

דף הבית < חקיקה/פסיקה**בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים**

עמ"נ 36607-09-19 מונטיפיורי ביח"ר לקרח ומחסני קרור בעמ נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב

עמ"נ 64437-09-19 אסאמי אס.איי 6061 . נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב
23 אפריל 2020

לפני כב' השופט חגי ברנר, סגן נשיא

המעוררות מונטיפיורי ביח"ר לקרח ומחסני קרור בע"מ (בפירוק

המעוררת בעמ"נ 64437-09-19 (מרצון)

ע"י ב"כ עו"ד בועז אדלשטיין ועו"ד אוהד גביש

המעוררת בעמ"נ 36607-09-19 אסאמי אס-אה

ע"י ב"כ עו"ד בתיה שהינו עברי ועו"ד שמואל בורסי

נגד

המשיבה הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב-יפו

ע"י ב"כ עו"ד מיכל דיק ועו"ד גלית פלס-גרטל

מיני-רציו:

* על מנת שתכנית תיכנס לתוקף, כמו כל חיקוק אחר, היא טעונה פרסום כדין. בהיעדר פרסום כדין לא יהיה לתכנית תוקף חוקי, ומשכך לא ניתן לבסס עליה חיוב בהיטל השבחה.

* תכנון ובנייה – תכניות – פירושן

* תכנון ובנייה – תכניות – פרסומן

* תכנון ובנייה – תכניות – תוקפן

* תכנון ובנייה – היטל השבחה – קביעתו

פס"ד מחוזי מס' – עמ"נ 36607-09-19

לבית המשפט לעניינים מנהליים הוגשו ערעורים מנהליים על החלטתה של ועדת הערר לתכנון ולבניה פיצויים והיטלי השבחה שעניינם בדרישה לתשלום היטל השבחה. טענתן העיקרית של המערערות היא שתיקון 1943, שהיווה נדבך חשוב בקביעת החיוב בהיטל השבחה הוא חסר תוקף סטטוטורי, נוכח העובדה שמעולם לא פורסם בעיתון הרשמי, הלא הוא הפרסום הרשמי המנדטורי שקדם לרשומות.

בית המשפט קיבל את הערר ופסק כלהלן:

ישנה חשיבות רבתי לשאלה מה היה המצב התכנוני הקיים במקרקעין מושא הערעור עובר לאישורה של תכנית 1043 א', על מנת שניתן יהיה לבחון האם אכן חלה השבחה בשווי המקרקעין בעקבות אישורה של תכנית 1043 א', שהרי רק בדרך של השוואת זכויות הבניה לפי שתי התכניות-זו החדשה וזו של המצב הקודם- ניתן לעמוד על קיומה של השבחה. כדי לענות על שאלה זו יש לבחון את מעמדו ותוקפו של תיקון 1943.

בין אם נצמד בנתיב של פקודת בנין ערים ובין אם נפסע בנתיב של חוק התכנון והבניה, נגיע לכלל מסקנה כי פרסום רשמי היה ועודנו תנאי בל יעבור למתן תוקף מחייב לתכנית; על מנת שתכנית תיכנס לתוקף, כמו כל חיקוק אחר, היא טעונה פרסום כדין. פרסום שכזה לא התקיים בענייננו, וממילא יש לקבוע כי תיקון 1943 לא נכנס לתוקף.

הנפקות של היעדר התוקף החוקי לתיקון 1943 היא שאין לבסס עליו חיוב בהיטל השבחה.

יש לדחות את טוענת הוועדה המקומית כי חזקת תקינות המעשה המנהלי פועלת לטובתה ומכוחה יש להניח כי תיקון 1943 אושר וקיבל תוקף מחייב. המערערות הצליחו לסתור את חזקת התקינות המנהלית, שעה שהראו כי תיקון 1943 מעולם לא פורסם למתן תוקף בעיתון הרשמי, כנדרש לפי פקודת בנין ערים. למעשה, לא עלה ביד הוועדה המקומית להצביע על מקור חוקי אחר המעניק תוקף לתיקון 1943 וכמובן שלא עלה בידיה להציג את אותו פרסום נדרש בעיתון הרשמי. לפיכך, למרות שחזקת התקינות המנהלית אכן מתחזקת בחלוף הזמן, המערערות אכן סתרו אותה בענייננו.

אין לקבל את הטענה של הוועדה המקומית, שעליה גם התבססה ועדת הערר, היא הטענה כי "הכל נהגו לפי תכנית התיקון המאושרת", קרי, ועדות התכנון השונות ראו את תיקון 1943 כתכנית מאושרת לכל דבר ועניין. חובת הפרסום לשם מתן תוקף היא חובה חוקית ברורה, ואין בכוחה של התנהלות מעשית מסוימת כדי לדחוק אותה, ודאי לא כאשר על יסוד אותה טעות מתגלגלת, מבקשים להשית חיוב כספי על הפרט.

פסק דין

מבוא

1. לפניי ערעורים מנהליים על החלטתה של ועדת הערר לתכנון ולבניה פיצויים והיטל השבחה מחוז תל אביב מיום 26.6.2019 (להלן: "ועדת הערר" או "הוועדה"), שניתנה במסגרת ערר תא/85144/16 וערר תא/85141/17. [פורסם בנבו] בהחלטתה זו קיבלה ועדת הערר את עמדתה של המשיבה, הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב-יפו (להלן: "הוועדה המקומית"), הן בכובעה כעוררת בערר תא/85144/16 והן בכובעה כמשיבה בערר תא/85141/17.
2. המערערת בתיק עמ"נ 19-09-36607 (להלן: "מונטיפיורי") היא חברה בפירוק מרצון ומי שהייתה הבעלים של מקרקעין הידועים כגוש 7109 חלקה 248 ברחוב ישראל ב"ק 39 שבשכונת מונטיפיורי בתל אביב.
3. המערערת בתיק עמ"נ 19-09-64437 (להלן: "אסאמי") היא מי שהיתה הבעלים של המקרקעין הידועים כגוש 7107 חלקה 357 ברחוב שונצינו 3 בתל אביב (המקרקעין של מונטיפיורי ושל אסאמי גם יחד יכוונו להלן: "המקרקעין").
4. מונטיפיורי מימשה את זכויותיה במקרקעין בדרך של פירוק מרצון. אסאמי מימשה את הזכויות בדרך של מכר המקרקעין. בעקבות מימושים אלה, הוציאה הוועדה המקומית דרישה לתשלום היטל השבחה ביחס לשתי המערערות.
5. בעניינה של מונטיפיורי דרשה הוועדה המקומית תשלום היטל השבחה בהתאם לשומת היטל השבחה מיום 1.11.2015. כנגד שומה זו הגישה מונטיפיורי שומה נגדית מיום 9.2.2016. כדי להכריע במחלוקת מונה שמאי מכריע, הוא השמאי אייל יצחקי (לאחר שהשמאי המכריע שקדם לו סיים את כהונתו ללא הכרעה). בשומה המכרעת נקבע כי תכנית תא/1043א' אשר פורסמה למתן תוקף ביום 20.12.2011 (להלן: "תכנית 1043א"), התירה שימושי מסחר בקומת הקרקע במקרקעין, ובכך השביחה את מקרקעי מונטיפיורי בסך של 397,500 ₪, ומכאן נגזר היטל השבחה בסך של 198,750 ₪ (מוצג 5 למוצגי מונטיפיורי). בגין קביעה זו הגישה מונטיפיורי ערר לוועדת הערר.
6. בעניין אסאמי, הוועדה המקומית דרשה היטל השבחה בהתאם לשומה מיום 27.4.2015. אסאמי הגישה שומה נגדית ביום 20.8.2015, ולשם הכרעה נתמנה שמאי מכריע, הוא השמאי אבישי זיו. בשומה המכרעת מיום 17.3.2016 נקבע כי תכנית 1043א' השביחה את מקרקעי אסאמי בסך של 293,280 ₪, ומכאן נגזר היטל השבחה בסך של 146,640 ₪ (מוצג ח' למוצגי אסאמי). על השומה המכרעת הוגש ערר על ידי הוועדה המקומית.

