



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

ועדת ערר לפי חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963

כב' השופט ה' קירש - יו"ר הוועדה
רו"ח מיכה לזר - חבר
רו"ח צבי פרידמן - חבר

העוררים

1. שינל שטיין
2. מרינה שטיין
ע"י ב"כ עו"ד אפרת סולומון, טלי יהושע ועדי קימל

נגד

המשיב

מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב
ע"י ב"כ עו"ד ערן פירשטיין
מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)

פסק דין

יו"ר ועדת הערר, השופט ה' קירש (דעת מיעוט)

א. מבוא

1. בחודש נובמבר 2015 מכרו העוררים את זכויות הבעלות שהיו להם בנכס מקרקעין המצוי בקומת הקרקע של בניין מגורים בעיר תל אביב.

לצורך תשלום מס שבח מקרקעין על מכירה זו הנכס הנמכר הוגדר על ידי העוררים כדירת מגורים מזכה כמשמעות מונח זה בחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963 ("החוק"). הצגת הנכס כדירת מגורים הייתה אמורה לזכות את העוררים בחישוב מס שבח מוטב בהתאם לסעיף 48א(2) לחוק. המשיב, מנהל מיסוי מקרקעין, הסתייג מסיווג הנכס הנמכר כדירת מגורים: לטענתו, היות וחלקי הבניין הכלולים בנכס מוגדרים לפי ייעודם התכנוני המקורי כמחסן, חדר הסקה, "גרז" (מוסך) ואף כשטח פתוח, אין אפשרות להחשיבם כ"דירת מגורים" לצורך מתן הקלה במסגרת החוק.

אין למעשה מחלוקת כי הנכס אכן שימש למגורי אדם במשך עשרות שנים והיו קיימים בו אותם מתקנים הדרושים ברגיל למגורים (מטבח, מקלחת וכדומה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

2. העוררים גורסים כי הם רכשו את הנכס כדירת מגורים, ובמרוצת השנים כל הגורמים הנוגעים בעניין התייחסו אליו כאל דירה המשמשת למגורים. לדבריהם, במשך תקופה ארוכה הם כלל לא היו מודעים לייעוד התכנוני המקורי של הנכס וכי ייעוד היסטורי זה איננו מצדיק את שלילת הטבת המס מהם היום, לאחר שהמקום שימש כדירה לכל דבר ועניין במהלך שנים רבות. עוד טוענים העוררים כי לאחרונה נמצאה ראייה לכך כי מלכתחילה ניתן היתר להקים במקום דירה, כך שאין כלל בעיה של ייעוד תכנוני.

3. המשיב ערך השומה ללא חישוב מס מוטב ודחה את ההשגה שהוגשה על ידי העוררים כך שהמחלוקת מונחת עתה בפני ועדת הערר ועלינו להכריע אפוא אם מדובר ב"דירת מגורים מזכה", אם לאו. לדעתי יש להשיב על שאלה זו בשלילה ולדחות את הערר, ובכך אני נותר במיעוט מבין שלושת חברי ועדת הערר.

ב. המסגרת החוקית

4. עניינו של סעיף 48א לחוק הוא "המס על השבח". סעיף 48א(ב)(1) קובע לאמור:

"על אף האמור בסעיף קטן (ב)(1), במכירת דירת מגורים מזכה שיום רכישתה היה לפני יום המעבר [1.1.2014], יחויב השבח הריאלי בהתאם להוראות אלה:

(א) השבח הריאלי עד יום המעבר יהיה פטור ממס;

(ב) על יתר השבח הריאלי לאחר יום המעבר יחול מס בשיעור הקבוע בסעיף קטן (ב)(1);"

שיטת חישוב זו מקלה על המוכר יותר מן החישוב הרגיל המוסדר בסעיף 48א(ב) לחוק. הזכאות לחישוב המוטב מותנית, בין היתר, בהיות הנכס הנמכר "דירת מגורים מזכה". מונח זה מוגדר בסעיף 49א(א) לחוק (בצירוף הוראות סעיף 47) כדלקמן:

"דירת מגורים ששימשה בעיקרה למגורים לפחות באחת משתי התקופות שלהלן:

(1) ארבע חמישיות מהתקופה שבשלה מחושב השבח;

(2) ארבע השנים שקדמו למכירתה..."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

והנה סעיף 1 לחוק מגדיר את מונח המפתח "דירת מגורים": "דירה או חלק מדירה, שבנייתה נסתיימה והיא בבעלותו או בכירתו של יחיד, ומשמשת למגורים או מיועדת למגורים לפי טיבה, למעט דירה המהווה מלאי עסקי לענין מס הכנסה";.

5. לאחרונה ניתן על ידי ועדת ערר זו (באותו הרכב) פסק דין בו"ע 34577-08-17 **דוד גיא נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב** (12.8.2019) ("עניין גיא"). גם בעניין **גיא** התעוררה סוגיה של השלכות הייעוד התכנוני של נכס על מעמדו כ"דירה" וכ"דירת מגורים" לצורך החוק. שם נדונה מכירתו של חלק מבניין שמיועד היה למחסן וחדר כביסה אך שימש במשך עשרות שנים למגורים וגם שם נתבע חישוב ליניארי מוטב.

הערר בעניין **גיא** נדחה פה אחד, אם כי לכל אחד מחברי ועדת הערר (רו"ח לזר, רו"ח פרידמן ואנוכי) הייתה דרך הנמקה שונה. קיימים אמנם קווי דמיון בין המקרה שנדון בעניין **גיא** לבין המקרה הנוכחי, אך הנסיבות אינן זהות. עם זאת, ועל מנת שלא לחזור באריכות על הדברים, אביא כאן את עיקר ההנמקה מחוות דעתי שם, והקורא מופנה לנוסח המלא של פסק הדין לדיו מקיף במהות הגישה המוצעת והשלכותיה במצבים שונים (וראו שם בפרט סעיפים 43 עד 56 וכן סעיפים 74 עד 76).

6. בעניין **גיא** כתבתי, בין היתר:

"לדעתי יש לפרש את המילה 'דירה' בהקשר חקיקתי זה כמורה על נכס מקרקעין מסוג מבנה, אשר בעת מכירתו השימוש בו למגורי אדם מותר על פי דין.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

אם נאמץ משמעות זו למונח 'דירה', ינבעו תוצאות אלו:

(א) אם השימוש בנכס למגורים מותר על פי דין ויש בנכס מתקנים דרושים, הנכס ייחשב 'דירת מגורים' לפי סעיף 1 לחוק, אף אם לא שימש למגורים בפועל בעת אירוע המס (אולם אין בכך כדי להבטיח כי הנכס יענה גם על הגדרת "דירת מגורים מזכה" כהגדרתה בסעיף 49(א)). כך יהיה למשל במקרים המוכרים של משרד או של מרפאה המתקיימים בדירות שעדיין יש בהם שירותים, מקלחת, מטבח וכו'.

(ב) אם השימוש בנכס למגורים מותר על פי דין והוא משמש בפועל למגורים בעת אירוע המס, הוא ייחשב 'דירת מגורים' אף אם חסרים בו חלק מן המתקנים הדרושים למגורים. לנוכח עובדת המגורים בפועל, אין סיבה להמשיך ולברר האם הנכס מותאם למגורים מבחינה פיזית.

(ג) אם השימוש בנכס למגורים מותר על פי דין, אך אין שימוש בפועל למגורים ואף אין בו מתקנים דרושים, הנכס לא ייחשב 'דירת מגורים'. כך יהיה המצב, למשל, בנכס שהיה פעם בית אך נזנח ונעקרו ממנו מתקנים דרושים, עד כדי אבדן צביונו כדירת מגורים...

(ד) אם השימוש בנכס למגורים איננו מותר על פי דין אזי הוא לא ייחשב דירת מגורים, אף אם מתגוררים בו למעשה ואף אם הותקנו בו מתקנים דרושים. זהו, לדעתי, דין המקרה דנן, וכך גם בכל אותם מצבים, היפותטיים ואף אמתיים, של מגורים ברפתות, לולים, חנויות, מבני תעשייה וכו' (כל עוד לא אושר השימוש החורג כדין).

...

לפי המבחן המוצע, זהותו הבסיסית של נכס שאובה מהדין הכללי (ובפרט מדיני התכנון והבנייה) והיתר הבנייה על פיו נבנה הנכס מהווה עבורו 'תעודת זהות'. מהות או זהות הנכס נקבעת על פי הגדרתו החוקית, אף אם הבעלים או החוכר עשו מאמץ – בניגוד לדין – לשוות לו אופי אחר.

...



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

לדעתי גישה זו מגשימה מספר תכליות: היא מקדמת הרמוניה חקיקתית בכך שנכס מקרקעין לא ייחשב 'דירה' לעניין החוק אם כלל לא מותר על פי דין להתגורר בו; היא מקדמת ודאות ויציבות בהבנת החוק ובפרשנותו מפני שלכל נכס יש 'תעודת זהות' תכנונית המספקת מענה ברור לשאלת היות הנכס 'דירה' אם לאו; היא עולה בקנה אחד עם ההסדרים השונים בחוק מיסוי מקרקעין עצמו (רובם הקלות במס) המיוחדים לדירות מגורים כאשר אין כל בסיס לסבור כי המחוקק התכוון למנות בקרב ה'דירות' המוטבות מחסנים, לולים ובתי מלאכה למיניהם רק בשל כך שעברו הסבה בלתי חוקית למגורים.

...

יתרה מזאת, פרשנות המונח 'דירה' כמכוון למבנה שהשימוש בו לצרכי מגורים מותר על פי דין אף מגשימה באופן נאמן את הדרישה שעוצבה בהלכה הפסוקה לפיה חייב להימצא 'פוטנציאל ממשי להשתמש [בנכס הנבחן] למגורים' (כפי שהדברים נוסחו בעניין שכנר; ע"א 2170/03 מרגריט שכנר נ' מנהל מס שבח מקרקעין, ניתן ביום 12.9.2004), או 'פוטנציאל למגורי קבע' (כדברי כבוד השופט עמית בע"א 1046/13 פרדריק חכים נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה, ניתן ביום 21.1.2014).
(מתוך סעיפים 44, 47 ו-48 לחוות דעתי, שם)

7. כאמור בעניין גיא הסכימו חברי הוועדה רה"ח לזר ופרידמן עם התוצאה אליה הגעתי, כל אחד לפי הנמקתו הוא, וזאת מבלי לאמץ באופן מלא את הדעה לפיה נכס שייעודו התכנוני איננו מגורים כלל איננו בבחינת "דירה", כמשמעות מונח זה בחוק מיסוי מקרקעין. רו"ח פרידמן הדגיש כי:

"... לדעתי יש לדחות [את הערר] מהנימוק העיקרי של אימוץ הכלל הידוע 'שלא יהא חוטא נשכר', המעוגן אף הוא בתקנת הציבור, לפיה אין זה מן הראוי שמפר חוק ייהנה מפירות הפרתו, ולא מהטעם הבלעדי של אימוץ המבחן לפיו זהותו הבסיסית של נכס שאובה מהדין הכללי ובפרט מדיני התכנון והבנייה..."

...

לדעתי אימוץ המבחן של מצבה התכנוני של הדירה בהתאם לחוקי התכנון והבנייה והשימוש המותר בה למגורים על פי דין יונק את חיותו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

מהכלל 'שלא יהא חוטא נשכר' (מבחינת 'הרצחת וגם ירשת?') ואין לו
לאותו מבחן זכות קיום ללא כלל זה ובכפוף לחומרת העבירה והאינטרס
הציבורי..."

רו"ח לזר סבר כי,

"... המשמעות הרגילה והפשוטה שמייחסים בני אדם למונח 'דירה'
הוא מערכת של חדרים שניתן לגור בה ואשר יש בה את התשתית של
צנרת, מים, ביוב, חשמל ומתקנים חיוניים הדרושים למגורי אדם.

...

לדעתי יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו...

...

בהתאם לדרישה שעוצבה בהלכה הפסוקה, המונח 'דירה' יפורש כמכוון
למבנה שנמצא בו 'פוטנציאל ממשי להשתמש למגורים'."

8. למיטב ידיעתי, עד לכתיבת שורות אלו לא הוגש ערעור בעניין גיא.

ג. עובדות המקרה דנו

9. הנכס הנדון נמצא בקומת הקרקע של בניין ברחוב מגידו 5, תל אביב (גוש 6952, חלקה 19). הבניין נבנה בשנות הארבעים המאוחרות. בשלוש קומות הבניין מעל קומות הקרקע בנויות שש דירות מגורים. קומת הקרקע היא קומת עמודים ובצדה המזרחי קיימת יחידה שהיא ככל הנראה דירת מגורים הן לפי ייעודה התכנוני והן לפי השימוש בה. הנכס הנדון ממוקם בחלק המערבי של קומת הקרקע.

10. שטח הנכס הוא כ-55 מ"ר. במועד הרלבנטי הנכס היה מורכב מכניסה ראשית בצדו של הבניין (כלומר לא מחזית הבניין או מהמבואה הכללית במרכז הבניין); מסדרון כניסה; שני חדרים, מטבח, חדר אמבטיה, וגישה לחצר אחורית קטנה. כאמור, לא הייתה מחלוקת לגבי אבזור הנכס במתקנים הדרושים למגורים.

11. הנכס נרכש על ידי העוררים בשנת 1992. בהסכם הרכישה הקצר משנת 1992 (נספח 2 לתצהיר העורר), מתואר הנכס כ"דירה בת 2 חדרים".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

בדיווח למשיב על העסקה בשנת 1992, סווג הנכס הנמכר כ"דירת מגורים" (נספח א1 לתצהיר המשיב) והרוכשים (העוררים) אף הצהירו כי המקרקעין הנרכשים מיועדים לשמש למגורים; על סמך זה נערך חישוב מס רכישה בהתאם למדרגות המס שחלו באותה עת ברכישת דירת מגורים.

המשיב לא הסתייג מן המצג האמור או מאופן חישוב מס הרכישה.

12. החל ממועד הרכישה בשנת 1992, שימש הנכס כמקום מגורים לאביה של העוררת.

13. אבי העוררת נפטר בשנת 2002. ממועד זה ואילך הנכס הושכר לצדדים שלישיים לשם שימוש כמקום מגורים.

14. על פי האמור בתצהיר העורר, הוא והעוררת החליטו למכור את הנכס בשנת 2012 (יוער כי מן החומר שצורף על ידי העוררים כנספח 3 להשלמה לכתב הערר, נראה כי נסיון מכירה ראשון זה התרחש עוד בתחילת שנת 2011). וכך מסופר בתצהיר הנ"ל בסעיפים 13, 14 ו-15:

"בשנת 2012, החלטנו, מרינה ואני, למכור את הדירה.

ואכן, במהרה פנה אלינו רוכש פוטנציאלי אשר התעניין ברכישת הנכס, ומולו ניהל בני משא ומתן. לאחר שבא כוחו של הרוכש הפוטנציאלי ובני הגיעו להסכמות, ביקש בא כוח הרוכש לבדוק את מצבו הרישומי של הנכס בעיריית תל אביב.

לאחר הבדיקה, הודיע בא כוח הרוכש, כי הוא 'יורד מהעסקה'. כאשר ביקשנו לברר מדוע, הוסבר לנו, כי בדיקתו של הרוכש העלתה, כי למרות שהנכס משמש כדירת מגורים מיום הקמתו, למרות שהוא רשום בפנקס רישום המקרקעין כ'דירה' ולמרות שעיריית תל אביב גובה בגין השימוש בנכס ארנונה של דירת מגורים – על פי היתר בניה היסטורי משנת 1945, ייעוד קומת הקרקע, לרבות הדירה, היה לגראז', מחסן וחדר הסקה."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

15. על פי עדותו של העורר, בעקבות גילוי הבעיה כמתואר, "מיד... פנינו לוועדה המקומית לתכנון ובנייה בת"א, וביקשנו לאשר את שינוי ייעודה של הדירה לייעוד מגורים..." (סעיף 17 לתצהיר).

16. כאן המקום לתאר את שורש הבעיה. הבניין נבנה במקור על סמך רשיון (היתר) בנייה מס' 222 אשר נחתם ביום 31.8.1945 ונמסר למבקשים (ממשפחת רחבלסקי) ביום 5.9.1945 (נספח ב' לחוות דעתו של העד המומחה מטעם המשיב, מר אודם). הרשיון האמור הוענק ל"בנין בית בן 3 קומות וקומות עמודים וגדר. המכיל בקומת הקרקע 2 חדרים עם ח"ש [חדר שירות], מחסן, גרז' ושטח פתוח בין עמודים ובקומות א', ב', ג' - 6 חדרים עם ח"ש בכל קומה".

לרשיון מס' 222 צורפו תשריטים של המגרש ושל הבניין העתיד להיבנות, על קומותיו השונות (יש סימן בחומר הראיות – החותמת המצויה על גבי הדף האחרון לנספח ב לחוות דעת המומחה מטעם המשיב – לפיו הבקשה לקבלת היתר בנייה הגיעה לעיריית תל אביב כבר ביום 9.3.1945).

בתשריט המתייחס לקומת הקרקע והמצורף לרשיון מס' 222 הנ"ל, אגף הבניין המצוי במערב לכניסה המרכזית של הבניין מחולק לשלושה חלקים: החלל הקדמי (הדרומי) מכונה "גרז'" (המילה רשומה בכתב יד חופשי); החלל האחורי המזרחי יותר מכונה "הסקה" והחלל האחורי המערבי יותר מכונה "מחסן" (המילים "הסקה" ו"מחסן" רשומות באותיות דפוס ובצורה מסודרת).

לעומת זאת, וכמוסבר, במחצית המזרחית של קומת הקרקע מופיעה דירה ובה חדרים.

17. לא הובאה בפנינו ראיה חותכת לכך כי הבניין הנדון נבנה אלא על פי רשיון מס' 222 האמור (ועל פי רשיון נוסף אשר יתואר בהמשך). משמע, האגף המערבי של קומת הקרקע לא נועד לכלול דירת מגורים. זאת הבעיה שהתגלתה, לפי המסופר, בעת נסיון המכירה בשנת 2011 או 2012.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

18. ניתן ללמוד מהחומר הכלול בנספח 1 להשלמה לכתב הערר שהוגשה בהליך דן כי בחודש ינואר 2012 הגישו העוררים באמצעות אדריכל מטעמם בקשה למידע לעירייה בקשר ל"שימוש חורג", כאשר השימוש המבוקש הוא מגורים. כך מוצג תוכן הבקשה:

"במגידו 5 בקומת הקרקע קיימת דירה בת 2 חדרים (ראה דירה 2 בתשריט בית משותף מצ"ב) בהיתר הבנייה מופיע במקומה חדר דוודים ומוס[ד].

...

כיצד ניתן לתקן את היתר הבנייה שתופיע בו הדירה כפי שקיימת בפועל?"

19. בתגובה לבקשה למידע נכתב מטעם העירייה כדלקמן:

"לא ניתן לאשר את הבקשה ראה הערות בנין ערים. לאחר בדיקת בקשתך למידע וקבלת חו"ד של הגורמים השונים במינהל ההנדסה איננו ממליצים לך על הגשת בקשה לרישוי בהתאם לפרטים המפורטים בבקשתך למידע. במידה ותחליט בכל זאת להגיש בקשה להיתר היא תטופל ותובא לדיון בועדה המקומית לתכנון ולבניה עם המלצה לדחותה."

20. אף על פי כן בחודש ספטמבר 2012 הוגשה בפני ועדת המשנה לתכנון ובנייה בקשה לשימוש חורג "מחדר דוודים למגורים". בפרוטוקול דיון הוועדה מיום 12.12.2012 (נספח ו' לחוות הדעת מטעם המשיב) נכתב:

"לא לאשר את הבקשה [-] לא ניתן להפוך שטח שירות לשטח עיקרי, הדבר מהווה סטייה ניכרת ולא [ולו[?] – ה"ק] היה מוצע לאשרו בדיעבד, גם הנ"ל לא מתאפשר שכן, התוספת חורגת בכ- 16% מעבר ל- 146% המותרים לבניה על המגרש.

ההחלטה התקבלה פה אחד."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

21. העוררים לא אמרו נואש והגישו ערר לוועדת הערר המחוזית בתל אביב (תא/5036/13/א). החלטת ועדת הערר המחוזית ניתנה ביום 30.11.2014. נביא כאן חלקים נרחבים מהחלטה זו (נספח 11 לכתב הערר):

"העוררים מבקשים לאשר הפיכת גראז', מחסן וחדר הסקה בהיתר לדירת מגורים בקומת הקרקע ברח' מגידו 5 תל אביב גוש 6952 חלקה 19.

...

מעיון בתיק הבניין עולה, כי הצדק הוא עם הועדה המקומית, וכי מבחינה תכנונית מעולם לא אושרה דירת מגורים בקומת הקרקע. המקרה שבפנינו מדגים מציאות מוכרת, של אי אחידות בין הנושא התכנוני לבין הנושא הקנייני, במובן זה שעל פי תשריט הבית המשותף, קיימת דירה, הרשומה בלשכת המקרקעין כדירה לכל דבר ועניין, אך דירה זו אינה קיימת מבחינה תכנונית דהיינו, אין לאותה דירה היתר בנייה.

תופעה זו רווחת בעיקר ביחס לדירות המצויות בקומה המפלשת, ואשר נוצרה כתוצאה מסגירת חלק מהקומה המפלשת או הפיכת שטחי שרות כגון מחסנים, חדרי הסקה, מוסכים וכיוב' שטחי שרות לדירת מגורים, ובקומת הגג של הבניין, כתוצאה מביצוע בנייה לא חוקית על הגג או הפיכת חדרים שנבנו על פי היתר על הגג, כגון חדר כביסה, לדירת מגורים.

מציאות זו עלולה גם להכשיל רוכשים ומוכרים של דירה, כאשר בשלב כלשהו אחרי ביצוע עיסקה למכירת הדירה יתברר כי הדירה הנמכרת כלל אינה קיימת מבחינה תכנונית.

לעיתים ניתן לנסות להכשיר את הדירה הלא חוקית באמצעות זכויות בנייה עיקריות עודפות הקיימות על המגרש, ככל שכאלה קיימות, ובכפוף לכך שתוספת יחידת הדיור תעמוד בצפיפות המותרת על המגרש מכוח התוכניות החלות במקום.

אם לא קיימות זכויות בנייה עיקריות עודפות על המגרש, כמו במקרה שלפנינו, הדרך היחידה להכשיר את הבנייה הלא חוקית היא בדרך אישור תוכנית בסמכות הועדה המקומית, או בדרך של ניווד זכויות למגרש, במסגרת תוכנית בסמכות הועדה המקומית, כאשר לצורך כך



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

ניתן להסתייע במקרה הנדון בקרן להסכמי שימור המנוהלת על ידי הועדה המקומית.
במקרה הנדון בפנינו לא קיימות זכויות בנייה עיקריות עודפות במגרש, ולפיכך, לדאבונו אין מנוס מלדחות את הערר.
ההחלטה התקבלה פה אחד."

22. על דחיית הערר הנ"ל לא הוגשה עתירה מנהלית.

23. בין לבין, העוררים התקשרו בחודש מרץ 2012 עם רוכשת בשם מולכו בהסכם למכירת הנכס ("הסכם מולכו"; נספח 1 להשלמה לכתב הערר). גם בהסכם מולכו (ב"הואיל" הראשון) מתואר הנכס כ"דירה בת 2 חדרים". אולם בהמשך ההסכם הובהר בין השאר כדלקמן (סעיף 3):

"הקונה יודע כי הנכס רשום בעירייה כמחסן; המוכר הגיש בקשה לתיקון הרישום ושינוי הייעוד; המוכר מתחייב לטפל בתיקון הרישום כאמור על חשבונו ובמסגרת זו יישא בכל הוצאה הכרוכה בכך, לרבות – אך לא רק – שכר טרחת בעלי המקצוע, היטל השבחה וכל אגרה.
המוכר יעשה כל שלאל ידו על מנת לבצע את התיקון, אך אין באי הצלחת המוכר לתקן את האמור כדי הפרת הסכם."

24. הדיווח למשיב בעקבות כריתת הסכם מולכו נעשה על גבי טופס המיועד להצהרה "על מכירת דירת מגורים מזכה". נרשם בדיווח (בסעיף 5 לטופס) כי "הדירה" נמצאת בבית משותף, בקומה 0, וכי השימוש העיקרי בה הוא למגורים. לדיווח צורף הסכם מולכו. כמו כן לדיווח האמור צורפה "בקשה לפטור ממס שבח במכירת דירת מגורים מזכה לפי חוק מיסוי מקרקעין (הגדלת ההיצע של דירת מגורים – הוראת שעה), תשע"א-2011". השומה העצמית של העוררים אושרה על ידי המשיב והפטור המבוקש הוענק.

25. כאמור, בהסכם מולכו התחייבו העוררים להשתדל "לתקן" את אופן רישום הנכס ולהביא לשינוי ייעודו. והנה תוך שבועות ספורים מעת חתימת הסכם מולכו החלה התכתבות משפטית בין הצד הרוכש ובין הצד המוכר בנושא הייעוד הרשום של הנכס, ובסוגיה מתי נודע למוכרים (העוררים דנן) על קיומה של בעיה. בסוף חודש אפריל 2012



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

נשלחה מטעם מולכו "הודעה על ביטול חוזה מכר", ואילו בחודש יוני 2012 הוגשה לבית המשפט תביעה מטעמה (ת"א 21713-06-12). בכתב התביעה (נספח 1 להשלמה לכתב הערר) נטען בין היתר:

"בידיעה ברורה, שהתובעת מחפשת 'דירה', ובידיעה ברורה שהנכס הנמכר מעולם לא נרשם כ'דירה' אלא כ'חדר דוודים ומוסק', ובידיעה ברורה שלא הגישו כל בקשה לתיקון רישומו של הנכס ל'דירה', ובידיעה ברורה שכל בקשה לרישומו ככזה תסורב על ידי עיריית תל-אביב, הסתירו הנתבעים או מי מהם מהתובעת מידע מהותי זה ואף חמור מכך – הציגו בפניה מידע כוזב, לפיו המדובר ב'דירה', שאך בטעות נרשמה כ'מחסן' – טעות של 'מה בכך', שאדריכל מטעמם כבר הגיש בקשה לתיקונה.

במעשים ו/או במחדלים האמורים לעיל ניהלו הנתבעים מו"מ שלא בתום לב עם התובעת, הטעו אותה ואף ביצעו כלפיה עוולה של 'תרמית', והכול על מנת לגרום לה לשלם שווי שוק של דירת מגורים 'נקייה', בעבור 'נכס שונה, או נכס מסוג או תיאור שונה מהמוסכם' (כאמור בסעיף 11 לחוק המכר, תשכ"ח-1968).

...

התובעת טוענת, אפוא, כי בין בשל הטעייתה ובין בשל ההפרה היסודית של החוזה קמה לה הזכות לבטל את החוזה, והיא ביטלה אותו בדיון."
(מתוך סעיפים 23(ג), 24 ו-26 לכתב התביעה).

26. ביום 11.3.2015 נתן כבוד השופט אטדגי פסק דין לבקשת שני הצדדים ובו ניתן תוקף להסכמה ביניהם לפיה הסכם מולכו יבוטל והמוכרים (העוררים דנן) ישיבו לרוכשת סכומי כסף אשר התקבלו על חשבון הרכישה.

בעקבות מתן פסק הדין האמור, הוגש דיווח למשיב על ביטול המכר.

27. כשמונה חודשים לאחר ביטולו של הסכם מולכו התקשרו העוררים בהסכם מכר נוסף – הוא ההסכם מושא ערר זה – הפעם עם רוכשת בשם שמילוביץ ("הסכם שמילוביץ" או "ההסכם הנדון"; נספח 7 לכתב הערר). התמורה המוסכמת עבור הנכס בהסכם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

שמילוביץ היא 1,337,500 ש"ח (וזאת לעומת התמורה שנקבעה בהסכם מולכו על סך 1,515,000 ש"ח). בהסכם שמילוביץ הנכס מתואר כ"דירת מגורים בעלת 2 חדרים". במסגרת הצהרות הקונה בהסכם הנדון נכתב (בסעיף 2.1):

"הוא [הקונה] יודע כי הנכס רשום בעירייה כחדר דודים ומוסך. הקונה מצהיר כי נמסר לו המידע בעניין הנכס (הדיון וההחלטה בערר, לרבות פרוטוקול ההחלטה, התביעה של צד ג' שרכש בעבר את הנכס, המשפט ותוצאותיהם...). ובעקבות כל האמור בס"ק זה הקונה רוכש את הנכס במחיר המשקף את מצבו (לאחר הנחה משמעותית), מתוך ידיעה ברורה כי יידרש לשלם עבור ניווד זכויות בנייה לשם הכשרת הנכס לדירה בעיריית תל-אביב, והכל על חשבונו ובאחריותו הבלעדית של הקונה, ומבלי שיוכל להעלות טענה מסוג כלשהוא כלפי [המוכר] בהקשר זה."

בהמשכו של הסכם שמילוביץ הצהירו העוררים (בסעיף 3.5):

"בעיקר מצהיר המוכר כי לא פנה לעיריית ת"א בבקשה לנייד זכויות בנייה לבניין בו מצוי הנכס, כאמור בהחלטת ועדת הערר ו/או לא קבל תשובה שלי[ל]ית בקשר לפנייה כלשהיא בהקשר זה וכי החלטת ועדת הערר הינה בהחלט ההחלטה האחרונה שנתנה על ידי העירייה בהקשר זה."

28. בעקבות מכירת הנכס לגב' שמילוביץ בחודש נובמבר 2015 הגישו העוררים דיווח למשיב ובו ביקשו כי החיוב במס שבח ייערך בהתאם לסעיף 48א(ב2) לחוק, וזאת בגין דירת מגורים מזכה. בדיווח זה הנכס שוב סומן כדירת מגורים, המשמשת בפועל למגורים (סעיף 4 רישא וסעיף 4.6 להצהרת המוכרים). יש לציין כי מצגים אלה ניתנו כשנה לאחר החלטתה של ועדת הערר המחוזית בה הנכס מתואר כ"דירה לא חוקית" ולפיה לא ניתן לאשר דירת מגורים במקום.

הפעם הצגת הנכס כדירת מגורים מזכה לא התקבלה על ידי המשיב, ומכאן המחלוקת הנטושה בפנינו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

ד. טענות העוררים

29. ראשית טוענים העוררים כי **תנאי מספיק** לקיומה של "דירת מגורים" כמשמעותה בחוק הוא **שימוש בפועל למגורים**, תנאי אשר לכל הדעות התקיים במקרה זה.

שנית, תנאי מספיק **חלופי** הוא כי המקום מיועד לשמש למגורים לפי טיבו "**באשר המבחן הרלוונטי לבחינת תנאי זה הינו מבחן אובייקטיבי-פיזי הבוחן את קיומם של המתקנים הפיזיים הקיימים בדירה**" (סעיף 4.2 לסיכומי העוררים). גם תנאי זה, לפחות במובנו הפיזי, התקיים כאן.

ממשיכים העוררים וגורסים כי:

"מעבר לכך, אף אם נקבל את טענת המשיב, לפיה יש לבדוק בנוסף, גם את מבחן 'הפוטנציאל למגורי קבע', הרי שאף מבחן זה מתקיים בנסיבות ענייננו, שכן שקלול פרמטרים נוספים (כגון הרקע של הדירה, תכנית הבינוי שלה, סביבתה, מודעות העוררים לגבי ייעוד הנכס במועד הרכישה וכיו"ב) תוך בחינת התקיימות תכלית הפטור בענייננו, מביא למסקנה זהה – הדירה נשוא הערר הינה 'דירת מגורים' לצרכי החוק."
(סעיף 4.3 לסיכומי העוררים)

העוררים מוסיפים וטוענים כי:

"לבסוף יטען, כי מקום בו רשויות התכנון והבניה לא מצאו לנכון למנוע את השימוש שעושים העוררים בדירה למגורים, מובן כי אין זה ראוי ומוצדק כי האכיפה בעניין זה תתבצע באופן עקיף על ידי רשויות המס!"
(סעיף 4.5, שם)

וכך מסכמים העוררים:

"... רק בנסיבות קיצוניות, מקום בו נעשתה סטייה רבתי מחוקי התכנון והבניה ומקום בו לא מתאפשר כלל שימוש של קבע למגורים עקב אותה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

סטייה, ומשכך נפגע כביכול האינטרס הציבורי ותקנת הציבור, רק אז יהיה ניתן להשתמש בדיני המס כמנגנון ענישה והרתעה." (סעיף 11.7, שם)

לעומתם, המשיב סבור כי "... העוררים מבקשים ליצור 'דירת מגורים' יש מאין, מעצם השימוש שעשו בנכס, אף אם בניגוד להיתר הבנייה" (סעיף 19 לסיכומי המשיב).

ה. דיון - חלק כללי

30. הדיון להלן בטענות העוררים יחולק לשלושה חלקים: חלק כללי, חלק שני בו יישקל הטיעון לגבי קיום רשיון בנייה היסטורי להקמת דירה במקום, וחלק שלישי בו יידונו טענות העוררות בעניין אפשרויות הכשרת הבנייה.

31. נאמן לגישתי כפי שהיא באה לידי ביטוי בעניין גיא הנ"ל, אני סבור כי הנכס הנדון כלל איננו "דירה" כמשמעות מושג זה בחוק מיסוי מקרקעין, על פי ההקשר ועל פי תכלית החקיקה. זהות הנכס הנדון, הנגזרת לגישתי בהתאם לייעוד התכנוני המפורש לפיו הוא נבנה, איננה אלא מחסן, "גרז" וחדר הסקה. העובדה שמאן שהוא החליט, בניגוד לדין, לבנות במקום יחידה המתאימה למגורי אדם איננה הופכת את הנכס ל"דירה" לצורך החוק. הטעמים והנימוקים למסקנה זו פורטו בהרחבה בעניין גיא ואין מקום לחזור עליהם כאן – ככלל הם תקפים באותה מידה במקרה דנן.

וכפי שהובהר על ידי בעניין גיא, אין בעצם השימוש למגורים (קודם על ידי אביה של העוררת ולאחר מכן על ידי שוכרים) כדי לשנות מסקנה זו וכך גם לגבי עצם קיום המתקנים הדרושים. **אשוב ואדגיש כי לפי תפיסתי אין בפנינו "דירה"**, לא כל שכן "דירת מגורים" (או "דירת מגורים מזכה").

32. אינני סבור כי יש בחיוב הנכס בארנונה עירונית לפי סיווג לקוח "פרטי – מגורים" (ראו אסמכתה לכך בנספח 3 לתצהיר העורר) כדי לשנות. אין חולק כי המקום שימש למגורים והסיווג האמור על ידי העירייה משקף זאת (ויש להוסיף כי העוררים ושוכרי הנכס לא נפגעו מהסיווג הזה במשך השנים אלא להיפך). אולם כאשר מוסדותיה של אותה עירייה נתבקשו לשנות את השימוש **המותר** בנכס למגורים במסגרת חוקי התכנון והבנייה, הם **סירבו לעשות זאת**.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

העד המומחה מטעם העוררים, שמאי המקרקעין מר קמיל, הסכים בחקירתו הנגדית כי אין בסיווג הארנונה כדי לקבוע דבר לגבי מהות ומעמד הנכס בהיבט התכנוני (וראו פרוטוקול הדיון, עמוד 23, שורה 18 עד שורה 23).

33. במידה דומה, אין לדעתי באופן רישום הנכס במרשם הבתים המשותפים כדי להעלות או להוריד בפתרון הסוגיה לפנינו. אכן בשנת 1963 נרשם הבניין הנדון כבית משותף (נספח 2 לכתב הערר) ובמסגרת זו נכתב, בין היתר, בצו הרישום כדלקמן:

"הבית הוא בן 4 קומות. קומה קרקע מכילה 2 דירות כ"א 2 חדרים. בכל אחת מהקומות א, ב, ו-ג דירות בנות 3 חדרים כל דירה. בסך הכל 8 דירות.

....

דירה בת 2 חדרים [בקומת הקרקע] המסומנת בת[ש]ריט כמס. 2 ושטח רצפתה 55.17 מ"ר תקבל מספר משנה 19/2."

אף נכון הוא כי לרישום הבית המשותף צורף תשריט המראה את מצב הנכס הנדון כפי שהוא אכן נבנה בפועל, דהיינו כמכיל חדר כניסה, שני חדרי מגורים, מבטח וחדר אמבטיה. אולם נראה כי תשריט זה לא אושר בזמנו על ידי הוועדה המקומית לבניה ותכנון עיר וייתכן שהוא הוכן על ידי אדריכל מטעם בעלי הבניין והוגש לפקיד המוסמך לפי חוק בתים משותפים, תשכ"א-1961 [נוסח משולב], שהיה אז בתוקף, כך שהתשריט ככל הנראה שיקף את המציאות בשטח אולם אין בו כדי להעיד על המותר והאסור לפי רשיונות הבנייה אשר הוצאו בעבר לגבי אותו אתר.

34. כידוע, תכליתו של רישום חלקה - המהווה קניינם המשותף של רבים (במושע) - כבית משותף היא ליצור בעלות מסויימת ביחידות הנכס (חלקות המשנה הנוצרות אגב הרישום) ולאפשר עשיית עסקאות בהן – וזאת מבלי להשפיע על השימושים המותרים בחלקה לפי דיני התכנון והבנייה ומבלי להשליך על אחוזי הבנייה הכוללים המותרים במקום.

כפי שציננה ועדת הערר המחוזית, שוררת "אי אחידות בין הנושא התכנוני לבין הנושא הקנייני" (ראו סעיף 21 לעיל, וכן ראו סעיפים 36 עד 38 לסיכומי המשיב, והאסמכתאות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

שם, לעניין ניתוק "הקשר האפשרי בין חוקיותם של הליכי התכנון לבין קיומם של הליכי הרישום בפנקס הבתים המשותפים".

