

מדינת ישראל
מינהל התכנון – משרד הפנים
ועדת ערר לתכנון ובניה
פיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל אביב

בפני הוועדה: עו"ד בנימין זלמנוביץ, יו"ר
מר זהר עירון, שמאי מקרקעין ומודד מוסמך
מר יעקב קרייזלר, מתכנן ערים ואזורים - נציג מתכנן המחוז

העוררים: הנישומים בעררי תכנית השימור תא/2650/ב: חיוב בהיטל השבחה
(נספח א' להחלטה)

-נגד-

המשיבה: הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב
העוררת: הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב: עררים על החלטת שמאי
מכריע (נספח א' להחלטה)

-נגד-

המשיבים: נישומים מכח תכנית השימור תא/2650/ב

החלטה

1. האם תכנית השימור של העיר תל אביב, תכנית 2650/ב, שפורסמה למתן תוקף ביום 4.6.2008 (להלן: "תכנית השימור" או "תכנית 2650ב") הביאה לעליית שוויים של המקרקעין עליהם היא חלה; זו השאלה העומדת לפתחנו בעררים שבנדון.

אקדמות מילין

1. לעיר תל אביב או בשמה ההיסטורי "אחוזת בית", שנוסדה בידי "אגודת בוני בתים" כדי ליצור שכונה יהודית חדשה ומודרנית שתהפוך לעיר העברית הראשונה ("דוד סמילנסקי" זיכרונות ארץ ישראל (אברהם יערי עורך, 1974) כרך ב, עמ' 903), לא הייתה בזמן ייסודה, בשנת 1909, תכנית אב, ובמשך שנים חסרה העיר העברית הראשונה גישה תכנונית כוללת ומקיפה. עד לאמצע שנות העשרים של המאה ה-20 הייתה בתל אביב התפתחות שכונתית עצמאית, במקומות שבהם ניתן היה לרכוש קרקע, ללא תכנון סדור.

לכל שכונה הייתה תכנית מקומית במתווה כלשהו, כאשר מערך הרחובות בשכונות השונות נקבע על פי זמינות הקרקע והטופוגרפיה שלה. בתקופה זו הבניה הייתה בעיקר בסגנון אקלקטי ובסגנון טמפלרי. רק בסוף שנות העשרים התעוררו פרנסי העיר והכירו בצורך לתכנון כולל והזמינו את המתכנן סר פטריק גדס (Geddes) להכין תכנית מתאר לעיר תל אביב. ואכן בשנת 1925 הוכנה תכנית אב ראשונה, חלקית, של גדס לצפון תל אביב של אז, שהתייחסה אל מרחב עירוני מוגבל שנתחם מרחוב בוגרשוב צפונה. עבודת התכנון של גדס הושפעה מהתפתחות העיצוב העירוני והאדריכלי באירופה של אותן שנים ושיקפה תכנון עירוני המשלב היבטים חברתיים, בראייה מכלילה ומשלבת תוך מתן מענה לצרכים אנושיים וקהילתיים. האקלקטיקה של שנות העשרים פינתה מקום לאדריכלות מודרנית, לסגנון הבין-לאומי שרווח אז באירופה וחדר בהדרגה לארץ עם העליות הרביעית והחמישית. כך אט אט נעלמו העיטורים המזרחיים של בתי תל אביב ואת מקומם תפסו פתרונות תפקודיים, שהתבטאו בשטחי קירות חלקים שבלט בהם הקו הישר. כך נוצר בתל אביב סגנון חדש, סגנון בין-לאומי, ששינה את פני העיר. סגנון הבנייה הבין-לאומי הושפע משתי אסכולות אדריכליות; הבאוהאוס (Bauhaus) הגרמני ותורתו של הארכיטקט הצרפתי-שווייצרי לה קורבוזיה (Le Corbusier). הבאוהאוס היה בית ספר לאדריכלות, לאמנות ולעיצוב, שייסד הארכיטקט הגרמני ולטר גרופיוס (Gropius) בעיר ויימאר שבגרמניה בשנת 1919 ונסגר בהוראת הרייך השלישי בשנת 1933. בסגנון הבאוהאוס ניתן היה לראות את צורתה של האדריכלות המודרנית, ששאפה לסינתזה בין תפקוד לצורה. כך גם תורתו הארכיטקטונית של לה קורבוזיה, שאף הוא היה בין חלוצי הסגנון הבין-לאומי המודרני וראה בבית "מכשיר מגורים". כך מצאה עצמה תל-אביב הצעירה עם מבנים בסגנון האדריכלות החדשה שלהם מאפיינים מוגדרים: בניית בתים על עמודים, גג שטוח המשמש גם כגן, תכנית בנייה חופשית, חלונות מוארכים וחזית בינוי חופשית. בין השנים 1933-1936 הוקמו בעיר מאות בתים בסגנון הבאוהאוס הבין-לאומי, שהיו, כאמור, תולדה בראש ובראשונה של תהליכים היסטוריים. (ראו: "101 שנים לתל אביב: העיר העברית הראשונה" בתוך **אריאל: כתב עת לידיעת ארץ ישראל** (גבריאל ברקאי ואלי שילר עורכים, תשע"א) 34-38; עוד על ההיסטוריה של העיר ראו בסדרת הספרים שערכו יעקב שביט וגדעון ביגר **ההיסטוריה של תל-אביב** (משכונה לעיר 1909-1936); מעיר מדינה לעיר במדינה (1936-1952)). סגנון זה, זכה בשנת 2003, עוד בטרם אושרה תכנית השימור, להכרה בין-לאומית כאתר מורשת עולמית על ידי אונסק"ו (UNESCO). (ראו: אדריכל מיכאל לוי **עיר לבנה – אדריכלות הסגנון הבינלאומי בישראל** (מוזיאון תל אביב, 1984); רחל סוקמן ומיכאל גורדון **תל אביב בעקבות הבאוהאוס** (1994); תמי לרר **פאר וחול: אדריכלות אקלקטית בתל-אביב** (2013); ניצה מצגר-סמוק **בתים מן החול: אדריכלות הסגנון הבינלאומי בתל-אביב 1931-1948** (1994))

2. הבניה ההיסטורית של תל אביב מתאפיינת, אפוא, בארבעה סגנונות בניה היסטוריים מרכזיים:

- א. **הטמפלרי**: 1871-1930 המבנים שנבנו בהתאם לסגנון זה סומנו בתכנית השימור כמבנים מיוחדים בצבע סגול.
- ב. **האקלקטי**: 1917-1930. המבנים שנבנו בהתאם לסגנון זה סומנו בתכנית השימור בצבע אדום. המבנים מרוכזים בעיקר במע"ר ההיסטורי, לאורך רחוב אלנבי, נחלת בנימין ובמובלעת בין שדרות רוטשילד לרחוב מזא"ה. סגנון זה אוסף אלמנטים מסגנונות שונים: המוסלמי, המזרח אירופי-קלאסי והיהודי ומבטא את הניסיון של המייסדים להשתלב בנוף המקומי ויחד עם זאת לשמר מאפיינים אירופאיים. סגנון זה שימש בסיס להכרה הבינלאומית שניתנה לעיר, והיווה שלב בדרך להתפתחות הסגנון הבינלאומי.
- ג. **האר-דקו המקומי**: 1928-1931. המבנים שנבנו בהתאם לסגנון זה סומנו בתכנית השימור כמבנים מיוחדים בצבע סגול.
- ד. **הסגנון הבין-לאומי**: 1931-1960. המבנים שנבנו בהתאם לסגנון זה סומנו בתכנית השימור בצבע כחול. המקבץ הגדול של מבני הסגנון הבין-לאומי בעולם מצוי בעיר תל-אביב. המבנים שנבנו לפי סגנון זה מרוכזים בעיקר באזור לב העיר ובאזור המרכז. ריכוזם הגדול הוא סביב כיכר דיזינגוף, וכן – מצפון לשדרות בן גוריון ועד נחל הירקון בצפון. על פי נתוני הוועדה המקומית, כ-3,700 מבנים נבנו בסגנון זה עד קום המדינה. כמה מאות נוספים נבנו לאחר קום המדינה ועד שנת 1960. "העיר הלבנה" – כפי שמכונה אזור הבניה בסגנון הבין-לאומי – הוכרה ע"י אונסק"ו כאתר מורשת עולמית.

תכנית השימור

3. תכנית 2650 בינה, כאמור, תכנית השימור של העיר תל אביב שעיקר מטרתה שימור המורשת הבנויה של העיר ההיסטורית הנמצאת ברובה ממערב לרחוב אבן גבירול, בין רחוב סלמה בדרום לנחל הירקון בצפון (מבנים מסוימים מצויים מחוץ לאזור זה).

סעיף 8 להוראות התכנית מפרט את מטרות התכנית:

- א. ליישם את השימור כמנוף לחשיפת הערכים האדריכליים של המבנים לשימור כפי שתוכננו או כפי שנבנו במקור, לשימור המורשת הבנויה בעיר ולהשבחת רמת האדריכלות בעיר ת"א, תוך חשיפתם לציבור הרחב.
- ב. להפעיל את השימור כמנוף לצורך החייאה והתחדשות עירונית, ובין היתר, לשם משיכות פעילויות חדשות וביניהם כלכלית, תיירותית ותרבותית למרכז העיר.
- ג. ליצור תמריצים לשיקום המבנים לשימור ולהקים מנגנונים הנדרשים ליישום התכנית.

4. מטרת התכנית הינה, אפוא, שימור המורשת הבנויה של העיר תל-אביב על ידי חשיפת הערכים האדריכליים של המבנים לשימור, כפי שנבנו וזאת, בין היתר, לצורך החייאת ההתחדשות העירונית, משיכת פעילות כלכלית, תיירותית ותרבותית למרכז העיר. התכנית כוללת הוראות מגבילות, כגון, איסור הריסת הבניין והכפפת כל עבודה הטעונה היתר ועבודה המשפיעה על חיצוניות המבנה או על מבנהו ההנדסי לאישור הצוות המקצועי בוועדה המקומית (להלן: "המשיבה" או "הוועדה המקומית"). לצד מגבלות אלה כוללת התכנית תמריצים כלכליים שמטרתם לשמש תמריץ כלכלי לאותן מגבלות ומטלות.

5. בראשית שנות התשעים הוקם צוות שימור לעיר תל אביב. כבסיס לתכנית נערך סקר בשטח "העיר ההיסטורית", הוכנה רשימת מבנים ראויים לשימור לפי סגנונות ודרגות שימור. במקביל, בעקבות חקיקת **התוספת הרביעית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965** (להלן: "החוק") בשנת תשנ"א, הוקמה ועדת שימור לפי התוספת. רשימת המבנים לשימור פורסמה ברשומות ובעיתונות לראשונה עוד בשנת 1992 לפי סעיפים 77-78 לחוק והיא שימשה בסיס לתכנית השימור.

6. התכנית קובעת מבנים לשימור, את מיקומם ואת סווגם ומחלקת את הבניינים שכלולים בה לשתי קבוצות.

האחת – מבנים לשימור "רגיל". קבוצה זו מונה כ-800 מבנים. הבניה במבנים הכלולים בקבוצה זו מותרת על פי תכניות בניה תקפות במגבלות ובתנאים מסוימים ועל פי תוספת הזכויות בתכנית השימור, וכל זאת תוך הבטחת שימורו של המבנה.

השניה – מבנים לשימור בהגבלות מחמירות. במבנים אלה, שנמצאו כבעלי חשיבות גבוהה במיוחד מבחינת ערכי השימור, אסורה כל תוספת בניה חדשה במגרש, למעט במקרים מסוימים. לפיכך, הוגדר מנגנון המאפשר ניווד זכויות בניה שטרם נוצלו במגרשים אלה, בתוספת תמריצים שונים, למגרש "מקבל" וזאת באופן המפורט בתכנית. על בעל המגרש שבו מבנה לשימור במגבלות מחמירות לאתר מגרש מקבל ולהכין תכנית מפורטת לאישור הוועדה המקומית, שעל פיה יניודו זכויותיו לאותו מגרש.

7. ביחס לכל המבנים הכלולים בתכנית על פי החלוקה האמורה, התכנית קובעת הוראות לתיעוד המבנים, לשיקומם ולתחזוקתם, לעבודות שימור הטעונות היתר, תנאים לשיפוץ, מגבלות על הקלות, הוראות בדבר חניה ועוד. נוכח המגבלות המוטלות מכוח התכנית, קובעת התכנית מנגנונים לתמרוץ השימור והתחזוקה ומקורות מימון.

8. נקודת מוצא חשובה לענייננו היא, כי התכנית מסדירה את השימור אך אינה כופה אותו במישרין. על פי התכנית, כל עוד בעלי זכויות במבנה הכלול בתכנית אינם מבקשים לקבל היתר לביצוע עבודה או שימוש במבנה או עבודה הכלולה בנספחים ג' ו-ד' לתכנית, הם אינם מחויבים בביצוע השימור. רוצה לומר: תנאי מוקדם ליישום הוראות התכנית, על מבנה הכלול בתכנית, הוא בקשת בעליו לקבל היתר בניה או היתר לשימוש מסוים או לביצוע של אחת מהפעולות המנויות כאמור, בנספחים.

הליכים להכללתם של מבנים בתכנית השימור

9. כאמור, מטרתה של התכנית הינה להבטיח את המורשת הבנויה של העיר תל-אביב, באמצעות כלים תכנוניים על פי חוק התכנון והבניה. כפי שהבהירה הוועדה המקומית, התכנית אינה עוסקת במונומנטים, אלא בסגנונות צנועים, וערכה הוא, בין היתר, במסת המבנים הכלולים בה. על מנת להכריע בשאלה אלו מבנים ראויים להיכלל במסגרת התכנית, הוקם בעיריית תל-אביב "צוות שימור", אשר ערך סקר ברחבי העיר והכין רשימת מבנים הראויים לשימור, לפי סגנונות הבניה ההיסטוריים. תחילתו של התהליך היה באיתור המבנים בשטח, במהלך סיורים יום-יומיים ברחובות העיר, בהם צולמו המבנים שסומנו כמבנים בעלי ערך. המשכו, של התהליך התקיים בגונד של מנהל ההנדסה בעירייה שבו מצויים התיקים ההיסטוריים של אותם מבנים שאותרו בסיורים, והתכניות ההיסטוריות, כולל שם האדריכל. הבדיקות המתוארות הובילו לעריכת כרטיס מבנה, שבו כל החומר הנוגע למבנים ובכלל זה תצלומים היסטוריים ועדכניים. שלב הכנת הכרטיסים נמשך כשלוש עד ארבע שנים. לאחר שלב זה, החל שלב ניתוח החומר בכרטיסים, על ידי צוות שכלל את פרופ' ניצה סמוק, המהנדס מיקי דוידוב, יועץ לעירייה, אורלי הראל, עובדת צוות השימור, והאדריכלית עדה כרמי. במקביל, נקבעו קריטריונים מפורטים להתאמת מבנים לשימור, בין היתר, על ידי לימוד הקריטריונים במקומות אחרים בעולם. בהמשך הועברו כרטיסי השימור לבחינה של מומחים, על בסיס הקריטריונים ומשקלם. על המומחים נמנו האדריכל מייק טרנר, מומחה בעל שם בתחום השימור המשמש יו"ר הוועדה הישראלית לאונסק"ו וכן סגן יו"ר וממלא מקום ראש הוועדה העולמית באונסק"ו, והאדריכל יעקב רכטר ז"ל. כל אחד מהמומחים ערך בדיקה עצמאית משלו ובסופו של יום נקבעו המשקלים של הקריטריונים, זאת לאחר שרוכזו הממצאים ונערכו השינויים בהתאם לעמדת המומחים. הקריטריונים שהוכנו על ידי הצוות המקצועי הוצגו ואושרו על ידי הוועדה המקומית לפני הפקדתה הראשונה של התוכנית. לאחר הכנת הרשימה, נשלחו 17,000 הודעות אישיות בדואר רשום לכל בעלי המבנים ולמתגוררים בהם ורשימת המבנים פורסמה ברשומות, בהתאם לסעיפים 77 ו-78 לחוק.

10. כאמור, לכל מבנה אשר נכלל ברשימה, ניתן ניקוד על פי הקריטריונים שנקבעו מראש. מבנה שקיבל 20 נקודות, נכלל ברשימת המבנים לשימור. הרשימה מחולקת למבנים ללא הגבלות מחמירות ומבנים עם הגבלות מחמירות, כאשר במסגרת ההגבלות המחמירות נכללים מבנים אשר קיבלו ציון 33 ומעלה. הערכה זו באה לידי ביטוי בכרטיס שהוכן לכל מבנה, המשקף את כל הערכים הרלבנטיים למבנה זה.

11. תכנית השימור נידונה בהליכים תכנוניים שונים ובין היתר גם במסגרת עררים שהגישו בעלי מבנים הנכללים בתכנית השימור, לוועדת המשנה לעררים במועצה הארצית לתכנון ולבניה בערר (מטה) 28/06 חיים שוב ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה תל-אביב (פורסם בנבו, 19.11.2007) (להלן: "החלטת ועדת המשנה לעררים"). ועדת המשנה קבעה, על סמך דוחות כלכליים שמאיים והנדסיים עליהם הסתמך החוקר, שהתכנית

כדאית הן למשק והן לבעלי הנכסים עצמם, וכי זו אופציה בעלת סבירות חיובית כי ערך המבנים יעלה. יחד עם זאת נציין כבר כעת כי השיקולים באישורה של תכנית השימור (הן על ידי הועדה המחוזית והן על ידי ועדת משנה לעררים) רחבים הרבה יותר מהשיקולים הכלכליים והשיקולים הכלכליים הנבחנים לא בודקים את עליית ערך המקרקעין במבחנים הנדרשים בהיטל השבחה.

היטל השבחה מכח תכנית השימור

12. על שולחנה של ועדת הערר הצטברו עררים רבים ביחס לתכנית השימור, חלקם כנגד שומות הועדה המקומית וחלקם כנגד שומות מכריעות. ביחס לשומות המכריעות ניתן לומר שכשם ששמותיהם של השמאים שונים כך שומותיהן שונות. בשל שאלות הרוחב, שיש בהן פוטנציאל לאיין את ההשבחה, אוחד הדיון בעררים כנגד כל השומות. מצב זה מחייב אותנו להכרעה עקרונית בכל שאלות הרוחב, שמאיות ומשפטיות; זאת בהתאם לדבריו של בית המשפט המחוזי בעמ"נ (חיפה) 12834-07-16 **שלמה לדלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה קרית אתא** (פורסם בנבו, 22.03.2017) לפיהם:

"על ועדת הערר להתבונן במבט רחב על כלל השומות באזור, לשקול את עקרונות השוויון והצדק החלוקתי, לשקול את אמון הציבור בהליכים ולבסס הכרעתה על ראיה כוללת שכזו. הוועדה אינה יכולה להסתפק בבחינה פרטנית של כל שומה, לבחון אם נפלו בה פגמים, ולהתעלם מהתמונה הרחבה ומהיחס שבין השומה הפרטנית שבפניה, להערכות השווי בכל מרחבי התכנית". (סעיף 36)

13. הדברים אמורים במיוחד נוכח העובדה שבסופו של יום המחלוקות השונות הינן מחלוקות שבליבת תפקידה של ועדת הערר, הן ביחס למהות ולמטרה בבסיס החיוב בהיטל השבחה, הן ביחס לשאלות עקרוניות בהגדרת "מצב קודם", לצורך תחשיב ההשבחה והן ביחס לקביעת עלות שימור אחידה; הכל כאשר נגד עינינו הצורך ביצירת ודאות ובגביית מס אמת.

עקרונות שומת היטל השבחה

14. התוספת השלישית לחוק (להלן: "התוספת" או "התוספת השלישית") מורה כי השבחה הינה עליית שווים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג (סעיף 1). אירועים אלה (תכנית, הקלה ושימוש חורג) מהווים את "אירוע המס" מושא היטל השבחה. הוראות התוספת ממשיכות וקובעות כי לשם הערכת ההשבחה, תיערך שומה "בהתחשב בעליית ערך המקרקעין וכאילו נמכרו בשוק חפשי" (סעיף 4(7)). בית המשפט הורה, כי יסוד מרכזי בדיני היטלי השבחה הינו בחינת ההשבחה בהתאם לשווי השוק האובייקטיבי של המקרקעין, לפני אירוע המס ולאחריו:

"גבייה של היטל השבחה, שתיעשה לא יאוחר ממועד מימוש הזכויות (סעיף 7(א) לתוספת השלישית), מבוססת אפוא על התקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד, עלייה בשווי

המקרקעין; והשני, עליית השווי קשורה בקשר סיבתי ישיר לאישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג... לצורך קביעת "השיעור, התנאים והדרכים" לגביית היטל השבחה, מפנה סעיף 196א לחוק לתוספת השלישית, המבחינה בין "מקור השבחה", שהוא אחת מפעולות התכנון המנויות; לבין "מהות השבחה", שעשויה לבוא לידי ביטוי ברכיבים משביחים שונים. אשר לאופן חישוב ההיטל, מורה סעיף 4(7) לתוספת השלישית כך:

שומת 4. (...)

ההשבחה (7) השומה תיערך ליום תחילת התכנית, או ליום אישור ההקלה או השימוש החורג, לפי העניין, בהתחשב בעליית ערך המקרקעין כאילו נמכרו בשוק חפשי.

את ההשבחה יש לחשב אפוא "בהתאם למחיר שבו היו נמכרים המקרקעין בשוק החופשי, ממוכר מרצון לקונה מרצון, כפי שמחיר זה משתקף בתאריך הקובע, שהוא יום אירוע המס – יום תחילת התכנית או יום אישור ההקלה או השימוש החורג" ... שומת ההשבחה דורשת אם כן לשום את המקרקעין פעמיים: פעם אחת, לפי "המצב החדש", דהיינו לפי מצב הזכויות בהם לאחר הפעולה התכנונית המשביחה; ופעם שנייה, לפי "המצב הקודם", דהיינו לפי מצב הזכויות במקרקעין עובר לפעולה התכנונית האמורה. ההפרש בין שני ערכים אלה מהווה את ההשבחה שחלה בעקבות הפעולה התכנונית; וסכום היטל השבחה יועמד כאמור על מחצית ממנו... (רע"א 147/14 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' אברמוביץ (פורסם בנבו, 31.12.2014), סעיף 11 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן (להלן: "אברמוביץ").

15. שני תנאים צריכים, אפוא, להתקיים על מנת שיוכח שבעלם של המקרקעין התעשר וניתן לגבות ממנו היטל השבחה. האחד, שווי המקרקעין עלה; השני, עליית שווי זו הינה עקב אחת מפעולות התכנון הקבועות בהגדרת "השבחה" שבסעיף 1(א) לתוספת; רק תנאים אלו במצטבר הם שיוצרים את החיוב בהיטל השבחה. מכאן, לא ייגבה היטל השבחה בגין עליית שווי מקרקעין שנגרמה שלא עקב אחת משלוש פעולות התכנון המנויות בסעיף, כגון בשל עליית מחירים כללית בשוק החופשי, שיפור במצב תשתיות ופעולות של מוסד תכנון שאינן נופלות להגדרת אירועי המס בתוספת השלישית. כמו כן לא ייגבה היטל השבחה בשל אחת מפעולות התכנון

המוזכרות בסעיף אשר לא הביאה בפועל לעליית שווי המקרקעין, שכן בלי עליית שווי אין השבחה ובלי השבחה אין היטל השבחה. (רע"א 3002/12 הועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' אליק רון (פורסם בנבו, 15.7.2014) (להלן: "אליק רון"); וכן עניין אברמוביץ)

16. בכל הנוגע לתנאי הראשון – הוכחת עליית שווי המקרקעין בשוק החופשי, מורה סעיף 4(7) לתוספת השלישית כדלקמן: "השומה תיערך ליום תחילת התכנית, או ליום אישור ההקלה או השימוש החורג, לפי העניין, בהתחשב בעליית ערך המקרקעין וכאילו נמכרו בשוק חפשי". בהתאם, לשם חישוב ההשבחה יש להעריך את שוויים של המקרקעין, בשוק החופשי, לפני אישור התכנית המשביחה ('המצב הקודם') ולאחריה ('המצב החדש'), ההפרש בין סכומים אלה משקף את עליית השווי ממנה נגזר החיוב בהיטל. הערכת השווי נעשית בהתאם למבחן אוניברסאלי המניח שוק משוכלל שבו קונה סביר מוכן לשלם תמורה המשקפת את הערך האובייקטיבי של המקרקעין בנקודת הזמן הנתונה, בשים לב לנכס המסוים ונסיבותיו הייחודיות. שווי זה, להבדיל מהמחיר, מטרתו לקבוע ערך אובייקטיבי שיתאים למפגש רצונות רחב של קונים ומוכרים פוטנציאליים בשוק חופשי. עקרונות אלה עומדים לנגד עיני ועדת הערר כעמוד אש בטרם ניתנת החלטה בסוגיות של היטל השבחה.

17. אלא שנדמה שתכנית השימור דורשת מאיתנו לצעוד לאחור על מנת להבין מהי ההשבחה אותה יוצרת התוכנית ושבינה ניתן לגבות היטל השבחה. כאמור, השאלות שבמחלוקת בבסיס החלטה זו עניינן הן בקביעת השווי במצב הקודם והן בקביעת השווי במצב החדש. ביחס למצב החדש נדרשים לנו לדון בשאלות הבאות:

א. האם "מיתוג" מהווה תכונה מתכונות המקרקעין שניתן לגבות בגינה היטל השבחה, והאם הצליחה המשיבה להוכיח שתכנית השימור "מיתגה" את הבניינים כך שערכם עלה.

ב. מה הן עלויות השימור העודפות, שיש להפחית משווי מצב חדש.

ג. מתי מתגבשת תכנית השימור, במבנים עם הגבלות מחמירות, בשים לב שלשם מימוש תכנית השימור במבנים עם הגבלות מחמירות נדרש אישור של תכנית מקומית לניוד הזכויות הקיימות והזכויות שניתנו כתמריץ מכח תכנית השימור.

ביחס למצב הקודם לנו נדרשים לדון בשאלות הבאות:

א. אלו תכניות יש לקחת בחשבון בשווי מצב קודם.

ב. האם יש להתחשב בפוטנציאל להשבחת הנכס במצב הקודם בכלל, ותמ"א 38 בפרט.

טענת המיתוג: עמדת הועדה המקומית

18. טענת המשיבה הינה שתכנית השימור יצרה רשימה סגורה, סדורה ומפורטת של מבנים שערכיהם הארכיטקטוניים הוכרו כראויים להגנה וסומנו לשימור. לטענת המשיבה מרגע אישורה, שינתה התכנית בדרך סטטוטורית את תכנותיהם של הנכסים

שנבחרו להיכלל בתחומה. לטענת המשיבה בניינים אלה, בשל תכנית השימור, נתפסים כייחודיים, נדירים ויוקרתיים הן מבחינת הדין הכרוך באישורה של התכנית, הן בקרב הציבור והן בעיני יזמים ורוכשים פוטנציאליים שמהווים את שוק הנדל"ן. לא זו אף זו, טענת המשיבה הינה שהתכונה המשותפת לכלל המבנים לשימור והמבדילה אותם ממבנים אחרים הינה עובדת היותם כלולים ברשימה קטלוגית סגורה שמהווה חלק מתכנית השימור. מרגע כניסתם לתכנית, טוענת המשיבה, "צבעה" תכנית השימור את המבנים הללו במאפיינים חדשים של יוקרה ונדירות, שלא היו קיימים בהם קודם לכן, ובתוך כך שינתה את תכונותיהם והביאה להשבתם. המשיבה מדגישה כי "תכנית השימור העלתה את ערך המבנים לשימור, לא רק באמצעות הענקת זכויות בניה ו/או תמריצים מגוונים, אלא בנוסף, באמצעות הכללתם ברשימת מבנים המזוהים עם מצאי קשיח, קביעה הממתגת כל מבנה מעצם הכללתו בתכנית." (סעיף 23 לסיכומי המשיבה לטענות הרוחב שהוגשו בערר 85204/10 ואח' (להלן: "סיכומי המשיבה")) מדובר לטענת המשיבה בהשבחה משולשת הנובעת מעצם ההכרזה כשלעצמה, מהימצאות המבנה הבודד במקבץ מבנים לשימור ועליית ערך נוספת, לאחר השימור, הנובעת "עקב החובה לביצוע השימור הקבועה במסגרת הוראות התכנית" (שם, ס' 24). המשיבה סבורה, אפוא, שיש לראות ב"מיתוג" כהשבחה ב"דרך אחרת". המפורטת בסעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק הקובע:

"חלה השבחה במקרקעין בין מחמת הרחבתן של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת, ישלם בעלם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו..."

19. לטענת המשיבה, ההשבחה נוצרת מעצם סימונם של המבנים לשימור והכללתם ברשימה קטלוגית של מבנים נדירים, בעלי ודאות תכנונית, תוך יצירת מנוף לשיווקם, וככזו היא מהווה השבחה בדרך אחרת, שניתן לגבות בגינה היטל השבחה. המשיבה מבקשת לסמוך ידיה על מאמרה של פרופסור דפנה לוינסון – זמיר, "היבטים חלוקתיים של שימוש מבנים, דיני הפיצויים הראויים ו"זכויות בניה עבירות" (TDR) משפטים לא, 11 (להלן: "לוינסון-זמיר").

"מבנים בעלי חשיבות תרבותית אף מייצגים ומשדרים מכובדות, יציבות והמשכיות בקהילה, ועשויים להעניק לבעליהם יוקרה ומוניטין. יש המוכנים לשלם מחיר גבוה יותר עבור מאפיינים אלו, שניתן לכנותם "ערך יוקרה." (עמ' 16)

כן בהמשך:

"... לפי סעיף 2(א) ניתן למסות גם השבחות שאינן נובעות מהגדלת זכויות הניצול של המקרקעין וגם השבחות הנגרמות למקרקעין הגובלים בתוכנית המשביחה. מכאן ברור שיש למסות גם השבחות עקיפות. יש לציין, שהרחבת החבות במס מעבר להשבחות הנובעות מהגדלת אפשרויות הניצול של

המקרקעין והחלטה המס גם על השבחה שנגרמה "בדרך
אחרת" עשויה להיות רלוונטית ביותר לשימור. (עמ' 65 ה"ש

(175)

20. עוד מפנה המשיבה לפסק הדין בעת"מ (ת"א) 1036-08 חב' לשירותים הנהלה
ונאמנות י.ש.ס בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה – ועדת המשנה (פורסם בנבו,
ביום 27.12.11), שעניינו, בקשה לביטול החלטת ועדת המשנה לעררים, שדחתה את
התנגדותם של בעלי מבנים לשימור לתכנית השימור. בית המשפט דחה את העתירה
והמשיבה מבקשת ללמוד מכך שבית המשפט אימץ בשתי ידיים את החלטת ועדת המשנה
לעררים שעל יד המועצה הארצית, המסתמכת על דו"ח החוקר, היועץ הכלכלי ושמאי
הועדה המחוזית, ושלהבנתם קבעה שמדובר בתכנית משביחה:

**"העלייה מקורה ב"ערך היוקרה" של המבנה המשומר המעלה
את מחירו בשוק הנדל"ן. בנוסף, יתרונותיו הכלכליים של הליך
השימור הם הגנה מפני שינויים לרעה במבנה ובסביבתו,
והגברת הפעילות העסקית והתיירותית באזור בו הוא מצוי"
(שם, עמ' 15)**

21. "מיתוג" או "ערך היוקרה" עניינו, אפוא, בעליית השווי הנוצרת כפועל יוצא
מהכרת השוק בהכללת מבנים ברשימת המבנים לשימור, במסגרת נספח א' לתכנית
השימור. לטענת המשיבה עליית השווי נובעת באופן ישיר מהוראות תכנית השימור, הן
בשל הכללת מבנים אלו ברשימה המהווה נספח לתכנית, והן מכח סעיפים מסויים בתכנית,
כגון סעיף 8, המפרט את מטרות התכנית "כמנוף לחשיפת הערכים האדריכליים של
המבנים לשימור כפי שתוכננו או כפי שנבנו במקור", אשר תיושמה באמצעות קביעת
המבנים לשימור, מיקומם וסיווגם, וסעיף 10 אשר מפנה לרשימת המבנים המפורטת
בנספח א' "אשר נקבעו לשימור בהתחשב בשיקולים של עיצוב, קונסטרוקציה, אדריכל,
מיקום, ערך חברתי או היסטורי ודומיהם" (10.1), וקובע את חובת התיעוד "המפרט את
ערכיו הייחודיים של המבנה ופרטים נוספים" (10.2) וחובת שימורם של אותם מבנים על
פי הוראות נספח ג' לתכנית (10.3). כמו כן טוענת המשיבה שאיסור הריסת המבנה
כהוראה בהוראות התכנית מהווה חלק מתכונות המקרקעין של הנכס, שמשנה את תכונת
המבנה ממבנה שיש לו אורך חיים מוגבל, למבנה שישרוד כמבנה משומר עם ערכים
ייחודיים נדירים לדורות:

**"התכנית חושפת להכרה הציבורית ולעיני כל את אותם מבנים
שנכללים בה ובכך מוציאה מן הכוח אל הפועל את ערכיהם
הכמוסיים.**

**מרגע הפיכתם ממבנים "רגילים" ל"מבנים לשימור", הקנתה
תכנית השימור למבנים הללו חותם ייחודי, ונסכה בהם חשיבות
אחרת בעצם ההכרה הסטטוטורית בהם. ההכרזה על מבנים
אלה כעל מבנים לשימור, הטביעה בהם ערך של נדירות, יצקה**

בהם ודאות תכנונית ואלו יחד מהווים מנוף שיווקי ובאופן ישיר העלו את מחירם בשוק – תכנית השימור יצרה את שוק המבנים לשימור שהינו שוק משגשג ופורח” (סיכומי המשיבה, סעיפים 39-40. ההדגשות במקור – ב’ ז’).

22. ההכרה החיצונית שהינה הערכה שבמומחיותו של הרגולטור, קיבעה ב”חותמת” של ייחודיות את המבנים לשימור, מיתגה אותם ויצקה בהם ערכים חיוביים שלא היו קיימים קודם לכן, כפריטי אספנות יחידים במינם. המשיבה ביקשה להשוות את התכנית למדריך לדירוג מסעדות שעורך Le Guide Michelin (שם, סעיף 46) לטענת המשיבה כשם שהכללת מסעדה במדריך תביא לעליית ערכה כך הכללת מבנה בתכנית מביאה לעליית ערך המבנה:

”... תכנית השימור על הוראותיה הייחודיות גרמה באופן ישיר להד ציבורי נרחב בעל תרומה חיובית שהובילה לעלייה בשווים, בין היתר תוך הגדלת הביקוש למבנים לשימור, במיוחד בעיר כתל-אביב המאופיינת במודעות לתרבות ואסתטיקה, איכות וייחודיות” (שם, סעיף 53)

תכנית השימור כפי שטוענת המשיבה, בהתבסס על מחקרה של פרופ' לוינסון-זמיר, מעניקה הגנה למבנים לשימור מפני הכחדת ערכיהם תוך פיקוח סטטוטורי, וכן הגנה משינויים בלתי צפויים בסביבה קרובה תוך יצירת ודאות ביחס למניעת שינוי אופי הסביבה לרעה:

”נוסף על כך, שימור עשוי להגן מפני שינויים לרעה בבניין ובסביבתו. בעלי מקרקעין חשופים לסיכון של שינויים עתידיים, בלתי רצויים בדיני התכנון. סיכון זה קטן במידה משמעותית עבור אדם המתגורר במבנה לשימור, היכול להניח שהתכונות האטרקטיביות של האזור יישמרו ושבנייה עתידית תתואם (מבחינת סגנונה והיקפה) לבנייה הקיימת” (לוינסון זמיר, 16)

”כפי שהוסבר לעיל, שימור כרוך במקרים רבים בהגבלת אפשרויות הפיתוח במקרקעין ובאישור על מימוש פוטנציאל הבנייה שלהם. למרות זאת, תוכנית שימור עשויה להעלות את ערך המקרקעין... כך, למשל, נוכחנו ששימור עשוי להביא להשבתת מקרקעין משום שהוא מבטיח הגנה מפני שינויים לרעה בסביבה ומעניק ”ערך יוקרה” (בעמ' 65 ה"ש מס' 175)

לטענת המשיבה, אפוא, תכנית השימור מונעת את אפשרות הריסתם של המבנים לשימור, הכרה בערכם ההיסטורי, ושינוי עתידי במאפייניהם הנדירים. אלמלא התכנית היו נדונים המבנים ברובם להריסה, שכן רבים מבעלי מבנים אלו נמנעו במשך שנים ארוכות מלדאוג

לתחזוקתם השוטפת, ומשכך מבנים רבים בעלי מאפיינים וערכים היסטוריים ואדריכליים סבלו מהזנחה.

23. נוסף על האמור סבורה המשיבה שההכרזה על מבנים בתכנית כעל "מבנים לשימור" יוצרת מנוף שיווקי רב עוצמה, שכן התכנית מחברת את הציבור לאלמנטים הייחודיים של הנכסים הללו ומניעה את ציבור הרוכשים הפוטנציאליים לרכוש אותם במחיר שוק גבוה בו ההיצע קטן מהביקוש, מצב המעלה את ערכם בשוק החופשי. בהקשר זה מצינת המשיבה **"את הפעולות שליוו את אישור תכנית השימור, ושעוררו עניין ציבורי מקומי ובינלאומי במורשת הבנויה של תל אביב ובכלל זה תערוכות וכנסים, ספרי צילום, פיתוח תיירות המבוססת על המורשת הבנויה של העיר ועוד"**. (סיכומי המשיבה, סעיף 61) בעניין זה מפנה המשיבה לשומתו של כבוד השמאי המכריע ניקי פרימו בשומתו מיום 7.7.11 בעניין נכס בגוש 7245 חלקה 1:

"אם בתחילתו של ההליך התכנוני כוחות השוק נרתעו מהעלויות הכרוכות בשימור המבנים, הרי שבסופו של ההליך, העלויות לא רק שלא הרתיעו משקיעים אלא היו מנוף שיווקי, הנובע מכך שחזותם של המבנים, לאחר השלמת השימור ושיחזור הבניין המקורי, היא חזות הכל ומדברת בעל עצמה."
(עמ' 12)

ובהמשך:

"הביקוש לדירות בבניינים לשימור קיים גם אם הללו טרם שומרו. אני מקבל את הגדרתו של שמאי המשיב לפיה בבניינים שכאלה שודרגו וזכו למיתוג." (עמ' 13)

24. מעבר לאמור שמה המשיבה דגש על העובדה כי במרבית המקרים, האזור בו מצויים המבנים לשימור מתפקד, הלכה למעשה, כמתחם לשימור, הכולל מקבץ של מבנים לשימור בדרגות שונות ובסגנונות שונים; והכמות, אפוא, עושה איכות.

25. מעבר לטענה המשפטית ביקשה המשיבה להוכיח מבחינה שמאית את עליית הערך. כלומר, לא זו בלבד שקיים אירוע מס שניתן לגבות בגינו היטל השבחה, אלא שאירוע המס הביא בפועל לעליית ערך המקרקעין. לשם כך הסתמכה המשיבה על מספר מחקרים כלכליים ושמאים ובעיקר: **א. סקר הספרות העולמי הכולל** סקירה של מחקרים אמפיריים מגוונים, וממצאים חיוביים מובהקים המציגים עליית שווי ברורה של מבנים לשימור ברחבי העולם; **ב. הניתוח הכלכלי של חב' גיאוקרטוגרפיה** המציג ניתוח כלכלי של השינוי במחירים במבנים מוכרזים לשימור לעומת מבנים שאינם לשימור בעיר תל-אביב, והמלמד כי מאז שנת 2001 (השנה בה הופקדה תכנית השימור) ועד לשנת 2010 עליית המחירים במבנים שהוכרזו לשימור הייתה גבוהה מעליית המחירים בכלל שוק הדירות בתל-אביב; **ג. סקר השוואתי של עסקאות מכירה** שנערך על ידי השמאים נעמי קפלנר ועירד אלעד, מציג עבודה השוואתית תחת קריטריונים של השוואה, על בסיס עסקאות בפועל של דירות יד שנייה במבנים לשימור ובמבנים שאינם לשימור, ומראה כי

ערכן של דירות לשימור בתאריך הקובע גבוה מערכן של דירות מקבילות שלא לשימור ;
ד. **עבודת המחקר של סלינג'ר** המתבססת על מדגם רחב ומקיף של עסקאות והמציגה ממצאים חיוביים התומכים בעובדה כי להכרזה לשימור יש השפעה חיובית על ערך המבנים לשימור. ה. **סקירת שומות מכריעות** שמאים מכריעים שהכירו בערכו המשביח של ערך ההכרזה הנובע מתכנית השימור, ונתנו הכרעות התומכות בעמדת הוועדה המקומית בדבר הקשר הסיבתי שבין אישור תכנית השימור לבין השבחת המבנים שבהם היא הכירה.

26. לטענת המשיבה, אפוא, שלל הסקירות, הניתוחים והמחקרים, על אף היותם עצמאיים האחד מן השני ובעלי מאפיינים שונים, מציגים באופן שיטתי ממצאים חיוביים התומכים בקשר הסיבתי ההדוק שבין אישור תכנית השימור לעלית ערך המבנים לשימור.

הכרעה בשאלת המיתוג

27. סבורים אנו כי שגגה קשה נפלה בטענת המשיבה ; שגגה משפטית, שמאית ומוסרית, כפי שנפרט להלן. בטרם ננתח משפטית ושמאית נבקש להתייחס לשני היבטים שלא זכו לניתוח מעמיק בטענות הצדדים. האחד, טענת המשיבה לפיה תכנית השימור היא זו שהובילה לשימור מבנים ולהתחדשות מרכז העיר תל אביב, המתעלמת מתופעת הפירבור מחד והחזרה למרכזי הערים מאידך. השני, חלק מהיבטי השימור ניתן להשיג באמצעות כלים רגולטיביים אחרים, כמו חוקי העזר העירוניים, כפי שפועלת המשיבה בפועל ביחס לשיפוץ חזיתות בתים, ולכן נשאלת השאלה האם ישנה השבחה במקרה זה.

שימור מיתוג ופירבור

28. הוועדה המקומית הרחיבה על ההזנחה שפשתה בבנייני העיר תל-אביב החל משנות ה-60 ; עובדה זו אינה שנויה במחלוקת. לטענת המשיבה העדר מודעות לערך המבנים והיעדר תחזוקה שוטפת דרדרו את מצבם של בתים רבים, והתוצאה, בחלקה, נגלתה עת בחינת חלק מהבתים נושאי העררים. לטענת המשיבה, בעבר כל אלה תרמו לתפיסה כי יש להרוס את המבנים ולבנות תחתם חדשים. תפיסה זו השתנתה ; ההכרה בחשיבות שימור מורשת העבר הביאה לשינוי התפיסה, לגיבוש תכניות נקודתיות לשימור, בהמשך לתכניות שימור קודמות (כדוגמת תכנית "נווה צדק" ותכנית "לב העיר") ועד לתכנית השימור שבפנינו, שלטענת המשיבה, כאמור, הביאה למיתוג המבנים. בפרוטוקול הדיון מיום 23.2.2016 אמר בא כח הוועדה המקומית כך (עמ' 3) :

"תכנית השימור של תל אביב היא ייחודית במובן הזה שהיא לקחה מקטע גדול של העיר וקבעה מאות ואלפי מבני כמבנים לשימור חלקם לשימור מחמיר, חלקם לשימור שאיננו מחמיר, התכנית ביקשה לייצר מציאות אחרת, מציאות אחרת מהמציאות שבה העיר תל אביב הייתה לפני שהתחיל המהלך. אני יכול להגיד אני בעוונותיי הייתי סטודנט בתל אביב בשנות השמונים כשנישאתי לא חשבת לרגע אחד לחזור להתגורר בתל

אביב, העיר תל אביב של 1989 הייתה עיר מתפוררת, עיר שבתיה קורסים, ואני חושב שדי אם נסתובב היום בעיר תל אביב לפחות בחלק הוותיק שלה, שמונה עשר שנים אחרי שתכנית השימור קרמה עור וגידים, אני חושב שאנחנו יכולים להגיד שאנחנו במציאות אחרת".

29. נדמה שהצגה זו של הדברים פשטנית וקושרת לתכנית השימור כתרים לא לה, בהיותה מתעלמת מתופעת הזנחת מרכזי הערים שהייתה אופיינית לערים רבות ברחבי העולם ובעיקר מתעלמת מתופעת החזרה למרכזי הערים. עוד בשנת 1961 כתבה העיתונאית האמריקאית ג'יין ג'ייקובס את ספרה **מותן וחייהן של ערים אמריקאיות גדולות** (בבל, 2008) (ראו בין היתר, עמ' 235 ואילך בפרק שעניינו הצורך בבניינים ישנים, גם אם אינם לשימור. וכן עמ' 297 ואילך. על החזרה לעיר וחשיבותה של העיר ראו: גיאורג זימל, רוברט פארק ולואיס וירת **אורבניזם: הסוציולוגיה של העיר המודרנית** (רסלינג, 2007) (להלן: "אורבניזם")) בו דיברה על כישלון מרכזי הערים הקשור קשר הדוק לתופעת הפירבור (ראו: Charles F. Adams and Others "Flight from Blight and Metropolitan Suburbanization Revisited" *Urban Affairs Review* 31 (4) (1996) Ewing, R "Is Los Angeles-style sprawl desirable?" *Journal of* ; pp. 529-543. *the American Planning Association* 63 (1997) pp. 107-126. שהביאה לירידה של שיעור האוכלוסייה במרכזי הערים בארה"ב בין השנים 1950-1990 מ-64% ל-38% (לתוצאות של פשיעה והזנחה כתוצאה מתהליך הפירבור ראו: Mills, E.S., and Price, R. "Metropolitan Suburbanization and Central City Problems" *Journal of Urban Economics* 15 (1) (1984) pp. 1-17. וכתוצאה מכך ההשקעה בתשתיות העירוניות נזנחה ולמצער הופחתה.

