

**בעניין:**

1. עזבון המנוח אהרונר שלמה
  2. אהרונר שמואל
  3. עזבון המנוח אלעזר דוד
  4. ליאור מוני
  5. פלדמן דוד
  6. פלדמן יגאל
  7. פלדמן מנחם
  8. דולב בוידה עליזה
  9. סם לרנר
- כולם ע"י ב"כ עו"ד חגי הופן  
מרח' שחם 30, פתח תקווה, 4951726  
טל': 03-9302690 ; פקס: 03-9345156
10. אביזר סנטר (תעשיות) בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד ממשד שרקון, בן עמי ושות'  
מרח' בר כוכבא 23, בני ברק, 5126002  
טל': 03-5662808 ; פקס: 03-5662801

**המבקשים**

- נגד -

1. עופר מרכזים בע"מ
  2. מרתף בית היוצרים בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד יגאל דורון ו/או ג'ני רוזנברג  
משדרות שאול המלך 8, תל אביב, 6473307  
טל': 03-7556999 ; פקס: 03-7556998
3. אברהם קהת
- ע"י ב"כ עו"ד יצחק הוס  
מדרך מנחם בגין 82, תל אביב, 6713829  
טל': 03-5621136 ; פקס: 03-5616348
4. מרים גיטליץ
  5. קלילה קפלן
- ע"י ב"כ עו"ד תמר לרנר  
מדרך בן גוריון 34, רמת-גן, 5257352  
טל': 03-6121190 ; פקס: 03-7510490

**המשיבים**

1. יואב בורסוק כיוורש בעזבון המנוח יצחק בורסוק ז"ל
  2. יעקב קנטור
  3. יעקב קנטור כיוורש בעזבון המנוחה חנה קנטור
  4. יפה פורשט
  5. אריאלה פורשט
  6. אברהם פורשט
  7. אילנית פורשט
- כולם ע"י ב"כ עוה"ד אליהו מינקוביץ ו/או רינה דוד  
מרח' אידלסון 19, ת.ד. 26577, תל-אביב, 61265  
טל': 03-5280004 ; פקס: 03-528545

## 8. אליהו לוי כורשם של עזרא לוי ז"ל וחנה לוי ז"ל

ע"י ב"כ עו"ד ורוניקה ראובני

מרח' היצירה 3, רמת-גן, 5252141

טל': 03-6134474 ; פקס: 03-6134475

### המבקשים להצטרף

### ובעניין:

### היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

מרח' קרית המדע 5, בניין 3B, הר חוצבים, ירושלים, 97776

טל': 02-6362022, פקס: 02-6362050

### עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 5.6.2017, מוגשת בזאת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך שבנדון. הודעת היועץ המשפטי לממשלה בדבר התייצבותו להליך מצורפת כנספח א.

### א. פתח דבר

1. האם בעת פירוק שיתוף בבית משותף שנהרס, יש להתחשב בנתונים הייחודיים של כל דירה בנכס שנהרס, לרבות בזכויות שאינן מופיעות בתקנון המוסכם, כגון מיקום הדירה, הנוף הנשקף ממנה וכיוצ"ב (להלן: **"גישת מדד השווי"**), או שמא, יש לבצע את פירוק השיתוף בהתאם לזכויות שנרשמו על שם כל דייר בהתאם לחלקו ברכוש המשותף (חלק הנגזר, בדרך כלל, משטח הרצפה) ובהתחשב בהוראות המיוחדות בתקנון המוסכם (להלן: **"גישת מדד החלק ברכוש המשותף"** או **"מדד שטח הרצפה"**)? זוהי השאלה העקרונית שמתעוררת בתיק שבנדון.
2. עמדת היועץ המשפטי לממשלה התבקשה ביחס לפרשנותו של סעיף 147 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: **"החוק"**), על רקע המחלוקת שבתיק. ניתן לנסח שאלה זאת כך: האם סעיף 147, שעניינו ברישום הזכויות לאחר ביטול רישום בית משותף מפנקס הבתים המשותפים, מונע את האפשרות להתחשב בשעת פירוק השיתוף בשוויה היחסית של כל דירה ביחס לשווי כלל הדירות בבניין, או שמא סעיף 147 עוסק אמנם בחלוקה ורישום הזכויות במקרקעין לאחר ביטול הרישום, אך אינו שולל את האפשרות לפרק את השיתוף באופן שיביא בחשבון גם את שווין היחסית של הדירות כאמור?
3. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי בית משותף שנהרס, ופניו אינם לשיקום, מציב לפנינו מצב משפטי ייחודי. מצב ייחודי זה הינו תוצר של סעיף 147 הנ"ל הקובע כי משנמחק רישומו של הבית המשותף מפנקס הבתים המשותפים, יחודש הרישום בפנקס הזכויות הרגיל, ודיירי הבניין יהפכו להיות שותפים במקרקעין שנותרו, כך שכל דייר יירשם בהתאם לשיעור הזכויות שהיה לו ברכוש המשותף. מצב זה כונה בפסיקה **"הלם קנייני"** היוצר **"שותפות מאונס"**. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, מצב ייחודי זה מצדיק התייחסות מיוחדת.
4. כפי שיפורט להלן, השקפת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי הפרשנות הראויה לסעיף 147 לחוק, בנסיבות החריגות דנן, היא כזו שאינה מונעת או שוללת התחשבות בשווין של הדירות בנכס שנהרס, בשעת פירוק השיתוף. כל זאת, בהתאם לכללי הפרשנות התכליתית המוכרים. התוצאה הראויה אפוא, לגישת היועץ המשפטי לממשלה,

הינה כי ניתן וצריך להתחשב בשווי היחסי של כל דירה ביחס לשווי הכולל של הדירות בעת הפירוק. פרשנות זו, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, מובילה למסקנה כי הזכויות הקנייניות-כלכליות שהיו לבעלי הדירות עת עמד הבית על תילו – הן אלו שבא זכרן בתקנון המוסכם והן אלו שניתן לעגן ביתר מסמכי הבית המשותף, היינו התשריט וצו הרישום – אינן מתבטלות בשל אירוע ההרס. למסקנה זו מגיע היועץ המשפטי לממשלה מתוך שיקולי צדק, מניעת פגיעה בזכות החוקתית לקניין, מניעת התעשרות שלא במשפט, תום לב, הגינות, הרמוניה נורמטיבית ומדיניות משפטית ראויה; הכל כפי שיפורט.

5. יודגש ויאמר כבר בשלב זה, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בבוא השמאי להעריך את שווי הדירות, בנסיבות החריגות כאמור, עליו לנטרל את השפעת ההשקעות בבניית הדירה שבחר כל דייר לבצע, כגון עלות המבנה. לעומת זאת, עליו להביא בחשבון את מאפייניה הייחודיים של כל דירה הנגזרים משווי הקרקע (היינו, "שווי מבונה"), ואשר באים לידי ביטוי במסמכי הבית המשותף, כגון מיקום הדירה, הנוף הנשקף ממנה, ייעודה וכיוצא ב.6. כן יודגש, כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה יפה לנסיבות החריגות של בית משותף שנהרס ואינו משוקם, כך שכל היקש ממנה ראוי שיעשה בזהירות.

## **ב. רקע עובדתי**

### **1.1. ההליכים בתיק שבנדון**

7. מדובר בשאלה עקרונית ועל כן הצגת עובדות המקרה הקונקרטיות תובא בקצרה. עסקינן בבניין שהיה ידוע בשם "בית מרכזים" ושימש למסחר ולתעסוקה (להלן: "הבניין" או "הבית"). הבניין היה ממוקם ברח' קיבוץ גלויות בתל-אביב-יפו (חלקה 77 בגוש 7087), והיה רשום כבית משותף.
8. בשנת 2003 נהרס בית מרכזים כתוצאה משריפה. חלקו של הבניין נשרף כליל, ויתרתו נהרסה בעקבות צו הריסה שניתן על ידי עיריית תל אביב-יפו, כך שהמקרקעין נותרו, למעשה עד היום, ללא מבנה (להלן: "המקרקעין").
9. בעקבות הרס הבניין, נקטו המשיבות 1 ו-2, שהיו רשומות כבעלות 83% מן הרכוש המשותף, בשני הליכים: האחד מחיקת הבניין מפנקס הבתים המשותפים והשני תביעה לפירוק שיתוף.
10. בהליך הראשון, הוגשה למפקחת על רישום המקרקעין במחוז תל-אביב-יפו (עורכת הדין מ' אריאלי; להלן: "המפקחת"), בקשה למחיקת הבית מפנקס הבתים המשותפים, בהתאם לסעיף 146(א) לחוק. סעיף זה קובע, כי ניתן לבטל רישום בית שאינו ראוי עוד לרישום בפנקס. המבקשים, אשר היו רשומים כבעלי 3.6% מן הרכוש המשותף, הגישו התנגדות לבקשה; יתר בעלי הזכויות לא התנגדו.
11. ביום 2.9.2008, הורתה המפקחת על ביטול הרישום מפנקס הבתים המשותפים, מאחר שהוכח לפניה כי הבית אינו ראוי עוד לרישום כבית משותף (ראו נספח 4 לבקשת רשות הערעור). כן קבעה המפקחת, כי בהתאם לסעיף 147 לחוק, יירשם כל אחד מבעלי הדירות בבית כבעלים במושע של חלק בלתי מסוים מן המקרקעין, כפי שיעור חלקו היחסי ברכוש המשותף. לצד האמור, ציינה המפקחת, כי בתקנון המוסכם נקבעו זכויות מיוחדות בעלות ערך לבעלי דירות מסוימות אשר יש לתת להן ביטוי רישומי, ולפיכך הוסיפה המפקחת הערה שזו לשונה: "בתקנון

המוסכם שחל על הבית המשותף המצורף לצו הביטול והמהווה חלק ממנו, הוראות מיוחדות הנוגעות לזכויות לניהול עסקים מסוימים (סעיפים 6 עד 13), הצמדות שטחים (סעיף 14) והצמדות המפורטות ברשימת ההצמדות, נספח לתקנון". הערה זו הוספה, תוך שצוין, כי אין בה כדי להכריע בתוקפן של ההוראות המיוחדות שנקבעו בתקנון המוסכם - הכרעה שאינה בסמכות המפקחת.

12. על החלטת המפקחת הוגשו עררים הדדיים לממונה על מרשם המקרקעין (עורכת הדין ע' קן; להלן: "הממונה"). המבקשים השיגו על מחיקת הרישום מהפנקס, בעוד שהמשיבות 1 ו-2 טענו נגד רישום ההערה.

13. ביום 26.2.2009, דחתה הממונה את ששת העררים. הממונה קבעה, כי בדין נמחק רישומו של הבית מפנקס הבתים המשותפים, שכן אינו קיים עוד במציאות (ראו נספח 5 לבקשת רשות הערעור). באשר לחידוש הרישום בפנקס הזכויות, קבעה הממונה, כי סעיף 147 מורה על חידוש הרישום בהתאם לשיעור הבעלות שהיה לכל אחד מדיירי הבניין ברכוש המשותף, ולפיכך צדקה המפקחת ברישום המחודש עליו הורתה. כן קבעה הממונה, כי צדקה המפקחת בכך שנתנה ביטוי רישומי, בדמות ההערה שהוספה, להוראות המיוחדות בתקנון המוסכם, שאפשר שתינתן להן משמעות כלכלית בעתיד על ידי בית המשפט המוסמך לכך. עם זאת, קבעה הממונה, כי יש להמיר את ההערה האמורה בהערה כללית יותר, שלשונה כדלקמן: "בתקנון המוסכם שחל על הבית המשותף המצורף לצו הביטול והמהווה חלק ממנו, הוראות מיוחדות הנוגעות לזכויות. אין בכך קביעה בעניין מעמדן או תוקפן של הוראות התקנון לאחר מתן צו הביטול".

14. על החלטת הממונה הוגשו ערעורים הדדיים לבית המשפט המחוזי (ע"א 1372/09 ו- ע"א 1955/09). המדינה בכובעה כאגף רישום והסדר מקרקעין צורפה לבקשתה כצד להליך ועמדתה הייתה, כי דין הערעורים להידחות. הערעורים אכן נדחו ביום 13.3.2011, על ידי כבוד השופטת ש' ברוש מבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו.

15. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הגישו המבקשים בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. בתשובה לבקשה, סמכו המשיבות 1 ו-2 והמדינה את ידיהם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

16. ביום 16.1.2013, נעתר בית משפט נכבד זה לבקשת לרשות ערעור, אך קבע כי דין הערעור להידחות (רע"א 3463/11 עיזבון המנוח אהרונ' שלמה ואח' נ' עופר מרכזים בע"מ ואח' (כב' השופטים ע' פוגלמן, בהסכמת השופטים ע' ארבל ו- צ' זילברטל); (להלן: "הלכת אהרונ'")).

17. כב' השופט פוגלמן עמד על הוראות החוק הרלוונטיות, סעיפים 146 ו-147 לחוק וקבע, כי מקום בו שוכנע המפקח על רישום המקרקעין, כי הבית אינו ראוי עוד לרישום – שכן אינו נכנס לאחת משלוש החלופות המנויות בסעיף 142 לחוק – וכן שוכנע, כי הבית לא ישוקם בהתאם למתווה הקיים בסעיף 60 לחוק, מוטלת עליו חובה להורות על ביטול הרישום. בית המשפט הנכבד הטעים, כי ביטול הרישום מתחייב לנוכח התכלית המונחת בבסיס שיטת המרשם, והיא שיקוף מהימן של מצב הנכס בפנקסי הרישום הפומביים. כן נקבע, כי על פי סעיף 147 לחוק, בהיעדר הוראה אחרת בתקנון, התוצאה המתחייבת מביטול הרישום היא הפיכת כל בעלי הדירות לבעלים במשותף בחלק בלתי מסוים במקרקעין, כל אחד בשיעור זהה לשיעור חלקו ברכוש המשותף עובר להריסת הבית.

18. בהמשך הדברים, התייחס כב' השופט פוגלמן להשלכה של ביטול הרישום על זכויותיהם הקנייניות של הצדדים וקבע את הדברים הבאים:

"כליית הבית המשותף והמשטר הקנייני הנובע מביטול הרישום גורם לבעלי הנכס "הלם קנייני": בעלות נפרדת שהפכה לפתע – ובלי שניתן היה לשער את הדבר מראש – שותפות מאונס" (רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550, 564 (1994)). האם ביטול רישומו של הנכס כבית משותף מסכל גם את הוראותיו של תקנון מוסכם? להשקפתי, יש להשיב לכך בשלילה. התקנון הכיל הוראות בעלות מעמד קנייני וערך כלכלי. ביטול הרישום אינו מביא לאיזון של ערך זה. ברם, אין בכך כדי להעלות או להוריד לעניין סמכות החובה להורות על ביטול רישומו של בית משותף שחדל לעמוד בדרישות הדין. דבר קיומו של התקנון יבוא לידי ביטוי במסגרת הליך פירוק השיתוף במקרקעין – הוא ההליך המתאים לדיון והכרעה בזכויותיהם הקנייניות של הצדדים ובשוויון. לשם הבטחת ערך זה הורתה הממונה על רישום הערה, ומעשהצדדים לא העלו לפנינו הסתייגות מהוראה זו, איננו רואים להידרש לשאלת הסמכות להורות על רישומה" (פסקה 11 להלכת אהרונ'י; ההדגשות אינן במקור – ב"מ).

19. כב' השופטים ארבל וזילברטל הצטרפו לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן, כאשר השופט זילברטל הוסיף הערה באמרת אגב, אליה יבקש היועץ המשפטי לממשלה להתייחס בהמשך הדברים.

20. נעבור עתה להליך השני בו נקטו המשיבות 1 ו-2. ביום 15.11.2009, הגישו המשיבות 1 ו-2 לבית משפט השלום בתל-אביב-יפו, בקשה לפירוק שיתוף בדרך של מכירת המקרקעין לפי סעיף 37(א) ו-40 לחוק (ת"א 11-79122-09 (לא פורסם); כב' השופט י' דלוגין). שמאי מקרקעין שמונה על ידי בית המשפט קבע כי חלוקה בעין אינה אפשרית, והעריך את שווי המקרקעין לצרכי מכירה למרבה במחיר בסכום של כ- 226,000,000 ₪.

21. השאלה בה נדרש בית המשפט להכריע היא אופן חלוקת התמורה שתתקבל ממכירת המקרקעין: האם יש לחלק את התמורה בהתחשב בזכויות הצדדים שנרשמו לפי סעיף 147 בהתאם לגודל החלק ברכוש המשותף (הנגזר משטח רצפתה של כל יחידה), ובהתחשב בהוראות המיוחדות בתקנון המוסכם (לפי הלכת אהרונ'י), או שמא יש לחלק את התמורה בהתאם לשווי הכלכלי שניתן לייחס לכל יחידה ביחס לשווי הכלכלי של כלל הבית המשותף שנהרס, היינו מדד השווי.

## **2.2 פסקי הדין של הערכאות דלמטה**

22. ביום 9.3.2015, ניתן פסק דינו של בית משפט השלום. בית המשפט קבע כי, סעיף 147 מורה על כך שהבעלות במקרקעין תירשם לפי מדד החלק ברכוש המשותף. בית משפט השלום סבר, כי סעיף 147 מלמד שהיה ברור למחוקק, כי אמת המידה שנקבעה לשם רישום הזכויות מחדש לאחר הרס בית משותף – קרי: מדד החלק ברכוש המשותף – תחול גם בשעת פירוק השיתוף; אילו היה סובר המחוקק כי מדובר בחלוקה שאינה צודקת, היה מנסח את סעיף 147 באופן אחר. בית משפט השלום קבע אף, כי לא ניתן להתעלם מאינטרס ההסתמכות של בעלי הדירות שייפגעו כתוצאה מהחלת מדד השווי, שהרי אלה שילמו במשך שנים את הוצאות החזקת הבית בהתאם לחלקם היחסי ברכוש המשותף. כן קבע בית המשפט, כי בניגוד לעמדת המבקשים, החלת מדד החלק ברכוש המשותף, לא זו בלבד שאינה פוגעת באינטרס ההסתמכות שלהם מאחר וניתן היה לצפות את תוצאות הפירוק במקרה של הרס הבית (ראו לעניין זה הערתו של כב' השופט זילברטל בהלכת אהרונ'י), אלא שדווקא החלת מדד השווי עשויה להוות "הכרעה בדיעבד" בזכויותיהם של אלו המתנגדים למדד זה. עוד נקבע, כי יש לדחות את טענת

המבקשים לפיה ניתן להסתמך על יתר מסמכי הבית המשותף מלבד התקנון המוסכם, כגון התשריט וצו הבית המשותף, מאחר שמסמכים אלה לא יכולים ללמד על הסכמת הצדדים לבצע את פירוק השיתוף לפי מדד השווי.

23. ביחס לסוגיית הדין הרצוי, נקבע, כי מדד השווי מעלה קשיי יישום רבים, כגון קביעת שווי רטרואקטיבי של יחידות מסחר שנהרסו לפני כ- 12 שנים וקביעת מועד הערכת השווי. עוד נקבע, כי הטענה לפגיעה בזכויות קניין של המבקשים לא תוכל להועיל להם. זאת, משום שאמת המידה של מדד השווי היא שיטה שאינה נקייה מספקות ולא בהכרח צודקת יותר, וכן, כי אמת המידה של החלק ברכוש המשותף היא פשוטה ליישום, ודאית ובהירה, כך שאף לו קיימת פגיעה בזכות קניינית של המבקשים הרי שמדובר בפגיעה שאינה מעבר לנדרש ולתכלית ראויה. נוסף לאמור, דחה בית משפט השלום את הניסיון להסיק מסעיף 60 לחוק, העוסק בשיקום בית משותף, מסקנה כלשהי לענייננו, מאחר שלדיו סעיף זה עוסק בסיטואציה שאינה מתקיימת במקרה דנא.

24. סיכומו של דבר, בית משפט השלום דחה את גישת מדד השווי וקבע כי אין להתחשב לעניין פירוק השיתוף בזכויות "שמחוצ" לתקנון המוסכם כגון מיקום הדירות וכיוצ"ב.

25. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי (ע"א 15-04-33851) ובחודש יוני 2016 ניתן פסק דין הדוחה את הערעור בדעת רוב של אב בית הדין כב' השופט י' שנלר וכב' השופט ח' ברנר מול דעתו החולקת של כב' השופט ד"ר ק' ורדי.

26. הוסכם על-ידי השופטים, כי השאלה המשפטית לא הוכרעה בהלכת אהרונזי ועל כן בשלה העת להכריע בה עתה. יאמר בקצרה, כי דעת הרוב סמכה ידיה על פסק דינו של בית משפט השלום, תוך שהוספו נימוקים שונים מטעם השופטים. דעת המיעוט גרסה, מנגד, כי סעיף 147 לחוק אינו מונע את החלת מדד השווי, שהוא האופן הראוי והנכון לפירוק שיתוף בין הצדדים בנסיבות דנא. יוער, כי ביום 5.9.2017, ניתן פסק דין בהליך אחר, בבית משפט השלום בירושלים, ת"א 5367-06-12 אייל גור מזון איכות בע"מ נ' מוצרי אלומיניום בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 5.9.2017), במסגרתו מתעוררת שאלה דומה לשאלה בהליך שבעניינינו, הקובע דברים דומים לדעת הרוב בבית המשפט המחוזי.

27. על פסק הדין של בית המשפט המחוזי הוגשה בקשת רשות הערעור המונחת עתה לפתחו של בית המשפט הנכבד. הצדדים היטיבו לנסח את עמדותיהם בכתבי הטענות ואין מקום להאריך בהצגתן. לאחר שמיעת טענות הצדדים בעל-פה, הורה בית המשפט הנכבד על קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה שבנדון, בלשון הזו:

"קודם למתן החלטה, ישקול היועץ המשפטי לממשלה הגשת עמדה מטעמו בהתייחס לפרשנות סעיף 147 לחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969, על רקע המחלוקת שלפנינו"

## ג. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

### 1. המסגרת הנורמטיבית - בית משותף שנהרס

28. בית משותף שנהרס מציב לפנינו מצב משפטי ייחודי. להווה ידוע, כי בעלות בבית משותף כוללת בעלות נפרדת ב"דירות" ובעלות משותפת ב"רכוש משותף". "דירה" מוגדרת כיחידה נפרדת שנועדה לשמש "למגורים, לעסק או

לכל צורך אחר<sup>1</sup>, ואילו "רכוש משותף" מוגדר באופן שיורי כיתר חלקי הבית, לרבות "הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים וכן מתקני הסקה או מים וכיצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם אפילו הם בתחומי דירה מסוימת" (סעיף 52 לחוק). ההסדר שבחוק מאפשר בעלות ייחודית ונפרדת בדירות שונות באותם מקרקעין, ועל כן בית משותף מהווה חריג לכלל לפיו הבעלות בקרקע חלה גם על המחזיקים לקרקע (סעיפים 12 ו-13 לחוק). להבדיל מכך, בעלות משותפת במקרקעין "מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסויים בהם" (סעיף 27 לחוק). משמעות הדבר היא שלכל אחד מהבעלים, בנכס שהוא בבעלות משותפת, יש זכויות בחלק שאינו פסי במקרקעין, אלא זכותו מתפשטת בכל גרר וגרר<sup>2</sup>.

29. מקום בו בית משותף נהרס, משתנה טיבה של הזכות, מזכות בבית משותף לבעלות משותפת במקרקעין. שינוי זה נעשה בכפייה על הצדדים. כורח המציאות, הרס הבית, מוביל לסיטואציה שכונתה בפסיקה "הלם קנייני", ובמהלכה הופכים הצדדים בבית משותף ל- "שותפים מאונס". יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט חשין בפרשת צודלר:

"במקום שבית משותף נהרס ונותרת אך הקרקע שעליה עמד הבית, יורנו 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 הסכם 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 מכון, כמובן, להלם האישי של מי שביתו נפל ונהרס, אלא לאותו "הלם קנייני": בעלות נפרדת שהפכה לפתע - ובלי שניתן היה לשער את הדבר מראש - שותפות מאונס" (רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 564, 550 (1994) (להלן: "עניין צודלר")).

30. בספרות נשמעו דעות שונות באשר לנפקות המשפטית של חורבן בית משותף. עמד על כך כב' השופט פוגלמן בהלכת אהרונים:

"יצוין כי ההסדר שבסעיפים 146 ו-147 לחוק מעורר שאלה בדבר נפקותו של ביטול הרישום. לפי גישתו של פרופ' יהושע ויסמן, משנהרס המבנה כללי, חדל הבית המשותף להתקיים במובנו המשפטי (שכן הוא אינו עונה עוד להגדרה של "בית" לפי סעיף 52 לחוק), כך שבביטול הרישום הוא דקלרטיבי בלבד. גם בלעדיו "השינוי הפיסי (הרס הבית) הוא זה שמביא לשינוי המשפטי" (יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 505 (1997)). לפי גישה זו, בית המשפט ייעתר לבקשה לפירוק השיתוף במקרקעין גם כאשר הבית עודנו רשום כבית משותף, ובלבד ששוכנו שבעלי דירות שלפחות רבע מהרכוש המשותף הצמוד לדירותיהם אינם מעוניינים בשיקומו. לעומת זאת, לגישתו של ד"ר משה גלברד, כל עוד לא נמחק הרישום מפנקס הבתים המשותפים לא נוצרת בעלות משותפת במקרקעין שעליהם ניצב הבית שנהרס. במובן זה ביטול הרישום הוא קונסטיטוטיבי ובלעדיו לא ניתן לפרק את השיתוף לפי דרישת מי בעלי הדירות (בהתאם לסעיף 37א) לחוק המקרקעין) (גלברד, בעמוד 292). בהיבט זה ביטול הרישום יוצר ודאות ביחס לעתידו של הנכס. ככל שתתקבל גישתו של ד"ר גלברד, כל עוד לא בוטל הרישום תעוכב, אפוא, תביעתם של רוב בעלי הזכויות החפצים בפירוק השיתוף בבית שנהרס" (הלכת אהרונים, פסקה 10).

31. כך או אחרת, סעיף 60 לחוק מתווה את המסלול לשיקום בית משותף שנהרס. לפי האמור בסעיף, בעלי רוב של שלושה רבעים מן הרכוש המשותף רשאים לפנות למסלול השיקום, ולכפות את דעתם על בעלי המיעוט ברכוש המשותף בבניין שנהרס. בהמשך העמדה, יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לסעיף זה בהרחבה.

<sup>1</sup> ההגדרה "דירה", שבלשון השגורה עניינה במגורים, אכן חסרה ומתאים היה יותר להשתמש במונח "יחידה" (ויסמן-בעלות ושיתוף, 330 (תשנ"ז)). המקרה דנא עוסק ביחידות למסחר ותעסוקה ולא מגורים.  
<sup>2</sup> על ההבחנה בין בעלות בבית משותף לבעלות משותפת במקרקעין, ראו י' ויסמן, "יחיד ולחוד בבית משותף", משפטים ט"ז, 197-210 (תשמ"ו); בעלות ושיתוף, 336-345; רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 563, 550 (1994).

32. אין בחוק המקרקעין הוראות פרטניות העוסקות במקרה בו בית משותף נהרס ולא שוקם לפי סעיף 60 לחוק. לשם מתן מענה לסיטואציה זו, ניתן להיעזר בהוראות הכלליות של החוק, שעניינן במחיקת בית מפנקס הבתים המשותפים ורישומם מחדש, אלו הן הוראות סעיפים 146 ו-147 לחוק. סעיף 146 לחוק קובע, כי הרשם רשאי להורות על מחיקה של בית משותף מהפנקס כאשר חדל אותו בניין להיות בית משותף כהגדרתו בחוק, ואילו סעיף 147 לחוק מסדיר את הרישום החדש שייעשה לאחר המחיקה. יצוין כבר עתה, כי לגישת היועץ המשפטי לממשלה, מדובר בהסדר חלקי הטעון השלמה, ועיקרו בהיבט הרישומי. נביא את סעיף 147 ככתבו וכלשונו:

“ניתן צו ביטול, יבטל הרשם את רישום הבית בפנקס ויחדש את רישומו בפנקסי המקרקעין בתור נכס שהוא בבעלות המשותפת של מי שהיו ערב מתן צו הביטול רשומים בפנקס כבעלי הדירות, וכל אחד מהם יהיה בעל חלק בלתי מסויים בחלק שהיה לו ברכוש המשותף של הבית המשותף, זולת אם נקבעה בתקנון הוראה אחרת לענין זה”

33. סעיף זה קובע, כי משנמחק רישומו של בית משותף בפנקס הבתים המשותפים, יחדש הרשם את הרישום בפנקס הזכויות הרגיל, באופן שבו כל בעל דירה יירשם כבעל זכויות בחלק בלתי מסוים במקרקעין, בהתאם לחלק שהיה לו ברכוש המשותף בבית שנהרס, כל זאת בהיעדר הוראה אחרת בתקנון המוסכם.

34. כאמור, הוראות סעיפים 146 ו-147 אינן עוסקות בנסיבות המיוחדות של בית משותף שנהרס; עניינן בכל מקום בו בית משותף נמחק מרישום הבתים המשותפים. למשל, בית משותף יכול להימחק מן הפנקס לבקשת כל בעלי הדירות. במצב זה האחרון, לא מתעוררת הבעיה העומדת לפתחנו, כי אז יש להניח שבעלי הדירות הגיעו להסכמה בדבר “חיי השותפות” החדשים, או בדבר אופן פירוק השיתוף. לא כך, כאמור, באשר לסיטואציה הייחודית של בית משותף שנהרס, הבאה כ”גזירה משמיים”.

35. היועץ המשפטי לממשלה התבקש לחוות דעתו ביחס לפרשנותו של סעיף 147 על רקע המחלוקת בתיק. הכרעה בשאלת אופן חלוקת הזכויות בעת פירוק השיתוף, שהוצגה בפתח הדברים, תלויה באופן פרשנותו של סעיף 147. האם סעיף זה מונע את האפשרות להתחשב בעת פירוק השיתוף בשוויה היחסית של כל דירה ביחס לשווי של כלל הדירות בבניין, אם לא?

## 2.1. פרשנות סעיף 147 לחוק

### 2.1.1. פרשנות תכליתית של הוראות חוק

36. בטרם יפרט היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו, יחזור הוא על מושכלות יסוד בדיני פרשנות, אשר יסייעו לו בפרשנות סעיף 147 לחוק.

37. כידוע, מסע הפרשנות מתחיל בלשון החוק וממנו עובר לתכליתו (ע”א 93/88 מעבדות טרבינול (ישראל) בע”מ נ’ פקיד שומה למפעלים גדולים, פ”ד מו(2) 385, 396 (1992); רע”א 3899/04 מדינת ישראל נ’ אבן זוהר, סא(1) 301, 314-315 (2006); ע”א 8622/07 רוטמן נ’ מע”צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע”מ, פסקה 34 (פורסם בנבו, 14.5.2012)) (להלן: “עניין רוטמן”); א’ ברק, פרשנות במשפט, כרך ב’, פרשנות החקיקה, 81 (1994) (להלן: “ברק-פרשנות החקיקה”)) הרובד הראשון של פרשנות הוראה חוקית נמצא בלשון הסעיף. בשלב זה מוטל על הפרשן לחלץ מלשון החוק את מכלול המשמעויות המצויות במתחם האפשרויות הלשוניות. רק פרשנות שלשון החוק



יכולה לשאת תישאר במתחם הפרשנויות האפשריות (עניין רוטמן, פסקה 34; 8453/09 קרן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה אונו, פסקה 19 (פורסם בנבו, 2.1.2012); ברק-פרשנות החקיקה, 97-100).

38. מן השלב הזה עוברים לשלב השני, שלב התכלית. ככל שנמצא, כי קיימות מספר אפשרויות לשוניות, מוטל על הפרשן לבחור את המשמעות הלשונית, מתוך קשת האפשרויות הלשוניות, שתגשים את תכליתו של דבר החקיקה בצורה הטובה ביותר (ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל, פ"ד כט(1) 505, 516 (1974); ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985); ע"א 77/88 צימרמן נ' שרת הבריאות, פ"ד מג(4) 63, 72 (1989); ברק-פרשנות החקיקה, 85). תכלית החוק מורכבת מתכליתו הסובייקטיבית – היינו המטרה שהמחוקק ביקש להגשים באמצעות החוק – ומתכליתו האובייקטיבית, קרי: המטרות, הערכים והעקרונות שנועד להגשים דבר חקיקה בחברה דמוקרטית ומודרנית (בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 764 (1993); ע"א 900/01 קלס נ' פקיד שומה תל-אביב 4, פ"ד נז(3) 750, 760 (2003); ע"א 7749/09 אורט ישראל נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פסקה 22 (נבו, 2011); בג"ץ 273/10 אלמזרק נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פסקה 14 (פורסם בנבו, 2.9.2011); עניין רוטמן, פסקה 34). תכלית דבר החקיקה – הן האובייקטיבית והן הסובייקטיבית – נלמדת ממקורות מגוונים, חלקם פנימיים כגון מיקומה של ההוראה ביחס להוראות חוק אחרות, מבנהו הכללי של החוק והמטרות הקבועות בו, וכן ממקורות חיצוניים כדוגמת ההיסטוריה החקיקתית והפרלמנטרית ועקרונות יסוד של השיטה (בג"ץ A.I.M.D LTD 909/08 נ' המפקח על היהלומים, פסקה 12 (פורסם בנבו, 29.12.2009); עניין רוטמן, פסקה 34).

39. מצויד בכללי פרשנות אלה, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להציג את עמדתו ביחס לפרשנות סעיף 147 לחוק.

## ג.2.2. סעיף 147 - מרכיב הלשון

40. תחילה יפנה היועץ המשפטי לממשלה לרכיב הלשוני של סעיף 147. לשונו של סעיף 147 מורה על חלוקת הזכויות במקרקעין ורישומן במרשם, בהתאם לחלקים שהיו לכל בעל זכות ברכוש המשותף. לגבי רישום הזכויות מחדש, לשונו של סעיף 147 אינה משתמעת לשני פנים, וזו גם הייתה התוצאה אליה הגיע בית המשפט הנכבד בהלכת אהרוני (ראו פסקאות 9-10). הוראת החוק ברורה ומובהקת ומורה על רישום הזכויות בהתאם למדד החלק ברכוש המשותף.

41. לא כך באשר להשלכה שיש לרישום הזכויות החדש על זכויותיהם הקנייניות של הצדדים בכלל, ועל האופן שבו יפורק השיתוף בפרט. להשלכה על זכויותיהם המהותיות של הצדדים ואופן חלוקת הזכויות בעת פירוק השיתוף – בהתאם לממד השווי או בהתאם למדד החלק ברכוש המשותף – אין התייחסות מפורשת בסעיף 147. ניתן אפוא לומר, כי הסעיף שותק לגבי שאלות אלו וכי סוגיות אלו יידונו בנפרד בשלב הפירוק. רוצה לומר: היצמדות ללשונו של סעיף 147 אמנם מורה בבהירות כי לאחר מחיקת הרישום מפנקס הבתים המשותפים יחולקו הזכויות מחדש, באופן שזכויות אלו יירשמו בהתאם לשיעור הזכויות ברכוש המשותף, אך היא אינה מורה האם ניתן יהיה להתחשב, במועד פירוק השיתוף, גם בזכויות נוספות, אף שאינן באות לידי ביטוי במרשם. אין הכרח לשוני לומר

כי סעיף זה פורש מצודתו מכאן והלאה ומכריע כבר עתה, כי פירוק השיתוף ייעשה לפי מדד החלק ברכוש המשותף, באופן השולל התחשבות בזכויות הקנייניות-כלכליות שהיו לצדדים בבית המשותף. שאלה זו היא שאלה מדיני פירוק שיתוף, ואין כורח לומר כי סעיף 147 מכריע בה.

42. חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בדבריו של כב' השופט פוגלמן בהלכת אהרונז. בהלכת אהרונז נקבע כי בעת פירוק השיתוף יש להתחשב בתקנון המוסכם המכיל הוראות בעלות מעמד קנייני וערך כלכלי בדירות ספציפיות (כגון הצמדות, זכויות בנייה וכדו'). קביעה זו, לגישה הגורסת כי סעיף 147 קובע את המדד גם לפירוק השיתוף, אף היא, לכאורה, אינה עולה בקנה אחד עם לשון סעיף 147, המתייחס לרישום רק בהתאם לזכויות ברכוש המשותף. נראה אפוא, כי גם בית המשפט הנכבד סבר שלשון סעיף 147 אינה שוללת את הפרשנות לפיה המדד המופיע בסעיף 147, לא בהכרח יהיה המדד היחידי לחלוקת הזכויות בשעת פירוק השיתוף.

43. כללו של דבר, גישת היועץ המשפטי לממשלה הינה כי אין להוציא ממתחם האפשרויות הלשוניות את האפשרות לפיה סעיף 147 עוסק אמנם ברישום זכויות לאחר ביטול רישום בית משותף, אך אינו מונע או שולל כי בעת פירוק השיתוף, בנסיבות המתאימות, יילקחו בחשבון נתונים רלוונטיים נוספים במידת הצורך. דומה אפוא, כי שאלת פרשנותו של סעיף 147, והשלכתו על אופן פירוק השיתוף, אינה יכולה להיגזר אך ורק ממרכיב הלשון, ואף אין למקם ברכיב זה את מרכז הכובד הפרשני בשאלה הטעונה הכרעה. ימשיך היועץ המשפטי לממשלה לבחינת הפרשנות התכליתית.

### ג.2.3 סעיף 147 - התכלית הסובייקטיבית

44. התכלית הסובייקטיבית היא המטרות, הערכים והמדיניות שביקש המחוקק להגשים באמצעות החקיקה (**ברק-פרשנות החקיקה**, 211). תכלית זו משקפת מציאות פסיכולוגית היסטוריות ונטועה היא בעובדות, היינו בלשון החוק, בהיסטוריה החקיקתית וברקע ההיסטורי החברתי-משפטי שהוביל ליצירת דבר החקיקה. אין אנו עוסקים בניחושים באשר לכוונתו של המחוקק אילו נתן דעתו לשאלה, אלא בעובדות היסטוריות (**ברק-פרשנות החקיקה**, 202, 224; **עניין רוטמן**, פסקה 49). כאשר בית המשפט תר אחר תכליתו הסובייקטיבית של המחוקק, אין הוא מחפש בה תשובה קונקרטית לשאלה המעשית המונחת לפתחו, אלא הוא מחפש את תכליתו הכללית של דבר החקיקה, אשר תנחה אותו במציאת מענה קונקרטי לסוגיה הטעונה הכרעה (בג"ץ 547/84 **עוף העמק אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת ישי**, פ"ד מ(1) 113, 143 (1986); **ברק-פרשנות החקיקה**, 407).

45. הנחת היסוד היא, כי לדבר חקיקה יש היגיון וכוונה העומדים מאחוריו. אולם, ייתכנו מצבים בהם יסיק הפרשן כי התכלית הסובייקטיבית, כוונת המחוקק, אינה רלוונטית לשאלה העומדת לפתחו, ולא מספקת לה מענה. כמו כן, ייתכנו מצבים בהם התכלית הסובייקטיבית היא כללית ורלוונטית לחלק ניכר מהמקרים, אך הסוגיה הפרשנית הקונקרטית העומדת על הפרק לא עמדה לנגד עיניו של המחוקק, ולפיכך ההסתייגות בתכלית הסובייקטיבית תהא מינימלית. או אז, מרכז הכובד יעבור לתכלית האובייקטיבית, באשר היא לעולם תהיה

רלוונטיות לשאלה הניצבת בפני בית המשפט. עמד על כך כב' הנשיא ברק בהתייחסו לתכלית הסובייקטיבית של טקסט באשר הוא:

"הייתכן מצב שבו לנורמה משפטית לא תהא תכלית שחאה רלוונטית לפרשנות המקסם שבו כלואה אותה נורמה? תשובתי היא בשלילה. תמיד תהא תכלית שעל פיה יוכל הפרשן לחלץ את המשמעות המשפטית ממגוון המשמעויות הלשוניות. מוכן אני להסכים כי ייתכנו מצבים שבהם לא תהיה כוונה של יוצר המקסם שהיא רלוונטית לפירושן בהקשר עובדתי ספציפי. מצב דברים זה עשוי לקרות מקום שלא היה לו ליוצר המקסם רצון בעל רמת הפשטה גבוהה, וכל רצונו היה מכוון לרמת הפשטה נמוכה, וזו אינה רלוונטית לפתרון הבעיה הפרשנית הניצבת בפני השופט. בדומה, מצויים מצבים שבהם אין כל אפשרות לזהות את רצונו של יוצר המקסם... במצבים אלה ואחרים, עשוי השופט הפרשן לעמוד בפני מצב עובדתי שבו אין מידע על דבר התכלית הסובייקטיבית של המקסם. מצב דברים זה לעולם לא יחול על התכלית האובייקטיבית. זו תמיד קיימת ותמיד תהיה רלוונטית. תמיד נוכל להשיב על השאלה מה התכלית שיוצר סביר היה מעמיד לנגד עיניו. תמיד נוכל לגבש תכלית (אובייקטיבית) המגשימה את ערכי היסוד של השיטה" (ברק-פרשנות החקיקה, 164; ההדגשות אינן במקור. כן ראו: ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 590 (נבו 1998); ברק-פרשנות החקיקה, 180-179-401).

46. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, תכליתו הסובייקטיבית של סעיף 147 הינה חלק מהתכלית הכללית העומדת בבסיס שיטת המרשם, אך דומה כי השאלה הקונקרטית העומדת על הפרק לא עמדה לנגד עיניו של המחוקק ולפיכך ההסתייגות בתכלית הסובייקטיבית אינה רבה.

47. אחת מתכליות חוק המקרקעין הייתה להנהיג שיטת מרשם כולל, פומבי ומחייב של כלל המקרקעין וכלל הזכויות בהם (ראו דבריו של שר המשפטים, דב יוסף, בהבאת החוק לקריאה ראשונה במליאה; **דברי הכנסת החמישית**, ישיבה שע"ג, 2128 (תשכ"ד); כן ראו **יהושע ויסמן** - דיני קניין חלק כללי, 290 (1993) (להלן: **"ויסמן-דיני קניין"**)). כדי שניתן יהיה להסתמך על המרשם עליו לשקף את המציאות בשטח. לפיכך, מצויות בחוק המקרקעין הוראות שונות שעניינן ברישום זכויות בפנקסי המקרקעין, כמו גם הוראות שעניינן בביטול רישום. מטרתן של הוראות אלו לשרת את אמיתות המרשם והתאמתו למצב בשטח. על רקע זה חוקקו גם סעיפים 146 ו- 147.

48. סעיף 147 הינו למעשה התוצאה המשפטית של סעיף 146. יש לקרוא את שני הסעיפים יחד. מקום בו התקיים האמור בסעיף 146, כי אז נכנס לגדריו של סעיף 147. ובמילים אחרות, מקום בו מורה הרשם בצו על ביטול רישומו של בית משותף בפנקס, בין לבקשת כל בעלי הדירות ובין אם נוכח כי הבית אינו ראוי עוד לרישום, עלול להיווצר מצב של חֶסֶר רישומי. את הואקום הרישומי הזה בא סעיף 147 למלא, באופן שידריך את הרשם כיצד לחדש את הרישום בפנקסי המקרקעין הרגילים. ויובהר, סעיף 147 אינו עוסק באופן פרטני בהסדר של בית משותף שנהרס ולא שוקם – אף שאין חולק כי הוא חל גם במקרה זה – אלא מדובר בסעיף כללי שמדריך את הרשם כיצד לרשום בית משותף שנמחק מהפנקס. ציין זאת המלומד מ' גלברד במאמרו "בית משותף שנהרס – על סעיף 60 לחוק המקרקעין", כאשר התייחס לבית משותף שנהרס ואינו עתיד להיות משוקם:

"אכן, בהיעדרו של הסדר מקיף ומפורט יותר למצב המתואר, ניתן יהיה להיעזר בהוראת סעיף 146, והסעיפים שלאחריו, כפי שהוסבר לעיל." (מ' גלברד, בית משותף שנהרס – על סעיף 60 לחוק המקרקעין, 281, 291 מחקרי משפט 1 (תשמ"ט) (להלן: "גלברד"); ההדגשות אינן במקור – ב"מ).

49. כפי שצוין, המחוקק קבע הסדר פרטני לשיקום בית משותף שנהרס. ואכן, עיון בפרוטוקולי הדיונים של ועדת המשנה א' של ועדת חוקה, חוק ומשפט (להלן: **"הוועדה"**) – היא הוועדה שהכינה את הצעת חוק המקרקעין

לקראת הגשתו לקריאה שניה ושלישית – מלמדת, כי מה שהעסיק את חברי הוועדה, בבואם לדון בסוגיית בית משותף שנהרס, היה ההסדר הפרטני של שיקום בית משותף שנהרס והטלת הוצאות השיקום על בעלי הדירות (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 109 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, 5-8 (1.5.1969); כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 89 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, 10-12 (23.12.1968); יוער, כי הסדר השיקום היה קיים גם בחוק בתים משותפים, תשכ"א-1961 (בסעיף 77), וכן בחוק בתים משותפים, תשי"ג-1952 (בסעיף 51), בשינויים מסוימים – ראו **גלברד**, 282). אין בפרוטוקולים התייחסות מיוחדת, ודאי שלא פרטנית או ממצה, לסיטואציה של בית משותף שנהרס ולא חל עליו הסדר השיקום (למשל, כי אין הסכמה כנדרש בחוק). אין גם התייחסות לבעיות שעלולות לצוץ כתוצאה ממצב של "בעלות משותפת מאונס", מקום בו פניו של הבית אינו לשיקום, וודאי שאין התייחסות לשאלת אופן פירוק השיתוף כתוצאה מביטול הרישום.

50. אכן, נוסחו של סעיף 147 (באותו שלב היה זה סעיף 144) נדון בוועדה, אך כפי שצוין, סעיף זה אינו עוסק באופן מיוחד בהסדר החל על בית משותף שנהרס ולא שוקם, ובוועדה לא הועלו הבעיות העשויות להתעורר במצב המורכב של "שותפות מאונס", כדוגמת העיוותים הכלכליים שעלולים להיווצר אם הזכויות יחולקו בהתאם לחלק היחסי ברכוש המשותף בעת פירוק השיתוף (את הדיון בסעיף 147 ניתן למצוא בפרוטוקול ישיבה מס' 119 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, 3 (4.5.1969)).

51. לא בכדי אין התייחסות מקיפה של חברי הוועדה לתרחיש של הרס בית משותף, ובפרט לתרחיש של בית שנהרס ולא שוקם. עיון בפרוטוקולים מלמד, כי אירועים מסוג זה לא היו מוכרים לחברי הוועדה. כך, באחת הישיבות נאמר על ידי נציג משרד המשפטים, לגבי הרס בית משותף: "האם זה קרה פעם אחת במדינה מקרה כזה?" [פרוטוקול ישיבה מס' 94 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, 6 (12.1.1969)]; ובשיבה אחרת נאמר על-ידי נציג לשכת עורכי הדין עורך הדין א' מקוב, לגבי מסלול השיקום: "מה שמחזיר כאן הוא שבפועל לא נתקלתי במקרה בו הופעל סעיף זה (הסעיף העוסק בשיקום – ב"מ), ואם כן, אין למעשה ניסיון לגבי סעיף זה. אולם, אם יודקו לו, חלילה, ייתכן שהוא יביא לצעקה גדולה" [פרוטוקול ישיבה מס' 89 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, 12 (23.12.1968)]; כמו כן, בהבאת החוק לקריאה שנייה במליאה, ציין יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת משה אונא, כי: "לשמחתנו, עד עכשיו לא אירעו מקרים של הריסת בית משותף" (דברי הכנסת השישית, ישיבה תכ"ח, 3761 (התשכ"ט)); ראו גם י' ויסמן, חוק בתים משותפים במבחן המציאות, משפטים א, 530 547 (תשכ"ח – תשכ"ט).

52. באחד הדיונים בוועדה נשמעה עמדתם של נציגי לשכת עורכי הדין. אחת מהטענות הייתה, כי הסדר השיקום שהיה מוצע באותה עת (אז היה זה סעיף 102) – אשר קבע כי לאחר הרס בית משותף ניתן לכפות על מיעוט הדיירים להשתתף בהוצאות שיקום הבית כולו (מבלי להבחין בין הוצאות שיקום הדירה להוצאות שיקום הרכוש המשותף) – עלול להוביל למצבים שאינם צודקים. עורך הדין א. מקוב, נציג הלשכה, אמר את הדברים הבאים:

"לסעיף 102. בסעיף קטן (א) נאמר "נהרס בית משותף מכל סיבה שהיא... ישתתפו בעלי כל הדירות בהוצאות הכרוכות בכך, כל אחד לפי חלק הרכוש המשותף הצמוד לירותו". הבעיה המתעוררת כאן היא מדוע החלק ברכוש המשותף צריך לשמש קריטריון לשיעור ההשתתפות של בעלי הדירות בהקמתו מחדש של הבניין, ואיני מדבר רק על שיפוף, כי אם גם

על בית שנהרס, כולו או בחלקו, כתוצאה מרעידת אדמה למשל, ושבעלי הדירות החליטו לבנותו מחדש. כאן נאמר שכל דייר משלם לפי חלקו, ואנו מוסיפים שהדבר אינו צודק לעיתים, ומכל מקום קנה מידה נוקשה אינו רצוי. אביא דוגמאות לכך: בבית יש מרתף ושוויו של המרתף הוא קטן יחסית לשטחו. במקרה שהבית ניזוק יש כל הסיכויים שהנוק במרתף יהיה הקטן ביותר, וגם הוצאות התיקון והבניה מחדש של המרתף הן קטנות יחסית, כי המרתף הוא חלק זול באותו בנין. מדוע לחייב את בעל המרתף להשתתף בהוצאות לפי השטח שברשותו? זה עלול לגרום עוול לאנשים" (פרוטוקול ישיבה מס' 89 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, עמוד 11 (23.12.1968)).

53. הציטוט הנ"ל מלמד, כי ביחס להסדר השיקום הועלתה טענה לפיה חלוקת נטל הוצאות השיקום של הבית כולו, לפי מדד שטח הרצפה, עלול להוביל לעיוות כלכלי ולחוסר צדק. ואכן, השגה זו התקבלה, ובנוסף הסופי של סעיף השיקום – סעיף 60 לחוק – נערכה הבחנה בין הנשיאה בהוצאות שיקום הדירה, המוטלת על כל דייר בנפרד בהתאם לדירתו, ובין ההוצאה בשיקום הרכוש המשותף, הנגזרת מחלקו היחסי של כל דייר ברכוש המשותף.
54. צא ולמד, כי הסדר השיקום של בית משותף שנהרס נדון בוועדה מאחר שהוסדר בסעיף פרטני וקונקרטי, ולבסוף הוחלט לתקנו באופן שלא יוביל לקיפוח בעלי דירות לעניין הוצאות השיקום. לעומת זאת, ההסדר החל על בית משותף שנהרס ולא שוקם, לא הוסדר בסעיף פרטני, ממילא לא נדון באופן נפרד בוועדה, וממילא לא ניתנה עליו הדעת, ודאי לא באופן ממצה.
55. ואפילו נניח, כי כוונת המחוקק נלמדת מן ההיסטוריה הפרלמנטרית – והיא שאין להתחשב בפרמטר השווי בפירוק שיתוף של מקרקעין עליהם עמד בית משותף שנהרס – דומה, כי קשה יהיה לחלוק על כך שהפגיעה הכלכלית בחלק מהדיירים, כתוצאה מהחלת מדד החלק ברכוש המשותף, לא זכתה לליבון מספק בוועדה. ייתכן, והדברים נאמרים מבלי לטעת מסמרות בדבר, כי המחוקק לא שיווה לנגד עיניו את הסיטואציה החריגה של בית שנהרס ולא שוקם; את ה"הלם קנייני" שיצר "שותפות מאונס". מדד שטח הרצפה (קרי: החלק ברכוש המשותף), ככל הנראה, נקבע בשל העובדה שזהו המדד המרכזי שנקבע בחוק, כי לפיו ינוהלו חיי הבית המשותף. ניתן להניח, כי הייתה סברה שמדד שטח הרצפה, יוביל לתוצאה לפיה כל דייר יקבל, פחות או יותר, את שווי דירתו, כיוון שגודל הדירה היווה הפרמטר העיקרי לאבחנה בין שווי הדירות (והדברים אמורים נכון לבתים משותפים דאז, שמרביתם היו שיכונים; בהקשר זה, ראו למשל, י' ויסמן, חוק בתים משותפים במבחן המציאות, **משפטים** א, 530, 553 (תשכ"ח-תשכ"ט), שמעלה כהשערה סברה זו). כך למשל, באחד הדיונים נאמר על-ידי חבר הכנסת ש. ז. אברמוב, לגבי דייר סרבן שאינו מעוניין בשיקום: "מה כאן למעשה התוצאה? – מכריחים את אחד השותפים לקבל את שווי הדירה במזומנים. אותו הדבר יקרה אם נעשה פירוק בצורה זו או אחרת" (פרוטוקול ישיבה מס' 109 של ועדת החוק, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, עמוד 6 (5.1.1969)); ההדגשות אינן במקור – ב"מ). נראה, כי הדובר העריך שפירוק שיתוף יניב תוצאה חלוקתית דומה לחלוקה לפי שווי. כך או אחרת, דומה, כי לא ניתנה הדעת לעיוותים הכלכליים שעלולים להיווצר בחלוקה לפי שטח הרצפה. ניתן לומר אפוא, כי סוגיית פירוק השיתוף בנכס עליו עמד בית משותף, שנהרס ולא שוקם, לא זכתה לדיון ממצה בוועדה; ופשיטא שלא הייתה כוונה מפורשת למנוע אפשרות להתחשב בשיקולים נוספים, לעניין שווי של החלק הרשום של כל אחד מהבעלים, בעת פירוק השיתוף.

56. טוענות המשיבות 1 ו-2 כי הפרשנות לפיה סעיף 147 אינו מכריע בשאלת פירוק השיתוף כמוה כחקיקה שיפוטית (סעיפים 46 – 58 לתשובה לבר"ע; ראו גם פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט ברנר בבית המשפט קמא). כאמור, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 147 עוסק בשאלה הרישומית, ואין חולק כי המדד שנקבע בחוק לעניין הרישום הוא החלק ברכוש המשותף. אכן, ניתן לומר כי המחוקק נתן דעתו וקבע כי אין להתחשב במדד השווי, אך זאת בקשר לנושא המוסדר בחוק, קרי: נושא הרישום. אין הכרח לומר, כי המחוקק ביקש למנוע התחשבות בשווי הדירות בשלבים מאוחרים לשלב הרישום, היינו בשלב חלוקת הזכויות בעת פירוק השיתוף. כאמור, עיון בהיסטוריה החקיקתית מוביל למסקנה כי לא ניתן לומר שהמחוקק הביע כוונה מפורשת למנוע התחשבות בשווי הדירות, בעת חישוב חלקו היחסי של כל בעל זכות בשלב פירוק השיתוף.

57. סיכומו של דבר, התכלית הסובייקטיבית של סעיף 147 נלמדת מהתכלית הכללית של שיטת המרשם, היינו שלא יהיו זכויות שאינן רשומות בפנקסי המקרקעין. קביעת המדד לפי החלק ברכוש המשותף שבסעיף 147, קרי לפי שטח הרצפה, נעשתה לצרכי רישום, אך אין בה כדי לשלול התחשבות בשיקולים נוספים לעניין קביעת שווים של החלקים הרשומים בשלב פירוק השיתוף, בפרט בנסיבות החריגות דנן. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ספק אם לנגד עיניו של המחוקק עמדה שאלת פירוק השיתוף בין הצדדים, וההשפעה שיש לחלוקה לפי שטח הרצפה על זכויותיהם הקנייניות-כלכליות של הצדדים. לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי יש לתור אחר מענה במסגרת התכלית האובייקטיבית.

#### **ג.2.4 סעיף 147 - התכלית האובייקטיבית**

58. כאמור, התכלית האובייקטיבית הינה המטרות, הערכים והעקרונות שדבר חקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית. להשקפת היועץ המשפטי לממשלה, איזון בין העקרונות והערכים השונים מוביל לתוצאה הפרשנית, לפיה סעיף 147 עוסק בפן הרישומי ואינו שולל את פירוק השיתוף בהתאם למדד השווי, וזאת בנסיבות החריגות בתיק שלפנינו.

59. תחילה, יבקש היועץ המשפטי לממשלה לציין מספר חזקות פרשניות שלעמדתו תומכות בתוצאה האמורה. חזקה ראשונה היא שכל דבר חקיקה נועד להשיג צדק. חזקה בסיסית זו נגזרת מצו השכל הישר והוכרה כבר בפסקי דין ישנים של בית משפט נכבד זה: "...כל עוד לא נגזרה מפי המחוקק בלשון מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים, יעמידו בתי-המשפט את המחוקק הישראלי בחזקתו שאין הוא קובע הוראות הנוגדות מושגים מקובלים של צדק..." (כב' השופט ח' כהן בע"פ 290/63 נאשף נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד יח(2) 570, 579 (1964) (להלן: "עניין נאשף"); בג"ץ 4562/92 ח"כ אליעזר זנדברג נ' רשות השידור, נ(2) 793 808 (1996); ע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, נ(5) 769, 793 (1999) (להלן: "עניין אלקה"); ברק-פרשנות החקיקה, 506). חזקה שנייה מבקשת לצמצם את הפגיעה בזכויות מהותיות: "אין מפרשים הוראת חוק באופן הפוגע בזכות מהותית, אם מלשונה של הוראה זו לא עולה באופן ברור כי לשם כך נועדה. זאת, אפילו עולה מן ההיסטוריה החקיקתית כי לשם כך התכוון המחוקק" (ע"א 7115/14 שרון-סירוגה ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקה 21 (פורסם בנבו, 3.7.2017); כן ראו: ברק-פרשנות החקיקה, 506-

511; א' ברק, **פרשנות במשפט-תורת הפרשנות הכללית**, כרך א', 380 (1992)<sup>3</sup>. חזקה שלישית היא שתכלית החקיקה נועדה להוביל לתוצאות סבירות, אשר מתיישבות עם כללי ההיגיון והשכל הישר (**ברק-פרשנות החקיקה**, 543-545). עלינו להעמיד אפוא את המחוקק בחזקתו, כי התכוון לתוצאה סבירה (**עניין אלקה**, 793). חזקה רביעית היא, כי דבר חקיקה נועד ליצור הרמוניה נורמטיבית בינו ובין סביבתו החקיקתית, ערכי היסוד ועקרונות השיטה (**עניין אלקה**, 794; **ברק-פרשנות החקיקה**, 589-591). חזקות נוספות, דומות במהותן, הן ממשפחת תום הלב. חזקה אחת היא כי "תכליתו של כל דבר חקיקה להבטיח הגינות בין בני האדם שפעולותיהם מוסדרות בו" (**ברק-פרשנות החקיקה**, 548), ואחותה התאומה היא החזקה כי דבר חקיקה נועד "להגשים את עיקרון תום הלב ולהשיג תום לב ביחסים בין אישיים" (**ברק-פרשנות החקיקה**, 551).

60. מצוידים בכלים פרשניים אלה, בקש היועץ המשפטי לממשלה לפרט את השיקולים שהובילו אותו למסקנה, לפיה ניתן לפרש את סעיף 147 לחוק, בנסיבות החריגות דנא, באופן שיאפשר את פירוק השיתוף לפי גישת השווי.

#### (1) זכות הקניין

61. מן המפורסמות הוא, כי העיקרון לפיו הזכות לקניין פרטי היא זכות יסוד נטוע עמוק בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, וזאת עוד בטרם חקיקת חוקי היסוד (ראו למשל ע"א 524/88 "**פרי העמק**" – **אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ**, פ"ד מה(4) 529,546 (1991)). עיגון הזכות בחוקי היסוד העלה את מדרגתה מזכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר לזכות חוקתית על-חוקית, חקוקה ומוגנת (ראו סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; כן ראו ע"מ 5839/06 **בראון נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז**, פסקה 9 (פורסם בנבו, 25.9.2008). הנחת היסוד היא, כי רק אמירה ברורה ומפורשת של המחוקק תתפרש ככזו הפוגעת בזכות הקניין (**ברק-פרשנות החקיקה**, 561; בג"צ 377/79 **פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה רמת-גן**, פ"ד לה(3) 645, 656 (1980)).

62. בפסיקה מושרשת היטב, נקבע, כי לחוקי היסוד השפעה על פרשנותו של דין ישן. אמנם תוקפם של דינים ישנים זוכה להגנת פסקת שמירת הדינים (סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), אך כלל הוא, כי מובנו של החוק עשוי להשתנות בעקבות חוקי היסוד, ככל שקיימת אפשרות פרשנית לכך (דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, 652-654 (1995); בג"ץ 2390/96 **קרסיק נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(2) 625, 710 – 711 (2001)). יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט פוגלמן **בעניין רוטמן**:

נוכח העצמת מעמדה הנורמטיבי של זכות הקניין, מובנם המשפטי של דברי חקיקה קודמים עשוי להשתנות באופן שיוחס משקל רב יותר לזכות הקניין ביחס לאינטרסים האחרים המתחרים בה (עניין רוטמן, פסקה 62; כן ראו עניין קרסיק, 719; עניין אלקה, 794; ויסמן-דיני קניין, 37-38).

63. לא למותר להזכיר, כי הגישה לפיה ההגנה על זכויות יסוד חוקתיות, לרבות זכות הקניין, אינה מוגבלת למשפט הציבורי, אלא יש לה תחולה גם במשפט הפרטי, קנתה שביתה בפסיקה הישראלית. העקרונות החוקתיים מוזרמים לתחומי המשפט הפרטי באמצעות מונחי שסתום כדוגמת חובת תום הלב, תקנת הציבור והאיסור

<sup>3</sup> כך, למשל, אם התכלית הסובייקטיבית הינה סטייה מעקרונות היסוד של השיטה - כגון פגיעה בזכויות אדם - יש ליתן לכך ביטוי מפורש, ברור וחדמשמעי בלשון הנורמה, אם הטקסט אינו נותן לתכלית זו ביטוי מפורש, ברור וחדמשמעי, לא ניתן תוקף לתכלית סובייקטיבית זו, גם אם ידוע ממקורות היסטוריים, כי זו אכן היתה תכליתם הסובייקטיבית של יוצרי החוק.

לעשות שימוש לרעה בזכות הקניין במקרקעין (ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 530 - 532 (1992); ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, מט(3) 196, 204 (1995); **א. ברק** "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט ומנהל** 1, 9 25-26 (תשנ"ב-1992); **א. ברק פרשנות במשפט-פרשנות חוקתית**, כרך שלישי, 647 – 697 (1994)).

64. יצוין, כי אמנם זכות הקניין בבית משותף הינה "זכות קניין מודרנית" ולא זכות קניין קלאסית, היינו שבשונה מזכות הקניין הקלאסית המשמיעה "שרירות בעלים", הרי שזכות הקניין בבית משותף עשויה לסגת מפני זכויותיהם של כלל בעלי הדירות בבניין (ראו **עניין צודלר**, פסקה 19). אלא מאי? שהזכות הקניינית בבית משותף נסוגה מפני הרכיבים השיתופיים שבבית משותף ומתוך רצון לשמר את היסוד השיתופי בבית, אך מה לה לסגת מקום בו פניו של הבית אינו לשיקום, ודווקא היפרדות ופירוק שיתוף נמצאים על הפרק? כך או כך, זכות הקניין תשמש אפוא ככוכב הצפון שלאורו נצעד במסע הפרשנות להלן.

## (2) הלכת אהרוני – פתח פרשני להחלת מדד השווי

65. אין חולק כי פירוק שיתוף, על דרך הכלל, צריך להיעשות לפי הזכויות הרשומות על שם כל אחד מצדדי השיתוף במרשם המקרקעין. ברם, בהלכת אהרוני, שעסקה בגלגול הראשון בתיק דנא, נפסק, כי בעת פירוק השיתוף יש להתחשב בזכויות נוספות אף שאינן רשומות במרשם. כב' השופט פוגלמן קבע באותו עניין, כי לזכויות שהיו קיימות בתקנון המוסכם שחל על הבית המשותף – זכויות שניתן היה לומר כי חלפו מן העולם בהרס הבית – תהיה משמעות בעת פירוק השיתוף. זכויות אלו, כלשונו של בית המשפט הנכבד, אינן "מתאימות" כתוצאה מביטול הרישום של הבית המשותף. זאת, קבע בית המשפט הנכבד, אף שניתן היה להיצמד לפרשנות דווקנית של סעיף 147 ולקבוע, כי בפירוק השיתוף יילקח בחשבון רק החלק ברכוש המשותף – הוא המדד שלפיו נרשמות הזכויות במרשם המקרקעין – הא ותו לא. אלא שבית המשפט הנכבד קבע, כי גם הוראותיו של התקנון המוסכם יילקחו בחשבון בשעת פירוק השיתוף.

66. ההיגיון המונח בבסיס עמדתו של כב' השופט פוגלמן, כך סבור היועץ המשפטי לממשלה, נעוץ בעובדה שלהוראות התקנון המוסכם היה "**מעמד קנייני וערך כלכלי**". קביעתו של כב' השופט פוגלמן, אף שניתן לפרש ולומר כי אינה עולה בקנה אחד עם לשון סעיף 147 הנ"ל (המתייחס לחלוקה רק בהתאם לזכויות ברכוש המשותף), עושה צדק, ואין סיבה שלא להחילה על זכויות נוספות הנובעות מיתר מסמכי הבית המשותף. לשון אחרת: קביעה זו מהווה "פתח פרשני" שיאפשר הכרה בזכויות נוספות, הנובעות מיתר מסמכי הרישום, בעת פירוק השיתוף (כגון מיקום הדירה, נוף, המצב התכנוני וכדו').

67. לטענת המשיבות 1 ו-2, קביעתו של כב' השופט פוגלמן מכוונת אך ורק להוראות התקנון המוסכם ואין להרחיבה לזכויות נוספות המצויות "מחוץ" לתקנון. משנרשם התקנון, ניתן לו מעמד קנייני והוראותיו מחייבות את כל בעלי הדירות וחליפיהם החוקיים (סעיף 62(ג) לחוק). לדידם, התחשבות בהוראות התקנון המוסכם נובעת מכך שהתקנון מבטא הסכמה של הצדדים להכפיף את זכותם הקניינית בבית המשותף למגבלות מסוימות. לעמדת



היועץ המשפטי לממשלה, ההגנה על זכות הקניין מחייבת הגנה לא רק על זכויות שנרשמו במסגרת התקנון המוסכם, כי אם גם על זכויות קנייניות-כלכליות שהיוו חלק מזכותם המקורית של הצדדים בבית המשותף. הנחת היסוד היא שאירוע ההרס לא צריך לשנות את מערך הזכויות של הצדדים.

68. אין חולק, כי מבחינת המדרוג הקנייני, אכן קיימת הבחנה בין זכויות קנייניות המעוגנות בתקנון המוסכם לבין זכויות קנייניות-כלכליות שאינן מעוגנות בו, אך להשקפת היועץ, אלו גם אלו ראויות להגנה הקניינית-חוקתית, שבידוע, משתרעת מעבר לזכויות הקניין הקלאסיות (בעלות, שכירות וכיוצ"ב, קרי: "הרשימה הסגורה") לעבר אינטרסים וזכויות בעלי ערך כלכלי (ראו למשל ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221, 328 431 (1995); **עניין צודלר**, 562). לפיכך, בבוא בית המשפט לקבוע כיצד לפרק שיתוף אין הכרח בהבחנה זו ואדרבה ראוי, כי האופן בו יפורק השיתוף יהיה כזה שמידת הפגיעה בזכויותיהם הקנייניות-כלכליות של הצדדים, במובנם הרחב, תהיה על הצד הנמוך ביותר. כפי שיובהר בהמשך, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, על מנת לצמצם את הפגיעה האפשרית בצדדים שלישיים, יש לקבוע כי הזכויות שיוכרו לצורך פירוק תהיינה מעוגנות במסמכי הבית המשותף, כגון התשריט וצו הרישום, ובהתאם להרחיב את הערת המפקחים/ות בעתיד.

### (3) חוסר צדק בגישת מדד החלק ברכוש המשותף

69. הקושי המרכזי בגישת החלק ברכוש המשותף הוא תחושת חוסר הצדק הנלווית לה. גישה זו עלולה להוביל לעיוותים כלכליים משמעותיים. עמד על כך המלומד גלברד:

"נראה לנו, כי קביעת חלקו של בעל דירה במקרקעין שנוצרו לאחר המחיקה אך ורק על פי חלקו של בעל הדירה ברכוש המשותף – כפי שהיה עובר למחיקת הבית המשותף מהפנקס – עלולה ליצור עיוותים כלכליים ניכרים, באותם מקרים בהם אין כל יחס ישר בין חלקו של בעל הדירה ברכוש המשותף לבין ערכה הכלכלי של דירתו. ייתכן שעילוב של מדד כלשהו, הכולל בתוכו את שווי הדירה, בתוך הנוסחה לקביעת החלק בנכס המשותף שנוצר, על פי סעיף 147 לחוק, היה מביא לתוצאה צודקת יותר (גלברד, עמוד 291).

70. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, התרופה לתוצאה הבלתי צודקת עליה עמד המלומד גלברד עשויה להימצא במסגרת פירוק השיתוף, ותוך פרשנות לפיה סעיף 147 אינו מונע התחשבות בערך הדירות, אף שנתון זה אינו בא לידי ביטוי במרשם או בתקנון המוסכם.

71. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בנסיבות המיוחדות דנן, אימוץ הגישה לפיה בעל זכות יקבל את חלקו בפירוק השיתוף בהתאם לשווי דירתו שנהרסה, היא התוצאה הראויה. המקרקעין שנותרו לאחר הרס הבית המשותף, כך לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הינם תחליף לנכס שהיה בעבר בית משותף. מערך הזכויות בין בעלי המקרקעין, לאחר שהבית נהרס, צריך להיות קרוב ככל שניתן למערך הזכויות ששרר ביניהם עת עמד הבית על תילו. אין הצדקה מהותית לשנות את מערך הזכויות בשל אירוע ההרס שנכפה על הצדדים. היות וזכותו של דייר בבית משותף מורכבת, כמפורט לעיל, הן מבעלות נפרדת בדירה והן מבעלות משותפת ברכוש המשותף, אזי שאין כל היגיון שהזכות שיקבל כל דייר במקרקעין בשעת פירוק השיתוף, תיקבע לפי רכיב הבעלות המשותפת ברכוש המשותף ומבלי להביא בחשבון את רכיב הבעלות הנפרדת בדירות.

72. זאת ועוד, דומה כי גם בגדרי "הקצאת סיכונים שוויונית", ראוי שבפירוק השיתוף יובא בחשבון שווי הזכות הכולל שהייתה לכל דייר, הן בדירה והן ברכוש המשותף. באופן דומה, לו היו מפקיעים חלקה עליה עומד בית משותף, הרי שהסיכון היה נופל באופן שוויוני על הדיירים, כך שכל דייר היה מקבל פיצוי לפי שווי זכותו בבית המשותף (הן בדירה והן ברכוש המשותף), על מנת שמצבו לא יורע ממה שהיה בטרם ההפקעה.
73. אכן, הקושי המרכזי בגישה זו נעוץ בכך שהמחוקק לא קבע מדד זה כבר במועד רישום הזכויות, היינו בסעיף 147. דומה, כי המחוקק לא שיווה לנגד עיניו מקרים מסוג זה (ראו לעיל), ועל כן ככל שנוכל לפרש את סעיף 147, תוך היעזרות בתורת הפרשנות התכליתית, באופן שיעלה בקנה אחד עם עקרונות של צדק והגינות, רצוי כי כך נפעל.
74. נמחיש את הבעיה בדוגמא: טלו מקרה בו לאדם דירת פנטהאוז יוקרתית בבית המשותף, בעוד שלחברו-שכנו יש מרתף באותו בניין, ששווי נמוך, כאשר שטח רצפת המרתף זהה לשטח רצפת הפנטהאוז. נניח שהבית המשותף נהרס ופניו אינם לשיקום בהתאם להסדר הקבוע בסעיף 60 לחוק, ונניח גם שלא הייתה הוראה מיוחדת בתקנון המוסכם שעניינה ברישום הזכויות לאחר הרס בית משותף (ראו סעיף 147 סיפא לחוק). במצב דברים זה, בהתאם לאמור בסעיף 147 לחוק, יירשמו הצדדים כבעלי זכויות במשותף (במושע) במקרקעין, בהתאם לחלק שהיה לכל אחד ברכוש המשותף, היינו לפי יחס שטחי רצפותיהם. בדוגמא שהובאה לעיל, יירשמו בעל הפנטהאוז ובעל המרתף בחלקים זהים. עתה עומדים הצדדים בפני פירוק שיתוף. לפי מדד החלק ברכוש המשותף, שני הצדדים יקבלו נתח זהה בפירוק השיתוף, ולא תהיה כל משמעות לעובדה שלאחד הייתה יקרה ולשני יחידה זולה. במצב זה, זכותו של בעל הפנטהאוז, שסביר להניח כי רכש דירתו במיטב כספו, תקופח, ומה צדק יש בתוצאה זו?
75. לעומת זאת, חלוקת השיתוף באופן שיביא בחשבון את שווי דירתו של כל דייר בבניין טרם חורבנו, היא התוצאה שבה זכותו הקניינית של אף צד לא תקופח. אחת הטענות בתיק שלפנינו היא שלמשיבות 1 ו-2 היו שטחים גדולים של מרתפים וגגות בבית שנהרס, ואילו למבקשים היו יחידות הפונות לרחוב הראשי ששווין יקר לאין ערוך אך הן קטנות, ועל כן, מבלי להביע עמדה ביחס לנכונות הטענה בנסיבות העניין, אין המדובר בטענה תיאורטית (כן ראו את הדוגמא המובאת בפסקה 22 לפסק דינו של כב' השופט ורדי; **גלברד**, 291 והערת שוליים 56).
76. נוסף לכך, במקרה בו הבית לא היה נהרס, או מקום בו הבית היה נהרס ומוקם מחדש לפי סעיף 60 לחוק, הרי שכל דייר היה נותר בעל זכות בדירתו שלו, וההבדלים שבין הדירות, כגון מיקום הדירה, הנוף הנשקף ממנה ועוד, היו באים לידי ביטוי. מדוע שאירוע ההרס ישנה את מערך הזכויות ויביא לתוצאה אחרת, שהיא נראית על פניה כבלתי צודקת?
77. נטען, כי במהלך חיי הבית המשותף נשאו בעלי הדירות הגדולות (אפילו הזולות) בהוצאות החזקת הבית בהתאם לשטח רצפתם. היינו, באותה עת לא עלתה טענה לפיה יש לחשב את הנשיאה בעלות לפי מדד השווי, ועל כן אין כל הצדקה לעשות כן דווקא במועד פירוק השיתוף (ראו תגובת המשיבות 1 ו-2 לבר"ע, פסקה 104; פסקה 9 לפסק דינו של כב' השופט ברנר). לעניין זה, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי קריטריון שטח הרצפה נקבע בחוק לעניין הנשיאה בהוצאות הבית (כך קבע המחוקק בבירור – סעי' 57 ו-58 לחוק), כמו גם לגבי הוראות אחרות בחוק,

כקריטריון הרלוונטי לעניין ניהול חיי הבית המשותף. כך, תשלום האחזקה, על דרך הכלל, קשור בכך שגודל הדירה רלוונטי למידת השימוש במתקני הבית המשותף, אך אינו קשור לשווי הדירות. לעומת זאת, קריטריון שטח הרצפה לא בהכרח רלוונטי בעת פירוק השיתוף וספק אם יש היגיון להחיל אותו בעת חלוקת הזכויות במקרה של פירוק שיתוף כפוי. ככל שאין חובה להחיל אותו, וכך סבור היועץ המשפטי לממשלה, הרי שיש להעדיף קריטריון שיביא לתוצאה הצודקת יותר. מכל מקום, נתון זה – הנשיאה בהוצאות הבית – יכול להילקח בחשבון במסגרת האיזונים הכספיים שייעשו בפירוק השיתוף.

78. יוער, כי אף שבבית המשפט המחוזי דעת הרוב הייתה שלא להחיל את מדד השווי, הרי שכב' השופטים ורדי ושנלר סברו, כי התעלמות משווי הדירות עובר להרס, בנסיבות דנן, יכול ומובילה לתוצאה בלתי צודקת או בלתי ראויה (ראו עמדת כב' השופט ורדי, פסקאות 17, 22-23, ועמדת כב' השופט שנלר, פסקה 11).

79. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, לא נמצאה הצדקה, בהיבט של צדק ושוויון יחסי בין הצדדים, לפיה במועד פירוק השיתוף לא יובא בחשבון השווי היחסי של כלל הזכויות שהיו לצדדים בבית המשותף. לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה, שיקולי צדק תומכים בפרשנות תכליתית, לפיה סעיף 147 אינו שולל התחשבות בזכויות כלכליות נוספות בעת פירוק השיתוף, לרבות זכויות הנובעות מכלל המסמכים שביסוד הבית המשותף – התשריט וצו הרישום.

#### (4) עיקרון תום הלב ושימוש לרעה בזכות במקרקעין

80. כידוע, עקרון תום הלב נפרש על פני החקיקה האזרחית כולה (סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים, חלק כללי, התשל"ג – 1973). כל בעל זכות צריך להפעיל את זכותו בתום לב, לרבות הזכות לדרוש פירוק שיתוף. אמנם, הזכות לדרוש פירוק שיתוף היא בכל עת (ראו סעיף 37(א) לחוק; ע"א 319/74 **רובינשטיין ושות' נ' פיין**, פ"ד ל(1) 457 (1975)), אך הפסיקה הכירה בכך שזכות זו כפופה, ככל פעולה משפטית הנובעת מזכות במקרקעין, לחובת תום הלב (ראו ע"א 1915/91 **יעקבי נ' יעקבי** פ"ד מט(3) 529, 575 (1995); רע"א 6339/97 **רוקר נ' סולומון**, נה(1) 199, פסקאות 17-19 (1999) (להלן: "**עניין רוקר**"); ע"א 8661/10 **נעמה נ' טורקיה**, פסקה 11, וההפניות שם (פורסם בנבו, 19.2.2012) (להלן: "**עניין טורקיה**"); ויסמן-בעלות ושיתוף, עמודים 60-64, 280-281; י. ויסמן, שימוש לרעה בזכות, 83 (פסקה 12), **משפטים כז** תשנ"ו; ח. דגן, שיתוף במקרקעין – מוסד חברתי רצוי? הערת שוליים 176, **משפטים כז** תשנ"ז), וכן לחובה להשתמש בזכות באופן שאינו עולה כדי שימוש לרעה בזכות במקרקעין (סעיף 14 לחוק; רע"א 1017/97 **רידלביץ נ' מודעי**, פ"ד נב(4) 625, 632 (1998), וההפניות שם; **עניין רוקר**, 276-277; **עניין טורקיה**, פסקה 11 וההפניות שם). כן נקבע בפסיקה, כי תום הלב נבחן באמת מידה אובייקטיבית:

"אין נדרש כי בעל הזכות יפעל מתוך זדון או רוע-לב. די בכך שפעולתו אינה עולה בקנה אחד עם 'הסמנדרמים' הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי שבית המשפט מבין אותם מעת לעת" (עניין רוקר, 277). ובמילים אחרות, בעל-דין המבקש לעמוד על זכויותיו מחויב מכוח עקרון תום הלב לעשות כן באופן הוגן ותוך התחשבות בציפיותיו המוצדקות ובהסתמכותו הסבירה של הצד האחר" (עניין טורקיה, פסקה 12 וההפניות שם).

81. ניתן להשקיף על הסיטואציה בה מבקשים בעלי זכויות בבית משותף שנהרס לפרק את השיתוף בהתאם

לחלקיהם ברכוש המשותף, כאשר ברי שבאופן זה יקופחו אחדים מבעלי הזכויות, כשימוש לרעה בזכות במקרקעין או כנקיטת פעולה משפטית שלא בתום לב (אובייקטיבי).

#### (5) הרמוניה נורמטיבית

82. אחד מן האמצעים לגיבוש תכלית דבר חקיקה היא החזקה בדבר הרמוניה חקיקתית (ברק-פרשנות החקיקה,

339). השאיפה להרמוניה באה מן הרצון לאחידות במשפט והימנעות מסתירות בדין. מתן פרשנות דומה להסדרים

חקיקתיים בעלי קרבה עניינית מגשימה את עיקרון ההרמוניה הנורמטיבית (בג"ץ 6728/06 עמותת אומץ נ' ראש

ממשלת ישראל, פסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 30.11.2006); עניין רוטמן, פסקה 98).

83. הסעיף ממנו מתבקש ללמוד לענייננו הוא סעיף 60 לחוק, המתווה את הסדר השיקום החל על בית משותף שנהרס.

שער הכניסה למסלול השיקום הוא הסכמה של שלושה רבעים מבעלי הרכוש המשותף בבית שחרב. משנתקיים

תנאי זה, ייבנה הבית מחדש, והצדדים יישאו בהוצאות השיקום באופן הבא: כל צד יישא בהוצאות דירתו

בנפרד, וכולם יחד יתחלקו בהוצאות הקמת הרכוש המשותף, בהתאם לחלק היחסי שהיה להם ברכוש המשותף.<sup>4</sup>

ומה הדין מקום בו מסרב אחד הדיירים לסייע בהקמת חלקו ברכוש המשותף?<sup>5</sup> או אז נכנס לפעולה סעיף קטן (ב)

ונותן סמכות בידי המפקח לצוות על בעל הדירה הסרבן להעביר זכותו בבית שנהרס לאדם אחר, אשר יחליפהו

בשיקום הבית. והנה, מתייחס החוק אף לאפשרות שאותו בעל דירה סרבן יבחר שלא לפעול בהתאם להוראות

המפקח, וקובע סנקציה בסעיפים קטנים (ג) ו- (ד), לפיה רשאי המפקח להעביר את זכותו של הסרבן לאדם אחר,

בין אדם שיוצא על ידי המשקמים ובין אדם אחר שיקבע המפקח, וזאת לאחר שישולם לסרבן (או יופקד בידי

המפקח) שווייה של זכותו. נחלקו הצדדים באשר לשווי הזכות, יקבע המפקח את השווי, כאשר תקנה 86 לתקנות

המקרקעין (ניהול ורישום), תשע"ב – 2011, קובעת כי לצורך כך יסתייע המפקח בחוות דעת מאת השמאי

הממשלתי הראשי.

84. שוויה של הזכות אותה "מוכר" הסרבן באופן כפוי אינה אלא שוויה הכלכלי של דירתו. זאת, מאחר והרוכש מן

הסרבן מקבל לידי זכויות בדירה בבית החדש שייבנה. הדייר הסרבן נפלט ממסלול שיקום הבית ומחזיק בידו,

בסופו של יום, את ערכה הכלכלי של הדירה שהייתה לו בבית המשותף שנהרס. אין הוא מקבל תמורה רק בשווי

מנתו ברכוש המשותף בבית שנהרס ללא התחשבות בדירה בה היו לו זכויות. לא זו אף זו, יתר הדיירים

המשקמים יקבלו לידיהם אף הם, בסופו של תהליך השיקום, את אותה זכות כלכלית שהייתה להם, כל אחד

בהתאם לדירתו.

85. הנה כי כן, במסלול של שיקום הבית ישנה התחשבות בכך שלכל דייר הייתה זכות קניינית-כלכלית נפרדת בדירתו

שלו, וזאת בשני היבטים. פעם אחת מתחשבים בכך לגבי החיוב בהוצאות שיקום הדירות בבית החדש שייבנה,

<sup>4</sup> יוער בהקשר זה, כי למחלוקת בספרות באשר לנפקות המשפטית של הרס הבית משמעות רבה, מאחר ולפי גישת המלומד גלברד, מקום בו הרישום לא בוטל, הנכס שלפנינו היה ועודנו, מבחינה משפטית, בית משותף (גלברד, 292). לעומתו, המלומד ויסמן סבור, כי מרגע שנהרס כבר לא עומד לפנינו בית משותף אלא בעלות משותפת במקרקעין בלבד, על כן הליך השיקום לפי סעיף 60 "מחזיר" את הנכס למסגרת המשפטית של בית משותף, מבלי שנדרשת לשם כך הפרוצדורה הרגילה של רישום בית משותף בצו, על הדרישות הכרוכות בכך (ויסמן-בעלות ושיתוף, 503-504).

<sup>5</sup> להבדיל ממצב בו אחד הדיירים מסרב להקים את דירתו שלו, כי אז אין אפשרות להפעיל כלפיו את הסנקציה הקבועה בסעיף קטן (ב) – ראו גלברד, 284, הערת שוליים 15; ויסמן-בעלות ושיתוף, עמוד 514-513.

שכן הוצאות אלו מושתות על כל דייר באופן נפרד, כל אחד לפי עלות דירתו, ולא מטילים את הנשיאה בהוצאות הבית כולו (דירות ורכוש משותף), לפי מדד החלק ברכוש המשותף. ופעם שניה, כאשר ישנו דייר המסרב להסכים לשיקום, ניתן למכור את זכותו למרבה במחיר. זכות זו נאמדת לפי ערכה הכלכלי של דירת הסרבן.

86. דומה, כי תוצאה קניינית-כלכלית שונה בין שני האפיקים – שיקום הבית או פירוק שיתוף – אינה רצויה מאחר שיש בה כדי לגרום לעיוות כלכלי, והיא אף אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון האחידות הנורמטיבית. מצב זה, עשוי לדרבן בעלי דירות שמחזיקים ביותר מ- 25% מהרכוש המשותף, מקום בו שטחי דירותיהם היו נרחבים אך שווין נמוך, שלא להסכים לאפיק השיקום, ולהעדיף מציאות של "שותפות מאונס", כיוון שאז יהיו בידיהם חלקים גדולים יותר מהנכס. פשיטא, שכאשר מדובר בגורם אחד המחזיק בשטח גדול מ- 25% מהרכוש המשותף, אך שווי דירתו נמוך, האינטרס שלו יהיה להתנגד לשיקום הבית. תוצאה זו, מעבר להיותה בלתי צודקת, עומדת גם בניגוד לרצון המחוקק שעודד את מסלול השיקום.

87. יוער, כי מן העבר השני הועלתה טענה לפיה שיקולי הרמוניה חקיקתית מובילים דווקא לתוצאה ההפוכה, מאחר שהמחוקק בחר ב"מפתח" של שטח הרצפה כקריטריון המרכזי לחלוקת זכויותיהם וחובותיהם של בעלי דירות בבית משותף (ראו סעיפים 57, 58, 62, 71 לחוק). עוד נטען, כי אף בסעיף 60 נקבע כי הפרמטר לשיקום הבית המשותף הוא בהחלטת 3/4 מבעלי הרכוש המשותף (שנגזר מקריטריון שטח הרצפה).

88. אכן, אין מחלוקת, כי המחוקק בחר במדד שטח הרצפה כאמת המידה המרכזית להסדרת ענייניהם של בעלי דירות בבית משותף (הסדר דיספוזיטיבי). צוין לעיל, כי מדד שטח הרצפה רלוונטי לעניין הסדרת "חיי הבית המשותף", אך ספק אם יש בו רלוונטיות לעניין הכרעה בזכויות הקנייניות של הצדדים בבית משותף. כן צוין, כי את מדד שטח הרצפה, הקבוע בסעיף 147 לחוק, יש להבין על רקע קביעתו כמדד המרכזי בחוק המקרקעין לעניין ניהול הרכוש המשותף. כמו כן, יש להבין מדד זה על רקע סוג הבתים שהיו קיימים בעת חקיקת חוק בתים משותפים וחוק המקרקעין. נכון לאותה תקופה, שטח הרצפה היווה הפרמטר המרכזי לאבחנה בין שווי הדירות, אשר בדרך כלל היו בגודל סטנדרטי, דבר שהוביל לחלוקה שווה בהוצאות (ראו לעיל פסקה 55).<sup>6</sup>

89. האם חובה עלינו לראות במדד שטח הרצפה כמדד יחיד, גם מקום בו יצאנו מעולם הבתים המשותפים ונכנסנו לעולם אחר, עולם הבעלות המשותפת? היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי המענה לשאלה זו, משיקולים של צדק, הוא בשלילה. מקום בו הדבר לא נקבע במפורש על ידי המחוקק – וכך לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ניתן לומר לגבי המדד לפיו ייעשה פירוק השיתוף בנסיבות דן – הרי שיש מקום לבכר את המדד הצודק, ההוגן ושפגיעתו בזכויות הקנייניות של הצדדים היא הפחותה.

90. באשר למדד החלק ברכוש המשותף שנקבע בסעיף 60, הרי שעניינו ברוב הדרוש לשם קבלת ההחלטה לשיקום

<sup>6</sup> כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 5 של ועדת המשנה לחוק הבתים המשותפים של ועדת חוקה, חוק ומשפט, עמוד 4 (29.1.1952). שם נאמר על-ידי חבר הכנסת י. קליבנוב, לגבי קביעת המנה ברכוש המשותף לפי שטח הרצפה, הדברים הבאים: "אני חושב שבדרך כלל אלה הם דקדוקי עניות... הבתים המשותפים הם ברובם סטנדרטיים, וההבדל הוא בעיקר לפי מספר החדרים ולא לפי גודלם" (ההדגשות לא במקור – ב"מ; ראו גם דברי חבר הכנסת י. קליבנוב בדיון בקריאה ראשונה בהצעת חוק בתים משותפים – דברי הכנסת הראשונה, ישיבה ר"ג, 768 (תשי"א)).

הבית. ברם, אין במדד זה כדי להכריע בזכויות הקנייניות של הצדדים. כאמור, הוצאות השיקום של הדירות, כפי שקובע סעיף 60, אינן מחולקות לפי מדד החלק ברכוש המשותף, אלא כל דייר נושא בעלות דירתו הנפרדת. זאת ועוד, כאמור, כל דייר מקבל בסופו של יום את שוויה של הזכות שהייתה לו בבית שנהרס. מדוע אפוא, שיחסי הכוחות הכלכליים בין הדיירים יהיו שונים בהתאם לאפיק המשפטי בו יבחרו לצעוד – שיקום או פירוק? לא נמצאה לתוצאה זו הצדקה. אי לכך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, העיקרון שניתן ללמוד לענייננו מסעיף 60, הוא השאיפה לשמור על זכויותיהם הכלכליות של הדיירים בבית המשותף שנהרס. יפים לעניין זה דברים שנאמרו על ידי כב' הנשיא ברק:

**"ההרמוניה החקיקתית מצדיקה את אימוצה של נוסחת איון זהה במקום שהערכים העומדים ביסוד הזכויות המתנגשות הם זהים" (ברק – פרשנות החקיקה, עמוד 330).**

91. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף, כי ניתן – בין מתוך היקש ובין מתוך שיקולי הרמוניה חקיקתית – ללמוד לענייננו מההסדר הקיים בסעיף 122 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, לגבי הליכי איחוד וחלוקה. הכלל שקבעה ההלכה הפסוקה בהליכי איחוד וחלוקה הוא "נוסחת השוויון היחסי", לפיו כל בעל זכות במקרקעין יינה או ייפגע כתוצאה מהפעלתם באופן פרופורציונאלי לשווי זכותו (ראו בג"צ 4914/91 **אירני נ' שר הפנים**, פ"ד מו(4) 749 (1992)). כלומר, גם בהליכים אלה ה"מפתח" לחלוקת הזכויות (לאחר הליך הרפרצילציה) הוא שווי הזכויות המקוריות, באופן שייעשה צדק יחסי עם כולם.

#### **(6) פירוק שיתוף שלא בהתאם לרישום במרשם**

92. משבאנו למסקנה, כי שיקולי צדק תומכים במסקנה לפיה סעיף 147 אינו מונע התחשבות ביחסי השווי בין הדירות, לרבות התחשבות בזכויות שאינן בתקנון המוסכם, יעיר היועץ המשפטי לממשלה הערה בדבר פירוק שיתוף שלא בהתאם לרישום במרשם המקרקעין.

93. על פני הדברים, עמדת המבקשים מעוררת שאלה משפטית עקרונית בדיני פירוק שיתוף במקרקעין – האם ניתן ליחס מטען כלכלי שונה לשיעור זכויות זהה במקרקעין? (לשם הדוגמא, האם אפשרי הדבר, שבמקום בו לשני בעלים במשותף זכויות ב- 50% חלקים בלתי מסוימים מהמקרקעין, נייחס לזכויותיו של כל אחד מהשניים משמעות כלכלית שונה; ראו לעניין זה פסקאות 32-33 לפסק דינו של כב' הש' ורדי בבית המשפט המחוזי). מובן, כי הכלל הוא שבפירוק שיתוף כל שותף מקבל את חלקו היחסי, היינו מנתו, במקרקעין המשותפים (ראו רע"א 9552/06 **סטורלוביץ נ' לזרוביץ** (פורסם בנבו, 25.5.2008) (להלן: "**עניין סטורלוביץ**"); דברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין, התשכ"ד-1964, ה"ח הממשלה 178, 209). כלל זה אינו כלל חקוק, אך מתחייב הוא מצו השכל הישר, שכל בעל זכויות יקבל את שיעור מנתו במקרקעין. על כן, השכל הישר, מפיו אנו חיים, יורנו גם לסטות מכלל זה, כאשר נסיבות העניין מחייבות זאת. סטייה זו היא הריג לכלל, וראוי יהיה להחיל אותה רק במקרים חריגים כדוגמת המקרה דנן – מקרה בו ברי, כי זכויותיהם הקנייניות של חלק מבעלי הזכויות יקופחו, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד בשיטתנו המשפטית.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> ראו גם **עניין סטורלוביץ**, שעסק בפירוק שיתוף על דרך של הפיכה לבית משותף, ושם נקבע כי: "**נראה כי השיעור שאמור לקבל כל אחד**

94. בהקשר זה, יוער, כי בבתי המשפט השלום והמחוזי קיימת גישה המאפשרת פירוק שיתוף, במקרים מסוימים, שלא בהתאם לאחוז הבעלות הרשום במרשם. לגישה זו, הרישום אינו משקף תמיד את חלוקת הזכויות המוסכמת בין הצדדים, ולפיכך אינו מהווה הפרמטר היחיד בחלוקה [כך למשל, פירוק שיתוף במקרקעין בדרך של חלוקה בעין, הנותנת ביטוי להתנהגות הצדדים, אף שאינה תואמת את חלקי הצדדים לפי הרישום - בר"ע (ת"א-יפו) 3029/05 **חאג' יחיא נ' חאג' יחיא** (פורסם בנבו, 18.5.2006); או מקום בו נפסק כי נכרת הסכם פירוק בין הצדדים באופן שאינו תואם שיעור הזכויות במרשם - ע"א (חי') 1862/05 **עז' בליק ז"ל נ' עז' מח'ול** (פורסם בנבו, 5.12.2006); או מקרה בו קיים 'הסכם מכללא' על חלוקת הזכויות במקרקעין, שלא בהתאם לרישום בטאבו, וזאת בשל החלוקה בפועל שהייתה קיימת בשטח - ראו ת"א (שלום חד') 13558-06-11 **גואטה נ' תפירו** (פורסם בנבו, 7.8.2013); ראו גם תמ"ש (קריית) 19014-06-12 **פלוגי נ' אלמוני**, וההפניות שם (פורסם בנבו, 21.1.2015); ראו גם ההליכים המתנהלים בעניין קריסת אולמי ורסאי, ומצויים בשלב הסיכומים, בהם עולה שאלה זהה לשאלה בהליך שלנו: ת"א (שלום י-ם) 13839/06 **שושנה ואח' נ' בזאר שטראוס ואח'**, בפרט החלטה מיום 16.7.09 (פורסם בתקדין 2009) וכן ת"א (שלום י-ם) 5367-06-12 **אייל גור מזון איכות בע"מ ואח' נ' מ.ש. מוצרי אלומיניום בע"מ ואח'**, בפרט החלטות מהימים 29.5.14 ו-4.3.15 (פורסם בנבו)). גישה זו מבוססת על ההנחה שבעל זכות קניינית יכול להגביל את זכותו בהתחייבות (ע"א 269/74 **בוקובזה נ' הממונה על המרשם פ"ד כט(1)** 243, 246-247 (1974)). לגישת היועץ המשפטי לממשלה, ניתן להחיל את אותו רציונל גם בשאלה העומדת על הפרק בתיק זה. ייתכן, כי ניתן לראות בכך שלכל דייר הייתה דירה בשווי כלכלי שונה, כמעין "הסכם מכללא" בין הצדדים, הנובע מצו השכל הישר, לפיו בתרחיש בו הבעלות תהפוך למשותפת עקב הרס הבית, כל דייר ישמור על זכותו היחסית בעת הפירוק. כאמור, אין הצדקה כי דייר שרכש דירה בכסף מלא יאבד חלק ניכר משווה היחסי, בעוד דייר שרכש דירה בכסף מועט יתעשר על חשבון.

95. **סיכום הדברים:** עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא שהפרשנות התכליתית הראויה לסעיף 147 לחוק היא כזאת שאינה מונעת כי בעת פירוק שיתוף במקרקעין שהיה עליהם בית משותף שנהרס, יובאו בחשבון שווין של הדירות שהיו בבית המשותף, הנגזרים מהנתונים הייחודיים של כל דירה. ניתן להשקיף על סעיף 147, כך שלעניין שלב פירוק השיתוף הוא שותק. לשון אחר, הסעיף נועד להסדיר רק את הפן הרישומי, של בית משותף שרישומו בוטל (בכל סיטואציה שהיא), ועל כן אין בו כדי להביע עמדה ביחס לשלב פירוק השיתוף, בפרט בסיטואציה החריגה של שיתוף כפוי כתוצאה מהריסת בית משותף שאינו משוקם. למסקנה זו מגיע היועץ המשפטי לממשלה, לנוכח מכלול שיקולים, לרבות מעמדה הרם של זכות הקניין, שיקולי צדק, עיקרון תום לב, השאיפה לתוצאה סבירה והוגנת, הרמוניה חקיקתית ונקיטה במדיניות משפטית ראויה.

מהשוחפים במועד הפירוק צריך לשקף את זכויותיו מעיקרא - ולא דווקא את שטח הרצפה הנמצא בהחזקתו עובר לפירוק... כשם ששטח הרצפה אינו המדר לזיהוי הבעלות בנכס המשותף בטרם הפירוק - כך אין הוא יכול להיות המפתח לחלוקת הזכויות בשעת פירוק" (פס' ה(2)). שם דובר בחלוקת זכויות ברכוש משותף של בית שאינו בית משותף, מקום בו הרישום היה עמום, וספק אם ניתן להקיש משם לענייננו. כן ראו ו"ע (מינהליים חי') 38114-03-15 (כב' השופט ר' סוקול) **חנין נ' מנהל מסיי מקרקעין חיפה**, פסקה 44 (פורסם בנבו, 4.5.2017).

#### ד. גישת מדד השווי – הערות והתמודדות עם טיעוני נגד

##### ד.1. סעיף 147 – האם אות מתה?

96. יטען הטוען, כי הפרשנות המוצעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה מובילה לכך שסעיף 147 יהפוך לאות מתה,

והרי חזקה עמנו כי המחוקק לא משחית מילותיו לריק (עניין נאשף, עמוד 578; ברק – פרשנות החקיקה, 595).

ישיב היועץ המשפטי לממשלה, כי עניינו של סעיף 147 הוא בתוצאות הרישומיות של ביטול רישום בית משותף,

אך אין בו התיימרות להוות הסדר שלם לנושא חלוקת הזכויות בין הצדדים, נושא שבעיקרו נובע מזכויות הקניין

המהותיות שהיו בידי הצדדים עובר להרס הבית, ולפיכך יש לקרוא אותו כהסדר הטעון השלמה.

97. מסקנה דומה מצינו בספרו של המלומד ויסמן, אשר נדרש לקושי בסעיף 148 לחוק, העוסק ברישום זכויות צדדים

שלישיים לאחר ביטול רישום בית משותף. סעיף 148(א) קובע, כי מקום בו בוטל רישומו של בית מפנקס הבתים

המשותפים, וערב הביטול הייתה לצד ג' זכות שכירות רשומה בבית (היינו, שכירות שאינה לטווח קצר), תירשם

השכירות מחדש בפנקסי המקרקעין לגבי אותה דירה.<sup>8</sup> סעיף זה נועד לשמור על זכותו של השוכר. ואולם, סעיף

148(א) קובע, כי זכות השכירות תירשם רק לגבי הדירה, אך לא לגבי הרכוש המשותף, אף שזכותו של השוכר

בבית המשותף, טרם הריסתו, התפשטה גם על חלקו של המשכיר ברכוש המשותף (ראו סעיף 55(ב) לחוק הקובע

כי עסקאות בבית משותף חלות הן על הדירה והן על הרכוש המשותף). ברישום החדש עליו מורה החוק, לכאורה,

נגרע חלקו של השוכר הרשום. על קושי זה, מציין ויסמן את הדברים הבאים:

”כדי למנוע פגיעה זו בזכותו של השוכר, ראוי לחתור לפירוש כזה של ההוראה בחוק שלא יביא לתוצאה זאת. ניתן אולי לומר כי עניינה המרכזי של ההוראה הנוכרת שבחוק הוא התוצאות הרישומיות הנדרשות עקב הדין המהותי בדבר תחלופ נכסים (סוברוגציה); הסעיף עצמו אינו מתיימר לקבוע את דיני התחלופ... הסעיף שבחוק טעון אפוא העלמה, ואין לקוראו כהסדר שלם לסוגיה המטופלת על ידו. ההוראה שבחוק אינה כובלת אפוא את ידי המפקח ואינה מונעת אותו מלהורות על רישום שכירות, שהייתה בעבר בדירה בבית משותף, גם על החלקים שהיו בגדר רכוש משותף, במרם נמחק הבית מפנקס הבתים המשותפים. הוא רשאי לעשות כן לאור ההוראה שבחוק המתנה את מחיקת הבית המשותף על ידי המפקח בכך שהוא נתן הזדמנות לבעלי הזכויות בדירות שבבית לטעון בפניו את טענותיהם. הזכות להשמיע טענות בפני המפקח מומנת בחובה סמכות למפקח להיעתר לאותן טענות כשהוא מוצא בהן ממש” (ויסמן – בעלות ושיתוף, עמודים 519-520; ההדגשות אינן במקור – ב”מ).

98. דברים אלה כאילו נכתבו לעניינו, ובנסיבות החריגות דגן ניתן להחילם גם על סעיף 147. כדי למנוע פגיעה

בזכויותיהם של בעלי זכויות, יש לחתור לפרשנות לפיה עניינו המרכזי של סעיף 147 הוא בתוצאות הרישומיות של

ביטול הרישום, אך הסעיף אינו מתיימר לכבול את ידי בית המשפט של פירוק מלקחת בחשבון את שווי דירותיהם

של בעלי הזכויות בבית המשותף. יוער, כי העיגון החוקי בו נתלה המלומד ויסמן – סמכות המפקח בסעיף 146

לשמוע את טענותיהם של הצדדים – נראה כעיגון מספק גם לעניינו, באופן ששמיעת הצדדים תוביל לרישום

הערה, כפי שרשמה המפקחת בתיק דגן (ובמקרים נוספים). לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שיובהר להלן,

ניתן שהערה זו תתייחס לכלל מסמכי הבית המשותף, ולא רק לתקנון המוסכם.

##### ד.2. הערתו של כב' השופט זילברטל בהלכת אהרוני ומהי ציפייתו של הדייר הסביר?

99. בהלכת אהרוני נכתבה על ידי כב' השופט זילברטל ההערה הבאה:

<sup>8</sup> מדובר, מטבע הדברים, במקרה בו הדיירים ביקשו למחוק את רישום הבית, ולא במקרה של הרס.



“ראיתי לנכון להוסיף הערה בהתייחס למענות המבקשים על פגיעה בזכויותיהם עקב ביטול רישום הבית המשותף. אכן, יתכנו מצבים בהם חלקו היחסי והבלתי מסוים בבעלות המשותפת בקרקע של מי שהיה בעל דירה בבית משותף שרישומו בוטל, לא ישקף את שוויה הכלכלי היחסי של הדירה ביחס לשאר הדירות. כך, למשל, כאשר שוויה של אותה דירה הושפע ממיקומה בבית המשותף (לדוגמה היותה של הדירה קידמית או אחורית, נוף הנשקף ממנה, הקומה בה היתה מצויה וכו’). היתרונות (או החסרונות) האמורים שהיו לדירה מסוימת, שאינם נובעים אך משטח רצפתה (שלפיו נקבע שיעור החלק הבלתי מסוים ברכוש המשותף הצמוד לדירה, ולפיכך גם החלק הבלתי מסוים בקרקע לאחר ביטול רישום הבית המשותף) מתבטלים במקרה של ביטול הרישום, שכן אינם באים לידי ביטוי בהסדר הקבוע בסעיף 147 לחוק המקרקעין, התשנ”ט-1969. המבקשים טוענים כי יש בכך פגיעה לא מידתית ולא חוקתית בזכויותיהם. התשובה לכך היא, שניתן היה “בימי חייו” של הבית המשותף לקבוע בתקנון כי שיעורו של החלק ברכוש המשותף הצמוד לדירה פלונית לא יחושב לפי יחס שטח רצפתה אל שטח הרצפה של כל הדירות שבבית המשותף (סעיף 57א) לחוק, אלא בדרך אחרת, שתביא בחשבון גורמים נוספים.

משהדבר לא נעשה, הרי שכל בעל דירה בבית המשותף היה יכול לדעת, עת רכש זכויות בדירתו, שבמקרה של ביטול רישום הבית המשותף (כתוצאה, למשל, מהרס מוחלט שלו) יתרוונתיה של דירתו לא יבואו לידי ביטוי בעת שייקבע שיעור חלקו הבלתי מסוים בבעלות על הקרקע. לפיכך לא מדובר בתוצאה שהיא בגדר שינוי זכויות בדיעבד, אלא בתוצאה שניתן היה לצפותה והנובעת מהוראות החוק ותקנון הבית המשותף. את השאלה האם ניתן יהיה להביא בחשבון את ההיבטים האמורים במסגרת הליך פירוק השיתוף במקרקעין, בין היתר נוכח ההערה שנושמה על-ידי הממונה בצו ביטול הרישום, אשאייר בצריך עיון, שכן בגדרו של ההליך דנא לא נדרשת הכרעה בשאלה זו.

100. הערה זו של כב' השופט זילברטל, לכאורה, תומכת בעמדה הגורסת כי אין להתחשב בשווין היחסי של הדירות ביחס לכלל הדירות, כנתון רלוונטי בפירוק השיתוף. עם זאת, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הערתו של כב' השופט זילברטל אינה מנוגדת לתוצאה הראויה, קרי: התחשבות בשווין היחסי של הדירות עובר להרס הבית. **ראשית**, מדובר באמרת אגב, שכן כב' השופט זילברטל ציין בסוף דבריו, כי את האפשרות להביא בחשבון את היבטי השווין היחסי של הדירות בעת פירוק השיתוף הוא משאיר בצריך עיון בשלב זה. **שנית**, יכול וניתן היה לצפות, לאור האמור בסעיף 147, כי קביעת החלק הבלתי מסוים תהיה לפי יחס שטח רצפתה של כל דירה אל שטח רצפת כלל הדירות בבניין (בהיעדר הוראה אחרת בתקנון). ברם, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ציפיותו הסבירה של אדם הרוכש דירה בבית משותף במיטב כספו היא שהמאפיינים המיוחדים של דירתו, היינו יתרונותיה היחסיים כלפי דירות אחרות, לא “יתאינו” בעת פירוק השיתוף במקרה של הרס הבית.

101. אכן, סעיף 147 סיפא מורה, כי ניתן היה לקבוע הוראה מיוחדת בתקנון, לפיה בהרס הבית המשותף יירשמו הזכויות באופן שלא יהיה בהתאם לחלק ברכוש המשותף, אלא בהתאם לחלוקה אחרת שתיקבע במפורש בתקנון. על פניו, זוהי גם דרך המלך להגיע לתוצאה החלוקתית הראויה (ראו לעניין זה פסקה 21 לפסק דינו של כב' השופט ורדלי). אלא מאי? הוראה כאמור, בדבר חלוקה שונה בהרס בית משותף שאינו משוקם – מצב שממילא חריג ולא שכיח – אינה נהוגה בתקנונים בבתים משותפים, ועובדה זו מלמדת, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, כי ציפיותו הסבירה של דייר הינה כי הדין הקיים לא יוביל לקיפוח זכויותיו במקרה של הרס הבית המשותף, שאחרת היינו רואים הוראות מסוג זה באופן תדיר יותר (על כך שהוראה זו נדירה ראו **גלברד**, עמוד 291, הערות שוליים 53 ו-55; דוגמאות להוראות מסוג זה לא אותרו בכתבי טענות הצדדים).

### **ד.3. אלו נתונים ראוי להביא בחשבון בפירוק השיתוף?**

102. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, הזכויות הכלכליות-קנייניות שיש להביא בחשבון בעת פירוק השיתוף, צריכות להיות מעוגנות, בצורה זו או אחרת, במסגרת מסמכי הבית המשותף (תקנון, תשריט וצו הרישום). כך למשל,

ההצמדות וזכויות הבניה בבית – יימצאו בתקנון; לצד זאת, מאפיין המיקום של הדירות, על משמעויותיו הכלכליות, וכן ייעודן ושטחן – יימצאו במסגרת תשריט הבית המשותף. העיגון במסגרת מסמכי הבית המשותף, כמו גם ההערה שתירשם על ידי המפקח/ת במקרים נדירים אלה, נועדו לסייע לצדדים שלישיים לדעת כי חלקו הבלתי מסוים של בעל זכויות במקרקעין, אינו חזות הכל, מאחר ויש להתחשב בשווי דירתו שנהרסה ביחס לשווי כלל הבניין שנהרס, לאור המאפיינים אותם ניתן למצוא במסמכי הבית המשותף. יודגש, בהקשר זה, כי את הפרקטיקה שהתפתחה אצל המפקחים במעט התיקים שעסקו בבית משותף שנהרס – היינו רישום הערה המפנה להוראות התקנון המוסכם – ניתן להרחיב, כך שהערה זו תכלול מעתה הפניה לכלל מסמכי הבית המשותף.

103. יודגש, כי להבדיל מן הנתונים שניתן לדלות ממסמכי הבית המשותף, אשר מצויים בידיעת כלל הצדדים וניתן ללמוד מהם על שווי הקרקע של כל דירה ודירה, הרי שאין מקום להביא בחשבון השקעות פרטיות שביצע דייר בדירתו, כגון התקנת ברוזים מזהב או השקעה אחרת במבנה (ראו פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט ברנר). להשקעות השונות שביצע כל דייר בדירתו, אין השפעה על שווי השוק האובייקטיבי של הדירות (ראו בהקשר אחר, ע"א 147/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' אברמוביץ, פסקה 17 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן (נבו 2014)).<sup>9</sup> לשון אחרת, כדי להעריך את שווי הזכויות בעת פירוק השיתוף, יש להביא בחשבון את שווי הזכות היחסית בקרקע, לפי מחיר השוק, ולהתעלם משווי המבנה ומההשקעות שביצע כל דייר בדירתו. אם נשתמש בשפה שמאית, הרי שיש להעריך את שווי הזכויות בכל דירה לפי שווי מ"ד קרקע מבונה, ביחס לשווי מ"ד קרקע מבונה של כלל הבניין (ראו לאחרונה מאמר שפורסם בביטאון לשכת שמאי המקרקעין בעניין פסק דינו של בית המשפט המחוזי, התומך בגישה זו, **ברי יוני צ'רניאבסקי**, חוק או צדק בחלוקת זכויות בבית שנהרס, **מקרקעין וערכם** 139, עמוד 66 (יוני 2017)).

#### **ד.4. קשיי הערכה ושמאות**

104. אחד הנימוקים שבגינם נדחה מדד השווי בערכאות דלמטה נעוץ בקשיי הערכת הדירות. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להתייחס בקצרה לקשיים המרכזיים שהועלו בהקשר זה.

105. הקושי בקביעת המועד להערכת הדירות: כב' השופט ברנר (פסקה 11 לפסק דינו), וכן המשיבות 1 ו-2, התייחסו לקושי זה וראו בו כקושי שאין לו מענה. אכן, שאלת המועד להערכת הדירות משמעותית ביותר, שהרי שווי הדירות משתנה מעת לעת, ולא בהכרח ביחס ישר. כך, ייתכן שמחיר דירה שנקנתה בזול, האמיר שחקים, לעומת דירה שנקנתה במחיר שקפא על שמריו, או אף ירד. במצב זה, המועד שייקבע להערכת הדירות קריטי (ראו גם **גלברד**, הערת שוליים 56). כמו כן, נטען, כי שינוי ייעוד יכול להוזיל או לייקר את שוויין של יחידות מסוימות ביחס לאחרות, וגם בשל כך למועד משמעות רבה. ככל שעמדה עקרונית זו תתקבל, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי ככלל יש להעריך את שווי הדירות נכון למועד הרס הבית. האירוע המכוון שכפה על הצדדים את הבעלות

<sup>9</sup> "הווה אומר – מקום שעניי בעלי מקרקעין השקיעו השקעות שונות בחלקותיהם (בהנחה שעל שתי החלקות חלה אותה תכנית משיבה ושהן בעלות מאפיינים זהים לחלוטין), מידת ההתעשרות השונה של כל אחד מהם – הנובעת מפעולות חיצוניות לתכנית שקדמו לאירוע ההשבחה – אינה רלוונטית לשווי השוק האובייקטיבי ולשומת ההשבחה" (הדברים נאמרו בהקשר של דחיית האפשרות לקזז סכומים שהתחייבו בעלי זכויות במקרקעין לשלם במסגרת כתבי שיפוי מסכום היטל השבחה שבו חויבו).

המשותפת, והפך את זכותם מזכות קניינית א' לזכות קניינית ב', מזכות בבית משותף (כאמור, זכות שהיא בחלקה נפרדת ובחלקה משותפת) לזכות שהיא כל כולה בעלות משותפת – אינו אלא הרס הבית המשותף. לפיכך, יש "לצלם" את מערך הזכויות במועד הרס הבית, ואת תמונת הזכויות שתתקבל, יש להחיל בעת פירוק השיתוף. לצד האמור, אין בדברים אלה כדי לכבול את בית המשפט שידון בפירוק, כי בנסיבות מסוימות ראוי לקבוע מועד אחר.

106. הקושי בהערכת שוויו של נכס המשמש לביעוד למסחר ותעסוקה ולא למגורים: לפי טיעון זה, ישנו קושי של ממש בהערכת נכס המשמש למסחר ותעסוקה, מאחר ששווי משתנה בהתאם לשימוש הספציפי שנעשה בנכס ובהתאם להעדפות האישיות של כל דייר. כך, חלון ראווה לרחוב הראשי עשוי להוות יתרון משמעותי עבור מי שמוכר מרכולתו לעוברים והשבים, אך נתון חסר משמעות, או אפילו חיסרון, עבור מי שמעוניין במשרד שקט (ראו פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט ברנר; עמוד 11 לפסק דינו של כב' השופט דלוגין בבית משפט השלום). לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, טענה זו אמנם שובת לב, אך דומה כי במישור המעשי הערכות מסוג זה נעשות כדבר שבשגרה. אין מניעה להעריך שווי של דירה בהתאם לשימוש המיטבי שניתן לעשות בה, לפי מוכר מרצון לקונה מרצון. כפועל יוצא מכך, במסגרת ההערכה אין מקום להתחשב בהשפעת השימוש הספציפי שנעשה בכל דירה על שוויה (בדיוק כשם שיש לנטרל את השפעת ההשקעות הפרטניות שבחר כל דייר לעשות בדירתו, כאמור לעיל).

107. הקושי בהערכת הדירות רטרואקטיבית: קושי זה אינו הכרחי והוא תלוי בכל מקרה לגופו. במקרה דנא מדובר על הערכה רטרואקטיבית למועד שחל לפני כ- 14 שנים של 238 יחידות, ואכן עשוי להתעורר קושי. אין לזלזל בקושי זה, אך גם אין בכוחו כדי לשנות מן התוצאה. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף, כי הערכות מסוג זה נעשות על ידי שמאים בתיקים שונים, כמו למשל תיקי הפקעה, היטלי השבחה וכדו'.

#### **5.ד. סוגיית הביטוח**

108. טוענות המשיבות 1 ו-2, כי תרופתם של המבקשים צריכה להימצא במישור הביטוחי-נזיקי. לגישתם, קיומו של ביטוח על הדירות מכסה, או אמור לכסות, את הנזק הכלכלי שנגרם לדיירים, ועל כן, דווקא הגדלת חלקם בפירוק השיתוף, על חשבונם של המשיבות 1 ו-2, אינה צודקת. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שתי תשובות בדבר. ראשית, אין לערבב בין המישור הביטוחי-נזיקי לבין המישור הקנייני-כלכלי. הראשון הינו עניין חוזי שהוא תוצר של הערכת סיכונים מצד מבוטח שרשאי לבחור האם ובאיזה היקף לנהל את סיכוניו במסגרת פוליסת ביטוח מול חברת ביטוח. אין לכך השלכה על המישור השני, שהוא זכויותיו הקנייניות של בעל דירה בבית המשותף; בתיק זה עלינו להכריע במישור השני. שנית, עסקינן בשאלה עקרונית, ומי יתקע לידינו כף כי בכל מקרה פרטני שיובא בעתיד יהיה לבעלי הדירות ביטוח על דירותיהם.

#### **6.ד. אמינות המרשם**

109. לא נכביר מילים על כך שאמינות המרשם וביצור מעמדו הם מתכליותיו המרכזיות של חוק המקרקעין. היועץ המשפטי לממשלה עמד על כך שסעיפים 146 ו-147 משמשים אף הם כאמצעים להשגת תכלית זו (ראו פסקאות

48-49 (לעיל). עם זאת, עולם המרשם אינו חזות הכל. לצד עולם הרישום, מתקיים לו עולם של שווי. מן המפורסמות הוא כי המרשם אינו משקף את שווי הזכויות הרשומות בו. הליך מחיקת בית משותף מפנקס הבתים המשותפים וחידוש רישומו בפנקס הזכויות אינו אלא הליך רישומי. בהליך זה לא מובא בחשבון אלמנט השווי. לעומת זאת, הליך פירוק שיתוף הינו הליך שנועד לחלק את זכויות הצדדים בדרך הצודקת והראויה ביותר, בהתאם לזכויותיהם המהותיות. במסגרת הליך זה יכול לבוא לידי ביטוי אלמנט השווי, ואין מניעה שבית המשפט של פירוק יתחשב בפרמטרים נוספים מעבר לשיעור הבעלות במרשם (ראו סעיפים 39(ב) ו- 42(ב) לחוק, המאפשרים לבצע תשלומי איזון בפירוק שיתוף). שווין של הדירות, הנגזר בין היתר ממיקומן, מהנוף הנשקף מהן, ייעודן וכדו', הינם פרמטרים שבהחלט ראוי לקחת בחשבון בעת פירוק שיתוף.

110. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי הפער בין עולם הרישום לעולם השווי בולט נוכח הוראתו של סעיף 147 לחוק. בגין פער זה נולדה אותה "הערת רשמים" בפנקס המקרקעין, שעניינה בהפניה לתקנון המוסכם של הבית שהיה ואיננו. הערה זו התייחסה עד כה לתקנון המוסכם בלבד, אך אין מניעה כי תתייחס גם ליתר מסמכי הבית המשותף, כגון התשריט וצו הרישום, מהם ניתן יהיה לגזור את שווין היחסי של הדירות. כאמור, הערה מסוג זה תוכל להפיג את החשש מפגיעה באמינות המרשם, כך שצדדים שלישיים יהיו מודעים ל"היסטוריה" של הנכס.

#### **7.ד. ההבחנה בין קרקע למבנה לעניין זכויות הצדדים – האמנם?**

111. לגישת כב' השופט ברנר (ראו פסקאות 7-8 לפסק דינו), מי שרוכש דירה בבית משותף משלם הן עבור רכיב הקרקע והן עבור רכיב המבנה. הקרקע עליה נבנה הבית המשותף היא חלק מהרכוש המשותף ובה יש לכל אחד בעלות במשותף בכל גרגר וגרגר. לפיכך, המחיר ששילם כל רוכש בבית משותף עבור רכיב הקרקע הוא זהה (בהתאם לחלק היחסי שרכש), וההבדל בשווי הכלכלי של דירתו נעוץ בשווי המבנה. המבנה נהרס וחלף מן העולם, וממילא אין מקום להתחשב בשווי בשלב זה. רכיב הקרקע, לעומת זאת, היה מאז ומעולם בבעלות משותפת, שלכל דייר בבניין הייתה בו זכות בהתאם לחלקו היחסי ברכוש המשותף. על כן, דווקא נקיטה במדד השווי תיצור התעשרות של חלק מהדיירים על חשבון דיירים אחרים לגבי רכיב הקרקע שבו הבעלות הייתה ונשארה בהתאם לרכוש המשותף.

112. להשקפת היועץ המשפטי לממשלה, הסבר זה מעורר קושי. זאת, מאחר והסבר זה מתעלם מכך שיש שווי כלכלי שונה לדירות שונות בבית משותף - בלי קשר לשווי המבנים שנמצאים עליהן. ערך הקרקע, ולא ערך המבנה, משתנה בין דירה לדירה. כך, כאשר קונים פנטהאוז בבית משותף, על הנייר, שווי מ"ר קרקע עשוי להיות גבוה דרמטית משווי מ"ר קרקע במרתף - אפילו אם עלות המבנה היא זהה. על כן, קשה לומר, כי כל דייר שילם מחיר זהה עבור רכיב הקרקע.

#### **8.ד. טענות נוספות**

113. טענות נוספות נגד האפשרות להתחשב בשווי הדירות, אף שהן שובות לב, הן בבחינת "ביצה ותרנגולת". כך, הטענות לפיהן קבלת מדד השווי תוביל לפגיעה בהסתמכות; פגיעה בחיי המסחר התקינים; בעיות של רכישה על ידי צדדים שלישיים (שלא יוכלו לרכוש זכויות בשלב הביניים בין ההרס לפירוק השיתוף, כיוון שזכויות אלו אינן

משתקפות במרשם); וכן הטענה כי עלולה להיות השלכה על כלל הזכויות בבתים משותפים. כל הטענות הללו נשענות על הנחת יסוד, כי הדין הוא ברור בנסיבות החריגות דנן, ולפיו אין להתחשב בשווי הדירות בשעת פירוק השיתוף. אלא שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הדין איננו ברור בעניין ואין כל הלכה של בית משפט נכבד זה בסוגיה. מעבר לכך, כאמור, מדובר במצב חריג, אשר ממילא שורר בו אי ודאות, לרבות בנוגע לשאלה האם הבית ישוקם אם לאו, כך שבתקופת הביניים כל החלטה הקשורה בזכויות שבנכס כרוכה מטיבה באי ודאות מסוימת לגבי מלוא ערכן של הזכויות. לפיכך, אף שאין לחדד, כי עשויים להתעורר קשיים, נראה כי ככל שתהיה הלכה ברורה בנושא, קשיים אלה יפתרו וההלכה תכווין את התנהגות הפרטים לעתיד.

#### **9.4. משפט עברי**

114. תמיכה נוספת לגישת היועץ המשפטי לממשלה נוכל למצוא במקורות המשפט העברי.<sup>10</sup> המשנה במסכת בבא מציעא אומרת:

**"הבית והעלייה של שנים שנפלו, אמר בעל העלייה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה לבנות - הרי בעל העלייה בונה את הבית ודר בתוכה, עד שיתן לו את יציאותיו"**<sup>11</sup>

המשנה דנה בבית בעל שתי קומות שנהרס, כאשר כל קומה שייכת לאדם אחר. נקבע, כי בעל העלייה, אף שאין לו זכות קניינית בקרקע עצמה,<sup>12</sup> זכאי לקומם את הבית ולדור בו בחינם, עד שבעל הבית ישפה אותו על הוצאותיו. ההסבר לכך שבעל העלייה רשאי לכפות את בעל הבית להקים את הבית מחדש נעוץ בכך שהבית נחשב לעלייה.<sup>13</sup> בנוסף, התלמוד דן בסיטואציה בה אין לבעל העלייה אפשרות כלכלית להקים מחדש את הבית וקובע, כי במצב זה יתחלקו בעל הבית ובעל העלייה באופן שבו בעל הבית ייטול שני שלישים ובעל העלייה ייטול שליש.<sup>14</sup> דעת רוב מפרשי התלמוד היא שהחלוקה המדוברת הינה חלוקת הרווחים המופקים כתוצאה מהשימוש בקרקע,<sup>15</sup> אך אם בונים את המבנה מחדש, כל אחד מקבל את החלק שהיה לו בטרם הנהרס, ואם מוכרים את הקרקע בעל כורחו של בעל העלייה, הקרקע נותרת משועבדת לזכותו בעלייה. נמצאנו למדים, כי זכותו הקניינית-וירטואלית של בעל העלייה בדירתו – אף שאין לו זכות קניינית בקרקע – אינה מתבטלת עם הרס המבנה. זכות זו אינה תלויה בחלקו היחסי של בעל העלייה בקרקע, מאחר ולבעל העלייה כלל אין חלק בקרקע. עיקרון זה כוחו יפה, במידת קל וחומר, גם לענייננו. כך, אם זכותו הקניינית של בעל העלייה אינה מתבטלת או נפגעת עם הרס המבנה, אף שאין לו בעלות בקרקע, על אחת כמה וכמה שזכויותיהם של בעלי הדירות בבית המשותף שנהרס, שיש להם

<sup>10</sup> על החשיבות שבפניה למקורות המשפט העברי - הן במקרים של לאקונום (לפי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס - 1980), הן במקור משפטי לביסוס טענות והן במקור השראה או ככלי פרשני - ראו לאחרונה פסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פסקאות פז' - ק' (פורסם בנבו, 13.6.2017).

<sup>11</sup> משנה, בבא מציעא, י, ג.

<sup>12</sup> לגישת המשפט העברי ישנה אפשרות של בעלות נפרדת בין המקרקעין למחזיקים - ראו מ' אלון, המשפט העברי, חלק ג, ירושלים תשמ"ח, עמוד 1364; דברי הכנסת, 8, 765-775 (1951).

<sup>13</sup> ראו בבלי, בבא מציעא קטז ע"ב. וראו גם בבלי, בבא קמא כ ע"ב.

<sup>14</sup> בבלי, בבא מציעא קיז ע"ב. חלוקה זו, שליש ושני שלישים, נגזרת משווה היחסי המשווער והסטנדרטי של העלייה.

<sup>15</sup> בעלי התוספות, בבא מציעא קיז ע"ב, ד"ה "אין לא לזה ולא לזה"; חידושי הר"ן (רבי ניסים גירונדי, ספרד המאה הי"ד), שם, ד"ה "לא לזה ולא לזה"; תוספות הרא"ש (רבי אשר בן יחיאל, גרמניה - ספרד, המאה הי"ג) ד"ה "לא לזה ולא לזה".

## ה. סוף דבר

115. להשקפת היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 147 אינו מונע את האפשרות להתחשב בנתונים הייחודיים של כל דירה בבית משותף שנהרס, בעת פירוק השיתוף. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ראוי כי "מדד השוויון" ייושם באופן שבו השווי של הדירות ייגזר מן המאפיינים המיוחדים של כל דירה, הנגזרים משווי הקרקע (היינו, "שווי מבונה"), ואשר באים לידי ביטוי במסמכי הבית המשותף. לעומת זאת, את שווי המבנה וההשקעות הייחודיות שביצע כל דייר, אין להביא בחשבון.

116. מסקנה זו הינה תוצר של פרשנות תכליתית של סעיף 147, תוך קריאה תכליתית אובייקטיבית של הסעיף. פרשנות זו, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, נובעת מעקרונות של צדק, תום לב, הגינות, סבירות, מניעת פגיעה בזכות החוקתית לקניין, אחידות נורמטיבית ומדיניות משפטית ראויה.

117. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא ביחס לשאלה העקרונית בה התבקשה עמדתו. אין בה כדי להביע עמדה בדבר העובדות הקונקרטיות שבתיק. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, עמדה זו, ככל שתתקבל, יפה לנסיבות הייחודיות של בית משותף שנהרס ואין כוונה לשקמו ("שותפות מאונס") וכל היקש ממנה ראוי שייעשה בזהירות המתבקשת.

ברק מימון, עו"ד  
פרקליטות המדינה

<sup>16</sup> להרחבה, ראו עמדת היחידה למשפט עברי במשרד המשפטים שהתפרסמה באתר משרד המשפטים בכתובת:

<http://www.justice.gov.il/Units/Mishpatlvri/HavatDaat/Pages/HavotDaat.aspx>