

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11965/05

בפני :
 כבוד השופט א' גרוניס
 כבוד השופטת מ' נאור
 כבוד השופטת א' חיות

המערער : עזבון המנוח מרדכי קליין

נ ג ד

המשיבים :
 1. דוד שרון, פרופסור
 2. יהודית שרון
 3. טוביה בלומנטל, פרופסור
 4. אריאלה בלומנטל
 5. בתיה פזי, ד"ר
 6. אמנון פזי, פרופסור
 7. משה בנזימן, פרופסור
 8. יזהר דגני, עו"ד
 9. אהובה קרויזר
 10. עדיאל שרמר, ד"ר

משיבים פורמאליים :
 11. חיים (JAY) ברקוביץ', פרופסור
 12. מדינת ישראל - משרד הבטחון
 13. אילן סלומון
 14. עידו שרמר - ד"ר
 15. איילת שרמר

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
 בתיק [ה"פ 1146/02](#) [פורסם בנבו], מיום 10.11.2005 שניתן
 על ידי כבוד השופט י' עדיאל

תאריך הישיבה : א' בסיון התשס"ח (4.6.2008)

בשם המערער : עו"ד מייזל חובב

בשם המשיבים 10-1 : עו"ד ראובן יהושע

ספרות :

א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (התשנ"ג)

י' ויסמן, דיני קניין, חלק כללי (תשנ"ו-1993)
 לפסק-דין במחוזי (10-11-2005): [הפ 1146/02](#) פרופסור דוד שרון נ' עזבון מרדכי קליין ז"ל שופטים: י' עדיאל, עו"ד: ר' יהושע ואח', י' אמסטר, מ' מי-דן
 ל בעליון (09-02-2006): [עא 11965/05](#) עזבון המנוח מרדכי קליין נ' דוד שרון-פרופסור שופטים: שושנה ליבוביץ, עו"ד: רוטנברג יחזקאל, יהושע ראובן
 להחלטה בעליון (03-07-2006): [עא 11965/05](#) עזבון המנוח מרדכי קליין נ' דוד שרון פרופסור שופטים: יגאל מרזל, עו"ד: רוטנברג יחזקאל, יהושע ראובן

ספרות:

[ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי](#)

י' ויסמן, דיני קניין, חלק כללי (תשנ"ו-1993)

י' ויסמן, דיני קניין, בעלות ושיתוף (תשס"ז-1997)

א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (התשנ"ג)

ספרות:

[ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי](#)

י' ויסמן, דיני קניין, חלק כללי (תשנ"ו-1993)

י' ויסמן, דיני קניין, בעלות ושיתוף (תשס"ז-1997)

א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (התשנ"ג)

כתבי עת:

י' ויסמן, "הצמדות בבתים משותפים", עיוני משפט, כרך י 611

דפנה לוינסון - זמיר, "היבטים חלוקתיים של שימור", משפטים, כרך לא 11

חמן פ' שלח, "רישום 'דירה' שאינה קיימת", משפטים, כרך ח 327

תאודור אוריין, "אחוזי בניה" - זכות, הפרקליט, לב 526

א' פוזנר, "הצמדות בבתים משותפים" - עיוני משפט, כרך יא 327

חקיקה שאוזכרה:

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 10, 52, 55(ג), 125(א)

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 89

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 39

מיני-רציו:

* דעת רוב: כאשר המשיבים ויתרו על זכויות הבניה שלהם בחלקים מהרכוש המשותף לטובת המערער, והמנגנון המשפטי שנקבע לצורך ביצועו (הצמדה) התברר כבלתי ישים והנו הטפל, וע"מ לקיים את כוונת הצדדים ולו בקירוב, יש לאפשר למערער לבנות בחלקים הנ"ל.

* מקרקעין – בתים משותפים – זכויות בנייה

* חוזים – אכיפה – ביצוע בקירוב

* מקרקעין – בתים משותפים – רכוש משותף

* מקרקעין – בתים משותפים – הצמדות

* קניין – מקרקעין – בתים משותפים

* קניין – מקרקעין – דירת מגורים

* קניין – מקרקעין – זכות במקרקעין

המשיבים הם בעלי דירות בבית משותף בי-ם, הידוע גם כגוש 30121 חלקה 17 (להלן: הבניין). הדירות בבניין נקנו מחברת "ירלון חברה לבניין בע"מ" (להלן: ירלון). מניות חברת ירלון היו בבעלות מרדכי קליין שעזבונו הוא המערער (להלן: המערער). בחוזים שנחתמו בין המשיבים לירלון התחייבה היא לרשום את הבניין כבית משותף. בכל החוזים שנחתמו בין ירלון למשיבים צוין כי הגג וקומת העמודים של הבניין יישארו רכושה הבלעדי של ירלון, וכי ירלון תהיה רשאית לבנות על הגג ועל קומת העמודים, בתנאים. לפי צו רישום הבית המשותף חלקה 17/1 (להלן: חלקה 17/1), הרשומה ע"ש המערער מוגדרת "כמחסן", שמוצמדים לה בין היתר, הגג וקומת העמודים. הדיון נסב אודות השאלה האם חלקה 17/1 הנה "דירה" או "תא" כמשמעותם [בחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969 (להלן: החוק) או שמא היא חלק מהרכוש המשותף בבית המשותף המצוי על חלקה זו; האם הצמידויות המיוחדות לחלקה 17/1 מהוות אף הן רכוש משותף; מי רשאי לבנות על הגג.

בית המשפט העליון (השופטת חיות בהסכמת השופט גרוניס, בניגוד לדעתה של השופטת נאור בנוגע להיקף הזכויות של המערער) קיבל את הערעור ופסק כי:

השופטת חיות הסכימה לחו"ד השופטת נאור כי לא ניתן לראות בחלקה 17/1 מבחינת חזותה ומבחינת ייעודה יחידה עצמאית ונפרדת הניתנת לסיווג כ"דירה" כאמור בס' 52 לחוק. יחידה זו הנה חלק מגרם המדרגות השייך לרכוש המשותף. כן הסכימה כי משנקבע שיחידה 17/1 היא רכוש משותף ולא ניתן היה לכתחילה לרושמה כדירה, לא יועיל למערער ס' 10 [לחוק המקרקעין](#) משום שעקרון הקונקלוסיביות של המרשם אין בכוחו ליצור זכויות קנייניות חדשות במקרקעין יש מאין לגבי חלקה שלא קיימת במציאות. בנוסף הסכימה השופטת חיות לחו"ד השופטת נאור כי טענות המערער בדבר השתק ובדבר חוסר תום לב שייחס למשיבים אינן יכולות להקים לו זכות קניינית במקרקעין שאינה קיימת בדין. לפיכך, אכן אין מנוס

מהמסקנה לפיה אין תוקף להצמדת הגג וקומת העמודים לחלקה 17/1, משום שלא ניתן להצמיד רכוש משותף לרכוש משותף.

אשר לשאלה מה משמעות ניתן לייחס להסכמת הדיירים בחוזים עם ירלון להוציא מגדר הרכוש המשותף את הגג ואת קומת העמודים ולאפשר לירלון לבנות על הגג, השופטת חיות הסכימה עם השופטת נאור כי במישור החוזי קיימת בידי המערער התחייבות תקפה לבניה על הגג שאינה ניתנת למימוש בנסיבות שנוצרו, אך כי מנוסח החוזים הרלבנטיים ומאומד דעת הצדדים עולה שהסכמת הדיירים לאפשר לירלון לפעול להשגת זכויות בניה משמעותה ויתור גם על זכויות בניה עתידיות.

הדעות חלוקות בין השופטת נאור לשופטת חיות, (שאל דעתה הצטרף השופט גרוניס), באשר להיקף הזכויות של המערער. השופטת חיות קבעה כי אין מניעה להחיל את תורת הביצוע בקירוב מכוח עקרון תום הלב ע"מ להגשים את המטרה העומדת ביסוד החוזה, גם אם מתברר כי אין אפשרות לקיימו ככתבו וכלשונו. מחוזי המכר שנקשרו בין המשיבים וירלון עולה, בניגוד לעמדת השופטת נאור, כי המטרה העיקרית שביקשו הצדדים להגשים היא הותרת זכויות הבניה הפוטנציאליות לעתיד לבוא בידי ירלון וזאת באמצעות מנגנון משפטי של הצמדת הגג וקומת העמודים לחלקה 17/1 שירלון נרשמה כבעליה, משכך בעלותה של ירלון בחלקה 17/1 היתה בבחינת הטפל ההולך אחר העיקר. כ"כ, משהתברר שהמערער לא יוכל לממש את זכויות הבניה שהתכוונו הצדדים להעביר לירלון ע"י הצמדה, יש לאפשר לו לממש את זכויות הבניה במנותק מהבעלות ביחידה 17/1 ומההצמדה אליה, שהפכו לבלתי אפשריות. בכך תוגשם על דרך של ביצוע בקירוב מטרתן העיקרית של התחייבויות המשיבים כלפי ירלון.

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

על פי צו רישום הבית המשותף חלקה 17/1 בגוש 30121 (להלן: חלקה 17/1), הרשומה על שם המערער, מוגדרת "כמחסן", אשר מוצמדים לה בין היתר, הגג וקומת העמודים. האם חלקה 17/1 הינה "דירה" או "תא" כמשמעותם בחוק המקרקעין או שמא היא חלק מהרכוש המשותף בבית המשותף המצוי על חלקה זו? זו השאלה המרכזית הניצבת לפנינו וממנה נגזרות שאלות המשנה: האם הצמידויות המיוחדות לחלקה מהוות אף הן רכוש משותף ומי רשאי לבנות על הגג?

עובדות

1. המשיבים הם בעלי דירות בבית משותף המצוי ברחוב טשרניחובסקי 32 בירושלים, הידוע גם כגוש 30121 חלקה 17 (להלן: הבניין או הבית המשותף). הדירות בבניין נקנו מחברת "ירלון חברה לבניין בע"מ" (להלן: ירלון או החברה) אשר על שמה נרשמה החלקה בשנת 1964 והיא זו שבנתה את הבניין. ירלון הוקמה על ידי מר ישראל קליין ז"ל אשר היה גם מנהלה בפועל. לאחר פטירתו, בשנת 1967, הועברו מניות חברת ירלון, שהיו רשומות על שמו, לאלמנתו ולשני ילדיו. אחד מילדיו של ישראל קליין נפטר עוד בחיי אמו ולאחר שהאם נפטרה עברה החלקה לבנה, מרדכי קליין אשר נפטר אף הוא בשנת 2004. עזבונו של מרדכי קליין הוא המערער שלפנינו.

2. בחוזים שנחתמו בין המשיבים לירלון התחייבה החברה- לרשום את הבניין כבית משותף. בחלק מהחוזים נכתב באופן מפורש כי הרכוש המשותף יכלול את כל החלקים בבניין שאינם דירות, לרבות חדר המדרגות, החצר, המחסן, מקלט, בור המים, חדר הסקה וחדר כביסה. בכל החוזים שנחתמו בין ירלון למשיבים צוין כי הגג וקומת העמודים של הבית המשותף יישארו רכושה הבלעדי של החברה, וכי ירלון תהיה רשאית לבנות על הגג ועל קומת העמודים על פי רישיון בנייה חוקי, ובלבד שהמבנה שיבנה על הגג יהיה מיועד על פי רישיון הבנייה למגורים בלבד.

3. ביום 14.9.1965 הגישה ירלון בקשה למתן היתר בנייה להוספת קומה בבניין. בקשתה נדחתה מאחר וכל אחוזי הבנייה כבר נוצלו על ידי ירלון במסגרת היתר הבנייה המקורי שניתן. ביום 11.1.1966 הגישה ירלון בקשה למנהל רישום המקרקעין לרישום הבניין כבית משותף. הבקשה אושרה וביום 25.2.1966 נרשם הבית בפנקס הבתים המשותפים. בצו רישום הבית בפנקס הבתים המשותפים נרשמה חלקה 17/1 כמחסן המצוי בקומת הקרקע ששטחו 2 ממ"ר והוצמדו לה 250/581 חלקים מהרכוש המשותף. בנוסף נקבע בסעיף 3 לצו כי לחלקה 17/1 מוצמדים:

- " (א) הגג המסומן בתשריט באות א.
- (ב) חלק המגרש המסומן באות ב והצבוע בצבע אדום.
- (ג) השטח בקומה א המסומן באות ג והצבוע בצבע כחול.

בדף הרשום של הרכוש המשותף יש לציין כי הצמידות
המיוחדת אינה כלולה ברכוש המשותף.

עוד נקבע בסעיף 4 לצו:

”בקשר לחלקים הצמודים לחלקה 17/1 קיים הסכם מיוחד.”

אותו ”הסכם מיוחד” המופיע בסעיף 4, נכרת על ידי ירלון, שנרשמה גם כבעלת
יחידות בבית המשותף. על פי ההסכם נקבע בין היתר:

”החלק ברכוש המשותף דהיינו הגג המסומן באות א' חלק
המגרש המסומן באות ב', והצבוע בצבע אדום, ושטח
בקומה א' המסומן באות ג' והצבוע בצבע כחול, יוצמד
לחלקה מס' 17/1.”

כמו כן נקבע כי בעלי חלקה 17/1 יהיו רשאים לבנות ולהקים מבנים על אותם
חלקים שהוצמדו לחלקה 17/1 מבלי להיזקק להסכמת יתר הדיירים בבניין. עוד נקבע כי
בעלי חלקה 17/1 יהיו רשאים למכור את החלקים הצמודים לחלקה לאחרים, שאף הם
יהיו רשאים לבנות עליהם מבנים. ההסכם המיוחד אף קבע כי בעלי חלקה 17/1 יהיו
רשאים לגרום לשינוי הצו של הבית המשותף באופן שיוכלו לרשום את החלקים
הצמודים, ולרבות כל שיבנה עליהם, כיחידות נפרדות וכן לגרום לשינוי החלקים ברכוש
המשותף המוצמדים לכל דירה וכל זאת ללא צורך באישור יתר בעלי הדירות בבניין.

