

הדייר הסרבן - סיבה או סימן?

מאת

אבי וינרוט * ואריק מגידוש **

תקציר

ענף הבניה מתמקד בשנים האחרונות בפרויקטים של התחדשות עירונית שתכליתם לחדש מרקמי מגורים ותיקים ובכלל זה לשפר, לשדרג, לחזק ולמגן בנייני מגורים. ההתחדשות העירונית יצרה זירת התנגשות בין צרכים חברתיים ואינטרסים של הזולת, לבין דיני הקניין הקלאסיים. מצד אחד, ניצב הצורך של החברה לחזק מבנים ישנים מפני רעידות אדמה וכן הצורך להגדיל את היצע פתרונות הדיור אל מול גלי הביקוש, לצד רצונם של הדיירים בבניינים ישנים לעבור למגורים מרווחים בבניינים מודרניים. מן הצד האחר, ניצב דייר המסרב להוציא ישן מפני חדש ועומד על זכותו לנהוג בקניינו כרצונו. לעיתים ההתנגדות סבירה והגיונית ולעיתים עסקינן ב"דייר סרבן" שסרבנותו אומנותו וכדברי השופט סולברג "אוי לסרבן ואוי לשכנו". נוצר קונפליקט בין בעלי זכויות קניין שונים, כאשר הדייר הסרבן מונע משותפיו את האפשרות לקבל דירה מרווחת יותר בבניין מחודש.

ניתן היה לסבור כי הסיבה לכך נעוצה בהתייחסות שזוכה לה ה"התחדשות העירונית". אולם, במאמר זה מראים המחברים כי שינוי זה הוא רק סימפטום לשינוי מקיף יותר שהתחולל בפסיקת בית המשפט בנוגע לבסיס דיני הקניין. יחד עם זאת, המחברים מבקשים לשרטט 'קו גבול' שיגן על ההיבט הסובייקטיבי של הזכות הקניינית, לפיו ימשיך האדם להיות חופשי לעשות בקניינו כרצונו, ומאידך יגשים את תכליתה האובייקטיבית של זכות הקניין לקידום הכלכלה והחברה.

* אבי וינרוט הוא פרופסור חבר ומרצה לדיני קניין בפקולטה למשפטים של המרכז האקדמי פרס.

** אריק מגידוש הוא עורך-דין במשרד פרופ' אבי וינרוט ושות', עורכי-דין.

- מבוא.....2
- א. מעבר בארבעה שלבים מקניין קלאסי לבעלות עם אחריות.....4
1. התקופה הראשונה – גישת הקניין הקלאסי.....4
2. התקופה השנייה – כרסום בזכות הקניין בבית משותף.....5
3. התקופה השלישית – שיקולי סבירות וסעדים נזיקיים.....7
4. התקופה הרביעית – שיקולי סבירות וסעדים קנייניים.....10
- ב. סוגיית הדייר הסרבן כחלק משינוי תפיסתי כולל.....13
- ג. קו הגבול.....16
1. מהות הפגיעה.....16
2. מטרת הפגיעה.....18
3. זהות הפוגע.....19
- סיכום ומסקנות.....20

מבוא

ענף הבניה מתמקד בשנים האחרונות בפרויקטים של התחדשות עירונית שתכליתם לחדש מרקמי מגורים ותיקים ובכלל זה לשפר, לשדרג, לחזק ולמגן בנייני מגורים. מדובר בתופעה רחבה הכוללת שלושה סוגי מסלולים: תוספת לבניין קיים במסגרת של תמ"א¹ (1);² והריסה של כמה בניינים סמוכים ובנייה של מתחם חדש תחתיהם על פי תכנית פינני בינוי.³

ההתחדשות העירונית יצרה זירת התנגשות בין צרכים חברתיים ואינטרסים של הזולת, לבין דיני הקניין הקלאסיים. מצד אחד, ניצב הצורך של החברה לחזק מבנים ישנים מפני רעידות אדמה וכן הצורך להגדיל את היצע פתרונות הדיור אל מול גלי הביקוש, לצד רצונם של הדיירים בבניינים ישנים לעבור למגורים מרווחים בבניינים מודרניים. מן הצד האחר, ניצב דייר המסרב להוציא ישן מפני חדש ועומד על זכותו

תודתנו מקרב לב לעו"ד איסר אדלר על סיוע שלא יסולא בפז בעיבוד הדברים ובהבניית שיקול הדעת. כמו כן, תודתנו לעורכת, גב' נויה מטלון, וכן לגב' סיגל נימרק ומר יהונתן שמעון, חברי מערכת עיוני משפט על הערות בונות ומחכימות.

¹ חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, "תכנית מתאר ארצית לחיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה" - תמ"א 38, נוסח משולב דצמבר 2016 (להלן: תמ"א 38). לסקירת הרקע לחקיקת תמ"א 38 ראו עש"א (מחוזי תל אביב) 7187-10-19 ילין ג' גורן, פס' 34 (נבו 27.4.2020).

² ס' 14 לתמ"א 38.

³ חוק פינני ובינוי (עידוד מיזמי פינני ובינוי), התשס"ו-2006, (להלן: חוק פינני ובינוי).

לנהוג בקניינו כרצונו. לעיתים ההתנגדות סבירה והגיונית ולעיתים עסקינן בדייר שסרבנותו אומנותו, ועל כן הוא מכונה "דייר סרבן".⁴

בהתאם לתפיסה הקלאסית של דיני הקניין, בעלות של אדם בדירת מגוריו היא זכות כמעט מוחלטת, המקנה לו מעין מתחם של שרירות, הכולל גם את הזכות לנהוג בנכס באופן שאינו נראה לאחרים כסביר.⁵ לפי גישה זו לא ניתן לכפות על בעל דירה בבית משותף להשתתף בפרויקט לחידוש הבניין, שכן זכותו לנהוג בקניינו כרצונו ולחיות בדירה ישנה גובר על רצון שכניו להתחדש. נמצא, כי לפי תפיסה זו, נדרשת הסכמה של כל הדיירים לשם הוצאתה לפועל של תכנית להתחדשות עירונית. במצב זה, נוצר קונפליקט בין בעלי זכויות קניין שונים, כאשר הדייר הסרבן מונע משותפיו את האפשרות לקבל דירה מרווחת יותר בבניין מחודש. גרוע מכך, הוא גורם להם לעיתים להישאר בבניין מסוכן החשוף לרעידות אדמה ולאסונות הנדסיים.

בסוגיה זו התחוללו תמורות מפליגות בנקודת האיוון בין האינטרסים השונים לבין היקף ההגנה על זכות הקניין של הדייר הסרבן. היקף ההגנה על זכות הבעלות הלך ופחת עם התקדמות הפסיקה והחקיקה עד כי כעת, הדייר הסרבן נדרש לעמוד במבחני סבירות בשימוש שהוא עושה בזכות הבעלות שלו. מעיון בדברים ניתן היה לסבור כי צבר החוקים המתייחס ל"התחדשות עירונית" הוא הסיבה לשינויים שחלו ביחס להיקף ההגנה הקניינית שניתנת ל"דייר הסרבן", וממילא יש לראות אותם כשינוי נקודתי שאינו משליך על מקרים אחרים שאינם נופלים להגדרות החקיקה האמורה.

אולם, אנו נבקש להראות כי השינויים שחלו ביחס למהותה של זכות הבעלות, אינם נעוצים דווקא בשינוי החקיקתי בסוגיית הדייר הסרבן, וזה אינו אלא אחד מהסימנים לשינוי מקיף יותר בדיני הקניין, שכבר התחולל. תפיסת הבעלות הקלאסית, המגנה על הקניין בכל מחיר וכןגד כל אינטרס, חדלה להיות הגישה השלטת ואת מקומה תפסה גישה של "בעלות עם אחריות" המגבילה את הבעלים מלעשות שימוש שרירותי בזכויותיו הקנייניות ומחדירה שיקולי סבירות מסוימים לפעולותיו.

יחד עם זאת, מפאת חשיבותה של הזכות הקניינית לפרט, ומכוח חיוניותה לכלכלה ולחברה, לא ניתן להותיר את זכות הקניין חשופה להתחשבות בכל אינטרס ולהופכה לזכות הכפופה לחובה לנהוג בסבירות. במאמר זה נבקש על כן לשרטט 'קו גבול' המגן על ההיבט הסובייקטיבי של הזכות הקניינית, לפיו ימשיך האדם להיות חופשי לעשות

⁴ בדיון שהתקיים בכנסת אודות התיקון לחוק פינוי ובינוי ציין יוזם התיקון, ח"כ סלומינסקי "כמעט כל האחרים של משרד השיכון תקועים ולא יכולים להתפתח, מפני שכמעט בכל אתר יש מה שנקרא 'דייר סרבן'... זה לא מי שמתנגד מסיבות אמיתיות וענייניות. עליו החוק לא מדבר. מדובר על מישהו שמסיבות לא סבירות, בדרך כלל מתוך רצון לשהות יותר שלום, מסרב". מתוך פרוטוקול ישיבה 272 של הכנסת ה-16, 130 (19.7.2005).

⁵ כך למשל נקבע בבג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101, 2114 (1962) כי "אזרח פרטי שולט בכיפה שלו והוא בן חורין לקבוע, עם מי יתקשר בחוזה פלוני ועם מי ימאן"; וכך גם נקבע בע"א 5502/16 לשכת עורכי הדין נ' תשומה שיקום ושיחזור חובות בע"מ, פס" 13 (נבו) (31.12.2017) "חלק מזכות הבעלות היא הזכות לכלות את הנכס והזכות להעבירו לאחר ולבצע בנכס עסקאות" (ההדגשות אינן במקור). בדומה לכך נקבע בע"א 598/75 רזניק נ' רזניק, פ"ד ל(1) (1976) 755, 749, כי יורש שקיבל עזבון בעקבות צוואת "יורש אחר יורש" זכאי למכור ואף לכלות את כל העיזבון ואף אם הדבר פסול "מוסרית" הוא בהחלט כשר "משפטית" ואין לראות בכך משום חוסר תום-לב, שכן הבעלות היא מתחם של שרירות.

בקניינו כרצונו, ומאידך מגשים את תכליתה האובייקטיבית של זכות הקניין לקידום הכלכלה והחברה.

את קו הגבול נשרטט להלן בשלושה מישורים: ראשית, מהות הפגיעה בזכות הקניינית - אנו מציעים להבחין בין שימוש בזכויות, שבו נדרשת התחשבות ואחריות כלפי הזולת, לבין נטילת זכות הבעלות או חלקה שאינה יכולה להיעשות מתוך שיקולי סבירות ואחריות כלפי הזולת. שנית, מטרת הפגיעה בזכות הקניינית - בשם אלו אינטרסים או צרכים מבקשים לפגוע בזכות הבעלות של הדייר הסרבן? שלישית, זהות הפוגע - החלת חובת סבירות רק כלפי בעל זכות קניינית חופפת או קרובה שמקימה אינטרס לגיטימי להגבלת זכות הדייר, להבדיל מהגנה על אינטרסים של יזמים עסקיים, שוחרי רווח ונעדרי זכות קניינית.

