

התחשבות בהשפעה של פוטנציאל תכנוני על שווי שוק של מקרקעין

דביר סגלוביץ*

המאמר בוחן את השאלה אם ניתן להתחשב בפוטנציאל תכנוני לצורך הערכת שוויים של מקרקעין בראי הפסיקה הישראלית, ואם כן – באילו מצבים. המאמר פותח בהתייחסות כללית לתרומתו של פוטנציאל תכנוני לשווי שוק של מקרקעין. הוא מצביע על כך שיש להבחין בין פוטנציאל תכנוני לא ממומש לבין ציפייה תכנונית. בהמשך לכך המאמר מצביע על גישות שונות שהובעו בפסיקה הישראלית ביחס לשאלה באילו מצבים, לפי דיני התכנון והבנייה, יהיה אפשר להתחשב בציפייה תכנונית לצורך הערכת שוויים של מקרקעין. במסגרת זו הדיון מתמקד בהסדרים הקיימים בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, בנוגע לתביעת פיצויים כתוצאה מאישורה של "תוכנית פוגעת" והיטל השבחה. הדיון ממשיך בבחינת השינויים שחלו בפסיקה הישראלית בהתייחס לשאלה מתי הסדרים אלו מאפשרים להתחשב בציפייה תכנונית לצורך הערכת שוויים של מקרקעין. בהמשך לכך מוצגת ביקורת על אופן יישומם של הכללים שנקבעו בפסיקה כמענה לשאלה זו, הגורסת כי כללים אלו אינם ישימים במצבים מסוימים, וכי הדבר מחייב את פיתוחם ושכלולם. כן מוצגת ביקורת על אופן יישומם של הכללים השונים בערכאות השונות, תוך התייחסות לסתירה הקיימת בין ההחלטות השונות. נוסף על כך המאמר מצביע על קשיים ביישום כללים שנקבעו בפסיקה לצורך הערכת תרומתה של ציפייה תכנונית לשווי השוק של מקרקעין. בהקשר זה מוצגת הטענה כי כללים אלו קשים ליישום במסגרת הערכת שווי הנעשית לצורך גביית היטל השבחה או לצורך תביעת פיצויים המתייחסת לפגיעה עקיפה.

* עורך דין, בוגר במשפטים (LL.B.). תודה מיוחדת לעורכת כתב העת **משפט ועסקים** הדר טבול, לחברות המערכת טל שוורץ ועדי זהריה וכן לקורא/ת החיצוני/ת על ההערות המצוינות והמועילות לטיוטה מוקדמת.

מבוא

- פרק א: השפעותיה של ציפייה תכנונית על שווי שוק של מקרקעין וההתחשבות בה לצורך הפרקים הכלכליים של חוק התכנון והבניה
1. התחשבות בפוטנציאל תכנוני לצורך מתן פיצויים בגין ירידת ערך
 2. התחשבות בפוטנציאל תכנוני לצורך גביית היטל השבחה
- פרק ב: שימוש מיטבי או שימוש דמיוני? (עקרון הציפייה הסבירה) סיכום

מבוא

מאמר זה מציע ניתוח דסקריפטיבי של הכללים החלים בישראל בנוגע ל"פוטנציאל תכנוני" ולהתחשבות בו לצורך הערכת שוויים של מקרקעין במסגרת הפרקים הכלכליים בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק).

ההשפעה של פוטנציאל תכנוני על שווי השוק של מקרקעין הוכרה בפסיקה בהקשרים שונים, אולם ההתחשבות בהשפעה זו הוגבלה על יסוד ההסדרים השונים בחוק. הניתוח שיוצג להלן מלמד כי הפסיקה אינה מספקת מענה ברור לשאלה אם ניתן להתחשב בפוטנציאל תכנוני לצורך הערכת שוויים של מקרקעין במצבים מסוימים. גם במצבים שבהם נקודת המוצא העקרונית היא שניתן להתחשב בפוטנציאל תכנוני, לעיתים קיים קושי ביישום הכללים שנקבעו בפסיקה לצורך הערכת התרומה של הפוטנציאל התכנוני לשווי הקרקע.

פוטנציאל בהקשר של דיני התכנון והבניה מבטא אפשרות קיימת או אפשרות עתידית לשימוש או לבנייה בקרקע. הפוטנציאל התכנוני יכול לבטא ודאות מוחלטת;¹ ודאות סבירה, שהינה מידת הוודאות המתבקשת מנסיבות העניין;² והסתברות, הכוללת "אפשרות משמעותית",³ "אפשרות סבירה"⁴ ו"אפשרות רחוקה".⁵ יש להבחין בין פוטנציאל תכנוני במובנו הצר לבין פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב. פוטנציאל תכנוני במובנו הצר כולל את כל אפשרויות הניצול של המקרקעין, השימושים המותרים בהם וזכויות הבנייה המוקנות להם על פי ייעודם התכנוני התקף, וכן החסמים הנורמטיביים

- 1 למשל, כאשר הפוטנציאל נובע מתוכנית מתאר מאושרת שלא מומשה במלואה.
- 2 למשל, כאשר הפוטנציאל נובע מתוכנית מתאר המצויה בשלבי אישור מתקדמים (כגון תוכנית שמוסד התכנון המוסמך כבר קיבל החלטה בדבר דחיית ההתנגדויות שהוגשו לה).
- 3 למשל, כאשר הפוטנציאל נובע מהליך תכנון עתידי התואם מדיניות תכנון שפורסמה על ידי מוסד תכנון. במקרה מסוג זה הוודאות נוצרת על בסיס המדיניות המוצהרת של מוסד התכנון.
- 4 למשל, כאשר הפוטנציאל נובע מתוכנית מתאר המצויה בשלבי אישור מוקדמים (כגון תוכנית שאושרה להפקדה).
- 5 למשל, כאשר הפוטנציאל נובע מתכנון עתידי (כגון תוכנית מתאר המצויה בשלבי הכנה וטרם אושרה להפקדה).

החלים לגביהם מכוח אסדרה ודיני התכנון והבנייה.⁶ לעומת זאת, פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב מבטא את כל המידע התכנוני הרלוונטי המצוי בנורמות המשפטיות אשר חלות או מיועדות לחול על המקרקעין.⁷ כלומר, פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב כולל גם את הסיכוי להרחבת אפשרויות הניצול של המקרקעין (למשל, באמצעות שינוי השימוש המותר בקרקע או הגדלת אחוזי הבנייה המותרים בה).

בעוד פוטנציאל תכנוני במובנו הצר ייווצר רק עקב שינוי בעל תוקף נורמטיבי שחל במקרקעין (למשל, עקב אישורה של תוכנית מתאר החלה על המקרקעין), פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב עשוי להיווצר עוד בשלבים מקדימים של תהליכים אסדרתיים הנוגעים במקרקעין (למשל, בשלב הגשתה של תוכנית לדיון במוסד התכנון המוסמך).⁸ פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב עשוי להיווצר גם עקב פיתוח סביבתי, אף בהעדר שינוי תקף או צפוי במקרקעין;⁹ עקב הצהרה של נבכרי ציבור;¹⁰ או עקב הכרזה של מוסד תכנון שאינה בעלת תוקף נורמטיבי.¹¹ ניתן להבין כי פוטנציאל תכנוני במובן הצר מבטא את התכונות הנורמטיביות של המקרקעין לפי התכנון התקף, בעוד פוטנציאל תכנוני במובן הרחב מבטא ציפייה עתידית לשינוי בתכונות הנורמטיביות של המקרקעין לא על בסיס תכנון תקף.

גם לתכנון שטרם קיבל תוקף מחייב עשויה להיות השפעה אסדרתית.¹² השפעה אסדרתית של הליכי התכנון אינה משנה את התכונות הנורמטיביות של המקרקעין, אך היא בבחינת מידע הנוגע בנורמה תכנונית עתידית (כגון שינוי הצפוי בזכויות הבנייה או

6 פוטנציאל תכנוני במובנו הצר ישקף גם זכויות בנייה מוקנות שאינן ניתנות לניצול בשל מגבלות בנייה. כך, למשל, במצב שבו תוכנית מאפשרת זכויות בנייה לשטח עיקרי של 500 מ"ר במגרש מסוים, אך מגבלות הבנייה (כגון מספר הקומות המותרות או קווי הבניין שנקבעו לאותו מגרש) מאפשרות לנצל רק 450 מ"ר, יהיה אפשר להתייחס לאותם 50 מ"ר נוספים כאל זכויות מוקנות שאינן ניתנות לניצול. את הזכויות האלה יהיה אפשר לנצל בעתיד עם אישורן של תוכנית נוספת או הקלה, אולם מבחינה מושגית הן הוקנו למגרש בתוכנית מאושרת ולכן הן אינן בגדר ציפייה תכנונית (פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב).

7 על ההבחנה בין פוטנציאל קיים לפוטנציאל עתידי ראו ע"א 8937/08 מנהל מקרקעי ישראל נ' אללה (אר"ש 1.12.2011).

8 שרית דנה ושלום זינגר **דיני תכנון ובנייה** כרך א 411 (2015).

9 לדוגמה, קרקע חקלאית הגובלת באזור בנוי עשויה לעורר ציפיות להפיכתה לקרקע עירונית.

10 רע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רחובות נ' מ. לוסטרינק ובנו חברה להנדסה ובניין בע"מ, פ"ד נז(5) 529, 537 (2003) (להלן: עניין לוסטרינק).

11 ע"א 209/85 עיריית קרית-אתא נ' אילנקו בע"מ, פ"ד מב(1) 190, 208 (1988).

12 ראו, למשל, ס' 78(א) לחוק, אשר מסמיך את מוסד התכנון בעל הסמכות להפקדת התוכנית לקבוע תנאים שלפיהם יינתנו היתרי בנייה, היתרים לשימוש בקרקע או אישור תשריט של חלוקת קרקע בתחום התוכנית המוצעת שטרם אושרה להפקדה. כן ראו ס' 97(א) לחוק, הקובע כי לא יינתן היתר בנייה לגבי המקרקעין שבתחום התוכנית שאינו בהתאם לתוכנית שהוחלט על הפקדתה אלא באישור הוועדה המקומית; וס' 97א(א) לחוק, אשר מסמיך מוסד תכנון שהפקיד תוכנית לאשר מתן היתר על פי תוכנית שהפקיד אף אם הוא אינו בהתאם לתוכנית בת תוקף, אם התקיימו התנאים הקובעים בסעיף.

בשימושים המותרים בקרקע), והיא תורמת לעוצמתה של הציפייה לאישורו של תכנון עתידי. השפעה זו נובעת מהצורך בהתאמת המדיניות התכנונית לתכנון העתידי,¹³ ונודעת לה משמעות סטטוטורית מעשית שעשויה להרחיב או להגביל את אופן ניצול המקרקעין.¹⁴ כך, למשל, במצב שבו הוחלט על קביעת תנאים למתן היתרי בנייה בתחומה של תוכנית עתידית מוצעת¹⁵ תיווצר ודאות גבוהה יותר לאישורה של התוכנית העתידית מאשר במצב שבו לא נקבעו תנאים למתן היתרי בנייה עקב הגשתה של תוכנית מוצעת.

החוק כולל הסדרים היוצרים הבחנה בין נורמה תכנונית שמומשה בקרקע בפועל לבין נורמה תכנונית מאושרת שטרם מומשה (פוטנציאל תכנוני במובנו הצר). כך, למשל, סעיף 7(ב) לתוספת השלישית לחוק, העוסק במימוש זכויות חלקי¹⁶ במקרקעין שהושבחו כתוצאה מפעולה תכנונית שבגינה קמה חבות בהיטל השבחה,¹⁷ קובע כי בעת מימוש זכויות חלקי ישלם החייב היטל השבחה בשיעור יחסי לפי מידת המימוש החייבת בהיטל. בכך, למעשה, גובה ההיטל שייגבה מותאם למידת ההנאה שהפיק החייב מהתכנון המאושר והתקף במקרקעין, או במילים אחרות – למידה שבה ניצל החייב את הפוטנציאל התכנוני של הקרקע. הסדר חוקי נוסף העוסק בפוטנציאל תכנוני במובן הצר ניתן למצוא בסעיף 4(א5) לתוספת השלישית לחוק, הקובע כי היטל השבחה שנובע מאישורה של תוכנית כוללנית¹⁸ ייגבה רק לאחר האישור של תוכנית מתאר מקומית או תוכנית מפורטת שמכוחן ניתן לממש את הפוטנציאל התכנוני שנוצר עם אישורה של התוכנית הכוללנית.¹⁹

13 ע"א 8265/00 שופרסל בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז מרכז, פ"ד נו(5) 885, 895 (2002).

14 להחלטה של מוסד תכנון בדבר הפקדת תוכנית יש משמעויות והשלכות נורמטיביות וכלכליות. עניין זה מקבל ביטוי גם בחובת הפרסום שחלה על מוסד התכנון בעת קבלת החלטה על הפקדה (ראו ס' 88, 89 לחוק).

15 לעיל ה"ש 12.

16 לעניין המונח "מימוש זכויות" שבתוספת השלישית לחוק ראו להלן בתת-פרק 2א.

17 פעולת תכנון עשויה להעלות את שוויים של מקרקעין באופן שמחייב תשלום היטל השבחה. היטל ההשבחה מוטל על ידי מוסד תכנון (בדרך כלל ועדה מקומית לתכנון ולבנייה), על בסיס הוראות התוספת השלישית לחוק, עקב עליית שווי של נכס מקרקעין שמקורה בפעולת תכנון המנויה בס' 1(א) לתוספת השלישית לחוק ("אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג").

18 תוכנית כוללנית היא תוכנית שאישרה הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ואשר חלה על כל השטח של מרחב התכנון המקומי או על חלק נרחב ממנו (ס' 62א(ג) לחוק). מטרתה של תוכנית כוללנית הן, בין היתר, להתוות את המבנה המרחבי הראשי המוצע של היישוב, לתת ביטוי בהיר וברור למדיניות התכנונית המוצעת ליישוב ולמטרותיה, ולתת הוראות והנחיות להכנה ואישור של תוכניות מקומיות, מתאריות ומפורטות (משרד הפנים – מינהל התכנון, האגף לתכנון מקומי **מתווה להכנת תוכנית מתאר מקומית כוללנית ליישוב** (2013)).

19 הוראה זו נוספה בחוק התכנון והבניה (תיקון מס' 126), התשע"ח-2018, ס"ח 754, שלפיו נקבע כי תוכנית כוללנית לא תיחשב "תוכנית" לפי התוספת השלישית לחוק לצורך גביית היטל השבחה. מטרת התיקון האמור הייתה למנוע מצב שבו יוטל חיוב בהיטל השבחה בעקבות אישור תוכנית

אף שחוק התכנון והבניה מתייחס לפוטנציאל תכנוני במובן הצר, הוא אינו מסדיר את האופן שבו צריך להתייחס לפוטנציאל תכנוני במובנו הרחב, אשר מבטא כאמור ציפייה לתכנון עתידי שטרם קיבל תוקף סטטוטורי. מאמר זה מתמקד בפסיקה שבה נדונה השאלה אם יש להתחשב בפוטנציאל תכנוני במובנו הרחב לצורך הערכת שווי של מקרקעין במסגרת ההסדרים הכלכליים שבחוק התכנון והבניה, וכן בפסיקה שדנה בשאלה כיצד יהיה אפשר להעריך את תרומתו של הפוטנציאל התכנוני לשווי המקרקעין. **בפרק א** ארון בשאלה העקרונית אם ניתן להתחשב בפוטנציאל תכנוני לצורך הערכת שווי השוק של מקרקעין, כפי שהוצגה בפסיקה הישראלית. בפרט, אציע ניתוח של הפסיקה בשני נושאים מרכזיים: הראשון, מתן פיצוי בגין ירידת ערך מכוח סעיף 197 לחוק;²⁰ והשני, גבייתו של היטל השבחה. **בפרק ב** אציע ניתוח וסקירה של הכללים שנקבעו בפסיקה בנוגע לשאלה כיצד ניתן להעריך את תרומתו של הפוטנציאל התכנוני לשוויים של מקרקעין בשוק החופשי. לבסוף אסכם.

