

הזכות לסרב לעסקת פינוי ובינוי: הבית המשותף בין הפרטי לקהילתי

מאת

יונתן בוקשפן*

תקציר

פינוי ובינוי הוא פרויקט התחדשות עירונית הכולל הריסה של בנייני מגורים קיימים, ובניית בניינים חדשים חלף אלו שנהרסו. לאור מצוקת הקרקע ומשבר הדיור במדינת ישראל הפכו פרויקטים של התחדשות עירונית ליעד לאומי שאותו מקדמת המדינה. אחד האמצעים המרכזיים שהפרויקטים מקודמים בהם הוא הפעלת מנגנונים משפטיים המאפשרים לרוב הדיירים בבית המשותף המיועד להריסה לכפות על המיעוט המתנגד למכור את זכויותיו בקרקע ליזם הפרויקט, וזאת בתמורה לקבלת דירה חדשה בבניין שייבנה. לחילופין, דיירים המסרבים להצטרף לפרויקט נדרשים לפצות את שכניהם על הנזק שנגרם להם כתוצאה מאי-הוצאתו לפועל. המאמר בוחן את המנגנונים שקבע המחוקק המאפשרים לכפות על דיירים בבניין את ההשתתפות בפרויקט. ראשית, המאמר מבאר את התאוריה העומדת מאחורי ההכרה בזכות הקניין בבית המשותף. הוא מציג את הבסיס התאורטי שעליו מושתתת ההכרה בזכות ושהוא הצדקה לקניין המתמקדת בפיתוח ובמימוש האישיות של הפרט, ומבהיר על פי הצדקה זו באילו מקרים ראוי שהמשפט יאפשר את כפיית ההשתתפות בפרויקט על דיירים המתנגדים לו. בנוסף, המאמר מבהיר מדוע מסגרות תאורטיות אחרות בדיני הקניין, שלעיתים מזוהות עם המוסד הקנייני של הבית המשותף, ולכאורה מאפשרות כפייה נרחבת של חובות על הדייר היחיד, למעשה אינן מתאימות לבית המשותף בכלל, ולהסדר הנוגע לפינוי ובינוי בפרט. שנית, המאמר בוחן את האופן שבו מיושם ההסדר החקיקתי הנוגע לכפייה על המיעוט בפינוי ובינוי בפסיקת בתי המשפט, ומצביע על אינטרסים של הדיירים שעליהם נבחנת האפשרות לכפות את ההשתתפות בפרויקט, הנותרים עם מענה חלקי. לבסוף,

* תלמיד לתואר בוגר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. רשימה זו נכתבה במסגרת פרויקט הכתיבה הסטודנטיואלית "הערות במשפט" של כתב העת **עיוני משפט**. חלקים מרשימה זו מבוססים על עבודת פרוסמינר שהוגשה בקורס "סוגיות מתקדמות בדיני קניין", שהועבר בשנת הלימודים תש"פ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב בהנחיית פרופ' מיגל דויטש. אני מודה לפרופ' דויטש על ההנחיה בעבודה. אני מודה ליובל ארז ולאילה בורשטיין על הערותיהם המועילות למאמר, וכן מבקש לשלוח תודה מיוחדת לגל רוזנפלד, שקרא את כלל הטיוטות של המאמר ועזר לי רבות בחידוד הטיעונים המועילים בו. לבסוף, תודתי לד"ר דורין לוסטיג, ולעורכי כתב העת **עיוני משפט** שיר אביטל, מעין ויסמן, אלאא חאג' יחיא ועידן רייטר (כרך מד), וליותם לחובסקי (כרך מה), על הערותיהם החשובות למאמר, ועל הליווי המסור של פרויקט הכתיבה הסטודנטיואלית.

המאמר מציע כיוונים אפשריים לפתרון הגירעונות הקיימים באופן שבו מופעל ההסדר החוקי היום.

מבוא

- א. המתווה הכללי והתמודדות עם דיירים סרבנים
 1. התחדשות עירונית בישראל – רקע היסטורי וחקיקתי
 2. המודל לעסקת פינוי-בינוי
 3. ההסדר הקנייני והדייר הסרבן
- ב. הבית המשותף: בין הפרטי לקהילתי
 1. שתי גישות לזכות לקניין
 2. הזכות לקניין בבית המשותף במשפט הישראלי
 - (א) ההצדקה הקהילתית והשימוש בה על ידי המחוקק והפסיקה
 - (ב) אתגור ההצדקה הקהילתית
 - (1) מה בין קניין לקהילה?
 - (2) מבט דוקטרינרי על הבית המשותף
 - (3) פינוי ובינוי – מעבר למודל קהילתי?
 3. הצדקת האישיות
 4. התערבות בזכותו של הדייר המסרב על פי מודל האישיות
 - ג. מיהו "הסרבן הבלתי סביר"?
 - ד. שימור ושיפוץ: לקראת פתרון עתידי
 1. התייחסות להבחנה בין מגורים לשכירות מנקודת המבט של בעלי הדירות
 2. סטנדרט מהותי לבחינת הדירה החלופית
 3. מבחן האיזונים של "הסירוב הסביר"
 4. הפחתת הרוב המיוחס – מהלך רצוי?
 5. חובת תמורות שוויוניות

סיכום

מבוא

התמודדותן של ממשלות ישראל בעבר עם גלי העלייה הגדולים של שנות החמישים, עתודות הקרקע המוגבלות של מדינת ישראל ומשבר הדיור המתמשך הביאו לעלייה ניכרת בצורך בעריכת פרויקטים של התחדשות עירונית. פרויקטים אלו

מאפשרים להגדיל את היצע הדירות בשוק, תוך שיפור תנאי המגורים והתשתיות בשכונות קיימות, וכך מיטיבות עם הדיירים הוותיקים והחדשים בהן כאחד.¹ בפרט, פרויקטים של פינוי ובינוי, המבוססים על הריסת מבנים קיימים ובניית מבנים חדשים במקומם, תוך מתן זכות לדיירי העבר במתחם לשוב ולהתגורר בו לאחר שייבנה מחדש, זוכים לפריחה משמעותית מאז תחילת שנות האלפיים. ההסדרים הנוהגים היום בנוגע לפינוי ובינוי מושתתים בבסיסם על עסקה פרטית בשוק,² אך במקביל מעוררים בשנים האחרונות עניין מוגבר מצד המחוקק, המתבטא, בין היתר, בעלייה בהיקף החקיקה העוסקת בתחום. היתרון המרכזי של תוכניות פינוי ובינוי הוא האפשרות להרחיב את פרויקט ההתחדשות כך שלא ייערך רק בבניין אחד אלא בבניינים מספר.³ הרחבה זו מאפשרת מתן פתרונות תכנוניים חדשים ומהפכניים לאזורים המזונחים, ויציקת תוכן מחודש לחיים האורבניים.⁴ אל מול השבחים שהמודל המשפטי והתכנוני של פינוי ובינוי זוכה להם, יש הטוענים שאופיו השוקי של המודל מביא למשיכה של יזמים לעריכת פרויקטים ביישובים במרכז הארץ, וכך שוב ההתחדשות העירונית אינה מצליחה להגיע אל האזורים המוחלשים יותר, הזקוקים לה יותר מכול.⁵

בין שלל ההיבטים המרכיבים את עסקת הפינוי-בינוי, נדמה שישנה סוגיה אחת שהפרויקט כולו קם ונופל עליה, ושמעוררת אצל המחוקק עניין מיוחד. לצורך הוצאתו לפועל של הפרויקט נדרש יזם הפרויקט לכרות הסכם עם הדיירים בבית המשותף.⁶ במטרה לקדם את עריכת הפרויקטים ולהתגבר על המכשול שמעמידים דיירים המסרבים להצטרף אליו חוקקה הכנסת את חוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), התשס"ו-2006 (להלן: "חוק פינוי ובינוי" או "החוק"), המעניק לדיירים המבקשים להצטרף לפרויקט זכות תביעה נגד דייר המסרב להצטרף אליו. בהתאם, החוק מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצויים נזיקיים נגד הדייר הסרבן, ולחילופין, לאשר את העסקה חרף התנגדות הסרבן, ולכפות עליו את ההשתתפות בפרויקט.⁷

¹ לסקירת התהליכים ההיסטוריים והחברתיים השונים ראו אהרן נמדר **פינוי ובינוי** 26–27 (2013) (להלן: נמדר **פינוי ובינוי**); שירי בס ספקטור **כלי מדיניות לקידום תהליכי התחדשות עירונית** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2011); מבקר המדינה "משרד הבינוי והשיכון – פעולות הממשלה לקידום התחדשות עירונית כצורך לאומי" **דו"ח שנתי 2016** 1243, 1251–1255 (2016) (להלן: **דו"ח שנתי 2016**); ארז קמיניץ "שלושה בתים וגעגוע" **שורשים במשפט** 697, 702–703 (דינה זילבר עורכת 2020) (להלן: קמיניץ).

² ראו דיון להלן בפרק א.2. לרשימה זו.
³ ראו ס' 1 לחוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), התשס"ו-2006 (להלן: חוק פינוי ובינוי).
⁴ קמיניץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 701–704.

⁵ "נטע זיו – רגולציה וחלוקה" **אורבנולוגיה** (19.1.2020) <https://soundcloud.com/lcud/borqlwbetnff> (להלן: "רגולציה וחלוקה"). טענה זו אף נתמכת בנתונים סטטיסטיים, וראו: **דו"ח שנתי 2016**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1247, 1291–1295; הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **דו"ח התחדשות עירונית לשנת 2019** 64–91 (2020) (להלן: **דו"ח הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית 2019**).

⁶ ראו הגדרת "עסקת פינוי ובינוי" בס' 1 לחוק פינוי ובינוי, וכן הדיון להלן בפרק א.3. לרשימה זו.
⁷ ראו ס' 2(a) לחוק פינוי ובינוי, וכן הדיון להלן בפרק א.3. לרשימה זו.

הפעלת פיקוח שיפוטי על זכות הבעלות של הדיירים, והסעדים הניתנים לדיירים התומכים בפרויקט בגין "סירוב בלתי סביר" של דייר מסרב, מעלים שאלות מורכבות לגבי זכויותיהם הקנייניות של הדיירים המסרבים. ברשימה זו אציג את ההסדרים הנוהגים בנוגע לסירוב לפרויקט, ואנתחם על רקע הכתוב והחסר בחוק, הפרשנות שניתנה להם בפסיקה, ותוך שימת דגש מיוחד על הפגיעה בקניינו של הדייר הסרבן. דגש מיוחד יושם גם על בירור התאוריה שצריכה להנחות את המחוקק ואת בתי המשפט כאשר הם מתקנים ומפרשים את חוק פינוי ובינוי. אבהיר כבר עתה שאין בכוונתי להציע התנגדות להסדר במישור העקרוני, ואיני מבקש את ביטולו. בקשתי היא להצביע על הפערים המתגלעים בין המודל התאורטי המצדיק את ההסדר המשפטי שנקבע לבין האופן שבו הוא מופעל בחיי המעשה, ולהציע אמות מידה ופתרונות שיסייעו בתיקון הפגמים הקיימים.

הדיון בהסדר הקנייני ייוחד לפרויקט פינוי ובינוי בלבד. לכן, לא אעסוק כאן במישורין ביניים החלים על תוכניות התחדשות עירונית אחרות, דוגמת תמ"א 38.⁸ המיקוד נבחר מסיבות שונות. ראשית, בעת כתיבת רשימה זו היה נדמה כי תוכנית תמ"א 38 עומדת להיות מוחלפת בתוכנית אחרת, ולכן מצאתי עניין מופחת בניתוח מעמיק שלה, חרף חשיבותה לתכנון העירוני בישראל בעשורים האחרונים.⁹ שנית, וזהו עיקר הדבר, דיני הפינוי והבינוי עברו רוויזיה משמעותית בשנים האחרונות, בדגש על שינויים במנגנון הכפייה על דיירים מסרבים. בשנת 2018 חוקקה הכנסת את תיקון מס' 6 לחוק פינוי ובינוי (להלן: "תיקון מס' 6"),¹⁰ אשר הרחיב במידה רבה את הסעדים שבית המשפט רשאי להעניק לבעלי דירות המתמודדים עם דיירים המסרבים להשתתף בפרויקט פינוי ובינוי. לתיקון מס' 6 לחוק מצטרף תיקון נוסף לחוק פינוי ובינוי (להלן: "תיקון מס' 7") אשר חוקק בשנת 2021, והקל באופן משמעותי על האופן שבו ניתן לזום תביעה נגד דיירים מסרבים.¹¹ אלו, לצד הרצון העז המגיע מכיוונה של המדינה

⁸ מטרתה העיקרית של תוכנית התמ"א 38 היא התאמתם של מבנים ישנים לתקן עדכני נגד רעידות אדמה, וההסדר הקנייני בנוגע לתוכנית זו מעוגן בחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008 (להלן: חוק החיזוק), ובעיקר בסעיפים 2–6 לחוק זה. לצד שיפור התשתיות בבניין ושלד המבנה, פרויקט תמ"א 38 כולל בדרך כלל שיפוץ מסיבי לבית המגורים, בניית דירות נוספות, ולעיתים אף הריסת הבניין כולו. לכתובה בנושא ראו, למשל, מיכה גדרון ואהרן נמדר **תמ"א 38** (2012) (להלן: גדרון ונמדר **תמ"א 38**); אבי וינרוט **דיני קניין – פרקי יסוד** 367–365 (2016).

⁹ המועצה הארצית לתכנון ובנייה החליטה ב-5.11.2019 כי תוכנית תמ"א 38 תסתיים ב-1.10.2022, וראו למשל בתזכיר חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 128), התשפ"א-2020, ובדברי ההסבר שם. מנגד, לאחרונה הוארך תוקפה של התוכנית, ונכון למועד כתיבת רשימה זו לא ברור מה יעלה בגורלה בעוד שנים מספר, ראו: אמיתי גזית "המועצה הארצית לתכנון ובנייה האריכה את תמ"א 38 בשנה" **כלכליסט** (5.4.2022) <https://www.calcalist.co.il/real-estate/article/hkkuysf75>.

¹⁰ חוק פינוי ובינוי (פיצויים) (תיקון מס' 6), התשע"ח-2018, ס"ח 951.

¹¹ חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ו-2022), התשפ"ב-2021, ס"ח 80, 202–200 (תיקון עקיף לחוק פינוי ובינוי (עידוד מיזמי פינוי ובינוי), תשס"ו-2006).

לעודד פרויקטים של פינוי ובינוי דווקא, הופכים את ההסדר הקנייני של חוק פינוי ובינוי לסוגיה שהכתיבה המשפטית עליה עדיין חסרה, ואת העיסוק בה לבעל חשיבות גדולה יותר.

מבנה הרשימה הוא כדלהלן. בפרק א אציג נקודות מרכזיות בהיסטוריה של הסדרת תחום ההתחדשות העירונית בישראל, את עקרונותיה הכלליים של עסקת הפינוי והבינוי ואת הדין הנוהג ביחס לזכותו של דייר לסרב להצטרף לעסקה. בפרק ב אציג את הבסיס התאורטי שהסדר הקיים בחוק פינוי ובינוי נשען עליו. כפי שאראה, הבסיס התאורטי הרלוונטי הוא התאוריה המנחה את ההכרה והעיצוב של זכות הקניין בבית המשותף. בפרק זה אבאר את התאוריה האמורה, ואעמוד על האופן שבו היא מיושמת במסגרת ההסדר שקובע חוק פינוי ובינוי. בפרק ג אנתח את העילות המרכזיות המקימות "סירוב סביר" מנקודת מבט ביקורתית, ואדגים את הבעייתיות העולה מהדרך שהמנגנון מיושם בה כיום. בפרק ד, החותם את המאמר לפני סיכום, אציע פתרונות אפשריים לגירעונות שתוארו בפרק ג. לבסוף, אסכם.

א. המתווה הכללי והתמודדות עם דיירים סרבנים

1. התחדשות עירונית בישראל – רקע היסטורי וחקיקתי

"פינוי ובינוי" הוא שם כולל לפרויקטים להתחדשות עירונית הכוללים הריסה של בניינים קיימים ובנייה מחודשת, במקומם, של בניינים חדשים בעלי תשתיות מודרניות.¹² עד שנות התשעים הובנה בישראל התחדשות עירונית כחלק מתפקידה של המדינה, והתבססה על מעורבות ממשלתית משמעותית בפרויקטים.¹³ בעשורים הראשונים לקיומה של מדינת ישראל, במטרה לחדש את המבנים המוזנחים ששימשו לשיכון העולים, אומץ מנגנון הפקעתי לקידום התחדשות עירונית, באמצעות חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום. מכוח חוק זה נערכו פרויקטים של התחדשות עירונית בהובלת רשות ייעודית, הרשות לבינוי ופינוי של אזורי שיקום, וזאת באמצעות הפקעת מקרקעין של התושבים על ידי המנהל, פינוים ובנייה מחודשת.¹⁴ עם זאת, הפרויקטים לא כללו יישוב מחדש של הדיירים שחיו באזורי השיקום במתחם המשופץ. חלף זאת, הדיירים

¹² עינת גלוסר "התחדשות עירונית – היבטי קניין, תכנון ומיסוי של עסקאות פינוי-בינוי" **מקרקעין** (1) 17, 17–28 (2011).

¹³ טלי חתוקה "הקדמה: מושגים ומגמות בתהליכי התחדשות עירונית" **מרחב מיקוח: תהליכי התחדשות עירונית בעידן הניאו-ליברלי** 13, 21–27 (טלי חתוקה ואח' עורכים 2020) (הפרק להלן: חתוקה "מושגים ומגמות").

¹⁴ חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום").

שזכויותיהם הופקעו זכו לפיצויים בגין המקרקעין המופקעים,¹⁵ ולחילופין הוענק להם דיור חלופי במקום אחר.¹⁶

אם כן, המדינה הייתה שותפה בתוכניות הבינוי והפינוי של אזורי השיקום לא רק כשחקן המפקח על התוכנית, אלא כבעלת המקרקעין שהופקעו, ואף סיפקה סיוע כספי להוצאת הפרויקט לפועל. תוכניות הבניין שנערכו לאזורים שהשתתפו בתוכנית כללו הגדלה ניכרת של אחוזי הבנייה בהם, מה שאפשר בנייה מסיבית במקרקעין, ועודד את השקעת המדינה בפרויקטים לאור הצפי לרווחים מהם לטווח הארוך, עת תימכרנה הדירות החדשות. אולם, תוכנית הבינוי והפינוי של אזורי שיקום לא זכתה להצלחה משמעותית. בפועל, רק מתחמים ספורים פונו כחלק מהתוכנית, ועיקר פעולות הרשות התמקדו בפינוי מבנים מסוכנים או נטושים.¹⁷ פינוי המתחמים ארך שנים ארוכות,¹⁸ וברבות השנים הופסקה פעילות הרשות לבינוי ופינוי של אזורי שיקום.¹⁹ חרף זאת יש לציין כי חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום מעולם לא בוטל על ידי הכנסת. בנוסף לכשלים שנפלו בביצוע התוכנית נכשלה הרשות לבינוי ופינוי של אזורי שיקום גם במתן מענה לבעיות הסוציו-אקונומיות שמהן סבלו דיירי אזורי השיקום שפוננו.²⁰ זאת, חרף העובדה שטיפול בבעיות העוני של התושבים הובן כחלק מתפקידה של הרשות ומיעדי הפרויקט.²¹

לאחר כישלוננו של המודל של בינוי ופינוי אזורי השיקום הוחלט באמצע שנות השבעים לערוך הערכה מחודשת לפרויקט. בשנת 1977 קיבלה ממשלת בגין את המלצותיה של הרשות לבינוי ופינוי של אזורי שיקום והכריזה על "פרויקט שיקום השכונות" כדגם החדש שעל פיו ייערכו פרויקטים של התחדשות עירונית.²² המודל של שיקום השכונות, למעט במקרים חריגים, התמקד בשיקום האוכלוסייה הנוכחית בשכונות ובשיקום בתי המגורים הקיימים בהן, ולא כלל פינוי, הריסה ובנייה מחדש של הבתים.²³ לכן, בכל הקשור לשינוי הפיזי של המרחב, התמקד הפרויקט בהרחבת

¹⁵ ס' 34 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום מכניס לפעולה את מנגנוני ההפקעה המצויים בפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור), 1943.

¹⁶ חתוקה "מושגים ומגמות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 24.

¹⁷ שם, בעמ' 23–24, ובה"ש 37 שם.

¹⁸ ראו כדוגמה את הפרויקט לפינוי כפר שלם, אצל נעמי כרמון ואח' **שיקום שכונות בישראל 1979–1994: ביבליוגרפיה מוערת בעברית ובאנגלית** 4 (1996) (להלן: **שיקום שכונות בישראל**).

¹⁹ חתוקה "מושגים ומגמות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 24.

²⁰ שם, בעמ' 24; **שיקום שכונות בישראל**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 4–5.

²¹ ראו מטרות הקמת הרשות בס' 3 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום. שר השיכון יוסף אלמוגי קבע כי אחת ממטרות תוכנית הפינוי היא "דאגה לשיקומם של המקרים הסוציאליים שבין התושבים כדי למנוע את הפיכת מקומות מגוריהם החדשים למשכנות עוני במהדורה חדשה" (ראו חתוקה "מושגים ומגמות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 23–24). למעשה, בעיית העוני היוותה מלכתחילה אחד הגורמים המרכזיים להתנעת תוכניות השיקום, ועל כך ראו: "תכנית מקיפה לפתרון בעיית משכנות העוני" **למרחב** 10, 12, 1963, 4, זמין ב: <https://tinyurl.com/4acc3uds>.

²² חתוקה "מושגים ומגמות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 24–25.

²³ **שיקום שכונות בישראל**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 6–7.

דירותיהם של התושבים, עריכת שיפוצים חיצוניים לבניינים, ושיפור התשתיות במקום.²⁴

בדומה לפרויקט הבינוי והפינוי של אזורי שיקום, גם פרויקט שיקום השכונות לוזה בהשקעת תקציבים מאסיבית של המדינה בפרויקטים.²⁵ לצד ההיבט הפיזי של השיקום, הפרויקט כלל ניסיון להעניק לתושבי השכונות מעטפת סוציאלית משמעותית שכללה, לדוגמה, את שיפור שירותי החינוך בשכונה; מתן מלגות לרכישת השכלה; והענקת טיפול שוטף של הלשכה לשירותים חברתיים ("לשכת הסעד").²⁶ ייחוד נוסף של פרויקט שיקום השכונות הוא בכך שננקטה בו אסטרטגיה של ביזור סמכויות, כך שהחלטות הנוגעות לפרויקט התקבלו ברמת הרשות המקומית, ואף ברמת השכונות, באמצעות צוותי היגוי שכונתיים שבהם ניתנו לתושבי השכונה כ-50% מזכויות ההצבעה.²⁷ פרויקט שיקום השכונות נמשך למעשה במתכונת הדומה לאופן שבו עוצב עוד בסוף שנות השבעים עד לשנת 2015. בשנה זו הוחלט על שינוי שמו של הפרויקט (שהפך ל"פרויקט שיקום שכונות חוזר"), וכן על שינויים מספר במטרותיו ובהיקף התקציבי שלו.²⁸ חרף כל אלו, גם פרויקט שיקום השכונות נצרב אצל רבים ככישלון וכהזדמנות שהוחמצה. בין היתר הועברה ביקורת על כך שהפרויקט לא כלל תכנון ארוך טווח לטיפול בשכונות; שהוא התמקד בפן הפיזי של השיקום ולא בפן הסוציאלי; על הדרה של יישובים ערביים מפרויקט השיקום; וכן נטען כי הפרויקט כשל במבחן התוצאה, שכן קשה לחשוב על שכונה ששגשגה בעקבותיו.²⁹

2. המודל לעסקת פינוי-בינוי

המודל העדכני שאימצה המדינה לקידום פרויקטים להתחדשות עירונית, הוא מודל הפינוי-בינוי, מסמן שינוי גישה מצד המדינה כלפי תפקידה הראוי בקידום פרויקטים. בניגוד למודלים שנוסו בעבר, המתאפיינים במעורבות רבה של המדינה בפרויקטים,

²⁴ חתוקה "מושגים ומגמות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 25–26.
²⁵ כך, למשל, בין השנים 2000–2003 הקצתה מדינת ישראל 171–192 מיליון ש"ח בשנה לשיקום הפיזי של השכונות המשתקמות. ראו: מבקר המדינה "משרד הבינוי והשיכון – ניהול פרויקט שיקום שכונות" דו"ח שנתי 54ב 325, 332 (2004) (להלן: "דו"ח שנתי 54ב). עם זאת, יש לציין כי הייתה קיימת פרקטיקה של השתתפות של דיירי הבניינים בחלק מהוצאות השיפוצים, שנעה בין 5% ל-50% מעלות השיפוצים, בהתאם לסוג השיפוץ (שיפוצי "מותרות" מומנו ביתר על ידי הדיירים). ראו נעמי כרמון "שינוי חברתי מתוכנן: הערכה של פרויקט שיקום שכונות המצוקה בישראל" מגמות לא 299, 302–303 (1988).
²⁶ שם, בעמ' 301–306; "דו"ח שנתי 54ב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 333–334.
²⁷ שיקום שכונות בישראל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 7.
²⁸ חתוקה "מושגים ומגמות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 25.
²⁹ שם, בעמ' 26. ראו באותו הקשר את הביקורת שמתח מבקר המדינה על אופן ניהול הפרויקטים במסגרת דו"ח שנתי 54ב, לעיל ה"ש 25, בעמ' 327–335.

