באמצעות הגשת תביעה.¹¹⁰

ישראל והולנד. בקצהו של סולם המדינות מצויות בצוותא ישראל והולנד. שתיהן מכירות בזכות עקרונית לפיצוי עקיף בגין נזקי תכנון ואף ניתן לראות בהן ככוללות זכות רחבה למדי בכמה היבטים.¹¹¹

בהקשר של פגיעות עקיפות קיימים שבעה קווי דמיון מרכזיים המחברים את ישראל והולנד: ראשית, בשתייהן, אותו עיקרון כללי לזכאות תקף הן לגבי פגיעות ישירות והן לגבי עקיפות. שנית, החוק אינו מבחין בין פגיעות הנובעות משימושים ציבוריים לבין אלה הנובעות מקביעת ייעוד פרטי (או שינוי של אלה). על כן, מבחינת הזכאות לפיצויים, אין זה משנה אם הפגיעה העקיפה נובעת מכך שחלקה סמוכה יועדה למטרת דרך ראשית, או שיעודה החדש הוא למגדל מגורים. שלישית, על אף חוסר ההיגיון הנראה לעין, התביעה בהולנד ובישראל מוגשת כנגד הגוף התכנוני אשר אישר את התוכנית, או היה אחראי למעשה התכנון הפוגעני. התביעה לא תוגש כנגד הגוף הנהנה בפועל מהשינוי במצב התכנוני - בעל הקרקע או היזם. רביעית, הרף הכמותי הנדרש כדי לעבור לסף הזכאות לפיצויים דומה בישראל ובהולנד.¹¹² חמישית, בשתי המדינות תופסות הפגיעות העקיפות מקום נרחב בהתדיינות המשפטית ביחס לפגיעות ישירות והן מאיימות על כיסן של רשויות רבות - אם

107 בתרגום לאנגלית: *uncommon occurrence*.

108 בתרגום לאנגלית: *some significance*.

109 תקשורת אישית עם פרופסור תומס קאלברו.

110 תקשורת אישית עם פרופסור תומס קאלברו.

111 הפגיעה העקיפה בישראל הוכרה בשורה של החלטות. ראו: עניין **וארון**, לעיל ה"ש 37; ע"א 761/85, 771, 772 **ליפשיץ ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשל"צ**, פ"ד מו(1) 342 (1991), בעמ' 349. על התובע להוכיח קשר סיבתי. הנזקים העקיפים יכולים לנבוע מגורמים שונים כגון חסימת אור, אוויר, נוף, פגיעה חזותית (כיעור הסביבה) ואף פגיעות מטרדיות, כמו במקרה של סלילת כביש סואן (ראו ת.א. (מחוזי ת"א) 844/94 י.פ.ה.ר. **פרדסים לפרי הדר בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון ולבנייה רמת גן תק-מח** 2007(3) 8867 (2007)). יחד עם זאת, קיימים מצבים עובדתיים של פגיעה באדם, להבדיל מפגיעה כלכלית בפעילות המתרחשת על המקרקעין, אשר אינה מזכה בפיצוי. ע"א 650/83 **הועדה המקומית לתכנון ולבנייה נ' קורן**, פ"ד מ(3), 640 (1986) (להלן: "**הלכת קורן**"). גם פגיעות כלכליות דומות, הנובעות למשל מהתארכות זמן מכירה של נכס, אינן מוכרות בדרך כלל כפגיעות עקיפות (פסקה 8 לפסק דינו של בית המשפט העליון בבר"ם 8609/08 **נעמי דרייזין ברנובר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים** תק-על 2009(1) 745 (2009)).

112 נציין, כי במקרים רבים נסב הדיון הפסיקטי סביב מספר אדנים: (1) הפגיעה הכמותית, (2) הנסיבות העובדתיות שיש בהן כדי להצביע על פגיעה "סבירה" או "בלתי סבירה" (פיזור נזק וכיוצ"ב) וכן (3) שיקולים ערכיים שיש בהם כדי להטות את הכף לטובת אי-פיצוי (אלמנט ה"צדק"). שיקולים ערכיים אלה הינם מגוונים ושואבים כוחם מתיאוריות של צדק חברתי, תיאוריות של מחויבות חברתית ואף מעיקרי המשפט העברי. מנגד, לא ניתן להבחין כי מהות הפגיעה החלקית - ישירה או עקיפה - מהווה ציר מרכזי בהתדיינות בנוגע לפגיעות תכנוניות. בישראל, כך נדמה, מהות הפגיעה אינה מהווה שיקול מפתח ערכי לדחיית תביעת ירידת ערך.

כי בישראל איום זה גדול יותר. ושישית, הן בהולנד והן בישראל גברו בשנים האחרונות הקולות לשינוי חקיקתי, שיביא למיתון התביעות המוגשות.

לבסוף, בהולנד ובישראל גם יחד התפתח, מתוך ה"שטח", נוהג של החתמת יזמים על כתבי שיפוי בגין תביעות עתידיות. נוהג זה בא לפטור מצבים של פגיעה "פרטי-פרטי". ואולם בעוד בתי המשפט הישראליים לא ביטלו פרקטיקה זו,¹¹³ פסק בית המשפט העליון בהולנד, כי החתמת יזמים על כתבי שיפוי אינה חוקית כל עוד לא עוגנה בחקיקה. הלכה זו הביאה את הפרלמנט ההולנדי לתקן ב-2005 את החקיקה בהקשר זה.

לצד קווי הדמיון המפתיעים, קיימים שני הבדלים מינוריים בין שתי מערכות הדינים.

