

מבנים לשימור

היטל השבחה בגין "מיתוג" מבנים לשימור בתכנית 2650ב'

מאת

עו"ד מורן גור¹ • עו"ד אורטל דוידיאן גדעוני²

א. מבוא

בשנת 2003 הכריזה אונסק"ו³ על ה"עיר הלבנה" תל אביב, שבתחומיה כ-4000 מבנים בסגנון הבין-לאומי בטבורו של מרכז מטרופוליני, כאתר מורשת לאומי. מתוך אותם מבנים היסטוריים כ-1000 מבנים, נבחרו על ידי הרשות המקומית להיכלל במסגרת תכנית 2650ב' והוכרזו כמבנים לשימור, עם אישורה.

נקודת המוצא בדיון שיוצג כאן, הינה כי לשימור מבנים ואתרים בעלי ערך תרבותי, היסטורי וארכיטקטוני תועלת חברתית גבוהה. מדובר בתהליך חשוב ורצוי, להגנה על המורשת התרבותית וההיסטורית של חברה מסוימת ושל האנושות כולה, למעננו ולמען הדורות הבאים. ביטול אותם ערכים בפני החדש והמודרני עשוי לדלדל את הזיכרון הקולקטיבי, ועל כן מיוחסת חשיבות רבה לשימור.

שימור מבנים הוא מוצר ציבורי, המיוצר ללא הגבלה, וברוב המקרים לא ניתן למנוע מאיש את צריכתו, על כן ניתן לומר כי לשימור השפעות חיוביות חוביות. מדובר בתוצר אותו מפיק פרט בודד לטובת הציבור כולו, אולם פרט זה אינו יכול לסחור במלוא התועלת המופקת מהשקעתו, על כן נוצר כשל שוק בתהליך השימור.

מקום בו קיים כשל שוק, נדרשת התערבות רגולטורית. המחוקק הישראלי, בדומה לערים רבות בעולם, אימץ אמנות בין-לאומיות, המטילות חובה ממשית לשמר מבנים, ובנוסף הסדיר את השימור בחקיקה ראשית, בתוספת הרביעית לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965. יחד עם זאת, דומה כי מלאכת המחוקק לא הושלמה והדרך עוד ארוכה.

1. עו"ד מורן גור הינו שותף ומנהל מחלקת התכנון והבנייה במשרד עו"ד רייסמן גור ושות'.
2. עו"ד אורטל דוידיאן גדעוני הינה עורכת דין במשרד עו"ד רייסמן גור ושות'.
3. (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization - UNESCO) ארגון החינוך, המדע והתרבות של האומות המאוחדות. הארגון פועל לזיהוי, להגנה ולשימור של אתרי מורשת תרבות ומורשת טבע בכל רחבי העולם הנחשבים לבעלי ערך מיוחד.

בהמשך למגמה אותה תווה המחוקק, אישרה עיריית תל אביב בשנת 2008 את תכנית 2650' שבה הוכרו כאלף מבנים לשימור. התכנית קובעת פיצויים ותמריצים לבעלי הנכסים שהוכרו לשימור, ואולם שותקת בכל הנוגע לגביית היטלי השבחה מכוחה.

הוועדה המקומית תל אביב סבורה כי המבנים שהוכרו לשימור, למעשה הושבחו ועל כן הוצאו לבעלי מבנים מסוימים דרישות לתשלום היטלי השבחה. אחת הסיבות עליהן מבססת הוועדה את שומת ההשבחה היא "טענת המיתוג", הגורסת כי הכללת המבנה במסגרת תכנית השימור, מיתגה אותו כמבנה ייחודי ועל כן העלתה את ערכו באופן שהעשיר את בעלי הנכס, ואי לכך מוטל עליהם לחלוק התעשרות זו עם הכלל, בתשלום היטל השבחה.

טענות רבות נגד טענת המיתוג של הרשות הועלו במסגרת עררים כנגד חבות בהיטל השבחה נוכח התכנית, התלויים בימים אלה בפני ועדת הערר המחוזית לתכנון ובנייה, ובראשן הטענה כי המבנים שנבחרו להיכלל במסגרת התכנית הם מבנים ייחודיים ובעלי מוניטין בפני עצמם, ועל כן היא לא זו שהעלתה את ערכם.

אנו נבקש להציע תשובה אחרת לטענת המיתוג של הוועדה המקומית. לגישתנו אשר תוצג במאמר זה, טענת הוועדה המקומית, לפיה התכנית אותה יזמה, מיתגה את המבנים הכלולים בה והעלתה את ערכם, הינה טענה בלתי חוקתית, החורגת מהנורמות החלות עליה כרשות מינהלית - האחת היא חריגה מעקרון חוקיות המינהל, והשנייה סטייה מעקרון ההגיונות.

נבקש להראות כי המונח "מיתוג" הוא נחלתו של העולם העסקי, ועל כן הוא זר לעולם התכנון, ואינו יכול להיטמע בו. השאלת המונח על ידי רשות מינהלית, בפרט כשתוצאתו מובילה לגביית היטל השבחה ומכאן לפגיעה בזכות הקניין, אינה דרך ראויה לרשות מינהלית ללכת בה.

