

בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 18618-12-22 שמואל נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב

לפני **כבוד השופט יעקב שקד**מערער **לויטן אדיב שמואל**
ע"י ב"כ עו"ד בנימין קריתי

נגד

משיבה **ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב**
ע"י ב"כ עו"ד אירית יום טוב ואילנה בראף - שניר

כתבי עת:

משה גלברד, "מועד התשלום של היטל-השבחה בעסקת מכר מקרקעין", מאזני משפט, ג (תשס"ה) 87

ספרות:

אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ד - פרשנות החוזה (התשס"א)הנריק רוסטוביץ **היטל השבחה** (התשס"א)מיכה גדרון ואהרן נמדר **תמ"א 38** (2012)אהרן נמדר **היטל השבחה** (2011)

חיקה שאוזכרה:

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' בתוספת השלישית, 19(ב), 145(ז), 197, 1, 1(א), 13(א), 19(ב),
19(ב)(10), 196(א, 4, 1), 4(7)חוק הארכת תקופות ודחיית מועדים (הוראת שעה – חרבות ברזל) (תכנון ובניה ומקרקעי ציבור), תשפ"ד-
2023: סע' 5

חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008

תקנות התכנון והבניה (סדרי הדין בוועדות ערר בעררים לפי סעיף 14 לתוספת השלישית לחוק), תשע"א-
2010: סע' 16**פסק - דין**

לפניי ערעור מנהלי העוסק בסוגיות שונות בדיני היטל השבחה ובהן השאלה העקרונית האם יש להביא בחשבון בעת קביעת "מצב קודם" של שווי מקרקעין עליית ערך שאירעה בשל תחולת תמ"א 38.

א' : מבוא, ההליך הקודם והחלטת ועדת הערר

1. ועדת הערר לפיצויים והיטל השבחה בתל אביב דנה בעשרה עררים אשר הוגשו על שומת הוועדה המקומית בקשר עם תכנית תא/3616א שבתל אביב, המכונה תכנית רובע 3, אשר פורסמה למתן תוקף ביום 9.1.18 (להלן – **תכנית רובע 3**; תקנון התוכנית צורף כנספח 5 לערעור). ועדת הערר בראשות עו"ד סילביה רביד, הכריעה בעררים ביום 18.8.22. העורר בעררים תא/8291/1118 – 8290 לא השלים עם ההחלטה ומכאן הערעור המנהלי שלפניי.

2. תכנית רובע 3 הינה תכנית מפורטת אשר נערכה מכוח הוראות סעיף 23 לתכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה (להלן – **"תמ"א 38"**), שפורסמה בשנת 2005. תכנית רובע 3 נערכה על מנת לקבוע הוראות לבניה חדשה או תוספת בניה, אשר מחד תעודד התחדשות עירונית והגדלת היצע הדירות, ומאידך, תבטיח שמירה על אופי המרקם האורבני ואיכויותיו (ראו דברי ההסבר לתכנית זו, בעמ' 2).

מטרת תכנית רובע 3 הינה, בין היתר, חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה בהתאם לעקרונות שנקבעו בתמ"א 38, תוך התאמה למתחם האורבני שברובע (עמ' 11 לתכנית). בדברי ההסבר לתכנית רובע 3 נאמר כי **"התכנית מטמיעה את המדיניות העירונית בכל הנוגע לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה בהתאם לסעיף 23 לתמ"א 38 וכן מאמצת את ההוראות הנוגעות להכרזת אונסקו"** (עמ' 3).

אזור זה הוכרז בשנת 2003 כאתר מורשת עולמית על ידי ארגון אונסקו, שכן הוא כולל מבנים בעלי אופי ארכיטקטוני ייחודי המיועדים לשימור ולכן ניתנה התחייבות לשמרו ככל האפשר (עמ' 2 לדברי ההסבר לתכנית). מטעם זה נראה כי תכנית רובע 3 העניקה לאזור **"הכרזת אונסקו"** זכויות בניה מצומצמות יותר, ביחס לאזורים אחרים ברובע 3.

3. זכויות הבניה שמעניקה תכנית רובע 3 לבניין מושא הערעור הן תוספת **קומה טיפוסית מלאה וקומת גג חלקית** בהיקף של כ- 369 מ"ר אקוויוולנטי, השייכות לכלל בעלי הזכויות בבניין, בהתאם לחלקם היחסי (בהיות הבניין כולל 4 קומות בסך הכל כולל קומת עמודים, ששטחו פחות מ- 500 מ"ר; סעיף 2ד' בעמ' 11 לתכנית).

יש להדגיש: זכויות אלה פחותות מאלה הקבועות בתמ"א 38, שבכוחה לאפשר זכויות לבנות 2.5 קומות טיפוסיות מעל הבנוי על המקרקעין (סעיף 11 לתמ"א 38).

4. המערער היה הבעלים הרשום של שתי דירות הידועות כתתי חלקות 6 ו-7 בגוש 6968 חלקה 145 ברחוב יהואש 11 בתל אביב, שממוקמות ברובע 3. הדירות מצויות בקומה א' בבניין בן שלוש קומות מעל קומת קרקע חלקית עם קומת עמודים (להלן – **הדירות ו - הבניין**).
5. המערער מכר את זכויותיו בדירות. המשיבה הוציאה למערער שומות ע"י השמאי מטעמה (להלן – **שומת המשיבה**; נספחים א' 2-ב' לכתב התשובה), בהן חויב המערער בתשלום היטל השבחה בגין השבחת הדירות על פי התכנית, כשהמועד הקובע הינו 24.1.18.
- בהתאם, נדרש המערער לשלם עבור דירה אחת היטל השבחה בסך 390,712 ₪, ובעבור הדירה השניה היטל השבחה בסך 381,600 ₪.
6. בערר ביקש המערער את הסעדים הבאים: לקבוע שתכנית רובע 3 אינה מקימה חיוב בהיטל השבחה; לקבוע ששומות המשיבה אינן מקיימת את תנאי היסוד שנדרשים בשומה ואינן יכולות לבסס חיוב בהיטל השבחה; ככל שלא יתקבלו טענותיו – למנות שמאי מייעץ; לקבוע שאם קיים חיוב בהיטל השבחה יש לקחת בחשבון ב"מצב קודם" את תמ"א 38 ואת מסמך המדיניות משנת 2012 שהוצא ע"י המשיבה (נספח 6 לערער; להלן – **מסמך המדיניות**), וכן לקחת בחשבון את כלל המאפיינים המיוחדים של דירות המערער.
- המערער הגיש שומה נגדית לשומת המשיבה, במסגרתה נקבע כי אין כלל השבחה מאישורה של תכנית רובע 3 אלא דווקא פגיעה (השומות צורפו כנספח 3 לערער ונספח 6 לתשובה).
7. בהחלטת ועדת הערר נקבע, בין היתר: הפטור מתשלום היטל השבחה מכוח [סעיף 19\(ב\)\(10\)\(ב\)](#) לתוספת השלישית ל**חוק התכנון והבניה**, תשכ"ה – 1965 (להלן – **חוק התכנון והבניה**), איננו חל ביחס למימוש זכויות במכר, כבענייננו; בשונה מהזכויות מכוחה של תמ"א 38 שהינן זכויות מותנות, הזכויות מכוחה של תכנית רובע 3 הינן זכויות מוקנות וקונקרטיים ובשל כך ההשבחה בגינה מתגבשת עם אישורה; אין להתחשב בתמ"א 38 ובמסמך המדיניות, כחלק מהמצב הקודם בתחשיב ההשבחה.
- על אף דחיית ערר המערער לגבי היטל השבחה לכשעצמו, קיבלה ועדת הערר את טענת המערער בדבר הצורך בשמאי מייעץ ומינתה בהתאם, כאשר היא מנחה את השמאי המייעץ הממונה הנחיות כלליות במסגרת נספח שצורף כנספח א' להחלטה כיצד לערוך את השומות (להלן – **הנחיות ועדת הערר**; נספח א' להחלטה). ביחס למערער נקבע עוד כי יתר טענותיו הינן טענות שמאיות אשר ראוי להן שישקלו בעת הכנת השומה המייעצת וכן כי אין לקבוע מראש כיצד תקבע דחיית המימוש בקשר עם דירות המערער (עמ' 42 להחלטה).
8. ההחלטה כללה גם דעת מיעוט, מאת השמאי מר זוהר עירון. זה קבע כי לא ניתן לקבל כהנחת מוצא כי תוספת זכויות בנייה משמעה בהכרח עליית ערך המקרקעין ויש להוכיח זאת בכלים שמאיים. השומות, הן ביחס לדירות המערער והן שומות נוספות שהיו מושא העררים הנוספים, חסרות ביסוס וחסרות מרכיב השוואתי. לדעתו, לא הוכחה עליית ערך המקרקעין בשל אישור תכנית רובע 3. מאחר ובדעת הרוב הוחלט על העברת התיקים

לשומה מייעצת, ביקש השמאי עירון להורות לשמאי המייעץ לתת מענה למספר סוגיות שפורטו על ידו.

ב': תמצית טענות הצדדים בערעור

9. המערער טוען, בין היתר, כי תכנית רובע 3 איננה מקימה חבות בהיטל השבחה: התכנית הינה תכנית כוללנית במהותה שאינה מקימה חבות עד להוצאת היתר בניה מכוחה; ניסיון לחשב את היטל השבחה בעת המכר, טרם הוצאת היתר בנייה מכוחה הינו ספקולטיבי; תכנית רובע 3 מקימה זכויות פחותות מהזכויות המרביות שמעניקה תמ"א 38; יש לקחת בחשבון "מצב קודם" את הוראות תמ"א 38 וכן את מסמך המדיניות, שאימץ את הוראות תמ"א 38, ובהינתן זאת, אין השבחה בפועל.

כן טוען המערער כי הוראות הפטור הקבועות [בתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה](#) חלות גם בעת מכר ולא רק כאשר מוצא היתר בנייה.

עוד טוען המערער כי היטל השבחה איננו מס. אין הלימה בין היקף ההיטל הנגזר מתכנית רובע 3 לבין היקף השירותים שהוא נועד לכסות; יש פגיעה בזכויותיו הקנייניות של המערער לפי חוקי יסוד; השומות אינן עומדות בתנאים הנדרשים משומה, בשל היעדר פירוט מספק ונימוקים חסרים ועל כן דינן להתבטל; ועדת הערר דחתה תביעה שהגיש המערער לפי [סעיף 197 לחוק התכנון והבניה](#) בטענה שקיימת ירידת ערך כלשהי לדירות, כך שתכנית רובע 3 לא השביחה אותן.

10. המשיבה חזרה על טיעוניה בערכאת קמא, כי אין להחיל את הוראות הפטור [שבתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה](#) בעת מימוש זכויות במכר, כי הזכויות מכוח תכנית רובע 3 הינן זכויות מוקנות, וכי אין להביא בחשבון כחלק מהמצב הקודם בתחשיב השבחה את הזכויות מכוחה של תמ"א 38 ומסמך המדיניות. כן השיבה לטענות המערער בעניינים נוספים שיידונו להלן.

11. ביום 19.3.23 התקיים דיון בערעור ונשמעו טיעונים בעל פה. בתום הדיון ביקשתי את עמדת הצדדים ביחס לקבלת עמדת היועצת המשפטית לממשלה באשר לסוגיות העקרוניות העומדות על הפרק, שכן אלו בעלות השפעות רוחב ציבוריות. אלה נתנו הסכמתם כי עמדה זו תינתן ולפיכך ביקשתי את עמדתה האם תבחר להתייצב בהליך, בעיקר לגבי שלוש שאלות שהוגדרו בהחלטה שניתנה בדיון. בהמשך הגישו הצדדים לבקשתם סיכומים, כהשלמת טיעון, אשר לטענות הרלבנטיות המועלות בהם אתייחס להלן.

ג': עמדת היועצת המשפטית לממשלה

12. היועצת המשפטית לממשלה, הודיעה ביום 29.12.23, לאחר מספר ארכות, כי היא מתייצבת בהליך זה. להלן תובא עמדתה, שהוגשה באמצעות עו"ד גיל בילבסקי, בתמצית:

א. תמ"א 38 אינה תכנית ודאית ואינה קונקרטיית ולכן הזכויות מכוחה אינן זכויות מוקנות אלא מסורות לשיקול דעתם של מוסדות התכנון. לפיכך לא ניתן להתחשב בשינוי השווי הנובע מהאפשרות להוספת זכויות בניה בשל עצם תחולתה במגרש מסוים, טרם סיום ההליך התכנוני הכרוך בה.

לשיטתה, גישה אחרת תוביל להענקת פטור מהיטל השבחה או לגביית מס בחסר, גם במכר. לכן גם נקבע בפסיקה כי אין להטיל היטל השבחה בשל עליית שווי מקרקעין הנובעת מתחולת תמ"א 38 (רע"א 3002/12 הועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' אליק רון (15.7.14); להלן – עניין אליק רון). אותו עקרון מחייב כי בשל מאפייניה של תמ"א 38 לא ניתן להביאה בחשבון במסגרת "מצב קודם" בעת חישוב היטל השבחה.

ב. עם זאת, הנטרול או ההפחתה שיש לערוך בשווי "מצב קודם" הינם רק לגבי הרכיב בשווי שניתן לייחס לעצם תחולתה של תמ"א 38 על המקרקעין. לעומת זאת, מרכיב בשווי שמקורו בעליית ערך כללית בשוק החופשי, אף אם הושפע באופן כזה או אחר מקיומה של תמ"א 38, אין לנטרל או לקזז, שכן הוא חלק בלתי נפרד משווי השוק שאינו כרוך בעצם תחולתה של תמ"א 38 ובאפשרות לקבל היתר מכוחה והוא קיים גם במגרשים שתמ"א 38 לא חלה עליהם. יש להפריד בין השפעת שווי פרטנית על מגרש שתמ"א 38 חלה עליו, שמקורה בצפייה לתוספת זכויות הנובעת מתמ"א 38 לבין השפעת שווי כללית של השוק, לרבות על מגרשים שתמ"א 38 לא חלה עליהם.