אף על פי שבשתי המדינות מכיר החוק בזכות עקרונית לפיצוי בגין פגיעות תכנון עקיפות, המקור ההיסטורי של זכות זו הוא שונה. בישראל, חוק התכנון והבנייה שתק לגמרי לגבי פגיעות עקיפות. היה זה בית המשפט העליון, שפירש את לשון החוק ככוללת גם זכות לפיצוי על פגיעות עקיפות. מסיבה זו הזדרזה הכנסת לתקן את החוק בשנת 1983 כדי לאזן את הפסיקה שנתפסה כגורפת יתר על המידה. בצורה זו נוסף לסעיף 197 לחוק הדיבר "גובלים", שנועד לתחום את גבול ההשפעה העקיפה, מבחינה גיאוגרפית לפחות. הלכת **ויטנר**¹¹⁴ תרמה לביאור משמעותו של המונח, אך הותירה מקום להפעלת שיקול דעת בעתיד.¹¹⁵ לעומת תהליך זה, החוק ההולנדי מכיר בזכות העקרונית לפיצוי בגין נזקים עקיפים ואולם הוא אינו כולל מגבלה גיאוגרפית כלשהי; המקרקעין הפוגעים יכולים להיות ממוקמים במקום כלשהו.

הבדל נוסף בין ישראל להולנד טמון ברף הכמותי הנתפס כ"פגיעה" בת-פיצוי. עד 2008 היו ישראל והולנד דומות מבחינה זו, כך שפגיעות ישירות ועקיפות פוצו בהסתמך על רף כמותי כללי לפיצוי, שיש למלאו בתוכן ממקרה למקרה. זהו המצב הנוהג עדיין בישראל, תוך שבתי המשפט וועדות הערר פוסקים פיצויים על פי סף הנקבע בכל מקרה לגופו. לעיתים, הרף אינו עולה כדי אחוזים בודדים.¹¹⁶

-
- 113 לדוגמה: ע"מ (מנהלי י-ם) 657/02 סברנסקי נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ירושלים תק-מח 2003(2) 30342 (2003), שם ציינה כבוד השופטת מוסייה ארד, כי "אין לפסל את השימוש בהסכמי שיפוי אלא יש לעשות בהם שימוש מבוקר ולהעביר את נטל השיפוי במקרים ראויים בלבד".
- 114 ע"מ 2775/01 שרגא ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה "שרונים", תק-על 2005(3), 4319 (2005) ("עניין ויטנר").
- 115 לאחר פסק הדין בעניין ויטנר שופרה הוודאות המשפטית לאין ערוך, אך שיפור זה לא מנע התדיינות שתכליתן לברר, כמה גובל הוא "גובל", והאם סמיכות פיזית עונה על הקריטריונים שנקבעו בפסק הדין. כך למשל נדרשים בתי המשפט, לא אחת, לשאלה, האם כביש חוצץ בין חלקה תובעת לתובעת הוא "כביש צר" ועל כן אינו מונע את אפשרות התביעה (למשל: ע"מ (מנהלי נצ') 1009/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "לב הגליל" נ' אבו סאלח ז"ל, תק-מח 2008(2) 10271 (2008)). כמו כן, פשט הוויכוח באשר לשאלת המרחק בין חלקה תובעת ונתבעת והאם המרחק מהווה "שטח פתוח צר" אשר אינו שולל את היות המקרקעין בגדר מקרקעין "גובלים" (ראו למשל, ע"מ (מנהלי ת"א) 141/06 בן אלי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ת"א-יפו, תק-מח 2007(4) 11056 (2007)).
- 116 גם ועדות הערר נדרשות להכרעות בתביעות ירידת ערך, תוך התייחסות לפגיעות בנות אחוזים בודדים בלבד. גם כאן, יישום הלכת הורוויץ נעשה בשים לב לנסיבות המקרה ולנתוני העובדתיים. קצרה היריעה מלהכיל את פסיקת ועדת הערר, וזו ראויה לדין נפרד. לדוגמה אחת מני רבות, ראו בערר ימ-09/9-177 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' שבתאי זכריה, מאגר נבו (2010), שם נקבע כי ירידת ערך הנעה בין 3.5% ועד 10% מזכה את התובעים בפיצוי, בנסיבות מקרה של תביעה בגין נזקים

כפי שצינו בעת הדיון על פגיעות חלקיות-ישירות, בהולנד ביקשה הממשלה לתקן את החקיקה באופן בו גם פגיעות ישירות וגם עקיפות יוכרו רק לאחר שיוכח שהן עברו רף אחוזי-כמותי קבוע מראש. בשל התנגדויות הפרלמנט לרפורמה (בין השאר, משום שסבר שיש כאן פגיעה באמנה האירופית, כפי שתיארנו לעיל), הוטלה מגבלה זו רק על פגיעות עקיפות, ובמקום רף של 5% שביקש הממשל, קבע הפרלמנט סף של 2% בלבד. זוהי חקיקה חדשה ועל כן יש להמתין להתפתחות מינהלית ופסיקתית בנוגע לאופן יישומו ולהשפעתו על הפרקטיקה ועל היקפן של התביעות. מספר בעלי תפקידי מפתח בממשל ההולנדי, עימם שוחחתי, מעריכים כי לחוק יש כבר היום השפעה מרתיעה על תביעות בשל פגיעות עקיפות זניחות.¹¹⁷

10. מסקנות אודות הדין הקיים והרצוי לישראל

הניתוח המערכתי שהוצג לעיל מאפשר לקוראים הישראלים למקם את משטר הפיצויים הישראלי על גבי סקאלה של מדינות, באופן יחסי למשטרי פיצויים הנהוגים בקרב מדגם גדול של מדינות דמוקרטיות עם כלכלה מפותחת. ישראל ממוקמת במקבץ המדינות להן משטרי פיצויים נדיבים יותר מבחינת התנאים להגשת תביעה, מבחינת רף הפגיעה המוליד עילת תביעה, מבחינת סוגי הפגיעות בגינן ניתן להגיש תביעה, ומבחינת הדוקטרינה המשפטית אשר פותחה על ידי בתי המשפט. בקרב מדינות אלה נמצאת ישראל בקיצון מבחינת רוחב הזכות לפיצויים, כפי שהתפרשה על ידי בתי המשפט וכפי שהיא מוכרת בפועל על ידי ועדות הערר.¹¹⁸ מכל המדינות שנסקרו, שיעור התביעות בישראל הוא הגבוה ביותר באופן קיצוני, וההיקף הכספי הנתבע הוא המכביד ביותר על הכיס הציבורי, "ללא אח ורע" מבין מדינות המדגם (להוציא את מדינת אורגון שבארצות הברית במשך שלוש שנים בלבד).