טענת המיתוג נטענת תוך שהיא אינה מעוגנת בתוך חיקוק או תכנית כלשהי, אינה מבוססת דיה ודעות שמאים או מומחים ביחס אליה חלוקות לכאן או לכאן. מכאן כי הוועדה המבקשת לפעול מתוקף טענת המיתוג, סוטה מעקרון חוקיות המינהל. נראה כי עמידה על עיקרון זה מהותית פי כמה, שעה שתוצאתו של האקט המינהלי מובילה לגביית היטל השבחה, דהיינו לפגיעה בזכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד, ובמקרה זה - זכות הקניין.

אף אם נניח כי נכונה טענת הרשות לפיה היא ממתגת מבנים, ומייחסת להם "ערך יוקרה", הרי שטענה שכזו מפיה של ועדה מקומית מהווה אמירה בעלת טעם לפגם, שכן העולה ממנה הוא שהוועדה המקומית מבקשת להתערב בשוק הדיור ולייקר מבנים מסוימים באמצעות תכנית בניין עיר. מיותר לציין שהשלכותיו הברורות של מעשה שכזה, אם הוא נכון, כי מבנים אלו יוצעו לבעלי מעמד סוציו-אקונומי גבוה, שיכולים להרשות לעצמם לרכוש אותם "פריטי אספנות" יקרי ערך, תוך דחיקתם לשוליים של אלה שאינם.

ב. תכנית השימור תא/2650' ועמדת הוועדה המקומית תל אביב-יפו

תכנית השימור 2650' שבכנסה לתוקפה ביום 19.9.2008 קובעת רשימה של כ-1000 מבנים שנמצאו ראויים לשימור בגבולותיה של העיר תל אביב. מבנים אלו נבחנו על פי רשימת קריטריונים, הכוללים את ערכם האדריכלי, ההיסטורי, מיקומם, קונסטרוקציה, ערך חברתי וכיוצא בזה.

מטרותיה של תכנית השימור הן שימור המורשת הבנויה בעיר, חשיפת הערכים האדריכליים של המבנים כפי שתוכננו במקור לציבור הרחב והפעלת השימור כמנוף לצורך החייאה והתחדשות עירונית, לשם משיכת פעילות כלכלית, תרבותית ותיירותית לעיר תל אביב. כמו כן מבקשת התכנית ליצור מנגנונים ליישומה, ביניהם יצירת תמריצים לשיקום המבנים לשימור.

התכנית קובעת שתי דרגות שימור: מבנים לשימור רגיל, ומבנים לשימור עם הגבלות מחמירות, שההבדל בין השניים מתמצה בזכויות הבנייה המוקנות להם. כך, בעוד שבמבנים לשימור רגיל ניתן לנצל את מלוא זכויות הבנייה מתוקף התכניות החלות במגרש ואף להוסיף זכויות, הרי שבמבנים לשימור עם הגבלות מחמירות, לא ניתן לעשות כן. יחד עם זאת, על מנת לשמור על ערכי השימור, מאפשרת התכנית לנייד זכויות בנייה ממבנים המיועדים לשימור עם הגבלות מחמירות, למגרש מקבל, בתכנית בסמכות ועדה מקומית. יובהר כי מדובר בתהליך מורכב, המטיל אף הוא עלויות כבדות על בעלי הנכסים המיועדים לשימור.

זאת ועוד, תכנית השימור, מטילה חובות ומגבלות על מבנה לשימור, כגון: חובת שיקומו "על ידי שיקום מעטפת המבנה וחלקי המבנה המשותפים והחצרות, וכן על ידי ביצוע עבודות נוספות כמפורט" ומטילה חובה על אחזקתו, באופן בו מבנה לשימור "יתוחזק על פי התוספת הרביעית לחוק ועל פי כל דין לרבות הוראות תכנית זו על כל נספחיה". נוסף על האמור "כל עבודה או שימוש המוצעים להיעשות במבנה לשימור יותנו בהבטחת השימור" ויחייבו קבלת אישור היחידה לשימור מבנים טרם ביצועם⁴.

מתוך הוראות תכנית השימור, ברצוננו להאיר מגבלות תכנוניות ועיצוביות החלות על מבנים לשימור, המפורטות בנספח ג' להוראות התכנית, ביניהן איסור על החלפת המרצפות הדקורטיביות, איסור מחיקת ציורי קיר, איסור על שינוי חיפוי הקירות, איסור על החלפת דלתות, חלונות ותריסים שאינם תואמים את המקור, איסור על החלפת זכוכית, קרמיקה ואבן ואת המוזאיקה שעל גביהן, איסור על שינוי תצורת תיבות הדואר, איסור על התקנת מזגנים בחזיתות המבנה ואיסור על הצבת מתקנים טכניים על הגג הבולטים מהמעקה הבנוי.

