

# עלה התאנה של ממשלת ישראל הסיבות לכישלונה של תמ"א 38

עו"ד חיה גסר ועו"ד שילה הרשקוביץ

לחזוק למנוע או לעכב את הוצאתו לפועל של פרויקט חיזוק ותוספת בנייה.

רובם של העוסקים בפרויקטים לפי תמ"א 38 ניגשים להוצאת פרויקט לפועל רק אם ישנה הסכמה של 100 אחוזים מן הדיירים. כיוון שהסכמה רחבה שכזו לא מושגת בנקל, חולף, בדרך כלל, זמן רב מיום בו החליטו הדיירים או חלקם להתקשר עם קבלן לביצוע החיזוק ותוספת הבנייה, ועד למועד בו מושגות כל החתימות הדרושות וניתן "לצאת לדרך" ולהתחיל לתכנן.

דיירים סרבנים יכולים לעתים להציב כתנאי להסכמתם תנאים שאינם באים בחשבון, או כאלה המייקרים את הפרויקט במידה

ניכרת ולעתים אף שוללים את הרווחיות של הפרויקט. בעיה נוספת היא היקף זכויות הבנייה הניתנות במסגרת התמ"א ושוויין הכלכלי. הדיירים מבקשים למקסם את רווחיהם וכך גם הקבלן. לשם כך מקיימים הצדדים מו"מ ארוך ומורכב שיכול להתמשך זמן רב. לבעיה זו יש להוסיף את עלויות החיזוק שהן חלק בלתי מבוטל בכל פרויקט. מדובר בהיקף עבודה והשקעה עצום, וזאת בשעה שתוספת זכויות הבנייה אינה מהותית ורווחיותו של הפרויקט תלויה מאוד בערכי הקרקע ושווי של כל מטר בנוי.

בעיה נוספת המעכבת ומונעת את מימושה של התמ"א היא סוגית היטל ההשבחה: היטל השבחה משולם לרשויות, בגין השבחה החלה במקרקעין כתוצאה מאישורה של תכנית. לכאורה, תמ"א 38 משביחה מקרקעין עליהם היא חלה בשל תוספת הבנייה שניתן להוסיף מכוחה. ואולם היטל זה, המתווסף לקשיים הנוספים במימוש פרויקטים, מקטין את רווחיו של היזם וזאת בפרויקט בו שולי הרווח מצומצמים בלאו הכי, בפרט נוכח ההשקעה הרבה המתחייבת מפרויקט מורכב הכולל התקשרות עם מספר גורמים רב (דיירים רבים, רשויות התכנון והרישוי, אנשי מקצוע וכיוצא באלו). הסיפוי את היטל ההשבחה ואת השאלה מי יישא בו וקיבלתם תכנית שאינה ברת קיום מן היבט הכלכלי.

אומנם, כחלק ממאמציה של ממשלת ישראל אושר חוק התכנון והבנייה (עידוד חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה – הוראת שעה), מכוחו ניתנה הנחה בשיעור 90 אחוזים מהיטל ההשבחה, כך שגובה היטל יעמוד על עשרה אחוזים בלבד. אולם, ראשית, עשרה אחוזים אלו גורמים, או עשויים לגרום, לוויכוח בין היזמים ו\או הדיירים ובין הרשות והמנגנון. לביורר ויכוחים כגון אלו נותר המנגנון הרגיל לביורר סוגיות בהיטל השבחה. התוצאה היא, כי על היטל נמוך יחסית

תמ"א 38 היא תכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה אשר אושרה בשנת 2005. תוקפה הועמד על חמש שנים וזה לא מכבר הוארך בעוד חמש. התכנית קובעת הוראות שונות בדבר חיזוק מבנים ומנגד מעניקה זכויות בנייה, שאמורות היו להיות משקל נגד לצורך בחיזוק מבנים. מדוע רק "אמורות היו"? התשובה על כך בהמשך.