”ההסכם המיוחד” צורף לבקשה לרישום הבית המשותף, כאשר ביום 13.3.1966

נעשה בו שינוי ואת סעיף 4 המקורי החליף הסעיף הבא:

”בעלי חלקה 17/1 יהיו רשאים, בכל עת, לבנות ולהקים
מבנים כראות עיניהם, על הגג המסומן באות א' ובכל חלק
הימנו ובלבד שמבנים אלה יהיו מיועדים למטרת מגורים
בלבד, וכן הם יהיו רשאים לבנות ולהקים בשטח שבקומה
א' המסומן באות ג' והצבוע בצבע כחול, מבנים כראות
עיניהם ובלבד ומבנים אלה ישמשו למגורים או מחסנים
לדיירי הבניין וביחס למחסנים יותנה במפורש עם רוכשיהם
שלא ישמשו למטרות עסק או מסחר.”

בעלי חלקה מס' 17/1 יוכלו להשתמש בזכויותיהם כאמור
בסעיף זה מבלי להזקק להסכמת בעל היחידות האחרות
בבנין, כולם או מקצתם”.

ביום 16.3.1966 הגישה ירלון בקשה לתקן את צו הרישום של הבית. הצו תוקן
ביום 21.3.1966 ונקבע, בין היתר, כי לחלקה 17/1 יהיו צמודים 242/587 חלקים מהרכוש
המשותף, במקום 250/581 שהוצמדו כאמור בצו המקורי.

4. בשנת 1967 נפטר ישראל קליין כנראה כתוצאה מתאונת עבודה. במסגרת הסדר
אליו הגיעו אלמנתו של ישראל קליין והחברה נקבע כי החברה תעביר לגב' קליין את
חלקה 17/1 כנגד כל תביעה של הגב' קליין נגד החברה. ביום 3.6.1971 הגישה גב' קליין
בקשה לרישיון בנייה של קומה נוספת בבית המשותף ואולם בקשתה נדחתה ביום
19.10.1971. לאחר מספר שנים, ביום 22.2.1987 פנתה באת כוחה של הגב' קליין לעו"ד
מאק, אשר ייצג את ירלון, במכתב בו ציינה כי חרף ההסכמות בין הצדדים טרם עברה
חלקה 17/1 לבעלותה של הגב' קליין. בתגובתו מיום 8.3.1987 ציין עו"ד מאק כי אם
תוגש תביעה על ידי הגב' קליין, ירלון לא תתגונן בפני תביעה כזאת. ואכן, גב' קליין
הגישה תובענה לבית המשפט המחוזי בירושלים וביום 4.2.1988 ניתן פסק דין הצהרתי
לפיו יש לרשום את חלקה 17/1 על שם הגב' קליין. בעקבות פסק הדין נרשמה ביום
13.1.1991 הבעלות בחלקה 17/1 על שמה של הגב' קליין ובמשך השנים שולמו מיסי
ארנונה לעירייה עבור הנכס, עד לשנת 1997 עת נקבע כי "הנכס הרוס".

5. במהלך שנת 1992 יזמה גב' קליין תכנית נקודתית, היא תב"ע 4359 (להלן:
התכנית), החלה על הבניין כולו אשר בין מטרותיה: הוספת קומה לבניין הקיים, הגדלת
מספר הקומות המירבי בבניין, הגדלת מספר יחידות הדיוור בבניין מ-9 ל-12, קביעת שטח
לחניה ציבורית ולחניה פרטית וקביעת הוראות בגין מדרגות להריסה. הגב' קליין שילמה
מכיסה את ההוצאות השונות הקשורות בהגשת התכנית, כגון: שכ"ט לאדריכל המתכנן
ולמודד שנשלח לחלקה, וכן הוצאות משרדיות שונות. בנוסף, לאור העובדה כי התכנית
הוגשה על ידי הגב' קליין, היא חתמה על כתב התחייבות, בו התחייבה, בין היתר, לשלם
פיצויים לפי דרישת הוועדה המקומית לתובעים אשר ייפגעו מהתכנית וכן לשפות שיפוי
מלא את הוועדה המקומית או העירייה במידת הצורך. כמו כן הסכימה הגב' קליין כי בכל
מקרה שבו תוגש תביעה משפטית נגד הוועדה המקומית או העירייה בגין פגיעה במקרקעין

על ידי התכנית, היא תצורף לתביעה. בנוסף התחייבה הגב' קליין להמציא לעירייה ערבות בנקאית להבטחת האמור בכתב ההתחייבות. התכנית אושרה בוועדה המקומית לתכנון ובנייה ביום 18.5.1992, וביום 12.7.1994 אישרה הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה בירושלים, ללא התנגדויות, את התכנית. המשיבים שטענו כי הדבר נעשה ללא ידיעתם, פנו לבית המשפט לענינים מינהליים בטענה כי התכנית התקבלה בהליכים פסולים ויש בה כדי לפגוע בהם. עתירתם זו תלויה ועומדת בבית המשפט לענינים מינהליים בירושלים והבנו כי עתירה זו ממתינה להכרעה בהליך הנוכחי. במקביל הגישו המשיבים תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים למתן פסק דין הצהרתי המורה כי חלקה 17/1 היא חלקה "פיקטיבית" וכי הרכוש שהוצא מהרכוש המשותף הוצא שלא כדין. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט י' עדיאל) בתביעתם זו של המשיבים הינו נשוא הערעור שלפנינו.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

6. בתביעתם בבית המשפט המחוזי ביקשו המשיבים כאמור סעד הצהרתי אשר יורה כי רישומה של חלקה 17/1 כמחסן הוא רישום "פיקטיבי" וכי למעשה מדובר בחלק בלתי נפרד מחדר המדרגות שבבית המשותף. כמו כן, ביקשו המשיבים מבית המשפט כי יצהיר שחלקה 17/1 מהווה חלק מהרכוש המשותף השייך לבעלי הדירות בבית המשותף וכי הצמידויות המיוחדות שהוצמדו לחלקה מהוות אף הן חלק מהרכוש המשותף. בנוסף נתבקש בית המשפט להצהיר כי אותו "הסכם המיוחד" חסר תוקף משפטי, להצהיר כי זכויות הבנייה בבית המשותף שייכות לכלל בעלי הדירות בבית המשותף, וכי למערער אין חלק בהן. לבסוף התבקש בית המשפט להורות על תיקון הרישומים בפנקס המקרקעין.

7. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעתם של המשיבים וקבע כי חלקה 17/1 מהווה חלק מחדר המדרגות בבית המשותף ולפיכך לא ניתן על פי החוק להוציאה מגדר הרכוש המשותף. בית המשפט קבע, על יסוד התמונות והתשריט אשר הוגשו לו, כי ניתן להתרשם בבירור כי חלקה 17/1 היתה מלכתחילה ועודנה שטח בצורת "משולש" המצוי מתחת לגרם המדרגות המובילות לקומת הקרקע של הבניין, קומה בה נמצא רכוש משותף, חדרי המקלט, ההסקה וחדר הכביסה. בית המשפט קיבל את עדות המשיב 1, פרופ' שרון המתגורר בבניין מאז שהוא נבנה כי ה"משולש" שמתחת לחדר המדרגות למטה לא היה

פתוח מעולם. בית המשפט קבע כי ה"משולש" הוא אכן חלק בלתי נפרד מחדר המדרגות המצוי מתחת לגרם המדרגות התחתון, ועל כן לא ניתן להוציאו מגדר הרכוש המשותף. אף שלא נראה כי נודע ל"משולש" שימוש מיוחד או מובהק אין בכך כדי להפוך אותו ל"מחסן" שניתן לרשום אותו כיחידה נפרדת. בית המשפט דחה את טענת המערער כי לפי [סעיף 125\(א\) לחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) הרישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים מהווה ראיה חותכת לתוכנו. נקבע כי בית המשפט מוסמך להורות על תיקון צו הרישום אם הוא מוצא כי הרישום איננו תואם את המציאות בשטח. גם טענתו של המערער בדבר תחולתו של [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#), נדחתה. נקבע כי ההסתמכות על הרישום לפי [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#) נוגעת לרישום הזכויות ולא לאפיוניה הפיזיים.

8. משמצא בית המשפט המחוזי כי חלקה 17/1 הינה חלק מהרכוש המשותף, נקבע כי לא ניתן היה להצמיד לחלקה 17/1 חלקים מן הרכוש המשותף שכן לא ניתן להצמיד רכוש משותף לרכוש משותף. לפיכך, נקבע כי קומת העמודים, הגג והחצר יוחזרו להיכלל בגדר הרכוש המשותף בבניין.

9. הטענה לפיה ההסכם המיוחד בו הצמידה ירלון לחלקה 17/1 את הגג, החצר וקומת העמודים, נעשה ללא ידיעת וללא הסכמת המשיבים 1-4, נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי, לעניין הגג וקומת העמודים. נקבע כי כבר בחוזים לרכישת הדירות נכתב במפורש כי הגג וקומת העמודים יישארו בבעלות החברה וכי קימות תניות נוספות בחוזים מהן ברור כי חלקים אלה הושארו בידיה של ירלון. בית המשפט קבע כי הדבר גם נלמד מעדותו של המשיב 1, פרופ' שרון, שהעיד כי הופתע לגלות, בבואו לחתום על חוזה רכישת הדירה, סעיף לפיו הגג וקומת העמודים יישארו בידי ירלון. מעדותו של פרופ' שרון אף עולה כי הוא היה מודע לכך שהותרת הגג בידי ירלון כוללת גם את זכויות הבנייה, ובכל זאת הוא חתם על החוזה. נסיבות אלה הביאו את בית המשפט המחוזי למסקנה לפיה בחוזים שחתמה ירלון עם בעלי הדירות הוצאו מהרכוש המשותף באופן מפורט ומפורש הגג וקומת העמודים. נקבע כי הזכויות החוזיות של ירלון, כפי שהן עולות מהחוזים עם המשיבים, אינן בטלות אולם לא ניתן לבצע את החוזים מאחר והרכוש שהוצא מהרכוש המשותף הוצמד לחלקה שהיא כאמור חלק מהרכוש המשותף. בית המשפט ציין כי נשאלת השאלה האם לאור העובדה שההוראות החוזיות עדיין בתוקף, יכול המערער לאכוף את החוזים,

למשל בדרך של הצמדת הגג וקומת העמודים ל"דירה" אחרת. אולם מאחר והצדדים לא העלו את השאלה, קבע בית המשפט כי אינו נדרש להכריע בה מיוזמתו.

10. באשר להצמדת החצר לחלקה 17/1, קבע בית המשפט המחוזי כי לפי חוזי הרכישה נזכרה החצר במפורש כחלק מהרכוש המשותף. ההסכם המיוחד לפיו הוצמד חלק מהחצר לחלקה 17/1 התקבל לאחר חתימת החוזים עם המשיבים 1-4 ומכאן שלעניין החצר שינתה ירלון באופן חד-צדדי את שהוסכם בחוזים ומשכך, נקבע כי הצמדת החצר לחלקה 17/1 בטלה. שאלת החצר אינה עומדת עוד לדיון בפנינו.

11. טענת ההשתק שהעלה בא כוח המערער, נדחתה אף היא. המערער טען כי בעלי הדירות מושתקים מלהעלות כיום את טענותיהם לגבי הרישום, לאחר שבמשך שנים לא מחו עליו וכן נוכח העובדה כי הדברים היו ברורים מלכתחילה על פי החוזים שנחתמו עם המשיבים. נקבע כי ספק אם ניתן להעלות טענת השתק כאשר מדובר בחלק מחדר המדרגות השייך לרכוש המשותף ואשר לא ניתן להצמידו לפי הוראת החוק. בית המשפט הוסיף וקבע כי גם אם ניתן להעלות טענה זו הרי שלא הוכחה ידיעה של המשיבים לכך שחלק מחדר המדרגות נרשם כדירה.

12. לעניין זכויות הבנייה בבית המשותף, קיבל בית המשפט את עמדת המשיבים וקבע כי זכויות הבנייה החדשות שנוצרו מכוח תב"ע 4359 מהוות נכס בבעלות משותפת השייך לבעלי הדירות בבית המשותף. לאור הקביעה כי חלקה 17/1 הינה חלק מן הרכוש המשותף, נקבע כי למערער אין חלק בזכויות הבנייה. בית המשפט ציין כי אף אם היתה מתקבלת המסקנה לפיה הבעלות בגג שייכת למערער, עדיין לא קמה לו הזכות לבנות על הגג מאחר ונדרשת הסכמה מפורשת של הדיירים לכך. בית המשפט דחה את טענת המערער לפיה בעת חתימת החוזים, ויתרו רוכשי הדירות על כל זכויות הבנייה העתידיות אשר עשויות להיווצר. נקבע כי אם ירלון היתה רוצה להותיר בידיה את הבעלות בכל זכויות הבנייה, לרבות בזכויות עתידיות, הדבר היה צריך להיעשות במפורש.

טענות המערער בערעור

13. לטענת המערער שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו לפיה חלקה 17/1 היא חלקה פיקטיבית מאחר ומדובר בחלק מחדר המדרגות בבית המשותף. על פי הנטען קביעה זו של בית המשפט מתעלמת מההשלכות מרחיקות הלכת של פסק הדין. נטען כי התוצאה הישירה של פסק הדין היא כי רכוש בשווי מאות אלפי שקלים נלקח מהמערער והועבר לידי המשיבים, שלא העניקו כל תמורה עבורו וויתרו עליו מראש ובכתב בעת רכישת הדירות, כאשר הסכימו כי אותו רכוש יוצא מהרכוש המשותף ויישאר בבעלות ירלון.