30. אלא שכנגד תופעת הפירבור, שהייתה תנועה מודרנית בבסיסה, שהשתתה על הפרדת שימושי קרקע, צמחו תנועות אחרות כמו העירוניות החדשה (New Urbanism) או עירוב שימושים (Mixed-Use Development) שדגלו בחזרה למרכזי הערים ובעירוב שימושים. העירוניות החדשה רואה בעיר את שיאה של הציוויליזציה המפותחת (ראו: גיאורג זימל "העיר הגדולה וחי הנפש" (אורבניזם, 23-40) והיא מנסה להשיב אל עטרת העיר המערבית ליושנה. כפי שכתבו עודד היילברונר ומיכאל לויך במבוא לספר **העיר הישראלית: העיר העברית האחרונה?** (רסלינג, 2006) "במשך הזמן הסתבר שלחיים במטרופולין יש גם יתרונות ולא רק חסרונות. ורבים הסיקו את המסקנה וחזרו לגור בעיר, בעיקר שכבות המבוססות כלכלית. פרברי השינה לא רצו להמשיך למלא את התפקיד שיועד להם והחלו לעודד הקמה ופיתוח של מוסדות תרבות ומסחר" (עמ' 64 בעותק הדיגיטלי). כך לדוגמה ההיסטוריון ד"ר עודד היילברונר טוען במאמר אחר "מחאה דרך טקסטים' תרבויות משנה של צעירים ישראלים" (שם, 298) שהחזרה לעיר נבעה מתרבות נגד, לתרבות ההגמונית, שאימצה אורחות חיים "מערביים-צרכניים-

אסקפיסטיים". העיר סיפקה לצעירים חסרי מנוח אלו את הזירה המתאימה לפעילותם המודרנית, המחאתית, הצבעונית והאופנתית. (שם, בעמ' 338)

31. הרחבנו על תופעה זו שכן טענת המשיבה פשטנית ומתעלמת מתופעה עולמית רחבה הרבה יותר לה הייתה שותפה גם העיר תל-אביב. בהקשר זה המיתוג אותו מנכסת לעצמה המשיבה, כמוסד תכנון, קשור קשר הדוק להזנחת מוסדות התכנון את מרכזי הערים. יחד עם זאת נציין כבר בראשית הדברים שסוגיית היטל השבחה וירידת ערך אין לה דבר עם המשקל הערכי והחשיבות התרבותית וההיסטורית בשימור. מנהל המחלקה לשימור מבנים בעיריית תל אביב אדריכל ירמי הופמן הציג בפנינו באופן מרתק ומקצועי את האבולוציה של השימור ואת "עומק העבודה" שעשתה המשיבה. מר הופמן הציג את התפתחות העיר העברית הראשונה משלהי המאה ה-19 ביפו, מ"הבתים מן החול" באחוזת בית ועד התפתחותה צפונה עובר בדוף האדריכל פטריק גדס, ועד חזרת ועליית אדריכלי תל אביב מבתי הספר האירופאיים. האדריכל הופמן הרחיב מעבר לטענות שנטענו בכתבי הערר והתשובות שהגישה המשיבה ונתן פרספקטיבה רחבה יותר כפי שפרטנו לעיל. האדריכל הופמן חידד והסביר ששימור המרקם של תל אביב התחיל מלמטה.

מיתוג: תכנית או תקנות?

32. כמו כן נבקש לציין שספק בעניינו, גם משפטית וגם שמאית, אם תוצאה שניתן להשיגה בשתי דרכים רגולטיביות שונות; האחת מהווה אירוע מס לפי חוק התכנון והבניה והשנייה לא מהווה אירוע מס, הינה תוצאה שניתן לגבות בגינה היטל השבחה. התייחסנו לכך בערר (תל אביב) 85079/14 חברת יהודה הלוי 70-72 בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה (פורסם בנבו, 24.8.2020):

"מהמקובץ עד כה עולה, אפוא, כי העוררת יכלה להגיש בקשה לאישור תשריט איחוד ובמקרה שהייתה מגישה בקשה כאמור לא הייתה מחויבת, בעקבות פסק דין אקרו, בהיטל השבחה. כאמור סבורים אנו כי את השבחה הנובעת מתוספת הזכויות יש להעריך כבר במצב הקודם דהיינו בתכנית מ' כפי שפורט לעיל. בעניין אקרו קבע בית המשפט כי תשריט האיחוד השביח את המקרקעין השבחה שלא ניתן היה לגבות בגינה היטל השבחה מכוח התכנית במצב הקודם (גם אם השבחה זו תחושב עם מקדמי דחיה) במקרה זה, ולמעלה מהצורך לעניין ערר זה, נשאלת השאלה, בהינתן שאכן קיימת השבחה, האם עצם ההליכה במסלול תכנית מהווה עילה לגביית היטל השבחה כאשר עומדת לנישום חלופה לפעול באמצעות תשריט איחוד. לכאורה מקרה זה שונה מהמקרים שעמדו בפני וועדות הערר לעניין הקלות. וועדת ערר זו אמרה לא אחת שכאשר דורשת וועדה מקומית מפלוני הקלה, מקום בו הוא סבר שהזכויות

מגיעות לו מכוח תכנית (ששולם עליה היטל השבחה) דרך המלך הינה הליכה לוועדת ערר לרישוי. יחד עם זאת, כפי שקבעה וועדת ערר זו לא אחת במקרה שבו אדם קיבל הקלה מהוועדה המקומית ובגינה חויב בהיטל השבחה ובהליך של היטל השבחה טען כי מדובר בזכויות מוקנות ולכן לא ניתן לחייב בגינה בהיטל השבחה. וועדת הערר תבחין בשני מצבים; במקרה שבו יש ספק פרשני האם מדובר בזכויות מוקנות או בזכויות בהקלה ישמש הספק לרעת הנישום. יחד עם זאת, כאשר ברור שהזכויות הינן זכויות מוקנות מכוח התכנית הרי שוועדת הערר תבטל את החיוב בהיטל השבחה. מהבחינה השמאית הדברים פשוטים שכן במצב הקודם שווי המקרקעין כלל את כל הזכויות המוקנות ובכללם הזכויות שניתנו "בהקלה" ובמצב החדש ההקלה, אפוא, לא נתנה ולא כלום.

המקרה שבפנינו לכאורה שונה, לפחות לפי עמדת בית המשפט העליון בעניין אקרו לפיה משתמע שתכנית החלוקה או תשריט החלוקה השביחו את המקרקעין. לכאורה בהתאם לכך הרי שבעקבות אישורה של תכנית האיחוד הושבחו המקרקעין ביחס למצב הקודם. אלא שלטעמנו קביעת השבחה במקרה זה לא נכונה גם שמאית וגם משפטית.

מהפן השמאי, העובדה שפלוני יכול לקבל תוצאה מסוימת באמצעות תשריט, שישביח לו את המקרקעין והוא לא יחויב בגין אישורו בהיטל השבחה, יש בה כדי להשפיע על שווי מצב קודם. דהיינו שווי מצב קודם במקרה שלפנינו הינו תכנית מ' (שלכאורה בהתאם לפסיקת בית המשפט לעניין אקרו כולל 154% בלבד) ובנוסף השווי כולל את האפשרות לקבלת תוספת זכויות בתשריט ומכאן שבשווי במצב חדש אין משום עליית שוויים של המקרקעין. מהפן המשפטי יש בכך בראש ובראשונה בכדי לפגוע במשיבה עצמה. השיקולים של המשיבה לחייב הכנת תכנית שעה שניתן להגיע לאותה תוצאה בתשריט הם מגוונים. לא אחת רשות מקומית מבקשת ללכת בדרך מסוימת על אף שניתן ללכת בדרך אחרת וזאת משיקולים של שיתוף ציבור, יידוע הציבור, בחינה רחבה יותר של הבקשה וכיוצ"ב. דבר זה יש לברך עליו ונדמה כי חיוב בהיטל השבחה בגין תכנית חלוקה, שעה שניתן להגיע לאותה תוצאה בתשריט, תוביל לתוצאה הפוכה מזו שמבקשת המשיבה. שכן, הנישום ידרוש שיאשרו לו את הבקשה באמצעות תשריט חלוקה, הדבר

כאמור הינו בר ביצוע, אך יביא לכך שתועלות ציבוריות המתקיימות בהליך של תכנית לא יתקיימו בסופו של יום וזאת מעבר לריבוי ההליכים בפני וועדות ערר ובתי המשפט. על דרך הרוב מוכנים אנו לקבל שכאשר ישנן שתי אפשרויות להגיע לתוצאה זהה תהיה זו הרשות שתכריע לאזרח באיזו דרך ללכת וזאת משום שהרשות רואה לנגד עיניה את האינטרס הציבורי, אך לא יעלה על הדעת שהכרעה זו תשפיע על היטל ההשבחה שיושת על האזרח. אדרבה, חיוב בהיטל השבחה במקרה זה יש בו בכדי לזהם את השיקולים הראויים של הרשות כך שיהיה נחזה שמטרת הרשות הינה הגדלת הכנסותיה ולא רווחת תושביה.

מעבר לכך החלטתנו זו הולכת בתלם שחרש בית המשפט העליון בבר"מ 2283/18 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב נ' נכסי יד חרוצים בע"מ (פורסם בנבו, 1.1.2019). בעניין יד חרוצים אמר בית המשפט מפי כבוד השופטת ברק ארז:

"מתן היתר לשימוש חורג מהיתר, כאשר השימוש אינו חורג מהתוכנית הקיימת, היא פעולה מתחום הרישוי בלבד, אשר אינה משנה את המצב התכנוני של המקרקעין. הענקתו אף אינה כרוכה, על פי רוב, בעבודת תכנון מקיפה הכרוכה בהשקעה מצד הוועדה המקומית. כפי שציין היועץ בעמדתו, הוועדה המקומית תידרש לבחון במקרים אלה את התאמתו של המבנה הקיים לשימוש החדש המבוקש עבורו, בהתאם לשימושים שהותרו בתכנית שחולשת על המקרקעין. על פי רוב ניתן להניח כי תהא זו בדיקה פשוטה, אולם יתכן שיהיו מקרים שבהם היא תהיה מורכבת יותר." (פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ד' ברק ארז)

עוד אמר בית המשפט בעניין יד חרוצים:

"על רקע זה, ההצדקה לחיוב בהיטל קמה כאשר בעל מקרקעין מתעשר כתוצאה מפעולה תכנונית המשנה את המצב התכנוני שקדם לה. לעומת זאת, כאשר מדובר בפעולה של רישוי, דהיינו מתן היתר למימוש תכנון קיים, מבלי לשנות את מערך הזכויות במקרקעין – לא מתקיימת ההצדקה לחיוב בהיטל" (פסקה 13 לפסק דינה של השופטת ד' ברק ארז)

תשריט איחוד לו היה ניתן במקרה שבפנינו, וכאמור אין מחלוקת שניתן היה לאחד את החלקות בתשריט, היה מהווה, אפוא, פעולה שלא זו בלבד שלא ניתן לחייב בגינה בהיטל

השבחה, כפי שקבע בית המשפט בעניין אקרו, אלא שגם לא מתקיימת הצדקה לחייב בגינה בהיטל השבחה כפי שקבע בית המשפט בעניין יד חרוצים.” (סעיפים 32-38 להחלטה)

33. כנגד החלטת ועדת הערר הוגש ערעור מנהלי עמ”נ (תל-אביב יפו) 8373-12-20 ועדה המקומית תל אביב נ’ יהודה הלוי 70-72 בע”מ (פורסם בנבו, 13.6.2021). בית המשפט המחוזי החזיר את התיק לוועדת הערר בשל פגם פרוצדורלי. לגופם של דברים בית המשפט קובע במפורש כי בתחשיב השמאי יש לקיחת בחשבון את הפוטנציאל לקבלת הזכויות עוד בטרם אושרה תכנית האיחוד, כפי שקבעה גם ועדת הערר. מכל מקום, נדמה כי ניתן להשאיר בצריך עיון סוגיות אלה בשל העובדה שלטעמנו לא זו בלבד שהמשיבה לא הוכיחה מבחינה שמאית עליית ערך, אלא ש”מיתוג” איננו תכונה מתכונות המקרקעין ועל כן אינו מהווה השבחה, לפי חוק התכנון והבניה, כפי שנרחיב להלן.

מהות היטל השבחה מלמדת שמיתוג אינו “השבחה”

34. כאמור, טענה מרכזית של הועדה המקומית מבוססת על טענה לפיה תכנית השימור הביאה לעליית ערכם של מבני השימור בשל “מיתוגם” כמבנים שהוכרזו לשימור. אלא שמיתוג איננו התעשרות הנובעת ממתת של הציבור לבעל המקרקעין; נפרט.

35. ההצדקה לגבות היטל השבחה נובעת מתפיסה לפיה הציבור העניק לבעל המקרקעין “דבר מה” ועל בעל המקרקעין לחלוק את המתנה (“דבר מה”), שקיבל מהציבור, עם הציבור ואילו כאן לא ניתנה לבעל המקרקעין מתנה כלשהי, שלא היתה לו לפני. סעיף 1 לתוספת השלישית מגדיר השבחה:

“עליית ערכם של מקרקעין עקב אישור תכנית מתן הקלה או שימוש חורג”

36. כאמור, שני תנאים צריכים להתקיים אפוא על מנת שתוכח השבחה. האחד אירוע מס; תכנית, הקלה או שימוש חורג. והשני הינו עליית ערך שניתן לייחסה לאירוע המס בקשר סיבתי. כפי שנכריע להלן מבחינה שמאית לא הוכיחה המשיבה עליית ערך הנובעת באופן אקסקלוסיבי מעצם הכללת הנכס בתכנית השימור. אלא שמעבר לשאלה השמאית, שנתייחס אליה בהמשך, ישנה שאלה משפטית והיא האם העובדה שהמשיבה, על בסיס קריטריונים שקבעה, מיפתה מבנים בעיר תל-אביב וכללה אותם בתכנית השימור יכולה לשמש בסיס לגביית היטל השבחה.

37. על מנת להכריע בשאלה זו יש לחזור למטרות גביית היטל השבחה. סעיף 2(א) לתוספת קובע:

“חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתן של זכויות הניצול הן והן בדרך אחרת, ישלם בעלם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו (להלן – היטל); היו המקרקעין מוכרכים לדורות, ישלם החוכר את ההיטל; היטל בעקבות אישור תכנית יחול על מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או הגובלים עמו בלבד”.

38. התכלית בבסיס היטל ההשבחה הוסברה בחוק ובפסיקה. סעיף 13 לתוספת השלישית קובע את מטרתו של היטל ההשבחה ואת השימוש בכספים הנגבים על פיו כדלקמן:

”(א) סכומים שנגבו כהיטל מיועדים, אחרי ניכוי הוצאות הגבייה 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 העניין, ולביצוען, לרבות הוצאות פיתוח ורכישת מקרקעין לצורכי ציבור, כפי שהוגדרו בסעיף 88 לחוק זה, ולרבות הוצאות שימור אתר או הפקעתו לפי התוספת הרביעית.”

39. הפסיקה שמה דגש על כך שעקרון יסוד העומד בבסיס החיוב בהיטל הוא עקרון הצדק החלוקתי. משמעותו של עקרון זה הוסבר בפסיקה. ראשית, המתעשר בגין פעולות תכנון של הוועדה המקומית, ראוי שישתף את יתר חברי קהילתו בחלק מהתעשרותו. שנית, הנהנה מפעולות התכנון של הוועדה המקומית, ראוי שיישא בעלות ההחצנות הנובעות מהנאתו. (ראו: ע”א 1341/93 סי אנד סאן ביץ’ הוטלס בע”מ נ’ הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל-אביב יפו (פורסם בנבו, 4.1.1999); דנ”א 3768/98 קריית בית הכרם בע”מ נ’ הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים (פורסם בנבו, 27.6.2002) (להלן: ”קריית בית הכרם”); ע”א 1321/02 נוה בנין ופיתוח בע”מ נ’ הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה מחוז המרכז (פורסם בנבו, 26.5.2003); רע”א 10472/07 דאהוד נ’ הוועדה המקומית לתכנון ובניה מבוא עמקים (פורסם בנבו, 10.11.2009)). ההצדקה הראשונית, אפוא, לגביית היטל השבחה הינה התעשרות “בעלם של המקרקעין”, כאשר תנאי הכרחי להטלת החיוב בהיטל הינו התקיימות קשר סיבתי ישיר בין הפעילות התכנונית היוצרת השבחה במקרקעין (אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג), לבין עליית השווי של אותם המקרקעין, שביחס אליהם נקבע הסכום לתשלום. (השוו: רע”א 4217/04 ציון פמיני נ’ הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 22.10.2006); בר”מ 2090/16 הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ’ אקרו בע”מ (פורסם בנבו, 15.3.2018)); ובלשונו של השופט חשין ז”ל בעניין קריית בית הכרם:

”היטל השבחה מוטל על השבחה-תכנון, ואך-ורק על השבחה-תכנון. שוויים של מקרקעין יכול שיעלה מטעמים שאינם טעמי-תכנון, אך על השבחה זו אין מוטל היטל השבחה. אכן, ‘השבחה’ כהגדרתה בסעיף 1 לתוספת השלישית היא עליית שוויים של מקרקעין ‘עקב’ אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג. כל תכנית תכנון משביחה והשבחה-שלה, ובעל הזכויות זכאי לשלם היטל השבחה בעקבותיה של תכנית משביחה פלונית – מבין תכניות אחדות – בכל עת שיחפץ, אף

שלא בא למימוש הזכויות (ראו סעיף 4(4) לתוספת). למותר לומר כי שומתה של כל השבחה והשבחה פרטיקולרית תיעשה על-פי הנחיות החוק, דהיינו: בחישוב השבחתם של מקרקעין לא תובא במניין אלא השבחה הקשורה בקשר סיבתי ישיר לתכנית המשביחה. על השמאי לחלץ ולבודד את המרכיב של השבחת התכנון מכל יתר המרכיבים שהביאו לעליית שוויים של המקרקעין, ורק השבחה זו תשמש נושא להיטל השבחה." (סעיף 31)

ובמקום אחר:

"דומני שהחלת המושג צדק חלוקתי על המערכת ראוי ומתאים יותר... פלוני שנתעשר אך בשל שינויי תכנון שנערכו לפי חוק התכנון והבניה – לאמור, נתעשר אך בשל פעילות נורמטיבית של רשויות הציבור – ראוי לו שישתף את הקהילה באותה התעשרות שנתעשר. ואם לא בכל ההתעשרות כולה, למצער בחלקה של ההתעשרות – בחצייה... ניתן דעתנו כי היטל השבחה הולך אל קופות הוועדה המקומית והרשות המקומית – דהיינו, לא אל אוצר המדינה אלא אל הקהילה שאליה משתייך בעל המקרקעין – וכהוראת סעיף 13 לתוספת השלישית, נועד הוא לכיסוי הוצאות הוועדה המקומית או הרשות המקומית להכנת תכניות ולביצוען, לרבות הוצאות פיתוח ורכישת מקרקעין לצורכי ציבור ולשימור אתר או הפקעתו. יסוד זה של התעשרות עקב פעילות תכנון שלפי חוק התכנון והבניה הוא בריח-התיכון בהיטל השבחה – בקומפלקס הכולל ובכל אחד ואחד ממרכיביו, זעיר ככל שיהא. ההתעשרות היא המרכיב הדומיננטי בכל אירוע של היטל השבחה, ובאין התעשרות לא יקום ולא יהא היטל השבחה. פירוש הדברים הוא שבכל אירוע שבו טוענת הרשות לזכותה להטיל היטל השבחה, שומה עלינו לתור סביבנו היטב-היטב במטרה לגלות אם הייתה התעשרות של בעל קרקע, ולא אך התעשרות על דרך הסתם, אלא התעשרות שבאה עקב אחד מאותם אירועי תכנון שחוק התכנון והבניה מדבר בהם." (סעיפים 8-9)

40. היטל השבחה איננו מס הוני ומכאן שעקרון ההתעשרות נובע מתפיסה לפיה "ההשבחה" ("בין מחמת הרחבתן של הזכויות בין בדרך אחרת") שייכת לציבור וכשהציבור מעניק אותה לבעל מקרקעין הוא, בהכרח, גורע דבר מה מהציבור, שכן ניצול הקרקע הוא משאב מוגבל; בכך שונה היטל השבחה ממס שבת. היטל השבחה, אפוא, הינו היטל המוטל על מתת שהציבור נתן לבעל המקרקעין, בזכויות בניה, בשימושים או "בדרך

אחרת", ומכאן התפיסה הפסיקתית שעסקינן בהיטל שבסיסו בצדק חלוקתי; בעל המקרקעין חולק עם הציבור את התעשרותו מהמתנה שקיבל מהציבור שהוא חלק ממנו. לפיכך, עליית ערך שבבסיס אירוע מס, חייבת להיות נובעת מהפעילות התכנונית של רשות תכנון כאמור בתוספת השלישית לחוק, ולא מפרי עמלו של בעל המקרקעין או של צד ג'. בפ"ד ברע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף (פורסם בנבו, 5.12.1994) אמר כבוד השופט (בדימ'): מישאל חשין ז"ל: "זכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה, כעקרון, את יסוד הסבירות: זכות הקניין הקלאסית משמעה שרירות בעלים..." (פסקה 19) אלא שזכות הבעלות מתאזנת תדיר מול זכויות ואינטרסים אחרים כלשונו של המלומד Rudolf von Jhering "אין בעלות מוחלטת, דהיינו בעלות הפטורה מן הצורך להתחשב באינטרס של החברה" (מופיע אצל Philbrick, Francis S. "Changing Conceptions of Property in Law" *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* 87, no. 7 (May 1938) p. 691–732) מכאן סובר המשפט שזכויות הקשורות לניצול הקרקע מכוח חוק התכנון והבניה אינן מתאזנות מול אינטרס החברה אלא שהן עצמן האינטרס החברתי בהיותן משאב ציבורי מוגבל. הנחת המוצא, כפי שכותב פרופ' וייסמן (דיני קניין, בעלות ושיתוף (1997) 46 (להלן: "בעלות ושיתוף") הינה כי "בעל מקרקעין זכאי לעשות במקרקעיו רק אותם דברים שהחוק התירם במפורש. בלא היתר שכזה אין הבעל רשאי לעשות כמעט דבר במקרקעיו". בע"פ 377/87 קלקא נחום בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.11.1987) אמר בית המשפט:

"...אין זכויות בנייה או שימוש לפיהן אלא לפי הוראות התכניות השונות לדרגותיהן. מותר לבנות רק במסגרת המותרת בתכנית, ומה שאין תכנית מתאר מרשה במפורש אינו מותר."
(סעיף 11 לפסק הדין)

41. הגישה בבסיס חוק התכנון והבניה היא שהבעלות במקרקעין אינה כוללת את הזכות ואת אופן ניצול הקרקע. כפי שציין בית המשפט בע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח רחובות (פורסם בנבו, 6.12.2006):

"עם השנים החלה תפיסה קלאסית זו באשר למהותה של זכות הקניין לפנות את מקומה לגישה גמישה יותר וזאת מטעמים פרגמטיים וכן מטעמים של צדק חברתי ומחויבות חברתית של הפרט לקהילה בה הוא חי." (פסקה 15 לפס הדין)

42. לפי גישה זו, ניצול הקרקע (שעל דרך הרוב מתבטא בזכויות בניה) איננה "הגבלה" הנקבעת על ידי הרשות, ומגבילה את זכותו הקיימת ממילא, של בעל הקרקע לבנות על הנכס אלא להפך. ניצול הקרקע היא זכות העומדת בפני עצמה, ומוענקת לבעל הקרקע על ידי הרשות; כפי שאמר המלומד וייסמן:

"הנטייה כיום היא לומר שהנחת המוצא אינה עוד שכל שימוש בקרקע מותר לבעלים, פרט לשימושים שנאסרו בחוק. לגבי מרבית השימושים האפשריים במקרקעין הנחת המוצא היא

הפוכה, לאמור: בעל המקרקעין זכאי לעשות במקרקעיו רק את אותם דברים שהחוק התירם במפורש. בלא היתר שכזה אין הבעל רשאי לעשות כמעט דבר במקרקעיו. כך על פי המשפט הישראלי, וכך גם במשפטי עמים אחרים... לעניין הבעלות במקרקעין, מה שניטל מן הבעל על ידי החוק הוא כה רב עד שהתוצאה היא שהוא רשאי לעשות במקרקעין שבבעלותו כמעט אך ורק מה שרשויות התכנון יתירו לו." (בעלות ושיתוף, 48-46)

וכך קבע השופט טירקל ז"ל בע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ובנייה מודיעין ואח' (פורסם בנבו, 25.6.1997):

"דומה שלא ניתן להתעלם עוד מהשינויים שחלו באופי הקניין הפרטי של ימינו. עם התגברות מעורבותה של המדינה בכל תחומי החיים נראה שקניינו של אדם מורכב יותר ויותר דווקא מזכויות ממין זה, שמקורן במדינה (Governmental Largess) ופחות מזכויות של קניין פרטי הנסחר בין האזרחים ואשר "זכות השליטה" לגביו נתונה אך ורק לבעל הקניין." (סעיף 11 לפסק הדין)

43. ההתייחסות לזכויות הניתנות לשם ניצול הקרקע (על דרך הרוב זכויות בניה אך גם "בדרך אחרת") כאל נכס עצמאי ולא כאל נכס הנגזר מן הקרקע משמעותה שהוא מהווה משאב, המשמעות הינה שהקצאת זכויות לבעל הקרקע צריכה להיעשות בדומה להקצאת כל משאב אחר של הרשות. במילים אחרות הזכויות שייכות לציבור והמבקש לעשות שימוש בזכויות אלה יידרש לרכוש זכויות אלה מן הציבור; וזה מהותו של היטל ההשבחה. זו לטעמנו כוונת בית המשפט בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת דורנר ברע"א 7417/01 לאה צרי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, גבעתיים (פורסם בנבו, 26.6.2003):

"ההצדקה המקובלת להיטל היא שהשבחה, כל כולה, היא התוספת בשווי הקרקע הנובעת מהחלטות גופי התכנון הציבוריים, ועל-כן, מן הראוי הוא, שמקום בו התעשרו בעלי או חוכרי הקרקע מפעילות נורמטיבית שכזאת, ישתפו הם את קהילתם בעושרם. לאמור, כאשר מאושרת תוכנית בנייה הגורמת לעלייה בערך הקרקע, הפרט מקבל הטבה מהוועדה. הטבה זו, המוענקת מטיבה, בצורה לא שוויונית (אך לנהנים מהתוכנית החדשה), ראוי שתחולק בין פרטים רבים. ראו דברי השופט מישאל חשין בדנ"א 3768/98 קריית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים, פ"ד נו(49) 5, בע' 62. בהתאם, סעיף 13 לתוספת קובע כי ההיטל יחולק בין חברי

קהילתו של המתעשר, בכך שיוקצה למימון הוצאות של הרשות
והוועדה המקומית, שהן לצורך הכלל, כמו-גם להכנת תכניות
ולביצוען, במרחב התכנון או בתחום הרשות המקומית."

44. כפי שהראתה פרופ' אלתרמן ביחס לזכויות בניה תפיסה זו של זכויות יסודה
בתפיסה האנגלית של ראשית המאה ה-20. התפיסה הינה שלא רק המקרקעין אלא גם
זכויות הבניה הם משאב בעל היצע מוגבל כמעט לחלוטין וכמעט ללא תחליפים. בהקשר
זה ערכי הקרקע נוצרים בעיקר מפעילות של הקהילה ובלשונה של פרופסור אלתרמן
"**שהרי ערכה של הקרקע באי הבודד של רובינזון קרוזו היתה אפס**". (רחל אלתרמן "מס
השבחה ומטרות ציבוריות" רבעון לכלכלה כרך כ"ד חוברת 95 (דצמבר 1977) 390)

45. לכן השאלה בבסיס היטל השבחה היא "מי ראוי שייהנה מעליית ערך הקרקע
הנובעת מפעילות ציבורית, הציבור או הבעלים הפרטיים?". אי גביית היטל השבחה
משמעותה שפלוני יזכה "מן ההפקר" של פעילות לא לו. בהקשר זה הרחיבה הפסיקה את
מטרת ההיטל והבהירה שעליית הערך איננה אך ורק הוצאות הכנת התכנית וביצועה. כך
אמר השופט ברנזון עוד בבג"ץ 198/75 מנהל עזבון פייביש מושקוביץ נ' ראש עיריית בת
ים (פורסם בנבו, 20.10.1975):

"הרעיון הטמון במס השבחה הוא, שבעלי הנכסים, אשר ערך
נכסיהם עלה, בגלל מעשי תכנון ופיתוח של הוועדה המקומית,
ישאו בחלק מעליית ערך זו; והשיעור הוא מחצית העליה.
הבסיס לקביעת המס הוא אך ורק עליית הערך ולא סכום
ההוצאות הנדרש להכנת התכנית ולביצועה". (סעיף 3 לפסק
הדין של השופט ברנזון)

46. במאמר מאוחר יותר הרחיבה על כך אלתרמן:

"ערכי הקרקעות הם במידה רבה תולדה של הפעילות
הציבורית. כלומר, גם כשהקרקע היא פרטית, הרי השתבחותה
או עליית ערכה נובעת לרוב ממכלול פעילות החברה והציבור
ולעיתים רחוקות מיוזמת הבעלים. השקפה זו אודות יצירת
ערכי הקרקע מעלה את השאלה: מי ראוי שייהנה מעליית ערך
הקרקע הנובעת מהפעילות הציבורית, הציבור או בעל הנכס?
ובמלים אחרות: האם הפרט צריך להנות מכל הרווח כולו הנובע
ממעשה הציבור שעה שיתכן שלא עמל כלל להשיגו, או שמא
צריך חלק מהרווח להישאר בידי הציבור?..

א. טיבה המיוחד של הקרקע

חוקרים רבים (רטקליף 1976; דרין- דרבקין וליצ'פילד, 1980;
אלתרמן 1977 ואחרים), גורסים כי הקרקע היא מוצר יוצא דופן,
משום שהוא מצרך חיוני שאינו בר תחליף ושההיצע שלו מוגבל
כמעט לחלוטין. לכן טוענים רבים, יש להתייחס אל הקרקע כאל

משאב ציבורי אפילו אם הוא מוחזק ברובו ע"י בעלים פרטיים (בדומה למשאבי מים למשל, המקובלים כמשאב ציבורי במרבית המדינות, דרבקין 1974: 64). ראיה לעובדה שהקרקע נתפסת כמשאב ציבורי במדינות רבות נוכל לראות מקריאתו של האו"ם (1975), לכל המדינות לתפוס את הערך המוסף של הקרקע (אלתרמן 1982).

ב. אופן היווצרות ערכי הקרקעות

יש הגורסים כי קרקע היא משאב מיוחד גם בגלל אופן היווצרות ערכיה. ההשקפה המקובלת היא שגם כאשר קרקע היא פרטית, ערכה נובע בעיקר מפעולות החברה ומעט מאוד מיוזמת הבעלים (רטקליף 1976; אלתרמן 1982; אלכסנדר כהן, 1975; יחזקאל לוי 1981; ורבים אחרים). יוצא מכך, כי באמצעות התכנון ופעילות החברה עשוי בעל קרקע פרטית לזכות בהטבה כלכלית נכבדת, ללא כל פעולה מצידו. הרעיון שבגביית חלק, מההשבחה הוא לחייב את הבעלים הזוכים להתחלק עם הרשויות הציבוריות ב"זכיה" – שכן היא תוצא של פעולותיה. גם שיקולי שוויון מחייבים שלא לאפשר לאדם אחד להנות מן ההפקר של פעילות לא לו, בעוד אדם אחר עלול להפסיד בגין אותה פעילות (רטקליף 1976; אלתרמן 1982).

התפיסה של קרקע כמשאב ציבורי בצירוף ההשקפה אודות האופן המיוחד של היווצרות ערכי הקרקעות, הם הבסיס האידיאולוגי להתערבות השלטון בקנין הפרט ולהעברת חלק מהרווחים מהכיס הפרטי אל הכיס הציבורי.

נסגור את מגוון העמדות:

למרות שניתן לצפות כי גישה זו, המצדיקה התערבות בקנין הפרטי ונגיסת חלק מהרווחים של הבעלים הפרטי, תיתקל בקשיים בארצות התומכות בעיקרון השוק החופשי, הרי נראה שגם בארצות אלה יש לה תומכים רבים (אלתרמן, 1982). התומך המפוסם ביותר לגישה זו הוא אולי המדינאי והמשפטן האנגלי Henry Georg שציין כבר בתחילת המאה (1909) כי: "אחת הצרות הרעות של שיטת המקרקעין שלנו היא ללא ספק העובדה שבמקום להנות מיתרונות המאמץ השותף של אזרחיה, נאלצת להקהילה לשלם קנס כבד לבעלי הקרקע בשל העלאת ערך המקרקעין ע"י הציבור" (מצוטט ע"י אלתרמן 1977: 390). תמיכה באסכולה זו הובעה גם ע"י המדינאי האנגלי וינסטון צ'רצ'יל ב-1950, אשר הדגיש את האבסורד שבהשאת רווחי

הקרקה בידי הבעלים הפרטי שלא עמל כלל להשגתם. צ'רצ'יל מתאר את בעל הקרקה היושב בשקט על חלקתו ומביט בתכונה הרבה של הציבור סביבו, העסוק בהגדלת העיר והפיכתה לעשירה יותר, טובה יותר, ומפותחת יותר וכל זאת בשעה שהוא אינו תורם דבר ואינו נפגע בכיסו. יתרה מזאת, בשעה שהציבור ירצה לרכוש את חלקתו לצרכים ציבוריים, יהיה עליו לשלם מחיר גבוה יותר הודות להשקעותיו הוא (Hagman & Misczynski).

לעומת זאת, יש החולקים על השקפה זו וגורסים כי אין הצדקה להתערב בקנין הפרטי ולגבות חלק מרווחי ההשבחה, כאשר הטענה העיקרית היא שהקרקה אינה מוצר מיוחד השונה משאר המוצרים בשוק. Milles (1974), למשל, מערער על התפיסה כי הקרקה היא משאב יוצא דופן וטוען "שניתן לייצר קרקה (הולנד), וכן לנצל קרקה באופן מאסיבי יותר, ואף לשנות מיקומה של קרקה ע"י העברת אדמה למקום אחר. לטענתו, אפילו הפילוסופיה אודות יצירת ערכי הקרקה ע"י הציבור בטעות יסודה שכן, מצבם הכלכלי של רוב בני האדם תלוי באופן בלתי ישיר בפעילות של אחרים, לכן אין משאבי הקרקה שונים משאר המשאבים" (מצוטט באלתרמן, 1982).

בדעה זו תומך גם H. Law (1986), אשר גורס כי כישלון הניסיון הבריטי לגבות חלק מההשבחה, נובע בין היתר מההנחה המוטעית שהתכנון הוא הגורם לעלית ערך המקרקעין. לדעתו התכנון רק נותן לגיטימציה לערכי קרקה קיימים הנובעים ממשחק השוק החופשי.

ישנם הטוענים כי השקעה בקרקה ביסודה היא השקעה לטווח ארוך, מעין ביטוח חיים, או תכנית חסכון לטווח ארוך ועל כן יש להימנע ממיסוי מאסיבי של הרווחים מהשקעה בקרקה.

הוכחה לכך שהמתח האידיאולוגי בקשר לסוגיה זו עדיין לא פג, ניתן לראותו בוויכוחים בין התומכים בגביית ההשבחה ושוללים, אשר נערכים גם בעשור האחרון. " (אירית גיל ורחל אלטרמן היטל השבחה בישראל: סוגיות שבחוק ובדרך הפעלתו (1982))

47. כאמור עמדת המשפט הישראלי ברורה והיא רואה בהשבחת קרקה כמתת של הציבור ועל כן בעל המקרקעין ראוי לו שישלם היטל השבחה. בהתאם לרציונל זה היטל השבחה נגבה עקב עליית ערך המקרקעין ולא עליית ערך הבית הבנוי על המקרקעין, שכן היטל השבחה ככזה נובע מכך שהציבור העניק משהו ("דבר מה") לבעל מקרקעין שלא

היה לו עובר לאישור התכנית. בהקשר זה המשיבה טוענת שתכנית השימור מהווה השבחה ב"דרך אחרת". אלא שגם השבחה "בדרך אחרת" הוסברה בפסיקה ככזו המעניקה לנישום משהו שלא היה לו עובר לאישור התכנית. כך בעניין **סי אנד סאן** נדונה השאלה האם תכנית מפורטת שהוכנה מכח תכנית מיתאר שהקנתה זכויות בניה אבל קבעה שהיתרי הבנייה יינתנו באמצעות תכנית מפורטת, מהווה אירוע מס שניתן לגבות בגינו היטל השבחה. זאת, בין היתר, בשל העובדה שהתכנית המפורטת לא הרחיבה את זכויות הבניה במקרקעין. בית המשפט קבע שהשבחה הינה "בדרך אחרת", שכן אישור התכנית הביא - שלא בדרך של הרחבת זכויות הניצול - לעליית שווי המקרקעין בכך שנתנה זמינות לזכויות שהוענקו בתכנית המתארית. במקרה שבפנינו כלום נתנה התכנית משהו לבעל המקרקעין שלא היה ברשותו עובר לאישור תכנית השימור? במילים אחרות ההשבחה (שלא הוכחה) אותה דורשת הועדה המקומית היא השבחה למחויבים בלבד ולא למרכיב הקרקע, שכן רכיב הקרקע לא השתנה, ומכאן שאינה מהווה השבחה תכנונית ולא ניתן לגבות עליה היטל השבחה.

48. נדמה כי ניסיון המשיבה לקבוע "מיתוג" על פעולת האדם במקרקעיו מהווה עשיית עושר ולא במשפט. האלמנטים שקבעו כי בניין מסוים יכנס לתכנית השימור לא מהווים אלמנט שניתן למקרקעין על ידי המשיבה ושאלמלא התכנית לא היה ניתן. לא זו אף זו, המשיבה בהקשר זה מבקשת להיבנות מעמל כפיו של האזרח, שבנה את הבניין בעמל כפיו או שרכש אותו מעמל כפיו, בלא שנתנה לו מאומה. אלא שלא זו בלבד, לא עסקינן בתכונות מקרקעיות. בהשוואה להיטלי השבחה הרי שבירידת ערך קיבל בית המשפט את טענת הוועדות המקומיות שטענו שיכול להיות הליך תכנוני שיפגע בבעל המקרקעין אבל לא יפגע במקרקעין. כך בבר"מ 10510/02 **הועדה המקומית לתכנון ובניה חדרה נ' יוסף כהן** (פורסם בנבו, 31.1.2007) (להלן: "**חדרה נ' כהן**") קבע בית המשפט העליון כי אין לתת פיצוי, לפי סעיף 197 לחוק, בגין תחנת דלק שהיתה סמוכה לדרך ראשית, ובמסגרת תכנית הפכה לדרך מקומית ללא מוצא, תוך פגיעה קשה בהכנסותיה של התחנה. בית המשפט נימק זאת בכך שהתכנית לא פגעה בתכונותיהם המקרקעיות של המקרקעין, ולכן לא מדובר בנזק תכנוני בר פיצוי לפי ס' 197 לחוק (המהווה, במקרה זה, תמונת מראה לחיוב בהיטל השבחה), לאמר:

"התחנה ממשיכה לשמש בפועל כתחנת דלק לתדלוק מכוניות אף השירותים הנלווים הניתנים במקום ממשיכים להתקיים. לפיכך, אין לתכנית עצמה השפעה על המקרקעין עצמם. הנזק שבהפיכת תחנת הדלק מתחנה סמוכה לדרך ראשית לתחנה הסמוכה לדרך מקומית ללא מוצא וכתוצאה מכך הפחתת מספר הלקוחות הפוטנציאליים, אינו נוגע לתכונותיהם המקרקעיות של המקרקעין. מכאן שלמעשה, לא נפגע השימוש המלא במקרקעין ולא נפגעה ההנאה המלאה מהם. לכן הנזק שנגרם

הינו נזק כלכלי גרידא שאינו בר פיצוי לפי סעיף 197 (א) לחוק

...". (סעיף 23 לפסק הדין)

49. כך גם בענייננו, "המיתוג" לא שינה בכהוזה את התכונות של המקרקעין. משכך, ולאור קביעתו האמורה של בית המשפט העליון, ברי כי אין מדובר בהשבחה תכנונית מושא היטל השבחה, ולכן אין מקום לחייב בהיטל השבחה בגין עצם הכללת הבניין בתכנית 2650ב', אפילו היתה עצם ההכללה, כאמור, אפוא, גורמת לעליית שווי המקרקעין. עיון בעבודת הדוקטורט של המלומד ד"ר אייל סלינג'ר שכותרתו "כלכלת שימור מבנים בעלי ערך תרבותי היסטורי: העיר הלבנה תל אביב" (דצמבר 2011, הטכניון) (להלן: "סלינג'ר") מצביע על כך ששימור המבנים משקף ערכים שונים הקשורים למרחב העירוני אבל אינם קשורים לתכונות המקרקעין:

"נקודת המוצא לדיון הינה כי שימור הוא תכלית ראויה... זוהי מטרה ציבורית חשובה שיש לקדמה, גם אם היא כרוכה בפגיעה באינטרס הפרט. השאלות העולות הינן האם התמריצים שמציעה תכנית השימור בעיר תל אביב אכן יתמרצו את בעלי המבנים הפרטיים לבצע שימור של המבנה?; והאם התועלת הפרטית ממבנים לשימור והתמריצים שמציעה תכנית השימור, יש בהם כדי לאזן את הפגיעה הנובעת מעלות השימור הגבוהה הנגזרת ממגבלות ומטרות השימור?" (עמ' 3)

50. בהקשר זה הנחת המוצא הייתה שתכנית השימור מטילה על בעל נכס מטלה שיש לשפוטו בגינה. חלוף הזמן, לטענת המשיבה, הביא לכך שנוצר שוק של דירות יוקרה לשימור אלא שבהקשר זה יכול להיות שבעתיד בשל העלויות הגבוהות של תחזוקת המבנים לשימור או בשל אופנה חולפת ערכם ירד. בהקשר זה עצם טענת המשיבה לפיה בעבר אנשים הרסו מבנים לשימור ובעקבות תכנית השימור נוצר שוק של דירות לשימור מצביעה על הבעייתיות בטענת המשיבה ומוכיחה שלא עסקינן בתכונות מקרקעיות אלא באופנה בת חלוף. בסופו של יום כפי שכותב סלינג'ר (עמ' 21) שימור מבנה הינו מטלה שמטילה הרשות על בעל הנכס. המטרה של התמריצים, אם כן, איננה הענקת זכויות כי אם סובסידיה של הרשות שנועדה לתקן "כשל שוק" הנובע מכך שבעל נכס לשימור מסתכל רק על טובתו שלו ולא מסתכל על התועלות הציבוריות, מה שקרוי בספרות המקצועית "סובסידיה פיגוביאנית". בהקשר של תכונות המקרקעין נדמה, אפוא, שההשפעה היחידה בתכונות המקרקעין שניתן להצביע עליה הינה ההשפעה הנובעת מהעדר האופציה להרוס את המבנה, אלא שטענה זו קשורה לשאלת ירידת הערך. התכנית, אפוא, בהקשר של טענת המיתוג לא שינתה שינוי של ממש את תכונות המקרקעין.

51. המחוקק נתן למוסדות התכנון באמצעות סעיף 196 והתוספת השלישית כלי שנועד ליצירת צדק חלוקתי ולהכרעתו גביית היטל השבחה על "מיתוג" מהווה שימוש פסול בכלי שהמחוקק נתן; נפרט. המשיבה כרשות מנהלית מחויבת להפעיל את הסמכות

המוקנית לה בחוק רק לשם הגשמת המטרות שלשמן הוענקה לה אותה סמכות או על יסוד השיקולים שנגזרים ממטרותיו של החוק המסמיך; זהו הרעיון הבסיסי של שלטון החוק. (ראו: בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים (פורסם בנבו, 3.1.1956)) גביית היטל השבחה על "מיתוג" שלא נובע ממתת של הציבור אלא מעמלו של בעל המקרקעין מהווה סטייה ממצוותו של המחוקק. כלום יעלה על הדעת שהוועדה המקומית תשלם פיצויי ירידת ערך על בניין "מכוער" הפוצע את הנוף? כלום יעלה על הדעת שהיטל ההשבחה בקרקע לתעשייה ייקבע בהתאם לרווחיות המפעל הנובעת מכישורי הניהול וההעשייה של בעליו? בערר (דרום) 6034/14 טריפל מ. תחנות כחב ע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה באר טוביה (פורסם בנבו, 2.6.2016) חישבה הועדה המקומית את השבחת המקרקעין בעקבות אישור תכנית להקמת תחנת כח לפי היוון ההכנסות הצפוי. ועדת הערר שללה שיטה זו וקבעה:

מעבר לכך, נציין כי בהתאם לגישת המשיבה כל ההכנסות מיוחסות לקרקע כגורם ייצור. אומנם קרקע הינה מרכיב אך לא ניתן לראותה כגורם ייצור בלעדי. אם ניקח למשל קרקע שעליה מוקם מפעל תעשייה של חברת ביוטכנולוגיה או היי-טק הרי שלא ניתן לייחס את כל ההכנסות לקרקע כגורם ייצור. במקרים אלו מקובל לראות דווקא בהון האנושי כגורם הייצור המכריע. באותה מידה נגריה ידועה בעלת מוניטין רב, האם ניתן לייחס את כל ההכנסות לקרקע? או לחילופין האם במפעל מפסיד שווי הקרקע שלילי? ברי כי לא כך הם פני הדברים.

לאור האמור אנו סבורים שיש לראות בתחנת כוח "מפעל יצרני" שאחד ממרכיביו הינו הקרקע ולא ניתן לייחס את ההכנסות כולן לערך הקרקע כגורם ייצור בלעדי. החשיבה צריכה להיות כפי שנעשה ביחס לכל מפעל יצרני אחר, כלומר כפי שאומדים את ערך הקרקע, בכל קרקע לתעשייה בסביבה.

...

כאמור במקרה שלנו למקרקעין אין שום השפעה לכמות החשמל שתיוצר. כפי שהודתה המשיבה בדיון בכל מיקום אחר של התחנה כמות החשמל שתיוצר זהה והיא כולה תלויה בהסכמים של היזם עם רשות החשמל. כפי שטען בא כוח המשיבה ביחס למפעל ביעוד תעשייה אין משמעות לרווחיות המפעל ביחס לקרקע שכן חברת מחשבים לא תשלם על קרקע עליו יושבת חברה מצליחה יותר מקרקע עליו יושב מפעל פושט רגל. ולכן לא הוכח לנו שיזם כלשהו ישקיע סכום אסטרונומי של 162,000,000 ₪ עבור הקרקע של העוררת בייעוד תחנת כוח כשיש באפשרותו לקדם תכנית במקום אחר. זאת להבדיל מיזם

שיתלבט בין רכישת תחנת דלק בצומת סואן ומרכזי לתחנת דלק בכביש צדדי, שם המחיר שישולם יהיה גבוהה עשרות מונים בשל מיקום המקרקעין שמשפיע על ההכנסות. אדרבה, בהתאם לאמור, יש מקום לטעון שהצורך בשינוי הייעוד הינו בבחינת עלות על היזם, שכן במקרה שהמיזם לא יצליח כלל לא בטוח שיהיה לו שוק למכור אליו את הנכס. תת"ל 34 ביטלה את התוכניות הקודמות ואת ייעוד התעשייה ולכן על המקרקעין הללו ניתן להקים רק תחנת כוח. הוזה אומר שאם לא יהיה שוק לתחנות כוח אז תימכר הקרקע לתעשייה, אלא שלצורך מימושה לתעשייה יש צורך בהליך תכנוני של ביטול החלות של התת"ל על המקרקעין. מה שיהפוך אותה לקרקע "פגומה". (סעיפים 40-41, 44-45 להחלטה)

52. טענת המיתוג להכרעתנו מהווה אם כן חריגה מסמכות של הועדה המקומית. בבג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות (פורסם בנבו, 19.5.1961) אמר כבוד הנשיא אגרנט ז"ל:

"העקרון הכללי הוא, כי כל רשות מנהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמותיה של המטרה שלשמה הקנה לה החוק את הסמכות הנדונה; ודין זה חל גם על סמכות שהיא רשאית להפעילה לפי 'שיקול- דעתה המוחלט.'" (עמוד 1162)

ודוק על אף שהאבולוציה של טענת המיתוג מעלה חשש שהמניע של המשיבה פסול אין בקביעתנו אמירה לפיה שקלה המשיבה שיקולים פסולים וכי מניעה היו פסולים. טענתנו היא כי גם שיקול חיובי ורצוי עלול להיות שיקול זר ולהגיע כדי חריגה מסמכות. (ראו: בג"ץ 324/71 הוועד המקומי סביון נ' הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית (פורסם בנבו, 27.3.1972); בג"ץ 601/75 הוועדה המקומית סביון נ' הוועדה לשמירה על קרקע חקלאית (פורסם בנבו, 30.9.1976); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות (פורסם בנבו, 29.8.2002)) ודוק, שיקולי המשיבה נבחנים, תמיד, על רקע החוק המסמיך. בהקשר שלנו עוד בטרם נדון בשאלה השמאית האם הייתה עליית ערך, הרי שעליית ערך ככל שמבקשת המשיבה לייחסה "למיתוג" איננה שיקול ענייני לצורך גביית היטל השבחה (לטיעונים דומים ראו: מורן גור ואורטל דודיאן גדעוני "מבנים לשימור – היטל השבחה בגין "מיתוג" מבנים לשימור בתכנית 2650 ב"מ" מקרקעין יח(2) 39).