גם בנושא זה העד המומחה מטעם העוררים הסכים ואישר בחקירתו הנגדית כי רישום הנכס הנדון כדירה בבית משותף, אין בו כדי להעיד על המצב התכנוני לאשורו (עמוד 44, שורה 24 עד שורה 26).

35. באותו הקשר יש לציין כי על פי סעיף 142(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, "בית שיש בו שתי דירות או יותר ואפשר לזהות כל אחת מהן כיחידה נפרדת, ניתן לרישום בפנקס [פנקס הבתים המשותפים]". לעניין זה המונח "דירה" מוגדר בסעיף 52 לחוק כ"חדר או תא, או מערכת חדרים או תאים, שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר" – ומכיוון שכך, אין ברישומם של "מערכת חדרים או תאים" כ"דירה" בפנקס הבתים המשותפים כדי להעיד על זיקתה של אותה מערכת לנושא המגורים או להעיד על שימוש מותר בה למגורים. ההגדרה האמורה משמשת – בהקשר זה של הסדרת נושא בתים משותפים – כדי להבדיל בן "דירה" מחד ובין "רכוש משותף" מאידך, והרי לפי סעיף 52 לחוק המקרקעין "רכוש משותף" הוא "כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות...".

36. העוררים גם הדגישו כי עיריית תל אביב לא נקטה נגדם במהלך השנים כל הליך משפטי על מנת להפסיק את השימוש בנכס לצרכי מגורים ולא דרשה מהם להסיר את המתקנים אשר אפשרו שימוש למגורים. כמו כן, לא פעלה העירייה לרישום הערת אזהרה על הנכס בגין שימוש חורג, כפי שנהוג לעשות במקרים מסויימים. כל זאת, כאשר העירייה הייתה מודעת לעשיית השימוש למגורים, כפי שמוכח ממסמכי הארנונה ומתוכן רשימות הנכסים והמחזיקים שערכה העירייה (נספח 4 לתצהירי העורר).

מעבר לכך שאי נקיטת פעולה משפטית יזומה מצד העירייה איננה יכולה להוכיח, מבחינה משפטית, כי השימוש בנכס אכן תאם את הייעוד התכנוני על פי דין, הרי כאשר העוררים פנו לעירייה וביקשו את אישורה להמשיך השימוש למגורים, תשובתה הייתה שלילית (ראו סעיפים 19 ו-20 לעיל) וכאמור ערר על סירוב העירייה נדחה בהחלטה מנומקת של ועדת הערר המחוזית. אמנם בעניין גיא בין יתר הנסיבות נמנתה ההעמדה לדין על ידי העירייה בגין שימוש חורג בנכס שנדון שם, אולם לדעתי העדר נסיבה מקבילה בערר דן אין משמעותו כי דין הערר להתקבל.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

37. לאורך המשפט ציינו העוררים את תום ליבם בפרשה זו: בשלב רכישת הנכס הם הסתמכו על הבדיקות שנעשו על ידי עורך דינם ולא היה להם חשד כי קיימת בעיה תכנונית כלשהי במקום; רק בעת נסיון המכירה הראשון נתגלה הקושי ואז החלו לפעול להסדרתו; ובאופן כללי הם אנשים שומרי חוק ומן הצדק לאפשר להם ליהנות מן ההקלה במיסוי מקרקעין בנסיבות התמימות של מקרה זה.

38. אכן יש להכיר בהבדל אחד בין המקרה הנוכחי וזה שנדון בעניין גיא: בעניין גיא הצטיירה תמונה עובדתית לפיה הנכס הושמש לצרכי מגורים על ידי בני משפחת העורר שם לאחר רכישת הנכס על ידם (וראו סעיפים 11-12 לפסק דין גיא), ואילו כאן הפיכת הנכס למקום מגורים נעשתה ככל הנראה לפני רכישתו על ידי העוררים דן.

39. דא עקא, לטעמי אין בתום לב העוררים או בעובדת רכישת הנכס במצבו הקיים כדי להושיע: במישור האובייקטיבי, הנכס איננו עונה לדעתי על הגדרת המונח "דירה", והעדר מודעות לבעיה עד לשלב מאוחר (אם כך אכן היה) איננו יכול לרפא קושי זה.

בהקשר זה יש לשוב ולציין כי העסקה מול גב' שמילוביץ נכרתה לאחר שוועדת הערר המחוזית כבר דחתה את ערר העוררים בנושא התכנוני ותוך כדי ההתדיינות האזרחית מול מולכו בנוגע למהות הנכס, כך שהקושי כבר נחשף לעיני כל. וכזכור, הוצהר במפורש בהסכם שמילוביץ כי: **"הקונה רוכש את הנכס במחיר המשקף את מצבו (לאחר הנחה משמעותית)..."**

40. העוררים אף העלו טענה של **הסתמכות**: הרי הן בשלב רכישת הנכס על ידם והן בשלב מכירת הנכס לידי גב' מולכו (מכירה אשר לימים בוטלה), הנכס טופל על ידי המשיב כדירת מגורים ואף כדירת מגורים מזכה (וראו את סעיפים 10.14 עד 10.16 לסיכומי העוררים).

בעניין גיא אמנם סייגתי וכתבתי (בסעיף 67) כי

"... לא הייתי שולל מראש אפשרות של תחולת השתק כנגד מנהל מיסוי מקרקעין בשל התייחסותו הקודמת לנכס פלוני, בהתאם לנסיבות המקרה ומידת ההסתמכות מצד המחזיק בנכס."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

41. שקלתי האם נסיבות מקרה זה – בייחוד הענקת הפטור לדירת מגורים מזכה בעסקת מולכו – עשויות לתמוך במסקנה כי בשל אינטרס ההסתמכות יש לבטל את השומה כפי שהוצאה על ידי המשיב. יצויין בהקשר זה כי לדיווח למשיב בעסקת מולכו צורף הסכם מולכו, בו מוזכר המצב התכנוני והקושי הנובע ממנו – ולמרות זאת המשיב לא סירב להכיר בנכס כדירת מגורים.

חוסר עקביות בהתנהלות רשות המסים ודאי איננו רצוי ועלול לעורר תחושה קשה אצל האזרח ואף להפגיעו בתוצאה קשה.

עם זאת, לא הוכח כי הייתה כאן **הסתמכות** מצדם של העוררים – במובן שינוי מצבם לרעה **בשל** השומות הקודמות ובעקבותיהן.

42. הרי עסקת מולכו נערכה כמוסבר בצלו של גילוי הבעיה התכנונית ונסיגתו של הרוכש הפוטנציאלי הראשון בגללה. לעסקת מולכו לא קדמה כל פנייה מקדמית לרשות המסים לשם בירור המצב המשפטי והעוררים יצאו מתוך הנחה כי חרף הבעיה (שהצדיקה כאמור הוספת הוראות יוצאות דופן לנוסח הסכם מולכו) הנכס בכל זאת יוכר כדירת מגורים מזכה. **העדר בחינה מצדו של המשיב** הביא לכך שהזכאות להטבת המס לא נשללה והצהרת העוררים התקבלה (ראו סעיף 43 לסיכומי המשיב). עד לעריכת עסקת שמילוביץ הבעיה למעשה הוחרפה: בשתי ערכאות התכנון והבנייה סירבו לאשר שינוי ביעוד הנכס ובשל תביעתה של מולכו נאלצו העוררים להסכים, במסגרת פשרה, לביטול עסקת מולכו והשבת הכסף. ושוב, בלי להפנות שאלה מקדימה לרשות המסים, העוררים נקטו עמדה בדיווח על עסקת שמילוביץ לפיה הנכס הנמכר הוא דירת מגורים – והפעם העניין נבחן על ידי המשיב והוא חלק על עמדה זו.

אינני מוצא אפוא בהשתלשלות זו של הדברים הסתמכות אשר מצדיקה קבלת הערר.

43. לגבי טענת העוררים לפיה המשיב נקט "אכיפה בררנית" בכל הקשור לעסקאות בדירות שיעודן התכנוני אחר (וראו סעיפים 10.1 עד 10.8 לסיכומי העוררים): טענה זו לא הוכחה במישור העובדתי והנה לפנינו עניין **גיא** כדי להראות שהעוררים אינם עומדים לבדם מול המשיב בסוגיה זו. עם זאת, ייתכן שיש מקום להפיק לקח ממקרים כגון אלה, ולשנות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

להבא את "טופס המש"ח", המשמש לדיווח לרשות המסים על ביצוע עסקאות בזכויות במקרקעין, כך שהטופס יכלול מקום למילוי מידע על מצבו התכנוני של הנכס הנמכר.

ו. האם קיים (בכל זאת) היתר בנייה למגורים?

44. כפי שמתואר לעיל, רשיון הבנייה המקורי (רשיון מס' 222) ניתן בספטמבר 1945 ועולה בבירור מתוכנו כי החלק המערבי של קומת הקרקע איננו מיועד למגורים. כפי שכתבתי בעניין גיא (בסעיף 49):

"תכנון ערים איננו גחמה – הוא נועד לאפשר חיים אורבניים תקינים, יעילים ונוחים. הרי לכאורה, על פי סעיף 2 לחוק המקרקעין (וכן סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) הבעלים של חלקת מקרקעין רשאי לעשות בה 'כל דבר'. אך זאת לכאורה בלבד, כי בא חוק התכנון והבנייה ושולל למעשה כל שימוש בחלקה שלא הותר בפירוש על פי דין... פגיעה זו בחופש השימוש בנכס המקרקעין מותרת ומוצדקת על מנת להשיג תכליות חיוניות (לחברה בכללותה). כתוצאה מכך, 'זהות' נכס המקרקעין נקבעת הלכה למעשה על פי חוקי התכנון."

45. אלא מאי? כעבור כארבעה חודשים הונפק על ידי הוועדה המקומית לבניין ולבניין ערים רשיון נוסף לגבי אותו אתר – רשיון מס' 466 (נספח ג' לחוות דעתו של מר אודם מטעם המשיב). הרשיון הנוסף נחתם ביום 27.12.1945 ונמסר למבקשים ביום 13.1.1946.

מהות הרשיון היא "שינויים פנימיים בסידורי הדירות בקומות הקרקע, א, ב, ג והוספת חדר כביסה בקומה ד". יש להעיר כי גם העוררים ונציגיהם לא מצאו בנוסח רשיון מס' 466 כשלעצמו כל אסמכתה לכך שהותר לשנות את הייעוד של המחצית המערבית של קומת הקרקע למגורים. יש עוד להזכיר כי ככל הנראה מלכתחילה המחצית המזרחית של קומת הקרקע הייתה מיועדת למגורים, דבר שמסביר את הכתוב ברשיון מס' 466 לגבי "הדירות בקומות הקרקע א, ב, ג". לרשיון מס' 466, כפי שהוא אותר בתיק העירייה, לא צורפו תשריטים.

46. והנה העד מטעם העוררים, מר קמיל, אשר עדותו כמומחה הותרה על ידי ועדת הערר בהליך דן לתכלית אחרת (על מנת להעיד על האפשרויות התכנוניות להכשרת השימוש



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

למגורים (בכנס) נבר ומצא מסמך נוסף בתיק העירייה: עותק תשריט של קומת הקרקע של הבניין עליו רשומים דברים **שונים** בקשר לתכנונו וייעודו של האגף המערבי של הקומה (הכנס הנדון) ("**התשריט הנוסף**"). להערכתו של מר קמיל התשריט הנוסף קשור לרשיון מס' 466.

47. התשריט הנוסף הוא אותו תרשים שצורף לרשיון הבנייה מס' 222, אך על גבי עותק זה, בחותמת של הוועדה המקומית לבנין ובניין ערים בפינת הדף, נשארה ריקה השורה למילוי מספר הרשיון אליו מצורפת התכנית (בניגוד למצב החותמת המופיעה על גבי עותק התשריט שצורף לרשיון מס' 222, שם מצוין במפורש כי התשריט נוגע לאותו רשיון). עם זאת, החותמת על גבי התשריט הנוסף נושאת את התאריך 5.9.1945 - **יום מסירתו של רשיון מס' 222**. מסתבר אפוא כי התשריט הנוסף - **ללא הוספת הכיתוב בכתב יד אליו נתייחס מיד בהמשך** - היה מצוי בתיק הבניין (ובידי אדריכל בעלי הבניין) כעותק נוסף עוד משלב הוצאת רשיון הבנייה המקורי. **בשלב כלשהו לאחר מכן** הוסף כיתוב (קווים ומילים) על גבי תכנית קומת הקרקע, הן לגבי חלקו המערבי והן לגבי חלקו המזרחי. לגבי המחצית המזרחית, שהיה כאמור מיועד לדירה מלכתחילה, החלק האחורי (הצפוני) של המעטפת שונה ל"חדר" (ושורטט "X" על מה שהופיע שם קודם לכן), החלק האמצעי שהיה בעבר "חדר" שונה ל"מטבח", "אמב[טיה]" ו"גזוז[טרא]" (מרפסת) והחדר הקדמי (הדרומי) נותר ללא שינוי.

והנה לגבי **האגף המערבי**, מושא ענייננו, נרשם כדלקמן:

- (א) במקום המילה "גרז" שהייתה רשומה על גבי החלל הקדמי (הדרומי) בגרסה המקורית של התשריט, נרשם בכתב יד "חדר";
- (ב) בחלק האחורי (הצפוני) לכיוון מזרח, במקום חדר הסקה ושטחים חיצוניים נרשם "X" ונכתב "חדר";
- (ג) בחלק האחורי (הצפוני) לכיוון מערב, במקום "מחסן" ושטחים חיצוניים, נרשם "X" ונכתב "מטב[ח]" ו-"אמב[ט]" ועוד הוסף "חדר הסקה מתחת לגזוזטרא".

דהיינו, מאן דהוא סבר כי מן הרצוי לשנות את הייעוד והתכנון של הכנס הנדון. דא עקא, אין בפנינו כל ראיות שמשיבות על השאלות מי הגה את השינוי המוצע, מתי, והאם גורם מוסמך בעירייה אי פעם אישר את השינוי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

48. יובהר כי התשריט הנוסף אותר על ידי מר קמיל ככל הנראה במהלך שנת 2017, ואותו מסמך לא היה בפני ועדת המשנה לתכנון ובנייה או בפני ועדת הערר המחוזית בעת שדנו, בשנים 2012 ו-2014, בבקשת העוררים להתיר שימוש חורג.

49. כאמור, העד מטעם העוררים, מר קמיל, העלה השערה כי התשריט הנוסף **קשור לרשיון מס' 466** – כלומר השינוי המשתקף בתשריט הנוסף התבקש בסמוך מאד למתן הרשיון המקורי (מס' 222), הוא נכלל בגדר ה"שינויים [ה]פנימיים בסידורי הדירות" שהם נושא רשיון מס' 466, והוא אושר ביום 27.12.1945.

50. אולם, חרף סברתו של מר קמיל, אין כל הוכחה לכך שעריכת התשריט הנוסף - דהיינו, הוספת השינויים בכתב יד על גבי התשריט המקורי – נעשתה **בקשר לרשיון מס' 466** ובסמיכות מועדים להוצאת רשיון זה (ומר קמיל בהגנותו אף הסכים כי לא מצויה ראייה כזו: עמוד 33, שורה 33 עד עמוד 34, שורה 4; עמוד 49, שורה 1 עד שורה 3).

יתרה מזאת, קשה לומר כי שינוי כה גדול בתכנונו של החלק המערבי של קומת הקרקע (ממחסן, הסקה, וגרז' לדירת מגורים לרבות סגירת שטחים שהיו אמורים להיות מחוץ למעטפת הבניין) נמנה על ה"שינויים הפנימיים בסידורי הדירות", מושא רשיון מס' 466. נוסף לכך כי בין הוצאתו של רשיון מס' 222 והוצאתו של רשיון מס' 466 חלפה תקופה קצרה בלבד ולא הוכח כי דווקא בפרק זמן קצר זה הוחלט לשנות את תכנון וייעוד הנכס הנדון, וכי היה סיפק להכין ולהגיש תוכניות בהתאם.

51. עוד יוער כי על גבי התשריט המקורי, בתחתית השרטוט, רשום "**שטח הדירה כ-47.00** [מ"ר]" – מה שנכון לגבי היחידה בחלק **המזרחי** של הקומה. אולם בתשריט הנוסף, עורך השינויים בכתב יד לא מצא לנכון לצייין מהו שטח הדירה החדשה הנוצרת כביכול מן השינויים המוצעים באגף **המערבי** של הקומה, נתון אשר מן הסתם היה חשוב לצורך אישור בקשה בהתאם לתוכנית בניין הערים החלה.

52. כאמור, לא מולא בחותמת הוועדה המקומית שעל גבי התשריט הנוסף כי התכנית הינה מצורפת לרשיון מס' 466, כשם שכן נעשה לגבי עותק התשריט שצורף לרשיון מס' 222.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

53. עם זאת, יש לציין כי הרשום בתשריט הנוסף לגבי הנכס הנדון (חלוקת החדרים, מיקום הכניסות לחדרים וכו') אכן תואם את הרשום בתשריט האדריכלי אשר צורף לבקשה לרישום בית משותף בשנת 1962 וניתן ללמוד מכך כי אותם שינויים המוצעים בתשריט הנוסף אכן בוצעו בפועל בשלב כלשהו, בין בהיתר ובין אם לאו.

54. בהקשר זה נוסיף כי המשיב הגיש עותק "בקשה לבקרת בקשר עם תעודת רשום" (כך במקור; מוצג מ/ש/2) אשר הוגשה לעירייה על ידי בעלי הבניין בחודש דצמבר 1952. במכתב זה מתבקשת "תעודת רשום בית למשרד ספרי האחוזה (לבנק האפוטיקאי)".

בשולי הדף נכתב המלל הבא (כאשר לא ברור על ידי מי):

"בית בן 3 קומות וקומת עמודים ומכיל: 22 חדרים וח"ש וחדר הסקה במרתף. הערות [: בקומת עמודים נוסף חדר אחד ובמקום גרז' בנו חדר שני – בלי רשיון."

דהיינו, בסוף שנת 1952 סטיות הבנייה מן התוכנית המקורית בנכס הנדון עדיין הוגדרו כ"בלי רשיון". מתוך ההנחה כי בשנת 1952 תיק הבניין בעירייה, שנפתח אך שבע שנים קודם לכן, היה עדיין מסודר ולא עמוס מדי במסמכים, אזי יש עוד להניח כי אישור לשינוי ייעוד הנכס הנדון, **אילו היה קיים**, היה נמצא בקלות והבנייה בנכס לא הייתה מתוארת כ"בלי רשיון". יש בכך גם הוכחה שפקידי העירייה דאז לא סברו כי רשיון מס' 466 מהווה אישור כאמור.¹

55. נטל השכנוע בערר זה מוטל כמובן על העוררים ולדעתי הם לא השכילו להוכיח כי התשריט הנוסף אושר על ידי העירייה והיה לחלק מרשיון בנייה תקף. אוסיף כי העוררים לא מצאו לנכון להביא איש מן העירייה כדי להעיד על פשר התשריט הנוסף והאם לדעת העירייה תשריט זה אכן קשור לרשיון מס' 466 או לכל רשיון בנייה אחר שניתן.

¹ על הצד השני של דף הבקשה האמור, נרשם בחודש דצמבר 1952 (בכתב יד השונה מזה שמופיע בגוף הבקשה) סיכום מספר החדרים בכל קומה בבניין, ונכתב בין היתר כי "בקומת העמודים" יש "4 חדרים". רישום זה מתייחס ככל הנראה למצב הקיים בשטח וגם הוא איננו מהווה הוכחה לכך כי הבנייה בצד המערבי נעשתה כחוק.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

ז. אפשרויות הכשרת הבנייה

56. ב"כ העוררים והעד המומחה מטעמם, מר קמיל, השקיעו מאמצים רבים כדי לשכנע אותנו כי אף אם לא הוצא היתר בנייה למגורים לגבי הנכס הנדון, **ניתן היה לבקש היתר כאמור ועל פי תוכניות בניין העיר שחלו על החלקה מעת לעת, ניתן היה להיענות לבקשה כאמור. דהיינו, אפשר היה להכשיר את הנכס כדירת מגורים מבחינה תכנונית, ובמצב דברים זה, כך נטען, אין סיבה למנוע מהעוררים את הקלת המיסוי הניתנת ל"דירת מגורים מזכה".**

57. ראשית אומר כי לדידי זהותו של נכס מקרקעין כדירה נקבעת לפי היתר הבנייה המסוויים **שניתן בקשר לאותו נכס**, ולא לפי השימושים ואחוזי הבנייה **האפשריים** (באופן כללי) בהתאם לתוכניות בניין העיר החלות על האזור המדובר (וראו דיון בנושא זה בעניין גיא, בסעיפים 60 ו-66 לחוות דעתי); מכיוון שכך, בעיני כל הדיון להלן הוא בבחינת למעלה מן הצורך.

58. אולם אף אם יונח כי יש באפשרות זמינה להכשרתו של נכס כדירת מגורים כדי להקהות במידת מה את בעיית "זהות הנכס" בבואנו ליישם את הוראות חוק מיסוי מקרקעין, וכי יש באפשרות זמינה כאמור כדי להעיד על **פוטנציאל** לשימוש מותר למגורים, אזי במקרה דנן **לא הוכח** כי אפשרות כזו אכן הייתה בהישג ידם של העוררים.

בנושא זה העוררים משליכים את יהבם בעיקר על שלושה טיעונים: (א) בעת הקמת הבניין הנדון, בשנות הארבעים, ניתן היה לבנות שתי דירות מגורים בקומת הקרקע, ולא רק אחת; (ב) למצער החל משנת 2005, ניתן היה להפוך את הנכס הנדון לדירת מגורים במסגרת יישום תמ"א 38; (ג) גם לפי "תוכנית רובע 3" ניתן להכשיר את הנכס כדירת מגורים.

59. באשר לאפשרויות שהיו קיימות בעת הקמת הבניין (שנים רבות לפני שהעוררים דגן רכשו את הנכס הנדון), נטען כי תוכנית 58 (תוכנית גדס משנת 1940) איפשרה 35% בנייה בכל קומה, וכי לגבי קומת קרקע ניתן היה לקבל 65% מאחוזי הבנייה הניתנים בקומה טיפוסית – קרי, $35\% \times 65\%$, או 22.75%; ראו סעיפים 9.16 עד 9.19 לסיכומי העוררים. החשבון שנערך בסיכומי העוררים מבוסס על שטח מגרש של 471.9 מ"ר (כפי שמופיע בתוכנית שהוגשה לצורך רישום בית משותף) אולם אף לפי חוות דעת המומחה מטעם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

העוררים, וכן לפי תיק המידע של העירייה וכן הרשום בטאבו, שטח המגרש הוא 453 מ"ר. נתון זה מוביל לתוצאה לפיה על פי תוכנית 58, ניתן היה לבנות למגורים בקומת הקרקע 103.1 מ"ר. התשריט שצורף לרשיון בנייה מס' 222 אכן מראה בנייה של כ-108.4 מ"ר בקומת הקרקע – אך כאמור כל האגף המערבי **לא יועד למגורים** (וראו סעיף 7.10.1 לחוות הדעת של העד מטעם המשיב).

עולה אפוא כי ייתכן שניתן היה בשנות הארבעים לקבל היתר לבניית שטח נוסף למגורים בקומת הקרקע, מעבר ל-47 מ"ר אשר אושרו באגף המזרחי. אולם תוכנית כזו לא הוצגה בפני העירייה, והתוכנית שכן הוצגה – ואושרה – ייעדה את האגף המערבי (הנכס הנדון) למחסן, הסקה וגרז', כמוסבר.

כאמור, ספק בעיניי אם הנושא כולו כלל רלבנטי.

60. יודגש כי החל משנת 1982 חלה על החלקה תוכנית מתאר מקומית "מ" לפיה אחוזי הבנייה הכוללים לבניין, לרבות מרפסות, הם 146% (ראו סעיף 7.2 לחוות דעת העד המומחה מטעם המשיב). והנה, כפי שצוטט לעיל, ועדת המשנה לתכנון ובניה פסקה בשנת 2012, על סמך חוות דעת **מהנדס העיר**, כי "**התוספת** [המבוקשת על ידי העוררים] **חורגת... מעבר ל-146% המותרים לבניה על המגרש**". כזכור פסיקה זו לא שונתה על ידי ועדת ערר המקומית.

לגישתי, אין זה מעניינה (או מסמכותה) של ועדת ערר הממונה על פי **חוק מיסוי מקרקעין** להרהר אחר הקביעות המקצועיות של ערכאות התכנון והבנייה בנושא כגון זה (ובאופן כללי יותר, אין זה מתפקידה של ועדת ערר זו לפסוק בנושא חוקיותו של מעשה בנייה כלשהו). משמעות הדבר, כי לפחות משנת 1982 – עשר שנים לפני רכישת הנכס הנדון על ידי העוררים – **לא** ניתן היה לשנות את ייעודו למגורים. אינני יכול להסכים עם השקפתו של מר קמיל לפיה ההסתכלות הנכונה על הנושא היא במבט של שנת 1945 בלבד; הרי הנכס נרכש על ידי העוררים דן כאשר לא הייתה קיימת אפשרות תכנונית להפוך אותו לדירת מגורים.

61. בעניין תמ"א 38 – תוכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה – הסכים העד המומחה מטעם העוררים כי כל יישום של תוכנית זו כרוך, בין השאר, בהשגת הסכמת דיירי הבניין, בביצוע חיזוק מבנה הבניין (או הריסתו) וכן בביצוע שיפוץ (או בנייה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

מחדש) (וראו עמוד 40, שורה 25 עד שורה 28; עמוד 41, שורות 1-2; עמוד 43, שורה 12). דהיינו אף אם אגב פרויקט תמ"א 38 ניתן היה (החל משנת 2005) לגרום לכך שהנכס הנדון יוכל לשמש למגורים, דרך זו לפתרון בעיית הנכס הייתה ארוכה, יקרה וסבוכה, ובפועל דרך זו לא אומצה.

62. באשר לתוכנית 3515א (תוכנית לרובע 3), אמנם לפי תוכנית זו "תותר סגירת קומת עמודים מפולשת/חלקית לשימוש מגורים (הרחבת דירות קיימות ו/או יח"ד חדשות), מחסנים וכד'..." וזאת בכפוף לתנאים הקבועים בתוכנית (למשל, "שטח יח"ד שיתווספו בקומת העמודים/המפולשת/ חלקית לא יפחת מ-50 מ"ר כולל ממ"ד") (ראו סעיף 6.5 לחוות דעת מר קמיל וסעיף 7.8 לחוות דעת מר אודם). אולם תוכנית זו ממילא משתלבת עם הוראות תמ"א 38 ואיננה מייתרת את כלל הדרישות או את העלויות הכרוכות ביישום הוראות אלו.

מעבר לכך, הרי תוכנית רובע 3 הינה בתוקף רק מחודש ינואר 2018, למעלה משנתיים לאחר מכירת הנכס הנדון כך שאין לה רלבנטיות לנושא ערר זה.

וכך כתבה המשנה ליועץ המשפטי לעיריית תל אביב בחודש ספטמבר 2017 (כמעט שנתיים לאחר מכירת הנכס מושא ערר זה): "כפי שנמסר לכם [למשרד עורכי דין שפנה לעירייה בנושא], עם פרסומה לתוקף של תוכנית רובע 3 המאושרת... שאמורה להתפרסם עד סוף שנת 2017, ניתן יהיה להסדיר את השימוש בנכס עבור דירת מגורים, בכפוף להוראות הדין" (נספח לחוות דעתו של מר קמיל; קו ההדגשה איננו במקור).

ובאשר לקביעתו של מר קמיל (בסעיף 6.6 לחוות דעתו) לפיה "לדעתנו המקצועית, גם לפני הפקדת תוכנית הרובעים ניתן היה להכשיר את השימוש בדירה למגורים על פי התוכניות התקפות, והכשרת הדירה הייתה עומדת במסגרת הצפיפות המותרת", אזי בהעדר יישום של תמ"א 38, נפסק באופן חלוט על ידי ועדת הערר המחוזית כי לא ניתן להכשיר את השימוש כמבוקש. נוסף בהקשר זה כי תוכנית 3515א המוצעת פורסמה לראשונה בנובמבר 2012, כך שתוכנה היה ידוע הן בשלב הדיון בוועדת המשנה לתכנון ובנייה והן בשלב הדיון בוועדת הערר המחוזית ולמרות זאת בקשת העוררים נדחתה כאמור.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

63. להשלמת התמונה, נזכיר את דברי ועדת הערר המחוזית בעניין אפשרות "ניוד זכויות למגרש, במסגרת תוכנית בסמכות הוועדה המקומית" (ראו סעיף 21 לעיל). מעבר לכך שאפשרות ניוד הזכויות כרוכה בקבלתה של תוכנית מתאימה, הרי העורר נשאל על חלופה זו בחקירתו הנגדית והשיב בנחרצות כי אפשרות ניוד הזכויות, כפי שהועלתה על ידי ועדת הערר המחוזית, "היה צריך לעלות חצי מיליון שקל. מאיפה אני אקח חצי מיליון שקל?" (עמוד 62, שורה 3 עד שורה 5). כלומר, גם אפשרות זו לא הייתה מעשית או מיידית במקרה הקונקרטי.

64. לבסוף, יצויין כי לחוות דעתו של מר קמיל מטעם העוררים צורף עוד "תיק מידע להיתר" של מנהל ההנדסה של העירייה, הפעם מחודש ספטמבר 2016 – כעשרה חודשים לאחר מכירת הנכס מושא ערר זה. לפי הרשום בתיק האמור, בקשה חדשה למידע הוגשה ביולי 2016, דהיינו לא על ידי העוררים או מטעמם. והנה גם בשלב מאוחר זה התבקש "שימוש חורג מחדר הסקה, מחסן (וכנראה גרז') בשטח שחושב השטח העיקרי בקומת עמודים חלקית עורפית, לשימוש של דיר[ת] מגורים". במסגרת המידע שנמסר יש בין היתר הערה לגבי "תכנית מופקדת", הריהי תוכנית 3616 א הנ"ל, לרבות תיאור הוראות ותנאי תוכנית זו לגבי קומות עמודים.

בחלק "הערות לבקשה" נאמר: "המבוקש אינו מהווה שימוש חורג אלא שינוי ייעוד משטח שירות לשטחים עיקריים ומהווה תוספת בנייה. כל תוספת בנייה בקומת קרקע תהיה בהתאם להנחיות המפורטות מעלה". כזכור תשובתה של המשנה ליועץ המשפטי של העירייה, הצופה פני העתיד, ניתנה כשנה לאחר חיבור תיק המידע הנוסף וכשנתיים לאחר מכירת הנכס.

65. כאמור, לגישתי העיסוק בשאלה מה ניתן היה לעשות על מנת לשנות את ייעוד הנכס איננו ממן העניין, אך ממילא לא הוכח כי בכל התקופה ממועד רכישת הנכס על ידי העוררים ועד למועד המכירה הייתה קיימת אפשרות מעשית להשגת השינוי המיוחל, בהינתן נתוני הבנייה בפועל והוראות תוכניות בניין הערים החלות.

ח. התייחסות קצרה לדעת הרוב וסיכום

66. חברי לוועדת ערר, רו"ח לזר ורו"ח פרידמן, הגיעו למסקנה כי יש לקבל את הערר, כמנומק היטב בחוות הדעת מפרי עטם.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

הרוב מוצא הבדלים של ממש בין נסיבות המקרה הנוכחי לאלה שנדונו בעניין גיא, שם רוי"ח פרידמן ורו"ח לזר הסכימו כי דין הערר להידחות שמא "ייצא חוטא נשכר".

67. לטעמי ועדת ערר הממונה לפי חוק מיסוי מקרקעין איננה ערכאה מתאימה לשפוט את מידת חומרתן של כל חריגות ועבירות בנייה – ולהגיע למסקנה, למשל, כי מר גיא "חטא" אך בני הזוג שטיין לא "חטאו" במובן זה (וראו סעיף 77 לפסק דין גיא).

68. לנוח גישת הרוב ברצוני לחדד שני היבטים עובדתיים: (א) כי העוררים רכשו את הנכס כאשר הוא ככל הנראה כבר שימש כמקום מגורים ולא ביצעו את ההסבה למגורים בעצמם; (ב) כי עיריית תל אביב לא נקטה הליך פלילי נגד העוררים בגין השימוש החורג ולא דרשה הסרת מתקני המגורים (ראו סעיף 36 לעיל).

69. באשר לנסיבה הראשונה, אין לעודד, במקרים אחרים, עצימת עיניים על ידי רוכשיהם של נכסים שכבר משמשים למגורים. רוכשים יעדיפו שלא לבחון באופן יסודי את המצב התכנוני של הנכס הנרכש, על מנת לטעון בבוא העת כי הם עצמם לא הסבו את הנכס למגורים והם אף לא ידעו כי קיימת כל חריגה בשימוש (טענה שסתירתה קשה). והנה גם רוכשים כאלה (כמו במקרה הנדון) יפיקו תועלת כלכלית מהיות הנכס מותאם – פיזית – לשימוש למגורים, אף אם הם עצמם לא היו אחראים להסבתו. האם לא נמצא "חטא" כלשהו בקטיפת הפירות הכלכליים של השימוש החורג על פני תקופה של שנים רבות, גם אם הסבת הנכס נעשתה בעבר על ידי אדם אחר?

70. ובאשר לנסיבה השנייה, קשה להלום כי נקיטה או אי נקיטה של הליכים על ידי עירייה או רשות מקומית, משיקוליה היא, תהיה לה השפעה של ממש על הזכויות לפטור ממיסוי מקרקעין. שיקולי העירייה בדרך כלל לא יהיו שקופים בפני ועדת הערר (או המנהל) ודומה כי אסור שהעירייה תכלכל את צעדיה בתחום התכנון והבנייה תוך הפניית מבטה **להשלכות המס** של פעולותיה ומחדליה. ומנגד, אין ליצור מצב בו האזרח הישר, שמעוניין להסדיר חריגת בנייה מול העירייה, יימנע מיזום פנייה בנושא שמא העירייה כן תטיל סנקציה שתשפיע לחומרה על נושא המיסוי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

71. כאמור הייתי דוחה את הערר בהתאם לגישה שפורטה בעניין גיא הנ"ל. הנכס הנדון כלל לא היה בבחינת "דירה" - לא כן שכן "דירת מגורים" - בעת מכירתו וזאת לנוכח הגדרתו התכנונית.

חבר ועדת ערר, רו"ח צבי פרידמן

1. קראתי בעיון רב את חוות דעתו המלומדת של כב' יו"ר הוועדה השופט הרי קירש, ואיני מסכים לתוצאה אליה הגיע כב' יו"ר הוועדה שדין הערר להידחות וזאת עקב גישה שונה לגבי הפעלת המבחן של מצבה התכנונית של הדירה בהתאם לחוקי התכנון והבניה.

על הבדלי גישות אלו ציין כב' יו"ר ועדת הערר בסעיף 7 לחוות דעתו. הבדלי גישות אלו עלו והובהרו היטב בו"ע 34577-08-17 דוד גיא נ' מנהל מיסוי מקרקעין תל אביב, ניתן ביום 12.8.2019 (להלן - "ענין גיא"). לגישתי מצב התכנוני של הדירה אינו מבחן עצמאי העומד בפני עצמו. לדעתי אימוץ המבחן של מצבה התכנונית של הדירה בהתאם לחוקי התכנון והבניה נובע לנוכח העקרון "שלא יהיה חוטא נשכר" ואין לו לאותו מבחן זכות קיום ללא כלל זה של "לא יהא חוטא נשכר" ובהתאם למגבלות (חומרת העבירה והאינטרס הציבורי) החלות על כלל זה כפי שיוסבר בהמשך. מפאת חשיבות הנושא והקשרו למקרה דנן אחזור על הדברים שכתבתי בענין גיא כלשונם.

2. "דירת מגורים" מוגדרת בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין כ-"דירה... ומשמשת למגורים או מיועדת למגורים לפי טיבה..."

אין בחוק הגדרה מהי "דירה" שבהתבסס על כך ניתן לקבוע מהי "דירת מגורים". כלל ידוע הוא שכאשר ביטוי השגור בפי הבריות אינו מוגדר בחיקוק, יש לפרשו לפי המשמעות הרגילה והפשוטה שמייחסים לו בני אדם.

בויקיפדיה מוגדרת "דירה" כ"יחידת מגורים, ובדרך כלל נקראת גם 'דירת מגורים' והיא מהווה יחידה בתוך בית משותף. דירה יכולה לשמש למגורים או למטרות אחרות, כגון פעילות עסקית, תשתית הדירה כגון צנרת מים, ביוב ורשת החשמל מחוברת לאלה של שאר הדירות בבית המשותף."

בחוק המכר (דירות) תשל"ג-1973 מוגדרת "דירה" כ-"חדר או מערכת חדרים שנועדו למגורים, לעסק או לכל צורך אחר". הגדרה דומה קיימת גם בסעיף 52 לחוק המקרקעין.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

גם במילון אבן-שושן מוגדרת דירה כ- "מעון, משכן, בית מגורים" וכנ"ל גם במילון ספיר.

3. עינינו הרואות כי המשמעות הרגילה והפשוטה שמייחסים בני אדם למונח "דירה" היא מערכת של חדרים שניתן לגור בה ואשר יש בה את התשתית של צנרת, מים, ביוב, חשמל ומתקנים חיוניים הדרושים למגורי אדם.

במשמעות הרגילה של המונח "דירה" לא מעניינת "זהותו" של הנכס מבחינת דיני התכנון והבנייה.

4. המבחן המוצע ע"י כב' יו"ר הוועדה לפירוש המונח "דירה" בהתאם לחוקי התכנון והבניה וללא קשר לכלל ש"לא יהא חוטא נשכר", עשוי להוביל לתוצאות לא סבירות ויתכן בלתי רצויות, כגון:

ראובן הסב מחסן גדול לדירת מגורים מפוארת ומרווחת (ללא היתר), הכוללת את כל האביזרים והמתקנים הדרושים לדירת מגורים ואף מתגורר בדירה בדרך קבע, הוא ובני משפחתו, והנה עתה רוכש ראובן דירה אחרת, שנבנתה לפי חוקי התכנון והבנייה. האם אותה דירה אחרת תיחשב כ"דירה יחידה" אצל ראובן?

לפי המבחן המוצע ע"י חברי כב' יו"ר הוועדה, התשובה היא חיובית היות וה"דירה" שהוא מתגורר בה כיום אינה "דירה" כלל (אלא מחסן) ואילו לפי ההגדרה הפשוטה בלשון בני אדם לראובן יש "דירה" כיום ורכישת הדירה האחרת לא אמורה להיות בגדר "דירה יחידה". תוצאה זו שאין לראות בדירה האחרת כדירה "יחידה" בידי ראובן תואמת את הכלל ש"לא יהיה חוטא נשכר".

דוגמה נוספת ניתן לראות גם בפיצולי דירות בניגוד לחוק. ונשאלת השאלה האם בעת המכירה הנכס ייחשב לדירה אחת או שמא למספר דירות. לפי פסיקת בית המשפט העליון בעניין **איבגי** (ע"א 4088/09 ר"ח פנחס איבגי נ' מנהל מס שבח מקרקעין ברחובות, ניתן ביום 29.12.2010), לפי גישת המשיב ולפי גישתי במקרה כזה נותנים תוקף למעשיו של "החוטא" כך שבסופו של יום "לא יהא חוטא נשכר" ואילו לפי גישתו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

- של חברי כב' השופט קירש יש מצב שהדירות שפוצלו בניגוד לחוק אינן בגדר "דירות" ולכן אין כאן פיצול של הדירות.
5. **בכל מקרה, דעתי היא שאם נרצה לאמץ גישה זו כמבחן עצמאי העומד בפני עצמו, הרי זה יהיה מתפקידו של המחוקק ולא של בית המשפט בדרך של פרשנות יצירתית.**
6. ההסתמכות על פס"ד של בית המשפט העליון בעניין **חכים**, לדעתי, אינה במקומה, שכן ההיבט התכנוני שם נבחן במסגרת פירוש המונח "מגורים" ו"מגורים" פורש כ"מגורי קבע", ואילו "דירת נופש" אינה עונה בהיבט התכנוני שלה ל"מגורי קבע" ומשכך אינה מהווה "דירת מגורים".
- יצוין כי בפס"ד **חכים** המוכרים (העוררים) לא עברו כל עבירה ולא טענו שהתגוררו בדירה כמגורי קבע, אלא טענו כי גם "דירת נופש" הינה בגדר "דירת מגורים" הזכאית להקלה ממס שבח המוענק לדירת מגורים. משום כך לא הועלה בפס"ד זה הנושא של "לא יוצא חוטא נשכר". וראו בעניין זה גם את חוות דעתי בעניין **גיצלטר** (ו"ע 1361/06 + ו"ע 1363/06 **רן רונן (פקר) נ' מנהל מס שבח מקרקעין**, ניתן ביום 14.4.2011), שם קבעתי, עוד לפני פסיקת בית המשפט העליון בעניין **גיצלטר** ובעניין **חכים**, כי "מגורים" יש לפרש כ"מגורי קבע" ולפיכך "דירת נופש" אינה בגדר "דירת מגורים".
7. עם זאת יש, לדעתי, לבחון את הערר דנן לאור הכלל "**שלא יהא חוטא נשכר**", לפיו אין זה ראוי שמפר חוק ייחנה מפירותיו, והשאלה היא האם במקרה דנן יש להפעיל כלל זה.
- ראשית**, האם ראוי שדיני המס "יכפרו" תוצאת מס שונה מהדין הרגיל ויתעלמו מניכוי ההוצאה או מהטבת המס במקרה בו הפעולה שהניבה את הרווח נעשתה תוך כדי עבירה על החוק?
- התשובה לכך, לדעתי, הינה חיובית והכל **בהתאם לנסיבות חומרת העבירה והאינטרס הציבורי** וחזקה על בית המשפט שיידע להפעיל שיקול דעת ראוי ושום שכל בנושא זה.
8. בתי המשפט קבעו בשורה של פסקי דין, שגם אם חוקי המס קובעים בצורה ברורה שנישום זכאי לניכוי הוצאה, אין פירוש הדבר שהנישום זכאי לכך בכל תנאי ובכל הנסיבות. אם תשלום ההוצאה מנוגד לחוק ולתקנת הציבור, חוקי המס עשויים לסגת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

מפני שיקולים רחבים של טובת הציבור. אי החוקיות - תלוי בחומרת העבירה, באופייה והאינטרס הציבורי - היא אלמנט חיצוני לחוקי המס, שיש בכוחו להסיט את דיני המס ממסלולם הרגיל ולכפות תוצאת מס שונה מהדין הרגיל, גם כאשר התוצאה עשויה לפגוע בשומת מס אמת. הדבר נכון גם בהקשר של שלילת הטבת מס או שלילת מס מופחת בשל פעולה הכרוכה בפעילות בלתי חוקית.

בד"נ 22/61 קופת מלווה "העולה", אגודה הדדית בע"מ ואח' נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, תל אביב (ניתן ביום 25.3.1963) אומר, בין היתר, כב' השופט ברנזון:

"התרת ניכויים של התשלומים הנדונים מההכנסה החייבת במס יכולה רק לסכל את מדיניותו הברורה של החוק להשיג באמצעים מוניטריים את ייצוב המטבע של המדינה. לפיכך, אפילו לפי הפסיקה האמריקנית המקילה במידת מה אין להתיר את הניכוי גם אם לא נכנה את התשלום הנדון קנס ממש. מטעמים שבטובת הציבור אין להתיר ניכוי ממש הכנסה, הוצאה שנעשתה תוך כדי עבירה על החוק, או שהיא עשויה לסכל מדיניות הנובעת מחוק המדינה או מפעולה לגיטימית של הממשלה בעניין בעל חשיבות ציבורית." (ההדגשות - לא במקור)

בע"א 6726/05 הידרולה בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1 (ניתן ביום 5.6.2008) קובע, כב' השופט רובינשטיין, בין היתר:

"... 'הלכה פסוקה היא ששיקולים של תקנת הציבור הם שיקולים ראויים בתהליך עריכת השומה, ובשמים ניתן לאסור ניכוי של הוצאה.'"

...

"... תקנת הציבור הינה כלי מרכזי, אשר בעזרתו שיטת המשפט שומרת על עיקר ערכיה כנגד מוקדי כוח שונים אשר מבקשים ליצור נורמות משפטיות או פעולות פיסיות הנוגדות ערכים אלה. זהו מכשיר שבאמצעותו נשמרת 'הפעולה התקינה של מוסדות המשפט החיוניים לחברה'..."

... ודוק, אי התרת ניכויין של הוצאות בלתי חוקיות אין משמעותה שימוש בדיני המסים כשלעצמם כאמצעי ענישה או הרתעה, אלא הישמרות מפני סיכולם של אמצעים אלה שנועדו להגנה על אינטרסים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

ציבוריים נכבדים במערכות דנים אחרות - ולכל הפחות, מפני הקהיית עוקצם, על ידי שימוש מצד העבריינים בדיני המיסים; והדברים מיוסדים גם על השכל הישר...

שיקול נוסף, הכרוך בעבותות בשיקול הראשון, הוא הטעם 'שלא יהא חוטא נשכר' (על יסוד משנה, חלק ב', ז'), המעוגן אף הוא בתקנת הציבור...

... אמנם שלטונות המס עניינם גבייה, וזה עיקר משאלתם; אך הם חלק בלתי נפרד מכלל רשויות המדינה, ואין לדידי טעם מבורר מדוע ימשכו ידם במקרים המתאימים מסנקציות כנגד העושים מעשים בלתי חוקיים, וזאת במסגרת מערכת המס. הדבר תואם גישה שאינה משליכה כל יתרה על ההליך הפלילי הכבד, ובאה להשלימו...

(ההדגשות - לא במקור)

בע"א 6416/01 דני בנבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי (ניתן ביום 4.5.2003) סירב בית המשפט העליון לתת למערער את ההגנה של פשיטת רגל, מאחר שחובותיו נצברו באופן בלתי חוקי. יפים הם לעניינו דברי כב' הנשיא בדימוס א. ברק:

"אכן תכליתו הכללית של כל דבר חקיקה היא לשמור על תקנת הציבור ולמנוע תוצאות שעומדות בניגוד לה... על כן השמירה על תקנת הציבור משמעה גם שמירה על החוק והוראותיו והרתעה מעבריינות והפרת החוק... אשר על כן, יש לפרש דבר חקיקה כך שיבטא את התכלית - במסגרת תקנת הציבור - של הרתעה מפני הפרצת החוק. מכאן גם שאחד מכללי תקנת הציבור הוא שלא יצא חוטא נשכר (ע"א 3798/94 הנ"ל..., בעמ' 154). ההרמוניה החקיקתית של כלל דברי החקיקה מוליכה למסקנה שלפיה באופן עקרוני אין זה ראוי כי מפר החוק ייחנה מפירות הפרת החוק על דרך של הנאה מזכויות שמוענקות לו על ידי החוק." (ההדגשות - לא במקור)

9. וראו בעניין זה את חוות דעתי בעניין אדריאן איצקוביץ (ו"ע 1019/09 אדריאן איצקוביץ נ' מנהל מיסוי מקרקעין נתניה, ניתן ביום 15.8.2012), שם נדון מקרה של נכה (בשיעור של 100% לצמיתות) שרכש דירת נופש במרינה בהרצליה והתגורר בדירה מגורי קבע ולא העמיד את הדירה למטרת נופש לרשות הציבור הרחב, בניגוד לפסק הדין של בית



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

המשפט העליון (בעניין אי-התכלת) ממנו עולה כי השימוש למגורי קבע בדירות אלו אינו חוקי, ודרש לשלם מס רכישה מופחת בשיעור של 0.5% החל על רכישת דירה ע"י נכה לשם "שיכונו" כאמור בתקנה 11א' לתקנות מס הרכישה.

שם קבעתי בחוות דעתי (שהתקבלה בדעת רוב) שאומנם "שיכון" נכה הינה מטרה חשובה, אך לא כאשר היא באה בעבירה, ולכן אינו זכאי לשיעור מס הרכישה המופחת. ושם גם הרחבתי בדבר הפסיקה שקבעה מדוע דיני המס שמטרתם גבייה ותשלום מס אמת עשויים לסגת מפני שיקולים רחבים של טובת הציבור ופעולות הנעשות בעבירה והכל בהתאם לחומרת העבירה, באופיה והאינטרס הציבורי.

10. בהלכה ובמשפט העברי הכלל ש"לא יהא חוטא נשכר" הוא כלל משפטי והלכתי חשוב הנקבע מכח סברא פשוטה והוא קובע דינים רבים שמטרתם שהחוטא לא ירוויח מחטא ומעשה רע שעשה.

רבי אלחנן וסרמן מסביר אף שדין זה הוא סברא ולמרות זאת הוא דין דאורייתא שכן סברא הינה חלק מהתורה.

11. כב' השופט יו"ר הוועדה ציין בחוות דעתו בענין גיא כי חיזוק נוסף לגישתו המוצעת הוא מוצא בפסק הדין של כב' השופט בנימין ארנון בעניין **אניש** (ו"ע 7060-11-11 **גיא אניש ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין בנתניה**, ניתן ביום 11.5.2014). כמו במקרה בעניין **חכים**, גם שם היה מדובר בדירות נופש אשר שימשו בפועל - בניגוד לדין - למגורי קבע ולא הועמדו להשכרה לכלל הציבור הרחב בחלק מהשנה, כנדרש עפ"י הפסיקה של בית המשפט העליון. בסיום חוות דעתו (ראו סעיף 49 לחוות הדעת), קובע כב' השופט ארנון, כדלקמן:

"... ולסיכום פרק זה אדגיש הדברים הבאים: נוכח העיקרון ש'אין חוטא נשכר' אני קובע בזאת כי אין לאפשר לעוררים ליהנות מכך שהתגוררו בדירותיהם בניגוד לייעודן התכנוני ותוך הפרת הוראות הדין בקשר לכך. לפיכך לעניין מס רכישה תיחשב דירה כ'דירת מגורים' רק אם ייעודה התכנוני מאפשר לבעליה להתגורר בה במשך מרבית ימות השנה. מבחן זה יתווסף להגדרת 'דירת מגורים' באחת משתי דרכים הבאות:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

- א. כמבחן שלישי אשר יתווסף לשני המבחנים הקיימים -
האובייקטיבי והסובייקטיבי; או -
ב. כחלק מהמבחן האובייקטיבי - באופן שדירה תיחשב כבעלת
פוטנציאל למגורים הן על פי מצבה הפיסי (ראויה פיסית למגורים)
והן על פי מצבה התכנוני (ראויה חוקית למגורים)..."
(ההדגשות - לא במקור)

דברים אלו של כב' השופט ארנון מקובלים עלי, אך זאת נוכח העיקרון "שלא יהא חוטא נשכר" והכל כפי שנאמר לעיל תלוי בחומרת העבירה, באופייה והאינטרס הציבורי.

רוצה לומר, ניתן לאמץ גם את הפרשנות לפיה, כחלק מהמבחן האובייקטיבי, לפיו דירה תיחשב כבעלת פוטנציאל למגורים, הן על פי מצבה הפיסי והן על פי מצבה התכנוני, והכל לנוכח העיקרון "שלא יהא חוטא נשכר" וגבולות הפעלתו של עקרון זה עפ"י חומרת העבירה והפעלת השכל הישר (אך לא כמבחן עצמאי).

12. בעניינו של גיא העורר הסב מחסן לדירת מגורים בניגוד לחוקי התכנון והבנייה, לא שעה לדרישת הרשויות להסיר מחדל זה ואף נתבע על כך בהליכים פליליים. משכך, אין ספק שהמדובר בהפרת חוק בוטה שיש להפעיל לגביה את הכלל ש"לא יהא חוטא נשכר" ולשלול מהעורר את ההקלה ממס שבח הניתנת לדירת מגורים, שכן אילו היה מסיר את המחדל והיה מוכר את ה"דירה" כמחסן הרי שממילא לא היה זכאי להקלה ממס השבח הניתנת לדירת מגורים. כנ"ל גם בעניינו של **אדריאן איצקוביץ** הנ"ל שם העורר שהוא נכה 100% השתמש ב"דירת נופש" למגורי קבע תוך הפרה בוטה וגסה של פסיקת בית המשפט העליון בעניין **אי-התכלת**.

13. ואולם המקרה דנן, בעניינם של שינל ומרינה שטיין שונה מהותית מעניינו של גיא ואפרט:

א. הרישום בטאבו וגם הרישום בעירייה הוא של דירת מגורים. גם התשריט של בית משותף שבצו הבית המשותף רשום כדירה, וכך מעיד מר אודם, העד המומחה מטעם המשיב (ראו פרוטוקול הדיון מיום 30.4.2018, עמוד 78, שורה 9 עד שורה 13):

"ש. תסכים איתי שתיאור הנכס שמופיע בנסח הטאבו הוא דירה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

ת. כן.
ש. זאת אומרת, אנחנו מבינים שיש תשריט של בית משותף
שבצו הבית המשותף זה רשום כדירה וגם בנסח הטאבו זה
רשום כדירה.
ת. כן."

ב. לפי הנסח בטאבו (צורף כנספח 4 לכתב הערר) הדירה עברה מספר בעלים לאורך כל השנים והעירייה, באישורה להעברות, לא התנגדה להעברות אלו.

ג. העורר (מר שטיין) שרכש את הדירה בשנת 1992 רכש אותה כ"דירת מגורים". גם בהסכם הרכישה משנת 1992 מתואר הנכס כ"דירה בת 2 חדרים". העורר הצהיר לרשות המיסים על רכישת הנכס כ"דירת מגורים" ושילם מס רכישה לפי מדרגות המס שחלו באותה עת ברכישת דירת מגורים. המשיב קיבל הצהרה זו ולא הסתייג ממנה.

ד. הנכס שימש למגורי אדם במשך עשרות שנים והיו קיימים בו כל אותם המתקנים הדרושים כרגיל למגורים.

ה. במשך תקופה ארוכה לא היו העוררים מודעים כלל וכלל לייעוד התכנוני המקורי של הנכס ורק בעת ניסיון המכירה בשנת 2012 גילה הרוכש הפוטנציאלי כי לפי בדיקות שעשה הרי שעפ"י היתר בניה היסטורי משנת 1945 - ייעוד הנכס היה לגראז', מחסן, חדר הסקה ומעולם לא אושר כדירת מגורים. דהיינו העוררים התוודעו לפגם התכנוני רק כעבור 20 שנה לאחר שרכשו את הנכס.

ו. מיד עם היוודע לעוררים בעיית הייעוד התכנוני המקורי של הנכס, פנו לרשויות המתאימות בבקשה להסדרת פגם זה ולשינוי יעוד הנכס לדירת מגורים.

בקשת שינוי זו לא צלחה בידם היות ולטענתם האדריכל מטעמם, אשר הגיש את הבקשה ל"שימוש חורג" טעה בגישתו. העד המומחה מטעם העוררים (שהחליף את האדריכל הקודם), מר קמיל, אשר העיד בפנינו ועדותו, כך לטעמי, היתה מהימנה, העיד כי לאחרונה (בשנת 2017), לאחר שחיפש וחיטט היטב בכל המסמכים, גילה תשריט לפיו מלכתחילה ניתן היתר להקים במקום דירה, כך שלכאורה אין בכלל בעיה של ייעוד תכנוני.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

לחלופין העיד מר קמיל בפנינו כי בכל מקרה ניתן להכשיר את יעוד הנכס למגורים מכח תמ"א 38 או מכח תוכנית הרובעים (ולא מכח "שימוש חורג").

גם העד המומחה מטעם המשיב, מר אודם, לשאלת הוועדה בדבר הסיכוי לקבל את האישור לגבי תמ"א 38, ענה "הוא קיים" (ראו פרוטוקול הדיון, עמוד 73, שורה 26 עד שורה 30).

ז. הרשויות לא פעלו כלל וכלל לפנות את הדירה מיושביה והשלימו עם היות הדירה "דירת מגורים". העירייה אף לא רשמה בטאבו הערת אזהרה על שימוש חורג ולא הפעילה כל אמצעי אכיפה (ראו פרוטוקול הדיון, עמוד 76 שורה 23 עד שורה 30).

ח. העיד בפנינו מר שטיין. עדותו נשמעה מהימנה שפעל בתום לב בעת שרכש את הדירה כדירת מגורים וחוסר מודעותו לפגם התכנוני של הדירה במשך 20 שנה שבה הדירה שימשה מגורים (ראו פרוטוקול הדיון, עמוד 89 שורה 15 עד שורה 20). לשאלת כב' יו"ר הוועדה באם הוא יהיה מוכן להגיע לפשרה בתיק זה, עונה מר שטיין:

"לא כבודו. אם אני צודק כבודו. אם אני לא צודק אני מוכן להתפשר..."

ט. אכן קיים ספק האם התשריט הנוסף שהתגלה בשנת 2017 אכן אושר ע"י העירייה והיה לחלק מרישיון בניה תקף, וגם אם נפלו פגמים בהתנהלות העוררים ובעיקר בעניין שינוי היעוד למגורים (שפעלו, כך נראה, שלא בדרך הנכונה) וגם אם קיים ספק מסוים בעניין חוסר מודעותם של העוררים לפגם התכנוני במשך שנים רבות, הרי שיש לדון אותם לכף זכות.

נאמר בפרקי אבות (פ"א, מ"ו) "יהושע בן פרחיה אומר ... והוי דן את כל האדם לכף זכות."

ופירש רבינו עובדיה מברטנורא כשהדבר שקול ואפשר לדונו לכף זכות או לכף חובה, אין האיש מוחזק לא לכאן ולא לכאן, יש לדונו לכף זכות.

ואומרת הגמרא במסכת שבת (קפ"ז):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

"הדן את חבריו לכף זכות דנים אותו מן השמיים לזכות. ומעשה ברבי עקיבא, שנשכר (כפועל קבוע) אצל בעל בית אחד שהיה ירא שמים בתכלית, למשך שלוש שנים. והיו לו לאותו בעל בית נכסים מרובים. בערב החג אחר שלוש שנים, בא לחזור לביתו, אמר לבעל הבית, תן לי שכרי ואלך לביתי ואזון את אשתי ואת בני. אמר לו אין לי מעות (כסף), ואמר לו, אם כן תן לי בהמה או פירות, אמר לו אין לי, אמר לו תן לי כרים או כסתות, אמר לו אין לי. הפשיל רבי עקיבא כליו לאחוריו והלך לביתו בפחי נפש. לאחר הרגל, בא בעל הבית לביתו של רבי עקיבא, ועמו משא של שלושה חמורים מלאים מאכל ומשקה ומיני מגדים, וכסף השכירות של רבי עקיבא. לאחר שאכלו ושתו, אמר לו בעל הבית לרבי עקיבא, כשאמרתי לך על כל מה שביקשת ממני, אין לי, במה חשדתי ? אמר לו רבי עקיבא, לא חשדתי בכך, רק אמרתי בלבי שכנראה הקדשת כל נכסיך לשמים, וההקדש אסור בהנאה ואינו שלך. נשבע לו בעל הבית ואמר לו, כך באמת היה, כי הקדשתי כל נכסי מפני שבני הורקנוס לא עסק בתורה, וכשבאתי אצל חברי, התירו לי נדרי. ואתה, כשם שדנת אותי לכף זכות, כן ידינך הקדוש ברוך הוא לכף זכות..."

14. **לסיכום:** לדעתי, זה לא המקרה שיש להפעיל את הכלל "שלא יהא חוטא נשכר". אשר על כן הייתי מציע לחברי לקבל את הערר ללא צו להוצאות וכל צד יישא בהוצאותיו הוא, שכן המדובר בנושא שיש לו פנים לכאן ולכאן.

חבר ועדת הערר, רו"ח מיכה לזר

קראתי בעיון רב את חוות דעתו המלומדת של כב' יו"ר הוועדה השופט הרי קירש, וזו של רו"ח צבי פרידמן חבר הוועדה, ואני מסכים לתוצאה אליה הגיע חבר הוועדה רו"ח צבי פרידמן.

אני מסכים כי זה לא המקרה שיש להפעיל את הכלל "שלא יהא חוטא נשכר".

בפסק דין גיא קבעתי כי אין המדובר בדירת מגורים לאור העובדה כי בתוך פרק זמן של ארבעה חודשים שהוקצב בהליכים הפליליים להתאמת הנכס כאמור, הנכס נמכר. במסגרת הסכם המכר בפסד דין גיא הותנה כי הנכס יחדל לשמש למגורים בידי הרוכשים, על ידי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

הסרת מתקנים דרושים ופינוי הדיירים, כך שבהכרח לא יוכל לשמש כדירת מגורים על ידי הרוכשים.

הרוכשים התחייבו לפינוי הדיירים ולשינוי המתקנים בנכס, הרי שהנכס לא נמכר כדירת מגורים אלא כמחסן.

עוד נמצא כי לאחר מכירתו, הנכס החל לשמש משרד ולא כדירת מגורים.

מקרה זה שונה בתכלית, כפי שצויין לעיל, העורר רכש את הדירה בשנת 1992 רכש אותה כ"דירת מגורים". גם בהסכם הרכישה משנת 1992 מתואר הנכס כ"דירה בת 2 חדרים". העורר הצהיר לרשות המיסים על רכישת הנכס כ"דירת מגורים" ושילם מס רכישה לפי מדרגות המס שחלו באותה עת ברכישת דירת מגורים.

הנכס שימש למגורי אדם במשך עשרות שנים והיו קיימים בו כל אותם המתקנים הדרושים כרגיל למגורים.

הרשויות לא פעלו על מנת לפנות את הדירה מיושביה והשלימו עם היות הדירה "דירת מגורים". העירייה אף לא רשמה בטאבו הערת אזהרה על שימוש חורג ולא הפעילה כל אמצעי אכיפה.

לסיכום: לדעתי במקרה זה מדובר במכר של "דירת מגורים" כהגדרתה בסעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין.

הוחלט אפוא ברוב דעות לקבל את הערר.

על דעת כל חברי ועדת הערר, כל צד יישא בהוצאותיו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

19 נובמבר 2019

ו"ע 52894-03-17 שטיין ואח' נ' מדינת ישראל

מזכירות ועדת הערר תמציא את פסק הדין לידי באי כוח הצדדים.

ניתן היום, כ"א בחשוון התש"פ, 19 בנובמבר 2019, בהעדר הצדדים.

צבי פרידמן, רו"ח
חבר

מיכה לזר, רו"ח
חבר

הרי קירש, שופט
יו"ר