

## פגיעות תכנוניות ומטרדים: על הסדרת החצנות מרחביות בעידן של רגולציה

### אמנון להבי\*

המאמר עוסק בפגיעות תכנוניות עקיפות במקרקעין, ובפרט בהחצנות סביבתיות-פיזיות הנגרמות כתוצר-לוואי של תוכניות המאשרות פיתוח במקרקעין שכנים. העלייה הניכרת בהיקף התביעות המוגשות בנושא מחייבת דיון נורמטיבי מעמיק בסוגיית הזכות לפיצוי בגין פגיעות עקיפות, במיוחד לנוכח העדר המתאם לכאורה בין עילת תביעה זו לבין דיני המטרדים והחקיקה הסביבתית. המאמר טוען כי יש מקום להבחנה בין שתי מערכות הדינים, וכי מה שנראה על פניו דיסוננס מהווה למעשה מכלול מתוחכם של דין אשר מבטא תפיסה ראויה של ההליך הרגולטורי ומקדם עקרונות של יעילות הקצאתית ומנהלית לצד פוטנציאל משמעותי למשטר חלוקתי ראוי. המאמר דן גם בסוגיית חבותם של יזמי תוכניות בעלויות של פגיעות אלה, לנוכח השימוש הגובר שמוסדות התכנון והרישוי מנסים לעשות במנגנון של כתבי-שיפוי, ונדרש בתוך כך גם לזיקה שבין הפיצוי התכנוני לבין מנגנון היטל ההשכחה. טיעון נוסף המודגש במאמר הוא כי המישור הרגולטורי נאות במיוחד לטיפול בסוגי החצנות מרחביות אשר דיני המטרדים מתקשים או אינם מתאימים לטפל בהם, כגון פגיעות הנובעות מעצם תחושת אי-הנוחות שעלולה להתעורר בשל שכנות למשתמשי קרקע כגון נכים, חוסים ונגמלים מסמים, לשימושי קרקע היוצרים פגיעה מוסרית, ולהפרעות אסתטיות אשר אינן מתיישבות עם תחושת הסדר הציבורי באזור מסוים.

מבוא

- פרק א: על הסטטוס-קוו אנטה כאמת-מידה לפיצוי תכנוני  
פרק ב: משטר הפיצוי בגין פגיעות עקיפות כמקדם יעילות וחלוקת נטלים ראוי  
1. טיבה של הרגולציה התכנונית

\* מרצה, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי נתונה לצבי ביידא על טיעונו המועיל במחקר, ולחברי מערכת משפט ועסקים על תרומתם הרבה.

2. מעמדם הייחודי של שכנים בהליך התכנוני
  3. כלל התיחום הפיזי בסעיף 197 כקירוב להתחשבות יעילה
  4. על תפקידו של סעיף 200 כסייג לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות
  5. עליית משקלם של הסכמי השיפוי והצורך בתיקון המנגנון של היטל ההשבחה
- פרק ג: "רשת הביטחון" של דיני המטרדים והחקיקה הסביבתית
1. כללי
  2. דיני המטרדים: בין אחריות קפידה לרשלנות
  3. החקיקה הסביבתית: בין הלאומי למקומי
- פרק ד: על הרגולציה של שימושי הקרקע ככלי ליצירת סדר חברתי ומוסרי
- פרק ה: סיכום

## מבוא

פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין ויטנר<sup>1</sup> דן בפרשנות המונח "מקרקעין גובלים" בסעיף 197 לחוק התכנון והבנייה,<sup>2</sup> לצורך תחימה של היקף הזכאים לתבוע לפי סעיף זה. פסק-הדין מהווה סממן מובהק לעליית חשיבותה של סוגיית הפיצוי בגין נזקים תכנוניים עקיפים. להבדיל מתביעות בגין נזקים תכנוניים ישירים, שם הדרישה לפיצוי היא בגין ירידת ערך המקרקעין בעקבות ציויים רגולטוריים שמכוונים באופן מפורש למקרקעין מסוימים ואשר יוצרים מגבלות לגבי אופן ניצול הקרקע והפקת התשואה ממנה,<sup>3</sup> עניינן של התביעות בגין פגיעות תכנוניות עקיפות הוא בהחצנות שליליות שצפויות להיגרם לנכסי מקרקעין כתוצר-לוואי של הוראות התוכנית.<sup>4</sup> סוג הנזקים המובהק והנפוץ ביותר

- 1 ע"מ 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים (טרם פורסם, ניתן ביום 4.9.2005) (להלן: עניין ויטנר).
- 2 חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307 (להלן: חוק התכנון והבניה או החוק). לשון סעיף 197(א) לחוק היא כדלקמן: "נפגעו מקרקעין על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהוועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200. "סעיף 197(ב) לחוק קובע את התקופה להגשת התביעה.
- 3 כגון שינוי ייעוד הקרקע לשימוש שערכו פחות או הקטנת היקף הבנייה המותרת על-גבי הקרקע.
- 4 ההבחנה האמורה בין שני סוגי הנזקים נידונה לראשונה בבית-המשפט העליון בע"א 603/77 וארון נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד (ג) 409 (להלן: ע"א וארון), ובד"נ 28/79 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' וארון, פ"ד (1) 561 (להלן: ד"נ וארון) (להלן יחד: עניין וארון). באותה פרשה תבעו בעליה של דירת מגורים פיצויים בגין ירידת ערך לפי סעיף 197(א) לחוק בנוסחו המקורי משנת 1965, שלושה הייתה: "נפגעו מקרקעין

בהקשר זה הוא פגיעות סביבתיות-פיזיות. פגיעות אלה נגרמות למקרקעין עקב תוכנית המאשרת פיתוח מקרקעין שכנים, ובכלל זה חשיפה לרעש, לזיהום אוויר או לריח, פגיעה בנוף, עלייה בהיקפי התנועה, מחסור במקומות חניה והגדלת צפיפות השימוש במשאבים ציבוריים מקומיים, כגון פארקים ובתי-ספר.<sup>5</sup>

על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200. "תביעתם של בני-הזוג וארון הוגשה עקב פגיעה נטענת באור, באוויר ובנוף הנשקף מהדירה, עקב שינוי ייעודה של החלקה הגובלת מאזור מגורים לאזור מסחרי, שבו מותרת בניית מבנים רבי-קומות. בית-המשפט קבע בדעת רוב, בשני ההליכים, כי פגיעות עקיפות מעין אלה עשויות להיות בנות-פיצוי לפי סעיף 197, אף אם יהיה בהלכה זו כדי להביא לידי הרחבה אפשרית של מעגל הזכאים לפיצוי. ראו ע"א וארון, בעמ' 411-412; ד"ג וארון, בעמ' 567-569. בעקבות הלכה זו, וכדי להגביל את היקף הזכאים לתבוע, תוקן סעיף 197(א) לנוסחו הנוכחי, המובא לעיל בהערה 2, הכולל את ההגבלה הגיאוגרפית של מקרקעין "גובלים". ראו חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 19), התשמ"ג-1982, ס"ח 20. אלא שהגבלה זו הביאה עימה גם הכרה הלכה למעשה של המחוקק בזכות לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות, שכן כאמור להלן בטקסט, זה סוג התביעות הטיפוסי של בעלי מקרקעין גובלים.

5 סוג נזקים אחר שבגינן מוגשות לעיתים תביעות פיצויים בגין פגיעות תכנוניות עקיפות הוא נזקים כלכליים שצפויים להיגרם בעקבות התוכנית, כגון ירידה בהיקף הפעילות העסקית בשימושי קרקע קיימים. בע"א 650/83 הועדה המקומית לתכנון ולבניה זבולון נ' קורן, פ"ד (מ) 640 (להלן: עניין קורן), דחה בית-המשפט תביעה של בעל תחנת-דלק בגין אישור תוכנית לסלילת כביש חדש שגרם להקטנת מספר המכוניות הנוסעות בכביש שתחנתו מצויה בשוליו. בית-המשפט נימק את החלטתו בכך שהזכות לפיצוי לפי סעיף 197 לחוק קיימת רק במקרה שבו כתוצאה מאישור התוכנית נפגעו "תכונותיהן המקרקעיות" של הקרקעות (דהיינו, התכונות הפיזיות) – למשל, בשל זיהום – ולא כאשר מדובר בנוק כלכלי גרידא. להבחנה זו ראו גם ע"א 761/85 לפשיין נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, ראשוני-לציון, פ"ד (מ) 342, 350. כפי שצינו מחברים אחדים בצדק, מבחן "התכונות המקרקעיות" הינו מעורפל ומלאכותי במידה רבה, וראוי להשתמש בתפיסות של קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי לצורך גיבוש אחריות בגין נזקי תכנון. ראו דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון (תשנ"ה) 131-135; אהרן נמדר פגיעה במקרקעין: פיצויים בגין נזקי תכנית (תשס"ב) 86-89. ביטוי לגישת-ביניים בין מבחן "התכונות המקרקעיות" לבין תפיסת הקשר הסיבתי לצורך הטלת אחריות ראו בע"א 1188/92 הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד (מ) 463 (להלן: עניין ברעלי), שבו נידונו נזקי רעש מכביש למקרקעין גובלים. השופט זמיר מסביר בעניין ברעלי כי אמת-המידה לקיום פגיעה בת-פיצוי היא הוכחת קשר סיבתי בין המעשה התכנוני לבין ירידת הערך, אך לאחר-מכן הוא מאוכר בהסכמה את דחיית התביעה בעניין קורן בנימוק "התוכנית שם אינה מגבילה את השימוש וההנאה מן המקרקעין, ואם היא גורמת נזק כלכלי, הרי זה נזק שנגרם בעקיפין ואין לראותו כפגיעה במקרקעין" (שם, בעמ' 474). בכך שימר השופט בכל-זאת את ההבחנה הקטגורית בין נזקים פיזיים לנזקים כלכליים. עם זאת, במחוזי-עמ"נ (חיפה) 423/01 כהן נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חדרה (לא פורסם, ניתן ביום 5.11.2002) פורשו דבריו של השופט זמיר בעניין ברעלי כמבטלים את ההבחנה הקטגורית הזו. באותו מקרה הוכרה זכות לפיצוי בגין נזקים שנגרמו לתחנת-דלק שהיקף המשתמשים בה

אף שפגיעות תכנוניות עקיפות עלולות להיגרם גם למקרקעין הנמצאים בתחומה המוגדר של התוכנית (לצד פגיעות או השבחות ישירות),<sup>6</sup> באופן טיפוסי מוגשות תביעות פיצויים בטענה לפגיעות עקיפות על-ידי בעלי זכויות במקרקעין הנמצאים מחוץ לשטח התוכנית. מכאן עולה אפוא החשיבות של פסק-הדין בעניין ויטנר, לא רק לצורך ויסות מספר התביעות המוגשות בכלל לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, אלא גם לעניין היקף התביעות המוגשות בגין פגיעות תכנוניות עקיפות.

לעניין זה יצוין כי בשנים האחרונות אנו עדים לגידול ניכר במשקלן היחסי של התביעות בגין פגיעות עקיפות,<sup>7</sup> ונראה כי מגמה זו צפויה להיותר בעינה גם בהינתן גישתו המצרה יחסית של בית-המשפט בהגדרת המונח "גובלים" בעניין ויטנר.<sup>8</sup> לדוגמה, בימים אלה מתנהלת תביעת הפיצויים הגדולה ביותר שהוגשה עד כה לפי סעיף 197 לחוק: תביעתם של יותר מששת אלפים תובעים פרטיים וציבוריים בעקבות אישורה של תוכנית

פחת, תוך שבית-המשפט מבסס את ההבחנה מעניין קורן על כך שבמקרה שנידון לפניו הורתה התוכנית על ניתוק הגישה מכביש סמוך ממזרח אל הדרך שתחנת-הדלק מצויה בה, באופן שחיוק לדעת בית-המשפט את הקשר הסיבתי בין התוכנית לבין הפגיעה, בהשוואה לעניין קורן. ראו שם, בפסקה 27. במאמר זה אתמקד בפגיעות כלכליות-פיזיות, אך העמדות העקרוניות המובעות במאמר תקפות גם לגבי פגיעות כלכליות.

6 לוינסון-זמיר מתארת קטגוריה נוספת של מקרים שהיא מגדירה כפגיעות עקיפות. מדובר בפגיעות עקיפות הנוצרות במסגרת הליכי חלוקה חדשה של מקרקעין לפי סעיפים 120-128 לחוק, כאשר החלוקה החדשה סוטה מעקרון השוויון הקבוע בחוק לגבי בעלי המקרקעין הכפופים להליך. דוגמה לכך היא מצב שבו זכויות בנייה נוספות מוענקות לחלק מהמגרשים בלבד. ראו הפנה לוינסון-זמיר "פגיעות עקיפות במקרקעין על-ידי תוכניות - העברת נטל הפיצוי מהכיס הציבורי לכיס הפרטי" ספר זיכרון לגד טדסקי (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, תשנ"ה) 361, 392-399. איני שותף למיפוי פגיעה מעין זו כפגיעה עקיפה, שכן מדובר בפגיעה הנובעת באופן ישיר מהוראות התוכנית החלות על החלק (כחלק ממכלול הקרקעות המצויות בגדר התוכנית). מכאן שהטעמים לפיצוי קרובים יותר לאלה הנוגעים בפגיעות ישירות מכוח תוכניות שאינן כרוכות בחלוקה חדשה.

7 לשם השוואה, מחקר שבדק את כלל תביעות הפיצוי לפי סעיף 197 לחוק שהוגשו במחוז המרכז בין השנים 1984 ו-1989 מצא כי מתוך מאה וארבע תביעות שהוגשו, רק תביעה אחת הוגשה בעיקרה בגין פגיעה עקיפה, וזאת על-ידי בעלי מקרקעין שגבלו בתחום התוכנית. מן הנתונים המובאים בנוגע ליתר מאה ושלוש התביעות עולה כי מדובר בבעלי מקרקעין שנמצאו בתחום התוכנית, והנוקים הנטענים נבעו מפגיעות ישירות (כגון ייעוד קרקע לשטחי ציבור או פגיעה לרעה בזכויות הבנייה). ראו רחל אלטרמן ואורלי נעים פיצויים על ירידת ערך מקרקעין עקב שינוי תוכנית (תשנ"ב) 141-144.

8 הכלל הפרשני שנקבע בעניין ויטנר הוא כי "מקרקעין ייחשבו כמקרקעין גובלים בתחומה של תוכנית, לצורך תביעת פיצויים לפי סעיף 197, כאשר המקרקעין משיקים פיזית ל'קו הכחול' [לתחום] של התוכנית כפי שסומנה על גבי תשריט התוכנית. יחד עם זאת, כאשר ההשקה בין התוכנית למקרקעין מופרעת על ידי שטח פתוח צר או על ידי כביש שכונתי צר, לא יהא בכך כדי לשלול את מעמדם של המקרקעין כ'מקרקעין גובלים' בתוכנית". ראו עניין ויטנר, לעיל הערה 1, בפסקה 31.

המתאר החדשה לנמל-התעופה בן-גוריון ("נתב"ג 2000"), בגין נזקי הרעש הנגרמים למקרקעין המצויים מתחת לנתיבי הטיסה הסטטוטוריים הקבועים בתוכנית.<sup>9</sup> דוגמות אחרות לתביעות רבות-היקף בגין פגיעות תכנוניות עקיפות הן תביעתם של יותר ממאה בעלי מקרקעין הגובלים ב"כביש בגין" בירושלים<sup>10</sup> (כמו-גם תביעות אחרות המוגשות כעניין שבשגרה בעקבות אישור תוכניות-דרך),<sup>11</sup> תביעתם של כמאתיים בעלי מקרקעין במעגל החיצוני של כיכר המדינה בתל-אביב בגין אישור תוכנית הבנייה במעגל הפנימי בכיכר,<sup>12</sup> והתביעות הרבות שהוגשו באחרונה בגין הנוקים הסביבתיים הנטענים של אנטנות סלולריות המוצבות באזורי מגורים.<sup>13</sup> כל זאת לצד מספר

- 9 תוכנית מתאר ארצית חלקית מס' תמא/2/4, נמל התעופה בן גוריון (התשנ"ז). ניתן לצפייה באתר משרד הפנים. נגיש ב" www.moin.gov.il (22.9.2006) תביעות הפיזיות מתנהלות זה שנים מספר לפני ועדות הערר לתכנון ולבנייה של מחוז תל-אביב ושל מחוז המרכז. ראו רינת צפירי "תביעה נגד רשות שדות התעופה על הרעש מנתב"ג 2000" הארץ (16.4.2002). תביעות אלה מהוות אפוא דוגמה לתביעה בגין פגיעות עקיפות במקרקעין המצויים בעיקרם דווקא בתחום התוכנית. יצוין, עם זאת, כי לצד הפגיעות העקיפות, המהוות את חלק-הארי של התביעות, קיימות בהוראות התוכנית גם הגבלות תכנוניות ישירות, ובכלל זה הגבלות בדבר התאמת שימושי קרקע ליד מתקנים אוויריים (פרק ה) והגבלות בנייה ושימושי קרקע לשם מזעור סכנת ציפורים לתעופה (פרק ו). סוגיה נוספת העומדת בימים אלה להכרעת בית-המשפט העליון בקשר לתוכנית זו היא שאלת זכותה של רשות מקומית לתבוע פיצויים בגין ירידת ערך של נכסים שבבעלותה. לסוגיה זו יש חשיבות מעשית כאן משום שבהתאם להוראות התוכנית, חתמה רשות שדות התעופה על הסכמי שיפוי עם כל הוועדות המקומיות לתכנון ולבנייה – החייבות הסטטוטוריות בתשלום פיצוי מכוח הוראת סעיף 197(א) לחוק – שלפיהם היא נושאת במאה אחוז מסך התביעות שיוגשו. ראו בר"מ 4443/03 עיריית חולון נ' רשות התעופה בישראל (לא פורסם, ניתן ביום 24.11.2004).
- 10 ראו את החלטתה של ועדת הערר לתכנון ולבנייה, מחוז ירושלים, בערר 212/03 פלבר דוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים (טרם פורסם, ניתן ביום 6.9.2005), שבה נפסקו פיצויים נגד הוועדה המקומית בסך כולל של כ-33 מיליון שקלים.
- 11 ראו, לדוגמה, אריק מירובסקי "הרצליה ב': הרכבת, הכביש והמנהרה הביאו עמם ירידת מחירים בשיעור של עד 30% הארץ נדל"ן (18.7.2004). יצוין כי בשנת 1994, בין היתר לנוכח עליית שכירותן של תביעות הפיצויים בגין פגיעות עקיפות מכבישים, נחקק תיקון מס' 37 לחוק התכנון והבניה, תשנ"ד-1994, ס"ח 98, שבו נקבע, בסעיף 119 לחוק, כי אם הוגשה תוכנית-דרך על-ידי המדינה או על-ידי רשות שהוקמה לפי דין שאינה רשות מקומית או ועדה מקומית, ישפה מגיש התוכנית את הוועדה המקומית בסך של 70% מסכום הפיצויים.
- 12 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קבעה כי אין מקום לפיצוי בגין אישור תוכנית תא/2500, ובעקבות זאת הוגשו עררים אל ועדת הערר לתכנון ולבנייה של מחוז תל-אביב, המתבררים בעצם ימים אלה. נוסף על כך הוגשו תביעות לפיצוי בגין נזקים "ישירים" לפי סעיף 197 גם על-ידי חלק מבעלי הנכסים המצויים במעגל הפנימי, הלא-מבונה, של הכיכר. ראו מחוזי-עמ"נ (ת"א) 168/04 קשמין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב יפו (לא פורסם, ניתן ביום 2.8.2004).
- 13 ראו, לדוגמה, יגאל חי ואלכסנדר כץ "עכשיו מדבר הכסף" העיר (22.7.2005) 52 (הסוקרים

רב של תביעות "שגרתיות" בגין פיתוח מקרקעין שכנים לצורכי מגורים, מסחר, תעשייה וכיוצא בזה.<sup>14</sup>

עליית החשיבות המעשית של תביעות אלה, עד כדי "השתלטות" כמעט על סעיף 197 לחוק, מחייבת דיון עיוני מעמיק בסוגיית הזכות לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות. זאת, במיוחד לנוכח העובדה כי ככל שמדובר בהחצנות סביבתיות-פיזיות, הנושא מוסדר גם על-ידי מישורי דין נוספים, ובעיקר על-ידי דיני המטרדים בפקודת הנוזיקין<sup>15</sup> ועל-ידי החקיקה הסביבתית, ובראשה החוק למניעת מפגעים.<sup>16</sup> לעובדה זו יש חשיבות מיוחדת לנוכח חוסר המתאם לכאורה בין עילות התביעה השונות.

כך, מחד גיסא, כבר בעניין וארון פסק בית-המשפט כי תובע בגין פגיעה תכנונית עקיפה עשוי להיות זכאי לפיצוי בגין ירידת ערך גם כאשר זו נובעת מפגיעה שאינה

תביעות שהוגשו על-ידי תושבים במקומות שונים בתל-אביב; ערן גבאי "הממשלה תקבע עמדתה בעניין האנטנות הסלולריות ביום א'" הארץ (9.12.2005) 15א (המציין כי נכון לדצמבר 2005 הוגשו לוועדות המקומיות תביעות בהיקף של מאות מיליוני שקלים). באחרונה הוסדר נושא אחריותן של החברות הסלולריות לתביעות פיצויים לפי סעיף 197 לחוק המוגשות לוועדות המקומיות עקב הקמת מתקני שידור לתקשורת סלולרית. בחוק הקרינה הבלתי מייננת, התשס"ו-2006, ס"ח 158, תוקן בעקיפין חוק התכנון והבנייה, והוסף לו סעיף 202בב. לפי סעיף 202ב(ב) לחוק, "מוסד התכנון ידרוש, כתנאי למתן היתר להקמת מיתקן שידור לתקשורת בשיטה התאית, כתב שיפוי מפני תביעה לפיצויים לפי סעיף 197 ובלבד שדרישה כאמור תהיה בהתאם להנחיות המועצה הארצית; הנחיות המועצה הארצית כאמור יעמדו בתוקפן עד שייקבעו הוראות לעניין זה בתכנית מיתאר ארצית". בינואר 2006 הנחתה המועצה הארצית לתכנון ולבנייה את הוועדות המקומיות לדרוש כתב-שיפוי בשיעור של מאה אחוזים, בהתאם לנוסח שצורף להנחיה. ראו פרוטוקול המועצה הארצית מס' 468 מיום 3.1.2006, עמ' 16-17.

14 ראו לעניין זה את התביעות השונות שנידונו במאוחד בעניין ויטנר, לעיל הערה 1. לסקירה של "הצפת" התביעות בגין פגיעות תכנוניות עקיפות, המוגשות כאמור בעיקר על-ידי בעלי מקרקעין שכנים, ראו מירי ריילי "מחפשים את הגבול לפיצוי" הארץ נדל"ן (22.6.2003). מצב-עניינים זה הניע את ממשלת ישראל לשקול תיקון חקיקה שיצמצם את אפשרות התביעה של פיצויים עקיפים לפי סעיף 197. ראו ענת ג'ורגי "הממשלה מתכוונת להגביל את האפשרות לתבוע פיצויים על ירידת ערך קרקע" הארץ The Marker 10 (11.8.2005).

15 ראו פרק ג בסימן ה לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, דמ"י נ"ח 266 (להלן: פקודת הנוזיקין).

16 חוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961, ס"ח 58 (להלן: החוק למניעת מפגעים). יצוין כי מלבד דיני המטרדים והחקיקה הסביבתית, נראה כי קיימת אפשרות עקרונית לתבוע בגין פגיעות סביבתיות-פיזיות הגורמות הפרעה לשימוש במקרקעין גם מכוח העילה הקניינית של סעיף 17 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין). ראו לעניין זה דוד קרצ'מר מיטרדים (גד טדסקי עורך, תש"ם) 87-95. אלא שלמיטב ידיעתי, עד היום לא נעשה כמעט שימוש בסעיף 17 לחוק המקרקעין בתביעות שעניינן "גלישה" של זיהום אוויר, ריח, רעש וכדומה בין קרקעות שכנות, להבדיל ממקרים מובהקים של פלישה פיזית והסגת גבול. לשאלת הויקה בין עילות תביעות קנייניות לעילות נזיקיות חופפות בגין אותו מקרה, ראו רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד (נה1) 199 (להלן: עניין רוקר).

בת־תביעה מכוח מקור דין אחר.<sup>17</sup> מאידך גיסא, זכות התביעה בעילת מטרד ליחיד לפי דיני הנוזיקין, וכן זו המוקנית לפרט מכוח החוק למניעת מפגעים, אינן תחומות גיאוגרפית באופן קשיח, ומוקנות למי שנגרמה לו, בהתאמה, "הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין... או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מיקומם וטיבם"<sup>18</sup> או "הפרעה" בעקבות יצירת זיהום אוויר, רעש או ריח חזקים או בלתי־סבירים לפי אמות־המידה הקבועות בחוק למניעת מטרדים ובתקנות שתוקנו מכוחו.<sup>19</sup> דא עקא, שבעניין ויטנר לא נדרש בית־המשפט להבחנה אנליטית או נורמטיבית בין פגיעות תכנוניות ישירות לפגיעות עקיפות, וממילא לא נדרש גם למתח הקיים לכאורה בין דיני הפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות לבין הסעדים הקיימים לפרט הנפגע מכוח המשפט הפרטי והחקיקה הסביבתית.<sup>20</sup>

רוב הכותבים שעסקו עד כה בסוגיה של פגיעות תכנוניות עקיפות הביעו עמדה שלילית כלפי זכות הפיצוי הנרחבת המוענקת בגין פגיעות אלה. לפי גישה זו, המישור הרלוונטי לפיצוי כספי בגין פגיעות כאלה הוא בדיני המטרדים,<sup>21</sup> אשר מכוונים בעיקרם נגד הגורם המוציא מן הכוח אל הפועל את הפרויקט שאושר בתוכנית, ולא נגד הקופה הציבורית המדולדלת ממילא.<sup>22</sup> לפי גישה זו, אף אם יש להעניק סעד כספי במישור התכנוני, אין

17 ע"א וארון, לעיל הערה 4, בעמ' 411-412.

18 סעיף 44 לפקודת הנוזיקין. מכוח סעיפים 42-43 לפקודת הנוזיקין, גורם פרטי רשאי להגיש תביעה גם בעילה של מטרד לציבור מקום שנגרם לו נזק ממון עקב המטרד. בע"א 190/69 חברת החשמל לישראל נ' אבישר, פ"ד כג(2) 314 (להלן: עניין אבישר), קבע בית־המשפט כי אותו מעשה או מחדל יכול להוות, בנסיבות מתאימות, הן מטרד ליחיד והן מטרד לציבור. לזכות התביעה של גורם פרטי בעילת מטרד לציבור ראו קרצ'מר, לעיל הערה 16, בעמ' 33-38.

19 סעיפים 2-4 לחוק למניעת מפגעים מדברים אומנם על הפרעה "לאדם המצוי בקרבת־מקום או לעוברים ושבים", אך הלכה למעשה אין מדובר בהגבלה גיאוגרפית קשיחה המסננת את היקף הזכאים לתבוע. סעיף 10(1) לחוק למניעת מפגעים קובע חוקה ראייתית כי מפגע שנקבע כחוק או כבלתי־סביר בתקנות שתוקנו מכוח החוק אכן גורם הפרעה לאדם המצוי בקרבת־מקום, וסעיף 13 לחוק זה קובע כי דין כל הפרה של הוראות חוק זה כדין מטרד היחיד לפי פקודת הנוזיקין. בעניין אבישר, לעיל הערה 18, הדגיש בית־המשפט כי בהתקיים הפרה של הוראות החוק למניעת מפגעים היוצרת פגיעה באדם, היא הלה זכאי לכל התרופות הניתנות לתובע בשל מטרד ליחיד, מבלי שיהא עליו להוכיח באופן עצמאי את התקיימות היסודות של עילת התביעה של מטרד ליחיד מכוח פקודת הנוזיקין.

20 כך, באיזון האינטרסים הפרשני שבית־המשפט עורך בעניין ויטנר, לעיל הערה 1, לצורך קביעת התיחום הגיאוגרפי של התביעות, הוא נדרש לנימוקים העקרוניים שהובאו בפסקי־הדין שעסקו בזכות לפיצוי מכוח סעיף 197 במקרים של פגיעות תכנוניות ישירות, ומוסיף דיון כללי גם בשיקולים של ודאות ושרירותיות ובהקבלה שבין הזכות לפיצוי לבין החבות בהיטל השבחה, אך אינו מייחד כאמור דיון לכך שכל התביעות שנידונו במאוחד בעניין ויטנר עסקו בפגיעות תכנוניות עקיפות.

21 בעניין זה ניתן לכלול גם את הוראת ההפניה בסעיף 13 לחוק למניעת מפגעים בדבר קיום עוולה של מטרד ליחיד בהינתן הפרה של הוראות החוק.

22 ראו לוינסון־זמיר, לעיל הערה 6, בעמ' 374-379.