53. לא זו בלבד, את המיתוג יצרה הכרזת אונסק"ו ולא דווקא תכנית השימור. כאמור, ייחודם של הבניינים הכלולים בתכנית השימור בעליית הרייך השלישי לשלטון, בעקבותיה עלו לארץ (או חזרו לארץ) אדריכלים רבים שלמדו בבאוהאוס (שלמה ברנשטיין, מוניו גיתאי-ווינראוב, שמואל מסטצ'קין, אריה שרון, אריך מנדלסון, ריכרד קאופמן, ג'ינה אוורבוך, מרדכי ארדון, יצחק רפפורט ואחרים). עלייתם יצרה מקבץ של

אלפי בניינים בסגנון אדריכלי מסוים. מקבץ זה יצר את ה"עיר הלבנה" בתל אביב. המקבץ הזה, עוד לפני אישורה של התכנית, זכה להכרה בין-לאומית בשנת 2003 והוכרז כאחד מאתרי המורשת של אונסק"ו. בהקשר זה יפים דבריו של האדריכל גיא קב ונקי ("השימור והערך התכנוני - בדגש על תכניות הרבעים של תל-אביב" אתרים 5 (אוקטובר 2015) 89, (93):

תכניות הרבעים הביאו בחשבון לא רק את התכניות המקומיות, אלא גם את שכבות התכנון הארצי שהתווספו במהלך השנים (תקנות לממ"דים ולמרפסות ותמ"א 38). ואכן, לאור קידום תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה - תמ"א 38 - הוגדרו תכניות הרבעים כתכניות המקומיות מכוח התמ"א. כך שעם אישורן הן תבואנה במקום תכנית המתאר הארצית. התכניות לרובע 3 ולרובע 4, כפי שהופקדו, אפשרו תוספת קומות, ממ"דים וחיזוקים לרעידות אדמה, אך לא הייתה בהן, לדעת הוועד הישראלי לאונסקו, התייחסות מספקת למאפיינים הפיזיים של המרקם הבנוי אשר נושאים את הערכים שבגינם הוכרזה "העיר הלבנה" לאתר מורשת עולמית. על כן ראה הוועד בתכניות אלה סכנה ממשית לערכי ההכרזה, והגיש למוסדות התכנון את התנגדותו. ההתנגדות לוותה בחוות דעת של איקומוס ישראל, והועברה במסגרת מנגנון ההתייעצות הקבוע בסעיף 99 בחוק התכנון והבנייה. עמדתם הראשונית של הוועד הישראלי לאונסקו, של הוועדה למורשת עולמית בישראל וכן של המועצה לשימור אתרים, הייתה להתנגד באופן גורף לכל שינוי בנפחי הבנייה, במרקם הסביבתי ובנראות המרחבית, כדי למנוע פגיעה בערכים האוניברסליים שבגינם הוכרזה "העיר הלבנה". ההתנגדויות לתכניות הרבעים נדונו בוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, וכך ניסחה את החלטתה ביום 17 באפריל 2023: הוועדה המקומית מחויבת להכרזת אונסקו בתחום מרכז העיר, ומכירה בחשיבות הערכים האדריכליים והמורשת התרבותית שבתחום ההכרזה [...] יתקיימו דיונים משותפים עם נציגי אונסקו במטרה להגיע להסכמות והבנות על אופן חיזוק המבנים תוך שמירה על אזור ההכרזה מחד ומתן אפשרות לחיזוק מבנים במסגרת תמ"א 38 (עיריית תל-אביב, פרוטוקול ועדת המשנה לתכנון ובנייה, 2013: 364) מכוח החלטה זו התקיימו דיונים במסגרת של "שולחן עגול" בהשתתפות נציגי מינהל ההנדסה העירוני, אונסקו ומחוז תל אביב במועצה לשימור אתרים".

54. הבניינים שסומנו בתכנית השימור לא השתנו כתוצאה מעצם הכללתם בתכנית. ברי כי עצם הכללת הבניין בתכנית 2650, לא יצרה איכות נוספת לבניין, לא הוסיפה לערכו ובוודאי שלא יצרה תכונה קרקעית כלשהי, העשויה להצדיק חיוב בהיטל השבחה. אין חולק כי לחלק מבניינים לשימור ישנם מאפיינים ייחודיים, אלא שתכנית השימור לא השפיעה כלל ועיקר על מאפיינים אלה. נהפוך הוא, המאפיינים הייחודיים הם אלה שהשפיעו על תכנית השימור ועל רשימת המבנים שנקבעה בה. יודגש לעניין זה, כי אף לו היה בסיס להנחה (שכפי שנראה להלן לא הוכחה אלא נטענה בעלמא), כי הקונה הממוצע ישלם יותר עבור דירה בבניין לשימור, הרי שתוספת תשלום זו נובעת מערכיו הייחודיים של הבניין, ולא כפועל יוצא מ"סימונו" כבניין לשימור בתכנית; מהמחויבים ולא מהמקרקעין.

55. לא זו אף זו, גם אם איגוד הבניינים כמקבץ יצר השבחה הרי שיש כאן שימוש פסול בכלי הסטטוטורי של היטלי השבחה. ניתן להניח כי ישנה קורלציה מסוימת בין תוספת לשווי אותה מוכנים לשלם קונים עבור רכישת נכס בעל ערכים אדריכליים, היסטוריים או תרבותיים, לבין ערכים אלה כשלעצמם, אך עליית ערך זו נובעת מתכונותיהם המיוחדות של אותם מבנים, ולא מעצם הכללתם בתכנית שהורתה על שימורם. לאור זאת, עמדת הוועדה המקומית מהווה ערוב מוחלט בין הסיבה למסובב. סיבה היא "גורם" המניב תוצאה כזו או אחרת, "המסובב" הוא התוצאה שנתקבלה. נדמה שהמשיבה כשלה בכשל לוגי רטרודוקטיבי ולפיכך אין לקבלה. תכנית שיכולה להוות בסיס לגביית היטל השבחה אמורה לבצע שינוי כלשהו בתכונות המקרקעין בענייננו "השינוי" שהתכנית יצרה לא מהווה שינוי אמיתי בתכונות המקרקעין (מזכיר את המונח "Cambridge Change" שטבע הלוגיקן פיטר גיץ' כביקורת על מושג השינוי (במקור מונח זה התייחס לסוגיית האלוהות; האל לא משתנה למרות שהעולם סביבו משתנה) ראו: David Weberman "Cambridge Changes Revisited: Why Certain Relational Are Indispensable" *Dialectica* Vol. 53, No. 2 (1999) 139 <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095544270;jsessionid=8C274051767559F483EC547ABD02DF92> <https://www.encyclopedia.com/humanities/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/extrinsic-and-intrinsic-properties> בסופו של יום תכנית השימור היא תכנית דקלרטיבית בלבד.

כפל מס

56. אלא שנדמה שיש אלמנט נוסף והוא כפל מס. טענת המיתוג סוכמה על ידי המשיבה בנוסח הבא:

"עניינו הרואות כי הליך בחירתם של הנכסים, ככל שהמבנים בהם יכללו במסגרת תכנית השימור, נעשה באמצעות צוות מומחים מקצועי, תוך השקעה עצומה בבדיקת אלפי מבנים

ומיונם על בסיס רקע היסטורי ותרבותי, סגנון בניה וערך אסתטי-אדריכלי, ערך חברתי וכיוצ"ב, כל זאת, על מנת שניתן יהיה לברור מתוכם את הנכסים הראויים להיות מוכרים כמבנים לשימור.

על אלו נוסף שהשגות של בעלי נכסים, על הכללתם של המבנים בבעלותם ברשימת המבנים לשימור, נשמעו במסגרת התנגדויות לתכנית השימור. הוועדה המחוזית מינתה חוקר לדון בהשגות אלו, וזה בחן ובדק באופן פרטני כל נכס ונכס לגביו הוגשה התנגדות, האם ראוי הוא להיכלל בתכנית השימור. לגבי מרבית הנכסים נקבע כי אכן ראויים הם להיות מוכרזים כמבנים לשימור, ואילו מיעוט מן המבנים הוצא מן הרשימה. יצוין עוד כי מתכנני התכנית השקיעו מאמצים כבירים, באמצעות התייעצות עם מומחים מן המדרגה הראשונה בתחום הכלכלה, השמאות, ההנדסה וכיוצ"ב, על מנת ליצור תכנית מאוזנת, ובין היתר באמצעות קביעת תמריצים ותוספת זכויות שיתקבלו בנכסים המיועדים לשימור, והדברים אף נבחנו על ידי החוקר שמונה לדון בהתנגדויות שהוגשו לתכנית.

...

מרגע אישורה, שינתה התכנית בדרך סטטוטורית את תוכנותיהם של הנכסים שנבחרו להיכלל בתחומה. כך מבחינת הדין הכרוך באישורה של התכנית, והן מן ההיבט הציבורי מזהים בנינים אלו כייחודיים, נדירים ויוקרתיים. כך הן בקרב הציבור וכך בעיני יזמים ורוכשים פוטנציאליים שמהווים את שוק הנדל"ן.

התכונה המשותפת לכלל המבנים לשימור, המבדילה אותם ממבנים אחרים הינה עובדת היותם כלולים ברשימה קטלוגית סגורה שמהווה חלק מתכנית השימור.

מרגע כניסתם לתכנית, "צבעה" תכנית השימור את המבנים הללו במאפיינים חדשים של יוקרה ונדירות, שלא היו קיימים בהם קודם לכן, ובתוך כך שינתה תכנותיהם תוך השבתם. עצם הסטאטוס התכנוני החדשה שקבעה תכנית השימור לאותם מבנים, וחשיפת ערכים אלו לעיני כל משפיעה בצורה חיובית על ערכם בשוק.

ודוק: תכנית השימור העלתה את ערך המבנים לשימור, לא רק באמצעות הענקת זכויות בניה ו/או תמריצים מגוונים, אלא

בנוסף, באמצעות הכללתם ברשימת מבנים המזוהים עם מצאי קשיח, קביעה הממתגת כל מבנה מעצם הכללתו בתכנית. יובהר לעניין זה, כי ההשבחה הנובעת מן המיתוג הינה שלבית ומתרחשת במספר פעימות:

(1) עליית הערך הנובעת מעצם ההכרזה כשלעצמה; (2) הימצאות במקבץ מבנים לשימור מעלה אף היא את ערך המבנים לשימור; (3) לאחר ביצוע השימור בפועל ישנה עליית ערך נוספת, עקב החובה לביצוע השימור הקבועה במסגרת הוראות התכנית.

אשר על כן, תתבקש ועדת הערר הנכבדה לקבוע כי תוספת ערך המיתוג, אשר בגינה מחושבת השבחה בשומת הוועדה המקומית, עולה בקנה אחד עם הוראות הדין ומהווה אלמנט שניתן לשום אותו בשומות ההשבחה מכח סעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק, בבחינת ההשבחה ב"דרך אחרת". (פסקאות 13-14, 20-25 לסיכומים)

57. לטענת המשיבה השבחת "המיתוג" מנותקת מתוספת הזכויות. לטענת המשיבה, אפוא, גם ללא תוספת הבניה, עצם "המיתוג" יוצר השבחה. אלא שטענה זו יש בה כדי להביא לכפל מס, שכן זכויות הבניה שחויבו בעבר או שהיו צריכים להיות מחויבים בעבר בהיטל השבחה, מחויבים כעת פעם נוספת בגין אותן זכויות בשל הכללתם בתכנית. טלו לדוגמה בניין שנבנה בשנות השמונים והתשעים בתל אביב בסגנון בניה הנקרא "פומו" (לדוגמ' בית אלרוב ברחוב מוהליבר 16) סגנון בנייה פוסטמודרני ש"נחשב לתופעה סגנונית שלא צלחה את מבחן הזמן והתפוגגה לאחר תקופת זוהר קצרה" (ראו: ירמי הופמן ואלעד הורן פומו: ארכיטקטורה של הפרטה (הטכניון, 2021)). סגנון זה הוגדר זה מכבר על ידי הופמן והורן כסגנון אדריכלי "ידוע לשמצה.. ככינוי של סגנון הנחשב מסחרי, צבעוני מדי ולעיתים אף מכוער". בגין הבניין שילם בעל המקרקעין היטל השבחה כדת וכדין. וכעת עם חלוף השנים הועדה המקומית מגדירה את הבניין לשימור (נציין כי בנין משרדים ומסחר שנבנה בסגנון הפומו ברובע הפיננסי של לונדון על ידי האדריכל סטירלינג גיימס הוכרז בשנת 2016 לשימור). האם יעלה על הדעת שבעל הבניין יחוייב בהיטל השבחה בגין אותו נכס ממש שעליו שילם בעבר היטל השבחה?

58. נדמה שיש כאן מניפולציה של הרשות להשגת היטלי השבחה שלא כדין. ודוק ככל שערכם של הנכסים יעלה ישולם בגינם מס שבח שיגלם את ההתעשרות ההונית. בהקשר של ניירות ערך הוגדרה "מניפולציה" כהתערבות מלאכותית בפעולה החופשית של כוחות היצע והביקוש של השוק. (D.R. Fischel & D.J. Ross "Should the Law Prohibit 'Manipulation' in Financial Markets?" 105 (2) Harv. L. Rev. (1991) 503, 507-509). גם אם ניתן להכשיר פעולות שימור בשל שמירה על מסורות ארכיטקטוניות או מסיבות

אחרות גביית היטל השבחה מהווה התערבות מלאכותית שנועדה לגביית מס במנותק ממטרות המס.

59. המסקנה הינה כי מיתוג איננה תכונה מתכונות המקרקעין ועל כן יש להתעלם מהחיוב בגין מיתוג הן בשומות הועדה המקומית והן בשומות המכריות שאימצו רכיב זה.

לא הוכח שמאית עליית ערך

60. מעבר לשאלה המשפטית נדרשים אנו לדון האם הוכחה עליית ערך הנובעת מתכנית השימור כשלעצמה וללא תלות בתמריצים הניתנים במסגרתה. ודוק, סבורים אנו כאמור שגם אם תוכח עליית שווי אין לחייב בגינה שכן אין מדובר בהשבחה לצורך גביית היטל השבחה. עליית שווי זו, ככל ותוכח, שייכת למאפיינים רבים המשפיעים על שווי המקרקעין, כפי שאמר בית המשפט ברע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רחובות נ' מ. לוסטרניק ובנו חברה לבניה (פורסם בנבו, 22.6.2003) "שווי השוק של מקרקעין יכול להיות מושפע ממספר רב של גורמים, כמו מיקומם, טיבם ושטחם, אך לעתים נודעת השפעה לגורמים נוספים, כמו גורמים חברתיים, כלכליים, פוליטיים, מדיניים, דתיים ורבים אחרים" (פסקה 7).

61. עיון בשומות המכריות הרבות שיצאו בגין תכנית השימור מלמד ששמאים רבים סברו שלא הוכחה מובהקות שמאית שניתן לגבות בגינה היטל השבחה על "מיתוג" מבנים. סיכום זאת לאחרונה השמאי דוד דדון בשומה מכרעת ביחס למקרקעין בגוש 7085 חלקה 144 :

"הכרעה

במקרה דנן, סלע המחלוקת נסוב סביב השאלה – "האם סיווגו של נכס מקרקעין לשימור יוצר עבורו 'מיתוג', וכתוצאה מכך הלאה למעשה נגרמת עלייה בשוויים של המקרקעין?"

....

מהפרט אל הכלל, שאלת קיומו של מרכיב "המיתוג" נדונה בהחלטות רבות של שמאים מכריעים, בעוד עבור תשובתה לא קיימת הסכמה מלאה, קרי, ישנן דעות רווחות לשני צידי ה"מתרס".

ראשית, הנני סבור שעל מנת לבחון את השאלה - "האם סיווגו של נכס מקרקעין לשימור יוצר עבורו 'מיתוג', וכתוצאה מכך הלכה למעשה נגרמת עלייה בשוויים של המקרקעין?", תחילה, עלינו לאשש את קיומם של שני תנאים הכרחיים, כדלהלן:

1. קיימת מובהקות אמפירית, ברמת ההפרש, בין שוויים של נכסים המסווגים בייעוד לשימור, ביחס לנכסים [דומים ככל האפשר] אשר אינם מסווגים בייעוד לשימור.

2. הפרש השווי, ככל ומתקיים, נובע באופן ישיר מעצם אישורה של התכנית המסווגת את הנכס בייעוד לשימור, ולא מעצם היותו "ייחודי", מבחינה ארכיטקטונית, היסטורית, הנדסית וכיו"ב.

בדיקת קיומם ואישושם של שני התנאים ההכרחיים דלעיל מורכבת ואף לעיתים איננה ניתנת לביצוע. הרי ידוע לכל כי בנייני מגורים ובפרט דירות מגורים, מטבע הדברים, נבדלים זה מזה במאפיינים פיזיים רבים, כגון: מיקום, שטח, צורה, רמת גמר, איכות בניה, רמת תחזוקה וכיו"ב.

כי אם גם, קיימת השתנות כללית של מחירי נכסים בחלוף הזמן, לעיתים בשיעור של אחוזים אחדים לרבעון, אשר הלכה למעשה מקשה על הניתוח ומוסיפה נדבך נוסף למורכבות שבדבר.

לאור זאת, סביר להניח כי אישוש קיומם של שני התנאים המצוינים דלעיל צריך להיעשות במסגרת מחקר, אשר ערוך בשיטות כמותיות סטטיסטיות מקובלות.

שנית, בבחינתי שומות מכריעות שנערכו אודות אומדן ההשבחה, ככל וחלה, עקב אישורה של תכנית את/2650/ב', נוכחתי למתודולוגיה בה אומדן ההשבחה נאמד עפ"י ניתוחן של מס' עסקאות לצורך אישוש השאלה – האם קיימת מובהקות אמפירית, ברמת ההפרש, בין שוויים של נכסים המסווגים בייעוד לשימור, ביחס לנכסים [דומים ככל האפשר] אשר אינם מסווגים בייעוד לשימור?

כפי שציינתי דלעיל, הנני סבור כי אישוש קיומו של תנאי זה צריך להיעשות במסגרת מחקר, אשר ערוך בשיטות כמותיות סטטיסטיות מקובלות, ולא ע"י ניתוחן של מס' עסקאות שתוצאתן עשויה להיות ברמה מאוד גבוהה מוטת מהשפעות רבות למיניהן כך שהתוצאה אינה משקפת את הבדיקה המתבקשת.

יתרה מזאת, הנני סבור כי ע"י ניתוחן של מס' עסקאות, לא ניתן להסיק מסקנה חד ערכית, בעלת מובהקות מוחלטת ביחס לאומדן ההשבחה הנובעת באופן ישיר ממרכיב "המיתוג", על אף כמה וכמה כי נתוני ההשוואה אינם היו עקביים, קרי, "במצב הקודם" [טרם אישורה של תכנית תא/2650/ב'] נבחנו נתוני השוואה למבני מגורים חדשים, לצד מבני מגורים משופצים, בעוד "במצב החדש" [לאחר אישורה של תכנית

תא/2650/ב'] עסקאות השוואה נבחנו למבני מגורים המסווגים בייעוד לשימור, תוך התעלמות מוחלטת מערכיהם הארכיטקטוניים, ההיסטוריים, ההנדסיים, וכיו"ב, אשר הם בלבד עלולים להוסיף לכל הפחות ערך לשווין. היות וכך, קרוב לוודאי כי בסיס המתודה בעייתי, ואף עלול ליצור עיוותים והטיות בדבר בחינת השבחה.

כי אם גם, הרי ידוע לכל שקיים הבדל בין המושגים הכלכליים "מחיר" ו-"שווי".

"מחיר/עסקה", מהווה נתון סובייקטיבי אשר קונה מוכן לשלם ומוכר יסכים למכור, עקב שיקולים אישיים סביב אותה עסקה ספציפית.

על אף זאת, לעיתים הקונה לחוץ ומשלם תמורה גבוהה אשר איננה משקפת שווי שוק, בעוד לעיתים המוכר לחוץ ומוכן לקבל תמורה נמוכה אשר איננה משקפת שווי שוק.

יתר על כן, ישנם מקרים מסוימים בהם קיים קונה/מוכר אשר מוכן לשלם/לקבל תמורה אשר אינה משקפת את שווי השוק של הנכס ומדי פעם זה נובע גם מטעמים אישיים של הקונה/מוכר [דוג': ייתכן מצב בו קונה בעל חיבה לנכסים היסטוריים בעלי אלמנטים ארכיטקטוניים יהיה מוכן לשלם עבור מקרקעין המסווג בייעוד לשימור תמורה גבוהה אשר אינה משקפת שווי שוק].

מאידך, "שווי", מהווה נתון אובייקטיבי המשקף סכום סביר "בין קונה מרצון למוכר מרצון", לאחר חשיפה סבירה של הנכס בשוק, כשהצדדים פועלים בידיעה, בשיקול דעת, בזהירות וללא כפיה.

בפועל, השווי נקבע כממוצע של מחירים [שכל אחד מהם מהווה בפני עצמו נתון סובייקטיבי], ככל שישנם כמות עסקאות גדולה יותר סביר להניח שהפיזור של העסקאות מעל לשווי השוק ומתחת לשווי השוק מתקזזות להן, כך שהתוצאה המקבלת הינה "שווי [נתון אובייקטיבי].

לרוב, הדרך האידיאלית לבחינת השבחה הינה ניתוח מחירים/עסקאות השוואה טרם ולאחר המועד הקובע של גורם השבחה [אישור תכנית/הקלה/שימוש חורג כמוגדר בחוק], אך השוואה כזו אינה בהכרח מבטאת נכונה את מקור עליית/ירידת השווי.

בחינת השווי האובייקטיבי של המקרקעין תוך נטרול השפעות של כל הלילך תכנוני הנובע מהתכנית המשביחה עצמה [להלן: "מרכיב 'המיתוג' במקרה דנן"] אינה בהכרח מייצרת תמונה אמיתית בדבר קיומה או העדרה של השבחה, ובנוסף, ישנו קושי רב ליישום.

יתרה מזאת, בחינה זו יכולה במקרים רבים ליצור עיוותים והטיות בדבר בחינת ההשבחה בכל תכנית ו/או נכס, זאת לצד העובדה כי אפקט הוודאות משפיע גם במקרים בהם אין ודאות אלא רק קרבה לוודאות.

לפיכך, הדרך בה יש למדוד את ההשבחה בנטרול הציפיה והשונות הקיימת בנכסי ההשוואה בצורה המדויקת ביותר באופן היחסי, הינה ע"י דרך תורת התועלת, המהווה ככלי בסיסי בתורת השמאות המייצרת מכנה משותף לכימות ההנאה הכלכלית המופקת מהנכס [הנכס ככללותו מורכב מחבילת תועלות כלכליות שניתן להפיק ממנו ובאמצעות תורת התועלת ניתן לפצל למשקלים יחסיים את התועלת מכל רכיב ורכיב].

במקרה דנן, אנו עסקינן ב-"עליית שוויים של מקרקעין", ולכן, בהתאם לתורת התועלת, פונקציית הערך של הקונה/מוכר נמדדת בהתאם למראית עיניו, נקודת ההתייחסות, וגודל השינוי [רווח או הפסד] לתועלת המופקת מכל מרכיב ומרכיב של המקרקעין בנפרד, ולא דווקא בצורה חד ערכית עפ"י מרכיב "המיתוג".

הרי כל רוכש/קונה פוטנציאלי של נכס המסווג בייעוד לשימור הינו בעל דעה סובייקטיבית, קרי, סביר להניח כי חלקם יתעדפו לרכוש/לקנות נכס המסווג בייעוד לשימור, בעל ערכים היסטוריים ואלמנטים ארכיטקטוניים, בעוד האחרים יתעדפו להימנע מרכישה/קניה שכזו, כל זאת בכפוף לטעמו האישי של כל קונה/רוכש פוטנציאלי אשר אין לו דבר ואף חצי דבר עם הערכת ההשבחה במסגרת החוק.

לאור זאת, אינני רואה בערך "המיתוג" כמתיישב עם התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, בדבר הוכחת קשר סיבתי ישיר בין אישורה של התכנית לעליית ערכם של המקרקעין.

שלישית, תכנית תא/2650/ב' מכפיפה הלכה למעשה את האופן בו יבוצע השימור בנכס נשוא ההחלטה בהתאם להוראותיה ונספחיה, זאת בניגוד למצב אשר היה קיים טרם אישורה,

דהיינו, היה ניתן לשמר את הנכס נשוא ההחלטה עפ"י טעמים האישי של בעלי הזכויות במקרקעין.

יתרה מזאת, סיווגו של הנכס נשוא ההחלטה בייעוד לשימור עפ"י הוראות תכנית תא/2650/ב' איננו גרם לשינוי במיקומו, אופיו, איכותו, וייחודו הארכיטקטוני/ההיסטורי/ההנדסי וכיו"ב.

כלל הפרמטרים הללו המיוחדים לנכס נשוא החלטה לא נקבעו ע"י תכנית תא/2650/ב', אלא היו קבועים בו בנכס מטיבו ומטבעו וזאת מקדמת דנא.

כלומר, אם יש לנכס פוטנציאל לשימור אזי, הוא איננו זקוק לתכנית, אלא, הוא נזקק לכוחות שיעידו עליו "כעל אלף מונים" שהוא ראוי לשימור ותוספת השווי בגין השימור עולה על העלות העודפת.

רביעית, סיווג הנכס נשוא ההחלטה בייעוד לשימור בא עם מגבלות מחמירות רבות בנוסף להתארכות התכנון, קבלת אישורי הבנייה, פיקוח הדוק של הועדה המקומית וכיו"ב. כמו כן, הנני סבור כי ניתן היה לשמר את הנכס נשוא ההחלטה באופן וולנטרי עוד טרם אישורה של תכנית תא/2650/ב', ובכך לקבל את אותן האיכויות והייחודיות גם ללא כל המגבלות והתנאים הנובעים מהוראותיה ונספחיה של תכנית תא/2650/ב'.

הרי גם לאחר שימור הנכס נשוא ההחלטה עדין נותר הבניין בעל "ותק" של שנים רבות על כל המשתמע מכך.

חמישית, להלן מספר ציטוטים מתוך החלטות של שמאים מכריעים ברחבי העיר תל-אביב – יפו, אשר עסקו בין היתר באומדן השבחה ככל וחלה, הנובעת מאישורה של תכנית תא/2650/ב':

- כבוד השמאי המכריע מר משה נדס, כתובת נחלת בנימין 8, גוש: 6918, חלקה: 5, ציטוט [סעיף 13.3.8]:

"דעתי כדעת רוב ההכרעות אשר דנו בנושא זה, כי לא ניתן להצביע על עליית שווי במועד אישור התוכנית כתוצאה מ'מיתוג' ולכן תרומת שווי הבניין הקיים, זהה בשני מצבי התכנון."

- כבוד השמאי המכריע מר שאול אשרת, כתובת: רחוב יהודה הלוי 8, גוש: 6923, חלקה: 32, ציטוט [סעיף 10.1.1]:

"לסיכום חלק זה בהערכתך אין לי כל ספק שהעיר תל אביב "מרוויחה" מכך שבניינים רבים בה הוכרזו לשימור. הדבר חשוב ונחוץ לקשר שלנו ושל הדורות הבאים להיסטוריה ולמסורת. חבל שלא עשו זאת שנים רבות קודם לכן, דבר שהיה מציל בניינים מיוחדים מהריסתם [ראה בניין "הגימנסיה הרצליה"]. "הרווח" של העיר הוא "רווח" של הציבור כולו, אך אין להט ויל על כתפיהם של הבעלים הפרטיים..."

- כבוד השמאי המכריע מר שאול אשרת, כתובת: רחוב אלנבי 66, גוש: 6918, חלקה: 79, ציטוט [סעיף 10.5]: "אינני רואה לנכות לשנות את דעתי בסוגיה זו, באשר אינני רואה בערך "המיתוג", חלק מהנכס אותו ניתן לחייב בהיטל השבחה".

- כבוד השמאי המכריע מר גד נתן, כתובת: רחוב שלוש 34, פינת רחוב אמזלג 18, גוש: 7112, חלקה: 46, תת חלקה: 6, ציטוט:

"מתוך האמור לעיל, יהיה זה בלתי נכון לקבוע עליית שווי הנכס, בגין השימור "מיתוג"..."

- כבוד השמאי המכריע מר ארז כהן, כתובת: רחוב בן יהודה 167, גוש: 6901, חלקה: 56, ציטוט [סעיף 9.1]: "תכנית תא/2650 לא גרמה להשבחת הנכס הנדון במרכיב המיתוג".

- כבוד השמאי המכריע מר גיל הרצברג, כתובת: רחוב חובבי ציון 65, גוש: 6906, חלקה: 41, תת חלקה: 10, ציטוט [סעיף 12.2]: "מצאתי לנכון לאמץ את מסקנתי הקודמת לפיה אין מובהקות מספקת לקביעת השבחה, שאינה קשורה לשווי תמריצי הבניה ואשר נובעת מעצם סיווגו של הנכס כמבנה לשימור..."

- כבוד השמאי המכריע מר גיל הרצברג, כתובת: רחוב אלנבי 80, גוש: 6918, חלקה: 66, ציטוט [סעיף 10.5]: "לאחר שבחנתי את נימוקי הצדדים לעניין השפעת תכנית השימור 2650 ב' על שווי הנכס הנדון כהשפעה חיצונית נפרדת) "מיתוג" (שאינה קשורה לשווי תמריצי הבניה הניתנים במסגרתה לא מצאתי מובהקות מספקת לקביעת השבחה בגין עצם סיווגו של הנכס כמבנה לשימור."

שישית, תכנית תא/2650/ב' לא הסירה מגבלה תכנונית ביחס למצב הקודם דבר העשוי להביא להשבחתם של המקרקעין.

מסקנה כללית

לאור מכלול האמור דלעיל, הנני סבור שמרכיב "המיתוג" אינו יוצא השבחה במקרקעין נשוא ההחלטה.

כך גם סיכם השמאי יעקב פז בשומה מכרעת במקרקעין בגוש 7422 חלקה 12:

"עצם העובדה שהמבנה סומן כמבנה לשימור, הגם שיצר הכרה ארצית או בינלאומית בערכיו ההיסטוריים והארכיטקטוניים, אינו מהווה בהכרח מרכיב המשפיע על שווי ויתכן אף כי מיתוגו כמבנה לשימור התחייב ביצוע עבודות שימור הכרוכות בעלויות, יכולות להוות גורם הגורע משווי של הנכס. באשר לעבודת מחקר של חב' גיאוקרטוגרפיה משנת 2011 אשר הוזמן ע"י עיריית תל אביב, הרי שמחקר זה מהווה מסמך כללי המתבסס בין היתר על מחירי ביקוש של דירות מגורים לשימור בתחום תכנית השימור.

יצוין כי המחקר שהוצג חסר פרטים מהותיים ובהם נתוני ההשוואה עליהם מבוסס המחקר ובכלל זה מקדמי התאמה, זכויות בניה נוספות ככל שקיימות וכו'. הנני סבור כי ההשוואה בין נתוני ביקוש כלליים לדירות שאינן בתחום תכנית השימור לדירות בתחום תכנית השימור הממוקם באזור לב העיר תל אביב כשלעצמו מטיל ספק במובהקות תוצאות המחקר, שכן קיים הבדל מהותי לעניין השווי, בין דירות מגורים הממוקמות באזור לב העיר (בין שהן לשימור ובין שלא), לבין דירות מגורים הממוקמות במרחב הכללי של העיר תל אביב.

באשר לסקר ספרות בנושא השפעת מבנים ומתחמים לשימור על מחירי מקרקעין שבוצע ע"י חברת "סיטילינק השקעות בע"מ, (אשר הוזמן ע"י עיריית ת"א), בו נערכה סקירה השוואתית של קשר בין פעולת הכרזה על מחירי נכסים. סקר זה מתייחס למקומות אחרים בעולם ולא על מודלים אמפיריים בארץ בכלל ובתחום העיר ת"א בפרט. הנני סבור כי, לא ניתן להסתמך על מחקרים מהעולם לצורך קביעת תרומת/אי תרומת מיתוג נכס כלשהוא אשר סומן ויועד לשימור ממקומות שונים בעולם, שכן יש להתייחס לפרמטרים בעלי מכנה משותף ובהם סביבה בעלת אפיונים דומים, היקף פיקוח, היקף תמריצים וכו'. לא זו אף זו, קיימות הסתייגויות בסקר עצמו בפרק הסיכום ואצטט:

"... לפיכך חלה חובת זהירות לגבי מסקנות גורפות וזאת משני טעמים. הראשון – הכרזות על מתחמי שימור הן חדשות באופן

יחסי (בשונה ממתחמים היסטוריים) השני – השימוש בהכרזה על מתחמי שימור, מצומצם בהיקפי ביחס לכלים תכנוניים אחרים ולכן יש לבחון את ההשפעות שנמצאו בזהירות תוך שימת לב להקשר של המחקר ולנתונים שנבדקו...”

יצוין כי במקרה דנן מדובר על מבנה לשימור שאינו נמצא באזור בו קיים במתחם לשימור (ריכוז גבוה) של מקבץ מבנים לשימור, אלא רחוב בו סווגו מספר בניינים לשימור לצד ריכוז של בניינים שאינם לשימור.

לעניין זה ראוי לציין את עבודת הדוקטורט של מר אייל סלינג'ר שנושאה ”כלכלת שימור מבנים בעלי ערך תרבותי והיסטורי, העיר הלבנה תל אביב” בה פורט מסד נתונים נרחב וניתנה התייחסות לעניינים נוספים מעבר לתכנית תא/2650ב'.

אחת מתוך מספר מסקנות שצוינו בעבודה הינה כי, ”מרכיב הערך הארכיטקטוני בערכם של מבנים המיועדים לשימור לרוב אינו מספיק כשלעצמו לכסות על עלויות השימור הגבוהות ונדרשים תמריצים נוספים כמו ניווד זכויות בנייה בכדי לכסות את עלות השימור...”.

”הערך הארכיטקטוני של מבנים המיועדים לשימור יכול לבוא לידי ביטוי גם דרך מיקומו הספציפי של המבנה. כלומר עלות השימור הגבוהה יכולה להתקזז בחלקה, אם המבנה המיועד לשימור, לא בהכרח בעל ערך ארכיטקטוני ייחודי, ממוקם במיקום אטרקטיבי במתחם השימור המרכזי, ונהנה מהשפעות חיצוניות חיוביות משימור”.

כעולה מן האמור:

א. מרכיב הערך הארכיטקטוני, ככל שקיים בנכס מקרקעין נובע מהאופי האדריכלי אשר הוקם שנים רבות קודם לאישורה של תכנית השימור והוא אינו קשור בהכרח ל”מיתוג” הוגדר בתכנית בניין עיר כזו או אחרת, ובמקרה דנן תכנית תא/2650ב'.

ב. מרכיב הערך הארכיטקטוני לרוב אינו מספיק כשלעצמו לכסות את עלויות השימור ונדרשים תמריצים נוספים כמו ניווד זכויות בנייה, זאת כדי לכסות על עלות השימור. דהיינו, לעיתים נוצר גרעון בנכס ספציפי המסווג לשימור עקב עלויות השימור הנדרשות.

יצוין כי, עבודת הדוקטורט של אייל סלינג'ר בוצעה ביחס למבנים לשימור במתחם העיר הלבנה בת”א והוא לא נזקק למחקרים חיצוניים כדוגמת זה שבוצע ע”י חברת סיטילינג

השקעות בע"מ. באשר לטענה הכללית לפיה, ממחקרו של ד"ר אייל סלינג'ר עולה כי להכרזה לשימור יש השפעה חיובית, לאחר שעברו שימור ביחס למבנים שאינם לשימור, הרי שאני סבור כי לקביעה זו, אין משמעות דווקא ביחס להשפעת התכנית, אלא להשפעת ביצוע השימור בפועל על דווי הנכס. דהיינו, בוודאי שנכס שבו בוצעו עבודות השימור והוא שופץ מן היסוד, הושפע מביצוע העבודות בפועל ומחירו עלה.

בשומתי המכרעת בגו"ח 6906/47 ברח' חובבי ציון 53, נבחנו על ידי ערכי שווי בדירות מגורים בבניינים לשימור לעומת ערכי שווי בדירות מגורים בבניינים שאינם לשימור. בדיקה זו נערכה במועדים סמוכים ביחס לכל אחד מסוגי הנכסים ובמועדים מאוחרים למועד אישורה של תכנית תא/2650ב', שכן יתכן ובסמוך למועד אישורה עדיין לא הוטמעה השפעתה על שוק המקרקעין. יצוין כי בבדיקה שנערכה על ידי ביחס לנכס ברחוב חובבי ציון 53, נבחנו נתוני עסקאות לדירות המגורים בבניין ברח' חובבי ציון 55, שהינן דירות הממוקמות בבניין בו בוצעו עבודות שימור בהתאם להוראות תכנית השימור ובחלקן אף מבוצע שיפוץ פנימי. לפיכך, יתכן ונתוני השווי מנכס זה הושפעו מהליך הביצוע בפועל של שימור הבניין.

....

כעולה מניתוח נתונים אלה, לא ניתן לאפיין באופן מובהק ערך מיתוג לתכנית השימור, כתוצאה מאישורה של תכנית תא/2650ב'.

עוד ראוי לציין בעניין זה, ניתוח אמפירי שבוצע ע"י השמאית המכריעה שושי שרביט שפירא ואשר מופיע בין היתר בשומתה בגו"ח 6903/81, רח' שלמה המלך 35, תל אביב.

...

העולה מניתוח זה של השמאית המכריעה שושי שרביט שפירא, הוא כי לא ניתן לייחס מובהקות לערך "מיתוג" בהתאם לתכנית השימור תא/2650ב' ואף בחלק מן הממצאים עולה שבבניינים שאינם לשימור, המחיר למ"ר גבוה ממחיר למ"ר בבניינים לשימור זאת כפי שהדבר בא לידי ביטוי במסקנותיה של השמאית המכריעה שושי שרביט שפירא.

העולה במקובץ ממכלול הנתונים שפורטו לעיל, הוא כי לא ניתן לייחס עליית ערך בנכס המקרקעין שבנדון, בגין מיתוג, עקב אישורה של תכנית תא/2650ב'.

אולם גם אם נקבל את מסקנות שמאי המשיבה, כי קיימת עליית ערך בנכסי מקרקעין, בגין מיתוג, עקב אישורה של תכנית תא/2650ב', לא ניתן להוכיח כי קיימת עליית ערך בדירות שנבחנו המשויכת דווקא לרכיב ההכרזה ולא לתרומה הארכיטקטונית שיש למבנה, אשר כאמור נבנה זמן רב טרם אישורה של תכנית תא/2650ב'." (סעיף 9.4.1 לשומה)

הספק פועל לטובת הנישום

62. בחינת כל השומות המכריעות שנערכו בגין תכנית 2650 מעלה ששמאים רבים, לרבות השמאים המכריעים שאול אשרת, אמנון נזרי, שושי שרביט שפירא, רן וירניק, תמיר שדה, בצלאל קציר, מנחם מלוכנא, משה נדם, שמואל רוזנברג, אריה אריאל, אייל יצחקי, גד נתן, ארז כהן, גיל הרצברג, יעקב פז, שלומי יפה, אבישי זיו, דוד דדון, רינת וייס, אלי כהן ויהודה פלד, קבעו באופן מוחלט כי תכנית 2650 לא יצרה השבחה מסוג "מיתוג", וממילא אין מקום לחייב בהיטל השבחה בגין רכיב זה. נדמה אם כן כי עוד בטרם נידרש להסביר מדוע סבורים אנו כי שגגה נפלה תחת ידם של השמאים שסברו כי ניתן לקבוע שתכנית השימור מיתגה את הבניינים נאמר כי להכרעתנו במקרה של ספק שמאי מובהק כפי שעולה לנגד עינינו יש ללכת לטובת הנישום; דברים ברוח זו אמרה ועדת הערר בערר (תל אביב) 85206/16 חברת קרקע יציבה בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (פורסם בנבו, 20.6.2021):

"במקרה שבו כל השומות מנומקות ומוסברות ומושתתות על מתודה שמאית מקובלת, נדמה כי האפשרויות העומדות בפני ועדת הערר הינן שתיים:

אפשרות אחת הינה ממוצע, וזאת מתוך הנחה שכל אחת מהשומות נכונה. נציין כי שיטה זו מקובלת גם שמאית. בתורת השמאות היא מוגדרת כ"הערכת שווי מקרקעין בשיטת דלפי". שיטת דלפי לחיזוי טכנולוגי מיושמת בתחום השמאות כאינדיקטור לביצוע הערכות על ידי מומחים מאותו תחום. כך לדוגמה במחקר בשיטת דלפי שנערך בשנת 2015 במענה לשאלה "אם מקדם שווי של דירה בקומה טיפוסית ובה שלוש דירות במגדל מגורים שווה 1, מה יהיה מקדם אקו' לשווי דירה בקומה טיפוסית במגדל ובו ארבע דירות בקומה, בהתייחס לאותו חתך קומה באותה דירה". שמאים שונים נתנו תוצאות שבין 0.95 ל- 0.98 ובממוצע 0.97 ובהתאם לכך נוהגים שמאים. אפשרות שניה הינה לקבוע כי מדובר בספק וכפי שקבע בית המשפט העליון ביחס לפרשנות דיני המס "כל כללי הפרשנות היאם לחוקים אחרים נאים גם לחוקים אלה. רק כשחייב לשלם מס מותר על פי לשון החוק בספק, מפרשים את החוק

לטובת משלם המס ואין מחייבים אותו מספק" [ע"א 364/80 מנהל מס רכוש וקרן פיצויים חיפה נ' אלפידה פרוסקאואר (פורסם בנבו, 13.5.1980)]. גישה זו של בית המשפט נובעת מזכות הייסוד לקניין המעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו לפיה ברירת הדין במקרה של ספק בדיני מס, יש להתיר באמצעות ההכרעה לטובת הנישום. ניסח זאת כב' הנשיא (בדימ') ברק במאמרו "פרשנות דיני המסים" (משפטים כח' (תשנ"ז) 425, 441):

"מבין מגוון המשמעות הלשוניות (הרגילות או המיוחדות) של חוק מס, תקבע המשמעות המשפטית על פי התכלית המונחת ביסוד חוק המס. תכלית זו תקבע על פי לשון החוק, ההיסטוריה שלו, וערכי היסוד של השיטה. כאשר מקורות אלה אינם מאפשרים גיבוש תכלית סופית יתפרש החוק באופן המקל עם מי שאמור לשאת במס".

נדמה כי במקרה שבפנינו איננו צריכים להכריע בסוגיה זו, אם כי לדעתנו משמעות פסיקת בית המשפט העליון בבר"ם 3644/13 משרד התחבורה נ' גלר (פורסם בנבו, 23.4.2014) לפיה אל לה לוועדת הערר להתערב בשיקול הדעת השמאי, משמעותה שבמקרה של מחלוקת כאמור, ככלל של ברירת דין נתיר את הספק לטובת הנישום". (סעיף 31 להחלטה)

63. כאמור גם במקרה שבפנינו נדמה כי לא הוכחה עליית ערך בגין עצם הכללת המבנים בתכנית השימור גם מהפן השמאי ועל כן מאצים אנו את שומות השמאים שקבעו כי המיתוג לא הוכח (מעבר להכרעות המשפטיות שלעיל) ואיננו נדרשים להכריע בסוגיה זו.

המחקרים השמאים לא מוכיחים עליית ערך

64. אפילו אם ההנחות התיאורטיות של הועדה המקומית היו נכונות (ולא כך!), הרי שבכל מקרה פרטני היה על הועדה המקומית להוכיח שהכללתו של בניין בשימור מעלה את ערכם של המקרקעין, קרי משביחה. לשם כך היה על הועדה המקומית להוכיח כי קיים הפרש שוויוני חיובי בין דירות מגורים בבניינים לשימור לבין דירות מגורים בבניינים שאינם לשימור, הנובע מעצם הכללת הבניין בתכנית השימור, ולא מכל סיבה אחרת.

65. בעניין הקשר הסיבתי כאמור בין הוראות התכנית לבין עליית שוויים של המקרקעין אמר בית המשפט בעניין קרית בית הכרם:

"חיוב בהיטל השבחה נגזר מעלייה בשוויים של מקרקעין. באין עלייה בשוויים של מקרקעין לא יקום ולא יהיה היטל השבחה [...] ואולם אדם לא יחוב בהיטל השבחה אך בשל עלייה בשוויים של מקרקעין. חיובו של אדם בהיטל השבחה, עליית

שווי המקרקעין חייב שתעמוד בקשר סיבתי ישיר לשינוי תכנון שנעשה לפי חוק התכנון והבניה (אישור תכנית מקומית או תכנית מפורטת, מתן הקלה או התרת שימוש חורג). רק אם עליית השווי באה עקב אותם שינויי תכנון המנויים בחוק, רק אז יחוב אדם בהיטל השבחה" (סעיף 7 לפסק דינו של השופט חשין)

66. בענייננו, עם חלוף שלוש עשרה שנים ממתן תוקף לתכנית 2650ב, היעדר מחקר כלכלי-שמאי מקיף בכל הנוגע להשפעותיה של התכנית 2650ב, עליו תוכל להסתמך הועדה המקומית בטענותיה בדבר "המיתוג" אומר דרשני, ומהווה ראיה לכאורה לכך שאין בטענות הועדה המקומית ממש. עיון וניתוח המסד המחקרי עליו מבססת המשיבה את טענת המיתוג מלמד שהם אינם מוכיחים התעשרות ולפיכך חסרים את הודאות הנדרשת לגביית מס אמת.