7. לבקשת הוועדה המקומית ונוכח זהות הסוגיה בשני העררים, הורתה ועדת הערר על איחוד הדין בשניהם.
8. ועדת הערר קבעה במסגרת החלטתה בעררים כי הדין עם הוועדה המקומית, וכי בעת עריכת שומות היטלי ההשבחה במקרקעין היה על השמאים המכריעים לקחת בחשבון את המצב התכנוני שקדם לתכנית 1043א' בהתאם לתיקון משנת 1943 לתכנית E (להלן: "תיקון 1943"), אשר הגביל את השימוש של מסחר בקומת הקרקע. הוועדה ראתה בתיקון 1943 כתכנית תקפה ומחייבת לכל דבר ועניין, ונוכח מסקנתה זו, דחתה את הערר של מונטיפיורי וקיבלה את ערר הוועדה המקומית בעניינה של אסאמי.
9. מכאן הערעורים שלפניי.

טענותיהן של המערערות

10. המערערות טוענות כי ועדת הערר שגתה בהחלטתה וכי מדובר בהחלטה בלתי סבירה ובלתי צודקת.
11. טענתן העיקרית של המערערות נוגעת לשאלת תוקפו של תיקון 1943. לדיןן של המערערות, תיקון זה הוא חסר תוקף סטוטורי, נוכח העובדה שמעולם לא פורסם בעיתון הרשמי, הלא הוא הפרסום הרשמי המנדטורי שקדם לרשומות. לדיןן, העדר הפרסום הרשמי מותיר את מעמדו של תיקון 1943 כתכנית מופקדת בלבד שאין לה תוקף סטוטורי מחייב כל זמן שלא פורסמה כדין למתן תוקף. לאור זאת, התכניות היחידות שחלו על המקרקעין לפני אישורה של תכנית 1043א' הן תכנית מס' 50 – "אדמות מזרח תל אביב" (להלן: **תכנית 50**"), אשר פורסמה למתן תוקף בעיתון הרשמי מס' 1064 מיום 19.12.1940 והתירה שימוש מסחרי של חנויות כלליות, ותכנית E אשר פורסמה בעיתון הרשמי מס' 1114 מיום 17.7.1941 (להלן: **"תכנית E"**) וסיווגה את המקרקעין כאזור תעשייה מבלי לשנות את השימושים שהותרו בהם, ותוך אימוץ של הוראות תכנית 50. מכאן עולה כי שימוש מסחרי בקומת הקרקע של המקרקעין מושא הערעורים הותר כבר החל מכניסתה לתוקף של תכנית 50, ותכנית 1043א' לא רק שלא הוסיפה זכויות ולא השביחה את המקרקעין אלא להיפך, היא פגעה בשימושים המותרים לפי תכנית 50 בהגבילה את היקף שטח המסחר הקמעונאי ל-20% מהשטחים העיקריים המותרים לבנייה בכל מגרש.
12. לחיזוק טענתן בדבר העדר תוקף מחייב לתיקון 1943, הציגו המערערות את התשריט של תיקון 1943 שמצוי היה במשרדי הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה. על גבי התשריט כתב מאן דהוא את המילים "**לא מאושרת**" באותיות קידוש לבנה ובצבע אדום. לטענת

המערערות, הכיתוב הבולט על התשריט האמור עונה על הגדרת "תעודה נושנה" לפי סעיף 43 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: "הפקודה"). לפי הפקודה, במקרה של תעודה נושנה שהיא תעודה בת עשרים שנים לפחות, שהוצאה מתוך משמורת הנראית כשרה בעיני בית המשפט באותו מקרה, רשאי בית המשפט להעמיד את התעודה על חזקתה שהחתימה עליה וכל חלק בה הנחזים שנעשו בכתב ידו של פלוני אכן נעשו בכתב ידו. לפיכך, כך טוענות המערערות, וועדת הערר שגתה כאשר לא ייחסה כל משקל לרישום זה.

13. עוד טוענות המערערות כי החלטתה של ועדת הערר מנוגדת לשומות מכריעות בנוגע למקרקעין סמוכים שלגביהם חלות אותן תכניות בדיוק, כדוגמת השומות בעניין הנכסים ברחובות החרש 6, יצחק שדה 31, תושיה 21 ושונצינו 3 בתל אביב.

14. לחלופין טוענות המערערות כי גם אם רשויות התכנון נהגו בתיקון 1943 כבתכנית מאושרת, הרי שמדובר בנוהג בלתי חוקי שאין מקום להותירו על כנו או לתת לו ביטוי בקביעת שיעורה של ההשבחה.

15. בנוסף, המערערות משיגות על כך שוועדת הערר התירה לוועדה המקומית לבצע שינוי חזית במהלך הדיון בפניה, כאשר מלכתחילה הוועדה המקומית מיקדה את הפלוגתא בשאלה מהו נוסחה הנכון של תכנית E, הגישה אסופת מסמכים שגויה ורק במהלך הדיון שינתה את חזית טיעוניה.

16. לבסוף, במסגרת השלמת טיעונים בכתב, טוענות המערערות כי המגבלות התכנוניות המוטלות מכוחה של תכנית מופקדת, לפי סעיף 97 לחוק התכנון והבניה התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה" או "החוק"), אשר הוסרו עם אישורה של תכנית 1043 א', אינן צריכות להשקל לענין קיומה או אי קיומה של השבחה במקרקעין, וזאת מחמת מספר טעמים. הטעם הראשון הוא שתכליתו של סעיף 97 לחוק היא הסדרה מנהלית בלבד (מניעה של יצירת עובדות בשטח שתסכלנה את יישום התכנית המופקדת), וגם זו בעלת אופי זמני גרידא, להבדיל מהטלת מגבלות מהותיות על זכויות הניצול. אין הוא מסב פגיעה במקרקעין ולכן גם סעיף 197 לחוק איננו מפצה על הפקדת תכנית אלא רק על אישורה; הטעם השני הוא שמפאת השנים הרבות בהן שכב לו תיקון 1943 כאבן אין לה הופכין, מבלי שיאושר כדון, לא היה מקום לדחות בקשה להיתר בניה לשימוש מסחרי, לו היתה מוגשת כזו, רק בשל המגבלות הקבועות בתיקון 1943, שכן תיקון 1943 הוא בבחינת תכנית שנזנחה ופקעה; הטעם השלישי הוא שהמגבלות שמטיל סעיף 97 לחוק לא היו קיימות לפי פקודת בניין ערים המנדטורית בעת שהופקד תיקון 1943; הטעם הרביעי הוא שהמגבלות שהוטלו מכח תיקון 1943 על השימוש המסחרי, כלל לא הוסרו במסגרת תכנית 1043 א' שכן

זו האחרונה כלל אינה מתייחסת לתיקון 1943 אלא אך ורק לתכנית E, ולכן לא קיימת השבחה מכוחה של תכנית 1043א'.