פרק א: השפעותיה של ציפייה תכנונית על שווי שוק של מקרקעין וההתחשבות בה לצורך הפרקים הכלכליים של חוק התכנון והבניה

כיום מקובלת הגישה כי בשוק משוכלל כל מוכר וכל קונה, אם עיניהם בראשם, בודקים את המחיר שביקשו או יהיו מוכנים לשלמו במשקפי ערכו הכלכלי של הנכס. מחיר זה נגזר, בין היתר, מפוטנציאל תכנוני.²¹ הערכת שווי של מקרקעין צריכה להתבסס על השימוש החוקי שניכ את הערך הגבוה ביותר לקרקע, בהתחשב בתכונותיה, ועליה להביא בחשבון אף את השימוש המיטבי הצפוי להתאשר בעתיד.²² ההתחשבות בפוטנציאל תכנוני עשויה להיות חיובית (הערכת תרומתו של תכנון מאושר שאינו ממומש בפועל לשווי המקרקעין או הערכת תרומתו של שינוי תכנוני עתידי צפוי לשווי

כוללנית שאינה ניתנת למימוש בפועל במקרקעין (כלומר, שאי-אפשר להוציא מכוחה היתרי בנייה). היטל השבחה, אילו הוטל בגין תוכנית כוללנית מעין זו, היה מבטא עלייה של שווי המקרקעין כתוצאה מאישורה של התוכנית הכוללנית בהיתן הוודאות שהיא יוצרת לתכנון עתידי, וזאת אף שהיא אינה ניתנת למימוש בפועל, דהיינו, אף שאי-אפשר להוציא מכוחה היתרי בנייה.

20 פעולת תכנון אף עשויה לפגוע בערכם של מקרקעין, ויכול שהיא תחייב את מוסד התכנון לשלם פיצויים לבעל זכות במקרקעין שבתחום התוכנית או שגובלים בתחומה. ס' 197–202 לחוק נסבים על נושא הפיצויים: על קביעת זכויותיו של בעל מקרקעין לתבוע פיצויים בשל פגיעתה של תוכנית במקרקעין, על תחימת הזכויות, על הענקת פטורים מתשלום פיצויים ועל הליכי תביעת הפיצויים.

21 ע"א 7798/11 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מפעלי תחנות בע"מ 2 (אר"ש 21.3.2013).

22 ע"א 3159/09 חברת רכבת ישראל בע"מ נ' בית עדה 36 (אר"ש 28.4.2013).

המקרקעין) ועשויה להיות שלילית (שלילת ההתממשות של תכנון קיים או של פוטנציאל תכנוני קיים עקב שינוי תכנוני עתידי).²³

1. התחשבות בפוטנציאל תכנוני לצורך מתן פיצויים בגין ירידת ערך

סעיף 197 לחוק קובע את ההסדר שלפיו בעל זכות במקרקעין זכאי לפיצוי עקב פגיעה שנגרמה כתוצאה מתוכנית כמובנה בחוק. פגיעה מעין זו עשויה להיווצר כאשר תוכנית משנה את תכונות המקרקעין (למשל, באמצעות שינוי ייעודם התכנוני או שינוי שיעורן של זכויות הבנייה הניתנות לניצול בהם).²⁴ בבסיסו של הסדר זה מצויים שני עקרונות מרכזיים: עקרון ההגנה על זכות הקניין והעיקרון הכללי של צדק חלוקתי, שלפיו הפרט אינו צריך לשאת לבדו בנזק שגורמת פעולה תכנונית התורמת לטובת הכלל.²⁵ כמו כן, מטרתו של הסדר הפיצויים היא להבטיח שיופנמו העלויות הכרוכות בפגיעה במקרקעין, באופן שיאפשר קבלת הכרעות המאזנות כראוי בין טובת הפרט לטובת הכלל.²⁶ מבחינה עקרונית, מטרתו של הפיצוי הניתן לפי סעיף 197 לחוק היא להעמיד את התובע, מבחינה כלכלית, במצב שבו היה אלמלא הפגיעה התכנונית.²⁷ לצורך כך התובע נדרש להוכיח כי שווי השוק של המקרקעין נגרע לעומת השווי שהיה להם לפני אישור התוכנית הפוגעת או שהיה עשוי להיות להם אילו לא היא אושרה.

בספרות יש התייחסות אל השיקולים והעקרונות העומדים בבסיסה של חובת תשלום הפיצויים בגין פגיעה תכנונית, ואל סוגי הנזקים המזכים בפיצויים בגין ירידת ערך כתוצאה מאישורה של תוכנית פוגעת. במסגרת זו נערכה הבחנה בין סוגים שונים של פגיעות.²⁸ תוכנית עשויה לפגוע במקרקעין ולהוריד את ערכם בשתי דרכים: בפגיעה ישירה במקרקעין ובפגיעה עקיפה במקרקעין. פגיעה ישירה במקרקעין תיגרם כאשר התוכנית הפוגעת חלה על המקרקעין עצמו (כגון תוכנית שמצמצמת את זכויות הבנייה שהוקנו למקרקעין עובר למועד הפגיעה). לעומת זאת, פגיעה עקיפה במקרקעין תיגרם

23 בית המשפט העליון אף הכיר באפשרות להתחשב בשלילת האפשרות להיווצרות של פוטנציאל תכנוני לצורך פיצויי הפקעה – ראו עניין אללה, לעיל ה"ש 7, בפס' א לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

24 ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, 639–640 (1992).

25 שם; ע"א 1968/00 חברת גוש 2842 חלקה 10 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נתניה, פ"ד נח(1) 550, 560–561 (2003); רע"א 6483/15 נתיבי ישראל החברה הלאומית לתשתיות תחבורה בע"מ נ' קטן, פס' 24 (אר"ש 2.8.2016).

26 דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 294 (2004).

27 נעמי אלסטר-פנחסי "סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 – פיצויים לנפגעים כתוצאה מתכנית מתאר שלא על דרך הפקעה" הפרקליט לו 516 (1985).

28 דפנה לוינסון-זמיר "פגיעות עקיפות במקרקעין על-ידי תוכניות – העברת נטל הפיצוי מהכיס הציבורי לכיס הפרטי" ספר זיכרון לגד טדסקי: מסות במשפט אזרחי 361 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים) (1995).

במקרים שבהם המקרקעין נפגעו על ידי שינוי סביבתם הקרובה באופן שפוגע בתכונותיהם ומוריד את ערכם (למשל, כאשר תוכנית החלה על חלקה הגובלת במקרקעי התובע משנה את הבינוי הקיים בחלקה הגובלת באופן שמשפיע על מקרקעי התובע עקב היווצרותן של פגיעות שונות, כגון פגיעה בפרטיות, עשויה לחול ירידה בערך המקרקעין של התובע). בעוד פגיעה ישירה מבטאת שינוי שחל במקרקעין עצמם, פגיעה עקיפה מבטאת שינוי תכנוני שחל בסביבה הקרובה למקרקעי התובע אך לא במקרקעין עצמם.²⁹

השיקולים שהוזכרו בספרות לצורך הכרה בזכות הפיצוי בגין פגיעה תכנונית ממוקדים בשאלת קיומו של קשר סיבתי בין התוכנית הפוגעת לבין ירידת הערך שחלה במקרקעי התובע.³⁰ כלומר, התובע נדרש להצביע על אובדן ערך שנגרם לו, באופן ישיר או עקיף, כתוצאה מאישורה של תוכנית. בספרות הובעה הגישה כי יש להפריד בין סוגי הנזקים השונים לצורך בחינת הזכאות לפיצויים בגין ירידת ערך, כך שמבחינה עקרונית סוגי נזק מסוימים לא יזכו בפיצוי.³¹ כמו כן, בספרות הוכרה האפשרות שתקום חובת תשלום פיצויים עקב תוכנית שבוטלה, כלומר, במצב שבו תוכנית חדשה מבטלת תוכנית קודמת.³² בהקשר זה הובעה הדעה כי ירידת ערך עשויה לחול כבר בשלב הגשתה של התוכנית הפוגעת, עוד לפני אישורה, ונמתחה ביקורת על כך שירידת ערך מסוג זה, הנובעת מפוטנציאל לפגיעה, לא תזכה בפיצוי אף שערכם הריאלי של המקרקעין נפגע בפועל.³³

הדרך המקובלת והנהוגה לאמוד את גובה הפיצוי בגין פגיעה תכנונית היא באמצעות חישוב ההפרש שבין שווי המקרקעין אלמלא התוכנית הפוגעת לבין שווי המקרקעין בעקבות התוכנית הפוגעת. דרך חישוב זו נמדדת באופן אובייקטיבי, כלומר, לפי שווי המקרקעין בשוק החופשי.³⁴ השיטה המקובלת להערכת שוויים של מקרקעין בשוק החופשי היא "שיטת ההשוואה", שלפיה שווי המקרקעין נאמד באמצעות יצירת בסיס השוואתי המורכב מנתוני עסקאות שבוצעו בשוק החופשי בנכסים בעלי מאפיינים דומים.³⁵ בחינה זו נעשית ביחס לשני מצבי תכנון: פעם אחת ביחס למצב התכנוני שחל לפני התוכנית הפוגעת; ופעם נוספת ביחס למצב התכנוני שנוצר בעקבות אישורה של התוכנית הפוגעת. לצורך בחינת המצב התכנוני שקדם לתוכנית הפוגעת יש להתעלם

29 ע"מ 683/13 **רשות שדות התעופה נ' טייטל** (אר"ש 3.9.2015).

30 אלסטר-פנחס, לעיל ה"ש 27.

31 ראו לויןסון-זמיר, לעיל ה"ש 28, הגורסת כי באופן עקרוני אין להעניק זכות לפיצוי בגין נזק הנגרם ממתן זכויות שימוש למקרקעין אחרים.

32 אהרן נמדר "פגיעה במקרקעין על-ידי תכנית לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965: מהי 'תכנית' והשפעתן של מספר תכניות על הפגיעה" **קריית המשפט** ג 285, 298, 300, 305-306 (2003).

33 דנה וזינגר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 412.

34 ראו האסמכתאות לעיל בה"ש 25.

35 ע"א 161/79 **שר האוצר נ' זילברשטיין** (נבו 23.3.1980); ע"א 323/85 **מדינת ישראל נ' מזרחי**, פ"ד לט(4) 187, 185, 188 (1985).

מהשפעותיה של התוכנית הפוגעת עצמה, וזאת מאחר שהתחשבות בהשפעות אלו תוביל לשלילת הפיצוי שניתן לקבל בגינה.³⁶ כלל זה מכונה "כלל הנטרול", והוא מאפשר להתעלם מההשפעות שיש לציפייה התכנונית על מחיר הקרקע במצב שקדם לתוכנית הפוגעת, בין שמדובר בפגיעה עתידית קונקרטית ובין שמדובר בציפייה כללית לפגיעה עתידית בשל מדיניות גורפת שהרשות נוקטת. הרעיון המרכזי העומד ביסודו של כלל הנטרול הוא שבחינת שוויים של המקרקעין במצב שקדם לתוכנית הפוגעת ללא התעלמות מתוכנית זו תפחית בצורה לא הוגנת את הפיצוי המגיע לפרט בגין הפגיעה בקניינו, באופן שיעצים את הפגיעה בקניין הפרט.³⁷

השיקולים והעקרונות שהוצעו בספרות הישראלית מתייחסים לאופן שבו יש ליישם את ההסדר המעוגן בפרק ט' לחוק, אך הספרות אינה עוסקת בשאלה מתי יהיה אפשר להתחשב באובדן של ציפייה תכנונית לצורך פסיקת פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק. שאלה זו אינה מקבלת מענה גם בחוק עצמו, שכן ההסדר הקיים אינו מבחין בין פגיעה בערך המקרקעין עקב שינוי התכנון המאושר לבין פגיעה בערך המקרקעין כתוצאה מאובדן של ציפייה תכנונית (פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב). הסקירה המובאת במאמר זה מתייחסת לאופן שבו התייחסה הפסיקה לפגיעה במקרקעין עקב אובדן של ציפייה תכנונית.

כפי שיתואר להלן, בית המשפט העליון הכיר בהשפעתה של ציפייה תכנונית על שווי השוק של מקרקעין לצורך תביעת פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק, אולם הכרה זו הייתה מוגבלת. בפסק הדין שניתן בעניין **בירנבך**³⁸ נקבע לראשונה כי התחשבות בציפייה תכנונית לצורך תביעת פיצויים תתאפשר כאשר קיימת מידה מסוימת של ודאות או כאשר הציפייה התכנונית היא לכל הפחות בגדר ציפייה סבירה בנסיבות העניין.³⁹ באותו מקרה נדרש בית המשפט העליון לשאלה אם אובדן של פוטנציאל תכנוני גלום ב"תכנית צפויה" מזכה את בעל הקרקע בפיצויים. הסטנדרט המשפטי שנקבע לצורך הכרעה בשאלה זו ניתן להגדרה כסטנדרט מסוג של הסתברות, וזאת מאחר שהוא אינו ממוקד בשווי הריאלי של המקרקעין בשוק החופשי, אלא בהסתברות שהציפייה התכנונית תמומש בפועל. כלומר, על מנת שהתובע יהיה זכאי לפיצויים, עליו להוכיח שקיימת ודאות מסוימת שהתוכנית הצפויה אכן תאושר. סטנדרט משפטי זה מתעלם

36 ע"א 8736/04 כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה (אר"ש 24.1.2006).

37 שם, בפס' 4–5 לפסק הדין של השופטת חיות.

38 ע"א 483/86 **בירנבך נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(3) 228 (1988).

39 שם. פסק הדין בעניין **בירנבך** עסק ב"בית הפגודה" בתל אביב, שעליו חלה תוכנית מס' 44. בשנת 1964 הופקדה תוכנית מס' 897, שהייתה אמורה להקנות לחלקה 288 אחוזי בנייה, ובכך להגדיל במידה משמעותית את זכויות הבנייה בקרקע לעומת זכויות הבנייה מכוחה של תוכנית מס' 44. בשנת 1968 אושרה תוכנית מס' 897/א, אשר הוציאה את החלקה של "בית הפגודה" מתחומה של תוכנית מס' 897 המופקדת, כך שזו נותרה עם אחוזי הבנייה המקוריים מכוח תוכנית מס' 44. בעלי "בית הפגודה" הגישו תביעה לירידת ערך החלקה שבבעלותם, בטענה שתוכנית מס' 897/א היא בבחינת "תוכנית פוגעת", שכן היא פגעה בפוטנציאל התכנוני של החלקה. טענה זו התבססה על הסיכוי לאישורה של תוכנית מס' 897 המופקדת, אשר נגזר עם אישורה של תוכנית מס' 897/א.

מהשאלה אם שווי המקרקעין אכן האמיר כתוצאה מאותה תוכנית צפויה המצויה בשלבי אישור או הכנה. נקודת השקפה זו ממוקדת בתכלית שביסוד סעיף 197 לחוק, שמטרתו העיקרית היא לפצות את מי שנפגע כתוצאה מאישורה של תוכנית. לפי גישתו של בית המשפט העליון באותו מקרה, תכלית זו עשויה להתקיים גם במצב שבו אירע אובדן של פוטנציאל תכנוני הגלום בתוכנית שטרם אושרה, אולם זאת רק אם הוכח כי קיימת רמה מסוימת של ודאות או אפשרות סבירה למימוש הפוטנציאל שאבד. נקודת המוצא העקרונית של בית המשפט הייתה שבמסגרת תביעה לפיצויים בגין ירידת ערך לא יהיה אפשר להתחשב בכל השפעה שיש לציפייה תכנונית על שווי השוק הריאלי של מקרקעין. ההתחשבות תיעשה בהתאם לסטנדרט משפטי של ודאות או אפשרות סבירה, וזאת ללא קשר לאופן שבו הציפייה התכנונית מתבטאת במחיר הריאלי שישולם בעבור המקרקעין בשוק החופשי.

היקפה ועוצמתה של הוודאות הנדרשת לצורך התחשבות בהשפעתו של פוטנציאל תכנוני על שווי הקרקע לא הוגדרו בצורה אחידה בפסיקה. כאמור, בעניין **בירנבך** קבע בית המשפט העליון כי שלילת הסיכוי להגדיל את ערך המקרקעין על ידי שינוי ייעודם התכנוני או הגדלת זכויות הבנייה בהם עשויה להיחשב פגיעה במקרקעין לצורך תביעת פיצויים המוגשת מכוחו של סעיף 197 לחוק, אך תנאי הוא, כדברי הנשיא שמגר, "שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא ודאי, או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין".⁴⁰ בפיתוח מאוחר יותר, בעניין **ברעלי**, שהתייחס גם הוא לתביעת פיצויים שהוגשה מכוח סעיף 197 לחוק, נקבע כי לצורך הוכחת קיומה של "ציפייה סבירה" יש להצביע, לכל הפחות, על סיכוי לקבלת הסכמה לשינוי תכנוני עתידי (כגון הסכמה לשינוי ייעודם של המקרקעין או להגדלת זכויות הבנייה בהם).⁴¹ באותו מקרה התייחס בית המשפט העליון בפעם הראשונה להלכה שנקבעה בעניין **בירנבך**, ולמעשה אימץ, פעם נוספת, את הסטנדרט המשפטי שנקבע במסגרתה, וזאת עם פיתוח מסוים שנועד להציב דרישה לאפשרות משמעותית שהליך התכנון אכן יתממש. תוצאה משפטית זו, אשר מתעלמת מערכם הריאלי של המקרקעין, אינה טריוויאלית. גישה שונה הובעה בעניין **קהתי**.⁴² פסק הדין באותו מקרה ניתן לאחר שניתן פסק הדין בעניין **בירנבך** ולפני שניתן פסק הדין בעניין **ברעלי**, ושם הציע השופט מ' חשין, בדעת מיעוט, השקפה שונה שלפיה השפעתו של פוטנציאל תכנוני על שווי המקרקעין, לצורך תביעת פיצויים המוגשת מכוחו של סעיף 197 לחוק, תיבחן על בסיס אמת מידה עובדתית-שמאית (להבדיל מאמת משפטית של הסתברות).⁴³ מטרתה של גישה זו היא לבחון אם בפועל שווי השוק של המקרקעין אכן מושפע מציפייה תכנונית (למשל,

40 שם, בעמ' 233. באותו מקרה הוצאו המקרקעין מגדרה של תוכנית צפויה אחת-עשרה שנים לפני שאושרה תוכנית שלגביה נטען כי היא תוכנית פוגעת כמשמעותה לצורך תביעת פיצויים מכוחו של ס' 197 לחוק. בית המשפט קבע כי אין להתחשב בתוכנית הצפויה.

