

א

צודלר בתיה ו-18 אח'

נגד

1. שרה יוסף

2. רונן יוסף

ב

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים

[5.12.94]

ג

לפני המשנה לנשיא א' ברק והשופטים מ' חשין, ד' דורנר

ד

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259, סעיפים 2, 10, 14, 52, 54, 56(א), 60, 60(א), 60(ה), 62, 72(ב), 77, 77(א), 77(ג), 146, 147, פרק ו' סימן ד', התוספת סעיפים 2, 4, 8, 12 - חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198, סעיפים 37(ג), 51(א)(3) - חוק בתים משותפים, תשי"ג-1952, ס"ח 6, סעיף 51 - חוק בתים משותפים [נוסח משולב], תשכ"א-1961, ס"ח 201, סעיף 77 - הצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד-1964, ה"ח 178, סעיף 102 - חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיף 3 - פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, נ"ח 764, סעיפים 233, 236, 333 - חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, סעיפים 39, 61(ב).

ה

המתדיינים היו בעלי כל היחידות בבית משותף, שנהרס מטיל סקאד עיראקי במלחמת המפרץ. אותו טיל הרס 6 בניינים נוספים. רשויות מס רכוש הציעו לבעלי הדירות והעסקים פיצוי קבוע בחוק, אך פיצוי זה לא היה בו די כדי לאפשר בניית היחידות המקוריות. כדי לעזור לתושביה הנפגעים, הכינה עיריית רמת-גן תכנית כוללת לפתרון המצוקה. עיקרי התכנית: בניית בניינים חדשים במיתחם שנהרס, על דרך שכל אחד מבעלי הדירות הנפגעים יזכה ביחידת דיור חדשה, שגודלה ככפל גודלה של היחידה המקורית. למיתחם שנהרס הוכנה תכנית בנייה מקיפה אשר כללה הסדרי תנועה, חניה, הסדרי בטיחות ושירותים קהילתיים, הכול כדרישת דיני התכנון והבנייה התקפים כיום. בעלי יחידות הדיור שנהרסו לא נדרשו להוסיף כל תשלום בעבור קבלת היחידות החדשות והמרווחות; הייתה זו העירייה אשר נטלה על עצמה את כל ההוצאות. כל אשר נדרשו בעלי הדירות לעשות לא היה אלא שימחו את זכויותיהם לקבלת פיצויים מרשויות מס רכוש בעיריית רמת-גן. העירייה אף נטלה על עצמה להוציא מכרו ליזמים שיציעו עצמם לבנות את המיתחם מחדש, בתמורה שתשלם להם העירייה. תמורה זו הורכבה בחלקה מסכומי הפיצויים שהיו אמורים להתקבל מרשויות מס רכוש, ובחלקה מהגדלת אחווי הבנייה בחלקות שעליהן ניצבו הבתים ההרוסים. הגדלת אחווי הבנייה איפשרה ליזמים לבנות במיתחם דירות נוספות, והם היו רשאים למוכרן בשוק החופשי. רוב בעלי היחידות שנהרסו - 57 מתוך 61 - הסכימו לתכנית. בבית הנדון 11 מבעלי היחידות הגיעו לכלל הסכם עם העירייה וביקשו לשקם את הבית על-פי

ז

התכנית האמורה, ואילו שניים לא הגיעו לכלל הסכם עם העירייה וסירבו לתכנית השיקום. המשקמים פנו אל המפקח וביקשו אותו כי יפעיל את סמכותו על-פי סעיף 60 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. המפקח קיבל את בקשת המשקמים. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעורם של המשיבים. מכאן הבקשה לרשות ערעור, שנדונה כערעור, ונסבה על השאלות אם היה בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בערעור במושב של שופט אחד ואם הביטוי "להקים את הבית המשותף" בסעיף 60 לחוק המקרקעין פירושו הוא רק בניית הבית כמתכונתו המדויקת של הבית שנהרס.

בית המשפט העליון מסק:

- א. (1) מכוח סעיף 77 לחוק המקרקעין, בערעור על החלטת המפקח לפי סעיף 72(ב) לחוק אמור בית המשפט המחוזי לדון בערעור במושב שלושה, ואילו בערעור על שאר החלטות תחול הוראת החוק הכללי. הוראה זו תימצא בסעיף 37(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ולפיה אמור בית המשפט המחוזי לדון בערעור בשופט אחד (555 א-ה).
- (2) במקרה דגן, החלטת המפקח ניתנה כסמכותו על-פי סעיף 60 לחוק, והיא ניתנת לערעור לפני בית המשפט המחוזי במושב של שופט אחד (555 ה-ז).
- ב. הביטוי "להקים את הבית מחדש" אינו כובל את הפרשן בשלשלאות אל מסגרתו המדויקת של הבית המקורי, אלא מחזיק הוא בציקלונז גם בית שאינו בן-דמותו המדויקת של הבית ההרוס. השאלה אינה אלא שאלה של מידה, על-פי רוחו של ההסדר (560 ז).
- ג. (1) זכות הקניין הינה מן הזכויות בעלות העוצמה הרבה ביותר, והרי היא מעין זכות יסוד טבעית שהטילה עוגן במיתחם החוקתי אף הוא (562 א).
- (2) גם אם הקניין שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מתפרס אף על זכויות שאינן זכויות קניין במובן הקלאסי, הנה בזכויות קניין קלאסיות ודאי שהוא תופס (562 ב).
- (3) זכות הקניין משמיעה, כעיקרון, זכותו של אדם לעשות, או שלא לעשות, בקניינו, כרצונו; הכול למגבלות שהדין הקוגנטי קובע (562 ב-ג).
- ד. (1) הבית המשותף הינו המצאה של המשפט המודרני, ומקורו בתנאים פיסיים וחברתיים של החברה המודרנית (562 ג).
- (2) מנקודת ראותו של משפט הקניין הקלאסי, הבית המשותף הינו מעין יצור כלאיים: ה"דירות" בבית המשותף מצויות בבעלות נפרדת, ובצדן ה"רכוש המשותף" מצוי בבעלות משותפת של כל הבעלים. הוראות השיתוף של הדין הכללי אינן חלות על הרכוש המשותף שבבית המשותף, והוראות פרק הבתים המשותפים שבחוק המקרקעין הן ייחודיות לבתים משותפים (562 ג-ד).
- (3) ההסדר שקבע הדין לבית המשותף מגביל את זכותם של בעלי הדירות לעשות גם ברכוש המשותף גם בדירות שבבעלותם, וגם בכך ניכרת ייחודיותו הנורמטיבית של הבית המשותף ושל ההסדרים החלים עליו (562 ד-ה).
- (4) הבית המשותף הינו מוסד *sui generis*, שיש בו גם מכאן וגם מכאן, ומסרב הוא בכל תוקף להסגיר עצמו בשלמות למשבצת זו או אחרת מן המשבצות המסורתיות של דיני הקניין. יתרה מזאת: הבית המשותף מסרב לשייך עצמו אך לדיני הקניין בלבד, והרי יש בו יסודות שמעבר לדיני הקניין. יסודות יוצרים אלה בבית המשותף - יסודות שהם מטה-קנייניים - כוללים, בין השאר, את תקנון הבית המשותף, את אספת הדיירים,

- הגבלות קנייניות ספציפיות החלות על בעלי הדירות בבית ועוד (562 ה-ז).
- א (5) הרוכש דירה בבית משותף - הוא הדין במי שדירה בבית משותף נפלה לבעלותו בדרך אחרת - מעלים עליו כי הסכים מראש לוותר על חלק מן האוטונומיה הקניינית הקנויה לו, וכמו הקנה חלק מזכויותיו למסגרת השיתופית המתמשכת והקבועה (562 ז-563 א).
- א (6) זכות הבעלות בדירות מוגבלת היא הבית המשותף, ואין היא כזכות הבעלות ה"קלאסית". בוודאי כך במקום שבית משותף נהרס (563 ב).
- ב (7) פירוש הביטוי "להקים את הבית מחדש" - כהוראתו בסעיף 60 לחוק המקרקעין - הוא התווייתו של מרחב נורמטיבי ספציפי לפעילות הקמתו של בית חדש, הענקת שיקולי דעת למשקמים בדרכם להקמת משכנם חדש (565 ג-ד).
- ג (8) אף שמדובר בזכות הקניין, הרי במערכת ייחודית כזו של הרס בית משותף מתעצם הגורם האישי (משכן לאדם) וגורר עמו, כמו מעצמו, את יסוד הסבירות. מנגנון הסבירות במשפט גועד לוויסות של חיים יחדיו; וכשם שכוהו עמו ביחסי קניין המשולבים ביחסים בין אנשים - כגון בעוולת המטרד שכוחה עמה אף לעניין הקניין ה"קלאסי" - כן יהיה בהקמתו מחדש של בית שנהרס, ואף על דרך של קל ותומר; הקמת הבית בידי המשקמים - ההקמה בתורת שכזו - משולבים בה יסודות קניין ויסודות אישיים של יחסי אנוש (567 ב-ד).
- ד (9) סעיף 60 לחוק המקרקעין מדבר אמנם במקום שבו "נהרס בית משותף.... מכל סיבה שהיא...", ואולם אין ספק שכוונת הדברים היא, בעיקרו, למקרים חריגים כמעשה שמים (רעידת אדמה) או מעשה ידי אדם שלישי (כמו טיל אויב), לרבות אדם שהוא בעלים בבניין. סעיף 60 לא גועד ליתן לגיטימציה מראש להריסה במתכוון של בית משותף בידיהם של מקצת הבעלים המשותפים והם תומכי שיקום. מובן הוא, כי להריסת בית מכוונת נדרשת הסכמת כל הבעלים (568 א).
- ה (1) פירוש של ביטוי או של תיבה בחוק, אין זה ראוי לו כי ייעשה אך על דרך החיוב בלבד, אלא על דרך בחינת החלופות אף הן. משתימצאנה לנו החלופות כולן, יש להעמידן זו בצד זו, ולשאול איזו מהן מקרבת עצמה להסדר הראוי ביותר שעל-פי הסברה ביקש המחוקק לקובעו (568 ד-ה).
- ו (2) במקום שבו תכנית השיקום משנה ממתכונתו של הבית שנהרס - ואפשר אף מחייבת היא את בעלי הדירות בהוצאות נוספות, ולו בגדרי הסבירות - השוואת ערך הזכויות של המתנגד לשיקום על-פי חלופת ההקמה לשווי זכויותיו שעל-פי חלופת אי ההקמה ופירוק השיתוף תהיה לעניין, במסגרת הכוללת של פריסת המושג "הקמת הבית מחדש" (569 ב-ג).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- א [1] ר"ע 587/83 ועד הבית ברחוב תנועת המרי 2, קרית אונו ואח' נ' ד' ירדני ואח', פ"ד לת (4) 487.
- [2] ע"א 666/72 נ' סדובסקי ואח' נ' שמע ואח', פ"ד כו (2) 219.
- [3] ד"ב 20/73 שמע נ' סדובסקי ואח', פ"ד כח (1) 730.

