

**בפני:** יו"ר הועדה : עו"ד בנימין זלמנוביץ  
**חברי הועדה:** זהר עירון, שמאי מקרקעין ומודד מוסמך  
יעקב אנוקה, נציג מתכנתת המחוז

**העוררת:** יהלומי עדי  
ע"י יריב סיקרון, שמאי מקרקעין

-נגד-

**המשיבה:** הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים  
ע"י ב"כ עו"ד נטע עזרא

### החלטה

על מי החובה להוכיח כי הרשות השיבה כספי היטל השבחה ששולמו בגין היתר בניה שלא מומש, האם זו חובתה של הרשות או שזו חובתו של הנישום? זו השאלה שבפנינו בערר זה.

1. על המקרקעין נשוא ערר זה המצויים ברחוב רחל אמנו 34 בירושלים והידועים כחלקה מס' 243 בגוש 30007, אושרה ביום 26.1.1999 תכנית 5398. התכנית האמורה מאפשרת תוספת 2 קומות מעל ארבע הקומות הקיימות בבניין, לשם תוספת 3 יחידות דיור חדשות.

2. החיוב שבפנינו מקורו בהיתר בניה שאושר אצל המשיבה ביום 4.9.2019 במסגרתו אושרה הקומה החמישית מכח תכנית 5398, שלא נבנתה בפועל עד היום, וכן הקלות שונות, שההשבחה בגינן אינה נתונה במחלוקת הצדדים.

3. אין מחלוקת בין הצדדים כי ביום 15.5.2000 החליטה המשיבה לאשר היתר במקרקעין למימוש מלא של תכנית 5398. במסגרת היתר הבניה התאפשרה תוספת 2 קומות, כאשר בקומה הרביעית אושרה תוספת 2 יח"ד ובקומה החמישית אושרה תוספת יח"ד אחת. כמו כן אין מחלוקת בין הצדדים כי ביום 11.6.2000 הופק למקרקעין היתר בניה מספר 46634. אין גם מחלוקת בין הצדדים כי בסופו של יום הקומה החמישית לא נבנתה וההיתר ביחס אליה לא מומש.

4. במסגרת הבקשה להיתר, בשנת 2000, הוגשו על ידי שלושת בעלי דירות תצהירים לפטור עד 120 מ"ר לכל דירה, וזאת לפי הפרשנות המשפטית ולפי הוראות החוק שהיו תקופות

אז. ביום 7.6.1999 [כנראה מדובר בטעות סופר והכוונה ליום 7.6.2000. מכל מקום אין נפקות לכך לצורך הכרעה בערר זה – ב' ז'] נשלח לנישומים הודעת חיוב בהיטל השבחה על שטחי הדירה העולים על 120 מ"ר. הדירות בקומה הרביעית נבנו בפועל ואינן חלק מערר זה. ביחס לדירה בקומה החמישית חויבה העוררת בהיטל השבחה בסך 90,825 ₪ כמפורט בהודעת החיוב האמורה:

2. על-פי אישור בקשת ההיתר בתיק הנ"ל השטח הכולל של דירתך הוא 149.66 מ"ר.

3. הואיל והגשת תצהיר מיום 09/05/1999 שהדירה המסומנת בתסריט הבקשה להיתר תמשמש למגוריך בלבד, ניתן פטור מותנה מהיטל השבחה, לחלק של הדירה עד 120 צ"ר וזאת לפי סעיף 19 ג' לתוספת השלישית לחוק. הפטור המותנה יהיה תקף אם נתמלאו התנאים הבאים:

....

ג. המחזיק או קרובו ישתמשו בדירה במשך זמן של ארבע שנים לפחות מגמר הבניה.

4. אם תוך ארבע שנים מגמר הבניה תימכר הדירה או תעשה בה העברת זכויות אחרת כמפורט בחוק, או שהדירה תשמש למטרה שאינה למגורים לבעל התצהיר הנ"ל תחול חובת תשלום היטל השבחה על בעל הנכס עבור שטח הדירה שלגביו לא ניתן הפטור המותנה.