41 ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 476 (1995).

42 ע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח(2) 190 (1994).

43 שם, בעמ' 212.

באמצעות השוואה לעסקאות שנעשו במגרשים או חלקות סמוכים), וזאת ללא קשר לשאלה אם יש ודאות שפעולת התכנון הצפויה אכן תאושר למתן תוקף. בכך גישתו של השופט חשין בעניין קהתי שונה מהגישה שהובעה בפסקי הדין שניתנו בעניין בירנבך ובעניין ברעלי, אשר הציעו סטנדרט משפטי של הסתברות לבחינת קיומה של ציפייה תכנונית המבטאת פוטנציאל תכנוני. כלומר, בעניין קהתי הציע השופט חשין בחינה עובדתית-השוואתית, אשר מאפשרת להתחשב בהשפעה המלאה של ציפייה תכנונית על שווי השוק של מקרקעין, ובלבד שהדבר מקבל ביטוי במחיר שישולם בעבור הקרקע בשוק החופשי. גם תוצאה זו אינה טריוויאלית, כי משמעותה היא שייתכן שיינתן פיצוי בגין פגיעה בציפייה תכנונית שאינה ודאית ואף אינה ברמה גבוהה של הסתברות. יש לציין כי עמדת השופט חשין בנושא זה לא נדרשה להכרעה באותו עניין, וכאמור הייתה בגדר דעת מיעוט בלבד. עם זאת, היא עשויה להמחיש את הצורך בדיון מעמיק בנושא הסטנדרט הרצוי לצורך התחשבות בהשפעתו של פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב על שווי שוק של מקרקעין. במסגרתו של דיון מסוג זה יהיה אפשר לבחון את המתח שבין הגישות השונות (הגישה שמציעה מבחן נורמטיבי והגישה שמציעה מבחן עובדתי). ניתן לסבור כי מתח זה אינו נובע מהיבטים יישומיים בלבד, אלא נובע גם מהחשש שאימוץ מבחן עובדתי גרידא ייצור מצב שבו כוחות השוק מכתיבים את התכנון על בסיס אינטרסים כלכליים (במקרים מסוימים – עד כדי שלילת תפקידו המהותי של מוסד התכנון). על כן ייתכן שעמדת בית המשפט העליון, כפי שהובעה בעניין בירנבך ובעניין ברעלי, מבטאת את הגישה שלפיה אי-אפשר להסתמך על כוחות השוק שיבטאו נכונה את התכנון הרצוי בתא שטח או אזור מסוימים. המבחן הנורמטיבי המבוסס על סטנדרט משפטי של הסתברות אומנם קשה יותר ליישום (מאחר שהוא יוצר תמונה סבוכה יותר לגופים המחליטים – מוסדות התכנון ובתי המשפט), אך דומה כי הוא מבטיח שקבלת ההחלטות תיעשה על ידי מוסדות התכנון, ולא על ידי כוחות השוק. הגישה שהציע השופט חשין בעניין קהתי לא הובילה לשינוי מגמה בפסיקת בית המשפט העליון, כעולה מהתוצאה שהתקבלה בעניין ברעלי. יתר על כן, בפסק דין מאוחר יותר, שאומנם עסק בפיצוי הפקעה, הובעה גישה מצמצמת אף יותר מזו שהובעה בעניין בירנבך ובעניין ברעלי לצורך התחשבות בפוטנציאל תכנוני.⁴⁴ באותו מקרה קבע בית המשפט העליון כי אין די בציפייה הנוצרת על בסיס המידע המצוי בידיו של "קונה מרצון", ועל מנת שיהיה אפשר להכיר בהשפעתו של פוטנציאל תכנוני על שווי המקרקעין, יש להוכיח כי פוטנציאל זה עשוי להתממש בעתיד הנראה לעין.⁴⁵ כלומר, על אף עמדתו של השופט חשין בעניין קהתי, חזר בית המשפט העליון על העקרונות שהותו בעניין בירנבך, ואף צמצם את קשת המצבים שבהם יהיה אפשר להתחשב בציפייה תכנונית.

מבחינת התוצאה בפועל, הערכאות הדיוניות היו ערות לגישתו של השופט חשין בעניין קהתי, וניסו לאמצה בהקשרים מסוימים, אך לעניין בחינת הזכאות לפיצוי בגין

44 ע"א 9355/02 מדינת ישראל נ' ראשד, פ"ד נח(4) 406 (2004).

45 שם, בפס' 14.

אובדן של ציפייה תכנונית יושם המבחן הנורמטיבי שנקבע בעניין **בירנבך** ובעניין **ברעלי**, כך שהתובעים נדרשו להוכיח קיומה של ציפייה תכנונית שהינה ודאית או שקיימת אפשרות משמעותית לאישורה.⁴⁶ כלומר, הכלל המשפטי שיושם על ידי הערכאות הדיוניות נותר סטנדרט משפטי של הסתברות, להבדיל מאמת מידה עובדתית. לצורך יישומו של כלל זה עוצבה אמת מידה שלפיה ניתן להכיר בהשפעתו של פוטנציאל תכנוני על שווי המקרקעין רק במצב שבו קיימת תוכנית ספציפית לשינוי תכנוני במקרקעין ספציפיים (ולעניין זה נקבע כי ניתן להסתפק גם בתוכנית בהכנה).⁴⁷ בהקשר זה נקבע כי אין די בציפייה כללית או אף בהוכחה שמחירי השוק משקפים ציפייה. החלטות אלו מבטאות גישה שלפיה הערך הכלכלי של המקרקעין מושפע מוודאות סבירה.⁴⁸

- 46 ראו, כדוגמאות מרכזיות, ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה י-ם) 54/02 **הולילנד חיירות (1992) בע"מ** נ' **הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים** (נבו 3.9.2002); ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מר') 381/00 **הוך נ' ועדה מקומית לתו"ב שורקות** (נבו 11.9.2002); ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מר') 48/01 **קיבוץ ניר אליהו נ' ועדה מקומית לתו"ב "דרום השרון"** (נבו 29.9.2002); ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה י-ם) 240/06 **ברנובר נ' בלזברג** (נבו 8.1.2008); ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה חי') 9029/09 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' בהט** (נבו 18.1.2010); ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה י-ם) 145/09 **בלומנפלד נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה ירושלים** (נבו 20.1.2010).
- 47 ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מר') 112/03 **ברג נ' הוועדה המקומית לתו"ב ראשון לציון** (נבו 21.5.2006); ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה י-ם) 69/08 **לוי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים** (נבו 23.10.2008). גישה זו פותחה בהחלטות נוספות, שבהן נקבע כי הסטנדרט המשפטי להוכחת ציפייה סבירה הוא קיומה של תוכנית. על רקע אמת מידה זו נקבע, למשל, כי אין במכתב של מנהל מקרקעי ישראל (כיום רשות מקרקעי ישראל) בעניין שינוי ייעוד עתידי כדי להוות הוכחה של פוטנציאל תכנוני. עת"ם (מנהליים ת"א) 1552/02 **הוך נ' ועדת הערר לתו"ב – מחוז המרכז** (נבו 10.8.2003); ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה י-ם) 149/09 **הכפר העיברי אגודה הודית בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים** (נבו 24.6.2010).
- 48 הוודאות יכולה להיווצר גם כאשר תוכנית נמצאת בשלבי הכנה. כך, למשל, בפסיקה הודגשה משמעותו של שלב ההפקדה. בבג"ץ 10934/02 **קיבוץ כפר עזה אגודה להתיישבות חקלאית שיתופית נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 19 (אר"ש 10.5.2004), נקבע כי "שלב הפקדתה של תוכנית – גם אם בתנאים – הנו שלב בעל משמעות בהליך התכנון. אכן, ההחלטה על הפקדתה של התוכנית אינה סופית ואינה מחייבת והיא כפופה להתנגדויות ולהכרעה בהן... עם זאת, היא מלמדת על עמדתם החיובית ועל תמיכתם של מוסדות התכנון בתוכנית ועל סיכוייה [צ"ל סיכוייה] הגבוהים של התוכנית לקבל אישור בסופו של ההליך". עוד צוין בהקשר זה כי הפקדת התוכנית באה בדרך כלל לאחר תקופה לא קצרה שרשויות התכנון עסקו בה, ולאחר שהושקעו בה ובקידומה – בשלב התכנון – זמן, מאמצים וממון לא מעטים. וכאמור לעיל בה"ש 12, לשלב ההפקדה יש גם השלכות נורמטיביות. ראו והשוו עמ"ן (מנהליים חי') 1977-02-12 **הועדה המקומית לתכנון ולבניה עפולה נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ** (נבו 28.5.2012), שם נקבע כי המלצה של ועדה מקומית לתכנון ולבניה להפקדת תוכנית אינה משפיעה על הציפייה התכנונית, וזאת משום שלא נעשו פעולות כלשהן בקשר לתוכנית המוצעת במהלך תקופה של שנתיים ולא נוצרה ודאות משפטית שהיא אכן בשלבי הכנה. כן השוו ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מר') 377/08 **האוניברסיטה העברית י-ם נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון** (נבו 30.6.2013), שם נקבע כי על מנת שיהיה

אמת מידה זו, הדורשת כאמור תוכנית ספציפית לשינוי תכנוני במקרקעין ספציפיים, לא אומצה על ידי בית המשפט העליון. כך, למשל, בהחלטה לא לתת רשות ערעור⁴⁹ קבע בית המשפט העליון כי לא נפלה שגיאה בקביעת בית המשפט המחוזי כי "שווי השוק" של מקרקעין יילמד גם מהצהרת מדיניות של שר השיכון והבינוי והחלטה של רשות מקרקעי ישראל, וזאת כאשר הייעוד הסטטוטורי הקיים של הקרקע הוא ארכאי ואינו משקף את המציאות.⁵⁰ הגורמים שהוזכרו שם אינם יוצרים שינוי סטטוטורי בקשר למקרקעין, ומשכך ניתן לאפיין את גישתו של בית המשפט העליון במקרה זה כגישה המבטאת סטנדרט משפטי של הסתברות, וזאת להבדיל מגישתן של ועדות הערר, שביקשו להיעזר באמת מידה של ודאות משפטית, המחייבת להצביע על תוכנית מסוימת שחלה על מקרקעין מסוימים.

בפסיקות מאוחרות יותר,⁵¹ ועל אף החלטתו של בית המשפט העליון בעניין לירן,⁵² אימצו בתי המשפט המחוזיים את גישתן של הערכאות הדיוניות כאשר נדרשו להשיב על

אפשר להכיר בצפייה תכנונית עקב קיומה של תוכנית, חייבת להתקבל לכל הפחות החלטה של מוסד התכנון המוסמך לאחר את התוכנית, המלמדת כי לדעת אותו מוסד תכנון אכן ראוי ונכון לקדם את התוכנית ולאשרה. עמדה מסויגת יותר הובעה בערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה ת"א) 81/08 **גנני נ' ועדה מקומית לתו"ב פתח תקווה** (נבו 2.9.2013), שם נקבע כי גם אם מוסד התכנון המוסמך החליט לאחר את התוכנית, אין הדבר אומר כי קם באופן אוטומטי פוטנציאל תכנוני למקרקעין. הדבר תלוי בתוכן ההחלטה, בתנאים שנקבעו (אם נקבעו) להפקדת התוכנית, בהליכים שיש לקיים ולעבור עד לאישור התוכנית, בהערכת הסיכוי לאישור התוכנית לנוכח ההתנגדויות שהיא עלולה לעורר וכיוצא באלה. משמעות הדבר היא שלאחר קבלת החלטה ראשונית על ידי מוסד התכנון המוסמך לאחר את התוכנית, יש לבדוק אם החלטה זו מקימה "ציפייה סבירה בנסיבות העניין" לאישור התוכנית. במסגרת אותו הליך הובאה עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום להתחשבות בפוטנציאל תכנוני כלל. עוד נטען בעמדת היועץ המשפטי לממשלה כי לחלופין ניתן להתחשב בצפייה שהגיעה לרמת גיבוש כזו ש"כל רואי יכירהו", קרי ל"מידת ודאות קרובה לתוכנית מאושרת בשלבי אישורה הסופיים סמוך מאוד לנקודת האל חזור" (עמדת היועץ המשפטי לממשלה באותו מקרה תוארה בערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה י-ם) 169/14 **חברת בית משכן הכנסת הישנה בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 21.5.2015)). כדוגמה לכך הוזכרה תוכנית מופקדת שלא הוגשו לה התנגדויות או שהתנגדויות שהוגשו לה אינן מתייחסות לכולה, אלא רק לפרטים מסוימים בה, באופן שאינו משליך על הסיכוי לאישורה. כן השוו ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מר') 75/15 **אליסאן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה פתח-תקווה** (נבו 26.12.2017), שם נקבע כי תמ"א 38 יוצרת ציפייה תכנונית, אף שהזכויות שניתן להקנות מכוחה מחייבות החלטה של מוסד התכנון לאחר הפעלת שיקול דעת רחב המסור לו לצורך החלטה זו; וכן ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מר') 59/17 **יוסף נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה גני תקווה** (נבו 12.7.2018), שם נקבע כי תמ"א 31 קובעת מגמות תכנון בלבד, ואין בה כדי לבסס קיומו של פוטנציאל קונקרטי במקרקעין.

49 בר"ם 3294/10 **לירן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה – ראש העין** (אר"ש 26.8.2013).

50 שם, בפס' 16.

51 עמ"ן (מנהליים ת"א) 56297-12-13 **דלי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה** (נבו 1.11.2016);

עמ"ן (מנהליים חי') 13124-01-18 **מצגר נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה קריית טבעון** (נבו

20.3.2019).

52 עניין לירן, לעיל ה"ש 49.

השאלה מתי ציפייה נחשבת ספקולטיבית בלבד ומתי היא נהפכת לסבירה מבחינה אובייקטיבית. לעניין זה אימצו הערכאות הדיוניות סטנדרט משפטי של ודאות, המחייב קיומו של "הליך תכנוני ממשי לאישורה של תכנית".⁵³ לעניין זה הוסבר כי הליך תכנוני ממשי הוא "הליך שלגביו התקבלה החלטה של מוסד התכנון המוסמך לאשר את התכנית, אשר ממנה עולה כי ראוי לדעת אותו מוסד תכנון לקדם את הליכי התכנון של התכנית".⁵⁴ בהקשר זה הוסף כי "אין להתחשב בפוטנציאל תכנוני המבוסס על הערכות, ציפיות, תקוות ומשאלות, או על מהלכי תכנון שלא הבשילו לכדי הליך תכנוני בעל אופק של ממש".⁵⁵ פסיקה זו מבטאת גישה שלפיה ניתן להכיר בציפייה תכנונית על בסיס אמת מידה של ודאות סבירה. ודאות מעין זו יכולה להיווצר על רקע ההשפעה הנורמטיבית שיש לתוכנית המצויה בשלבי הפקדה.⁵⁶ תוכנית מופקדת עשויה אומנם להשתנות, אולם עצם ההחלטה לאשרה להפקדה יוצרת ציפייה שיחולו שינויי משטר בשטח שהיא מיועדת לחול עליו,⁵⁷ וזאת להבדיל מהצהרות של רשויות, מוסדות תכנון או מאסדרים שונים בדבר מדיניות כללית, אשר יכולות אומנם לשקף אפשרות משמעותית לשינוי תכנוני בקרקע, אך אינן יוצרות ודאות לגבי שינוי תכנוני עתידי במקרקעין ספציפיים.

