|  |
| --- |
| **בית המשפט המחוזי במרכז-לוד**  |
|  |
| אילות השקעות בנכסים (רחובות מערב) 1992 בע"מ ואח' נ' נציגות הבית המשותף שבחלקות 547 ו- 548 בגוש 6428 ואח' | 13 מרץ 201825117-06-15 |
|  |
| **השופטת** | דפנה בלטמן קדראי |
|  |
| **התובעת/ הנתבעת שכנגד** | אילות השקעות בנכסים (רחובות מערב) 1992 בע"מ |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **הנתבעים/ התובעים שכנגד** | נציגות הבית המשותף שבחלקות 547 ו- 548 בגוש 6428 ו – ואחרים |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |

1.לפניי תביעות הדדיות בין שכנים – בעלי יחידות בבית משותף מורכב, שבו אגף מסחרי ואגף מגורים. התובעת, בעלת הזכויות באגף המסחרי, עותרת לתיקון צו רישום הבית המשותף, באופן שיאפשר לה לעשות שימוש ולגשת לפיר אשר הוצמד לאגף המגורים, לצורך התקנת והפעלת מנדף, ואילו הנתבעים והתובעים שכנגד עותרים למתן צו מניעה קבוע כלפי הנתבעת שכנגד, המונע ממנה לגשת לפיר או לעשות כל שימוש בארובה המותקנת בו.

2.התובעת והנתבעת שכנגד (להלן: "אילות") היא חברה פרטית, המנהלת את קניון "ערים" בכפר סבא (להלן: "הקניון"), ובין היתר משכירה יחידות בו לבעלי עסקים שונים, לרבות מסעדות. הקניון הוא חלק מבית משותף ברחוב כצנלסון 2, 4, 6, 8 ו – 10 ורחוב מוטה גור 2 ו – 4 בכפר סבא, הבנוי על חלקות 547 ו – 548 בגוש 6428 ("להלן: "הבית המשותף"). הבית המשותף הוא מבנה מורכב מהבחינה הפיזית והמשפטית, שבו נכללים שלושה אגפים שבהם 119 יחידות – אגף 1 הוא החניון, המחולק לשתי יחידות; אגף 2 הוא אגף מסחרי בן ארבע קומות, הכולל ארבע יחידות – הקניון; ואגף 3 כולל שבעה בתי מגורים רבי קומות, אשר לכל אחד כניסה נפרדת (כניסות 7-1) וכולל 112 יחידות. בכל אחד מבתי המגורים עוברים חללים - פירים לכל אורכם.

3.הנתבעים הם רוב בעלי הדירות באגף 3 בבית המשותף (להלן: "הדיירים"). מלכתחילה הוגשה התביעה נגד דיירים נוספים, שנמחקו, לאחר שחתמו על הסכמתם למבוקש בתובענה, בתנאים שפורטו בהסכמה, לפי הודעות שצרפה התובעת לתיק בית המשפט. רוב הדיירים (המייצגים 59 דירות) מיוצגים בייצוג משותף, שני דיירים התגוננו ללא ייצוג ויתר הדיירים לא התגוננו מפני התביעה. התובעים שכנגד נמנים על הדיירים והם דיירם של 12 מתוך 17 דירות בכניסה 6 באגף 3 בבית המשותף.

4.הבית המשותף נבנה על ידי חברת כ.ס. סנטר השקעות בע"מ ומשפחות חבס, מור ושפירא (להלן: "קבוצת חבס"). קבוצת חבס מכרה את היחידות השונות בו לתובעת ולרוכשי הדירות. הסכם המכר לתובעת צורפו כנספח ג' לתצהיר מר אבודרהם, מוצג ת/1 (להלן: "הסכם המכר לאילות"). הסכמי רכישה של חלק מהנתבעים הוצגו אף הם – שמונה הסכמים צורפו כנספח ד' לתצהיר התביעה, מוצג ת/1 (הסכמי הרכישה של הדיירים יכונו להלן: "הסכמי הרכישה").

5.הבית המשותף נרשם בלשכת רישום המקרקעין על ידי קבוצת חבס. בתיק הבית המשותף בלשכת רישום המקרקעין מצויים צו רישום הבית המשותף, תשריט הבית המשותף והתקנון המוסכם (יכונה להלן: "התקנון"). מסמכי רישום אלה צורפו כנספחים א' עד ג' לתצהיר הגב' ארידור, מוצג נ/6. רישום זה מסדיר את רישום הזכויות באגפיו השונים של הבית המשותף, לרבות את ההצמדות שבו. התקנון מסדיר את מערכת היחסים שבין היחידות השונות ואת שיתופי הפעולה הנדרשים לטובת תפעול מנגנוני הבית המשותף.

6.בתשריט הבית המשותף שורטטו אגפיו וכל יחידותיו, תוך שאף סומנו באותיות. שרטוטי כל בתי המגורים באגף 3 זהים. בכל אחד מהם סומן אחד החללים באותיות רא עד ר"ז, אשר כבר אין מחלוקת כי בו עוברים הפירים נשוא ההליך. בתקנון הוסדר נושא פירים אלה תחת הכותרת: "צמידויות משותפות" ליחידות שבכל אחת מהכניסות באגף ג'. כך נרשם, לדוגמא, כי הצמדת החלל המסומן ר"ג, צמודה לחלקות משנה 547,548/38-54.

7.סעיף 11 לתקנון מורה כך:

"השימוש ביחידות באגף 3, בחלקים צמודים וברכוש משותף לאגף 3

...

ה. כל בעלי הדירות להם צמודים חדרי מדרגות משותפים נותנים זכות מעבר לכל יתר בעלי הדירות לחדרים הטכניים שבקומות המגורים".

8.אילות השכירה שטח בתחום הקניון, מתחת לבית מגורים מספר 6 באגף 3, לטובת הפעלת "מסעדת מוזס" (ראה סעיף 38 לתצהיר ת/1). פעילות מסעדה זו מחייבת הוצאת עשן. על כן, ולטענת אילות, לפי דרישות התקן לעניין מנדפים, כפי שתוקן בשנת 2012, ביקשה לעשות שימוש בפיר, שהוא חלל אורכי בבית המגורים מספר 6, העובר במעלה בית הדירות ויוצא אל מחוץ לגג, הממוקם בצמוד לפיר המעלית בבית זה (להלן: "הפיר"), וזאת לשם התקנת מנדף או שיפוץ ותיקון מנדף קיים בפיר זה. הדיירים בבניין מספר 6, אשר טענו כי הפיר נמצא בבעלותם, באשר הוצמד להם על פי צו רישום הבית המשותף, בסימון ר"ג, התנגדו להתקנת המנדף או לעבודות בו, ומנעו את הגישה לפיר ואת התקנת המנדף בו. מחלוקת זו עומדת ברקע ההליכים שלפניי, ואף ברקע הליכים קודמים ומקבילים שהתקיימו בפני ערכאות שונות.

