

מדינת ישראל

משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי)

ירושלים: ז' כסלו תשפ"ג

1 דצמבר 2022

אל:

משתתפי הישיבות

שלום רב,

סיכום דיון בנושא: תבות בהיטל השבחה במימוש זכויות בדרך של מכר וההתייחסות לשווי הנובע מתחולתה של תמ"א 38 בחישוב שווי מצב קודם בשומת היטל השבחה

מועדי הדיון: 27 באוקטובר 2022; 2 בנובמבר 2022; 22 בנובמבר 2022

רקע

- לאחרונה ניתנו שתי החלטות בוועדות ערר לפיצויים והיטלי השבחה העוסקות בשאלות שבכותרת, שבעקבותיהן התעורר דיון ציבורי ומשפטי ער בנושאים שבנדון. בעקבות שיח זה הופנו אלינו, הן מצד גורמים ממשלתיים והן מגורמים חיצוניים, פניות מהן עלה כי קיימת אי-וודאות בשוק בנושאים שבנדון. כך לדוגמה נטען כי היעדר הכרעה משפטית ברורה גורמת לעיכוב בקידום תכניות רחבות להתחדשות עירונית כלל יישובית, חלקן ביוזמת המדינה, להן ערך תכנוני וציבורי רב. כמו כן יש חוסר ודאות והקפאת עסקאות בנכסים, בשל היעדר הבהירות המשפטית בנושא החיוב. עוד חשוב לציין כי הסוגיה היא רחבת היקף עד מאוד ולמעשה עשויות להיות לה השלכות בכל מצב של אישור תכנית משביחה באשר היא, ולא רק תכניות שלפי סעיף 23 לתמ"א 38, כפי שיפורט להלן.
- שאלות אלו צפו והחלו להיבחן על ידנו, זה מכבר ועוד טרם קבלת ההחלטות בוועדות הערר, במסגרת גיבוש תקנות התכנון והבניה (כללים לחישוב השבחה בתכניות פינוי ובינוי), שהוסמך שר המשפטים להתקין לפי סעיף 8(4) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק"). זאת משום שתכניות פינוי ובינוי חלות, על פי רוב, על מבנים עליהם חלה גם תמ"א 38. ביני וביני ועוד קודם הושלמה עבודת התקנת התקנות, הגיעו הפניות בעניינים האמורים והתבקשה עמדה בנושא.
- בהמשך לכך, ערכנו מספר ישיבות לשם גיבוש עמדה משפטית כאמור, בהן לקחו חלק גורמי המקצוע הממשלתיים הנוגעים בדבר ובין היתר, מטה התכנון הלאומי, מינהל התכנון, השמאי הממשלתי הראשי, והרשות הממשלתית להתחדשות עירונית. לאחר מכן סברנו שיהיה נכון לשמוע את יושבי ראש ועדות הערר הנוגעים לעניין, ומי שהסוגיה הגיעה לפתחו בעבר. כמו כן, נערכו שיחות עם שמאים מכריעים, ועם נציגי השלטון המקומי שביקשו אף הם להשמיע עמדתם. במסגרת זו נפגשנו עם יו"ר איחוד היועצים המשפטיים

ברשויות המקומיות ועורכי דין נוספים שהוא ביקש לצרף לדיון ועם עורכי הדין המייצגים את מרכז שלטון מקומי.

4. המחלוקת המשפטית שהתעוררה היא סביב דרישות חיוב בהיטל השבחה שהוצאו בגין מימוש זכויות בדרך של מכר על השבחה שנבעה מאישורה של תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 (להלן: "תכנית לפי סעיף 23"). במסגרת דיונים אלו התעוררו שתי שאלות מרכזיות:

א) האם ומתי תכנית מפורטת לפי סעיף 23, החלה על שטח נרחב ועל מספר רב של מבנים, היא תכנית שיש לגבות מכוחה היטל השבחה בעת מימוש זכויות במכר, או שבמצבים אלה חלה הפסיקה שניתנה ביחס לתמ"א 38 (עליה נעמוד בהמשך), לפיה אין חיוב בהיטל על השבחה שצמחה מאישורה של תמ"א 38 בעת מכר, כיוון שזו אינה קונקרטיבית וכי "אירוע המס" מתגבש אך לעת מתן היתר הבניה מכוחה (על פסיקה זו נעמוד בהמשך).

ב) האם במסגרת חישוב שווי מצב קודם במסגרת שומת ההשבחה, יש להביא בחשבון את השווי הנובע מעצם תחולתה של תמ"א 38 על הבניין, או שמא יש לנטרל עליית שווי זו? מילים אחרות, האם התרומה לשווי במצב הקודם, שנבעה מן האפשרות לבקש היתר מכוח תמ"א 38 (היתר המסור לשיקול דעתה המלא של הוועדה המקומית), היא ענין שיש להביא בחשבון במסגרת שווי המקרקעין במצב הקודם או שיש להתעלם ממנה?

מובן, כי שאלה זו, העוסקת בשווי המצב הקודם, רלוונטית לכל תכנית משביחה, ללא קשר לסוגה, החלה על מגרש שתמ"א 38 חלה עליו גם היא, ולא רק לתכניות לפי סעיף 23 אם כי שבתכניות מסוג זה השאלה, מן הסתם, עולה במידה רחבה יותר וביתר שאת.

נדון בכל אחת משאלות אלו בנפרד.

רקע נורמטיבי – תמ"א 38 וחיוב בהיטל השבחה

5. סעיף 1 לתוספת השלישית לחוק מגדיר תכנית, שעליית שווי מקרקעין שנגרמת בשל אישורה מביאה לחיוב בהיטל השבחה, כ"תכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת ולמעט תכנית כוללנית או תכנית כוללת להתחדשות עירונית כהגדרתה בסעיף 64(ב) לעניין מגרשים שלגביהם היא לא מאפשרת מתן היתר בנייה או ביצוע עבודות לפיה ללא אישור תכנית נוספת טרם מתן ההיתר או ביצוע העבודה"¹.

6. כמו כן, הוראות התוספת השלישית קובעות כי מועד תשלום היטל השבחה יהיה לא מאוחר ממועד מימוש הזכויות, כאשר "מימוש זכויות" מוגדר גם הוא בסעיף 1 לתוספת כאחד מאלו: קבלת היתר בניה שלא ניתן היה לתיתו אמלא אישור התכנית המשביחה; העברת זכות במקרקעין; התחלת שימוש בפועל כפי שהותר לראשונה בתכנית המשביחה.