להלן מספר מסקנות שיש בהן לחדד מספר פנים של ההסדר הישראלי, שלא הובלטו בדיון לעיל.

חלקיים ועקיפים. לאחרונה נקבע בפסק הדין המעניין בעניין **טויטו**, לעיל ה"ש 95, כי קביעה גורפת ומראש על ידי ועדת ערר, לפיה ירדת ערך של 5% אינה מנביעה זכות פיצוי, אינה קביעה שיש לקבלה. תחת זאת סבר בית המשפט לעניינים מינהליים, כי מבחן הצדק, שבסעיף 200 לחוק התכנון והבנייה, מחייב לבחון כל מקרה לגופו, על פי נסיבותיו. השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן קובעת, כי פגיעה הנובעת מהרחבת נמל התעופה בן-גוריון הינה פגיעה סביבתית קשה בציבור מסוים ועל פי עקרונות של צדק חלוקתי, אין לקבוע כמדדיניות רף כמותי-אחוזי שמתחתיו לא יזכה הניזוק לפיצוי.

117 תקשורת אישית של המחברת עם בעלי תפקידים במשרד השיכון, התכנון והסביבה בהולנד.
118 לאחרונה מסתמנת מגמה בחלק מוועדות הערר המחוזיות לפיצויים, לצמצם במקצת את הזכאות לפיצוי. כך אנו מוצאים, לדוגמה, בהחלטת ועדת הערר להגביל את הזכאות לקבלת פיצוי בגין פגיעה עקיפה, באותו מגרש, רק לדירות המצויות בחלק של הבניין הסמוך יותר לתוכנית הפוגעת. באופן דומה ביקשו לעתים ועדות הערר לאמץ "כלל אצבע" גורף של החלת רף אחוזי למתן פיצוי במקרים בעלי סמננים דומים, מבלי לבדוק כל מקרה לגופו. גישות אלה נדחו אחר כבוד בבתי המשפט לעניינים מינהליים, תוך התוויית קו אחיד (ונדיב): במקרה הראשון היה זה השופט עודד מודריק אשר דחה את גישת ועדת הערר (עמ"נ (מחוזי ת"א) 202/07 **ביטון נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה חולון**, מאגר נבו (2010)), ואילו במקרה השני (בהתאמה) היתה זו כבוד השופטת ד"ר אגמון-גונן בפרשת **טויטו**, לעיל ה"ש 95.

דוקטרינת הפיצוי הישראלית ממבט בינלאומי השוואתי

המבט המשווה בכל אספקט (פגיעות רבתי, פגיעות חלקיות-ישירות ופגיעות חלקיות-עקיפות) יכול לספק נקודות למחשבה ולדיון עבור כל הצדדים המעוניינים להשפיע על עתידם של דיני הפיצויים על נזקי תכנון בישראל.

ממצאי המחקר מלמדים על טווח המשמעויות הנרחב שיכולה זכות הקניין החוקתית להכיל: החל מזכות ליברטיאנית הגורסת אי-התערבות של המדינה בקניין הפרט, וכלה בזכות ליברלית, הגורסת (בגישות שונות) שלכל פרט יש חובות לחברה, לקהילה ולסביבה בהן הוא חי ופועל.¹¹⁹ הזכות לפיצויים בגין נזקי תכנון אינה "שחור או לבן". הממצאים מצביעים על כך, שזכות זו מגיעה במידות שונות במדינות שונות. מתוך המיגוון שמציגה הסקירה הבין-לאומית, יכולה כל מדינה, ובתוכה ישראל, לעצב לה זכות פיצוי לפי מידתה וצרכיה.

לא מן הנמנע, כי בפני בתי המשפט יועלו טענות בדבר חוסר החוקתיות של ההסדר המוצע לנוכח ההגנה על זכות הקניין בישראל.¹²⁰ האמנם הצרת הזכות לפיצוי בגין נזקי תכנון עולה כדי פגיעה בקניין, אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה? מתוך ממצאי המחקר עולה, כי גם הסדרים מגבילים בהרבה מההסדר הישראלי, אינם בלתי חוקתיים במדינתם. גם במדינות שבמדגם, שבהן מעניקה החוקה הגנה רחבה על זכות הקניין, נחשב ההסדר המדינתי כעומד בדרישות החוקתיות, בין אם זכות הפיצוי המוענקת היא רחבה או צרה.

אנו תקווה, כי יש בנתונים המשווים המובאים במאמר זה כדי לשפוך אור על הסוגיה ולסייע במענה על השאלה הערכית, שאלת המידתיות והתכלית הראויה, שהם עיקריה של הבחינה החוקתית.

אחד ההבדלים הבולטים בין הדין הישראלי לזה של יתר המדינות נוגע לתפקיד הבולט של הפסיקה בהקשר לקביעת הדין אודות נזקי תכנון. ברבות מבין מדינות המדגם, בתי המשפט טרם נתבקשו להכריע בסוגיות מפתח או לפרש אמות מידה ערכיות, משום שמספר התביעות המוגשות זעום, ועל כן גם מעט מקרים מגיעים לסף בתי המשפט. בקוטב השני נמצאת ארצות הברית, שם דיני הנטילה השלטונית כולם (להוציא מדינות ספורות) הם יציר הפסיקה הנדרשת לפרש את החוקה ללא תיווך של דברי חקיקה. אולם בארצות

119 על התפיסות השונות של הזכויות במקרקעין נכתב הרבה. לאחרונה התפרסם דו שיח חשוב בין שני חוקרי משפט חשובים:

Hanoch Dagan, "The Social Responsibility of Ownership", 92 CORNELL L. REV. 1255 (2007); Gregory S. Alexander, "The Social-Obligation Norm in American Property Law", 94 CORNELL L. REV. 745 (2009).