14. עוד מוסיף המערער כי במקרה שלפנינו קיימות נסיבות מיוחדות שלא ניתן להתעלם מהן: החלקה הוענקה לשאריו של המנוח, ישראל קליין, כפיצוי על אבדן חייו, גב' קליין השקיעה מאמצים רבים וממון רב בתיקון תכנית בניין עיר והשגת אישור לבניית שלוש דירות. נטען כי אילו היה ספק קל בליבה של הגב' קליין כי הרישום אינו משקף את המצב כראוי, היא לא היתה מוותרת על תביעותיה ותביעות ילדיה כנגד ירלון ולא היתה טורחת ומשקיעה את כספה כדי ליזום את תב"ע 4359. עמל חיים זה נופל לטענת בא כוח המערער כפרי בשל למי שלא טרח ולא עשה מאומה ומתעשר על חשבון האחר שהשקיע שנים של עבודה ומשאבים כספיים רבים; המערער שב ומדגיש כי הכל נעשה תוך ידיעה ברורה של המשיבים שאין זה רכושם, לאור האמור בחוזים עליהם חתמו בעת שרכשו את הדירות. לפיכך טוען המערער כי התוצאה של פסק הדין מובילה לגזל של רכושו על ידי המשיבים.

15. המערער מוסיף וטוען כי חלקה 17/1 הינה חלקה עצמאית, סגורה ונפרדת המצויה מתחת לגרם המדרגות, כפי שעולה: מתכנית הבית המשותף, שנעשתה על ידי אדריכל בנין; מהרישום בפנקס הבתים המשותפים; מהעובדה כי במשך השנים שולמה ארנונה לעיריית ירושלים עבור חלקה 17/1; מפסק הדין ההצהרתי של בית המשפט המחוזי בירושלים, המצהיר כי יש לרשום את חלקה 17/1 על שם הגב' קליין, כפי שאכן נעשה בינואר 1991; לבסוף מפנה המערער לסעיף 15 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר קובע: כי "תת חלקה 17/1 הייתה מתחילה, ועודנה, שטח המצוי מתחת לגרם המדרגות". לפיכך נטען כי שגה בית המשפט משלא הסיק את המסקנה כי השטח המצוי מתחת לגרם המדרגות אינו חלק מהמדרגות אלא מהווה תא עצמאי ונפרד ומשכך ניתן לרשום אותו כחלקה עצמאית, כפי שאכן נעשה. עוד מוסיף המערער כי הוראת החוק הקובעת כי לא ניתן להוציא את חדר המדרגות מגדר הרכוש המשותף נועדה למנוע אפשרות בה ייפגע

השימוש במדרגות על ידי בעלי הדירות בבית. במקרה שלפנינו, כך נטען, מדובר כאמור בתא מופרד המצוי מתחת לגרם המדרגות אשר אינו משמש את כלל הדיירים ואינו פוגע ברווחתם, ולכן אין מניעה לראות בשטח זה "תא" וחלקה בפני עצמה.

16. מוסיף המערער וטוען כי נוהג מקובל וידוע הוא שכאשר קבלן רוצה להוציא חלקים מהרכוש המשותף ולהשאירם בבעלותו, הדרך המקובלת לעשות זאת היא על ידי רישום חלקה עצמאית, לרוב זעירה במימדיה, אליה מוצמדים אותם החלקים שהוצאו מהרכוש המשותף. נטען כי אילו נתן המחוקק דעתו לכך והיה מאפשר רישום נאות של חלקי רכוש שהוצאו מהרכוש המשותף, היו נמנעות תקלות רבות ואי הבנות מיותרות. כל עוד לא נתן המחוקק דעתו לכך, טוען המערער כי בעלי רכוש כזה זקוקים להגנת בית המשפט כדי שלא ינושלו מרכושם בשל תקלה טכנית ובירוקרטית.

17. לחלופין, טוען בא כוח המערער כי גם אם סבר בית המשפט המחוזי כי חלקה 17/1 היא חלקה פיקטיבית היה עליו להורות על פתרון יצירתי אחר בטרם ינשל אדם מרכושו, יפגע בזכות הקניין שלו, ויעשיר את מי שאינם זכאים לו. נטען כי ראוי היה לו בית המשפט המחוזי היה מותיר את הרישום עד לסיום הבנייה על הגג, אז ניתן יהיה לרשום את הדירות שייבנו כיחידות עצמאיות ולבטל את חלקה 17/1.

18. עוד נטען כי שגה בית המשפט כאשר התעלם מהלכה פסוקה לפיה יש ליתן משקל מכריע לרישום בפנקס המקרקעין, אף אם הרישום הושג במרמה. בענייננו, כך נטען, יש להעניק להלכה זו משקל רב לאור העובדה כי אין כל חשש למרמה והרישום נעשה על-פי הסכם מפורש עליו חתמו המשיבים בשעה שרכשו את דירותיהם ורישום הבית המשותף משקף נאמנה את ההוראות שנקבעו בכל החוזים עם הדיירים.

19. המערער חוזר על הטענה כי במקרה שלפנינו יש להחיל את [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#). נטען כי גב' קליין רכשה זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, כאשר לעניין הרישום מפנה המערער [לסעיף 125\(א\) לחוק המקרקעין](#) הקובע כי "רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתכנון...". נטען כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר לא בחר לשמר את הרישום עליו הסתמכה גב' קליין. עוד מוסיף המערער כי לעומת תום ליבה של גב' קליין, נהגו המשיבים בחוסר תום לב מאחר

וידעו כי הגג וקומת העמודים אינם חלק מהרכוש המשותף אלא שייכים לחברה שהיא גם בעלת זכויות הבנייה, כפי שעולה מהחוזים שנחתמו עם המשיבים. באשר לעדותו של המשיב 1, פרופ' שרון, אשר טען כי לעניין הבנייה על הגג נאמר לו בעת חתימת החוזה על ידי ישראל קליין כי מדובר "בעניין קטן" וכי תבנה דירה אחת בחלק הקדמי של הבית, טוען המערער כי דברים אלה אינם מתקבלים על הדעת שכן עניין הדירה בחלק הקדמי של הבית עלה בוועדה לתכנון ולבנייה רק ביום 14.7.1966 דהיינו שנה לאחר חתימת החוזה עם המשיב 1.

20. עוד נטען כי שגה בית המשפט כאשר התעלם מהעובדה כי לפני עשרות שנים, עת נרשם הבית המשותף, נקבע במפורש בתקנון כי הגג וקומת העמודים מוצאים בכוונה מהרכוש המשותף. חלקים אלה הוצאו מהרכוש המשותף בשל היותם נכס כלכלי בעל ערך רב. על פי הנטען לאור קביעתו של בית המשפט כי הגג וקומת העמודים הוצאו על ידי ירלון לפי הכללים של הוצאת חלקים מהרכוש המשותף וכי למערער קיימות זכויות חוזיות, היה על בית המשפט לעשות צעד נוסף ולשמר את הרכוש בידי המערער. נטען כי אף על פי שבית המשפט קבע שיש לדחות את טענת המשיבים לפיה המערער לא פעל לרישום החלקה כדין, כפי שהוסכם בחוזה הרכישה, וכי הזכויות החוזיות לא בטלות, הרי שבמבחן התוצאה ביטל בית המשפט המחוזי את כל זכויותיו של המערער.

21. בית המשפט, כך הוסיף המערער וטען, טעה בהחלטתו לדחות את טענת ההשתק על בסיס דבריו של אדם אחד בלבד, כאשר עובדה היא שחלק מהמשיבים רכשו את דירותיהם לאחר שהבניין נרשם כבית משותף, ומכל מקום החוק מניח את ידיעת כולם מעצם רישום הבית המשותף. נטען כי שגה בית המשפט כאשר נתן משקל לאי ידיעתם של המשיבים לגבי צורת רישום הבית המשותף, נטען כי המשיבים עצמו עיניהם ואין לזקוף זאת לחובת המערער, במיוחד לאור העובדה כי כאמור בחוזים עם כל אחד מהמשיבים נקבע במפורש כי הגג וקומת העמודים יוצאו מהרכוש המשותף וירשמו על שם ירלון. נטען כי במשך 36 שנה אף אחד מהמשיבים לא העיר דבר או הביע מחאה לגבי הרישום, כאשר לעומתם האמינה גב' קליין ביושר ובתום לב כי בידה נכס בעל ערך אותו קיבלה כנגד תביעותיה ובו השקיעה משאבים רבים. נטען כי אם המשיבים היו מעלים את טענותיהם בשעתו, לא היתה גב' קליין מוותרת על תביעותיה מול ירלון ולא היתה משקיעה מזמנה והונה בנכס.

22. אשר לזכויות הבנייה מכוח תב"ע 4359, טוען המערער כי בחוזים עם כל אחד מרוכשי הדירות נקבע במפורש כי החברה או מי מטעמה רשאים לבנות על גג הבית ובקומת העמודים. על פי הנטען הסכמת המשיבים לבנייה לא התייחסה רק לזכויות בנייה שלא נוצלו בשעתו, כפי שקבע בית המשפט. בעת חתימת החוזים, כך נטען, לא היו קיימות זכויות בנייה וכבר היתה חריגה מאחוזי הבנייה המותרים. לפיכך משהותנה והוסכם בחוזים עם הדיירים כי ירלון תהיה רשאית להוסיף ולבנות, ניתנה לחברה ולמי מטעמה, הרשות לפעול לקבלת אחוזי בנייה נוספים כדי לאפשר את הבנייה. נוכח העובדה כי בחוזים עם הדיירים נקבע כי החברה תהא רשאית לבנות על הגג או בקומת העמודים על פי רישיון בנייה חוקי, נטען כי לצורך קבלת רישיון בנייה חוקי, נזקקה גב' קליין לשינוי התב"ע. אשר על כן, טוען המערער זכויות הבנייה שהוענקו לפי תב"ע 4359 הוענקו לו בלבד. לחלופין נטען כי אפילו אם יחושבו זכויות הבנייה על פי הזכויות ברכוש המשותף, יש להביא בחשבון את החלקים ברכוש המשותף הצמודים על פי הרישום לחלקה 17/1.

טענות המשיבים בערעור

23. המשיבים טוענים כי הערעור, רובו ככולו, עניינו תקיפת ממצאים עובדתיים וקביעות עובדתיות שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי. נטען כי במסגרת הדיון בבית המשפט המחוזי נדרשה הכרעה בפלוגתא עובדתית- האם חלקה 17/1 היא מחסן אליו היה ניתן להצמיד את שהוצמד, או שמה מדובר ברישום פיקטיבי. בית המשפט דן והכריע. המשיבים טוענים כי לפי ההלכה תתערב ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית רק במקרים חריגים ובמיוחד כאשר מדובר בממצאים המבוססים על מהימנות והתרשמות מעדים. נטען כי בהודעת הערעור אין כל טענה חדשה ולפיכך אין סיבה להתערב בקביעות עובדתיות אלו שהוכחו ובודאי שאין מדובר במקרה חריג המצדיק זאת.

24. המשיבים חוזרים על קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה חלקה 17/1 הינה פיקטיבית ומדובר למעשה בחלק מהרכוש המשותף ומשכך לא ניתן להצמיד רכוש משותף לרכוש משותף.

25. המשיבים חולקים על הטענה לפיה תוצאת פסק הדין של בית המשפט המחוזי מובילה לגזל רכושו של המערער. נטען כי המשיבים הודיעו, פעם אחר פעם, שאין בכוונתם לממש את זכויות הבנייה שהוענקו מכוח תב"ע 4359, אלא להביא לביטולה, ובעניין זה הם אף הגישו כאמור עתירה מנהלית לבית המשפט לענינים מינהליים בירושלים. המשיבים טוענים כי אישור התכנית יגרום להם נזק מאחר ואינם מעוניינים כי הבניין בו הם גרים יהפוך לאתר בנייה. נזק נוסף שלטענת המשיבים נגרם להם כתוצאה מאישור התכנית הוא שבעת מכירת זכויותיהם בדירות לצדדים שלישיים הם נתקלים בדרישה מצד הוועדה המקומית לתשלום היטל השבחה בגין זכויות בנייה שהם אינם מעוניינים בהן כלל.

26. המשיבים מוסיפים וטוענים כי אין לקבל את טענת המערער לפיה התקיימו בענייננו תנאי תקנת השוק לפי [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#). נטען כי המערער לא מתמודד עם קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה ההסתמכות על הרישום המוגנת [בסעיף 10 לחוק המקרקעין](#), נוגעת לרישום הזכויות ולא לאפיוניה הפיזיים של חלקת המקרקעין עצמה. בעניינו, כך נטען, נרשמה חלקה 17/1 כמחסן שעה שאין לראותה כך מבחינה פיזית-עובדתית. על פי הנטען המערער מבקש כי תקנת השוק תהפוך מחסן פיקטיבי שאינו קיים במציאות למחסן אמיתי כביכול. המשיבים טוענים כי לא לשם כך נועד [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#) שעניינו ב"הכשרת" פגמים משפטיים ברישום הזכויות. המשיבים מוסיפים וטוענים כי בעת שהוגשה הבקשה לרישום הבניין כבית משותף, צוין בבקשה, בניגוד לחוזה עם המשיבים 4-1, כי "כל הדירות ע"ש ירלון חברה לבנין בע"מ" ואין כל זכר לכך שירלון כבר מכרה שתי דירות בבניין, כשלגבי אחת מהן אף עבר המועד לשם העברת הבעלות על שם הרוכשים. על פי הבקשה לרישום הבניין כבית משותף רשמה ירלון את חלקה 17/1 על שמה, מינתה את מר קליין לשמש כנציגות הבית עד שתבחר נציגות. בנוסף צורף כאמור הסכם מיוחד לבקשה כחלק מהתקנון המוסכם בו הוציאה ירלון מהרכוש המשותף את הגג, קומת העמודים ורצועת החצר. כמו כן העניקה לעצמה ירלון זכויות להקים מבנים כראות עיניה ולשנות את צו הבית המשותף בלי הסכמת יתר בעלי הדירות. נטען שירלון העניקה לעצמה עוד זכויות המנוגדות לחוזה שנכרתו עם המשיבים 4-1 והדבר נעשה ללא ידיעתם.