זאת ועוד, על בעלי מבנים לשימור מוטלת בפרק ה' לתכנית "חובת אחזקה של מבנה לשימור", המורה כי "עבודות אחזקה אשר יכללו בין היתר עבודה להבטחת יציבותו

4. ראו הוראות התכנית.

ההנדסית ומניעת התדרדרות במצבו, עבודות המיועדות להגן על המבנה מפני נזקי טבע או בידי אדם, תיקון ושיקום מעטפת המבנה על כל מרכיביה וחלקיו הפנימיים של המבנה, תיקון וטיפול במערכות המבנה החיצוניות והפנימיות כולל החלפת צנרת וחיווט איטום ובידוד, סילוק מזיקים, טיפול בצמחיה ועבודות של אחזקה שוטפת כגון צביעה, סיד, טיפול בחצר המבנה והאלמנטים הבנויים המצויים בה למעט עבודות בתוך הדירות. כל עבודה או שימור המוצעים להעשות במבנה לשימור יותרו בהבטחת ביצוע השימור בכפוף לתכנית".

לצד החובות, מפורטים בנספח ה' לתכנית תמריצים הניתנים לבעלי הזכויות, כגון הגדלת קווי הבניין, הגדלת התכסית, הרחבת המרפסות, תוספת שטחי עזר, בנייה על הגג, חפירת מרתפים, הרחבת השימושים המותרים, תוספת יחידות דיור ועוד.

יצוין כי התכנית אינה קובעת דבר ביחס לתשלום היטלי השבחה.

לגישתה של הוועדה המקומית תל אביב, המוצגת בשומות רבות⁵, שניתנו על ידי שמאים מכריעים שמונו על מנת לדון בשאלת השבחה, עולה, כי דרישת השבחה מקורה, בין היתר, ב"סימונו" של הנכס לשימור, דבר היוצר לו מיתוג, ומוסיף מוניטין ונדירות לערכו, ביחס למבנה שאינו לשימור. שוויו של ערך זה עשוי להגיע עד לכדי 10% משווי הנכס.

את תמצית גישת הוועדה ביחס לשאלת מיתוג המבנה בתכנית השימור, ניתן למצוא, בין היתר, בתשובתה לערר שהוגש מטעם בעלי תת חלקה 12 ברח' חובבי ציון 53 תל אביב, בה השיבה כדלקמן:

"עמדתה של הוועדה הינה כי עצם סימון המבנה כמבנה לשימור, יש בו כדי להשפיע באופן חיובי על ערך המקרקעין, זאת לאור ההכרה בייחודיותו של המבנה - הכרה שיש לה משמעות כלכלית משביחה בדרך של מיתוג המבנה, תוך הפיכתו ליחיד ומיוחד במינו, ביחס למצבו הקודם, כמו גם ביחס למבנים שאינם מסומנים לשימור. עליית שוויים של המבנים המסומנים לשימור, אשר נכללו בתכנית השימור אינה נובעת אפוא מהתמריצים הקבועים בתכנית בלבד, אלא אף מהערך הכלכלי הרב הגלום במיתוג המבנה כ"מבנה לשימור" וביוקרה הנלווית למי שהינו בעליו של מבנה המסומן לשימור - רכיבים אשר יש להם ערך כלכלי עצמאי, שלכשעצמו יש בו כדי להעלות את ערך המבנים הכלולים בתכנית. יצירת אלמנט של ודאות באשר למצבו התכנוני של המבנה, במסגרת התכנית, המעלה את ערכו, מהווה השבחה על פי התוספת השלישית לחוק. תכנית השימור מסדירה את השימוש במבנה, את מניעת הריסתו ואת שימורו. כמו כן התכנית מונעת שינוי של הבניינים הכלולים בתחומה, מונעת

5. ראו למשל שומה מכרעת רן וירניק בחלקה 11 בגוש 6920 מיום 8.8.2010, שומה מכרעת דורית פריאל בחלקה 115 גוש 6921 מיום 18.1.2010, שומה מכרעת ניקי פרימו בחלקה 47 גוש 7436 מיום 21.2.2010 ושומה מכרעת נאוה סירקיס בחלקה 22 גוש 6909 מיום 17.3.2010. את השומות המכריעות ניתן לאתר באתר משרד המשפטים בכתובת:

<http://www.justice.gov.il/Units/MoetzetShamaim/ShamautMachria/Pages/SearchResults.aspx>

את הריסתם והכחדת ערכיהם ההיסטוריים-ארכיטקטוניים הנדירים ומחייבת את שימורם באופן המבליט ערכים אלו. הוראות אלו, מהוות השבחה ב"דרך אחרת", כאמור בהוראת סעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק, ויש בהן כדי ליצור ודאות באשר לאופיו התכנוני הייחודי של המבנה ולעליית הערך הנובעת מכך. ודאות זו אינה יכולה להתקבל על ידי ביצוע וולונטרי של שימור, אשר ספק רב אם יבוצע על ידי בעלי הנכסים ואם כן, באיזה אופן."

