

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עמ"נ 59261-06-14 חולון נ' ברגר ואח'

לפני כבוד השופטת יהודית שיצר

המעוררת: הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון
ע"י ב"כ עו"ד עופר צילקר ועו"ד כרמית פרוסט

נגד

המשיבים: 1. ברגר רחל
2. ברגר ירון
ע"י ב"כ עו"ד ניסים אזולאי

ספרות:

א' ברק, מבחר כתבים א (ח' ה' כהן, י' זמיר עורכים, תש"ס)

חקיקה שאוזכרה:

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 196א, 1, א1) לתוספת השלישית, 11 לתוספת השלישית, א2) (7 לתוספת השלישית

חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961
חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 71ב(א)
תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 512

ספרות:

א' ברק, מבחר כתבים א (ח' ה' כהן, י' זמיר עורכים, תש"ס)
אהרן נמדר, היטל השבחה (חושן למשפט, 2011)

מיני-רציו:

* כשעסקינן בנכס משותף, ולא במקרה הפשוט של בעלים יחיד, אירוע המימוש של השבחה מתחיל במועד הוצאת היתר הבנייה על הגג ע"י בעל דירת הגג. הגשת הבקשה והוצאת היתר

הבנייה ע"י בעל דירת הגג, הם למעשה אירוע המימוש, המאפשר את גביית החבות בהיטל ההשבחה מהבעלים של הנכס, שבמקרה זה הם מספר בעלים.

* מסים – היטלים – היטל השבחה

* מסים – מס השבחה – המועד לתשלומו

* מסים – מס השבחה – מועד מימוש הזכויות

* תכנון ובנייה – היטל השבחה – חובת תשלומו

ערעור על החלטת וועדת הערר לפיצויים והיטל השבחה, בעניין תחולת היטל השבחה במבנים שבהם דירות גג-גן.

בית המשפט דחה את הערעור, ופסק כלהלן:

המבחן הנכון לחיוב בהיטל ההשבחה הוא, האם המשיבים, שהם בעלי דירת הקרקע, אכן התעשרו כתוצאה מתכניות הגגות. אומנם מבחינה טכנית דירתם עצמה אינה מחוברת לגג, ולכן אינם יכולים ליהנות מהבנייה עליו, אך יש להם בעלות קניינית משותפת בגג ובזכויות הבנייה שעל הגג, וזכויות אלה צריכות להיבחן.

גישת הוועדה המקומית, שהתייחסה למשיבים, שהיו חלק מהבעלים המשותפים של הגג ושל זכויות הבנייה שבגג, כמי שביצעו לכאורה "מימוש זכויות" לפי החוק, ברגע שבמסגרת הסכם גירושיו משיב 2 מכר למשיבה 1 את חלקו בדירתם, שאליה צמוד חלק בגג המשותף ובזכויות הבנייה שעל הגג, היא פשטנית. היא אינה מתיישבת עם מכלול ההלכות שהתפתחו בנוגע לרכוש משותף וזכויות בנייה משותפות.

יש להרחיב את הדיון להיבטים הקנייניים של החוק, והעובדה שהיטל ההשבחה בנוי על טרימינולוגיה קניינית, דהיינו הטלת ההיטל על בעל הזכות הקניינית במועד ההשבחה אף מדגישה זאת. יש לקבל את עמדת וועדת הערר והיועמ"ש כי דירות הגן אינן נהנות ישירות מההשבחה, אך הרי יש להן חלק יחסי ברכוש המשותף, ולחלק זה יש שווי כלכלי.

כשעסקינן בנכס משותף, ולא במקרה הפשוט של בעלים יחיד, אירוע המימוש של ההשבחה מתחיל במועד הוצאת היתר הבנייה על הגג ע"י בעל דירת הגג. הגשת הבקשה והוצאת היתר הבנייה ע"י בעל דירת הגג, הם למעשה אירוע המימוש, המאפשר את גביית החבות בהיטל ההשבחה מהבעלים של הנכס, שבמקרה זה הם מספר בעלים.

פסק דין

1. ערעור על החלטת וועדת הערר לפיצויים והיטל השבחה מחוז ת"א (להלן: "וועדת הערר") מיום 29.5.2014, בתיק ערר חל/85090/10 (להלן: "ההחלטה"), בעניין תחולת היטל השבחה במבנים שבהם דירות גג-גן.

עיקרי העובדות

2. ברח' טשרניחובסקי 8 בחולון, קיים מבנה רכבת בן 2 קומות, הידוע כחלקה 89 בגוש 7174 (להלן: "הבניין"), שבו 12 דירות, עם מספר כניסות נפרדות לבניין. 6 דירות נמצאות בקומה העליונה, ו- 6 דירות נמצאות בקומת הקרקע. המשיבים היו הבעלים במשותף של דירה בקומת הקרקע כתת חלקה. המשיב 2 מכר את חלקו בדירה בקומת קרקע בבניין למשיבה 1, במסגרת הסכם גירושין. למשיב 2 היו זכויות ברכוש המשותף של הבניין, לרבות בגג הבניין שהוא רכוש משותף. בעל דירת הגג בכניסה בה מתגוררים המשיבים בנה חדר על גג הבניין. המשיבים לא ביצעו בנייה בחצר הבניין.

