

דף הבית < חקיקה/פסיקה

הר 9-83/16
11.17.7
20130044

ערר מס':
תאריך:
מס' בקשה:

מדינת ישראל
ועדת הערר להיטל השבחה ופיצויים
מחוז ירושלים

בפני: יו"ר הועדה: עו"ד בנימין זלמנוביץ
חברי הועדה: מר זוהר עירון, שמאי מקרקעין ומודד מוסמך
מר יעקב אנוקה, נציג מתכנת המחוז
העוררת: **יודן בר נכסים והשקעות בע"מ**
ע"י ב"כ עו"ד אורי לומברוזו /או בני גאנוניאן

-נגד-

המשיבה: הועדה המקומית לתכנון ובניה הראל
ע"י ב"כ עו"ד יוסי חביליו

כתבי עת:

אהרן ברק, "פרשנות דיני המסים", משפטים, כרך כח (תשנ"ז) 425

חקיקה שאוזכרה:

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 148

תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות), תש"ל-1970 - גירסא ללא שירטוטים

מיני-רציו:

* ועדת הערר קיבלה את ערר העוררת שעניינו בחיוב היטל השבחה שהושת עליה בגין מימוש על דרך בקשה לשימוש חורג מהיתר לצמיתות. נקבע, כי אין לחייב בהיטל השבחה מקום בו ניתן שימוש חורג מהיתר, כאשר השימוש המבוקש תואם את התכניות החלות במקרקעין.

* תכנון ובנייה – היטל השבחה – גבייתו

* תכנון ובנייה – היטל השבחה – חובת תשלומו

העוררת הגישה ערר שדן בחיוב היטל השבחה שהושת עליה בגין מימוש על דרך בקשה לשימוש חורג מהיתר לצמיתות ביחס למקרקעין נשוא ערר זה. הערר מעלה שאלה אחת ויחידה והיא האם ניתן לחייב

בהיטל השבחה כאשר מתבקש היתר לשימוש חורג מהיתר, לצורך שימוש התואם את התכנית החלה במקום.

ועדת הערר קיבלה את הערר וקבעה כלהלן:

כאמור, בשלב מאוחר של הערר הרחיבה המשיבה את החזית וביקשה לבחון מהו הבסיס המשפטי לפיו תיבחן השומה. המשיבה מבקשת לבסס את החבות בהיטל ההשבחה על היתר תיאורטי (היתר לשימוש חורג מתכנית) שלא התבקש מעולם, שכלל לא דנה בו וממילא לא נתנה אותו. התנהלותה של המשיבה נועדה לבצע מניפולציה תכנונית בכדי לגבות היטל השבחה שלא כדין.

ההיתר שניתן בפועל לשימוש חורג מהיתר הינו היתר חוקי, שריר וקיים.

לצורך ערר זה יש לראות בהיתר (כפי שניתן בפועל לעוררת) רק מימוש של שימוש שהותר בתכנית התקפות החלות על המקרקעים. בנסיבות ענייננו בהן עולה שהעוררת רכשה את הזכויות לאחר אישור התכנית, אין מקום לחייב את העוררת בהיטל השבחה בגין ההיתר לשימוש חורג מהיתר.

החלטה

1. ערר זה דן בחיוב היטל השבחה שהושת על העוררת בגין מימוש על דרך בקשה לשימוש חורג מהיתר לצמיתות ביחס למקרקעין הידועים כגוש 30468, חלקה 21 מגרש 3 בשדרות החוצבים 5, שכונת מעוז ציון במבשרת ציון.
2. ביום 23.3.2015 אישרה המשיבה בקשה לשימוש חורג מהיתר לצמיתות. בבקשה התבקש שינוי השימוש העיקרי בנכס לצורכי מסחר. ביום 10.5.2015 נשלחה לעוררת הודעת חיוב בהיטל השבחה בגין אישור הבקשה וזאת בגין "ביטול מרכיב אי הודאות, זמינות ומורכבות ההליך עקב התרת שימוש חורג מהיתר לצמיתות ממבנה מרכזיית טלפונים למבנה בשימוש מסחר ושרותי קהילה".
3. ביום 10.3.2016 ביום 8.11.2016 הגישה המשיבה תגובה לערר.
4. ביום 1.3.2016 הוציאה יו"ר ועדת ערר לפיצויים והיטלי השבחה במחוז תל אביב עו"ד גילת אייל החלטה מפורטת ומנומקת (ערר (ת"א) 85241/11 נכסי יד חרוצים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב (פורסם בנבו, 1.3.2016) (להלן: עניין יד חרוצים) בו קבעה מהפך המשפטי ששימוש חורג מהיתר לא מהווה אירוע מס ולפיכך, אין מקום לחייב בהיטל השבחה במקרה זה. מהפך השמאי נציין שהשמאים המכריעים שהתמנו מכוחו של תיקון 84 חלוקים באשר לקיומה של השבחה במצב זה.
5. ביום 10.11.2016 התקיים דיון בערר זה.
6. בפתח הדיון נשאלה המשיבה על ידי יו"ר הוועדה האם הם חולקים על כך שמדובר בשימוש חורג מהיתר. בא כוח המשיבה השיב "לא" ובהמשך אמר מפורשות "אמרתו