7. תמ"א 38 היא תכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה שאושרה בשנת 2005 ומאז עברה מספר תיקונים. השימוש בתמ"א הלך וגבר עם השנים והיא הפכה לכלי שלא רק משרת תכלית של

¹ תכנית כוללת להתחדשות עירונית לפי סעיף 64(ב) לחוק הינה תכנית מתאר מקומית החלה על כל שטח מרחב התכנון המקומי או על כל שטח היישוב שבתחומו התכנית חלה, הכוללת הוראות לעניין מתחמים ואזורים להתחדשות עירונית והוראות לעניין חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה. לגבי אותה תכנית נקבע הסדר דומה לתכנית כוללנית, כך שלא יראו בה תכנית לעניין היטל השבחה (וראו סעיף 4(א5) לתוספת השלישית), למעט מגרשים בהם מאפשרת התכנית כאמור מתן היתר מכוחה.

הצלת חיי אדם ומיגון מבנים מפני רעידות אדמה ואיומי טילים, אלא גם תכנית הממלאת תפקיד בתהליכי התחדשות עירונית. הוראות התמ"א קיצרו הליכי תכנון "רגילים" באופן משמעותי, שכן הן מאפשרות הוצאת היתר מכוחה. תנאי למתן היתר כאמור הוא פרסום הבקשה, מתן זכות שימוע והתנגדות לציבור הרואה עצמו נפגע, כאשר ההחלטה על מתן ההיתר מסורה לשיקול דעתה הרחב של הוועדה המקומית, ואינה בסמכותה של רשות רישוי מקומית.²

8. על אף שמדובר בתכנית מתאר ארצית, היא נחשבת תכנית כהגדרתה בסעיף 1 לתוספת המחייבת בהיטל השבחה, זאת בשל כך שמבחינה משפטית היא למעשה מתקנת את התכניות המפורטות שחלות במגרש.³ מטעם זה, במקום בו סבר המחוקק כי יש הצדקה לקביעת פטור מתשלום היטל השבחה בגין מימוש מכוח תמ"א 38, הוא נדרש לקבוע זאת במפורש. ואכן, המחוקק קבע פטור מהיטל השבחה על השבחה שיצרה התמ"א, במימוש בדרך של היתר. בחוק אין הוראת פטור החלה על מימוש התמ"א בדרך של מכר.

9. כאמור, על מנת לתמרץ בנייה מכוחה של תמ"א 38 ולתמוך במטרותיה, קבע המחוקק בסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית פטור מחובת תשלום היטל השבחה "בשל קבלת היתר" מכוחה של תמ"א 38, בתנאים ובמגבלות שנקבעו בסעיף הפטור. אולם פטור זה ניתן רק למימוש זכויות בדרך של קבלת היתר, והוא אינו חל כאשר מדובר בהעברת זכות במקרקעין (מכר). לכן על פניו, ניתן היה לסבור כי העברת זכות במקרקעין לאחר אישורה של תמ"א 38 מקימה חיוב בהיטל השבחה, שאיננו פטור.

10. לעניין זה התייחס בית המשפט העליון בעניין **אליק רון**,⁴ כאשר קבע כי תמ"א 38 היא איננה קונקרטי, ולמעשה מדובר במעין הליך תכנוני שטרם הושלם וכי השלמתו נעשית בשלב הבקשה להיתר, שרק אז בא לידי ביטוי הליך השימוע הציבורי והפעלת שיקול הדעת התכנוני – ועל כן רק במועד זה מתגבש "אירוע המס":

"תמ"א 38 חלה על כל המקרקעין בתחומי המדינה, ולכאורה יוצרת השבחה תיאורטית לכל בניין בארץ, ובכך שונה עניינה מתמ"א 18 ותמ"א 10 המשנים ייעוד כזה או אחר בתכנית מפורטת. לכן, דומה כי מלכתחילה לא ניתן היה לראות את אישור תמ"א 38 כשלעצמה, כאירוע השבחה המצית את החיוב במס ומחייב בהיטל כבר בעת המכירה. מבחינה זו, תמ"א 38 משולה למעין תוכנית המרחפת מעל כל שטח המדינה, ובהיקף ל"שעבוד צף" המתגבש בהתקיים אירוע מסויים, כך גם התגבשות השבחה היא במועד הוצאת היתר הבנייה (ראו עניין באר טוביה בפסקה 114). לכן, מקובלת עליי עמדת המלומד נמדר כי לגבי תמ"א 38, המחוקק ראה את מועד הוצאת היתר הבנייה כמועד המצית את החיוב בהיטל השבחה (נמדר, עמ' 601), ולא את מועד אישור התכנית. לפיכך, ומאחר שממילא לא ניתן היה לחייב בהיטל השבחה במועד המכירה נצרך המחוקק לקבוע פטור מפורש לקבלת היתר בניה מכוח תמ"א 38.

לסיכום נושא זה, מאחר שתמ"א 38 היא כללית וחלה על כל הארץ, מלכתחילה לא ניתן היה לגבות היטל השבחה בגינה במועד מכירת המקרקעין."

² למשל עע"מ 846/20 ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה - ת"א נ' אופקים ב.י. רוטשילד 70 בע"מ, פס' 16-18 (נבו 13.09.2020); עע"מ 7381/15 ש. דורפברגר בע"מ נ' עודד, פס' 31 (נבו 30.10.2016); עת"מ (מנהלי תל אביב-יפו) 2905/08 באור השקעות (1995) בע"מ נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ולבניה - ת"א, פס' 27-29 (נבו 29.07.2009).

³ רע"א 384/99 מועש בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה טבריה, פס' 4-5 (נבו 19.10.1999); עע"מ 8600/15 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' פז גז בע"מ, פס' 54 (נבו 01.11.2018).

⁴ רע"א 3002/12 הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' רון (נבו 15.07.2014).

11. מכוח האמירה הנ"ל בעניין אליק רון נקבע כי הגם שתמ"א 38 היא תכנית מפורטת לעניין התוספת השלישית, מועד התגבשות "אירוע המס" הוא מועד קבלת ההיתר מכוחה ולא מועד אישורה של התכנית, כך שמימוש בדרך של העברת זכות במקרקעין – לא יקים חיוב בהיטל השבחה.⁵

12. הנה כי כן, תמ"א 38 כשלעצמה, אינה מקימה חיוב בהיטל השבחה לעת מכר. זאת, לא משום שהמחוקק העניק פטור במכר, אלא משום שכל עוד לא התקבלה החלטה על מתן היתר הבניה, לא הושלם המהלך התכנוני, ולמעשה מדובר בתכנית מאוד לא מדויקת ונעדרת קונקרטיזציה. אולם לאחר החלטת הוועדה המקומית בבקשה להיתר, הושלם למעשה ההליך התכנוני, בשלב זה מקבלת התמ"א ממשות ביחס למקרקעין מסוימים, והיא נקלטת ומשנה את הוראות התכנית המפורטת החלה במגרש. בשלב זה אכן קם חיוב בהיטל השבחה, אך חיוב זה פטור מהיטל בהתאם לסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית.⁶

אחרי שעמדנו, על קצה המזלג, על הממשק שבין תמ"א 38 לבין התוספת השלישית, נפנה עתה לדון בתכניות לפי סעיף 23.