5. סכום היטל השבחה בגין שטח הדירה שמעל 120 מ"ר והשטח הנוסף האמור שעליו חלה חובת התשלום הוא 90,825.00 ₪... "

5. בהתאם לאמור נדרשו הנישומים דאז לשלם את מלוא היטל השבחה בגין תכנית 5398, כאשר בגין 360 מ"ר קיבלו פטור מותנה (שלושה פטורים). ביחס ל-240 מ"ר (שני פטורים) הפטור המותנה נוצל, שכן הקומה הרביעית נבנתה ובמסגרתה נבנו שתי יחידות. ביחס ל-120 מ"ר בקומה החמישית הרי שהפטור לא נוצל ואין מחלוקת בין הצדדים כי יש לשלם בגינם היטל השבחה, במסגרת הבקשה להיתר נשוא ערר זה. המחלוקת בין הצדדים הינה, אפוא, בגין השטחים שמעבר ל-120 מ"ר בקומה החמישית.

6. על שטחים אלו אין מחלוקת ששולמו היטלי השבחה, שכן אחרת, כפי שיפורט, לא הייתה רשאית המשיבה להנפיק את היתר הבניה שהונפק, והשאלה הינה האם סכום זה הושב לעוררים, משלא מימשו את היתר הבניה. ומכאן השאלה על מי מוטלת חובת ההוכחה שהסכומים הושבו.

7. חזקת תקינות המעשה המינהלי מובילה למסקנה אחת ויחידה לפיה היתר הבניה שהופק על מימוש מלוא הזכויות מכוח תכנית 5398 שולם. סעיף 7(א) לתוספת השלישית לחוק תכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק או התוספת השלישית") קובע "ההיטל ישולם לא יאוחר מהמועד שהחייב בו מימש זכות במקרקעין שלגביהם חל ההיטל..." מימוש זכויות בהתאם לסעיף 1 לתוספת הינו "קבלת היתר לפי חוק זה לבנייה או לשימוש בהם שלא ניתן היה לתיתו אלמלא אישור התכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג שבעקבותיהם חל היטל השבחה". בהתאם לכך קובע סעיף 10(ג) לתוספת השלישית:

"לא יוצא היתר לבנייה במקרקעין ולא תינתן הקלה ולא יותר שימוש חורג כל עוד לא שולם ההיטל או אותו חלק ממנו המגיע אותה שעה על פי תוספת זו בשל אותם מקרקעין, או שניתן ערובה לתשלום או לחלק ממנו, הכל כנדרש לפי תוספת זו"

8. מכאן שחזקה על המשיבה שלא הנפיקה את ההיתר ללא שקיבלה את מלוא היטל ההשבחה בגין תכנית 5398, בכפוף לפטורים שניתנו. היטיב לבטא עניין זה, ברוב הגינותו, שמאי המשיבה מר רוני אפיק (ע' 10 לפרוטוקול הדיון):

"... אין ספק שהוצא היתר בנייה והוצאו דרישות שאני איתרתי שבהם דרישת היטל השבחה, חזקה ששולם היטל השבחה, זה ברור, הוועדה לא יכולה לטעון אחרת שעה שיצא היתר בנייה, אחרת הדברים האלה מובילים אותנו למקומות חשוכים ורעים ואנו לא טוענים את זה...."

9. צר לנו שלעומת הגינותו של שמאי המשיבה בחרה המשיבה בתגובתה לטעון בכתב התשובה דברים הפוכים. בסעיף 28 לכתב התשובה כתבה המשיבה כך:

"מעבר לצורך ועל מנת לסבר את האוזן תציין המשיבה, כי מהנתונים הקיימים במערכת המשיבה אין כל אינדיקציה או אסמכתא לכך כי שולם סכום כלשהו עבור אישור אותה בקשה להיתר – אלא כאמור רק אינדיקציה למתן שלושה פטורים מותנים. אף העוררת לא צירפה כל אסמכתא לתשלום. חזקה על העוררת כי לו שולם על ידה סכון כלשהו, היתה מצרפת אסמכתא לקיומו, או דורשת השבתו ולא ממתינה 20 שנה לכך, נטל ההוכחה הינו על העוררת בניגוד לנטען בערר – "המוציא מחברו עליו הראיה".