ביום 1.3.2011 קיבלו המשיבים מהוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון (להלן: "הוועדה המקומית") שומת היטל השבחה לתשלום בסך 11,173 ₪, בשל עסקת המכר שביצע משיב 1. לשיטת הוועדה המקומית, היטל השבחה הוא בגין שני תיקונים לתכנית המתאר לעיר חולון, ה'1:

הראשון, תיקון מס' 10א' מיום 13.10.1994, שעניינו התרת בניית פרגולה בצמוד לחדר יציאה לגג, ששטחה 1/3 משטח הגג הפנוי הצמוד לדירה שעליה בנוי חדר היציאה לגג, בשטח שלא יעלה על 23 מ"ר.

השני, תיקון מס' 23 שעניינו הגדלת חדר יציאה לגג מ- 23 מ"ר ל- 40 מ"ר, מיום 26.6.2008 (להלן: "תכניות הגגות" או "התכניות המשביחות").

ביום 13.4.2011 הגישו המשיבים ערר לוועדת הערר, כנגד החבות בשומת היטל השבחה שהוועדה המקומית השיתה עליהם. ביום 24.2.2012 קיבלה וועדת הערר את ערר המשיבים וביטלה לחלוטין את החיוב בהיטל השבחה שהטילה עליהם הוועדה המקומית.

החלטת וועדת הערר

3. וועדת הערר קבעה בהחלטתה, כי היא משנה מגישתה. בעבר היא הייתה בדעה כי יש לאמץ את עמדת הוועדה המקומית, והיא נתנה מספר החלטות בכיוון זה, אולם, עתה היא מקבלת את עמדת המשיבים. וועדת הערר קבעה כי חיוב היטל ההשבחה בטל, מהטעם העיקרי שמי שיכל ליהנות ולהתעשר מההשבחה, הוא בעל דירת הגג בלבד, ולא המשיב 2 שהיה בעל דירת הקרקע, שאינו יכול לבנות חדר על הגג, ואינו יכול להרחיב את החדר שעל הגג ל-40 מ"ר, ולא יכול לבנות על הגג פרגולה בצמוד לחדר שעל הגג, בהתאם לתוכניות המשביחות שאושרו. לכן החליטה וועדת הערר כי החיוב בהיטל ההשבחה לא יהיה לפי חלקו "הקנייני" של הנהנה מההשבחה במקרקעין, אלא לפי חלקו "התכנוני" במקרקעין. אמנם הזכויות הקנייניות בגג שייכות גם לבעל דירת הקרקע, אך הזכויות התכנוניות בגג הוקנו רק לבעל דירת הגג. אי לכך, לשיטת וועדת הערר על בעל דירת הגג לשאת במלוא היטל ההשבחה וחיוב העורר מתבטל. ועדת הערר הפנתה לפסיקת בימ"ש שלום התומכת בעמדתה.

על החלטה זו הגישה הוועדה המקומית את הערעור דנן כנגד החלטת וועדת הערר.

עיקרי טענות הוועדה המקומית

4. לטענת הוועדה המקומית, הכלל צריך להיות שהחבות בהיטל השבחה במקרה המיוחד של דירות גן-גג תחול גם על דירות הגן לפי החלק היחסי ברכוש המשותף, שכן ההשבחה נקבעת על פי הפרשי השווי של המקרקעין בין המצב התכנוני הקודם למצב התכנוני בעקבות התוכנית המשביחה. עצם העובדה שבעל דירת הגג בנה על הגג מוכיחה "הסכם במשתמע", בין בעל דירת הגן לבעל דירת הגג, של מכירת חלקו היחסי של בעל דירת הגג בחצר המשותפת לבעל דירת הגן, תמורת העברת חלקו היחסי של המשיב 2 בגג ובזכויות הבנייה בגג לבעל דירת הגג. זוהי ההנחה הבסיסית, אלא אם כן יוכיח בעל דירת הגן בשמאות פרטנית מצב דברים אחר. החבות בהיטל ההשבחה לבעל דירת הקרקע בשיעור חלקו היחסי ברכוש המשותף מתחייבת לאור זכותו הקניינית בגג המשותף שהושבחה. הוועדה המקומית גם טענה כי מביקור שערך פקח במקום עולה שהמשיב עשה שימוש ייחודי בחצר הבניין.

עיקרי טענות המשיבים

5. לטענת המשיבים צדקה וועדת הערר בהחלטתה, לפיה הכלל הוא, כי גם במקרים של דירות גג-גן, על בעל דירת הגג לשאת במלוא החבות של היטל ההשבחה בגין תכניות הגגות, שהרי בפועל הוא הנהנה והמתעשר היחיד מתוכנית הגגות. רק הוא בעל האפשרות המעשית ליהנות מהשבחה זאת, כי רק הוא יכול לבנות חדר על הגג שמעל לדירתו, רק הוא יכול להרחיבו ל-40 מ"ר (תיקון מס' 23) ורק הוא יכול לבנות פרגולה צמוד לחדר שעל הגג (תיקון מס' 10א). זאת ההנחה הבסיסית, אלא אם כן יוכיח בעל דירת הגג אחרת באמצעות שמאות פרטנית משלו. המשיבים הפנו לפסיקת בתי משפט השלום שעליהם התבססה החלטת וועדת הערר.

לטענת המשיבים, הנחת הוועדה המקומית כי התבצעה עסקה בין בעל דירת הגג לבעל דירת הגן, לפיה הגג יוצמד בלעדית לבעל דירת הגג והחצר תוצמד בלעדית לבעל דירת הגן, נסמכת על שורת הנחות שלא הוכחו ולא הובאה כל אסמכתא לעסקה כזו. לא הוכח כי התקיימה אסיפה כללית של בעלי הדירות שהחליטה על הצמדה של הגינות לבעלי דירות הגן, והצמדה של הגגות לבעלי דירות הגג.

