|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בחיפה** | | |
|  | | |
| אבן נ' שושן ואח' | | 22 אוק 2018 50476-09-17 |
|  | | |
| **השופט** | כמאל סעב | |
|  | | |
| **המבקש** | יואב אבן ע"י עו"ד יאב אבן | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **משיבים** | 1. רחל שושן 2. זיו שי 3. גלית שמחה שי 4. קלרה פייג 5. יוגב ברזלי 6. יוסף ברזלי  ע"י עו"ד יואב הריס ( בשם המשיבים 2-4) עו"ד אסיא סיוון (בשם המשיבים 5-6) | |

**פסק דין**

1.בפני בקשה על דרך "טען ביניים" עפ"י תקנה 224 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד - 1984, לפיה נתבקש בית המשפט לתת הוראות למבקש, עו"ד במקצועו, אשר קיבל על עצמו לרשום את הדירות כבית משותף, הכיצד ולמי להצמיד את הגג של הבניין – גג הפנטהאוז, שנרכש על ידי המשיב מס' 6, באגף "החדש", כפי שיובהר בהמשך.

2.הסכסוך בין הצדדים נשוא בקשה זו, עוסק בזכויות נטענות של המשיבים 5 ו- 6, (להלן ולשם הקיצור: "המשיב 6"), בגג בית משותף, הבנוי ברחוב התיכון 36, חיפה - (להלן: "הבית המשותף"). בניין זה נבנה בשני שלבים, כשבשלב הראשון נבנה החלק הראשון, שיכונה בהמשך "הבניין הישן" ובשלב מאוחר נבנה החלק השני שיכונה בהמשך "הבניין החדש".

3.המשיבים 5 ו- 6 הינם אב ובנו - הבעלים של הדירות 7 ו- 8, בבניין החדש, אותן רכשו ביום 9.7.09, מכונסת הנכסים, עו"ד הגב' עדינה וויל, (להלן – "כונסת הנכסים"), כשלטענתם הגג של הפנטהאוס כלול וצמוד לדירת המשיב 6 - (להלן :"הגג").

4.השתלשלות הדברים הנוגעת לבית שטרם נרשם כבית משותף הייתה כדלקמן :

א.ה- "בניין החדש" מהווה יחד עם "הבניין הישן" - צמד מבנים, שאמורים להירשם כבית משותף. "הבניין הישן" כולל 2 חנויות במפלס רחבת הכניסה ומעליהן 2 דירות מגורים, האחת מעל השנייה; 2 החנויות מסומנות בתשריט הבית המשותף (שטרם נחתם) (להלן: "התשריט") במספרים 2.1 ו- 2.2 והדירות מסומנות בתשריט במספרים 4 ו- 6.

ב.הבניין הישן – בבעלות המשיבה 1 נבנה ראשון והבניין החדש נבנה לפני שנים אחדות בצמידות לבניין הישן, תחילה ע"י חברת מ. ג. י. ה, בניה ויזום בע"מ, להלן: "החברה" והושלם ע"י כונסת הנכסים.

הבניין החדש כולל 4 דירות מגורים:

**האחת** בקומת קרקע (בבעלות המשיבים (2-3) זיו שי וגלית שמחה (מסומנת בתשריט 3), השנייה –בקומה הראשונה (בבעלות המשיבה 4 – קלרה פייג) (מסומנת בתשריט 5) השלישית – בקומה שניה (בבעלות המשיב 5 – יוגב ברזלי) (מסומנת בתשריט 7) והרביעית – דירת פנטהאוז בקומה השלישית ובעליית הגג שמעליה (בבעלות המשיב 6 – יוסף ברזלי) (מסומנת בתשריט 8).– (להלן: "הפנטהאוז").

ג.כאמור, החברה נקלעה להליכי חדלות פירעון והתקשתה להשלים בניית הפרויקט - בניית הבניין החדש, עקב כך, מונתה עו"ד עדינה וייל ככונסת נכסים, לפי בקשת הבנק המלווה, ובענייננו בנק דיסקונט – (להלן – "הבנק").

כונסת הנכסים הייתה אחראית על השלמת בניית הבניין החדש ומכירת מלוא יתרת הזכויות של החברה.

ד.בתאריך 15.5.09 פורסמה מודעה בשני עיתונים על מכירת דירת פנטהאוז ודירת מגורים בפרויקט בניית הבניין החדש.

בתאריך 8.6.09 התאספו המציעים ונערך פרוטוקול על הליך ההתמחרות של הקומה העליונה, המציעים עיינו בחוות דעת השמאי שנערכה ביום 27.5.09 והובהר לכלל המשתתפים את ההצמדות בדירה העליונה , כך נטען.

המשיבים 5 ו- 6 רכשו את שתי הדירות מכונסת הנכסים עוה"ד וייל.

המשיבים 1 – 4, (להלן ולשם הקיצור– המשיבים ) רכשו דירות מגורים מהחברה בטרם זו נקלעה לחדלות פירעון.

**טענות הצדדים**:

הבקשה והמחלוקת

5.בבקשה דנן , עותר המבקש להנחיית בית המשפט לאופן רישום גג הפנטהאוז; האם לרשום אותו כחלק צמוד לפנטהאוז או הינו חלק מהרכוש המשותף?

המבקש אינו בעל עניין בבקשה גופא ופנייתו לבית המשפט באה בעקבות סכסוך שנתגלע בין המשיבים 2 עד 4 ובין המשיבים 5 ו– 6, מחלוקת שהתמקדה באופן רישום הזכויות בגג הפנטהאוז.

**טענות המשיב 6:**

6.המשיב 6 טוען שבעת שרכש את הדירה שלו (הפנטהאוז), מכונסת הנכסים, רכש את יתרת הזכויות במקרקעין, ובעיקר את הזכויות בגג הפנטהאוז.

בהליכי הרכישה נפגש המשיב 6 עם כונסת הנכסים מספר פעמים, לטענתו. פעם אחת בנכס ולאחר כמה ימים נפגש אתה שוב במשרדה, שם הוסבר לו והובהר על ידי נציג הבנק, כי הצעתו לא אושרה ועל מנת שירכוש את גג הפנטהאוז, לדבריו, עליו לשפר את ההצעה ולהוסיף עוד 70,000 ₪. המשיב 6 הסכים לכך כמי שהבין שהוא רוכש מלוא הזכויות בפנטהאוז, לגישתו; לרבות הזכויות בגג שבבניין החדש.

לטענתו השיחה בה פורט תיאור הדירה, התקיימה בינו לבין כונסת הנכסים ובנוכחות נציג הבנק.

עוד טוען המשיב 6 כי הוא שילם עבור התיקון של הגג סכום של 11,232ש"ח ומכאן הזכות להצמדתו לדירתו, לגישתו.

**טענות המשיבים 2 עד 4:**

7.מנגד טענו שאר הדיירים, שהמשיב 6 מסיג גבול, פולש ומשתלט על גג הבניין – גג הפנטהאוס, חוסם את המעבר ונועל את הגג במנעול , תוך החזקת המפתח באמתחתו בלבד. הוא משתלט על חדר המדרגות החל מקומה 3 ומעלה, מאיים על שאר הדיירים שביקשו לעלות לקומה העליונה, מונע את הגישה לקולטי השמש על הגג השייכים ליתר דיירי הבניין ומונע את תחזוקתם והשמירה על תקינותם.

המשיב 6 אף דורש את פינוי הקולטים וההתקנים שעל הגג, על אף שבהסכם המכר כתוב במפורש שקולטי השמש יותקנו על הגג , מונע את הדיירים מלגשת לשטח הגג כדי להתקין דוקרנים למניעת נזק היונים, גם מונע מהם מלגשת לגג לתחזוקת המרזבים ממפגעי חורף, לא משתתף בתשלום הוצאות וועד הבית , לרבות הוצאות תיקון המעלית, כך שהוא חייב לקופת הוועד עד עתה, סך של 10,000ש"ח.

8.בטרם אדרש לשאלות שבמחלוקת, אזכיר כי חובת תשלומי תיקון הגג, תחזוקת המעלית, לרבות החזקת הרכוש המשותף, מעוגנת בסעיף 58 לחוק המקרקעין תשכ"ט – 1958, (להלן: "חוק המקרקעין"), חובה זו אינדיווידואלית ועצמאית וקיומה אינו קשור לכל תניה במישור מערכת היחסים בין הדיירים –ראו א. אייזנשטיין "יסודות והלכות בדיני המקרקעין" חלק שלישי, עמ' 331-332.

9.לעניין תשלום הוצאות תיקון הגג הובאה עדות מר זיו – המשיב 2, שבה טען שמר ברזילאי השתתף בתשלום הסכום של 11,232 ₪ שזה החלק היחסי שלו בבניין (הוא ובני המשיב 5 בעלי שתי דירות), ואז הקשו עליו בהצגת הטענה שמר ברזילאי השתתף בתשלום 11,232 ₪ וצירף חשבונית על תשלום זה וכן חשבונית שנייה על סך 2340 ש"ח ועל קושיה זו השיב כך:

***"הקבלה לגבי 11.232 ₪ זה לשיפוץ הגג, הרכוש המשותף של כל הדיירים, שילמנו ביחד, הצעת המחיר הייתה לנו כוועד הבית, גם הגב' נעמי הייתה הקבלה השנייה שמר ברזלי צירף היא על עבודה פרטית שלא כל כך עניין אותי מה הוא עושה עבודה בגג שעשה באופן פרטי***".

על כן, בעניין זה קיימות טענות עובדתיות סותרות, טענות שלא התבררו במידה מספקת ושבמהותן חלקיות, ניתן לומר כי אין בהן כדי לסייע לבית המשפט להכריע. מה גם, שאין בהן כדי להשליך על המחלוקת שבפניי, כפי שיובהר בהמשך.

10.אין בפניי די ראיות מה שלם כל אחד מהמשיבים ועבור מה היה התשלום ועדיין ניתן לומר שעניין זה יוסדר בין הצדדים בהליך מתאים בפני הרשות המוסמכת, אם מי מהצדדים יבקש להכריע במחלוקת; מכל מקום, ניתן לומר כי אין בעצם התשלום על ידי מי מהדיירים, כדי להעניק למי ששלם זכויות יתר ביחס לאותו חלק מהרכוש עבורו בוצע התשלום.

לעניין חובת תשלום הוצאות אחזקת הבית ראו רע"א 294/87 דר' שלום נגד נציגות הבית המשותף ברח' בן יהודה (ניתן ביום 28.10.87 ).