מקורות המשפט העברי שאווכרו:

[א] קהלת, ז, יח.

א בקשת רשות ערעור על פסק־דינו של בית המשפט המחוזי בתל־אביב־יפו (השופט מ' פורת) מיום 29.11.93 בע"א 833/93, שבו נתקבל ערעור על פסק־דינו של המפקח על רישום המקרקעין. הבקשה נדונה כערעור. הערעור נתקבל.

ב מ' גלוסקה, א' פוני - בשם המבקשים;

י' וייס - בשם המשיבים.

פסק־דין

ג השופט מ' חזין: סכסוך בין בעלי דירות בבית משותף שהיה ואיננו עוד. נושא הסכסוך: שיקומו של הבית לאחר שנהרס בפעולת אויב. מקצת בעלי הדירות מבקשים שיקום בדרך מסוימת, מקצת הדיירים מתנגדים לאותו שיקום, ועד לערכאות הגיעו. המפקח על רישום המקרקעין בתל־אביב, מר' י' דולמן (להלן נכנה אותו - המפקח), החליט לזכות בעלי הדירות שביקשו שיקום (החלטתו ת/101/92 מיום 6.5.93). בערעור נהפכה הקערה על פיה, ובית המשפט המחוזי, מפי כבוד השופט מ' פורת, זיכה את המתנגדים בדינם (פסק־דין שמיום 29.11.93 בע"א 833/93). על פסק־דין זה ביקשו הדיירים מבקשי הרישום רשות ערעור, והחלטנו לדון בבקשת הערעור כבערעור.

עיקרי העובדות שלעניין

ה 2. המתדיינים שלפנינו היו בעלי כל היחידות בבית משותף שהתנוסס על תלו ברחוב אבא הלל 39 ברמת־גן (חלקה 10 בגוש 6206). להלן נכנה אותו בית - הבית המקורי. באה מלחמת המפרץ, וטיל סקאד עיראקי אשר נשלח אל עבר ישראל בחודש ינואר 1991 פגע בבית המקורי והרסו. אותו טיל עצמו הרס 6 בניינים נוספים, וכך עלה בידו להשחית 61 יחידות מגורים ועסקים. רשויות מס רכוש הציעו לבעלי הדירות והעסקים פיצוי קבוע בחוק, אך פיצוי זה לא היה בו די כדי לאפשר בניית היחידות המקוריות, לא כל שכן שלא די היה בו להגדלתן של אותן יחידות או לשיפורן. משראתה כי רע, אמרה עיריית רמת־גן לעזור לתושביה הנפגעים, והכינה תכנית כוללת לפתרון המצוקה. עיקרי התכנית: בניית בניינים חדשים במיתחם שנהרס, על דרך שכל אחד מבעלי הדירות הנפגעים יזכה ביחידת דיור חדשה, יחידה שגודלה ככפל גודלה של היחידה המקורית. למיתחם שנהרס הוכנה תכנית בנייה מקיפה אשר כללה הסדרי תנועה, חניה, הסדרי בטיחות ושירותים קהילתיים, הכול כדרישת דיגי התכנון והבנייה התקפים כיום. בעלי יחידות הדיור שנהרסו לא נדרשו להוסיף כל תשלום בעבור קבלת היחידות החדשות והמרווחות; הייתה זו העירייה אשר נטלה על עצמה את כל ההוצאות, ובהן מסים עירוניים וכלליים. כל אשר נדרשו בעלי הדירות לעשות לא היה אלא שימחו את זכויותיהם לקבלת פיצויים מרשויות מס רכוש לעיריית רמת־גן. העירייה אף נטלה על עצמה להוציא מכרז ליזמים שיציעו עצמם לבנות

א את המיתחם מחדש, בתמורה שתשלם להם העירייה. תמורה זו הורכבה בחלקה מסכומי הפיצויים שהיו אמורים להתקבל מרשויות מס רכוש, ובחלקה מהגדלת אחוזי הבנייה בחלקות שעליהן ניצבו הבתים ההרוסים. הגדלת אחוזי הבנייה איפשרה ליוזמים לבנות במיתחם דירות נוספות - לאמור: נוספות על הדירות המרווחות שהתחייבו למסור לבעלים המקוריים - ובהתאם לתכנית הכוללת היו היוזמים רשאים למכור אותן דירות בשוק החופשי.

ב רוב בעלי היחידות שנהרסו - 57 מתוך 61 היחידות - הסכימו לתכנית העירייה, והגיעו עמה להסכם המאשר ביצועה. בעלי היחידות הנותרות לא הגיעו לכלל הסכם עם העירייה, ובין הארבעה שניים שלפנינו.

ג 3. מן המיתחם הכולל נקרב עתה מבטנו אל הבית המשותף שלפנינו. בבית המקורי היו 13 יחידות - בהן 10 דירות מגורים, שתי חנויות ומחסן - והבעלים של כלל היחידות נחלקו לשני מחנות יריבים: מעבר מזה ניצבו הבעלים של 11 יחידות - 9 דירות מגורים, חנות ומחסן - ומעבר מזה הבעלים של שתי יחידות הדיור הנותרות (דירת מגורים וחנות). בעוד שה-11 הגיעו לכלל הסכם עם העירייה וביקשו לשקם את הבית על-פי התכנית הכוללת (להלן נכנה אותם - המשקמים), הנה השניים הנותרים לא הגיעו לכלל הסכם עם העירייה, וסירבו לתכנית השיקום של הבית המקורי (להלן נכנה אותם - המתנגדים או המתנגדים לשיקום). אכן, גם שניים אלה - מתנגדי השיקום - זכו ביחידות דיור מרווחות משהיו להם בבית המקורי. הנה כי כן, דירות המגורים והחנויות שבבית המקורי היו גם ישנות - הן נבנו בסמוך לאחר קום המדינה - גם קטנות בשטחן; דירות המגורים היו בגוה 2-3 חדרים ושטחן מעט למעלה מ-50 מ"ר לדירה, ואילו החנות בבית המקורי הייתה בשטח של כ-20 מ"ר בלבד. כן לא היו במקום לא מקומות חניה ולא מקלטים. עתה, עם התכנית החדשה, היו אמורים המתנגדים (כמוהם כמשקמים) לזכות גם בבניין חדש גם ביחידות מרווחות: דירת ה-50 מ"ר צמחה והייתה לדירה בת 107 מ"ר, ואילו חנות ה-20 מ"ר הייתה לחנות בת כ-45 מ"ר. על כל אלה זכו הכול במרחב דירתי מוגן ובשטחי חניה.

ד משסירבו אותם שני דיירים לתכנית השיקום של העירייה, פנו המשקמים אל המפקח וביקשו אותו כי יפעיל את סמכותו האמורה בסעיף 60 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, כדי שיוכלו להמשיך בתכנית השיקום. המפקח קיבל את בקשת המשקמים, אך המתנגדים לשיקום ערערו על החלטתו לבית המשפט המחוזי, ובית המשפט הפך את החלטתו של המפקח על פיה. על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי הגישו המשקמים את בקשת הערעור שלפנינו. המשקמים הם אפוא המבקשים (המערערים) לפנינו, ואילו המתנגדים לשיקום הם המשיבים.

ט שאלה ראשונה והיא בנושא מותב בית המשפט המחוזי

4. עד שנגיע אל לבו של הסכסוך, שומה עלינו להידרש למכשול דיון שהעמיד על דרכנו באי-כוחם של המשקמים. כאמור לעיל, פסק-דינו של בית המשפט המחוזי ניתן במותב של שופט אחד. טוען באי-כוח המשקמים כי בית המשפט שפט בחוסר סמכות,

באשר המותב שעל-פי דין חייב היה להיות בן שלושה שופטים. למותר לומר שאם צודק בא-כוח המשקמים בטענתו, כי אז שומה עלינו - כחובה-על-פי-דין (*ex debito justitiae*) - לבטל את פסק-דינו של בית-משפט קמא, ולהחזיר את הדיון למושב של שלושה בלא להידרש כלל לחילוקי הדעות שנתגלעו לגופם של דברים. מה הוא אפוא דין ההרכב?

א

סימן ד' בפרק ו' לחוק המקרקעין (להלן נכנה אותו - החוק) עניינו הוא "יישוב סכסוכים בין בעלי הדירות" בבית משותף ("דירה", כאמור בסעיף 52 לחוק, כוללת יתירה שנועדה למגורים, לעסק או לכל צורך אחר), וכאמור בסעיף 77(א) ו-77(ג) לחוק, ניתנות החלטות המפקח לערעור לפני בית המשפט המחוזי:

ב

"ערעור 77. (א) כל צד לסכסוך הרואה עצמו נפגע על ידי החלטת המפקח רשאי, תוך תקופה שנקבעה בתקנות, לערער עליה לפני בית המשפט המחוזי שבאזור שיפוטו נמצא הבית המשותף.

ג

(ב)

(ג) בערעור על החלטת המפקח לפי סעיף 72(ב) ידון בית המשפט המחוזי בשלושה שופטים.

(ד)

ד

מכאן: בערעור על החלטת המפקח לפי סעיף 72(ב) לחוק אמור בית המשפט המחוזי לדון בערעור במושב שלושה, ואילו בערעור על שאר החלטות תחול הוראת החוק הכללי. הוראה זו תימצא לנו בסעיף 37(ג) לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ולפיה אמור בית המשפט המחוזי לדון בערעור בשופט אחד. ראה עוד והשווה ר"ע 587/83 ועד הבית ברחוב תנועת המרי 2, קרית אונו ואח' נגד ירדני ואח' [1], בעמ' 493, 496.

ה

ומה באשר לענייננו? החלטתו של המפקח ניתנה כסמכותו על-פי סעיף 60 לחוק, ודבר סעיף 60(ה) לחוק הוא כי:

"כל בקשה למפקח להשתמש בסמכות מסמכויותיו לפי סעיף זה, דינה כדין תביעה לפני המפקח לפי סימן ד'."