טענותיה של הוועדה המקומית

17. הוועדה המקומית טוענת כי דין הערעורים להידחות.
18. בפתח טיעוניה, הוועדה המקומית טוענת כי וועדת הערר כלל לא הייתה מוסמכת להכריע בשאלת תוקפו או בטלותו של תיקון 1943, שכן סמכותה מתמצית בבדיקת השומה של היטל ההשבחה ושאלת התאמתה לחוק ולפיסיקה. הא ותו לא.
19. עוד טוענת הוועדה המקומית כי אל לו לבית המשפט להתערב בהחלטתה של ועדת הערר, וזאת נוכח ההלכה לפיה התערבותו של בית המשפט בהחלטות הוועדה תחומה למקרים בהם הוועדה חרגה מסמכותה או שנפלה בהחלטתה טעות היורדת לשורשו של עניין, מה שאינו המקרה שבפנינו.
20. באשר למחלוקת העיקרית בדבר תוקפו של תיקון 1943, הוועדה המקומית טוענת כי אין חולק על כך שלא ניתן כיום לאתר פרסום למתן תוקף של תיקון 1943. ברם, עצם העובדה שלא נמצא כיום פרסום כזה, אינה מעידה על כך שהפרסום לא נעשה בשעתו, ויתכן שרק מחמת חלוף הזמן לא ניתן היה לאתר. יתר על כן, לטענתה של הוועדה המקומית, כלל רשויות התכנון, ובכללן הוועדה המקומית והוועדה המחוזית – היא הרשות המוסמכת ליתן תוקף לתיקון 1943, נהגו לפיו וראו אותו כתכנית מאושרת לכל דבר ועניין משך עשרות בשנים. כך, התכניות המאוחרות שאושרו על ידי הוועדה המחוזית בשנות השבעים והשמונים של המאה הקודמת ציינו במפורש שמטרתן היא לשנות את תיקון 1943. מכאן עולה שתיקון 1943 שיקף את המצב התכנוני התקף קודם לתכנית 1043א'. אפילו תכנית 72, שאושרה על ידי הוועדה המחוזית ופורסמה למתן תוקף ביום 25.10.1945, קובעת במפורש שהיא נעשתה בהתאמה לתיקון 1943.
21. בהמשך לאמור, טוענת הוועדה המקומית כי בהתאם לחזקת התקינות המנהלית, היא מוחזקת כמי שפעלה כדין כל עוד לא הוכח אחרת, וחזקה זו אף מתחזקת בחלוף זמן כה ניכר מאז הופקד תיקון 1943 במשרדי הוועדה המחוזית. נוכח העובדה כי רשויות התכנון התנהלו בעקביות במשך השנים בהתאם לתיקון 1943, קמה חזקת התקינות בנוגע לפעולותיהן וליחסן לתיקון 1943 כאל תכנית מחייבת לכל דבר ועניין.
22. הוועדה המקומית אף מסתמכת על העתקי תביעות פיצויים שהוגשו לוועדה המחוזית בעקבות אישורה של תכנית אחרת, היא תכנית 1602, בהן נכתב שתיקון 1943 הוא "המצב

הקיים" חרף היותו תכנית מופקדת שלא פורסמה למתן תוקף, ומכאן שרשויות התכנון ראו את תיקון 1943 ונהגו על פיו כתכנית מאושרת ותקפה לכל דבר ועניין. כן סומכת הוועדה המקומית את ידיה על בג"ץ 506/79 ועדת שכונת מוניטיפיורי נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 421 (1979), שהכיר בתיקון 1943 כמצב התכנוני התקף בשכונת מוניטיפיורי.

23. בתשובה לטענת המערערות בענין הרחבת החזית, טוענת הוועדה המקומית כי בהתאם לתקנות התכנון והבנייה (סדרי הדין בוועדות ערר בעררים לפי סעיף 14 לתוספת השלישית לחוק), התשע"א-2010, לוועדת הערר נתונה סמכות רחבה לנהל את הדיון והיא רשאית לבקש מסמכים נוספים הדרושים לשם הכרעה. זאת ועוד, גם המערערות הגישו מסמכים נוספים במהלך הדיונים והבקשה להוספת מסמכים מטעם הוועדה המקומית הוגשה בהסכמת המערערות.

24. לבסוף, במסגרת השלמת טיעונים בכתב, טוענת הוועדה המקומית כי גם אם ייקבע (בניגוד לעמדתה) שתיקון 1943 נותר בבחינת תכנית מופקדת גרידא, הרי שעדיין היו מוטלות עקב כך מגבלות על ניצול המקרקעין לפי סעיף 97 לחוק התכנון והבנייה (וקודם לכן, לפי סעיף 13 לפקודת בנין ערים). מגבלות אלה הוסרו לראשונה במסגרת תכנית 1043א', ומכאן שחלה השבחה שבגינה יש לחייב בהיטל. מגבלות אלה קיבלו משנה תוקף נוכח העובדה שבמשך עשרות בשנים נהגו רשויות התכנון כאילו תיקון 1943 מהווה תכנית תקפה לכל דבר ועניין. הוועדה המקומית טוענת כי לפי הוראות המעבר של חוק התכנון והבנייה, תכניות שהופקדו מכוחה של פקודת בנין ערים, יטופלו בהתאם להוראות חוק התכנון והבנייה. על כן, המגבלות שהנהיג תיקון 1943 חלות גם חלות מכוחו של סעיף 197 לחוק, מה גם שמגבלות כאלה היו מוטלות עוד קודם לכן, לפי סעיף 13 לפקודת בנין ערים, והוראת סעיף 97 לחוק לא חידשה בהקשר זה דבר. מגבלות אלה מכוחו של סעיף 197 לחוק אינן מוגבלות בזמן (שלא כמו מגבלות מכוחו של סעיף 78 לחוק, המוטלות כאשר מדובר בתכנית המצוייה בשלבי הכנה, ואשר טרם הופקדה). לדידה של הוועדה המקומית, לו היתה מוגשת בקשה להוצאת היתר בניה הסותר את תיקון 1943, הוועדה המחוזית היתה דוחה את הבקשה גם בהנחה שתיקון 1943 היווה אך ורק תכנית מופקדת. בכל מקרה, עם אישורה של תכנית 1043א', הוסר לראשונה הצורך לצלוח מחסום נורמטיבי בדמות קבלת אישור של הוועדה המחוזית לשימוש מסחרי במקרקעין, מה שיוצר השבחה של המקרקעין. לבסוף טוענת הוועדה המקומית כי תכנית 1043א' שינתה את תיקון 1943 הגם שאין בה איזכור מפורש של זה האחרון, ושינוי זה מהווה השבחה בת חיוב.