לעמדתנו, הוועדה המקומית, שהינה רשות מינהלית, בטענת המיתוג שלה, ובניסיונותיה המאולצים לבססה על מקור חוקי, מבקשת לנקוט באסטרטגיית שיווק המאפיינת תאגידים במגזר העסקי, ולגבות כספים מבעלי נכסים שהוכרו לשימור. פעולה שכזו לטעמנו, חורגת מעקרון חוקיות המינהל, ומנוגדת לעקרון ההגיונות שעליה לדבוק בו.

ג. מהו "מיתוג"

פרשנותו המילולית של המונח מיתוג היא "קביעת מכלול הפרטים החיצוניים שמוצג המבדילים אותו ממוצרים אחרים ומאפשרים את זהויו, כגון המותג, הסמל המסחרי, האריזה"⁶. יחד עם זאת, למיתוג הגדרות והיבטים רבים, כך שככל שמעמיקים במושג זה ופרשנויותיו, מוצאים כי המיתוג, אשר הפך לאחד הגורמים החשובים באסטרטגיה עסקית, רחוק מלהיות ברור.

מיתוג, מחד, נחשב בעיני רבים כפונקציה פרסומית גרידא, ומאידך יש המבקשים לראות בו קביעת אסטרטגיה, יצירת ערך מרכזי ומהותי ללקוח פוטנציאלי, כלי מפתח ליצירת יתרון תחרותי ותרבות חברתית.⁷

קיימים חוקרים הסוברים כי מיתוג הוא סמל (לוגו, צבע, צורה, אריזה, עיצוב), מילה (שם), חפץ, מושג או שילוב של כולם יחד, המיועד לזהות סחורות או שירותים, ולהבדיל בינם לבין אלו של המתחרים.⁸ דהיינו, לפי גישה זו, מיתוג מתמצה בגירוי חזותי ומילולי ומתמקד בביטוי חיצוני של מוצר. אותו ביטוי חיצוני, הוא היוצר את ההבחנה בין מוצר מסוים למוצרים מתחרים, ומאפיין אותו כמותג.⁹ המסקנה נובעת מהמצא לפיו, תוחלת חייהם של מותגים ידועים נמשכת גם לאחר מותו של המוצר המקורי.

6. מילון אבן שושן.

7. Douglas b. holt, **brands and branding**, Harvard business school (2003).

8. אלי אברהם, קידום ושיווק ערים בישראל: אסטרטגיות ומסעות פרסום למשיכת תיירים, משקיעים, יזמים ותושבים, 2003.

9. Kavaratzis, M. & Ashworth, G. J., (2005) "City branding: an effective assertion of identity or a transitory marketing trick?", *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, Vol. 96 (5), 506-514.

ישנם חוקרים הרואים במיתוג מונח רחב יותר החורג מגבולותיו הפיזיים של המוצר אל מחוזות נפשיים, פסיכולוגיים ורגשיים¹⁰. לפי גישה זו מיתוג יוצר תדמית המאגדת בתוכה את המחשבות והתפיסות של בני האדם.

המיתוג אכן עשוי להגביר את הערך שיש ללקוח מפריט מסוים. אחת מהדרכים שנחקרו רבות בספרות, היא "ערך המוניטין". כך, מנקודת מבט כלכלית, מותגים הם "מכולות של מוניטין", יש בהם תכונות מוחשיות, המספקות מטרות תועלתניות¹¹. בהתאם לכך, אדם עשוי לקחת סיכון מסוים ברכישת מוצרים בעלי מוניטין, במיוחד כאלה לשימוש עתידי, או כאלה שלא ניתן להעריך היטב עובר לתהליך הרכישה, ובכך יוכל להקטין את האפשרות לנזק שיגרם לו, ככל שיבחר לנסות מוצר חדש וחסר מוניטין. מכאן, כי המותג משמש כמעין מנגנון איתות שהמוצר כולל איכות מעולה, אמינות, וכיוצא באלה, כך שניתן לומר כי הוא מקנה סוג של "ערך מוסף" המגדיל את ביטחון הלקוח במוצר.

ניתן לומר, כי מיתוג הוא תהליך המורכב ממכלול שלם של היבטים שהדעות חלוקות לגביהם.

בהמשך התפתחותו של ענף המיתוג, הושאל מונח זה על ידי הרשויות המקומיות שביקשו לערוך תהליך של "מיתוג ערים". אלא שמחקרים שנערכו, העלו כי רבים מגורמי הרשות כלל אינם יודעים מהו מיתוג¹².

במחקר שנערך ביחס לתהליכי מיתוג ב-12 רשויות באנגליה, נמצא כי למרות שהרשויות חשבו שמיתוג הינו כלי רלוונטי עבורן, רבות מהן תפסו אותו ככלי שעוסק ביצירת זהות חזותית ותו לא. נמצא כי בשלטון המקומי, שוררת תחושה של חוסר יציבות מתמשכת, והוא נעדר יכולת קבלת החלטות באופן מתמשך ומסודר, ובתהליכי המיתוג המתבצעים על ידו ניכרים חובבנות וחוסר מקצועיות. עוד נמצא כי בשל הצורך לנהל תהליך מיתוג ארוך וממושך, קיים סיכוי נמוך שראשי ערים, הנבחרים לתקופת כהונה מוגבלת, יוכלו לעסוק בכך ברצינות המתאימה, משום שלפעולה שכזו דרושה השקעת משאבים, והפגנת מקצועיות למשך תקופות ארוכות עד שיושגו תוצאות¹³.