בפסק דין מאוחר יותר של בית המשפט העליון בבר"ם דלי,⁵⁸ שניתן כשלושה עשורים לאחר פסקי הדין בעניין **בירנבך**, בעניין **קהתי** ובעניין **ברעלי**, ולאחר פיתוח הכללים שנקבעו בעניין **בירנבך** על ידי ועדות הערר ובתי המשפט המחוזיים, נעשה לראשונה פיתוח משמעותי של הכללים להתחשבות בפוטנציאל תכנוני בהקשר של תביעה המוגשת מכוחו של סעיף 197 לחוק. באותו מקרה נקבע כי יהיה אפשר להתחשב בציפייה תכנונית בהתקיים שני תנאים מצטברים. התנאי **האחד** הוא שהפגיעה בפוטנציאל התכנוני תהא קונקרטית. כלומר, יהיה אפשר להכיר בהשפעתה של ציפייה תכנונית רק כאשר היא נובעת מהליכי תכנון קונקרטיים שצפויים להוליד שינוי תכנוני עתידי בקרקע (למשל, הליך תכנוני שמטרתו שינוי ייעודה של קרקע מחקלאות למגורים, שאז יושפע שווי השוק של המקרקעין מהייעוד הצפוי למגורים). לצורך תנאי זה נדרש כי הליכי התכנון יבואו לידי ביטוי בתוכנית קונקרטית הנמצאת בשלבי הכנה. משמעותו של תנאי זה היא שמגמות תכנון כלליות או הנחות ספקולטיביות לא יוכרו כמשפיעות על שווי השוק של מקרקעין. התנאי **האחר** הוא שהפגיעה בפוטנציאל התכנוני תהא קרובה לוודאי. תנאי זה מתייחס לשלב שהליכי התכנון הקונקרטיים מצויים בו, והוא כולל בחובו שני יסודות: ראשית, יש להצביע על תוכנית מופקדת שגלום בה פוטנציאל תכנוני ביחס למקרקעין הרלוונטיים; שנית, לצד ההצבעה על תוכנית מופקדת יש לעמוד על

53 כמתואר בעמ"ן דלי, לעיל ה"ש 51, בפס' ג5.

54 שם.

55 שם, בפס' ד5.

56 ראו לעיל ה"ש 12.

57 עניין **שופרסל בע"מ**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 900; ע"ם 3683/05 **אוריה השקעות חדרה בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, מחוז חיפה**, פס' 8 (אר"ש 11.12.2006).

58 בר"ם 10212/16 **דלי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה** (אר"ש 1.4.2020).

קיומו של "דבר מה נוסף" שמבסס את הציפייה בנסיבות העניין.⁵⁹ אותו "דבר מה נוסף" יתבטא בהעדר מניעה נראית לעין לאישורה של התוכנית, באופן שמציב את התוכנית כמעט בנקודת "אל-חזור".⁶⁰ נראה, אם כן, כי בית המשפט העליון אימץ את הסטנדרט שאומץ ועוצב על ידי הערכאות הדיוניות, אשר ניתן לאפיינו כסטנדרט של ודאות סבירה. בדעת המיעוט באותו עניין, שניתנה על ידי השופט גרוסקופף, הובעה הדעה כי את הפגיעה בשווי המקרקעין יש להעריך לפי סטנדרט עובדתי המשקף את "מבחן השוק", קרי, אם השווי הריאלי של המקרקעין הושפע מהליכי התכנון, ללא קשר למידת הוודאות באישורם (וזאת בדומה לגישתו של השופט חשין בעניין קהתי).⁶¹ השופט גרוסקופף מתקשה להשלים עם מצב שבו הפיצוי שישולם לבעלי המקרקעין שנפגעו עקב תוכנית פוגעת לא ישקף את המחיר שהיה משולם בשוק בעסקה רצונית בעבור המקרקעין הללו עובר לפגיעה התכנונית, אלא שווי נמוך יותר, שהינו ערך פיקטיבי המניח (באופן המנוגד למציאות) כי אין למקרקעין ערך כלכלי בגין פוטנציאל תכנוני המבוסס על ציפייה כללית.

לכאורה ניתן לומר שפסק הדין בבר"ם דלי קובע כללים מוגדרים לבחינת השאלה מתי ניתן להתחשב בציפייה תכנונית לצורך תביעת פיצויים המוגשת מכוחו של סעיף 197 לחוק. אולם פסק הדין תחום לנסיבות שבהן הפגיעה בקרקע נוצרת כתוצאה מאובדן הפוטנציאל התכנוני הצפוי בה. בהקשר זה מתעוררת השאלה אילו כללים יחולו במקרה שבו מוגשת תביעה לפיצויים עקב שינוי תכנוני שחל בחלקה גובלת.⁶² זהו המקרה שהתעורר בעניין מחלב.⁶³ ההחלטה באותו מקרה ניתנה לאחר שניתן פסק הדין בבר"ם דלי, והיא עסקה בדרישה למתן פיצוי בגין ירידת ערך עקב שינוי תכנוני שחל במגרשים גובלים למקרקעי התובעת, אשר ייעודם הוסב משטח חקלאי למגורים. גישת התובעת הייתה כי הסבת ייעודם של המגרשים הגובלים משטח חקלאי לשטח עירוני בבנייה רוויה תוביל להיווצרות מפגעים שונים – כגון עומסי תנועה, רעש וזיהום אוויר – ותגרום לאובדן הנוף הפתוח הקיים במקרקעיה. למעשה, ניתן להציג את קו הטיעון של התובעת שם באופן הבא: הציפייה התכנונית של התובעת הייתה שיעוד הקרקע לא ישתנה ויישאר חקלאי, ולשיטתה, ציפייה זו שקולה להסתמכות מוגנת. בית המשפט המחוזי דחה עמדה זו, וקבע כי השינוי התכנוני שאושר בקרקע הגובלת למקרקעי התובעת לא הוביל לשינוי בשווי המקרקעין שבבעלותה, וזאת מאחר שערכם כבר

59 שם, בפס' 85 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

60 שם, בפס' 91 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. בהקשר זה צוין כי תוכנית שעל פני הדברים יש בה אי-התאמה לתוכניות אחרות, תוכנית שהוגשו לה התנגדויות רבות, תוכנית שיש לגביה מחלוקת ציבורית או תוכנית שחלף זמן רב למן הפקדתה – כל אלו הן תוכניות מופקדות שלא מתקיים לגביהן התנאי של "דבר מה נוסף", שכן קיים לכאורה חשש שיש מניעה לאישורן, ואי-אפשר לומר כי הן הבשילו והגיעו לנקודת האל-חזור.

61 שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

62 סוג מקרים זה משקף פגיעה עקיפה במקרקעין.

63 עמ"ן (מנהליים ת"א) 32478-01-20 מחלב נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת השרון (נבו) 3.6.2021.

הושפע ממגמת התכנון שחלה באזור (מגמה שהחלה עוד לפני שאושרה התוכנית הפוגעת באותו מקרה). כלומר, בית המשפט סבר כי אובדן הפוטנציאל התכנוני שעליו הצביעה התובעת אירע הרבה לפני שאושרה התוכנית שבגינה הוגשה התביעה, ומשכך הערעור נדחה.

להבדיל מבר"ם דלי, שבו נדון מצב של אובדן פוטנציאל תכנוני עקב שינוי תכנוני שחל בקרקע של התובע, עניין מחלב משקף מצב של אובדן פוטנציאל תכנוני עקב שינוי שחל בקרקע של התובע אין כל זכות בה. ייתכן שבנסיבות דומות שינוי תכנוני מעין זה ישפיע על ערכם הריאלי של מקרקעין, וייתכן שבנסיבות אלו תיפגע הציפייה התכנונית של בעל הקרקע, אך ספק אם אפשר לתבוע פיצויים בשל כך, שכן המבחנים שנקבעו בבר"ם דלי, שאמורים לספק מענה למצב שבו אירע אובדן של פוטנציאל תכנוני, אינם ישימים במצבים שבהם אובדן הפוטנציאל נובע משינוי בקרקע סמוכה. המקרה שנדון בעניין מחלב ממחיש זאת באופן הבא: ייעודו החקלאי של שטח מוסב למגורים בבנייה רוויה, באופן שמוביל לפגיעה במקרקעין סמוכים עקב ביטול רכיב הנוף הפתוח שהיה גלום בהם עד אז. בעלי הקרקע שנפגעו כתוצאה מאובדן הערך של רכיב הנוף הפתוח ביקשו לתבוע פיצויים בטענה שהציפייה התכנונית שלהם הייתה שיייעוד המקרקעין הסמוכים יישאר חקלאי, כלומר, שהנוף הנשקף מחלונם לא ישתנה. בנסיבות אלו הציפייה התכנונית אינה נובעת מהליך תכנוני שמתגבש במקרקעי התובעים (כפי שאירע בבר"ם דלי), אלא מהמצב התכנוני בקרקע הסמוכה (בדוגמה זו – הייעוד החקלאי של הקרקע, אשר מאושר בתוכנית תקפה). במצב דברים זה, המבחנים שנקבעו בבר"ם דלי אינם יכולים לספק מענה לשאלה מתי ציפיית התובע נהפכת להסתמכות מוגנת. בתי המשפט המחוזיים, אשר הכירו בכך שפסק הדין בבר"ם דלי אינו מסייע בבחינת הזכאות לפיצויים בגין אובדן פוטנציאל תכנוני שנובע מהתכנון המאושר בחלקה גובלת, נמנעו מלקבוע כללים ברורים בנושא זה, ולמעשה התמקדו בבחינה שבבסיסה סטנדרט עובדתי שלפיו יש לבחון את הערך הריאלי של הקרקע לפני השינוי התכנוני שאירע ואחריו.⁶⁴ על יסוד בחינה זו סברו בתי המשפט המחוזיים כי לא יהיה אפשר להתייחס לפוטנציאל תכנוני לצורך תביעת פיצויים המוגשת מכוחו של סעיף 197 לחוק אם מחיר הקרקע כבר מגלם את האובדן של אותו פוטנציאל תכנוני. גישה זו מזכירה את הגישה שהובעה בעניין קהתי, שכן היא מציעה סטנדרט עובדתי, והיא חריגה לכללים שנקבעו בפסיקה בנוגע להתחשבות בפוטנציאל תכנוני לצורך תביעות פיצויים המוגשות מכוח סעיף 197, שכן כללים אלו התבססו על סטנדרט משפטי הסתברותי המציע אמת מידה של ודאות סבירה, אשר מתקבלת על בסיס תכנון קונקרטי.

בעניין מחלב התעלם בית המשפט לעניינים מנהליים מכך שבמקרקעין שייעודם שונה באותו מקרה מחקלאות למגורים לא קודמה תוכנית קונקרטית עובר לתוכנית שלגביה הוגשה התביעה.⁶⁵ התעלמות מנתון זה יוצרת קושי, שכן התובע היה יכול

64 שם. השוו עמ"ן (מנהליים ת"א) 62328-06-21 המרכז החדש בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון רמת השרון (נבו 2.1.2022).

65 כאמור, לפי כלל הנטרול, בחינת המצב התכנוני והשפעתו על שווי המקרקעין נעשית תוך התעלמות

לכאורה להסתמך על הייעוד המאושר של הקרקע (באותו מקרה – חקלאות), וייתכן שהסתמכות זו הייתה ראויה להגנה. ניתן להניח שבית המשפט סבר כי מגמת התכנון האזורית שחלה באותו מקרה יצרה ודאות לגבי השינוי התכנוני שעמד בבסיס הערעור, אך השקפה זו אינה מתיישבת עם המבחנים שנקבעו בבר"ם דלי ועם ההיגיון שבצידם, שלפיהם יהיה אפשר להכיר בוודאות של שינוי תכנוני צפוי רק כאשר יש תוכנית קונקרטית בשלבי הכנה (מה שלא התקיים בעניין מחלב).

להבדיל מהמבחנים שנקבעו בבר"ם דלי ומאמת המידה המשפטית שנקבעה שם, הבחינה שהציע בית המשפט המחוזי בעניין מחלב התמקדה במגמת התכנון שחלה באזור ובהשפעותיה על שווי המקרקעין של התובעת. בחינה זו היא עובדתית, ובמסגרתה נבחנת השפעתה של מגמת תכנון כללית על שוויים של מקרקעין. ניתן להניח שגישת בית המשפט המחוזי הייתה שדווקא סטנדרט עובדתי יניב את התוצאה הנכונה באותו מקרה, אך אי-אפשר להתעלם מהצורך בדיון מעמיק בנושא הגישה הרצויה להערכת שוויים של מקרקעין כתוצאה מפגיעה עקיפה, שכן המתח שבין הגישות השונות נובע, כאמור, הן מהיבטים יישומיים והן מהיבטים מהותיים המחייבים התחשבות בשיקולים שונים (כגון שמירה על תפקידם המהותי של מוסדות התכנון וריסון ההשפעה שיש לכוחות השוק).

2. התחשבות בפוטנציאל תכנוני לצורך גביית היטל השבחה

במקביל לפיתוח הכללים שנקבעו בנושא התחשבות בפוטנציאל תכנוני לצורך תביעת פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק, התפתחה מערכת דינים שמטרתה להסדיר את האופן שבו ניתן להתחשב בפוטנציאל תכנוני לצורך גביית היטל השבחה. בהקשרים מסוימים סעיף 197 משמש מעין "תמונת ראי" לסיטואציות שבהן בעל מקרקעין נדרש לשלם היטל השבחה.⁶⁶ עם זאת, הסדרים אלו אינם משלימים באופן מלא, ולמעשה הם אינם סימטריים.⁶⁷

חובת התשלום של היטל השבחה קבועה בסעיף 196 לחוק, אשר מסמיך ועדה מקומית לתכנון ולבנייה לגבות היטל השבחה בהתאם להוראות התוספת השלישית

מהתוכנית הפוגעת עצמה. כלל זה מבוסס על יישומה של ההלכה שנקבעה בעניין לוטרניק, לעיל ה"ש 10, גם ביחס לתביעות פיצויים. בעניין כהן, לעיל ה"ש 36, קבע בית המשפט העליון כי את המודל שיושם בעניין לוטרניק בכל הנוגע בחישוב היטל השבחה ראוי ליישם, בשינויים המחויבים, גם בעת חישוב הפיצויים המגיעים לבעל זכויות במקרקעין על פי ס' 197 לחוק. בהקשר זה צוין כי זכות הקניין של הפרט ושיקולי יעילות, אשר עומדים ביסודה של חובת הפיצוי הקבועה בס' 197 לחוק, מצדיקים התערבות בשווי השוק הריאלי של הקרקע באופן שיאפשר להתעלם מההשפעות שיש לציפייה התכנונית על מחיר הקרקע במצב שקדם לתוכנית הפוגעת.

66 בר"ם 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, אשקלון, פס' 18 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 20.4.2016); Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, ; (20.4.2016); Givings, 111 YALE L.J. 547, 550 (2001).

67 בר"ם דלי, לעיל ה"ש 58, בפס' 99 לפסק הדין של השופט ברק-ארו.

לחוק. החיוב בהיטל מבוסס על התפיסה כי אם פעולה תכנונית הובילה להשבחת ערכו של נכס, אזי על בעליו לשתף את חברי הקהילה בהתעשרותו ולשאת בחלק מעלות הפעולות שגרמו להתעשרותו.⁶⁸ חובת התשלום של היטל ההשבחה חלה בעת "מימוש הזכויות" במקרקעין המושבחים.⁶⁹ מימוש זכויות הוא כל אחד מהאירועים הבאים: קבלת היתר לבנייה; קבלת היתר לשימוש חורג במקרקעין; אישורה של הקלה; התחלת השימוש במקרקעין בפועל; והעברה של הבעלות או של החכירה לדורות במקרקעין.⁷⁰ אירוע המס המקום את החבות בהיטל השבחה מתרחש עם אישורה של פעולת תכנון אשר השביחה את המקרקעין והעלתה את שוויים (לדוגמה, מתן תוקף לתוכנית שמגדילה את שיעור זכויות הבנייה במקרקעין). ייחודו של היטל ההשבחה טמון בכך שמועד התשלום אינו חופף את המועד שבו קמה החבות בהיטל, אלא חל רק בעת מימוש הזכות במקרקעין שלגביה קמה החבות בהיטל.⁷¹ בספרות הוגדרה חשיבותה המעשית של שאלת העיתוי של מימוש הזכויות, שכן לשאלה זו עשויות להיות השלכות כספיות כבדות משקל.⁷² בבסיסו של עקרון המימוש עומדים שלושה רציונלים: נזילות; יכולת מדידה של הרווח שהופק; וודאות שאכן נוצר רווח.⁷³ עיקרון זה משקף את תפיסתו הבסיסית של המחוקק שאירוע המס הוא מעשה ההשבחה המתגבש במועד אישורה של פעולת תכנון משביחה, ודחיית התשלום נועדה רק להקל על הנישום.⁷⁴ שיעור ההשבחה כתוצאה מפעולת תכנון משביחה ייקבע על פי חישוב המחיר שבו היו המקרקעין נמכרים בשוק החופשי נכון ל"תאריך הקובע", שהוא יום אירוע המס (למשל, יום תחילתה של תוכנית משביחה).⁷⁵ בדומה לחישוב הפיצויים בגין ירידת ערך, גם החישוב של גובה ההשבחה ייעשה באמצעות הערכה כפולה של שווי המקרקעין: פעם אחת בהתאם לזכויות שהיו קיימות אלמלא אושרה הפעולה התכנונית המשביחה ("המצב התכנוני הקודם"); ופעם נוספת בהתאם לזכויות שיהיה אפשר לנצל במקרקעין

- 68 ע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל-אביב-יפו, פ"ד נב(5) 719, 715 (1999).
- 69 בהתאם להוראות ס' 2(א) לתוספת השלישית לחוק, החבות בהיטל קמה כאשר מתרחשת עלייה בשוויים של מקרקעין עקב אישורה של תוכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג. ס' 7(א) לתוספת השלישית קובע כי מועד התשלום של ההיטל, להבדיל מעצם היווצרות החבות, יידחה למועד מימושו של הזכויות במקרקעין שההיטל חל לגביהן.
- 70 אהרן נמדר ושולה בנדל "היטל השבחה: בין 'אירוע המס' לבין יום תשלומו – דחיית תשלום ההיטל למועד מימוש הזכויות" **מקרקעין** 26 1/1 (2008).
- 71 אהרן נמדר **היטל השבחה** 351–347 (2011).
- 72 משה גלברד "מועד התשלום של היטל-השבחה בעסקת מכר מקרקעין" **מאזני משפט** ג' 87, 106–111 (2004).
- 73 ע"א 6126/98 **חברת חלקה 510 בגוש 6043 (בפירוק מרצון) נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חולון**, פ"ד נה(4) 769, 780 (2001).
- 74 נמדר ובנדל, לעיל ה"ש 70, בעמ' 26–28.
- 75 נוחי דנקנר ודרור לזבניק "על החיוב בהיטל השבחה" **עיוני משפט** י' 121, 139–140 (1984); אהרן נמדר וישראל עטר "היטל השבחה (חלק א')": עקרונות חישוב ההשבחה" **מיסים** כא' 5/1 (2007).

