

הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב – יפו
באמצעות ב"כ עוה"ד אילנה בראף שניר ו/או יונתן הראל ואח'
ממשרד הררי טויסטר ושות', עורכי דין
מרח' בן גוריון 2, מגדל ב.ס.ר. 1, רמת גן
טל': 03-7553800 ; פקס: 03-7553801
דוא"ל: sikvi@htlaw.co.il

ובאמצעות ב"כ עוה"ד אירית יומטוב ו/או הראל וינטרוב
ממשרד שפיגלמן, קורן, זמיר ושות', עורכי דין
מרח' לינקולן 20, תל אביב 67134
טל': 03-6254666 ; פקס': 03-6254669
office@skzlaw.co.il

ה מ ב ק ש ת

נ ג ד

1. לויתן אדיב שמואל (אדווין סמואל)
באמצעות ב"כ עוה"ד בנימין קרייתי ו/או נעם מ. זוכמן
מרח' הברזל 3, תל אביב – יפו
טל': 03-6481234 ; פקס: 03-6481005
דוא"ל: bkiryati@gmail.com ; zlaw.adv@gmail.com

3. מרכז השלטון המקומי
באמצעות ב"כ עוה"ד שלום זינגר
ממשרד זינגר דנה ושות'
מרח' קרן היסוד 27, ירושלים
טל: 02-6220990 ; פקס: 02-6220999
דוא"ל: jer@zinger-law.co.il

ה מ ש י ב י ם

היועצת המשפטית לממשלה
באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה,
מרח' צאלח א דין 29, משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 073-3925590 ; פקס': 02-6467011

התייצבה להליך קמא

עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, ובהן ארכות שניתנו, מוגשת בזאת עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה בהליך דן, כדלקמן.

2. עניינה של בקשת רשות הערעור שבכותרת בפסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים בעמ"נ 18618-12-22 שמואל נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב יפו מיום 8.1.2024 (להלן: "בית המשפט קמא" ו-"פסק הדין", בהתאמה).

פסק הדין נדרש, בין היתר, לשאלה המשפטית הבאה: האם במסגרת חישוב ההשבחה לצורך עריכת שומת השבחה בגין אישורה של תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, או תכנית משביחה אחרת, במימוש בדרך של מכר, יש להתחשב בהשפעת תמ"א 38 על שווי המקרקעין במצב הקודם. כלומר, כיצד יש לחשב היטל השבחה במכר של דירה במקרקעין עליה חלה תמ"א 38, כאשר החבות בהיטל היא כתוצאה מאישורה של תכנית משביחה אחרת, מאוחרת לתמ"א 38, אשר שינתה את הזכויות המוקנות בקרקע. האם במקרה כזה סכום ההשבחה וההיטל יקטנו, בשל כך שה"מצב הקודם" יחושב באופן אשר יכלול גם את תרומתה של תמ"א 38 והאפשרות לקבל היתר מכוחה לשווי המקרקעין, או שיש לנטרל בחישוב המצב הקודם מרכיב זה בשווי, ולחשב את ההשבחה על פי המצב התכנוני שקדם לאישור תמ"א 38 (להלן: "השאלה המשפטית").

3. היועצת המשפטית לממשלה הודיעה, לאחר שהתבקשה לשקול לעשות כן, על התייצבותה להליך בבית המשפט קמא, וזאת מכוח סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. במסגרת זו, הציגה היועצת המשפטית לממשלה את עמדתה, לפיה יש לנטרל את השפעת תחולתה של תמ"א 38 על הקרקע בעת חישוב שווי המקרקעין במצב הקודם.

4. במסגרת פסק הדין, קבע בית המשפט קמא כי לא ניתן לשלול לחלוטין את עליית שווי המקרקעין הנובעת בשל תחולתה של תמ"א 38 על המקרקעין בעת קביעת שווי המצב הקודם באירוע של מכר. עוד נקבע כי חישוב עליית השווי בשל תחולת תמ"א 38 יהיה כפוף לבחינה שמאית במסגרתה יקבעו מקדמים שיתאמו את חוסר הוודאות הכרוך בשיקול הדעת הנלווה לקבלת היתר בנייה מכוחה.

5. יצוין כי פסק דינו של בית המשפט קמא עסק בסוגיות נוספות, ובהן האם חל פטור מהיטל השבחה במכר של דירה במקרקעין עליהם חלה תמ"א 38 או תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38. עם זאת, בהינתן שבקשת רשות הערעור אינה נדרשת לסוגיות הנוספות, העמדה המובאת להלן תתמקד אף היא בשאלה המשפטית שהוגדרה לעיל.

צילום עמדת היועצת המשפטית לממשלה, כפי שהוגשה לבית המשפט קמא, מצורף ומסומן ע/1.

6. יצוין, כי להחלטת היועצת המשפטית לממשלה להתייצב להליך לפני בית המשפט קמא, ולעמדה שהוגשה מטעמה שם, קדמו התייעצויות פנימיות שהתקיימו לאור העובדה שסמוך לאחר החלטת ועדת הערר נושא בקשת רשות הערעור דנן, התפרסמה החלטה של ועדת הערר במחוז ירושלים בעניין דומה, אשר הגיעה למסקנה משפטית שונה.¹

¹ ערר (ירושלים) 403/17 אהרון ברק נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים (נבו 5.9.2022).

עניין זה עורר אי ודאות רבה בשוק הנדל"ן בדגש על הליכי התחדשות עירונית, ומשכך ולאור פניות רבות שהגיעו והרצון לייצר ודאות בסוגיות המשפטיות נערכו התייעצויות בהובלת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט אזרחי) עם כלל הגורמים הממשלתיים הרלוונטיים, ביניהם השמאי הממשלתי הראשי, וכן עם המרכז לשלטון מקומי, עורכי דין המייצגים רשויות מקומיות, יושבי ראש של ועדות הערר לפיצויים והיטלי השבחה ושמאים מכריעים. יצויין, כי גם על החלטת ועדת הערר לפיצויים ולהיטל השבחה במחוז ירושלים הוגשה עתירה מנהלית והיועצת המשפטית לממשלה הגישה שם הודעה מטעמה.²

7. מהלך הטיעון יעשה כדלקמן: תחילה, יובא הרקע הנורמטיבי והעובדתי הצריך לעניין. לאחר מכן, יוצגו עיקרי פסק דינו של בית המשפט קמא. לבסוף, יובאו עיקרי העמדה והטעמים שניצבים בבסיסה, תוך התמודדות עם קביעותיו של בית המשפט קמא. בתמצית, במסגרת העמדה דנן תבקש היועצת המשפטית לממשלה לחזור על עמדתה, אשר לא התקבלה בעניין זה על ידי בית המשפט קמא, לפיו יש לנטרל את עליית השווי שנובעת מעצם תחולתן של הוראות תמ"א 38 במקרקעין, לצורך קביעת "מצב קודם" בשלב חישוב עליית השווי שנבעה מההשבחה בעת מכר. עמדה זו מבוססת, בראש ובראשונה על הוראות הדין, וכן, בין היתר, על מאפייניה של תמ"א 38 ועל כך שאירוע המס מכוחה משתכלל והופך קונקרטי בשלב מאוחר למועד אישורה – רק עם קבלת ההחלטה בדבר מתן היתר בניה; כמו-גם על פסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד אשר להשבחה שמייצרות תוכניות המעניקות "זכויות מותנות".

כך בתמצית, וכעת ביתר הרחבה.

כלל ההדגשות בציטוטים שלהלן הן במקור, אלא אם צוין אחרת.

תמ"א 38 – רקע נורמטיבי כללי

8. תמ"א 38 היא תכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה, אשר אושרה לראשונה בשנת 2005 ומאז תוקנה מספר פעמים. תמ"א 38, חרף היותה תכנית מתאר ארצית, מאפשרת הוצאת היתר בניה מכוחה ובכך מקצרת ומפשטת הליכי תכנון "רגילים" באופן משמעותי. בצד זאת, תנאי למתן היתר לפי תמ"א 38 הוא פרסום הבקשה, ומתן זכות שימוע והתנגדות לציבור הרואה עצמו נפגע מן הבקשה לקבלת היתר בניה, במנגנון דומה לסעיף 149 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק התכנון והבניה**"). החלטה על מתן היתר בניה מכוח תמ"א 38 מסורה לשיקול דעתה הרחב של הוועדה המקומית לגבי עצם הענקת זכויות הבנייה מתוך סל של זכויות, אופן הענקתן, ובנוגע למיקום בו ינוצלו זכויות בניה אלה, ואינה בסמכות רשות הרישוי המקומית (ראו למשל: ע"מ 7381/15 ש. דורפברגר בע"מ נ' עווד, פסקה 31 (נבו 30.10.2016)). במלים אחרות, תמ"א 38 מעניקה זכויות בניה מותנות, אשר לובשות צורה וקונקרטיות רק לאחר הפעלת שיקול דעת תכנוני רחב של הוועדה המקומית והחלטתה ליתן היתר בניה.

² עמ"נ 25955-11-22 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' אהרון ברק ואח'.

מבחינה משפטית, תמ"א 38 מתקנת את התכניות המפורטות החלות במגרש פלוני. בשל כך, תמ"א 38 נכללת בהגדרת "תכנית" בסעיף 1 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה (להלן: "התוספת השלישית"), וחלה בגינה חובת תשלום היטל השבחה, אלא אם נקבע במפורש אחרת בחוק.

9. בשל כך שתמ"א 38 נחשבת "תכנית" לעניין סעיף 1 לתוספת השלישית, מקום בו סבר המחוקק כי יש הצדקה לקביעת פטור מתשלום היטל השבחה בגין מימוש מכוח תמ"א 38, הוא נדרש לקבוע זאת במפורש. על מנת לתמרץ בנייה מכוחה של תמ"א 38, קבע המחוקק בסעיף 19(ב)(10)(א) לתוספת השלישית, פטור, מלא או חלקי, מחובת תשלום היטל השבחה "בשל קבלת היתר לבנייה או להרחבה של דירת למגורים" מכוח של תמ"א 38, בתנאים ובמגבלות שנקבעו בסעיף הפטור. דהיינו, כאשר המימוש נעשה בדרך של הוצאת היתר בניה.

יצוין, כי לא נקבע בתוספת השלישית פטור למימוש בדרך של מכר לגבי מקרקעין עליהם חלה תמ"א 38 (לעומת מימוש בדרך של היתר בנייה כאמור לעיל). אולם, בעניין רע"א 3002/12 הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' רון (15.7.14) (להלן: "עניין רון") קבע בית המשפט הנכבד כי תמ"א 38 משולה ל"מעין תכנית המרחפת מעל כל שטח המדינה", ומשום כך אין לראות במועד אישור תמ"א 38, כשלעצמה, כאירוע השבחה המקים חיוב בהיטל בעת מכירה, שכן הזכויות שמכוחה למעשה מתגבשות רק במועד ההחלטה למתן ההיתר. לפיכך, קבע בית המשפט הנכבד כי "מאחר שתמ"א 38 היא כללית וחלה על כל הארץ, מלכתחילה לא ניתן היה לגבות היטל השבחה בגינה במועד מכירת המקרקעין" (פסקה 57 לפסק הדין בעניין רון).

מהאמור עולה, שהשבחה שנובעת מתמ"א 38 מחויבת בהיטל השבחה, אלא אם כן מתקיימים התנאים לפטור מלא או חלקי בהתאם להוראות סעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה. עוד עולה, כי למרות שהפטור נקבע רק במימוש בדרך של קבלת היתר ולא בדרך של מכר, אין לגבות היטל השבחה במכר, מהטעם שבמועד המכר – טרם הדיון בוועדה המקומית בבקשה להיתר – המהלך התכנוני לא הושלם וטרם התגבש אירוע המס. הווה אומר, זכויות הבניה מכוח תמ"א 38 מתגבשות ביחס למקרקעין מסוימים רק לאחר הדיון בוועדה המקומית והשלמת ההליך התכנוני. משמעות הדבר היא שמועד ההחלטה למתן ההיתר ייחשב, לצורך חישוב השבחה באותה הקרקע, כ"יום אישור התכנית". רק אז הופכות הזכויות המותנות לזכויות מוקנות, והוראות התמ"א נקלטות ומשנות את הוראות התכנית המפורטת החלה במגרש.

פעולה זו של "התגבשות" תמ"א 38 במקרקעין מסוימים לעת השלמת ההליך התכנוני – נחשבת ביחס למקרקעין הספציפיים ל"יום אישור תכנית" כמשמעות מונח זה בהגדרת "השבחה" בסעיף 1 לתוספת, ולאירוע מס המקים את החיוב בהיטל השבחה. לפיכך, ניתן לקבוע כי קיים פטור מתשלום היטל השבחה לגבי מקרקעין עליהם חלה תמ"א 38, לפי הוראות סעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית, רק במימוש בדרך של היתר הבניה.

10. בסעיף 23 לתמ"א 38 נקבעה הוראה במסגרתה מוקנה למוסד תכנון שיקול דעת לאשר תכנית מפורטת המשנה את הוראת תמ"א 38 ביחס למקרקעין שבו מצוי מבנה הטעון חיזוק (כהגדרתו בתמ"א), שבין מטרותיה חיזוק מבנים כנגד רעידות אדמה, כדלקמן:

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

במקרה שלפנינו, על המקרקעין מושא בקשת רשות הערעור חלה תכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38, אשר על מאפייניה נעמוד להלן. כבר עתה יצוין, כי בסעיף 19(ב)(10) (ב) לתוספת השלישית נקבע פטור מתשלום היטל השבחה גם על מימוש בהיתרים של תוכניות לפי סעיף 23 לתמ"א 38, וזאת ביחס לחלק מההשבחה שהיה פטור מתשלום ההיטל, לו ההיתר היה ניתן לפי תמ"א 38.

רקע תכנוני ועובדתי לבקשת רשות הערעור דנן

11. תכנית תא/3616 א "תכנית רובע 3" (להלן: "תכנית רובע 3"), שהינה תכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38 בעיר תל אביב, היא שחלה על המקרקעין העומדים במרכז הערעור דנן. בהתאם להוראותיה, "מטרת התכנית היא קביעת הוראות לבנייה חדשה או לתוספות בנייה, אשר מחד יעודדו התחדשות מבני המגורים ברובע והגדלת היצע יחידות דיר מגוון, ומאידך יבטיחו שמירה על אופי המרקם האורבני ואיכותו. [...] התכנית מטמיעה את המדיניות העירונית בכל הנוגע לחיזוק מבנים בפני רעידות אדמה בהתאם לסעיף 28 לתמ"א 38 וכן מאמצת את הוראות הנוגעות להכרזת אונסקו."

12. פסק דינו של בית המשפט קמא נסוב על ערעור מינהלי שהוגש על החלטת ועדת הערר לתכנון ובניה (פיצויים והיטלי השבחה) במחוז תל אביב (להלן: "ועדת הערר"), מיום 18.8.2023, בעשרה עררים שאוחדו. העררים עסקו בקביעת היטלי השבחה על ידי הוועדה המקומית תל אביב-יפו (להלן: "המבקשת"), אגב מכר דירות בתחום תכנית רובע 3.

שניים מהעררים בהם דנה ועדת הערר הוגשו על ידי המשיב 1 (להלן: "המשיב"), בגין דרישת תשלום השבחה עקב מכר של שתי דירות מגורים ברחוב יהואש 11 בתל אביב (תתי חלקות 6 ו-7 בחלקה 145 בגוש 6968).

13. השאלה שעמדה במרכז העררים, ואשר עומדת גם בלב בקשת רשות הערעור דנן, נוסחה על ידי ועדת הערר באופן הבא: "האם יש לקחת בחשבון במצב הקודם את תמ"א 38 ואת המדיניות שנקבעה על פיה? או שמא יש לנטרל סוגיה זו."

14. במסגרת החלטתה, קבעה ועדת הערר, בדעת רוב, כי אין לקחת בחשבון את עליית השווי שנבעה מתחולתה של תמ"א 38 על המגרש או את עליית השווי שנבעה מהמדיניות ליישום התמ"א שקבעה הוועדה המקומית, במסגרת חישוב שווי "המצב הקודם".

ועדת הערר עמדה על הפסיקה במסגרתה נקבע כי הזכויות מכוח תמ"א 38 מתגבשות למעשה במועד מתן היתר הבנייה, וקבעה כי "כל עוד לא ניתן היתר הציפייה נותרת בגדר ציפייה והתמ"א היא בגדר תכנית צפה, אשר טרם התגבשה ביחס למקרקעין ספציפיים וטרם הפכה לתכנית לצרכי היטל השבחה" (סעיף 307 להחלטת ועדת הערר).

עוד עמדה ועדת הערר על כך שבנסיבות העניין "יש להחיל את עניין לוסטרניק ולקבוע כי אם נתחשב בשומת מצב קודם במדיניות, ימוג השבח כלא היה, כלשון פסק הדין בעניין לוסטרניק. [...] יתרה מזו, אי התחשבות במצב קודם בתמ"א 38 ובמדיניות על פיה, עולה בקנה אחד עם פסיקה עניפה, אשר קובעת כי כאשר לשם מימוש זכות הנתונה למקרקעין, נדרש הליך של הקלה, והיא אינה בבחינת זכות מוקנית, הרי שאירוע המס הוא בעת אישור ההקלה ויש לשום את ההשבחה אך ורק במצב החדש ולא לייחס שווי למצב הקודם." (פסקאות 309-311 להחלטת ועדת הערר). בתוך כך, ועדת הערר אף עמדה על הקושי בהערכת שווי מצב קודם בהתבסס על זכויות פוטנציאליות מכוח תמ"א 38, באופן שמייצר חוסר אחידות בשומות (פסקאות 219-323 להחלטת ועדת הערר).

15. ועדת הערר הוסיפה וציינה כי פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט המחוזי חיפה (כבוד השופט סוקול) בעמ"נ (מחוזי חי) 33949-09-29 לביא נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה (12.7.2021) (להלן: "עניין לביא") תומך אף הוא במסקנה אליה הגיעה ועדת הערר. בעניין לביא נקבע, כי בהערכת שווי זכויות בחלקה אין להוסיף את שווי פוטנציאל הזכויות לפי תמ"א 38, מאחר שלא התגבשו מכוחה זכויות קונקרטיות (פסקה 49 לפסק הדין בעניין לביא).

החלטת ועדת הערר צורפה בעמוד 57 לנספחי בקשת רשות הערעור.

16. יצוין, כי ביחס לשאלה אם תכנית רובע 3 היא בעלת מאפיינים דומים של היעדר קונקרטיות כשל תמ"א 38, אשר מתגבשת רק במועד ההיתר, נקבע בדעת רוב כי תכנית רובע 3 היא תכנית קונקרטית המקנה סל זכויות מוגדר ועל כן ההשבחה הנובעת ממנה ממילא התגבשה כבר בעת אישורה (פסקה 288 להחלטת ועדת הערר).

17. נגד החלטת ועדת הערר דן, הוגש ערעור מטעם המשיב לבית המשפט קמא. במסגרת החלטת בית המשפט קמא בדיון שהתקיים בערעור ביום 19.3.23, התבקשה היועצת המשפטית לממשלה להודיע אם היא מבקשת להתייבב להליך ולהביע עמדתה בנושאים שהועלו במסגרת הדיון, תוך התייחסות למספר שאלות פרטניות, ובכללן – האם במסגרת חישוב שווי מצב קודם בשומת היטל השבחה יש להביא בחשבון את השווי הנובע מתחולת תמ"א 38 על הבניין או לנטרלו.

18. ביום 28.12.2023 הודיעה היועצת המשפטית לממשלה על התייצבותה להליך, והוגשה עמדה מטעמה.

19. מספר ימים לאחר מכן, ביום 8.1.2024, ניתן פסק הדין מושא בקשת רשות הערעור דן.

פסק דינו של בית המשפט קמא

20. כפי שצוין לעיל, בית המשפט קמא הכריע בפסק דינו במספר שאלות שהתעוררו ביחס לגביית היטל השבחה מקום בו על המקרקעין חלות הוראות תמ"א 38 והוראות תכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38; ובכלל זה השאלה המשפטית העומדת במוקד בקשת רשות הערעור דנן – האם במסגרת קביעת "מצב קודם" לצורך חישוב היטל השבחה בעת מכר המקרקעין יש להתחשב בתמ"א 38, או שמא יש לנטרל את השפעותיה ב"מצב הקודם" משום שמבחינה משפטית באותו מועד טרם התגבש אירוע מס כהגדרתו בתוספת השלישית לחוק.
21. במסגרת פסק דינו, קבע בית המשפט קמא כי הזכויות מכוח תכנית רובע 3 הן זכויות **מוקנות** שניתן לגבות מכוחן היטל השבחה. נוכח מסקנה זו, פנה בית המשפט קמא לבחון האם יש להביא בעת קביעת "מצב קודם" את הזכויות לפי תמ"א 38.
- בית המשפט קמא עמד על כך שזכויות לפי תמ"א 38 הן **זכויות מותנות**, ולא ניתן לגבות מכוחה היטל השבחה בעת מכר. בהמשך לזאת, בחן בית המשפט קמא האם ציפיית השוק לקבלת היתר בניה מכוח תמ"א 38 היא נתון שעל השמאי המייעץ לשקלל בעת קביעת "מצב קודם" של המקרקעין.
22. בפסק דינו, סקר בית המשפט קמא מספר פסקי דין של בית המשפט הנכבד, ועל בסיסם הגיע למסקנה כי לא ניתן לשלול לחלוטין את עליית השווי הנובעת מתחולת תמ"א 38 על המקרקעין; וכי במסגרת חישוב שומת ההשבחה על השמאים לקבוע את **המקדם המתאים** לחישוב, בשים לב למידת חוסר הוודאות במימוש תמ"א 38 במגרש קונקרטי. ואלו הן עיקרי קביעות פסק הדין.
23. ראשית, קבע בית המשפט קמא, על יסוד החלטתו של כבוד השופט א' רובינשטיין ברע"א 6188/04 **רבין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים"** (החלטה מיום 26.9.2004) (להלן: **"עניין רבין"**), כי "ההיגיון וההגינות, כלשון בית המשפט בעניין **רבין**, מחייבים כי המתחם שבמסגרתו תיבחן ההשבחה יהא ריאלי"; וכי "חרף היות תמ"א 38 תכנית מתאר ארצית שאינה קובעת זכויות מוקנות, הרי שבהתאם לאמור בעניין **רבין**, יכול ותובא בחשבון בעת קביעת "מצב קודם", אם כי כלשונו, לא "ככל משפטה וחוקתה" וההתייחסות השמאית אליה תהא **"בגווני אפור"**."
24. שנית, ובהמשך לכך, קבע בית המשפט קמא – בהתבסס על פסק הדין ברע"א 5587/01 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רחובות נ' לוסטרניק ובנו חברה להנדסה ובניין בע"מ**, פ"ד נז(5) 529 (להלן: **"עניין לוסטרניק"**), כי "יש לבחון אם קיים קשר סיבתי ישיר בין התכנית המשביחה לבין עליית הערך, או אז אין להביא בחשבון בקביעת 'מצב קודם'. כאשר קיימת ציפייה שאין מתקיים בה קשר מסוג זה, רשאי השמאי להביאה בחשבון. תמ"א 38 איננה חלק מ"הליכי התכנון הכרוכים" בתכנית רובע 3, כלשון בית המשפט העליון בעניין **לוסטרניק**, ולכן אין להתעלם ממנה בקביעת 'מצב קודם'."

25. עוד נדרש בית המשפט קמא לניתוח פסק הדין של בית המשפט הנכבד בבר"מ 10212 דליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה (1.4.2020) (להלן: "עניין דלי דליה"), ועל בסיסו הגיע למסקנה כי אין "מניעה" מלהחיל את העקרון לפיו ניתן לתבוע בשל פגיעה במקרקעין מכוח סעיף 197 לחוק התכנון ובנייה במקרים שבהם ניתן להצביע על פוטנציאל תכנוני ש"אבד", שהיה ברמת ודאות קרובה או בגדר ציפייה סבירה בנסיבות העניין, גם לעניין חישוב "מצב קודם" לצורך היטל השבחה.

עמדה זו נומקה בכך ש"ההסדרים הנוגעים לתביעת פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה אל מול העקרונות של קביעת היטל השבחה מהווים מעין תמונת ראי לכללי היטל השבחה בכמה היבטים עקרוניים. ההבדלים בין שני הסדרים אלה אינם מתבטאים בדרכי חישוב השינוי בערך המקרקעין. בהקשר זה יש להדגיש את קביעת בית המשפט העליון לפיה השבחת מקרקעין ופגיעה מהם כתוצאה מפעילות תכנונית אינם אלא שני צידיה של אותה מטבע [...]".