10. שוב עדים אנו לרשות שסבורה שחזקת תקינות המעשה המינהלי הינו כלי לטובתה ולרמיסת האזרח הקטן וכאשר החזקה משמשת לטובת האזרח היא מתנערת ממנה (ראו: ערר (ירושלים) 83/16 יודן בר נכסים נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הראל (פורסם בנבו, 13.11.2017)). נזכיר שוב למשיבה את חובת ההגינות המוגברת שהיא חבה בה ואת העובדה כי היא והאזרח אינם שווים, ויפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט מישאל חשין ז"ל בבג"ץ 164-97 קונטראם בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ (פורסם בנבו, 4.2.1998):

"יתר-על-כן: היחיד והשלטון אין הם שווי-זכויות, אין הם שווי-כוחות ואין הם שווי-מעמד. הם גם אינם ידידים זה לזה. השלטון מחזיק בידו רוב כוח, רוב עוצמה ורוב עושר, עד שהיחיד – יהיו כוחו, עוצמתו ועושרו רבים ככל שיהיו – לא ישווה לו ולא ידמה לו.... התופעה שאנו עדים לה יום-יום, שעה-שעה, שהיחיד עומד בתור לפני דלפק-השלטון, והתור משתרך ומתפתל עוד ועוד. יש המכנים תופעה זו "ביורוקרטיה" ויש המכנים אותה אחרת. היא כינויה של התופעה אשר היא, התופעה ידועה ומוכרת לכולנו, ולא לטוב. מטעם זה אף נחלצו בתי-המשפט בעבר לעזרו של היחיד בעומדו מול אותה מכונת-ענק – נחלצו בעבר, ממשיכים הם להיחלץ כיום וימשיכו להיחלץ בעתיד. מטעם זה אף קבעו בתי-המשפט את עקרון הנאמנות שהשלטון חב ליחיד. מאותו טעם קבעה ההלכה את חובת ההגינות שהשלטון חב ליחיד. עיקרון וחובה אלה מקורם בסמכותה היתרה של הרשות, בכוחה-היתר, ביכולתה למנוע מן היחיד טובה שלולא נאסרה עליו יכול היה ליהנות ממנה... חובת ההגינות שהשלטון חב בה כלפי יחיד החברה נגזרת מהכוח היתר שהשלטון מחזיק בו, מעוצמתו של השלטון כי-רבה. חובת ההגינות נועדה לשמש – בצדס של אמצעים אחרים – בלם לכוח ורסן לעוצמה. הניתן לומר דברים אלה על היחיד כלפי השלטון? הנה הוא גוליבר בארץ הענקים: הענקים מסבים לסעודה וגוליבר עומד על שולחן-האוכל מלוא-קומתו הזעירה וכל עצמותיו רוחפות מיראה. כמלחיה היה בעיניהם, כזנב-גזר. נשיפת פה מצויה וגוליבר היה-כלא-היה. יכולני להבין "חובת הגינות" כי נטיל על הענקים כלפי גוליבר. אתקשה להבין חובת הגינות – חובה-שכנגד – כי נאמר להטיל על גוליבר. חובות – בהן חובת ההגינות – נועדו לרסן כוח, עוצמה, עושר. ומה כוחו של

**היחיד ביחס לשלטון? (פסקה 25 לפסק דינו של השופט חשין ז"ל)**

11. טענתה של המשיבה בכתב התשובה משמעותה שאי אפשר להאמין לרשות, שכן אי אפשר לסמוך עליה שגובה היא היטלי השבחה בטרם הוציאה היתר בניה כפי שקובע סעיף 10 לתוספת השלישית; משמעותה שהחוק והמשפט הופכים לשרירותיים וכפי שהיטיב לבטא גרשום שולם "Geltung ohne Bedeutung", החוק תקף וחסר משמעות. (ראו: ולטר בנימין, גרשם שולם חליפת מכתבים 1940-1933 (רסלינג, 2008) 160. מכתב מגרשם לבנימין מיום 20.9.1934 "אתה שואל מה פירוש "האין של ההתגלות" לדידי. אני מפרש אותו כמצב שבו ההתגלות נראית ריקה ממשמעות, מצב שבו היא אמנם מחזיקה מעמד, שבו היא תקפה, אבל איננה נחשבת. במקום שבו נעלם שפע המשמעויות ומה שמופיע בגלוי מצטמצם כאילו לנקודת האפס עם תוכן משלה אך אינו נעלם (וההתגלות היא משהו שמופיע בגלוי), שם מופיע האין").

