

## השפעה של הרחבת דירה או שווי הדירה על החלקים ברכוש משותף – הפרקטיקה והצורך בתיקון חוק

עו"ד (אדריכל) מוטי בניאן

"הוי הבונה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא משפט"  
ירמיהו כב', יג'.

### הקדמה

הרחבת דירה הינה, מן האמצעים הרווחים ביותר לשיפור איכות החיים. מן המפורסמות היא העובדה שמי שמתגורר בדירה של לדוגמא ארבעה חדרים וזקוק לדירה של חמישה חדרים, ההוצאות שיצטרך לשאת במכירת הדירה של ארבעה חדרים ורכישת דירה של חמישה חדרים גבוהות בהרבה מן ההוצאות שאותו בעל דירה אמור לשאת לו ירחיב את הדירה בתוספת של חדר אחד בלבד. מלבד אי נוחות במגורים תוך כדי שיפוצים והרחבת הדירה, בעל הדירה אמור לזכות בסופו של דבר לנחת מדירה שזה עתה הרחיב. דא עקא בפרקטיקה היומיומית אם נתקלים בתופעה שבעלי דירות המרחיבים דירתם בלי שענין זה מקבל כל ביטוי בפנקסי המקרקעין או ברישומים של בית משותף. לא פעם קורה שהדירה הנמכרת הינה כמאה מטר מחובע אך בנסח מקרקעין השטח הרשום הינו לדוגמא שבעים מטר מחובע. במצבים מעין אלו כל עוד תוספת השלושים מטרים המוחבעים נבנתה בהיתר, אז זו בעיה של אי התאמה בין המצב הרישומי והמצב בשטח ובעיקרה טכנית גרידא, ועם תיקון צו בתים משותפים ניתן להתאים את הרשום למצב בשטח. הבעיה מתעוררת כשהתוספת נבנתה שלא על פי היתר ובמקרה כזה הבעיה היא מהותית ונגעת לשורש הענין קרי, חלק משטח הדירה "איום מוכשר" ויש חשש שמא בכלל לא ניתן להכשיר כי אם תכנית בנין עיר לא מאפשרת את תוספת הבניה, אז זה כבר לא ענין של תיקון פנקסי בית משותף אלא שמוש באחוזי בניה שלא קיימים ויש להכשירם. דא עקא, שבמצב החוקי דהיום, ניתן לרשום תוספת בניה אשר נבנתה ללא היתר, בפנקס בתים משותפים באשר לא תמיד תיקון של צו בתים משותפים מותנית בקבלת אשור מהועדה המקומית לתכנון ובניה. כמו כן, בחיי יומיום, נתקלים בבתים משותפים רבים שבהם אין כל קשר בין שטח דירה והצמדותיה לבין חלקים ברכוש המשותף או בהוצאות אחזקה ושיפוצים בבתים, מצב שאינו משביע רצון.

אחוזי בניה – יצירתם ועגונם

מסתבר שהמחוקק באשרו את חוק המקרקעין התשכ"ט – 1969, לא נתן דעתו למושג הקרוי אחוזי בניה או זכויות בניה. פעם ראשונה שחוק המקרקעין משתמש במונח זה הינו בתיקון 18 לחוק המקרקעין סימן ג'1 שהתווסף לחוק האמור תחת הכותרת "שינויים ברכוש המשותף ובזכויות בניה". סימן זה התווסף בכדי לאפשר להעביר חלק מהרכוש המשותף ולהצמידו לדירה כלשהי בבית משותף לצרכי הרחבת הדירה. כאן המחוקק לראשונה צופה פני עתיד וקובע הגדרה ל"זכויות הבניה" כהאי לשנא:

"זכויות הבניה" – זכויות לבניה בבית משותף לפי תכנית בת – תוקף כמשמעותה בפרק ה' לחוק התכנון והבניה".

ייתכן ואין לבוא בטרוניה למחוקק, שלא נתן הגדרה מעין זו כבר בראשית חקיקת החוק.

באותן שנים של סוף שנות ה- שישים כשחוק המקרקעין אושר, איש לא חשב במונחים של בניה לגובה שהיה רווח בעולם הגדול. המחוקק חשב על חוק המקרקעין במובן של קרקע ולא קרקע שניתן ליצור ולייצר מעל הקרקע בדמות של אחוזי בניה רבות נכתב על השאלה האם אחוזי הבניה הינם זכויות במקרקעין ו/או זכויות קנייניות, אך נניח לשאלה זו במסגרת מאמרינו זה ורק נדגיש כי תוצאה של ממוש אחוזי בניה, הינה יצירת נפח מקרקעין הגורם לשוניים לא רק צורניים למקרקעין אלא אף בעלי השלכות קנייניות כמפורט בהמשך.

ניתוק בין "תכנון" לבין "קניין"?

ענין הניתוק או הקשר בין דיני מקרקעין וזכויות קנייניות, הטריד את הפסיקה הישראלית עוד מימי קדם המדינה. רישום כזה יכול להיות סוג של מכשול בפני עוור והעוור הינו אותו אזור תמים המתכוון לרכוש את הדירה והמסתמך על קודש הקודשים קרי נסח המקרקעין מבלי לדעת שנסח זה לא משקף את המצב החוקי שבמקרקעין. ענין זה התעורר בשעתו במלוא החריפות בפסק הדין "אתגר" אשר קבע כי על פי תקנה 50 לתקנות המקרקעין (נהול ורישום)

התשל"ט-1969 אין הכרח כי רשום בית משותף יהיה מלווה באשור שאכן כל החלקים של הבית יהיו בניינים על פי היתר בניה. בפסק-דין "אתגר" הנ"ל נקבע, כי יש נתק בין הליך רישום בית משותף לבין המצב התכנוני.

זהו מצב לא בריא אשר בו, לדוגמה, ניתן לפצל את הרישום בדירת מגורים בבית הרשום כבית משותף ללא קבלת אישור מהרשות התכנונית.

יש להודות שפסק-דין "אתגר" גורם ל"תקלה" חמורה בכל הנוגע לקשר בין לשכת רישום המקרקעין המופקדת על רישום בניינים כבית משותף לבין הרשות התכנונית האחראית על כך כי כל בנייה במדינה תהיה בהתאם להיתר ולפי הדין.

לדוגמה, לצורך רישום בית משותף או רישום פיצול של דירה, אין לשכת רישום המקרקעין חרשת אישור מהרשות המקומית שאמנם כל חלקי הבניין הינם כדין או כי הפיצול נעשה לפי היתר. יוצא כי פלוג יכול לבנות על גג ביתו דירה מבלי שרשויות התכנון יהיו מודעות לכך, ולהשיג הסכמת שכנים ולשנות את הצו ואת התקנון של הבית ולהוסיף את הדירה כתת-חלקה נפרדת בבניין במרשם המקרקעין. הוכש סביר הקונה בתום-לב ואינו מצוי בתחום המקרקעין עלול לשים את מיטב כספו על רכישת דירה כזו בהסתמכות על מרשם המקרקעין מבלי לדעת כי למעשה הוא חכש נכס לא-חוקי. האם זהו מצב רצוי? האין כאן מדיניות הגורמת ומעודדת בנייה לא חוקית?

בארץ יש דירות רבות אשר נרשמו בפנקסי המקרקעין וקיבלו תת-חלקה בצורה כזו מבלי שיש עליהן היתר בנייה כדין.

יש לגרוס כי נכס מקרקעין הוא נכס כשר רק אם הוא כשר מבחינה קניינית וכשר מבחינה תכנונית כאחד. הפרדת שני תחומים אלו אינה מתיישבת עם מדיניות של תקינות זכויות במקרקעין ועל המקרקעין במדינה.

כיום, הדורש לפצל את דירתו הרשומה כתת-חלקה במרשם המקרקעין, כל מה שעליו לעשות מבחינת לשכת רישום המקרקעין, הינו, לבצע תיקון צו בתים משותפים והפיכת הדירה הגדולה לשתי דירות. הפיצול לא דורש כל אישור מהרשות התכנונית כדי שיקבל ביטוי קנייני של שתי תת-חלקות במרשם המקרקעין. לפיצול של דירה אחת לשתיים או שלוש יש היבטים תכנוניים חשובים ביותר. ברי לכול, כי יצירת כל תת-חלקה חדשה בבניין פירושה, יצירת אפשרות של הכנסת משפחה נוספת ונפרדת לתוך הבניין. נשאלות שאלות כגון, האם הבניין על מערכתיו השונות יש לו קיבולת של משפחה או משפחות נוספות? האם יש לבניין "תקן חניה"? האם מקלט הבניין יכול לאכלס משפחה נוספת ועוד כהנה שאלות, בעלות היבט תכנוני טהור שעל הרשות התכנונית לוודא את פתרונו.

במצב הדברים היום, זרוע אחת של המדינה, קרי, משרד המשפטים באמצעות לשכת רישום המקרקעין, מתירה יצירת מצבים אשר זרוע שנייה של המדינה, קרי, משרד הפנים האחראי על תכנון המדינה, היתה אוסרת מלכתחילה.

כמו-כן, בחיי היום-יום אנו פוגשים מקרים רבים של בעלי דירות גג שגג הבניין צמוד אל דירתם ועל הגג יש חדר השייך לדירה והכניסה אליו מתוך הדירה. לעיתים, בעלי דירות כאלו מנתקים פיזית את הגישה מהדירה אל החדר על הגג, מרחיבים את החדר על הגג ללא היתר, פותחים פתח יציאה מחדר המדרגות אל המבנה המורחב שעל הגג וחושמים את הדירה החדשה אשר נוצרה מעל הגג כ"תת-חלקה" נפרדת על-ידי תיקון צו בתים משותפים והוספת יחידה חדשה.

הרוכש בתמורה ובתום-לב המתעניין בדירה החדשה מעל הגג והמסתמך על נסח לשכת רישום המקרקעין, צריך להיות מצויד במומחה המכיר את האזור ואת תנאי אישורי הבנייה באזור כדי לדעת שהמדובר בדירה שאמנם רשומה במרשם המקרקעין, אך למעשה המדובר בדירה ללא היתר בנייה. אפילו אנשי מקצוע כגון עורכי-דין אשר אינם מעורים ברי תכנון ובנייה ודיני מקרקעין, יכולים להיכשל באבחנות דקות אלו.

למרבה הצער, פסק-הדין "אתגר" לא הביע כל הסתייגות מהמצב הנוכחי שבו יש נתק בין שני מישורים אלו. נתק זה פירושו כי ניתן להביא לרישום בנייה שהיא לא חוקית, בפנקסי המקרקעין הרשמיים של מדינת ישראל כיוון שכל מה שנדרש הוא כי הרישום ישקף את הבנייה הקיימת בשעה שהרצוי הוא כי הרישום ישקף בנייה חוקית בלבד.

חוסר דרישה מצד רשות קניינית כגון לשכת המפקח על רישום מקרקעין לקבל אישור של רשות תכנונית, הינה צד שני של אותו מטבע של חוסר דרישה מצד רשות תכנונית כגון ועדה לתכנון ולבנייה להיווכח על הזכות הקניינית, עניין הגורם לבעיות במישור האזרחי.

לדעתנו היה טוב לו התערב המחוקק בעניין זה וקבע את ההדדיות ואת התלות של שני מישורים אלו בשל חשיבותם בחיי היום-יום.

אם המחוקק אינו ער לכך, לא בחר מדוע בתי-המשפט אינם מגלים ערמת, וכמדיניות משפטית וכאמצעי לחנך את הציבור, אינם מקטים את שיטת פסק-הדין "אייזן", ובכך מונעים ממי שרק מורא השלטון עליו ולא מורא זכויות אחרים לנצל חולשת אחרים המנסים להשתלט על מקרקעין של אחרים.

לאור האמור לעיל, יש להתפלל, עם כל הכבוד, על הקביעה שבפסק-הדין בעניין "יוסף מור". בפסק-דין זה נקבע כי לפי תקנה 2א לתקנות תכנון בנייה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות), בקרקע שבבעלות מספר שותפים מספיקה חתימה של אחד מהבעלים לצורך קבלת היתר בנייה.

הלא יש ספק בליבו של מאן דהוא שהמבקש לקבל היתר בנייה, עושה זאת כדי לבנות?

על איזו קרקע הוא יבנה? המקרקעין אינם שייכים לו בלבד ובוודאי שאינו יכול לבנות אלא בהסכמת כולם, אלא-אם-כן זהו סוג של בנייה אשר לא תפריע לאחרים לעשות שימוש דומה וזאת כקבוע בסעיף 31(א) לחוק.

השימוש (הלא נכון לדעתנו) אשר נעשה בפסק-דין "יוסף מור", ובפסקי-דין אחרים מוכיח כי ניתוק גורף בין דיני קניין לבין דיני תכנון ובנייה מביא נזק.

כוונתנו לדוגמה לפסק-הדין בעניין "ועדה מחוזית חיפה" שבו נאותה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה לתת היתר בנייה לדייר אשר רצה לבנות מרפסת, כאשר לא היו בידו חתימות שלושה רבעים מבעלי הדירות המחזיקים שני שלישים לפחות מהרכוש המשותף.

כידוע, תיקון מס' 18 לחוק המקרקעין כמופיע בסעיף 71ב לחוק המקרקעין בא למנוע סחטנות או התנגדות לא-סבירה של דיירים בבית משותף בעניין בניית תוספת ברוכש משותף.

עד לתיקון זה, לדוגמה, בעל דירה בקומה העליונה בבית משותף החפץ לבנות על הגג שהינו רכוש משותף, היה זקוק להסכמה של 100% מהדיירים כדי להצמיד את הגג המשותף לדירתו. לעיתים נוצר מצב שבו לפי תוכנית בנין עיר, היחיד היכול לנצל אחוזי בנייה נותרים הינו בעל הדירה בקומה העליונה כיוון שהתוכנית מאפשרת רק בניית תוספת על הגג, אך בעל הדירה בקומת קרקע היה מתנגד ללא סיבה מוצדקת והגיוינית בבחינת "אני לא נהנה" גם אתה לא תהנה".

כדי להקל במשהו במצב בלתי-סביר זה, שחרר המחוקק בעל דירה כזו בקומה עליונה מעול הסכמת 100% מבעלי הדירות, וקבע כי אם ההצמדה של הרכוש המשותף תשמש לצורך הרחבת הדירה, די לבעל דירה כזה לקבל את הסכמתם של שלושה רבעים מבעלי הדירות המחזיקים שני שלישים מהרכוש המשותף, מעין "קוורום" חוקי.

והינה בפסק-הדין "ועדה מחוזית חיפה" למבקש ההיתר לא היו חתימות של שלושה רבעים מן הדיירים המחזיקים בשני שלישים מהרכוש המשותף. ועדה מקומית נאותה לתת את ההיתר בשעה שוועדת ערר מחוזית קבעה שאין לתת היתר כזה היות שאין לדייר זכות להגיש את הבקשה להיתר.

בית-המשפט המחוזי קיבל את עמדת הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, וקבע כי על הוועדה המקומית להיות מונחת רק לפי שיקולים תכנוניים ושיקולים קנייניים שישקלו בבוא העת בערכאה מתאימה, קרי, בבית-המשפט. בית-המשפט החיל את הלכת "יוסף מור" ללא כל אבחנה.

רק סגן הנשיא ד"ר ד' בין, בדעת מיעוט, טען כי אין לדון בבקשה להיתר אשר לא נחתמה על-ידי מי שחתימתו דרושה על-פי תקנה 2א לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר תנאים ואגרות), כך שלא נתמלאו התנאים הנדרשים במישור הקנייני המהותי אשר בסעיף 71ב לחוק המקרקעין.

לדעתנו, עמדת הרכב בפסק-דין זה התעלמה מכך שבחקיקת סעיף 71ב לחוק המקרקעין אמר המחוקק מפורשות את דעתו בעניין בנייה ברכוש משותף.

המחוקק למעשה קבע מהו ה"קוורום" החוקי לצורך הצמדה ובנייה.

סעיף 71ב הינו הוכחה חותכת לקשר ההדוק בין דיני קניין לבין דיני תכנון ובנייה, בבחינת אין לך זכות לבנות אלא אם כן תשיג הסכמה של בעלי זכות קניינית במקרקעין.

בפסק-דין "יוסף מור" דובר על חלקה במושאע. גם אם ניתן להבין את פסק-דין "יוסף מור", יש לאבחן אותו בכל הנוגע לבית משותף. פסק-דין "ועדה מחוזית חיפה" מתעלם לחלוטין מהוראות סעיף 56א(א) לחוק המקרקעין המוציא את הוראות סעיף 31א(א)(1) לחוק המקרקעין בעניין שימוש בקרקע במושאע תוך מתן אפשרות שימוש לאחרים. בפסק-דין בעניין "יוסף מור", יכולנו בדוחק לתרץ את תוצאות פסק-הדין על-ידי הוראת סעיף 31א(א)(1) לחוק המקרקעין הקובע, כי באין קביעה אחרת כל שותף יחיד רשאי: "להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר."

אך כאמור לעיל, סעיף 56א(א), מוציא את הוראת סעיף 31א(א)(1) מהתחולה על בית משותף. כלומר, בכל הנוגע לשימוש ברכוש משותף והצמדה של רכוש משותף יש לנהוג ביתר זהירות, דבר שלמרבה הצער לא נעשה בפסק-דין "ועדה מחוזית חיפה". אחרת, כל בעל דירה בבית משותף יכול להגיש בקשה להיתר ברכוש משותף, ועל העירייה לתת לו היתר אם העניין תואם תוכנית בנין עיר החלה על הבניין, ובבוא הזמן הדיירים יתדיינו בבית-משפט על הזכות הקניינית!

האם הלכה זו משרתת מדיניות משפטית וציבורית נאותה? ספק רב.

בהקשר לכך מן הראוי להזכיר את פסק-הדין "אליאס" שבו ביקש אחד מדיירי בית משותף לבנות תוספת למרפסת חיצונית כשהיו לו הסכמות של תשע מתוך עשר דירות שבבנין.

בית-משפט השלום נתן צו הריסה בשל העובדה כי מבקש ההיתר לא קיבל את הסכמת כל הדיירים. בית-המשפט המחוזי הכשיר את הבנייה, ואילו בית-המשפט העליון הורה על הריסת התוספת. במה הועיל מתן הכשר תכנוני למבקש ההיתר במקרה של אליאס הנ"ל? ממילא מצא עצמו בבית-המשפט מתדיין על עצם זכותו לבנות. מדוע לא להקדים את הדיון הקנייני או לפחות התייחסות קניינית לדיון התכנוני?

לדעתנו, בכל מקום שבו מבקש ההיתר לא יכול להראות זכות במקרקעין שהינה ללא מתחרים שיש להם לפחות זכות מעוגנת בחוק ובמסמכים מהימנים, אין לדון בבקשתו במתן היתר בנייה.

יודגש כאן, כי יש להבחין בין בלעדיות בזכות במקרקעין לבין בלעדיות בזכויות בנייה. כשלדירת גג מוצמד הגג, אין משתמע מכך כי זכויות הבנייה גם כן צמודות לדירה זו. עם זאת די בכך כי מבקש ההיתר מוכיח כי זכותו בגג בלעדית, כדי לקבל היתר בנייה על חלקו באחוזי הבנייה, אלא אם כן בתקנת הבית גם אחוזי הבנייה של הבניין הוקצו לדירה זו בלבד.

דוגמה נוספת של פסיקה המעוררת התלבטות רבה בעניין "הצידוק" לאי-התחשבות בשיקולים קניינים בבקשות להיתר בנייה, הינה בעניין "למברג" שם העותרים הם בעלי דירה בבנין אשר טרם נרשם כבית משותף. העותרים ביקשו היתר בנייה לבנות על גג דירתם כשהגג היה רכוש משותף ובכל אופן היתה מחלוקת אם הגג שייך להם. המשיבים התנגדו למתן היתר, וטענו כי עדיין הבניין לא רשום כבית משותף, וכי לטענתם לא ברור למי שייך הגג ואחוזי הבנייה, אופן חלוקתם ועצם זכות העותרים לבנות כלל על הגג השייך להם. יודגש כי במקביל להליך שהתקיים בוועדה מקומית, התקיים הליך בבית-משפט אשר דן במחלוקת הקניינית בין הצדדים, אך המחלוקת טרם הוכרעה שם.

הוועדה המקומית נאותה לתת היתר בנייה לעותרים, ואילו ועדת ערר מחוזית בירושלים ביטלה את החלטת הוועדה בטענה כי לדעת הוועדה המחוזית יש לדחות את הבקשה להיתר בנייה לא רק כאשר בחר ונעלה מכל ספק כי המבקש אינו בעלים של הנכס אלא גם כאשר בחר כי יש מחלוקת אמיתית וממשית לגבי הזכויות בו.

בית-המשפט המחוזי בירושלים הפך את החלטת ועדת ערר וקבע כי רק כאשר בחר לגמרי כי למבקש ההיתר אין זכויות כלשהן

במקרקעין, רק אז ניתן לומר כי על ועדה תכנית לסרב לתת היתר.

בפסק-דין "למברג" התייחס כב' השופט עזרא קמא גם לפסק-דין בעניין "הוועדה המחוזית חיפה", אשר שם בית-המשפט גם כן קבע כי על הוועדה התכנית לשקול שיקולים תכנוניים אך באותו פסק-דין כב' השופט ביין, בדעת מיעוט, קבע כי על הוועדה גם לשקול שיקולים קנייניים.

כב' השופט עזרא קמא בעניין "למברג" לא קיבל את הטענה כי מתן היתר בנייה במצבים שבהם זכויות קנייניות שנויות במחלוקת, עלול להיות "מלאכת סרק", וקבע כי למבקש היתר הבנייה יש הזכות כי אם יינתן לו ההיתר, ויינתן לאחר מכן נגדו צו מניעה והצו יוסר, הוא יוכל להתחיל בבנייה ובאופן מיידי.

לדעת כב' השופט קמא "טעמים של מדיניות משפטית ראויה מחייבים קביעה פרשנית לפיה כאשר יש מחלוקת אמיתית לגבי הזכויות הקנייניות בנכס, יש להטיל על המתנגדים את הנטל להוכיח את היעדר הזכויות המתאימות של המבקש. לשם כך יש להפנות את המתנגדים למתן היתר בניה לבית-המשפט המוסמך, ואין להפנות את המבקש לשם".

מכאן הוסק כי כאשר יש מחלוקת של ממש לגבי הזכויות הקנייניות בנכס – ועדות התכנון אשר דנות בבקשת היתר הבנייה לגופא – אינן עושות מלאכת סרק כלל ועיקר – ולכן העתירה התקבלה, בוטלה החלטת ועדת הערר, והוחזרה על כנה החלטת הוועדה המקומית.

כב' השופט עזרא קמא המשיך וקבע כי האמור לעיל לא יתקיים במקרים שבהם הוכח ולמעלה מכל ספק כי אין למבקש ההיתר זכויות קנייניות בנכס, כי לפי הלכת בית-המשפט העליון רשות מינהלית או רשות שיפוטית או מעין שיפוטית – אינה צריכה לעשות מלאכת סרק.

לעומת פסק-הדין בעניין "למברג" כב' השופטת י' צור מבית-המשפט המחוזי בירושלים בעניין "אורי שרף" הביעה עמדה אשר תמכה בגישת כב' השופט ביין בעניין "ועדה מחוזית חיפה", אך השאירה את השאלה בצריך עיון כיוון שמצאה בבקשה להיתר ליקויים אחרים מלבד בעיית הזכות הקניינית וחתומת כל השכנים.

אימוץ פסק-דין "אייזן" הנ"ל יכול למנוע תקלות ודיונים מיותרים לרוב בוועדות תכנוניות למיניהן המקדישות זמן יקר לדיון במתן היתרים שלאחר מעשה אינם מיושמים בשטח בשל הוצאת צווי מניעה על רקע קנייני.

אין זאת אומרת שלא ייתכנו מצבים שבהם יינתן היתרי בניה לאנשים עם זכות קניינית וללא עוררין ובכל זאת יהיו התדייניות על רקע תכנוני, אך זהו מצב שונה לגמרי.

בהחלט לגיטימי כי קבלת היתר בניה על-ידי פלוני תהיה בה כדי להזיק לאינטרס תכנוני של אלמוני אך הדיון הינו תכנוני גרידא בלא לערב בעיות קנייניות.

במסגרת זו בהחלט ניתן לשקול שיקולים של שימוש בתום-לב בזכות קניינית כפי שעלה בעניין פסק-דין "רוקר", אשר שם נותח מצב אשר לפי הנטען, המתנגדים משמשים שלא בתום-לב בזכותם להתנגד לבניית השכן ברכוש המשותף וזאת לפי סעיף 14 לחוק המקרקעין.

מקומו של הדיון בתום-לב או שלא בתום-לב בשימוש בזכות קניינית הינו בית-המשפט, אך אין זה אומר שוועדה תכנונית רשאית להתעלם מכך כי למבקש ההיתר אין הרוב הדרוש.

עם זאת יש להדגיש כי אי-מתן היתר לא מונע ממבקש ההיתר לפנות לבית-המשפט כדי שזה אולי ירכיב לו את ה"קוורום" על-ידי שיקבע שמתנגד פלוני נגוע בחוסר תום-לב ויש להתעלם מהתנגדותו. זו מלאכה של בית-המשפט ולא של ועדה תכנונית. במצב זה בית-המשפט נדרש לדון בבעיה תכנונית ולא בבעיה קניינית תכנונית, ולכן ישקול שיקולים תכנוניים טהורים ולא קנייניים.

לדעתנו, יש לסייג ולאבחן פסק-דין אשר באופן גורף ניתקו כל קשר בין זכות קניינית לבין דיני תכנון ובנייה. אמנם ניתן לנתק קשר זה, אך לא כך הוא הדבר בטגע לדיני קניין ודיני תכנון ובנייה. המשל בעניין העגלה, הסוסים והעגלון מתאר נכונה את הקשר ההדוק בין שני מישורים אלו, קשר שאינו קיים בין דיני מיקין ודיני תכנון ובנייה.

אמנם תקנה 2ג לתקנות תכנון ובנייה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות) קובעת:

"(ג)... החלטת הוועדה המקומית תונחה על-ידי שיקולים תכנוניים הנטבעים מהוראת החוק והתקנות לפיו ועל-פי אלה בלבד."

אך אין לדעתנו סתירה בין האמור והמוצע על-ידינו כיוון שאלו אינם מישורים הזרים זה לזה. דיני תכנון ובנייה ודיני קניין הם בבחינת שני צדדים של אותו מטבע, וניתוקם הינו מלאכותי ואינו משרת כל מדיניות משפטית וציבורית ראויה.

לנאמר לעיל השלכה גם בעת רישום בית כבית משותף.

כידוע בעת רישום של פיצול דירה בבית משותף או רישום דירות שהבעלות בהן הינה לבעלים אחד, אין צורך באישור הרשות המקומית.

מצב זה עלול לגרום לכך, כי דירה שנוצרה מתוספת בנייה בלתי-חוקית של דירה אחת, תירשם כיחידה נפרדת בלשכת רישום המקרקעין. לדוגמה, בעל הדירה יבנה חדר על הגג, ולימים ינתק את הקשר הפיזי בין הדירה המקורית לחדר שנבנה, והחדר ותוספת בנייה כלשהי יהפכו להיות דירה עצמאית. רישום של דירה כזו כתת-חלקה בלשכת רישום המקרקעין, כמוה כהשמת מכשול בפני עיוור. קונה סביר המוודא את זכויותיו של המוכר בפנקס בתים משותפים, לא יעלה על דעתו, כי הדירה הנרכשת שאמנם רשומה בפנקסי המקרקעין של המדינה, הינה בלתי-חוקית.

רשום בית משותף רק כשהחלקים רשומים על פי היתר ו/או תוך רשום הערה בפנקסי מקרקעין לגבי הבניה שלא כדין.

מצב אבסורדי זה שוב מובע מאותו רצון לבדד את ההיבט הקנייני מההיבט התכנוני אשר אנו מלינים עליו. השאלה האם רשות מקומית רשאית לעכב רישום בית משותף בשל בנייה בלתי-חוקית, זכתה לדעתנו למענה הולם בפרשת "רחל שוורץ" בפני כב' השופט מרים אור.

בעניין שוורץ הנ"ל, העותרים הינם בעלי שתי חלקות צמודות. שתי החלקות הינן צרות וארוכות. בשל בעיה זו העדיפו העותרים לשלב את בניית היחידות כך שכל דירה מחלקה אחת גלשה אל תוך החלקה השנייה ומעל הדירה בחלקת השכן.

יודגש, כי לפי היתר בנייה שהמשיבה נתנה לעותרים, היה אמור כל בעל חלקה לבנות על חלקתו, כשבין הדירות של שתי החלקות היה אמור להפריד קיר. כלומר כל דירה בחלקה נפרדת.

ואילו בדירות כפי שנבנו על-ידי העותרים, לא היה קיים הקיר המפריד, והבנייה נעשתה שלא על-פי ההיתר המקורי.

לימים ביקשו העותרים לרשום בניין זה כבית משותף אחד. הרשות המקומית סירבה לתת אישור וטענה כי הבניין נבנה בניגוד להיתר, ועל כן אין לרשום אותו כבית משותף אחד.

העותרים עתו נגד החלטת המשיבה. השופטת נאור דחתה את העתירה של העותרים.

השאלה אשר נידונה בפסק-הדין, סבה סביב פרשנות תקנה 50 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התשכ"ט-1969. תקנה זו דורשת כי למסמכים של בית משותף יצורפו, בין היתר, "תשריט הבית, מאושר על-ידי הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, או תשריט אחר הנותן, להנחת-דעתו של המפקח, תמונה נאמנה של הבית ודירותיו."

העותרים טענו כי די בכך כי התשריט משקף את המציאות, ולעניין זה אין חשיבות האם הבניין בהתאם להיתר. כב' השופטת נאור קבעה כי "אין להיענות לבקשה לרישום בית שלא על-פי ההיתר שניתן על יסוד תשריט שיש בו שיקוף המציאות בלבד."

פסק-דין זה נוקט גישה שונה ממה שנקבע בשעתו על-ידי כב' הנשיא שמגר בעניין "אתגר" כאמור לעיל, אשר קבע בשעתו כי קיים נתק בין הליכי רישום בית משותף לבין הליכי תכנון, ושני מישורים אלו אינם תלויים זה בזה.

כב' השופטת נאור העדיפה את פרשנותו של כב' השופט זילר על פסק-דין "אתגר" כפי שבטא בעניין "אפטר" אשר קבע כי "חזקה על המפקח שדעתו תתחם כשהתשריט שיוגש יתאים את הוראות התכנון."

ייתכן כי פסק-דין זה הוא תחילתו של שינוי המדיניות המשפטית של בתי-המשפט. פסק-דין זה, המחייב תיאום בין הליך רישום בית משותף (הליך קנייני) לבין הליך היתר בנייה (הליך תכנוני), יש בו הצדקה רבה.

הדעת אינה סובלת, כי בנייה ללא הכשר תכנוני תירשם בפנקס רשמי של מדינת ישראל ובכך תקבל מעין הכשר בעיני הבריות. כיום ניתן לפצל דירה לשתי דירות ולרשום אותן כשתי יחידות נפרדות בבית משותף קיים, גם אם הפיצול ללא היתר או בניגוד לתוכנית בניין עיר, והעיקר שבעלי הדירות בבנין הסכימו לכך.

אין לשכוח כי בפסק-דין "שוורץ" הנ"ל, נכנסה העירייה בדלת האחורית. במקרה של שוורץ אם הבעלים של הדירות היה אדם אחד אשר בונה על החלקה אך בניגוד להיתר, לא היה נדרש להביא אישור עירייה וכך היה מצליח לרשום את שתי היחידות עם החריגה כבית משותף.

הסיבה היא כי כאשר הליך רישום הבניין כבית משותף נעשה כשיש רק בעלים אחד, אין חשש לביצוע עסקאות בסתר בין בעלי הדירות, ועל כן אין צורך באישור מס.

לעיתים רישום בית משותף או תיקון צו בתים משותפים ללא אישור הרשות המקומית, יש בו כדי לגרום להכשלת הציבור.

לדעתנו, מדיניות משפטית ראויה צריכה לעודד כי המצב הקנייני ישקף מצב תכנוני כשר, וההפך. אחרת יהיו מקרים, שלדוגמה, דירה תירשם כתת-חלקה בבית משותף, בשעה שמבחינת תכנון ובנייה אין הכשר לדירה כזו.

וכן, לא רק מקום שמבקש ההיתר לא מסוגל להוכיח זכות כלשהי במקרקעין, הוועדה התכנונית צריכה להימנע מלדון בבקשתו, אלא גם מקום אשר זכותו של המבקש אינה בלעדית או אינה ללא עוררין, וזאת לפי מסמכים מהימנים כגון נסחי רישום מקרקעין ותקנונים ו/או חוזים שנעשו כדון, על הוועדה התכנונית להפנות את מבקש ההיתר לבית-המשפט ולא כפי שבפסק-דין בעניין "למברג" הפנה את המתנגדים לבית-המשפט.

התנגשות מובהקת בין דיני התכנון והבנייה לבין האינטרס הקנייני מצויה בכל הקשור בניצול זכויות בנייה בבית משותף, נושא שעוד נדון בו בהרחבה בהמשך.

השפעת הרחבה על חלקים ברכוש המשותף

אך להרחבת הדירה יש השלכה על מרשם המקרקעין לא רק בהיבט של תוספת שטח של דירה אלא יש לענין זה חשיבות גם לגבי החלקים של אותה דירה לאחר הרחבה, ברכוש המשותף ונשאלת השאלה האם תוספת בנייה גורמת לשינויים בחלקים ברכוש המשותף?

השאלה מתעוררת לאור העובדה כי בבניינים רבים בארץ מתבצעות תוספות בנייה אך הן לא באות לידי ביטוי במרשם המקרקעין.

הבעיה קיימת בשני מישורים. מישור אחד הינו המישור הרישומי של שטח הדירה עצמו שישקף נאמנה את המצב בפועל. המישור השני הינו החלקים ברכוש המשותף לאחר ביצוע תוספת בנייה.

בשני המישורים הללו הדיון שלנו מבוסס על ההנחה כי תוספת בנייה נעשתה לפי היתר בנייה כדון, ואין כאן ניסיון להכשיר בדלת האחורית ועל-ידי מרשם המקרקעין בנייה לא-חוקית.

במישור הראשון, לגבי שטח הדירה העניין פשוט, והוא כרוך בתיקון צו בתים משותפים.

במישור השני, נשאלת השאלה, האם הגדלת שטח דירה גם פירושה הגדלת חלקים ברכוש המשותף של אותה דירה? טול לדוגמה בניין שבו שש דירות השוות בגודלן, ולפי תוכנית בניין עיר ניתן להרחיב את כל הדירות לצדדים וביחס שווה לגודלן. אם רק אחדים מבעלי הדירות ירחיבו את דירותיהם, הם לא יהיו זכאים בעקבות כך להגדיל את אחוזי הבעלות שלהם ברכוש המשותף. הסיבה היא כי בעלי דירות אחרות אשר לא הרחיבו דירותיהם, יהיו רשאים לעשות, ואז שנית כל הדירות יהיו שוות בגודלן. אך בהחלט ייתכן מצב שבאותו בניין ניתן לבצע הרחבות ותוספות בנייה רק בגג, ורק שתי דירות הגג יכולות לבצע

הרחבות. ייתכן גם מצב שבו בדוגמה הראשונה שתי דירות הגג יכולות לבצע תוספות בנייה לא רק לצדדים (כשאר הדירות) אלא בנוסף גם לגובה, כלומר, בכל מצב, שתי דירות הגג יהיו בעלות תוספת בנייה גדולה יותר מיתר הדירות. במצב דברים זה, המפתח לשינוי החלקים ברכוש המשותף צריך להיות הגודל הפוטנציאלי של כל דירה ודירה כולל ההרחבות שניתן לבצע לפי תוכנית בנין עיר החלה על האזור.

באופן זה, בבנין שכל ההרחבות הינן שוות, אין צורך בשינוי בחלקים ברכוש המשותף, ואילו בבנין אשר ההרחבות הן בגדלים שונים, וזאת כולל מוציאו פוטנציאלי של תוכניות בנין עיר, יש לשנות את הצו ואת תקנון הבתים המשותפים רק אם אותם בעלי דירות גג משתמשים בפוטנציאל התכנוני שהינם מעבר למשותף לכל הדיירים.

קרי, אם באותו בנין ניתן לבצע הרחבות בכל הדירות (כולל דירת גג) בצדדים, ובדירות הגג ניתן לביצוע הרחבות גם בגג, כל עוד דירות הגג מבצעות הרחבות רק בצדדים כדוגמת יתר הדירות, אין לבצע שינוי בחלקים ברכוש המשותף, אך אם בעלי דירות הגג יבצעו הרחבות תוך ניצול הפוטנציאל העודף שלהם, מעבר למה שיתר הדירות היו יכולות לבצע, קרי, יבנו על הגג, יש לחייב שינוי בחלקים ברכוש המשותף.

לדוגמה, אם כל הדירות בבנין יכולות להרחיב 20 מטרים מחבטים ושתי דירות גג יכולות נוסף ל-20 המטרים המרובעים האלה להוסיף עוד 12 מטרים מרובעים בגג, רק כאשר בעלי דירות הגג יבנו הרחבה ביותר מ-20 מטרים מרובעים, יצטרכו לשנות את התקנון הנוגע לביתים המשותפים ובכך לשנות את החלק היחסי ברכוש המשותף.

לדעתנו בענין זה אין הבדל אם 20 המטרים המרובעים הראשונים של דירת הגג נוצלו בגג או בצדדים, בכל מקרה רק מעבר ל-20 המטרים המרובעים הראשונים יש לשנות את החלקים ברכוש המשותף.

כל פתרון אחר יגרום לכך, לדוגמה, כי שתי דירות הגג יגדילו את גודלן (ולא פעם הגדלות אלו מכפילות את שטח הדירות) והענין אינו מקבל ביטוי בחלקם של בעלי הדירות ברכוש המשותף. לאחר ההרחבה מתבקשים בעלי דירות אלה (ובצדק) להגדיל את חלקם בהוצאות הרכוש המשותף. יתרה מזו, לא פעם נאלצים בעלי דירות אלו לשלם לבעלי הדירות האחרים "תמורה" בעד הסכמתם של בעלי יתר הדירות לבנייה על הגג.

במקרים לא מעטים בעלי דירות הגג מראש שילמו תמורה גבוהה יותר מיתר בעלי הדירות, ובכך למעשה רכשו את הזכות לבנות על הגג, ועל כן אין כל סיבה שחלקם ברכוש המשותף לא יגדל.

סיבה נוספת לשינוי החלקים ברכוש משותף הינה במקרה של הריסת הבנין שאז תהיה אפשרות לדעת מהם החלקים במושאע שיהיו לכל בעל דירה. המפתח בענין זה אינו אלא בחלקים ברכוש המשותף שהיו שייכים לדירה לפני הריסת הבנין.

דירה שהגדילה את שטחה כדין ולפי היתר, חזקה שגם שילמה תמורת ההגדלה. במקרה של הרס הבנין היא זכאית לאותו חלק יחסי שהיה לה ברכוש המשותף לאחר ההרחבה ולפני הריסת הבנין.

יהיה אשר יקשה ויאמר כי שינוי בחלקים ברכוש המשותף בגלל בנייה יכול לעוות את המצב. ניטול מקרה של בנין של שתי קומות הרשום כבית משותף ובכל קומה דירה אחת. נניח כי החלק ברכוש המשותף של כל דירה ברכוש משותף הינו מחצית. והינה העירייה מאשרת בנייה של שתי קומות נוספות וכי בתקנון הבית רשום כי הגג צמוד לדירה שמעל וכי בעל דירה זו יכול לבנות ולנצל אחוזי בנייה. בדרך זו החלק היחסי של הדירה התחתונה הולך וקטן. אם העירייה תאשר קומות נוספות, תמיד תהיה הדירה התחתונה במצב שחלקה ברכוש המשותף יהיה זעיר.

הפתרון מונח בשאלה כיצד יש לפרש הוראה בתקנון המאפשרת לבעל דירת גג לנצל אחוזי בנייה.

לדעתנו מקום שיש הוראה פוזיטיבית האומרת כי בעל דירת גג יכול לנצל כל סוג של אפשרות בנייה וככל שהעירייה תאשר, אין מנוס מלקבוע כי אמנם חלקי הדירות האחרות יילכו ויקטנו כי לא סביר כי יתווספו דירות אחרות בבנין, וכל הדירות הנספחות לא יקבלו ביטוי בחלקים ברכוש המשותף. **או שיתחלקו עם החלקים של אותה דירה שיש למרחיב.**

מי שנתן את דעתו, בעת עריכת התקנון, כי בעל דירת גג יכול לבנות "ככל העולה על רוחו", נתן גם את דעתו או צריך היה לתת, כי בכך למעשה "הפקיר" את חלקיו בבית המשותף. רק הוראה מפורשת אשר לפיה תוספת בנייה לא תגרום לשינוי בחלקים ברכוש המשותף, יכולה למנוע תיקון החלקים ברכוש המשותף. אך במקרה זה ייווצר עיוות אחר. יבנו דירות נוספות, כשסך כל החלקים שלהם ברכוש המשותף יהיה דומה לדירה שלא הורחבה, ובמקרה של חלוקת הוצאות בבית המשותף, הדיירים ימצאו עצמם מתווכחים על המפתח לחלוקת ההוצאות.

אם הוויכוח הוא על שטח הדירות, מדוע השטח לא משתקף בחלקים ברכוש המשותף? ואם הוויכוח הוא על חלקים ברכוש המשותף, מדוע מספר דירות ביחד ישלמו כפי שמשלם בעל דירה אחת?

יש כאן למעשה "מעגל שוטה" שהדרך לפתרון הינה מתן ביטוי להגדלות ותוספות לא רק בתיקון שטח הדירות אלא גם בתיקון חלקים ברכוש המשותף.

עם זאת, אם יש בנין שכל בעל דירה בו יכול להרחיב את דירתו לצדדים, ורק חלק מהדירות הרחיבו, אין לשנות את הרישום בחלקים ברכוש המשותף, אך יש לשנות את החלקים בנשיאת הוצאות בבית המשותף. מצב זה אמנם לא מאוזן, אך עם זאת אין טעם לשנות את החלקים ברכוש משותף כי ממילא כאשר הדירות האחרות יבנו את התוספות, שוב הכול יחזור להיות כבעבר בהתאם ליחסים הקודמים.

במצב בו אחד מבעלי הדירות יכול לבצע הרחבת דירה בשטח גדול יותר ממה שיתר הדירות יכולות לבצע, כלומר, ברוח כי ככל שהדירות יורחבו עדיין יהיו דירות שהרחבתן תהיה גדולה יותר, יש לתת ביטוי לתוספת זו גם בחלקים ברכוש המשותף, וזאת כשהתוספת הזו אמנם תיבנה.

כידוע לצורך רשום בית משותף יש לקבוע בתקנון את החלקים שיהיו מוצמדים לכל דירה ודירה. לענין זה חישובת גדולה לצורך חלוקת הוצאות השוטפות של בית משותף כמו כן במידה והבית יהרס, חלקים אלו מהווים מפתח להקמת בית חדש וחלוקת

הבנין החדש.

כשהבנין נבנה על ידי קבלן אחד ושטחי הדירות ידועים מראש לכל הדיירים, הבעיה פחות אקוטית. במקרים אלו בדרך כלל, הקבלן בהסכם רכישה, מציין גם את החלקים ברכוש המשותף לצורך הוצאות וכו' כך שהמחלוקות בענין זה בין הדיירים פוחתות.

אך המצב שונה, כשהמדובר במבנה צמוד קרקע אשר לא נבנה בבת אחת, אלא נוצר כתוצאה של הרחבות כאלו ואחרות במהלך השנים על ידי הדיירים וכעת כשהדיירים מבקשים לרשום בית משותף, לפתע מתגלות מחלוקות איך לחשב את החלקים של הדירות ברכוש המשותף.

כזה היה המקרה שהוכרע בבית המשפט העליון בענין "סטחלוביץ" שנדון בפני הרכב א. ריבלין, א. רובינשטיין י. דנציגר. בענין סטחלוביץ, המערערים היו רשומים במינהל מקרקעי ישראל כחוכרים של שתי יחידות והמשיבים בעלי זכות חכירה ביחידה מספית. לצורך היוון זכויותיהם במינהל מקרקעי ישראל, המערערים שלמו עבור שתי יחידות ובמשך השנים הצדדים הרחיבו את דיחותיהם. כעת כשניגשו הצדדים לרשום בית משותף התגלעה במחלוקת איך לחלק את הרכוש המשותף ולפי איזה יחס. בית משפט קמא קבע כטענת המשיבים כי יש לחלק לפי שטח רצפה של דירות הצדדים כולל ההרחבות שנעשו לפי היתר ביחס לשטח רצפה שלוש שלוש הדירות.

המערערים בקשו כי יש לקבוע ענין זה לפי יחס של שניים לאחד, כי למערערים במקור 2/3 מזכויות החכירה בחלקה כולה ואין חשיבות כמה כל אחד בנה בחלק שלו.

בית המשפט העליון קיבל את הערעור והשופט רובינשטיין שנתן את פסק הדין העיקרי ויתר השופטים הסכימו עמו, קבע כי את הפתרון יש לגזור מהזכויות הקנייניות במקור ולא לפי השאלה כמה כל אחד הרחיב ובנה במשך השנים.

אם לדוגמא, שניים רוכשים חלקה בשלמות כשהאחד בעלים של שישים אחוז והשני ארבעים אחוז, אך השותף הזעיר בונה בית גדול יותר ואלו השותף הבכיר לא מנצל את זכויות הבניה עד תום ולכן בונה בית קטן יותר, אין זה צריך להשפיע על החלקים ברכוש המשותף.

השופט רובינשטיין קובע כי:

"חוזי החכירה המקוריים התייחסו לשלושת החוכרים כבעלי חובות – ומסתבר אפוא שגם זכויות – שוות ברכוש המשותף. דהיינו, המחכירה התייחסה לכל אחת מהיחידות כבעלת זכויות שוות ברכוש המשותף. בסופו של דבר הועברה החכירה בשתי יחידות למבקשים (ולכך ביטוי מסוים גם בנסח שצורף לבקשה). אם נניח שחוזי חכירת המשנה המתייחס ליחידת המשיבים היה זהה לשני החוזים שלפנינו, יש לכאורה בסיס לטענה כי למבקשים 2/3 מזכויות החכירה ברכוש המשותף".

כב' השופט רובינשטיין מסיק מהעובדה כי גודל המקורי של שלוש היחידות כמעט זהה, והמערערים שלמו בפועל דמי היוון עבור שתי יחידות כי אכן במקור הזכויות חולקו לפי 2:1. כב' השופט רובינשטיין מנצל הזדמנות זו וגם מביע דעתו בענין עקרוני של הצורך בלרשום בית משותף, רק את אותם חלקים שנבנו כדין ובהיתר.

בענין זה כב' השופט רובינשטיין מסתייג מהלכת "אתגר" וקובע כי בענין זה יש לעשות רענון באשר לא יתכן שזרוע אחת של השלטון תכשיל זרוע אחרת על ידי רשום בית ללא היתר בפנקסי מקרקעין.

כב' השופט רובינשטיין קובע כי:

כשלעצמי אבקש להביע דעתי, כי בעקרון אין שניים אלה, -בניה ללא היתר ורישום במרשם-יכולים ללכת יחדיו. אכן, רשויות התכנון ורשויות המרשם לא חד הן, אך לכולן אם אחת והיא מדינת ישראל, ואב אחד והוא החוק בה. אי אפשר שיירשמו במרשם המקרקעין זכויות במבנים שנבנו שלא כדין, שכן בכך תינתן גושפנקא לעקיפת חוקי התכנון והבניה. לדידי אין להלום שזרוע אחת של הממשל תונף בדרך אחת, והאחרת בדרך אחת. אכן תקנה 50 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום) מדברת בתשריט שאושר על ידי הועדה המקומית או "תשריט אחר", אך לדידי יש לקרוא את ה"תשריט האחר" בהרמוניה עם התשריט שאושר על ידי הועדה המקומית, קרי, תשריט שיש לו עיגון במערכת הממשל, ולא כטוב בעיני פלוני. עוד בפרשת כאסתירו ציינתי בנקודה זו עצמה "אך פשיטא שהמצב הנכון והרצוי הוא כי שני המסלולים, הקנייני והתכנוני-ילכו יחדיו, כי במהות לכך נועדו" (פסקה ז'). אחר כתיבת דברים אלה ראיתי את דברי המחבר בניאן (שם עמ' 756-765) המתבטא ברוח דומה, ומצביע בהקשר זה גם על הצורך בהגנת זכויותיו של רוכש פוטנציאלי (ראה למשל עמ' 757; בג"צ 1578/90 אייזן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ת"א (פורסם בנבו), הנזכר גם אצל בניאן שם, עמ' 753-754)."

ייתכן והקביעה שרק בית שבנו בהיתר על כל חלקיו, תגחם לכך שבניינים רבים לא יזכו להרשם כבית משותף. מצב זה יכול להעיק על אותם בעלי זכויות בדירות אשר על לא עוול בכפם, יהיו בני ערובה של שכניהם שבנו בניה בלתי חוקית בדירתם. מצב זה אינו רצוי וגם ימנע ויעכב ביצוע עסקאות בדירות שאין להן כל בעיה קניינית או תכנונית, אשר על כן מוצע בזה כי בבנין שחלק ממנו בנוי ללא היתר, הליך רשום בית משותף ימשיך כסדרו, ובד בבד עם רשום בית משותף, תרשם הערה על פי תקנה 29 לתקנות מקרקעין (ניהול ורישום), התש"ל 1969. הערה מעין זו תבטיח כי כל מי שמעונין בדירה כלשהי בבנין, יוכל לודא שאכן ההערה מיוחדת לדירה אחת והעקר שמלאכת רישום בית משותף לא מתעכבת בשל בניה בלתי חוקית של דייר בודד או דיירים בודדים.

השפעת שווי הדירה על החלקים ברכוש המשותף

כידוע, החלקים ברכוש המשותף על פי חוק המקרקעין נקבעים על פי סעיף 57 לחוק המקרקעין הקובע כי:

"החלק ברכוש המשותף

א) שיעורו של החלק ברכוש המשותף הצמוד לכל דירה יהיה לפי יחס שטח רצפתה אל שטח הרצפה של כל הדירות שבבית המשותף, זולת אם נקבע בתקנון שיעור אחר; בחישוב שיעורו של חלק כאמור לא יעברו את תחום חלקי המאה.

ב) בחישוב שטח הרצפה לענין סעיף-קטן (א) לא יובאו בחשבון שטחם של גזזטראות ושל קירות חיצוניים, אלא אם נקבעה בתקנון הוראה אחרת.

ג) הוצמד חלק מסויים של הרכוש המשותף לדירה פלונית, יובא שטחו בחשבון לענין סעיף-קטן (א) בשיעור שנקבע לכך בתקנון, ובאין קביעה כזאת-בשיעור שקבע המפקח לפי הנסיבות.

דא עקא לאחר עשרות שנות פסיקה בנושאים אלו מסתבר כי הפתרון המוצע בחוק המקרקעין אינו הפתרון "הצודק" בעת שנזקקים ל"חלקים ברכוש המשותף".

היזקקות לחלקים ברכוש המשותף הינה בעקרון בשני מישורים. מישור עקרוני אחד הינו המישור של הוצאות בבית משותף והמישור השני הינו המישור של ה"ערך הקנייני של החלקים בבית משותף" לדוגמא למקרה של הריסת הבנין ובנייתו מחדש. במסגרת מאמר זה לא נתמקד בסוגיה הוצאות, באשר בענין זה המדובר בהבדלים וסכומים כספיים זעומים יחסית למישור השני. רק במאמר מוסגר יאמר כי מישור זה צריך להיות כפוף לחלקים ברכוש המשותף כפי שיוסבר להלן ולאו דווקא לפי שטח הדירה בלבד. בבניינים רבים באופן מסורתי וכנהוג של שנים, וחרף קיום דירות בגדלים שונים, ההוצאות מתחלקות בבית משותף שווה בשווה, דבר שאינו נכון, ובעל דירה שירצה לשנות נהוג זה יוכל לעשות זאת על ידי פניה למפקח על רישום המקרקעין.

לענין המישור השני, והחלקים ברכוש המשותף, ייאמר כי בעת רכישת דירות מהקבלן, רוכשים שונים משלמים מחירים שונים בגין אותו גודל של דירה וזאת בשל שוני בהצמדות, קומות וסוגי הצמדות. אנו נתעלם מהבדל שלעיתים נובע רק מעתוי רכישת דירה מהקבלן (יש מי שרוכש את הדירה "על הנייר" ויש מי שרוכש את אותה דירה כשהבנין גמור). הבדל מסוג זה במחיר לא מבטא פן מהותי אלא עיתוי כזה או אחר, מבצע כזה או אחר, ואין לו השפעה על חלקים ברכוש משותף.

אך טול מקרה בו, ראובן רכש דירה בבנין בשטח מסוים כשלדירה צמודה הצמדות רגילות כגון מרפסת פתוחה, חניות ומחסן. והינה שמעון רכש גם כן דירה באותו בנין ובאותו שטח ואותן הצמדות אך בנוסף רכש גינה צמודה או גג צמוד באשר דירתו היא דירת גן או דירה בקומה עליונה והכל בהתאמה. בפרקטיקה היומיומית נתקלים לא פעם בתקנונים אשר לא הבחינו בהבדל המהותי בין שני סוגי דירות הנ"ל וכי התעלמו מההצמדה של הגינה או הגג, בהתאמה, והחלקים ברכוש משותף שווים בכל הדירות. לית מאן דפליג כי שמעון שירכוש דירה עם אותם נתונים לעיל אך עם גינה צמודה שילם הרבה יותר כסף מאשר ראובן שרכש את אותה דירה בלי גינה. אין כל הגיון שבעת רשום בית משותף החלקים ברכוש המשותף בבנין כזה יהיו שווים בשתי הדירות הנ"ל. כאן השווי הכלכלי של ערך הדירה כפי שנרכשה, הוא המפתח לחלקים ברכוש משותף ומבטא נכונה את הקניין האמיתי בבנין. יש גם מצבים שבהם דירות זהות, נמכרות במחירים שונים רק בשל הבדל בקומה. גם במצב זה בעת רשום בית משותף ניתן לתת ביטוי להפרש שווי כלכלי של שתי דירות כשההפרש נובע רק משוני בקומות.

בענין זה שווי הרכישה הינו מרכיב חשוב אך לא הבלעדי כי יש וקבלן מוכר דירה בקומה א' במחיר מסוים וחודש לאחר מכן מוכר דירה זהה בקומה גבוהה יותר וביותר זול, רק בשל מבצע שעושה לקידום מכירות.

אין בסיטואציה כזו כדי להצביע על שוני או על השפעה "בפן קנייני", והמרכיב החשוב הינו הבדלי שווי כפי ששמאי יקבע נכון לזמן מסוים ובאותם תנאי שוק ומכירה.

לדעתנו, ההצעה דגן יש בה כדי לתת פתרון, יותר צודק לוונכחים רבים המתנהלים בבתיים משותפים רבים על חלקה של כל דירה ודירה בבית המשותף.

נראה כי אין מנוס לבצע תיקון בחוק המקרקעין בכדי להתאים את החוק למצב הגיוני של הדברים ובכך לפתור בעיות רבות בבתיים משותפים.

סיכום

לסיכום ניתן להוסיף כי מדיניות משפטית ראויה צריכה לעודד מצב שבו בנייה כשרה (מבחינת דיני תכנון ובניה) נבנית על קרקע כשרה (מבחינת זכויות קנייניות). אמנם בין דיני תכנון ובניה יש תהום, אך שני דינים אלו עוסקים באותה מטרה. האחת במהות (הפן הקנייני) והשניה בשימוש (הפן התכנוני), זה בנשמתו של המקרקעין (הפן הקנייני) וזה בגופו וצורתו של המקרקעין (הפן התכנוני). מכאן, אין לאפשר באמצעות חוק אחד לעקוף את משנהו, וכן אין לאפשר בניית נכס שאינו כשר הן מבחינה קניינית והם מבחינה תכנונית. נכס המקרקעין כאשר הוא, לדוגמא, בנין אשר לא רק נבנה לפי היתר כדן אלא הוא גם נבנה על זכות קניינית כשרה וללא עוררין-ועל המדיניות המשפטית לחתור למצב כזה".