מודל הפינני והבינוי העדכני מעביר את "שרביט" ההובלה לשוק הפרטי.³⁰ המדינה נתפסת לא כמנהיגת ההתחדשות, אלא כבעלת תפקיד מפקח, וכמי שתפקידה העיקרי הוא לסייע בעידוד שותפויות שוקיות שינעו את הפרויקטים.³¹

בשנת 1996 החליטה ממשלת ישראל להקים ועדת היגוי "לעידוד השיקום הפיזי של מרכזי הערים בישראל", שכונתה "ועדת אייגס", והטילה עליה להמליץ על הצעדים הנדרשים לקידום התחדשות עירונית. לאחר כשנתיים, בספטמבר 1998, פרסמה הוועדה דוח ביניים, וזה אומץ על ידי הממשלה. הוועדה המליצה לעשות שימוש במנגנון להתחדשות עירונית שיתבסס על תוספות אחוזי בנייה, ויכלול חזרה של התושבים לבתים שפוננו.³² הראה גדולה להסדרה הקיימת של ההתחדשות העירונית (שהתפתחה מאז שהגישה ועדת אייגס את מסקנותיה) הגיעה מהסדרים שצמחו בשוק הפרטי מתחילת שנות האלפיים.³³ המודל החדש שאומץ מבוסס על התקשרות חוזית בין בעלי הדירות בבית המשותף או בכמה בתים משותפים,³⁴ עם יזם חיצוני. לפי ההסכם, בעל הדירה בבית המשותף ימכור את זכויותיו בדירה ליזם, לצורך הריסת הבניין. בתמורה, היזם ידאג להקמתו של הבית החדש ויספק לדייר דירה חדשה בבית שיוקם, וכן ערבויות ובטוחות הולמות לביצוע העסקה.³⁵ המודל שאומץ מתבסס על הוצאות כספיות נמוכות של בעלי הדירות לשם קבלת הדירה החדשה. בתמורה לבניית הדירות לדיירים יקבל היזם זכויות בנייה נוספות מהרשות לניצול בשטח הפרויקט, והוא יהיה הבעלים של הדירות החדשות שייבנו, ושלא "נמכרו" קודם לכן לדיירים המפונים (כלומר, תהיינה דירות חלופיות חדשות לדיירים, המכונות "דירות תמורה",

³⁰ זוהי מגמה המזוהה עם עליית ההשקפה הנאו-ליברלית בתחום ההתחדשות העירונית. ראו על כך: David Harvey, *From Managerialism to Entrepreneurialism: The Transformation in Urban Governance in Late Capitalism*, 71 GEOGRAFISKA ANNALER (SERIES B) 3 (1989); Tore Sager, *Neo-liberal Urban Planning Policies: A Literature Survey* (Sager: להלן: 1990–2010, 76 PROGRESS IN PLANNING 147 (2011).

³¹ חתוקה "מושגים ומגמות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 18–19. עם זאת, יש להבהיר כי ירידת מידת המעורבות של המדינה בפרויקטים אין משמעותה נטישה מוחלטת שלהם, ואכן קיימים שיתופי פעולה המשלבים בין הגורמים הציבוריים לאלו השוקיים (ראו Sager, לעיל ה"ש 30, בעמ' 163–165).

³² חתוקה "מושגים ומגמות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 27–28; דו"ח שנתי 1996, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1255–1256. ההחלטה גררה שורה של תיקוני חקיקה, ובעיקרם בס' 18(5) חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב–2002, ס"ח 146 (תיקון עקיף לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה–1965) (להלן: חוק התכנון והבניה). במסגרת התיקון חוקק ס' 33א, המסמיך את הממשלה להכריז על שטח כעל מתחם לפינני ובינוי. סעיף זה בוטל על ידי ס' 21(4) לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, התשע"ו–2016, ס"ח 1234 (תיקון עקיף לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה–1965), והחליף אותו ההסדר שבס' 14–15 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, התשע"ו–2016 (להלן: חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית).

³³ נמדר פינני ובינוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27–29.

³⁴ ראו ס' 1 לחוק פינני ובינוי, בהגדרת "מקבץ".

³⁵ ראו ס' 1 לחוק פינני ובינוי, בהגדרת "עסקת פינני ובינוי".

ודירות חדשות בבעלות היזם).³⁶ כמו כן, היזם יקבל הקלות מיסוי משמעותיות במטרה להפוך את הפרויקט לכדאי עבורו מהבחינה הכלכלית.³⁷ חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית מפצל את המודל החוזי לשני תת-מודלים. הראשון, המכונה "מסלול מיסוי",³⁸ על שם הטבות המס המוענקות לדיירים וליזם במסגרת המסלול, נכנס לפעולה כאשר יזם פרטי פונה אל הדיירים בבית משותף ומבקש להתקשר איתם בעסקת פינוי ובינוי.³⁹ לאחר שקיבל את הסכמת הדיירים במתחם,⁴⁰ היזם פונה אל השר ואל הוועדה המייעצת לפי חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית⁴¹ ומבקש להכריז על המתחם שנבחר כמתחם לפינוי ובינוי.⁴² עם קבלת ההכרזה, וקבלת ההסכמה מהדיירים כולם, הפרויקט יוצא לפועל כפי שתואר

³⁶ נמדר **פינוי ובינוי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 29–32, 38–39.
³⁷ ראו ס' 15 (ו) ו-17 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, וההפניה בס' 15 לחוק לפרק חמישי 4 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963; ס' 31 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975.

³⁸ עקרונות המסלול מוסדרים בס' 15 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית.
³⁹ לעיתים נכרת חוזה הפינוי-בינוי עם הדיירים בשני שלבים: כל אחד מהדיירים המבקשים להצטרף לפרויקט חותם על "הסכם עקרונות" עם היזם; הסכם זה מעניק לו בלעדיות לעריכת פרויקט במקבץ לפרק זמן מסוים, וכולל הצהרת כוונות כללית ביחס להתנעת הפרויקט מבחינת לוח הזמנים. בזמן הזה היזם משקיע בעריכת בדיקות מקדמיות לקראת הפרויקט, ומקדם את ההכרזה על המתחם כמתחם פינוי ובינוי. בשלב השני נחתמת עסקת הפינוי-בינוי לגופה, והיא כוללת את הסדרת התמורה שיקבל הדייר מהיזם. ראו על כך בע"א 6907/16 **אקרמן נ' כפיר קבלנות בניין בע"מ** (נבו 20.12.2017), ובמיוחד שם, בפס' 24 לפסק דינו של השופט עמית. בנוסף, כיום קיים תנאי נוסף לחתימה על הסכמי פינוי ובינוי, והוא שהתקבלה "החלטה מקדמית" על ידי הרשות, שהיא המאפשרת ליזם ולדיירים להתחיל לחתום על עסקאות אגב דחיית המועד של חבות המס עד לשלב הביצוע בפועל (ראו על כך עוד אצל הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **דו"ח התחדשות עירונית לשנת 2020**, 72 (2021)) (להלן: **דו"ח הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית 2020**).

⁴⁰ תקנות מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה) (תנאים להמלצה על הכרזה על מתחם פינוי ובינוי במסלול מיסוי), תשס"ד-2004 (להלן: תקנות מיסוי מקרקעין (מסלול מיסוי)) קובעות כי תנאי לאישור פרויקט של פינוי ובינוי במסלול מיסוי הוא שהיזם יצרף את ההסכמים שכרת עם בעלי הדירות במקרקעין (ס' 2(א)(3)). לפי התקנות, מתחם יוכרז כמתחם פינוי ובינוי רק אם הוגש תכנון ראשוני לפינוי של 24 יחידות לפחות (ס' 2(א)(1)), ולכן נדרש מהיזם לצרף הסכמים שכרת עם 24 בעלי דירות לפחות. הקלה משמעותית הניתנת ליזם בשלב זה היא האפשרות לראות בבעלי דירות מסרבים, כהגדרתם בחוק פינוי ובינוי (דהיינו דיירים שניתן יהיה לכפות עליהם את ההשתתפות בפרויקט), כאילו חתמו על הסכם עם היזם, ולכן באים במניין בעלי הדירות התומכים בפרויקט (ס' 2(א)(3)(א) ו-2).

⁴¹ הוועדה מוקמת מכוח ס' 14(ד) לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית.
⁴² התנאים לאישור, שבלעדיהם לא יאושר הפרויקט, מעוגנים בתקנות מיסוי מקרקעין (מסלול מיסוי).

לעיל. במסלול השני, המכונה "מסלול רשויות מקומיות"⁴³, הרשות המקומית מגישה לשר ולוועדה המייעצת בקשה למיון מתחמים להתחדשות העירונית, ולאחר שהאחרונים אישרו את בקשתה והמתחם הוכרז כמתחם פינוי ובינוי, הרשות המקומית מתחילה לקדם את הפרויקט באמצעות מנהל פרויקט, והיעזרות בגורמים מהשוק הפרטי.⁴⁴ הדיירים מקבלים ליווי מוגבר מצד הרשות, והליך בחירת היזם שילווה את המתחם נעשה במעורבות הדיירים באמצעות מכרז.⁴⁵ עם זאת, העסקה הנערכת בינם לבין היזם נותרת זהה בעיקרה.⁴⁶ למעשה, שוני עיקרי בין מסלול הרשויות המקומיות לבין מסלול מיסוי הנוגע לסוגיית קבלת ההסכמה מבעלי הזכויות במקרקעין הוא שבעוד שבמסלול מיסוי כריתת ההסכמים הם תנאי להכרזה על המתחם כמתחם פינוי ובינוי, במסלול הרשויות המקומיות ההסכמים עם הדיירים נכרתים בשלב מתקדם יותר, אחרי תחילת הבדיקות התכנוניות במתחם על ידי הרשות, ולאחר שהמתחם הוכרז כמתחם המיועד לפינוי ובינוי.⁴⁷ לפי נתונים שהמדינה אוספת, אחוז ההכרזות על מתחמי פינוי ובינוי הנעשות מכוח מסלול הרשויות המקומיות גבוה מזה שבמסלול מיסוי.⁴⁸

במרוצת השנים התפתחה ההסדרה של מיזמי ההתחדשות העירונית, במטרה להקל על ביצוע תוכניות פינוי-בינוי. בין היתר הוקמה במשרד הבינוי והשיכון "הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית".⁴⁹ תפקידה של רשות זו לעודד את עריכתם של מיזמי התחדשות עירונית, תוך סיוע לדיירים להתארגן יחד להתקשרות בעסקה, ולפעול להסרת חסמים המפריעים לתהליך.⁵⁰ כמו כן, הוקמה יחידה הממונה על פניות הדיירים שתפקידה בירור פניות של בעלי דירות במתחמי התחדשות עירונית בעניינים הנוגעים

⁴³ עקרונות המסלול מוסדרים בס' 14 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית. ראו גם הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **אוגן הנחיות לסייע לרשויות המקומיות בקידום פרויקטים של פינוי-בינוי** (יוני 2020), זמין ב: <https://tinyurl.com/yb23vxd6> (להלן: **אוגן הנחיות 2020**). כמו כן קיים מסלול נוסף, הוא מסלול רשויות – עיבוי, הדהה בעיקרו למסלול פינוי-בינוי ברשויות מקומיות, אך מיועד למתחמים אשר אינם עומדים בתנאי הסף של פינוי ובינוי (ראו למשל גלב קלמפרט **בחינת היבטים כלכליים וכלים למימון התחדשות עירונית מחקר במסגרת המיזם להעצמת השכונות הותיקות** 7 תוכנית עמיתי מכון מילקן, מחקר מס' 90, 2014).

⁴⁴ **אוגן הנחיות 2020**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 23–27.

⁴⁵ אציין כי הליווי המיוחד קיים עוד טרם ההכרזה על המתחם כמתחם פינוי ובינוי, והרשות המקומית מארגנת כנסים לדיירים שבהם מוסבר להם על הפרויקט הצפוי במתחם עוד במהלך הליך המיון שלו (ראו: הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **אוגן הנחיות לסייע לרשויות המקומיות בקידום פרויקטים של פינוי-בינוי** ס' 2.3.1.4 (מאי 2021), זמין ב: <https://tinyurl.com/22sj9btp> (להלן: **אוגן הנחיות 2021**); **דו"ח הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית 2020**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 59).

⁴⁶ **אוגן הנחיות 2021**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 8 ("למען הסר ספק, עסקאות מקרקעין בתחום המתחם המוכרז ייעשו על ידי בעלי המקרקעין בתחומו, ללא התערבות של גורם ממשלתי או עירוני").

⁴⁷ **דו"ח הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית 2020**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 59, 71.

⁴⁸ **דו"ח הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית 2019**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 65–67, 80–83.

⁴⁹ סמכויותיה של הרשות מוסדרות בס' 4 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית.

⁵⁰ ס' 1-3 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית.

למיזמים, וכן להתנהגותם של יזמים, מנהלות עירוניות,⁵¹ מארגנים, ודיירים אחרים כלפי הדיירים במתחם.⁵² לצעדים אלו מצטרף חוק המארגנים, שמטרתו הסדרת מעמד "המארגן", המאגד את הדיירים להתקשרות עם היזם ומנגיש להם את העסקה הסבוכה.⁵³ כמו כן, החוק מחיל חובות שקיפות משמעותיות על המארגנים, לאור החשש מבעיית נציג במידה שקיימים אינטרסים חופפים של המארגן והיזם.⁵⁴ ברם, יש לציין שגם המודל שאומץ אינו מספק פתרון לכלל הקשיים שבהם נתקלים פרויקטים של התחדשות עירונית. כדאיותה של העסקה הכלכלית ליזם נקבעת בעיקר לפי החלטותיהם של גורמים מנהליים, ותלויה בין היתר ביחסן של הרשויות המקומיות לפרויקטים של התחדשות עירונית (הדבר בא לידי ביטוי לדוגמה באחוזי הבנייה המאושרים שיתווספו לקרקע).⁵⁵ כמו כן, היזם עלול להתקשות בהשגת אשראי לפרויקט, לאור אופייה המיוחד של עסקת הפינוי-בינוי. הוא אף עשוי לשאת בתביעות פיצויים של בניינים שכנים בגין ירידת ערך המקרקעין שלהם במקום הוועדה המקומית, שמתנה לעיתים את אישור התוכנית בכיסוי העלויות האמורות.⁵⁶ כל אלו עדיין מביאים לעיכוב בקידום פרויקטים, ובכך פוגעים במטרות ההתחדשות.

3. ההסדר הקנייני והדייר הסרבן

כפי שהוסבר לעיל, עסקת הפינוי והבינוי נערכת בין כל דייר בבית המשותף ליזם. לכן, לכאורה, חוסר הסכמה אפילו מצד אחד מהדיירים עלול להכשיל את הפרויקט כולו. לחלל זה נכנס סעיף 2 לחוק פינוי ובינוי, הקובע סעדים שבית המשפט יכול לפסוק לטובת הדיירים המעוניינים בפרויקט, כנגד סירובו של אחד הדיירים המתנגדים להצטרף לעסקה. סעדים אלו יכולים להתבקש על ידי הדיירים התומכים, בהתמלא שלושה תנאים: הוכח שהמתחם הוכרז כמתחם פינוי ובינוי, קיים רוב מיוחס מבעלי הדירות התומך בפרויקט, וכך הוכח שסירובו של הדייר המתנגד הוא בלתי סביר. לאור הדרישה המקדמית שהמתחם הוכרז כמתחם לפינוי ובינוי, יש לציין כי גם המנגנון שמתווה סעיף 2 לחוק פינוי ובינוי עוסק בהתמודדות עם סרבנים בשלב מאוחר יחסית

⁵¹ בביטוי "מנהלת עירונית" הכוונה היא ליחידה ברשות המקומית המנהלת את תחום ההתחדשות העירונית באזור הרשות (ראו הגדרה בס' 2 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית).

⁵² 7 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית. בהקשר זה, ראו אתר הממונה והחלטותיו: "הממונה על פניות הדיירים" הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית. <https://tinyurl.com/mwsjs7y3>.

⁵³ ס' 1 ו-2 חוק התחדשות עירונית (הסכמים לארגון עסקאות), תשע"ז-2017 (להלן: "חוק המארגנים").

שם, בס' 5, 11-13.

⁵⁴ קמיניץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 701-704; נמדר פינוי ובינוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 38-40.

⁵⁵ נמדר פינוי ובינוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 38-44, 269-289. התביעות מוגשות מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה.

בחיייו של הפרויקט (אך טרם צאתו לפועל) – לאחר שהסתיימו שלבי ההכרזה והתקבלו כלל האישורים מגורמי המנהל הרלוונטיים.⁵⁷

מתחם הבתים המשותפים שנדרש לפנות על מנת להקים את המבנה החדש במסגרת פרויקט פינני ובינוי מכונה בחוק "מקבץ", ומוגדר כ"בית משותף או מקבץ בתים משותפים שיש לפנות כדי להקים מבנה חדש במתחם פינני ובינוי לפי תכנית מפורטת". סעיף 1 לחוק פינני ובינוי מגדיר "רוב מיוחס מבין בעלי הדירות" באמצעות שילוב בין דרישות רוב החלות על כלל המקבץ (דהיינו על כלל הבתים המשותפים שמיועדים להשתתפות בפרויקט) לבין דרישות רוב החלות ברמת הבית המשותף היחיד. על מנת לכונן רוב לצורכי החוק, יש להתקשר בעסקה עם בעלי הדירות בבית המשותף או במקבץ המיועד לפינני ובינוי שבבעלותם שני שלישים לפחות מכלל הדירות במקבץ, ו-60% מהדירות בכל בית משותף שבמקבץ. לעניין בית משותף שבו ארבע או חמש דירות, נוספת לדרישת ה-60% דרישה שיהיו בבית המשותף יותר משני בעלי דירות, ושבעלות דיירי הרוב שלוש דירות לפחות. כמו כן, נדרש שמחצית מהרכוש המשותף בכל בית משותף שבמקבץ יהיה צמוד לדירותיהם של דיירי הרוב.

יש לציין כי הגדרה זו של הרוב המיוחס מקרב הדיירים היא תוצר של שינוי שנערך במסגרת תיקון מס' 7 לחוק. תיקון זה הונע בעיקר על ידי ועדה בין-משרדית שהקימה מחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים לבחינת החסמים בתחום ההתחדשות העירונית,⁵⁸ וסימנה כיעד את הנמכת דרישת הרוב המיוחס. נוסחו המקורי של החוק קבע כי על מנת לכונן רוב מיוחס מקרב בעלי הדירות על היזם להתקשר בעסקה עם רוב הדיירים, שבבעלותם 80% לפחות מכלל הדירות במקבץ, וש-75% אחוזים מהרכוש משותף צמוד לדירותיהם.⁵⁹ במסגרת תיקון מס' 2 לחוק הוספה הדרישה כי בבעלותם של דיירי הרוב יהיו לפחות שני שלישים מהדירות ומהרכוש המשותף בכל בית משותף שבמקבץ.⁶⁰ אם כן, תיקון מס' 7 ערך רוויזיה משמעותית בדרישת הרוב, והביא

⁵⁷ ראו בהקשר זה, לעיל בה"ש 40, לגבי הגדרת הרוב הגמישה יחסית במסגרת התנאים להכרזה במסלול מיסוי.

⁵⁸ ראו משרד המשפטים **סיכום עבודת צוות הסרת חסמים בהתחדשות עירונית** (2020) (להלן: **סיכום עבודת צוות הסרת חסמים**), וכן תזכיר חוק פינני ובינוי (עידוד מיזמי פינני ובינוי) (תיקון מס' 7), התשפ"א-2021, זמין ב: "חוק פינני ובינוי (עידוד מיזמי פינני ובינוי) (תיקון מס' 7), התשפ"א-2021" **משרד המשפטים – אתר החקיקה הממשלתי** (9.3.2021) <https://tinyurl.com/yckwx5f6> (להלן: תזכיר תיקון מס' 7).

⁵⁹ חוק פינני ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006, ס"ח 171 (להלן: חוק פינני ובינוי (נוסח מקורי)).
⁶⁰ חוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011 ו-2012 (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, ס"ח 138, 182 (תיקון עקיף לחוק פינני ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006) (להלן: תיקון מס' 2 לחוק). תיקון זה שינה גם את הדרישה הנוגעת לבית משותף שבו ארבע או חמש דירות. בחוק פינני ובינוי (נוסח מקורי), לעיל ה"ש 59, נקבע כי בבית שבו ארבע או חמש דירות, על מנת להקים רוב מיוחס נדרש כי כלל בעלי הדירות פרט לאחד תומכים בפרויקט, וכן: שלושה רבעים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם של דיירי הרוב; בבית המשותף יותר משני בעלי דירות; ובעלותו של בעל הדירה המסרב דירה אחת בלבד. במסגרת תיקון מס' 2 לחוק נקבע כי לעניין בית משותף שבו ארבע או חמש דירות, נוספת לדרישות הרוב הכלליות דרישה שיהיו בבית המשותף יותר משני בעלי דירות.

להנמכתה מבעלות ב-80% מהדירות ברמת המתחם ושני שלישים מהדירות ברמת הבית המשותף היחיד, לדרישה לבעלות בשני שלישים מהדירות ברמת המתחם, ו-60% ברמת הבית המשותף היחיד.

סעיף 2(ב) לחוק מציין שבע נסיבות שבהן חרף קיומו של רוב תומך במתחם יוכר סירובו של הדייר לפרויקט כסביר, ולא ניתן יהיה לפסוק סעדים נגדו בגין סירובו. בנוסף, שבע הנסיבות המנויות בסעיף אינן רשימה סגורה, וייתכנו גם סירובים סבירים שאינם נכנסים לאחת מהנסיבות הספציפיות שהוכרו.⁶¹ בין היתר, נקבע בסעיף 2(ב) שסירוב לא ייחשב בלתי סביר כאשר עסקת הפינוי והבינוי אינה כדאית כלכלית; כאשר לא הוצעו לדייר מגורים חלופיים לתקופת הבנייה; כאשר לא הוצעו לדייר בטוחות הולמות לביצוע העסקה; ובמקרים שבהם קיימות נסיבות אישיות מיוחדות שהופכות את ביצוע העסקה כפי שסוכם עם שכניו לבלתי סביר. כמו כן, המחוקק קבע הסדרים מיוחדים לשתי קבוצות אוכלוסייה, שזוהו על ידו ככאלו הזקוקות להתאמות נוספות: קבוצת האנשים בזקנה, אשר לה המחוקק מעניק אפשרויות נוספות לקבלת תמורה מהיזם מעבר לדירת התמורה (הדירה החדשה שתתקבל בתום הפרויקט), וקבוצת האנשים עם מוגבלות, שלגביה החוק מחייב את היזם לספק לאדם עם המוגבלות דירה חלופית העונה על צרכיו והכוללת את ההתאמות שנעשו לו בדירתו הנוכחית.

במידה שיצליחו דיירי הרוב להוכיח שסירוב המיעוט בבניין הוא בלתי סביר, יעמדו לרשותם שני כלים מרכזיים. הכלי הראשון הוא הכלי הנזיקי – הדייר הסרבן יחויב בנזיקין כלפי כל שאר דיירי הרוב, בגין הנזקים שנגרמו להם עקב אי-ביצוע העסקה, והיינו עליית הערך הפוטנציאלי מעריכת הפרויקט שאותה הפסידו הדיירים.⁶² הכלי הנזיקי הוקנה לדיירי הרוב עוד בהצעת החוק המקורית,⁶³ והיה הכלי המרכזי להרתעת הדייר הסרבן. ברם, החוק מעניק לבית המשפט אפשרות לקבוע חבות חלקית בגין נזקם

תיקונים אחרים לחוק לא כללו שינויים בהגדרת הרוב המיוחס, וראו: ס' 2 לחוק התכנון והבניה (תיקון מס' 87), התשס"ח-2008 (תיקון עקיף לחוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006); ס' 2 לחוק התכנון והבניה (תיקון מס' 102), התשע"ד-2014, ס"ח 667 (תיקון עקיף לחוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006); ס' 23 לחוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית, התשע"ו-2016, ס"ח 1234 (תיקון עקיף לחוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006); ס' 18 לחוק התחדשות עירונית (הסכמים לארגון עסקאות), התשע"ז-2017, ס"ח 616 (תיקון עקיף לחוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006); תיקון מס' 6, לעיל ה"ש 10.