26. שלישית, בהמשך פסק דינו, קבע בית המשפט קמא כי "לא ניתן לקבוע קטגורית כי הסיכוי לקבל היתר בניה מכוח תמ"א 38 הוא סיכוי קלוש ורחוק"; וכי הגם שהשמאי אינו נדרש לחשב את העלייה מכוח תמ"א 38 במלואה בשל חוסר הוודאות שבקבלת היתר הבניה, אזי עליו לקבוע מקדמים שיתחשבו בחוסר הוודאות – הן בפן הקנייני, נוכח הצורך בהסכמת כל בעלי הדירות בבית המשותף; והן בפן התכנוני, נוכח מדיניות מוסדות התכנון לגבי הוצאת היתר בנייה. בתוך כך, נדחתה עמדת היועצת המשפטית לממשלה, בין היתר, על רקע קשיים מעשיים ועיוניים שבית המשפט קמא מצא בה. עוד ציין בית המשפט קמא, כי בהגיעו אל העמדה לפיה יש להתחשב בתמ"א 38 ב"מצב הקודם" "לא נשתכחה ממני קביעת בית המשפט העליון בעניין דופברגר לפיה זכויות הבנייה לפי תמ"א 38 הינן זכויות מותנות ולא זכויות מוקנות ולכן אין להביאה בחשבון בעת מכר. להשקפתי, אין בקביעה זו כדי לסתור את מסקנותיי, נוכח ההנמקות לעיל".

27. אשר לחשש כי חישוב עליית השווי בשל תמ"א 38 בקביעת "מצב קודם" עלולה לאיין את ההשבחה הנובעת מאישור תכנית מפורטת, ציין בית המשפט קמא כי "השמאי שיעסוק בדבר יקבע מקדמים שיביאו לכך שעליית שווי המקרקעין מתמ"א 38 תהא פחותה בשיעורה ביחס לעליית שווי לאחר הוצאת היתר מכוח תמ"א 38. זאת, נוכח חוסר הוודאות להוצאת היתר בניה כמפורט לעיל".

28. אשר לשאלה אם יש להביא בחשבון מסמכי מדיניות ליישום תמ"א 38 אשר מפרסמות רשויות מקומיות, קבע בית המשפט קמא כי אין להביאם בחשבון במסגרת חישוב "מצב קודם" של הדירות, שכן עליית השווי הנובעת ממסמך המדיניות "נבלעת" בעליית השווי כתוצאה מתחולתה של תמ"א 38 (יצוין עם זאת כי בפסק דינו של בית המשפט קמא נקבע, כי השמאי יבסס את המקדם השמאי לעניין אפשרות ניצול הזכויות מכוח התמ"א על יסוד "גדר הציפיות הסביר של השוק", אשר מתבסס, מטבע הדברים, בין היתר, על מדיניות הוועדה המקומית).

טענות הצדדים בבקשת רשות הערעור

29. בקשת רשות הערעור דגן הוגשה כאמור על ידי המבקשת, הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב-יפו. בתמצית, ומבלי שיהיה בכך כדי למצות את הצגת מלוא טיעוני הצדדים, המבקשת עמדה במסגרת בקשת רשות הערעור, בין היתר, על ההלכות אשר יצאו מלפני בית המשפט הנכבד.

בראש ובראשונה עמדה המבקשת על הלכת רון ועל הקביעה כי בכל הנוגע לתכנית הקובעות "זכויות מותנות", ההשבחה אמנם תחושב נכון למועד תחילת התכנית, אולם היטל ההשבחה ייגבה בשני מועדי מימוש שונים, ואת מלוא עליית השווי ניתן לייחס למועד אישורן של הזכויות המותנות בפועל. לעומת זאת, לעניין תמ"א 38 נקבע כי אין להקיש ממנה לגבי הזכויות המותנות, שכן הזכויות מכוחה מתגבשות באופן ספציפי רק במועד ההחלטה בבקשה להיתר.

בהמשך לכך, טוענת המבקשת כי מימוש הזכויות מכוח תמ"א 38 אשר יוצר את ההשבחה הינו אירועי שאינו ודאי, והתחשבות בו ב"מצב הקודם" תביא להשבחה ספקולטיבית שיש לנטרלה. בהיבט זה, טוענת המבקשת כי אף אין לראות בזכויות מכוח תמ"א 38 כזכויות "שאישורן מצוי בנקודת "אל חזור", בהקבלה לעניין **דלי דליה**. היינו, כי כל עוד לא נוצרה ההשבחה על המקרקעין במובן המייצר חיוב בהיטל, בהתאם להלכות בית המשפט הנכבד, הרי שלא ניתן להתחשב בעליית השווי שנגרמה מתמ"א 38 לצורך חישוב ההשבחה שנוצרה בגין אישורה של תכנית הרובע.

30. עוד טוענת המבקשת כי בית המשפט קמא שגה בקביעתו כי הלכת **לוסטרוניק** מבססת את הקביעה לפיה יש להתחשב בתמ"א 38 לצורך חישוב שווי המקרקעין ב"מצב קודם". המבקשת מצביעה על כך שבהלכת **לוסטרוניק** לא נקבע שיש לנטרל רק את הציפיות מאישור תכנית משביחה, אלא יש לנטרל את הציפיות מהליך התכנון כולו וכן על כך שבפסיקות בתי המשפט השונים, ובכללם בית המשפט הנכבד, נקבע שיש לראות בתמ"א 38 תכנית "שקופה" מבחינת ההשבחה שהיא יוצרת. עוד מוסיפה המבקשת וטוענת כי שגה בית המשפט קמא כשקבע כי תמ"א 38 אינה מהווה חלק מההליך התכנוני של תכנית רובע 3, שכן תכנית רובע 3 היא תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 וקיים ביניהן קשר הדוק, עליו גם מצביעה העובדה שהוראת הפטור בתוספת השלישית מחילה את הפטור מתשלום היטל גם על מימוש בהיתרים של תוכניות לפי סעיף 23 לתמ"א.

בהיבט זה מצביעה המבקשת גם על כך שקביעת בית המשפט קמא אינה מתיישבת עם התכלית הניצבת ביסוד תמ"א 38 והיא עידוד חיזוק מבנים, ולא יצירת השבחה במקרקעין. לטענתה, התחשבות בעליית השווי שנגרמה עקב תמ"א 38 טרם ניתן ההיתר לצורך חישוב "מצב קודם" תביא למצב בו בעלי הקרקע נהנים מהתמריצים של תמ"א 38 בלי שהם מבצעים בפועל חיזוק של הבניין.

31. המבקשת טוענת כי גם שיקולים של הוגנות ורציפות המס מצדיקים את נטרול עליית השווי הנגרמת מתמ"א 38 בחישוב "המצב הקודם", שכן למעשה במצב זה מעבר לכך שעליית השווי הנובעת מתמ"א 38 לא תחויב בהיטל, תיגרם גם הפחתה בגין תמ"א 38 מעליית השווי הנוספת החייבת בהיטל מכוח אישורה של תכנית הרובע.

32. בתוך כך, מצביעה המבקשת על השלכות הרוחב הנובעות לשיטתה מקביעת בית המשפט קמא, וזאת בשים לב לתחולתה הכלל-ארצית של תמ"א 38, ובפרט בשים לב להיקף המימושים במכר בתחום תכנית רובע 3 (ותכנית רובע 4 בתל אביב) אשר לגביהם תלויים ועומדים אלפי עררים בגין שומות השבחה שניתנו; ועל קיומן של פסיקות סותרות של בתי המשפט לעניינים מינהליים בסוגייה זו.

כמו כן נטען, כי קביעת בית המשפט קמא טומנת בחובה קשיים יישומיים ממשיים. המבקשת מצביעה על כך שקביעת בית המשפט קמא למעשה מכווניה שמאים לבחון את מידת ההיתכנות של הוצאת היתר מכוח תמ"א 38, שעה שזוהי החלטה תכנונית המבוססת על שיקולים שאינם בידיעתו או מומחיותו של שמאי, ועל כך מציבה ממד רחב של ספקולטיביות בהערכת השווי. כן מציינת המבקשת כי קביעת בית המשפט קמא, לפיה מן העבר האחד על השמאי לבחון את מידת הוודאות לקבלת היתר בנייה, ומן העבר השני אין הוא יכול להביא בחשבון את מסמכי המדיניות בקביעת מצב קודם, מביאה לכך שאין בידי השמאי כלים להעריך באופן ודאי את הסיכוי לקבלת היתר בנייה מכוח התמ"א לצורך חישוב המצב הקודם.

33. המשיב 1, אשר כאמור חויב בהיטל השבחה בגין מכר של שתי דירות בבניין הנמצא בתחום תכנית רובע 3, תומך מצידו בתוצאת פסק הדין והנמקתו.

בתוך כך, המשיב 1 טוען בתשובתו כי עצם החיוב בהיטל השבחה בגין מימוש במכר של מקרקעין בתחום תכנית רובע 3 הוא שגוי, שכן התכנית למעשה מטמיעה את מסמך המדיניות של עיריית תל אביב למימוש תמ"א 38, ולכן אינה ודאית. עוד נטען כי ניתן לראות בפועל אחוזי מימוש נמוכים של תכנית רובע 3 במסלול של חיזוק מבנים, וגם לפיכך נטען שאין מקום להטלת חיוב בהשבחה בגין התכנית בעת מכר. זאת, בדומה לקביעת בית המשפט הנכבד בעניין דון לגבי אופיין של הזכויות לפי תמ"א 38.

עוד טוען המשיב 1 בהיבט זה כי חיוב בהיטל בגין מימוש בתכנית רובע 3 עשוי לסכל את מימוש התכנית ואת תכליתה לחיזוק מבנים, וזאת גם בשים לב לכך שתוספת הזכויות שקבעה תכנית רובע 3 היא קטנה ממה שמתאפשר בהתאם לתמ"א 38. על כן, כך לפי טענת המשיב 1, מי שרוכש דירה לאחר אישור התכנית, למעשה שילם בפועל היטל השבחה, שמוטמע במחיר העסקה שבוצעה לאחר אישור התכנית, ולכן לא ייהנה מהטבה כלכלית שגלומה בפטור בהיתר, והוא נעדר תמריץ לבצע חיזוק ומיגון. בתוך כך, טוען המשיב 1 כי השומות שניתנו בעניינו הפרטני אינן עומדות באמות המידה לעריכת שומות השבחה, שכן לא היו מפורטות דיין, ועל כן דינן הוא בטלות.

34. בכל הנוגע להתחשבות בעליית השווי שצמחה מתמ"א 38 במסגרת חישוב "מצב קודם" במכר, טוען המשיב 1 כי צדק בית המשפט קמא כשקבע שיש להתחשב בעליית השווי שנבעה מאישור תמ"א 38 בעת חישוב המצב הקודם. אולם, יש לערוך את החישוב באופן שייתן ביטוי לאופיין המותנה של הזכויות מכוח התמ"א, וכי המועד הקובע לעניין זה הוא יום אישור התמ"א.

עוד טוען המשיב 1 כי בניגוד לחשש שמעלה המבקשת כי התחשבות בתמ"א 38 עשויה לייצר שומות ספקולטיביות, דווקא עיקור השפעת התמ"א בקביעת שווי מצב קודם הינו תהליך ספקולטיבי שאינו מבוסס על נתוני אמת ועל האופן שבו השוק מתמחר את הנכסים.

35. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי בקשת רשות הערעור דן מעלה שאלות משפטיות מורכבות, בעלות השלכות רחב ממשיות, כלל ארציות, המצדיקות מתן רשות ערעור. כאמור, תמ"א 38 היא תכנית מתאר ארצית. לפיכך, ככל שתתקבל קביעתו של בית המשפט קמא, הרי שתחול החובה להביא בחשבון בחישוב כל שומת היטל השבחה במגרשים שתמ"א 38 חלה עליהם, את עצם תחולת תמ"א 38 ב"מצב הקודם", וזאת בין אם התכנית המשביחה היא לפי סעיף 23 לתמ"א 38 ובין אם מדובר בתכנית משביחה אחרת.

טעם נוסף המצדיק מתן רשות ערעור בגלגול שלישי נעוץ בכך שפסק דינו של בית המשפט קמא מעורר קשיים של ממש, הן מבחינת יישומו והן בהשלכותיו בנושאים אחרים; וכי ישנם פסקי דין מחוזיים אחרים סותרים, ובכלל זה פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בעניין **לביא**. בהקשר זה, כמצוין לעיל, בימים אלה תלויים ועומדים הליכים נוספים לפני בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, שגם בהם נדונה שאלת חישוב "מצב קודם" בשים לב לתמ"א 38 (עמ"נ 25955-11-22 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' ברק ואח' ו-עמ"נ 48293-01-23 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' מזרחי).

36. לגופה של השאלה המשפטית, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי בעת עריכתה של שומת היטל השבחה אין להביא בחשבון ב"מצב הקודם" את מרכיב השווי הנובע מהאפשרות התיאורטית לקבל היתר בנייה מכוח תמ"א 38. התחשבות כאמור, משמעותה, מתן פטור גורף מהיטל השבחה על עליית שווי שנגרמה בשל תמ"א 38. פטור שכזה – לא רק שאינו מעוגן בהוראת חוק המתירה כן – הוא אף עומד בניגוד להוראות הפטור המעוגנות בתוספת השלישית לחוק.

יוסבר ויובאר.

37. תמ"א 38 באה בגדר "תכנית" כהגדרתה לצורך התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, וככזו השבחה שנגרמת בגינה, מחויבת בהיטל, אלא אם כן חל פטור. כעולה מהוראותיו הברורות של חוק התכנון והבניה, הפטור חל רק במימוש בדרך של קבלת היתר בנייה ולא במימוש בדרך של מכר. למרות זאת, כפי שנקבע בפסיקה, בהיותה של תמ"א 38 "תכנית צפה" המעניקה "זכויות מותנות", ככל שבעת המכר טרם ניתן היתר בניה – אין לחייב בהיטל השבחה במימוש בדרך של מכר, הואיל ומועד יצירת אירוע המס יתגבש בשלב המכר בלבד. זאת, מן הטעם שמלוא ההשבחה מתגבשת רק במועד הפיכת ה"זכויות המותנות" למוקנות עם החלטת הוועדה המקומית על מתן היתר הבנייה.

על בסיס אותו הגיון, כאשר עוסקים אנו בתוכניות כדוגמת תוכניות לפי סעיף 23 לתמ"א 38 המעניקות זכויות בנייה שהן קונקרטיות דיין (קרי, "זכויות מוקנות"), הרי שיש לחייב בהיטל השבחה גם במימוש בדרך של מכר, כפי שאף נקבע על ידי בית המשפט קמא במסגרת פסק הדין מושא בקשת רשות הערעור.

השאלה העומדת במרכז בקשת רשות הערעור דן היא כיצד יש לחשב היטל השבחה במכר של דירה במקרקעין עליה חלה תמ"א 38, כאשר החבות בהיטל היא כתוצאה מאישורה של תכנית משביחה אחרת, מאוחרת לתמ"א 38, אשר שינתה את הזכויות המוקנות במקרקעין. במקרה זה, מתעוררת השאלה האם סכום ההשבחה וההיטל יקטנו, בשל כך שה"מצב הקודם" יחושב באופן אשר יכלול גם את תרומתה של תמ"א 38, והאפשרות לקבל היתר מכוחה לשווי המקרקעין, או שיש לנטרל בחישוב המצב הקודם מרכיב זה בשווי ולהתבונן על "דלתא" גדולה יותר. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, כפי שיפורט להלן בהרחבה, יש לנטרל את תרומתה של תמ"א 38 משווי "מצב קודם" במקרה זה.

כאן המקום לחדד, כי הגם שפסק הדין בעניין **רון** עסק בשאלות שונות במקצת, יש בקביעותיו כדי להשליך על אופן התרת השאלה המשפטית שלפנינו. במה דברים אמורים? ההלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין **רון** מורה אותנו כי תמ"א 38 מעניקה "זכויות מותנות" שאינן קונקרטיות וודאיות די צורכן ולכן במועד אישורה טרם נוצר אירוע מס, המתגבש בתורו רק עם קבלת ההחלטה על מתן היתר הבניה.

משכך הם פני הדברים, ומעת שידוע כי בעת אישור תמ"א 38 לא חל עדיין אירוע מס משביח, הרי שלא ניתן עוד לומר כי בעת חישוב ה"מצב הקודם" לצורך חישוב שומת השבחה עקב תכנית אחרת (מאוחרת לתמ"א 38), שיוצרת אירוע מס עם אישורה, הפכה פתאום תמ"א 38 לתכנית שמעניקה "זכויות מוקנות" ולכן יש להתחשב בעליית השווי שנגרמה כתוצאה מתחולתה במקרקעין כחלק משווי "המצב הקודם". מדובר בסתירה פנימית, שתוצאתה מביאה – הן להלכה והן למעשה – לביטול החבות על ההשבחה שצמחה בשל אישור התכנית המאוחרת שהעניקה (לראשונה) את ה"זכויות המוקנות" ובכך יצרה את אירוע המס המלא.

ודוק, טענה אחרת הינה בבחינת "אחיזת המקל בשני קצותיו", שכן אם נאמר שעליית השווי של תמ"א 38 צריכה לבוא בחשבון בשווי ה"מצב הקודם", הרי שהיה צריך, באותו האופן, לחייב בהיטל השבחה על עליית שווי זו גם בעת מימוש במכר, בשל תחולתה של התמ"א על הקרקע למרות שהיא טרם התגבשה לכדי תכנון קונקרטי וודאי. מובן כי חישוב בדרך זו סותר את הקביעה בעניין **רון**.

יודגש, עליית השווי בשל תחולת תמ"א 38 במגרש היא תוצר של הליכי התכנון, שלפי הוראות הדין, יש לחייב עליהם בהיטל השבחה (למעט במקרים שיש פטור) ואינם בגדר פוטנציאל תכנוני כללי. משכך, אי-נטרולם במסגרת חישוב שווי "מצב קודם" בהיטל השבחה מכוח תכנית משביחה אחרת, יביא למעשה להחלת פטור מלא על הליכי תכנון אלה, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות הפטור בתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה וכן עם הפסיקה בעניין **לוסטריניק**. שונים הם פני הדברים כאשר נדונה עליית שווי – שאינה נובעת מהליכי תכנון שטרם הסתיימו במגרש (עליית שווי כללית) – שיכולה להתרחש בשל חותם שמותירה תמ"א 38 במרחב בו היא הובילה להתחדשות עירונית ולשינוי פני המרחב התכנוני. יוצג להלן ההבדל בין עליית שווי בשל הליכי תכנון ו"השבחתם" כהגדרת התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה כשאלה משפטית, לבין עליית שווי המקרקעין כשאלה שמאית.

40. בפסק הדין בעניין **לוסטרניק** התבררה השאלה האם ניתן לתת ביטוי בקביעת שווי "מצב קודם" לציפייה לשינוי ייעודה של חלקה, הנמצאת בלב רחוב סואן בשכונת בנייה למגורים, מייעודה החקלאי. באותו עניין, קבע בית המשפט הנכבד (מפי כבוד השופט א' א' לוי) כי לצורך חישוב היטל השבחה, יש להביא בחשבון יסודות אובייקטיביים וערכים של שוק חופשי. עם זאת, קבע בית המשפט הנכבד כי יש להוציא מכלל הנתונים האובייקטיביים המשפיעים על שווי השוק של המקרקעין ערב אישורה של התכנית המשביחה את עליית המחירים הנגרמת בעטייה של אותה תכנית משביחה עצמה, היינו יש לנטרל את עליית השווי הנובעת מהליכים המהווים חלק ממהלך תכנוני אחד, כדלקמן:

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

כלומר, בית המשפט הנכבד קבע כי לצורך קביעת שווי שוק של מקרקעין ב"מצב הקודם" לתכנית המשביחה, **אין להביא בחשבון את ציפיות השוק הקיימות כתוצאה מהליכי התכנון לאישורה של התכנית המשביחה עצמה.**

41. הגיונה של פסיקה זו תקף גם לעניין השאלה שלפנינו בעניין תמ"א 38. והדבר יוסבר.

כפי שנקבע עוד בעניין רון, מבחינה מהותית, עד להכרעה בבקשה להיתר בנייה שהוגשה מכוח תמ"א 38, לא הושלם המהלך התכנוני שנקבע בתמ"א 38. הליך הפעלת שיקול הדעת התכנוני לעניין התרת שטחי הבנייה שמאפשרת תמ"א 38 במגרש מסוים מסתיים רק לאחר הליך תכנוני משמעותי הכולל שלושה שלבים: (א) פרסום הודעה על הגשת בקשה להיתר בניה להתנגדויות הציבור (ב) שמיעת ההתנגדויות וקבלת החלטה של הוועדה המקומית להתנגדויות לגופן; (ג) החלטה על מתן היתר הבנייה. הווה אומר, אירוע המס וההשבחה מכוח תמ"א 38 מתגבשים רק בשלב שבו הוחלט על מתן היתר בנייה מכוחה.

מכאן, שמבחינה מהותית, עליית השווי שנובעת מתמ"א 38, טרם החלטה בהיתר, דומה לעליית שווי שנבעה עקב הפקדת תכנית עוד טרם אושרה סופית. או-אז, באה לעזרנו הלכת **לוסטרניק** ומבהירה כי אין להתחשב במצב הקודם בעליית שווי המקרקעין שנגרמה בשל הליכי התכנון שנמשכו עד שאושרה התכנית. היינו, יש לראות את שווי המקרקעין ב"מצב הקודם" לפי זה שהיה בטרם החלו הליכי התכנון.

לפיכך, ככל שההליך התכנוני שהחל עם אישורה של תמ"א 38, הוחלף לבסוף בתכנית אחרת, ברי שבחישוב ההשבחה על התכנית האחרת, יש להתעלם מעליית השווי שנבעה מתמ"א 38 ולבחון את עליית השווי שהסבה התוכנית המאוחרת בזמן ככזאת שיצרה לבדה אירוע מס השבחה, כהגדרתו בסעיף 1 לתוספת השלישית בחוק – "השבחה" – עליית שווים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג".

42. אימוץ גישה אחרת, כפי שעשה בית המשפט קמא, לפיה מחד גיסא, אין חבות בהיטל השבחה במכר על מקרקעין עליהם חלה תמ"א 38 (בהתאם להלכת רון); ומאידך גיסא, ככל שתאושר תכנית משביחה אחרת יש לראות בעליית השווי שנבעה מהתמ"א (שטרם התממשה) בחישוב ה"מצב הקודם", יביא כאמור למצב בו הליכי התכנון שקדמו לאישור התכנית המשביחה יהיו פטורים מהיטל השבחה, חרף קביעת חוק התכנון והבנייה שלא לעשות כן.

43. לסיכום נקודה זו, הכלל שנקבע בהלכת **לוסטרניק**, לפיו יש לנטרל עליית שווי הנובעת מקידום הליכי התכנון, כך שתמוסה כל ההשבחה (עליית שווי) הנובעת מההליך התכנוני כולו מראשיתו, נכון לא רק במצב שבו אותו הליך תכנוני עצמו שהחל, מגיע לקו הגמר ולאישור; אלא גם במצב דברים שבו הוחלט להפקיד תכנית משביחה או שזו הופקדה בפועל (אך לבסוף התכנית לא אושרה), אך הוחלפה בהליך תכנוני אחר שבסופו אושרה תכנית שונה לחלוטין על אותם המקרקעין. תמ"א 38 אינה שונה ממצב דברים זה, שכן נקבע כאמור כי מדובר בתכנית מתאר ארצית המעניקה זכויות בניה מותנות, הטעונות השלמתו של הליך תכנוני נוסף – תלת שלבי – הכולל גם הליך התנגדויות לבקשה להיתר בניה.

במקרים אלה, ברי כי הליכי ההפקדה של התכנית המשביחה הראשונה (זו שלבסוף לא אושרה והוחלפה בתכנית אחרת), העלו את ערך הקרקע. אולם, אם יתבצע מכר בשלב זה, המוכר לא יהיה חייב בתשלום היטל השבחה בגין עליית השווי, שכן התכנית כאמור טרם "אושרה" וטרם נוצר אירוע המס, ואילו הקונה, אחרי אישורה של התכנית האחרת, ישלם היטל השבחה מלא, תוך ששומת ההשבחה לא תתחשב בעליית השווי שנגרמה בשל התכנית הראשונה (שהוחלפה), כמצב קודם.

הוא הדין, כאמור, כאשר עוסקים אנו בתמ"א 38. כך לדוגמא: אדם החזיק בקרקע ששוויה טרם תמ"א 38 היה מיליון ש"ח. בעקבות אישור תמ"א 38 עלה ערך הקרקע למיליון וחצי ש"ח. ברם, בהינתן הלכת רון, בשלב זה אישור התמ"א אינו מקים אירוע מס, קרי השבחה הטעונה תשלום היטל. זאת, משום שטרם החלטה על היתר בנייה בתום הליך תכנוני נוסף, הזכויות שנקבעו בתמ"א 38 מותנות (אף אם הובילו לעליית שווי בשוק החופשי אך לא לעליית שווי לצרכי השבחה), לא ילבשו צורה קונקרטית ולא יהפכו לזכויות מוקנות המהוות אירוע מס. מטעם זה בלבד, מכירת המקרקעין טרם קבלת היתר הבניה, לא תחייב את מוכר המקרקעין בהיטל השבחה, חרף העובדה שמדובר בעליית שווי עקב הליכי תכנון, המחוייבים בהיטל. כעת, נניח כי הוכנה תכנית משביחה המחליפה את תמ"א 38 והמשטר התכנוני החדש הוא כזה המעניק זכויות מוקנות. שווי המקרקעין במשטר התכנוני החדש עלה לשני מיליון ש"ח. ברי, כי במצב דברים זה ההשבחה שנוצרה בשל שינוי המשטר התכנוני והחלפת תכנית המעניקה זכויות מותנות (הליך תכנוני שטרם הסתיים) בתכנית המקנה זכויות מוקנות היא של מיליון ש"ח ולא רק של חצי מיליון ש"ח.