לאדוני למה אין חולק כי זה שימוש חורג מהיתר, הוועדה החליטה והיא עומדת מאחורי ההחלטה שלה".

7. לדעת המשיבה, עובר להוצאת ההיתר בשנת 2015 ולפגישות של העוררת עם המשיבה, המשך בכתב התשובה המפורט שהוגש בשנת 2016 וכלה בדיון שהתקיים בשלהי שנת 2016, ההיתר שהוצא הינו היתר לשימוש חורג מהיתר. רוצה לומר ההיתר המבוקש תואם לתכנית התקפה החלה על המקרקעין ולפיכך השימוש החורג שניתן ניתן לצמיתות.

8. בהמשך הדיון שאלנו את בא כוח המשיבה אם הוא מכיר את פסיקת ועדת הערר בעניין **יד חרוצים**. בא כוח המשיבה לא הכיר את הפסיקה אבל טען שהוא הסתמך על פסיקות ישנות של ועדות הערר שסברו שניתן לחייב בהיטל השבחה במקרה של שימוש חורג מהיתר.

9. בסוף הדיון החלטנו כך :

המשיבה תתייחס בתוך 21 יום מהיום להחלטת וועדת הערר בערר (ת"א) 85241/11, נכסי יד חרוצים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ת"א, [פורסם בנבו] מיום 1.3.16. היה ותבקש המשיבה קיום דיון נוסף, יתקיים דיון כאמור ביום 22.12.16 בשעה 9:00. העוררת תהיה רשאית להתייחס לתגובת המשיבה לערר בעניין נכסי יד חרוצים עד ליום 20.12.16 בשעה 10:00.

10. ביום 19.12.2016 הגישה המשיבה "בקשה לצירוף חוות דעת והשלמת טיעון קצרה מטעם המשיבה", במסגרת ההודעה טענה המשיבה, לפתע פתאום, "כי במקרה הנדון לא ניתן היה ליתן שימוש חורג מהיתר, שכן השימוש המבוקש הינו חורג מהוראות התכנית החלה במקום". כאסמכתא לשינוי החזית של המשיבה צורפה חוות דעת משפטית ממשרד של עו"ד שלום זינגר ועו"ד שרית דנה. על חוות הדעת חתומים עו"ד שלום זינגר ועו"ד ד"ר גדי רובין.

דיון והכרעה

11. הערר מעלה שאלה אחת ויחידה והיא האם ניתן לחייב בהיטל השבחה כאשר מתבקש היתר לשימוש חורג מהיתר, לצורך שימוש התואם את התכנית החלה במקום. כאמור, בשלב מאוחר של הערר הרחיבה המשיבה את החזית וביקשה שנבחן מהו הבסיס המשפטי לפיו תיבחן השומה. האם היתר לשימוש חורג מהיתר, כפי ההיתר שניתן בפועל וכפי שהמשיבה טענה לאורך כל ההליך, או שמדובר בהיתר לשימוש חורג מתכנית, כפי שטוענת כעת המשיבה.

12. ההיתר בענייננו ניתן, כאמור, לשימוש חורג מהיתר. בהחלטת המשיבה לאשר את השימוש החורג נאמר במפורש, "בקשה לשימוש חורג מהיתר, ממבנה מרכזת טלפונים למבנה לשטח מסחרי ושרותי קהילה... השימושים המותרים כוללים מסחר שאותו מבוקש למקם במבנה הקיים". לא זו בלבד, במסגרת פרוטוקול ההיתר נכתב במפורש :