דיון והכרעה

25. לאחר עיון בטיעוני הצדדים בכתב ובעל פה, וכן בסיכומים משלימים שהגישו, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל, וכי יש לבטל את החלטתה של ועדת הערר ולהחזיר את הדיון אליה לצורך בחינתו של הענין מחדש, והכל מן הטעמים שיפורטו להלן.

26. ראשית לכול, נזכיר כי היקף התערבותו של בית המשפט לעניינים מנהליים בהחלטותיה של ועדת הערר הוא אכן מצומצם למדי. כבר נפסק לא אחת כי ועדת הערר היא גוף מקצועי בעל ידע ומומחיות לעניין תביעות בגין ירידת ערך והיטלי השבחה (בר"מ 8250/10 **מיכלסון נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חדרה** (פורסם בנבו, 16.3.2015), בפסקה 8). לצד זאת, יש לחדד ולהבהיר כי צמצום היקף ההתערבות של בית המשפט יסודו במומחיות שבה ניחן הטריבוטל בנוגע לשאלה העומדת לדיון. דהיינו, ככל שעומדים לרשותה של ועדת הערר ידע ומומחיות מיוחדים בשאלה מושא הדיון, כך תקטן הנכונות להתערב בהחלטתה (והשוו: בר"מ 5216/12 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פ"ת נ' כנס הבפטיסטים בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 5.1.2014), בפסקה 27). ברם, בענייננו מדובר בשאלה משפטית טהורה הנוגעת למעמדה ולתוקפה של תכנית. בשאלה זו אין לוועדת הערר מומחיות מיוחדת, ובית המשפט הוא הוא הפרום הראוי להכריע בה. ואכן, ועדת הערר עצמה סברה בתחילה שאין היא מוסמכת להכריע בשאלה משפטית זו (ראה דברי יו"ר הוועדה בעמוד השני לפרוטוקול מיום 27.5.2018 וכן דברי ב"כ הוועדה המקומית בעמוד השני לפרוטוקול מיום 22.5.2019, מוצג 1 למוצגי מונטיפיורי).

27. המקור הסטטוטורי מכוחו ניתן לגבות היטל השבחה, מצוי בסעיף 196א לחוק התכנון והבניה, אשר קובע כי "ועדה מקומית תגבה היטל השבחה בשיעור, בתנאים ובדרכים שנקבעו בתוספת השלישית ועל פיה". סעיף 1 לתוספת השלישית לחוק (להלן: "התוספת השלישית") מגדיר את המונח השבחה באופן הבא: "עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג". אחת ממשמעויות המונח "תכנית" בהגדרה זו היא "תכנית מתאר מקומית".

28. ברע"א 4217/04 פמיני נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, פ"ד סא(3) 386 (2006) (להלן: "פמיני") עמד בית המשפט העליון על ההצדקה הרעיונית העומדת בבסיס החיוב בהיטל השבחה:

"בעלים של מקרקעין ששוויים עלה עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג, חייב בתשלום היטל השבחה עקב הפעילות התכנונית המשביחה. התכלית שבהטלת היטל השבחה והמטרה המונחת ביסודו מבוססות על רעיון של צדק חברתי שלפיו ראוי כי בעל המקרקעין אשר התעשר כתוצאה מפעולה תכנונית שביצעה רשות

התכנון ישתף את הציבור בהתעשרותו זו בדרך של תשלום היטל המשתלם לאותה רשות תכנון, והמשמש אותה להכנת תכניות וביצוען... (בפסקה 6 לפסק-דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות).

בתי המשפט אף הדגישו את הצורך בקיומו של קשר סיבתי ישיר בין הפעילות התכנונית שבעקבותיה מוטל היטל ההשבחה, ובין עליית שוויים של המקרקעין לפיה מחושבת ההשבחה, זאת בשל מטבע הלשון "עקב" בסעיף 1 לתוספת השלישית (פמיני, בפסקה 7). כלומר, יש לבודד ולייחד את עליית ערך הקרקע כתוצאה מן התכנית המשבחה מתוך עליית השווי הכוללת, אשר עשויה להיות מושפעת גם מגורמים אחרים (דנ"א 3768/98 קרית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פ"ד נו(5) 49, 118 (2002)).

29. העקרון המנחה לחישוב ההשבחה מצוי בסעיף 7(4) לתוספת השלישית: "השומה תיערך ליום תחילת התכנית ... בהתחשב בעליית ערך המקרקעין וכאילו נמכרו בשוק חפשי". כלומר, יש להעריך את שווי המקרקעין פעמיים – פעם אחת בהתאם לזכויות שהוענקו בתכנית (המצב החדש) ופעם אחת בהתאם לזכויות שהיו אלמלא אישור תכנית זו, קרי, המצב הקודם (פמיני, בפסקה 8; רע"א 3002/12 הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' רון (פורסם בנבו, 15.7.2014), בפסקה 14).

30. הנה כי כן, ישנה חשיבות רבתי לשאלה מה היה המצב התכנוני הקיים במקרקעין מושא הערעור עובר לאישורה של תכנית 1043א', על מנת שניתן יהיה לבחון האם אכן חלה השבחה בשווי המקרקעין בעקבות אישורה של תכנית 1043א', שהרי רק בדרך של השוואת זכויות הבניה לפי שתי התכניות-זו החדשה וזו של המצב הקודם- ניתן לעמוד על קיומה של השבחה. כדי לענות על שאלה זו יש לבחון את מעמדו ותוקפו של תיקון 1943.

31. אין חולק כי תיקון 1943 הופקד בשעתו לשמיעת התנגדויות וכי דבר הפקדתו פורסם בעיתון הרשמי מס' 1308 ביום 30.12.1943 (מוצג כ"ב למוצגי אסאמי). דא עקא, אין כל ראייה על כך שתיקון 1943 אכן אושר אי פעם ושהדבר פורסם כדין בעיתון הרשמי, כמתחייב מהוראות הדין שחל בשעתו. הוועדה המקומית טענה בהקשר זה כי העובדה שפרסום התכנית בעיתון הרשמי לא נמצא, אינה מובילה בהכרח למסקנה כי פרסום שכזה לא התרחש מעולם, אלא שטענה זו דינה להדחות. כידוע, "אין לדיין אלא מה שענינו רואות" (תלמוד בבלי, סנהדרין, ו ע"ב; וראו דברי כב' השופט י' קדמי בעניין זה: " ... אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות, אזניו שומעות ולבו, שכלו, נסיונו והידע המקצועי אומרים לו כי ניתן לסמוך עליו. כך נקבעת ה"אמת המשפטית" המשמשת בסיס לחריצת הדין, וטרם נמצאה דרך טובה מזו" (ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו,

1994.5.25), בפסקה ד'). העיתון הרשמי, הוא הפרסום הרשמי שקדם לרשומות, הינו מסמך ציבורי השמור בארכיונים ובספריות המשפטיות ואין לנו אלא להניח כי ניתן לאתר גם כיום את כל עותקיו. לפיכך, אין מנוס מן המסקנה כי משעה שלא אותר פרסום בעיתון הרשמי אודות אישורו של תיקון 1943, פרסום כזה לא נעשה מעולם.