27. המשיבים טוענים כי מהאמור עולה כי [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#) אינו חל גם מהסיבה שלא שולמה תמורה עבורו מאחר שמדובר בנכס שהמערער זכה בו מכוח ירושתו את אביו ואמו. נטען כי גם הגב' קליין אינה עונה על תנאי [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#) מאחר

וחלקה 17/1 ניתנה לה בהיותה בעלת מניות בירלון כיוורשת של ישראל קליין. עוד נטען כי גם אם רכשה גב' קליין את זכויותיה כצד שלישי כנגד ויתור על תביעותיה נגד ירלון, המערער לא הוכיח כי גב' קליין נהגה בתום לב. נטען כי כבר בשנת 1971 ידעה על קיום חוזים עם המשיבים ובוודאי היתה מעורה בכל הנוגע לזכויותיה בבית המשותף.

28. המשיבים מוסיפים וטוענים כי גם אם תתקבל טענת המערער לפיה חל במקרה שלפנינו [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#) הרי שסעיף זה מקנה למערער את הזכות כי חלקה 17/1 תישאר רשומה על שמו, ואולם, אין בסעיף כדי לעזור למערער לעניין זכויות הבנייה שכן [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#) עניינו בזכויות קנייניות, ואילו זכויות הבנייה הן זכויות חוזיות. כמו כן טוענים המשיבים כי הרכוש המשותף המוצמד לדירה אינו מקנה זכויות בנייה. אחוזי הבנייה בנכס נוצלו ובחוזים עם המשיבים לא הוקנו לירלון זכויות בנייה עתידיות. עוד נטען כי גם לגבי זכויות הבנייה הקיימות, אם היו כאלה, אין למערער זכות בהן אם טענתו היא כי הוא צד ג' מאחר ומדובר בזכות חוזית וזו אינה כובלת צדדים שלישיים אלא אם נרשמה בתקנון מוסכם. בתקנון, כך נטען, לא צוין במפורש כי יוקנו לירלון זכויות בנייה עתידיות ומכל מקום התקנון שנרשם חסר תוקף שכן נעשה ללא ידיעת וללא הסכמת המשיבים שהיו בעלי הדירות בעת רישום התקנון. לבסוף מציינים המשיבים כי זכויות הבנייה בגג ובקומת העמודים התהוו מכוח תב"ע 4359 שהוגשה לאחר רישום הזכויות בחלקה 17/1 על שם גב' קליין ובוודאי שלא בהסתמך על הרישום שכן אין כאמור ברישום משום הקניית זכויות בנייה שאינן חלק מהרכוש המשותף.

29. לבסוף חוזרים המשיבים וטוענים כי תב"ע 4359 פוגעת בזכויותיהם של המשיבים. המדרגות המיועדות להריסה הן חלק מהרכוש המשותף השייך לכלל דיירי הבניין וכך גם לגבי החניות שנקבעו בתכנית. עוד מציינים המשיבים כי בהחלטת הוועדה המקומית לתכנון ובנייה לאשר את התכנית להפקדה נקבע כי תשלחנה הודעות אישיות לכל הדיירים. אולם לאור בקשת סגן ראש העיר להחזרת הדיון בוועדה מאחר ולדעתו אין זה מוצדק לבקש היום הסכמה של השכנים אם החוק לא דורש זאת, הוחלט לבטל את הסעיף ולא נשלחה למשיבים הודעה על קיומה של תב"ע 4359.

תשובת המערער לסיכומי המשיבים

30. בתגובה לתשובת המשיבים, מציין המערער כי טענת המשיבים לפיה הם אינם מעוניינים לבנות על הגג חסרת משמעות שכן תביעתם המקורית היתה להצהיר כי זכויות הבנייה הינן נכס בבעלות משותפת של כלל דיירי הבית המשותף. בשום שלב לא ביקשו המשיבים לתקן את תביעתם על ידי השמטת הסעדים הללו. כמו כן, גם אם נאמר כי כיום אין המשיבים מעוניינים לממש את זכויות הבנייה, ייתכן ומחר ישנו דעתם או יבואו אחרים במקומם ואלה יהיו מעוניינים לנצל את זכויות הבנייה. לבסוף מציין המערער כי אחד מבעלי הדירות כבר הזדרז ורשם אצל רשם המקרקעין את פסק הדין של בית המשפט המחוזי.

31. באשר לטענת המשיבים לפיה היה על המערער לשלוח להם הודעות אישיות בדבר הפקדת התכנית, נטען כי לטענה זו אין כל יסוד בחוק. [סעיף 89 לחוק התכנון והבניה](#), תשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה) קובע כי משהופקדה תכנית, יש לפרסם זאת בעיתונות ובלוח המודעות וכך נעשה. רק ביום 5.7.2005 פורסם תיקון 73 [לחוק התכנון והבניה](#) שם נקבע לראשונה כי הודעה תימסר לבעלים ולמחזיקים במגרשים הגובלים בתחום התכנית. על פי הנטען תיקון זה לא נכנס לתוקפו עד עצם היום הזה מאחר והוא מותנה בכך ששר הפנים יתקין תקנות, דבר שטרם נעשה. ואולם, גם אם הותקנו תקנות, אין הן חלות על המקרה שלפנינו שכן התכנית הופקדה לפני 11 שנה ואילו הוראת החוק חלה על תכניות שהחלטה להפקידן התקבלה מיום תחילת החוק.

דיון והכרעה

סיווגה של חלקה 17/1 – האם חלקה נפרדת או חלק מהרכוש המשותף?

32. תחילה עלינו להכריע האם חלקה 17/1 היא אכן חלקה נפרדת כפי שטוען המערער, או שמדובר בחלקה פיקטיבית המהווה חלק מהרכוש המשותף, כפי שטוענים המשיבים וכפי שקבע בית המשפט המחוזי.

בבית המשותף קיימים שני מרכיבים הכרחיים, הדירות והרכוש המשותף (יהושע [ויסמן דיני קניין-בעלות ושיתוף](#) 375 (1997) (להלן: ויסמן)). הגדרתה של "דירה" [בחוק המקרקעין מופיעה בסעיף 52](#) :

“חדר או תא, או מערכת חדרים או תאים, שנועדו לשמש חלקה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר.”

נקבע כי המונח “דירה” כולל שני מרכיבים: המרכיב האחד מתייחס לכך כי מדובר באזור בנוי, שתחומיו חזותיים וברורים, מאחר ואין חדר או תא, שאין לו רצפה, גג וקירות. המרכיב השני מתייחס ליעודו של החדר או התא. אין די בכך, שמדובר על אזור המתוחם בקירות, ריצפה ותקרה, אלא צריך שתיווצר חלקה שלמה ונפרדת, שיש לה קיום עצמי לאחת מן המטרות שהובאו בחוק. (ע”א 402/80 “אתגר” הקלוב הישראלי החדש למסחר ביהלומים בע”מ נ’ מ.ב.א. החזקות ונכסים בע”מ, פ”ד לה(3) 309, 317 (1981)). משמעות המונח “דירה” בחוק רחבה יותר איפוא ממשמעות המונח בלשון בני אדם. כפי שמציין פרופ’ י’ וייסמן בספרו:

“הדירות שמדובר בהן אינן חייבות להיות במשמעות המילונית של המילה דירות, דהיינו, מקום למגורים. תא המשמש לכל צורך שהוא (כגון מחסן) מספיק כדי שייחשב כ’דירה’, בהקשר של בתים משותפים, ובלבד שמדובר בחלקה שלמה ונפרדת. התנאי בדבר היות הדירה חלקה שלמה ונפרדת מחייב שהן מבחינה חזותית הן מבחינת היעוד התא הוא נפרד ואינו מהווה חלק מחלקה אחרת שבבית, כגון שיש לו כניסה נפרדת, מונה חשמל נפרד ואספקת מים עצמאית.” (ויסמן לעיל, בעמ’ 355).

מכאן שתנאי הכרחי הוא שמדובר בחלקה שלמה ונפרדת הן מבחינה חזותית והן מבחינת יעוד התא. כך למשל נמצא כי מחסן במרתף שנועד לשמש את אחת מדירות הבית, לא יחשב כדירה לאור הכוונה שהוא יהיה נספח לדירה. בדומה, העובדה כי לחדר מסוים אין כניסה נפרדת, יכולה להעיד כי אין מדובר בחלקה עצמאית. דוגמא נוספת יכולה להיות מחסן שאינו משמש לכל מטרה ואינו מחובר לחשמל ולמים, מחסן שכזה אינו נחשב כדירה וזאת על אף שהיה רשום ככזה (ויסמן לעיל, בעמ’ 390 והאסמכתאות שם).

33. “רכוש משותף” מוגדר אף הוא [בסעיף 52 לחוק המקרקעין](#):

”כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, ולרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, וכן מיתקני הסקה או מים וכיוצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם אפילו הם בתחומי דירה מסוימת.”

הגדרתו של הרכוש המשותף היא הגדרה שיורית. כל מה שאינו רשום כדירה מהווה חלק מהרכוש המשותף, למעט החלקים שהוצמדו לדירות (ויסמן לעיל, בעמ' 381). חלקים שהוצמדו לדירות הינם חלק מהרכוש המשותף שבעלי הדירות בבית המשותף החליטו על הוצאתם והצמדתם לדירה פלונית. (ראו [סעיף 55\(ג\) לחוק המקרקעין](#)). הצמדה חייבת להיות קשורה לדירה ואין היא יכולה לעמוד בפני עצמה. רק הצמדה לפי החוק מעניקה זכות קניינית בחלק שהוצמד (ראו אריה איזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין כרך שלישי-בתים משותפים 113 (2001)).

אף על פי כן, ישנם חלקים בבית המשותף שאותם לא ניתן להצמיד לדירות ואלו יישארו תמיד בגדר רכוש משותף, כפי שקובע [סעיף 55\(ג\) לחוק המקרקעין](#):

”בעלי הדירות רשאים לקבוע בתקנון, כמשמעותו בסימן ג' לפרק זה (להלן — התקנון), שחלק מסויים של הרכוש המשותף יהיה צמוד לדירה פלונית, ובלבד שלא יקבעו זאת ביחס לחדרי מדרגות, מעליות, מקלטים ומיתקנים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות...”

34. האם יש לסווג את חלקה 17/1, כ”דירה” או כ”רכוש משותף”? חלקה 17/1 היא כאמור שטח בצורת ”משולש” המצוי מתחת למדרגות הבניין המובילות, לפי קביעת בית המשפט המחוזי, לקומת הקרקע בבניין. המערער כאמור, מבקש לראות בחלקה זו חלקה עצמאית ונפרדת. בעניין זה מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה חלקה 17/1 אינה מהווה יחידה עצמאית ולא מצאתי מקום להתערב בקביעה זו. חלקה 17/1 אינה עונה על הגדרה של ”דירה” ולא ניתן לראות בה יחידה עצמאית ונפרדת, לא מבחינה חזותית ולא מבחינת היעוד שלה. יחידה 17/1 מהווה למעשה וכפי שקבע בית המשפט המחוזי חלק מגרם המדרגות, אשר באופן אינהרנטי שייך לרכוש המשותף בבניין (ראו מיגל דויטש קניין כרך א 662 (1997) (להלן: דויטש)).

35. מן הקביעה לפיה חלקה 17/1 היתה ועודנה חלק מהרכוש המשותף עולה המסקנה לפיה לא ניתן להצמיד את הגג וקומת העמודים לחלקה 17/1, וצדק בית המשפט המחוזי בקביעתו לפיה לא ניתן להצמיד רכוש משותף לרכוש משותף (וראו דויטש לעיל, בעמ' 665). כאמור הצמדה של חלק מרכוש משותף חייבת להיות ל"דירה" והיא מוגבלת לעסקאות שמכוחן עובר חלק מהרכוש המשותף לבעלותו של אחד מבעלי הדירות בבית המשותף (ראו ויטמן, לעיל, בעמ' 410).

36. המערער טען כאמור כי במקרה שלפנינו נעשה שימוש בטכניקה מקובלת לפיה קבלן משאיר בידיו תא קטן אליו הוא מצמיד חלקים שונים מהרכוש המשותף שברצונו לשמור בבעלותו. אכן קיימת טכניקה המכונה גם טכניקת "הקולב המשפטי" (ראו דויטש לעיל, בעמ' 664) לפיה משאיר הקבלן בבעלותו חלקה או תא קטן הנחשבים ל"דירה" לפי [חוק המקרקעין](#), ו"תולה" עליה הצמדות שונות שברצונו לשמור בבעלותו הייחודית ואשר בעתיד יוכל לסחור בהן (וראו דויטש, שם; יהושע [ויסמן "הצמדות בבתים משותפים"](#) עיוני משפט י 611, 613 בה"ש 14 (תשמ"ה); עניין אתגר; לביקורת על גישה זו ראו אסף [פוזנר "הצמדות בבתים משותפים"](#) עיוני משפט יא 327, 332 (תשמ"ו)). המקרה שלפנינו אינו מצריך נקיטת עמדה באשר לטכניקת "הקולב המשפטי". נראה לי כי במקרה שלפנינו ירלון "הגזימה" ביחס לטכניקה של "הקולב המשפטי" בכך שהתיימרה ליטול לעצמה חלק ולו קטן מחדר המדרגות, וזאת, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, לא ניתן לעשות. משנמצא כי חלקה 17/1 אינה חלקה עצמאית אלא חלק מהרכוש המשותף, לא ניתן כאמור להצמיד אליה דבר.