"המשך דיון מישיבת מליאה מס': 2013006 מתאריך: 26/06/2013 שבה הבקשה אושרה בתנאים. אחד התנאים – חוות דעת יועץ משפטי. חוות הדעת התייחסה לעניין התכנית המנחה את חישוב אחוזי הבנייה וכן לעניין שימוש חורג. האם נדרש היתר לשימוש חורג, והאם מדובר בשימוש חורג מתכנית או משימוש חורג מהיתר. יועמ"ש הועדה החליט, לאחר התייעצות עם מהנדס הוועדה, כי אחוזי הבנייה יהיו ע"פ מ.י. 250, וכי הבקשה הינה לשימוש חורג מהיתר. בעקבות חוות הדעת פורסמה הקלה לשימוש חורג מהיתר ממרכזית טלפונים לשרותי קהילה ומסחר. לא התקבלו התנגדויות, נתקבל הפרסום, ותמונות פרסום מהמקום. השכנים הגובלים חתמו ע"ג טופס לביצוע עבודות הטעונות היתר בניה."

13. כאמור, ההחלטה שעסקינן בשימוש חורג מהיתר התקבלה לאחר מחשבה ובחינה קפדנית. המשיבה באמצעות אנשי מקצוע מטעמה, שבקיאים ומומחים הם בענייני תכנון ובניה, החליטה, לאחר שבחנה ובדקה את נסיבות המקרה, שהשימוש המבוקש תואם את השימושים המותרים בתכניות התקפות. עמדה זו של המשיבה נכתבה בבקשה להיתר, נשנתה בכתב התשובה ובשומת המשיבה לערר זה ונשלשה בפרוטוקול הדיון הראשון. בנוסף, ההיתר עצמו ניתן לצמיתות בעוד שלפי הדין היתר לשימוש חורג מתכנית אינו יכול להינתן לצמיתות (ס' 148 לחוק תהכנון והבניה, התשכ"ה – 1965; לעניין ההבדלים בין שימוש חורג מתכנית לשימוש חורג מהיתר, ראו, בין היתר: ערר (ת"א) 5003/14 שופרסל בע"מ ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן (פורסם בנבו, 16.4.2015). והמובאות המובאות שם).

14. כמתואר לעיל, לראשונה בשלב מאוחר של הערר שינתה המשיבה באופן מהותי את חזית המחלוקת באשר למהותו של ההיתר שניתן. למעשה, טוענת המשיבה כעת שעד הדיון השני בערר היא טעתה בזיהוי המצב המשפטי. עולה, כי בשלב הערר מבקשת המשיבה לבסס את החבות בהיטל ההשבחה על היתר תיאורטי (היתר לשימוש חורג מתכנית) שלא התבקש מעולם, שכלל לא דנה בו וממילא לא נתנה אותו. למעשה, גם אילו היינו רואים את ההיתר שבפנינו כהיתר לשימוש חורג מתכנית לא היה מדובר בהיתר שניתן כדין מאחר שניתן בלא הגבלת זמן. ניתן גם לתהות האם בכלל ניתן היה ליתן את ההיתר התיאורטי שהמשיבה מבקשת לקבוע שומת השבחה בגינו אפילו לתקופת זמן קצובה.

15. אין לנו אלא לתהות על התנהלותה הפגומה של המשיבה כרשות ציבורית. אין לנו אלא לקבוע שהתנהלותה של המשיבה נועדה לבצע מניפולציה תכנונית בכדי לגבות היטל השבחה שלא כדין. יתירה מכך, איננו מבינים מדוע נזקקה המשיבה המיוצגת על ידי משרד עו"ד הבקיא בענייני תכנון ובניה לבזבז כספי ציבור עליהם היא אמונה ולפנות למשרד עו"ד לקבלת חוות דעת הסותרת את עמדתה החד משמעית במשך שנים רבות.

16. המסקנה מהתנהלותה התמוחה של המשיבה היא אחת. המשיבה שינתה את עמדתה אך ורק משום שהתחוור לה שישנה פסיקה לפיה היא אינה יכולה לגבות היטל השבחה במקרה שלפנינו.