32. מהי הנפקות של העדר פרסום בעיתון הרשמי?

סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הפרשנות") קובע:

"תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה".

על פי סעיף 1 לפקודת הפרשנות "תקנה" היא:

"כלל, חוק עזר, מנשר, אכרזה, צו, הוראה, הודעה, מודעה, או מסמך אחר, שניתנו מאת כל רשות בארץ ישראל או בישראל, בין לפני תחילת תקפה של פקודה זו ובין לאחריה, מכוח חוק, או מכוח אקט של הפרלמנט הבריטי או מכוח דבר-המלך-במועצה, לרבות צו, הוראה, הודעה, מודעה או מסמך אחר שניתנו על יסוד תקנה, כלל או חוק עזר כאמור".

בהלכה הידועה שנפסקה בע"פ 56/213 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957), נקבעו שני מבחנים מצטברים לזיהוי "תקנה בת פועל תחיקתי". הראשון, האם התקנה יוצרת נורמה משפטית, והשני, האם היא הופנתה אל הציבור כולו או למצער אל חלק בלתי מסוים ממנו. במקרה דנן, עסקינן בפרסום המיועד לכלל הציבור, שהרי הוא מיועד לבעלי המקרקעין, לרשויות התכנון ולכל מתעניין פוטנציאלי ברכישת זכויות בחלקות מושא הפרסום. הפרסום גם אינו מיועד לאנשים ספציפיים. משכך מדובר בהוראה "בת פועל תחיקתי" הטעונה פרסום ברשומות או בקודמו, העיתון הרשמי.

33. יתר על כן, בשנים לב לכך שתיקון 1943 הופקד בשנת 1943, חל עליו בשעתו חיקוק ספציפי שקבע חובת פרסום לשם מתן תוקף לתכניות, הלא הוא פקודת בנין ערים, 1936 (להלן: "פקודת בנין ערים"). כך, סעיף 18 לפקודת בנין ערים הנהיג חובת פרסום בדבר אישורה של תכנית לשם כניסתה לתוקף, בזו הלשון:

"כעבור לא פחות משני חדשים מיום שנתפרסמה ההודעה על הנחת התכנית שניתנה בהתאם להוראות סעיף 16, רשאית הועדה המחוזית לבקש מאת הנציב העליון רשות ליתן תוקף לתכנית. ... הנציב העליון רשאי ליתן רשות זו לפי הכרעת דעתו והחלטתו תהיה החלטת גמר ... מקום שהנציב העליון נותן רשות ליתן תוקף לתכנית עפ"י הסעיף קטן דלעיל תודבק ההודעה בענין זה במשרדי העיריה, אם היתה התכנית כוללת חלק של אזור

עיריה, ואם לא היתה התכנית כוללת חלק של אזור עיריה – מדביקין את ההודעה באיזה מקום שנוהגין להדביק בו הודעות לציבור, בתוך אזור התכנית, ופרסם יפרסמו את ההודעה בעתון הרשמי. העתקות מן התכנית ומן התרשימים כפי שנתאשרו ע"י הנציב העליון תונחנה לעיון במשרדה של הועדה המקומית והודעה על הנחת התכנית תפורסם בעתון הרשמי. ... התכנית תקבל תוקף ביום שייקבע לכך ע"י הנציב העליון. בתנאי שאם לא קבע הנציב העליון תאריך לצורך זה, תקבל התכנית תוקף חמשה עשר יום לאחר שתפורסם בעתון הרשמי הודעה על הנחת התכנית במשרד הועדה המקומית."

34. זאת ועוד. הוראות המעבר של חוק התכנון והבניה, אשר החליף את פקודת בנין ערים, קובעות כי עניין שערב תחילתו של החוק היה תלוי ועומד לפני הוועדה המחוזית, רואים אותו מיום תחילתו של חוק התכנון והבניה כתלוי ועומד לפני הוועדה המחוזית לפי חוק זה (סעיף 272 לחוק התכנון והבניה). בנוסף, כל הליך שהיה ערב תחילתו של חוק התכנון והבניה תלוי ועומד בפני מוסד תכנון, ימשיכו לטפל בו מיום תחילתו של חוק התכנון והבניה, לפי חוק זה (סעיף 275א לחוק התכנון והבניה).

והנה, גם בחוק התכנון והבניה ניתנה חשיבות מכרעת לפרסום רשמי כתנאי למתן תוקף לתכנית. כך, סעיף 117 לחוק קובע את החובה לפרסם דבר אישורה של תכנית בדרך שבה פורסם דבר הפקדתה, ואילו סעיף 119א לחוק קובע כי:

"תחילתה של תכנית, שאושרה לפי סימן זה, היא בתום חמישה עשר ימים מיום פרסום הודעה ברשומות או בעתון על דבר אישורה, לפי המועד שבו פורסמה ההודעה האחרונה".

35. עניינו הרואות: בין אם נצמד בנתיב של פקודת בנין ערים ובין אם נפסע בנתיב של חוק התכנון והבניה, נגיע לכלל מסקנה כי פרסום רשמי היה ועודנו תנאי בל יעבור למתן תוקף מחייב לתכנית.

יפים לעניינו דברי בית המשפט בע"מ 6240/12 דני דנקנר נ' ועדת הערר לתכנון ובניה מחוז חיפה (פורסם בנבו, 10.05.2015):

"... אין חולק כי לאחר הפקדתה בשנת 1953 התכנית מעולם לא פורסמה ברשומות למתן תוקף. גם לאחר הפקדתה בשנית בשנת 1962, התכנית מעולם לא הובאה לאישור מחדש, וממילא לא פורסמה הודעה בהתאם. באותן שנים, טרום עידן חוק התכנון והבניה, דבר החקיקה הרלוונטי היה פקודת בנין ערים, 1936, בה נקבע בסעיף 18(3) כי "התכנית תקבל תוקף ביום שייקבע לכך על ידי הנציב העליון. בתנאי שאם לא קבע הנציב העליון תאריך לצורך זה, תקבל התכנית תוקף חמשה עשר יום לאחר שתפורסם בעתון הרשמי הודעה על הנחת התכנית במשרד הועדה המקומית". במקרה דנן, משלא נקבע מועד

לכניסת התכנית לתוקף, ומשלא פורסמה הודעה מתאימה ברשומות, אין לקבל את הטענה כי תכנית זו נכנסה לתוקף." (דברי כב' השופט י' עמית, בפסקה 20).