הסתמכות על הרישום ותקנת השוק

37. טענה נוספת שהמערער שב וטען היתה שזכותו מוגנת לאור הוראת [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#). נטען כי הגב' קליין רכשה את חלקה 17/1 בתמורה ובתום לב ותוך הסתמכות על הרישום לפיו אותה חלקה הינה מחסן. בית המשפט המחוזי דחה, כאמור, טענה זו, ועמדתו מקובלת עליי. אכן ההסתמכות על הרישום, לפי [סעיף 10 לחוק המקרקעין](#) עניינה הסתמכות הנוגעת לבעלים הרשומים של חלקה מסוימת ואין עניינה בהסתמכות על חלקה שלא קיימת במציאות:

" האם עקרון הקונקלוסיביות של המירשם במקרקעין מוסדרים מהווה סוף פסוק לעניין עמידת הזכות הרשומה בתנאי התוקף של הזכות, על-פי דרישות החוק? שאלה זו מתעוררת, למשל, במקרה הבא: במסגרת רישומו של בית משותף, נרשמת יחידה מסוימת כ'דירה', במקרקעין מוסדרים. מסתבר בהמשך כי היחידה הנדונה אינה מתאימה להירשם כדירה, שכן אין היא מהווה יחידה 'נפרדת', כנדרש בחוק. הטענה כנגד מי שנרשם כבעל הדירה, אם-כן, היא כי היחידה הנדונה היא חלק מהרכוש המשותף... האם העובדה כי היחידה נרשמה כ'דירה' מונעת את ראיית היחידה כחלק מהרכוש המשותף?

... אין סעיף 125(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מאמץ מודל קונקלוסיביות מיידית. מי שאינו בעל זכות אמיתי אינו הופך לבעלים מחמת הוראה זו.

... השאלה הקשה יותר בהקשר זה... נניח שהיחידה הנדונה, שנרשמה כדירה, נרכשת על-ידי צד שלישי שסמך על הרישום הנדון בפנקסים, פעל בתום-לב, נתן תמורה ושכלל את זכותו, כנדרש בסעיף 10 הנדון... האם סעיף 10 לחוק מגן על הרוכש לא ביחס למיהות בעל הזכויות, אלא גם ביחס למהות הזכויות?... עקרון הקונקלוסיביות של המירשם אינו מאפשר התגברות על הכשלים הנדונים. אין בכוחו של העקרון האמור להצמיח זכות שאינה מוכרת בדין... הזכות הקניינית ל'דירה', על-פי החוק, מותנית בקיום תכונות פיזיות מסוימות לדירה. האינטרס הציבורי בהגנה על אמינות המירשם, לא די בו על-מנת להתגבר על האינטרס הציבורי הגלום בעקרון 'הרשימה הסגורה'. שכלול הזכות המוקנית בהסכם, אשר כשלעצמה אינה מוכרת בדין, באמצעות רישום בפנקסים, אינו יכול להעצים את כוחם של הצדדים באשר ליצירת זכויות קניין חדשות." (מיגל דויטש קניין כרך ד 243-246 (2007) וראו גם אריה אייזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין- חלק ראשון 154 (מהדורה שנייה, תשנ"ה)).

מכאן שעקרון הקונקלוסיביות של המירשם אינו מאפשר להעניק זכות שאינה מוכרת על פי הדין, גם למי שהסתמך על המירשם בתום לב, ואין בכוחו ליצור זכות קניינית חדשה. אכן, המשיבים חולקים על תום ליבה של הרוכשת, הגב' קליין שבאה במובן הרחב בנעלי בעלה. נוכח המסקנה אליה הגעתי אני רואה צורך להיכנס לעניין זה לגביו לא קבע בית המשפט ממצאים.

טענת ההשתק וחוסר תום הלב של המשיבים

38. המערער טען כי המשיבים מושתקים כיום להעלות טענותיהם לאור החוזים שנחתמו ולאור הרישום שעליו לא מחו במשך שנים רבות. בית המשפט דחה כאמור את טענת ההשתק וקבע כי לא ניתן להעלותה שכן גם אם ניתן לומר כי לאור הרישום ולאור החוזים חזקה על המשיבים כי ידעו על קיומה של חלקה 17/1 לא ניתן להכשיר את ההצמדה לאור הוראות [סעיף 55\(ג\) לחוק המקרקעין](#). מקובלת עלי מסקנה זו. לדעתי המשיבים אינם תמי לב, אך לא ניתן להעניק למערער בשל חוסר תום הלב של המשיבים זכות שאינה קיימת על פי דין. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי אף אם ניתן היה להעלות טענת השתק, לא הוכחה ידיעה של המשיבים על רישום חלק מחדר המדרגות כדירה. בעניין זה דעתי שונה מעט. ייתכן והמשיבים אכן לא ידעו על רישום חלק מחדר המדרגות כדירה אולם דומה שלא ניתן להתעלם מחוסר תום הלב של המשיבים בהתנהגותם כיום. בית המשפט המחוזי כאמור קבע כי מבחינה חוזית עמדה ירלון בכל התנאים הנדרשים לצורך הוצאת חלק מהרכוש המשותף וכי מהחוזים שנכרתו בין ירלון לדיירים עולה באופן חד משמעי כי הגג וקומת העמודים הוצאו מגדר הרכוש המשותף:

”כבר בהסכמי הרכישה נכתב במפורש כי הגג וקומת העמודים יותרו בבעלות החברה. לבד מהתניות אלה, קיימות בהסכמים הוראות נוספות שעניינן הגג וקומת העמודים, ומהן ברור כי חלקים אלה הושארו בידיה של ירלון.” (פסקה 29 לפסק הדין).

מסקנה זו מקובלת עלי. אכן, בחוזים שנכרתו בין ירלון לדיירים בבית המשותף נקבע במפורש כי קומת העמודים והגג יישארו בבעלות החברה, וכי ירלון תהיה זכאית לבנות על הגג וקומת העמודים. כך למשל בחוזה בין ירלון למשיבים 1-2 נקבע בסעיף 6:

” הקונה מצהיר ומודה כי הוא מסכים כי הגג וקומת העמודים יישארו רכושה הבלעדי של החברה... ”

החברה תהיה רשאית לבנות על הגג ו/או בקומת העמודים עפ"י רשיון בניה חוקי ובלבד שהמבנה על הגג יהיה מיועד ע"פ רשיון בניה למגורים בלבד.

...

חתימתו דלמטה של הקונה תיחשב כחתימתו על כל
בקשה ו/או תעודה הדרושה לשם השגת רשיון בניה בקשר
לגג ולקומת העמודים..."

ניסוח דומה (אם כי לא זהה) ניתן למצוא בחוזים שבין ירלון ובין המשיבים 3-4,
6-5 ו-7. ניתן לקבוע וכך קבע בית המשפט המחוזי כי מבחינה חוזית הבעלות על הגג
וקומת העמודים והאפשרות לבנות עליהם הוענקו, לירלון לפי החוזים עם המשיבים.
בהמשך הדברים אעמוד על ההשלכות המשפטיות של קביעה זו.

39. לא ניתן להתעלם מהעובדה שהמשיבים, אשר ויתרו מפורשות על הגג וקומת
העמודים ואפשרו לירלון לבנות עליהם, דורשים עתה כי נכסים אלה יהפכו להיות חלק
מהרכוש המשותף, ולמעשה הם מנסים להתנער מהסכמות אותן נתנו בעת חתימת החוזה.
דומה כי אין ספק שבמקרה שהחברה היתה משאירה בידיה "דירה" או "תא" שניתן היה
לראותו כיחידה עצמאית, יכול היה המערער לממש את ההתחייבויות שניתנו לו על ידי
המשיבים בעת חתימת החוזה, וזאת לפחות לגבי אחוזי בניה שעוד היו קיימים, אילו היו
כאלה בעת כריתת החוזה, עניין עליו אעמוד. מהחוזים שנחתמו עם המשיבים עולה כי
המשיבים ידעו על כוונת ירלון לבנות על הגג וקומת העמודים וכפי שמציין המשיב 1
בעדותו בבית המשפט המחוזי: "כולם מודעים לזה שפעם היה מדובר על בניה על הגג."
(עמוד 16 לפרוטוקול הדיון מיום 18.11.2003). היתה גם "שמועה" בבניין כי ישנו שטח
המצוי בבעלות ירלון, שעליו משלמים ארנונה, כפי שעולה מעדותו של המשיב 1 בבית
המשפט המחוזי. המשיב 1 נשאל: "האם ידעת, שעבור המשולש הזה שילמו ארנונה עד
1997?" והשיב: "היתה שמועה כזאת. לא ידעתי" (עמוד 21 לפרוטוקול הדיון מיום
18.11.2003). בהמשך חזר בו המשיב 1 מדבריו וטען שלא ידע שהארנונה שולמה עבור
אותו "משולש". אך כשנשאל: "האם ידעת שעד 1997 מר קליין קיבל חשבונות ארנונה
ושילם ארנונה על משהו בבניין הזה" השיב המשיב 1: "לדעת- לא ידעתי" אך אישר כי
היתה "שמועה" כזו (עמוד 22 לפרוטוקול הדיון מיום 18.11.2003). עוד נשאל המשיב 1
"זאת אומרת, כשאני בא היום בביהמ"ש ושואל אותך על הדבר הזה, לא מדובר
באינפורמציה שלא הגיעה לאוזניך. שמר קליין שילם ארנונה עבור משהו בבניין הזה"
והשיב: "הרבה שמועות הגיעו לאוזניים, וזו אחת מהן" (עמוד 22 לפרוטוקול הדיון מיום
18.11.2003). המשיבים מבקשים כעת לנצל את הטעות שעשתה החברה כאשר הצמידה
את הגג וקומת העמודים ליחידה שהיא חלק מחדר המדרגות שלא ניתן לראותה כ"דירה"

או "תא". פסק דינו של בית המשפט המחוזי (אשר נרשם בינתיים בלשכת רישום המקרקעין) העניק למשיבים נכס שלא ניתן להתעלם משוויו הכלכלי. אכן, כיום טוענים המשיבים כי הם אינם מעוניינים לממש את זכויות הבנייה אולם צודק המערער בטענתו לפיה ייתכן ומחר ישנו המשיבים את דעתם ואף ייתכן כי אחרים שירכשו או יירשו את הדירות מהמשיבים ביום מן הימים ירצו לנצל את הפוטנציאל הכלכלי הטמון בתב"ע 4359. לטעמי, יש חוסר תום לב בעמדת המשיבים אשר ביקשו בכתב תביעתם, לנכס לעצמם את האפשרות לבנות על הגג, אפשרות עליה ויתרו בחוזים עם ירלון. טענות שונות שהעלו המשיבים בעניין התכנית אינן טענות הכרעה בעניין שלפנינו לאור ההליך התלוי והעומד בפני בית המשפט לענינים מינהליים בירושלים ([עת"ם 520/02](#)) [פורסם בנבו].

40. משמצאנו כאמור כי חלקה 17/1 מהווה חלק מגרם המדרגות אין מנוס מדחיית בקשת המערער להותיר את המשך רישום החלקה כחלקה עצמאית. המערער טוען כי בית המשפט המחוזי היה צריך להורות על פיתרון "יצירתי" שיגן על זכויותיו מחד, ולא יעשיר מי שאינם זכאים לכך מאידך. נטען כאמור כי בית המשפט המחוזי יכול היה להותיר את הרישום עד לסיום הבנייה על הגג, שאז ניתן יהיה לרשום את הדירות שייבנו כיחידות עצמאיות ולבטל את יחידה 17/1. ספק בעיני אם ניתן לעשות כן מאחר [שחוק המקרקעין](#) אינו מאפשר כאמור הצמדה של רכוש משותף לרכוש משותף. בהקשר זה נזכיר כי לא נעלמה מעיני פרשת וייץ ([ע"א 555/74 מאיר נ' וייץ, פ"ד ל' \(2\) 687 \(1976\)](#)). חלקו העיקרי של הסכסוך באותה פרשה היה בנוגע לשטח הקרקע שמתחת לעמודי הבניין שהקבלן הועיד לשמש כמרתף או מחסן, לו הוצמדו שטחים שונים (בדומה לטכניקת ה"קולב המשפטי" שאוזכרה). בניית המחסן לא הושלמה מאחר ולא התקבל רישיון בנייה. גם באותו מקרה ידעו הדיירים על הכוונה להוציא חלק מהרכוש המשותף ובית המשפט קבע כי הדיירים השלימו עם הוצאת השטח האמור בעת שרכשו את הדירות. לפיכך נקבע כי העובדה שטרם התקבל רישיון בנייה אינה הופכת את השטח שהקבלן שמר לעצמו, לחלק מהרכוש המשותף וכך גם לגבי החלק מהרכוש המשותף אותו רצה להצמיד לאותה חלקה. בית המשפט הגיע למעשה בעניין וויץ למסקנה כי ניתן היה להצמיד חלק מהרכוש המשותף לחלקה שאינה קיימת עדיין במציאות (לביקורת על פסק הדין ראו ויסמן לעיל, בעמ' 355-356 וכן חמן [שלח "רישום דירה" שאינה קיימת](#) כחלקה בבית משותף" משפטים ח 327 (78-1977)). ואולם בשונה מעניין וייץ בענייננו אין אפשרות וגם לא תהיה

אפשרות שתכשיר את אותו "משולש" שהוא חלק מחדר המדרגות כחלקה עצמאית, ותאפשר בעתיד להצמיד חלקים מהרכוש המשותף.