תמצית עמדת היועמ"ש

6. בשל היות הסוגיה עקרונית ובעלת השלכות רוחב, ביקשתי בהחלטה מיום 1.10.2014 את עמדת היועמ"ש. התקבלה חו"ד מפורטת ולפיה:

"תוצאת ההחלטה (של וועדת הערר, תוספת שלי, י' ש') היא תוצאה נכונה, אם כי ההנמקה לכך מורכבת יותר, כפי שיפורט להלן" (סע' 5 לחווה"ד).

עוד נאמר בחוות הדעת:

"ככלל, אין מקום לחייב את בעלי הדירות התחתונות בגין תכנית הניתנת למימוש אך ורק בדירות העליונות ומעלה רק את ערכן של האחרונות

(ההדגשה במקור, י' ש'). עליית שוויים של מקרקעין הינה דרישת סף לשם חיוב בהיטל ההשבחה, ובלתה לא יקום החיוב בהיטל. אין אפוא להטיל חיוב בהיטל השבחה על שכמו של מי שלא הוכח שנכסו הושבח עקב התכנית, דהיינו כי עלה על ערכו האובייקטיבי בשוק המקרקעין. חיוב כזה, ככלל, חוטא לרציונל שבבסיס החיוב בהיטל השבחה ולתכליותיו" (שם).

כמו-כן צוין כי:

"אין מקום לדרוש היטל השבחה, בהיעדר שומה המוכיחה השבחה למקרקעין" (סע' 44 לחוה"ד), וכי "סוגיית השלכת אפשרות תשלומי איזון תישקל, אפוא, כעניין שמאי, במסגרת קביעת גובה היטל ההשבחה"

(סע' 42 לחוה"ד).

לבקשת הוועדה המקומית, הוסיף היועמ"ש הבהרות, ובהן ציין, בין היתר, כי:

"לעניין דירות גג-גן - ...אין אנו סבורים כי יש להוציא טיפוס דירות אלה מתחולת העמדה. יחד עם זאת, תיתכן אפשרות חיובן של הדירות התחתונות בהיטל השבחה, אך זאת בכפוף להוכחת קיומה של השבחה במקרה שכזה, באמצעות ראיה פוזיטיבית לעליית ערך הנכס".

(עמ' 3 להבהרות היועמ"ש מיום 15.12.2016).

(ההדגשות כאן ולהלן שלי – י' ש')

כלומר, ההבדל בין עמדת וועדת הערר לעמדת היועמ"ש הוא, שלשית וועדת הערר, קבלת זכויות בנייה בגג משותף, למי שלא יכול לממש בפועל את הבנייה על הגג, כיוון שדירתו

רחוקה מהגג המשותף, לא נחשבת להשבחה ולכן לא ניתן לחייב בהיטל השבחה את בעלי דירות הגן. לעומת זאת, לשיטת היועמ"ש, עקרונית יש אפשרות לחייב את בעלי דירות הגן בהיטל השבחה, אלא שעל הוועדה המקומית להוכיח באמצעות שמאות מוכחת שדירת הגן עצמה הושבחה ולא רק גג הבניין המשותף. זאת למשל ע"י עסקאות אחרות שבוצעו באותו בניין או בבניינים סמוכים. בשמאות הספציפית שעל הוועדה המקומית לערוך לדירת הגן, עליה לקחת בחשבון גם תשלומי איזון בנכס כפרמטר שמאי שיכול להשפיע על שווי דירת הגן.

דיון

היטל השבחה

7. היטל השבחה מוטל מכוח סעיף 196א לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965 (להלן: "החוק"), שכותרתו "היטל השבחה", אשר קובע:

"196א. ועדה מקומית תגבה היטל השבחה בשיעור, בתנאים ובדרכים

שנקבעו בתוספת השלישית ועל פיה".

החוק בו מוטלת החבות הוא בעיקרו חוק תכנוני.

לפי לשונו של סעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק, שכותרתו "חובות בהיטל השבחה", החבות בהיטל השבחה חלה על בעל המקרקעין המושבחים:

"2. (א) 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".

(ההדגשות כאן ולהלן שלי, י' ש').

החבות בהיטל השבחה לפי החוק חלה איפוא על מי שבמועד ההשבחה, דהיינו יום אישור התוכנית המשביחה, היה בעלם של המקרקעים המושבחים וערך נכסו עלה בעקבות אישור התכנית (ראו: ע"א 1321/02 נוה בנין ופיתוח בע"מ נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז המרכז, פ"ד נז(4) 119; עת"מ (מרכז) 49416-05-15 **ענת אבירם נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה מצפה אפק** (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 10.11.2016) סע' 4-6 לפסה"ד, וכן ראו: א. נמדר, **היטל השבחה** (קרית אונו – 2011) עמ' 89-91).

תכלית היטל ההשבחה היא השתתפות של הנישום עם הציבור בהוצאות שהשקיעה הרשות הציבורית בתכנון ובפיתוח של התוכנית המשביחה, שגרמה לו התעשרות בכך שערך נכסו עלה.

כפי שהוטעם בפסיקה, הרציונאל שעומד בבסיס החיוב בהיטל ההשבחה הוא של צדק חברתי, כך שאם הציבור השקיע מכספו על מנת להשביח את נכסו של הנישום, על הנישום להשתתף בהשקעות אלו (ראו: ע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל-אביב-יפו, פד"י נב(5) 715, 719, המבוא להצעת **חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 15)**, תשמ"א-1980, בעמ' 54-55, וכן נ' דנקנר, ד' לזבניק "על החיוב בהיטל השבחה", **עיוני משפט** י (תשמ"ד-תשמ"ה) 121).

יתר על כן, הפסיקה אף הדגישה כי בהעדר התעשרות אין לחייב בהיטל:

"ביסוד היטל ההשבחה עומדת אפוא תכלית של מיסוי על התעשרות כתוצאה מתכנית משביחה, ובאין "עשיית עושר ולא במשפט" (כדברי ההסבר בהצעת החוק) – אין היטל".

(רע"א 7172/96 קרית בית הכרם בע"מ ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פד"י נב(2) 494, 525).

מנקודת מוצא זו, המבחן הנכון לחיוב בהיטל ההשבחה הוא, האם המשיבים, שהם בעלי דירת הקרקע, אכן התעשרו כתוצאה מתכניות הגגות. אומנם מבחינה טכנית דירתם עצמה אינה מחוברת לגג, ולכן אינם יכולים ליהנות מהבניה עליו, אך יש להם בעלות קניינית משותפת בגג ובזכויות הבנייה שעל הגג, וזכויות אלה צריכות להיבחן.

מועד תשלום היטל ההשבחה

8. בעוד שהחבות בהיטל ההשבחה נוצרת במועד אישור התכנית, וחלה על הבעלים של הנכס המושבח באותו המועד, מועד תשלום היטל ההשבחה לא חל ביום ההשבחה, דהיינו יום אישור התוכנית, אלא במועד "מימוש הזכויות", בהתאם לסעיפים 1 ו-7 לתוספת השלישית לחוק.

סע' 1(א) לתוספת השלישית לחוק שכותרתו "פרשנות", קובע:

"1(א)...

'מימוש זכויות', במקרקעין - אחת מאלה:

- (1) קבלת היתר לפי חוק זה לבניה או לשימוש בהם שלא ניתן היה לתיתו אלמלא אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג שבעקבותיהם חל היטל השבחה;
- (2) התחלת השימוש בהם בפועל כפי שהותר לראשונה עקב אישור התכנית שבעקבותיו חל היטל השבחה;
- (3) העברתם או העברת החכירה לדורות בהם, בשלמות או חלקית, או הענקת זכויות בהם הטעונה רישום בפנקסי המקרקעין, בתמורה או ללא תמורה, אך למעט העברה מכוח דין והעברה ללא תמורה מאדם לקרובו; ואולם לא יראו כמימוש זכויות רישום בפנקסי המקרקעין של זכויות במקרקעין אשר המחזיק בהם בפועל לפני יום כ"ט בסיון תשמ"א (1 ביולי 1981), היה בעלם כהגדרתו בחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961;

סע' 7 לתוספת השלישית לחוק שכותרתה "מועד תשלום ההיטל", קובע:

- "7. (א) ההיטל ישולם לא יאוחר מהמועד שהחייב בו מימש זכות במקרקעין שלגביהם חל ההיטל, ורשאי החייב לשלם מקדמות על חשבוננו עוד לפני קביעת שומת ההשבחה.
- (ב) מימש החייב בהיטל חלק מן הזכויות במקרקעין ישלם היטל בשיעור יחסי לפי מידת המימוש החייבת בהיטל".

סע' 11 לתוספת השלישית לחוק, שכותרתו "שותפים במקרקעין", מוסיף וקובע:

- "11. שותפים במקרקעין או בחכירה לדורות בהם, ישלמו היטל כל אחד מהם באופן יחסי לחלקו במקרקעין המשותפים".

כל שלושת המועדים קשורים בדרך זו או אחרת למימוש ההשבחה והכל לפי נסיבות העניין. התשלום עבור ההשבחה במועד הבניה הוא טבעי, בשל מימוש ההשבחה. בעת המכירה - כשעדיין אין בניה, הגביה סבירה כי הזכות הנמכרת כוללת בתוכה גם את הזכות להטבות כגון זכות הבניה. לאחר מימוש זכות הבניה, המוכר כבר לא עושה עסקת מכר בנכס עם זכות בניה. זאת הרי הגיע לכלל מיצוי במועד הבניה ולפיכך בחלופה של הבניה יש מקום לגבות את מלוא ההיטל טרם הוצאת ההיתר. אין הצדקה מהותית או עניינית לפצל את גביית ההיטל בגין אירוע בנייה אחד למועדים שונים. הרי ברגע שבעל דירת הגג מקבל היתר בניה או בונה, או מממש את פוטנציאל ההשבחה, וקם אירוע המוליד חבות בתשלום היטל השבחה, זה הרגע לגבות גם מבעלי הזכויות האחרים את היטל ההשבחה כדי חלקם ולהעמידם על כך שהסכמתם לבנייה (אם בכלל ניתנה) כרוכה בתשלום היטל השבחה. מעבר לחוסר היעילות של גבייה בלתי מסתיימת, בשלבים ועומס הבירוקרטיה הכרוך בכך, גם הגינות שלטונית והתנהלות סבירה של הרשות כלפי האזרח אינה מתיישבת עם הוצאת היתר בניה מחד והמתנה עם גביית חלקים מהיטל ההשבחה עד למכירה עתידית כלשהי של דירת הגן, אם בכלל תימכר.

יתר על כן, גישת הוועדה המקומית גם מרוקנת את הפוטנציאל הכלכלי של דירת הגן, ע"י מתן היתר בניה לבעל דירת הגג, ללא בדיקה מספקת, ומבלי להתריע בפני בעל דירת הגן על חבותו בהיטל ההשבחה, אותה מותרים לפתחו.

