

ה מ ב ק ש ת

נ ג ד

הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה

ה מ ש י ב ה

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, מחלקת

הבג"צים, פרקליטות המדינה

משד' וולפסון 2, קריית הממשלה ע"ש דוד בן-

גוריון, ירושלים 914001

טל': 073-3925590 ; פקס': 02-6467111

מ ת י י צ ב ל ה ל י ד

עמדה מטעם המשנה ליועצת המשפטית לממשלה

1. מכוח הסמכות שהוצלה למשנה ליועצת המשפטית לממשלה, ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' הנשיא עמית, כב' השופטת ברק-ארז וכב' השופט כשר) מיום 28.7.2024 ולארכות שניתנו, מובאת בזאת עמדת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה בסוגיה העקרונית שמתעוררת במסגרת בקשת רשות הערעור, כדלקמן.

פתח דבר

2. בקשת רשות הערעור שלפנינו נסובה על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בתל אביב-יפו (כב' השופט י' שקד) במסגרת עמ"נ 61432-05-22 קידר מבנים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה מיום 5.1.2023 (להלן: "פסק הדין"). פסק הדין ניתן בעקבות החלטת ועדת הערר לפיצויים והיטלי השבחה של מחוז תל אביב (להלן: "ועדת הערר"), שניתנה במסגרת ערר הר/82162/0921 מיום 15.5.2022.
3. כפי שעולה מבקשת רשות הערעור, הסוגיה המשפטית הניצבת במרכז נסובה על פרשנותו של סעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה"), בנוסחו הקודם. באופן מפורט יותר, ניצבת להכרעת בית המשפט הנכבד שאלת היקף הפטור מתשלום היטל השבחה שמעניק סעיף 19(ב)(10)(ב), בין היתר, במצבים

בהם תכנית מפורטת שהוכנה לפי סעיף 23 לתמ"א 38 מעניקה יותר שטחי בניה מאלו הקבועים בתמ"א 38 עליה נסוב סעיף 19(ב)(10)(א).

באופן מטאפורי, ניתן לומר כי השאלה המשפטית בה עסק בית המשפט קמא נסובה על השפה בה מדבר הפטור הקבוע בסעיף 19(ב)(10)(ב) לתוספת השלישית – האם שפתו היא שפה של "סל זכויות" ומכאן נידותן (כעמדת המבקשת); או שמא שפתו היא שפה של "קומות" ומכאן נייחותן (כעמדת המשיבה). שאלות אלו בעלות השלכות כספיות משמעותיות.

4. ועדת הערר קבעה כי הזכויות הפטורות מהיטל השבחה הן רק אלו שניתן היה לאשר בפועל במגרש מכוח תמ"א 38 (תוספת של 2.5 קומות), ואילו הקומה הנוספת, אשר אושרה מכוח תכנית מפורטת לפי סעיף 23 לתמ"א 38, חייבת בתשלום היטל השבחה על כלל שטחיה. בית המשפט קמא קבע אף הוא כי לא ניתן לנייד את הזכויות הניתנות מכוח תמ"א 38 ולהחילן על שטח הקומה הנוספת, כך שיש לחייב את המבקשת בהיטל השבחה מלא בגין הקומה הנוספת. הכרעות אלו הן שניצבות במוקד בקשת רשות הערעור שלפנינו.

5. נקדים אחרית לראשית ונציין, כי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה סבור שאכן עניין לנו בשאלה משפטית החורגת מעניינם של הצדדים, ולכן יש בה כדי להצדיק מתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי". כך, בפרט בהינתן העובדה שישנן הכרעות סותרות בשאלה המשפטית הנידונה בבקשת רשות הערעור, הן על ידי שמאים, הן על ידי ועדות הערר והן בבתי המשפט המחוזיים. בצד זאת, יוער כי תמ"א 38 תמה, כך שסוגיות מעין אלו עתידות להתעורר ביחס ל"דור המעבר" בלבד, בעוד שעל תוכניות חדשות לחיזוק מבנים שיאושרו מעתה והלאה תחול הוראת סעיף 19(ב)(10)(א) לתוספת השלישית.

לגופו של עניין, סבור המשנה ליועצת המשפטית לממשלה כי יש לפרש את סעיף 19(ב)(10)(ב) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, ככזה שמקנה למבקש ההיתר פטור השקול בהיקפו לתקרת הפטור "לו היה ניתן היתר לפי תמ"א 38". הגם שתוצאה זו קרובה לתוצאה אליה מכוונת גישת "סל הזכויות", הרי שדרך ביסוסה המשפטי הוא שונה ואינו נסמך על תזה של "ניוד זכויות", אלא על לשונו של סעיף הפטור ותכליתו.

כך בתמצית, וכעת ביתר הרחבה.

העובדות הצריכות לעניין כעולה מפסק הדין

6. המבקשת היא חברה יזמית אשר הגישה בקשה להיתר בניה לפרויקט הריסה ובניה בהרצליה, שנערך על פי תכנית מפורטת הר/2213 (להלן גם: "**תכנית הרצליה**" או "**התכנית**"), שהוכנה בהתאם לסעיף 23 לתמ"א 38. הפרויקט כולל הריסת בניין מגורים בן 3 קומות (מעל קומת קרקע) ובו 18 יחידות דיור, והקמת בניין מגורים בן 6.5 קומות (מעל קומת קרקע) ובו 44 יחידות דיור (להלן: "**הפרויקט**").

7. הבקשה להיתר הבניה התבססה כאמור על תכנית הר/2213, כאשר בסעיף 4.1.2(ח) לתוכנית נקבע, כי במקרה של הריסת מבנה ובניית מבנה חדש תחתיו, הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (להלן: "**הוועדה**"), תהיה רשאית לאשר, מלבד זכויות הבנייה מכוח התוכניות התקפות החלות על המקרקעין, תוספת של 2.5 קומות טיפוסיות מכוח תמ"א 38; וכן קומה נוספת מכוח התכנית ושטחי בנייה עבורן. קרי, מכוח התכנית ניתן לאשר תוספת של עד 3.5 קומות, במקום עד 2.5 קומות, בנוסף לקומות המותרות על פי התוכניות המפורטות המאושרות החלות על המקרקעין.

יצוין, כי אין מחלוקת בין הצדדים לבקשת רשות הערעור כי זכויות הבנייה המוענקות מכוח תמ"א 38 פטורות מתשלום היטל השבחה, וכי הזכויות הנוספות מכוח התכנית חבות בהיטל השבחה. המחלוקת בין הצדדים נוגעת לקומה הנוספת המותרת לבנייה מכוח התכנית, מעבר ל-2.5 הקומות שניתן היה לאשר מכוח תמ"א 38 בנוסחה הקודם לפני תיקון 3א (להלן: "**הקומה הנוספת**").

8. הוועדה אישרה את היתר הבנייה שהתבקש, והמבקשת חויבה בהיטל השבחה בגין מימוש זכויות. בין הצדדים התגלעה מחלוקת באשר להיקף הפטור מהיטל השבחה לו זכאית המבקשת לאור הוראות סעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה. תחילה, הוועדה הנפיקה למבקשת שומה שנערכה על ידי שמאי המקרקעין מטעמה, אשר מצא כי היטל ההשבחה בו חייבת המבקשת עומד על ***** ש"ח (להלן: "**שומת הוועדה**"). יצוין עתה כי הסכומים האמורים מתייחסים למועד בו נערכו השומות, כפי שהם עולים מפסק הדין של בית משפט קמא.

9. לבקשת המבקשת ובהתאם להוראת סעיף 14(ב) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, מונה שמאי מכריע. לאחר שהמבקשת הגישה שומה מטעמה, הוועדה הגישה את תגובתה לשומה זו והתקיים דיון לפני השמאי המכריע. ביום 27.7.2021 ניתנה שומת השמאי המכריע. השמאי המכריע קבע כי יש להחיל את עקרון "צביעת הזכויות" ולבחון את היקף השטחים שאושרו לבנייה ביחס להיקף שטחי התוכניות והתמ"א המותרים במקום, ובהתאם לכך קבע, כי לא חלה השבחה בגין תוספת שטח הקומה הנוספת, אלא שבגין אישור הקומה הנוספת חלה השבחה הנובעת מהשיפור התכנוני המגולם בתוספת הגובה – בשיעור של 15% (להלן: "**השומה המכרעת**").

בהתאם לשומה המכרעת, גובה היטל ההשבחה עמד על סך של ***** ש"ח. השמאי המכריע ערך גם תחשיב חלופי בהתאם לשיטת הוועדה המקומית שהסתכם בסך של ***** ש"ח.