סקר הספרות העולמי (סיטילינק)

67. סקר הספרות הוזמן על ידי הועדה המקומית. המחקרים נערכו במדינות שבינן לבין ישראל קיימים הבדלים מהותיים בתפיסת השימור, דרישות השימור, ובעיקר הטבות מס ותמריצים אחרים הניתנים בגין השימור. מרבית המחקרים שפורטו בסקר הספרות מתייחסים למבנים פרטיים צמודי קרקע, ולשימור של מתחמים שלמים (להבדיל מענייננו בו עסקינן בשימור נקודתי של בניינים בבנייה מרקמית).

68. סקר זה נדחה על ידי שמאים מכריעים רבים, לרבות השמאי המכריע אייל יצחקי בגוש 7091 חלקה 70, השמאית המכריעה שושי שרביט שפירא בגוש 6910 חלקה 23, השמאי המכריע מנחם מלוכנא בגוש 6920 חלקה 20, ובגוש 7460 חלקה 12, השמאי המכריע שמואל רוזנברג בגוש 6919 חלקה 53, ועוד. לא זו אף זו, באף מדינה אליה מתייחס סקר הספרות לא קיים משטר מס הנובע מהשבחת המקרקעין כתוצאה מעצם הכנסת הבניין לרשימות שימור.

עבודת המחקר של סלינג'ר

69. המחקר של ד"ר סלינג'ר כלל אינו תומך בעמדת הועדה המקומית. כך למשל הטבלה ובה ריכוז מחקרים שונים שנערכו במדינות השונות ביחס להשפעת הכללת נכסים בתכנית השימור (עמוד 57 טבלה 4.1 למחקרו). מהטבלה עולה בבירור כי ברוב המדינות, נהנים אותם נכסים שהוכרזו לשימור מהטבות מס שונות, שבוודאי תורמות לעליית שווי של נכסים שהוכרזו לשימור. חרף הטבות מס אלה, רק בחלק מהמקומות ההשפעה הייתה חיובית, ואילו במקומות אחרים ההשפעה הייתה ניטרלית (למשל בברלין) ואף שלילית (למשל בפילדלפיה, בה שילוב של רגולציה מחמירה ותמריצים מוגבלים הביא להשפעה שלילית על ערכי הנכסים). אף במקומות בהם ניתן היה להצביע על השפעה חיובית היא מוגבלת ומתייחסת לבתים צמודי קרקע (להבדיל מבניה רוויה) או לבניינים שנמכרו בשלמות (להבדיל ממכירת דירות בודדות). יתירה מכך, המסקנה המובהקת מהמחקר של סלינג'ר היא כי אמנם ישנה עליית שווי באזורים עם ריכוז גבוה של מבנים לשימור, אך

היא זהה למבנים לשימור ולמבנים שאינם לשימור (שם, עמ' 214). בעניין זה יש לדחות גם את ההסבר של הועדה המקומית להיעדר שוני בשווי המבנים לשימור והמבנים שאינם לשימור בכך שעליית הערך הנובעת מ"המיתוג" למעשה מאזנת את עלויות השימור העודפות בנכסים לשימור. טענה זו למעשה היא הנחת המבוקש הנטענת בעלמא ומבלי להוכיח קשר סיבתי בין הכללת הנכס בתכנית 2650, קרי "המיתוג", לבין עליית השווי הנטענת, וזאת להבדיל מהשפעת התכונות המיוחדות של נכסים אלה (אדריכליות, היסטוריות, תרבותיות וכיו"ב) על שווי הנכסים כאמור, שהיתה קיימת גם לפני הכללתם בתכנית 2650 באותה מידה שקיימת גם אחרי אישורה. פשיטא כי השפעה זו על ערך המבנים לשימור אינה תלויה בתכנית 2650, ולפיכך אין לגבות היטל השבחה בגינה.

הניתוח הכלכלי (גאוקרטוגרפיה)

70. הניתוח הכלכלי אף הוא מחקר שהוזמן על ידי המשיבה. כפי שציינה הועדה המקומית "מטרת העבודה של חברת גיאוקרטוגרפיה הייתה לבחון את השפעת הכרזת המבנה לשימור ויעודו לשימור בתכנית השימור על ערכי הנדל"ן של בניינים אלה ועל סביבתם. זאת, באמצעות ניתוח כלכלי ותפיסתי של השינוי שחל במחירים במבנים מוכרזים לשימור לעומת מבנים שאינם לשימור בעיר בתל-אביב. הניתוח שנערך בשוק הנדל"ן למגורים בתל-אביב התבסס על מאגרי המידע של גיאוקרטוגרפיה, הכוללים כ-20,000 עסקאות ומידע על המחירים המבוקשים של דירות העומדות למכירה בכל הארץ... (סעיפים 88-89 לסיכומי המשיבה) לטענת המשיבה "הניתוח הכלכלי מלמד, כי מאז שנת 2001 (השנה בה הופקדה תכנית השימור) ועד שנת 2010 עליית המחירים במבנים שהוכרזו לשימור הייתה גבוהה מעליית המחירים בכלל שוק הדירות בתל-אביב במבנים שלא הוכרזו לשימור." (שם, סעיף 90) (ההדגשות במקור) כמו כן, אותו ניתוח מלמד כי "עליית המחירים בדירות בבניינים שיועדו לשימור בתכנית השימור בין השנים 2010-2008 הייתה גבוהה מהעלייה הממוצעת במבנים שאינם לשימור בתל-אביב בכ-8%". (שם, סעיף 91) (ההדגשות במקור)

71. אלא שעיון במחקר זה מצביע על פגמים, לרבות אי-צירוף מסד הנתונים עליו הוא מתבסס, באופן שאינו מאפשר לאשש או לשלול את מסקנותיו; מתבסס על מחירי ביקוש ולא על מחירי עסקאות; אינו כולל נתונים מלאים המאפשר לנתח את הנכסים הכלולים בו ולאבחן ביניהם. כמו כן הניתוח הכלכלי נעשה בהתייחסות לכלל שטחה של תל אביב, ולא על חלקה הרלוונטי (בעיקר מרכז העיר והעיר הלבנה), להם מאפייני שווי אחרים מיתר חלקי העיר, ובכלל זה עליית מחירים חדה יותר בשנים הרלוונטיות. לפיכך, שיטת העבודה בניתוח הכלכלי אינה יכולה להעיד על הבדל הנובע מהיות הנכסים "מוכרזים" לשימור, שכן הסביבה שבה נכסים לשימור שונה מקבוצת הביקורת. מכל מקום גם ניתוח זה נדחה על ידי שמאים מכריעים רבים, לרבות השמאי המכריע בצלאל קציר בגוש 7113 חלקה 42 וגוש 7422 חלקה 68, השמאי המכריע תמיר שדה בגוש 6913 חלקה 18; השמאית המכריעה שושי שרביט שפירא בגוש 6933 חלקה 113, השמאי מלכונא בגוש 7460 חלקה 12, השמאי המכריע אייל יצחקי בגוש 7091 חלקה 70, השמאי המכריע

שמואל רוזנברג בגוש 6919 חלקה 53, השמאי המכריע אריה אריאל בגוש 7245 חלקה, ועוד.

72. לא זו אף זו, אלא שאין בנייתו של חברה זו אבחנה בין ההכרזה של אונסק"ו לבין תכנית השימור. אם נשתמש בדימוי של המשיבה נדמה שהכרזת אונסק"ו שווה למדריך מישלן בעוד שתכנית השימור שווה למדריך time out מקומי.

הסקר השוואתי (קפלנר)

73. שמאי המקרקעין מטעם הועדה המקומית, גבי נעמי קפלנר ומר עירד אלעד, ערכו סקר השוואתי לבחינת השאלה האם עצם הכללת מבנים ברשימת המבנים לשימור בתכנית השימור הביאה לעלייה בשוויים. במסגרת הסקר נערכה עבודה השוואתית על בסיס עסקאות בפועל של דירות יד שנייה במבנים לשימור ובמבנים שאינם לשימור. הבירור האמפירי נועד להוכיח כי ערכן של דירות לשימור בתאריך הקובע גבוה מערכן של דירות מקבילות שלא לשימור. בהתאם לסקר השוואתי מצאו השמאים קפלנר ואלעד כי במועד הקובע ערכם של מבנים לשימור גבוה בכ-8.5% מערכם של מבנים שאינם לשימור וייחסו את עליית הערך לתכנית השימור, בהיותה הגורם המבדיל בין שני המדגמים.

74. להכרעתנו סקר זה סימן את המטרה ולפיה מצא את עסקאות השוואה המתבקשות. בסקר השוואתי לא נבדקה ההשערה כי התרומה, ככל שקיימת, מתייחסת ליחודיותם של הבניינים, ולא לעצם ההכללה של אותם הבניינים כבניינים לשימור בתכנית. כך למשל, בהשוואה בין צמדי המבנים (נספח 4 לסקר) לפחות בחלק מהצמדים, אף בעיני הדיוט ניכרת ייחודיות ארכיטקטונית בבניינים לשימור, שיש בה להסביר את הפער במחירי הדירות. בסקר השוואתי לא נערכה השוואה בין מחירי הדירות בבניינים הכלולים בתכנית לאחר פרסומה, לבין מחירי הדירות באותם בניינים הכלולים בתכנית בטרם פרסומה. אילו השוואה זו היתה נערכת, היה ניתן לבחון את התזה של הועדה המקומית שעליית הערך הנטענת נובעת מעצם הכללתם של הבניינים בתכנית שימור. בסקר השוואתי לא נערכה השוואה בין הבניינים הכלולים בתכנית לבין הבניינים שנכללו בה מלכתחילה כיוון שנמצאו ראויים לשימור בגלל ייחודיותם, אך בהליך ההפקדה הוסרו מהתכנית מסיבות שונות. אילו השוואה זו היתה נערכת, היה ניתן לבחון את התזה של הועדה המקומית שעליית הערך הנטענת נובעת מעצם הכללתם של הבניינים בתכנית שימור. בסקר השוואתי נערך מדגם קטן של עסקאות השוואה, המאפשר להציג תמונה שגויה במקרה הטוב ומגמתית במקרה הרע. אף בעסקאות שנבחרו בסקר השוואתי לא נבדקו הרכבי הבעלויות בנכסים, ולכן בכל מקרה מהימנות הסקר השוואתי הינה נמוכה. (ראו: סלינגר, בעמ' 294)

75. לא זו אלא שעיון בטבלאות הסקר מוכיח את השונות הרבה בין הממצאים השונים. כידוע שונות בין ממצאים מוכיחה רמת אמינות נמוכה. מכיוון שהשוואה היא בין בניינים לשימור ובניינים שאינם לשימור אזי נמצאים אנו במצב שאינו אופטימלי. המצב אופטימלי בהערכת שווי של נכס מקרקעין הינו כאשר קיים ריבוי קונים וריבוי

מוכרים ובנוסף שגורמי השוונות בין הנכסים לבין עצמם באותו שוק מעטים. אלא שהמשיבה לא הוכיחה שינוי בתוך שוק הבתים לשימור אלא השוותה את הבתים לשימור לבתים שאינם לשימור. במצב זה מאגר עסקאות השימור נמוך משמעותית מבתים שאינם לשימור מה שהביא לשוונות גדולה בטווח מחירי המכירה וגם השוואה שלא יודעת לנטרל את מאפייני הבניין עצמו אל מול הפעולה התכנונית ככל שקיימת; לפיכך נדמה כי לא ניתן לבסס מסקנת שווי מסקר זה. כפי שטענו באי כח הנישומים, עסקאות ההשוואה בבניינים שאינם לשימור נבחרו בסקר ההשוואתי בדרך מקרית מתוך מאגר עצום ביחס לבניינים שאינם לשימור וכפי שהוכיח השמאי מטעם חלק מהנישומים אלי יהל, ניתן היה לבחור עסקאות השוואה אחרות בבניינים שאינם לשימור והייתה מתקבלת תוצאה הפוכה.

סקירת שומות מכריות

76. כאמור אל מול השומות המכריות המצוטטות על ידי המשיבה ישנן שומות מכריות רבות שהגיעו לכלל מסקנה שתכנית השימור לא יצרה השבחה מסוג "מיתוג", וממילא אין מקום לחייב בהיטל השבחה בגין רכיב זה.

77. כך למשל קבע השמאי המכריע אמנון נזרי במקרקעין בגוש 6941 חלקה 12:

"מיתוג

...העובדה כי מרביתם המכרית של המחקרים והמאמרים בוצעו מחוץ לגבולות ישראל וכי במחקרים שבוצעו בארץ לא נמצאה מובהקות, הביאה אותי למסקנה שלא להסתמך על מחקרים אלה.

לא הוכח כי שווים העודף של נכסים המיועדים לשימור, ככל שקיים, נובע מאישורה של תכנית השימור ולא למשל כתוצאה מקיומם של אלמנטים עיצוביים מיוחדים, השקעות מיוחדות שבוצעו בנכס וכיו"ב.

...

סיכום הממצאים

לא נמצאה מובהקות כי שוויה של דירה בבניין המיועד לשימור גבוה משוויה של דירה בבניין שאינו מיועד לשימור.

...

מכל האמור לעיל הגעתי לידי מסקנה כי לא נוצרה כל השבחה בשווי הנכס כתוצאה ממיתוג". (עמודים 30-37)

78. כך קבע גם השמאי המכריע משה נדם במקרקעין בגוש 7078 חלקה 67:

"הגם שבחלק מההכרעות והמחקרים, אשר הוצגו, קיים מסד נתונים נרחב, אני סבור כי לא ניתן להסיק מהם מסקנות מובהקות ביחס לקיומו של 'מיתוג' כאמור. ההשוואה ברוב המקרים נערכה בין מבני מגורים רגילים- משופצים/חדשים לעומת מבנים לשימור ולכן אני בדעה כי בסיס המתודה בעייתי

ביותר ומבנה לשימור, בהתעלם מערכיו ההיסטוריים, כולל עיצוב ואלמנטים ארכיטקטוניים ייחודיים, אשר הם בלבד עשויים להוסיף לו ערך, כשם שבשוויים של שני מבנים חדישים עשויים לחול פערים לאור השונות ברמת העיצוב ופרטי הגמר. הפרש ערך זה כמובן שאינו נובע מהתכנית עצמה ויש לנטרלו. לפיכך, על מנת לבסס קיומו של 'מיתוג' ראוי היה לבסס את השוואה המחקרית על מבנים שחזותם הארכיטקטונית זהה, אך אני מודע לכך שמבחינה אובייקטיבית קיים קושי רב ליצור בסיס השוואה שכזה. לכך, במילים אחרות, האם יהיה סביר להניח ששני מבנים זהים בגודלם, עיצובם וחזותם הארכיטקטונית יימכרו במחיר שונה רק בשל הגדרתו של אחד מהם לשימור: האם סביר להניח כי שווי של מבנה חדש שהינו העתק מושלם של מבנה לשימור יהיה נמוך יותר בגלל שאינו מוגדר לשימור: יתרה מזו וחשוב מכך, האם סביר להניח שביטול הכרזה לשימור של מבנה מסוים או של סביבה שלמה תגרום לירידת ערך: לדעתי התשובה לכל השאלות הללו ובמיוחד לאחרונה, הינה שלילית.

נטען כי לתכנית השימור יכולת 'מיתוג' סביבתית או שכונתית ולא רק שלא הוכח כי היא קיימת אלא שלדעתי אופייה של שכונה, רמת הביקוש ורמת המחירים בה מושפע במידה רבה גם מתהליכים עירוניים טבעיים אשר קיים קושי רב לנטרלם בעת בדיקת קיומו של 'מיתוג' מכוחה של תכנית מסוימת [...]

אף כיום, בתקופה של מודעות גדולה יותר לנושא השימור, כאשר כבר ניצבים בעיר מבנים משומרים הזוכים להתעניינות רבה, רבים מהם היו נהרסים לולא היתה התכנית באה לעולם. על כן, לתכניות שימור בכלל ולתכנית הנדונה בפרט קיימת חשיבות רבה ברמה העירונית והארצית כשהיא מונעת הריסה של מכנים בעלי חשיבות היסטורית/ארכיטקטונית, אך מהבחינה השמאית לה נדרשתי, ובהתעלם מתרומת התמריצים ועלויות השימור אשר נדונו בנפרד, אני סבור שלא הוכח כי היא יצרה את ה'מיתוג' הנטען. לעניין זה, רוב הטוענים לקיומו של 'מיתוג' מייחסים לו אחוזים בגבולות 5%-6% אשר לדעתי עשויים להתבטל כליל בניטרול יתר הגורמים אשר ציינתי לעיל המשפיעים על השווי הבסיסי.

כמו כן, אין להקיש מתוצאות מחקרים ברחבי העולם המצביעים על הפרשי ערך של 20%, לאור השונות בשווקים ובהיקף התמריצים אך ניתן ללמוד מהם, כי כאשר קיימים הפרשי ערך אמיתיים הר שהם יבואו לידי ביטוי באופן מובהק. לאור כל האמור לעיל, דעתי כרוב ההכרעות אשר דנו בנושא זה, כי לא ניתן הצביע על עליית שווי במועד אישור התכנית כתוצאה מ'מיתוג' ולכן תרומת שווי הבניין הקיים, זהה בשני מצבי התכנון". (סעיף 21.4 לשומה)

79. כך קבע גם השמאי המכריע רן וירניק במקרקעין בגוש 6920 חלקה 11:

"סימון המבנה לשימור

לשיטת הוועדה המקומית, סימון הבניין לשימור יוצר לנכס מיתוג, מונויטין ונדירות הבאים לידי ביטוי בכך ששווי של הנכס עלה בכי 7% ביחס למבנה שאינו מיועד לשימור. אינני מקבל עמדה זו, וטעמי כדלקמן:

1. גם על שמאי הוועדה המקומית מוסכם כי טענת המיתוג לא הוכחה. בחינת עסקאות שבוצעו בבניינים לשימור לעומת בניינים שאינם לשימור, הגם שאינה רלוונטית כפי שיובהר להלן, אינה מובילה לתוצאה חד משמעית לאור פערים במיקום, במצבם הפיזי של הבניינים בזכויות הבניה ובשטחים הבנויים בפועל.

2. במצב דברים זה, הוועדה המקומית תומכת עמדתה במחקרים מחו"ל שעניינם שווי נכסים המיועדים לשימור ביחס לנכסים אחרים.

3. בחנתי את המחקרים שהוצגו בפני ומחקרים נוספים. העדכני והמקיף בין המחקרים אשר אותרו על-ידי פורסם בשנת 2008 (להלן: "מחקר אקראם").

4. לימוד של מחקר אקראם מגלה את הרלוונטיות הנמוכה של יישום מחקרים מחו"ל לשאלת ההשבחה שבתכנית השימור, כפי שיפורט להלן:

...

ד. לכאורה, מחקר אקראם מניח בסיס לעמדותיה של הוועדה המקומית.

ה. מאידך, עיון מעמיק במחקר מגלה שלא יהיה זה נכון ליישם את ממצאיו על תכנית השימור, וזאת מטעמים כדלהלן:

1. מחקר אקראם, כמו המחקרים האחרים בתחום, משווה בין ערכי נכסים המיועדים לשימור לבין ערכי נכסים "רגילים",

בדומה לגישה שנקטו שמאים במחלוקות אחרות לעניין תכנית השימור. כפי שיובהר להלן, אני סבור שהשוואה ממין זה אינה מתמודדת עם הנדרש לבירור. תשובה אמפירית לשאלה באם תכנית השימור יצרה מיתוג לנכס פלוני יכולה להינתן אך ורק בהשוואת ערכם של נכסים דומים במיקומם ובאיכויותיהם האדריכליות והאחרות, כשחלקם מוכרז לשימור וחלקם אינו מוכרז לשימור.

2. האוכלוסייה שנבחרה למדגם הסטטיסטי כללה בתי מגורים חד משפחתיים בלבד, המצויים בשימוש הטוב והיעיל ביותר (לפי הגדרת המחקר), דהיינו, ללא זכויות בניה בלתי מנוצלות, וזאת לצורך צמצום השפעתם של משתנים אחרים. עובדה זאת, לצד המאפיינים של המשטר התכנוני בארה"ב, מקימה את החזקה שערכם של הנכסים שבמדגם נעדר מלכתחילה כל מרכיב של ציפייה לשינוי יעוד ו/או תוספת זכויות, בין אם הם מיועדים לשימור ובין אם לאו.

בשונה, מרכיב בלתי נפרד משווים של הנכסים שבתכנית השימור הוא הציפייה לשיפור תכנוני, ציפייה אשר נשללת בתכנית השימור.

3. מחקר אקראם אינו מנטרל שורת תמריצים כלכליים המקובלים במדינות ארה"ב לבעלי נכסים המיועדים לשימור. כך מקובל במדינות ובערים שונות להעניק תמריצים שונים כנגד ביצוע השימור, ובכלל זה ייעוץ אדריכלי בחינם, מימון מלא/חלקי של עבודות השימור, מימון הלוואות בריבית נמוכה, הכרה בחלק מההוצאות כזיכוי ממס הכנסה, פטורים מארנונה (מס נכס), פטורים ממס על דמי השכירות המתקבלים מנכסים המיועדים לשימור ועוד.

4. בשונה מתכנית השימור העוסקת ברמת הבניין הבודד, שימור בארה"ב מוכרז לגבי מרקמים עירוניים ומכליל אותם במתחמים... כמי שסייר לא אחת במתחמים היסטוריים המיועדים לשימור במספר ערים בארה"ב אני יכול להבין את היתרון שנמצא למחירי המקרקעין בהם במחקרים רבים. מתחם היסטורי לשימור בארה"ב מאופיין בגבולות ברורים שבתוכם מתקיים הווי ייחודי: מוזיאונים וגלריות, מסעדות ומועדונים, מופעי תרבות ופולקלור, שווקים וירידים, מופעי רחוב ועוד. כל אלה ממצבים מתחמים לשימור בארה"ב

כאזורים שוקקים ומבוקשים וכל אלה אינם מתקיימים בנכס שבמחלוקת שבפני.

5. דומה כי שמאי הוועדה המקומית אינו מביא בחשבון את העובדה כי גם לאחר השיפוץ והשימור נותר הבניין ותיק, בגיל כרונולוגי של כ-100 שנים. אני בדעה כי כאשר יתר הנתונים זהים, חזקה שדירה חדשה בבניין חדיש שיכול היה להיבנות על המגרש (על פי תכנית מ') תימכר במחיר גבוה או לפחות דומה לדירה בבניין ותיק ומשומר.

6. נכון למועד הקובע של תכנית השימור קיים שווי ניכר למקום חניה בסביבת הנכס... בבניו חדש ניתן לספק מקומות חניה לכלל הדירות הנבנות בבנין בקומת העמודים המפולשת או בקומת המרתף וללא אילוצי שימוש במכפילי חניה.

...

9. ...ככל שלשיטת הוועדה המקומית סיווגו של נכס כמיועד לשימור הוא המעניק לו את המיתוג הנטען, הרי שהדברים אמורים להיות תקפים גם לאותו מקרה בו יסווג לשימור נכס הנעדר כל איכויות אדריכליות. אני נוטה להניח כי גם הוועדה המקומית תסכים שאין בכוחה של תכנית השימור למתג מבנה נטול ייחוד.

10. בנסיבות אלה לא מצאתי לנכון להידרש לסקר המשווה בין מחירי דירות במבנים לשימור לבין מחירי דירות במבנים שאינם לשימור. שמאי הצדדים חלוקים באשר למובהקות המתקבלת מסקר ממין זה, בעוד אני סבור, כאמור לעיל, שאפילו תמצא מובהקות לטובת השימור - היא הייתה מתקיימת גם אלמלא אושרה תכנית השימור. ודוק, העמדות המקצועיות הרווחות לפיהן מסתמנת בעשור האחרון מגמת ביקוש וייחוס של יוקרתיות למבנים משומרים ומשוחזרים מוכרות לי היטב גם משוק המקרקעין, ואינני חולק על קיומה של מגמה כאמור. יחד עם זאת, אין בנמצא כל ראייה לכך שתכנית השימור היא הגורם להתעוררות הביקוש ולא למשל הכרזת אונסקו על מתחם העיר הלבנה, שינוי בטעמים, יבוא מאוחר של טרנד מחו"ל או כל סיבה אחרת. בירור אמפירי של שאלת המיתוג שבתכנית השימור אינו ישים במצב הדברים המתואר: נדרשים מבנים דומים במיקומם ובאיכותיהם -

כאשר חלקם נכלל בתכנית השימור וחלקם אינו נכלל בתכנית השימור. המדגם הנדרש אינו בנמצא.

11. סוגיה נוספת המקשה על ייחוס שווי למיתוג הנטען היא שאלת התוחלת שלו. אפילו נניח לצורך הדיון כי תכנית השימור יצרה מיתוג, עסקינן באופנה, ואף לשיטתה של הוועדה המקומית תחילתה בעשור האחרון. אין זה מן הנמנע שאופנה, כדרך של אופנות, תחלוף לה מהעולם. בשונה מההשבחה שנוצרת בעת אישורה של תכנית המוסיפה זכויות בניה, ומעת אישורה עומדות הן לנצח, או לפחות עד שישתנו בתכנית חדשה יותר, אופנה, או טעמים משתנים מעת לעת. הגם שמצויים אנו להעריך את ההשבחה ליום אישורה של התכנית, אז לשיטתה של הוועדה המקומית מתקיים המיתוג, עדיין יש לקצוב את ההנאה מהמיתוג דנן לתקופה שאינה ידועה, וזאת מפאת אופיו הנזיל. התייחסותה של הוועדה המקומית לגורם המיתוג בערכים צמיתים אינה הולמת אפוא את עילתה הספציפית של ההשבחה הנטענת". (עמ' 9-11)

80. כך קבע גם השמאי המכריע תמיר שדה במקרקעין בגוש 6968 חלקה 165:

"9.21 לא מצאתי שממצאי הסקר ההשוואתי, שנערך ע"י שמאי הוועדה, מאששים את השערתם בדבר שווי שוק גבוה יותר של נכסים הנכללים בתכנית השימור ביחס לנכסים שאינם נכללים בתכנית, זאת מהטעמים שלהלן:

- קיימת שונות גבוהה מאוד בנתוני "שיעור הפרש המחירים" ... וע"י כך נוצרת סטיית תקן גבוהה מאוד (17.8%) המאיינת את המובהקות הסטטיסטית של טיעונם.

- ... עורכי המחקר לא בדקו את הרכב הבעלויות בנכסים הנכללים במחקר, דבר שיש בו כדי להשפיע על האפשרות למימוש התכנית ...

- בעמ' 13, פרק 6 מוצג ריכוז ממצאי המחקר לפיהם מתקבלת המסקנה שקיים הפרש ממוצע של 8.44% לטובת שווי נכסים הנמצאים במבנים לשימור. ממוצע זה כולל הן עסקאות שבוצעו בטרם תחילת תכנית השימור והן לאחריה. מחישוב ממוצע העסקאות שבוצעו לאחר מועד תחילת התכנית, מתקבל שהשווי הממוצע של דירות בבניינים לשימור גבוה יותר בב- 0.8% בלבד, ובאם נקזז את התוצאה הקיצונית של הנכס ברח' הנביאים 30 ביחס לרח' בוגרשוב 73 (40.22%) מתקבל ממוצע שלילי של כ- 2%, דהיינו ערכי השווי בבניינים שאינם לשימור בוהים יותר.

9.22 על מנת להסיר כל ספק, נערכה בדיקה השוואתית בין המחיר שהתקבל בעסקת המכר של הנכס לבין שווי הסביבה, בסמוך לאותו מועד. מחיר המכירה של הנכס משקף כ־15,000 ₪ למ"ר בנוי, בעוד עסקאות אחרות בבניינים שאינם לשימור ברח' בן יהודה, בסמוך לנכס מצביעות על רמות מחיר של 20,000 ₪ עד 30,000 ₪ למ"ר בנוי. ממצאים אלו תומכים בהכרעתי לפיה הכרזת הבניין הנדון לשימור ('מיתוגו') לא העלתה את ערכו של הנכס."

81. ביחס לשמאים שאימצו את עמדת המשיבה נדמה כי אלו לא מבוססים על מובהקות של מתודה שמאית בכלל ועסקאות השוואה בפרט. כך בשומה מכרעת ביחס למקרקעין בגוש 6918 חלקה 35 כותב כבוד השמאי המכריע יצחק ברמן (בעמ' 32):

"... אני אוחז בדעה כי הדבר אכן גורם למיתוג ומעלה את שווי הנכס, וזאת לא משום שאני נוהה אחר עמדת הרוב אלא מטעמים משמעותיים אשר לדעתי המקצועית מבססים את עמדתי זו, כדלקמן:

- הגדרת הבניין לשימור קובעת תוית של בידול, יוקרה ונדירות לנכס.

- הדבר נכון גם אם מועלית טענה כי ניתן לשמר בדיוק באותה רמת שימור בנין בעל תכונות בסיסיות דומות. ברם, בנין מסוג זה, שישופץ וישומר, עדיין יהיה חסר את ההכרה המוסדית בכך שמדובר במבנה לשימור ולא במבנה ששופץ בסגנון של שימור, אם כי יש להדגיש כי גם שיפוץ ושימור מסוג זה יעלו את ערכו של הבנין אך בשיעור נמוך יותר מבנין דומה המוכרז כמבנה לשימור.

- הדבר מקבל את ביטויו בפרסומים של יזמים ושל בעלים פרטיים המוצאים לנכון לציין בהדגשה כי הבנין הינו לשימור, גם אם טרם שופץ וישומר, וזאת כפרמטר ייחודי ואטרקטיבי, המעלה את יוקרתו של הנכס המוצע למכירה ומגדיל את מחירו. מכך ניתן ללמוד כי הדבר עולה בהחלט בקנה אחד עם טעם השוק.

- העובדה שהבנין הוכרז כמבנה לשימור מבטיחה את איכות הביצוע עפ"י הקריטריונים ופיקוח מקצועיים וייחודיים לעבודת שימור. הדבר מבטיח גם את עמידותן ושרידותן לאורך זמן של העבודות המבוצעות, וכן מבטיח שמאפיינים אלה יישמרו בעתיד. וזאת בשונה מבנין ששופץ בסגנון של שימור אך

אינו מוגדר כמבנה לשימור, שבו יכול בעליו לבצע שינויים שונים בעתיד, ולשנות את צביונו המשומר לכאורה.

• הכרזת אונסק"ו שנעשתה בד בבד עם הליכי אישור התכנית הנדונה מהווה מתן גושפנקה והכרה בינלאומית בבנייני "העיר הלבנה", עובדה הממתגת את הבניינים לשימור ומעלה את יוקרתם.

...

אני סבור כי המיתוג נגרם באופן ישיר עם התכנית הנדונה, ומאותו רגע שהוא נגרם הוא הופך להיות אחד ממרכיבי האינהרנטיים והאינטגרליים של הנכס כנכס מקרקעין... לאור כל האמור לעיל, ולאור השוני הקיים בין מאפייני הנכס ומיקומו במרקם האורבני של העיר תל-אביב לבין המבנים ו/או המתחמים לשימור הנדונים במאמרים ובספרות המקצועית מחו"ל, המצביעים על מיתוג בשיעורים גבוהים של כ-20%, אני קובע כי השיעור שבו נקט שמאי המשיבה, תוספת של 5% בלבד בגין המיתוג, הינה סבירה וראויה בהחלט, ואף אני אנקוט בתוספת בשיעור זה של 5%."

82. עמדתו של השמאי המכריע ברמן אינה מהווה ביסוס והוכחה שבגינה ניתן לדרוש מאזרח תשלום היטל בטענה שהרשות השביחה את מקרקעיו. נדמה כי אמרתו של השמאי ברמן בדבר ההכרה הבין-לאומית של אונסק"ו, מוכיחה שלא מדובר בהשבחה תכנונית, ככל שזו אכן קיימת, שכן הקשר הסיבתי הוא לא בהכרח בין התכנית לעליית הערך. לא זו בלבד אלא שנדמה כי בשעה שישנו מחקר השוואתי שנערך נדרשת התייחסות השמאי אליו והתעלמותו מעסקאות השוואה במחקרים שנערכו ומולם הסתמכותו על השערות במקום עובדות; כגון: פרסומי שיווק, איכות ביצוע וכיו"ב אומרת כשלעצמה דרשני. אמירות כגון "העובדה שהבנין הוכרז כמבנה לשימור מבטיחה את איכות הביצוע... וזאת בשונה מבנין ששופץ בסגנון של שימור אך אינו מוגדר כמבנה לשימור..." נדרשת להוכחה במבחן שווי השוק, כפי שמורה התוספת השלישית ואינה יכולה להישאר כאמיתה. כך גם אמירה שתכנית השימור נתנה "תווית" של "נדירות" ביחוד נוכח האמירה "אם כי יש להדגיש כי גם שיפוץ ושימור מסוג זה יעלו את ערכו של הבנין..."

83. היטיב להדגיש את הקושי בקביעת היטל השבחה ביחס לרכיב "המיתוג" כבוד השמאי המכריע ניקי פרימו בשומה ביחס למקרקעין בגוש 7245 חלקה 1:

"בהעדר נתונים כמותיים מהימנים, האומדן הכמותי של המיתוג הוא עניין שבמומחיות. יש מומחים הסבורים שהוא מתקיים ואחרים סבורים אחרת. אני נמנה על אלה הראשונים. כל אומדן, שבסיסו במומחיות, אינו מוכח בהכרח בניתוח עסקות ובנתונים כמותיים. מומחה שירצה לבסס את הערכתו

על אלה, יידרש למדגם גדול מאוד של נכסים ברי השוואה, שיכללו את מרב המאפיינים הנדרשים, ולדוגמא: שטח הדירה בפועל (ולא בהכרח הרשום), מיקומה בבניין, רמת הגימור שלה (ברמה פרטנית מאוד) מצבו הפיזי של הבניין, מיקומו ביחס לבניינים נוספים לשימור, ועוד משתנים רבים וחשובים שאינם, על פי רוב, בנמצא. היה וימצאו נתוני השוואה מהיימנים, הדבר יחייב ביצוע מחקר שיוביל למסקנות ברמת מובהקות גבוהה, וברמה פרטנית מאוד. אינני סבור שקיים שמאי מקרקעין שיש בידו האפשרות הטכנית (זמן ועלות כספית) לבצע מחקר שכזה. מדובר במחקר שהוא, לדעתי, ברמת עבודת דוקטורט במוסד מוכר להשכלה גבוהה. לא פחות מכך. כל עוד לא יבוצע מחקר שכזה, אנו אמורים להישאר בתחום מומחיותו של שמאי המקרקעין, ואך לגיטימי הוא שאחדים יחשבו כך, ואחרים יחשבו אחרת." (עמ' 13 לשומה)

84. נדמה שהשמאי פרימו הניח אצבעו בליבת השונויות בין הפך השמאי לפך המשפטי בגביית היטלי השבחה. בסופו של יום מומחיותו של השמאי נבחנת במנסרת ערכי המשפט בדבר החשיבות בגביית מס אמת ועל מנת שלא תיפגע הרשות בקנינו של הפרט שלא כדין, כפי שכתבה השופטת דפנה ברק-ארז בהערתה לפסק הדין בע"א 10071/16 מנהל מס ערך מוסף תל אביב 3 נ' טי.גי.די הובלות בע"מ (פורסם בנבו, 9.5.2018) "לאמיתו של דבר, "מס אמת" אינו מונח טכני-מתמטי. זהו מונח נורמטיבי, המגלם בתוכו לא רק את הערך המתמטי או החשבונאי של המס, אלא גם שיקולים של הוגנות, צדק חלוקתי, ודאות ויעילות מינהלית" וכפי שכתב המלומד ד"ר רפעת עזאם ("פרשנות דיני המיסים: מס-אמת וזכויות האדם בפסיקת בית-המשפט העליון" משפט ועסקים יח (2014) 401, 410) "עם חקיקתם של חוקי-היסוד קיבל לטעמי השיקול של הטלת מס-אמת מעמד נורמטיבי גבוה יותר. השאיפה להטלת מס-אמת אינה עוד רק מדיניות רצויה או עקרון-יסוד חשוב או שיקול פרשני, אלא חובה חוקתית מתבקשת מכוח זכות הקניין החוקתית, המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לנוכח זאת עלה לטעמי מעמדו ומשקלו של השיקול בדבר הטלת מס אמת במסגרת התהליך הפרשני של דיני המס....". משום כך, עוד בערר (דרום) 6118/15 י. לי-דה השקעות בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה אשדוד (פורסם בנבו, 16.5.2016) (להלן: "עניין י. לי-דה") הדגישה ועדת הערר את חשיבות ההנמקה וההסבר המבוסס על מסד נתונים עובדתי מוצק ואמין:

"כלל בסיסי במשפט המנהלי הינו חובת ההנמקה של הרשות המנהלית. ככל רשות מנהלית, כך גם על השמאי המכריע חלה חובה לנמק את החלטותיו. ההנמקה מסייעת לשמאי המכריע לקבל החלטה רציונאלית ולא שרירותית; היא מאפשרת לאחרים הסתמכות נכונה עליה; היא מספקת תשתית עובדתית

לביקורת שיפוטית וציבורית; היא מבטאת יחס אנושי ומכבד לפרט שהחלטה המינהלית עוסקת בו; ויש בה כדי לבסס את אמון הציבור בשלטון (ראו דפנה ברק ארז משפט מינהלי - 424-423 (2010))" (סעיף 27 לפסק הדין בעע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 28.2.2011)). יתירה מכך, לשמאי המכריע תפקיד מעין שיפוטי וככזה חובתו כפולה ומכופלת. על חובת ההנמקה בהליך שיפוטי או מין שיפוטי עמד כבוד השופט משה בייסקי ז"ל:

"על חובת ההנמקה של כל פסק-דין או החלטה בדין הכללי אין צורך להרחיב הדיבור, ו'כלל גדול הוא - כתוב או בלתי כתוב - כי בית-משפט חייב לתת נימוקים להחלטתו'.... החובה גם מורחבת לא רק על טריבונלים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים אלא אף על רשויות מינהליות ... על-מנת שיוכל בית המשפט להעביר את ההנמקה תחת שבט ביקורתו..." (סעיף 10 לפסק הדין בבג"צ 7/83 מסודי ביארס נ' בית הדין הרבני חיפה (פ"ד לח(1), 673))

...

בבסיס היטל ההשבחה עומד עקרון הצדק החלוקתי. הפרט שהתעשר מהחלטת הרשות ישתף את הקהילה בהתעשרותו אלא שחובה וזכות בצידה, זכותו של הפרט שהיטל ההשבחה הנגבה ממנו יהיה מס צודק ומדויק ולא שרירותי ולא מנומק. השומה המכרעת או המייעצת היא העומדת בבסיס חיוב היטל ההשבחה. היא המשמשת כעמוד האש לחיובי היטל ההשבחה הן אלו המגיעים להכרעת השמאי המכריע וועדות הערר והן אלו שאינם. שכן השמאים המכריעים הם אלה הקובעים את אמות המידה ומסד הנתונים ומכאן חובת ההנמקה ביתר שאת.

חובתה של ועדת הערר לדאוג לכך שהפרט יבין את השומה גם אם לא יסכים לחיוב שהוטל עליו וזאת לצד חובתה הבסיסית לוודא שהמדובר במס צודק ולא שרירותי.

בדברים האמורים לא באנו לגרוע חלילה ממקצועיותם ומכישוריהם של השמאים המכריעים. גם לא באנו להטיל דופי בהגיונותם ומומחיותם. כל שבאנו לאמר הוא כי השומה מיועדת לנישום והנישום צריך להבין את המושגים והמקדמים השמאים שבגינם חויב במס.

...

מלאכת הערכת השווי צריכה להתבסס על עקרונות ברורים ואובייקטיביים. על מנת שוועדת הערר תוכל לקבוע עמדה בשאלה האם ההיטל שנקבע ראוי וסביר בנסיבותיו של המקרה, שומתו של השמאי המכריע חייבת להיות ברורה ומנומקת. בשעה שקובע השמאי מקדמים ללא שהאיר והסביר אותם, בלתי אפשרי לוועדה להביע דעתה ביחס לשומה.

אומנם מדובר ביידע המצוי בתחום מומחיותם הבלעדית של השמאים המכריעים ולשם כך נבחרו. אלא שיידע אישי ומקצועי ייחודי לא יכול לבוא במקום הוכחה או כתוספת לה.

בהקשר זה נציין דברים שאמרה כבוד השופטת בן פורת ז"ל:

"אין צורך לומר, שגם מומחה לדבר – בין שופט או בורר ובין עד – עלול להיכשל בטעות. אם הוא מעיד תתגלה טעותו, בדרך כלל, בחקירה שכנגד, אך אם כשופט או בורר הוא שומר את הידיעה הפרטית בלבד, עשויה היא לגרום עוול בל-יתוקן, שהרי שאר החברים סומכים עליו וגם דרגת הערעור לא תשכיל לגלותה".
(ע"א 218/78 מלכה לינברג נ' מנהל מס שבח תל אביב (פ"ד לג(2) 423, 428)

ונדגיש, ידיעתו ומומחיותו של השמאי דרושה הסבר אלא אם מדובר בעובדה שגלויה וידועה לא רק לאותו שמאי אלא לכל אדם בעל השכלה רגילה וניסיון חיים רגיל. גם אם קשה לבסס מדוע נקבע מקדם מסוים ולא אחר עדיין חובה על השמאי להשתדל ולהעלות את שיקוליו מעל לסף תודעתו ולנתח את העובדות והשיקולים שבבסיסם לאור ההיגיון והשכל הישר. קיצורו של דבר: מקדמי השווי השמאיים צריכים ראייה ועל השמאי המכריע להביא לכך ראייה בשומת.

...

ביום 26.5.2011 הוציאה המשנה ליועמ"ש לממשלה הנחיה לשמאי הועדות המקומיות שכותרתו "פירוט תחשיב בשומות". באותו מסמך נכתב, בין השאר, כך:

"ללא פירוט הולם של בסיס הנתונים והעסקאות העומדים בבסיס התחשיב, תפגע אפשרות הנישום להשיג או לחלוק על שומת הועדה המקומית, או לחילופין להשתכנע בעניין נכונות החיוב ולא לערור. שכן לא יהיו בידי מלוא הנתונים שהונחו את

הועדה עת קבעה את שומתה. חשיבות יתירה נודעת לפירוט זה עת מדובר בשומה של ועדה מקומית שבגינה נגבה היטל השבחה. כלל בסיסי הוא שלא ניתן לחייב בהיטל אלא אם כן קיים פירוט ראוי של בסיס הנתונים שהביאו לקביעת גובהו של ההיטל, ובענייננו, הנתונים שעמדו בבסיס התחשיב שהובילו לקביעת גובהה של השומה”

דברים אלו נכונים בקל וחומר לשמאי המכריע. (סעיפים 8-17 להחלטה)

85. כפי שאמרנו לא אחת, העבודה השמאית היא אָבֶן הָרֵאָשָׁה של כל הליכי היטל ההשבחה ואל לו למשפטן להתערב בעבודת השמאי בבחינת “אין מלכות נוגעת בחברתה” (ברכות, מח, ע”ב) אלא שעבודה שמאית יש לה תפקודים שונים, ולא הרי שומת היטל השבחה כשומת ירידת ערך ולא הרי שתיהן כשומה המשמשת כבטוחה לבנק. לפיכך, כאשר השומה משמשת ככלי לנטילת מס מהאזרח, היא לעולם תיבחן במנסרת הערכים המשפטיים ובניהם הודאות הנדרשת לגביית מס אמת.

86. גם משומתה של השמאית נאוה סירקיס במקרקעין בגוש 6903 חלקה 158 אין ללמוד כי הוכחה טענת המיתוג; אדרבה ניתן ללמוד הפוך. בעמוד 21 לשומה נכתב:

“אני בדעה כי ההשפעה של הכרזת נכס לשימור בתכנית 2650 ב' אינה זהה בכל המקרים ולא ניתן לקבוע באופן גורף לכלל המבנים ברשימה לשימור כי קיים ערך מוסף בכלל ושעור השבחה דומה בפרט. כך לדוגמא אינו דומה הבית ברח' החשמל 10 שהוא בעל אלמנטים ארכיטקטוניים ייחודיים שניתן היה להבחין בהם גם אלמלא ההכרזה לשימור, לבנין ברח' אלנבי 9, בו עסקאות מהסביבה בכלל ובנכס בפרט, הצביעו על ערך מוסף ביחס למבנים שאינם לשימור. הערך המוסף למבנים לשימור מושפע בעיקר ממיקום הנכס (שכונה יוקרתית, ריכוז מבנים לשימור בסביבה), סוג השימור (ייחודיות ארכיטקטונית או אירוע היסטורי) והמבנה עצמו (חזות ארכיטקטונית, שטח בנוי)” (עמ' 21 לשומה)

87. נדמה שדברי השמאית סירקיס מחזקים את הכרעתנו לפיה מחיר דירה יכול ויהיה מושפע מאלמנטים ארכיטקטוניים כמו גם ממפרט טכני או סיבות חיצוניות דוגמת ידוען שקנה דירה בבניין. יחד עם זאת, אין לכך השפעה על שווי רכיב הקרקע אלא על שווי המחברים בלבד. כשם שלא נגבה ביעוד תעשייה היטל השבחה שונה לחברת מחשבים שרווחיה נאמדים במאות מיליונים לעומת חברת טקסטיל פושטת רגל, כך לא ניתן לגבות היטל השבחה על האלמנטים השיווקיים (הבאים לידי ביטוי במאפיינים ארכיטקטוניים או במפרט וכיו”ב) המוצלחים של בעל המקרקעין. אכן בדיקותיה של השמאית המכריעה מצביעים על מחירי דירות במבנים לשימור הגבוהים מדירות שאינם במבנים לשימור,

אלא ששוני זה לא מקים חבות בתשלום היטל השבחה אלא מוכיח כי יש לייחס את התוספת למחיר לרכיב המחוברים וכך אף קובעת השמאית המכריעה בעמוד 22 לשומתה:

”הכרזה על המבנה לשימור נובעת בענייננו ממאפייניו הפיזיים של המבנה, קרי עיצוב, חללים, חומרי בניה וקונסטרוקציה. משמעות הדברים כי יש לייחס את הערך המוסף למבנה, דהיינו לשלד ולא למרכיב הקרקע. לפיכך שווי זכויות הבניה נותר ללא שינוי במצב חדש לעומת מצב קודם.”