⁶¹ הרבר נלמד בראש ובראשונה מלשונו של ס' 2(ב) לחוק פינוי ובינוי, הקובע כי "סירוב להעברת זכויות כאמור בסעיף קטן (א) לא ייחשב כבלתי סביר, בין שאר, באחד מאלה" (ההדגשה הוספה). כמו כן, ראו ע"א 3511/13 שורצברגר נ' מרין, פס' 30-31 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 24.7.2014). (להלן: עניין שורצברגר) (רשימת הסירובים שבסעיף 2 לחוק אינה רשימה ממצה).

⁶² ס' 2(א)1 לחוק פינוי ובינוי; ס' 5 לחוק מחיל על העוולה את הוראות פקודת הנזיקין (נוסח חדש) (להלן: פקודת הנזיקין).

⁶³ דברי הסבר להצעת חוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ה-2005, ה"ח 198 (להלן: דברי הסבר להצעת חוק פינוי ובינוי).

של בעלי הדירות, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, ובכך מאפשר "לרכך" את עוצמת הסעד הנזיקי שייפסק נגד הסרבן.⁶⁴

חרף אופיו ההרתעתי של הסעד הנזיקי, היו שביקרו את ההסדר החוקי וטענו שאין הוא מספק. פרופ' אהרן נמדר טען כי סעד הפיצויים עדיין מאפשר לסרבן לעכב את הפינוי, באמצעות סיבוך ההליכים המשפטיים. לכן, הוצע לאמץ מנגנון חדשני שיאפשר לדיירי הרוב בבניין לכפות על הדייר הסרבן את השתתפותו בפרויקט.⁶⁵ הכנסת נשמעה לקריאות אלו, ובשנת 2018 נחקק תיקון מס' 6 לחוק, שהסמיך את בית המשפט לאשר את עסקת הפינוי והבינוי, וכן למנות עורך דין או רואה חשבון להתקשר בעסקה במקום הדייר הסרבן.⁶⁶ למעשה, ההסדר החדש הסמיך את בית המשפט לערוך "ניתוח כירורגי" בזכות הבעלות של הדייר, ולהפקיע אותה ממנו לצורך החתימה על הסכם הפינוי-בינוי, אך לא להפקיע את הבעלות עצמה (לכן, אני מכנה סעד זה בהמשך הרשימה "הסעד המעין-הפקעתי"). כמו כן, החוק כולל מנגנונים לתביעת פינוי של הדייר מהדירה, לאחר שפסק בית המשפט בעניינו.⁶⁷ בכך עבר המחוקק מהעולם הנזיקי לעולם הקנייני במישור הסעדים, ומאפשר לדיירים בבניין לבצע לשכנם מעין-הפקעה מכוח חוק.

לצד השינויים שנערכו בשנים האחרונות במגוון הסעדים שבית המשפט מוסמך להעניק לדיירי הרוב המיוחס, כמו גם בשיעור הדיירים התומכים הנדרש כדי להקים רוב מיוחס, יש לציין שינוי נוסף שהביא תיקון מס' 7 לחוק, והוא ההכרה במוסד "ההחתמה הפוגענית": סעיף 5ב לחוק מאפשר לבעל דירה במתחם לפנות לממונה על פניות הדיירים לפי חוק הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית על מנת להכריז על בטלות העסקה שנערכה עימו, וזאת בנסיבות שבהן חתימת בעל הזכות הושגה באופן בלתי הגון. כך, למשל, במצבים שבהם לא הוסברו לבעל הדירה עיקרי העסקה בשפה שהוא מבין, או במצבים שבהם נמסר לבעל הדירה מידע מטעה על אודות תנאי העסקה שסוכמו עם בעלי הדירות האחרים, ההחתמה על העסקה תוכר כפוגענית, וחתימת הדייר תבוטל.⁶⁸

הכרת המחוקק במוסד ההחתמה הפוגענית מבטאת מהלך דומה לזה שנעשה בסעיף 2(ב), המבקש להפנות זרקור אל נסיבות ההתקשרות של הדייר בעסקה כתנאי לתוקפה של עסקת הפינוי והבינוי, או כתנאי לכפייה עליו להשתתף בעסקה. חרף ביטויים אלו, המנגנונים שחוק פינוי ובינוי עושה בהם שימוש, בדגש על מנגנונים הכופים על הדייר המסרב את ההשתתפות בפרויקט, ראויים להתייחסות ולבחינה מעמיקה במטרה להעריך האם ההגנות שניתנו לבעלי הדירות במסגרת החוק הולמות את הצורך החברתי בקידום פרויקטים של התחדשות עירונית מחד גיסא, ואת ההגנה על קניינם של בעלי

⁶⁴ ראו ס' 3 לחוק פינוי ובינוי.

⁶⁵ נמדר פינוי ובינוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 34–38.

⁶⁶ ס' 2(א)(2) לחוק פינוי ובינוי.

⁶⁷ ס' 5א לחוק פינוי ובינוי.

⁶⁸ לנסיבות נוספות שבהן תוכר החתמה פוגענית ראו סעיף 5ב לחוק פינוי ובינוי.

הדירות מאידך גיסא. בפרקים הבאים אני פונה לניתוח ההסבר התאורטי הרלוונטי לזירה של חוק פינוי ובינוי, ולבחינת הפערים בין הדרישות הנובעות מהאזיון התאורטי הכללי לבין ההסדרים החקיקתיים והפסיקה העוסקים בפרויקטים של פינוי ובינוי.

ב. הבית המשותף: בין הפרטי לקהילתי

דיון במגננונים שאימץ המחוקק בסעיף 2(א) לחוק פינוי ובינוי מוכרח להתחיל בבירור תאורטי של מידת שיקול הדעת שראוי להקנות לבעל הדירה שבבנינו עומדים לערוך פרויקט התחדשות עירונית. בענייננו, המסגרת התאורטית הרלוונטית היא התאוריה של דיני הקניין החלים בבתים משותפים. בתחילת הפרק אציג את שתי הגישות לזכות לקניין השולטות באופן כללי בשיח הקנייני במשפט הישראלי. אראה שבשתי הגישות קיימת נטייה לייחס לזכות לקניין בבית המשותף "חולשה" בהשוואה לזכויות קניין אחרות, ולחילופין, לזהות אותה כזכות קניינית התובעת מבעל הקניין להתחשב באינטרסים של בעלי קניין אחרים – וכאן, שכניו של הדייר בבית המשותף. הסתכלות זו מאפיינת גם את האופן שבו רבים רואים את ההסדר הקיים בחוק פינוי ובינוי. לאחר מכן, אסביר מדוע האופן שזכות הקניין בבית המשותף מתוגנת בו אינו עולה בקנה אחד עם המסגרות התאורטיות שמנחות את שתי הגישות לזכות לקניין, ועם המצב הדוקטרינרי הקיים במשפט הישראלי. בהמשך, אציג את התאוריה שלשיטתי מאפיינת בצורה טובה יותר את הזכות לקניין בבית המשותף, וכן את ההסדר שנקבע בחוק פינוי ובינוי. לבסוף, אראה מתי ניתן להתערב במסגרת התאוריה האמורה בזכות הקניין של הדייר הסרבן.

1. שתי גישות לזכות לקניין

פסיקתו של בית המשפט העליון נוהגת לעמוד על קיומן של שתי גישות שונות לזכות הקניין במשפט הישראלי.⁶⁹ הגישה האחת מכונה "גישת הריבונות". שורשיה של גישה זו מיוחסים לרוב למשפטן האנגלי בן המאה ה-18 ויליאם בלאקסטון, אשר

⁶⁹ ראו למשל ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817, פסק דינו של הנשיא ברק (2003); דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית להכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289, 300–303, 309–315 (2004) (להלן: עניין הורוויץ); ע"א 1528/05 רשות הנמלים והרכבות – רכבת ישראל נ' אביגדורוב, פ"ס 5 לפסק דינו של הנשיא ברק (נבו 14.9.2005); ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פ"ס 78–81 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 14.5.2012). אציין כי האופן שבו אני ממשיג את שתי הגישות הוא אופן מסוים אחד שבו מקובל להציג את הגישות הנוהגות בפסיקה או לבקר אותן (ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 19–27, 37–38, 67–74 (2005) (להלן: דגן על פרשת דרכים); קמיניץ, לעיל ה"ש 1; חיים זנדברג "הפקעות, אחריות חברתית והגנת הקניין הפרטי בעיני בית המשפט העליון – אגב דין וחשבון הוועדה הבינמשרדית לשינוי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 "המשפט יא 585, 589–594 (2007) (להלן: זנדברג). להמשגה מעט שונה של שתי הגישות ראו עופר גרוסקופף "על שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" משפט ועסקים י 317, 327–329, 331 (2009) (להלן: גרוסקופף).

תיאר את הזכות הקניינית כשליטה בלעדית (sole) וריבונית במובן החזק (despotic) שהפרט תובע ומממש על דברים חיצוניים בעולם, באופן המדיר מהם כל פרט אחר.⁷⁰ זוהי גישה ליברטארינית באופייה, המדגישה את החירות כערך הבסיסי שעליו מושג מושג הבעלות, ורואה, ככלל, התערבות בקניין נגד רצון הבעלים כחסרת לגיטימציה מוסרית.⁷¹ הגם שגישה זו עברה שינויים במרוצת השנים, וממד הריבוניות שמוחס לבעל הקניין בדוקטרינה המשפטית הצטמצם בפועל,⁷² דרך החשיבה שתפיסה זו מכתיבה עדיין "חיה ובוועט". למעשה, הגישה המזהה את הקניין עם ריבוניות ועם חוסר יכולתה של המדינה להתערב בו היא עדיין הגישה שרבים מהמשפטנים ומהלא-משפטנים מתארים דרכה את הזכות הקניינית.⁷³ כפי שיודגם בהמשך, גם למי שדוחה תפיסה זו של הזכות הקניינית כתפיסה בלעדית שלה יש בהחלט מקום לאמץ חלק מהתובנות שהיא מציעה.

גישה שנייה, המכונה "גישת המוסדות", "הגישה הפלוראלית" או "גישת האחריות החברתית", מזוהה במיוחד במשפט הישראלי עם כתיבתו של פרופ' חנוך דגן,⁷⁴ בעיקר כפי שבאה לידי ביטוי בספרו **קניין על פרשת דרכים**.⁷⁵ יש לציין כי אכן קיימות תאוריות ותאורטיקנים נוספים המקדמים חשיבה פלוראלית והקשרית על אודות מושג הקניין,⁷⁶ אך אני בוחר להדגים אותה דרך הכתיבה של דגן לאור היקפה המעמיק והדומיננטיות שלה בשיח הקנייני במשפט הישראלי. דגן, המתחבר למסורת העשירה של הריאליזם

70 WILLIAM BLACKSTONE, 2 COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND *2 (Oxford 2016).

71 לאפיון של תפיסה זו כליברטארינית ראו גם אצל דגן **על פרשת דרכים**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 23–27. המחשה בולטת לקשר בין התפיסה הבלאקסטוניאנית לליברטאריניזם ניתן למצוא אצל:

ROBERT NOZIK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 150–153, 159–160 (1974)

גרוסקופף, לעיל ה"ש 69, בעמ' 320–321, 327–328.

72 JENIFER NEDELSKY, PRIVATE PROPERTY AND THE LIMITS OF CONSTITUTIONALISM: THE MADISONIAN FRAMEWORK AND ITS LEGACY 247–250 (1990) (הפער בין התפיסה הדוקטרינרית של הזכות לקניין לרטוריקה של הזכות במשפט האמריקני); BRUCE A. ACKERMAN, PRIVATE PROPERTY AND THE CONSTITUTION 116–118 (1977) (תפיסה זכות הקניין של לא-משפטנים).

74 ראו לדוגמה הפניות חוזרות לכתיבתו של פרופ' דגן במסגרת דיון ב"גישת המוסדות": ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' מסרי, פס' 88–93 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 24.5.2018); עניין הורוויץ, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1330–1303, 309–315; זנדברג, לעיל ה"ש 69, בעמ' 589–594.

75 דגן **על פרשת דרכים**, לעיל ה"ש 69.

76 אחד הבולטים שבהם הוא: Joseph William Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 611 (1988). זינגר מנתח את סוגי ההסתמכות השונים שעליהם מגינים דיני הקניין, ועומד על הפלוראליות של הקשרים האנושיים שהדינים הללו מסדירים. דגן עמד על המשותף ועל השונה בין התאוריה שזינגר מציע לבין זו שלו, וראו דגן **על פרשת דרכים**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 69, ה"ש 169.

המשפטי,⁷⁷ מזהה את מושג הקניין כיציר המשפט, ומסיק כי לא קיים תוכן נורמטיבי אחד הטבוע בו באופן הכרחי.⁷⁸ לשיטתו, הקניין הוא בראש ובראשונה מושג הקשרי. דיני הקניין מורכבים מאוסף של מוסדות משפטיים (דוגמת שיתוף במקרקעין, נישואים, דיני תחרות ובתים משותפים) המושתתים על ערכים שונים, והמנביעים בתורם עיצוב שונה של ההסדרה המשפטית של הזכות הקניינית. זכות הקניין מבוססת על הכרה בחשיבות ערך החירות (בדומה לגישה הריבונית), אך גם על ערכים אחרים, כמו אישיות, עבודה וקידום הרווחה המצרפית, הקהילה והצדק החלוקתי. הערכים השונים שעליהם מושתתת הזכות הקניינית ינביעו איזונים שונים במסגרת הדוקטרינה המשפטית, איזונים שמקורם השוני באופי המשאב המוגן על ידי הזכות הקניינית. על פי הגישה הפלוראלית, בעל הקניין יכול לזכות לשרירות משמעותית, במידה שהמשאב מושתת על הכרה בערך החירות של הפרט, אך במידה שאופי המשאב מגלה היבטים של "אחריות חברתית", דיני הקניין עשויים לתבוע מבעל הקניין גם התחשבות משמעותית בזולתו, ולהחיל עליו חובות כאמור. למעשה, מחלוקתו העיקרית של דגן עם גישת הריבונות מבוססת על העובדה שהאחרונה מעדיפה את ערך החירות באופן א-פריורי, ובכך אינה מותירה מקום לדיון על ערכים נוספים שיכולים לצקת תוכן למושג הקניין.⁷⁹

2. הזכות לקניין בבית המשותף במשפט הישראלי

חוק פינוי ובינוי ממסגר את הסכסוך המשפטי הנוגע לדיירים המסרבים להשתתף בפרויקט כסכסוך המתקיים בין רוב דיירים בבית המשותף התומכים בפרויקט, לבין המיעוט בבית המשותף המתנגד לו. לכן, אנו נדרשים לעיון בשאלת המאפיינים של זכות הקניין בבית המשותף ובמאפיינים של מערכת היחסים המתקיימת בין הדיירים בו, על פי שתי הגישות לקניין שהוכרו במשפט הישראלי. כך, נוכל לשרטט את גבולות זכותו של הדייר היחיד לסרב להצטרף לפרויקט פינוי ובינוי. בפרק זה אציג את האופן שבו מזוהה הזכות לקניין בבית המשותף בכלל, וביחס לפרויקטים של פינוי ובינוי

⁷⁷ סקירת הספרות הענפה שנכתבה במסגרת זרם הריאליזם המשפטי ועליו אינה אפשרית. לכן, אסתפק בהפניה למקורות הסוקרים באופן כללי את טענותיה העיקריות של האסכולה, ומפנים למקורות רלוונטיים: מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 50–51 (2008), וההפניות בה"ש 34 שבעמ' 50 שם; דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ואודותיו" **דין ודברים** ד 17, 50–52 (2008).

⁷⁸ דגן **על פרשת דרכים**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 37–38, 67–74.

⁷⁹ שם, בעמ' 35–74. יש לציין כי בכתיבה עדכנית יותר של דגן ניתן משקל רב יותר לערך האוטונומיה כבסיס לפיתוח תאוריה מאחדת למשפט הפרטי בכלל ולדיני הקניין בפרט (ראו, למשל, חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" **עיוני משפט** מא 307 (2019); HANOCH (2021) 1–4 *DAGAN, A LIBERAL THEORY OF PROPERTY*. כמוכן, מפנה זה מעלה את השאלה האם התאוריה העדכנית של דגן, המחויבת לערך האוטונומיה כערך בסיסי, אינה "חוטאת" במידת מה במינוים, והשוו: אלכסנדר (סנדי) קדר "דגן על פרשת דרכים: שביל זהב אוטונומי או נתיב חדש בדרך המלך?" **פורום עיוני משפט** מא 1, 2–3 (2021); חנוך דגן "קניין ליברלי, למרות הכל" **פורום עיוני משפט** מא 1, 1–2 (2021).

בפרט, ולאחר מכן אאתגר את האפיון שיוצג ואסביר מדוע אין הוא משקף בצורה טובה את האופן שהזכות מעוצבת בו במשפט הישראלי.

(א) ההצדקה הקהילתית והשימוש בה על ידי המחוקק והפסיקה

זכות הקניין בבית המשותף היא למעשה "חיבור" של שני סוגים של זכויות בעלות בקניין. היא מורכבת מבעלות בדירה הפרטית, שהיא בעלות בלעדית ושלמה של בעל הזכות בדירה, ומבעלות משותפת ברכוש המשותף, שהבעלים שלו הם כלל בעלי זכויות הקניין בדירות הפרטיות בצוותא.⁸⁰ עם זאת, הזכות בבית המשותף, על שני אדניה, נחשבת מבחינה דוקטרינרית לזכות אחת מושלמת, וכך גם קיימות מגבלות על בעלי הזכות בבית המשותף מלבצע פעולות משפטיות שמביאות בפועל למניעת פיצול הזכות.⁸¹ הזכות לקניין בבית המשותף תוארה על ידי רבים כזכות המאופיינת בחולשה בהשוואה לזכויות קניין אחרות, או כזכות המכילה בתוכה ערכים קנייניים קהילתיים. הדבר נכון ביתר שאת לגבי האופן שהזכות מתוארת בו בנוגע לפרויקטים של פינוי ובינוי.

דברי ההסבר להצעת חוק פינוי-בינוי המקורית קובעים כי מטרת ההצעה להתמודד עם תופעה שפרויקטים של פינוי ובינוי אינם יוצאים לפועל, חרף רצונם של רוב הדיירים בבית המשותף, לאור התנגדות בלתי סבירה של אחד הדיירים בבניין המבקש לנצל את כוח המיקוח שלו ומאיים להכשיל את העסקה.⁸² דברי ההסבר מכירים בעצמם בכך שיש בהסדר משום פגיעה בקניינו של הדייר הסרבן, אך הם רואים בפגיעה זו פגיעה מוצדקת, לאור הרווחה הגדולה שיביא הפרויקט לדיירי הבניין ולעיר לעומת הפגיעה בדייר הסרבן, שהיא פגיעה קטנה. את זעירותה של הפגיעה בדייר היחיד אל מול השאת האינטרס של הרוב לומדים דברי ההסבר מאופייה של זכות הקניין בבית המשותף, שהיא "חלשה" יחסית לזכויות קניין אחרות.⁸³

לשם ביסוס הקביעה כי זכות הקניין בבית המשותף היא "חלשה", מפנים דברי ההסבר לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין צודלר.⁸⁴ בפרשה המדוברת נדונה הפעלתו של סעיף 60 לחוק המקרקעין, המאפשר לבעלי שלושה רבעים מהרכוש המשותף בבית משותף שנהרס לכפות את הקמתו המחודשת על בעל דירה המסרב לכך.

⁸⁰ ס' 52, 54–55 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין); מיגל דויטש קניין כרך א 657–670 (1997) (להלן: דויטש).

⁸¹ הדבר נגזר בעיקר מהוראת ס' 55(ב) לחוק המקרקעין, הקובע כי כל עסקה בדירה תחול גם על החלק ברכוש המשותף הצמוד אליה, וכי אין תוקף לעסקה שנעשתה ברכוש המשותף במנותק מהדירה.

⁸² דברי הסבר להצעת חוק פינוי ובינוי, לעיל ה"ש 63.

⁸³ שם, בעמ' 199. דברי ההסבר מציינים מפורשות את נחיתותה של הזכות הקניינית בבית המשותף כנימוק לקביעת ההסדר. הצעת החוק אף מגדילה לעשות ומפנה בדברי ההסבר לספרו של דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 654, כסימוכין לאפיונה הנחות של זכות הדייר בבית המשותף, חרף הסתייגותו של דויטש מאפיון זה – וראו שם, בעמ' 654–657.

⁸⁴ רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550 (1994) (להלן: עניין צודלר).

בנסיבות העניין, בית המשפט דחה את עמדתם של שני בעלי דירות אשר סירבו להקמה המחודשת של הבניין.⁸⁵ בפסק דינו, השופט חשין עומד על אופייה של זכות הקניין בבית המשותף. לשיטת חשין, הבית המשותף הוא מוסד "ייחודי" בנוף של דיני הקניין, וזכות הבעלות בו שונה מזכות הבעלות ה"קלאסית". הבית המשותף יוצר "חיים קומונאליים" של בעלי הדירות, ומכפיף את בעל הדירה להגבלות רחבות יותר מאלו החלות על בעל הקניין ה"קלאסי". הגבלות אלו חלות בעוצמה יתרה ברכוש המשותף, אך הן מאפיינות גם את הבעלות בדירה הפרטית.⁸⁶

כלומר, לשיטת השופט חשין, ישנן זכויות קניין "קלאסיות" שאינן מוגבלות בצורה חזקה ומכאן שהן מעניקות שרירות בעלים, וישנן זכויות שאינן "קלאסיות", והן מוגבלות באמצעות זכויות אחרות. בהקשר של הבית המשותף, אלו הן זכויות הדיירים האחרים בדירותיהם וברכוש המשותף. למעשה, הגישה המוצגת על ידי השופט חשין היא ריבונית למדי: הקניין מזוהה עם שרירות מוחלטת, ואילו הבית המשותף מתואר כמרחב קהילתי, המאפיין בחירות מוגבלת ובכפיית חובות על הדייר היחיד. קיומן של חובות על בעל הקניין מנביעות את המסקנה שזכות הבעלות שהוא מחזיק בה אינה "קניינית" במובנה המלא.⁸⁷ מכאן ניתן גם להבין את התיאור של דברי ההסבר את הזכות כקניין "חלש".

מקור נוסף שניתן ללמוד ממנו על האופן שבו מנותחת זכותו של בעל דירה לסרב להשתתפות בפרויקט פינוי ובינוי הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **שורצברגר**. זהו פסק הדין העקרוני (והיחיד) של בית המשפט העליון הדן בסעיף 2(א) לחוק פינוי ובינוי. פסק הדין ניתן טרם תיקון מס' 6 לחוק, שהוסיף את הכלי המעין-הפקעתי להסדר, ועסק בערעורה של הדיירת רגינה שורצברגר, שסירבה להצטרף לפרויקט שאליו הצטרפו שבעה עשר שכניה, בנוגע לדירה שקיבלה בירושה מאימה המנוחה. השופט דנציגר מנתח בפסק דינו את ההסדר שנקבע בחוק פינוי ובינוי לגבי זכות הקניין של הדייר המסרב. תחילה דנציגר מזכיר את קיומן של שתי הגישות למושג הקניין, ומאפיין את השוני ביניהן ככזה הנוגע למיקום השונה של נקודת האיזון, ושל אופי עריכת האיזונים, בין חירות הבעלים לבין אינטרסים חברתיים אחרים.⁸⁸ אך, לשיטתו, שתי הגישות מביאות בענייננו לאותה תוצאה, שכן על פי שתיהן בעל הקניין אינו פטור מחובות כלפי הקהילה והציבור.⁸⁹ השופט דנציגר רואה בחירות גגישת הריבונות מקנה לבעל הקניין חירות המוגבלת על ידי מגבלות חיצוניות, וקובע כי חוק

⁸⁵ שם.

⁸⁶ עניין **צורלר**, לעיל ה"ש 84, בעמ' 562–563.