10. על כך הגישה הוועדה המקומית ערר לוועדת הערר לפיצויים והיטלי השבחה של מחוז תל אביב, ערר הר/82162/0921. ביום 15.5.2022, קיבלה ועדת הערר את הערר והורתה על קביעת היטל השבחה בהתבסס על התחשיב החלופי שערך השמאי המכריע.

ועדת הערר קבעה כי הזכויות הפטורות מהיטל השבחה הן רק אלו שניתן היה לאשר מכוח תמ"א 38 (תוספת של שתיים וחצי קומות בנוסחה הרלוונטי דאז), ואילו הקומה הנוספת, אשר אושרה מכוח התכנית, חייבת בתשלום היטל השבחה על כלל שטחה.

11. ועדת הערר התייחסה בהחלטתה לפטור הניתן לזכויות הניתנות מכוח תמ"א 38 בהתאם לסעיף 19(ב)(10) לחוק התכנון והבניה וציינה כי "תכלית הוראת הפטור היא לעודד חיזוק מבנים על הוראות התמ"א, באופן כזה שמה שהותר לבנות על פי התמ"א לא ימוסה" (עמוד 7 להחלטת ועדת הערר). לאחר שבחנה הוועדה את הוראות תמ"א 38 שהיו בתוקף בעת מועד אישור התכנית, ויישמה בהתאם את סעיף 19(ב)(10) לחוק התכנון והבניה, קבעה כך: "יישום הוראת הפטור במקרה שבפנינו פירושה כי שתי הקומות וחצי אשר ניתן היה לאשר מכוח התמ"א ואשר אושרו מכוחה, פטורות, בעוד שהקומה הנוספת על כלל שטחיה חייבת. קומה זו, במקרה שבפנינו, אושרה מכוחה של התכנית" (עמוד 8 להחלטת ועד הערר).

12. בהמשך לכך, בחנה ועדת הערר את הטענה בדבר "צביעת הזכויות", ובחנה, האם זכויות הבנייה שניתנו מכוח התמ"א גולשות מעבר לקומות התמ"א אל הקומה הנוספת ובכך פטורות מהיטל השבחה. בעניין זה קבעה ועדת הערר כי הזכות להקים את הקומה הנוספת ניתנה מכוח התכנית ולא מכוח התמ"א, וכי התכנית אינה מקנה אך את עצם האפשרות לבנות קומה נוספת, אלא גם את שטחיה של קומה זו. כמו כן קבעה ועדת הערר כי הזכויות הניתנות מכוח התמ"א אינן זכויות מוקנות של החברה היזמית:

"הזכויות על פי תמ"א 38 אינן בבחינת זכויות מוקנות. כפי שנקבע בע"מ 7381/15 ש. דורפברגר בע"מ נ' אברהם עודד (30.10.2016) בניגוד לזכויות בניה הקבועות בתכניות אחרות, המהוות "זכויות מוקנות" לגביהן יש למוסד התכנון שיקול דעת מצומצם, הרי שלמבקש ההיתר, במסגרת תמ"א 38 אין זכות קנויה לקבלת זכויות הבניה המבוקשות. על כן ההנחה כי יש להכיר במלוא תחשיב הזכויות על פי התמ"א כזכויות להן זכאית המשיבה אינה מבוססת. כן אין בסיס להנחה כי הקמת הבניין הייתה מתאפשרת בקווי הבניין המוקטנים על פי התמ"א דווקא" (בעמוד 9 להחלטת ועדת הערר).

לכך הוסיפה הוועדה וקבעה כי אף הזכויות מכוח התכנית אינן בבחינת זכויות מוקנות.

בהמשך לכך, הפנתה ועדת הערר לשני פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שעסקו אף הם בשאלת ניווד הזכויות, עמ"נ (מנהליים ת"א) 47352-09-20 **סדן אחזקות 38 בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה הרצליה** (נבו 29.4.2021) (להלן: **"עניין סדן"**); ועמ"נ (מנהליים ת"א) 11555-12-20 **גאות השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה** (נבו 7.11.2021) (להלן: **"עניין גאות"**), וקבעה כי אף בהתאם לנקבע שם, דין הערר להתקבל באופן שההיטל ייקבע בהתאם לתחשיב החלופי שקבע השמאי המכריע, על סך ***** ש"ח.

13. על החלטת ועדת הערר הגישה החברה היזמית ערעור לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, עמ"נ 61432-05-22. פסק הדין של בית המשפט המחוזי הגדיר את השאלה שלפניו באופן הבא: "האם ניתן לעשות שימוש בפטור מההיטל השבחה שניתן לזכויות בניה מכוח תמ"א 38, אשר לא נוצלו עד תומן, ולהחילו על זכויות בניה שנוצלו במסגרת אותו היתר ובאותו בנין, המוענקות מכוח תכנית בנין עיר?" (עמוד 1 לפסק הדין).

14. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור, קיבל את עמדת המשיבה וקבע כי לא ניתן לנייד את הזכויות.

בפסק דינו, הפנה בית המשפט המחוזי לסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה בנוסחו בעת כניסת התכנית המפורטת לתוקף בשנת 2014, הוא הנוסח הרלוונטי לענייננו, כדלקמן:

"(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 לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה (תמ"א 38);

(ב) תכנית מפורטת שהוכנה על פי הוראות תכנית המתאר הארצית האמורה

בפסקת משנה (א) ושבין מטרותיה חיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה;

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)".

יצוין כי נוסח זה תוקן במסגרת חוק התכנון והבניה (תיקון מספר 96), התשע"א-2011 (להלן: **"תיקון 96 לחוק התכנון והבניה"**).

כמו כן, בית המשפט המחוזי ציין את תיקון מספר 115 לחוק התכנון והבניה, במסגרתו נוספה לסעיף 19(ב)(10)(א) הפסקה הבאה: "ואולם על חלק מההשבחה שמקורו בתוספת שטחי בנייה בשיעור שטחה של קומה טיפוסית מורחבת או חלקה, מעבר ל-2.5 קומות טיפוסיות מורחבות, כאמור בסעיף 14(א)(2) לתכנית האמורה, יחול היטל ההשבחה ששיעורו רבע ההשבחה, בכפוף להוראות סעיף קטן (ב);" (להלן: **"התוספת לפי תיקון 115"**).

15. אשר להיתר הבנייה, ציין בית המשפט המחוזי כי זה ניתן מכוח התכנית המפורטת; וכי ממילא לא ניתן לומר כי ההיתר לקומה הנוספת ניתן מכוח תמ"א 38. לפיכך, קבע כי לא ניתן להכיר בפטור מהיטל השבחה לקומה הנוספת מכוח סעיף 19(ב)(10)(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה (בסעיף 16 לפסק הדין).

16. בית המשפט המחוזי העמיד את הכרעתו על ארבעה אדנים. נרחיב על אודותיה.

17. **האדן ראשון** נסוב על דברי ההסבר שנלוו לסעיף 19(ב)(10)(ב) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה. בהקשר זה, קבע בית המשפט קמא כי הסעיף מגביל את הפטור "רק לגבי חלק מההשבחה שהיה פטור מתשלום היטל השבחה לו ניתן היתר לפי תכנית המתאר הארצית האמורה בפסקת משנה (א)" (סעיף 17 לפסק הדין); תוך שציין כי הגם שניתן לקרוא את הסעיף בשני אופנים – ניקוד המילה "לו" בחולם או בשורוק, הרי שלהשקפתו "שני אופני הקריאה מביאים לתוצאה זהה והיא קבלת עמדת המשיבה" (סעיף 18 לפסק הדין). בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי מסקנתו מתיישבת עם בחינת ההיסטוריה החקיקתית, תוך שהפנה לדברי ההסבר לחוק התכנון והבניה (עידוד חיזוק מבנים מפני רעידת אדמה (הוראת שעה), התשס"ח-2007, שם נקבעה הוראה זהה להוראת הסעיף כפי שתוקן במסגרת תיקון 96 לחוק התכנון והבניה, הרלוונטי לענייננו (ראו סעיף 19 לפסק הדין). ואלו הם דברי ההסבר אליהם הפנה בית המשפט קמא:

"על פי הוראת תמ"א 38, מותרת עריכת תכנית מפורטת לצורך חיזוק מבנים המעניקה זכויות בניה נוספות מעבר לקבוע בתמ"א 38. מוצע לקבוע כי במקרה שבו יינתן היתר על פי תכנית מפורטת כאמור, יוענק פטור מתשלום היטל ההשבחה רק בגין החלק בתכנית המפורטת, שלגביו היה קיים הפטור המוצע לו היה ניתן היתר על פי תמ"א 38. מכיוון שמטרת הפטור היא עידוד חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה ולא מעבר לכך, ראוי להגביל את מתן הפטור רק להשבחה הנובעת מהוראות חיזוק מבנים שעליהם מורה תמ"א 38".

על יסוד האמור לעיל, נקבע בפסק הדין כי דברי ההסבר "מלמדים כי המחוקק התכוון להגביל את הפטור מהיטל רק להשבחה הנובעת מהוראות חיזוק מבנים עליהם מורה תמ"א 38. כך נרשם בהם מפורשות" (בסעיף 20 לפסק הדין). בהתאם, משקבע בית המשפט המחוזי כי הקומה הנוספת איננה פרי הוראות תמ"א 38, אלא פרי התכנית המפורטת – הרי שהפטור הקבוע בסעיף 10(ב)(10)(ב) לתוספת השלישית לא חל עליה.

18. **האדן השני** עליו ביסס בית המשפט קמא את הכרעתו נסוב על כך שהאפשרות לבנות 2.5 קומות נוספות מכוח תמ"א 38 נוגעת לבניית קומות "טיפוסיות" ואינה עוסקת באפשרות לבנות שטח נוסף מסוים הקבוע במ"ר. לכן, נקבע בסעיף 21 לפסק הדין כי "הטענה בדבר 'סל זכויות' אחד, המנותק מהקומות שנקבעו בתמ"א 38, הניתן לשימוש וקבלת פטור מהיטל השבחה בבניין הרלבנטי, איננה מתיישבת עם הוראת תמ"א 38, נוסח סעיף הפטור והגיונם של דברים".

19. **האדן השלישי** נסוב על סעיף 23 לתמ"א 38, המסמיך מוסד תכנון לאשר תכנית מפורטת שמטרתה חיזוק מבנים כנגד רעידות אדמה, על פי הוראות תמ"א 38 ומאפשר לקבוע "כי יחולו בתחומה רק חלק מהוראות תוכנית זו, או לקבוע הוראות שונות מהקבוע בתוכנית זו בעניינים המפורטים להלן: שטחי בניה, יחידות דיור, גובה בניה, קווי בנין, עיצוב אדריכלי ותקני חניה" (סעיף 22 לפסק הדין). בנוסף, פסק הדין הפנה לסעיף 4.1.2 (ח) לתכנית המפורטת הקובע כי "במקרים של הריסת מבנה ובניית מבנה חדש תחתיו בהקמת המבנה החדש, ניתן יהיה לנצל את זכויות התכנון התקפות והחלות על המגרש בתוספת הזכויות מתמ"א 38 ובתוספת זכויות לקומה נוספת בשטח קומה טיפוסית (סה"כ 3.5 קומות) כל זכות במגבלת קווי הבניה של התכנית החלה במקום" (סעיף 23 לפסק הדין).

בהמשך לכך, קבע בית המשפט קמא כי צירופם של הסעיפים מלמד כי הזכויות הקבועות בתמ"א 38 הן זכויות מותנות ולא מוקנות, ועל מנת לזכות בפטור מהיטל השבחה יש צורך במתן היתר בפועל מכוח תמ"א 38, לעומת ההיתר שניתן במקרה דנן מכוח התכנית המפורטת (ראו סעיף 24 לפסק הדין).

20. **האדן הרביעי** עליו נשען פסק הדין נסוב על פסיקה מחוזית בהקשרים קרובים, תוך הפניה לעניין **סדן**, אשר עסק בסוגיה של חיוב בהיטל השבחה בגין קומה נוספת שאושרה מכוח אותה תכנית מפורטת כמו בענייננו, שם נקבע כי לא ניתן לנייד את הזכויות וליתן פטור מהיטל השבחה על הקומה הנוספת. עוד הפנה בית המשפט קמא לעניין **גאות** ולעמ"נ 70165-12-20 (מנהליים ת"א) **אלמוג 38 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה** (נבו 5.1.2022).

בהקשר זה ציין בית המשפט קמא, כי אמנם המטרה העיקרית של תמ"א 38 היא חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, ולשם כך הוענקה בה תמריצים כלכליים והקלות תכנוניות שבסמכות הוועדה המקומית לאשר לצורך חיזוק המבנים, והכיר בכך ש"ללא כדאיות כלכלית ליזמים לא יבוצעו פרויקטים של התחדשות עירונית" (סעיף 28 לפסק הדין) – אך קבע כי במקרה דנן לא הוכח כי משמעה של קביעה לפיה לא ניתן לנייד זכויות מקומות התמ"א לקומה הנוספת, היא שלילת הכדאיות הכלכלית לביצוע הפרויקט (סעיף 29 לפסק הדין).

לצד זאת, בית המשפט קמא הכיר בכך שייתכנו מצבים בהם היעדר אפשרות לנייד הזכויות יחליש את האינטרס הכלכלי של היזם לבצע את הפרויקט, אך קבע כי "לשון הסעיף הרלבנטי, כמו גם דברי ההסבר ויתר ההנמקות לעיל, גוברים על התכלית החקיקתית הנטענת על ידי המעוררת. כפי שצוין בדברי ההסבר, עידוד היזמים נעשה על ידי פטור מהיטל השבחה לקומות שמאפשרת לבנות תמ"א 38, ולא מעבר לכך. זהו התמריץ שבחר המחוקק להעניק ליזמים ולא יותר ממנו. מתן תמריץ נוסף, פרי הפסיקה, אינו מתיישב עם לשון החוק, עם דברי ההסבר ועם יתר הטעמים שהובאו לעיל" (סעיף 30 לפסק הדין).

21. על פסק דינו של בית המשפט קמא הוגשה הבקשה שבכותרת.

עיקר טענות הצדדים בבקשת רשות הערעור

22. לטענת המבקשת, בהטלת היטל ההשבחה נוצרה "אנומליה" שמשמעותה כי המבקשת חויבה בפועל בתשלום היטל השבחה המייצג השבחה גבוהה מההשבחה שנוצרה בפועל (ראו פסקאות 31-37 לבר"מ). בנוסף, המבקשת טוענת כי ישנן הכרעות סותרות של שמאים מכריעים וועדות ערר בסוגייה, המצדיקה את הכרעתו של בית המשפט הנכבד (ראו פסקאות 38-58 לבר"מ).

לגופו של עניין, המבקשת טוענת כי בהתאם ללשון סעיף 10(ב)(10)(א)+(ב) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה ולתכלית החוק – ניתן לנייד את הזכויות לקומה הנוספת. זאת, שכן לשיטת המבקשת יש בידה "סל זכויות" מכוח תמ"א 38 שאותו ניתן לנצל, ואין בהוראותיה של תכנית מפורטת כדי לגרוע מאותו "סל זכויות" או אופן מימושו. לטענת המבקשת, אף התכנית המפורטת עצמה מכירה בסל זכויות ואינה קובעת שניתן לנצל את הזכויות המוענקות מכוח תמ"א 38 רק ב-2.5 קומות.

המבקשת מוסיפה וטוענת כי שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי על מנת לנייד זכויות נדרש לקבל הקלה, וכי הקלה לא התבקשה במקרה דנן. בתוך כך, נטען כי הוועדה המקומית היא זו ש"מכתיבה" למבקש היתר הבניה את אופן ניסוח בקשת ההיתר, כך שהניסוח אינו מאיין את הפטור הקיים למבקש; וכי בערים אחרות בהן אין תכנית מפורטת, מתאפשר ניצול זכויות לא מנוצלות מכוח תמ"א 38 תוך תשלום היטל השבחה בגין רכיב תוספת הקומה.

23. מנגד, לעמדת המשיבה, הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה, דין בקשת רשות הערעור להידחות על הסף. בין היתר, המשיבה טוענת כי במסגרת בקשת רשות הערעור הרחיבה המבקשת חזית תוך שהעלתה טענות שלא הועלו במסגרת כתבי הטענות בערכאות הקודמות.