88. לא זו אף זו, שומת השמאית המכריעה מתייחסת למבנה ברחוב שטנד 12 בתל אביב. השמאית המכריעה קבעה שווי שונה למבנה עליו חלה תכנית השימור ולמבנה שעליו לא חלה תכנית השימור. בעמ' 22 לשומה המכרעת קבעה השמאית המכריעה שווי מ"ר בבניין לשימור בסך 17,100 ₪ למ"ר ובבניין שאינו לשימור בסך 16,300 ₪ למ"ר. אלא שעיון בטבלת ההשוואה מלמד שההשוואה היא בין נכסים בעלי מאפיינים ארכיטקטוניים ייחודיים, שנכנסו לתכנית השימור (רובם מרחוב שלמה המלך), לבין בניינים רגילים, שלא נכנסו לתכנית השימור (הבניינים ברחוב שטנד שנכנסו לתכנית השימור הינם בניינים מספר: 20,12,7 ואילו הבניינים בעסקאות ההשוואה של השמאית הינם 25,19,14,11,8). השוואה בין שניהם לא מוכיחה שתכנית השימור הביאה לעליית ערך, אלא את העובדה, כפי שמציינת השמאית המכריעה בשומתה, ש"יש לייחס את הערך המוסף למבנה, דהיינו לשלד ולא למרכיב הקרקע". למעשה אין בשומה הוכחה שמ"ר ברחוב שטנד 20 שווה לפני אישור התכנית 16,300 ₪ למ"ר ואחרי אישור התכנית שווה 17,100 ₪ למ"ר אלא טענה לפיה מ"ר בבניין ברחוב שטנד 20 יהיה שווה כמו מ"ר בבניין ברחוב שלמה המלך 35, אך ורק בגלל שתכנית השימור הגדירה אותו "לשימור". טענה זו אין לה כל ביסוס שמאי ולמעשה יש כאן כשל של גזירת המצוי מהראוי, שכן יש כאן ניסיון לגזור שווי נורמטיבי ("ראוי") המבוסס על מציאות מסוימת ("מצוי") ולהשליך אותו על מציאות אחרת. במילים אחרות השמאית המכריעה הוכיחה שהועדה המקומית נפלה לכשל נטורליסטי, שכן הבית הוא בית יפה לא משום שהוא נכלל בתכנית השימור אלא הוא נכלל בתכנית השימור בגלל שהוא יפה.

89. לסיכום סוגיית המיתוג בפן השמאי אין לנו אלא להפנות לדברים שכתבה השמאית המכריעה דורית פריאל אותה הביאה הועדה המקומית בתחילת הדרך כתנא מסייע לעמדתה. השמאית פריאל שסברה בתחילת הדרך מכח מומחיותה וניסיונה "כי חל שינוי בתודעה הציבורית בנושא השימור מאז הופקדה תכנית השימור עד היום" כתבה בשומתה ביחס למקרקעין בגוש 6919 חלקה 47:

”עם זאת, כפי שאף ציין שמאי המשיבה, ממכלול הנתונים שעלו בפני בשנתיים האחרונות לא ניתן להוכיח אמפירית, ע"י ניתוח עסקות השוואה כמפורט במערכת מידע נדל"ן (רשות המיסים), את קיומו של מרכיב המיתוג וזאת מפאת ריבוי משתנים בלתי ידועים בנתוני העסקאות ורגישות הניתוח, לא

**היום ולא במועד הקובע. במצב דברים זה, לצורך אומדן
ההשבחה למועד הקובע (2008/9) אני סבורה כי אין להביא גורם
זה בחשבון " (עמ' 11-12 לשומה)**

90. מכל האמור עד כה הגענו לכלל מסקנה כי הועדה המקומית לא הצליחה להוכיח כי עצם הכללת הנכסים בתכנית 2650 גרמה לעליית שווי כלשהי לנכסים אלה במבחני שווי שוק, וזאת להבדיל מהשפעת המאפיינים הייחודיים של נכסים אלה, שהייתה קיימת באותה מידה גם לפני אישור התכנית והכללתם בה, ושאינה מושא היטל השבחה. על כן, לאור כל האמור, אין חולק כי לא היה מקום לחייב את העוררים בהיטל השבחה, בגין רכיב "המיתוג", ויש לדחות את ניסיונה של הועדה המקומית לחייב בגין תכונות ומאפיינים של הבניין, שבינם לבין היטל השבחה אין דבר וחצי דבר.

91. בשולי הדברים נבקש לציין כי התנהלות המשיבה מעלה תחושה קשה ביחס להגינות הנדרשת מרשות ציבורית. נדמה כי שוב נדרשים אנו להזכיר לוועדה המקומית את חובת ההגינות המוגברת שהיא חבה בה ואת העובדה כי היא והאזרח אינם שווים, ויפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט מישראל 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 יהא 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 – בצדם 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)

92. התנהלות המשיבה ביחס לתכנית השימור מצביעה על התנהלות לא תקינה של הועדה המקומית. עיון במאות השומות מגלה שבתחילת הדרך סברה הועדה המקומית שתכנית השימור לא השביחה. לאחר הגעת עררי ירידת הערך החליטה הועדה המקומית שתכנית השימור משביחה, אלא שבניגוד לתיקון 84 לחוק התכנון והבניה, הגיעה להסכמה עם נישומים, לפיה הם לא יגישו תביעת 197 והיא לא תגיש דרישת היטל השבחה (בשלב מאוחר יותר הסכמות אלו הובאו לאישור ועדת הערר). למעשה מדובר בשומה מוסכמת שנאסרה במסגרת תיקון 84 לחוק. לא זו אף זו, עמדת ועדת הערר בתל אביב באותה העת הייתה שלא ניתן לאשר פשרות בהיטל השבחה (ראו: ערר (ת"א) חל/14/85177 זילברמן ועדה מקומית לתכנון ולבניה חולון (פורסם בנבו, 16.11.2014); ערר (ת"א) בב/11/85178 נ.ש. בשן בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה בני ברק (פורסם בנבו, 19.2.2015); ערר (ת"א) גב/11/85066 אפק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים (פורסם בנבו, 9.4.2017)). רק מאוחר יותר קבע בית המשפט המחוזי בירושלים במסגרת עמ"נ (ירושלים) 36378-06-16 מ.ד.מ מזרחי יזמות בובניה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 17.11.20017) את אופן אישור פשרות בהיטל השבחה ומכל מקום נקבע כי נדרש אישורה של ועדת ערר. מלבד חוסר ההגינות בהתנהלות זו יש בכך בכדי לגרום לחוסר אמון ברשות, שמשמעותו שהחוק והמשפט הופכים לשרירותיים וכפי שהיטיב לבטא גרשום שולם "החוק תקף וחסר משמעות". (ראו: ולטר בנימין, גרשם שולם חליפת מכתבים 1933-1940 (רסלינג, 2008) 160)

עלויות חיזוק חוות דעת מומחה

93. הסכמה מלאה קיימת בין כל הצדדים שישנן עלויות עודפות בגין תכנית השימור, הבאות לידי ביטוי בהפרש למ"ר בין בניין לשימור לבניין שלא לשימור. אלא שישנה מחלוקת באשר להפרש עלויות השימור. הועדה המקומית טוענת כי את עלויות השימור העודפות יש לקבוע בהתאם לקבוע בתכנית. לטענת הועדה המקומית על סמך חוות דעת מומחים נקבעו בתכנית עלויות השימור העודפות הידועות כ"מקדם 900" לבניין שנבנה בסגנון הבין-לאומי ואשר משמעותו שאומדן ההפרש למ"ר למבנה בסגנון הבין-לאומי הוא 900 ₪. המשיבה סבורה כי העלויות העודפות שנקבעו בתכנית "הינן בעלות מעמד סטטוטורי", לאחר שאושרו במוסדות התכנון.

94. לאחר ששמענו את הצדדים ונוכח המחלוקות המשמעותיות בין הצדדים, ביחס לעלויות העודפות, החלטנו למנות את אדריכל השימור משה חיים בצלאל שפירא (להלן: "המומחה") על מנת לקבוע את העלות העודפת וזאת לשם יצירת אחידות בקביעת היטל ההשבה. לצורך מתן חוות דעתו בנושא עלויות השימור בחן המומחה את האומדן על פיו גובש "מקדם 900"; דוח רוטלוי 2002. לאחר מכן בחן את התאמת תכולת העבודה בדו"ח רוטלוי 2002 להוראות השימור בתכנית 2650 ולקובץ ההנחיות לשימור מבנים הנספח אליה. בנוסף, בחן המומחה עלויות נוספות, אשר נטענו בפניו, על ידי באי כח הנישומים, בכתב ובעל פה, ואשר לטענתם הינם עלויות נוספות אשר נגזרות מהכללת המבנים לשימור בתכנית וחיוכם בביצוע שימור. כפי שציין המומחה האומדן שערך הוא כנדרש נכון למועד הקובע, תחילתה של תכנית השימור 2650. אומדן רוטלוי כמו גם אומדן המומחה מבוסס על דגם מבנה בן 3 קומות (1000 מ"ר מעטפת, 6 מרפסות חזית, 60 חלונות, 24 דלתות, חדר מדרגות, פיתוח חצר וגדרות). האומדן ניתן לשלושה סוגי מבנים; שני טיפוסים המבנים לשימור – מבנה בסגנון בין-לאומי ומבנה בסגנון אקלקטי ובנוסף אומדן למבנה 'רגיל' שאינו לשימור, לצורך קבלת הפרש העלויות.

95. המומחה בחן סעיף סעיף בהתבסס על האומדן בדו"ח הועדה המקומית שהוטמע בנוסחה לניוד זכויות. בחלק מהמקרים אימץ את הנתונים אך בחלקם סבר שהתוצאה בדוח רוטלוי לא מדוייקת. כפי שהראה המומחה אומדן רוטלוי 2002, שהותאם למועד הקובע, שונה מכתב כמויות שהכין רוטלוי עצמו, בשנת 2010, על בסיס מחירים כפי שבוצעו בפועל. עיון בחוות דעת המומחה מלמד שאלמנטים פרטניים המשתנים ממבנה למבנה לא נלקחו בחשבון:

"איני רואה לנכון לכלול באומדן כללי של מבנים לשימור סעיפים אשר נכללו בכתב הכמויות של החשמל 10 כגון שער לחניה, דלת פיר תשתיות או דלת חדר אשפה ומים, אשר המצאותם כחלק מדרישות השימוש הינו נושא המשתנה ממבנה למבנה."

96. לאחר שבחנו את עבודת המומחה, הגענו לכלל מסקנה כי זו נעשתה במקצועיות ובהירות המתבקשת. המומחה בחן דרישה דרישה מדרישות הועדה המקומית לשימור, לעיתים אימץ, לעיתים קיצץ ולעיתים הוסיף:

"בנוסף, ראיתי לנכון להסיר מהאומדן מספר סעיפים אשר לדעתי אינם משקפים את הפרש בעלויות השיפוץ ההכרחי של מבנה לשימור"

97. בהתאם לאמור הגיע המומחה אדריכל שפירא לאומדן הבא :

נושא	אומדן הפרש למ"ר למבנה בסגנון בינלאומי	אומדן הפרש למ"ר למבנה אקלקטי
פרק 2 עבודות בטון יצוקות באתר	17.60 ₪	13.78 ₪
פרק 04 – עבודות בניה	0.00 ₪	-9.00 ₪
פרק 05 – עבודות איטום	0.00 ₪	4.94 ₪
סה"כ פרק 07 – מתקני תברואה	5.10 ₪	5.10 ₪
פרק 08 – מתקני חשמל	15.00 ₪	15.88 ₪
פרק 10 – עבודות ריצוף וחיפוי	14.10 ₪	24.35 ₪
סה"כ פרק 12 עבודות אלומיניום	70.00 ₪	-50.00 ₪
פרק 15 – מיתקני מיזוג אויר	49.20 ₪	49.20 ₪
פרק 29 – עבודות שונות	0.00 ₪	0.00 ₪
פרק 40 – ריצופים ומדרגות – פיתוח	26.55 ₪	26.55 ₪
פרק 06 – נגרות ומסגרות אומן	614 ₪	636.9 ₪
פרק 09 – עבודות טיוח	276.20 ₪	396.15 ₪
סה"כ למ"ר חזית	1,140.39 ₪	1,215.57 ₪
סה"כ בתוספת 10% להוצאות העודפות בשל התמשכות זמני התכנון	1,254.42 ₪	1,332.82 ₪
הפסד שטח קומות חדשות עקב איסור על חיזוק חיצוני בחיזוק המבנה לעמידה בתקן 413 לעמידות ברעידות אדמה	זכויות בניה 15.38 מ"ר לקומה (לפי הערכת שמאי)	

98. לאחר שבחנו ולמדנו את השגות הצדדים על שומת המומחה מצאנו שלא זו בלבד שמדובר בחוות דעת המתבססת על נסיון, מומחיות ומקצועיות ולא זו בלבד שהמומחה מסביר, מפרט ומנמק כל רכיב ורכיב שהביאו לקביעת האומדן, יש בה כדי לתקן אי

דיוקים הנובעים ממקדם 900 ובכך להביא לגביית מס אמת; אינטרס ראשון במעלה שאנו בטוחים שכל הצדדים שבפנינו שותפים לו.

99. לאחר שעיינו ולמדנו את חוות דעת המומחה ולאחר שעיינו ולמדנו את כלל חוות דעת המומחים ביחס לעלויות השימור שנטענו הן במאות השומות המכריעות, והן במאות שומות הצדדים השתכנענו שהאומדן שקבע המומחה נמצא במתחם הסבירות. בסופו של יום מטרת עבודת המומחה הייתה לקבוע אומדן מבוסס ומנומק, לאחר שמיעת המומחים מטעם הצדדים ומשמצאנו כי ניהל את ההליך בשקיפות ומקצועיות וכי נימק את החלטתו אין לנו אלא לאמץ אותה, למעט שינויים שיפורטו, שהינם בגדר טעות סופר. בסופו של יום מינוי המומחה נבע מחוות הדעת הסותרות והמנוגדות של הצדדים שהצריכו סיוע של מומחה על מנת לפסוק במחלוקת שביניהם. (ראו: יששכר רוזן צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** פרק יא. מומחים (מהדורה שניה, 2023) 435). כפי שקבעה הפסיקה בהקשרים אחרים חוות דעת מומחה נועדה לסייע לערכאה המכריעה בסוגיות הנדרשות למומחיות מקצועית, באמצעות מתן חוות דעת אובייקטיבית וללא צורך בהכרעה שיפוטית בסוגיות הנדרשות למומחיות מקצועית. בהקשר דומה אך אחר אמר בית המשפט בבר"מ 3644/13 **משרד התחבורה נ' גלר דוד וארורה ואח'** (פורסם בנו, 23.4.2014):

"שמאי מכריע (ובחלק מההליכים גם "שמאי מייעץ" מאז חקיקתו של חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 84 והוראת שעה), התשס"ח-2008, ס"ח 632 (להלן: התיקון)) ממונה בהליכים לפי סעיף 198 לחוק התכנון והבניה כמומחה הבוחן ירידת ערך של מקרקעין בצורה מקצועית, ניטראלית ואובייקטיבית ... ההנחה העומדת בבסיס מינויו של שמאי היא כי הלה ניהן בכישורים מקצועיים מובהקים יותר לחוות דעה בשאלות שמאיות שהונחו לפתחו ביחס לוועדת הערר...."

אמת המידה להתערבות בקביעותיו ובמסקנותיו של שמאי מכריע... היא פועל יוצא של טעמים אלה. ועדת הערר תיטה לאמץ את חוות דעתו של השמאי וככלל התערבותה תוגבל למקרים שבהם נפלה בה טעות מהותית או דופי חמור... כך, למשל, ועדת הערר תיטה לאמץ את שיקול דעתו של השמאי אם מסקנותיו הושתתו על שיטה שמאית מקובלת ועל מסד עובדתי הולם, וזאת אף אם קיימות גישות מקצועיות שונות בשאלה שבמחלוקת... לעומת זאת, תיטה ועדת הערר להתערב בקביעות או בממצאים שקבע השמאי אם נמצא שהם נסמכים על מסד עובדתי בלתי הולם, או כשהוכח שההנחות העומדות בבסיס חוות הדעת לא הגיוניות, או שהשמאי לא סיפק הסבר מניח את הדעת לשאלות שנשאל, או כשוות הדעת נסמכה על תשתית

משפטית חסרה או שגויה.... כמו כן, וכמובן מאליו, תקום עילה להתערב בחוות דעתו של שמאי מכריע אם נפל בה פגם היורד לשורש המעשה המינהלי כגון ניגוד עניינים, משוא פנים, חוסר תום לב וכיוצא באלה...” (סעיפים 7-8 לפסק הדין)

100. נציין כי התערבות ועדת ערר, כטריבונל מקצועי, בהכרעת שמאי מכריע הינה גדולה יותר מאשר התערבות בחוות דעת מומחה. מכל מקום אי התערבותנו בחוות דעת המומחה אין משמעותה שקיבלנו אותה כתורה למשה מסיני. משמעותה שמצאנו את חוות הדעת מנומקת ומוסברת מקצועית ומעמיקה ומשום כך החלטנו לאמצה (ראו, החלטת ועדת הערר בעניין י. לי-דה).

101. הצדדים כולם הגישו השגות שונות; מקצתן לעצם סמכותו של המומחה ורובן כנגד רכיבים שונים בחוות דעתו. את כולן דחינו למעט טעויות סופר והבהרות נדרשות. יחד עם זאת נבקש להתייחס לחלק מהשגות הצדדים.

102. הוועדה המקומית טענה לחוסר סמכות הן כנגד עצם מינוי המומחה והן כנגד חלק מהכרעותיו. המשיבה טוענת בהקשר זה כי בהוראות התכנית עצמה נקבע מנגנון סטטוטורי לעדכון גובה מקדם עלויות השימור העודפות ו”משכך, הרי בעצם מינוי המומחה לבדיקת כללית וכוללנית של מקדם עלויות השימור העודפות, יש משום תקיפה של תכנית מאושרת, הליך דיוני, אשר איננו בסמכותה של ועדת הערר הנכבדה” (“השגה מטעם הוועדה המקומית לחוות דעת המומחה בעניין עלויות השימור העודפות – תכנית תא/2650” מיום 1.1.2020) עוד הסבירה הוועדה המקומית:

”2. זאת, הואיל ועלויות השימור העודפות, אשר נקבעו בתכנית השימור, במסגרת מקדם 900 הינן בעלות מעמד סטטוטורי, וזאת על סמך חוות דעת מומחים וסקר מבנים מפורט, ולאחר שאושרו על ידי כל מוסדות התכנון.

3. יתרה מזאת, בהוראות תכנית השימור נקבע מנגנון סטטוטורי לעדכון גובה מקדם עלויות השימור העודפות (אם להפחתה ואם להעלאה), לפיו הדרך לשנות את הקביעה הסטטוטורית הקיימת בהוראות תכנית השימור בדבר גובה עלויות השימור העודפות, הינה באמצעות התנעת תהליך עדכון על ידי הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה תל-אביב.

4. והנה, לבקשת חלק מהעוררים, בתחילת שנת 2012 בוצע על ידי הוועדה המחוזית עיון מחדש בדבר הצורך בעדכון המקדם הקבוע בגין עלויות שימור עודפות בתכנית השימור של תל אביב, בו נמצא כי אין מקום לעדכון מקדם זה. למען הסדר הטוב יצוין כי העוררים לא תקפו קביעה זו של הוועדה המחוזית.

5. משכך, הרי שבעצם מינוי המומחה לבדיקה כללית וכוללנית של מקדם עלויות השימור העודפות, יש משום תקיפה של תכנית מאושרת, הליך דיוני, אשר איננו בסמכותה של ועדת הערר הנכבדה.

6. במהלך השנים הציגו בעלי הנכסים מסמכים ודוגמאות רבים ביחס לנכסים ספציפיים, החוזרים כחוט השני בתביעות ועררים רבים, בטענה כי מקדם עלויות השימור העודפות אשר נקבע בתכנית השימור הינו נמוך.

7. יובהר, כי מקדם עלויות השימור העודפות הינו חזקה שתכנית השימור הטמיעה בהוראותיה, חזקה הניתנה לסתירה באמצעות ראיות חלוטות אשר יצדיקו או יוכיחו לכאורה כי המקדם אינו מותאם לנכס ספציפי, משכך, נטל הראייה לסתור את גובה מקדם עלויות השימור חל על הגורם המבקש לסתור אותו.

8. כאמור חלק מהעוררים חולקים על גובה המקדם כאמור. אותם עוררים שחלקו כאמור, נדרשו להציג ראיות ו/או חוות דעת מומחים באופן ספציפי ביחס לנכס נשוא תביעותיהם בכדי לבסס את טענתם. דא עקר במסגרת רובם המכריע של תביעות הפיצויים ועררי הפיצויים/השבחה אשר הוגשו על ידי העוררים (ובהם נטען כנגד גובה עלויות השימור העודפות) לא הובאו ראיות ו/או חוות דעת מומחים כדי לבסס את טענתם בדבר גובה עלויות השימור העודפות ומשכך לא עמדו בנטל להביא ראיותיהם להוכחת טענותיהם כנגד המקדם שנקבע בתכנית השימור לעלויות השימור העודפות ביחס לנכס הספציפי נשוא תביעותיהם ולא הוכחה על ידי אותם העוררים טענתם כנגד עלויות השימור העודפות.

9. הוועדה המקומית תחזור ותטען כי עצם מינוי מומחה כאמור, נעלמת כלא הייתה חובתם הבסיסית של העוררים (החולקים על גובה עלויות השימור העודפות) להרים את נטל הראייה המוטל עליהם במסגרת התביעות והעררים, וזאת גם משלא הביאו אסמכתאות וחוות דעת מומחים לביסוס טענותיהם. (שם)

103. נדמה כי המשיבה נפלה לכלל טעות כפולה. הן ביחס ל"מקדם 900" ומטרתו והן ביחס לסמכויות ועדת ערר זו בכלל ומהות היטל השבחה בפרט.
104. "מקדם 900" לא נקבע לצורך היטל השבחה. מקדם זה הוגדר בהוראות התכנית, בנספח ה' "העברת זכויות בניה ממבנה לשימור – תנאים והיקפים". נספח זה קבע בסעיף

2.1(א) כי התמריץ במסגרת ניווד זכויות במבנים עם הגבלות מחמירות יינתן לפי נוסחה שתיקח בחשבון שהעלות העודפת הינה בסך 900 ₪ ביחס למבנה בסגנון בין-לאומי ו-990 ₪ למבנה בסגנון אקלקטי. מקדם זה אפוא, הגם שנקבע בהתבסס על חוות דעת מקצועיות שערכה המשיבה, לא נועד לצורך בחינת עליית ערכם של מקרקעין במועד קובע ולכן לא ניתן ללמוד ממנו באשר לתחשיב שיש לבצע לצורך קביעת עליית ערכם של מקרקעין. לא זו אף זו, המשיבה בהשגותיה כותבת כי :

”50. לעמדת הוועדה המקומית, וכפי שפורט בהרחבה בהתייחסותו של משה ממון לחוות דעתו של המומחה, תיקון של השגיאות בחוות דעתו של המומחה, תוביל לקביעה כי עלויות השימור העודפות בפועל נמוכות ממקדם עלויות השימור העודפות אשר נקבע בתכנית השימור (900/990) ₪ למ”ר מעטפת).”

105. אלא שהמשיבה עצמה בתחשיבי ניווד זכויות העניקה זכויות רבות יותר מהזכויות שנותנת הנוסחה (ראו לדוגמה : שומה מכרעת, גוש 7245 חלקה 1 בעמ' 5). לא זו אף זו, שמאים מכריעים הגיעו לכלל מסקנה בכמה שומות שהעלויות העודפות גבוהות מקביעת המשיבה ואף מקביעת המומחה (ראו לדוגמה : שומה מכרעת, גוש 7443 חלקה 7). אלא שמעבר לכך אמירת הוועדה המקומית לפיה מדובר בחוסר סמכות טוב לא שלא הייתה נטענת. בסופו של יום השאיפה לגביית מס אמת אמורה להיות נר לרגלי הוועדה המקומית, כרשות ציבורית. ודוקו, הוועדה המקומית טענה בהשגותיה (סעיף 8) כי מי מהנישומים שחלק על גובה המקדם נדרש להציג ”ראיות ואו חוות דעת מומחים ספציפיים” ביחס למקרקעין. עמדה זו אינה מדויקת שכן הבדיקה נעשית מול מה שרואה קונה מרצון לנגד עיניו במועד הקובע ומכל מקום, גם אם אין היא סותרת את הבדיקה הפרטנית היא אינה נדרשת לעלות שתשולם בפועל. (ראו : ערר (ירושלים) 493/16 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' דידיה מקנוז (פורסם בנבו, 6.3.2023) (להלן : ”עניין מקנוז”)) קונה מרצון במועד הקובע המתלבט בין נכס א' לנכס ב' יודע שעל מנת לממש את התכנית הוא יידרש לשימור הבניין בעלות עודפת מול שיפוץ בניין רגיל.

106. הצדדים התייחסו לעלות העודפת הנובעת מהפסד שטח בבניין לשימור, שהחיזוקים בו נעשים בהחדרת עמודים לתוך קירות קיימים לעומת בניין רגיל שהחיזוק מתבצע במעטפת החיצונית. בהתאם לכך קבע המומחה בטבלת הסיכום כי ההפסד הנגרם לקומה בשל החיזוקים הפנימיים לעמידה בתקן 413 הוא 15.38 מ”ר לקומה. עו”ד סמואל בהשגתו טוען כי מדובר בהפסד שטח בכל קומות הבניין ולא רק בקומות החדשות, כפי שניתן להבין בטעות מהטבלה בסוף חוות דעת המומחה ; נדמה כי הצדק עם עו”ד סמואל. בסעיף 4.2 לחוות הדעת מסביר המומחה את עמדתו בסוגיית חיזוק המבנה לעמידה בתקן : 413

4.2 עלויות עודפות בחיזוק המבנה לעמידה בתקן 413 לעמידות

ברעידות אדמה.

העוררים העלו טענה על עלויות עודפות בעת חיזוק מבנה לשימור ולעמידה בתקן רעידות אדמה (ת"י 413).

מהיכרותי את התחום, ולאחר היוועצות במהנדסי שימור, איני רואה לנכון לכלול עלות עודפת של החיזוק עצמו, שכן על אף ששיטת החיזוק במבנה לשימור שונה (בדרך כלל חיזוק פנימי באמצעות החדרת עמודים למעטפת המבנה הקיימת במקום בניית מעטפת חדשה הנהוגה בחיזוק מבנה שאינו לשימור) עלויות ביצוע החיזוק בפני עצמן אינן גבוהות יותר.

לעומת זאת אני רואה לנכון לכלול כעלות עודפת את הפסד השטח המתקבל מחיזוק חיצוני, שכן שטח זה מהווה פעמים רבות מימון להוצאות החיזוק שמתחייבות ע"פ התקן.

בחישוב על פי מבנה ששטח חזיתותיו 1000 מ"ר ושגובהו 13 מ' מתקבל היקף של $1000/13 = 76.92$ מ"א חזיתות

שטח הקומה המוגדל שהיה מתקבל בקומות החדשות במבנה מבניית החיזוק החיצוני הינו $0.2 * 76.92 = 15.38$ מ"ר לכל קומה, אשר יש לכלול כהפסד עקב הכללת המבנה לשימור. יצוין כי על אף שחיזוק פנימי של מבנה דורש בדרך כלל גם שיפוץ פנימי מסויים, הרי ההנחה היא כי שיפוץ כזה (הכולל בדרך כלל גם שדרוג מערכות מים וחשמל) ונעשה ממילא במסגרת פרויקט בו נדרש חיזוק מבנה ושימור החזיתות.

107. כפי שעולה מהסבר המומחה בשל החיזוק שהינו פנימי, מאבד בעל המקרקעין שטחים. שטח זה נכון לכלל היקף הבניין ועל כן יש להכפילו במספר הקומות.

108. הועדה המקומית חלקה על עצם סמכות ועדת הערר להעלות טענות שלא נטענו ובכלל זה אובדן שטח כתוצאה מהחיזוק הפנימי:

"הפסד שטח בתוספת קומה חדשה המתקבל מחיזוק חיצוני

13. במסגרת החלטת ועדת הערר הנכבדה מיום 4.6.17 בה מונה המומחה, נקבע כי עליו לקבוע "את עלות שימור וחיזוק המבנים בהתאם לסוג המבנה, דרישות השימור של הוועדה המקומית וביחס לעלויות שיפוץ וחיזוק מבנה רגיל".

14. אלא שבמסגרת חוות הדעת שבסימוכין, התייחס המומחה בסעיף 4.2 לחוות הדעת לטענת העוררים בדבר עלויות עודפות בעת חיזוק מבנה לשימור ולעמידה בתקן רעישות אדמה (ת"י 413).

במסגרת התייחסות זו, קבע המומחה נכונה ובהתאם לעמדת הוועדה המקומית, כי אין מקום לכלול עלות עודפת של החיזוק עצמו במבנה לשימור לעומת מבנה שאינו לשימור, הואיל ועלויות ביצוע החיזוק בפני עצמן אינן גבוהות יותר. יחד עם זאת, ובניגוד לסמכות אשר ניתנה לו על ידי ועדת הערר הנכבדה, קבע המומחה בהמשך הסעיף הנ"ל, כי יש לכלול כעלות עודפת את הפסד השטח המתקבל מחיזוק חיצוני בקומות חדשות במבנה, הואיל ושטח זה מהווה פעמים רבות מימון להוצאות החיזוק המתחייבות ע"פ תקן רעידות אדמה. את השטח האמור קבע המומחה בסך של 15.38 מ"ר לכל קומה חדשה נוספת, אשר לעמדתו יש לכלול כהפסד עקב הכללת המבנה לשימור."

109. הוועדה המקומית כאמור התנגדה לעצם העלאת הטענה:

15. ראשית, יובהר ויודגש כי המדובר בטענה אשר כלל לא נטענה, לא נתבעה ובוודאי שלא כומתה ובוססה על ידי העוררים במסגרת תביעותיהם וכמובן שלא חושבה כחלק מהפגיעה בחו"ד שמאי מקרקעין, וזאת כאל נטל ההוכחה בתביעות ירידת ערך לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה – 1965 (להלן: "החוק") חל על כתפיהם. משלא נטענה טענה זו ובוודאי שלא הוכחה כנדרש, הרי שקביעתו זו של המומחה (המוכחשת כמפורט לעיל) כלל אינה רלוונטית לענייננו, ויש לדחות את קביעתו בעניין זה על הסף.

16. שנית יובהר, כי הקביעה האמורה אינה רלוונטית לבחינה אותה נדרש המומחה לבחון בהתאם להחלטת ועדת הערר הנכבדה, והיא בחינת העלויות העודפות של מבנה לשימור לעומת מבנה שאינו לשימור. ברי, כי אין בהיקף השטח של קומה חדשה אשר לטענתו (השגויה כפי שיפורט להלן) של המומחה הינו נמוך יותר במבנים לשימור לאור שיטת החיזוק, כדי להשליך על עלויות ביצוע שימור וחיזוק במבנה לשימור לעומת עלויות ביצוע שיפוץ וחיזוק במבנה שאינו לשימור."

110. גם כאן ראוי היה לה לוועדה המקומית להתייחס לגופם של דברים ולא להעלות טענות של "דחייה על הסף", שכן ככל שמסקנת המומחה נכונה האם מבקשת המשיבה לגבות היטל השבחה על שטח אותו מפסיד בעל מקרקעין בשל דרישה שחיזוק המבנה יהיה פנימי?

111. לגופם של דברים התייחסה הוועדה המקומית:

17. מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל ולמעלה מן הנדרש, יש לדחות קביעה זו גם לגופם של דברים, שכן תכנית השימור אינה פוגעת בזכויות בניה מוקנות מכוחן של תכניות מאושרות. דהיינו, ככל וקיימות במבנה לשימור זכויות בלתי מנוצלות מכוחן של תכניות מאושרות, הרי שניתן לנצל את מלוא הזכויות הללו, וזאת ללא כל קשר לשיטת החיזוק.

נדגיש, כי שיטת חיזוק כזו או אחרת אינה מייצרת זכויות בנייה יש מאין. קרי, זכויות בניה מוקנות למקרקעין מכוחן של תכניות מאושרות, וחיזוק המבנה בעת תוספת בניה, בהתאם לתקן 413, אין בו כדי להביא לניצול זכויות בניה אשר אינן מוקנות למקרקעין.

לפיכך, שטח הקומות החדשות במבנים שהוקמו בחיזוק חיצוני, מחושב במסגרת שטחי הבניה המותרים על פי התכנית המאושרות ובהתאם לתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בנייה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב – 1992.

18. לאמור, יש לדחות מכל וכל את קביעתו השגויה של המומחה בעניין הפסד שטח בקומה חדשה נוספת הנובע משיטת החיזוק במבנים לשימור. המדובר בטעות בסיסית ומהותית של המומחה, אותה יש לדחות מכל וכל.

19. מהאמור עולה, כי יש לדחות מכל וכל את קביעתו של המומחה בעניין הפסד שטח קומה חדשה נוספת והבאתו בחשבון במסגרת העלות העודפת לשימור ושיפוץ מבנה לשימור לעומת העלות לחיזוק ושיפוץ מבנה שאינו לשימור.

112. טענת הועדה המקומית מוטעית שכן קביעת המומחה לא מדברת על אובדן זכויות בניה, אלא על ניצול השטח לדרישות החיזוק, שמצמצם את ניצול השטח לשימושים אחרים ומשום כך צדק המוחה בקביעתו זו.

113. מעבר לאמור לעיל עיון בהשגות הצדדים מלמד שהמשיגים ביקשו להיתלות במקרה הפרטני ולהשליך ממנו על כלל המקרים, אלא שבכך הם נפלו לכלל טעות. העלויות העודפות לא נבחנות לפי העלויות שהוצאו בפועל אלא לפי העלויות העודפות שקונה מרצון מביא בחשבון בעת קביעת שווי המקרקעין, לפיכך עלויות אלו הן על דרך הרוב. **בעניין מקנוז הסברנו זאת בהקשר של הפחתת תשלומי איזון כך:**

”נדמה אפוא שיש להבהיר ולחדד את הכרעת ועדת הערר ואולי לכך התכוונה המשיבה. את תשלומי האיזון העתידיים יש לקחת בחשבון ככל שיש בהם כדי להשפיע על שווי שוק. בדוגמה שהביאה ועדת הערר בעניין קרוק אין מחלוקת שדירת הגג בבניין א' שווי השוק שלה גבוה מדירת הגג בבניין ב', כמו

שברור שהיקף המושע משפיע על שווי שוק. במילים אחרות, קונה מרצון שיודע שהוא נדרש לשלם תשלומי איזון לשכנו, ייקח זאת בחשבון כשיציע את הצעת המחיר למקרקעין. כמו שקונה מרצון שיקנה מקרקעין שתנאי לפיתוחם זו מטלה ציבורית כלשהי, ייקח זאת בחשבון. ...

ודוק, השימוש במונח "תשלומי איזון" יש בו אולי כדי להטעות, שכן אין הכוונה לתשלום בפועל של תשלומי האיזון העתידיים אלא על הצפי, שיכול ויתבטא בשווי השוק, של אפשרות שישולמו תשלומי איזון שישפיעו על שווי השוק במועד הקובע. במובן זה אולי נכון יותר להשתמש במונח "הפחתה" משווים המלא של המקרקעין כזמינים לבניה בשל העובדה שקיימת מורכבות במימושם".

114. בנוסף לאמור, מצאנו לנכון לתקן טעות סופר בתחשיב שפורטה בהשגת עו"ד מיטל טויסטר:

"I טעות סופר בתחשיב אומדן העלות העודפת

1. כפי שפורט בסעיף 3.2.2.1 לחוות דעת המומחה, המומחה מצא לנכון לקבל את המחירים אשר נקבעו בדו"ח רוטלוי משנת 2002 וזאת למעט לעניין פרק 6 (נגרות), פרק 9 (טיח) ופרק 11 (צביעה).
2. בהתאם לאמור, במסגרת סיכום אומדן העלויות העודפות (סעיף 6 לחוות הדעת, טבלה מס' 11), חושו המחירים שנקבעו בדו"ח רוטלוי משנת 2002 לעניין כל הסוגיות, למעט נגרות, טיח וצביעה. אלא שהמחירים האמורים צוינו בתחשיב שערך המומחה לפי ערכיהם לשנת 2002, כמופי בדו"ח רוטלוי, ללא התאמת מחירים אלה לשנת 2008, היא המועד הקובע לעניינה של תכנית השימור.
3. כפי שציין המומחה עצמו בחוות דעתו, במסגרת קביעת "מקדם 900" בתכנית השימור, הוסף מקדם של 47% לאומדן המחירים למבנה בסגנון בינלאומי, ומקדם של 39% לאומדן המחירים למבנה בסגנון אקלקטי, וזאת על מנת לגלם את התייקרות המחירים בין 2002 ל-2008 (ראו סעיף 3.1 לחוות הדעת אחרי טבלה 1).
4. בנסיבות אלו, לא יכול להיות ספק כי לצורך קביעת עלות השימור העודפת, יש להוסיף לעלויות הקבועות בדו"ח רוטלוי את המקדם המשקף את התייקרות המחירים משנת 2002

לשנת 2008, כפי שנעשה בתכנית השימור עצמה, ונראה כי מקדם זה לא הוסף בשוגג.

5. כפי שעולה מתחשיב שנערך על ידי שמאי המקרקעין אלי יהל, תיקון הטעות האמורה יביא לתוספת של 102.13 ₪ לעלויות השימור העודפות במבנה בינלאומי, ולתוספת של 34.66 ₪ לעלויות השימור העודפות במבנה אקלקטי."

115. יחד עם זאת מצאנו לנכון לדחות טענה אחרת של הנישומים, שהועלתה בהתייחסותה של עו"ד טויסטר, לפיה יש לקחת בחשבון את עלות האחזקה השוטפת:

III עלויות עודפות בגין תחזוקה שוטפת

12. בסעיף 4.6 לחוות דעתו קבע המומחה כי אין להביא בחשבון עלויות השימור העודפות, את העלות הנובעת מהצורך בתחזוקת מבנים לשימור, וזאת בין היתר מאחר שלשיטת המומחה, "עבודות התחזוקה הנ"ל אינן עבודות המחויבות על ידי העירייה, ועל כן קיים קושי לכלול אותם כהוצאה הנובעת מהכללת המבנים בתכנית השימור".

13. בקביעתו האמורה של המומחה נפלה שגגה.

14. בסעיף 10.3.3. לתכנית השימור נקבע כדלקמן:

"א. מבנה לשימור יתחזק על פי התוספת הרביעית לחוק ועל פי כל דין לרבות הוראות תכנית זו על כל נספחיה.
ב. עבודות לאחזקתו של מבנה לשימור יעשו בהתאם למפורט בנספח ג".

15. בנספח ג' לתכנית השימור נקבע בסעיף 2 כדלקמן:

2. עבודות הנדרשות לאחזקת מבנה לשימור

2.1 מהנדס העיר יהיה רשאי להורות, על ידי משלוח הודעות בכתב לבעל נכס, לבצע פעולות אחזקה במבנה בתוך תקופה שתקבע לכך.

2.2 העבודות שיידרשו לשם אחזקה של מבנה לשימור יכללו, בין היתר, עבודות להבטחת יציבותו ההנדסית של המבנה ומניעת הידרדרות במצבו, עבודות המיועדות להגן על מבנה מפני נזקי טבעי 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, סיוד, טיפול בחצר המבנה והאלמנטים הבנויים המצויים בה ועוד, הכל למעט עבודות

בתוך הדירות. עבודות כאמור יהיו ע"פ הנחיות היחידה לשימור וכפוף להוראות התכנית ונספחיה."

16. זאת ועוד, גם במסגרת "מסמך נלווה לתכנית השימור 2650ב' - הנחיות לשיקום מבנים ואתרים לשימור בתל אביב - יפו", נקבע בסעיף 1 כי "אחת לחמש שנים יש לבצע בדק בית שיכלול בעיקר טיפול בסדקים, איתור נזילות מים, איטום הגג, תיקוני טיח וצביעה", וזאת "אך ורק לאחר תירום מראש עם צוות השימור ובכפוף להיתרים על פי הנדרש".

17. הנה כי כן, ברור כי שגה המומחה בקביעתו כי עבודות התחזוקה אינן נובעות מתכנית השימור או כי אלה אינן מחויבות על ידי העירייה. לאור הסעיפים שפורטו לעיל, אין כל ספק כי עלויות התחזוקה הינן חלק מעלויות השימור, הנובעות באופן ישיר מתכנית השימור, ולכן היה מקום להביאן בחשבון במסגרת חוות הדעת."

116. טענה זו נדחתה על ידי המומחה ואנו מאמצים את חוות דעתו בעניין זה :

"4.6 עלויות עודפות בעבודות תחזוקה שוטפות (צבע, חלונות ותריסים, הזרקות לטיח)

העוררים העלו טענה בדבר העלות העודפת בתחזוקת מבנים לשימור - תחזוקת הצבכ, החלונות, התריסים וביצוע הזרקות לשימור הטיח.

איני רואה בהוצאה זו הוצאה עודפת ישירה כחלק משימור המבנה, שכן מצבו של המבנה משתנה בהתאם לאיכות הביצוע, ופעמים רבות עבודה במבנים לשימור המתבצעת בפיקוח נאות שומרת על מצבו הפיזי של המבנה.

במקרים רבים הטכנולוגיה העתיקה מונעת ופותרת בעיות תחזוקתיות - לדוגמא - טיח שימורי ע"ב סיד מאפשר לאדי מים שנכלאו תחת הטיח לצאת, ובכך עדיף במובן זה על צמנטי בו המים נכלאים ועשויים לגרום לרטיבות בפנים המבנה.

הנסיון מראה כי חלונות עץ ככלל אינם דורשים החלפה בתדירות גבוה יותר מחלונות אלומיניום. חלונות מראשית המאה ה-20 אשר יוצרו והתקנו בצורה נאותה נמצאים היום בשימוש ולעיתים רחוקות דורשים החלפה.

בנוסף, הבלאי המדובר הינו אסתטי ולא תפקודי. יש לזכור כי חזות המבנה המשומר בצורה איכותית מאופיינת בגילוי "שינויי הזמן", ולא בחזות של מבנה חדש.

**זאת ועוד, עבודות התחזוקה הנ"ל אינן עבודות המחוייבת ע"י
העיריה, ועל כן קיים קושי לכלול אותן כהוצאה הנובעת
מהכללת המבנים בתכנית השימור."**

117. גם אם נקבל את טענת הנישומים שבניין לשימור נדרש לתחזוקה שוטפת עודפת אל מול בניין רגיל מדובר להכרעתנו באותן עלויות שאינן רלוונטיות להיטל השבחה; נפרט.

118. אומדן עליית שווי המקרקעין מבוצע על בסיס ההפרש שבין ערכם בשוק החופשי עובר לאירוע המשביח לבין ערכם בשוק החופשי מיד לאחריו. ערך זה נקבע "לפי מבחן אוניברסלי המניח שוק משוכלל שבו קונה סביר מוכן לשלם בעד המקרקעין תמורה המשקפת את ערכם האובייקטיבי באותה עת... ודוק: סעיף 4(7) לתוספת השלישית קובע כי נקודת הייחוס לבחינת שווי המקרקעין 'במצב החדש' היא ערכם של המקרקעין בשוק החופשי בעת הרלוונטית. זהו נתון אובייקטיבי השאוב אך מהתכונות הקרקעיות ומגורמים שיש בהם כדי להשפיע על המחיר שקונה סביר יהיה מוכן לשלם בעד המקרקעין בשוק החופשי... ערכם של מקרקעין נגזר, אפוא, משווי השוק שלהם ובנתון לאמת מידה אובייקטיבית בתוך השוק החופשי בנקודת זמן ספציפית 'ובהתחשב בשימוש הטוב והיעיל ביותר בנכס'" (סעיף 16 לפסק הדין ברע"א 147/14 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' אברמוביץ (פורסם בנבו, 31.12.2014) (להלן: "עניין אברמוביץ"). בבר"ם 7255/17 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' אורלי בורנשטיין (פורסם בנבו, 22.3.2021) הודגש כי העלויות שיש לקזז בקביעת שווי מצב חדש הן אותן עלויות הנדרשת להוצאת התכנית מהכח לפועל ולכן עלויות לקידום התכנית ועלויות לאחר היתר הבניה אין לקחת בחשבון.

119. אשר לטענה שקונה מרצון יקח זאת בחשבון ולכן שווי השוק יגלם זאת הרי שעניין התחזוקה השוטפת יכול להגיע גם מהוראות אחרות כגון מכוח חוק עזר לתל אביב-יפו (שמירה ושיפוץ חזיתות בתים), התשע"א-2011 הקובע בסעיף 2 "בעל בית חייב לשמור על מראה תקין של חזיתות הבית ולצורך כך יעשה את עבודות השיפוץ הדרשות על מנת למנוע את התבלותה והזנחתה של חזית הבית...". ולכן על אף היותן משפיעות על שווי השוק (דבר שכאמור בהתאם לחוות דעת המומחה כלל לא הוכח) אין בהן כדי להשפיע על ערכם של המקרקעין לצורך היטל השבחה. בהתאם לאמור אנו דוחים את השגת העוררים בהקשר זה.

בניינים לשימור מחמיר

120. כאמור, המבנים לשימור נחלקים לשתי קבוצות: מבנים שהוכרזו לשימור רגיל ומבנים שהוכרזו כמבנים לשימור עם הגבלות מחמירות. מרבית המבנים בתכנית הם מבנים לשימור רגיל, אלה נהנים מהאפשרות למיצוי כל זכויות הבניה הקיימות במגרש. הוראת סעיף 10.5.1 לתקנון התכנית קובעת, כי "במבנים לשימור ללא הגבלות מחמירות יותר מימוש זכויות הבניה מתוקף התכניות התקפות במגרש". במבנים שהם מבנים לשימור במגבלות מחמירות – בשל ערכו של המבנה ובשל מגבלות השימור – נקבע כי לא

ניתן למצות את זכויות הבניה התקפות במגרש. על כן, וכדי להתגבר על הפגיעה, נקבע כי הזכויות התקפות ינוידו למגרשים חלופיים. בנוסף ינוידו זכויות על פי התמריצים שמקנה התכנית למבנים אלה, כמפורט לעיל (למשל תמריץ הפרש עלויות שיפוץ, תמריץ בשל הצורך בהכנת תכנית מפורטת, תמריץ לעניין מרתפים שלא מומשו). מנגנון זה נועד לפצות על הפגיעה במבנים לשימור מחמיר הן מאובדן זכויות הבניה התקפות והן מעלויות השיפוץ (שאלת הפגיעה תיבחן, כאמור, בהחלטה מקבילה). כדי שהזכויות לא ינוידו מבלי שמבוצע השימור, קובעת התכנית בסעיף 10.7(ב) כי ניתן להתנות את העברת הזכויות בביצוע השימור ובהבטחת מקורות המימון. הוועדה אף רשאית להתנות את אכלוס המגרש המקבל בביצוע בפועל של הוראות השימור. העברת הזכויות למגרש המכונה בתכנית "מגרש מקבל" (סעיף 10.7 לתקנון) תעשה באמצעות תכנית בסמכות ועדה מקומית הקובעת את שינוי חלקות אחוזי הבניה המותרים לפי סעיף 62א(א)(6) לחוק התכנון והבניה. נגד מנגנון זה הועלו טענות שונות. ועדת משנה לעררים בהחלטתה אמרה:

"לטעמנו, מנגנון ניוד הזכויות הוא ראוי. הוא מבטיח את מימוש הזכויות התקפות במבנה ומתמרץ את ביצוע התהליך. זהו פתרון חדשני יחסית המשלב בין האינטרסים המתנגדים: אינטרס הכלל בביצוע השימור מחד גיסא וזכותו של הפרט למצות את זכויות הבניה במבנה, מאידך." (סעיף 79 להחלטת ועדת המשנה)

121. התמריצים המדוברים הן זכויות בנייה אשר מוענקות בתור החזר ערך עבור ההשקעה בשימור המבנה. במבנים לשימור רגיל, התכנית מאפשרת ליזם לממש את זכויות הבניה הנוספות במבנה עצמו, בכפוף לאישורים שתפקידם לדאוג כי אופי וקווי המתאר הייחודיים של המבנה נשמרים. במבנים הנמצאים תחת הקטגוריה "שימור בהגבלות מחמירות", לא ניתן לממש את זכויות הבניה הנותרות במבנה עצמו - והתכנית מעודדת את ביצוע השימור במבנים אלה באמצעות העברה של זכויות בנייה "מגרשים מוסרים" אל מגרשים אחרים בתחום התכנית המוגדרים כ"מגרשים מקבלים". נוסף על כך, כוללת התכנית הגדרות ותנאי סף למגרשים בעיר, שאליהם ניתן יהיה להעביר זכויות בנייה. כאמור, העברת הזכויות מתבצעת באמצעות תכנית בניין בסמכות ועדה מקומית. תנאי עיקרי להעברת זכויות בנייה הוא התחייבות הבעלים לביצוע השיפוץ בהתאם להוראות מחלקת השימור.

