



דף הבית < חקיקה/פסיקה

מדינת ישראל
מנהל התכנון - משרד הפנים
ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה
פיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל אביב

ערר מס': חל/1221/81154

הרכב ועדת הערר:
עו"ד אייל אילוז, יו"ר הועדה
גב' דורית פריאל, שמאית מקרקעין
גב' ענת אלשייך, נציגת מתכנן המחוז

העוררת:
הוועדה המקומית לתכנון ובניה - חולון
ע"י ב"כ עו"ד ארז שפירא

-נגד-

המשיבה:
י.ע.ז יזמות ובניה התחדשות עירונית בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אלון לוינשטיין

חקיקה שאוזכרה:

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 14א', 19(ב)(10)ג, 14(ב)(1), 19(ב)(10)ג, 19(ב)(10)ג

מיני-רציו:

* במסלול הריסה ובניה מחדש לפי תמ"א 38 במסגרת חישוב סל הזכויות, האם ניתן לכלול בסל הזכויות, זכויות בניה על פי תכנית גגות (כהגדרתה בסעיף 11 לתמ"א 38) הניתנות למימוש במבנה הקיים, אף שהמבנה החדש לא כולל חדרים על הגג? במידה וכן - האם זכויות בניה אלו פטורות מתשלום היטל השבחה על פי הפטור הקבוע בסעיף 19(ב)(10)ג שעניינו פטור מבניית חדרים על הגג?

- * תכנון ובנייה - תכניות - פירושן
- * תכנון ובנייה - היטל השבחה - פטור
- * תכנון ובנייה - היטל השבחה - חישובו
- * תכנון ובנייה - היטל השבחה - שמאי מכריע

העוררת הגישה ערר כנגד החלטתו של השמאי המכריע. עיקר המחלוקת בין הצדדים, כעולה משמות הצדדים בפני השמאי המכריע, נוגע להיקף זכויות הבניה על פי התכניות התקפות ומכוח המבנה הקיים, אותן יש להביא בחשבון על פי תמ"א 38 במסלול של הריסה ובניה מחדש, והאם חל פטור מהיטל השבחה על מימוש זכויות אלו.

ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה קבעה כלהלן:

יש לדחות את הערר בכל הנוגע לאופן חישוב סל הזכויות על ידי השמאי המכריע, ולקבל אותו בכל הנוגע להעדר תחולה של פטור מהיטל השבחה בגין הזכויות על פי תכנית הגגות.

במסלול הריסה ובניה מחדש לפי תמ"א 38 במסגרת חישוב סל הזכויות, ניתן לכלול בסל הזכויות, זכויות בניה על פי תכנית גגות (כהגדרתה בסעיף 11 לתמ"א 38) הניתנות למימוש במבנה הקיים, אף שהמבנה החדש לא כולל חדרים על הגג.

זכויות בניה אלו אינן פטורות מתשלום היטל השבחה על פי הפטור הקבוע בסעיף 19(ב)(10)ג) שעניינו פטור מבניית חדרים על הגג.

החלטה

1. בפנינו ערר אשר הוגש על ידי הועדה המקומית לתכנון ובניה - חולון (להלן: "העוררת" או "הועדה המקומית" - לפי העניין) כנגד החלטתו מיום 19.08.2021 של השמאי המכריע הנכבד, מר בועז קוט (להלן: "השמאי המכריע" ו-"השומה המכרעת", בהתאמה).
2. עניינה של השומה המכרעת בהשבחה החלה במקרקעין הידועים כחלקה 129 בגוש 7167 והמצויים בכתובת ז'בוטינסקי 39 בחולון (להלן: "המקרקעין"), כתוצאה מאישורן של מספר הקלות ובכללן הקלה לגובה בנין, הקלה לגובה פרגולה וכן הקלה לתוספת שטח בניה של כ- 11 מ"ר (להלן: "ההקלה לתוספת שטח"), זאת במסגרת אישורה של בקשה להיתר מספר 20170109 (להלן: "הבקשה להיתר") שמהותה הריסת מבנה מגורים בן שתי קומות על עמודים (להלן: "המבנה הקיים"), ובניה מחדש של מבנה מגורים בן 4.5 קומות מעל קומת קרקע והכולל 2 קומות מרתף (להלן: "המבנה החדש"), לפי תכנית מתאר ארצית 38 לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה (להלן: "תמ"א 38").

3. עיקר המחלוקת בין הצדדים, כעולה משומות הצדדים בפני השמאי המכריע, נוגע להיקף זכויות הבניה על פי התכניות התקפות ומכוח המבנה הקיים, אותן יש להביא בחשבון על פי תמ"א 38 במסלול של הריסה ובניה מחדש, והאם חל פטור מהיטל השבחה על מימוש זכויות אלו.
4. לצרכי החלטה זו, זכויות בניה על פי תכניות תקפות וזכויות בניה על פי תמ"א 38 יקראו להלן: "סל הזכויות".
5. השמאי המכריע קבע בהחלטתו, בין היתר, את הקביעות הבאות הרלוונטיות לענייננו:

- 5.1 בבחינת סל הזכויות במקרה של הריסה ובניה מחדש, יש להביא בחשבון את כל אותן זכויות בניה מתוקף תכניות בנין עיר תקפות, הניתנות למימוש על הבניין הקיים, ללא הריסתו, ובצרוף זכויות בניה מכח תמ"א 38 תיקון 3א'.
- 5.2 בהתאם לכך, זכויות הבניה מכח התכניות התקפות הינן בהיקף כולל של 433 מ"ר, ולשטח זה יש להוסיף את השטח שניתן להוסיף למבנה הקיים על פי תכנית ח/23/1 (ח-1 תיקון 23) ששמה: "תכנית מפלס הגג" ואשר פורסמה למתן תוקף ביום 26.06.2008 (להלן: "תכנית הגגות"), ובמקרה זה תוספת שטח של 80 מ"ר (40 מ"ר כפול 2 דירות בקומה העליונה).
- 5.3 ביחס לזכויות הבניה על גג המבנה הקיים לפי תכנית הגגות, קבע השמאי המכריע כדלקמן:

"אני סבור כי דברי ההסבר לתמ"א 38 תיקון 3 א' ברורים ולפיהם כל זכויות הבניה שהיו ניתנים לניצול על הבניין הקיים ללא צורך בהריסתו, מצטרפות לסל הזכויות המוקנות בתיקון 3א'. כלומר, אין קשר בין אם נתבקשו זכויות חדרי היציאה לגג בתכנית ההיתר החדשה ובין אם לאו, הזכויות הללו שרירות וקיימות ומצטרפות לסל הזכויות. לפיכך אביא בחשבון במקרה הנדון את היקף זכויות בניה לחדרי יציאה לגג לכל אחת מהדירות בקומה העליונה בבניין.

- 5.4 לאור קביעותיו לעיל בדבר הצורך בתוספת שטח תכנית הגגות לסל הזכויות, ערך השמאי המכריע תחשיב בעמוד 15 לשומה המכרעת

ובמסגרתו, סכם את שטחי הבניה בסל הזכויות בשטח של 1,274.96 מ"ר. בהתאם לכך, ומאחר השטח העיקרי המבוקש בבקשה להיתר הוא 1,208.19 מ"ר, לאור ההפרש השלילי - קבע השמאי המכריע בתחשיבו ביחס להקלה לתוספת שטח: "אין יתרת זכויות חייבות בהשבחה".

5.5. עוד קבע השמאי המכריע, כי "בהתאם לחוק ולפסיקה", זכויות הבניה מתוקף תכנית הגגות, פטורות מהיטל השבחה בהתאם לסעיף 19ב(10)ג) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן: "חוק התו"ב"), וכי: "ריקון הזכויות מתוקף תכניות הגגות נהנה מפטור מתשלום היטל השבחה".

6. בגין קביעותיו אלו של השמאי המכריע הוגש הערר.
7. נציין כי השמאי המכריע קבע את ההשבחה גם ביחס ליתר ההקלות שאושרו במסגרת הבקשה להיתר, אולם נושא זה אינו במחלוקת בערר שבפנינו.
8. **טענות העוררת** (הועדה המקומית) בתמצית:
- 8.1. בפי הועדה המקומית שתי טענות.
- 8.2. האחת, כי מתחשיב הזכויות שערך השמאי המכריע עולה, שלא נדרשה ההקלה לתוספת שטח מאחר וסל הזכויות עולה על השטח העיקרי שהתבקש בבקשה להיתר. בכך למעשה השמאי המכריע "איין" את ההקלה.
- 8.3. השנייה, נוגעת לאופן חישוב זכויות הבניה מכח התכניות התקפות, כאשר לתחשיבו של השמאי המכריע נוספו זכויות בגין חדרי יציאה לגג בשיעור של 80 מ"ר, אף שחדרי יציאה לגג לא נבנו בפועל במבנה החדש, והן בגין הקומה החלקית מכוח תכנית תמ"א 38.
- 8.4. באשר לטענה הראשונה, טוענת הועדה המקומית כי השמאי המכריע טעה בקביעתו כי לא היה צורך בהקלה שעה שהמשיבה עצמה לא חלקה על הקלה זו במסגרת הליך רישוי. בעשותו כן חרג השמאי המכריע מתחום מומחיותו שעניינו בקביעת גובה החיוב ולא לעצם החיוב. לעניין זה מפנה העוררת לדברי בית המשפט הנכבד בעת"מ (חי') 36735-05-13 אנרג'יקס אנרגיות מתחדשות בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה [פורסם בנבו] (ניתן ביום 29.8.2013).