היועצת המשפטית לממשלה מביאה בעמדתה דוגמא: אם קיימים שני מגרשים סמוכים דומים במאפייניהם, שעל אחד חלה תמ"א 38 ועל האחר היא איננה חלה (בשל כך שהבניין נבנה לאחר 1.1.80), הרי שככל ותוכח עליית ערך הקשורה במגמות התחדשות ותנופת בניה בשכונה, ובכלל זאת גם בקיומה של תמ"א 38, גם במגרש שתמ"א 38 לא חלה עליו, הרי שאין לנטרל את עליית הערך לגבי שני המגרשים.

ג. אשר לשאלה האם תכנית מפורטת לפי סעיף 23 לתמ"א 38 מחייבת גביית היטל השבחה בעת מכר ולא רק בעת הוצאת היתר בניה, אין לקבוע כלל גורף ולא ניתן לשלול מקרים בהם ניתן יהיה לגבות היטל השבחה מכוח תכנית כזו בעת מכר. יש לבחון פרטנית את הוראות התכנית לרבות מידת הודאות והקונקרטייות שבה. כך, יש לבחון את מרחב שיקול הדעת שהתכנית מתירה לרשות בשלב הרישוי ביחס להיקף הזכויות שיינתנו מכוחה והאם קיימת חובת פרסום של הבקשה להיתר בדומה להקלה. בהיבט הקונקרטי יש לבחון באיזו מידה הוראות התכנית קובעות אילו מקרקעין יושבחו מכוחה.

ככל שמדובר בתכנית שניתן להוציא מכוחה היתר במסלול תואם תכנית ללא הליך פרסום דמוי הקלה וללא שיקול דעת לוועדה המקומית, הרי שמדובר בזכויות מוקנות. במצב כזה יש לגבות היטל השבחה בעת מכר. ככל שמתן ההיתר מותנה בשיקול דעת, בפרסום ובהתנגדויות, אירוע המס יתגבש רק בעת הוצאת היתר בניה. במקרה שלישי, אם התכנית מקנה שיקול דעת מסוים אך לא נדרש פרסום להתנגדויות, מועד אירוע המס יהא הוצאת ההיתר, קרי הפיכת הזכויות למוקנות (ראו פירוט נוסף לעניין המצב השלישי בסעיפים 37-44 לעמדתה).

ד. אשר להנחיות שניתנו לשמאי המייעץ על ידי ועדת הערר, אין פסול במתן הנחיות מקצועיות על מנת לשמור על אמות מידה אחידות בעריכת חוות דעת שמאיות במקרים שונים.

ד': על מהותו של היטל השבחה

13. אישור תכנית מתאר עשוי להשפיע על ערכם של מקרקעין המצויים בתחומי התכנית או בסמוך להם. כאשר התכנית מביאה לעליית ערכם של מקרקעין, עשויים, או עלולים מבחינתם, בעלי הזכויות בהם, להידרש לשתף את הציבור בטובת ההנאה שצמחה להם בזכות התכנית. השתתפות זו נעשית בדרך של תשלום היטל השבחה. המחוקק קבע חבות זו [בסעיף 196א](#) לתוספת השלישית [לחוק התכנון והבניה](#).

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), עמד בית המשפט העליון על הרעיון העומד ביסוד היטל השבחה:

"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 ישא בהוצאות התכנון והפיתוח...".

[סעיף 13א](#)) לתוספת השלישית [לחוק התכנון והבניה](#) קובע כי סכומים שנגבו כהיטל מיועדים לכיסוי ההוצאות של הוועדה המקומית או של רשות מקומית לשם הכנת תכניות במרחב התכנון המקומי ולביצוען וכן להוצאות פיתוח ורכישת מקרקעין לצרכי ציבור, כמו גם להוצאות שימור אתרים או הפקעתם.

14. [סעיף 1א](#)) לתוספת השלישית [לחוק התכנון והבניה](#) מגדיר "השבחה" באופן הבא: "השבחה" - עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג".

שני תנאים צריכים להתקיים על מנת שיוטל היטל השבחה: האחד, שווי המקרקעין עלה. השני, העלייה הינה עקב אחת מפעולות התכנון האמורות. תנאים אלו במצטבר יוצרים את החיוב בהיטל השבחה. לכן, לא ייגבה היטל השבחה בגין עליית שווי מקרקעין שנגרמה שלא עקב אחת משלוש פעולות התכנון המנויות בסעיף האמור, כגון בשל עליית מחירים כללית בשוק החופשי ולא ייגבה היטל בשל אחת מפעולות התכנון המוזכרות בסעיף אשר לא הביאה בפועל לעליית שווי המקרקעין (ראו אהרן נמדר [היטל השבחה](#) (2011) 63-62; להלן - נמדר).

15. כך, בשונה ממס שבח, היטל השבחה אינו מס המוטל על עצם עליית שוויים של מקרקעין בשוק החופשי, אלא על עליית שווי שנגרמה בשל פעולות תכנון של רשות מקומית (אהרן נמדר ושולה בנדר "היטל השבחה: מהי 'תכנית' משביחה שעליה מוטל ההיטל" [מקרקעין](#) 6/3 (2007)). [חוק התכנון והבניה](#) אף מבחין בין האירוע המצית את החיוב בהשבחה לבין האירוע שבו מנצל הנישום את המקרקעין שבהם חלה ההשבחה.

16. [סעיף 1\(א\)](#) לתוספת השלישית ל[חוק התכנון והבניה](#) מגדיר שלושה מצבים של מימוש הזכויות מושא אירוע המס: א. קבלת היתר לבניה או לשימוש שלא ניתן היה לתיתם ללא אישור תכנית, מתן הקלה או שימוש חורג; ב. התחלת שימוש בפועל עקב אישור תכנית; ג. העברת הזכויות במקרקעין, בשלמות או חלקית, הטעונה רישום (בהסתייגויות שבסעיף).

17. [סעיף 4](#) לתוספת השלישית קובע הוראות שונות ביחס לשומת ההשבחה. ביניהן, [סעיף 1\(4\)](#) הקובע כי "ההשבחה תיקבע בידי שמאי מקרקעין בסמוך לאחר אישור התכנית, התרת השימוש החורג או מתן ההקלה; אולם רשאית הועדה המקומית לדחות את עריכת שומת ההשבחה עקב אישור תכנית עד למימוש הזכויות במקרקעין שבהם חלה ההשבחה".

סעיף זה קובע את העיקרון המוכר בדיני המס כעקרון דחיית המס או עקרון המימוש (ראו משה [גלברד](#) "מועד התשלום של היטל השבחה" בעסקת מכר מקרקעין" [מאזני משפט](#) ג 87, 106-111 (תשס"ה); להלן - [גלברד](#)). הסעיף קובע כי כאשר פעולת התכנון היא אישור תכנית, הוועדה המקומית רשאית לדחות את עריכת השומה, וממילא את מועד התשלום בגין ההשבחה שנוצרה עם אישור התכנית, עד למועד מימוש הזכויות.

בבסיס עקרון המימוש עומדים שלושה רציונלים: נזילות; יכולת מדידה של הרווח שהופק; וודאות כי אכן נוצר רווח (ע"א [6126/98 חברת חלקה 520 בגוש 6043 בע"מ \(בפירוק מרצון\)](#) נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון, פ"ד נה(4) 769, 780 (2001)). רציונלים אלה מאפשרים לנישום לשלם את היטל השבחה במועד שבו בעל המקרקעין מוכר את המקרקעין, הוא המועד שבו יש לו כסף נזיל שיכול לשמשו לתשלום המס. לכן מאפשר המחוקק לדחות את תשלום היטל השבחה עד למועד המכירה ([גלברד](#), עמ' 111-110).

18. [סעיף 7\(4\)](#) לתוספת השלישית מורה כך:

"השומה תיערך ליום תחילת התכנית, או ליום אישור ההקלה או השימוש החורג, לפי הענין, בהתחשב בעליית ערך המקרקעין וכאילו נמכרו בשוק חפשי."

על מנת לחשב את ההשבחה יש להעריך את שווי המקרקעין פעמיים. אחת, בהתאם לזכויות שהוענקו בתכנית – המצב החדש. השניה, בהתאם לזכויות הקיימות אילולא התכנית – המצב הקודם. היטל ההשבחה הינו חמישים אחוזים מההפרש בין המצב החדש למצב הקודם, ככל שקיים (רע"א 4217/04 פמיני נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים 22.10.06), סעיף 8; להלן – עניין פמיני).

19. במקרים לא מעטים, אין מדובר בנוסחה פשוטה ליישום. הקושי הוא בעיקר בקביעת שווי המקרקעין במצב הקודם (ראו אירית גיל ורחל אלטרמן **היטל השבחה בישראל: סוגיות שבחוק ובדרך הפעלתו 93-102** (מהדורה שנייה, 1995); להלן – **גיל ואלטרמן**).

כך, במצב שבו שווי המקרקעין עלה עקב ציפיות לאישור תכנית לפני התאריך הקובע, יהיה ההפרש בין שווי השוק במצב הקודם לבין שווי השוק במצב החדש נמוך או אפסי, שכן שני "המצבים" מחושבים נכון לאותו תאריך, הוא התאריך הקובע. כדי להתמודד עם קושי זה ולבודד את עליית השווי במקרקעין שנוצרה עקב פעולת התכנון ולא עקב גורמים אחרים, נפסק כי יש להוציא מכלל הנתונים האובייקטיביים המשפיעים על שווי השוק של המקרקעין ערב אישורה של התכנית המשביחה, את עליית המחיר שנגרמה עקב הציפיות הקיימות בשוק כתוצאה מהליכי התכנון (עניין **פמיני**, סעיף 8). סוגיית "ניכוי הציפיות" היא סוגיה אחת מיני רבות המתעוררות בשל היעדר בהירות בחוק בכל הנוגע לדרך שבה יש לחשב את ההשבחה (**גיל ואלטרמן**, עמ' 102).

ה': האם חלות הוראות הפטור מהיטל השבחה על מימוש זכויות המערער במכר?

הוראות הפטור מהיטל השבחה

20. **סעיף 19(ב)** לתוספת השלישית ל**חוק התכנון והבניה** מורה אותנו כך:

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

...

(10) השבחה במקרקעין בשל קבלת היתר לבנייה או להרחבה של דירת מגורים, שניתן

מכוח תכנית כמפורט להלן:

(א) תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה (תמ"א 38), ואולם על החלק מההשבחה שמקורו בתוספת שטחי בנייה בשיעור שטחה של קומה טיפוסית מורחבת או חלקה, מעבר ל-2.5 קומות טיפוסיות מורחבות, כאמור בסעיף 14א(א)(2) לתכנית האמורה, יחול היטל השבחה ששיעורו רבע ההשבחה, בכפוף להוראות סעיף קטן (ב2);

(ב) תכנית מפורטת שהוכנה על פי הוראות תכנית המתאר הארצית האמורה בפסקת משנה (א) ושבין מטרותיה חיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה; פטור לפי פסקת משנה זו יחול רק לגבי חלק מההשבחה שהיה פטור מתשלום היטל השבחה לו ניתן היתר לפי תכנית המתאר הארצית האמורה בפסקת משנה (א); הוראות פסקה זו יחולו אף אם פקעה תכנית החיזוק (תמ"א 38) ובלבד שהוחלט על הפקדת התכנית המפורטת כאמור לפני תחילתו של [חוק התכנון והבנייה](#) (תיקון מס' 139), התשפ"ב-2022;

(ג) תכנית אחרת המאפשרת בניית חדר מגורים על גג המבנה; פטור לפי פסקת משנה זו יחול רק לגבי חדר מגורים כאמור הצמוד לדירה שתיווסף לפי התכניות האמורות בפסקאות משנה (א) או (ב) ונכלל בהיתר שניתן לצורך חיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה על פי הוראות תכניות אלה; שר הפנים רשאי, באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, לקבוע יישובים או אזורים, לפי אמות מידה שיקבע, שבהם לא יחולו הוראות פסקת משנה זו.

21. מכיוון שבין הצדדים ניטשת מחלוקת האם הוראות הפטור חלות גם במקרה של מכר, שלא נזכר בסעיף לעיל, אזכיר מושכלות יסוד בפרשנותו של טקסט משפטי, ובמקרה דנן - הוראת חוק, פעולה משולבת של פרשנות לשון ותכלית החוק: "מילות החוק ומטרתו הן כלים שלובים. על המטרה ניתן ללמוד מהמילים, ואת המלים יש לפרש על-פי המטרה" ([בג"ץ 507/81 ח"כ אבו חצירה נ' היועץ המשפטי לממשלה](#), פ"ד לה(4) 561, 584 (1981)).

עם זאת, לשון הנורמה היא נקודת המוצא וחובה למצוא בה נקודת אחיזה: "הלשון קובעת את מיתחם האפשרויות הלשוניות. כל אופציה פרשנית חייבת לתחם עצמה למסגרתו של מיתחם זה. הפרשן אינו רשאי ליתן ללשון הטקסט משמעות שזו אינה יכולה לשאת... הוא צריך תמיד למצוא נקודת אחיזה ארכימדית בלשון החוק. לשון הנורמה משמשת הן נקודת מוצא לתהליך הפרשנות, והן מסגרת שבתוכה הוא פועל. אמת, המרכיב הלשוני אינו תנאי מספיק לפרשנות. אך הוא תנאי הכרחי לה" ([בג"ץ 4562/92 ח"כ זנדברג נ' רשות השידור](#), פ"ד נ(2) 793, 801 (1996)).

ועוד נפסק: "מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש" ([ד"ע 40/80 קניג נ' כהן](#), פ"ד לו(3) 701, 715 (1982)).

אף דברי ההסבר להצעת החוק הינם כלי פרשני חשוב: "להשקפתי, מתוך ניסיון, סבורני כי יש משמעות פרשנית רבה לדברי ההסבר, המשקפים ככלל נאמנה את העמדה שביסוד הצעת החוק" ([ע"א 9111/08 הקופה לתגמולים ופנסיה של עובדי הסוכנות היהודית לא"י נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור ירושלים](#) (19.5.11), פסקה י"ז; כן ראו [ע"א 3115/93 יעקב](#)

נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549 (1997); אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך שני: פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 595 – 599.

22. לשון הסעיף ברורה: **"השבחה במקרקעין בשל קבלת היתר לבנייה או להרחבה של דירת מגורים"**.

צא ולמד, הפטור שיוחד ע"י המחוקק הינו לאירוע מימוש זכויות בדרך של קבלת היתר בנייה, ובאותם תנאים שנקבעו בהוראות הפטור. אין כל אחיזה לשונית לכך שהפטור חל על מכר.

