

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

30.4.2023

ת"א 51852-06-15 לילינבלום 13 בע"מ ואח' נ' דולשטינברג ואח'

לפני כבוד השופטת חנה פלינר

כתובעת והנתבעת שכנגד
לילינבלום 13 בע"מ ח.פ. 513849646
ע"י ב"כ עוה"ד יהודה ברמי ו/או יצחק דוידוב

נגד

הנתבעים והתובעים שכנגד
1. שרה דולשטינברג
2. דניאל דולשטינברג
3. גרדה דולשטינברג
4. ג'ייסון דולשטינברג
5. ליליאן 13 החזקות בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד טל בנסון ואח'

הנתבעת שכנגד 2
גילית אחזקות בע"מ ח.פ. 513139568
ע"י עוה"ד חג'ג', בוכניק, וינשטיין ושות'

כתבי עת:

דפנה לוינסון זמיר, "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיצוי הראויים ו"זכויות בנייה עבירות"
(TDR) משפטים, לא (תש"ס-תשס"א) 11

חקיקה שאוזכרה:

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 26, 127
חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 25(א), 25(ב)
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970: סע' 15(א)
פקודת הנזיקין [נוסח חדש]: סע' 35, 52, 62
חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: סע' 1
חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965

פסק דין

התביעות, בתמצית

1. מונחות בפניי תביעה ותביעה שכנגד הנוגעות להסכם מכר שנכרת ביום 14.4.2010 בין חברת לילינבלום 13 בע"מ (להלן: **"התובעת"** או **"הנתבעת שכנגד"**), לבין הנתבעים 1 עד 5 (להלן: **"הנתבעים"** או **"התובעים שכנגד"**). במסגרת הסכם זה (יכונה להלן: **"ההסכם"** או **"הסכם המכר"**) ראו נספח א' לתצהיר שהרבני, מנהל התובעת) רכשו הנתבעים את זכויות התובעת במקרקעין והבנוי עליהם, הידועים כחלקה 64 בגוש 7422 ברחוב לילינבלום 13 בתל אביב, וכך הוגדר הממכר בהואיל ה-13 להסכם: **"מלוא הזכויות בנכס למעט זכויות הבניה הבלתי מנוצלות אשר יוותרו בבעלות המוכרת אשר ינוצלו אך ורק על ידי העתקתם למקרקעין אחרים"**. ב"הואיל" ה-12 למבוא להסכם הוגדרו זכויות הבניה כדלקמן: **"זכויות הבניה הבלתי מנוצלות משמען כל זכויות הבנייה הקיימות היום, שהן מעבר לזכויות הבנייה בהתאם לבנייה שמוזכרת בהיתר הבנייה ונספחיו"**.

2. אין מחלוקת בין הצדדים כי הנכס הנמכר הוגדר כ"נכס לשימור בהתאם לתוכנית בניין עיר" (ראו ה"הואיל" השני להסכם); אין מחלוקת בין הצדדים כי התמורה שסוכמה ביניהם (16 מיליון ₪, ראו סעיף 9 להסכם) שולמה במלואה; אין מחלוקת כי החזקה נמסרה לידי הנתבעים; אין מחלוקת כי בסופו של יום (ועל כך ארחיב בהמשך), נרשמה בעלות הנתבעים בממכר, וזאת ביום 2.10.17.

3. ביום 20.5.2012 נערך הסכם מכר נוסף, הפעם בין התובעת לבין הנתבעת שכנגד 2, חברת גילית אחזקות בע"מ (להלן: **"גילית"**, הסכם המכר יכונה **"הסכם גילית"**). בהואיל השלישי להסכם גילית נאמר: **"והמוכר מכר את מלוא הזכויות בנכס בהתאם להסכם המכר מיום 14.4.2010 נספח ב' להסכם זה, למעט זכויות הבניה הבלתי מנוצלות הקיימות לנכס מעבר לזכויות הבניה בהתאם להיתר הבניה ולמעט התמריצים מכח תכנית השימור, כמפורט בהסכם מיום 14.4.2010 (להלן: "זכויות הבניה לניוד") אשר נותרו בבעלות המוכרת"**. ב"הואיל" הרביעי להסכם גילית נאמר: **"ובהתאם לאישור צוות השימור בעיריית תל אביב מיום 26.3.2009 ניתן לנייד מן הנכס, וזאת בתנאים, 207 מ"ר" (יכונה להלן: **"אישור צוות השימור"**), ראו נספח ג' לתצהיר שהרבני. בהתאם להגדרות אלו, רכשה גילית מהתובעת, במסגרת הסכם גילית, את **"מלוא זכויות הבנייה לניוד, וזאת למטרת ניודם/העתקם למקרקעין אחרים"**.**

4. כפי שיפורט להלן, התובעת רשמה הערת אזהרה על המקרקעין להבטחת עסקת המכר שבינה לבין גילית; בעקבות רישומה של הערת אזהרה זו התנהל הליך בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, **"ה"פ 20454-03-13"**, במסגרתו בקשו הנתבעים את מחיקת הערת האזהרה. ביום 10.11.13 ניתן פסק דינו של כב' השופט ברנר, אשר דחה את התביעה וקבע כי התובעת רשאית הייתה לפעול לרישומה של הערת האזהרה, על מנת להבטיח את מכר זכויות הבניה לניוד לגילית. הנתבעת לא השלימה עם תוצאות פסק הדין והגישה ערעור לבית המשפט העליון (**"ע"א 467/14"**) וביום 9.9.15 התקבל הערעור ובית המשפט העליון

הורה על מחיקת הערת האזהרה לטובת גילית. בתמצית נקבע שם כי לרשם המקרקעין אין סמכות לרשום הערת אזהרה בגין זכויות בנייה לניוד.

5. ונשוב לשתי התביעות שבפניי – בתביעה העיקרית מבקשת התובעת כי **"בית המשפט הנכבד יצהיר כי מכח הסכם המכר שבין התובעת לנתבעים...הרי שמלוא זכויות הבניה הבלתי מנוצלות בנכס המקרקעין בהיקף של 207 מ"ר שייכים בלעדית לתובעת והינם קניינה הבלעדי של התובעת ואין לנתבעים כל זכות בהם מכל מין וסוג שהוא"**. עוד התבקש בית המשפט להצהיר כי **"יש לדחות מכל וכל את טענת הנתבעים לבעלותם בהיקף של 115 מ"ר מתוך זכויות הבניה לניוד בגין תמריצים לשימור"**. כבר כעת אציין כי האבחנה בין 115 מ"ר שניתנו בגין תמריצים לשימור לבין זכויות בניה בלתי מנוצלות מכוח תוכניות קודמות, בהיקף של 92 מ"ר, מתבססת על האמור באישור צוות השימור מיום 26.3.2009, נספח ג' לתצהיר שהרבני. נקל להבין כי הנתבעים טוענים כי הגדרת הממכר בהסכם המכר מתייחסת אך ורק לאותם 92 מ"ר, ולא ל-115 מ"ר אשר ניתנו כתמריצים לעבודות השימור, עבודות אשר לשיטתם בוצעו על ידם.

6. בתביעה שכנגד, אשר הוגשה גם כנגד גילית, טוענים הנתבעים כי התובעת וגילית חברו יחדיו על מנת לגזול מזכויותיהם שנמכרו להם כדין במסגרת הסכם המכר, והכוונה לאותם 115 מ"ר המכונים **"תמריצי בנייה"**; לשיטת הנתבעים, אל היה לתובעת להתקשר עם גילית בהסכם המכר, אלא בנוגע ל-92 מ"ר בלבד; משכך טוענים הנתבעים כי התובעת הפרה את הסכם המכר בין הצדדים ומכרה זכויות לא לה. כן טענו הנתבעים כי התובעת הפרה את הסכם המכר בעצם רישום הערת האזהרה לטובת גילית, כאשר רישום זה גרם לעיכובים משמעותיים בהעברת הנכס על שם הנתבעים. נזקים אלו נאמדו על ידי הנתבעים, לצורכי אגרה, לסך של 3,600,000 ₪.

השאלות שבמחלוקת, בתמצית

7. על מנת להכריע בשתי התביעות שבפניי עליי לקבוע מהן הזכויות שהותירה בידיה התובעת, במסגרת ההסכם עם הנתבעים – האם, כטענתה, זכויות אלו כוללות את כל השטחים הנזכרים באישור צוות השימור (כלומר, 207 מ"ר), או שמא אך ורק 92 מ"ר, אשר לא נוצלו במסגרת תוכניות קודמות, ללא קשר לתוכנית השימור, הם אלו שנותרו בידי התובעת – וזאת כטענת הנתבעים. מן הסתם ההכרעה בשאלה זו תשפיע גם על שאלת רישום הערת האזהרה והעיכוב בהעברת הנכס על שם הנתבעים, העומדת במרכז התביעה שכנגד.

על מנת ליתן מענה לשאלה זו, אסקור תחילה את השתלשלות העניינים; את ההליכים המשפטיים שננקטו ביניהם; את טענות הצדדים; או אז אפנה להכרעה.

השתלשלות העניינים כפי שעלתה מהראיות

8. התובעת הינה חברה הרשומה בישראל ומוכרת הנכס נשוא ענייננו והזכויות הנלוות לו, בהתאם להסכם המכר מיום 14.4.2010 (להלן: "**ההסכם**") כפי שפורט לעיל ולהלן. הנתבעים 1-4 הינם בני משפחה אחת והנתבעת 5 הנה חברה הרשומה בישראל, אשר רכשו את זכויות הבעלות במקרקעין נשוא תביעה זו. גילית הינה חברה הרשומה בישראל, אשר רכשה מהתובעת את הזכויות הבלתי מנוצלות, לניוד למקרקעין אחרים.
9. נכס זה היה בעבר בבעלות חברת עילית נדל"ן א.פ. בע"מ (להלן: "**עילית**"). תיאור הנכס, פירוט הזכויות בו והרקע התכנוני של הנכס נכללים בחוות דעתו של השמאי המנוח ירמיהו אלוני ז"ל מיום 31.7.2006, אשר צורפה כנספח ג'1 לתצהיר שהרבני. בין היתר נאמר שם כי הבניין הוכרז כבניין לשימור מחמיר על פי תוכנית בנין עיר 2650 ב' שפורסמה להפקדה ביום 20.9.2000; בהערות לדף המידע לענין זכויות הבניה מיום 23.5.2006 נרשם בין היתר כי "**הבנין הינו לשימור עם הגבלות מחמירות ולא תותר לגביו כל תוספת בניה**". ביום 7.8.2008 ניתן תוקף לתוכנית השימור; ביום 26.3.2009 ניתן אישור צוות השימור.
10. לצד התוכניות שחלו על הנכס ובהתאם להן, בוצעו מספר שיפוצים בנכס עוד בטרם מכירתו לנתבעים. כך נזכר שיפוץ שערכה עילית בשנת 1998 על פי היתר בניה שניתן ביום 13.5.1998. היתר בניה זה (ראו סעיף 3.4 לחוות דעת אלוני) אפשר את שיפוץ הבניין הקיים על פי הוראות השימור, ראו גם חוות דעתו של השמאי אסא זוהר (סומנה ת/1) והתמונות שצורפו לחוות דעת זו המתעדות את הנכס לפני ואחרי השיפוץ של עילית. ראו גם חוות הדעת של משרד ברק פרידמן כהן ושות', חוות דעת שניתנה לבקשת העירייה (נספח ג'2 לתצהיר שהרבני) שם נאמר בין היתר שהמבנה שופץ בהתאם להוראות מחלקת השימור בשנת 1998 (עמ' 3 לחוות הדעת, החתומה ע"י השמאית נעמי קפלנר, להלן: "**קפלנר**"). בשנת 2008, לאחר רכישת הנכס ע"י התובעת (הרכישה נרשמה ביום 3.2.2008, ראו נספח טאבו היסטורי שצורף כנ/3), הגישה זו האחרונה בקשה להיתר בניה הכוללת בקשה לשנות את יעוד המבנה ממשרדים למגורים. התובעת הופנתה בין היתר למחלקת השימור על מנת לקבל הנחיות לביצוע העבודות (ראו סעיף 16 י"ד לתצהיר שהרבני ונספחים ג'4-ג'5 לתצהיר זה).
11. ביום 23.11.2009 נחתם הסכם אופציה בין התובעת לבין נפמ בע"מ (להלן: "**נפמ**") המעניק לאחרונה אופציה לרכישת הנכס מהתובעת (ראו נספח ב' לתצהיר שהרבני), כשהסכם המכר צורף כנספח להסכם האופציה ועיגן את תנאיו. בעסקה זו היתה נפמ מיוצגת ע"י עו"ד משה אליה ממשרד נשיץ-ברנדס. ביום 11.4.10 רכשו הנתבעים מנפמ את האופציה הנ"ל, וביום 14.4.10 נחתם הסכם המכר, על בסיס אותו הסכם שצורף להסכם האופציה. למעשה, ועל כך אין חולק, לא נוהל משא ומתן ישיר בין התובעת לבין הנתבעים בנוגע לנוסחו של הסכם המכר (אם כי אין מחלוקת שהיו מגעים ישירים בעבר, שלא הבשילו לכדי הסכם, ראו עדות שהרבני בעמ' 292 שו' 4-16, עדות הנתבעת 1 בעמ' 585). בעקבות החתימה על הסכם המכר, נרשמה הערת אזהרה לטובת הנתבעים וכן הערת אזהרה לטובת בנק לאומי, מטעמים של הנתבעים.