41. סיכום ביניים: חלקה 17/1 אינה "תא" או "דירה" ואינה יחידה עצמאית והיא מהווה חלק מהרכוש המשותף בבניין. מאחר ולא ניתן להצמיד רכוש משותף לרכוש משותף, נמצא כי גם הגג וקומת העמודים מהווים חלק מהרכוש המשותף בבניין אשר מצויים בבעלות המשיבים. האם משנמצא כי הגג וקומת העמודים הינם חלק מהרכוש המשותף המסקנה המתחייבת היא שגם האפשרות לבנות שייכת למשיבים והם או חליפיהם יהיו רשאים לבנות בהנחה שהתכנית תישאר על כנה או שהם יעבירו תכנית אחרת שתתקבל? לכך אפנה עתה.

הבניה על הגג

42. יתכן והתוצאה אליה הגעתי בעניין אפשרות הבניה על הגג שונה מזו שהגיע אליה בית המשפט המחוזי משום שאין דעתי כדעתו בשאלת פרשנות החוזים בנושא של האפשרות העתידית לבנות. אבאר: בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, כי "בהסכמים נדון במפורש גם עניין העברת זכויות הבנייה לחברת ירלון" המחלוקת היתה לגבי היקף הזכויות שניתנו לירלון. בית המשפט קבע כי המשיבים לא נתנו הסכמתם לויתור על זכויות הבנייה העשויות להיווצר בעתיד. בעניין זה עמדתי שונה כאמור מעמדת בית המשפט המחוזי.

המשיב 1, פרופ' שרון, העיד בבית המשפט המחוזי כי לא ידע כי במשך השנים ניסתה הגב' קליין להגיש בקשות להיתרי בנייה או לשינוי תכנית. המשיבים טוענים כי בחוזים עם ירלון לא הוקנו לחברה זכויות בנייה עתידיות "אלא רק כאלה הקיימות לפי תב"ע קיימת ולפי רישיון בניה חוקי, זכויות שאינן קיימות" (ראו סעיף 25 לסיכומים). בחוזה עם המשיבים 3-4 נכתב כי "המוכרים רשאים לבנות על הגג ובקומת העמודים עפ"י רישיון בניה חוקי ובלבד שהמבנה על הגג ישמש למגורים" ובהמשך הסעיף נקבע גם כי "הקונה מותר מראש על כל טענה בקשר עם בניה כזו". ניסוח מעט שונה ניתן למצוא בחוזים עם המשיבים 1-2, ו-5-6 בהם נכתב בסעיף 6 שצוטט לעיל, כי חתימתו של הקונה תיחשב כחתימתו על כל בקשה או תעודה הדרושה לשם השגת רישיון בנייה בקשר לגג

ולקומת העמודים. בחוזה עם המשיב 7 נקבעה בסעיף 5 זכותו של המשיב 7 להחליף את דירתו עם דירה חדשה שתבנה, כאשר בסעיף מופיעים מספר תרחישים התלויים במספר הדירות שיבנו (אחת או שלוש) ובגודלן. ניתן לומר כי מהחוזים שנחתמו עם המשיבים מתבקשת המסקנה כי תנאי בסיסי הנדרש לשם בנייה על פי רישיון בנייה חוקי או כדי להשיג רישיון בנייה חוקי, הוא שיהיו זכויות בנייה. זכויות בנייה בבניין לא היו קימות באותה עת, כפי שקבע בית המשפט המחוזי:

”במועד חתימת ההסכמים ובשנים שלאחר מכן, סביר היה להניח כי לא יחול כל שינוי בשיעור אחוזי הבנייה המותרים בבית המשותף, נוכח העובדה כי מספר בקשות להגדלת אחוזי הבנייה נדחו על-ידי הוועדה המקומית, בעקבות חריגה שכבר היתה קיימת, מאחוזי הבנייה המותרים כפי היו נכון לאותה עת.” (ראו פסקה 44 לפסק הדין).

נדמה כי גם המשיבים מודים שידעו כי בעת החתימה על החוזים נוצלו כל אחוזי הבנייה בבניין, כך למשל מציינים המשיבים בסעיף 97 לסיכומים בבית המשפט המחוזי:

”נוסח חוזה זה תואם את עדותו של המבקש [פרופ' שרון-מ.נ] לפיה מר קליין דיבר איתו על אפשרות של בנית דירה אחת, בחלק הגג של המבקש מס' 7, בהתאם לתקוותו כי בעירייה יאפשרו לו לחדוג קצת מאחוזי הבניה המותרים.”

ובהמשך בסעיף 101:

”מכל האמור לעיל עולה, כי המבקשים 1-2 [המשיבים 1-2 בערעור-מ.נ] חתמו על חוזה לפיו לכל היותר ירלון תוכל לבנות דירה אחת על חלק הגג שמעל דירת המבקש 7, בהתאם לתכנונה המקורי, שנמנע ממנה בשל ניצול יתר של זכויות הבניה. כפי שהעיד פרופ' שרון, מר קליין היה סבור כי יוכל להשיג היתר בניה מהעירייה להשלמת דירה נוספת מעל הגג של המבקש 7.” (סעיף 101 לסיכומי המשיבים בבית המשפט המחוזי).

אם באותה עת לא היו קיימות זכויות בנייה איך ניתן היה לקבל היתר בנייה ולבנות על הגג וקומת העמודים? אכן ויתור על זכויות בניה צריך שיעשה באופן מפורש (ראו [ע"א](#))

[5043/96 גלמן נ' הררי-רפול, פ"ד נד\(3\) 389 \(2000\)](#) ואכן המסקנה המתבקשת בבחינת אומד דעת הצדדים, כפי שעולה הן מהחוזים והן מהנסיבות החיצוניות (ראו [ע"א 4628/93](#) [מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום \(1991\) בע"מ, פ"ד מט\(2\) 265, 311 \(1995\)](#); [דנ"א 2045/05](#) ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, [פורסם בנבון], 11.5.2006)) מעלה כי בעת חתימת החוזים לא היו עוד זכויות בנייה. משכך ונוכח הסעיפים בחוזים המתירים לירלון באופן מפורש לפעול להשגת רישיון בנייה או לבנות בהתאם לרישיון בנייה, עולה כי המשיבים הסכימו כי החברה תפעל להשגת זכויות בנייה, שבלעדיהם הבנייה לא היתה אפשרית.

43. הנה כי כן, במישור החוזי, וכפי שקבע בית המשפט המחוזי, קיימת התחייבות תקפה המאפשרת למערער לבנות על הגג, התחייבות שמשמעותה היא גם בנסיבות העניין שהמערער יוכל לפעול להשגת זכויות בניה נוספות עבור עצמו. ואולם בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי התחייבות זו איננה ניתנת למימוש כיוון שלמערער לא היתה בבניין "דירה". על כן, גם דעתי היא שיש לדחות אותו חלק מן הערעור בו מבקש המערער לאפשר לו לקצור את פירותיה של תכנית בנין העיר. האם מכך מתחייב גם, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, שהמשיבים זכאים לקצור את פירותיה של אותה תכנית? על כך תשובתי שלי היא בשלילה.

אכן, אלמלא החוזים עם ירלון זכאים היו המשיבים לנצל את זכויות הבניה על הגג. השימוש במונחים "זכויות בנייה" או "אחוזי בנייה" מבטא "את אפשרות ניצול הקרקע לבנייה על פי תוכנית המתאר הרלוונטית" ([ע"א 7394/03](#) נכסי ר.א.ר.ד חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, רחובות פס' 14 (טרם פורסם, [פורסם בנבון], 6.12.2006)). על אפשרות ניצול הקרקע נאמר כי "היא אחד הנתונים הקובעים את פוטנציאל ניצול הקרקע ולכן גם את ערכה" (ראו [רע"א 2821/95 לוסטיג נ' מייזלס, פ"ד נ\(1\) 517, 527 \(1996\)](#)).

44. זכויות בנייה אינן מהוות חלק מהרכוש המשותף, כך למשל קבע השופט ברנזון ב-[ע"א 136/63 לווינהיים נ' שוורצמן, פ"ד יז 1723, 1726 \(1963\)](#) כי "הדיבור 'רכוש משותף' הוא מושג משפטי בעל משמעות מוגדרת בחוק ואחוזי בניה אינם כלולים בו. ברור איפוא כי אחוזי בניה בלתי מנוצלים אינם מהווים רכוש משותף..." (וראו גם [ע"א 432/83 מזרחי נ' חביב, פ"ד מ\(4\) 673, 680 \(1986\)](#); [ע"א 19/81 ביבי נ' הורברט, פ"ד לז\(2\) 497, 501](#)

(1983); [ע"א 10322/03 ישעיהו נ' שטרייכר, פ"ד נט\(6\)](#), 449, 461-459 (2005); מוטי בניאן **ובועז ברזילי** "זכויות בנייה וסחירותן- היבטים קנייניים ושמאיים" מקרקעין ב/2, 61, 62 וה"ש 4 (2003) (להלן: בניאן וברזילי); מוטי בניאן דיני מקרקעין-עקרונות והלכות 787 (2004) (להלן: בניאן)). ההגדרה של רכוש משותף לפי [חוק המקרקעין](#) מתייחסת לחלקים פיסיים בבית המשותף וזכויות בנייה אינן נכנסות תחת ההגדרה, כפי שנקבע בעניין ביבי:

"רכוש משותף מוגדר [בחוק המקרקעין](#): כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים בדירות, ולרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים וכן מיתקני הסקה או מים וכיוצא באלה... לפי הגדרה זו מתייחס הרכוש המשותף לחלקים פיסיים בבית המשותף. הזכות לקבל היתר בנייה איננה כלולה בהגדרת הרכוש המשותף." (דברי השופטת אבנור בעניין ביבי לעיל, בעמ' 503 (הדגשות הוספו-מ.נ)).

ובדומה מציין פרופ' מ' דויטש בספרו:

"ואכן, יקשה לכלול אחוזי בנייה תחת המושג 'רכוש משותף' בחוק. ההגדרה היא: 'כל חלקי הבית המשותף...', ובית משותף מוגדר כ'מבנה...'. חלקי הבית, אם-כן, הם חלקי המבנה, ועל-כן לפנינו מושג הכולל רק אובייקטים פיסיים ולא אובייקטים מופשטים, כגון אחוזי בנייה. ואכן הפסיקה קבעה, כי אחוזי בנייה הם נכס משותף, אך הם אינם 'רכוש משותף'." (דויטש לעיל, בעמ' 666).

נוכח הקביעה כי לא ניתן לכלול זכויות בנייה כחלק מהרכוש המשותף מתבקשת אף המסקנה כי לא ניתן להצמיד זכויות בנייה לדירה פלוניית בבית המשותף. וכפי שציין הנשיא ברק בעניין שטרייכר:

"נוטה אני לדעה כי אחוזי בנייה אינם נכס שיש לו קיום עצמאי, ולא ניתן לראות בהם 'רכוש משותף' הניתן להצמדה ליחידות דיור." (עניין שטרייכר לעיל, בעמ' 466).

באותה פרשה קבעה חברתי השופטת חיות:

"זכויות בנייה אינן חלק מחלקיו הפיזיים של הבית המשותף. זכויות הבנייה אינן 'דירה ואף לא 'רכוש משותף', כהגדרתם של מונחים אלה בסעיף 52 [לחוק המקרקעין](#). על-כן יש קושי להשתמש לגביהן בטרמינולוגיה של הצמדה." (עניין שטרייכר לעיל, בעמ' 467)

גם לגישתו של פרופ' י' ויסמן הצמדה של זכויות בנייה אינה אפשרית:

"הצמדה של אחוזי בניה לדירה כלשהי בבית משותף, בדומה להצמדה של חלקים מן הרכוש המשותף, אינה אפשרית. הסכמים שבהם מעניקים זכות לניצול אחוזי בניה אינם בגדר עסקה קניינית; אין הם עשויים להביא לשינויים בבעלות על אחוזי הבניה. הסכמים שכאלה עשויים להוליד זכויות שאופיין חוזי גרידא." (ויסמן לעיל, בעמ' 419; וראו גם בניאן לעיל, בעמ' 798).

גישה שונה ניתן למצוא בפסק דינו של השופט טירקל (בדעת מיעוט) בעניין שטרייכר שקבע לגבי זכויות בנייה כי "זכות שכזאת, כאשר היא שייכת לדירה מסוימת בבית משותף, יש מקום להגן עליה בדרך של הצמדתה לדירה ורישום ההצמדה." נראה כי עמדה זו נובעת מגישתו של השופט טירקל לפיה זכויות בנייה הן "נכס שהוא יותר מזכות חוזית גרדא, ואף-על-פי שזכות זאת אינה עולה כדי זכות קניינית ממש, לכל דבר ועניין, היא קרובה אליה." (לגישה לפיה הזכות לבנייה היא זכות קניינית, הנגזרת מן הבעלות, ובבית משותף היא נלווית לכל דירה ודירה, ראו תאודור [אורין](#) "אחוזי בניה'- זכות קניינית?" הפרקליט לב 526 (1978)). הסוגיה בדבר מהותן של זכויות בנייה בהיבט הקנייני טרם הוכרעה (ראו עניין ד.א.ד. לעיל, פס' 15 והאסמכתאות שם; עניין ביבי, לעיל; בניאן [וברזילי](#) לעיל, בעמ' 61, 63). כפי שנראה גם המקרה שלפנינו אינו מחייב הכרעה בסוגיה.