122. הוראות תכנית השימור מגדירות את היקף זכויות הבניה שאפשר להעביר ממבנים עם הגבלות מחמירות ל"מגרשים מקבלים". היקף זכויות הבניה נקבע על פי חישוב יתרת זכויות הבניה הלא מנוצלות במגרש בתוספת תמריצים. מנגנון זכויות הבניה להעברה מהווה למעשה חלופה למימוש הזכויות וכן כדי לעודד שימור המבנה באמצעות הבטחת מימון. כדי למנוע פגיעה באזורים מקבלי הזכויות, קובעת התכנית היקף מקסימלי לתוספות בנייה שאפשר להוסיף באמצעות העברת זכויות וכן את הגובה המקסימלי שיותר באזורים השונים בעיר. כמו כן, התכנית קובעת שתוספת הזכויות לא

תפגע בעיצוב הרחוב והסביבה של המגרש המקבל ולא תהווה מטרד לדיירי הסביבה. המגבלות התכנוניות על המגרשים המקבלים נקבעו במטרה להבטיח שתכנית השימור לא תגרום ליצירת מטרדים או נזקים תכנוניים במקום אחר בעיר.

123. התכנית עצמה הבינה את מורכבות המנגנון ואי הודאות הרבה ביחס אליו ולפיכך קבעה כי במקרים בהם בעלי המבנים בהגבלות מחמירות לא מצליחים לבצע התקשרות ישירה מול גורם פרטי או במקרים שאין התאמה בין מגרשים ניתן יהיה להתקשר עם הוועדה המקומית בהסכם להבטחת מימון השימור ולהעברת זכויות הבנייה בעתיד.

124. תכנית השימור מהווה תוצר תכנוני חדש המשקף את רוח העיתים את רוח הזמן Zeitgeist הרואה בשימור ערך תרבותי, היסטורי ואדריכל היוצר סביבה עשירה המחזקת את הזהות המקומית (להרחבה על הרעיון הערכי בבסיס השימור ראו אמנון בר אור **זמן שימור** (בבל, 2013) וכן ראו הרחבה בהחלטה בעררי ירידת ערך היוצאת במקביל להחלטה זו). כפי שאנו רואים מדובר בתכניות מורכבות, ודאי ביחס לשימור המחמיר, שאי הודאות ביחס אליה במועד הקובע רבה מאוד. הוראות רבות בתכנית, ביחס לשימור מחמיר, יוצרות אי ודאות במועד הקובע לעניין הקף הזכויות הניתנות ביחס לבניינים לשימור מחמיר, נדמה כי במועד הקובע הדבר היחיד הוודאי, בבניינים לשימור מחמיר, הינו מה התכנית לא מאפשרת ולא מה התכנית מאפשרת ומעניקה:

”10.5.2 מימוש זכויות בנייה במבנים לשימור עם הגבלות

מחמירות

א. זכויות הבניה במבנים לשימור עם הגבלות מחמירות תהיינה ע”פ התכניות התקפות, בתוספת התמריצים המפורטים בנספח ה’, ומימושן יותנה באמור להלן.

ב. הוראות הבניה לגבי גובה קווי בניין, צפיפויות ושימוש יהיו בהתאם למפורט בסעיף 10.5.1ב’.

ג. על אף האמור לעיל, במבנים אלו לא תותר כל תוספת בניה בתחום המגרש, אלא אם הותר כך בנספח א’ (רשימת המבנים לשימור), בהיקף ובתנאים המפורטים בו. תותר העברת זכויות הבניה שלא ניתן לממשן בתחום המגרש האמור למגרש אחר כמפורט בסעיף 10.7.

ד. באם נדרש הדבר לשם תפקודו ושיקומו של המבנה, הוועדה המקומית רשאית להתיר בהמלצת יחידת השימור את העבודות הבאות:

1. שינויים פנימיים שאינם פוגעים בערכים ייחודיים בתוך המבנה. סעיף זה לא יחול על כל שינויים פנימיים בתוך הדירות שאינם משפיעים על חיצוניות המבנה או על מבנהו ההנדסי, שלגביהם יחולו הוראות כל דין, הכל בכפוף לנספח ג’.

2. על אף האמור בסעיף ג', בניה מתחת לפני הקרקע ובתוך שטח המעטפת כאמור בנספח ד', באמצעים שיבטיחו את שלמות המבנה על מרכיביו וכן שיחזור פני הקרקע ע"פ מצבם המקורי.

3. שינויים החיוניים להמשך תפקוד המבנה, כגון: בניית מעלית, סגירת מרפסות בחזית האחורית והתקנת מקומות חניה ובתנאי שאין בשינויים אלה כדי לפגוע בשימור המבנה.

4. יחידת השימור תקבע את אופן מימוש זכויות הבניה שהותרו למימוש מכח תכנית זו ותהיה רשאית להתנות תנאים לביצוע העבודות, וכן לחייב ביצוע עבודות נוספות הנדרשות לשיקומו ולאחזקתו של המבנה לשימור כמפורט בנספח ג', ובקובץ ההנחיות לשיקום מבנים.

...

10.7.1 חישוב שטחי בניה להעברה ממבנה לשימור אל מגרש מקבל.

א. העברת זכויות הבניה ממבנה לשימור תכלול את יתרת השטחים מכח התכניות התקפות שלא נוצלו במגרש המבנה לשימור וכן תמריצים לביצוען של עבודות השימור, הכל ע"פ נספח ה'.

ב. הוועדה המקומית רשאית, בהמלצת מהנדס העיר, שלא להתיר העברת זכויות למגרש מקבל מסוים או להגביל את הזכויות המועברות אליו, אם נוכחה כי התוספת למגרש מקבל עלולה לפגוע בעיצוב הרחוב והסביבה של אותו מגרש או להוות מטרד לדיירי הסביבה.

10.7.2 תנאים בתהליך אישור של תכנית מפורטת להעברת זכויות בניה ולמימושה.

א. תנאים להפקדת תכנית מפורטת

הוועדה המקומית תהיה רשאית להתנות הפקדת תכנית מפורטת להעברת זכויות בניה ממבנה לשימור במתן כתב שיפוי כנגד תביעות פיצויים.

ב. תנאים למתן תוקף לתכנית מפורטת

הוועדה המקומית תהיה רשאית להתנות מתן תוקף לתכנית מפורטת להעברת זכויות בניה ממבנה לשימור: (1) בהבטחת ביצוע הוראות השימור ו(2) בהבטחת מקורות המימון לביצוען בהיקף שווי זכויות הבניה המועברות, הכל לשביעות רצון מהנדס העיר.

ג. תנאים לאיכלוס מגרש מקבל

הוועדה המקומית תהיה רשאית להתנות היתר לאכלוס המבנה במגרש המקבל בביצוע בפועל של הוראות השימור במבנה לשימור, או בערובות להשלמת ההוראות ע"פ דרישות מהנדס העיר, הכל במידה שקיימת זיקה בין הנכסים מכח תכנית או מכח הסכם בין בעלי הזכויות בהם.

...

3. שמירה על שווי הזכויות להעברה

השתכנעה הוועדה המקומית שלא ניתן היה לממש את העברת הזכויות בתוך 4 שנים מיום אישור התכנית, יוגדל היקף יתרת השטחים להעברה בשיעור של עד 5% לשנה מתחילת השנה החמישית ועד תום השנה העשירית מיום אישור התכנית".

(ההדגשות שלי – ב' ז')

125. למעשה בעל המקרקעין במועד אישורה של התכנית יודע שאסור לו לבצע שינוי כלשהו במבנה. כמו כן הוא יודע שישנו אינטרס לרשות שהבניין ישומר ולשם כך הרשות תעניק לו בעתיד פיצוי בדמות "ניוד זכויות" לביצוע השימור. אלא שבמועד הקובע הדבר הודאי היחיד הוא מנגנון "ניוד תמורת שימור"; כמה זכויות יידרשו לשם כך, מי יקנה ומי יקבל, כל אלה לא ודאים במועד הקובע. כפי שכותב השמאי רן ורניק ("ניוד זכויות בנייה במסגרת שימור מבנים" מקרקעין זב (2008) 22)) מדובר למעשה ב"יצירת" זכויות בניה לצורך כלכלי". השימוש בפרקטיקה הזו נעשה בשנים האחרונות; כך לדוגמא במסגרת תמ"א 38 וכך לדוגמא במסגרת תקן 21 "בדבר פירוט מזערי נדרש בשומות מקרקעין המבוצעות לצורך בדיקה שמאית כלכלית לתכנית פינוי-בינוי". בכל אותן מקרים קבעה הפסיקה שרק סיום הליך הרישוי יוצר מסוימות לזכויות. בלשון אחר, זכויות הניוד כפופות להליך תכנוני נוסף ועל כן נעדרות מסוימות במועד הקובע לתכנית השימור. לאחרונה התייחס בית המשפט ליישומן של ההסדר הסטטוטורי בתחום של היטל השבחה על מודלים תכנוניים, שככל הנראה לא עמדו לנגד עיניו של המחוקק בעת שנחקק ההסדר בתחום זה, בפסד הדין בבר"מ 168/20 איילה ברקול נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חולון (פורסם בנבו, 15.2.2020) הסביר בית המשפט את ההבדל בין ההגדרות והאבחנות השונות בפסקה:

11. זכויות מותנות וזכויות "מעין-מוקנות" – לעתים, תכניות מתאר מקנות זכויות שהענקתן מותנית בקבלת החלטה עתידית המורה על כך. על רקע זה, עולה התהייה מה דינן של זכויות אלו לאחר אישורן בפועל, לצורך החיוב בהיטל השבחה?

12. שאלה זו נדונה בעניין רון, שבו קבע השופט י' עמית כי יש להבחין בין תכניות שכוללות זכויות הכפופות

להליכי הקלה, לבין תכניות המעגנות זכויות שאישורן העתידי אינו מחייב קבלת הקלה. בהמשך לכך, הוא הדגיש כי בעוד שבתכניות מהסוג הראשון מדובר ב"זכויות שאינן מובטחות, מאחר שההקלה עשויה להיתקל בהתנגדויות שתתקבלנה, כך שאין מדובר ב'גשר ברזל' המוליך אל הזכויות", הרי שבמקרה של תכניות מהסוג השני "הפטור מהליכי הקלה לגבי הזכויות המותנות הופך אותן למעין-מוקנות" (ההדגשות הוספו – ד' ב' א', שם, בפסקה 34). השופט עמית הוסיף וקבע כי בעת שעסקינן בזכויות מותנות מעין-מוקנות, יש להתייחס להטמעת הזכויות בתוכנית המתאר ולאישורן הסופי כאל אירוע השבחה אחד, וכי בהתאם לכך המועד הקובע לחישוב ההיטל חל רק עם אישורה של תכנית המתאר (דהיינו אין לראות בהחלטת הוועדה המקומית לאישור הזכויות כיוצרת אירוע מס נוסף).

...

14. מאז ניתנה ההלכה בעניין רון, השאלה הנדונה התחדדה במקרים נוספים שבהם ארעה השבחה במקרקעין על רקע אירועים תכנוניים מאוחרים לאישור התכנית. כך אירע, בין היתר, בבר"ם 2866/14 גוזלן נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה [פורסם בנבו] (7.12.2014) (להלן: עניין גוזלן). מקרה זה נסב על מצב שבו תכנית מאוחרת הסמיכה את הוועדה המקומית להעניק הקלה שעניינה הגדלת זכויות לבניית מרתפים, שנקבעו קודם לכן בתכנית קודמת. על רקע זה, עלתה השאלה מהו אירוע המס שחולל את השבחה שבאה לידי ביטוי בהרחבת המרתף. באותו מקרה הובהר כי העיקרון שנקבע בעניין רון חל רק במקרים של זכויות מעין-מוקנות שניתנות ליחוס כבר לתכנית עצמה. בעניין גוזלן התכנית המאוחרת לא הבטיחה את תוספת אחוזי הבניה (שכן הדבר היה כפוף לקבלת הקלה הכרוכה בהפעלתו של שיקול דעת על-ידי רשויות התכנון). על כן, נקבע כי אירוע המס השתכלל רק עם מתן ההקלה (ובהתאם למועד זה אף יש לערוך את השומה).

15. זכויות "ערטילאיות" – מצב דברים אחר שנדון בפסיקה הוא זה שבו התכנית קובעת בכלליות כי אפשר להורות על שימוש מיוחד בתחום שבו היא חלה, אך קביעת המיקום המדויק של אותו שימוש מיוחד מותנית בקבלת החלטה קונקרטי של גוף תכנוני. ברע"א 384/99 מועש בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה טבריה [פורסם בנבו] (19.10.1999) קבע בית משפט זה כי אישור תכנית מתאר ארצית – שלכאורה אינו מהווה אירוע השבחה בהתאם לחלופות הקבועות בתוספת השלישית לחוק – עשוי להוביל לשינויה של תכנית מתאר מקומית, ולפיכך להקים בסיס עצמאי לחיוב בהיטל השבחה....

16. בפסק הדין צוין כי במקרה של "תכנית מתאר ארצית המתירה שימוש, ייעוד או הקלה, שאינם קונקרטיים למקרקעין מסוימים, ואשר מותירה את שיקול הדעת למוסד התכנון המקומי... אין למבקש ההיתר זכות מוקנית", לקבלת היתר בניה, כך שרק עם אישור הבקשה להיתר בניה, נצמחת ההשבחה" (שם, בפסקה 16). בהתאם, נקבע כי בנסיבות אלו "מועד אירוע המס, המועד הקובע לשומת היטל השבחה, הינו המועד שבו זכתה תכנית המתאר הארצית הכללית למימוש קונקרטי במקרקעין ספציפיים" (שם, בפסקה 17)...

17. אם כן, עניין אופל קרדן הדגיש את המועד שבו מתרחשת קונקרטיזציה של הסדרה כללית שנקבעה בתכנית ארצית, באופן שמאפשר את יישומן של זכויות שקודם לכן היו "ערטילאיות". כל זאת, על יסוד פרשנות תכליתית של הסוגיה, והגם שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם פרשנותם הלשונית הפשוטה של ההסדרים הקבועים בחוק לעניין המועד הקבוע.

18. זכויות התלויות במצב עובדתי מסוים – עוד מצב שנדון בפסיקה נסב על מקרים שבהם פעולה חיצונית לרשויות התכנון יכולה להוליד זכויות בניה נוספות. כך, בבר"ם 2090/16 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' אקרו בע"מ [פורסם בנבו] (15.3.2018) (להלן: עניין אקרו) נדון מקרה שבו בעל מקרקעין קיבל מוועדה מקומית לתכנון ובניה אישור לאיחוד של שתי חלקות שבבעלותו,

ואיחוד זה הניב לו זכויות בניה נוספות בהתאם להוראותיה של תכנית מתאר שהעניקה אחוזי בניה מוגדלים לחלקות גדולות. השאלה שהתעוררה היא האם החיוב בהיטל השבחה הוא אך בגין הפוטנציאל המשביח שהיה קיים מלכתחילה בתכנית המתאר, או שמא יש להטיל חיוב נוסף בגין ההשבחה הכלכלית שנוצרה עם איחוד החלקות. הדעות בפסק הדין נחלקו. דעת הרוב (מפי השופט מ' מזוז שאליו הצטרפה הנשיאה א' חיות) סברה כי אין מקום להטיל חיוב נוסף בגין איחוד החלקות, מאחר שאין מדובר בהשבחה הנובעת במישרין מתכנית, בהתאם לחלופות המעוגנות בתוספת השלישית לחוק. לעומת זאת, סברתי אני בדעת מיעוט כי במקרים שבהם ניתן לראות בבירור כי המקור להשבחה איננו איחוד החלקות כי אם התכנית שמצויה ברקעו – ניתן לחייב בגינו בהיטל השבחה".

126. נדמה כי במקרה של ניווד זכויות בתכנית השימור התאריך הקובע הינו המועד שבו מתרחשת קונקרטיזציה של ההסדרה הכללית שנקבעה בתכנית, באופן שמאפשר את יישומן של זכויות שקודם לכן היו "ערטילאיות". בערר (ירושלים) 403/17 אהרון ברק ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 5.9.2022) (להלן: "ערר רחביה") הסבירה ועדת הערר את ההבדל בין תכנית מפורטת המעניקה זכויות מוקנות לתכנית המעניקה זכויות ערטילאיות "צפות" בכך ש"תכנית מפורטת הינה תכנית שמי שיפתח אותה יוכל להבין מה הבינוי המתוכנן בודאות מלאה, ומכאן, שככל שתכנית מעניקה למוסד התכנון שיקול דעת רחב יותר, כך שיקול הדעת של מוסד תכנון לעת מתן היתר הבניה יהיה רחב יותר. בהקשר זה המונח "זכויות צפות" משקף תכנית שטרם הגיעה לבשלות של תכנית מפורטת על אף הגדרתה ככזו". מעבר לאי הודאות בהוראות התכנית, מהות הליך הניוד הינה פיצוי בגין "עלויות השימור", שכאמור הינן גבוהות משמעותית מכפי שקבעה תכנית השימור. בעל מקרקעין יודע במועד הקובע כי הוא יקבל זכויות שוות ערך לעלויות בתוספת רווח יזמי סביר, הא ותו לא. בהקשר זה מנגנוני הפיצוי בתכנית נועדו לממן את עלות השימור. כך "מקדם 900" הינו תמריץ המחשב את העלויות העודפות של השימור (שטח המתקבל מחישוב מכפלת שטח מעטפת המבנה לשימור במקדם 900 שם במקרה של בניין בסגנון הבין-לאומי ו-990 במקרה של מבנה אקלקטי), וחלוקת התוצאה בשווי קרקע כמוגדר בתכנית זו. כך ניתן תמריץ שמוסיף שטח עיקרי על פי המתקבל מחלוקת 47,600 שם בשווי קרקע כמוגדר בתכנית. וכך גם תמריץ לעניין הצורך בהכנת תכנית מפורטת, הצורך בהתארגנות בעלים לשם כך, העדר האפשרות להוסיף שטחי שירות בגין שטחים שלא מומשו ותמריץ לעניין מרתפים שאינם ניתנים למימוש במבנה לשימור.

127. לא זו בלבד, חזקת תקינות המעשה המנהלי (ראו: דפנה ברק ארז **משפט מנהלי**: **משפט מנהלי דיוני** (כרך ד, 2017) פרק 32) בהקשר זה משמעותו שהועדה המקומית לא תעניק לבעלים של המקרקעין זכויות יתר, מעבר לזכויות הנדרשות להוצאת שימור המבנה, שסווג כמבנה שימור עם מגבלות מחמירות, מהכח אל הפועל, שכן אחרת חוטאת היא לתפקידה. (ראו בהקשר דומה: ערר (תל אביב) 85001/15 **הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' חברת בן דוד הנדסה ייזום ובנייה בע"מ** (פורסם בנבו, 2.2.2022)).

128. המסקנה הינה, אפוא, כפולה. מעבר לכך שהזכויות שניתנות, באמצעות תכנית ניווד מכח תכנית השימור, ביחס למבנים לשימור מחמיר מתגבשות רק במועד אישורה של תכנית הניוד הרי שקונה מרצון במועד הקובע יודע שמנגנון הניוד יביא אותו לנקודת האיזון, כך שהן עלות שימור המבנה והן הפיצוי בגין הזכויות שיכל לנצל במקרקעין יעשה באמצעות מענק "זכויות" שהוא יוכל לנייד, במובן זה קשה לראות במועד הקובע עליית ערך כלשהי. (כמו שקשה לראות פגיעה, בין היתר, מהשיקולים בסעיף 126)

129. חיזוק להכרעתנו ניתן בהתנהלות הועדה המקומית בחלוף השנים. נספח ה' לתכנית השימור הוא הנספח הקובע את תמריצי הזכויות הניתנות להעברה מכוח תכנית השימור. לאחר רשימת התמריצים השונים של הזכויות הניתנות להעברה, לרבות תמריץ זירוז הליכי התכנון, מופיע סעיף 3 ובו נקבע:

"שמירה על שווי הזכויות להעברה: השתכנה הועדה המקומית שלא ניתן היה לממש את העברת הזכויות בתוך 4 שנים מיום אישור התכנית, יוגדל היקף יתרת השטחים להעברה בשיעור של 5% לשנה מתחילת השנה החמישית ועד תום השנה העשירית מיום אישור התכנית"

130. עיון בפרוטוקולים של הועדה המקומית מלמד שמהותו של סעיף זה הוא מתן תוספת זכויות כשמירה על שווי הזכויות בשל הדחיה במימוש; נפרט.

131. הקושי במימוש הזכויות לניוד בתוך זמן קצר מאישור תכנית השימור, ידוע לוועדה המקומית. קושי זה נובע מהצורך לאתר מגרש מקבל, להשלים הסכמות מסחריות על העברת הזכויות, ולאשר תכנית בסמכות ועדה מקומית לניוד הזכויות, זאת כמובן, בהתעלם משאלות של ריבוי בעלים ועוד. דוגמא להבנה זו של הועדה המקומית בדבר הקושי והימשכות ההליכים לניוד זכויות מצויה בהחלטת ועדת משנה לעררים שעל יד המועצה הארצית ערר (ארצי) 13/20 **הועדה המקומית לתכנון ובניה נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה** (פורסם בנבו, 5.3.2020) ביחס לתכנית תא/4698 שעניינה שימור מבנה ברחוב אינשטיין 69-73 בתל אביב ובמסגרתו כחלק מתמריצי התכנית ניתנו זכויות בנייה לניוד כנגד שימור המבנה. התכנית הופקדה כשהיא כוללת תנאי להוספת סעיף בנוגע להתכלות התכנית בתום 3 שנים עם אפשרות להארכה לעוד 3 שנים. הועדה המקומית טענה כי לנוכח פרק הזמן הנדרש להוציא לפועל תכנית ניווד, אין כל אפשרות מעשית שתוך פרק זמן קצר זה, התכנית תמומש. ועדת הערר אימצה את עמדת הועדה המקומית וביטלה תנאי זה, מפאת חשיבות הדברים נביאם במלואם:

"הוועדה המקומית עוררת לביטול סעיף זה. לדבריה, מדובר בתכנית מורכבת, במבנה שבו 51 בעלי דירות ובהתקשרות נדרשת בין יזם, קבלן ודיירים. מדובר במערכת חוזית מורכבת ועל כן יש לצפות שתהליך הוצאת היתר הבניה יארך זמן. הותרת סעיף ההתכלות על כנו, תעודד את משיכת הזמן, תפגע בתמריץ לשמר את המבנה ותתרום לסיכול השימור.

לעומת העוררת, המשיבות 2-3 מבקשות להותיר את הסעיף על כנו. לדבריהן, הוועדה המקומית עוסקת בתכנית השימור של המבנה משנת 2007 ובמשך 13 שנים. קביעת תוקף של שש שנים (3+3) לתכנית, מייצרת גם כך תקופה ארוכה מידי של הקפאה שבמהלכה נפגעו זכויות הדיירים, שעה שערכן של דירות במבנים סמוכים עלה משמעותית לאורך השנים.

הוועדה המחוזית מסבירה את עמדתה בצורך באיזון. לדבריה, התכנית "מתגלגלת" שנים ארוכות שבהן זכויות הדיירים מוקפאות ולכן, יש לקדמה כעת במהירות. "התחלה" של המהלך יכולה להתבצע לא רק בהיתר לבניה עצמה, ולכן, אין חשש ששש שנים לא יספיקו. עוד השתמע מדברי הוועדה המחוזית, שהיא מצאה קושי בתכנית שמשמרת מבנה אחד בלבד ולא מרקם של מבנים, כך שהגבלתה בזמן נועדה לאזן בין החשיבות שהוועדה המקומית ייחסה לתכנית לבין הקושי המסוים שהוועדה המחוזית מצאה כי טבוע בה.

לאחר שנדרשנו לדברים החלטנו לקבל את הערר בסוגיה זו. נחזור ונבהיר, כי מששמענו את דבריהם המפורטים של נציגי הוועדה המקומית ובייחוד את הסקירה הנרחבת של אדריכל ירמי הופמן, שוכנענו כי מדובר בתכנית ראויה וחשובה המבקשת לשמר, גם אם באופן צנוע באמצעות מבנה אחד, פרק חשוב בתולדות בניין המדינה – תולדות השיכון הציבורי ("שיכון לדוגמא"). על כן, דומה שנקודת האיזון שלנו שונה מזו של הוועדה המחוזית. עוד אנו סבורים כי העוררת, המייחסת לתכנית חשיבות רבה, תפעל ככל שביכולתה לקדמה, ולכן, אין חשש שמא תקפא על שמריה, ובהיעדר סנקציה של פקיעת התכנית לא תעשה כל שלאיל ידה לממשה.

שמענו, ברוב קשב, גם את הדיירות המשיבות 2-3. נתנו דעתנו לטענתן לפיה לאורך שנים רבות, בעוד שערכם של נכסים סמוכים האמיר, ערכו של הנכס שבבעלותן נפגע עד שכיום הן

לא יכולות לרכוש תמורת דירתן נכס אחר. עם זאת, אין בידינו לקבל את טיעונן.

ראשית, אנו מבינים את המורכבות, שעליה עמדה הוועדה המקומית, בהגעה להסכמות בבניין שדייריו רבים ולכן מוצאים קושי בהגבלת תוקפה של התכנית ובסיכולה האפשרי עקב קשיי המימוש. אמנם, לכאורה, החשש ההפוך הוא שמהלכי השימור יתעכבו יתר על המידה וללא הצדקה בהיעדר מנגנון מגביל של פקיעת תוקף, ואולם, להערכתנו, מחלקת השימור של עיריית תל אביב שתלווה את המהלך תעשה כל שביכולתה לקדם את המהלך מפאת חשיבותו.

שנית, לאחר שנים של הליכי תכנון ממושכים, סוף סוף נפל דבר. אמנם תקופת הליכי התכנון יצרה אי וודאות שהכבידה על יכולתם של הדיירים לפעול בקניינם, ואולם, כיום, משהתכנית אושרה ואושר במסגרתה מנגנון שנועד לממן את שימור המבנה, אשר כולל גם מנגנון ניווד הזכויות (בעל שתי חלופות), נוצרה וודאות לדיירים ולסביבה וערכן של הדירות, גם אם נפגע בשל חוסר הוודאות התכנונית שלוותה את הליכי התכנון, ייגזר עתה מקיומה של תכנית מאושרת לשימור וממנגנונים שיוצרת התכנית למימון השימור, כולל ניווד זכויות המהווה חלק ממנה ויתומחר אף הוא. מכל מקום ראוי להדגיש בהקשר זה את ביטולו המוצדק של סעיף איסור הגשת התביעות לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה.

קיומם של הליכי תכנון בצנרת יצר עמו בהכרח קושי ואולם, כעת, עם סיום הליכי התכנון נראה כי הקושי הוסר ואין הצדקה להגבלת תוקפה של התכנית, באופן שעלול להכביד על האפשרות לממשה. (סעיפים 81-88)

132. הוראת הסעיף, אפוא, מבוססת על הבנה כפולה. מחד, מטרת ניווד הזכויות הינה פיצוי תמורת שימור. מאידך, הבנה שמדובר בהליך ארוך המתגבש רק בעת אישור תכנית הניוד. תכלית מנגנון תוספת הזכויות בסעיף 3 לנספח ה', היא לאזן את אבדן שווי הזכויות בשל התארגות המימוש. בדיון בועדת משנה לתכנון ובניה מיום 3.12.2014 הוסבר הסעיף:

”כשאשרנו את תוכנית השימור לא היה התמריץ הזה. בהתנגדויות הועלה הנושא שאנחנו בבת אחת מציפים את השוק בזכויות להעברה כאשר למעשה רצינו לפרוס את הניוד לאורך שנים. מה גם שהיו תביעות פיצויים שהצדיקו את העניין שמבקשים להמתין עם מימוש הניוד בכדי לראות איך השוק

מגיב גם לתביעות וגם לניוד. רצינו לפרוס את שוק הניוד למשך שנים”

ובהמשך :

”תכנית השימור כללה תמריץ שמאיץ לממש את הניוד עד השנה הרביעית, מי שנייד זכויות בארבע שנים אלו קיבל את התמריץ. בשל מסה של זכויות היה קושי לנייד, מדובר על בעלי מבנים שלא הצליחו לנייד בזמן הזה. יש כאן שיקול דעת מונחה וגם במטרה להגן על בעלי המבנים שלא הצליחו לממש את הזכויות”

133. יוצא אפוא שכוונת הסעיף הינה, כפי שמעידה כותרתו ”שמירה על שווי זכויות להעברה”. בנספח לשומת הוועדה המקומית ביחס לגוש 6918 חלקה 83 הסבירה הוועדה המקומית את החיוב בהיטל השבחה עבור תכנית הניוד על אף ששולמו הטלי ההשבחה על תכנית השימור בכך שמדובר בזכויות ”צפות” :

”כעולה מהאמור, בשונה מיתר התמריצים המפורטים בנספח ה' ביחס למבנים עם הגבלות מחמירות, שהינם בבחינת תמריצים מוקנים, הרי שתמריץ זה, שמירה על שווי הזכויות להעברה” לא נוצר ואיננו רלוונטי כלל למועד אישורה של תכנית השימור.

במועד אישורה של תכנית השימור, לא ניתן כלל ועיקר לצפות את מתן או אי מתן תמריץ זה, לרבות היתכנותו והיקפו. שכן, לא הגיעה העת לכך. מדובר על אירוע עתידי שלא ברור אם יתממש, מתי ובאיזה היקף.

לפני חלוף 4 שנים ממועד אישור התכנית, אין מקום לישומו של תמריץ זה, באשר מדובר באירוע עתידי, לא ודאי, כללי, לא קונקרטי. קל וחומר שבמועד אישור התכנית, זכויות אלו לפי התמריץ הנ”ל שבהוראותיה טרם באו לעולם.

הזכויות מכוח התמריץ נוצרות ומתגבשות אך ורק לאחר חלוף 4 השנים האמורות וזאת אך ורק בנקודת זמן שאחר 4 שנים שבו הוועדה המקומית השתכנעה כי יש לתיתו. המועד יכול להיות בכל מועד שהוא לאחר 4 שנים, בטווח השנים שבין 4 ל-10 שנים, בכל נקודת זמן שהיא יכול שינתן גם בחלוף ה-10 שנים, אך ניתן לבקשו בגין השנים 5-10 כולל. היקף הזכויות שיאושר ע”י הוועדה המקומית הינו מותנה בגורמים רבים לרבות היקף הזכויות שטרם נוידו לאותה העת והעיתוי במהלך השנים לאחר חלוף 4 השנים האמורות שתמריץ זה נבחן.

משכך, במועד אישור תכנית השימור תמריץ זה איננו משביח ויש לבחון את ההשבחה רק למועד החלטת הוועדה המקומית. נבהיר, כי בשל היעדר הקונקרטיים של התמריץ הנ"ל, לא ניתן לראות באישורה של תכנית השימור כאירוע משביח בעניינו. ההשבחה שנובעת מתמריץ זה, תתגבש רק במועד בו תתרחש קונקרטיזציה של ההשבחה עבור התמריץ – כלומר רק לאחר חלוף 4 השנים ממועד אישורה של התכנית ואך ורק ככל והוועדה המקומית השתכנעה לתיתו (ראו למשל את הקבוע בבר"מ 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה אשקלון (פורסם בנבו, 20.4.16) ואת הקבוע בבר"מ 1560/13 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 22.7.14)).

יתרה מזו, עסקינן בתמריץ חסר ודאות בעת אישורה של התכנית. רק ברגע שהתמריץ מתגבש והופך קונקרטי – בדרך של החלטת הוועדה המקומית, יש לגבות בגינו היטל השבחה בגין מלוא ההשבחה למועד אישור הוועדה המקומית ולאחר שנעשה מימוש זכויות מכוחו. (ראו בעניין זה את הקבוע במסגרת עמ"נ 56250-10-18 ועדה מקומית לתו"ב ת"א נ' קזז ואח' (פורסם בנבו, 3.11.19) ועמ"נ 19341-04-19 ועדה מקומית לתכנון ובנייה תל אביב נ' ב. דייניש בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 27.10.19) בבר"מ 2866/14 הילדה גוזלן ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (פורסם בנבו, 7.12.14) ואת הקבוע בעמ"נ 65422-12-15 הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' בוריס קוזניץ ואח' (פורסם בנבו, 29.10.17)).

כעולה מהפסיקה, כדי שהיטל ההשבחה יגשים את תכליתו עליו לשקף את ההשבחה האמיתית שחלה, וכן להיות מבוסס על זיהוי נכון של ההחלטות אשר מכוחן צמחה ההשבחה – ובענייננו החלטת הוועדה המקומית עת תשתכנע הוועדה המקומית ליתן את התמריץ אם בכלל ואת היקפו. כמו כן נקבע הנ"ל הינו מתבסס גם על גביית מס אמת ותוך שמירה על עקרון רציפות המס."

134. להכרעתנו סעיף זה אינו ייחודי אלא מוכיח שתכנית השימור ביחס לשימור מחמיר (הכולל כ-190 מבנים) הינה תכנית המעניקה "זכויות צפות", שכן רק בתכנית הניוד מתגבשת תכנית השימור. ודוק, סעיף זה איננו סעיף שבשיקול דעת אלא סעיף המתגבש עם יישומו של הניוד והפיכת הוראות תכנית השימור ביחס למבנה המסויים לקונקרטיים.

135. עקרון דומה מצוי בסעיף 2.1.1 בתכנית השימור. סעיף 2.3 א קובע את תמריץ הפרש עלויות שיפוץ המבנה לשימור, בדרך של נוסחה בה מחלקים את שטח המעטפת כפול 900 (עלות מוערכת לשיפוץ מ"ר מעטפת), חלקי שווי קרקע למ"ר של המבנה. בהמשך קובע סעיף 2.1.1 ד :

"במידה שיימצא הצורך לכך, הוועדה המחוזית תהיה רשאית, לפי דרישתה, לעדכן מעת לעת את התמריץ בסעיף זה, לאחר שנמצאה הצדקה לכך בבדיקה כלכלית ולאחר התייעצות עם מהנדס הוועדה המקומית ועם שמאי מטעמה"

136. כפי שכתבנו "מקדם 900" נולד ביחס לניוד זכויות ולא בהקשר של היטלי השבחה וכללים לעריכת שומת השבחה. מקדם 900 נקבע כנוסחה ל"שימור תמורת פיצוי" כאשר הוועדה המקומית רשאית לעדכן את נוסחת התמריץ, הן בהיבט הפרש מחיר מ"ר שימור מעטפת, והן בהיבט שווי קרקע למ"ר של המבנה לשימור, לעת התגבשות הזכויות בתכנית הניוד.

137. לאור האמור קובעים אנו כי בכל הקשור למבנים עם הגבלות מחירות תכנית השימור מתגבשת רק עם אישורה של תכנית הניוד. בהקשר זה נציין שלהבנתנו את סוגיית היטל ההשבחה במועד אישור תכנית הניוד יש לבחון הן בהקשר של ערכי השווי במועד זה וכמו כן ובשל העובדה שתכנית הניוד נעשית אגב מיזם קונקרטי וכמהלך אחד עם הוצאת היתר בניה, הרי שיש לבחון את סוגיית הפטור לפי סעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית לחוק, כפי שנפרט להלן.

מצב קודם

138. ביחס למצב הקודם אנו נדרשים לדון בשאלות הבאות: האם יש לקחת בחשבון את תמ"א 38 במצב הקודם וכן מה הן התכניות שיש לקחת בחשבון בשווי מצב קודם.

תמ"א 38

139. תמ"א 38 נועדה לאפשר ולעודד חיזוק מבנים קיימים שנבנו לפני 1.1.1980 מפני רעידת אדמה. במועד הרלוונטי הייתה בתוקף תמ"א 38 שפורסמה למתן ביום 18.5.2005. סעיף 2 להוראות התכנית מפרט את מטרות התכנית:

"2.1 לקבוע הסדרים תכנוניים כחלק רחב ממכלול של הסדרים כלכליים, חוקיים ואחרים לשיפור מבנים וחיזוקם לצורך עמידותם בפני רעידות אדמה.

2.2 לקבוע הנחיות לחיזוק מבנים קיימים כדי לשפר את עמידותם בפני רעידות אדמה, ולשם כך לאפיין ולזהות את סוגי המבנים שיש לחזק.

2.3 לעודד ביצוע חיזוק המבנים כאמור על ידי תוספות בניה באמצעות:

א. יצירת מסגרת סטטוטורית שתאפשר מתן היתרי בניה

לשינויים במבנים לצורך חיזוקם מכוח תכנית זו.
ב. קביעת תנאים למימוש תוספות הבניה שיותרו בגין חיזוק
המבנים."

140. התכנית כקבוע בסעיף 3 להוראותיה חלה "על כל שטח מדינת ישראל ותחולתה על מבנים קיימים אשר הוצא היתר לבנייתם קודם ה-1.1.1980 למעט מבנים שתקן ישראלי ת"ת 413 פטר אותם מתחולתו" וכאמור מטרתה הינה הענקת זכויות לצורך חיזוק המבנים.

141. הנחת המוצא של הועדה המקומית בהתאם לחוות דעת שהוציא המהנדס ישראל דוד לבקשת הייעוץ המשפטי בעיריית תל אביב ומטעמה ביום 20.9.2010 ושכותרתה "תמ"א 38 : סבירות של חיזוק מבנים" הינה שכל מבנה שנבנה לפני 1980 טעון חיזוק :

"תמ"א 38 מאפשרת תוספת זכויות בנייה למבנים שנבנו לפני שנת 1980 ובתנאי שיחזוקו לעמידות לרעידות אדמה. יש לציין כי מבנים שנבנו לפני שנת 1980 אינם עומדים בקריטריונים של עמידות מבנים לרעידות אדמה מאחר והתקן הישראלי לעמידות מבנים ברעידות אדמה 413 התקף, שונה באופן מהותי מהתקן שהיה בתוקף בשנת 1980. למעשה מבנה שתוכנן לפי התקן 413 שהיה בתוקף בשנת 1980 רחוק מלעמוד בדרישות תקן 413 התקף היום. זאת ועוד, רק בשנת 1976 יצא לראשונה תקן לעמידות מבנים לרעידות אדמה במדינת ישראל. כך שכל המבנים שנבנו לפני 1975 לא תוכננו כלל לעמוד ברעידות אדמה. לסיכום, מבדיקה של מאות תיקים שהוגשו במסגרת תמ"א 38 בעיריית תל אביב ועיריות אחרות, נמצא באופן גורף שמבנים שנבנו לפני שנת 1980 לא עומדים בתקן ישראלי לעמידות מבנים 413 לרעידות אדמה התקף היום ותמ"א 38 יכולה לחול עליהם."

בהתאם לכך הרי שהבניינים לשימור הכלולים בתכנית השימור אינם עומדים בתקן 413 ונדרשים לחיזוק.

142. בעניין רחביה קבעה ועדת הערר כי ככל ששווי השוק האובייקטיבי של המקרקעין מגלם בתוכו פוטנציאל כלשהו של תמ"א 38 יש לקחת זאת בחשבון. בהקשר זה טענת המשיבה לפיה יש לנטרל השפעה זו סותרת פסיקה של בית המשפט העליון וכך נאמר שם :

"בהקשר זה נדמה שטענת הנטרול מבלבלת בין שתי השפעות שיש לתמ"א 38 על שווים של מקרקעין. השפעה פנימית והשפעה חיצונית; השפעה הנובעת מיישום תמ"א 38 במרחב והשפעה הנובעת מיישום תמ"א 38 במקרקעין מסוימים.

"בהלכת לוסטרניק, נקבע כי "הציפייה הכללית לפיתוח מקרקעין היא חלק אינטגרלי מהפוטנציאל הכלכלי שלה", לצד זאת, קבע בית המשפט שאת ההשפעה של הליכי התכנית יש לנטרל. (פס"ד זה אושרר כמה וכמה פעמים, לרבות בפסיקת בית המשפט העליון בהרכב מורחב בבר"מ 10212/16 דלי דליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה (פורסם בנבו, 1.4.2020) (להלן: "דלי דליה").

נדמה, אפוא, כי יש לחזור לעובדות המקרה בלוסטרניק. העיר רחובות שנוסדה בסוף המאה ה-19 נוסדה כמושבה חקלאית שפרדסיה מרובים מבנייה. אלא שהתפתחותם הטבעית של החלוצים, של המדינה שבדרך ושל המדינה הצעירה הביאו לכך שבנייה הפכו מרובים מפרדסיה, וכך נשארה חלק מהקרקע של לוסטרניק, על אף היותה בטבורה של עיר ביעוד חקלאי, בעוד שכנותיה הופשרו ליעוד מגורים. הוועדה המקומית סברה שיש לאמוד את שווי הקרקע כאמור במצב הקודם כקרקע חקלאית לכל דבר, ושלא ניתן לתת שווי לקרקע שינבע מהפוטנציאל הכללי והציפייה הסבירה של השוק שקרקע זו כמו שכנותיה תופשר לבניה. עמדה זו, אפוא, נדחתה.

כאמור, מושכלות יסוד בדיני היטלי השבחה הינן כי פוטנציאל תכנוני או צפיות לעתיד מהווים חלק בלתי נפרד משווי הנכס אותו יש לשום בהתאם לשווי האובייקטיבי. שורה ארוכה של החלטות ועדת הערר הכריעו, בהתאם להלכות שיצאו מבית המשפט העליון, איזה רכיב בתמ"א 38 יש לקחת בחשבון, ככל שישנו. כך בערר (ת"א) 85143/13 רון צין נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה רמת גן (פורסם בנבו, 24.02.2016), נדחתה עמדת ועדה מקומית להתעלם מזכויות תמ"א 38 בתחשיב מצב קודם, בטענה שלא מדובר בזכויות מוקנות:

"סבורים אנו כי מקום שבו מדובר בנכס העומד על פני הדברים בדרישות המקדמיות שבלעדיהם אין לצורך חלוקתה של תמ"א/38, 2, והוכח כי תמ"א/38 /2 תרמה לשווי הנכס – הרי שאין הצדקה להתעלם מתרומה זו. כך, ככל שיוכח כי מתקיימים בנכס תנאי סעיף 4 לתמ"א בדבר חלוקתה, והמבנה הקיים עליה אכן דרוש חיזוק כנדרש בסעיף 8 לתמ"א (כולל הוכחת עניין זה כנדרש בתמ"א), יש להביא בחשבון את תרומתה של התמ"א לשווי הנכס, ככל שזו קיימת.

הטעם לכך הוא כי את ההשבחה יש לחשב בהתאם לערכם האובייקטיבי של המקרקעין כפי שהיו משתקפים בתמורה שהיתה משתלמת עבורם בעסקה בין מוכר מרצון לקונה מרצון בשוק החופשי. כפי שקבע לעניין זה בית המשפט העליון. [...]. לא שמענו טעם טוב מפי הועדה המקומית מדוע זה יש לנטרל משווי האובייקטיבי של מקרקעין אשר תמ"א/ 38 / 2 חלה עליהם, את השפעת התמ"א על שווי המקרקעין – ככל שתרומה כזו אכן קיימת – בעת עריכת שומת היטל השבחה.

בהקשר זה נציין כי בהתאם להלכה הנוהגת, הרי שבשומת היטל השבחה אין לנטרל משווי הנכס גם תרומה לשווי הנובעת מפטנציאל לפיתוחו. רע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רחובות נ' מ. לוסטרניק ובנו חברה להנדסה ובניין בע"מ, פ"ד נז (5) 529 [2003].