12. בעת המכירה הנכס כלל שני מבנים, המחוברים ביניהם בקומת הקרקע, כאשר בחזית החלקה בנוי מבנה ותיק בן שתי קומות לרבות קומת קרקע, המוגדר כמבנה לשימור, ואילו בעורף החלקה בנוי מבנה בן חמש קומות לרבות קומת קרקע. שוב נציין כי המבנה לשימור מוגדר כמבנה לשימור בדרג מחמיר בהתאם להוראות תב"ע 1/2650 לשימור מבנים ואתרים בתל אביב (להלן: **"תכנית השימור"**), אשר בו אסורה תוספת בניה. תכליתה של תכנית השימור הינו שימור המורשת הבנויה של תל אביב באמצעות הענקת תמריץ בגין ביצוע עבודות שימור, תיעוד וכדומה, כפי שיורחב להלן.

13. כפי שכבר ציינתי בסעיף 1 לעיל, **"הנכס"** הנמכר לנתבעים תואר ב"והואיל" ה-13 בהסכם כדלקמן: **"מלוא הזכויות בנכס למעט זכויות הבניה הבלתי מנוצלות אשר יוותרו בבעלות המוכרת אשר ינוצלו אך ורק על ידי העתקתם למקרקעין אחרים"**. **"זכויות הבניה הבלתי מנוצלות"** הוגדרו: **"כל זכויות הבניה הקיימות כיום, שהן מעבר לזכויות הבניה בהתאם לבנייה שמוזכרת בהיתר הבניה ונספחיו"**.

14. בסעיף 3.2 להסכם התחייבה התובעת **"שלא לשעבד ולא למשכן ולא להעניק כל זכות אחרת שהיא בנכס לצד שלישי ולא לבצע כל עסקה ו/או פעולה בנכס החל ממועד חתימת ההסכם"**; סעיף 4.1 להסכם קובע כי **"הקונה מצהיר ומאשר בזה כי קודם לחתימת הסכם זה בדק, בעצמו ועל ידי יועצים מטעמו, לרבות יועצים משפטיים ויועצים אחרים, את הנכס והבניין, את מצב רישום הזכויות בנכס, את היתרי הבניה, את מצבו התכנוני של הנכס ... כי הבין את הצהרות המוכר ונספחי הסכם זה ..."**; סעיף 9 להסכם מציין כי **"מסירת החזקה תהיה גם כנגד המצאת כל המסמכים והאישורים הבאים לידי הקונה"**.
 "...".

15. סעיף 12 להסכם קובע, בין היתר, כי הוראות סעיפים 3, 4, 5, 8 ו-9 להסכם הנדון הן התחייבויות יסודיות אשר הפרתן תהווה הפרה יסודית של ההסכם. סעיף 12.3 קובע את הזכות לקבלת הפיצוי המוסכם ומעמיד אותו על סך של 2 מיליון ₪.

16. ביום 20.5.2012 התקשרה התובעת עם גילית בהסכם גילית, שם נקבע כי **"המוכר מכר את מלוא הזכויות בנכס בהתאם להסכם מכר מיום 14.4.2010 נספח ב' להסכם זה, למעט זכויות הבניה הבלתי מנוצלות הקיימות לנכס מעבר לזכויות הבניה בהתאם להיתר הבניה ולמעט התמריצים מכוח תכנית השימור, כמפורט בהסכם מיום 14.4.2010 (להלן: "זכויות הבניה לניוד") אשר נותרו בבעלות המוכרת"**. ביום 29.11.2012 נרשמה הערת אזהרה לטובת גילית על המקרקעין מכוח [סעיף 26 לחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969 (להלן: **"חוק המקרקעין"**) על ידי התובעת (להלן: **"הערת האזהרה"**).

ההליכים המשפטיים הקודמים בין הצדדים

17. בעקבות רישומה של הערת האזהרה הגישו הצדדים את ההליכים שתוארו בסעיף 4 לעיל, יכוננו להלן "ההליך במחוזי" ו"פסה"ד במחוזי", וכן "ההליך בעליון" ו"פסה"ד בעליון". כתוצאה מפסה"ד בעליון נמחקה הערת האזהרה לטובת גילית, ביום 26.11.15.

18. נוסף על כן, טרם ניתן פסק הדין בעליון, הוגשה על ידי הנתבעים תביעה כספית לפיצויים כנגד התובעת וגילית (ראו [ת"א \(תל אביב-יפו\) 21650-07-13 שרה דול שטינברג נ' לילינבלום 13 בע"מ](#), להלן: "התביעה לפיצויים"), במסגרתה הוגשה גם תביעה שכנגד כנגד הנתבעים. ביום 15.6.2014 הוסכם על ידי כלל הצדדים כי התביעה והתביעה שכנגד תימחקנה עד מתן פסק הדין בעליון, ולאחריו תישמר הזכות לצדדים לנקוט בכל הליך שימצאו לנכון. החלטה זו קיבלה תוקף של פסק דין וביום 24.6.2015, עוד בטרם ניתן פסק הדין בעליון, הוגשה התביעה העיקרית המונחת בפניי.

19. בתיק זה הוגשו תצהירי עדות ראשית וחוות דעת מומחים, וכן זומנו מספר עדים ללא תצהיר. ואלו העדים שנשמעו מטעם התובעת: השמאי אסא זוהר (ת/1, להלן: "זוהר"); מר גיא ירונסקי (להלן: "ירונסקי", תצהירו סומן ת/2), אשר איתר את הנכס עבור הנתבעים וליווה את הנתבעת 1 בעת רכישת הנכס וזמן מה לאחר הרכישה; עו"ד תומר הראל (להלן: "הראל", תצהירו סומן ת/5), אשר ניסח את הסכם האופציה של נפמ וכן ייצג את התובעת בהסכם המכר ובהסכם גילית; מר שמואל חורש (להלן: "חורש", תצהירו סומן ת/10, שותפו של שהרבני); ומר משה שהרבני, מנהל התובעת (להלן: "שהרבני", תצהירו סומן ת/6-8). כן זימנה התובעת לעדות את השמאית קפלנר; את עו"ד אמיר סטמרי, שייצג בזמנו את הנתבעים (להלן: "סטמרי") ואת עורכת הדין חיה גסר (להלן: "גסר"), שייצגה בזמנו את גילית.

20. הנתבעים מצידם הגישו תצהיר עדות ראשית של הנתבעת 1 וכן תצהיר של מר פז לוטם, אשר היה בזמנים הרלוונטים בן זוגה של הנתבעת 1 וליווה אותה במגעים להשכרת הנכס, לאחר רכישתו (להלן: "לוטם"). כן הוגש תצהירו של האדריכל אלון בן נון, וזאת בין היתר בנוגע לעבודות השימור והשיפוץ שנעשו על ידי הנתבעים בנכס (להלן: "בן נון", תצהירו סומן נ/2) מטעם גילית הוגש תצהירו של מר עמיקם ברגר, סמנכ"ל גילית (להלן: "ברגר"). שמיעת העדים התפרשה על פני שבע ישיבות הוכחות, אשר התנהלו לעיתים בטונים רמים וצורמים (ראו למשל הערות בית המשפט בעמ' 460, 518, 541-542, 628, 630, 676, 690, 723). בתום שמיעת העדים הורתי על הגשת סיכומים בכתב, להלן עיקר טענות הצדדים.

טענות התובעת, ביתר פירוט

21. לטענת התובעת, הבעלים הקודם של הבניין, חברת עילית, היא שביצעה את עבודות שיקום בנכס כבר בשנת 1998. כך לטענתה, עולה מעדותו של שהרבני ומתיק התיעוד שהוגש כראיה לתיק בית המשפט כי חברת עילית רכשה את המבנה במצב מוזנח וישן וביצעה בו עבודות שיפוץ ושחזור. נוסף על כן, מסעיף 4 למכתב מחלקת ההנדסה של עיריית תל אביב

יפו מיום 26.3.2009 עולה כי אף לא זכות בניה אחת שחולקה בגין תמריצים ניתנה על מטלה שבוצעה על ידי הנתבעים.

22. לחיזוק טענתה, מפנה התובעת לחוות הדעת של השמאי אלוני ירמיהו ז"ל מיום 31.7.2006 (נספח ג'-1 לתצהיר שהרבני), שם נכתב בין היתר כי "... **הבניין הוכרז כבניין לשימור מחמיר ובשנת 1998 שופץ ביסודיות וברמה גבוהה** ..." וכן לחוות הדעת של שמאי העירייה מר ברק פרידמן מיום 12.7.2010 (מוצג ג'-2 למוצגי התובעת), שם נכתב כי "**המבנה הנדון שופץ בהתאם לדרישות מחלקת השימור ... בשנת 1998**". מעבר לכך, טוענת התובעת כי הערכת ההשבחה אשר בוצעה על ידי השמאית קפלנר מטעם עיריית תל אביב יפו ועדותה בבית המשפט, וכן חוות דעתו של השמאי זהר ועדותו בבית המשפט, מאששות גם הן את גרסתה כי בעת מכירת הבניין לנתבעים, עבודות השימור והשיפוץ בוצעו במלואן ומלוא זכויות הבניה בגין תמריצי השימור היו מגובשות זה מכבר.

23. נוסף על כן, טוענת התובעת כי הנתבעים לא הגישו חוות דעת מומחה מטעמם להוכחת טענתם לפיה הם אלו שביצעו את עבודות השימור המזכות בתמריצי הבניה. לא זו אף זו, העד בן נון, אשר העיד מטעם הנתבעים, אישר בחקירתו הנגדית כי לא קרא את כתבי הטענות של התובעת, את תצהירה ואת חוות הדעת השמאיות שלה. מעבר לכך, העד אישר בעדותו כי עבודות השימור והשיפוץ בבניין לא נעשו על ידו במסגרת העבודות שלביצוען שכרו את שירותיו.

24. יתרה מכך, התובעת מציינת כי גם עדותו של העד ירונסקי, אשר הובא מטעמה, תמכה בטענתה לפיה עילית היא שביצעה את עבודות השימור (סעיף 15 לתצהיר העד) ואף הנתבעים הודו שאינם מעוניינים בסחר בנדל"ן או בזכויות בניה אלא בבניין בלבד.

25. עוד הוסיפה התובעת כי גם התחקות אחר אומד דעת הצדדים על פי [סעיף 25\(א\) לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#), [תשל"ג-1973](#), בהתחשב בהסכם ובנסיבות החיצוניות, מאששת את גרסתה ומפריכה את גרסת הנתבעים, וזאת ממספר סיבות, כפי שיפורט להלן.

26. ראשית, הנתבעים רכשו אופציה שתנאי ההסכם היו מוכתבים ומגובשים בה מראש ולא נוהל משא ומתן בינה לבינם ביחס לתניות ההסכם. כמו כן, הנתבעת 1 הודתה בחקירתה הנגדית (עמ' 565 ש' 17), כי הנתבעים חתמו על הסכם לרכישת אופציה מאת נפפמ, כאשר הסכם מכר המקרקעין צורף כנספח להסכם האופציה, ועל כן למעשה לא נוהל כלל משא ומתן ישיר לגיבוש הוראות ותוכנו של הביטוי זכויות בניה בלתי מנוצלות, כפי שמוגדרות בהסכם.

27. שנית, בסעיף 10.5 להסכם נכתב במפורש כי מלוא היטל ההשבחה עד ליום חתימת ההסכם כולל זכויות הבניה הלא מנוצלות, יחול וישולם על ידי התובעת. לפיכך, טוענת התובעת כי ככל שהיה ממש בטענות הנתבעים לפיצול המלאכותי בדבר זכויות בניה מכוח תמריצי שימור, הרי שהיה מצופה שבחווה ייכתב שהנתבעים הם שישלמו את היטל ההשבחה בגין זכויות הבניה מכוח תמריצי השימור ולא התובעת.

28. שלישית, קבלת הטיעונים של הנתבעים עשויה להוביל לגזל התובעת ואבסורד פרשני, שכן התובעת היא ששילמה את היטל ההשבחה לעיריית תל אביב בגין תמריצי השימור ולא הנתבעים, והנתבעים הם אלו שיהנו מזכויות אלו.

29. רביעית, הנתבעים ידעו היטב מפי בא כוחם בעת עסקת המכר (עורך דין סטמרי), כי בבניין יש זכויות בניה לא מנוצלות מכח תכנית שימור אך זכויות אלו אינן כלולות בממכר. התובעת מפנה לעדותו המפורשת של סטמרי, ראו בעמ' 236, ש' 6. יתרה מכך, מציינת התובעת כי סטמרי לא זומן לעדות על ידי הנתבעים, אלא על ידה בלבד. לא זו אף זו, גם בנק לאומי, אשר נתן מכתב החרגה בנוגע לנכס, בהתייחסו לזכויות הבניה הבלתי מנוצלות, לא הובא לעדות. התובעת מפנה בעניין זה להלכה הקובעת כי הימנעות מהצגת ראיה ו/או מסמך ו/או עדות לבית המשפט, יש בה בכדי לחזק את עמדת היריב מתוך הנחה כי יש בעדות זו להזיק לגרסת בעל הדין (ע"א 465/88 הבנק למימון ומסחר נ' מתתיהו ואח', פ"ד מה(4)653).

30. חמישית, לטענת התובעת, התנהלות הצדדים לאחר כריתת ההסכם ובמהלך ביצועו, לרבות בשלב העברת הזכויות, מלמדת כי הנתבעים הכירו בבעלות התובעת במלוא זכויות הבניה, לרבות בגין תמריצי השימור ושיתפו פעולה עמה ועם גילית. בכדי לחזק טענתה, מבהירה התובעת, בין היתר בהסתמך על נספחים וי-ח' לתצהיר שהרבני, כי אומד דעת הצדדים מעיד כי הפיצול המלאכותי אשר נערך על ידי הנתבעים בין זכויות בניה מכוח תב"עות קודמות לבין זכויות בניה מכוח תמריצים לא היה קיים בזמן אמת, אלא רק לצורך ההליכים המשפטיים. לא זו אף זו, טוענת התובעת כי הנתבעת 1 שיקפה ידיעתה זו בזמן אמת גם לבנק לאומי ולעורכי הדין גסר וסטמרי וכן לירונסקי.