12. עמדת המשיבה היא אנדרלמוסיה שכן לא ייתכן כי אזרח, המוכר את ביתו או המוציא היתר בניה במקרקעין, יקבל מועדה מקומית שומת היטל השבחה בגין תכנית משביחה ודרישת תשלום בצידה, ישלם אותה, יקבל אישור לפי ס' 10(א) לתוספת לרישום בלשכת המקרקעין, ובחלוף שנים, עם מימוש הבא באותם המקרקעין, תתכחש הרשות למצב המשפטי, התכנוני, או העובדתי, אותו הציגה בעצמה במימוש הקודם. כשם שאותו אזרח (או הבא בנעליו במקרקעין) זכאי בדין להסתמך כי במימוש הבא הועדה המקומית לא תתכחש לשומתה במימוש הקודם באותם המקרקעין, ולא תטען שהתכנית מכוחה חויב בעבר אינה משביחה או אינה חלה במקרקעין, אלא שזו תהווה עתה מצב קודם, באופן התואם לשומה הקודמת, כך אין ספק כי הועדה המקומית אינה יכולה להתכחש לעצם התשלום, אותו שילם האזרח עקב המימוש הקודם. העקרונות של הסתמכות, ודאות, יציבות הדין ובטחון משפטי נטועים בבסיס שיטתנו המשפטית וצריכים לעמוד לנגד עיני הועדה המקומית המבקשת לחייב אזרח בתשלום היטל השבחה.

13. מהאמור יוצא, אפוא, כי היטל השבחה שולם על יתרת השטחים מעבר ל-120 מ"ר והשאלה היא האם הושב הסכום ששולם משלא מומש היתר הבניה. כאמור בכתב הערר בוחרת המשיבה לגלגל את האחריות על האזרח וזאת תוך רמיזת רמזים והצגת האזרח כמי שזכה בפטור מתשלום היטל השבחה שלא כדין. כך בגין הפטורים שקיבלו הנישומים בהיתר הבניה בשנת 2000 כותבת המשיבה כך (סעיף 19 לכתב התשובה):

"ברי כי היום המצב המשפטי שונה, בהתאם לחוק ולהלכה הפסוקה. כיום מכל מקום, אין זכאות לפטור, הן מאחר וגודל הדירה מעל 140 מטר, הן לאור קיומם של דירות נוספות באותה חלקה לאותה משפחה, והן לאור כך שניתן פטור בעבר כך שאין זכאות לפטור נוסף כיום..."

14. סעיף זה נח היה שלא נכתב משנכתב. מעבר להיותו רצוף אי דיוקים ומשאלות לב של המשיבה נדמה כי כל מטרתו לצבוע את העוררת כמי שנהנתה מפטורים שלא כדין. אכן כיום לא זכאית העוררת לפטור אך אין מחלוקת שהפטורים שניתנו ניתנו כדת וכדין בהתאם למצב המשפטי כשאושרו. תמוה בענינו התנהלות המשיבה בהקשר זה. בשנים האחרונות קבעו ועדות הערר בהחלטות שנקבעו כהלכה מחייבת בבית המשפט העליון כי אין לגבות היטל השבחה בהיתר לשימוש חורג מתכנית (ר' בר"ם 2283-18 הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב נ' נכסי יד חרוצים בע"מ (פורסם בנבו, 1.1.2019)). ועבור תחילת שימוש בפועל (ר' 6526-19 הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים ירושלים נ' רות נקר ואחר' ) יחד עם זאת בעבר נהגה המשיבה לגבות היטלי השבחה במקרים אלו ולא ראינו שפשפשה היא שנים אחורה להשיב את הכספים שגבתה מאותם נישומים.