ו

סעיף 60(ה) מפנה אותנו אפוא אל מסלול התביעה והערעור האמור בסימן ד', קרי: סעיף 77 לחוק. החלטת המפקח בענייננו משתלבת, אם כן, בהחלטותיו הרגילות של המפקח - החלטות שהן "שאר ירקות" ביחס להחלטה המיוחדת שלפי סעיף 72(ב) - וממילא אמור בית המשפט המחוזי לשבת בערעור עליה במותב של שופט אחד.

ז

למעלה מן הצורך נוסיף ונאמר עוד זאת: הוראת סעיף 72(ב) לחוק - אותה הוראה שהחלטת המפקח לפיה ניתנת לערעור לפני בית המשפט המחוזי במושב של שלושה - קובעת וזו לשונה:

		72. (א)	"סמכות להכריע בסכסוכים
א		(ב) סכסוך בין בעלי הדירות בבית משותף בדבר הסגת גבול מצד בעל דירה לגבי דירה אחרת או לגבי הרכוש המשותף, רשאי התובע להביאו, לפי בחירתו, לפני בית משפט מוסמך או לפני המפקח.	
ב		והנה, לא זו בלבד שהחלטת המפקח בענייננו אינה באה כגדריה של הוראת סעיף 72(ב) כלשונה - ענייננו אין הוא לא בהסגת גבול בדירה ולא בהסגת גבול ברכוש המשותף - אלא שדבר המחוקק עשוי להסתבר מאליו: תביעה בגין הסגת גבול באה, על דרך הכלל, בגדרי סמכותו של בית-משפט השלום, כהוראת סעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]; בא החוק והעניק סמכות מקבילה למפקח לדון בתביעות של הסגת גבול בבית משותף. על כך מוסיף החוק וכמו אומר הוא לנו: ומה בית-משפט שלום המחליט בתביעה בגין הסגת גבול, החלטתו ניתנת לערעור לפני בית המשפט המחוזי במושב שלושה, כן יהיה דין החלטת המפקח במקום שיושב הוא לדין בנושא של הסגת גבול בבית משותף. למותר לומר שכל אלה אינם כלל לענייננו, לא בכלל לא בפרט.	
ג		כללם של דברים: בית המשפט המחוזי אמור היה לדון בערעור בשופט אחד, וההליך שלפניו היה אפוא הליך כדין.	
ד		משסילקנו מכשול דיון זה מעל דרכנו, נוכל להיפנות עתה לעיקרם של דברים.	
		שיקומו של בית שנהרס - סעיף 60 לחוק	
ה		5. ענייננו לגופו סב את פירושו של סעיף 60 לחוק, הקובע וזו לשונו:	
ו		60. (א) נהרס בית משותף, כולו או מקצתו, מכל סיבה שהיא, ובעלי הדירות ששלושה רבעים לפחות מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם (להלן - המשקמים) החליטו להקים את הבית מחדש או לתקנו, ישא כל בעל דירה בהוצאות הכרוכות בכך לגבי דירתו, ובעלי כל הדירות ישתתפו בהוצאות הכרוכות בכך לגבי הרכוש המשותף, כל אחד לפי החלק ברכוש המשותף הצמוד לדירתו.	"בית משותף שנהרס
ז		(ב) סירב בעל דירה להשתתף בהקמת הרכוש המשותף או תיקונו, רשאי המפקח, על פי בקשת המשקמים ולאחר שנוכח שאין אפשרות מעשית להקים את הבית המשותף לגבי יתר הדירות בלבד, לצוות על בעל הדירה להעביר, תוך המועד שקבע ושלא יפחת מששה חדשים, את זכותו בדירה לאדם אחר	

שיקבע בעל הדירה, ושיבוא במקומו בכל הנוגע לחובת ההקמה או התיקון.

(ג) לא העביר בעל הדירה את זכותו כאמור בסעיף קטן (ב), רשאי המפקח, על פי בקשת המשקמים, לצוות על העברת הזכות למי שהציעו המשקמים, ובאין הצעה מצידם - למי שקבע המפקח, ועל רישומה על שמו של אותו אדם לאחר שישולם לבעל הדירה, או יופקד בידי המפקח, שוויה של הזכות.

(ד) נתגלעו חילוקי דעות לגבי שווי הזכות, ייקבע השווי על ידי המפקח לפי בקשת המשקמים או בעל הדירה.

(ה) כל בקשה למפקח להשתמש בסמכות מסמכויותיו לפי סעיף זה, דינה כדין תביעה לפני המפקח לפי סימן ד'.

סעיף 60 לחוק עניינו בשיקום בית משותף שנהרס; בהליכים הנדרשים לקראת שיקומו של הבית; בהחלטות של רוב ומיעוט; ובהליכים להעברת זכויות המיעוט לצדדים שלישיים. ואלה עיקריו של סעיף 60, ככל שהדברים הם לענייננו עתה: ראשית לכול, הוראת החוק נסכה על בית משותף שנהרס, כולו או מקצתו. הבית נושא הדין נהרס כולו, וממילא אין צורך שנעסיק עצמנו בשאלה מה הוא בית שנהרס אך "מקצתו". הוא הדין בקביעה כי עניינו של החוק הוא בבית שנהרס "מכל סיבה שהיא", והרי בית שנהרס בטיל של אויב בוודאי בא הוא בגדרי החוק. שנית, בעלי דירות ששלושה רבעים לפחות מהרכוש המשותף מצויי בבעלותם החליטו "להקים את הבית מחדש או לתקנו". אין חולקים כי נתקיים תנאי שלושה הרבעים - בענייננו הסכימו להחלטה הבעלים של למעלה מ-87% מן הרכוש המשותף - וכן אין עולה שאלת תיקונו של הבית (שאלה העולה אך במקום שנהרס "מקצתו" של הבית). נותרת השאלה אם נתקיים התנאי כי אותה החלטה של שלושה רבעים הייתה "להקים את הבית מחדש". המשכו של סעיף 60 הוא בהליכים הנדרשים לכפייתם של אנשי המיעוט להעברת זכויותיהם לצד שלישי. בנושא הליכים אלה לא נתעוררו חילוקי דעות לפנינו, ועל-כן לא גוסיף ולא נדבר בהם אלא בשוליים ולפי הנדרש.

6. אחרי כל אלה נותר נושא ההחלטה על דבר שיקומו של הבית, והשאלה העיקרית שבמחלוקת סבה את פירוש הביטוי "להקים את הבית מחדש" שבסעיף 60 לחוק: מה הוא גדר התפרסותו של ביטוי מפתח זה, מה הוא היקף פעולות השיקום אשר ניתן להחליט עליהן בגדריו של סעיף 60 ורוב יוכל לכפות דעתו על מיעוט? טענת המשקמים היא, שההחלטה אשר נתקבלה בגדרי סמכות נתקבלה; וכך דין, אף-על-פי שהבית אשר אמור להיבנות על פיה אינו זהה לבית שנהרס, ולא עוד אלא שאל בעלי הדירות אמורים להיספח בעלים חדשים. מנגד מתייצבים המתנגדים, וטוענים הם בחווקה כי ההחלטה שנתקבלה שלא בגדרי סמכות נתקבלה. לטענתם, יש וראוי לפרש את הוראות סעיף 60(א)

א בדווקנות, וניתן להפעיל את מנגנון סעיף 60 לחוק רק במקום שבו אומרים המשקמים להקים מחדש בית זהה לבית המקורי שנהרס. בענייננו, כך ממשיכים המתנגדים וטוענים, נתרחקנו מרחק רב משיקומו של הבית המקורי, והרי הבית המיועד להיבנות – וכמוהו המיתחם שנהרס כולו – בכל אלה באו שינויים מהותיים לעומת הבית המקורי והמיתחם המקורי. שינויים אלה עיקרם הוא בהגדלת שטח היהודות, בהגדלת מספר היהודות (תוך הוספת אחווי בנייה), ובהוספת שטחי תניה ומרחב דירתי מוגן לכל דירה. שינויים מהותיים אלה, טוענים המתנגדים, מפקיעים את ענייננו מגדריו של סעיף 60 לחוק, וממילא אין לעשות שימוש במנגנון שנקבע בו לשיקומו של הבית כפי שהחליט הרוב.

ב המפקח קיבל, כאמור, את גירסת המשקמים, ואילו בית המשפט המחוזי נענה לטענות המתנגדים בסומכו עצמו בחווקה אל הפגיעה בזכויות הקניין של בעלי הדירות בבית המשותף. ובלשונו:

ג (ג) (1) בערעור טוענים המבקשים, שאין המדובר באכיפת זכויות במסגרת סעיף 60 של חוק המקרקעין אלא מדובר בעיסקת קומבינציה, כאשר הבנין המוקם הוא גדול בהרבה והדירות הנוספות גועדות כתמורה לקבלן הבנין.

ד (2) התוצאה לפי טענות המבקשים היא, שבמקום לקבל זכויות בעלות של 71/563 חלקים בקרקע, זכויותיהם הקניניות ייפגעו ויקטנו ויקנו לצדדים שלישיים אשר ירכשו דירות בבנין המוקם.

(3) לכן, טוען ב"כ המבקשים, שכב' המפקח פעל ללא סמכות כאשר ציווה על העברת זכויות המבקשים בעיסקה שאינה במסגרת ס' 60 לחוק המקרקעין, כל זאת ללא שמיעת ראיות.

ה (ה) (1) לאחר ששקלתי הטענות שהועלו וטעוני באי כח הצדדים, אני מגיעה למסקנה שמן הדין לקבל את הערעור ולבטל הצו שניתן על ידי כב' המפקח.

ו (2) השאלה שעל בימ"ש להחליט בה היא האם כב' המפקח היה רשאי בנסיבות לצוות על המבקשים להעביר זכויותיהם בנכס לאחר.

ז (6) ... הדרך בה בחרו המשיבים לפעול אינה ניתנת לביצוע במסגרת של בקשה לפי ס' 60.

ח אין למפקח סמכות לאכוף הסכם בנייה שאינו במסגרת ס' 60 על צד מהצדדים ולכן כתוצאה מתבקשת, אין לו גם סמכות להורות על החלופה כאשר אין הצד מסכים לעיסקה המוצעת.

ט (1) (1) ב"כ המבקשים מלין על 'האבסורד' אילו הוחלט על הקמת בנין כדוגמת

הבנין הישן שנהרס, גישה אשר תביא לקפאון והוסר התקדמות. ב"כ המשיבים מפרט ההגאות והרווחה הטמונים בהסדר החדש לו מסרבים המבקשים תוך היצמדות ללשון החוק.

א

(2) נראה שאין לדבר על האבסורד או פרוש מרחיב של ס' 60. המבקשים מבקשים לממש מלוא זכויותיהם הקניניות על פי דין ומתנגדים לכך שזכות הקנין, כפי שהיתה להם, תקופח בהסדר החדש. אם כי מובטחות להם יחידות דיור גדולות מהקודמות, זכויות הקנין שלהם בקרקע קטנו.

ב

(3) ניתן להשוות זאת עם בעל קרקע, עליה קיימת יחידת דיור מצומצמת, בעל הקרקע מוסר את המגרש לקבלן לבנייה. האם הקבלן יוכל לפטור את בעל הקרקע ביחידת דיור בגודל כפי שהיתה לו, או אפילו ביחידה בגודל כפול, או שמא ייעשה חישוב אחר לפי ערך קרקע, זכויות ואחוזי בנייה.

ג

(4) נראה, על כן, שהמשיבים אצה להם הדרך, אם מאילווצים של זמן או בכורה נסיבות, ועל כן לא הקפידו ללכת בדרך הסלולה של החוק ודלגו על הליך.

(5) הברירה של המשיבים הייתה לקבל פיצוי במס רכוש ובנייה מחדש של הבית כפי שהיה, או לפעול תחילה לפירוק השיתוף במקרקעין.

ד

במסגרת הליך כזה, ניתן היה לרכוש חלקם של המבקשים או לממש את החלקה כולה לפי שווי המקרקעין, כאשר כל הטבות של אחוזי בנייה יובאו בחשבון.

לשון אחר: להפעלת המנגנון שנקבע בסעיף 60(א) לחוק, תנאי בלעדיו אין הוא, כי תישמרנה - על כל תגיתן ודקדוקיהן - זכויות הקניין של כל אחד מן הבעלים, לאמור: חלקן של כל בעלים ברכוש המשותף חייב להישמר כשהיה. בענייננו ידענו כי חלקן היחסי של כל בעלים יקטן - והרי נוספו בעלים לבית המשותף - ומסקנה נדרשת מאליה היא, כי התכנית חורגת ממסגרתו של סעיף 60.

ה

בשולי הדברים נעיר, כי נתקשינו לרדת לסוף דעתם של המתנגדים, והרי רכושם השביח ועלה בערכו על חשבון הציבור בלא שנדרש מהם לשלם ולו פרוטה אחת. לקושיה זו לא מצאנו תשובה בכתובים. בטיעון על-פה שאלנו, וחזרנו ושאלנו, את באי-כוח המתנגדים מה היה להם למרשיהם כי מתנגדים הם לתכנית המוצעת, והרי יש בה בתכנית אך כדי להיטיב את מצבם. תשובה ראויה לשאלה לא שמענו ולא ידענו. אכן, אך נסתיימה מלחמת עמלק והיהודים נתפנו להילחם איש ברעהו. מה חבל. אין בדברים אלה, כמובן, כדי לפטור אותנו מאיתור תחומי פריסתו של החוק, ואת חובתנו נמלא.

ו

ז

השאלה הנשאלת היא אפוא זו: פירוש הביטוי "להקים את הבית מחדש" מה הוא? האם אמר החוק לדבר אך ורק בבניית בית כמתכונתו המדויקת של הבית שנהרס, או שמא

יימלאו תוכן ברוח שינויי הזמן והמקום - קליפתו תישאר כשהייתה ותוכו יכול שישתנה מעת לעת - כן יהיה אותו בית שעומדים "להקים... מחדש".

8. יטען הטוען: פירוש מילולי לחוק עשוי להוליך אותנו לכלל מסקנה כי הקמתו של בית מחדש הינה הקמתו כמתכונתו של הבית המקורי דווקא - אכן תחת אכן, זיו תחת זיו - ולמעט הקמתו תוך שינוי. וכל כך למה? יאמר האומר: הנה זה החוק מדבר בהתלטת המשקמים "להקים את הבית מחדש או לתקנו", והרי ההקמה והתיקון באים בהיעלם אחד ובהמשך אחד. ומה "תיקון" של בית משמיע אותנו השבת הבית המקורי לקדמתו, כך "להקים את הבית מחדש" אף הוא מורה אותנו על השבת הבית המקורי לקדמתו. טענה זו לא נקבל ומשני טעמים: ראשית לכול, דומני כי "תיקון" של בית אין הוא משמיע - כמו מעצמו - דבקות במתכונת המקורית דווקא; אדרבא: נשמע לטענת נגד כי יש תיקון תוך שינוי והתאמה, לאמור, תיקון שאינו משיב דבר לקדמתו. לא נאריך בדברים שאין הם לענייננו במישרין. שנית, אם "תיקון" פירושו הוא, בהכרח, השבת מצב לקדמתו - ואין "תיקון" אלא על דרך השבה לקדמות - ממילא לא נוכל ללמוד מ"תיקון" ל"הקמה מחדש"; שהרי התיבה "תיקון" אינה ניתנת, עליפי ההנחה, אלא לפירוש אחד, ואילו הביטוי "להקים מחדש" *ex hypothesi* עשוי הוא להשתמע לשתי פנים. אכן, דומה כי האופציה להקים את הבית מחדש נועדה מעיקרה - ומעמתת היא עצמה - עם האופציה של אי-הקמת הבית מחדש, והעמדת בעלי הדירות כבעלים-במשותף של הקרקע בלבד, לאמור: זו חלופת בינוי וזו חלופת אי-בינוי. ואולם חלופת הבינוי אין בה כדי ללמד על אופיו של הבית החדש.

9. בדיקת גלגולו של חוק תעלה חרס בידינו. מקורה ההיסטורי של הוראת סעיף 60(א) לחוק יימצא בהוראת סעיף 51 לחוק בתים משותפים, תשי"ג-1952, אך לא מצאנו, לא בה ולא בסובב אותה - אף לא בירשתה שבסעיף 77 לחוק בתים משותפים (נוסח משולב), תשכ"א-1961 - כל הסבר לאיתור תחום פרישתו של ההסדר. ראה עוד סעיף 102 להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד-1964.

10. ניסינו פירוש מילולי לחוק, הרחקנו למקורותיו של החוק, ולעניין פירושו של הביטוי "להקים את הבית מחדש" נמצאנו עומדים כמעט באותו מקום שעמדנו בו בתחילה. אכן, עתה ידענו כי כוונת ההסדר אין היא אך לבנייתו של בית חדש בצלמו כדמותו של הבית ההרוס, וכי ניתן לבנות גם בית אחר תחתיו. ואולם עד היכן ניתן להרחיק לכת, ומה הם השיקולים שינחו אותנו בדרכנו - לא ידענו. וגם בכך לא אמרנו אלא מעט. נזכור כי חילוקי הדעות בין בעלי הדין, אין הם נסבים על המיתווה הארכיטקטוני של הבית אלא על זכויות הקניין בו. זה אף הטעם המונח בתשתית פסק הדין שנתן בית המשפט המחוזי. נזכור עוד, כי הדירות כולן וכל אחת מהן נשתבחו בבית החדש, וערכן עלה וצמח במאור. יחד עם זאת, חלקו היחסי של כל בעל דירה ברכוש המשותף קטן בבית החדש משהיה בבית המקורי. טוענים המתנגדים - ותוקעים הם יחד בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי - כי בדרך זו הופקע רכושם מידיהם, וכי לא יהיה זה נכון לפרש את הוראות סעיף 60 לחוק כמו מתירות הן הפקעת קניין מבעליו. כיצד נעכל טענות אלו כולן?

פירוש החוק: תכלית - ייחודו הנורמאטיבי של הבית המשותף

11. פירוש מילולי ופירוש "היסטורי" לא הניבו פרי בשל לדינו. הבה נידרש אפוא לתכלית החוק ולעקרונות יסוד בשיטת המשפט, וננסה ללמוד מהם לענייננו. תחילת המסע היא במשפט הקניין ובזכות הקניין. ידענו מכבר כי זכות הקניין הינה מן הזכויות בעלות העוצמה הרבה ביותר, והרי היא מעין זכות יסוד טבעית שהטילה עוגן במיתחם החוקתי אף הוא. וכלשון סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"אין פוגעים בקנינו של אדם".

גם אם אמרנו כי הקניין שבחוק היסוד מתפרס אף על זכויות שאינן זכויות קניין במובן הקלאסי - ואכן כך נאמר - הנה בזכויות קניין קלאסיות ודאי שהוא תופס. זכות הקניין משמיעה, כעיקרון, זכותו של אדם לעשות, או שלא לעשות, בקניינו כרצונו; הכול, כמובן, במגבלות שהדין הקוגנטי קובע. וראה סעיף 2 לחוק, זו תחנת המוצא, ומסענו אל הבית המשותף אך החל.

12. הבית המשותף (המכונה במקצת שיטות משפט condominium) הינו המצאה של המשפט המודרני, ומקורו בתנאים פסיים וחברתיים של החברה המודרנית. מנקודת ראותו של משפט הקניין הקלאסי, הבית המשותף הינו מעין יצור כלאיים: ה"דירות" בבית המשותף מצויות בבעלות נפרדת (סעיף 54 לחוק), ובצדן ה"רכוש המשותף" מצוי בבעלות משותפת של כל הבעלים. הוראות השיתוף של הדין הכללי אינן חלות על הרכוש המשותף שבבית המשותף (סעיף 56א) לחוק, והוראות פרק הבתים המשותפים שבחוק הן ייחודיות לבתים משותפים. ההסדר שקבע הדין לבית המשותף מגביל את זכותם של בעלי הדירות לעשות גם ברכוש המשותף גם בדירות שבבעלותם, וגם בכך ניכרת ייחודיותו הנורמאטיבית של הבית המשותף ושל ההסדרים החלים עליו. ראה והשווה פרופ' ג' טרסקי, "בעלות ושיתוף בבית משותף" הפרקליט ל (תשל"ה-ל"ו) 214, 223-224, 225-227, 230. אכן, הבית המשותף הינו מוסד *sui generis*, שיש בו גם מכאן וגם מכאן, ומסרב הוא בכל תוקף להסגיר עצמו בשלמות למשכצת זו או אחרת מן המשבצות המסורתיות של דיני הקניין. יתרה מזאת: הבית המשותף מסרב לשייך עצמו אך לדיני הקניין בלבד, והרי יש בו יסודות שמעבר לדיני הקניין. יסודות יוצרים אלה בבית המשותף - יסודות שהם מטה-קנייניים - כוללים, בין השאר, את תקנון הבית המשותף, את אספת הדיירים ("...בבתים המשותפים אין התקנון והחלטות האסיפה הכללית מוגבלים אך ורק לענייני הרכוש המשותף, אלא בכוחם לחול גם על הדירות - בסייגים שבס' 62 לחוק ובס' 12 לתקנון המצוי": טרסקי, במאמרו הנ"ל, בעמ' 230), הגבלות קנייניות ספציפיות החלות על בעלי הדירות בבית ועוד. אכן, בית משותף יוצר מעין חיים בצוותא של בעלי הדירות - חיים קומונאליים - והקניין שיש לכל בעל דירה לעצמו כפוף לא אך להגבלות אלו ואחרות שבעל קניין "קלאסי" כפוף להן (כגון מטרדים), אלא להגבלות נוספות. כך בקניין בדירות ובוודאי כך ברכוש המשותף.

13. נלמד מכאן, כי הרכוש דירה בבית משותף - הוא הדין במי שדירה בבית משותף

נפלה לבעלותו בדרך אחרת - מעלים עליו כי הסכים מראש לוותר על חלק מן האוטונומיה הקניינית הקנויה לו, וכמו הקנה חלק מזכויותיו למסגרת השיתופית המתמשכת והקבועה. דיברנו בלשון של ויתור, אך לאמיתם של דברים הויתור מובנה הוא אל תוך מסגרתו הנורמטיבית של הבית המשותף, כהגבלה קניינית מעיקרו של דין. אין צורך שנידרש לשאלה מה הוא עיקר בבית משותף: האם עיקר הוא בבעלות הנפרדת בכל דירה ודירה, והרכוש אינו אלא טפל לה; או אם עיקר הוא ברכוש המשותף בעוד שהבעלות הנפרדת כמו טפלה היא לו. לכל אלה ראה והשווה: ע"א 666/72 נ' סדובסקי ואח' נ' שמע ואח' [2]; ד"נ 20/73 שמע נ' נ' סדובסקי ואח' (פרשת סדובסקי [3]); טדסקי, במאמרו הנ"ל, בעמ' 224; פרופ' י' ויסמן, "יחד ולחוד בבית משותף" משפטים טז (תשמ"ו-מ"ז) 197, 202, 208-210. בין כך ובין אחרת, זכות הבעלות בדירות מוגבלת היא בבית המשותף, ואין היא כזכות הבעלות ה"קלאסית". בוודאי כך במקום שבית משותף נהרס. וכדבריו של פרופ' טדסקי (במאמרו הנ"ל, בעמ' 226-227):

"כפיפות בעל-דירה להחלטת רוב מסויים עשויה להתקיים במקרה שנהרס הבית המשותף ובעלי הדירות ששלושה רבעים מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם מחליטים על שיקומו. אם אין אפשרות לשקם את יתר הדירות בלבד, מוטל על בעל הדירה הנדון הנטל להשתתף בשיקום - ולא, צפויה העברה כפויה (ס' 60). אין לכחד שיש כאן משום פגיעה קשה בזכות הבעלות, לפי העצמאות הלקויה מבחינה אובייקטיבית שלדירה אחת לעומת הבית בכללו. ואולם, אין בכוח הוראות כאלה להוציא את בעלות הדירה מגדר הבעלות בכללה".

ראה עוד והשווה ויסמן, במאמרו הנ"ל, בעמ' 210.

14. בין שנסוג את זכות הבעלות הפרטית ביחידות הדיור שבבית המשותף כזכות בעלות "קלאסית" הכפופה לשיעבוד, ובין שנסוג אותה כזכות בעלות מצומצמת מעיקרה מזכות הבעלות הקלאסית (ראה טדסקי, במאמרו הנ"ל, בעמ' 225-227), בין כך ובין כך, דומה כי למשבצת הבעלות הקלאסית אין היא משתייכת. השאלה אינה אלא זו: זכות בעלות ביחידות הדיור שבבית המשותף, עד כמה הרחיקה זו נדוד ממשבצת זכות הבעלות הקלאסית; וביתר דיוק: האם ניתן לפרש את המנגנון שבנה סעיף 60 לחוק כמנגנון המתיר - בעצם קיומו - פגיעה בזכות הבעלות הפרטית. לדידי מסקנה אחת ברורה ומבוררת: גם אם יסתבר כי פירוש זה או אחר להוראת סעיף 60 לחוק יש בו כדי לפגוע בזכות הקניין, להפרכת פירוש זה לא יהיה די בטיעון שכנגד כי פגיעה בזכות הקניין אסורה היא על-פי עקרונות הקניין הפרטי המקובלים עלינו. טיעון שכנגד זה - על דבר "קדושת זכות הקניין" - גם אם בעל כוח נפילים הוא במקומות אחרים, לא כן בענייננו: זכות הבעלות ביחידות הדיור בבית משותף אין היא כזכות הבעלות הקלאסית, ומוגבלת היא - מעבר לזכות הבעלות הקלאסית - בזכויות השוכנות בסביבתה והן זכויות הבעלים בדירות האחרות וברכוש המשותף.

אכן, גילווייה של זכות הבעלות בדירה שבבית המשותף שונים הם מגילווייה של זכות הבעלות הקלאסית, ואין זהות מוחלטת בין זכות בעלות זו לבין זכות בעלות זו. למשל:

א

אדם אינו רשאי על דעתו שלו בלבד לקרוע חלון בקיר דירתו שבבית המשותף, אם אותו קיר הוא קיר חיצוני של הבית (ראה סעיף 2 לתקנון המצוי, בתוספת לחוק); ובעל דירה חייב ליתן לבעל דירה אחרת להיכנס אל דירתו, במקום של צורך בתיקונים של צינורות או אבזרים אחרים המשרתים את כלל הבעלים (סעיף 4 לתקנון המצוי). השיתוף ברכוש המשותף - אם תרצה: החיים יחדיו - אוצל מאליו על תכונותיה של זכות הבעלות הנפרדת: מצמצם ומצר הוא את תוכנה של הבעלות הקלאסית, להתאימה לאותן תכונות מיוחדות המאפיינות את הבית המשותף. ובלשונו של השופט ויתקון בדיון הנוסף בפרשת סדובסקי [3], בעמ' 736:

ב

"בית משותף" פנים לו לצד השיתוף ולצד ההפרדה שבין השותפים, ואני מייחס חשיבות מיוחדת לצד השיתוף, דהיינו למגבלות שהחיים בצוותא מטילים על כל שותף ושותף".

ג

כי זאת נדע ונשמור: חיים יחדיו - וכך בבית משותף - מחייבים מעצמם ויתור אהדרי. של כל המעורבים; בשיתוף חייב כל שותף לתרום מעצמאותו לטובת זולתו, כשם שזולתו יתרום לו. תרומות הדדיות אלו אינן מעשה חסד, והרי השיתוף אמור להשביח את חייהם - אף את רכושם - של החיים יחדיו. הנה הינו היסוד האישי המייחד את חיי הבית המשותף לעצמו. יסוד זה נעדר הוא מזכות הקניין הקלאסית, זכות האמורה, כעיקרון, להיות זכות "עצמאית", זכות שלקיומה אין היא נדרשת לזולת. ראה: א' לבונטין, "זכות קניין - מהי?" משפטים ט (תשל"ט) 384; י' ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (המכון למחקרי תיקיה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 65. זה הרקע שעליו נבנית הוראת סעיף 60 לחוק, וזה "מצב-הרוח המשפטי" שילווה אותנו שעה שניגש לבירור תחום התפרסותו של סעיף 60 לחוק.

ד

ייחודן הנורמאטיבי של ההסדר בסעיף 60 לחוק

ה

15. אם זו דמותה של זכות הבעלות שעה שעומדים אנו על מפתנו של סעיף 60 לחוק, הנה בהיכנסנו אל ביתו של סעיף 60 הופכת אותה דמות להיותה לא אך מיוחדת אלא אף ייחודית ומיוחדת. וזה פשר הדברים: במקום שבית משותף נהרס ונותרת אך הקרקע שעליה עמד הבית, יורגו משפט הקניין הכללי, לכאורה, כי מי שהיו בעלי הדירות בבית המשותף יהפכו שותפים (מאונס) באותה קרקע, כל אחד מהם כחלקו ברכוש המשותף (אלא אם נקבע אחרת בהסכם בין הבעלים; ראה סעיפים 146 ו-147 לחוק). מקום למשכן לו קנה כל אחד מבעלי הדירות, משכן המצוי בבעלותו (בכפוף לסייגים הנדרשים מהיותו של הבית בית משותף), והנה מוצאים כל בעלי הדירות עצמם לא אך חסרי משכן אלא אף שותפים בקרקע, שעה שמעולם לא ביקשו זאת לעצמם ולא שיערו כי כך יהיה. אינני מכוון, כמוכן, להלם האישי של מי שביתו נפל ונהרס, אלא לאותו "הלם קנייני": בעלות נפרדת שהפכה לפתע - ובלי שניתן היה לשער את הדבר מראש - שותפות מאונס. המערכת שסעיף 60 נבנה עליה (לענייננו) כמוה, למצער, כמערכת של סיכול במשפט החוזים, לאמור: נסיבות שבעלי הדירות לא ידעו עליהן מראש, לא ראו אותן מראש, לא יכולים היו למונען מראש, וקיום החיים יחדיו כשהיו הפך בלתי אפשרי.

ו

ז

16. בנסיבות אלו של "אחרי הרעש", שומה על שיטת המשפט למצוא פתרון לאותו

"הלם קנייני" שנפל על הבעלים. שיטת המשפט יכולה הייתה להורותנו כי עם סיום פרק זה של חיים בצוותא, דין בעלי יחידות הדיור כדין כל בעלים במשותף, וכי חסל סדר הבית המשותף אשר מעתה ואילך לא יהיה אלא זיכרון היסטורי בלבד. פתרון זה, כך סברה שיטת המשפט - ובצדק רב, לדעתנו - אינו רצוי ואינו ראוי, וביכרה על פניו פתרון חלופי של "חדש ימינו כקדם" - לאפשר למי שהיו בעלי דירות בבית משותף לבנות מחדש את משכנם. בהעדיפו פתרון זה של שיקום על פני פתרון של שיתוף בקרקע - שיתוף שגורלו במהלך הדברים הרגיל חיסול השיתוף - הכיר המחוקק בכך כי אותו שיתוף מאונס בקרקע נודעת לו משמעות נורמאטיבית מעבר למשמעות הקניינית הרגילה של שיתוף ברכוש; זו נקודת המוצא ליצירת המנגנון שנקבע בסעיף 60 לחוק, ורוח הדברים - קרי: תכלית ההסדר - חייבת ללוותנו בהמשך דרכנו. שומה עלינו לעשות כמיטבנו ולפרש את החוק על דרך שתעניק למי שחיו בצוותא כבעלי דירות בבית משותף - קרי: לבעלים של שלושה-רבעים מן הרכוש המשותף - מרחב מחיה ראוי שבו יוכלו לממש את רצונם ולבנות מחדש את משכנם.

17. שיקולים אלה כולם מוליכים אותנו אל מסקנה כי פירוש הביטוי "להקים את הבית מחדש" - כהוראתו בסעיף 60 לחוק - הוא: התווייתו של מרחב נורמאטיבי ספציפי לפעילות הקמתו של בית חדש, הענתק שיקול-דעת למשקמים בדרכם להקמת משכנם מחדש. פרופ' טדסקי קורא למנגנון שיצר סעיף 60 לחוק - קרי: לנטל המוטל על בעלי דירות להשתתף בשיקום הבית ההרוס, שאם לא כן יכפו עליהם להעביר זכויותיהם לצד שלישי - "פגיעה קשה בזכות הבעלות" (ראה לעיל, פסקה 11). אנו מסכימים עמו. אכן, הקונספציה המסורתית של זכות הקניין לא יהיה בכוחה להוליך אותנו אל הסדר כגון זה הקבוע בסעיף 60 לחוק, ולא נוכל לגזור את זכות המשקמים לבנות את ביתם מחדש מתוך זכות הקניין. אם תחנת המוצא שלנו תהא בזכות הקניין, כאשר היא - וזו כנראה הנחתו של פרופ' טדסקי - מסקנה נדרשת מאליה היא, שהסדר סעיף 60 פוגע בזכות הבעלות. אלא מאי, סעיף 60 אינו בונה עצמו - מעיקרו של דין - על זכות הקניין בלבד, שהרי זכות הקניין באשר היא אין בכוחה כדי לחייב בעלים במשותף של קרקע לבנות על אותה קרקע בית שנהרס. ואם בכל זאת בחר המחוקק בפתרון שיקומו של הבית, נדע כי כבש לעצמו דרך חדשה, דרך שאינה דרך הקניין בלבד. וכשם שמתחילה הציב הבית המשותף לפנינו מודל נורמאטיבי מיוחד, כך הוסיף המחוקק וראה להדגיש אותה מיוחדות בנסיבות החריגות של הרס הבית המשותף. זאת עשה בקביעת נורמת השיקום. הסדר זה של שיקום אינו נגזר, כאמור, מזכות הקניין הקלאסית, ואין הוא מהווה חלק אינהרנטי מתורת הקניין הקלאסית. אדרבא: ההסדר נותן יתר משקל לשיקולים שהם לבר-קנייניים קלאסיים, ויוצר הוא חריג בולט לתורת הקניין הקלאסית. ומתוך שעוסקים אנו במודל העומד לעצמו, לא ניחרד מהתערבות עמוקה של ההסדר בזכויות הבעלות הקלאסיות, אף לא בזכויות הבעלות המיוחדות שבבית המשותף. התערבות זו היא רצונו המפורש של המחוקק, ולדברו נישמע.

מה הם אפוא גבולותיו של אותו מיתחם נורמאטיבי שקבע המחוקק להקמתו מחדש של בית משותף שנהרס?

דירה בבית משותף - משכן לאדם; זרכו של הבעלים הסביר

18. בהתוויית גבולות אלה ראוי כי ניתן דעתנו לשני עיקרים, ומהם נטווה את המארג. ראשית לכול, נזכור שענייננו אין הוא לא בקניין ולא ברכוש על דרך הסתם - קניין ורכוש ששוויים בשוק הוא כך וכך - אלא בביתו של אדם, במשכן למשפחה. מקום מגוריו של אדם הוא מקום שבו משוקע חלק מחייו, בבית הספר הסמוך לומדים ילדיו, אפשר בחר במקום מגוריו בשל היותו סמוך למקום עבודתו או בקרבת ידידיו, מתחילה ביקש לעצמו מקום שקט - או מקום מרכזי - למגוריו, ועוד שיקולים כיוצא באלה העושים ביתו של אדם למשכן לו בקהילה. הוא הדין, על דרך הכלל, גם בחנות או בעסק, הקונים מוניטין לעצמם במקום שבו הם נמצאים. שיקולים אלה כולם הביאו ליצירת המנגנון להקמתו מחדש של בית משותף שנהרס, וברוחם ייקבעו גבולותיו של אותו מנגנון. מכאן נלמד אף על תחום פריסתו של שיקול הדעת המוענק למשקמים שעה שמחליטים הם "להקים את הבית מחדש". הביטוי "להקים את הבית מחדש", אין לפרשו כמכוון עצמו אך להקמתו מחדש של אותו מבנה עץ ואבן, אלא להקמתו של בית משכן לאדם. על דרך הפיוט נאמר: עניינו של החוק אין הוא לא בדירה ולא בבית אלא באחוזה בית. הפירוש "להקמה מחדש" יהיה פירוש פונקציונאלי, פירוש לתכלית.

19. עד כאן - עיקר אחד, ועניינו במשכן לאדם. מעיקר זה נגזור את מיתחם שיקול הדעת המוקנה למשקמים, והוא העיקר השני שיתווה את גבולותיו של ההסדר. מדברים אנו בהחלטת שיקום שאותה מקבלים בעלים בבית משותף שנהרס, ובדרך הטבע מופנה מבטנו אל הבעלים הסביר; "בעלים סביר", אף אתה אמור: שיקול-דעתו של בית המשפט אם בנסיבות העניין הספציפי החלטתם של המשקמים הייתה החלטה ראויה של בעלים סבירים. במסגרת זו ייכנסו מקומות החניה והגינה והמעלית והריצוף וציפוי הבית והאנטנה המרכזית וכל כיוצא באלה דרכי בנייה והתקנת אבזרים, הכול ברוח הזמן והמקום. וכשם שמיעוט (בעלי דירות שבבעלותם עד רבע מן הרכוש המשותף) המבקש שלא להקים את הבניין מחדש - לא ישמעו לו, כן לא ישמעו לו למיעוט אם מתנגד הוא להחלטת הרוב המבקש להקים את הבית תוך שינויים סבירים בו (השווה ויסמן במאמרו הנ"ל, בעמ' 205-206). למשל: טיל אויב פגע בשני בתים משותפים סמוכים, והמשקמים בשני הבתים (לאמור: רוב הבעלים כנדרש בחוק בכל אחד משני הבתים), מבקשים להקים בית אחד שייטיב עם הבעלים כולם, יחסוך בממון, ואולי אף יאפשר בנייה מחדש בלא שיחייב את הבעלים להידרש למימון היצוני (הואיל ופיצויים שמשלמות רשויות מס רכוש אין די בו). אף שהיו שניים והנה הם אחד, לא אוציא מכלל אפשרות שהחלטה מעין זו תהא החלטה סבירה וראויה, ומיעוט שיתנגד לה לא נשגיח בו. הסדר סעיף 60 הוא הסדר כפוי, וכשם שכפוי הוא מעיקרו לעניין הקמתו מחדש של בית, כן יהיה הוא כפוי לעניין הדרך שבה ייבנה הבית. אכן, גם לכפיית דעתם של המשקמים נעשה סייג. גם המיעוט הוא "בן-השכונה", וגם לו מוקנות זכויות, כמוהן כזכויות המוקנות לרוב. ואולם, בהחזיקו בעקרון הסבירות בנינו אל תוכו של ההסדר את הגנת המיעוט, וממילא אין לנו לחוש לפגיעה בזכויותיו.

אשר לשילובו של יסוד הסבירות בזכות הקניין, נאמר דברים אלה. זכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה, כעיקרון, את יסוד הסבירות: זכות הקניין הקלאסית משמיעה שרירות בעלים, וסבירות הינה אויבתה של השרירות (ואולם ראה סעיף 14 לחוק). כיצד זה אפוא שאמרנו לשלב יסוד של סבירות במעשה קניין? אלא שזכות הקניין של בעלי יחידות בבית משותף הינה זכות קניין "מודרנית", זכות שמסורגים בה גם יסודות של שיתוף (הרכוש המשותף) גם יסודות אישיים, ומעיקרה בנויה היא שלא על-פי מתכונתו המדויקת של המודל הקלאסי. לשון אחר: היסודות האישיים והשיתוף ברכוש המשותף מובנים אל זכותם הנפרדת של בעלי יחידות הדיור, וכל אלה היו לאחדים. בכך נבדלת זכות הבעלות בבית המשותף מזכות הבעלות הקלאסית, וממילא נשמר מהיקש בלתי ראוי מהזכות האחת לזכות האחרת. על זכות הקניין הנפרדת בבית המשותף ייאמר, כמאמר החכם באדם: "טוב אשר תאחזו בזה" (זכות הבעלות הקלאסית) "וגם מזה" (הזכות ברכוש המשותף והיסוד האישי) "אל-תנח את-ידך" (קהלת, ז, יח [א]). אשר לענייננו שלנו: אף שמדברים אנו בזכות הקניין, הנה במערכת ייחודית כזו של הרס בית משותף, מתעצם הגורם האישי (משכן לאדם) וגורר הוא עמו, כמו מעצמו, את יסוד הסבירות. מנגנון הסבירות במשפט נועד לוויסות של חיים יחידים; וכשם שכוחו עמו ביחסי קניין המשולבים ביחסים בין אנשים - כגון בעולות המטרד שכוחה עמה אף לעניין הקניין "הקלאסי" - כן יהיה בהקמתו מחדש של בית שנהרס, ואף על דרך של קל וחומר; הקמת הבית בידי המשקמים - ההקמה בתורת שכוו - משולבים בה יסודות קניין ויסודות אישיים של יחסי אנוש.

ועוד על ייחודו של ההסדר בסעיף 60 לחוק

20. ההסדר שבסעיף 60 לחוק מרחיק עצמו במאוד מיסודות הקניין. ביחסיהם של בעלי יחידות בבית משותף, ביניהם לבין עצמם, מתגלעת ברגיל מחלוקת במקום שאחד מבעלי היחידות פוגע, על-פי הנטען, ברכוש המשותף (ראה, למשל, פרשת סדובסקי [3]). הרוב מבקש להגביל את פעילות המיעוט, ודרישת הרוב היא כי תימנע פעילות המיעוט. ההסדר שבסעיף 60 מרחיק לכת: הרוב אינו אומר אך למנוע את פעילות המיעוט, אלא דורש הוא לחייב את המיעוט לפעולה: מבקש הוא לעצמו לא אך צו-מניעה אלא אף צו-עשה. דגש יתר זה על הגורם האישי מרחיק אותנו מן הקונספציה הקלאסית של זכות הקניין, ומכאן הצדק, לדעתי, להכנסתו של יסוד הסבירות למערכת הכוחות המושכים לצדדים. אמנם כן, ההסדר שבסעיף 60 לחוק הינו חריג ברור וחריף לתפיסת זכות הקניין המקובלת עלינו (ראה עוד והשווה: טדסקי, במאמרו הנ"ל, בעמ' 226-227; מ' גלברד, "בית משותף שנהרס - על סעיף 60 לחוק המקרקעין" מזקרי משפט ז (תשמ"ט) 281, 283-284), ואולם אל למסקנה זו להרתיענו בדרכנו אל פירושו הראוי של החוק. ניתן לומר, ואך טבעי יהיה הדבר, כי מערכת חריגה ומיוחדת - הרס של בית משותף - תלד הסדר שיהיה, כאמו יולדתו, חריג יחיד ומיוחד אף הוא. זכות הקניין בדירה בבית משותף מוגבלת מראשיתה (*ex ante*) בהסדר הקבוע בחוק בכלל ובסעיף 60 בפרט, לאמור, מגבלותיה של הזכות הינן מגבלות המובנות בה בזכות מראשיתה, והרי כך נולדה.

21. הסדר סעיף 60 מוגבל, כך דומה, על-פי עצם טיבו למערכות מיוחדות ולא

לאחרות זולתן, סעיף 60 מדבר, אמנם, במקום שבו "נהרס בית משותף... מכל סיבה שהיא..." (ההרגשה שלי - מ' ח'), ואולם אין ספק שכונת הרברים היא, בעיקרו, למקרים חריגים כמעשה שמים (רעידת אדמה) או מעשה ידי אדם שלישי (כמו טיל אויב), לרבות אדם שהוא בעלים בבניין. סעיף 60 לא נועד ליתן לגיטימציה מראש להריסה במתכוון של בית משותף בידיהם של מקצת הבעלים המשותפים והם תומכי שיקום. אך מובן הוא, כי להריסת בית מכוננת נדרשת הסכמת כל הבעלים. כאן תגלה זכות הקניין הקלאסית במלוא הדרה: הזכות - והשרירות שהיא מקרינה. ננית, למשל, שטיל לא נורה ולא פגע, אלא שהמשקמים בענייננו היו כורתים "הסכם קומבינציה" עם יום, להריסתו של הבית המשותף ולהקמתו של בית אחר תחתיו. להסכם מעין זה לא הייתה תקומה ולא ניתן היה לאשרו בגדרי סעיף 60 לחוק. אלו הגבלות נגזרות הן מזכות הקניין הקלאסית; הוראות סעיף 60 אין בהן לא כדי להוסיף עליהן ולא כדי לגרוע מהן, ואותן הגבלות מתוות את גבולותיו של סעיף 60 סביב סביב, ואולם, בהיכנסנו אל מיתחם סעיף 60, שוב אין אותן זכויות קניין נהנות משלטון בלי מצרים, וחייבות הן לפנות מקום לשיקולים אישיים, כפי שעמדנו עליהם למעלה.

תכלית החוק - חלופות בפירושו של סעיף 60

22. מסקנה שהסקנו בפירושו של הביטוי "להקים את הבית מחדש" - מתוכו של הביטוי ובו, ובתננו דעתנו לתכלית ההסדר - תידרש לנו אף בדרך האלימינציה, בבחינתן של חלופות אחרות לפירוש. פירוש של ביטוי או של תיבה בחוק, אין זה ראוי לו כי יעשה אך על דרך החיוב בלבד, אלא על דרך בחינת החלופות אף הן. משתימצאנה לנו החלופות כולן, נעמידן זו בצד זו, ונשאל עצמנו איזו מהן מקרבת עצמה. להסדר הראוי ביותר שעל-פי הסברה ביקש המחוקק לקובעו.

ולענייננו: הנחת היסוד היא, שבית משותף נהרס - על דרך העיקרון: שלא ביוזמת בעלי הדירות - ועתה עומדים הם בעלי הדירות, כל אחד מהם לעצמו, בלא שיכולים הם ליהנות מרכושם שרכשו להם. משכן איזו להם, והנה הפכו שותפים בעל-כורחם - ועל-פי חלקם ברכוש המשותף (ראה סעיף 147 לחוק) - בפיסת קרקע שלא ביקשו לעצמם. לא זו בלבד שקביעת חלקם של בעלי הדירות באותה פיסת קרקע על-פי חלקם ברכוש המשותף עלולה ליצור הטיות שווי בלתי מוצדקות (ראה, למשל, גלברד, במאמרו הנ"ל, בעמ' 290-292), אלא שאי-הקמתו של הבית מחדש תוליד מאליה צו לביטול רישומו של הבית כבית משותף (סעיף 146 לחוק) ותקום השותפות מאונס בין הבעלים (סעיף 147 לחוק). כך יהיה בכל מקרה שלא ייפול בגדרי סעיף 60 לחוק, בין שלא נתמלאה המכסה של שלושה-רבעים ובין מכל טעם אחר. זו היא אפוא החלופה המתבקשת, ובבוחננו את מוטת כנפיו של הסדר סעיף 60, עלינו להעמיד - זה בצד זה - את ההסדרים החלופיים הנצים ביניהם: הסדר המדבר בהקמה מחדש של הבניין הנהרס והסדר המחיקה והביטול. דומני כי בהעמידנו שתי חלופות אלו זו אל מול זו, נדע כי שומה עלינו להרחיק לכת ככל הניתן בעזרה לשיקום, והרי זו הייתה כוונת ההסדר מעיקרם של דברים. משנמצא לנו שהמחוקק ביקש להתערב בחיי הקניין של הבית המשותף, נכון הוא כי נמלא את המסגרת תוכן ראוי.

23. הלוך מחשבה זה של בחינת החלופות מביא אותנו, כמו מעצמו, אל מבחן עזר בגדריו של מבחן הסבירות. כוונתנו היא להשוואת שווי זכויותיו של המתנגד לשיקום על-פי חלופת ההקמה, לשווי זכויותיו שעל-פי חלופת אי ההקמה ופירוק השיתוף. הנה כי כן, אפשר שערך זכויות בעלי הדירות יהיה רב בחלופת אי ההקמה ופירוק השיתוף מבחלופת ההקמה; ואם כך יהיה, ממילא תישאל שאלה מה טעם כך הוא, וכיצד אוצלת ההשוואה על הבחירה בחלופת ההקמה. נדגיש: במקום שבו מדובר בהקמת הבית מחדש, ובתכנית הקמה מחדש הבאה לכל הדעות בגדריו הפורמאליים של סעיף 60 לחוק, השוואת ערך הזכויות אינה כלל לעניין. במקרה מעין זה זכאי הרוב לכפות דעתו על המיעוט, והקמת המשכן מחדש תגבר על שאלת ערכן של הזכויות. כך קבע המחוקק וכך יהי. ואולם, במקום שבו תכנית השיקום משנה ממתכונתו של הבית שנהרס - ואפשר אף מחייבת היא את בעלי הדירות בהוצאות נוספות, ולו בגדרי הסבירות - דומני שהשוואת ערך הזכויות כאמור תהיה לעניין, במסגרת הכוללת של פריסת המושג "הקמת הבית מחדש". ניתן להקיש לפירושו של סעיף 60 לחוק - כמובן, בשינויים המחויבים מן העניין - מעקרונות החלים על עניינה של חברה מסחרית שנקלעה לקשיים ומבקשים להבריאה על-פי תכנית הכורכת ויתור על חובות וגיוס מימון נוסף. כוונתנו היא להסדר שסעיף 233 לפקודת החברות] נוסח חדש], תשמ"ג-1983, עוסק בו (ראה עוד: סעיף 333 לפקודה בנושא הסדר אגב פירוק; י' בהט, דיני הבראת חברות (בורסי, תשנ"ב) 141-142; השווה ההסדר בסעיף 236 לפקודה לעניין מכירה כפויה של מניות). בענייננו, למותר לומר, לא הראו המתנגדים כי שווי זכויותיהם יפחת, והרי שווי זכויותיהם אך צמח ועלה באורח משמעותי.

עקרונות כלליים בהפעלתו של סעיף 60

24. עמדנו בדברינו למעלה על שני עיקרים להנחייתנו בפירושו ובהחלתו של סעיף 60 לחוק: העיקר הפונקציונאלי לפירוש ועיקר הסבירות. שני עיקרים אלה נדרשים, לדעתנו, מתוך ההסדר שנקבע בסעיף 60 לחוק - מתוכו של ההסדר ובו - ועל פיהם ננחה עצמנו. והנה, בצדם של עיקרים מיוחדים אלה, יהולו עקרונות מחייבים נוספים, והם עקרונות יסוד שמשכנם בתשתית שיטת המשפט ואין אתר פנוי מהם. אין מקום שנאריך בעקרונות אלה הואיל והשאלה לא עלתה לפנינו, מכל מקום לא במישורין, אך ראוי שנוכיר אותם. על עקרונות אלה ניתן ללמוד היקש מהדין החל על חברה אשר נקלעה לקשיים ומבקשים להבריאה, כמובן בשינויים המחויבים מן העניין. כוונתנו היא, בראש ובראשונה, לעיקרון המכתיב שוויון בין בעלי הדירות כולם, ובבן דמותו של השוויון, הלוא הוא איסור הפליה. ראה, למשל: א' פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים בישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ט) 555-556; בהט, בספרו הנ"ל, בעמ' 277-279.

בענייננו לא הועלו כל טענות של הפליה. יתר-על-כן: לא זו בלבד שכל בעלי הדירות זוכים להטבות מפליגות - חניגם אין כסף - אלא אפשר כי המתנגדים זוכים, כטענת המשקמים, לזכויות יתר בהשוואה לבעלי הדירות האחרים. בשולי הדברים נעיר: לו שוויון של זכויות המתנגדים במסגרת הקמת הבית מחדש היה נופל משווי זכויותיהם בשיתוף

א בקרקע ובפירוק השיתוף, אפשר הייתה זו אצבע-מורה להפלייתם ביחס לשאר בעלי הדירות. השווה, למשל: סעיף 1129(a)(7)(A)(II) ל-U.S.C. 11; פרוקציה, בספרו הנ"ל, בעמ' 556-557; בהט, בספרו הנ"ל, בעמ' 160, 279. ואולם, כפי שראינו לא כך הוא בענייננו. כל כך באשר להיבט הכספי, אשר לתלונת המתנגדים כי לא סופק להם מידע על דבר עיסקת הקומבינציה, הנה גם בנושא זה מעמדם כמעמדם של שאר בעלי הדירות; מכל מקום, המידע הרלוואנטי ניתן לכל בעלי הדירות, גם למשקמים גם למתנגדים, תוך כדי ההליכים.

ב 25. עיקרון שני שיאחו בהסדר שלפי סעיף 60 הוא עקרון העל של פעילות בתום-לב ובהגינות, במובנם הרחב של מושגים אלה. ראה, למשל: בהט, בספרו הנ"ל, בעמ' 162-164; סעיפים 61(ב) ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. אכן, גם עקרון השוויון - הוא, ובצדו עקרון איסור ההפליה - בנים הם לחובת תום הלב ולעקרון ההגינות (למצער - במשפט הציבורי), אלא שבשל שכיחותה של ההפליה בחיינו, שם מיוחד קורא עליה ועל אחיה השוויון. גם לעניין עקרונות אלה לא עלתה לפנינו טענה של ממש, ואכן סבורני כי אין למנות בהסדר שלפנינו פגעים כלשהם שעניינם חוסר הגינות או פגימה בתום-לב.

ג נזכיר לבסוף עיקר חשוב נוסף - בשר מבשרו של החוק - ומשכנו בסעיף 14: "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". אין צורך שנרחיב דיבור על עיקר זה, ונספק עצמנו בהפניה זו שהפנינו אליו.

ומן הכלל אל הפרט

ה 26. הבה נבחן את ענייננו שלנו, ובאשפתנו כל אותם מבחנים הנדרשים, לדעתנו, מן ההסדר שבסעיף 60 לחוק. עיקר המחלוקת בין בעלי הדין מקורו הוא באותה "עיסקת קומבינציה" שעשו בעלי הדירות - בשיתוף העירייה - ולפיה תרמה העירייה לבעלי הדירות אחוזי בנייה בלא לדרוש תמורתם; כל אחד מבעלי הדירות זכה בדירה חדשה ורחבת ידיים מן הדירה שהייתה לו ונהרסה - דירה ששווייה בשוק עולה בהרבה על שווייה של דירתו הקודמת - ותמורתה לא שילם אלא את הפיצויים שקיבל מרשויות מס רכוש; והיום קיבל אף הוא, במסגרת אותם אחוזי בנייה שנוספו, דירות למכירתן בשוק החופשי. האם עיסקה כוללת זו באה בגדר סעיף 60 לחוק, או שמא נאמר: לא כן; על בעלי הדירות להסתפק בפיצוי שקיבלו מרשויות מס רכוש - פיצוי שאין די בו כדי לאפשר להם לבנות את דירותיהם מחדש - וליהנות מבעלותם במשותף בקרקע שנותרה לאחר הרס הבית המשותף. נסכים, כעיקרון, כי במקום שהמשקמים מבקשים לערוך שינויים במתכונתו של הבית המקורי, ואותם שינויים אמורים לייקר את הבנייה ב"הרבה", קרי: מעבר לסביר בנסיבות העניין, לא יהיה הרוב זכאי לכפות דעתו על המיעוט. השווה, למשל, להסדרים הנוהגים במדינות שונות בארצות-הברית בנושא זה P.J. Rohan, M.A. Reskin, *Condominium Law and Practice* (New York, 1965, Rev. 1990), vol. 1, part 1, § 8.03 (וראה גם The Federal Housing Administration's Model Statute for the

26, Creation of Apartment Ownership, sec. 26, המופיע גם בספר הנ"ל, בחלק הראשון של כרך 1A, בנספח B-3. האומנם כך היה בענייננו?

בהסדר שלפנינו לא יידרשו בעלי הדירות להוצאות ממשיות נוספות מכיסם, ולא עוד אלא שערך הדירות שיקבלו בתום השיקום יעלה לאין ערוך על ערך דירותיהם המקוריות ועל ערך חלקם היחסי בשווייה של הקרקע קודם הבנייה. תוספת זו שבעלי הדירות יזכו לה, מימונה בא על חשבון תושבי רמת-גן, על דרך הגדלת אחווי הבנייה וספיגת כל המסים בידי העירייה. מחווה יפה עשתה עיריית רמת-גן לתושביה שנפגעו בידי האויב, לסייע להם להתגבר על פגעי המלחמה ולפצותם על החרדה ועוגמת הנפש שבאו עליהם. ומה היא טענתם של המתנגדים ותישמע? אין הם טוענים כי נפגע שווי הנכס שכדיהם; נהפוך הוא: שווי רכושם יעלה באורח משמעותי. יתרה מזאת: בפצויים שזכו לקבל מרשויות מס רכוש, לא היה עולה בידי כל בעלי הזכויות לבנות ולו את ביתם המקורי, לא כל שכן שבניית הבית החדש לא הייתה אלא חלום בלתי מושג. אלא מה?

"התנגדות המשיבים להצטרף להסדר יסודה בהרגשתם המבוססת כי במסווה של בניה לטובת הדיירים הישנים והגדלת זכויותיהם ינתנו וניתנו לקבלן הטבות מפליגות על חשבונם".

כך טוענים הם. לשון אחר: צרה עינם בתמורה שקיבל הקבלן "על חשבונם"; ולא עוד, אלא שמוסיפים הם וטוענים שהדבר נעשה "במסווה". מהו אותו מסווה – סתמו המתנגדים ולא פירשו. סתמו, כי אין בפיהם כל טענה של אמת. כיצד זה, לדעת המתנגדים, ניתן היה להיטיב עמיהם לולא אותה הטבה שניתנה לקבלן? אכן, העירייה יכולה הייתה להגדיל את אחווי הבנייה ולתתם במתנה למתנגדים, ואולם זאת לא רצתה לעשות, ובצדק כך. האלטרנטיבה לא הייתה אלא זו, שהמתנגדים – ועמהם המשקמים – ייוותרו בלא כלום. המשקמים לא הסכימו לכך – ולדעתנו בצדק, נציין כי במקום זה נתפס בית המשפט המחוזי לכלל טעות, ודומני שטעות זו היא שהוליכה אותו למסקנה שאליה הגיע. במהלך דבריו מצביע בית המשפט על החלופה של פירוק השיתוף ומכירת הקרקע – היא החלופה שלדעתו חייבים להחזיק בה – ועליה אומר הוא כי –

"במסגרת הליך כזה, ניתן היה לרכוש חלקם של המבקשים או לממש את החלקה כולה לפי שווי המקרקעין, כאשר כל החטבות של אחווי הבניה יובאו בחשבון" (ההדגשה שלי – מ' ח').

ראה עוד, לעיל, פסקה 6. בית המשפט המחוזי הניח אפוא כי עיריית רמת-גן נכונה הייתה להעניק אחווי בנייה נוספים – חינום וללא הטלת מס – גם לולא אותה עיסקת קומבינציה שנעשתה. בכך נתפס בית המשפט לכלל טעות. אכן, העירייה הגדילה את אחווי הבנייה – לפנים משורת הדין – אך זכויות אלו נתנה רק במסגרתו של ההסדר הכולל כפי שנעשה. בלא הסדר מיוחד זה, לא הייתה העירייה מעניקה כל זכויות יתר לבעלי הבתים שנהרסו, ופשוט הוא שאין ניתן לחייבה להגדיל אחווי בנייה אלא לרצונה בלבד. אכן, זכות לבנייה נוספת שייכת לכל בעלי הבית המשותף (ראה טרסקי, במאמרו הנ"ל, בעמ' 214-215); במה דברים אמורים? בזכות מוקנית, ואילו בענייננו, כאמור, לא

א הייתה לבעלי הבית המשותף כל זכות מוקנית לבנייה נוספת, שכן העירייה "תרמה" את אחוזי הבנייה הנוספים במסגרת ההסדר המיוחד שנעשה, ורק במסגרתו התנגדות המתנגדים לעיסקה הכוללת - ובעיקר להענקת זכויות לקבלן - שקולה אפוא בנסיבות העניין לזעקתה של אותה אישה: גם לי גם לך לא יהיה. טענתה של אותה אישה נדחתה וכמותה תהיה טענת המתנגדים.

ב ניתנת אמת להיאמר, כי חל פירות כלשהו בזכויות קניין שונות של המתנגדים - וכמותו חל פירות בזכויותיהם של המשקמים - אם כי בטיעוניהם לפנינו לא פיתחו מערכת זו. כך, למשל, חלקם ברכוש המשותף קטן, ומכאן שאם חלילה ייחרס הבניין שוב, כי אז חלקם בשיתוף בקרקע יהיה אף הוא קטן מחלקם קודם לכן. הוא הדין בפירות שחל בכוח ההצבעה שלהם במסגרת התקנון, הואיל ונוספו דירות הקבלן לבית (ראה סעיף 62 לחוק וסעיפים 8 ו-12 לתקנון). ואולם כל פירותים אלה - ואפשר פירותים נוספים הנגזרים מהם והדומים להם - כולם בטלים הם בשישים, והיו כלא היו, בעמדתנו אותם עם ההטבות שהמתנגדים זכו להן. ובבחינתנו את ההסדר הכולל ממעוף הנץ, אין ולו ספק קל בלבנו שהמתנגדים אך זכו מעיסקת הקומבינציה - זכו בהרבה - וטענותיהם אינן אלא טענות שווא.

סוף דבר

ד 27. כללם של דברים: נתקיימו התנאים הנדרשים להקמתו של הבית המשותף מחדש, כהחלטתם של בעלי הדירות, ונכון עשה המפקח בהחליטו כפי שהחליט.

ה אציע אפוא לחבריי כי נקבל את הערעור, נבטל את פסק-דינו של בית-משפט קמא, ונשיב על כנה את החלטת המפקח, החלטה שבה ציווה על המתנגדים להעביר את זכויותיהם לכל אדם, לפי ראות עיניהם, תוך שישה חודשים. שישה חודשים אלה תחילתם הייתה בחודש מאי 1993, ולמותר לומר כי בשל ההליכים שעקבו את ההחלטה - לרבות ההליכים שלפנינו - נכון יהיה להוסיף עליהם. בה בעת אין להתעלם מזכויות המשקמים, שהמתנגדים גררו אותם להליכים שלרעתנו היו בלתי ראויים. אציע אפוא כי על המתנגדים לקיים את צו המפקח תוך שלושה חודשים מיום מסירת פסק-דיננו לידיהם, והנושא בכללו יוחזר למפקח להמשך ההליכים על-פי החוק. על המתנגדים (המשיבים) לשלם הוצאותיהם של המבקשים (המערערים) בסך של 30,000 ש"ח להיום.

המשנה לנשיא א' ברק: אני מסכים.

השופטות ד' דורנר: אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט חשין.

ניתן היום, ב' בטבת תשנ"ה (5.12.94).