הנה-כי-כן, אם נביא בחישוב שווי "המצב הקודם" את עליית השווי שנבעה מתמ"א 38, למעשה פטרנו השבחה של חצי מיליון ש"ח מהיטל השבחה שנוצר עקב אישור התכנית המאוחרת בזמן (זו המעניקה זכויות מוקנות על-פני זכויות מותנות), על אף שאין בנמצא הוראת פטור ועל אף שמדובר בעליית שווי שנובעת מהליכי תכנון, המחויבת בהיטל השבחה (ככל שלא חל הפטור).

44. למעלה מהצורך יצוין, כי על אף שהאמור נכון ביחס לכל תכנית משביחה מאוחרת כאמור, כאשר מדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, הדברים מקבלים משנה תוקף, שכן במצבים אלה ניתן לראות את אישור התמ"א ולאחר מכן אישור תכנית לפי סעיף 23 לפי תמ"א 38, כמהלך תכנוני אחד. לפיכך, יש לדחות בהקשר זה את קביעת בית המשפט קמא לפיה בין תמ"א 38 לבין תכנית רובע 3, שהיא כאמור תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, לא מתקיים קשר סיבתי במובן שהם מהווים חלק ממהלך תכנון אחד, ולפיכך אין לנטרל את עליית השווי שגרמה תמ"א 38 מקביעת המצב הקודם.

45. לסיכום נקודה זו, קביעת בית המשפט קמא כי אין לנטרל את עליית השווי שנגרמה מתמ"א 38, שכן היא אינה חלק מהליכי התכנון על הקרקע, בהיקש מעניין **לוסטרניק**, איננה במקומה. יישומה הנכון של הלכת **לוסטרניק** וההיגיון שבבסיסה, מובלים בדיוק למסקנה הפוכה – שכן עליית שווי שנובעת מתמ"א 38 ומהאפשרות לקבל היתר מכוחה, הינה עליית שווי הנובעת מהליכי תכנון (שלא הושלמו והתכנסו לכדי אירוע מס) שאותם יש לנטרל, **ולא עליית שווי כללית** בשל פוטנציאל כללי שלא נובע מהליכי תכנון (שאכן אין לנטרל בהתאם להלכת **לוסטרניק**).

התייחסות ליתר קביעות בית המשפט קמא וסוגיות נוספות

46. הגם שניתן היה לעצור כאן לצורך התרת השאלה המשפטית העומדת על הפרק, נבקש להתייחס להלן לנימוקים נוספים שהעמיד בית משפט קמא כתימוכין לעמדתו.

47. בית משפט קמא תמך את עמדתו, בין היתר, על פסקי הדין בעניין ע"א 483/86 **בירנבך נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(3) 228 (1988) ובעניין **דלי דליה**. בפסקי דין אלה של בית המשפט הנכבד נקבע, כי במצבים מסוימים, יש להכיר אף בפוטנציאל תכנוני ממשי או קרוב לוודאי (ככלל, תכנית מופקדת וקיומו של דבר מה נוסף) כמצב קיים לעניין חישוב שווי "המצב הקיים" בפיצויים בשל תכנית פוגעת לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה.

לעמדת בית המשפט קמא, כפי שנקבע שבמצבים מסוימים ניתן להתחשב לעניין פיצויים לפי סעיף 197 בפוטנציאל תכנוני ממשי, כך גם לעניין היטל השבחה. בעניינו, מצא בית המשפט קמא לקבוע כי הפוטנציאל שנבע מהאפשרות לקבל היתר מכוחה של תמ"א 38, ככל שפוטנציאל זה ממשי או לפחות בגדר ציפייה סבירה, הרי שאין להתעלם ממנו בחישוב ה"מצב הקודם" גם לעניין היטל השבחה, בשל "תמונת הראי" שקיימת לכאורה בין פיצויים לפי סעיף 197 לחוק לבין "השבחה".

48. בכבוד הראוי, דומה בהקשר זה כי בית המשפט קמא עירב מין בשאינו מינו, שכן בהקשרים הנדונים לפנינו, אין כל מקום להקיש מזכות הפיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, לבין שאלת החבות בהיטל השבחה. למעשה, שאלת ההתחשבות בשווי שמקורו בפוטנציאל תכנוני הוא אחד הנושאים שבהם יש שונות בין המקרים ולא מתקיימת ביניהן "תמונת ראי".

כך, בפסק הדין בעניין **דלי דליה** דן בית המשפט הנכבד בתביעות לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה וקבע, כי במסגרת חישוב ירידת הערך ככלל לא ניתן להתחשב בשווי שמקורו בפוטנציאל תכנוני כללי שלא התממש, אולם ניתן להתחשב בשווי שמקורו בפוטנציאל תכנוני המתבטא בתכנית מופקדת שלא אושרה (ושלאחריה אושרה תכנית אחרת שגרמה לפגיעה במקרקעין).

אין כל מקום להקיש מקביעה זו לנושא שלפנינו. פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין **דלי דליה** מבוססת בעיקרה על שיקולי הסתמכות ושיקולי מדיניות של פרשנות זכות הפיצוי שנקבעה בסעיף 197 לחוק התכנון והבניה, בהתאם ללשונו של הסעיף ותכליותיו. כל אלה הם שעמדו ביסוד ההלכה שנקבעה בעניין **דלי דליה**, לפיה יתכנו מצבים שבהם יש לפצות על אובדן פוטנציאל תכנוני מכוח תכנית מופקדת. לעומת זאת, בכל הנוגע להיטל השבחה, חלה הלכת **לוסטרניק** עליה עמדנו לעיל, שעל-פיה יש לנטרל בחישוב שווי "המצב הקודם" את עליית השווי שמקורו בפוטנציאל בשל קיומם של הליכי תכנון על המקרקעין, אפילו מדובר היה בתכנית מופקדת שדבר אישורה קרוב לוודאי; אולם מן הצד השני, אין לנטרל עליית שווי שמקורה בפוטנציאל כללי שלא מומש שלא נובע מהליכי קידומה של תכנית בקרקע. הנה-כי-כן, בכל הנוגע להתחשבות במרכיב הפוטנציאל התכנוני לעת עריכת שומת מקרקעין, קיימת שונות באמות המידה המשפטיות, כפי שהתגבשו בפסיקת בית משפט נכבד זה, בין שומה הנערכת לעניין היטל השבחה ובין שומה הנערכת לעניין תשלום פיצויים לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. כאמור, שונות זו, הגיונה בצידה, שכן הזכאות לפיצוי לפי סעיף 197 קמה ככל שהתכנית הגיעה לשלב מתקדם ביותר; אך לעומת זאת, בכל הנוגע להיטל השבחה, אין כל בסיס לפטור מהיטל עליית שווי שנגרמה בשל קידום תכנית שמחייבת בהיטל שלא הגיעה לקו הגמר ויצרה אירוע מס.

49. עוד יושם אל לב, כי מהלך הטיעון שערך בית המשפט קמא על יסוד הלכת **דלי דליה** וסעיף 197 לחוק התכנון והבניה, אף עלול לפתוח פתח להגשת תביעות לפי סעיף 197 בעניין תכניות לפי סעיף 23 לתמ"א 38, ככל שהן הקטינו את היקף הזכויות המרביות שניתן היה לאשר מכוחה של תמ"א 38, על יסוד טענה כי לצורך חישוב שווי "המצב הקודם" יש לכלול את עליית השווי שנבעה מתמ"א 38.

לקביעה זו השלכות רחב משמעותיות, שכן משמעותה היא כי עצם אישורה של תמ"א 38 יצרה בשטח המדינה כולה זכויות בהיקף המרבי שתמ"א 38 מאפשרת (בניגוד להלכת **רון**), כך שצמצומן או התאמתן לצרכי המרחב המקומי במסגרת תכנית לפי סעיף 23, תביא לחשיפה לתביעות לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. עמדה זו אף מחדדת את הקושי לראות בתביעות לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה וחישוב היטלי השבחה משום תמונה ראי זו לזו בקשר לחישוב שומות.

50. בית המשפט קמא קבע כחיזוק נוסף לעמדתו, כי רמת הוודאות במימוש תמ"א 38 משתנה ממקרה למקרה. נדמה, שלא ראוי ליתן מקום או נפקא מינה לשאלה מה מידת הוודאות או ההסתברות של קבלת היתר מכוחה של התמ"א לצורך חישוב שווי "המצב הקודם". התחשבות בתחולתה של תמ"א 38 במסגרת חישוב שווי "המצב הקודם", למול ההשבחה שנוצרה עקב אישורה של התכנית המשביחה, מביאה למעשה וכמבואר מעלה לפטור מעליית השווי שנבעה מהליך תכנוני החייב בהיטל, וזאת באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק התכנון והבניה.

51. בנוסף, לתמיכה בעמדתו, בית משפט קמא מסתמך גם על הלכת רבין שם נקבע כי אין לפסול את האפשרות להכיר בעליית שווי בשל אישור תמ"א כמצב קודם. אך, כפי שיפורט להלן, אין כל מקום ללמוד מעניין רבין לעניינה של תמ"א 38, שכן קיימת הבחנה מהותית בין המקרים.

פסק הדין בעניין רבין עסק בשאלה האם לעת עריכת שומת השבחה, יש להביא בחשבון, בשווי "המצב הקודם", עליית שווי שנגרמה בשל אישור תמ"א 31 (שקדמה לתמ"א 35), שהינה תכנית מתאר ארצית שאינה מפורטת וכלל איננה מחייבת בהיטל השבחה, בשונה מתמ"א 38.

אין כל מקום להקיש מעניין רבין שעסק בתמ"א מיתארית, שאינה כוללת הוראות מפורטות ושאיינה נכללת תחת הגדרת "תכנית" בתוספת השלישית, ולפיכך עליית שווי בשל אישורה איננה מחויבת בהיטל השבחה. במצבים אלה, גם לעת אישורה של תכנית נוספת שמחויבת בהיטל השבחה, ככלל, יש קושי לנטרל בחישוב שווי "המצב הקודם" את עליית השווי שנגרמה בשל אישורה של תמ"א שאינה מפורטת.

בכל הנוגע לתמ"א 38, כפי שהוסבר לעיל, הרי שזו נכללת תחת הגדרת "תכנית" בתוספת השלישית. הדבר נקבע עוד בעניין רון ואף עולה מפורשות מהוראות התוספת השלישית עצמה – הן מהצורך בסעיפי הפטור לעניין תמ"א 38 והן מההוראות ומן התנאים שנקבעו בסעיפי הפטור והמצבים שבהם לא חל הפטור (היתר לא למגורים), או שהפטור חל רק באופן חלקי (על זכויות מעבר ל-2.5 קומות). לפיכך, ובשל העובדה שהשבחה הנובעת מתמ"א 38 חוסה תחת הגדרות "תכנית" ו"השבחה" שבסעיף 1 לתוספת, כך שמדובר בהליכי תכנון שהמחוקק קבע שמחייבים בהיטל השבחה (בכפוף לסעיפי הפטור), הרי שאין כל מקום לפטור מהיטל השבחה על עליית שווי שנגרמה מהליכי תכנון אלה (תמ"א 38) שלא בהתאם לסעיפי הפטור.

52. אם כן, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא שאין להביא בחשבון במסגרת חישוב שווי "המצב הקודם" את עליית השווי שנבעה מעצם תחולתה של תמ"א 38 על המקרקעין ומהאפשרות למתן היתר מכוחה, שכן מדובר למעשה בהתחשבות בהליכי תכנון קודמים על הקרקע שלא הבשילו והסתיימו. לפיכך, אין מקום או הצדקה להחשיבם כ"מצב קודם", באופן שמוביל לכך כי לא תחול חבות בתשלום היטל השבחה על עליית שווי זו.

53. בצד זאת, חשוב לחדד כי אין בעמדה האמורה כדי למנוע בהיבט השמאי מלהתחשב במסגרת חישוב "המצב הקודם" בעליית שווי כללית בשוק החופשי, אשר יכול וגם הושפעה מעצם אישורה וקיומה של תמ"א 38 במרחב (להבדיל מתחולתה במגרש והאפשרות התכנונית לקבל היתר מכוחה שאותה אין לנטרל).

54. יצוין, בכל הכבוד הראוי, כי בעניין זה דומה שעמדת היועצת המשפטית לממשלה לא הובנה כהלכה על ידי בית המשפט קמא. לפיכך, יועמדו הדברים על מכונם. דומה, כי עיקר הפער נסוב על עמדת בית המשפט קמא לפיה קיימת סתירה פנימית בין עמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה ניתן להתחשב בעליית שווי כללית בשל ציפיית השוק להתחדשות במרחב שבו חלה התמ"א, לבין העמדה שיש לנטרל את ההשבחה של תמ"א 38 בחישוב שווי "המצב הקודם".

מהות הסתירה לכאורה הוסברה בפסק הדין כך – ככל שאין להתחשב בזכויות מכוח התמ"א, הרי שאין להתחשב בהן בכלל "הן במגרשים שהתמ"א חלה עליהם והן במגרשים שהתמ"א לא חלה עליהם"; וכי העמדה שהוצגה "אינה מתיישבת עם העקרון השמאי לפיו יש לבחון אילו זכויות מעניקה תכנית מסוימת לכל מגרש ומגרש בנפרד".

מבוקש, אפוא, לחדד את הכוונה בהבחנה זו.

55. ראשית, יש לעמוד על ההבדל בין השאלה המשפטית שבה עוסקת במישרין בקשת רשות הערעור (קרי, שאלת הנטרול בחישוב שווי "המצב הקודם" של עליית השווי במקרקעין שנובעת מתחולתה של תמ"א 38 והאפשרות לבקש היתר מכוחה במגרש), לבין הסוגייה השמאית הנלווית שעניינה בהשפעת תמ"א 38 על שווי השוק במרחבים שבהם חלה או מומשה התמ"א (ולא בשל עצם האפשרות לקבל היתר מכוחה).

בהקשר זה, יודגש כי העמדה שהוגשה גובשה לאחר שנשמעו גורמים רבים ותוך התייעצות עם השמאי הממשלתי הראשי. ההבחנה בין עליית שווי הנובעת מעצם תחולת תמ"א 38 על המקרקעין מסוימים ובין עליית שווי הנובעת מכך שאישורה של תמ"א השפיעה על עליית מחירים כללית גם במגרשים שבהם התמ"א לא חלה (כמוסבר לעיל) מבוססת על עמדה שמאית מקצועית לפיה תיתכן עליית מחירים כללית מעצם קיומה של תמ"א 38 במרחב, וזו תחול הן על מגרשים שהתמ"א חלה עליהם והן על מגרשים שהתמ"א כלל לא חלה עליהם ואין אפשרות לקבל מכוחה היתר. עליית מחירים כללית זו, ככל שקיימת, אינה נובעת מהליכי התכנון במגרש, אלא מתנופת פיתוח כללית בשכונה, כאשר מגמת פיתוח זו נגרמה, בין היתר, כתוצאה מתמ"א 38. כלומר, לתחולת התמ"א על מגרשים במרחב תיתכן השפעה חיובית מרחבית, במנותק מהאפשרות לבקש היתר מכוחה של התמ"א.

הדבר יודגם – בשכונה מסוימת, בה תמ"א 38 חלה על חלק מהבניינים, נצפתה על-ידי השמאי עליית מחירים. לעמדתו המקצועית, עליית המחירים נובעת, בין היתר, בשל תנופת בנייה והתחדשות עירונית מכוח תמ"א 38 במרחבים בהם היא חלה. כך, למשל, בעקבות מימוש תמ"א 38 בשטחי השכונה, ביחס למגרשים שבהם בניינים ישנים, השתפרה חזותה הכללית של השכונה וזו נהנתה מכניסה של אוכלוסייה חזקה חדשה.

נניח כי באותה שכונה פלונית, תמ"א 38 חלה רק על מחצית מהמגרשים. עוד נניח, כי עליית השווי במגרשים שהתמ"א לא חלה עליהם היא בשיעור של 10%. מנגד, עליית השווי במגרשים שהתמ"א חלה עליהם היא בשיעור גבוה יותר של 20%. במצב זה, יש להכיר בשווי "המצב הקודם" רק בעליית שווי של 10% בלבד, שכן זו נובעת מעליית שווי כללית בשכונה שיכול שתנבע, בין היתר, מתחולתה הכללית של תמ"א 38, ולא מעליית שווי הנובעת מציפייה לקבל היתר במגרש בשל הליך תכנוני שהחל וטרם הסתיים.

ללמדנו, כי בדוגמה זו, תמ"א 38 הטביעה את חותמה הכללי החיובי במרחב השכונה והביאה לעליית שווי כללית. מרכיב זה של עליית השווי יובא בחשבון על-ידי השמאי בחישוב המצב הקודם והוא לא ינוטרל. חשוב לחדד, כי עליית שווי זו של השוק לגבי השכונה תהא נכונה גם ביחס למגרשים שבהם תמ"א 38 כלל אינה חלה עליהם על-פי הוראותיה. כך, למשל, בניין חדש שנבנה בשכונה יכול "ליהנות מחותמה החיובי של תמ"א 38" (בשכונה (בלי שזו חלה עליו), שכן למשל הבניינים הסמוכים לו הפכו אסתטיים יותר. ועדיין – כאן עסקינן בעליית שווי כללית שהשמאי רשאי ואף נדרש להביא בחשבון בחישוב "המצב הקודם", שכן לא מדובר בעליית שווי הנובעת מציפייה להשלמת הליכי תכנון במגרש.

56. הבחנה זו אף מתיישבת היטב עם ההבחנה שקבע בית המשפט הנכבד בעניין **לוסטרניק** בין עליית שווי שנבעה מהליכי תכנון, אותה יש לנטרל, לבין עליית שווי הנובעת מפרוטנציאל תכנוני כללי שאינו נובע מהליכי תכנון שקודמו על המקרקעין שאותו אין לנטרל. יצוין, כי על הבחנה זו עמד בית המשפט הנכבד גם במסגרת רע"א 4217/04 **פמיני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים**, פ"ד סא(3) 386 (2006), שם נקבע כי במסגרת חישוב ההשבחה יש לבודד את עליית השווי הנובעת ישירות מפעילות תכנונית מעליית שווי שעשויה לנבוע מגורמים אחרים ובכלל זה מציפיות השוק.

57. בניגוד לאמור בסעיף 76 לפסק דינו של בית המשפט קמא, עמדת היועצת המשפטית לממשלה אף מתיישבת עם עקרונות שמאיים וניתנת ליישום באופן פשוט יחסית על ידי השוואת עסקאות במרחב הנתון. זאת, באמצעות חילוץ עסקאות ההשוואה שנעשו במגרשים שבהם לא חלה התמ"א, לעומת מגרשים שבהם חלה התמ"א.

עוד יצוין, כי קביעות בית המשפט קמא – לפיהן יש להביא בחשבון את תמ"א 38 במסגרת חישוב שווי "המצב הקודם" "אלא שלא ככל משפטה וחוקתה, וההתייחסות השמאית אליה תהיה **בגווני אפור**" – לוקות בעמימות של ממש ביחס למה תכלול ההתייחסות השמאית בעת קביעת המצב קודם. עמימות זו עתידה לפגום בוודאות ובאחידות שיש לשאוף אליהן בכגון דא, וטמונים בה קשיים מעשיים משמעותיים ביותר.

58. עוד חשוב לציין בהקשר זה, כי הותרת פסק הדין על כנו אף לא נותנת מענה לחשש עליו עמד בית המשפט הנכבד בעניין **לוסטרניק**, לפיו ללא נטרול עליית השווי שנבעה מהליכי תכנון שונים שחלו על המקרקעין "יימוג כלא היה כל השבח הצפוי מתכנית זו, ובכך תסוכל כליל המטרה שלה נועד היטל ההשבחה".

כפי שהובהר, ללא הנטרול האמור, תתמזג עליית השווי שנבעה מתמ"א 38 באופן מלא, או כמעט מלא, עם עליית השווי שנבעה מהתכנית המשביחה המאוחרת, באופן שיביא לכך שההשבחה תחול רק על הפרש (הדלתא) בין ההשבחה שיצרה תמ"א 38 להשבחה שיצרה התכנית המשביחה הבאה בזמן (ככל שזו קיימת). תוצאה זו איננה צודקת או ראויה ואף אינה מתיישבת עם כך שתמ"א 38 נכללת תחת הגדרת "תכנית" לעניין התוספת השלישית, וככזו אין מקום שלא לחייב בהיטל השבחה על עליית שווי שנובעת ממנה, שלא בהתאם לסעיפי הפטור שבתוספת.

בהקשר זה, דומה כי בית המשפט קמא היה מודע להשלכות הכרעתו בנושא, ולכן הציע את הפתרון הבא: "השמאי שיעסוק בדבר יקבע מקדמים שיביאו לכך שעליית שווי מקרקעין כתוצאה מתמ"א 38 תהא פחותה בשיעורה ביחס לעליית השווי לאחר הוצאת היתר מכוח תמ"א 38". דא עקא, פתרון זה אינו נותן מענה לחשש שהוצג לעיל. למעשה, בית המשפט קמא מציע לקבוע מקדמים שיביאו בחשבון במסגרת חישוב "המצב הקודם" את העובדה שהזכויות מכוח תמ"א 38 "מותנות" עד למתן היתר. עם זאת, ברי, כי גם פתרון זה של בית המשפט קמא יוביל להפחתה רוחבית בהיטל ההשבחה בכל תכנית משביחה עתידית שתבוא לאחר התמ"א, וזאת כאמור ללא פטור שנקבע לכך בחוק. כפי שהראינו לעיל, אין להתחשב בתחולת תמ"א 38 במסגרת חישוב שווי "המצב הקודם" אף כזכויות מותנות, שחוסר וודאות לצידן, שכן משמעותה של עמדה זו הינה פטור מהיטל השבחה על עליית שווי שנבעה מתמ"א 38, שלא בהתאם לסעיפי הפטור שבתוספת.

59. להשלמת התמונה, ואף שכאמור שאלה זו אינה ניצבת בבסיס בקשת רשות הערעור דנן, יצוין בתמצית, כי לא ניתן לקבוע כלל אחיד וגורף בשאלה – האם ניתן לגבות היטל השבחה במכר מכוח תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, או שמא יחול הכלל שנקבע בהלכת רון לגבי מימוש בדרך של מכר מכוח תמ"א 38. חלף כלל אחיד וגורף, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא שההכרעה בשאלה צריכה להיעשות לגופו של עניין, תוך בחינת התוכנית הרלוונטית שאושרה לפי סעיף 23 לתמ"א 38 בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסיקת בית המשפט הנכבד לסיווג מהות הזכויות שעוגנו בתכנית (בין השאר בהלכת רון, הלכת בר"מ 2866/14 גוזלן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה (נבו 7.12.2014); הלכת בר"מ 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה אשקלון (נבו 20.4.2016); בהלכת בר"מ 168/20 ברקול נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חולון (נבו 15.2.2023)). ככלל, ניתן לומר כי ככל שמרחב שיקול הדעת שהתכנית מותירה לוועדה המקומית ביחס להיקף הזכויות שיינתן מכוחה הינו קטן יותר, ומידת הקונקרטיזציה של הוראות התכנית היא משמעותית יותר – כך תיטה הכף לטובת העמדה שאירוע המס נוצר עם אישור התכנית ובהתאם קמה חובת תשלום היטל השבחה במימוש בדרך של מכר. עם זאת, ככל ששיקול הדעת רחב יותר, ומידת הקונקרטיזציה נמוכה יותר – הרי שאירוע המס יתגבש בעת החלטה על מתן ההיתר ועל כן לא יגבה היטל על מכר לפני החלטה כאמור. ואולם, עמדה זו כפופה מטבעה לבחינה פרטנית של הוראות התכנית בכל מקרה ומקרה. בהקשר זה יצוין כי ייתכנו גם מקרי ביניים, בהם הזכויות בתכנית הן מותנות, אך מרחב שיקול הדעת של מוסד התכנון במתן ההיתר הוא מצומצם, שאז יחול המנגנון החיוב הדו-שלבי אשר נקבע במסגרת פסק דין רון.

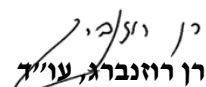
60. לסיכום, לנוכח השלכות פסק דינו של בית המשפט קמא, בשים לב לתחולתה הארצית של תמ"א 38; וכן בשים לב לקיומן של הכרעות סותרות של בתי המשפט לעניינים מינהליים בשאלה זו ממש – סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי יש מקום ליתן רשות ערעור בבקשת רשות הערעור דנן, ובהמשך לכך להורות על ביטול פסק דינו של בית המשפט קמא, כך שייקבע כי לצורך השבחה בעת מכר, יש לנטרל את עליית השווי שניתן לייחס לתמ"א 38 בעת קביעת ה"מצב הקודם".