תמ"א 38 חלה על בניינים אשר נבנו לפני שנת 1980. שנה זו נקבעה כשנה הקובעת, משום שבשנה זו או בסמוך לה נכנס לתוקף תקן 413 אשר התייחס לראשונה לנושא רעידות האדמה וקבע סטנדרט לבנייה אשר מתמודד עם סוגיית רעידות האדמה.

אולם, כפי שניתן לראות, כוונת והצהרות לחוד ומעשים לחוד. בשורות הבאות נדון בקצרה בתמ"א 38, במטרותיה ובעיות עימן נתקלים אלו המבקשים לחזק מבנים בהתאם לה ולקבל כנגד את זכויות הבנייה הקבועות בתמ"א זו.

תמ"א 38 מאפשרת את הגדלת הבניין המחוזק בכמה אופנים: סגירת קומה מפולשת (קומת העמודים או קומת הלובי), הוספת אגף לבניין ותוספת קומה. כמו כן, מאפשרת התמ"א להרחיב את שטח הדירות הקיימות ב-25 מ"ר.

לכאורה, עומדים היזם והדיירים במצב שהינו בבחינת WIN-WIN וסביר היה כי חמש שנים לאחר שהתמ"א אושרה נמצא מאות בניינים מחוזקים, אם לא למעלה מכך. אולם המציאות בשטח מלמדת אותנו כי אין הדבר כך. מנתונים שפורסמו בחודשים האחרונים ניתן ללמוד, כי מספר ההיתרים לחיזוק מבנים שהוצאו הינו זניח ומספר הבניינים שחוזקו הלכה למעשה הינו נמוך ביחס לתכנית המתאימת להביא לחיזוק מבנים ברמה ארצית והמבקשת לתת מענה לשאלה חשובה שבמרכזו הצלת חיים.

## בעיות בדרך לביצוע החיזוק

נשאל, אם כן, מהו ה"באג" בתכנית? מהם הכשלים שגרמו לכך שהתכנית אינה מתרוממת (תרת משמע)?

בעיותיה של התכנית הינן שונות ומגוונות. חלקן נוגעות לפן התכנוני, חלקן עוסקות בפן הקנייני, ומקורו של חלק מהן בנושאי מיסוי ומימון. בעיות אחרות נובעות מהסכמת השכנים הנדרשת לפרויקטים לחיזוק ותוספת בנייה.

הבעיה הראשונה בה נתקלים היזמים המבקשים לחזק בניין היא הסכמת הדיירים. כפי שיפורט בהמשך הדברים, חוק המקרקעין מחייב את הסכמתם של רוב בעלי הדירות בבית המשותף לחיזוקו של המבנה. כיוון שכך, יכול שכן המתנגד

עשויים הצדדים לנהל הליך ממושך שיאריך שנים והנה שוב הוחמצה מטרת התמ"א ותחת חיזוק מצאנו ויכוחים וסכסוכים אינסופיים.

יצוין עוד, כי לא ברור, עד כה, אם ההנחה האמורה תחושב מהיטל ההשבחה, או מן ההשבחה עצמה. כלומר, בהינתן השבחה בת 100 ש"ח האם ההנחה היא 90% מ-100 ש"ח או 90% מ-50 ש"ח – שהם ההיטל.

יש לציין, כי מהוראותיה של התמ"א ומן הפסיקה המתגבשת בעניינה ניתן ללמוד, כי שעה שבניינים אשר הוקמו לפני שנת 1980 (דהיינו בניינים הכלולים בתמ"א) המחוייבים בחיזוק מחוייבים כמעט בכל בהוצאת היתר נוסף בהם בגין תוספות בנייה שונות, הרשויות אינן מחויבות להעניק את זכויות הבנייה שהתמ"א מאפשרת. כלומר, בהחלט יכול להיווצר מצב בו ישנו מקל בדמות החובה לחזק בניין אולם אין "גזר" בדמות זכויות בנייה נוספות.