ד. המיתוג ועקרון חוקיות המינהל

כפי שראינו, תחום המיתוג התפתח ונחקר בעולם העסקי הפרטי, ובאופן טבעי הוא שייך לעולם זה, בעוד שמדובר במונח זר לעולם הציבורי. לגישתנו ההבדלים והמשמעויות הרבות המיוחסות למונח מיתוג כמו גם השוני בין העולם העסקי לעולם

10. Hankinson, G. (2001) Location branding: A study of the branding practices of 12 English cities. *Journal of Brand Management*, 9(2), 127-142.

11. הי"ש 7 לעיל.

12. הי"ש 10, Hankinson.

13. אלי אברהם, הי"ש 8 לעיל.

הציבורי הנשלט על ידי רשויות וגופים ציבוריים, אינם מאפשרים שימוש בטכניקות מיתוג מהעולם העסקי, על ידי רשות ציבורית הכפופה לנורמות מהמשפט המינהלי.

הטענה הראשונה שבה נבקש להתמקד הינה כי טענת המיתוג חורגת מ-ד' אמותיו של המשפט המינהלי בכלל, ומעקרון חוקיות המינהל בפרט. אותו עיקרון מורה כי ללא הוראת הסמכה בת-תוקף אין בכוחה של הרשות לפעול, ובאם התיימרה הרשות לחרוג מהתחום שהוגדר לה, היא יוצאת מתחום הכרתו של הדין, ומבחינה זו, מעשיה כלא נבראו מעולם¹⁴. בית המשפט העליון המשיך וקבע כי לא תצא הרשות ידי חובה אם תצביע על הוראת חוק כללית בלבד, וכי עליה לעמוד על הרשאה מפורשת, המעניקה לה את הסמכות לפעול כפי שהיא מתיימרת.

הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר במקום בו פעולת הרשות עשויה לפגוע בזכות חוקתית, הזוכה למעמד על-חוקתי, והמעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פסקת ההגבלה, שבסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, קובעת כי פגיעה בזכויות יסוד תתאפשר רק "בחוק" או לפי חוק כאמור "מכח הסמכה מפורשת בו". בית המשפט העליון עמד על המונח "הסמכה מפורשת" וקבע כי יש לקרוא דרישה זו, בהתאם למכלול נסיבות העניין וביניהן טיב הזכות הנפגעת, הטעמים המונחים בבסיסה ועוצמת הפגיעה בה. ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תפחת, כך גם יקטן הצורך בעמידה דווקנית על דרישת ההסמכה המפורשת, וניתן יהיה להסתפק בלשון מרוככת יותר של דבר החקיקה המסמיך. לעומת זאת, ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תגדל, כך יהיה עלינו לקרוא קריאה דווקנית יותר של דרישת ההסמכה המפורשת¹⁵. כפועל יוצא, כשזכות היסוד שעלולה להיפגע הינה בעלת זיקה עניינית הדוקה לזכויות אדם מוגנות, כך תפורש ביתר שאת הדרישה לקיומה של "הסמכה מפורשת" בחוק¹⁶.

יחד עם זאת, בית המשפט העליון אף הרחיב את תחולת הדרישה להסמכה חוקית, גם מקום בו פעולתה של רשות מינהלית אינה פוגעת בהכרח בזכויות אדם המעוגנות בחוק יסוד, ומצטמצמת לפגיעה באינטרס הפרט בלבד¹⁷. גישה זו לטעמים של שופטי בית המשפט העליון, מקדמת הרמוניה פרשנית, מתאפיינת בגמישות ובחוסר דווקנות, ומאזנת בין הטעמים המצדיקים הגבלת זכויות אדם רק בחקיקה ראשית, לבין ערכים נגדיים של יעילות מינהלית ומרחב פעולה אפקטיבי.

בענייננו, טענת המיתוג של הוועדה המקומית תל אביב, כי תכנית בניין עיר ביוזמתה, מיתגה את הנכסים שהוכרזו בה לשימור והעלתה את ערכם, באופן הטעון תשלום היטל השבחה, עולה לכדי פגיעה בזכות הקניין של הפרט, מבלי שיש לרשות הסמכה מפורשת לעשות כן, ותוך חריגה מעקרון חוקיות המינהל.

14. בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים, סד(2) 479 (2010).

15. דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, סג(3) 41 (2009).

16. בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, סב(4) 715 (2008).

17. בג"ץ 3424/90 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(2) 24 (1991); בג"ץ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769 (1998).

זכות הקניין כזכור מצויה במעמד על חוקי ומעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם", והיא הוכרה ככזו גם בפסיקה¹⁸. יוצא כי, ככל שתוצאות הפעולה שהרשות המינהלית מבקשת לנקוט, בעלות השלכה על ממונו של אדם, עליה להצביע על הסמכה מפורשת, ברורה ובמסגרת חקיקה ראשית¹⁹.