⁸⁷ עוד לניתוח זה ראו דגן **על פורשת דרכים**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 363–370. הדבר עולה בקנה אחד עם מכלול פסיקתו של השופט חשין, שהציג בפרשות שונות את עמדותיו, הנוטות לקוטב הריבוני. ראו למשל בעניין **הורוויץ**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 7311–7316, 7325–7325; רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 259 (1999).

⁸⁸ עניין **שורצברגר**, לעיל ה"ש 61, בפס' 22–23 לפסק דינו של השופט דנציגר.

⁸⁹ שם, בפס' 23 לפסק דינו של השופט דנציגר.

פינוי ובינוי הוציא "מאגד הזכויות" של בעל הקניין את הזכות לטרב סירוב בלתי סביר.⁹⁰ במובן זה, הפגיעה בזכותו של הדייר הסרבן מצטרפת למגבלות רבות שהמשפט הישראלי קובע על האופן שבעל זכות הקניין מפעיל בו את זכותו, בין היתר באמצעות עקרונות תום הלב ואיסור השימוש לרעה בזכות.⁹¹ לשיטת השופט דנציגר, אם במצב הרגיל מוטלות על בעל הקניין מגבלות חיצוניות, הרי שמקל וחומר זהו הדין כאשר עסקינן בחיקוק מגביל ספציפי שקבע המחוקק, ובמיוחד כאשר עסקינן בזכות קניין בבית המשותף, אשר חולשתה הוכרה בפסיקה. בנקודה זו, השופט דנציגר מפנה לקביעות שבעניין צודלר וקובע כי הן יפות גם למסגרת הנורמטיבית של חוק פינוי ובינוי.⁹² אם נסכם, המהלך שהשופט דנציגר נוקט הוא זה: קיימות שתי גישות לקניין – האחת ריבונית, האחרת חברתית. הגישה הריבונית אינה מעניקה ריבונות מושלמת ממילא, ומכאן שהיא בוודאי לא תעניק ריבונות מושלמת לזכות בבית המשותף, שהיא "שיתופית" ו"חלשה". הגישה הפלוראלית, כך משתמע, מצדיקה באופן ברור את ההסדר, וזאת לאור הדגש שהיא שמה על היכולת לכפות על בעל הקניין התחשבות באינטרסים ציבוריים, ובאינטרסים של חברי הקהילה שבה הוא חי.⁹³

אם כן, אנו רואים כי הגישה המובילה את ההסתכלות על הפגיעה בקניינו של הדייר המסרב רואה את זכות הקניין בבית המשותף כזכות שאינה מאופיינת בשרירות חזקה. נהפוך הוא. היא רואה בה זכות הכפופה באופן נרחב לחובות של בעל הקניין לקהילה שבה הוא חי. בהמשך הפרק הנוכחי אבקש לעמוד על הבעייתיות שבהנחה שהמוסד הקנייני של הבית המשותף מושתת על ערכים קהילתיים בכלל, ועל הקושי שבתמיכה באפיון זה ביחס לפרויקטים של פינוי ובינוי בפרט.

(ב) אתגור ההצדקה הקהילתית

כפי שהוסבר לעיל, הזיהוי של זכות הקניין בבית המשותף כ"קניין חלש" (אם נאמץ לשון קניינית-ריבונית) או כקניין המכיל בתוכו ערכים של קהילתיות ואחריות חברתית (אם נאמץ לשון קניינית-פלוראלית) מושתת לכאורה על אופיו הייחודי של הבית המשותף כמוסד קנייני. לכן, ניתן לתהות האם התיאור הקהילתי והשיתופי של הבית

⁹⁰ שם, בפס' 24 לפסק דינו של השופט דנציגר.

⁹¹ שם, בפס' 23 ו-26 לפסק דינו של השופט דנציגר. עקרונות אלו מעוגנים בס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), המוחל על פעולות משפטיות שאינן בגדר חוזה מכוח ס' 61(ב) לחוק החוזים; וכן בס' 14 לחוק המקרקעין.

⁹² עניין שורצברגר, לעיל ה"ש 61, בפס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר. אעיר כי השופט דנציגר מכיר בקשיים העולים מהגישה המדוברת הרואה בזכות הקניין בבית המשותף זכות "חלשה" (קשיים שעליהם אעמוד בפרק ב.2.ב.), אך הוא קובע כי היא הכרחית להתגברות על בעיית הסרבנות המכשילה את הפרויקטים לפינוי ובינוי, וכי אין חולק שזוהי הגישה אשר שימשה בסיס לחוק פינוי ובינוי (וראו שם, בפס' 28 לפסק דינו של השופט דנציגר).

⁹³ לעמדה דומה, הרואה את ערך האחריות החברתית של הקניין כערך המצדיק כפייה על דיירים סרבנים השתתפות בפרויקטים של התחדשות עירונית, ראו קמיניץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 698, 701-704.

המשותף הוא תיאור מדויק של המשאב על פי שתי הגישות לזכות הקניין, ושל המצב הדוקטרינרי המקובל במשפט הישראלי. במיוחד, ניתן לתהות האם הוא מתאים לאופן שבו עוצב ההסדר החולש על פרויקטים של פינוי-בינוי.

ביקורת על התיאור של הבית המשותף כמוסד קנייני קהילתי כבר הושמעה בעבר על ידי דגן עצמו,⁹⁴ במסגרת דיון על עניין צודלר.⁹⁵ דגן, שכאמור מזוהה עם "גישת המוסדות", ביקר את פסק הדין על הנמקתו הריכונית בכלל ועל יישומה בהקשר של הבית המשותף בפרט, וגרס כי יש לראות בסעיף 60 לחוק המקרקעין חריג בנוף של דיני הבתים המשותפים ביחס לכוח המוענק לשכניו של הסרבן.⁹⁶ בניגוד לזיהוי שהוצג לעיל, הרואה בבית המשותף אתר קנייני שיתופי וקהילתי, דגן מזהה את הדירה הפרטית כסוג קניין שבו הפרט מגשים את אישיותו ואת חירותו, הגם שהדירה היא חלק מבית משותף. לשיטתו, החיים השיתופיים והיחסים בין שכנים נמצאים בפריפריה של הבית המשותף, ולא במרכזו.⁹⁷ לכן, בין אם נלך בדרכה של גישת הריכונית ובין אם נלך בדרכה של גישת המוסדות נגיע למסקנה כי הבית המשותף אינו אתר קנייני קהילתי. נקודה זו ניתנת להדגמה באמצעים שונים. חלקם מובאים על ידי דגן עצמו (או שנדונו במקומות אחרים בספרות), ואת חלקם אני מוסיף כאן במסגרת רשימה זו.

(1) מה בין קניין לקהילה?

מהם מאפייני החיים של "קהילה" ומה מקומם ביחס לדיני הקניין? האם דיני הקניין משקפים ערכים שהם "קהילתיים"? נדמה כי בספרות התאורטית קיים שימוש רב במושג "קהילה", המשמש בפועל כדי לתאר סוגים שונים של קבוצות פרטים, כאשר מידת ההיכרות בין הפרטים, המשטר המארגן את המסגרת הקהילתית ומטרות ההתארגנות שונים מהגדרה להגדרה.⁹⁸ אך, נראה כי אחד המאפיינים הליבתיים של התפיסה המקובלת של הקשר בין הזכות לקניין לקהילה הוא הכפפת הבעלים לחובות לטובת הקהילה שבה הוא חי. זהו, למעשה, לב ליבם של הטיעונים שהובאו לעיל, המדגישים את הוויתורים שצריך לשאת בהם בעל הקניין בהקשר של מוסד הבית המשותף, לאור האחריות החברתית שלו כלפי הקהילה.

⁹⁴ נוהך דגן "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט כ 45 (1996) (להלן: דגן "פרשנות בדיני קניין").

⁹⁵ לעיל ה"ש 84.

⁹⁶ דגן "פרשנות בדיני קניין", לעיל ה"ש 94, בעמ' 79. יש לציין כי גם השופט חשין בפסק דינו מכיר בחריגותו של ס' 60 לחוק המקרקעין, אך קובע כי אין בחריגות זו כדי לשנות את הפרשנות שאימצ בית המשפט (וראו בעניין צודלר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 567).

⁹⁷ דגן "פרשנות בדיני קניין", לעיל ה"ש 94, בעמ' 58-62, 64-68, 77-80.

⁹⁸ Amnon Lehavi, *How Property Can Create, Maintain, or Destroy Community*, 10 THEORETICAL INQ. L. 43, 46-48 (2009); Gregory S. Alexander & Eduardo M. Peñalver, *Properties of Community*, 10 THEORETICAL INQ. L. 127 (2009) (להלן: Alexander & Peñalver) (דנים בשלוש תאוריות אפשריות של מושג ה"קהילה").

דוגמה לתפיסה המדגישה את הממד הקהילתי של דיני הקניין ניתן למצוא בכתיבתם של גרגורי אלכסנדר ואדוארדו פניאלבר. אלכסנדר ופניאלבר מפתחים תאוריה של קהילות הרואה בקהילה אמצעי הכרחי לשגשוג האנושי של היחיד. לשיטתם, האמצעים אשר מרכיבים את השגשוג האנושי, דוגמת בריאות, פיתוח זהות וקשרים בין-אישיים, מושגים באמצעות זאת שהפרט חי את חייו במסגרת קהילתית, ונתמך על ידה. לפי תאוריה זו, קיומן של קהילות הוא הכרחי לרווחתם של בני האדם, וההשתייכות לקהילה נתפסת כאופן שבו האדם מפתח את עצמו ואת אנושיותו כיצור חברתי.⁹⁹

התלות של האדם בקהילה שבה הוא חי לצורך השגת השגשוג האנושי מכתובה גם את קיומן של חובות לפרט כלפי הקהילה שבה הוא חי. לפי אלכסנדר ופניאלבר, החובות הללו אינן נשמעות למאזן הדדי לחלוטין של זכויות לקבל וחובות לתת (reciprocity), מעין "יד רוחצת יד", אלא הן נשמעות למאזן אחר שבו גדרי הזכות לקבל והחובה לתת נקבעות לפי מידת הצורך (need) של בן הקהילה. החובה שלנו לתת לחבר הקהילה שלנו, הזכאי לקבל, נגזרת מעצם התלות שלנו בקהילה לצורך השגשוג האנושי שלנו, והיא אינה מחייבת שנקבל בעצמנו משאר חברי הקהילה באותה המידה שבה נדרשנו להעניק לאחרים, ולהפך.¹⁰⁰ זהו הבסיס להכרה בממד של "אחריות חברתית", החל גם בנוגע לחיובים קנייניים. עם זאת, ההקרבה הנדרשת מהיחיד מוגבלת במובן זה שאין מקום לדרוש מהפרט להגיע לכדי ביטול עצמי מוחלט (שלא יחוש שהוא "[a] serial self-sacrificer"), שכן הדבר יסכן את רווחתו של היחיד הנותן, ולעיתים גם של הקרובים אליו ושל חברי הקהילה האחרים התלויים בו.¹⁰¹

נדמה כי אחד הגילויים המרכזיים של מושג הקהילה בספרות העוסקת בדיני הקניין הוא בספר ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES מאת רוברט אליקסון.¹⁰² אליקסון חקר את טבען ומהותן של הנורמות החולשות על פרטים בקהילת מגורים במחוז שסטה (Shasta) שבמדינת קליפורניה בארצות הברית. קבוצת האנשים שגרה במחוז לא הייתה בעלת ייחוד אתני או דתי מסוים, אלא רק התגוררה בסמיכות זה לזה, ועבדה ביחד בגידול בקר במחוז. המסקנה של אליקסון הייתה שפרטים בקהילות שחיות יחדיו מסתמכים על התקיימותה של אינטראקציה מתמשכת עם חבריהם לקהילה, באופן המייצר מערך זכויות וחובות בין השכנים המתקיים בצל המשפט. זהו מערך הנובע מהסתמכות של חברי הקהילה על התמשכות הקשר עם חבריהם, והוא גורם להם גם לסבול חובות ואי-שוויונות זמניים, בהסתמך על אותה התקשרות ארוכת-טווח.¹⁰³ כלומר, החיים הקהילתיים יוצרים קשרים בין-

⁹⁹ שם, בעמ' 134–143.

¹⁰⁰ שם, בעמ' 143–145.

¹⁰¹ שם, בעמ' 145.

¹⁰² ROBERT C. ELICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES (1991).

¹⁰³ שם, בעמ' 55–56, 233–236.

אישיים שהם מורכבים יותר מההסתכלות המשפטית הפורמליסטית, שהייתה ככל הנראה מביעה פליאה על העובדה שהפרטים לא ביקשו לממש את זכויות התביעה שלהם בגין חובות ששכניהם חבים להם.

הדוגמה של אליקסון על מחוז שסטה ממחישה כיצד נראה בפועל דגם קהילתי של זכות הקניין, הדומה לזה העולה מהתאוריה שמציגים אלכסנדר ופניאלבר (חרף העובדה שמחקרו של אליקסון מוקדם למאמר של אלכסנדר ופניאלבר, שעליו אני מסתמך כאן). ההקרבה למען האחר, השיתוף בזכויות הקניין וההסתמכות על המאזן ארוך הטווח של קשרים בין-אישיים, זוכים למופעים רווחים במחוז שסטה. הדוגמה שאליקסון מספק, כמו גם התאוריה הכללית של אלכסנדר ופניאלבר, לא פותחה כמובן בהקשר הייחודי של המוסד הקנייני של הבית המשותף, אך הן מספקות לי תאוריה כללית שניתן להישען עליה בתיאור של מוסדות קנייניים קהילתיים, ומאפשרות לי לזהות את המאפיינים המרכזיים הנדרשים מקהילה על מנת שנוכל לקבוע שיש להחיל בה דיני קניין המודרכים על ידי התאוריה הקהילתית. זיהוי זה יאפשר לי לשרטט את מאזן הכוחות בין בעלי הקניין השונים בבית המשותף, וכך להסביר גם את מערך הכוחות שחוק פינוי ובינוי פועל עליו.

(2) מבט דוקטרינרי על הבית המשותף

אופיו של הבית המשותף במשפט הישראלי זכה לתשומת לב לא מבוטלת בספרות המשפטית. באופן ממוקד, ניטש בקשר אליו ויכוח ביחס למידת עוצמתו של השיתוף הנדרש מכוח החיים בבית המשותף.¹⁰⁴ חרף העובדה שהנושא זכה לדיונים מקיפים בעבר, אני מוצא חשיבות בהעלאתו במסגרת זו לצורך הבהרת המסגרת החקיקתית שחוק פינוי ובינוי נשען עליה. בשורות הבאות אצטרף לאלו המבקשים להראות כי הבית המשותף במשפט הישראלי מעגן דגם חיים שהממד השיתופי בו הוא מצומצם ומוגבל, ושהדגש שלו הוא דווקא על עצמאות היחיד. באמצעות ניתוח הדוקטרינה הנוהגת במשפט הישראלי, ניתן יהיה לראות כי הדין המסדיר את זכויות הקניין בבית המשותף שומר מקום מצומצם לחובות הקרבה מהיחיד למען הכלל, וזאת בניגוד למרכזיות של מושג החובה בתאוריה הקהילתית שהוצגה לעיל.

לפי תיאורו של דגן, ההוראות המסדירות את ניהול הבית המשותף הן דוגמה ל"ניהול היררכי, מינימליסטי ופורמלי".¹⁰⁵ לבעל דירה אחד אין שליטה על זהותם של הדיירים האחרים שאיתם הוא יתגורר, ומכירת הדירה לאחר אינה דורשת את אישור אספת הבית המשותף.¹⁰⁶ ההחלטות השוטפות בבית המשותף מתקבלות לא באמצעות

¹⁰⁴ ראו עמדות שונות ביחס לאפיון הבית המשותף אצל: דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 649–657; גד טרסקי "בעלות ושיתוף בבית המשותף" הפרקליט ל 214, 221–228 (1976) (על מהותו ה"טפלה" של הרכוש המשותף); יהושע ויסמן "יחד ולחוד בבית משותף" משפטים טז 197 (1986).

¹⁰⁵ דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 69, בעמ' 382–387.

¹⁰⁶ שם, בעמ' 382.

האספה הכללית של כלל הדיירים, אלא באמצעות נציגות מצומצמת שלהם. אופן ניהול זה מזכיר יותר ניהול של תאגיד, שבו קיימת הפרדה בין הבעלות לניהול השוטף שלו, מאשר ניהול של דמוקרטיה קהילתית, שבה כלל החברים שותפים בקבלת ההחלטות.¹⁰⁷ דמיון נוסף קשור בהיקף הזכויות והחובות של הדייר בבית המשותף. לפי התקנון המצוי של בעלי הדירות בבית משותף, החלטה של האספה הכללית המטילה על בעל דירה חובות או תשלומים שלא הוזכרו מפורשות בחוק המקרקעין או בתקנון המצוי לא יחייבו בעל דירה שהתנגד להן, גם אם ההחלטה התקבלה ברוב דעות כדרוש בתקנון.¹⁰⁸ נראה לי שהוראה זו מדגימה את השוני הבולט של הבית המשותף מהדגם הקהילתי שמציגים אלכסנדר ופניאלבר: בניגוד לדגם הדינמי המוצג על ידם, שבו המאזן של קבלה-נתינה הוא משתנה ונקבע לפי הצורך של חברי הקהילה, מאזן החובות של בעל הדירה בבית המשותף בכל הנוגע לתשלומים לטובת הכלל מבוסס על הרצון האישי שלו, גם אם הצורך של שאר חברי הקהילה לבניין הוא משמעותי.

יתר על כן, גם אופן הניהול והתחזוקה של הרכוש המשותף מאופיין במשטר הקובע חובות מינימליות להשקעה ברכוש המשותף. הדיירים מחויבים לשאת בהוצאות הדרושות להתחזוקתו התקינה של הרכוש המשותף, אך זו כוללת רק שמירה על הרכוש המשותף כפי שהיה בגמר הבנייה או לאחר שיפורים שנעשו בו.¹⁰⁹ אספת הדיירים מוסמכת להחליט על שיפוץ חדש ברכוש המשותף ברוב דעות, אך אין בכוחה להטיל חובה על דייר המתנגד לשיפוץ להשתתף במימונו.¹¹⁰ גם תיקונים לחוק המקרקעין, דוגמת תיקון המעליות, אשר מתוגים ככאלה שהביאו להרחבת הממד הקומונלי,¹¹¹ למעשה מעגנים עקרונות דומים של השתתפות מצומצמת באחזקת הרכוש המשותף: חובת הנשיאה בהוצאות המוטלת על בעלי הדירות המתנגדים להקמת המעלית נוגעת רק להוצאות החזקתה והפעלתה, ולא להוצאות הקמתה.¹¹² כלומר, ההשתתפות של בעלי הדירות בשיפוצים ברכוש המשותף היא מוגבלת למדי, ורלוונטית רק לשמירה על המצב הקיים, הגם שקביעת חובה רחבה יותר להשתתפות בהוצאות השיפוץ הראשוניות הייתה משיאה את רווחתם של רוב בעלי הדירות.

החלק בזכותו של בעל הדירה בבית המשותף הנוגע לבעלות הבלעדית שלו בדירה הפרטית זוכה להגנה מוגברת מצד המשפט אפילו יותר מהניהול המצומצם של הרכוש

¹⁰⁷ שם, בעמ' 383–385.

¹⁰⁸ ס' 12 לתקנון המצוי של בעלי הדירות בבית משותף (תוספת לחוק המקרקעין) (להלן: התקנון המצוי). הוראה זו מחזקת גם היא לטעמי את הדמיון שדגן מוצא בין המודל של ניהול הבית המשותף למודל של תאגיד מסחרי. כך, ס' 20(ד) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, קובע כי החלטה של האספה הכללית של התאגיד לשנות את תקנון החברה ולהחייב בעל מניות לרכוש מניות נוספות או להגדיל את היקף אחריותו לא תחייב אותו אלא אם הסכים לה.

¹⁰⁹ ס' 58(א) לחוק המקרקעין.

¹¹⁰ ס' 12 לתקנון המצוי.

¹¹¹ לעיתים בתי המשפט נוטים להפנות לתיקונים העדכניים בחוק המקרקעין כדי לחזק את המסקנה שהקניין בבית המשותף מאופיין ב"חולשה" או שהוא כופה חובות קהילתיות על הדיירים. ראו למשל רע"א 1462/10 עטייה נ' שגיא, פס" 14–15 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 2.8.2012).

¹¹² ס' 159 לחוק המקרקעין.

המשותף. אומנם גם על בעל הדירה חלות הגבלות שונות הנוגעות לתכנון ובנייה,¹¹³ למטרדים,¹¹⁴ ולאיסור על שימוש לרעה בזכות,¹¹⁵ אך אלו הן הגבלות כלליות על זכות הבעלות במקרקעין, ואינן ייחודיות למערכת היחסים של הדיירים בבית המשותף.¹¹⁶ החובות שמוטלות על בעל הדירה בדירתו נוגעות בעיקר למעשים שעשויים להזיק לאחר: הוא אינו רשאי לבצע תיקונים הפוגעים ברכוש המשותף או בדירה אחרת,¹¹⁷ אך פרט לכך הוא רשאי לבצע כל תיקון או שיפוץ אחר בדירתו, מבלי לקבל את אישור שכניו.¹¹⁸ כלומר, בין קירות דירתו הפרטית מוענקת לדייר רמה גבוהה יחסית של חירות ושרירות, והמגבלות המוטלות עליו אינן שונות מהותית מאלו המוטלות על בעל הקניין המודרני בהקשרים אחרים.¹¹⁹ כפי שראינו גם ביחס למקורות התאורטיים המעודדים הכרה בחובות הקהילתיות של בעל הקניין, הגישה הקהילתית מתארת מערכת יחסים אינטנסיבית הרבה יותר בין חברי הקהילה, ותפיסה חזקה של מחויבות של החברים האחד כלפי רעהו. חובות למניעת נזקים כלפי אחרים הן לדעתי כלליות מדי מכדי לראות בהן כאלו המייצגות את אותה המחויבות העמוקה שקיימת בקהילות בין החברים בהן. אם כן, נראה כי המשפט נזהר מכפיית חובות על הדיירים ביחס לבעלות בדירה עצמה.

המסקנה העולה מהניתוח היא שהניסיון לבחון את מערכת היחסים בין השכנים בבית המשותף כמערכת יחסים של קהילה נתקל בקושי משמעותי לאור הוראות הדין הספציפיות המסדירות את אופי החיים בבית המשותף. אופיו של המשאב הקנייני, כפי שעולה מהדוקטרינה הנוהגת, הוא דווקא של זכות קניין הקרובה יותר לזכות ה"חזקה" וה"קלאסית" (בלשון ריבונית), או כזה שאינו מגלה אופי קהילתי (בלשון פלוראלית), ולכן לחובות המוטלות על בעל הקניין בהקשר זה שמור מקום מצומצם יחסית.

(3) פינוי ובינוי – מעבר למודל קהילתי?

כפי שהוסבר לעיל, תיאור של הבית המשותף כמוסד קנייני קהילתי עומד במתח עם המבנה המשפטי של הבית המשותף כפי שמעצב אותו חוק המקרקעין. לכן, טיעון

¹¹³ ראו לדוגמה עבודות הטענות קבלת היתר בס' 145 לחוק התכנון והבניה.

¹¹⁴ ראו לדוגמה ס' 44 (עוולת מטרד ליחיד), ו-71–74 (סמכות בית המשפט לתת סעד של ציווי) לפקודת הנוזיקין.

¹¹⁵ ס' 14 לחוק המקרקעין.

¹¹⁶ ראו הדין וההפניות הנוגעות לתפיסה המודרנית של הגישה הריבונית לזכות הקניין ליד ה"ש 72 לעיל. כמו כן, ראו ס' 2 לחוק המקרקעין, הקובע כי "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

¹¹⁷ ס' 2(א) ו-2(ב) לתקנון המצוי בהתאמה.

¹¹⁸ ראו בהקשר זה ס' 2(ג) לתקנון המצוי, ובעיקר ד"ר 20/73 שמע נ' סדובסקי, פ"ד כח(1) 730 (1974) (ס' 2) לתקנון המצוי עוסק אך ורק בשינויים בגוף הדירה שבעטיים ניוזקה דירה אחרת או הרכוש המשותף, ושינויים שהם שינויים בתוך הדירה או באופן השימוש בה – כולל הסבת הדירה לחנות – אינם נכנסים בגדר ס' 2 לתקנון המצוי).

¹¹⁹ ראו גם אצל דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 69, בעמ' 378–381.