15. מכאן עולה השאלה על מי חובת ההוכחה להוכיח שהכספים הושבו. נדמה כי צודקת המשיבה כי הכלל הוא "המוציא מחברו עליו הראיה" אלא שמשמעות כלל זה במקרה שבפנינו הינו כי נטל ההוכחה הוא על כתפי הרשות. משעה שאין מחלוקת שהיטל ההשבחה שולם הרי שעל המשיבה להוכיח שהשיבה אותה. אלא שבעניין זה למשיבה, המחוייבת לנהל רישומים וספרים כדת וכדין, אין הוכחה לא ששולם ולא שהושב וכל טענותיה מבוססות על השערות; היתר שינויים, מעמדו של הנישום, טענות של קיזוז שמקור סמכותו החוקית לא הוברר לנו ועוד.

16. נדמה כי כנגד הנרטיב של המשיבה קיים נרטיב חלופי שיטען שעסקינן אכן בנישום שאינו הדיוט בענייני תכנון ובניה, עסקינן בחברה קבלנית משפחתית ויכול ואבי המשפחה, שנפטר מאז הוצא היתר הבניה בשנת 2000, לאחר ששילם את היטלי ההשבחה לא טרח להשיב לעצמו את היטלי ההשבחה ששולם, שכן ידע כי ביום מן הימים יידרשו יורשיו לשלם בתוספת הפרשי הצמדה כדת וכדין.

17. מול שני הנרטיבים שבפנינו עומדת ניצבת העובדה ששולם היטל השבחה על מלא זכויות מתכנית 5398, בכפוף לפטורים שניתנו. נדמה כי אין לנו צורך להכריע לא בשאלת "בר ושמא – ברי עדיף" ולא בשאלות "המוציא מחברו עליו הראיה".

18. הצדדים כולם, אפוא, מסכימים ששולמו כל היטלי ההשבחה למעט אותם 120 מ"ר שבגינם ניתן פטור מותנה. ולכן ככל ואין לה לעוררת הוכחה פוזיטיבית שהשיבה את היטל ההשבחה ששולם כדין אין אפשרות לגבות אותו כעת. אכן אין ספק, כפי שאמרנו בדיון, כי יש ספק אלא שהספק הוא לטובת האזרח. מעבר לשאלה של דיני ראיות לפיה במקרה שבפנינו נטל הראיה על המשיבה הרי שבמצב בו יש ספק הדעה נותנת שההכרעה צריכה להביא לכך שהספק יפעל לטובת הנישום נדמה כי לכך התכוון בית המשפט, בהקשר אחר, כשקבע כי אם לאחר מיצוי תהליך הפרשנות נשאר ההוראה סתומה, כי אז יש ליתן אותו פירוש, שאין בו חיוב האזרח להיפרד מהחופש האישי שלו או מרכושו

ונכסיו" (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות (פורסם בנבו, 6.5.1985) פסקה 6). לפיכך, מכל האמור לעיל סבורים אנו כי יש לחייב את העוררת אך ורק בגין 120 מ"ר. 19. בהקשר זה נכיר תודה לשמאי המכריע שהציג שני תחשיבי היטל השבחה תוך שהוא משאיר את שאלת תשלום היטל ההשבחה בגין היתר הבניה משנת 2000 להכרעת ועדת הערר, כך שהצדדים לא ישובו לשמאי המכריע לאחר מתן החלטת ועדת הערר. 20. בהתאם לאמור, אנו קובעים כי היטל ההשבחה יהיה בהתאם לחלופה השניה בשומה המכרעת וזאת כפי שביקשה הנישומה בסעיף 15 לכתב הערר. המשיבה תישא בהוצאות העוררת בסך 30,000 ₪ שישולמו בתוך 30 יום ולאחר מכן יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

נדמה כי החלטה זו ראוי לה שתעמוד לנגד עיני הרשות לחשיבות ניהול ספרים תקין ומסודר.

ניתנה היום, י"ח באדר תשפ"א, 2 במרץ 2021.

  
בנימין זלמנוביץ, עו"ד  
יו"ר ועדת ערר  
מחוז ירושלים

  
דנית סעדון  
מזכירת ועדת ערר  
מחוז ירושלים