רכוש וזכויות משותפים

9. כך גישת הוועדה המקומית, שהתייחסה למשיבים, שהיו חלק מהבעלים המשותפים של הגג ושל זכויות הבנייה שבגג, כמי שביצעו לכאורה "מימוש זכויות" לפי החוק, ברגע שבמסגרת הסכם גירושיו משיב 2 מכר למשיבה 1 את חלקו בדירתם, שאליה צמוד חלק בגג המשותף ובזכויות הבנייה שעל הגג, היא פשטנית. היא אינה מתיישבת עם מכלול ההלכות שהתפתחו בנוגע לרכוש משותף וזכויות בניה משותפות.

יש להרחיב את הדיון להיבטים הקנייניים של החוק, והעובדה שהיטל ההשבחה בנוי על טרימינולוגיה קניינית, דהיינו הטלת ההיטל על בעל הזכות הקניינית במועד ההשבחה אף מדגישה זאת. מקובלת עלי עמדת וועדת הערר והיועמ"ש כי דירות הגן אינן נהנות ישירות מההשבחה, אך הרי יש להן חלק יחסי ברכוש המשותף, ולחלק זה יש שווי כלכלי.

אין חולק שבענייננו, גג הבניין הוא רכוש משותף, לכן חלה ההלכה שנקבעה ב- ע"א 549/73 וינטרס נ' זמורה, פ"ד כח(1) 645, 648: "כל שימוש מותר גם בלי החלטה של האסיפה הכללית, ובלבד שהוא רגיל וסביר לפי תנאי המקום וזמן ואינו מונע שימוש דומה מאחרים" (להלן: "פרשת וינטרס", וראו גם: ע"א 708/72 פרשקר נ' רוזנברג, פד"י כח(2) 817; ובפסק דיני ב- עש"א (ת"א) 32739-10-12 נמרוד ערד נ' נציגות הבית המשותף מאפו 11 תל-אביב (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 30.4.2013) ועש"א (ת"א) 25321-01-12 שי שקדי נ' פילי נכסים (1994) בע"מ (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 27.3.2012). עוד נפסק ב- רע"א 9645/16 איסק פארי עילית נ' נחמיאס משה (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 10.1.2017, סע' ט' לחו"ד של כב' המשנה לנשיאה, א. רובינשטיין) כי תנאים אלה "נבחנים

בכל מקרה על פי עובדותיו". באותו מקרה ערך ביהמ"ש אבחנה בין עצם החנייה ברכוש המשותף שנדונה בפרשת וינטרס, שמהווה שימוש סביר ברכוש המשותף, לבין שימוש ברכוש המשותף הכרוך בבנייה משמעותית ברכוש המשותף ובשימוש ייחודי של בעלי אחת הדירות בשתי החניות שתכננו לבנות ברכוש המשותף, שאינו בגדר שימוש רגיל וסביר ברכוש המשותף.

באשר לבניית חדר על הגג נפסק כי בניה כזו אינה בגדר שימוש רגיל וסביר ברכוש המשותף שאינו מונע שימוש דומה מהדיירים האחרים, לכן נדרשת הסכמת הדיירים האחרים לבנייה בגג המשותף. על הגג חלה הוראת סע' 71ב(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין"). סעיף זה, שכותרתו "שינויים ברכוש המשותף ובזכויות הבנייה", קובע:

"71ב. (א) על אף הוראות סעיף 62(א) סיפה, או סעיף 12(ב) לתקנון המצוי שבתוספת, רשאים מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות ושני שלישים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, להחליט בדבר הוצאה של חלקים מסויימים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה פלונית, לשם בניה שמטרתה הרחבת אותה דירה, וכן להחליט בדבר חלוקת זכויות הבניה הנדרשות לצורך זה, ואולם, היה נושא ההחלטה כאמור הרחבת דירה פלונית אחת או יותר לשם בניית מרחב מוגן דירתי או מרחב מוגן קומתי, רשאים להחליט על כך מי שבבעלותם שישים אחוזים מהדירות".

לצורך הבנייה על הגג, נדרשת הצמדה של הגג ושל זכויות הבנייה על הגג לדירת הגג, ולשם כך יש להשיג הסכמת בעלי 3/4 מהדירות ש-2/3 מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם. אין חולק כי גג הבניין וזכויות הבניה הם בבעלות משותפת של כלל דיירי הבניין, כאשר לכל דייר יש אחוז בלתי מסוים בגג ובזכויות הבניה, בהתאם לשיעורו ברכוש המשותף של הבניין.

בסוגיית סיווגן של זכויות הבניה, מהדעות המובעות בפסיקה עולה כי זכויות בנייה הן נכס משותף, אך לא "רכוש משותף", ראו והשוו: ע"א 2139/12 שרה רוזן ו-49 אח' נ' חברת ארזי

הבירה (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 15.12.2015); ע"א 5043/96 גלמן נ' רפול, פ"ד נד(3) 389, 393 (2000); ע"א 10322/03 ישעיהו נ' שטרייכר, פ"ד נט(6) 448, 459; ע"א 11965/05 קליין נ' שרון (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 27.8.2009); ע"א 3451/07 קאופמן נ' כהן (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 18.2.2010); ע"א 6283/12 צדוק נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 26.3.2014); ע"א 3260/11 רחל ברכה, משרד עורכי דין נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 6.1.2015), בפסקאות 25, 30-31, ע"א 36/11 חברת דואר ישראל בע"מ נ' חפציבה שיכון ופיתוח בע"מ (לא פורסם, [פורסם בנבו] מיום 3.9.2015, להלן: "פס"ד חפציבה"). עוד נפסק כי זכויות בנייה אינן "שטח" בבית משותף, אלא הן "האפשרות לניצול הקרקע לבנייה על פי הדין" (ראו: רע"א 2821/95 לוסטיג נ' מייזלס, פד"י נ(1) 517, 527; ע"א 7260/12 עמליה פרנק כהן נכסים והשקעות בע"מ נ' חברת "וזוב נכסים בע"מ" (לא פורסם, [פורסם בנבו] מיום 20.11.2016)). באשר לסיווגן של זכויות הבנייה כזכויות קנייניות או אובליגטוריות בלבד, הובעו בפסיקה דעות שונות, אך טרם נפסקה הלכה מחייבת (ראו: פס"ד חפציבה, סע' 32 לחוות דעתה של כב' הנשיאה מ. נאור).