האם תכנית לפי סעיף 23 מקימה חיוב בהיטל השבחה לעת מימוש במכר?

13. סעיף 23 לתמ"א 38 קובע "שוכנע מוסד תכנון כי בשל התנאים הייחודיים של ישוב או חלקים ממנו נדרש להתאים את הוראות תכנית זו לתנאים הייחודיים הנ"ל, יהיה מוסמך לאשר תכנית מפורטת שמטרתה חיזוק מבנים כנגד רעידות אדמה, על פי הוראות תכנית זו וכמפורט להלן: בתכנית מפורטת כאמור ניתן לקבוע כי יחולו בתחומה רק חלק מהוראות תכנית זו, או לקבוע הוראות שונות מהקבוע בתכנית זו בעניינים המפורטים להלן: שטחי בניה, יחידות דיור, גובה בניה, קווי בניין, עיצוב אדריכלי ותקני חניה".

14. סעיף גמישות זה נועד לאפשר חריג לכלל לפיו קיימת עדיפות להוראות מחייבות מכוח תכניות גבוהות בהיררכיה על פני תכניות מסוימות, כך שמכוח הסעיף, ניתן יהיה להתגבר בתכנית מפורטת במרחב תכנון מקומי על הוראותיה של תכנית המתאר הארצית, והכל מתוך הנחה כי בחינה תכנונית מעמיקה של מוסד תכנון לגבי מרחב תכנון מסוים או חטיבת קרקע מסוימת – עדיפה על הוראות כלליות שניתנו במסגרת תכנית מתאר ארצית החלה על כל שטח המדינה.

15. תכניות שנערכות לפי סעיף 23 האמור שונות זו מזו, אך כאמור בסעיף 23 התכנית חייבת להיות תכנית מפורטת כך שניתן יהיה להוציא מכוחה היתר בניה. כך למשל ישנן רשויות מקומיות שאישרו תכנית החולשת על כל מרחב התכנון המקומי או על חלק משמעותי ממנו, אשר עושה התאמה של הוראות תמ"א 38 לצרכי התכנון המקומיים, ותכנית כאמור היא תכנית לפי סעיף 23.

לצד אלו, תכנית לפי סעיף 23 יכולה שתהיה גם תכנית נקודתית או מתחמית, לדוג' – תכנית למתחם פינוי ובינוי שהמבנים בו הם מבנים טעונים חיזוק עליהם חלה תמ"א 38. כמו כן, נקבע כבר כי ההחלטה אם תכנית היא תכנית לפי סעיף 23 או אם היא בחינה מהותית, ואין דרישה כי הדבר יאמר במפורש.⁷

⁵ ערר (ועדות ערר - תכנון ובנייה תל אביב-יפו) 85064/10 צ.ו.ר מעוף השקעות נדל"ן ונכסים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה תל-אביב, עמ' 16-17 (נבו 17.01.2013).

⁶ כך גם לעניין תביעת פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

⁷ ערר (ועדות ערר - תכנון ובנייה תל אביב-יפו) 1055-07-20 אלברטו גבסו ובניו בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה בת ים, פס' 9 (נבו 15.11.2020). על ועדת הערר הוגשה עתירה מנהלית - עת"מ (מינהליים ת"א) 59368-12-20 אודי חיות נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב, פס' 47-48 (נבו 23.06.2021). בפסק הדין כב' השופטת לימור ביבי מציינת שהיא "רואה עין בעין עם פרשנות ועדת הערר – ולפיה ציון מפורש כאמור במסגרת התכנית לא מהווה תנאי סף". על פסק דין תלוי ועומד ערעור בבית המשפט העליון.

16. ההוראות בתכניות אלו יכול שיתירו על כנס את התנאי לפרסום הבקשה להיתר להתנגדויות ואת מרחב שיקול הדעת הנתון לוועדה המקומית על פי הוראות תמ"א 38 באופן מלא, ובתיאום מוחלט למה שנקבע בתמ"א 38; יכול שיתירו על כנו את מרחב שיקול הדעת האמור אך יצמצמו או יבטלו את הצורך בפרסום ובשמיעת התנגדויות כתנאי להיתר, בשונה מהקבוע בתמ"א 38 (שכן אלו נעשו בהליכי אישור התכנית); יכול שיצמצמו משמעותית או יבטלו הן את הצורך בפרסום כתנאי להיתר והן את מרחב שיקול הדעת, כך שגם שמיעת ההתנגדויות וגם הפעלת שיקול הדעת התכנוני כולו ייעשה כבר בהליכי אישור התכנית, ללא "דחייה" של השלמת ההליך התכנוני לשלב ההיתר, כך שלמעשה היתר בניה מכוח תכנית זו יהיה בגדר "זכות מוקנית" וינתן ברשות הרישוי המקומית.

17. כעת, עולה השאלה הראשונה לה אנו נדרשים – האם נכון להחיל את הקביעה המשפטית בעניין אליק רון שלפיה לא ייגבה היטל השבחה לעת מכר בגין עליית השווי הנובעת מאישורה של התמ"א, גם לגבי תכנית לפי סעיף 23 מהסוג המפורט לעיל, או שמא הוראותיה המפורטות של התכנית מכוח סעיף 23 הפכו את הזכות מכוחה לקונקרטית, כך שהקביעה בעניין רון לא צריכה לחול עוד. מילים אחרות, האם "אירוע המס" התגבש עם אישורן של תכניות לפי סעיף 23 או שהוא מתגבש אך בעת הוצאת היתר מכוחן, בדומה לתמ"א 38?

18. לעמדתנו, יש לבחון כל תכנית בהתאם למאפייניה, שכן אין דין שווה לכלל התכניות, וככל שיש ביניהן שוני מהותי אכן יש להניח כי התוצאה תהא שונה. מבלי להידרש לתכנית זו או אחרת, נבקש לתת אמות מידה כלליות לסוגיה זו.