בעיה נוספת ומהותית המצויה בשורש התכנית הן עלויות החיזוק מול התוספת המועטה של הבנייה המותרת. נסביר: מכיוון שתוספת הבנייה הינה שולית, דוגמת בניית קומה נוספת בסך הכל (על-פי חלק מן הפרשנויות לתמ"א), ומכיוון שהיום נדרש לא רק לחיזוק כי אם, על-פי רוב, לשדרוג הבניין ולעתים אף לתוספות בנייה לדיירים, הרי שרווחיותו של כל פרויקט היא גבולית וזאת מול המאמצים הגדולים שיש להשקיע בקידומו.

לכן, פרויקטים שכאלה מקודמים, אם בכלל, רק במקומות בהן הערך של בנייה הנוספת מצדיק זאת. ואולם, במקומות בהן עלות הקרקע נמוכה יותר, אין ליזם כל כדאיות כלכלית להתחיל ולהיכנס לפרויקט שרווחיותו גבולית כל כך. כך נותרים אזורים שלמים בארץ ללא התייחסות, הלכה למעשה, לצורך בחיזוק מבנים. צחוק הגורל הוא, שדווקא במקומות מועדים לרעידות אדמה, דוגמת בית שאן, צפת וכד', אין ליזם כל תמריץ לחיזוק מבנים קיימים.

## עסקות לא כדאיות ליזמים

סוגיות נוספות המקשות על מימושה של תמ"א 38 ניתן למצוא גם בהיבטים הקנייניים השונים המתייחסים לפרויקט לחיזוק בניין ותוספת בנייה. כחלק מהרצון לעודד חיזוק מבנים תוקן בחודש ינואר 2008 גם חוק המקרקעין וקבע אחוזי הסכמה מיוחדים ונמוכים יותר הדרושים לביצוע חיזוק המבנים על-פי תמ"א 38. כפי שכתבנו בפתח הדברים, על-פי התיקון ולצורך ביצוע עבודות חיזוק ברכוש המשותף, שאינו כולל הרחבת דירה או בניית דירה חדשה, דרושה הסכמה של רוב של בעלי הדירות בבניין בלבד. כאשר ביצוע העבודות כולל גם הרחבת דירות דרושה הסכמה של מי שבבעלותם 60 אחוזים מהדירות בבית המשותף.

המפקח על רישום המקרקעין רשאי לאשר את ביצוע העבודות ברכוש המשותף, שמטרתן בניית דירה/דירות חדשות, שמספרן אינו עולה על שליש ממספר הדירות שהיו בבית ערב ביצוען וששטח רצפתן הכולל אינו עולה על שליש משטח הרצפה הכולל של כל הדירות בבית – גם ללא הסכמת כל בעלי הדירות ובתנאי שהוגשה תביעה לכך על-ידי שני שליש מבעלי הדירות בבית, להם שני שליש מהרכוש המשותף. אם מספר הדירות החדשות שייבנה יעלה על שליש ממספר הדירות שהיו בבית ערב ביצוען, או ששטח רצפתן הכולל

עולה על שליש משטח הרצפה הכולל של כל הדירות בבית, דרושה הסכמה של כל בעלי הדירות בבית.

הקלה נוספת ניתנה לבית מורכב (ממבנים או מאגפים שונים). לעניין ההרחבה לפי תמ"א 38 יראו כל מבנה או אגף בבית מורכב כבית משותף נפרד, ובלבד שביצוע העבודות במבנה או באגף האחד לא יפגעו בזכויותיו של בעל דירה במבנה או באגף האחר, וכן בתנאי שניתן לבצע את החיזוק במבנה או האגף האחד בלי לבצע את החיזוק במבנה או באגף האחר. אבן נגף רצינית שנוותר, על אף תיקון החוק, היא כי התביעה למפקח על רישום המקרקעין תוגש רק לאחר שניתן כבר היתר בנייה לביצוע העבודות בבית. בנוסף רשאי המפקח להתנות את ביצוע העבודות בתנאים.

כאמור לעיל, הפרקטיקה הנוהגת היא, שהדיירים אינם מחזקים את הבניין בעצמם אלא מתקשרים עם יזם/קבלן אשר באחריותו, בשלב ראשון, להוציא היתר בנייה לביצוע העבודות. ברי כי אף קבלן לא ייכנס להוצאות לצורך הוצאת ההיתר, אם מכירת הזכויות על-פי התמ"א איננה מעוגנת בהסכם מחייב החתום על-ידי כל בעלי הזכויות בבניין ואם קיים חשש שהמפקח לא יאשר לבסוף את העסקה. התוצאה המעשית היא, שעל אף שהתיקון מאפשר, בתנאים מסויימים, קבלת החלטות ללא צורך בהסכמת כל הדיירים, אף פרויקט לא ייצא לדרך ללא קבלת הסכמת כל הדיירים בבניין שכן, גם כיום, יכול דייר סרבן אחד לסכל את האפשרות של מימוש התמ"א, או להשהות את מימושה על-ידי הגשת התנגדויות סרק, או ניהול הליכים משפטיים לאורך זמן.

בעיה נוספת שטרם נפתרה, היא הסדרת הזכויות הקנייניות של היזם בזכויות הבנייה שנמכרו לו. זכויות הבנייה אינן מוגדרות בחוק המקרקעין כזכויות במקרקעין אשר התחייבות למכור אותן ניתן להבטיח, למשל, בדרך של רישום הערת אזהרה. יתרה מזאת, רשמי המקרקעין מסרבים לרשום הערות לפי סעיף 126 לחוק המקרקעין בגין עסקאות למכירת זכויות בנייה.

לפיכך, כל עוד לא יוצמדו זכויות הבנייה לפי התמ"א ליחידה מסוימת בבניין, עליה ניתן יהיה לרשום את ההערה, לה יוצמד גם הגג עליו ימומשו זכויות אלה, לא נותר אלא להבטיח את העסקה בדרכים אחרות, כגון רישום משכון.

גם השגת מימון בנקאי לצורך ליווי עבודות החיזוק ועבודות הבנייה נתקלת בקשיים, שכן הבנקים אינם מוכנים להעמיד מימון לחיזוק מבנה מבלי שנרשם לטובתם שעבוד על נכס ספציפי. בנוסף ולפני שהוסדר רישום ההצמדה כמפורט לעיל, לא ניתן לרשום הערות אזהרה לטובת הרוכשים של הדירות אשר היזם יבנה על גג הבניין. כמו כן לא ניתן לרשום הערות לטובת בנקים אשר יממנו עבור אותם רוכשים את תשלום התמורה לרכישתן. הבעייתיות הנ"ל מקשה על השיווק של דירות אלה.

תיקון נוסף, שנועד לתמרץ את חיזוק המבנים, נעשה בחוק מיסוי מקרקעין (תיקון 62) באמצעותו פטר המחוקק, במגבלות הקבועות בחוק, את מכירת זכויות הבנייה לפי תמ"א 38 ממש שבה. יצוין כי הפטורים שניתנו בתיקון זה אינם גורעים מזכותו של בעל הדירה מכל מס שהוא זכאי לו בגין מכירת הדירה. הפטור ניתן אך ורק אם התמורה בעד המכירה של הזכויות ניתנה בשירותי בנייה לפי התמ"א ובתנאי שהמבנה, לגביו ניתנו זכויות הבנייה על-פי התמ"א, חוזק מפני

רעידות אדמה בהתאם לתכנית זו.

יודגש, כי הפטור ניתן אך ורק למכירת זכויות מכוח התמ"א. אם באותה עסקה נמכרו זכויות בנייה שהוענקו לבניין מכוח תכניות בניין עיר אחרות, תיראה מכירת זכויות נוספות אלה כמכר עליו יוטלו מסים מלאים. בכוננת רשויות המס לבדוק את היתרי הבנייה ולסווג את הזכויות שנוצלו על פיהם, על מנת למסות כל זכות שנוצלה על-פי תכנית השונה מהתמ"א. תנאי נוסף למתן הפטור הוא, כי זכויות הבנייה אינן מלאי עסקי בידי הדייר.

## אליה וקוצים רבים בה

התיקון לחוק הגדיר ברשימה את שירותי הבנייה לפי תמ"א 38 בגינם ניתן הפטור ממס. מוגדרים: חיזוק המבנה מפני רעידות אדמה, הרחבת יחידות הדיור הקיימות במבנה עד ל-25 מ"ר, התקנת מעלית במבנה, עיצוב המבנה ושיפוצו, ותשלומים לכיסוי ההוצאות הכרוכות בשירותי בנייה לפי התמ"א, לפי קביעת מנהל מיסוי מקרקעין. ההטבות שיקבלו הדיירים במסגרת חיזוק הבניין, כגון חניות או מרפסות שאינן דרושות לחיזוק הבניין, תמורתן תמוסה. במקרים רבים נוצר מראש קונפליקט בין הזים ובין הדיירים בנושא החניות, שכן על הזים לספק חניות לרוכשי הדירות שלו והדיירים אינם מוכנים לוותר על זכויות לחניות עבורם. אם הדבר מתאפשר מבחינה תכנונית, אין צורך לומר כי אם הטבה כזו תמוסה, תפחת הכדאיות הכלכלית של הזים לביצוע העסקה.

תמורה בגין זכויות הבנייה שניתנה שלא בשירותי בנייה לפי תמ"א 38, יראו אותה כדמי מכר של זכות אחרת במקרקעין והיא תמוסה ככזו, ללא פטור. המשמעות היא, שכל תמורה כספית שיתן הזים לדיירים, למעט תשלומים לכיסוי ההוצאות הכרוכות בשירותי הבנייה (כגון שכר טרחת בעלי מקצוע ששכרו הדיירים, דמי שכירות בתקופה הדרושה לפינוי דיירים וכו'), תהיה חייבת בתשלום מסים.

אם הקבלן ייתן למי מהדיירים תמורה כספית יאה עליו, בנוסף, גם לגלם את המס בגין הסכום שנתן ולשלם את המס לאחר גילום. אם הדיירים מכרו לקבלן זכויות נוספות מעבר לזכויות שהוענקו להם על-פי התמ"א – מכר החייב, כאמור, במס שבח – והקבלן נטל על עצמו תשלום מס זה, יהיה עליו לגלם גם את המס בגין שוויין של זכויות אלה.

הזים הרוכש אינו פטור ממס רכישה ועליו לשלם מס זה בהתאם לשווי זכויות הבנייה שנמכרו לו, גם אם שווי זה גבוה משווי שירותי החיזוק והבנייה שנתן הקבלן לדיירים. במקרים מסויימים ובמסגרת העסקה הדיירים מגיעים להסכמה, בינם לבין עצמם, להצמיד חלק מהרכוש המשותף לדיירים מסויימים. החוק פוטר העברה כזו בין הדיירים בבניין ובתנאי שהצמדה כזו נובעת ממכירת זכויות הבנייה לפי התמ"א ונעשתה בסמוך לה.

במסגרת תיקון 62 לחוק מיסוי מקרקעין תוקן גם חוק מס ערך מוסף (תיקון 34) ונקבע, כי מתן שירותי בנייה בתמורה למכירת זכויות בנייה על-פי תמ"א 38, הפטורות ממס שבח על-פי חוק מיסוי מקרקעין, יאה פטור גם ממס ערך מוסף, וזאת בתקופה שתחילתה ביום 18.5.2005 וסיומה ביום 31.12.2016. המשמעות היא, כי במועד רכישת זכויות הבנייה יהיה על הזים להוציא חשבונית עצמית ובשלב שני, שלב מתן שירותי הבנייה לחיזוק הבניין, לא יאה על הדיירים

לשלם מע"מ לזים.

אך אליה וקוץ בה – מכיוון שהעסקה פטורה ממס ערך מוסף – הקבלן לא יוכל לקזז את התשומות שלו בגין עבודות הבנייה לחיזוק הבניין ובכך יפחת באופן משמעותי הרווח שלו מהפרויקט. ביקורת רבה הוטחה נגד התיקון תוך דרישה שלא לפטור את העסקה ממס ערך מוסף אלא להעמידה על מס בשעור 0, דבר שיאפשר את קיזוז התשומות, אך עד כה לא נענו רשויות המס ולא תיקנו את החוק.

נוכח הבעיות בהן נגענו, על קצה המזלג, ונוכח המציאות בשטח, המראה כי מספר הבניינים שחוזקו עד כה הינו זעום, ברור כי תמ"א 38 במתכונתה הנוכחית הינה כישלון.

חשוב לציין, כי ביום 17.1.10 נתקבלה החלטת ועדת שרים לענייני פנים ושירותים, שבה נקבעו כמה שינויים והקלות בתכנית ובהם:

- מתן אפשרות להענקת זכויות גם במקרה שהמבנה הקיים והמחייב חיזוק ייהרס וייבנה מבנה אחר במקומו.
- החלת תמ"א 38 על מבנים שהוצא היתר לבנייתם לפני 1.1.1980 גם אם נעשו בהם תוספות בנייה מאוחרות.
- מתן אפשרות לסגירה ומילוי קומה מפולשת, בנוסף להקמת קומה נוספת למבנה והרחבת יחידות הדניות הקיימות בבניין.

כמו כן, הוארך תוקפה של תמ"א 38 בחמש שנים נוספות. יש לקוות, כי יהיה בכך כדי לסייע למימוש מטרותיה של התמ"א, אם כי הבעיות המהותיות שפירטנו לעיל נותרו על כנן.

ומדוע קבענו, בכותרתו של המאמר, כי תמ"א 38 הינה עלה התאנה של ממשלת ישראל?

משום שתכנית בעלת חשיבות כה רבה כתמ"א 38 ובפרט באיזור גיאוגרפי כה רגיש ומועד לרעידות אדמה, תכנית הנוגעת לחייהם של אזרחים רבים כל כך, שאינה נותנת מענה ראוי, כלכלי וישים, ואשר מותירה, הלכה למעשה, את מצב מרבית הבניינים כפי שהיה עובר לאישור התכנית, ומותירה את הסכנה המרחפת על חייהם של האזרחים כשהייתה, אינה יכולה להיחשב כפיתרון ראוי אותו צריכה הממשלה לספק כחלק מחובתה להגן על אזרחי המדינה.

"פיתרון" חלקי זה נועד, לטעמנו, לכסות את ערוותה של הממשלה ומחדליה בטיפול הנדרש בחיזוק מבנים בפני רעידות אדמה. ולוואי שנתבדה כולנו.



### עו"ד חיה גסר

ממשרדו של עו"ד עופר טויסטר. בעלת תואר ראשון במשפטים מאוניברסיטת ת"א בשנת 1991. מומחית בתחום עסקות נדל"ן ומיסוי מקרקעין ובעלת רקע בתחום התכנוני/אדריכלי.



### עו"ד שילה הרשוקביץ

ממשרדו של עו"ד עופר טויסטר. בוגר אוניברסיטת בר אילן בשנת 2006. עוסק בעיקר בתחום התכנון והבנייה ובמשפט מינהלי. מלווה הליכי תכנון ובנייה בנושא אישור תכניות בניין עיר.