עם זאת ברור שלזכויות הבניה יש שווי כלכלי, בהתאם לנתוניו של כל נכס ונכס. כאמור, לצורך בנייה על הגג המשותף וניצול זכויות הבנייה המשותפות הללו, על בעל דירת הגג להשיג את הסכמות יתר דיירי הבניין לבנייתו (ראו: ע"מ 2832/09 הועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ' בני אליעזר בע"מ (לא פורסם, [פורסם בנבו] מיום 9.1.2011) סע' כג'-כו' לפסה"ד (להלן: "פס"ד בני אליעזר" או "הלכת בני אליעזר"); ע"א 11965/05 עזבון המנוח קליין נ' דוד שרון, פרופסור (לא פורסם, [פורסם בנבו] מיום 27.8.2009), פסקה 42 לפסק דינה של כב' הנשיאה מ. נאור; ע"א 7156/96 שואעי נ' בכרך, פ"ד נג(1) 469, 476; עת"מ (ת"א) 38144-07-15 בלומה לב נ' וועדת הערר המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ת"א (לא פורסם, [פורסם בנבו] מיום 1.11.2016); עש"א (ת"א) 54020-10-15 רחל אילני נ' אלוני חיותה (לא פורסם, [פורסם בנבו], מיום 6.11.2016); וכן ראו מ' בניאן דיני מקרקעין עקרונות והלכות (2002), 781).

כך נפסק בפס"ד בני אליעזר:

"כד.החלת דיני השיתוף על זכויות בניה משמעותה, כי בדומה למצבים שתוארו מעלה, בהם בעל זכויות בנכס המבקש לעשות ברכוש המשותף שימוש שאינו סביר או העלול לגרוע מזכויות שותפיו, זקוק להסכמתם. הצורך בהסכמה נובע גם מן האמור ביחס לשוויין הכלכלי של זכויות הבניה. כאמור, שווי המקרקעין מושפע עמוקות מזכויות הבניה המיוחסות לו, וניצול זכויות הבניה על ידי אחד מן השותפים משמעה האפשרי במקרים מסוימים הוא פגיעה בערך המקרקעין (ובבית משותף - בערך הדירות), ולכן על ניצול זכויות הבניה להיעשות בהסכמה בין השותפים, או בעקבות הכרעה שיפוטית.

כה. מעבר לפגיעה הכלכלית האפשרית בערך המקרקעין או הדירות על-ידי ניצול לא מוסכם, שהוא משמעותי במישור המעשי - ישנו גם סיכון, כי שימוש בלתי מבוקר בזכויות הבניה יגרע בפועל מזכויות הבניה של יתר השותפים, שהרי אין הכרח שזכויות הבניה יתחלקו, פיסית, באופן שווה לכל המקרקעין..."

(סע' כד' - כה' לחו"ד של כב' המשנה לנשיאה א. רובינשטיין).

במקרה שלנו ניצול זכויות הבניה על ידי דירת הגג נוגס בזכויות של בעלי דירות אחרות. כשאין חולק כי הן הגג והן זכויות הבנייה שעל הגג הם נכס משותף, בעל דירת הגג לא רשאי לבנות על הגג כל עוד לא הוסדר השימוש בגג ובזכויות הבנייה שעל הגג, בהסכם בין הדיירים, או בהחלטה שיפוטית בערכאות האזרחיות המתאימות. בשנים האחרונות, ניכרת בפסיקה התפתחות מגמה לפיה אין לנתק בין המישור התכנוני למישור הקנייני. מגמה זו משליכה על היבטים שונים בהם בא לידי ביטוי הממשק בין דיני התכנון והבנייה לדיני הקניין והחוזים. מגמה זו נועדה ליצור הרמוניזציה, או לפחות למנוע פערים מהותיים בין דיני הקניין לדיני התכנון והבנייה כדי למנוע אי הלימה בתוצאות. בין היתר מגמה זו צריכה לפעול, כאשר הפרדה מוחלטת בין שני המישורים מביאה לתוצאות של אי צדק ואולי אף לעשיית עושר בלתי מוצדקת, שבמקרים מסוימים נעשית תוך ניצול דווקני של החוק. הוועדה המקומית מונחית ללכת לפי עקרונות אלו, שהותוו, בין היתר, בהלכת בני אליעזר. זו האחרונה אינה מצומצמת רק

לנסיבות אותו מקרה, אלא מתייחסת בהכללה להיבט הרחב של צמצום פערים ע"י הסדרת הזכויות הקנייניות והכלכליות תחילה. כך נפסק בפס"ד בני אליעזר (סע' כז' לחור"ד של כב' המשנה לנשיאה, א. רובינשטיין):