לפצות בגין סוגי פגיעות בזכויות שאינן מוגנות ממילא במשפט.<sup>23</sup> מכאן, למשל, שאין לפצות בגין ירידת ערך הנגרמת עקב סוגי השפעות שליליות, כגון הסתרת נופ, אשר אינן בנות-פיצוי במישורי דין אחרים, ובכלל זה בדיני המטרדים.<sup>24</sup>

במאמר זה אבקש לשלול את העמדה הזו, ולטעון כי יש מקום להבחנה האמורה בין הפיצוי הסטטוטורי ברובד התכנוני לבין מישור הסעדים המעוגן בעיקרו בדיני הנויקין, וכי מה שנראה על פניו דיסוננס מהווה למעשה מכלול מתוחכם של דין אשר מבטא תפיסה ראויה של ההליך הרגולטורי ומקדם עקרונות של יעילות הקצאתית ומנהלית לצד פוטנציאל משמעותי למשטר חלוקתי ראוי. אסביר כי עקרון הכלים השלובים המגולם במשטר הפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות, שלפיו קיים זיהוי מובהק של היקף הזכאים לתבוע אך מובאת בחשבון כל פגיעה המובילה לירידת ערך, יוצר כלל משפטי המהווה קירוב (proxy) טוב להתחשבות יעילה בין הצדדים הרלוונטיים ביותר למקרה. זאת ועוד, סעיף 200 לחוק התכנון והבנייה, מחד גיסא, ודיני הנויקין והחקיקה הסביבתית, מאידך גיסא, מהווים מעין "רשת-ביטחון" במקרים פרטניים שבהם הכלל המשפטי האמור חורג באופן משמעותי מקידום היעילות הכוללת.

מכאן גם עולה כי הקצאת הזכויות לצדדים הרלוונטיים הנובעת מרגולציה כזו – ובכלל זה הבחירה המבנית בין ציוויים מנדטוריים, מיסים מתקנים (corrective taxes)<sup>25</sup> או מנגנוני פיצוי – אינה חייבת לחקות דוקטרינות קיימות בדיני הנויקין או בדיני הקניין. אדרבה, עליה להבנות באופן עצמאי סדר חברתי מרחבי שיקדם את הרווחה המצרפית באזור הרלוונטי ואשר יידרש באותה עת לסוגיות חלוקתיות, ובפרט לחשש מפני פגיעה שיטתית בקבוצות אוכלוסייה מסוימות. עם זאת, אטען כי בהעברת מרכז-הכובד של הדיון בהחצנות סביבתיות-פיזיות הנגרמות עקב שימושי קרקע אל השלב המוקדם של הפיצוי

23 ראו נמדר, לעיל הערה 5, בעמ' 152–154 (הסבור כי אין בסיס להבחנה שנעשתה בעניין וארון, וכי אם יש בכלל מקום לשינוי, הוא צריך להיות דווקא בכיוון של החמרת אמות-המידה לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות, כדי למנוע הרתעת-יתר של הרשות ממילוי תפקידה התכנוני). ראו גם שלום זינגר "על הזכות לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה" מקרקעין ג(5) (תשס"ד) 24, 40–42 (הקורא להרמוניה חקיקתית בין דיני הקניין לדיני הפיצוי התכנוני).

24 לאי-הכרה בעילת תביעה מטרדית במקרה של פגיעה בנוף ראו, למשל, ע"א 255/59 תעשיית שעם "דוד" אחים מוברמן ושות' בע"מ נ' אלרועי, פ"ד (1) 177; ע"א 17/62 לטוביציקי נ' לפלר, פ"ד (1) 87; מחוזי-ה"פ (י"ם) 622/95 סלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים (לא פורסם, ניתן ביום 12.5.1998).

25 מיסים מתקנים, המוכרים גם כ" Pigouvian Taxes, על-שם הכלכלן Arthur Pigou שהדגיש לראשונה את התועלת במיסים ככלי לשליטה בהחצנות, הינם תשלומים (העשויים להיות מוגדרים בדין כמיסים, אגרות, קנסות וכיו"ב) שמעביר צד (כגון מפעל מזהם) לידי המדינה או לרשות אחרת בסכום השווה לעלות החברתית הצפויה של פעילותו. כלומר, כנבדל ממשטר של פיצויים, התשלום אינו מועבר ישירות לגורמים הנפגעים באופן ספציפי מהפעילות המזיקה. לתמיכה בכלל זה ראו: Steven Shavell *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, 2004), 94.



התכנוני יש משום מעבר למשטר משפטי של כללי אחריות (liability rules),<sup>26</sup> באופן שיש בו כדי להשפיע, אף אם במשתמע, גם על בחירת הסעדים הנוהגת בסכסוכים המטופלים לאחר-מכן על-ידי דיני המטרדים.

טיעון נוסף המודגש במאמר הוא כי המישור הרגולטורי גם נאות במיוחד לטיפול בסוגי החצנות מרחביות אשר דיני המטרדים מתקשים או אינם מתאימים לטפל בהם. כך הדברים לגבי פגיעות הנובעות מעצם תחושת אי-הנוחות שעלולה להתעורר בשל שכנות למשתמשי קרקע כגון נכים, חוסים ונגמלים מסמים, לשימושי קרקע היוצרים פגיעה מוסרית, ולהפרעות אסתטיות אשר אינן מתיישבות עם תחושת הסדר הציבורי באזור מסוים. כפי שאראה במאמר, באופן היסטורי טופלו סוגי החצנות כאלה בעיקר על-ידי הדוקטרינה של מטרד לציבור, שהחלה כעברה פלילית והתפתחה לאחר-מכן אל רובדי המשפט הציבורי והפרטי. טענתי לנחיתותה של עוולת המטרד לציבור בטיפול בסוגי החצנות כאלה אינה מבוססת על עמדה שלפיה המשפט הפרטי אינו מתאים מעצם טבעו להידרש לסוגיות ערכיות או אתיות, אלא על כך שהישענות על "עוולת-סל" עמומה המתיימרת לטפל באמצעות הכרעות שיפוטיות אד-הוקיות בהיקף תוכני וגיאוגרפי עצום של השפעות והעדפות שהינן בעיקרן סובייקטיביות ומקומיות תוביל לתוצאות לא-אפקטיביות, לעומת הסדרת הנושא ברגולציה נקודתית המבוקרת הן בכלים פוליטיים והן על-ידי ביקורת שיפוטית.<sup>27</sup>

מבנה המאמר הוא כדלקמן: בפרק א אסביר בתמצית, בהקשר של פגיעות תכנוניות ישירות, מדוע הסטטוס-קוו אנטה של ערך המקרקעין עובר לאישור התוכנית מהווה את אמת-המידה לפיצוי בגין פגיעות רגולטוריות ישירות בזכויות קנייניות, וכיצד יש בתפיסה זו כדי להשפיע גם על אופן הפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות. בפרק ב אדון, ראשית, בטיבו של ההליך התכנוני-הרגולטורי ובאופן שבו הוא שוקל – הן בכלים פרוצדורליים, כגון המעמד בהליך התכנוני, והן באמצעות הענקת סעדים מהותיים – את מכלול האינטרסים הרלוונטיים, ובכלל זה כאלה שאינם מוגנים בהכרח במישורי דין אחרים, ומדוע משטר הפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות הנובע מכך ראוי מבחינה נורמטיבית. לאחר-מכן אדון בחלוקת האחריות לפיצוי בין הרשות הציבורית לבין הגורמים הפרטיים מוטבי התוכנית, על רקע הדין הקיים ועליית משקלם של הסכמי שיפוי בין יזמי תוכניות לבין רשויות התכנון. לבסוף אסביר את הצורך בהסדרה מחודשת של הנושא באמצעות תיקון ההוראות החקיקתיות לעניין היטל ההשבחה. בפרק ג אנתח את האופן שבו דיני המטרדים והחקיקה הסביבתית מהווים מעטפת חיצונית הנכנסת לפעולה באותם מקרים

26 לפי המיפוי שערכו Melamed ו-Calabresi, זכות בנכס מוגנת ב"כלל קניין" (property rule) כאשר העברתה לאחר חייבת להיעשות בהסכמת בעל הזכות, כך שהפרתה בלא הסכמה מקנה לבעל הזכות, בין היתר, את האפשרות לקבל סעד להפסקת ההפרה, כגון צו מניעה. לעומת זאת, במשטר משפטי של "כלל אחריות" (liability rule), זכותו של אדם בנכס כפופה לאפשרות של העברה או ביטול לא-רצוניים של הזכות לטובת אחר כנגד תשלום בגין שווייה, כפי שזו נאמדת על-ידי גורם חיצוני, כגון בית-משפט. ראו: Guido Calabresi & Douglas A. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089, 1092-1093.

27 ראו להלן פרק ד.

שבהם מתברר בשלב מאוחר יותר כי לא היה די בשלב ההתדיינות התכנונית להשגת תוצאה יעילה וצודקת מבחינה חלוקתית. בפרק ד אדון באותם סוגים של החצנות ייחודיות וקשות להכרעה ולהערכה, כפי שנידונו בקצרה לעיל, ואתאר את השינוי ההדרגתי באופן הסדרתן מדיני המטרדים לרגולציה נושאת שנעשית בחלקה הגדול ברובד השלטון המקומי ואשר מביאה לידי ביטוי את היחסים המורכבים שבין מדיניות ציבורית מקומית, הבניית סדר מרחבי ועיצוב הזכויות הקנייניות של הפרטים בקהילה.

### פרק א: על הסטטוס – קוו אנטה כאמת – מידה לפיצוי תכנוני

סוגיית הפיצוי בגין פגיעות תכנוניות ישירות, ובפרט שאלת היחס הראוי בין הוראת סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה לבין הסייג לפיצוי הקבוע בסעיף 200<sup>28</sup> לחוק, זוכה בשנים האחרונות בניתוח מעמיק בפסיקת בתי-המשפט<sup>29</sup> ובדיון האקדמי,<sup>30</sup> ואין בכונתי להידרש כאן להצדקות הכלליות לכך. עם זאת, סוגיה אחת שאני מבקש לעסוק בה בפרק זה, לצורך קידום הדיון במאמר, היא התפיסה הנוהגת בדיון שלפיה אמת-המידה לפיצוי הנקובה בסעיף 197 לחוק היא ירידת הערך – אותו פער שלילי המתייחס לשווי השוק של המקרקעין לנוכח המצב התכנוני הקודם שחל על הקרקע כאל קו-הבסיס הרלוונטי הן לעניין עצם הזכאות לפיצוי והן לעניין אמידתו. גישה זו אינה מובנת מאליה כלל ועיקר, והיא נובעת להבנתי מקושי פרדוקסלי כמעט ביציקת התוכן למושג "זכות קניינית במקרקעין" בעידן הרגולטורי המודרני.

התפיסה העיונית המקובלת כיום רואה את הזכות הקניינית כ"פקעת" או כ"אגד" של זכויות וחובות שונות במערך היחסים שבין בעל הזכות הקניינית הפורמלית לבין גורמים אחרים ביחס לנכס מסוים.<sup>31</sup> הבנת מהותה של הזכות הקניינית כרוכה אפוא באופן

28 לשון סעיף 200 לחוק קובעת כי "לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים".

29 ראו את שני פסקי-הדין הבולטים בסוגיה זו: ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627; דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (להלן: דנ"א הורוויץ).

30 אלתרמן ונעים, לעיל הערה 7; חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (תשס"ה) 147–185; לוינסון-זמיר, לעיל הערה 5; נמדר, לעיל הערה 5.

31 מקובל לייחס את צמיחתה של תובנה זו בנוגע למהות הזכות הקניינית לניתוח הקונספטואלי שערך Hohfeld, שבו ביקש לפרק את התפיסה המשפטית האחדותית של זכויות וחובות בנכס או ב"דבר" עצמו (in rem) לאוסף של זכויות וחובות בין-אישיות (in personam). ראו: Wesley "Newcomb Hohfeld" Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning

שבו המשפט מעצב את הזכויות והחובות השונות היוצרות יחדיו את מכלול הזכות. אם נידרש, לצורך הדיון, לרשימת הזכויות והחובות הנתפסות כמרכיבות באופן טיפוסי את הזכות הקניינית החשובה ביותר, דהיינו הבעלות,<sup>32</sup> ניתן לראות כי המשפט הפוזיטיבי מתיימר ליצוק תוכן מאפיין ברוב הזכויות והחובות הכלולות בה, לפחות בנוגע לסוגי נכסים מסוימים<sup>33</sup> ובהקשרים חברתיים/מוסדיים נתונים.<sup>34</sup> זאת, בין היתר, משיקולים של יציבות, ודאות ויעילות הכרוכים בסטנדרטיזציה של זכויות קנייניות.<sup>35</sup> כך הדברים, בין היתר, לגבי זכות החזקה הייחודית במקרקעין תוך מניעת גישה ושימוש מאחרים בלא הסכמת הבעלים, הזכות להעביר ולהוריש את הבעלות בנכס, וכנגד זה – חובת הזהירות המוטלת בנסיבות מסוימות על הבעלים כלפי אחרים.<sup>36</sup> אף שההכרעות בנוגע למהותן של זכויות וחובות אלה עלולות להיות שנויות במחלוקת מבחינה נורמטיבית,<sup>37</sup>

*Yale L. J.* (1917) 710, 742-747 26. ניתוח זה פותח אחר־כך בעיקר על־ידי הריאליסטים המשפטיים בארצות־הברית של שנות העשרים והשלושים של המאה הקודמת. לפופולריות של גישת "אגד הזכויות" ("bundle of rights") מאז, עד כדי הפיכתה לקלישאה כמעט, ראו: Bruce A. Ackerman *Private Property and the Constitution* (New Haven, 1977) 26-29. James E. Penner "The Bundle of Rights Picture of Property" 43 *UCLA L. Rev.* (1996) 711. Thomas W. Merrill & Henry E. Smith "What Happened to Property in Law and Economics?" 111 *Yale L. J.* (2001) 357, 364-366, המסבירים כי הצירוף של גישת "אגד הזכויות" עם עליית הניתוח הכלכלי של המשפט, בשנות השישים של המאה העשרים, הוביל לתפיסה אנליטית־עיונית המאיימת לרוקן למעשה את מוסד הקניין מכל תוכן.

Tony Honoré "Ownership" in *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical* 32 (Oxford, Tony Honoré ed., 1987) 161.

33 הבניה של יציקת תוכן משותף בזכויות בנכסים בכלל, ותוכן קטגורי פרטני יותר בסוגי הנכסים השונים, מוצאת ביטוי צורני ומהותי מובהק בחלק החמישי של הצעת חוק דיני ממונות. ראו הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד) נגיש ב־<http://www.idclawreview.org> (22.9.2006).

34 לתפיסת המושג "קניין" כמורכב מ"מוסדות" – דהיינו, מקטגוריות שונות של סוגי יחסים חברתיים־כלכליים – באופן המצדיק עיצוב נבדל במידה מסוימת של המושג "קניין" בכל אחד מהם, ראו דגן, לעיל הערה 30, בעמ' 65-80.

35 ראו: Thomas W. Merrill & Henry E. Smith "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clauses Principle" 110 *Yale L. J.* (2000) 1, 38-40 פעולתו של המשפט ביצירת רשימה סגורה של סוגי זכויות קנייניות וביציקת תוכן מובהק בכל אחת מהן כאיזון מיטבי בין עלויות המדידה (measurement costs) המוטלות על צדדים לצורך זיהוי בעלי זכויות והבנת טיב זכויותיהם, עלויות התסכול (frustration costs) הנובעות מהאיסור החל על עיצוב בלתי־מוגבל של זכויות קנייניות חדשות, והעלויות המנהליות (administrative costs) הכרוכות בניהול המשטר הקנייני.

36 Honoré, *supra* note 32, at pp. 166-175.

37 לדיון ביקורתי בזכות היסודית למנוע מאחרים גישה פיזית והנאה בנכס המצוי בבעלות פרטית

ואף שהתפיסה הדוקטרינרית שלהן עשויה להשתנות במרוצת הזמן,<sup>38</sup> דומה כי ניתן לנסח בבהירות יחסית, ולו בקווים כלליים, את משמעותן המקובלת, לפחות ברובד המשפט הפרטי.<sup>39</sup>

אלא שדווקא ביחס לזכות החשובה ביותר מבחינה כלכלית, דהיינו הזכות לשימוש בנכס ולהפקת תשואה ממנו, התשובה הדוקטרינרית בנוגע למקרקעין הינה עמומה ביותר. זאת, משום שבניגוד לזכויות ולחובות אחרות במקרקעין, אשר מוגדרות באמצעות נורמות משפטיות כלליות, מהותן והיקפו של השימוש במקרקעין תלויים בקיומם של צווים רגולטיביים-תכנוניים מתירים, המוחלים באופן ספציפי על קרקע מוגדרת. לעניין זה אין לטעות ולזהות את הזכות השלילית – הקיימת ככלל מכוח דיני המטרדים – לכך שאדם אחר לא ימנע מבעל הזכות הקניינית שימוש או הנאה סבירים בנכס (זכות שהיא מורשת מהעידן הקדם-רגולטורי של ההסדרה המרחבית, ואשר על טיבה אעמוד בהמשך)<sup>40</sup> עם קיומה של זכות חיובית מוגדרת לשימוש כמאפיין אינהרנטי של זכות הבעלות.<sup>41</sup> לפיכך – תמוה אולי ככל שיישמע הדבר ביחס לסוג הנכס המהווה מקדמת דנא את ספינת-הדגל היוריספרודנטלית והרטורית של הקניין הפרטי<sup>42</sup> – בעידן הרגולטורי המודרני אי-אפשר לומר כי לאדם נתונה, מעצם זכות הבעלות שלו במקרקעין, זכות ל"שימוש מקובל"<sup>43</sup>

(right to exclude) ראו: Joseph W. Singer "No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property" 90 *Nw. U. L. Rev.* (1996) 1283, 1470-1477.

38 ראו, למשל, את השינוי ההדרגתי במשפט האמריקאי המצמצם את הזכות להרוס את הנכס (jus abutendi). לניתוח ביקורתי של מגמה זו ראו: Lior J. Strahilevitz "The Right to Destroy" 114 *Yale L. J.* (2005) 781.

39 עם זאת, כפי שאראה בפרק הסיכום, יש שוני מהותי בהגדרת מוסד הקניין בין רובד המשפט הפרטי שנידון לעיל לבין רובד המשפט הציבורי (החוקתי והמנהלי), דהיינו, זה אשר דן ביחס שבין בעל הזכות הקניינית לבין הרשויות השלטוניות.

40 ראו להלן את הטקסט ליד הערות 105-108.

41 לצמצומה של זכות השימוש בנכס בעידן הרגולטורי-המודרני, ולאופן שבו יש בכך כדי להשפיע על היסודות התיאורטיים של מוסד הקניין, ראו: Laura S. Underkuffler *The Idea of Property: Its Meaning and Power* (Oxford, 2003) 46-63.

42 על יסודיותו ומרכזיותו של מוסד הבעלות הפרטית בקרקע – לא רק מבחינה כלכלית, אלא גם (ואולי בעיקר) מבחינת המעמד החברתי והפוליטי הכרוך בכך בהיסטוריה האירופית והצפון-אמריקאית – ראו: Carol M. Rose "Property as the Keystone Right?" 71 *Notre Dame L. Rev.* (1996) 329, 345-347.

43 להצעה להשתמש בקו-בסיס של השימוש הנורמלי (normal use) הנוהג באזור, כך שבמקום שבו רשות תכנונית מונעת בעל הקרקע מלפתח לסוג שימוש קרקע המקובל בקהילה הרלוונטית, ייחשב הדבר לנטילה שלטונית (taking) והיא תחויב בתשלום פיצויים כלפיו, ראו: Robert C. Ellickson "Suburban Growth Controls: An Economic and Legal Analysis" 86 *Yale L. J.* (1977) 385, 420-425, 494-498. לתמיכה ברעיון זה ולניסיון להסביר מדוע הוא לא זכה באוזן קשבת בבתי-המשפט האמריקאיים, אשר ממשיכים לאפשר לרשויות תכנון להטיל הגבלות חמורות על שימוש בקרקע בלא חבות בפיצוי, ראו: William A. Fischel "Why Are Judges so Wary of Regulatory Takings?" in *Private Property in the 21st Century* (Cheltenham

או לשימוש המאפשר לו הפקת רווח סביר מהמקרקעין,<sup>44</sup> באופן שיהווה גם נקודת-ייחוס עצמאית לקיומה ולהערכתה של פגיעה בשל מעשה או מחדל שלטוני. למשל, סירובו של מוסד התכנון לשנות את ייעודה של קרקע חקלאית לייעוד למגורים, מנימוק של העדר צורך ביחידות מגורים נוספות באזור, יעמוד בדרך-כלל על תילו אף אם בכוחו של בעל הקרקע להראות כי בסמוך פועלים כבר פרויקטים דומים למגורים<sup>45</sup> או כי במציאות

Harvey M. Jacobs ed., 2004). לעניין זה יוער כי עיקר קצפם של המתנגדים למשטר הרגולטורי הקיים, ובפרט לסמכות האזור (zoning), נסב על אותם מקרים שבהם הקפאת הסטטוס-קוו אינה נובעת משיקולים ציבוריים טהורים של שמירת איכות הסביבה או קידום אינטרסים מבוזרים אחרים של הציבור הכללי, אלא משקפת ניצול לרעה על-ידי גורמים פרטיים בעלי השפעה פוליטית על-חשבון קידום התועלת החברתית המצרפית. כך הדבר, למשל, כאשר בעלי יחידות מגורים קיימות בפרוורים מפותחים-חלקית מכשילים תוכניות לפיתוח מקרקעין שכנים לאו דווקא מתוך דאגה סביבתית, אלא יותר מתוך רצון להגדיל את הביקוש ליחידות המגורים שלהם. ראו: Ellickson, *ibid*, at pp. 390-410.

44 ראו: Gideon Kanner "Making Laws and Sausages: A Quarter Century Retrospective" 13 *Wm. & Mary. Bill Rts. J.* on Penn Central Transportation Co. v. City of New York" 653, 678-697 (2005) (המבקר את השינוי התפיסתי שאירע בדין האמריקאי מקיומה של זכות לבעל קרקע לבנות עליה ולהפיק ממנה רווח פרטי, כפוף לרגולציה סבירה, אל משטר שבו הפיתוח נתפס כפריווילגיה שלטונית). מובן שלצד הגישות הביקורתיות התומכות בהעצמת זכותו של בעל הקניין הפרטי לפיתוח מקרקעיו קיימות בספרות גם גישות הרואות את מוסד הבעלות בקרקע ככפוף באופן אינהרנטי לקיומם ולהגשמתם של ערכים ציבוריים, ובכלל זה ערכים סביבתיים-אקולוגיים. גישות אלה מותחות ביקורת על כך שבת-המשפט שבויים עדיין במידה רבה בתפיסה ה"עתיקה" של זכות הקניין. ראו, למשל: Joseph L. Sax "Property Rights and the Economy of Nature: Understanding Lucas v. South Carolina Coastal Council" 45 *Stan. L. Rev.* (1993) 1433, 1455.

45 ראו, למשל, בג"ץ 332/98 המועצה המקומית תל מונד נ' ועדת המשנה למעקב ובקרה על תוכנית מיתאר ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח וקליטת עליה מספר תמ"א/31, פ"ד נה(1) 649, 652-654, שבו נדחתה טענת הפליה במצב-עניינים שבו סירבו מוסדות התכנון לאשר הקמת פארק תעשייה על-גבי קרקע המיועדת לשטח פתוח, אף שבאזורים סמוכים אושרו בעבר תוכניות לאזורי תעשייה. אין משמעות הדבר כי אין מקום להעלות נגד החלטות תכנוניות טענות בדבר הפליה, שרירות או חוסר סבירות, אלא ששיקול-הדעת הניתן למוסדות התכנון בהקשר זה הינו נרחב מאוד, ובוודאי אין בעצם הסירוב לשינוי ייעוד של קרקע משום חזקה לקיום פגיעה בלתי-חוקתית בזכות הקניין. ראו לעניין זה גם ע"א 483/86 בירנבך נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ת"א-יפו, פ"ד מב(3) 228 (להלן: עניין בירנבך), שבו נדחתה טענתו של בעל הקרקע שעליה ניצב "בית הפגודה" בתל-אביב כי במסגרת חישוב ירידת הערך בעקבות אישור תוכנית שהטילה הגבלות בנייה על החלקה, בשל ייעוד המבנה לשימור, יש להביא בחשבון גם את העובדה שאלמלא ייעוד זה היו מוענקות לו זכויות לבניית מבנה בגובה שמונה קומות, כפי שקבעה התוכנית ביחס לנכסים סמוכים שלא יועדו לשימור. בית-המשפט הדגיש כי בחינת ירידת הערך נעשית רק ביחס לשינוי ההוראות החלות על הנכס עצמו, ולא בהשוואה למצבם של נכסים אחרים. ראו שם, בעמ' 233-234.

הכלכלית הנוכחית השימוש החקלאי אינו מאפשר הפקת רווח של ממש ואף כרוך בהפסד תפעולי.<sup>46</sup>

בהעדר אמת-מידה קניינית מובנית כזו, נעה אפוא נקודת-הייחוס – באותו איוון שבין התכנון הציבורי לבין זכויות הקניין הפרטיות במקרקעין – אל הערכת המעשה התכנוני על-סמך זיקתו למצב-העניינים עובר לכך, קרי, בהשוואה לסטטוס-קוו אנטה. מכאן נגזרו הכרה עקרונית בזכות לפיצוי במקרה של תוכנית המובילה לירידת ערך, אדישות משפטית במקרה של אי-שינוי בשווי הקרקע, וחבות עקרונית בהיטל השבחה במקרה של עליית ערך.<sup>47</sup>

אין פירוש הדבר שהתייחסות כזו חפה מקשיים בנוגע למדיניות החלה על הערכת השינוי או מדילמות בדבר ההגינות או הרציות של המשטר המשפטי הנובע מכך. סוג מקרים המעורר לטעמי קושי מיוחד בהקשר זה הוא כאשר הרשות השלטונית, באמצעות חקיקה

46 דא עקא שאחת התוצאות של הפער בין המציאות הכלכלית המשתנה לבין רצונם של מוסדות התכנון לשמר את הקרקעות החקלאיות ככאלה היא הפרת חוק נרחבת על-ידי עשיית שימושים חורגים בקרקעות חקלאיות ללא קבלת היתר. ראו איריס האן שימושים חורגים בשטחים החקלאיים הפתוחים (תשס"ד) 25-52.

47 זה המצב בדין הישראלי, כפי שידון ביתר הרחבה בהמשך. אולם ברי כי כל שיטת משפט מגיעה למסקנה משלה, בין היתר על-סמך עמדתה בשאלה הבסיסית אם יש לראות את אפשרות פיתוח הקרקע כמגולמת באופן אינהרנטי בזכות הקניין הפרטי או שמא מדובר בזכות ששייכת ככלל לציבור ואשר מוענקת במקרים מתאימים לבעלי קרקעות. במשפט הפדרלי האמריקאי, פגיעה תכנונית רגולטיבית תיחשב כנטילה שלטונית על פניה (taking per se) רק במקרה הקיצוני שבו הרגולציה מונעת כל אפשרות לשימוש כלכלי מעשי כלשהו (all economically viable use). ראו: *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1993) 1027. כאשר אובדן הערך אינו מוחלט, שאלת קיומה של נטילה שלטונית בת-פיצוי מוכרעת על-פי מבחן אד-הוקי, המביא בחשבון, בין היתר, את שיעור ירידת הערך, אובדן ציפיות שהושקעו בגיבן כספים, ואופיו של האינטרס הציבורי. ראו גם: *Penn Central Transportation Co. ET. AL. v. New York City ET. AL.*, 438 U.S. 104 (1978) 104. נוסף על כך, המשפט הפדרלי אינו מכיר בזכות לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות. לביקורת על מצב-עניינים זה, ולהצעה מרחיבה (מדי, לטעמי) להעניק זכות לפיצוי בגין פגיעות עקיפות בלי הגבלה גיאוגרפית מוגדרת, ראו: *Abraham Bell & Gideon Parchomovsky "Takings Reassessed" 87 Va. L. Rev.* (2000) 277. החקיקה הגרמנית מכירה גם היא באופן עקרוני בקיומו של אינטרס מוקנה לבעל קרקע במצב התכנוני הקודם במקרה של שינוי לרעה, אך אינה מכירה ככלל בפגיעות תכנוניות עקיפות. כך, סעיף 142(1) לקוד הבנייה הפדרלי הגרמני קובע כי "כאשר שימוש שהותר בקרקע מבוטל או משתנה, וכתוצאה מכך נגרמת ירידה שאינה בלתי-משמעותית בערך הקרקע, בעל הקרקע רשאי לתבוע פיצויים בסכום נאות, כפוף לאמור בפסקות הבאות" [תרגום שלי]. §42. *BauGB, Baugesetzbuch (BGBI. I, S. 2253)*. כן ראו: *Katharina Richter "Compensable Regulation in the Federal Republic of Germany" 5 Arizona J. Int'l & James A. Kushner Comparative Comp. L.* (1988) 34. לסקירה השוואתית מועילה ראו: *Urban Planning Law (Duram, 2003) 163-195*. כמו-כן ראו לוינסון-זמיר, לעיל הערה 5, בעמ' 279-305.

או הפעלת שיקול־דעת מנהלי, מונעת שינוי לטובה (מבחינת בעל המקרקעין) בסוג או בהיקף של השימוש במקרקעין, וזאת בשל מטרה ציבורית־תכנונית כלשהי המייחדת את המקרקעין.

ביטוי עדכני לכך הוא חוק שמירת הסביבה החופית,<sup>48</sup> המציב שורה של הגבלות מהותיות ופרוצדורליות ייחודיות לגבי אישור תוכניות פיתוח חדשות במקרקעין המצויים בתחום הגיאוגרפי של "הסביבה החופית", וזאת לצורך שימור האינטרסים של הציבור הכללי בחוף הים.<sup>49</sup> דוגמות נוספות בהקשר זה הן הגבלות על תוספות או שינויי בנייה עתידיים בנכסים ובמתחמים המיועדים לשימור מטעמים היסטוריים, אסתטיים וכדומה,<sup>50</sup> וכן ההגבלות המיוחדות שחוק התכנון והבנייה מטיל על בקשות לאישור תוכניות פיתוח בקרקעות חקלאיות, לנוכח התפקיד הסביל שהחוק מייעד להן (לצד התרת השימוש הפעיל בהן לצורכי חקלאות) כשטחים פתוחים בלתי־מפותחים.<sup>51</sup>

48 חוק שמירת הסביבה החופית, התשס"ד-2004, ס"ח 540 (להלן: חוק שמירת הסביבה החופית).  
49 בין היתר תיקן חוק שמירת הסביבה החופית, באופן עקיף, את התוספת השנייה לחוק התכנון והבנייה, וכעת פועלת מכוחה ועדה לשמירת הסביבה החופית, שאישרה נדרש לצורך הפקדה או אישור של כל תוכנית וכן סוגים מסוימים של היתרי בנייה בתחום הסביבה החופית. ראו סעיפים 2 ו-4 לתוספת השנייה לחוק התכנון והבנייה. נוסף על כך, החוק קובע עתה אמות־מידה מהותיות שעל הוועדה לשקול בטרם תאשר תוכנית או תיתן היתר בתחום חוף הים. ראו סעיף 7 לתוספת השנייה. לעמדות שונות בדבר שאלת קיומה של פגיעה קניינית בלתי־חוקתית בעצם הוראות החוק, ראו, מחד גיסא, דב צפריר "חוק שמירת הסביבה החופית: תכלית האחריות החברתית והצדק הסביבתי" מקרקעין ד(1) (תשס"ה) 38, ומאידך גיסא, רן וירניק "חוק החופים: קווים לדמותה של זכות הקניין" גלובס (21.6.2004).

50 למבט כללי ראו דפנה לוינסון־זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיזיו הראויים וזכויות בניה עבירות" (TDR) "משפטים לא" (1) (תש"ס) 11. בימים אלה נידונים לפני ועדת־המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה עררים שהוגשו על החלטת הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה תל־אביב לאשר את התוכנית לשימור מבנים ואתרים בתל־אביב־יפו, תא/2650.ב. התוכנית, שמייעדת לשימור יותר מאלף ושלוש מאות מבנים ואתרים בתל־אביב, ואשר כוללת בין היתר הגבלות בנייה בדרגות שונות לצד תמריצים כלכליים לשימור (ובכלל זה אפשרות לניוד זכויות בנייה למגרשים אחרים), נתקלה בהתנגדות עזה מצד בעלי המבנים המיועדים לשימור, המאיימים בהגשת תביעות־ענק לפי סעיף 197 עם פרסומה של התוכנית למתן תוקף. ראו גדי גולן "ערר נוסף נגד תכנית השימור בת"א" גלובס (7.7.2005).

51 התוספת הראשונה לחוק התכנון והבנייה יוצרת זיקה פרוצדורלית ומהותית בין קרקעות חקלאיות לבין שטחים פתוחים. מכוח תוספת זאת פועלת הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית ושטחים פתוחים, אשר אישרה דרוש, בין היתר, לכל תוכנית ולכל בקשה לשימוש או לקבלת היתר לצרכים לא־חקלאיים בקרקע חקלאית. ראו בעניין זה סעיפים 6-7 לתוספת הראשונה. סעיף 11 לתוספת הראשונה קובע כי "לא תשתמש הוועדה בסמכות לפי חוק זה, אלא במידה שהדבר דרוש לשם שמירה על הייעוד של הקרקע החקלאית וניצולה החקלאי ושמירה על שטחים פתוחים". כלומר, יש בסעיף זה קביעה בדבר תפקידן הסביל של קרקעות חקלאיות כשטחים פתוחים בלתי־מבונים, וזהו שיקול שעל הוועדה לשקול ביחס לקרקעות חקלאיות. ראו גם עע"מ 3286/02 ועדת ערר לעניין קרקע חקלאית ושטחים פתוחים נ' חברת דור

המייחד את כל המקרים הללו הוא שאף-על-פי שהנורמות התכנוניות הללו אינן גורעות במפורש מהסטטוס-קוו התכנוני הקיים, יש בהן רכיב מודע של פגיעה בזכות השימוש והפקת ההנאה העתידיים במקרקעין. אלא שגם אם ניתן להניח מבחינה עובדתית כי שווי השוק של קרקע בלתי-מפותחת שהוטלו עליה הגבלות ייחודיות הצופות פני עתיד יהיה הלכה למעשה נמוך מזה של קרקע בלתי-מפותחת "סתם", אין בכך עדיין כדי להנביע הכרה משפטית באותו אובדן ערך הנובע מסיכול ציפיות.<sup>52</sup>

דילמות אלה משליכות גם על החלת אמת-המידה של ירידת ערך שולית על פגיעות תכנוניות עקיפות, וכן על בחינת הזכות לפיצוי בגינן במסגרת המנגנון הקבוע בסעיף 197 לחוק. אף שמבחינה עובדתית, באישור הנורמה התכנונית המתירה פיתוח אינטנסיבי במקרקעין יש כדי להשפיע על שווי השוק של מקרקעין שכנים באותה נקודת-זמן, אין בכך בלבד כדי להצדיק את עצם עריכת ההתחשבות בשלב התכנון, במקום בשלב המאוחר יותר של יצירת ההצננות הסביבתיות-הפיזיות בעקבות הפיתוח עצמו. אין בכך גם כדי להכתיב את אופן חלוקת האחריות המשפטית בגין ירידת הערך בין הרשות התכנונית, יזמי התוכנית ומוטביה, מצד אחד, לבין בעלי הקרקעות השכנות, מן הצד האחר. קביעות כאלה מחייבות הבנה טובה יותר לגבי מאפייני ההליך התכנוני-הרגולטורי, לגבי סוגי האינטרסים

אנרגיה (1988) בע"מ, פ"ד נח(1) 502, 510-512. זאת ועוד, מכוח הסמכות הנתונה לוועדה לפי סעיף 5 לתוספת הראשונה להכרזי בהודעה ברשומות על קרקע פלונית כקרקע חקלאית לעניין החוק, הכריזה הוועדה באופן גורף על שטחים נרחבים בכל רחבי הארץ כקרקעות חקלאיות, ובי-המשפט העליון פירש את תוקפה הנורמטיבי של הכרזה כזו כגוברת על תוכנית קיימת המתירה בנייה במקום. ראו בג"ץ 529/80 גרצברג נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה "המרכז" "השרון המקומי", פ"ד לה(2) 491. בע"א 1968/00 חברת גוש חלקה 10 בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה נתניה, פ"ד נח(1) 550, דנה השופטת פרוקצ'יה במצב-עניינים שבו קרקע שיועדה למגורים בתוכנית הוכרזה לאחר-מכן כקרקע חקלאית, ובחלוף פרק-זמן נוסף אושרה תוכנית ששינתה את ייעוד הקרקע לייעוד חקלאי. השופטת הביעה את דעתה כי חישוב ירידת הערך לפי סעיף 197 לחוק בגין אישור התוכנית האחרונה צריך להתבסס על שווי השוק של הקרקע בייעוד למגורים עובר להכרזתה כקרקע חקלאית, וזאת בשל העדר מנגנון פיצוי עצמאי בשל עצם ההכרזה על הקרקע כחקלאית. ראו שם, בעמ' 565-568. הנשיא ברק והשופט ריבלין הותירו סוגיה זו בצריך עיון.

52 בעניין בירנבך, לעיל הערה 45, בעמ' 228, ציין בית-המשפט כי "הפוטנציאל התכנוני של נכס מקרקעין אשר 'נפגע' על ידי תוכנית, איננו מגולם אך ורק בתוכנית המיתאר, אשר חלה עליו עובר לכניסתה לתוקף של התוכנית הפוגעת... אינפורמציה תכנונית רלבנטית מצויה גם בתוכניות צפויות המיועדות לחול על המקרקעין. המדובר בסיכוי להרחבת אפשרויות הניצול של המקרקעין... ובלבד שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא וודאי או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין". גושפנקה עקרונית זו להתחשבות ברכיב הספקולטיבי של ערך הקרקע עובר לתוכנית החדשה הובילה להתדיינות ענפה הן בהקשר של חישוב ירידת ערך לצורך פיצוי והן בהקשר של חישוב עליית ערך לצורך קביעת היטל השבחה, מבלי שבתי-המשפט יידרשו לדיון נורמטיבי מספק לטעמי בדבר הרכיבים הדרושים לקיום קשר סיבתי משפטי מספק בין שינויים שוקיים חוץ-סטטוטוריים לבין גיבוש ערך הקרקע לצורך חישובם של הפיצוי או ההשבחה.



השונים – הפרטיים והציבוריים – הנשקלים במהלכו ולאחריו, ולגבי ההשפעה שיש לאופן עיצובו של המשטר המשפטי על קידום היעילות המצרפית ועל התוצאות החלוקתיות במערך היחסים בין הצדדים. בכך אדון עתה.

## פרק ב: משטר הפיצוי בגין פגיעות עקיפות כמקדם יעילות וחלוקת נטלים ראויה

### 1. טיבה של הרגולציה התכנונית

תכנון הקרקע בישראל מתיימר להשיג שורה ארוכה של יעדים. לצד התכנון הפיזי של קרקעות בקני-מידה שונים לייעודים פרטיים<sup>53</sup> ולייעודים ציבוריים,<sup>54</sup> תוך צמצום החיכוך בין שימושי קרקע לא־תואמים והסדרה נאותה של תשתיות תומכות, פועלים מוסדות התכנון, במוצהר לפחות, לקידום שורה של תכליות כלכליות וחברתיות נרחבות יותר, ובכלל זה תיאום ויישום של מדיניות לאומית ומחוזית בתחומים כגון דיור, תעסוקה וקליטת עלייה.<sup>55</sup> דבר זה הינו אפשרי בכוח לנוכח קיומם של מוסדות תכנון לאומיים ומחוזיים מעל למוסדות המקומיים, וכן בשל מדרג נורמטיבי של תוכניות מתאר ארציות, מחוזיות, מקומיות ותוכניות מפורטות.<sup>56</sup> המורכבות הנושאת והגיאוגרפית של יעדים אלה עומדת גם בבסיס ההצדקה העיונית לכינון המשטר הרגולטיבי, לנוכח העדר האפשרות להשיג

53 כגון מגורים, תעשייה, מסחר וחקלאות.

54 כגון מתקני ביטחון לאומי, מבני ממשל, שמורות טבע ושטחי נופש מקומיים ולאומיים, בתי ספר וכיוצא בהם.

55 ראו לעניין זה את דברי ההסבר לתוכנית המתאר הארצית החדשה של ישראל ואת מטרות התוכנית הנקובות בסעיף 3 לתקנון התוכנית: תכנית מתאר ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור – תמ"א 35 (תשס"ה), ניתן לצפייה באתר משרד הפנים, לעיל הערה 9. לדיון בהיקף המטרות הנרחב של דיני התכנון במציאות המודרנית, ראו גם בג"ץ 2683/92 מכבים – יישוב קהילתי במודיעין נ' הועדה לבנייה למגורים במחוז המרכז, פ"ד מח(1) 535, 542-546; בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נ(3) 441, 445-447, 451-459 (להלן: עניין אדם טבע ודין); ע"א 3901/96 הועדה המקומית לתו"ב רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 936-939 (להלן: ע"א הורוויץ). לתיאור האופן שבו נערכו מוסדות התכנון, לצד מוסדות ציבוריים אחרים, לפתרון ה"משבר" של גלי העלייה הגדולים מברית המועצות לשעבר בתחילת שנות התשעים, ראו: Rachele Alterman *Planning in the Face of Crisis: Land Use, Housing, and Mass Immigration in Israel* (London, 2002).

56 לעניין זה ראו: Rachele Alterman "National-Level Planning in Israel: Walking the TightRope between Government Control and Privatisation" in *National-Level Planning in Democratic Countries: An International Comparison of City and Regional Policy-Making* (Liverpool, Rachele Alterman ed., 2001) 257.

את היעדים הללו אך ורק על-ידי מנגנונים מבוזרים של קבלת החלטות פרטיות ופיקוח באמצעות המשפט הפרטי.<sup>57</sup>

דא עקא, שאופן המימוש של סדר-יום שאפתני זה על-ידי מוסדות התכנון תלוי במידה רבה בהנחות-היסוד הכלליות שלנו בנוגע לגורמים שמניעים הלכה למעשה את הליכי קבלת ההחלטות בתחומי הרגולציה השונים ואשר מכתיבים את התוצרים המתקבלים בסופם. בקיצור נמרץ אומר כי בין התיאוריות הרווחות בנוגע לכך בעשורים האחרונים קנתה לה אחיזה מיוחדת תיאוריית הבחירה הציבורית (public choice). תיאוריה זו מדמה את קבלת ההחלטות על-ידי רשויות שלטוניות לשוק פוליטי שבו הסחר בטובין הרגולטוריים מקדם אינטרסים כלכליים פרטיים של צרכני הרגולציה, מחד גיסא, ואינטרסים פוליטיים פרטיים של הספקים שלה, דהיינו של מקבלי ההחלטות, מאידך גיסא.<sup>58</sup> אלא שלנוכח ההבדלים בין שווקים כלכליים רגילים לבין השוק הפוליטי,<sup>59</sup> בשוק הרגולציה מובנית בדרך-כלל הטיה לטובת קבוצות מאורגנות היטב בעלות אינטרסים צרים ומרוכזים, על-חשבון האינטרסים המבוזרים של הציבור הרחב.<sup>60</sup>

תיאוריה שוקית אחרת – אופטימית במעט – בדבר יכולתה של רגולציה להבטיח את קידום התועלת החברתית הכוללת היא התפיסה הניאו-פלורליסטית (neo-pluralist). לפי תפיסה זו, תוצרים רגולטוריים הינם אומנם תוצאה של לחצים של קבוצות-אינטרס רבות ושונות, אלא שהרשות מתפקדת בתוך פקעת אינטרסים זו כמי שמאגמת את סך כל

57 ראו לוינסון-זמיר, לעיל הערה 5, בעמ' 33-56.

58 לעבודות-יסוד בתחום זה ראו: George J. Stigler "The Theory of Economic Regulation" 3 *Bell J. Econ. & Mgmt. Sci.* (1971) 2; וכן Richard A. Posner "Theories of Economic Regulation" 2 *Bell J. Econ. & Mgmt. Sci.* (1974) 335. קבלת ההחלטות הציבוריות יש כדי להשפיע גם על אופן פעולתם של הביורוקרטים הכפופים לנבחרת-הציבור. לזיקה שבין תיאוריה זו לבין העיצוב הראוי של המשטר המשפטי ראו: Daniel A. Farber & Phillip F. Frickey *Law And Public Choice: A Critical Introduction* (Chicago, 1991); Saul Levmore "The Public Choice Threat" 67 *U. Chi. L. Rev.* (2000) 941.

59 Croley מונה שלוש הבחנות בין שני סוגי השווקים: ראשית, בשוק הרגולציה ההחלטות הן בגדר "הכל או לא-כלום", בלי אפשרות יציאה (exit); שנית, החלטות רגולטוריות קבועות יותר באופיין מהחלטות שוקיות פרטיות; שלישית, החלטות רגולטוריות הן קולקטיביות ונעשות באופן ברו-זמני. מכאן נובע שאין במנגנוני בקרה מאוחרים של פרטים כדי למשקם החלטות רגולטוריות לא-יעילות, כפי שקורה בסיטואציות שוקיות רגילות שבהן מופסק השימוש במוצר מסוים. ראו: Steven P. Croley "Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process" 98 *Colum. L. Rev.* (1998) 1, 36-38.

60 ראו את עבודתו הקלסית של Olson בנוגע להשפעה הלא-פרופורציונית של מיעוט מאורגן היטב: Mancur Olson *The Logic of Collective Action* (Cambridge, 1971). לניתוח הנסיבות שבהן יצליח דווקא הרוב לגרום להטיה לטובתו בקבלת ההחלטות בכלל, ובהקשר של החלטות תכנוניות בפרט, ראו: Neil Komesar *Law's Limits: The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights* (Cambridge, 2001) 60-86, 94-99, 113-122.

ההעדפות השונות, ואף ממלאת לעיתים תפקיד פעיל של תיווך לבניית קואליציות בין קבוצות בעלות העדפות קרובות יחסית זו לזו, מתוך מטרה להגיע לתוצאה הרגולטורית בעלת הביקוש הפרטי המצטבר הגבוה ביותר, ולקצור את הפירות הפוליטיים הנובעים מכך.<sup>61</sup>

אל מול שתי התיאוריות הללו, המבוססות על תחרות שוקית בין ערכים פרטיים מתנגשים, עומדות שתי תיאוריות המדגישות את השוני האיכותי של הליך קבלת ההחלטות הציבורי. לפי תיאוריית האינטרס הציבורי (public interest), בתנאים מסוימים ינהג הגוף הרגולטורי מתוך שיקולים "אלטרואיסטיים" כדי לקדם את טובתו של הציבור הכללי, ולעיתים אף יפעל לקדם טובה זו באופן פטרנליסטי, במצבים שבהם ההעדפות המבוטאות של ציבור התושבים שונות אך נראות שגויות בעיני הרשות – למשל, בשל העדר מידע מספיק או "קוצר-ראייה" אורחי.<sup>62</sup> לבסוף, גישת הרפובליקה האזרחית (civic republicanism) רואה את ההליך הרגולטורי כזירה לדיאלוג חברתי ולשכנוע הדדי, מתוך מטרה ליצור קונסנזוס סביב מטרות.<sup>63</sup>

במסגרתו של מאמר זה לא אוכל לדון במלוא היקפן בשאלות מי מבין התיאוריות הללו, אם בכלל, משקפת עובדתית את אופן פעילותם של מוסדות התכנון בישראל, ומהו המודל שאליו רצוי וניתן לשאוף באופן מעשי. לפחות ככל שהדברים אמורים בנקודת-מבטם של בתי-המשפט, נראה כי הערכתם ביחס למוסדות התכנון משתנה בהתאם לדרג התכנון. על-דרך ההכללה אומר כי מוסדות התכנון הארציים נתפסים כמי שמקדמים את האינטרס הציבורי הכללי מנקודת-ראות רחבה ומקצועית,<sup>64</sup> מוסדות התכנון המחוזיים נראים כמי

61 לגישה זו ראו, למשל: Robert B. Reich "Public Administration and Public Deliberation: An Interpretative Essay" 94 *Yale L. J.* (1985) 1617.

62 ראו: Michael E. Levine & Jennifer L. Forrence "Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda" 6 *J. L. Econ. & Org.* (1990) 167, 176-181.

63 ראו, למשל: Steve Kelman "Adversary and Cooperationalist Institutions for Conflict Resolution in Public Policy Making" 11 *J. Pol'y Anal. & Mgmt.* (1982) 178; Gerald E. Frug *City Making: Building Communities Without Building Walls* (Princeton, 1999) 6-13, 116-129. גישה כזו קרובה מבחינה רעיונית לגישה קהילתנית (communitarianism), שלפיה השתתפות בפורום הציבורי מניעה את הפרט לצאת מעורו האנוכי, ומאפשרת לו לפתח ולשכלל את זהותו העצמית כ"אזרח" הקשור בויקה הכרחית ומתמדת למארג החברתי שבתוכו הוא חי. ראו: Michael Walzer "The Communitarian Critique of Liberalism" 18 *Pol. Theory* (1990) 6; Michael J. Sandel *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* (Cambridge, 1996).

64 ראו, למשל, בג"ץ 594/89 מועצה אזורית ערבה תיכונה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד מד(1) 558 (להלן: עניין ערבה תיכונה), שם מציין בית-המשפט את הראייה הכוללת של השיקולים והאינטרסים ברובד התכנון הארצי, את רמת היציגות הגבוהה של גורמים רלוונטיים בהרכב המועצה הארצית, ואת הסיוע שהיא מקבלת מאנשי-מקצוע חיצוניים לצורך קבלת החלטותיה.

שמקיימים בתוכם תמהיל של גישה ציבורית יחד עם איזון סביר בסך-הכל בין אינטרסים פרטיים שונים,<sup>65</sup> ואילו מוסדות התכנון המקומיים נחשבים תכופות כגופים פוליטיים שנתונים בלחצים לא-פרופורציוניים של קבוצות-אינטרסים קטנות ומגובשות (בעיקר יזמים), ואשר מזניחים שיקולים ואינטרסים אחרים בתוך הרשות המקומית ומחוץ לה.<sup>66</sup> למרות השוני-כביכול האמור לעיל, ואף שבעבר שלטו במידה רבה תפיסות תכנוניות שהיו קרובות יותר – לפחות באופן רטורי – למודל של תיאוריית האינטרס הציבורי, נראה כי ניתן לאתר בדיני התכנון הכרה כללית הולכת וגוברת בדומיננטיות של ערכים פרטיים. דברים אלה באים לידי ביטוי, למשל, במעבר לשימוש של מוסדות התכנון במינוח של ניתוח עלות-תועלת (cost-benefit analysis), אשר קרוב מבחינה רעיונית למנגנון של איגום ערכים כלכליים פרטיים.<sup>67</sup> בהתאם לכך, לנוכח תפיסת ההליך התכנוני כ"סכסוך" (lis) בין גורמים מעוניינים שונים,<sup>68</sup> נעשה ניסיון לעצב את ההליך הרגולטורי בדרך שתמתן הטיות שימנעו השגת תוצאה שאינה מקדמת את התועלת החברתית המצרפית. במסגרת זאת הורחב מאוד בשנים האחרונות מעמדם של צדדים פרטיים וקבוצות-אינטרסים בהליך התכנוני: מחד גיסא, ל"בעל קרקע או מי שיש לו עניין בקרקע" נתונה כיום זכות ליזום תוכנית (זכות שהייתה נתונה בעבר רק לרשויות ציבוריות);<sup>69</sup> מאידך גיסא, סעיף 100 לחוק

65 ראו דנג"ץ 5361/00 חיים פלק נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, ניתן ביום 4.1.2005), פסקה 3 לדעת השופטת פרוקצ'יה; ע"א 2902/97 אחים עופר הנדסה ופיתוח בע"מ נ' גליקמן, פ"ד נג(1) 369, 381-382 (להלן: עניין גליקמן).

66 ראו עניין גליקמן, שם, בעמ' 381: "קירבה זו של הוועדה המקומית לשטח נושא התוכנית ולגורמים המעורבים בה טומנת בחובה לעתים בעייתיות מסוימת. זאת, הן בשל הראייה הצרה יחסית של הוועדה המקומית את צורכי התכנון האיזוריים והארציים... והן בשל החשש כי חברי הוועדה המקומית יתקשו לעמוד בלחצים המופעלים עליהם מצד גורמים מקומיים שונים." אולם ראו בג"ץ 5145/00 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, חוף השרון נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 179, 204, שבו מציין השופט חשין, בדעת הרוב, את יתרון היחסי של ועדות מקומיות בקידום תוכניות "נקודתיות".

67 ראו רינת צפריר "המועצה הארצית לתכנון תמליץ – לא בטוח שהממשלה תקשיב" הארץ (23.9.2005) 8א (ניתוח עלות-תועלת לעניין קווי המדיניות בנוגע לאישור הקמתם של יישובים חדשים). לביקורת על כך שניתוחי העלות-תועלת הנעשים לצורך עיצוב רגולציה מכמתים את כל סוגי האינטרסים – ובכלל זה את שוויים של חיי אדם – לכלל ערכים פרטיים, תוך התעלמות משיקולים אתיים, ראו, למשל: Frank Ackerman & Lisa H. Heinzerling *Priceless: On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing* (New York, 2004).

68 ראו ע"א 2962/97 ועד אמנים – חוכרים ביפו העתיקה נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב, פ"ד נב(2) 362, 379 (להלן: עניין ועד אמנים).

69 זאת, ביחס לתוכנית מתאר מקומית או תוכנית מפורטת. ראו סעיף 6א(ב) לחוק התכנון והבניה. באחרונה ניכרת הרחבה פרשנית של היקף הזכאים להגיש תוכנית. כך, בעע"מ 2797/01 ועד עין כרם נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה ירושלים (לא פורסם, ניתן ביום 27.1.2002) נתן בית-המשפט תוקף להסכם פשרה שלפיו "הצדדים מקבלים את הצעת בית-המשפט כי ערעור 2797/01 יתקבל, במובן זה שלצד הזכות הקניינית והחוזית המקנה זכות להגיש תוכנית על

התכנון והבנייה, המעניק זכות התנגדות ל"כל מעוניין בקרקע, בבנין או בכל פרט תכנוני אחר הרואה עצמו נפגע על-ידי תכנית...", פורש בהרחבה על-ידי בתי-המשפט,<sup>70</sup> וכן ניתן מעמד סטטוטורי להגשת התנגדויות לתוכניות למספר הולך וגדל של קבוצות-אינטרסים שונות, ובכלל זה ארגונים להגנת הסביבה, עמותות מגוריות וגופים יזמיים, כגון התאחדות הבונים והקבלנים והתאחדות התעשיינים.<sup>71</sup>

מבחינה מהותית, מוסדות התכנון אמורים לשקול את מכלול האינטרסים שמובאים לפנייהם ואשר נוגעים בתועלות ובעלויות החברתיות השוליות שהתוכנית צפויה לגרום.<sup>72</sup> במסגרת זאת נכללים סוגי אינטרסים פרטיים שאינם מוגנים בהכרח במישורים אחרים של הדין, כגון פגיעה בנוף,<sup>73</sup> אובדן ההנאה משטחים פתוחים,<sup>74</sup> אי-נוחות בשל עלייה בהיקפי התנועה והתחבורה,<sup>75</sup> פגיעה ברווחיות של עסקים קיימים בשל כניסת מתחרים חדשים,<sup>76</sup> או פגיעה באופיו של אזור מסוים.<sup>77</sup>

לגיטימי, מצב-עניינים זה לא רק ראוי מבחינה נורמטיבית, אלא גם מבטא את יתרונה היחסי של הרגולציה התכנונית בהתגברות על כשלי השוק הכרוכים בהסדרה של יחסים מרחביים בעידן המודרני, המתאפיין בהתגוונותן ובהתעצמותן של ההשפעות הפיזיות, הכלכליות והחברתיות של שימושי הקרקע. בהתאם לכך, דיני התכנון אמורים להיות מעוצבים במטרה לממש את היתרונות הגלומים ברגולציה תוך צמצום חסרונותיה האפשריים, אך אינם צריכים להיות כבולים אפריורית בכללי המשפט הפרטי ובדיני המטרדים בפרט, אשר הבעיה בהישענות עליהם ככלי להסדרה כוללת של תחום שימושי הקרקע הובילה לעצם הצורך בתכנון ריכוזי. גם היוותותם של דיני המטרדים על כנם בעידן הרגולטיבי, לצד

מקרקעין לגביהם יש זכויות כאמור, ניתן לכלול במסגרת מי שזכאי להגיש תכנית התאגדות של תושבים המבקשת לזיום תכנית באזור מגוריהם".

70 עניין ועד אומנים, לעיל הערה 68, בעמ' 378-381; ע"מ 8193/02 ראובן נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נח(2) 153, 161-165 (להלן: עניין ראובן).

71 ראו סעיף 100(3) לחוק התכנון והבנייה. לרשימת הגופים שהוכרו כבעלי מעמד לפי סעיף זה, ראו צווי התכנון והבניה (קביעת גופים ציבוריים ומקצועיים לענין הגשת התנגדות לתכנית), תשל"ד-1974, ק"ת 535.

72 ראו ע"א 8434/00 דלק חב' הדלק הישראלית בע"מ נ' גזית ושחם חברה לבנין בע"מ, פ"ד נו(3) 693, 703-705.

73 סוגיית הפגיעה בנוף היוותה חלק מרכזי מהפגיעה שעמדה במרכזו של עניין וארון, לעיל הערה 4, כמו-גם בחלק נכבד מהמקרים שנידונו במאוחד בעניין ויטנר, לעיל הערה 1.

74 ע"א 8116/99 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, שומרון, פ"ד נה(5) 196, 199-200.

75 הסוגיה התעבורתית עמדה אף היא לדיון בחלק גדול מהמקרים שנידונו במאוחד בעניין ויטנר, לעיל הערה 1. כן ראו ע"מ 2418/05 מילגרום נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז ירושלים (טרם פורסם, ניתן ביום 24.11.2005) פסקות 1-2.

76 עניין ראובן, לעיל הערה 70, בעמ' 162-164.

77 עניין אדם טבע ודין, לעיל הערה 55, בעמ' 452-453.

דיני התכנון,<sup>78</sup> אינה מהווה אינדיקציה לכך שסוגי אינטרסים מסוימים – שייכתן שקיימות סיבות טובות לא להעניק סעד בגינם בסכסוכים פרטיים גרידא, כגון עלויות מנהליות או קושי מוסדי של בית המשפט להעריכם<sup>79</sup> – אינם בעלי משקל או תוקף משפטי במסגרת אותו הליך של הבניית הסדר המרחבי, המאפשר הידרשות מקיפה למכלול ההשפעות של שימוש הקרקע.