23. תכלית הוראות הפטור ברורה, לעודד ביצוע בפועל של בנייה לפי הוראות תמ"א 38 או תכנית מכוח סעיף 23 לתמ"א 38, שעיקרן חיזוק מפני רעידות אדמה, כלומר שמירה על ביטחון הציבור, ולא מתן הטבה בעת מכר.

24. כאמור, יש ליתן משקל גם לדברי ההסבר לחוק (ראו במסגרת תיקון 96 לחוק התכנון והבניה משנת 2011):

"החוק המוצע מבקש לעגן כהוראה של קבע מתן פטור מתשלום היטל השבחה על פי החוק, בשל השבחה שנגרמה למקרקעין בעת ביצוע חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, בהתאם לתמ"א 38 או על פי תכנית שהוכנה מכוחה ושמטרתה חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה. לפי המוצע הפטור שיינתן כאמור יהיה פטור מלא ולא פטור חלקי כפי שנקבע בזמנו בהוראת השעה".

דברי ההסבר, שכאמור מהווים כלי פרשני חשוב, מלמדים כי המחוקק התכוון להגביל את הפטור מהיטל דווקא לעת ביצוע חיזוק המבנה, כלומר בעת קבלת היתר לבנייה, ולא על דרך של מכר זכויות.

25. לפיכך, מסקנתי הינה כי **סעיף 19(ב) לחוק התכנון והבניה** איננו מעניק פטור בעת מכר.

מהותן של הזכויות על פי תוכנית רובע 3

26. "תכנית" מוגדרת **בסעיף 1** לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה כך: **"תכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת למעט תכנית כוללנית"**. בעת אישור תכנית מפורטת המביאה להשבחת מקרקעין נוצר החיוב בהיטל השבחה. במועד זה ניתן כבר לבחון ברמת וודאות מספקת האם בעל הזכויות מפיק הנאה ממשית שניתן למדוד בעליית שווי הזכויות עקב אישור התכנית. תכנית כוללנית אינה מתאפיינת בפירוט אשר יכול להביא לוודאות בהערכת עליית השווי.

27. בפסיקת בית המשפט העליון נקבעו אמות מידה לבחינת השאלה מתי תכנית היא בגדר "תכנית מפורטת", הנזכרת **בסעיף 1** לתוספת השלישית **לחוק התכנון והבניה**, ומשכך היא מהווה "תכנית", המחייבת בתשלום היטל השבחה.

כך, נקבע כי תכנית מתאר ארצית עשויה להיחשב בגדר תכנית מפורטת אם היא מאפשרת להוציא מכוחה היתרי בניה וכוללת, כתנאי למתן ההיתר, את הפרטים **שבסעיף 145(ז) לחוק התכנון והבניה**. שמה הרשמי של התכנית אינו הגורם הקובע אם מדובר בתכנית מפורטת, אלא יש לבחון את מידת הפירוט בה **(עע"מ 8600/15 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' פז גז בע"מ (1.11.18); רע"א 384/99 מועש בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה טבריה (19.10.99); להלן – עניין מועש)**.

28. עתה, אפנה את הילוכי לבחינת תכנית רובע 3. האם הזכויות בה הינן כוללניות או שמא הינן מוקנות וקונקרטיות?

29. המשיבה טענה כי תכנית רובע 3 כוללת זכויות בניה מוקנות. המערער בדיון הסביר כי להשקפתו "הזכויות בתוכנית על פניהן הן זכויות מוקנות". (עמ' 2 לפרוטוקול, ש' 19). אתיחס לסוגיה זו.

30. סעיף 22 לתמ"א 38 קובע כך: **"אין באמור בתכנית זו כדי לשלול מסמכותה של הוועדה המקומית לסרב לתת היתר לבניה הכרוך בתוספת זכויות בניה על פי סעיפים 11 – 14א אם מצאה משיקולים תכנוניים, או אדריכליים, נופיים, כושר נשיאה של תשתיות, כי יש לסרב לבקשה להיתר או אם מצאה כי תוספת הבניה צריכה להיבחן במסגרת תכנית שתסדיר עניינים נוספים אלו לאור התוספת המבוקשת. הוועדה המקומית תפרט בכתב את הנימוקים לסירוב כאמור. ועדה מקומית רשאית לשקול, בין השאר, הוראות של תכנית כוללנית לרבות תכנית כוללנית שהוחלט להפקידה, או מסמכי מדיניות שהוכנו על ידה, במסגרת שיקוליה בבקשה להיתר לפי תכנית זו"**.

לעומת שיקול דעת רחב זה, תכנית רובע 3 אינה כוללת מרחב שיקול דעת רב, אם בכלל. הלשון שנקטה בה בכל הקטעים הרלבנטיים היא **"תותר בניה..."** באזורים השונים בה (ראו עמ' 11 – 12 לתכנית, ובהקשר לבנין, סעיף 2ד' שם).

ועוד, בניגוד לסעיף 27 לתמ"א 38, המטיל חובת יידוע הציבור שבעקבותיהן יכול ויגשו התנגדויות לבקשה להיתר, **אין הוראה מעין זו בתכנית רובע 3**. המדובר איפוא בזכויות מוקנות המאפשרות קבלת היתר אם המבקש עומד בהוראות התכנית.

31. טוען המערער כי למרות שתכנית רובע 3 לא מקנה לוועדה המקומית שיקול דעת, הרי שעדיין הזכויות שהיא מקנה הינן בגדר "צפות", בשל כך שאחוז המימוש הצפוי אינו עולה על 10%, כך שהמימוש מוטל בספק רב. אין בידי לקבל את הטענה.

ראשית, אחוז המימוש הצפוי הנטען ע"י המערער צוין בדעת המיעוט ע"י השמאי עירון ביחס לרובע אחר, רובע "לב העיר". בתכנית רובע 3 הוערך 50% מימוש צפוי (עמ' 12 לתכנית למטה).

שנית וחשוב מכך: השאלה האם מדובר בזכויות מוקנות נבחנת תוך בחינת הוראות התכנית ולא מתוך הערכה מהו אחוז מימוש התכנית או מתוך מימוש בפועל לאחר כניסתה לתוקף. **ודוק**, אין פירושו כי אין משמעות לעניין זה. עניין המימוש הצפוי של התכנית שייך לפן השמאי, כאשר השמאי המייעץ אמור לעסוק בסוגיה זו. אין הדבר משפיע על הקביעה האם התכנית יוצרת חיוב **עקרוני** בהיטל השבחה אם לאו, **להבדיל מהשבחה קונקרטי** במקרה מסוים.

32. שלישית, חיזוק לכך ניתן למצוא ב**בר"מ 168/20 ברקול נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה חולון (15.2.23)** (להלן – עניין **ברקול**), ובעמדת היועצת המשפטית לממשלה (סעיפים 37-39 לעמדתה).

בעניין **ברקול** נדון מועד התגבשות הוודאות והקונקרטיות של הזכויות על פי התוכניות העירוניות. תוך צמצום מסוים של הלכת **אליק רון**, נפסק כי תכניות בעניין היקף שטחי שירות במבנה מסחרי הובילו לגיבוש קונקרטי של זכויות מותנות שמקורן בתכנית קודמת. לכן, אף שמקור ההשבחה מצוי כבר בתכנית המקורית כך שיש לראות בה כמחוללת המס, השבחה זו מתגבשת סופית רק עם מתן החלטה קונקרטי של הוועדה המקומית לעניין שטחי השירות, כך שיש לראות במועד החלטה זו כתאריך הקובע ביחס לשומת ההשבחה העודפת (כן ראו **בר"מ 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, אשקלון (20.4.16)**; להלן – עניין **אופל קרדן**).

נוכח האמור בעניין **ברקול**, ובהינתן שהיקף שיקול דעת הוועדה המקומית בתכנית רובע 3 מצומצם מאד, אם בכלל, הרי שהזכויות על פיה מוקנות ומימושן מחייב גבית היטל השבחה.

33. לפיכך, מסקנתי הינה כי תכנית רובע 3 הינה תכנית קונקרטי ומסוימת היוצרת ודאות עקרונית וממילא מקנה זכויות בניה. על כן, ההשבחה מתגבשת בעת אישורה וההיטל משולם בעת מכר, כפי בענייננו.

34. המערער גם מפנה בהקשר זה לערר **85064/10 צ.ו.ר מעוף השקעות נדל"ן ונכסים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב (17.1.13)**, וטוען כי ניתן ללמוד מההחלטה בעניין זה על מתן פטור מהיטל השבחה גם בעת מכר זכויות.

ראשית, בכל הכבוד, החלטת ועדת ערר איננה בגדר תקדים מנחה או מחייב כלפי בית משפט מחוזי. שנית, עיון בהחלטה זו מלמד כי לא נקבע בה שיש ליתן פטור גם בעת מכר מכוח תכנית שהוכנה מכוח תמ"א 38. באותו מקרה נקבע כי לא התגבשה החבות בהיטל השבחה בגין תמ"א 38 בעת המכר בשל כך שמדובר בתכנית צפה **ולא קונקרטי**. לא נקבע כי יש פטור בעת מכר בעת שחלה על המקרקעין תכנית מפורטת שנערכה מכוח תמ"א 38.

35. לאור האמור, נקבע כי המערער אינו זכאי לפטור מהיטל השבחה וכי הזכויות שהוקנו לדירות מכוח תכנית רובע 3 הינן זכויות מוקנות שבגינן ניתן לגבות היטל השבחה במכר.
36. נוכח מסקנה זו, יש לבחון האם יש להביא בחשבון בעת קביעת "מצב קודם" את הזכויות על פי תמ"א 38. לצורך זה אבחן תחילה את מהות הזכויות על פיה.

ו': מהותה של תמ"א 38 – זכויות מוקנות או מותנות?

37. בהחלטת ועדת הערר נקבע כי יש לערוך אבחנה בין זכויות מכוחה של תמ"א 38 שהינן זכויות מותנות, שהשבחה לפיה מתגבשת עם הוצאת היתר בניה, לבין הזכויות מכוח תכנית רובע 3 שהינן זכויות מוקנות וקונקרטיות, ובשל כך השבחה מתגבשת עם אישורה.
38. בדיון עצמו לא חלק המערער על כך כי הזכויות מכוח תמ"א 38 הינן זכויות מותנות (עמ' 2 לפרוטוקול, ש' 24-25). עם זאת ועל מנת שהנייר לא יימצא חסר, אתיחס לסוגיה זו.
39. כאמור, נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי תכנית תיחשב כתכנית מפורטת ולפיכך יש לגבות היטל השבחה בעטיה, כאשר היא מאפשרת להוציא מכוחה היתרי בניה וכוללת, כתנאי למתן ההיתר, את הפרטים [שבסעיף 145\(ז\) לחוק התכנון והבניה](#). שמה הרשמי של התכנית אינו הגורם הקובע אם מדובר בתכנית מפורטת, אלא יש לבחון את מידת הפירוט בה.
40. האם תמ"א 38 הינה תכנית צפה או קונקרטית? על כך השיב בית המשפט העליון:

"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... לכן, מקובלת עליו עמדת המלומד נמדר כי לגבי [תמ"א 38](#), המחוקק ראה את מועד הוצאת היתר הבניה כמועד המצית את החיוב בהיטל השבחה, 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" (עניין אליק רון, פסקאות 56-57).

ועוד נקבע כי הזכויות שבתמ"א 38 אינן זכויות מוקנות אלא מדובר בזכויות מותנות (עע"מ [7381/15 ש. דורפברגר בע"מ נ' עודד](#) (30.10.16), סעיף 31; להלן – עניין דורפברגר).

41. מסקנות אלה עולות גם מסעיף 22 לתמ"א 38, המקנה לוועדה המקומית שיקול דעת אם ליתן היתר בניה מכוחה:

"אין באמור בתכנית זו כדי לשלול מסמכותה של ועדה מקומית לסרב לתת היתר לבניה הכרוך בתוספת זכויות בניה....אם מצאה משיקולים תכנוניים, או אדריכליים, נופיים, כושר נשיאה של תשתיות, כי יש לסרב לבקשה להיתר או כי מצאה כי תוספת הבניה צריכה להיבחן במסגרת תכנית שתסדיר עניינים נוספים אלו לאור התוספת המבוקשת...."

42. המסקנה הינה איפוא כי הזכויות לפי תמ"א 38 הינן זכויות מותנות, ולא ניתן לגבות מכוחה היטל השבחה בעת מכר.

ז': האם יש להביא בחשבון את תמ"א 38 בעת קביעת שווי ב"מצב קודם"?

43. המערער טוען כי יש להביא בחשבון בקביעת "מצב קודם" את עליית שווי המקרקעין בשל תמ"א 38. המערער הפנה בהקשר לכך למספר פסקי דין, עליהם אעמוד בהמשך.

44. המשיבה בתשובתה הפנתה בעיקר להחלטת ועדת הערר. זו קבעה כי לפי הפסיקה, ההשבחה לפי תמ"א 38 מתגבשת בעת מתן היתר הבניה שכן מדובר בתכנית צפה. הזכות לפי תמ"א 38 אינה זכות משפטית ויש לנטרל ציפייה של השוק למתן היתר מכוחה. כיוון שכך יש לנטרל גם ציפייה בשל מסמך המדיניות.

המשיבה מציינת כי בהתאם לפסיקה, הזכויות לפי תמ"א 38 הינן זכויות מותנות ולא מוקנות, כאמור. הבאתה בחשבון של עליית שווי בשל ציפייה זו תביא לגביה בחסר של היטל השבחה ולפגיעה בקופה הציבורית. המשיבה מפנה בין היתר לעמ"נ (מחוזי חי') [33949-09-20 לביא נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה](#) (12.7.21); להלן – ענין לביא), בו נקבע כי בהערכת שווי הזכויות יש לחשב את השווי בהתאם לזכויות על פי התכנית המפורטת ואין להוסיף את שווי פוטנציאל הזכויות לפי תמ"א 38 מאחר שלא התגבשו זכויות קונקרטיים מכוחה (סעיף 50 לפסק הדין).

45. אזכיר שוב את הוראת [סעיף 4\(7\)](#) לתוספת השלישית הקובעת כי: "השומה תיערך ליום תחילת התכנית, או ליום אישור ההקלה או השימוש החורג, לפי הענין, בהתחשב בעליית ערך המקרקעין וכאילו נמכרו בשוק חפשי".

וכפי שקבע בית המשפט העליון :

"היטל השבחה מוטל על השבחת-תכנון, ואך-ורק על השבחת-תכנון. שוויים של מקרקעין יכול שיעלה מטעמים שאינם טעמי-תכנון, אך על השבחה זו אין מוטל היטל השבחה... בחישוב השבחתם של מקרקעין לא תובא במניין אלא השבחה הקשורה בקשר סיבתי ישיר לתכנית המשביחה. על השמאי לחלץ ולבודד את המרכיב של השבחת התכנון מכל יתר המרכיבים שהביאו לעליית שוויים של המקרקעין, ורק השבחה זו תשמש נושא להיטל השבחה" (דנ"א 3768/98 קריית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נו(5) 49, 79 (2002); ההדגשה אינה במקור; להלן – עניין קריית בית הכרם).

46. השאלה הינה האם ציפיית השוק – "קונה מרצון" - לקבלת היתר בניה מכוח תמ"א 38 הינה נתון שעל השמאי המייעץ לשקלל בעת קביעת "מצב קודם" של המקרקעין.

למיטב בדיקתי, שאלה זו טרם הוכרעה מפורשות על ידי בית המשפט העליון. להלן אסקור מספר פסקי דין רלבנטיים לשם הכרעה בשאלה זו.

עניין לוסטרניק, עניין בירנבך והפסיקה הנסמכת עליהם

47. ברע"א 4487/01 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רחובות נ' מ. לוסטרניק ובנו חברה להנדסה ובניין בע"מ, פ"ד נו(5) 529 (2003) (להלן – עניין לוסטרניק), נדון מצב דברים בו שמאי מכריע התחשב, בין היתר, בעובדה כי החלק העורפי של המקרקעין, שיעודם היה חקלאי טרם אישור תכנית שמאפשרת בניה עליהם, נמצא ברחוב סואן ובלב שכונת בנייה למגורים. כך, שאף שיעודו הקודם היה ייעוד חקלאי, הציפיות לתכנון עתידי של החלקה מהוות גורם המשפיע על ערכם ב"מצב קודם" (אף טרם השינוי התכנוני עצמו).

48. בית המשפט העליון קבע, ומפאת חשיבות הדברים אביא אותם באריכות יחסית:

"שווי השוק של מקרקעין יכול להיות מושפע ממספר רב של גורמים, כמו מיקומם, טיבם ושטחם... עם זאת נדמה כי לגורמי התכנון השפעה מכרעת, באשר אלה קובעים את פוטנציאל המקרקעין ואת אפשרויות הניצול הגלומות בהם. שווייה של קרקע המיועדת לבנייה אינו כשווייה של קרקע חקלאית, ושווייה של זו אינו כשווייה של קרקע המיועדת לצורכי ציבור. עם זאת עשוי שוויים של מקרקעין להשתנות בתגובה לציפיות לשינוי תכנוני, ולא דווקא לשינוי התכנוני-סטטוטורי עצמו. ובמלים אחרות, עצם הידיעה על אפשרות הכנתה של תכנית עשויה להשפיע על ערך המקרקעין, והשאלה היא אפוא אם נכון לייחס משקל לציפיות מסוג זה, ולאילו מהן, ודוק: ציפיות לשינוי ייעוד תכנוני יכולות לצמוח ממספר רב של גורמים, ולא דווקא מתקווה לאישורה של תכנית מסוימת. עמד על כך ה' רוסטוביץ בספרו היטל השבחה...: "ציפיות לשינוי תכנית יכולות להתעורר בעקבות נאום בחירות של ראש רשות מקומית, בעקבות הצהרת מדיניות חדשה של שר השיכון והבנייה, בעקבות קבלת החלטה של מינהל מקרקעי ישראל וכיוצא באלה. קרקע

חקלאית, הגובלת באזור בנוי, עשויה לעורר ציפיות להפיכתה לקרקע עירונית. אישור תכנית מתאר ארצית או תכנית מתאר מחוזית מעורר ציפיות לאישורן של תכניות מפורטות..." (ההדגשה אינה במקור).

49. ממשיך בית המשפט העליון בעניין **לוסטרניק** וקובע:

"עולה מהאמור הוא כי את "שווי השוק" של מקרקעין יש לבחון מבעד למשקפיו של אותו "קונה מרצון" אלמוני, כאשר הדגש הוא על המידע שהיה בידיו ועל מערכת ציפיותיו מהמקרקעין שהוצעו לו ערב אישורה של התכנית המשביחה... 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 ההשבחה...".

בית המשפט העליון ציין בעניין **לוסטרניק**, כי השמאי המכריע הבהיר בחוות דעתו שבהערכת שווי החלק העורפי במקרקעין לא כלל את הציפיות לגבי התכנית שאושרה לבסוף, אך הביא בחשבון גורמים **אחרים** כגון תכניות מאושרות ולא מאושרות, מיקום החלקה שהיתה ביעוד חקלאי בלב אזור מגורים, אישורים שנתנה הועדה המקומית בעבר לבניה באזור ועוד, כאשר הועדה המקומית סברה כי יש להתעלם מהם בעת קביעת "מצב קודם".

50. סופו של דבר, בעניין **לוסטרניק** בית המשפט העליון דחה את עמדת הועדה המקומית בקובעו:

"להשקפה זו אינני יכול להצטרף. כאמור, הציפייה הכללית לפיתוח מקרקעין היא חלק אינטגרלי מהפוטנציאל הכלכלי שלה. שוויים של מקרקעין שייעודם חקלאי הנמצאים בלב אזור חקלאי, אינו כשוויים של מקרקעין חקלאיים הצמודים לאזור בנוי... כאן המקום להדגיש כי הרחבה של מסגרת הציפיות שיש לגרוע לצורך חישוב ערך הקרקע ערב אישורה של התכנית המשביחה, כעתירת המערערת, אינה הולמת אף את לשון החוק ותכליתו. לשונו – כיצד? מפני ש"השבחה" מוגדרת בסעיף 1 לתוספת כעליית ערכם של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג, לאמור: נדרש קשר סיבתי ישיר בין התכנית המשביחה לבין עליית הערך, ומכאן אתה למד כי כל ציפייה שאין מתקיים בה קשר מסוג זה, רשאי השמאי להביאה בחשבון". (ההדגשה אינה במקור).

51. כחלק מהנמקותיו, ציטט בית המשפט בעניין **לוסטרניק מע"א 483/86 בירנבך נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל אביב-יפו**, פ"ד מב(3) 228, 233 (1988) (להלן – עניין **בירנבך**), שם נדונה תביעת פיצויים מכח **סעיף 197 לחוק התכנון והבניה**. באותו מקרה, נדונה השאלה האם יש להביא בחשבון בעת קביעת "מצב קודם" תכנית שפורסמה להפקדה והיתה אמורה לחול על המקרקעין, אך לא אושרה במתכונת זו. כאשר אושרה, נקבע כי לא תחול על המקרקעין מושא ההליך. וכך קבע בית המשפט העליון בעניין **בירנבך**:

"השאלה היא, אם כן, אם יש להתחשב בתכנית 897 במעמדה המשפטי כתכנית צפויה, בחישוב הפיצויים לפי סעיף 197 לחוק. באת הכוח המלומדת של הוועדה המחוזית...מסכימה כי 'הפגיעה בפוטנציאל הפיתוח של המקרקעין היא פגיעה המקימה עילת תביעה לפי סעיף 197; אולם הפוטנציאל של הנכס נקבע בהתאם לתכנית החלה עליו בטרם נפגע וסיכויי הצפויים על-פי המידע הקיים אז'. סברה זו מקובלת עליי. הפוטנציאל התכנוני של נכס מקרקעין, אשר 'נפגע' על-ידי תכנית, איננו מגולם אך ורק בתוכנית המיתאר, אשר חלה עליו עובר לכניסתה לתוקף של התכנית הפוגעת. אינפורמציה תכנונית רלוואנטית מצויה גם בתכניות צפויות, המיועדות לחול על המקרקעין. המדובר בסיכוי להרחבת אפשרויות הניצול של המקרקעין, למשל, על דרך של שינוי ייעוד או הגדלת אחוזי בנייה, ובלבד שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא ודאי, או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין" (עמ' 234; ההדגשה אינה במקור).

בהמשך קבע בית המשפט בעניין **בירנבך** כי הסוגיה אינה צריכה במישרין לעניין שכן אותה "ציפיה" לגבי המקרקעין, ככל שהיתה, נמשכה באותו מקרה כארבע שנים בלבד, שנים רבות לפני כניסתה לתוקף של "התכנית הפוגעת", עת הוחלט להוציא את המקרקעין מתחולת תכנית. לכן, בעל המקרקעין לא יכול לטעון ל"שותפות בתנופת הפיתוח והבניה" באזור, כלשון בית המשפט העליון.

מכל מקום, ניתן לראות כי בית המשפט העליון הכיר בעניין **לוסטרניק בתכנית שלא אושרה** כבעלת פוטנציאל להעלות שווי מקרקעין ועולה מדבריו כי ניתן בנסיבות מסוימות להביאה בחשבון בעת קביעת "מצב קודם", כל עוד מדובר בצפייה שאינה קלושה אלא ודאית, או לפחות הינה בגדר ציפיה סבירה בנסיבות העניין.

ודוק, בעניין **לוסטרניק** צוטטו בהסכמה הקביעות שבעניין **בירנבך** אף שדובר בו בתביעת פיצויים מכוח **סעיף 197 לחוק התכנון והבניה**, בעוד שבעניין **לוסטרניק** דובר במחלוקת על אודות היטל השבחה.

52. בשני מקרים נוספים, הראשון עסק בפיצויים בשל פגיעה והשני בפיצויים בשל הפקעה, הביע בית המשפט העליון הסכמה לעקרונות שהובאו לעיל מעניין **בירנבך** :

בע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' קהתי, פ"ד מח(2) 190 (1994), ציין בית המשפט כי הוא מסכים לעיקרון שנקבע בעניין **בירנבך**, אך לשיטתו "אין עניינו בשאלה משפטית אלא בשאלה עובדתית של שמאות...אם 'תכנית צפויה' משפיעה – הלכה למעשה – על שווים של מקרקעין מסוימים, פשיטא שהשפעה זו תמצא ביטוי בשומתם, ואילו אם 'תכנית צפויה' אחרת אינה משפיעה – הלכה למעשה – על שווים של מקרקעין מסוימים, לא תובא אותה תכנית במניין השומה" (שם, בעמ' 212-213; ההדגשה אינה במקור; להלן – עניין קהתי).

בע"א 3159/09 חברת רכבת ישראל בע"מ נ' בית עדה (28.4.13) נקבע, תוך הפניה לעניין **בירנבך**, כי ההפקעה התרחשה כשנה מיום שהופקדה תכנית שממנה עולה כי במקרקעין הרלוונטיים תוקם מסילת ברזל כפולה וכי זהו נתון "אשר היה על קונה פוטנציאלי – בהסתברות ממשית – להביא בחשבון" (פסקה ס"ד), ועל כן יש מקום להתחשב בו בעת חישוב שווי הפיצוי.

בית המשפט אף הפנה בהקשר זה לע"א 7798/11 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מפעלי תחנות בע"מ (21.3.13), שם נקבע כי "הכלל הוא, והוא מתיישב עם השכל הישר, כי שמאי, בגדרי סמכותו, יכול להביא בחשבון תכניות עתידיות, שהרי לכל בר דעת ודעת לנבון נקל, שערכו של נכס כרוך גם בנעשה סביבו, בבחינת תכניות בניה וכיוצא באלה" (פסקה ה' לפסק דין זה).

53. שמתי ליבי לכך שבעניין **לוסטרניק** דובר בחלקה בעלת יעוד חקלאי בלב אזור מגורים. עם זאת, יש לתת את הדעת לקביעה העקרונית של בית המשפט העליון במקרה זה וכן לקביעה בענין **בירנבך**, לפיה אם הציפיה של השוק מבוססת על סיכוי שאיננו קלוש ורחוק אלא ודאי, או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין, כלשון בית המשפט בעניין **בירנבך**, הרי שניתן להביאה בחשבון בקביעת מצבם הקודם של המקרקעין. זאת, כל עוד אין מדובר בהשבחה הנובעת מההליכים הכרוכים בתכנית המשביחה, כלשון בית המשפט בעניין **לוסטרניק**.

עניין אליק רון

54. בעניין **אליק רון** נקבע כאמור כי הזכויות לפי תמ"א 38 הינן זכויות מותנות ומכירת המקרקעין שעליהן היא חלה אינה מובילה לגביית היטל השבחה.

במקרה זה, הוראות בתכנית מתאר מקומית התנו הענקה של זכויות באישור נוסף של הוועדה המקומית. הזכויות המותנות שולבו בתכנית עם יתר הזכויות שבה. המקרקעין

שעליהם חלה התכנית נמכרו, ולאחר מכן ביקש יזם לממש את הזכויות המותנות בבקשה להיתר בניה. הוועדה המקומית אישרה את הזכויות המותנות בהיתר, אך ביקשה לגבות היטל השבחה בטענה כי אישור הזכויות המותנות מהווה השבחה. היזם טען כי היטל ההשבחה בגין הזכויות המותנות כבר שולם במועד מכירת המקרקעין.

בית המשפט העליון קבע באותו מקרה כי אישורן הסופי של הזכויות המותנות, להבדיל מהיותן מוטמעות בתכנית, מביא לעליית שווי המקרקעין. עליית השווי באה עקב אישור הזכויות בפועל בהמשך לתכנית שאושרה, ולא בשל גורמים "זרים", כמו עליית מחירים בשוק החופשי. לכאורה הדבר עולה בהגדרת "השבחה" ולכן יש לגבות מהיזם היטל בגין אישור הזכויות המותנות. עם זאת, אישור הזכויות המותנות שהוטמעו בתכנית אינו בגדר פעולה תכנונית של "הקלה" ויש לראותן כזכויות מעין-מוקנות. לכן, מועד ההשבחה, מועד אירוע המס, הוא עם אישור התכנית, ולא מועד אישור הזכויות בפועל.