19. ככלל, קיימים קשרים וזיקות בין היבט הוודאות שבתכנית לבין היבט הקונקרטיות של התכנית. ככל שהתכנית מעניקה רמת ודאות גבוהה יותר למתן ההיתר מכוחה במגרש פלוני, ככלל הנטייה תהיה לראות בה כתכנית קונקרטית במובן זה שהיא משנה את הסטנדרט התכנוני עם אישורה ולא רק לעת ההחלטה בבקשה להיתר מכוחה.⁸ לצד זאת, תכנית יכולה להיות קונקרטית אך לא ודאית – לדוג' תכנית החלה על מגרש בודד או על קבוצת מגרשים מסוימת, אולם משאירה מרחב שיקול דעת רחב מאוד בשלב הרישוי.

20. בעניין אופל קרדן נקבע כי תכנית מתאר ארצית 18/4 אינה תכנית קונקרטית, באופן דומה לתמ"א 38, משהזכויות בה 'צפות', ובמקרה כזה ההשבחה למקרקעין מסוימים קמה רק עם מתן החלטה ליתן היתר מכוחה של התכנית.⁹ באופן דומה, אם ייקבע כי תכנית לפי סעיף 23, בשל מאפייניה, המרחב עליו היא חלה או יכולת הניצול שלה – היא תכנית לא קונקרטית – הרי שבמצב זה תחול ההלכה לפיה מועד אירוע המס יתגבש בשלב החלטה על מתן היתר מכוחה. הוא גם יהיה המועד הקובע לחישוב שומת ההשבחה.

21. מנגד, ככל שבחינת התכנית תוביל למסקנה כי מדובר בתכנית שהיא גם קונקרטית וגם מעניקה "זכויות מוקנות", הרי שמדובר בתכנית וודאית ומשכך, יחול המשטר "הרגיל" של היטלי ההשבחה. קרי, יש לחייב בהיטל השבחה, גם לעת מימוש במכר, והמועד הקובע לחישוב שומת ההשבחה יהיה מועד אישור התכנית.

22. בין שני מצבי קיצון אלו יש מנעד של מצבי ביניים. גם אם נניח שמדובר בתכנית קונקרטית, הרי שלתנאים שהתכנית קובעת ולמרחב שיקול הדעת שהיא מתירה בשלב הרישוי, או במילים אחרות – להיעדר הוודאות

⁸ אולם, אין בכך כדי להוביל למסקנה חד משמעית כי תכנית שמקנה זכויות ודאיות הינה תכנית שהיא בהכרח קונקרטית. את שאלת הקונקרטיות של תכנית יש לבחון בהתאם לכל תכנית ומאפייניה. כך למשל, אין לשלול אפשרות כי תכנית מתאר ארצית החלה באופן גורף על כלל שטח המדינה, גם אם תאפשר מתן היתר מכוחה ללא שיקול דעת נוסף, תהיה תכנית שאינה קונקרטית דיה לעניין חיוב בהיטל השבחה או הקמת עילה לתביעה לפי סעיף 197 לחוק.

⁹ בר"מ 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה אשקלון (נבו 20.04.2016).

שבה, יש משמעות לגבי המועד הקובע להתגבשות "אירוע המס" ולאופן גביית היטל ההשבחה, כפי שנקבע בשורה של פסקי דין, עליהם נעמוד בתמצית. השפעה זו יכולה להוביל לתוצאה זהה למצב של היעדר קונקרטיזציה, כך שהיעדר ודאות ממשית ותנאי להיתר הכרוך בהליך דמוי הקלה יובילו לכך שלא יראו במועד אישור התכנית את "אירוע המס" אלא רק בעת מתן ההיתר.

23. בית המשפט בעניין **אליק רון** כאמור לעיל התייחס לתמ"א 38, אולם לא היא שעמדה במרכז פסק הדין. בעניין **אליק רון** נדונה תכנית מתאר מקומית, שקבעה בהוראותיה כי לוועדה המקומית קיים שיקול דעת להגדיל שטחי בניה מעבר ל"זכויות המוקנות" שהותרו בתכנית, אך ללא תנאים נוספים דוגמת פרסום הבקשה להתנגדויות הציבור. השאלה שנדונה שם היא כיצד יש לשום את היטל ההשבחה במצב זה והאם המועד הקובע הוא מועד אישור התכנית או מועד אישור הבקשה להיתר.

24. בהליך זה הוגשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה. עמדת היועץ הייתה כי פרשנות תכליתית של הוראות התוספת השלישית מובילה למסקנה כי המבחן לקביעת "המועד הקובע" הוא מבחן מרחב שיקול הדעת הנתון לוועדה המקומית לעניין מתן היתר הבניה מכוחה של התכנית. עמדתנו הייתה כי ככל שטרם מתן ההיתר נדרשת החלטה של מוסד תכנון (שאינו רשות רישוי), גם אם לא נקבעה בתכנית חובת פרסום, הרי שההליך התכנוני בנוגע לזכויות שהותנו בשיקול דעת נוסף של מוסד התכנון, טרם הסתיים. בהתאם, אין להכיר באישור התכנית כמועד הקובע / "אירוע המס" לגבי הזכויות המותנות כאמור, אלא שבאופן דומה להקלה, יש לראות במועד ההחלטה על מתן ההיתר כאמור את המועד הקובע ורק בשלב זה לחייב בהיטל השבחה. עמדת היועץ לא התקבלה.

25. פסק הדין בעניין **אליק רון** קבע לעניין זכויות שהותנו בשיקול דעת בלבד (ללא חובת פרסום / הליך "דמוי הקלה"), כי מדובר ב"זכויות מעין-מוקנות" אשר "גשר ברזל" מוליך אל מימושן. לפיכך נקבע כי יש לחשב את ההשבחה למועד אישור התכנית שהוא אירוע המס, בהתאם לסעיף 4(7) לתוספת השלישית. יחד עם זאת, נקבע כי בדומה למימוש חלקי בהיתר, יש לפצל את תשלום היטל ההשבחה: אם הועברה זכות במקרקעין (מכר) קודם להחלטה על מתן ההיתר על הזכויות המותנות, ישולם היטל השבחה רק על החלק בהשבחה שנגרם עם אישור התכנית, בשים לב להיותן של הזכויות מעין מוקנות ולא מוקנות באופן ודאי וסופי כהיתר תואם תכנית; לאחר מכן, עם ההחלטה על מתן ההיתר, תשולם יתרת היטל, לפי ההפרש שבין שווי הזכויות כאמור לשווי זכויות מוקנות. אולם, ההשבחה בשני התשלומים הנ"ל תחושב למועד קבוע אחד – והוא מועד אישור התכנית.