120 ביקורת על תזכיר החוק נמתחה מצד גורמי תכנון, סביבה ומשפט. בצד החוקתי-קנייני הועלו טענות בדבר צמצום משמעותי של הזכות לתבוע פיצוי הנובע מגורמים שונים: "...לא ניתן יהיה עוד לתבוע פיצויים על פגיעה בערך של מקרקעין גובלים, אלא אם ישנה פגיעה ממשית, שמשמעה הגבלה משמעותית ביכולת ניצול הקרקע, וגם אז אין פיצוי אם התכנית המקורית אושרה לפני יותר מעשר שנים. למעשה, ההצעה נוטלת מיזם תכנית וממוסדות התכנון כל מוטיבציה למנוע או לצמצם פגיעה במקרקעין גובלים...צמצום היקף הזכות הוא בבחינת "רצחת וגם ירשת". לא די שהתיקון משחרר את מוסדות התכנון מעול הפיצויים, אלא שאין הוא מקים כל מנגנון אשר ישכנע את הציבור...שמוסד התכנון נתן משקל ראוי לפגיעות התכנית". בנימין היימן, "נייתוח וביקורת: הרפורמה בחוק תו"ב לפי החלטת הממשלה מינואר 2010" **תכנון - ביטאון איגוד המתכננים בישראל** (17) 148, 156 (2010).

הברית, עשורים רבים של פסיקה טרם הניבו כללים ברורים שעל פיהם יוכלו הצדדים לצפות, פחות או יותר, מה סיכויי התביעה או העתירה. נותרה אי ודאות רבה, שטרם התפוגגה.

לעומת זאת, בישראל תרמה הפסיקה של בתי המשפט להבהרת הדין וליצירת מידה רבה יותר של ודאות. הפסיקה קבעה, מי הזכאים להגיש תביעת פיצויים, פירשה מינוחים חקיקתיים והגדירה את סוגי התביעות הזוכות לפיצוי. אמנם גם בישראל מותרת הפסיקה מקום לשיקול דעת של הרשויות בבואן לפרש מונחים כגון פגיעה "סבירה" או פגיעה שאין זה "צודק" לפצות בגינה, ברם הקווים המנחים שהפסיקה השכילה לשרטט הנם ברורים יותר מאלה הקבועים בארצות הברית.

במידה רבה, דיני הפיצויים על נזקי תכנון בישראל עוצבו על ידי השופטים. בבואם לפרש את לשון החוק ולפתור סוגיות שבאו לפתחם, הביאו בתי המשפט את דיני הפיצויים לדרגת דין יציר פסיקה, בעל השפעות כעין-חוקתיות. דיני הפיצויים בגין נזקי תכנון הפכו בכך לקרובים לדיני הפיצויים האמריקניים הנידונים גם הם, חדשות לבקרים, בפני ערכאות שיפוטיות, אולם תחיקת התכנון הישראלית יצרה, כאמור, ודאות רבה יותר תוך זמן קצר יותר מאשר בתי המשפט האמריקאים. כך, אל מול דוקטרינת פיצוי סטטוטורית, שגובשה עוד בימי המנדט הבריטי, והמחוקק הישראלי בחר שלא לערוך בה שינויים מהותיים, סיפקה הפסיקה רבדים חשובים המהווים כיום את עיקר ההסדר המשפטי לגבי נזקי תכנון. בכך מדגים החוק הישראלי יחס מעניין בין החוק החקוק לחוק הפסוק.

פרשת **וארון**¹²¹ היא הדוגמה הברורה ביותר לעיצובה של זכות הפיצוי בישראל על ידי הפסיקה. שם פסק בית המשפט ברוב דעות, שלשון החוק המקורית - "נפגעו מקרקעין", מכילה בתוכה גם את הזכות לפיצויים על פגיעה עקיפה. הניתוח ההיסטורי וההשוואתי שערכתי באשר למקורותיה של לשון החוק מראה, שלא היה בסיס נורמטיבי לפרשנות מרחיבה זו. התוצאה היא, שאחרי שלושים שנים שבהם קיימת זכות זו, התביעות לפיצויים על פגיעות עקיפות מהוות נטל רב על הרשויות. הצעת החוק לא "מעיזה" לבטל את זכות הפיצוי לנזקים עקיפים מהסוג הפרטי-פרטי, אף שעל פי המחקר ההשוואתי אין סיבה נראית לעין, מדוע תמשיך ישראל להיות יוצאת דופן ברוחב הזכות הניתנת בהשוואה לכל המדינות במדגם, להוציא הולנד.

עיקרי הצעת ה"רפורמה" בישראל והביקורת עליה: הכיוון נכון, אך לא מספיק

הכיוון הכללי של השינוי המוצע בחוק התכנון והבנייה בהקשר לפגיעות תכנון עולה בקנה אחד עם תוצאות המחקר. ממצאי המחקר בנוסחם הראשוני נמסרו לצוות שגיבש את הנוסח הראשוני של הצעת השינוי בחוק. ההמלצה העיקרית היתה, שאין כל הצדקה לכך שזכות הפיצוי בישראל תמשיך להיות באופן קיצוני מחוץ לסקאלה הבין-לאומית. אין לכך כל הצדקה עובדתית: אין מאפיין כלשהו בגיאוגרפיה, בדמוגרפיה או בכלכלה של ישראל המצדיק הענקת זכות נדיבה במיוחד לבעלי המקרקעין (שלצידה, חובה כבדה במיוחד על משלמי המיסים). להיפך: הצפיפות בישראל, קצב הריבוי הטבעי הרב, הנכונות לקלוט עלייה והרגישות הסביבתית, כל אלה משמעותם, שעל בעלי המקרקעין לצפות לכך, שקצב

הפיתוח סביבם ילך ויגבר. יתר כל כן: הרשויות המקומיות בישראל - שעליהן מוטל לשלם את דמי הפיצויים - הן בדרך כלל בעלות אמצעים פיננסיים הרבה יותר מוגבלים מאשר מקבילותיהן ברוב ארצות ה-OECD האחרות.