ראה גם דברי כב' השופטת ה' גרסטל בה"פ (מחוזי ת"א) Josephin Rena Lilley 1307/03 :
נ' עירית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 1.6.2005) :

"פרסומה של התכנית אינו אקט פורמאלי גרידא, אלא הוא שמעניק לה מעמד של תכנית בת פועל תחיקתי ומאפשר את פרסומה ברבים. הפרסום חשוב מבחינת יכולת תכנון עתידית וכן מבחינת הערך של וודאות משפטית. כל עוד לא פורסמה התכנית, אף אדם אינו מוחזק כיודע אותה והדבר עלול להביא לפגיעה בצדדים שלישיים."

ואכן, פרסום דבר אישורה של תכנית ברשומות אינו אקט דקלרטיבי גרידא, אלא מדובר באקט קונסטיטוטיבי, קרי, הוא זה שמעניק לה את תוקפה :

"שלושה פרקי חיים עוקבים יש לה לתכנית תכנון: אחד, שלב ההכנה, שניים, שלב ההפקדה ושלושה, שלב החיים שלאחר האישור. [...] השלב השלישי בחייה של תכנית תכנון בא עם אישורה של התכנית. מאותה עת התכנית היא בבחינת חיהנושא את עצמו: ניתק הטבור שקשר בינה לבין מוסד התכנון שהכין אותה ואישר אותה, והתכנית עומדת על רגליה שלה. התכנית תעמוד בתוקפה עד אשר תבוטל או תתוקן, ומעמדה מעמד הוא של חקיקת משנה ... כל עוד היא בתוקפה, תכנית התכנון המאושרת היא הקובעת את משטר הרישוי בתחומיה. לעת קיומה של תכנית תקפה נעלמים קשיי העמימות של ימי התכנית הראשונים – ימי שלב ההכנה – וגם בעיות הכפילות של תקופת ההפקדה אינן עוד. התכנית שאושרה היא המלכה הבלתי מעורערת של משטר הרישוי, ועל-פיה – ועל-פי החוק, כמובן – יישק דבר."

(דברי כב' השופט (כתוארו אז) מ' חשין, בע"א 8265/00 שופרסל בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז מרכז, פ"ד נו(5) 885, 898-900 (2002)).

וכן ראה את דברי כב' השופט (כתוארו אז) מ' חשין בע"א 3213/97 יחזקאל נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה, פ"ד נג(4) 625, 647 (1999) :

"נזכור עוד, כי תכנית מיתאר מקומית הינה "חיקוק" וכי פרסומה ברשומות הוא הפרסום המחייב."

(עוד על מעמדה של תכנית מתאר כחיקוק ראו עע"מ 6198/06 גולדשטיין נ' מעש כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 26.5.2008), בפסקה ה').

36. סיכומו של דבר, על מנת שתכנית תיכנס לתוקף, כמו כל חיקוק אחר, היא טעונה פרסום כדון. פרסום שכזה לא התקיים בענינו, וממילא יש לקבוע כי תיקון 1943 לא נכנס לתוקף.
37. לא נעלמה מעיני העובדה שהודעה בדבר הפקדתו של תיקון 1943 אכן פורסמה בעיתון הרשמי מיום 10.12.1943 (ראה מוצג כ"ב למוצגי אסאמי), אלא שהדבר רק ממחיש ומדגיש את העובדה שפרסום כאמור בדבר אישורו של תיקון 1943- מעולם לא נעשה. יתר על כן, דבר אישורה של תכנית E למתן תוקף, פורסם גם פורסם בעיתון הרשמי ביום 12.7.1941 (מוצג 13 למוצגי מונטיפיורי), והדבר מוכיח היטב כי אכן היה נהוג לפרסם בעיתון הרשמי תכניות שאושרו, כנדרש על פי הדין דאז, ומכאן שתכנית שדבר אישורה לא פורסם- אין לה תוקף.
38. זאת ועוד. על כך שתיקון 1943 מעולם לא אושר ולא קיבל תוקף מחייב, יעיד מכתב מיום 17.11.1946 שנכתב על ידי י' רוקח, ראש עיריית תל אביב ויו"ר הוועדה המקומית דאז, שהלין על כך שהוועדה המחוזית נוהגת לפי תכנית E ולא לפי תיקון 1943, למרות שתיקון 1943 הופקד לשמיעת התנגדויות והמועד להגשת התנגדויות כבר חלף ביום 28.2.1944. אין ראייה טובה מזו על כך שלפחות בחודש נובמבר 1946 תיקון 1943 טרם קיבל תוקף. מנגד, אין כל ראייה על כך שלאחר אותו מכתב, ניתן אי פעם תוקף לתיקון 1943.
39. הנפקות של היעדר התוקף החוקי לתיקון 1943 היא שאין לבסס עליו חיוב בהיטל השבחה (בסייג שעליו אעמוד בהמשך). למסקנה דומה הגיע בית משפט השלום בתיק בש"א (שלום ת"א) 162879/08 אחים עזורי-חברה קבלנית לבניה ופיתוח (1959) בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 25.12.2008) (בפסקה 4 לפסק-דינו של כב' השופט ד' מור).
40. טוענת הוועדה המקומית כי חזקת תקינות המעשה המנהלי פועלת לטובתה ומכוחה יש להניח כי תיקון 1943 אושר וקיבל תוקף מחייב.
- אין בידי לקבל טענה זו. לפי חזקת התקינות המנהלית, הנחה היא כי החלטות של רשויות מנהליות התקבלו כדון, אלא שהנחה זו ניתנת לסתירה. כדי לסתור אותה, שומה על העותר להציג ראיות לכאורה לכך שנפל פגם בהחלטה המנהלית. המשמעות המעשית של החזקה היא שאם עותר טוען כי החלטה מסוימת אינה חוקית או שנפל בה פגם משפטי, עליו להוכיח את הטענה כדי להפריך את חזקת החוקיות (וראו בהרחבה: יצחק זמיר, "חזקת החוקיות במשפט המנהלי" ספר אור - קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 741 (2013)).

בענייננו, הצליחו המערערות לסתור את חזקת התקינות המנהלית, שעה שהראו כי תיקון 1943 מעולם לא פורסם למתן תוקף בעיתון הרשמי, כנדרש לפי פקודת בנין ערים. למעשה, לא עלה ביד הוועדה המקומית להצביע על מקור חוקי אחר המעניק תוקף לתיקון 1943 וכמובן שלא עלה בידיה להציג את אותו פרסום נדרש בעיתון הרשמי. לפיכך, למרות שחזקת התקינות המנהלית אכן מתחזקת בחלוף הזמן (בג"ץ 4146/95 עיזבון המנוחה לילי דנקנר נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 793 (1998)), המערערות אכן סתרו אותה בענייננו.