45. חרף העובדה לפיה "אחוזי בנייה" או "זכויות בנייה" אינם מהווים חלק מהרכוש המשותף נקבע כי מדובר בנכס בעל ערך כלכלי (ראו עניין ביבי לעיל, בעמ' 501; עניין גלמן לעיל, בעמ' 393) הנמצא בבעלות משותפת של הדיירים בבית המשותף וכפי שציין הנשיא שמגר:

”זכויות הבנייה הינן נכס בבעלות משותפת, אף-על-פי שאינו חלק מן הרכוש המשותף. הזכויות הללו נובעות מהבעלות בקרקע, וכיוון שהקרקע עליה ניצב בית משותף שייכת במשותף לדיירים, אף זכויות הבנייה עליה שייכות להם במשותף...” (עניין מזרחי לעיל, בעמ' 680; וראו גם עניין גלמן לעיל, בעמ' 393).

לפיכך, נמצא כי זכויות בנייה אינן מהוות איפוא חלק מהרכוש המשותף ואינן יכולות להיות מוצמדות לדירות בבית המשותף. מדובר בנכס הנמצא בבעלות משותפת של בעלי הדירות בבית המשותף אלא שבענייננו המשיבים אינם יכולים להשתמש בו נוכח ויתורם על האפשרות העתידית לבנות לטובת המערער.

46. בשנים האחרונות, ושנים רבות אחרי העסקאות נשוא הדיון, התפתחה “פרקטיקה” של ניווד זכויות בנייה, פרקטיקה המעוררת שאלות שונות (על התפתחות הפרקטיקה של ניווד זכויות בישראל ראו למשל: [עע”ם 3030/03 לב נ’ הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, באר שבע, פ”ד נט \(1\) 851 \(2004\)](#)); עניין T.ר.א.ר לעיל. על הפרקטיקה של ניווד זכויות בארצות הברית-Transferable Development Rights (TDR) ראו ויטמן לעיל, בעמ' 417-416; עניין T.ר.א.ר לעיל, פס' 15-16; דפנה לוינסון-זמיר “היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיצוי הראויים וזכויות בנייה עבירות” (TDR) משפטים לא 11, 67 (תש”ס). אחת השאלות המתעוררות היא האם ניתן “לנייד” זכויות בנייה למי שאינו בעלים בקרקע. אכן, לו היינו קובעים כי זכויות הבנייה הועברו ממש למערער היה מקום להכריע בשאלה אך בענייננו איננו נדרשים לכך. זאת מאחר שאיני סבורה כי ניתן לייחס לצדדים שלפנינו שימוש בפרקטיקה שהתפתחה כעבור שנים רבות. אכן, כפי שבואר, הצדדים לא התכוונו להשאיר בידי ירלון אחוזי בנייה המנותקים מבעלות ב”דירה”. יש לפרש את החוזים וכוונת הצדדים על פי האווירה המשפטית ששררה בעת עריכתם.

47. הנה כי כן, אלמלא החוזים עם ירלון היו המשיבים יכולים לממש את זכויות הבניה שנוספו. ואולם, החוזים, שהם על פי קביעת בית המשפט המחוזי תקפים, וקביעה זו ראויה לאישור, חלים גם על זכויות עתידיות. קרי בענייננו המשיבים שויתרו לטובת המערער על האפשרות העתידית לבנות לא יכולו לממש את מה שהושג באמצעות התכנית שיזמה הגב' קליין, או כל תכנית אחרת ששיגו המשיבים. מהו השילוב בין שתי קביעות אלה? לדעתי נוצר בין הצדדים “מאזן אימה”, ואיש אינו יכול לבנות: המשיבים – משום שויתרו לטובת

המערער על אפשרות זו; המערער – משום שהאפשרות לבנות, כפי שקבע בית המשפט המחוזי אינה ניתנת למימוש בהעדר "דירה" או "תא" אליהם יוצמד הגג. פתרון זה שונה מהפתרון בו נקט בית המשפט המחוזי לפיו המשיבים זכאים לבנות: הפתרון בו נקט בית המשפט אכן מעשיר את המשיבים ללא הצדקה. יתכן והמשיבים או חליפיהם לא יבקשו לבנות, כפי שהם מצהירים כיום, ובנסיבות אלה לא תהייה חשיבות מעשית לאותו "מאזן אימה". מאידך אם המשיבים יבקשו לבנות, הם לא יוכלו לעשות כן ללא הסכמת המערער (או חליפיו). יתכן ובבוא היום, אם לא לאלתר, יאלץ "מאזן האימה" את הצדדים להגיע ביניהם להסדר כלכלי.

48. לא מן המותר להעיר כי אין אני קובעת דבר וחצי דבר בעניין תוקפה של התכנית. נושא זה תלוי ועומד כאמור בבית המשפט לענינים מנהליים.

49. אשר על כן הייתי דוחה את הערעור, אך בכפוף לכך שיש לבטל את הקביעה לפיה המשיבים יכולים לבנות על הגג ולקבוע חלף קביעה זו כי המשיבים (או חליפיהם) לא יוכלו לנצל זכויות בניה על הגג בלא הסכמת המערער (או חליפיו). ניתן יהיה לרשום את פסק הדין בלשכת רישום המקרקעין. נוכח התוצאה אליה הגעתי יבוטלו ההוצאות שהוטלו על המערער בבית המשפט המחוזי וכל צד יישא בהוצאותיו, לרבות בערעור.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

1. חוות דעתה המקיפה והמפורטת של חברתי השופטת מ' נאור מקובלת עלי ברובה הגדול, להוציא עניין אחד הנוגע למהותה והיקפה של ההתחייבות אשר נותרה בידי המערער ומכאן גם התוצאה השונה אליה הגעתי, כפי שיבואר להלן. אכן, מקובלת עלי המסקנה לפיה, כקביעת בית המשפט המחוזי, לא ניתן לראות בחלקה 17/1 מבחינת חזותה ומבחינת ייעודה יחידה עצמאית ונפרדת הניתנת לסיווג כ"דירה" על פי הגדרתו של מונח זה בסעיף 52 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין). יחידה זו איננה אלא חלק מגרם המדרגות השייך לרכוש המשותף בבניין וכך יש לסווגה. עוד מקובלת עלי עמדת חברתי כי משקבענו שהיחידה 17/1 היא לאמיתו של דבר רכוש משותף ולא ניתן

היה לכתחילה לרושמה כדירה, לא תועיל למערער הוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין משום שעקרון הקונקלוסיביות של המרשם אין בכוחו ליצור זכויות קנייניות חדשות במקרקעין יש מאין לגבי חלקה שלא קיימת במציאות. כך גם הטענות בדבר השתק ובדבר חוסר תום לב שייחס המערער למשיבים אינן יכולות להקים לו זכות קניינית במקרקעין שאינה קיימת בדין. כפועל יוצא מן האמור לעיל אין מנוס מן המסקנה הנוספת אליה הגיע בית משפט קמא ואותה אימצה חברתי ולפיה אין תוקף להצמדת הגג וקומת העמודים אל חלקה 17/1, משום שלא ניתן להצמיד רכוש משותף לרכוש משותף.

2. השאלה הבאה אליה נדרשה חברתי היא השאלה מה משמעות ניתן לייחס, אם בכלל, להסכמתם של הדיירים בחוזים עם ירלון להוציא מגדר הרכוש המשותף את הגג ואת קומת העמודים ולאפשר לירלון לבנות על הגג. בית המשפט המחוזי סבר כי מדובר בהתחייבויות חוזיות תקפות שלא עברו מן העולם אך קבע כי לא ניתן לממשן בנסיבות שנוצרו. עוד סבר בית המשפט המחוזי כי ויתור הדיירים על זכויות הבניה לטובת ירלון אינו מתייחס לזכויות בניה עתידיות העשויות להיווצר בבניין. חברתי השופטת נאור סבורה אף היא כי במישור החוזי קיימת בידי המערער התחייבות תקפה לבניה על הגג שאינה ניתנת למימוש בנסיבות שנוצרו, אך בניגוד לבית המשפט המחוזי סוברת חברתי כי מנוסח החוזים הרלבנטיים ומאומד דעת הצדדים כפי שהוא עולה מן החוזים ומן הנסיבות נובעת המסקנה שהסכמת הדיירים לאפשר לירלון לפעול להשגת זכויות בניה משמעותה ויתור גם על זכויות בניה עתידיות. עמדת חברתי בעניין תוקפן של ההתחייבויות שנטלו על עצמם הדיירים ובעניין היקף הויתור על זכויות הבניה הכולל גם זכויות בניה עתידיות, מקובלת עלי אף היא. לעומת זאת באשר למשמעויות הנוספות הנובעות ממסקנות אלה באשר להיקף הזכויות שאוחז המערער, דעתי שונה.

3. חברתי השופטת נאור עומדת בפסקה 46 לפסק דינה על הפרקטיקה של ניוד זכויות בניה שהתפתחה בשנים האחרונות ומציינת כי פרקטיקה זו שהתפתחה שנים רבות אחרי העסקאות נשוא הדיון בענייננו, מעוררת שאלות שונות ובהן השאלה האם ניתן "לנייד" זכויות בניה למי שאינו בעלים בקרקע. לגישתה שאלה זו אינה צריכה הכרעה במקרה דנן מן הנימוק שלא ניתן לדעתה לייחס לצדדים שבפנינו שימוש בפרקטיקה זו ולדידה יש לפרש את החוזים ואת כוונת הצדדים "על פי האווירה המשפטית ששררה בעת עריכתם". פירוש כזה מחייב לדעת חברתי את המסקנה כי הצדדים לא התכוונו להשאיר בידי ירלון

אחוזי בניה המנותקים מבעלות ב"דירה". נוכח מסקנה זו מוסיפה חברתי ובוחנת מה משמעות יש ליתן להתחייבויות התקפות הקיימות בין הצדדים במישור החוזי ולדעתה כל כוחה של התחייבות זו אינו אלא נגטיבי, דהיינו בשלילת זכותו של הצד האחר לבנות במקום וכלשונה:

לדעתי נוצר בין הצדדים "מאזן אימה", ואיש אינו יכול לבנות: המשיבים – משום שויתרו לטובת המערער על אפשרות זו; המערער – משום שהאפשרות לבנות, כפי שקבע בית המשפט המחוזי אינה ניתנת למימוש בהעדר "דירה" או "תא" אליהם יוצמד הגג. פתרון זה שונה מהפתרון בו נקט בית המשפט המחוזי לפיו המשיבים זכאים לבנות: הפתרון בו נקט בית המשפט אכן מעשיר את המשיבים ללא הצדקה. יתכן והמשיבים וחליפיהם לא יבקשו לבנות, כפי שהם מצהירים כיום, ובנסיבות אלה לא תהייה חשיבות מעשית לאותו "מאזן אימה". מאידך אם המשיבים יבקשו לבנות, הם לא יוכלו לעשות כן ללא הסכמת המערער (או חליפיו). יתכן ובבוא היום, אם לא לאלתר, יאלץ "מאזן האימה" את הצדדים להגיע ביניהם להסדר כלכלי.

4. דעתי כאמור שונה. התחייבותם המקורית של המשיבים בחוזים עם ירלון הייתה כי הגג וקומת העמודים יוצאו מגדר הרכוש המשותף ויוצמדו לחלקה 17/1. עוד הסכימו המשיבים כי ירלון תוכל לבנות על הגג ובקומת העמודים תוך ניצול זכויות בניה עתידיות אם תהיינה כאלה (באחד החוזים הוסף התנאי כי המבנה על הגג ישמש למגורים). משקבענו שהצמדת הגג וקומת העמודים לחלקה 17/1 אינה יכולה לעמוד ומשכך אין המערער יכול לממש את זכות הבניה בשטחים אלה, ומשקבענו עוד כי במצב דברים זה קיימת התחייבות חוזית בת תוקף שאינה ניתנת למימוש כלשונה, נשאלת השאלה האם חסימת המשיבים מזה והמערער מזה מלממש באופן כלשהו את זכויות הבניה העתידיות בבניין, כגישת חברתי, מגשימה במידת הקרבה הרבה ביותר את אומד דעת הצדדים ואת תכליתה של ההתחייבות המקורית, ככל שזו נותרה בת תוקף. דוקטרינת הביצוע בקירוב (cy près) אשר פותחה במשפט המקובל האנגלי אומצה בפסיקתו של בית משפט זה קודם לחקיקה הישראלית בתחום דיני החוזים (ראו: [ע"א 79/49 פרנט נ' יהודאי, פ"ד ד 375](#), 387 (1950); [ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ\(3\) 169](#), 198-199 (1986) (להלן: עניין עמיתי מלון ירושלים)), אך לא מצאה את מקומה בהוראות [חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#), תשל"א-1970 [וחוק החוזים \(חלק כללי\)](#), תשל"ג-1973 (להלן: [חוק החוזים \(חלק כללי\)](#)). יחד עם זאת, נראה כי הרציונאלים שביסוד דוקטרינת הקיום בקירוב עולים בקנה אחד עם הרציונאלים שביסוד עקרון תום הלב שהוכר בדין הישראלי

כעקרון- על החולש, בין היתר, על האופן שבו יש לקיים חיובים ולממש זכויות על פי חוזה כהוראת [סעיף 39 לחוק החוזים](#) (חלק כללי). משכך נראה כי אין מניעה להוסיף ולהחיל גם כיום את רוחה ואת הגיונה של תורת הביצוע בקירוב מכוח עקרון תום הלב (ראו: עניין עמיתי מלון ירושלים, 199; [ע"א 216/80 בוואר נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח \(2\) 561](#), 569-567 (1984); גבריאלה [שלו דיני חוזים](#) 537-536 (מהדורה שנייה, תשנ"ה); אהרן [ברק פרשנות במשפט כרך](#) רביעי - פרשנות החוזה 482-481 (2001)). הרעיון העיקרי שביסוד דוקטרינה זו הוא כי יש לחתור, ככל הניתן, לקיום החוזה ולהגשמת המטרה העומדת ביסודו, גם אם מתברר בהגיע שעת ביצועו כי אין אפשרות לקיימו ככתבו וכלשונו. דוקטרינת הביצוע בקירוב, כמו גם עיקרון תום הלב, מאפשרים לבית המשפט במקרה כזה לערוך שינויים מסוימים בדרכי ביצועו של החוזה על מנת לקיימו ובלבד שבית המשפט יפעל בעניין זה בזהירות המתבקשת על מנת שלא ימצא עצמו עורך חוזה חדש בין הצדדים שתנאיו משנים מן היסוד את אופיו של החוזה המקורי.