- 8.5. הועדה המקומית סבורה כי לא היה מקום להוסיף את זכויות חדרי היציאה לגג בנוסף לזכויות קומת הגג החלקית שכן מדובר ב"חלופות", ובעוד שהבינוי לא מומש בפועל ואף לא התבקש במבנה החדש.
- 8.6. לטענת הועדה המקומית במקרה זה, לא ניתן לקבל "כפל זכויות" כנהוג בפרויקט הריסה ובניה מחדש מכח תמ"א 38, שכן הוראות הבינוי הקבועות בתכנית הגגות הן כאלו שלרוב, אינן מאפשרות בניית חדרי יציאה לגג יחד עם זכויות לפי תמ"א 38, לאור שטחה של הקומה העליונה לפי תמ"א 38, המהווה קומה חלקית (מחצית קומה). על כן טוענת הועדה המקומית, שבמקרה זה יש להוסיף את הזכויות רק בעבור אחת מן החלופות, או חדרי יציאה לגג, או קומת גג חלקית, ולא שתיהן, כפי שנטען כי עשה השמאי המכריע בתחשיבו.
- 8.7. הועדה המקומית מוסיפה, כי תוספת זכויות הבניה בגג במסגרת סל הזכויות ב"מצב הקודם", תלויה בקיום הוראות הבינוי, כאשר בין השתיים - תוספת הזכויות והוראות הבינוי, מתקיים קשר של תלות.
- 8.8. משכך טוענת הועדה המקומית כי שיטת החישוב היא כזו שזכויות עבור חדרי היציאה לגג ניתנות רק אם חדרים אלו נבנים בפועל וככאלו מימלא זכאים לפטור בתנאי שמנצלים אותן.
- 8.9. במקרה שבפנינו, בבקשה להיתר מבוקשת דירת גג ולא חדרי יציאה לגג, כלומר מוצר תכנוני אחר, ועל כן אין להביא את שטח חדרי היציאה לגג ב"סל הזכויות".
9. **תשובת המשיבה בתמצית:**
- 9.1. לא נפל כל פגם בשומה המכרעת, לבטח לא כזה המצדיק את התערבותה של ועדת הערר.
- 9.2. שמאי מכריע אינו כפוף לטענות הצדדים ולשומותיהם, ובסמכותו לקבוע היטל השבחה שונה.
- 9.3. השמאי המכריע לא בחן את הצורך בהקלה ולא דן בכך.
- 9.4. לצורך גביית מס אמת השמאי המכריע קבע כי זכויות הבניה בגג שמכח תכנית הגגות הן זכויות אשר היו ניתנות לניצול במצב קודם.
- 9.5. השמאי המכריע קבע כי זכויות בניה לחדרי הגג הן זכויות בניה פטורות מהיטל השבחה, וזאת לאור סעיף 19(ב)(10)(ג) לתוספת השלישית לחוק התו"ב.
- 9.6. זכויות הבניה המותרות במצב הקודם, מחושבות לפי הבינוי הקיים ו/או זכויות שניתן היה לנצל במצב הקודם, ולא בבינוי המבוקש,

- העתידי. כן מוסיפה המשיבה בעניין זה, כי הבניין במצבו הקודם היה בנוי ללא קומה חלקית עליונה ומשכך זכויות הבניה בגג הן "שרירות וקיימות" כקביעות השמאי המכריע.
- 9.7. השמאי המכריע לא ביקש לחלוק על הליכי הרישוי, השמאי המכריע לא דן בצורך בהקלה ואף לא קבע כי לא היה צורך בהקלה כאמור. כל שעשה השמאי המכריע הוא בקביעת מס אמת באמצעות העמדת היטל ההשבחה על שיעורו הנכון.
- 9.8. המשיבה מוסיפה, כי המבנה הקיים כולל קומה עליונה מלאה ולא חלקית, ומשכך - זכויות הבניה בגג הן זכויות "שרירות וקיימות" כקביעת השמאי המכריע ויש לשקללן במסגרת סל הזכויות ב"מצב הקודם".
10. דיון בערר התקיים ביום 02.04.2023, ובמהלכו נשמעו הצדים בפנינו, חידדו והשלימו את טענותיהם.
- דיון והכרעה**
11. לאחר עיון בכתבי הטענות ולאחר ששמענו את הצדדים כאמור, החלטנו לדחות את הערר בכל הנוגע לאופן חישוב סל הזכויות על ידי השמאי המכריע, ולקבל את הערר בכל הנוגע להעדר תחולה של פטור מהיטל השבחה בגין הזכויות על פי תכנית הגגות, מהנימוקים שלהלן.
12. ערר זה מעלה את השאלות המשפטיות הבאות:
- 12.1. **במסלול הריסה ובניה מחדש לפי תמ"א 38 במסגרת חישוב סל הזכויות, האם ניתן לכלול בסל הזכויות, זכויות בניה על פי תכנית גגות (כהגדרתה בסעיף 11 לתמ"א 38) הניתנות למימוש במבנה הקיים, אף שהמבנה החדש לא כולל חדרים על הגג?**
- 12.2. **במידה וכן - האם זכויות בניה אלו פטורות מתשלום היטל השבחה על פי הפטור הקבוע בסעיף 19(ב)(10)(ג) שעניינו פטור מבניית חדרים על הגג?**
13. נקדים הלכה למעשה ונאמר כעת - התשובה לשאלה הראשונה היא כן, והתשובה לשאלה השנייה היא לא.
- השמאי המכריע מוסמך לדון בשוויה של הקלה
14. מקור סמכותו של השמאי המכריע לדון בשאלות השמאיות שבתחום מומחיותו כמו גם מקור ההבחנה בין "עצם החיוב" לבין "גובה החיוב" בהיטל השבחה מעוגן בסעיף 14(ב)(1) לתוספת השלישית לחוק התו"ב הקובע:

”בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), החייב בהיטל רשאי, אם אין הוא חולק על החיוב כשלעצמו, לפנות בתוך התקופות האמורות בסעיף קטן (א), לפי העניין, ליושב ראש מועצת שמאי המקרקעין בבקשה שימנה שמאי מכריע לצורך הכרעה בעניין גובה החיוב; יושב ראש מועצת שמאי המקרקעין רשאי להאריך את התקופות האמורות מטעמים מיוחדים שיירשמו;”

15. מלשון הסעיף עולה כי סמכויותיו של השמאי המכריע תחומות להכרעה בעניין גובה החיוב בהיטל השבחה בלבד.
16. הועדה המקומית טוענת, ולטעמנו היא צודקת בכך, כי השמאי המכריע אינו מוסמך להחליט בנוגע לצורך בהקלה, המהווה שאלה משפטית בדבר עצם החיוב, שעה שסמכותו היא כאמור להכריע בשאלות השמאיות הנוגעות לעניין גובה החיוב בהיטל השבחה (ראו: עת”מ (ת”א) 7172-05-10 דור ריטמן נ’ הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה גבעתיים [פורסם בנבו] (ניתן ביום 26.01.2011); עת”מ (מינהליים חי’) 36735-05-13 אנרגיקס - אנרגיות מתחדשות בע”מ נ’ הועדה המחוזית לתכנון ובנייה חיפה [פורסם בנבו] (ניתן ביום 29.08.2013)).
17. יחד עם זאת, מתוקף סמכותו של השמאי המכריע לדון בגובה החיוב, יכול השמאי המכריע להגיע לתוצאה, כפי שהגיע במקרה שבפנינו, כי ההקלה אינה משביחה, לאור קיומן של זכויות בלתי מנוצלות שמקורן בתכנית הגגות, מבלי שיהיה בכך כדי להוות הכרעה משפטית בצורך בהקלה אלא הכרעה בעניין שוויה.
18. נבחן להלן את מסקנתו של השמאי המכריע בעניין סל הזכויות סל הזכויות.
19. כאמור לעיל השמאי המכריע הנכבד קבע כי ”כל זכויות הבניה שהיו ניתנים לניצול על הבניין הקיים ללא צורך בהריסתו, מצטרפות לסל הזכויות המוקנות בתיקון 3א’. כלומר אין קשר בין אם נתבקשו זכויות חדרי הציאה לגג בתכנית ההיתר החדשה ובין אם לאו, הזכויות הללו שרירות וקיימות ומצטרפות לסל הזכויות”.
20. בהמשך לקביעה האמורה, ערך השמאי המכריע בעמ’ 15 לשומה המכרעת, תחשיב של סל הזכויות.

21. בתחשיב זה הביא השמאי המכריע בחשבון לעניין זכויות הבניה על פי תכניות תקפות, בין היתר, את היקף הזכויות הבניה לחדרי יציאה לגג לכל אחת משתי הדירות בקומה העליונה במבנה הקיים ובסה"כ שטח של 80 מ"ר (40 מ"ר לכל דירה X 2 דירות).
22. תוספת זו היא במוקד המחלוקת, והיא אשר יוצרת את ההפרש השטחים החיובי בשומה המכרעת, בין סל הזכויות לבין שטחי הבניה העקריים שהתבקשו בבקשה להיתר, לעומת ההפרש השלילי לו טוענת הועדה המקומית, ושבינו התבקשה וניתנה ההקלה לתוספת שטח במסגרת הבקשה להיתר.
23. בהקשר זה, במסגרת הערר טוענת הועדה המקומית לראשונה כי השטח העיקרי הכלול בבקשה להיתר הוא 1,212.0 מ"ר, שעה שבשומה מטעמה ובהליך בפני השמאי המכריע נטען לשטח של 1,208.19 מ"ר. איננו מקבלים את טענת הועדה המקומית בעניין זה, שכן על פי טבלת השטחים הכלולה בתכנית הבקשה להיתר מדובר בשטח של 1,208 מ"ר, כפי שנטען בפני השמאי המכריע וכפי שהובא בחשבון בתחשיב שערך בעניין סל הזכויות.
24. בעניינו, לצורך ביסוס קביעותיו בנושא סל הזכויות, פנה השמאי המכריע תחילה אל דברי ההסבר לתיקון 3א' לתמ"א 38.
25. בהיותה חיקוק, מתפרשות הוראותיה של תמ"א 38 בדרך שבה מתפרשים מונחים בכל דבר חקיקה אחר, קרי - בהתאם לתכליתה של התכנית כפי שהיא מוצאת ביטוי בלשון הוראות התכנית, במסמכים אחרים שבתכנית ובהקשרם של הדברים (ראו: עע"מ 7926/06 אדרי-אל ישראל בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה גליל עליון [פורסם בנבו] (ניתן 24.06.2009)).
26. מעבר לכך שאין זה מתפקידו של השמאי המכריע לפרש את הוראותיה של תמ"א 38 (ראו האמור לעיל בנוגע לגדרי סמכותו של השמאי המכריע), גם אם היה זה תפקידו, פרשנות תכניות בניה, בדומה לדבר חקיקה, מתחילה במילות התכנית (ראו: עע"מ 2339/12 שוחט נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה כפר סבא [פורסם בנבו] (ניתן ביום 19.8.2013) ולא בדברי ההסבר בהם פתח השמאי המכריע (דברי ההסבר שקדמו לתיקון 3א' לתמ"א 38).
27. בהתאם לכך נפנה ראשית ללשון ההוראותיה של תמ"א 38 בכל הנוגע לסל הזכויות במסלול הריסה ובניה מחדש, ובכלל זאת הוראות אחרות בתמ"א 38 אליהן מפנות ההוראות האמורות, והנוגעות למסלול חיזוק.
28. בכל הנוגע למסלול חיזוק, סעיף 11 לתמ"א 38 עוסק בתוספות הבניה אשר רשאית הועדה המקומית לאשר למבני מגורים קיימים, לצורך חיזוקם על פי התנאים הקבועים בתמ"א 38.

29. סעיף משנה 11.1.3 לתמ"א 38 שכותרתו "הקמת קומה חלקית", קובע את התנאים להקמת קומה חלקית על הגג במסגרת תוספות בניה למבנים קיימים למגורים, לצורך חיזוקם. סעיף קטן א' לסעיף משנה זה קובע את שטח הקומה החלקית, כלדקמן:

"הקומה החלקית הנוספת תהיה בשטח של עד מחצית משטח הקומה שמתחתיה."