על פי פעולת התכנון המשביחה ("המצב התכנוני החדש"). את שווי המקרקעין שמתקבל במצב התכנוני הקודם מנכים מהשווי שמתקבל במצב התכנוני החדש, וההיטל עומד על שיעור של 50% מההפרש.⁷⁶

בספרות הישראלית הובעה הדעה כי לצורך חישוב ההשבחה שמקורה בפעולת תכנון משביחה, יש להתעלם מתרומתה של פעולת התכנון המשביחה לשווי המקרקעין במצב התכנוני הקודם. כלומר, לצורך חישוב ההשבחה יש להחיל את כלל הנטרול, ולנטרל כל השפעה שיש לפעולת התכנון המשביחה במצב התכנוני שקדם לה. הטעם המרכזי העומד בבסיסה של עמדה זו הוא שאם תובא בחשבון ההשפעה שיש להליכי התכנון על שוויים של מקרקעין, שיעור ההשבחה שיתקבל במצב התכנוני החדש יהיה מזער, ואולי אף יתאפס לחלוטין.⁷⁷ עם זאת, השימוש בכלל הנטרול סוּיג בספרות, ותחולתו הוכרה רק ביחס להשפעה שקשורה באופן הדוק לפעולת התכנון המשביחה. לגבי השפעות שמקורן בציפייה כללית לעליית שוויים של מקרקעין הובעה הדעה כי אלה אינן ניתנות לנטרול, ויש להביאן בחשבון בעת חישוב שיעור ההשבחה.⁷⁸ מטרתו של האיזון שהוצע לצורך יישומו של כלל הנטרול היא לאפשר לאמוד את גובה ההשבחה שנוצרה כתוצאה מפעולת התכנון המשביחה, ובמקביל לאמוד את שוויים של המקרקעין לפי ערכם הריאלי בשוק החופשי. עם זאת, בספרות לא נבחן היישום הדוקטרינרי של כלל הנטרול לצורך חישוב היטל השבחה, ולא נבחנו הכללים הנוגעים בשאלה כיצד תבוצע ההתחשבות בציפייה תכנונית כאשר יש להביאה בחשבון לצורך הערכת שוויים של מקרקעין. נושאים אלו ייבחנו להלן.

ניתן להבין כי בעוד התחשבות בציפייה תכנונית לצורך תביעת פיצויים המוגשת מכוח סעיף 197 לחוק מותנית לרוב בקיומו של שינוי תכנוני קונקרטי,⁷⁹ ההתחשבות בציפייה תכנונית לצורך גביית היטל השבחה היא שונה, והיא תתאפשר רק כאשר הציפייה נובעת משינוי תכנוני אזורי וכללי. נקודת המוצא בנושא זה עוצבה לראשונה בפסק הדין שניתן בעניין **לוסטרניק**.⁸⁰ באותו מקרה נקבע כי פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב משפיע תמיד על שווי השוק של מקרקעין אך ההתחשבות בהשפעה היא מוגבלת. כלומר, בדומה לגישה שעוצבה בעניין תביעות פיצויים המוגשות מכוח סעיף 197 לחוק, בית המשפט העליון הכיר בכך שהערכת שווי הנעשית לצורך חישוב היטל השבחה עשויה להניב תוצאה שונה משווי השוק האובייקטיבי של המקרקעין,⁸¹ ומכך משתמע, פעם נוספת, כי ההסדרים השונים שבפרקים הכלכליים של חוק התכנון והכניה מכתיבים

76 נמדר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 98–99; ס' 3 לתוספת השלישית לחוק.

77 נמדר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 108–109.

78 שם, בעמ' 109–110.

79 בר"ם **דלי**, לעיל ה"ש 58, בפסק הדין של השופט פוגלמן.

80 עניין **לוסטרניק**, לעיל ה"ש 10.

81 שם, בעמ' 538, נקבע כי אם נתחשב בעליית המחירים שנגרמה בעקבות הליכי התכנון של תוכנית משביחה, יימוג כלא היה כל השבח הצפוי מתוכנית זו, ובכך תסוכל כליל המטרה אשר לה נועד היטל ההשבחה. לפיכך נקבע כי אף שהליכי התכנון משפיעים על שוויים הריאלי של המקרקעין בשוק החופשי, לא יהיה אפשר להתחשב בהשפעה זו לצורך חישוב היטל ההשבחה.

את התוצאה המשפטית בכל הנוגע בהשפעתה של ציפייה תכנונית על שווי השוק של המקרקעין.

אמת המידה שעוצבה בעניין **לוסטרניק** להתחשבות בציפייה תכנונית לצורך חישוב היטל השבחה מחייבת שלא יתקיים קשר סיבתי בין הציפייה התכנונית לבין אישור התוכנית המשביחה.⁸² אמת מידה זו שונה במידה ניכרת מאמת המידה שעוצבה ביחס לתביעות המוגשות מכוחו של סעיף 197 לחוק. דרישת הקונקרטיזציה שנקבעה בקשר לתביעת פיצויים המוגשת מכוחו של סעיף 197 לחוק מציבה סטנדרט משפטי של ודאות סבירה (וניתן אף לומר – ודאות כמעט מוחלטת), ולכן שוללת את האפשרות להתחשב בהשפעה הנובעת מציפייה תכנונית כללית שאינה קונקרטית. על כן, כאשר מבקשים לבחון את השפעתה של ציפייה תכנונית על שווי שוק של מקרקעין בתביעת פיצויים, לרוב לא יהיה אפשר להתחשב בציפייה להתפתחות עירונית, במגמות תכנוניות באזור המקרקעין וכן בהצהרות או מדיניות תכנונית שפורסמו על ידי מוסדות התכנון ומאסדרים.

לעומת זאת, לפי פסק הדין שניתן בעניין **לוסטרניק**, דרישת הקונקרטיזציה תפעל באופן שונה בכל הנוגע בהיטל השבחה: בעת הערכת שווי המקרקעין לצורך חישוב השבחה תנוטרל עליית השווי הנובעת מציפייה לאישורה של תוכנית משביחה קונקרטית, ויהיה אפשר להתחשב רק בעליית שווי שמקורה בציפייה תכנונית כללית הנובעת מהתפתחות עירונית צפויה⁸³ וממגמות תכנון.⁸⁴ ההיגיון שבבסיסו של כלל זה משקף את עקרונות התוספת השלישית לחוק, אשר המרכזי מביניהם הוא עקרון הצדק החלוקתי. כאמור, עיקרון זה מבטא את הגישה שלפיה ראוי כי מי שהתעשר כתוצאה מפעולות תכנון ישתף את הציבור בהתעשרותו.⁸⁵ אם תאפשר התחשבות בציפייה הנובעת מהליך תכנון קונקרטי, יהיה בכך כדי לאיין את מרבית ההשבחה הנובעת מאותו הליך תכנוני לכשיתגבש לכלל מוצר תכנוני תקף, מאחר שעליית השווי תיחס למצב

82 שם, בעמ' 539, נקבע כי "נדרש קשר סיבתי ישיר בין התכנית המשביחה לבין עליית הערך, ומכאן אתה למד כי כל ציפייה שאין מתקיים בה קשר מסוג זה, רשאי השמאי להביאה בחשבון".

83 התפתחות עירונית צפויה יכולה לנבוע מהתפתחותה הטבעית של העיר או ממדיניות תכנונית כללית, כגון אישורן של תוכניות מתאר מחוזיות או ארציות (למשל, תמ"א 35 – תוכנית מתאר ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולישימור).

84 בפיתוח מאוחר יותר שנעשה לפסק הדין בעניין **לוסטרניק** קבעו הערכאות הדיוניות כי לא כל מגמת תכנון שיוצרת ציפייה תכנונית תובא בחשבון לצורך חישובו של היטל השבחה. כך, למשל, בערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה י-ם) 49/10 **פרידוולד נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים** (נבו) 8.7.2010. נקבע כי ציפייה תכנונית הנובעת מהחלטות של הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה בדבר ציפוף המרקם העירוני, וכן מתוכנית המתאר של היישוב (ירושלים) ומתוכניות אב, לא תובא בחשבון לצורך חישוב היטל השבחה. ניתן להזכיר גם את ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מר') 8047-10-20 **שבדרון נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה שרונים** (נבו 25.4.2021), שבו נקבע כי לצורך חישוב היטל השבחה לא יהיה אפשר להתחשב במסמך מדיניות שפרסם מוסד התכנון.

85 דנ"א 3768/98 **קריית בית הכרם בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים**, פ"ד נו(5) 49 (2002).

התכנוני שקדם לו (אשר כולל את הציפייה לאישורו של אותו הליך תכנוני).⁸⁶ לפיכך ברור מדוע חישוב היטל השבחה באופן שמאפשר התחשבות בציפייה תכנונית הנובעת מתכנון משביח קונקרטי הינו חישוב אשר פוגע בעקרון הצדק החלוקתי. על יסוד גישה זו פותחה ההלכה שנקבעה בעניין **לוסטרניק**, והודגש גם הצורך בקיום עקרון הצדק החלוקתי.⁸⁷

תוצאה זו אף היא אינה טריוויאלית, שכן בדברי ההסבר להצעת החוק המקורית של תיקון 18 לחוק,⁸⁸ שבו הוספה התוספת השלישית לחוק, הוצע לכלול הוראות בנושא ציפייה תכנונית. סעיף 4(2) לתוספת השלישית נוסח בהצעת החוק באופן הבא: "בעריכת השומה לא יבואו בחשבון עליות השווי לפני אישור התכנית עקב הציפיות לאישורה", ובדברי ההסבר נאמר כי "כהנחיה לחישוב השומה נקבע כי יש להתעלם מהשפעות של ציפיות לעליות השווי עקב ההליכים השינוי תכנית".⁸⁹ אולם הוראות אלו הושמטו מהנוסח הסופי של תיקון 18, כפי שאושר על ידי הכנסת. בית המשפט העליון לא דן במשמעות של השמטת ההוראות שנכללו בהצעת החוק המקורית בכל הנוגע בהתחשבות בציפייה תכנונית, אולם השינוי שחל בין הנוסח המקורי של הצעת החוק לבין הנוסח המאושר מעורר בהחלט שאלות באשר לכוונת המחוקק בכל הנוגע בהתחשבות בציפייה תכנונית לצורך חישוב היטל השבחה.

ההלכה שנקבעה בעניין **לוסטרניק** פותחה, ובתי המשפט ניאותו להכיר בכך שגם ציפייה תכנונית הנובעת ממגמת תכנון כללית לא תובא בחשבון לצורך חישוב היטל השבחה. כך, למשל, בפסק דין שניתן לאחר עניין **לוסטרניק** דן בית המשפט המחוזי במקרה שבו מוסד התכנון גיבש מדיניות תכנונית שמכוחה קודמו ואושרו באזור מסוים הליכי תכנון שונים לנכסים שונים. אף שדובר במגמת תכנון אזורית, קבע בית המשפט המחוזי כי לא יהיה אפשר להתחשב בציפייה התכנונית הנובעת מאותה מגמה לצורך הערכת היטל השבחה, שכן לגישתו דובר במגמת תכנון שמכוחה ימומש הפוטנציאל במקרה עתידי קונקרטי באופן שמקיים קשר סיבתי ישיר.⁹⁰ אכן, ניתן אולי לומר כי בית

86 השו"ע לעיל ה"ש 65.

87 כך, למשל, בעניין **פרידוולד**, לעיל ה"ש 84, בפס' 100, קבעה ועדת הערר כי את פסק הדין בעניין **לוסטרניק** יש ליישם באמצעות שני מבחני משנה: המבחן הראשון הוא מבחן הקשר הסיבתי, ובמסגרתו ייבחן קיומו של קשר סיבתי בין הליך התכנון לבין ההשבחה; והמבחן השני הוגדר כמבחן "מניעת איון היטל ההשבחה", אשר בוחן אם התחשבות בציפיות שההליך התכנוני יוצר תביא לידי ביטול ההשבחה הנובעת ממנו. מבחן משנה זה מבטא את הצורך בקיום עקרון הצדק החלוקתי.

88 הצעת חוק לתיקון חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 15), התשמ"א-1980, ה"ח 54.

89 שם, בעמ' 58.

90 עמ"ן (מנהליים י-ם) 36933-04-14 **סי.בי.די.סטאר ניהול בינלאומי בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים** (נבו 28.7.2014) (להלן: עניין **סי.בי.די.סטאר**). באותו מקרה קבע בית המשפט המחוזי כי המדיניות של מוסד התכנון שלפיה אושרו בקשות שונות להקלה, שהיו זהות או דומות באופיין לבקשה מושא הערעור שם, יצרה ציפייה לאישור הקלה, וציפייה זו השפיעה על שווי השוק של המקרקעין שם. בית המשפט סבר כי ציפייה זו נובעת מחובתה של הרשות לנהוג בהגינות ובלא מושא פנים – חובה שבועטייה היא לא תוכל לדחות בקשה הדומה במכלול נסיבותיה לבקשה קודמת

המשפט סטה מאמת המידה שעוצבה בעניין **לוסטרניק**, שלפיה ניתן להתחשב בציפייה תכנונית שנובעת מתכנון שאינו קונקרטי – וציפייה מסוג זה אכן התגבשה באותו מקרה. עם זאת, אי-אפשר להתעלם מכך שגישתו צועדת בתלם שהתווה בית המשפט העליון עוד בעניין **בירנבך**,⁹¹ אשר לפיו ההתחשבות בציפייה תכנונית היא מוגבלת ומושפעת מההסדרים השונים בחוק התכנון והבניה ומהתכליות העומדות בבסיסם.⁹² על יסוד גישה זו, שאף עומדת בבסיס ההלכה שנקבעה בעניין **לוסטרניק**, ניתן אולי להכיר בגישה המצמצמת שנקט בית המשפט המחוזי כפיתוח של ההלכה שנקבעה בעניין **לוסטרניק**.