יתר על כן, גם העובדה שמאן שהוא מטעם הוועדה המחוזית רשם בכתב ידו, במועד בלתי ידוע, על גבי התשריט של תיקון 1943 את המילים "לא מאושרת", בצבע אדום, באותיות קידוש לבנה עם שני קווים מתחת לשם הדגשה, יש בה כדי לסתור את חזקת התקינות המנהלית. אכן, אין לדעת מי בדיוק רשם את המילים הללו ומתי עשה כן, אך לא ניתן להתעלם מדבר קיומו של הרישום, שהרי הוא נעשה על גבי העותק שהיה מצוי במשרדי הוועדה המחוזית, קרי, העותק המחייב לכאורה של תיקון 1943. הגם שרישום זה כשלעצמו איננו מחייב, ברי כי לכל הפחות יש בכוחו כדי לשלול את חזקת התקינות המנהלית.

41. טענה נוספת של הוועדה המקומית, שעליה גם התבססה ועדת הערר, היא הטענה כי "הכל נהגו לפי תכנית התיקון המאושרת" (פסקה 15 להחלטתה של הוועדה), קרי, ועדות התכנון השונות ראו את תיקון 1943 כתכנית מאושרת לכל דבר ועניין.

ואכן, "מנהג" או "נוהג" יכולים להיות מקור משפטי במקרים מסוימים ואף לזכות לתוקף משפטי מחייב שבכוחו לחתוך זכויות וחובות על פי דין (ראו: בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (פורסם בנבו, 1.2.2017) (להלן: "אבירם")). בפסיקה ובספרות עלתה השאלה האם ניתן לייחס תוקף מחייב למנהג חוקתי או מנהלי בדין הישראלי ועלו דעות התומכות בדבר (אבירם, בפסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט נ' הנדל). ברם, מן הראוי להעמיד את הדברים על דיוקם. פרופ' ש' שטרית עמד על ההבחנה בין "מנהג" ל"נוהג": "המנהג הוא נורמה משפטית מחייבת העומדת בפני עצמה, ואילו הנוהג הוא הנחה עובדתית מכוח הדין. לעתים משתמשים במונח "נוהג" במובן של פרקטיקה שגורה, הנעדרת יסוד נורמטיבי" (שמעון שטרית "המנהג במשפט הציבורי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 375, 382 (יצחק זמיר עורך, 1993)). נוהג הוא דרך התנהגות מקובלת ורווחת. בענייננו, לא מדובר כלל בנוהג או במוסכמה מנהלית, אלא רק בהתנהלות שהניחה כמובן מאליו שתיקון 1943 הוא אכן תכנית שאושרה כדין (מבלי שהדברים נבדקו). לא מדובר בדרך התנהלות כללית אשר ניתן להעניק לה מעמד מחייב מכוח הפרקטיקה הנוהגת, אלא בטעות הולכת ונמשכת של הרשות, בתפיסתה תכנית מופקדת כתכנית מאושרת, מבלי שהדברים נבדקו

אי פעם. יתרה מכך, גם אם נראה תפיסה או סברה שגוייה זו כפרקטיקה שהתפתחה לכדי נוהג, כלל נקוט בידנו כי "אין בכוחו של נוהג להכשיר פירוש מוטעה של חוק" (דברי כב' השופט (כתוארו אז) מ' לנדוי בע"פ 19/53 בריל נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 562, 561 (1953)). חובת הפרסום לשם מתן תוקף היא חובה חוקית ברורה, ואין בכוחה של התנהלות מעשית מסוימת כדי לדחוק אותה, ודאי לא כאשר על יסוד אותה טעות מתגלגלת, מבקשים להשית חיוב כספי על הפרט.

42. הוועדה המקומית מבקשת להסתמך על דברי כב' השופטת ר' רונן בעת"מ 11-05-57630 קבוצת קדם חיזוק וחיידוש מבנים בע"מ נ' עיריית תל אביב (פורסם בנבו, 19.12.2012), לפיהם "העובדה כי העירייה פירשה במשך עשרות שנים את הסעיף באופן לו היא טוענת היום היא אם כן בעלת משמעות". ברם, כב' השופטת רונן דנה בנפקות הפרשנית שיש לייחס לנוהג אשר מתיישב עם פירוש אפשרי של החוק, ולא בנוהג הסותר מפורשות חוק. במקרה כזה – "חובתו של בית המשפט היא לשרש את הטעות. זו חובה יסודית, אשר הנאמנות לחוק מטילה על השופט." (דברי כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 146 (1986)). ראו גם את דברי כב' השופט צ' ברנזון בבג"ץ 148/71 בתי הזיקוק בחיפה בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(1) 18, 26 (1971): "נכון, כי במקרים מסויימים יכול נוהג בעבר להשפיע על הפירוש שיש לתת להוראת חוק הנוגעת לענין פלוני, בייחוד כאשר הצדדים ביססו את חישוביהם ועסקיהם על-פיו וקיבלו על עצמם התחייבויות הנובעות מכך. ... כל זה טוב ויפה, אבל לא כאשר ישנה הוראת חוק ברורה, שאינה ניתנת לשני פירושים."

43. אכן, כפי שקבעה ועדת הערר, בעבר נתבעו ואף שולמו פיצויים בעטיו של תיקון 1943, תוך שהתובעים באותן תביעות טענו כי התכנית המתקנת "הופקדה בלבד ולא פורסמה למתן תוקף אולם רשויות התכנון ראו אותה ונהגו על פיה כתכנית מאושרת ותקפה לכל דבר וענין" (פסקה 16 להחלטתה של ועדת הערר). ברם, מצב דברים זה אינו מעלה או מוריד. ראשית, אין כל משקל ראייתי או אחר לטיעונים של תובעים בהליכים אחרים והם אינם מעידים על המצב המשפטי המחייב; שנית, הטענה בדבר "הכל נהגו" אינה יכולה להוות מקור חוקי להטלת חיוב כספי על הפרט, ואם מאן דהוא נהנה בעבר מחמת טעות זו של הרשות, אין סיבה שנוזקי אותה טעות יגולגלו על כתפיו של אחר, כמו בענינו.

44. טענה נוספת של הוועדה המקומית היא שבית המשפט העליון התייחס למצב התכנוני התקף בשכונת מונטיפיורי, וקבע ש"חלה עליה תכנית בנין ערים 1943 "E" (בג"ץ 506/79 ועדת שכונת מונטיפיורי נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 421 (1979)). ברם, באותה פרשה בית המשפט העליון כלל לא נדרש לשאלה הניצבת בפנינו במלוא עוזה היום- האם תיקון 1943

אושר למתן תוקף אם לא, וממילא גם לא דן בתוקפו של תיקון 1943. באותו ענין היה מדובר בעתירה שתקפה תכנית אחרת, היא תכנית מפורטת מס' 1 לשנת 1972. בית המשפט יצא מתוך הנחה שכלל לא היתה שנוייה במחלוקת בהליך שלפניו, לפיה תיקון 1943 הינו תכנית תקפה ומחייבת, וממילא דבריו בהקשר זה נאמרו אגב אורחא. על כן, אין בכך משום אסמכתא לכך שתיקון 1943 אכן מחייב מבחינה סטטוטורית.