ייחודם של דיני התכנון בהקשר זה בא לידי ביטוי באופן ראוי לא רק בסוגיית הפיצוי לפי סעיף 197 לחוק, שתידון להלן בהרחבה, אלא גם בהלכתו של בית המשפט ששורשיה נטועים בפסקי־הדין היסודיים בעניין איגרא רמא<sup>80</sup> ובעניין אדמה.<sup>81</sup> לפי הלכה זו, אדם שנפגע משימוש קרקע בלתי־חוקי מבחינת דיני התכנון והבנייה זכאי לסעד, ובכלל זה צו הריסה או צו מניעה, אף אם הפגיעה אינה מגיעה כדי מטרד, ודי לו שיראה כי נגרמה לו "אי־נוחות" או פגיעה בהנאתו מרכושו.<sup>82</sup> כלל זה יושם לא רק לגבי עוצמת הפגיעה, אלא גם לגבי סוגי אינטרסים שאינם מוכרים כבני־הגנה בדיני המטרדים, כגון פגיעה במראה הנוף הנשקף מביתו של התובע.<sup>83</sup> הטעם בהלכה זו אינו נעוץ לטעמי רק ברצון הכללי להגביר את אכיפת החוק, שכן לצורך זה בלבד היה אפשר להסתפק בהחמרת אמצעי הענישה הפלילית והמנהלית כלפי המפר, אלא גם – ואולי בעיקר – בכך שהרגולציה התכנונית מהווה זירה עיקרית ועצמאית לכירור מכלול האינטרסים ולהקצאה הלכה למעשה של זכויות לצדדים הפרטיים הרלוונטיים, בהינתן המאפיינים הייחודיים של הפרויקט נושא הרגולציה, כך שב"דילוג" על הרגולציה יש משום פגיעה בזכויות פרטיות פרוצדורליות ומהותיות.

## 2. מעמדם הייחודי של שכנים בהליך התכנוני

במסגרת בירור של כלל האינטרסים הפרטיים הכרוכים בהליכי תכנון ורישוי בנייה, מקנה כיום הדין מעמד ייחודי לקבוצה הנחשבת באופן קטגורי לזו שתושפע באופן הניכר ביותר משימוש הקרקע (למעט, כמובן, בעלי הזכויות בקרקע שבתחום התוכנית), דהיינו, השכנים הגובלים בתחום הפרויקט.

כך, באחרונה תוקן סעיף 89א לחוק התכנון והבנייה, לעניין חובת מתן הודעה על

78 לדיון בסוגיה זו ראו להלן פרקים ג ו־ד.

79 ראו, בהתאמה, את הטקסט ליד הערות 105–108 וליד הערות 210–214.

80 בג"ץ 16/50 איגרא רמא בע"מ נ' ועדת בנין ערים ת"א, פ"ד ה(1) 229 (להלן: עניין איגרא רמא).

81 ע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד ט 1663.

82 עניין איגרא רמא, לעיל הערה 80; ר"ע 62/83 בעל טכסא נ' גונן, פ"ד לח(1) 281, 283 (להלן: עניין בעל טכסא).

83 למקרה שבו הוכרה עילת תביעה פרטית בשל הפרעה עקב בנייה בלתי־חוקית של שכן, אך נדחתה טענת המטרד ליחיד שכן אותה סוג הפרעה לא עלתה כדי הפרעה ממשית לשימוש או הנאה סבירים, ראו מחוזית"א (י"ם) 3029/01 נקש נ' בן יוסף (לא פורסם, ניתן ביום 28.6.2001).

הפקדת תוכנית מוצעת על-מנת לאפשר הגשת התנגדויות לה, ונקבע כי נוסף על דרכי הפרסום הכלליות, תפורסם או תימסר הודעה על הפקדת תוכנית מתאר מקומית (או תוכנית מפורטת החלה על שטח שאינו עולה על 3,000 מ"ר) לבעלים ולמחזיקים במגרשים הגובלים בתחום התוכנית, על-חשבון מגיש התוכנית.<sup>84</sup> חובה דומה קיימת זה כבר בנוגע לבקשות לקבלת היתר לשימוש חורג או להקלה מתוכנית,<sup>85</sup> ולפיה על מגיש הבקשה למסור לבעלים ולמחזיקים בקרקע או בבניין הגובלים בקרקע שלגביה הוגשה הבקשה הודעה המפרטת את מהות הבקשה ואת המועד להגשת התנגדויות.<sup>86</sup>

להסדר פרוצדורלי זה, המבקש לאזן בין הצורך בהבאת מידע לפני הרשות התכנונית על-אודות מכלול השפעותיו של הפרויקט לבין מניעת הפרזה בעלויות המנהליות הכרוכות בהליך התכנוני, יש לגישתי גם היבט מהותי הנוגע בהקצאת הזכויות בין הגורמים הפרטיים השונים ובהכרה בחשיבות המיוחדת של שכניו המיידיים של הפרויקט בהקשר זה. דברים אלה עשויים לקבל ביטוי מיוחד ככל שהדברים נוגעים בהליכי תכנון או רישוי בנייה שהיקף השפעתם מתמצה הלכה למעשה בסביבה המיידית של הקרקע מושא הפרויקט. זאת, בין היתר, כאשר מדובר בבקשה לקבלת היתר לשימוש חורג או להקלה. באותם מקרים של הליכים נקודתיים יחסית, משא-ומתן בין צדדים תחומים ומוגדרים היטב – אשר יביא, למשל, לידי הסרת התנגדויות כנגד תשלום מצד מבקש ההיתר לשכנים הצפויים להיפגע ממנו – עשוי להשפיע באופן גורף על ההחלטה הרגולטורית, ולהביא לידי אישור הבקשה מקום שהרשות הייתה מסרבת למתן ההיתר אילו נותרו ההתנגדויות על כן.<sup>87</sup> ייתכן

84 חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 73), התשס"ה-2005, ס"ח 660.

85 לפי סעיף 1 לחוק, "שימוש חורג" משמעו "...בקרקע או בבנין – השימוש בהם למטרה שלא הותר להשתמש בהם... לפי כל תכנית או תקנה אחרת שלפי חוק זה...", ואילו "הקלה" משמעה "הרשאה לבצע עבודה שהיא טעונה היתר לפי סעיף 145 בסטיה מהוראות תכנית או תקנה אחרת החלות במקום הנדון ושאינן בה משום שימוש חורג". סמכותה של הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה להעניק היתר לשימוש חורג או להקלה כפופה לכך שלא יהיה בסטייה המבוקשת משום "סטייה ניכרת" מהוראות התוכנית, לפי אמות-המידה הקבועות בסעיף 151 לחוק ובתקנות התכנון והבניה (סטייה ניכרת מתכנית), תשס"ב-2002, ק"ת 824.

86 סעיף 149(א)(א2)(ב) לחוק. הנימוק לדרישה זו הוא שבניגוד להליך של מתן היתר בנייה התואם את התוכנית התקפה, שאינו מחייב את שיתוף השכנים משום שהיא באפשרותם להתנגד בזמנו לאישור התוכנית עצמה, כאשר היתר הבנייה המבוקש סוטה מהתוכנית, יש מקום לאפשר לתושבים לממש את זכות ההתנגדות בשלב רישוי הבנייה. יצוין כי הסדר זה מאפשר את הרחבת חובת ההודעה גם כלפי בעלים ומחזיקים של בניין או קרקע שאינם גובלים פיזית בקרקע מושא הבקשה, אם הוועדה סבורה כי הם ייפגעו או עלולים להיפגע מאישור הבקשה. ראו סעיף 149(א)(א2)(ג) לחוק.

87 יודגש, עם זאת, כי החלטה רגולטורית שונה באופן מהותי מהענקת זכאות על-דרך של "כלל קניין" לאחד הצדדים לקונפליקט, וזאת משום שבהסכמת הצדדים להעברת הזכאות לצד האחר אין כדי לעקוף את ההסדר המשפטי הקיים, אלא יש צורך בעיצוב-מחדש פורמלי של ההחלטה הרגולטורית על-ידי מקבל ההחלטות הציבורי, שכן הרגולציה עצמה אינה סחירה. ראו: Brendan O'Flaherty *City Economics* (Cambridge, 2005) 178-179.

שבאפשרות המעשית יותר לקיומה של עסקה כזו יש גם כדי להצדיק (אם כי לא באופן מספק לטעמי) את העובדה שהזכות לפיצוי לפי סעיף 197 לחוק אינה חלה על אישור בקשה לקבלת היתר להקלה או לשימוש חורג במקרקעין גובלים, בניגוד לזכות לפיצוי בגין אישור תוכנית בהם.<sup>88</sup> זאת, מכיוון שקיום מספר מצומצם של צדדים רלוונטיים עשוי לכאורה לאפשר תיקון הסכמי של החלטות רגולטוריות גם במצב העניינים ההפוך, שבו ההיתר ניתן אף שעלויותיו השוליות עולות על התועלת שבו, וזאת בלא צורך במעבר לכללי אחריות (liability rules), שהינם מדויקים פחות וכרוכים בעלויות מנהליות נוספות של אמידת הנוזקים על-ידי בית המשפט.<sup>89</sup>

### 3. כלל התיחום הפיזי בסעיף 197 כקירוב להתחשבות יעילה

ככל שמספר הצדדים המעורבים בסכסוך עולה כן קטנה האפשרות המעשית להסדרה הסכמית יעילה של ההחצנות הכרוכות בשימוש הקרקע הנידון, בהינתן טעות רגולטיבית באמידת האינטרסים השונים, ועולה הצורך בשימוש בכללי אחריות הן לצורך קידום היעילות המצרפית והן למטרה הנבדלת של הבטחת חלוקה ראויה של העלויות והנטלים הכרוכים בפרויקט.<sup>90</sup>

במצב עניינים כזה המשפט ניצב מול האתגר של צמצום סך העלויות הכרוכות בהתנגשות האינטרסים סביב התוצר התכנוני, קרי: עלויות הנוזקים, עלויות מניעתם והעלויות המנהליות הכרוכות בהפעלת המשטר המשפטי.<sup>91</sup> לכן, אף שלכאורה, באופן אידיאלי, היה ראוי לשלם פיצוי לכל מי שנגרמה לו פגיעה מאישור התוכנית, ולגבות תשלום מכל מי שנצמח לו יתרון כתוצאה ממנה, באופן מעשי יהיה הדבר כרוך תכופות בעלויות מנהליות ניכרות שעלויות להכשיל מניה וביה את עצם הספקת התוצרים התכנוניים.

לעניין זה יודגש כי זיהוי כל השחקנים הרלוונטיים והכימות המדויק של ההשפעה עליהם מעוררים בעיות לא רק בנוגע לנפגעים הפוטנציאליים, אלא גם בנוגע למוטבים האפשריים של שימוש הקרקע הנידון, שכן אלה אינם כוללים בהכרח רק את בעלי הזכויות

88 לוינסון-זמיר סבורה שאין לכאורה מקום להבחנה זו, אולם מגיעה למסקנה שאין מקום להעניק פיצוי בשל פגיעה הנובעת ממתן הקלה או היתר לשימוש חורג במקרקעין אחרים. זאת, בהתאם לעמדתה שאין להעניק פיצוי לפי סעיף 197 גם בגין פגיעה הנגרמת עקב תוכנית המתירה שימוש במקרקעין אחרים. ראו לוינסון-זמיר, לעיל הערה 5, בעמ' 378-379.

89 התובנה שלפיה מקום שקיימת אפשרות לעסקה מתקנת בין הצדדים יש להעדיף את כלל הקניין, הוול יותר מבחינה מנהלית, על כלל האחריות, המצריך את אמידת הנוק בר-הפיצוי על-ידי בית המשפט, עומדת בבסיס מאמרם של קלברזי ומלמד: Calabresi & Melamed, *supra* note 26, at pp. 1118-1121.

90 על האופן שבו כללי אחריות פועלים להשגת שתי המטרות הללו, ראו הדיון להלן ליד הערות 135-136.

91 ראו: Robert C. Ellickson "Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines and Land Use Controls" 40 *U. Chi. L. Rev.* (1973) 681, 687-690.



בקררע מושא הפרויקט. חשוב, למשל, על פרויקטים של סלילת כביש או של הקמת מרכז מסחרי. פרויקטים כאלה עשויים להעלות את ערך הקרקע של נכסים סמוכים אשר אינם גובלים מיידית במתחם הפרויקט, ולכן אינם סובלים את מלוא ההחצנות הפיזיות הסביבתיות, אך נהנים, בהתאמה, מהנגישות המשופרת לנתיבי תחבורה או מהרחבת ההיצע הצרכני באזור מגוריהם.<sup>92</sup> דא עקא, שהתחשבות כספית מלאה בגין טובות-הנאה אלה, תוך "קיוון" האפשרי מהנוקים, הינה בלתי-מעשית בדרך-כלל.

בהינתן המגבלות הללו, המשטר המשפטי של סעיף 197 לחוק, כמו גם הוראת סעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק לעניין היטל השבחה, נוקטים נורמה משפטית המבקשת ליצור קירוב להתחשבות יעילה על-ידי איתור הצדדים הפרטיים שהינם באופן טיפוסי הגורמים המושפעים ביותר מהחצנותיה של התוכנית והניתנים לזיהוי קל וברור – דהיינו, בעלי הזכויות בקרקעות שבתחום התוכנית ולצידם בעלי הזכויות במקרקעין הגובלים פיזית בשטח התוכנית – וחשוב הפגיעה בצדדים אלה תוך התחשבות במכלול ההשפעה השולית של התוכנית. מטיבה של נורמה משפטית מסוג כלל (rule), הפעלתה עלולה להיות כרוכה לעיתים באי-דיוקים מבחינת המתאם בין זהות הצדדים הפרטיים החייבים והזכאים סטטוטורית לבין זהות הצדדים המושפעים הלכה למעשה באופן משמעותי מתוכנית מוגדרת.<sup>93</sup> לצורך כך, וכדי למנוע עיוותים נורמטיביים של ממש – ולא רק אי-דיוקים – כתוצאה מהפעלת כלל הקירוב האמור, נכנסים לפעולה המנגנונים המתקנים של סעיף 200 לחוק התכנון והבנייה, שבו אדון בסעיף הבא, וכן דיני המטרדים והחקיקה הסביבתיים, שבהם אדון בפרק ג להלן.

לגבי הטלת היטל השבחה על מקרקעין גובלים בשל השבחות תכנוניות עקיפות, אעיר כי הוועדות המקומיות לתכנון ולבנייה אינן עושות כיום שימוש בסמכות הנתונה להם מכוח החוק.<sup>94</sup> ייתכן, עם זאת, כי ככל שמרכז-הכובד של תביעות הפיצויים לפי סעיף 197 לחוק ימשיך לנוע לכיוון פגיעות תכנוניות עקיפות, באופן שימשיך להעצים את הנטל הפיסקלי על הוועדות המקומיות, כן תגבר גם נטייתן לעשות שימוש במכשיר המשפטי של גביית היטל בגין השבחות תכנוניות עקיפות במקרקעין הגובלים בתחום התוכנית. לעניין עצם רציותו של ההסדר המטיל חבות בהיטל השבחה על בעלי זכויות במקרקעין גובלים, אציין כי ייחודו של ההליך התכנוני כדרך הסדרה ראשונית ומקיפה של יחסים מרחביים מצדיק את ההבחנה בין חיוב נהנים עקיפים בחלק מעליית ערך הנכס לבין הסתייגותם של דיני עשיית

92 למשל, לדיון בשאלה אם סלילת כביש "חוצה ישראל" העלתה את שווי הנכסים ביישובים סמוכים, ראו אריק מירובסקי "הכביש המהיר בדרך לעליית מחירי הדירות" הארץ The Marker נדל"ן (21.10.2005) 8.

93 לניתוח היתרונות והחסרונות הגלומים במשטר של כללים לעומת משטר של סטנדרטים פתוחים, ראו: Louis Kaplow "Rules versus Standards: An Economic Analysis" 42 Duke L. J. (1992) 557.

94 ראו אירית גיל ורחל אלתרמן היטל השבחה בישראל (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 46-47 (המביאות תוצאות סקר שערכו בקרב ארבעים ושבע ועדות מקומיות, שלפיו אף לא אחת מהן נוהגת לגבות היטל השבחה ממקרקעין גובלים).

עושר במשפט הפרטי מחיובו של אדם בגין טובת־הנאה כפוייה־לכאורה.<sup>95</sup> הגבלתו הפיזית של החיוב לבעלי מקרקעין גובלים בלבד שומרת על רמה גבוהה של ודאות משפטית, ומונעת מצב־עניינים שבו בעלי זכויות במקרקעין יצטרכו לחשוש חדשות לבקרים מן האפשרות של חיובם בהיטלי השבחה בשל סוגים שונים של תוצרים תכנוניים בעלי השפעה חיובית זו או אחרת בהיקף גיאוגרפי נרחב.

#### 4. על תפקידו של סעיף 200 כסייג לפיצוי בגין פגיעות תכנוניות עקיפות

כפי שהזכרתי לעיל, תשומת־לב מרובה מופנית לאחרונה לסעיף 200 לחוק, שעניינו סייג לחובת הפיצוי בגין פגיעה תכנונית במקום שבו, בין היתר, "הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים". בדיון הנוסף בעניין הורוויץ<sup>96</sup> דחו כל שבעת שופטי ההרכב את עמדתו של השופט טירקל בערעור האזרחי כי סעיף זה אינו אלא ביטוי פרטני לעיקרון הכללי של "זוטי־דברים" (de minimis),<sup>97</sup> אך נחלקו בדבר הבסיס הנורמטיבי של סעיף 200 לחוק, ומכאן גם לגבי אופן יישומו במקרים פרטניים: שלושה משופטי ההרכב – אור, ברק וריבלין – סברו כי יש לפרש את היקפו של סעיף 200 לחוק לאור עקרון "האחריות החברתית" המובנה בזכות הקניין עצמה, אשר מחייב בעל קרקע לשאת בפגיעות מסוימות "כחלק מהמחיר שהוא משלם על היותו חבר בקהילה";<sup>98</sup> לעומתם, הביעו השופטים חשין, דורנר וטירקל את העמדה כי עיקרה של זכות הקניין הוא דווקא "בכוח ובסמכות הניתנים לבעלים", וכי אין לדרוש מבעל קרקע לשאת בנטל בלתי־שוויוני לטובת קידום הנאתם של חברי הציבור שבתוכו הוא מצוי.<sup>99</sup> מחלוקת בסיסית זו הובילה גם לשוני במבחן הדוקטרינרי שהציעה כל אחת משתי הקבוצות הללו לבחינת קיום תנאיו של סעיף 200 לחוק.<sup>100</sup> כך, לעניין "סבירות" הפגיעה, חזר השופט אור על שלושת השיקולים שניסח הנשיא ברק בערעור האזרחי, דהיינו: גודל הירידה בערך המקרקעין הנפגעים, מידת פיזור הנזק ומידת חיוניותו של האינטרס הציבורי הגלום בתוכנית.<sup>101</sup> השופט חשין, לעומתו, סבר כי אמת־המידה המרכזית לסבירות

95 להבחנה זו ראו: Amnon LeHAVI "Intergovernmental Liability Rules" *Va. L. Rev.* (Forthcoming 2006).

96 דנ"א הורוויץ, לעיל הערה 29.

97 ע"א הורוויץ, לעיל הערה 55, בעמ' 929–930.

98 דנ"א הורוויץ, לעיל הערה 29, בעמ' 299–304.

99 שם, בעמ' 313–316.

100 השופט השביעי שישב בהרכב, השופט מצא, ניסה לגשר בין שתי העמדות על־ידי הצגתן כנבדלות בעיקר "בהדגשים ובדקויות הרטוריקה", אך בסופו של דבר הצטרף לדעתם של השופטים חשין, דורנר וטירקל כי בנסיבות העניין חרגה הפגיעה מכוח התוכנית מתחום הסביר.

שם, בעמ' 336–339.

101 שם, בעמ' 303–304.

הפגיעה היא גודלה של ירידת הערך, בעוד שני השיקולים המוצעים האחרים הינם משניים בחשיבותם.<sup>102</sup>

הבדלי גישה אלה מוצאים ביטוי בדעות שונות בכתיבה העיונית על-אודות היחסים הקנייניים בין הפרט ל"קהילה"<sup>103</sup> שבתוכה הוא מצוי, וזאת בהקשר של טיבו והיקפו של השוויון בנשיאת עלויות, ובכלל זה בנוגע לטווח הזמן הרלוונטי להערכת קיומה של יחסיות והדדיות בנשיאה בנטל. במילים אחרות, הדעות חלוקות לגבי השאלה אם יש לערוך "התחשבות" בגין כל פרויקט מוגדר או שמא יש לראות את המעשה התכנוני בהקשר הרחב יותר של מכלול הפעולות הטיפוסיות הנעשות בקהילה נתונה לקידום התועלת של כלל חבריה.<sup>104</sup>

אף שדיון זה התמקד בהערכת פגיעות תכנוניות ישירות, יש לו בוודאי השלכה גם על סוגיית הנשיאה בעלויות של פגיעות עקיפות הגלומות באישור תוכניות, הן כאשר מדובר בפרויקט לשימוש ציבורי והן כאשר עסקינן בתוכנית שעיקרה כינון טובין פרטיים. בהקשר זה אני סבור שיש טעם מיוחד בחשיבה שתבחן את התוכנית הספציפית בטווח זמן שאינו מידי, ואשר תעביר במסגרת משפטית-נורמטיבית את ירידת הערך השוקית המאותרת על רקע תוכניות שאושרו בעבר באזור הסמוך הפיזית לקרקע, כמו-גם על רקע מגמות תכנוניות מוחשיות לאותו אזור, ובעיקר אלה החלות באופן ישיר על הקרקע הנפגעת.

לדוגמה, ניתן לחשוב על שני תרחישים שונים. בתרחיש הראשון, בעלי דירות בבניין בן שמונה קומות תובעים פיצויים בגין ירידת ערך הנגרמת להם עקב פגיעה בנוף ועליות היקפי התנועה בשל אישור תוכנית לחלקה הגובלת, המשנה את ייעודה של זו משטח פתוח לייעוד למגורים, ומתירה להקים על החלקה בניין בן שמונה קומות. בתרחיש השני, בעל בית-מגורים בחלקה המיועדת לבנייה של קומה אחת בלבד תובע פיצוי בגין ירידת ערך שנגרמה לו עקב אישור התוכנית האמורה בחלקה הגובלת. בשני המקרים השוק צפוי לאתר קיומה של פגיעה עקיפה, וסביר להניח כי ההיקף המצטבר של ירידת הערך יהיה גדול יותר במקרה הראשון, לנוכח ריבוי בעלי הדירות, כך שלכאורה ההחצנה הנגרמת במקרה זה הינה חמורה יותר מבחינת מאזן העלות-תועלת המצרפי. אף-על-פי-כן נראה כי הפעלת סעיף 200 לחוק ושליטת הזכות לפיצוי ראוייה דווקא בתרחיש הראשון, ואילו בתרחיש השני ספק אם היא ראויה. זאת, משום שהמעשה התכנוני בתרחיש השני, שהתיר את פרויקט הבנייה רבת-הקומות בחלקה הגובלת אך הותיר על כנו את סיווגה של הקרקע הנפגעת כחלקה לבנייה נמוכה ודלילה, מפר באופן דרמטי בהרבה את מערך היחסים המרחביים ואת חלוקת

102 שם, בעמ' 319-322.

103 המונח "קהילה" אינו מתפרש די צורכו בדעות השופטים השונות בעניין הורוויץ, ונראה כי הם מזהים אותו באופן כללי עם מתחם גיאוגרפי/פוליטי מצומצם יחסית, ולא עם מאפיינים ממשיים של "דבק" ומחויבות חברתית הדדית באזור נתון כמשליכים על מערך הזכויות הקנייניות. לניתוח מושג זה בהקשר של מתחמי מגורים ראו אמנון להבי "קהילות מגורים חדשות בישראל - בין הפרטה להפרדה" דין ודברים ב(1) (תשס"ו) 63.

104 לביטוי מובהק של העמדה התומכת בהתחשבות לטווח ארוך ביחס לתוצרים תכנוניים רגולטוריים המיועדים לקידום טובתה של אוכלוסייה בטווח גיאוגרפי מצומצם יחסית (שימוש "קהילתני"), ראו דגן, לעיל הערה 30, בעמ' 165-175.

העלויות והתועלות הנוהגת באותו אזור מייד. זאת, לעומת התרחיש הראשון, שבו התוצר התכנוני הנוכחי מחיל למעשה אותה נורמה שהוחלה בעבר על הקרקע הנפגעת לכאורה. מכאן גם עולה כי אין לזהות את הערכת "סבירות" הפגיעה לעניין סעיף 200 לחוק עם אמת-המידה של מניעת "שימוש סביר" או "הנאה סבירה" לצורך קיומה של עילת המטרד ליחיד, אשר לא תעניק ככלל סעד, כאמור, אף בגין הפגיעה בתרחיש השני.<sup>105</sup> לעניין זה חשוב להבין כי עיצובה של עוולת המטרד ליחיד והעיקרון הגלום בה של "חיה ותן לחיות", המסנן את סוגן והיקפן של ההפרעות המקימות עילת תביעה, מקורם בעידן הטרום-רגולטורי של חירות שימוש כללית מכוונת זכות הקניין. חירות זו לא עשתה הבחנה אפריורית בין בעלי הקרקע השונים לעניין סוג השימוש או היקף השימוש שהם רשאים לעשות, כך שלכאורה, ב"תגובה" על פיתוח אינטנסיבי על-גבי החלקה הגובלת, לא הייתה מניעה חוקית מהשכן לנהוג באופן דומה.<sup>106</sup> במצב-עניינים כזה, האתגר שהמשפט עמד מולו היה להפריד בין שני סוגים של פגיעות: מצד אחד, פגיעות שהינן באופן טיפוסי הדדיות בפועל או בכוח, בהינתן תנאי האזור הספציפי,<sup>107</sup> ואשר הענקת זכות תביעה בגינן, תוך עמידה על העיקרון של מוחלטות הזכות לגבי כל פגיעה, תהיה כרוכה בעלויות מנהליות מיותרות ולא תשרת בסופו של דבר את מאזן העלות-תועלת של הצדדים; ומן הצד האחר, פגיעות הנובעות מסטיות משמעותיות ולא-טיפוסיות אשר מפרות את עקרון ההדדיות, הופכות את הפגיעה לחד-סיבובית, ומצדיקות את הפעלת המערכת המשפטית תוך הטלת העלויות בגין הפעולה הפוגעת על מבצעה.<sup>108</sup>

105 זאת, בהנחה שהבניין החדש בכל אחד מהתרחישים לא יחסום את אור השמש באופן המנוגד להוראת סעיף 48 לפקודת הבניין.

106 ראו לעניין זה את פסק-הדין האנגלי בעניין *Bamford v. Turnley* 122 Eng. Rep. (Ex. 1862) "It is much for the advantage of one owner, as of another for the very 27, 32-33 nuisance the one complains of, as the result of the ordinary use of his neighbor's land, he himself will create in the ordinary use of his own, and the reciprocal nuisances are of a comparatively trifling character. The convenience of such a rule may be indicated by calling it a rule of give and take, live and let live..."

107 עקרון ההדדיות המגולם בעקרון ה"חיה ותן לחיות" מושלם על-ידי "כלל המקום" (locality rule), שלפיו בחינת "מטרדיותה" של התנהגות מסוימת תלויה באופיו ובתנאיו הספציפיים של המקום. ראו בהקשר זה את הצהרתו המפורסמת של בית-המשפט הפדרלי העליון בארצות-הברית בעניין: *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365, 388 (1926): "A nuisance may be merely a right thing in the wrong place, like a pig in the parlor instead of the barnyard", וכן את הצהרתו הידועה לא-פחות של בית-המשפט האנגלי בעניין *Sturges v. Bridgman* [1879] 11 Ch.D. 852, 856: "...whether anything is a nuisance or not is a question to be determined, not merely by an abstract consideration of the thing itself, but in reference to its circumstances: what would be a nuisance in Belgrave Square would not necessarily be so in Bermondsey..."

למשטר האיזור (zoning) הרגולטורי, ראו גם: Ellickson, *supra* note 91, at pp. 731-733.

108 ראו: Richard A. Epstein *Torts* (Gaithersburg, 8<sup>th</sup> ed., 2004) 616-618.

אלא שכפי שהזכרתי לעיל, המציאות של התעצמות פיתוחי קרקע אינטנסיביים לצרכים פרטיים וציבוריים בעלי השפעות ניכרות, לצד שאיפתה של המדינה המודרנית לקדם שורה של מטרות כלכליות וחברתיות בין היתר על-ידי מדיניות קרקעית, הביאו לידי החלפתה של עוולת המטרד ברגולציה התכנונית ככלי הנורמטיבי המרכזי להבניית הסדר המרחבי. במצב עניינים כזה, פיתוחה של קרקע במקום אחד אינו מנביע בהכרח אפשרות מעשית של פעולה הדדית בחלקה השכנה על-סמך החלטה פרטית, שכן הדבר תלוי בגורמה התכנונית הספציפית החלה לגבי כל אחת מהקרקעות הרלוונטיות. מכאן, אפוא, שהערכת סבירות הפגיעה באשר לתוצרים תכנוניים צריכה להיעשות לא ביחס ליכולות ה"תגמול" ההיפותטיות של שכנים, אלא ביחס לתוצרים התכנוניים האחרים באזור ולנסיבות שבהן יש במכלול התכנוני כדי ליצור חוסר איזון משמעותי בין בעלי הקרקעות השונים.

##### 5. עליית משקלם של הסכמי השיפוי והצורך בתיקון המנגנון של היטל ההשבחה

ההתחשבות סביב פגיעות והשבחות תכנוניות אינה כמובן נחלתם של צדדים פרטיים בלבד. החבות בתשלום הפיזוי בגין פגיעות תכנוניות, ישירות ועקיפות, מוטלת לפי סעיף 197 לחוק על כתפי הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה שבשטחה מצויים המקרקעין. מימון הפיזוי אמור להיעשות מתוך מנגנון עקרוני של "קופה סגורה" שהוועדה המקומית מנהלת לפי סעיף 13 לתוספת השלישית לחוק – קופה שמקור הכנסותיה הוא היטלי השבחה ממכלול התוצרים התכנוניים בשטחה, ואשר הוצאותיה כוללות, בין היתר, עלויות הכנה וביצוע של תוכניות במרחב התכנון.<sup>109</sup>

לכאורה, אילו הייתה הוועדה המקומית ריבונית להחליט בנוגע לכלל התוכניות בשטחה, היא הייתה יכולה לאמץ מדיניות פיסקלית מובהקת בנוגע לתוצרים התכנוניים. במצב זה הייתה הוועדה המקומית מאשרת אך ורק תוכניות רווחיות מבחינה פיסקלית, דהיינו, כאלה שהגבייה השולית של היטלי השבחה ומיסים עירוניים עתידיים (בעיקר ארנונה) בגינן צפויה לעלות על מכלול ההוצאות השוליות הכרוכות ביישום התוכנית, ובכלל זה תשלום פיצויים לפי סעיף 197 לחוק.<sup>110</sup>

109 הוצאות אלה כוללות גם את תשלום הפיזוי בגין פגיעות תכנוניות לפי סעיף 197 לחוק. ספק, עם זאת, אם הוועדות המקומיות אכן מציינות לכלל "הקופה הסגורה" ואינן מעבירות במקרים מתאימים עודפים כספיים הנובעים מהיטלי השבחה לתקציבה השוטף של הרשות המקומית. גיל ואלתרמן, לעיל הערה 94, בעמ' 12-15.