9.כך, קדמה להליך זה תביעה שהגישה אילות לפני המפקחת על רישום המקרקעין בפתח תקווה, בתיק 58/13, בה עתרה לחייב את נציגות כניסה 6 של אגף 3 בבית המשותף, לאפשר לה גישה לבצע עבודות בעניין המנדף בפיר. תביעתה זו נדחתה בפסק דין מיום 26.10.2014, תוך שנקבע בו כי הפיר הוא הצמדה משותפת שבאגף 3, המסומנת בתשריט ר"ג, שמצמידה את הפיר רק לדירות שבאגף 6, ועל כן לתובעת אין זכות לעשות בו שימוש. כן נקבע כי המנדף אינו מתקן משותף; כי העבודות הנדרשות בעניינו הן של הקמה ובניה; וכי אין לתובעת זכות מכח התקנון, לרבות סעיף 11 שבו, לגישה לפיר (להלן: "פסק הדין של המפקחת", צורף כנספח ח' למוצג ת/1). ערעור שהגישה התובעת לבית המשפט המחוזי (עש"א 21677-12-14) נדחה ביום 23.3.2015, ואף בקשת רשות ערעור על פסק דין זה נדחתה, ברע"א 3221/15 (להלן: "פסק הדין במחוזי" וה"רע"א", הם נספחים ט' וי' למוצג ת/1).

10.התביעה שלפניי הוגשה בעקבות הערת אגב שנכללה בפסק הדין במחוזי, על פיה ההליך המתבקש לקבלת הסעד הרצוי לתובעת הינו בקשה לתיקון צו רישום הבית המשותף. זאת, לאחר שבית המשפט לא מצא טעות עובדתית או משפטית בקביעות בפסק הדין של המפקחת, אך הטיל ספק בתום הלב של נציגות הבית המשותף (ראה סעיף 11 בנספח ט').

בהמשך לכך, הגישה התובעת את התביעה דנן כנגד כל בעלי היחידות באגף 3, על כל הכניסות הכלולות בו, ובהתייחס לפירים זהים לפיר, המותקנים בכל אחד מבתי המגורים באגף זה, והוצמדו לו בהצמדות ר"א – ר"ז, לפי צו רישום הבית המשותף. הצמדות אלה, אשר אינן לדירה אלא לדירות המצויות באגף כונו בתקנון הבית המשותף ויכונו גם כאן "צמידויות משותפות".

11.בתביעה עותרת התובעת לקבלת סעדים בעניין הפיר ובעניינם של פירים דומים המצויים בכל אחת מיתר הכניסות בבתי המגורים של אגף 3 (להוציא כניסה 10, שם פועל מנדף בפיר), ואלה הם:

א.להורות לכב' המפקחת לתקן את התקנון, כך שתבוטלנה ההצמדות של הפירים הטכניים שבפרק "הצמידויות המשותפות" שבתקנון (צמידויות רא – רז).

ב.לחלופין, להורות לכב' המפקחת לתקן את תשריט הבית המשותף הנלווה לתקנון, כך שיובהר כי הפירים הטכניים האמורים אינם חלק מצמידויות רא – רז.

ג. לחלופין, להורות למפקחת לתקן את התקנון כך שיובהר בפרק הצמידויות המשותפות כי אין מדובר בהצמדה אשר מוציאה צמידויות אלה מגדר הרכוש המשותף, אלא רק הוראת הסדרת נשיאה בהוצאות ההחזקה והניהול על האגף.

ד.לחלופין, להורות למפקחת לתקן את הוראת סעיף 11(ה') לתקנון, כך שתתוסף לו הוראה המאפשרת לתובעת לגשת למערכות שלה, לרבות מערכות המנדפים המצויות בפירים האמורים, לשם שדרוג המערכות, שיפוץ המערכות והשמשתן.

עילת התיקון המבוקש נעוצה בהיות הצמדת הפירים לא חוקית ובלתי מתאימה לאפשרות ההצמדה בסעיף 55(ג) לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969 (להלן: "חוק המקרקעין"), ממנו נלמד כי הצמדה במובנה הקנייני אפשרית רק לדירה מסויימת אך לא לאגף, וממילא לא ניתן להצמיד שטח שנועד לשמש את כלל בעלי הדירות. לטענתה, הפיר נועד לשמש את כל הדיירים של הבית המשותף ולכן לא ניתן היה להצמידו. בהקשר זה אף טענה אילות כי הלכה למעשה לא הוצמדו הפירים לאגף המגורים, וכי ככל שכך נרשם בצו הרישום הרי זו טעות טכנית, שנלמדת מכך שבתקנון לא נמנה הפיר בין המכלולים שבצמידויות המשותפות רא – רז. כן נטען כי צמידויות משותפות לאגפים אינן מקנות זכויות בהן, אלא רק מבהירות את החובה לשאת בהוצאותיהן. עוד נטען כי מתן אפשרות לאילות לעשות שימוש בפיר מתחייבת הן בהתחשב בחיוניות המערכת והן בהתחשב בידיעת הדיירים על כי רכשו בית מעל קניון, והתנגדות הדיירים בנסיבות אלה אינה עולה עם חובתם לנהוג בתום לב. על כן ולפי הוראת סעיף 62 (א1) ו -145 לחוק המקרקעין ניתן להורות על ביטול ההצמדה, וכן על תיקון סעיף 11 ה לתקנון, באופן שיאפשר גישה לאילות לשם הפעלת המנדף. סמכות לאפשר שינוי התקנון נלמדת אף מהתחייבויות הדיירים שבסעיף 5.07 להסכם הרכישה ומיפויי הכח שמסרו לחבס, מכוחם איפשרו תיקונים בתקנון הבית המשותף. זכויות חבס על פי אלה הומחו, לפי הנטען, לאילות בהסכם המכר לאילות.

12.הנתבעים מתנגדים לעתירה לתיקון התקנון, מלינים על הטרדתם החוזרת בהליכים רבים ועומדים על טענותיהם על פיהם אין לאפשר בבית המשותף הקמת ארובות בפירים העוברים דרך בתי המגורים, בהיות פירים אלה בבעלותם הייחודית של בעלי היחידות באגף 3, ובהיות הארובות סכנה בטיחותית ומפגע תברואתי קיצוני, ומאחר שהתקנתן בכל מקרה אינה בגדר שימוש סביר ברכוש משותף. עוד טוענים, למעשה בית דין המשתיק את אילות, הן בהיבט של השתקי פלוגתא והן בהיבט של השתק עילה, משלא התבקש מעולם פיצול סעדים, ומשהסעדים שנדרשו בפני המפקחת זהים לסעדים הכרוכים בתיקון התקנון. כן הינם טוענים כי ההליך כולו נועד לאפשר התקנת מנדף לטובת פעילות מסעדת מוזס, וכי התקנת המנדף אינה חוקית, נוכח כך שאין היתר בניה שהוא תנאי להתקנתו, ומפנים לעניין זה להליכים שהתקיימו בין אילות לבין עירית כפר סבא, לאחר שהוצא נגד אילות צו הפסקה מנהלי להפסקת עבודות תיקון המנדף בפיר. בהליכים אלה, אשר החלו בבית המשפט לעניינים מקומיים ונסתיימו בבית המשפט העליון, נדחתה בקשתה של אילות לבטל את צו ההפסקה המנהלי, תוך שנקבע כי העבודות שהינה מבקשת לבצע בפיר הכוללות שטיפה, ריתוך, התקנת פתחי גישה, עטיפת הארובה הקיימת היריעה קרמית, הוספת מתזים, חסימת מעברי אש בפיר ועוד, מחייבות קבלת היתר בניה, שלא התקבל על ידי אילות (ראה בנספחים י"א – י"ג, למוצג נ/6, להלן: "ההליכים בעניין היתר הבניה").

13.בתביעה נגדית טוענים דיירי כניסה 6, כי אילות מנועה מלעשות שימוש בפיר, אף אם תתקבל תביעתה והפיר יוכר כחלק מהרכוש המשותף, מהטעם שהשימוש שהיא מבקשת לעשות בו אינו בגדר שימוש סביר ברכוש המשותף, וכי השימוש המיועד על ידה למנדף מונע שימושו על ידי יתר בעלי הדירות בבית המשותף, וכן מהווה סכנה בטיחותית ופגיעה באיכות חיי הדיירים. תביעתם זו נסמכת על הוראות סעיפים 30 ו – 31 לחוק המקרקעין, על ההלכה הפסוקה וכן על קביעות משפטיות מחייבות קודמות בהלכים שבין הצדדים.

מנגד, לטענת אילות, הפיר הוא חלק מהרכוש המשותף; השימוש בו חיוני לפעילות הקניון ומתחייב בנסיבות העניין; הפיר לא הוצמד לדירות התובעים שכנגד; קיימת הסכמת רוב הדיירים לשימוש המבוקש על ידי אילות; ומכל מקום גם התובעים שכנגד מחויבים ליתן הסכמה לשם כל תיקון נדרש בכדי לאפשר את השימוש בפיר למנדף, נוכח הסכמי הרכישה ויפויי הכח שמסרו.

14.במהלך ישיבות קדמי המשפט, הוגדרו המחלוקות אשר בהן יש להכריע בהליך זה (ראה החלטה בפרוטוקול מיום 1.2.2016, וכן החלטה מיום 14.4.2016). מחלוקות הצדדים מתמקדות בשלושה נושאים עיקריים –

א.מחלוקות בשאלת קיומם של מעשה בית דין והשתקים המונעים מאילות להעלות טענותיה, נוכח פסקי הדין שכבר ניתנו בעניינה, ומשלא עתרה מעולם לפיצול סעדים.

ב.מחלוקות בשאלת זכותה של אילות להביא לשינוי התקנון ותיקונו: האם זכאית היא לעשות כן מכח הסכמי הרכישה ויפויי הכח אשר מסרו לקבוצת חבס, בהתחשב בהמחאת זכויות חבס לאילות; או שמא זכאית היא להביא לתיקון מכח הסכמת הרוב הנדרש מקרב בעלי היחידות בבית המשותף; האם השימוש בפיר חיוני לאילות ואף מתחייב בנסיבות העניין, והאם נוכח כך עומדת לה הזכות להביא לתיקון התקנון, וככל שהתשובה לכך חיובית, האם יש לראות בהתנגדות הדיירים משום שימוש בזכות בעלותם בפיר שלא בתום לב; האם לאילות קיימת זכות להביא לתיקון התקנון נוכח היותו נגוע באי חוקיות בשל כך שנקבע בו כי הפירים יוצמדו לאגף 3, הגם שלא ניתן להצמידו על פי הוראת סעיף 55(ג) לחוק המקרקעין. בהקשר זה אף חלוקים הצדדים לגבי משמעות הצמדת הפירים ותחולת סעיפים 55 ו – 59 לחוק, ואף באשר לזכויות דיירים בבית משותף מכח הוראת סעיפים 62 ו – 145 לחוק המקרקעין;

ג.מחלוקות בשאלת סבירות השימוש שמבקשת אילות לעשות בפיר, לטובת המנדף; והאם מסכן הוא את הדיירים ומשפיע לרעה על איכות חייהם. שאלות אלה קשורות לתביעה שכנגד, אך התשובה להן תשפיע גם על ההכרעה בטיעוני התובעת לפיה התנגדות הדיירים מהווה חוסר תום לב ועל מתן הסעד בהתחשב בטענה זו.

דיון והכרעה

קיומו של השתק פלוגתא בדבר זכויות הקניין בפירים

15.בפסק הדין של המפקחת, אשר אושר בערכאות הגבוהות, נקבע כי הפיר שבכניסה 6 מסומן בתשריט בסימון ר"ג, וכי שטח זה הוצמד בצמידות מיוחדת לדירות בכניסה 6 באגף 3, וכי לאילות אין כל זכות בו (ראה בין היתר סעיפים 22, 23 ו – 25 שם).

פסק הדין אשר נתנה כב' המפקחת, מהווה מעשה בית דין לעניין זה, ומשתיק את אילות מלכפור בממצאיו וקביעותיו. לעניין היות הכרעת המפקחת בגדר מעשה בית דין, יצוין כי הכרעה בפלוגתות אלו ניתנה בהליך שנדון לגופו, תוך שנקבעו בעניינים אלה ממצאים מפורשים, שהיו חיוניים לתוצאה הסופית, וכאשר אילות היתה אחד הצדדים ואילו גוף המייצג את הדיירים או חלקם היה צד שני לתביעה. על כן, איילות והנתבעים (שהינם חליפי הנתבעת בהליך שם), מושתקים מלהתדיין לגבי פלוגתות שהוכרעו בו בשנית (ראו למשל, ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561 (1968)).

16.הקביעה בפסק הדין של המפקחת, לפיה הפיר מסומן בתשריט כחלק מהצמידויות המשותפות רא – רז, ועל כן צמוד לאגף 3, חלה בהכרח גם לגבי יתר הפירים המכונים "פירים טכניים" בכתבי הטענות של אילות בתביעה זו. כך נלמד בבירור מתוך התשריט ומיתר הנסיבות, ואילות אף לא טענה אחרת. על כן גם כל יתר הקביעות בפסק הדין של המפקחת לגבי הזכויות בפיר חלות ומחייבות את הצדדים גם לגבי יתר הפירים נשוא התביעה.

17.בפסק הדין של המפקחת אף נקבע כי בהיות הפיר צמוד לאגף 3, אילות אינה רשאית לעשות שימוש בפיר לטובת המנדף, אשר נועד לשמש רק את דיירי אגף 3 (בקשר להתחייבויותיה כלפי מסעדת מוזס) ואינו מתקן משותף, ועל כן אינה רשאית לקבל גישה אליו. אף קביעה זו מצויה בלב ההכרעה ומחייבת את הצדדים, לרבות לגבי כל יתר הפירים (ראו, פסקאות 32 ו- 44 לפסק דינה של המפקחת).

18.מכאן, כי במצב המשפטי הנוכחי ועל פי התקנון, אילות אינה רשאית לגשת לפירים ולעשות בהם שימוש לצרכיה. על כן, תרופתה של אילות מצויה בשינוי התקנון, כמבוקש בתביעתה, ויש לבחון להלן האם הוכיחה אילות זכות להביא לשינוי התקנון.

תיקון התקנון

19.תקנון הבית המשותף הוא מסמך המעגן הסכמות דיירי הבית, אשר יוצר תוקף משפטי לזכויות קנייניות המוקנות בו. תוקפו המחייב הוא מכח הוראות החוק, ושינויו אפשרי רק ובהתאם להוראות החוק המסדירות אפשרות זו.

20.בסעדי התביעה פורטו ארבעה תיקונים מבוקשים לתקנון. שלושת הראשונים אחד הם –הפקעת הפירים מהיותם חלק מהרכוש המשותף הצמוד לאגף 3 והפיכתם לחלק מהרכוש המשותף של הבית המשותף. כך יקרה אם תבוטלנה ההצמדות של הפירים הטכניים שבפרק "הצמידויות המשותפות" שבתקנון (סעד א'), או יתוקן תשריט הבית המשותף המלווה לתקנון, כך שיובהר כי הפירים הטכניים האמורים אינם חלק מצמידויות רא – רז (סעד ב'), או שיובהר בפרק הצמידויות המשותפות כי אין מדובר בהצמדה אשר מוציאה צמידויות אלה מגדר הרכוש המשותף, אלא רק הוראת הסדרת נשיאה בהוצאות ההחזקה והניהול על האגף (סעד ג'). התיקון הרביעי, המבוקש לחילופין, הוא בהשלמת הוראת סעיף 11(ה') לתקנון, כך שתתווסף לו הוראה המאפשרת לתובעת לגשת למערכות שלה, לרבות מערכות המנדפים המצויות בפירים האמורים, לשם שדרוג המערכות, שיפוץ המערכות והשמשתן.

21.על פי הוראת סעיף 62(א) לחוק, "בעלי דירות רשאים לערוך תקנון ולשנות את הוראותיו ברוב של בעלי הדירות ששני שלישים של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם... ".

אילות טוענת כי התקיימו התנאים להביא לשינוי הוראת סעיף 11 (ה) לתקנון, מכח הוראת סעיף זה, וטוענת כי ניתנה הסכמת הרוב הנדרש. הדיירים שוללים טענתה זו.

22.דרך המלך להוכיח הסכמת רוב נדרש, היא בהצגת החלטה או פרוטוקול מהאסיפה כללית בבית המשותף, המתעד דיון בבקשת הדייר המבקש את תיקון התקנון ואת הסכמות של הרוב הנדרש. אילות לא פנתה בבקשה לכנס את האסיפה כללית ואף לא פעלה לכנסה (לעניין כינוס האסיפה הכללית ראה סעיפים 13-5 לתקנון המצוי, אשר הוראותיו לעניין זה חלות, נוכח הוראת סעיף 12 א לתקנון, לפיו על עניינים שלא הוסדרו בו יחולו הוראות התקנון המצוי, לעניין המנעות מכינוס הדיירים, ראה סעיפים 52-53 בתצהיר ת/1, וכן התייחסות מתחמקת בעניין זה בחקירתו של עד התביעה – עמ' 50-51 לפרוטוקול יום 27.2.2017). על כן אין בידי אילות מסמך המתעד הסכמת רוב הדיירים. בנסיבות אלה, כאשר אילות נמנעה מלהביא באופן מסודר את בקשתה להצבעה, יש לבחון בקפידה טענותיה לגבי קיומה של הסכמה.

23.לשיטת אילות, שטח הבית המשותף הוא 22,918.70 מ"ר, השטח השייך לתובעת ולדיירים אשר הסכימו לתביעתה הוא 16,020 מ"ר, השטח המוחזק על ידי המתנגדים – הדיירים -6,899 מ"ר בלבד, ויתרת השטח, מוחזק על ידי מי שלא התגונן, שיש לראותו כמסכים לתביעה ולשינוי התקנון. על פי חישובי אילות, אלו המסכימים לתיקון התקנון, הם רוב הדיירים, והם מחזיקים בלמעלה מ- 70% משטח הבית המשותף ובכך הוכחה הסכמה נדרשת כחוק. לשיטת הדיירים, מנגד, לא הוכחה הסכמה – לא של רוב בעלי היחידות, שהן 118 במספר, ולא של בעלי שני שלישים משטח הרכוש המשותף, שעומד על 23,660 מ"ר.

24.לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, מצאתי לנכון לדחות את עמדת התובעת.

הסכמה לתיקון התקנון צריכה להיות ברורה ומפורשת כדי שתיחשב תקפה מבחינה משפטית, ולא ניתן להסיק על קיומה בדרך של הימנעות מהתגוננות מפני תביעה. זאת, נוכח דרישת ההסכמה שבחוק ואף בהתחשב בדרכי ההצבעה וההתייצבות הקבועות בתקנון המצוי לעניין קבלת החלטות באסיפה כללית. משכך, הדיירים המיוצגים מייצגים 59 יחידות, דהיינו מחצית מבעלי היחידות, ועל כן אין רוב למבקשי התיקון. יתרה מכך, אילות לא הוכיחה כי נתבעים שלא התגוננו קיבלו המצאה כדין ואף לא כי כללה את כל בעלי היחידות בכתבי טענותיה (ראה פירוט דיירים חסרים בסיכומי הנתבעים לעניין זה). בנסיבות אלה, הן בהתחשב במספר הדיירים המיוצגים, המתנגדים, הן בהתחשב בדיירים שלא נתבעו ואחרים שלא התגוננו ואשר לא התקבלה מהם הסכמה, אזי יש לקבוע כי מספר המסכימים לתיקון קטן ממחצית הדיירים, וכי אילות לא הוכיחה רוב נדרש לתיקון התקנון.

25.אילות אף לא הוכיחה כי לדיירים המסכימים הוצמדו שני שלישים מהרכוש המשותף. הרכוש המשותף, על פי התחשיבים בצו רישום הבית המשותף, מונה 2,366 יחידות, כך שחישובה של אילות לגבי השטחים וחלוקתם שגוי, וממילא לא הוכחה טענתה לעניין זה.

לנוכח האמור לעיל, אני קובעת כי אילות לא הוכיחה קיומו של רוב נדרש לתיקון התקנון על פי הוראת סעיף 62 (א) לחוק.

26.בסיכומי אילות, נטען במרומז, על אפשרות לשינוי התקנון במנגנון הקבוע בהוראת סעיף 62(א1) לחוק. סעיף זה אינו רלבנטי לענייננו, שכן עניינו האפשרות להעביר חלק ברכוש המשותף שכבר הוצמד לדירה אחת, לדירה אחרת. ההצמדה של הפיר אינה הצמדה לדירה, אלא הצמדה לאגף, אשר חלות לגביה הוראות סעיף 59 לחוק, ובכך עוד אדון להלן.

27.טוענת אילות כי חובה על הדיירים להסכים לשינוי התקנון נוכח התחייבויותיהם בהסכמי הרכישה ומכח ייפויי כח עליהם חתמו, ונוכח המחאת זכויות קבוצת חבס לאילות. לעניין ההמחאה מפנה אילות להסכם המכר לאילות, הגם שלא לסעיף מסוים בו, ולהסכמי הרכישה של הדיירים, אשר בסעיף 5.07 בהם נכללה הכרה בזכותה של קבוצת חבס להביא לתיקון התקנון, כדלקמן:

"בכל שלב, אף לאחר רישום כל הזכויות בפרוייקט בשם רוכשיהן, אף לאחר מסירת הדירה לקונה ואף לאחר רישומה בשמו, תהיה החברה רשאית להגיש בקשות לתקון ו/או שינוי צו רשום הבית המשותף ו/או שינוי התקנון והצמידיות המיוחדות, וכן תהא החברה רשאית להגיש בקשות לשינויים ו/או תיקונים כאמור הנובעים מהכללת יחידות ו/או מבנים נוספים במסגרת הבית המשותף או שינויים במבנים קיימים לרבות שינוי המבנה המשותף של הרכוש המשותף וחלק הדירה ברכוש המשותף הנובעים מכך, ולרבות הוספת שטחים ו/או מתקנים לרכוש המשותף ולפי שיקול דעתה הבלעדי של החברה. ובלבד שלא תפגענה זכויות הקונה בדירה ובצמידויותיה ע"פ חוזה זה.

את כל האמור או חלק מהאמור לעיל תהיה החברה זכאית לעשות מבלי צורך בהסכמת הקונה לכך ומבלי שהקונה יהיה זכאי להתנגד לכך"

לטענת אילות, הואיל וחובות הדיירים לקבוצת חבס הומחו לה, זכאית היא להגיש בקשה לשינוי התקנון. אילות אמנם מודה כי אין בידיה את הסכמי הרכישה של כל הדיירים, שכן צירפה שמונה הסכמים בלבד, אך טענה כי לא עלה בידיה לקבל הסכמים נוספים וכי הנטל להראות כי בהסכמי הרכישה של הדיירים האחרים לא מצויה הוראה דומה חל על הדיירים.

אילות אף מפנה לסעיפים בהסכמי הרכישה שצירפה, בהם הצהירו הדיירים כי הינם מודעים לקיומו של קניון מסחרי שבו פועלות מסעדות (סעיפים 1.05, 2.05 ו- 2.05.1), ואף התחייבו מלהימנע להפריע בדרך כלשהי לפעולת המסעדות (סעיפים 2.05.2 ו- 2.05.3), ואף ויתרו על כל טענה לעניין מטרד בגין כך.

28.דין טענות אלו להידחות, וזאת מכמה טעמים.

טעם אחד הוא כי סעד של אכיפת התחייבות מכח הסכמי הרכישה כלל לא התבקש כסעד במסגרת התביעה, ולא מצאתי כי בנסיבות העניין מתקיימים התנאים המאפשרים מתן סעד שלא התבקש (לעניין זה, ראו, ע"א 1546/11 בן גור נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2011), והאסמכתאות המפורטות שם).

בעניינו, אף אם התחייבו הדיירים להסכים לשינוי תקנון מכח הסכמי הרכישה, אזי כל עוד לא נאכפה עליהם חובתם ליתן הסכמה, אין לראותם כמי שהסכימו לתיקונו. ככל שטענת אילות לעניין החובה עומדת, סעדה היה אמור להיות דרישה לאכיפת ההתחייבות מכח הסכמי הרכישה. כאמור, סעד כזה אינו בין הסעדים בהליך שלפניי, ובנסיבות העניין לא ניתן להיעתר לסעד זה באמצעות טענות שעניינן בשינוי התקנון כי הדיירים מפירים חובה ליתן הסכמה לכל שינוי.

29.טעם נוסף הוא שהנטל להוכיח את ההתחייבות החוזית של הדיירים חל על אילות, וזו לא עמדה בנטל הנדרש. ובמה דברים אמורים?

אילות לא הציגה כתב העברה והמחאה מקבוצת חבס אליה. אילות אף לא הפנתה לסעיף ברור בהסכם שבינה לבין קבוצת חבס המלמד על המחאה כנטען. בהעדר המחאה מפורשת, לא הוכיחה אילות כי קמה לה זכות מכח זכויות קבוצת חבס.

בנוסף, בין הדיירים יש כאלה אשר לא התקשרו עם קבוצת חבס אלא קנו מרוכשים קודמים (כזה הוא, למשל, הנתבע מר דיקרמן, אשר העיד מטעם הדיירים). דיירים אלה לא התחייבו בשום שלב להסכים לשינויים בתקנון, ודי בכך בכדי למנוע תיקונו ללא הסכמתם המפורשת.

כמו כן, איילות בחרה שלא להציג את כל החוזים של הדיירים, ועל כן לא הוכיחה כי כל הדיירים שהתקשרו בהסכמי רכישה עם קבוצת חבס התחייבו בהתחייבות האמורה בסעיף 5.07 שהובא לעיל. הדיירים מצדם כפרו בקיומה של חובה להסכים לשינוי התקנון בהסכמים עליהם חתמו. התובעת טענה כי כל הסכמי הרכישה היו בנוסח זהה, וכי כל הדיירים התחייבו בהם, ואולם לא הציגה ראיות להוכחת טענה זו, ואין לקבלה. בנסיבות העניין, לא ראיתי מדוע חלה חובה מיוחדת על הדיירים, אשר לא שמרו את הסכמי הרכישה בהם התקשרו שנים רבות לפני הגשת התביעה, לשמור עבור התובעת ראיותיה, וטענת התובעת להיפוך הנטל במצב זה אינה מבוססת ואין לקבלה.

30.טעם נוסף לדחיית טענת אילות נעוץ בכך שאין די בהוראה כללית בהסכם המכר המעניקה לקבלן זכות כללית לערוך שינויים במבנים, כדי לחייב את הקונים להסכים לשינוי קונקרטי בתקנון המשפיע על זכויותיהם (השוו וראו: רע"א 259/99 חב' פליצ'ה ראובן בע"מ נ' סופיוב, פ"ד נה(3) 385, 402 (2001)). גם בענייננו מבקשת אילות לעשות שימוש בהסמכה כללית לתיקון התקנון על מנת לגרוע מקניינם של הדיירים ברכוש המשותף הצמוד לדירותיהם ומשימושם הבלעדי בו. גריעה זו אפשרית רק בהוראה קונקרטית בהסכם ולא בהוראה בדבר מתן סמכות כללית לשינוי ותיקון תקנון.

על כן, אף לו הוכיחה אילות כי הדיירים כולם קשורים בהתחייבות כאמור, אין די בה בכדי לייתר את הסכמת הדיירים לתיקון התקנון המבוקש, באשר תיקון זה פוגע בזכויות קנייניות של הדיירים ואין לאפשרו בדרך של הוראה כללית בהסכם המכר.

31.אילות מבקשת להוכיח הסכמה נדרשת לשינוי התקנון אף על פי ייפויי הכח שמסרו הדיירים לקבוצת חבס, ואשר לטענתה הומחו לה. לא ראיתי לקבל גם טענה זו. צד רשאי לפעול מכח ייפויי כח אם הינם מוחזקים על ידו. במקרה דנן, לא הוצגו לפניי ייפויי כח מקוריים, וכל אשר הוצג הוא עותקי יפויי כח של קומץ דיירים בלבד. אשר על כן, אין לבסס על פי צילומים של קומץ ייפויי כח שלא ניתנו לטובת אילות את ההסכמה הנדרשת מכח הוראת סעיף 62א לחוק.

לנוכח האמור, לא עלה בידי אילות להוכיח זכות לתיקון התקנון מכח הסכמת רוב נדרש, כמו גם מההתחייבות הנטענת של הדיירים לפי סעיף 5.07 להסכם הרכישה ומייפוי הכח שמסרו לקבוצת חבס ויש לדחות את טענותיה ואת הסעד התבקש מכח טיעון זה.

32.אף לא מצאתי ממש בטענה לפיה התחייבות הדיירים להימנע מלהפריע לפעילות המרכז המסחרי והמסעדות מחייבת אותם להסכים לתיקון התקנון. התחייבות להימנע מהפרעה אינה עולה לכדי התחייבות לפעולה אקטיבית של מתן הסכמה לשינוי תקנון. הדיירים רשאים היו להניח כי האיזון בין ניהול חייהם בדירות לבין שכנותם למרכז מסחרי מוצא ביטוי בתקנון, המגן על זכויות ושימוש ייחודי ברכושם ובצמידויות המשותפות, ואין ללמוד מכח הסכמה לויתור על טענות מטרד כלפי מסעדות, הסכמה להגברת המטרדים או הרחבת הממשקים שבין פעילות המסעדות לבין הדיירים.

תיקון התקנון בשל אי חוקיות ההצמדות

33.עילה נוספת לתיקון התקנון נעוצה בהעדר חוקיות הצמדת הפירים, בהיותם רכוש שלא ניתן להצמידו על פי הוראת סעיף 55ג לחוק, האוסר הצמדת חדרי מדרגות, מעליות, מקלטים ומתקנים, המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות, לדירה פלונית. גם טענה זו אינני מקבלת ממספר טעמים.

34.ראשית, בפסק הדין של המפקחת, כמו גם בפסק הדין במחוזי, נדחו טיעוני אילות אשר כללו טיעונים לגבי העדר חוקיות הצמדת הפיר (ראו לענין זה, בין היתר, סעיף 8 בפסק הדין במחוזי). משכך, מושתקת אילות מלחזור ולטעון כי הצמדת הפיר אינה חוקית.

35.שנית, ולמעלה מהצורך, דין הטענה להידחות גם לגופה. הצמדת חלקים מתוך הרכוש המשותף לאגף בבית המשותף, נעשית על פי הוראת סעיף 59 לחוק, וכך נעשה גם בענייננו. הצמדה זו, שבאה מקום בו מבוקש לייחד רכוש משותף לדירות באגף מסויים לשימוש בעלי הדירות של אותו אגף, מיועדת בעיקרה להצמדת חלקים ברכוש משותף האמורים לשמש את כל דיירי האגף דיירים, כחדרי מדרגות וחלל כניסה, אשר אמנם הצמדתם לדירות יחידות אסורה. הוראת סעיף 59 מאפשרת שימוש ייחודי בחלקי רכוש משותף לדיירי אגף מסוים, תוך העמסת הוצאות תחזוקתו וניהולו עליהם. הצמדה על פיו שונה מהצמדה לדירה, ועל כן המגבלות שבהוראת סעיף 55 ג, אינה חלה על צמידויות אלה. הפיר מצוי בתחום אגף 3, בתקנון הוסדרה הצמדתו כצמידות מיוחדת לאגף זה, ואין בכך קושי. לפיכך הנני דוחה טיעוני אילות לעניין זה אף לגופם. משכך נדחית עילת התיקון בשל פגם בחוקיות ההצמדות שבתקנון.

עילה לתיקון הקשורות לשימוש בפיר - נחיצות וחיוניות או סבירות השימוש בפיר

36.אילות טוענת כי מכח הוראת סעיף 145א לחוק, שזו לשונו:

" המפקח רשאי, על פי בקשת בעל דירה או בעל זכות בדירה, לתקן צו רישום בפנקס, ובלבד שנתן לכל בעל דירה שלא הגיש את הבקשה הודעה מוקדמת והזדמנות לטעון את טענותיו", ניתן לחייב דיירים לתקן פרוטוקול אף שלא בהסכמתם. עילה לתיקון מצויה לשיטתה בהיות השימוש בפיר למנדף חיוני, בנסיבות הבית המשותף ומטעמים של חובת תום הלב ביחסים שבין הצדדים.

דעתי באשר לסמכות התיקון מכח הוראת סעיף 145 לחוק שונה, באשר אין הוא, לשיטתי סעיף המקנה זכות לתיקון התקנון, אלא סעיף המסמיך את המפקח לפעול לתיקון התקנון כאשר עומדת לדייר זכות להביא לתיקונו מכח מקור זכות חיצוני לסעיף זה. סעיף 145 רק מסדיר את הליך התיקון, ואמנם נותן, מטבע הדברים זכות ליתר הדיירים להתנגד לשינוי המבוקש. אין בסעיף זה משום הסמכה למפקח לגרוע מזכויותיהם הקנייניות של דיירים, המעוגנות בתקנון, בהעדר הסכמה או עילה משפטית אחרת המאפשרת גריעה מהזכויות כאמור.עילת "נחיצות וחיוניות השימוש" אינה מבוססת על מקור משפטי כלשהו, ועל כן, ממילא לא ראיתי בה משום טעם לשינוי התקנון.

מכל מקום, אבחן אף את עילות התיקון הנדרש, לגופן.

37.אין מחלוקת כי השימוש אותו מבקשת אילות לעשות בפיר הוא לצורך התקנת ואחזקת מנדף, הנחוץ לצורך הוצאת עשן ממסעדת מוזס. הפיר הוא חלל בין המעליות שבבתי המגורים, ומותקנים בו מתקנים שונים המשמשים את הדיירים (מערכות חשמל ומיזוג – ראה תמונות בנספח י"ז לתצהיר הגב' ארידור, מוצגת/1). העבודות אשר מבקשת אילות לעשות בפיר לצורך השמשת המנדף ועמידתו בתקנים, תוארו כבר בפסקי הדין שניתנו בעניין זה ככוללות שטיפה, ריתוך, התקנת פתחי גישה, עטיפת הארובה הקיימת היריעה קרמית, הוספת מתזים, חסימת מעברי אש בפיר ועוד. בעניין זה, קבע בית המשפט העליון ברע"פ 4385/14 אילות השקעות בנכסים (רחובות מערב) 1992 בע"מ נ' אייזנר (פורסם בנבו, 24.6.2014), כי פעולות אילות, שהינן גם מושא הדיון שלפניי, מחייבות קבלת היתר בניה, ואף קבע כי: "דומה כי לביצוע העבודות עשויות להיות השלכות בטיחותיות והשפעה על איכות חיי התושבים" (עמ' 5, שם).

38.אילות טוענת כי השימוש בפיר הכרחי וחיוני, וכי הינו מתחייב מנסיבותיו של הבית המשותף שבו פועל מרכז מסחרי בידיעת הדיירים אשר חובה עליהם לאפשר פעילותו ופעילות המסעדות בכלל זאת. לטענת אילות, ההכרח בקיומם של פירים לתכלית מנדוף נלמדת אף מהתשריט אשר צורף לבקשה להיתר בניה לבית המשותף, בו, לטענתה, כבר סומנו ארובות בפירים (סומן א' בין נספחי תצהיר מוצג ת/1). בטיעוניה השוותה בדרך ציורית את עניין הפיר ורצונה לעשות בו שימוש, לזכות הגישה של אזרחים לחדרי מדרגות בעת שריפה בבניין, ולשיטתה, באין דרך אחרת לאפשר את פעילות המסעדה, יש לאפשר מתוך ההכרח את פעילות המנדף בפיר ולצורך כך לתקן את התקנון. אילות מתנגדת לטענת הדיירים כאילו השימוש בפיר למטרה המבוקשת מסוכן ואינו סביר, ומפנה לכך שבפיר של כניסה 10 פועל שנים מנדף, לשביעות רצון כל הצדדים וללא תלונות ולכך שטענותיה בעניין זה לא נסתרו בשלב הראיות. לשיטת אילות, התקנת או השמשת המנדף בשלב זה אינה מחייבת היתר בניה, נוכח שינויים בחוק התכנון ובניה (סעיף 46 לתצהיר ת/1), ועל כן אין כל פגם המתן זכות גישה לפיר לצורך זה, גם בהעדר היתר בניה.

39.הדיירים טוענים כי השימוש בפיר לטובת מנדף, הוא שימוש לא סביר נוכח היקף השימוש וחריגותו מבחינת גודל המתקן, בהיותו מסוכן וגורם מטרד של ריח ואויר, ובהיותו מונע את ניצול הפיר לרווחת הדיירים (ראה לעניין זה נספח ט"ו לתצהיר עדי ההגנה, מכתבי טפסר משנה דורון מני מהימים 5.11.2012 ו – 31.12.2012). הדיירים אף טוענים לאי סבירות השימוש בהיותו בלתי חוקי, בהעדר היתרי בניה כמתחייב וכפי שכבר נקבע בהליכים קודמים. הדיירים מכחישים את ההכרח הנטען לשימוש דווקא בפיר למנדוף וטוענים כי שימושים חיוניים לבעלי הזכויות בבית המשותף הוסדרו כראוי בתקנון וכי אין להוסיף על הסדרה זו.

40.לאחר שבחנתי טיעוני וראיות הצדדים, מצאתי כי אילות לא הוכיחה את חיוניות השימוש בפיר. שוכנעתי אמנם כי השימוש בפיר יסייע לאילות לעמוד בהתחייבויותיה כלפי מסעדת מוזס באשר למתן אפשרות לנידוף העשן מהמסעדה, ואולם לא שוכנעתי כי אין בנמצא אפשרות אחרת לנידוף, ובעיקר התרשמתי כי אילות לא השקיעה מאמץ של ממש באיתור אפשרויות אחרות. חקירת מנהל אילות לימדה על גישה בלתי רצינית דיה לנושא ועל כך שהנחת המוצא של אילות היתה ונותרה כי הפיתרון הראוי הינו מנדף בפיר, מבלי שנבחנה עמדת הדיירים, מבלי שנעשה ניסיון לקבל הסכמתם, מבלי שנבחנו פירים חליפיים, מבלי שנבחנה לעומק עמדת כיבוי האש ועוד (וראה בעמודים 54, סוף עמ' 56, עמ' 57 לפרוטוקול יום 27.2.2017).התובעת אף לא תמכה טיעוניה לעניין זה בחוות דעת מהנדס או מומחה רלבנטי אחר. משכך, אילות לא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה, ולא הוכיחה כי דווקא השימוש בפיר חיוני לפעילות המסעדות.

41.טענות אילות לפיהן מלכתחילה נועדו הפירים לשמש לארובות לפי היתר הבניה לא הוכחו אף הן – אילות לא הציגה את הבקשה המלאה להיתר בניה ואף לא את התשריט המלא שצורף לה. אילות אף לא הביאה חוות דעת אדריכלית או תכנונית מטעמה לתמיכה בטענה זו, שבמחלוקת. טענה זו, שהיתה כרוכה בטענה לפיה קיימת טעות בתשריט ובתקנון אף נדחתה כבר בפסק הדין המחייב של המפקחת, אשר קבעה כי טענה זו לא הוכיחה אף בראשית ראיה, ועל כן אילות מושתקת מלחזור ולהעלותה (ראו פסקה 21 לפסק דינה של המפקחת).

42.בנוסף, מצאתי כי השימוש המבוקש בפיר אינו חוקי, בהעדר היתר בניה, ולכן אינו סביר בנסיבות העניין. לא קיבלתי את טענות אילות לפיהן העבודות אשר הינה מבקשת לעשות בפיר אינן מחייבות היתר בניה, בפרט כאשר טענות אלו נדחו במפורש בפסקי הדין השונים, כאמור בפסקה 37 לעיל. טענתה לפיה השתנה המצב המשפטי באופן שלאותן עבודות אין צורך בהיתר כיום לא גובתה בחוות דעת מומחה ואף לא בראיות אחרות, לרבות עדויות מטעם הרשות הרלבנטית, ולא שוכנעתי בצדקתן. טענתה הכללית של אילות לפיה ניתן להניח לטובתה כי תכשיר כל עבודה נדרשת אינה מתקבלת. אילות מנהלת כבר הליכים רבים בעניין הפיר, בהם נטען להעדר חוקיות פעולותיה בו. באף אחד מהליכים אלה, ואף לא להליך הנוכחי, לא טרחה אילות להגיש בין ראיותיה תוכנית מפורטת להקמת המנדף, אישור כיבוי אשר לתוכנית זו, בקשה להיתר מגובה באישורים או חוות דעת מומחים מתחום רישו העסקים, כיבוי האש, ההנדסה והבטיחות המוכיחה טענותיה בהקשר זה. טענותיה לפיהן תפעל כחוק נטענו בעלמא, ומולן עומדת קביעה משפטית לפיה לא עמדה בחובתה לקבלת היתר בניה לשם פעולותיה הנדרשות להתקנת המנדף בפיר. משכך, הנני קובעת כי לא הוכח שהשימוש המבוקש הינו סביר, וממילא אין לאפשר את תיקון התקנון לטובתו.

43.יצוין, כי אף אחד מהצדדים לא הביא חוות דעת מטעמו להוכחת מידת ההשפעה האפשרית של השימוש בפיר למנדף על איכות חיי הדיירים. ואולם, הדיירים הציגו מכתבים של רשות כיבוי האש המלמדים על מסוכנות פוטנציאלית (ראה צרופות נספחים י"ד – ט"ו לתצהירי הדיירים), ואף בפסק הדין אשר ניתן בבית המשפט העליון ברע"פ 4385/14 לעיל, נקבע כי סביר שלמנדף השפעה על איכות חיי הדיירים וביטחונם. בנסיבות אלה, הנטל להוכיח כי אין מקום לחשש הסביר של הדיירים וכי אין סכנה כלשהי לבטיחות או לאיכות חייהם כתוצאה מהתקנת המנדף והפעלתו, עמד לפתחי אילות. בהעדר חוות דעת מומחה בטיחות מטעמה, לא עמדה אילות בנטל זה. הטענה לפיה מנדף אחר, המשמש מסעדה אחרת, פועל בכניסה אחרת ובפיר אחר ואינו גורם לתלונות שכנים אינה מספקת, ולא מצאתי כי די בכך כדי לעמוד בנטל הנדרש. משכך, שוכנעתי כי בבסיס התנגדות הדיירים להתקנת המנדף עומדים טעמים סבירים של חשש מסכנה ומפגיעה באיכות חיי הדיירים, וכי השימוש המבוקש בפיר אמנם אינו סביר, וכי בעיקר התובעת לא הוכיחה אחרת.

44.כך, הוכח בראיות הדיירים, כי שימוש אילות בפיר לטובת מנדף יחייב הוצאת יתר המתקנים המצויים בו (ראו נספח י"ד לתצהיר ת/1). מנהל אילות אמנם טען אחרת בעדותו, ואולם לא ביסס טענתו זו על מסמך אחר מטעם כיבוי אש ונמנע מלהציג תוכנית אחרת המוכיחה טענה זו (ראו חקירתו החסרה בעמ' 52 רישא לפרוטוקול). משכך, שוכנעתי, כי השימוש שאילות מבקשת לעשות בפיר הוא שימוש בלעדי, המונע שימוש של הדיירים בפיר לצרכיהם. שימוש כאמור אינו סביר, באשר פוגע בזכויות הדיירים ברכושם, ודי בכך בכדי למנוע את תיקון התקנון לטובת מתן אפשרות שימוש כאמור.

45.על כן, מצאתי כי לא הוכח שהשימוש בפיר חיוני או הכרחי, ואף מצאתי כי שימוש זה אינו סביר, ועל כן, אילות לא הוכיחה נסיבות בהן נדרש תיקון התקנון לטובת שימוש חיוני או אף סביר ויש לדחות תביעתה וטענותיה לעניין זה. אעיר לעניין זה, כי לשיטתי טעמים של צורך של דייר וחיוניות השימוש אינם מקימים כשלעצמם עילה לתיקון תקנון, וראה התייחסותי בפסקה 36 לעיל.

תיקון התקנון מכח חובת תום הלב

46.טוענת אילות כי התנגדות הדיירים לתיקון התקנון, שעה שפעילות המנדף בפיר נחוצה וחיונית, ושעה שענייננו בבית משותף מורכב ומעורב, ושעה שהדיירים ידעו כי הינם גרים מעל מסעדות, ונוכח שיתופי הפעולה המתחייבים מהחיים המשותפים בבית משותף, הינה משום שימוש לרעה בקניינם בפיר, וכי בכך מפירים הדיירים את חובת תום הלב הכללית שיש להחילה אף על דיני הקניין. על כן, טוענת אילות, כי אכיפת חובת תום הלב מהווה עילה לתיקון התקנון מכח הוראת סעיף 145א לחוק.

טיעונה זה של אילות מסתמך בין היתר על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, בו נקבע כדלקמן:

"הצעתי את אשר הצעתי כאמור, מאחר וסברתי כי מחד פסק הדין הינו נכון ומבוסס משפטית, כל עוד הרישום אינו מתוקן, אך תוצאתו אינה מתיישבת עם חובת תום הלב שעל בעל זכות בבית המשותף לנהוג, כלפי בעל זכות אחרת. מחד, בתום שמיעת טיעוני הצדדים, הגעתי למסקנה כי אין מקום לדחות את הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין של כב' המפקחת, אלו תומכים במסקנה המשפטית אליה הגיעה ולא גיליתי בפסק הדין טעות שבחוק. אך מאידך, איני משוכנע (ולמניעת ספק איני קובע כך, מבלי שתהיה בפני תשתית ראייתית להגיע למסקנה שכזו), כי המשיבה בסירובה הגורף למציאת פתרון למצוקת המערערת (מציאת מיקום נכון והגיוני למנדפים), היא נוקטת, בחובת תום הלב הכללית וזו בפרט החלה על דייר בבית המשותף."

[פסקה 11 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי]

47.חובת בעל קניין לממש זכותו בקניינו בתום לב, הוכרה זה מכבר בפסיקה (וראו לעניין זה, למשל, רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999)). חובת תום לב זו מטילה מגבלות על מימוש זכות הקניין, תוך התחשבות בעוצמתה של הזכות שנפגעה: האם מדובר בזכות במקרקעין או במיטלטלין והאם מדובר בבעלות או בזכות אחרת, חלשה הימנה; עוצמתה של הפגיעה בזכות, לרבות היקף הפגיעה ומשך הפגיעה; שיקול נוסף – משני בחשיבותו לקודמיו – הוא עוצמת התוצאות של הסרת הפגיעה לגבי הפוגע בזכות; כן ניתן לשקול את התנהגותם של בעלי-הדין. (ראה שם - 242ג – ד, ו – 243א). בענייננו – הדיירים מגנים על זכות במקרקעין, שעוצמתה היחסית גבוהה. הפגיעה המבוקשת בה היא פגיעה לצמיתות, שכן התיקון המבוקש בתקנון ישפיע על הגדרתה של הזכות לתמיד. מאידך, הפגיעה באילות בגין אי מתן זכות גישה לפיר אינה עוצמתית כנטען על ידה, שכן לא שוכנעתי בחיוניות השימוש הנטען, כפי שפורט לעיל. נהפוך הוא, שוכנעתי דווקא כי הפגיעה כתוצאה מהתיקון המבוקש תהיה דווקא בדיירים. באשר לשאלת ההתנהלות הכללית של הצדדים, אזי סברתי כי התנהלות אילות

כלפי הדיירים היא אשר מלמדת על חוסר התחשבות באינטרס יתר בעלי הזכויות בבית המשותף. אילות בחרה להתקשר בהסכם עם מסעדת מוזס, מטעמים עסקיים כלכליים ולהנאתה, מבלי שביררה את האפשרות לעשות שימוש בפיר לשם סילוק העשן ומבלי שבררה את עמדת הדיירים כלפי פיר זה. בירור היה מעלה כי לדיירים היו תלונות והשגות על השימוש בפיר לארובה כבר בקשה לשימוש של מסעדות קודמות בפיר זה. אילות נמנעה מלפעול מבעוד מועד לקידום הבנות שיאפשרו פעילותה של מוזס, או מלאתר פתרונות אחרים שיאפשרו ניהול אורח חיים תקין של הדיירים ושכנות טובה. הדיירים, מנגד, מבקשים להגן על ערך של איכות חיים, שחשיבותו עולה על ערך הניצול המסחרי שמבקשת אילות לקדם. הדיירים הסתמכו על הסדרה חוקית של זכויותיהם בתקנון, ואין לזקוף לחובתם שאיפתם לשמר איכות חיים מיטבית בסביבת הבית המשותף המורכב ובהתאם לתקנון המפורט אשר נותן ביטוי הוגן לשאיפות השכנים בבית זה. קבעתי כבר לעיל כי השימוש בפיר לטובת המנדף אינו סביר ועל כן גם מצאתי כי התנהלות הדיירים בכל הקשור להתנגדותם לתיקון התקנון ולשימוש אילות בפיר לגיטימית וסבירה. הדיירים זכאים לעמוד בנסיבות אלה על הגנת קניינם. לא מצאתי כי היה בסירוב הדיירים לתיקון התקנון בנסיבות העניין משום הפרת חובת תום הלב, ואף לא ראיתי כי הוכחה עילה לשינוי התקנון בגין הפרת חובה זו. על כן הנני דוחה את עילת התביעה מכח הפרת חובת תום הלב.

סיכום

48.לאחר שבחנתי את התביעה וטיעוני הצדדים, מצאתי כי לא הוכחה על ידי אילות עילה לשינוי התקנון, ועל כן הנני מורה על דחיית התביעה.

לא ראיתי מקום להידרש ליתר טענות הצדדים – ואלו נדחות.

עילת התביעה שכנגד תלויה בקבלת התביעה העיקרית, שכן עניינה מתן צו המונע את גישת אילות לפיר, ככל שיתוקן התקנון. משנחתה התביעה העיקרית, יש לדחות גם את התביעה שכנגד.

התובעת תישא בהוצאות הנתבעים בסך 100,000 ₪, אשר ישולמו בתוך 60 יום מיום מתן פסק הדין.

זכות ערעור כדין.

המזכירות תשלח את פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"ו אדר תשע"ח, 13 מרץ 2018, בהעדר הצדדים.