מפסק דין בעניין **אליק רון**, קשה להסיק עמדה ברורה באשר לזכויות שהן מותנות בשיקול דעת מלא של מוסד תכנון, שאינן בגדר זכויות מעין מוקנות, בפרט אם התרתן הותנתה בהליך פרסום בדומה להקלה.

26. בפסק הדין בעניין **גוזלן**¹⁰ שניתן לאחר פסק הדין בעניין **אליק רון** נקבע כי כאשר הזכויות מותנות גם בהליך דמוי הקלה הכולל פרסום ושמיעת התנגדויות, מועד התגבשות "אירוע המס" הוא מועד ההחלטה על מתן ההיתר, ולא מועד אישור התכנית. על אף שהחלטה זו לכאורה לא נמנית כאירוע השבחה בסעיף 1 לתוספת השלישית, החיל בית המשפט על הליך דמוי הקלה כאמור, את הדין החל על הקלה ממש, כך שבמצבים בהם הזכויות הותנו בהחלטת מוסד תכנון לאחר פרסום ושמיעת התנגדויות, הרי שמדובר במקרה מובהק שבו ההליך התכנוני טרם הושלם במועד אישור התכנית, והוא מסתיים רק לעת ההחלטה כאמור שהינה אירוע

¹⁰ בר"מ 2866/14 גוזלן נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה (נבו 07.12.2014).

משביח בפני עצמו והמועד הקובע לחישוב ההשבחה הוא ההחלטה על מתן ההקלה, ולא מועד אישור התכנית ממנה ניתנת ההקלה.

27. לסיכום עניין זה נאמר כי התשובה לשאלה האם אישור תכנית לפי סעיף 23 הוא "אירוע מס" המאפשר לגבות היטל השבחה בעת העברת זכויות במקרקעין תלויה במאפיינה של כל תכנית, בהוראותיה, במידת הקונקרטיות לגבי מקרקעין מסוימים שבתחומה, בהיקף שיקול הדעת הנתון לוועדה המקומית במסגרת הדיון בבקשה להיתר ובחובת פרסום הבקשה להיתר בדומה להקלה.

כפי שעמדנו לעיל, תכניות לפי סעיף 23 יכולות ללבוש צורות שונות, שעשויות להשפיע על מתן מענה לשאלה זו. יחד עם זאת, נביא להלן את האפשרויות השונות ביחס לתכנית שמעניקה שיקול דעת לוועדה המקומית, בהתאם למנעד שלהלן ;

(א) **תכנית לפי ס' 23 שניתן להוציא מכוחה היתר במסלול תואם תכנית, ללא שיקול דעת וללא הליך דמוי הקלה, גם אם היא חלה על שטח נרחב-** לפי הניתוח שלעיל, הרי שמדובר בתכנית עם רמת ודאות גבוהה לגבי קרקע מסוימת, לכן ככלל במצבים אלה אירוע המס מתגבש עם אישור התכנית וניתן לגבות היטל השבחה במכר.

(ב) **תכנית לפי ס' 23 שהיתרי הבנייה מכוחה מותנים בשיקול דעת הוועדה המקומית, אך ללא הידרשות להליך דמוי הקלה (פרסום להתנגדויות) –** אירוע המס מתגבש במועד אישור התכנית, אולם תחול ההלכה בעניין אליק רון כאמור לעיל.

(ג) **תכנית לפי ס' 23 שהיתרי הבנייה מכוחה מותנים בהליך דמוי הקלה, אף אם מדובר בתכנית נקודתית** - אירוע המס יתגבש עם ההחלטה על מתן ההיתר מכוחה, בהתאם להלכת גוזלן.

28. **כלל התבחינים האמורים לעיל לא יחולו אם מדובר בתכנית שהיא איננה קונקרטיית שאז תחול הלכת אופל קרדן לפיה מועד אירוע המס יתגבש עם ההחלטה על מתן ההיתר מכוחה, בכל מקרה ובלי קשר לשאלת היקף שיקול הדעת לעת מתן ההיתר.** שאלת הקונקרטיות במצבים אלה, תיבחן ממקרה למקרה, בשים לב לשטח התכנית, היקף הבחינה התכנונית שנעשתה במסגרתה, תוך זיקה להיקף שיקול הדעת הנתון לוועדה המקומית בשלב ההיתר.

29. לא נעלמו מעינינו קשיים שעשויים לקום לבעלי דירות מהמצב החוקי המפורט לעיל. לא מן הנמנע כי ייתכנו מקרים בהם בעלי נכסים לא יהיו מודעים כלל להליכי תכנון או לאישורה של תכנית שמקבעת את הזכויות מכוח תמ"א 38, שראו בזכויותיהם הפוטנציאליות מכוח תמ"א 38 כנתון קיים וידוע, ועל כן ייתכן כי הם לא ידעו להיערך או להכין עצמם לכך שמכירת הנכס שבבעלותם תוביל לחבות בהיטל, אך מן הסיבה שאושרה תכנית המכירה בקיומה של זכות זאת. בהקשר זה יוער, כי יתכן גם שהתכניות האלו לא תוכלנה להתממש בעתיד מסיבות שונות, בשל קשיים קנייניים, סכסוכים בין בעלי דירות, ועוד. יחד עם זאת, אין לנו אלא מה שבפנינו, וכך קובע הדין הקיים, אלא אם המחוקק יאמר דברו ויפטור מחובת תשלום לעת מכר. הצעה שלא יקום חיוב בהיטל השבחה בעת מימוש על דרך של מכר כשמדובר בתכנית כללית שכזו נבחנה ואף הוצעה על ידינו בעבר, ויש בה כדי להפוך את המס לוודאי וממשי יותר, כמו גם יתרונות נוספים שבצידה.

האם יש להביא בחשבון במסגרת שווי מצב קודם בשומת השבחה את השבחה שצמחה למקרקעין מעצם

תחולתה של תמ"א 38?