ההצדקה לפיצוי על פגיעות עקיפות מהסוג של "מפרכי על פרטי" מוטלת בספק. מדוע ראוי להעניק זכויות יתר לאלה ששפר עליהם גורלם וזכו לגור או להקדים ולרכוש זכויות במקרקעין במקום מסויים ועתה מבקשים להטיל על הכיס הציבורי נטל שיכביד על הכניסה של אחרים לגור או לעבוד בסמיכות מקום? יתר על כן: נטל זה יכול גם לייקר את המוצר הבנוי והוא פועל הפוך מהיעד של "דיור בהישג יד". באשר לפגיעות ישירות, ההצדקה להן יותר מוצקת, והנוכחות הבין-לאומית יותר רחבה. יחד עם זאת, זכות הפיצוי בישראל במתכונתה הנוכחית נדיבה מדי, ואף היא חורגת מהטווח הבין-לאומי. עקב הפיתוח המואץ והצפיפות בישראל, יש צורך בשימור של שטחים פתוחים טרם ילבוש מעטה בטון. כיום, מוסדות התכנון נרתעים מלשמר שטחים פתוחים ומבנים היסטוריים מחשש לתביעות על פגיעות ישירות.

הצעת החוק הולכת בכיוון הראוי על מנת להעמיד את הדין הישראלי במבחן המידתיות ההשוואתית, אולם אין היא הולכת כברת דרך מספקת. מאחר שלא כל יום מבצעים בישראל שינויי חקיקה בהקשר לזכויות קניין (החקיקה הנוכחית היא בעיקרה משנת 1936), אין זה רצוי לערוך שינויים קטנים, תוספתיים בחוק. מן הראוי לעצב לישראל תפיסה הולמת חדשה לזכות הפיצוי בגין נזקי תכנון. אין צורך לבטל באופן קיצוני את זכות הפיצוי ולהצטרף בכך למדינות שבקבוצה הראשונה. ניתן להשאיר את ישראל בקבוצת המדינות בעלות זכויות פיצוי נרחבות, אולם יש לעצב זכות פיצוי המתאימה יותר לצרכי הפיתוח ולקצב הפיתוח בישראל ובד בבד, לאתגרים של שימור סביבתי.

הצעת החוק מאמצת מספר המלצות של המחקר:

- ביטול הזכות לתבוע פיצויים בגין ציפיות לזכויות בנייה שאינן קיימות בתוכנית שבתוקף. כיום הכירו בתי המשפט בישראל בזכות לפיצוי על ערך ציפיות, שנכזבו על ידי התוכנית החדשה. בהיבט זה ישראל היא המדינה היחידה המכירה בזכות לפיצוי על ערך ציפיות בלבד. ללא האיום בתביעות פיצויים, יוכלו מוסדות התכנון להחליט על שימור של שטחים חקלאיים אם מבנים היסטוריים בהתאם לתפיסתם בדבר המדיניות הרצויה.
- הזכות לפיצוי תהיה קשורה רק לתוכניות בעלות פירוט המספיק למימוש זכויות הבנייה. בכך יצטרף החוק הישראלי לחוקים של הרוב הגדול של המדינות במדגם. תבוטל זכות הפיצוי לתוכניות ארציות כלליות (כמו תמ"א 35) או תוכניות מתאר מקומיות כלליות. הללו נעדרות פירוט המאפשר הוצאת היתרי בנייה (תוכניות מחוזיות מיועדות לביטול בהצעת החוק, על כן הן לא נזכרות כאן).
- הצעת החוק קובעת הגבלה לגבי גיל התוכנית. מוצע, שהגבלה זו תחול רק על פגיעות עקיפות (סעיף 399ג) להצעת החוק). תנאי להגשת תביעה בגין נזקי תכנון עקיפים הוא, שהתוכנית הפוגעת אושרה בתוך 10 שנים מיום אישור התוכנית המקורית. סעיף זה מזכיר את ההסדר השבדי והגרמני בדבר "תקופת ביצוע", דהיינו תקופה אשר לאחריה אין אפשרות כלל להגיש תביעה בגין ירידת ערך (בחוק הגרמני קיימים מספר סייגים בהם בכל זאת אפשרית הגשת תביעה). הכיוון חיובי, אך אינו מספיק. מגבלת הזמן המוצעת בישראל נוגעת לפגיעות עקיפות בלבד, ואילו ההסדרים בחוק הגרמני ובחוק השבדי חלים על פגיעות ישירות-חלקיות.

- מגבלה מוצעת נוספת לזכות הפיצוי בגין פגיעות עקיפות נמצאת בסעיף 399(ג) להצעת החוק. תנאי להגשת תביעה בגין נזקי תכנון עקיפים הוא, שהתוכנית הפוגעת אושרה בתוך 10 שנים מיום אישור התוכנית המקורית¹²². סעיף זה מזכיר את ההסדרים שבבדיה ובגרמניה בדבר "תקופת ביצוע", דהיינו תקופת אשר לאחריה אין כלל אפשרות להגיש תביעה בגין ירידת ערך (אם כי בחוק הגרמני קיימים מספר סייגים בהם בכל זאת אפשרית הגשת תביעה). ואולם, בעוד מגבלת הזמן המוצעת בישראל נוגעת לפגיעות עקיפות בלבד, חלים ההסדרים הגרמני והשבדי על פגיעות ישירות-חלקיות.