לגופו של עניין, המשיבה טוענת כי לא נפל כל פגם בפסק הדין וכי מקום שבו חלה תכנית מפורטת מכוח סעיף 23 לתמ"א 38 – הפטור הניתן מהיטל השבחה מוגבל רק לחלק שהיה פטור מתשלום, לו ניתן היה היתר לפני תמ"א 38. לעמדת המשיבה, במקרה דנן אין תחולה לפטור הקבוע בסעיף 10(ב)(10)(א) לתוספת השלישית, אלא רק לפטור הקבוע בסעיף 10(ב)(10)(ב) לתוספת השלישית, לאור קיומה של התכנית המפורטת. בהקשר זה נטען כי משלא ניתן היה לאשר את ניווד הזכויות לקומה הנוספת מבלי שהתבקשה הקלה, אין כל תחולה לסעיף 10(ב)(10)(א) האמור.

בנוסף, המשיבה טוענת כי גם דין טענות המבקשת בעניין "סל זכויות" להידחות. הן משום שבית המשפט הנכבד דחה את גישת "סל הזכויות"; הן משום שפרשנות המבקשת לפיה הפטור יוחל על שטח של 2.5 קומות טיפוסיות מורחבות, אף אם אלו לא נבנו כקומות טיפוסיות מורחבות, היא פרשנות מאולצת; והן משום שההחלטות אליהן הפנתה המבקשת ניתנו בנסיבות שונות ואין להקיש מעניינן לענייננו. זאת ועוד, המשיבה טוענת כי הוראות תמ"א 38 בנוסחה הרלוונטי אינן עולות בקנה אחד עם עמדת המבקשת לעניין "סל הזכויות" וכי למעשה לא נותרו בידי המבקשת זכויות בניה שלא נוצלו מכוח תמ"א 38.

עמדת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה

24. כאמור בפתח הדברים, השאלה המשפטית הניצבת במוקד בקשת רשות הערעור חורגת מעניינם הפרטני של הצדדים ומצדיקה, ככזאת, מתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי".
25. כפי שעוד יוסבר להלן, בנייה מכח תכנית מפורטת לפי סעיף 23 לתמ"א 38, כמו במקרה שלפנינו, מאפשרת יצירת משטר תכנוני שונה מזה שקבוע בתמ"א 38. לכן, גם היקף זכויות הבניה שייקבע בהוראות תכנית לפי סעיף 23 יכול שיהיה גדול יותר מזה שנקבע בתמ"א 38. כך, למשל, תכנית מפורטת מכוח סעיף 23 יכולה להגדיל את שטחי הבניה הקבועים בתמ"א 38; והיא יכולה גם להותירם ללא שינוי (ואף להפחיתם) אך לקבוע הנחיות בינוי שונות כמו למשל, תוספת קומות, קווי בניין וכיוצא בזה.
- זהו, אפוא, המסד על בסיסו מתעוררת השאלה המשפטית שלפנינו באשר להיקף הפטור מהיטל השבחה הקבוע בסעיף 19(ב)(10) (ב) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, שעניינו בהיתר בניה שניתן מכוח תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38. כפי שעוד יוסבר בהרחבה בהמשך, עמדת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה היא שיש לפרש את סעיף 19(ב)(10) (ב), כך שהפטור מהיטל השבחה שחל ביחס לתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 יהיה שקול בהיקפו לפטור שניתן בגין תקרת ההשבחה, בהינתן מאפייניו של המגרש, אילו היה ניתן היתר בניה מכח תמ"א 38 במגרש האמור.
26. בטרם תובא בהרחבה פרשנות סעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית, נדרש להקדים מספר מילים על אודות תמ"א 38 בכללותה והתיקונים שהוכנסו בה לאורך השנים. בתוך כך, יוצגו אבני הדרך העיקריות ביחס לגלגוליה השונים ויונח מסד תכנוני מושגי בסיסי להבנת שפתה של תמ"א 38. לאחר מכן, תהא סלולה הדרך לפנות לפרשנות הוראת הפטור העומדת במוקד הליך זה.

תמ"א 38 – התכנית המקורית

27. ביום 18.5.2005 פורסמה למתן תוקף תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה (לעיל ולהלן: "תמ"א 38" או "התמ"א"), לאחר אישורה בממשלה. התכנית נועדה לקבוע הסדרים תכנוניים כחלק ממכלול רחב של הסדרים כלכליים, חוקיים ואחרים לשיפור מבנים וחיזוקם לצורך עמידותם בפני רעידות אדמה, לשם ההגנה על חיי אדם בהתרחש אירוע רעידת אדמה, וזאת בין היתר על ידי הענקת תמריצים כלכליים ותכנוניים שונים (ראו: ע"ס 7381/15 דורפברגר נ' עוזד (אר"ש 30.10.16) (להלן: "עניין דורפברגר"). וכך נקבע בסעיף 2 לדברי ההסבר לתמ"א 38: "מבנים חדשים חייבים לעמוד בתקן ישראלי 413 לשם עמידותם בפני רעידות אדמה. תמ"א 38 נועדה לאפשר חיזוק מבנים קיימים שלא נבנו על פי התקן על מנת לשפר עמידותם בפני רעידות אדמה. הוראות התמ"א קובעות את המסגרת הסטטוטורית שתאפשר מתן היתרי בניה מכוחה, וכן מציעה תמריצים שיעודדו את החיזוק ויאפשרו אותו מבחינה כלכלית. זאת, תוך שמירה על איזון בין הצורך לחיזוק ומימונו ובין שיקולים עירוניים רחבים אחרים".

28. מטרתיה של תמ"א 38 הוגדרו בסעיף 2 להוראות התכנית, כדלקמן :

"2.1. לקבוע הסדרים תכנוניים כחלק ממכלול רחב של הסדרים כלכליים, חוקיים ואחרים לשיפור מבנים וחיזוקם לצורך עמידותם בפני רעידות אדמה.
2.2. לקבוע הנחיות לחיזוק מבנים קיימים כדי לשפר עמידותם בפני רעידות אדמה, ולשם כך לזהות ולאפיין סוגי המבנים שיש לחזק.
2.3. לעודד ביצוע חיזוק המבנים כאמור על ידי תוספות בניה באמצעות:
א. יצירת מסגרת סטטוטורית שתאפשר מתן היתרי בניה לשינויים במבנים לצורך חיזוקם מכוח תכנית זו.
ב. קביעת תנאים למימוש תוספות הבניה שיתורו בגין חיזוק המבנים."

בהמשך, ובעקבות התיקונים השונים שהוכנסו בתמ"א 38, התווספו גם המטרות הבאות :

"2.4. לקבוע הסדרים תכנוניים להריסת מבנה קיים אשר נדרש בו חיזוק בפני רעידות אדמה והקמתו מחדש.
2.5. לקבוע הסדרים תכנוניים להוספת זכויות בניה במגרש אחר כאמור בסעיף 20א, כנגד חיזוק מבנה שנדרש לחיזוק.
2.6. לקבוע הנחיות לביצוע בקרה הנדסית על בקשה להיתר הכוללת חיזוק בפני רעידות אדמה."

29. בהתאם לאמור לעיל, הוסדר בתמ"א ההיבט התכנוני של מהלך החיזוק, בכך שהתאפשר

להגיש בקשה להיתר לחיזוק מבנה קיים ישירות מכוח תכנית המתאר הארצית (הכוללת

הוראות ברמה מפורטת), ללא צורך בהכנת תכנית מפורטת נוספת, ואפשרה הקנייה של

זכויות בניה נוספות כתמריץ לחיזוק. כך למשל, בסעיף 11 לתמ"א נקבע כי ניתן להתיר

מכוחה של התמ"א תוספות בניה במסגרת הליך חיזוק באחת מהאפשרויות הבאות – סגירת קומה מפולשת (קומת עמודים), הוספת קומה, או הוספת אגף ; וכן התירה התמ"א הרחבה של יחידות הדירור הקיימות בבניין, תוך מתן תוספת של עד 25 מ"ר ליחידת דירור. בין היתר, התירה התכנית תוספת מרחבים מוגנים, חניות ומעליות, המהווים כשלעצמם אלמנטים קונסטרוקטיביים המחזקים ומשדרגים את המבנה (סעיפים 11.2, 16-17 לתמ"א).

30. ביום 14.4.2005 התקבלה החלטת ממשלה פש/38 שאישרה למתן תוקף את התמ"א, כפי

שאושרה במועצה הארצית ביום 7.12.2004. בד בבד עם אישורה של התמ"א, ובהתאם להצעת המועצה הארצית, החליטה הממשלה "למנות ועדת מנכ"לים אשר תמליץ לממשלה בדבר הכלים הנדרשים כדי לעודד את חיזוקם של המבנים הקיימים על מנת להבטיח את עמידותם בפני רעידות אדמה...". בין הסוגיות שלגביהן הוחלט כי ועדת המנכ"לים תגבש המלצות לממשלה, נקבעה גם בחינת אפשרות "תיקון התוספת השלישית לחוק התכנון והבניה כדי לתת פטור מלא או חלקי מהיטל השבחה עבור מי שהקים או הרחיב דירה אגב חיזוק בניין מפני רעידות אדמה...". ואכן, לעניין סוגיית הפטור מהיטל השבחה התקבלו תיקוני חקיקה.

תמ"א 38 – תיקון 1א

31. בחודש מאי 2007 אושר תיקון 1א לתמ"א (להלן: "תיקון 1א"), שמטרתו הבהרת השפעת התמ"א על תכניות שאושרו טרם אישור התמ"א וכן הבהרות נוספות, כפי שפורט בסעיף 2 לתיקון 1א, בו נקבעה מטרת התיקון, כדלקמן: "לשנות את הוראות התכנית העיקרית בנושאים הבאים: הבהרת היחס בין זכויות הבניה אשר ניתנות בתמ"א לבין זכויות הבניה אשר ניתנו בתכניות המפורטות הקודמות לתמ"א לרבות בנושא עיצוב המבנה, שיפוצו, וגמישות בשימושים המותרים בתוספת הבניה; הבהרה בנושא המועד לתחולת התכנית אשר מתייחס לעת מתן ההיתר בלבד והכללת ההוראה לחובת החיזוק כתנאי למתן ההיתר".

32. בין היתר, במסגרת תיקון 1א תוקנו סעיפים 13.3 ו-13.4 ונקבע כי מקום בו חלה על מבנה תכנית מפורטת להרחבת דיור לא תותר הרחבה נוספת מכוח התמ"א, כך שהתכנית המפורטת גוברת על התמ"א (יוער כי חלק מתיקונים אלה בוטלו בהמשך). כפי שנקבע בדברי ההסבר לתיקון 1א "יחסים אלה בין תמ"א 38 לבין תכניות מפורטות נקבעו על מנת להעדיף תכניות מפורטות שאושרו לאזורים ומבנים ספציפיים ולמנוע פגיעה גורפת ברקמות בנויות שלמות באמצעות תמ"א כוללת שאיננה רגישה למצבים ספציפיים". עוד הובהרו בדברי ההסבר אפשרויות השילוב בין זכויות הבניה השונות הניתנות מכוח התמ"א.

תמ"א 38 – תיקון 2

33. בשנת 2010 אושר תיקון מספר 2 לתמ"א (להלן: "תיקון 2"). תיקון 2 עסק בעיקרו באפשרות לביצוע תמ"א 38 גם על ידי הריסת המבנה ובנייתו מחדש. וכך, בין היתר, נקבע בסעיף 1 לדברי ההסבר לתיקון 2 לתמ"א [ההדגשה הוספה]:

"א. חיזוק מבנה קיים בפני רעידות אדמה הינו תהליך מורכב מבחינה הנדסית, ובמיוחד כאשר במסגרת חיזוק זה גם נעשות תוספות בניה. אין מחלוקת בקרב המהנדסים כי הקמת מבנה חדש תמיד עדיפה על פני חיזוק מבנה ישן. לפיכך, שינוי מס' 2 מאפשר קבלת זכויות הבניה על פי התמ"א גם בעת הריסת מבנה והקמתו מחדש, ולא רק בעת חיזוקו. ב. על פי השינוי, ההסדר יחול על מבנה אשר הוצא היתר לבנייתו לפני ה-1 בינואר 1980 ונקבע ע"י מהנדס כי יש צורך בחיזוקו. במקרה זה רשאית הועדה המקומית להתיר הריסת המבנה והקמתו מחדש בתוספת הזכויות שהתמ"א מעניקה. ג. קווי הבניין של המבנה החדש לא יחרגו מקווי הבניין לפי התכניות המפורטות שחלות במקום. תותר חנייה תת-קרקעית עד לגבול המגרש..."

34. וכך, במסגרת התיקון נוסף סעיף 14א, בו נקבע כדלקמן:

"14א. הועדה המקומית רשאית להתיר הריסת מבנה אשר הוצא היתר לבנייתו קודם ה-1 בינואר 1980 ונקבע על ידי מהנדס כי יש צורך בחיזוק המבנה בפני רעידות אדמה כאמור בסעיפים 8 ו-9, והקמתו מחדש בתוספת זכויות בנייה כאמור בסעיפים 11 – 14, ובכפוף לאמור בסעיפים 13.3 ו-13.4, אם התקיימו התנאים הבאים...."

35. בשנת 2012 אושר תיקון נוסף לתמ"א, תיקון מספר 3 (להלן: "**תיקון 3**"). תיקון 3 לתמ"א נועד להרחיב את סל הפתרונות התכנוניים לעידוד חיזוק מבנים **ובפרט עידוד מסלול ההריסה ובנייה מחדש** – אשר לו, כאמור, יתרונות משמעותיים מבחינה הנדסית (בהיבט של יציבות המבנה), על פני מסלול החיזוק – זאת, על ידי הרחבה משמעותית של זכויות הבנייה שהוענקו מכוח התמ"א. ברקע לתיקון 3 עמדה החלטת ממשלה מספר 2699 מיום 9.1.2011, שעסקה בשיפור התמריצים מכוח התמ"א על ידי הוספת זכויות בנייה, ניווד זכויות בנייה ומיגון דירתי. ההחלטה התבססה על המלצותיו של צוות מקצועי במשרד הבינוי והשיכון אשר הוקם לבחינת משמעות הרחבת היקף השפעתה של התמ"א.
36. במסגרת תיקון 3 לתמ"א הורחבו, עבור **מסלול חיזוק** המבנה הקיים, זכויות הבנייה מעבר לקבוע בתמ"א המקורית להיקף מרבי של עד 2.5 קומות טיפוסיות מורחבות, קרי – תוספת של קומה וחצי בנוסף על שנקבע בתמ"א בנוסחיה הקודמים. זאת, בנוסף על אפשרות הרחבת יחידות הדיור וסגירת קומת העמודים המפולשת (סעיף 11 לתיקון 3).
- שנית, ביחס **למסלול החיזוק**, בוטלה ההגבלה הקובעת, כי ככל שקיימת תכנית מפורטת למבנה היא גוברת על התמ"א, ובמקומה נקבע כי ניתן לבחור לממש זכויות מכוח התמ"א או מכוח התכנית המפורטת, על-פי הגבוה מביניהם (סעיף 13(א) לתיקון 3) וכן נקבע, כי יראו את ההיתר שניתן כאילו ניתן מכוח התמ"א. משמע, ניתן יהיה ליהנות, בין השאר, מפטור מהיטל ההשבחה על תוספת של עד 2.5 קומות, אף אם הבקשה להיתר מוגשת מכוח התכנית המפורטת שחלה על השטח (סעיף 13(ב) לתיקון 3).
- שלישית, נקבע בסעיף 14(א) כי **במסלול ההריסה והבנייה מחדש** (שהוא כאמור לעיל, עדיף מבחינה הנדסית) יינתן "**כפל זכויות**", כך שכל שקיימת תכנית מפורטת לפיה נותרו זכויות שלא מומשו, ניתן יהיה לממשן **בנוסף** על הזכויות הניתנות מכוח התמ"א.
37. בעקבות תיקון 3, התעוררו מחלוקות בוועדות המקומיות ובוועדות הערר בשאלה כיצד יש ליישם את סעיף 14 לתיקון, ובפרט כיצד יש לחשב את תוספות הבנייה הניתנות לפי סעיף 11 במסלול ההריסה ובנייה מחדש – האם יש לחשב את שטח הקומה בהתאם לקומה **הקיימת בפועל** במבנה הקיים הטעון חיזוק, או שמא לפי שטח הקומה שניתן היה לבנות לפי התכנית המפורטת התקפה (אם זו כללה שטחי בניה שלא נוצלו במבנה הקיים). קרי, "קומה רעיונית" אותה ניתן היה לבנות לפי התכניות המפורטות החלות במגרש. ביום 13.10.2015 החליטה המועצה הארצית לתכנון ולבניה על עריכת תיקון 3/א לתמ"א, אשר מטרתו "לקבוע הוראות בעניין אופן חישוב שטחי בנייה במסלול הריסה ובנייה מחדש" (מתוך דברי ההסבר לתיקון 3/א), וזה נדונה לעומקה, תוך שהוכנסו בהצעת התיקון שינויים מספר בעקבות הדיונים שהתקיימו בה (להרחבה, ראו גם בג"ץ 64/17 **מרכז השלטון המקומי נ' ממשלת ישראל** (נבו 8.8.2017)).