"כפי שהוסבר, דיון בהיבטים תכנוניים של בקשה בלא תימוכין כאלה (הכוונה היא לתימוכין קנייניים של מבקש ההיתר לזכויותיו בנכס מושא הבקשה התכנונית, הערה שלי, י' ש') עלול להביא לדיוני סרק, ואולי אף - לאו דווקא במקרה דנא - לעידוד בניה בלתי-חוקית, ומשכך צודקות בסופו של יום המערערת והמדינה בעמדתן, כי מוסדות התכנון רשאים היו לעכב את הדיון בבקשת המשיבה עד להכרעה בסוגיות אלה. סבורני, כי עמדה זו מובילה גם לתוצאה רצויה של מעין "תמיכה הדדית" בין דיני הקניין לדיני התכנון והבנייה, אשר כשלעצמי אני רואה בה חשיבות, וכך נזדמן לי לומר בעבר "אך פשיטא שהמצב הנכון והרצוי הוא כי שני המסלולים, הקנייני והתכנוני - ילכו יחדיו, כי במהות לכך נועדו" (ראו: רע"א 10165/06 כאסתירו נ' אטל (לא פורסם) [פורסם בנבו] פסקה ז'; פרשת סטרולוביץ הנזכרת).

רציונל זה ניתן להחיל גם על יישום גביית היטל ההשבחה. כשעסקינן בנכס משותף, ולא במקרה הפשוט של בעלים יחיד, אירוע המימוש של ההשבחה מתחיל במועד הוצאת היתר הבנייה על הגג ע"י בעל דירת הגג. על מנת למנוע התנגשות בין זכויות הדיירים השונים בבניין, וקיפוח בלתי צודק של זכויותיהם, על הוועדה המקומית לבחון באופן ממשי את התימוכים הקנייניים לזכות בעל דירת הגג לבנות עליו, ולכך ניתן לקשור גם את ההשבחה, באופן שייערך חישוב כולל ויהיה ברור מה השבחה האמיתי והנכון, והאם כל דייר בבניין מודע לחבותו. הגשת הבקשה והוצאת היתר הבנייה ע"י בעל דירת הגג, הם למעשה אירוע המימוש, המאפשר את גביית החבות בהיטל ההשבחה מהבעלים של הנכס, שבמקרה זה הם מספר בעלים. הוועדה המקומית מנסה להיבנות מהנחות תיאורטיות בלתי מבוססות, או להסיק

מסקנות שיפוטיות ללא עובדות. הוועדה המקומית לא הוכיחה כי נתנה את היתר הבנייה לאחר שהיו לפניו הסכמות כל הדיירים להעברת הזכויות הקנייניות בגג המשותף ובזכויות הבנייה שעל הגג לבעל דירת הגג, תוך התייחסות לנושא היטל ההשבחה.

הטיעונים של הוועדה המקומית כלליים וסתמיים. הם אינם כוללים תשתית עובדתית קונקרטית, כגון: מתי הוצא היתר הבנייה, מתי הייתה הבנייה, והעיקר, מה סכום היטל ההשבחה שנגבה מבעל דירת הגג שבנה בפועל. הוועדה המקומית גם לא טענה שהוצגה בפניה הסכמה של בעלי הזכויות האחרים בגג ובזכויות הבנייה שעליו. כל שטענה הוועדה המקומית הוא, שהיא מסיקה מכללא שבעל דירת הגג הסכים לבניה, מהטעם שפקח שביקר במקום הגיע למסקנה שדירת הגג עושה שימוש ייחודי בחצר. אם נלך לשיטת הוועדה המקומית ואם אכן בוצעה עסקת חליפין כזו לה טוענת הוועדה המקומית, כלומר העברת זכויות בעסקת חליפין, היה על הוועדה לדרוש את היטל ההשבחה מיד במועד עסקת מכר החליפין.

ניתן לצפות מהוועדה המקומית המבקשת לקעקע החלטה של ועדת הערר, שלא תסתפק בהנחות סתמיות מסוג כזה. עליה להציג נתונים עובדתיים קונקרטיים ובדוקים, או שמאיים, שיצביעו על כך שבחנה את המקרה לגופו. בהעדר פרטים עובדתיים משמעותיים בגרסת הוועדה המקומית, נותרת רק גרסתם של המשיבים לפיה:

"מעיון בשומת השבחה... אין עמדת הדיירים בבנין להסכמתם בכלל לבניה ואין כל מסמך המעיד על הנחיות העירייה בדבר אפשרות הבניה למעט פוטנציאל תאורטי וערטלאי בלתי ישים המהווה השבחת קופת העירייה ולא השבחת נכס.

מכל מקום אין התייחסות בשומה הנ"ל כיצד בקבלת התוכניות הנ"ל יש להשפיע בדרך כלשהיא על השבחת דירת קרקע וכיצד בעלי דירת קרקע יכולים להנות מתוספת שטח לדירות העליונות.

... העררים (המשיבים דנו, תוספת שלי, י' ש') סבלו בתקופת הבניה מהפרעות קשות, רעש ולכלוך שמלווים את הבניה ואף לא דרשו ולא קיבלו פיצוי כל שהוא על כך."

(ערר המשיבים בערכאה קמא, נספח ג' לערעור, סע')

(14-12).

בהתאם לגרסה עובדתית זו הוצאת ההיתר לבעל דירת הגג הייתה מוקדמת, ומבלי שהוועדה ווידאה קיום הסדר, הן לגבי עצם העברת הזכויות בגג ובזכויות הבנייה והן לגבי ההסדר בין הצדדים לגבי תשלום היטל ההשבחה בעקבות הוויתור (אם היה) על זכויות הבנייה.