השינויים המוצעים מסמנים כיוון נכון אולם אינם מספיקים. הממצאים ההשוואתיים תומכים בשינויים נוספים:

- החוק ממשיך לקבוע סף פגיעה נמוך מאוד הן לפגיעות ישירות והן לעקיפות (תוך הבחנה קלה בלבד ביניהם). הצעת החוק אף משפרת את סיכויי התובעים לקבל פיצויים (אם הם עומדים ביתר התנאים) בכך, שבמקום אי הוודאות שנותרת בפסיקה באשר לרף הכמותי של "סבירות", קובעת הצעת החוק, שתביעות יוכלו לזכות בפיצוי כל עוד הפגיעה אינה פגיעה של "מה בכך"¹²³. סף זה הינו נמוך מאוד, שמעטים כמותו במדינות שסקרנו, בעיקר לנוכח היעדר הגבלות משמעותיות לגבי גיל התוכניות (ראו להלן).
- יש מקום לבטל לחלוטין את זכות הפיצוי על פגיעה עקיפה מהסוג "מפרטי על פרטי". למזער, ניתן להעמיד בפני תביעות אלה סף גבוה של עוצמת פגיעה. ישראל יוצאת דופן באופן קיצוני בזכות שמעניק החוק לפיצוי על פגיעות מהסוג פרטי-פרטי. אפילו בהולנד - שרק בה ניתן למצוא זכות הדומה לישראל - זכות זו מצומצמת לעומת ישראל. אין כל הצדקה לכך שדווקא בישראל, המדינה המערבית בעלת קצב הפיתוח המהיר ביותר עקב שיעור ילודה גבוה, והמדינה בעלת צפיפות אוכלוסייה רב, יהיו זכויות יתר למי שבמקרה הגיעו ראשונים לעיר או לשכונה. מהי ההצדקה, שהחוק יקנה זכות פיצוי לאלה שהגיעו קודם? האמנם במדינתנו הצפופה ניתן לטעון ברצינות את טענת "ההסתמכות"? אילו אוחזי מקרקעין צופים באמת ובתמים שצורכי הפיתוח יעצרו בדיוק בפתח ביתם? האם טענת "ההסתמכות" על תוכנית קודמת, שאושרה לפני שנים, היא טענה סבירה?

122 את זאת אנו למדים מהוראת סעיף 399(ב) בתזכיר החוק המוצע. שינוי מוצע זה זוכה לביקורת אצל מקצת מאנשי המקצוע בישראל. המבקרים סבורים כי "לא נכון להגביל בזמן את הזכאות לפיצויים, שכן את נזקי הבנייה רואים לעתים רק אחרי היישום, אשר עשוי לקחת שנים רבות. הגבלת הזכות לפיצויים צריכה לחול רק במקרה של קיום אינטרס ציבורי חזק, אבל לא במקרה של יזם פרטי, על חשבון האחר". איגוד המתכננים בישראל, "התייחסות איגוד המתכננים בישראל לפרורמה בחוק התכנון והבנייה" נייר עמדה, עמ' 16 (3.3.2010).

123 - סעיף 403 להצעת החוק. ברי, כי נותרות שאלות פתוחות רבות, שאין אנו יכולים לדון בהן במסגרת רשימה זו. די לציין, כי אחת השאלות הינה, מהן פגיעות של "מה בכך", שלא יקנו זכאות לפיצוי, והאם הרף האחוזי שנקבע בפסיקות קודמות של בתי המשפט ימשיך לחול גם על פגיעות עקיפות וישירות על פי החקיקה המוצעת. שאלה נוספת שיש להשאירה כעת בצריך עיון הינה, האם קיים הבדל בין עוצמת הפגיעה שתזכה בפיצוי במקרה של פגיעה עקיפה לעומת פגיעה ישירה. : לכאורה, במקרה הראשון מדברת ההצעה על "פגיעה ממשית" ואילו במצבי פגיעה ישירה מונה המחוקק שורת מצבים אפשריים המקימים עלית תביעה במידה שהוכח, כי אין בהם משום פגיעה של "מה בכך".

- הצעת החוק מציעה, לראשונה, להבחין בין פגיעות עקיפות מהסוג "מציבורי על פרטי" לבין פגיעות מהסוג "פרטי על פרטי". זוהי הבחנה מבורכת. אולם כיוון ההבחנה הוא הפוך מהכיוון ההגיוני: הפגיעות מהסוג הציבורי-פרטי נגרמות, בדרך כלל, על ידי תשתיות המשרתות ציבור רחב (בהיקפים שונים). ההצעה בסעיף 399(ד) להצעת החוק מחייבת רף של 10% לפגיעה הנובעת ממתקני תשתית, ואין הוראה מקבילה לגבי פגיעות עקיפות מהסוג פרטי-פרטי. מכיון שמדובר בפגיעות עקיפות, שהן בדרך כלל חלקיות, רף זה לגבי תשתיות צפוי לצמצם באופן ניכר את שיעור התביעות, ולהשאיר בחוץ נפגעי תשתיות שהיום זוכים לפיצוי. דווקא כאשר מדובר בגוף פוגע ציבורי, המתקין תשתיות שמהן יהנה ציבור רחב, שיקולים של צדק חלוקתי תומכים בהענקת פיצוי מלא כדי לאזן בין הפגיעה במעטים עבור התועלת של רבים.¹²⁴
- שינויים שעשתה הממשלה בהצעת החוק באוגוסט 2010 הם צעד מובהק בכיוון ההפוך, אשר יציב את ישראל, שוב, בקיצון של טווח המדינות. הצעת החוק מרחיבה את זכות הפיצוי דווקא לגבי פגיעות מהסוג הפרטי המובהק ביותר, שעד כה לא זכה לפיצוי. על פי החוק התקף בישראל, ניתן לתבוע פיצויים רק בגין אישור תוכניות ולא בגין החלטות אחרות. עתה מוצע להעניק זכות לתביעת פיצויים גם בגין הענקת הקלה או שימוש חורג.¹²⁵ הקלות ושימוש חורג הם בהכרח נקודתיים, ומוענקים לאדם ידוע ומסויים. על כן, החלטות אלה הן בגדר החלטות מינהליות-ביצועיות בעוד שתוכניות תהיינה דומות יותר (או אמורות להיות דומות יותר) להחלטות מעין-חקיקתיות הקובעות נורמה כללית. אם תוחל זכות הפיצויים על הקלות ושימוש חורג, תהיה זו דומה יותר לתביעת נזיקין בתחום המשפט הפרטי מאשר לתביעה בגין נזקי תכנון במשפט הציבורי. הסרת המסך הציבורי מגלה, שבמקרים אלה, יש בעיקר שני צדדים ניצים - צד אחד שביקש וקיבל זכויות פיתוח הגורמות לעליית ערך מקרקעין, וצד שני הטוען שזכויות אלה מורידות את ערך המקרקעין שלו. המדיניות הציבורית אינה "שחקן" מרכזי במקרים אלה (לכך מיועדים הליכי הכנת תוכניות). מה ההצדקה לכך, שוועדות ציבוריות יהפכו למתווכות בתביעות אלה ויעמידו את שירותיהן, שימומנו על ידי משלמי המסים, לצורך ניהול התביעות?
- מה הנימוק להחלת זכות הפיצוי להקלה ושימוש חורג? יש שיטענו שהנימוק נעוץ בשאיפה לסימטריה בין החובה לשלם היטל השבחה לבין הזכות לתבוע פיצויים, ומאחר שיש בישראל חובה לשלם היטל השבחה על הקלות ושימוש חורג, מן הדין להעניק זכות מקבילה לפיצויים. על שאלה זו עמדנו בחלק העיוני של מאמר זה, שם הראינו, שאין הקבלה כזו. עיקרי היסודות העיוניים של ההצדקה לקצירת השבחה, שהוצעו במשך השנים על ידי הוגי דיעות, הם מנותקים ועצמאיים מהיסודות