30. בהמשך לכך, בפסקה ה" בסעיף משנה 11.1.3 האמור, נקבעה ההוראה הבאה:

"על אף האמור בפסקה (א), וככל שחלה על המבנה תכנית מפורטת לבנייה על גגות בתים (להלן: תכנית גגות), תוספת זכויות הבניה שתותר מכוח הוראות סעיף זה תהיה בהתאם להיקף הזכויות שנקבעו בתכנית גגות או כאמור בפסקה (א), בכפוף לשיקול דעת הועדה המקומית כאמור בסעיפים 21-22."

ומיד לאחר מכן בפסקה ו' לאותו סעיף:

"כללה בקשה להיתר תוספת זכויות בניה מכוח הוראות פסקה (ה), בהתאם לתכנית גגות, יראו את ההיתר כאילו ניתן מכוח הוראות התמ"א"

31. אם כך ובכל הנוגע לבקשה להיתר במסלול חיזוק לפי תמ"א 38, קובעת תמ"א 38 שתי חלופות ביחס לקומה החלקית - האחת, בשטח של עד מחצית הקומה, והשניה, בשטח הקבוע בתכנית הגגות, תוך שנקבע במפורש בפסקה ו' בסעיף 11.1.3 כי במקרה שבו הזכויות יהיו בחלופה על פי תכנית הגגות, יראו בהם זכויות מכח הוראות התמ"א.

32. במקרה שבפנינו וכאמור, על המקרקעין חלה תכנית הגגות (תיקון 23 לתכנית ח-1 משנת 2008).

33. מדובר ב"תכנית נושאית" (תכנית מתאר החלה על כלל מרחב התכנון והמסדירה תחום אחד או תחומים בודדים - כגון הקמת מרתפים או בניה על מרתפים או בניה על גגות) בהיותה תוכנית מתאר העוסקת בנושא בניה על גגות בלבד והחלה על כל מרחב התכנון של הועדה המקומית.

34. בתכנית הגגות הוגדר "חדר יציאה לגג" באופן הבא:

"שטח בנוי למגורים על גג הבניין, המהווה חלק אינטגרלי מדירה בקומה העליונה של הבניין (הקומה שמתחת לגג)

והרשום כחלק בלתי נפרד מדירה זו. הכניסה לחדר היציאה לגג תהיה באמצעות מדרגות פנימיות בתוך הדירה אליה מוצמד שטח הגג ולא מחדר המדרגות המשותף של הבית. לא יותר השימוש בחדר היציאה לגג כיחידת דיור נפרדת."

35. מעצם האמור בהגדרה זו ומיתר הוראתיה של תכנית הגגות הרלוונטיות לענייננו, אנו למדים, כי תכנית זו מהווה "תכנית גגות" על פי המונח שנקבע כאמור בפסקה ה' בסעיף 11.1.3 לעיל, בהיותה תכנית מפורטת לבניה על גגות בתים.

36. בהתאם לכך, במסלול חיזוק, שטחי בניה על פי תכנית גגות מהוות חלופה לקומה חלקית, כפי טענת הועדה המקומית (למשל - אם תכנית הגגות מאפשרת שטח בניה גדול יותר ממחצית הקומה, ניתן לחשב שטח זה במקום שטח מחצית הקומה).

37. יחד עם זאת, בענייננו הבקשה להיתר הינה במסלול הריסה ובניה מחדש. בכל הנוגע למסלול זה, ההוראות בתמ"א 38 הן שונות, ואלו מפורטות בסעיף 14א' לתמ"א 38, אשר הוסף במסגרת תיקון 3א שעניינו מסלול הריסה ובניה מחדש, וזו לשונו (ההדגשות אינן במקור):

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 בניה בהתאם לאמור בסעיפים 12, 14 או לפי הקבוע בסעיף קטן (א) לפי העניין;

על אף האמור בסעיף 13, חלה במקום תכנית מפורטת או תכניות מפורטות ונותרו זכויות בניה שטרם מומשו, יחולו זכויות בניה מכוח התכניות כאמור בנוסף על הזכויות מכוח סעיפים 12, 14 או סעיף קטן (א), לפי העניין, והכל בכפוף לשיקול דעת הועדה המקומית כאמור בסעיפים 21-22, ובלבד שהתקיימו התנאים המפורטים בסעיפים קטנים (א1)-(ו).

38. מלשון סעיף 14א' האמור עולות לטעמנו שתי מסקנות ביחס לאופן חישוב סל הזכויות במסלול הריסה ובניה מחדש, ואלו הן:

- 38.1. האחת - מהשימוש במילים "תכנית מפורטת או תכנית מפורטות", ובהעדר התייחסות פרטנית לתכנית מפורטת מסוג כזה או אחר (כמו למשל ההתייחסות ל"תכנית גגות" כגון בסעיף 11.1.3 ביחס למסלול חיזוק), אנו מסיקים כי כל תכנית החלה במקרקעין תובא בחשבון בחישוב "זכויות בניה שטרם מומשו".
- 38.2. השניה - מהשימוש במילים "חלה במקום" לעומת המילים "חלה על המבנה הבנוי בפועל" בסעיף 13א' לתמ"א 38 (הסעיף אליו מפנה סעיף 14 הנ"ל) או לעומת המילים "בתכניות החלות במגרש" בסעיף 6.1 לתמ"א 38, מלמד כי מדובר, הן בזכויות על פי תכניות תקפות החלות במגרש, והן בזכויות על פי תכניות החלות על המבנה הקיים, בכלל אלה - תכניות נושאות בהתאם לשיעור הניצול האפשרי על בסיס המבנה הקיים (כגון חדרים על הגג הקיים).
39. תוספת הזכויות על פי תמ"א 38 מציגה תפיסה המצדדת במבט כולל על המבנה הקיים, שבה נקבעת מסגרת בניה מקסימאלית בהתאם למגבלות נפחיות התלויות בקו מתאר של קומה טיפוסית ובמספר הקומות במבנה הקיים. בהיבט זה דומה תמ"א 38 לתכנית המכונה בעגה המקצועית כ"תכנית נפחית".
40. לדבר חשיבות שכן נראה שגישה זו נשמרה גם במסגרת תיקון 3א' לתמ"א 38, וזאת לא רק ביחס לזכויות מכח תמ"א 38, אלא גם ביחס לזכויות בניה שטרם מומשו במקום, באופן שבו בוחנים את המבנה הקיים ומה ניתן להוסיף עליו מכח תכניות תקפות יחד עם זכויות הבניה שטרם נוצלו במגרש, ושטחי בניה אלו מיושמים באותו אופן שבו נבנים שטחי התמ"א, קרי - על פי הוראות הבניה בתמ"א 38 וללא תלות בהוראות הבניה מכוחן נשאבו זכויות אלו.
41. הוראה נוספת בתמ"א 38 שלשונה תומך בגישה האמורה ניתן למצוא בהפניה הקיימת בסעיף קטן (א) לסעיף 14א, להוראותיו של סעיף 11, שזו לשונה (ההדגשות אינן במקור):

"על בנינים למגורים אשר בהתאם להוראות סעיף 12, חלים עליהם הוראות סעיף 11, השטח הכולל המותר לבניה, המרבי, שרשאית ועדה מקומית להתיר מכח תכנית זו, יחושב לפי הפירוט הבא:

1. תוספת שטח בניה של 13 מ"ר בעד כל יחידת דיור הבנויה כדין בבנין הטעון חיזוק.

2. תוספת שטח בניה בשיעור של עד 3.5 קומות טיפוסיות מורחבות, בהתאם למספר הקומות הבנויות כדין בבנין לפי הפרוט הבא:

" ...

42. מלשון סעיף קטן (א) לסעיף 14א אנו למדים כי ההפניה להוראותיו של סעיף 11 נעשית רק לעניין עמידתו של המבנה הקיים בתבחינים של זכאות לתוספות בניה למבנים קיימים, וזאת לצורך התרת תוספת הזכויות המפורטת בהמשכו של סעיף קטן (א), הוראות השונות כאמור מהתוספות הקבועות בפסקאות הכלולות בסעיף 11 ביחס למסלול חיזוק.
43. נעיר, כי נוסחו של סעיף 11 הנ"ל נקבע בתיקון מס' 3 לתמ"א 38 אשר פורסם לאישור ביום 11.06.2012, ונותר ללא שינוי גם לאחר תיקון 3א' לתמ"א 38.
44. לטעמנו יש לקרוא את הוראותיה האמורות של תמ"א 38, כך שכל שטח בניה על פי תכנית מפורטת (לרבות תכנית נושאת) הניתנת למימוש במבנה הקיים על פי תנאיו הפיזיים, תומר לשטח בניה עיקרי שיובא בחשבון בסל הזכויות יחד עם זכויות בניה על פי תכניות תקפות החלות במגרש.
45. דעתנו היא כי קריאתה של תמ"א 38 באופן הנ"ל הוא מחוייב המציאות, ונסביר.
46. נניח לצורך העניין, שטרם הגשת הבקשה להיתר לפי תמ"א 38 במסלול הריסה ובניה מחדש, נבנו במבנה הקיים חדרים על הגג על פי היתר מוקדם שניתן בהתאם לתכנית הגגות (נזכיר - בהיקפי בניה מסויימים של תוספות בניה לא נדרשת חיזוק המבנה על פי תקן 413).
- אם נלך לשיטת הועדה המקומית, במקרה שכזה, במסגרת בקשה להיתר לפי תמ"א 38 במסלול הריסה ובניה מחדש, עם הריסת המבנה הקיים "יאבדו" שטחי הבניה של חדרי גג אלו, ולו בשל כך שלא ניתן לקיים את הוראות הבינוי של חדרים על הגג, במבנה החדש.
- תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת ומנוגדת לתכליתו הברורה של תיקון 3א' לתמ"א 38, הבא לתמרץ מסלול של הריסה ובניה מחדש בדרך של הענקת זכויות לחיזוק מבנים קיימים, על פי תכניות תקפות וכן זכויות מכח תמ"א 38.
47. לסיכום חלק זה, אף שבעשותו כן חרג מסמכותו השמאי המכריע, נוכח מסקנתנו לעיל בדבר הצורך בהכללת שטח על פי תכנית הגגות שניתן להוסיפו

למבנה הקיים, בסל הזכויות במסלול הריסה ובניה מחדש - אנו דוחים את ערר הועדה המקומית בכל הנוגע לקביעת השמאי המכריע בנושא זה. אין זכאות לפטור לחדרי גג שאינם נבנים בפועל

48. מכאן נעבור לשאלה המשפטית השניה שמעלה ערר זה, בכל הנוגע לפטור מהיטל השבחה הקבוע בסעיף 19(ב)(10)ג) לתוספת השלישית לחוק התו"ב, שזו לשונו "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:

...

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

49. בהתחשב בכך שהבקשה להיתר אינה מציגה חדרים על הגג אלא דירה בקומת גג חלקית, הרי שלא מתקיים התנאי המפורש לפטור הקבוע בסעיף קטן (ג) הני"ל, ובהתאם לא היה מקום לקבוע בשומה המכרעת כי חל פטור לפי סעיף קטן זה.

50. בשונה מאופן חישוב סל הזכויות לפי תמ"א 38, לצרכי עמידה בתנאים שנקבעו בסעיף 19(ב)(10)ג) הני"ל, נדרשת בניית החדרים בפועל.

51. הפסיקה עורכת הבחנה ברורה בין הזכויות שמעניקה תמ"א 38 באופן ישיר, אשר פטורות מהיטל השבחה, לבין הזכויות המוקנות למקרקעין מכוח תכנון אחר שאינן פטורות (ראו למשל: עמ"נ 34680-03-22 שמי אשקלוני בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן [פורסם בנבו] (ניתן ביום 01.05.2023))
52. הבחנה דומה נקבעה גם בפסק הדין בעניין עת"מ (ת"א) 46076-12-16 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ' אקו סיטי יזמות נדל"ן ואח' [פורסם בנבו] (ניתן ביום 06.05.2019), במסגרתו נדונה עתירה מנהלית על החלטת ועדת הערר אותה ציטט השמאי המכריע בפרק ההכרעה בשומה המכרעת. שם אומנם נפסק כי במסגרת תחשיב היטל השבחה במסלול הריסה ובניה מחדש לפי תמ"א 38, יינתן קודם כל פטור לכלל הזכויות הנובעות באופן ישיר מתמ"א 38, והנישום יחויב רק על הזכויות העודפות המנוצלות מכלל התכנון הקיים, אך ברור היה כי הזכויות מכוח התכנון הקיים המנוצלות במסגרת הבקשה להיתר חייבות בהיטל השבחה, והמחלוקת הייתה רק על דרך חישוב הפטור.
53. כפי שנפרט להלן, ה"ניתוק" מהוראות הבניה הקבועות בתכנית הגגות, לצורך הכללת שטחי הבניה של חדרי גג הניתנים למימוש על המבנה הקיים, רלוונטי רק לעניין חישוב סל הזכויות על פי תמ"א 38, ואין בו כדי לשנות מהצורך בעמידת הנישום בכל התנאים הקבועים בסעיף 19(ב)(10)(ג) לתוספת השלישית לחוק, לצורך עמידה בתנאי הפטור במימוש זכויות לבניית חדרי גג.
54. בהקשר זה יפים דברי ועדת הערר בעניין ערר (ועדות ערר - תכנון ובנייה ירושלים) 8067/22 יעקב סארוטה ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים [פורסם בנבו] (ניתן ביום 29.12.2022), כדלקמן:
- "לאופן ניהול הליך הרישוי אין ולא צריכה להיות השפעה על הזכאות לפטור והשאלה צריכה להיבחן לפי עמידה בתנאים אובייקטיביים שנקבעו בחוק ובתמ"א 38. בחינה זו עומדת בפני עצמה ואינה תלויה באופן ניהול הליך הרישוי."**
55. בכל הנוגע להיות הזכויות על פי תכניות תקפות המהוות חלק מסל הזכויות, חייבות בהשבחה, נפנה להלן לפסק הדין החשוב אשר ניתן לאחרונה על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים, מפי כב' השופט גלעד הס, בעניין עמ"נ (מינהליים ת"א) 18007-01-24 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו נ' משה סמואל שוני [פורסם בנבו] (ניתן ביום 23.05.2024 - להלן: "עניין משה סמואל"), שם נקבע:

”...המחלוקת נעוצה באותן זכויות הבניה מכוח התכנון הקיים במגרש שטרם נוצלו, ואשר מבוקש לנצלן במסגרת מיזם הריסה ובניה במסגרת תמ”א 38. ובפרט בשאלה, האם, כעמדת ועדת הערר, ניתן לראות בהן זכויות שנוצלו מכוח תמ”א 38, ואזי ההשבחה בגינן פטורה, או שמא, כעמדת המשיבים, מדובר בזכויות שנוצלו מכוח התכנון הקיים ולא מכוח תמ”א 38, כך שההשבחה בגינן חייבת ואינה פטורה.

15. אני סבור כי לאור לשון החוק, תכלית החוק והפסיקה הקיימת, הזכויות מכוח התכנון הקיים אינן חלק מ- “סל הזכויות” של תמ”א 38 ולכן ניצול שלהן, גם אם הוא נעשה בצוותא חדא עם ניצול זכויות מכוח תמ”א 38, אינו פטור מהיטל השבחה.” (ההדגשות אינן במקור)

56. בפסק הדין בעניין משה סמואל, קבע בית המשפט הנכבד, כי במידה וחדרי הגג אינם נבנים בפועל, אז הפטור הקבוע בסעיף 19(ב)(10)(ג) אינו חל, כדלקמן:

” 42. לגופם של דברים, סעיף פטור זה מקנה פטור מהיטל השבחה בגין השבחה הנובעת מחדר מגורים שיבנה על הגג וזאת בכפוף לשלושה תנאים מצטברים: (1) מדובר בתכנית המאפשרת בניית חדר מגורים על הגג; (2) החדר מבוקש במסגרת היתר שניתן לחיזוק מבנים קיימים; (3) הפטור יחול רק על חדר מגורים הצמוד לדירה שהוספה מכוח תמריצי תמ”א 38.

43. אין עוררין, כי התנאי הראשון בענייננו מתקיים, כאשר תכנית ג’1 הינה “תכנית אחרת המאפשרת בניית חדר מגורים על גג המבנה”.

לגבי התנאי השני, אני מוכן להניח לצרכי פסק דין זה, ומבלי לקבוע מסמרות בעניין, כי הפטור לפי סעיף זה יחול גם במקרה של הריסה ובניה מכוח תמ”א 38 ולא רק לחיזוק מבנה קיים, כפי שלכאורה קובעת לשון סעיף 19(ב)(10)(ג) לתוספת השלישית.

כלומר שניים מהתנאים לפטור מתקיימים, עם זאת קיים בעניין שלפניי קושי עם התנאי השלישי, כי הפטור יינתן לחדר מגורים הצמוד לדירה.

44. עיון בבקשה להיתר בתיק זה, כפי שהונחה בפני השמאי המכריע וכן כפי שהוצגה לפני בדיון, מגלה שאין מדובר בחדר על הגג, אלא בדירת דופלקס לכל דבר ועניין.

45. בנסיבות אלו, כאשר אמנם נעשה שימוש בזכויות מכוח תכנית גגות, במקרה שלפני תכנית ג'1, אולם לא לצורך "חדר מגורים על הגג המבנה", הרי בהתאם ללשונו של סעיף הפטור אין תחולה לסעיף.

ודוק. לו המחוקק היה מעוניין לפטור כל בנייה מכוח תכנית גגות, יכול היה להסתפק בשני תנאים בלבד, אולם המחוקק דרש באופן מפורש כי הפטור יתוחם ל- "חדר מגורים על גג המבנה" ... "

57. עצם הדיון במסגרת פסק הדין בעניין משה סמואל, בחלותו של הפטור לפי סעיף 19(ב)(10)ג) לתוספת השלישית לחוק התו"ב, שעה שבמבנה לא נבנו חדרי גג (כפי המקרה שבפנינו) אך נעשה שימוש בזכויות מכוח תכנית גגות, מלמד כי בסל הזכויות במקרה מושא פסק הדין, בהכרח, נכללו גם זכויות בניה על פי תכנית גגות.

58. במקרה נוסף שבו נדון הפטור האמור ואשר יש בו להעיד בדבר עמדת בית המשפט באשר להכללת הזכויות על פי תכנית גגות בסל הזכויות אף ללא בניה בפועל של חדרי גג, נפנה להלן לדברי בית המשפט הנכבד בעניין עמ"נ (ת"א) 46044-03-21 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ' מותג עירוני צהל 14 בע"מ [פורסם בנבו] (ניתן ביום 02.09.2022):

"סעיף 19(ב)(10)ג) לתוספת מוגבל למתן פטור לכל תכנית המאפשרת בניית "חדר מגורים על גג המבנה". הסיפא מגבילה את הפטור, בלשון ברורה ומפורשת, רק לחדר מגורים על גג המבנה הצמוד לדירה שנבנתה מכוח תמ"א 38. על פני הדברים, הגדרה זו תואמת רק "חדר יציאה לגג" ולא "דירת גג", ולפיכך,

דומה כי אין בסיס לשוני להסיק שזכויות הבניה לחדר יציאה לגג פטורות אף אם לא נבנה מבנה מסוג זה בפועל."

59. לאור האמור לעיל, קביעתו של השמאי המכריע הנכבד בדבר חלותו של פטור לפי סעיף 19(ב)(10)ג) לתוספת השלישית, שגויה, ובהיבט זה אנו מקבלים את הערר.

סיכום והנחיות

60. הערר מתקבל חלקית, באופן הבא:

60.1. הטענות בערר הנוגעות להעדר תחולה של פטור מהיטל השבחה לפי סעיף 19(ב)(10)ג) לתוספת השלישית לחוק התו"ב (להלן: "הפטור") מתקבלות, ואנו מבטלים את החלק בשומה המכרעת העוסק בפטור זה.

60.2. הטענות בערר הנוגעות לקביעותו של השמאי המכריע הנכבד בדבר תוספת שטחי הבניה על פי תכנית הגגות לסל הזכויות, נדחת.

61. הדיון יוחזר לשמאי המכריע הנכבד, על מנת שידון בהשבחה הנובעת ממימוש הזכויות על פי תכנית הגגות (תכנית ח/23/1) במסגרת הבקשה להיתר, בהיקף של 13.23 מ"ר כאמור (אותן זכויות שהתבקשו בהקלה), זאת על פי המועד הקובע הרלוונטי לתכנית זו.

השמאי המכריע הנכבד, בדרך שתוחלט על ידו (בכתב או בעל פה), יאפשר לצדדים לטעון בנוגע לנושא זה בלבד (שיעור השבחה הנובעת מתכנית הגגות ו/או בנוגע למימוש קודם של תכנית זו), ויכריע על פי שיקול דעתו המקצועי ומומחיותו, מהו השווי שיש ליתן לזכויות שנוצלו מכח תכנית הגגות, יפרט וינמק את הכרעותו בעניין. כמו כן ובהתאם לתוצאות הכרעתו, יערוך השמאי המכריע הנכבד, תחשיב מחודש של היטל השבחה בשומה המכרעת.

ככל שלא חל מימוש קודם של תכנית הגגות, על ההשבחה שתקבע על ידי השמאי המכריע תחול הצמדה בלבד בגין התקופה שהערר נדון בפנינו. על ההכרעה שתתקבל בסוגיה השמאית אשר הוחזרה כעת לבחינת השמאי המכריע, זכות ערר כדין.

62. נוכח התוצאה אליה הגענו לא מצאנו לפסוק הוצאות.

ההחלטה התקבלה פה אחד.

היום: יום חמישי, כ"ט באייר תשפ"ד, 06 ביוני 2024

אייל אילוז, עו"ד
יו"ר ועדת ערר
פיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל אביב

טל רונן, עו"ד
מזכירת ועדת ערר
פיצויים והיטלי
השבחה
מחוז תל אביב

לראש פסק הדין