30. שאלה זו מתעוררת ביתר שאת בתכניות לפי סעיף 23, שחלות על מבנים טעוני חיזוק עליהן חלה תמ"א 38. יחד עם זאת, כיוון שעסקינן בחישוב שווי המצב הקודם, מדובר בשאלה כללית שנכונה לכל שומת השבחה, ללא קשר לסוג התכנית המשביחה, כל עוד זו חלה על מגרש שתמ"א 38 חלה עליו.
31. נקדים ונאמר כי לאחר התעמקות בסוגיה וקיום התייעצויות, הגענו למסקנה כי יש לנטרל את השפעתה של תמ"א 38 על שווייה של הקרקע בחישוב שווי המצב הקודם, אולם אין לנטרל שווי שמקורו בעליית ערך הקרקע, גם אם אישורה של תמ"א 38 וההתייחסות של השוק אליה תרמו במשהו לעלייה זו, לדוג' – עליית ערכי קרקע שנובעת ממגמות ההתחדשות והבניה בשכונה, מאז אישורה של תמ"א 38. הכל כפי שיפורט להלן.
32. מאז אישורה של תמ"א 38 ואף קודם לכן, אגב דיונים שהתקיימו ביחס לתמ"א 36, תמ"א 18 ועוד, נתקלו תמ"אות אלו בקשיי יישום של הסדרים שונים בחוק, בעיקר בקשר לתביעות פיצויים לפי סעיף 197 לחוק ובקשר ליישום התוספת השלישית לחוק בעניין היטלי השבחה. מורכבות זו הולידה שורה של חוות דעת ופסיקות שעסקו בהיעדר הקונקרטיים שנלוות לתכנית מתאר ארציות אלו.
33. כך למשל, בנושא פיצויים, נקבע בעניין **אינטרנשיונאל**¹¹ כי בשל היעדר הקונקרטיים של תמ"א 36 המאפשרת הוצאת היתר מכוחה להתקנת אנטנה סלולרית, המועד שבו ניתן להגיש תביעת פיצויים לפי סעיף 197 לחוק הינו רק לאחר מועד החלטה על מתן היתר מכוחה ולא ממועד אישור התכנית. זאת, מהטעם שהתמ"א חולשת על שטחה של מדינת ישראל כולה, ללא תשריט, ובשל כך היא אינה קונקרטית ולא ניתן היה לחזות ממועד אישורה היכן תמומש ובהתאם להגיש תביעת פיצויים על פגיעה תכנונית וירידת ערך, שגרמה הצבת האנטנה למגרש גובל. התמ"א בעניין זה היא נורמה תכנונית מאפשרת, אך הפעלת שיקול הדעת התכנוני ו"קליטתה" של התמ"א אל תוך התכנית המפורטת החלה במגרש נעשים, דה-פקטו, בשלב מתן ההיתר מכוחה על ידי הוועדה המקומית.
34. הלכה זו השתרשה גם ביחס תמ"א 38, שלה מאפיינים דומים. גם תמ"א 38 חלה על כל שטחה על מדינת ישראל, על מספר רב מאוד של בניינים העונים להגדרה של מבנה טעון חיזוק כמפורט בתמ"א. בהתאם, טרם החלטה על מתן היתר מכוח התמ"א – לא ניתן להגיש תביעת פיצויים לפי סעיף 197 לחוק.
35. עוד בהקשר זה, נדרשנו בעבר לשאלה – האם תכנית לפי סעיף 23 אשר מצמצמת את היקף הזכויות שהיה ניתן לקבל מכוחה של תמ"א 38 היא תכנית היוצרת פגיעה תכנונית, שמאפשרת הגשת תביעת פיצויים לפי ס' 197 לחוק, או לחילופין האם תיקון של תמ"א 38 עצמה אשר מצמצם את אפשרויות הבנייה מכוחה מאפשר הגשת תביעה לפי סעיף 197 האמור. בחוות דעת של מינהל התכנון, שניתנה על ידי מר בני ארביב, ונכתבה על דעת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי) דאז, ארז קמיניץ, נקבע כי בשני המקרים אין לראות בכך פגיעה תכנונית:

"לא ניתן לראות בעצם אישורה של תמ"א 38 ובעצם האפשרות התאורטית לקבלת זכויות מכוחה, כ"מצב קיים" לעניין סעיף 197. ההליך התכנוני שהיא מאפשרת לסיימו בוועדה המקומית בהליך הדומה להקלה, אכן בא אל סיומו רק לעת החלטתה הקונקרטית של הוועדה המקומית בבקשה להיתר. רק אז ובהתאם להחלטת הוועדה המקומית בבקשה להיתר מתגבשות הזכויות הצפות לתוך התכניות המפורטות החלות במגרש. רק אז נוצר אירוע המס לעניין התוספת השלישית לחוק. רק אז נוצרת עילת תביעה לגובלים בגין פגיעה עקיפה ורק

¹¹ בר"מ 1560/13 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ (נבו) 22.07.2014.

אז ניתן לראות בזכויות כפי שאושרו בידי הועדה המקומית כמצב קיים לעניין סעיף 197 כאמור.

עמדה זו מתבקשת אף משיקולי מדיניות ושכל ישראל, שאם לא כן, המשמעות הינה כי עצם אישורה של תמ"א 38 יצר בשטחה של המדינה כולה זכויות מוקנות ומוגנות בהיקף המרבי שהתמ"א מאפשרת, עד כי צמצומן או התאמתן לצרכי מרחב תכנון פלוני או מגרש פלוני, במסגרת תכניות לפי סעיף 23 בהתאם להוראות התמ"א עצמה שעגנה מפורשות אפשרות זו, תביא לחשיפה לתביעות לפי סעיף 197.¹²

דברים אלו נכונים ויפים גם היום.

36. יובהר כי על אף הדמיון בין השניים, אין דין פיצויים מפגיעה תכנונית כדין היטלי השבחה מהשבחה תכנונית, ולא מדובר בתמונת ראי מושלמת האחת של השנייה. כך למשל, בנוגע לזהות התכנית שמקימה עילה להגשת תביעה לפי סעיף 197 לחוק, הרי שזו רחבה יותר מתכנית שיוצרת אירוע מס לפי התוספת. כך גם ישנם הבדלים נוספים בין שני הסדרים אלו.

37. יחד עם זאת, באשר להתייחסות למרכיב בשווי הקרקע שמקורו באפשרות להגשת בקשה להיתר ולתוספת שטחי בנייה במגרש מכוח תמ"א 38, הגענו לכלל מסקנה כי יש לגזור גזרה שווה, באופן דומה לזו שנכללה בחוות הדעת לגבי סעיף 197 לחוק כמפורט לעיל. בהתאם להסדר ביחס לסעיף 197 לחוק הרי שגם לעניין היטל השבחה יש לנטרל רכיבים אלו בשומת המצב הקודם. במילים אחרות - התמ"א איננה וודאית, איננה קונקרטיית, ומשכך איננה זכות קנויה, ולא ניתן לראות אותה ככזו. משכך פגיעה בזכויות שלכאורה הוקנו בתמ"א, אינה מקימה עילה לפיצויים, ובאותה מידה, לא ניתן להתחשב בזכויות לכאוריות אלו, בחישוב המצב הקודם.

38. גישה אחרת, לפיה אין לנטרל את עליית הערך שנבעה מהתמ"א ויש להתחשב בה במסגרת שווי המצב הקודם, תוביל, הלכה למעשה, להענקת פטור גם במכר – בניגוד להוראות המחוקק שלא מצא לנכון לפטור מתשלום היטל בעת אירוע של מכר. לא ניתן לאחוז את החבל משני קצותיו: מחד גיסא, לקבוע שהתמ"א היא לא מספיק קונקרטיית והיא נעדרת וודאות ולכן לא מהווה אירוע מס, משכך לא ניתן לחייב בגינה בעת מכר הנכס, ויש להמתין עד לאישור ההיתר (כפי שנקבע בעניין אליק רוין), ומאידך גיסא, לראות בעליית השווי שנגמרה כתוצאה מתחולתה כחלק אינהרנטי משווי המצב הקודם בעת אישור תכנית משביחה שלאחריה, באופן אשר יבטל לחלוטין את תשלום ההיטל מההשבחה שצמחה ממנה. כלומר- אם משתכנעים כי התמ"א היא לא ודאית ולא קונקרטיית (למרות היותה תכנית מפורטת) ועל כן לא מחייבים בהיטל השבחה בגינה בעת מכר, אזי אותם עקרונות בדיוק מחייבים להגיע למסקנה כי בשל מאפייניה הייחודיים של תכנית זו, לא ניתן לקחת אותה בחשבון במצב הקודם בחישוב היטל השבחה.

39. עוד נטען בפנינו כי בהתאם להלכת לוטרניק,¹³ אין לנטרל משומת המצב הקודם את עליית הערך שמקורה בתמ"א 38 בהיותה מעין פוטנציאל כללי, כמשמעותו בהלכה זו. לעמדתנו יש לדחות טענה זו, שכן עליית ערך שחלה באופן מובהק כתוצאה מתחולתה של תמ"א 38, איננה בגדר פוטנציאל כללי שנובע מעצם מיקומה של הקרקע וציפיות השוק שבשל מיקומה תקודם בה תכנית משביחה. במקרים אלה, הכריע בית המשפט העליון, כי יש להתייחס לפוטנציאל כללי זה במסגרת המצב הקודם. לעומת זאת, במקרה דנן, עליית הערך שניתן

¹² חוות דעת בנושא: "תמ"א 38 – תחולת סעיף 197 לחוק התכנון והבניה", מיום 26 באוקטובר 2016.

¹³ רע"א 4487/01 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רחובות נ' מ. לוטרניק ובנו חברה להנדסה ובניין בע"מ, נז(5) 529 (2003).

לשייך לתחולתה של תמ"א 38 במגרש, היא תוצר מובהק של הליכי התכנון והאישור של התמ"א, שמחויבים בהיטל השבחה ואינם בגדר פוטנציאל כללי.¹⁴

40. נראה כי אנלוגיה מתאימה למקרה שבפנינו היא ביחס לתכנית מופקדת. משכך יש להתייחס לעליית ערך שנובעת מתחולתה של תמ"א 38, כשם שמתייחסים לעליית ערך שנובעת מתכנית מופקדת שטרם אושרה. זו כמו זו העלו את ערך הקרקע, וזו כמו זו ינוטרלו לעת השלמת ההליך התכנוני, וזאת, בין אם עקב אישורה של התכנית המופקדת, בין אם עקב אישורה של תכנית אחרת מהתכנית המופקדת, לרבות תכנית לפי סעיף 23 שלמעשה נובעת מתמ"א 38 עצמה – שגם אז, עליית ערך שנובעת מהתכנית מופקדת תכנית קודמת - תנוטרל. כפי שנקבע בהלכת לוסטרניק - יש לנטרל משווי המצב הקודם עליית שווי שנובעת מהליכי התכנון עצמם. כלומר, על אף שהשבחה מיוחסת ל**אישור** התכנית (להבדיל מהתכנית), קבע בית המשפט אמות מידה להכנת השומה כדי להגיע למס אמת:

"מטבעם, רבים הם שלבי התכנון ואף מתישים, ועל-כן הם נמשכים זמן ניכר. עובדה זו גורמת לכך שהידיעה על קיומם של הליכי התכנון הופכת לנחלת רבים, ובעקבות כך מתעוררת אצל בעלי עניין ציפייה ואף נכונות להשקיע, ומכאן ועד לעלייה במחירי הקרקע הדרך קצרה. אישורה של התכנית ההופך את הציפייה למציאות, גורם לעלייה נוספת בערך המקרקעין, אם כי נראה שחלק הארי של העלייה התרחש כבר בשלבים של הציפייה לאישורה של התוכנית. מכאן ברור שאם לצורך שומת ערך המקרקעין ערב אישור התכנית תובא בחשבון אותה עליית המחירים שנגרמה בעטיים של התכנית המשביחה וההליכים שהיו כרוכים בכך, יימוג כלא היה כל השבח הצפוי מתכנית זו, ובכך תסוכל כליל המטרה שלה נועד היטל השבחה"¹⁵

41. נטרול שווי שנובע מעצם ההליך התכנוני נכון לא רק במצב שבו ההליך התכנוני מגיע לגמר. נטרול כאמור נכון גם אם התכנית שהופקדה לא אושרה בסופו של יום, וללא קשר אליה אושרה תכנית שונה לחלוטין על אותה קרקע. ברור כי הליכי ההפקדה של התכנית הראשונה שכאמור לא הגיעה לגמר העלו את ערך הקרקע. אם יתבצע מכר בשלב זה, המוכר לא יהיה חייב בתשלום היטל השבחה בגין עליית שווי זו. גם בסיטואציה שכזו, שווי המצב הקודם צריך להתייחס למצב התכנוני התקף בלבד, ולא להביא בחשבון הליכי תכנון שלא הושלמו ולא הובילו לכדי "אירוע מס" בפני עצמם. לעמדתנו, כך הוא לעניין תמ"א 38. מבחינה מהותית, ומשום שעד להכרעה בבקשה להיתר בניה מכוחה, לא הושלם המהלך התכנוני באופן מלא, הרי שהיא דומה לתכנית מופקדת שהעלתה את ערך הקרקע. משכך, ככל שתאושר לאחרית תכנית לפי סעיף 23 או כל תכנית משביחה אחרת, אין להביא בחשבון בשומת המצב הקודם את המרכיב בשווי שנובעת מתחולתה של התמ"א על המגרש.

42. כאמור לעיל, עמדנו על כך שתמ"א 38 היא תכנית שאמנם מייצרת נורמה תכנונית מאפשרת, אך השלמת ההליך התכנוני, ובכלל זה שמיעת התנגדויות הציבור והפעלת שיקול הדעת התכנוני,¹⁶ נדחות לשלב ההחלטה בבקשה להיתר הבנייה. ה"דחייה" כאמור משורשרת גם לאפשרות להגשת תביעה לפי סעיף 197 ולאפשרות לחייב בהיטל השבחה, המתגבשות רק לעת ההחלטה מתן היתר הבנייה.¹⁷ לכן, במובן זה, יש

¹⁴ יודגש, כי למרות שתמ"א 38, איננה מחייבת במכר, מדובר בהשבחה החייבת בהיטל במימוש שאינו בדרך של היתר. כך גם העובדה שאין חיוב במכר על ההשבחה שיצרה תמ"א 38, איננה משמיעה שהשבחה זו 'פטורה' מהיטל אף במימוש – של תכנית משביחה אחרת – בדרך של מכר. להיפך, קבלת העמדה לפיה אין לנטרל משומת המצב הקודם את עליית הערך שניתן לשייך לתחולתה של תמ"א 38 במגרש, משמעה, הלכה למעשה, פטור מהיטל השבחה על השבחה זו גם במימוש בדרך של מכר, וגם אם השבחה זו הפכה להיות קונקרטי וודאית, בניגוד להוראת המחוקק לפיה אין פטור במכר.

¹⁵ עניין לוסטרניק, לעיל ה"ש 13, פס' 7.

¹⁶ בג"ץ 288/00 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, נה(5) 673, פס' 18-20 (2001).

¹⁷ עניין רון, לעיל ה"ש 4; עניין אינטרנשיונל, לעיל ה"ש 11.

לראות את תמ"א 38 כמו גם תכניות מתאר ארציות מפורטות הדומות לה (שעונות להגדרת "תכנית" בתוספת השלישית) שאינן קונקרטיות, **כמעין תכנית שהופקדה**. משכך, ניתן לראות בתכנית ככזאת שבה ההליך התכנוני טרם הסתיים.

43. האמור נכון כאמור לכל תכנית, אך ביתר שאת כאשר מדובר בתכנית לפי סעיף 23 אז ניתן לראות את אישור התמ"א ולאחר מכן אישור תכנית לפי סעיף 23 מכוחה של תמ"א 38 כמהלך תכנוני אחד. אך כאמור, עמדתנו הינה כי העמדה הנזכרת נכונה בכל לכל תכנית משביחה, גם אם היא לא מהווה תכנית לפי סעיף 23 או אף אם כלל אינה מגשימה את מטרות התמ"א. תוצאה אחרת, אף תוביל לכך שעליית השווי שנבעה מתמ"א 38 לעולם לא תגיע למועד "אירוע המס", ובכך תהיה פגיעה ברציפות המס, זאת אף בניגוד להוראת המחוקק לפיה השבחה זו פטורה מהיטל רק במימוש בדרך של היתר ולא במימוש בדרך של מכר.

44. בהקשר זה, יצוין כי במסגרת היוזמה הממשלתית לרפורמה בחוק התכנון והבניה,¹⁸ ניתנה הדעת גם לסוגיה מעין זו. במסגרת הצעת החוק הוצע להנחות כי במסגרת קביעת שווייה של קרקע, לא יבוא בחשבון שווי שנובע מתכנית כללית החלה על הקרקע, אלא אם המימוש הוא באמצעות היתר מכוחה של אותה תכנית כללית או במכר של קרקע פנויה. "תכנית כללית" בהצעת החוק הוגדרה גם כ"תכנית מתאר ארצית המאפשרת להוסיף שימוש על השימושים המותרים בתכנית הכוללת הוראות מפורטות החלה על השטח או המאפשרת להגדיל את השטח הכולל המותר לבנייה לפי תכנית כאמור, והכל ללא צורך באישורה של תכנית נוספת". הגדרה זו יפה לתמ"א 38.

45. נציין כי במהלך הדיונים שאוזכרו בתחילת הדברים, כמו גם כפי שמשקף מהשוני בשומות בהן דנו ועדות הערר, עולה כי קיימים קשיים יישומיים של מסקנה משפטית זו. הטענה המרכזית שנשמעה היא שקיים קושי משמעותי לבסס קביעה שמאית שתקבע מה הוא החלק משווי המקרקעין שיש לשייך לתחולתה של תמ"א 38. קושי זה נובע ממספר טעמים, כאשר העיקרי שבהן הוא היעדר הקונקרטיות שבתמ"א 38, תחולתה הרחבה על המדינה כולה, והעובדה שהיא "נטמעה" בשוק הנדל"ן באופן שקשה לזקק ולקבוע מה תרומתה.

46. על כן, ולאחר שנתנו דעתנו גם להיבטי היישום, מצאנו מקום להבהיר כי הנטרול או ההפחתה שיש לערוך בשווי "המצב הקודם" הוא רק לגבי הרכיב בשווי שניתן לייחס אותו לעצם תחולתה של תמ"א 38 על הבניין והאפשרות לקבלת היתר מכוחה או שניתן לייחס אותו לפוטנציאל קונקרטי לקבלת היתר מכוח התמ"א (דוגמת: הליכי ייזום שהחלו בבית המשותף, אינדיקציות להתחלת הליכי רישוי או מדיניות שאימצה הוועדה המקומית שמגבשת פוטנציאל קונקרטי למגרש או לאזור מסוים)..

לעומת זאת, מרכיב בשווי שמקורו בשווי שוק הכללי, שהושפע באופן זה או אחר גם מקיומה של התמ"א ומהאופן בו התייחס אליה השוק, לא ינוטרל, שכן הוא חלק בלתי נפרד משווי השוק והוא קיים גם במגרשים שהתמ"א לא חלה עליהם.

סקרנו לעיל את עמדתנו ביחס לשאלה מתי תכנית תחייב בהיטל השבחה בעת מכר, וכן ביחס לשאלה האם ניתן להתחשב בקיומה של תמ"א 38 בחישוב המצב הקודם בהיטל השבחה.

¹⁸ הצעת חוק התכנון והבניה, התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 604.

כאמור, לשאלות אלו השלכות רחבות על עסקאות נדל"ן, אופן חישוב היטל ההשבחה, וקידומן של תכניות לפי סעיף 23 לתמ"א. לאור מורכבות הדברים, לא מן הנמנע כי בירורם יגיע לערכאות משפטיות, כפי שאכן קורה ביחס למקרים מסוימים, וכן יתכן כי תידרש גם הגשת עמדת היועצת המשפטית לממשלה בהליכים המתנהלים.

אני מבקשת להודות עד מאוד למר ניב יערי ולמר תום פישר שכתבו וערכו חוות דעת מורכבת זו ושקדו עליה שעות רבות.



כרמית יוליש,

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה
(משפט אזורחי)

בברכה,