על רקע זה, הקושי בדבר טענה כללית לפיה יש לנטרל משווי של הנכס את עליית הערך הנובעת מתמ"א/ 38 / 2 רב אף יותר. נדגיש כי במסגרת בחינת תרומתה של התמ"א לשווי, יש להביא אכן בחשבון את העובדה שהזכויות מכוחה אינן מוקנות כפי שטוענת בצדק הועדה המקומית, וכי הן נתונות לשיקול דעתה של הועדה המקומית, כך ככלל וכך בפרט לגבי היקפן. השאלה האם ובאיזו מידה תרמה אכן התמ"א לשווי הנכס על רקע זה, היא עניין שמאי. " (ע' 8-9)

כך נקבע גם בערר (מרכז) 75/15 אביבה אליסיאן ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה פתח-תקווה (פורסם בנבו, 26.12.2017):

"לפי המצב התכנוני המאושר ניתן היה לבנות על החלקה בניינים בני 4 קומות מעל קומת עמודים וחדרי יציאה לגג. אולם, לדבריו, בניינים אלה לא היו בהכרח את המצב התכנוני הקודם שכן, יש להביא בחשבון גם את זכויות הבנייה מכח כל התכניות העירוניות התקפות, וכן לא ניתן להתעלם מהוראות תמ"א 38 החלה על המקרקעין. השמאי המייעץ עמד על כך, כי במועד הקובע היה תקף שינוי מס' 2 לתמ"א 38 שאפשר להוסיף עוד קומת מגורים אחת לפחות וזאת, מעבר ל-6 הקומות שניתן היה לבנות על פי תכניות מפורטות תקפות כזכויות מוקנות. עוד עמד השמאי המייעץ על כך, כי גם העוררים דיירי הבניין בבן צבי 28 מצויים מזה זמן בהתארגנות למימוש התמ"א, אשר אם תמומש, עשויה לבוא לידי ביטוי בתוספת 2.5 קומות מעל

הקיים ותוספת של כ-10 יח"ד. השמאי המייעץ ציין, כי לא ניתן להתעלם מהעובדה שאת הדירות שנהרסו ניתן היה להרחיב מכח זכויות בניה נוספות שטרם מוצו (מהתכניות העירוניות בלבד), אשר חופפות בחלקן לאפשרות להוסיף לדירות קיימות עוד 25 מ"ר לכל דירה מכח הוראות תמ"א 38. הוא חיווה דעתו, כי במקרה של מימוש התמ"א, גם מספר יח"ד היה גדול יותר מ-90 וגם התכסית הבנויה היתה גדלה... " (ע' 6)

ובמקום אחר שם:

"אנו סבורים, כי יש להביא בחשבון גם פוטנציאל לפגיעה במקרקעי התובעים מתכניות מתאר ארציות מאושרות שהיו במצב הקודם ואף שטרם התממשו "ובלבד כך שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא ודאי, או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין" (כביטוי שנקט בית המשפט העליון בעניין בירנבך הנ"ל). לפיכך, יש לתת ביטוי לציפיה של השוק לאישור היתר בניה מכח תמ"א 38 (בנוסף ובחופף, לפי קביעתו, לתכניות המאושרות החלות בחלקה האמורה), וזאת ככל "שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא ודאי, או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין". לדעתו של השמאי המייעץ המקובלת עלינו זהו המצב בענייננו. " (ע' 7)

וכך גם בערר (ת"א) 85151/16 דן הוד נ' הוועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב (פורסם בנבו, 7.3.2018), שם נקבע כי לצורך בחינת ההשבחה יש לראות את הזכויות לפי תמ"א 38 כחלק ממצב קודם:

"במועד תחילת תוקפה של תכנית ג/ 2 נשוא ערר זה, כבר עמדה בתוקפה תמ"א/ 38. השאלה האם תכנית ג/ 2 משביחה את הנכס לנוכח הוראותיה של תמ"א/ 38 ואפשרויות הבניה מכוחה, היא שאלה רלבנטית, אשר לא נבחנה כלל בשומת הוועדה המקומית. איננו סבורים כי אפשרות הבניה מכח תמ"א/ 38 מאיינת א-פריורי כל השבחה מכוחה של תכנית ג/ 2, אך למצער הדבר מחייב בחינה. כך יש לבחון האם אפשרות לבניית חדר יציאה אל הגג מעלה את שווי דירת העורר, בשים לב לכך שבמועד תחילת התכנית כבר ניתן היה לבנות תוספת בניה מכוחה של תמ"א/ 38. דא עקא ששומת הוועדה המקומית מתעלמת לחלוטין מתמ"א/ 38, משל לא היתה תכנית בתוקף במועד הקובע" (ע' 8)

ודוק, בבחינת השווי האובייקטיבי של המקרקעין כאמור, פשיטא כי אין להתעלם אפריורית מזכויות שאינן ודאיות, אלא יש לקחת בחשבון גם את מידת הודאות במימושן. זאת לאור העקרון שנקבע עניין לוסטרניק:

"הציפייה הכללית לפיתוח מקרקעין היא חלק אינטגרלי מהפוטנציאל הכלכלי שלה. שוויים של מקרקעין שייעודם חקלאי הנמצאים בלב אזור חקלאי, אינו כשוויים של מקרקעין חקלאיים הצמודים לאזור בנוי, לא כל שכן אם אותם מקרקעין נמצאים, כמו במקרה הנוכחי, בטבורה של עיר ובלב שכונת מגורים, שהרי עם ההתרחבות הטבעית של העיר סיכוייה של קרקע חקלאית הגובלת בה, ולא כל שכן קרקע המצויה במרחב התכנון שלה, לשינוי ייעוד, גדולים יותר, וסיכויים וציפיות מסוג זה מביאים בהכרח לעליית ערך השוק של הקרקע. משקלן של ציפיות אלה גדול במיוחד כאשר הייעוד הסטטוטורי הקיים של הקרקע הינו ארכאי, וככזה אינו משקף עוד את המציאות. השוק נוטה להתעלם מייעוד נושן זה, ומחיר הקרקע עולה בהתאם לפוטנציאל הטמון בה. עמד על כך ה' כרוך, במאמרו "השבחה – עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תוכנית" [13], בעמ' 12 (צורף לסיכומי המשיבה):

"התכנון הסטטוטורי שקדם לאישור התכנית החדשה מהווה בסיס להערכת השבחה אם הוא היה 'חי', הווה אומר: אם מחירי השוק התבססו עליו בזמן שהחלו התהליכים לאישור התכנית החדשה. לעומת זאת, כאשר התכנון הסטטוטורי מיושן (Obsolete) מחיר הקרקע אינו מתבסס עליו. במקרה זה השווי (המחיר) נקבע על-ידי הפוטנציאל, שהוא מכלול הנתונים הפיסיים והכלכליים של הקרקע: מיקום, טופוגרפיה, גישה, התייחסות הציבור וכו', ונתונים אלה גורמים ציפיות לפיתוח בעתיד".

כאן המקום להדגיש כי הרחבה של מסגרת הציפיות שיש לגרוע לצורך חישוב ערך הקרקע ערב אישורה של התכנית המשביחה, כעתירת המערערת, אינה הולמת אף את לשון החוק ותכליתו. לשונו – כיצד? מפני ש"השבחה" מוגדרת בסעיף 1 לתוספת כעליית ערכם של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג, לאמור: נדרש קשר סיבתי ישיר בין התכנית המשביחה לבין עליית הערך, ומכאן אתה למד כי כל ציפייה שאין מתקיים בה קשר מסוג זה, רשאי השמאי להביאה

בחשבון. תכליתו – כיצד? היטל השבחה מתמקד בהשלכות התכנית המשביחה על ערך המקרקעין, ומראש הוחלט שלא לעשות בו שימוש ככלי למיסוי מקרקעין בגין עליות בשוויים שאינן נובעות מהתכנית המשביחה, בין היתר משום שאותן עליות חייבות במס מכוחם של חיקוקים אחרים, כמו מס שבח ומס הכנסה. (ע' 538-539)

לפיכך, לאור קביעת בית המשפט העליון בעניין לוסטרניק, לפיה הציפייה הכללית לפיתוח מקרקעין היא חלק אינטגרלי מהפוטנציאל הכלכלי שלה, גם בענייננו בשומת היטל השבחה אין לנטרל משווי הנכס במצב הקודם גם תרומה לשווי הנובעת מפוטנציאל לפיתוחו שמקורו בתמ"א 38. בפסק הדין בעניין דלי דליה נקבע בדעת הרוב כי באומדן השבחה יש להתחשב בציפייה כללית במצב קודם, וזאת בשונה מתביעת ירידת ערך מקרקעין לפי סעיף 197 לחוק.

"קל לפתוח דווקא בהשוואה לדיני היטל השבחה. אכן, בעניין לוסטרניק איזון של מכלול השיקולים הוביל למסקנה כי היה מקום להתחשבות בפוטנציאל תכנוני "כללי" באופן יחסי במסגרת עריכת השומה, אך לא בפוטנציאל הגלום בתכנית המשביחה עצמה. אולם, תוצאה זו נבעה, בין היתר, מן השיקולים והתכליות העומדים ביסוד מוסד היטל השבחה. באותו הקשר, הגישה של התבססות על מחיר השוק היטיבה דווקא עם הנישום. חשוב לחזור ולהזכיר, כי התכליות העומדות בבסיס הסדר הפיצויים לפי סעיף 197 לחוק הן שונות. כפי שציינתי בעבר, "גם אם לכאורה מדובר בשני הסדרים המהווים 'תמונת ראי' זה של זה בכמה היבטים עקרוניים, הרי שהפסיקה כבר עמדה על כך שאין מדובר בהסדרים משלימים באופן מלא, ושלמעשה הם אינם סימטריים. כך, בין היתר: היטל השבחה חל רק על בעלים (או חוכר לדורות) של המקרקעין, ואילו זכאות לפיצויים בגין פגיעה במקרקעין מוקנית גם למי שהוא 'בעל זכות' בהם; פיצויים בגין פגיעה ניתנים על השיעור המלא של הפגיעה במקרקעין, ואילו היטל השבחה מוטל רק בשיעור של 50% מההשבחה; ועוד בנושא הפיצויים קיימת הוראה ייחודית המחריגה את תחולת הסדר הפיצוי מפגיעה שאינה עוברת רף מסוים, ואילו הוראה דומה בהקשר של היטל השבחה. זאת, אף מבלי למנות את כל ההבדלים הדיוניים והמהותיים בין השניים" (ראו: בר"ם

2090/16 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' אקרו בע"מ, [פורסם בנבו] פסקה 72 לחוות דעתי, בדעת מיעוט אך לא לעניין זה, וההפניות המובאות שם (15.3.2018); רע"א 147/14 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' אברמוביץ, [פורסם בנבו] פסקה 19 (31.12.2014) (להלן: עניין אברמוביץ). ראו גם: רחל אלטרמן "ירידת ערך מקרקעין בשל נזקי תוכניות: ניתוח השוואתי בינלאומי כבסיס לרפורמה בישראל" מקרקעין ט/5 3 (2010))." (פסקה 99 לפסק דינה של השופטת ברק ארז) דברים ברוח דומה בנוגע להבחנה בין שומת השבחה לבין תביעות לפי ס' 197 לחוק, והכרה בציפייה כללית כחלק ממצב קודם בהשבחה, נקבעו גם ע"י יתר שופטי הרוב בעניין דלי דליה, (ר' ס' 4 לפסק-דינו של כב' השופט פוגלמן, וס' 7 לפסק-דינו של כב' השופט עמית), וזאת לאור השיקולים והתכליות השונים העומדים מאחורי הסדרים אלה. על אחת כמה וכמה יש להגיע למסקנה זהה לפי דעת מיעוט של כבוד השופט גרוסקופף בעניין דליה דליה, שדוגל במבחן השוק גם בנוגע לתביעות לפי ס' 197.

לפיכך, ברי כי אין כל מקום לצקת פרשנות הסותרת פסיקה של בית המשפט העליון ויוסדות מושרשים בדיני היטל השבחה לאמירות אוביטר בפסק הדין המחוזי בעניין לביא. (ודאי כאשר פסק הדין בעניין לביא עניינו השבחה שהוטלה במימוש בהיתר בניה).

ודוק, ככל שישנה השפעה של תמ"א 38 על שווי המקרקעין במצב הקודם היא איננה חלק מהליכי התכנון לא של היתר פרטני לתמ"א 38, ועל אחת כמה וכמה לא של היתר פרטני לפי תכנית 9988. בהקשר זה שונה המקרה שבפנינו מפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעמ"נ (ירושלים) 14-04-36933 סי.בי.די סטאר ניהול בינלאומי בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים (פורסם בנבו, 28.7.2014) (להלן: "סי.בי.די") שם נקבע כי יש לנטרל השפעה של ציפייה לקבלת הקלה, לאור הקלות דומות שניתנו במרחב בשווי מצב קודם למתן ההקלה במקרקעין מסוימים. אלא ששם דובר על "קשר סיבתי ישיר", ולפיכך יש לנטרל ציפיות לקבלת הקלה כשם שיש לנטרל ציפיות ספציפיות בהתאם להלכת לוסטרניק. לעומת זאת, היקף שיקול הדעת שהועדה המקומית טוענת לגביו ביחס לתמ"א 38 מהווה לכל היותר "ציפיות מכוח תכניות נקודתיות

שאשרו באזור הרלוונטי" שלגביהן קבע בי המשפט שאין לנטרלם, לפיכך ככל שישנה השפעה לתמ"א 38 הרי שהיא נעדרת קשר סיבתי. במילים אחרות, בעניין סי. בי. די דובר באותו פעולה תכנונית מחוללת השבחה במקרקעין (הקלה) שנטען לגביו שיש לנטרל מהמצב הקודם. במקרה שבפנינו ככל שישנה השפעה במצב הקודם מדובר בשווי הנוגע מפעולה תכנונית מחוללת השבחה במקרקעין (תמ"א 38) השונה מהפעולה התכנונית במצב חדש (תכנית 9988).

לפיכך, נטרול תמ"א 38 במצב קודם יביא לסיכול כוונת המחוקק שביקש להעניק לתמ"א 38 פטור מתשלום היטל השבחה במימוש בדרך של היתר, ופסיקת בית המשפט העליון בעניין אליק רון, שקבע כי זכויות לפי תמ"א 38 הן צפות ולא מתגבשות במימוש בדרך של מכר. עמדת הוועדה המקומית במקרה שבפנינו מבקשת להעניק שווי לזכויות שמקורן בתמ"א 38, הפטורות מתשלום היטל השבחה בכל קונסטלציה, באמצעות ייחוסן, שלא כדיון, ובניגוד למתודה השמאית, לתכנית 9988, ובכך היא חותרת תחת תמריצי התמ"א. בהקשר זה אמר בית המשפט בעמ"נ (ירושלים) 50567-07-21 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' הבית ברחוב שמעוני 36 (פורסם בנבו, 17.5.2022) (להלן: "הבית ברחוב שמעוני"):

"תוצאה זו, שלפיה תמ"א 38 היא לכאורה, תכנית משביחה העשויה להקים חבות בתשלום היטל השבחה, עמדה בניגוד למדיניות המחוקק, אשר ביקש לעודד חיזוק מבנים ישנים מפני רעידות אדמה (מבנים שההיתר לבנייתם ניתן לפני שנת 1980 ואשר לא נבנו על-פי התקן המחמיר לעניין עמידות מפני רעידות אדמה (ת"י 431)), בין השאר, באמצעות שורה של תמריצים ובכלל זה, פטור מתשלום היטל השבחה.

כדי לעודד חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, אימצה הממשלה את המלצותיה של ועדת המנכ"לים ברשות מנכ"ל משרד התשתיות הלאומיות (להלן – ועדת המנכ"לים), אשר המליצה על שורה של תמריצים ובכלל זה, הקלות במיסוי אשר עוגנו בחקיקה...

אחד התמריצים שעליהם המליצה ועדת המנכ"לים היה כאמור, פטור מחובת תשלום היטל השבחה בשל השבחת מקרקעין עקב מימוש זכויות מכוח תמ"א 38" (ע' 15 לפסק הדין)

בהמשך אמר בית המשפט דברים ברורים הרלוונטיים להליך שבפנינו:

"על רקע התוצאה האמורה, העלו בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה ובא-כוחה של הוועדה המקומית (גבעתיים), את הקושי שלפיו אפשרות גביית היטל השבחה במועד מכירת המקרקעין תוך התחשבות בסיכון ובסיכוי לאישור הזכויות, תאיין את הפטור מהיטל השבחה שקבע המחוקק בשל אישור תמ"א 38. כך טענו, מהטעם שהיטל השבחה החלקי שיוטל בשלב הראשון של מכירת המקרקעין, ייגזר מהשבחת המקרקעין ועליית שוים כתוצאה משילוב הזכויות המותנות בתכנית וכי לכאורה, נסיבות דומות עשויות להתרחש בעת מכירת מקרקעין שתמ"א 38 חלה עליה (לפיכך לכאורה, ניתן לראות בכך משום זכויות מותנות והשבחה חלקית של המקרקעין)". (ע' 23 לפסק הדין בעניין הבית ברחוב שמעוני)

בהתאם בנסיבות בהן תמ"א 38 או תכנית מכוחה, החלה במצב קודם, היא תכנית מאושרת, עצמאית ונפרדת, שאינה יונקת מהליכי התכנון הכוללים של התכנית המשביחה במצב החדש, הרי שאין לנטרל את הפוטנציאל שיצרה במצב קודם. ובלשון בית המשפט בעמ"נ (תל אביב-יפו) 19341-04-19 ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' ב. דייניש שבע"מ (פורסם בנבו, 27.10.2019) (להלן: "דייניש"):

"עוד אקדים ואומר, כי עמדת המערערת (המקובלת עלי כאמור), יפה ונכונה רק כאשר עסקינן בתוכניות שהתוספת השלישית לחוק חלה עליהן, כלומר, שניתן להטיל בגינן היטל השבחה. לגבי תכניות שבלאו הכי אינן בנות חיוב בהיטל השבחה, אין מקום לעשות אבחנה בין שווי השוק האובייקטיבי לבין שווי השוק לצורכי היטל השבחה, שאם לא כך, אנו עלולים בעצם לפגוע בנישומים ולגרום בעקיפין לכך שהם יחויבו, באופן מלא או חלקי, בהשבחה שאין הם חייבים בגינה, כפי שיפורט בהמשך". (פסקה 8 לפסק הדין)

בהקשר זה נציין כי בעניין דייניש קבע בית המשפט כי מקום בו לא קיימת חובת תשלום היטל השבחה, אין לנטרל שווי זכויות מותנות מהמצב הקודם, ויש להביא בחשבון את השווי האובייקטיבי של המקרקעין. ובלשון ביהמ"ש:

"...מקום בו לא קיימת כלל חובת תשלום היטל השבחה, שווי השוק במצב הקודם הוא שווי השוק האובייקטיבי, ואין

להפחית ממנו עליית ערך כתוצאה מהציפייה לקבלת הזכויות, שכן זכויות אלה פטורות בלאו הכי מהיטל השבחה. אם לא נעשה כך התוצאה תהא שהנישומים נשלמו ביתר. (פסקה 19 לפסק הדין)

לפיכך, ומאחר שתמ"א 38 היא אירוע תכנוני משביח, אך מימושו במכר פטור מהיטל השבחה, שכן במועד זה הזכויות שמקורן בתמ"א 38 טרם התגבשו (כפי שפרטנו לעיל), הרי שממילא אין צורך להבטיח את קיומם של העקרונות שבבסיס היטל השבחה (ודאות, מס אמת, התעשרות) שכן אלו אינם רלוונטיים עוד ולכן אין כל הצדקה לנטרל את השפעת התמ"א במצב קודם.

הנה כי כן, בהתאם להלכה הפסוקה, אין לנטרל את תרומתה של תמ"א 38 (ככל וישנה) לשווי המקרקעין במצב הקודם. (סעיפים 78-94)

143. כך גם הכריעה אופרטיבית המשנה ליועצת המשפטית לממשלה עו"ד כרמית יוליס בסיכום דיון מיום 1.12.2022 שכותרתו "חבות בהיטל השבחה במימוש זכויות בדרך של מכר וההתייחסות לשווי הנובע מתחולתה של תמ"א 38 בחישוב שווי מצב קודם בשומת היטל השבחה". בסעיף 31:

נקדים ונאמר כי לאחר התעמקות בסוגיה וקיום התייעצויות, הגענו למסקנה כי יש לנטרל את השפעתה של תמ"א 38 על שווי 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.... (ההדגשות שלי – ב' ז')

על מנת להבהיר את עמדתה סיכמה עו"ד יוליס את חוות דעתה, דייקה ברחל בתך הקטנה והכריעה:

"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."

144. עמדת ועדת ערר בענין רחביה זכתה לאחרונה לחיזוק מבי המשפט העליון בעניין ברקול:

"בשלב זה ראוי לחדד עניין נוסף שעלה ברקע טענות הצדדים ואשר נוגע לחישוב ההשבחה הנובעת מהחלטת הוועדה המקומית בהתאם לתקנה 13 לתקנות. כמוסבר בהמשך, עניין זה הוא בעל משמעות אופרטיבית במקרה דנן. על פני הדברים, עשויה להתעורר התהייה כיצד יש להתחשב באותם שטחי השירות המקובלים והנדרשים, כמו גם לקיומם של נהגים קונקרטיים וקבועים, ככל שיוכחו כאלה, לפיהם פעלו ועדות מקומיות להתיר בעבר שטחי שירות בהיקף מסוים (ובתנאי שנהגים אלה לא חרגו מהדין). על רקע זה אבהיר כי מובן שגביית היטל השבחה עבור שטחי שירות תתאפשר רק כאשר קיימת השבחה במקרקעין בפועל – דהיינו כי החלטת הוועדה המקומית אכן הובילה להרחבת שטחי השירות, כך ששווי הקרקע בשוק החופשי עלה לעומת המצב שקדם לכך. אני סבורה – הגם שנושא זה לא התחדד בעמדתה של היועצת המשפטית לממשלה – כי ככל שניתן יהיה להוכיח קיומו של נוהג ברור להתיר שטחי שירות בהיקף מסוים במצב הקודם, שהשפיע על שווי השוק, יהיה מקום לחייב רק בגין התוספת של שטחי השירות מעבר לאותו נוהג. הוכחה מסוג זה, ולו באופן חלקי, תנתק את הקשר הסיבתי ההכרחי בין עליית שווי המקרקעין לבין ההחלטה התכנונית החדשה. מסקנה זו נגזרת מעקרונות שמאיים מקובלים ומתבקשת על מנת להבטיח כי היטל השבחה ישקף את תכלית החוק ועל מנת למנוע אפשרות של מיסוי כפל (ראו והשוו: בועז ברזילי תכנון ובינוי עירוני: הלכות ויישומים 342(5)-344 (מהדורה חמש-עשרה, 2021))."

(סעיף 67 לפסק הדין. ההדגשות שלי - ב' ז')

145. בהתאם לאמור סבורים אנו כי עמדת בית המשפט העליון שניתנה לאחר החלטת ועדת הערר בעניין רחביה כמו גם עמדת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה עו"ד יוליס

מגיעות לכלל מסקנה כי אין לנטרל משווי מצב קודם את הפוטנציאל הכללי הנובע מתמ"א 38.

146. מעבר לטענת הנטרול טוענת הועדה המקומית כי תמ"א 38 לא חלה על הבניינים מושא תכנית השימור. לחיזוק עמדתה מבקשת הועדה המקומית להסתמך על סעיפים 19 ו-22 לתמ"א. סעיף 22 קובע את העיקרון כי בנסיבות מסוימות הוועדה יכולה לסרב ליתן "היתר בניה הכרוך בתוספת זכויות בניה". סעיף 19 קובע:

"19.1 לא תותר תוספת בניה על פי האמור בתכנית זו במבנים לשימור אם התוספת המוצעת, על פי תכנית זו, אינה מתיישבת עם הוראות התכנית החלה על המבנה לשימור או עם התנאים שנקבעו לשימור על פי סעיף 78 לחוק.

19.2 ועדה מקומית, לאחר ששמעה את חוות דעתו של מהנדס הוועדה המקומית, רשאית להתיר תוספת בניה, על פי האמור בתכנית זו במבנה בעל ערך אדריכלי מיוחד או בעל ערך היסטורי שאיננו מבנה לשימור אם שוכנעה כי אין בתוספת המוצעת כדי לפגוע בערך ההיסטורי או האדריכלי האמורים."

147. עמדת הועדה המקומית עוסקת בשני היבטים שונים של השפעת תמ"א 38 שיש לתת עליהם את הדעת. האחד, האם בבניינים לשימור תמ"א 38 לא חלה קטגורית ועל כן שמאית היא לא השפיעה על שווי השוק במצב הקודם (כפוטנציאל כללי). שנית, אין לראות בזכויות הבניה הניתנות מכח תכנית השימור כאילו ניתנו מכח תמ"א 38.

148. איננו מקבלים את עמדת הועדה המקומית לפיה תמ"א 38 לא חלה על מבנים לשימור; נפרט.

149. המשיבה טוענת כי עד לאישורה של תכנית השימור לא היה כל ספק כי הוראות תמ"א 38 הן שקבעו כי היא לא תחול על מבנים שהודעה לפי סעיף 77-78 לחוק, מכח תכנית שימור בהכנה העשויה לחול עליהם, פורסמה לגביהם. טענה זו אינה רלוונטית לשאלה שבפנינו והיא האם יש לנטרל את השפעת תמ"א 38 משווי מצב קודם.

150. מכיוון שסבורים אנו כי המבנים לשימור בתכנית 2650 עומדים בדרישות המקדמיות בהתאם לסעיף 4 לתמ"א 38 ובהתאם לעמדת מהנדס מטעם הועדה המקומית כל הבניינים העומדים בהוראת סעיף 4 לתמ"א נדרשים לחיזוק (סעיף 8 לתמ"א 38) הרי שככל ויוכח שתמ"א 38 תרמה לשווי הנכס, אין הצדקה להתעלם מתרומה זו, ככל, כאמור, שזו קיימת. הטעם לכך, כפי שקבעה ועדת הערר בערר (תל-אביב – יפו) 85143/13 רון צין נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה רמת גן (פורסם בנבו, 24.02.2016), הוא כי "את ההשבחה יש לחשב בהתאם לערכם האובייקטיבי של המקרקעין כפי שהיו משתקפים בתמורה שהייתה משתלמת עבורם בעסקה בין מוכר מרצון לקונה מרצון בשוק החופשי".

151. בהקשר זה סעיף 19, במישור המשפטי, אינו מעלה ואינו מוריד. שכן ברי שהזכויות בתמ"א 38, כפי שנקבע בעניין אליק רון ובעניין אופל קרדן, הינן זכויות צפות המתגבשות רק בעת הוצאת ההיתר (ראו עמ"נ (ירושלים) הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' 100

הבית ברחוב שמעוני 36 (פורסם בנבו, 17.5.2022) (להלן: "הבית בשמעוני"). בהקשר זה סעיף 19 בא להוסיף על שיקול הדעת הקבוע בסעיף 22 והקובע כי "אין באמור בתכנית זו כדי לשלול מסמכותה של הועדה המקומית לסרב לתת היתר לבניה הכרוך בתוספת זכויות בניה... אם מצאה משיקולים תכנוניים, או אדריכליים, נופיים, כושר נשיאה של תשתיות, כי יש לסרב לבקשה להיתר או אם מצאה כי תוספת הבניה צריכה להיבחן במסגרת תכנית שתסדיר עניינים נוספים אלו לאור התוספת המבוקשת...". סעיף 19, אפוא, מבקש להתמודד, מעבר לשיקול הדעת הטבוע בתכנית, עם הוראת סעיף 6.1 הקובעת כי "תכנית זו גוברת על כל התכניות האחרות בנושאים בהם היא עוסקת, אלא אם נאמר בה אחרת". בהקשר זה אין שוני בין הוראת סעיף 24 המאפשרת אי החלת תמ"א 38 במקרים בהם החליטה הועדה המקומית, לפי סעיף 77 לחוק, להכין תכנית לפי סעיף 23. בשני המקרים מדובר בהרחבת שיקול הדעת לאי מתן היתר בניה לפי תמ"א 38 הקבוע בסעיף 22 לתמ"א.

152. אדרבה, ביחס למבנים בשימור רגיל הרי שחיבור בין תמ"א 38 לתכנית השימור מלמד כי אין כל מניעה ליתן, במסגרת תמריצי התמ"א את תוספות הזכויות הכלולות בתמריצים שגם תכנית השימור מתירה. בלשון אחר, אין בתוספת הזכויות מכח תמ"א 38 פגיעה "בערך השימור". תכנית השימור מתירה, בין השאר, בניית קומה על הגג (בנסיגה), ובנית תוספות בניה שונות אחרות, הכל כמפורט בנספח ד' לתכנית שעניינו תמריצים לבניית מבנה לשימור. המסקנה הברורה הנובעת מכך היא כי בתוספת הקומה ובתוספות הנוספות שמאפשרת תכנית השימור יש חפיפה ברורה בין התמ"א לבין תכנית השימור ולפיכך בנייתן אינה פוגעת בערכים שקבעה תכנית השימור.

סוף דבר, ככל והשפיעה תמ"א 38 במצב הקודם על שווים של המקרקעין כפוטנציאל כללי, יש להביא זאת בחשבון ואין לנטרל שווי זה.

153. אלא שמהאמור יוצא כי במצב בו תוספת הקומה שמאפשרת תכנית השימור ניתנת לבניה הן על פי התמ"א והן על פי תכנית השימור יש לראות בתכנית השמור תכנית לפי סעיף 23. שכן, כפי שאמרה ועדת הערר בערר רחביה "המהות קובעת ולא הצורה". כך בהחלטת ועדת הערר בערר (חיפה) 82022-08-20 יעקב גלבוט בנייה ויזמות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריות (פורסם בנבו, 4.1.2021) "בבואנו לפרש את הוראות התוכנית שבפנינו לא נוכל להסתפק בלשון תקנון התוכנית בלבד, ושומה עלינו לבחון גם את תכליתה. בחינה תכליתית של הוראות התוכנית שבפנינו מוליכה למסקנה, כי על פי מהותה מדובר בתוכנית שאושרה מכוח סעיף 23 לתמ"א 38." (שם, פסקאות 29-26). בהקשר זה נדמה כי אין מחלוקת שתכנית השימור נועדה הן לשמר והן לחזק את הבניינים שבתחומה, שכן ללא חיזוק השימור לא יחזיק מעמד לאורך זמן.

154. ודוק, אין בכך בכדי לקבוע את החיוב בהיטל השבחה, שכן החיוב בהיטל השבחה הוא פועל יוצא של מהות התכנית והוראותיה ולא העובדה כי היא נערכה לפי סעיף 23. כך אם תערך תכנית לפי סעיף 23 למגרש בודד או מגרשים בודדים סביר כי זו תהיה תכנית שמעניקה זכויות ודאיות על כל המשתמע מכך. וביחס לתכנית השימור עצמה לא מצאנו

לסטות מעמדות הצדדים כולם שראו בה תכנית המעניקה זכויות מוקנות, לכל הפחות בבניינים לשימור רגיל.

155. בהתאם לאמור נדרשים אנו לסוגיה האם בהוצאת היתר בניה מכח תכנית השימור יש לראות כהיתר הפטור מהיטל השבחה לפי סעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית. סעיף זה קובע:

”(ב) לא תחול חובת תשלום היטל בשל השבחה שהיא אחת מאלה:

(10) השבחה במקרקעין בשל קבלת היתר לבנייה או להרחבה של דירת מגורים, שניתן מכוח תכנית כמפורט להלן:

(א) תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה (תמ”א 38)...

(ב) תכנית מפורטת שהוכנה על פי הוראות תכנית המתאר הארצית האמורה בפסקת משנה (א) ושבין מטרותיה חיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה...”

156. כאמור לטעמנו יש לראות בתכנית השימור כתכנית לפי סעיף 23 אלא שבנוסף לכך נדמה שבהיתר בניה יש ליתן פטור מהיטל השבחה לזכויות החופפות לתמ”א 38 גם מכח סעיף 13 לתמ”א 38 ובבניינים לשימור מחמיר מהקומפילציה של סעיפים 13 ו-20א. סעיף 13 קובע:

א. חלה על המבנה הבנוי בפועל תכנית מפורטת או תכנית מפורטת ונותרו זכויות בנייה שטרם מומשו, תנאי למימושן יהיה התאמת הבניה לדרישות התקן
ב. ניתן היתר בניה לפי פסקה (א), יראו את ההיתר כאילו ניתן מכוח הוראות התמ”א ביחס לחלק שניתן היה לתת בגינו היתר בניה לפי סעיף 11 לתמ”א...

157. שאלת הפטור, כפי שקבע בית המשפט העליון בבר”מ 7114/18 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ’ שלמה שילה (פורסם בנבו, 18.11.2019) נבחנת בעת אירוע המס. בהתאם לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין הבית בשמעוני בתמ”א 38 אירוע המס הינו יום הוצאת היתר הבניה. לפיכך שאלת הפטור נבחנת לפי המצב העובדתי והמשפטי במועד זה. כפי שקבעה ועדת הערר בערר (ירושלים) 8168-12-19 יעקב פוגל ואח’ נ’ הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 12.1.2021) הוראת הפטור היא הוראה הקבועה בחוק עצמו, היא במעמד נורמטיבי גבוה יותר מהוראות תמ”א 38 והיא מבטאת את ההטבה הכלכלית המקסימלית שמצא לנכון המחוקק לתת עבור הגשמת תכלית תמ”א 38 - חיזוק מבנים מפני רעידת אדמה. אין קשר ישיר ולא קיימת בהכרח חפיפה בין היקף הפטור ובין היישום הנקודתי בהליך הרישוי של תמ”א 38; הליך רישוי לבד והליך הפטור לבד. היקף הפטור נגזר מהיקף הזכויות לפי תמ”א 38 במועד אירוע המס, זוהי ההטבה שקבע המחוקק. וכאמור מועד אירוע המס כפי שנקבע בעניין שמעוני הוא מועד הוצאת

ההיתר. שאלת הפטור, אפוא, נבחנת במועד אירוע המס ועל כן למרות שסעיף זה נחקק במסגרת תיקון 3 לתמ"א 38 הרי שלעניין הפטור הוא תקף החל מאישור תיקון 3 לתמ"א 38 שנכנסה לתוקף ביום 11.6.2012. לפיכך היתרי בניה בבניינים לשימור שניתנו אחרי 11.6.2012 זכאים לפטור מהיטל השבחה.

158. הכרעה זו שלנו נאמרת למעלה מן הצורך ביחס לשני מצבים. בשימור מחמיר הנעשה, אגב ביצוע בפועל של השימור, הפטור ותכנית הניוד, מתנקזים למועד אחד מועד זה מהווה אירוע מס וממילא גם במועד זה נבחן הפטור בהתאם לסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית. בשימור רגיל, באותם מקרים בהם לא התרחש מימוש במכר לפני היתר הבניה, היה על המשיבה לתת פטור בהתאם לסעיף 19(ב)(10) לתוספת ולהוראות תמ"א 38.

159. למותר לציין כי בהקשר זה גם הקלות כמותיות ואחרות הניתנות במסגרת היתר בניה מכח תכנית השימור זכאיות לפטור בהתאם לסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית כל עוד הן חופפות לזכויות התמ"א. (ראו: דברי השמאי עו"ד שלמי מערבי בפרוטוקול הדיון מיום 21.6.2016)

160. אלא שמעבר לניתוח המשפטי גם שיקולי צדק והוגנות מובילים למסקנה זו. בפס"ד ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלמון (פורסם בנבו, 23.12.1999) אמר השופט מישראל חשין ז"ל "הרשות השופטת אינה אך חבר שופטים וספר חוקים ושולחן וכיסא ומנורה. המושג רשות שופטת הינו רחב - רחב ועמוק - מאלה. בית משפט הוא צדק ויושר, ערכים ומנהגות, מוסכמות ומושכלות, עקרונות ועיקרים" ובע"א 391/80 מירה ומיכאל לסרסון ואח' נ' שכון עובדים בע"מ (פורסם בנבו, 11.4.1984) אמר כבוד השופט (בדימוס) מנחם אלון ז"ל "כלל גדול בדינו, שאין מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד. גופה של מערכת המשפט זקוקה הוא לנשמה, ויש שאף לנשמה יתרה; נשמה זו תימצא למערכת המשפט בדמותן ובצלמן של נורמות ערכיות שונות, שיסודן בעקרון העל של עשיית הישר והטוב...". במקרה שבפנינו נדמה כי מעבר למבנה המשפטי שלעיל שיקולי ההוגנות מחייבים כי מי שחזק את מקרקעיו, באמצעות אותן תוספות שניתן לבנות גם מכוח התמ"א, ייקנס בהיטל השבחה בעוד שרעהו, שיבקש את אותן זכויות בדיוק, תוך חיזוק הבניין לא יחויב בהן; בסופו של יום שיקולי הצדק החלוקתי מוטבעים הם בהיטל השבחה. בהקשר אחר אמרה ועדת הערר שאין לחייב בתכנית תשתיות שהשביחה את העיר כולה רק את הגובלים לתכנית אך בשל היותם צמודי דופן לתכנית המשביחה (ערר (ירושלים) 8119/18 אלייד נדל"ן בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (פורסם בנבו, 13.4.2021)). נדמה כי הגיון זה נמצא גם ביסוד תכנית השימור. שני בניינים הנדרשים לחיזוק יקבלו אותה תוספת בניה; האחד ישלם היטל השבחה (אך בשל העובדה שקיבל ציון 20 בניקוד השימור) והשני לא ישלם היטל השבחה (אך בשל העובדה שקיבל ציון 19 בניקוד השימור) וכדברי השופט (בדימוס) אליקים רובינשטיין בבר"מ 1560/13 ועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן נ' מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 22.7.2014):

”בסופו של יום, השאלה היא של הגינות כלפי כולי עלמא. מצדי אטעים כי ההגינות היא הדדית, וזאת על הרשויות ועל בתו המשפט להציב לנגד עיניהם כעמוד אש וענן, וככוכב צפון; הגינות, הגינות, הגינות – הגינות הרשות כלפי היחיד והגינות היחיד (גם הוא) כלפי הרשות...” (סעיף ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין)

161. בהתאם לכך נדמה כי גם בניינים לשימור מחמיר המקבלים את התמריץ באמצעות ניווד זכויות יהיו זכאים לפטור כאמור. עקרון זה קובע בתיקון מספר 3 לתמ”א 38. בדברי ההסבר לתיקון נכתב:

”מתוך הניסיון שנצבר עד כה מיישום תמ”א 38 עולה כי קיימים מקרים בהם לא ניתן לממש את התמ”א, כתוצאה ממגבלות שונות... לצורך מציאת פתרון למבנים אלו, שינוי מס’ 3 לתמ”א כולל מנגנון של חיזוק מבנים ללא תוספת קומות בתמורה לתוספת זכויות במגרשים אחרים בתחום אותה רשות מקומית. המנגנון כרוך בעריכת תכנית”

בהתאם לכך, נקבע סעיף 20א:

”על אף האמור בסעיף 20, מוסד תכנון יהיה רשאי לאשר תכנית לתוספת זכויות בניה במגרש או במגרשים אחרים, שלא על מבנה שבנוי בפועל, אם התכנית כוללת בתחומה מבנה או מספר מבנים שהתכנית קובעת את חיזוקם בפני רעידות אדמה, ובתנאי שהתקיימו כל התנאים הבאים:

”...”

162. סוף דבר, כפי שנראה להלן די באימוץ חוות דעת המומחה ובביטול טענת המיתוג על מנת לאיין את היטל ההשבחה מכח תכנית השימור אלא שנדמה כי בהיתר בניה ישנו טעם נוסף לתוצאה זו, לפיה אין לחייב בהיטל השבחה.

תכנית ע1

163. לטענת הועדה המקומית תכנית ”ע1”, אשר דבר אישורה למתן תוקף פורסם ביום 18.3.03, לא חלה על מבנים הכלולים בתכנית השימור, מושא ערר זה, באשר התכנית מחריגה מפורשות מבנים לשימור מגדר תחולתה. סעיף 3 לתקנון תכנית ”ע1” קובע לאמור:

”תכנית זו תחול על כל מרחב התכנון המקומי של תל אביב-יפו, למעט על מגרשים הכוללים בניינים לשימור”

המונח ”מבנה לשימור” מוגדר בסעיף 8(ו) לתקנון תכנית עמ’ 1:

”בנין/בניינים שסומנו ו/או הוכרזו לשימור בפירסום בהתאם לסעיפים 77-78 לחוק התכנון והבניה התשכ”ה 1965 לפני

תחילת תכנית זו, זאת עד תחילת התכנית שפורסמה או סיום תוקף ההגבלות ע"פ הסעיפים הנ"ל.
בני/בניינים שסומנו לשימור בתכניות שהופקדו לפני תחילת תכנית זו, זאת עד תחילת התכנית המופקדת".

164. לטענת הוועדה המקומית מכיוון שהודעה, בהתאם לסעיפים 77-78 לחוק, ביחס למבנים בתכנית השימור פורסמה לכל המאוחר בשנת 2001, עת הופקדה תכנית השימור, על כן, הוצא המבנה מגדרה של תכנית "ע1", ועל כן, מעולם לא הייתה כל ציפייה כי תכנית זו תחול על המקרקעין מושא העררים.

165. טענה זו אין בידינו לקבל.

אכן אין חולק כי תכנית ע1 לא חלה על בניינים לשימור. יחד עם זאת שוגה הוועדה המקומית כשהיא איננה כוללת את התכנית במצב הקודם. תכנית השימור פורסמה לתוקף בשנת 2008, עד למועד כניסתה לתוקף לא התגבשה הוודאות התכנונית הנדרשת כדין על מנת לקבוע כי בניין זה או אחר כלולים בתכנית ויהיו בניינים לשימור. הטיעון לפיו לבעלי הזכויות בבניינים לשימור לא יכולה הייתה להיות ציפייה ליהנות מן הזכויות שהוקנו בתכנית זו, עקב ההודעה לפי סעיפים 77 ו-78, סותרת את פסק הדין **בעניין לוסטרניק** המחייב אותנו להתעלם מהליכי התכנון אשר קדמו למועד מתן תוקף לתכנית. כפי שכתבו הנישומים בסיכומים:

**"זאת ועוד, בהנחה שתכנית השימור תבוטל, האם תטען הוועדה כי הבניינים שהוגדרו כבניינים לשימור אינם זכאים לזכויות בניה מכוח התכנית? האם במצב תיאורטי זה לא תגבה הוועדה המקומית היטל השבחה בגין אותה תכנית?
התשובה לשאלה תיאורטית זו ברורה. לולא תכנית השימור הייתה הוועדה המקומית מאפשרת לבעלי הבניינים לשימור ליהנות מהוראותיה ומחייבת אותם בהיטל השבחה ומכאן שאך ורק בשל אישור התכנית אותם בעלי זכויות אינם זכאים לנצל את הוראותיה."**

166. בסופו של יום ביחס ל"שאלת הגרזן: מתי נפל הגרזן ושלל את הזכויות?" (ראו דברי עו"ד טויסטר בפרוטוקול הדיון מיום 21.6.2016) מה ששלל את הזכויות הקבועות בתכנית ע1 זה מתן תוקף לתכנית השימור. זה היום ואין בלתו, ביום זה כל אחד ידע אם הוא לשבט או לחסד, אם היה ברשימה והוצא או שלא היה ברשימה ונכס.

167. אלא שנדמה כי שיקולים נוספים מביאים לתוצאה זהה. נדמה כי יש להתעלם מהשפעת סעיפים 77-78 על שווים של מקרקעין בקביעת היטלי השבחה, כשם שיש להתעלם מהליכי התכנון בקביעת שווים של מקרקעין. כך **בעניין רחביה** אמרה ועדת הערר:

"נדמה שהוועדה המקומית בהקשר זה נפלה לכלל טעות ואין הנדון דומה לראיה. הכלל לפיו "השומה צריכה להיגזר מהדין

ולא הדין מהשומה" יישומו נכון, לדוגמה, ביחס לעבירות בנייה. אמנם יש בבניה בלתי חוקית כדי להעלות את שווי השוק, יחד עם זאת הכלל המשפטי הוא כי יש להתעלם מהשפעה של עבירות בנייה על ערכי השווי בעת קביעת ההשבחה (ראו: בר"מ 6707/15 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקווה נ' נהור בע"מ, (פורסם בנבו, 28.09.2016), בר"מ 3903/07 אברהם ג'יאן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה נתניה (פורסם בנבו, 21.08.2008), כן ראו ערר רה/85010/15 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רמת השרון נ' בלורי בע"מ (פורסם בנבו, 06.11.2016)). אלא שבכל הנוגע לבחינת ההשבחה בנכס הכולל עבירות בניה, אין המשמעות סטייה ממבחן השוק וקביעת שווי שוק נורמטיבי, אלא התעלמות מפעולה שביצע בעל המקרקעין שלא כדין, שדינה מעיקר הדין להריסה (בין אם הוצא צו הריסה ובין אם לאו)" (סעיף 108 להחלטה)

168. כך גם בערר בעניין אלייד קבעה ועדת הערר שמשיקולי צדק העומדים בבסיס גביית היטל השבחה יש לגבות היטל השבחה מגובלים בהתאם לסעיף 2(א) לתוספת רק כאשר הגובלים נהנים אקסקלוסיבית מהתכנית המשביחה ולא כאשר מדובר בתשתיות ציבוריות שמוטת השפעתן (החיובית) רחבה מהגובלים בלבד. כלומר, למרות שבמבחן שווי השוק יש בתכנית כדי להביא לעליית ערכם של מקרקעין, הרי שמשיקולים משפטיים יש לנטרל השפעה זו.

169. נדמה אם כן שאף אם היה בהוראות סעיפים 77-78 בכדי להשפיע על שווים של המקרקעין במועד הקובע, במבחן שווי שוק, הרי שיש לנטרל השפעה זו; נפרט.

170. סעיף 78 לחוק מסמיך את מוסד התכנון המוסמך להפקיד תכנית לקבוע תנאים למתן היתרי בניה בתחום תכנית מוצעת. מכוחה של סמכות זו עשוי מוסד התכנון לאסור כליל על הוצאתם של היתרים אף שהם תואמים תכנית מאושרת. המדובר בכלי סטטוטורי המצוי מחוץ לעולם התכנון ומאפשר פגיעה בזכות הקניין של בעל מקרקעין מתוך הבנה שהליכי התכנון אורכים זמן ובזמן זה ראוי לאפשר למוסד התכנון המוסמך "לגבש מתווה תכנוני סטטוטורי חדש מבלי ששינוי המצב הפיזי של הקרקע יכביד על הכנתה של התכנית" (שלום זינגר ושרית דנה דיני תכנון ובנייה (2015) 375). יחד עם זאת סעיף זה השאיר פתח מילוט וקבע בסעיף 78(ב) ש"הרואה עצמו נפגע מהחלטת מוסד תכנון לפי סעיף זה רשאי לערור...". לא זו אף זו סעיף 79 קבע שמי שהוגבלה זכותו בקרקע מכוח סעיף זה רשאי לקבל פטור מתשלומי חובה שונים. ההסדר אם כן הינו הסדר אקס טריטוריאלי להלכי התכנון ונועד ליצור איזון בין התכנון העתידי לרישוי בתקופת ביניים. נדמה שהכנסת סעיף זה לתוך הוראות התכנית מהווה חוסר סמכות, לכל הפחות בנוגע להשפעתם על הליכי היטל השבחה.

171. הועדה המקומית עת אישרה את תכנית ע1 ביקשה להחיל את הוראות התכנית כאמור בסעיף 3 "על כל מרחב התכנון המקומי של תל-אביב – יפו, למעט על מגרשים הכוללים בניינים לשימור" אלא שביודעה שישנה תכנית שימור בהכנה ושהיא מבקשת לא להחיל את תכנית ע1 על תכנית השימור ועל מנת למנוע תביעת ירידת ערך בגין ביטול תכנית ע1 בתכנית 2650ב, הוכנסה הוראה כבר בתכנית ע1 אלא שלשם כך לא הוכנסו (רק) בניינים לשימור בהתאם לתכניות מאושרות אלא גם בניינים שישנו חשש שהם יהיו לשימור.

172. הוראה זו בתכנית ע1 משמעותה "קיבוע" ההסדר בסעיף 78 בתכנית ולא זו בלבד אלא שהוא למעשה שולל את סעיף 78, כי בעוד סעיף 78 משאיר שיקול דעת למתן היתר בניה, תכנית ע1 קובעת שלילה החלטית וחד משמעית של כל אפשרות לקבל היתר בניה מכח תכנית זו. נדמה שזו גם משמעות פסק הדין בע"א 6291/95 **בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ובניה מודיעין ואח'** (פורסם בנבו, 25.6.1997) בפסק דין זה נדון תוקפה של הוראה בתכנית לפיה ההסדרים הקבועים בה ממצים את ההקלות שניתן להעניק מכוחה. בית המשפט קבע כי הוראה זו בטלה משום שהוועדה לא הוסמכה לקבוע בתכניות הסדרים מסוג זה הפוגעים בזכויות הקניין. החשיבות בגמישות תכנונית הגלומה במכשיר ההקלה נתפשה בעיני בית המשפט כה יסודית שפגיעה בה מהווה פגיעה בזכות היסוד לקניין.