הוועדה המקומית תל אביב-יפו, מבקשת להצביע על חוק התכנון והבנייה, המסמיך אותה לגבות את ההיטל. הוועדה מבקשת להישען על הקבוע בסעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק, לפיו "חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתן של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת, ישלם בעליהם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו".

לגישת הוועדה המקומית, טענת המיתוג שלה, עולה לכדי "השבחה בדרך אחרת". על כן היא מבקשת להצביע על תיבה זו, ולהכתירה כנורמה החוקית המסמיכה אותה לגבות היטל השבחה נוכח מיתוג המבנה.

"דרך אחרת" פורשה בפסיקה כדרך שאינה הרחבה של זכויות הניצול ואשר הביאה, בעקבות אישור תכנית, לעליית שווי המקרקעין²⁰.

לגישתנו, אין די בצמד המילים הלקוני "השבחה אחרת", כדי להוכיח כי המחוקק הסמיך את הוועדה המקומית לגבות היטל השבחה, בשל מיתוגו של מבנה מסוים.

ראשית, כפי שצינו לעיל, מיתוג הוא מונח אמורפי, חסר בסיס, שזהותו חלוקה בין החוקרים המלומדים. מונח זה אף לא צוין בתכנית השימור באופן כלשהו, אלא הונח על מסמכי השומה כפרשנות שמאית גרידא להשבחה. ודוק, פרשנות זו אומצה רק על ידי שמאים ספורים, בעוד שכל השאר סבורים אחרת.

לפיכך, לא רק שטענת המיתוג איננה מעוגנת בחוק, תקנה או תכנית השימור, היא אף טענה בלתי מוכחת, המצויה ברמה התיאורטית בלבד ואינה מתקרבת לרף ההוכחה הדרוש לפגיעה בקניינו של הפרט על ידי הרשות.

יוזכר כי, שיטת המשפט במחוזותינו נשענת על הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", המחייבת את התובע, המבקש להוציא דבר מה מהנתבע, בהבאת ראיות להוכחת החוב.

18. בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Center Wiesenthal Simon Corp Museum (פורסם בנבו, 29.10.08); בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו), 10.5.06; ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' גלעד ברעלי ואח', פד"י מט(1) 463, 484-485 (1995) ואתר מקרקעין: www.mekarkein.co.il (להלן: "אתר מקרקעין").

19. בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999); בג"ץ 3355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762 (2004).

20. ע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל אביב-יפו, פ"ד נ"ב(5) 715, אתר מקרקעין.

אלא שטענענע הוועדה המקומית היא טענה השערותית בלבד, שאיננה מגובה בראיה מספקת, למצער בשיטה שמאית קוהרנטית ומתאימה, להערכת עליית שווי כתוצאה ממיתוג של נכס כלשהו. דווקא עיון בשומות מטעם שמאים שדנו בתכנית השימור, מעלה כי דעותיהם חלוקות באופן נחרץ, כאשר מחנה אחד דוגל בעמדה לפיה קיימת עליית מחירים במבנים לשימור, ואילו מחנה שני אוחז מנגד בעמדה כי לא נמצאה מובהקות בשוני במחירי דירות בין מבנים לשימור לעומת מבנים שאינם לשימור. די במחלוקת ניטשת שכזו בכדי להטיל ספק ממשי בדבר קיומה של השבחה עקב מיתוג, המאיינת כל דרישת תשלום מן הפרט.

לכך נוספת העובדה כי, ככלל אין קרקע אחת דומה לרעותה. על כן, אף אם מוכחת עליית שווי, הרי שלא ניתן לייחס אותה למיתוג המבנה, זאת נוכח היותן של קרקעות נבדלות זו מזו במיקומן, גודלן, ייעודן, הבנוי והנטוע בהן לרבות מצבם הפיזי, כיווני אוויר, פוטנציאל להרחבה ולמימוש, סוג האוכלוסייה באזור, והרשימה ארוכה ארוכה.

לצד זאת ניתן אף לטעון, כי ממילא נדירותו של המבנה לא ניתנה לו כתוצאה מתכנית השימור, הואיל ומדובר בערך שטבוע בו, שניתן לו על בסיס המוניטין שנוצר לו במשך השנים שחלפו מעצמם, ללא כל קשר להכרזה במסגרת תכנית כזו או אחרת מטעם הוועדה המקומית.

בשולי הדברים יצוין, כי לשון המחוקק איננה מעניקה הסמכה מפורשת לרשויות לגבות היטלי השבחה בכל הנוגע לתכניות לשימור מבנים. המעניין הוא, כי סעיף 13(א) לתוספת השלישית לחוק מורה דווקא לרשות לממן את הוצאות השימור באמצעות כספים שנגבו בהיטל השבחה²¹. על כן, המחוקק, שסביר להניח כי הוא ער להחצנות החיוביות ולצורך בעידוד השימור, העדיף, כעניין של מדיניות, לממן פעולות שימור מקופת היטל השבחה, מאשר להעשיר את קופת היטל השבחה מכספי בעלי מבנים המוכרזים לשימור. החוק אם כך, על פרשנותו הלשונית והתכליתית, מחזק את הגישה לפיה אין לגבות היטל השבחה נוכח מיתוגו של המבנה.

על רקע הדברים האמורים, דומה כי אין לראות בחוק התכנון והבנייה, הנוקט בלשון "דרך אחרת", כמעניק הסמכה מפורשת בחוק או בתכנית לגבות היטל השבחה, בשל מיתוגו הערטילאי והבלתי מוכח של מבנה. כך גם בהתאם להלכות בית המשפט העליון, הרשאה כללית שכזו כלל אינה עומדת במבחן מתן הסמכה לרשות לפגוע בזכות חוקתית, המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו - בכך, חורגת הוועדה המקומית, מעקרון חוקיות המינהל.

21. לשון הסעיף מורה "סכומים שנגבו כהיטל מיועדים, אחרי ניכוי הוצאות הגביה לרבות הוצאות של ערעור לפי תוספת זו, לכיסוי הוצאות של הוועדה המקומית או של רשות מקומית אשר הועברו לה לפי סעיף 12 להכנת תכניות במרחב התכנון או בתחום הרשות המקומית, לפי הענין, ולביצוען, לרבות הוצאות פיתוח ורכישת מקרקעין לצרכי ציבור, כפי שהוגדרו בסעיף 188 לחוק זה, ולרבות הוצאות שימור אתר או הפקעתו לפי התוספת הרביעית".

ה. המיתוג וחובת ההגינות

טענה נוספת הינה ביחס לחוסר ההגינות האופף את טענת הוועדה המקומית בדבר מיתוג מבנים לשימור בתחומיה.

הגינות הינה למעשה, חובת ההתנהגות הראויה המוטלת על הרשות המינהלית כלפי האזרח, הנובעת מעצם היותה נאמן הציבור. כך, כנגד חובת תום-הלב של המשפט הפרטי מקובל לדבר על חובת ההגינות של המשפט הציבורי. אלא שבעוד שתום-הלב מתייחס למצב הנפשי של הרשות המינהלית, המכונה לעיתים גם שרירות או זדון, חובת ההגינות מחמירה מחובת תום-הלב החוזית והיא מתייחסת להתנהגות של הרשות המינהלית ומהווה את המקור הרעיוני של הכללים השונים המסדירים את ההתנהלות שבין הרשות לאזרח²².

דבריה של הוועדה המקומית, שצוטטו לעיל, ונטענו במסגרת תשובתה לערר שתלוי בפני ועדת הערר, מעידים, כי זו מבקשת להעצים ערכים של מבנים מסוימים, אף אם באופן היפותטי, ולתת להם תו יוקרה, במילים אחרות - לייקר מבנים מסוימים. לטעמנו, עמדה זו, בה נוקטת הוועדה המקומית, נגועה בחוסר הגינות.

כפי שכבר נוכחנו, מיתוג הינו מונח לוט בערפל, על כן ניתן לומר כי טענת הוועדה המקומית, שתפקידה כזכור מתמצה אך ורק באשר קבוע במסגרת חוק התכנון והבנייה ותקנותיו, לפיה היא מיתגה את המבנים לשימור בתחומיה, אינה עולה לכדי טענה המבוססת על אקט תכנוני כלשהו, כמצווה עליה לנהוג, כי אם על מושג אמורפי, בלתי ניתן למדידה, להערכה ולכימות - "מיתוג". מדובר באקט שיווקי, המזוהה עם המגזר העסקי, וזר להליך המינהלי ולא ראוי כי גוף ציבורי, האמון על הציבור הרחב, יעשה שימוש במונח זה, אף אלמלא הייתה נלווית אליו גביית כספים.

כאשר רשות מינהלית טוענת כי היא ממתגת מבנים ומייקרת אותם, היא מבצעת למעשה התערבות פסולה בשוק הדיור תוך שהיא מעצימה את הניכור החברתי בשוק זה. תוצאתו של מעשה בלתי חוקתי זה היא, כי אותם מבנים לא יהיו בהכרח ברי השגה כלפי כלל האוכלוסייה, לרבות לאותם דיירים שכבר גרים באותו מתחם.

בכך מאיצה ומגשימה הוועדה המקומית את תהליך ה-"gentrification", במסגרתו נדחקות אוכלוסיות מסוימות ממרכזי הערים לערי ספר, ואלו מוחלפות על ידי אוכלוסיות ממעמד סוציו-אקונומי גבוה. הוועדה אף מאדירה את התהליך באמצעות גביית היטל ההשבחה, אשר נוסף על הנטל הכלכלי הכרוך בחובת אחזקתו של מבנה לשימור בהתאם לתכנית השימור, הוא אף מהווה זרז לכך, שמי שידו אינה משגת ייאלץ להיפרד ולהעתיק את מקום מגוריו.

אלא שכאמור, גם ללא גביית ההיטל, עצם נקיטת עמדה שכזו אינה הולמת רשות מקומית.

22. בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, נב(1) 289 (1998).

בחסות הרשות הופכים מבנים, ואף מתחמים שלמים, לרכושם של בעלי ההון, שזכו "ביוקרה הנלווית למי שהינו בעליו של מבנה המסומן לשימור", בהתאם לדבריה של הוועדה המקומית. התנהלות שכזו סותרת את חובת ההגינות שחלה על הרשות המינהלית כלפי הציבור כולו, ואת חובת השוויון שלה כלפי כל תושביה. דריסת רגל שכזו בשוק הדיור, על ידי הוועדה המקומית אינה נחוצה, אינה ראויה, ומהווה חריגה מנורמות המשפט המינהלי.

מיתוג מהווה ייחוס תכונות ותועלות למוצר, תוך יצירת קשרים רגשיים כלפיו, אלא שלטעמנו, נכס למגורים אינו המוצר המתאים לערוך עליו הליך מיתוגי, בשל תכונותיו הייחודיות, ובהיותו משמש כמוצר בסיסי, המהווה את משכנו ומרכז חייו של אדם.

העלאת מחירי הדיור על ידי רשות ציבורית, שמתגאה בכך, וטוענת שהיא עשתה זאת, היא מעשה שלא ראוי לרשות מינהלית ועומד בניגוד לחובת הגינותה כלפי הציבור.

ניתן לסכם ולומר, כי כשם שחברה פרטית מבקשת ליהנות ממיתוג מוצר באמצעות גריפת רווחים לכיסה, כך גם הרשות המקומית הציבורית מנסה להידמות לחברה פרטית ולבצע הליך של מיתוג בגבולותיה. האקט היצירתי ל"מיתוג מבנים" בו נוקטת המשיבה, מהווה שימוש באסטרטגיה שיווקית, במקום אליו היא איננה שייכת.

1. סיכום

בשנים האחרונות אנו עדים למגמת חקיקה, שעולה לכדי "הפרטת דיני התכנון והבנייה" לידיו של השלטון המקומי, שריבונותו הולכת ומתפרשת אט אט אל עולם התכנון, תוך כיבוש יותר ויותר סמכויות. למגמה שכזו חסרונות בעולם התכנון בו משולבים ממון רב בשילוב סמכויות נרחבות, הפותחים בפני הרשות המקומית צוהר לעשות שימוש באמצעים חוקיים לכאורה, להזרמת כספים מידי הפרט לידי הרשות המקומית.

בימים אלה, בהם המשפט המינהלי והחוקתי, בייחוד נוכח כינון חוקי היסוד, אינם מאפשרים בנקל דחיית זכות הקניין, ימים בהם הגישה הננקטת בפסיקה אינה מצדדת בפגיעה בקניינו של הפרט בשם טובת הציבור, אלא תוחמת את הפגיעה בקניין לגבולות התכנון באופן שבו אין סתירה בין שתי אלו אלא חפיפה ביניהם²³, טענת המשיבה לפיה היא ממתגת מבנים, וניסיונותיה להרחיב את סמכויותיה, עומדים מיותמים.

לגישתנו, כפי שהוצגה, מעשיה של הוועדה המקומית, שתוצאותיהם הינן גביית היטלי השבחה בסכומים ניכרים, ובשמה של טענה עלומת מקור חוקי, אינה עומדת בנורמות המשפט המינהלי ובמבחני פסיקת בית המשפט העליון.

23. שרית דנה ושלום זינגר, דיני תכנון ובנייה (2015), 50.

תפקידה של רשות מינהלית, המשמשת כנאמן הציבור, כפי שמשתקף במשפט המינהלי, הינו לפעול בסבירות, במידתיות, בהגינות ורק במסגרת אותה התווה המחוקק בחוק. טענת הרשות כעת, לפיה תכנית אותה הכינה במסגרת סמכויותיה בחוק, ממתגת נכסים בתחומי העיר תל אביב, היא טענה החורגת מאמותיו של החוק, ושהשלכותיה מרחיקות לכת. התערבות זו הינה בעלת השלכות פסולות בשוק הדיור, ומוטב היה שלא תיטען.

על כן, ראוי ומוטב כי הוועדה המקומית תל אביב תחזור בה מעמדתה לפיה היא ממתגת מבנים לשימור בתחומי תל אביב, ויפה שעה אחת קודם. למצער, הפיקוח על רשויות המינהל אמור להבטיח, שהללו יפעלו אך באותה מסגרת שקצב להן המחוקק ושלא ינצלו את סמכויותיהן לרעה תוך פגיעה שלא לצורך בפרט, ולפיכך אנו מקווים כי ועדת הערר המחוזית לתכנון ובנייה, שלפניה מונחים עררים רבים הדנים בסוגיה, תעשה מלאכתה נאמנה, ולא תאפשר גבייתו של היטל השבחה, בשל מיתוגם של מבנים בתכנית השימור 2650ב.