א. מעבר בארבעה שלבים מקניין קלאסי לבעלות עם אחריות

הפגיעה בזכויותיו של דייר בבית משותף, אשר הרוב מבקש לכפות עליו הסכם של התחדשות עירונית, נעשתה בכמה שלבים. נסקור התפתחות זו ואת המפנה שהתחולל, כאשר הבעלות חדלה להיות מתחם של שרירות והפכה להיות זכות יחסית המחייבת לנהוג בסבירות ובהתחשבות כדי לא לפגוע בזכויות של בעלים אחרים.

1. התקופה הראשונה – גישת הקניין הקלאסי

בחוק המקרקעין⁶ אומצה הגישה הקלאסית לזכות הקניין הפרטי הרואה בבעלות מתחם של שרירות, שבה אדם יכול להחליט מה לעשות בזכות הקניין שלו, מבלי שבית המשפט יבחן את החלטתו אם סבירה או לא.⁷ על כן, קבע המחוקק כי יש להבחין בין החלטות הנוגעות לשימוש שוטף שבהן מכריעה דעת הרוב, לבין החלטות הנוגעות לזכות הקניין עצמה, שלגביה נדרשת הסכמת כל הבעלים בבית משותף. המחוקק העביר סמכויות לרוב הדיירים רק בנושאים הנוגעים לניהול המקרקעין ולא לעצם הבעלות בהם.⁸

⁶ חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין).

⁷ יהושע ריסמן דיני קניין-חלק כללי כרך א' 20 (1993).

⁸ ראו למשל ס' 30(א) לחוק המקרקעין, לפיו רוב השותפים יכולים להכריע בנוגע לדרכי הניהול והשימוש במקרקעין; שם, בס' 30(ג) נקבע כי דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים. כמו כן, קבע המחוקק שורה של נושאים שבהם קובע הרוב, אולם הם מתאפיינים בכך שעסקינן בניהול הבית. כך למשל נקבע בס' 59(א) לחוק המקרקעין (תיקון מס' 10), התשמ"ח-1987 כי הרוב רשאי להכריע בנושאים להתקנת דוד שמש על גג הבית; בס' 159 לחוק המקרקעין (תיקון מס' 19), התשנ"ו-1996 על התקנת מעלית; בס' 21(ב) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 על הנחת רשת כבלים לטלוויזיה ובס' 159(ג) לחוק המקרקעין על התקנת מעליון עבור בעל דירה שהוא או בן משפחתו נכה.

2. התקופה השנייה – כרסום בזכות הקניין בבית משותף.

בתיקון שאירע בשנת תשנ"ה,⁹ קבע המחוקק כי רוב של שלושה רבעים מהדירות ששני שלישים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, רשאי להחליט בדבר הוצאה של חלקים מסוימים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה פלונית, לשם בניה שמטרתה הרחבת אותה דירה, וכן להחליט על חלוקת זכויות הבניה הנדרשות לצורך זה.¹⁰ בכך כרסם המחוקק בזכותו המוחלטת של בעל דירה בבית המשותף ואפשר לרוב לגרוע חלקים מקניינו (חלקו ברכוש המשותף) בניגוד לרצונו.

במסגרת אותו תיקון חוקק גם סעיף 60 לחוק המקרקעין המקנה לבעלי דירות שלהם שלושה רבעים לפחות מהרכוש המשותף הצמוד לדירותיהם, רשות להחליט על הקמת בית משותף שנהרס. מסעיף 60 לחוק המקרקעין עולה לכאורה שניתן להקים את אותו בית בדיוק, עם אותן זכויות ואותה חלוקה, וממילא זכות הקניין לא נפגעת כלל. אולם, בפסק-הדין בעניין צודלר¹¹ הרחיב בית המשפט את המשמעות של הסעיף וקבע כי מכוחו ניתן להחליט על בניית בית משותף שיכלול דירות נוספות, על אף שהדבר יביא להקטנת חלקו של כל דייר ברכוש המשותף בית המשפט קבע כי זכותו של הרוב לכפות על המיעוט את הבניה, וניתן לפגוע בזכות הקניין של המיעוט, שכן זכות הבעלות בדירות בבית משותף אינה זכות בעלות קלאסית. בית המשפט קבע כי דווקא מכיוון שמדובר בביתו של אדם צריך שתהיה התחשבות מרבית בזולת וכי יתקיימו סטנדרטים של סבירות.¹²

הלכת צודלר הגיעה למסקנה סבירה מאוד בנסיבות העניין, שכן פסק הדין התייחס למקרה קיצוני שבו בית נפגע ונהרס כליל מחד גיסא, ולא היה כל הגיון בסירובם של הדיירים הסרבנים מאידך גיסא.¹³ על אף זאת נמתחה ביקורת חריפה על פסק-הדין

⁹ חוק המקרקעין (תיקון מס' 18), התשנ"ה-1995.

¹⁰ כמו כן נקבע כי אם נושא ההחלטה הוא הרחבת דירה פלונית אחת או יותר לשם בניית מרחב מוגן דירתי או מרחב מוגן קומתי, רשאים להחליט על כך מי שבבעלותם שישים אחוזים מהדירות. ר' ס' 71ב(א)(1) לחוק המקרקעין.

¹¹ רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550 (1994) (להלן: עניין צודלר). בעניין זה היו המתדיינים בעלי דירות בבית משותף, שנפגע במהלך מלחמת המפרץ ונהרס כליל. הרשות המקומית הכינה תכנית לפתרון המצוקה של תושבי הבניין שנותרו לפתע חסרי בית. עיקרי התוכנית כללו בניית בניינים חדשים, כך שכל אחד מבעלי הדירות הנפגעים יזכה ביחידת דיור חדשה שגודלה כפול מהיחידה המקורית. בעלי יחידות הדיור שנהרסו לא נדרשו להוסיף כל תשלום עבור היחידות החדשות והמרווחות מעבר למה שהתקבל ממס רכוש. העירייה תכננה לממן את הפרויקט באמצעות הגדלת אחוזי הבניה. רוב מוחלט מתוך בעלי היחידות הסכימו לתכנית העירייה, אך ארבעה בעלי דירות (מתוך שישים ואחד) התנגדו להסכם, בטענה שאין לקבל תכנית המוסיפה לבניין דירות נוספות, שכן הוספת דיירים תגרום לכך שהרכוש המשותף יחולק בין מספר דיירים גדול יותר, ובכך יפחת חלקם היחסי של המתנגדים ברכוש המשותף.

¹² שם, בפס' 20.

¹³ שם, בפס' 6: "נתקשינו לרדת לסוף דעתם של המתנגדים, והרי רכושם השביח ועלה בערכו על חשבון הציבור בלא שנדרש מהם לשלם ולו פרוטה אחת? לקושיה זו לא מצאנו תשובה בכתובים. בטיעון על-פה שאלנו, וחזרנו ושאלנו, את באי-כוח המתנגדים מה היה להם למרשיהם כי מתנגדים הם לתכנית המוצעת, והרי יש בה בתכנית אך כדי להיטיב את מצבם. תשובה ראויה לשאלה לא שמענו ולא ידענו".

בעניין צודלר, בטענה כי הוא פוגע בזכויות הקניין. פרופ' ויסמן¹⁴ ציין כי פרשנות בית המשפט לחוק אינה מתיישבת עם גישת היסוד של המחוקק למוסד הבית המשותף. גישתו של חוק המקרקעין מבוססת על כיבוד עצמאותו של בעל דירה בבית המשותף, ככל שהדבר נוגע לדירתו, ועל הגבלת הסמכות להכנסת שינויים בחלקים המשותפים של הבית, שאינם לרצונם של כל בעלי הדירות. פרופ' ויסמן צידד בזכות הקניין כמתחם של שרירות¹⁵ ובהתאם לגישה זו קשה להסכים עם הכפפת בעל זכות הקניין לצורך להתחשב בדעת שכניו ולקבל את דעתם.¹⁶

בית המשפט היה ער לכך שעלולה להתעורר ביקורת מסוג זה והבהיר כי "זכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה, כעיקרון, את יסוד הסבירות: זכות הקניין הקלאסית משמיעה שרירות בעלים, וסבירות הינה אויבתה של השרירות (אולם ראו סעיף 14 לחוק). כיצד זה אפוא אמרנו לשלב יסוד של סבירות במעשה קניין? אלא שזכות הקניין של בעלי יחידות בבית משותף הינה זכות קניין "מודרנית", זכות שמסורגים בה גם יסודות של שיתוף (הרכוש המשותף) גם יסודות אישיים, ומעיקרה בנויה היא שלא על-פי מתכונתו המדויקת של המודל הקלאסי... מנגנון הסבירות במשפט נועד לוויסות של חיים יחידו; וכשם שכוחו עמו ביחסי קניין המשולבים ביחסים בין אנשים – כגון בעולת המטרד שכוחה עמה אף לעניין הקניין ה"קלאסי" – כן יהיה הקמתו מחדש של בית שנהרס, ואף על דרך של קל וחומר; הקמת הבית בידי המשקמים – ההקמה בתורה שכוו – משולבים בה יסודות קניין ויסודות אישיים של יחסי אנוש". כלומר, על אף שלכאורה ניתן היה לחשוב כי בגישתו של השופט חשין נמצאת נסיגה מגישת הקניין הקלאסי, הרי שבפועל הפסיקה בעניין צודלר הוגבלה לקניין ברכוש המשותף שאינו "קניין קלאסי" אך לא תהיה אפשרות לרוב לכפות את דעתו על הפרט ביחס לזכות הקניין בדירה הפרטית שבה נשמרת זכותו של בעל הקניין לשרירות בעלים.¹⁷

¹⁴ יהושע ויסמן דיני קניין-בעלות ושיתוף כרך ב 511 (1997). כמו כן, ראו גם עמדת בית המשפט בעניין צודלר, לעיל ה"ש 11; עמדת שופטי הרוב בד"נ 20/73 שמע' נ' סרובסקי (נבו 10.3.1974).

¹⁵ (להלן: עניין שמע), שבו הורחבה זכותו של בעל דירה לעשות בתוך דירתו כבשלו. ויסמן דיני קניין-חלק כללי, לעיל ה"ש 7. לעומתו, פרופ' דגן סבר כי אין מודל אחד לדני קניין, אלא בפנינו רצף של מודלים, שנע בין מודל של קניין כשליטה לבין מודל של קניין של שיתוף, ויש להתאים את המודל לסוגיה הרלוונטית על בסיס שני מבחנים עיקריים (א) אופייה של הזכות הקניינית ומידת הקרבה של בעל הזכות אליה. כך למשל, אינה דומה בעלות בבית המגורים לזכות משכון להבטחת חוב. בעוד שהראשונה תצדיק לכאורה מודל הקרוב יותר לקניין כשליטה, הרי שזו האחרונה תצדיק מודל הקרוב יותר לשיתוף פעולה; (ב) ההקשר החברתי - טיב מערכת היחסים בין בעל הזכות לבין המבקש להתערב בזכות זו והאם יש ביניהם קרבה או שמא זרות. לפי גישתו של דגן, יש למקם את הבעלות בדירה בבית משותף במקום הקרוב מאוד למודל של שליטה, שכן ביתו של אדם אינו משאב שההחזקה בו היא תועלתית גרידא. אנשים קשורים לדירת מגוריהם וחלק מהוהם העצמית משתקפת בה. הבית המשותף הוא מקום שבו אנשים חותרים לשליטה מלאה בתחומי דירתם, כשהם שוכנים זה לצד זה. דגן ציין כי אם יחול שינוי בצורת החיים המשותפת ומעבר לבית משותף רב בתים, הכולל מבנים קהילתיים, ההופך את היחידים משכנים גרידא לבני קהילה אחת, הרי שיהיה מקום לריכוך של המודל ונטייה גדולה יותר לעבר מודל השיתוף. ראו חנוך דגן "פרשנות דיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט כ(1) 45 (1996).

¹⁶ בעניין שמע, לעיל ה"ש 14, בעמ' 737, כתב השופט חיים כהן כי "אין אתה רשאי לעשות בדירתך דבר ("שינוי") שיש בו, תוך השאר, כדי להפחית מערכה של דירת שכנך או מערכו של הרכוש המשותף, ואפשר לומר שהגבלה זו נובעת מעצם היות הדירה חלק של בית משותף". אולם, דעה זו נותרה כדעת מיעוט.

¹⁷ עניין צודלר, לעיל ה"ש 11.

בנוסף, בית המשפט הוסיף הסתייגות נוספת לפיה "מובן הוא, כי להריסת בית מכוונת נדרשת הסכמת כל הבעלים. כאן תגלה זכות הקניין הקלאסית במלוא הדרה: הזכות - והשרירות שהיא מקרינה". השופט חשין הוסיף וקבע "נניח, למשל, שטיל לא נורה ולא פגע, אלא שהמשקמים בענייננו היו כורתים "הסכם קומבינציה" עם יזם, להריסתו של הבית המשותף ולהקמתו של בית אחר תחתיו. להסכם מעין זה לא הייתה תקומה ולא ניתן היה לאשרו בגדרי סעיף 60 לחוק [המקרקעין]¹⁸. כלומר, שלילת הזכות לנהוג בשרירות בדירת המגורים הפרטית צומצמה אך ורק למקרים שבהם נהרס הבית המשותף כליל, אך לא במקרים שבהם לא היה בית משותף מלכתחילה או במקרים שבהם הבית המשותף עומד על תילו.

נראה אם כן, שבתקופה זו הכיר בית המשפט לראשונה בנסיגה מסוימת של זכות קניין המיעוט במובנה הקלאסי, אך הגביל זאת לרכוש משותף בבתים משותפים, ולכן בלבד.¹⁹

3. התקופה השלישית – שיקולי סבירות וסעדים נזיקיים

בשלב הבא, וכפי שנפרט מיד, עם חקיקת דיני ההתחדשות העירונית, התאפשרה כפייה על מיעוט להסכים להוספת שותפים לרכוש המשותף, גם במקרים שבהם הבית המשותף עומד על תילו. חוק החיזוק²⁰ או בשמו הידוע תמ"א^{21,38} נועד לקדם את תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה, ונקבעו בו הסדרים ליישומה של תמ"א^{22,38}. במסגרת חוק החיזוק, הוענקה למפקח על רישום המקרקעין

¹⁸ שם, בעמ' 568.

¹⁹ מספר שנים לאחר מכן ניתן פסק הדין בע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אטא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629 (2001) בו קבע השופט ברק שזכות הקניין אינה מתחם של שרירות והיא כוללת חובות כלפי הציבור. השופט ברק אף שקל לראות בהפקעה חלק מאיזון פנימי הנובע ממימוש האחריית החברתית הכלולה בזכות הקניין. השופט ברק שאב השראה לדבריים משיטת המשפט הקונטיננטלית. מצד אחד, קבע בית המשפט לחוקה בגרמניה בפסק הדין המרכזי שניתן בפרשת השטפון בהמבורג, כי "תפקידה של זכות הקניין להבטיח לבעליה מתחם של חירות בשדה הכלכלי ובכך לאפשר לו לנהל בעצמו את חייו" [BVERFGE 24, 367,389 (1968)]; תרגום של השופט ברק]. עם זאת נקבע כי "הקניין מטיל חובות (verpflichtet). השימוש בו צריך לשרת את אינטרס הציבור" (סעיף 2(14) לחוק היסוד הגרמני; השווה גם סעיף 2(42) לחוקה האיטלקית הקובע כי לקניין הפרטי תפקיד חברתי (funzione sociale))."
²⁰ ס' 5 לחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח-2008 (להלן: חוק החיזוק).

²¹ תמ"א 38 מקנה תמריצים כלכליים שתכליתם לאפשר חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, מבלי שהיא על בעלי הזכויות במבנים לממן מכיסם את עלויות החיזוק. ראו ע"מ 7381/15 ש. דורפברגר בע"מ נ' עורד, פס' 23 (נבו 30.10.2016); מיכה גדרון ואהרן נמדר תמ"א 38 39 (2012).

²² בדברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה) (הוראת שעה), התשס"ז-2007, ה"ח הממשלה 313, 702, מובהר כי תכליתו של חוק החיזוק היא: "להוריד את רף ההסכמה הדרוש על-פי חוק המקרקעין לשם ביצוע עבודה ברכוש המשותף, בנכס שהוא בית משותף, כאשר היא נעשית על-פי היתר בניה שהוצא מכוח תכנית החיזוק". לעניין זה ראו גם ע"א 3700/15 רוט נ' עגנון, פס' 15 (נבו 27.6.2016). כמו כן, בס' 2 לחוק החיזוק, לעיל ה"ש 20, נקבע כי אם ניתן היתר בנייה לביצוע עבודה ברכוש המשותף לפי תכנית חיזוק ונדרשת הסכמת בעלי הדירות בבית המשותף לביצוע העבודה, יחולו לעניין הסכמה כאמור הוראות חוק החיזוק ולא הוראות חוק המקרקעין. הרוב הנדרש לביצוע העבודות בהתאם לחוק החיזוק הוא רוב מדורג, אשר ישעורו עולה ככל שהיקף העבודות או היקף השינויים ברכוש המשותף עולים.

סמכות לאשר ביצוען של עבודות חיזוק במבנה כתוצאה מהוספת זכויות בניה, על אף התנגדותו של מיעוט מהדיירים. הדברים התייחסו אך ורק לבניה שהוסיפה שותפים לרכוש המשותף, אך לא פגעה בזכות הקניין הבסיסית בדירת המגורים עצמה.²³ לכאורה, תכנית זו לא שינתה מהמצב הנורמטיבי שנוצר בעקבות תיקון תשנ"ה, שכן האפשרות לגרוע מחלקו של בעל דירה בבית משותף נכללה כבר במסגרת תיקון זה. אולם, תוכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה (תמ"א 38), השתכללה ויצרה חלופה נוספת (תמ"א 38(2)) שהעניקה זכויות בניה רבות יותר במקרה של הריסת הבניין כלי. במקרה זה נמצא כי הרוב יכול לקבל החלטה בדבר הריסת דירתו או עסקו של המיעוט, אשר ימצא את עצמו במשך תקופה מסוימת נטול אפשרות שימוש כלשהי בקניינו הפרטי. כמו כן, חוקק חוק פינוי ובינוי²⁴ העוסק בהרס מוחלט של מתחם שלם ובניית מתחם אחר תחתיו. המחוקק החדיר אלמנט של סבירות אל מתחם השיקולים הרלבנטיים של השימוש בזכות הקניין וסעיף (ב) לחוק הגדיר רשימה של נסיבות אשר רק בהתקיימן לא ייחשב סירוב לעסקת פינוי ובינוי כבלתי סביר.

בחקיקה זו החדיר המחוקק את עקרון הסבירות אל תחום דיני הקניין וקבע כי כדי שדייר לא ייחשב ל"סרבן", עליו להראות כי עסקת הפינוי ובינוי אינה כדאית כלכלית.²⁵ עם זאת, המחוקק הכיר בלגיטימיות של שיקולים סובייקטיביים וקבע כי סירוב אינו בלתי סביר אם "קיימות נסיבות אישיות מיוחדות של בעל הדירה המסרב שבשלהן ביצוע עסקת הפינוי ובינוי, בתנאים שסוכמו עם שאר בעלי הדירות, הוא בלתי סביר". בדברי ההסבר הובהר כי "מאחורי הצעת החוק עומדת תפיסה שלפיה ההתחשבות באינטרס של רוב בעלי הדירות וההתחשבות באינטרס הציבורי הכללי של דיירי העיר היא תכלית ראויה ובעלת עוצמה מול הפגיעה בקניינו של דייר מסרב. עוצמה יחסית זו נגזרת מההערכה בדבר החולשה היחסית של קנינו של הפרט בהקשר לבית משותף".²⁶

²³ ברע"א 1002/14 שורמוני נ' קופמן, פס' 26-27 (נבו 9.7.2014), בית המשפט העליון הבהיר כי למפקח יש סמכות לאשר תכנית בהסכמת רוב בעלי הזכויות תוך כפיית עמדת הרוב על בעלי זכויות המיעוט, אך עליו לתת דעתו לשאלות הבאות: האם הוצג טעם להתנגדות לתכנית (או שמא ההתנגדות היא בעלת אופי "עקרוני" ללא הנמקה)? האם במישור האובייקטיבי התכנית עתידה להיטיב את מצב כלל הדיירים בבניין? האם התכנית פוגעת באופן מהותי בזכויותיו של המיעוט? האם התכנית התקבלה בחוסר תום לב או בניגוד עניינים? האם הוצגה תכנית חלופית קונקרטית אשר גלומים בה יתרונות שאין בהסכם שהוצג לאישור? והאם נשמר השוויון בין הדיירים.

²⁴ חוק פינוי ובינוי, נחקק בשנת 2006 במטרה להקל על פינויים של בניינים בשטחים שהוכרוזו כמתחמי פינוי ובינוי. תכליתו היא לעודד התחדשות עירונית בערים, ולסייע במתן מענה לצורך החברתי-כלכלי של ניצול יעיל יותר של משאבי הקרקע בישראל למען התמודדות עם בעיית הצטמצמות השטחים הפתוחים, וכן לסייע בטיפול ושיקום של מתחמים עירוניים מתדרדרים. וזאת על ידי קידום בניה חדשה ורוויה יותר, לה נלווה חידוש של תשתיות ציבוריות ושטחים פתוחים; ראו דברי ההסבר להצעת חוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 88, 198 (להלן: הצעת החוק); אהרן נמדר **פינוי ובינוי** 25-27 (2013).

²⁵ ר' ס' 2(ב)1 לחוק פינוי ובינוי.

²⁶ הצעת החוק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 198-199. דברים דומים אמר יוזם החוק, ח"כ ניסן סלומינסקי, בדיון שהתקיים בכנסת ביום 19.7.2005, לעיל ה"ש 4: "לא הלכנו על פינוי, אלא לקנוס את הדייר המסרב ולחייב אותו בתשלום הנזקים שהוא גרם לכל הדיירים האחרים... אף שלכאורה נראה שיש כאן כניסה לרשות הפרט, כבר קבע בית המשפט, שכל מי שרוכש דירה בבית משותף... מעלים עליו

ודוק, בשלב זה של החקיקה הוחדרו שיקולי סבירות לדיני הקניין, אבל הסעד הוגבל למישור הנזיקי וחוק פינוי ובינוי לא כפה על דייר להסכים לפרויקט של פינוי ובינוי²⁷. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין שוורצברגר²⁸ וציין כי ההסדר שנקבע בחוק פינוי בינוי משקף איזון הכרחי בין זכותו הקניינית של הדייר הסרבן בדירתו לבין זכותם של שאר בעלי הדירות ליהנות מהתועלת הטמונה בעסקאות פינוי ובינוי, כאשר ברקע ניצב האינטרס הציבורי שבקידום של פרויקטים אלו. בית המשפט עמד על כך שהחוק אינו מאפשר לבעלי הדירות המעוניינים בעסקה לכפות את הריסת דירתו של הדייר הסרבן ואת פינויו ממנה, נוכח עוצמת הפגיעה הקניינית הטמונה בכפייה שכזו. על אף שהסרבנות של הדייר הסרבן מקוממת בשירותה²⁹ החוק אינו מאפשר לכפות על הדייר הסרבן להצטרף לפרויקט, אלא רק מציב "תג מחיר" לעמידתו הדווקנית על סירובו הבלתי סביר. החוק מטיל על הדייר הסרבן אחריות בנזיקין כלפי יתר הדיירים בגין סירובו. קרי, החוק אינו מגן על הזכות ליהנות מהתועלת הטמונה בעסקאות פינוי ובינוי באמצעות "כלל קנייני", המפקיע מידי בעל דירה סרבן בבית משותף (שהוכרז כבניין לפינוי ובינוי) את זכותו הקניינית או את השליטה בה בכל דרך. חלף זאת קובע החוק "כלל אחריות" המגביל את הזכות לסרב סירוב בלתי סביר לעסקת פינוי ובינוי, על ידי תמחור פעולה זו.³⁰

כי הסכים מראש לוותר על חלק מן האוטונומיה הקניינית הקנויה לו וכל הדברים האחרים. כי ברגע שהוא הולך לגור בבית משותף, הוא מראש מגדיר את עצמו כמי שמקבל עליו את השותפות כחלק מהעניין".

²⁷ ס' 2(א) לחוק פינוי ובינוי קבע (בנוסחו הקודם לפני התיקון) כדלקמן: "הסכים רוב מיוחס מבין בעלי הדירות במקבץ לפינוי ובינוי לכרות עסקת פינוי ובינוי, יהיה בעל דירה באותו מקבץ, המסרב סירוב בלתי סביר להעביר את זכויותיו לשם ביצוע העסקה או המתנה את הסכמתו לכך בתנאים בלתי סבירים (בחוק זה – בעל דירה מסרב), אחראי בנזיקין כלפי שאר בעלי הדירות באותו מקבץ, המסכימים לעסקה, בשל הנוק שנגרם להם עקב אי ביצוע העסקה". ס' 1 לחוק פינוי ובינוי מגדיר "רוב מיוחס": "בעלי הדירות במקבץ לפינוי ובינוי, שבבעלותם ארבע חמישיות לפחות מתוך כלל הדירות שבמקבץ, ושלושה רבעים לפחות מהרכוש המשותף בבתיים המשותפים שבמקבץ צמודים לדירותיהם, וכן מתקיימים בהם שני אלה: (1) בבעלותם שני שלישים לפחות מהדירות בכל בית משותף שבאותו מקבץ, ואולם לעניין בית משותף יש בו ארבע או חמש דירות בלבד – בבעלותם שני שלישים כאמור, ויש בבית המשותף יותר משני בעלי דירות; (2) שני שלישים לפחות מהרכוש המשותף בכל בית משותף שבאותו מקבץ צמודים לדירותיהם".

²⁸ ע"א 3511/13 שוורצברגר נ' מריץ, פסק הדין של השופט סולברג (נבו 24.7.2014).

²⁹ שם, בפס' 2, תיאר השופט סולברג את התנהלותו של הדייר הסרבן באומרו "אוי לסרבן ואוי לשכנו. הסרבן – אוטם את אוזניו משמוע, עוצם את עיניו מראות, ודבק בסרבנותו. כזו היא המערערת. מה שטוב ל-17 שכניה, אינו טוב דיו עבורה; הטבות שניתנו לה מעבר למה שניתן לדיירים אחרים, גם על חשבונם, אינן מניחות את דעתה; הצעות להצטרף לפרויקט פינוי-בינוי בתנאים מיטיבים לעומת שאר בעלי-הדירות, או למכור את דירתה בתמורה העולה על ערפה, דחתה. אוי לה, למערערת, משום שדרך הילוכה מנוגדת להיגיון, חסרת תוחלת, ופוגעת בה-עצמה; ואוי לשכניה. היא, אחת ויחידה, 'תוקעת' את הפרוייקט כולו. ימינו כצל עובר, ומצער הדבר עד מאד כי במשך שנים ארוכות נאלצים בעלי הדירות להשקיע מאונם ומהונם בניסיונות לשכנע את המערערת, להשתתף עמה בשיפור וברוחה. עיניהם רואות וכלות, הפרוייקט לא יוצא אל הפועל. מה הועיל אפוא המחוקק בחקיקתו?".

³⁰ להבחנה בין "כללי קניין" לבין "כללי אחריות" ראו Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

הנה כי כן, גם בתקופה זו קו הגבול שהוצב בעניין צודלר לא נחצה. מתחם הרירות אמנם נפגע בכך שהתנגדות הדייר לפרויקט האמור להרוס את דירתו הוגדרה כעולה נזיקת המחייבת בתשלום פיצוי, אך לא נקבע כי ניתן לחייב את הסרבן להסכים להריסה של דירת מגוריו באופן המתערב באגרסיביות בזכות הקניין הקלאסית.

4. התקופה הרביעית – שיקולי סבירות וסעדים קנייניים

הסנקציות הנזיקיות שקבע בית המשפט לא היו אפקטיביות ודיירים המשיכו להחזיק בסירובם מבלי לחשוש מפני תביעות נזיקיות.³¹ בעניין שוורצברגר ציין בית המשפט כי הניסיון מראה שאין במתן הפיצוי כדי לחייב את הסרבן להצטרף לפרויקט. על כן, קרא השופט סולברג לתיקון בחקיקה שיקבע כי ניתן לחייב את הסרבן להצטרף להסכם עם יזם.³²

ואכן, חוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), תשס"ו-2006 תוקן ונקבע בו כי אם "הסכים רוב מיוחס מבין בעלי הדירות במקבץ לפינוי ובינוי לכרות עסקת פינוי ובינוי, ומצא בית המשפט כי בעל דירה באותו מקבץ מסרב סירוב בלתי סביר להעביר את זכויותיו לשם ביצוע העסקה או מתנה את הסכמתו לכך בתנאים בלתי סבירים, רשאי בית המשפט לאשר את ביצוע העסקה וכן למנות עורך דין או רואה חשבון, שאינו בעל דירה במקבץ, שיהיה מוסמך, בהתאם להוראות בית המשפט, להתקשר בעסקה בשם בעל הדירה המסרב."³³ כלומר, המחוקק העניק למפקח את האפשרות לכפות על בעל זכות הקניין לחתום על הסכם עם יזם ולפנות את ביתו לטובת בניית בניין חדש.³⁴ הדברים שנקבעו ע"י המחוקק ביחס לפינוי בינוי הוחלו בפסיקה גם לגבי תמ"א 38. בתחילה, קבעה הפסיקה³⁵ כי לא ניתן לכפות על הדייר שינוי בזכויות הקניין לגבי דירת המגורים הפרטית וניתן לכפות הליך של תמ"א 38 רק ביחס לפגיעה ברכוש המשותף בבית משותף. אולם, לאחרונה מצינו פסיקה³⁶ לפיה רוב (של שני שלישי) רשאי לכפות על המיעוט תוכנית חיזוק גם כשזו כוללת פגיעה מובהקת בתחום הקניין הפרטי.³⁷

³¹ נמדר פינוי ובינוי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 38.

³² עניין שוורצברגר, לעיל ה"ש 28.

³³ המחוקק אימץ בהקשר זה הסדר אשר נקבע קודם לכן בפסיקה בעניין שומרני, לעיל ה"ש 23, בפס' 22, בו קבע בית המשפט העליון כי סמכותו של המפקח על רישום המקרקעין לא נסבה רק על אישור עבודות החיזוק, אלא היא משתרעת גם על אישור של אופן ביצוע העבודה.

³⁴ נראה כי תוצאה מרחיקת לכת זאת לא הייתה מחויבת מבחינה נורמטיבית, שכן יש פתרון מידתי יותר, אשר בו נעשה שימוש לאחרונה בת"א (מחוזי ת"א) 49303-10-20 ניר ג' שעשע (נבו, 12.7.2023). בעניין זה הטיל בית המשפט על דיירים לשלם פיצוי של מיליוני ₪ אם לא יואילו לחתום על הסכמתם להליך של פינוי-בינוי. קביעת פיצוי בשיעור ריאלי והתניית התשלום בכך שהדייר הסרבן יחדל מסרבנותו אינה שוללת את האוטונומיה של הדייר ומאפשרת לו לעמוד במריו אם ישלם מחיר הולם. מצד שני, גובה הפיצוי עשוי להביא לכך שסנקציה זו תהיה אפקטיבית.

³⁵ ראו למשל עש"א (מחוזי ת"א) 13039-12-20 ניסני ג' חביב (נבו 26.4.2021).

³⁶ ת' (המפקח על רישום מקרקעין חו') 388/19 לנציאנו ג' עמיר (נבו 11.10.2022).

³⁷ חוק פינוי ובינוי תוקן שוב ולשם אישור פרויקט של פינוי בינוי שבמסגרתו מפונה הדייר מדיירת מגוריו כדי לקבל בעתיד דירה בפרויקט חדש, די ברוב של 66%. ראו חוק פינוי ובינוי (תיקון מס' 7), התשפ"ב-2021.

ההסדר הנורמטיבי שנקבע בחוק פינוי ובינוי ובחוק החיזוק מאתגר את תפיסת הקניין הקלאסית, שכן הוא שולל מאדם את זכות ההחלטה שלו בדבר השימוש שיעשה בקניינו הפרטי אף כשמדובר בדירת מגורים שהיא מרחב המחיה של האדם ומשפחתו.³⁸ אדם עשוי להיות צודק בהתנגדותו לשינוי על אף שמבחינה כלכלית אין בכך היגיון,³⁹ אך מבחינה סובייקטיבית, השינוי משנה את כל אורחות חייו והרגליו ומערער אותו מבחינה נפשית. במקום בניין נמוך עם מספר שכנים מועט, מערכות משותפות פשוטות ודמי אחזקה נמוכים, כופים עליו מגורים בפרויקט בעל אופי שונה לחלוטין: שכונת עם דיירים רבים, מרקם חברתי שונה ודמי אחזקה גבוהים. הוא אף עובר תקופת ביניים שבה הוא נודד מביתו ומתגורר בשכירות במקום אחר בבחינת האמור במשלי (פרק כז פסוק ח') "כצפור נודדת מן קנה כן איש נודד ממקומו". לעיתים תקופת המעבר מקבילה ליתרת תוחלת חייו, כך שהוא יחווה את ה"גלות" ולא יחווה את ה"גאולה" בדירה החדשה.⁴⁰ נראה לכאורה כי זוהי ליבת הזכות הקניינית-לאפשר לאדם להתנגד לכך, ובמיוחד כאשר עסקינן באדם מבוגר, שאירוע שכזה מטלטל את כל עולמו. לכאורה, סירוב שלו למהלך של שינוי דרסטי שכזה הוא לגיטימי ואין לראות בו התנהגות שרירותית ובלתי סבירה.⁴¹ כמו כן, חוק פינוי ובינוי חל על "שטח שהוכרז כמתחם פינוי ובינוי לפי סעיף 14 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית",⁴² וקובע כי ניתן להכריז על שטח כעל מתחם לפינוי לשם בינוי או לעיבוי בנייה, מסיבות

³⁸ בעניין **שורצברגר**, לעיל ה"ש 28, בפס' 34, ציין בית המשפט כי "דירת מגורים אינה "עוד" נכס וכי עסקאות פינוי ובינוי עוסקות בנכס הכלכלי המרכזי בו מחזיק בעל הדירה המסרב. עסקאות אלה, אשר משמעותן פרידה מנכס שאינו "סתם" נכס קנייני, מהוות לעיתים צעד חריג ומאיים. על ערכם האישי-סובייקטיבי של מקרקעין ראו למשל בג"ץ 2739/95 **מחול נ' שר האוצר**, פ"ד (1) 309, 319 (1996); ויסמן **דיני קניין – חלק כללי**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 115-116; דני"א 1333/02 **הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ**, פ"ד נח(6) 289, 335 (2004); בג"ץ 9098/01 **גניס נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נט(4) 241, 289 (2004); חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים**, 38-41 (2005).

³⁹ "המחוקק רואה חשיבות לכך שבסופו של דבר הפרויקט יצמיח הטבה כלכלית לדיירים, ואם שווי הדירה החדשה שיקבלו יהיה דומה או קטן מהשווי הנוכחי של הדירה שנועדה להריסה כי אז תהיה זו סיבה סבירה לסירוב הדייר להסכים לפרויקט". נמדר **פינוי ובינוי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 78. אך גם במקום שבו יש תועלת כלכלית נראה כי יש לעיתים הצדקה לעמדת הדייר הסרבן, מכיוון ש"לא הכל כסף". עסקינן בדירת מגורים שהיא מרחב המחיה של האדם. שינוי שמתחולל במרחב זה המשפיע על אורחות חייו ואיכותם החברתית היא לעיתים בגדר נזק שערכו לא יסולא בכסף.

⁴⁰ בת"א (ח"י) 58035-01-23 **ספיר נ' אמר**, פס' 9 (נבו 7.3.2024). קבע בית המשפט כי לאור גילם של הנתבעים, מצבם הבריאותי, היקף הפרויקט ומשכו והתועלת הלא משמעותית הצומחת לנתבעים מקבלת דירת התמורה, רשאים הנתבעים לסרב, ולא יראו בסירובם משום סירוב בלתי סביר, לא מדובר בסחטנות. בהקשר זה קבע בית המשפט כי יש להתחשב גם בשיקולים סובייקטיביים בעת בחינת סירובו של בעל דירה. "עסקאות אלה, אשר משמעותן פרידה מנכס שאינו "סתם" נכס קנייני, מהוות לעיתים צעד חריג ומאיים, הגם שכזה שיתרונותיו בציודו (שם, בפס' 34). על ערכם האישי-סובייקטיבי של מקרקעין ראו למשל: עניין **מחול**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 319; ויסמן – **דיני קניין-חלק כללי**, לעיל ה"ש 7 בעמ' 115-116. על חשיבותה הייחודית של דירת המגורים ראו: עניין **הורוויץ** לעיל ה"ש 38; עניין **גניס**, לעיל ה"ש 38; דגן **קניין על פרשת דרכים**, לעיל ה"ש 38 בעמ' 38-41.

⁴¹ סעיף 2(ב)6 לחוק פינוי ובינוי, אמנם מקנה ל"קשיש" זכויות יתירות כגון הזכות לבחור במכירת דירתו ליום ומעבר לדיור מוגן. אולם, הוא אינו מאפשר לקשיש לבחור בחלופה של הישארות בדירת מגוריו עד סוף ימיו.

⁴² שם, בס' 1.

הנוגעות לרצון לשפר את פני העיר ולעבות את הבנייה במרכז העירוני. כלומר, הסדר זה אינו מוגבל למקרים שבהם יש צורך לטפל ברעידות אדמה, אלא בפנינו צורך ציבורי כלכלי וחברתי מובהק, הנובע מן הרצון לאתר קרקעות זמינות, לחדש את מרכז הערים, לשפר מצב סוציאקונומי של אוכלוסיות חלשות וכיו"ב. אין חולק על חשיבותם של אינטרסים מסוג זה, אך נראה כי הם אינם עולים כדי שיקול שיצדיק פגיעה בדירת מגורים של יחיד.⁴³ ככלל, צרכים ציבוריים חברתיים וכלכליים אינם מצדיקים הפקעה של דירת מגורים, כדי לשפר את תנאיהם של יחידים אחרים.⁴⁴ נמצא כי בפנינו חוק המאפשר כפיית "הר כגיגית" על "דייר סרבן" גם בבניין שהוקם בהתאם לתקן עמידה בפני רעידות אדמה ואין לכאורה הצדקה לפגיעה מסוג זה בזכויות הקניין הפרטי.⁴⁵ זאת ועוד, נראה כי הרכבת הנורמטיבית ממשיכה לדהור ולא מן הנמנע כי חוק החיזוק יורחב אף הוא ויוחל גם על מבנים שהוצא לגביהם היתר לאחר שנת 1980, אף כשאין בהם סכנה של ממש של אי עמידה בתקני חיזוק קונסטרוקטיבי מפני רעידת אדמה. איתות לכך מצינו בתיקון 139 לחוק התכנון והבנייה, הידוע כ"חלופת שקד",⁴⁶ שבו נקבע כי לוועדה המקומית לתכנון ובניה סמכות להתנות את תכנית החיזוק בהקצאת שטחי ציבור. מובן כי הטלת מטלות ציבוריות שכאלה עלולה להביא חלק ניכר מהפרויקטים לחוסר כדאיות כלכלית מצד היזם. כלומר, שיקולי בטיחות אינם עוד השיקול היחיד לקידומה של תכנית חיזוק אלא גם שיקולים תכנוניים. המחוקק אפשר לוועדה המקומית להעדיף את הצרכים הציבוריים התכנוניים על פני שיקולי הבטיחות שעומדים בבסיס הרעיון של תמ"א 38, שכן הוועדה המקומית רשאית לסרב לתכנית שתכליתה חיזוק מפני רעידות אדמה כל עוד שאין בה מענה לצרכים ציבוריים שהוועדה המקומית מבקשת לקדם. המשמעות היא, שמעטתה הבסיס לקידום תוכניות של התחדשות עירונית אינו נעוץ עוד בשיקולים של פיקוח נפש, אלא בשיקולים של צרכי ציבור, ועל אף זאת ימצא את עצמו הדייר הסרבן במצב שבו זכות הקניין שלו

⁴³ אכן ניתן להפקיע מן היחיד נכס השייך לו כדי לשרת צרכים לאומיים. אולם, הפקעות נעשו אך ורק ביחס למקרקעין ולא ביחס לדירת המגורים הפרטית של אדם שבה הוא מתגורר. פינני אדם מדידת מגוריו מחמת צורך לאומי של מציאת פתרונות דיור לציבור רחב, היא חסרת תקדים. יתרה מכך, נטילת זכויות כדי שהדבר ישרת מגורים של בעלי זכויות אחרים היא בגדר של הפקעה הנוטלת מן היחיד ומעבירה אותם ליחיד אחר. אכן, בתום ההליך מקבל הדייר הסרבן נכס אחר למגוריו וזכות הקניין שלו לא נשללה לחלוטין. אבל, עצם העובדה שמחייבים אדם לעזוב את דירת מגוריו, לנודד למקום אחר במשך שנים, ולחזור לבסוף לפרויקט השונה במהותו מדרך החיים שבה בחר, מהווה פגיעה חריפה בזכות הקניין, כדירה פרטית, וכפי שציין השופט חשין בעניין צודלר, לעיל ה"ש 11, בפס' 20, זוהי חריגה חריפה מדיני הקניין הקלאסיים.

⁴⁴ לעניין זה ראו אבי וינרוט ואריק מגידיש "הפקעה לשם בנייה למגורים - נטילה מן הפרט לצורך הפרט" **שערי משפט** 9 (2020).

⁴⁵ ראו גם נמדר **פינני ובנינו**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 34-35.

⁴⁶ תיקון זה בא בהמשך להחלטת המועצה הארצית לתכנון ולבנייה לפיה, תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה (תמ"א 38) תסתיים. "חלופת שקד" נועדה לקדם תוכניות לחיזוק מבנים, להגביר את הכדאיות הכלכלית של פרויקטים ולקצר לוחות זמנים באמצעות הרחבת סמכויות של הוועדות המקומיות לאשר בקשות היתרי בנייה. לפי תיקון זה הוסמכה גם הוועדה המחוזית להנפיק היתרי בנייה במידה והוועדה המקומית לא תעשה כן, תוך הגדלת זכויות הבנייה במסלול פינני בינוי וכן תוספת של 10-15% שטחי ציבור מכלל השטח הבנוי, כמענה לצרכי הרשויות המקומיות (למטרת הקמת בתי ספר, מוסדות תרבות ועוד).

נפגעת. האיזון אינו בין קניין קלאסי לבין צרכי בטיחות אלא בין קניין קלאסי לבין צרכי ציבור.

נראה לכאורה שבתקופה זו זכות הקניין הקלאסית פינתה את מקומה לטובת גישה של "בעלות עם אחריות" לפיה זכות הקניין (במופעה בבית המשורתף) אינה כוללת את הזכות לנהוג בשרירות מקום שבו הדבר עלול לפגוע באינטרסים של הזולת.

ב. סוגיית הדייר הסרבן כחלק משינוי תפיסתי כולל

מקום שבו מתחולל שינוי נורמטיבי מסוג זה יש לבחון האם ההתחדשות העירונית היא הסיבה לשינוי, או שמא זהו רק סימן לתופעה רחבה הרוחשת ומתחוללת ביחס לזכות הבעלות ודיני הקניין בכללותם.⁴⁷ השאלה האם תופעה היא סימן או סיבה היא אבחנה יסודית בניחות משפטי.⁴⁸ השלכה חשובה הנובעת מהבחנה זו היא, האם הדין נשאר על תילו גם כאשר הנסיבות הן שונות. אם הנסיבות הן סיבה, הרי שהדין ישתנה. אך אם הן רק סימן לשינוי נורמטיבי עמוק וכולל, הרי שהדין יחול אף במקום שבו נסיבות אלו אינן קיימות. העדרו של סימן אינו משנה את הדין, ולעומת זאת העדר סיבה משנה כמובן גם את תוצאת הדין. בהתאם לכך, אם דיני הדייר הסרבן נובעים מאינטרס של התחדשות עירונית וזו סיבת השינוי שהתחולל הרי ש"אין לך בו אלא חידושו" ובהעדר אינטרסים של התחדשות עירונית לא ניתן יהא לבחון את סירובו של אדם לשינוי המתחולל בזכויות הקניין שלו בהתאם לשיקולים של סבירות כלכלית. לעומת זאת, אם מדובר בסימן לתופעה רחבה ועמוקה שהתחוללה כדיני הקניין בכללותם, הרי שגם בהיעדר שיקולים של התחדשות עירונית, יהא בעל זכות הבעלים מחויב לנהוג בסבירות, כאשר סירובו פוגע בבעלי זכויות קניין אחרים.

נראה כי השינוי בסוגיית הדייר הסרבן אותה סקרנו בהרחבה בפרק הקודם לא התחולל בחלל ריק והוא מהווה רכיב בשינוי כולל שחל בתפיסת הבעלות כדיני הקניין והגדרתה כ"בעלות עם אחריות".⁴⁹ דיני הדייר הסרבן הם סימפטום לשינוי עמוק

⁴⁷ דוגמא ידועה להבחנה בין סיבה לסימן היא שמיעת צופר של רכב. הצפירה היא סימן לבואו של הרכב ולא הסיבה לבואו. לעומת זאת פתיחת שער החניון היא גם סיבה לכניסת הרכב ולא רק סימן. לכן, היעדרה של צפירה אינה מונעת את הגעת הרכב ואילו אי פתיחת שער החניון תמנע את כניסת הרכב.

⁴⁸ ראו והשוו הרב אלחנן ווסרמן **קובץ שיעורים** מסכת פסחים באות ב'; הרב שמואל רוזובסקי **חידושי רבי שמואל על מסכת בבא מציעא דף קט"עמ"א**; יונה זאב פרעס **סימן וסיבה** (אופקים, מהדורה חמישית, התשע"ט-2019).

⁴⁹ לעניין זה ראו אבי וינורט ואריק מגדיש "ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצמתים של חיכוך לאורך חיי המשכון" **משפט ועסקים** כז' 1 (2023) (להלן: "**ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה**"), שם הצענו תזה כללית של "בעלות עם אחריות" היוצאת מנקודת הנחה שזכות הקניין אינה מאפשרת לבעל הזכות לנהוג בשרירות ולנצל את זכותו באופן שגורם נזק לזולת בשיעור העולה באופן משמעותי על התועלת שהוא מפיק משימוש בזכותו הקניינית. זכות הקניין תדחה במקרה זה מפני זכותם של צדדים שלישיים שנפגעים מהשימוש בזכות (או מאי שימוש בזכות), גם אם אין להגדיר את בעל הזכות כחסר תום לב, במובן זה שהוא פועל (או נמנע מפעולה) ממניעים זרים ולא ענייניים. נמצא כי העובדה שהגענו למסקנה שיש זכות קניין לפלוני אינה מסיימת את הדיון, ויש לערוך בחינה נוספת המאזנת בין התועלת שבהפעלת הזכות הקניינית לבין הנזק שנגרם כתוצאה מהפעלתה. כמו כן ראו עופר גרוסקופף "על שיקול דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" **משפט ועסקים** י 317, 330-332 (2009).

שהתחולל בהשקפת העולם הקניינית של הפסיקה. על מהותו של שינוי זה נוכל לעמוד מעיון בפרשנותו של השופט אנגלרד לסעיף 14 לחוק המקרקעין בעניין רוקר נ' סלומון.⁵⁰ על פניו מכיל סעיף 14 לחוק המקרקעין מבחן סובייקטיבי שבמסגרתו נבדקים מניעיו של בעל הזכות ואם כל תכליתו היא לפגוע בזולת, הרי שזכותו נשללת.⁵¹ אולם, בעניין רוקר נ' סלומון הוסיף השופט אנגלרד גם מבחן אובייקטיבי, היוצר איזון בין התועלת של בעל הזכות לבין הנזק שנגרם לזולת. לפי מבחן זה, ככל שקיים פער גדול בין התועלת שתצמח לבעל הזכות לעומת הנזק שייגרם לצד ג', ניתן יהיה להפעיל את סעיף 14 "כנגד" בעל הזכות ולקבוע כי התנהגותו היא שימוש לרעה בזכות. השופט אנגלרד אימץ בעניין זה עיקרון שנמצא לו ביטוי בפסק דין קנטונלי בשווייץ:⁵² בעל דירה בבית משותף קיבל רישיון בנייה מרשויות הציבור להקמת ביתן בגינת הבית. הוא בנה את הביתן בלי לקבל את הסכמתה של אספת הדיירים. בית-המשפט קבע כי אין די ברישיון הבנייה, משום שמבחינת המשפט הפרטי, השימוש ברכוש המשותף טעון הסכמת כל הדיירים. הנתבע טען נגד התביעה להריסת הביתן כי יש בכך משום שימוש לרעה בזכות. במסגרת טענה זו, שקל בית-המשפט את נסיבות המקרה כדי להיווכח לאן נוטה מאזן האינטרסים בין בעלי-הדין. הוא מצא כי הביתן הנדון חסם במידה ניכרת את מראה הנוף מדירתו של התובע. לעומת זאת, לנתבע לא היה עניין מהותי בקיום הביתן. זה האחרון שימש בעיקר לאחסון שקי זבל, ורק לעתים רחוקות בקיץ ישבה משפחת הנתבע על יד הביתן. יתרה מזו, לנתבע מרפסת, אשר פנתה לאותה רוח כמו הביתן, לכל אורך דירתו, וניתן היה להשתמש בה למטרה דומה, אם כי תוך השקעה קטנה. לכן, עניינו של התובע בסילוק הביתן עלה בהרבה על זה של הנתבע בקיומו. לאור מצב דברים זה, קבע בית-המשפט כי לא היה בתביעה להריסת הביתן משום שימוש לרעה בזכות. בהתאם לגישה זו נמצא כי הקניין אינו מוחלט אלא יחסי והוא מחייב לעשות איזון בין זכויותיו של בעל הקניין לבין הנזק שייגרם לאחרים כתוצאה משימוש בזכויות אלה. גישה זו אינה כופרת בריבונות של בעל זכות הקניין אך היא מוסיפה לה ממד של אחריות ומחייבת לבצע איזון בין שיקולי התועלת של בעל המקרקעין לבין הנזק שנגרם לגורמים אחרים.

בעוד שבעבר הייתה לאדם ציפיה לגיטימית כי יוכל לנהוג בנכסיו בלא צורך להתחשב במאוויים ובצרכים של שכניו, הרי שגישה זו פינתה את מקומה לגישה של בעלות עם אחריות.⁵³ מוטל על הפרט להסתגל למציאות נורמטיבית חדשה, שבה

⁵⁰ רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).

⁵¹ ראו והשוו אברהם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי" ("כופין על מידת סדום"), דיני ישראל יח 53 (1997) שם הובהר כי הכפייה על מידת סדום במשפט העברי נועדה לשרש תופעות של שרירות לשמה, גם בתחום הקניין הפרטי.

⁵² כמצוטט בעניין רוקר, לעיל ה"ש 50 בעמ' 224.

⁵³ בתי המשפט ניתחו את הסוגיה לאור הצורך באיזון בין זכות הקניין מחד גיסא לבין חובתו של הפרט לנהוג באחריות כלפי שותפיו מאידך גיסא. כך ציין בית המשפט בע"א (מחוזי חי') 899-03-09 קלצוק נ' אורון, פס" 14-15 (נבו 29.4.2010) כי יש לאזן בין זכות הקניין הקלאסית לפיה רשאי כל אדם לעשות בקניינו כרצונו, לבין "הגנת החבות" (או בשמה האחר - הגנת האחריות) "המעקרת את זכות הוטו של המיעוט, העלולה למנוע השאת התועלת לכלל השותפים". כמו כן, בעש"א 13039-20-12 ניסני נ' חביב (נבו 24.6.2021) הבחין בית המשפט בין זכויות של הדייר ברכוש המשותף

זכויות הקניין מוענקות לו ביחד עם חובת התחשבות בזולת ובאינטרסים ציבוריים. ואכן, בפסק הדין בעניין שוורצברגר, שבו המליץ בית המשפט לשנות את החקיקה, כך שהדייר הסרבן לא יחויב בסנקציות כספיות בלבד אלא ייפגעו בזכויות הקניין שלו, מצא בית המשפט לנכון לציין את המעבר מבעלות קלאסית לתחום של בעלות עם אחריות.⁵⁴

המעבר מתחום של בעלות קלאסית לתחום של "בעלות עם אחריות" מצא ביטוי גם בתחום של מימוש משכונות, שבו הגביל בית המשפט את בעל המשכון מלנהוג בשרירות והטיל עליו את החובה להביא בחשבון גם את ענייניו של החייב וכן של נושים נוספים. על כן נקבע בעניין עברון⁵⁵ כי אם יש לנושה שני נכסים ממושכנים אשר מימוש האחד מהם יותיר את שאר הנושים בלא אמצעי פירעון, יוטל עליו להעדיף את מימוש הנכס השני.⁵⁶

נראה כי זו על פניה גם המגמה שהביאה לשינויים בסוגיית הדייר הסרבן. בעניין שוורצברגר אמר בית המשפט כי "חוק פינני ובינוי שינה את המצב הנורמטיבי ששרר עובר לחקיקתו וקבע כי לדייר הסרבן בבית המשותף לא קנויה עוד הזכות להקריב את האינטרס הציבורי ואת אינטרס יתר הדיירים לטובת האינטרסים האישיים שלו, ככל שאלו אינם סבירים". כלומר, מדובר בשינוי נורמטיבי כולל ולא בתיקון נקודתי של נקודת האיוון, שאותו יש להחיל רק כשיש עימות בין זכות הקניין של הפרט לבין אינטרס לאומי של רעידת אדמה. השינוי שחל בסוגיית הדייר הסרבן משתלב אפוא בשינוי תפיסתי, העובר ממודל של בעלות כמתחם של שרירות למודל כולל ועמוק יותר של בעלות, הכולל אחריות חברתית ודאגה לזולת.

לפי קו מחשבה זה נמצא כי ההתפתחות שאירעה בסוגיית הדייר הסרבן אינה בגדר תוצאה של דיני ההתחדשות העירונית אלא בגדר של סימן למעבר נורמטיבי כולל של דיני הקניין ממתחם של שרירות למוסד שיש בו איוון בין זכויות לאחריות ובין שרירות לסבירות. שינוי כולל זה הוא הסיבה הניצבת בבסיס התמורות שחלו בסוגיית הדייר

שלבגיה גוברת החבות לבין זכותו בדירת המגורים שלגביה מתעצמת זכות הקניין הפרטי. בית המשפט קבע כי יש לסייג ולייחד את הקביעות בעניין **קלצוק**, בכל הנוגע לחולשתה של ההגנה על זכות הקניין, בהקשר לפרויקט חיזוק, למקרים בהם נפגעת זכות הקניין ברכוש המשותף. אולם, בצד זאת יש לקבוע כי דייר אשר הזכות הנפגעת היא זכותו בדירתו הוא יזכה להגנה נרחבת יותר. כיום, שכפי שראינו לעיל גישה זו "נשטפה" בזרם הכללי של החקיקה וגם זכות הקניין בדירה הפרטית הוכפפה להגנת החבות באופן שהרוב עלול לפגוע בה אם היא אינה מוצדקת מבחינה כלכלית. ראו עניין **שוורצברגר**, לעיל ה"ש 28, בפס' 22-23 לפסק דינו של השופט דניציגר, שם מוצגת הגישה של בעלות עם אחריות, כמבוא לקביעה המופיעה בסעיף 24 לפסק הדין כי "מעט שנחקק חוק פינני ובינוי, על ההסדר הקבוע בו הכולל איוונים ובלמים כמפורט לעיל, סירוב בלתי סביר לעסקת פינני ובינוי לה הסכים רוב מקרב בעלי הדירות בבניין, כהגדרתו בחוק, אינו בא עוד בגדר "אגד הזכויות" של בעל מקרקעין, בדומה לשימושים אסורים אחרים. לבעליה של דירה בבית משותף המיועד לפינוי ובינוי כאמור לא עומדת עוד הזכות לנקוט בסירוב בלתי סביר מבלי לשאת באחריות על כך. בהגבלה זו יש אמנם משום פגיעה מסויימת בחירותו של בעל הדירה לעשות כרצונו בקניינו, אך פגיעה זו נעשית תוך איוון וזכותו הן למול האינטרס הציבורי לשפר את תנאי הדיוור במתחמי פינני ובינוי והן למול זכותם של יתר בעלי הדירות לעשות בקניינם שימוש שיטיב עימם".

⁵⁵ ע"א 1057/18 **עברון נ' ורדי** (נבו, 23.1.2019).

⁵⁶ ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה, לעיל ה"ש 49.

הסרבן ואילו האינטרסים הציבוריים של הצורך בטיפול ברעידות אדמה היוו רק עילה לזרמי עומק שהתחוללו זה מכבר.

ג. קו הגבול

להשקפה האמורה עשויות להיות השלכות על האופן שבו אנו מתייחסים ליחסי הכוחות בין רוב ומיעוט. היא מעוררת את האפשרות כי בית המשפט יוכל לכפות גם על רוב שלא לפגוע במיעוט באופן החורג ממבחני יחס סביר של עלות/תועלת. נורמות של אחריות ותום לב שהתחדשו ביחס למיעוט, יחולו באותה המידה גם ביחס לרוב.⁵⁷ אם כל זכות של בעלים כוללת עימה גם חובות כלפי שכניו, מה לי זכות של מיעוט כלפי רוב ומה לי זכות של רוב כלפי מיעוט. אכן, המחוקק הקנה כוחות לרוב ולא למיעוט, אך לא זו בלבד שהרוב מנוע מלהפעיל כוחות אלו בחוסר תום לב, בשרירות ובסחטנות, אלא אף אם יפעיל את סמכויותו באופן העולה כדי חוסר סבירות, לפי המבחנים שמחיל המחוקק כלפי דייר סרבן, יש מקום לומר כי הוא מפר את הנורמה של "בעלות עם אחריות". בהתאם לגישה זו יש להסיק אם כן כי כשם שבית המשפט יוכל לכפות על מיעוט שלא לפגוע ברוב, כך יוכל בית המשפט גם לכפות על רוב שלא לפגוע במיעוט, כאשר הפגיעה אינה עומדת במבחנים של סבירות. נמצא כי שלטון הרוב בנכס משותף התעצם מכוח החקיקה בעניינו של דייר סרבן, אבל בה בעת כוח זה גם הצטמצם מכוח השלכותיה על דיני הקניין של התיזה בדבר בעלות עם אחריות.

השלכותיה הפוטנציאליות של השקפה זו עלולות להיות דרמטיות ועל כן הן מחייבות שרטוט של קו גבול בין המקרים שבהם תתאפשר פגיעה בזכות הבעלות של הדייר הסרבן לבין מקרים שבהם בית המשפט ישמור על זכותו לסרב לשנינויות בקניינו. מכוח הניתוח הנורמטיבי שהוצג בפרק הקודם, נבקש להציע כי קו הגבול יעבור בשלושה מישורים: א. מהות הפגיעה בזכות הקניינית; ב. מטרת הפגיעה בזכות הקניינית; ג. זהות הפוגע.

1. מהות הפגיעה

נראה כי יש להבחין בין מקרה שבו עסקינן בהפעלת סמכויות שיש לבעל זכות הקניין (כגון הזכות להתנגד לפרויקט של התחדשות עירונית) לבין מקרה שבו עסקינן בנטילת זכות הבעלות עצמה, עת שאנו דורשים מבעל קניין לוותר על חלקים מקניינו

⁵⁷ בע"א 374/08 קטן (איטן) נ' הורנשטיין (מינץ), פס' 32 לפסק דינו של השופט זילברטל (נבו) 25.12.2012) ציין בית המשפט כי "ייתכן שבמקרים חריגים ביותר, בהם לא עמד דייר בתנאי החוק או התקנון ולא קיבל הסכמה לעשות שימוש ברכוש המשותף, לא תשמע טענתם של דיירים אחרים הטוענים נגד השימוש ברכוש המשותף, למשל, כאשר התנהגותם מלווה בחוסר תום לב". אולם, קביעה זו רק שוללת את הזכות של הרוב לפעול כנגד המיעוט. תום הלב משמש במקרה זה כמגן בידי המיעוט. אנו מבקשים לחדש כי תום הלב יכול להיות גם חרב בידי המיעוט כנגד הרוב, שכן אותן נורמות שהמחוקק החיל ביחס לדייר הסרבן, כשהוא מיעוט הנוהג באופן לא סביר, יחולו גם על הרוב כשהוא נוהג באופן לא סביר ופוגע במיעוט. המודל של "בעלות עם אחריות" אינו מבחין בין רוב למיעוט, ושניהם כאחד חייבים לנהוג באחריות זה כלפי זה.

לטובת דייר אחר. בעת שימוש בזכויות יש לפעול באחריות ובסבירות. אבל, אין מקום להחיל את הוראות המחוקק שהתחדשו ביחס לדייר סרבן גם כאשר עסקינן במי שמבקש לפגוע בבעלות עצמה ולשייך לעצמו חלק מנכס ששייך לשכניו.

בעניין זה כבר הכריעה דעת הרוב בעניין רוקר נ' סלומון⁵⁸ כאשר עסקינן בבנייה במקרקעי הזולת שיש בה משום הסגת גבול, לא באים לידי ביטוי שיקולים של סבירות. אכן, יכולת המימוש של זכויות קניין אינה בלתי מוגבלת, ועל-אף מעמדן המיוחד אין לבעלים של זכות קניין אוטונומיה מוחלטת בבואו לממשה. אולם כאשר מדובר בהגבלת ההגנה של הבעלים מפני פגיעה שלא כדין בזכות הקניין עצמה קבע בית המשפט בעניין רוקר נ' סלומון כי "יש לקבוע בשפה ברורה כי שיקול-הדעת של בית-המשפט הוא מוגבל ומצומצם ביותר". נמצא כי אף אם אנו מקבלים את גישת המיעוט של השופט אנגלרד בפסק דין זה, עת שעסקינן בשימוש בזכויות הנובעות מן הבעלות מכוח גישה של "בעלות עם אחריות", הרי שאנו ממשיכים לדבוק בדעת שופטי הרוב עת שעסקינן בנטילת הבעלות עצמה.⁵⁹ קביעה זו יש ליישם גם לאחר השינוי הנורמטיבי שהתחולל בסוגיית הדייר הסרבן, שכן הסירוב לפגיעה בדרך של נטילת חלק מהבעלות עצמה הוא לעולם, בהגדרה, סביר. במדינה דמוקרטית אדם לא חייב לוותר על זכות קניינו גם אם מישהו אחר זקוק לזכות הזו יותר ממנו.⁶⁰

יישום של הגישה הראויה מצוי לטעמנו במסקנה שיש לאמץ במקרה שנדון בפסה"ד בעניין פרי.⁶¹ באותו מקרה ביקש אחד השכנים להוציא חלקים מן הרכוש המשותף ולהצמידם לדירתו. הוא לא זכה לרוב הדרוש בהתאם להוראת סעיף 71ב(א) לחוק המקרקעין, ונשאלה השאלה האם יש סמכות למפקחת על הבתים המשותפים לבחון שמא התנגדותו של הרוב נעשתה מטעמים לא ענייניים. שופטי הרוב (וסרקרוג וזרנקין) סברו כי יש להחיל נורמות של אחריות ביחס להתנגדות רוב בעלי המקרקעין, לנוכח הוראות סעיף 14 לחוק המקרקעין ופסה"ד בעניין רוקר נ' סלומון.⁶² לעומת זאת, דעת המיעוט (השופט כהן) סברה כי במשטר שנקבע בסעיף 71ב(א) לחוק המקרקעין, נתן המחוקק את הכוח בידי רוב בעלי הדירות ומי שאינו מצליח לגייס את הרוב הדרוש, לא יוכל לקבל חלק מסוים מהרכוש המשותף לשם הרחבת דירתו. אם המיעוט רוצה בתוצאה מסוימת יתכבד "לנהל מו"מ עם יתר בעלי הרכוש המשותף ולנסות לקנות את הסכמתם". לכאורה, היה מקום לצדד בדעת שופטי הרוב ההולמת לעקרון הכללי של "בעלות עם אחריות". ולא היא. במקרה זה עסקינן במיעוט שביקש

⁵⁸ עניין רוקר נ' סלומון, לעיל ה"ש 50.

⁵⁹ ראו והשוו לס' 30(ג) לחוק המקרקעין; ע"א 538/80 דרחי נ' כורש, פ"ד (3) 498 (1982).

⁶⁰ בע"א 281/61 שלוסר נ' כ"ץ, פ"ד טו 2329 (1961) דן בית המשפט העליון במקרה שבו אדם ביקש זכות מעבר במקרקעי הזולת בטענה כי הדבר נחוץ לו ביותר ואינו פוגע כלל בבעל המקרקעין. הנשיא אולשן קבע כי "אין אדם יכול לדרוש זכות הנאה כל-שהיא מרכושו של הזולת רק מפני שנוח לו הדבר, או מפני שהוא זקוק לזה ולזולת אין הדבר גורם כל נזק שהוא. אפילו מצבו הקשה של האדם הזה עשוי לעורר אהדה אליו מצד בני-אדם. אין לזהות שיקולים מוסריים עם שיקולים שביושר. במשמעות המשפטית, דבר החלוי ברצונו הטוב של הזולת. אין לכפות עליו 'רצון טוב' זה על ידי החלת שיקולים שביושר. עוד לא שמענו על הלכה מעין זו".

⁶¹ ע"א (מחוזי חי') 835/08 צבי נ' פרי (נבו) 18.11.2009.

⁶² שם, בעמ' 2-4 לפסק הדין של השופט זרנקין ובעמ' 8-10 לפסק דינה של הנשיאה וסרקרוג.

ליטול נכס השייך לרוב ולהעבירו לבעלותו הבלעדית ואין מקום לחייב אדם לוותר על הבעלות עצמה.⁶³

כלומר, על אף שאנו מצדדים בגישה כוללת של "בעלות עם אחריות". נראה לנו כי נכון לשרטט קו גבול ברור לפיו חובת האחריות לזולת יכולה לבא לידי ביטוי אך ורק כאשר עסקינן בשימוש בזכויות אך אין לפגוע בזכות הבעלות עת שעסקינן בנטילת הזכות עצמה והפקעת הקניין מידי הבעלים.⁶⁴ במקרה אחרון זה יישמר הקניין הקלאסי ואדם לא צריך להיות סביר בהתנגדותו לכך שנוטלים ממנו נכס שבבעלותו.⁶⁵ בית המשפט יתערב בשיקול דעת קנייני של בעל מקרקעין במצבים שבהם, הפער שבין האינטרס העצמי של בעל הקניין לבין האינטרס של הזולת או האינטרס הציבורי, הוא פער איכותי ולא כמותי. כלומר, רק כאשר הנזק שנגרם לזולת או לאינטרס הציבורי חמור מבחינת אופיו מהנזק שייגרם לבעל הקניין כתוצאה מהגבלת שיקול הדעת המהותי. בהתאם לכך נראה, כי כאשר עסקינן בשלייה של זכות הבעלות עצמה (בחלק מן המקרקעין), אין המדובר רק בפגיעה כמותית אלא בפנינו פגיעה איכותית, שהרי לוקחים מהפרט לא רק סמכויות הנובעות מהבעלות שלו אלא גם את הבעלות עצמה. על כן, לא ניתן להתערב בשיקול הדעת של הפרט שאינו מסכים שייקחו חלק מן הנכס השייך לו וממילא אין לכפות עליו להסכים לכך שחלק השייך לו יוצמד לנכסיו של השכן, או לכפות עליו להסכים לכך שעה שעסקינן בעסקת קומביניציה⁶⁶ ולא בצורך לאומי מובהק. כך למשל, לא ניתן יהיה לכפות על דייר בבית משותף פרויקט של התחדשות עירונית הגורע, ולו חלק קטן, משטח הבעלות הקיים שבידיו.

2. מטרת הפגיעה

בעניין דורפברגר⁶⁷ קבע בית המשפט העליון כי "עניינם של בעלי הדירות בשיפור מצבם, באמצעות הענקת התמריצים הכלכליים ליום, אינו חלק מתכליתה של תמ"א 38, אלא הוא פועל יוצא של האינטרס הציבורי לחיזוק המבנים, ומדובר באמצעי בלבד

⁶³ להשוואה ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שס"ג, סעיף ו, "הדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאמר לו צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו. ואם לא אמר לו: צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר". הרב שמעון שקופ, **שיעורי רבי שמעון שקופ על הש"ס**, מסכת בבא קמא סימן י"ט באות ג' מבאר כי יש להבחין בין זכות שימוש לבין נטילת הבעלות עצמה. ביחס לזכות שימוש גרידא חל הדין של "כופים על מידת סדום" במקרה של "זה נהנה וזה לא חסר". אבל, אם הבעלים אומר לדייר "צא" והדייר לא יצא הרי שבכך הוא פגע בזכות הבעלות עצמה, ואין זכות לעשות כן – בשום מקרה. לעניין זה ראו גם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי", לעיל ה"ש 51.

⁶⁴ נטילת הזכות עלולה להיעשות אף בממד הזמן, קרי שלילת הבעלות לזמן מסוים.
⁶⁵ ראו והשוו לדבריו של פרופ' עופר גרוסקופף "על שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" **משפט ועסקים**, י' 317, 339-344 (2009).

⁶⁶ "עסקת קומביניציה" היא עסקה שכיחה ומקובלת בתחום הבנייה. בבסיס עסקת הקומביניציה מצויה התקשרות חוזית בין בעל הקרקע לקבלן לפיה הקבלן בונה מבנים על הקרקע של הבעלים ובתמורה לקבלת הבעלות בקרקע מעביר לבעל הקרקע חלק מן הדירות. לשם הדוגמא, ראובן בעלים של קרקע שניתן לבנות בה 10 יחידות דיור והוא מגיע להסכמה עם שמעון שהלה ייבנה את אותן 10 יחידות ובתמורה לכך יוכל להשאיר בבעלותו 5 יחידות דיור מתוכן.

⁶⁷ עניין דורפברגר, לעיל ה"ש 21.

להשגת מטרה זו.⁶⁸ כלומר, בית המשפט הבהיר כי כפיית הדייר הסרבן נועדה אך ורק לתכלית שלשמה נחקקה תמ"א 38 – חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה, קרי, שיקול של פיקוח נפש. לכאורה, לא ניתן יהיה לכפות את הסרבן לעסקת קומבינציה או עסקה אחרת שלא במסגרת תמ"א 38. אולם, מהוראות חוק פינוי בינוי⁶⁹ עולה כי ניתן לפגוע בזכות הקניין של הפרט לצורך שיפור פני העיר. כלומר, לא רק לצורך שמירה על חיי אדם אלא גם לצורך רווחה קהילתית-חברתית. לדעתנו, מכיוון שעסקינן בתמורות שחלו בזכויות הקניין בכללותן ולא רק בדינים הספציפיים של התחדשות עירונית, הרי שנכון יהא לאמץ את אותן קביעות שנקבעו במצבים של צורך לטפל בחשש מפני רעידות אדמה, גם במצבים שבהם יש קונפליקטים אחרים בין בעלי זכויות קניין. עם זאת, יש להדגיש כי מסקנה זו אינה מרחיקת לכת ואינה יוצרת "רעידת אדמה" כשלעצמה, שכן עסקינן אך ורק בהפעלת סמכויות הנובעות מן הבעלות ולא במצבים שבהם יש נטילה של זכות הבעלות עצמה. כך למשל לא ניתן לחייב דייר בבית משותף להשתתף בעסקת קומבינציה, שאין בה התחדשות עירונית, אף אם היא תניב לדיירים הכנסות העולות בסדר גודל על אי הנוחות הנגרמת לדייר הסרבן, שכן בעסקה זו הדייר מעביר ליזם חלק מן הבעלות שלו בנכס (תמורת שירותי בניה על חלק אחר בנכס). אי אפשר להכריח אדם למכור את זכויותיו, גם לא במקום ששיקול כלכלי מחייב לעשות כן. זהו גבול שאין לעבור אותו.

3. זהות הפוגע

מן הניתוח הנורמטיבי המוצע לעיל, הרואה את התמורות בדיני "הדייר הסרבן" הנובעות מאימוץ מודל של "בעלות עם אחריות" נובע קו גבול נוסף. מודל הבעלות עם אחריות מחייב את בעל זכות הקניין להתחשב בבעלי זכות קניין אחרים. אבל, אין לכפות עליו להתנהג "בסבירות" כדי להגשים שאיפות כלכליות של מי שאינם בעל זכות קניין. דיני הקניין זוכים לעדיפות נורמטיבית על פני זכויות אובליגטוריות (זכויות חוזיות) ועל פני ציפיות שאינן מגיעות לרמה נורמטיבית של זכות קניין. לכן, חובתו של בעל הזכות הקניינית לוותר על חלק ממתחם השרירות לגבי קניינו ובכך להפחית מעוצמת הקניין שלו, מכוונת אך ורק כלפי בעל זכות קניין אחר שהשרירות פוגעת בו ומפחיתה מן היכולת שלו למצות את אפשרויות השימוש בזכות הקניין. כך למשל, אין מקום אפשר ליזם, שאין לו כל זכויות בנכס, לתבוע את הדייר הסרבן על כך שהוא לא חותם עימו על הסכם התחדשות עירונית. ביריבות שבין הבעלים עם צד ג', שהוא זר לפרויקט, זכאי בעל הזכות הקניינית לסרב להתקשרות מכל סיבה שהיא, ואף לנהוג בשרירות, בהתאם להגדרה הקלאסית של זכות הבעלות. מבחינת בעל הדירה עסקינן בפגיעה בזכות הבעלות ואילו מבחינת היזם עסקינן ברווח עתידי. בעל הקניין אינו חייב

⁶⁸ בהתאם לכך גם נקבע בעניין ילין, לעיל ה"ש 1, בפס' 37, כי "שיפור מצבן של הדירות הקיימות והקניית זכויות בניה לבעלי הדירות, אינם מטרה או אינטרס העומדים בפני עצמם, אלא הם כלי להשגת המטרה העיקרית של תמ"א 38, שהיא חיזוק המבנים".

⁶⁹ חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, התשע"ו-2016, מפנה אף הוא לסעיף 14 לחוק המקרקעין.

להתחשב ברצון של צד ג' להרוויח, ואינו חייב להתאים את עצמו ולשנות את רצונותיו מחמת שאיפות של מי שאינו בעל זכויות קניין במקרקעין.

סיכום ומסקנות

סוגיית הדייר הסרבן עברה שינויים ותמורות ובסופו של התהליך ניתן לחייב דייר סרבן להסכים לפרויקט של התחדשות עירונית מטעמים של סבירות. בעוד שבעבר הובהר בפסק הדין בעניין צודלר כי הדבר מתאפשר רק ביחס ל"רכוש משותף" בבית משותף אך לא יחרוג לפגיעה בזכות הבעלות הפרטית בדירת המגורים, הרי שהחקיקה קובעת כעת כי ניתן לפגוע גם בזכות הקניין בדירת המגורים. הקניין הקלאסי נסוג לחלוטין מפני האינטרס הציבורי ולא רק מפני צרכים של פיקוח נפש והגנה מפני רעידות אדמה, אלא גם מפני צרכים של מצוקת דיור וצורך בהתחדשות עירונית. נראה כי ההתחדשות העירונית הייתה עילה ולא סיבה לשינוי מפליג זה. השינוי הוא סימן לשינוי כולל שהתחולל בתפיסת זכות הבעלות, שעברה למודל של "בעלות עם אחריות". שיקולי סבירות חדרו אפוא אל ליבת הזכות הקניינית ויביאו להגבלה גם ביחס להפעלת זכויות על ידי הרוב, שכן בהתאם למודל זה חייב כל בעל זכות קניין להתחשב בבעלי זכויות קנייניות אחרים, ולעניין זה אין נפקות אם זה רוב או מיעוט. נראה כי כשם שלמיעוט אסור לנהוג בשרירות ולפגוע ברוב, כך מחויב גם הרוב להתחשב במיעוט ואינו יכול לפגוע בזכויותיו מכוח התנהגות שרירותית שאינה עומדת באותן נורמות של סבירות שנקבעו בסוגיית הדייר הסרבן. כמו כן, נראה כי מכיוון שהתמורות בסוגיית הדייר הסרבן הן סימן ולא סיבה, הרי שסטנדרט הסבירות שנקבע בסוגיית הדייר הסרבן יוחל על-ידי בית המשפט, לא רק בעת שיש אינטרס לאומי של הגנה מפני "רעידות אדמה" אלא גם במקרים קיצוניים אחרים שבהם בעל זכות הקניין משתמש בזכויותיו בשרירות ו"מעגן" את שכניו. עם זאת, נראה כי יש להציב גבול להפעלת שיקולי הסבירות עת שעסקינן בנטילת זכות הבעלות עצמה. על כן, אי אפשר לכפות על בעל דירה לוותר על חלק מן הרכוש המשותף כך שיוצמד לדירה מסוימת וכמו כן אי אפשר לחייב אותו למכור חלק מהשטח במסגרת של עסקת קומבינציה, וזאת גם אם הסירוב אינו סביר. הסירוב לפגיעה בדרך של נטילת חלק מהבעלות עצמה, הוא בהגדרה לעולם סביר.