בפסק הדין בעניין **אקרו**,⁹³ שניתן כחמש-עשרה שנים לאחר פסק הדין בעניין **לוסטרניק**, קבע השופט מזוז כי כאשר הוראות בתוכנית יוצרות אפשרות (פוטנציאל) להשבחה עתידית שמימושה טעון הליך תכנוני נוסף, אשר אין ודאות שיתקיים, ניתן לחייב בהיטל השבחה בגין עליית ערך הקרקע בשל עצם הפוטנציאל להשבחה עתידית (ככל שהתהוותה השבחה שנבעה במישרין מהתוכנית).⁹⁴ לטעמי, גישה זו מעוררת קושי

שאושרה. משמעות הדבר, סבר בית המשפט, היא שעליית שוויים של המקרקעין קשורה בקשר סיבתי ישיר להליכי תכנון קודמים (אישורן של הקלות זהות או דומות). על בסיס גישה זו נקבע כי יש לראות את הליכי התכנון שקדמו לאישור ההקלה – קרי, אותם אישורים שהתקבלו ואשר היה בהם כדי להשפיע על השווי במצב הקודם – כהליכי תכנון שאפשרו את אישורה של ההקלה מושא הערעור שם, ולפיכך יש לנטרל את השפעתם, שאם לא כן, כך לגישתו של בית המשפט, יעוקר היטל השבחה מתוכן. גישה זו אינה חפה מקשיים, שכן הקלה היא למעשה הרשאה לבצע פעולה הטעונה היתר בנייה בסטייה מהוראות של תוכנית או תקנה אחרת (ס' 1 לחוק, תחת ההגדרה של "הקלה"). בית המשפט העליון כבר קבע כי הקלה, מעצם הגדרתה, אינה עניין שבדורות, באשר אין חובה על הוועדה המקומית לאשר אותה, וזאת גם אם הדבר נועד למיצוי אחוזי בנייה (ע"מ 8445/06 **זלצמן נ' ועדת הערר לתכנון ולבניה מחוז תל אביב** (אר"ש 28.10.2010)). נראה כי בית המשפט לא נדרש להתמודד עם גישה זו, וייתכן שהיה בה כדי לשנות את התוצאה שהתקבלה שם. ניתן להזכיר גם את ההחלטה שהתקבלה בערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מר') 550/15 **חברת ת.י אמיתי בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה נתניה**, פס' 50 (נבו 18.9.2019), שם נקבע באופן דומה כי תוכניות נקודתיות שאושרו במתחם מסוים הן תולדה של מדיניות תכנונית שגורה ומתמשכת המעודדת תגבור זכויות, קומות ויחידות דיור, ועל יסוד טעמים אלו הוחלט לא להתחשב בהשפעה של ציפייה תכנונית שנוצרה בגינן.

91 עניין **בירנבך**, לעיל ה"ש 38.

92 גישה זו תוארה בפסק הדין של בית המשפט העליון בע"א 3015/06 **מדינת ישראל נ' פינקלשטיין**, פס' 21 (אר"ש 9.12.2008), באופן הבא: "...בית משפט זה כבר קבע בעבר כי פרמטרים מסוימים שלהם יש משקל בחישוב שווי שוק של קרקע על-פי עקרונות כלכליים-שמאיים לא יקבלו ביטוי במסגרת חוות-דעת שמאית מאחר והם עומדים בניגוד לתכלית החוק".

93 בר"מ 2090/16 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' אקרו בע"מ** (אר"ש 15.3.2018).

94 שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופט מזוז. השאלה שעמדה במרכזו של אותו מקרה הייתה אם אישורו של תשריט איחוד וחלוקה מכוח פרק ד' לחוק מהווה אירוע מס לצורך גביית היטל השבחה. שאלת הפוטנציאל התכנוני התעוררה על רקע הוראותיה של תוכנית המתאר המקומית שחלה שם, אשר הקנתה אחוזי בנייה פרוגרסיביים, כלומר, אחוזי בנייה מוגדלים לחלקות גדולות. תוכנית זו יצרה פוטנציאל לתוספת זכויות בנייה כאשר שתי חלקות קטנות מאוחדות לחלקה אחת גדולה, ופעולה תכנונית זו אכן בוצעה על ידי המשיבה שם ועמדה בלב הערעור.

לא מבוטל, מכיוון שהיא אינה מתיישבת עם הכללים שנקבעו בעניין **לוסטריק**, שלפיהם יש לנטרל עליית ערך שמקורה בציפייה תכנונית הנובעת מפעולה תכנונית עתידית קונקרטית.⁹⁵ על יסוד הבנה זו נראה כי קיים קושי משמעותי בגישתו של השופט מזוז בעניין **אקרו**, שהרי לפי גישה זו יהיה אפשר להתחשב בעליית ערך הנובעת מציפייה תכנונית שקיים קשר סיבתי בינה לבין שינוי תכנוני קונקרטי עתידי. סבורני כי גישתו של השופט מזוז עלולה אף להביא לידי הגדלת נטל המס. ניתן להדגים זאת באופן הבא: אם תיושם גישתו של השופט מזוז וייעשה חיוב בהיטל השבחה בגין ציפייה תכנונית שנוצרה מכוחה של תוכנית משביחה קונקרטית (למשל, תוכנית שמשנה את ייעודה של קרקע חקלאית למגורים אך מחייבת הכנת תוכנית מפורטת מכוחה לצורך מתן היתר בנייה),⁹⁶ ייאלץ הנישום לשלם היטל השבחה בגין עליית הערך שנובעת מפוטנציאל תכנוני שאינו ניתן למימוש מכוחה של אותה תוכנית משביחה (שינוי הייעוד מחקלאות למגורים), ולא יהיה באפשרותו להתחשב באותה עליית ערך שנבעה מאותו פוטנציאל תכנוני לצורך חישוב עליית השווי שחלה ב"מדרגה" של התוכנית המפורטת שתאפשר לממש את הפוטנציאל האמור באמצעות קבלת היתר לבנייה. זאת, מאחר שלפי פסק הדין בעניין **לוסטריק**, יש להתעלם מכל פוטנציאל תכנוני שהשפיע על שווי המקרקעין מקום שהוא נובע משינוי תכנוני קונקרטי.⁹⁷ כלומר, אותו פוטנציאל תכנוני שיובא בחשבון לצורך חישוב היטל ההשבחה הנובע מהתוכנית הכללית לא יובא בחשבון לצורך חישוב היטל ההשבחה הנובע מאישורה של התוכנית המפורטת (התוכנית המאפשרת כאמור את מימושו של פוטנציאל זה).

מכיוון שנושא ההשפעה של פוטנציאל תכנוני על שווי שוק של מקרקעין לא עמד במרכז פסק הדין בעניין **אקרו**, סבורני כי אי־אפשר לראות את פסק דינו של השופט מזוז כשינוי מההלכה שהתקבלה בעניין **לוסטריק**. למעשה, גם הערכאות הדיניות ובתי

95 באופן מעשי, כאמור, עליית השווי שמקורה בציפייה התכנונית לא תובא בחשבון לצורך הערכת שווי המקרקעין "במצב התכנוני הקודם", קרי, לפני המועד שבו קיבלה הפעולה התכנונית תוקף.

96 בדוגמה זו התוכנית המשביחה אומנם משנה את ייעודה של הקרקע מבחינה נורמטיבית, אולם תוקפו של שינוי זה נדחה למעשה עד למועד שבו תאושר תוכנית מפורטת שתאפשר את ניצולו של הייעוד התכנוני החדש. עליית השווי שחלה בתקופת הביניים, דהיינו עד שתאושר תוכנית מפורטת, נובעת מהציפייה לאישורה של התוכנית המפורטת.

97 כאמור, לצורך שומת ההשבחה יש לשום את המקרקעין פעמיים: פעם אחת לפי ה"מצב התכנוני החדש", דהיינו, לפי מצב הזכויות בהם לאחר הפעולה התכנונית המשביחה; ופעם נוספת לפי ה"מצב התכנוני הקודם", דהיינו, לפי מצב הזכויות במקרקעין עובר לפעולה התכנונית האמורה. ההפרש בין שני הערכים האלה מהווה את ההשבחה שחלה בעקבות הפעולה התכנונית (רע"א 147/14 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' אברמוביץ (אר"ש 31.12.2014)). אם אושרו במקרקעין כמה תוכניות בזו אחר זו, יש לערוך בדרך זו את שומת ההשבחה לכל תוכנית למועד הקובע שלה (כלומר, בהתייחס למועד שבו קיבלה התוכנית תוקף ולפי ערכי הקרקע נכון למועד זה), ויהיה אפשר לגבות את היטל ההשבחה על השבחת התכנון בלבד, מבלי להביא בחשבון רכיבי שווי המיוחדים לעלייה או ירידה של שווי המקרקעין בשוק החופשי במנותק מהאקט התכנוני המשביח. גישה זו מכונה "גישת המדרגות". ראו רע"א 4217/04 פמיני נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סא(3) 386 (2006).

המשפט נמנעים מלדון בשאלה אם חל שינוי מההלכה שנקבעה בעניין **לוסטריניק**,⁹⁸ ובמצב דברים זה נראה כי קיים חוסר ודאות מסוים גם ביחס למערכת הכללים שמאפשרת (או מונעת) התחשבות בפוטנציאל תכנוני לצורך חיוב בהיטל השבחה. חוסר ודאות זה בא לידי ביטוי בערכאות הדיוניות. כך אירע, למשל, כאשר ועדות הערר נדרשו לשאלה אם ניתן להתחשב בפוטנציאל תכנוני שיוצרת תמ"א 38. בהחלטה של ועדת הערר במחוז תל אביב בעניין **שמואל**⁹⁹ נדונה השאלה אם יש להתחשב בציפייה תכנונית הנובעת מתמ"א 38 ומהמדיניות שגובשה ביחס אליה על ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב, כאשר בוחנים את ההשבחה הנובעת מאישורה של תוכנית רובע 3 בתל אביב.¹⁰⁰ באותו מקרה לא הייתה מחלוקת שמבחינה עובדתית יצרה תמ"א 38 ציפייה תכנונית שהעלתה את שווי המקרקעין בתחומה של תוכנית רובע 3. כלומר, הערך הריאלי של המקרקעין בתחומה של תוכנית זו אכן הושפע מהחלטות קודמות שקיבלה הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב ומהמדיניות שהיא גיבשה בנושא יישומה של תמ"א 38. העוררים שם טענו כי כל אלה השפיעו על שווי המקרקעין עוד לפני שאושרה תוכנית רובע 3, כך שתוכנית זו לא השפיעה על שווי המקרקעין שבבעלותם. ועדת הערר יצאה מנקודת הנחה ששווי המקרקעין אכן הושפע מתמ"א 38 עוד בטרם אושרה תוכנית רובע 3, אך למרות זאת היא קבעה כי בנסיבות המקרה אי אפשר להתחשב באותן השפעות, ויש לנטרלן לצורך קביעת שיעור היטל השבחה. תוצאה זו התקבלה על יסוד ההלכה שנקבעה בעניין **לוסטריניק**, ובהקשר זה נקבע כי יש להתעלם מהשפעותיה של תמ"א 38, שכן התחשבות בתרומתה של זו לשווי המקרקעין תוביל לביטול כל השבח שנוצר עם אישורה של תוכנית רובע 3. לפיכך קבעה ועדת הערר כי את הפוטנציאל שנובע מתמ"א 38 יש לייחס לתוכנית רובע 3, אשר אושרה מכוחה של תמ"א 38. ועדת הערר אף נדרשה לטענת העוררים כי שווי המקרקעין הושפע גם ממדיניות שגיבשה הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב לצורך יישומה של תמ"א 38, ואשר אפשרה להוציא לפועל מיזמים עוד לפני אישורה של תוכנית רובע 3. טענה זו עסקה בעליית שווי שנובעת ממגמת תכנון אזורית (מגמה שנובעת ממדיניות שגובשה באופן רוחבי לכל תחומי העיר), אולם גם היא נדחתה, וזאת על בסיס פסק הדין

98 בפסק הדין שניתן בעמ"ן (מנהליים ת"א) 8373-12-20 **ועדה מקומית לתכנון ובנייה תל אביב נ' יהודה הלוי 70-72 בע"מ** (נבו 13.6.2021) קבע בית המשפט לעניינים מנהליים כי בית המשפט העליון לא קבע באופן גורף שאין להתייחס לעליית ערך בעקבות פוטנציאל תכנוני כאשר הוא קיים. לצורך כך הפנה בית המשפט לפסק הדין של השופט מזוז בעניין **אקרו**, לעיל ה"ש 93, בפס' 34. קביעה דומה ניתן למצוא בערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה י-ם) 535/17 **הועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' מורדוף** (נבו 17.5.2022), שם ביקשה ועדת הערר ליישב בין פסקי הדין.

99 ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה ת"א) 8290-11-18 **שמואל נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תל אביב-יפו** (נבו 18.8.2022).

100 תוכנית תא/3616 א "תכנית רובע 3" (24.12.2017), שפורסמה למתן תוקף ביום 9.1.2018 (ראו **באתר מינהל התכנון** <https://mavat.iplan.gov.il/SV4/1/5000214471/310>). תוכנית זו אושרה מכוחה של תמ"א 38, והציעה הוראות מפורטות לצורך יישומה של תמ"א 38 בתחומי תל אביב.

שניתן בעניין **סי.בי.די.סטאר**¹⁰¹ ועל יסוד קביעתה של ועדת הערר כי יש להתעלם ממגמת תכנון רחבה מקום שהיא אינה יוצרת ודאות למימוש הפוטנציאל התכנוני במקרה קונקרטי.

תוצאה זו אינה טריוויאלית כלל ועיקר, היות שניתן לראות בה משום שינוי – או לכל הפחות פיתוח – של המבחן הנורמטיבי שנקבע בעניין **לוסטרינק**. מקרים מן הסוג הזה מדגישים את המתח הקיים בין הגישות השונות להערכת שווים של מקרקעין לצורך הפרקים הכלכליים שבחוק התכנון והבניה (הגישה שאימץ בית המשפט העליון, אשר מבוססת על סטנדרטים משפטיים ומיועדת להגשים את התכליות והמטרות של החוק, לעומת הגישה העובדתית, המעדיפה תוצאה שמשקפת את הערך הריאלי של המקרקעין על תוצאה שמשקפת ערך פיקטיבי). מתח זה מקבל ביטוי מובהק יותר במקרים שבהם סטנדרטים משפטיים מרחיקים את התוצאה המשפטית מן העובדות בשטח. אילו יישמה ועדת הערר בעניין **שמואל** את הגישה שהציע השופט חשין בעניין **קהתי**¹⁰² (כאמור, בדעת מיעוט) או את גישתו של השופט גרוסקופף בבר"ם **דלי**¹⁰³ (כאמור, גם היא בדעת מיעוט), המבטאת סטנדרט עובדתי שמטרתו לבחון אם חלה עליית שווי ריאלית,¹⁰⁴ התוצאה שהייתה מתקבלת היא שלא חלה השבחה עקב אישורה של תוכנית רובע 3. הסטנדרט המשפטי שאותו יישמה ועדת הערר יוצר השבחה משמעותית, שכן הוא מאפשר להתעלם מעליית השווי שחלה באזור שבו מצויים המקרקעין של החייב בפועל, ובכך הוא מרחיק את התוצאה המשפטית מהמציאות בשטח על מנת שלא יסוכלו התכליות והמטרות של החוק.

תוצאה שונה התקבלה בהחלטה של ועדת הערר במחוז ירושלים בעניין **ברק**,¹⁰⁵ שניתנה סמוך למועד החלטתה של ועדת הערר בתל אביב בעניין תוכנית רובע 3. החלטתה של ועדת הערר בירושלים עסקה גם היא בהתחשבות בציפייה התכנונית הנובעת מתמ"א 38 בעת בחינת ההשבחה שיצרה "תוכנית רחביה".¹⁰⁶ באותו מקרה קבעה ועדת הערר כי אם שווי השוק האובייקטיבי של המקרקעין מגלם בתוכו פוטנציאל שנובע מתמ"א 38, יש להביא זאת בחשבון לצורך קביעת שיעור ההשבחה. בהקשר זה נקבע כי לתמ"א 38 יש השפעה פנימית והשפעה חיצונית על שוויים של מקרקעין –

101 עניין **סי.בי.די.סטאר**, לעיל ה"ש 90.

102 עניין **קהתי**, לעיל ה"ש 42.

103 בר"ם **דלי**, לעיל ה"ש 58.

104 סטנדרט עובדתי זה יושם בערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה ת"א) 85143/13 **צין נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה רמת גן** (נבו 24.2.2016). החלטה זו קדמה להחלטת ועדת הערר בתל אביב לגבי תוכנית רובע 3, ובמסגרתה נקבע כי ראוי לבחון את שווי המקרקעין בכללותו באמצעות השוואה בין עסקאות בנכסים שתמ"א 38 חלה עליהם לבין נכסים שעליהם אין חלה.

105 ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה ת"א) 403/17 **ברק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים** (נבו 5.9.2022).

106 תוכנית 9988 "תכנית מתאר לשכונת רחביה וחלק משכונות קרית שמואל, טלביה ושערי חסד. ירושלים" (4.6.2015), שפורסמה למתן תוקף ביום 10.8.2015 (ראו באתר **מינהל התכנון** <https://mavat.iplan.gov.il/SV4/1/1037010/310>).

השפעה הנובעת מיישום תמ"א 38 במרחב והשפעה הנובעת מיישום תמ"א 38 במקרקעין המסוימים; ובמרכז הדיון עמדה השאלה אם ניתן להתעלם מתרומתו של פוטנציאל תכנוני לשווי המקרקעין כאשר פוטנציאל זה נובע ממגמת תכנון רחבה ואין ודאות שיהיה אפשר לממשו במקרקעין המסוימים. במענה לשאלה זו השיבה ועדת הערר כי בבחינת השווי האובייקטיבי של המקרקעין אין להתעלם אפריורית מזכויות שאינן ודאיות, אך יש להתחשב במידת הוודאות במימושן. ועדת הערר סברה כי תוצאה זו נובעת באופן ישיר מההלכה שנקבעה בעניין לוסטרניק, וכי היא מקרבת את התוצאה המשפטית לתוצאה שתתקבל על בסיס "מבחן שווי השוק", דהיינו, לתוצאה שתתקבל על פי סטנדרט עובדתי שלפיו ייבחן שוויים הריאלי של המקרקעין בשוק החופשי. גישה דומה הובעה כאמור בספרות הישראלית,¹⁰⁷ אשר ביקשה להתאים את התוצאה המשפטית המתקבלת על יסוד סטנדרטים משפטיים לתוצאה המשקפת ערך ריאלי לפי המציאות בשטח.

נראה, אם כן, כי פסק הדין שניתן בעניין לוסטרניק לא הגדיר את הכללים שלפיהם יהיה אפשר להתחשב במגמת תכנון כללית לצורך חישוב היטל ההשכחה. השאלה אם ניתן להתחשב בפוטנציאל תכנוני הנובע ממגמת תכנון כללית, כאשר מימושו של פוטנציאל זה במקרקעין מסוימים אינו ודאי (בדומה לפוטנציאל שמקורו בתמ"א 38 – תוכנית שחלה על כל שטח המדינה ואשר מימושה מותנה בשיקול דעת רחב של מוסד התכנון), הינה שאלה המחייבת דיון מעמיק והכרעה.

פרק ב: שימוש מיטבי או שימוש דמיוני? (עקרון הציפייה הסבירה)

מתי ניתן לומר שציפייה תכנונית היא בגדר "חלום" ואינה מבוססת על רציונל כלכלי? שאלה זו מתעוררת כאשר מבקשים להעריך את ההשפעה שיש לציפייה תכנונית על שוויים של מקרקעין, כלומר, בשלב שבו מתקיימים המבחנים הנורמטיביים שמאפשרים התחשבות בפוטנציאל תכנוני.

במצבים שיש בהם חוסר ודאות לגבי ייעוד תכנוני עתידי של נכס מקרקעין או לגבי זכויות הבנייה שיאושרו לו מתעורר החשד שהשוק מתנהל ללא בסיס רציונלי. מצבים אלו ניתנים להגדרה כמצבים שנוצרת בהם "בועה" (או ליתר דיוק "בועה כלכלית" או "בועה פיננסית"), המוגדרת כמסחר תדיר בנכסים פיננסיים במחירים שחורגים באופן מהותי משוויים הכלכלי הטבעי.¹⁰⁸ בשוק הדיוור עשויים להיווצר מצבים של בועות ממוקדות (minibubbles), שבהם הסוחרים בקרקע מנסים לשאוב מידע ממערכת מידע

107 נמדר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 168–170.

Darren Duxbury, *Experimental Asset Markets Within Finance*, 9 J. ECON. SURV. 331, 108 (1995).

שאינה מושלמת.¹⁰⁹ דוגמה לכך היא מצב שבו ועדה מקומית לתכנון ולבנייה מבקשת לקדם תוכנית לשינוי ייעודה של קרקע חקלאית למגורים. אף שעמדת הוועדה המקומית בקשר למהלך תכנוני זה ידועה, היא אינה משקפת מערכת מידע מושלמת, היות שאישורה של תוכנית מעין זו ייעשה על ידי הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, והוא יחייב, בין היתר, שמיעת התנגדויות וקבלת עמדתם של מאסדרים שונים, כגון הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית ושטחים פתוחים (כהגדרתה בחוק התכנון והבניה). עסקאות שנעשות תחת בועות ממוקדות עשויות להיתפס כתגובה על מידע שאינו גלוי, באופן שעשוי לעודד עליית מחירים נוספת. כך, לדוגמה, במצב שבו מתחילות להתבצע עסקאות בקרקעות חקלאיות במחיר המבטא ציפייה תכנונית לשינוי ייעודן למגורים עשויות להתבצע עסקאות נוספות שמחירן מבטא אותה ציפייה תכנונית, וזאת על בסיס ההנחה שהעסקאות הראשונות נובעות מקיומו של מידע לא גלוי על אודות שינוי תכנוני צפוי. בדוגמה זו ברור שמחיר העסקה אינו משקף את ערכה הכלכלי האובייקטיבי של הקרקע כקרקע חקלאית, אלא ערך משוער המבטא הנחה כי הקרקע (החקלאית) תיועד למגורים. במסגרת זו עולה השאלה אם ניתן להתחשב בערך משוער זה לצורך גביית היטל השבחה או מתן פיצוי בגין ירידת ערך.

נקודת המוצא העקרונית היא שהערכת שווי של מקרקעין צריכה להתייחס לשימוש המיטבי בקרקע, אשר מבטא את השימוש החוקי שניב את הערך הגבוה ביותר לקרקע, בהתחשב בתכונותיה (קרי, בהתחשב בפוטנציאל התכנוני במובנו הצר) ובשימוש החוקי הצפוי להתאשר בעתיד (פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב).¹¹⁰ לכאורה ניתן לומר שעקרון השימוש המיטבי מאפשר להתחשב בכל מחיר שישולם בעבור הקרקע, וזאת בהינתן שהוא משקף ציפייה לשינוי שצפוי להתאשר בעתיד, אולם הפסיקה נקטה גישה מרוסנת יותר. למעשה, במקרים מסוימים הוחלט שיהיה אפשר להתחשב בציפייה תכנונית רק אם היא מהווה "ציפייה סבירה לשינוי תכנוני".¹¹¹ על יסוד עיקרון זה (שיכונה להלן "עקרון

Thomas E. Copeland & Daniel Friedman, *Partial Revelation of Information in* 109
Experimental Asset Markets, 46 J. FIN. 265 (1991).

110 עניין בית עדה, לעיל ה"ש 22.

111 בפסק הדין שניתן בע"א 133/83 מרכז מסחרי בני פ.י. בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, מחוז הצפון, פ"ד מ(4) 154, פס' 3 (1986), שעסק בחישוב פיצויי הפקעה, קבע השופט בך כי בבואו להעריך שווי של מקרקעין, שומה על בית המשפט לבחון את השטח לנוכח מידע שהיה מצוי בידיו של קונה פוטנציאלי ביום עריכת העסקה הדמיונית (דהיינו, במועד ההפקעה), ולא לאור התפתחויות שהתרחשו לאחר מכן. כמו כן נקבע כי מתן משקל משמעותי לפוטנציאל העתידי של הקרקע מותנה בכך ש"הסיכוי לשינוי ייעוד השטח, במובן של התרתו לצורכי בנייה, הינו ודאי, או שניתן לפחות לצפות למימושו בעתיד הנראה לעין". בפסק הדין שניתן בע"א 8717/17 רשות מקרקעי ישראל נ' עובד אהמד (אר"ש 23.7.2019), שעסק גם הוא באופן חישובם של פיצויי הפקעה, סבר השופט שטיין כי את שווי המקרקעין יש לקבוע על בסיס נתוני אמת של עסקאות במקרקעין הדומים לאלה שהופקעו. לפי גישתו, נתוני אמת אלו יכול שיושפעו במידה זו או אחרת מהפוטנציאל העתידי הגלום במקרקעין. השופט קרא הצטרף לעמדתו של השופט שטיין לעניין התוצאה, תוך שהוא מעיר כי "עמדת הפסיקה היא כי בעת עריכת החישוב של דמי החכירה האבודים יש להתחשב באותם

הציפייה הסבירה") ניתן לומר כי בעת הערכת שוויים של מקרקעין ניתן להתייחס למחיר העסקה, במקום לערך האובייקטיבי של נכס מקרקעין, ובלבד שמחיר זה נקבע על יסוד ציפייה סבירה. היישום הדוקטרינרי של עיקרון זה נקבע עוד בעניין **בירנבך**,¹¹² ולפיו יש להצביע על מידע תכנוני שמצוי בתוכניות צפויות אשר מיועדות לחול על המקרקעין. לפיכך, כאשר עליית מחירים אינה מבוססת על ציפייה סבירה (כלומר, על ציפייה שמקורה במידע תכנוני קונקרטי), לא יהיה אפשר להתחשב בה לצורך הערכת שוויים של מקרקעין.¹¹³ במקרים מעין אלה הציפייה התכנונית תיתפס כמבטאת "שימוש דמיוני" בקרקע (להבדיל מ"שימוש מיטבי" בה). ניתן להסיק מכך שבמקרים שבהם קיימת בועה שאינה מבוססת על שינוי תכנוני צפוי שהינו קונקרטי (כגון תוכנית המצויה בשלבי אישור), לא יהיה אפשר להעריך את שווי הקרקע על יסוד עסקאות המבוצעות במתחם שבו היא מצויה, שכן בנסיבות מעין אלה יהיה סביר להניח שמחירן של עסקאות אלו אינו מבוסס על ציפייה סבירה (כלומר, אינו מבוסס על מידע תכנוני קונקרטי, כגון מידע הנובע מתוכנית המצויה בשלבי הכנה, אלא על הנחות כלליות בלבד).

עקרון הציפייה הסבירה קשה ליישום כאשר מבקשים להעריך עליית שווי של מקרקעין לצורך גביית היטל השבחה. הטעם המרכזי נעוץ בכך שהתחשבות בציפייה תכנונית לצורך גביית היטל השבחה תתאפשר רק במצבים שבהם שווי הקרקע הושפע ממגמת תכנון כללית (באופן שמבטל כמעט לחלוטין את עקרון הקונקרטיזציה).¹¹⁴ כאשר מגמת התכנון היא כללית, קיים קושי להצביע על מידע תכנוני קונקרטי הנוגע בנכס מקרקעין מסוים, מאחר שהמגמה אינה קונקרטית ואינה מתייחסת לתא שטח מסוים, אלא לאזור או רובע מסוימים. נוסף על כך, כאשר מבקשים להצביע על מידע תכנוני קונקרטי שנובע ממגמת תכנון כללית, מתעוררות שאלות. כך, לדוגמה, כאשר מבקשים לבחון אם יהיה אפשר להתחשב במידע תכנוני שמקורו בתוכניות מתאר ארציות, בתוכניות מתאר מחוזיות או בתוכניות כוללניות החלות על יישוב שלם, מתעוררות שאלות קשות ביחס למידע שניתן לשאוב מאותן תוכניות. ניתן להמחיש זאת באמצעות הדוגמה הבאה: תוכנית המתאר הארצית לבנייה, לפיתוח ולשימור (תמ"א 35) יוצרת מתווה תכנוני המאפשר צפיפות עירונית גבוהה. תוכנית זו, שהינה בקנה מידה ארצי, חלה גם על קרקעות חקלאיות ומייעדת אותן לבנייה; אך בהעדר ייעודי קרקע והגדרה ברורה של צפיפות הבנייה, של אופי הבינוי ושל לוחות הזמנים להכנת תוכניות, רמת אי-הוודאות בנוגע ליישומה היא גבוהה במיוחד. במצב דברים זה אי-הוודאות שתמ"א 35 יוצרת (כתוצאה מדחייה ממושכת במיוחד עד לזמינות) שוחקת לחלוטין את

שימושים המתאפשרים על פי יעודה התכנוני של הקרקע נכון למועד ההפקעה. אך יחד עם זאת, יש להביא בחשבון גם שימוש מיטבי בדמות הפוטנציאל הגלום במקרקעין וכן ציפייה סבירה לשינוי תכנוני" (שם, בעמ' 26).

112 עניין **בירנבך**, לעיל ה"ש 38.

113 השוו ע"א 6744/20 **רשות מקרקעי ישראל נ' טבר** (אר"ש 7.7.2022); עניין **ראשד**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 419–413.

114 ראו גם לעיל בתת-פרק 2 על אודות חוסר הוודאות הקיים כיום בקשר לכלל זה עקב פסק דינו של השופט מזוז בעניין **אקרו**, לעיל ה"ש 93.

ערך הפוטנציאל התכנוני שנוצר עם אישורה של תוכנית זו. לנוכח קשיים אלו, ספק אם יהיה אפשר להתחשב במחיר המשקף ציפייה תכנונית מקום שמקורה של ציפייה זו הוא תכנון מתארי רחב היקף. כתוצאה מכך ניתן להניח כי יישומו של עקרון הציפייה הסבירה בכל הנוגע בהיטל השבחה ייעשה כאשר הציפייה התכנונית נובעת ממגמת תכנון כללית שמקורה בתכנון אזורי קונקרטי שניתן למימוש בזמן קצר באופן יחסי – למשל, תכנון שמתייחס לרובע מסוים או לשכונה מסוימת, ואשר מתגבש בפרק זמן קצר באופן יחסי. מכאן נובע הצורך להפריד בין רכיב הציפייה התכנונית שמקורו בתוכנית צפויה קונקרטית לבין רכיב השווי הריאלי של הקרקע לשם חישוב היטל השבחה, כאמור בפסק הדין שניתן בעניין **לוסטרניק**,¹¹⁵ אולם בפועל נראה כי מלאכת ההפרדה אינה פשוטה ליישום. כך, למשל, ההחלטה בערר 183/17¹¹⁶ דנה במאוחד במספר רב של עררים שעסקו בתוכנית רחבת היקף שמטרתה הייתה לאפשר שינוי ייעוד של קרקע חקלאית למגורים. התוכנית קבעה תנאים למתן היתרי בנייה, ומימושה תייב הכנת תוכניות מפורטות שיכללו הוראות לאיחוד וחלוקה וכן טבלות הקצאה ואיזון.¹¹⁷ כלומר, אותה תוכנית יצרה את הבסיס התכנוני לתוכניות עתידיות שיאפשרו את שינוי ייעודה של הקרקע ואת הבנייה בה. רוב העסקאות שנבחנו במתחם שלגביו חלה התוכנית שיקפו ציפייה לשינוי תכנוני צפוי שיאפשר הוצאת היתרי בנייה, ולפיכך ברובן הסכימו הצדדים כי היטל ההשבחה הצפוי ישולם על ידי הקונה ("עסקת נטו", לפי הביטוי השגור בתחום הנדל"ן). ועדת הערר נדרשה לשאלה כיצד להעריך את שוויים האובייקטיבי של מקרקעין לצורך תשלום היטל השבחה במצב שבו המחיר משקף ציפייה סבירה לשינוי תכנוני צפוי. החשש המרכזי היה שהמחיר ששולם על קרקע באותו מתחם מבטא "חלום" ואינו מבוסס על רציונל כלכלי (כלומר, שבמתחם קיימת בועה ממוקדת ושמחיר הקרקעות אינו מבטא את שוויים האובייקטיבי). ועדת הערר קבעה כי את שווי המקרקעין באותו מתחם יש להעריך על בסיס שקלול של שני מסדי נתונים: אחד הכולל עסקאות שבוצעו במתחם עצמו, ואחר הכולל עסקאות שבוצעו מחוץ לו. זאת, תוך מתן משקל גבוה יותר לעסקאות שנעשו במתחם עצמו. בכך למעשה אפשרה ועדת הערר להתייחס לרכיב השווי שמקורו בציפייה תכנונית לאישורה של תוכנית שתאפשר הוצאות היתרי בנייה, וזאת מבלי להתייחס לעקרונות שנקבעו בעניין **לוסטרניק**, ובפרט לכלל שלפיו יש לנטרל את עליית השווי הנובעת מציפייה תכנונית שמתקיים קשר סיבתי בינה לבין תוכנית קונקרטית. ניתן אף לומר כי התוצאה שהתקבלה באותו מקרה סוטה מעקרונות שהותוו בעניין **לוסטרניק**, שכן הערכת שוויים של מקרקעין לצורך גביית היטל השבחה על בסיס עסקאות שמבטאות ציפייה תכנונית לשינוי תכנוני עתידי קונקרטי פוגעת בצורה ברורה בהשבחה שתיווצר עם אישורו של אותו שינוי תכנוני עתידי (שהרי שווייה

115 עניין **לוסטרניק**, לעיל ה"ש 10.

116 ערר (ועדת ערר לתכנון ובנייה מר') 183/17 **כהן נ' וינטראוב** (נבו 30.6.2022).

117 דובר בתוכנית לשינוי ייעוד של אזור חקלאי למגורים, אשר חלה על שטח של כ-1,287 דונם ונועדה לאפשר הקמה של שכונת מגורים הכוללת 4,217 יחידות דיור, לצד מתחם תעסוקה ושטחי ציבור למיניהם.

של הקרקע על פי העסקאות שנערכו במתחם כבר מבטא חלק מההשכחה שתיווצר עם אישורו של השינוי התכנוני העתידי).

לפי גישתו של בית המשפט העליון בעניין **לוסטרניק**, זו אינה תוצאה רצויה, הואיל והיא מצמצמת את שיעור המס שייגבה כתוצאה מהשינוי התכנוני הצפוי, וכפועל יוצא מכך פוגעת במקורות המימון של הרשות המקומית, אשר תידרש להקצות שטחי ציבור ושירותים ציבוריים לאוכלוסייה החדשה שעתידה להתגורר במתחם. יישום נכון של פסק הדין בעניין **לוסטרניק** באותו מקרה היה נראה כך: ראשית, ועדת הערר הייתה מעריכה את שוויין של הקרקעות על יסוד עסקאות שבוצעו ערב אישורה של התוכנית שיצרה את הבסיס התכנוני לשינוי ייעוד הקרקעות. במסגרת זאת היה באפשרותה להביא בחשבון ציפייה תכנונית הנובעת מתכנון אזורי ומשינויים תכנוניים קיימים באזור המתחם, מקום שמדובר בציפייה סבירה. כמו כן היא הייתה מנטרלת את הציפייה הנובעת מאישורה של תוכנית עתידית שמכוחה יינתנו היתרי בנייה. בדרך זו היה ביכולתה למנוע מצבים שבהם מחיר הקרקע, לאחר אישורה של התוכנית הראשונה בזמן, מבטא ציפייה לאישור התוכנית השנייה שתאפשר הוצאת היתרי בנייה.

מבחינת התוצאה שהתקבלה באותו מקרה, נראה שוועדת הערר העדיפה להתחשב בשווי הריאלי של הקרקע, אף שהוא כולל ציפייה לאישורה של התוכנית העתידית, שכן המתודולוגיה שהיא נקטה אינה מנטרלת השפעות של ציפייה תכנונית, כפי שאלה מתבטאות במחירים ששולמו על הקרקעות במתחם שם. מקרה זה מדגים את הקושי ביישום העקרונות שקבע בית המשפט בנושא ההתחשבות בפוטנציאל תכנוני לצורך חישוב היטל השכחה, שכן לעיתים הדיון מתמקד באופן ישיר בשאלת חישוב השווי, קרי במידת ההתחשבות במחירים המבטאים ציפייה תכנונית, תוך התעלמות מהצורך ביישום המבחנים הנורמטיביים הנדרשים לצורך הכרעה בשאלה אם ניתן להתחשב בציפייה תכנונית לצורך חישוב היטל השכחה.

נושא נוסף שנבחן בפסיקה הוא התחשבות בפוטנציאל תכנוני במובנו הצר, דהיינו, בפוטנציאל שנובע מתכנון מאושר. לצורך הערכת תרומתו של התכנון המאושר לשווי המקרקעין, התייחסה הפסיקה להסתברות שפוטנציאל זה אכן ימומש בפועל. בהחלטה שניתנה בעניין **ברק**¹¹⁸ קבעה ועדת הערר כי ההתחשבות בפוטנציאל תכנוני במובנו הצר תיעשה על פי מבחן שמטרתו לבחון את ההסתברות – לפי נתוני השוק החופשי – שפוטנציאל זה אכן יתממש בפועל. על יסוד מבחן זה ייתכנו מצבים שבהם מאושרות תוכניות שמוסיפות סל זכויות נרחב למקרקעין אך סל זה לא יקבל ביטוי בהערכת שוויים של המקרקעין מכיוון שבאותם מצבים הסתברות מימושן של זכויות אלו בפועל היא נמוכה. גישה זו מבקשת להפריד בין הרווח הרעיוני שנוצר עקב פעולת תכנון משביחה לבין רצונו הסובייקטיבי של הנישום לממשו בפועל, והיא מבטאת את ההשקפה ששוויים הריאלי של המקרקעין נקבע על פי הסיכוי שהפוטנציאל התכנוני ימומש בפועל נכון למועד שבו הפעולה התכנונית מקבלת תוקף.

118 עניין **ברק**, לעיל ה"ש 105.

יישום עקרון הציפייה הסבירה בכל הנוגע בתביעות פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק נחזה כפשוט יותר. כאשר מדובר בפגיעה ישירה המבטאת אובדן של פוטנציאל תכנוני, יהיה קל להוכיח ציפייה סבירה, וזאת מאחר שהתחשבות בציפייה תכנונית לצורך הערכת שוויים של מקרקעין בתביעות מסוג זה תאפשר רק כאשר יש ציפייה תכנונית הנובעת מתכנון קונקרטי בשלבי אישור מתקדמים. הליך תכנון מעין זה יוצר ודאות גבוהה במיוחד לשינוי שיתאפשר מכוחו, ולכן הוא מקיים ממילא את דרישת הציפייה הסבירה. על כן, במצבים שבהם ניתן להתחשב בציפייה תכנונית לצורך תביעת פיצויים יהיה אפשר להתחשב בערכי השווי המתקבלים מניתוח עסקאות שנערכו סמוך למועד שבו "אבד" הפוטנציאל התכנוני. עסקאות אלו יגלמו את התוספת הצפויה לשווי הקרקע (אף שבסופו של דבר מדובר בהנחה שמתבררת כשגויה). כאשר מבקשים ליישם את עקרון הציפייה הסבירה ביחס לתביעות פיצויים המוגשות בגין פגיעה עקיפה, קרי בגין שינוי תכנוני שחל בסביבת המקרקעין אך לא באופן ישיר לגבי מקרקעי התובע, נשאלת השאלה כיצד תבטא הציפייה התכנונית לשימור המצב התכנוני הקיים בסביבת מקרקעי התובע. סוג תביעות זה נוגע במצבים שבהם תוכנית חדשה משנה, למשל, ייעוד של שטח עם נוף פתוח (כגון קרקע חקלאית) לבנייה רוויה. במצב דברים זה שוויון של קרקעות סמוכות עלול להיפגע עקב השינויים הנובעים מבנייה רוויה (כגון ביטול הנוף הפתוח, יצירת מפגעי פרטיות, צמצום אור השמש וכיוצא בהם). כיצד, אם כן, תיבחן ציפיית התובע ששווי המקרקעין שבבעלותו לא ייפגע? למעשה, יישומו של עקרון הציפייה הסבירה מעורר קשיים במקרים שבהם נבחנת פגיעה עקיפה, שכן הציפייה הסבירה תיבחן ביחס לתכנון המאושר הקיים בחלקה הגובלת למקרקעי התובע. לעיתים מדובר בתכנון ארכאי שאינו מבטא את ההתפתחות שחלה במדינת ישראל בכלל ובשוק הדיור בפרט. כך אירע, למשל, במקרה שנדון בעניין **מחלב**.¹¹⁹ באותו מקרה דובר במקרקעין שיועדו לחקלאות בשנות קום המדינה, ולנוכח התפתחותו האינטנסיבית של אזור גוש דן החלו לגביהם הליכי תכנון לשינוי ייעודם למגורים בבנייה רוויה החל בסוף שנות השמונים. היה ברור (לפחות לפי החלטתה של ועדת הערר באותו מקרה, שהייתה מקובלת על בית המשפט המחוזי) כי שווי הקרקע של התובעים שם הושפע מהתפתחות זו, וכי כל רכיב של נוף פתוח שהיה יכול לתרום לשווי הקרקע כבר "אבד" הרבה לפני שאושרה התוכנית הפוגעת (התוכנית שבמסגרתה שונה ייעוד הקרקע בפועל מחקלאות למגורים בבנייה רוויה). כלומר, עסקות ההשוואה שנבחנו באותו מקרה לא שיקפו שווי הכולל רכיב של נוף פתוח, אלא שווי המתייחס לקרקע המצויה באזור של בנייה רוויה. מקרה זה מדגים מדוע עקרון הציפייה הסבירה אינו ישים לגבי תביעות מסוימות, שכן באופן עקרוני היה אפשר לומר שייעוד הקרקע הקיים במקרקעין הגובלים למקרקעי התובע הוא חקלאות, ומכיוון שמדובר בתכנון מאושר, היה אפשר לטעון שתכנון זה מהווה ציפייה סבירה להמשך קיומו. אולם בפועל התפתחותו האינטנסיבית של שוק הדיור בישראל, ובגוש דן בפרט, הובילה למסקנה שעסקאות שנערכו באזור מקרקעי התובעים אינן משקפות שווי הכולל רכיב של נוף פתוח (וזאת על בסיס ההנחה שהתכנון

119 עניין **מחלב**, לעיל ה"ש 63.

הקיים עתיד להשתנות), ומשכך אין להתחשב בציפיית התובע להמשך קיומו של התכנון המאושר – זאת, אף שציפייה זו מבוססת על תכנון תקף. עמדה זו, אשר הוצגה על ידי ועדת הערר באותו מקרה ואומצה על ידי בית המשפט המחוזי, מבטאת את הגישה הגורסת כי יש לבחון את האופן שבו השוק מתמחר את שווי המקרקעין, וזאת במנותק מציפיית התובע. על פי גישה זו, אי-אפשר להתחשב בציפיית התובע, גם אם יוכח שמדובר בציפייה סבירה, כל אימת שעסקות ההשוואה אינן מבטאות ציפייה זו. משמעותה העקרונית של החלטת בית המשפט המחוזי באותו מקרה היא שבנסיבות דומות, שבהן מדובר במתחם שבו חל פיתוח אזורי משמעותי, לא יהיה אפשר להתייחס לציפייה תכנונית של התובע, גם אם היא מבוססת על תכנון קונקרטי ומהווה ציפייה סבירה. במקרים מסוג זה ייבחן שווי הקרקע על בסיס המחירים ששולמו על קרקעות דומות באזור. מחירן של עסקאות אלו יבטא את הערך הריאלי של הקרקע כאילו כבר אירע השינוי התכנוני הצפוי בתוכנית פוגעת.

ניתן להצביע על מתח מסוים שקיים בין תוצאה זו לבין העמדה שהובעה בעניין כהן.¹²⁰ בפסק דין זה, שקדם להחלטה שניתנה בעניין מחלב, התייחס בית המשפט לנטרול ההשפעה של מגמת תכנון רוחבית על שווי המקרקעין בהקשר של תביעת פיצויים המוגשת מכוחו של סעיף 197 לחוק. באותו מקרה צוין כי מטעמים של הגנה על זכות הקניין ושיקולי יעילות, יש לנטרל את ציפיות השוק לפגיעה עתידית (באותו מקרה דובר בהפקעה עתידית ללא פיצוי). גישת בית המשפט העליון שהובעה באותו מקרה הייתה שיש להתעלם מהשפעתו של השינוי התכנוני הצפוי, בין שמדובר בפגיעה עתידית קונקרטית ובין שמדובר בציפייה כללית לפגיעה עתידית הנובעת ממדיניות גורפת של מוסד התכנון. מהחלטה זו משתמע שיש להתעלם מהשפעותיה של מגמת תכנון כללית על שוויים של מקרקעין לצורך תביעת פיצויים. עם זאת, אין זה ברור אם כלל זה (כלל הנטרול) חל גם במצבים שבהם מגמת התכנון הייתה רחבה, במובן זה שהיא חלה על כל שטח העיר או על חלק נרחב ממנו, להבדיל מתא שטח ממוקד. כמו כן אין זה ברור אם כלל הנטרול יחול כאשר מגמת התכנון נמשכה זמן רב לפני שאירע השינוי התכנוני הפוגע. מטעמים אלו אי-אפשר לומר באופן חד-משמעי כי פסק הדין שניתן בעניין מחלב סוטה מפסיקת בית המשפט העליון בעניין כהן, אולם הוא ללא ספק מתעלם ממנה.

ניתן להבין כי הערכת שווי שוק של מקרקעין, כאשר שווי זה מושפע מציפייה תכנונית, היא מורכבת. כלל הציפייה הסבירה שנקבע בפסיקה לצורך התחשבות בהשפעה שיש לציפייה תכנונית על מחיר הקרקע אינו קל ליישום, היות שהוא דורש קיומו של קשר מסוים בין הציפייה לבין התכנון. כלל זה מאפשר לצמצם במידה מסוימת את ההשפעה הנובעת מציפייה תכנונית שבה יהיה אפשר להתחשב לצורך גביית היטל השבחה או תביעת פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק, אך הוא נועד לחול על מצבים מוגדרים, ויישומו במצבים אחרים מעורר קשיים.

120 עניין כהן, לעיל ה"ש 36.

סיכום

הגישה המקובלת כיום היא שמחיר הקרקע נגזר מהשימוש המיטבי בה. השימוש המיטבי מבטא, בין היתר, גם את הפוטנציאל התכנוני של הקרקע ואת השימוש העתידי הצפוי בה. אולם ההתחשבות בפוטנציאל תכנוני היא מוגבלת, והיא לא תתאפשר בכל המצבים שבהם מבקשים להעריך את שוויים של מקרקעין לצורך הפרקים הכלכליים של חוק התכנון והבניה. נקודת המוצא העקרונית המשותפת לשני ההסדרים הכלכליים המרכזיים בחוק – פיצויים בגין ירידת ערך והיטל השבחה – היא שהתחשבות בציפייה תכנונית (פוטנציאל תכנוני במובנו הרחב) תתאפשר רק כאשר היא מקיימת את התכליות העומדות בבסיסם של אותם הסדרים. ככלל, ניתן לומר כי לצורך חיוב בהיטל השבחה יהיה אפשר להתחשב בציפייה תכנונית כאשר היא נובעת משינוי תכנוני אזורי וכללי, ואילו לצורך תביעת פיצויים יהיה אפשר להתחשב בציפייה תכנונית כאשר היא נובעת מהליך תכנון עתידי קונקרטי שרמת הוודאות שהוא יאושר היא גבוהה במיוחד.

ניתן לחלק את יישומם של הכללים שנקבעו בפסיקה לשני שלבים. בשלב הראשון נדרש לבחון אם באופן עקרוני ניתן להתחשב בציפייה תכנונית, ואם התשובה חיובית, חל השלב השני, שבו נדרשת בחינה של ערכי השווי. השלב השני מורכב יותר, היות שבמסגרתו יש להתחקות אחר השווי האובייקטיבי של המקרקעין. ברוב המקרים השווי האובייקטיבי נלמד מעסקאות שאינן משקפות בהכרח רק שווי ריאלי, אלא גם הנחות וספקולציות לעניין הניצול האפשרי העתידי של הקרקע. על רקע הבנה זו מתעוררת השאלה מתי יהיה אפשר להתחשב במחיר שנובע מאותן הנחות וספקולציות ולייחסן לציפייה תכנונית שניתן להתחשב בה. הניתוח שמוצג לעיל מלמד כי שאלה זו תוכרע על פי אמת מידה משפטית שלפיה תיבחן רמת הוודאות שהציפייה התכנונית אכן תמומש (עקרון הציפייה הסבירה). תוצאותיה של בחינה זו יניבו במקרים מסוימים ערך שונה מהמחיר ששולם בפועל בעבור הקרקע בשוק החופשי.

מאמר זה אף טוען כי הכללים שנקבעו בפסיקה ביחס לשני השלבים האמורים אינם נותנים מענה לקשת רחבה של מקרים, וכי יישומם הוא מורכב. למעשה, הסקירה שהובאה לעיל מלמדת כי הכללים שנקבעו בפסיקה לצורך התחשבות בפוטנציאל תכנוני הם מוגבלים במיוחד, וניתן להצביע על החלטות סותרות ובמקרים מסוימים אף יישום שגוי של הערכאות הדיוניות. מורכבותם של הכללים הללו נובעת מן האופן שבו נבחנת הציפייה התכנונית, שכן אופן הבחינה מבוסס על סטנדרטים משפטיים. בחינה פשוטה יותר הוצעה על ידי השופט חשין בעניין קהתי.¹²¹ בחינה זו מבוססת על אמת מידה עובדתית-השוואתית המתמקדת בשווי השוק הריאלי של המקרקעין בשוק החופשי, ומטרתה היא להתחקות אחר מחיר השוק. גישה זו מאפשרת להתחשב בציפייה תכנונית שמימשה אינו ודאי, ועל כן יישומה נחזה כקל יותר (שכן כל הנדרש הוא שעסקות ההשוואה ילמדו כי הציפייה התכנונית אכן משפיעה על ערכם הריאלי של המקרקעין

121 עניין קהתי, לעיל ה"ש 42.

משפט ועסקים כח, תשפ"ג התחשבות בהשפעה של פוטנציאל תכנוני על שווי מקרקעין

בשוק החופשי). אולם גישה זו לא אומצה על ידי בית המשפט העליון, ובמקומה קודמה בחינה המציעה אמת מידה משפטית של ודאות, שמטרתה היא לאפשר את הגשמת התכליות העומדות בבסיס ההסדרים השונים שבחוק התכנון והבניה. כתוצאה מכך, ההתחשבות בהשפעה שיש לציפייה תכנונית על שוויים של מקרקעין תתאפשר רק במצבים שבהם הוודאות בנוגע למימושה היא ברמה הנדרשת בפסיקה, וזאת ללא קשר לאופן שבו השוק החופשי מתמחר את אותה ציפייה ולאופן שבו היא משפיעה בפועל על שווייה של הקרקע.