110 לשימוש המתגבר בישראל במנגנון התכנון והבנייה ככלי פיסקלי מקומי, ראו נחום בן-אליא 'קופת התכנון': הפיסקליזציה של התכנון והפיתוח ברשויות המקומיות (מהדורה ראשונה, תש"ס). תופעה זו נפוצה אף יותר במדינה דוגמת ארצות-הברית, שבה מוקנות ככלל מלוא סמכויות התכנון והבנייה, ובכלל זה סמכות האיזור, לרובד השלטון המקומי. ראו: Helen F. Ladd "Land Use Regulation as a Fiscal Tool" in *Local Government Tax and Land Use Policies in the United States: Understanding the Links* (Cheltenham, Helen F. Ladd ed., 1998).

דא עקא, שחלק נכבד מהתוכניות המאושרות בשטחה של ועדה מקומית לתכנון ולבנייה אינן נתונות לסמכותה, וההחלטה לגביהן מתקבלת על-ידי מוסדות תכנוניים במעלה המדרג – בעיקר בוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, ובמקרים מסוימים גם במוסדות התכנון הארציים. מצב-עניינים זה עלול להכניס את הוועדה המקומית למצוקה תקציבית, בפרט בנוגע לאותם פרויקטים של טובין ציבוריים, כגון מתקני תשתית, כבישים או פארקים מטרופוליניים, שהתועלת החברתית בגינם מתפזרת על-פני הציבור הכללי, ואשר אינם כרוכים לפיכך בהשכחה ניכרת של שווי השוק של הקרקע ובהיטלי השבחה גבוהים, בעוד העלויות הפרטיות בגינן, ובכלל זה פגיעות תכנוניות ישירות ועקיפות, מרוכזות בשטח גיאוגרפי מצומצם יחסית.<sup>111</sup> בחלק מהמקרים, האנומליה הזו – אותה פער מובנה בין היקף ההכנסות המוגבל של הוועדה המקומית מהפרויקט לבין חבותה המוגברת בתשלום פיצויים בגין פגיעות ישירות ועקיפות הגלומות בו – נפתרת באמצעות הוראות חקיקתיות או תכנוניות המטילות את נטל הפיצוי, במלואו או בחלקו, על כתפי רשויות ציבוריות בדרג גבוה יותר.<sup>112</sup>

אך מעבר לכך, עליית היקפן של תביעות הפיצויים בגין פגיעות תכנוניות עקיפות מחדת את הסוגיות העקרוניות בדבר חבותם של יזמי תוכניות כלפי בעלי מקרקעין הנפגעים באופן עקיף משימוש הקרקע הצפוי, ובדבר עצם הזיקה שבין היטל ההשבחה לבין הפיצוי התכנוני לפי סעיף 197 לחוק. חשיבותו של דיון זה מקבלת משנה תוקף על רקע השימוש הגובר שמוסדות התכנון והרשויות מנסים לעשות בשנים האחרונות במנגנון של כתבי-שיפוי, שבהם יזם התוכנית, בתמורה לאישור התוכנית או למתן היתר הבנייה, מתחייב לשאת בעלות התשלום בגין תביעות הפיצויים.<sup>113</sup> בהעדר סמכות חקיקתית מפורשת לכך, ניטשים תכופות סכסוכים משפטיים בין יזמי תוכניות לבין הוועדות המקומיות בדבר הלגיטימיות של כתבי-שיפוי. בתי-המשפט נותנים ככלל הכשר לכתבי-שיפוי המעוגנים

111 דוגמה מובהקת לכך היא "תשתיות לאומיות", כהגדרתן בסעיף 1 לחוק התכנון והבנייה (ובכלל זה תחנות-כוח, אתרי אשפה ומתקני מים וביוב), אשר סמכות ההחלטה לגביהן נתונה למן שנת 2002 באופן בלעדי לוועדה הארצית לתשתיות לאומיות. תוכנית לתשתית לאומית היא תוכנית מתאר ארצית, הכוללת הוראות של תוכנית מפורטת, באופן המאפשר הוצאת היתרי בנייה ישירות מכוחה, בלא צורך בתכנון פרטני נוסף על-ידי מוסדות התכנון המחוזיים. ראו סעיף 276 לחוק. על ההיגיון בתכנון לאומי של פרויקטים נקודתיים-לכאורה מסוג זה עמד בית-המשפט העליון בעניין ערבה תיכונה, לעיל הערה 64, בעמ' 564, בציינו כי "המדובר בענייננו בהקמתו של פרויקט, אשר בשל השפעותיו הסביבתיות עלול להיתקל בהתנגדות 'מחוזית' או 'מקומית'. ללא יוזמה בתכנון ובהקמת הפרויקט על-ידי גוף כלל-ארצי, קיים חשש ממשי שהפרויקט לא יושלם". דא עקא, שהחבות הסטטוטורית בפיצוי בגין תוכנית לתשתית לאומית מוטלת אף היא, מכוח סעיף 197, על כתפי הוועדה המקומית.

112 ראו לעיל הערות 9, 12-13 והטקסט שלידן.

113 ראו לוינסון-זמיר, לעיל הערה 6, בעמ' 380-384; נעמי אלסטר-פנחסי "סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 – פיצוי לנפגעים כתוצאה מתוכנית מתאר שלא על דרך הפקעה" הפרקליט לו (תשמ"ד) 516, 532-537.

בהוראות תוכנית<sup>114</sup>, אך לא כאשר הדרישה מועלית לאחר-מכן כתנאי להוצאתם של היתרי בנייה.<sup>115</sup> נוסף על כך, הקושי בהפעלתם ובאכיפתם של כתבי-שיפוי במציאות המשפטית הנוכחית גורם לכך שוועדות מקומיות נוטות מלכתחילה להידרש למנגנון זה רק כאשר מדובר ביזם יחיד, ולא כאשר מדובר בקבוצה גדולה של בעלי זכויות בקרקעות. זאת, משום שהשבחה בגין התוכנית מתפזרת ביניהם, ולעיתים קרובות הם אינם נחשבים באופן פורמלי ליזמי התוכנית המשבחה.<sup>116</sup> הבחנה זו מקורה בשיקולים של נוחות מנהלית, אך ברי כי אין לה הצדקה נורמטיבית כשלעצמה. מכאן, שעל-אף גישתו החיובית באופן עקרוני של בית-המשפט העליון לכתבי-שיפוי כאמצעי לחלוקת נטלי התוכנית,<sup>117</sup> סוגיות אלה טעונות הסדרה מפורשת ולכידה (קוהרנטית), תוך תיקון ההסדר החקיקתי הנוהג. בבסיס הצורך בשינוי הדין בהקשר זה עומדת השאלה מהן המטרות של מנגנון היטל השבחה: האם מדובר במכשיר שעניינו גם בהפנמת העלויות החברתיות של שימוש הקרקע הנתון או שמא עסקינן בתפיסה רחבה יותר של מיסוי עושר שאינה כרוכה בויקה ספציפית למאזן המרוויחים והמפסידים בפרויקט מסוים, כך שראוי לגבות היטל השבחה באותו היקף כספי גם במקרים שבהם לא מוגשות כלל תביעות פיצויים לפי סעיף 197 לחוק עקב אישור התוכנית?

לטעמי, מכלול התייחסותו של בית-המשפט לסוגיה זו לוקה בחוסר בהירות, ואינו מספק כלים ראויים לעיצוב מדיניות עדכנית בנוגע להיטל השבחה ולזיקתו למנגנון כתבי-השיפוי. כך, בעניין ויטנר, בית-המשפט העליון חוזר על אמירות קודמות שלו שלפיהן היטל השבחה מהווה למימוש עיקרון של "צדק חלוקתי"<sup>118</sup> כך שמקום שאדם "נתעשר אך בשל פעילות נורמטיבית של רשויות הציבור – ראוי לו שישתף את הקהילה באותה התעשרות שנתעשר".<sup>119</sup> אך באותה פסקה עצמה, כאשר נדרש בית-המשפט למנגנון

114 בג"ץ 1494/05 וינברג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה בתל-אביב (לא פורסם, ניתן ביום 15.3.2005).

115 ראו מחוזי-עת"מ (ת"א) 2461/04 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' ועדה מחוזית לתכנון ובנייה, הרצליה (לא פורסם, ניתן ביום 25.1.2005) (פסילת דרישה לכתב-שיפוי בשל הוצאת היתר בנייה לאנטנה סלולרית מכוח תוכנית המתאר הארצית שנידונה לעיל בהערה 13). ערעור על פסק-דין זה תלוי ועומד בבית-המשפט העליון, ובאחרונה צורפו אליו מרכז השלטון המקומי ופורום המשעשרה הערים הגדולות. ראו החלטת-ביניים בע"מ 1925/05 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 7.7.2005). עם זאת, כאמור לעיל בהערה 13, מאז כבר הוסדר נושא החבות בפיצויים בגין הקמת אנטנות על-ידי הטלת חובת שיפוי בשיעור 100% על החברות הסלולריות.

116 לוינסון-זמיר, לעיל הערה 6, בעמ' 382-383.

117 ראו בג"ץ 7250/97 סולימאני נ' שר הפנים ואח', פ"ד נד (3) 783, 792-793; עניין ויטנר, לעיל הערה 1, בפסקה 14.

118 ראו, למשל, ע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, ת"א יפו, פ"ד נב (5) 715, 719; ד"נ 3768/98 קרית בית הכרם בע"מ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד נו (5) 49, 62-63.

119 עניין ויטנר, לעיל הערה 1, בפסקה 14.

כתבי-השיפוי, הוא שב ועושה שימוש לא-זהיר במונח הרחב של "צדק חלוקתי" כהצדקה נפרדת לחיוב היוזם, "שהוא המרוויח העיקרי מן התכנית", בנטל הפיצויים בגין התביעות לפי סעיף 197 לחוק, דהיינו, במסגרת ההתחשבות הפרטנית סביב ההחצנות השליליות של אותה תוכנית. דא עקא, שבית-המשפט אינו נדרש כאן לזיקה שבין עילת החבות הכללית, היא היטל ההשכחה בגין עליית הערך, לבין עילת החבות הפרטנית, קרי כתב-השיפוי בשל נזקי התוכנית, ובמיוחד לשאלה אם יזם זכאי לקזז את חבותו הכספית מכוח כתב-השיפוי מחבותו הכספית מכוח היטל ההשכחה.<sup>120</sup>

אם התשובה לשאלה זו חיובית, ייתכנו מצבים שבהם יזם של תוכנית שגרמה נזקים תכנוניים בני-פיצוי לא יישא בעלות נוספת, לעומת יזם של תוכנית משביחה מקבילה בהיקפה שאינה טומנת בחובה נזקים לסביבתה, וזאת, לכאורה, בניגוד לעמדתו העקרונית של בית-המשפט. מאידך גיסא, אם שני החיובים הללו יתקיימו במצטבר, ייתכנו מקרים אבסורדיים שבהם יחויב יזם תוכנית בסופו של יום בתשלום בשווי של מלוא מאת האחוזים של ההשכחה, ואף מעבר לכך, אף שהתוכנית עצמה מקדמת את התועלת החברתית השולית, כך שראוי לתמרץ את יזם התוכנית לקדם אותה.

חשוב, למשל, על תוכנית להקמת מרכז מסחרי המגלמת בתוכה תועלת לבעל הקרקע היוזם בשיעור של 300, וכן תועלת המתפורת על-פני הציבור הכללי, הנהנה משירותי המרכז המסחרי, בשיעור של 200, כך שסך כל התועלת החברתית הגלומה בפרויקט היא 500. כנגד זאת נגרם נזק לשכנים הגובלים בפרויקט, בשל רעש ובעיות תחבורה והנזיה, באופן המוריד את ערך נכסיהם בסך כולל של 250. אם יחויב היוזם בתשלום היטל השכחה בשיעור מחצית שווי ההשכחה למקרקעיו ( $300/2 = 150$ ), ונוסף על כך יידרש לשפות את הוועדה המקומית בגין מלוא עלות הפיצוי בסך 250, יהיה עליו לשאת בתשלום כולל בגובה 400, דבר שינא אותו מלכתחילה מלבצע את הפרויקט, שכן הוא כרוך מבחינתו בשווי שלילי נטו בגובה 100. בכך יסוכל פרויקט שהתועלת החברתית נטו הצפויה ממנו היא 250. ייתכנו כמובן דוגמות מספריות המובילות לתוצאה אחרת, אולם ברי כי חיוב היוזם בתשלום בגובה של 100% ויותר מגובה ההשכחה מקום שהפרויקט הינו בסך-הכל יעיל מבחינה חברתית מוביל לתוצאה מעוותת.<sup>121</sup>

הפתרון למבוכה זו נעוץ לטעמי באיחוד של שני המנגנונים המקבילים הללו לכלל מנגנון מתוקן של היטל השכחה, באופן שישלב בתוכו את הטעם המיסוי של צדק חלוקתי (במובנו הנכון של המונח) יחד עם הטעם של קידום תועלת מצרפית וחלוקה ראויה של נטלים בהקשר של השלכותיו השוליות של הפרויקט המסוים. למעשה, אין מדובר כאן בשני טעמים מנוגדים, אלא בשיקולים הכרוכים זה בזה כעניין של מידה. את ההצדקה לגביית היטל השכחה גם בהעדר תביעות ספציפיות לפי סעיף 197 לחוק בגין אישור התוכנית ניתן

120 יוזכר כי לפי סעיף 3 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, שיעורו של היטל ההשכחה הוא 50% מגובה ההשכחה (דהיינו, מן העלייה בשוויים של המקרקעין עקב אישור התוכנית).  
121 אעיר כי המודל שאני מציע אינו כולל בתוכו את מנגנון תשלומי האיזון הנוהגים בין בעלי קרקעות בתחומה של תוכנית במקרה של תוכנית לחלוקה חדשה, שנידון לעיל בהערה 6. את המנגנון הזה יש לקיים בנפרד קודם להתחשבות המוצעת במודל לצורך חישוב ההשכחה נטו.



לבסס לא רק על שיקולים כלליים של צדק חלוקתי, אלא גם על תפיסה שלפיה היזם נושא באופן זה בעלויות ה"נבלעות" על-ידי הרשות הציבורית הרלוונטית ועל-ידי כלל משלמי המיסים בתוכה. למשל, ככל שמוסד התכנון מאשר עוד ועוד תוכניות לפיתוח מקרקעין באופן שמרחיב את מספר תושביה ואת היקף חבויותיה של הרשות המקומית הרלוונטית, הוצאותיה ההוניות והשוטפות של הרשות גדלות, והיא נדרשת לספק מינון גבוה יותר של תשתיות ושירותים שאינם נמצאים דווקא בשטחה הפיזי של התוכנית ולכן אינם ניתנים למימון מספק על-ידי גביית אגרות והיטלי פיתוח מיזם התוכנית.<sup>122</sup> עם זאת, אין ספק בעיניי כי מנגנון ראוי של היטל השבחה צריך גם ליצור תמריץ חזק ליזמי תוכנית למזער את הנזקים העקיפים הייחודיים הכרוכים בתוכנית, באופן שיקדם לא רק חלוקה הוגנת של העלויות בין הצדדים המושפעים מהפרויקט עצמו, אלא גם שוויון אופקי בהיקף החבות המוטלת על מוטבי תוכניות שונות.

לנוכח שיקולים אלה, הצעתי היא לשנות את הכלל החקיקתי לעניין היטל ההשבחה, ולקבוע, לדוגמה, רצפה קבועה של היטל השבחה בשיעור של 30% משווי העלייה בערך המקרקעין בגין אישור תוכנית, ומקום שהוגשו תביעות בגין נזקים תכנוניים עקיפים, יחויב כל אחד מבעלי הזכויות במקרקעין המושבחים שבתחום התוכנית בחלק מתשלום הפיצויים, לפי השיעור היחסי של העלייה בערך מקרקעיו מתוך עליית הערך הכוללת של הנכסים החייבים בהיטל השבחה בתחום התוכנית. לצד הרצפה האמורה לעיל, תיקבע גם תקרה להיקף החבות של כל אחד מבעלי הזכויות, אשר לא תעלה, למשל, על 70% מן ההשבחה הכוללת במקרקעיו. אם לא יהיה בהיקף החבות האמור כדי לכסות את מלוא העלות של תביעות הפיצויים, תשולם יתרת הפיצויים לנפגעים על-ידי הוועדה המקומית. כלל זה אמור להיות נוח ליישום ברוב המקרים, והוא מביא לטעמי לידי איזון ראוי בין הצורך בבהירות ובוודאות של מנגנון היטל ההשבחה לבין הידרשות לשיקולים קונקרטיים של יעילות וחלוקה בהינתן מאפייניו הייחודיים של התוצר התכנוני. ההצדקה להגבלת החבות של מוטבי התוכנית ברף עליון ולהטלת יתרת החבות במקרים מתאימים על כתפי הוועדה המקומית נעוצה בכך שבאופן טיפוסי, לצד העלויות ה"נבלעות" של התוכנית, קיים גם מגוון של תועלות המתפזרות בקרב חברי הציבור הכללי אשר אינן ניתנות לאיתור ולגבייה באופן פרטני, כפי שהודגם למשל לעיל בנוגע ליתרונות הנצמחים לתושבים המצויים בקרבה למרכז מסחרי אך לא בשכונות מיידית לו. במצב עניינים כזה התועלת

122 חשבו, למשל, על הצורך בהוספת כבישים ראשיים ככל שמספר השכונות בעיר גדל, אף אם נניח שכל אחד מהיזמים נושא בעלות השולית המלאה של סלילת הכבישים השכונתיים במתחם הרלוונטי לו, או על הגדלת העלויות הכרוכות בעצם ההפעלה של מנגנון התכנון והרישוי. על ההגבלות הקבועות בדיון החקוק והפסוק בנוגע להטלת עלויות פיתוח על יזמים בגין שימושים המרוחקים מבחינה פיזית או מבחינה נושאת מתחום הפרויקט, ראו, באופן כללי, עפר שפיר אגרות והיטלי פיתוח ברשויות המקומיות (תשנ"ח, כרך א). דוגמה מובהקת להגבלה כזו מצויה בבג"ץ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ' ראש העיר חולון, מר מוטי ששון ואח', פ"ד מט(5) 582, שבו פסל בית-המשפט את נסיונה של עיריית חולון לדרוש מיזם תשלום "אגרת מבני ציבור" כתנאי להוצאת היתר בנייה לבניין דירות, בהעדר סמכות מפורשת לכך בדיון.

החברתית השולית הגלומה בתוכנית אינה באה לידי ביטוי רק בהשכחה בת-המיסוי שבתחום התוכנית, ויש חשש שהרתעת-היתר הגלומה בהיטל השכחה בשיעור של מאה אחוז או קרוב לכך תסכל תוכניות רבות המקדמות את התועלת החברתית.

## פרק ג: "רשת-הביטחון" של דיני המטרדים והחקיקה הסביבתית

### 1. כללי

עד כה עמדתי על האופן שבו משטר הפיזוי בגין פגיעות תכנוניות (כפוף לצורך בתיקון המנגנון של היטל ההשכחה) יוצר מערך תמריצים ראוי המכוון הן אל יום התוכנית והן אל מוסד התכנון במטרה לצמצם את ההחצנות השליליות הגלומות בשימוש הקרקע המיועד. כמו-כן ראינו כי הגבלת זכות התביעה למקרקעין שמצויים בשטח התוכנית או שגובלים בו יוצרת באופן טיפוסי קירוב להתחשבות יעילה, תוך היסכון ניכר בעלויות מנהליות. מעבר לתיחום האמור, קיים יתרון מובנה בהקדמת מנגנון הפיזוי לשלב התכנון, קודם למימוש הלכה למעשה של הפרויקט, בכך שהוא מאפשר ליזם התוכנית להעריך בעוד מועד את מאזן העלות-תועלת של הפרויקט, ולשקול מיוזמתו חלופות – הן מבחינת היקף הפרויקט וטיבו והן מבחינת מיקומו הגיאוגרפי – שיקטינו את היקף ההחצנות השליליות ומכאן גם את גובה הפיזוי הכספי. לפחות בכל הנוגע לבחירה בין מיקומים שונים, שקילת חלופות כזו מעשית הרבה יותר בשלב התכנוני מאשר בשלב שלאחר מימוש הפרויקט, לנוכח קיומן של עלויות מעבר בשלב המאוחר יותר, העלויות להכשיל פתרון יעיל יותר שהיה ראוי לאמצו מלכתחילה.<sup>123</sup>

אולם אין משמעות הדבר כי דיני התכנון מבטלים את הצורך בהטלת אחריות, במקרים מתאימים, מכוח מערכות דינים המכוונות בעיקרן אל שלב מימוש ותפעולו השוטף של שימוש הקרקע. ככל שעסקינן בהחצנות פיזיות-סביבתיות, מדובר בעיקר בתביעות המוגשות בעילות של מטרד ליחיד ומטרד לציבור או מכוח החקיקה הסביבתית הרלוונטית, ובתכיפות פחותה בעילת הרשלנות ובתביעות קנייניות הדנות בהגנת הבעלות והחזקה במקרקעין. זאת, לנוכח ההלכה הנטועה היטב בפסיקת בתי-המשפט שלפיה עצם העובדה ששימוש קרקע פועל כדין לפי דיני התכנון והבנייה אין בה כדי לשלול זכות לסעד כאשר מתקיימים היסודות של עילות תביעה אלה.<sup>124</sup>

123 ראו: Richard R.W. Brooks "The Relative Burden of Determining Property Rules and Liability Rules: Broken Elevators in the Cathedral" 97 *Nw. U. L. Rev.* (2002) 267, at footnote 154, שם מוסבר כי העתקת מיקום של פעילות אינו כרוך רק בעלויות המעבר הישירות, אלא גם בעלויות נלוות, כגון אובדן מוניטין הקשור למיקום מסוים.  
124 ראו עניין איגרא רמא, לעיל הערה 80; עניין בעל טכסא, לעיל הערה 82. זו התפיסה המקובלת

ככלל, הפעלתן של מערכות הדינים החיצוניות לדיני התכנון נדרשת לגישתי בשתי קטגוריות עיקריות של מקרים.

סוג מקרים ראשון הוא כאשר אופן השימוש בקרקע בפועל אינו נובע כדבר מסתבר וטבעי מסוגו ומהיקפו של שימוש הקרקע שאושר בתוכנית, ומכאן שמוסדות התכנון לא היו צריכים לצפותו ולדרוש דין-וחשבון בגין אופן שימוש כזה בשלב התכנון או רישוי הבנייה. דוגמה לכך היא כאשר אדם משמיע מוזיקה רועשת בשעות הלילה מתוך בית-מגוריו, ויוצר הפרעה של ממש להנאתם ולשלוותם של דיירים בבתי-מגורים סמוכים. אין מדובר כאן באופן שימוש שנגזר כתוצאה מסתברת מסוג השימוש של בית-מגורים, וברי כי דיני התכנון היו מגיעים לכלל תוצאות אבסורדיות של רגולציית-יתר אילו היו אוסרים מראש הקמת שכונות מגורים חדשות או מעניקים זכות לפיצוי בגין ירידת ערך בשל נזקי רעש, אך ורק בשל החשש שמישהו מדיירי בתי-המגורים הכלולים בפרויקט המוצע ינקוט ביום מן הימים התנהגות "תת-נורמלית" מעין זו. הפתרון הראוי למצב-עניינים כזה הוא הסדרה של אופני שימוש פרטניים באמצעות תחיקה ייעודית הקובעת תקנים שהפרתם כרוכה בסנקציות פליליות ו/או אזרחיות, כפי שהדבר נעשה למשל בחוק למניעת מפגעים<sup>125</sup> ובתקנות שתוקנו מכוחו,<sup>126</sup> או על-ידי שימוש בעוולת המטרד<sup>127</sup> בהתחשב בנסיבות המקרה ובאופי האזור.<sup>128</sup> בסוג מקרים כאלה לא מתעורר קושי מיוחד בקיומה של כפילות-לכאורה של מערכות הדינים, וזאת גם מן הטעם שראוי להטיל את מלוא האחריות בגין פעולות כאלה אך ורק על מבצען, ולא גם על כתפיו של מוסד התכנון.

סוג מקרים שני מתייחס לאופני שימוש אשר נובעים באופן טבעי ומסתבר מסוגו ומהיקפו של שימוש הקרקע שאושר בשלב הרגולציה התכנונית, אך טומנים בחובם, הלכה למעשה, היקף החצנות שליליות נרחב בהרבה מהשפעה על המקרקעין הגובלים בתחום התוכנית, כך שמשטר הפיצוי התכנוני אינו מספיק ליצור – ולו על-דרך הקירוב – הרתעה יעילה או חלוקה ראויה של נטלי הפרויקט. דוגמה לכך היא הקמתו של מפעל תעשייתי או תחנת-כוח היוצרים מעצם טיבם זיהום משמעותי בהיקף גיאוגרפי ניכר, שמשליך לרעה על

גם בדין האנגלי ובדין האמריקאי, אף כי לעובדה שמדובר בבנייה מכוח היתר עשוי להיות משקל מסוים בקביעת אחריותו של הנתבע. לסקירת המשפט האנגלי בעניין זה ראו: John Frederic Clerk & William Harry Barber Lindsell *On Torts* (London, 2000) 982. לגישה זו במשפט האמריקאי ראו: *Fendley v. City of Anaheim*, 294 P. 769 (Cal. Ct. App. 1930); *Weltshe v. Graf*, 82 N.E.2d 795 (Mass. 1948); *Bowers v. Westvaco Corporation*, 419 S.E.2d 661 (Va. 1992).

125 ראו לעיל הערה 16.

126 ראו להלן הערות 173–176.

127 ראו להלן סעיף 2 בפרק זה.

128 להתחשבות באופי המקום לעניין קיומו של מטרד, ראו לעיל הערה 107. ליישום כלל זה בדין הישראלי, ראו, לדוגמה, שלום-ת"א (י"ם) 8328/98 ארמנד נ' אליעזר (לא פורסם, ניתן ביום 23.10.2002), שם נקבע כי מכיוון שהבנייה ברובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים הינה צפופה מטבעה, אין בהקמת חדר האשפה של הנתבע סמוך מאוד לדירתו של התובע משום מטרד, אף כי ייתכן שאותו מעשה בדיוק היה נחשב למטרד באזור מגורים אחר.

איכות חייהם של תושבים רבים מעבר למעגל השכנים המיידית, ואשר מפר באופן ניכר את האיזון של מערך היחסים המרחביים באזור.

אין משמעות הדבר, כמובן, כי ההליך התכנוני נטול כלים להידרש למלוא ההשלכות של הפרויקט ולפעול לעיצובו באופן שיקטין ככל האפשר את החצנותיו השליליות, בין היתר באמצעות עריכת תסקיר השפעה על הסביבה.<sup>129</sup> אולם בסופו של יום על מוסד התכנון לשקול אם לאשר פרויקט נתון. מקום שהתחשיב הכללי שהמוסד עורך שגוי והוא מאשר פרויקט שאינו יעיל חברתית, או כאשר הוא מאשר פרויקט יעיל מצרפית אך כזה הטומן בחובו עלויות משמעותיות הנופלות על פרטים בהיקף נרחב, אין די במשטר הפיצוי הנוכחי.

אפשרות אחת היא להרחיב לגבי סוגים מסוימים של שימושי קרקע את זכות התביעה התכנונית, אך המעבר לנורמה גמישה יחתור תחת היעילות המנהלית המובנית במשטר הפיצוי הנוכחי, המסדיר נאמנה את חלק-הארי של התוצרים התכנוניים. לפי האפשרות האחרת, זו המאומצת הלכה למעשה בדין והראויה לטעמי, אותם תקנים סביבתיים הקבועים בתחיקה הייעודית מהווים, לצד עוולות המטרד ויתר העילות שהוזכרו לעיל, מעין "רשת-ביטחון" הנכנסת לפעולה במקרים שבהם הסתפקות בדיני התכנון תיצור עיוות של ממש. בשני הסעיפים הבאים אראה את פעולתם של דיני המטרדים והחקיקה הסביבתית בהקשר זה.