אין כל יסוד לטענת הוועדה המקומית כי מעצם הבנייה של בעל דירת הגג על הגג, ומעצם הטענה לשימוש הייחודי בחצר ע"י המשיבים, נובע הסכם מכללא לפיו התבצעה כאן עסקת חליפין של חלקו היחסי של המשיב 2 בדירת הגג תמורת קבלת חלקו היחסי של בעל דירת הגג בחצר המשותפת. גם הוועדה המקומית עצמה בערעורה, הפנתה להלכה כי ויתור על זכות, הנובעת מבעלות על דירה בבית משותף, חייב להיות מפורש, בין כשמדובר בזכות ברכוש המשותף ובין כשמדובר בהסכמה לבניה, (ראו: ע"א 5043/96 גלמן נ' הררי-רפול, פד"י נד' 389, 394). לא הוכחה ע"י הוועדה המקומית טענתה כי יש הסדר והסכמה לשימוש ייחודי בחצר ע"י המשיבים, לא הוכחה הסכמה מפורשת של המשיבים והדיירים האחרים לבנייה על הגג, ולא הוכחה הצמדת הגג לדירת הגג, לא הוכחה העברת זכויות הבנייה על הגג לבעל דירת הגג.

מאחר שהוועדה המקומית הטילה את החבות בהיטל ההשבחה על המשיבים ללא תימוכין קנייניים, וללא הוכחת שבח ריאלי, מוצדקת תוצאת החלטת וועדת הערר, אך לא בשל הנמקתה בלבד.

ולסיום - הצעת פתרון

10. יודגש שהציבור ברובו אינו מומחה לנדל"ן. על פי רוב, עסקינן באנשים מן היישוב, חלקם מגלים את הבניה רק במהלכה. במקרה הטוב, חלק מהשכנים אינם רוצים להקשות על שכניהם ולעיתים אף פועלים בתום לב ונותנים הסכמה לבנייה בדירה שמעליהם, ללא כל

מודעות לכך, שעל אף שאינם נדרשים לשלם היטל השבחה מייד כנגד הסכמתם, חלק מהחבות בהיטל השבחה תוטל עליהם כשירצו למכור דירתם בעתיד. אדם רגיל תופס את החבות בהיטל השבחה כקשורה באופן טבעי במלואה לאירוע הבניה המשביחה. זו ציפייתו והוא אינו מודע להשלכות העתידיות עליו, בהן הוא עתיד יחוייב בהיטל השבחה לפי חלקו היחסי בגג ובזכויות הבנייה שעל הגג, בעת שיחפוץ בעתיד למכור את דירתו.

מדיניות ציבורית ושיפוטית נכונה ושיקולי צדק שהם בבסיס היטל השבחה, צריכים להביא להאחדה בין מועדי הגביה של היטל השבחה, בגין מימוש השבחה אחת ספציפית ומסוימת (ע"י הבניה), זאת לאור ההתפתחות בפסיקה בסוגיית הקשר בין דיני הקניין לדיני התכנון. שיקול הדעת השיפוטי צריך לפסוע בעקבות עקרונות רחבים של השיטה תוך התחשבות בצרכי החיים של הציבור.

כך כתב כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק במאמרו "על שיקול הדעת של שופט בית- המשפט העליון", בתוך: **מבחר כתבים**, כרך א' (בעריכת ח. ה. כהן ו-י. זמיר, 1995), 937, 944:

"בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי ראוי לו לשופט לאזן בין הצורך בשינוי לבין שמירת הקיים. חיי המשפט הם מורכבים. המשפט חייב להיות יציב, אך אסור לו לדרוך במקום. יציבות בלא שינוי היא שקיעה. שינוי בלא יציבות הוא אנארכיה. שופט, המפעיל שיקול-דעת שיפוטי, צריך לסגור את הפערים בין המשפט לחיים, וכל זאת בלא לסכל ציפיות סבירות. על השופט להתאים את המשפט לחיים".

(וראו עוד: א' ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (ת"א - 1987) עמ' 233).

לאור ריבוי ההתדיינויות על היטל השבחה במקרים של דירות גן-גג, סיטואציות אלה מלמדות שיש להביא לנוהל סדור ואחיד של הוועדות המקומיות. מוצע לעשות זאת באמצעות טופס שינוסח בין ע"י הוועדה המקומית, או ע"י משרד המשפטים, או משרד השר הממונה. ניתן גם

להכליל תוספת לתקנות בצורת טופס, המבהיר בצורה חד משמעית את הסכמת בעלי הדירות האחרות לבנייה, פירוט מה ייבנה, והתייחסות מפורשת לגביית תשלומי היטל ההשבחה והסכמות הצדדים לגביו.

פתרון כזה יקל, הן על הציבור והן על הרשות. הוא יביא לגבייה יעילה יותר של היטל ההשבחה, במועד סביר אחיד, מכל בעלי הנכסים בבית המשותף בו מתבצעת הבנייה, ויאזן היטב בין הזכויות הקנייניות והזכויות התכנוניות. הוא גם יביא לוודאות משפטית ולחיסכון ממשי בעלויות, בכמות חוות הדעת השמאיות, ובהתדיינויות בפני וועדות ערר ובתי משפט.

סיכום

11. לאור האמור לעיל, במצטבר, אני דוחה את הערעור.

המערערת תישא בהוצאות המשיבים בסך 25,000 ₪, לפי הוראות תקנה 512 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984.

ניתן היום, ט"ו אדר תשע"ז, 13 מרץ 2017, בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא עותק פסק הדין לצדדים, וכן תעביר עותק פסה"ד ללשכת היועמ"ש (מח' חקיקה).

דף הבית < חמיקה/פסיקה