



בע"ה, ח' בניסן תשע"ד  
8 לאפריל 2014.  
תיק מס' 73046

### פסק דין

לבין	בעניין שבין
הנתבעים	התובע
	ע"י ב"כ טו"ר

#### א. רקע כללי

המחלוקת שלפנינו נסובה סביב זכויות בניה בבית משותף.

הנתבעים גרים בדירה בקומה העליונה של הבית המשותף. התובע הוא שמכר לנתבעים את הדירה לפני קרוב לשלושים שנים (ההגדרה המשפטית של העסקה תדון להלן). לטענת התובע בידו הזכות להוסיף לבניין תוספות בנייה, והוא מעוניין להוסיף קומה נוספת על גבי גג הבית המשותף. ואילו לטענת הנתבעים, התובע אינו זכאי לעשות זאת, והדיירים, על פי חלקם ברכוש המשותף, הם שזכאים לעשות זאת. זו תמצית המחלוקת.

הצדדים חתמו על הסכם בורות, המסמך בית דין זה להכריע בסכסוך שביניהם.

בפני בית הדין התקיימו 3 ישיבות, והצדדים הגישו מסמכים שונים, חו"ד משפטיות וסיכומים.

#### ב. רקע עובדתי

בשנת 1984, יזם התובע ביחד עם גיסו נ', רכישת חלקת קרקע בירושלים (גוש 30106, חלקה 152, לשעבר - 100) בשטח של 444 מ"ר. הקרקע לא נרשמה על שם, אלא על שם קרובי משפחותיהם: א', ב', ג', ד'. היתר בנייה ניתן על שם ד'. אין מחלוקת בין הצדדים שלפנינו, שהתובע היה היזם, המוציא והמביא של העסקה נשוא הסכסוך.

בשנת 1985, אחרי שהושג היתר בנייה ולפני שהבניין נבנה, הנתבעים רכשו חלק מהקרקע באמצעות התובע, בכוונה שתיבנה להם דירה בבית המשותף אותו תכנן לבנות.

הצדדים חתמו, קודם בניית המבנה על שני הסכמים: בתאריך 6 במאי 1985, נחתם הסכם מכר, בו רכשו הנתבעים 32% מן הקרקע. בתאריך 7 במאי 1985, חתמו על "הסכם שותפות לבניה עצמית". השותפים המנויים בחוזה הם בעלי קרקע דאז, א', ב', ג', ד', והנתבעים, כאשר החתומים על ההסכם התובע, כנאמן ומיופה כח של ארבעת הבעלים הראשונים (ראו בעניין זה לקמן פרק ד), כולם בני משפחתו, והנתבעים. בהסכם זה נקרא התובע "מיופה הכח". למיופה הכח ניתנו הסמכויות והאחריות המתאימות לקבלן/יזם פרויקט, ובכלל זה לדאוג לקבלת אישורי בניה



ולדאוג "לכל הקשור בבניית הבניין". אחריותו היתה לסיים את הבניה עד לתאריך א' סיוון תשמ"ו.  
(סעיף 8 להסכם). בסעיף 9, נקבעו תשלומים על איחור במסירת הדירה לנתבעים.

את תכנון המבנה, ביצע אדריכל נ', גיסו של התובע.

התובעים קיבלו על פי התכנון, וגם הלכה למעשה, דירה בת 7 חדרים בקומה השלישית (העליונה)  
של הבניין.

בנוסף, בהתאם להסכם נוסף (שלישי ומאוחר יותר), קיבלו התובעים לידיהם גם שני מחסנים  
ושטח מסוים בחצר, אשר על פי התוכניות הרשמיות אמורים להיות של בעלי דירות אחרים או  
שטח משותף.

כפי הנראה, בניית המבנה באותה עת, מיצתה את זכויות הקרקע כפי שהיו באותה עת. כיום, על פי  
טענת הצדדים, לאור שינויים בתב"ע העירונית, ישנה אפשרות לבנות על גבי הבניין קומת מגורים  
נוספת.

בתוך ההסכם, בסעיף 8 (ד), מוגדרים השטחים המשותפים. כמו כן נקבעו לתובע דידן, סמכויות  
רחבות ובכללם ביצוע שינויים בבניין, הצמדות ותיקונים ותוספות לצו רישום הבית המשותף.  
סעיפים אלו ידונו בהרחבה, הן בפירוט טענות הצדדים, והן בדיון ההלכתי להלן.

תמצית העניין היא, שלטענת התובע, הוא שייר לעצמו בהסכם את האפשרות לבנות בנייה  
עתידית, וכיוון שכיום ישנה אפשרות כזו, הוא בעל הזכויות בקומה הנוספת על גבי הגג.

טענות הצדדים מפורטות עלי ספר בפרוטוקולים של הדיונים, בסיכומים ההלכתיים ובחוו"ד  
המשפטיות ששלחו שני הצדדים. להלן נביא רק את עיקרי הטענות.

### ג. טענות התובע

לטענת התובע הבעלות על הקרקע נרשמה על שם קרוביו משיקולים שונים אך לאמיתו של דבר  
הוא, בשיתוף עם גיסו נ', היו בעליה של הקרקע והבית. מן הבחינה ההלכתית, מסביר התובע כי  
למרות שהתובע לא היה רשום כבעל הקרקע, אלא קרובי משפחתו, אין ספק שהוא היה הבעלים,  
והדבר היה ברור גם לנתבעים. הרישום הפורמאלי על שם אחרים אינו פוגע בבעלותו, כדין שטר  
שנכתב על שם ריש גלותא (עיין בבא קמא דף קב ע"ב).

כאשר מכר חלק מהקרקע לנתבעים, הוא כךך את המכירה בהסכם השותפות שנחתם למחרת  
שהגדיר את המכירה. בהסכם השיתוף, הוגדר במפורש מה ניתן לנתבעים: דירתם כפי התשריט,  
וחלקים ברכוש המשותף, כמפורט בהסכם:

ד. הרכוש המשותף לכלול את חדר המדרגות, המקלט ומחסן ליד המקלט.  
החלקים הנתבעים הם: חדר המדרגות, המקלט ומחסן ליד המקלט.  
החלקים הנתבעים הם: חדר המדרגות, המקלט ומחסן ליד המקלט.



מכיוון שהגדיר בהסכם מה נחשב הרכוש המשותף, הרי כל מה שאינו מופיע ברשימה זו, שייך בידיו. מכיוון שהגג אינו נמצא ברשימת הרכוש המשותף, הרי זה כמפורש שהוא משוייך לתובע.

כמו כן, העיד לטובת התובע גיסו, נ', שהיה מעורב בתהליך המכירה, וטען שנאמר לנתבעים במפורש שהגג אינו חלק מן הרכוש המשותף (פרוטוקול דיון 2, עמוד 8). הוא הסביר שהעניין לא נכתב במפורש בהסכם – משום שמבחינת מס שבת, יש חובה שתוכן ההסכם יתאים לרישום. אם הגג בבעלותו של התובע, מותר לו לבנות עליו, כאשר הדבר מתאפשר על ידי הרשויות.

התובע טען, שאומנם הוא לא נטל חלק באחזקת הגג במהלך השנים, אך הדבר נובע מכך שתחזוקת הגג מוטלת על מי שנהנים ממנו בפועל, דהיינו, הדיירים ששמים דוד שמש עליו ונהנים מכך שהגג שומר על הבית. כשיבנה קומה נוספת, הוא ידאג שיהיה גג ראוי שישומו הדיירים עליו את דודי השמש. אם בית הדין יפסוק שכבעל הגג הוא חייב בהוצאותיו, הוא מוכן לשלם אותן למפרע.

נוסף להגדרות הרכוש המשותף, ההסכם מתייחס במפורש גם לזכויות הבניה העתידיות. עניין זה בא לידי ביטוי בהסכם בשני הקשרים:

ראשית, בסעיף 8 (ז') בהסכם נאמר:

ז. מוצהר ומוטבם בזה כי מיוזמה הכח זכאי לבצע תוספות בניה בבנין וכך להפוך מחסבלם או חלקים אחרים של הבנין שלא יכללו ברכוש המשותף. לשטח מגורים ו/או לשימוש אחר וכל צד מטפלים בזה מראש לכל בקשה לתיקון או לשלבוני צו רשום הבית כבית משותף והתקנון המצוי (ובתנאי מפורש שכל רשום בזה לא יפגע בשטח הדיירה).

לטענת התובע מפורש בהסכם שהוא זכאי לבצע תוספות בניה בבנין, וכן לעשות שימוש בחלקים שאינם מוגדרים כחלק מרכוש המשותף (הכוונה גם לחלקים שבמקרים רבים אחרים הם חלק מן הרכוש המשותף, אלא שלא כך הוגדרו בהסכם זה). כמו כן, מפורש בסעיף זה, שהוא רשאי אף לבצע שינויים בצו רשום הבית כבית משותף.

לטענת ב"כ התובע, מהאפשרות לבצע שינוי בצו הרישום, מוכח שהכח שניתן לתובע בהסכם אינו רק לבצע שינויים במהלך הבניה, אלא שניתנה לו הזכות והסמכות לבצע שינויים כאלה אף לאחר סיום הבניה, ולאחר הרישום בטאבו.

זאת ועוד, בתחילת סעיף 8, בו מוגדרות סמכויותיו של התובע, מייפים השותפים את כוחו בצורה בלעדית בלתי חוזרת לפעול במגוון תחומים, וזה לשונו:

8) הותנים בזה למיוזמה הכח שקול זעת מוחלטת ביחס לכל הקשור בבנית הבנין ואף יפו את כוחו לפעול בשמם ובמקומם בצורה בלעדית ובלתי חוזרת, הם מבועים מלחזור בהם ממתן יפוי הכח ו/או להסמך אנשים אחרים ו/או נוספים, מתחילת בזה מיוזמה הכח כלפי כל אחד מהצדדים כדלקמן:



על פי חו"ד שהגיש התובע, הדרך של מתן ייפוי כח בלתי חוזר, מהווה מבחינה משפטית כלי לעיגון זכויות מהותיות למקבל ייפוי הכח, והיא אינה מצטמצמת במינוי שליחות לטובת המשלח בדוקא. לפי ההקשר נראה שמטרת ייפוי הכח היא הענקת זכויות. שהרי הנתבעים נתנו ייפוי כח לעו"ד באב"ד, שהוא היה המבצע את הפעולות המשפטיות השונות. ברור אם כן, שייפוי הכח של התובע נועד לגבש את זכויותיו של התובע.

ביטוי שני לכך שהתובע השאיר בידי את זכויות הבניה הוא בכך שכאמור בהסכם מפורט במפורש אילו חלקים בבית נותרו משותפים (ס"ק ד), ואילו ס"ק ה' חוזר ומקנה לתובע את הזכויות להצמיד חלקים כפי שיקול דעתו. וזה לשון הסעיף (חלקו בכתב יד)

ד. הרכוש ומשותף יכלול את חדר המדרגות, המקלט ומחסן ליד המקלט.  
ה. יהא זמאי לפי שקול דעתו הבלעדי לתצמיד חלק או חלקים מהחצר לכל יחידה או דירה ו/או להקנות מבג"ט, מחסנים חלקים מהחצר ויחידות אחרות בבית או בחצר לכל מי שימצא לנכון.

ראשית מסעיף זה מוכח שהזכויות למעט הדירות והרכוש המשותף שתואר במפורש, נותרו בידי של התובע.

לחלופין, אם יפסוק בית הדין שאין לו זכות לעשות כן, עדיין נשאר לו זכות להצמיד את הגג והזכויות הבנייה לאחת מיחידות הדיור, "לפי שיקול דעתו הבלעדי" ו"לכל מי שימצא לנכון". התובע נכון לקבל את הזכות לידי, ולהצמידה לאחת מיחידות הדיור.

בנוסף, לתובע טענות בעניין פרשנות חוק מכר דירות לעניינו, אליהן נתייחס בהמשך הדברים.

מעתה, התובע שהוא הבעלים המקורי שמכר חלק מן הנכס - יכול לשייר בבעלותו כל חלק. כך עשה כאשר שייר לעצמו את אפשרות הבניה העתידית. אומנם בהסכם המכר העניין לא נזכר, אך לאור העובדה שבהסכם השיתוף שנעשה יום אחד לאחר הסכם המכר העניין מבואר, וברור ששני ההסכמים כרוכים זה בזה - נמצא שעל דעת כן נעשו כל ההסכמים מראש.

לחלופין טוען ב"כ התובע - הזכויות מעוגנות בהסכם השיתוף. גם אם התובע לא היה בעלים על הקרקע סוף סוף, בהסכם השיתוף התחייבו הנתבעים כלפי שאר השותפים שהתובע יהיה בעל הזכויות על תוספות הבניה.

ולסיום, לטענת ב"כ התובע, יש בסיס נוסף לזכויותיו של התובע: "הלא זכויות אלו של הצמדת שטחים משותפים, הוצאתם ובנייתם, הינן זכויות השוות ממון, (וכפי שהיה בעבר בעת רכישת המחסנים ע"י הנתבעים) ואילו פעל התובע כמיופה כח בלבד וכמוציא ומביא של בניית הפרויקט, הרי זכויותיו אלו כפי שנקבעו הינן חלק משכר פעולתו, וברור כי אי אפשר למנוע ממנו ו/או לשנות ו/או לגרוע משכר פעולתו זו."

**לסיכום, דרישת התובע היא "לקבל על שמו ו/או לפקודתו וברישום את מלא הגג, כל זכויות הבניה שבו עתה ובעתיד, וגם כל החלקים שהוצאו מהרכוש המשותף במסגרת ההסכמים שבין**



הצדדים, מתאריך 7/5/1985 מבלי לגרוע חצרות, חנות גגות ומחסנים" וכן לשלם על כל נזק והוצאה שהנתבעים גרמו לו. "

לחילופין, דורש התובע, כי אם מבחינה חוקית הוא אינו יכול להחזיק בזכויות הבניה, לכל הפחות יש לו, על פי החוזה, את הסמכות להעביר חלקים ברכוש המשותף למי מבעלי הדירות שהוא חפץ. על כן, הוא מבקש לממש זכות זו, ולהעביר את זכויות הבניה לאחד הדיירים.

#### ד. טענות הנתבעים:

##### 1. אף פעם לא היתה כוונה לתת לתובע זכויות בגג

א. לטענת הנתבעים, ראשית, במשא ומתן שבין הצדדים שהתקיים קודם רכישת הדירה, הובהר להם שהגג אינו של התובע והוא רכוש משותף (פרוטוקול דיון 2, עמוד 13).

ב. ישנן הוכחות שלא היתה כוונה לתת זכויות לתובע - הגג נרשם במפורש על שם כלל הדיירים, הן בתשריט שאושר בעירייה והן ברישום כבית משותף (טאבו). יש חותמת מפורשת על התוכניות שנמצאות ברשויות בצו רישום הבית המשותף. גם אם יטען התובע שהסיבה היחידה שהופיע הדבר בצורה הזאת היא שהייתה בעיה לציין הסדר אחר מול השלטונות הממשלתיים, היה אפשר לכתוב כתבי הודאה מסוגים שונים להבהיר את העניין.

ג. הדרישה החוקית להחריג חלקים מרכוש משותף בצורה מסוימת - מבחינה חוקית, אם מבקש מוכר להוציא חלק מן הרכוש המשותף ולשייר אותו בידו, עליו לציין זאת במפורש.

לפי חוק המכר דירות (1973), להלן לשם הקיצור: חוק המכר) דבר זה צריך להיעשות על ידי דף מפרט נפרד ובצורה מפורשת. התובע לא עמד בדרישות החוק.

לטענת הנתבעים, בלי ספק נמכרה לנתבעים דירה וכך יש לראות את היחסים בין הצדדים, ועל כן דרישות חוק המכר חלות על התובע, וזאת בניגוד לטענת ב"כ התובע שהיה כאן הסכם לבניה בשותפות שם לא חל חוק המכר. שהרי על זה דובר בעל פה וגם בהסכם השותפות צוין שהתובע יהיה האחראי הבלעדי על כל עניני הבנייה. הסדר זה הוא מאפיין ברור של מכירת דירה.

גם לפי הפסיקה שקדמה לחוק וגם אם נקבל טענת התובע שלא היתה כאן מכירת דירה אלא בנייה בשותפות, החרגת שטח מהרכוש המשותף היה צריכה להיעשות באופן מפורש. בהסכם השותפות הגג אינו מוזכר בכלל. הנתבעים הראו דוגמאות של החרגות מפורשות שנעשו בהסכמים אחרים בתקופה קרובה להסכם זה, כולל על ידי מ', אביו של נ' וחמיו של התובע.

בעניינים כמו מכירת נדל"ן, עסק חשוב שנעשה בצורה מסוימת, חוקי המדינה הם בודאי מחייבים גם לפי דיני התורה ומדין מנהג המדינה. הצורך בתיעוד ברור של כל שינוי ממכירה שלמה של הנכס דרוש להקפדה מליאה על כללי הזהירות והבהירות. החוק שומר על זכות הקונה שלא יונו אותו על ידי הכנסת תנאים עמומים בתוך הסכם מסובך. גם אם ניתן לדייק מהכתוב בהסכם השותפות כפי שטוען התובע, אי אפשר לדרוש מהנתבעים להבין דיוקים אלו, שכן הם ראו את ההסכם לראשונה זמן קצר לפני שנדחקו לחתום עליו.



במענה לאמור בסעיפי החוזה, טוענים התובעים מספר טענות: ראשית, הגג לא הוחרג במפורש ולא נאמר בשום מקום שהוא אינו חלק מן הרכוש המשותף, וכך גם ביחס לזכות הבנייה. לכן לא העלה התובע על דעתו לבקש לשייר את הזכויות בגג לעצמו. גם אם לתובע אפשרות בניה, מדובר על האפשרות לבנות בחצר ובין העמודים אשר נראה מתוך ההסכם שאינם חלק מהרכוש המשותף. אך בגג, שנרשם בתשריט ובטאבו כשטח משותף במפורש ולא הוחרג בהסכם, אין לו כל זכויות.

הנתבעים מודים שהם קיבלו חלקים שבשלב מסוים לא היו שייכים להם על פי הרישום בטאבו (מחסנים) וחלקים שגם עכשיו אינם רשומים (חלק מהמגרש שלפני המחסנים), אך זאת לאחר שנחתם חוזה מפורש, ותוך כדי דאגה שהדבר יהיה ברור לכל הקונים דירות בבית המשותף (לפני שהדיירים רכשו את הדירה). מהעובדה שבשטרי מכר עם קונים אחרים בהם היה מעורב התובע (בין שהוא חתום על ההסכמים, ובין על פי טענותיו בבית הדין) הקפידו להחריג במפורש את המחסנים אותם קנו הנתבעים ולא עשו כן ביחס לגג שלטענתו שייר לעצמו, רואים שכאשר רצה התובע להחריג שטח, הוא ידע לעשות כן וכשלא עשה זאת, סימן שלא היתה כוונה להחריג את השטח.

## 2. בשטר המכר הוקנו לנתבעים הזכויות במלואן

הנתבעים טוענים שהסכם המכר נעשה בנפרד מהסכם השיתוף, והדבר בא לידי ביטוי בכך שבכל אחד מן ההסכמים נקבעה תמורה נפרדת. בהסכם המכר שנעשה קודם להסכם השיתוף, אין רמז לשיור זכויות. אם כן, הנתבעים זכו גם ב 32% מהזכויות בגג ובזכויות הבנייה. אם כן, לאחר הסכם המכר אם רצה התובע לזכות בהסכם השיתוף בזכויות של הנתבעים, היה צריך לקנות אותם. ומכיוון שאין לשון של הקנייה בהסכם השותפות, לא שייך לומר שהתובע "שמר לעצמו" זכויות מתוך חלקם של הנתבעים. בנוסף על כך, מכיון שהיה זמן, בין שני ההסכמים, שהנתבעים קנו כל הזכויות השייכות ל 32% של הנכס, אם התובע רוצה לטעון שהסכם השותפות שינה את המצב, נטל הראיה הוא עליו ביתר שאת.

## 3. קיבוע המצב בבניין וסוף סמכויות התובע בגמר הבנייה והרישום בטאבו

א. לטענת הנתבעים, הסמכויות של התובע והאחריות המתוארות בהסכם נועדו לחייב ולאפשר לתובע לגמור את בניית הבניין ורישומו. לאחר שהדבר נעשה וכל אחד קיבל את המגיע לו, באופן טבעי התובע גמר את תפקידו וכל האפשרויות לעשות שינויים נגמרו באותו מועד.

ב. מוכח שגם התובע הבין כן, שכן במכירת הדירות של קרוביו לאחרים, בהן היה מעורב לא כלול שום סעיפים שאפילו רומזים לסמכויות התובע בהן. הסיבה לכך הן - או שאף פעם לא היו זכויות אישיות ברכוש המשותף או שהבין שכבר הסתיימו.

ג. הן על פי החוק והן בפסקי פוסקי זמננו, רישום בטאבו הוא הקובע בעניין בעלות על הקרקע. מכיוון שהתובע העביר את כל חלקי הבית לאנשים שונים ולא חריג שום חלק לעצמו או לאחד הדיירים (חוץ מהמחסנים הנוספים של הנתבעים) הרי שכך היא המציאות המשפטית וההלכתית – לתובע אין כל חלק בבית המשותף.



#### 4. זכויות הקונים האחרים והשפעתן על התובע

כאשר התובע (או קרוביו עם מעורבותו) מכר את דירות לקונים (כולם אנשים בלי קשר למשפחתו, חוץ ממשפחת ר''), הוא לא שייר את הגג או זכויות בנייה ולא ניתנו לתובע סמכויות מיוחדות. אם כן, גם אם נניח שבמערכת היחסים מול הנתבעים, התובע יכול לבנות, הרי מול הקונים האחרים אינו יכול לבנות. לפי הפסיקה הישראלית, אם כלפי אחד מבעלי בית משותף, המוכר לא שייר לעצמו זכויות ברכוש שבאופן טבעי הוא משותף, אזי שאין לו זכויות ברכוש המשותף גם כנגד שאר הדיירים. לכן גם אם לפני מכירת אלה היתה לתובע זכות לבנות, היום אין לו.

#### 5. מי שאין לו בעלות בנכס אינו יכול לזכות בהצמדות זכויות קרקע

עוד טוענים התובעים, שעל פי המצב החוקי, אדם שאינו אחד מבעלי הדירות בבית משותף אינו יכול להחזיק בזכויות שנלוות לבעלות על דירה בבית משותף, כגון בעלות במחסנים או זכויות בנייה. כיוון שהתובע אף פעם לא היה בעלים על קרקע או הדירות של הבנין אלא נאמן של בני משפחתו, וגם אם נקבל את טענתו שהיה בעלים, אחרי שמכר כל חלקיו ו/או חלקי קרוביו לאחרים, הרי אינו יכול להיות בעלים על הגג או על זכויות הבניה.

גם אם יטען התובע שלא יכלו הקונים לקנות יותר מאשר היה בבעלותם והם שיירו חלק מהזכויות בבנין לתובע, הרי שלקונים האחרים היתה זכות להסתמך בתום לב על הרשום בטאבו, ונשמרות להן זכויות מלאות בבית לפי החוק הישראלי (חוק המקרקעין סעיף 10).

לביסוס הטענה שהגג ניתן לכלל דיירי הבנין, טוען הנתבע שלאחר סיום הבניה, הייתה לו טענה בעניין ליקויים בבניה. הוא דרש מן התובע פיצוי, והתובע סירב (לטענת התובע הליקוי היה בהסכם פרטי שבין הנתבע לקבלן הביצוע). לאחר מכן, לפי טענת הנתבע, הוא אמר לתובע – בתמורה לליקויים, לתת לו את הגג שיהיה רק שלו. על כן, לטענת הנתבע השיב התובע כי כבר נתן את הגג לכול הדיירים, ואינו יכול ליחד אותו לנתבע בלבד. אם כן, גם אם היתה הוה אמינא שהיו לתובע זכויות בגג, הרי הודה שבשלב מאוחר יותר הוא העביר זכויות אלה.

#### 6. שטר פסול

לדברי התובע, הבחירה של הסדרת היחסים בין הצדדים בדרך של "הסכם השותפות לבניה", במקום הסכם מכר, נעשה בכדי לעקוף חיוב במיסים. אם כן, השטר הוא שטר פסול, ואי אפשר להשתמש בו לכל ענין.

#### 7. מטרתו של ייפוי הכוח, וגבולות סמכותו

התובע טען שניתן לו ייפוי כח לשנות הרישום, לבנות, ולהצמיד חלקים בבנין, ולכן כמיופה כח זכותו לפעול להצמיד הגג ולבנות עליו, לכל מי שירצה, כולל בני משפחתו שהם כיום דיירים בבנין. במענה לטענה זו טוענים הנתבעים שייפוי הכח של התובע ניתן לו בהקשר אחריותו כלפי השותפים הבונים וכדי להסדיר את זכויותיהם שלהם, אך לא כדי לקחת דברים לעצמו. דרישה זו מהווה



מעילה בתפקידו כמבצע הבנייה, תמורתו קיבל כסף מלא. יתירה על כך, לא ניתן להאציל ייפוי כח בתוך מסמך הסכם עם הרבה פרטים. החוק מכיר בייפוי כח רק כאשר נעשה במסמך ברור שמטרתו למנות מיופה כח.

ייפוי כח כזה נעשה עם עו"ד באב"ד, בראשונה בשנת 1985 ופעם נוספת לאחר מספר שנים. אולם לטענת הנתבעים מעבר לכתוב בחוזה לא חתמו על ייפוי כח מול התובע (ולפי החוזה לא היו חייבים לעשות כן), ואפילו התובע אינו טוען בוודאות שעשו כן. לכן, אין לתובע כח או זכות לפעול היום במישורים אלה.

#### 8. התיישנות

בשלב הגשת חוות דעת משפטית העלו הנתבעים ובי"כ הטענה שהתובע אינו יכול לתבוע זכויות בבנין אחרי שעברו 27 שנים. אולם, בדיון השלישי בפני בית הדין הם וויתרו על הטענה הזאת. הטענה גם אינה מופיעה בסיכומי הנתבעים.

#### 9. דחיית טענות נוספות של התובע

בעניין הטענה שמגיעות לתובע זכויות אלה מדין שכירות פועלים על עבודת הקבלנות שעשה, טוענים הנתבעים שהתובע קיבל שכר מלא על עבודתו, ואין שום רמז שזכויות אלה שייכות לתחום זה.

בעניין הטענה שאף אם מסתכלים על התובע כאל נאמן ולא בעלים, זכותם של השותפים לשמור על סמכותו של הנאמן-התובע, משיבים הנתבעים שזכות זאת של השותפים הסתיימה עם גמר הבנייה ורישום הדירות בנכס על שם שותפים השונים.

#### תביעה נגדית:

הנתבעים דרשו פיצויים לאור התנהלות התובע.

בנוסף, ביקשו הנתבעים אישורים שונים בעניין דברים שנאמרו במהלך הדיון.

כפי שהודיע בית הדין לצדדים, אין דיון והכרעה בפסק דין זה בתביעה הנגדית, משום שפרטי התביעה לא נדונו בפני בית הדין ולא ניתן לפסוק בדברים ללא דיון מעמיק.

אם לאחר מתן פסק דין זה, יבקשו הנתבעים לדון בתביעה הנגדית, בית הדין ייתן הוראות בדבר המשך ההליך, בפסק דין זה, בית הדין דן בתביעת התובע, ואין מקום למתן אישורים שונים על פרטי העדויות.

#### ה. השאלות לדיון

1. האם מבחינה הלכתית אפשר היה לתת ביד התובע את זכויות הבניה העתידיות? כחלק

מעניין זה, האם התובע היה בעליו ההלכתי של הנכס ("מרא קמאי")?



2. ההיבט החוקי – והמשקל ההלכתי שלו בנדון דידן.
  3. הדין במקום ספק, ומי מוגדר כמוחזק.
  4. השאלות העובדתיות שבמחלוקת ופרשנות החוזה.
  5. המשמעות של העובדה שבחוזי המכר של שאר הדיירים לא היה שיוך, וכן מעמדו של הרישום בטאבו.
  6. התייחסות לטענות אחרות של הצדדים.
- למעשה, כפי שנראה להלן, הסוגיות שלובות זו בזו, אך נדון בהם על פי הסדר הנ"ל.

**1. האם מבחינה הלכתית, ניתן היה לתת ביד התובע את זכויות הבניה העתידיות, ומה היה מעמד התובע ביחס לנכס?**

לטענת התובע, הוא היה הבעלים המקורי. לטענת הנתבעים, עניין זה לא הוכח. הבעלים הרשומים הם בני משפחתו.

הרלוונטיות של מחלוקת זו, נוגעת לדיני שיוך בקניין.

עיקרה של המחלוקת היא על שיוך הזכות לבניה עתידית, לכשיתאפשר הדבר על פי חוק. דומה הדבר לשיוך אויר הקרקע. והנה, למדנו בסוגייה בב"ב דף סג שלא ניתן להקנות זכות בדבר שאין בו ממש, כאוויר, בלי לעשות קניין בקרקע לעניין זה, דבר שצריך להעשות במפורש. אך מי שהוא הבעלים על זכות כזו, רשאי לשייר זכות זו לעצמו.

וכן נפסק להלכה בשו"ע חו"מ סימן רי"ב סעיפים ב-ג:

וכן המוכר לחבירו אויר חורבתו ואויר חצירו, אינו כלום, אלא אם כן הקנה לו חצרו להכניס בו זיזין, וכן כל כיוצא בזה.

אבל אם מכר לאחר בית ואילן וחורבה וחצר, ושייר לעצמו דירת הבית ואכילת הפירות ואויר החורבה ואויר החצר, מהני, דהו כאלו פירש ששייר לעצמו מקום.

נמצא אם כן, שאם התובע היה הבעלים המקורי, באפשרותו היה לשייר לעצמו. ואם לא היה הבעלים, כל עוד לא ניתן לו במפורש חלק בקרקע לעניין זה – הרי לא זכה בזכויות שאין בהן ממש, ואף אם ניתנה לו הזכות במתנה או במכר על ידי הבעלים, לא חל הקניין כל שלא נזכר במפורש קנין בגוף הקרקע.

לטענת התובע, הוא היה הבעלים, ומה שנרשמו קרובי משפחתו, היה זה רק באופן פיקטיבי – ודומה הדבר לשטר שנכתב על שם ריש גלותא. דהיינו, כשם ששם מתייחסים לבעלות המהותית, והכתוב בשטר אינו פוגע בבעלים, כך גם כאן.

אלא, שהתובע לא הביא ראיה לכך שהוא היה הבעלים ה"אמיתי". נכון הדבר שכל הצדדים התייחסו לתובע כאל "בעל הבית", ובהסכם של מכירת המחסנים אף הוגדר התובע כבעלים



בשותפות עם נ"י, (וכך על פי דברי הצדדים וטענותיהם של התובעים בעניין מעמדו של התובע כמוכר לעניין חוק המכר – דירות) אך עדיין, אין זה אומר שהוא היה הבעלים האמיתי. בשונה מהסוגיה של שטר על שם ריש גלותא, שם הסיבה להחלפת שם הקונה ברורה, כאן לא הוסברה הסיבה. יתר על כן, קשה לקבל כל סיבה שקשורה לרצון שלא לחשוף את הבעלים (מכל טעם שהוא). שהרי, דווקא בצו רישום הבית המשותף אשר בידינו, התובע רשום כבעלים יחיד (ורשומה הערת אזהרה לטובת הנתבעים). לעומת זאת, בהסכם המכירה של הדירה למשפחת הייזר, רשומה הגברת ב' כמוכרת הבית (ובהסכם דונט אומנס החתום הוא התובע, אך שם המוכר הוא ג'). על כן, יתכן שהבעלים הרשום בשלב מסוים דווקא היה התובע, אך באופן מהותי (וכפי הנראה היה בסיס חוזי), הבעלים היו דווקא קרובי המשפחה.

מכל האמור עולה, שלא מן הנמנע שהבעלים היו בני משפחת התובע כפי שכתוב בחוזה המכר לנתבעים ובחווה השיתוף, אלא שהבעלים נתנו לתובע את הזכות לעשות כל פעולה רווחית בנכס, ולכן פעל התובע כבעלים מול כל הצדדים וכך התייחסו אליו. אומנם, לעניין מכירת דבר שאין בו ממש יש סברא לומר, שבכגון זו, גם מתנה של הבעלים לתובע תועיל, שכן גם מתנה מועילה במקום בו התכוון המוכר להקנות לזוכה בגוף הקרקע וכגון במקום ששייר לעצמו ולאחרים כמבואר ברמ"א שו"ע חו"מ ריב, ג. לפי זה שמא אפשר לומר, שבכגון זו, סתמו כפירושו, שבעלי הקרקע התכוונו להקנות לתובע בגוף הקרקע את זכויות הבניה העתידיות. כל זאת בלא לדון בשאלה האם נעשה בין הבעלים לבין התובע קניין, ואכמ"ל.

בכל אופן, לדעתנו, בעניין זה יש משמעות לכך שבצו רישום הבית המשותף בגרסתו הראשונה, שהוגש לבית הדין (נושא תאריך 12 במאי 1986) נרשם התובע כבעלים. באותה עת – קודם השלמת הבניין ורישום כלל הדיירים כבעלי הדירות, אף לפי פרשנות הנתבעים את הסעיף המאפשר תוספות בניה, הייתה לתובע עדיין הזכות להוסיף על הבניין, הרי נמצא שכבר נרשם כבעלים של הקרקע, דבר שלעצמו עשוי להקנות לו זכויות קניניות, כפי שטענו הנתבעים, וכפי שמופיע לקמן בפרק י. על כן, נראה שיכול היה גם לשייר לעצמו זכויות בנייה על הגג ובדומה לאויר קרקע כמבואר בשו"ע לעיל.

**לסיכום – לא הוכח שלתובע היתה בעלות הלכתית עיקרית בנכס ואף נוטה הדבר שלא היה לו. למרות זה, מן הבחינה ההלכתית, אילו השתכנע בית הדין שהיתה כוונה של הצדדים לשייר לתובע את זכות הבניה העתידית, הדבר היה אפשרי, ואין חסרון של הקניית דבר שאין בו ממש.**

#### ז. ההיבט החוקי – והמשקל ההלכתי שלו

נחלקו הצדדים, האם נעשו הדברים באופן תקף מן הבחינה החוקית. עיקר המחלוקת סביב דרישות חוק המכר. האם חלות דרישות חוק המכר בנדון דידן, כאשר בסיס ההתקשרות הוא "הסכם שיתוף" ולא חוזה מכר? האם למרות הסכם המכר, לאמיתו של דבר, מדובר על מכירת דירה? האם קוימה הדרישה החוקית המבוססת על הפסיקה, להבהרה של פרטים שאינם חלק מן הרכוש המשותף, גם במצב שחוק המכר אינו חל?



כחריגה מסוימת מן המדיניות הכללית של בית דין זה, דעת בית הדין נוטה לכך שאין לבסס את פסק הדין בנדון דידן על אדני החוק, ובוודאי שלא על יסודות דיוקים שונים בחוק הישראלי ובפסיקה.

סיבת הדבר היא, שמראש, קבעו הצדדים את בית הדין של בד"צ העדה החרדית כבורר מוסכם. אלא שברבות השנים, מטעמים מסוימים, לא יכול היה בית הדין של העדה החרדית לדון בסכסוך זה. אך, משגילו הצדדים דעתם מראש, בעת חתימת החוזה, שהם מסכימים שבית הדין של הבד"צ יכריע בסכסוך, ברור הדבר שהתכוונו שעניינם יוכרע על פי גישתו ההלכתית הכללית של אותו בית דין ושל החברה שפונה אליה. כידוע, גישתו ההלכתית של בית הדין של הבד"צ נותנת מקום מצומצם לחוק הישראלי, ועיקר ההסתמכות על החוק הוא באותם עניינים שהפכו באופן ברור למנהג המדינה. אומנם, יתכן שרישום בטאבו כקניין וכראיה מקובל גם שם, אך לא בעניין זה אנו דנים בסעיף זה אלא על פרשנות חוזה באופן פרטני, ומעמדו של חוק המכר. עוד נבהיר, שאין אנו טוענים שפסק הדין דידן חייב להיות לפרטיו "בהסכמת הבד"צ". אלא שישנם כללים בסיסיים שכל ההולך לבד"צ מודע להם, ועל עקרונות אלו נכון לשמור בבואנו להכריע את הדין.

(לגופם של דברים, נראה לבית הדין, ללא עיון מלא, שמן הבחינה החוקית עמדת הנתבעים מבוססת יותר. שכן, נטיית בית המשפט בעניין חוק המכר הוא להרחיב את יישומו ולהוציא רק מקרים בו העסקה שונה ממכר באופן מהותי ולא מן הבחינה הפורמאלית. באופן מהותי, אין ספק שהתובע היה היזם – המוכר, והנתבעים הם קונים שקנו ממנו בעיקר דירה. כפי הנראה, הנתבעים הסכימו לקבל את המסגרת המשפטית שבחר בה התובע/מוכר מסיבותיו שלו, ללא הבנה של המשמעויות המשפטיות לענייננו. על כן, נראה שמנקודת מבטו של החוק הישראלי גם על קונים כאלה בא החוק להגן. התובע לא עמד בדרישות חוק המכר. אנו לא קובעים בעניין זה מסמרות, שכן פסק הדין אינו מסתמך על היבט זה.)

**לסיכום: למרות שכפי הנראה התובע לא החריג את הגג וזכויות בנייה עליו לפי דרישות החוק, פסק הדין לא מסתמך על שיקול זה בהכרעת הדין.**

**ח. הדין במקום ספק, ועל מי נטל הראיה**

**הבחנה בין זכויות בניה, לבין הבעלות על הגג:**

קודם המשך הדיון, ראוי להבדיל בין שני מושגים קנייניים שונים. מושג אחד הוא הבעלות על הגג. נושא שני הוא הבעלות על זכויות הבניה.

במהלך רוב הדיונים, כאשר התייחסו הצדדים להנושא שבמחלוקת, כרכו את שני המושגים כאחד, אף שמדובר בשני מושגים הלכתיים/קנייניים שונים.

יתכן מצב בו הגג, שככלל הוא רכוש משותף, מוצמד לפלוני, אך זכויות הבניה אינן שלו באופן בלעדי או אף אינן שלו כלל. התוצאה תהיה שמי שמוצמד אליו הגג יכול לעשות בגג שימוש ייחודי (כגון, בניית סוכה, משחקים, תליית כבסים וכד'). אך אחוזי הבניה יישארו רכוש משותף על פי החלקים במבנה או בכל דרך אחרת. אפשרות זו יכולה גם לבא לידי ביצוע במצב בו הרחבת הבניה



היא לצד, ולא בדרך של הוספת קומה. לאידך גיסא, ייתכן גם מצב בו הגג הוא רכוש משותף, אך כל זכויות הבניה הפנויות הוקנו לאדם אחד בלבד.

### מי המוחזק בענייננו?

טוענים הנתבעים בכתבי הטענות: אנו המוחזקים, והמוציא מחבירו עליו הראיה. בפירוט טענו הנתבעים: כיוון שנחתמו הסכם המכר והסכם השיתוף במועדים נפרדים, הרי משעה שנחתם הסכם המכר – הם בעלים על 32% מכלל הנכס. אם אחר כך נעשה הסכם אחר (הסכם השיתוף) אשר יש בו ספק אם פגם בזכויותינו המלאות – המוציא מחבירו עליו הראיה. ועוד הוסיפו לומר, שעל מנת להעביר את הבעלות על אותן זכויות, צריך היה לעשות מעשה קניין. טענה זו היא טענת מוחזקות כמרא קמא. מאידך גיסא, טוען ב"כ התובע – כיוון ששני ההסכמים נעשו בסמיכות זמן, הרי שיש לפרש את הסכם המכר לאור הסכם השיתוף. וכשם שבהסכם השיתוף הוסכם (לטענתו) שהתובע מחזיק בזכויות הבניה העתידיות, כך גם יש לפרש שעל דעת כן נעשה הסכם המכר.

אכן, יש טענת מוחזקות נוספת, והיא מכח שימור המצב כיום על פי הכלל שהמוציא מחבירו עליו הראיה. כיום, המצב המשפטי הברור שהוא שהנכס רשום על שם הנתבעים (לפי חלקם היחסי), ולא על שם התובע: הגג רשום בפנקס המקרקעין כרכוש משותף, וכן זכויות הבניה העתידיות שייכות ממילא לדיירי הבניין לפי חלקם בבית המשותף. נמצא אם כן, שהתובע מבקש מבית הדין לשנות את המצב המשפטי שכל המסתכל על העובדות המוסכמות יניח שקיים – מצב משפטי שהוא הנחת יסוד לכל הציבורים בארץ ישראל. כנגד זה עומד הכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה", דהיינו שעל מנת שבית הדין יקבל החלטה של הוצאת ממון מרשות אדם, חובת התובע להוכיח את טענתו.

אנו דוחים את הטענה הראשונה באופן חלקי (לענין הצורך של התובע בקנין לאחר הסכם המכר) ומקבלים את הטענה השניה בעניין המוחזקות.

בהסכם השותפות ניתן היה להקנות חלקים ולוותר על חלקים, ללא "מעשה קניין", ואף אם נניח שאין בחתימת ההסכם משום קניין משום הלשון המופיעה בו. טעם הדבר הוא שהסכם המכר יצר שותפות בנכס באופן שמוגדרים רק שיעורי השותפות אך לא חלוקת השותפות באופן פרטני. הסכם השיתוף נועד למעשה להגדיר ולאפיין את תוכן השותפות – במה יבואו לידי ביטוי האחוזים המסוימים של כל אחד מן הבעלים. מבחינה הלכתית, יש לדמות את הדבר לחלוקת שותפות. שכן, בהסכם מוגדרים אילו היבטים של הבעלות יהיו רק בשליטתו של אחד השותפים ואיזה היבט אחר של הרכוש המשותף יהיה בבעלותו המלאה של שותף אחר. כך בדיוק האחים שירשו בית וחצר, יכולים לחלוק שלזה יהיה הבית והשני יזכה בחצר.

והנה, נפסק שולחן ערוך חושן משפט סימן קנו סעיף ב לעניין חלוקת שותפות:

אם בירר כל אחד חלקו ורצה זה ברוח פלונית וזה רצה ברוח פלונית וקנו מידם על זה, אינם יכולים לחזור בהם. וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו, וזה בעצמו והחזיק בחלקו, אף על פי שלא קנו מידם אין אחד מהם יכול לחזור בחבירו.



כך גם בעניינינו, עצם העובדה שהנתבעים קנו בהסכם את הזכות לבעלות על הדירה העליונה וכד', ובוודאי לאחר שקנו חלקים בדירה על ידי חזקה, מקנה לצד שכנגד גם בלא מעשה קניין מה שהוסכם, שלפי טענת התובע הוא חלק ברכוש המשותף – את הבעלות על הבנייה העתידית, שהיא למעשה זכות באוויר הקרקע.

### מי המרא קמא?

השאלה אם דינו של התובע כ"מרא קמא", תלויה לכאורה בשאלה האם התובע היה בעבר בעלים על הקרקע באופן אישי, אליה התייחסנו לעיל. כאמור לעיל, קשה לדעת מי היה הבעלים על הנכס, ויש ביסוס לכך שהאמור בחוזים שקרובי המשפחה המוכרים, לא נעשה באופן פיקטיבי, אלא ביטא את בעלותם האמיתית. הצדדים לא הביאו כל ראיה חותכת בעניין. על כן, אנו מעמידים שאלה זו בספק.

בעניין הטענה שגם אם התובע היה בעליו של הנכס, הרי שהנתבעים הם המרא קמא מכח העובדה שקודם היה שטר מכר ואחר כך הסכם שיתוף, יש לדון בדבר. שהרי הצדדים ידעו מתחילה שאינם קונים רק חלק בקרקע, אלא ברור שההסכם נוצר כשלב לקראת התחייבות לבניה כפי שנוצר בהסכם השני. לא התברר לנו אם בזמן הסכם המכר כל הפרטים שנכנסו להסכם השותפות (שגם עליהם יש מחלוקת, כאמור) היו מוסכמים, ואם כן אין בידינו להכריע בעניין, ואכמ"ל (ראוי לציין, שבעניין זה הצדדים סותרים את עצמם – כאן טוענים הנתבעים – אנו בעלים מכח הסכם המכר שקדם ואילו במחלוקת האם חל חוק המכר טוענים הנתבעים – מדובר ברכישת דירה לכל דבר, וההסכמים המסוימים נבחרו רק לבקשת התובע).

### על מי נטל הראיה?

למרות הנ"ל, בית הדין קובע שחובת הראיה מוטלת על התובע, משתי סיבות עיקריות:

ראשית לאור הרישום הקיים כיום בטאבו המצב המשפטי הוא שהקרקע בחזקת הנתבעים, ועל כן נטל הראיה על התובע. הדבר אינו קשור רק למעמד ההלכתי של הרישום בטאבו, אלא גם לעצם המציאות שהנתבעים הם אלו שיכולים לפעול ולממש את זכותם הרשומה. ונציין להתייחסות פוסקי הדורות האחרונים בארץ ישראל שהרישום בטאבו מגדיר את המוחזק, בפד"ר חלק ג עמוד 75: "נראה ברור דמאחר שרשום על שמה בטאבו בלי שום תנאי וכל ענין הסכסוך שבינם נתהווה א"כ, שאין בכח טענתו לשנות ממה שבחזקתה בכח הטאבו, ואין לנו להאריך בזה כאן". על כן, גם אם ניתן לבצע הסכמים שעוקפים את הרישום בטאבו (לכל הפחות בתורת חיוב), עדיין התובעים הם המוחזקים במקום ספק.

שנית, המצב בשטח הוא שהנתבעים ושאר דיירי הבנין הם מוחזקים בפועל על ידי התנהגותם בגג ובכל שטחי הבניין. אומנם, בית דין אינו מקבל את טענת הנתבעים שהדבר מהווה הוכחה שאין הגג שייך קנינית לתובע ובוודאי לא הוכחה לגבי זכויות בנייה. מכל מקום, מצאנו בראשונים שלאחר ג' שנים, נטל הראיה עובר מן המחזיק אל המרא קמא. וכך לדוגמה לשונו של הר"ן בב"ב כח ע"א:



בתלת מיילי שהן הפך מחזקה ראשונה דהיינו אכילות, נפק לה מרשות מוכר וקם ליה ברשות לוקח, וכיון דברשות לוקח הוא ה"ל מוכר מוציא מחברו ועליו הראיה, על כן, גם אילו היינו מקבלים את הטענה שהתובע היה המרא קמא, לאחר חלוף כשלושה עשורים, נטל הראיה על התובע. איננו מקבלים את טענת התובע שחזקת הנתבעים היא חזקה שאין עמה טענה, שהרי הם טוענים שקנו חלקם בקרקע בזמן הסכם המכר ו/או בזמן הרישום בטאבו.

**לסיכום: נטל הראיה על התובע. אין הוכחה שהוא היה מרא קמא, הרישום בטאבו כיום תומך בטענות הנתבעים, הנתבעים זכו בהסכם המכר בחלק בקרקע והתובעים יושבים בקרקע שנים רבות ללא כל ביטוי לבעלות של התובע על כן, במקום ספק – המוציא מחברו עליו הראיה, דהיינו, נטל הראיה על התובע.**

#### ט. השאלות העובדתיות שבמחלוקת, ופרשנות החוזה

לטענת התובע, היה ברור בעת החתימה שהנתבעים מקבלים רק את הדירה, ולא כל חלק אחר. החלקים שהיה חשוב לנתבעים לקבל ברכוש המשותף, צוינו במפורש על ידם בהסכם השותפות. חלק מן הפרטים אף נכתב בכתב יד, לבקשתם.

לטענת הנתבעים, היה ברור להם שהגג אינו נשאר בבעלות התובע. הנתבעת טענה, שכך נאמר לה במפורש כששאלה בנושא זה. לעומת זאת, הנתבע טען שהעניין נאמר לו לאחר שביקש מן התובע שיעביר לו את הגג, כפיצוי על ליקויים בבנייה, לטענתו.

התובע השיב לטענת הנתבע, שהוא סירב לדון עם הנתבע בעניינם של הלקויים, שכן הם כלל לא היו קשורים אליו, אלא לקבלן שביצע עבודות מיוחדות לבקשת הנתבע, ולא כחלק מן ההסכם שבין התובע לנתבע. בכל אופן, לטענתו, לא אמר שנתן את הגג לכלל הדיירים.

גרסתה של הנתבעת, על פיה נאמר מראש סמוך לחתימה שהגג של כלל הדיירים, קשה ונסתרת לכאורה מעדותו של בעלה, הנתבע. שכן, לפי דבריו (בעניין דרישתו מן התובע לפצות אותם בכך שהגג יהיה שלהם בלבד) הוא הבין באותה עת שלתובע אפשרות לבחור למי לתת את הגג, ולכאורה היה בכוחו לתת את הגג לנתבעים באופן בלעדי. אומנם, בדוחק ניתן ליישב את הדברים וניתן היה לומר וכפי שטענה הנתבעת – בעת הסכם השיתוף נאמר להם שהגג משותף, דהיינו שחלקם לא יגרע בו. אך הנתבעים לא ידעו מה הוסכם בין המוכר (התובע) לבין שאר הדיירים. לכן, לאחר הבניה ביקשו הנתבעים, לקבל את חלקם של השכנים אם הוא לא הובטח להם או אם יש לתובע אפשרות לקחת חלק זה מהם. או גם, אף שהעלה הנתבע על דעתו שביכולת התובע להצמיד את הגג לאחד מן השותפים, לא העלה על דעתו שביכולתו לשייר אותו לעצמו.

למרות אפשרויות יישוב אלו, הטענה כאילו נאמר במפורש שהגג רכוש משותף – לא נראית מבוססת, ולמטה מכך.



נציין, שלא ברור לגמרי, מה התכוון התובע כאשר ביקש את הגג לבעלותו הבלעדית. האם התכוון שהוא יוכל לבנות על הגג בעתיד, או רק שיוכל להשתמש מיד בגג באופן בלעדי (כגון לצורך סוכה וכדו'). הנפקא מינא היא, האם התובע העלה על דעתו באותה עת, שבסמכות התובע לקבוע מי יבנה בנייה עתידית. אם כן יתכן שגם אם התובע הבין שהגג שייך לתובע, אין זה אומר שהבין שזכויות הבנייה שייכות לו, על אף שיש הגיון שמכיוון שסמכויותיו וזכויותיו של התובע היו בעיקר בקשר לבנייה, הדברים הם בקל חומר: אם התובע יחליט מי ישם את סוכתו על הגג, בודאי יחליט מי יבנה שם. מאידך, ניתן לומר שבקשר לשאלות המעשיות באותה תקופה, היתה לתובע יותר סמכות מבשאלות הקשורות לעתיד הלא נראה לעין אחרי שבפועל יצא מהתמונה, וכדלקמן.

בכל אופן, אין באירוע זה ראייה לטענה שהנתבעים ידעו שהתובע הוא הבעלים המלא על הגג. ראשית, לעיל בסמוך הצענו יישוב לדבריהם. שנית, כפי שנבהיר להלן, בהתאם לחוזה יתכן מאוד שהנתבעים הבינו שלתובע זכויות שונות במהלך הבניה, אך סביר שלא העלו על דעתם שונותו בידיו זכויות לטווח ארוך.

#### הכתוב בחוזה ומשמעותו

כפי שפורט לעיל בטענות התובע, הוא טוען למעשה לשני עיגונים עיקריים של זכותו בסעיפי החוזה.

בסעיף 8 ס"ק ד', וה' מפורטים החלקים ברכוש המשותף, וסמכותו של התובע להצמיד חלקים שונים ליחידות שונות.

בסעיף זה לא מוזכר הגג, ומכאן, לטענת התובע מוכח שהוא הבעלים על הגג. ראשית, מכלל הן אתה שומר לאו. שנית, מכיוון שיש לו סמכות להחליט בעניין זה, הרי הוא כבעלים.

סעיף 8 ס"ק ז', מתייחס לסמכות התובע "לבצע תוספות בניה בבניין ... וכל צד מסכים מראש לכל בקשה לתיקון או לשינוי צו רשום הבית כבית משותף והתקנון המצב (ובתנאי מפורש שכל רשום כזה לא יפגע בשטח הדירה)".

סעיף זה מתייחס אם כן לכאורה לאפשרות של התובע להוסיף על הבניין. לאור ההגדרות דלעיל, סעיף זה לכאורה נותן ביד התובע את הבעלות על אחוזי הבניה.

תשובת הנתבעים לכל האמור בהסכמים מתחלקות לשלוש. **טענה אחת** היא הטענה של אי בהירות העניין, שהוא גם העומד מאחרי המצב המשפטי לאור חוק המכר, אליו התייחסנו לעיל (קבענו שבמקרה זה לא יתבסס פסק הדין על חוק זה). **טענה שנייה** היא שהסמכויות האמורות בהסכם השיתוף מתייחסות רק לתקופה שעד סוף הבנייה והרישום בטאבו. על כן, משנרשם בפנקס המקרקעין בצו רישום הבית המשותף, שהגג הוא רכוש משותף, הסתיימה העסקה וסמכויותיו של התובע פקעו. **טענה שלישית** היא, שהפירוש הנכון של תפקידו של התובע וסמכויותיו שבהסכם, נועדו רק לשרת את השותפים ועל מנת לאפשר לתובע לבצע את תפקידו ואת התחייבויותו כלפי הנתבעים. לטענת הנתבעים, הם לא נועדו כלל להקנות לו זכויות.



התובע טוען שההסכם נועד לעקוף את הכתוב על התוכניות (בחומת). הסיבה שכך הוחתמו התוכניות ("צמוד לכל הדירות"), היא שמבחינה תכנונית זו היתה דרישת העירייה. בשלב של הרישום בטאבו, היתה דרישה להתאמה בין התוכניות שאושרו לבין רישום הבית (הערת אזהרה לפי תקנה 27 א לתקנות המקרקעין), לכן לא היתה ברירה אלא לרשום כך את הדברים. אך כל זאת, היה בניגוד למוסכם בהסכם, על פיו זכויות הגג נותרו בידי התובע. ב"כ התובע הביא גם חו"ד משפטית על פיה, לחותמת שנחתמה כדבר שבשגרה על ידי פקידי העירייה – אין כל משמעות קניינית.

לדעת בית הדין, הכתוב בחוזה אינו חד משמעי.

ונצטט שוב את החלקים הרלוונטיים בהסכם השיתוף, המתייחסים לסמכותו של מיופה הכ (התובע דיין):

ד. הרכוש המשותף יכלול את חדר המדרגות, המקלט והמחסן ליד המקלט. [בכתב יד עד סוף הציטוט בס"ק זה:] החניה, החצר הדרומית + 3 מטר מהמבנה הדרום מערבית לכיוון צפון.

ה. יהיה זכאי לפי שיקול דעתו הבלעדי להצמיד חלק או חלקים מן החצר לכל יחידה או דירה ו/או להקנות מבנים, מחסנים חלקים מהחצר ויחידות אחרות בבית או בחצר לכל מי שימצא לנכון.

ובסעיף קטן ז':

ז. מוצהר ומוסכם בזה כי מיופה הכח זכאי לכצע תוספות כבניה בבנין וכן להפוך מחסנים או חלקים אחרים של הבנין שלא יכלול ברכוש המשותף. לשטח מגורים ו/או לשימוש אחר וכל עז מסכים בזה מראש לכל בקשה לתיקון או לשינוי צו רשום הבית כבית משותף והתקנון המצוי (ובתנאי מפורש שכל רשום כזה לא יפגע בשטח היחידה).

בעניין סעיף קטן ד', הטענה היא מכלל הן אתה שומע לאו. כל מה שלא הוזכר, אינו חלק מן הרכוש המשותף. ובסעיף ה' כתוב, לתובע הסמכות להצמיד חלקים למי שיחפוץ.

בעניין סעיף קטן ז', הדגש הוא הסיפא של סעיף ז. הנתבעים קבלו רק את דירתם כפי שהוגדרה, והרכוש המשותף הוא רק מה שזכר.

מאידך גיסא, הגישו התובעים חוזים אחרים, בהם שיוור זכויות הבניה העתידיות מפורש בחוזה בדרך שאינה משתמעת לשתי פנים. לדוגמה, בחוזה הנושא תאריך 26/9/70 בו המוכר הוא מ' שם נאמר במפורש:

המוכר יהא רשאי להצמיד את גג הבנין וזכויות הבניה הנוכחיות ו/או העתידיות על הקרקע ועל הגג ובשטח שבין העמודים לפי שיקול דעתו המוחלט ליחידה בבנין למי שיראה לנכון, וכן יהיה רשאי לבנות על הגג, על המגרש ובשטח שבין העמודים והקונה מביע בזה הסכמתו להצמדה ולבניה כאמור לעיל.



הפער בין ניסוח זה לניסוח בחוזה דידן בולט. לטענתם של הנתבעים, מוכח מהניסוח שנבחר בהסכם דידן, שלא לכך התכוונו הצדדים. מצד אחד, לדעת בית הדין אין להביא הוכחה משטרות שנכתבו על ידי אנשים אחרים.

בכל אופן ניתן בהחלט לקרוא את סעיפי החוזה בניסוח שלפנינו, בהקשר מצומצם יותר: בשעת החתימה על הסכם השיתוף, ברור היה שהתובע הוא היזם. ואכן, בהסכם זה ניתנו לו מרב האפשרויות לנצל את חלקת הקרקע ולמקסם את הרווח שלו בהקמת המבנה. בפני הצדדים עמדו תוכניות בסיסיות שכבר אושרו. עם זאת, התובע רצה להמשיך ולהיטיב את מצבו, להוסיף על המבנה דונם פה ודונם שם. כך גם ביחס לנתבעים עצמם, בשעה שנחתם החוזה טרם אושרה התוכנית על כל היבטיה, ושני חדרים עדיין לא אושרו באותה עת.

לכן, נכתב בתוכנית שמיופה הכח, רשאי לבצע תוספות בניה בבניין וכו'. אך כל זה התייחס רק לתקופת הבניה. אין ללמוד מכלל הן אתה שומע לאו ביחס לגג, משום שכלל לא עלה על דעת מאן דהו שניתן לבנות על הגג (באותה עת). לעומת זאת, הכל מבינים שיש חללים שונים בבניין, או שטחים שונים בחצר, עליהם סביר שניתן היה לבנות באותה עת, כחוק או בחריגה קלה מן החוק (בין העמודים / הסבת מחסנים וכדו'). לכל אלו התייחסו סעיפי החוזה אך לא לדברים עתידיים.

על כן, לא ניתן לומר באופן ברור, שמכלל הן אתה שומע שהגג אינו בכלל הרכוש המשותף.

כך גם אין הכרח לומר, שבסעיף 8 ז', מדובר גם על תוספות בנייה עתידיות (לאחר השלמת הבניה על פי החוזים והרישום). אין ספק, שאין זו הלשון המתאימה והמובהקת לשימור מלא של זכויות בניה עתידיות. ועל כן, יש הגיון לפרש את הסעיפים כולם באופן מצומצם, המתייחס אך ורק לתקופת הבניה.

לעניין צו רישום הבית המשותף, נתייחס להלן.

**לסיכומו של פרק זה, אנו משאירים את שאלת הפרשנות בספק, והיא תדון עוד במהלך הפרק הבא.**

**י. חוזה המכר של שאר הדיירים, בהם לא היה כל שיוך ביחס לתוספות בניה**

הנתבעים הגישו בפני בית הדין את חוזה המכר של דיירים נוספים בבית המשותף.

בחוזה דונט נכתב:



2. תנאים מיוחדים:

- א. תאור השטח המשותף - מקלט, מחסן צמוד למקלט, השטח ממזרח לבנין מרח' שאול המלך ועד דלת הכניסה לבנין. כל השטח מדרום לבנין והשטח ממערב לבנין אשר מול המקלט והמחסן הצמוד למקלט.
- ב. המחסן הצמוד למקלט משותף לכל בעלי הדירות בבנין ולכל בעלי הדירות בבנין ינתן מפתח למחסן זה.
- ב. למען הסר ספק מובהר שהמכירה איננה כוללת מחסן צמוד ואיננה כוללת שטח החצר מול המחסנים בכיוונים צפון ומערב (כפוף לתאור השטח המשותף בסעיף קטן 1 לעיל) והקונים יחתמו על יפוי כח ו/או שטר ו/או בקשה ו/או ויתור המאשר שאין להם זכות בעלות ו/או זכות שימוש במחסן ו/או בשטח החצר שאיננו כלול בתאור השטח המשותף לעיל.

בחווה משפחת הייזלר נכתב:

2. תנאים מיוחדים:

- א. תאור השטח המשותף - מקלט, מחסן צמוד למקלט, השטח ממזרח לבנין מרח' שאול המלך ועד דלת הכניסה לבנין. כל השטח מדרום לבנין והשטח ממערב לבנין אשר מול המקלט והמחסן הצמוד למקלט.
- ב. המחסן הצמוד למקלט משותף לכל בעלי הדירות בבנין ולכל בעלי הדירות בבנין ינתן מפתח למחסן זה.
- ב. למען הסר ספק מובהר שהמכירה איננה כוללת מחסן צמוד ואיננה כוללת השטח מול המחסנים בכיוונים צפון ומערב (כפוף לתאור השטח המשותף בסעיף קטן 1 לעיל) והקונים יחתמו על יפוי כח ו/או שטר ו/או בקשה ו/או ויתור המאשר שאין להם זכות בעלות ו/או זכות שימוש במחסן ו/או בשטח שאיננו כלול בתאור השטח המשותף לעיל.

בשני החוזים, מוחרגים אזורים שונים מן הרכוש המשותף.

זאת ועוד, בשני החוזים, נאמר במפורש מה כלול ברכוש המשותף, ובס"ק ב', "למען הסר ספק מובהר" גם מה לא כלול במכירה (חלקו אמור היה להיות חלק מן הדירה, וחלקו חלק מן הרכוש המשותף).

מה מוחרג מן המכירה? המחסנים (שבתוכניות רשומים כאילו הם חלק מן הדירות), וחלק מן החצר. אין ספק שאילו היה חפץ התובע להחריג את הגג היה עליו לעשות זאת במפורש בסעיף זה. כמו כן, כיוון שמדובר על כך שהקונים נדרשים להתחייב בכתב שאין להם זכות שימוש, בוודאי שאין הכוונה לגג בו בפועל עושים שימוש כלל הדיירים. ובנוסף, נציין שלא נזכר חדר המדרגות בכלל הרכוש המשותף.

בהמשך לכך, אפשר לקבל את הטענה שהגג לא נזכר משום שכיוון שכלל לא עלה על דעת שהגג אינו בבעלות המשותפת, והוא כלל לא נידון בהסכמים אלו. בדומה, גם לא הוזכר בהסכם זה חדר המדרגות, משום שאין ספק שהוא חלק מן הרכוש המשותף. זאת, משום שמטרת ההוצאה של חלקים שונים מהבעלות שברכוש או אף מהבעלות של הדירה עצמה נועדה על מנת לאפשר לתובע



למכור את אותם חלקים לאנשים אחרים. כך אכן עשה, כאשר מכר בסופו של דבר את המחסנים לנתבעים דיין. אך לא היה תכנון באותה עת לשמר זכויות לבניה עתידית. לכן עניין זה כלל לא נזכר.

הבדל משמעותי וחשוב יותר מאשר דיוק הלשון בעניין הגג, הוא העובדה שבחוזים אלו אין ההתייחסות לאפשרות של התובע לבצע תוספות בניה או כל סמכות אחרת, וזאת בשונה מן ההסכם שבין התובע לנתבעים דיין.

יש לכך השפעה על דינו של התובע, גם מול הנתבעים דיין, משני טעמים.

ראשית, אי אזכור אפשרות הבניה העתידית בחוזים עם שאר השכנים, עשויה להוות ראייה לפרשנות החוזה המקורי, בדיוק בנקודה בה נחלקו הצדדים. דהיינו, לטענת הנתבעים, מעולם לא עלה על הדעת לאפשר לתובע דיין אפשרות תוספת בניה לאחר השלמת הפרויקט. נראה שהשמטת העניין בשלבים מאוחרים יותר של הפרויקט – בהסכמים מול דונט והייזלר – תומכת בגרסת הנתבעים. החוזה המקורי נחתם בשלבים מוקדמים, כאשר היתה עוד תקווה למקסם את האפשרויות ולא ברור היה מה ניתן יהיה לעשות, אך הכוונה היתה על כל הנוגע לאותה תקופה. לעומת זאת, החוזים עם דונט והייזלר נחתמו בשלב מאוחר יותר, כבר ברור יותר מה הושג ומה לא הושג. בשלב זה כבר לא היה צריך לשמר זכויות בניה, כיוון שלא היתה כל כוונה לשמר זכויות לתקופה עתידית רחוקה. לעומת זאת, כן שימרו זכויות שונות שנועדו למימוש באותה עת – כגון המחסנים ושטחים בחצר. ולפי הסבר הסבר זה גם יהיה מובן הניסוח בהסכם השותפות המתייחס לאפשרות תוספת בניה על ידי התובע, אך בלי להתייחס כלל לזכות הבניה העתידית וליתור על אפשרות בניה של הנתבעים. שכן, כיוון שכל הסעיף התייחס רק לתקופת הבניה של הפרויקט, לא היתה לנתבעים כל אפשרות לבנות, ואף לא היה רשום על שמם דבר בעת החתימה על ההסכם. על כן, לא היה צורך להתייחס ליתור על זכויותיהם. לסיכום, לפי גישה זו, הן החוזים של השכנים האחרים, והן לשון החוזה, מובילות כולן לפרשנות של הסעיף – הסעיף נועד לתת לתובע מרחב תמרון מקסימאלי – בעת הקמת הפרויקט אך לא נועד כלל לשמר בידיו זכויות במשך שנים ארוכות.

אין להביא הוכחה מהזכות לשנות את צו הבית המשותף שמדובר גם על תקופה שאחרי השלמת הבניה, שכן צו הבית המשותף נרשם לפני השלמת מכירת הדירות לאנשים שונים, ולפני השלמת כל התחייבויות התובע כלפי הקונים. על כן ביקש התובע לאפשר לו שינויים, גם לאחר רישום ראשוני של צו הבית המשותף. בענייננו, בצו רישום הבית המשותף נרשם בהתחלה התובע כבעלים יחיד, וחשוב היה לאפשר לו שינוי בצו הבית המשותף לאחר מכן, וכל זאת עד להשלמת מכירת כלל הדירות והשלמת חובות התובע כלפי הצדדים.

מאידך, יתכן לומר, שאין ראייה חותרת מהחוזים של דונט והייזלר לגבי פרשנות הסכם השותפות בין התובע והנתבעים מכיון שעברה כשנה בין הסכם השותפות למכירת הדירות האחרות, ולא מן הנמנע שתכניות התובע השתנו. יתכן, שלמרות שבעת החתימה על ההסכם עם הנתבעים ביקש התובע לשייר בידיו את הזכויות לתקופה ארוכה, שינה דעתו לאחר מכן, כמשתקף בחוזים



המאוחרים. נראה שהנתבעים בעצמם מכירים באפשרות שהתובע שינה דעתו בתקופה שחלפה בין החוזים השונים. בעמ' 24 לסיכומי הנתבעים הועלה התיאוריה או הידיעה שבגלל מינויו הרבני החשוב של התובע לקראת סוף התהליך, הוא ביקש להסתיר את עיסוקיו הנדל"ניים וניסה לצאת מהתמונה. אם כן יתכן שמוקדם יותר חשב בפועל לבנות בעתיד, אך מאוחר יותר כבר לא טרח לשמור לעצמו זכות זאת.

אבל נראה שגם אם נאמר שראיה על המחשבות בעת חתימת הסכם השותפות אין כאן, מחילה בזמן חתימת החוזים החדשים - יש כאן. העובדה שלא הוחרגה כל זכות של בניה עתידית גם בחוזים עם שאר השכנים, יוצרת מצב משפטי של ויתור על הזכויות. דהיינו, כיוון שכבר אי אפשר לממש את הזכות לבניה, הרי יש בכך ביטוי למחילה על הזכות, גם אם היתה קיימת קודם לכן.

בעניין זה יש להוסיף גם את עניין רישום הבית המשותף. משנרשם הבית המשותף בצו שאין בו כל אזכור שמו או זכויות של התובע וגם ללא חוזה מפורש, נראה שהיה ברור באותה עת, שהתובע אינו משאיר זכויות כלשהן בידי. כאמור לעיל, ניתן לראות בכך ראייה על כוונת הצדדים בחתימת החוזה הראשון, או ביטוי למחילה על הזכות, אילו הייתה קיימת.

התובע אומנם טען שלא יכול היה להגיש תוכניות שונות מאלו שהוגשו לעירייה, לאור דרישה להתאמה בין התוכניות שהוגשו לערייה, לבין צו רישום הבית המשותף. אך קשה לראות בטענה זו הסבר מספק להתנהגותו של התובע בעת רישום צו הבית המשותף. גם אם לא ניתן היה להגיש תוכניות שונות מאלו שהוגשו לרשויות התכנון, אילו רצה התובע לשמר את זכויות הבניה בידי, ניתן היה לעגן זכויות אלו בדרכים אחרות – בכתיבת תקנון ספציפי שיקבע בידי מי הזכויות, או בדרך של חוזה מפורש ובהיר. גם אם נניח שהיתה בעיה לכתוב זכויות על שמו, יכול היה התובע לרשום זכויות על שם בעלי הדירה האחת שכן נשארה ברשות בן המשפחה (כפי אחת מהצעותיו כיום). לכן, העובדה שלא שימר את זכויותיו מהווה תמיכה בהסבר הנתבעים, או לחילופין מחילה על הזכויות.

הנתבעים טענו שבמצב שאין זכות בנייה מול אחד הדיירים, אין גם מול האחרים. מכיון שכאמור לא נסתמך בנידון דידן על החוק ובודאי לא על הפסיקה של בתי המשפט אלא על ההלכה, יש לבדוק את הענין מבחינה הלכתית.

לכאורה היה מקום לטעון, שאין לדון כאן מדין מחילה, שכיוון שמדובר על זכויות בקרקע, הרי לא די במחילה, אלא שצריך קניין גמור. אלא, שמצאנו בשו"ת הריב"ש סימן רמ"ח, שכתב שבזכות שאינה קניין גמור, אלא רק זכות שימוש, מועילה בה מחילה. ונראה שכך יש להתייחס לזכות דידן, שבשעתו, לא ביטאה כל זכות בגוף הקרקע, אלא רק זכות עתידית, ועל כן מועילה בה מחילה (וראו עוד בעניין זה הרא"ש ב"ב פ"א סי' מג ושער משפט סי' שטו).

זאת ועוד, הרישום בטאבו על שם הדיירים בלבד, מהווה מעשה קניין. התייחסות פוסקי דורנו לרישום בטאבו, מבוארת בפסק דין ב"ד הרבני הגדול, בהרכב הראשון לציון הרב הראשי לישראל הרב י' נסים זצ"ל, הרב יוסף שלוי אלישיב זצ"ל, והרב בצלאל זולטי זצ"ל, בפסקי דין רבניים חלק ו פס"ד בעמוד 376 :



לפניו הרי יש לדון דה"ה בנוגע להעברת נכסי דלא נידי שאינם יוצאים מרשות לרשות אלא ע"י רישום בטאבו, דיש בזה משום תיקון ונעילת דלת בפני הרמאים, שאלולי כן הרי בידי כל אחד למכור נכסיו לכמה בני אדם ולהחליף את מכירתו עשרת מונים, ובזה וכיוצ"ב כו"ע מודו דדינא דמ"ד, ויש לפי"ז תוקף לרישום במשרדי האחווה, ויש בזה משום מעשה קנין.

זאת ועוד, לפי הנוהג כאן בארץ שעל עניני העברות בין איש לרעהו, אם הוא מוכר או נותן מתנה, הכל לאשר לכל מעבירים ע"י רישום בספרי האחווה, א"כ יש [עמוד 383] לראות בזה קנין מדין סיטומתא, וכ"כ הכנה"ג סי' ק"צ בהגה"ט אות ח' וז"ל: אפילו אינה דינא דמלכותא, אם מנהג פשוט בכל התגרים כשמוכרים חנות אלו לאלו שאפילו בלי שום אחד מדרכי הקנין אלא בכתיבת הפנקס (של מלך) לבד מתקיים מקחם ביניהם, קנה (ת"י סי' ל"ב).

וראו עוד בפסקי דין רבניים חלק יא פס"ד בעמוד 120:

**כבר פסקו בתי הדין שלהעברה בטאבו יש דין סיטומתא**, ועל כן יש לה תוקף מן התורה [עיי' פסקי דין רבניים כרך א' עמ' רפ"ג/ ואילך ובספרו של הרב דב כץ: פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים פרקים א' - ב'].

לדעת אחד הדיינים, ניתן להוסיף פן פרשני נוסף: התובע מבקש להיצמד לזכויותיו על פי החוזה. אך אם ניצמד ללשון החוזה, יש גם פירוש נוסף – שאף אם הוא מעט קשה, הוא מהווה את הפרשנות המילולית. מה שכתוב בחוזה במפורש הוא שמיופה הכח רשאי להוסיף על הבניין. אך לא כתוב בחוזה שהנתבעים מוותרים על זכויות הבניה העתידיות שלהם. לא נאמר ששותף אחר אינו יכול לבנות. (זאת בניגוד ללשון בחוזים האחרים שהוגשו וצוטטו לעיל שם ההתייחסות אינה להוספה על הבניה, אלא לזכויות הבניה). לא נאמר בחוזה במפורש שהנתבעים ויתרו על כל זכות (נציין, שהלשון "בצורה בלעדית" שנזכרת ברישא של סעיף 8, מתייחסת לכל הקשור לבניית הבניין. ברור שבמהלך בניית הבניין רק התובע הוא הפועל להשלמת הבנייה בכל דרך, ולא כל שותף אחר). וכך, אומנם בשעתו (לפי דברי התובע) יכול היה התובע לממש את זכותו על פי החוזה. על אף שמבחינת סעיפי ההסכם לא נמנע מהנתבעים גם לעשות מאמץ לקבל הסכמה לבנות, הדבר היה חסר משמעות מעשית באותה תקופה בגלל היזמות והקשרים המשפחתיים של התובע. מאידך, היום נהפך הדבר לחלוטין. לתובע אין אפשרות מעשית לבנות אלא אם כן בית הדין יפסוק לטובתו וייצור מציאות חדשה. בניגוד לכך, לנתבעים יש כלים מעשיים לעשות כן (בעיקר, בזה שהם בעלי הרישום בטאבו, והנתבעים אף הראו בכתב ועל ידי עדות בפני בית הדין שלפחות חלק ניכר מבעלי הדירות מוכנים לשתף איתם פעולה). לא כתוב בשום מסמך שמוטלת עליהם חובה לוותר על זכות זאת ואין הם צריכים שבית הדין יאפשר להם את זה, רק שבית הדין לא ימנע זאת מהם. מאידך, התובע אינו יכול לעשות כן היום בלי ליצור זכויות חדשות שלא הוכח שהיו בידי



וזהו דבר שאינו רמוז בחוזה. ממילא, אין לו יכולת למנוע מהם לממש את זכויותיהם, כיוון שאין סעיף בחוזה בו מופיע ויתור הנתבעים על כל זכות לבנות.

לסיכום, לדעת בית הדין, הפירוש המצמצם הוא הפירוש המסתבר יותר – הן לאור השוואת הנוסח לחוזים אחרים שנעשו בעסקאות אחרות והן לאור החוזים שנעשו בשלב מאוחר יותר עם שכנים אחרים. אך גם אם נגדיר את שני הפירושים כשקולים, יש להכריע בפירוש ספקות בלשון השטר לטובת הנתבעים. שכן, במקום של ספק בפירוש לשון השטר, הכלל הוא ש"יד בעל השטר על התחונה" (ב"ב קסו ע"א; שו"ע חו"מ סימן מב, סעיפים ה, ז, ח, ובמקומות נוספים רבים; אומנם בסעיף י' הביא הרמ"א מתשובת הרשב"א, שיש ללכת בפירוש השטר 'אחר לשון השומעים' ומכאן שגם אם מילולית אפשר לפרש באופן מצומצם יש ללכת אחר הפירוש הנשמע יותר). כפי שכתבנו לעיל, הנתבעים הם המוחזקים, וכמו כן, בכל הסוגיות האמורות שתמן של דברים הוא שבעלי הדירות הן הבעלים המשותפים של הגג ובעלי זכויות הבניה.

**למסקנה, אנו דוחים את התביעה לזכויות בניה בנכס. ראשית, משום שיש לפרש את הסמכויות שניתנו לתובע במסגרת הסכם השיתוף באופן מצומצם – דהיינו, סמכויות אלו התייחסו לתקופת הבניה ויתכן אף שלא התייחסו כלל לגג. גם אילו היו לתובע זכויות על פי החוזה, הוא ויתר עליהם בשלבים מאוחרים יותר – והדבר בא לידי ביטוי גם בחוזים שנחתמו עם דיירים אחרים וגם ברישום הבית המשותף.**

#### יא. טענות נוספות

**משמעות ייפוי כח בלתי חוזר והזכות להצמיד** - טען התובע שקיבל ייפוי כח בלתי חוזר המקנה לו את הזכויות אותן הוא תובע. טען עוד ב"כ כי ייפוי כח הוא כלי למתן זכויות, ולא רק הרשאת מקבל ייפוי הכח כשליח. ראשית, אכן כפי שטענו הנתבעים – לא הוצג מסמך ייפוי כוח בלתי חוזר על שם הנתבע. ובכל מקרה, הסמכויות שמוקנות למיופה הכח, מוגדרות על פי ההסכם דין, ואת הכתוב בהסכם פירשנו לעיל: אין הוכחה שניתנו זכויות בניה עתידיות או בעלות בגג.

יש להוסיף שהגדרת ייפוי הכח כבלתי חוזר, מתייחס לסמכויות לביצוע הבניה, כאמור לעיל. כך גם בעניין הסמכות להצמיד חלקים ברכוש לאחת הדירות – הסמכות להצמיד דומה לסמכות להוסיף על הבניין, שכאמור במהלך בפק הדין – לא הוכח שהוא מתייחס אל הגג ולבניה עתידית, או לחלופין בעת המכירה לאחרים והרישום בטאבו, מחל התובע על זכויות אלו.

**2. שכירות פועלים** - גם אילו היינו מקבלים את הטענה שזכויותיו הן "שכרו מכל עמלו" – יש לפרש את זכויותיו כפי שאמור בחוזה וכמשתקף מהתנהגותו בשלבים מאוחרים וכמבואר בהמלך פסק הדין. דהיינו, יסוד הזכות ("המחייב" - שכירות פועלים), אינו משפיע על היקף הזכות. היקף הזכות היא כפי האמור בחוזה וכפי שפעלו הצדדים כמפורט לעיל. בנוסף, לא נמצא ביסוס לטענה שמדובר כאן על שכר שנקבע לתובע.



יב. דיון בתביעה הנגדית ובהוצאות משפט

**תביעה נגדית** – כאמור, בית הדין אינו דן במסגרת פסק זה בתביעה הנגדית.

**הוצאות משפט** - לגבי עצם התביעה, דעת בית הדין היא שעמדה בפני הצדדים מחלוקת משפטית סבוכה אותה יש לברר. יתכן מאוד שהתובע סבר באמת ובתמים שהוא שייר לעצמו זכויות בניה. למרות פסיקת בית הדין שסעיפי החוזה אינם מקנים לתובע זכויות אלו, תביעתו היתה מתקבלת על הדעת. לכן, לתובע היתה זכות לברר את הדבר בבית הדין ואין בסיס לחיוב בנוזיקין. משכך, אין גם מקום לחייב את התובע בהוצאות משפט של הנתבעים.

מכל מקום, בנסיבות אלו בהם נגרם לנתבעים הפסד משמעותי של עיכוב בניה לתקופה ארוכה ביותר, בית הדין לא יטיל על הנתבעים חלק מאגרת בית הדין.

**סיכום הדברים: אין צו להוצאות.**

יג. החלטה

1. תביעות התובע נדחות.

אין בסיס לדרישת התובע לקבוע שהוא זכאי כיום לבנות תוספת בניה כלשהי בנכס (גוש 30106, חלקה 152 לשעבר 100), ואף אין לו את הזכות להעביר זכות זו או את הגג לבעלות מי מהדיירים.

2. הנתבעים זכאים לממש את זכותם לבניה, בהתאם לזכויותיהם הרשומות ובהתאם לזכויות החוזיות שלהם עם צדדים שלישיים.

3. אין צו להוצאות.

פסק הדין ניתן ביום שלישי ח' בניסן תשע"ד, 8 לאפריל 2014.

הרב סיני לוי

הרב יוסף כרמל, אב"ד

הרב דניאל מן