## 2. דיני המטרדים: בין אחריות קפידה לרשלנות

אף שדיני המטרדים הפוזיטיביים איבדו מחשיבותם היחסית ככלי להסדרת יחסים מרחביים בעידן הרגולציה התכנונית, הכתיבה התיאורטית מקדישה בעשורים האחרונים תשומת-לב מרובה להקצאת הזכויות ולאופן ההגנה עליהן בסיטואציות מטרדיות, בעיקר בזכות השימוש המרכזי בדוגמת הקונפליקט שבין המפעל המזהם לשכניו שנעשה בשני מאמרי-היסוד של Coase<sup>130</sup> ושל Calabresi ו-Melamed.<sup>131</sup> מאז הפרדיגמה של המפעל המזהם מהווה בסיס אוטומטי כמעט לניתוח הכלכלי של המשפט בנוגע להקצאת זכויות במקרים של התנגשות אינטרסים מרחביים.<sup>132</sup>

הכותבים בורם זה גרמו במידה רבה ל"פירוקה" של התפיסה האנליטית של המטרד ששררה קודם לכן, בכך שרובם מסרבים לקבל את נקודת המוצא של זכאות הנפגע הנובעת

129 ראו סעיפים 1, 176(4), 83(ב), 119 לחוק, וכן תקנות התכנון והבניה (תסקירי השפעה על הסביבה), תשס"ג-2003, ק"ת 800. על תפקידו של תסקיר ההשפעה על הסביבה ראו עניין אדם טבע ודין, לעיל הערה 55, בעמ' 455-457.

Ronald H. Coase "Symposium on the Trends in Legal Citations and Scholarship: The 130 Problem of Social Cost — The Citations" 3 *J. L. & Econ.* (1960) 1

*supra* note 26 131

132 לרשימה חלקית של הכתיבה בתחום זה ראו: Henry E. Smith "Exclusion and Property Rules: 132 in the Law of Nuisance" 90 *Va. L. Rev.* (2004) 965, at footnote 2

מזכותו הקניינית בקרקע המושפעת, ומציעים במקומה פרמטרים שונים להקצאת הזכויות בין הצדדים המכוונים לקידום התועלת המצרפית, באופן שמקרב את הדיון במטרד לענפים נזיקיים מובהקים, ובפרט לדיני התאונות.<sup>133</sup> מעבר לכך, לנוכח הנחת המידע הלא-מושלם של בית-המשפט בדבר העלויות והתועלות האמיתיות של הצדדים לקונפליקט, ולנוכח החשש מפני העדר אפשרות לעסקה מתקנת במקרה של הקצאה שגויה של הזכויות על-ידי בית-המשפט,<sup>134</sup> מרבית הכתיבה בורם זה תומכת במעבר שיטתי מכללי קניין (צו מניעה/ צו עשה) לכללי אחריות (דהיינו, פיצויים) כאמצעי להגנה על הזכויות הראשוניות המוקצות לצד מסוים.<sup>135</sup> התמיכה העקרונית בהסתמכות על כלל אחריות בסיטואציה של מטרד, כדי לאפשר את הקצאת הזכות הסופית לצד המעריך אותה בשווי גבוה יותר, מאפיינת גם כותבים הדוגלים בדרך-כלל בהגנה על זכויות בנכסים באמצעות כללי קניין.<sup>136</sup>

*Ibid*, at pp. 967-968 133

134 זאת, במיוחד משום שמצבים מטרדיים מערבים באופן טיפוסי צדדים רבים, לעומת מצבים של הסגת גבול פיזית, שבהם הצדדים מועטים בדרך-כלל במספרם וניתנים לזיהוי בקלות, כך שניתן להסתפק בנוגע אליהם בכללי הקניין הווליים יותר. ראו: Thomas W. Merrill "Trespass, Nuisance, and the Costs of Determining Property Rights" 14 *J. Legal Stud.* (1985). אין פירוש הדבר שעסקות בין צדדים רבים במצבים מטרדיים אינן אפשריות. ראו: Gideon Parchomovsky & Peter Siegelman "Selling Mayberry: Communities and Individuals in Law and Economics" 92 *Calif. L. Rev.* (2004) 75 רכשה American Electric Power Company את כל שטח העיירה Cheshire במדינת אוהיו שבארצות-הברית מכמאתיים ועשרים תושביה.

135 כפי שניסחו זאת Shavell ו-Kaplow, כלל האחריות מחלץ מהצד החייב את המידע הפרטי שלו בנוגע לשווי האמיתי שהוא מייחס לזכות ובנוגע ליכולתו למנוע את הקונפליקט, שכן הוא מעמיד לפניו את הבחירה בין תשלום פיצויים כנגד נטילת הזכות מהצד הזכאי, נקיטת אמצעים למניעת הקונפליקט, או ויתור כולל על הזכות מקום ששתי החלופות הקודמות אינן משתלמות מבחינתו. Louis Kaplow & Steven Shavell "Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis" 109 *Harv. L. Rev.* (1996) 713, 725-728 כמכשיר של אופציה ראו, למשל: Ian Ayres & Eric Talley "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade" 104 *Yale L. J.* (1995) 1027, 1041; Lee A. Fennell "Revealing Options" 118 *Harv. L. Rev.* (2005) 1399, 1414-1418 יודגש כי כותבים אלה אינם אדישים בדרך-כלל לשאלה החלוקתית, דהיינו מי יהיה הצד שעליו תוטל האחריות הכספית הנובעת מהחלת כללי האחריות, בין היתר משיקולים של צדק ביחסים שבין הצדדים. ראו: Calabresi & Melamed, *supra* note 26, at pp. 1098-1101.

136 Richard A. Epstein "A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules" 106 *Yale L. J.* (1997) 2091, 2093-2096 (המביע חשש מפני פיצוי-חסר שיטתי בכללי אחריות כבעיה חמורה יותר מ"סחטנות" אפשרית שתמנע עסקה מתקנת במשטר של כלל קניין); James E. Krier & Stewart J. Schwab "Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light" 70 *N.Y.U. L. Rev.* (1995) 440, 459-464 (הטוענים כי מעבר לכללי אחריות מניע אנשים להפסיק לנסות לשאת-ולתת זה עם זה).

אף שקיים עדיין פער ניכר בין הניתוח העיוני לבין המציאות הדוקטרינרית במשפט האנגלו-אמריקאי – בוודאי בכך שהדין הקיים אינו מתעלם במפורש מזכותו הקניינית של הפרט הנפגע – ניתן לאתר בדורות האחרונים תנודות משמעותיות במשפט הן ביחס לבסיס האחריות והן ביחס לאופן ההגנה על הזכות, באופן שאך מעצים את תפיסת המטרד כענף כאוטי ואד-הוקי, קרי, כענף שאינו מצטיין ביציבות ובבהירות. אם נתמקד לצורך הדיון בעוולת המטרד ליחיד, ניווכח כי בכלל הנוגע לבסיס הטלת האחריות נתפסה עוולה זו באופן מסורתי כמבוססת על אחריות קפידה ביחס לסוגי פעילויות הגורמים הפרעה לשימוש ולהנאה סבירים במקרקעין שכנים. כיום, לעומת זאת, רווחת במשפט האנגלי התפיסה כי אי-אפשר לדבר עוד על בסיס אחיד של אחריות לקיום מטרד ליחיד, ולפחות בסוגי מקרים מסוימים מוטלת אחריות רק כאשר התנהגות הנתבע היא רשלנית.<sup>137</sup> גם במשפט האמריקאי התפתחה התפיסה כי אין די בבחינת אופי הפגיעה, אלא יש לבחון גם את אופן ההתנהגות, כך שמבחנים גויקיים כלליים יותר, ובכלל זה רשלנות, עשויים להיות רלוונטיים לעצם הטלת האחריות.<sup>138</sup> עם זאת, נראה עדיין שכאשר חדירת הפעילות אל הקרקעות השכנות הינה מכוונת, במובן זה שהיא תוצאה קבועה וטבעית של עצם הפעילות, וכאשר ההשפעה השלילית חוצה סף מסוים של פגיעה הנתפס כבלתי-סביר בהינתן תנאי האזור הספציפי, מוטלת בדרך-כלל אחריות מוגברת על מבצע הפעולה.<sup>139</sup>

בנוגע לבחירת הסעדים, לפחות בדין האמריקאי קנתה לה אחיזה תפיסת מאזן האינטרסים (balance of interests), אשר שוקלת את מאזן העלות-תועלת הכולל לצורך בחירת הסעד, ומאפשרת בחירה בסעד של פיצויים כדי למנוע הפסקת שימוש קרקע יעיל מבחינה מצרפית.<sup>140</sup> אין משמעות הדבר, עם זאת, שבת-המשפט נמנעים באופן גורף מהוצאת צווי מניעה גם מקום שנראה כי מאזן האינטרסים הכלכלי נוטה בבירור לטובת הנתבע, ובמיוחד בנסיבות שבהן ההפרעה נתפסת כעלולה לפגוע בבריאותם של השכנים הנפגעים.<sup>141</sup> גם ברובד הסעדים שוררת אפוא אי-אחידות באשר למשטר המשפטי הנוהג בדיני המטרדים.

Clerk & Lindsell, *supra* note 124, at pp. 989-990 137

138 ראו: Restatement (Second) of Torts § 822 (1979).

139 *Ibid* לפי גישה זו, במקרים שבהם החדירה אינה מכוונת יש להראות רשלנות או פזיזות מצד הנתבע או שמדובר בפעילות שהיא מעצם טיבה "מסוכנת במיוחד" (abnormally dangerous).

כן ראו: Epstein, *supra* note 108, at pp. 615-616.

140 עם זאת, כפי שמציין אליקסון, בתי-המשפט נוהגים לעיתים לערב את סוגיית הסעד יחד עם השאלה בדבר עצם קיומו של המטרד, כך שהם מחילים אותו מבחן של "איוון אינטרסים" גם לבדיקת עצם האחריות של הנתבע. Ellickson, *supra* note 91, at pp. 720-721. דוגמה מוכרת היטב לבחירה בסעד של פיצויים במקום מתן צו מניעה היא פסק-הדין בעניין *Boomer v. Atlantic Cement Company*, 26 N.Y. 2d 219 (Ct. App. 1970), שבו הורה בית-המשפט לנתבע – מפעל לייצור מלט – לשלם פיצויים קבועים לשכניו בשל הנוזקים הנובעים מן הרעידות וזיהום האוויר שמקורם במפעל, כנגד רכישת "שעבוד" בקרקע של התובעים באופן שיאפשר את המשך פעילותו של המפעל.

141 ראו, לדוגמה: *The Village of Willsonville v. SCA Services Inc.*, 426 N.E.2d 824 (Ill. 1981), שבו הורה בית-המשפט על הפסקת פעילות של אתר פסולת כימית, וזאת

הדילמות האמורות לעיל תקפות גם לגבי המשפט הישראלי, וגם כאן ניתן לטעמי לאתר שינויים שחלו בעת האחרונה, הן בנוגע לבסיס האחריות והן בנוגע לבחירת הסעדים בעוללת המטרד. זאת, במיוחד בסוג המקרים השני שבו דנתי לעיל, דהיינו, החצנות הנובעות באופן מסתבר וטבעי מסוגו ומהיקפו של שימוש הקרקע שאושר על ידי מוסדות התכנון.

דיון יסודי בעוללת המטרד ליחיד נעשה בפסק־דין אתא.<sup>142</sup> פסק־דין זה דן בהפרעת רעש שגרם מפעל אתא, שהיה ממוקם בשולי אזור המיועד לתעשייה, כאשר בינו לבין מגרשו של התובע, שנמצא בשוליו של אזור מגורים, הפריד פס ירק ברוחב של כשבעה מטרים. השופט שמגר מגדיר בעניין אתא את תחולתה של עוללת המטרד – באותן נסיבות שבהן "ההפרעה הנגרמת לאדם היא כה ממשית, עד שהיא פוגעת בנוחות הפיזית ובקיום אנושי הוגן בהתאם להשקפה המקובלת והמפוכחת של בן חברתנו הרגיל" – בין היתר על-סמך תנאי האזור שבו מדובר,<sup>143</sup> כאשר "לענין המטרד ועצמתו קנה־המידה על־פיו נמדד המותר והסביר הוא המותר ולא המטרדי".<sup>144</sup> מכאן, שבעובדה שמפעל אתא הוקם ופעל בהתאם לדיני התכנון והבנייה לא היה כדי לגרוע מאחריותו, המהווה למעשה אחריות קפידה בהינתן רמת פגיעה בלתי־סבירה.<sup>145</sup> לענין הסעד, השופט שמגר שולל את טענת אתא בנוגע ל"מאזן הנוחות" הכלכלי בין הצדדים, בנימוק שהדבר אינו משקף את גישת המשפט הישראלי, כך שכאשר הפגיעה הנגרמת לתובע אינה "קטנה",<sup>146</sup> אין נפקות לכך שהנזק שייגרם לנתבע כתוצאה ממתן צו מניעה עולה על הפגיעה כאמור, או לכך שאין בידי המפעל האמצעים הטכנולוגיים הדרושים לסילוק ההפרעה.<sup>147</sup>

אף שפסק־הדין בעניין אתא ניתן בתקופה שבה לא הוגשו הלכה למעשה תביעות פיזיות לפי סעיף 197 לחוק בגין נזקים תכנוניים עקיפים, הגישה המבוטאת בו הופכת

אף־על־פי שמאזן האינטרסים הכלכלי הצביע לכאורה על עדיפות להמשך קיומו של המפעל.

142 ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד (3) 785 (להלן: עניין אתא).

143 שם, בעמ' 796.

144 שם, בעמ' 797.

145 זאת, אף שהשופט שמגר אינו עושה שימוש מפורש בביטוי זה בפסק־דינו.

146 כלשון אחת הדרישות המצטברות בסעיף 74 לפקודת הנויקין.

147 אם כי בפסק־הדין מציין השופט שמגר כי "במקרים מעטים וקיצוניים בהם אין פתרון טכנולוגי למניעת המטרד והאינטרס הציבורי מחייב במפגיע את המשכה של הפעילות המהווה פגיעה שהיא בגדר מטרד ליחיד... ייתכן מאד ולא יהיה מפלט מהפעלת הסמכויות הקבועות בסעיפים 3(ג) או 3(ד) לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 היינו הפקעת הקרקע". אכן, בבג"ץ 114/77 שוורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא(2) 800 (להלן: עניין שוורץ), אישר בית־המשפט העליון את החלטתו של שר האוצר להרשות לאתא לעשות שימוש בסמכות ההפקעה לפי פקודת הקרקעות על־מנת להפקיע את חלקתו של שוורץ, בנימוק ש"מניעת סגירתו של מפעל שבפעילותו התקינה תלויה פרנסתן של אלפי משפחות הוא בודאי בגדר של 'צורך ציבורי' וכשלא ניתן היה להשיג מטרה זו בדרך אחרת, צריך היה לאחוז באמצעי שנותר והוא הפקעת הנכס מידי העותרים". שם, בעמ' 807.

את עילת המטרד ל"מקצה שיפורים" לשלב התכנוני, כאשר עילה זו מבוססת על עיקרון של אחריות קפידה בהינתן רמת הפרעה בלתי־סבירה, ומאפשרת גם הוצאת צו מניעה לאחר מימוש הפרויקט.<sup>148</sup> זאת ועוד, מכיוון שלפי האמור בעניין אתא, הפרעת הרעש שבה מדובר כוללת בתוכה, לצד הפגיעה הרכושית (דהיינו, ירידת ערך המקרקעין), גם פגיעה לא־רכושית של שלילת הנוחות וההנאה מאיכות חיים סבירה שיש לשום אף אותה,<sup>149</sup> עילת המטרד עשויה לאפשר "סיבוב שני" במקרים מתאימים גם למי שכבר פוצה בגין ירידת ערך מקרקעיו במסגרת תביעה לפי סעיף 197 לחוק.

דא עקא, שעניין אתא, כמו־גם הלכת איגרא רמא<sup>150</sup> המוקדמת יותר המאפשרת תביעה בעילת מטרד ביחס לשימושי קרקע הפועלים לפי דיני התכנון והבנייה, אינם מתייחסים להוראת סעיף 6 לפקודת הנויקין, שלפיה "בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן". בפרט, אין בהם התייחסות לשאלה אם קיומה של תוכנית בניין עיר, הנחשבת ככלל לבעלת מעמד סטטוטורי,<sup>151</sup> עשוי להעניק הגנה כנגד תביעות מטרד ליחיד ומטרד לציבור או למצער להשליך לעניין הסעד הניתן בשלב מאוחר זה.<sup>152</sup>

התייחסות שיפוטית עדכנית לתחולתו של סעיף 6 לפקודת הנויקין מצויה בפסק־דינו של בית־המשפט המחוזי בעניין בצלאל, העוסק בתביעה בנוגע לנזקיה הסביבתיים של התחנה המרכזית החדשה בתל־אביב, שהוגשה על־ידי קבוצה של כמאתיים דיירים באזור התחנה.<sup>153</sup> מבלי להיכנס למלוא פרטיה של תביעה סבוכה זו, אציין כי התחנה המרכזית

148 יצוין כי המגמה המרחיבה את תחולתה של עוולת המטרד ליחיד בהקשר של פגיעות עקב שימושי קרקע היוצרים הפרעות רחבות־היקף מעצם טיבם באה לידי ביטוי עוד קודם לכן בעניין אבישר, לעיל הערה 18. בעניין זה נטען כי הקמת תחנת־הכוח רידנג ד צפויה לגרום הפרעות לכלל האזור המאוכלס של צפון תל־אביב, ונקבע בו, כאמור, כי עילת המטרד ליחיד יכולה להתקיים גם בנסיבות המגלות עילת תביעה של מטרד לציבור. נוסף על כך, לנוכח זכות התביעה הנתונה לפרט גם מכוח עילת המטרד לציבור מקום שנגרם לו נזק ממון כתוצאה מההפרעה לפי סעיף 43 לפקודת הנויקין, מהווה עילה זו אפיק נוסף לעצירת הפרויקט או לתשלום פיצויים בגין נזקיו.

149 ראו עניין אתא, לעיל הערה 142, בעמ' 800.

150 ראו עניין איגרא רמא, לעיל הערה 80.

151 לפיסת תוכניות בניין עיר כבעלות מעמד סטטוטורי של חיקוק ראו ע"א 416/58 ג'דעון נ' סלימאן, פ"ד יג 916, 922.

152 ראו לעניין זה לוינסון־זמיר, לעיל הערה 6, בעמ' 386.

153 הדיון בתביעה זו פוצל לשאלת האחריות ולשאלת הנזק. פסק־הדין של בית־המשפט המחוזי בשאלת האחריות ניתן במחוזי־ת"א (ת"א) 1412/95 בצלאל נ' התחנה המרכזית החדשה בתל־אביב (לא פורסם, ניתן ביום 8.3.2000) (להלן: עניין בצלאל 1). פסק־הדין (המתוקן) של בית־המשפט לעניין גובה הנזק ניתן במחוזי־ת"א (ת"א) 1412/95 בצלאל נ' התחנה המרכזית החדשה בת"א בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 10.8.2004) (להלן: עניין בצלאל 2) (להלן יחד: עניין בצלאל). בהמלצת בית־המשפט העליון, שאליו הוגשו ערעור וערעור שכנגד, הועבר העניין לגישור, ובמסגרתו הושג באחרונה הסדר סופי בתביעת הדיירים. ראו ענת רואה ועודד ארבל



החדשה הוקמה לאחר סדרת תוכניות שאושרו לאורך תקופה של יותר מחמש עשרה שנים, ולאחר התדיינויות ממושכות בין הגורמים השונים שהיו מעורבים בהקמת התחנה, שמכוחן נקבעה חלוקת אחריות לטיפול בנוזקים הצפויים לדיירים הסמוכים לפרויקט.<sup>154</sup> הדיירים הגובלים בשטח התוכנית לא הגישו תביעת פיצויים לפי סעיף 197 לחוק, בין היתר משום שסמכו כנראה על הבטחותיהם של הגורמים השונים. אולם עובר לפתיחת התחנה, משסברו התושבים כי גורמים אלה לא עמדו בהתחייבויות כלפיהם, הם הגישו תביעה בשורה של עילות, ביניהן מטרד לציבור, מטרד ליחיד, רשלנות והפרת חוזה לטובת צד שלישי.<sup>155</sup> לעניין עילות המטרד, בית המשפט מבחין בין מבנה שהוקם מכוח תוכנית מאושרת שהתירה להקים במקום אותו סוג של מבנה לבין מבנה שהוקם מכוח התוכנית עצמה, דהיינו, שהתוכנית הורתה על הקמת המבנה במקום המיוחד. בית המשפט קובע כי סעיף 6 לפקודת הנוזקים חל באופן עקרוני רק על האפשרות השנייה, כפי שהיה הדבר בפועל בנוגע לתחנה המרכזית החדשה.

בכל מקרה, בית המשפט קובע שני סייגים לתחולת הסעיף: ראשית, אם ניתן ליישם את החיקוק מבלי לגרום נזק, לא יראו בנוזק שנגרם תוצאה בלתי-נמנעת של עשייה לפי הוראות חיקוק; שנית, ההגנה לפי לשונה אינה חלה על הפעלה רשלנית של הסמכויות לפי החיקוק.<sup>156</sup> אלא שממילא, גם התנאי הראשון שבית המשפט מונה מבטא למעשה את המבחן הכלכלי המובהק של רשלנות, אשר בודק, בשלב הראשון, אם עלויות המניעה נמוכות מתוחלת הנוזק, ובשלב השני, בהנחה שאין אמצעים טכנולוגיים קיימים למניעת הנוזק, אם סך התועלת הגלומה בפעילות גדולה מעלויותיה.<sup>157</sup>

אם אכן תאומן הגישה הפרשנית האמורה לסעיף 6 לפקודת הנוזקים, יהיה בכך מעבר לבסיס אחריות של רשלנות בעילת המטרד ליחיד באותם סוגי מקרים שבהם התוכנית מורה באופן פרטני ומוגדר על סוג והיקף של שימוש קרקע מסוים, ואופן ההפרעה הנגרמת נובע באופן טבעי ומסתבר משימוש קרקע זה. מכאן, אפוא, מקום שאין אמצעים טכנולוגיים למניעת הנוזק, והפרויקט בכללותו יעיל מבחינה חברתית, תישלל עילת המטרד, והנפגעים שבמעגלים שמעבר לשכנים הגובלים בקרקע ייוותרו בלא סעד. לעניין זה אדגיש כי שינוי כזה במשטר המשפטי אינו משליך באופן ניכר על תמריצי הצדדים השונים, שכן כותבים אחדים כבר הראו כי משטר של רשלנות דומה, מבחינת השלכותיו התמריציות, למשטר משפטי של אחריות קפידה כפוף לחובת הקטנת הנוזק על-ידי הנפגע.<sup>158</sup> עיקר משקלו של

<sup>154</sup> "הסדר בתביעת הדיירים המתגוררים בסמוך לתחנה המרכזית החדשה" הארץ *The Marker*

27 (21.6.2006).

<sup>155</sup> 154 ראו עניין בצלאל 1, שם, בפסקה א(1).

<sup>156</sup> שם, בפסקות א(2) א(3).

<sup>157</sup> שם, בפסקות ב(2), ב(5), ה(ו).

<sup>158</sup> 157 זהו כמובן המבחן שמתכונתו הראשונית נוסחה על-ידי השופט *Learned Hand* בעניין *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

<sup>159</sup> 158 ראו, למשל: Robert Cooter & Thomas Ulen *Law and Economics* (Boston, 2000) 310;

Douglas G. Baird, Robert H. Gerther & Randal C. Picker *Game Theory and the Law* (Cambridge, 1994) 27.

המעבר למשטר של רשלנות בהקשר זה יהיה אפוא בחלוקה שונה של נטלי הפעילות כאשר שני הצדדים לדיון אינם מוחזקים כרשלניים בנסיבות העניין.<sup>159</sup>

עניין בצלאל מלמד, לגישתי, גם על תחילתו של שינוי אפשרי בנוגע לבחירת הסעדים, לפחות ככל שהדברים אמורים בעילת המטרד ליחיד, בתרחישים שבהם ברי כי סך כל התועלת הגלומה בפרויקט מושא התביעה עולה על הנזקים הטבועים בו מעצם מהותו.<sup>160</sup> באותו עניין הגיע בית-המשפט לא רק למסקנה - לעניין עולת המטרד ליחיד - כי מדובר בהפרעה אשר נמשכת עשרים שעות ביממה ופוגעת בהנאה הסבירה של התובעים מדירותיהם, אלא אף שפגיעה כזו חורגת "מתחום הנסבל" לעניין ההגנה של "שימוש לטובת הציבור" הקבועה בסעיף 48 לפקודת הנוזקים. זאת, מכיוון שפעילות התחנה מקשה על התובעים לנהל חיים נורמליים, לנוכח "העובדה כי תחת חלונם של התובעים... עוברים אלפי אוטובוסים ביממה, המזהמים את האוויר, וגורמים לרעש העולה על הקריטריון שנקבע על-ידי המשרד לאיכות הסביבה", באופן שאף מגדיל את סיכוייהם של התובעים להיפגע ממחלות.<sup>161</sup> לכאורה, בחינה השוואתית של גובה הנזקים וכמות הנפגעים בעניין בצלאל לעומת עניין אתא הייתה אמורה להוביל, על-דרך של קל וחומר, להוצאת צו מניעה נגד פעילותה של התחנה במתכונתה הנוכחית.<sup>162</sup> אלא שבית-המשפט לא שקל חלופה זו, מן הסתם מתוך הנחה כי פעילותה של התחנה המרכזית, שבהקמתה הושקעו מיליונים, תימשך באותה מתכונת גם בשנים שיבואו, בהעדר אמצעים טכנולוגיים למניעת נזקה של התחנה.<sup>163</sup> הבחירה בסעד הפיצויים מבטאת אפוא שימוש מודע וראוי במבחן של "מאזן הנוחות", אשר אינו תואם אולי את גישתו של השופט שמגר בעניין אתא, אך מאידך גיסא אינו דוחק הצידה הלכה למעשה את הליך הרגולציה התכנונית שהוביל להקמת התחנה.

159 גישה זו עשויה להשפיע גם על הבנת המונח "מחדל מחובה משפטית" בהגדרתה של עולת המטרד לציבור, שלפיה מקום שהמחדל אינו נובע מחובה משפטית מכוח מקור דין אחר, כגון הסכם, תנאי להטלת אחריות על הנתבע הוא קיומה של רשלנות. השוו קרצ'מר, לעיל הערה 16, בעמ' 19.

160 לעומת זאת, כאשר מדובר בהתנהגות שהיא חריגה לרעה מאופי הפעילות המקובל של שימוש קרקע מסוים, נראה כי בתי-המשפט ממשיכים לתת צווי מניעה כדבר שבשגרה. ראו מחוזי-ע"א (ת"א) 2797/00 טירי נ' קשקש (לא פורסם, ניתן ביום 1.8.2002) (צו מניעה להריסת קיר בטון שחסם את גישתו של התובע לדרך); שלום-ת"א (פ"ת) 1523/01 שכונת פועלים ע"ש משה בילינסון נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון (לא פורסם, ניתן ביום 8.8.2004) (מתן צו המורה למשרד הביטחון להעתיק ממקומם כלובים של יחידת הכלבנים בבסיס "סירקין").

161 עניין בצלאל 1, לעיל הערה 153, בפסקה ה(ז)(1).

162 כך, במסגרת הליך ההפקעה בעניין שוורץ, לעיל הערה 147 (שבא בעקבות עניין אתא, לעיל הערה 142), שולם לאחים שוורץ סכום כולל של כמה מאות אלפי ל"י בעבור שתי החלקות ושלושת המבנים שעל-גביהן. לעומת זאת, סך הפיצויים בעניין בצלאל, כפי שנקבע בתום הליך הגישור (ראו לעיל בהערה 153) הוא כ-17 מיליון ש"ח. מהשוואה זו עולה לכאורה כי הנזק שנגרם בעניין בצלאל - או לפחות הנזק המצטבר - היה גדול באופן ניכר מזה שבעניין אתא.

163 עניין בצלאל 1, לעיל הערה 153, בפסקה ה(ה)(4).

אין משמעות הדברים כי ניהול תביעת פיצויים של כמאתיים תובעים (ותשעה נתבעים שהתחלקו לחמש קבוצות) הינו נוח וזול מבחינה מנהלית, בין היתר לנוכח הצורך לאמוד לא רק את ירידת הערך, אלא אף את הפגיעה הלא-ממונית שנגרמה לכל אחד מהתובעים בשל המטרד.<sup>164</sup> בעיה זו מחריפה לנוכח העובדה – שתידון להלן בהקשר של החקיקה הסביבתית – שרק באחרונה נוצרה התשתית המשפטית הנדרשת להגשת תביעות ייצוגיות לסעדים כספיים בגין החצנות פזיות-סביבתיות עקב שימושי קרקע.<sup>165</sup> דבר זה אך מחזק לטעמי את היתרון הטמון בהקדמת הפיצוי בגין החצנות שליליות אל השלב התכנוני, ובתיחומם הפיזי של הזכאים לתבוע. אלא שבנסיונות יוצאות-דופן כגון אלה שאירעו בעניין בצלאל, ההיזקקות לסעד הפיצויים בעילה המטרדית המאוחרת מהווה את הפתרון המיטבי, אשר מונע עיוות של פיצוי-חסר, מחד גיסא, והשבתת פרויקט חיוני על-ידי הוצאת צו מניעה, מאידך גיסא.