5. עיון בחוזה המכר שנקשרו בין המשיבים ובין ירלון מעלה כי אחת ההסכמות המהותיות שעמדו ביסוד אותם החוזים הייתה ההסכמה שזכויות הבניה שניתן יהיה לנצל בעתיד בגג הבניין (לצרכי מגורים) או בקומת העמודים (לצרכי מחסנים) יותרו בידי ירלון. חוזה המכר ייחדו לסוגיה זו מספר סעיפים ומהם ניתן ללמוד כי במסגרת עסקאות המכר וכחלק בלתי נפרד מהן הסכימו המשיבים לוותר לטובת ירלון על זכויות הבניה. עוד עולה מחוזה המכר כי לירלון לא היה עניין בהוצאת הגג וקומת העמודים כשלעצמם מגדר הרכוש המשותף ובהצמדתם ליחידה 17/1 (הצמדה שהתבררה בדיעבד כחסרת תוקף), ללא קבלת האפשרות לנצל באותם השטחים זכויות בניה עתידיות. זאת ניתן ללמוד מן ההסכמה שניתנה על-ידי ירלון לרוכשי היחידות בבניין לעשות שימוש בגג וקומת העמודים בתקופת הביניים עד שתחל הבניה בהם. תניות נוספות המלמדות על כך שהדגש בכל הנוגע להוצאת שטחים אלה מגדר הרכוש המשותף הושם על ניצול של זכויות הבניה העתידיות בבניין, הן התניות הקובעות כי חתימת הקונה על ההסכם תיחשב גם כחתימתו על כל בקשה או תעודה הדרושה לשם השגת רישיון בניה בקשר לגג ולקומת העמודים (החוזים עם המשיבים 1-2, 5-6). הוא הדין בתניות שנקבעו בהסכם המיוחד בין בעלי היחידות בבניין לבין עצמם ובתוספת לאותו הסכם המהווים חלק מצו רישום הבית בפנקס הבתים המשותפים, שם נקבע בין היתר בסעיף 4 כי:

בעלי יחידה 17/1 יהיו רשאים, בכל עת, לבנות ולהקים מבנים כראות עיניהם, על הגג המסומן באות "א" ובכל חלק הימנו ובלבד שמבנים אלה יהיו מיועדים למטרת מגורים בלבד, וכן הם יהיו רשאים לבנות ולהקים בשטח שבקומה א' המסומן באות ג' והצבוע בצבע כחול, מבנים כראות עיניהם ובלבד ומבנים אלה ישמשו למגורים או מחסנים לדיירי הבנין וביחס למחסנים יותנה במפורש עם רוכשיהם שלא ישמשו למטרות עסק או מסחר. בעלי יחידה מס' 17/1 יוכלו להשתמש בזכויותיהם כאמור בסעיף זה מבלי להזדקק להסכמת בעלי היחידות האחרות בנין, כלום או מקצתם.

ובסעיף 5 נקבע כי:

בעלי היחידה מספר 17/1 יהיו רשאים למכור ו/או להעביר את החלקים הצמודים ליחידה זו לאחר ו/או לאחרים ואף קונים כאלה יהיו רשאים לבנות ולהקים, וכן להעביר לאחרים והוראות סעיף 4 דלעיל יחולו עליהם.

בהינתן כל אלה ובניגוד לעמדת חברתי הסבורה כי הצדדים לא התכוונו להשאיר בידי ירלון אחוזי בניה המנותקים מבעלות ב"דירה", נראה לי כי המטרה העיקרית שביקשו הצדדים להגשים היא הותרת זכויות הבניה הפוטנציאליות לעתיד לבוא בידי ירלון. לשם כך ויתרו רוכשי הדירות על זכויות אלה בשורה של התחייבויות ותניות כמפורט לעיל ואילו הצמדת הגג וקומת העמודים ליחידה בת 2 מ"ר (17/1) שירלון נרשמה כבעליה (ובדיעבד התברר כי היא חלק מגרם המדרגות ואינה עונה להגדרת "דירה"), לא הייתה אלא המנגנון המשפטי (או ה"קולב המשפטי" כלשון חברתי) אשר באמצעותו ביקשו הצדדים להוציא כוונה זו מן הכוח אל הפועל. משכך אני סבורה כי בעלותה של ירלון ב"דירה" 17/1 הייתה בהקשר זה בבחינת הטפל ההולך אחר העיקר. עוד אני סבורה כי משהתברר שהמערער, כחליפה של ירלון, לא יוכל לממש את זכויות הבניה שהתכוונו הצדדים להעביר לירלון במסלול המקורי שנקבע בחוזים ובצו רישום הבית כבית משותף (דהיינו באמצעות המנגנון המשפטי של הצמדת הגג וקומת העמודים ליחידה 17/1), מן הראוי לאפשר למערער לממש את זכויות הבניה במנותק מן הבעלות ביחידה 17/1 (שאינה אפשרית) ומן ההצמדה לאותה יחידה (שהפכה אף היא בלתי אפשרית בנסיבות העניין). בכך להבנתי תוגשם על דרך של ביצוע בקירוב מטרתן העיקרית של התחייבויות המשיבים כלפי ירלון.

6. חברתי השופטת נאור מציינת בפסק דינה כי זכויות בניה הן על פי טיבן נכס המצוי בבעלות משותפת של כל בעלי הדירות בבית המשותף (לגישה זו ראו: [ע"א 432/83 מזרחי נ' חביב, פ"ד מ\(4\) 673, 680 \(1986\)](#) (להלן: עניין מזרחי); [ע"א 5043/96 גלמן נ' הררי-רפול, פ"ד נד\(3\) 389, 393 \(2000\)](#); מיגל דויטש קניין כרך א 665 (1997). כן ראו חוות דעתו של השופט י' טירקל בע"א [10322/03 ישעיהו נ' שטרייכר, פ"ד נט\(6\) 449, 460-459 \(2005\)](#) (להלן: עניין שטרייכר)). אך גם בלא לאמץ את הגישה הגורסת כי זכויות בניה הן נכס שיש לו קיום עצמאי (ראו הנשיא (בדימ') א' ברק בעניין שטרייכר, 466; ולמורכבותה של שאלת מהותן וטיבן של זכויות הבניה ראו חוות דעתי בעניין שטרייכר, 467-468 וכן ראו [ע"א 7394/03 נכסי ד.א.ד. חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח רחובות, פסקה 15 \(טרם פורסם, \[פורסם בנבו\], 6.12.2006\)](#)), נראה כי אין חולק שזכויות בניה יכולות להיות מושא להסכמות חוזיות בדבר ניצולן. כך, הכיר בית משפט זה בעבר באפשרות להעביר זכויות בניה בלתי מנוצלות מדירה לדירה בבית משותף במסגרת הסכם בין בעלי הדירות (ראו: [ע"א 19/81 ביבי נ' הוברט, פ"ד לז\(2\) 497, 501-502 \(1983\)](#) (להלן: עניין ביבי); עניין מזרחי, 680. כן ראו: [ע"א 239/79 גלבורט נ' הממונה על המרשם, פ"ד לד\(2\) 807, 811-812 \(1980\)](#); יהושע [ויסמן דיני קניין-בעלות ושיתוף 415, 418 \(1997\)](#) (להלן: ויסמן, דיני קניין)). עוד נקבע בעניין מזרחי כי:

כאשר הסכים המשיב, שהמערער יבנה על הגג, הסכים לאפשר למערער להשתמש באחוזי הבנייה של הבניין. הסכמה כזו לבנייה, שניתנה מראש, די בה, ואין צורך בהסכמה נוספת (עניין מזרחי, 680).

דומני כי דברים אלה יפים הם וניתנים ליישום בענייננו. כפי שכבר צוין, הסכימו הדיירים לוותר על זכויות הבניה העתידיות שלהם לטובתה של ירלון ונתנו את הסכמתם לביצוע בניה על הגג ובקומת העמודים. הסכמה זו אף מצאה ביטוי פומבי בצו רישום הבית המשותף, במסגרת "ההסכם המיוחד". להשקפתי וכפי שכבר צוין התחייבות זו היא לזו ההסכמה ואילו המנגנון המשפטי שנקבע לצורך ביצועה (הצמדת הגג וקומת העמודים ליחידה 17/1) והתברר כבלתי ישים, אינו אלא הטפל ההולך אחר העיקר. משכך ועל מנת לקיים את כוונתם הצדדים ולו בקירוב נראה לי כי יש ליתן משמעות פוזיטיבית למוסכם בין הצדדים ולא משמעות נגטיבית בלבד כגישת חברתי. במילים אחרות יש לאפשר למערער לבנות על הגג ובקומת העמודים מכוח הסכמת הדיירים, הגם ששטחים אלה

מהווים חלק מן הרכוש המשותף. ביצוע ההסכם בדרך זו אינו שונה בעיני במהותו מהתקשרות עם קבלן המקבל, בהסכמת הדיירים, היתר לבנות ברכוש המשותף תוך קבלת זכויות בתוספת שתיבנה (וראו גם ויטמן, דיני קניין, 418 – 419 (1997)). ויודגש - הפתרון המוצע אינו מייחס לצדדים כוונה לבצע עסקה של "ניוד" זכויות בניה (ממנו הסתייגה חברתי לצורך זה באומרה כי מדובר בפרקטיקה שהתפתחה שנים רבות לאחר ההתקשרות שבענייננו). זאת משום שמדובר במתן אפשרות לניצול זכויות בניה באותם מקרקעין עצמם ולא ב"ניתוק" זכויות בניה ממקרקעין אלה וניודן למקרקעין אחרים.

אשר על כן, לו נשמעה דעתי, היה הערעור מתקבל והיינו קובעים כי המערער רשאי לבנות על הגג ובקומת העמודים לפי תוכנית מאושרת כדין ובהתאם למוסכם, בלא להביע כמובן דעה בשאלת תוקפה של התוכנית הנקודתית שיזמה הגב' קליין, התלויה ועומדת בפני בית המשפט לעניינים מנהליים. כמו כן אציע לבטל את ההוצאות שהוטלו על המערער בבית המשפט המחוזי ולחייב את המשיבים ביחד ולחוד לשלם למערער שכר טרחת עורך דין בערעור בסך 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניט:

1. חברותי, השופטות מ' נאור וא' חיות, הולכות כברת דרך ארוכה יחדיו, אלא שבשלב מסויים דרכיהן נפרדות. לאחר שעיינתי בחוות הדעת שלהן החלטתי להצטרף בקצהו האחרון והקריטי של המסע לדרכה של חברתי א' חיות.

2. התוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת מ' נאור אינה צודקת, כפי שהיא עצמה מודה בכך. המשיבים כולם ויתרו ללא סייג על זכויות בנייה עתידיות בבניין בו רכשו הם דירות, וכן הסכימו כי ירלון תיבנה תוספת בנייה על הגג ובקומת העמודים. והנה, אם מתקבלת גישתה של השופטת נאור, נהנים הם מן ההפקר. ברור, כי אם בשלב כלשהו יסכימו המשיבים לבנייה על הגג ובקומת העמודים, הם יתנו הסכמתם בתשלום כספי או בקבלתה של טובת הנאה בעלת ערך כספי. משמע, חרף הסכמתם החוזית המוקדמת יאלץ

מי שבא בנעליה של ירלון לשלם תמורה נוספת, אף שתמורה מלאה ניתנה במסגרתם של החוזים המקוריים בין ירלון לרוכשי הדירות. אכן, קיימת אפשרות שהמשיבים (או חליפיהם) לא יתנו הסכמתם בתמורה כלשהי. תוצאה כזו מביאה למעשה לאיוןן של ההתחייבויות שנטלו על עצמם המשיבים.

איני מוצא טעם ראוי לתוצאות כאמור, של הקטנת הערך הכספי של "הנכס" שהיה בידי ירלון או לתוצאה היותר קשה של מחיקת ערכו של "הנכס". וזאת יש לזכור, וכפי שמצינת חברתי השופטת חיות, כאשר העיקר הן זכויות הבניה ואילו הטפל הוא חלקה 17/1, אשר כפי שנתברר בדיעבד אינה בגדר "דירה", כדרישת החוק. אילו היה מדובר בהתחייבויות בלתי חוקיות בנוגע לבנייה ולזכויות בנייה עתידיות או בפגיעה בתקנת הציבור, אפשר שלא היה מנוס מן התוצאה אליה הגיעה השופטת נאור. אולם, משאין זה המצב, יש להעדיף תוצאה הנותנת את מלוא המשקל להסכמות החוזיות בין המשיבים לירלון.

3. על כן, מסכים אני כי יש לקבל את הערעור כמוצע על ידי השופטת חיות.

ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ז' באלול תשס"ט (27.8.2009).

א' גרוניס 11965/05-54678313

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 05119650_C08.doc עע
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן