



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

המבקשים:

1. אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בע"מ
 2. חברת חלקה 2-180/1 בגוש 6940 בע"מ
 3. נכסי חלקה 180/5 בגוש 6940 בע"מ
 4. מחסן בבית הדר בע"מ
 5. מרתף בבית הדר בע"מ
 6. מעונות חלקה 180/14 בגוש 6940 בע"מ
 7. חנות בבית הדר בע"מ
 8. נכסי פ.מ.ס. בע"מ
 9. רמות ארזים בע"מ
 10. ד"ר ישראל ירושלמי בע"מ
 11. הידרופלן הנדסה בע"מ
 12. מטרואסטיט בע"מ
 13. נושאי המשכן בע"מ
 14. סטודיו סמואלוב בע"מ
 15. אלדד וולנר
 16. אבנר ספקטור
 17. חבלת כחלני
- ב"כ עוה"ד דניאל אברבנאל וגיא פורר

נגד

המשיבות:

1. חברת גג בית הדר בע"מ
 2. חברת בית הדר בע"מ
- ב"כ עוה"ד אריאל יונגר ועדי עדני
3. מדינת ישראל - רשות הפיתוח
 4. חברת החשמל לישראל בע"מ

פסק דין

1. למי שייכות זכויות הבניה הבלתי מנוצלות הניתנות לניוד בבניין משותף?

רקע עובדתי ותיאור המחלוקת בתמצית

2. על המקרקעין המצויים בצומת הרחובות מנחם בגין והרכבת בתל-אביב והידועים כחלקה 18 בגוש 7446 בנוי בניין הידוע בשם "בית הדר" (להלן – "הבניין").
- הבניין נבנה בשנות ה-30 של המאה הקודמת והוא כולל כיום ארבע קומות וקומה חמישית חלקית, מעל קומת קרקע, והוא משמש למסחר, למשרדים ולמגורים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

הבניין רשום כבית משותף ובו 32 תתי-חלקות (להלן – "יחידות"), שהצדדים בתובענה זו הם בעלי הזכויות הרשומות בהן.

3. הבניין נבנה בסגנון הבינלאומי המכונה "באוהאוס".

ביום 4.9.2008 הוא הוכרז כמבנה לשימור עם הגבלות מחמירות, שבו לא תותר כל תוספת בניה בתחום המגרש.

תכנית השימור מעניקה תמריצים לשם שיקום המבנה בדמות זכויות בנייה נוספות, הניתנות לניוד, יחד עם יתרת זכויות הבנייה של הבניין שלא נוצלו, למגרש אחר.

על פי מכתבה של גבי שולי דויד, סגנית מנהלת מחלקת שירותי בניין ערים בעיריית תל-אביב, מיום 13.11.2012, לנציג בעלי הזכויות בבניין, זכויות הבנייה הכוללות הניתנות לניוד הן בשטח של 1,211 מ"ר (להלן – "זכויות הניוד"), מתוכו: שטח של 460 מ"ר – יתרת זכויות הבנייה שלא נוצלו (להלן – "זכויות היתרה הקיימות") ושטח של 751 מ"ר – המוענק כתמריץ לשיקום הבניין (להלן – "זכויות התמריץ").

4. מאחר ששיקום המבנה כרוך בעלויות גבוהות שהוערכו בסכום של כ-13 מיליון ₪ לפחות, יזמו בעלי הזכויות בבניין תכנית, לפיה זכויות הניוד תימכרנה לצד שלישי והתמורה תכסה את עלות השיקום.

היוזמה קיבלה את ברכתה ואת הסכמתה של עיריית תל-אביב. אלא, שבשלב זה ניטשה מחלוקת בין המבקשים לבין המשיבות 1 ו-2 (להלן – "המשיבות") ביחס לשאלה מיהם בעלי זכויות הניוד?

המשיבות טענו כי הן בעלי כל זכויות הניוד, מכח הסכמים קודמים שנעשו בין בעלי הזכויות בבניין.

המבקשים טענו כי ההסכמים הללו אינם חלים על זכויות הניוד, וכי כל בעלי הזכויות בבניין הם הבעלים של כלל זכויות הניוד. טעמי הצדדים יפורטו בהמשך.

5. המשיבה 3 (להלן – "רשות הפיתוח"), בעלת הזכות באחת היחידות, הצטרפה לעמדת המבקשים.

המשיבה 4 (להלן – "חברת החשמל"), אף היא בעלת הזכות ביחידה אחרת, הודיעה באמצעות בא כוחה בדיון (עמ' 3 לפרוטוקול): "חלקנו ברכוש המשותף 4/1000. עמדתנו בתיק כמו שנובעת מהצרכים התפעוליים שלנו שזה חדר השנאים. מבקש לפטור אותנו מהתייצבות להמשך הדיונים. נקבל כל הכרעה של בית המשפט".

בהסכמת הצדדים, הופטרו רשות הפיתוח וחברת החשמל מהתייצבות לדיונים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

6. בשלב מאוחר יותר התקבלה הצעת בית המשפט, כי מאחר והמחלוקת העיקרית היא משפטית ולא עובדתית, הצדדים יוותרו על חקירות הצדדים ויגישו את סיכומיהם, וכך נעשה.
7. לאחר הגשת הסיכומים, נקבעה ישיבת תזכורת עם ב"כ הצדדים ונציגיהם לשם בחינת הצעה של בית המשפט, לפיה ייקבע, כי המשיבות הן הבעלים של זכויות היתרה הקיימת וכל בעלי הזכויות הם הבעלים של זכויות התמריץ.
- המשיבות קיבלו את הצעת בית המשפט, המבקשים דחו אותה ועמדו על כך שכל בעלי הזכויות הם הבעלים של כלל זכויות הניוד.
- לשאלת בית המשפט, האם המשיבות מסכימות, שגם ללא הסכמת המבקשים, הן מצמצמות את טיעוניהן לזכויות היתרה הקיימת בלבד, השיב בא-כוחן בחיוב (עמ' 8 לפרוטוקול).
8. הנה כי כן, בהסכמת המשיבות ניתן כבר לקבוע שהבעלים של זכויות התמריץ הם כלל בעלי הזכויות בבניין.
- לכן, נותר להכריע בשאלה: מיהם הבעלים של זכויות היתרה הקיימת?

תיאור ההסכמים הקודמים בין בעלי הזכויות בבניין וצווי הרישום בפנקס הבתים המשותפים

9. אקדים ואומר, כי השתלשלות העברת הזכויות ביחידות השונות מהבעלים המקוריים שלהם ועד בעליהם היום לא הובררה, וכל שידוע הוא מצב הדברים בתקופות שונות, כפי שהצדדים הציגו לפני בית המשפט.
- אולם, ניתן לומר מתוך המסמכים שהוצגו ושיתוארו להלן, כי המשיבה 2 (להלן – "בית הדר"), היתה בעבר הבעלים של כל הזכויות בבניין, למעט יחידה אחת שבעלת הזכויות בה היתה חברת החשמל, וכי במשך השנים הועברו הזכויות ביתר היחידות לאחרים וכן הלאה עד לבעלי הזכויות הנוכחיים, למעט יחידות 28 ו-29 שבקומה העליונה, שהזכויות בהן נותרו עד שנת 1963 בידי בית הדר.
- בשנת 1963 העבירה בית הדר את זכויותיה ביחידות 28 ו-29 למשיבה 1 (להלן – "גג בית הדר") וזו התחייבה להעביר בחזרה את הזכויות בהן לבית הדר לאחר הקמת קומה נוספת.
- גג בית הדר הקימה את הקומה הנוספת, אך הזכויות ביחידות 28 ו-29 נותרו רשומות על שמה.
10. ביום 17.8.1959 נחתם הסכם בין בית הדר, שהוגדרה בו כ"בעל הרשום של הנכס", כלומר: הבניין, לבין חברת החשמל שהיתה "הבעל הרשום של זכות חכירה לגבי החדר במרתף של הבית הנ"ל וכן זכויות מעבר והנחת כבלים חשמליים בחלקה" (נספח ב' לתובענה).
- בהסכם זה הוסכם כי שטחי הגג יוצמדו ליחידות ("דירות משנה") 28 ו-29.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

- 1 כן הוסכם (בסעיף 4) :
- 2 **"הבעלים שבשםם תירשם דירה מס' משנה 180/28 ו-180/29, עם זכויות ההצמדה כנ"ל, יהיו**
- 3 **רשאים לבנות כל מבנה שהוא על שטח הגג הצמוד לכל אחת מהדירות הנ"ל מבלי צורך ליטול**
- 4 **רשות והסכמה מאת בעלי יתר הדירות בבית הנ"ל או מאת הצד השני."**
- 5 (גוש 180 הישן הוא גוש 7446 דהיום).
- 6
- 7 11. יומיים לאחר מכן, ביום 19.8.1959 נרשם ההסכם בפנקס הבתים המשותפים.
- 8 בהתאם לצו הרישום (נספח ג' הראשון לתובענה), שטחי הגג אינם נכללים ברכוש המשותף והם
- 9 הוצמדו ליחידות 28 ו-29.
- 10
- 11 12. ביום 28.3.1960 נערך **"הסכם בין בעלי הדירות לפי סעי' 21 לחוק בתים משותפים, תשי"ג"** בין
- 12 בית הדר לבין מי שהיתה אז בעלת זכויות נוספות באחת או יותר מהיחידות בבניין, חברת
- 13 "דלתא חברה למסחר בע"מ" (נספח ד' לתובענה), שבו נקבע כי ההסכם עם חברת החשמל,
- 14 שנרשם בפנקס הבתים המשותפים, יהווה חלק מההסכם ביניהן, וכן נקבע (בסעיף 8), כי **"בעל**
- 15 **הדירה או הדירות אשר שטח הגג צמוד לדירתו, יהיה רשאי לבנות קומה או קומות נוספות על**
- 16 **הגג מבלי להיזקק להסכמת יתר בעלי הדירות."**
- 17 בהתאם להסכם עם חברת החשמל, כאמור, וכן בהתאם לצו הרישום בפנקס הבתים המשותפים,
- 18 שטח הגג הוצמד לבעלי יחידות 28 ו-29, כלומר, לבית הדר.
- 19
- 20 13. ביום 23.2.1962 הוצא **"צו לתיקון צו רישום בית בפנקס בתים משותפים"** (נספח ג' השני
- 21 לתובענה), ולפיו, יחידה 28 פוצלה לשניים: תת חלקה 28 ותת חלקה 30; יחידה 29 פוצלה אף
- 22 היא לשניים: תת חלקה 29 ותת חלקה 31; אולם, הצמדת שטחי הגג נותרה כפי שהיא: ליחידות
- 23 28 ו-29.
- 24
- 25 14. על פי האמור בכתב התשובה של המשיבות, ביום 23.3.1962 הוצא צו תיקון נוסף לצו הרישום
- 26 בפנקס הבתים המשותפים, ששב ואישר את חלוקת יחידות 28 ו-29 לשתי יחידות נוספות וכן כי
- 27 ההצמדות של שטחי הגג נותרו כפי שהיו, יחידות 28 ו-29 בלבד (צו תיקון זה לא צורף לתשובה,
- 28 אך גם לא הוכחש על ידי המבקשים).
- 29
- 30 15. ביום 1.3.1963 נערך הסכם בין החברות בית הדר וגג בית הדר (נספח ה' לתובענה).
- 31 עוד קודם לכן, העבירה הראשונה לאחרונה את זכויותיה ביחידות 28 ו-29 ואלה נרשמו על שם
- 32 גג בית הדר, ככל הנראה לקראת החתימה על ההסכם.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

- מכל מקום, בהתאם להסכם, התחייבה גג בית הדר לבנות קומה נוספת שתהיה בבעלותה, ולאחר תום בניית הקומה הנוספת היא תחזיר את הזכויות ביחידות 28 ו-29 על שם בית הדר. בפועל, כפי שהוזכר לעיל, גג בית הדר בנתה את הקומה הנוספת, אך הזכויות ביחידות 28 ו-29 נותרו על שמה ולא הועברו על שם בית הדר.
- יצוין, כי על פי הנטען בכתב התשובה (סעיף 39), והמבקשים לא הכחישו זאת, **"אין מדובר בחברות "אחיות" כי אם בחברות נפרדות שהבעלות בהן שונה"**.
16. במועד מסוים, לאחר חודש יולי 1969 (כנלמד מהמסמך), הוגשה למפקחת על לשכת רישום המקרקעין בתל-אביב **"בקשה לתיקון צו רישום של הבית המשותף"** (נספח א' לכתב התשובה). הבקשה הוגשה על ידי כל בעלי הזכויות באותו מועד, כולל בית הדר, חברת החשמל ורשות הפיתוח, וכן גם המבקשות 1 עד 8, שנמנו כבר אז על בעלי הזכויות. החותמים על אותה בקשה הודיעו כי הם נותנים את הסכמתם לתיקון צו רישום הבית המשותף לפי הבקשה שהגישה גג בית הדר, שהעתק ממנה צורף לבקשתם.
- בקשת גג בית הדר, שכל בעלי הזכויות האחרים בבניין, נתנו לה את הסכמתם, כאמור, נועדה לשקף את השינוי שאירע לאחר בניית הקומה הנוספת, כך שהצמדות שטחי הגג ליחידות 28 ו-29 תבוטלנה, ובמקומן הם יוצמדו לשתי היחידות החדשות: 36 ו-37 שבבעלות גג בית הדר (סעיף 10 לבקשה).
- וכך נכתב ב"הערה" שנועדה לנמק את הבקשה:
- "הבקשה לרישום ההצמדות החדשות שמעל לגגות החדשים, שנוצרו כתוצאה מבניית הקומות ה' ו-ו' החדשות – מבוססת על סעיף 8 של ההסכם בין בעלי הדירות מיום _____, שלפיו יהיה רשאי בעל הדירה או הדירות, אשר שטחי הגג צמודים לדירתו, לבנות קומה או קומות נוספות, מבלי להיזקק להסכמת יתר בעלי הדירות.**
- מכיוון שעיריית תל-אביב מוכנה לאשר (בתנאים מסוימים) בניית קומה נוספת על שטח הגג המצוי בקומה ה' וכן בניית קומה נוספת על שטח הגג של קומה ו' – הרינו מבקשים לשמור לעצמנו את זכות הניצול של שטחי הגגות הנ"ל, בהתאם לזכויותינו, כפי שנקבעו בהסכם בין בעלי הדירות הנ"ל."**
17. מתיק הבניין בעיריית תל-אביב עולה עוד, כי בשנת 1964 ניתן לבית הדר היתר בנייה להשלמת קומה רביעית בשטח של 838 מ"ר ותוספת קומה חמישית בשטח של 390 מ"ר ובשנת 1976 ניתן לה היתר נוסף להשלמת הקומה החמישית עד 807 מ"ר.
- היתרי הבנייה הללו לא נוצלו במלואם, אלא בחלקם, כך שבפועל, כאמור לעיל, יתרת הבנייה המותרת הבלתי מנוצלת בבניין עומדת כיום על 460 מ"ר.
- (כל המסמכים הרלוונטיים לסעיף זה צורפו כנספח ג' לכתב התשובה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

תמצית טענות הצדדים

18. כאמור לעיל, לאחר שהמשיבות הסכימו לכך, שזכויות התמריץ שייכות לכל בעלי הזכויות בבניין, המחלוקת בין הצדדים הצטמצמה לשאלת הבעלות על זכויות היתרה הקיימת, שלא ניתן עוד לממשן בתחומי הבניין בשל תכנית השימור, אך ניתן לנייד אותן למגרש אחר וניתן גם לסחור בהן.

19. אלה הן טענות המבקשים בתמצית :
ההסכמה שניתנה לעצם הבנייה על הגג, אין משמעה הסכמה לניצול מלוא זכויות הבנייה המוקנות לבניין על ידי המשיבות. לכן, זכויות הבנייה נותרו שייכות לכלל בעלי הזכויות בבניין, על פי חלקם היחסי ברכוש המשותף ;
זכויות הבנייה המיוחסות לבניין אינן ניתנות למימוש על גג המבנה בשל תכנית השימור. לכן לא יכולה להיות למשיבות טענה לבעלות בזכויות הבניה מכוח הצמדת הגג ליחידותיהן והעובדה שהותר להן לבנות על הגג ;
ההסכמות שניתנו על ידי בעלי הזכויות בשנות ה-50 וה-60 תקפות לזכויות הבנייה שהיו קיימות על פי התכניות שחלו באותה עת ולא על זכויות הבנייה שהוקנו לבניין בתכניות שאושרו עשרות שנים מאוחר יותר ;
לאחר שהמשיבות הוסיפו קומה למבנה הן מיצו את זכותן ;
הגג של הקומה החדשה מהווה רכוש משותף ולכן זכויות הבנייה הנותרות שייכות לכל בעלי הזכויות בבניין.

20. אלה טענות המשיבות בתמצית :
לאורך כל השנים הכירו והודו כל בעלי הזכויות כי למשיבות יש שתי זכויות בלעדיות : שטחי הגג צמודים ליחידותיהן והזכות הבלעדית לבנות מבנה/קומה/קומות נוספות נתונה להן ;
המשיבות הוכיחו כי הן בנו לפני עשרות שנים שתי קומות על שטחי הגגות הצמודים ליחידותיהן, וזוהי "הודאת בעל דין" ;
תכנית השימור איננה פוגעת ואיננה יכולה לפגוע בזכויות המשיבות ;
אין שום הבדל בין זכויות קיימות לזכויות עתידיות ;
על פי הפסיקה אין ספק כי המשיבות הן בעלי הזכויות בזכויות הבנייה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

טענות סף

21. המשיבות העלו מספר טענות סף במסגרת בקשתן לסילוק התביעה על הסף :
קבוצת טענות שעניינן התיישנות, קבוצת טענות שעניינן שיהוי וחוסר ניקיון כפיים וקבוצת טענות שעניינן התאמת התביעה להליך של המרצת פתיחה.
כל אלה נדחו בהחלטתי מיום 3.3.2020, ומשום שהמשיבות שבות ומעלות את חלקן, אני מפנה לנימוקי אותה החלטה ולא אדון בהן שוב.

דיון והכרעה

22. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי זכויות בנייה בבית משותף אינן בגדר "רכוש משותף" כהגדרתו ב**חוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969** (להלן – "**חוק המקרקעין**"), אך הן מהוות "נכס משותף" של בעלי הדירות בבית משותף, אשר יכול שתהיינה מושא להסכמות חוזיות, לרבות ויתור עליהן או העברתן לאחר, והשאלה אם אכן הוקנו זכויות בנייה לאחד מבעלי הדירות היא שאלה שבעובדה הנגזרת מניתוח אומד דעת הצדדים, כפי שבא לידי ביטוי בחוזים שכתרו ביניהם (ע"א 2139/12 **רוזן נ' חברת ארזי הבירה** (15.12.2015), בעקבות פסקי הדין שניתנו ב- ע"א 11965/05 **קליין נ' שרון** (27.8.2009); ע"א 432/83 **מזרחי נ' חביב**, פ"ד מד(4) 673, 681-680; ע"א 2427/11, ע"א 2480/11 **מפעל חסד תורה ירושלים, ת"ו נ' פליישמן** (11.3.2014); ועוד).

23. בענייננו, מכל ההסכמים וצווי רישום הבית המשותף שפורטו לעיל, עולה ללא ספק כי כוונת כל בעלי הזכויות בבניין, בזמנים הרלוונטיים לאותם הסכמים ולאותם צווים, היתה להעניק את כל זכויות הבנייה המותרות על הגג – ואלה הן זכויות הבנייה היחידות שהיו בכל עת – לבעלות היחידות של הקומות העליונות: 28 ו-29, ולאחר מכן 36 ו-37, שהיו בכל עת והן עדיין עד היום: המשיבות, או מי מהן.
כך עולה בצורה ברורה מההסכם שנעשה בין בית הדר לבין חברת החשמל, בעלות הזכויות היחידות באותה עת, מיום 17.8.1959, סעיף 4 שלו;
כך עולה מצו הרישום בפנקס הבתים המשותפים מיום 19.8.1959, במסגרתו הוצאו שטחי הגג מהרכוש המשותף והוצמדו ליחידות שבבעלות בית הדר;
כך עולה מההסכם שנעשה בין בית הדר לבין חברת דלתא מיום 28.3.1960, בסעיף 8 שלו;
כך עולה מצווי הרישום המתקנים מיום 23.2.1962 ומיום 23.3.1962 ששבו ונתנו תוקף להצמדות האמורות של שטחי הגג ליחידות שבבעלות המשיבות, או מי מהן;



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

וכך עולה בצורה ברורה מהבקשה שהוגשה במועד כלשהו, סמוך לאחר חודש יולי 1969, למפקחת על לשכת רישום המקרקעין בתל אביב, על ידי כל בעלי הזכויות בבניין, ובכללם המבקשות 1 עד 8 בתובענה דנן וכן גם חברת החשמל ורשות הפיתוח, כמפורט לעיל.

24. גם העובדה, שהמשיבות (או מי מהן) ניצלו בפועל חלק מזכויות הבנייה על פי היתר בנייה שניתן להם בין השנים 1964 – 1976, כשאף אחד מבעלי הזכויות האחרים בבניין לא ערער על כך, מעידה על הסכמת כל בעלי הזכויות לכך שזכויות הבנייה בבניין (על הגג), שייכות למשיבות, והן היחידות שזכאיות לנצלן.

25. בניגוד לנטען על ידי המבקשים, אין מניעה על פי הפסיקה לויתור של בעלי הזכויות של היחידות בבית משותף על זכויות עתידיות, ובפועל הפסיקה הכירה בויתור על זכות שתיווצר בעתיד (ע"א 11965/05 קליין נ' שרון (27.8.2009)).

בעת שניתנה הסכמתם של בעלי הזכויות להצמדת זכויות הבנייה ליחידות שבבעלות המשיבות, עדיין לא היו קיימות זכויות בנייה מוגדרות ועדיין לא ניתן היתר בנייה כלשהו, כך שאין ספק שבעלי הזכויות התכוונו לזכויות שתיווצרנה בעתיד ולהיתרי בנייה שיינתנו בעתיד.

26. וכן יש לדחות את טענת המבקשים, לפיה, המשיבות מיצו את זכותן לניצול זכויות הבנייה בעת שבנו את הקומה החלקית. וויתורם של בעלי הזכויות על זכויות הבנייה היה ויתור שלם וכולל והוא חל על כל זכות בנייה בלתי מנוצלת.

27. נותרה לדיון השאלה, האם העובדה שעל פי תכנית השימור, זכויות היתרה הקיימת אינן יכולות להיות מנוצלות בשטחי הבניין, אלא מחוצה לו באמצעות ניודן (או מסחר בהן), יש בה כדי לשנות את התוצאה?

סוגיה קרובה לכך נדונה בפסק דין קליין נ' שרון הנ"ל, שבו נקבע כי זכויות הבנייה הוקנו לחברה שבבעלות המערער על ידי בעלי הזכויות באותו בית משותף, אך מחמת נסיבות מסוימות לא ניתן היה לממשן בהתאם ללשון ההסכמה.

כב' השופטת נאור קבעה כי מחמת כך, המערער אינו יכול לנצל את זכויות הבנייה הללו. כב' השופטת חיות הפעילה את הדוקטרינה החוזית של ביצוע בקירוב וקבעה כי זכויות הבנייה שייכות למערער על פי כוונת הצדדים, גם אם הן ממומשות בדרך אחרת מזו שהתכוונו לה בעת שניתנה ההסכמה לויתור על זכויות הבנייה.

דברי כב' השופטת חיות (מתוך פסקה 6 לחוות דעתה):

"כפי שכבר צוין, הסכימו הצדדים לוותר על זכויות הבניה העתידיות שלהם לטובתה של ירלון ונתנו את הסכמתם לביצוע בניה על הגג ובקומת העמודים. הסכמה זו אף מצאה ביטוי פומבי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

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 כוונת הצדדים ולו בקירוב נראה לי כי יש ליתן משמעות פוזיטיבית למוסכס 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."

כב' השופט גרוניס הסכים לדעתה של כב' השופטת חיות והוסיף (פסקה 2 לחוות דעתו):
"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. . .

...
איני מוצא טעם ראוי לתוצאות כאמור, של הקטנת הערך הכספי של "הנכס", שהיה בידי ירלון או לתוצאה היותר קשה של מחיקת ערכו של "הנכס".

28. אמנם, בעניין שנדון בפסק דין קליין נ' שרון הנ"ל, לא היה מדובר בניוד זכויות הבנייה בנכס אחר, אלא ב"ניוד" פנימי באותה נכס, כפי שכב' השופטת חיות הדגישה בדבריה (בפסקה 6). אולם, אינני סבור שיש בכך כדי לשנות את התוצאה.
כפי שמציין פרופ' אבי וינרוט בספרו, דיני קניין – פרקי יסוד, מהדורה שניה, עמ' 340-341: "... עם השנים חל שינוי בתפיסה השוללת ניוד בזכויות והכרה במציאות שבה מתקיים מסחר בזכויות בנייה לשם "ניודן" למקרקעין אחרים. זכויות בנייה קיימות ועתידיות יכולות להיות מושא להסכמות חוזיות בדבר ניצולן ועבירותן לרבות במנותק מהקרקע. הפרקטיקה יצרה מציאות של עסקאות מסוג זה ובית המשפט נתן מטבע הדברים תוקף משפטי למציאות הקיימת – כך למשל, בעניין לב [עע"מ 3030/33 לב נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה באר שבע, פ"ד נט (1)] הכיר בית המשפט העליון בפרקטיקה של ניוד זכויות בנייה וקבע כי מאחר שחוק התכנון והבניה אינו מטיל איסור גורף על ניוד זכויות בנייה אין מקום להטיל איסור כזה בדרך שיפוטית. נראה אפוא כי במישור הפרקטי "מתנהגות" זכויות הבניה כנכס עביר" (וראו הפסיקה והספרות המובאות בה"ש 746-748 שם).

29. בענייננו, המשיבות הן היחידות שהיו זכאיות לנצל ולממש את זכויות הבנייה הקיימות בבניין (כלומר, זכויות הבנייה על הגג), אלמלא תכנית השימור. הן ואף אחד אחר מבעלי הזכויות האחרים, מכוח ההסכמים וצווי הרישום שפורטו לעיל.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 50387-07-19 אחוזת חלקה 180/8 בגוש 6940 בעמ ואח' נ' חברת גג בית הדר בעמ ואח'

מכאן, שהערך הכלכלי הנובע מהן שייך גם הוא למשיבות בלבד ולא לאף אחד מבעלי הזכויות האחרים.
כיוון שכך, "ניוד" זכויות הבנייה הללו למקרקעין אחרים, מכח אותה תכנית שימור, ששללה את ניצולן באותם מקרקעין, אין בכוחה כדי לפגוע בזכות הכלכלית הנובעת מכך למשיבות, ואין בכוחה כדי להעביר זכות זו לבעלי הזכויות האחרים.

תוצאה

30. לאור כל האמור לעיל אני קובע כדלקמן:
- א. זכויות הבנייה שניתנו כתמריץ עבור עלויות השיפוץ (סעיפים 5.2 – 5.5 למכתבה של גבי שולי דויד מיום 13.11.2012, נספח ח' לתובענה) שייכות לכל בעלי הזכויות בבניין (המבקשים והמשיבות), בהתאם לחלקם היחסי;
- ב. זכויות היתרה הקיימת (סעיף 5.1 למכתב הנ"ל) שייכות למשיבות בלבד.
- ג. לאור תוצאה זו (ויצוין, כי הסכמת המשיבות לכך שזכויות התמריץ שייכות לכל בעלי הזכויות בבניין ניתנה רק לאחר שהוגשו הסיכומים) – אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ז אב תשפ"א, 05 אוגוסט 2021, בהעדר הצדדים.

יונה אטדגי, שופט