173. נדמה כי דומה המקרה להכרזה על קרקע חקלאית על ידי הועדה לשמירה על קרקע חקלאית ושטחים פתוחים. כפי שאמר בית המשפט בע"א 1968/00 **חברת 2842 חלקה 10 בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון וביה נתניה** (פורסם בנבו, 11.11.2003):

"יוצא מכך, כי בקרקע המיועדת לבנייה על פי תכנית שהוחלה עליה הכרזה תיאסר הבנייה אלא אם ניתנה הסכמת הועדה להוצאת היתר בנייה. בקיום ההכרזה יש כדי למנוע את מימוש היעוד הלא-חקלאי בקרקע, גם אם מימוש זה תואם את התכנית החלה על השטח. ההסדר החקיקתי של החלת ההכרזה ביקש להבטיח כי לא תבוצענה פעולות בנייה על קרקע מוכרזת בלא פיקוח הועדה, ואילו הותר מימוש יעוד הקרקע על פי התכנית המקורית החלה על השטח מטרת ההכרזה היתה מושמת לאל. ההכרזה עלולה, איפוא, להביא עמה ירידה ניכרת בערך מקרקעין, גם בלא ששונה יעוד המקרקעין על פי התכנית (לוינסון – זמיר, שם, עמ' 374). לא עוד, אלא שהחוק אינו מעניק לבעל הקרקע זכות לפיצוי על הנזק שנגרם למקרקעין עקב ההכרזה, אף שהגבלת השימוש בקרקע לשימוש חקלאי בלבד עשויה לפגוע פגיעה ממשית ביכולת מימוש זכות הקניין של הבעלים. בדרך כלל ניתן

להניח כי בעקבות ההכרזה תשונינה התכניות הקיימות לגבי הקרקע ותוכן תכנית שתייעד את השטח לייעוד חקלאי. עם זאת, אין חובה מכח חוק לעשות כן, והתמריץ לכך על הרשות הציבורית פוחת מאחר, שמצד אחד, עקב ההכרזה נאסר בלאו הכי כל שימוש שאינו חקלאי בקרקע, ומצד שני, כל עוד ההכרזה עומדת בעינה ולא הוחלה תכנית חדשה לייעוד חקלאי, אין חובת פיצוי על פגיעה בבעל הקניין." (סעיף 10 לפסק הדין של כבוד השופטת (בדימוס) פורקצ'יה)

174. במסגרת פסק הדין נדרש בית המשפט לשאלה האם במסגרת אומדן הפגיעה בקרקע עקב תכנית פוגעת המשנה את יעוד הקרקע ממגורים לשימוש חקלאי, יש להתחשב בקיומה של הכרזה שקדמה לתכנית הפוגעת ולהעריך את שווי הפגיעה על דרך השוואה בין מצב הקרקע ערב התכנית הפוגעת, כאשר חלה עליה ההכרזה, לעומת מצבה בעקבות התכנית או שמא יש לראות את ההכרזה כשלב ראשון בתהליך תכנוני אחד כולל לקראת ייעוד השטח לחקלאות על פי תכנית. אם כן, כי אז לצורך פיצוי על פי סעיף 197 יש להשוות בין שווי הקרקע בטרם ההכרזה, לעומת שווייה בעקבות החלת התכנית הפוגעת, כאשר ההכרזה מובנית אל תוך התכנית הפוגעת, כמיקשה אחת. בית המשפט הכריע וקבע "ראוי להשקיף על ההכרזה והתכניות הפוגעות כמיקשה אחת לצורך חישוב היקף הפגיעה של בעל זכות הקניין".

175. נדמה כי זו מהות טענת העוררים כפי שניסחה זאת עו"ד טויסטר בפרוטוקול הדיון מיום 21.6.2016:

"החוק והפסיקה אומרים וההיגיון שעל מנת לבחון הפגיעה צריכים להתעלם מהליכי התכנון שקדמו לאישור התכנית. כלומר 77-78 זה הליכים זמניים, שלב של בדיקה. כשאני בודק היטל השבחה או ירידת ערך, צריך להתעלם ממנו. המבחן הוא אחד. אותו בניין... אותו בניין בפינסקר 62 לעומת הבניין בפינסקר 60, אותם שני בניינים, היום כשנודע להם מי יוטלו עליו המגבלות ומי לא – זה מתן תוקף. עד אז זה הליכים על תנאי שכל מה שנועדו לתת למוסדות התכנון את הבדיקה האם אני צריך שיחולו עליי מגבלות השימור במקרה הזה או לא. על התקופה הזאת אני חייב להתעלם ממנה. אם לא אתעלם ממנה אין היטל השבחה, ואין תביעה לירידת ערך, ביום הקובע אם לוקחים קרקע לבנייה והופכים אותה לדרך, כל השוק יודע שזה דרך, אף אחד לא יקנה. כנ"ל בהשבחה, מחקלאות למגורים – השבחה מובהקת. ביום הקובע, 15 יום אחרי, כל השוק יודע שזה מגורים, הוא ישלם את כל המחיר או כמעט כל מחיר, אבל

לגבות מס אמת צריך הפער בין השווי החקלאי למגורים, או כדי לפצות לכביש אז צריך להתעלם מזה שהיום הקובע לא קרה כלום.

יש בדיקה מעשית, שווי השוק במצב החדש. ויש בדיקה תיאורטית – מה היה שווי השוק אם התכנית הזאת מעולם לא הייתה באה לעולם. זה תיאורטי, אבל ההיגיון אומר שככה תפצו או ככה תקבלו היטל השבחה בהתאמה. חייבים לכן להתעלם מ-77-78 ואם יש תכנית מופקדת לפי סעיף 77 יש לבחון המצב הקודם תוך נטרול השפעתם של הליכי התכנון הללו. נדמה לנו שהדברים האלה מושכלות יסוד”.

176. נוכח האמור סבורים אנו כי יש להביא בחשבון בשווי המצב הקודם את הזכויות מכח תכנית ע1. למותר לציין כי הכרעה זו שלנו כפופה לבדיקה שמאית שתבחן את השפעת התכנית במבחני שווי שוק.

תכנית מ'

177. נדמה כי בעניין זה השאלה הינה שמאית ולא משפטית שכן אין מחלוקת שתכנית זו יש לקחתה בחשבון בשקלול שווי מצב קודם. תכנית מ', אפשרה סגירה אחידה של מרפסות, בין אם לא נסגרו מעולם וניתן, מכח התכנית, לסוגרן, ובין אם נסגרו בהיתר או שלא בהיתר ולפי תכנית מ' אפשר להכשירן בסגירה אחידה. תכנית השימור לא מאפשרת זאת ולפיה מרפסת שנסגרה צריך לפתוח, ואם לא נסגרו לא ניתן יהיה לסגור. המשמעות הכלכלית היא שאם סוגרים המרפסות השטחים האלה הופכים להיות חלק מסלון הדירה. טענת העוררים הינה שמקום שבו חלה תכנית מ', שזה כמעט כל מרחב התכנון של העיר ל-אביב - יפו, ובמקום שבו הייתה מרפסת, שזה כמעט כל הבניינים לשימור, העובדה שתכנית השימור מחייבת פתיחת מרפסות ושוללת אפשרות לסגירה אחידה משפיע על השווי. מה היקף ההשפעה? זו שאלה שמאית.

178. נדמה כי זו גם עמדת המשיבה. בהתייחסותה מיום 10.7.2018 טענה הועדה המקומית כי "במועד הקובע (ואף כיום) היה ביקוש גבוה בשוק המגורים לדירות עם מרפסת פתוחה" טענה זו היא שמאית ויש לבחונה במבחני שווי שוק; האם דירת 90 מ"ר עם מרפסת של 10 מ"ר שווי השוק שלה גבוה מדירת 100 מ"ר ללא מרפסת. בסופו של יום שווי השוק נגזר מהתועלת שבעל המקרקעין מפיק מפתיחת או סגירת המרפסת אלא שסוגיה זו עניין הוא לשמאים להתגדר בו. יחד עם זאת נציין כי בערר (תל אביב) 85001/15 הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' חברת בן דוד הנדסה ייזום ובניה בע"מ (פורסם בנבו, 2.2.2022) אימצה ועדת הערר את עמדת השמאים המכריעים שקבעו כי מרפסת שירות הצמודה לסלון ששונה סיווגה לשטח עיקרי לא השביחה את המקרקעין שכן התועלת לבעל הנכס לא השתנתה ואירוע המס כשלעצמו, ללא הוכחת עליית ערך, לא גורר חיוב בהיטל השבחה. משמעות הדבר הינה שמרפסת מקורה שהיא חלק אינטגרלי מהסלון המקדם שלה הוא 1 בדומה למקדם הסלון. פתיחת המרפסת יפחית את המקדם בהתאם

למקדמים שקבעה הוועדה המקומית עצמה למרפסות פתוחות. אשר לטענה שמרפסת פתוחה המקדם שלה גבוה ממקדם 1 (ראו דברי הוועדה המקומית בעמ' 69 לפרוטוקול הדיון מיום 5.9.2016) הרי שזו טעונה הוכחה שמאית; כזו מעולם לא ראינו. 179. מעבר לאמור נבקש להדגיש טעות המושרשת בעמדות ועדות מקומיות, בהליכים בפני ועדת הערר לפיצויים והיטלי השבחה שמצאה מקומה גם בעררים שבפנינו. טענת הוועדה המקומית וכאמור עניין לנו בטענה שחוזרת על עצמה על ידי ועדות מקומיות רבות, במקרה בו לגישת שמאי מכריע ישנן שתי פרשנויות אפשריות לתכנית וכפות המאזניים מעויינות יש לתת בכורה לפרשנות הוועדה המקומית. לעניין זה, מפנה הוועדה המקומית לפסיקה ענפה. בין היתר, לעת"מ 241/09 **מרצף תעשיית מוצרי מלט נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה** (פורסם בנבו, 26.1.2011).

"זאת ועוד, הפסיקה מייחסת מעמד משמעותי לפרשנות שניתנה בפועל על ידי גופי התכנון ביחס לתכניות בניין עיר. זאת, בין היתר משום שגופי התכנון הם בדרך כלל אלה אשר יזמו את התכניות, והם מודעים לכן למטרותיהן. מעבר לכך, גופי התכנון הם אלה שהחוק הפקיד בידיהם את הפרשנות כחלק מסמכויותיהם וככאלה הם בעלי כישורים לפרשנות ואף בעלי מומחיות לעשות כן, לאור ניסיונה המעשי של הרשות והיכרותה את השטח (ר' עת"מ 1317/06 בראל ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה) [פורסם בנבו]. בנוסף, אם תתקבל פרשנות השונה מזו שיושמה על ידי הרשות, הדבר יפגע בוודאות וביציבותה, וגם עניין זה צריך להילקח בחשבון." (עמ' 7 לפסק הדין)

כך גם פרופ' יצחק זמיר בספרו **הסמכות המינהלית** (כרך א', עמוד 145) כותב: **"במתן הפירוש, בית המשפט מייחס משקל לפירוש שנתנה הרשות המנהלית. הוא לוקח בחשבון שהחוק הפקיד את הסמכות בידי הרשות, כחלק מן הרשות המבצעת והטיל עליה את האחריות להפעלת הסמכות, לעיתים אפילו בעלת מומחיות מיוחדת, והיא מתבססת על ניסיון מעשי. הוא מעריך את העובדה שהיא פועלת מתוך היכרות קרובה עם המצב בשטח... כל אלה יש בהם כדי להקנות משקל רב לדעתה באשר לפירוש החוק המקנה לה את הסמכות".**

180. טענה זו, אין בידנו לקבל. אכן, ישנה עדיפות פרשנית למוסד התכנון לפרש תכניות. יחד עם זאת, יש להדגיש שדבר זה נכון ביחס למוסדות התכנון "אשר יזמו את התכניות". למותר לציין, כי לא תמיד הוועדה המקומית היא יוזמת התכניות. מכל מקום, דברים שנכונים להליכי הרישוי לא בהכרח נכונים להליכי היטל השבחה. בהיטל השבחה אנו שואלים מהו השווי שיינתן למקרקעין בין קונה מרצון למוכר מרצון. בהקשר זה, אכן,

עמדת הוועדה המקומית יכולה ליצור ודאות ולקבוע את שווי השוק של המקרקעין. כלומר, ככל שפרשנות הוועדה המקומית ידועה וברורה, יש לשער שהיא זו שתקבע את שווי המקרקעין. במילים אחרות, כאשר התכנית ברורה וזכויות הבנייה לא נתונות בספק, הרי שהמילה הכתובה, תהיה זו שתקבע את שווי המקרקעין. כאשר התכנית לא ברורה, כמו במקרה שבפנינו ומכאן שהזכויות לא ברורות, הרי שהספק הפרשני הוא זה שיקבע את שווי המקרקעין. במקרה שכזה, השאלה איננה פרשנית ואיננה למי נתונה הבכורה הפרשנית, אלא שמאית והיא כיצד הספק הפרשני, אם בכלל, השפיע על שווי המקרקעין. 181. ודוקו, בעניין זה נדמה כי שני הצדדים, נפלו לכלל טעות בכך שניתחו בעררים ובתשובותיהם מסמכים והיתרים שונים וניסו לשכנע את ועדת הערר כי הפרשנות המשפטית של המסמכים השונים היא הפרשנות שלהם. נדמה כי לא זו הדרך. תפקיד השמאי בהליכי היטל השבחה איננו לפרש את התכנית אלא לבחון כמה קונה מרצון בשוק משוכלל מוכן לשלם על התכנית התקפה, בהתאם לפרשנות שהשוק נותן במועד הקובע וככל שהפרשנות אינה חד-משמעית, כיצד השוק מתמחר את הספק הפרשני.

מרפסות גן

182. סוגיית רוחב נוספת הינה היחס לדירות הגן. סעיף 8 לנספח ד להוראות התכנית קובע:

א. יותרו דירות גן בקומת הקרקע של המבנה בחלקים הפונים

לחזיתות אחוריות, לרבות חזיתות הצד האחוריות

ב. תותר הצמדה של החצר האחורית לדירות

183. מרבית השמאים המכריעים סברו שאין בהוראה זו, בהיותה הוראה קניינית ולא תכנונית, בכדי להביא לעליית ערך המקרקעין.

184. כך לדוגמא השמאי גיל הרצברג ביחס לשומה בגוש 7422 חלקה 62 כתב "הבניין בו נכלל הנכס רשום כבית משותף ומכיל חצר פנימית פרטית לשימוש הדיירים לרבות מספר גרמי מדרגות גישה מחלק מהדירות בקומה הראשונה המסומנות בהיתר הבניה. מהאמור לעיל עולה, שאין בהוראות התכנית המאפשרות הצמדת חצרות בכדי לגרום להשבחה בשווי הנכס הנדון" וכך השמאית נאוה סירקיס (ראו פירוט שומות נוספות בעמ' 30 לפרוטוקול הדיון מיום 19.9.2016) בשומה מכרעת לגוש 6903 חלקה 158 הציגה את המחלוקת:

"ג. עמדת הוועדה, כי ההוראה בתכנית 2605ב' לפיה "יותרו דירות גן בקומת הקרקע של המבנה בחלקים הפונים לחזיתות אחוריות, לרבות חזיתות הצד האחורי "יוצרת זכות מוקנית לדירות גן. הוראה זו מאפשרת לא רק הצמדה קניינית אלא יצירת פתח יציאה מהדירה לחצר שאלמלא כך הגישה לגינה בקומת קרקע הינה דרך חדר המדרגות הכללי. מנגד, טען שמאי המבקשים, כי התמריץ להצמיד חצר לדירות בקומת הקרקע

אינו בגדר אלמנט משביח משום שגם במצב קודם ניתן לעשותו,
גם ע"י חיבור פיסי וגם ע"י הצמדה קניינית."

והכריעה:

"שמאי הועדה טען כי בתכנית הבקשה להיתר המקורית מס' 36 מסומנת יציאה בקומת קרקע רק מחדר המכונות ולא מהדירות. ואולם עפ"י בדיקותי מסומנים פתחים נרחבים בצמוד לשטח מרוצף בחצר בחלק מהחדרים ובמטבחים בדירות בקומת קרקע. במבחן שווי שוק, איני סבורה כי חל שינוי בין מצב מאושר לבין התמריץ המוקנה בתכנית 2605ב' המתיר דירות גן."

185. טענת הועדה המקומית הינה שתכנית השימור אפשרה את היציאה לאותה חצר אלא שכפי שהוכיח השמאי וירניק בשומה ביחס לגוש 6913 חלקה 35 גם במצב הקודם ניתן היה לאשר הצמדת חצרות ופתיחת פתחים מכח תכניות קודמות:

"במבנה הקיים יש קומת קרקע ומקובלת עליי טענת שמאי המבקשים לפיה אפשרות הצמדת שטחי חצר לדירה הינה שאלה קניינית וביצועה בפועל אינו כרוך באישורה של תכנית. ברחבי תל אביב מצויים בניינים רבים הבנויים בהתאם לתכניות המנדטוריות 44 ו- 58: בינוי הכולל קומת קרקע, ובמקרים רבים בוצעה בה הצמדה של שטחי חצר לדירה ללא אישורה של תכנית כלשהי. על כן, אני בדיעה כי לא קיימת השבחה בנכס בגין רכיב זה."

186. וכך גם הכריעה השמאית נורית ג'רבי בשומה לגוש 7092 חלקה 16:

"בהכרעתי ברח' החשמל בגו"ח 21,19/7443, קבעתי שלא תחול השבחה בגין האפשרות להצמדת הדירות בקומת הקרקע לחצר מהנימוקים המפורטים שם. עמדה זו נתמכת גם בהחלטת הוועדה בערר (ת"א) 08/5058 ליכטנשטיין סילביה וחיים נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ת"א, אליה מפנה שמאי המבקשת."

187. בערר (תל-אביב – יפו) 5058/08 ליכטנשטיין נ' הוועדה המקומית תל אביב (פורסם בנבו, 14.7.2008) הכריע כבוד יו"ר הוועדה עו"ד מיכה גדרון:

"נסיון החיים מראה, כי בבתים משותפים שקיימת בהן גינה, דיירי הקומות העליונות בדרך כלל אינם מנצלים את חצר הבניין. במקרים רבים חצר זו מוזנחת ואינה מטופחת. מסיבה זו, בין היתר, במרבית הבנייה הרוויה הנבנית בשנים האחרונות, מוצמדת הקרקע המקיפה את הבניינים, ואשר אינם מיועדים לחנייה, לדירות הקרקע, תוך יצירת "דירות גן".

הדבר מביא ברכה הן לדיירי קומת הקרקע- שיש להם גינה משלהם, והן לדיירי הקומות הגבוהות בבניין (ואף לעוברי אורח) הנהנים מגינות מטופחות.

במציאות המתוארת לעיל אין לדעתנו מבחינה תיכנונית למנוע מדיירי דירות הקרקע בבתים משותפים יציאה לחצר הצמודה לדירתם- אף אם המדובר בחצר משותפת שכן, הדבר יבטיח במקרים רבים טיפוח ותחזוקה של חצרות אלה, בצד שיפור רווחתם של דיירים אלה, כל זאת בתנאי כי לא יוקם כל מחסום פיזי אשר ימנע שימוש בגינה/בחצר מיתר דיירי הבניין, לרבות מעבר למתקנים משותפים.

נחזור ונדגיש כי עמדנו זו הינה תיכנונית ולא קניינית. מערכת היחסים הקניינית באשר לשימוש בחצר משותפת צריכה להתנהל על פי הוראת חוק המקרקעין תשכ"ט - 1969, ובמקרה של מחלוקת- הדבר צריך להיות מוכרע על ידי הערכאות המוסמכות לכך, ובראש ובראשונה על ידי המפקח על בתים משותפים.

גם במקרה הנדון אין אנו רואים כל מניעה תיכנונית לפתיחת הפתח המבוקש על ידי העוררים לחצר המשותפת, ובתנאי כי הם יסירו את השער הנייד (לטענתם) ובאופן שתתאפשר גישה חופשית של כל דיירי הבית המשותף לחצר האמורה ושימוש בה.

188. מעבר לשאלה הקניינית ומעבר להיתרים שיצאו מתוקף תכניות קודמות הוצגו לנו או לשמאים המכריעים עשרות רבות של דוגמאות, אם לא למעלה מזה, של מקרים בהם ניתנו היתרי בניה לפתיחת פתחים ליציאה לחצר. ועל כן יש לבטל את רכיב ההשבחה בגין רכיב זה.

מקדם הסתברות

189. רבים מהבניינים לשימור הם בבעלות משותפת, ככאלה כפי שהראנו בערר בעניין רחביה ההסתברות למימושן נמוך מאוד ולמצער מקדמי הדחיה משמעותיים מאוד. וכך כתבה ועדת הערר בעניין רחביה :

"במילים אחרות גם כאשר השימוש היעיל והטוב במועד הקובע הינו יישום התכנית, אזי לצורך חישוב היטל השבחה צריך להביא בחשבון את הסיכוי למימושה בפועל של התכנית בשל מורכבותה וריבוי הבעלים בה, ולפיכך מדובר בשווי נדחה. כלומר יש לבחון לא רק מהי התועלת של בעלם של המקרקעין היום מהתכנית שתמומש בעתיד, אלא גם לבחון את ההסתברות שהתכנית בכלל תמומש בעתיד. התועלת, בהקשר זה, צריכה

לקחת בחשבון את סיכויי מימוש התכנית, ואת הזמן הנדרש למימושה, אם בכלל.

הסיבה לכך שהשימוש היעיל והטוב לא משתקף בשווי השוק בתכניות דוגמת תכנית רחביה נובעת בין היתר מכך שעסקינן בבתים משותפים עליהם כתב הלשונאי רוביק רוזנטל:

"מה זה היצור הזה, המורכב מאנשים שנקלעו במקרה לאותו מבנה, ובין הפעילויות האינטימיות ביותר שלהם מפריד לפעמים קיר דק בן כמה סנטימטרים לשכניהם. ומה עושים דיירי הבית המשותף יחד? נפגשים בחדר המדרגות, וכדברי הגששים מברכים זה את זה בצפרא טבא בעת הורדת הזבל. שיא הצוותא הבין-דירתי מתבטא בשאלה העתיקה "יש לכם אולי כוס סוכר?" וזהו זה.

...

התחלתי לכרות אוזן לטרוניות האנשים בבתים משותפים ברחבי עירנו, ולצורך הדיון ושלוש בית (!) אני מכריז בזאת שלא מדובר בבית המשותף הפרטי שלי אלא בתופעה, משהו סוציו-נדל"ני כזה. לאט לאט התחוור כלל אמפירי: בית משותף איננו מסוגל לנהל את ענייניו, אלא אם כן יוכח אחרת."

...

מבנה הבית המשותף, מטרתו, אופיו, ובעיקר המגבלות שהוטלו בחוק על קבלת ההחלטות בו, שכוללות דרישות רוב מיוחד לפעולות בינוי בבניין, מביאים לכך שכמות המימושים של תכניות התחדשות מעין אלו נמוכה. במילים אחרות על אף שתכניות אלו מיטיבות עם בעליהם, ובעולם של רציונאליות כלכלית, האדם הסביר הכלכלי היה מממש את התכנית, בגלל שמדובר בבתים משותפים, אחוזי מימוש תכניות מעין אלו נמוכים עד אפסיים.

ברע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף (פורסם בנבו, 5.12.1994) (להלן: "צודלר") דובר בבית משותף שנהרס במלחמת המפרץ. רוב בעלי הדירות הגיעו להסכם עם העירייה שהיא תפעל, באמצעות יזם פרטי, לבניית הבניין מחדש. על מנת להביא את הפרויקט לכדי גמר סוכם כי הדיירים יקבלו יחידות דיור הגדולות ככפל מדירתם המקורית ואילו היזם יקבל תוספת של אחוזי בנייה. הדיירים באותו בניין לא הגיעו לכלל הסכמה ובבית המשפט העליון תמה השופט מישאל חשין ז"ל:

"בשולי הדברים נעיר, כי נתקשינו לרדת לסוף דעתם של המתנגדים, והרי רכושם השביח ועלה בערכו על חשבון הציבור בלא שנדרש מהם לשלם ולו פרוטה אחת. לקושיה זו לא מצאנו תשובה בכתובים. בטיעון על-פה שאלנו, וחזרנו ושאלנו, את באי-כוח המתנגדים מה היה להם למרשיהם כי מתנגדים הם לתכנית המוצעת, והרי יש בה בתכנית אך כדי להיטיב את מצבם. תשובה ראויה לשאלה לא שמענו ולא ידענו".

נציין כי להבדיל מעניין צודלר, בו הדיירים לא גרו בבניין, במקרה של התחדשות עירונית דיירי הבניין לעיתים רבות מתקשים להניע את המהלך מסיבות מגוונות, הקשורות לכך שדירת המגורים של האדם היא מצבור עמלו של האדם ומשענתו לעת זיקנה, כדברי השופט יעקב טירקל בדנ"א הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ (פורסם בנבו, 12.5.2004) (סעיף 8 לפסק הדין). וכפי שאמר בית המשפט בע"א 3511/13 שוורצברג נ' שלום מרין (פורסם בנבו, 24.7.2014):

"יש לזכור כי דירת מגורים אינה "עוד" נכס וכי עסקאות פינוי ובינוי עוסקות בנכס הכלכלי המרכזי בו מחזיק בעל הדירה המסרב. עסקאות אלה, אשר משמעותן פרידה מנכס שאינו "סתם" נכס קנייני, מהוות לעיתים צעד חריג ומאיים, הגם שכזה שיתרוונתיו בצידו" (ס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר) היטיב לבטא זאת פרופסור חנוך דגן ("פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף, ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט (כ) 45, 64-65):

"ביתו של אדם אינו משאב שהחזקה בו היא מכשירית תועלתית גרידא. נהפוך הוא, באופן טיפוסי, אנשים קרובים אצל ביתם, קשורים לדירת מגוריהם (אם הם גרים בבית משותף), שכן, חלק מזהותם העצמית משתקפת בה; "ביתי הוא מבצרי", או לפחות "משכני", שחלק מחיי "משוקע" בו. פלישה של אחר לדירת המגורים – או התערבות של מאן דהוא באופן שבעליה פועל בה, בשליטתו לגביה – נתפסת לפיכך כעלבון, בחדירה בלתי ראויה למשאב, שהינו במידה גבוה למדי, סמל של ה"אני", המשך סימבולי של זהותו העצמית; משאב, במילים אחרות, שתביעתו של בעליה לשילטה בו נתפסת אצלנו כחזקה (קרי: מוצדקת, ראויה) במיוחד".

תורת המשחקים מוכיחה שכאשר בוחנים את התנהגותם של פרטים בפועל במקרי החלטות משותפות, התוצאות של מודלים המניחים רציונליות מלאה ויכולת עיבוד נתונים אינסופית אינן מתממשות בפועל (Colin F. Camerer Behavioral Game Theory: Experiments in Strategic Interaction (2000)). למעשה כפי שיובהר להלן, הועדה המקומית מבקשת לגבות היטל השבחה בהתאם לשווי שוק תאורטי המנותק משווי השוק הריאלי, ובכך חותרת הועדה המקומית כנגד הרציונאל בבסיס היטל השבחה כי לא זו בלבד שהנישום הפרטי לא מתעשר אלא שלעתים מצבו אף מורע על ידי פעולת הרשות. במצב המשפטי היום בהינתן הרוב הנדרש, הרווח היזמי והתועלת הכלכלית, בעיות תיאום, העדפות אישיות ועוד מביאים לכך שאחוז המימוש של תכניות מעין אלו הוא קטן. במילים אחרות, תורת השמאות צריכה לקחת בחשבון בקביעת אומדן שויי הזכויות מכח חוק התכנון והבניה, התשכ"ה- 1965, לשם קביעת שווי השוק, גם את חוק המקרקעין, התשכ"ט- 1969 לעניין הסתברות המימוש.

190. נציין כי חרף המחלוקות בין החלטת ועדת הערר בעררי הרבעים (ערר (תל-אביב – יפו) לויתן אדיב שמואל ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב- יפו (פורסם בנבו, 18.8.2022) שתי ההחלטות מצביעות על היעדר התייחסות שמאית ממצה להשפעה שיש לקיומם של בעלי הזכויות בבית המשותף על סיכויי התממשות של תוכניות המוסיפות סל זכויות לבית המשותף או בלשון אחר, על חוסר ההתחשבות במקדם הסתברותי האומד את סיכויי ההתממשות של הפרויקטים בשומות היטל השבחה הנערכות בשלב המכר.

191. נציין כי המלומד סלינג'ר בעבודת הדוקטורט שלו התייחס לסוגיה זו בהיבט של השימור ככשל שוק בשל "טרגדיית הרכוש המשותף" (עמ' 17-18) בעמ' 214 בפרק המסקנות כתב כך:

"תוצאות המודל לבחינת ההסתברות לשמר את המבנה מראות כי ההסתברות שהמבנה ישומר על ידי התאגדות בעל הדירות, נמוכה מההסתברות שמבנה שאינו מיועד לשימור ישוּפֵץ על ידי בעלי הדירות. הפרש ההסתברויות תלוי במאפיינים אחרים של הבנה, ובממוצע ההסתברות לשמר נמוכה בכ – 25% מההסתברות לשפץ מבנה שאינו מיועד לשימור. מאפיינים אחרים שנמצא כי הם מקטינים את ההסתברות לשמר את המבנה הינם: היותן של מרפסות בחזית המבנה סגורות; דיירים מוגנים במבנה; כריכת ביצוע השימור בהוספת מעלית

למבנה; וכן נמצא כי ככל שיחס מספר הבעדים במבנה למספר

יחידות הדיור גדול יותר ההסתברות לשמר קטנה."

192. לאחר החלטת ועדת הערר בעניין רחביה הוציא שמאי המקרקעין והמשפטן יוסף רייטן מאמר שכותרתו "גורם המושע ההסתברותי בבית המשותף" (פורסם באתר **מקרקעין**, 5.2.2023) רייטן במאמרו כותב, בין היתר:

"עד אשר הדין הרצוי יהפוך למצוי וייתייר הצורך לערוך שומות השבחה בשלב המכר, על השמאי, על פי נחיית ועדות הערר, מוטל התפקיד לחשב את השבחה בשלב המכר, תוך שהוא אמור לאמוד את הסיכויים להשגת רף ההסכמה שיאפשר את הוצאתו לפועל של הפרויקט..."

193. חישוב כזה לא נעשה בשומות שבפנינו וקל לראות בהתאם לנוסחת ההסתברות הבינומית שרייטן קבע לבית המשותף, שבאותם מקרים שעסקין בבית משותף ההסתברות להוצאת מהכח לפועל של תכנית השימור נמוכה עד מאוד, כפי שגם מציין ד"ר סלינגר.

לקראת סיום

194. נציין כי במקרים פרטניים מצאנו שהמשיבה חייבה נישומים מתוך הבנה שניתן לגבות היטל השבחה בגין היתר לשימוש חורג מהיתר נדמה כי חיובים אלו יש לבטל בהתאם לפס"ד בבר"מ 2283/18 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' נכסי יד **חרוצים בע"מ** (פורסם בנבו, 3.1.2019).

195. כפי שנפרט בהכרעתנו בתביעות 197 לחוק, תחשיב המביא לתוצאה שלילית בהיטל השבחה אין משמעותו ירידת ערך בהכרח. יחד עם זאת בהתאם לפסק הדין ברע"א 4217/04 **ציון פמיני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים** (פורסם בנבו, 22.10.2006) יש לקחת אותם בערך השלילי בשיטת המדרגות. לפיכך באותם מקרים בהם חיובו נישומים בגין תכניות שונות תוך ציון הערה "על פי הנחיות העיריה לא חושבה השבחה בגין תכנית תא/2650ב" יש לערוך תחשיב חדש, וככל והערך שלילי לפעול בהתאם.

התייחסות להסתייגות נציג מתכנן המחוז

196. נציג מתכנן המחוז בחר להצטרף לתוצאה אך ביקש להוסיף הסתייגויות על בסיס ייעוץ משפטי שקיבל. הסתייגות זו משקפת, הלכה למעשה, את עמדתו של הייעוץ המשפטי של הועדה המחוזית.

197. נוכח מעמדה העצמאי של ועדת הערר, כמו גם הוראתו המפורשת של סעיף 1 **לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועצת המשפטית לממשלה)** [נוסח חדש] הרי שהדרך הראויה להציג עמדה זו הינה התייצבות היועצת המשפטית לממשלה, בהליך שנוהל בפני ועדת הערר, כמקובל וכפי שנעשה לא אחת בעבר, ולא במסגרת הסתייגות משפטית של נציג מתכנן המחוז.


198. בכפוף לאמור להלן תובא הסתייגות נציג מתכנן המחוז כלשוונה בסוף ההחלטה.


סוף דבר

199. סוף דבר, לאחר שבחנו את השומות שבפנינו אחת אחת ויישמנו את הכרעתנו שלהלן הגענו לכלל מסקנה שתכנית השימור 2650/ב במועד אישורה לא הביאה לעליית ערכם של המקרקעין ולפיכך אנו מכריעים כי החיובים שהוציאה הועדה המקומית או שמאים מכריעים בגין תכנית השימור בטלים. משמעות הדבר הינה ביטול החיובים בהיטל השבחה בגין תכנית 2650, בין אם מדובר בעררים שהגישו נישומים כנגד חיוב של הועדה המקומית ובין אם מדובר בעררים, של נישומים או של הועדה המקומית, כנגד שומות מכריעות. בכל אותם העררים אנו קובעים שהתכנית לא השביחה את המקרקעין ולכן מסקנתנו האופרטיבית כי החיוב בהיטל השבחה בהן עומד על 0 ש. בכפוף לאמור, העררים ייסגרו. בנסיבות העניין ללא צו להוצאות.

200. כמו כן, נוכח שאלות הרוחב, בבסיס החלטה זו, החלטנו לקבל את כלל הבקשות להארכת מועד להגשת ערר בגין תכנית השימור, בין אם הוגשו על ידי נישומים ובין אם הוגשו על ידי הועדה המקומית, ולהחיל על השומות מושא אותן בקשות את מסקנות החלטה זו, במובן שגם החיובים בשל תכנית השימור מושא אותן בקשות יבוטלו.

ההחלטה ניתנה פה אחד ביום ח' בתמוז תשפ"ג, 27 ביוני 2023.


בנימין זלמנוביץ', עו"ד
יו"ר ועדת הערר
לפיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל-אביב


אילנית מלניק דבי, עו"ד
מזכירת ועדת הערר
מחוז תל-אביב

הסתיונות נציג מתכנון המחוז

השאלה שבפנינו בעררים שבנדון אחת היא - האם תכנית השימור (2650/ב), הינה תכנית משביחה לעניין התוספת השלישית לחוק.

אחרי שעיינתי בהחלטה, החלטתי להצטרף אליהם בתוצאה, לפיה תכנית השימור, איננה תכנית משביחה, נוכח העובדה שאני מסכים לנימוק המרכזי והמפורט בהחלטה.

בתמצית, אני שותף לנימוק המרכזי שבהחלטה (בסעיפים 60-90), לפיו אישורה של תכנית השימור, לא יצר השבחה החייבת בהיטל השבחה, שכן מרכיב 'המיתוג' שבה, איננו תוצר של התכנית, אלא של מאפייני הבניין עצמו והכרזת אונסקו כמפורט בהחלטה. כמו כן, שותף אני למסקנה כי בעניין זה, הוועדה המקומית לא הרימה את נטל ההוכחה הנדרש לשם חיוב בהיטל השבחה, ואף אם קיים ספק אם תכנית השימור יצרה השבחה (כמפורט באריכות בהחלטה, תוך אזכור מספר שומות בעניין זה), הרי שספק בשאלה האם יש השבחה, פועל לטובת הנישום, ומספק אין לחייב בהיטל השבחה.

כך גם בעניין התמריצים שנקבעו בתכנית השימור (בין בשימור רגיל בין בשימור מחמיר), מצטרף אני להחלטה, כי לא הוכח בפנינו, כי התמריצים שנקבעו (שמימושם מותנה בביצוע עבודות שימור כמפורט באריכות בהחלטה), הביאו, במועד הקובע, לעליית ערך המגרשים לשימור. זאת בהתחשב בכל המרכיבים וההתניות שנקבעו בתכנית השימור, ולפיכך אין מנוס אלא להורות על ביטול השומות כאמור בעמדת חברי. בעניין זה שותף אני לאמור בהחלטה (בסעיפים 94-119), ובכלל זה לעניין 'מקדם 900', שלא נקבע בתכנית לעניין היטל השבחה, ואף לא יכול היה להיקבע בה לעניין זה.

בנוסף לאמור, מצאתי להעיר על מספר נקודות שפורטו בהחלטה, כדלקמן –

1. אני מסתייג מהאמור בסעיפים 34-59 שבהחלטה. לדעתי, אין מקום לקביעה כי היטל השבחה חל רק על השבחת התכונות של הקרקע (ועל כן, מיתוג וקביעת הוראות לשימור, אינם בגדר תכונות של המקרקעין כאמור בהחלטה). לדעתי, הפסיקה הענפה שאוזכרה בהחלטה בנוגע לתביעה לפי סעיף 197 – שם אכן יש הכרח להראות **פגיעה בתכונות המקרקעין**, איננה נוגעת כלל ועיקר להיטל השבחה. שוני זה נובע מכך שבסעיף 197, קיימת דרישה בחוק, שהיא תנאי לקיומה של עילת תביעה, לפיה "נפגעו מקרקעין". דרישה זו, פורשה בפסיקה כמחייבת תנאי סף, מוקדם ונפרד לשאלת ירידת הערך, והיא 'פגיעה' בתכונות הקרקע. אך בהיטל השבחה אין כל דרישה בחוק כי עליית הערך תהיה כתוצאה מהשבחת התכונות של המקרקעין. להיפך, בסעיף 1א) לתוספת השלישית לחוק הוגדרה השבחה – עליית **שוויים** של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג".

לכן, האפשרות לחייב אף מקרקעין גובלים בשטח התכנית המשביחה – שהוראות התכנית כלל לא חלות עליהם, כפי שנקבעה בסעיף 2(א) לתוספת, מורה בבירור שהיטל השבחה יכול ויחול אף ללא השבחת התכונות של הקרקע, אלא רק משום שעלה שוויה. בהתאם, ככל שהיה מוכח, שעצם אישורה של תכנית השימור, הביאה לעליית שווים של המקרקעין שנקבעו לשימור, היה בסיס חוקי לחבות בהיטל השבחה. אלא שלא שוכנעתי שעליית ערך כאמור, ככל שהתרחשה, נבעה מתכנית השימור. בנוסף, מסתייג אני מהאמור בסעיפים הנזכרים בהחלטה, בכל הנוגע להעדר חבות בהיטל השבחה על השבחת מחוברים, או טענות לעניין כפל מס, עשיית עושר שלא במשפט או חוסר סמכות. שכן כאמור, ככל שהיה מוכח בפנינו, קשר סיבתי בין תכנית השימור לעליית ערך המבנים לשימור, היה בסיס חוקי לחבות בהיטל, והעובדה שעליית הערך נוגעת למבנה ולא למגרש, או שכבר שולם היטל על המבנה בעבר, איננה מעלה ואיננה מורידה.

אלא שכאמור עניין זה לא הוכח בפנינו, ונראה שיש בו ספק ממשי, ספק שכמפורט בהחלטה פועל לטובת הנישום.

2. בהתייחס לאמור בהחלטה בסעיפים 120-137 – לעניין התגבשות תכנית השימור בבניינים לשימור מחמיר, ושזו מתגבשת לעניין היטל השבחה רק במועד אישור תכנית ניווד, אבקש להשאיר נושא זה בצריך עיון, שכן איננו נדרש להכרעה בשאלה זו במסגרת עררים אלה, זאת לאור הנימוקים האחרים שפורטו. אכן הפסיקה הכירה בשורה של פסקי דין (שפורטו בהחלטה), שזכויות שהותנו בתכנית בשיקול דעת של מוסד תכנון, הרי שאירוע המס לעניין היטל השבחה, חל רק לעת ההחלטה לאשר את הזכויות המותנות ולא לעת אישורה של התכנית שרק אפשרה לתת את הזכויות המותנות.

יחד עם זאת, לאור קביעתו המפורשת של המחוקק, לפיה בתכנית מיתאר יש חבות בהיטל השבחה, (וזאת, למרות שנדרשת תכנית מפורטת לשם גיבוש ההשבחה והוצאת ההיתר), דומה שיש להבחין בין השבחה הנובעת מתכנית מיתאר, לבין השבחה הנובעת מתכנית מפורטת אשר הזכויות בה הן זכויות מותנות

נוכח מורכבות העניין, כאמור, אבקש להשאיר נושא זה בצריך עיון.

3. אני מסתייג מכל האמור בסעיפים 139-162 בהחלטה, לעניין הבאת תמ"א 38 בחישוב המצב הקיים. וזאת בדומה לעמדת נציג מתכנן המחוז בעניין ערר 8290-11-18 לויתן נ. הועדה המקומית תל אביב יפו.

לדעתי, עליית ערך, ככל שנוצרה בשל עצם תחולתה של תמ"א 38 במגרש והאפשרות לבקש היתר מכוחה, איננה נחשבת מצב קיים לעניין היטל השבחה.

עליית הערך נובעת מהליך תכנוני – אישור תמ"א 38, ובכך ענייננו שונה במובהק מעניין לוסטרניק שעסק בפוטנציאל כללי שלא נבע מהליכי תכנון אלא ממיקום הקרקע. בעניין לוסטרניק נקבע שאין לנכות בחישוב המצב הקיים השבחה שהיא תוצר של הליכי תכנון.

כאמור, השבחה בשל תמ"א 38, ככל תכנית, מחוייבת בהיטל השבחה. לכן, הוצרך המחוקק לקבוע פטור מהיטל השבחה בדרך של היתר מכוח תמ"א 38. אך הפטור כאמור

(שנקבע בסעיף 19(ב)(10)(א) לתוספת השלישית), נקבע אך ורק במימוש בדרך של היתר, ולא במימוש בדרך של מכר. בהתאם, הסיבה היחידה שאין חבות על השבחה שיצרה תמ"א 38 במימוש בדרך של מכר, הינה בשל כך שאירוע המס טרם התגבש (כפי שנקבע עוד בענין אליק רון לענין זה), ולא מכל סיבה מהותית אחרת.

גם המשנה ליועמ"ש בחוות דעתה בנושא מדצמבר 22, רואה קושי בעמדה שיש להביא בחשבון בחישוב המצב הקיים, השבחה שיצרה תמ"א 38. כפי שנאמר בחוות דעת זו, משמעותה האמיתית של עמדה כאמור היא מתן פטור מוחלט מהיטל השבחה על השבחה שיצרה תמ"א 38, אף לא במימוש בדרך של היתר, וזאת בניגוד לקביעת המחוקק. גם עניין הקשר הסיבתי הנדרש על מנת לחייב בהיטל השבחה, הוסבר במפורש בחוות דעתה האמורה של המשנה ליועמ"ש. כפי שצויין שם, יש לדמות את ההשבחה הנובעת מתמ"א 38, להשבחה הנובעת מתכנית שהוחלט להפקידה או שהופקדה, ולבסוף נזנחה וקודמה תכנית אחרת. במצב זה, ברור שאין להביא בחשבון בחישוב המצב הקודם את ההשבחה שיצרה התכנית המופקדת הראשונה. כך הוא גם לענין תמ"א 38, שעליית הערך מכוחה, דומה לעליית ערך מתכנית מופקדת שטרם אושרה, וככזו, אין להכיר בה כמצב קודם – משום שאירוע המס לא התגבש עדין.

למיטב הבנתי ולפי יעוץ משפטי שקבלתי, עמדתי לפיה אין להביא בחישוב המצב הקודם את תרומתה של תמ"א 38, זו עולה בקנה אחד עם חוות דעתה של המשנה ליועמ"ש שבה נקבע במפורש כי יש לנטרל את תרומתה של תמ"א 38 במצב הקיים, ובכלל זה יש לנטרל עליית ערך שנובעת מהאפשרות לבקש היתר מכוחה של תמ"א 38. הדברים אף עולים במפורש מהאמור בסעיפים 37-43 לחוות דעתה של המשנה ליועמ"ש.

החריג שנזכר שם - בסעיף 46 לחוות דעתה של המשנה ליועמ"ש, נוגע למצב דברים בו תמ"א 38 העלתה את ערך המקרקעין, באופן כללי, **ללא קשר** לאפשרות לקבל היתר מכוחה במגרש, ואך במגרשים שהתמ"א כלל לא חלה עליהם. ככל שאכן יוכח שגם במגרשים שתמ"א 38 כלל לא חלה עליהם (למשל במגרשים שבהם מבנים שההיתר לבנייתם ניתן אחרי ה-1.1.80), עצם תחולתה של התמ"א בשכונה, תרמה לעליית ערך המגרשים, אף במנותק מעצם האפשרות לקבל היתר מכוח התמ"א, הרי שעליית ערך **"כללית"** זו, וזו בלבד, נחשבת מצב קיים ואין לנכותה.

אולם, בכל הנוגע לחישוב המצב הקיים בשומת היטל השבחה, אין להביא בחשבון עליית ערך שנובעת מעצם תחולתה של תמ"א 38 במגרש והאפשרות לבקש היתר מכוחה. עם זאת, מובן כי החריג האמור חל גם במקרה זה, וככל שיש פוטנציאל כללי, שחל גם על מבנים שאינם תמ"א 38, הוא והוא בלבד, יחשב כמצב קיים. מובן שנושא זה כפוף לבדיקה שמאית ויחול גם כאן.

4. אינני רואה לנכון להביע עמדה בשאלה האם תכנית השימור הינה תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38. ממילא, לאור הקבוע בסעיף 13(ב) לתמ"א, דומה ששאלה זו חסרת משמעות של ממש בכל הנוגע להיטל השבחה.

לא ראיתי לנכון להביע עמדה גם בשאלה האם ניווד זכויות ממבנים לשימור מחמיר, פטור מהיטל השבחה (סעיף 158 בהחלטה). עם זאת, אציין כי ככל שתכנית ניווד אושרה בהתאם לקבוע בסעיף 20 לתמ"א 38, נראה כי יש לראותה כתכנית שהוכנה על פי הוראות תכנית החיזוק וככזו חלות עליה הוראות סעיף 19(ב)(10)(ב).

5. לעניין הצורך להביא בחישוב המצב הקודם את תכנית ע1, אני סבור שגם נושא זה ראוי לו שישאר בצריך עיון ולא רואה צורך להכריע בעניין זה נוכח הקביעות המפורטות לעיל.

6. אינני שותף גם לאמירות לעניין חוסר סמכות או קביעות אחרות כנגד הוועדה המקומית וגורמי מקצוע שם.

לסיכום, בשורה התחתונה, מצאתי לנכון להצטרף לעמדת המפורטת בהחלטה ולקבוע שלעניין תכנית השימור, לא הוכחה כנדרש השבחה, שנבעה מתכנית השימור עצמה, ולא הייתה נגרמת ללא קידומה ואישורה של תכנית השימור.