חרף האמור, בחן בית המשפט העליון את האפשרות לחייב בהיטל השבחה "משלים" בגין אישור הזכויות בפועל, בציינו כי נוכח כך שאישור הזכויות המותנות הביא לעליית שווי המקרקעין, אפשר לטעון כי ניתן לראות את אישור הזכויות המותנות בפועל בגדר "אישור תכנית" לפי הגדרת "השבחה" בדין. נקבע כי יש להתייחס להשבחת המקרקעין עקב הזכויות המותנות כהשבחה אחת המורכבת הן מהזכויות המותנות-המוקנות המוטמעות בתכנית, והן מאישורן הסופי, כי יש לחשב השבחה זו בכללותה נכון למועד תחילת התוכנית, ולא במועד אישור הזכויות המותנות בפועל וכי אין לראות באישור הזכויות המותנות אירוע מס נוסף.

עוד נקבע כי על אף שההשבחה בכללותה תחושב נכון למועד תחילת התוכנית, היטל ההשבחה ייגבה בשני מועדי מימוש שונים. מאחר שיום תחילת התוכנית הוא המועד הקובע, הרי שיש להצמיד את הסכום פעם עד למועד המכירה ופעם עד ליום מתן היתר הבניה ומימוש הזכויות הוא דו-שלבי, בעת המכירה ובעת הוצאת היתר הבניה. כלומר, **ניתן לגבות היטל חלקי בעת המכירה ולחייב ב"השלמת היטל" בעת אישור הזכויות המותנות במועד הוצאת היתר הבניה.**

55. חשוב לענייננו סעיף 45 לפסק הדין בעניין **אליק רון**, בו המחיש בית המשפט העליון את קביעתו בדוגמא מספרית (ההדגשה אינה במקור):

"נניח שטרם אישור התכנית שווי המקרקעין היה 800 ₪. **כתוצאה מהכללת הזכויות המותנות בתכנית עלה ערכם של המקרקעין נכון ליום תחילת התכנית ל-1200 ₪.** אילו היו באותו מועד הזכויות המותנות וודאיות ולא מעין-מוקנות, היו המקרקעין נמכרים במחיר של 1,400 ₪. מכאן נובע כי במועד מכירת המקרקעין בו טרם אושרו הזכויות המותנות, תעמוד ההשבחה על 400 ₪ (800-1200) וההיטל יהיה 200 ₪. במועד הוצאת היתר הבניה, כאשר הזכויות המותנות הפכו לוודאיות, יצטרך בעל המקרקעין לשלם "השלמת היטל" בגובה 100 ₪ (2: 1200-1400). סך ההיטל שצריך להיות משולם בגין הזכויות המותנות לפי דוגמא זו עומד על 300 ₪

(המהווה 50% מההפרש שבין מחיר המקרקעין ללא הזכויות המותנות לבין מחיר המקרקעין כולל הזכויות המותנות, נכון למועד תחילת התוכנית).

עולה מהדוגמא המספרית שמביא בית המשפט העליון כי ניתן להכיר בעלית שווי מקרקעין לצורך קביעת "מצב קודם", גם בזכויות מותנות – חרף העובדה שאינן מוקנות.

עניין רבין

56. דעה דומה, אם כי אגב אורחא, הובעה גם ברע"א 6188/04 רבין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים" (26.9.03) (להלן – עניין רבין), שם נתגלעה מחלוקת האם שמאי מכריע אמור לקחת בחשבון בעת קביעת "מצב קודם" את עליית שווי המקרקעין בשל ציפייה שנוצרה עקב תחולת תכנית מתאר ארצית על המקרקעין (תמ"א 31):

"מבלי לקבוע מסמרות, דומה כי ההגיון וההגינות צועדים יד ביד ומחייבים כי המתחם שבמסגרתו תיבחן ההשבחה יהא ריאלי, קרי מחד גיסא לא יובא בחשבון ערך "היסטורי" בלבד, שאין לו ממשות כלכלית, ומאידך גיסא לא תהא הסתמכות ככל משפטה וחוקתה כמי שאין בלתה על תכנית שעודנה במישור כולל, ארצי, שלא פורט, ועל ציפיות לפיה. אותם הגינות והגיון מורים בענייננו, כי בתחום שיש בו גוני אפור תהא ההתייחסות השמאית מורכבת ומשקפת אותו "אפור": כל עוד לא נשתנה סטטוטורית הבסיס הראשוני ה"סולידי" הקיים, הריהו נקודת ההתחלה לשומת ערך הנכס; לא כל שכן כך כשהמדובר בתכנית שאיננה עתיקה אלא תכנית בת שנים לא רבות. אכן, בדרך אירעו בציר הזמן מאורעות נוספים שיש להם רלבנטיות לנושא, אך טרם היו לשינוי שריר, בריר וקיים. תכנית מתאר ארצית יכולה להיות בין אלה, ועמה אף ציפיות מסוימות העלולות להיגזר מנסיבותיו של הנכס, מיקומו וכיוצא בזה. להללו היה מקום לייחס משקל ומשמעות, אך לא להפכם לאין בלתם. אכן, לא היה, בכל הכבוד, מקום שלא להביא בחשבון - כגישתו של בית משפט השלום - את השווי המקורי, ועם זאת לא היה מקום לראות את תכנית המתאר הארצית כאין וכאפס, כפי שאולי סברה המשיבה, אלא לשקללה לתוך המאזן" (סעיף 10; ההדגשה אינה במקור).

עניין מועש

57. ייעודן של תכניות מתאר ארציות או מחוזיות הוא לקבוע מדיניות תכנון מקיפה החלה על שטח תכנון נרחב. לכן לרוב, גם לא ניתן להוציא מכוחן של תכניות מתאר ארציות או מחוזיות היתרי בניה, שכן נדרשה רמת פירוט מסוימת החסרה בהן (נמדר, עמ' 66, ה"ש 38 ו-39). זאת, להבדיל מתוכניות מתאר מקומיות או מפורטות החלות על יחידת תכנון קטנה

וספציפית יותר אשר מכוחן ניתנים היתרי בנייה. עם זאת, דומה כי החלוקה ההיררכית המוגדרת שבין סוגי התכניות התרופפה ברבות השנים.

ניתן למצוא תכניות מתאר ארציות או מחוזיות היורדות לרמת פירוט כשל תכנית מקומית או מפורטת, באופן המאפשר הוצאת היתרי בנייה מכוחן בלבד, כגון תמ"א 18 המאפשרת הקמת תחנות תדלוק.

58. בעניין **מועש**, נדונה השאלה האם אישור תכנית מתאר ארצית, תמ"א 18, יוצר אירוע מס לצורך היטל השבחה, משהתאפשר מכוחה לקבל היתר בנייה. נקבע, בהסתמך על עניין **סי אנד סאן**, כי משהסירה תמ"א 18 מחסום נורמטיבי ואפשרה קבלת היתר, חלה השבחה במקרקעין, אך זאת מכוח התכנית.

59. ודוק: החיוב בהיטל השבחה בעניין **מועש** לא נעשה מכוח תמ"א 18 לבדה אלא מאחר שהיא שינתה תכנית קודמת מפורטת שכבר חלה על אותו שטח. אישור תכנית מתאר ארצית המשנה תכנית מקומית או מפורטת מהווה שינוי תכנית לכל דבר שכן מדובר ב"דבר חקיקה" במדרג נורמטיבי גבוה (תכנית מתאר ארצית) המשנה "דבר חקיקה" במדרג נורמטיבי נמוך ממנו כגון תכנית מתאר מקומית או מפורטת (גד ויסקינד **היטל השבחה מכח התקנות, האמנם?** מקרקעין ד(5) 65, 83 (2005)).

60. עולה מעניין **מועש** כי במקרים מתאימים, הוכרה האפשרות לחייב בהיטל השבחה מכוח תכנית מתאר ארצית, חרף המדרג הנורמטיבי שצויין לעיל.

עניין דלי דליה

61. **בבר"מ 10212/16 דלי דליה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה** (1.4.20) (להלן – עניין **דלי דליה**), נדונו, בהרכב מורחב, שתי שאלות: האחת, האם פגיעה בפוטנציאל תכנוני עשויה כשלעצמה, כלומר כשהיא אינה נלווית לפגיעה אחרת בתכנונות המקרקעין המוכרת כפגיעה לעניין **סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה**, להקים עילת תביעה לפי סעיף זה, ולו במצבים מסוימים; השנייה, שאלת השווי: האם, בהנחה שקיימת פגיעה נפרדת במקרקעין (ישירה או עקיפה), יש מקום להביא בחשבון פוטנציאל תכנוני בעת חישוב שווי הקרקע שנפגע "במצב הקודם", כלומר לפני אישור התכנית הפוגעת? ואם כן – באיזה אופן.

62. היועץ המשפטי לממשלה התייצב להליך והגיש עמדתו לפיה הבחין בין שתי שאלות. האחת, האם פגיעה בפוטנציאל תכנוני כתוצאה מתכנית חדשה יכולה כשלעצמה להיחשב פגיעה במקרקעין. והשנייה, בהנחה שאין מחלוקת בדבר קיומה של פגיעה במקרקעין, גם אם מטעם אחר, באיזו מידה יש מקום שהשמאי יביא בחשבון את הפוטנציאל התכנוני במסגרת הערכת שווים של מקרקעין במצב שקדם לתכנית הפוגעת לצורך חישוב הפיצוי שיינתן. בהתייחס לשאלה הראשונה, הציג היועץ המשפטי לממשלה שתי תשובות: התשובה הראויה בעיניו, אשר שוללת כל התחשבות בפוטנציאל תכנוני שאינו גלום בתוכניות מאושרות, ותשובה חלופית, המכירה בהתחשבות כזו במקרים חריגים, רק כאשר קיים פוטנציאל

קונקרטי, היינו כאשר ביחס למקרקעין ספציפיים קיימים הליכי תכנון קונקרטיים שצפויים להביא להשבתם, וכאשר המרחק בין אותו פוטנציאל לבין תכנית מאושרת הרלוונטית לאותם מקרקעין הוא "כפסע בלבד". זאת, כך הוסבר, בשונה מפוטנציאל כללי או עמום, היינו כאשר שווי השוק של מקרקעין מושפע ממגמות תכנון כלליות, או מהנחות ספקולטיביות לגבי מגמות אלו, כשעדיין אין בנמצא הליך תכנוני קונקרטי. לשיטתו, רק כאשר הפוטנציאל התכנוני הגיע לשלב שבו מידת הוודאות לגבי אישור תכנית מוצעת היא קרובה לוודאי, ניתן לראות בו נתון אשר דבק במקרקעין והפך לחלק ממאפייניו האינהרנטיים. דוגמה לפוטנציאל תכנוני קונקרטי וקרוב לוודאי כזה מוצא היועץ בתכנית מופקדת, שלא הוגשו לה התנגדויות, והיא אינה פוגעת בערכי טבע או בעקרונות תכנון וחוק, ושלא נדרש לצורך אישורה אישור של מוסד תכנון גבוה יותר.

באשר לשאלה השנייה, סבר כי יש לאמץ גישה דומה לזו שהוצגה במסגרת התשובה החלופית לשאלה הראשונה, כלומר להתחשב רק בפוטנציאל תכנוני קונקרטי וקרוב לוודאי. על כן, לשיטתו אין מקום להתחשב בהערכה שמאית המבוססת על מחיר השוק כאשר זה כולל גם ציפיות כלליות לעלייה בערך המקרקעין שאינה מבוססת על תכנון קונקרטי שנמצא בשלב מתקדם. הפרשנות הראויה [לסעיף 197 לחוק התכנון והבניה](#) היא כי צריך להעמיד את בעל הזכויות במצב שבו הוא היה בהתאם לתכנית התקפה באותה העת. לעומת זאת, מתן פיצוי בגין פוטנציאל עמום וספקולטיבי יביא למצב שבו הספקולציה תכתיב את גובה הפיצוי, גם אם לא היה לה שום עוגן תכנוני במציאות.

63. בית המשפט העליון התייחס לעמדת היועץ המשפטי לממשלה כך:

"לכאורה, עמדת המוצא של היועץ, המתמקדת רק בתוכניות המאושרות היא עמדה "נקייה" וברורה יותר. אולם, דומה שבחירה בה מתעלמת ממגמות שכבר הפכו להיות חלק מן ההלכה הפסוקה. כמובן, גם בגדרה של העמדה החלופית נקודת המוצא היא שציפיות או תקוות לשינוי תכנוני, כגון שינוי ייעוד של מקרקעין, שנכזבו, אינן עולות כשלעצמן כדי פגיעה בתכונות המקרקעין, גם אם יש לכך משמעות מבחינת הכדאיות הכלכלית. אף לא יכול להיות די בכך שהציפייה מבוססת על פעילות תכנונית שבה הוחל ביחס למקרקעין. המציאות התכנונית והמינהלית היא דינאמית, ומטבע הדברים רוחשות בה כל העת הצעות לשינויים. כך, גם לא ראוי להטיל על הרשות עלות בגין יוזמה שטרם התגבשה למהלך קונקרטי. לכן, הכלל צריך להיות בחינת הפגיעה לפי התוכניות שבתוקף, והחריג לכך יאפשר התחשבות בפוטנציאל תכנוני הנמצא בשלב מתקדם שיש בו רמת ודאות לא מבוטלת. ברוח זו, הובעה בספרות המשפטית העמדה כי במקרים שבהם צפוי שינוי בתכונות ובשימושי המקרקעין, אשר הסיכויים להתרחשותו הם קרובים וממשיים, ניתן לומר כי מדובר בפגיעה המקימה עילה לפיצוי לפי סעיף 197 לחוק...במצב דברים זה, מאחר שהתכנית שכן התקבלה היא זו שלמעשה סתמה את הגולל על אותו שינוי תכנוני צפוי, מתקיים קשר סיבתי בינה לבין הפגיעה במקרקעין, כך שניתן להגדירה כתכנית פוגעת...אני סבורה שכך יש

לפרש את העיקרון שנקבע בעניין בירנבך ופסקי הדין שניתנו בעקבותיו, גם אם לא בכולם התעוררה השאלה שבפנינו באותה העוצמה ובאותה רמת דיוק. (סעיף 81 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; ההדגשה אינה במקור).

64. בהמשך נקבע כי על מנת להוכיח פגיעה במקרקעין יש להראות כי מתקיימים שני תנאים.