38. בנוסח תיקון 3/א, כפי שאושר בסופו של יום על ידי ממשלת ישראל בהמלצת המועצה הארצית, הוכנסו מספר שינויים ביחס לתיקונים הקודמים שהוכנסו בהוראות התמ"א, ובפרט הורחב שיקול הדעת הנתון לוועדה המקומית באופן משמעותי. כך, למשל, הוסרה הדרישה לפיה ההיתר לא יינתן רק במקום בו ישנם "טעמים מיוחדים" לכך (סעיף 5 לתיקון 3/א). כמו כן, הושמטה המילה "במגרש" בנוסח הסעיף, כך שיובהר כי שיקול דעתה של הועדה המקומית יתייחס לכושר הנשיאה של התשתיות באזור כולו ולא רק לכושר הנשיאה של המגרש הנדון.

לענייננו, שינויים **מרכזיים** נוספים שהוכנסו בתיקון 3/א עוסקים במסלול הריסת המבנה ובנייתו מחדש, המוסדר בסעיף 14 לתמ"א. מבלי למצות את מכלול השינויים שנכללו בתיקון 3/א יצוין, כי עקרון "כפל הזכויות", שנקבע כאמור בתיקון 3, נותר בעינו במסגרת תיקון 3/א. בצד זאת, הובהר ותוקן אופן חישוב השטח המרבי המותר לבנייה שרשאית ועדה מקומית להתיר מכוח התמ"א. עוד הובהר כי "קומה טיפוסית מורחבת" היא קומה טיפוסית לאחר הרחבתה של הקומה הקיימת בפועל ב-13 מ"ר לכל דירה, ובתוספת ממ"ד. עבור בניין קיים בן קומה אחת מצמצם תיקון 3/א את תוספת השטח המותר לבנייה שנקבע בתיקון 3, במקום תוספת שטח של 2.5 קומות, מותרת תוספת שטח של עד 1.5 קומות טיפוסיות מורחבות; בבניין קיים בן 2 קומות, לא חל שינוי בתוספת הקומות המותרת (שטח של 2.5 קומות); בבניין קיים בן 3 קומות מאפשר תיקון 3/א תוספת שטח של חצי קומה טיפוסית מורחבת ביחס לתיקון 3, כך שניתן להוסיף שטח של עד 3 קומות טיפוסיות מורחבות; בבניין קיים בן 4 קומות ויותר מאפשר תיקון 3/א תוספת שטח של קומה טיפוסית מורחבת אחת נוספת ביחס לתיקון 3, ובסך הכל 3.5 קומות.

תוכניות מכוח סעיף 23 לתמ"א 28

39. מכוח סעיף 23 לתמ"א ניתנת הסמכה ל"מוסד תכנון" לאשר תכנית מפורטת שמטרתה חיזוק מבנים נגד רעידות אדמה ולקבוע הוראות שונות מאלו שנקבעו בתמ"א וזאת, על מנת להתאים את הוראות התמ"א למאפייני יישוב או חלקים ממנו.

40. הכנת תכנית לפי סעיף 23 מהווה **תחליף** להוראות התמ"א. במקרה זה, נקבע בסעיף 23א כי לא יחולו הוראות סעיפים 11א-14 אלא אם נאמר אחרת בתכנית. ודוק: תכנית לפי סעיף 23 יכולה לאשר יותר זכויות ממה שהתמ"א מאפשרת. הרציונאל העומד בבסיס סעיף 23 הוא לאפשר למוסד התכנון המוסמך לקבוע תכנית מפורטת אשר תתאים לצרכים ולמאפיינים המקומיים של אותו יישוב, אף אם הוראותיה **שונות מהוראות תמ"א 38**. זאת, מבלי שהכנת תכנית כאמור תחשב כעומדת בסתירה לתמ"א 38 המצויה במדרג היררכי גבוה יותר (על כן נדרשה הוראה מפורשת אשר תתיר הכנת תכנית כאמור).

41. תכנית מקומית מפורטת הר/2213 היא תכנית שהוכנה לפי סעיף 23 לתמ"א ואין חולק כי זו מעניקה זכויות בניה בהיקף גדול יותר מאלו שנקבעו בתמ"א 38, בנוסחה הרלוונטי למקרה הפרטני שנדון לפנינו. מצוידים בהבנת המשטר התכנוני שנקבעה בתמ"א 38, תובא כעת לפרשנותו של סעיף 19(ב)(10)(ב) על רקע עקרונות היסוד של דיני היטל ההשבחה.

היטל השבחה – העיקרון היסודי והחריג שבצדו

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

43. "השבחה", כהגדרתה בסעיף 1(א) לתוספת השלישית, היא "עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג".

44. בסעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק נקבע כי במקרים בהם "חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתן של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת, ישלם בעלם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו (להלן – היטל); היו המקרקעין מוחכרים לדורות, ישלם החוכר את ההיטל; היטל בעקבות אישור תכנית יחול על מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או הגובלים עמו בלבד".

45. ביסודו של היטל ההשבחה מונח רעיון של צדק חלוקתי. בעל מקרקעין שערכם עלה בעקבות השקעת הרשות הציבורית בתכנון ובפיתוח של האזור, מתבקש לשאת בהוצאות הרשות (ראו והשוו ע"א 1341/93 סי אנד סאן הוטלס נ' הוועדה המקומית תל אביב-יפו, פ"ד נב(5) 715, 719 (1999)). כספי היטל ההשבחה מהווים השתתפות של בעלי נכסים הנהנים מפעולות משביחות של הוועדה המקומית בהוצאות הפיתוח בהן נשאה, ומשכך משולמים הם ישירות לוועדה המקומית או לרשות המקומית, ולא לאוצר המדינה (ראו והשוו דנ"א 3768/98 קרית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נו(5) 49, 63 (2002)).

הרשות המקומית או הוועדה המקומית, מצדן, עושות שימוש בכספים שהתקבלו כהיטל השבחה לצורך פיתוח מרחב התכנון המקומי, רכישת מקרקעין לצרכי ציבור, הוצאות שימור אתר וכיוצא באלה (10% מיתרת ההכנסות יכולים לשמש להשקעה בחינוך, על פי התנאים הקבועים בסעיף 13(ב) לתוספת השלישית לחוק).

46. כאמור, מקורו של ההיטל וההצדקה לתשלומו טמונים בעקרון הצדק החלוקתי, לפיו על הפרט להעביר חלק משמעותי מן ההשבחה שנוצרה לו לטובת הכלל והקהילה. כל זאת, שכן ההשבחה קמה לו כתוצאה מהפעילות התכנונית שאישרה הרשות במקרקעיו. לפיכך, קבע המחוקק כי שיעור ההיטל יעמוד על מחצית מן ההשבחה. הווה אומר, הפרט (הנישום) ייהנה ממחצית ערכה של ההשבחה; ואילו במחצית השנייה יהנה הכלל, באמצעות סיוע לוועדה המקומית לצורך פיתוח מרחב התכנון שלה (ראו והשוו רע"א 7417/01 צרי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה גבעתיים, פ"ד נז(4) 879 (2003) (להלן: "עניין צרי")).