המבקש לזהות את חוק פינוי ובינוי עם חובות קהילתיות שהיו מאפשרות לקבוע חובה חזקה ורחבה על דיירים להשתתף בפרויקט פינוי ובינוי הוא לדעתי בעייתי בשני מובנים מרכזיים. ראשית, הוא אינו עולה בקנה אחד עם אופיו של המוסד הקנייני של הבית המשותף המוסדר בדין הכללי. הבית המשותף, הראינו, אינו מוסד מתאים להחלת חובות נרחבות על היחיד. שנית, גם אם ננסה לאמץ שיח קהילתי ולהבין באמצעותו את חוק פינוי ובינוי, ניתקל בקשיים ניכרים ביישומו, ונמצא שהגישה הקהילתית לזכות הקניין אינה מסבירה בצורה הטובה ביותר את ההסדר.

מי שמבקש לראות בחוק פינוי ובינוי חוק המעגן מודל קהילתי של הבית המשותף, מבקש למעשה לטעון שהחוק מאפשר לדרוש הקרבה מהדייר שאינו מעוניין בהשתתפות בפרויקט, וזאת לטובת רווחתם של חברי הקהילה שלו שמוזהה עם קידום הפרויקט. אכן, ההכרה של החוק בכך שזכות תביעה נגד דייר מסרב מתגבשת כאשר רוב מסוים מבעלי הדירות התקשר עם הזים בעסקת פינוי ובינוי מאותתת שקידום הפרויקט מייטיב עם הדיירים המתקשרים, ואם נאמץ לשון קהילתית – הוא יקדם את רווחת חברי הקהילה של הדייר המסרב. אך, בכל הנוגע לניסיון לזהות את המבנה שאימץ החוק עם יסוד ההקרבה והאחריות לטובתו של הזולת, המזוהה עם שדות חיים קהילתיים, נדמה שהטיעון הקהילתי מתאר בצורה מעט קיצונית את ההסדר שבחוק פינוי ובינוי.

כך, על פי מודל קנייני המקדם ערכים קהילתיים, ניתן היה לצפות שהמחוקק ידרוש התחשבות של הסרבן בחברי הקהילה שלו, גם במידה שיש לו נימוקים טובים להתנגדות לפרויקט.¹²⁰ זאת, לאור מרכזיותו של מושג ההקרבה במסגרת תאוריה זו. הגם שההקרבה מוגבלת באופן פנימי כך שהיא לא תחתור תחת המאזן הקהילתי המקובל ותחת השאיפה לפיתוח אנושי, אין ספק ששדות קהילתיים דורשים הקרבה כלשהי, כיסוד מרכזי, מצד הפרט לטובת חברי הקהילה שלו.¹²¹ על כן, מתעוררת השאלה מהי ההקרבה הנדרשת מהדייר המסרב לפרויקט פינוי ובינוי. ההכרה בסירוב סביר, כך נראה, אינה מבקשת לקדם מצב שבו יצא הדייר מהפרויקט כש"ידיו על ראשו", ובחסר משמעותי. למעשה, החוק דווקא מבקש לתת מענה לצרכיו הייחודיים של הדייר, ומפנה באופן מפורש לבחינה של הנסיבות הסובייקטיביות המצדיקות לטעמו של הסרבן את אי-ההתקשרות בעסקה.¹²² כך ניתן גם לראות את ההתייחסות הממוקדת במסגרת עילות הסירוב לצורכיהם הייחודיים של אנשים בזקנה ואנשים עם

¹²⁰ נראה לי שזו המסקנה המתבקשת מהתאוריה של Alexander & Peñalver, לעיל ה"ש 98. אלכסנדר ופניאלבר טוענים כי התלות של האדם בקהילה היא שמכתיבה את החובה על היחיד לפעול לטובת החברים בה, וזאת כאמור גם במידה שחברי הקהילה האחרים נדרשו בעבר לתת הרבה פחות לטובתו של אותו יחיד. לכן, עצם העובדה כי לפרט נימוקים טובים נגד ההקרבה לא בטוח שיש בה כדי להשיג את החובה שחולשת עליו לתת בחזרה לקהילה שלו. אך, ייתכן בהחלט שהנזקים שייגרמו לפרט כתוצאה מהנתינה יתווספו גם הם למאזן הנתינה הכללי בהמשך.

¹²¹ שם, בעמ' 143–145.
¹²² ראו ס' 2(ב)(4) לחוק פינוי ובינוי.

מוגבלות.¹²³ החוק גם קובע כי העסקה נדרשת להיות כדאית כלכלית עבור הדייר היחיד,¹²⁴ וכי הוצעו בטוחות הולמות לביצוע העסקה.¹²⁵ צא ולמד, במידה שהעסקה מוציאה את הדייר בהפסד כספי, ללא תלות בגובה ההפסד (לאור הבינאריות של המונח "כדאיות כלכלית", בתפיסתו המצמצמת ביותר), לא ניתן לכפות על הדייר את ההשתתפות בה.

למעשה, עילות הסירוב מעידות דווקא על מאמץ מצד המחוקק למנוע החלת חובת הקרבה על הדייר היחיד. במידה שאכן כלל צרכיו של הדייר זוכים למענה, נדמה שלא ניתן לומר שיש לו עוד נימוק סביר להתנגד להשתתפות בפרויקט. בהעדר נימוקים סבירים, אנו נותרים עם המסקנה כי הדייר המסרב מבקש רק לעמוד על השרירות הקניינית שלו כדי למנוע את הוצאתו של הפרויקט לפועל.¹²⁶ עמידה זו על השרירות עשויה להיות תוצר של חוסר רצון להשתתף בפרויקט שאינו מבוסס על נימוקים בהירים, ולחילופין של רצון להשיג תמורה משופרת במסגרת העסקה המתגבשת. במידה שהתיאור כאן הוא תיאור מהימן של ההסדר של חוק פינני ובינוי, מתעוררת השאלה האם זהו סוג המקרים שבהם נכון לעשות שימוש בשיח קנייני קהילתי; האם ויתור על שרירות מוחלטת, כאשר מדובר בפעולה המיטיבה עם בעל הקניין, יכולה וצריכה להיות מובנת כחלק מחובות של אחריות חברתית? הוויתורים שנדרשים במודל של חיי קהילה הם בוודאי משמעותיים יותר מוויתור על שרירות גרידא. הנה, דווקא ניסיון לצקת את הערכים הקהילתיים למוסד של הבית המשותף ולהקשר הממוקד של חוק פינני ובינוי עשוי להוציא אותם בחסר, ולעודד הבנה שמסגרת קהילתית אינה דורשת בחיי המעשה ויתורים משמעותיים מצד היחיד לטובת הקהילה. בכך, נראה לי, נפגע ההקשר הייחודי של מוסדות קנייניים המאופיינים באמת בחובות משמעותיות לקהילה (דוגמת מוסד הנישואים),¹²⁷ והדבר עשוי להביא להבנה צרה מאוד שלהם, שלא תמצה את העושר שיש לגישה הממוקדת בערכים קהילתיים של הקניין להציע.

יתר על כן, גם אם נבקש להרחיב את ממד החיים השיתופי של הבית המשותף, נשאלת השאלה האם המקום הנכון להתחיל בהרחבת החובות הללו הוא דווקא בנקודת הזמן שבה הקהילה נפרדת למשך שנים מספר (עד לבניית הבניין החדש), ולכשתשוב, היא תורכב מדיירים רבים שטרם היו חברים קודם לכן באותה קהילה. פרויקט של פינני

¹²³ ראו ס' 2(ב)2, 2(ב)2(5)-(ב)2(7) לחוק פינני ובינוי.

¹²⁴ ס' 2(ב)1 לחוק פינני ובינוי.

¹²⁵ ס' 2(ב)3 לחוק פינני ובינוי.

¹²⁶ גם לעמדת קמיניץ, המובעת במאמרו (ראו קמיניץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 703-704), נראה שעיקר המטרה של ההסדר המשפטי של חוק פינני ובינוי היא לטפל בסוג דיירים שחרף העובדה שירוויחו מהפרויקט הם מבקשים "להתיישן בשקט", ובשל שמרנותם עושים שימוש בשרירות הקניינית כדי למנוע את הוצאתו לפועל. בכך, הוא רואה ביטוי ליישום של ערך האחריות החברתית של הקניין.

¹²⁷ לדין בקשר של מוסד הנישואים למושג הקהילה ראו לדוגמה: שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 63—Carolyn J. Frantz & Hanoach Dagan, *Properties of Marriage*, 104 COLUM. L. REV. 79 (2016); ; L. REV. 75 (2004).

ובינוי, נזכיר, שונה מאוד ממודלים אחרים של התחדשות עירונית. הוא אינו כולל, בדומה לפרויקט שיקום השכונות (או לתמ"א 38), הישארות של הדיירים בבניין ובנייה תוך כדי מגורים של הדיירים בו (מה שמשמר עוד בצורה מסוימת את "החיים הקהילתיים" שבין השכנים), ואינו כולל גם שיכון מידי של הדיירים בבניין הקיים, כקהילה, במגורים חלופיים. היוזם נדרש לספק לדיירים דירה לתקופת המעבר, אך אין חובה כמובן שכל הדיירים ישוכנו באותו בניין ואף באותו אזור של העיר.¹²⁸ האידיאל של פרויקטים של פינוי ובינוי הוא לבצע מחיקה של הקיים, ובנייה של מבנים חדשים ומשופצים. לכן, נראה שניתן להסכים לכל הפחות שמודל התחדשות הדומה לזה של פינוי ובינוי לא שם לעצמו כיעד מרכזי את שימור הקהילה המקומית ואת קידום רווחתה ככו.¹²⁹

מכל האמור עולה כי שימוש בגישה המדגישה את ערך הקהילה כערך העומד בבסיס המוסד הקנייני של הבית המשותף, ובפרט בהקשר של חוק פינוי ובינוי, אינה מתארת בצורה מיטבית את ההסדרים הסטטוטוריים המעצבים את מוסד הבית המשותף, ופרויקטים של פינוי ובינוי בפרט. כעת, אראה מדוע כפיית השתתפות על הסרבן במקרים שבהם אין הוא מציג נימוקים סבירים לסירוב מתיישבת יותר דווקא עם הצדקה אחרת להכרה בזכות הקניין בבית המשותף, היא ההצדקה המבוססת על מימוש האישיות שבאמצעות הקניין.

3. הצדקת האישיות

ההצדקה להכרה בקניין המבוססת על תרומתו למימוש ופיתוח האישיות של הפרט זכתה להכרה רבה בספרות. נדמה כי אחד ההישגים הגדולים של הצדקה זו הוא דווקא באינטואיטיביות שבה,¹³⁰ כפי שניסחה מרגרט ראדין: רובם של האנשים מחזיקים בחפצים מסוימים שהם רואים בהם כמעט חלק מה"עצמי" שלהם; החלפתם של חפצים אלו באחרים אינה יכולה לספק את הכאב שהפרט חש בעקבות אובדן החפץ.¹³¹ כדוגמה, ראדין מציעה את ההבחנה בין טבעת נישואים שנגנבה בעודה שייכת לתכשיטן, לבין טבעת שנגנבה מידם של אוהבים. בעוד שעבור התכשיטן טבעת הנישואין היא פעמים רבות קניין שניתן להחליפו בנכס זהה מאותו הסוג (fungible), עבור האוהבים מדובר בקניין שהוא מכוון עבור האישיות שלהם.¹³² יש להבחין בכך שעבור ראדין, הקשר האישיותי למשאב אינו שאלה סובייקטיבית, אלא נובע מעיקרון

¹²⁸ ס' 2(ב) לחוק פינוי ובינוי.

¹²⁹ ראו דיון בפרקים א.1. ו-א.2. לרשימה זו.

¹³⁰ חרף העובדה שאינטואיטיביות לכאורית זו זכתה לביקורת, וראו למשל: Stephanie M. Stern, *Residential Protectionism and the Legal Mythology of Home*, 107 MICH. L. REV. 1093, 1109–1120 (2009).

¹³¹ Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 959–961 (1982) (להלן: Radin).

¹³² שם.

מוסרי העומד על הקשר שבין קניין לבין פיתוח אישיות וחירות אישית.¹³³ על בסיס ההבחנה בין קניין שהוא מכונן לבין קניין שהוא בר-החלפה, ראדין מציעה גישה לזכות לקניין שלפיה מידת ההגנה על הזכות הקניינית תשתנה לפי עוצמת הקשר האישיותי של הפרט אל המשאב. ההחזקה האינסטרומנטלית שונה מההחזקה הרגשית, ולכן צריכה להנביע גם הגנה משפטית שונה על סוגים שונים של קניין.¹³⁴ בתוך אלו, ביתו של היחיד הוא קניין בעל משמעות רגשית דרמטית שבו הפרט מממש את ה"עצמי" שלו.¹³⁵ גם בית המשפט העליון הכיר בכך בהקשרים שונים.¹³⁶ גם אם הפרט הספציפי הוא בעל נכסים אחרים המשפיעים על האישיות שלו יותר מביתו, הקטגוריה התרבותית של "בית" היא קטגוריה שראויה להגנה מיוחדת במשפט, לאור המשמעות החברתית-תרבותית העמוקות שלה.¹³⁷ למעשה, כפי שקובע דגן, הבית המשותף הוא מוסד קנייני שבו גישת המוסדות מכילה בתוכה כמעט לחלוטין את גישת הריבונות:¹³⁸ עוצמתם של ערכי האישיות והחירות בדירה ממקמים אותה מבחינה קניינית קרוב למודל הריבוני, המדגיש את השליטה של בעל הקניין על הרכוש שלו, ולא לקניין שיתופי-קהילתי. על פי המודל הכמעט-ריבוני, בעל הזכות בדירה זוכה ליהנות משרירות בעלים באופן עוצמתי (אם כי לא מלא), ואילו המשפט יתערב בזכותו באופן מדוד בלבד.¹³⁹

בטרם אדרש לסקירת סוג המצבים שבהם קיימת הצדקה, על פי גישת האישיות, להתערבות המשפט בקניין אישיותי של הסרבן, ברצוני להבהיר נקודה נוספת על פי גישה זו שבה אעשה שימוש בחלקים מאוחרים יותר ברשימה זו. אחת הדוגמאות המרכזיות שראדין מביאה כדי להמחיש את ההגנה על קניין בעל ערך אישיותי במשפט היא עליית ההגנה על זכויות השוכרים במשפט. ראדין מתארת הכרה הולכת ומתרחבת של המחוקקים ושל בתי המשפט בארה"ב בכך ששוכרים מפתחים קשר אישי משמעותי לבית שבו הם מתגוררים, ושהחשיבות שהחברה מייחסת לקשרים כאלו צריכה להנביע

¹³³ שם, בעמ' 961–962. שכן, במידה שהטיעון היה מסתכם בכך שכל אדם מגדיר עבור עצמו מהו הקניין המשמעותי עבורו, למעשה היה בכך ביטוי להעדפות אישיות חזקות של אותו אדם, שממוטט את התאוריה האישיותית ומוביל אותנו לניתוח תועלתני קלאסי של עוצמת העדפות.

¹³⁴ שם, בעמ' 978–979, 986–988.

¹³⁵ ראדין מציינת שההגנה על בית המגורים אינה יכולה להיות מוסברת מהבחינה הדוקטרינרית רק דרך הערך הבסיסי של חירות, שכן החירות אינה מנביעה באופן ישיר איסור על מקום ההתערבות, אלא על הפעולה המתערבת (שם, בעמ' 991–992).

¹³⁶ על המשמעות הכלכלית והרגשית האדירה שיש לבית המגורים עבור הפרט חזר באופן נשנה בית המשפט העליון בפסיקתו. ראו לדוגמה ע"א 7991/07 רפאלי נ' רוזן, פ"ס 16 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו 12.4.2011); רע"א 8233/08 כובשי נ' שורץ, פ"ד סד(2) 207, 243 (2010).

¹³⁷ מנחם מאוטנר "אחרית-דבר: משני צידי הגדר" קהילות מגודרות 537 (אמנון להבי עורך 2010) (על המשמעות התרבותית של המושג "בית"); Jeffrey Douglas Jones, *Property and Personhood Revisited*, 1 WAKE FOREST J.L. & POL'Y 93, 127–134 (2011) (הבנה של הטיעון של ראדין כמגן על נכסים שמזוהים ככאלו המכוננים את אישיותו של הפרט כעניין של קטגוריה חברתית ותרבותית ולא של העדפה אישית).

¹³⁸ דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 69, בעמ' 363–364.

¹³⁹ דגן "פרשנות בידי קניין", לעיל ה"ש 94, בעמ' 58–62, 64–68, 77–80, 84–87.

הגנה רחבה יותר עליהם. הגנה זו באה לידי ביטוי בהגבלת הסיבות שיכולות לשמש את המשכיר להביא את השכירות לסיומה, או בהגבלת התקופות שבהן המשכיר יכול לפנות את השוכר.¹⁴⁰ לדעתי, ככל שאנו רואים את השוכר כמי שמפתח קשר אישיותי לבית שבו הוא מתגורר, המסקנה המתבקשת היא שהמשכיר אינו מפתח קשר כזה, לכל הפחות לא באותה עוצמה, ועבורו מדובר בכנס שהבעלות בו היא בעיקרה אינסטרומנטלית. כשם שהקשר למשאב שהשוכר מרגיש צריך להנביע על פי גישת האישינות הגנה מוגברת עליו, כך העדר קשר כזה יכול להשפיע על האופן שבו נעריך את הקשר של בעל הקניין עם משאב שעומד לשכירות. טענה זו, כפי שאבהיר בפרק ג, רלוונטית במיוחד גם לזירה הקניינית של חוק פינני ובינוי.

4. התערבות בזכותו של הדייר המסרב על פי מודל האישינות

אם כן, כפי שדגן מציין במאמרו המביע התנגדות להנמקה שאומצה בעניין **צודלר**, ההצדקה להתערבות בהחלטותיו של הדייר היחיד נטועה לא בהיותו של הבית המשותף מסגרת חיים קהילתית, אלא לאור התקיימותה של בעיית פעולה משותפת.¹⁴¹ בעיה זו מתרחשת, בדרך כלל, כאשר נדרש שיתוף פעולה מצד פרטים מספר כדי להביא לתוצאה רצויה חברתית, ודי בהתנגדותו של אחד הפרטים כדי להכשיל את הפעולה.¹⁴² כפי שהסביר מנסור אולסון, אחד המנסחים העיקריים של התאוריה של הפעולה המשותפת, קבוצות אכן מגבשות פרטים סביב אינטרס משותף כוללני, שמטרתו להשיא את האינטרסים של חברי הקבוצה, אך לפרטים בקבוצה אין אינטרס משותף לשאת בעלויות הפעולה המשותפת. למעשה, לפרטים אינטרס עצמי שאחרים יישאו בעלות הפעולה, והם יוכלו ליהנות ממנה על חשבון חבריהם.¹⁴³ אחד מגילויי האינטרס העצמי הקלאסיים מכונה "בעיית הסחטנות" (Hold-Out).¹⁴⁴ כאשר הפעולה המשותפת מותנית בהסכמתו של פרט יחיד, המחזיק בזכות וטו על הוצאתה לפועל, לפרט נתון כוח משא ומתן משמעותי, וניתן להניח שהוא ינצל אותה במטרה למקסם

¹⁴⁰ Radin, לעיל ה"ש 131, בעמ' 992–996.

¹⁴¹ דגן "פרשנות בינוי קניין", לעיל ה"ש 94, בעמ' 79–91.

¹⁴² איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות (בשולי ע"א 5493/95 דיור לעולה ע.א.ק.) נ' קרן, פ"ד (4) 509" **משפטים** כט 783, 791–796 (1999) (להלן: זמיר).

¹⁴³ MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION – PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS 5–8, 21, 41 (2nd ed., Harvard University Press 1971). למעשה, ככל שהאינטרס העצמי של כל פרט אינו משותף לפרטים נוספים, אין סיבה אמיתית להתארגן בארגון במטרה לפעול למימוש אותו אינטרס. יתר על כן, אינטרס משותף מופיע פעמים רבות כחלק אינהרנטי מתוך הגדרה של "קבוצה", הגם שאין היא קבוצה מאורגנת (ראו שם, בעמ' 8).

¹⁴⁴ זאת לצד בעיית הטפילות, שבה הפרט אינו מעוניין לשאת בעלויות הפעולה המשותפת, ובכך "כופה" עלויות נוספות על פרטים אחרים באופן שעלול להכשיל את הפעולה המשותפת כולה. על ההבחנה בין סחטנות לטפילות ראו Thomas J. Micheli, *Free Riders, Holdouts, and Public Use: A Tale of Two Externalities*, 148 PUB. CHOICE 105, 107–110 (2011). השוו גם: זוהר גושן "הצבעה אסטרטגית כדיני-חברות: מדיקטטורה לדמוקרטיה" **משפטים** כג 109, 116–121 (1994) (להלן: גושן).

את הרווח האישי שלו ולהשיג תועלת נוספת עבור עצמו.¹⁴⁵ תועלת זו יכולה לבוא גם על חשבונם של פרטים אחרים במסגרת המשא ומתן, ובכך היא תהיה בעלת אפקט חלוקתי; אך היא בעלת אפקט חמור אף יותר, שכן עקשנותו של הסחטן עלולה לסכל את הפעולה המשותפת. ייתכן שהסחטן מעריך יתר על המידה את הנכונות של אחרים "לקנות" את הסכמתו, באופן שיסכל את הפעולה, או ששותפיו יבקשו להימנע מביצוע העסקה, הגם שנותרה משתלמת מבחינתם, במטרה להימנע מקבלת תיוג של "סחיטים".¹⁴⁶ ההתנהגות הסחטנית מכבידה מאוד גם על הסחטן עצמו, אשר מחפש תמיד את הרגע הנכון למכור את זכאותו. חשש זה עשוי לייצר אפקט של "הקפאה" על הסחטן שיסרב למכור מחשש להפסד של תועלת נוספת, שעשוי להביא בסוף להכשלת הפעולה המשותפת ולהעמיד את הסחטן מול שוקת שבורה. ההכבדה על הסחטן היא אף חמורה יותר כאשר עומד לו מידע חלקי בלבד על שווייה של הפעולה המשותפת ועל השותפים שלו למשא ומתן.¹⁴⁷

לשיטת דגן, המודל המקנה לבעל הדירה שרירות שאינה מוחלטת, שאותו מאמצת "גישת המוסדות", מצדיק התערבות זהירה בזכותו של הדייר לטובת קידום ענייניו ואישיותו, רק כאשר הפעולה המשותפת עולה בקנה אחד עם האינטרס העצמי שלו בהעדר שיקולי סחטנות. כלומר, העלות שתיגבה מהפרט עבור הוצאה לפועל של הפעולה המשותפת נמוכה מהתועלת עבורו.¹⁴⁸ בניתוח הבסיסי של בעיית הפעולה המשותפת, הסחטן רוצה בהתקיימותה של הפעולה המשותפת (היא מיטיבה עימו), אך מציג את עצמו כמי שמתנגד לה במטרה להעלות את מחיר הסכמתו. מודל קנייני ריבוני חזק, נשים לב, היה ככל הנראה עוצר את הניתוח כאן, ומסרב להתערב חרף קיומו של הפער בין ההעדפה הסחטנית לזו האמיתית. על פי הגישה הריבונית החזקה, לבעל הקניין מוענקת החירות המלאה להשתמש בזכאותו ככל העולה על רוחו. מרגע שהוקצו הזכויות הקנייניות, הדרך היחידה להעברתן היא באמצעות הסכמת הבעלים. בהתאם, יש לסמוך על כך שבעיית הסחטנות תיפתר באמצעות תבונתם של השחקנים הפרטיים, שיצליחו להגיע ביניהם להסכמות, ללא התערבות של משפט המדינה.¹⁴⁹ הגישה הפלורליסטית לקניין מציעה נקודת איזון שונה. דגן, במסגרת המודל המוצע על ידו,

¹⁴⁵ זמיר, לעיל ה"ש 142, בעמ' 792.

¹⁴⁶ גושן, לעיל ה"ש 144, בעמ' 119, וכן בה"ש 44 שם.

¹⁴⁷ Lloyd Cohen, *Holdouts and Free Riders*, 20 J. LEGAL STUD. 351, 358-359 (1991).

¹⁴⁸ דגן "פרשנות בריני קניין", לעיל ה"ש 94, בעמ' 79-87.