**השאלות הדורשות הכרעה הן:**

11.א.האם הזכויות בגג הפנטהאוז הוצמדו לפנטהאוס - דירת מר יוסף ברזלי המשיב 6?

ב.מה הוצמד לדירת המשיב 6 – הפנטהאוס, בהתאם להסכם הרכישה מכונסת הנכסים?

ג.מה משמעותו של הפרוטוקול שנעשה על ידי המשיב 6 עם חלק מהדיירים ומה תוקפו המשפטי?

וכעת נפנה לדון בשאלות ובמתן תשובות לכל אחת מהן, כאשר התשובות יובילו למסקנה המשפטית שיכריעו במחלוקת שבין הצדדים.

**דיון בשאלה הראשונה והשנייה:**

האם הזכויות בגג הפנטהאוז הוצמדו לפנטהאוז - דירת מר יוסף ברזלי המשיב 6? ומה בפועל הוצמד לדירת המשיב 6?

כאמור המשיב 5 רכש את הזכויות בדירה מכונסת הנכסים על פי הסכם מיום 09.07.2009.

על פי הנספח להסכם מיום 09.07.2009, שצורף לבקשה, סוכם בין המשיב לבין כונסת הנכסים בחלק המקדמי של ההסכם כדלקמן:

**"הואיל: ובמסגרת הליך מימוש משכנתא מדרגה ראשונה הרשומה לטובת בנק דיסקונט לישראל בע"מ על מלוא זכויות הבעלות והחזקה של בנייני מ.ג.י.ה בנייה ויזום בע"מ ח.פ 512763350 בנכס מקרקעין הידוע כגוש 10882 חלקה 134 המהווה דירת מגורים ברח' התיכון 36, חיפה קומה שלישית כמפורט בתיאור הנכס בהערכת השמאי מיום 27.5.09 ובתוספת חניה מס' 5 ומחסן מסומן וכמפורט בתשריט המצ"ב ומהווה חלק בלתי נפרד מהחוזה דנן להלן: "הנכס")".**

מהאמור לעיל עולה כי המשיב 6 רכש "את הנכס" מכונסת הנכסים על פי הסכם מיום 9.07.2009, דהיינו; את הזכויות בדירה שבקומה השלישית – הפנטהאוס, ובתוספת חניה מס' 5 ומחסן שהוצמדו לדירה.

עוד לפי החלק המקדמי של ההסכם, סוכם בין המשיב 6 לבין כונסת הנכסים כדלקמן:

**"הואיל: והקונה מצהיר כי ראה את הנכס ובדק בעצמו ועל אחריותו לרבות את הזכויות הקנייניות התכנוניות והמשפטיות של הנכס, והוא רוכש אותו במצבו הנוכחי AS,IS, לאחר שבדקו הזכויות הנמכרות)**".

אין בפסקה הנ"ל של ההסכם הצמדה נוספת, מעבר למה שהוגדר כ "נכס" הנרכש והוא דירת המגורים בקומה השלישית – הפנטהאוס, והצמדת מחסן וחניה מס' 5.

לעומת זאת, על פי הסכמי המכר שנערכו בתאריכים שונים בין החברה למשיבים 1 עד 4, (להלן- "הסכמי המכר הראשונים), בכל הסכמי המכר הללו, ושעליהם חתמו המשיבים 1 עד 4, עם החברה, נכלל סעיף 10 שמפאת חשיבותו, יובא כלשונו:

**10. "הקונה מסכים בזאת , כי מלבד הדירה הנרכשת בהסכם זה כל חלקי הבניין והמגרש וכל הזכויות הנלוות בהם לרבות אחוזי בניה נוספים הינם רכוש החברה והיא זכאית לעשות בהם ו/או להשתמש בהם כפי שתמצא לנכון, בהתאם לשיקול דעתה הבלעדי מבלי לגרוע בכלליות האמור לעיל, מובהר בזאת כדלקמן:**

**10.1. רק אותם חלקים בבנין שיקבעו על ידי החברה כרכוש משותף בבית משותף ,הכל לפי שיקול דעתה הבלעדי של החברה בכפוף לשינויים בקביעות האלה , יחשבו כרכוש משותף לצורכי הסכם ו/או הוראות כל דין .**

**10.2. החברה תהא רשאית בהתאם לשיקול דעתה להצמיד את גג הבניין לדירות הקומה העליונה ולהקנות לבעלי הדירה להם מוצמד גג המבנה הזכות לבצע כל בניה על הגג בכפוף להוראות כל דין ו/או יציאה לגג, הכל, ללא צורך בהסכמת הקונה .**

**למרות האמור לעיל, דיירי הבניין יהיו רשאים להתקין על הגג קולטי שמש, ,תוך התחשבות וגרימת הפרעה מזערית הניתנת בזכויות בעל הדירה לה מוצמד הגג, וכן תהא להם זכות מעבר במידת הצורך לצרוך תיקון ו/או אחזקת הקולטים, וכן להתקין צלחת לווינית של חברת יס.**

**10.3. החברה תהא רשאית להצמיד לפי שיקול דעתה הבלעדי כל שטח משטח הבניין ו/או המגרש לרבות קירות חיצוניים, חניות, מרפסות, מחסנים, ומרתפים לכל דירה בבניין, למען הסר הספק, בכל מקרה תוציא החברה מתוך השטח המשותף את כל מקומות החנייה, המחסנים, הגגות שמעל לדירות בקומות העליונות** ".

מהאמור בהסכמי המכר הראשוניים (עם המשיבים 1- 4) בסעיף שלעיל, בעצם החברה מכרה להם את הדירות התחתונות תוך שהיא מחריגה את הגג ומשאירה את ההחלטה הסופית בהקשר להצמדתו לשיקול דעתה, בין אם להצמידו לדירה מסוימת או לשייכו לכל הבניין .

חשוב לציין, כי מפרוטוקול ההתמחרות שנערך ביום 8.6.09 עולה שהובהר בהתחלה על ידי כונסת הנכסים באופן שבפני המשיב 6 הונחו הן הערכת השמאי והן חוזה המכר שנכללו בו; ההצמדות לדירת הפנטהאוז. בהתאם להערכת השמאי מיום 27.5.09 המדובר בפנטהאוז עם עליית גג, כשהמפלס הראשון כולל חלוקה פנימית של סלון, מטבח, מרפסת פתוחה, חדר כביסה, שירותים, חדר ממ"ד וכן יחידת חדר שינה עם מקלחת ושירותים צמודים ובמפלס השני ישנם 2 חללים כחדרים וכן 2 חדרי מקלחת ושירותים .

למקרה דנן יש לבחון אם הגג של הפנטהאוז הוצמד לדירה זו, וכי הזכויות בגג שייכות, לבעל הדירה, קרי, למשיב 6 כפי שהוא טוען.

לאחר עיון בהסכם המכר ובסעיפים הרלוונטיים, ברי כי אין בהסכם המכר עם המשיב 6 כל הוראה מפורשת וברורה שקובעת כי הזכויות בגג הפנטהאוז הוצמדו לדירה זו. על פי ההסכם, לדירת המשיב 6 הוצמדו חניה מס' 5 ומחסן כפי שהראיתי לעיל, זאת, על יסוד הסכם הרכישה בינו ובין כונסת הנכסים.

אלו הן התשובות לשאלות א' ו- ב' שהובאו לעיל וכעת נפנה לשאלה השלישית.

מה משמעותו המשפטית של הפרוטוקול שנעשה על ידי המשיב 6 עם חלק מהדיירים ?

( המדובר בפרוטוקול מיום 27.10.09 עליו חתומים זיו וגלית שי – המשיבים 2 ו- 3 והמשיבים 5 ו- 6 וכן חתום אחד בשם צבי שמעון שממנו רכשה גב' קלרה פייג – המשיבה 4, את זכויותיה – ראוי להדגיש כי ההסכם בין מר צבי שמעון לגב' קלרה פייג לא הוצג וכי ניתן להניח שלו מר צבי שמעון התמיד בהסכמתו להצמדת הגג לפנטהאוס בהתאם לחתימתו על הפרוטוקול, הוא היה נותן ביטוי לכך בהסכם עם גב' פייג וכי אז ניתן להניח במידה גבוה של וודאות שהסכם זה היה מוגש בפניי).

וכעת יש לבחון מה תוקפו המשפטי?

כבר אומר עתה כי עריכת פרוטוקול זה על ידי המשיב 6, יש בו כדי לאשש את הקביעה שבהסכם הרכישה שנערך בינו לבין כונסת הנכסים, אין כל זכר להצמדת גג הפנטהאוז לדירה, כי ממה נפשך, לו היה המשיב 6 בטוח בטענתו שההסכם כלל תניה לפיה הוצמד הגג לדירתו, הרי שהוא לא היה זקוק למהלך זה ולעריכת הפרוטוקול דנא.

כעת יש לבחון לשם מה ערך המשיב 6 את הפרוטוקול? ומה הנפקות המשפטית של מסמך זה?

לצורך בחינת השאלה הנ"ל על פי הדין, נפנה להוראות חוק המקרקעין ותחילה לסעיף 55 לחוק, הקובע כדלקמן:

**"א. לכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי מסוים ברכוש המשותף של אותו בית משותף.**

**ב.עסקה בדירה תחול גם על החלק ברכוש המשותף הצמוד אליה, ואין תוקף לעסקה ברכוש המשותף בנפרד מן הדירה...**

**ג.בעלי הדירות רשאים לקבוע בתקנון...שחלק מסוים של הרכוש המשותף יהיה צמוד לדירה פלונית ... הוצמד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, לא יחולו עליו הוראות פרק זה בנוגע לרכוש המשותף, ודינו לכל דבר כדין הדירה שאליה הוצמד".**

העולה מסעיף 55 (ב) לחוק, הוא כי הפרוטוקול שנערך על ידי המשיב 6 ועליו חתמו חלק מהדיירים ושכתוב בו במפורש:

**"ח. הגג מעל הפנטהאוז שייך וצמוד לבעל הפנטהאוז, דירה בקומה 4 מר יוסף ברזלי ".**

לפרוטוקול, אין תוקף משפטי, הגם שחלק מהדירים הסכימו לו וחתמו עליו ושלפיו הועבר לאותו דייר חלק מהרכוש המשותף, זאת כי הוא אינו חתום על ידי בעלי הדירות – קרי, בעלי כל הדירות, כדרישת לשון סעיף 55 "ג" הנ"ל.

יודגש כי "רכוש משותף" מוגדר [בסעיף 52](http://www.nevo.co.il/law/72897/52) לחוק המקרקעין:

"כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, ולרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, וכן מיתקני הסקה או מים וכיוצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם אפילו הם בתחומי דירה מסויימת".

הגדרה דומה מופיעה [בסעיף 77א](http://www.nevo.co.il/law/72897/77a) לחוק המקרקעין גם ביחס לבתים שאינם רשומים כבתים משותפים.

יוצא, איפוא, שהגג שבענייננו הינו חלק מהרכוש המשותף.

ראוי לציין כי הוצאתו של חלק מסוים מהרכוש המשותף והצמדתו לדירה פלונית יכולות להיעשות באחת משתי הדרכים הבאות:

הדרך הראשונה; בהסכמת כל בעלי הדירות בבית המשותף, לפי [סעיף 62(א)](http://www.nevo.co.il/law/72897/62.a) סיפא ל[**חוק המקרקעין**](http://www.nevo.co.il/law/72897); שזו לשונה:

**"... אין לקבוע הצמדה של חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות".**

הדרך השנייה; על ידי מוכר דירה, כהגדרתו בחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק המכר"), בתנאי שפעל על פי האמור [בסעיף 6(א)](http://www.nevo.co.il/law/72490/6.a) לחוק המכר, שזה לשונו:

"(א)המוכר דירה בבית משותף או בבית המיועד להירשם כבית משותף והתקנון שחל על הבית או שבדעתו להחיל על הבית מבטל או משנה הוראה של התקנון המצוי המתייחסת לענין מן הענינים המנויים להלן, חייב לכלול במפרט או לצרף לחוזה המכר פרטים על אותו ענין; ואלה הענינים:

**(1)הוצאת חלק מהרכוש המשותף;**

**(2)שיעורו של החלק ברכוש המשותף הצמוד לדירה;**

**(3)שיעור ההשתתפות בהוצאות הבית המשותף ובשירותים המחוייבים בקשר אליו;**

**(4)סדרי קבלת החלטות בדבר ניהול הבית המשותף;**

**(5)כל ענין אחר שקבע שר השיכון בצו בדרך האמורה בסעיף 3(א)".**

יצוין, כי הוראות [סעיף 6](http://www.nevo.co.il/law/72490/6) ל[**חוק המכר**](http://www.nevo.co.il/law/72489)חלות גם על בית המיועד להירשם כבית משותף - ראו [**ע"א 118/78 גוב ארי חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' כהן**, פ"ד לג](http://www.nevo.co.il/case/17910951)(1) 805.

בית המשפט העליון כבר סיכם את התנאים שפורטו בסעיף 6(א) לחוק המכר, באומרו כי:

"ניתן לסכם את התנאים העולים מן הפסיקה האמורה במקובץ: ראשית, הוצאת השטח המשותף צריכה להיעשות במסמך נפרד לחוזה או במפרט ... שנית, על המסמך שבו מצוינים השינויים להיות מצורף לחוזה, בעת עריכתו ... שלישית, הגריעה מהרכוש המשותף צריכה להיות מוצגת באופן קונקרטי, ספציפי ומסוים... קיימים שיקולי מדיניות משפטית רבים התומכים במתן פרשנות דווקנית להוראות המפרט...".

עוד אציין כי קיימת דרך נוספת [בסעיף 71ב](http://www.nevo.co.il/law/72897/71b) ל[**חוק המקרקעין**](http://www.nevo.co.il/law/72897), שאינה רלבנטית לענייננו.

בענייננו, אין חולק שלא ניתנה הסכמת כל בעלי הדירות להוצאת הגג של הפנטהאוז מהרכוש המשותף והצמדתו לדירת משיב 6. מה גם, על פי הסכמי המכר שנערכו בין החברה לבין המשיבים 1 עד 4 ובין הכונסת הנכסים לבין המשיב 6 אין כל התייחסות קונקרטית להוצאת הגג מהרכוש המשותף והצמדתו לדירת המשיב 6.

כפי שכבר ציינו בהרחבה לעיל, בהתאם לחוק המקרקעין לא ניתן מבחינה משפטית לגרום להצמדת חלק מהרכוש המשותף, כפי שעשה מר יוסף ברזילאי – המשיב 6, עפ"י הפרוטוקול דנא.

על כן כאמור, אין לפרוטוקול זה נפקות משפטית ברת ביצוע. חיזוק נוסף למסקנה הנ"ל ניתן למצוא באמירות הברורות והמפורשות בהסכמי הרכישה שם נאמר "שכל הדיירים רשאים להתקין על הגג קולטי שמש, תוך התחשבות וגרימת הפרעה מזערית הניתנת בזכויות בעל הדירה לה מוצמד הגג, וכן תהא להם זכות מעבר ..... לצורך תיקון ו/או אחזקת הקולטים וכן להתקין צלחת לווינית של חברת יס" – ראו פיסקה שניה לסעיף 10.2. להסכמי הרכישה שנערכו בין החברה לבין המשיבים 2 עד 4.

12.האם משיב 6, הוכיח כי רכש את הגג כחלק שהוצמד לדירתו?

כאמור, על המשיב 6 להוכיח שאכן הגג הוצמד לדירתו, ולטעמי, הדבר לא עלה בידו.

בנקודה זו נחקר העד מר אהוד עקיבא נציג הבנק, שלטענת משיב 6 נכח בשיחה שהייתה עם כונסת הנכסים על תיאור הדירה, ומסר כדלקמן:

**"ביקרתי בבניין הזה מספר רב של פעמים שמר ברזילאי היה נוכח היו עבודות להשלמה בבניין שטרם נשלמו שהקבלן קרס לכן ליוויתי את הכונסת, כמה פעמים את שואלת לא יכול לזכור".**

העד מסר כי בשלב של ההצעה המשופרת הוא לא נכח פיזית במשרד עו"ד וייל – כונסת הנכסים.

נשאל העד לגבי סעיפים 20 ואילך לתצהיר מר ברזילאי, והופנה לטענת מר ברזלאי שהוא נכח בסיור ועל כך העד השיב "הייתי מספר רב של פעמים, ביניהם גם פעמים שהיה גם החשב הזה, לא זוכר אם גם מר ברזילאי היה שם, בטח לא החשב יכל להצביע על הצמדות".

העד נשאל לגבי דברי כונסת הנכסים וטען כי הוא אינו זוכר. עוד נשאל העד ביחס לדברי כונסת הנכסים במהלך סיור והשיב כי הוא אינו יכול לזכור את הדברים. יש להזכיר כי כונסת הנכסים או מי ממשרדה לא הובאו לעדות.

מר ברזלאי נשאל האם הדירה הזו הייתה הרכישה הראשונה בחייו והשיב: " זו ... הרכישה שרכשתי דך כונס הנכסים ודרך עורכי הדין שמשקרים". סתם ולא פירש. בהמשך נשאל "שהשקר שאתה טוען לגביו זה שאמרו לך שמוכרים לך גם את הגג ובחוזה המכר אין כל עיגון לטענה זו?" ועל כך השיב שזה השקר ולמען שלימות התמונה אביא דברים בשם אומרם:

**"לא בדיוק, השקר הוא בזה שכל הזמן במכירה הייתי 4 פעמים בסיורים הינו עם הקבלן, והציגו בפניי כל מה שמגיע ומה שנשאר אצל הקבלן. השקר הוא בזה שהכל כתוב שזה שלי השקר שהם לא נותנים את זה, בין היתר, בזה שלא נותנים את הגג ושלא נותנים את .. ואני היחיד בקומה והם יכולים לעלות למטרת תיקון דוד השמש..."** (עמ' 12 לפרוטוקול שורות7-11).

מר ברזלאי הופנה לעמוד השני בחוזה המכר, ונשאל לגבי הבדיקות שעשה בעצמו בהקשר לזכויות המשפטיות בנכס שלא באמצעות כונסת הנכסים, ובין השאר, ביחס ליצוגו ושכירת שירותי עורך דין מטעמו ועל כך הוא השיב:

"הסתמכתי שגם לקחתי עורך דין שהוא בדק חלק מהזכויות המשפטיות, עו"ד יהודה כהן שאז היה מטפל בכל הדברים .... הלכתי לעירייה ולבתי משפט והבאתי ניירות, אני לא יודע לנתח כמו שעורך דין מנתח, עורך דין אמר לי שהכל בסדר זה בית משפט ז"א אני קונה מהחוק ומה שהחוק אומר זה קדוש כאילו קניתי מבית המקדש". (עמ'12 לפרוטוקול שורות 20-24).

עוד השיב לשאלה נוספת בהפנותו לחלק המקדמי של הסכם הרכישה, שם כתוב "רוכשים במצבו הנוכחי" AS Is" , והשיב " אני רכשתי את הבית עם הגג ובמצבו הנוכחי ואל תכניס לי מלים לפה " - (עמ'12 לפרוטוקול שורה 28).

עוד הופנה מר ברזלאי לכך שבחלק המקדמי שבחוזה הרכישה של שושן (משיבה 1) בסוף ה- "הואיל הראשון" – (תוך שהראו לו שני הסכמים עם גב' שושן), שם כתוב שהאחרונה רכשה גם את הגג ונשאל מדוע בהסכם עמו, לא רשום שהנכס כולל את הגג ועל כך העד השיב:

**" כשאני קניתי לא ידעו מה מעמד הבניין, זה מה שאמרו לי, אמרו לי שזה משהו עם סימן שאלה מצבו אף אחד לא ידוע לשאלה שלך למה אצלה כתוב ואצלי לא, כשקניתי לפחות עדינה וויל ואחת העוזרות שלה איילת הוך טל אמרה לי שהיא מוכרת לי את הנכס וכל הזכויות של הקבלן , כל מה שנשאר לקבלן זה שלי, אפילו אמרה לי אם משהו יגיד שזה שלו תגיד לו תראה לי ולא הפוך . מאחר וזה שלי, היא לא התייבשה** (כך במקור כ. ס.) הבינה שאני חופשי בשיחה צלצלה אליי באחד המקרים אחרי 3-4 חודשים לקראת הכניסה שלה לדירה, ואז אמרה לי נכון שכל הזכויות של הקבלן אצלך אבל כשרוצים למכור את הדירה השנייה היא מבקשת שזה יהיה שלה ואז אפשר להפריד את הבניינים" (עמ'13 לפרוטוקול שורות 10-17).

לעניין הוצאת חלק מהרכוש המשותף ראו ע"א 1781/13 פרידמן חשכורי חברה להנדסה נגד כהן מלי (ניתן ביום 15.7.15), שם נכתב כי:

"במישור הקנייני, אין משמעות משפטית להוצאת חלק מן הרכוש המשותף ללא הצמדתו במרשם המקרקעין לאחת מדירות הבית. ודוק, ההוצאה וההצמדה עשויות להיות בעלות משמעות משפטית במישור החוזי, במובחן מהמישור הקנייני ... לפיכך, בבית שטרם נרשם כבית משותף, אין משמעות קניינית מיידית להוצאת חלק מן הרכוש המשותף; זאת שכן אין אפשרות לרשום את ההצמדה במרשם המקרקעין".

עוד נשאל כשראית שבהסכם שלך לא כתוב שאתה מקבל את הגג למה לא ביקשת שההסכם יתוקן והוא השיב :

" עורכי דין מחפשים איך לרמות אני יודע שהגב' איילת אמרה לי שכך זה הכי טוב, כי אתה בא לשופט ואתה אומר שהכל שלך ושיוכיחו שזה שלך אם לא קנו שילכו הביתה" - (עמ'13 לפרוטוקול שורות 21-22).

יודגש שוב שהן כונסת הנכסים והן עו"ד גב' הוך ממשרד הכונסת לא הובאו להעיד, כך שלהימנעות מהבאתן מתבקשת המסקנה המשפטית המושרשת מזה שנות דור במקומותינו - ראו לעניין זה ההלכה שנקבעה בע"א 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נגד סלימה מתתיהו, פ"ד מה(4) 651, שעל פיה "אי-הבאתו של עד רלוואנטי מעוררת, מדרך הטבע, את החשד, כי יש דברים בגו וכי בעל הדין, שנמנע מהבאתו, חושש מעדותו ומחשיפתו לחקירה שכנגד ... וכי 'על הכלל שאי הבאתו של עד רלבנטי יוצרת הנחה לרעת הצד שאמור היה להזמינו, עמד בית-משפט זה' ... אולם ככל הנחה, אף ההנחה, כי דברי העד הרלוואנטי אשר לא הוזמן היו פועלים כנגד הצד שאמור היה להזמינו, ניתנת לסתירה". (שם, עמ' 658-659).

עוד הופנה המשיב 6 לנספח ח' שצורף לטיעוני המשיבים 2-4, שם הטיחו בו שהוא התנגד להצטרף לאגודה לתרבות הדיור ונושא התחזוקה של הגג עלה ונשאל למה לא טען אז שהגג שלו ושהוא יממן את התיקון ולמה דרש השתתפות הדיירים במימון ועל כך, השיב " כך אומרים שעורכי דין רמאים אמרתי לכולם שהגג שלי גם לנעמי וגם לשושן החתמתי אותם ביום הראשון שהגעתי הם יודעים שהגג שלי ועשיתי הכל לבד כך נאמר" (עמ'13 לפרוטוקול שורות 26-27).

העד – משיב 6 נשאל האם קרא את הערכת השמאי והשיב:

"קראתי אחרי זה" אך בחקירה חוזרת השיב "אני קראתי את זה, היא נתנה במועד ההתמחרות , אני לא יודע אם זו איילת , היו קבוצה בהתמחרות, לא זוכר מי מסרה את זה, היה בנוכחות איילת, וויל , אני זוכר שנציג הבנק שהעיד היה שם לא זוכר בדיוק מה נתן לי אנחנו הינו מעיינים ומסתכל בדיוק מה כתוב שם, מוצא חן בעיניך או לא, אחד הדברים הכי חשובים לא אני העליתי, דווקא עכשיו שהראית לי את זה, משהו פנה בשם בנזרי משהו כזה, והיא אמרה לו הרב בן עזרי, שאל אותה נכס כזה ברמה כזאת של דירה ובאותו זמן הקבלנים האחרים היו נותנים גם כמה חניות ומחסנים לדירה כזאת, למה פה אין חניה, אז היא אמרה לי שזה שני מחסנים ושתי חניות". (עמ' 14 לפרוטוקול שורות 31-38).

יש לציין שטענת המשיב 6 ביחס ל- "... שני מחסנים ושתי חניות" מועלת רק בשלב הזה ואף המבקש לא התייחס לכך בבקשתו וגם המחלוקת בבקשה דנא מתייחסת אך ורק לגג ומהות הצמדתו: האם הוא חלק מהרכוש המשותף או הוא הוצמד לפנטהאוז?

מה גם; יש להיזכר שדברים אלו לא עולים בקנה אחד עם הכתוב בהסכם – חניה מס' 5 ומחסן אחד.

13. זאת ועוד, כאן המקום להפנות לגישת הדין – החוק והפסיקה, ביחס להצמדת רכוש לדייר זה או אחר. בעניינו מבקש משיב 6 לקבל את הזכויות בגג הפנטהאוז ובדרך זו לשלול זכויות הדיירים האחרים בגג, ועל כך קבע בית המשפט העליון כי:

**"כל גריעה מן הרכוש המשותף חייבת להיות מפורשת וברורה ואין מפרשים אותה בהרחבה אלא בדווקנות ובדיוק ואין לנהוג בפרשנות מקילה ובהסקת מסקנות מכללא בכל הנוגע להגדרת תחומי השיתוף מחד גיסא, ותחומי הפרט, מאידך גיסא. הווה אומר, המבקש ליטול חלק מן הרכוש המשותף, זקוק כאמור להסכמת כל בעלי הדירות ולא יראוהו כזכאי לבעלות בחלק מן הרכוש המשותף, אלא אם נאמרו הדברים מפורשות וברורות...**

**... אין לשלול בעלותם של יתר בעלי הדירות ברכוש המשותף רק על ידי פרשנות בדרך ההיקש או על ידי הנחה בדבר קיום הסכמה מכללא כביכול, העולה כאילו מן ההסכמה להעברת חלק אחר מן הרכוש המשותף....".** ראו ע"א 239/79 גלבורט נ' הממונה על המרשם, פ"ד לד (2) 807, עמ' 810-812 – (להלן: "הלכת גלבורט").

מכל מה שהובא לעיל ברי כי לא עלה בידי המשיב 6 להוכיח שהגג הוצמד לדירתו על פי דין. עוד נקבע בהלכת גלברט לעניין הצורך באמירה ברורה ומפורשת לגבי כל חלק המוצמד לדירה זו או לאחרת ובהיעדר אמירה ברורה ומוחלטת, לא ניתן לסמוך על פרשנות מרחיבה :

**"מכאן כי אם מוצמד שטח גג אין לראות כרכוש צמוד אלא את מה שהוצמד מפורשות. אם הוענקה זכות לבנות על השטח המוצמד, איננו נובע מכך עדיין כי כל חלקיו החיצוניים של מה שנבנה (קירות חיצוניים או גג) גם הם מוצמדים לדירה כל עוד לא נקבע מפורשות אחרת, בהסכמת כל בעלי הדירות.**

**......**

**כאשר מבנה מוקם כדין כחטיבה אחת והדברים נמצאים בתהליך הבניה, עדיין איננו מתגבש הרכוש המשותף, אך כאשר הושלם המבנה הנוסף ונוצר על ידי כך גג חדש, הרי יש לבעלי הדירות מיניה וביה זכויות בו והוא כל עוד לא הסכימו בקשר לכך אחרת....**

**......**

**הסכמה להצמדת גג אין משמעותה עדיין גם הצמדתו של הגג הנוסף, אם לא נאמר מפורשות אחרת..."**

ראו גם ע"א 374/08 צדוק קטן (איטן) נגד דיצה ברכה הורנשטיין (מינץ), ניתן ביום 25.12.12), שם נקבע כי:

**"ככל שכוונת המערערים היתה להוציא רק חלק מן הגג מכלל הרכוש המשותף ולהותיר חלק אחר בידי הדיירים - היה עליהם לציין זאת מפורשות ולציין איזה חלק בכוונתם להותיר כרכוש משותף...העולה מהאמור הוא שאין די בהוראת ההסכם עם זברו כדי שתשתכלל הוצאתו של הגג מהרכוש המשותף והצמדתו לדירות המערערים. כך הם פני הדברים גם בהנחה, הנוחה למערערים, שלא נדרש קיומו של מסמך נפרד לשם הוצאת חלקים מן הרכוש המשותף".**(שם, פיסקה 26).

הלכה זו מובילה למסקנה ,שאין כל ראיה לכך, שהזכויות של הגג בקומת הפנטהאוז הוקנו למשיב 6 מר יוסף ברזילאי. לטענות המשיב 6, אין כל תימוכין בכתובים, נתונים שאין להם תשתית ראייתית העונה על דרישות הדין.

גם לשון הסכמי המכר שבין כל המשיבים לבין כונסת הנכסים והחברה, מלמד על כי הדירות נמכרו מבלי שהגג יוצמד לדירה של מי מהדיירים.

14.מכל המקובץ מעלה, המסקנה המתבקשת היא שהזכויות בגג הפנטהאוז שייכות לכל בעלי הדירות בבניין, הגג בדירת הפנטהאוז הוא חלק מהרכוש המשותף, הדיירים רשאים להשתמש בו על פי דין, ולאפשר לבעלי הדירות גישה נוחה לגג לצורך תחזוקה ותיקון הגג ואת אשר הותר להתקין עליו בהתאם לחוזי הרכישה, כך שעל המבקש לרשום את הגג כחלק מהרכוש המשותף.

15.בנסיבות העניין ומתוך תקווה ששכנות טובה תשרור בין המשיבים, אינני עושה צו להוצאות, למעט הוצאות המבקש בהליך זה, הוצאות שיישאו בהן המשיבים בחלקים שווים. המבקש יציג קבלות ביחס להוצאות, היה ושולמו על ידו.

16.המשיבים ביחד ולחוד ישלמו למבקש בחלקים שווים שכר טרחה בסך 10,000 ₪ (כולל מע"מ).

התשלומים יבוצעו תוך 30 יום מיום קבלת פסק הדין, שאם לא כן, יישאו הפרשים כחוק מהיום.

**המזכירות תשלח לצדדים עותק מפסק הדין**.

ניתנה היום, י"ג חשוון תשע"ט, 22 אוקטובר 2018, בהעדר הצדדים.