47. בצד תכליותיו החשובות של החיוב בהיטל השבחה, ישנן תכליות נוספות בהן התחשב המחוקק בעיצוב מדיניות היטל השבחה. המחוקק מצא לקדם תכליות אלו באמצעות קביעת חריג לכלל, על דרך של הענקת פטור מתשלום ההיטל בנסיבות בהן ראה הצדקה לכך (ראו: אהרן נמדר **היטל השבחה** 263 (2011)). לשם כך, נקבעה בסעיף 19 לתוספת השלישית לחוק קובע רשימה של מקרים בהם לא תחול חובת תשלום היטל השבחה. הוראה זו ידעה בתורה שינויים מספר, בין היתר על רקע רצונו של המחוקק להתאימה לתמורות שחלו בעולם התכנון והבנייה. כך, אירע, גם ביחס להוראות הפטור מהיטל השבחה הנוגעות להיתר בניה מכוח תמ"א 38. להלן תובא בקצרה התייחסות לשינויים האמורים.
48. ביום 29.11.2007 התקבל בכנסת חוק התכנון והבניה (עידוד חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה) (הוראת שעה), התשס"ח-2007 בו נקבע, כי שיעור היטל השבחה בגין השבחה שחלה במקרקעין עקב אישור התמ"א, יהיה עשירית מהשיעור הקבוע בתוספת השלישית לחוק. עוד נקבע כי הוראת השעה תעמוד בתוקפה למשך 3 שנים, עד ליום 29.11.2010.
49. ביום 22.3.2011 התקבל בכנסת תיקון מספר 96 לחוק התכנון והבניה בו נקבע, כי על השבחה במקרקעין בשל קבלת היתר לבנייה או להרחבה של דירת מגורים, שניתן מכוח התמ"א, יחול פטור **קבוע ומלא** מהיטל השבחה – וזאת החל מיום 30.11.2010 (מועד פקיעת תוקפה של הוראת השעה שנקבעה בנובמבר 2007).
50. לאחר כניסת תיקון 3א של התמ"א לתוקפו, נחקק חוק התכנון והבניה (תיקון מספר 115), התשע"ז-2017 (פורסם ברשומות ביום 3.4.2017 (ס"ח 2626, עמוד 584), במסגרתו תוקן, בין היתר, סעיף 19 לתוספת השלישית לחוק. בתיקון זה נדרש המחוקק להיקף הפטור על תוספת שטחי הבניה שהתאפשרו בתיקון 3א, וקבע כי תוספת זו – על בניה בשיעור של יותר מ-2.5 קומות – מחויבת בהיטל בשיעור של רבע מההשבחה. עם זאת, הוראת הפטור שנקבעה ביחס לתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 לא השתנתה.
51. בענייננו, בסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית, בנוסחו הרלוונטי למועד הגשת הבקשה להיתר בניה נקבע, כי הפטור מהיטל השבחה יינתן בהתאם לתנאים להלן:
- "19(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 לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה (תמ"א 38);
- (ב) תכנית מפורטת שהוכנה על פי הוראות תכנית המתאר הארצית האמורה בפסקת משנה (א) ושבין מטרותיה חיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה; 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)" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

פרשנות היקף הפטור הקבוע בסעיף 19(ב)(10) – מיקוד המבט

52. כידוע, תורת הפרשנות התכליתית קנתה שביתה בכל שדות המשפט, לרבות בענפי המשפט הכלכליים בכלל, ובדיני המס בפרט. בהתאם לתורה זו, נדרש הפרשן בשלב הראשון לתור אחר כלל הפרשנויות הלשוניות האפשריות של הנורמה העומדת לבחינה, ולבכר מתוכן את הפרשנות הלשונית שמגשימה בצורה הטובה ביותר את תכלית הנורמה; וככל ותכלית הנורמה איננה ברורה – דרש הפרשן לבכר את הפרשנות המיטיבה עם הנישום. יפים לכך קביעותיו של בית המשפט הנכבד בעניין ע"א 3012/18 **מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' טוונטי האנדרד נהריה בע"מ**, פסקה 31 לפסק דינו של כב' השופט שטיין (נבו 4.7.2019):

"ההלכה לפיה אנו פועלים חודדה וסוכמה באופן ברור בפסק הדין בעניין קיבוץ חצור. הלכה זו מורה לפרשן להתמקד בלשונו של חוק המס ובאפשרויות הלשוניות שעולות ממנה. חוק שיש לו משמעות לשונית אחת בלבד מדבר בעד עצמו ואיננו טעון פירוש. חוק מס שניתן לשוות לו, מהבחינה הלשונית, יותר ממשמעות אחת יתפרש באופן הבא: מבין האפשרויות הלשוניות הקיימות חייב הפרשן לבחור את זו אשר תואמת את תכליתו של החוק, דהיינו, את מדיניות המס שהחוק בא להוציא אל הפועל. כאשר מדיניות זו איננה ברורה אף היא, חייב הפרשן לבכר את הפרשנות אשר משווה לחוק את המשמעות המיטיבה עם הנישום".

למקרא הוראת הפטור הקבועה בסעיף 19(ב)(10) נראה כי ישנן שלוש חלופות פרשניות מרכזיות שבכוחה של לשון הסעיף לשאת, אליהן תובא התייחסות כסדרן – דבר דבור על אופניו.

53. **פרשנות ראשונה** – ככל שההיתר שהוצא מכוח התכנית לפי סעיף 23 חורג מהוראות הבינוי שקיימות בתמ"א (למשל, אותו "סל זכויות" שבתמריצי התמ"א בנוי לפי התכנית בקומות נוספות שלא ניתן היה להתיר מכוח התמ"א), הרי שרק החלק מההשבחה שמקורו בחלק מהבינוי שהיה ניתן להתיר מכוח התמ"א, יהיה פטור, ואילו יתרת השטחים שלא היה ניתן להתיר מכוח התמ"א, יהיו חייבים בתשלום היטל.

כלומר, האוחז בפרשנות זו למונח "לו ניתן היתר", כגון הוועדה המקומית, "מלביש" על הבינוי מכוח התכנית רק את אותם רכיבים שניתן היה להתיר מכוח התמ"א, כך שרק בגינם יינתן הפטור מהיטל ההשבחה.

54. **פרשנות שניה** – ככל שבהיתר הבניה מכוח התכנית לפי סעיף 23 לא נוצלו מלוא שטחי הבנייה בשיעור של 2.5 קומות טיפוסית הפטורות מהיטל בתוך הנחיות הבינוי (גובה/קווי בניין) שהתירה תמ"א 38, והן "נוידו" לקומות אחרות שלא ניתן היה להתיר מכוח התמ"א, הרי שגם ההשבחה שמקורה באותם שטחים – פטורה מהיטל ההשבחה. כלומר, לפי פרשנות זו מדובר ב"סל זכויות" (במובן של היקף שטחי הבנייה) הפטורות מהיטל, וככל שהן נוצלו, גם אם מימושן נעשה בחלק בבניין שלא ניתן להתיר מכוח התמ"א, פטור גם הוא. הלכה למעשה, זו טענת המבקשת.

55. **פרשנות שלישית** – הוראת הפטור שנקבעה בסעיף 19(ב)(10) (ב) נועדה לפטור את עליית

השווי, לו ניתן היתר (תאורטי) מכוח תמ"א 38 בעניינו של מגרש קונקרטי, ואילו עליית ערך מעבר לכך, לא תהיה פטורה. לשון אחרת: בהתאם לפרשנות זו נדרש לבצע למעשה שתי שומות השבחה: האחת, שתשקף את עליית השווי של הקרקע, לו היה ניתן היתר (תאורטי) מכוח תמ"א 38 הממצה את מלוא תמריציה ושטחי הבנייה שהתירה בהתאם להנחיות הבינוי שבה ביחס למגרש הנדון; והשנייה, שומה שתשקף את עליית השווי של הקרקע במגרש הנדון עקב אישורה של תכנית לפי סעיף 23 או ההחלטה לתת היתר מכוחה.

ככל שעליית השווי לפי השומה השנייה גבוהה מזו שבשומה הראשונה, הרי שרק ההפרש ביניהן לא יהיה פטור מתשלום היטל השבחה מלא. יובהר, כי את שתי השומות האמורות יש לערוך לאותו מועד קובע, וזה ייקבע לפי אופייה ומאפייניה של התכנית מכוח סעיף 23, כאשר במסגרת עמדה זו לא מובאת התייחסות לשאלה דן אשר תיבחן ביחס לכל תכנית ותכנית בהתאם לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין "סיווג וזיהוין של זכויות מותנות".

56. בהינתן מנעד פרשני לשוני זה, שומה עלינו לפנות לשלב השני במלאכה הפרשנית – הוא כאמור שלב התכלית. לעמדת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, הפרשנות שמקיימת את תכלית סעיף 19(ב)(10) (ב) בצורה הנכונה ביותר היא החלופה הפרשנית השלישית. יוסברו הדברים ויבוארו.