17. בהקשר זה נציין שבדיון שבפנינו אמר ב"כ המשיבה:

"אין ספק שאני נותן החלטה על בסיס המצב התכנוני ולא על בסיס היטל השבחה. כשאתה עומד בצומת דרכים ועצם ההחלטה תקבע את החבות בהיטל השבחה אשאל את עצמי אם זה רלבנטי לשקול את זה כן או לא" (עמ' 6 שורה 14 לפרוטוקול הדיון מיום 10.11.2016)

אמירה זו נוח היה לה שלא תאמר משתאמר. משנאמרה נאמר לנו שסבורים אנו שהיפך. או לנו אם הטלת המס תקבע את אירוע המס ולא אירוע המס יקבע את הטלת המס. יתירה מכך, במקרה שאין תוצאה פרשנית ברורה, קבע בית המשפט העליון עוד בעניין **קיבוץ חצור** (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2), 70, 76-77) שהספק פועל לטובת הנישום:

אכן, לעתים עשוי השופט למצוא עצמו במצב, שבו לשון החוק נשארה סתומה, שכן לא עלה בידו לחשוף מתוך החוק ותולדותיו מטרה חקיקתית, שתדריך אותו בהסרת הספק. במקרה זה על השופט לפרש את חוק המס על רקע עקרוניתיה הכלליים של השיטה. אחד מאותם עקרונות כלליים, שהוא רלוואנטי לחקיקת מס, הוא השמירה על חופש הפרטי ועל הקניין הפרטי וההגנה עליהם מפני התערבות שלטונית. בהניחו עיקרון זה נר לרגליו ובהעדר כוונת מס ספציפית, עשוי השופט להגיע למסקנה, השוללת הטלת מס שיש בו פגיעה בחופש הפרט ובקניין. זאת, לדעתי, המשמעות, שיש ליתן לעיקרון, שחוק מס יש לפרש באופן דווקני. עמדו על כך ויתקון ונאמן באמר:

"יוצא איפוא שרק כשנוסח החוק הפיסקלי ניתן להתפרש לכאן ולכאן וכוונת המחוקק נמצאת סתומה, יהא הפרשן דבק באות הכתוב ויימנע מהשערות, שאולי אינן אלא העדפת הרצוי בענין על המצוי בחוק. רק במשמעות מצומצמת זו אפשר לדבר על 'פירוש דווקני' של דינים פיסקליים" (ראה א' ויתקון ו-י' נאמן, דיני מסים (שוקן, מהדורה 4, תשכ"ט) 44).

את מאמרו המפורסם של הנשיא (בדימ') ברק **"פרשנות דיני המסים"** (משפטים כח (תשנ"ז) 425, 441) מסיים הנשיא (בדימ') ברק במילים אלו:

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

18. לא זו אף זו, לשיטת העוררת הנפקות היחידה לטעותה הנטענת בדין היא אך ורק לצורך קביעת החיוב בהיטל השבחה. בכך היא מבקשת לשפר את מצבה המשפטי בערר וליהנות מהתוצאות של מתן ההיתר שלא כדין (לשיטתה) מבלי לחוב בתוצאות שעשויות להילוות להתנהלות שלא כדין זו במישורים אחרים (ראו: ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' גלעד ברעלי, פ"ד לט(א) 463, בפס' 9 (להלן: **עניין ברעלי**))

19. גם אם אכן צודקת המשיבה בטענותיה שהועלו לראשונה בשלב מאוחר של הערר, ואיננו סבורים כך, הרי שהמשיבה מושתקת מלטעון שיש מקום לראות את ההיתר, ורק לצורך

החבות בהיטל ההשבחה, באופן שונה מזה שניתן בפועל. הכלל בדבר השתק שיפוטי קובע:

אכן, תפיסת הצדק העומדת ביסוד תורת ההשתק הכללית יפה גם למצבים שבהם פרט מסתמך בסבירות ובתום-לב על מצג של רשות מינהלית ומשנה בשל כך את מצבו לרעה. הימנעות מהשתקתה של הרשות עשויה לגרור תוצאות בלתי צודקות מבחינתם של הפרטים הבאים עמה במגע ולהביא למעשה ל"ענישה" של אותם פרטים. לפיכך המסקנה היא אפוא כי במצבים שבהם מועלית טענת השתק כנגד הרשות המינהלית יש לאזן בין עקרון חוקיות המינהל לבין האינטרסים של הפרט שהסתמך בתום-לב ובסבירות על מצג של הרשות המינהלית (ע"א 6996/97 חברת א. עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל, [פורסם בנבו] בעמ' 124).

יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט י' כהן בע"א 831/76 לוי נ' פקיד השומה, חיפה, [פורסם בנבו] בעמ' 435:

"...אין שוללים טענת השתק נגד רשות ציבורית, אלא בית-המשפט בכל מקרה ומקרה שוקל מצד אחד את האינטרס הציבורי שבמניעת הטענה ומצד שני את העול שנגרם לפרט, אשר סמך על המצג של הרשות, ובית-המשפט רשאי לפסוק נגד הרשות אם לפי הצדק והיושר יש לקבל את הטענה...". (ע"א 9657/03 מגן דוד אדום בישראל נ' הממונה על השכר והסכמי העבודה בישראל ואח', פ"ד נח(6) 794, 808-809)

20. אין ספק בעניינינו שהעוררת פעלה בתום לב לאורך כל הדרך, בחינת טענתה החדשה של המשיבה יכול ותביא לתוצאה בלתי צודקת. יתירה מכך, אם נקבל את עמדת הוועדה המקומית הרי שאנו מצהירים שהמשיבה פעלה שלא כדין והנפיקה היתר, אותו לא טרחה לבטל עד עצם היום הזה, שלא כדין. נדמה שעל כגון דא, קבע המשפט העברי את הכלל לפיו "אין אדם משים עצמו רשע" (סנהדרין, דף ט ע"ב). עמד על כך בית המשפט העליון בעניין ברעלי באומרו:

"טענת המערערת בעניין זה מעוררת תמיהה. אם היא צודקת בטענתה, אין היא אלא מאשימה את עצמה, ולא רק בסדרי מינהל גרועים, אלא גם בהתנהגות בניגוד לחוק. ולא די בכך. המערערת אינה מעלה טענה זאת כדי לומר חטאתי, אלא כיוון שהיא מבקשת לצאת נשכרת מן החטא. לטענתה, המשיב - הוא ולא היא - צריך לשלם את המחיר על חטא שלא חטא: התנהגות בלתי חוקית שלה, בעניין שהיה בשעתו כולו בידיה, אמורה לשמש אותה עכשיו כטעם לפטור אותה מתשלום פיצויים למשיב. האם אלה הם פני הצדק? והרי רשות מינהלית אמורה לפעול לאור עקרונות היסוד של שיטת המשפט, ועקרונות אלה כוללים, כמאמר בית המשפט, "עקרוות של שוויון, צדק, מוסר"....

רשות מינהלית היא, כידוע, נאמן של הציבור. הנאמנות הציבורית, כמו הנאמנות הפרטית, היא מקור הן לכוח והן לאחריות. האחריות מחייבת איפוק והגינות בהפעלת הכוח. בין היתר, יש נסיבות שבהן טוב תעשה הרשות המינהלית אם תימנע מלהעלות לפני בית המשפט טענות מסוימות, אפילו יש להן יסוד כדין, אם אין הן מתיישבות עם עקרונות יסוד של מינהל תקין או סותרות באופן ברור את מידת הצדק..."

21. איננו מוצאים מקום לדון דיון מהותי בשינוי החזית של העוררת. די אם נציין שאף לגופם של דברים לא שוכנענו שיש הצדקה להתעלם מההיתר שניתן. אין מדובר בעניינינו באי חוקיות בולטת או בוטה או באי חוקיות כלל. מעבר לכך, טענת המשיבה, לפיה אין לתת כל משקל להתנהגותה בעבר והפרשנות תקבע אך ורק לפי פרשנות התכניות החלות, אינה

מדויקת כל צרכה וגם אינה מתחייבת בהכרח בענייננו. לעיתים לנוהג פרשני של הרשות עשוי להיות משקל בפרשנות הנורמה הרלבנטית. ניתן להפנות לדברים שאמר בית המשפט העליון בנוגע למקרה בו בקשה ועדה מקומית לאמץ את פרשנותה משך השנים לתכנית מסוימת (עע"מ 4487/12 אביחי סטולרו נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה דרום השרון (פורסם בנבו, 9.10.2013) בפס' 20):

"... 'הלכה היא כי לדרך שבה גוף מפרש את סמכותו יש ליתן משקל מסוים בפרשנות הוראות החוק, אם היא בגדר פירוש אפשרי' ... בהקשר זה נפסק כי 'התנהגות עובדתית על יסוד פירוש אפשרי עשויה להפוך אותו בדיעבד לפירוש הראוי, גם אם מראש ייתכן, שהיה מקום לבחור בפירוש אפשרי אחר. אף כאן יש מקום לבחון את התקלות הצומחות מאימוץ הפירוש החדש ומזניחת הפירוש הישן, לעומת היתרונות הצומחים מכך. רק אם היתרונות עולים על התקלות, יש מקום לזנוח את הגישה המקובלת ולבחור בגישה חדשה' ... הגם שיש להקנות משקל לפירוש שנתנה הוועדה המקומית להוראות התכנית, אין מדובר במשקל מכריע. להשקפתי, הפרשנויות העומדות על הפרק אינן שוות משקל, וכף המאזניים נוטה בבירור לפרשנות שעליה עמדתי."

22. מכל מקום, כאמור, לא ראינו צורך לענייננו להכריע בשאלה ודאי לא בשבתנו כוועדת ערר לפיצויים והיטלי השבחה. די אם נציין שהמשיבה בתגובתה לערר כתבה מפורשות ש"התוכנית החלה בענייננו אכן התירה שימושים שונים של מסחר..." יתירה מכך, הוועדה מציינת וכותבת מפורשות שהיא "אינה חוזרת בה מהחלטה ואינה טוענת שטעתה". בשולי הדברים נציין שחוות הדעת שצירפה המשיבה לאחר הדיון בוועדת הערר כל שיש בה ללמד הינו שאכן עסקינן בשאלה פרשנית וככל שאלה פרשנית יש בה צדדים לכאן ולכאן; הא ותו לא.

23. בערר דומה שנדון על ידי ועדת הערר במחוז מרכז. כתבה ועדת הערר מפי יו"ר הוועדה עו"ד יריב אבן חיים, כך:

"כאמור לעיל, טענת המשיבה היא למעשה שההיתר שניתן בפועל הוא בטל רק לצורך שומת ההשבחה (שאותה, לשיטתה, יש לערוך על בסיס היתר תיאורטי אחר שלא ניתן מעולם). לדעתנו, ניתן אפוא ללמוד לענייננו גם מהפסיקה שעסקה בשאלות של בטלות יחסית של היתרים. כך נאמרו הדברים בעע"מ 7926/06 אדרי-אל ישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גליל עליון [פורסם בנבו] (2009):

"האם המסקנה אליה הגענו כי היתר הבנייה אינו תואם את התכנית מחייבת בהכרח את התוצאה לפיה יש להצהיר על בטלותו של היתר הבנייה? כידוע מכיר הדין הישראלי באפשרות לפיה לא בהכרח יביא פגם אשר נפל בפעולתה של הרשות, מהותי ככל שיהיה, לבטלותה. תיאוריה זו המכונה תאוריית 'הבטלות היחסית' (או 'התוצאה היחסית'), יושמה בפסיקה בתחומי משפט שונים לרבות בענייני תכנון ובנייה ועל עיקריה עמד בית משפט זה בעניין אי התכלת בציינו:

אכן, לא כל הפרה מהותית של הדין גוררת בהכרח בטלות. יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאותיו. יש לבחון את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד הראוי לכלל נסיבות המקרה. הלכת הבטלות היחסית מצטיינת בגמישותה ויעילותה ... הרעיון שמאחורי תורת הבטלות היחסית הוא '...הרצון לעשות צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה בצד מתן משקל הולם למהות אי-החוקיות או הפגיעה שבמעשה הרשות המינהלית, אשר גרר את בטלות ההחלטה' ... מהותו

של הסעד נגזר ממכלול נתונים ובהם, השפעת הסעד על האינטרס הפרטי והאינטרס הציבורי ... תורת הבטלות היחסית מוחלת בתחומי משפט רחבים היא תקפה גם בענייני תכנון ובנייה...'
 בנסיבות אותו מקרה העלה בית המשפט העליון את השאלה "האם אין מקום לשקול במקרה דנן תוצאה אשר יהא בה כדי 'לעשות צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה בצד מתן משקל הולם למהות אי-החוקיות או הפגיעה שבמעשה הרשות המינהלית, אשר גרר את בטלות ההחלטה', בדומה לגישה אותה אימץ בית משפט זה בעניין אי התכלת". בכלל הנסיבות האמורות לעיל, איננו רואים כל הצדקה לראות את ההיתר שניתן כבטל, ולהניח – לצורך שומת ההשבחה בה אנו מוסמכים לדון - שניתן במקומו, כפי שמבקשת מאיתנו המשיבה, היתר אחר (שכאמור, לא ניתן מעולם, ואם היה ניתן היה בהכרח לא חוקי ולו מהטעם שהיה מתיר שימוש חורג מתכנית לצמיתות). (ערר (מרכז) 8159/11 משכנות ראשונים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה נס ציונה (פורסם בנבו, 30.10.2016))

24. לסיכום, ההיתר שניתן בפועל לשימוש חורג מהיתר הינו היתר חוקי, שריר וקיים. לפיכך, נשארנו עם השאלה שעמדה בפנינו בתחילת ההליך והיא האם ניתן לחייב בהיטל השבחה מקום בו ניתן שימוש חורג מהיתר, כאשר השימוש המבוקש תואם את התכניות החלות במקרקעין.

25. בשאלה זו הכריעה ועדת במחוז תל אביב מפי יו"ר הוועדה עו"ד גילת אייל בעניין יד חרוצים. החלטה זו של ועדת הערר בעניין יד חרוצים אומצה על ידינו ועל ידי ועדות ערר נוספות לא אחת. (ראו, בין היתר: ערר (ת"א) 85167/14 פנחס בויס נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב (פורסם בנבו, 6.7.2016), ערר (ת"א) 85056/14 שלמה אס נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב (פורסם בנבו, 28.7.2016), ועדה מקומית קרית גת נ' הריבוע הכחול נדל"ן בע"מ (פורסם בנבו, 25.5.2017)) איננו מוצאים מקום לסטות מהתלם שהתוותה ועדת הערר בעניין יד חרוצים. נפנה לדברים שנאמרו בהחלטת ועדת הערר בעניין יד חרוצים:

"הלכה למעשה השאלה הנשאלת היא האם מתן היתר לשימוש חורג מהיתר מהווה אירוע מס (אקט משביח), בהתאם לתוספת השלישית, או שמא אקט מימוש בלבד.

....
התוספת השלישית מגדירה השבחה כ"עליית שוים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג".
 התוספת אינה מגדירה מהו שימוש חורג המהווה אקט משביח, לאמור, האם הכוונה הן לשימוש חורג מתכנית והן לשימוש חורג מהיתר. הגדרת שימוש חורג הקבועה בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה, כוללת, כידוע, הן שימוש חורג מתכנית והן שימוש חורג מהיתר:
 "שימוש חורג", בקרקע או בבנין – השימוש בהם למטרה שלא הותר להשתמש בהם, הן במיוחד והן מהיותם באזור או בשטח מיוחד, לפי כל תכנית או תקנה אחרת שלפי חוק זה החלות על הקרקע או הבנין או לפי היתר על-פי כל חוק הדן בתכנון ובניה"

....
 היטל השבחה מוטל בגין אישורה של תכנית, העורכת אכן שינוי בעולם התכנוני הנורמטיבי. היטל השבחה מוטל גם על מתן הקלה, המאושרת אמנם במסגרת הליכי רישוי שלפי פרק ה' לחוק, אך מאפשרת לבצע עבודה בסטייה מהוראות תכנית (בהתאם להגדרת המונח בסעיף 1

לחוק), ולמעשה מאפשרת בניה וניצול המקרקעין מעבר לזו שאפשרה התכנית החלה במקום.

גם שימוש חורג מתכנית מאפשר הרחבה של אפשרויות הניצול לעומת אלו שאפשרה תכנית, בכך שהוא מאפשר לראשונה לעשות במקרקעין שימוש שלא הותר בתכנית החלה עליהם.

תכנית, הקלה ושימוש חורג מתכנית, הינם איפוא אקטים נורמטיביים המשנים את אפשרויות הניצול של המקרקעין לעומת המצב הסטטוטורי ששרר ערב אישורם. הטלת היטל השבחה על מצבים אלה מתיישבת היטב עם התכליות של היטל השבחה שעליהן עמדו בתי המשפט. הן מפן ההתעשרות והן מהפן של הקשר בין ההתעשרות לבין פעולת התכנון ויעוד ההיטל להכנת תכניות וביצוען.

שימוש חורג מהיתר, המתיר שימוש שכבר הותר בתכנית התקפה, שונה ממצבים אלה. הוא אינו מוסיף על המצב הסטטוטורי התכנוני. הוא אינו מתיר בניה שלא הותרה בתכנית ואף לא מתיר שימוש שלא הותר בתכנית. הוא מתיר בבניין קיים, שימוש המותר ממילא על המקרקעין מכוחה של תכנית מאושרת, אך לא הותר בבניין זה לעת בנייתו, מאחר שבזמנו התבקש בו שימוש אחר (ולעתים מאחר שבעת שהתבקש היתר הבניה טרם אושרה התכנית המאפשרת את השימוש הנוסף).

בהתאם, במסגרת אישור שימוש חורג מהיתר אין מדובר בשיקול דעת רחב הנתון לרשות המאשרת, כמו במקרה של שימוש חורג מתכנית או הקלה, ולא אמורה להיבחן ההצדקה התכנונית לשימוש המבוקש, שכן זו נבחנה כבר במסגרת התכנית אשר התירה שימוש זה. הבחינה שנעשית במסגרת מתן היתר לשימוש חורג מהיתר היא בחינת התאמת הבניין הקיים לשימוש המבוקש. זאת מטבע הדברים ובשים לב לכך שהבניין נבנה לצורך תכלית אחרת, ואף אם התכלית המבוקשת כעת מתאימה לתכנית התקפה, אין די בכך, אלא יש להראות שמאפייני הבניין הבנוי מתאימים אף הם לתכלית זו.

.....

כשמתבקש היתר לשימוש חורג מהיתר, הלכה למעשה אמורה להבחן התאמת הבניה הקיימת לשימוש המבוקש מבחינת כל הסטנדרטים והנורמות החלות. בהתאם לתקנה 13א לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר תנאים ואגרות) מתיקון 2006, בקשה להיתר לשימוש חורג תיערך לפי דרישות התקנות לעריכת בקשה להיתר בניה, כאשר מהנדס הועדה המקומית רשאי לפטור מחלק מהדרישות לעריכת הבקשה בהסתמך על הבקשה להיתר וההיתר שניתן, אם בנסיבות העניין ניתן לבדוק לפיהם את הבקשה לשימוש חורג.

על רקע תכליות אלה קשה לראות כיצד ביקש המחוקק להטיל היטל השבחה על אקט מתחום הרישוי, שאינו מוסיף על המשטר הסטטוטורי תכנוני החל על המקרקעין ועל אפשרויות הניצול שלהם, לעומת המצב הסטטוטורי תכנוני המאושר, ואינו מהווה אלא מימוש של אפשרויות אלה.

השקעות הועדה המקומית בתכנון פיתוח וכיו"ב, מטרות שלשמן מוטל היטל השבחה, אינן משתנות בשל עצם התרת שימוש חורג מהיתר, לעומת המצב עקב מימוש בהיתר רגיל של התכנית המאפשרת את השימוש.

.....

אנו סבורים אכן כי יש להשקיף על היתר לשימוש חורג מהיתר כעל מימוש של זכויות בהתאם לתוספת השלישית, בדומה להיתר בניה, ולא כעל אקט משביח או אירוע מס עצמאי.

....

על רקע זה מתחדדת התהייה לגבי ההשקפה על בקשה לשימוש חורג מהיתר כעל אירוע מס נפרד. אם אין כל מניעה שבדין לשוב ולממש ללא הגבלה את האפשרויות הקבועות בתכנית התקפה בדרך של הריסה ובניה, כאשר אירועים אלה כשלעצמם אינם מהווים אירוע מס אלא לכל היותר אירוע מימוש, עולה שוב המסקנה שהיטל השבחה בגין שימוש חורג מהיתר מוטל על הדרך הפרוצדורלית למימוש אפשרויות בניה ושימוש הגלומות בתכנית..."

כאמור, אפוא, על ההחלטה בעניין יד חרוצים חזרו ועדות הערר בהחלטות רבות מאז.

26. לפיכך אנו סבורים, כי לצורך ערר זה יש לראות בהיתר (כפי שניתן בפועל לעוררת) רק מימוש של שימוש שהותר בתכנית התקפות החלות על המקרקעים. בנסיבות ענייננו בהן עולה שהעוררת רכשה את הזכויות לאחר אישור התכנית, אין מקום לחייב את העוררת בהיטל השבחה בגין ההיתר לשימוש חורג מהיתר.

27. משזו מסקנתנו ממילא לא ראינו צורך לדון בטענות השמאיות שהעלתה העוררת לגוף השומה.

28. אשר על כן הערר מתקבל. בנסיבות העניין תישא המשיבה בהוצאות העוררת בסך של 40,000 ש"ח ובתוספת מע"מ כחוק. ההוצאות ישולמו בתוך 30 יום ולאחר מכן יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

ניתנה היום, כד' בחשון תשע"ח, 13 בנובמבר 2017.

**בנימין זלמנוביץ, עו"ד
יו"ר ועדת ערר
פיצויים והיטל השבחה
מחוז ירושלים**

**דנית סעדון
מ"מ מזכירת ועדת ערר
מחוז ירושלים**

בנימין זלמנוביץ 54678313-83/16
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

לראש פסק הדין