### 3. החקיקה הסביבתית: בין הלאומי למקומי

ככל שהדברים אמורים בהחצנות סביבתיות, ובמיוחד בזיהום של אוויר, מים או קרקע, עיקר ההסדרה הנורמטיבית במדינות המערב נעשית בדור האחרון באמצעות תחיקות מדינתיות ואמנות בין-לאומיות סביבתיות ייעודיות, ולא באמצעות כלים מן המשפט הפרטי או במסגרת הליך הרגולציה התכנונית.<sup>166</sup> אין זה המקום להיכנס למלוא ההיבטים הכרוכים בכך, ואציין רק כי ריבוי הפתרונות המוצעים והמיושמים בהקשר זה מלמד כי אין עדיין בסיס רחב של הסכמה בדבר בחירת המנגנון המיטבי לטיפול בהחצנות סביבתיות. החלופות הקיימות כוללות, בין היתר, רגולציה המבוססת על ציוויים מנדטוריים הדורשים שימוש בטכנולוגיה הקיימת והשימה-כלכלית הטובה ביותר;<sup>167</sup> קביעת תקנים וסיפים מוגדרים לרמת זיהום כוללת ביחידת זמן נתונה;<sup>168</sup> הטלת מיסים מתקנים המיועדים להפנים את הנוק

164 איני נכנס במסגרת מאמר זה לשאלה אם יש מקום לפיצוי נפרד הן בגין הנוק הממוני והן בגין הנוק הלא-ממוני – כפי שנעשה בעניין בצלאל 2, לעיל הערה 153 – או שמא העילה הלא-ממונית נבלעת ממילא בחישוב ירידת הערך של הנכס. יצוין עם זאת כי רוב בתי-המשפט בארצות-הברית מאפשרים לתובע בעילת מטרד לתבוע פיצויים בגין אי-נוחות, סבל או חולי, נוסף על פיצויים בגין ירידת שווי הנכס. לסקירת הפסיקה בנושא ראו: Tracy A. Bateman, "Nuisance as Entitling Owner or Occupant of Real Estate to Recover Damages for Personal Inconvenience, Discomfort, Annoyance, Anguish, or Sickness, Distinct from, or in Addition to, Damages for Depreciation in Value of Property or Its Use" 25 *A.L.R.* 5th (1994 & Supp. 2004) 568.

165 ראו להלן את הדיון בטקסט שליד הערות 190-195.

166 ראו באופן כללי: Zygmunt J.B. Plater, Robert H. Abrams & William Goldfarb, *Environmental Law and Policy: Nature, Law and Society* (New York, 3rd ed., 2004).

167 תקנים כאלה של "Best Available Technology Economically Achievable" מאפיינים, למשל, את ה-Clean Water Act בארצות-הברית. ראו: *Ibid.*, at pp. 620-675.

168 תקנים כאלה של ambient air quality standards אופייניים ל-Clean Air Act האמריקאי. ראו:

החברתי השולי הגלום בפעילות של מזהם ספציפי;<sup>169</sup> ויצירת מנגנון של הקצאות סביבתיות סחירות (tradable environmental allowances), שאמור ליצור תמריצים פרטיים להגברת יעילות השימוש ביחידת זיהום נתונה.<sup>170</sup>

בישראל, הנושאים הנפוצים ביותר בהקשר של הפרעה הנגרמת למקרקעין שכנים – דהיינו, מפגעים של זיהום אוויר, ריח ורעש – מוסדרים בעיקר בחוק למניעת מפגעים ובתקנות שתוקנו מכוחו. החוק אוסר גרימת רעש, ריח או זיהום אוויר "חוק או בלתי סביר, מכל מקור שהוא, אם הוא מפריע, או עשוי להפריע, לאדם המצוי בקרבת-מקום או לעוברים ושבים",<sup>171</sup> ומסמיך את השר הממונה להחיל הוראות אישיות על אדם למניעת הפרה של איסורים אלה.<sup>172</sup> התקנות שהוצאו מכוח החוק יוצקות תוכן במונח "בלתי-סביר" בנוגע לסוגי הזיהום השונים,<sup>173</sup> אך אינן מגדירות כלל את המונח "חוק" – חֶסֶר אשר פורש על-ידי בית המשפט העליון כמאפשר במקרים מתאימים להטיל איסור על פעילות אף אם זו מצויה מתחת לסף ה"בלתי-סביר".<sup>174</sup> נוסף על כך מוחלים מכוח התקנות השונות איסורים פרטניים על סוגים מסוימים של פעילויות – חלקם באופן קבוע, כגון איסור הבערת פסולת באתר אשפה,<sup>175</sup> וחלקם על ציר של זמן, כגון איסור ביצוע שיפוצים בבניין מגורים

*Ibid.*, at pp. 551-619. גישה זו מאפיינת במידה רבה גם את תקנות למניעת מפגעים (פליטת

חומר חלקיקי לאויר), התשל"ג-1972, ק"ת 361.

169 ראו לעיל הערה 25. לדיון במיסים מתקנים בהקשר של זיהום סביבתי, ראו: Thomas W. Merrill "Innovations in Environmental Policy: Explaining Market Mechanisms" 2000 *U. Ill. L. Rev.* (2000) 275 (המנתח את הדינמיקה הפוליטית מאחורי היתכנותן של רפורמות "שוקיות" בתחום איכות הסביבה).

170 לדיון במנגנון זה ראו, למשל: Carol M. Rose "Common Property, Regulatory Property, and Environmental Protection: Comparing Community-Based Management to Tradable Environmental Allowances" in *The Drama of the Commons* (Washington, Elinor Ostrom, Thomas Dietz, Paul C. Stern & others eds., 2002) 233.

171 סעיפים 4-2 לחוק למניעת מפגעים.

172 סעיף 8 לחוק למניעת מפגעים.

173 ראו, לדוגמה, תקנות למניעת מפגעים (רעש בלתי סביר), תש"ן-1990, ק"ת 1006; תקנות למניעת מפגעים (מניעת זיהום אוויר וריח בלתי סבירים מאתרים לסילוק פסולת), תש"ן-1990, ק"ת 386; תקנות למניעת מפגעים (פליטת חומר חלקיקי לאויר), לעיל הערה 168. יוער, עם זאת, שבע"פ 151/84 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' פרשט, פ"ד לט(3) 1, קבע בית המשפט כי הגדרת המונח בתקנות אינה ממלאת את המונח בתוכן שאין בלתו, וניתן להוכיח קיומו של רעש "בלתי-סביר" גם בדרכי הוכחה שונות מאלה שנקבעו בתקנות השונות. שם, בעמ' 5-6.

174 כך, "יכול רעש להיות 'חוק' – ובכל זאת 'סביר', כגון אם הוא חולף או אם הוא נשמע בסביבה רועשת ומשלב ברעש רקע ועוד, ויכול רעש להיות 'חלש' – ובכל זאת 'בלתי סביר', כגון טפטוף מוגוטי קבוע ומתמשך על רקע של שקט סביבתי". שם, בעמ' 6-7.

175 תקנה 4 לתקנות למניעת מפגעים (מניעת זיהום אוויר וריח בלתי סבירים מאתרים לסילוק פסולת), לעיל הערה 173.

בשעות הלילה.<sup>176</sup> החוק כולל מגוון של אמצעים לאכיפת האיסורים הקבועים בו ובתקנות, ובכלל זה נקיטת הליך פלילי<sup>177</sup> ומתן סמכות לבית המשפט לענישה פלילית על-דרך של מאסר או קנס וכן להוצאת צווים אופרטיביים למניעה, הפסקה או צמצום של מפגע חזק או בלתי-סביר.<sup>178</sup> כן קיימת סמכות אכיפה מנהלית לשר הממונה בכל הנוגע לסילוק מפגע, אם טרם הוגש כתב-אישום בגין הפרת האיסורים שבחוק.<sup>179</sup> לבסוף, סעיף 13 לחוק למניעת מפגעים מעניק זכות תביעה אזרחית לפרט שנפגע בגין הפרת האיסור, בקובעו כי "...דין כל הפרה של הוראות חוק זה כדין מטרד היחיד".

לגבי ההליך הפלילי יוער, ראשית, כי סעיף 11(ה) לחוק למניעת מפגעים מגדיר את העברה ככזו של "אחריות קפידה", באופן שלא רק מבטל את הצורך בהוכחת יסוד נפשי, אלא גם שולל הגנה אפשרית של העדר רשלנות (במובן של איזון עלויות המניעה עם תוחלת הנוק) בביצוע הפעולה המזוהמת. שנית, התמקדות הענישה הלכה למעשה בגביית קנסות, כמו-גם העובדה שהקנס משולם לקרן לשמירת הניקיון,<sup>180</sup> עשויים לכאורה להפוך את הסנקציה הפלילית ממכשיר הרתעתי המשקף גם ערך עצמאי של פגיעה בשלטון החוק למס מתקן הנאמד בכל מקרה בהתאם לגובה הנוק המשווער שנגרם כתוצאה מהפעילות המזוהמת. דא עקא, שמסקירת פסקי-הדין קשה עדיין לעמוד על תובנה עקרונית של בתי-המשפט באשר לאופייה של האכיפה בדרך של תשלום קנס, לפחות ככל שהדברים נוגעים בחוק למניעת מפגעים.<sup>181</sup>

176 תקנה 4 לתקנות למניעת מפגעים (מניעת רעש), תשנ"ג-1992, ק"ת 8.

177 על-ידי כתב-אישום או קובלנה פרטית.

178 סעיפים 10, 11א, 11ד-ה לחוק למניעת מפגעים. לעניין זה יוער כי באחרונה, בפסק-דין תקדימי ברע"פ 7861/03 מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון (טרם פורסם, ניתן ביום 8.5.2006) (להלן: עניין המועצה האזורית גליל תחתון), הטיל בית-המשפט אחריות פלילית מכוח החוק למניעת מפגעים על המועצה האזורית גליל תחתון, שבשטחה הופעלו אתרי פסולת פירטיים על-ידי גורמים פרטיים. בית-המשפט פירש את סעיף 14 לחוק, המטיל אחריות על אדם בשל מעשה שנעשה במקום הנתון "לשליטתו או לפיקוחו", כחל גם על רשות מקומית בנוגע לקרקעות הנמצאות בתחום שיפוט. בפסק-דין זה טמון אפוא פוטנציאל מהפכני בשאלת חלוקת האחריות בין גורמים פרטיים לציבוריים עקב החצנות סביבתיות.

179 סעיף 11ב לחוק למניעת מפגעים.

180 סעיף 11(ו) לחוק למניעת מפגעים. הקרן לשמירת הניקיון, הפועלת במסגרת המשרד לאיכות הסביבה, הוקמה ופועלת מכוח חוק שמירת הניקיון, תשמ"ד-1984, ס"ח 142.

181 לדוגמה עדכנית לאימוץ הסדר טיעון, שכלל קנס בסך שלוש מאות אלף שקלים, בלא הנמקה מספקת מצד בית-המשפט מדוע מדובר בקנס ראוי, ראו שלום-ת"פ (ת"א) 1203/04 מדינת ישראל נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 22.5.2005). לביקורת שלפיה מדיניות הקנסות בישראל מקילה מדי ואינה נדרשת להערכת הנוק שהפרת החוקים הסביבתיים גורמת, ראו אלון טל "התועלת מאי ציות לחוקים סביבתיים: המקום של ניתוח כלכלי בקביעת קנסות למוזהמים" סביבה ומדיניות – קובץ מחקרים (עמיר אידלמן, אלון טל וניר בן-אהרון עורכים, תשס"ב) 11. עם זאת, נראה כי באחרונה חלה החמרה יחסית בגובה הקנסות המוטלים

ביחס לסעד האזרחי, התובנה העולה מפסיקת בתי המשפט היא כי ההפניה בסעיף 13 לחוק לעוולת המטרד ליחיד אין משמעה כי על התובע להראות שמתקיימים בנפרד גם יסודותיה של עוולת המטרד ליחיד, ובכלל זה קיום "הפרעה של ממש לשימוש סביר... או להנאה סבירה",<sup>182</sup> אלא די להוכיח קיומה של "הפרעה" בהינתן רעש, זיהום או ריח "חזק או בלתי סביר".<sup>183</sup> לצד זאת, נראה כי ההפניה אל עוולת המטרד מצביעה גם על תחולתן של ההגנות המנויות בפקודת הנוזיקין, ובכלל זה ההגנה שבסעיף 6 לפקודה, אשר גידון לעיל.<sup>184</sup> מכאן, אפוא, מקום שהחצנותיו השליליות של שימוש הקרקע הינן תוצאה צפויה ומסתברת של התוכנית הסטטוטורית שאושרה למתחם, ייתכן שסטנדרט האחריות האזרחי בגין הפרת הוראות החוק יהיה הלכה למעשה סטנדרט של רשלנות, ולא סטנדרט של אחריות קפידה בהליך פלילי.

מהי אפוא הזיקה בין התוצרים התכנוניים לבין המערכת הנורמטיבית המסדירה את המפגעים של זיהום אוויר, ריח ורעש? והאם יש בקיומם של סעדים עצמאיים מכוח החוק למניעת מפגעים כדי לחתור תחת מעמדו של ההליך התכנוני ככלי מרכזי להסדרת היחסים המרחביים ולעריכת ההתחשבות הכספית לפי אמות המידה הקבועות בסעיף 197 לחוק? גם כאן, בדומה לדיון ביחס לדיני המטרדים, יש להבין לטעמי את הרגולציה התכנונית והרגולציה הסביבתית לא כנמצאות ביחסים אנטגוניסטיים או ב"תחרות" בלתי-מתואמת זו עם זו, אלא כמכלול המייצר משטר משפטי יעיל. קביעת תקנים סביבתיים כלליים חוסכת עלויות ניכרות שהיו עלולות להיגרם לרגולציה התכנונית אילו היה צורך לקבוע תקנים פרטניים בנוגע לכל פרויקט מוצע. התקנים הסביבתיים משמשים קו-בסיס שסביבו הרגולציה התכנונית פועלת כאשר היא קובעת, למשל, את מיקומו של הפרויקט בהינתן תנאיו הגיאוגרפיים, הסביבתיים והדמוגרפיים של האזור (כגון כיוון הרוח, מספר התושבים הגרים בקרבת הפרויקט וכדומה). זאת ועוד, הבחירה הקפדנית יותר באחרונה, שבה דנתי לעיל בהקשר של דיני המטרדים, בין סעדים כספיים, על-דרך של פיצוי אישי או של קנס כספי, לבין צווי מניעה, בהינתן הפרה של תקנים סביבתיים, מבטיחה אף היא כי לא יהיה בהתדיינות הסביבתית כדי להתעלם באופן קטגורי מההכרעות שהתקבלו בשלב המוקדם יותר של ההליך התכנוני.

נוסף על כך, סעיף 6 לחוק למניעת מפגעים יוצר מנגנון המאפשר גמישות מקומית

על גופים המפירים את איסורי הזיהום הקבועים בחקיקה הסביבתית בישראל. כך, בינואר 2006 הוטל קנס בסך של מיליון ושש מאות אלף שקלים - הקנס הגבוה ביותר שהוטל עד כה מכוח החוק למניעת מפגעים - על בתי-הזיקוק במפרץ חיפה, בגין שני מפגעי זיהום אוויר שנגרמו בספטמבר ובאוקטובר 2003. ראו דוד רטנר וצפריר רינת "קנס של 1.6 מיליון שקלים לבתי זיקוק על זיהום אוויר" הארץ (12.1.2006).

182 סעיף 44 לפקודת הנוזיקין.  
183 עניין אבישר, לעיל הערה 18, בעמ' 318-319. לאיסור ראו סעיפים 2-4 לחוק למניעת מפגעים. לפי סעיף 10(1) לחוק זה, "מפגע שנקבע כחוק או כבלתי-סביר בתקנות לפי סעיף 5, חוקה שהוא עשוי לגרום הפרעה לאדם המצוי בקרבת-מקום, כל עוד לא הוכח היפוכו".  
184 ראו את הדיון בטקסט ליד הערות 154-162. לתחולת ההגנות שבפקודת הנוזיקין על סעיף 13 לחוק למניעת מפגעים ראו קרצ'מר, לעיל הערה 16, בעמ' 85.

מקום שהישענות על התקנים הסביבתיים המדינתיים עלולה להוביל לחוסר יעילות. לפי סעיף זה, "רשות מקומית רשאית, בחוק-עזר, באישור השר, לקבוע הוראות מיוחדות לענין חוק זה, בהתחשב בתנאים המיוחדים של המקום ותושביו, והוראות כאמור יכול שיסטו מהוראות תקנות שהותקנו לפי חוק זה, לרבות קביעת אי-תחולתן של התקנות באזורים, בימים או בשעות שהוגדרו בחוק-העזר".

מנגנון זה, שעד היום נעשה בו שימוש הן לחומרא והן לקולא ביחס לתקנים הנקובים בבררת-המחדל של התחיקה המדינתית,<sup>185</sup> מבטא להבנתי, במידה רבה, את הרעיון העומד בבסיס המודל של Tiebout, אשר דימה שוק של רשויות מקומיות שכל אחת מהן מציעה תמחיל ייחודי של שירותים ומיסים, והלקוחות-בכוח, הנהנים מיכולת מעבר בלתי-מוגבלת וממידע מושלם, "בוחרים ברגליהם" את הרשות המקומית המספקת את השילוב הרצוי מבחינתם.<sup>186</sup> רעיון זה פותח בכתובה כלכלית מאוחרת יותר גם בהקשר של הבחירה שהרשויות המקומיות מקיימות – באמצעות סמכות תכנון הקרקע הנתונה להם – בין היתרונות הגלומים בפיתוח קרקע אינטנסיבי, כגון הגדלת ההכנסות ממיסים מקומיים ויצירת מקומות תעסוקה במקרה של שימוש קרקע מסחרי-תעשייתי, לבין העלויות הסביבתיות והאחרות הכרוכות בכך.<sup>187</sup> לדוגמה, רשות מקומית מסוימת, שתושביה מייחסים ערך רב במיוחד ליצירת מקומות תעסוקה ממפעל תעשייתי המבקש להתמקם בתחום הרשות, עשויה לתמוך בפרויקט אף אם רמת הזיהום שתהיה כרוכה בהפעלתו חורגת מהתקנים הכלליים-הלאומיים שנקבעו בחוק. סעיף 6 לחוק מאפשר אפוא התניה יעילה על תקנים אלה.

אומנם, סמכויות התכנון בישראל אינן מצויות רק בידיהן של הרשויות המקומיות, ובפרויקטים המשנים את ייעוד הקרקע או את היקף הבנייה על-גביה תהיה סמכות ההחלטה מצויה בדרך-כלל בידי מוסדות התכנון המחוזיים והלאומיים.<sup>188</sup> ההיגיון במדרג תכנוני זה הוא

185 לדוגמה להחמרה בהשוואה לדין הארצי ראו, למשל, חוק עזר לכפר שמריהו (מניעת רעש), התשס"ה-2005, ק"ת 111. סעיף 3 לחוק קובע תקן מחמיר יותר של איסור הקמת רעש באמצעות מכשירי קול כאשר מדובר בימי מנוחה, וסעיף 10 קובע איסור בדבר הפעלת מכונת גן בשעות מסוימות של היום, אשר אינו מנוי כלל בתקנות למניעת מפגעים (מניעת רעש), לעיל הערה 176. לדוגמה להוראה מקומית מקילה ראו, למשל, חוק עזר לבת ים (מניעת רעש), התשמ"ג-1983, הקובע בסעיף 6 כי האיסור על טלטול מכלים באזורי מגורים בימי חול בין השעות 22:00 ל-06:00 ובימי מנוחה (איסור הקבוע בסעיף 6 לחוק למניעת מפגעים) לא יחול על פינוי מכלים או מכולות על-ידי העירייה.

Charles M. Tiebout "A Pure Theory of Local Expenditures" 64 *J. Pol. Econ.* (1956) 186-416.

187 ראו, למשל: Wallace E. Oates & Robert M. Schwab "Economic Competition among Jurisdictions: Efficiency Enhancing or Distortion Inducing?" 35 *J. Pub. Econ.* (1988) 333; William A. Fischel *The Homevoter Hypothesis — How Home Values Influence Taxation, School Finance, and Land-Use Policies* (Cambridge, 2001) 162-183.

188 סעיף 62א לחוק התכנון והבנייה, המגדיר על-דרך "רשימה סגורה" את היקף התוכניות המצויות בסמכותה של הוועדה המקומית, עוסק בסוג תוכניות שאינן אמורות לשנות באופן ניכר את ייעודי הקרקע או להגדיל את היקף הבנייה בתחום התוכנית. ראו לעניין

ששימושי קרקע מסוימים עשויים לחרוג מבחינת היקף השפעתם מתחום הרשות המקומית, ועל-כן ההחלטה בעניין צריכה להתקבל על-ידי גוף בעל הראייה הרחבה הנדרשת. היגיון זה מוצא ביטוי גם בחלוקת הסמכות הסביבתית הקבועה בסעיף 6 לחוק מניעת מפגעים, שבו נדרש כי הסטייה מהוראות החוק, לקולא או לחומרא, תאושר על-ידי השר הממונה. אולם כפוף לכך, האפשרות לתחיקה מקומית החורגת מההוראות המדינתיות מהווה מכשיר נוסף לתיאום יעיל בין הרגולציה התכנונית לרגולציה סביבתית, שיהיה רגיש לנסיבותיו הספציפיות של פרויקט מסוים.<sup>189</sup>

לסיום פרק זה אציין כי עד לאחרונה ניכר קושי בקיום התדיינות אורחית אפקטיבית במקרה שבו פעילות שהפירה את האיסורים הנקובים בחוק למניעת מפגעים גרמה הפרעה למקרקעין רבים באזור המושפע, בדומה לקושי בניהול תביעת מטרד רחבת-היקף. זאת, אף שהחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אורחיות) במתכונתו המקורית,<sup>190</sup> החל גם על המפגעים הנקובים בחוק למניעת מפגעים, כולל מנגנון של הגשת תובענה ייצוגית.<sup>191</sup> דא עקא, שהתובענה הייצוגית מכוח החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אורחיות) אינה כוללת אפשרות לסעד כספי, עובדה שמפחיתה את התמריץ להגשת תובענות מכוחו ואת הפוטנציאל הגלום בכללי אחריות להשגת תוצאות יעילות.<sup>192</sup> נוסף על כך, בתי-המשפט לא גילו עד כה נכונות לאשר תובענות ייצוגיות לסעדים כספיים מכוח סעיף 29 לתקנות סדר הדין האזרחי<sup>193</sup> כאשר מדובר בפגיעה במקרקעין רבים, בין היתר בשל השוני הגלום באופייה ובהיקפה של הפגיעה בכל אחת מהקרקעות.<sup>194</sup> לעומת זאת, חוק תובענות

זה בג"ץ 5145/00 הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, חוף השרון נ' שר הפנים, פ"ד (נו) 2) 179.

189 לצד סמכות הפעולה והסמכות לחקיקת חוקי-עזר מכוח החוק למניעת מפגעים, יש מגוון של מקורות סמכות נוספים המאפשרים לרשויות המקומיות להסדיר את סוגיית המפגעים הסביבתיים. למשל, חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968, ס"ח 204, מעניק לרשות המקומית סמכות רחבה בנוגע לעסקים שהוגדרו על-ידי שר הפנים כטעוני רישוי, ובכלל זה סוגי עסקים שהצורך בקבלת רישוי בעבורם נועד להבטיח מטרות של "איכות נאותה של הסביבה ומניעת מפגעים ומטרדים" (סעיף 1(א)(1) לחוק). נוסף על כך מוטלת על העירייה החובה – מכוח סעיף 242 לפקודת העיריות [נוסח חדש], דמ"י תשכ"ד 197 – לפעול בענייני תברואה ובענייני בריאות הציבור ונוחותו, ובכלל זה לנקוט "אמצעים להסרת כל מטרד או למניעתו..." (סעיף 1)242 לפקודה). כן יצוין כי לעיתים תכופות (מדי) העירייה מצויה דווקא בצד המייצר החצנות סביבתיות. ראו רינת צפריר "דו"ח: רשויות מקומיות – הגורם העיקרי להזרמת שפכים לים" הארץ (22.5.2006), וכן את פסק-הדין בעניין המועצה האזורית גליל תחתון, לעיל הערה 178.

190 חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אורחיות), תשנ"ב-1992, ס"ח 184 (להלן: החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אורחיות)).

191 סעיפים 10-13 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אורחיות), שם.

192 ראו דניאל פיש דיני איכות הסביבה בישראל (תשס"ב) 130.

193 תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220.

194 ראו, לדוגמה, מחוזית"א (ת"א) 1826/02 דהקלו נ' עיריית נתניה – הועדה המקומית לתכנון



ייצוגיות<sup>195</sup> – שנחקק במרס 2006 במטרה לאחד ולהסדיר במשותף את נושא התובענות הייצוגיות בדין הישראלי, ובכלל זה את התובענה הייצוגית מכוח חוק מניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות) – כולל את המנגנון הדרוש לניהול תביעות כספיות אף כאשר הסעד הנדרש לחברי הקבוצה השונים אינו זהה.<sup>196</sup> שינוי זה עשוי אפוא להפוך את התובענה הסביבתית הייצוגית לכלי מרכזי להסדרת יחסים מרחביים, לצד הרגולציה התכנונית.<sup>197</sup>

### פרק ד: על הרגולציה של שימושי הקרקע ככלי ליצירת סדר חברתי ומוסרי

הסדרה מרחבית של שימושי קרקע במובנה הרחב – דהיינו, ככוללת לא רק תכנון מראש, אלא אף הכוונה שוטפת של אופני הפעולה והתחזוקה של נכסי מקרקעין – טומנת בחובה השלכות שאינן ניתנות תמיד לאמידה "אובייקטיבית" שמרוחקת מקשיים מוסריים. נחשבו, למשל, על ההשפעות הפסיכולוגיות-התדמיתיות (לצד השפעות מוחשיות, אם קיימות) של תוכנית המתירה שימוש קרקע של מוסד לנכים, חוסים, נגמלים מסמים, קורבנות אלימות במשפחה או קשישים סיעודיים בלב שכונת מגורים, או על הסלידה המוסרית ששכנים עלולים לחוש מקרבה לשימוש קרקע כגון מועדון-לילה או בית-בושת. דוגמה אחרת היא הפגיעה האסתטית הנגרמת כאשר מבנה מסוים מעוצב בטעם ובאופן חריג לעומת המקובל באזור המגורים שבו הוא נמצא, או כאשר הוא מצוי במצב של הזנחה ועליבות אשר פוגעות בחזונו החיצוני של האזור כולו ועלולות לגרום לאפקט "כדור-שלג" בכניינים נוספים. הסוגיות התכנוניות והקנייניות העולות מעניינים כגון אלה משולבות בדרך-כלל בדילמות רחבות יותר הנוגעות בסדר ציבורי ובהסדרה מוסרית של אזור מסוים, ובכלל זה בשליטה בפעולות הנעשות במרחבים הציבוריים של האזור, כגון קיבוץ נדבות, רוכלות, שוטטות, התגודדות של חבורות-רחוב ולינה של חסרי-בית בגינות וברחובות.<sup>198</sup>

ולבניה (לא פורסם, ניתן ביום 30.10.2003), שם נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בגין שימוש שעשתה לכאורה עיריית נתניה בקרקע שיועדה להפקעה מבלי להודיע על כך לבעלי הקרקעות ומבלי לנקוט את ההליכים הפורמליים הדרושים לביצוע ההפקעה, וזאת, בין היתר, מנימוק של העדר הומוגניות בין חברי הקבוצה בנוגע לבסיס חישוב הנזק.

195 חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, ס"ח 264 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

196 סעיף 19 לחוק תובענות ייצוגיות, שם.

197 לשימוש בכלי התביעות הייצוגיות בהקשר של פגיעה בקרקעות עקב זיהומים סביבתיים, ראו, למשל: Deborah R. Hensler *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (Santa Monica, 2000) 319-337.

198 לדיון במכלול זה כמאפיין את הדילמות בנוגע ל"סדר" האורבני ראו, לדוגמה: Nicole S. Garnett "Ordering (and Order in) the City" 57 *Stan. L. Rev.* (2004) 1.

באופן היסטורי, התערבותו של המשפט האנגלו-אמריקאי בסוגיות מוסריות-ערכיות הכרוכות בשימושי קרקע נעשתה בעיקר באמצעות דוקטרינת המטרד לציבור (public nuisance).<sup>199</sup> כמעט מראשית ימיה של אנגליה שלאחר הכיבוש הנורמני, לצד סוגיות כגון חסימת נתיבי תחבורה יבשתית וימית או זיהום המשפיע על ציבור נרחב, טופלה הפעילות באתרי "הפקרות מוסרית", כגון בתי-מרזח, הן באמצעות הליכים פליליים והן באמצעות תביעות מטרד לציבור שהגישו רשויות ציבוריות.<sup>200</sup> החל באמצע המאה השמונה-עשרה נהפכו ההליכים האזרחיים למרכזיים יותר בטיפול בפעילות הגורמת פגיעה בציבור הרחב, במיוחד לנוכח המעמד שניתן גם לתושבים פרטיים להגיש תביעה בעילה זו,<sup>201</sup> אם כי הרשויות הציבוריות באנגליה ממשיכות עד היום למלא תפקיד מרכזי בנקיטת הליכים אזרחיים ופליליים.<sup>202</sup>

בדומה לכך, בארצות-הברית שולבו זו בזו תביעות פליליות ואזרחיות לטיפול בפעילויות שנחשבו עקרונית כמטרד לציבור, וגם כאן, לצד דיון בעניינים כגון הפרעה למעבר בנתיבים ציבוריים, היווה תחום זה באופן מוסרתי כר לטיפול בפעילות שנחשבה לפוגעת בסדר הציבורי או במוסר הציבורי, כגון בתי-המורים ובתי-בושת.<sup>203</sup> אף כיום לא נפקד מקומה של עוולת המטרד לציבור מהכרעות בהתנגדויות מוסריות-בבסיסן לשימוש קרקע מסוים או לפעילות מסוימת.<sup>204</sup>

גם בדין הישראלי נושא המטרד לציבור מטופל הן ברובד האזרחי<sup>205</sup> והן ברובד הפלילי.<sup>206</sup> בעוד השימוש בעוולה האזרחית של מטרד לציבור מתמקד הלכה למעשה בהפרעות פיזיות-סביבתיות, עברת המטרד לציבור בחוק העונשין משלבת במפורש בסעיפי-המשנה שלה, לצד "עברת-סל" הדומה בניסוחה לעוולה הנקובה בסעיף 42 לפקודת הנויקין,<sup>207</sup> גם עברה

199 לתיאור כללי של דוקטרינה זו במשפט האנגלי ובמשפט האמריקאי ראו, בהתאמה: J.R. Spencer "Public Nuisance — A Critical Examination" 48 *Camb. L. J.* (1989) 55; Epstein, *supra* note 108, pp. 639-650.