היום, 16 בינואר, 2025
ט"ז בטבת, התשפ"ה



מיה ציפין, עו"ד

עוזרת במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



רון רוזנברג, עו"ד

ממונה על ענייני בג"צים
בפרקליטות המדינה

תוכן עניינים

מס'	שם הנספח	עמ'
1/ע	צילום עמדת היועצת המשפטית לממשלה, כפי שהוגשה לבית המשפט קמא	3

נספח ע/1

**צילום עמדת היועצת המשפטית
לממשלה, כפי שהוגשה לבית המשפט
קמא**

עמ' 3

עמ"נ 18618-12-22
לפני כב' השופט יעקב שקד

בית המשפט לעניינים מנהליים תל אביב-יפו

בעניין שבין:
המערער:

שמואל לויטן אדיב, דרכון 501936420
ע"י ב"כ עו"ד בנימין קריתי ו/או עו"ד נעם מ. זוכמן
מרחוב הברזל 3, תל אביב, 6971005
טל': 03-6481234 ; פקס: 03-6481230
כתובת דוא"ל: bkiryati@gmail.com; zlaw.adv@gmail.com

- נ ג ד -

המשיבה:

הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו
ע"י ב"כ עו"ד אירית יומטוב
ממשרד שפיגלמן קורן זמיר ושות', עורכי דין
מרחוב לינקולן 20, תל אביב, 67134
טל': 03-6254666 ; פקס: 03-6254669

המתייצבת להליך:

היועצת המשפטית לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)
מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן, ק' 11), תל אביב, 6133001
טל': 073-3924888 ; פקס: 02-6468005
כתובת דוא"ל: ez_tel-aviv@justice.gov.il

הודעה על התייצבות היועצת המשפטית לממשלה

מכוח סמכותי לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ולאחר שראיתי כי זכות של מדינת ישראל או עניין ציבורי עלולים להיות מושפעים או כרוכים בהליך שלפני בית המשפט הנכבד, הריני להודיע על התייצבותי להליך זה.
אני מסמיכה כל פרקליט מפרקליטות המדינה על שלוחותיה להיות נציגי בהליך זה.

גלי בהרב-מיארה, עו"ד
היועצת המשפטית לממשלה

היום, ט"ז טבת תשפ"ד; 28 דצמבר 2023

בעניין שבין:

המערער:

שמואל לויטן אדיב, דרכון 501936420

ע"י ב"כ עו"ד בנימין קריתי ו/או עו"ד נעם מ. זוכמן

מרחוב הברזל 3, תל אביב, 6971005

טל': 03-6481234; פקס: 03-6481230

כתובת דוא"ל: bkiryati@gmail.com; zlaw.adv@gmail.com

- נ ג ד -

המשיבה:

הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו

ע"י ב"כ עו"ד אירית יומטוב

ממשרד שפיגלמן קורן זמיר ושות', עורכי דין

מרחוב לינקולן 20, תל אביב, 67134

טל': 03-6254666; פקס: 03-6254669

המתייצבת להליך:

היועצת המשפטית לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)

מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן, ק' 11), תל אביב, 6133001

טל: 073-3924888; פקס: 02-6468005

כתובת דוא"ל: ez_tel-aviv@justice.gov.il

עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

בהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך, ובהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד ולארכות שניתנו, היועצת המשפטית לממשלה מתכבדת להגיש את עמדתה בסוגיית החבות בהיטל השבחה במימוש זכויות בדרך של מכר לאחר אישור תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, ובסוגיית השווי הנובע מתחולתה של תמ"א 38 בחישוב שווי "מצב קודם" בשומת היטל השבחה.

א. פתח דבר

1. עניינו של הליך זה בערעור מנהלי על החלטת ועדת הערר לפיצויים והיטלי השבחה במחוז תל אביב, שניתנה ביום 18.8.2022 בשורה של עררים שנדונו במאוחד, אשר הוגשו על שומות היטלי השבחה שקבעה הוועדה המקומית תל אביב-יפו בקשר לתכנית תא/3616א ("תכנית רובע 3", שהנה גם תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38).

2. במסגרת החלטה זו, הכריעה ראשית ועדת הערר בסוגיות העקרוניות המשותפות לכלל העררים ולאחר מכן דנה בטענות פרטניות שעלו בעררים השונים. כמו כן צורף להחלטת הוועדה "נספח א – עקרונות לעריכת השומות המייעצות" (להלן גם: "נספח א"), בו נכללו הנחיות כלליות לאופן עריכת השומות

- המייצעות על ידי השמאי המייצג שמונה על ידי הוועדה (בצד התייחסות לסוגיה פרטנית מסוימת).
3. במסגרת החלטת בית המשפט הנכבד בדיון שהתקיים בערעור ביום 19.3.2023, התבקשה היועצת המשפטית לממשלה להודיע האם היא מבקשת להביע עמדתה בנושאים שהועלו לדיון בערעור זה, תוך התייחסות לשלוש סוגיות פרטניות (עמוד 11 לפרוטוקול הדיון) –
- א. האם במסגרת חישוב שווי מצב קודם בשומת היטל השבחה יש להביא בחשבון את השווי הנובע מתחולת תמ"א 38 על הבניין או לנטרלו.
- ב. האם במקרה של תכנית מפורטת לפי סעיף 23 לתמ"א 38, יש לגבות מכוחה היטל השבחה בעת מכר או רק בעת הוצאת היתר בנייה.
- ג. בהתייחס להנחיות לשמאי המייצג המפורטות בנספח א' להחלטת ועדת הערר, מהי עמדת היועמ"ש בקשר להנחיות המקצועיות שניתנו בשים לב לסוגיות שבמחלוקת.
4. לאחר בחינת הדברים ועיון במסמכי הצדדים, החליטה כאמור היועצת המשפטית לממשלה להתייצב להליך ולהגיש את עמדתה.
5. לשלמות התמונה יצוין, כי הליך המעורר שאלות דומות מתנהל בבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים בעמ"נ (מינהליים י"ם) 25955-11-22 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ' אהרון ברק ואח', אשר נסב על תכנית 9988 (תכנית מתאר לשכונת רחביה), אשר אינה מוגדרת במסמכיה כתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, אולם ועדת הערר לפיצויים והיטלי השבחה במחוז ירושלים מצאה כי על פי מהותה מדובר בתכנית שאושרה מכוח סעיף 23 לתמ"א 38.

ב. תשתית נורמטיבית

6. בסעיף 196(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1985 (להלן: "החוק") נקבע, כי: **"ועדה מקומית תגבה היטל השבחה בשיעור, בתנאים ובדרכים שנקבעו בתוספת השלישית ועל פיה"**. בהתאם, ההוראות הרלוונטיות לגבייתו של היטל השבחה קבועות בתוספת השלישית לחוק.
7. בסעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק נקבע כי: **"חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתן של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת, ישלם בעלם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו (להלן – היטל)..."**.
8. "השבחה" במקרקעין מוגדרת בסעיף 1(א) לתוספת השלישית לחוק כ"עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג". קרי, חיוב בהיטל השבחה מותנה בעליית שווי שמקורה באחת מתוך שלוש פעולות תכנוניות – אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג.
9. במקרה של השבחה שמקורה באישור תכנית (כבענייננו), המועד אליו יש לערוך את השומה הוא יום "תחילתה" של התכנית (סעיף 4(7) לתוספת השלישית לחוק).
10. עניינו של סעיף 7 לתוספת השלישית לחוק במועד תשלום היטל השבחה, כאשר בסעיף 7(א) נקבע כי: **"היטל ישולם לא יאוחר מהמועד שהחייב בו מימש זכות במקרקעין שלגביהם חל ההיטל, ורשאי החייב לשלם מקדמות על חשבוננו עוד לפני קביעת שומת השבחה"**. קרי, מועד תשלום ההיטל ניתן לדחייה למועד "מימוש הזכות" בפועל במקרקעין המושבחים, על אף ש"אירוע המס" נוצר כאמור עוד קודם לכן.
11. הגדרת "מימוש זכויות" במקרקעין בסעיף 1(א) לתוספת השלישית לחוק כוללת מספר חלופות, שתיים

- מהן, הרלוונטיות לענייננו, הן **מכר** (כאמור בסעיף 1(א)(3)) ו**קבלת היתר בניה** (כאמור בסעיף 1(א)(1)).
12. קרי, ככלל, לאחר שאושרה תכנית המשביחה את ערך המקרקעין, יש לשלם היטל השבחה בעת מכירת המקרקעין או בעת קבלת היתר לבניה מכוחה (לפי המוקדם).
13. "תכנית" מוגדרת בסעיף 1(א) הנ"ל כ"**תכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת ולמעט תכנית כוללת או תכנית כוללת להתחדשות עירונית כהגדרתה בסעיף 64(ב) לעניין מגרשים שלגביהם היא לא מאפשרת מתן היתר בנייה או ביצוע עבודות לפיה ללא אישור תכנית נוספת טרם מתן ההיתר או ביצוע העבודה**". יצוין, כי תמ"א 38, על אף היותה תכנית מתאר ארצית, נחשבת כתכנית המחייבת בתשלום היטל השבחה, שכן היא למעשה "מתלבשת" על תכניות מפורטות קיימות ומשנה את הוראותיהן,¹ על כן היא נחשבת תכנית מפורטת לעניין הגדרת "תכנית" בתוספת השלישית לחוק.
14. בסעיף 19(ב)(10)(א) לתוספת השלישית לחוק נקבע פטור מתשלום היטל השבחה בגין השבחה מכוחה של תמ"א 38 במקרה של אירוע מימוש בדרך של קבלת היתר בנייה בלבד. בחוק לא נקבע פטור בעת מימוש בדרך של מכר לאחר אישור תמ"א 38, אך בפסיקת בית המשפט העליון בעניין **אליק רון** נקבע, כי מאחר שתמ"א 38 היא תכנית כללית שאיננה קונקרטית, והזכויות מכוחה הן למעשה "זכויות צפות" המתגבשות רק בעת החלטה למתן היתר בנייה, לא ניתן לגבות מכוחה היטל השבחה בעת מכר. קרי "אירוע המס" מתגבש רק בעת החלטה למתן היתר הבנייה, על כן היה צורך בקביעת פטור מפורש בחקיקה מתשלום היטל השבחה בעת מימוש בדרך זו.
15. בכל הנוגע לחישוב היטל השבחה, בסעיף 4(7) סיפא לתוספת השלישית לחוק נקבע, כי שומת ההשבחה תיקבע "**בהתחשב בעליית ערך המקרקעין וכאילו נמכרו בשוק החופשי**". קרי, על מנת לחשב את גובה ההשבחה יש להעריך את שווי המקרקעין פעמיים – פעם בהתאם לזכויות שהיו קיימות אלמלא אושרה תכנית זו (מצב קודם) ופעם בהתאם לזכויות שהוענקו בתכנית (מצב חדש). את שווי המקרקעין שמתקבל "במצב הקודם" מנכים מהשווי שמתקבל "במצב החדש" וההיטל עומד על שיעור של 50% מההפרש (סעיף 20 לפסק הדין בעניין **אליק רון**).

ג. עמדת היועצת המשפטית לממשלה

16. בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.3.2022 התבקשה היועצת המשפטית לממשלה להודיע האם היא מבקשת להביע את עמדתה בנושאים שהועלו לדיון בערעור שבכותרת וביניהם שלוש השאלות אשר פורטו בה. חלק מהנושאים הללו נדונו בחוות דעת משפטית שהופצה כסיכום דיון מיום 1.12.2022, שנערך אצל המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט אזרחי), עורכת הדין כרמית יוליס, אשר פורסמה באתר משרד המשפטים (להלן: "**חוות הדעת המשפטית**"), ושהיועצת המשפטית לממשלה מאמצת בעמדה זו.

- חוות הדעת המשפטית מיום 1.12.2022 מצ"ב כנספח "1" לעמדה זו.

17. **הסוגיה הראשונה** ביחס אליה התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא "**האם במסגרת חישוב שווי מצב קודם בשומת היטל השבחה יש להביא בחשבון את השווי הנובע מתחולת תמ"א 38 על הבנין**

¹ רע"א 384/99 מועש בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה טבריה (נבו 19.10.1999); עע"מ 8600/15 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' פז גז בע"מ (נבו 1.11.2018); רע"א 3002/12 הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' רון (נבו 15.7.2014), להלן: "עניין אליק רון".

או לנטרלו".

18. סוגיה זו מתייחסת למצב בו על מגרש שתמ"א 38 חלה עליו, אושרה תכנית משביחה (ויכול שתהא זאת תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 או כל תכנית משביחה אחרת). השאלה שיש לתת עליה את הדעת היא האם בעת הערכת שווי "המצב הקודם" לאישור התכנית המשביחה יש לקחת בחשבון גם את ההשבחה שצמחה למקרקעין מעצם אישורה ותחולתה של תמ"א 38 על המגרש או שיש לנטרל ולקזז שווי זה.
19. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כדלקמן: כיוון שתמ"א 38 אינה תכנית ודאית ואינה קונקרטית, והזכויות מכוחה אף אינן זכויות מוקנות, אלא כאלו המסורות לשיקול דעת רחב של מוסדות התכנון (ושלגביהן נדרש הליך דמוי הקלה של פרסום התכנית ושמיעת התנגדויות הציבור), עצם תחולתה של התכנית על מגרש מסוים אינו מקנה זכויות בנייה, ואלו מתגבשות כאמור (אם בכלל) רק בעת ההחלטה למתן היתר בנייה בסיום ההליך התכנוני. לפיכך, לא ניתן להתחשב בשינוי השווי הנובע מהאפשרות לתוספת זכויות בשל עצם תחולתה של תמ"א 38 במגרש, טרם סיום ההליך התכנוני הכרוך בה.
20. גישה אחרת, לפיה אין לנטרל את עליית הערך שנבעה מתחולת תמ"א 38 במסגרת הערכת שווי "מצב קודם", תוביל, הלכה למעשה, להענקת פטור מהיטל השבחה, או לכל הפחות, לגביית מס בחסר, גם במצבים של מכר (שכן חלק משמעותי מההשבחה נובע מהוראות תמ"א 38 עצמה), וזאת בניגוד להוראות המחוקק שלא מצא לנכון לפטור מתשלום ההיטל בעת אירוע מכר. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, לא ניתן, מחד גיסא, לקבוע שתמ"א 38 לא מספיק קונקרטית והיא נעדרת ודאות ולכן לא מהווה אירוע מס משביח, כך שלא ניתן לגבות בגינה היטל השבחה בעת מכירת הנכס, ויש להמתין למתן היתר (כפי שנקבע בעניין **אליק רון**), ומאידך לראות בעליית השווי שנגרמה כתוצאה מתחולתה כחלק אינהרטי משווי המצב הקודם, באופן אשר יבטל, או לפחות יקטין בצורה משמעותית, את תשלום היטל השבחה שצמחה ממנה. קרי, לאור העמדה שנקבעה בפסיקת בית המשפט בעניין **אליק רון** לפיה תמ"א 38 אינה ודאית ואינה קונקרטית, ועל כן לא מחייבים בהיטל השבחה בגינה בעת מכר, אזי אותם עקרונות מחייבים להגיע למסקנה כי בשל מאפייניה הייחודיים של תכנית זו (שהינם, תחולה רחבה על שטחים רבים במינה והיותה לא ודאית או קונקרטית), לא ניתן לקחת אותה בחשבון במסגרת "מצב קודם" בחישוב היטל השבחה.
21. אנלוגיה מתאימה לענייננו היא של תכנית מופקדת, כך שיש להתייחס לעליית ערך שנובעת מתחולתה של תמ"א 38 כשם שמתייחסים לעליית ערך הנובעת מתכנית מופקדת שטרם אושרה. זו כמו זו העלו את ערך הקרקע, ובשני המקרים עליית ערך זו תנוטרל עד להשלמת ההליך התכנוני. כפי שנקבע בעניין **לוסטרניק**,² בעת חישוב היטל השבחה יש לנטרל משווי המצב הקודם עליית שווי שנבעה מהליכי התכנון עצמם. מבחינה מהותית, תמ"א 38 דומה לתכנית מופקדת שהעלתה את ערך הקרקע, משום שעד להכרעה בבקשה להיתר בנייה מכוחה, הרי שלא הושלם ההליך התכנוני באופן מלא.
22. ודוק: תוצאה אחרת תוביל לכך שעליית השווי שנבעה מתמ"א 38 לעולם לא תגיע למועד "אירוע המס", ובכך תהיה פגיעה ברציפות המס, זאת אף בניגוד להוראת המחוקק לפיה השבחה זו פטורה מהיטל רק במימוש בדרך של היתר ולא במימוש בדרך של מכר.
23. לפיכך, בעת הערכת שווי "מצב קודם" לאישור התכנית המשביחה (בין אם מדובר כאמור בתכנית לפי

² רע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רחובות נ' מ. לוסטרניק ובנו חברה להנדסה ובניין בע"מ, פ"ד (5) 529 (להלן: "עניין לוסטרניק").

סעיף 23 לתמ"א 38 או כל תכנית משביחה אחרת), יש לקזז את עליית השווי הנובעת מעצם תחולתה של התמ"א במגרש (שמקורה בציפייה לקבל תוספת זכויות שניתן לקבל מכוח תמ"א 38 במגרש עליו היא חלה).

24. עם זאת יובהר, כי הנטרול או ההפחתה שיש לערוך בשווי "המצב הקודם" ובעליית הערך מכוחו הוא רק לגבי הרכיב בשווי אותו ניתן לייחס לעצם תחולתה של תמ"א 38 על המגרש, והאפשרות או הציפייה הלכאורית לקבלת היתר הכולל תוספת זכויות מכוחה. נטרול זה יש לבצע גם במצב שבו עליית השווי נובעת מהליכי ייזום עסקה בין יזם לבין בעלי הדירות במגרש או מקידום בקשה להיתר מכוח תמ"א 38 במגרש (עניין לוסטרניק). ודוק: כאמור לעיל, גם עליית ערך שאיננה נובעת מפעולות יזום או רישוי במגרש, אלא נובעת מעצם תחולתה של תמ"א 38 במגרש, איננה נחשבת כמצב קודם לעניין חישוב ההשבחה, שכן אף היא נובעת מהליכי תכנון (תמ"א 38) שטרם הסתיימו, כמפורט בחוות הדעת המשפטית, ועל כן יש לנטרל את עליית הערך הנובעת מפעולות אלה.

25. לעומת זאת, מרכיב בשווי שמקורו בעליית ערך כללית בשוק החופשי, אף אם הושפע באופן כזה או אחר מעצם אישורה וקיומה של תמ"א 38 במרחב, ובאופן בו התייחס אליה השוק, לא ינטרל ולא יקוזז, שכן הוא חלק בלתי נפרד משווי השוק, שאיננו נובע או כרוך בעצם תחולתה של תמ"א 38 במגרש ובאפשרות לקבל מכוחה היתר, והוא קיים גם במגרשים שתמ"א 38 לא חלה עליהם. קרי, יש להפריד בין השפעת שווי פרטנית על מגרש שהתמ"א חלה עליו, שמקורה בציפייה לתוספת זכויות למגרש הנובעת מהתמ"א (תוספת שכאמור יש לנטרל בחישוב המצב הקודם) ובין השפעת שווי כללית על השוק, לרבות על מגרשים שהתמ"א כלל אינה חלה עליהם.

26. כך למשל, בשכונה מסוימת בה קיימים מגרשים רבים שתמ"א 38 חלה עליהם וכן מגרשים שתמ"א 38 אינה חלה עליהם, וניתן להצביע על שינוי שווי בשוק הכללי באותה שכונה בכללותה, שמקורו במגמות בהתחדשות ובתנופת הבנייה בשכונה, שאותה חוללה התמ"א, שינוי שווי זה יובא בחשבון בכל המגרשים, ולא ינטרל. זאת מהטעם, שעליית ערך כללית זו, ככל שקיימת גם במגרשים סמוכים שבהם התמ"א כלל לא חלה, איננה נובעת מהאפשרות לקבלת היתר מכוח התמ"א, אלא היא חלק משווי הקרקע במרחב שבו קיימת התחדשות ותנופת בניה, שאם לא כן, לא הייתה משפיעה גם על אותם מגרשים בשכונה שהתמ"א אינה חלה בהם, וככזו, מובן שאין לנטרלה מחישוב המצב הקודם.

27. לצורך ההמחשה, שני מגרשים סמוכים הדומים במאפייניהם, באחד חלה תמ"א 38 וקיימת ציפייה כזו או אחרת לקבלת היתר מכוחה לתוספת זכויות במגרש, ואילו במגרש השני אין תחולה לתמ"א (נניח מהטעם שמדובר במבנה שניתן לו היתר אחרי ה-1.1.1980). ככל שתוכח עליית ערך הקשורה בתנופת ההתחדשות ובכלל זאת גם בקיומה של תמ"א 38 גם במגרש שהתמ"א לא חלה עליו, מובן כי עליית ערך זו, היא חלק מהמצב הקודם ואין לנטרלה בחישוב ההשבחה. בהתאם, מרכיב זה בשווי, ככל שקיים גם במגרשים שהתמ"א חלה עליהם, לא ינוכה או ינטרל (שכן הוא לא נובע מציפייה לקבל היתר מכוח התמ"א ומהליכי תכנון שטרם הסתיימו, אלא מההתחדשות במרחב, כמו במגרש הסמוך), ורק החלק בשווי, שמקורו בציפייה לקבל היתר מכוח התמ"א, ינוכה וינטרל.

28. בחינה של שווי השכונה הכללי לרבות של אותם מגרשים שהתמ"א אינה חלה עליהם, כנגזרת ממגמות ההתחדשות בשכונה או תוצאה של עצם קיומה של תמ"א 38, אשר אירוע המס בגינה לא חל עדיין, היא כמובן סוגיה שמאית-מקצועית, שעל השמאי עורך חוות הדעת להתייחס אליה ולנמקה כנדרש במידת הצורך.

29. **הסוגיה השנייה** ביחס אליה התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא **"האם תכנית מפורטת לפי סעיף 23 לתמ"א 38, יש לגבות מכוחה היטל השבחה בעת מכר, או רק בעת הוצאת היתר בניה"** (למען הדיוק יצוין, כי המועד הרלוונטי, מועד "אירוע המס", הינו מועד החלטת הוועדה המקומית בבקשה להיתר).

30. כמבואר לעיל, בכל הנוגע לתמ"א 38 עצמה קיים פטור חקיקתי בעת מימוש בדרך של קבלת היתר בנייה, ואילו ביחס למימוש בדרך של מכר נקבע בפסיקה, כי לאור מאפייניה של התמ"א, אישורה אינו מהווה "אירוע מס", אלא שאירוע המס מתרחש רק בעת ההחלטה למתן היתר.

31. ביחס לתכנית מפורטת לפי סעיף 23 לתמ"א, לא קיימת הוראת פטור על כלל ההשבחה בעת מימוש בדרך של קבלת היתר, אלא הוראת הפטור חלה רק לגבי החלק מההשבחה שהיה פטור מתשלום לו היה ניתן ההיתר לפי התמ"א (סעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית לחוק). יצוין, כי גם הפטור הקבוע ביחס לתכניות לפי סעיף 23 כאמור ניתן בעת מימוש התכנית בדרך של היתר בלבד, ומכאן עולה השאלה האם יש להחיל את אותו רציונל שנקבע בפסיקה בעניין **אליק רון**, ביחס לאי גביית היטל השבחה בעת מימוש בדרך של מכר ביחס להשבחה מכוח **עצם** תחולתה של תמ"א 38, גם ביחס לתכניות לפי סעיף 23 לתמ"א 38.

32. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא, כי אין לקבוע כלל אחיד גורף לעניין זה, ולא ניתן לשלול מקרים בהם ניתן יהיה לגבות היטל השבחה מכוח תכנית מפורטת לפי סעיף 23 לתמ"א 38 **בעת מכר**. בהתאם לכך יש לבחון באופן פרטני כל תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 בהתאם להוראותיה ולמאפייניה, שכן אלו יכולות ללבוש צורות שונות, המשפיעות על המסקנה הנגזרת בכל מקרה. במסגרת בחינה פרטנית זו יש לתת את הדעת למידת הוודאות ולמידת הקונקרטיזציה של כל תכנית.³

33. בהיבט הוודאות יש לבחון את מרחב שיקול הדעת שהתכנית מתירה לרשות בשלב הרישוי, ביחס להיקף הזכויות שיינתנו מכוחה, ובכלל זה האם קיימת חובת פרסום של הבקשה להיתר בדומה להקלה. בהיבט הקונקרטיזציה יש לבחון באיזו מידה של קונקרטיזציה הוראות התכנית קובעות אילו מקרקעין יושבחו מכוחה.⁴

34. במסגרת עמדה זו תבקש היועצת המשפטית לממשלה לתת אמות מידה כלליות לסוגיה זו, כמפורט בחוות הדעת, אותן יש לבחון כאמור באופן פרטני ביחס לכל תכנית.

35. **ככל שמדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, אשר ניתן להוציא מכוחה היתר במסלול תואם תכנית ללא הליך של פרסום דמוי הקלה ואף ללא שיקול דעת לוועדה המקומית** (גם אם לצורך העניין היא חלה על שטח נרחב), הרי שמדובר בתכנית עם רמת ודאות גבוהה לגבי קרקע מסוימת, והזכויות הניתנות מכוחה הן למעשה "זכויות מוקנות" (והיתר המוצא מכוחה הוא למעשה היתר "תואם תכנית"). לכן,

³ בבר"מ 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה אשקלון (נבו 20.4.2016; להלן: "עניין אופל קרדן") נקבע ביחס לתמ"א 18/4 (תכנית מתאר ארצית לתחנות תדלוק), בה עוגנה נורמה כללית על פיה הותר ייעוד של תחנות תדלוק בכל המגרשים ברחבי המדינה בייעודים מסוימים, כי בתכנית לא יוחדו מקרקעין מסוימים להקמת תחנת דלק, אלא עוגנה נורמה כללית כאמור שהפכה לקונקרטיזציה במגרש ספציפי רק עם קבלת היתר הבנייה ביחס לאותו מגרש (שכן לא ניתן היה לקבוע מראש באילו מקרקעין בדיוק היא תתממש). בהתאם לכך נקבע, כי "אירוע המס", מועד היווצרות ההשבחה, הוא במועד קבלת היתר הבנייה, בו זכתה תכנית המתאר הארצית הכללית למימוש קונקרטי במקרקעין ספציפיים. ראו לעניין זה גם בפסק דינה של כבוד השופטת ברק-ארז בעניין זה.