הראשון, כי הפגיעה בפוטנציאל התכנוני קונקרטי, דהיינו:

"ביחס למקרקעין הספציפיים קיימים הליכי תכנון קונקרטיים שצפויים להביא להשבתם, בדרך כלל, בדרך של שינוי ייעוד לייעוד מניב, שבאים לידי ביטוי בתכנית קונקרטית הנמצאת 'בקנה', או הליכי תכנון שמטרתם תוספת זכויות בייעוד הקיים.", כפי שהוגדר הדבר על ידי היועץ המשפטי לממשלה" (סעיף 83).

השני, כי פגיעה בפוטנציאל התכנוני תהא קרובה לוודאי:

"תנאי זה מכון לשלב שבו מצויים הליכי התכנון המשביחים הקונקרטיים ביחס למקרקעין שעל פי הנטען נפגעו. דומה כי במידה רבה תנאי זה עומד במוקד המחלוקת בין הצדדים. כזכור, עמדתו של היועץ הייתה כי יש מקום לדרוש שהתכנית הצפויה תהיה "בשלב אישור מתקדמים". על רקע זה, הוא נתן כדוגמה תכנית מופקדת, שלא הוגשו לה התנגדויות, והיא אינה פוגעת בערכי טבע או בעקרונות תכנון וחוק, ושלא נדרש לצורך אישורה אישור של מוסד תכנון גבוה יותר. לעומת זאת, העמדה שהובעה לפחות על ידי חלק מבעלי הזכויות במקרקעין היא כי אין צורך בהחלטה סטטוטורית של מוסד תכנון, וניתן להסתמך על "מגמות תכנון כלליות", על "מדיניות תכנון מסוימת" או על טענות נסיבתיות אחרות." (סעיף 84).

65. סיכומו של דבר, נקבע בדעת רוב כי ניתן לבסס טענה של פגיעה במקרקעין בגין אובדן פוטנציאל תכנוני לצורך הגשת תביעה לפיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה במקרים שבהם ניתן להצביע על פעולה תכנונית קונקרטית וקרובה לוודאי המבססת את הפוטנציאל התכנוני שעל פי הנטען "אבד", כגון תכנית מופקדת (סעיף 109 לפסק הדין).

הבאתי את עמדת היועץ המשפטי לממשלה באריכות יחסית שכן ניתן ללמוד ממנה כי הוא מכיר בפגיעה במקרקעין מכוח פעולה תכנונית קונקרטית "הנמצאת בקנה" או הליכי תכנון שמטרתם תוספת זכויות, כפגיעה אפשרית לצורך סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. כאמור, עמדה זו אומצה בעיקרה על ידי בית המשפט העליון.

66. ודוק. ההסדרים הנוגעים לתביעת פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה אל מול דרך החישוב של היטל השבחה מהווים מעין תמונת ראי לכללי היטל השבחה מכמה היבטים עקרוניים, אם כי אין המדובר בהסדרים סימטריים.

הפסיקה עמדה על כך שאין מדובר בהסדרים משלימים באופן מלא, ושלמעשה הם אינם סימטריים. כך, בין היתר, היטל ההשבחה חל רק על בעלים (או חוכר לדורות) של המקרקעין, ואילו זכאות לפיצויים בגין פגיעה במקרקעין מוקנית גם למי שהוא בעל זכות בהם אף שאינה זכות בעלות. בנוסף, פיצויים בגין פגיעה ניתנים על השיעור המלא של הפגיעה במקרקעין, ואילו היטל השבחה מוטל רק בשיעור של 50% מההשבחה. ועוד, בנושא הפיצויים קיימת הוראה ייחודית המחריגה את תחולת הסדר הפיצוי מפגיעה שאינה עוברת רף מסוים, אם כי אין הוראה דומה בהקשר של היטל השבחה. זאת, אף מבלי למנות את כל ההבדלים הדייוניים והמהותיים בין השניים (בר"ם 2090/16 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' אקרו בע"מ** (15.3.18), סעיף 72; רע"א 147/14 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' אברמוביץ** (31.12.14), סעיף 19; כן ראו: רחל אלטרמן "ירידת ערך מקרקעין בשל נזקי תוכניות: ניתוח השוואתי בינלאומי כבסיס לרפורמה בישראל" **מקרקעין ט/5** 3 (2010)).

דומה כי הבדלים אלה אינם נוגעים לעקרונות החישוביים – שמאיים הנוגעים לשינוי שווי של המקרקעין בשני ההסדרים ולכן, בהעדר טעם עיוני, אין סיבה לערוך אבחנה בין דרכי החישוב הבסיסיים של שווי המקרקעין.

סיכום העקרונות שבפסיקה

67. עולים מהפסיקה לעיל עקרונות אלה:

- א. הציפייה הכללית לפיתוח מקרקעין היא חלק אינטגרלי מהפוטנציאל הכלכלי שלה. כאשר קיים קשר סיבתי ישיר בין התכנית המשביחה לבין עליית הערך, אין להביאה בחשבון בקביעת "מצב קודם", וכאשר קיימת ציפייה שאין מתקיים בה קשר מסוג זה, רשאי השמאי להביאה בחשבון (עניין **לוסטרניק**);
- ב. ההיגיון וההגינות צועדים יד ביד ומחייבים כי המתחם שבמסגרתו תיבחן ההשבחה יהא ריאלי, כאשר לא תהא הסתמכות ככל משפטה וחוקתה על תכנית שעודנה במישור כולל, ארצי, שלא פורט, ועל ציפיות לפיה, אך אותם הגינות והגיון מורים כי בתחום שיש בו גווני אפור תהא ההתייחסות השמאית מורכבת ומשקפת את אותו "אפור". תכנית מתאר ארצית יכולה להיות בין אלה, ועמה אף ציפיות מסוימות העלולות להיגזר מנסיבותיו של הנכס, מיקומו וכיוצא בזה. לאלו יש מקום ליחס משקל ומשמעות, אך לא להפכם לאין בלתם (עניין **רבין**);

- ג. הוכרה האפשרות לחייב בהיטל השבחה בשל תכנית מתאר ארצית שהסירה מחסום נורמטיבי, חרף המדרג הנורמטיבי שבינה לבין תכנית מקומית מפורטת (עניין **מועש**);
- ד. ניתן לבסס טענה של פגיעה במקרקעין בגין אובדן פוטנציאל תכנוני לצורך הגשת תביעה לפיצויים מכוח **סעיף 197 לחוק התכנון והבניה** במקרים שבהם ניתן להצביע על פעולה תכנונית קונקרטית וקרובה לוודאי המבססת את הפוטנציאל התכנוני שעל פי הנטען "אבד", כגון תכנית מופקדת. אף היועץ המשפטי לממשלה מכיר בעיקרם של דברים בעמדה זו (עניין **דלי דליה**). זאת, כאשר מדובר בסיכוי להרחבת אפשרויות הניצול של המקרקעין, למשל, על דרך של שינוי ייעוד או הגדלת אחוזי בנייה, ובלבד שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא ודאי, או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין (עניין **בירנבד**). אם 'תכנית צפויה' משפיעה על שווים של מקרקעין מסוימים, פשיטא שהשפעה זו תמצא ביטוי בשומתם (עניין **קהתי**).

יישום העקרונות שבפסיקה על השאלה שלפניי

68. אזכיר: זכויות הבניה שמעניקה תכנית רובע 3 לבניין בו מצויות הדירות הינן **תוספת קומה טיפוסית מלאה וקומת גג חלקית** בהיקף של כ - 369 מ"ר, השייכות לכלל בעלי הזכויות בבניין. כאמר, זכויות אלה **פחותות מאלה הקבועות בתמ"א 38**, שבכוחה לאפשר זכויות לבנות **2.5 קומות טיפוסיות** מעל הבנוי על המקרקעין.

למרות זאת, סבורה המשיבה כי ראוי וצריך לגבות היטל השבחה בגין מכר הדירות, ללא התחשבות בעליית ערך בשל תמ"א 38.

69. דעתי שונה. למסקנתי כמה טעמים.

70. **ראשית**, ההיגיון וההגינות, כלשון בית המשפט בעניין **רבין**, מחייבים כי המתחם שבמסגרתו תיבחן ההשבחה יהא ריאלי.

שמתי לנגד עיני גם את דבריו של השופט א' רובינשטיין בעניין **אליק רון**, לפיהם "כדרך מסים והיטלים למיניהם, לפנינו מאבק בין הרשויות הרוצות לגבות ויפרשו את הדין ככל שלאל ידן לכיוון זה, ובין בעלי נכסים ויזמים המבקשים שלא לשלם ויעשו אף הם כך לכיוונם שלהם. האתגר הוא לחלץ מן המצב הנתון **מס אמת**, כלומר – בהקשר של היטל השבחה – **מה הוא לאמיתו שיעור ההשבחה**, ולעגן אותו בפרשנות הדין, **באורח הוגן כלפי כולי עלמא**". (ההדגשה אינה במקור).

71. **שנית**, 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 משפט וחוקתה**" וההתייחסות השמאית אליה תהא "**בגונוני אפור**".

72. **שלישית**, מובן כי כפי שנקבע בעניין **לוסטרניק**, יש לבחון אם קיים קשר סיבתי ישיר בין התכנית המשביחה לבין עליית הערך, או אז אין להביאה 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".

תמ"א 38 הינה תכנית מתאר ארצית שתחולתה על הארץ כולה אם כי כמובן, היא מתייחסת אך לבניינים שנבנו עד 1.1.80. סעיף 2 לתמ"א 38 קובע את מטרותיה ובהתאם לו, על מנת להניע מהלך תכנוני אשר יביא לחיזוקם של מבנים ובהינתן שלא ניתן לאכוף על בעלי המקרקעין לחזק מבנים שנבנו בשעתו כדן, מקנה תמ"א 38 תמריצים כלכליים אשר תכליתם לאפשר חיזוק המבנים מבלי שיהא על בעלי הזכויות במבנים לממן מכיסם את עלויות החיזוק (עניין **דורפברגר**; מיכה גדרון ואהרן נמדר **תמ"א 38** (2012) 39).

תמ"א 38 עומדת בפני עצמה מאז שנת 2005 ועומדת עדיין בתוקף לעת הזו (**סעיף 5** לחוק הארכת תקופות ודחית מועדים (הוראת שעה – "חרבות ברזל") (תכנון ובניה ומקרקעי ציבור), התשפ"ד – 2023). תכנית רובע 3 אושרה 13 שנה לאחר מכן, בשנת 2018, ונועדה, כלשון דברי ההסבר בה, ליישם את מסמך המדיניות. היא אף סוטה מהיקף זכויות הבניה שמאפשרת תמ"א 38 והוראותיה שונות בהיבטים לא מעטים. תמ"א 38 איננה מהווה איפוא חלק מהליכי התכנון שבעקבותיהם הוכנה תכנית רובע 3.

73. **רביעית**, מצאנו כי בית המשפט העליון הכיר בכך שניתן לתבוע בשל פגיעה במקרקעין מכוח **סעיף 197 לחוק התכנון והבניה**, במקרים שבהם ניתן להצביע על פעולה תכנונית קונקרטית וקרובה לוודאי המבססת את הפוטנציאל התכנוני שעל פי הנטען "אבד", כגון תכנית מופקדת, ובלבד שהסיכוי האמור איננו קלוש ורחוק אלא ודאי, או שהוא לפחות בגדר צפייה סבירה בנסיבות העניין. אף היועצת המשפטית לממשלה מסכימה עקרונית לעמדה זו.

איני רואה מניעה להחיל עקרון זה גם על קביעת "מצב קודם" לצורך בחינה של שיעור ההשבחה, שכן כאמור ההסדרים הנוגעים לתביעת פיצויים מכוח **סעיף 197 לחוק התכנון והבניה** אל מול העקרונות של קביעת היטל השבחה מהווים מעין תמונת ראי לכללי היטל השבחה מכמה היבטים עקרוניים. ההבדלים בין שני הסדרים אלה אינם מתבטאים בדרכי חישוב השינוי בערך המקרקעין. בהקשר לכך יש להדגיש את קביעת בית המשפט העליון לפיה השבחת מקרקעין ופגיעה בהם כתוצאה מפעילות תכנונית אינם אלא **שני צידיה של אותה מטבע** (עניין **פמיני**, עמ' 9; עניין **אופל קרדן**, סעיף 13).

74. **חמישית**, לא ניתן לקבוע קטגורית כי הסיכוי לקבל היתר בניה מכוח תמ"א 38 הינו סיכוי קלוש ורחוק. המדובר בעניין שמאי בבסיסו. השמאי העוסק בכך יכול וצריך לבחון את הסיכוי לכך, תוך הבאה בחשבון של הפרמטרים השונים הנוגעים לסיכוי זה, כגון הכדאיות לבצע תמ"א 38 במקרקעין הנדונים, בהיתן מיקומם, אופי הבניין, אופי האזור המדובר ועוד. המדובר בעניין שמאי שראוי שייבדק על ידי שמאי מומחה בדבר.

דברים אלה מתחזקים מהאמור בעניין **אליק רון** :

"קושי לכאורי נוסף הנובע מהשיטה המוצעת הוא, שיש לחשב את ההשבחה הכוללת נכון לתאריך הקובע כאילו היו הזכויות המותנות בתאריך זה בגדר זכויות מוקנות-וודאיות (על אף שההיטל שייגבה במועד המכירה לא ייגבה במלואו כל עוד לא אושרו הזכויות באופן סופי). איני סבור כי יש בכך קושי של ממש. ענייננו בזכויות מותנות שהכללתן העלתה את ערך המקרקעין, אך הזכויות המותנות לכלל מוקנות טרם הגיעו, ואישורן בפועל מוסיף מטבע הדברים ערך למקרקעין. שיעור עליית ערך המקרקעין כתוצאה מהאישור הוא עניין לשמאי המעריך לענות בו, ואישורן בפועל יחייב בהיטל משלים על פי קביעתו." (סעיף 47 לפסק הדין; ההדגשה אינה במקור).

ועוד, כאמור בעניין **מועש**, ניתן במקרים מסוימים לחייב בהיטל השבחה גם מכוח תכנית מתאר ארצית, ואם כך ניתן לעשות, הרי שהדבר מחזק את מסקנתי כי ניתן להביאה בחשבון אף לצורך קביעת "מצב קודם".

75. **ודוקו: מובן כי השמאי העוסק בדבר צריך לקבוע מקדמים ביחס לאותה עליית ערך, דהיינו שלא לחשבה במלואה, מחמת חוסר הודאות שבקבלת היתר בניה:**

בפן הקניני – כמפורט בפסק דין זה ובהנחיות נספח א' להחלטת ועדת הערר.

בפן התכנוני – הערכת הסיכוי לקבלת היתר בניה מכוח תמ"א 38, בין היתר בשל כך שמדובר בזכויות מותנות ולא מוקנות, כמו גם יתר השיקולים הרלבנטיים בהיבט זה.

חוסר הודאות נובע הן מהפן הקנייני והן מהפן התכנוני. בפן הקנייני, נוכח הצורך בהסכמת כל בעלי הדירות בבית משותף לבניה ובהעדרו, הבא בחשבון של הסיכוי באכיפת פרויקט הבניה על הדיירים באמצעות המנגנונים הקבועים **בחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה)**, התשס"ח – 2008.

בפן התכנוני, עקב מדיניות מוסדות התכנון לגבי הוצאת היתר בניה במקרקעין מכוח תמ"א 38 (והשוו בעניין **אליק רון**, בסעיף 46: **"יש הבדל אינהרנטי בין מימוש בדרך של מכירה לבין מימוש בדרך של הוצאת היתר בניה. באופן טבעי, במועד הוצאת היתר בנייה קיימת יותר וודאות בנוגע למידת הניצול של הנישום את ההשבחה ולכן קל יותר לחשב את**

ההשבחה "לאחור" במועד זה. במועד המכירה רמת הוודאות נמוכה יותר ומבוססת על רכיב ספקולטיבי מסוים".

בעניין זה אציין כי לא מן הנמנע ואף סביר להניח, כי גדר הציפיה הסביר להוצאת היתר בפן התכנוני, הקנייני או שניהם גם יחד יהיה שונה באזור אחד של הארץ ביחס לאזור אחר. כידוע, יישומה וכדאיותה של תמ"א 38 שונים בחלקים שונים של הארץ והשמאי המייעץ ייתן דעתו לכך.

לפיכך, על השמאי המייעץ לבדוק בין היתר האם חלה עליית שווי של הדירות מעת מועד תחולתה של תמ"א 38 ובעטיה. במסגרת זו, עליו לבדוק גם כיצד נהגה הועדה המקומית לתכנון ולבניה בפועל כאשר טיפלה בבקשות הנסמכות על תמ"א 38 לקבלת היתר בניה באזור בו מצויות הדירות, כגון האם נעברה ברוב המקרים לבקשות מעין אלו אם לאו.

76. **שישית**, אתייחס לעמדת היועצת המשפטית לממשלה בסוגיה זו הינה כי יש לבצע נטרול, כלשונו, כלומר להתעלם מהשפעתה של תמ"א 38 על המצב הקודם, רק לגבי הרכיב בשווי שניתן לייחס אותו לעצם תחולתה. לעומת זאת, לעמדתה, מרכיב בשווי שמקורו בשווי שוק כללי, שהושפע באופן זה או אחר גם מקיומה של תמ"א 38 ומהאופן בו התייחס אליה השוק, לא ינוטרל, שכן הוא חלק בלתי נפרד משווי השוק והוא קיים גם במגרשים שתמ"א 38 לא חלה עליהם.

להשקפתי ובכל הכבוד, עמדה מעין זו כוללת סתירה פנימית. אם מדובר בזכויות מוקנות שאין להתחשב בהן, הרי שאין להתחשב בהן כלל - הן לגבי מגרשים שחלה עליהם תמ"א 38 והן לגבי מגרשים שהיא איננה חלה עליהם.

למעשה, עמדתה זו של היועצת המשפטית לממשלה, **המכירה הלכה למעשה בכך שיש להביא גם את השפעתה של תמ"א 38 בעת קביעת "מצב קודם", אך מחזקת את מסקנותיי.**

ועוד, סבורני כי עמדת היועצת המשפטית לממשלה עלולה לעורר קושי שמאי – פרקטי לא מבוטל, על גבול הבלתי אפשרי, ובאופן שהשמאות תיערך לטעמי בצורה ספקולטיבית לגמרי.

לא זו אף זו, להשקפתי, עמדה זו של היועצת המשפטית לממשלה המכירה בעליית שווי מקרקעין בשל תכנית שכלל אינה חלה עליהם, מתנגשת עם כללים שמאיים בסיסיים.

הדוגמה שמביאה היועצת המשפטית לממשלה בסעיף 27 לעמדתה, לפיה ניתן להכיר בעליית ערך "כללית" שנובעת גם מתמ"א 38, לגבי שני מגרשים סמוכים זה לזה, שעל אחד מהם חלה תמ"א 38 ועל האחר אינה חלה, אינה מתיישבת עם העקרון השמאי לפיו יש לבחון אילו זכויות מעניקה תכנית מסוימת לכל מגרש ומגרש בנפרד.

אזכיר בהקשר לכך את הגדרת "השבחה" **בסעיף 1** לתוספת השלישית **לחוק התכנון והבניה**:
"עליית שווים של מקרקעין עקב אישור תכנית...".

כפי שציין בית המשפט בעניין **קריית בית הכרם**: **"היינו, בעת חישוב השבחה בהתאם להוראת סעיף 4(5) יש לבודד את עליית ערך הקרקע כתוצאה מן התכניות המשביחות מתוך העלייה הכוללת בשווי הקרקע, אשר עשויה להיות מושפעת גם מגורמים אחרים"** (שם, בעמ' 118). לכן, כפי שבעת חישוב השבחה יש להביא בחשבון את התכניות החלות על המקרקעין, כך גם בעת קביעת "מצב קודם" של המקרקעין. חישוב השווי ללא אבחנה בין מגרשים שחלה עליהם תמ"א 38 לבין אלה שהיא אינה חלה עליהם אינה עולה בקנה אחד עם עקרון זה.

77. בהגיעי למסקנה זו, לא נשתכחה ממני קביעת בית המשפט העליון בעניין **דורפברגר** לפיה זכויות הבניה 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.

78. **שביעית**, נתתי דעתי לחשש שהובע על ידי המשיבה והיועצת המשפטית לממשלה, כי הבאה בחשבון של עליית שווי מקרקעין בשל תמ"א 38 תאיין את השבחה, שכן היא "תתמזג" עם עליית שווי המקרקעין בשל אישור תכנית מפורטת. חשש מעין זה הובע בעניין **לביא**, שם הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה שונה ממסקנתי, וציין כי ציפיה כללית אינה מספקת לצורך קביעת שווי במצב קודם. לשיטתו, אם תתקבל הטענה, המשמעות היא העלאת שווי כל המקרקעין ברחבי ישראל שבהם נבנו מבנים שלא על פי הוראות תקן 413 (סעיף 49 לפסק הדין; תקן 413 קובע הוראות קונסטרוקטיביות לפיהן יש לבנות כל בנין בישראל על מנת שיוכל לעמוד בפני רעידות אדמה, שבו עוסקת תמ"א 38).

לחשש הנ"ל אשיב, כי כאמור, השמאי שיעסוק בדבר **יקבע מקדמים שיביאו לכך שעליית שווי מקרקעין כתוצאה מתמ"א 38 תהא פחותה בשיעורה ביחס לעליית שווי לאחר הוצאת היתר מכוח תמ"א 38**. זאת, נוכח חוסר הודאות להוצאת היתר בניה כמפורט לעיל.

79. כן נתתי דעתי לעמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה לאור הקביעה בעניין **אליק רון** כי בעת מכר מקרקעין שחלה עליהם תמ"א 38 אין לגבות היטל השבחה בגינה, מתחייבת המסקנה כי אין להביא בחשבון את תמ"א 38 בעת חישוב עליית ערך שאירעה כתוצאה מתכנית מפורטת.

במענה לכך אשיב כי להשקפתי אין המדובר במסקנה מתחייבת כפי שסבורה היועצת המשפטית לממשלה והיא בגדר "הנחת המבוקש". אחזור על דבריו של בית המשפט העליון בעניין **רבין**, לפיהם **"ההגיון וההגינות צועדים יד ביד ומחייבים כי המתחם שבמסגרתו תיבחן השבחה יהא ריאלי"**, ולכן ניתן להביא בחשבון, אם כי בצורה **מוגבלת**, גם תכנית ארצית שאינה מפורטת, על הציפיה שהיא יוצרת ועימה לעתים עליית ערך.

יתר על כן, כאמור בעניין **קריית בית הכרם**, היטל השבחה מוטל אך ורק על השבחת תכנון ועל השמאי לחלץ ולבודד את המרכיב של השבחת התכנון מכל יתר המרכיבים שהביאו לעליית שוויים של המקרקעין, כאשר רק השבחה זו תשמש נושא להיטל השבחה.

ועוד אציין כי אותה "תמונת ראי" שמצטיירת מטענת היועצת המשפטית לממשלה אינה מתחייבת בכל מקרה, ואף לא בענייננו. כך למשל, כאמור, הכיר בית המשפט העליון באפשרות לפסוק פיצויים בשל פגיעה מכוח תכנית לפי [סעיף 197 לחוק התכנון והבניה](#) במצב בו ניתן להצביע על פעולה תכנונית קונקרטית וקרובה לוודאי המבססת את הפוטנציאל התכנוני שעל פי הנטען "אבד", כגון תכנית מופקדת.

לפי ההיגיון לו טוענת היועצת המשפטית לממשלה, ניתן היה לגבות היטל השבחה בעת מוכר בשל קיומה של תכנית מופקדת, אף שלא ניתן להוציא מכוחה היתר בניה, ולא כך היא. במצב דברים זה לא ניתן לגבות היטל השבחה, שהרי "השבחה" מוגדרת [בתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה](#) כ"עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג".

כידוע, שלושה פרקי חיים יש לתכנית: שלב ההכנה, שלב ההפקדה ושלב החיים שלאחר האישור. כניסתה לתוקף הינה אך לאחר שלב האישור, (ע"א 8265/00 שופרסל בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז מרכז, פ"ד נו(5) 885, 898 (2002); ראו גם עמ"נ (מחוזי ת"א) 36607-09-19 מונטיפיורי ביח"ר לקרח ומחסני קרור בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב-יפו (23.4.20); ע"א 2072/02 שאער נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה - מבוא העמקים (1.1.03)).

גביית היטל השבחה מתאפשרת איפוא, לפי הגדרת "השבחה" שהובאה לעיל, רק עם "אישור תכנית".

עינינו הרואות, לא כלל פועל לשני כיוונים בהכרח ויש לבחון כל ענין לגופו ולפי הרציונלים העומדים בבסיס הסוגיה הנדונה.

80. ועדת הערר הפנתה לשני פסקי דין של בית המשפט המחוזי שיש לתת עליהם את הדעת. בסעיף 306 להחלטה (עמ"נ (מחוזי י-ם) 36933-04-14 סי.בי.די. סטאר ניהול בינלאומי בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים (28.7.14) ובסעיף 312 להחלטה (עמ"נ (מחוזי ת"א) 65422-12-15 הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' קוזניץ (29.10.17)).

בשני המקרים, קבע בית המשפט המחוזי כי בעת שומת השבחה כתוצאה ממתן הקלה יש לנטרל את הציפיה לקבלת הקלה ב"מצב הקודם". מקרים אלה אינם זהים למצב הדברים בענייננו. שם, הבאה בחשבון של הציפיה להקלה משמעה הינו כאילו ניתנה הקלה. למעשה, עלולה להיווצר חפיפה מוחלטת בין המצב הקודם למצב החדש, ללא שניתנה הקלה במצב

הקודם. קביעה אחרת תגרום לכך שלמעשה לא תשולם השבחה למרות מתן ההקלה, שאיננה מובנת מאליה וכאשר המדובר באותו ענין בדיוק – מתן הקלה.

בענין שבפניי, עסקינן במצב דברים שונה: הדירות חסו תחת תחולתה של תמ"א 38. תכנית רובע 3, שהינה רובד תכנוני נוסף, למעשה החליפה את הוראות תמ"א 38 אך העניקה זכויות בניה פחותות בהיקפן מתמ"א 38. אין המדובר בציפיה להקלה ומתן הקלה, אלא בשני רבדים של תכניות שונות. ועוד, בכל הכבוד, פסקי דין של בית משפט מחוזי אינם מחייבים את אותה ערכאה.

81. לאור האמור, מסקנתי הינה כי לא ניתן לשלול קטגורית התחשבות בפוטנציאל התכנוני הנובע מעליית שווי בשל תחולתה של תמ"א 38, בעת קביעת ה"מצב הקודם" של הדירות. ההתחשבות בעליית השווי בשל תחולת תמ"א 38 ב"מצב קודם" תלויה בבחינה שמאית שתיערך, באשר לגדר הציפיות הסביר של השוק והכל בהתאם לכללים שנקבעו לעיל.

ח': האם יש להביא בחשבון את מסמך המדיניות בעת קביעת שווי ב"מצב קודם"?

82. המערער טוען כי אין חולק שזכויות הבניה שבתכנית תואמות למסמך המדיניות, שפורסם ע"י המשיבה בשנת 2012. לשיטתו, משפורסם, הפכו זכויות הבניה על פי מסמך זה לקונקרטיים. לדבריו, בפועל, הוועדה המקומית אישרה בניה על סמך הוראות מסמך המדיניות ולא דחתה כל מבקש היתר בנייה שבקשתו תואמת אותו. זו יושמה באופן עקבי ע"י הוועדה המקומית, ולפיכך אין מדובר במצב ספקולטיבי שאינו ניתן למדידה. לכן, יש להתחשב במסמך המדיניות בקביעת "מצב קודם". כיוון שתכנית רובע 3 מעניקה לדירות זכויות בניה פחותות מזכויות הבניה לפי תמ"א 38, הרי שאין כל השבחה.

83. המשיבה טוענת מנגד, כי מסמך המדיניות אינו מסמך סטטוטורי, הינו בגדר הנחיה מנהלית בלבד והמשיבה עדיין רשאית להפעיל שיקול דעת לגביו, לרבות שקילת התנגדויות, זאת על אף שמסמך המדיניות הוטמע בתוכנית. ואכן בדברי החסבר לתכנית רובע 3 נכתב כי "התכנית מטמיעה את המדיניות העירונית בכל הנוגע לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה בהתאם לסעיף 23 לתמ"א 38 וכן מאמצת את ההוראות הנוגעות להכרזת אונסקו" (עמ' 3)

84. כותרת מסמך המדיניות הינה – "מסמך מנחה לבחינת בקשות להיתרי בנייה המוגשות מכוח תמ"א 38".