57. מהפסיקה הענפה בנושא עולה, כי תכלית החקיקה יכולה להילמד לא אחת מבחירתו של המחוקק לעצב את לשון הנורמה באופן מסוים, על-פני חלופות אחרות (ראו למשל: ע"מ 2273/03 **אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע**, פסקה 59 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (נבו 7.12.2006): "תורת הפרשנות מלמדת כי פרשנות מושג בחקיקה ראשית ובחקיקת מישנה נלמדת מניתוח תלת-שלבי המתמזג בסופו של דבר להווייה פרשנית הרמונית אחת: לשונה של הנורמה, תכליתה של הנורמה, ובמקום שניתן לאתר מספר תכליות אפשריות לנורמה - הפעלת שיקול דעת שיפוטי לבחירת התכלית הראויה מבין תכליות שונות (א' ברק פרשנות במשפט (כרך ב: פרשנות החקיקה, תשנ"ג), 80-81 (להלן - פרשנות החקיקה)). הלשון הננקטת היא האמצעי המרכזי שבאמצעותו מועבר המסר הפרשני בידי יוצר הנורמה" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

משכך, נקרב מבטנו לתיבה: "פטור לפי פסקת משנה זו יחול רק לגבי **חלק** מההשבחה שהיה פטור מתשלום היטל השבחה **לו ניתן היתר** לפי תכנית המתאר הארצית..." [ההדגשה הוספה – הח"מ]. עיון מוקפד בהוראת הסעיף מלמד כי המחוקק לא כתב – "לו ניתן ההיתר", כלומר איננו עוסקים ב"היתר שניתן בפועל", אלא במצב דברים קונספטואלי, במסגרתו יש להתחקות אחר היקף עליית הערך במגרש, שהיה נקבע "לו ניתן היתר לפי תמ"א 38", כלומר היתר תאורטי, הממצה את כל תמריצי התמ"א במגרש.

הווה אומר, המחוקק ביקש להסדיר מצב דברים שבו בהתאם לתכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38 הותרו זכויות בהיקף גדול יותר מאלו שהוענקו בתמ"א 38 (בין אם בשטחי בניה, בקומות, קווי הבניין או רכיבי בינוי נוספים אחרים, בין אם כל אחד מהם בנפרד ובין אם במצטבר); ובהתאם גם הושבחו המקרקעין יותר מההשבחה שנבעה מהתמ"א. במצב דברים זה, מתעוררת מאלה השאלה מה היקף ההשבחה הפטורה, ועל כך ביקש המחוקק להשיב באמצעות תחימת היקף באמצעות הקביעה כי הפטור יחול רק על החלק בהשבחה שהיה פטור לו ניתן היתר לפי תמ"א 38. לשם המחשת הדברים נשווה לנגד עיינינו את הדוגמה הבאה: נניח מצב דברים בו עליית הערך המרבית מכוח הזכויות שניתנו בתמ"א 38 היא 100 (זו ההשבחה שתמ"א 38 יכלה לייצר במגרש – לו היה ניתן היתר שמממש את מלוא התמריצים מכוחה במגרש הספציפי). מנגד, התכנית לפי סעיף 23 יצרה השבחה גבוהה יותר בסך 120. בדוגמה זו הפטור המלא יינתן ביחס להשבחה של 100, ואילו יתרת ההשבחה – 20 תהא חייבת בהיטל השבחה.

יתרה מזאת, התיבה הלשונית "הפטור יחול רק על החלק מההשבחה" תומכת אף היא בגישה החותרת ליצור שקילות בשיעור ההשבחה שיהיה פטור, בין מצב שבו ניתן היתר מכוח תכנית לפי סעיף 23 לבין מצב שבו "לו היה ניתן לפי תמ"א 38". וכל זאת, מדוע? משום שמצוות המחוקק היא לתור אחר החלק מן השלם, קרי – מציאת שיעור ההשבחה שהעניק הדין לו היה ניתן היתר לפי תמ"א 38. אם התכוון אחרת, יכול היה המחוקק לבחור בתיבה כגון "חלק משטחי הבנייה שהיו פטורים מתשלום לו ניתן היתר..." (לשימוש כאמור, ראו לדוגמה את נוסח סעיף 19(ג) לתוספת השלישית).

58. לעמדת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, הפרשנות האמורה מקיימת היבט תכליתי חשוב נוסף והוא עידוד בניה מכוח תוכניות חיזוק לפי סעיף 23 לתמ"א 38, שכן אלו תוכניות בהן מתאפשר לקבוע התאמות פרטניות של הוראות תמ"א 38 ולהתאימן לצרכי המרחב התכנון המקומי באמצעות תכנית מפורטת.

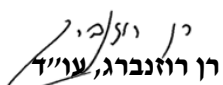
כפי שראינו לעיל, תכנית שהוכנה מכוח סעיף 23 מהווה משטר תכנוני עדיף יותר בהשוואה לתמ"א 38, שכן מדובר במשטר תכנוני מדויק ומותאם יותר למרחב התכנון המקומי. לצורך כך, נדרש המחוקק לקבוע הוראה ברורה שתעניק את הפטור מהיטל השבחה גם לתוכניות אלו, אף בד בבד נדרש הוא לקבוע תקרה ברורה להיקף פטור ולתחום אותו עד לתקרת ההשבחה שלגביה נקבע פטור מכוח תמ"א 38. ללמדנו, כי לצד רצון המחוקק לעודד הכנת תוכניות לפי סעיף 23 שיחליפו את תמ"א 38, היה ברור שלגבי פטור מהיטל השבחה, לא ניתן לתת את הסמכות לקבוע את היקף הפטור במסגרת התוכניות שיוכנו לפי סעיף 23, אלא נדרש לתחום את הפטור בחוק עצמו.

59. המהלך הפרשני המוצע עד כה, נתמך במידה רבה גם בדברי ההסבר שנלוו להצעת חוק התכנון והבנייה (תיקון מספר 96) (פטור מהיטל השבחה בשל חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה), התשע"א-2011. וכך נכתב בדברי ההסבר ביחס לסעיף 19(ב)(10) לחוק: "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" [ההדגשה הוספה – הח"מ].

מדברי ההסבר עולה כי כוונת המחוקק הייתה לפטור מהיטל השבחה מקום בו ההשבחה נגרמה למקרקעין בעת ביצוע חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, הן בהתאם לתמ"א 38, והן בהתאם לתכנית אחרת שהוכנה מכוחה. הווה אומר – תכנית אחרת שהוכנה מכוח תמ"א 38, כמו זו שהוכנה בהתאם לסעיף 23, מביאה להשבחת המקרקעין, ומדברי ההסבר עולה כי במנותק משאלת אופן מימוש החיזוק, ההשבחה שתהא פטורה מהיטל צריכה להיות שקולה בהיקפה – בין אם מדובר בהיתר שהיה ניתן מכוח תמ"א 38, ובין אם מדובר בהיתר מכוח תכנית אחרת שהוכנה מכוחה.

זאת ועוד, בהינתן העובדה שהיתר הבניה ניתן כולו מכוח תכנית לפי סעיף 23, שמחליפה את תמ"א 38, אזי הפרשנות התכליתית משמיעה אותנו כי במקרים אלו אין טעם או הגיון לחלץ מההיתר הסופי את החלקים שניתן היה להתיר מכוח התמ"א. זאת, הואיל וכל תכליתה של תכנית לפי סעיף 23 היא להתאים את התכנון ואת הוראות הבינוי של התמריצים למרחב התכנון המקומי. לפיכך, תחיתת הפטור רק לבינוי בהיתר שחופף למה שניתן היה להתיר בפועל במגרש מכוח תמ"א 38 (שהיא ארצית ואינה מותאמת למרחב התכנון המקומי), לא סבירה ואף עלולה לייצר עיוותים. לכן, הפרשנות התכליתית יותר היא שהוראת סעיף 19(ב)(10) נועדה כולה לתחום את הפטור בתוכניות לפי סעיף 23 בערכי שווי ההשבחה, שניתן היה להתיר בפועל במגרש בהיתר תיאורטי מכוח תמ"א 38 (תחת ההנחה שהוועדה המקומית היתה מתירה את מלוא התמריצים שניתן היה להתיר במגרש מכוח התמ"א). כל זאת, מתוך הבנה כי המחוקק ביקש לתחום את היקף הפטור מהיטל השבחה בתוכנית לפי סעיף 23 בגדרי החוק עצמו, מבלי להותיר את שאלת היקף הפטור בידי מוסד התכנון.

60. **לסיכום**, סקירת ההיסטוריה החקיקתית הנוגעת לתיקונים בחוק תכנון ובנייה ככלל, ובפרט – דברי ההסבר לתיקון מספר 96; לשון סעיף 19(ב)(10) ותכליתו של הפטור, מובילה למסקנה לפיה יש לפרש את סעיף 19(ב)(10) (ב) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, ככזה שמקנה למבקש ההיתר פטור מהיטל השבחה עד לתקרת עליית השווי "לו היה ניתן היתר" מכוח תמ"א 38. בהמשך לכך, השבחה עודפת שנוצרה מכוח תכנית לפי סעיף 23 לתמ"א 38, בגין זכויות שתמ"א 38 לא יכולה הייתה להעניק, לא תהא פטורה ובעל היתר יידרש לשלמה.


רון רוזנברג, עו"ד
סגן מנהל מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

היום, י"א בשבט, התשפ"ו
29 בינואר, 2026