⁴ בפסק דין בבר"מ 168/20 אליה ברקול נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חולון (נבו 15.2.2023; להלן: "עניין ברקול"), לגבי תובא התייחסות בהמשך, הוגדרו זכויות אלו גם כ"זכויות ערטילאיות", כאלו שנקבעה לגביהן הסדרה כללית בתכנית, אך קביעת המיקום המדויק בו הן יתממשו מותנית בקבלת החלטה קונקרטיזציה של מוסד תכנון.

ככלל, במצבים אלה אירוע המס מתגבש עם אישור התכנית ובהתאם יש לגבות היטל השבחה בעת מימוש בדרך של מכר.

36. מן העבר השני, **ככל שמדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, אשר מתן הזכויות בהיתרי הבניה מכוחה מותנה בשיקול דעת ובהליך דמוי הקלה, הכולל פרסום להתנגדויות** – קרי, היקף שיקול הדעת המסור לוועדה המקומית זהה או דומה להיקף שיקול הדעת הקבוע בתמ"א 38 עצמה, כך ששוב אין ודאות ביחס להיקף הזכויות הסופי שיאושר בסופו של יום – הרי שבדומה לתמ"א 38 עצמה, אירוע המס יתגבש רק עם ההחלטה על מתן היתר מכוחה ולא ניתן יהיה לגבות היטל השבחה בעת מכר. זאת, בהתאם לפסיקה ביחס לתמ"א 38, והרציונליים שעמדו בבסיסה (וזאת גם אם התכנית נקודתית לקרקע מסוימת).⁵

37. בתווך, בין המקרים שפורטו לעיל, **ככל שמדובר בתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 שהזכויות והיתרי הבנייה מכוחה מותנים, מחד גיסא, בשיקול דעת מסוים של הוועדה המקומית, ומאידך לא נדרש הליך דמוי הקלה ופרסום להתנגדויות** – תחול, ככלל, ההלכה שנקבעה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **ברקול**, אשר צמצם את ההלכה שנקבעה בעניין **אליק רון**, בכל הנוגע למועד ואופן גביית היטל ההשבחה בנוגע לזכויות מותנות. על בסיס הלכת **ברקול**, דומה שניתן לומר כי מקום בו מדובר בזכויות מותנות שהותנו בשיקול דעת של הוועדה המקומית, גם אם לא הותנו בפרסום לציבור בהליך דמוי הקלה, הרי שמועד אירוע המס היחיד הינו ההחלטה להפוך את הזכויות המותנות למוקנות, ולא מועד אישור התכנית שאפשרה את הזכויות המותנות. בהתאם לכך, צומצמה לכאורה הלכת **אליק רון** רק לזכויות מעין מוקנות ששיקול הדעת של הוועדה המקומית להתרתן מצומצם. ככל שמדובר בשיקול דעת רחב בדומה לעניין **ברקול**, אין נפקות לשאלה האם התרת הזכויות המותנות הותנתה בפרסום לציבור בהליך דמוי הקלה (שכן ביחס לשאלה זו, ניתנה זה מכבר הלכת **גוזלן**, בה נקבע כי במקרה בו נקבע בתכנית כי מתן זכויות לפיה יהיה מותנה בהליך לפי סעיף 149 לחוק (פרסום בקשה להקלה), המועד הקובע שיחולל את ההשבחה יהיה מועד ההחלטה על מתן ההיתר, ולא מועד אישור התוכנית). זאת, שכן הדגש הינו על היקף שיקול הדעת של מוסד התכנון בהתרת הזכויות המותנות והפיכתן למוקנות, וככל ששיקול הדעת כאמור רחב, הרי שההליך התכנוני מסתיים רק לעת ההחלטה להפוך את הזכויות המותנות למוקנות, וזהו מועד אירוע המס היחיד.

38. בהתאם לאמור בהלכת **ברקול**, הרי שגם בתכניות לפי סעיף 23, במצבים בהם יש שיקול דעת רחב לוועדה המקומית (במובחן מזכויות מעין מוקנות, עניין שנדון בעניין **אליק רון**), הרי שאירוע המס לא התגבש לעת אישור התכנית (אלא לעת ההחלטה), ועל כן, בדומה לתמ"א 38, לא תהיה חבות במכר.

39. לעומת זאת, במקרים בהם מדובר בזכויות מותנות מעין מוקנות, כאלו ש"גשר ברזל" מוליד אל מימושן (כלשון בית המשפט בעניין **אליק רון**), אשר היקפן ידוע ומפורש בתכנית, מועד אירוע המס הוא יום אישור התכנית המשביחה, ובהתאם יש להחיל את המנגנון שנקבע בעניין **אליק רון**, לפיו למרות שמועד אירוע המס היחיד הוא מועד אישור התכנית, יחול המנגנון של מימוש חלקי במכר, כך שתשלום ההיטל במצב בו קדם המכר להחלטת הוועדה המקומית בקשר להיתר הבניה יפוצל לשני שלבים: בעת המכר, ישולם היטל השבחה רק על החלק בהשבחה שנגרם עם אישור התכנית, המבטא גם את הפוטנציאל לקבלת הזכויות המותנות בשיקול דעת. בהמשך, לאחר החלטה על מתן היתר בניה, תשולם יתרת היטל ההשבחה, לפי ההפרש שבין שווי הזכויות מכוח אישור התכנית (קרי, כאלו שהיה קיים לגביהן שיקול דעת מסוים של הוועדה המקומית) לשוויין כזכויות מוקנות, לאחר שהתקבל ההיתר. ההשבחה בשני

⁵ ראו בר"מ 2866/14 גוזלן ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה (נבו 7.12.2014, להלן: "עניין גוזלן").

התשלומים תחושב למועד אחד – מועד אישור התכנית. כמובן שבמקרה בו מתן ההיתר והפעלת שיקול הדעת של הוועדה המקומית קדמו למכירה, אזי היטל ההשבחה ישולם במלואו בעת מתן ההיתר.

40. יצוין, כי בעניין **ברקול** עמדה לדיון שאלת פרשנותה של תקנה 13(ב) לתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), התשנ"ב-1992 (להלן: "**התקנות**"), בה הוקנתה למליאת הוועדה המקומית סמכות להחליט על הוספת שטחי שירות בתכניות קודמות לתקנות בהן נקבעו שטחים מותרים לבניה או אחוזי בניה ללא פירוט אופן חישובם (וחלוקה לשטחים עיקריים ושטחי שירות), והאם וכיצד ניתן לחייב בהיטל השבחה בעקבות החלטה של הוועדה המקומית על תוספת שטחים כאמור.

41. בפסק הדין נקבע, כי לא ניתן לראות בתקנות מקור הסמכה עצמאי, המעניק לוועדה המקומית סמכות להחליט על שינוי תכניות קודמות בדרך של הוספת שטחי שירות יש מאין. תחת זה נקבע, כי יש לראות את התכניות הקודמות ככאלו שהסמיכו ואפשרו, מכוחן, לתת הוראות לעניין תוספת של שטחי שירות במגרשים עליהם הן חלות, זאת בכפוף להחלטה עתידית של הוועדה המקומית באשר להיקפם ומיקומם הסופי.

42. כמו כן נקבע, כי הזכויות בדבר תוספת שטחי שירות, שנכללו בתכניות הקודמות, הן זכויות מותנות וערטילאיות, שכן גם אם לבעלי המקרקעין היה ביטחון מסוים באשר לעצם אישורן העתידי של זכויות בניה כלשהן לשטחי שירות (שכן לנוכח מאפייניהם התכנוניים של שטחים אלו, ברי כי אלו הכרחיים בכל מקרה של בנייה למטרות עיקריות), הרי שהיקפם המדויק והסופי של שטחים אלו אינו ודאי ואינו ידוע עד למועד קבלת החלטת הוועדה המקומית. קרי, מדובר בפוטנציאל תכנוני כללי המותנה בשיקול דעתה של הוועדה. עוד נקבע, כי בדומה לסוגיה שנדונה בעניין **אופל קרדן**, כך גם שאלת שטחי השירות נסבה על הסדרה כלל ארצית (שעוגנה בתקנות), אשר באה לכדי מימוש וקונקרטיזציה בהחלטות מאוחרות של הוועדות המקומיות.

43. יצוין עוד, להשלמת התמונה, כי בעניין **ברקול** הודיעה היועצת המשפטית לממשלה על התייצבותה להליך והגישה עמדה מטעמה.

- עמדת היועצת המשפטית לממשלה כפי שהוגשה בעניין **ברקול** מצ"ב כנספח "2" לעמדה זו.

44. יודגש, כי התבחינים המפורטים לעיל עסקו בהיקף שיקול הדעת שנקבע בתכנית בנוגע לזכויות המותנות. היבט נוסף שיש לבחון נוגע **למבחן הקונקרטיזציה של התכנית** (ראה בפסקאות 3-5 לפסק דינה של כבוד השופטת ברק-ארז בעניין **אופל קרדן**). שאלת הקונקרטיזציה תיבחן ממקרה למקרה, בשים לב לשטח התכנית, הוראות התכנית היקף הבחינה התכנונית שנעשתה במסגרתה וכדומה, תוך זיקה להיקף שיקול הדעת הנתון למוסד התכנון בשלב ההיתר.

45. **הסוגיה השלישית** ביחס אליה התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה נוגעת לנספח א' להחלטת הוועדה, הכולל כאמור הנחיות לשמאי המייץ. בעניין זה התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה **"בקשר להנחיות המקצועיות שניתנו בשים לב לסוגיות שבמחלוקת"**.

46. ועדת הערר מסבירה בהחלטתה, עליה הוגש הערעור שבנדון, כי הצורך בנספח א' בא על רקע "פערים גדולים ובלתי מוסברים" במתודות ובהנחות השמאיות השונות ששימשו לצורך עריכת השומות המכריעות בעררים בקשר לתכנית רובע 3. שונות שיש בה כדי להשפיע "באופן משמעותי" על גובה ההיטל.

47. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא, כי ככלל קיימת כמובן חשיבות בשמירה על אמות מידה אחידות

באופן עריכת חוות הדעת השמאיות ונימוק כנדרש של קביעותיהם המקצועיות של השמאים, זאת במיוחד כאשר מדובר בשומות שניתנות על ידי אותה ועדה מקומית ובקשר לאותה תכנית משביחה. בהתאם לכך אין פסול בכך שוועדת הערר קובעת קווים מנחים כלליים ביחס לאופן עריכת חוות הדעת השמאיות, אך יחד עם זאת, כמובן שאין בכך כדי לכבול את שיקול הדעת המקצועי העצמאי של השמאי, כל עוד קביעותיו יהיה מנומקות ומפורטות כנדרש.

48. כך למשל, יכולה להיות שונות בהנחות שמאיות מסוימות שנעשות במגרשים שונים, המבוססות על שוק שונה באזור מסוים, אך על השמאי לנמק מדוע שונות זו מתקיימת, בין היתר תוך התייחסות לנושאים עליהם עמדה ועדת הערר.

גיל בילבסקי, עו"ד
 סגן בכיר א' בפרקליטות מחוז ת"א - אזרחי

מדינת ישראל משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי)

ירושלים: ז' כסלו תשפ"ג

1 דצמבר 2022

אל:

משתתפי הישיבות

שלום רב,

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

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

רקע

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

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

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

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

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

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

נדון בכל אחת משאלות אלו בנפרד.

רקע נורמטיבי – תמ"א 38 וחיוב בהיטל השבחה

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

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

7. תמ"א 38 היא תכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה שאושרה בשנת 2005 ומאז עברה מספר תיקונים. השימוש בתמ"א הלך וגבר עם השנים והיא הפכה לכלי שלא רק משרת תכלית של הצלת חיי אדם ומיגון מבנים מפני רעידות אדמה ואיומי טילים, אלא גם תכנית הממלאת תפקיד בתהליכי

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

התחדשות עירונית. הוראות התמ"א קיצרו הליכי תכנון "רגילים" באופן משמעותי, שכן הן מאפשרות הוצאת היתר מכוחה. תנאי למתן היתר כאמור הוא פרסום הבקשה, מתן זכות שימוע והתנגדות לציבור הרואה עצמו נפגע, כאשר ההחלטה על מתן ההיתר מסורה לשיקול דעתה הרחב של הוועדה המקומית, ואינה בסמכותה של רשות רישוי מקומית.²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

תחולתה של תמ"א 38?

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

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

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

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

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

דברים אלו נכונים ויפים גם היום.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ עניין לוטרניק, לעיל ה"ש 13, פס" 7.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

בברכה,



כרמית יוליס,

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה
(משפט אזרחי)

"2"

בר"מ 168/20

קבוע לדין: 22.6.2022

בבית המשפט העליון

אליה ברקול, ת"ז 054231261

על ידי ב"כ עו"ד ירון חיים

מרחוב כצנלסון 14, תל אביב

טל': 0522975844; פקס: 03-6960739

המבקש

נגד

הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון

ע"י ב"כ עו"ד עופר צילקר ו/או עו"ד כרמית פרוסט

מרחוב יגאל אלון 67, תל אביב

טל': 03-5614655; פקס: 03-5614659

המשיבה

היועצת המשפטית לממשלה

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

מתייצבת להליך

הודעה על התייצבות היועצת המשפטית לממשלה

מכוח סמכותי לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ולאחר שראיתי כי זכות של מדינת ישראל או עניין ציבורי עלולים להיות מושפעים או כרוכים בהליך שלפני בית המשפט הנכבד, הריני להודיע על התייצבותי להליך זה.

אני מסמיכה כל פרקליט מפרקליטות המדינה על שלוחותיה להיות נציגי בהליך זה.

גלי בהרב מיארה

היועצת המשפטית לממשלה

היום, 7 באפריל 2022, ו' בניסן התשפ"ב

אליה ברקול, ת"ז 054231261

על ידי ב"כ עוה"ד ירון חיים

מרח' כצנלסון 14, תל אביב

טלפון: 0522975844; פקס: 03-6960739

ה מ ב ק ש

נ ג ד

הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון

ע"י ב"כ עוה"ד עופר צילקר ואו עו"ד כרמית פרוסט

מרחוב יגאל אלון 67, תל אביב

טל': 03-5614655; פקס: 03-5614659

ה מ ש י ב ה

היועצת המשפטית לממשלה

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

מ ת י י צ ב ת ל ה ל י ד

עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

א. פתח דבר

1. בהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך ובהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד (כב' השופטת ברק-ארז) ולארכות שניתנו, היועצת המשפטית לממשלה מתכבדת להגיש את עמדתה בשאלת הפרשנות הראויה לתקנה 13(ב) לתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), התשנ"ב-1992 (להלן: "**התקנה**" או "**התקנות**"), ולחיוב בהיטל השבחה לפי התקנה, כדלקמן.
2. בקשת רשות הערעור שבכותרת נסובה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' השופטת בלכר) מיום 18.8.2019, אשר ניתן בעמ"ן 10418-08-18 (להלן: "**הבקשה** ו-**פסק הדין** בהתאמה). במסגרת פסק הדין (אשר צורף לבקשה וסומן **כנספח א**), דחה בית המשפט קמא את טענות המבקשים נגד חיובם בהיטל השבחה בעקבות החלטת הוועדה המקומית להוספת שטחי שירות, שהתקבלה בהתאם לתקנה 13(ב) לתקנות. החלטה זו של הוועדה המקומית עוסקת בחלקה ריקה ופנויה המיועדת לשימוש מסחרי (אשר ממוקמת ברח' אהרונוביץ 92 בשכונת ג'סי כהן בחולון, במקרקעין הידועים כגוש 6759 חלקה 271).

3. בעשותו כן, אימץ בית המשפט קמא, בין היתר, את החלטת כב' השופטת (כתוארה אז) דורנר ברע"א 8538/99 **סמפלסט בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה קריית-גת** (אר"ש 3.4.2000) (להלן: "**הלכת סמפלסט**"), בה נקבע כי החלטת ועדה מקומית המשנה את התכנית המקורית ומוסיפה שטחי שירות, מהווה אירוע משביח המאפשר גביית היטל השבחה.

4. לעמדת מבקשי רשות הערעור, שגה בית המשפט קמא בפסיקתו האמורה, שכן החלטתה של ועדה מקומית מכוח תקנה 13(ב) אינה נמנית על אחד משלושת האירועים המשביחים שבגינם מוסמכת הוועדה המקומית לגבות היטל השבחה לפי התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "**התוספת השלישית**" ו"**חוק התכנון והבניה**") או "**החוק**" (בהתאמה); ואלה הם: שינוי תכנית, החלטה למתן הקלה או היתר לשימוש חורג. משכך, סבורים המבקשים כי אין לחייבם בהיטל השבחה.

5. מנגד, המשיבה – הוועדה המקומית לתכנון ובניה חולון – סבורה שיש להמשיך ולנהוג בהתאם להלכת **סמפלסט**, שכן ההחלטה בדבר הוספת שטחי שירות הנה החלטה תכנונית עצמאית נפרדת, המשנה באופן ישיר וספציפי את התכנית המקורית, ומשכך יש להטיל בגינה היטל השבחה.

מכאן בקשת רשות הערעור (להלן: "**הבקשה**") דנו.

6. בהחלטתו מיום 31.5.2020, מיקד בית המשפט הנכבד (כב' השופטת ברק-ארז) את השאלה המשפטית הניצבת ביסוד בקשת רשות הערעור ואשר הובאה עתה לפתחה של היועצת המשפטית לממשלה, ב"שאלת הסמכות להתקין את תקנה 13(ב) לתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), התשנ"ב-1992"; כמו גם בשאלה "האם יש לראות בה משום שינוי תכנית"; וכן בשאלה "האם ניתנו הנחיות מטעם השמאי הממשלתי ביחס להשבחה הנובעת מהן".

7. כבר בפתח הדברים, יצוין כי עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא שהבקשה אכן מעלה שאלות משפטיות מורכבות, שלהן השלכות רוחב ממשיות, ומשכך יש ליתן בהליך זה רשות ערעור. עוד יובהר בפתח הדברים, כי השאלות המשפטיות המתעוררות בהליך זה משיקות למספר תחומים בעולם דיני התכנון והבניה, לרבות פסיקתו של בית המשפט הנכבד, וחלקן אף הצריך התחקות אחר אופן הפעלתה של תקנה 13(ב) לתקנות ויישומה, הן על-ידי הוועדות המקומיות לתכנון ולבניה, הן על-ידי ועדות הערר.

8. נקדים אחרית לראשית, ונציין כי ההכרעה בשאלות משפטיות אלו ניצבת במרכזו של מתח נורמטיבי הקיים בין הלכת **סמפלסט** והפרקטיקה שהשתרשה בעקבותיה, מן העבר האחד; לבין שאלת הסמכות להתקנת תקנה 13(ב) לתקנות, מן העבר השני.

9. לצורך התרת המתח האמור, ביקשה היועצת המשפטית לממשלה לשקול מספר חלופות פרשניות לעניין חיוב בהיטל השבחה מכוח תקנה 13(ב) לתקנות. אחר הליך בחינה מעמיק, סבורה היועצת המשפטית לממשלה שיש לאמץ מהלך פרשני שיהיה בכוחו לאזן נאמנה בין קצוות המתח האמור. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, הפרשנות המיטבית לסוגיה הנדונה, הנה פרשנות המבקשת לראות את הסמכות להוספת שטחי שירות, ככזאת שהייתה קיימת במקור עוד טרם התקנת התקנות, באמצעות פרשנות התכניות הישנות ככאלו שכוללות למעשה **זכויות מותנות להוספת שטחי שירות**. ונסביר.

10. היועצת המשפטית לממשלה סבורה שיש לקרוא את התכניות הישנות שאושרו טרם התקנת תקנה 13(ב), קרי את התכניות שקבעו שטחי בנייה ללא פירוט אופן חישובם, ככאלו שכבר כללו במקור את האפשרות להוספת שטחי שירות בנוסף על שטחי הבנייה שקבעה התכנית, אותם יש לקרוא כשטחים עיקריים. כל זאת, אף ששטחי שירות אלו לא נמנו מפורשות בנוסח התכניות. כך, למשל, ברור כי תכנית מפורטת המעניקה זכויות בניה להקמת מבנה מגורים בן מספר קומות, התכוונה לאפשר גם מתן זכויות בניה לבניית מדרגות שיובילו לפתח הדירות. אשר על כן, הגם שזכויות להוספת שטחי שירות, כגון מדרגות, לא נכללו בעבר בגוף התכנית, יש לראות מבחינה תכליתית את התכנית הישנה ככוללת אפשרות לתוספת זכויות אלו.

לפיכך, לאחר התקנת תקנה 13(ב) ובעקבות הלכת **סמפלסט**, סבורה היועצת המשפטית לממשלה שיש לקרוא את התכניות הישנות עליהן חלה תקנה 13(ב) ככאלו הכוללות אפשרות להוספת שטחי שירות. היקפן של זכויות הבנייה לצורך שטחי השירות ותרגומן המעשי בתכניות הישנות **מותנה** בקבלת החלטה של ועדה מקומית, לגבי כל תכנית בנפרד; ולא של רשות הרישוי כפי שנעשה בפועל, לפני התקנת התקנות. הוזה אומר, החלטת הוועדה המקומית מכוח תקנה 13(ב) לא יצרה זכויות בניה יש מאין, אלא רק גיבשה זכויות מותנות שנקבעו קודם לכן בתכנית המקורית.

בהקשר זה, יצוין כי שלושה שינויים מרכזיים יצרה התקנה מהאופן בו נהגו טרם התקנתה: האחד, ההחלטה על הוספת שטחי השירות (שהתירה התכנית, אף שלא כללה אותן במפורש) תתקבל על ידי מליאת הוועדה המקומית, ולא על ידי רשות הרישוי; השני, ההחלטה בעניין הוספת שטחי השירות שהתירה התכנית תינתן לגבי כל תכנית בנפרד, ולא אגב הליך רישוי, והחלטה כאמור תימסר במסגרת המידע להיתר בהליך הרישוי; השלישי, שטחי השירות שהתירה התכנית להוסיף ישמשו למטרות להן נועדו שטחי שירות לפי התקנות.

משכך, ובהינתן שהוועדה המקומית לא הוסיפה זכויות בניה יש מאין (אלא רק גיבשה זכויות מותנות), תקנה 13(ב) הותקנה בסמכות. במקרים אלו, וכפי שיפורט להלן, המועד הקובע לשומת ההשבחה הוא בעת קבלת החלטת הוועדה המקומית, בדומה לפסיקתו של בית משפט הנכבד בעניין המועד הקובע לעניין זכויות בנייה מותנות.

11. מהלך הדברים יהיה כדלהלן: תחילה, תעמוד היועצת המשפטית לממשלה על הרקע הנורמטיבי, ובכלל זאת נעמוד על פסיקתו של בית המשפט הנכבד אשר המשיך לפרש ולפתח את הלכת סמפלסט לאורך השנים. לאחר מכן, תוצג עמדת היועצת המשפטית לממשלה ביחס לשאלות המשפטיות העומדות על הפרק. לבסוף, תוצגנה חלופות נוספות שנסקלו על ידי היועצת המשפטית לממשלה להתרת המתח הנורמטיבי שתואר לעיל, תוך ציון הקשיים המשפטיים והמעשיים שהובילו לדחיית חלופות אלו.

ומן ההקדמה, אל המלאכה.

ב. התשתית הנורמטיבית

1.1. "היטל השבחה" – מבט כללי

12. בסעיף 196א לחוק התכנון והבניה נקבע כי: "ועדה מקומית תגבה היטל השבחה בשיעור, בתנאים ובדרכים שנקבעו בתוספת השלישית ועל פיה".

בסעיף 1(א) לתוספת השלישית לחוק מוגדרת "השבחה" בתור "עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג". בהמשך, מוסיף סעיף 2(א) לתוספת השלישית, כי "חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתן של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת, ישלם בעלם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו (להלן - היטל)".

13. בית המשפט הנכבד עמד על התכליות שביסוד היטל השבחה בע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו, פ"ד נב(5) 715 (1999) (להלן: עניין סי אנד סאן):

"ביסוד היטל השבחה מונח רעיון של צדק חברתי. הרשות הציבורית השקיעה בתכנון ובפיתוח. כתוצאה מכך עלה ערכם של המקרקעין. בעל המקרקעין מתעשר מכך. מן הראוי שבעל המקרקעין יישא בהוצאות התכנון והפיתוח (ראו המבוא להצעת חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 15), תשמ"א-1980, בעמ' 54-55, וכן נ' דנקנר, ד' לזבניק "על החיוב בהיטל השבחה" [7]). אכן, פגיעה והשבחה אינן אלא שני צדיה של אותה מטבע... (השופט חשין בע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים נ' קהתי ואח' [2], בעמ' 209). כשם שבעל מקרקעין זכאי לפיצוי מקום שתכנית פגעה במקרקעין שבבעלותו (סעיף 197 לחוק), והציבור כולו חייב '...לשאת בנזק שנגרם לבעל מקרקעין כתוצאה מתכנית מיתאר, המביאה תועלת ורווחה לכלל הציבור' (הנשיא שמגר בע"א 4390/90 אלישר נ' מדינת

ישראל – הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז המרכז
ואח' [3], בעמ' 877), כן חייב בעל מקרקעין לשאת בהיטל
השבחה אם תכנית השביחה את המקרקעין שבבעלותו".

בפסק הדין ברע"א 7172/96 קרית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה
ירושלים, פ"ד נב(2) 494 (1998) הזכיר בית המשפט הנכבד תכלית נוספת העולה מהמבוא
לדברי ההסבר להצעת חוק התכנון והבניה (תיקון מספר 15), בעמוד 55, בו נאמר כי:

"היסוד הרעיוני להטלת המס נעוץ בדיני עשיית עושר ולא
במשפט', לאמור: אם הרשות הציבורית משקיעה בתכנון
ובפיתוח, וכתוצאה מכך עולים נכסים בערכם, מן הראוי
שבעלי הנכסים ישאו בחלק מהוצאות התכנון והפיתוח...
החידוש הבולט, לתיקון המצב הקיים כיום, הוא בקביעת
העקרון של חיוב בתשלום בשל מימוש הנאה מתכנית
חדשה".

(ראו והשוו גם: ע"א 7084/13 בר יהודה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה שומרון
(אר"ש 10.5.2016)).

14. נמצא, אפוא, כי ביסוד החיוב בהיטל השבחה עומדת תכלית של צדק חלוקתי, אל מול
עליית ערך המקרקעין שצמחה כתוצאה מפעולות תכנון ופיתוח לציבור, שכן ההנחה היא
שעליית הערך שנגרמה כתוצאה מפעולות הרשות אינה שייכת בלעדית לבעל המקרקעין.

15. תכלית מרכזית נוספת העומדת ביסוד החיוב בהיטל השבחה, נוגעת לצורך במימון מטרות
ההיטל. תכלית זו נזכרת בסעיף 13(א) לתוספת השלישית, נקבע כי:

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

16. בסעיף 3 לתוספת השלישית נקבע, כי היטל ההשבחה עומד על מחצית משווי ההשבחה. כמו כן, במסגרת חישוב היטל ההשבחה יש לקחת בחשבון שני תנאים: א. התקיימה עלייה בשווי המקרקעין. ב. העלייה התרחשה כתוצאה מאחת מפעולות התכנון הקבועות בסעיף 1(א) לתוספת השלישית (אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג). התנאי השני מחייב להבחין בין עלייה שהתרחשה כתוצאה מנסיבות שונות, החיצוניות להשפעת הפעולה התכנונית, לבין עלייה שהתרחשה כתוצאה ישירה מהפעולה התכנונית. שני התנאים הללו הם תנאים מצטברים. עמד על כך בית המשפט הנכבד ברע"א 3002/12 הועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' אליק רון (אר"ש 15.7.2014) (להלן: "עניין רון"):

"שני תנאים צריכים אפוא להתקיים על מנת שיוטל היטל השבחה: 1. שווי המקרקעין עלה; 2. עקב אחת מפעולות התכנון הקבועות בסעיף. תנאים אלו במצטבר הם שיוצרים את החיוב בהיטל ההשבחה. לכן, לא ייגבה היטל השבחה בגין עליית שווי מקרקעין שנגרמה שלא עקב אחת משלוש פעולות התכנון המנויות בסעיף, כגון בשל עליית מחירים כללית בשוק החופשי, סלילת כביש באיזור וכ"ב. לא ייגבה היטל בשל אחת מפעולות התכנון המוזכרות בסעיף אשר לא הביאה בפועל לעליית שווי המקרקעין".

17. בסעיף 4(7) לתוספת השלישית הותווה אופן ביצוע חישוב ההיטל כך: "השומה תיערך ליום תחילת התכנית, או ליום אישור ההקלה או השימוש החורג, לפי הענין, בהתחשב בעליית ערך המקרקעין **וכאילו נמכרו בשוק חפשי**" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

בפסק הדין ברע"א 4217/04 ציון פמיני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, פ"ד סא(3) 386 (2006) (להלן: "עניין פמיני"), הבהיר בית המשפט הנכבד את אופן עריכת החישוב לעניין זה:

"לגבי תכנית משביחה יחידה מוערכים המקרקעין למועד הקובע – הוא יום אישור התכנית המשביחה – פעם אחת בהתאם לזכויות שהוענקו בתכנית (מצב חדש) ופעם אחת בהתאם לזכויות שהיו קיימות אלמלא אושרה תכנית זו (מצב קודם). ההפרש בין שני ערכים אלה מהווה את ההשבחה".

18. לסיכום הדברים עד כה: היטל ההשבחה נועד להגשים ערכים של צדק חלוקתי ולהביא לשיתוף הציבור ברווחים שצמחו כתוצאה מהשבחה תכנונית של נכס מקרקעין. כמו כן, היטל ההשבחה נועד למנוע מצב של "עשיית עושר ולא במשפט" ולהחזיר לרשות המתכננת, ובאמצעותה לציבור, חלק מהכספים שהושגו הודות לתוכניות המשביחות.

הטלת החובה לתשלום היטל ההשבחה מבוססת על התקיימותם של שני תנאים מצטברים, ובהתקיימם מחויב בעל המקרקעין בתשלום מחצית משווי ההשבחה שנגרם כתוצאה מפעולת התכנון המשביחה. לשם חישוב שווי ההשבחה האמור, יש להעריך את שוויים של המקרקעין בשוק החופשי, לפי שווים ביום אישור השינוי התכנוני, בשני מצבי תכנון – לפי המצב התכנוני שקדם לשינוי התכנוני ולפי המצב התכנוני לאחר השינוי התכנוני. ההפרש בין סכומים אלה הוא שווי ההשבחה ממנו נגזר סכום ההיטל.

2.ב. תקנה 13(ב) לתקנות לחישוב שטחי בנייה בתכניות ובהיתרים – מיקוד המבט

19. ביום 11.2.1992 פורסמו התקנות, אשר הותקנו על ידי שר הפנים, וזאת מתוקף סמכותו לפי סעיף 265 לחוק התכנון והבניה ולאחר התייעצות עם המועצה הארצית לתכנון ולבניה.
20. מטרת התקנות, בין היתר, הייתה להתמודד עם הנוהג שהיה קיים להוספת שטחי שירות מעבר לשטחים שנקבעו בתכנית המקורית, כך שנוצרו פערים משמעותיים בין הבנייה שאושרה לפי היתר לבין התכנית המאושרת. כך עולה מהמבוא לדברי ההסבר לתקנות:

”עד לאישורן [של התקנות – הח”מ] היה הנוהג של הוספת חלקי בניין רבים מעבר לשטח המותר לבנייה, שלא כפי שנקבע בתכנית המאושרת. יתר על כן, הנהגים להוספת חלקי בניין אלה, לרוב לא היו כתובים. בשל כך נגרמה אי וודאות בין הגורמים המבקשים לבנות ביחס לשאלה מה כלול בין חלקי הבניין, בשטח המותר לבנייה.

כתוצאה מכך התקבל פער גדול של עשרות אחוזים בין שטח הבנייה על-פי ההיתר, לבין זה שנקבע בתכנית המאושרת. לעתים, אפילו הוכפל פער זה הלכה למעשה בעת הבנייה מבלי שנגלה מראש בהליך הרישוי [כך במקור – הח”מ].

בהחלטת הכנסת לתיקון חוק התכנון והבנייה בשנת 1989, הועלתה הדרישה להתקין תקנות ארציות מחייבות לגבי חישוב שטחי בנייה, במטרה להביא בזאת לשינוי המצב המעורפל. מינהל התכנון, אשר עסק בכך, ראה חובה לקבוע שיטה אחידה, החלה על כל מסלולי הרישוי לבנייה, ועל כל התכניות הקיימות והחדשות.”

צילום דברי ההסבר לתקנות מצורף ומסומן **מש/1**.

21. בתקנה 13 לתקנות נקבעו הוראות לעניין תחולת התקנות וכן הוראות מעבר. בתוך כך, בתקנה 13(א) נקבע כי התקנות לא תחולנה על בנייה לפי היתר שניתן טרם התקנת התקנות. בהמשך לכך, בתקנה 13(ב) נקבע כי בכל הנוגע לתכניות שהופקדו או אושרו לפי תחילת התקנות, יראו את השטחים בתכנית כשטחים עיקריים, והוועדה המקומית תוכל להוסיף עליהם שטחי שירות, בהתאם לשיקול דעתה. כך לשון התקנה:

13".

(א) תקנות אלה לא יחולו על בניה לפי היתר שניתן או שהוחלט לתיתו לפני תחילתן של תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים) (תיקון), תשנ"ב-1992 (להלן – התקנות המתקנות), כל עוד לא פג תוקפם של ההיתר או של ההחלטה.

(ב) לגבי תכניות שהופקדו או אושרו לפני תחילתן של התקנות המתקנות יחולו ההוראות דלקמן:

(1) נקבעו שטחים המותרים לבניה או אחוזי בניה ללא פירוט אופן חישובם, יראו את השטחים כשטחים למטרות עיקריות, וניתן יהיה להוסיף עליהם שטחי שירות; והוא כשאינן הוראה מפורשת אחרת בתכנית;

(2) נקבעו שטחים המותרים לבניה או אחוזי בניה, בפירוט חלקי של אופן חישובם, ינהגו בנושאים אשר פורטו בתכנית לפי הוראות התכנית, ובכל יתר הנושאים שתקנות אלה דנות בהם ינהגו לפי התקנות, וניתן יהיה להוסיף עליהם את שטחי השירות שלא פורטו בתכנית, לרבות קומה מפולשת;

(3) הוספת שטחי שירות כאמור בפסקאות (1) ו-(2) תיקבע בידי הוועדה המקומית במליאתה לגבי כל תכנית בנפרד, והודעה על כך תיכלל במידע שיימסר לפי סעיף 119א, 145(א) ו-158טז לחוק.

(ג) הוקם בנין לפני תחילתן של תקנות אלה, אין באמור בתקנת משנה (ב) כדי להוסיף על השטחים המותרים לבניה לפי תקנות אלה".

ב.3. הלכת סמפלסט – שינוי התכנית כאירוע משביח

22. לאחר כניסת התקנות לתוקפן, נדרשה הפסיקה לשאלה האם החלטת הוועדה המקומית בדבר הוספת שטחי שירות לתכנית, אשר אושרה טרם מועד כניסת התקנות לתוקף, מהווה אירוע מס המאפשר חיוב בהיטל השבחה. שאלה זו התעוררה על רקע התוספת השלישית לחוק, אשר מונה כאמור שלושה אירועים משביחים בלבד המאפשרים לחייב בהיטל השבחה, והם – אישור תכנית, הקלה או אישור חריגה.

סוגיה זו הגיעה לפתחו של בית המשפט הנכבד בעניין סמפלסט, והוכרעה בהחלטה של כב' השופטת (כתוארה אז) דורנר מיום 2000.3.4.

23. בתמצית, עניין סמפלסט נסוב על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, אשר ניתן בע"א 1263/98 הוועדה המקומית לתכנון ובניה קרית גת נ' סמפלסט (נבו 28.1.1999) (להלן: "ע"א 1263/98").

בית המשפט קמא (כב' השופט (כתוארו אז) הנדל, ובהסכמת כב' השופטים פלפל וטימור), הפך את החלטת בית משפט השלום וקבע כי שינוי בתכנית המפורטת המאפשר הוספת שטחי שירות הינו אירוע משביח, המאפשר חיוב בהיטל השבחה. כך לשון פסק-הדין (ראו פסקאות 4 ו-6 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) הנדל):

”בניגוד לתוכנית המקורית, אשר דרשה כתנאי לתוספת בניה על ידי הועדה המחוזית קיומו של מקרה מיוחד, ובניגוד לתוכנית המקורית אשר הציגה אפשרות של תוספת עד ל-50%, במקרה דגן הועדה המקומית קבעה תוספת של 15%. הועדה המקומית לא נדרשה לבחון אם מדובר במקרה מיוחד וקבעה אחוזי בניה של 50% (דהיינו 35% בתוספת 15%) ולא של למשל 40% או 45%. במילים אחרות, טרם החלטת הועדה המקומית ניתן היה לבנות על המקרקעין רק עד 35%, קיימת היתה אפשרות תאורטית כי אחוז זה יוגדל ע”י הועדה המחוזית, אך בפועל דבר זה לא קרה ואף לא הועלה לדיון. לאחר החלטת הועדה המקומית, משיקוליה היא, נקבעו זכויות חדשות של היתר בניה עד 50%. זאת לא כאופציה אלא כעובדה. מכאן יש לקבוע, לא רק כי שבית משפט קמא קבע שהנכס הושבח, אלא גם כי שינוי זה נובע מאישור התוכנית החדשה. במצב זה קביעת הועדה המקומית כי יש לשלם היטל השבחה הינה קביעה כדיון.

[...]

בהקשר לתקנה 13(ב), המקים בנין לפני תחילתן של תקנות אלו אינו זכאי להוספת שטחי בניה על פי דרך החישוב המופיעה בתקנות. אין זה אומר כי הוועדה[ה] המקומית אינה רשאית לאשר תוכנית הגדלה מכוח סמכותה. כאמור, זוהי החלטה מסוג אחר. בוודאי אין זה אומר כי אם אחוזי הבניה מוגדלים על ידי החלטת הועדה המקומית, במסגרת תקנה זו, בעליו של בנין אשר הוקם לפני התקנות רשאי ליהנות מפטור מהיטל השבחה. חיזוק לכך ניתן למצא בהפניית סעיף 13(ב)(3) לסעיף 119א לחוק התכנון והבניה. סעיף זה כולל הדרישה למסירת מידע בדבר חבות בתשלום היטל השבחה. לשון אחרת, עסקינן לא באחידות בדרכי חישוב אחוזי בניה, אלא בהחלטה פרטנית ונפרדת של הועדה המקומית להעניק למשיבה תוספת בניה. אם תוספת זו מהווה אישור תוכנית חדשה כפי שנקבע לעיל, יש לחייב את המשיבה בהיטל השבחה מכוח העלאת הערך של הנכס”.

24. כבי' השופטת (כתוארה אז) דורנר, דחתה את בקשת רשות הערעור, תוך שהיא מתירה את פסיקתו של בית המשפט קמא על מכונה; וכך נומקה החלטתה:

"אשר לטענתה הראשונה של המבקשת, החלטת הוועדה שינתה את התכנית המקורית, בכך שהפכה חריג שהותר על-פי התכנית המקורית לכלל. שכן, לאחר ההחלטה, כל אימת שמדובר בבנייה למטרות משניות שאינן כלולות באחוזי הבנייה הקיימים, הותרה תוספת של 15 אחוז, מבלי להיזקק לאישורים חריגים. מובן, אם-כן, שהחלטת הוועדה הביאה להרחבת זכויות ניצול המקרקעין שנקבעו בתכנית המקורית, ומכאן – להשבחת המקרקעין. [...] ויודגש: אין מדובר בפרוט התכנית המקורית, אלא בהכנסת שינויים בה. לפיכך, בדין קבע בית-המשפט המחוזי, כי החלטת הוועדה הביאה להשבחת הנכס.

אף בטענתה החלופית של המבקשת אין ממש. בעוד שעניינה של תקנה 13(ב) הוא קביעת דרך להוספת אחוזי בנייה, עניינן של תקנות 13(א) ו-13(ג) הוא במצב שבו לא שונו זכויות הבנייה במקרקעין. אך מובן הוא, כי מקום בו השתמשה הוועדה בסמכויותיה על-פי תקנה 13(ב), והרחיבה את זכויות הבנייה, כפי שאכן נעשה בענייננו, יש לשלם היטל השבחה כדין".

אם כן, בהלכת **סמפלסט** הוכרה בפועל סמכותה של הוועדה המקומית להוספת שטחי בנייה. עוד נקבע בהלכה, כי החלטת הוועדה המקומית להוספת שטחי בניה הרחיבה הלכה למעשה את התכנית המפורטת והשביחה אותה באמצעות קיבוע הזכויות לבניית שטחי שירות – ומשכך, יצרה בסיס לחיוב בהיטל השבחה.

25. בשולי הדברים, יצוין כי את החלטתה בעניין **סמפלסט** ביססה כבי' השופטת (כתוארה אז) דורנר, בין היתר, על פסק דינו של בית המשפט הנכבד ברע"א 384/99 **מועש בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה** (אר"ש 19.10.1999) (להלן: "**הלכת מועש**").

עניין זה נסוב סביב חלקת מקרקעין המיועדת למלאכה ולתעשייה זעירה, שלגביה אושרה תכנית מפורטת. מספר שנים לאחר מכן, אישרה הממשלה תכנית מתאר ארצית הקובעת כי מקום שבו אושרה תכנית שייעודה תעשייה, יהיה הייעוד כולל גם הקמת תחנות דלק. בעקבות השינוי חפצה מועש, היא המבקשת דשם, לקבל היתר להקמת תחנת דלק. משהוצא ההיתר חויבה מועש בהיטל השבחה; בעקבות זאת, הגישה מועש ערר ובו טענה כי מתן ההיתר אינו עולה בקנה אחד עם שלושת התרחישים המנויים בתוספת השלישית, ולכן אין לחייבה בהיטל השבחה.

26. בית המשפט הנכבד (כב' השופט (כתוארו אז) ריבלין, ובהסכמת השופטים שטרסברג-כהן וטירקל) קבע בפסקאות 4-5 לפסק דינו בהלכת מועש, כדלקמן:

"החבות בהיטל ההשבחה להבדיל ממועד תשלום ההיטל נוצרת כאשר חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתם של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת וזאת כתוצאה מאישור תכנית, מתן הקלה, או התרת שימוש חורג.

כיוון שבמקרה זה אין מחלוקת שקודם לשינוי תוכנית המיתאר הארצית לא נכלל היעוד המאפשר הקמת תחנות תדלוק בתכנית המתאר המקומית, הרי שלא יכולה להיות גם מחלוקת שאלמלא השינויים שהכניסה תכנית המתאר הארצית בתוכניות המקומיות, באותם אזורים שיועדו למלאכה ולתעשייה זעירה, לא היה ניתן לאשר את הקמת התחנה. [...]

תכנית המתאר הארצית הרחיבה את דרכי השימוש המותרות על פי התכנית המקומית (המפורטת) והרחיבה בכך את זכויות הניצול המותרות בקרקע. ההיתר במקרה זה ניתן בעקבות השינוי שהוכנס, כאמור, בתוכנית המקומית על ידי תכנית המתאר הארצית ועקב אותו שינוי. אין גם מחלוקת בדבר קיומה של תוכנית מפורטת במקרה זה.

אשר לעצם התרחשותו של אירוע המס רשאי היה בית המשפט להגיע לתוצאה שאליה הגיע, ולבוא לכלל מסקנה כי עלה שוויון של המקרקעין, וכי עליה זו באה מחמת הרחבתן של זכויות הניצול במקרקעין "או בדרך אחרת" כלשון סעיף 2 לתוספת השלישית לחוק. הרחבה זו באה עקב השינוי שהכניסה תכנית המתאר הארצית בתכנית המקומית" [ההדגשות נוספו – הח"מ].

עולה אפוא, כי כבר בהלכת מועש, אשר כאמור קדמה להלכת סמפלסט, נפסק כי אישור תכנית מיתאר ארצית – אישור שכשלעצמו, איננו מהווה אירוע מס לאור הגדרת "תכנית" בסעיף 1 לתוספת השלישית – הוביל לתיקון התכניות המקומיות והמפורטות, ולפיכך נוצר בסיס לחיוב בהיטל השבחה בעבור השינוי.

לצד זאת, יצוין כי הלכת מועש לא עסקה במישרין בשאלה מהו המועד הקובע לחישוב ההשבחה, וזו נדונה בפסיקה מאוחרת יותר (ראו והשוו: בר"מ 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה אשקלון (אר"ש 20.4.2016) (להלן: "עניין אופל קרדן").

ב.4 פסיקת בית המשפט לאחר הלכת סמפלסט

27. ברבות השנים המשיך בית המשפט הנכבד לדון בסוגיה העומדת לפתחנו, תוך שהוא מפרש את הוראות הדין וההלכה, ומיישמן בהליכים שונים שהובאו לפניו. היועצת המשפטית לממשלה תעמוד עתה בתמצית על כמה מפסקי הדין המרכזיים בעניין.

פסק הדין בעניין רון

28. בעניין רון נדונה תכנית מתאר מקומית שחלה על מקרקעין בעיר גבעתיים. בתכנית המתאר הוענקו זכויות בניה מסוימות, אשר הותנו באישור נוסף שיינתן על ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבניה. לאחר שהמקרקעין נמכרו והיטל ההשבחה בגין המכירה שולם, ביקש הקונה לממש את הזכויות המותנות מכוח התכנית, והגיש בקשה להיתר בניה. בקשתו של הקונה אושרה, אך הוא נדרש לשלם על כך היטל השבחה נוסף בגין שווי עליית המקרקעין בעקבות מימוש הזכויות. בית המשפט הנכבד דן בשאלה האם יש לחייב את הקונה בהיטל ההשבחה הנוסף עקב אישור הזכויות המותנות, וכן בשאלת המועד הקובע לחישוב ההשבחה בגין.

הוועדה המקומית, היא המערערת בעניין רון, טענה כי את היטל ההשבחה יש לגבות בגין הזכויות המותנות עם מועד אישורן על ידה בפועל – וכי אישור זה הוא שמסיים למעשה את ההליך התכנוני. לעומת זאת, המשיבה טענה כי ההשבחה נוצרה כבר במועד אישור התכנית, ובהתאם לכך, מלוא ההשבחה שולמה על ידי המוכר בעת המכירה.

29. כב' השופט עמית (אליו הצטרפו כב' השופטים רובינשטיין ופוגלמן) הדגיש כי מקור ההשבחה נעוץ באחת משלוש האפשרויות המנויות בתוספת השלישית. ואולם, מהות ההשבחה, יכולה לבוא לידי ביטוי גם באופנים שונים, ואופנים אלו רחבים יותר מהאמור בתוספת. כך לשון פסק הדין (פסקה 15 לדבריו):

“החייב בהיטל השבחה הוא מי שהיה הבעלים של המקרקעין במועד שבו חלה ההשבחה, וזו אינה חייבת להיות דווקא בדרך של הוספת אחוזי בניה אלא יכולה להיות גם 'בדרך אחרת' (ראו נמדר, עמ' 63-65). ודוק: הביטוי 'בדרך אחרת' לא בא להוסיף על אחת משלוש פעולות התכנון המוגדרות בסעיף 1(א) [לתוספת השלישית – הח"מ], אלא נועד להרחיב את הדרכים שבהן יכולה ההשבחה לבוא לידי ביטוי במסגרת שלוש פעולות התכנון המנויות בסעיף 1(א) לתוספת השלישית (ראו נמדר, עמ' 66). כך, למשל, בע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, תל אביב יפו, פ"ד נב(5) 715 (1999) (להלן: עניין סי אנד סאן) נקבע כי תכנית שהסירה מחסום נורמטיבי ועקב כך נתאפשרה הקדמת קבלתם של היתרי בנייה, אף מבלי שהתכנית עצמה הביאה להגדלה של אחוזי הבניה במקרקעין (אשר נשארו כפי שהיו בתכנית קודמת), מהווה השבחה אשר יש לחייב בגינה בהיטל (ראו נמדר, שם).

**ובקיצור – יש להבחין בין מקור ההשבחה (אחת משלוש פעולות התכנון)
לבין מהות ההשבחה (שיכולה לבוא לידי ביטוי באופנים שונים)."**

30. בהמשך לכך, כב' השופט עמית קבע כי ניתן לחייב בהיטל השבחה במקרה שלפניו, וזאת בהתבסס על ניתוח הדברים, כדלקמן. ראשית, יש להבחין בין תכנית הכוללת זכויות הכפופות להליך דמוי הקלה, לבין תכנית הכוללת זכויות שאינן כפופות להליך דמוי הקלה. בעוד שבתוכנית מהסוג הראשון הזכויות אינן מובטחות, מאחר שהבקשה טעונה פרסום והכרעה בהתנגדויות ככל שיוגשו, הרי שבתכנית מהסוג השני קיים "גשר ברזל" המוליך אל הענקת הזכויות, ועל כן הן הופכות ל"זכויות מעין-מוקנות" (פסקה 34 לפסק הדין).

שנית, במקרה שבו מאושרת בקשה למימוש זכויות מעין-מוקנות, אירוע המס היוצר את החיוב בהיטל ההשבחה הוא אחד – מועד אישור התכנית – והוא המועד הקובע לצורך הערכת השומה. בצד זאת, מימוש הזכויות נעשה באופן דו-שלבי: השלב הראשון, בעת המכירה; השלב השני, המשלים לראשון, בעת מועד אישור הזכויות בפועל. זאת שכן, "אין חולק כי אישור הזכויות המותנות הביא לעליית שווי המקרקעין, וניתן לטעון כי עליית שווי זו נגרמה עקב אישור התכנית" (פסקה 35 לפסק הדין; וראו גם בר"ם 2090/16 הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' אקרו (אר"ש 15.3.2018) שם מתוארים הדברים (להלן: "עניין אקרו").

31. עולה אפוא, כי בעניין רון, נקבע כי גם במקרה שהמועד להתרחשותו של תנאי בתכנית הינו מאוחר, המועד הקובע לחישוב היטל ההשבחה הינו המועד הקבוע בתכנית (וזאת, בהתאם לתרחישים המנויים בתוספת השלישית). אולם, כפי שיפורט בסמוך, דומה שקביעה זו נכונה ביחס לזכויות מעין מוקנות, ולא לזכויות שלגביהן יש שיקול דעת רחב.

32. בשולי הדברים יצוין, כי כב' השופט עמית התייחס בפסק הדין להלכת סמפלסט, תוך שהוא עומד על מורכבותה של ההלכה, כדלקמן (פסקה 32 לפסק הדין):

"קריאה זהירה של פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין סמפלסט מעלה כי החלטת הוועדה לא נעשתה בהליכי שינוי תכנית, אלא בגדר החלטה גרידא של הוועדה.

למרות זאת, השופט דורנר משתמשת בהחלטתה במילים שינוי בתכנית ודומה כי עקב כך הגיעה למסקנה אליה הגיעה [...] לשיטתה זו של השופט דורנר, שסברה כי מדובר בשינוי בתכנית, הרי שמסקנתה הסופית דווקא עומדת לרועץ לשיטת הוועדה והיועמ"ש, באשר ממנה עולה כי 'השינוי בתכנית' כשלעצמו, מהווה השבחה, נוכח אפשרויות הניצול של המקרקעין ללא צורך באישור נוסף וחריג (אציין כי הקטע המודגש דלעיל לא צוטט בעמדת היועמ"ש – י"ע). דהיינו, השופט דורנר ראתה כהשבחה

וכאירוע מס את השינוי בתכנית שגרם לכך שתוספת שהייתה כפופה לאישור חריג, הפכה לזכות מוקנית בתכנית כך גם בענייננו, עצם הטמעת הזכויות בתכנית, גרמה לכך שבקשה להיתר לאישור הזכויות בתכנית היא בקשה תואמת תב"ע, בבחינת זכויות שהוקנו כבר בעת אישור התכנית, ללא צורך בהליך של הקלה לפי החוק".

פסק הדין בעניין גוזלן

33. בהמשך, נדונה הסוגיה בדבר אירוע השבחה שחל במועד המאוחר לאישור התכנית. סוגיה זו הוכרעה בפסק הדין בבר"ם 2866/14 גוזלן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (אר"ש 7.12.2014) (להלן: "עניין גוזלן").

מקרה זה נסוב סביב הרחבת מרתף על סמך שתי תכניות – תכנית אחת בה נקבע כי ניתן יהיה לבנות מרתף עד לקו הקירות החיצוניים של הקומה שמעליו; וכן תכנית מאוחרת יותר בה הוסמכה הוועדה המקומית לתת הקלה שעניינה הגדלת קו הקירות החיצוניים של קומת הקרקע. השאלה שעמדה לפתחו של בית המשפט הנכבד הייתה מהו אירוע המס שחולל את ההשבחה המתבטאת בהרחבת המרתף.

34. בית המשפט הנכבד, בפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז, חידד כי העיקרון שנקבע בעניין רון לעניין חישוב היטל השבחה, חל רק כאשר הזכויות מוקנות באופן בלתי מותנה בתכנית או כאשר מדובר בזכויות מעין מוקנות; קרי זכויות אשר ניתנות לייחוס כבר לתכנית עצמה. לעומת זאת, כאשר מדובר בזכויות שאינן מוקנות, אלא בזכויות שהותנו בשיקול דעת מלא של הוועדה המקומית, יש להימנע מפיצול דו-שלבי של המס. במצבים אלה, החלטת הוועדה לאשר את הזכויות המותנות עשויה להוות אירוע מס שניתן לחייב בגינו בהיטל השבחה, חרף העובדה שהחלטה כאמור לא נמנית עם שלושת גורמי ההשבחה בסעיף 1 לתוספת, וזאת בדומה להלכת סמפלסט, שכן החלטה כאמור למעשה מוטמעת בהוראות התכנית; וכך נכתב (פסקאות 37-38, 40 לפסק הדין):

37. [...] כאשר מועברות זכויות במקרקעין יש לשלם את היטל ההשבחה הנדרש בגינם, כך שהאפשרות לשום את ההשבחה צריכה להתקיים כבר באותו שלב. אכן, ישנם מצבים שבהם יהיה פיצול בגביית היטל השבחה בין המועד בו נמכרים המקרקעין למועד בו מוצא היתר בנייה מכוח התוכנית המשבחה (כאמור בעניין רון). אולם, במידת האפשר ראוי להימנע מפיצול כזה המסבך את גביית המס שלא לצורך. קבלת גישתם של המבקשים מחייבת לכאורה לגבות לפחות חלק מהיטל השבחה על התוספת כאשר המקרקעין נמכרים, וזאת תוך ניסיון להעריך את השבח שתחולל תוכנית המרתפים לאחר אישורה של תוכנית משבחה

נוספת – אף ששבח כזה יצמח רק בעתיד, שכן בעת המכירה תוכנית ה"אם" שממנה ייגזר שבח גם לתוכנית המרתפים כלל לא אושרה ואף טרם נהגתה. בכך, המקרה שבפנינו שונה מהתוכנית שנדונה בעניין רון, אשר כללה זכויות מעין-מוקנות של בעלי המקרקעין ולפיכך אפשרה עריכת שומה גם בטרם מומשו בפועל מלוא הזכויות על-פיה. לעומת זאת, בענייננו, חישוב ספקולטיבי של ההשבחה העתידית הוא קשה ועשוי אף להיות בלתי אפשרי לביצוע.

38. יודגש כי, בניגוד לטענת המבקשים, הגישה שאותה אימץ בצדק בית המשפט המחוזי כלל וכלל אינה מביא ל"כפל מס". היטל ההשבחה ישולם רק פעם אחת בגין הרחבת קומת הקרקע, ופעם אחת בגין הרחבת המרתף, ומיותר לציין כי אין כל כפילות בין היטלים אלה.

[...]

40. המסקנה העולה מהאמור היא כי המבקשים קיבלו אישור להגדיל את המרתפים בבתיהם במסגרת אישור הקלה ביד המשיבה, וכי הקלה זו היא שחוללה את השבח במקרקעין. על כך יש להוסיף כי אף אם קודם הייתה מאושרת הקלה לפי תוכנית קומת הקרקע, ואילו לאחר מכן ובנפרד היו מבקשים המבקשים היתר בנייה להרחבת המרתף, לא הייתה משתנה התוצאה.

במקרה כזה, היו המבקשים נדרשים לשלם היטל השבחה בגין הרחבת המרתף במועד בו קיבלו היתר בנייה, כאשר המועד שלפיו היה מחושב השבח הוא מועד קבלת ההקלה שכנגזרת ממנו ניתן להרחיב את המרתף". [ההדגשות נוספו – הח"מ] (ראו והשוו לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז בפסקה 11 לעניין אקרו).

פסק הדין בעניין אופל קרדן

35. מקרה נוסף בו המשיך בית המשפט הנכבד לפתח את ההלכה, הוא בעניין אופל קרדן. עניין זה נסוב סביב החלטה למתן היתר בבקשה של חברה להקים תחנת דלק, וזאת מכח תכנית מתאר ארצית, שאפשרה הקמה של תחנות דלק בכל המגרשים ברחבי המדינה שייעודם, על פי תכנית מוקדמת, "תעשייה" או "שימוש משולב הכולל תעשייה".

השאלה אליה נדרש בית המשפט הנכבד בהכרעתו, היא מהו המועד הקובע לצורך שומת היטל ההשבחה – האם מועד אישור תכנית המתאר הארצית או שמא יום הנפקת היתר הבניה.

בית משפט הנכבד (בפסק דינו של כב' השופט עמית ובהסכמת כב' השופטים ברק-ארז ודנציגר) השיב כי התאריך הקובע הוא מועד הנפקת היתר הבניה, שכן רק בו הפכה ההשבחה לקונקרטית, וזאת להבדיל ממועד אישורה של תכנית המתאר הארצית, שבו ההשבחה עודנה ספקולטיבית בלבד. זאת, שכן תכנית המתאר הארצית לא ייחדה מקרקעין מסוימים להקמת תחנת הדלק, אלא קבעה נורמה כללית שהפכה לקונקרטית רק עם קבלת היתר בנייה. כך נימק כב' השופט עמית את פסק דינו, תוך שהוא מתייחס לפסיקה קודמת (פסקאות 12, ו-16-18 לפסק הדין):

12. [...] בעניין רון נדונו זכויות מותנות בתכנית מתאר מקומית. בענייננו, השינוי של תכנית המתאר המקומית אינו "עצמאי", ומקורו באישורה של תכנית מתאר ארצית. במצב הדברים הרגיל, על פי סעיף 4(7) לתוספת, התאריך הקובע הוא יום תחילת התכנית, [...] אלא שכאשר שינוי תכנית המתאר המקומית מקורו באישור תכנית מתאר ארצית, כאמור בהלכת מועש, לא נמצא פרסום ברשומות או בעיתון אודות שינוי בתכנית המקומית (להבדיל מפרסום ברשומות אודות אישורה של התכנית הארצית). אם כן, מהו מועד תחילתה של התכנית המקומית ה"מעודכנת" – היא התכנית המשביחה בעקבות התכנית הארצית – שהוא המועד הקובע לעניין שומת היטל ההשבחה?

[...]

16. [...] במקרה הרגיל של בקשה להיתר בניה, אשר תואמת תכנית החלה על מקרקעין מסוימים, בעל המקרקעין צועד ב"מסלול ירוק" המקנה לו זכות לקבלת ההיתר, למעט בנסיבות חריגות ומיוחדות. לא כך לגבי תכנית מתאר ארצית המתירה שימוש, ייעוד או הקלה, שאינם קונקרטיים למקרקעין מסוימים, ואשר מותירה את שיקול הדעת למוסד התכנון המקומי. במקרה כאמור אין למבקש ההיתר "זכות מוקנית" לקבלת היתר בניה, כך שרק עם אישור הבקשה להיתר בניה, נצמחת ההשבחה. בסיטואציה מעין זו, הוועדה המקומית חובשת את כובעה כרשות תכנון, להבדיל מכובעה כרשות רישוי המנפיקה היתרי בניה ב"מסלול הירוק".

17. מכאן, שכאשר עסקינן בתכנית מתאר ארצית שאינה קונקרטית דיה, מועד אירוע המס, המועד הקובע לשומת היטל השבחה, הינו המועד שבו זכתה תכנית המתאר הארצית הכללית למימוש קונקרטי במקרקעין ספציפיים.

[...]

18. הטלת היטל השבחה מכוח תכנית מתאר ארצית המתקנת תוכנית מקומית, תתאפשר אפוא רק בנסיבות בהן ניתן להוכיח פגיעה או השבחה קונקרטיית לגבי מקרקעין מסוימים מכוחה של התכנית. לדוגמה, כאשר התכנית הארצית קובעת מיקומים מסוימים להקמתם של מתקנים או מבנים.

רק כאשר ההשבחה היא מסוימת-קונקרטיית דיה, יראו בכך שינוי של תכנית המתאר המקומית, שאז יחול אירוע ההשבחה ותאריך תחילת תכנית המתאר הארצית ייחשב כ"מועד הקובע [...]"
[ההדגשה הוספה – הח"מ].

37. יצוין כי למסקנה זו הגיע בית המשפט הנכבד תוך שהוא נעזר, בין היתר, בדואליות הקיימת בין היטל השבחה במקרקעין, לבין פיצוי בגין פגיעה בערכם של מקרקעין, המהווה צדו השני של אותו המטבע. לצורך כך, התבסס בית המשפט על פסק הדין שניתן בברי"ם 1560/13 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' מגן אינטרנשיונל יזמות והשקעות בע"מ (ארי"ש 22.7.2014) (להלן: עניין מגן), בו נקבע כי על-מנת להגיש תביעה על פגיעה במקרקעין בגין תכנית מתאר ארצית לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, נדרש שהפגיעה מכוח התכנית תהיה "מסוימת" דיה, במובן זה שניתן יהיה ללמוד מהתכנית מה יהיו ההשפעות לגבי מקרקעין קונקרטיים. על כן, כך נקבע, התאריך הקובע להגשת תביעה לפיצוי במקרה של תכנית מתאר ארצית "אבסטרקטיית" הוא המועד שבו ניתן היתר בניה מכוחה של התכנית, כיוון שרק אז מתגבשת הקונקרטיית לצורך הגשת התביעה.

בפסד דין זה, שמהווה המשך להלכת מועש, נקבע כי החלטת הוועדה המקומית בשלב ההיתר מכוח תמ"א 18, היא למעשה מועד אירוע המס והמועד הקובע לענין חישוב היטל השבחה, למרות שהחלטה זו איננה בבחינת אישור תכנית, מתן הקלה או שימוש חורג. כל זאת, מהטעם הנזכר בהלכת סמפלסט, שרק במועד ההחלטה האמורה התגבשה ותוקנה למעשה התכנית המפורטת שחלה על המגרש והוטמעו בה הוראות תמ"א 18.

פסק הדין בעניין אקרו

38. בפסק הדין בעניין אקרו המשיך בית המשפט הנכבד לפתח את הסוגיה. במקרה זה נדונה תכנית מתאר מקומית שעניינה בחמש חלקות מקרקעין. לאחר אישור התכנית, קיבל בעל המקרקעין אישור לאחד שתי חלקות שבבעלותו, אשר הניב לו זכויות בניה נוספות במקרקעין. על רקע נסיבות אלו, השאלה שעמדה בלב פסק הדין, הינה האם החלטה על איחוד חלקות אכן יוצרת מקור חיוב נוסף להיטל השבחה.

39. בפסק דינו, קבע כב' השופט מזוז (בהסכמת כב' הנשיאה חיות, ונגד דעתה החולקת של כב' השופטת ברק-ארז), ובניגוד למגמה בפסיקה שהוצגה לעיל, כי החלטת הוועדה המקומית אינה יוצרת מקור חיוב נוסף להיטל השבחה. כך לשון פסק הדין:

"ההשבחה לה זכתה אקרו, שעל קיומה אין כאמור מחלוקת, נבעה מאישור תשריט האיחוד של שתי החלקות, שרכשה זמן רב לאחר אישור התכנית. עליית ערך זו אינה בגדר "השבחה" כהגדרתה בחוק (סעיף 1 לתוספת), המגביל כאמור השבחה החייבת בהיטל ל-עליית שווים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג'.

תשריט איחוד אינו בגדר הקלה או שימוש חורג, ואף לא בגדר 'תכנית', המוגדרת כאמור כ'תכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת', וממילא אין בפנינו 'השבחה' כמובנה בחוק. [...]

ייחוס ההשבחה במקרה דנן ובמקרים דומים לו לתכנית עצמה, אף שהשבחה נוצרה עקב הליך תכנוני אחר ומאוחר לתכנית (אישור תשריט השבחה), משבש את ההסדר הברור שנקבע בחוק לענין חיוב בהיטל השבחה. מהלך כזה יוצר גם קשיים מעשיים ממשיים בהיותו יוצר אי-ודאות רבה בעסקאות והליכים תכנוניים, וממילא גם פוטנציאל למחלוקות והתדיינויות אין ספור, [...] ראוי כאן להעיר, כהערה כללית, כי דיני התכנון והבניה הם מערכת דינים מסועפת וסבוכה, המעלה מפעם לפעם שאלות שלא ניתן להן מענה בחוק והמחייבות את הכרעתם של בתי המשפט. והנה דווקא בסוגיה דנן, של החיוב בהיטל השבחה, נקבע לכאורה כלל ברור ופשוט, ואיני סבור כי על בתי המשפט לפגוע בבהירות הכללים שנקבעו בחוק ולגרום לאי-וודאות ולהתדיינויות משפטיות על ידי יצירת פרשנות 'יצירתית', שאין לה עיגון בחוק, המבקשת לתקן עיוותים כביכול בחוק, אך יוצרת אי וודאות רבה, תוך יצירת חריגים ואבחנות שאין להם עיגון בחוק".

40. נגד עמדתו של כב' השופט מזוז, פסקה כב' השופטת ברק-ארז, תוך שהיא נשענת על הפסיקה הקודמת שנסקרה לעיל, כי "במקרה זה התקיימו התנאים הדרושים בחוק לצורך חיובה של אקרו בתשלום היטל השבחה, וכי חיוב זה עולה בקנה אחד עם פסיקתו הקודמת של בית משפט זה בתחום וכן עם העקרונות הפרשניים המנחים בסוגיה" (פסקה 38 לפסק הדין). את עמדתה נימקה כב' השופטת ברק-ארז, בכך שתכנית המתאר כללה למעשה מספר אירועי השבחה נפרדים, אשר התגבשו בשלבים שונים – חלקם עם אישור התכנית, וחלקם מאוחר יותר. זאת, תוך שהיא מבחינה בין המקרה שבפניה לבין עניין רון; וכך קבעה (ראו פסקאות 54-61 לפסק הדין):

"54. ניתן להציג זאת כך: תכנית המתאר שבפנינו כללה שתי "שכבות" של הגדלת זכויות הבנייה – אחת בעלת תחולה מיידית ובלתי מותנית ואחרת בעלת תחולה מותנית ומושהית, בהתאם לחלוקה הפרוגרסיבית בתכנית. בעל הקרקע נהנה במועד כניסתה של התכנית לתוקף ממרכיב ההשבחה בעל התחולה המיידית, ולכן

בעת שמכר את הקרקע לזם הוא נדרש לשלם היטל השבחה בגין השבחה זו. בהמשך, ארעה פעולה תכנונית נוספת – זו של אישור איחוד החלקות – שהביאה להשבחה הנובעת מהתכנית אולם התגבשה רק במועד הפעולה התכנונית. בגין השבחה זו נדרש הזם לשלם היטל השבחה נפרד. במצב זה אותה תכנית יצרה מספר אירועי השבחה – כאשר חלקם התגבשו מיד עם אישור התכנית וחלקם רק בשלב מאוחר יותר, עם ביצועה של פעולה תכנונית נוספת. [...]

58. על כן, בשונה מעניין רון שעסק בהיטל וב"היטל משלים" בגין אותה השבחה, במקרה שבפנינו שני היטלים נפרדים, הנובעים כל אחד מהשבחה אחרת, הגם שמקור שניהם בתכנית אחת (זאת, בשונה מעניין רון שבו הודגש כי מדובר באירוע מס אחד. ראו שם, בפסקה 43). **במלים אחרות, בפנינו שני אירועי השבחה שונים החלים במועדים שונים הגם ששניהם נוגעים לאותם מקרקעין ונובעים מאותה תכנית [...].**

61. ככלל, אני סבורה כי גם העקרונות שהותוו בעניין מגן אינטרנשיונל ובעניין אופל קרדן תומכים במסקנה הפרשנית שאליה הגעתי. כפי שהוסבר בפתח הדברים, בשני המקרים הללו הכיר בית המשפט בכך שהאירוע הפוגע או המשביח (לפי העניין) לא התחולל בנסיבות העניין עם אישור התכנית המקורית, אלא התגבש בשלב מאוחר יותר, עקב ביצועה של פעולה תכנונית אחרת (ראו: עניין מגן אינטרנשיונל, בפסקה 33 לפסק דיני; עניין אופל קרדן, בפסקאות 16-17 לפסק דינו של השופט עמית).

41. אשר למועד קביעת היטל ההשבחה, קבעה כב' השופטת ברק-ארז כי המועד הקבוע הוא המאוחר מבין השניים, תוך שהיא מתבססת על הפסיקה המוקדמת (ראו פסקה 62 לפסק הדין):

62" [...] גם בהקשר זה אני סבורה כי ניתן ללמוד מפסקי דין בעניין מגן אינטרנשיונל ובעניין אופל קרדן. בשני המקרים הללו נקבע כי התאריך הקובע לחישוב ההשבחה או הפיצוי הנובעים מהתכנית לא יהיה מועד אישור התכנית אלא מועד מאוחר יותר, וזאת בשם שיקולי יעילות והתאמה למודלים תכנוניים חדשים. [...] בהתאם לעקרון המנחה הכללי שיושם במקרים אלה, אני סבורה כי יש מקום לקבל את טענתה של הוועדה המקומית ולקבוע שבעניינינו התאריך הקובע לשומת ההשבחה הוא מועד אישור התשריט. מכיוון שההשבחה גלומה למעשה בזכויות

הפרוגרסיביות – ואלה לא נכנסו לתוקף בטרם אושר תשריט האיחוד – אין כל משמעות לשומת ההשבחה במועד תחילת התכנית. במועד זה, ניתן לשום את ההשבחה הראשונה (זו ששילם בעל המקרקעין שמכר אותם לאקרו) אולם לא את ההשבחה השנייה (זו שמקורה ברכיב הפרוגרסיבי בתכנית) [...].

5. ב. סיכום ביניים

42. עד עתה, יצאנו למדים כי בהלכת **סמפלסט** הוכרה למעשה סמכות הוועדה המקומית להוסיף שטחי בניה, תוך שהחלטה זו למעשה משנה ומתקנת את התכנית המקורית. פעולה זו, הוכרה בהלכת **סמפלסט** כפעולה משביחה שניתן לחייב בגינה בהיטל השבחה, אשר מחושב בהתאם למועד קבלת ההחלטה המאוחרת של הוועדה המקומית.
43. לאורך השנים המשיכה הפסיקה לפתח את סוגיית החיוב בהיטל השבחה מכוח שינוי המאוחר לאישור התכנית. כפי שניתן להתרשם עד כה, נראה כי העקרונות שהותוו בהלכת **סמפלסט** (ואף בעניין **מועש** שלפניה), קנו אחיזה בפסיקה. למעשה, במקרים מסוימים – כמו בעניין **גוזלן ואופל קרדן** למשל – בית המשפט הנכבד אף הרחיב את היריעה ואפשר לחייב בהיטל השבחה גם במקרים שבהם ההחלטה היתה נפרדת מהתכנית המקורית.
- הווה אומר, כי בשורה של פסקי דין, הכיר בית המשפט הנכבד באפשרות שאירוע המאוחר לאישור תכנית (אשר אינו מהווה אישור תכנית, מתן הקלה או היתר שימוש חורג), לרבות הוספת שטחי שירות, ייחשב לאירוע משביח. כמו כן, במקרים אלו, בית המשפט הנכבד הכיר בכך שהמועד לחישוב ההשבחה ייקבע לפי יום ההחלטה המאוחרת, ולא לפי מועד אישור התכנית המקורית.
44. חריג לכך הנו עניין **אקרו**, שם קבעה עמדת הרוב כי אין לחייב בהיטל השבחה בגין איחוד חלקות סמוכות, אשר כתוצאה ממנו עלו זכויות הבניה במקרקעין. ואולם, כפי שפורט לעיל, ספק אם ניתן לראות בעניין אקרו משום שינוי של הלכת **סמפלסט** ונגזרותיה, וזאת בהינתן הנסיבות החריגות והייחודיות שנדונו באותה פרשה.
45. עוד ראינו כי שיקולים פרגמטיים, אשר עוברים כחוט השני בפסיקה, הצדיקו פעם אחר פעם את המשך יישומם של העקרונות שעולים מהלכת **סמפלסט** גם על ההליכים שנדונו לפני בית המשפט. יפים לכך דבריה של כב' השופטת ברק-ארז בעניין **אקרו** (פסקאות 64-63 לפסק הדין):

“63. אין לכחד – פרשנות זו אינה מבוססת על לשונו הפשוטה של סעיף (74) לתוספת השלישית לחוק. אולם, היא מבטאת את הגישה שכבר אומצה בפסקי הדין דלעיל, וכפי שציינתי בעניין אופל קרדן, אני סבורה כי יתרונותיה עולים על חסרונותיה (ראו: שם, בפסקה 4 לפסק דיני) [...]”

64. בנוסף, פרשנות זו מתיישבת גם עם שיקולי היעילות שהוזכרו בפתח הדברים. כפי שציינתי בעניין גוזלן, ראוי להימנע ככל הניתן מפרשנות התומכת בהכנת שומות שביסודן ספקולציות באשר להסתברות להשבחה בגין איחוד בין חלקות כל אימת שנמכרות חלקות הנכללות בתחומי התכנית, באופן שצפוי לסרב את הליך השומה והגבייה (ראו: שם, בפסקה 37. ראו גם: עניין אופל קרדן, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט עמית) [...]” [ההדגשות הוספו – הח”מ].

46. משהגענו עד הלום, ועל יסוד ניתוח פסקי הדין הדרושים לעניין, תבקש היועצת המשפטית לממשלה לפרוש עמדתה ביחס לשאלות שחודדו בהחלטת בית המשפט הנכבד.

