

חלוקת התמורות בתמ"א 38

מאת

עו"ד דולפין מינצר-כרמון • עו"ד עמית נסים*

א. כללי

אחד המכשולים הראשונים שהעושים במלאכה נתקלים בהם בבואם לבצע פרויקט מכוח תמ"א 38, הוא יצירת הסכמה בין בעלי הדירות לבין עצמם, העומדת בבסיס המו"מ בין הבעלים לבין היזם.

עסקה בין בעלי דירות בבניין לבין יזם, לפיה ייהרס הבניין הקיים ותחתיו ייבנה בניין חדש, שבה תהיה לכל מי שהינו בעלים של דירה בבניין הקיים דירה חדשה ויתרת הדירות תוקנינה ליזם, הינה סוג מיוחד של עסקת קומביניציה. במסגרת עסקה זו, חולקים היזם מזה והבעלים מזה בזכויות הבנייה ובדירות החדשות שיבנו. מטבעם של דברים, אחת השאלות המסחריות העיקריות והראשונות שעומדת במוקד המו"מ מול היזם הינה מה יהיה חלקו של כל אחד מהצדדים בעוגה החדשה.

ברם, מאחר שצד הבעלים בעסקת הקומביניציה האמורה, הינו כשלעצמו צד מרובה משתתפים, שאין ביניהם ברגיל זיקה כלכלית וכל אחד מהם הינו בעל אינטרסים עצמיים ונפרדים, עולה במלוא חריפותה השאלה: כיצד הבעלים חולקים בינם לבין עצמם את התמורה המתקבלת מהיזם?

הטענות המושמעות לעניין זה מצד בעלי הדירות הן רבות ומגוונות ואנו מניחים כי הקורא לא יופתע לשמוע, שבמידה רבה קיימת התאמה בין תפיסת הצדק של הבעלים המעורבים בעניין לבין האינטרס העצמי שלהם. כך לדוגמה: בבניין שבו כמה טיפוסים דירות, מהן קטנות ומהן גדולות, על פי רוב בעלי הדירות הקטנות יצדדו בחלוקת השטח הנוסף שיוקצה לדירות הבעלים על בסיס תוספת שטח שווה באופן נומינלי ואילו בעלי הדירות הגדולות יצדדו בחלוקת השטח האמור על בסיס תוספת יחסית, כך שכל דירה תגדל ביחס למצב הקיים בשיעור מסוים משטחה ולא בשטח נקוב.

מחלוקות נוספות המתעוררות תדיר סביב סוגיית חלוקת השטחים והדירות החדשות הינן: האם יובא בחשבון שטח הדירה בפועל או שמא השטח הרשום בלשכת רישום המקרקעין המשקף את הזכות הקניינית? האם יובא בחשבון שטח הדירה על פי

* עו"ד דולפין מינצר-כרמון ועו"ד עמית נסים הנם שותפים מייסדים במשרד עורכי דין מינצר-כרמון, נסים, העוסק בתחום המקרקעין על כל היבטיו, עם דגש על תחום ההתחדשות העירונית, עסקאות פיננסי-בינוי ועסקאות מכוח תמ"א 38 (חיזוק הבניין הקיים או הריסה ובנייה מחדש). במהלך העשור האחרון, המשרד מוביל ומלווה כ-250 עסקאות בתחום ההתחדשות העירונית.

מדידתה או שמא יובא בחשבון החלק היחסי ברכוש המשותף, אשר משקף במידה רבה את חלקם של בעלי הדירות במקרקעין, לאחר הריסתו של הבניין וביטול צו רישום הבית המשותף? האם וכיצד יובאו בחשבון שטחי הצמדה שונים בבית המשותף? האם וכיצד יש מקום להתחשב בשוויין של הדירות במצב הקיים ביחס לשוויין במצב החדש, שמא החלוקה תעשה על בסיס מדד השטח בלבד ואם התשובה לכך הינה שלילית, האם יש להתחשב במלוא המאפיינים והמרכיבים המשליכים על שוויין של הדירות בבניין הקיים או במאפיינים מסוימים בלבד?

כמי שעוסקים בפרקטיקה מזה שנים, ומלווים עשרות רבות של פרויקטים נוכל להגיד בביטחון רב שאין תשובת קסם לשאלות שהוצגו לעיל ובעולם המעשה אין שיטה אחידה והכרחית לחלוקת התמורה בין הבעלים לבין עצמם. כך, בכל מקרה ומקרה מתגבשת ההסכמה באורח קזואיסטי על פי העקרונות המקובלים על הרוב, ובמילים אחרות, בהתאם לרוח הפרויקט ולפזל האנושי המרכיב את צד הבעלים. ואם תרצה לומר בצורה בוטה יותר: לפי הכוח היחסי של הנפשות הפועלות.

במאמר זה נתמקד בסוגיית חלוקת התמורות בין הבעלים לבין עצמם במסגרת פרויקט של הריסה ובנייה, נבחן את השיטות הרווחות לחלוקת התמורה, את הבסיס הרעיוני שבצדה של כל שיטה ואת ההצדקה המשפטית או השמאית לה, ונציע פתרונות אפשריים והמלצות להסדרת הסוגיה בדין הקיים ובמסגרת הדין הרצוי.

ב. חלוקת הדירות החדשות בבניין שייבנה - שטחי הדירות

לעניין חלוקת שטחי הדירות בין הבעלים וכפי שיוסבר בהמשך, קיימות שתי שיטות עיקריות לחלוקת התמורה בין הבעלים: **האחת**, השיטה הנומינלית או האחידה – קרי, תוספת שטח אחיד לכל אחת מהדירות הקיימות בבניין, ללא תלות בשטחה המקורי של הדירה (להלן: **"השיטה האחידה"**). **השנייה**, השיטה היחסית ולפיה, יישמר היחס בין שטחי הדירות שבבניין הקיים לבין שטחי דירות התמורה וכל הדירות תגדלנה (או לא) באותו השיעור (להלן: **"השיטה היחסית"**).

ייתכנו גם שיטות מעורבות אשר תוצגנה להלן. בטרם נפרט את השיטות המעורבות הנוספות נסביר את הבסיס הרעיוני של כל אחת מהשיטות דלעיל ואת ההצדקות לה.

1. השיטה האחידה

כאמור לעיל, לפי שיטה זו מתווסף שטח קבוע/אחיד לכל אחת מהדירות הקיימות בבניין, יהא שטחה המקורי אשר יהא. דוגמה רווחת היא עסקה שבמסגרתה לכל דירה בבניין הקיים מובטחת דירת תמורה, ששטחה יהיה כשטח הדירה הקיימת בתוספת 12 מ"ר (או 15, או 20. כל מקרה לפי נסיבותיו). גם לגבי שיטה זו תישאל השאלה: מהו בסיס הנתונים הקובע לעניין: מדידת הדירה בפועל או השטחים הקבועים בהיתר?

אחת ההצדקות הרעיוניות המרכזיות להחלת דרך זו של חלוקת שטחי התמורה היא העובדה כי תכנית המתאר הארצית 38, שהיא דבר החקיקה שמכוחו נובעות הזכויות הנוספות ועליה מבוסס הפרויקט בכללותו, מעניקה זכויות בנייה להרחבת הדירות הקיימות בשטח כולל (כולל ממ"ד) של 25 מ"ר, ללא הבחנה בין הדירות על פי קריטריון השטח. במילים אחרות, המחוקק העניק לכל דירה זכויות בנייה לתוספת שטח של 25 מ"ר כולל ממ"ד (או 12 מ"ר ממ"ד ו-13 מ"ר הרחבה) בין אם מדובר בדירת 40 מ"ר ובין אם מדובר בדירה ששטחה המקורי הוא 100 מ"ר. הדוגלים בשיטה זו יטענו כי למעשה, תוספת הזכויות להרחבת הדירה עד לשטח הנקוב לעיל משויכת על פי החוק לכל דירה ודירה, ואין הצדקה להעתקת מקצת הזכויות מבעל דירה אחת למשנהו.

ברם, כידוע, ככל שמדובר בחלוקת הזכויות בין היזם לבין הבעלים, אין הכרח כי זכויות הבנייה להרחבת הדירות תוחזרנה במלואן לבעלים. למעשה, מדובר במקור ביצירה של מכלול הזכויות בבניין, כאשר החלוקה שלהן, בין היזם לבין הבעלים, מבוצעת על בסיס ניתוח כלכלי ומו"מ מסחרי. עובדה זו תומכת לכאורה בטענה, כי אין מדובר בזכויות בנייה המשויכות לכל אחת מהדירות, אלא רק בדרך החישוב שלהן.

2. השיטה היחסית

לפי שיטה זו של חלוקת שטחי הבנייה הנוספים בין דירות הבעלים, סך כל השטחים שניתן להוסיף לשטחי הדירות הקיימות, יחולק ביניהן באופן יחסי ובשיעור אחיד לכל דירה. אם למשל, על פי הצעת היזם, סך כל שטחי התמורה לבעלים שווה לשטח דירתם בתוספת 100 מ"ר, תוספת שטח זו תחולק בין הדירות שבבניין לפי היחס שבין שטחיהן במצב הקיים. אם סך כל שטחי הדירות בבניין הקיים הינו 1,000 מ"ר, אזי לכל דירה ייוסף שטח בשיעור של 10%. במקרה כזה, דירה בשטח מקורי של 100 מ"ר תזכה לתוספת שטח של 10 מ"ר, ואילו דירה בשטח מקורי של 50 מ"ר תזכה לתוספת שטח של 5 מ"ר בלבד.

הטענה היא כי דווקא עקרון השוויון מחייב חלוקה יחסית, שכן מלכתחילה אין הדירות שוות זו לזו ולשוני היחסי שביניהן יש לתת ביטוי גם בתמורה. הצדקה נוספת לחלוקה דיפרנציאלית זו של שטחי התמורה, מבוססת על הטענה, כי עם הריסתו של הבניין הקיים, דינם של בעלי הדירות כדין שותפים במושע בקרקע, ובמצב דברים זה, מוצדק כי כל שותף במקרקעין, יזכה לתמורה בהתאם לחלקו היחסי בקרקע. במאמר מוסגר נעיר, כי ככל שמקבלים טענה אחרונה זו, אזי יש לחלק את השטחים הנוספים על פי חלקיהם ברכוש המשותף דווקא, ולא על פי מידותיהן בפועל, שהרי בהתאם לקבוע בסעיף 147 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1979 (להלן: "חוק המקרקעין") עם ביטול צו הבית המשותף כל אחד

מהבעלים יהיה בעל חלק בלתי מסוים כחלק שהיה לו ברכוש המשותף של הבית המשותף, זולת אם נקבעה בתקנון הוראה אחרת לעניין זה¹.

כאשר נוקטים בשיטה היחסית, יש להביא בחשבון את ההשלכות של תוספת השטחים על סוגיית המיסוי (היטלי השבחה, מס שבח ומע"מ תשומות בנייה) במקרים בהם החלת השיטה מביאה לתוספת שטח של מעל ל-25 מ"ר לחלק מהדירות. תוספת השטחים החורגת מהיקף של 25 מ"ר אינה נהנית מהקלות המיסוי הנלוות לזכויות מכוח התמ"א, ובבואנו לאזן את התמורות בין בעלי הדירות יש להביא בחשבון את העלויות הנלוות למימוש זכויות שמעבר ל-25 מ"ר לדירה.

3. שיטות משולבות

כפי שנראה להלן, קיימות מספר שיטות משולבות שמניבות תוצאות ביניים, בין השיטה האחידה לשיטה היחסית:

א. תוספת קבועה + תוספת יחסית

על פי גישת ביניים זו, אשר לעיתים מחילים אותה, בעיקר כאשר מדובר בתוספת שטח משמעותית לדירות הקיימות, חלק מהשטח שיוסף לדירה הקיימת יהיה קבוע, כאשר על פי רוב התוספת הקבועה נעה בין 9 מ"ר ל-12 מ"ר, ויתרת השטח תחולק על פי השיטה היחסית.

הגיונה של שיטה זו נעוץ בכמה טעמים:

ראשית, תוספת השטח הקבוע כנקוב לעיל, מגלמת תוספת ממ"ד לכל דירה, ללא תלות בשטחה המקורי. קיימת מעין הסכמה כללית כי זכות זו לתוספת ממ"ד הינה בבחינת בסיס מינימלי (ככל שתוספת השטח לבניין מאפשרת זאת). כמו כן, הזכות לתוספת ממ"ד לכל דירה קיימת, מקורה בחוק התכנון והבנייה, כאשר הזכות לתוספת זו הוקנתה לכל דירה ללא תלות בשטחה המקורי². זכות זו לתוספת ממ"ד קודמת להוראות תכנית המתאר הארצית, ולכאורה מטעם זה יש לראות את בעלי הדירות הקיימים כבעלי דירה בשטח הקיים בתוספת זכות לממ"ד.

שנית, מבחינה תכנונית-מעשית, במקרים רבים הכללת שטחי ממ"ד על חשבון שטחי הדירה הקיימת, להבדיל מתוספת לשטחים הקיימים,

1. ראו גם החלטת בית המשפט בעניין רע"א 3463/11 עזבון המנוח אהרוני שלמה ואח' נ' עופר מרכזים בע"מ ואח' (16.1.13), אתר מקרקעין: www.mekarkein.co.il (להלן: "אתר מקרקעין").

2. מכוח תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב-1992 שטח הממ"ד בהתאם לתקנות לפי חוק ההתגוננות האזרחית, תשי"א-1950, הוגדר כשטח שירות. משכך, ניתנה האפשרות להרחיב כל דירה שנבנתה עד לשנת 1992, היא שטחה אשר היא, בדרך של תוספת ממ"ד.

מהווה גריעה תכנונית ביחס למצב הקיים. כך לדוגמה, במקרים רבים, דירת 50 מ"ר ללא ממ"ד נוחה יותר לתכנון פנימי ומעניקה לבעליה נוחות שימוש גבוהה יותר ושטח נטו גדול יותר מאשר דירת 53 מ"ר או 54 מ"ר הכוללת ממ"ד. מכאן, שגם מהבחינה הפרקטית יש בסיס לטענה כי לגבי התוספת הבסיסית של שטחי הממ"ד יש לנקוט בשיטה האחידה, ורק בתוספת שטח שמעבר לכך, ניתן לנקוט בגישה היחסית.

יתרון נוסף לגישה זו הינו בכך שהיא מספקת "פתרון אמצעי", בין השיטה האחידה לשיטה היחסית, ובכך היא נותנת ביטוי חלקי לכל אחת מהגישות הנ"ל וקל לגבשה כפתרון של פשרה מוסכמת על כלל בעלי הדירות. בהקשר זה, נזכיר שוב כי גיבוש ההסכמה האמורה הינו תנאי יסוד ליכולתם של הבעלים להוציא את הפרויקט מן הכוח אל הפועל.

ב. תוספת יחסית, כאשר בסיס החישוב הוא שטח הדירה הקיימת + 25 מ"ר

גישה משולבת נוספת גורסת כי יש לחלק את שטחי התמורה לבעלים (שמעבר להחזרת השטחים המקוריים של הדירות) על פי שטח הדירות בפועל בתוספת 25 מ"ר.

לצורך ההמחשה, נניח שמדובר בבניין שבו 5 דירות בנות 50 מ"ר כל אחת ו-5 דירות בנות 100 מ"ר כל אחת, ובסך הכל 750 מ"ר שטחי דירות. במסגרת הפרויקט מוסכם כי היזם יבנה לבעלים דירות חדשות בשטח כולל של 900 מ"ר, קרי, הבעלים יקבלו כולם יחד תוספת שטח של 150 מ"ר. על פי השיטה האחידה, לכל דירה ייוסף שטח של 15 מ"ר. על פי השיטה היחסית, לדירות הגדולות ייוסף שטח של 20 מ"ר ולדירות הקטנות שטח של 10 מ"ר בלבד, ואילו על פי השיטה המעורבת האמורה, לדירות הגדולות ייוסף שטח של 18.75 מ"ר ואילו לדירות הקטנות שטח של 11.75 מ"ר, וזאת בהתאם ליחס של שטחי הדירות הגדולות מזה והקטנות מזה, לאחר תוספת קבועה של 25 מ"ר לכל דירה. עינינו הרואות, כי גישה זו, מצמצמת במעט את הפער בתוספת השטח לכל דירה, בהשוואה לשיטה היחסית הטהורה.

ההיגיון שבבסיס גישה זו הינו, כי בבואנו לבחון את התרומה של כל דירה לעוגה הכוללת, יש להביא בחשבון, מעבר לשטחה הקיים, גם את הזכויות הנובעות ממנה, וכאמור, נוכח הוראות התמ"א, כל דירה בבניין הקיים זכאית לתוספת שטח של 25 מ"ר הכוללים ממ"ד, ובהתאמה לכך תורמת לפרויקט גם את זכותה להרחבה בשטח של 25 מ"ר. תיקון 3א לתמ"א, לפיו תחשיב הזכויות בבניין החדש מבוסס על מכפיל שטח הקומה הקיימת, לאחר הרחבה של 25 מ"ר לכל דירה, מחזק גישה זו, באשר כל אחת מהדירות, תורמת לא רק את זכותה להוספת 25 מ"ר לדירה גופה, אלא גם מייצרת זכויות נוספות מכוח התמ"א בהתאם למספר הקומות הנוספות שניתן לזכות בהן מכוח תיקון 3א לתמ"א.

גם גישה זו מניבה פתרון ביניים, בין הגישה האחידה לבין הגישה היחסית, אף שתוצאתה קרובה יותר לגישה היחסית.

4. בסיס הנתונים לחישוב - מהו "שטח" הדירה שיובא בחשבון

כעניין שבמעשה, במרביתם של המקרים, ההצעות וההסכמים לביצוע פרויקט של הריסה ובנייה, בכל אחת מהשיטות שתוארו לעיל, מבוססות על נתוני השטח של הדירות הקיימות לפי מדידה בפועל, כאשר בדרך כלל אף שטחן של מרפסות, בין פתוחות ובין כאלה שנסגרו שלא בהיתר, מובא בחשבון לעניין זה.

הסיבה המרכזית לגישה זו היא מעשית. עסקה מכוח תמ"א 38 שונה באופייה מעסקת קומבינציה שגרתית. בבואך להציע לבעלי דירות בבית משותף להיכנס לפרויקט נדליני מורכב, הכרוך מטבע הדברים בסיכונים שחלק גדול מבעלי הדירות אינם מורגלים לקחתם וכן כרוך בנטלים פיזיים, מנטליים ואף כלכליים הקשורים במעבר מהדירה הקיימת והריסתה למגורים בשכירות ובמעבר נוסף לדירה החדשה, עליך להגיש להם הצעה מפתה, המיטיבה ומשפרת את אורח חייהם הנוכחי. בעל דירה, אשר שטח דירתו בפועל הינו 80 מ"ר, לאחר סגירת המרפסות הפתוחות, אינו מייחס משקל לשאלת החוקיות של סגירת המרפסת המשמשת אותו כשטח עיקרי מזה עשרות שנים, ובפרט שבמצב הקיים הסיכון כי הרשות תאכוף עליו את פתיחת המרפסות שואף לאפס. לפיכך בעלי דירה כאמור אינם נוטים ליחס ערך רב להכשרת האסור במסגרת הפרויקט.

זאת ועוד, תכנית המתאר הארצית 38, שביסודה האינטרס הלאומי של חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, כבר מזמן שינתה את פניה והיא נתפסת ומשמשת כתכנית להתחדשות עירונית. בין יתר האינטרסים העומדים בבסיס תכנית של התחדשות עירונית (מעבר לאינטרסים של חידוש פני העיר ותוספת יחידות דיור לסיפוק הביקושים) הינם שיפור תנאי החיים של התושבים בדירותיהם ושיפור הרווחה ואורח חיי התושבים בעיר. משכך, מצופה כי יישום התכנית אכן יביא לשיפור באורחות ובתנאי המגורים של כל תושב, ושיפור זה מטבע הדברים נמדד ביחס למצב הקיים בפועל.

ברם, גישה מעשית זו לא עולה בהכרח עם התפיסה המשפטית וניתוח הזכויות של כל אחד מבעלי הדירות בבניין.

מהבחינה המשפטית, יישום הגישה המעשית מעורר קשיים בשפע של מצבים: כך למשל, תישאל השאלה מה דינם של שטחי דירה שנבנו ללא היתר? האם נתעלם מהם כליל במסגרת חלוקת התמורה בין הבעלים לבין עצמם? האם נביא אותם בחשבון באופן חלקי? האם לעניין זה דין מרפסת שנסגרה ללא היתר כדין שטח אחר שנבנה ללא היתר? כיצד יובאו בחשבון שטחי הצמדה לדירה, כגון מרפסות וגגות? מה משקלו של החלק היחסי ברכוש המשותף בחלוקת התמורה?

בפסק הדין שניתן בעניין **בית מרכזים**³, נדונה השאלה, כיצד יש לחלק את התמורה שתתקבל מהליך פירוק שיתוף בין בעלי דירות בבית משותף שנשרף? באותו מקרה, קדם להליך הפירוק הליך של ביטול צו רישום הבית המשותף. בפסק הדין **אהרוני**⁴ שעסק באופן רישום הזכויות לאחר ביטול צו רישום הבית המשותף, קבע בית המשפט כי בהעדר הוראה אחרת בתקנון הבית המשותף שנשרף, אזי תוצאתו של ביטול הרישום היא הפיכת כל בעלי הדירות לבעלים במשותף, בחלקים בלתי מסוימים במקרקעין, בשיעור זהה לשיעור חלקם ברכוש המשותף עובר להריסת הבית. בצד זאת נקבע כי ביטול הרישום אינו מסכל את הוראותיו של התקנון המוסכם ודבר קיומו של התקנון יבוא לידי ביטוי במסגרת הליך פירוק השיתוף.

מקביעה זו הנוגעת לאופן רישום הזכויות לאחר ביטול צו רישום הבית המשותף, עולה לכאורה כי חלקיהם של בעלי הזכויות בבית המשותף יהיה כפי חלקם במקרקעין.

ברם, בפסק הדין שניתן בעניין **בית מרכזים הנ"ל**, קבע בית המשפט העליון כי חלוקת התמורה שתתקבל מהליך פירוק השיתוף תיעשה בהתאם למאפייני היחידות החורגים משטחן גרידא, דהיינו לפי מדד שווי היחידות, ולא על בסיס מדד שטח בלבד, כאשר מועד הערכת השווי השמאי לצורך חישוב חלוקת התמורה הינו ערב אירוע ההרס, ולא יום הפירוק. יצוין כי גם בפסק דין זה לא דובר במדד שווי מלא, והמאפיינים שנקבע כי יובאו בחשבון לצורך הערכת השווי, הינם המאפיינים שקיבלו ביטוי במסמכי הרישום, קרי בתקנון ובתשריט הבית המשותף בלבד. במילים אחרות, הובאו בחשבון מאפיינים כגון שטח (כאשר לעניין זה ייקבע שווי שמאי, שיכול ויבחין בין שווי למ"ר ביחידה ששטחה גדול לבין שווי למ"ר ביחידה ששטחה קטן), קומה, כיווני אוויר, הצמדות וכיו"ב. יצוין כי ההכרעה בדבר סוג המאפיינים שיובאו בחשבון לעניין הערכת השווי, לא הייתה צריכה לעניין בפסק הדין בעניין **בית מרכזים הנ"ל**, ומשכך, מדובר באמרת אגב, אך בית המשפט מצא לנכון להביע בה עמדה ולנקוט בגישה המרוסנת, אשר אינה מביאה בחשבון מאפיינים מיוחדים דוגמת "נוף לים".

אף שההלכה בעניין **בית מרכזים הנ"ל** עשויה להשליך על תפיסת חלוקת הזכויות בין בעלי הדין לבין עצמם במסגרת עסקה מכוח תמ"א 38, אין היא חלה במישרין וספק אם הגיונה הפנימי בהכרח חל גם על ענייננו. לעניין זה, נפנה תשומת הלב לכך, כי השיקול של מניעת קיפוח המיעוט על ידי רוב בעלי הדירות שסירבו לפעול לשיקומו והקמתו מחדש של הבניין שנהרס, בהתאם לסעיף 60 לחוק המקרקעין, והביאו למעשה להליך הפירוק בדרך של מכירה, לאחר ביטול צו רישום הבית המשותף, היה אחד השיקולים המרכזיים שעמדו

3. רע"א 6898/16 עזבון המנוח שלמה אהרוני ז"ל ואח' נ' עופר מרכזים בע"מ ואח' (28.12.17), אתר מקרקעין.
4. ראו ה"ש 1 לעיל.

בבסיס הפסיקה. לעניין זה התבסס בית המשפט גם על פסק הדין המנחה בעניין צודלר⁵ ואולם, גם במקרה שיקום הבית שנהרס ובנייתו מחדש, הדומה יותר באופיו לפרויקט של הריסה ובנייה מחדש מכוח תמ"א 38, נשאלת השאלה בדבר אופן חלוקת התמורות בין הבעלים והאם החלוקה תערך על בסיס מדד שווי. מפסק הדין ניתן להבין כי במקרה של שיקום הבניין, הציפיה היא לשמירה על המאפיינים הפיזיים, מבלי לבצע איזוני שווי. ואכן, בעסקאות מכוח תמ"א 38 או פינני-בינוי, אין זה מקובל לבצע את חלוקת התמורות על בסיס הערכת שווי, ומטעם זה, במקרה השכיח החלוקה אינה נסמכת על חוות דעת שמאי. גם במקרים בהם נערכת חוות דעת שמאי, למשל, במסגרת עסקת פינני-בינוי, היא משליכה ברגיל על סדר הבחירה של הדירות ולא על מאפיינים מהותיים אחרים הקשורים בתמורה, כגון שטח דירת התמורה.

ג. סיכום, מסקנות והמלצות

במאמר שלעיל הצבענו על חלק מהסוגיות והשאלות המתעוררות במסגרת חלוקת התמורה בין הבעלים לבין עצמם במסגרת עסקה של הריסת הבניין הקיים והקמתו מחדש, מכוח תמ"א 38 או פינני-בינוי.

כפי שהראינו לעיל, קיימים מנגנונים מגוונים לחלוקת התמורות, אשר בצדו של כל אחד מהם הצדקות רעיוניות ושיקולים כבדי משקל.

מעבר לגיבוש הפתרון הישים והאפשרי בכל בניין או פרויקט, לדעתנו רצוי היה שהמחוקק יקבע כללים באשר לאופן חלוקת התמורה בין בעלי הדירות בבית משותף הפונה לביצוע פרויקט. דבר זה היה מקל על שלב קשה וקריטי בהתהוותו של פרויקט מעין זה, והוא שלב ניהול המו"מ הפנימי בין בעלי הדירות. מניסיוננו, לא אחת בעלי דירות (ואנשים בכלל) רגישים לתחושת הצדק החלוקתי הרבה יותר מאשר לתוצאות הסופיות. במקרים רבים, בכל אחת מדרכי החלוקה שהוצעו לעיל, כל אחד מבעלי הדירות יוצא נשכר מאוד מהפרויקט, ולכאורה, בעלי הדירות היו אמורים להיות גמישים יותר זה כלפי זה ובלבד שהפרויקט יצא לדרך. תחת זאת, לא אחת, אנחנו מוצאים את בעלי הדירות מתגוששים ונאבקים זה בזה לשם שיפור קל של עמדתם היחסית באופן שנראה לכאורה בלתי רציונלי, שכן התועלת שעשויה לצמוח להם מקבלת עמדתם, אינה מצדיקה ואינה שוות ערך לנזק שבעיכוב הפרויקט וסיכונו. ככל שהדין יספק פתרון אחיד וברור, מעבר לסוגיית הוודאות, יהיה בכך כדי לתרום לתחושת ההוגנות של כל המשתתפים, ולתחושה כי אין המדובר בתוצאה אקראית או כוחנית.

5. ראו רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550 ואתר מקרקעין.