¹⁴⁹ ריצ'ארד אפשטיין מציין כי לפי האינטואיציה של התפיסה הליברטאריאנית החזקה, עצם קיומה של בעיית פעולה משותפת אינה מנביעה באופן הכרחי את התערבות המשפט והמדינה, שכן פרטים יכולים להתגבר על הבעיות הללו באמצעות התקשרויות פרטיות, ללא התערבות המדינה (ראו על כך אצל Richard A. Epstein, *Holdouts, Externalities, and the Single Owner: the Single Owner*, 36 J.L. & Eco. 553, 559-561 (1993)). עם זאת, יש לציין כי ישנם גם הוגים ליברטאריניים המחזיקים בתפיסה קיצונית פחות, ורואים בהתערבות המשפט למען הוצאתה לפועל של הפעולה המשותפת התערבות לגיטימית (ראו למשל אצל RICHARD A. EPSTEIN, *BARGAINING WITH THE STATE* 12, 32-38, 75-79 (Princeton University Press, 1993)).

גורס כי המשפט רשאי להתערב בזכותו של הדייר כאשר הוא אינו מייצג נאמנה את האינטרס העצמי שלו, שהוא קיום הפעולה המשותפת. הסיבתיות לכאורה ברורה – ככל שההכרה בקניינו של אדם בביתו מושתתת על ההכרה ב"עצמי" שלו, בחירותו ובאישיותו, המשפט רשאי להתערב כאשר בעל הנכס אינו מייצג נאמנה את טובתו האישית, את האינטרס העצמי שלו. כאן, דווקא הטלת המגבלה על קניינו של הסחטן עוזרת לו במימוש העצמי שלו.¹⁵⁰

באשר לענייננו, אנו רואים שלמעשה גם לפי "גישת המוסדות" הסטנדרט הנדרש לכפייה על בעל הקניין בבית המשותף הוא סחטנות, ייצוג בלתי נאמן של האינטרס העצמי על ידי הפרט, ואילו סירוב גרידא לקחת חלק בפעולה המשותפת אינו מצדיק לבדו את התערבות המשפט. טיעון זה תקף גם ביחס לזירת הכוחות הקניינית שבחוק פניני ובינוי. פרויקט התחדשות עירונית הוא טוב חברתי, ועלול להימנע לאור ביזור הזכויות הקנייניות בין הדיירים, מה שמקים את בעיית הפעולה המשותפת. התועלת הניכרת שבהוצאה לפועל של הפרויקט מצדיקה את התערבות המשפט בזכותו של הדייר היחיד, אך ההקשר שבו היא נעשית, במשאב המושתת על ערכי אישיות ומעניין לבעלי ריבונות משמעותית, מביאה לצמצום יכולתו של המשפט לכפות חובות חיצוניות על הדייר המסרב.

אין ספק כי גישת האישיות אינה הגישה שמעודדת עריכת פרויקטים בהיקף מקסימלי, שכן היא מכפיפה את הוצאתם לפועל לתחשיב העלות-תועלת האישי של כל דייר שמוצע לו להשתתף בפרויקט, ומוציאה את הדייר המסרב סירוב סביר כשידו על העליונה.¹⁵¹ ואכן, ניתן גם לחשוב על מודלים חלופיים לקידום התחדשות עירונית (או, באופן כללי, להסדרת זכויות הקניין בבית המשותף) אשר היו קובעים נקודת איוון שונה, לאור שיקולי יעילות או צדק חלוקתי.¹⁵² אך, כפי שהראיתי עד כה, גישות אלו

¹⁵⁰ דגן על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 69, בעמ' 404–405.

¹⁵¹ בהקשר זה, ראו דבריו של יור' ועדת חוקה, חוק ומשפט, ח"כ מיכאל איתן, במהלך הדיונים בהצעת חוק פניני ובינוי, המהדהים את המודל האישיותי של בעיית הפעולה המשותפת: "...זה עניינים עובדתיים, השופט יראה את האנשים, ישאל את השאלות והוא יחליט מה. אנחנו צריכים לתת הנחיות לשופט ולומר לו, אדוני השופט, כאשר אתה רואה שדייר מסוים משתמש רק ברשעות בכוח שנוצר לו כתוצאה מההסכמה של כולם, והוא רוצה להשתמש בזה כמנוף על מנת להרוויח יותר מהאחרים, רק במקרה הזה אתה תבוא ותאמר לאותו דייר, אתה חושב שאתה פיקח, אתה לא פיקח. אני נכנס לתמונה. בכל מקרה אחר לא. החוק הזה נועד רק למקרה הזה. לא לשום מקרה אחר" (פרוטוקול ישיבה 610 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (9.11.2005), 17).

¹⁵² יש הטוענים שהקושי בהגעה לעסקה שתוציא לפועל את הפעולה המשותפת דרך השוק מצדיק מנגנון משפטי הכופה את מכירת הזכות על בעליה תמורת פיצוי. לפי הצדקה זו, העלויות הגבוהות שתידרשנה לצורך הערכת האופן הספציפי שכל בעל קניין מעריך בו את זכאותו גם מצדיקות מתן פיצוי אובייקטיבי, אף אם הוא מוציא חלק מבעלי הזכויות בחסר (לניתוח קוגני של הסוגיה ראו: Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1106–1108 (1972). כמו כן, לדיון בהצעה לאימוץ מתווה דומה בהקשר של הפקעת מקרקעין למטרות קואורדינציה ראו אירית חביב-סגל "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין"

אינן עולות בקנה אחד עם הרטוריקות המקובלות של הזכות לקניין הנהוגות במשפט הישראלי, כמו גם עם ההסדר המשפטי שקובע חוק פינוי ובינוי, בדגש על ההכרה בקטגוריה של "סירוב סביר", שבהתקיימה לא ניתן עוד לתבוע מבית המשפט סעדים נגד הדייר המסרב.

כעת, נותר לעמוד על יישומו של התנאי המרכזי להתערבות המשפט, הוא הפעילות בניגוד לאינטרס העצמי של הדייר המסרב, הבאה לידי ביטוי בסטנדרט "הסירוב הסביר" שהחוק קובע. הדגש העיקרי שצריך להנחות את המחוקק ואת בתי המשפט בהבהרת הסטנדרט הוא נקודת המבט שממנה נערך תחשיב העלות והתועלת העומד מאחורי שאלת סבירות הסירוב. כפי שהסברתי לעיל, על פי המודל האישיותי, ההתמקדות של המשפט היא בניסיון לחזות את האינטרס העצמי של הסרבן, תוך בחינה של התועלות האישיות שתצמחנה לו מהוצאתה לפועל של הפעולה המשותפת, וכן של העלויות שתיגבנה ממנו לאור הוצאתה לפועל. התחשיב, אם כן, הוא אישי וממוקד בדייר המסרב, ואל למחוקק ולבתי המשפט לשקול במסגרתו שיקולים הנוגעים לתועלות שתצמחנה לדיירים האחרים מעריכת הפרויקט, שכן אלו כבר מגולמות במסגרת המודל באמצעות ההחלטה לערב את המשפט כאשר קמה בעיית הפעולה המשותפת, ובמקרים של סירוב סחנטי.

ברם, נדמה כי קיים קושי בסיסי באופן ההמשגה של בחינת האינטרס העצמי של הדייר המסרב לאור הצורך להעריך את הערך הסובייקטיבי שהוא מייחס לביתו הספציפי ולמגורים בו,¹⁵³ וכן את הקשיים האינדיבידואליים שיווצרו לו לאור ההשתתפות בפרויקט, ששונים מהקשיים שעימם יתמודדו רוב הדיירים האחרים. בנוגע לשיקול האחרון, הנוגע לקשיים האינדיבידואליים, כוונתי לא רק לקשיים רגשיים (שנראה לי שניתן אף לזהותם, ככלל, עם השווי הסובייקטיבי של המקרקעין), אלא בעיקר לעלויות הנטועות בעוגנים אובייקטיביים מסוימים, דוגמת הקושי שבמגורים במקום הרחוק ממקום העבודה, עבור דיירים שנוהגים לעבוד בקרבת ביתם הנוכחי. אתחיל מתיאור הקושי הראשון. לכאורה, אין צורך בהפרדה בין התחשיב האובייקטיבי לסובייקטיבי של האינטרס העצמי, שכן ניתן לשקלל את הנזק שהפרט טוען שייגרם לו במסגרת ניתוח העלות-תועלת הכללי, באמצעות "מתחור" העלויות הסובייקטיביות. הספרות הכלכלית אכן הכירה בחשש מהערכת חסר של שוויים של נכסים, בעיקר לאור הערך הסובייקטיבי המיוחד שבעליהם מייחסים להם. חשש זה בולט במיוחד בהקשרים של הפקעת הזכות, ומתן פיצוי על בסיס שווי שוק, שכן חוסר

עיוני משפט כא 449 (1998). לחילופין, הוגים התומכים בעמדות חזקות של קידום צדק חלוקתי היו מאפשרים להטיל על היחיד נטל חריג הפוגע בזכותו כל עוד המטרה הציבורית שבשמה נפגעת הזכות היא מטרה כשרה (ראו למשל C. Edwin Baker, *Property and Its Relation to Constitutionally Protected Liberty*, 134 U. Pa. L. Rev. 741, 761–767 (1986)).
¹⁵³ אעיר כי אני מניח, כמובן, שקבלת דירה חדשה במסגרת הפרויקט אינה מרפאת לחלוטין (אם בכלל) את הפגיעה שהדייר שעזב את הדירה חווה בכל הנוגע לקשר הסובייקטיבי שלו עם המקרקעין, כך שמדובר בקשיים רלוונטיים שיש לתת להם משקל מתאים.

הסכמתו של בעל הקניין למכור את זכותו במחיר השוק עשוי להעיד על כך שהוא מעריך אותה באופן גבוה יותר.¹⁵⁴ אך, הספרות מכירה גם בכך שהמשגת הערך הסובייקטיבי שבעל קניין מייחס לנכס שלו היא משימה קשה במיוחד, ולא נראה שבית המשפט יוכל להעריך את השיקולים הסובייקטיביים כראוי.¹⁵⁵ על כן, ברור כי גם על פי מודל המדגיש את הקשר האישי של בעל הדירה לקניין שלו ייתכן שבתי המשפט יתקשו לאתר את הסרבן הסביר, וזאת לאור הקושי להעריך את השווי הסובייקטיבי שהוא מייחס לדירה. הדבר עלול להביא להערכת יתר של התמורה הכלכלית שהדייר עתיד לקבל כתוצאה מהפרויקט, וכך לעיוות תחשיב העלות-תועלת שנערך מנקודת מבטו של הסרבן. ההתמודדות עם קשיים אלו היא מורכבת, ודורשת מתן תשובה רחבה יותר, החורגת מגדר הדיון ברשימה זו.¹⁵⁶ אך, ראוי שהיא תשמש אותנו לפחות כשיקול בעת התוויית הסטנדרט להערכת הסירוב הסביר של המיעוט.

מנגד, באשר לקושי השני, הנוגע לעלויות שהן אינדיבידואליות ונטועות בעוגן אובייקטיבי מסוים, משימת ההערכה שלהן נראית מורכבת פחות. שכן, אומנם בית המשפט עלול להתקשות בתמחור העלות שלהן, דוגמת תמחור העלות של מגורים מרוחקים יותר ממקום העבודה, אך נדמה כי הקושי הזה הוא מאתגר פחות מזה הראשון, שכן ניתן יהיה להשוות את הקושי העולה מהפרויקט אל מול מצבו הקיים של הדייר, ואל מול גובהה היחסי של התמורה שעתידי הדייר לקבל מהפרויקט, ולבצע הערכה של הרכיב שהדייר טוען שעתידי להערים עליו קושי ייחודי. הדברים אמורים כמובן גם לגבי עלויות נוספות של דיירים, שהן שונות מאלו של שכניהם, ומוכרחות לזכות להתייחסות על פי ההסדר שהוצג. בהתאם, עיקר הדיון בפרקים ג ו-ד ברשימה זו יוקדש לעלויות מקבוצה זו.

¹⁵⁴ ראו לדוגמה בספרות הניתוח הכלכלי: Thomas W. Merrill, *Incomplete Compensation for Takings*, 11 N.Y.U. ENVTL. L.J. 110 (2002); Patricia Munch, *An Economic Analysis of Eminent Domain*, 84 J. POL. ECON. 498 (1976); Richard A. Epstein, *In and Out of Public Solution: The Hidden Perils of Forced and Unforced Property Transfer*, in PROPERTY RIGHTS: COOPERATION, CONFLICT AND UNFORCED PROPERTY TRANSFER (Terry L. Anderson & Fred S. McChesney eds., 2003) 307, 317–321 (הסירוב לשקול שיקולים סובייקטיביים בהערכת המקרקעין במסגרת דיני ההפקעות האמריקניים עשוי להביא לפיצוי חסר של בעל המקרקעין המופקעים).
¹⁵⁵ אברהם בל וגדעון פרחומובסקי "פרק ז: דיני קניין" *הגישה הכלכלית למשפט* 339, 371 (אוריאל פרוקציה עורך 2012).

¹⁵⁶ בהקשר זה, ראו הפתרון המעניין שהוצע בספרות בעבר בהקשר של דיני ההפקעות: Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Taking Compensation Private*, 59 STAN. L. REV. 871 (2007) (הצעה להעביר את הערכת השווי במצבי הפקעה לבעל המקרקעין המופקעים, תוך קביעת הגבלות שיתמרצו אותו שלא להעריך אותם ביתר באופן פיקטיבי: על בעל המקרקעין ייאסר למכור אותם במחיר הנמוך יותר מהמחיר שנקב בו לצורך קבלת פיצויים, תוך התאמה לשינויים במחירי הנדל"ן באזור; ההערכה של בעל המקרקעין תהיה ה-benchmark העדכני לקביעת כל המיסים המוטלים עליו בקשר לשימוש ולמכירת המקרקעין שבבעלותו).

ג. מיהו "הסרבן הבלתי סביר"?

חוק פינוי ובינוי קובע שתי קטגוריות של דיירים מסרבים: דייר המסרב סירוב סביר, ודייר המסרב סירוב בלתי סביר. בפרק זה אסקור את עלילות הסירוב הקבועות בחקיקה ואת הפסיקה (המועטה, אציין) הקיימת בתחום. כפי שאראה, חרף העובדה שהמחוקק אימץ את תאוריית האישיות של הקניין כתאוריה המנחה את ההסדרה של פרויקטים של פינוי ובינוי, קיימים אספקטים מסוימים בצרכים של הדיירים המסרבים המקבלים מענה חסר מצד בתי המשפט, באופן המרחיק את ההכרה בדיירים המסרבים סירוב סביר בפועל מזו הנדרשת לאור המסגרת התאורטית המנחה את המודל. עם זאת, אבהיר כבר כאן כי אין הכוונה שכל היבט שאני מצביע עליו הוא בהכרח מספיק לבדו כדי להקים את סטנדרט הסירוב הסביר, וייתכן שהוא ימצא את מקומו כשיקול, לצד שיקולים אחרים, באופן שבו נעריך את תחשיב העלות והתועלת שהדייר המסרב עורך. ניתוח העילות המקימות סירוב סביר של בעל דירה המסרב להשתתף בפרויקט מוכרח להתחיל בדיון בכלי משמעותי במיוחד שיש בידי בית המשפט, שיסייע לו באיתור של סרבים-סחטנים. כפי שהוסבר לעיל, זכות התביעה לדיירים נגד סירובו של דייר המסרב להצטרף לפרויקט מתגבשת רק לאחר שהיזם הצליח לאסוף מספר מספק של דיירים תומכים, באופן שמקים את דרישת הרוב המיוחס.¹⁵⁷ לדעתי, עצם התגבשות דרישת הרוב המיוחס היא "איתות" טוב לבית המשפט בבואו להעריך טענות של דיירים מסרבים הנוגעות לחוזה עצמו שנחתם עם היזם. כוונתי כאן היא לטענות של דיירים מסרבים התוקפות את ההסדר החוזי עצמו, ולא, לדוגמה, את האופן שבו ההסדר החוזי משפיע עליהם באופן ייחודי. כך, למשל, בנוגע לטענות הנוגעות לכדאיות הכלכלית של הפרויקט,¹⁵⁸ ברור כי טענות של הדייר המסרב התוקפות את עצם היותו של הפרויקט כדאי, מבלי להציג נסיבות הייחודיות לעניינו, הן טענות שעל בית המשפט להציב רף גבוה יחסית לקבלתן. זאת, לאור ההנחה שהחתימה של רוב הדיירים על החוזה היא סימן לכך שהחוזה הוא ככלל מיטיב עם הדיירים, למעט כלפי דיירים המעלים בפני בית המשפט נימוקים ייחודיים המבהירים מדוע ביחס אליהם מתקיים תחשיב כדאיות שונה.

כעת, על מנת ללמוד על אופיו של הדייר המסרב סירוב סביר, אפנה לבחינת העילות לסירוב הקבועות בחוק פינוי ובינוי ולפסיקת בתי המשפט שהתמודדה עם יישום אותן העילות. עניין **שורצברגר**,¹⁵⁹ שאותו הזכרתי קודם לכן, הוא כאמור פסק הדין העקרוני והיחיד שבו התמודד בית המשפט העליון עם שאלת דמותו של הדייר הסרבן וסוגיית השימוש בכלי הנזיקי שבחוק פינוי ובינוי. כאמור, פסק הדין עסק בערעורה של הדיירת רגינה שורצברגר, שסירבה להצטרף לפרויקט שאליו הצטרפו שבעה עשר שכניה, וניתן

¹⁵⁷ ראו ס' 1 ו-2 לחוק פינוי ובינוי, וכן הדין בפרק א לרשימה זו.

¹⁵⁸ ס' 2(ב)(1) לחוק פינוי ובינוי.

¹⁵⁹ לעיל ה"ש 61.

טרם תוקן החוק במסגרת תיקון מס' 6, כלומר טרם הוסף אליו הסעד המעין-הפקעתי. ביחס לעילת הסיורב שלפיה הפרויקט אינו כדאי מבחינה כלכלית,¹⁶⁰ קבע השופט דנציגר כי מבחן הכדאיות הוא מבחן אובייקטיבי הבוחן את כדאיותה של עסקת הפינוי והבינוי, ומשווה בין שווייה הנוכחי של הדירה לשווייה העתידי. במסגרת הבחינה, על בית המשפט לזכור כי בעלי הדירות זכאים אומנם ל"תמורה סבירה והוגנת", אך לא נדרשת חלוקת רווחים שווה עם היזם. בנוסף, לאור היותו של המבחן, כפי שניסח אותו השופט דנציגר, מבחן אובייקטיבי, הוא לא נבחן מנקודת מבטם של הדיירים, ונראה שלפי דנציגר אין לשקלל במסגרתו שיקולים הנוגעים לשווי הסובייקטיבי שבעל הקניין מייחס לדירתו.¹⁶¹

אכן, קביעתו של השופט דנציגר כי מבחן הכדאיות הכלכלית אינו דורש חלוקה שווה של רווחי הפרויקט בין הדיירים ליזם עולה בקנה אחד עם הרציונלים העיקריים המנחים את הסדרת הפרויקטים בחוק פינוי ובינוי. ברור כי מוכרח להיות קשר בין הסיכון שבו נושא היזם, כמי שמוביל את הפרויקט, לבין התמורה שהוא יקבל כתוצאה מכך, שכן ללא אינטרס מובהק של היזם ברווחי הפרויקט תיכשל הפעולה המשותפת כליל. ואכן, היזם הוא זה שמרוויח את הרווח העיקרי מהגדלת אחוזי הבנייה במקרקעין, ולא הדיירים. אם כן, כיצד בכל זאת יכולים להשפיע שיקולים הקשורים בדיירים, בהם גם ערכים סובייקטיביים המיוחסים לבית המגורים, על חישוב הכדאיות הכלכלית? לדעתי, על בתי המשפט להבהיר שגם אם מבחן הכדאיות הכלכלית אינו דורש חלוקה שווה ברווחים עם היזם, על הדיירים לזכות בתמורה שהיא מספקת וראויה ולא בתמורה על הצד המינימלי. ברור לכול כי במסגרת בחינת הכדאיות נדרשת עלייה כלשהי של ערך הדירה,¹⁶² אך אני סבור כי יש להעניק לתנאי המדובר דגש משמעותי יותר. יש לזכור כי בנוסף לשווי הסובייקטיבי שבעל הדירה מייחס לביתו, שהוא חלק משמעותי בהערכת תחשיב עלות-תועלת עבור הדייר, עליית השווי צריכה להצדיק את "עלויות המעבר" של הדייר המתפנה, שהן עלויות אובייקטיביות: מעבר הדירה; חיפוש מגורים זמניים שיוכל להתגורר בהם למשך זמן עריכת הפרויקט (שיגיע לכמה שנים טובות); וכן ירידה לטמיון של עלויות שהושקעו בעבר על ידי בעל הדירה לצורך שיפוץ דירתו, שאף מביא לרוב בעצמו לעלייה בערך הדירה. סוג העלויות האחרון דורש מבית המשפט תשומת לב מיוחדת לשווי התמורה גם במקרה הפרטני של הדייר המסרב הספציפי. נוסף כי גם מגבלות על עליית הערך, המגיעות מגורמים החיצוניים לדיירי הבניין, היא כבר נחלת המציאות בשטח. כך, למשל, עריית תל אביב-יפו החליטה להטיל הגבלות משמעותיות על אחוז ההגדלה בשטח הדירה בפרויקטים של התחדשות עירונית, החלטה המציבה תקרה בפני עליית הערך שאליה יביאו

¹⁶⁰ ס' 2(ב)1 לחוק פינוי ובינוי.

¹⁶¹ עניין שורצברגר, לעיל ה"ש 61, בפס' 32–34 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹⁶² ראו שם, בפס' 33 לפסק דינו של השופט דנציגר.

הפרויקטים.¹⁶³ הגבלות מסוג זה מדגישות את החשיבות שבבחינה עמוקה ומשמעותית של הרווח שצומח לדיירים מהעסקה, ואת אופן החלוקה של הרווח של הפרויקט בין הדיירים לזים.¹⁶⁴

סוג עלויות נוסף שצריך להיות מובא בחשבון במסגרת בחינת הכדאיות הכלכלית (או, לחילופין, במסגרת עילת הנסיבות האישיות או בבחינת המאזן הכללי של סבירות הסיכון) נוגע לנשיאה בהוצאות השוטפות הדרושות לניהול בית המגורים החדש. כפי שהובהר בפרק ב, עלויות התחזוקה של הרכוש המשותף מחולקות בין בעלי הדירות בבית המשותף. אך, בכל הנוגע לפרויקטים של פינוי ובינוי, פעמים רבות קיים הבדל ניכר בין גובה התשלומים שהיו בעלי הדירות בבית המשותף הישן רגילים לשלם לבין גובה התשלומים שיידרשו מהם לצורך תחזוקת הרכוש המשותף בבניין החדש. פער זה הוא משמעותי במיוחד עבור דיירים ברמות הכנסה נמוכות, שצפויים להיתקל בקושי במימון הוצאות התחזוקה.¹⁶⁵ סוג הוצאות זה חייב לזכות להתייחסות כאשר אנו ניגשים להעריך את העלויות והתועלות של בעל הדירה היחיד מהשתתפות בפרויקט. הוא אף מביא במידה רבה לשוני מהותי בסוג התמורה שבעלי דירות כאלו מקבלים – בעוד שבעלי דירות אמידים יותר, שיוכלו לעמוד בתשלומי החזקה השוטפת, יזכו בבית חדש ומשופץ, ואילו דיירים בעלי הכנסה נמוכה, שלא יוכלו לעמוד בתשלומים הללו לאורך זמן, יקבלו בפועל נכס כלכלי גרידא, זכות שאותה יוכלו למכור בהמשך הדרך, ויפנו מבלי לזכות בכניסה לבית המשופץ.

עילה נוספת הקבועה בחוק לסירוב סביר היא שהסירוב נובע מכך שהיזום לא סיפק דירה חלופית לדייר לתקופת המעבר.¹⁶⁶ ברם, החוק אינו מתייחס במישרין לאופייה של הדירה שהיזום צריך לספק כדירה חלופית. כך, למשל, החוק אינו קובע חובה על היזום לאתר דירה "בקרבה, ככל הניתן, למקום המגורים הנוכחי". באופן דומה, לא נקבעה בחוק חובת התאמה של הדירה החלופית לצרכיו הרגילים של הדייר. ככלל, לא נראה כי קיימת מניעה שמשפחה בת חמש נפשות, המתגוררת כעת בדירת ארבעה חדרים ושלושת ילדיה התחלקו עד כה בשני חדרים, תעבור לדירה קטנה יותר. שאלת הגודל והמיקום של הדירה החלופית, יובהר, אינה בגדר זוטות. עסקינן בפרויקט שעלול להימשך שנים רבות עד לכניסת הדיירים לבית החדש,¹⁶⁷ ומעבר הדירה ישפיע במישרין על אורח החיים שלהם. האם סירובו של דייר המפעיל מכולת ליד מקום מגוריו, ומוצעת לו דירה חלופית בקצה השני של העיר, מסרב סירוב בלתי סביר? נראה כי לשון החוק

¹⁶³ "רגולציה וחלוקה", לעיל ה"ש 5; אמיתי גזית "עיריית תל אביב מקטינה ל-12 מ"ר את התוספת לדירות בפניו-בינוי" כלכליסט (27.9.2017) https://www.calcalist.co.il/real_estate/articles/0,7340,L-3722013,00.html

¹⁶⁴ לצד אלו, נדמה כי ההגבלות מערערות גם במידת מה על התאמתו של מודל הפינוי-בינוי להתחדשות עירונית באזורים מרכזיים ומבוקשים.

¹⁶⁵ הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית תחזוקת מבנים גבוהים בישראל 40–44 (2017), זמין ב: <https://tinyurl.com/ahrftfjk>

¹⁶⁶ ס' 2(ב) לחוק פינוי ובינוי.

¹⁶⁷ על התארכות הפרויקט לאור הליכי תכנון ראו בדו"ח שנתי 166ג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1296–1297.

אכן סובלת פרשנות מסוג זה, והחשש העולה כאן הוא שהיא ממלאת תפקיד מרכזי בעיצוב יחסי הכוחות בין הזימים לדיירים המסרבים, וזאת לאור העדרה של פסיקה מחייבת או מנחה העומדת על הצורך בבחינה מהותית של הדירה החלופית שמוצעת לדייר המסרב.

אדגיש כי ביחס לדרישות החוק נראה שאין מניעה שהיזום יספק לדייר דמי שכירות שיחליפו את הדירה. פרקטיקה זו מורידה את נטל החיפוש מהיזום ומעבירה אותו לכתפי הדיירים; הם יוכלו למצוא דירה המתאימה לצורכיהם ולקבל עבורה מימון לתשלום שכר הדירה. מתווה זה הוא חיובי יותר לגישתי, בשל מרחב התמרון שהוא מעניק לדיירים, והוא הופך את הליך העזיבה כולו לכפוי פחות. עם זאת, גם האפשרות לתשלום דמי שכירות על ידי היזום צריכה לקבל את התייחסות המחוקק, שידאג להבטיח שגובה דמי השכירות המוצעים לדייר הם מספקים על מנת שיוכל לאתר דירה שהיא באיכות דומה לזו של הדירה הנוכחית. ההסדר החוקי הקיים אינו מתייחס לנושא זה, שכבר קונה אחיזה בשטח,¹⁶⁸ ואינו נותן מענה לשאלות הדומות שמתעוררות כאן לגבי טיב הדירה החלופית.

עילת הסירוב המרכזית היא זו הנטועה בנסיבותיו האישיות של הדייר, וחלה כאשר "קיימות נסיבות אישיות מיוחדות של בעל הדירה המסרב שבשלהן ביצוע עסקת הפינוי ובינוי, בתנאים שסוכמו עם שאר בעלי הדירות, הוא בלתי סביר".¹⁶⁹ בניגוד לחריגים האחרים המנויים בחוק, המאופיינים בהתמקדות בקבוצת אוכלוסייה מסוימת, או שהם בעלי אופי "אובייקטיבי", כאן עסקינן בסעיף "סל", שמטרתו לתת מענה לנסיבות אישיות מגוונות יותר של הדייר המסרב. בעניין **שורצברגר**, שהוזכר לעיל, קבע השופט דנציגר כי יש לפרש את הסעיף בצמצום, לאור התכלית החקיקתית של קידום פרויקטים, ובשים לב לרוב המיחוס שקבע המחוקק. לגישתו, מדובר בחריג לכלל של סרבנות שיוכר רק במקרים נדירים, ויש לקבוע רף גבוה במיוחד כשמדובר בשיקולים סובייקטיביים של הדייר.¹⁷⁰ למעשה, נדמה כי השופט דנציגר מודאג במיוחד מהקושי שבהערכת הערך הסובייקטיבי הייחודי שבעל הקניין מייחס לביתו, וכי הוא רואה את עילת הסירוב בגין נסיבות אישיות ככזו המתמקדת בעיקר באותו הערך הסובייקטיבי. הוא אף קובע שברוב המקרים ימצאו השיקולים הסובייקטיביים ביטוי בשלב קביעת ההיקף של החיוב הנזיקי של בעל הדירה.¹⁷¹ תפיסה פרשנית זו היא בעיני מוקשית. אכן, תכליתו המרכזית של החוק היא לקדם פרויקטים להתחדשות עירונית, ועל כך אין חולק. ברם, קיים מרחק ניכר בין התכלית הברורה לבין זיהויה עם דרישת הרוב המיחוס. למעשה, קיים חשש שמשוהג הרוב המיחוס יהיה זה "סוף פסוק" עבור

¹⁶⁸ ראו למשל הצעות לתשלום שכר דירה בת"א (מחוזי מר') 55587-12-11 **עמינדב נ' קאזי**, בפס' 30 (נבו 6.6.2013) (להלן: עניין **עמינדב**); ת"א (שלום ת"א) 28736-02-10 **אנוך נ' נבט** (נבו 28.12.2010) (להלן: עניין **אנוך**).

¹⁶⁹ לשון ס' 4(2) לחוק פינוי-בינוי.

¹⁷⁰ עניין **שורצברגר**, לעיל ה"ש 61, בפס' 35–36 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹⁷¹ שם.

הדייר שאינו מעוניין בהשתתפות בפרויקט, לאור הנטל הכבד שירבוץ עליו בשכנוע בית המשפט שמתקיימת אצלו עילת הסירוב הסובייקטיבית. הגברה משמעותית מדי של הנטל על הדייר עשויה להביא לכך ששיקולים אישיים של הדיירים, שהם שיקולים רלוונטיים והגונים, לא יזכו למענה מצד בית המשפט. לדעתי זוהי תוצאה בעייתית כשמדובר בבית המגורים, שהוא כאמור קניין בעל מאפיינים אישיותיים מובהקים. בנוסף, הגם שקיימת בעייתיות בהערכת קשיים סובייקטיביים-רגשיים של בעלי הדירות, ישנם שיקולים אישיים הנטועים במצב עולם אובייקטיבי, ופשוטים יותר לזיהוי, ואין סיבה להעמיד לגביהם רף גבוה עבור הדייר המסרב.

כך, למשל, בית המשפט אינו מייחס חשיבות רבה לאופן שהדיירים השונים מממשים בו את זכות הבעלות שלהם בדירה. רגינה שורצברגר זוכה לתיוג של "סרבנית" מבית המשפט, כזו המבקשת לעמוד על זכותה שלא להשתתף בפרויקט, משום שמה שטוב לשבעה עשר שכניה אינו טוב לה.¹⁷² אך למעשה קיים הבדל מהותי בין הדיירת המסרבת לבין שכניה: בעוד שהיא מתגוררת בדירתה, רובם של בעלי הדירות האחרות אינם מתגוררים כלל בדירות שבבעלותם, אלא משכירים אותן.¹⁷³ בית המשפט העליון בעניין **שורצברגר** מאמץ את קביעת בית המשפט המחוזי בעניין, וקובע כי העובדה שרוב שכניה של הגברת שורצברגר משכירים את דירותיהם אין בה כדי להקים "נסיבה אישית מיוחדת" כמשמעותה בסעיף 2(ב)(4) לחוק.¹⁷⁴ בית המשפט אינו מייחס משקל לכך שבעוד שעבור הדיירת המסרבת מדובר בשינוי מהותי בחיי היומיום שלה, בדירה הקשורה באופן מהותי לאישיות שלה ולאופן שבו היא בוחרת לחיות את חייה, עבור רוב שכניה מדובר בקניין מכשירני ולא אישיתי, באינטרס כלכלי גרידא, שהאובדן שלו אינו עתיד להשפיע עליהם באופן דרמטי. אכן, לשני הסוגים של בעלי דירות – כאלו המתגוררים בדירותיהם וכאלו המשכירים אותן – אינטרסים חופפים בעריכת הפרויקט, דוגמת הרצון להתקשר עם יזם אמין ואחראי, לקבל את הדירה המשופצת בהקדם, ולזכות ברווח משמעותי מהפרויקט. מנגד, במובנים רבים, האינטרסים של בעלי דירות המתגוררים בהן לבין אלו שמשכירים אותן שונים באופן מהותי: בעלי דירות משכירים מתעניינים באופן טבעי פחות בדירה החלופית שתיתן להם לתקופת הביניים, שכן לא יצטרכו לגור בה בפועל, או לחפש דירה חלופית בעצמם. נראה שהם יהיו מוטרדים פחות מאפשרות של עלייה בגובה ההוצאות הדרושות להחזקת הרכוש המשותף בבניין החדש, שכן הן תגולמנה במחיר השכירות בו. בנוסף, העזיבה עבורם את הבית (המושכר) גובה עלות סובייקטיבית פחותה, שכן הערך הסובייקטיבי שהם מייחסים מלכתחילה לנכס הוא פחות (שכן עבורם הוא אינו נכס שקשור באופן הדוק למימוש אישיותם). אלו הן עלויות משמעותיות אשר אינן

¹⁷² שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹⁷³ ת"א (מחוזי חי') 1763-06-12 **מרינ' עזבון שורצברגר**, פס' 18 (נבו) 20.2.2013; עניין **שורצברגר**, לעיל ה"ש 61, בפס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר.

¹⁷⁴ שם, בפס' 40 לפסק דינו של השופט דנציגר.

מטרידות, או למצער מטרידות בצורה פחותה, את בעלי הדירות המשכירים. לכן, שיקולים אלו מוכרחים לקבל משקל בבחינת סבירות הסיכוי של דיירי המיעוט. נראה כי גם קשיים סובייקטיביים אחרים, הקשורים בנסיבות חייהם של הדיירים ולא בהכרח בנוגע לפרויקט ההתחדשות, נותרים בפועל ללא מענה. בעניין **אנוך**¹⁷⁵ הוגשה תביעה נגד הדיירת המסרבת שרית נבט, המתגוררת בדירת עמידר. נבט מציגה, תחילה ללא ייצוג משפטי, את נסיבות חייה הייחודיות בפני בית המשפט: היא טרודה בטיפול בבנה החולה במחלה קשה, מביעה חשש מעיכובים ושיבושים אפשריים בפרויקט באמצעות הצגת גזרי עיתונים המספרים על קבלנים ויזמים שפשטו את הרגל, ובעיקר "חוששת חשש אמיתי שהיא עלולה לספוג טלטלה נוספת מעבר לטלטלות חייה". היזם, מצידו, עולב בה ומכנה את דירתה בכינויים שונים. בית המשפט מסתייג מאמירותיו של היזם, מצר על נסיבות חייה של הדיירת וגם מכיר בסערת הרגשות שבה היא נתונה. אך, לבסוף, בית המשפט קובע שהתנגדותה אינה עניינית, וייתכן שדווקא "נסיבותיה הקשות של הנתבעת (נבט – י"ב) הן אלה שמנעו ממנה לקבל החלטות על סמך שיקולים ענייניים"¹⁷⁶ פסק הדין אושר על ידי בית המשפט המחוזי, שהתרשם כי התנגדותה של הגברת נבט אינה עניינית.¹⁷⁷ עם זאת, פסק הדין בערעור אינו מתייחס בצורה מספקת למשמעויות הרגשיות הכבדות שהיו לעריכת הפרויקט על נבט ועל בנה, ומתמקד בתנאים אובייקטיביים של מידת ההתאמות שיש לערוך בדירה החדשה לאור מחלת בנה.¹⁷⁸

ההתמקדות בהתאמות הנדרשות לאור נסיבות חייה האישיות של הדיירת הן כמובן חשובות במיוחד, וכאמור, פסק הדין בערעור אכן מתייחס אליהן, אך באותה הנשימה פסק הדין בערעור מדגים את הפרשנות המצמצמת שניתנה לעילת הנסיבות האישיות, ואת המקום החסר שבית המשפט מקדיש לבחינת האופן שהסובייקט מגשים בו את עצמו דרך הקניין שלו. אין להתעלם אומנם מכך שהערכת הנסיבות הסובייקטיביות של בעל הדירה היא משימה קשה, אך יש לזכור כי ההתייחסות אליהן היא הכרחית על מנת לאתר את הדיירים שסירובם הוא אכן סביר. בנוסף, זהו היתרון הייחודי של בתי המשפט, ובעיקר של הערכאות הדיוניות, הזוכות לחשיפה בלתי אמצעית לדייר המסרב, ויכולות להתרשם מהאופן שבו הוא מתאר את הקשיים הסובייקטיביים שהוא חווה כתוצאה מהאפשרות שתיכפה עליו עזיבת ביתו.

ומה באשר לסעדים? כאמור, סעיף 3 לחוק מאפשר להנמיך את הפיצוי הנזיקי שנפסק נגד הדייר, לאור התחשבות בשיקולי צדק. באופן ממוקד, הסעיף מורה לבית המשפט לשקול את גובה הנזק שנגרם לדיירי הרוב, את כושר פירעונו של המסרב, ואת

¹⁷⁵ עניין **אנוך**, לעיל ה"ש 168.

¹⁷⁶ שם.

¹⁷⁷ ע"א (מחוזית"א) 51373-01-11 **נבט נ' אנוך**, בפס' 19 לפסק דינו של השופט ורדי (נבו 3.7.2011). בדיון בערעור זכתה נבט לייצוג מהקליניקה לעריכת דין קהילתית מהמרכז האקדמי למשפט ועסקים ברמת גן (ראו שם, בפס' 16 לפסק דינו של השופט ורדי).

¹⁷⁸ שם, בפס' 14-16 לפסק דינו של השופט ורדי.

נסיבות העסקה. לכאורה, סעד נזיקי "מרוכך" כזה יכול היה לפתור חלק מהקשיים שהוצגו לעיל, ואף למזער את הנזק שבזיהוי מצומצם מדי של דיירים שסירובם הוא דווקא סביר, שכן הוא נחזה להיות פוגעני פחות כלפי הדייר – הוא יידרש לתשלום פיצוי מופחת, אך זכותו הקניינית תישמר אצלו, ולא תיכפה עליו המכירה. אך, קביעה זו מוקשית משני נימוקים עיקריים. ראשית, בחיי המעשה, נראה שהסעד הנזיקי מביא לאותן תוצאות בדיוק כמו הסעד המעין-הפקעתי. בעניין **אנוך**,¹⁷⁹ שעל אודותיו פירטתי לעיל, נפסק כי על הדיירת המסרבת נבט לשלם פיצויים לשכניה בעבור הנזקים שייגרמו להם מאי-הוצאתו לפועל של הפרויקט. מעקב אחר השתלשלות האירועים בעניינה מעלה כי בקשתה הראשונה לערכאת הערעור היא מניעת העיקול של דירתה על ידי הדיירים האחרים והיזם בפרויקט.¹⁸⁰ לגורל דומה זכתה הגברת שורצברגר, שעלתה שוב לבית המשפט העליון, הפעם לשם ערעור בעניין כינוס נכסיה, בעקבות הפרשות הקודמות.¹⁸¹ מקרים אלו מאותתים על כך שחרף ההוראה המאפשרת להנמיך את גובה הפיצויים, בתי המשפט מתקשים לעשות שימוש בסמכות זו, ככל הנראה לאור העובדה שהיקף הנזק נאמד על בסיס ההטבה הכלכלית שהייתה צפויה לצמוח לדיירי הרוב מהפרויקט. המשמעות היא שגם הסעד הנזיקי מביא בפועל להכרח של הדייר המסרב להצטרף לפרויקט. שנית, תיקון מס' 6 לחוק,¹⁸² שנתן בידי בית המשפט סמכות להפקיע את זכות הבעלות של הדייר לעניין ההתקשרות בהסכם הפינוי-בינוי, למעשה הכתיב כללי משחק נוקשים עוד יותר כלפי הדיירים המסרבים. כאשר הסעד המעין-הפקעתי הוא אפשרות המונחת בארגז הכלים של בית המשפט באופן גלוי, איזה תמריץ נותר לדיירים התומכים בפרויקט לדרוש את הסעד הנזיקי? ההסדר הסטטוטורי אינו עורך כל הבחנה מבחינת ההידרשות לסוגי הסעדים השונים. דה-פקטו, יביא הסעד המעין-הפקעתי להימנעות משימוש בסעד הפיצויים, בעל הפוטנציאל ה"מקל".

הבניינים מפונים, נבנים ומתחדשים, אך נדמה כי רכיב אחד נותר קבוע. מסקירת הפסיקה הקיימת בתחום, לא עלה בידי למצוא אף לא פסק דין אחד שבו הוכר סירובו של בעל דירה כסירוב סביר.¹⁸³ אכן, היקף הפסיקה בנדון הוא מועט ביותר, וקשה

¹⁷⁹ לעיל ה"ש 168.

¹⁸⁰ ע"א (מחוזי ת"א) 51373-01-11 **נבט נ' אנוך** (נבו 2.5.2011).

¹⁸¹ רע"א 1105/17 **שורצברגר נ' אביבי** (נבו 5.3.2017).

¹⁸² לעיל ה"ש 10.

¹⁸³ לפי סקירה ערכנית ל-20.6.2022, בנוסף לעניין **שורצברגר**, לעיל ה"ש 61, ולעניין **אנוך**, לעיל ה"ש 168, שבהם דנתי באריכות, להלן פסקי דין נוספים שעסקו בהסדר בחוק פינוי-בינוי וטרם קיבלו התייחסות מספקת ברשימה זו: עניין **עמינדב**, לעיל ה"ש 168; ת"א (שלום ת"א) 27052-06-12 **רחום נ' בן הרוש** (נבו 20.10.2013); ת"א (שלום הרצ') 54823-07-13 **קין נ' משה** (נבו 22.9.2014); ת"א (שלום ת"א) 28493-03-11 **רביטן נ' בן ארי** (נבו 9.4.2013); ת"א (מחוזי ת"א) 52856-10-19 **כהן נ' משה גיבלי** (נבו 7.2.2021); ת"א (מחוזי מרכז) 11083-09-18 **בן צבי נ' שוקר** (נבו 03.10.2021). ככולם נדחתה עמדתו של הדייר המסרב. בת"א (מחוזי י-ם) 18270-06-12 **ליכטמן נ' אהרן** (נבו 4.12.2013) נדחתה תביעתם של דיירי הרוב בבניין לפיצויים מבעלי הדירות המסרבים, אך זאת לאור העובדה שדיירי הרוב לא צלחו את דרישת הרוב המיוחס. בית

להסיק ממנו מסקנות חד-משמעיות, אך הוא מעלה חשש שרבים מהדיירים המסרבים סירוב סביר אינם מגיעים כלל להתדיינות משפטית. כך, בצל המשפט, סביר מאוד שדיירים המתנגדים באופן ענייני לפרויקט יבחרו לוותר על העינוי שבהתדיינות הממושכת, בעוד חרבות הפיצוי והפינוי מיטלטלות מעל לראשם. סברה אפשרית אחרת, שתטען שמיעוט הפסיקה נובע מייאוש של יזמים מהתדיינות, היא אומנם אפשרית, אך קשה לומר שביכולתה להסביר את התופעה באופן מוחלט, וזאת לאור המסר המהדהד מבתי המשפט, שנראה שנמנעים מלהכיר בפועל בקטגוריה של סירובים סבירים. אכן, התדיינות כרוכה בכובד זמן ומשאבים, אך יש לזכור כי הנגישות של דיירי הרוב המיוחס ושל היזם למשאבים דיוניים היא גבוהה מזו של הדייר המסרב. הדיירים המסרבים פועלים כיחידים וכמיעוט, ונתונים ללחץ מצד היזם והרוב המיוחס. יתר על כן, פעמים רבות מדובר בדיירים המגיעים מאוכלוסיות מוחלשות שאינם מיוצגים על ידי עורכי דין, ויכולתם לספר את סיפורם מול בית המשפט היא מוגבלת ממילא.¹⁸⁴ מנגד, עבור דיירי הרוב, ניהול ליטיגציה הוא פשוט יותר. לפי הפרקטיקה הנוהגת, היזם הוא שנושא בהוצאות ההליך, ומנהל אותו בפועל,¹⁸⁵ מה שמונע עיכובים בארגון ההליך מצד דיירי הרוב (ואת בעיית הפעולה המשותפת החדשה שהייתה עשויה להיווצר). כפועל יוצא, הדיירים זוכים ליהנות מניסיונו המצטבר מפרויקטים ומהליכים משפטיים בתחום, מה שמעניק להם את היתרונות של מי שהוא קרוב לקטגוריה של "שחקן חוזר" בהליך המשפטי.¹⁸⁶

ההסתכלות על הדיירים המסרבים כעל "הפרעה" לפרויקט עלולה ליצור אפקט מצנן קשה – אם תרצו, "אפקט מקפיא" – שיגרום לדיירים המתנגדים לפרויקטים, ומציבים נימוקים ראויים לכך, לוותר מראש על עול ההתדיינות, שכלל הנראה תסתיים

המשפט אף העיר, למעלה מן הצורך, כי סירוב המיעוט בנסיבות העניין איננו סביר (ראו שם, בפס' 120). בת"א (מחוזי י-ם) 2855-10-14 **רובע 1 בע"מ נ' אהרן** (נבו 26.9.2016) נדונה תביעה חדשה כהמשך של פרשת **ליכטמן**, שבה הוכרו רוב הדיירים כרוב מיוחס לצורך ס' 2 לחוק פינוי-בינוי, ונפסק כי דיירי המיעוט בבניין חבים בנויקין מכוח החוק. יש לציין גם את ההליך בעניין ה"פ (מחוזי חי') 74805-12-19 **מספן נ' ברכה** (נבו 21.7.2020), שגם בו נעשה שימוש בסעד המעין-הפקעתי נגד הדיירים המסרבים, אך פסק הדין ניתן בהעדר הגנה ולכן ערכו המחקרי הוא פחות. כמו כן, יש לציין את ע"א 2109/21 **אלמן נ' עינב יוזם - מוהליבר** (נבו 30.6.2021), שבו נדחה ערעור של דייר על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, אשר סילק על הסף את תביעת הדייר לקבלת פסק דין הצהרתי שיקבע שאינו דייר סרבן (הדחייה הייתה מטעמים דיוניים, לאור העובדה שכלל לא הוגש הליך נגד הדייר לפי חוק פינוי ובינוי).

184

"רגולציה וחלוקה", לעיל ה"ש 5.

185

הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **מדרוך להסכם פינוי-בינוי 15** (2020), זמין ב: <https://tinyurl.com/jrcbkuuu>.

186

הכתוב בגוף הטקסט רומז כמובן למאמר הקלאסי: Marc Galanter, *Why the Haves Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & SOC'Y REV. 95 (1974). לצד העובדה המוכרת שכוח כלכלי מיתרגם לכוח דיוני, גאלאנטר לימדנו כי חוסר השוויון בין המתדיינים מובנה גם בהליך עצמו. באמצעות ניסיון בהתדיינות משפטית ותנהגות אסטרטגית בניהול הליכים, "השחקנים החוזרים" מצליחים לייצר לעצמם יתרון משמעותי המעוות את ההליך הדיוני כך שיפעל לטובתם.

בפינוים מהדירה. כך, נוצר מרחק בין התאוריה העומדת מאחורי המודל, המבקשת להשתמש בכוחו הכופה של המשפט רק כאשר הדייר המסרב פועל ממניעים סחטניים, לבין הפסיקה, שממנה נעדרת דמות הדייר המסרב סירוב סביר. פער זה דורש את התייחסות המחוקק ובתי המשפט, והצעות לצמצומו תידונה בפרק ד.

ד. שימור ושיפוץ: לקראת פתרון עתידי

לאחר שעמדתי על החסרים המתגלעים בהסדר הקיים בחוק פינוי ובינוי לאור התאוריה המסבירה את ההצדקה להכרה בזכות לקניין בבית המשותף, אקדיש את הפרק הנוכחי להצעת פתרונות עתידיים שיביאו לשיפור ההסדר. הפתרונות המוצעים על ידי כאן מתמקדים בסוגיית ההסכמה והסירוב להצטרף לפרויקט, ובכך הם מתייחסים להסדר הקנייני הקבוע בחוק, אך ניתן כמובן לחשוב על פתרונות נוספים שיביאו לשיפור האופן שבו ההסדר החוקי מיושם בשטח, ואינם מגיעים מעולם דיני הקניין. כך, למשל, ניתן לחשוב על ליווי משמעותי של הדיירים בפרויקט, ועירוב של גורמים מתווכים בין היזם לדיירים,¹⁸⁷ כך שהרצון בקרב הדיירים להתנגד יפחת מראש, והצרכים הייחודיים שלהם יזכו למענה עוד טרם פתיחה בהליך משפטי. באופן דומה, ובמטרה לייעל את הדיון בעניינם של דיירים סרבנים, ניתן לקבוע מנגנונים דיוניים שהנגישות אליהם גבוהה משל בתי המשפט, והם נוטים להיות מהירים יותר, דוגמת מנגנוני גישור ובוררות, ולחילופין הפניית הסכסוכים למפקח על המקרקעין,¹⁸⁸ או קביעת סדרי דין מקוצרים. כל אלו אינם נגזרים כאמור ממסגרת הדיון שהוגדרה במאמר זה, ולכן לא יידונו עוד בפירוט, אך אני כמובן מביע תמיכה בהם ובניסיון לצמצם מראש את כמות הסרבנים הבלתי סבירים, או את התופעה של מענה חסר מצד היזם לדיירים המסרבים סירוב סביר, וכן את ההתארכות של הליכים דיוניים העוסקים בסירובי הדיירים.