ג. עמדת היועצת המשפטית לממשלה

47. כזכור, בתקנה 13(ב) לתקנות נקבע לגבי תכניות שהופקדו או אושרו בטרם תחילת התקנות (כאשר תכניות אלו קבעו שטחי בנייה ללא פירוט אופן חישובם), כי הוועדה המקומית תוכל להוסיף שטחי שירות בהתאם לשיקול דעתה, וזאת בהעדר הוראה מפורשת אחרת בתכנית. ואולם, על-פני הדברים, עולה השאלה בדבר מקור הסמכות לאפשר לוועדה המקומית להוסיף שטחים מעבר לאלה המנויים בתכנית המקורית, שכן בסעיף 265 לחוק התכנון והבניה, הוסמך שר הפנים להתקין תקנות “בכל הנוגע לביצוע חוק זה”; ובהמשך לכך, בסעיף 265(31) נקבע כי שר הפנים הוסמך להתקין תקנות בנוגע ל”**כללים לחישוב שטחים** של מגרשים לבניה לצורכי רישוי ותכנון, לרבות השטח הכולל המותר לבניה וחלוקתו לשטחים למטרות עיקריות, ושטחים למטרות שירות, גובה הבניינים ומספר קומות” [ההדגשה הוספה – הח”מ].

לפיכך, ככל שרואים בתקנה 13(ב) כתקנה המהווה מקור סמכות לאפשר לוועדה המקומית להוסיף זכויות בניה, יש מאין, ולא כתקנה שעוסקת בחישוב שטחים, מתעוררת לכאורה שאלת מקור הסמכות של הוועדה המקומית להוסיף שטחי בנייה לטובת שטחי שירות. כמו כן, תקנה זו מעלה שאלה בנוגע ליכולת לגבות היטל השבחה בהיתן שלושת האירועים המנויים בתוספת השלישית לחוק כאירועים משביחים שניתן לגבות בגינם היטל השבחה.

48. מנגד, וכפי שנסקר מעלה בהרחבה, בהלכת **סמפלסט** (שקנתה בחלוף השנים אחיזה בפסיקה שלאחריה) הוכרה סמכותה של הוועדה המקומית לאשר תוספת בניה מכוח תקנה 13(ב), וזאת מן הטעם שהתוספת נכנסת בגדרי התכנית המאושרת **ומשנה אותה**.

49. השאלות שליוו סוגיה זו למעלה משני עשורים מתעוררות במסגרת ההליך שבכותרת, עת חידד בית המשפט הנכבד את השאלות המשפטיות בעניין התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה. היועצת המשפטית לממשלה תקדים ותציין, כי בבואנו לבחון את אופן ההתמודדות הראוי עם ההכרעה המונחת על הכף, שומה עלינו להעמיד לנגד עינינו את מכלול תכליות החיוב בהיטל השבחה כפי שנסקרו בחלקה העיוני של העמדה; כמו-גם את החשיבות בשמירת הוודאות והיציבות בעולם דיני התכנון והבניה בכלל, ובתחום דיני ההשבחה בפרט.

משאמרה זאת, תפנה היועצת המשפטית לממשלה לעמוד על הפרשנות הראויה לעמדתה לתקנה 13(ב). פרשנות זו תעוצב אף בראי הצורך ליתן מענה לשאלת הסמכות של הוועדה המקומית לקבוע שטחי שירות מכוחה.

50. על פני הדברים, דומה כי הפרשנות שיש לאמץ מחייבת בחירה בין אחת משתי חלופות הניצבות משני צדי המשרעת, כאשר נראה שכל אחת מן החלופות עומדת בסתירה לרעותה.

לפי חלופה אחת, תקנה 13(ב) לא מקימה סמכות להוספת שטחי בניה מעבר לתכנית המקורית, אלא רק עומדת ומותירה על כנה את סמכותה של הוועדה המקומית לפרש את התכנית התקפה שאושרה טרם התקנת התקנות ולחלץ ממנה את שטחי השירות שמוסד התכנון, שאישר את התכנית, התכוון להתיר עם השטחים העיקריים שפורטו בתכנית.

אלא מאי? אימוץ עמדה פרשנית כאמור (הפותר את שאלת הסמכות) מוביל למסקנה כי אין מקום להותיר את הלכת סמפלסט – המכירה ביכולת להוסיף שטחי בניה מכוח תקנה 13(ב), ולחייב בשל כך בהיטל השבחה – על מכונה. בוודאי כך בכל הקשור לעניין המועד הקובע לחישוב ההשבחה, שכן לפי דרך זו, גם שטחי השירות מקורם בתכנית, והחלטת הוועדה איננה אלא פרשנות לתכנית ולא מעבר לכך. ביטול הלכה הנוהגת עמנו למעלה משני עשורים היא מהלך מורכב, בעל השלכות רחב משמעותיות ביותר, הן במישור הנורמטיבי (בהינתן השתרשותה של הלכת סמפלסט ו"הלכות הבת" הנגזרות הימנה); הן במישור המעשי והצורך בהבטחת ודאות ואחידות באופן חישוב ההשבחה ומועדה; והן במישור שיקולי צדק רחבים ובכללם האינטרס הציבורי בגביית היטל מקום בו נוספו זכויות בניה עבור שטחי שירות.

לפי החלופה השנייה, ניתן לפרש את תקנה 13(ב) ככזאת שיוצרת מקור סמכות עצמאי לוועדה המקומית להוסיף שטחי שירות, וזאת מעבר לקבוע בתכנית המקורית. פרשנות כזו מבססת אומנם את הלכת סמפלסט ונגזרותיה ומעניקה להן מסד עיוני כאמור (שכן למרות שלא מדובר באישור תכנית, מתן הקלה או שימוש חורג, הרי שהחלטה כאמור למעשה מתקנת ומוטמעת בתכנית המפורטת עצמה שמכוחה יוצא ההיתר). ואולם, פרשנות כזו מציפה קושי בנוגע לשאלת הסמכות להתקין את תקנה 13(ב) ולהעניק באמצעותה סמכות לוועדה המקומית להוספת שטחים (עניין שאינו מנוי בסעיף 31)265 לחוק התכנון והבניה).

51. כפי שניתן להתרשם, בחירה בכל אחת מן החלופות הפרשניות המנויות לעיל כוללת השלכות משמעותיות ומעוררת שאלות מורכבות של שינוי דין שנהג עמנו במשך שנים רבות. השלכות אלו מחייבות אפוא לתור אחר מהלך פרשני נוסף, במטרה להבטיח פרשנות מקיימת לתקנה 13(ב) ולפסיקה שבאה בעקבות הלכת סמפלסט, תוך איזון בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין.

52. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, הפרשנות המיטבית לסוגיה הנדונה, הנה פרשנות המבקשת לראות את מקור הסמכות להוספת שטחי שירות טרם התקנת התקנות בתכניות הישנות עצמן, בהיותן כוללות **זכויות מותנות להוספת שטחי שירות**.

53. פרשנות זו עולה בקנה אחד עם המצב העובדתי כפי שידוע למנהל התכנון, שלפיו אכן נהגו לקרוא את התכניות הישנות ככאלו שכוללות גם שטחי שירות שניתן להוסיף בהליך הרישוי על שטחי הבנייה שקבעה התכנית, אליהם התייחסו כשטחים עיקריים – אף שהיקפם של שטחי השירות לא נקבע במפורש בתכנית. משמעות הדבר – בראי הפרשנות המשפטית המוכרת לנו כיום – היא כי מדובר, הלכה למעשה, בזכויות מותנות להוספת שטחי שירות שהתכניות האמורות התירו גם טרם התקנת התקנות.

בהתאם לדרך פרשנית זו, יש לקרוא את התכניות שאושרו טרם התקנת תקנה 13(ב) לתקנות, כך שאלו כללו את האפשרות להוספת שטחי שירות, אף שזכויות אלו לא נמנו מפורשות בנוסח התכניות. טעם הדבר נעוץ בהבנה התכנונית, לפיה ברור שתכנית המעניקה זכויות בניה להקמת מבנה מגורים בן מספר קומות (בתור שטחים עיקריים), התכוונה גם להוסיף עליהן בניית שטחי שירות לצורך בניית השטחים העיקריים, אלא שהתרתם הסופית כמו גם היקף שטחי השירות לא נקבעו בתכנית, ואלה הושארו לשיקול דעת.

מכאן נובעת המסקנה כי התקנת תקנה 13(ב) אינה מעלה שאלה במישור הסמכות, שכן הוספת שטחי השירות אינה נעשית יש מאין, אלא מכוח החלטת הוועדה המקומית בהתאם לתקנה זו, כאשר מקור זכויות הבניה לשטחי השירות ולסמכותה של הוועדה המקומית להוספת שטחים אלו, נעוץ בתכניות הישנות עצמן. כל זאת, בהתאם לפרשנות הסבירה של התכניות ולפרקטיקה שנהגה ביחס אליהן טרם התקנת התקנות; הגם שהיקף שטחי השירות לא פורט, כאמור לעיל, בתכניות הישנות ולא הוקנה במסגרתן באופן סופי.

54. במילים אחרות, את התכניות שלא כוללות התייחסות לשטחי שירות בהוראותיהן באופן מפורש, בחלון הזמנים שלפני התקנת התקנות, יש לקרוא כאילו נכללה בהן הוראה לפיה קיימת אפשרות להוסיף שטחי שירות גם מעבר לשטחים העיקריים הקבועים בתכנית, וזאת בכפוף להחלטה עתידית של הוועדה המקומית, ובהתאם לשיקול דעתה.

55. הווה אומר, החלטת הוועדה המקומית מכוח תקנה 13(ב) **לא יצרה זכויות בניה יש מאין, אלא רק גיבשה זכויות מותנות שנקבעו קודם לכן בתכנית המקורית, אף שלא נכתבו במפורש בתקנון התכנית**.

פרשנות מקיימת שכזו, צולחת את משוכת הסמכות, שכן הוועדה המקומית לא הוסיפה זכויות בניה "יש מאין", אלא רק שכללה זכויות מותנות בתכנית והפכה אותן מוקנות. במקרים אלה, ככלל, המועד הקובע לחישוב ההשבחה הוא בעת קבלת החלטת הוועדה המקומית, בדומה לפסיקתו של בית משפט הנכבד בעניין המועד הקובע לעניין זכויות בניה מותנות.

56. לא זו אף זו, פרשנות זו מתכתבת עם הלכת **סמפלט** והפסיקה שהתפתחה ברבות שנים, ואינה מחייבת שינוי יסודי בפניה המוכרות של ההלכה הקיימת. כל זאת, משום שרואים עדיין בהחלטת הוועדה המקומית כמי ששכללה באופן קונקרטי את היקף זכויות הבניה אשר התאפשרו בתוך התכניות הישנות לצורך הקמת שטחי שירות. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, פרשנות זו מתכתבת ועולה בקנה אחד עם הפסיקה שניתנה ברבות השנים בכל הנוגע לתפיסת החלטת הוועדה המקומית כאירוע משביח. נדגים זאת.

57. כזכור, בעניין **מועש** נקבע כי אישור תכנית מיתאר ארצית (למרות שאישור זה כשלעצמו, לא מהווה אירוע מס), יכול להוות אירוע מס במצבים שבהם יש תכניות מפורטות מאושרות, שהוראות תכנית המיתאר הארצית משנה ומתקנת אותן. כלומר, אישור תכנית המיתאר הארצית, נחשב לצורך סעיף 1 לתוספת השלישית כאישור תכנית מפורטת, זאת בשל העובדה שתכנית המיתאר הארצית למעשה מתלבשת על התכנית המפורטת ומשנה את הוראותיה, חרף העובדה שלא התקיים הליך של שינוי התכנית המפורטת, אלא רק הליך חיצוני שהשפיע עליה.

בהמשך להלכת **מועש** הנזכרת, הכיר בית המשפט הנכבד במסגרת עניין **אופל קרדן** בכך שבמצבים אלה, כאשר השבחה הנה ספקולטיבית בלבד, ניתן לתחום את היטל השבחה בהתאם למועד שבו הפכה השבחה לקונקרטית – קרי במועד קבלת ההחלטה. כלומר, בשל כך שתכנית המיתאר הארצית (תמ"א 18 בעניין **מועש**) הינה כללית ומותירה שיקול דעת בשלב הרישוי, הרי שהלכה למעשה הטמעתה בתכניות המפורטות, מתגבשת רק בשלב ההחלטה הסופית של הוועדה המקומית בשלב הרישוי. הוועדה אומר, רק בשלב זה למעשה מתגבש אירוע המס וזהו גם המועד הקובע לחישוב ההיטל. גם מהלכה זו, עולה בבירור שהחלטת ועדה מקומית בשלב הרישוי, שאיננה בגדר אישור תכנית מתן הקלה או שימוש חורג, יכול שתהווה אירוע מס לענין התוספת השלישית, בהיותה מגבשת את תיקון התכנית המפורטת שרחף בחללו של העולם התכנוני ומטמיעה בה הלכה למעשה את הוראות תכנית המיתאר הארצית.

יפים לענין זה הדברים שקבע בית משפט נכבד זה בענין **אופל קרדן** :

"מקום בו תכנית מתאר ארצית מתירה שימוש או ייעוד או הקלה כלליים, שלא במקום מסוים וממוקד, כך שלא ניתן ישירות מכוחה לקבל היתר בניה, המועד הקובע לעניין שומת היטל השבחה הוא היום בו ניתן ביטוי קונקרטי-מסוים לאותה זכות על-ידי מוסד התכנון המקומי המוסמך להפעיל שיקול דעת תכנוני ליישומה של הזכות ה"ערטילאית" מושא התכנית הארצית. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם לשון החוק ותכליתו, עם פסיקתו של בית משפט זה בעניין מועש, רון ו-מגן, היא משקפת מדיניות משפטית רצויה, ומעוגנת בהגיון ובשכל הישר.

במקרה דנן, הוראות תמ"א 18/4 אינן קונקרטיות והן "מרחפות" מעל כלל המקרקעין בהם היא מקנה זכויות מותנות. רק עם אישור הוועדה המקומית את בקשת היתר הבניה של המערערת, ניתן ביטוי קונקרטי להוראות תמ"א 18/4, וזה המועד הקובע לצורך החיוב בהיטל השבחה. לפיכך, יש לבצע שומה מחודשת להיטל השבחה שהוטל על המערערת."

וראו גם קביעות בית המשפט הנכבד בענין אליק רון –

"תמ"א 38 חלה על כל המקרקעין בתחומי המדינה, ולכאורה יוצרת השבחה תיאורטית לכל בניין בארץ, ובכך שונה עניינה מתמ"א 181 ותמ"א 10 המשנים ייעוד כזה או אחר בתכנית מפורטת. לכן, דומה כי מלכתחילה לא ניתן היה לראות את אישור תמ"א 38 כשלעצמה, כאירוע השבחה המצית את החיוב במס ומחייב בהיטל כבר בעת המכירה. **מבחינה זו, תמ"א 38 משולה למעין תוכנית המרחפת מעל כל שטח המדינה, ובהיקש ל"שעבוד צף" המתגבש בהתקיים אירוע מסויים, כך גם התגבשות השבחה היא במועד הוצאת היתר הבניה (ראו עניין באר טוביה בפסקה 114).** לכן, מקובלת על ידי עמדת המלומד נמדר כי לגבי תמ"א 38, המחוקק ראה את מועד הוצאת היתר הבניה כמועד המצית את החיוב בהיטל השבחה (נמדר, עמ' 601), ולא את מועד אישור התכנית. לפיכך, ומאחר שממילא לא ניתן היה לחייב בהיטל השבחה במועד המכירה נצרך המחוקק לקבוע פטור מפורש לקבלת היתר בניה מכוח תמ"א 38" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

ואף קביעות בית המשפט הנכבד בפסק הדין בענין מגן הולמות לענייננו :

"השאלה המרכזית העומדת בפנינו היא האם תמ"א 36, כשלעצמה, יכולה להיחשב "תוכנית פוגעת", בהקשר לסעיף 197 לחוק התכנון והבניה, גם כאשר היא חלה באופן "אבסטרקטי" ללא קונקרטיזציה בדמותו של היתר להקמת מתקן שידור במקום מסוים. בהמשך לכך, השאלה המעשית היא האם ניתן להגיש תביעה לפי סעיף 197 כבר עם פרסום התוכנית או שמא ניתן להגיש תביעת פיצויים כאמור רק כאשר ניתן היתר על פיה" (פסקה 27 לפסה"ד).

ובהמשך "כאמור, גדר הספקות בענייננו נובע מכך שהתוכנית אינה קובעת ייעודים למתקני שידור, אלא רק אמות מידה וכללים שעל-פיהם ניתן יהיה להתיר את הקמתם, ובלא שכללים אלו יספקו אינדיקציה קונקרטית לגבי מקרקעין כאלו או אחרים שבהם יוקמו מתקני שידור.

¹ יוער, כי התייחסות בית המשפט לתמ"א 18, כדומה לתמ"א 10 ולא לתמ"א 38, מקורה בשגגה. ענין זה תוקן מאוחר יותר בבר"מ 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית (נבו 20.4.2016) על ידי השופט עמית עצמו (רא' פסקה 16 שם).

במילים אחרות, תמ"א 36 היא תוכנית בעלת אופי מיוחד. בשונה מתוכניות רגילות הקובעות מיקומים לשימושים שונים, היא קובעת כללי "עשה" ו"אל תעשה" לגבי מיקומים של מתקני שידור סלולאריים. ממילא, אין בה כדי "לסמן" מקרקעין מסוימים כמקומות המיועדים באופן מיוחד להצבת מתקני שידור סלולאריים. לכן, רק לאחר שהוצאו היתרים מכוחה של התוכנית, ניתן לדעת היכן יוקמו מתקני שידור, ובהתאמה אלו מקרקעין עשויים להיפגע כתוצאה מסמיכותם למקום שבו יוקם מתקן שידור... אכן, אחד המאפיינים המיוחדים של התוכנית הוא שחרף היותה תכנית מתאר ארצית היא מאפשרת להוציא היתרי בניה מכוחה, ללא צורך בקיומן של תכניות מקומיות מפורטות יותר... לכאורה, יש בכך כדי לשוות לה אופי של תוכנית קונקרטית. אולם, זו אינה קונקרטיות מספקת, מאחר שגם כך התוכנית רובצת כ"עננה" מעל שטח המדינה כולו, וכל עוד לא הוצא ההיתר לא ניתן לדעת היכן מתממשת הפגיעה" (פסקה 29 לפסה"ד).

58. פרשנות זו קנתה אחיזה בהמשך גם בעניין **גוזלן**, שם הובהר כאמור כי פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין **רון** חלה על תכניות שבהן כלולות זכויות מעין מוקנות בלבד, וזאת להבדיל מהחלטה שעניינה זכויות מותנות. במצבים שבהם מדובר בזכויות מותנות, בפרט אם אלה הותנו בהליך דמוי הקלה, נקבע כי החלטת הוועדה המקומית להתיר את הזכויות המותנות והפיכתן למוקנות, מהווה אירוע מס, בהיותה מתקנת את התכנית המפורטת ומשנה אותה כך שהזכויות המותנות שבה מתגבשות והופכות למוקנות. כאמור, דרך זו עולה בקנה אחד עם הלכת מועש, אופל קרדן והלכת **סמפלסט** נשוא הליך זה.

59. נראה, אפוא, כי בהתבסס על פסיקתו של בית המשפט הנכבד עד לנקודה זו, יש מקום להכיר בפרשנות לפיה הסמכות לקביעת שטחי שירות מכוח תקנה 13(ב), ביחס לתכנית ישנות, הינה הלכה למעשה מתבססת על זכות מעין-מותנית וספקולטיבית המנויה בתכנית המקורית. זכות זו מגיעה לכדי מימוש קונקרטי בהחלטת הוועדה המקומית לגבי כל תכנית שאושרה טרם התקנות – ואז מתגבשת הזכות ולובשת פנים קונקרטיות. משכך, גם המועד לחישוב היטל ההשבחה נגזר ממתן ההחלטה האחרונה.

60. לצד האמור, אין לכחד כי פרשנות זו אינה חפה מכל קושי. ככל הידוע לגורמי המקצוע במינהל התכנון, פרשנות זו אינה משקפת באופן מלא ומיטבי את הפרקטיקה שהייתה נוהגת בפועל **בכל אחת ואחת** מן הוועדות המקומיות. חלקן ראו את הסמכות להוסיף שטחי בנייה ככזו המכוננת מכוח תקנה 13(ב); וחלקן ראו בתקנה 13(ב) ככזו המשקפת פרקטיקה קיימת של מתן קונקרטיזציה לזכויות בניה עבור שטחי שירות שברור כי נכללו בתכניות.

ביטוי מסוים לכך אף ניתן למצוא בדברי ההסבר שנלוו לתקנות (שצוטטו בסקירה הנורמטיבית מעלה), וכן בדברי ההסבר שנלוו להוראת המעבר בה עסקינן. וכך נכתב:

”תקנות אלו חלות גם על היתרים המוצאים על סמך תכניות קיימות. ישנן אלפי תכניות קיימות או שהופקדו לפני מועד הכניסה לתוקף של התקנות לחישוב שטחים. בתכניות אלו, ההוראות, שיטות המדידה, ההגדרות וכו’ שונות בדרך כלל ממה שנקבע בתקנות. היה צורך לכן, להשוות ולפרש הוראות בתכנית קיימת לאור ההוראות שבתקנות. אובחנו שלוש אפשרויות שונות בתכניות שאושרו בעבר, שעל פי הן יש לפעול כדלקמן:

1. אם הוראות התכנית הקיימת כוללות פירוט מקיף של שטחי הבניה המרביים, או ישנו ביטוי מקביל לשטח הבניה המותר, כגון ‘שטח הבניה המקסימלי לא יעלה על...’, ‘שטח הבניה ברוטו’, או ‘שטח הבניה הוא X% למעט מקלט וחניה’, אזי זהו השטח הכולל (המרבי), ואין להוסיף שטחי בניה מעבר לשטח שצוין בתכנית. בהיתר תעשה הפרדה בין שימושים עיקריים לחלקי שירות, מתוך השטח הכולל.
2. אם בהוראות התכנית הקיימת אין כלל פירוט של שטחי השירות, אז השטח שמותר לבניה מיועד למטרות עיקריות. ניתן להוסיף בהיתר שטחי שירות לפי הצורך, על סמך תקנות אלה.
3. אם בהוראות התכנית הקיימת מפורט רק חלק משטחי השירות, אז השטח שמותר לבניה מיועד למטרות עיקריות ולשטחי השירות שפורטו בתכנית. ניתן להוסיף בהיתר שטחי שירות אחרים שלא פורטו בתכנית.

התקנות החדשות לחישוב שטחי בניה בתכניות ובהיתרים, אינן באות להוסיף על שטח הבניה המותר כיום, או לגרוע ממנו, אלא רק להביא לכך ששטח הבניה המותר יהיה מעוגן על-פי כללי חישוב אחידים. פירוש לתכנית קיימת, המאפשר הוספת שטחי שירות כאמור בסעיפים 2 ו-3 מותנה באישור הועדה המקומית במליאתה לגבי כל תכנית בנפרד. לא מספיקה לצורך כך הסכמתה של רשות הרישוי בלבד. בהחלטתה תתבסס הועדה המקומית על הוראות התכנית, והאופן בו מיושמות הוראות התכנית באותו מקום, ובלבד ששיקול הדעה יהיה עקבי לגבי כל התכניות הדומות. הוראות המעבר דלעיל הן זמניות בלבד. אנו מקווים שוועדות התכנון המקומיות ‘תרגמו’ בהקדם את הוראות התכניות הקיימות המהותיות שבתחומן לשפת התקנות החדשות. יש לזכור, שבמהלך הוצאת ההיתרים ממילא נדרש, בעבודה יום יומית, ‘לתרגם’ את הוראות התכנית הקיימת לשיטה הנוגעת בתקנות אלה.”

61. אחר הדברים האמורים, יצוין כי השמאי הממשלתי לא הוציא הנחיות מיוחדות בקשר למימוש הלכת סמפלסט. ככל הידוע, לאור הלכת סמפלסט, בשומות להיטל השבחה, השמאים מתייחסים להחלטת הוועדה המקומית כתכנית, והמועד הקובע הינו יום אישור תוספת הזכויות בוועדה המקומית.

ד. מילים אחרונות טרם חתימה

62. לסיכום הדיון ולפני חתימה, היועצת המשפטית לממשלה תבקש לשוב לחדד כי ענייננו בסוגיה סבוכה ומורכבת, המחייבת ביצוע מהלך פרשני עדין ומדויק. כפי שניתן להתרשם מפירוט שלוש החלופות שלעיל, לכל אחת מהן חסרונות במישור ההלכה הפסוקה, הסמכות שבדין או הפרקטיקה.

63. בצד זאת, אחר שקילת הדברים, סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי יתרונותיה של החלופה המוצעת על-ידה גדולים משמעותית מחסרונותיה, תוך שיש במהלך המוצע כדי לשמור על ודאות וההמשכיות הדין, תוך הגשמת תכליות גביית היטל השבחה כפי שאלו הוכרו בחקיקה ובפסיקה הנלווית לה לאורך השנים.

64. בצד הניתוח המשפטי שפורט מעלה, יצוין כי העובדות המובאות בסעיפים 53 ו-60 לעמדה, הנוגעות למינהל התכנון, יתמכו בתצהירה של גבי רות שורץ חנוך, סמנכ"ל רגולציה (ברישוי ובניה) במינהל התכנון, אשר קראה ואישרה את נכונות הדברים, אך לא עלה בידה לחתום על תצהיר עובר להגשת העמדה. תצהיר חתום על-ידה יועבר ביום 10.4.22.

היום, 7 באפריל, 2022
ו' בניסן, התשפ"ב

רון רוזנברג, עו"ד
ממונה (כפועל) במחלקת בג"צים
במשרד משפטים