200 ראו: Donald G. Gifford "Public Nuisance as a Mass Products Liability Tort" 71 *U. Cin. L. Rev.* (2003) 741, 790-799.

201 יתור על כן, במקרים שבהם הוכיחו התובעים "נוק מיוחד" בסוגו, ניאותרו בתי-המשפט באנגליה להעניק גם סעד של פיצוי.

Gifford, *supra* note 200, at pp. 799-800 202

*Ibid*, at pp. 800-801 203

204 לדוגמה, בשנים האחרונות התקבלו בארצות-הברית תביעות בעילת מטרד לציבור בגין פעילויות כגון משחקי בינגו בכנסייה או פעילות של חוף נודיסטים בקרבה לבתי-מגורים. ראו:

John C. Nagle "Moral Nuisances" 50 *Emory L. J.* (2001) 265, 266-267

205 סעיפים 42-43 לפקודת הנויקין.

206 סעיף 215 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

207 לפי סעיף 215(א) לחוק העונשין, "העושה מעשה שלא הותר בדין או נמנע מעשות דבר שחובתו לעשות לפי הדין וגורם בכך לציבור פגיעה, סכנה או הטרדה, או מפריע לו, או גורם לו אי-נוחות, בשימוש בזכות הרבים, הרי זה מטרד לציבור, ודינו – מאסר שנה אחת."

"מוסרית" של עיסוק בזנות תוך הפרעה לסביבה.<sup>208</sup> דא עקא, שהשימוש בסעיף 215 לחוק העונשין - כמו גם בסעיפים 216-223 לחוק, העוסקים בעברות אחרות המצויות תחת סעיף "מטרדים", כגון התנהגות פרועה או מגונה, קיבוץ נדבות או שיטוט למטרה אסורה או פסולה - הינו נדיר ביותר.<sup>209</sup>

לגבי הפרעות אסתטיות, ייאמר כי בדין האנגלו-אמריקאי בתי המשפט נמנעים בדרך כלל מלהכיר במטרדים אסתטיים, לנוכח אופיים הסובייקטיבי של טעמים מעין אלה.<sup>210</sup> לכאורה, טיעון זה אינו מתיישב עם ההנדסה החברתית שבה עסקו בתי המשפט מקדמת דנא בכל הנוגע למטרדים מוסריים. אכן, הביקורת המושמעת על מגמה זו מתמקדת בכך שבית המשפט אינו מתבקש להיות שופט של יופי, אלא לבחון את המשמעות האסתטית ביחס לנורמות הנוהגות בקהילה הרלוונטית.<sup>211</sup> אולם דווקא בטיעון ביקורתי זה טמונה לטעמי הסיבה שבגינה יש להעדיף בעידן הנוכחי את הרגולציה השלטונית, ובכלל זה רגולציה תכנונית, על דיני המטרדים לצורך הסדרה מרחבת של היחס בין הפרט לקהילה מקום שמדובר בשאלות מוסריות ובהערכות סובייקטיביות גרידא.<sup>212</sup> לעניין זה יוזכר כי המטרד לציבור מהווה באופן מסורתי דוקטרינה עמומה, אשר מדברת

208 סעיף 215(ג) לחוק העונשין.

209 לא מצאתי התייחסות בפסיקה של השנים האחרונות לסעיף 215(א) לחוק העונשין. להידרשות נדירה יחסית של בית המשפט לסעיף 215(ג) לחוק העונשין, ראו ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441. באותו מקרה הורשעה המערערת בסרסרות למעשי זנות לפי סעיף 199 לחוק העונשין ובהחזקת מקום לשם זנות לפי סעיף 204 לחוק זה, ובית המשפט העליון אישר בדעת רוב את העונש שהוטל עליה - שמונה עשר חודשי מאסר, מהם שישה חודשי מאסר בפועל שישומו בדרך של עבודות שירות, והיתרה על-תנאי. בדעת המיעוט, בסוברו כי אין מקום להטלת עונש מאסר בפועל, מציין השופט חשין כי "מעשי העבירה שבענייננו מדמים כך עצמם לעבירה שהגדרתה באה בסעיף 215(ג) לחוק העונשין... מדיניות המשטרה באשר למכוני העיסוי למיניהם יצרה דין למעשה, ולפיו יש לראות בעלים ומנהלים של מכוני עיסוי כמו עוברים הם עבירה שעיקרה הוא מיטרד, בעיקר מיטרד ליחיד... וכשם שלא שמענו עד הנה כי מי שהורשע בעבירת מיטרד על דרך הסתם יישלח אל הכלא וחופשו יינטל ממנו, כן דין המערערת". שם, בעמ' 454.

210 ראו, לדוגמה, את עניין *Mathewson v. Primeau*, 395 P.2d 183 (Wash. 1964), שבו הוציא בית המשפט צו מניעה נגד הריחות מדיר החזירים שגידל הנתבע, אך סירב להוציא צו דומה לסילוק ערמת גרוטאות כעורה בנימוק שהוא אינו עוסק בעניינים של אסתטיקה. אולם ראו את עניין *Foley v. Harris*, 286 S.E.2d 186 (Va. 1982), שבו אסר בית המשפט על הנתבעים לאסוף גרוטאות של מכונות ולהציבן בהצריהם.

211 ראו: Raymond R. Coletta "The Case for Aesthetic Nuisance: Rethinking Traditional Judicial Attitudes" 48 *Ohio St. L. J.* (1987) 141, 157-162

212 לתמיכה בלגיטימיות של שימוש בסמכויות תכנוניות, ובכלל זה סמכות האיוור, למטרות אסתטיות, ראו: Georgette C. Poindexter "Light, Air, or Manhattanization? Communal Aesthetics in Zoning Central City Real Estate Development" 78 *B.U. L. Rev.* (1998) 445, 483-488 Robert C. Ellickson & Vicki L. Been: לסקירת המצב המשפטי הנוהג ראו: *Land Use Controls* (Gaithersburg, 2nd ed., 2000) 557-579

על איסור גרימת פגיעה, הפרעה או אי-נוחות לציבור, אך אינה תחומה מבחינת הנושאים שבהם היא עוסקת,<sup>213</sup> ואף אינה מגדירה סטנדרט אחריות ברור.<sup>214</sup> במידה רבה, דבר זה אינו מקרי: בעידן הטרור-רגולטורי היוותה עוולת המטרד לציבור כלי מרכזי ליצירת סדר מרחבי-חברתי, ובכלל זה בשאלות מוסריות וחינוכיות, ולשונה הרחבה של הדוקטרינה אפשרה לרשות ציבורית לפנות אל בית-המשפט בבקשה לצקת תוכן בעוולת-הסל הזו על-סמך ערכי הקהילה הרלוונטית. מכאן שהעוולה התיימרה לטפל, באמצעות הכרעות שיפוטיות אד-הוקיות, בהיקף תוכני וגיאוגרפי עצום של השפעות והעדפות שהינן סובייקטיביות ומקומיות בחלקן.

בעידן המודרני של רגולציה נושאת נרחבת ראוי שנורמות מעין אלה יעוצבו מלכתחילה על-ידי המוסדות הפוליטיים והרגולטוריים הארציים והמקומיים, באופן שיבטא במקרים המתאימים את ההשקפות המקומיות הייחודיות של ה"קהילה" הרלוונטית ויביא בחשבון את מלוא המורכבות התכנונית, הפיסקלית והחברתית של עיצוב הסדר החברתי והמוסרי בתוכה. בית-המשפט, מצידו, אמור לשמש ערכאה של ביקורת שיפוטית המגינה על זכויות הפרט והמיעוט על-פי עקרונות המשפט החוקתי והמנהלי,<sup>215</sup> אך לא להתיימר ליצור מלכתחילה אותן נורמות לכל קהילה מכות עוולת המטרד, תוך היצמדות למערך הזכויות הנוהג מכות המשפט הפרטי.

טלו, ראשית, את הדוגמה של מבנים שחזותם מוזנחת, במיוחד כאשר מדובר בנכסים שננטשו בשל ירידה חדה בביקוש למגורים באזור, באופן שהופך את תחזוקתו השוטפת של הבניין לנטל גרידא מבחינת בעלי המבנה. הטענות המקובלות המצדיקות הטלת חובה על בעל הנכס למנוע הזנחה חיצונית כזו מבוססות לא רק על ההחצנה השלילית שהכיעור האסתטי גורם לתדמית ולאטרקטיביות השוקית של נכסים סמוכים,<sup>216</sup> אלא גם על תיאוריית "החלונות השבורים", שלפיה סממנים חיצוניים של הזנחה מאותתים על התמוטטות הסדר

213 להבדיל מעוולת המטרד ליחיד, אשר אף היא עמומה למדי אך לפחות מתמקדת במניעת שימוש או הנאה סבירים במקרקעין.

214 Gifford, *supra* note 200, at pp. 774-789.

215 לדיון ב"מהפכה החוקתית" בארצות-הברית החל בסוף שנות השישים, שבמסגרתה פסלו בתי-המשפט חקיקות פליליות מקומיות שאסרו פעולות כגון שוטטות והתגודדות של חברות-רחוב בנימוק שאיסור פלילי כזה הינו "מעורפל", ולדיון בנאותות של קביעת נורמות מקומיות של "סדר ציבורי", ראו, למשל: Richard C. Schragger "The Limits of Localism" 100 *Mich. L. Rev.* (2001) 371; Debra Livingston "Police Discretion and the Quality of Life in Public Spaces: Courts' Communities, and the New Policing" 97 *Colum. L. Rev.* (1997) 551 John Accordino & Gary T. Johnson "Addressing the Vacant and Abandoned: Property Problem" 22 *J. Urb. Aff.* (2000) 301, 303 את שקיעת התמריצים להשקעה בשכונה, את הירידה בהיקף ההכנסות של הרשות המקומית ממסים, את הירידה בערכי נדל"ן סמוכים, את הגדלת העלויות של ביטוח בעלי בתים ועסקים, ואת יצירת האפקט של "כדור-שלג", שבעטיו גם בעלי נכסים סמוכים אינם משקיעים בתחזוקת הבניינים.

החברתי באופן שמאיץ ומעצים את שקיעת האזור כולו ואת תחושת חוסר האונים של התושבים הנתרים בו.<sup>217</sup>

לצד הטיפול החקיקתי והרגולטורי בנושא זה במשפט האנגלו-אמריקאי, רשויות ציבוריות מעודדות תושבים להגיש תביעות נגד בעלי המבנה בגין עוולות של מטרד לציבור.<sup>218</sup> אלא שספק אם באפיק זה יש משום דרך התמודדות ראויה עם תופעה זו, שכן לבית-המשפט אין באופן טיפוסי הכלים הדרושים להערכת מלוא ההשלכות של הגדרת קו-בסיס, שמתחת לו תיחשב חזונו החיצונית של הבניין כיוצרת עוולה וכמקימה זכות לסעד נגד בעלי הבניין. זאת, בין היתר, משום שמיקום הצבתו של רף ההזנחה מגדיר גם את מידת ההטרוגניות הכלכלית והחברתית של האזור, בהנחה שיכולתם הכלכלית של בעלי נכסים זולים יותר משליכה גם על יכולת התחזוקה שלהם ביחס למקובל בקהילה.<sup>219</sup> מעבר לכך, המשפט הפרטי עשוי להיות אפקטיבי כמכשיר הרתעתי במקרים של הזנחה קלה יחסית ויוצאת-דופן ביחס לסביבה, אולם כאשר היקפה של תופעת ההזנחה רחב יותר, יש בכך כדי להעיד על קיומה של בעיה שורשית אשר אינה ניתנת לפתרון אך ורק באמצעות מנגנוני שוק וכלים מן המשפט הפרטי, אלא מחייבת עיצוב של מדיניות ציבורית מקומית ואזורית ויישומה על-ידי הרשויות הרלוונטיות.<sup>220</sup>

אין משמעות הדבר שהסדרה רגולטורית בנושא כגון חזות בניינים הינה נטולת קשיים ותניב תמיד תוצאה ברורה ויעילה בתוך תחומה של רשות מקומית מסוימת. דוגמה טובה לכך היא התנודה התכופה באחרונה של עיריית תל-אביב-יפו בין שימוש בטכניקות של "מקלות" ושל "גורים" לשיפור חזותם של בניינים מוזנחים. כך, מחד גיסא, החלה באחרונה העירייה להשתמש בסמכות הנתונה לה מכוח חוק-העזר העירוני העוסק בשמירת הסדר והניקיון, ולדרוש מבעלי בתים לבצע עבודות שיפוץ כדי "לשמור על המצב התקין והמראה הנאה של חזית הבית", תוך איום כי אם לא יבצעו את העבודות הנדרשות, תבצע העירייה את העבודות בעצמה ותגבה מהם את ההוצאות הכרוכות בכך.<sup>221</sup> אלא שבמקביל העירייה מקדמת באחרונה תוכנית תמריצים החלה על אלפי בנייני המגורים המצויים ברובע מרכז העיר, שלפיה בתמורה לשיפוץ חיצוני כולל של הבניין, תעניק העירייה תוספת בנייה של בין קומה אחת לשלוש קומות על גג הבניין, המהווה הטבה שלטונית משמעותית ביותר

James Q. Wilson & George L. Kelling "Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety" in *Atlantic Monthly* (March 1982) 29

Gifford, *supra* note 200, at pp. 20-21

219 ראו: Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (2003) 482-485 (הטוען כי קודים מחמירים מדי של בנייה ותחזוקה גורמים לעלייה בעלות התחזוקה ובעקבות זאת לירידה בהיצע הדיור המזול ולעלייה במחירי הדיור בהיצע שנתר).

220 ראו: Levea Brachman "Vacant and Abandoned Property: Remedies for Acquisition and Redevelopment" in *Land Lines* (October 2005) 1

221 סעיפים 52-57 לחוק עזר לתל-אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), התש"ם-1980, ק"ת 887. למאמצי האכיפה הנעשים באחרונה ראו יובל אזולאי "הזנחת את הבית? העירייה תשפץ ואתה תשלם" הארץ (26.9.2005) ב3.

באחד מאזורי הדיור המבוקשים ביותר בארץ.<sup>222</sup> מעבר לכך, הקלה העירייה באחרונה את אמות-המידה למתן הלוואות לשיפוץ חזיתות בניינים, תוך פריסת התשלומים החודשיים ללא ריבית והצמדה ומתן מימון-ביניים,<sup>223</sup> כך שהקופה הציבורית מסבסדת באופן ניכר את הגשמת התועלת הפרטית הצפויה לבעלי הבניינים.

הבלכול-לכאורה הכרוך בעיצוב המדיניות האורבנית בנושא רק מלמד על המורכבות הכרוכה בהסדרה המרחבית של החצנה מסוג זה, ועל הצורך לשקול את עיצובה ואת אופן יישומה לא רק ברובד של הרשות המקומית בכללותה, אלא אף ברמות תת-מקומיות, על-מנת שמדיניות זו תהיה ישימה כלכלית ומועילה חברתית בהינתן תנאיו הייחודיים של האזור הרלוונטי. הדבר אך מלמד על הקושי לבנות משטר משפטי אחיד של חלוקת הזכויות בין הפרט לקהילה באמצעות דיני המטרדים, ועל הנחיתות המובנית שבה ימצא בית-המשפט אם ידרש להגדיר באופן ראשוני את אמות-המידה הקהילתיות של "סף ההזנחה" ואת המכשירים המשפטיים למימושו.

דוגמה שנייה לעדיפותה של רגולציה נושאת על שימוש בעוולת המטרד נוגעת באותם שימושי קרקע הלוקים בתסמונת של "לא בחצר האחורית שלי", קרי, באותם מקרים שבהם ההתנגדות לשימוש הקרקע נובעת לא מאופיו של שימוש זה, אלא מזהותם של משתמשי הקרקע, ובכלל זה מבנים המיועדים לקשישים, לנכים ולחוסים.<sup>224</sup>

הקושי המוסרי שבית-המשפט ניצב מולו כאשר הוא נדרש להכריע בטענותיהם של שכנים נגד שימושי קרקע מעין אלה באמצעות המשפט הפרטי בא לידי ביטוי מובהק בפסק-דינו של בית-משפט השלום בעניין זמרה.<sup>225</sup> באותו מקרה טענו בעלי דירות הגובלות במעון לחוסים אוטיסטים לקיומו של מטרד בשל הרעש הנובע מצרחותיהם של החוסים, וביקשו צו להפסקת הפעילות במקום. אף שבית-המשפט מדגיש כי בהגדרת הפעילות האמורה כ"מצווה" אין כדי לשלול את יכולתם של השכנים להתנגד לה, הוא מציין כי משכניו של המעון נדרשת מידה רבה יותר של סובלנות, ומעיר כי "טרם נשמע על מקרה בו בית המשפט אסר על מגוריהם של בני אדם בשכנות לאחרים רק משום שהם מוכי גורל,

222 ראו יגאל חי "קח: תוספת בנייה, תן: שיפוץ כולל" העיר (20.5.2005) 60.

223 ראו עלון מטעם עיריית תל-אביב-יפו שכותרתו "בתנאים כאלה, הייתי משפץ את כל הרחוב..." שחולק לתושבי העיר בנובמבר 2005 (עותק שמור במערכת).

224 התנגדות זו באה לידי ביטוי במאבקים ציבוריים ומשפטיים שתושבים מנהלים נגד הכנסת שימושים מעין אלה לאזור מגוריהם. ראו, למשל, ע"פ 410/87 רן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, רמת גן, פ"ד מא(4) 72 (בית-אבות); מחווי"ה"פ (ת"א) 2221/94 "מעוז אביב" אגודה שיתופית בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל אביב, פ"מ תשנ"ו(1) 177 (מעון לנשים מוכות) (להלן: עניין מעוז אביב); ע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית לפי חוק התכנון והבנייה, חיפה, פ"ד נו(2) 466 (הוסטל לנכי-נפש); שלום-ה"פ (י"ם) 512/02 פלד זמרה ואח' נ' אל"ט - אגודה לאומית לילדים אוטיסטים (לא פורסם, ניתן ביום 28.4.2003) (להלן: עניין זמרה). ראו גם מרב סריג "לא בחצר שלנו" מוסף הארץ (27.12.2002) 40.

225 עניין זמרה, שם.

שונים או פגועים בנפשם".<sup>226</sup> בית-המשפט אף מדגיש כי לנוכח ההסדר החקיקתי בסעיף 63א לחוק התכנון והבנייה, שלפיו כאשר תוכנית מייעדת קרקע למגורים יראו ייעוד כאמור כאילו הוא כולל גם היתר למגוריהם של חוסים או נכי-נפש, יהיה במתן צו מניעה נגד הפעילות כדי להכשיל את המטרה החקיקתית של שילוב אוכלוסיות חריגות באזורי מגורים.<sup>227</sup> בראש ובראשונה ניכר בפסק-דינו של בית-המשפט החשש מפני יצירת איתות לא-מוסרי אם תיקבע הלכה שלפיה פעילות של מעון לחוסים אוטיסטים מהווה עוולה של מטרד כלפי שכניה, באופן שידביק יסוד ישר של אשם לאוכלוסייה שאינה יכולה לשלוט בהחצנות-לכאורה שהיא גורמת.

לעומת זאת, הרובד הרגולטורי-התכנוני נראה כאפיק ראוי יותר להתמודדות עם מלוא השיקולים הכרוכים בנושא זה, שכן הוא מציב במרכז את ההכרעה הציבורית הכרוכה בשילובן החברתי של אוכלוסיות חריגות באופן שמאפשר קיומה של "הפרדה אקוסטית"<sup>228</sup> ראוייה בין הרצון להימנע מהגדרת פעילות השילוב כעוולתית לבין ההכרה בנטל המיוחד הנופל לצורך כך על כתפיה של קבוצה מסוימת שהשילוב נעשה בקרבה. זאת, במיוחד משום שבחירתה של הקבוצה אינה מקרית על-פי-רוב, כפי שעולה, למשל, מפסק-הדין בעניין מעוז אביב, שבו הצהירה עיריית תל-אביב כי בחירת מיקומו של המעון לנשים מוכות בשכונת מעוז אביב נעשתה משום שמדובר "...בסביבה בעלת סטיגמה חיובית, חזקה מבחינה חברתית ושקטה, במיקום שיקנה תחושת הגנה וישרה אוירה המנוגדת לתחושת הלחץ והתרגשות יתר, חוסר בטחון ואבדן השליטה שעימן מגיעות הנשים וילדיהן".<sup>229</sup> אף שאיני סבור כי ידו של בית-המשפט צריכה להיות קלה במתן פיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה בגין ירידת ערך עקב הנזקים המוחשיים והפסיכולוגיים הכרוכים בקרבה מיידית לשימושי קרקע מעין אלה, במקרים מתאימים יוכל אותו משטר סטוטורי של כלל אחריות להבטיח איזון ראוי ביחסים שבין הפרט לקהילה, גם כאשר מדובר בהכרעות "קשות" המבטאות ערכים סובייקטיביים ומקומיים ודילמות מוסריות שאינן ניתנות לאמידה נוחה.<sup>230</sup>

226 שם, בפסקה 25.

227 שם, בפסקות 22-24.

228 אני שואל את הביטוי ממאמרו של מאיר דן-כהן: "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 625. דן-כהן משתמש בביטוי זה כדי לתאר את השוני בין "כללי התנהגות" (conduct rules), המכוונים אל הקהל הנרחב של צרכני הנורמה במטרה להשפיע על עיצוב התנהגותם, לבין "כללי הכרעה" (decision rules), אשר מכוונים אל מקבלי ההחלטות, ביניהם שופטים, ומורים להם כיצד עליהם לקבל החלטות במקרים ספציפיים המובאים לפניהם, וכיצד ליצור הפרדה בין הכללים מקום שנוצר קונפליקט בין כללים אלה. אני משתמש בביטוי זה כדי לתאר את ההפרדה שיש לעשות בין דיני המטרדים לבין דיני התכנון בהקשר של פגיעות-לכאורה בשל עצם הימצאותן של אוכלוסיות "בלתי-רצויות".

229 עניין מעוז אביב, לעיל הערה 224, בעמ' 204.

230 אך ראו לוינסון-זמיר, לעיל הערה 5, בעמ' 140 (הסבורה כי משיקולים מוסריים אין לפצות בגין סוגי פגיעות כאלה גם ברובד התכנוני).

## פרק ה: סיכום

רגולציה אינה פתרון־קסם, ובהתאם לכך, אין מקום לעבותה ולהאדיר את המנגנון המנהלי הכרוך בה כאשר הדבר אינו דרוש לפתרון כשלי שוק שיטתיים או להשגת מטרות חברתיות וערכיות מוגדרות. כמו־כן אין להניח כי הגופים האמונים על הסדרת שימושי הקרקע בישראל יקיימו תמיד איזון ראוי בין מכלול האינטרסים הפרטיים והציבוריים, בפרט כאשר סמכות התכנון והרישוי עשויה להוות מנוף פיסקלי ופוליטי לגוף מקבל־ההחלטות עצמו, להבדיל מהציבור הכללי שאותו הוא אמור לשרת.

עם זאת, בעידן הנוכחי של שימושי קרקע אינטנסיביים בעלי היקף השפעה גיאוגרפי ותוכני ניכר, קיים יתרון מובנה לריכוז ההתדיינות הכרוכה בהסדרת יחסים מרחביים סביב פרויקט מסוים, ולעריכת ההתחשבות הכספית בין המרוויחים הפרטיים והציבוריים לבין אלה הצפויים להיפגע ממנו, כבר בשלב הרגולציה התכנונית. לעניין זה, משטר הפיזיו בגין פגיעות תכנוניות עקיפות מכוח חוק התכנון והבנייה מנצל את היתרון הגלום בכללי אחריות ליצירת תמריצים לפני מעשה (ex ante), הן לגורמים הציבוריים והן לגורמים הפרטיים, למזער את הקונפליקט הכרוך בפרויקט המוצע, וכתוצאה מכך נחסך חלק ניכר מהצורך בהתדיינות משפטית מאוחרת. בהתאם לכך, הקצאת הזכויות בין הצדדים השונים מכוח אינה צריכה לחקות דוקטרינות מן המשפט הפרטי שעוצבו כפתרונות לאחר מעשה (ex post) כדי למתן את חירות השימוש הכללית במקרקעין שנהגה בעידן הקדם־רגולטורי, אלא לבנות באופן ראשוני מנגנון משפטי שיביא לידי ביטוי ראוי ויעיל מבחינה מנהלית את מכלול ההשפעות השוליות הכרוכות בתוצר תכנוני מסוים.

נראה לי כי הקריאה להכפיף את היקף הזכות לפיזיו מכוח פגיעה תכנונית עקיפה לאינטרסים המוגנים ממילא בענפים אחרים של הדין מבטאת במידה רבה את אי־הנחת של התומכים בעמדה זו מקיומו של הפער בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי בהיקף ההכרה באינטרסים "קנייניים" ובמידת ההגנה עליהם. מתח זה בא לידי ביטוי מובהק גם בפסיקת בית־המשפט העליון: מחד גיסא, בית־המשפט הכיר עוד בפסק־הדין בעניין מגדל כפר שיתופי כי במסגרת ההגנה הנפרשת בעידן החוקתי על זכויות הפרט אל מול הרשות השלטונית ניתן להכיר בסוגי אינטרסים שאינם מהווים זכויות קנייניות במשפט הפרטי כ"קניין" לצורך סעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו;<sup>231</sup> אולם מאידך גיסא, בית־המשפט מבקש בשורה של פסקי־דין, אם כי בלא הצלחה יתרה, ליצור זיקה בין השינוי שחולל העיגון החוקתי של זכות הקניין לבין הפרשנות הראויה של מוסד הקניין בסכסוכים מן המשפט הפרטי.<sup>232</sup>

231 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431.  
232 לביטוי הגישה שלפיה זכות הקניין במשפט הפרטי קיבלה תוקף על־חוקי בעקבות חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391, כך שהיא נעה באופן עקרוני באותו כיוון המאפיין את הזכות ברובד הציבורי, ראו, לדוגמה, בש"א 4459/94 סלמונוב נ' שרבני, פ"ד מט(3) 479, 480; עניין רוקר, לעיל הערה 16, בעמ' 240–241; בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל,



בקיצור נמרץ אומר כי לטעמי אין בשונות הקיימת בהיקף ההכרה ב"קניין" ובמידת ההגנה עליו ברבדים השונים של המשפט משום כשל לוגי או סתירה מושגית.<sup>233</sup> הבחנה זו מבטאת את ההכרה בכך שבעידן המודרני הפורום הציבורי-הפוליטי הוא זה שבו מתקבלות ההחלטות הבסיסיות בדבר הקצאת משאבים בחברה, בדבר סדרי עדיפויות בין מגורים ובדבר הטמעה חזקה של עקרון האחיות החברתית של הפרט כלפי הקהילה והחברה. החלטות ציבוריות אלה יוצרות את הרובד הבסיסי של זכויות הקניין, שעל בסיסו מתנהלת לאחר-מכן הפעילות הקניינית במישור הפרטי. כמו ההכרעות החברתיות בנוגע ל"קניין החדש" הגלום בהטבות סוציאליות או במתן רשיונות והקצאות שלטוניות בתחומי פעילות אחרים,<sup>234</sup> כך גם הזכויות בנכסים ה"קלטיים", ובכלל זה באופני השימוש במקרקעין, מושפעות במידה רבה מהחלטות ראשוניות המתקבלות בזירה הציבורית, אשר מכוננות קניין או שוללות קניין, לפי העניין.<sup>235</sup> אם כן, תפקידו של בית-המשפט בהקשר זה אינו להנציח במדויק מערך קיים של זכויות וחובות פרטיות בשימוש במקרקעין, אלא לעמוד על המשמר באמצעות הביקורת השיפוטית על מנגנוני ההסדרה השלטונית, כדי למנוע מצב-עניינים שבו ההחלטה התכנונית אינה מקדמת הלכה למעשה את התכלית שהיא מתיימרת לקדם או יוצרת חלוקת תועלות ועלויות הנתפסת כבלתי-ראויה בנסיבות העניין. דיני הפיצוי הנוהגים בגין פגיעות תכנוניות עקיפות נראים בעיניי כעומדים באתגר זה באופן משביע-רצון.

פ"ד נה(2) 625, 655-657; ע"א 6416/01 בנבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נו(4) 197, 204-205.

233 כנגד זה, לטענה שלפיה זכויות-היסוד, ובכלל זה זכות הקניין, זהות בבסיסן במשפט הציבורי ובמשפט הפרטי, ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר עורך, תשנ"ג) 163, 193. להבחנה בין מושגי הקניין השונים במשפט הפרטי, במשפט המנהלי ובמשפט החוקתי, ולניסיון לאתר גרעין משותף לכולם באמצעות עקרון הצדק החלוקתי, ראו מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" מחקרי משפט כא (תשס"ה) 439.

234 ראו בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר (לא פורסם, ניתן ביום 9.9.2004) פסקה 11 לפסק-דינו של הנשיא ברק (זכות לקצבת זקנה כ"קניין חדש"); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 275-276 (הותרת השאלה אם רישיון למונית מהווה "קניין" בצריך עיון). למקורו של המונח "קניין חדש" כמעצב מחדש את הזכאות המשפטית לזכויות ולטובות-הנאה המתקבלות מהשלטון במדינה המודרנית, ראו: Charles A. Reich "The New Property" 73(5) Yale L. J. (1964) 733.

235 ראו אמנון להבי "על המרחב הציבורי של הקניין הפרטי (בעקבות ספרו של חנוך דגן קניין על פרשת דרכים)" משפט וממשל ט (תשס"ו) 619.