1. התייחסות להבחנה בין מגורים לשכירות מנקודת המבט של בעלי הדירות

קושי אחד שעליו עמדתי הוא הפער באינטרסים המנחים בעלי דירות המשכירים את נכסיהם לבין בעלי דירות המתגוררים בהם, בכל הנוגע להסכמה לפרויקט. הסברתי מדוע הפער בין האינטרסים הללו הוא בעל ביסוס תאורטי (בפרק ב.3), והוא גם בעל נפקות מעשית ביחס לסוג וכובד העלויות שבעלי הדירות השונים שוקלים (בפרק ג).

¹⁸⁷ דוגמה לכך היא ההסדרה בחוק המארגנים של מעמד המארגן, המתווך בין הדיירים לבין היזם, ומוטלות עליו חובות אמון ותום לב.

¹⁸⁸ זאת בדומה לתביעות נגד דיירים מסרבים במסגרת פרויקטים של תמ"א 38, וראו ס' 72–77 לחוק המקרקעין וס' 6 לחוק החיזוק.

עלויות אלו, כפי שהוסבר, צריכות לעמוד לנגד עיניו של בית המשפט כאשר הוא נדרש לבחון את סבירות הסירוב של הדייר הספציפי.

אך, כפי שציינתי, אין ספק שבפועל בתי המשפט נותנים משקל משמעותי לעצם התגבשותו של רוב מיוחס מבעלי הדירות התומכים בפרויקט.¹⁸⁹ לאור העובדה כי דרישת הרוב המיוחס היא אכן בעלת פוטנציאל להוות סימן טוב לכך שהסכם שנחתם בין הזום לדיירי הרוב הוא הסכם העולה בקנה אחד עם האינטרס העצמי של בעלי הדירות, ולאור הרצון להעניק פתרון אפקטיבי לחשש ששיקולים רלוונטיים של הדיירים המסרבים לא יזכו למענה מספק במסגרת ההליך המשפטי, נראה לי שיהיה נכון להביא לידי ביטוי את השוני בין שתי הקבוצות עוד בשלב חישוב הרוב המיוחס. השוני בין האינטרסים מביא לכך שעוצמת ה"איתות" על טיבו של החוזה, שהיא תוצאה של חתימת בעלי הדירות הנמנים עם הרוב המיוחס, היא חלשה יותר, וקשה יותר להסתמך עליה במקרים שבהם רוב בעלי הדירות התומכים בפרויקט משכירים את דירותיהם, בעוד שהדיירים המסרבים הם דווקא אלו שמתגוררים בדירות שבבעלותם. על כן, סבורני שיהיה נכון לאמץ בחקיקה גם למקרים אלו מנגנון הדומה לזה המצוי בסעיף 4 לחוק פינוי ובינוי, בנוגע לריבוי בעלות בדירות בבית המשותף. סעיף 4 קובע שבבניין שיש בו למעלה משש דירות, דייר שהוא בעלים של יותר מ-30% מהדירות ייחשב כבעלים של 30% מהדירות, בתוספת שליש משיעור אחוזי הבעלות שלו בדירות החורגים מ-30%, לצורך חישוב הרוב המיוחס המסכים לפרויקט. זהו סעיף בעל חשיבות עליונה, המודע לחשיבות שבהתמודדות עם יחסי הכוחות בבניין, ורגיש להבדלי האינטרסים בין הדיירים. יתרה מכך, ייתכן מאוד שגם בצורתו הנוכחית הסעיף מביא חלק מהבעיות שעמדנו עליהן על פתרון, שכן ייתכן שבעל זכות המחזיק למעלה מ-30% מהדירות משכיר אחת מהן אם בידי יותר מדירה אחת. לכן, ראוי שיחוקק סעיף דומה שייתן משקל לסוגים שונים של מימוש בעלות (מגורים או השכרה) עוד בשלב קביעת רף ההסכמה לצורך הפעלת הסעדים. כך תבוא לידי ביטוי ההבחנה בין קניין אישיותי לבין קניין שאינו כזה, באופן הרגיש לצרכים של הדיירים השונים המתגוררים בבניין, ומתוך שאיפה להתאים את ההסדר לצורכי היומיום של האוכלוסיות המשתתפות בפרויקט. חישוב רף ההסכמה כך שיינתן משקל משמעותי יותר לקולותיהם של הדיירים המתגוררים בדירותיהם, ואינם משכירים אותן, יוכל לחזק את היכולת להסתמך על עצם התגבשותו של רוב מיוחס ככלי לבחינת סבירות הסירוב של דיירי המיעוט.

2. סטנדרט מהותי לבחינת הדירה החלופית

קושי שני שעליו עמדתי נוגע באופן הערכת הדירה החלופית המוצעת לדיירים במסגרת העסקה, אשר אי-הצעתה מהווה עילה טובה לסירוב של בעל הדירה, מכוח

¹⁸⁹ ראו דיון ליד ה"ש 170 לעיל.

סעיף 2(ב)(2) לחוק פינוי ובינוי. לדעתי יש לתקן בחקיקה את סעיף הדירה החלופית, ולחילופין לקרוא לתוכו באמצעים פרשניים, כך שיכיל סטנדרט של דירה בקרבה סבירה לדירה הקודמת, וברמת חיים דומה ונאותה. מבחינה עזר לכך ניתן למצוא בבחינת מיקומה של הדירה, גודל הדירה ומספר החדרים בה, מצב התחזוקה שלה לעומת הדירה הקודמת (דירה ישנה אל מול דירה משופצת) ובשווי המקובל של דירות מקבילות באזור. נדגיש כי הבחינה היא ביחס לדירה הנוכחית של הדיירים, טרם השיפוץ, ולא אחריו. הערכה של הדירה החלופית צריכה גם לכלול התייחסות לצרכים הייחודיים של הדייר באותה דירה, דוגמת קרבה ונגישות למקום העבודה של הדייר. כפי שציינתי לעיל, מלאכת ההערכה של הדירה החלופית אינה עתידה להקשות על בית המשפט יתר על המידה, שכן הדירה הנוכחית, ולמשל המרחק שלה ממקום עבודתו של בעל הדירה, תשמש אמת מידה לבחינת הקושי האמור. היזם אינו נדרש לשפר את מצבו של הדייר (שכן ההנחה היא שהתועלת המשמעותית תבוא לידי ביטוי בעליית ערך הדירה המשתתפת בפרויקט), אלא רק להבטיח לו תנאים הדומים ככל הניתן לאלו של דירתו הנוכחית. כמובן, ניתן יהיה להחיל את הבחינה המהותית גם במידה שהיזם אינו מספק דירה חלופית אלא תשלום לשכר דירה. כפי שציינתי, לדעתי זהו פתרון שיש לו יתרונות בלתי מבוטלים, שכן היזם אינו נדרש לחפש בעצמו את הדירות העונות על צורכי הדיירים, ואלו יכולים למצוא עבור עצמם את הדירה המתאימה להם. אך, גם כאן, יש עדיין צורך בבחינה של גובה שכר הדירה שמשולם לדיירים, ובבדיקה שהוא אכן הולם את הצרכים הנוכחיים שלהם. בהקשר זה, אציין שהרשות הממשלתית להתחדשות עירונית פרסמה "הסכם לדוגמה"¹⁹⁰ שמטרתו לשמש אמצעי רגולטיבי רך (כלומר, שאינו כופה או מנדטורי) על היזמים ועל ההתקשרויות שהם מבצעים עם הדיירים. בין היתר, ההסכם מבקש לתת מענה לבעיית הדירה החלופית שעליה עמדנו לעיל, באמצעות הסדרת אופן תשלומי שכר הדירה מהיזם לדיירים.¹⁹¹ ברם יוזמה זו, נהדרת ככל שתהיה, אינה תחליף להגדרה ברורה של אופן הערכת הדירה החלופית שתחול על כלל הפרויקטים.

עם זאת, יש להבהיר כי במישור הדירה החלופית, כמו גם במישורים אחרים, יהיה על בתי המשפט לשים לב לכך שלא כל אי-נוחות זמנית מקימה סירוב סביר. הגם שהדיירים אינם משתתפים במימון הכלכלי של הפרויקטים, והגם שאין לצפות מהם להקריב מעצמם לטובת השכנים האחרים, אין הכוונה לכך שלא ניתן לדרוש מהם מעט יותר השתתפות והקרבה קטנה לטובת היזם דווקא, במטרה שהפרויקט יצא לפועל, וזאת כל עוד תחשיב העלות-תועלת בעיניהם לא נפגע. כך, למשל, דייר מסרב המקבל דירה חלופית מהיזם שהיא מעט פחות טובה מדירתו הנוכחית, ואילו הפרויקט עתיד להצמיח עליית שווי ניכרת מאוד לדירה שלו, נראה שהסירוב שלו עדיין לא יהפוך

¹⁹⁰ הרשות הממשלתית להתחדשות עירונית **הסכם פינוי-בינוי לדוגמא** (2020), זמין ב: <https://tinyurl.com/6asmu8sr> (להלן: **הסכם פינוי-בינוי לדוגמא**).

¹⁹¹ סעיפים 6.9.2–6.9.4. **הסכם פינוי-בינוי לדוגמא**, לעיל ה"ש 190.

לסביר, שכן במאזן הכולל חישוב העלות-תועלת עבורו עדיין מצביע על כך שהוא יוצא ברווח. אך, כמובן, על בתי המשפט מוטל הנטל לוודא כי אכן קיימת אותה "מקבילית כוחות" המתוארת בין איכות הדירה החלופית לבין הרווח הצפוי מהפרויקט, ולהיזהר מהערכת חסר של העלות של הסרבן במגורים בדירה פחות טובה מזו הנוכחית.

3. מבחן האיזונים של "הסירוב הסביר"

הפתרון העיקרי לכלל הקשיים שעליהם עמדתי ביישום ההסדר הקיים הוא שינוי המגמה הפרשנית בכל הנוגע להערכת סירובם של הדיירים. שינוי זה, שמטרתו תהיה איתור יותר דיירים המסרבים סירוב סביר, נדמה שיושג באמצעות שני כלים מרכזיים: הבהרת המתווה הפרשני הראוי של חוק פינוי ובינוי, והמשך מגמת הספסיפיקציה של עילות הסירוב השונות. כפי שהוסבר, סעיף 2(א) לחוק פינוי ובינוי אינו קובע רשימה סגורה של סירובים סבירים, אלא הוא קובע סטנדרט כללי של "סבירות הסירוב", ולצידו נסיבות ספציפיות שבהתקיימן יוכר הסירוב כסביר. בפועל, בתי המשפט נמנעו מלפתח סטנדרט הסבירות הכללי, וזאת באופן התואם את המגמה לפרש בצמצום יחסי את עילות הסירוב הפרטיקולריות.

לכן, נדמה שאת הפרשנות המצומצמת של קטגוריית הסירוב הסביר ניתן לפתור באחד משני האמצעים הבאים (או, בעדיפות העליונה, באמצעות שניהם): ראשית, אציע להוסיף הוראה כללית לסעיף 2(א) אשר תנחה את בית המשפט בהפעלת שיקול הדעת שלו בהערכת הסירוב של הדייר. הוראה זו צריכה לעגן את העיקרון הפרשני המנחה את קביעת סבירותו של הסירוב, כפי שהוצג במסגרת התאורטית בפרק ב. נראה לי שהוספת הוראה כזו, אשר תפטור את בתי המשפט מהצורך לפנות לתאוריה כמקור ראשוני, ותספק להם הנחיה ממוקדת יותר בנוגע לאופן שבו יש להעריך את סבירות הסירוב, תוכל להקל על בתי המשפט בעריכתם איזון זה. שנית, יש לפעול למען הגדלת הפירוט של שיקולים לגיטימיים שעל בתי המשפט לזהות בעת הערכתם את הסירוב של דיירי המיעוט בפרויקט. בהקשר זה, ניתן לעמוד על שני כיווני פעולה אפשריים. אפשרות אחת היא להביא לשינוי גישה בבתי המשפט, להגביר את הנכונות להכיר בכך שישנם גם דיירים המסרבים סירובים סבירים, ולפתח בצורה מקיפה יותר את הסטנדרט של הסירוב הסביר, כך שתגובשנה עילות סירוב פרטיקולריות נוספות פרי הפסיקה. למצער, על בתי המשפט להתייחס בצורה רחבה יותר לעלויות שונות שהדיירים נושאים בהן כתוצאה מהפרויקט, ולהיות מודעים אליהן (דוגמת עלויות מעבר, קושי בעמידה בתשלומים הנדרשים לתחזוקת הרכוש המשותף בעתיד וכדומה), הגם שכל עלות כזו, כאשר תעמוד לבדה, לא תגבש באופן הכרחי את הסירוב הסביר. אפשרות שנייה היא המשך המגמה של המחוקק להוסיף עוד עילות סירוב פרטיקולריות במסגרת החוק. כשם שהוספו עילות הקשורות באנשים בזקנה ובבעלי מוגבלויות, טוב יהיה אם המחוקק ימשיך במגמה זו וייתן מענה לצרכים של הדיירים העולים מפסקי הדין ומהשטח. תוספות אלו יכולות להיות גם בגדר הבהרה של עילות הסירוב הקיימות,

דוגמת הוספה של הוראות פרשניות להערכת גובה התמורה במסגרת עילת הכדאיות הכלכלית, או בחינה של המצב הכלכלי של הדייר המסרב, במקרים שבהם קיים חשש שהוא לא יוכל להרשות לעצמו לחזור בעתיד ולהתגורר בדירת התמורה.

4. הפחתת הרוב המיוחס – מהלך רצוי?

כפי שצוין בפרק א. 3. לרשימה זו, תיקון מס' 7 חולל שינוי רבתי בחוק פינוי ובינוי, והביא להורדת רף ההסכמה הנדרש לצורך התגבשותו של "רוב מיוחס" להגשת תביעה נגד דייר מסרב. הרוב, כך נקבע, יונמך מרוב של 80% מבעלי הדירות הדרוש במקבץ כולו, לרוב של שני שלישים מבעלי הדירות בכל המקבץ, ומרוב של שני שלישים מבעלי הדירות בכל בית משותף לרוב של 60% מבעלי הדירות.

כפי שהוסבר בפתח פרק ג, לדרישת הרוב המיוחס תפקיד משמעותי בהסדר הקנייני של חוק פינוי ובינוי. ככל שהרוב התומך בפרויקט הוא משמעותי יותר, כך ה"איתות" לבית המשפט שהסכם הפינוי והבינוי הוא הסכם טוב וראוי, העולה בקנה אחד עם האינטרס העצמי של הדיירים, הוא חזק יותר. בנוסף, דרישת הרוב המיוחס מגלמת את ההעדפה של המחוקק לבחור במודל הסכמי של התחדשות עירונית, חלף מודלים אחרים שנזנחו. במודל כזה, הסכמת הדיירים לפרויקט היא הכרחית להוצאתו לפועל. לכן אני מבקש להעיר על הבעייתיות שבהנמכת הרף להגשת תביעה נגד הדייר המסרב, כפי שנעשה במסגרת תיקון מס' 7.

ראשית, הנמכת דרישת הרוב המיוחס תקשה בפועל על ההערכה האם התמורה החוזית שהדיירים זוכים לה היא אכן מיטיבה איתם. זאת, לאור העובדה שלפי התיקון ניתן יהיה למעשה להכשיר הסכם חרף התנגדות של שליש מהדיירים במתחם כולו. הטענה כי תיתכן אפשרות כי שליש מכלל הדיירים במקבץ הם סחטנים נראית לי, בכל הכבוד, בלתי סבירה. המשמעות היא שבתי המשפט יצטרכו לתת משקל מופחת לעצם התגבשותו של הרוב המיוחס, שכן ככל שנוכח את דרישת הרוב כך תתחזק הסברה שהדיירים המסרבים משתייכים לקבוצות השונות מהקבוצות הדומיננטיות ברוב המיוחס, ושהתמורה החוזית המוצעת בהסכם אינה מיטבית עבורם.

שנית, קיים חשש שבפועל תשמש הורדת רף ההסכמה מנוף לחץ משמעותי על הדיירים, והקלות המוגברת שבה יוכל היזם באמצעות דיירי הרוב להגיש את התביעה נגד דיירי המיעוט תוביל להחרפה של האפקט המקפיא שקיים כבר היום לאור אי-ההכרה בפועל בדיירים המסרבים סירוב סביר. החיבור של שתי הנקודות הללו משמעותו כי הורדת רף ההסכמה עשויה להביא לירידה באיכות התמורות שיקבלו הדיירים במסגרת העסקה, ואף לפטור דה-פקטו את היזם מעריכת התאמות למצבם הספציפי של הדיירים המסרבים בבניין, במידה שאלו יוותרו על התנגדותם הסבירה לאור החשש מהליכים משפטיים.

שלישית, הורדה כה משמעותית של רף ההסכמה מביאה לתוצאה אבסורדית מבחינה משפטית שלפיה אחוז ההסכמה הנדרש לכפות על הדייר להשתתף בפרויקט

של פינוי ובינוי זהה לאחוז ההסכמה הנדרש כדי לכפות עליו השתתפות בתחזוקת מעלית חדשה שנבנית בבית המשותף.¹⁹² לכן, הייתי מציע לשקול בשנית את היוזמה להוריד את הרף הנדרש כדי להקים "רוב מיוחס", ולבחון האם לא נכון "להחזיר את הגלגל אחורנית", ולו באופן חלקי.

5. חובת תמורות שוויוניות

אחד התיקונים החשובים שהוצעו במסגרת תזכיר תיקון מס' 7 לחוק, אך נזנחו במסגרת התיקון שחוקק לבסוף, נוגע להחלת חובה על היזם להציע לדיירי הבית המשותף המיועד להשתתף בפרויקט תמורות הנקבעות לפי עקרונות שוויוניים.¹⁹³ למעשה, התיקון שהוצע רק עיגן את המצב המקובל כבר כיום בפרקטיקה שבו היזם מוסיף להסכם הפינוי והבינוי סעיף הקובע את עקרון השוויון בתמורות בין הדיירים.¹⁹⁴ כמו כן, יש לשים לב לכך שקביעת תמורה לפי עקרונות שוויוניים אין משמעותה אי-עריכת הבחנות בין הדיירים הנדרשות מן העניין, כפי שפורט באריכות ברשימה זו. חרף העובדה שהדבר קנה אחיזה בפרקטיקה של עריכת פרויקטים, לדעתי טוב תעשה הכנסת אם תעגן כמוצע את עקרון השוויון גם בחוק פינוי ובינוי עצמו. הטיעון התומך בחובה של שוויון בתמורות אינו אך ורק טיעון של הוגנות בין הדיירים, או טיעון הנוגע לתום ליבו של היזם בבואו להתקשר בעסקה עם הדיירים בבית המשותף. למעשה, החובה להעניק תמורות שוויוניות מסייעת בראש ובראשונה ליזם הפרויקט, המעוניין בהוצאתו לפועל.

ראשית, מתן תמורות שוויוניות מחזק את ה"פרוקסי" שמהווה התגבשותו של הרוב המיוחס בבניין עבור בית המשפט ביחס לאיכות של התמורות החוזיות, שכן במידה שהתמורות אינן שוויוניות עולה חשש משמעותי שלרוב המיוחס הובטחו תמורות שלא הובטחו למיעוט המסרב, מה שיביא לכך שעל בית המשפט יהיה לייחס משקל נמוך יותר לעצם התגבשותו של הרוב המיוחס. שנית, חובת מתן תמורות שוויוניות יכולה לסייע ליזם להילחם בהתנהגות סחטנית מצד הדיירים. כפי שהוסבר לעיל, הסחטן מבקש להשיג רווח נוסף על הרווח הצפוי לשאר שכניו בבניין. פעמים רבות הסחטן נמצא במצב סטטי שבו הוא מתלבט אם למכור או לא למכור את זכאותו, מצב הנובע, בין היתר, מפערי המידע שיש לו ביחס לשאלה עד כמה הצד שמבקש לקנות את זכאותו הוא סחיט. במידה שהיזם יהיה מחויב בחובת מתן תמורות שוויוניות, הדבר יוכל לצנן את ההתנהגות הסחטנית של דיירים מסרבים, מכיוון שאלו ידעו שהיזם אינו יכול להציע להם תמורה טובה יותר מזו שניתנה לשאר דיירי הבניין. לאור שני נימוקים אלו,

¹⁹² השוו את הוראות הרוב המיוחס שבס' 1 לחוק פינוי ובינוי להוראות ס' 159 לחוק המקרקעין.

¹⁹³ ס' 3(ב) לתזכיר תיקון מס' 7, לעיל ה"ש 58.

¹⁹⁴ מיכל שחר "הכירו את הדייר המועדף בפינוי-בינוי ותמ"א 38" *ynet* (26.8.2021) <https://tinyurl.com/2ec3exb7>.

נראה לי שטוב יהיה אם ייערך עיון מחדש ביוזמת החקיקה, והחובה להציע לדיירים תמורות שוויוניות תעוגן מפורשות בחוק פינוי ובינוי.

סיכום

פרויקטים של התחדשות עירונית יכולים להיות ברכה לעיר, לתושבים, ולחברה כולה. הם יכולים להביא לעלייה ברמת החיים, ול"החיאה" של אזורים נטושים ומוזנחים. ברם, הניסיון להיטיב עם הדיירים, וחשיבותם העליונה של הפרויקטים, אסור שיסמא את עיני המשפט מפני מצוקותיהם וצורכיהם של דיירים בבית המשותף, גם אם הם יוצאים חוצץ נגד היוזמה, ומאיימים להכשיל את הפרויקט כולו. המאמר ביקש לבאר את המסגרת התאורטית העומדת מאחורי חוק פינוי ובינוי, ולהסביר מדוע האופן שבו יש לגשת לניתוח סבירות הסירוב של הדייר בבית המשותף נעוץ בחישוב מאזן העלויות והתועלות שלו כתוצאה מהפרויקט. בקניין הקשור בקשר הדוק לאופן שבו הפרט מממש את אישיותו, הגישות המקובלות לזכות הקניין במשפט הישראלי מורות לנו להישמר ולצמצם את ממד הכפייה על הדייר היחיד. זאת, כל עוד הסירוב נובע מנימוקים סבירים והוגנים, ולא מרצון לסחוט את היום ואת שכניו, או מעמידה על השרירות הקניינית מבלי לספק לה הצדקה מהותית. הראיתי כי עיון בפסיקה (המועטה) בתחום חושף צרכים של דיירים שנותרים ללא מענה על פי ההסדר הקיים, מה שמביא לצמצום הקטגוריה של דיירים המסרבים סירוב סביר, ושעשוי ליצור אפקט מקפיא על ניהול התדיינות. בהתאם, עמדתי על פתרונות אחדים שעתידים לגישתי להביא להכרה משמעותית יותר בצרכים של הדיירים בפרויקט, להרחיב את קטגוריית הסרבנים, ולממש בצורה מלאה ומקיפה יותר את החשיבות שהתאוריה של דיני הקניין מייחסת למימוש בעל הקניין את ה"עצמי" שלו דרך הבעלות בדירה בבית המשותף. אחזור ואבהיר כי אינני מפקפק בחשיבות המטרה לחדש את הערים שהוזנחו, ואינני קורא לביטול ההסדר הקיים. להפך. בקשתי היא להביא לשימוש מלא ומיטבי של ההסדר, כפי שמנחה אותנו ההצדקה המכירה בקשר הייחודי של הזכות לקניין בביתו של היחיד לאישיותו, הצדקה שאימץ גם המחוקק בהסדר של חוק פינוי ובינוי. לצד הרצון לקדם פרויקטים עלינו להיות רגישים למצוקות היומיום של הדיירים, ולהעניק תשומת לב לנקודות שעדיין לא קיבלו מענה מספק מצד המחוקק ובתי המשפט. תקוותי שקריאות אלו תישמענה, ותבאנה לקידום פעילות למען תהליכי התחדשות עירונית מודעים והוגנים יותר.