45. וחרף כל האמור לעיל, המסקנה לפיה תיקון 1943 מעולם לא אושר למתן תוקף, אין בה כדי לחרוץ לשבט את דרישתה של הוועדה המקומית לתשלום היטל השבחה. טעמו של דבר הוא שגם לתכנית מופקדת שלא אושרה יש מעמד סטטוטורי מסויים, שעשוי בהחלט להשליך על זכויות הבניה בקרקע שהתכנית המופקדת מתייחסת אליה, ובכך גם להשליך על קיומה או אי קיומה של השבחה במקרקעין בעקבות תכנית חדשה, אם זו מחליפה את התכנית המופקדת. לענין זה יש להדרש לסעיף 97(ב) לחוק התכנון והבניה. סעיף זה קובע:

" (1) הפקידה הוועדה המחוזית תכנית שבסמכותה, כאמור בסעיף 61א, ועוד לא ניתן לה תוקף, לא יינתן כל היתר לפי סעיף 145 לגבי המקרקעין שבתחום התכנית שלא בהתאם לתכנית המופקדת, אלא באישור ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית; לא תדון הוועדה המחוזית לפי פסקה זו אלא אם כן פורסמה על חשבון המבקש הודעה כאמור בסעיף 149 וניתנה, למי שעלול להיפגע מההחלטה הזדמנות לטעון טענותיו; החלטת הוועדה תישלח לצדדים;

(2) הרואה עצמו נפגע מהחלטת ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית בדבר מתן היתר לפי סעיף זה, רשאי לערור לועדה המחוזית."

הוראה מקבילה קיימת בסעיף 97(א), בנוגע לתכניות שהפקידה הוועדה המקומית.

משמעותה של הוראה זו היא שלכאורה, הגם שתיקון 1943 לא הפך מעולם לתכנית מאושרת ותקפה, הרי שמגבלות השימוש שנקבעו במסגרת תיקון 1943 בענין השטח המסחרי, היה בכוחן להגביל את זכויות השימוש של מי שביקש היתר בניה במקרקעין. יחד עם זאת, ומשום שתיקון 1943 לא קיבל תוקף מחייב ונותר במעמד של תכנית מופקדת בלבד, עדיין נותר שיקול דעת בידי ועדת המשנה להתנגדויות של הוועדה המחוזית ליתן היתר בניה שאינו עולה בקנה אחד עם מגבלות השימוש שבתיקון 1943, ואם היא היתה מסרבת לעשות כן, רשאי היה הנפגע מכך להגיש ערר בגין הסרוב. מדובר איפוא בחסם תכנוני, הגם שלא מדובר בחסם הרמטי או בלתי עביר. על כן, בהחלט לא ניתן לשלול מראש את האפשרות כי מבחינת מקרקעין שביחס אליהם הופקדה תכנית המגבילה את השימושים, גם אם לא אושרה למתן תוקף, ישנה פחיתת שווי כזו או אחרת לעומת מקרקעין שביחס אליהם לא הופקדה תכנית מגבילה שכזו. מאידך, הואיל ונותר עדיין

שיקול דעת בידי גורמי התכנון להתיר שימושים שאינם עולים בקנה אחד עם ההגבלות הנכללות בתכנית המופקדת, הרי שגם עובדה זו עשויה להשליך על שווי המקרקעין. במילים אחרות- שמאי הנדרש לקבוע קיומה או אי קיומה של השבחה, צריך לצאת מתוך נקודת מוצא כי תיקון 1943 אמנם לא אושר מעולם ולכן אין לראותו כתכנית תקפה מבחינה סטטוטורית, אך עדיין נודעת לו משמעות מסויימת נוכח מגבלות השימוש שחלו על המקרקעין מכוחו של סעיף 97(ב) לחוק התכנון והבניה, ויש לשום את שווי המקרקעין על בסיס הנחת מוצא זו. כך גם יש לברר אם מגבלות אלה הוסרו עם אישורה של תכנית 1043א', ואם כך הוא הדבר, הרי שהשבחה היא השווי הכלכלי של הסרת המגבלות התכנוניות הקיימות מכוחה של תכנית מופקדת אך לא מאושרת, תוך מתן משקל לכך שלא מדובר במגבלות הרמטיות אלא במגבלות הניתנות להסרה לפי שיקול דעתה של הוועדה המחוזית.

בהקשר זה יש לדחות את טענת המערערות כאילו אין נפקות לסעיף 97(ב) לחוק התכנון והבניה, משום שכביכול לא היה קיים הסדר דומה בפקודת בנין ערים. ראשית, הסדר כאמור היה קיים גם לפי סעיף 13 לפקודת בנין ערים; שנית, הוראות המעבר של חוק התכנון והבניה (סעיפים 272 ו-275א) לחוק מחילות את חוק התכנון והבניה על תכניות שהיו מופקדות ערב כניסתו לתוקף, כך שסעיף 97(ב) לחוק חל על תיקון 1943 מכוחן של הוראות המעבר הללו.

46. בעלי הדין העלו טענות כבדות משקל בנוגע לנפקותו של סעיף 97(ב) לחוק התכנון והבניה על שאלת קיומה או אי קיומה של השבחה במקרקעין, ואף השלימו טיעונים מקיפים בכתב בענין זה. ברם, טיעונים אלה לא נדונו כלל על ידי ועדת הערר, שאמנם התייחסה לענין זה במסגרת סעיף 21 להחלטתה, אך זאת עשתה אגב אורחא, באופן לקוני ומבלי לדון בטיעונים ולהכריע בהם לגופם. ראוי שטיעונים אלה ילובנו ויתבררו תחילה על ידי ועדת הערר, ולא לראשונה במסגרת ההליך דנן, שהוא הליך ערעורי. זאת ועוד, הכרעה במחלוקת זו מצריכה בראש ובראשונה עריכת שמאות מקיפה שתשקלל את כלל המשמעויות התכנוניות והשמאיות הנובעות מהסרתו של חסם תכנוני, שאמנם לא היה בלתי עביר, אך גם לא ניתן היה להתעלם מקיומו.

47. אשר על כן, הערעור מתקבל. החלטתה של ועדת הערר מבוטלת. הדיון יוחזר אליה לצורך בחינת עצם קיומה כמו גם שיעורה של השבחה במקרקעין בשים לב למגבלות השימוש שחלו על המקרקעין לפי סעיף 97(ב) לחוק התכנון והבניה ובעטיו של תיקון 1943, קודם שהוסרו וככל שהוסרו על ידי תכנית 1043א'. הוועדה תבחן את טיעוני הצדדים בהקשר זה, כפי שהועלו לראשונה במסגרת ההליך שלפניי, ותכריע בהם כחוכמתה.

48. נוכח התוצאה אליה הגעתי, אין צורך לדון בטענותיהן של המערערות בדבר הרחבת החזית שהן מייחסות לוועדה המקומית ובהשגותיהן בקשר לאסופת המסמכים שהציגה הוועדה המקומית בפני ועדת הערר.

49. בנסיבות הענין, אין צו להוצאות.

50. המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, כ"ט ניסן תש"פ, 23 אפריל 2020, בהעדר הצדדים.

לראש פסק הדין

פס"ד מחוזי מס' – עמ"נ 19-09-19-36607