31. שישית, בהתייחס לנתבעת 1 באופן ספציפי, טוענת התובעת כי אומד דעתה בטרם חתימת ההסכם מעיד כי ידעה על קיומן של 207 מ"ר זכויות בניה לניוד והן אף הוצעו לה לרכישה בעסקה נפרדת מעסקת מכר המקרקעין על ידי שהרבני מטעמה של התובעת, אך הנתבעת 1 סירבה לרכוש אותן מאחר ולא גילתה בהן עניין (ראו סעיף 94 לתצהיר שהרבני וסעיפים 10-12 לתצהיר העד ירונסקי).

32. שביעית, טוענת התובעת כי הנתבעת 1 לא הביאה כלל ראיות לביצוע עבודות שיפוץ ושחזור הבניין הנטענות על ידה ומצדיקות את זכאותה בתמריצי השימור. מסמכי החשבונות שהביאה הנתבעת 1 כנספחים לתצהירי העדות הראשית מטעמה כראיות להוכחת ביצוע עבודות השיפוץ והשימור עלו בגדר עדות שמיעה ופסולות מיסודן וכן עדות האדריכל בן נון לא הועילה לביסוס טענת ביצוע מלוא עבודות השימור המזכות בתמריצים שבמחלוקת.

33. בנוסף טוענת התובעת כי אין ליתן משקל ואמון לעדותה של הנתבעת 1, שכן זו האחרונה נכחה באולם בית המשפט במהלך שמיעת העדויות האחרות ואף ניסתה להתחמק מהגעה לחקירתה הנגדית אשר בוצעה בסופו של יום בהיוועדות חזותית. התובעת מפנה לעניין

ת"א (תל אביב יפו) 52191-05-13 גז ישעיהו נ' שרה דולשטיינברג, במהלכו קבע בית המשפט כי התנהלות הנתבעת 1 באותו מקרה הייתה חסרת תום לב ומתוחכמת, וטוענת כי המקרה מעיד על דפוס שיטתי בו פועלת הנתבעת 1. נוסף על כן, טוענת התובעת כי הנתבעת 1 נהגה בחוסר תום לב, שכן בשמיעת הראיות התברר כי הנתבעת 1 לא חלקה על בעלותה של התובעת ב-92 מ"ר, אך למרות זאת סירבה לאפשר את רישום הערת האזהרה ביחס לאותם מטרים.

34. התובעת עותרת לקבלת מלוא הסעדים ההצהרתיים בנוגע לזכויות הבניה הבלתי מנוצלות במקרקעין ודחיית טענות הנתבעים בעניין זה. לשיטת התובעת, הנתבעים הפרו את ההסכם הפרה יסודית, באופן המזכה אותה בקבלת הפיצוי המוסכם על סך 2 מיליון ₪, המסתכם כיום לסך של 2.6 מיליון ₪ בתוספת מע"מ והפרשי הצמדה. עוד מבקשת התובעת לחייב את הנתבעים בהוצאות משפט הולמות.

טענות הנתבעים והתובעים שכנגד, ביתר פירוט

35. הנתבעים, והנתבעת 5 בכובעה כתובעת שכנגד, טוענים להפרה יסודית של ההסכם בהתאם לסעיף 12, בין היתר, מכוח סעיפים 3.2 ו-9 להסכם, ולפיצוי בסך 2 מיליון ₪ בהתאם לסעיף 12.3 ומכוח סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

36. באשר לסעיף 3.2 להסכם, לפיו התובעת התחייבה שלא להעניק כל זכות בנכס לצד ג', טוענים הנתבעים כי הפרה התובעת סעיף זה כאשר מכרה לגילית את התמריצים המגיעים להם, לטענתם, וכן כשרשמה הערת אזהרה לטובת גילית על המקרקעין. לטענתם, התובעת ניצלה את העובדה כי המקרקעין עדיין רשומים על שמה, אולם התעלמה מהערת האזהרה אשר נרשמה לטובתם ביום חתימת ההסכם. בהתאם לסעיף 127 לחוק המקרקעין, לאחר רישום הערת אזהרה (וכל עוד אינה נמחקת), אין אפשרות לרשום עסקה הסותרת את תוכן ההערה. לא זו אף זו, טוענים הנתבעים כי אף בחקירתו הנגדית של שהרבני, עלה כי לא היה בידה של התובעת כל ייפוי כוח לביצוע פעולת רישום הערת האזהרה (ראו עמ' 327-328 לפרוטוקול).

37. באשר לסעיף 9 להסכם, סבורים הנתבעים כי התובעת הפרה התחייבותה למסור לנתבעים את רשימת המסמכים והאישורים המפורטים בסעיף זה, הנדרשים לצורך רישום הבעלות על הנכס במועד מסירת החזקה ובתוך 12 חודשים ממועד חתימת ההסכם. לא זו אף זו, טוענים הנתבעים כי פנו לתובעת בדרישות חוזרות לקבלת המסמכים המדוברים וחרף עובדה זו, סירבה התובעת לאפשר את רישום הזכויות על שם, אלא אך בהתניה שיסכימו לדרישותיה בדבר הענקת זכות שכירות להבטחת זכויותיה הנוטרות של התובעת במקרקעין (ראו נספח ט' 4 לנ/2). לטענת הנתבעים, עסקת מכר מקרקעין טעונה רישום ונגמרת ברישום. לפיכך, התובעת לא קיימה את התחייבותה ולא העניקה לנתבעים את הרכיב העיקרי שבעסקת המכר.

38. הנתבעים טוענים גם להשתק פלוגתא לאור פסק הדין בעליון בכל הנוגע לרישום הערת האזהרה, וכן השתק עילה באשר לסעדים ולצווים המתבקשים על ידי התובעת. מעבר לכך, מוסיפים הנתבעים כי גם הגישה השולטת בפסיקה טרם פסק הדין בעליון תאמה את עמדתם, לפיה לא ניתן להכיר בזכויות בניה בזכויות במקרקעין לצורך [חוק המקרקעין](#) (ראו ע"א 151/87 ש. ארצי, [חברה להשקעות בע"מ נ' אורי רחמני](#), מג(3) 489).

39. מוסיפים הנתבעים וטוענים כי יש לדחות את טענת התובעת לפיה הנתבעים מוגבלים לתבוע את הפיצוי המוסכם בלבד ואינם יכולים לתבוע את נזקיהם גם מכוח דינים זאת, זאת לאור הסכמתם בסעיף 12.3 להסכם לפיה "האמור לעיל לא יפגע בזכותו של הצד המקיים לתבוע בדרך חוקית ביצוע בעין של ההסכם או את מלוא הנזקים שיגרמו לו עקב ההפרה /או כל סעד ותרופה אחרים המגיעים לו על פי כל דין". לפיכך, טוענים הנתבעים גם כן לפיצויים מכוח [פקודת הנזיקין](#) [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין").

40. בעניין עוולת הרשלנות (סעיף 35 לפקודת הנזיקין), טוענים הנתבעים להפרת חובת הזהירות המוטלת על התובעת וגילית כמוכרת וקונה סבירה והתרשלות במכירות זכויות שאינן בבעלותה, תוך פגיעה בקניין הנתבעים ויצירת מצג שווא כלפי צד ג', צפיית הנזק שייגרם לנתבעים כתוצאה מהתנהלותן וקשר סיבתי בין אותה התנהלות לנזקי הנתבעים.

41. בעניין עוולת הגזל (סעיף 52 לפקודת הנזיקין), טוענים הנתבעים כי התובעת גזלה מהם את התמריצים, הן בהסכם עם גילית והן ברישום הערת האזהרה ומכרה שלא כדין את זכויותיהם.

42. בעניין עוולת גרם הפרת חוזה (סעיף 62 לפקודת הנזיקין), טוענים הנתבעים כי התנהלותה של גילית עולה בכדי קיומם של חמשת יסודות העוולה. הן מתוך העובדה כי הסכם המכר צורף להסכם עם גילית והן משום שגילית ביקשה לשמור לעצמה את הזכות להשתחרר מההסכם עם התובעת באם לא יובטחו זכויותיה (סעיף 6.1.1 להסכם עם גילית), מסיקים הנתבעים כי גילית ביצעה פעולותיה ביודעין. עוד טוענים הנתבעים כי אין צידוק מספיק לפעולותיה של גילית, שכן עמדו לה ולתובעת פתרונות נוספים כגון רישום משכון או רישום ברשם החברות. בנוסף נטען כי רישום הערת האזהרה ואי העברת המסמכים בניגוד לדין ולהוראות ההסכם מהוות הפרת חוזה וכי פעולותיה של גילית הביאו להפרת החוזה, שכן היה בידיה להודיע מכוח סעיף 6.1.1 להסכם עם גילית כי החוזה מבוטל, אך היא לא עשתה זאת, ללא צידוק.

43. לגבי הנזק שנגרם עקב ההפרות המתוארות לעיל טוענים הנתבעים לאבדן דמי שכירות, שכן העדר רישום הבעלות על שמם הרתיע שוכרים פוטנציאליים, כדוגמת רשת המזון הבינלאומית Rose Bakery (תכונה להלן: "רוז בייקרי") אשר ניהלה משא ומתן עם הנתבעים להשכרת הנכס, שנקטע בערב חתימת ההסכם עקב עניין רישום הבעלות (נספחים 10, 11 לנ/2). אבדן דמי השכירות מכומת על ידי הנתבעים לסך של 1.5 מיליון ₪. נוסף על כן, מציינים הנתבעים את ההוצאות בגין ההליכים המשפטיים אשר נאלצו לנהל

כנגד התובעת וגילית בגין רישום הערת האזהרה ופיצויים בגין מעשיהן, העומדות על סך של 239,621 ₪.

44. עוד טוענים הנתבעים לפיצויים מכוח [סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979](#) בהסתמך על [ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גו'ס ג.מ.ב.ה.](#), (מב(1) 221, שם נקבע כי אין מניעה להחיל את דיני עשיית עושר מקום בו יש התקשרות החוזה בין צדדים והחוזה הופר. לטענת הנתבעים, הם שביצעו את עבודות השימור במקרקעין המהוות תנאי לניוד הזכויות. לפיכך, יש לחייב את התובעת לשלם לנתבעים את הסכום שהוציאו בגין הוצאות השימור העומד על סך של 1.5 מיליון ₪. בנוסף, טוענים הנתבעים שהתובעת התעשרה על חשבונם ויש לקבוע את התמריצים ואו שוויים.

45. באשר לפרשנות ההסכם, טוענים הנתבעים כי יש לנקוט בענייננו בכלל הפרשנות כנגד מנסח החוזה, המצוי [בסעיף 25\(ב\) לחוק החוזים \(חלק כללי\), התשל"ג-1973](#) (להלן: **"חוק החוזים"**). כך, באשר למשמעות המילים **"זכויות הבניה הבלתי מנוצלות הקיימות כיום"** בהסכם, אשר פרשנותן המילולית מצויה במחלוקת בין הצדדים בענייננו ומעוררת ספק האם כוללות בתוכן גם את התמריצים. לפיכך, לדברי הנתבעים, פירוש שכנגד המנסח בהקשר זה עדיף מפירוש לטובתו, שכן התובעת יכולה הייתה להדגיש את עניין התמריצים במידה ורצתה לכלול אותם בזכויותיה. מעבר לכך, טוענים הנתבעים כי גם השלב הטרם חוזי בענייננו אינו בעל משמעות, שכן לא נוהל כל משא ומתן באשר לתנאי ההסכם המכר ומכאן, שאין לקבל את הטענה לפיה הנתבעים ויתרו או סרבו לרכוש אותם.

46. מוסיפים הנתבעים וטוענים בעניין זה כי בהתאם [לסעיף 25\(א\) לחוק החוזים](#), חוזה יפורש בהתאם לכוונת הצדדים. לשון ההסכם נוקטת במילים **"זכויות הבניה"** ו-**"המצויות כיום"** ואין כל זכר למילה **"תמריצים"**. לטענת הנתבעים, התמריצים הם זכויות מותנות המתגבשות לאחר ביצוע פעולת השימור ולפיכך, בעת חתימת ההסכם לא היו זכויות לנייד מכוח תכנית השימור. כך, עולה גם מדברי התובעת בנספח 11 לתצהיר שהרבני, שם ציינה התובעת כי היא ממתינה לסיום עבודות השימור ע"י הנתבעים (ראו סעיף 3 למכתב). כראייה, מציינים הנתבעים את ההסכם עם גילית, בו דאגה התובעת להבחין במפורש בין זכויות הבניה הבלתי מנוצלות לבין התמריצים מכוח תכנית השימור (ראו נספח ה' 1 לתצהיר שהרבני). לא זו אף זו, גם מאישור העירייה מיום 26.03.09 עולה אבחנה בין זכויות הבניה הקיימות לבין התמריצים שינתנו לאחר ביצוע עבודות שימור. לפיכך, הפרשנות שהתובעת מבקשת ליתן להסכם, ככולל תמריצים, מהווה שינוי של ההסכם ואינה עולה בגדר פרשנות אפשרית. מעבר לאמור, מוסיפים הנתבעים כי הימנעותה של התובעת מלזמן את עורך דין איליה, ב"כ נפפמ, בכדי להעיד על המשא ומתן שהתנהל מולו טרם חתימת ההסכם והאם דובר על תמריצים, מהווה חזקה כי לו היה מובא העד לעדות, היה מעיד כנגד פרשנות התובעת.

47. באשר להיטל ההשבחה, לטענת הנתבעים, ההיטל מוטל מעצם קיום התכנית ונוצר כאשר מקרקעין הושבחו על ידי תכנית שאישרה הוועדה המקומית ומשולם בגין עליית השווי בעת המימוש על ידי המוכר בעת מכירת המקרקעין. לפיכך, תשלומם אינו מהווה

אינדיקציה להקניית זכויות, שכן התגבשות התמריצים והאפשרות לניודם קמה אך ורק לאחר השיפוץ.