¹²⁴ בכך אני מסכימה עם החלטת השופטת מיכל אגמון-גונן בעניין **טויטו**. החלטה זו מעוגנת בניחות מקיף של עקרונות הצדק החלוקתי ועל פיהם אין היא מקבלת את הרף של 5% שקבעה ועדת הערר. אולם בדיון הרחב בצדק חלוקתי המוצג בפסק הדין, אין השופטת עורכת הבחנה בין פגיעות מהסוג של ציבורי-פרטי (נשוא העתירה) לבין פגיעות מהסוג של פרטי-פרטי (שבדרך כלל אינן מעלות שאלות של צדק חלוקתי באותה עוצמה).

¹²⁵ סעיפים 371-361 להצעת החוק, כפי שתוקנה על ידי הממשלה בחודש אוגוסט 2010 והופצה על ידי ועדת הפנים של הכנסת.

המצדיקים פיצוי על נזקי תכנון.¹²⁶ גם בפועל, מיסוי ההשבחה ופיצוי על נזקי תכנון הם הסדרים נפרדים. ברוב מדינות המדגם הם אינם דרים בכפיפה אחת. במדינות האחרות במדגם, שבהן ישנם הסדרי פיצויים פעילים, לא קיים כלל מיסוי השבחה. כך, בחוק ובפרקטיקה של כל מדינות המדגם, אין הקבלה בין השבחה לפיצויים. גם בישראל, אין הצדקה לחפש הקבלה מלאכותית בין זכות הפיצוי לחובת תשלום בגין השבחה, ואין לנקוב בשמה של זו האחרונה על מנת להרחיב עוד יותר את זכות הפיצוי. (גם בחוק הנוכחי בישראל קיימת הקבלה בעיקר "על הנייר", אך דיון רחב יותר בכך הוא מחוץ לגבולות מאמר זה).

יש הטוענים שהתופעה של "כתבי שיפוי" פותרת את כל הפגמים שבתביעות בגין פגיעות עקיפות. לדעתם, ממילא מועברים לצד הפרטי הנהנה ואינם נופלים על משלמי המיסים. אולם אין בכתבי השיפוי בכדי לרפא הסדר לא נחוץ ומזיק מיסודו. התופעה של כתבי שיפוי מעולם לא נועדה להיות חלק מההסדר שקבעו בית המשפט והכנסת לגבי פגיעות עקיפות. תופעה זו התפתחה "מלמטה" (הן בישראל והן בהולנד), כפתרון ש"שוק התכנון" יצר באופן בלתי אחיד ובלתי מתוכנן לזכות הפיצויים לנזקים עקיפים, שמלכתחילה כנראה לא היו מיועדים להיות מוכרים בחוק הישראלי. כתבי השיפוי גם הם "משענת קנה רצוף" שהתפתחה באופן הדרגתי ולא אחיד. ממצאי מחקר¹²⁷ מראים, שעד היום אין מדיניות משותפת ונוסח אחיד ברחבי הארץ. יתר על כן: לא תמיד כתבי השיפוי ניתנים לאכיפה יעילה - ובמצבים אלה הנטל של עלויות ההתדיינות וכן עלויות הפיצוי נופל על משלמי המיסים האחרים ברשות המקומית. למעשה, כתבי השיפוי מעידים בקיומם על העיוות שבעצם הזכות לפיצוי על נזקי תכנון עקיפים מהסוג "פרטי-פרטי". הדין בדבר פיצוי על נזקי תכנון הוא חלק מהמשפט הציבורי וכתבי השיפוי הופכים, למעשה, להסדר בין צדדים פרטיים, שביניהם מתווכת ועדת התכנון.

באשר לפגיעות ישירות, הניתוח ההשוואתי מראה שההצדקה לפיצוי בגין מוצקת יותר מאשר בפגיעות עקיפות. בנושא זה ישראל אומנם נמנית עם הקבוצה הנדיבה, אולם אין הדין בישראל חריג באותה מידה כמו בהקשר לפגיעות העקיפות. יחד עם זאת, גם הזכות לפיצוי על פגיעות ישירות טעונה צימצום מסויים. ניתן ללמוד מגרמניה ושבדיה ולהחיל מיגבלת זמן גם בהקשר לפגיעות ישירות. אין כל סיבה מדוע יהנו בעלי קרקע בישראל מ"תוכנית ביטוח" ללא מיגבלת זמן, שעל פיה כבולות רשויות התיכנון לתשלום פיצויים ללא גבול של זמן. האם לא ראוי לדרוש מבעלי קרקע ש"יקחו אחריות" גם הם, וידאגו לממש את זכויות הבנייה שהעניקה להם התוכנית בתוך פרק זמן סביר? שהרי בדרך כלל, לתוכניות עירוניות יש טווח זמן רצוי למימושן. רק כך יכולה הרשות לתכנן את העיתוי של אספקת שירותי הציבור. בעלי המקרקעין שאינם ממשים את זכויות הפיתוח שקיבלו מהרשות הציבורית כמוהם כלוקחים את משלמי המיסים ואת שכניהם כבני ערובה.

סקירה של היסודות הרעיוניים של תשלום בגין השבחה מוצגת ב: **Alterman 2011** לעיל ה"ש 11. רחל אלטרמן וטל צפריר "מעמדם של כיתבי-שיפוי לתביעות עקיפות פיצויים בגין נזקי תכנון" (בהכנה).

126

127

בנושא אחד יש מקום דווקא להרחיב את זכות הפיצוי בישראל, כדי לתקן עיוות רב-שנים:

יש להעביר מהעולם את "ההלכה הדו-שלבית". במקומה ראוי להנהיג בישראל תרופה המקובלת בהרבה מארצות המחקר: הענקת זכות לבעלים לדרוש הפקעה הופכית במקרים בהם המקרקעין מיועדים במשך זמן לצורך ציבורי, כהקדמה להפקעה. לא מצאנו במחקר ההשוואתי תקדימים לכך, שכדי לזכות במלוא הפיצוי בגין קרקע שעתידה להיות מופקעת, על בעלי הקרקע לכתת רגליהם בפני טריבונלים ובתי משפט פעמיים - פעם ראשונה עם אישור התוכנית המייעדת את הקרקע לצורכי ציבור ופעם שנייה לאחר ביצוע ההפקעה. מיותר לומר, שהליכים כאלה כרוכים גם בהוצאות רבות ומקשים על מי שאינם אמידים ואינם מתמצאים היטב בהליכי מינהל ציבורי. נוסף חטא על פשע בכך, שאין בישראל חובה להודיע לבעלי הקרקע על תוכנית פוגעת, אפילו לא אם מדובר בייעוד הקרקע לצורך ציבורי. מאחר שזכות התביעה פגה לאחר שלוש שנים, וכלל התיישנות זה חל גם על פי הצעת החוק, ניתן לומר שההסדר הנוכחי פוגע בזכות הקניין ובצד חלוקתי באופן קשה. יש לבטל את "ההלכה הדו-שלבית" מן העולם ולהחליפה בהסדר שבו הבעלים יהיו זכאים לבקש מהרשויות להפקיע את המקרקעין ולשלם את הפיצוי המלא באותו הליך. לצד זכות זו, או לפחות כצעד ביניים עד לחקיקת זכות זו, מן הראוי להנהיג חובה ליידע באופן אישי בעלים של מקרקעין שנפגעו, וסביר שתקום להם עילת תביעה.

סוף דבר

מיצובה הקיצוני של ישראל על גבי הסקאלה של הסדרי הפיצוי וההשוואה למדינות אחרות מקבלת משמעות רבה נוכח חוסר הנוחות שחשים מקבלי ההחלטות מהמצב הקיים.¹²⁸ הרפורמה המוצעת בחוק התכנון והבנייה הינה רק שלב אחד, כך אנו מעריכים, לקראת רפורמה מקיפה עוד יותר בדיני הפיצויים בגין פגיעות תכנוניות בישראל. מחקר השוואתי בין-מדינתי הינו מקור לא אכזב ללמידה הדדית ולהעשרת השיח הפנים-מדינתי.

הכרת התמונה הבינ-לאומית מהווה מדרגה לקראת דיון ציבורי מעמיק. מעיון בהצעת החוק ניכר, כי מקבלי ההחלטות בישראל קיבלו השראה, ולו במקצת, מההסדרים הקבועים במדינות אחרות (ממצאי המחקר הראשוניים של מחקר זה הועברו לנציגי משרד הפנים, המשפטים והאוצר בשלבים הראשונים לניסוח הרפורמה, בשנים 2005-2006). כדי לצמצם את זכות הפיצוי, מקבלי ההחלטות למדו מהנעשה במדינות המקבץ הראשון והשני. שינויים אלה ואחרים נובעים מהכרת הממשלה הישראלית בכך, שפגיעות תכנוניות מהוות חסם בפני תכנון אורבני מושכל. הן אף מעלות את החשש, כי רשויות התכנון מכלכלות

128 בדברי ההסבר להצעת החוק ציינה הממשלה בעמ' 835, כי "עד לראשית שנות ה-90, היקפן של התביעות לפיצויים בגין פגיעות תכנוניות היה זניח והשפעתן על התכנון, היקפו ואיכותו לא הורגשה כלל מסיבות שונות. החל מתחילת שנות ה-90, לצד וכתוצאה מהשיח המשפטי בדבר זכויות קניין, מוגשות תביעות בגין פגיעה תכנונית כמעט בגין כל תכנית, ולו קטנה ובעלת השפעות זניחות. עובדה זו הפכה את העשייה התכנונית למוטת פיצוי, דבר הגורם לעיוותים תכנוניים ולעיכוב תכנון ופיתוח..."

גירסה קדם-פירסום למאמר שהתפרסם בכתב העת **מקרקעין** 5/ט (ספטמבר 2010)

צעדיהם לפי שיקולים כספיים של התגוננות מפני תביעות, ולא על פי טובת הציבור בכללותו.

מאמר זה ייצא נשכר אף אם הצדדים הניצים במחלוקות תכנוניות-קנייניות יפיקו ממנו תובנות חדשות בעת דיון בנושא הדין הרצוי בישראל לגבי פגיעות תכנוניות. אלה המבקשים להרחיב את זכות הפיצוי ימצאו בממצאים מגוון רחב של אפשרויות לעשות כן. אלה המבקשים לצמצם את הזכות יוכלו גם הם ללמוד מנסיוןן של מדינות אחרות.