מסמך המדיניות הינו איפוא, הלכה למעשה, יישום מוניציפלי של תמ"א 38. המסמך קובע הוראות לטיפול בבקשות מכוחה, בהתאמות הצריכות לרשות המקומית שערכה אותו.

עליית ערך, ככל שאירעה ברובע 3, כתוצאה ממסמך המדיניות, "נבלעת" בעליית ערך, ככל שאירעה, כתוצאה מתחולתה של תמ"א 38 על אותו רובע 3.

מדובר למעשה ב"אותה גברת בשינוי אדרת". ייתכן שאף לא אותה "גברת" ממש אלא פחות מכך, שכן מסמך המדיניות מטיל מגבלות שונות ומפחית את היקף הזכויות לפי תמ"א 38 באיזורים שונים בעיר תל אביב, לפי מדיניותה.

85. אעיר כי הקביעות בעניין **אליק רון** (סעיף 34) ובבר"מ [2866/14](#) **גוזלן נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה** (7.12.14) (סעיף 31-30), אליהם מפנה היועצת המשפטית לממשלה, התייחסו לשאלה האם נוצר אירוע מס המחייב גבית היטל השבחה ולא לשאלה האם יש להביא בחשבון זכויות שאינן ודאיות בקביעת מצב "קודם", ודאי לא בכל הקשור למסמך מדיניות של רשות מקומית, כפי ענייננו.

86. לפיכך מסקנתי היא כי אין להביא בחשבון את מסמך המדיניות בעת חישוב "מצב קודם" של הדירות.

ט': הטענה לצפי מימוש נמוך וצורך בהסכמת כל בעלי הזכויות להוצאת היתר

87. טוען המערער כי אף לפי גישת המשיבה, צפי המימוש לפי תכנית רובע 3 הינו 50% בלבד (עמי 12 לתכנית רובע 3). עוד הוא טוען כי השמאי עירון, בדעת המיעוט, קבע כי הצפי למימוש אף נמוך יותר נוכח העובדה שמימוש זכויות ברובע סמוך "לב העיר" עומד על 10% בלבד. לשיטתו, ההנחה כי יהא מימוש בפועל ספקולטיבית, שהרי יש צורך בהסכמת כל בעלי הזכויות בבניין הרשום כבית משותף, שאין לדעת אם יינתן ומתי ולכן יש לגבות היטל השבחה רק בעת הוצאת היתר בניה.

88. תחילה אזכיר את העקרון לפיו המועד הקובע לחישוב ההשבחה הוא יום תחילת התכנית (עניין **אליק רון**, סעיף 13 לפסק הדין).

89. למרות זאת, ברור כי השמאי המייעץ יכול וצריך להתייחס להיתכנות המימוש בפועל בעת עריכת שומתו, על סמך נסיונו וידיעותיו המקצועיות. ואכן, לסוגיה זו שהעלה המערער ניתנה תשובה בנספח א' להחלטת ועדת הערר, דהיינו בהנחיות שניתנו לשמאי המייעץ. כך, בעמוד 52 להחלטה:

"גורם זה נותן ביטוי למספר הבעלים ולמורכבות המימוש בהיבט זה בשל הצורך בהסכמת הדיירים או למצער שיעור מסוים מקרבם. ככל שמספר בעלי הזכויות גדול פוחתת יכולת השותפים להגיע לידי הסכמות שתאפשרנה ניצול זכויות הבניה הנוספות ומימוש הפוטנציאל הכלכלי בנכס. בהקשר זה יש חשיבות לשאלה האם מדובר בבית משותף בו היחידות רשומות, בבית שאינו רשום כבית משותף, או שמא בחברת גוש חלקה. עוד יש חשיבות לשאלה האם כלל הבעלים הינם בחיים או שמא המדובר בעיזבונות או אם חלק מהבעלים הינם תאגידים. לכלל היבטים אלה השפעה על הדחייה הנובעת מגורם השיתוף. אין להקל ראש בהשפעת גורם העשוי להיות אבן נגף המביאה לדחיית ולעיתים אך מונעת מימוש תכנית חיזוק או הריסה ובניה מחדש. נציין כי סך שווי חלקי השותפים לבעלות בנכס נמוך בדרך כלל משווי אותו נכס כשהוא בבעלות יחידנית ומלאה. ראוי כי השמאי יתייחס לכל אחד מגורמי הדחיה יסבירו ויכמתו בהתייחס לנכס הספציפי נתוניו ומאפייניו. אין זה ראוי לדעתנו לקבוע משך דחיה או מקדם דחיה מלווה בהסבר לקוני".

90. השמאי המייעץ הונחה בנספח א' להחלטה גם ליתן דעתו למקדם בגין הדחיה הצפויה במימוש התכנית לרבות בשל מאפיינים פיזיים של הנכס, גורמים תכנוניים וגורם השיתוף. במסגרת הגורם האחרון הונחה השמאי ליתן דעתו ל"מספר הבעלים ולמורכבות המימוש בהיבט זה של הצורך בהסכמת הדיירים...".

על השמאי לתת דעתו, לפי ההנחיות, לשאלה אם הבית רשום כבית משותף והאם הבעלים בחיים, כאשר צוין כי "אין להקל ראש בהשפעת גורם השיתוף העלול להיות אבן נגף המביאה לדחיית ולעיתים אף מונעת מימוש תכנית חיזוק או הריסה ובניה מחדש".

91. אשר לצפי המימוש המוערך בתכנית, הרי שהקריטריונים שבהם הונחה השמאי בהנחיות נספח א' להחלטה הינם למעשה "אותה גברת בשינוי אדרת", שכן קריטריונים אלה למעשה גוזרים את צפי המימוש שנכתב בתכנית רובע 3 על ידי המשיבה. קריטריונים אלה משקפים הלכה למעשה את הסיכוי להוצאת זכויות הבניה מן הכוח אל הפועל.

כפי שקבעה ועדת הערר בהקשר זה, ההנחיות שבנספח א' להחלטתה כוללות את הפרמטר של צפי המימוש (סעיף 341 להחלטה). מקובלת עלי גם קביעתה כי אין צורך לקבוע מראש כיצד תיקבע הדחיה (סעיף 343), שכן מדובר בעניין שמאי מובהק.

92. בסיכומיו הוסיף המערער ופירוט נתונים מתוך מחקר שפורסם על ידי מרכז המחקר של הכנסת משנת 2022 (צורף כנספח 4 לסיכומים), לפיו בין היתר חוזקו בתל אביב בין השנים 2005 ל- 2020 391 בניינים בלבד וסביר כי מספר זניח מתוכם ברובע 3.

מעבר לכך שנתונים אלו לא הובאו בערער ואין להתיר טיעון נוסף מעין זה בסיכומים, תוך צירוף נספחים, הרי שכאמור לעיל ועדת הערר נתנה מענה לסוגיה זו בדמות הנחיות לשמאי המייעץ. ניתן להביא נתונים אלו בפניו והוא יביאם בחשבון כחוכמתו. המערער צירף לסיכומים גם כתבה מעיתון מסוים (נספח 5) העוסק אף הוא במימוש בפועל. אין להרחיב בדבר אי קבילות כתבות עיתונאיות והפסול בצירופן לסיכומים. נספח זה נמחק מהסיכומים ולא ראיתי להתייחס אליו.

י': טענת המערער בדבר תקינות שומות המשיבה

93. טוען המערער כי שומות המשיבה אינן עומדות בתנאים הנדרשים לשומה לפי [סעיף 4](#) לתוספת השלישית [לחוק התכנון והבניה](#), בשל כלליותן, העדר פירוט והתייחסות פרטנית לדירות המערער. כן נטען כי השומות אינן עומדות בהנחיות שהוצאו ע"י עו"ד שרית דנה במסמך תחשיבים לשומות מיום 26.5.11 (נספח 12). נטען כי כאשר שומה אינה מנומקת, ניתן לכל היותר להחזיר אותה לוועדה המקומית על מנת שתוציא שומה מפורטת ומנומקת. ככל שהייתה יוצאת שומה מנומקת, הייתה למערער אפשרות להוציא שומה נגדית מותאמת ולמעשה זכויותיו נפגעו.

94. טוענת המשיבה מנגד, כי העברת הדיון השמאי בפני שמאי מייעץ הינה תוצאה נכונה, שמטרתה גם ליצור אחידות ומניעת פערים בלתי מוסברים בין נכסים דומים, שעניינם נדון ב-70 עררים שהובאו בפני ועדת הערר הנוגעים לתכנית רובע 3, כאשר השמאי הונחה לערוך את השומה מתוך מבט רחב לגבי רובע 3 כולו ותוך מבט צופה פני עתיד. עוד נטען כי שומת המשיבה נערכה בגישת ה"תועלת" ("הדלתא") שהינה דרך מקובלת לערוך שומה לגבי תכנית משביחה.

95. אין בידי לקבל את טענות המערער.

ראשית, בחינת תקינות השומות הינה בענין שבמומחיות ועדת הערר, אשר קבעה כי אין בטענות שהועלו בעררים כדי להביא לביטול החיוב מושא שומות הוועדה המקומית, אלא יש למנות שמאי מייעץ, וזאת בהתאם לסמכותה לפי [תקנה 16](#) לתקנות התכנון והבניה (סדרי הדין בוועדת ערר בעררים לפי סעיף 14 לתוספת השלישית לחוק), תשע"א – 2010) (סעיף 340 להחלטה).

96. שנית, בנספח א' החלטת ועדת הערר נקבעו הפרמטרים והקריטריונים אשר ניתנו כהנחיה לשמאי המייעץ. אותם פרמטרים נדונו בפסק דין זה ונקבע שהינם ראויים, ועל כן ממילא זכות המערער לא תיפגע, שכן כל טענה שמאית שיעלה תידון ע"י השמאי המייעץ. ככל שתהיה חריגה מהוראות ועדת הערר, הרי שסלולה הדרך בפני המערער לטעון בפניה כנגד השומה המייעצת. בהקשר לכך יש להפנות לסעיף 402 להחלטה בו נקבע כי הצדדים

יהיו רשאים להגיש התייחסות לשומה המייעצת. בכך יש כדי לאיין את טענת המערער בעמ' 4-5 לפרוטוקול ובסיכומיו.

97. שלישית, החלטת ועדת הערר התייחסה לעשרה עררים, לא פחות, שנדונו בפניה. טרם ניתנה ההחלטה, נדונו בפני ועדת הערר כ-70 עררים שהוגשו על שומות שהוציאה המשיבה בשל מימוש זכויות בדרך של מכר ביחס לתכנית רובע 3, חלקם נגד שומות המשיבה וחלקם נגד שומות מכריעות, כאשר התגלה כי יש שוני של ממש בין מתודות שונות שבהן נקטו השמאים הנ"ל.

התייחסה לכך ועדת הערר בקובעה כי :

"...המצב בו לעת מכר דירה...אין הנישום יודע מה ההיטל הצפוי לו הוא מצב בעייתי, אשר יש לו השלכה שלילית על כל הצדדים המעורבים, כמו גם על שוק הדירור בכללותו...ועדה זו רואה חשיבות עליונה בכך כי סך ההיטל שישלם כל נישום לא יהי התולדה מקרית של שיבוצו בפני שמאי מכריע/מייעץ כזה או אחר אלא תהיה אחידות עד כמה שניתן, כמובן בהתחשב בשונות בין הנכסים השונים. על כן, ולאור השונות אשר התגלתה לא רק במתודות השמאיות השונות אלא גם במקדמים השונים (שונות שיש בה כדי להשפיע על ההיטל באופן משמעותי) הוחלט תחילה ליתן החלטה זו בעררים שנשמעו אשר נדרש בהם מינוי שמאי מייעץ" (סעיפים 11 – 13 להחלטה).

בסעיף 399 להחלטה צוין כי קביעת אמות המידה בהנחיות לשמאי המייעץ יהא משום סיוע בהכנת שומות עתידיות ותיקון השומות הטעוונות תיקון.

אין לי אלא להצטרף לדבריה של ועדת הערר בהקשר לסוגיה זו. קיימת חשיבות ציבורית – רוחבית בהכרעה במחלוקות העקרוניות שבין הצדדים לגופן ולכן דרך פעולתה של ועדת הערר בסוגיה זו נכונה ורצויה. אין לקבל מצב בו זהותו של השמאי המייעץ/מכריע משפיעה, ודאי לא באופן ניכר, על הערכת השווי של מקרקעין בעלי מאפיינים דומים. מצב כזה פוגע בעקרון השוויון בחיוב במס ויש למנעו ככל האפשר (ראו והשוו: [רע"א 7526/12 עיריית רמת גן נ' פנינת העיר \(13.1.13\)](#), פסקה י"א; [עמ"נ \(מחוזי חי'\) 12834-07-16 לדלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה קרית אתא \(22.4.17\)](#), סעיף 30).

98. לכן, אף אם תאמר כי היו פגמים בשומות המשיבה ביחס למערער, ואיני קובע זאת, על מנת שהציבור הנוגע בדבר יוכל לכלכל צעדיו בעתיד ותיווצר אחידות ככל האפשר בין הנישומים, מבחינת הקריטריונים השמאיים הרלבנטיים, ראוי כי תיערך שומה מקיפה בהתאם להנחיות שבנספח א' להחלטת ועדת הערר ולפסק דין זה, על ידי השמאי המייעץ.

יא': סוף דבר

99. בהינתן האמור לעיל הערעור מתקבל בחלקו, כדלהלן :

- א. נדחית טענת המערער כי קיים פטור מהיטל השבחה במכר הדירות וכי תכנית רובע 3 אינה מחייבת בגביית היטל השבחה ;
- ב. מתקבלת טענתו העקרונית של המערער לפיה יש לבחון עליית שווי בשל השפעת תמ"א 38, בעת קביעת "מצב קודם" של הדירות, **כפוף** להנחיות לשמאי המייעץ כאמור לעיל ;
- ג. נדחית טענת המערער ביחס לתקינות שומות המשיבה ;
- ד. השמאי המייעץ יפעל כאמור בפסק דין זה ובנספח א' להחלטת ועדת הערר (ככל שהאמור בו לא סותר פסק דין זה) ;
- ה. נוכח התוצאה, לפיה נדחו חלק מטענות המערער וחלקן התקבל – אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ז טבת תשפ"ד, 08 ינואר 2024, בהעדר הצדדים.

יעקב שקד 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)