48. לטענת הנתבעים אין ליתן כל משקל למכתבי סטמרי ולמכתבי הבנק שהוחלפו בזמנו בין הצדדים (נספחים ו'-ח' לתצהיר שהרבני) ואין ללמוד מהם על הלך רוחם של הנתבעים. בעניין זה טוענים הנתבעים כי מסמכים אלו נערכו והוכתבו על ידי גסר ולא ע"י סטמרי. לפיכך, טוענים הנתבעים כי אין להם כל ערך ראייתי אך יש בהם בכדי להעיד כי הצדדים ידעו על ההבדל בין המושגים ואבחנו באילו זכויות מדובר.

49. נוסף על כן, טוענים הנתבעים כי התובעת לא הוכיחה את היקף העבודות שביצעה עילית לשימור וכן התאמתן לדרישות השימור, ואף לא הביאה כל ראיה להוכחת טענתה וכיצד פעולות עילית תואמות תכנית שעוד לא באה לעולם. לא זו אף זו, מדו"ח אפס צוין קיומה של תא/2650 וחלופה על המקרקעין ונכתב במפורש בסעיף 3.5 לשמאות כי לפי התב"ע החלה והיתר הבניה האחרון, זכויות הבניה נוצלו במלואן. היינו, בעת רכישת המקרקעין על ידי התובעת, לא היו קיימים תמריצים מכוח השיפוץ הנטען של עילית ומכוח התכנית לשימור מבנים תא/2650'.

50. באותו עניין, טוענים הנתבעים כי גם האדריכל בן נון הבהיר בתצהירו כי השיפוץ של עילית לא היה עומד בתנאים המחמירים של תכנית השימור משנת 2008, ועבודות שבוצעו קודם לתכנית לא הקנו תמריצים. נוסף על כן, העד העיד על מצב הנכס בעת רכישתו על ידי הנתבעים, ומעדות זה עולה כי הבניין עבר שימור ברמה מאוד נמוכה ופוגענית והיו בו בעיות רבות (ראו עמוד 523 לפרוטוקול). לא זו אף זו, התובעת נמנעה מלזמן לעדות את איציק בן שוהם, אשר ביצע בעבורה את כל הבדיקות לעניין הזכויות השונות בנכס. גם כאן טוענים הנתבעים כי הימנעותה מלזמן לעדות מקימה חזקה לפיה אם היה מזומן, היה מאשר כי טרם הושלמו עבודות השימור וכי לא קיימים תמריצים לנייד. באשר לטענת התובעת בדבר השבחתה את הנכס, טוענים הנתבעים בהסתמך על עדותו של שהרבני כי הנכס עמד ריק לאחר רכישתו על ידי התובעת במשך כ-6 שנים (עמוד 289 לפרוטוקול). נוסף על כן, טוענים כי התובעת הודתה במסגרת הצהרותיה בהסכם המכר כי לא ביצעה כל עבודות שימור מכוח ההיתר.

51. לטענת הנתבעים, חוות הדעת של זוהר כעד מומחה לכאורה אינה עומדת, שכן מהחקירה עלה כי אינו יכול להעיד לעניין זה כמומחה או כעד בכלל, שכן לא ערך השוואה בין דרישות השימור לעניין קבלת התמריצים מכוח תמ"מ 2650/ב (שנת 2008) לבין העבודות שביצעה עילית במסגרת הוספת הבניין האחורי (שאין בו כל שימור) ושינוי הייעוד (בשנת 1998). היינו, העד הודה שאינו יודע מידיעה אישית אילו מדרישות השימור המקנות תמריצים הושלמו ומהן בדיוק העבודות אשר בוצעו על ידי עילית או על ידי הנתבעים. לא זו אף זו, טוענים הנתבעים כי השמאי הסתיר עובדות ומסמכים רלוונטיים לעניין דרישות השימור בהיתרי הבניה. משכך, מבקשים הנתבעים שלא לתת משקל כלל לחוות הדעת.

52. מעבר לאמור, הנתבעים טוענים כי התובעת הודתה בכך שנדרשה לביצוע עבודות השימור שנערכו על ידם בכדי לקבל את התמריצים וסומכים ידם על שורה של מכתבים ועדויות (ראו סעיף יד.7 לסיכומי הנתבעים). לפיכך, לטענתם, השימור המקיף שביצעו על סך של למעלה מ-1.5 מיליון ₪, הוא שהקנה את התמריצים. לביסוס טענתם מפנים הנתבעים לעדות הנתבעת 1, לעדות העד לוטס והאדריכל בן נון, אשר הובאו מטעמם ונחקרו על עבודות השימור וכן את העד ירונסקי מטעם התובעת, אשר העיד באשר להיקפו הרחב של השיפוץ שבוצע על ידי הנתבעים.

53. באשר לסעדים בתביעה שכנגד, מבקשים הנתבעים סעד של ציווי וסעד כספי המסתכם בסכום של 5,275,507 ₪ מהתובעת וכן סכום של 1,739,621 ₪ מהנתבעות שכנגד יחד ולחוד, בצרוף הפרשי הצמדה וריבית.

טענות גילית

54. לטענת גילית, הסומכת ידיה על טיעוניה של התובעת, התובעים שכנגד לא רכשו את זכויות הבניה לניוד לרבות תמריצי השימור במסגרת הסכם המכר. זאת, בהתחשב בכך שזכויות הבניה הבלתי מנוצלות הוחרגו במפורש בהסכם המכר (ראה הואיל 13 להסכם) ובהתחשב בכך שהן מיועדות לניוד ונוצרו מכוח תכנית השימור אשר נכנסה לתוקפה בשנת 2008 (כשנתיים טרם חתימת ההסכם).

55. עוד טוענת גילית כי אישור צוות השימור מיום 26.03.09 בדבר היקף זכויות הבניה הבלתי מנוצלות כלל את הזכויות הנובעות מתוקף תכנית השימור (ראה נספח ג' לתצהיר ברגר). מהאישור עולה כי זכויות הבניה מכוח תכנית השימור היו קיימות בעת חתימת ההסכם ולפיכך, הוחרגו ממנו ונכללו בזכויות הבניה הבלתי מנוצלות באותה העת. הטענה מתחזקת אף בהתבסס על היטל ההשבחה שהוטל מטעם העירייה בסמוך לאחר חתימת הסכם המכר, בו דרשה הוועדה היטל השבחה בעבור מלוא הזכויות לניוד, לרבות הזכויות מכוח השימור בהיקף כולל של 207 מ"ר (ראה נספח ג'-2, עמ' 12 לתצהיר שהרבני).

56. לא זו אף זו, טוענת גילית בהסתמך על סעיף 2.3 לטיוטת נספח "תנאים מיוחדים" לשטר השכירות, כי זכויות הבנייה הוגדרו במסמך זה כ"זכויות בניה מכוח תוכניות תקפות לרבות תוכנית השימור" (ראה נספח ו' לתצהיר עמיקם ברגר). מסמך זה תוקן על ידי סטמרי, אך הגדרת זכויות הבנייה לא שונתה על ידו.

57. נוסף על כן, לטענת גילית, ממכתב ההחרגה של בנק לאומי, שניתן לבקשת הנתבעת 1, עולה כי בנק לאומי הסכים להחריג מהמשכנתא שהטיל על הנכס את זכויות הבניה, לרבות הזכויות מתכנית השימור, אשר הועברו לגילית (ראה פסקה רביעית בנספח ז' לתצהיר ברגר).

58. גילית סומכת טענותיה גם על תשובתה של הנתבעת 1 לשאלת בית המשפט, לפיה זו האחרונה הודתה כי לא הייתה טוענת לבעלות בזכויות השימור, לו הועברו זכויותיה במרשם במהלך שנת 2012. זאת ועוד, מדגישה גילית כי התובעת הציעה לתובעים לרכוש את מלוא הזכויות לניוד לרבות זכויות השימור, אלא שאלה סרבו, מטעמיהם הם. עוד טוענת גילית כי מסעיף 17 לתצהירה של הנתבעת 1 עולה כי זו ידעה כי זכויות הבניה הבלתי מנוצלות קיימות מכוח תכנית השימור מלכתחילה.

59. באשר לטענת ביצוע עבודות שימור המבנה, מחזקת גילית את דברי התובעת ואף מוסיפה כי בהתאם לסעיף 10.7.2 (ג) לתוכנית השימור 2650 ב', הוועדה המקומית רשאית להתנות את אכלוס הזכויות המנוידות למגרש החדש, בביצוע השימור במבנה לשימור או בהפקדת ערבויות להבטחת השימור במבנה לשימור. היינו, השימור בפועל אינו תנאי להתגבשות הזכויות.

60. כפועל יוצא מכל האמור לעיל טוענת גילית כי עצם מכירת הזכויות המנוידות, לרבות הזכויות מכוח תוכנית השימור, ורישום הערת האזהרה לטובתה בגין זכויות אלו, אינם מהווים הפרת חוזה מצד התובעת ולפיכך, אין קמה עילת גרם הפרת חוזה כנגדה.

61. לעניין הסעדים, טוענת גילית כי בהתאם להלכה, מקום שבו בעל דין מגביל את סכום תביעתו לצרכי אגרה, אזי עליו לפרט אלה מן הסעדים מבוקשים על ידו, ועל אלה מן הסעדים הוא מוותר. משלא עשו כן התובעים שכנגד בתביעתם, דין הסעד המבוקש להידחות.

62. עוד טוענת גילית באשר לאובדן דמי השכירות כי מעדותו של לוטם עלה כי המשא ומתן עם חברת רוז בייקרי הופסק עוד בחודש מרץ 2012, בניגוד לדברי התובעים שכנגד. היינו, הפסקתו התרחשה כשמונה חודשים טרם רישום הערת האזהרה לטובת גילית ולפיכך, אין כל קשר בין השניים. זאת ועוד, העובדה כי התובעים שכנגד טרם נרשמו כבעלים במרשם אינה מפריעה להשכרת הנכס או מכירתו לצד ג', ואף הבניין הושכר בכללותו בשנת 2014, כשנה טרם מחיקת הערת האזהרה לטובת גילית ורישום הבניין על שם התובעים שכנגד (ראה סעיף 13 לתצהיר לוטם).

63. לסיום, טוענת גילית כי פסיקת העליון בדבר ההוצאות המשפטיות הינה חלוטה ומקימה מעשה בית דין ולפיכך, אין לפסוק הוצאות משפטיות לטובת הנתבעים/התובעים שכנגד.

תשובת התובעת והנתבעת שכנגד

64. לטענת התובעת, דינן של טענות הנתבעים להפרת הסכם המכר מצד התובעת להידחות ממספר סיבות. ראשית, באשר להפרת סעיפים 6 ו-9 להסכם, טוענת התובעת כי זו יצאה ידי חובתה בעניין רישום הבעלות בממכר על שם הנתבעים בעת שהמציאה לידם את כל מסמכי ההעברה בעת השלמת העסקה. שנית, באשר להפרת סעיף 3.2 להסכם, טוענת

התובעת כי בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו כי הערת האזהרה אשר נרשמה לטובת גילית, אינה סותרת את ההסכם בין התובעת לנתבעים. התובעת סומכת ידה על דבריו של כבוד השופט ברנר בעניין, לפיהם **"התחייבותה של לילינבלום כאמור נוגעת לנכס שנמכר לשטיינברג והוא – המקרקעין, להוציא זכויות הבניה הבלתי מנוצלות שנותרו בבעלותה של לילינבלום. משנותרו זכויות הבניה בבעלותה של לילינבלום, ובהעדר כל התחייבות אחרת כלפי שטיינברג, זכאית הייתה לילינבלום למכור את זכויות הבניה לגילית"** (ראה סעיף 16 לפסה"ד). לפיכך, ובהתחשב בעובדה כי פסק הדין בעליון התמקד אך ורק בשאלת היכללותן של זכויות הבניה לניוד בזכויות המקרקעין וביצוע הרישום ביחס אליהן במרשם המקרקעין, טוענת התובעת כי זה האחרון אינו סותר את הקביעות הללו אשר נקבעו בהליך במחוזי ולפיכך, הנתבעים אינם זכאים לקבלת הפיצוי המוסכם או כל פיצוי חוזי אחר.

65. מעבר לאמור, טוענת התובעת כי אין כל מניעה חוזית לרישום הערת האזהרה לטובת גילית בעודה בעלת המקרקעין הרשומה באותה העת, זאת בהסתמך על דבריו של כבוד השופט ברנר בסעיפים 20 ו-24 לפסה"ד במחוזי, בהם נשללה האפשרות כי סעיף 4.1.4 להסכם מהווה הסדר שלילי המונע רישום הערת אזהרה על זכויות הבניה שנותרו בבעלות התובעת.

66. נוסף על כן, טוענת התובעת כי פסק הדין בעליון לא הכריע ואף אינו דן בעניין פרשנות החוזים אשר נערכו בין הצדדים ובין היתר, בזכותה של התובעת למכור זכויותיה לגילית ולפיכך, טענת השתק פלוגתא אינו עומדת (סעיף 54 לפסק הדין בעליון).

67. בעניין הפיצוי הנזיקי, טוענת התובעת כי הנתבעים לא הוכיחו כראוי קיומם של יסודות העוולות הנזיקיות אליהן טענו. כמו כן, לטענת התובעת, הנתבעים לא הוכיחו כל נזק הנגרם להם ואף טענותיהם בדבר אובדן דמי שכירות, נסתרו בהליך הראיות. לא זו אף זו, התובעת כופרת גם בטענת הנתבעים בדבר קבלת פיצוי בגין עשיית עושר ולא במשפט, בהתבסס על עדותם של העד ירונסקי והעד בן נון, מהן עלה כי עבודות השימור לא בוצעו בהיקף של 1.5 מיליון ₪.

68. באשר לטענת הנתבעים בדבר אי מתן הודעה על כוונה למימוש הפיצוי המוסכם, טוענת התובעת כי מדובר בהרחבת חזית אסורה. מעבר לאמור, טוענת כי הודיעה לנתבעים כל דרישתה לקבלת הפיצוי בכך שהגישה את התביעה בגלגול הקודם לבית משפט זה.

69. לבסוף, טוענת התובעת כי יש לדחות את התביעה שכנגד בהתאם לדוקטרינה המשפטית **"מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה"**, לפיה בית המשפט לא יעניק סעד לאדם שתביעתו מבוססת על מעשה שביצע בניגוד לחוק או בניגוד להסכם. היינו, אין החוטא יוצא נשכר. התובעת סומכת דבריה בפסקי דין שונים הקובעים הלכה זו, ובעיקרם [ע"א 6416/01 בנבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי](#), פ"ד (4) 197, 206, בו נקבע כי עקרון זה שולל את זכות התביעה של הניזוק. התובעת ממשיכה וטוענת כי הנתבעים הם שביצעו את

עוולת הגזל כלפיה וכלפי גילית, תוך הפרה חמורה של הסכם המכר וכפועל יוצא מכך, הם מושתקים ואינם יכולים לתבוע לפיצוי בגין כך.

70. אציין כי הנתבעים עתרו למחיקת סעיפים מסוימים מתשובת התובעת, ולאחר עיון בבקשה התרתי לנתבעים ביום 13.3.23 להגיש סיכומי תשובה קצרים. הנתבעים מחו על הפניות התובעת לפסק הדין במחוזי והפנו להלכה הקובעת כי משבוטל פסק הדין של בית משפט קמא בערכאת הערעור, בטלות הקביעות כולן. הנתבעים חזרו על טענותיהם לפיהן לא ניתן היה לרשום הערת אזהרה על הזכויות לניוד; וגם כיום אין לאפשר רישום צו מניעה קבוע, שמשמעתו זהה.

דיון והכרעה - וראשית ההכרעה, בתמצית

71. לאחר עיון בכתבי הטענות; בתצהירים; בחוות הדעת; בסיכומי הצדדים; שמיעת הראיות וההתרשמות הבלתי אמצעית מהעדים; בפסקי הדין שניתנו בהליכים הקודמים ובהלכות הרלוונטיות, קובעת אני כי מלוא הזכויות הנזכרות באישור צוות השימור (כ – 207 מ"ר) לא נכללו בממכר ונותרו בידי התובעת. כפועל יוצא, התובעת רשאית הייתה למכור זכויות אלו לגילית, ואין בכך כל הפרה של הסכם המכר; התובעת רשאית הייתה לפעול להגנה על זכויות אלו בדרך משפטית, כשהנתבעים התחייבו לשתף פעולה לצורך כך. לאור ממצאיי אלו, קובעת אני כי בנסיבות שנוצרו אין לראות ברישום הערת האזהרה על שם גילית כהפרת הסכם המכר, מה גם שלא הוכח כל נזק שנגרם כתוצאה מכך. עם זאת, לא מצאתי מקום לזכות את התובעת בפיצוי המוסכם. בהינתן האמור לעיל וכפי שיורחב להלן, התוצאה היא כי התביעה העיקרית ככל שנוגעת היא לסעדים ההצהרתיים – מתקבלת; התביעה שכנגד נדחית; יש לפסוק הוצאות הולמות לטובת התובעת וגילית. אפרט נימוקיי להלן.

ניוד זכויות בנייה – הראציונל העומד בבסיסו

72. על מנת להכריע במחלוקת העיקרית שבין הצדדים הניצים, יש לעמוד על טיב ומהות הזכויות שבמחלוקת – זכויות בנייה לניוד. יש להבין אימתי התגבשו זכויות אלו; בעבור מה הן ניתנו; מהו האינטרס שמנגד, עבורו נועדו הן לפצות. בעניין זה אפתח בדברי כב' השופטת ברק ארז, בפסק הדין בעליון (הדגשות שלי):

"27. התופעה של "ניוד" זכויות בנייה, היינו העברתן מקרקע אחת לקרקע אחרת, היא תופעה חדשה שמעוררת שאלות לא פשוטות. בעבר, פסיקתו של בית משפט זה לא אהדה עסקאות של ניוד זכויות בנייה, על בסיס העמדה המסורתית לפיה זכויות בנייה הן זכויות המוקנות על-ידי הרשות ביחס לנכס מסוים וצמודות אך אליו, ולפיכך לא ניתן לסחור בהן במנותק מהמקרקעין שאליהם הן מתייחסות (ראו: עניין ארצי, בעמ' 504; עניין לוטסיג, בעמ' 527). הקושי הכרוך בניוד של זכויות בנייה – לפחות כעמדת מוצא – הומשל בעבר "להסדר שעל פיו אומר נהג מכונית לחברו כי הוא יקטין את מהירות

נסיעתו בעשרים קמ"ש כדי שחברו יוכל לנהוג עשרים קמ"ש מעל למהירות המרבית המותרת" (ראו: ויסמן, בעמ' 418). הגם שעמדה זו אינה עומדת עוד על מכונה במלוא הדרה, זוהי נקודת מוצא שאין לשכוח.

28. חרף עמדת המוצא השלילית ביחס לאפשרות של ניווד זכויות בנייה, התפתחה פרקטיקה זו בהדרגה בהקשרים מסוימים שבהם קיים אינטרס ציבורי חשוב התומך בכך, כדוגמת שימור מבנים (במסגרת תוכניות שימור) או חיזוקם (במסגרת תמ"א 38). המקרה הטיפוסי שמדגים צורך זה הוא של שימור מבנים בעלי ערך היסטורי. תוכניות המחייבות שימור מבנים פוגעות במקרים רבים באפשרות לבנות במקרקעין שעליהן הן חלות. על כן, קבלתן אמורה להיות כרוכה, במקרה הרגיל, בפיצוי לבעלים בגין פגיעה על-ידי תוכנית (לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה). לא אחת, רשויות יעדיפו לפצות את הבעלים באמצעות מתן אפשרות לממש את אחוזי הבנייה בחלקה אחרת ברחבי הרשות (בכפוף למגבלות) על פני מתן פיצוי כספי (ראו עוד: עע"ם 3030/03 לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, באר שבע, פ"ד נט(1) 851 (2004) (להלן: עניין לב); דפנה לוינסון-זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיצוי הראויים וזכויות בנייה עבירות" (TDR) משפטים לא 11, 90 (2000) (להלן: לוינסון-זמיר)). התוצאה של פרקטיקה זו היא קיומם של הסכמים מסחריים בין בעלי מקרקעין לצדדים שלישיים, כמו בענייננו, להעברת זכויות בנייה מקרקע אחת לאחרת, בכפוף לאישור של רשויות התכנון (ראו גם: עניין דאדא, בפסקה 16). פרקטיקה זו אינה ייחודית כמובן למדינת ישראל ומוכרת גם בשיטות אחרות כאמצעי לפיצוי בעלי מקרקעין בגין הגבלות שהוטלו עליהם בניצול זכויות הבנייה בקרקעותיהם (ראו: שם; לוינסון-זמיר; ויסמן, בעלות ושיתוף, בעמ' 416-417). (הדגשות שלי).

73. הראציונל הנ"ל, קרי – פיצוי בעל המקרקעין על אובדן/הגבלת זכויות בניה בנכס שלו, נזכר גם בעדויותיהן של עו"ד גסר, אשר ייצגה בזמנו את גילית בהסכם מכר גילית, בעמ' 89 ש' 16-17; וכן בעדות קפלנר שזומנה ליתן עדות ע"י התובעת, בעמ' 157 ש' 6-11: "נכון. ויש שימור מחמיר שאומר 'אתה לא יכול לעשות שום תוספת לבניין', ובמצב של הבניין יש עדיין זכויות בנייה והוא לא יכול לממש אותן, אז תאורטית יש פה פגיעה. ולכן עמדה תכנית השימור, שהיא באה עם טכניקה המאוד, והיא לא תכנית פשוטה, תכנית רגילה, שבה היא מדברת על תמריצים והיא נותנת אפשרויות לניוד זכויות וכדומה, שכל אותם תמריצים, בעצם אותם תמריצים, באים בעצם לפצות..." (הדגשות שלי).

יישום הראציונל על המקרה שלפנינו

74. במקרה שלפנינו הסכם המכר נכרת ביום 14.4.2010, קרי לאחר שאושרה תוכנית בנין עיר 2650 ב' ולאחר שניתן כבר אישור צוות השימור. במועד אישור התוכנית נקבע הלכה למעשה באופן סופי כי בעל המקרקעין לא יהא זכאי לקבל אחוזי בניה נוספים בנכס שלו עצמו, אלא יהא רשאי לנייד אותם לנכס אחר. ראו האמור בהערכת ההשבחה של קפלנר,

נספח ג' 2 לתצהיר שהרבני, בעמ' 12 בסעיף י"א : "השבחה עקב תכנית שימור מבנים מס' 2650ב'... השבחה חושבה בגין תוספת זכויות הבניה המיועדות לניוד, מתוקף תמריצים הרלוונטים לנכס הנדון... סך הזכויות המיועדות לניוד נקבע ל-207 מ"ר – בהתאם למסמך חישוב זכויות להעברה שהוכן על ידי מינהל ההנדסה... המועד הקובע לחישוב השבחה הינו יום תחילת התוכנית, דהיינו 19.9.2008..."

75. עיון באישור צוות השימור (נספח ג' לתצהיר ברגר) תומך אף הוא במסקנה זו. הזכויות להעברה מפורטות כולן בטבלה המופיעה בסעיף 4. סעיף 4.1 כולל את הזכויות שאינן במחלוקת (92 מ"ר); בסעיף 4.2 נקבע "תמריץ עלויות שיפוץ", המורכב מסעיף כללי ומסעיף זירוז הליכי תכנון; סעיף 4.3 כולל תמריץ להכנת תיק תיעוד; סעיף 4.4 קובע תמריץ להכנת תוכנית מפורטת; סעיף 4.5 קובע תמריצים למרתפים שאינם ניתנים למימוש; סעיף 4.6 קובע תמריץ לעניין מרפסות פתוחות. ובמילים פשוטות – ניתן פיצוי עקב העובדה שלא ניתן לבנות מרתפים, לא ניתן לבנות מרפסות פתוחות; מקבל זכויות הניוד אמור להכין תיק תיעוד ולקדם תוכניות מפורטות בבניין הנעבר, ראו עדותו של זוהר בעמ' 49 שו' 22-29 : "תכנית מפורטת היא תכנית שנעשית במגרש המקבל. הרי יש פה, מדובר פה על ניוד זכויות גברתי. ואתה משלים מטלות שיפוץ, אתה מקבל חבילת זכויות, שכוללת גם את הזכויות שלא אומצו בבניין הזה. כי היום הוא לשימור, כבר אי אפשר להוסיף עוד זכויות. וגם זכויות שהן ניתנות כתמריץ לעצם ההליך שאתה מבצע. כדי לקבל את הזכויות האלה, אתה צריך לבחור איזוהו מגרש ולעשות עליו תכנית מפורטת, ולהראות שאתה, שהמגרש הזה מסוגל לפי הכללים".

76. אמת נכון הדבר, בסעיף 5 לאישור צוות השימור נאמר כי "סך הזכויות לניוד מותנה ב –", או אז מפורטים שלושה תנאים. רק התנאי הנזכר בסעיף 5.1.1 מתייחס להשלמת עבודות השיפוץ בהתאם לתנאים שפורסמו. סעיף 5.1.2 מתנה את מתן הזכויות בהכנת תוכנית מפורטת להעברת זכויות הבניה וסעיף 5.1.3 דן בהכנת תיק תיעוד. מהמקובץ לעיל מתחייבת המסקנה שלכל היותר (ודוקו- איני מקבלת גם טענה זו), הזכויות לגביהן יכולים הנתבעים להעלות טענה מסתכמות ב – 46.9 מ"ר, שכן השטחים האחרים לא ניתנו בגין ביצוע עבודות שימור אלא בשל העובדה כי נמנעה בניית מרתפים; נמנעה אפשרות בניית מרפסות פתוחות (ראו עדות אסא זוהר בעמ' 50 שו' 13-30); נולד הצורך בהכנת תיק תיעוד ובהכנת תוכנית מפורטת להעברת זכויות הבניה. כל אלו כבר היו ידועים בעת כריתת ההסכם; לכל אלו אין דבר וחצי דבר עם הנתבעים.

77. כאן מגיעה אני להיגיון העסקי הטמון בעסקה המכר בין התובעת לנתבעים, כשברקע הראציונל העומד במתן זכויות לניוד. אם לא היה מדובר בנכס לשימור, התמורה אותה יכולה הייתה לקבל התובעת עבור הנכס הייתה גבוהה יותר, שכן למחיר הנכס הייתה נוספת תמורה עבור אחוזי בניה בלתי מנוצלים. מאחר והיה ידוע כי הנכס הוא נכס לשימור (וראו ההואיל השני להסכם); אזי ניתן היה לבנות את העסקה בשני אופנים: להגדיל את התמורה ולרכוש את זכויות הבניה לניוד; להפחית את התמורה ולוותר על זכויות הבניה

לניוד. כך או כך, בקביעת מחיר העסקה, היה על הקונה (הנתבעים במקרה זה), לבצע הערכה של כל עבודות השימור הנדרשות, ולתת את המחיר ההולם.

78. במקרה הנדון, כזכור, לא נוהל משא ומתן ישיר (בשלב המאוחר יותר) בין התובעת לנתבעים, והסכם המכר היה כבר מגובש, ובכלל זה התמורה המוסכמת. הנתבעים ידעו, ולמצער היה עליהם לדעת, שמלוא הזכויות הנזכרות באישור צוות השימור אינן נכללות בממכר; הנתבעים ידעו כי נדרשים הם לביצוע עבודות שונות, הכפופות לצוות השימור. היה על הנתבעים לבצע כאמור הערכה של העבודות הנדרשות ולאור נתון זה לבחון האם העסקה כדאית כלכלית מבחינתם אם לאו.

79. את מסקנתי הנזכרת בסעיף 78 מבססת אני על מקבץ עדויות ומסמכים שהוצגו בפניי. כך, אין מחלוקת כי אישור צוות השימור ניתן כשנה ומחצה לפני הסכם המכר; כך ירונסקי, אשר ליווה את הנתבעים במכירה והוא זה שאיתר עבורם את הנכס (סעיף 3 לתצהירו), העיד מפורשות כדלקמן: (ראו עדותו בעמ' 132 שו' 20-27): "ש. ידעתם בכלל שיש דרישות של השימור בשלב שקנייתם? ת. ברור. ש. ידעתם שהשימור יבוא וידרוש שיפוצים נרחבים בבניין? ת. ידענו את זה, כי בדקנו את זה. והאדריכל שלקחנו מלכתחילה שיבדוק לנו את זה, היה בעירייה, הביא את תיק התיעוד, ובנוסף גם אמר לנו 'תקשיבו, יבקשו פה 1, 2, 3, 4'. לא ידענו בדיוק. אתה לא יכול לדעת בדיוק עד איזו רמה הם ירדו איתך, כי בעצם צריך לפתוח חלק מהדברים בבניין ולהבין באיזה מצב הבניין"; ראו הודאת הנתבעת 1 573 שו' 8, עמ' 574 שו' 20-23; עמ' 575 שו' 9-11: "אני הייתי מודעת לכך שמדובר בבניין לשימור בדרגה הגבוהה ביותר, ולכן אין אפשרות לשנות כמעט כל דבר כולל מדרגות פנימיות ודברים אחרים שהוזכרו, כמו מעליות, ולקחתי את זה על עצמי לשמר את הבניין היפה הזה כמו שהוא...כן הייתי מודעת לכך שצריך את האישורים הללו במיוחד כשמדובר בבניין לשימור בדרגה הגבוהה. וכל שינוי או עבודה צריכים את האישור הזה...".

80. אם אסכם עד כה, אזי הנתבעים ידעו גם ידעו כי רוכשים הם בניין לשימור; כי לצורך ביצוע עבודות ידרשו הם לקבל את אישור צוות השימור. מסקנתי היא כי הנתבעים גם ידעו, באופן פוזיטיבי, שמלוא הזכויות הנזכרות באישור צוות השימור אינן נכללות בממכר – ראו עדות ירונסקי בעמ' 130 שו' 28-33: "אני לא יודע להגיד את זה. אני יודע מאוד פשוט, ואמרתי את זה גם לפני. אני יודע שאנחנו קנינו אופציה, ואמרנו לנו שזכויות הבנייה הן לא חלק מתוך זה. אני לא יודע להגיד לך מה היה כתוצאה או לא היה כתוצאה. אני יודע להגיד, ואת זה גם אמרתי מהיום הראשון. אני יודע שקנינו זה מהיום הראשון, מה שגם הסבירו לנו. אתם נכנסים בנעליים של אופציה. באופציה הזו, אין לכם את זכויות הבנייה. אמרנו לעצמנו 'אנחנו בונים בניין, מה שקיים, קיים', עמ' 131 שו' 23-24: "כל זכויות בנייה שלא מנוצלות, שלא יכולות להיות מנוצלות בקרקע, בעצם אמרתי, אנחנו לא לוקחים אותן"; ראו עדות הראל בעמ' 194 שו' 21-25: "נושא זכויות הבנייה היה ברור וחד משמעי. לא העלה שום משמעות לזכויות בנייה. ידעו שמה שיש בהיתר בנייה, שכבר ניתן לפני שמכרנו להם את הנכס, את האופציה, זה מה שהיא רשאית

לנצל. כל דבר מעבר לזה שמאושר עד לתאריך העסקה, הוא רכוש שנותר בבעלות לילינבלום...; ראו עדות סטמרי בעמ' 236 ש' 8-3, 26-27, 15-20: "מה שהיה שם, אם אני זוכר טוב, זו פסקה שאומרת שזכויות בנייה בלתי מנוצלות יישארו בידי המוכרת. זה בערך הניסוח. והסברתי לקונה שיש זכויות בנייה לבניין בגלל שהוא בניין לשימור, ועל הזכויות האלה היא לא קונה אותן. ואני זוכר שבאיזשהו שלב הציעו לה אם היא רוצה לקנות את הזכויות האלה והיא אמרה שאין לה שום עניין לקנות"; ראו עדות שהרבני בעמ' 293 ש' 7-11; עמ' 298 ש' 5,7, עמ' 299 ש' 11-13: "נרשם לפי דעתי אז בזמנו בצורה הכי ברורה בעולם וגורפת שכל זכויות הבנייה לניוד הבלתי מנוצלות נכון לחתימת ההסכם הם ישארו בבעלות שלי וזה". (הדגשות שלי)

81. גם עדויות העדים מטעם הנתבעים תמכו במסקנה כי בזמן אמת ידעו הם כי אינם רוכשים זכויות לניוד, ומעולם לא בוצעה הפרדה בין 92 מ"ר לבין 115 מ"ר, כפי שמבקשים לעשות היום (ראו עדות הראל בעמ': לא הייתה שום הפרדה. כל זכויות הבנייה שהיו בניין הזה וכל זכויות הבנייה שאושרו בתב"ע כלשהי, עד ליום החתימה, שייכים, שלא מומשו במסגרת ההיתר, שייכים לילינבלום 13. אם יאשרו תב"ע חדשה שנים לאחר מכן, זה לא (לא ברור) תב"ע בבעלות לילינבלום 13). הסיבה לכך ברורה – באותה עת לנתבעים לא היה נכס נוסף וממילא לא היה זה ריאלי מבחינתם לנייד את הזכויות למקרקעין אחרים.

82. אמנם לוטם בעדותו הסתבך מעט בנוגע לאותה הפרדה מלאכותית, כשעומת עם העובדה שזו אינה נזכרת בסעיף 16 לתצהירו, ולבסוף הודה כי הזכויות לא נרכשו, שכן הנתבעת 1 אינה יזמית, ראו עדותו בעמ' 504 ש' 21-24: "אנחנו לא אומרים בשום שלב, כב' השופטת, לא טענה שרה, היא בחורה ככה ישרה, היא בשום שלב לא טענה שהיא קנתה את הזכויות האלה, היא כל הזמן חוזרת על זה והיא כל הזמן אומרת שהיא לא קנתה את זה וזה שלהם ואנחנו, אמיתית"; בעמ' 507 ש' 1-2: "אני לא, אנחנו לא, שרה לא קנתה את זה, היא הבינה שהיא לא יכולה להשתמש בזה בבניין, מה הבעיה". אם יש צורך בדבר מה נוסף על מנת לסתום את הגולל על טענת רכישת אותם 115 מ"ר, באה תשובתה של הנתבעת 1, במענה לשאלת בית המשפט, ראו בעמ' 702 ש' 24-25: "שאלה היפותטית אז אם ביולי 12 הבניין היה נרשם על שמה, אז לא היינו כאן? עם טענות לבעלות על ה-20—על ה-112 מטר? " והמענה, בעמ' 704 ש' 13-19: "זאת שאלה מאוד חשובה ותודה לגברתי ששאלה את השאלה. מה שקרה הוא שקניתי את הבניין ב-2010 ולא הצלחתי לרשום אותו כי לא נתנו לי את המסמכים שדרושים. היא מזכירה גם את ההליך בבית המשפט העליון. אני מסכימה שאם הנכס היה נרשם על שמי ב-2010 היינו היום—היינו חוסכים את כל ההליכים האלה ועל כך התביעה שלי בעצם שלא אפשרו לי לנהל את העסקים שלי ואת חיי ברישום הזה". אציין כי הניסיון של ב"כ הנתבעים לתקן תשובה זו בחקירה חוזרת לא הואיל.

83. לא זו אף זו, מהעדויות עולה כי בזמן אמת הציעה התובעת לנתבעים לרכוש את אותן זכויות בסכום של 2 מיליון ₪, אך הנתבעת 1 לא היתה מעוניינת בכך, ראו עדות סטמרי בעמ' 236 ש' 3-8; עמ' 267 ש' 9-11; "מעצם, תראי, מעצם העניין שכן אדם הציעו לו

לקנות איזשהן זכויות, אני לא נכנס כרגע אילו זכויות הם מוכרים. הציעו לה והיא אמרה 'אני לא רוצה לקנות את הזכויות האלה, אין לי עניין לקנות את הזכויות האלה. מעניין אותי הבניין'. אבל יכול להיות, כשבודקים לעומק, ומגלים שלבנין, שיש זכויות," ; שהרבני בעמ' 310 שו' 13, עמ' 311 שו' 21-16 ; חורש בעמ' 429 שו' 2-11 ; הנתבעת 1 בעמ' 567 שו' 12-13, עמ' 585 שו' 18-19.

84. התנהלות הנתבעים והיועצים מטעמם תומכת אף היא במסקנה כי זכויות הבניה לניוד, במלואן, נותרו בידי התובעת – זו הייתה לשונו המפורשת של ההסכם (ראו סעיף 86 להלן) ; זו הייתה כוונת הצדדים, כפי שעמדנו לעיל ; הסכמה זו תואמת את ההיגיון העסקי של העסקה, ראו בעניין זה [בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום \(1991\) בע"מ \(1995\)](#), פד"י מ"ט (2) 265, בעמ' 293-294 : "בבואנו לפרש חוזה, כמו גם בבואנו לפרש דבר חקיקה, צוואה או כל נורמה אחרת הטעונה פירוש, עלינו לתת דעתנו לתכלית שבבסיסם ולשאוף ככל הניתן להגשמתה. במקרה שלפנינו, אנו עוסקים בחוזה מסחרי, והכלל הוא שיש לפרש חוזה מסחרי באופן שיתיישב עם תכליתו המסחרית ושייתן לו משמעות מתקבלת על הדעת מבחינתם של אנשי עסק המתקשרים בחוזה כזה". [בע"א 464/75](#) [6], בעמ' 195, נתן השופט י' כהן (כתוארו אז) ביטוי לרעיון זה בציינו כי : "כלל ידוע הוא, שחוזה מסחרי יש לפרש בדרך שתתאים לתכלית מסחרית של העסקה, ועל בית-המשפט לתת לחוזה כזה תוקף מתקבל על הדעת, כפי שאנשי עסק היו עושים לפי נסיבות המקרה". ראו גם דבריו של השופט בך [בע"א 552/85 אגסי נ' ח.י.ל.נ. חברה ישראלית לעבוד נתונים בע"מ](#) [פורסם בנבו] [13], בעמ' 245. "על-פי סעיף 25(א) הנ"ל, מצווים אנו לפרש חוזה... 'לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות', ולצורך מילוי אחרי הנחיה זו עלינו להביא בחשבון את אופיה ומהותה של העסקה שנקשרה בין הצדדים ואת מטרותיהם של הצדדים לחוזה, הן מההיבט הכלכלי והן מההיבטים מקצועיים, חברתיים ואחרים. בהעדר ראיה ישירה בדבר המטרות הנ"ל עלינו לשאול את עצמנו, על סמך מכלול הנסיבות, מה יכול היה להניע את האדם הסביר הרגיל להיכנס להתקשרות מהסוג הנדון ולהשתדל לפרש את החוזה בדרך המותאמת ביותר להביא להשגת אותן תוצאות מקוות". ועוד נאמר, בעניין זה [בע"א 345/89 נאות דברת נ' מעליות ישראל ליפט י.מ.ש. אילן ניהול והשקעות בע"מ וערעור שכנגד](#) [פורסם בנבו] [14], בעמ' 355 מפני השופט חשין : "ענייננו עתה הוא בפירוש הסכם, ומחובתנו לנסות ולרדת לסוף דעתם של בעלי ההסכם כאנשי עסק סבירים המבקשים להשיג מטרה מסחרית משותפת."

85. בנוסף, מסקנותיי שלעיל נתמכות בהתנהגות הצדדים לאחר כריתת ההסכם. מצופה היה כי אם הנתבעים סברו כי נותרו בידם זכויות כלשהם לניוד, אם מכוח "תמריצים" אם מכל סיבה שהיא, אזי במגעים שנוהלו ביניהם לצורך הבטחת הזכויות שנותרו בידי התובעת, עניין זה היה עולה. הראיות מצביעות ההיפך – ראו נספחים ז' – ט' לתצהיר שהרבני ; ראו כתב ההסכמה של בנק לאומי (נספח ז'), המחריג במפורש את הזכויות לניוד ; ראו עדות גסר בעמ' 80 שו' 27-33, עמ' 81 שו' 15-18, שו' 27-30, עמ' 94 שו' 12-15 ; עמ' 95 שו' 15-19 ; הראל בעמ' 204, 205 שו' 22-30, עמ' 206 שו' 24-27, עמ' 226 שו' 13-22 ; סטמרי בעמ'

256 בעמ' 13-31. איני מקבלת את טענות הנתבעים בסיכומיהם לפיהן הפעולות שביצע סטמרי היו ב"הוראת" גסר וללא ידיעת הנתבעים. כידוע – שלוחו של אדם כמותו ועדותו של סטמרי הותירה בקרבי רושם אמין ומהימן.

86. בנוסף, הלשון המפורשת של ההסכם דנה ב"מלוא הזכויות הידועות" (וכאמור קבעתי לעיל שכל ה – 207 מ"ר כבר היו ידועים ולא נוספו מאוחר יותר). סבורה אני כי דווקא הפרשנות שהנתבעים מבקשים לייחס לסעיף, קרי ביצוע אבחנה בין 92 מ"ר ל – 115 מ"ר שניתנו כתמריצי שימור, היא הדורשת הכנסת מילים ותנאים שהצדדים לא כללו ואין זה מסוג החוזים המצדיקים התערבות שכזו מצידו של בית המשפט (ראו ע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (20.11.19) [פורסם במאגרים]).

87. איני סבורה כי העובדה שבהסכם גילית נזכרת אבחנה שכזו מחייבת את אימוץ פרשנות הנתבעים. יש לזכור כי חלפו שנתיים בין מועדי כריתת ההסכמים; עורכי הדין שטיפלו בעסקה היו שונים, כל אחד וניסוחיו הוא; וכן מדובר בתחום שהיה בחיתוליו, ראו בעניין זה עדות עו"ד גסר בעמ' 94 שו' 22-28, עמ' 103 שו' 31-33, עדות הראל בעמ' 204, 205 שו' 22-30, : "תכנית השימור אושרה, לדעתי, איפשהו בסוף 2008. העסקה הייתה ב- 2009. הכל עוד היה חדש. עד היום יש עוד לקונות, כמו שבתיק הזה ידעתם איך להבטיח את הדברים האלה. החוק מקרקעין הוא, אני לא יודע, משנת אלף תשע מאות שישים ומשהו. הפתרונות הם מנסים, איך אומרים, השוק מנסה לייצר פתרונות שאף אחד לא נתן, לא נתנו כלים. זה המצב, היה משהו טרי, לומדים כל פעם, היום עושים דברים בצורה אחרת גם משהיו עושים אחרי שדיברנו עם סטמרי. יש כל מיני דרכים שאפשר לעשות. אין משהו קלאסי. אלה זכויות בנייה, זה משהו שיש כל מיני דעות חלוקות עליו איך רושמים אותו ואנחנו מנסים לשחות בתוך המצב הקיים הזה"; עדותו בעמ' 206 שו' 24-27; עדות סטמרי בעמ' 250.

88. אם דרוש "דבר מה" נוסף, אזי תשלומו של היטל ההשבחה על ידי התובעת, בגין אותן זכויות בניה נוספות (מלוא ה – 207 מ"ר), סותם את הגולל כליל על פרשנות הנתבעים. בעניין זה מפנה אני לשומת היטל השבחה, ראו שומת העיריה נספח ג' לתצהיר שהרבני והציטוט שהובא בסעיף 75 לעיל; ראו בעניין זה עדות קפלנר בעמ' 154 שו' 29-31, אשר הבהירה כי הזכות מתגבשת עם מתן תוקף לתוכנית: "אז בעיקרון זה ככה, אבל יש טכניקה. ובאותה טכניקה שאתה בודק את ההשבחה אתה כמובן בודק מה נבנה, מה לא נבנה, מה ניתן למימוש, לא ניתן למימוש, איך יממש וכדומה. ופה נקבעת גובה ההשבחה"; ראו סעיף 10.5 להסכם המכר המטיל את החבות להיטל השבחה על המוכרת, מבלי לבצע כל אבחנה בין 92 מ"ר ל – 115 מ"ר ראו עדות שהרבני בעמ' 365 שו' 12-18: "תגיד לי על מה אתה מדבר? אתה, תקשיב טוב ההסכם הזה הרי מאיפה הוא הגיע? העירייה דרשה היטל השבחה, העירייה טענה שאני במסגרת השימור הזה נהנה מ-207 מטר זכויות לניוד והעירייה טענה שאני לא ניזוק מתוצאה מזה ושיש לי עליית ערך של משהו סדר גודל 2 מיליון שקל אי לכך היא טענה שמגיעה לה השבחה של מיליון שקל, אני לא רציתי לשלם מיליון שקל ואני לא רציתי לשלם אגורה. זה העמדה שלי בעסקה

בכל דבר מול המדינה דבר ראשון הם אומרים שאתה חייב אז אני אומר שאני לא חייב כלום."

89. עוד אציין כי גם לשיטת הנתבעים, היה על התובעת לשאת בהיטל השבחה עבור 92 מ"ר, ואילו החיוב הנוסף, בגין 115 מ"ר, אמור היה לחול, נכוח אותו היגיון, על הנתבעים. הנתבעים מעולם לא מחו על תשלום מלוא היטל השבחה על ידי התובעת, כל זאת בזמן שתובעת מעולם לא התכחשה לחובתה לשלם היטל השבחה על מלוא הזכויות.

90. לאור כל האמור לעיל, מסקנתי היא כי הנתבעים ידעו גם ידעו שכל זכויות הבניה, תהא הגדרתן אשר תהא, היא מקורן אשר יהא – נותרות בידי התובעת. עוד ידעו הנתבעים כי התובעת אמורה לשאת בתשלום היטל השבחה שחל בגין זכויות אלו וכי עליהם לשתף פעולה לצורך רישום/עיון/שמירה על זכויות אלו.

91. סבורה אני כי הטענה ל"בעלות" באותם תמריצי הבניה נטעה בראשם של הנתבעים לאחר קבלת ייעוץ כזה או אחר, כאשר החלו להצטבר עלויות עבודות הבניה, וקמה המחלוקת באשר לרישום אותן זכויות. בעניין זה מפנה אני לעדות סטמרי בעמ' 267 שו' 22-29 : "אני אגיד לגברת. העניין של אילו סוג זכויות יש לבניין באותו מועד לא היה חלק מהשיח ולא התעסקנו איתו. אבל ככל שהיא הלכה והיא השקיעה הרבה מאוד כספים בבניין, אני זוכר שהיו השקעות מאוד גדולות שלה בבניין, והגיעו אדריכלים שאני אחתום בשמה על כל מיני תוכניות, בנייה, ולעשות, והשקיעה הרבה, ועורכת הדין ג'ולי באה ויצאה וכולי וכולי, אז הלכו ובדקו בדיוק מה יש מטעם העירייה לקבל ולא לקבל ומה אפשר לעשות, אבל זה כבר לא אני עשיתי את זה. הם עשו אז בדיקות. יכול להיות שבאותו מועד הם גילו שמגיע משהו"; ראו עדות לוטס בנוגע להוצאות השיפוץ שנצטברו במהלך הדרך, בעמ' 502 שו' 4-9, עמ' 503 שו' 8-9, עמ' 471 שו' 22-34 ; ראו עדות התובעת 1 בעמ' 570 שו' 21-24 ; עמ' 608 שו' 19-21 : "ובכן עורכי הדין אמרו לי שאני זכאית לתמריצים בזכות השיפוצים והשימור שעשיתי. ואני מבניה, הם אמרו לי גם, הבנתי מהם שזה היה עניין חדש יחסית מצד העירייה"; עמ' 610 שו' 1-3 : "עורכי הדין שלי אמרו לי בבירור שהתמריצים האלה מגיעים לי בזכות, או עקב השיפוצים והשימור שאני ביצעתי". עדויות אלו, של עדי הנתבעים עצמם, מתיישבות עם טענת התובעת לאורך כל הדרך, ראו עדות שהרבני בעמ' 393 שו' 13-18 : "אני זוכר שאם הנקודה הזו של איזה טענה בקשר לזה שחלק מזכויות הבנייה לניוד הם שלה זה בתקופה שבסמוך לרישום הערת אזהרה, בסמוך באמת לעורכי הדין האלה שהגיעו דרך הג'ולי הזאת והיו לדבריו אפילו זוג נוכחים שגרמו לה לנזקים הרבה יותר גדולים אבל מה הכניסו לה רעל לנשמה וזה בסדר בתקופה ההיא פלוס מינוס המציאו את ההמצאה שמגיע לה משהו מזכויות הבנייה לניוד לא היה עד אז ברמז".

92. מסקנתי ממקבץ העדויות לעיל הינה שבזמן ניהול המו"מ לקראת הסכם המכר; בעת כריתתו ותקופה בלתי מבוטלת לאחריו, מעולם לא טענו הנתבעים לזכויות בניה כלשהן שנותרו בידיהם. רק לאחר שההוצאות החלו להצטבר, וכל עבודה הייתה כרוכה גם

באישור צוות השימור, מאן דהוא העלה את האפשרות לתבוע חלק מזכויות אלו ולהותירן בידי הנתבעים. לכל היותר, מדובר בטעות בכדאיות העסקה שכמובן אינה מצמיחה זכות כלשהי בזכויות אלו.

בנוסף ולחלופין- המחלוקת באשר לזהות מבצע עבודות השימור

93. סבורה אני כי די בקביעות שלעיל על מנת לקבוע שזכויות הבניה לניוד, במלואן, הן בבעלות התובעת, ואין כלל מקום להידרש לשאלה מי ביצע את עבודות השימור, במלואן או בחלקן. כפי שכבר קבעתי בסעיף 78 לעיל, אין בהכרח קורלציה בין הגורם המחזיק בזכויות אלו לבין הגורם המבצע את עבודות הנכס, גם אם אלו מבוצעות על פי הנחיות צוות השימור. לפיכך, וגם אם הייתי מגיעה לכלל מסקנה שהנתבעים ביצעו את עבודות השימור במלואן (ואיני סבורה כך כלל ועיקר), אין הדבר גוזר בהכרח את המסקנה כי זכויות אלו נתונות להם.

94. עם זאת ולמען שפסק דין זה לא יהא חסר, הגעתי לכלל מסקנה כי מרבית עבודות השימור אשר על בסיסן ניתנו חלק מהתמריצים (שכן חלקם אינו מותנה בעבודות כלשהן, ראו אישור צוות השימור) בוצעו בעבר על ידי עילית ועל ידי התובעת עצמה. אמנם העבודות שבוצעו ע"י עילית בוצעו לפני שהתוכנית קיבלה תוקף, אולם, כבר אז עילית נדרשה לבצע עבודות שימור במבנה, ראו הפירוט בעמ' 13-18 לחוות הדעת של אסא זוהר, ראו עמ' 5-6 לחוות הדעת של ירמיהו אלוני; ראו עדות אסא בעמ' 56 שו' 7; עמ' 43 שו' 23-31; עמ' 50 שו' 25-31; עמ' 64 שו' 15-22: **"אני מציע שתקשיב לפרוטוקול, אני אמרתי במפורש שהעיקר, המסה העיקרית, זאת שמכינה את כל הזכויות, בוצעה ב-1997. לאחר מכן, כל פעם שאתה מבקש איזשהו היתר, אתה צריך לעבור דרך התחנה של צוות השימור. ואז יכול להיות שהם ידרשו דבר זה או אחר של השלמה, אבל לא מדובר בשיפוף (לא ברור) את הזכויות"**. (הדגשה שלי).

95. כפי שכבר קבעתי לעיל, הנתבעים ידעו כי כל עבודה שתבוצע בנכס על ידם כפופה לדרישות צוות השימור, ראו עדות ירונסקי בעמ' 118 שו' 20. העד בן נון העיד כי נעשו עבודות רבות בנכס, ראו עדותו בעמ' 523 שו' 23-30: **"אני ראיתי בניין שעבר שימור ברמה מאוד נמוכה ומאוד פוגענית בבניין לפני זה ושהיה צורך לעשות בו עבודות נוספות רבות במסגרת השימור שמסגרתם הגיע צוות השימור לאתר, נשכרו מומחים לטיח כדי לטפל בכל מיני בעיות של עליית מים קפילריות מהקרקע שפגעו בכורכר של הבניין נעשו שם הרבה מאוד עבודות שקשורות לשימור של הבניין, הקונזולות שזה האלמנטים שמחזיקים את המרפסת ומשטח המרפסת למעלה היה שבור, הדלתות החלונות היו שבורים היו פגועים זה מה שאני ראיתי, היה שם עצים שהשורשים שלהם חדרו אל יסודות הבניין שהיה צריך לטפל בהם"**. באותה נשימה העיד בעמ' 526 שו' 21-22: **"כל עבודה שנעשת בבניין כזה דורשת אישור של מחלקת השימור ולא משנה מה הייתי עושה או מה זה, אני הייתי נדרש למחלקת השימור"**.

96. כשהתבקש בן נון לפרט מהן העבודות שבוצעו על ידי הנתבעים בנכס, עלה כי מאחר והנתבעים הגישו בקשה לשינוי יעוד למגורים, היה צורך לבצע עבודות התאמה; נעשו שינויים פנימיים (למשל בשירותים והגדלת הממ"ד, ראו עמ' 528 שו' 7-8); **"כל מה שצריך בניין למגורים"**, עמ' 529 שו' 15. סבורה אני כי עדותו של בן נון לא הצליחה לבסס את הקשר בין עבודות השימור בגינת ניתנו התמריצים (ודוק, לכל היותר מדובר בכ-46.9 מ"ר), לבין העבודות שבוצעו על ידי הנתבעים, אשר רובן נגעו להיתר הבניה שהתבקש על ידם.

97. לא זו אף זו, איני סבורה כי הנתבעים הצליחו להוכיח כי הוציאו סך של 1.5 מיליון ₪ בגין ביצוע עבודות שימור, כנטען בסעיף 32 לתצהיר הנתבעת 1. לביסוס טענה זו צירפה הנתבעת 1 מכתב של י.א. הבונים (נספח 2 לתצהיר), שם מפורטות עבודות שלכאורה בוצעו, ובכלל זה עבודות טיח; שיפוץ חלונות; שחזור מרפסות; עבודות פיתוח וגינון מסביב לבניין, עבודת שיפוץ החומה המקיפה. ראשית אציין כי עורך המסמך לא התייבב לעדות ולפיכך הינו ראיה אך לקיומו ולא לתוכנו. גם אם הייתי נכונה להעלים עין מפגם ראיתי זה, אזי עיון במסמך עצמו מלמד שלמצער חלק מהעבודות שם (גינות, פיתוח, חומה), אינן קשורות לשימור.

98. כך נספח 3 אינו מסייע לנתבעים להוכחת ההוצאות שנגרמו להם כביכול בגין עבודות השימור. מדובר בכרטסת הוצאות כללית על סך של כ-4.3 מיליון ₪; עורכה לא התייבב לעדות; הנתבעת 1 בחקירתה הודתה שאין הפרדה בין עבודות השימור לעבודות אחרות שבוצעו על ידה בנכס, ראו עדותה בעמ' 626 שו' 5, עמ' 639 שו' 9, 640 שו' 20, עמ' 643, עמ' 647, 648, 651, עמ' 652 שו' 22-24: **"אני חוזרת על כך שעבודות השימור עלו מיליון וחצי ומה שהראית לי כאן היא כרטסת שכוללת את כל ההוצאות כולל ההוצאות השיפוץ ואני פעלתי לפי ההוראות של עורכי הדין שלי—"**

99. לסיכום פרק זה, מסקנתי היא כי לא עלה בידי הנתבעים להוכיח כי הם אלו שביצעו את עבודות השימור המזכות (לשיטתם) בזכויות הבנייה לניוד, להבדיל מעבודות שיפוץ ובניה בנכס אותו רצו להסב למגורים, וכן לא הוכיחו את סכום עבודות אלו.

התביעה שכנגד – האם רישום הערת האזהרה על שם גילית היווה משום הפרת הסכם? ולחלופין – האם התובעת שכנגד הוכיחה את הנזק שלכאורה נגרם לה?

100. לצורך הדיון בפרק זה יש לזכור את מסקנותיי עד כה – זכויות הבניה לניוד שייכות במלואן לתובעת. עניין זה לא היה במחלוקת עובר לכריתת ההסכם; בהסכם עצמו וכן בסמוך לאחריו, עת ניסו היועצים המשפטיים, הן של התובעת, הן של הנתבעים והן של גילית, למצוא מנגנון משפטי אשר יבטיח זכויות אלו, ראו העדויות אותם סקרתי בסעיפים 85 לעיל וכן נספחים ז'-ט' לתצהיר שהרבני. כן אזכיר את מסקנתי כי בזמנים הללו (2010-2012 ובסמוך לכך) כל נושא זכויות הבניה לניוד היה "בחיתוליו", ראו האמור בסעיף 87 לעיל.

101. הצדדים עמלו אם כן במשותף למציאת פתרון משפטי אשר יגן על זכויות התובעת. בשלב כלשהו כאמור (וראו דברי בסעיף 91 לעיל), החלה להשתנות ה"מוסיקה" מצידם של הנתבעים והחלו להעלות טענות בעניין זכויות הבניה לניוד. ניתן להבין את חששה של התובעת כי ללא רישום כלשהו, זכויות אלו אין מוגנות וכי יכולה להתרחש "תקלה משפטית" בעתיד. עוד יש לזכור כי ממילא, וגם לשיטת הנתבעים – לא הייתה מחלוקת לגבי 92 מ"ר שמקורם בתוכניות קודמות, ולפיכך לא יכולה להיות מחלוקת שלמצער, לגבי זכויות אלו, אמורים היו הנתבעים לשתף פעולה באופן מלא.

102. בנסיבות אלו, סבורה אני כי לא נפל פגם ברישום הערת האזהרה על שם התובעת – כפי שסבר בזמנו השופט ברנר במסגרת פסה"ד במחוזי. לא זו אף זו, אמנם פסה"ד בעליון שינה החלטה זו, אולם מסיבה אחת בלבד – לאור הקביעה כי זכויות בניה לניוד אינן "זכויות במקרקעין", ראו בהקשר זה האמור בסעיפים 47-37 לפסק הדין, ובסעיף 48 כדלקמן: "גם התכליות ברישומה של הערת האזהרה עליהן עמדנו לעיל, מובילות למסקנה זו. כפי שצינו לעיל, מטרותיה של הערת האזהרה הן להוות שלב ביניים בין השלב החוזי בעסקה במקרקעין לבין השלב הקנייני. המסקנה הנובעת מכך היא כי ככלל הערת אזהרה תירשם רק בגין התחייבות לביצוע עסקה בזכות הרשומה בפנקסי המקרקעין (ראו: דויטש, כרך ד', בעמ' 41). זכויות הבנייה אינן רשומות במרשם המקרקעין, ולכן הערת אזהרה בגינן ממילא אינה יכולה להוות "שלב ביניים" – היא לא תביא בסופו של דבר לשינוי הזכויות במרשם. אכן, המשיבים צודקים בטענתם כי [חוק המקרקעין](#) מאפשר את רישומן של הערות גם כשאין מדובר בהערות הנוגעות לזכות במקרקעין הרשומה במרשם המקרקעין (כמו, למשל, הערה בדבר הגבלת כשרותו של בעל זכויות במקרקעין (סעיף 129 לחוק המקרקעין), הערה על הצורך בהסכמת צד שלישי לביצוע עסקה על פי חיקוק, צו בית משפט או התחייבות בכתב (סעיף 128 לחוק המקרקעין) או הערה בגין הטלת היטל השבחה מכוח סעיף 6 לתוספת השלישית [לחוק התכנון והבניה](#)). אולם, במקרים אלה מדובר בהערות שהאפשרות לרישומן נקבעה בחוק באופן מפורש, בשונה מההערות המבוססות על הסעיף הכללי שמסדיר רישום הערות אזהרה (סעיף 126 [לחוק המקרקעין](#)).

103. בהיותו מודע לצורך במציאת פתרון לעניין זכויות הבניה לניוד, שאינן זכויות קנייניות, המשיך בית המשפט העליון ודן בסעיף 49 בפסק הדין בשאלה: "כיצד בכל זאת ניתן לצמצם את הסיכונים להיווצרותן של תאונות משפטיות בשל עסקאות של "ניוד זכויות?". בעניין זה מפנה בית המשפט העליון לכך ש" שהסכמה בנוגע לזכויות בנייה יכולה למצוא ביטוי בתקנון הבית המשותף" (סעיף 50 לפסק הדין), ובסעיף 51 נזכר פתרון נוסף: "במקביל לכך, חשוב לחזור ולבחון את הפוטנציאל הטמון בדיני התכנון והבניה עצמם. הבעלות בזכויות בנייה וכן ניוון של זכויות בנייה נעשה מכוחן של תוכניות המאפשרות זאת. אם אלה הם פני הדברים, יש מקום לחשוב על כך שתוכניות המקנות זכויות בנייה במקרקעין וכן תוכניות המכירות באפשרות של ניוון זכויות ייצרו גם מנגנון של רישום הסכמים שנעשו בקשר לזכויות עצמן או לניודן".

104. מדברים אלו, של בית המשפט העליון, עולה כי מדובר בסוגיה משפטית מורכבת שאינה זוכה לפתרון משפטי פשוט, ברור וזמין. סבורה אני כי עד שניתן פסק הדין בבית המשפט העליון לא היה ברור כלל ועיקר כי לא ניתן לרשום הערת אזהרה בגין זכויות בניה לניוד. פסק הדין של בית המשפט העליון הוא שסתם את הגולל על אפשרות זו, והעלה מספר פתרונות אחרים, הדורשים יצירתיות ושיתוף פעולה. על רקע זה, איני סבורה שניתן לראות ברישום הערת אזהרה על ידי התובעת כפעולה המפרה את הסכם המכר או כפעולה שנעשתה בחוסר תום לב, ההיפך הוא הנכון.

105. כפועל יוצא מכל מסקנותיי המפורטות לעיל, ברי כי גם מכירת זכויות התובעת לגילית, והרצון להבטיח זכויות אלו ברישום, אינו מהווה משום הפרה, והיה על הנתבעים לשתף פעולה עם התובעת ועם גילית על מנת למצוא את אותו פתרון משפטי שימנע בעתיד **"תאונות משפטיות"** (כלשון פסה"ד בעליון) בכל הנוגע לזכויות הבניה לניוד.

106. בנוסף ולחלופין, איני סבורה שהתובעת שכנגד הוכיחה כי נגרם לה נזק כתוצאה מרישום הערת האזהרה או את גובה נזק זה. בעניין זה יש לזכור כי התובעת התחייבה ליתן כל מסמך שידרש על מנת שהתובעת שכנגד תוכל לממש את זכות הבעלות שלה בנכס, ראו המסמכים שהוחלפו בין עורכי הדין. בנוסף – התברר במהלך הראיות כי בניגוד לטענת התובעת שכנגד, עסקת השכירות עם רוז בייקרי "התפוצצה" כשמונה חודשים בטרם רישום הערת האזהרה ובוודאי שאינה מהווה את הסיבה ל"סיכול" עסקה זו, ראו חקירת לוטס בעמ' 462, חקירת הנתבעת 1 בעמ' 663 שוי' 5-6, עמ' 665 שוי' 13-6, עמ' 667 שוי' 22-26, עמ' 673, עמ' 682-683. עוד התברר כי התובעת שכנגד דווקא הצליחה להשכיר את הנכס בתמורה גבוהה יותר לחברת היי-טק, ראו שאלות בית המשפט והמענה להן ע"י לוטס, בעמ' 480 שוי' 3-5 : **"שאלת בימ"ש: אני אומרת, אם היוגה היה הפסדי וצפיתם לקבל 35,000 ₪ מהמסעדה כולל ה-5% מהמחזור והנה כל הבניין השכרתם ב-40, אז זה יותר רווחי. ת. בוודאי שהיה לנו יותר רווחי מאשר להפעיל את המרכז והמסעדה וכל הבלגן"** (הדגשה שלי).

107. ואם שוב צריך דבר מה נוסף – יש לזכור ולהזכיר כי הערת האזהרה נמחקה בחודש נובמבר 2015, אך התובעת שכנגד השלימה את הרישום על שמה רק ביום 2.10.2017, ראו חקירת לוטס בעמ' 464 שוי' 16-24, במענה לשאלה מדוע חלפו שנתיים מיום מחיקת הערת האזהרה ועד השלמת הרישום על שם התובעת שכנגד : **"קודם כל, היה העניין של הסכם שיתוף, היו דברים, אני לא הייתי מעורב בתהליך הזה, אני לא רוצה לענות לך על דברים שאני לא יודע"**. תשובה זו מתיישבת עם המסקנה כי גם עסקת רוז בייקרי לא יצאה אל הפועל בשל עניינים פנימיים של משפחת הנתבעת 1, ולא בגלל רישומה של הערת האזהרה. מכל הנימוקים הללו קובעת אני כי התובעת שכנגד לא הצליחה להוכיח קיומו של נזק ואת שיעורו כתוצאה מרישום הערת האזהרה על שם גילית.

העוולות הנוספות הנכללות בתביעה שכנגד

108. לאור מסקנתי המובאת לעיל לפיה זכויות הבניה מכוח התמריצים הינן של התובעת, אין כל בסיס לטענות הנזיקיות בדבר גזל ורשלנות אותן מעלים הנתבעים כנגד התובעת, שכן אלו נסמכות על הטענה כי התמריצים מעיקרם אינם שייכים להם. לפיכך, משהחלטתי כי התמריצים אכן כלולים היו בזכויות הבניה הבלתי מנוצלות אשר הוחרגו בהסכם המכר, לא נותר לי אלא לדחות את הטענות הללו, כמו גם את הטענה בדבר עשיית עושר ולא במשפט, שכן אלו מתייתרות לנוכח הקביעה הנ"ל. באשר לטענת הנתבעים והתובעים שכנגד באשר לגרם הפרת חוזה אשר ביצעה הנתבעת שכנגד 2, אזי גם טענה זו מתייתרת לנוכח הקביעה כי התובעת לא הפרה את הסכם המכר למול הנתבעים.

סוף דבר

109. לאור כל האמור לעיל, ניתנים בזאת הסעדים ההצהרתיים המבוקשים בתביעה העיקרית; התביעה שכנגד נדחת. מאחר וניתן צו המצהיר כי מלוא זכויות הבניה לניוד המפורטות באישור צוות השימור שייכות לתובעת, דומה כי אך ברור הוא שנאסר על הנתבעים או מי מהם לבצע כל עסקה בזכויות אלו. באשר למנגנון אשר יבטיח זכויות אלו, מופנים הצדדים בין היתר לפסה"ד בעליון, וראו סעיף 103 לעיל.

110. לגבי הוצאות משפט – בעת פסיקתם מתחשבת אני בכך שמדובר בתביעה ותביעה שכנגד; יש להתחשב במספר הרב של ישיבות ההוכחות ומספר העדים שנשמע; בכתבי הטענות שהוגשו; בבקשות הביניים; בחוות הדעת של המומחים שהוגשו בהליך זה. לאחר ששקלתי את הנתונים הללו, קובעת אני כי על הנתבעים, ביחד ולחוד, לשפות את התובעת ואת גילית בהוצאות שהוציאו לצורך הקלטה; לצורך הכנת חוות דעת המומחים ותשלום לעדים, ככל שנשאו בהוצאות כאלו; בתשלום אגרות בית משפט, כשכל ההוצאות נושאות הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום תשלומן ועד מועד מתן פסק הדין. בנוסף, ישלמו הנתבעים, ביחד ולחוד, שכר טרחת עורך דין בתביעה העיקרית בסך של 150,000 ₪ ובתביעה שכנגד סך של 150,000 ₪, כשסכום זה מתחלק באופן שווה בין התובעת ובין גילית (75,000 ₪ לכל נתבעת). כל התשלומים יבוצעו תוך 30 יום מיום מתן פסק דין וישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מתום התקופה לביצוע התשלום ועד ביצוע התשלום בפועל.

111. המזכירות תדוור את פסק הדין לצדדים ותסגור את שני התיקים.

ניתן היום, ט' אייר תשפ"ג, 30 אפריל 2023, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

חנה פלינר 54678313/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה